

イギリスの成年後見制度にみる市民社会の構 想

SUGA, Fumie / 菅, 富美枝

(出版者 / Publisher)

法政大学経済学部学会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

経済志林 / The Hosei University Economic Review

(巻 / Volume)

78

(号 / Number)

3

(開始ページ / Start Page)

341

(終了ページ / End Page)

375

(発行年 / Year)

2011-02-25

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00007107>

イギリスの成年後見制度にみる 市民社会の構想¹⁾

菅 富美枝

1. はじめに

わが国の現行法上、「成年後見制度」とは、民法及び「任意後見契約に関する法律」（平成11年12月8日法150公布。以下、任意後見法という）において規定されているところの、判断能力の不十分な人々に代わって、後見人が法律行為を代理する制度を指す。そして、任意後見法の規定する任意後見制度が、契約という形式をとり、当事者間に親族関係の有無を問題としない一方²⁾、民法第4編に規定されている法定後見制度（民法838条1項2号、876条、876条の6、876条の9）は、その条文の位置づけが示唆しているように、家族法の中で捉えられている。2000年における民法改正に伴い、配偶者が当然に後見人となるという規定が削除されたとはいえ、諸外国とは異なり、後見審判の申し立てが4親等内の親族に限られているなど、依然、わが国の法定後見制度は家族・親族を基盤としている。こうした指摘は、市町村長申し立て制度（老人福祉法32条）導入後も、申し立てをなすにあたって、戸籍上の親族調査が市町村にとって多大な負担となっているという実情³⁾からも窺えるところである。

このように、わが国の成年後見制度——特に、法定後見制度——は、法制度上も法運用上も、依然、「閉じられた」家族・親族共同体を原則として設計されているといえよう。しかも、そうした「共同体の構成員」と本人

との実質的な交流の有無は、常に問われるとは限らない。しかしながら、後見審判の申立てが一定の親族に限られていることの裏返しとして、一定の親族が在る場合には（どんなに長期間にわたって疎遠であっても）公的支援が及ばせないという法制度は、比較法的に見て、必ずしも当然のものではない。

さらに、現行制度においては、判断能力を有さない状態にある人々への医療提供（特に、身体への侵害性の高い医的侵襲）に対する同意をめぐって、いわゆる「法の空隙」が起きている。しかしながら、この点についても、成年後見人に同意権限を付与すべきかについて議論はあるものの⁴⁾、家族にこうした権限があるや否やについて議論されることはさほど多くはない⁵⁾。本人が判断能力を有さない状況にあっても、身近に家族があるならば、家族が本人に代わって署名するということが現実的に行われており、そうした手術同意書の法的有効性に異議が挟まれるということは事実上ない。本人に代わって決定を行う存在として、家族が自明視されている実態が見受けられよう。

こうした背景には、①家族共同体内における問題は、家族構成員間で処理されるべきであるということ、あるいは、②家族構成員間で処理できる以上、他者や国家は介入できないという法理あるいは社会規範が存在しているようにも見える。①については、親族間で相互に負い合う私法上の相互扶助義務が関係しよう（877条1項、2項）⁶⁾。だが、家族・親族共同体の負っている国家に対する義務という見方も否定できないように思われる⁷⁾。②については、国家が干渉しようとする場面を牽制する原理として、家族・共同体の固有のいわば自治的な領域を、法が確保しているようにも見える⁸⁾。

そもそも、諸外国の法制史上、判断能力の不十分な人々をめぐっては、主として彼らの有する財産が、国家、社会、そして家族の関心事であった。わが国における旧禁治産制度も、その例外ではない。しかしながら、21世紀以降の現代において、社会や国家の関心事は、判断能力不十分者の財産

管理（特に、家産の承継）から、彼ら自身の健康・幸福・安全、すなわち、福祉（welfare）の向上へと移りつつある。さらに、最近では、財産管理においても身上監護においても、後見行為における「他者による決定」という要素が着目され、本人の能動的主体性（意思決定主体性）や潜在能力の発揮という観点から、「代行決定（substituted decision-making）」は必要最小限に抑制されるべきものとして捉えられている。むしろ、世界的な注目点は、本人自身による決定を支援すること（「自己決定支援（supported decision-making）」）に移行しつつある⁹⁾。

このように、現代の成年後見制度においては、個人の人格や尊厳に注意が向けられ、家族であっても、本人の「外部」に在る者であるという意識が高まっている。こうした社会意識の変化を受けて、判断能力の不十分な人々に対する支援提供にあたって、家族が最も適切な提供者であるという前提が揺らぎ始めている。人間像一般をめぐるのは、「原子的」個人観をとるのか、「共同体的」個人観をとるのかという哲学的論争が従来よりなされているところであるが¹⁰⁾、実際にも、支援の可能性を家族共同体間に封じ込める手法は、本人がよりよい支援者を得る可能性を閉ざしてしまうのみならず、閉塞感や、支援者自身の孤独感によって、家族共同体内部における種々の問題（時には経済的、身体的虐待すら）生み出す危険性がある。

以上の問題点に関して、イギリス（以下、イングランド及びウェールズを指す）の成年後見制度は、考察の手がかりを様々に与えてくれるように思われる。2007年10月に施行されたイギリスの成年後見法（2005年意思決定能力法（the Mental Capacity Act 2005））は、現在、自己決定支援の理想を最もよく体現した新しいタイプの成年後見法として国際的な評価を受けている。さらに、同法は、家族、社会、国家について、日本の成年後見法における従来からの姿勢とは異なる位置づけを与えている点が注目される。以下、本稿では、イギリス成年後見法体制の分析的考察を通して、①個人のあり方（特に、他者の支援を必要とするような状況における）を問うとともに、②家族、社会、国家の位置づけを探り、もって、わが国にお

ける「市民社会」構築の可能性について検討する。

なお、本稿において、「市民社会」とは、暫定的に、家族共同体や親族共同体といった生来的、あるいは偶然的な関係性によって「外」からの支援の可能性を遮断する社会ではなく、共同体の内・外を問わず、自発的に相互に支援を提供し合うことを可能とする「支援型社会」¹¹⁾を指している。以下、検討する。

2. イギリス2005年意思決定能力法の概要——「5条行為権限」を中心に

本節では、紙面の制約上、本稿の関心と直接的に関係する限りで、イギリス2005年意思決定能力法及びそれを基盤とする体制について、概要を紹介する。

2005年意思決定能力法の最大の特徴は、①「傷つけられやすい(vulnerable)」人々を「エンパワー(empower)する」ための保護的環境を構築する法的枠組みを整えた上で、例外的処理方法として、②「誰が」「どのような状況に限って」本人に代わって意思決定をなす権限を与えられるのか、またその際には、③どのような他者関与が行われるべきであり、どのような関与が禁じられるべきか、を明らかにした点にある(「エンパワーメント」体制と「ベスト・インタレスト」主義の統合)。さらに、④支援提供に際して、当該行為は本人の「ベスト・インタレスト」に適うものであると合理的に信じたことが証明できることを条件として、利他的な行為に正当性が付されるというメカニズムを確立した(行為規範、裁判規範、さらには評価基準としての「ベスト・インタレスト」ルールの創設)点が特徴的である¹²⁾。以下に、同法の基本原則を挙げる(資料①)。

(資料①)

〈2005年意思決定能力法 5大原則〉

第1に、人は、意思決定能力を喪失しているという確固たる証拠がない限り、意思決定能力があると推定されなければならない(第1原則:意思決定能力存在の推定の原則)。(Section 1 (2) of the Mental Capacity Act 2005)。

第2に、人は、自ら意思決定を行うべく可能な限りの支援を受けた上で、それらが功を奏しなかった場合のみ、意思決定ができないと法的に評価される(第2原則:エンパワーメントの原則)。(Section 1 (3) of the Mental Capacity Act 2005)。

第3に、客観的には不合理にみえる意思決定を行ったということだけで、本人には意思決定能力がないと判断されることはない(第3原則)。(Section 1 (4) of the Mental Capacity Act 2005)。

第4に、意思決定能力がないと法的に評価された本人に代わって行為をなし、あるいは、意思決定するにあたっては、本人のベスト・インタレストに適用するように行わなければならない(第4原則:ベスト・インタレストの原則)。(Section 1 (5) of the Mental Capacity Act 2005)。

第5に、さらに、そうした行為や意思決定をなすにあたっては、本人の権利や行動の自由を制限する程度がより少なくてすむような選択肢が他にないか、よく考えなければならない(第5原則:必要最小限の介入の原則)。(Section 1 (6) of the Mental Capacity Act 2005)。

さらに、第4原則における「ベスト・インタレスト」の具体的内容については、定義づけは意識的に避けられているものの¹³⁾、以下のような、「チェックリスト」が内容を方向づけている(資料②)。

(資料②)

〈「ベスト・インタレスト」を見つげるためのチェックリスト〉

①本人の年齢や外見、状態、ふるまいによって、判断を左右されてはならない (Section 4 (1) of the Mental Capacity Act 2005 & Code of Practice, paras. 5.16-5.17)

