

大阪家裁総第388号

令和2年7月1日

山中理司様

大阪家庭裁判所長 田中俊次



司法行政文書開示通知書

3月29日付け（同月30日受付，大阪家裁総第233号）で申出のありました司法行政文書の開示（大阪家裁後見センターだより第12回）について，下記のとおり開示することとしましたので通知します。

記

- 1 開示する司法行政文書の名称
大阪家裁後見センターだより（第12回）（片面で8枚）
- 2 開示の実施方法
写しの送付

大阪家裁後見センターだより（第12回）

1 はじめに

成年後見制度利用促進基本計画（平成29年3月24日閣議決定，以下「基本計画」といいます。）は，本人意思の尊重との関係で，成年後見人・保佐人・補助人（以下「後見人等」といいます。）が成年被後見人・被保佐人・被補助人（以下「本人」といいます。）の特性に応じた適切な配慮を行うことができるよう，政府において意思決定支援の在り方についての指針の策定に向けた検討等を進めることとしており¹，家庭裁判所としても，今後は，後見人等に向けて，意思決定支援を取り入れた事務を推奨していく必要があると思われます。そこで，今回は，大阪意思決定支援研究会が平成30年3月に作成した「意思決定支援を踏まえた成年後見人等の事務に関するガイドライン²」（以下「ガイドライン」といいます。）に触れながら，本人意思尊重義務（民法858条）について，現時点で大阪家裁後見センターが考えるところをお伝えします。また，同研究会が同年8月20日に開催したガイドライン説明会で，参加者から多くの質問を受けた「親族間紛争がある場合の意思決定支援」についても考えてみたいと思います。

2 本人意思尊重義務（民法858条）

前回も紹介しましたが，民法858条は，「成年後見人は，成年被後見人の生活，療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては，成年被後見人の意思を尊重し，かつ，その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければなら

¹ これを受けて，平成30年6月，厚生労働省において「認知症の人の日常生活・社会生活における意思決定支援ガイドライン」が作成された。

² 大阪弁護士会ホームページ〈https://www.osakaben.or.jp/info/2018/2018_0510.php〉から全文をダウンロードできる。

ない。」と規定し、身上配慮義務とともに本人意思尊重義務を定めています³。この本人意思尊重義務も、成年後見人の善管注意義務（民法869条、644条）の内容を敷衍し、かつ、明確にしたものであり、後見事務の遂行の指針となる一般規定と位置づけられています⁴。

とはいえ、成年被後見人は、精神上的の障害により事理を弁識する能力⁵を欠く常況にあるため（民法7条）、判断能力（意思能力）を喪失した成年被後見人の「意思を尊重」するとはどういう意味かが問題になります。これは、当然、成年被後見人の意思表示を漫然と受け入れることではありません⁶。しかし、成年被後見人は、取引行為や財産管理については判断能力を失っていても、それに関連した事柄⁷であれば、自分にとって理解しやすい意思疎通の方法（写真やイラスト、文字盤等）で、懇切丁寧に情報提供を受けられれば、自分の希望や意向を述べたり、提示された選択肢の中から好きなものを選んだりすることができる場合があり、被保佐人、被補助人においては、更にその可能性が高くなります。

このように、本人が、意思決定支援を受けて、支援者から提供された情報や選択肢を比較し、自分の嗜好や選好を表明することができる場合には、それらの嗜好や選好を民法858条にいう「意思」と捉え、後見人等が、法定代理人として法律行為を行うに当たり、これらを取り込むことで、本人の意思を尊重

³ 保佐・補助に関しても、生活、療養看護又は財産の管理に関する事務のうち保佐人又は補助人の権限（主として代理権）の対象とされた事務について、本人意思尊重義務を定める規定が設けられている（民法876条の5第1項、876条の10第1項）。

⁴ 小林昭彦＝大門匡＝岩井伸晃編著「新成年後見制度の解説〔改訂版〕」150頁

⁵ 民法7条の「事理弁識能力」とは、法律行為に基づく権利義務の変動によって、自分にどのような利害得失があるかを知ることができる能力をいう。

⁶ 新版注釈民法(25)404頁〔吉村朋代〕。

⁷ 成年被後見人には、自己所有の建物を売却すべきか否かの判断はできなくても、「このままその建物に住みたいか」「補修して暮らすか」につき、思いや意向を示すことはできる。このような嗜好や選好の表明は、「何を食べるか」「どの企画に参加するか」等の日常生活上の事柄だけでなく、本人に法的な効果や社会生活上重大な影響を及ぼす事柄についても考えられる。

