

## 論 説

成年被後見人の面会交流支援について  
——近時の裁判例を題材として——

橋 本 有 生

- 一 はじめに
- 二 近時の裁判例
  - 1 裁判例
  - 2 小括
- 三 成年被後見人等の面会交流が制限された場合にとりうる法的手段
  - 1 不法行為に基づく損害賠償請求
  - 2 人格権を被保全債権とする面会妨害禁止請求
  - 3 家庭裁判所の諸手続き
- 四 面会交流事案における成年後見人の権限と義務
  - 1 成年後見人の権限
  - 2 成年後見人の義務
  - 3 小括
- 五 おわりに

## 一 はじめに

本稿は、成年被後見人との面会交流の是非をめぐって紛争が生じ、円滑にこれが果たされない場面において、後見人に期待される役割を検討するものである。近時、成年被後見人との面会を求める者によって訴訟が提起されるようになった。本稿もその種の事件のために執筆した意見書を加筆、再構成したものである。<sup>(1)</sup>

成年被後見人が第三者との間で面会交流をするにあたり、後見人にはどのような対応が求められるであろうか。この点を説明するべく以下では、実際に成年被後見人等、判断能力が不十分な成年者との面会交流をめぐり紛争に発展した事案を紹介し (二)、現行法のもと、問題解決にあたってどのような法的手段がとりうるかを検討し (三)、そのうえで、後見人の権限と責任について言及して (四)、むすびとする (五)。

## 二 近時の裁判例

まず、成年被後見人等の判断能力が不十分な者との面会交流をめぐって、実際にどのような争いが生じているのか、裁判例を引用しながら紹介していきたい。<sup>(3)</sup>本節で取り上げる 6 つの事例において、面会を求められた者は後見が開始しているか、または後見開始の審判が係属中であった。

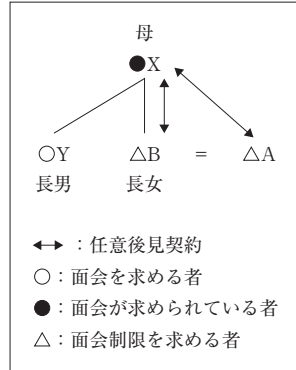
- 
- (1) 過去の関連業績のうち、橋本有生「要保護成年者の居所・面会交流をめぐる法的課題」早稲田大学大学院法研論集142号221-249頁 (2012年)において、筆者の根本的な問題意識と日本法の問題点を指摘した。また、イギリス法から得られる示唆を、同「要保護成年者の居所・面会交流の決定をめぐるイギリスの判例—1998年人権法施行前—」早稲田法学会誌62巻1号95-150頁 (2011年)、同「イギリスの『自由剥奪セーフガード (DoLS)』規定の導入 (2007年) に影響を与えた欧州人権裁判所の法理」早稲田法学会誌65巻1号303-351頁 (2014年)、同「同意能力を欠く成年者の自由剥奪をめぐるイギリス法の現状と課題」早稲田法学会誌65巻2号249-300頁 (2015年)、同「判断能力が不十分な成年者の居所及び面会交流の決定手続き」家族く社会と法>33巻252-266頁 (2017年)において示している。
- (2) 本稿では、後見開始の申立がなされたものの審判が下されていない当事者も含める。
- (3) 紙幅の関係上、事案及び判旨の紹介は、被後見人との面会交流の争いに限定し、他の争点には立ち入らない。

## 1 裁判例

【1】名古屋高裁平成26年2月7日決定<sup>(4)</sup>

## ①事実

大正生まれのX女（申立人・抗告人）は、平成22年9月29日に、長女であるB及びその夫であるAとの間で任意後見契約を締結した。平成25年、Aの任意後見監督人として弁護士を選任する裁判が確定し、その旨の登記がなされた。Xはこの年、肺炎球菌性肺炎により緊急入院し、退院後、介護施設に入所した。長男であるY（相手方）は、当該施設へXの面会のために度々訪れていた。



Xは、次第に家族への依存傾向が強まり、深夜まで興奮して眠れなかったり、家族を探して他の施設利用者の居室のドアを杖で叩くなどの不穏行動を起こすようになった。Yは、施設長からXへの面会を控えるよう求められた後も面会に訪れたり、面会申請をすることなく自分の連れてきた医師をXに面会させるなどした。

そこで、平成26年、Xの任意後見人であるA及びBはXを代理して、Xの人格権に基づく妨害排除請求権を被保全権利として、Yに対し、Xとの面会等を禁止する仮処分命令の申立てをした。本件は、原審が当該申

(4) LEX/DB 文献番号25446282。本決定の評釈として平山也寸志『『面会等の禁止を請求できる権利』の任意後見人による『代理』行使の可否などが問題とされた事例一名古屋高裁平成26年2月7日決定』実践成年後見59号（2015年）79頁、神野礼斉「任意後見人の代理権限の範囲」金融・商事判例1486号（2016年）72-75頁。また、三輪まどか「本人の意思の尊重と“福祉的”身上監護—面会禁止をめぐる裁判（名古屋高決平成26年2月7日判例集未搭載）を契機として」アカデミア社会科学編14号（2018年）107-122頁。

立てを保全の必要が認められないとの理由で却下したため、X が即時抗告したという事案である。なお、本事案と直接の関係はないが、過去に Y は X 及び B との間において平成21年に死亡した父の遺産分割をめぐる争いがあった。

## ②判旨

A に与えられた代理権のうち、「不動産、動産等すべての財産の保存、管理、変更及び処分に関する一切の事項」及び「以上の各事項に関連する一切の事項」に関する権限は、A が、X から X 所有の不動産等の管理処分権限及びそのために必要な法律行為（所有権に基づく妨害排除請求権等の物権的請求権を含む。）の代理権限を授与されているものといえるが、A に対し、本件仮処分命令申立ての被保全権利とされている X の人格権に基づく妨害排除請求権のような X の人格的な諸利益に関する非財産的な権利の管理処分権を授与し、又はそのための代理権を授与しているものと解することはできない。

また、A に与えられた代理権のうち、「日常生活関連取引に関する事項」、「医療契約や福祉関係施設入所契約に関する一切の事項」及び「以上の各事項に関する一切の事項」に関する権限が含まれているから、A は、X の生活及び療養看護に関する事務について代理権を有するとともに、X の身上を配慮すべき責務も負っているところ、X が相手方と面会等することは、X の平穏な生活を害するおそれがあり、A が X の医療に関する事務を適切に行うことが不可能になるから、A にはそれを差止めることができる代理権がある旨主張する。しかし、それらの代理権は、A に対し、日常生活関連取引、医療契約や福祉関係施設入所契約に関し、その締結等の法律行為の代理権限を授与する旨の内容であり、これらが A に対し、X の人格的な諸利益に関する非財産的な権利の管理処分権やそのための代理権限を授与しているものと解することはできない。その他、本件任意後見契約により A に与えられた代理権の内容を精査しても、X の人格権に基づく差止め請求権を行使する代理権が A に授与されていると認

めることはできない。

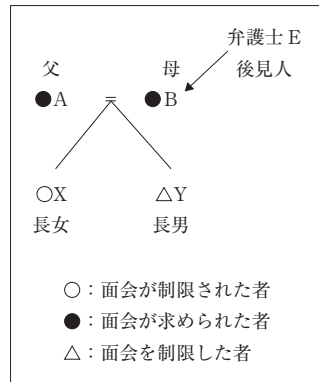
任意後見制度は、本人（任意後見契約の委任者）が、任意契約締結時に契約の締結に必要な判断能力を有している時点において、将来、精神上的障害により事理を弁識する能力が不十分な状態となった場合に備えて、自らの意思で自己の後見内容を決するという自己決定の尊重の理念に基づくものであるから、任意後見人の権限の範囲は、本人が締結した任意後見契約の内容によって定まるのであり、その結果として、任意後見人に代理権が授与されない事項が生じることがあったとしても、やむを得ないというほかない。

A は、X から、本件仮処分命令申立ての被保全権利である X の人格権に基づく妨害排除請求権の代理権を授与されていないから、本件仮処分命令申立ては、代理権限のない者が X の代理人として提起した仮処分命令申立てというほかなく、不適法として、これを却下すべきである。

## 【2】東京地裁平成26年2月14日判決<sup>(5)</sup>

### ①事実

X（原告）は、A 男（大正10年生まれ）とその妻である B 女（大正13年生まれ）の長女である。Y（被告）は、A 及び B の長男であり、C 精神神経センターの副院長を務める医師である。Y は、平成23年7月、自宅に居住していた A を介護老人保健施設に入所させたところ、施設での生活に反対していた X が、同年8月、当該施設長の外泊許可を受けることなく、A を連れ帰り、それ以降、自宅で A と同居するようになった。



