

# 成年後見人の居所指定権に関する一考察

— 東京地裁平成二八年八月一〇日判決を機縁として —

金 井 憲 一 郎

「……そもそも私が実家を売却できるのは母の成年後見人だからだ。……わが家も売却益を信託するまでは弁護士が財産管理の後見を、私が生活面での後見をするダブル成年後見人体制をとるようにとの審判が下った。……所有者が母である以上、母の利益を最大限守らねばならない。空き家の固定資産産税や管理費を払い続けるより、そのぶん母が入居する介護施設の費用や医療費にあてたほうが本人の利益に適う。……五四歳で脳血管性の若年性認知症になって約三〇年、介護とそれに伴う諸問題で心身共に限界だった時期もあるが、不思議なことに最近、母が身をもって私を鍛え、教育してくれているように思えるようになった。……実家の整理も肅々と進めるしかない。覚悟はあるのか、私。さあ、いよいよ母の最終講義が始まった。」（最相葉月「母の最終講義が始まった」二〇一九年二月一日付日経新聞朝刊三二面）

## I はじめに

## II 事案の概要と検討

成年後見人の居所指定権に関する一考察（金井）

- Ⅲ 成年後見人の居所指定権に係るこれまでの議論の展開
- Ⅳ 比較法 アメリカ統一成年後見法
- V 結びに代えて あるべき方向性、私見と残された課題

## I はじめに

限られた人生において、衣食住、なかんづく住まいをどこにするかは、きわめて重要である。住居こそ人間にとって精神的肉体的社会的にも最も重要かつ長い時間過ごす生活の場であることに鑑みれば、なおさらであろう。<sup>(1)</sup> 超高齢社会、そして人生一〇〇年代において、万人に共通して考えられるリスクに認知症が挙げられる。人間の寿命が長くなる分、それだけ判断能力が衰えることは避けられず、誰しも例外なく認知症等になるリスクはかつてないほどに大きくなっていくといえよう。リスクは認知症等がその典型であるが、怪我、足腰が弱くなり、日常生活が一人できなくなり、施設に入り、やがては認知症になる等長寿になればなるだけ様々なリスクに漸次襲われるのが現実である。このように認知症等意思無能力に陥った本人の住まいを本人の自己決定に基づいてどこに置くのかは、本人のみならず、その周囲にいる家族にとっても難しい判断を迫られる。民法学の領域においても、衣食住の根本を規律することに距離を置いているわけではない（民法二二条以下の住所の規定など）。そして、衣食住の保障が個人の尊厳に直結することになることからすれば明らかであろう（民法二条参照）。

ところで、民法は都市生活法とする有力な見解がある。<sup>(2)</sup> 民法の現代化の観点から都市生活の概念を提唱される。そ

の内容は広範囲に亘っており、豊かなものである。あえてまとめると次のようになる。すなわち、地域社会における生活の基本要素としての衣食住を基礎として、土地・住宅の居住等、消費生活、交通移動等の中で物的生活及び人的生活の複合した生活及び生活関係として展開していると、その地域社会において営まれる生活及び生活関係を都市生活とされる。

このような中であって、近時、認知症等の高齢者の住まいをどう考えるべきか、首都圏に複数の不動産を所有しているいわゆる富裕層の高齢者の居所をどこにするのかをめぐってその相続人の思惑も介在しつつ、考えさせられる興味深い事件があった。事実を子細にみると、成年後見人の居所指定権の肯否につき改めて検討すべきであるとの問題を提起した判例であり、今後も頻繁に起きることが予想される本判例は、直接的には民法八五九条の三がはじめて問題となったのであるが、同条のもっとも根源的な論点である、成年後見人は居所指定権を有するの<sup>(3)</sup>かという問題を改めて問いかける都市生活における事例と思われる。

以上の問題意識のもと、本稿では、超高齢社会における住まいとは何かを強く考えさせられる東京地裁平成二八年八月一〇日判決（判例タイムズ一四三九号二二五頁。以下、「本判決」という<sup>(4)(5)</sup>）の事例を紹介しつつ、成年後見人の居所指定権について考えてみることにしたい。

以下では、本判決の事例を紹介し、これまでになされてきた成年後見人の居所指定権をめぐる学説の展開を概観し、比較法としてアメリカ法の動きも視野に入れつつ、成年後見における居所指定のあるべき方向につき、若干の私見を述べ、序論的な考察を行うことにしたい。

## II 事案の概要と検討<sup>(6)</sup>

### 1 関係当事者

関係当事者は、以下のようである。

X（昭和三十七年生、昭和六一年よりBと親しい関係にある）、Y（昭和四八年生、Bの長男）、A女（大正八年生、成年被後見人）、B女（昭和二年生、Cと昭和四七年結婚後昭和五九年死別）、C（Bの夫、昭和五九年死亡）、D（弁護士、Aの成年後見人）、E（Bの二男、昭和五四年生）、F女（Bの長女、昭和五七年生）

### 2 事実の概要

昭和一五年頃からA女は都内品川区において料亭を開店し、昭和三三年頃まで経営を続け、その経営の関係でB女と知り合い、長く交際していた。昭和六三年六月、Aは神奈川県平塚市所在の土地を購入し、翌平成元年一月に七階建てのマンションを建築した（以下「甲建物」という）。Aは、そのマンションの七階に住むこともあった。平成四年一月、YはAとの間で養子縁組を行った。なお、平成一九年二月、AはBとの間で養子縁組を行い、平成一五年八月、AはEとFとの間で養子縁組を行っている。

平成四年一〇月、Aは都内世田谷区内所在の土地を購入し、平成六年六月に三階建ての建物を建築し、B及びXが居住していた（以下「乙家屋」という）。その後、Aは乙家屋に居住していたこともあったが、平成七年六月、AとBは、都内品川区内にマンション九階の一室（以下「本件建物」という）を購入し、Aの共有持分一〇分の九、Bの共有

持分一〇分の一とし、Aは、乙家屋から本件建物に転居した。平成一〇年一月より、留学から帰国したYもAと本件建物に同居した。

平成一三年頃、Aは、本件建物内で脚立から落ちて怪我をし、乙家屋に転居した。平成一四年度分から甲建物の固定資産税・都市計画税が滞納した。平成一九年、甲建物につき滞納処分差押えがなされた。

平成一九年一〇月、Yが乙家屋にAを迎えに行き、本件建物に連れて帰った。同月二五日、Yは、Aにつき後見開始審判の申立てを行い、東京家庭裁判所は、その頃、後見開始の審判を行い、成年後見人としてD弁護士が選任された。

