

### 障害(者)法学の観点からみた成年後見制度 : 公的サービスとしての「意思決定支援」

SUGA, Fumie / 菅, 富美枝

---

(出版者 / Publisher)

法政大学大原社会問題研究所

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

The Journal of Ohara Institute for Social Research / 大原社会問題研究所雑誌

(巻 / Volume)

641

(開始ページ / Start Page)

59

(終了ページ / End Page)

77

(発行年 / Year)

2012-03-25

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00008880>

# 障害（者）法学の観点からみた 成年後見制度

——公的サービスとしての「意思決定支援」

菅 富美枝

---

はじめに

- 1 「意思決定支援」とは何か—イギリス2005年意思決定能力法の基本理念
  - 2 「意思決定支援」を保障するための国家体制
  - 3 「意思決定支援」を実現するための社会体制
- むすびに代えて

はじめに

本稿では、障害（者）法学の観点に立って、わが国の成年後見制度の問題点や発展可能性について論じる。特に、判断能力が極度に不十分な状態になっても、容易に他者によって意思決定を代行（「代行決定」）されてしまうことなく本人自らが意思決定を継続できること、すなわち、「意思決定支援」を法的、社会的に実現する可能性と方策に注目したい。「意思決定支援」を、実質的な意味での自己決定権の保障、特に、「主体性回復型の権利擁護」という点において、「健康で文化的な最低限度の生活」を実質化するための「公的サービス」と捉えた上で、それを適切に給付する体制を整備すべく、わが国の現行の成年後見制度を再構築するための手がかりを得たいと考える。

この点に関連して、イギリスの成年後見制度を基礎づける「2005年意思決定能力法（the Mental Capacity Act 2005）」は、判断能力の不十分な人々に対する意思決定支援を基軸とした法律である。同法においては、「エンパワーメント（empowerment）」の理念の下、周囲からの意思決定支援を受けながら、判断能力の不十分な人々の社会生活が継続可能になるための諸策が工夫されている。一方、わが国においては、平成22年の障害者基本法の改正により、第23条1項において、「国及び地方公共団体は、障害者の意思決定の支援に配慮しつつ、障害者及びその家族その他の関係者に対する相談業務、成年後見制度その他の障害者の権利利益の保護等のための施策又は制度が、適切に行われ又は広く利用されるようにしなければならない。（傍線、著者）」として、「意思決定支援」という文言が法に盛り込まれ、国及び地方公共団体に対して、これに配慮すべき義務が課せられることになった。しかしながら、「意思決定支援」についての定義はなく、国や地方公共団体が負う具体的義務内容としてどのようなことが想定されているのかは明らかではない。また、現在の日本社会において、「意思決定支援」の概念が、定義を不要にするほど、人々の共通理解を得ているよ

うにも思われない。

そこで、本稿では、第1に、「意思決定支援」姿勢を制定法において明記し、「他者による代行決定」を意味する「狭義の成年後見」を抑制的に用いるイギリス2005年意思決定能力法の概要を紹介する。第2に、こうした法の趣旨を具体的に実行するアクターとして、①人権保障に関する最終的な責任主体としての「保護裁判所」、②行政機関として運用状況を監視・管理する「後見庁」、③地域社会において本人の意向代弁活動を展開するアドヴォカシー（IMCA）、そして、④福祉・医療サービス提供者（地方自治体を含む）や家族に着目する。

以上の考察を通して、本人の福祉の向上に真摯な関心を有する複数のアクターを多層的、横断的に相互連環させ、いわば本人を中心とした「支援の輪」を何重にも描くイギリスの成年後見制度における、本人—家族—社会—国家の連携の構図を抽出する。もって、わが国において「意思決定支援」構造を構築することの可能性を見出したいと考える。