(5) LEX/DB 文献番号25517945。

同年12月、A が発熱、食欲不振、体動困難の症状により精査目的で D 病院に入院すると、Y は X に無断で C に転院する手続きをとった。平成 24 年 1 月、X は A と面会するため C を訪れたが、閉鎖病棟にいる A との面会には、担当医である Y の許可が必要であるところ、Y が X を扉の外側に押し出すなどして、A との面会を許さなかった。X と A との面会が果たされないまま、A は心筋梗塞により死亡した。また Y は、B の後見人である弁護士 E に対して、B の居場所を X に知らせないよう指示し、X と B との交流も断絶した状態であった。そこで、X は、Y に対し、A 及び B との面会を妨害したこと等が X に対する不法行為を構成し、これによって精神的苦痛を被ったと主張して、損害賠償の支払を求めた。

## ②判旨

Y は、X と A らとの面会を妨害したことにより、X が親と面会交流する権利を違法に侵害したか、ということについて、A が、当時 90 歳を超える高齢で、慢性心不全等の持病を抱え、D 病院に入院中のところを C に転院させられたのであるから、その子である X が A の病状を心配して面会を希望するのは当然のことであり、Y がこれを正当な理由なく拒否したとすれば、X が A と面会交流する権利ないし法的な利益を侵害したものとして、不法行為を構成することがあり得るといふべきである。

Y は、X と共に A との面会に訪れた B の妹については面会を許可しており、X が看護師と押し問答をして興奮していたといっても、その原因や程度は不明であり、しばらく時間を置いて X が冷静になるのを待って A と面会させることもできなかったといえるような事情は認められないことからすると、上記の事情は、A との面会を拒絶した真の理由であるとは考え難いといふべきである。

しかし、Y は、A の担当医の 1 人であったのであるから、X と A の面会の許否を決するについては、医師として相当広範な裁量を有していたものといふべきである。X は、過去に A を居住施設から無断で連れ出し、自宅で長期間同居させるに至ったという経緯があることから、A と面会

させた場合にXがAに対してCから退院ないし転院するように説得を試みるなどし、それがAの病状や診療に悪影響を及ぼすなどの不測の事態が生じることがあり得ると、Yが考えたとしても、あながち不合理であるとまではいい難い。そうすると、Yがそのような事態を防ぐためにXとAの面会を拒否したとしても、当時、Aが死に瀕していたなど、Xにおいて緊急にAと面会する必要があるとの事情を認めるに足りる証拠もないことからすれば、その措置が上記裁量を逸脱したとまでは認め難く、不法行為法上違法の評価を受けるとまではいえないものというべきである。

また、Yは、Bの成年後見人の弁護士Eに対し、Bの居場所を原告に開示しないよう依頼し、これを受けて、成年後見人は、XにBの居場所を教えなかったものであるが、成年後見人は、Yの依頼に拘束されるものではなく、最終的には、自らの意思に基づいて、被後見人であるBの居場所をXに伝えるかどうかを判断すべきであるし、実際に自らの意思でその判断をしたものと考えられる。そして、Y自身がXからBの居場所を問われてこれを開示しなかったとか、XがBと会おうとすることを直接に妨害したといった事情も認められない。以上によれば、Yは、XとAらとが面会することを好ましく思っておらず、それに協力しなかったということはできるが、違法にXとAらとの面会交流を妨害したとまでいうことはできず、不法行為を構成するとはいえないというべきである。

### 【3】東京地裁平成30年4月11日判決<sup>(6)</sup>

#### ①事実

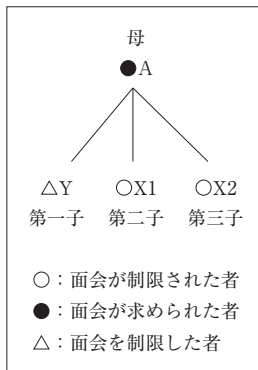
本件は、原告であるX1及びX2が、実姉のY（被告）により、長年にわたり、実母A（大正10年生まれ）と面会する権利又は法的利益を侵害されたこと等によって、その権利又は法的利益を侵害され、精神的苦痛を被

---

(6) LEX/DB 文献番号25555455。

ったと主張して、Y に対し、不法行為による損害賠償請求の支払を求めた事案である。

A は平成14年頃から物忘れがひどくなり、平成16年頃から Y 及び X らが交代で A の自宅に泊まりこんだり、各自の自宅に引き取ったりしながら A の世話をしていた。平成18年、A は長谷川式認知症スケールによる検査を受けた結果、認知症の疑いが高いとの診断を受け (30点満点中13点)、平成19年頃からは Y の自宅に泊まることが増えた。平成20年4月、当時86歳であった A は、脳梗塞を発症し、B 病院に入院した。A には、右半身麻痺、全失語、嚥下困難の後遺障害が残り、全介助が必要となり、経管により栄養を摂取する状態となった。A が C リハビリテーション病院に転院後、X 2 との面会時に経管が抜ける事故があったことを理由に、Y の子である D による X 2 と A の面会を制限する行為が始まった。平成20年9月、Y 及び D は、X らに事前の連絡なく、A を C 病院からナーシングホームに転居させた。X 2 が A に面会した事実をナーシングホームの保有する来客者名簿から知った Y らは、X 2 に謝罪させたが、それでも収まらなかった D は、A との面会を禁ずる念書を用意し、X 2 にサインさせようとしたり、面会に来た X 2 を怒鳴ったり、話し合いの際に顔面を殴打する等の激しい妨害行為を行うようになった。また D は、X 1 が自主退職するまでの1年4カ月にわたり、毎日のように職場に嫌がらせの電話を続けた。Y 及び D と上記ナーシングホームとの間でトラブルが発生したことから、A は平成20年10月、同ホームを退所して Y 宅に引き取られることとなった。そのため X らが A と面会するためには、Y 宅を訪問する以外に方法がなく、再三にわたり面会を求めたが、Y 及び D はこれを拒否し続けた。X らは A との面会を実現するために、平成22年10月、Y 及び D に対して A との面会妨害を禁止すること等を求める訴訟を提起したが、調停に移行し、不





成立に終わった。また、X1は、平成25年4月に、Y及びDに対して、民法878条前段又は879条に基づき、X1が扶養義務を履行するためにAとの面接交渉権を認めること、およびX1のAに対する扶養義務の履行を妨害してはならない旨の審判を求める申立てを東京家庭裁判所に提起したが、却下された。結局、平成20年以来、XらはAと面会することができないまま、平成28年にAは死亡した。

なお、X1は、平成27年8月、Aにつき、成年後見開始の審判を申し立てていたが、YがAに医師の診断を受けさせず、家庭裁判所調査官による状況確認の申入れにも応じようとしないうまま推移していたところ、同事件係属中にAが死亡したため、上記申立ては取り下げられた。

## ②判旨

成人し、既に独立した子にとっても、親と面会し、交流することは、法律上保護された利益であり、これを侵害することは、正当な理由のない限り、民法上の不法行為に当たるといふべきである。

Yは、Dと共に、〔1〕亡Aの在宅介護を開始するに先立ち、原告X2に対し、平成20年9月16日にAと今後5年間面会しないことを約束させようとした上、〔2〕原告X2については、在宅介護を開始した同年11月以降、原告X1については、その後の同年12月上旬頃以降、Xらから電話等により亡Aとの面会を求められても、これを拒絶し続けたことが認められる。

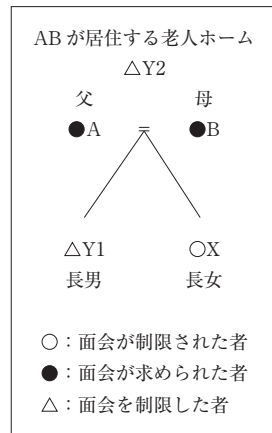
亡Aは、被告宅での在宅介護が開始される前はナーシングホームに居住しており、原告らにおいて同ホームを訪問して亡Aと面会することは客観的には可能であったと認められるから、被告の上記〔1〕の行為は、原告X2が亡Aに面会することを妨害するものとまでいうことはできない。他方、胃瘻造設手術を経てY宅での在宅介護が開始された平成20年11月以降は、原告らが亡Aと面会するためには、YやDの許可を得て、Y宅を訪問する以外に方法がなかったことが認められる。そうすると、亡Aの在宅介護が開始された平成20年11月以降に、被告が原告らの亡A

との面会を拒絶した上記〔2〕の行為は、原告らの亡Aと面会交流する法的利益を侵害する行為に当たるといふべきである。そして、被告は、原告らの亡Aとの面会を拒絶する正当な理由があることを何ら主張立証しないから、上記〔2〕の行為は原告らに対する不法行為を構成するといふべきである。

【4】横浜地裁平成30年7月20日決定<sup>(7)</sup>

①事実

A男(昭和6年生まれ)とその妻B女(昭和5年生まれ)はX(原告)及びY1(被告)の実父母である。Aは平成25年9月に、Bは平成27年12月にそれぞれアルツハイマー型認知症の診断を受けた。平成29年6月、Y1は、福岡県の自宅に居住していたA及びBを連れ出し、横浜市内のY1宅に転居させた。その際、両親の自宅の近くに居住していたXに対しては連絡がなされなかった。同年9月、XはY1及び両親を相手方として横浜家庭裁判所に親族間の紛争調整の調停を申し立てたが、