平成二一年八月頃、Aは、介護の必要が多くなったため、再び乙家屋に転居した。その後、平成二四年九月頃、都内品川区内特別養護ホームに入居した。

平成二五年九月頃、D後見人は甲建物等公売の回避のため、本件建物を二〇〇〇万円で売却する意向であることをYやBらに話した。同年一〇月九日、Bから本件建物の売却の意向につき話を聞いたXは、自身が買い受けてもよいと考え、自身の母親に援助を依頼し、一五〇〇万円を出金してもらい、四〇〇万円をXの預金口座に送金してもらった。同日、D後見人は東京家庭裁判所に対し、Bから本件建物が二〇〇〇万円で売却できることになったこと、Bから買主の名前は教えられないと言われたこと、Yが本件建物に居住しているためYの了解がない限り本件建物を売却しない等を報告し、東京家庭裁判所は成年後見人の裁量に任せるとの回答を行った。同月一〇日、XはBとともに赴き、Aが滞納していた甲建物の固定資産税・都市計画税一五二万三一四六円を納入した。同月一五日、二〇〇〇万円から平塚市に納入した固定資産税・都市計画税一五二万三二四六円を差し引いた四八七万六八五四円をD後見人

に振込送金した。

これを受けて、同月二五日、D後見人は、東京家庭裁判所に居住用不動産の売却許可の申立てを行った。同年一月五日、D後見人は、東京家庭裁判所に対し、D後見人が直接関与しないところで売買の合意と代金の授受が事実上済んでしまったこと、Yの了解は得ていないが、BやE、Fは賛成していること、平塚市に対する滞納税の納付は緊急を要することなどを理由にXに二〇〇〇万円で売却したいとの報告をし、東京家庭裁判所は成年後見人の判断に任せるとの回答を行った。同日、D後見人は本件建物につき居住用不動産の売却許可の申立てを取り下げた。

平成二五年一月二五日、D後見人、B及びXとの間で、本件建物につき売買契約が締結された（以下「本件売買契約」という）。本件売買契約においては、買主たるXは、本件建物にYが居住していることを了承し、売主がYに対し、明け渡しを求めて交渉すること、買主たるXはYに対し、本件売買契約成立の日から概ね一年間居住することを認める旨が合意された。平成二六年四月、D後見人はYに対して書簡を送り、本件建物をXに二〇〇〇万円で売却し、その代金で平塚市に対する滞納固定資産税等を納付したこと、同年一〇月末までに本件建物から退去してほしいこと、明渡しに際してはAの着物家財、動産類はそのまま置いてほしいこと、Yの転居先として乙家屋、甲建物を考えているなどを伝えた。しかし、これに応じないので、同年一月四日、XはYに対し本件建物の明渡しと明渡済みまでの賃料相当損害金の支払いを求めて本訴を提起した。

これに対して、Yは、本件売買契約が通謀虚偽表示により無効であり、本件建物の明渡請求は権利の濫用であることに加え、本件建物はAにとつての民法八五九条の三にいう「居住の用に供する建物」に該当するところ、本件売買契約には家庭裁判所の許可が得られていないから無効であると主張して争った。

なお、平成二七年一月二九日、Aは死亡した。

### 3 本件判旨

認容。本判決は、Yの通謀虚偽表示による無効、権利濫用の主張それぞれを退け、本件売買契約には家庭裁判所の許可が得られてない点につき、次のように判示した。

「民法八五九条の三の『居住の用に供する建物』は、現に被後見人が居住しておらず、かつ、居住の用に供する具体的な予定がない場合であっても、将来において生活の本拠として居住の用に供する可能性がある建物であればこれに含まれると解すべきである。

このように解すると、被後見人が老人ホーム等の施設に入居中であっても、将来において居住する可能性がある限り、『居住の用に供する建物』というべきである。

……Aにとっての居住の用に供する建物は、本件建物及び乙家屋が該当するように思われる。

……Aは、怪我をしたり、介護が必要になったりした場合に、乙家屋に転居してBによる介護を受けていたものと推認できる。そして、平成一三年から平成一九年の六年、平成二一年八月から平成二四年九月の二年の合計八年にわたりBと同居しており、△△ホームに入居する直前も乙家屋に居住していたものである。さらに、……Aは、入居時アルツハイマー型認知症、せん妄症状、常に介護者の見守り、声かけ、介助が必要であった要介護3の状態であったことが認められ本件売買契約当時も同様の症状が継続又は悪化していたものと推認される。

これらの事情によると、本件売買契約当時、将来的にYがその妻の協力を得たとしてもAを引き取って本件建物で同居することは極めて困難であったというべきである。

以上のことからすると、……本件建物内にAの着物や動産類、仏壇や想い出深い友人の写真等があったとしても、また、Aが……料亭を営むなどして……思い入れが強かったとしても、本件売買契約当時、本件建物がAにとって居住の用に供する建物であったということはできない。Aとしては、仮に△△ホームを退去することがあった場合に、乙家屋においてBと同居し、Bの介護を受けながら生活するほかないものといえる。そして、本件建物内に残置してきたAの動産類についても、Bの知り合いであるXが買い受けたことにより、紛失の危険性が少なくなるという事情もあるから、本件建物に居住するという必要性も高いものとはいえない。

……本件建物が居住の用に供する建物に該当し、その売却には家庭裁判所の許可が必要であるとのYの主張は採用できない。」

#### 4 控 訴 審

Yは控訴したが、控訴審は控訴を棄却した（東京高裁平成二九年一月二二日判決・判例集未登載）。居住用不動産該当性につき、以下のとおり判示した。

「民法八五九条の三の趣旨は、成年被後見人の身上監護配慮の見地から、被後見人が長年住み慣れた場で生活が継続できるように配慮することにあるから、同条の『居住の用に供する』とは、生活の本拠として現に居住の用に供し



ており、又は、居住の用に供する予定がある（具体的な予定がなくても、将来においてなお生活の本拠として居住の用に供する可能性がある場合も含む）場合をいうものと解される。

……本件売買契約当時、Aの年齢や病状に照らして、今後Aが本件建物に居住する具体的な予定も将来的な可能性もなく、本件建物は居住用不動産に該当しないというべきである。また、D後見人は、本件売買契約に当たり、東京家庭裁判所に居住用不動産の売却許可の申立てを行ったところ、東京家庭裁判所から、本件建物の売却については後見人の裁量に任せるとの回答がされたことから、同申立てを取り下げた……ものであって、本件売買契約につき本件建物は居住用不動産に該当せず、かつ、本件売買契約締結に問題ないとの家庭裁判所の判断を得ているから、民法八五九条の三の趣旨は順守されているというべきである。