## 1 「意思決定支援」とは何か——イギリス2005年意思決定能力法の基本理念

### (1) 2005年意思決定能力法の意義と特徴

2005年意思決定能力法（the Mental Capacity Act 2005；2007年10月施行）は、イギリス（イングランド及びウェールズを指す）において、成年後見制度の根幹をなす基本法である。同法は、1989年に事務弁護士協会（Law Society）によって、意思決定を行うことに困難を抱える人々の人権を保障すべく、「意思決定の確保」「エンパワーメント」「搾取からの保護」の理念に貫かれた、包括的かつ統一的な、そして、より日常生活に即した柔軟な法制度の必要性が提唱されて以来、15年以上の歳月をかけた改革の成果である。そもそも、イギリスにおいて、一般的な人権保障の法的根拠としては、ヨーロッパ人権条約（the European Convention on Human Rights）、及び、同条約を国内法化した1998年人権法（the Human Rights Act 1998）が存在する。さらに、特に、判断能力の点で障害を有する人々の権利の保障については、身体的障害を有する場合と同様、現在では、国連障害者権利条約（the UN Convention on the Right of the Persons with Disabilities）が規定しており、イギリスは2009年6月8日に同条約を批准している（ちなみに、わが国は、2007年9月に署名を行っているものの、批准には至っていない）。2005年意思決定能力法も、こうした人権意識向上の流れの中に位置付けられる。本制度の意義は、大きく分けて4つある。

第1に、これまで諸外国の成年後見制度が主たる内容としてきた「代行判断（substituted judgment）」と呼ばれる、自ら意思決定できない人々のために、法律上権限を与えられた者（意思決定者（decision-maker））が代わって決定を行うというアプローチを改め、コミュニケーション・スキルの向上などによって、本人の意思決定を支援することを第一に行う「決定支援（supported decision-making）」アプローチへと大きく舵を切り替えたことである。一方で、「ベスト・インタレスト・アプローチ」を採用し、決定支援が現実的に困難な場面に備えて、制定法上の厳格な要件の下、「代行決定（substituted decision-making）」の余地を残している点も特徴的である。これは、代行決定をいずれ廃止すべきものととらえる消極的立場とは異なる見解であり、むしろ、適正な代行決定は判断能力不十分者の権利擁護のために必要だと考える、限定的容認論の立場であるとい

えよう<sup>(1)</sup>。

第2に、「決定支援」アプローチから「代行決定」アプローチへと移行するにあたってのいわば分水嶺ともなる、「意思能力がない (lack capacity)」とする法的判断について、「時間限定かつ事柄限定的 (time-specific, issue-specific)」アプローチに立っている点が注目される。これは、代行決定の必要性を認めながらも、必要最小限に留めることこそが判断能力不十分者の人権保障に繋がると考える「小さな成年後見」の発想に立つものとする<sup>(2)</sup>。ここには、代行決定型の成年後見を、他者領域への侵犯が例外的に許容される法的行為と捉える厳しい認識があるといえよう。任意後見契約の準備のないままに判断能力を欠くに至った人々の福祉に関する決定や医療行為に対する同意に関して、なるべく法定後見人 (deputy) の選任を避けようとする法規定のあり方や裁判所の姿勢<sup>(3)</sup>も同様の方向性に立つものである。

第3に、家族の位置づけについての変革である。2005年意思決定能力法は、旧任意後見制度 (1985年持続的代理権授与法 (the Enduring Powers of Attorney Act 1985) 下) にみられたような、家族であるという身分に基づいて必ず (代理権登録への) 異議申し立ての機会を与えるという立場をとらず、本人が (代理権登録に関する) 通知を望む者にのみ与えるという「非家族 (依存) 主義」<sup>(4)</sup>をとっている。同様に、法定後見の場面においても、例外的に法定後見人を任命する際、たとえ家族が申立人であったとしても、家族を優先的に任命するという運用はなされていない<sup>(5)</sup>。

一方で、2005年意思決定能力法には、たとえ決定権限を有する者が公式に定まっていようと、独断的判断に陥るのを避けるべく、本人の周囲にあって本人の福祉の向上に真摯な関心を有する人々 (典型例としては、家族、友人、その他本人のケアや治療に関わってきた人々) から本人情報を得た上でなければ正当に決定権限を行使したものはみなされないという規定を置く (2005年法4条7項)。本規定によって、家族が公式な後見人となっている場合でも、家庭内へのいわば本人の「囲い込み」を阻止することができると同時に、専門家など家族外の者が後見人となっている場合でも、本人をよく知りうる立場にある者からの情報に耳を傾けることなくして意思決定がなさ

(1) Lush, D. (2011) "Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities" *Elder Law Journal*, vol 1, 61-68, at 64.