②当該問題に関係すると合理的に考えられる事情については、全て考慮した上で判断しなければならない (Section 4 (2) of the Mental Capacity Act 2005 & Code of Practice, paras. 5.18-5.20)

③本人が意思決定能力を回復する可能性を考慮しなければならない (Section 4 (3) of the Mental Capacity Act 2005 & Code of Practice, paras.5.25-5.28)

④本人が自ら意思決定に参加し主体的に関与できるような環境を、できる限り整えなければならない (Section 4 (4) of the Mental Capacity Act 2005 & Code of Practice, 5.21-5.24)

⑤尊厳死の希望を明確に文書で記した者に対して医療処置を施してはならない。他方、そうした文書がない場合、本人に死をもたらしたいとの動機に動かされて判断してはならない。安楽死や自殺幇助は、認められない (Section 4 (5) of the Mental Capacity Act 2005 & Code of Practice, paras.5.29-5.36)

⑥本人の過去および現在の意向、心情、信念や価値観を考慮しなければならない (Section 4 (6) of the Mental Capacity Act 2005 & Code of Practice, paras.5.37-5.48)

⑦本人が相談者として指名した者、家族・友人などの身近な介護者、法定後見人、任意後見人等の見解を考慮に入れて、判断しなければならない (Section 4 (7) of the MCA 2005 & Code of Practice 5.49-5.57)

こうした枠組みによって、2005年意思決定能力法は、新たな支援提供者類型として、公的権力でも、家族共同体の代表者でもない、「市民」を登場

させることになった。「市民後見人」という概念は、昨今わが国でも注目されているが、その活用にあたっては、本来、自発性を重んじられていたはずの個人が、結果的には公的権力の手足として公序に組み入れられ、義務と強制の鎖によってがんじがらめにされていく危険性にも着目しなければならない。この点において、2005年意思決定能力法は、自発的な支援者を「市民社会」から創出するという発想に立っている点で注目に値する。

そして、市民社会論との関係で最も注目されるのは、イギリス2005年意思決定能力法において、判断の不十分な人々のベスト・インタレストの実現を真摯に考えている限りにおいて、本人の周囲にいる介護者（carers）（家族、介護被用者の両者を含む）や医療従事者に対して、消極的に、本人の意思決定に関与する権限が承認された（「5条行為」規定）点である。

ここで「消極的に」という表現を用いたのは、決定主体を明確にした上で決定権限を与えるという手法ではなく、本人に代わる決定を行った人々に対して、実際に行われたケアの提供行為が本人のベスト・インタレストにかなうものである限り「責任を問わない（protection from liability）」という方法で、その限りにおいて遡及的に決定権限を与えるという構造になっていることによる。条文の規定から「5条行為（section 5 acts）」とよばれるこれらの行為は、免責規定に裏打ちされた（legal backing）範囲で、決定権限を与えられたのと同様の効果を与えられる。その結果、当該行為は、意思決定能力を有した本人による同意を得て実施されたものとして扱われる（Section 5（2） of the Mental Capacity Act 2005）。

2005年意思決定能力法5条は、これまでコモン・ロー上曖昧に認められてきた「必要性の原理（doctrine of necessity）」の明確化・充実化を図ったものである。同規定によって、わざわざ保護裁判所に判断を仰がなくても、また、法定後見人を任命せずとも、同意能力を有さない本人に対して、日常生活上のケア（personal care）や健康維持のためのケア（health care）を提供することが可能となった。こうしたメカニズムが、公式な手続きをとる負担を省いた上で、適切かつ迅速な治療行為等の提供を可能にしている

14)。

具体的に、行為の正当性が認められるために充足が求められている要件とは、① 行為に先だって、直面している問題について、本人が意思決定能力を有しているか否かを判断するにあたり、合理的な考察を行ったこと、② 行為に際して、本人は意思決定能力を有していないと、合理的に信じたこと、③ 行為に際して、当該行為は本人の「ベスト・インタレスト」に適うものであると、合理的に信じたこと、である (Section 5 (1) (a), (b) of the Mental Capacity Act 2005 参照)。そして、これら 3 要件が充たされると、それらの行為の受領について本人が有効に同意した場合と同様、提供者は責任を免れる (Section 5 (2) (a), (b) of the Mental Capacity Act 2005 参照)¹⁵⁾。

このように、「5 条行為権限」は、本人の傍にあって本人の福祉に対して利他的な関心を真摯に有する介護者や医療従事者に対して、当該本人の「ベスト・インタレスト」が何かを捜し出し、そこから導き出されたケアを提供した限りにおいて、「正当な権限なく他人の領域に介入した」という責任を免れさせるという構造をとっている。ここには、家族、親しい友人、それ以外（いわゆる「他人」）を区別する姿勢は原則として見られない。

そして、家族を「市民」に含んだ上で、その「権限付与」のあり方とは、前述の通り、当該意思決定に限って免責を与えるというものに過ぎず、積極的に権限を与えるものではない。国家は、事後的に、一定の人々に権限を付与するのみであって、個々の「市民」に対してその行使を奨励も強要もしていない。また、権限を付与する要件が法で示されているという意味では、「市民」に対して支援行為の方向性を示しているものの、多くは各支援者による「責任ある裁量行使」に任されており、具体的な行為方法の詳細をめぐって「管理」という姿勢はとられていない。2005 年意思決定能力法は、判断能力の不十分な人々の支援をめぐって、支援を自発的に行いたいと望む人々が過剰な法的責任に萎縮することなく、積極的に任意の利他的支援活動に従事できるための法的基盤を整備することによって、自

発的な支援行為を側面支援しているのである。ここに見えるのは、国家による支援者の管理（監視や規制）ではなく、支援者を「支援」しようとする「二重の支援構造」¹⁶⁾である。イギリス成年後見制度は、こうした「二重の支援構造」を整えることによって、自発的な支援意思を持つ（家族を含んだ広義の）「市民」を判断能力の不十分な人々の元に参集させ、利他性を十分に発揮させて、「市民」の間に協働関係、すなわち、自発的な支援秩序を形成する契機を内包していると評価できる。

このように、2005年意思決定能力法は、「二重の支援構造」を基軸としたうえで「市民」の中に家族や親しい友人、そして要支援者の福祉の向上に親身な関心を寄せる者を広く含め、判断能力の不十分な人々の支援を「誰に押し付けるか」——義務負担者を選び出す視点——ではなく、判断能力の不十分な人々を支援しようとしている人々を、彼らの個人的背景（例血縁、地縁、その他の人的つながり）にかかわらず、法が明示している理想的な支援のあり方に向かって「どのように後押しするか」という視点に立って、制度設計されているといえよう。それでは、これとは異なる視点に立った体制としてはどのようなものがあるだろうか。以下、比較法的考察を行う。

3. 「市民」としての家族——医療同意権限をめぐる

前項で述べたように、イギリス2005年意思決定能力法の特徴と意義を端的に示すならば、①判断能力が不十分な状態にあるとはいえ、別の人格を有する他者の意思決定に関与しうる条件と限界を提示することを目的とし、②関与にあたって、本人を中心に置く視点を明確に規定し、さらに、③条件を充たしている限り、一般市民が広く「意思決定支援」行為に関与できる可能性を取り入れた、最初の法律であるという点にある。さらに、それぞれ、①は、成年後見が他者の領域に立ち入る形での支援である以上、本質的に人権侵害となりやすいものであることの認識、②は主観的「ベス

ト・インタレスト」主義¹⁷⁾ (前掲, 資料②参照), ③は一般的, 普遍的な, 「市民後見人」の創設, に関わっている。以下, 本稿では, ③に焦点を当てて考察を行う。

まず, 成年後見制度を, その中における家族の位置づけに着目して分類するならば, ① 家族共同体型¹⁸⁾, ② 家族構成員型¹⁹⁾, ③ 家族包摂型²⁰⁾, ④ 非家族型²¹⁾ に分類することができよう。この点に関連して, 前述の通り, 5 条行為における免責構造に顕著に表れたイギリス2005年意思決定能力法体制の特徴とは, 本人の「家族である」ということは, それだけでは特別な法的意味を与えられていないという点であった。家族は, 後見人への公式な任命手続きを経ていない以上, 「5 条行為」として正当化されるための3 要件 (前述) を満たしている限りにおいて免責を受けうるのみであり, 家族は, 本人の傍にあって本人の福祉の向上に携わっている人々と同等の位置づけを与えられているに過ぎない。すなわち, 家族も, 判断能力が不十分なために自ら意思決定できない人のために支援の手を差し伸べうる, 一人の「市民」として扱われている。他方, 法的な位置づけはそうであるとはいえ, 実質的に要件を満たすにあたって有利な立場にあるのは, 互いに望めば近くに居られる家族であり, この点を否定するものではない。