……本件建物が居住の用に供する建物に該当し、その売却に家庭裁判所の許可がないから本件売買契約は無効であるとのYの主張は採用できない。」

## 5 検 討<sup>(7)</sup>

本判決は、本人が東京や神奈川という大都市圏に複数（三か所）の不動産を所有する相対的には富裕層に属すると認められる認知症高齢者であり、その相続人がすべて養子（B並びにBの子Y・E・F）という複雑かつ潜在的に相続争いが生じる可能性が高い家族関係にある事案である。加えて、Aの本件建物が本人の養子であるBと交際相手にあるXに売買されている点に特徴があるといえよう。その点で、本件の民法八五九条の三に関する解釈が一般性を有するのか、本件の事案の特殊性を説く見解も予想され、本判決の射程については、評価が分かれるのではないかと思われる

る。<sup>(8)</sup> 他方で、かかる事案の特殊性としての、売買の相手方が純然たる第三者でないものであること（相続人Bの交際相手であるXが買主）によることにもあるが、D後見人の対応の問題性は冷静に検討する必要がある。<sup>(9)</sup> 仮に買主が純然たる第三者だったら、D後見人の対応に別の配慮が考えられたであろうか。家庭裁判所もD後見人に任せずに居住用不動産該当性を判断したうえで、許可の是非を判断したであろうか。<sup>(10)</sup> しかし、買主が純然たる第三者であれ、本件のような本人の養子との交際相手であった者であれ、その対応に違いがあつてはならないだろう。すなわち、民法八五九条の三の趣旨は、本人たる被成年後見人のための制度であるからである。<sup>(11)</sup> さらにいえば、本人の居住用不動産を売却することは、外形的には財産管理の一環といえるものの、実質的には本人に対する居所指定の意味も濃いとされている。<sup>(12)</sup> 合わせて考慮すると、成年後見人の居所指定権の本質の議論は不可避である。

それでは、そもそも成年後見人の居所指定権につき、立法担当者や学説はどのような議論をしてきたのだろうか。

### Ⅲ 成年後見人の居所指定権に係るこれまでの議論の展開

#### 1 立法担当者の見解

(1) 立案担当者は、次のようにいう。<sup>(13)</sup>

施設入所等に関連して、居所指定権に関しては、ドイツ民法には世話人の職務範囲に「居所指定」が含まれる場合があります。第一九〇七条第二項が、その場合の「居所指定」とは、ドイツ民法の解釈上、重

の精神上の障害を有する者を医療施設に入所させる場合を指すものと解されており、実質的には、わが国における保護者である成年後見人・保佐人の同意による医療保護入院の手続（精神保健及び精神障害者福祉に関する法律第三三条以下）に相当するものといえます。法制審議会においては、成年被後見人および被保佐人については右の医療保護入院の手続がある上、被保佐人または被補助人の施設入所等に関しても、本人の同意を得て施設入所契約の代理権を保佐人または補助人に付与すれば足り（成年後見人も、成年被後見人が任意に入所に応ずる限り、成年被後見人を代理して施設入所契約を締結することができます）、それ以上に本人の意思に反する強制的な施設入所等の権限を成年後見等に付与することは、本人の自己決定および基本的人権との抵触のおそれがあるので、わが国の民法において居所指定権に関する一般的な規定を設けることは適当ではないとされたものです。

(2) 立案担当者は、居所指定権概念をドイツ民法の解釈から演繹して、医療保護入院の手続きの問題と連結して考え、成年後見人に居所指定権を付与することは、本人の自己決定および基本的人権との衝突があり、成年後見人の居所指定権を規定しないと即断している。本人の入院、入所のみならず、広く本人の居所、住まいをどこに設定するのかという観点、住まいの機能等について全く言及されていない。ドイツ民法における居所指定と日本のそれをパラレルに考えていると評価することができる。人生一〇〇年時代という現代の高齢社会において、成年後見人の居所指定権の概念の射程としてどうかにつき更なる検討の必要を感じさせる議論といえそうである。

(1) 久保野恵美子は、次のようにいう。<sup>(14)</sup>

施設等への入所ないし居所の問題は、少なくとも次のような多面性をもつことが指摘できる。

(a) 施設等に入所にかかわる諸要素

施設等への入所が問題となるのは、まず、それが身体への強制を伴う措置であり、人身の自由にかかわるからである。この場合の身体の強制については、施設等への生活の場を移すという場所的な移動自体が身体への強制を伴う側面と、施設に入ること、行動の自由に制約を受け、さらには医療措置等のために身体敵拘束を受けることが区別される。施設等への入所の際に、前者の意味での身体的強制が正当化されることと、後者の身体的制約や拘束が正当化されることは別のことである。

次に、生活の場を移動することは、住居を拠点として形成されてきた物的、人的、精神的な住環境が変化することを意味する。このことは、身体の移動が強いられることとは分けられる問題である。

入院の場合に明らかのように、住宅ではなく施設に入所する場合には、当該施設において医療等の何らかの便益を受けることが予定されている。したがって、施設等への入所は、本人が受けるべき医療等のサービスはどのようなものかという判断を含む。この側面では、施設等への入所は居所の問題というよりも医療行為に関する決定と共通する。もつとも、医療的判断では、専門家による判断が重要性を有するところ、病院以外の施設への入所の場合までを

考えると、提供されるのは介護等の医療以外のサービスまで含まれることとなり、これらについては、その専門的判断のあり方など、医療判断と同様に考えることができるかが問題となるように思われる。

(b) 住み慣れた住環境の変化

施設に入所することは、それまでの住み慣れた住環境を離れることを意味するが、当該住環境を失うことに直結しない。フランス法、ドイツ法においては、施設等に入所した場合に、戻るべき従来の住環境を維持することが基本とされている。日本の立法過程においても、居住環境の変化が本人の心神の状況に多大な影響を与えることに言及がなされていたように、居所には、その人の交友関係や気に入った動産に囲まれて暮らす平穏まで含んだ生活環境としての意味がある。この観点からは、フランス法において、一定手続に従って後見人らが施設入所を決定できるとされつつも、住居の選定は本人によるとの原則を確認する規定がおかれていることが注目される。