Y1は家庭裁判所調査官に対して調停に出席するつもりはなく、両親の希望でその介護に責任を持っているのはY1であり、両親に代理して調停に応じる考えがないことを回答し、不成立となった。

Y1は、同年10月頃、地域包括支援センターに相談し、老人ホームY2(被告)に両親を入居させた。Xが当該包括センターに対して両親の問い合わせをしたところ、Y1から施設名を教えないように言われている旨の回答を受けた。12月、Xが横浜家庭裁判所に対し、A及びBについて、それぞれ成年後見開始の審判を申し立てたが、Y1は、家庭裁判所調査官に

(7) 判時2396号30頁、LEX/DB 文献番号25562660。

よる親族調査において A の所在を明らかにしたくないとの意向を示した。また、同調査官が、両親の入居していると想定される施設へ問合せをしても、入居しているか否かについて回答を得られなかったため、本件決定時に至るまで精神鑑定を実施して判断能力の程度を判定することができていない。

平成30年、X は、横浜地方裁判所に対して、人格権を被保全権利として、Y1及びY2は両親と面会することを妨害してはならないとの仮処分命令を申し立てた。本件は、同裁判所による認容決定を不服としたYらが申し立てた保全異議事件である。X は、Y1が両親と面会することにつき応じないのであれば、家庭裁判所調査官と両親が面会することで、Y1に成年後見開始審判申立事件に協力することを求める旨の意向を示したが、Y1は家庭裁判所調査官の調査にも応じるつもりはない旨述べた。

## ②判旨

### (1) 被保全権利の存否について

X は、両親の子であるところ、前記認定事実のとおり、両親はいずれも高齢で要介護状態にあり、アルツハイマー型認知症を患っていることからすると、子が両親の状況を確認し、必要な扶養をするために、面会交流を希望することは当然であって、それが両親の意思に明確に反し両親の平穏な生活を侵害するなど、両親の権利を不当に侵害するものでない限り、X は両親に面会をする権利を有するものといえる。

### (2) 保全の必要性について

Y1の意向が両親の入居している施設等の行為に影響し、X が現在両親に面会できない状態にあるものといえる。また、Y1の従前からの態度を考慮すると、上記の状況が改善する可能性は乏しいものといえ、今後も、Y1の妨害行為によりXの面会交流する権利が侵害されるおそれがあるものといえる。なお、Y1は、両親の意向を尊重しているだけで、Y1がXと両親との面会を妨害している事実はないなどと主張するが、Y1の行為が、Xが両親と面会できない状況の作出に影響していることは否定でき

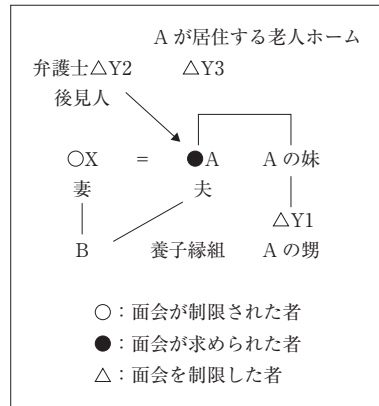
ない。以上によると、Xが両親に面会することにつき、Y1の妨害を予防することが必要であることから、本件保全の必要性も認められる。

よって、本件仮処分命令申立ては理由があるから、これを認容した原決定を認可する。

【5】東京地裁平成31年3月18日判決<sup>(8)</sup>

①事案

A男(大正7年生まれ)は、前妻と死別後、信仰を同じくするX女(昭和22年生まれ、原告)の妹を通じて、Xと知り合った。AとXは1年ほどの交流を経て、平成17年4月、婚姻届を提出した。Aについては、持病である糖尿病の担当医師から、平成18年2月、アルツハイマー型認知症の疑いを指摘されていたが、同年6月、XにAの財産の全てを相続



させる旨の公正証書遺言が作成されている。また、平成19年10月に実施された長谷川式簡易知能評価スケールの点数は30点満点中7点であり、同年11月、アルツハイマー型認知症で自分の家族の区別ができず、理解力、判断力が極めて障害されているとして、判断能力の程度が後見相当であると診断書を作成されたが、平成20年6月、AとXの実子であるBとの養子縁組の届出が提出されている。Xは、平成22年9月、横浜家庭裁判所に対して、自らを後見候補者としてAの後見開始の審判を求めたが、裁判所は、Aの財産が高額であることを考慮して、弁護士であるY2(被告)を後見人に選任した。選任後Y2はAの甥であるY1(被告)に対して、Aの預金に多額の用途不明金があること、Aが認知症になっていた

(8) LEX/DB 文献番号25559888。

にもかかわらず、前記公正証書遺言が作成されていること、Xとの婚姻やXの実子との養子縁組も無効である可能性があること及びこれらについてXに訴訟を提起することを検討している旨の報告をした。さらに、Y1は、Aが現在Xと同居している自宅は介護に不適切であることから、入居型介護施設への転居を早期に希望していたが、Xが応じない可能性が高いため、どのタイミングで身柄を引き取るかということについてY2との間で、相談を重ねていた。平成25年9月、Aがかりつけの病院を受診すると、医師は、脱水症、腎不全、食思不振と診断し、家族からの希望を考慮したうえで、当該病院に入院をさせる判断をした。入院を知ったY2は、医師と面談をし、適切な介護がなされるのであれば退院も可能とのことであったので、同日、Y1らに連絡し、その求めに応じてAをY3（被告）が運営する介護付有料老人ホームに入居させることとした。

Yらは、Aが死亡し、葬儀と納骨を終えた平成26年8月25日まで、XにAの居所を知らせることはなかったため、Xは、このことによって精神的苦痛を受けたとして、東京地方裁判所にYらによる共同不法行為に基づく慰謝料請求を申し立てた。

## ②判旨

### (1) Yらの故意責任について

まず、Y1及びY2は、Xが妻であることに疑いを抱いていたから、Xに妻の地位があることを前提とした権利等を侵害する故意があったとは認められず、また、Y3においても、親族間で紛争が生じていることを認識していたと認められるので、Xの妻としての正当な地位があることを前提とした権利があるかどうかの判断ができていたとはいえず、同権利等を侵害する故意があったとは認められない。

### (2) 原告の権利又は法律上の利益について

もっとも、夫婦には同居の義務があり（民法752条）、また、原告は、法律上確定したAの妻である上、平成17年4月から平成25年9月までの間、8年以上にわたり各地に旅行に行くなど夫婦としての生活を共にしてい

たから、Xには、少なくとも、夫であるAの居所を知る法律上の利益があるといえる。もっとも、上記同居の義務は配偶者の一方が他方の配偶者に対して負う義務である上、Aは、本件入居の当時、95歳で、かつ、各種の傷病を抱え、また、Y2が成年後見人として選任されている状況にあったから、Xが妻であるからといって、第三者との関係で当然にAと同居する権利や法的利益があるとはいえず、また、居所を知ることができれば、体調を自ら知ることができ、また、特別の事情がない限り、面会交流をすることができるので、原告はこのような特別の事情を主張していないので、本件入居に関しては、その居所を知る法的利益があるといえるにとどまるといえる。

### (3) Y1の過失責任について

Y1は、Y2に対し、本件施設にAを入居させ、XにAの居所を伝達しないよう要望をした上で、Aの本件入居後、Xに対し、Aの居所を教えず、また、Y2に対し、Aの死亡に際して、Aの葬儀と納骨が終わるまでAが死亡したことを連絡しないように要望している。この点、A名義の預貯金に多額の用途不明金が存在しているとしても、Y2がAの成年後見人に選任されているので、XによるAの資産の不正な流用がされるおそれが法律上あるといえない。また、Y1が効力を疑うAとXの婚姻が平成17年4月、公正証書遺言が平成18年6月、Xの実子との間の養子縁組が平成20年6月であるところ、Aが長谷川式簡易知能評価スケールの点数が9点でアルツハイマー型認知症と診断されていたのは平成18年5月であるので、それらの意思能力に疑いが生じることも無理からぬものがあるものの、本件婚姻については、そのような診断がされる1年以上前にされているものであり、Aの認知症の初期段階のときであったと考えていたことに照らせば、本件婚姻が有効であると判断されることも十分に予想し得たといえる。さらに、XにAの居所を知らせた場合においてXが自宅にAを連れ戻すおそれについても、入院先の医師は、Aが自宅での介護が可能である旨の判断をしているので、自宅に連れ戻すこと自体に看護

上に問題があるとの事情も見い出せない。また、XはAの妻であり、Aの死亡の当時、原告を親族として尊重することがおよそ期待し得ない状況にあったと評価することもできない。

したがって、Y1は、本件入居の日である平成25年10月5日において、Xに対してAの居所を教示するべき義務を負っていたにもかかわらず、この義務に違法に違反したものであるといえる。