(2) 詳細については、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 (筑波ロー・ジャーナル編集委員会, 2010年) 1-33頁を参照。

(3) 拙稿「イギリスの成年後見制度にみる裁判所の役割—法定後見をめぐる最近の決定から」『実践成年後見』40号 (2012年1月刊行予定)。

(4) 拙著『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』(ミネルヴァ書房, 2010年) 第5章「家族と成年後見制度」参照。

(5) こうした「非家族 (依存) 主義」の原則に立ちながらも、単に家族を排除するのではなく、むしろ、家族が実質的に本人の福祉の向上に関わってきたという事実がある限り包摂——「再導入」——するイギリス法について論じるものとして、拙著, 注4, 203-211頁, 及び、拙稿「イギリスの成年後見制度にみる市民社会の構想」『経済志林』(法政大学経済学部学会, 2010年) 341-375頁; 「判断能力の不十分な「市民」を包摂する「市民社会」の法制度——イギリスの成年後見制度を手がかりとして」『法哲学年報』(日本法哲学学会編, 2011年) 47-60頁; 「イギリスの成年後見法にみる福祉社会の構想——判断能力の不十分な成年者を取り巻く家族, 社会, 国家」原伸子編『福祉国家と家族』(大原社会問題研究所叢書, 法政大学出版局, 2012年3月刊行予定)。

れることが避けられる。こうした「インクルーシヴ・アプローチ」は、福祉的決定をめぐる最近の裁判例の蓄積によってさらに強化されている<sup>(6)</sup>。

これに関連して、第4に、イギリス2005年意思決定能力法は、事実的なサービス提供（例 ケア、治療、日常生活支援など）に関しても成年後見に関連するものとして規定を置く。これは、民法の枠内において財産管理を中心に成年後見を捉えてきたわが国の法体制とは大きな相違点である。だが、2005年意思決定能力法は、法的な意味での後見（例 契約締結の代理）にとどまらず、日常生活を送る上で必要とする種々のサービスの提供についても、自らそれらを受領するとの決定ができない人々に対して行うものである以上、同法の射程範囲に入る「法的問題」と捉える。そのため、同法は、治療行為を実施しようとする医療従事者、施設入所手続きを進める地方自治体の社会福祉部門、ケアを提供しようとする施設内のケア・スタッフといった専門家、さらには、日常生活上本人が必要とする種々のサービスを提供する事実上の援助者にも等しく適用される。このように、サービス提供の適正化を図る2005年意思決定能力法は、ソーシャル・ケア（social care）をめぐる法体制の改革にも寄与している<sup>(7)</sup>。

以上の点について、順に詳しくみていくが、次項では、まず、本稿の考察に必要な限りにおいて、2005年意思決定能力法の概要を紹介する。

## (2) 2005年意思決定能力法の概要

2005年意思決定能力法の基本姿勢を端的に表しているのは、同法1条2項から6項に掲げられた5つの基本原則である。第1に、「人は、意思決定能力を有していない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」として「意思決定能力存在の推定の原則」を明記する（2005年法1条2項）。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判断される」として「エンパワーメントの原則」を挙げる（2005年法1条3項）。第3に、客観的には不合理にみえる賢明でない（unwise）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ことを確認する（2005年法1条4項）。以上3つの原則から、本人に意思決定能力がないと法的に判断することに対して極めて慎重であるべきとする2005年意思決定能力法の姿勢がうかがえる<sup>(8)</sup>。その上で、2005年意思決定能力法は、本人に意思決定能力がないと判断せざるをえない例外的状況において、他者関与のあり方を規律する規定を置いている。

具体的には、第4に、「ベスト・インタレストの原則」として、「意思決定能力がない（と本法に照らして判断された）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・インタレストに適うように行わなければならない」ことを定める（2005年法1条5項）。

(6) 拙稿、注3参照。

(7) この点に関連して、あらゆる人々に対して、「選択を行う権利（the rights of every citizen to exercise choice）」と「支援を受ける権利（to receive assistance）」を保障すべく、2005年意思決定能力法の射程範囲は、司法の領域にとどまらず広く医療や社会福祉領域にも及ぶべきと考え、関係諸機関、地方自治体、各種NPO団体、権利擁護団体との連携を提唱するものとして、The Public Guardian Board, *Annual Report 2010* (2010), at 5, 15, 16.