(c) 本人の意思

外国法において、施設入所等の決定は、本人が自らの判断により同意するまたはしない能力を有するか否かを基準として規律されていた。本人が自らの意思に基づいて決定できることが原則とされ、本人の意思にかかわらず入所等が行われるためには、特別の要件および手続が要求される。したがって、後見人等が施設入所等を決定できるのも、本人が自ら判断する能力を欠く場合に限られる。日本の立法過程の議論でも、保佐および補助類型においては本人の意思に従うが、後見類型では本人の意思に基づいて決定できないことがありうるとの区別がなされたうえで、後者の場合には精神保健福祉法上の本人の同意によらない医療保護入院の手続が受け皿となるという形で、本人の同意可能性の有無が基準とされていた。

このように、本人に施設入所等にかかわる判断をする能力があるか、本人の意思に反するかどうかは重要な要素である。もともと、そこで問題とされる意思はどのようなものであり、その前提とする能力がいかなるものかは問題である。

(d) 本人以外の者または社会一般の利益

例外的に、本人の利益に還元されない利益を理由に、強制的な措置が正当化される場合がある。他者加害のおそれのある場合以外に、本人以外の利益を考慮する余地があるのか、あるとすれば、誰のどのような利益をどのような手続によって考慮するのか、逆に、現実に利害関係を有する者の不当な関与をどう排除するのが問題となる。

(2) 久保野は、居所指定の問題を、成年後見制度や精神保健福祉法との交錯領域があることを自覚し、その多面性（施設等の入所にかかわる諸要素、住み慣れた住環境の変化、本人の意思、本人以外の者または社会一般の利益）を意識したうえで本人のみが判断をなし得るとの原則を維持したうえで、その例外的の線引きの実質およびその実質を確保する手続きについて、具体的な検討を進める必要性を説いている。現代的観点にたつて、本人にとって住まいとはいかなる性質にあるのかに立ち返って、成年後見人の居所指定権の内実を把握しているものと評価し得るように思われる。

3 上山泰の見解

(1) 上山泰は、次のようにいう。<sup>(15)</sup>

居所指定権の意義を「入院、入所、転居等を含め、本人の居所を一定の場所に指定し、その限りにおいて、本人の自由な居所の選択を制限する行為」と位置づけ直したうえで、本人に当該の居所指定に関する具体的な判断能力がない場合に限り、民法八五八条に基づく成年後見人の一般的身上監護権限の一つとして、成年後見人の居所指定権を認めることができると考えている。もつとも、入所・入院に関する契約の締結が成年後見人の法定代理権の範囲内であることに異論はないため、「本人の意思に反する強制」の有無の解釈しだいでは立法担当者と私見の間に実質的な差はなくなるともいえる。

なお、民法八五九条の三の趣旨が家庭裁判所の許可という厳格なセーフガードを踏まえた本人の居所変更の容認にあると考えれば、この規定の運用しだいでは、成年後見人が家庭裁判所の監督の下に事実上の居所指定権を行使しているとみうる場面が生じるように思われる。

いずれにしても……本人の生活の本拠である居所は「本人らしい」生活を営むための最重要インフラであり、その変化は本人の精神面の安定や生活の質（周囲の生活環境を含む居住環境の快適さ、居所とむすびついた地域の人間関係等）に重大な影響を及ぼすことになる。したがって、居所の変更にあたっては、可能な限り本人にそのメリットを理解してもらい、その同意を取り付けることが大原則であることはあらためて確認しておく必要があるだろう。たとえば、施設見学や体験入所の機会を積極的に利用するなどの対応を常に心がけるべきであると思われる。

(2) 上山は、入院、入所、転居等にとどまらず、本人の居所を一定の場所に指定するという観点から、居所指定権の意義を明確に定義し、その根拠を民法八五八条の「成年後見人の一般的身上監護権限の一つ」と解している点

で、その意味内容を具体化したと評価することができる。久保野の指摘する居所の多面性に留意するべきことを強調し、居所の変更にあたっては、本人の同意を取り付けることが原則であるとされる。成年後見人が本人の居所を指定するにあたっては、慎重な手続きを踏むべきことを示唆していると考えられる。

#### 4 新井誠の見解

(1) 新井誠は、次のようにいう。<sup>(16)</sup>

成年後見人の居所指定権については、わが国の当該概念の射程は狭隘にすぎるのではないか。これは立案担当者ドイツの理解に基づくものであるが、わが国においては、精神保健福祉法上の保護者である成年後見人または保佐人の同意による医療保護入院の手続は成年後見法の居所指定権とは別異のものであることから出発する必要がある。

そのうえで、成年後見人が成年被後見人にも最もふさわしい生活の本拠を確保することは、成年後見人の義務であり、権限でもある。障害者の権利に関する条約一九条もその旨規定している。もともと……わが国の通説によれば、本人の意思に反してまでも居所を指定することは、自己決定権への侵害が大きすぎるので、成年後見人には居所を指定する権限はないのであるが、一方で成年後見人には民法八五八条の義務が課されているので、適切な住居を確保する義務と権限は当然に存するものの、居住すること自体は本人の意思に従わなければならないので、成年後見人の職務は説得行為にとどまるといふことになる。

しかし、成年後見人の当該職務が単なる説得行為であると解するのは理論的には妥当とはいえないのではないか。



居所指定権は身上保護義務の中核的な内容であり、濫用は許されず、成年被後見人の利益を最大限配慮して適切に行使されなければならない。成年被後見人に意思能力がなく、居所を決定する能力がないときには、成年被後見人は居所指定権を行使して住居を確保する義務を負うのではないか。住居を購入・賃貸する契約、施設に入居する契約等財産的法律行為は、居所指定権を実現するための手段として位置づけられると解したい。

いずれにせよわが国の通説は、星野説、立案担当者からの強い影響の下、成年被後見人等は強制を伴うことはできないとの考え方に縛られすぎているのではないか。自己決定権を尊重するにしても、意思能力を欠く成年被後見人の居所に関する保護が疎かにされてはならない。ここでも法整備に着手すべきではないか。

(2) 新井は、精神保健福祉法と成年被後見法との切断を前面に出し、成年被後見人の居所指定権を認めるべきであると明言する。居所指定権を身上保護義務の中核的な内容として、成年被後見人の利益を最大限配慮して適切に行使しなければならないとしている。さらに、成年被後見人に意思能力がなく、居所を決定する能力がないときには、成年被後見人は居所指定権を行使して住居を確保する義務を負い、住居を購入・賃貸する契約、施設に入居する契約等財産的法律行為は、居所指定権を実現するための手段として位置づけられるとしている。居所指定権の定義はかならずしも明らかではないが、民法八五八条の内容を踏まえつつ、成年被後見人の居所指定権の機能を重視した把握をしているようである。