#### （4）Y2の過失責任について

成年後見人の立場であるY2としては、Aの年齢や状態等を考慮すれば、老人ホームで介護を受けながら生活させることを選択することに不当性は見いだせない上、家庭裁判所からの指摘や調査の結果等により本件婚姻に係る意思能力やXがAの財産をAの意思に反し不当に費消した疑いがあった事情があった中で、Aの親族であるY1らの要望を受け、家庭裁判所からも本件施設にAを入居させることについて異議を述べられていない事情のもとでは、XにAの居所を教えないことに違法があるというには足りない。したがって、Y2は、Xに対してAの居所を教示するべき義務に違法に違反したといえることはできない。

#### （5）Y3の過失責任について

Y3は、平成25年7月17日に、Aが認知症の初期の段階で、宗教の介入を受け、その信者であるXと婚姻していることや、XからAを引き離したい旨聞いていた上、身元引受人であるY1から、本件入居の際にXにAの居所を教えないようとの要望を受けていた。これらの事実によれば、Y3においては、XとY1らとの親族間に紛争が生じていることを認識している状況で、本件入居契約の身元引受人からの要望に反してまで、XにAの居所を教示するべき義務が生じるということとはできない。

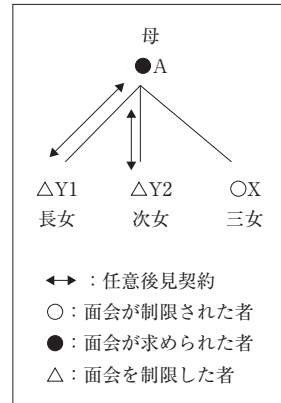
以上によれば、Xに対し、Aの居所を教えなかったことについて不法行為責任を負うのはY1のみであると認められる。

## 【6】東京地方裁判所令和1年11月22日判決<sup>(9)</sup>

### ①事案

X(原告)は、A女(昭和4年生まれ)とその亡夫の三女であり、Y1(被告)はその長女、Y2(被告)はその二女である。Aは、平成19年12月に夫を亡くした後、引き続き自宅において、単身で居住していたが、その生活については、A宅の近所に居住していたXが種々の面倒をみていた状況にあり、Aの預金通帳、キャッシュカード等はXが管理していた。平成24年11月27日付けで「全財産の管理をXにおねがいたいのので預けます」とする署名入りのAの自筆の書面が残っている。

ところが、同月30日、YらがAを連れ出し、以後AはY1およびY2の自宅間を、2、3か月おきに行き来して生活を共にするようになった。Aが連れ出された直後、Xは、Aとの面会を求めてY1宅に訪れているが、Y1はこれに応じなかった。そこで、平成24年12月、Xは、Yらを相手方とし、Aの生活支援と財産保全についての親族間の紛争の調整を求め、東京家庭裁判所に親族間の紛争調整の調停を申し立てた。しかし、同調停手続は、Yらが期日に出頭をしなかったため、不成立となった。平成25年1月から6月の間、Aは小脳梗塞の治療のため病院に入院していたが、XはYらから入院先を知らされなかったため、自ら調査して判明したAの入院先を訪れ、Aとの面会を果たした。その際、Aは「自宅に戻りたい、Xに会いたいとずっと言っていた」という旨の発言をしていた。他方、Yらは、平成25年11月1日、Aが自己の財産を管理処分するには、援助が必要な場合があるという医師の診断を受けたことから、Aとの間で、Aの生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うことを



(9) LEX/DB 文献番号25581993。



委任し、Yらそれぞれが独立してこれを受任する旨の任意後見契約を締結した（平成26年5月までにいずれも発効済み）。

平成26年11月、Xは、Yらを相手方とし、Aの生活支援の方法と面会交流の方法についての親族間の紛争の調整を求め、東京家庭裁判所に親族間の紛争調整調停の申立てをした。この調停手続の中で、遠くからでもいいのでAと会いたいというXの希望が容れられ、XはAを駅の改札を挟む形で遠くから眺めることができた。平成27年5月、YらがXに対し、Aの写真を少なくとも年2回以上送ること、Aの生活状況及び体調に著しい変化があった場合には、診断書を添えて報告することをそれぞれ約束するという内容の調停が成立した。同年10月以降、Aは施設での生活を送っているが、その居所についてYらがXに秘匿することから、Xは、平成29年3月、Yら及びAを相手方とし、Aとの面会交流及び生活支援等についての親族間の紛争の調整を求め、東京家庭裁判所に親族間の紛争調整調停の申立てをした。同調停手続において、家庭裁判所調査官に対してAの本人調査が命じられたが、Y1から協力を拒否され、同調査は実施されることなく、平成30年3月、不成立となった。そこで、Xが、YらによるXとAとの面会を妨害する行為が「母と会いたい」というXの法的な保護に値する利益を侵害し、社会的相当性を逸脱するものであると主張して、Yらに対し、不法行為に基づく損害賠償請求を求めたというのが本事案である。

なお、Yらの任意後見監督人として弁護士が選任されているが（本件の補助参加人）、Aと面会したことも、AからXと会うことについての意向を聴取するなどしたことはなく、Aの病状について、医師から説明を受けたこともなかった。

## ②判旨

(1) YらがXとAとの面会をさせないことが、Xの法的な保護に値する利益を侵害し、社会的相当性を逸脱するものか。

Yらは、平成24年11月にAを自宅から連れ出して以降、XからのAと

の面会の求めに応じたことはなく、Xに対し、Aの居所を知らせることもないという状況が継続していることが認められ、面会を拒絶するというYらの態度は極めて頑ななものと認めざるを得ない。Aが独力で、公共交通機関を利用するなどし、移動をすることができない状況である以上、Xは、YらによるAとの面会拒絶等により、Aと面会をし、交流をするという機会を奪われる状況に置かれているといえることができる。

そして、たとえ子が成人に達した後であっても、子が親を思い、親と面会をし、交流をしたいと願うことは、子の自然な思いとして、我が国の法秩序においても尊重すべきものであり、また、親が会いたくないという意向を有しているといった事情でもない限り、親と面会をし、交流をすることは、本来自由にされるべきものと考えられる。そうすると、親と面会をし、交流をしたいという子としての素朴な感情、又は自由に親と面会をし、交流をするという利益は、それ自体が法的な保護に値するといえることができるから、合理的な理由もないのに、親と会って交流をするという子の機会を奪い、同感情等をいたずらに侵害することは、社会的相当性を逸脱するものとして、不法行為を構成するものと解すべきである。

(2) YらによるXとAとの面会拒絶等について、合理的な理由がないものであるか否か。

XがAと病院で面会をした際の会話や、家庭裁判所調査官によるAの本人調査への協力がY1により拒否されている事情に照らすと、AがXと会いたくないという意向を有しているという事実を認めることはできない。

また、Yらの対応は小脳梗塞の再発リスクを抱えるAの身上監護を考えてのものであるとの主張に対しても、現在Aの症状も安定している状況にあると推認することができ、一般的なストレスにより小脳梗塞を直ちに再発するような高いリスクを負った状況にあることも、またAにとって、Xとの会話が過度のストレスを生じさせるものであることも認められない。さらに、XとAとの面会において、Aのストレスを軽減するた

めの一定の措置を執ることも可能であると考えられる。そうすると、小脳梗塞の再発をするリスクを理由として X と A との面会等を拒絶することは、不合理なものといわざるを得ない。

Yらそれぞれが A の任意後見人として、その身上監護について責務を負うほか、その職務の遂行に当たって一定の裁量を有していることを考慮しても、平成24年11月29日以降の長期にわたり、Yらが X と A との面会を拒絶等していることは、合理的な理由もないのに、親と会って交流をするという機会を原告から奪い、親と面会をし、交流をしたいという法的な保護に値する子としての原告の感情等をいたずらに侵害するものであるから、不法行為を構成するといわざるを得ない。

## 2 小括

【1】～【6】までのすべての事例において、面会の対象者と面会を求める者が親子又は夫婦の関係にあり、また面会の妨害を試みる者も面会対象者の親族であるという点が共通している。さらに、事例【1】のように過去に親族間で財産上のトラブルがあったり、事例【5】のように面会の対象者が資産家であったり、事例【6】のように財産の管理に当たってきょうだい間で主導権争いがあったような事情がうかがえ、面会妨害の事案の根底には複雑にこじれた人間関係がみてとれる。

面会の妨害方法としては、居所を知らせない（【2】、【4】、【5】及び【6】）か、居所が明らかな場合は面会禁止等の仮処分を求めるという法的手段に訴えたり（【1】）、私宅に引き取ったうえで面会に来た者を拒否する（【3】）という実力行使に出るケースも見受けられる。事例【5】及び【6】においては、面会対象者が居住する施設の老人ホームが、面会の妨害を試みる親族に依頼されて、居所を秘匿したために訴訟の相手方とされている。

その他の特徴として、裁判所から後見人又は後見監督人として弁護士等の専門職が選任されている場合（【2】（対象者の妻の後見人）、【5】及び

【6】の事例)において、いずれの後見人にも積極的に面会交流を支援するような行動や、本人の意見を聴取するような姿勢はうかがえなかった。むしろ、面会制限を求める一部の親族の意見に寄り添った結果、法廷闘争にまで発展してしまったように思われる。