そもそも, 前節において検討したように, 5 条行為権限とは, 治療や介護を必要とする状況にあるにもかかわらず, それらに同意を与えることができない人々に対して, 周囲が適切な治療や介護を提供できるよう, 「法の隙間」を解決すべく登場した概念である。これは, 他者が関与する根拠をあくまで本人の同意に求めるものであり, 一定の要件が満たされた場合に本人の同意を法的に擬制する (本人の同意があったものとみなす) というアプローチである。

しかしながら, 同様の問題を処理するにあたって, 同意擬制の方向性とは異なるものとして, 家族を代行決定者 (substitute decision-maker) として法に規定するというアプローチも存在する。たとえば, カナダ, ブリティッシュ・コロンビア州においては, 医療同意と介護施設入所に関する法

律 (the Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act) によって、一定の要件を充たす家族に同意権限が与えられている。その際、形式的要件 (① 本人の配偶者、成人した子ども、両親、兄弟のいずれかであること、② 19歳以上であること、③ 意思決定能力があること) に加え、いくつかの実質的要件 (① ここ12ヶ月以内に本人と連絡をとっていること、② 本人との間にもめごとがないこと、③ 一回限りの決定者としての義務に従う意思があること) を充たすことが要求されている点が特徴的である。

ただし、家族が家族として決定に関与が求められる場合とは、裁判所が法定後見人 (committee) を任命しておらず、また、本人が特に医療同意を委任した代理人 (representative) がいない場合に限られる (法定後見人と医療同意代理人とでは、前者が優先)。さらに、適切な家族が見つからない場合には、他に適切な者 (例 親しい友人や近親者 (姻族も含まれることを明示)) を探して権限を与え、それでも見つからない場合、最終的には「パブリック・ガーディアン (the Public Guardian and Trustee) (後述)」自体が医療同意を行う (365日間常備体制)。

一方、オーストラリア、ニュー・サウス・ウェールズ州においては、同様の問題が起こった場合、医療 (歯科治療を含む) についての「同意責任者 (a person responsible)」とよばれる一群の人々に決定権限が与えられており、それぞれ優先順位がある。家族は、任意後見人や法定後見人 (以上、第1順位) に次いで第2順位に位置付けられているが、具体的には、最も近接した時期における配偶者、および、それに準ずる内縁、同性婚のパートナーに限られている。また、その場合にも、継続的に本人と親しい関係にあることが求められている。一方、その他の家族・親族は、介護者 (ただし、在宅で、無償の介護を提供している者) に継いだ優先順位 (第4順位) であり、しかも、友人と同順位である。そして、こうした人々がいない場合には、医療同意を求める者が所定の書式 (a consent to medical and dental treatment application form) に従って成年後見審判所に申請し、判断を仰ぐことになっている (以上について、1987年成年後見法第5部 (Part 5 of

the Guardianship Act 1987)。

なお、医療（歯科治療を含む）についての「同意責任者（the person responsible）」の概念は、同様に、オーストラリア、ヴィクトリア州においてもみられ、配偶者やそれに準ずる者は後見人ら²²⁾に継ぐ第2順位に位置づけられ、子ども、両親、兄弟、祖父母、孫、叔父叔母、甥姪といったその他の家族・親族たちは最後の順位に位置付けられている。また、こうしたリストによっても適任者が見つからない場合、医療従事者は、所定の書式を「公的身上監護局（the Office of Public Advocate）」に提出することによって、同意なしに医療を行うことができる（Section 42K of the Guardianship and Administration Act 1986）。

これに対して、イギリス2005年意思決定能力法においては、判断能力を失った本人の治療をめぐる、家族・親族（next of kin）に本人に代わって意思決定を行う権限も、本人に代わって同意を与える権限も与えられていない。家族・親族が固有の立場に基づいて代理人になるということは、法制度上予定されていないのである（「非家族主義」）²³⁾。他方で、長く、コモン・ローにおいては、医療行為の提供をめぐる、裁判所が「ベスト・インタレスト」の該当性を判断してきた²⁴⁾。

この点について、日本法においては、1で述べたとおり、法の欠缺状態が続いており、早急な対応が望まれているところである²⁵⁾。その際の手法としては、医療同意に関する独立した法律を立法するか、あるいは、成年後見人の職務に医療同意項目を新たに設置することが考えられる。いずれの手法をとるにせよ、家族の位置づけが問題となることは確かである。特に、成年後見人と家族との見解が異なる場合の優先性の問題が生じうる。この点、成年後見人が第一順位に置かれるのが比較法的に見た場合の一般的な体制であるが、日本法にこの立場を取り入れることは困難なようにみえる²⁶⁾。

そもそも、日本の成年後見制度において、人々を、家族・親族共同体から解放され、社会の中に独立して存在する自律した個人として捉える発想

は薄いように思われる。むしろ、家族や親族共同体が機能不全に陥っている時、二次的な役割を果たしうる存在として「市民」の登場が期待されるという構造になっており、ここでの「市民」とは家族でないことを意味している。すなわち、「市民後見人」とは、家族の外に位置付けられているのである²⁷⁾。だが、このように家族やその裏返しとしての市民後見人を捉えるとき、国家やその他の公権力（地方自治体など）は、どのように登場してくるのであろうか

4. 家族の枠組みを超えた後見体制

（１）後見を担う実施主体と公権力との関係

後見を実施する主体や、それらと公権力との関係に着目して、後見実施形態の分類とを試みるならば、① 司法直接介入型、② 行政直轄（官の後見）型、③ パブリック・セクター型のほか、④ 民間団体結成（法人後見）型²⁸⁾、⑤ 個人型²⁹⁾ に分類することができよう。

①に関連して、古くは、国王大権（パレンス・パトリイ（*parens patriae*））³⁰⁾を指すが、イギリス2005年意思決定能力法においても、法定後見の場面においては、保護裁判所が自ら決定を下すことが原則となっている。また、例外的に保護裁判所によって法定後見人が任命される場合であっても、その権限は、保護裁判所や任意後見人の権限より縮減されている。これは、家庭裁判所による任命後は、法定後見人が原則として独占的に、本人に代わって意思決定する権限を包括的に与えられる構造をとるわが国の法体制とは異なっている。

②に関連して、たとえばフィンランドにおいては、基礎自治体における特定の部局に属する人々が、公務員としての立場において後見業務を担っている³¹⁾。その意味では、「官」的後見制度（*official guardianship*）であり、かつ、司法の介入が最後の手段に限られる「行政型」後見制度となってい

る³²⁾。フィンランド全体で、こうした公務員による後見（「公務後見」）が30,000件であるのに対して、私人による後見は17,000件ほどであり³³⁾、前者に対する社会の信頼は大きく、権威の点で、後者に優ると考えられている。公務員後見人の活動については、議会に設置されたオンブズマンによる監視の対象となっている³⁴⁾。

③に関連して、たとえば、イギリス法と同一の法体系に属する、カナダやオーストラリアなどのイギリス連邦諸国においては、一般にパブリック・ガーディアン（庁）やパブリック・トラスティ（信託公社）などと称される部門・機関が積極的に活動してきた。また、「公的後見（public guardianship）」という概念が存在しており、パブリック・ガーディアンは、「公的後見人」として自ら法定後見（財産管理，身上監護決定，医療同意）を引き受けるなど、より積極的に成年後見に関与する体制が整えられている（後述）³⁵⁾。さらに、本人の医学的福祉に真摯な関心を有する家族や知人が見つからない場合に果たす役割については、3.で述べたとおりである。

一方、イギリスにおいては、2005年意思決定能力法施行以降、後見庁（OPG: the Office of the Public Guardian）は、法務省（Ministry of Justice : Department for Constitutional Affairsから改称）の下に置かれ、司法機関たる保護裁判所との分離が図られた。後見庁は、後見庁長官を筆頭とし、判断能力の減退している人々の自己決定を支援し、虐待から保護し、任意後見人や法定後見人をサポートすることを目的としている。なお、このように、イギリス2005年意思決定能力法体制において、後見庁、及び、それを率いる後見庁長官という官職など、「公的後見」が実現する基盤は見受けられるものの、現状では必ずしも後見業務のマネジメント以上にその可能性を十分に発揮しているとは言い難い。また、イギリス国内の議論においても、後見庁の十分な活用についての視点が欠けているように思われる³⁶⁾。しかしながら、2005年意思決定能力法が、市民参加型の成年後見制度を目指したものであるならば、今後一層、個々の支援者が後見を行うにあたっ

て指針を得ることのできるようなシステムの構築が望まれよう。後見庁は、判断能力の不十分な人々の周囲にいる家族や介護者に対して支援を提供できる公的機関となることや、任意後見人や法的後見人にいつでもアドヴァイスを与えることのできる存在になること、彼らの間にネットワークを構築すること、また、虐待を発見した人々が真っ先にコンタクトをとれる存在になること、さらには、社会意識の啓蒙のための教育活動を行うことなど、積極的な活動（より実質的な後見活動への関与）が求められていると考える³⁷⁾。