(1) 黒田美亜紀は、次のような主旨を述べている。<sup>(17)</sup>

(a) 一般に居住環境の変化は、本人の生活環境を激変させ、精神医学的に本人の心身に多大な影響を与えるものとされている。<sup>(18)</sup>

(b) 居住用不動産の処分に関しては、成年被後見人の身上面に与える影響の大きさに鑑みて、法律上その権限に一定の制限を加えることが必要であると考えられ、家庭裁判所の許可が必要とされている(民法八五九条の三)<sup>(19)</sup>。

(c) ドイツでは世話人が被世話人の住居の貸借関係を解約しようとする場合には世話裁判所の許可が必要とされており(ドイツ民法一九〇七条一項)、またフランスでは後見人等が被保護者の住居に関する権利を処分しようとする場合には後見裁判官または家族会の許可が必要とされている(フランス民法四二六条三項)<sup>(20)</sup>。

(d) こうした立法例を参考に成年後見制度改正の際に新設された民法八五九条の三は、当初より、身上配慮義務および本人意思尊重義務をさらに具体化する趣旨の規定として位置づけられている。<sup>(21)</sup> 民法八五九条の三の解釈にあたっては、成年被後見人の身上への配慮およびその者(本人)の意思の尊重が成年後見人の事務処理の指針であることを明示する民法八五八条の観点を踏まえてなされることがきわめて重要である。<sup>(22)</sup>

(e) 成年後見人としては本人の意思表明が難しくても、本人の真意を探る努力をすべきである。<sup>(23)</sup>

(f) 本人の意思には、希望や意向、選好、好悪の感情、さらに判断能力喪失前に示していた意思をも含むものと解

される<sup>(24)</sup>。障害者の権利に関する条約一二条四項は、法的能力の行使に関連する措置が、障害者の権利、意思及び選好を尊重することの確保を要請している<sup>(25)</sup>。

(g) 居住用不動産とは、本人の単独所有か共有の不動産で①本人の生活本拠として現に居住している建物またはその敷地、②現在本人は居住してないが、過去に、本人の生活の本拠として実態があつた建物およびその敷地、③将来、本人の居住用として使用する予定の建物およびその敷地をと<sup>(26)</sup>いうとされる<sup>(27)</sup>。

(h) 居住の有無は、本人の住民票上の住所などの形式的な基準で判断するのではなく、それまでの生活実態に鑑みて実質的に判断すべきで、本人が現に住居として使用している場合に限らず、本人が現在は病院や施設に入所したりしているために居住していないが、将来居住する可能性がある場合、または過去に居住したことがある場合なども居住用不動産に含まれる<sup>(28)</sup>。こうした実質的な判断枠組みは、本人が住み慣れた住居に戻ることが多い場合が多いことが前提とされているから<sup>(29)</sup>、この制度趣旨から、問題となる不動産につき、安易に居住用不動産ではないと判断するのではなく、本人の生活状況や本人の福祉・本人の意思のくみ取り等に配慮した慎重な考慮に基づき、判断をすることを要する。この該当性判断ないし解釈は、「居住」ということの意味をできるだけ広くとらえ、可能な限り家庭裁判所の許可というコントロールに服さしめるのが適切である<sup>(30)</sup>。

(i) 現代社会は、核家族化が進展するとともに、各人の生活関係が複雑多様化することにより、各人の生活関係は各種の特殊具体的な生活関係に分裂している。家族関係も同様。高齢者、とりわけ介護を必要とする高齢者が、さまざまな理由から複数の家族の間を行ったり来たりしながら生活することも珍しくない。一人につき一つのみしか居住用不動産を認めないとしたり、成年被後見人が施設入所する直前に生活していた場所だけを居住用不動産とし、それ

以外（かつて居住していた建物または複数の建物を定期または不定期に移転する場合等）は非居住用不動産と解釈するのは、<sup>(31)</sup> 一面的で、現状に適合的ではない。さらに、そうした解釈は、その後の家族・親族関係に回復し難い亀裂をもたらすし、ひいては成年被後見人の身上に悪影響を与え、不合理な結果をもたらす可能性があり、認知症高齢者を介護する家族および家族・親族関係に与える影響は甚大で、成年後見制度の趣旨に反することは明らかであり、居住用不動産に関する硬直的解釈は採り得ない。<sup>(32)</sup>

(j) 居住用不動産処分<sup>(33)</sup>の許可基準については、民法八五九条の三の立法趣旨、諸外国の趨勢等に鑑みれば、「成年被後見人本人の意思」につき本人による意思表示が困難な場合、本人のための意思決定（判断）を行うにあたり、多角的・多面的見地に立脚し、本人の利益尊重を基礎に据えてその者の探求を行うことがもとめられている。本人の希望や意向、選好、好悪の感情、さらに判断能力喪失前に示していた意向等を最大限に尊重して判断する必要がある。<sup>(34)</sup>

(k) 仮に本人の現時点での意思が明確でない場合であっても、本人が当該不動産を所有するに至った動機や経緯、本人の当該不動産における生活状況（居住年数や地縁の有無等）、当該不動産の現在の利用状況、さらには本人の全体的な財産状況（他に所有する不動産がある場合にはそれらの利用状況等）、本人の生活の状況（家族関係等）をも勘案して、本人の最善の利益の観点から諸般の事情を比較衡量して判断されなければならない。そのうえで、家庭裁判所は、成年後見人が負う身上配慮と同様の視点から、許可すべきか否かを判断することになる。<sup>(35)(36)</sup>

(2) 黒田は、居住環境の変更が本人に与える影響、比較法からのアプローチ、居所の機能、現代の家族をめぐる環境の変化等実に多角的に広い視点から分析していると評価しうるように思われる。とりわけ、成年後見人の居所指

定権を行使にすゝるにあつての本人の意思決定支援的アプローチについてまで言及されており、示唆に富むものと思われ。

## 6 分 析

立法担当者は、現在もなお成年後見人の居所指定権を精神保健福祉法と直結して考えており、それ以上の、本人の居所の機能、成年後見人の居所を決めるといふ面での本人の支援の問題等に議論が進まないこと、居所指定権をドイツ民法と結び付けている点において狭きに失しているように思われる。有力な見解である久保野説、上山説、新井説は、それぞれ若干ニュアンスを異にしつつも、精神保健福祉法と直結させず、成年後見人の居所指定権の性質に遡つて検討している点で共通している。久保野説は、居所の多面性、上山説は、久保野説の主張に共鳴しつつ、居所の本人に与える影響も考慮しながら、居所指定権の明確な定義を試みている。新井説は、居所の多面性という考察からではなく、本人の保護と支援のバランス観点から、八五八条の身上保護義務の中に成年後見人の居所指定権を位置づけていると評価することができる。黒田意見書は、成年後見人の居所指定権を認めるための様々な観点を詳細に述べている点で、久保野説、上山説、新井説をさらに具体的に統合しようとしているように観察される。