### 三 成年被後見人等の面会交流が制限された場合にとりうる法的手段

本節では、以上に紹介した6つの事例を参考にしつつ、成年被後見人等との面会交流が制限された場合に、面会を求める者がとりうる有効な法的手段について検討していきたい。

#### 1 不法行為に基づく損害賠償請求

第一に、不法行為に基づく損害賠償請求が考えられる。事例の【2】、【3】、【5】及び【6】において用いられた手段であり、事例【2】以外において不法行為が成立している。事例【2】は、面会を制限する者が親族でありながら本人の担当医でもあり、裁判所が面会の許否の決定について「医師として相当広範な裁量」(傍点は筆者による、以下同様。)があることを認めた、という特殊な事情があった。本件を除けば、典型的な親族間の紛争であり、そのすべてにおいて面会の妨害者に対する損害賠償の責任が認められている。

裁判所による判断のプロセスとしては、第一に面会交流を求める者に法律上保護される権利又は利益があるかどうかを検討し、そのような権利が認められる場合、第二に面会妨害の事実があるか、そして面会妨害を行うための正当(合理的)な理由があるかを検討する。そのような正当事由が認められなければ、不法行為が成立するという流れである。

### （１）法律上保護される権利又は利益か

子が病気療養中の老親に面会を求めた【２】の事案では、「子である原告が本人の病状を心配して…入院中の本人と面会することを希望するのは当然のことであり、被告がこれを正当な理由なく拒否したとすれば、原告が本人と面会交流する権利ないし法的な利益を侵害したもものとして、不法行為を構成することがあり得る」としている。同様に事例【３】では「成人し、既に独立した子にとっても、親と面会し、交流することは、法律上保護された利益」、事例【６】では「たとえ子が成人に達した後であっても、子が親を思い、親と面会をし、交流をしたいと願うことは、子の自然な思いとして、我が国の法秩序においても尊重すべきものであり、また、親が会いたくないという意向を有しているといった事情でもない限り、親と面会をし、交流をすることは、本来自由にされるべきものと考えられる。そうすると、親と面会をし、交流をしたいという子としての素朴な感情、又は自由に親と面会をし、交流をするという利益は、それ自体が法的な保護に値するということができる」とされている。また、妻が夫との面会を妨害された【５】の事案においては、民法752条に基づく夫婦の同居義務と実際に８年以上にわたり夫婦としての生活を共にしていた事実を根拠として「少なくとも、夫であるＡの居所を知る法律上の利益」があることが認められた。

なお、本稿において紹介した事例はいずれも親子や夫婦の間の面会交流の利益に関するものであったが、必ずしも交流がそのような近い身分関係にある者同士で行われるものでなくとも、法律上保護される利益であると判断される場合があることに付言しておきたい。古くから、成年者が他者と面会交流を行うことは人格権の一つとして認められており、不当にこの権利が制限された場合、不法行為に基づく慰謝料請求が認められてきた。たとえば、大審院時代において、同じ集落に住む村民に対して複数の村民が決議の上共同して絶交した行為（いわゆる「村八分」）によって、周囲との交流を断絶させられたことにつき、「社交上活動シ得ヘキ自由ヲ妨

ケ且被告人ヲ社交上ヨリ擯斥シテ其社会ヨリ享クヘキ声価ヲ受クルコトヲ得サルニ至ラシメ」る行為とし、「自由及ヒ名誉ヲ害シタルモノニ外ナラサル」として不法行為の成立を認め、被絶交者の精神上的の損害を賠償することを命じた事案<sup>(10)</sup>がある。

## (2) 面会妨害の有無

法律上保護される利益が存在する場合、次に、どのような行為が「面会妨害」に該当するかが争いのポイントとなる。事例【3】のように面会をしに来訪した者を直接拒絶するという行為はもちろん、居所を知らせない(【2】、【4】、【5】及び【6】)ことによって間接的に面会させないという行為も面会妨害に該当することが認められている。

## (3) 面会妨害の正当性

唯一、事例【2】のみ、面会妨害の正当性が認められ、原告の法律上の利益が害されてもやむなしとの判断がなされた。前述のとおり、本件は妨害者が本人の担当医師の資格をも有している親族であり、医師として広範な裁量が認められた点に特徴がある。このことに加えて裁判所は、原告が過去、無断で面会対象者を入居中の施設から自宅に連れ帰ったことや、反対に妨害者が原告の知らない間に、面会対象者の入院先を変更した事実があったことを挙げ、原告と面会させた場合に現在の入院先から「退院ないし転院するように説得を試みるなどし、それが本人の病状や診療に悪影響を及ぼすなどの不測の事態が生じる」可能性を妨害者が懸念したとしても「あながち不合理であるとまではいい難い」と述べている。この他にも、事例【5】及び【6】において、面会妨害の正当性が本人の健康状態に照

---

(10) 大審院大正10年6月28日判決民録27輯1260頁。村八分の事案は、戦後から半世紀以上たった現代においても問題となっており、津地裁平成11年2月25日判決判タ1004号188頁は、人格権を侵害する共同不法行為が成立したとして慰謝料請求が認めている。

らして検討されている。たとえば、事例【5】では、妻が夫を入所先の施設から自宅に連れ帰ることを懸念した妨害者について、裁判所は、医師が「自宅での介護が可能である旨の判断をしている」ことから、「看護上に問題があるとの事情」を見出させないとして面会妨害は不合理であるとされた。事例【6】でも、面会交流によって対象者の小脳梗塞が再発するリスクがあるとして、身上配慮義務を尽くした上での面会妨害であったと正当性を主張する被告に対して、裁判所は、病気の状況や面会希望者と本人の関係性を考慮して、不合理な妨害行為であったと認定している。

また、正当性の判断には当然、本人の意思も重要な要素となろう。本人に判断能力が備わっており、明確に交流を拒絶する意思を表明する場合は、看護にあたる者が面会を妨害した場合、単なる使用者にすぎないから正当な理由が認められる。事例【4】では、採用されていないが、妨害者が本人の「意向を尊重しているだけ」で妨害の事実はないと主張している。また、事例【6】では、正当性の判断に際して、裁判所は「原告と会いたくないという本人の意向」が存在しないことに言及している。

このように不法行為に基づく損害賠償請求は、事後的な救済手段ではあるが、事例【6】のように面会対象者が存命中であれば、将来の面会妨害に対しても一定の抑止力があるものと期待され、面会交流を求める者の取りうる法的手段のうち有効な手立てのひとつであるように思われる。しかし、現に進行中の面会妨害をやめさせたい場合、他により有効な手段が考えられないであろうか。

## 2 人格権を被保全債権とする面会妨害禁止請求

そのような場合、人格権の行使が他者によって不当に制限されているとして当該行為の禁止を求めることも可能である。まさしく、事例【4】はその典型例である。裁判所は、高齢で要介護状態にあり、アルツハイマー型認知症を患っている親に対して、「子が両親の状況を確認し、必要な扶

養をするために、面会交流を希望することは当然であって、それが両親の意思に明確に反し両親の平穏な生活を侵害するなど、両親の権利を不当に侵害するものでない限り」原告は「する権利を有する」とする。そして、その権利を被保全権利として、面会を妨害する兄及び父が入居する老人ホームの運営会社に対して、原告が両親と面会することを妨害してはならないとする仮処分命令を下した。

この申立ては、夫婦間の交流についても用いることができよう。過去にも、第三者が夫婦の交流を妨害しているとして、面会妨害の禁止が認められた事例がある。<sup>(11)</sup> 本件は、夫が、宗教団体である第三者に妻及び子との面会交流を妨害されているとして、当該宗教団体に対して妻らとの面会交流、親権の行使及び同居に対する妨害の禁止を求めたという事案であった。夫と同居する夫両親に面会を婦の長男も、扶養、監護教育等の請求権及び人格的権利に基づき、被告に対して妹らとの面会交流の妨害禁止を求めている。裁判所は、長男については、「本件においては、被告らがこれを妨害すべく…兄弟間の面接交渉を阻止しているとまで認めるに足る証拠はない」として、その請求自体は退けられたものの、「人格権の一内容として平和で団らんのある家族生活を享受する権利を認めることができる」と明示した。本件から、親族間の面会交流において第三者が不当にこれを妨害した場合は、人格権に基づく差止請求権の行使が認められる可能性が示唆される。

面会交流の妨害を受けている当事者が親族関係になくとも、民法710条に保障される自由には、身体的自由（身体活動の自由）の侵害だけでなく、精神活動の自由も含むものとされることを基礎に、差止請求が可能であるものと思われる。<sup>(12)</sup> 前者は、不法に拘禁する行為や道路の通行を妨げる行為

(11) 東京高裁平成11年12月16日判決判時1742号（2001年）107頁。原審は、横浜地裁平成11年2月26日判決判時1700号（2000年）87頁。

(12) 大刑判昭和8年6月8日法律新聞3573号（1933年）7頁。川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）69頁は、人格権には「人の肉体的自由ないし完全性への権利、精神的自由ないし完全性への権利」が含まれるとする。