（２）判断能力の不十分な人々を公的支援へとつなぐ制度

次に、判断能力の不十分な人々に対して、後見制度を利用するか否かの前段階として、社会から離れつつある人々を再度社会につなぐという発想について考察する。

そもそも、後見任務の内容を主要要素に分けるとすれば、①本人に代わって意思決定することを主要任務と考える「意思決定代行」、②本人の意思決定を支援することを主要任務と考える「意思決定支援」、③本人のベスト・インタレストを代弁する「意思代弁」という三つの側面を考えることができよう。このうち、イギリス2005年意思決定能力法において、②こそが、後見人の中心的な任務として捉えられている（②の①に対する優先性）。

一方で、後見的機能の中で最も外苑に属するともいえる③の機能に関連して、イギリス意思決定能力法における「第三者代弁人（Independent Medical Capacity Advocate：IMCA）」の役割に着目したい。医療同意や医療上の入院、施設入所に際して、家族や友人に代わって本人のベスト・インタレストを代弁するのが「第三者代弁人」の役割である。その特徴は、意思決定を本人に代わって行うものではないものの、意思決定に困難を抱えながらも独り暮らしを続けている人々を諸々の社会保障制度へと繋ぐ、法的・社会的ネットワークの要としての機能にある。

「第三者代弁人」が求められる典型的な場面としては、地方自治体が、住

民に対して社会保障サービスや健康福祉サービス、特に、①「重大な」医療行為（例 抗癌剤の使用、癌の摘出手術、腕足の切断、視覚や聴覚を失う恐れのある手術、不妊手術、妊娠中絶など）を施す/中止する/中断する必要があったり、②病院、介護施設に入所（28日以上 of 長期にわたって）、あるいは入居施設に入所（8週間以上 of 長期にわたって）させる必要があるにもかかわらず、本人が意思決定能力を失っていて同意できない状態にあり、かつ、本人の意思決定を支援したり本人の意思や利益を代弁してくれる家族や友人がない場合が挙げられる（section 37-9 of the Mental Capacity Act 2005 & Regulation）。こうした状況において、地方自治体は、すぐさま保護裁判所に判断を求めて審判を申し立てるのではなく、「第三者代弁人」に意見を求めることによって、自らが本人の「ベスト・インタレスト」に適うと考えたサービスを提供することができる。すなわち、地方自治体によるサービス提供が「5条行為」として免責を受けるための実質的要件（前述、2.）として、第三者代弁人への助言依頼が活用されるのである。その結果、保護裁判所にまで身上監護をめぐるケースが達するのは、極めて意見の対立の激しいものに限られる。

このように、「第三者代弁人」は、公的サービス提供機関に対して、当該状況におけるベスト・インタレストを本人に代わって表明（represent, advocate）したり、本人のためになんらかの意思決定がなされたり、サービス提供が行われようとしている場合に異議を申し述べたり、さらに、関係者間で時間をかけた議論によっても争いが解決できない場合には、保護裁判所に審判の申し立てを行う権限を有している³⁸⁾。意思決定に困難を抱えながらも独り暮らしを続けている人々を、成年後見制度やその他の社会保障システムへと繋ぐ、法的・社会的ネットワークとしての「第三者代弁人」サービスのあり方は、わが国において、「市民後見人」の育成や組織化を考える際の参考となるとと思われる。保護裁判所に対する申立ては費用がかさむことから、今後ますます「相談者（consultee）」としての「第三者代弁人」の役割は大きくなるものと考ええる。

なお、訴訟法上の問題について、イギリス法上、判断能力が不十分でありながら周囲に支援する者がいない人々のために、公的ソリシター (Official Solicitor) と呼ばれる人々が、区裁判所 (county court), 高等法院, 保護裁判所における裁判手続きを進めるべく「訴訟上の代理人 (litigation friend)」としての役割を果たしてきた³⁹⁾。

このように、家族の「外」におけるパブリック・ガーディアン (前述, 4. を参照) や「第三者代弁人」、公的ソリシターなど、家族の果たしうる機能を補完する公的システムの存在に着目する時、わが国において、成年後見制度の充実化と活性化のために、どのような公的支援が必要であろうか。

5. イギリス2005年意思決定能力法体制にみる「市民社会」の構想

本稿を通して、「エンパワーメント」の姿勢や、要支援者たる本人 (にとつて) の「ベスト・インタレスト」(「主観的ベスト・インタレスト主義」) を追求する姿勢を前提とした上で、イギリス2005年意思決定能力法5条に表われている、(事実上の) 後見人 (「5条行為者」) に対する支援構造 (免責型、及び、対市民権限付与型) に注目してきた。判断能力の不十分な人々自身による決定を支援する (自己決定支援) 法体制を確立し、実効化するためには、「支援者を支援する」という発想が不可欠であると考ええる。後見人の万一の失当にばかり焦点を当て、責任追及のための法制度しか用意しない「管理型法」体制は、過重な義務の負担 (特に、義務の範囲の曖昧さ) によって後見人を萎縮させ、孤立無援の状態に追い込んでしまう危険性がある。さらには、その副作用として、要支援者たる本人を、後見人が管理しやすい状況下に置くといったメカニズムを生み出しかねない。

この点、イギリスの成年後見制度は、「二重の支援構造」を内実化していることにより、判断能力の不十分な人々に対する支援を、必ずしも家族に頼ることなく、広く市民の中から供給できるメカニズムが用意できている

ことについては、前述の通りである。こうした社会においては、「支援秩序」自体が自発的に発生しうることから、国家は、支援の供給にあたって、法を通じて市民に免責的な権限を付与するのみで足りるともいえる。このように、イギリスの成年後見制度は、社会における相互扶助的な精神と市民各自の自覚に期待して設計され、運用されているように見えるのである⁴⁰⁾。

では、わが国において、同様の制度設計を行うことは可能であろうか。イギリス2005年意思決定能力法が、人々の自発的支援秩序の存在に依拠し、それを尊重し、側面支援することに集中できるのは、そもそも、本人との（形式的な）人的関係を問わず、本人の福祉に真摯な関心を有する者が支援を行うという意識が醸成されており、別の言い方をすれば「支援型社会」⁴¹⁾としての市民社会が成熟しているからともいえる⁴²⁾。この点、「私」か「公（より正確には、官）」しかなく、「共（あるいは、連携）」の領域が存在しないと言われるわが国の状況に照らして、成年後見制度を新たにデザインするにあたり、極めて難しい問題となりうるとされる。さらに、日本法においては、一つには、任意・法定後見人とも法的な手続きを得て就任することも反映して、後見人の任務遂行を法で管理、規制しようとする姿勢が強い傾向にある⁴³⁾。

他方で、イギリス2005年意思決定能力法の体制においては、前述の通り、諸外国にみられる権利擁護システムとしての「公的後見」という発想が見えにくい。「公的後見」のシステムにおいては、財産の多寡にかかわらず、身近に家族などの支援者がいないまま孤立している要支援者に対して、彼らに支援の手を差し伸べる公的な責任主体が存在する。この点、イギリスには、形式的には、後見庁や後見庁長官（呼称としては、パブリック・ガーディアンである）が設置されてはいるものの、実質的な意味での「公的後見」は存在しない。ただし、医療上の入院や施設入所に際しては「第三者代弁人（IMCA）」の利用が法に規定されている（前述）。また、本人の「ベスト・インタレスト」が何であるかをめぐって関係者間で見解が分かれば紛

争が解決できない場合には、保護裁判所の審判を申し立てるべく法律扶助が利用できるなど、身近に家族などの支援者がいないまま援助が得られない状況にある人々に対する一定の用意がなされている。また、社会保障費の受給及びそれによる日用品のための消費については、アポインティー（appointee）と呼ばれる固有の支援者が用意されており⁴⁴⁾、この限りにおいて、成年後見を申し立てる必要はない（Code of Practice 8.36 of the Mental Capacity Act 2005）。

一方、わが国においては、「公の後見」制度も、第三者代弁人のような制度も、さらには、アポインティーのような制度も用意されていない⁴⁵⁾。ただし、昨今、市町村長申立制度の活用が次第に広まっており、身近に支援者のいない人々を成年後見制度へと繋ぐシステムが社会の中に整いつつある。今後、生活保護費の項目として後見申し立て費用を含めたり、さらには、第三者後見人に対する後見報酬の国庫負担などの国家的体制が整っていくことが求められよう⁴⁶⁾。

さらに、現在では、日本の各地において、各地域の実態に合った自発的支援秩序の萌芽がみられつつある⁴⁷⁾。現段階では、仮説の域を出るものではないが、わが国でいわれるところの「市民後見人」⁴⁸⁾について、公権力との関係に着目して分類するならば、①「市民後見人」の養成や支援に関して、公権力（行政権）の主体である基礎自治体が準公的な団体⁴⁹⁾の後見支援機能の創設を主導的に行い、運営にも協力しているもの、②判断能力の不十分な人々を支援するために自発的に結成された団体が、自ら積極的に活動を行いながら、基礎自治体からの援助を効率的に引き出しているもの⁵⁰⁾、③各個人が一定の養成を受けて個人の資格で後見任務を遂行するのを、基礎自治体がネットワークしているもの⁵¹⁾等に分類することが可能のように思われる。