それでは、次に国外では、成年後見人の居所指定権についてどのように考えられているのだろうか。アメリカの状況をみていくこととしよう。

#### IV 比較法 アメリカ統一成年後見法

##### 1 アメリカにおける成年後見人の居所指定権の考え方

アメリカの後見法の改革がとりわけ参考になる。結論としてアメリカでは、成年後見人の居所指定権を認めることになった。これまでの先行研究<sup>37)</sup>に多くを負いつつ、概要を見ていくこととしよう。

アメリカは、統一成年後見保護手続管轄法 (Uniform Adult Guardianship and Protective Proceedings Jurisdiction Act) (以下、「UGPPA」と略する) から、統一成年後見・財産管理その他の保護手配法 (Uniform Guardianship Conservatorship and Other Protective Arrangements Act) (以下、「UGCOPAA」と略する) へと、UGPPAの施行状況を踏まえて出された勧告に基づいて二〇一八年七月一九日にUGCOPAAが作られた。その勧告は、障害者に配慮した用語の選択、後見人と裁判所との関係、後見人の決定基準、医療に関する決定、住所(居所)に関する決定、財産に関する決定、後見人の報酬の七つに分類されており、住居の決定に関する意思決定は次のようになされるべきであるとされている。<sup>38)</sup>

##### 基準 6・1

後見人は、本人の目標、ニーズ、意向を特定し、擁護する。どこに住むかについての目標は本人にとって重要である。他方、意向は選択の具体的な表明である。

- ・まず、後見人は本人に希望を尋ねる。
- ・二番目に、本人が希望をうまく表明できない場合、後見人は本人が自分の目標、ニーズ、意向を表明できるように、可能

な限りすべての手段を尽くして支援する。

・三番目に、本人が支援を受けても自分の目標や意向を表明できない場合にのみ、後見人は本人と親しいその他の人々から情報を求め、本人の希望や好みを推察することによって判断する。

・最後に、本人の目標や好みを確かめることができない場合に限り、後見人は本人にとって最善の利益となるよう決定を下す。

#### 基準 6・3

後見人は、自宅やその他のコミュニティをベースとする環境について、強い優先権を持つ。ただし、本人の目標や意向と矛盾しないことが条件である。

#### 基準 6・4

後見人は、本人の目標、ニーズ、好みの実現を目指す「本人中心型」プランを立て、実行に移す。プランでは、極めて制限が緩やかな枠組みとするために、本人の知力 (strengths)、スキル、能力に最大限の重きを置く。

#### 基準 6・5

後見人は、可能な場合は常に、本人主導による住居プランニングに努める。また、本人が少なくともその過程に参加できるようにする。

#### 基準 6・6

後見人は、本人が最大限に自立できるよう努める。

#### 基準 6・7

成年後見人の居所指定権に関する一考察 (金井)

後見人は、制限を強くする方向に切り替える前に、利益相反のない裁判所または裁判所指定の第三者によるレビューを求めらる。

#### 基準 6.8

後見人は、住居の状況を継続的に監視し、状況が本人の現在の目標、意向、ニーズに合わなくなった場合は、必要な措置を講じる。それには以下が含まれるが、これに限定されない。

- ・ 計画の評価、住人の権利、法的権利の執行
- ・ 本人の気持ちや態度を踏まえて、ケアの本質と設定の妥当性を確保する。
- ・ 本人の目標や好みをよりよく達成できるように、必要に応じて長期のサービスと支援を行う別の機会を探る。

さらに、[UCOPPA] 三二四条(e)では、本人がするであろう住居の売却が、不当に本人の個人的または財産的利益を害したり危険にさらす行為であると後見人が合理的に信じていることができない限り、後見人は後見に服している本人の住居の設定を尊重することを要するとされている。三二四条(e)は、本人を安全な施設に収容する後見人の能力にも制限を設けている。後見人は、次の場合にのみ、本人の外出や訪問を許可する能力を制限する場所に本人の住居を設定することができる。(1) 本人の転居が後見人の計画において説明されている場合、(2) 裁判所が転居を許可した場合。または、(3) 転居の通知が三二〇条(e) (2) に基づく任命後の命令の通知を受けることができる権限を有する者に、転居の少なくとも一四日前に与えられた場合。最後に、三二四条(e)では、後見人はさまざまな居住環境から選択する際に、個人にとって重要な人物とやり取りできるよう成人の本人に認めるようにし、それ以外の場合に合理



的に実現可能な最も制限の少ない方法で本人のニーズを満たすような住居の設定を優先しなければならないものと規定している<sup>(39)</sup>」ともされているのである。

## 2 小 括

アメリカでは、勧告において住居（居所）に関する意思決定の考え方を明確に決定し、基準全体として、基準6・4に明確であるように、あくまでも本人中心主義 (person-centered) をとっている。基準6・1では、後見人は、被後見人を保護し、その住居を決定する権限を有することを前提としつつ、本人の現在の希望に従い、それが得られない場合には、第一に、過去に示した本人の希望を従い、第二に、本人が欲したであろう意思決定を下すこと、第三に、本人の最善の利益となる意思決定を行うこととされている。基準6・5では、本人主導による住居のプランニングに後見人は努め、本人にそのプランニングの作成過程に参加をできるようにしなければならないとしている。基準6・3では、後見人は、本人の目標や意向と矛盾しない限りにおいて自宅やその他のコミュニティをベースとする環境について強い優先権を持つとされている。基準6・7では、本人をより制限的な環境に移住させる前に、裁判所または裁判所が指定した第三者による裁判所の審査をもとめなければならないことを要求している。さらに、基準6・8では、後見人は継続的に本人の居住環境を見守らなければならないという要求が含まれているのである。UGCOPAA 三二四条(e)も、本人の意向を基礎にして、相当程度厳格な手続きを踏まなければならない、後見人は本人の居所を決めることはできないとされているといえよう。

このように、アメリカでは、後見人の住居に関する意思決定につき、後見人の居所指定権の権限を認めつつ、本人

の意向等を中心に置きながら、本人に住居決定プロセスに参加をさせること、本人の生活に制限を加えるような住居選定を行う場合に、裁判所等によるレビューが必要とされる等本人の参加の手続き保障を要件にしている。本人の住みたいところに住む権利とのバランスを図りつつ、成年後見人の居所指定権を認めているものと評価することができよう。