であり、後者は、詐欺または脅迫によって意思決定の自由を奪ったり、他者との交際を絶たせ周囲から孤立させたりすること（前述の村八分等）が例として挙げられる。<sup>(13)</sup> 面会交流の妨害は、身体及び精神活動の自由を侵害する行為である。これらも人格権である以上、当該権利が侵害されている場合、当然に被侵害者は侵害行為の差止を請求することが可能であろう。<sup>(14)</sup>

### 3 家庭裁判所の諸手続き

家庭裁判所による調停・審判の手続きのうち現行法上取りうる手段については、すでに別稿において検討している。<sup>(15)</sup> そこでは、扶養に関する調停・審判や親族関係調整の調停手続きを紛争解決の方法として挙げつつ、終局的な問題解決が期待できないことが問題であると述べた。実際に、今回取り上げた6例のうち、事例【3】、【4】及び【6】において、面会希望者は家庭裁判所における調停を複数回試みたが、面会妨害者が話しあいに応じず、不成立となっている。

また、事例【3】及び【4】においては、面会希望者が後見開始の審判を申し立てた際、家庭裁判所調査官によって、本人の居所に関する調査の実施が期待されたが、妨害者がこれを拒絶したため、後見の開始がなされなかったという驚くべき事態が生じている。困り込みが懸念される事案においては、本人の身上および財産の保護の必要性が特に高いものと思われる。

(13) 我妻栄＝有泉亨＝四宮和夫『判例コンメンタール（iv）事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1963年）243頁、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）234頁。

(14) 差止請求を基礎づける法律構成として、①人格権が排他性を有する絶対的権利であることから、物権と同様、妨害予防または差止の請求が可能であるとする権利的構成と、②差止を不法行為の一効果として位置づける不法行為法構成とがあるが、①であれば自由は人格権のなかでも中核的な権利であるため差止請求は当然に可能であると思われるし、②の立場でも自由の侵害の態様が重大であり回復困難な損害を生じせしめる可能性がある場合は損害賠償とともに認められると思われる。

(15) 橋本有生「要保護成年者の居所・面会交流をめぐる法的課題」早稲田大学大学院法研論集142号221-249頁（2012年）。その他、人身保護請求の利用についても検討している。

る。後見人の選任の妨害がまかり通らないよう、家庭裁判所調査官の権限や当該審判手続きの運用の方法を見直す必要がある。

#### 四 面会交流事案における成年後見人の権限と義務

前述の様に紹介した 6 つのいずれの事例においても、弁護士等の専門職後見人は、取り立てて成年被後見人の面会交流を支援するような行動はとっておらず、問題がこじれていったように見受けられる。そこで、本節では、成年被後見人の面会交流について後見人が果たすべき役割について検討していきたい。

##### 1 成年後見人の権限

平成11年に成年後見制度が導入された際、立法担当官は後見人の職務範囲に関して、「①事実行為」、「②身体に対する強制を伴う事項（たとえば、手術・入院または健康診断の受診の強制、施設への入所の強制等）」及び「③一身専属的な事項（たとえば、臓器移植の同意等）」は、成年後見人の権限に含まれない<sup>(16)</sup>、とした。このような考えは現在も維持され、学説においても通説的立場となっている。

たとえば、通説は、成年被後見人の生活・療養看護に関する事務は、「被後見人の財産を管理し、又、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する」権利（民859条1項）及び取消権（同120条）に基づいて行われるものであるから、結局は法律行為をさし、事実行為は後見人の職務に含まれないとする<sup>(18)</sup>。この見解に則れば、成年被後見人の面会交流は事実

(16) 小林昭彦ほか編著『新成年後見制度の解説』（きんざい、2000年）144頁、原司「成年後見制度の実務上の諸問題」ジュリスト1211号（2001年）29頁。

(17) 小林昭彦ほか編著『新成年後見制度の解説 [改訂版]』（きんざい、2017年）152頁。

(18) 水野紀子「後見人の身上監護義務」判例タイムズ1030号（2000）97頁以下、道垣内弘人『『身上監護』、『本人の意思の尊重』について』ジュリ1141号（1998年）

行為にほかならないから、後見人に交流の相手や方法等について決定する権限は認められない（上記①の事項）。また、面会交流は本人以外が決定（強制）することのできない一身に専属する事項でもあるため、後見人が本人の医療について同意することができないのと全く同様の構図で、後見人による代行決定は許されないものと考えられる（上記③<sup>(19)</sup>の事項）。

ところで、事例【1】において名古屋高裁は、後見人に対して、その身上監護権の行使のために必要であれば、第三者が被後見人に面会交流をすることを禁止する差止請求権を有すること、さらに一歩進んで、被後見人の施設入所契約に対する身上配慮義務を根拠として、被後見人の面会等の制限が認められうることを示唆している<sup>(20)</sup>。そのような意見は傍論部分に表れているとはいえ、本件訴訟にかかわる重要な意見であるためその意図を検証する。

同決定は、まず①「…成年後見人は、成年被後見人の生活及び療養看護に関する事務を処理する権限、いわゆる身上監護権を有する（民法858条）から、その有する身上監護権の行使を妨害する者に対し、妨害排除を請求することができる」と解されるし、また、成年被後見人の介護施設入所契約において、民法858条所定の配慮義務を踏まえた上で、成年被後見人と面会等できる者を制限することができないものではない。したがって、任意後見契約における権限の制約により任意後見人が成年後見人と同様の権限を行使できず、本人の身上監護に支障が生じる場合には、任意後見契約に関する法律10条1項により、成年後見への移行が検討されるべきである。」とする。このことから、少なくとも法定後見人であれば自己の権利を基礎

34頁以下。

(19) 成年後見人に医療同意権を認めるかどうかについては、立法以前から鋭い意見の対立があった。立法担当官が前述のように事実行為や一身専属的事項を後見人の権限から明示的に排除したのは、後見人に医療同意権を認めないとする立法者意思を明らかにする目的もあったと考えられる。成年後見人の医療同意権については数多くの先行研究があるが、最新の論稿として上山泰「医療行為の同意と自己決定」『現代家族法講座第4巻後見・扶養』152-160頁（日本評論社、2020年）。

(20) 名古屋高裁平成26年2月7日決定（LEX/DB 文献番号25446282）。

として成年被後見人の面会を制限するための方策をとることができるとの見解を有していることがうかがえる。また、②「抗告人〔被後見人〕が子や家族等のうち誰と面会し、何を話し、何を聞くことを望み、また、好み、そのことを実行するか否かなどのことは、極めて個人的で内面的な事柄であり、抗告人の自由な意思決定にまかされるべき人格的な利益又は権利というべきものであるから、他人が抗告人に代わって決定することになじまない性質の事柄というほかない。したがって、仮に抗告人がその人格権に基づき相手方に対し、面会等の禁止を請求できる権利を有するとしても、同権利は、抗告人自らがこれを行行使することを要する権利であって、いわゆる行使上の一審専属的権利であると解される」(原文ママ)としながらも、「任意後見契約において、抗告人〔委任者〕がA〔任意後見受任者〕に対し、上記権利の行使の代理権限を明示的に授与している場合は例外がありうるとしている。行使上の一身専属権であるが任意後見契約によって授権が可能であるとしていること及び前記のように「身上監護に支障が生じる場合は法定後見への移行を検討すべきであるとしていることを併せて考えると、②では、法定後見人は本人の権利である面会禁止請求権を代理行使する権限を認めているかのように読める。

上記①において、後見人自身の権利として妨害排除請求ができる可能性が示されているが、当然のことながら、同決定が示すように本人の身上に配慮する義務を尽くすためになされなければならない。したがって、交流支援が自らの手に余るとか、周囲に反対する者がいるからとか、施設の迷惑になるから等といった理由で行使できる権利ではない(施設で面会が困難な場合でも、別の場所での交流が可能である)。あくまで問題の中核は、当該交流が被後見人の身上の利益を害しないか否かであり、その他の事由を考慮事項にすることは許されない。また、同決定は、①の後半で、後見人が介護施設入所契約を維持するにあたって、本人の身上に配慮した結果、第三者との面会が制限できる可能性をも示しているが、これはさらに例外的かつ緊急の場面に限定され、その効果も一時的なものに留まらなければ

ならない。たとえば、被後見人が居住する介護施設での交流中に面会者が著しく被後見人の利益を害するような言動をし、施設において対応が困難な事態が生じたような場合に、後見人が面会を一時的に中止するといった場面が想定される。面会交流が「他人が被後見人に代わって決定することになじまない性質の事柄」である以上、①のように後見人が自らの権限に基づいて面会を制限することが無限定に認められると解するのは妥当ではあるまい。そのような解釈は、冒頭で確認した学説の立場とも反する。

同決定の②において示されるように、本人の人格権に基づく妨害排除請求を代行できるか。たとえば、ある者が被後見人に面会交流を求めた場合において、周囲の親族等がこれに反対して紛争が生じたとき、後見人はその交流が適当であると考えるのであれば、親族に対して面会交流に対する妨害排除請求を行うべきであるし、交流が危険であると考えるのであれば、面会を求める者に対して面会等の禁止を請求することが、後見人の適切な対応であると考えられる。もちろん、本来これらは被後見人に一身に専属する権利であるが、本人に判断能力がない以上は、その利益を保護するためには、面会交流の妥当性を本人以外の者（機関）が判断せざるを得ない。そのような一身専属的な利益を判断する機関としては、裁判所が適任である。そして、裁判所へ確認を求める際に、訴訟能力を欠く本人に代わって申立てを行うことがまさに後見人の職務である（民訴31条）。