(8) 詳しくは、拙著、注4、第2章「意思能力の判断と自律支援」を参照。

さらに、第5として、「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が考慮されなければならない」として、「必要最小限の介入の原則」を定める（2005法1条6項）。

このように5つの基本原則の内、前半の3つが意思決定支援に向けた原則を示しているのに対して、最後の2つの原則は、あらゆる意思決定支援を試みても本人による意思決定が現実的に不可能である場合（代行決定を避けられない場面）に関わっている。こうした場合、例外的に、必要最小限の範囲で（第5原則参照）、他者決定が行われることが法的に許容されるが、その際の要件となるのが、第4原則に示された「ベスト・インタレスト」への適合性である。そこで、「ベスト・インタレスト」とは具体的にどのようなものであるかを示すことが重要になる。特に、わが国の民法858条が規定する、成年後見人に対して「成年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」とする本人意思尊重義務との相違が問題となろう。以下、代行決定のあり方を規律する2005年意思決定能力法上の「ベスト・インタレスト」概念について考察する。

この点について、2005年意思決定能力法は、「ベスト・インタレスト」の定義を置いていない。その理由は、同法の対象とする決定の範囲が多岐に渡り、また、同法が扱う人々の状況が多種多様であるため、「ベスト・インタレスト」を定義することが困難であり、さらに、各人の多様な状況と刻々と変化する状況に合った「パーソナルな意思決定」を実現するため、その人にとっての、その時点での、「ベスト・インタレスト」を知ることこそが重要であると考えられたためである。そこで、「ベスト・インタレスト」について抽象的な定義を試みるよりも、各人の状況・状況における具体的な「ベスト・インタレスト」を発見すべく、そのために必要だと考えられる要素が抽出され、「チェックリスト (checklist)」として提示されている（2005年法4条）。順番に挙げると、第1要素として「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」（2005年法4条1項 & Code of Practice, paras. 5. 16-5. 17）。第2要素として、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」（2005年法4条2項 & Code of Practice, paras. 5. 18-5. 20）。第3要素として、「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」（2005年法4条3項 & Code of Practice, paras. 5. 25-5. 28）。第4要素として、「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」（2005年法4条4項 & Code of Practice, paras. 5. 21-5. 24）。第5要素として、「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。安楽死や自殺補助は、認められない」（2005年法4条5項 & Code of Practice, paras. 5. 29-5. 36）。第6要素として、「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」（2005年法4条6項 & Code of Practice, paras. 5. 37-5. 48）。第7要素として、「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」（2005年法4条7項 & Code of Practice, paras. 5. 49-5. 57）ことが規定されている。さらに、制定法に規定されたこれらの要素（「チェック項目」）を現場で実践できるよう、2005年意思決定能力法の運用指針として制定された「2005年意思決定能力法施行指針（Code of Practice）」

が解説を加え、現場で想定される問題への対処例を「シナリオ」の形で提示している。

このように、チェックリストは、実際に成年後見が必要となりうる場面において、「ベスト・インタレスト」を探し出し、確定し、実現するにあたって考慮しなければならない要素（a checklist of factors which must be considered）を例示的に列挙したものとなっている。全体を通して見えてくるのは、「本人を中心に位置付ける（place the donor at the centre of any decision）」——裏返せば、本人を脇に置き、後見人の見解やその他の客観的価値観を押し付けることを排除する——姿勢である。第1項目から第7項目に規定された内容に目を向けるとき、それらは、「本人にとって」のベスト・インタレストを確保するために慎重に用意された規定であることがうかがえよう。このことは、第6項目に端的に表れており、また、本人自身による意思決定を支援する第4項目や、本人の意思決定能力の回復に期待する第3項目も関連する。第1項目や第5項目においては、より明確に、代行決定者が、本人の客観的状況を外部者の視点で観察した結果、良いと考えたに過ぎないものを、「ベスト・インタレスト」と捉えてはならないことが示されている。この点は、単に「成年被後見人の尊重」と「その心身の状態及び生活の状況」に対する配慮とを併記するのみであって、そこでの視点の相違や、両者の潜在的な対立に注意を払わないわが国の民法858条の規定の仕方とは大きく異なるものとして、注目に値しよう。

さらに、イギリス2005年意思決定能力法は、チェックリストの第3項目、第4項目において顕著に表れているように、意思決定できない状態にあって代行決定を要する場面においても、本人に対する意思決定支援を続行し、本人による意思決定の可能性に期待する姿勢を貫いている。代行決定を要する状況においても、常に、「支援された自己決定」に戻る道が確保されているのである。本人自身による意思決定の可能性に期待し、そのための支援提供を継続する「意思決定支援」体制の堅固さを見ることができよう。