いずれの形態をとっているにせよ、わが国における「市民後見人」は、彼らを養成あるいは統轄する団体と基礎自治体との連携関係から、地域密着性（あるいは地域限定性）が高いという見方ができる。この点、イギリ

ス2005年意思決定能力法体制における「市民型」後見人（すなわち、「5条行為者」）が、本人との密接な関わり合いの中で自然に生じ、その限りで法的に承認されるものであって、本人の居住する地域とは直接には関係ないこととは異なっている。また、イギリスにおける「市民型」後見人が、自然発生的で未組織の人々である一方、わが国の「市民後見人」は、所属する団体や研修養成を受けた団体を通して、社会的認証を備え始めており、その意味では、準公的な存在となりつつある点が異なる。

以上、本稿の考察を通して見えてきたのは、イギリス2005年意思決定能力法体制における、① 本人を中心に置いて福祉の向上を図る、「ベスト・インタレスト」追求姿勢、② 本人の自由に対する制約を極力避け、支援しながら自己決定を実現させる「エンパワーメント」姿勢、そして、③ 前述①や②の達成を家族に期待する（押し付ける）のではなく、社会全体で受け持つことを自覚した「市民社会型」後見、さらに、④ ①②③のすべてを可能にするために必要不可欠な、社会の中の自発的支援者（「市民型」後見人）を支援するという「二重の支援」構造であった。2005年意思決定能力法全体を貫く「エンパワーメント」と「ベスト・インタレスト」の追求という指針に導かれ、責任とともに裁量を与えられた市民は、「責任ある裁量行使」によって、柔軟に、個別に、要支援者のニーズに応える環境を与えられているといえよう。

しかしながら、人々の自発性に期待する2005年意思決定能力法の体制は、別の見方をすれば、国家の任務を縮減するものであるようにもみえる点にも注意が必要であろう。家族共同体が後退しても、それを補完するかのように「市民型」後見人が登場してくるとき、国家（国家に授権された基礎自治体などの公権力を含む）は、その役目を終えたと考えるべきなのであろうか⁵²⁾。「市民型」後見人の活躍を期待しているのは、機能不全に陥った家族や親族共同体ではなく、むしろ、国庫負担軽減を目論む国家である可能性も否定できないのである。

6. 成年後見制度における国家の役割の再考

21世紀を迎え、人権意識（より具体的には、自己決定権、自律（autonomy）、自己の尊厳を守られる権利（the right to dignity）に対する意識）の向上が益々高まっている現在、複雑な社会にあっても自律を確保できるよう、外部からの支援によって自己決定の実現を可能にするという方策（「自己決定支援」アプローチ）が注目されている。別の言い方をするならば、法制度の不備ゆえに判断能力の不十分な人々が社会参加や自己決定を阻害される事態が生じているならば、国家はこれを直視し、改善すべきであるとの認識⁵³⁾は、徐々に世界標準となりつつあると考える⁵⁴⁾。国家は、判断能力の不十分な人々が社会の主体的構成員であり続けられるよう、実質的な人権保障を行なうことが求められているのである⁵⁵⁾。もはや、成年後見制度は、一部の有資産者のための私的な財産管理制度の拡充に留まるものではない。今後、要支援者の顕在化に努め、社会からの剥離や排除を予防（阻止）するため、セーフティ・ネットを張る必要性はますます高まるであろう。

このように考える時、判断能力の不十分な人々を社会につなぎ、自己決定を手助けすべく、人々が自発的に連携・連帯し、相互的な支援のネットワークを創出していく態様としての「支援秩序」は、本来、終局的には国家が担うべき社会保障的な公的セーフティ・ネット等の機能を部分的に代行する性質を持つものといえよう。そして、その維持・強化は、国家にとっても有益であるのみならず、本来は国家の役割であるとして捉えられるべきであろう。こうした観点を強調するとき、国家の中に、市民社会における「支援秩序」の推進者としての役割を見出すことが可能となる。

しかしながら、他方で、国家はあくまでも、実質的なアクターとしては、自発的な相互支援社会の外部に位置づけられることを確認し、その役割としては、自発的な「支援秩序」を維持・強化するためのインフラを、たとえば実定法秩序を通じて構築したり、組織的基盤や財政的基盤を与えるこ

とによって整備するなど、間接的な形で側面支援をすることに留めるべきであると考え。少なくとも、全国一律の、標準的なサービスの提供という発想に最も親和的でない成年後見の文脈においては、このようにいえると考え。成年後見制度の目的が、各人異なる多種多様な生き方を反映した「ベスト・インタレスト」の実現を図ること、すなわち、パーソナルな後見の達成であるとすれば、こうした視点は極めて重要であると考え。

今後、成年後見制度の有する権利擁護機能のさらなる普遍化や拡充を図るべく、本人や親族から申し立てのあった事例や周囲が偶然的に支援の必要性に気づいた事例のみならず、ニーズの発掘をして要支援者の発見を試みることが求められる。ただし、そうした作業に伴う過渡的な現象として、後見人の不足が起こるような事態がありうるとしても、国家は、全責任を押し付け、効率よく管理できる後見人を作り出そうとしてはならないと考える。自発性を重んじられていたはずの支援者が、結果的には公権力の手足として用いられ、公序に組み入れられ、義務と強制の鎖によってがんじがらめにされていく危険性に注意しなければならない。

これは、昨今、わが国において注目されている「市民後見人」や、民間の後見支援団体について考える場合も同様である。さらには、諸外国に多く例がみられるように、今後、わが国において、「後見庁」を設置したり、「公的後見」制度を発足させる動きがあるとしても、この視点を見失ってはならないと考える。後見人をエンパワーすることの重要性に対する社会意識が一層高まり、「自発的支援秩序」の萌芽を発展させるような形での国家体制の充実（例 免責規定、行動指針の提示、支援ネットワークの構築、助言システムの確立、財源の安定的確保、公的保険制度）が図られていくことが期待される⁵⁶⁾。すなわち、家族も、専門家も含めた、広い意味での「市民」による自発的な支援行為を、国家が様々な手法によって下支えするという発想こそが、成年後見制度の成功／不成功の鍵を握っていると考え。

そもそも、判断能力の不十分性とは、古くは、本人の個人的責任の問題

であると考えられ、これを補完する存在として家族が期待されるなど⁵⁷⁾、(家族共同体を含む)「自助」の求められる「私」の領域に属する事柄であると捉えられていたように思われる。一方、新たに登場した成年後見制度は、判断能力の不十分な人々に対する支援を家族の外部に求めることを可能にしたとともに、現在では、わが国においても国家による成年後見制度利用支援事業が推進されるなど、公助が求められる「公」の領域に属する事柄であるとの認識が強まっているように思われる。こうした変化は、「私的自治」の保障を単に叫ぶのみではならず、それを具現化するためのセーフティ・ネットの公的整備が必要であるとの認識が芽生え始めたことに起因すると考えられる。

さらに、ここでの「私」の意味するところについて、そもそも、要支援者とその家族とは一体として捉えるべきではなく、相互に独立した別個の意思決定主体であり責任主体であると捉える2005年意思決定能力法においては、家族も、私的「自治」の「外」に位置付けられるべき外部の支援者である。こうした最広義で捉えられる「市民」たちは、自然発生的で、未組織であるが(例「5条行為者」)、国家による直接的干渉を阻止しながら、「私的自治」を行えない人々を社会につなぐ役割を果たしうる(共助の形成)。

イギリスの2005年意思決定能力法は、法的な後見制度と事実上の後見(生活実態に即した支援:広義の後見)制度を巧みに組み合わせ、そのうえで、(多角的な)本人支援を、家族のみではなく、社会全体で受け持つことを自覚して、「市民型」後見を実現した。徹底した個人主義(家族共同体における、自己決定や自律の重視。独立した個人像)を前提に、家族から開放された個人の行先、あるいは、受け入れ先として、「市民社会」が考えられているのである。ここでは、個人は、様々な人間関係の中で捉えられる。そして、家族は、家族共同体としての固有の利益はもはや認められないものの、家族構成員それぞれが、「本人のそばで本人のこれまでの人生を見てきたであろう」という推定、すなわち、「ケアをしてきた彼らが本人のベス

ト・インタレストを最も知りうる立場にあらう」という経験的推定に基づいて、「相談される」機会を許容され、むしろ一定の機能を担うことが期待されている⁵⁸⁾。

このようにみてくるとき、「市民社会」とは、個人を中心として、様々な支援ネットワークが広がっていくイメージを構成する。そして、本人を中心に置いて、周囲に支援の輪を拡充し促進すべき責任主体として、一般に国民の安全と人権保障とを委ねられ、セーフティ・ネットの整備を要求される国家が登場するのである。