していくことが可能となります。また、このような方法をとれば、法形式面では代理構成を取りながら、実質的に障害者の権利に関する条約12条2項、3項⁸の趣旨を反映させることも可能になると解されます。

ただし、本人は、精神上的の障害によってコミュニケーションの過程の4要素（情報の理解、記憶の保持、情報の比較考察、意思の実現）の1つ以上が阻害されているため、ひとたび特定の支援者により誘導がなされれば、その支援者が望む方向に意思形成が歪められ、影響を是正することが非常に難しくなります。その意味で、意思決定支援にあたっては、単独の支援者による本人の意思形成への恣意的な介入の回避が要請され、そのためには複数の支援者を関与させ、支援者相互の協働体制を構築することが有用といえます⁹。ガイドラインは、このような視点を踏まえて作られています。

3 ガイドラインの概要

ガイドラインは、後見人等に対し、意思決定支援、又はそれが不可能である場合の代行決定についての行動指針を示すものとされています。ガイドラインは、「物事を決めるのは本人である」という考え方（本人中心主義¹⁰）を徹底するため、意思決定支援の課題毎に、本人を中心に、福祉・医療関係者、後見人等、親族・友人、個別課題に応じて選ばれる者（建築業者、旅行業者等）などの支援者からなる支援チームを構成し、チームで本人への情報提供や問い掛け、意思の読み取りを行うことにしています。他方、ガイドラインは、単独の支援者による恣意的介入をできるだけ回避するために、方針検討のための事前打合

⁸ 障害者の権利に関する条約12条2項「締約国は、障害者が生活のあらゆる側面において他の者と平等な法的能力を享有することを認める。」、3項「締約国は、障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置をとる。」

⁹ 上山泰「意思決定支援の意義と課題」（実践成年後見75号54頁）参照。

¹⁰ 他に、①エンパワメント（本人が自分の意思決定を尊重される体験を積むことで、自分で決める力を高めていく。）、②意思決定能力存在推定（全ての人は意思決定をする能力がないと評価されない限り、能力があると推定される。）等の基本原則がある。

せ（プレミーティング）で意思決定支援の基本原則やルールを確認し、さらに、意思決定支援の場（チームミーティング）でルール違反が見られた場合には、その場で他のメンバーが是正できる仕組みも設けています。

なお、ガイドラインは、意思決定支援を尽くしても本人が意思を決定できない場合には¹¹、「最後の手段」として、後見人等が本人に代わって決定すること（代行決定）を認めています。しかし、代行決定が行われる場合も、その内容は、本人中心主義の観点から、「本人の価値観において最も良いと思われること（主観的最善の利益）」に基づき定められ、支援チームは、それまでの本人の発言や過去のエピソードを踏まえて、本人ならばどう考えるかをチームで検討することになります。

ガイドラインは、現時点では、後見人等に対し、ガイドラインが示した行動指針に従って、自主的に意思決定支援を取り入れた後見等事務を行うよう推奨するものにとどまり、「本人の推定的意思の尊重¹²」のような現在の実務を否定するものではありません。しかし、後見人等が推定的意思を検討する際も、「単独の支援者による恣意的介入の回避」や「主観的最善の利益」等を取り入れることは可能であり、基本計画の趣旨を考えると、むしろそのような配慮が求められているともいえるでしょう。

4 「親族間紛争がある場合の意思決定支援」について

（1）問題の所在

後見等開始申立ての中には、将来の相続関係紛争の前哨戦として、推定相続人の一方が他方を排除し、自ら後見人等として本人の財産を掌握する意図で行われるものが散見されます。この場合、家庭裁判所は、対立する親族双方と利

¹¹ 支援チームのメンバー全員が「本人には、その時点で、その課題について意思決定能力がない」と判断した場合をいう。

¹² 本人が過去に表明した意思や、親族等本人の生活に深く関わる者からの聴き取りその他の資料から、後見人等において、本人が現在も継続して有していると推測される意思をくみ取り、それを尊重するというもの。

害関係のない第三者専門職を後見人等に選任するのが通例ですが、選任後も、後見人等に選任されなかった親族が、本人の意思の形成に強い働き掛けをしてきたり、専門職後見人等の支援方針に強く意見を述べたりすることは少なくありません。