同様に、第6項目が示唆するのは、たとえ自ら意思決定を行うことは（少なくとも現段階において）困難であろうとも、本人を意思決定の結果だけが帰属する「客体」として扱うことなく、本人の意向、心情、信念、価値観、その他本人が大切にしている事柄を代行決定に反映させることによって、「本人らしい」意思決定を実現しようとする姿勢である。先に見た第4項目の姿勢は、現実的に、本人の現在の意向、心情などを直接的に本人から知得することを可能にしよう。だが、それ以上に、どのような状況にあらうとも常に本人を意思決定のプロセスに関与させようとする法制度それ自体が、たとえ単独での意思決定が不可能であっても、あらゆる人を意思決定の「主体」——ひいては人格の主体——として尊重することを制度的に担保しているとも評価できよう。

このように、代行決定を規律するための法概念である「ベスト・インタレスト」は、チェックリストによって、「本人にとってのベスト・インタレスト」として具現化されている<sup>(9)</sup>。判断能力が不十分であるがゆえに自ら意思決定できない人のために、彼らに代わって決定を行う「代行決定者

---

(9) こうした「主観的ベスト・インタレスト主義」の理念的検討、特に、イギリス法における「ベスト・インタレスト」概念の変遷、未成年者をめぐる文脈における「福祉原則（welfare principle）」との相違、医療行為をめぐるベスト・インタレスト論との相違に注意しながら、2005年意思決定能力法体制における「ベスト・インタレスト」の概念について詳説したものと、拙著、注4、第3章を参照。

(decision-maker)」は、こうして導き出される「ベスト・インタレスト」に従って決定権限を行使することが求められ、かつ、その場合にのみ決定行為に正当性が与えられる。逆の言い方をすれば、これらの規定に従って決定した以上、代行決定者は、たとえ決定の結果として望ましくない事態が生じたとしても責任を追及されることはない（2005年法4条9項<sup>(10)</sup>）。決定の妥当性を、決定行為の手続的正当性を問うことによって代える姿勢が本人の福祉の向上という点で功を奏しうるのは、代行決定のあり方について立法するにあたり、法の趣旨——意思決定支援に基礎を置いた代行決定——を明確にすることもさることながら、それらを最も良く具体化しうるような法の規定のあり方について、慎重な議論があったからこそであろう<sup>(11)</sup>。この点についても、あまり深い議論がなされることなく「意思決定支援」や「成年被後見人の意思の尊重」といった文言のみが規定され、共通の理解を構築せぬままその解釈を実践の現場に任せてしまっているわが国の法規定のあり方とは大きな違いがみられるように思われる<sup>(12)</sup>。

以上、2005年意思決定能力法に示された5つの基本原則は、イギリス成年後見制度を貫く基本姿勢を示していると同時に、今後、よりよい改革を続けていく上で、常に立ち戻るべき原点となっている。そして、実際に制定法を運用し、基本理念の社会的浸透を担う人々に対して、具体的な場面において、判断能力の不十分な人々への接し方を示す行為規範として機能する。さらに、実際に個々の代行決定行為の正当性を論じるにあたっての評価規範として、そして、事後に問題になった場合においては、裁判規範として機能することになる。なお、以上の規定は、決定代行者が公式な決定権限を有する成年後見人（任意後見人と法定後見人）である場合のみならず、介護利用者、家族、親友などの日常的なケア提供者や、医療従事者、福祉関係者など、客観的に本人に利益を与えうる「(広義の) サービス」を提供する（にすぎない）場合であっても遵守することが求められている（Section 5 of the Mental Capacity Act 2005, Code of Practice, para 5.2）。詳しくは後述する。

## 2 「意思決定支援」を保障するための国家体制——司法と行政の連携

### (1) 保護裁判所 (the Court of Protection)

前節で考察した2005年意思決定能力法を実施する主体として、まず裁判所の役割、機能に注目する。結論からいうならば、イギリスの成年後見制度においては、裁判所が、2005年法の趣旨を

(10) 「本条（4条：筆者注）1項から7項（チェックリストを参照：筆者注）に挙げられた全ての要件を充たした上で、自らのなした決定や行為が本人の「ベスト・インタレスト」に適切であると合理的に信じる者（裁判所を除く）は、本条を遵守したものとみなす」

(11) Law Commission, *Mental Incapacity* (Law Com No 231) (HMSO 1995); Lord Chancellor's Department, *Who decides? Making decisions on behalf of mentally incapacitated adults* (HMSO, 1997) (Cm 3803); Law Chancellor's Department, *Making decisions: the Government's proposals for making decisions on behalf of mentally incapacitated adults* (TSO, 1999) (Cm 4465); Draft Mental Incapacity Bill (House of Commons 2004) 参照。