このように、成年後見制度の活性化は、判断能力の不十分な人々に対する支援提供のあり方をめぐって、家族、市民、社会、そして国家の役割を再構成する試み、別の言い方をすれば、自助秩序、共助秩序、公助秩序を複線的に再調整する試みである⁵⁹⁾。現代社会において求められているのは、必ずしも閉塞的な家族共同体に頼ることなく、広く、一般に、市民の中から適切な者を支援者として参集させ、判断能力の不十分な人々に支援を供給できるメカニズムであり、柔軟に、個別に、要支援者のニーズと尊厳に応えられる環境であろう。本稿は、現段階において、こうした問題認識を提示する以上に何か具体的な施策案を有するものではないが、今後、多角的な研究を進めていく中で、引き続き検討していきたいと考える。

〈注〉

- 1) 本稿は、拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理——ベスト・インタレストを追求する社会へ』（ミネルヴァ書房、2010年）第7章「成年後見制度の新たなグランド・デザインに向けて—支援をめぐる家族、市民、社会、国家の役割—」に加筆・修正したものである。本稿は、文部科学省「科学研究費補助金（平成22年度～24年度若手研究（B）課題番号22730009「現代社会における「支援型法」の可能性と限界—自己決定を実現させる法的枠組みの構築」）」に基づく研究成果の一部である。
- 2) しかしながら、このことは、当然ながら、任意後見人として家族が選ばれないことを意味しているわけではない。
- 3) 現在では、2親等以内の親族の有無を確認すればよいことになっているとはいえ、基礎自治体職員によって戸籍謄本を迫る作業は避けられず、事務処理の長期化に加え、理解のない親族や虐待さえ疑われる親族と直面することによって、かえって後のトラブルを誘発する恐れすらある。
- 4) 日本弁護士連合会「成年後見制度に関する改正提言」（平成17年5月6日）、日本成年後見法学会（制度改正研究委員会）「法定後見実務改善と制度改正のための提言」（平成20年7月）。また、一定の要件を設けた上で、成年後見人に医療同意権を与えることの必要性を説くもの（限定的肯定説）として、上山泰、『専門職後見人と身上監護 [第2版]』（2010年、民事法研究会）128－133頁。
- 5) この点に関連して、親族たる身分から形式的に効果を導き出す立場とは異なるものの、家族に何らかの権限がある（「家族が家族として特定の家族員に対して家族権とでもいうべきもの」を有する者が代行判断権を有する）のではないかと考え、そうした権限を有する家族の特定と同時に同意権の限定を図るものとして、石川稔「医療における代行判断の法理と家族—誰が代行判断者か」『家族と医療—その法学的考察』（弘文堂、1995年）60－64頁。
- 6) 直系血族、兄弟姉妹における扶養義務（同条1項）が定められている他、特別の事情があると認められる場合には三親等内間で扶養義務が負わされる場合がある（同条2項）。
- 7) たとえば、民法上の扶養義務者（前注参照）は、生活保護費を支弁した都道府県または市町村の長から費用の全部または一部について徴収を受けることになる（生活保護法77条1項）。
- 8) ただし、私的自治の原則や民事不介入の原則の形式的な適用が、権利擁護の障壁になってはならないことは言うまでもない。後述、本稿6. を参照。

- 9) 拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』, 前掲注1), 第1章, 第3章を参照。
- 10) ただし, 本稿で著者の考える人間像とは, 自律した原子的個人でも, (家族や地域) 共同体に埋没した個人でもなく, 「関係の選択可能性」を保障された, いわば「分子的」個人である。また, 社会とは, 本人の周囲に, 本人を中心として, 支援者の輪が幾重にも広がるイメージである。拙著『法と支援型社会—他者指向的な自由主義へ』(武蔵野大学出版会, 2006年), 第2章を参照。
- 11) 「支援型」社会や「支援型」法といった概念について, 拙著『法と支援型社会』, 前掲注10), 第4章を参照。「他者指向的な欲求」に基づく人々の自発性に期待する法構想として, 自発的な支援行動の授受を法制度や社会的仕組みによって「容易化」し, 支援をしたいと願う諸個人と支援を必要とする諸個人との間にネットワークを行う(「自発的相互支援社会」の構築)という発想に立った法体制を提示する。
- 12) 以上のようなイギリス成年後見制度の基本姿勢を端的に示すものとして, 拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』, 前掲注1), 18-19, 20-27, 27-31頁, 53-54頁, 95-101頁, 138-142頁参照。
- 13) 拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』, 前掲注1), 20-27頁, 及び, 第3章を参照。
- 14) なお, 生命維持のために必要な治療行為の中止などの重大な医療行為については, 法的義務とまではされていないものの, 保護裁判所の判断を仰ぐことが奨励されている。
- 15) さらに, 物品の購入(例 本人が以前から好んできたブランド靴の新作品の購入)や, 種々のサービス提供(例 食事の用意, 散歩の同伴, 治療行為, リフレクソロジー)が「5条行為」として認められる場合には, さらに, そのための費用(expenditure)について, 行為者は, 本人の名前でクレジット払いにしたり, 本人の手元にある金銭から支払いをしたり, また, 自ら手配したサービス業者(例 牛乳の配達人, 美容師, 旅行代理店)に対してそこから直接支払いを行うことができる(Section 8 (1) (a), (b))。さらに, 行為者は, 自ら立て替えて支払った場合には, 本人の手元にある金銭から償還を受けたり, 保護裁判所に本人の財産(例 本人の口座にある預貯金)からの償還を認めるよう申し立てを行えるなど, 一定の厳格な要件の下, 事後的な費用償還請求権も認められている(Section 8 (2) (a), (b))。
- 16) 拙著『法と支援型社会—他者指向的な自由主義へ』(武蔵野大学出版会,

2006年), 特に, 第1章及び第2章参照。

- 17) 拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』, 前掲注1), 第3章を参照。
- 18) わが国では, 家族が第一次的な社会的期待を受けている。すなわち, 法定後見にせよ任意後見にせよ, 家族こそが後見任務を担うべきであり, 家族共同体が機能不全を起こしている場合に限り, 一般に「第三者後見」として, 専門家後見人や「市民後見人」が補充的に期待される。
- 19) 医療同意に関していえば, 家族に代行決定者としての地位を与えるカナダ・ブリティッシュコロンビア州の例や, オーストラリア・NSW州, ヴィクトリア州などが例として挙げられよう(後述)。
- 20) 本人の福祉の向上にあたって, たとえ反目し合っている家族においても, 家族構成員間の相互理解を促し家族の包摂に努める, オーストラリア・ニューサウスウェールズ州後見審判所での事例について, 拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』, 前掲注1), 182-186頁参照。
- 21) イギリスの成年後見制度が典型例である。ただし, イギリス2005年意思決定能力法において, 「本人のベスト・インタレストの実現が果たされているか」について, 本人の福祉に真摯な関心を有する人々であれば, 後見人であるか否か, 家族であるか否かを問わず, 常に相談し合うことが許容され, 期待されている。むしろ後見人は, 独善的・独断的な意思決定を行ってはいない旨が規定されている(Section 4(7) of the Mental Capacity Act 2005)。この点で, 家族も他人をも包摂する「インクルーシブな(inclusive)」意思決定形態が保障されている点も注目される。
- 22) ただし, ヴィクトリア州においては, NSW州法における第1順位に相当する後見人の中にさらに細かな優先順位が置かれている。なお, ヴィクトリア州においては, 後見内容は3種(財産管理, 身上監護, 医療同意)に区別されている点にも注意が必要である(法定後見, 任意後見ともに3種用意されている)。
- 23) こうした「非家族主義」の姿勢は, 医療同意や生命維持装置の取り外しなど, 人生の特別な場面においても異なることはない。ただし, 前掲注21)を参照。
- 24) そもそも, 「ベスト・インタレスト」の概念は, 提案されている医療行為の合法性を検討する判例法の中で生まれてきたことについて詳説するものとして, 拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』, 前掲注1), 第3章, 特に113-123頁を参照。
- 25) そもそも, 日本法における成年後見は, 財産管理, 身上監護のいずれを内

容とするものであっても、「法律行為」に限られており、医療同意のような「事実行為」を対象とする余地はない。一方、これまで述べてきたとおり、イギリス法における成年後見には、「事実行為」が含まれている。2005年意思決定能力法が射程範囲を広くとっている理由は、ともすれば当然に許されると思い込みがちな日常的なケア、また、専門家に任せがちで医療行為の提供について、提供者の視点ではなく、本人の視点に引き戻すことに意義（全ての支援行為には、本人を中心に据えた「ベスト・インタレスト」基準からの正当化が必要であるという視点）を見出していることによる。「5条行為権限」及び5条規定の有する「適切な裁量行使を担保する機能」について、拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』、前掲注1）、174－176頁、188－192頁を参照。