## 2 成年後見人の義務

以上に示したように、後見人が、被後見人の面会交流について代行決定権を有しないことを前提として、何者かが被後見人との面会を求めてきた場合、後見人はどのような対応をとらなければならないのであろうか。面会交流の決定そのものは法律行為でないとしても、後見人として、その意思決定に全く関与しないという態度は被後見人の利益を保護する地位にある者として適当ではあるまい。

現に面会交流と類似の法的性質を有する医療同意の問題<sup>(21)</sup>においては、後

見人自身に決定権がないとしても、身上の保護において役割を果たすことが期待されている。たとえば、2019年に厚労省科研費事業の一環としてまとめられた「身寄りがない人の入院及び医療に係る意思決定が困難な人への支援に関するガイドライン」<sup>(22)</sup>において、後見人は、適切な医療サービスが確保されるよう、「治療方針の決定に役立つような医療情報を本人の家族等から収集」し、「適切に管理する」ことが求められている。また、本人に意思決定能力がある場合は、「必要に応じて本人とのコミュニケーションを支援するサービスを手配」するなどして、本人が意思決定しやすい場を設定することも役割の一つに挙げられている<sup>(23)</sup>。面会交流は、医療と同様、本人に対して重大な影響を与える事項である。高齢になるにつれ社会（親族も含まれる）との交流の程度と身体的・情緒的な福祉との相関関係が強まる傾向にあることが海外の研究において証明されており、精神的な病気を予防したり、認知症の進行を和らげる効果が期待されている<sup>(24)</sup>。このような重要な決定にあたっては、医療の場面におけるのと同様に、後見人にも期待される役割があろう。

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ない。」と規定する。本条により、後見人は後見事務の遂行にあたって、本人の意思を

(21) 医療同意は、面会交流の決定と同様、身上にかかわる一身専属的な事実行為である。

(22) 山縣然太郎ほか「身寄りがない人の入院及び医療に係る意思決定が困難な人への支援に関するガイドライン」25-26頁(2019) <<https://www.mhlw.go.jp/content/000516181.pdf>> [2021/4/15最終アクセス]。

(23) 同上25-26頁。

(24) Litwin H, Stoeckel KJ, "Social networks and subjective wellbeing among older Europeans: does age make a difference?", *Ageing & Society* vol 33(7), pp1263-1281, (2013); Baranowska-Rataj A, Abramowska-Kmon A, "Number of children and social contacts among older people: the moderating role of filial norms and social policies", *European Journal of Ageing*, vol 16(1), pp95-107, (2018).

尊重する義務と身上に配慮する義務を負うとされる。後見事務は、身上に関する事項であってもその内容は財産管理であるから、つまるところ同条も財産管理を行う際の注意義務である。しかしながら立法担当官は同条について、「単に善管注意義務の解釈を具体化したものにとどまらず…身上への配慮及び意思の尊重が事務処理の指導原理であることを明示することによって、身上面の保護に関する成年後見人の職務・機能の実効性を高め<sup>(25)</sup>ていくことに資する」ものであると説明している。そこで、本条が規定する意思尊重義務及び身上配慮義務から、面会交流の決定において後見人に対して期待される支援の内容について検討してみたい。

### （１）意思尊重義務

意思尊重義務は、禁治産宣告によるパターナリズムからの転換を表明するため平成11年の成年後見法制定時に初めて明示された後見人の義務である。<sup>(26)</sup> 身上配慮義務が客観的な福祉の実現であるとしたら、意思尊重義務は本人の主観的利益の実現を意味する。858条の制定過程をたどると、両者の関係は、本人の意思がその福祉に反しない限りにおいて実現されるというものであった（客観的利益の優先）。しかし、「障害者の権利に関する条約」（以下、障害者権利条約と表記する。）の制定以降、世界各国において本人の意思尊重の重要性がより一層強調される傾向にある。<sup>(27)</sup> それは、2014年に同条約を批准したわが国においても例外ではない。2020年10月、最高裁、厚労省及び各種法専門職団体の構成員から成る意思決定支援ワーキング・グループが「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」を公表したのもそのような動きの中に位置づけられる。<sup>(28)</sup>

(25) 小林＝原・前掲注（２）271頁。

(26) 成年後見制度問題研究会『成年後見問題研究会報告書』（金融財政事情研究会、1997）52頁。

(27) そのような傾向を踏まえた各国の法定代理制度の改正動向について、橋本有生「法定後見をめぐる比較法的研究—障害者権利条約12条に関する議論を中心として」『現代家族法講座第4巻後見・扶養』87頁以下（日本評論社、2020年）。

当該ガイドラインは、「飽くまで後見事務の一環として行われるものである以上、後見人等が直接関与して意思決定支援を行うことが求められる場面は、原則として、本人にとって重大な影響を与えるような法律行為及びそれに付随した事実行為の場面に限られる<sup>(29)</sup>」とする。したがって、面会交流の決定のような事実行為の場面において、後見人の行動指針となることが想定されているわけではないが、本人の人格的利益に重大な影響を与える行為がなされる際、後見人がどのように被後見人の意思決定にかかわるべきか、ということを考えるうえで一定の参考になる資料であると思われる。

このガイドラインによると、意思決定支援とは「特定の行為に関し本人の判断能力に課題のある局面において、本人に必要な情報を提供し、本人の意思や考えを引き出すなど、後見人等を含めた本人に関わる支援者らによって行われる、本人が自らの価値観や選好に基づく意思決定をするための活動<sup>(30)</sup>」のことをさす。そして、意思決定支援のプロセスは、①「本人が意思を形成することの支援（意思形成支援）」と②「本人が意思を表明することの支援（意思表明支援）」に大別されるとし、③後見人等には身上監護の一環として本人によって表明された意思を実現するための支援を実践することが期待されるとする。本ガイドラインによって示された意思形成支援及び代行決定のプロセスは図に示される<sup>(31)</sup>とおりである。<sup>(32)</sup>

まず、(I) 本人が自分自身で決定できるよう実行可能なあらゆる支援がつくされなければならない。そのためには、後見人は定期的に本人と面談し、積極的にコミュニケーションを図り、日常的に本人のエンパワーメ

(28) 意思決定支援ワーキング・グループ「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」(2020年) <[https://www.courts.go.jp/saiban/koukenp/koukenp5/ishiketteisien\\_kihontekinakangaekata/index.html](https://www.courts.go.jp/saiban/koukenp/koukenp5/ishiketteisien_kihontekinakangaekata/index.html)> [2021/4/15最終アクセス]。

(29) 同上4頁。

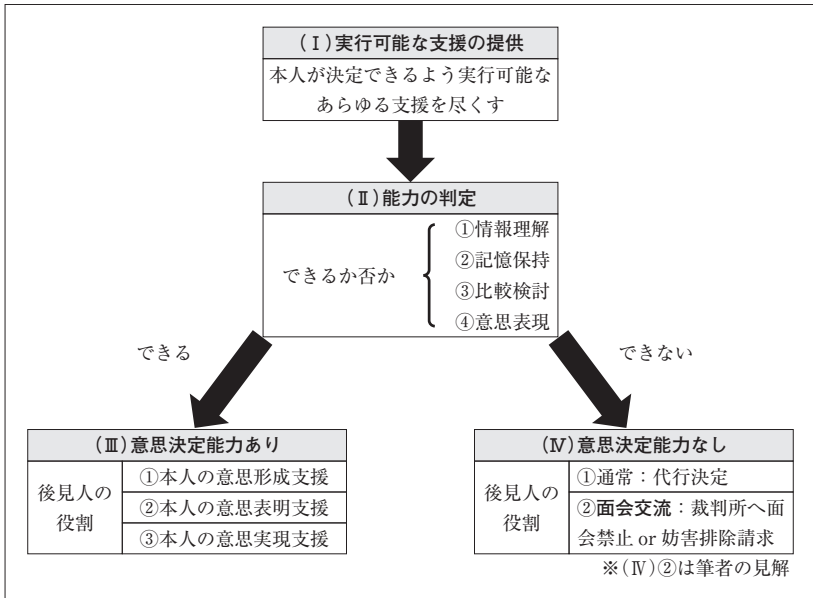
(30) 同上2頁。

(31) 同上。

(32) 本文に示した図は、「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」を整理したものであるが、(IV) ②面会交流については筆者の考えを補足した。