(12) 行動指針などが用意されていないために、任務遂行にあたって日本の成年後見人が抱える問題について、Fumie Suga "How to Modernise the Adult Guardianship Law?" (国際家族法学会 (International Society of Family Law: ISFL, 2011年7月21日, フランス・リヨン) におけるペーパー) 参照。



より具体的かつ厳格に実現すべく、まさに最前線に立っているということができる。

2005年意思決定能力法によって、保護裁判所 (the Court of Protection) が設置され、それまで複数の裁判所、具体的には、エクイティ裁判所 (Chancery Division；贈与、遺言、信託を扱う部門)、高等法院家事審判部 (Family Division；わが国の家庭裁判所に相当)、そして、旧・保護裁判所<sup>(13)</sup>に分属していた裁判管轄権の統合が進んでいる。2007年には、さらに統合を進めるべく、保護裁判所規則 (the Court of Protection Rules 2007) が制定され、旧保護裁判所及び高等法院家事審判部におけるそれまでの裁判慣例 (practice) が、新・保護裁判所へと引き継がれることになった。2005年意思決定能力法体制において、保護裁判所は、人権保障に関する最終的な責任主体として、自ら意思決定を行うことのできない成年者の保護の実現を積極的に担っている。

具体的には、第1に、事前に任意後見契約が締結されているような場合を除き、本人が「意思決定能力を有していない」と判断される状況においては、代行決定の主体として裁判所が優先性を有している (例 財産の処分や居所指定、治療行為に関する決定を裁判所自らが行う)。そのため、わが国において法定後見人の任命が申し立てられるような状況において、イギリス法においては、裁判所が目下の問題を解決するための個別的判断をすることが試みられ、法定後見人 (deputy) の任命に優先する。例外的に、本人の「ベスト・インタレスト」に照らし、当該状況においては、法定後見人の任命が適切であると考えられた場合であっても、法定後見人の任命は、権限範囲においても、期間においても、最小限でなければならないとされている (2005年法第16条4項 (b))。このように、私人である法定後見人に優先して、保護裁判所が意思決定に困難を抱える人々に代わって決定を行う権限を有することは、イギリスの成年後見制度における司法の位置づけを最もよく象徴的に表すものといえよう。

一方、2007年10月の施行以来4年を経て、運用上、財産管理に関していえば、私人である法定後見人が任命されるケースが増加しつつある。また、重度の脳障害に対する損害賠償金の管理が問題となる事案においては、財産管理法定後見人として、家族よりも専門家が好ましいという一般の見解も強く (例 the British Association of Brain Injury Case Managers：BABICMの提言)、裁判所もこうした見解に配慮しているように見える。

ただし、財産管理のために法定後見人を任命する場合について、2005年意思決定能力法は、損害賠償保険の付保に関する規定を置いている (2005年法第19条9項 (a) 及び58条1項 (e))。そして、保険金額は裁判所によって設定され、財産管理法定後見人が保険料を事前に支払い、後見庁 (the Office of Public Guardian：後述) が管理する。保険会社の選択自体は、後見人に任されているが、専門性の高い商品であることから、現在のところ、司法省によって一社が推奨されている。この保険の特徴は、通常の専門家免責保険とは異なり、後見人の過失を問うことなく、後見庁の調査

---

(13) 2005年意思決定能力法体制以前、長く、保護裁判所は、行政機関との分離が不明瞭な存在であり (たとえば、「裁判所」と呼ばれながらも、Judgeはおらず、いるのはMasterだけであった。また、旧後見局 (the Public Guardianship Office：PGO) は裁判所の一部局であった)、そのパターンリスティックな姿勢と業務の不透明性が問題視されていた。これに対して、現在の保護裁判所は、通常の民事事件や刑事事件を扱う高等法院と同格に位置付けられている。また、最近では、本人及び関係者のプライバシー保護に配慮しながらも、例外的に審判の公開が認められつつある。拙稿、注3参照。

を受けて裁判所によって後見人の失当が認定され、裁判所からリリース命令がなされると直ちに（保険会社による調査や折衝を行うことなく）保険金の支払いがなされる点にある。

このような保険システムは、判断能力の不十分性から他人に管理を任せざるを得ない人々の財産を守る社会的意義について、提供保険会社が十分に理解していることに加えて、法定後見制度全般における保護裁判所と次項で紹介する後見庁の役割に対する社会的な信頼によって支えられているといえる。なお、同保険は、本人の死後2年以上、裁判所による終了命令が出されるまで、適用が継続される。