- 26) 2010年10月に横浜で行われた成年後見世界会議においても、医療同意をめぐる日本の研究者、実務家の意識と諸外国からのスピーカーの意識とのずれが顕著に表れていた。
- 27) 前掲、注18) 参照。
- 28) たとえば、わが国において、専門職団体（例 社会福祉士会設立による「ばあとなあ」や司法書士会設立による「リーガルサポート」）のほか、準公的な団体（社会福祉協議会、公社、NPO法人）を指す。後述。さらに、法人後見は実施していないものの、成年後見の活性化についての研究会や講演会を開催し、社会の啓蒙に努めている民間団体がある。
- 29) 家族後見人や、わが国における「市民後見人」のほか、イギリスにおける「市民型後見人（5条行為者）」が含まれる。
- 30) 拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』、前掲注1）、序章参照。
- 31) 拙稿「フィンランドの成年後見制度」日本成年後見法学会編『成年後見法研究5号』（民事法研究会、2008年）。たとえば、ヘルシンキにおける「公務員後見人（official guardian）」とは、ヘルシンキ市行政庁（Helsingin kaupunki, Hallintokeskus= City of Helsinki, Administration Centre）内の、後見局（Holhoustoimen edunvalvontatoimisto= Bureau of Official Guardianship）に所属する公務員である。ただし、たとえ雇用主体であるヘルシンキ市と被後見人の利益が対峙したとしても、公務員後見人は被後見人を擁護するという意味では、中立な存在である。ヘルシンキ市では、約3000人の被後見人のために、11人の公務員後見人が配置されており、約40人のアシスタントが5つのチームを構成して彼らを支えている（フィンランド最大）。公務員による後見の場合には、後見人自身ではなく、基礎

自治体に対して報酬が支払われる。

- 32) フィンランドの法定後見制度において、後見開始に携わる機関としては、地方裁判所 (District Courts) と登記所 (Maistraatti=Registry Office) を挙げることができる。このうち、法定後見全般 (後見開始の審判・登記から、監督、終了まで) について第一次的役割を担っているのは、全国に33か所設置された登記所であり、本人が状況を理解できないか、あるいは反対の意思を示している場合など、法律上、登記所での後見開始が認められない場合に限って、地方裁判所が関与する仕組みとなっている。なお、登記所は、出生・死亡、転入・転出、結婚、氏名の変更、移住・一時滞在、選挙名簿の管理、相続人の確定といった住民に関わる事柄から、住宅に関わる事柄、不動産や船舶の登記、法人登記に至るまで、種々の記録を管理する役割を担う行政体である (かつては、magistrateや district administrative courtと訳されていた)。
- 33) 公務後見は、年々、一定の割合で増え続けている。たとえば、ヘルシンキ市において、2000年2004件、2001年2164件、2002年2411件、2003年2502件、2004年2697件、2005年2828件、2006年3016件となっている (2006年度年間報告書 (Toimintakertomus Vuodelta 2006))。
- 34) 調査結果は、年間報告書 (Summary of the Annual Report) において公表される。なお、公務員後見人の経歴について、ヘルシンキ市に関して言えば、すべて法曹資格を有している。業務内容として、単なる金銭管理に留まらず、社会保障費受給の請求、税金処理、財産を盗まれたような場合における返還請求額の計算から、財産を横領・窃取した者の警察への通報、刑事訴訟における本人の弁護活動にまで及ぶため、資格要件ではないものの、法律家としての知識と経験を有していることが望ましいと考えられている。
- 35) カナダ・ブリティッシュコロンビア州の公的后見庁 (Public Guardian and Trustee of British Columbia: PGT) については、http://www.trustee.bc.ca/who_we_are/index.htmlを参照。一方、公的后見が身上監護部門と財産管理部門とに分けられているオーストラリアでは、ヴィクトリア州の公的身上監護庁 (the Office of the Public Advocate) については、<http://www.publicadvocate.vic.gov.au/>、財産管理公社 (State Trustees) については、<http://www.statetrustees.com.au/>を参照。さらに、ニュー・サウス・ウェールズ州の公的身上監護庁 (Office of the Public Guardian) については、<http://www.lawlink.nsw.gov.au/opg>、公的財産管理庁 (the NSW Trustee and Guardian (NSWTG)) については、<http://www.tag.nsw.gov.au/default>。

aspxを、それぞれ参照のこと。いずれも、各州の法務省下の独立行政機関として存在し、司法機関（裁判所または審判所（tribunal））との連携を密に保っている。

- 36) 現在のところ後見庁の業務としては、後見任務全般に関する事務的、監督的機関としての役割に留まり、基本的任務としては、①任意後見契約の登録、②法定後見人による年間会計報告書の監査、③法定後見人の監督、④法定後見における賠償保証金（security's bonds）の受取り、⑤疑わしい法定後見・任意後見についての調査・苦情の受付け、⑥調査官（Visitor）の派遣、調査書の受取りなどに限られている。後見庁の機能拡大や役割強化について示唆するものとして、Public Guardian Boards, *Annual Report 2010*.
- 37) 後見庁と比較されるものとして、パブリック・トラस्टィの起源は、1906年にまで遡る。しかしながら、民間の受託会社の発展により、衰退の岐路をたどった（拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』、前掲注1）、序章参照）。1980年代には、保護裁判所がパブリック・トラस्टィ・オフィスの中に設置された（Public Trust (ee) Office: PTO）ことによって、法定信託における受託者の役割や、持続的代理権の登録任務を担うことになった。その後は、組織再編によって、判断能力の不十分な人々の事案にはかわらないことになった。
- 38) ただし、まずは、「公的ソリシター」（後注参照）に依頼する必要がある。
- 39) 公的ソリシターの起源は18世紀に遡り、国王大権（バレンス・パトリィ）の一環であった。現在では、1981年裁判所法90条（Section 90 of the Supreme Court Act 1981）に規定され、司法長官によって任命される職位である。2007年4月1日に、裁判所寄託部、公的ソリシター、パブリック・トラस्टィの合同庁（the Offices of Court Funds, Official Solicitor and Public Trustee）が設置された。公的ソリシターは、避妊手術、植物状態にある人の栄養チューブの取り外し、面接交渉、居所指定などに関わる事案を扱ってきた。公的ソリシターの職務を担う人々（公務員）はおおよそ190人ほどであり、そのうち、法曹資格を有する者は19名ほどである。公的ソリシターは、本人に関する個人情報などを裁判所に提供する役割も果たしている。
- 40) イギリス法の特徴である信託法に関して、2000年受託者法（the Trustee Act 2000）において、受託者の個人的背景ごとに類型化した従来の基準（例「通常人」）に替えて、「当該状況における」合理的な注意と技能の行使とを新たな注意義務の基準とした点に、「受託者の誠実さを信頼し、裁量に任せることを基本とし、受託者の適正な任務遂行に期待する」構造を見出す見解や、さらに、公益信託におけるチャリティ受託者のリクルーメントの促

- 進作用について、拙著『法と支援型社会』、前掲注10)、157-163頁参照。
- 41) 拙著『法と支援型社会』、前掲注10)、第7章参照。特に、公益信託や信託法など、イギリス法に特徴的な分野における「個に支えられたヴォランタリズム」の保障へ方向づけられた社会、民間、中でも個々人に基軸を据えて「公益」の充実化を図るという方向性について、169頁から171頁。ここには、すべての人が直接的あるいは間接的に「公益」に関わることのできる構造を備えた法制度を認めることができる。
- 42) たとえば、イギリス近代社会にとって不可欠の要素ともいべきチャリティ（より広くは、フィランソロピー）は、民間において、弱者救済のために自発的なセーフティ・ネットを形成し、小規模ながらも、その機動性、柔軟性の点で、国家福祉に勝る福祉エージェントであり続けてきた（岡村東洋光「フィランソロピー研究の現代的意義と用語の整理」大原社会問題研究所雑誌626号、1頁-10頁）。現代においても、チャリティ（厳格には、2006年チャリティ法（the Charities Act 2006）上で認められた公益信託（charitable trust））は、正当に任務を遂行しているという自信に支えられ、政府に対してではなく公衆（the public）に対して自らの存在意義を示し、問いかけ、承認を受ける努力を積極的に行っている（拙著、前掲注10）、第7章）。一方で、チャリティ受託者たちは、法制度上、万一の失当があっても、自らの行為の誠実性と合理性を明らかにすることによって免責を与えられてきた（前掲注40）、並びに、2006年チャリティ法38条及び1993年法73条D(2)(b)を参照）。2005年意思決定能力法の法体制には、こうしたチャリティの伝統、特に、その適正性の担保をめぐる社会的メカニズムや法体制と通じるものがあるように思われる。
- 43) これらの人々は一般的な善管注意義務を負っているが、2005年意思決定能力法体制における「ベスト・インタレストルール」のように後見人や支援者に裁量を認める固有のルールがない以上、積極的な支援を控えて標準的な（無難な）支援を行う傾向を強めてしまう可能性が危惧される。拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』、前掲注1）、第6章、及び、上山泰・菅富美枝『成年後見制度の理念的再検討—イギリス・ドイツとの比較を踏まえて』筑波ロー・ジャーナル8号（2010年）、15-16頁参照。ただし、日本法においても、「善良なる後見人としての」注意義務を実質的に解釈することによって、イギリス法と同様の処理（後見人に自律的規範（ベスト・インタレスト基準）を負わせると同時に、裁量を広く認める方向性）を行うことは可能であると考ええる。
- 44) アポイントリーの任命や監督については、2005年意思決定能力法ではなく、