## V 結びに代えて あるべき方向性、私見と残された課題

以上、考察してきたように、本判決のような認知症高齢者が複数の不動産を有しているような場合の居所をどう考えるべきか。本判決は直接成年後見人の居所指定権についての考え方に言及しているわけではなかった。しかしながら、我が国の有力説が本人の視点に立ちつつ、一定の条件の下で成年後見人の居所指定権を認める方向に動いている点は、アメリカ法において成年後見人への居所指定権を一定の手續きに基づいて肯定していることから妥当な方向に向かっているように思われる。加えて、意思決定支援ワーキング・グループ（最高裁判所、厚生労働省及び専門職団体（日本弁護士連合会、公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート及び公益社団法人日本社会福祉士会がそのメンバー）は、二〇二〇年一〇月三〇日、「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」をまとめ、その中において居所の決定における意思決定支援を参考事例として紹介している。<sup>(40)</sup> アメリカの住居（居所）に関する意思決定の考え方は、より詳細かつ具体化された要件の定められた、この日本のガイドラインの居所指定版としても考え得るように思われる。本人保護と支援のバランスから、本人の「QOL」の向上を目指すために、アメリカ法の住居に関する意思決定にお

ける諸基準を参考にして、成年後見人の居所指定権を肯定してもよいのではないか。

この点、成年後見人に居所指定権を認めることは、かえって成年後見制度利用促進基本計画の趣旨に反し、不動産賃貸契約等権限として認められれば問題はないし、そもそも本人を成年後見人の居所指定権によって強制できるのかという指摘もあり得よう。しかしながら、「……随分熱心な弁護士さんがおいでですよ。実際、私の質問で、法律行為と事実行為はどうやって区別しているのですかと聞いたのです。そうしたら、そんなこと、先生、構ってはいられませんよ、そんな区別はしていません、自分たちは事実行為もやっているのです、それ以外にはできないのだと。そうしたら、私の次の質問は、弁護士さんはほかの仕事をやると収入が多いのに、どうしてこんなことで頑張れると志しですと言うのですよ。……」<sup>(41)</sup>との発言に見られるように、現場任せではなく、居所指定権についても一定の基準の中で成年後見人に居所指定権を認めるのが望ましく、それが本人の権利擁護、本人の保護と支援のバランスを図ることになるのではなからうか。<sup>(42)</sup>

とはいえ、本人の居所をどこに定めるかは、究極的には、民法の領域にとどまらない憲法二二条一項の居住・移転の自由という基本的人権の領域でもあることを忘れてはなるまい。成年後見人の居所指定権の肯否に関する議論は、憲法<sup>(43)</sup>学からも重要な視点であり、とりわけどのような手続きを踏めば成年後見人に居所指定権を認め得るのかにつき民法学と憲法学との相互の議論の必要性も今後の残されている課題といえよう。民法八五八条の身上保護配慮義務、同法八五九条の三の成年被後見人の居住用不動産の処分についての許可は、憲法との接点を意識して議論していく必要があり、その営為によってこそ成年後見制度利用促進基本計画の趣旨に沿い、利用者がメリットを感じられる制度となり、結果としてその利用も増えていくことにつながるのではないか。

- (1) 早川和男・岡本祥浩『居住福祉の論理』（東京大学出版会、一九九三年）一一頁。
  - (2) 小賀野晶二「民法の現代化と都市生活法の形成」千葉大学論集一九卷二号（二〇〇四年）一四七―一五四頁。同『民法と成年後見法 人間の尊厳を求めて』（成文堂、二〇一二年）二二九頁以下、とくに、一三三―一三六頁、二五一―二五二頁。同「高齢社会と民法の課題―生活に関する民法規範の研究―」『社会の発展と民法学「上巻」―近江幸治先生古希記念論文集』所収一三一―一三四頁（成文堂、二〇一九年）。
  - (3) 居所指定という場合、認知症高齢者に対する意思決定支援の取組みとして、本人の人權としての居所指定権の尊重を説く論者がある。松宮良典「認知症高齢者に対する意思決定支援の取組み―居所指定権の尊重―」高齢者虐待防止研究一四号(1)二二―二九頁（二〇一八年）がある。
- 本稿は、成年後見人に居所指定権を認める必要があるのかどうかという観点からの考察するものであることに留意された。
- (4) 筆者は二〇一七年二月二日―三日東京地裁民事訴訟記録係謄写室で閲覧し、本判決の控訴審（東京高裁判平成二九年一月二日控訴棄却・判例集未登載）、最高裁判所の上告不受理との判断（平成二九年六月一日・判例集未登載）、後述Ⅲで検討する二〇一七年三月四日付黒田美亜紀明治学院大学教授による最高裁判所に対する意見書（以下、「黒田意見書」という）の存在を知った。
  - (5) ちなみに、本人たる高齢の父親のごみ収集を解決しようと、まず医療保護入院させたのに続き、同居していた実娘が成年後見人として施設に入所させ、その間にごみ屋敷の解消を図ろうとしたところ、本人が後見人を相手として、本人の住居から離れた施設等に入所せられたことによる慰謝料等を不法行為に基づく損害賠償として請求した東京地裁平成二八年五月一三日判決（確定）（公刊物未登載、LEX/DB2536121）がある（拙稿・判例評釈実践成年後見八三号七七頁以下を参照されたい）。このケースは、本稿Ⅲで述べる立法担当者の想定する医療保護入院と成年後見人の居所指定権の問題を連結して考えることができる事例であるが、本判決は医療保護入院が介在していない事例であることからあえて十分な検討を要するという観点から詳細に検討しようとするものである。
  - (6) 事案については、拙稿「民法八五九条の三における『居住の用に供する建物』の該当性判断基準とその処分にかかる許可の必要性」東京地裁平成二八年八月一〇日判決―実践成年後見第七六号（二〇一八年）一〇四―一〇七頁を参考にした。