さらに、そもそも、イギリス法制史上、自ら財産管理を行うことができない人々の財産をめぐっては、本人の保護のために国王が支配・管理するという中世から続く「国王大権（Royal Prerogative）」や「後見人としての国（パンレス・パトリエ：parens patriae）」の考え方があった<sup>(14)</sup>。こうした考え方が近代化するに従って登場したのが、「裁判所寄託部（Court Funds Office；以下、CFOと呼ぶ）」と呼ばれる国家機関（1726年設立）である。当機関は、旧制度において、裁判所が財産管理のために任命した「法定受託者（レシーバー（receiver））を監督し、適正な任務遂行を確保する役割を果たしてきた。具体的には、「法定受託（receivership）」に付された財産を全額預かり、法定受託者からの請求を待ってその都度リリースするという方策が取られてきた。保管されている財産は、他の財産管理能力不十分者の財産や未成年者の財産と共にCFOが運用を行い、利子という形で本人に還元するとともに、機関自体の運営資金となっていた。

しかしながら、最近では、より柔軟かつ自由な財産管理を好む風潮が生じ、特に、政府による100%の保証（それゆえの、低い金利）よりも利潤や投資性の高い財産管理を好む傾向から、関係者からの不満が高まっており、マスコミでも取り扱われるところとなってきた<sup>(15)</sup>。こうした世論の変化を受けて、現在では、CFOへの財産の預託を原則としつつも、裁判所が認める場合には、必ずしもCFOに財産を預託しなくてもよいという運用に変わりつつある<sup>(16)</sup>。ただし、こうした財産管理態様を認めるにあたっては、裁判所によって慎重な考慮が行われており、後見審判を下すにあたって、後見損害保険額（前述）を通常より高額に設定したり、あるいは、後見人の権限範囲を制限するといったことが行われている<sup>(17)</sup>。

これに対して、身上監護について、保護裁判所は、法定後見人を任命することに依然消極的である点を指摘しなければならないであろう。そもそも、身上監護について裁判所に対して法定後見を

(14) 拙著、注4、序章「イギリス成年後見制度序説」参照。

(15) “Court of Protection cost me 50,000”（2010年7月27日「BBCニュース（ウェブ版）」）参照。

(16) さらに、2011年10月3日には、the Courts Funds Office Rules 2011が施行され、財務省下の金融部門（National Savings and Investments（NS&I）：1861年創立。旧郵便貯蓄銀行）との技術提携など、CFOのビジネス化が徐々に進んでいる。しかしながら、財産の保全について国家が最終的に責任を負うシステムに変化はない（政府による100%元本保証）。

(17) たとえば、①法定後見人の任命を一定期間に限定する、②裁判所の許可を得ずに使用できる金額を制限する、③裁判所の事前の許可なく本人の不動産の売却、賃貸、抵当権の設定、その他一切の処分を禁じる（この手法によって、後見損害保険の加入は、不動産を除いた財産についてのみで済むことになる）、④法定後見人が投資を行うにあたっては、有資格者による適切な助言を得た上で行うこと、などである。

申し立てることは「最後の手段」であるべきとする規定が、2005年法第16条4項、及び、第1条6項（「必要最小限の介入」原則）、2005年法施行指針（the Code of Practice）パラグラフ8.38及び8.39（身上監護法定後見人任命の例外性）で明らかにされている。手続法的にも、2005年法第50条において、そもそも保護裁判所へ申し立てを行うにあたっての「許可」が求められている<sup>(18)</sup>。これは、財産管理に関していえば、手続法上、保護裁判所の判断を仰ぐ必要があると考えた場合（財産管理法法定後見人の任命についての申し立てを含む）、申立権者に法律上の制限はなく、事実上誰でもあっても申し立てを行うことができることと対照的である（2007年保護裁判所規則51条2項によって、2005年意思決定能力法50条2項の適用が除外されている）。

さらに、実際の運用上も、2008年1月から2009年12月までの2年間に、身上監護に対する申し立てが2,695件であったのに対して、裁判所が判断を下したのは517件のみであり（つまり、申立件数の80%以上が、「許可」を与えられず、申し立ての段階で却下されたことになる）、その中、法定後見人が任命されたのは195件（申し立て件数の7.2%）に留まっている<sup>(19)</sup>。こうした傾向は、2010年度においても同様であり、1,283件の申し立てがあったものの、裁判所が判断を下したのは218件のみであり、その中で、法定後見人が任命されたのは106件（申し立て件数の8.25%）にとどまっている。これは、財産管理に対する申し立て件数18,360件に対して、裁判所が判断を下したのが15,624件であり、その中で、法定後見人が任命されたのが9,437件（申し立て件数の51%）であったことと極めて対照的である<sup>(20)</sup>。身上監護をめぐる2005年意思決定能力法の姿勢については、3(1)でさらに検討を行う。