社会保障費規則 (Social Security Regulation) に規定があり、労働・年金省 (the Department for Work and Pensions (DWP)) の管轄下にある。アポイントキーへの申請資格・方法、任務内容、任務遂行方法、法的責任に関する一般向けのガイドブックとして、DWP, *A Helping Hand For Benefits* (2005) を参照。

- 45) わが国における、低所得者層に対する成年後見制度の公的な利用支援を整備する必要性について指摘するものとして、上山泰『専門職後見人と身上監護』(2010年、民事法研究会)、274-279頁。
- 46) 上山『専門職後見人と身上監護』、前注、280-281頁。
- 47) 上山泰「Ⅲ 調査研究結果のまとめと所感」「市町村における成年後見制度の利用と支援基盤整備のための調査研究会」平成21年度報告書(平成21年度老人保健事業推進費等補助金事業)(2010年)。
- 48) 一般に、関係諸機関においてある程度の養成研修を受けた人々(例 東京都による社会貢献型後見人の養成プログラム修了者など)を指すことが多い。
- 49) たとえば、社会福祉協議会や公社が考えられる。基礎自治体と後見支援組織との連携がうまく機能している事例として、品川成年後見センター、仙台市成年後見総合センター、武蔵野市福祉公社在宅サービス課後見係、世田谷区成年後見支援センター、福祉サポートまちだ、大阪市成年後見支援センター、権利擁護・市民後見センター「らいと」等が挙げられる。『市町村における成年後見制度の利用と支援基盤整備のための調査研究会』平成21年度報告書(平成21年度老人保健事業推進費等補助金事業)』。
- 50) 基礎自治体とNPO法人との連携がうまくいっている事例として、知多地域成年後見センター、あさがお(滋賀県大津市)、宝塚市成年後見支援センターが挙げられる。
- 51) 養成とネットワークキングがうまくいっている事例として、仙台市、世田谷区、大阪市、北九州市における市民後見人養成のあり方が参考になる。特に、大阪市では、行政が設置したセンターが後方支援や受任調整をするという前提で市民後見人を家庭裁判所が選任するというシステムが事実上構築されている。前掲注18)、『市町村における成年後見制度の利用と支援基盤整備のための調査研究会』平成21年度報告書(平成21年度老人保健事業推進費等補助金事業)』参照。
- 52) この点に関連して、たとえば、W・モリスの描く(ユートピア的)市民社会においては、一切の国家機構(議会、裁判所、及び、法律(特に、財産法、刑法)、学校)が存在しないにもかかわらず、(対面的)マーケットに

おける自発的な商品交換と、人々の相互的な善行によって、貧しい者や不幸な者がいない環境が成立している。Morris, W., *News from Nowhere* (Oxford University Press 2003).ただし、判断能力の不十分な人々の生活支援に関する直接的な記述は見られない。むしろ、病者や精神障害者について、「治療 cure」が終了するまで自由拘束 (restrain) を容認する記述がある (71頁)。

- 53) 社会参加の最も典型的な場面とは投票であると考えてるが、より広く、経済取引に参加する自由も含まれると考える。また、日々の生活において自ら決定を積み重ねていく自由は、人間の尊厳の保障（他者からリスペクトを受ける権利の保障）を内包していると考えてる。公職選挙法における被後見人の選挙権剥奪の問題や、民法における制限行為能力制度の問題、さらには自己決定する機会の実質的保障といった問題について、今後、日本社会において、憲法学、民法学、社会保障法学からのさらなる議論が必要になると考える。この点に関連して、社会保障制度の目的を、自律した個人の主体的な生の追求による人格的利益の実現のための条件整備と捉え、また、「自律に対する潜在的能力」を発揮、補完する法制度の整備の必要性を説くものとして、菊池馨実『社会保障の法理念』（有斐閣、2000年）143頁以下、特に、146頁を参照。また、憲法学において、「自己人生創造希求権」という従来の自由権を超える概念を憲法13条から導き、その具体的な営みとして、判断能力・自己決定能力が不十分であったり欠如した個人であっても、他の私人や公権力の援助、時には他者決定を媒介させて「自己の人生をつくりあげる」ことも射程に取り込む見解として、竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）44－45頁。さらに、「個人の自律的な生の営みを可能にする条件整備」という観点から、これまでの生存権論を再考察するものとして、西原博史『自律と保護』（成文堂、2009年）第4章参照。特に、25条1項における「最低限度」の生活の解釈に関して、「標準化されない自分らしい」という点を重視し、保護提供者の定義した「被保護者らしい生」を強制してはならないことを制度目的自体に関わる基準と捉えている点が注目される (75頁)。この見解において、保護受給者は、各人を取り巻く具体的状況において自らが必要とするエンパワーメントの内容や程度を主張する側として主体的に位置づけられている (72頁)。
- 54) たとえば、障害者の権利のため国連条約 (UN Convention of the Rights of People with Disabilities) の批准を受けて、legal capacity に対する制限の見直しや、被後見人の選挙権制限の撤廃に向けた動きがヨーロッパを中心に起こっている。そして、NGO団体によって、批准国における選挙権制限違

憲訴訟へのアミカス・ブリーフ提出活動なども行われている。ハンガリーに基盤を置くMental Disability Advocacy Center (MDAC) の活動（中欧、東欧のほか、アフリカ諸国も対象）については、<http://www.mdac.info/>を参照。

- 55) 判断能力の不十分な人々が、自らの「市民」性、すなわち、対等な社会構成員であることを規範的に主張し、「国家」に対して自己決定を支援するような法環境の整備を要求する権利（「積極的自己決定権」）を観念できるかもしれない。あるいは、すべての障害は、障害を有する側に原因があるのではなく、障害を撤去しない側にこそあるという見解に立つとき（社会的障害の概念）、それは、国家に対する障害（disability）の撤去請求権とよべるかもしれない。この意味で、今後、権利擁護制度としての成年後見法の発展を、差別禁止法との関連性において検討することが重要であると考ええる。
- 56) これに関連して、活動地域の中で自発的・自生的に出現してきた「準公的後見支援団体」に対して、その自発性、多様性を尊重するとともに公正性を担保しながら、公的資金の投入など「活動環境整備」を行い、もって「間接型公的後見システム運用」を図ることの重要性を説くものとして、上山『専門職後見人と身上監護』、前掲注45）、282－283頁。
- 57) 本人の個人的責任を家族が補完している例として、旧禁治産制度が挙げられる。この他に、現行民法においても、714条における責任無能力者に対する監督責任が、親権者や親族後見人等に当然に問われるとするのが通説的見解である。これに対して、成年後見人等の監護者責任を否定するものとして、上山泰「成年後見人と民法714条の監督者責任——精神保健福祉法との関連も含めて」日本家族〈社会と法〉学会編『家族〈社会と法〉』20号（日本加除出版、2004年）58頁参照。
- 58) 前掲注21）参照。
- 59) 具体的には、「自助秩序」とは、家族共同体における相互扶助（例 わが国の成年後見法における申立権者の制限（4親等内の親族））を指し、「共助秩序」とは、対等な市民同士の間における相互扶助（例 「5条行為規定」で示されたイギリス成年後見法の体制や、わが国における「市民後見人」の社会的養成）を指し、そして、「公序秩序」とは、自助や共助を包括するセーフティ・ネットを準備した国家（的）制度（例 引き受け手がない場合の最後の手段として公的後見制度が用意されたカナダやオーストラリアの成年後見法体制）を指すと考ええる。

The Concept of Civil Society in the Mental Capacity Act 2005

Fumie SUGA

《Abstract》

In this paper, I will explore the new roles of families, Civil Society and the State in the contemporary Adult Guardianship System. In the last 10 years, a theoretical change—most importantly, from the “substituted judgment” approach to the “supported decision-making” approach—has been emerging in many places such as the UK, Canada and Australia, and more countries are now trying to follow their example. The importance of empowering people with limited mental capacity towards their own decision-making is now becoming recognised in many jurisdictions.

In this culture of new individualism, families occupy different places than before. It is now considered that families exist outside the realm of the person him/herself. This means that families are not automatically treated as natural advocates of other family members simply because of their relation, by birth or marriage, to the person. Families should be chosen by the person formally, or they should be given legal authority to provide support to the person as far as they do not infringe on the autonomy or the dignity of the person concerned. It might be said that, under the contemporary Adult Guardianship System, families can be a part of the caring society which maintains an alertness to the welfare of its members. The concept of Civil Society is showing its appearance here.

Through an analysis of the Mental Capacity Act 2005 in the UK, I will clarify the possibilities for establishing the mechanism of mutual support, whether or not we stay within the families or local communities. I will conclude that, under the contemporary Adult Guardianship System, the focus should be placed on WHO ARE THE BEST PROVIDERS of

“PERSONALISED” SUPPORT rather than who are the easiest providers of “uniform” support imposing the least cost on the shoulders of the State.