- (7) 拙稿・前掲注(6) 一〇九頁に依拠してまとめたものである。
- (8) 本判例評釈として、神谷遊「民法八五九条の三にいう『居住の用に供する建物』意義」現代民事判例研究会編『民事判例一六二〇一七年後期』九六頁(日本評論社、二〇一八年)は、本判決の居住用不動産を定義した意味、その内容を緩やかにとらえた点でこれまでの学説・実務の理解に即した判示としつつ、本件は、居住用不動産の処分認否自体を対象にした審判事件ではなく、成年被後見人所有の不動産を買受けた者から当該不動産を占有する者に対してなされた建物明渡請求事件であることに注意を喚起している。
- (9) 後述Ⅲで検討する黒田・前掲注(4)意見書一〇頁は、D後見人の言動からは、Aの意思・意向を確認しようと努めたことが一切窺われないと述べている。
- (10) 神谷・前掲注(8)九六頁は、成年被後見人をめぐる親族間の感情的対立が激しい事案だったことが家庭裁判所を逡巡させた可能性を指摘する。
- (11) 黒田・前掲注(4)意見書一〇頁は、控訴審判決につき、後見類型においては本人の意思表示は困難であり、その意思を確認する必要はないあるいは不可能という前提に立っているかのように見受けられると主張する。上山泰「専門職後見人身上監護」第三版(「民法法研究会、二〇一七年)一五三頁以下は、住居の重要性から民法八五九条の三の居住用不動産の処分について論じる。
- (12) 神谷遊「成年後見と家族法」家族(社会と法)二二号一〇〇頁(一九九六年)。
- (13) 小林昭彦・大門匡・岩井伸晃編『新成年後見制度の解説【改訂版】』(きんざい、二〇一七年)一五三―一五四頁。
- (14) 久保野恵美子「成年後見における『居所指定』」実践成年後見第三九号(二〇二一年)九三―九六頁。
- (15) 上山泰「現行法における身上保護の内容と考え方」実践成年後見第七九号(二〇一九年)二二―二三頁。
- (16) 新井誠「成年後見における身上保護の意義・覚書」国際的潮流も踏まえつつ」実践成年後見第七九号(二〇一九年)一二頁。
- (17) 黒田・前掲注(4)。
- (18) 黒田・前掲注(4)意見書一頁。
- (19) 黒田・前掲注(4)意見書一頁。

- (20) 黒田・前掲注(4) 意見書一頁。
- (21) 小林昭彦・原司『平成二二年民法一部改正法等の解説』(法曹会、二〇〇二年) 二八六頁。
- (22) 黒田・前掲注(4) 意見書一頁。
- (23) 黒田・前掲注(4) 意見書二頁。
- (24) 於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法(25) 親族(5)』[改訂版]『吉村朋代』(有斐閣、二〇〇四年) 四〇五頁。
- (25) 黒田・前掲注(4) 意見書二一三頁。
- (26) 黒田・前掲注(4) 意見書五頁。
- (27) 判例タイムズ一六五号(二〇〇五年) 八六頁。杉山春雄「成年後見と不動産取引」『成年後見法制の展望』(新井誠・赤沼康弘・大貫正男編)(日本評論社、二〇一一年) 三六七頁。
- (28) 東京家裁後見問題研究会編著・別冊判例タイムズ三六号『後見実務』(二〇一三年) 八六頁。
- (29) 吉村・前掲注(24) 四二五頁。東京家裁後見問題研究会編・前掲注(28) 八六頁。
- (30) 黒田・前掲注(4) 意見書五—六頁。
- (31) 黒田・前掲注(4) 意見書六頁は、民法二二条の住所の議論が参考になるとされる。形式主義が否定され、実質主義が採用され、複数説が通説となっている点とパラレルに把握している。
- (32) 黒田・前掲注(4) 意見書六—七頁。
- (33) 黒田・前掲注(4) 意見書七頁は、イギリスの二〇〇五年意思決定能力法、二〇一四年の日本の障害者の権利に関する条約の批准を挙げる。
- (34) 黒田・前掲注(4) 意見書七—八頁。
- (35) 黒田・前掲注(4) 意見書八頁。
- (36) 島津一郎・松川正毅編『基本法コンメンタール親族』[第五版] (神谷遊) (日本評論社、二〇〇八年) 二六三頁。
- (37) その背景については、Karp/Wood/Choosing Home for Someone Else/Guardian Residential Decision-Making, 2012 Utah Law Review, p. 1445ff が詳細である。また、David English, The Uniform Guardianship, Conservatorship, and Other Protective Arrangements Act, Presentation at World Congress Adult Guardianship, October 2018 をネイヴィッド・イングリッシュ教

授からご厚意により直接入手し、参照した。なお、先行研究としては、新井誠「アメリカ後見法の改革動向―UGPPA修正と第三回全米後見サミットの開催―」法学新報一二三巻五・六号（二〇一六年）三三一―六六頁、デイヴィッド・イングリッシュ（志村武訳）「アメリカ合衆国における成年後見法の改正―二〇一五年六月の日本成年後見法学会における講演―」成年後見法研究二三号（二〇一六年）一六三―一七五頁があり、本稿もそれらに多くを負っている。

(38) 訳は、新井・前掲論文注(37) 六二―六三頁を参照した。

(39) David English, op. cit., p. 9

(40) 厚生労働省で「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」<https://www.mhlw.go.jp/content/000687818.pdf>（二〇一〇年一月一日閲覧）が公表されている。なお、税所真也『成年後見の社会学』（勁草書房、二〇二〇年）一六二―一九二頁も有益である。

(41) 二〇二〇年二月二七日に開催された第五回成年後見利用促進専門家会議大森彌委員長発言。さらに、小賀野晶「成年身上監護制度論」（信山社、二〇〇〇年）一四一―一四二頁は、本人の住居確保につき、本人への環境変化による影響があることに鑑み、居所指定が事実行為であるとしても、身上監護の視点からは、契約の締結とその前提とする身上監護の必要性を断絶させず、各判断を一体して扱うことが望ましいとされる。

(42) 新井・前掲論文注(16) 一四頁は、居所指定については「法的支援と保護」が必須であり、「保護」の要請が尊重されて然るべきで、成年後見人には居所指定権が付与されるべきであると述べる。

(43) 成年後見制度につき憲法学の視点からの検討は、竹中勲「成年後見制度と憲法」ジュリスト一九二号（一九九六年）四九頁以下をはじめとする、竹中の一連の業績、佐藤幸治『日本国憲法論（第2版）』（成文堂、二〇二〇年）一五七頁がある程度である。

## 付記

二〇一一年三月八日、東日本大震災の三日前の深夜、新井誠先生と初めてお電話でお話しし、博士課程の指導教授をお引き受けくださり、ときに厳しくかつあたたかい励ましを賜り、今日に至っている。これまでの学恩に心から感謝し、新井先生の今後のご健勝をお祈りするとともに、引き続きのご指導をお願いしつつ、拙いものではあるが、本論文をお贈りしたい。

(本学商学部兼任講師)