成年後見人は、成年被後見人の保護という目的で、広範な裁量権を有する一方で（民法859条1項）、善管注意義務（民法869条、644条）を負っており、保佐人、補助人も、代理権が付与された特定の法律行為については同様といえます（民法876条の4、876条の5第2項、876条の9、876条の10第1項、644条）。このような観点から、後見人等は、親族からの働き掛けや意見に対しては、できる限り公正・中立な観点から、それが本人のためか否かを検討し、本人の保護に反すると考えるときには毅然と対応することになります。しかし、これまで親族間紛争事案で選任された後見人等の中には、公正・中立性を強調するあまりに、「本人のため」を極端に狭く解釈し、対立する親族の一方あるいは双方と初めから距離を置いてしまう例も見られました。本来、後見人等としては、双方から話を聞かなければ、真の対立の原因も、どちらが本人を尊重しているかもわからないはずであり、初めから距離を置くという対応は、親族間の対立を深めるのみならず、親族と後見人等との対立、ひいては親族による後見人等解任請求（民法846条、876条の2第2項、876条の7第2項）やその乱発につながる可能性も否定できないでしょう。

（2）ガイドラインからみた親族間紛争事件

この点、ガイドラインは、親族を「日常の支援者」と捉えており、本人が意思決定支援への参加を希望した親族は、原則として支援チームに参加すると定める一方で、本人と利害が対立する親族や、本人に対して支配的・介入的な親族は、本人が希望しても、例外的に支援チームへの参加は望ましくないとして

います。これは、「本人の自由な意思形成を妨げる者¹³」が、本人の意思決定支援の過程に参加することは、本人中心主義ないし意思決定支援の趣旨に反するという考え方に基づいています。

このようなガイドラインの立場によれば、親族間紛争がある場合には、個別の課題についての意思決定支援に入る前に、親族のうち誰を支援チームに参加させるか検討することが重要です¹⁴。後見人等は、就任後、対立する当事者双方と面談して本人への支援状況を確認した後、福祉関係者らとチームを組んで、本人からどの親族に意思決定支援に参加してほしいか確認し、次いで、本人及びそれらの親族を加えた面談を繰り返して、その親族に本人の自由な意思形成を妨げる兆候がないかを選別していきます。ガイドラインにおける打合せには、基本原則やルールの確認、他のメンバーによる指摘・是正の仕組みがあります。もし、親族に本人の自由な意思形成を妨げ、自分の望む方向に誘導する意図があれば、ルールを嫌がって自ら支援チームから離れるか、何度指摘を受けてもルール違反を繰り返し、最終的に参加が望ましくないとの判断を受けるものと思われる。いずれにしても、評価が定まるまでにはある程度の時間が必要となるでしょう。

5 おわりに

個々の後見事務について、ガイドラインに基づき意思決定支援を実現するかどうかは、あくまで後見人等の裁量に任せられています。しかし、ガイドラインについては、平成30年3月以降も大阪意思決定支援研究会で検討が続けられており、各専門職団体でも研修や実践が進められています。本稿をきっかけ

¹³ 単独の支援者による恣意的な介入のおそれがある場合と同義である。

¹⁴ 対立する当事者の一方のみが支援チームに参加するとは限られず、双方が参加する場合や、双方とも参加しない場合も想定される。より詳しい手順が、ガイドライン続編【事例2】で検討されている。

に、大阪弁護士会会員の皆様もこれに興味を持ち、実践を試みていただくと
幸いです。

第12回のテーマは、「定期報告」です。

これまでも研修等を通じてお伝えしているところですが、後見センターでは、毎年1回、本人の誕生日末日までに、後見人等に後見等事務報告書、財産目録、通帳写しなどの自主的な提出を求める「自主報告方式」による後見等監督を行っています。

多くの皆様には、期限内の提出にご協力いただいておりますが、それでも、報告書等の提出期限を徒過し、さらに、家庭裁判所の督促によっても督促期間内に提出がされないという事態が一定数生じています。

過去の不正事案をみても、定期報告の遅滞が不正の発覚の端緒となったものは多く、報告の遅滞は、不正行為の存在を窺わせる重大な事象といえます。また、家庭裁判所が監督権限の行使として求めた事務報告を怠るという行為そのものが、後見人等の任務に適しない事由（民法846条、876条の2第2項、876条の7第2項）として、解任事由に当たり得るとも考えられますので、報告書等の提出期限の遵守をお願いします。

（本文421字）