【図】



ントに努めなければならない。(II)そして本人にとって重大な影響を与えるような意思決定の必要に迫られた際には、本人が決定を行うことが可能であるかどうかを判定する。その際、すべての人は意思決定能力があるものと推定するところから始まり、ただし「①意思決定に必要な情報を理解すること（情報の理解）、②意思決定に必要な情報を記憶として保持すること（記憶保持）、③意思決定に必要な情報を選択肢の中で比べて考えることができること（比較検討）、④自分の意思決定を口頭又は手話その他の手段を用いて表現すること（意思の表現）」の4つの要素のうち一つでも欠けていた場合は、意思決定能力を欠く状態であると判断される。(III)本人が問題となっている行為について意思決定能力を有すると認められれば後見人は意思決定支援を行うが、(IV)その能力が否定されれば後見人が代行決定を行う。これがガイドラインの示す意思決定支援及び代行決定の基本的なプロセスである。

しかし、このガイドラインが対象とする行為は前述のとおり、「法律行為及びそれに付随する事実行為」に限られるので、面会交流に関する決定については異なる態様をとることができるであろう。とくに(Ⅳ)代行決定の場面において、上記に検討したとおり、面会交流は「代行決定になじまない性質の事柄」である。したがって、(Ⅳ)本人に意思決定能力がない場合に後見人がなすべきことは、本人に代わって面会交流の実施の妥当性について裁判所の判断を仰ぐことであろう。

他方、(Ⅲ)本人に意思決定能力があると認められたとき、後見人にはどのような支援を行うことが期待されるのであろうか。まず、本人が①「意思形成」を行うための支援としては、本人の身上の福祉に関わりのある者から成る支援チーム<sup>(33)</sup>に参加し、本人が当該人物の交流にどのような意思を持っているのかを確認する。本来そのような支援チームには親族も含まれるはずであるが、たとえば親族の一人が本人との面会を希望しており、他の親族がその者との交流に反対しているような互いに利害の対立がある場合は、それらの親族は当該意思決定のプロセスに参加するべきではない。遺言や養子縁組等、重要な決定において判断能力の減退した高齢者の言動が二転三転するケースがしばしば見受けられるが、それらは高齢者がその時々<sup>(34)</sup>に面前にあらわれた者の感情に配慮したり、発言に影響を受けた結果であることが多い。面会交流に関する意思形成を支援する際は、本

(33) 同ガイドラインは、「親族、介護支援専門員、相談支援専門員、施設庁・施設ケアマネジャー等相談支援専門職・相談員、地域包括支援センター等行政機関の担当者、主治医・看護師・臨床心理士、医療ソーシャルワーカー・精神保健福祉士等」を支援メンバーの候補者とする(7頁)。

(34) 東京高裁昭和57年2月22日判決家月35巻5号98頁は、80歳の高齢者Aが死亡の半年前に、長男Bの妻Y1及び子Y2、その配偶者Y3を養子とする縁組届出を行ったことにつき、Bの妹X1・X2が無効確認を求めた事案である。この縁組に先立ち、AはBに全財産を遺贈する旨の公正証書遺言を作成していたが、その二日後、Xら及びその他の妹弟に連れ出され、X宅で療養看護を受けることとなった。その間、Aにより前記公正証書遺言を取り消す旨の自筆証書遺言が作成されており、本件においてはB家とXを含む他の弟妹らとの間に「かなり激しい感情的な軋轢ないし対立」があった。このような事案において、裁判所は、Aの

人の判断が利害の対立する親族の一方に影響された状態で行われないう、後見人や福祉関係者から成る支援チームが公平中立な立場にたって慎重に行う。

また、意思決定支援においては、過去の意味は無関係であり、現在の決定が引き出されなければならないことに注意が必要である。本人の意思を都合よく解釈した事実上の代行決定が行われないうにしなければなら<sup>(35)</sup>ない。

## （２）身上配慮義務

次に、被後見人の客観的福祉の尊重のために用意されている身上配慮義務の観点から面会交流の決定における後見人の役割とは何かを考えてみよう。前述の「身寄りがない人の入院及び医療に係る意思決定が困難な人への支援に関するガイドライン」が参考になる。まず、面会交流の決定は、一身専属的な事項であるため、本人に意思決定能力がある場合は、たとえ後見人の目から見て相手方との交流が客観的利益に反する場合であっても、これを制限するような働きは基本的には認められない。ただし、本人の利益を著しく害するような暴力行為等が認められ、身体を確保できないようなときは、後見人の介入が許されるものと思われる。また、本

---

「弁識力、判断力、決断力等の意思能力にかなり衰弱が見られ、たやすく同居者等の言いなりになるような精神状態にあったこと」、「届出書に A 本人の自署を求めたり、届出書の作成や提出の際に、A の意思を確認するに足りる公正な第三者を立会させる等の配慮をするのが通常と考えられるにもかかわらず」、「そのような配慮のなされた形跡が全く存在しないこと」等を総合勘案し、当該縁組が無効であるとした。このように判断能力が低下した者の意思決定において周囲の者に利害の対立がある場合、公正な第三者の介在は重要である。また、東京高裁平成2年5月31日判決判時1352号72頁においても、養親が縁組当時86歳という高齢で弁識能力にかなりの衰えがあったことが認められるとき、たとえ届出が本人の自署においてなされていたとしても、「その場の状況次第では、真意の如何とは別に、たやすく身近な人の言いなりになるような精神状態にあったと推認できる」として、届出を無効としている（下線は筆者による。）。

(35) 前掲注(14)5頁。

人が慎重に意思決定を行うことができるよう、面会を求めている相手方の情報をわかりやすいように説明し、ときに、試行的に面会交流を行うことを支援する、という手段も考えられる。

他方、意思決定能力がない場合は本人の客観的利益が担保されるよう基本的には面会交流の実施を支援する方向で動くべきである。もしも周囲に軋轢があり、被後見人の面会交流の可否をめぐる紛争が生じている場合や当該交流が被後見人の客観的福祉を著しく害すると思慮される場合は、前述のとおり、本人に代わり第三者との面会交流禁止（又は面会交流が妨害されているときには、面会交流に対する妨害排除）の申立てを行い、裁判所の判断を仰がねばならない。そこで仮に、当該交流が適切であるとされたのであれば、後見人は円滑に当該者との交流が開始されるよう支援を行わねばならないであろう。さらに、本人の意思決定能力の有無にかかわらず、親族間に激しい対立がある場合は、中立な第三者として意見の調整<sup>(36)</sup>を行う役割が期待される。

### 3 小括

結論として、成年後見人は被後見人が特定の第三者と面会交流をするべきか否かについて決定する権限を有しないが、身上配慮義務および意思尊重義務の観点から、他者との交流を実現したり、必要に応じて制限するための支援を提供する責任が導かれる。

思うに、本人が意思決定能力を欠く場合、自由に外出し他者との交流を図ることは精神的・身体的に困難であり、何らの支援もなされなければ本人自ら面会交流を行うことは実質上不可能である。このとき、後見人が試行的に面会交流を行って被後見人の反応を確かめたり、紛争が深刻な場合は、本人の人格権に基づく面会交流禁止請求又は面会妨害の排除請求を行

---

(36) 親族後見人しか選任されておらず、当該後見人が利害関係者の一人である場合は、後見監督人が代理人として行動する。監督人の選任が未了の場合は、後見監督人または特別代理人の選任がなされなければならない。

うといった支援をしない以上、本人の自由が著しく制限されており、面会が妨害されている状態にあるといえよう。

仮に後見人が面会妨害を試みる場合、それには正当な理由が必要である。また、筆者は、面会交流の決定は、「他人が被後見人に代わって決定することになじまない性質の事柄」であるため、正当な理由がある場合であっても、その制限は一時的なものにとどまると考える。身体的・精神的自由という重要な人格権の制限について、最終的な正当性の判断を行う機関は後見人ではなく裁判所が適当である。面会交流を行った結果、本人の健康等の身上の利益を著しく害するような可能性が高い等の特別の事情がない限り、後見人を含む第三者が面会交流を妨害する正当な理由があるとは認めがたい。

## 五 おわりに

わが国も批准する障害者権利条約の14条は、障害者（精神障害も含む）が「身体的自由及び安全についての権利を享有する」（a号）ことを保障する。障害者のみに特別の基準を押し付け、それをもって自由を抑制することは許されないという規定である。さらに、同条は、「不法に又は恣意的に自由を奪われないこと、いかなる自由の剥奪も法律に従って行われること及びいかなる場合においても自由の剥奪が障害の存在によって正当化されないこと」（b号）を求める。したがって、被後見人であるから、とか相対する人間を認識することができないから、という理由をもって身体的・精神的活動の自由を奪われることがあってはならない。また、いかなる自由の剥奪も法律に基づいてなされなければならない。面会交流の決定が、後見人に認められる権限外の事項である以上、恣意的に被後見人の自由を制限することは許されない。後見人は被後見人の人格的利益を保護するという立場から、本人の意思決定能力の有無を問わず面会交流の支援を行わなければならない。

本人の安全を確保するために面会の制限が必要と考えるのであるならば、後見人は、本稿の四に示したしかるべき法的手段をとり、そのような制限が適法に行われるよう行動しなければならない。さもなければ、後見人の責務にも、上記の条約にも反して、被後見人に対して違法な人権侵害を行っているとの誹りを免れないであろう。