## (2) 後見庁 (the Office of Public Guardian)

前項でみてきたように、保護裁判所は、法定後見開始の審判時から一貫して、慎重に、本人のベスト・インタレストに適い、本人に対する制限が最も少ない決定を追求すると同時に、濫用の危険性を最も抑制できるような実施方法を選択しようとしている。具体的には、裁判所自体が決定するか法定後見人を任命するか決定、後者の場合には、候補者の選択、法定後見期間の限定、法定後見人が直接的にアクセスできる金額の制限、後見損害保険額の設定といった各場面において、保護裁判所は積極的に指揮を執っている。このように予防策を最大限に講じた上で、それでも起きうる濫用に備えて、定期的な監督や周囲からの通報を受けて調査<sup>(21)</sup>を行う役割を担っているのが後見

---

(18) ただし、「許可の申し立て」自体は全ての者が行うことができ、許可もしくは不許可の判断に際しては、申立人と本人との関係、申し立ての理由、申し立てがもたらす本人への利益、その利益を実現するにあたって他の方法の有無など、本人の利益からみた実質的な判断が行われる（2005年法50条3項(a)-(d)）。

(19) Judiciary of England and Wales, *Court of Protection : 2009 Report* (2010) による。

(20) 2010年度の統計については、Lush, D., "Property and Affairs Jurisdiction : Overview" (JSB : Court of Protection Seminar, 4 March 2011 (BERR Conference Centre, 英国・ロンドン)におけるペーパー)による。

(21) 2007年10月1日から2010年9月30日までの3年間で、後見庁に寄せられた法定後見人及び任意後見人に関する通報は計2,559件であり、そのうち1,195件が第一段階審査後、より詳細な調査を受けている（the Ministry of Justice, *Memorandum to the Justice Select Committee : Post-legislative Assessment of the MCA 2005* (以下、*Memorandum*) (October 2010)), section 68)。人々の意識向上に伴い、寄せられる通報件数は年々増加傾向にある。通報者としては、44%が親族・友人、18%は地方自治体、10%は弁護士、9%は共同後見人であり、その

庁（the Office of Public Guardian）である。後見庁は、後見庁長官（Public Guardian）を筆頭とし、判断能力の減退している人々の意思決定を支援し、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た行政機関である。後見庁長官は、①任意後見契約の登録、②法定後見人の監督（リスクに応じて、4段階の監督レベルが設置されている）<sup>(22)</sup>、③疑わしい法定後見・任意後見についての調査や苦情に対する対応（虐待専門機関や保護裁判所調査員（Court of Protection Visitors）等と協力して、本人や後見人を訪問調査する）、④法定後見・任意後見の登録の保持（書面請求があれば、個別に公開に応じる）。濫用が明らかになった場合、後見庁は、後見人に対する勧告的指導、監督強化の他、後見口座の凍結、警察への告発、さらには、保護裁判所に対して後見人の解任について申し立てを行う<sup>(23)</sup>。原則的には私的自治に任されるべき任意後見についても、後見庁の調査の結果、保護裁判所が任意後見人の権限濫用を認定した場合には、解任される<sup>(24)</sup>。

このように、後見任務全般に関わり、成年後見制度全体の適正化を管理、監督する上で大きな役割を担う後見庁であるが、これまでのところ事務的・監督的機関としての役割に留まっていることから、後見人らに対する一層のサポート体制の充実化を求める声も聞かれる。他方、業務効率化の観点から、現在、後見庁の改革が行われており<sup>(25)</sup>、地方自治体との連携の重要性も指摘されている<sup>(26)</sup>。

---

他、銀行、医師、IMCA、介護者、警察となっている（Office of the Public Guardian *Annual Report and Accounts April 2010* (March 2011)）。

(22) 2010年9月の時点で、3万5千件の法定後見案件が後見庁の監督下に置かれている。監督レベルは4段階（監督の厳しい順に、タイプ1、2A、2、3となっている）に分かれている。タイプ1、2A、2については、2011年10月1日以降、監督費用として一律に320ポンドとなった。他方、それまで無料であったタイプ3は、35ポンドとなった（ただし、免除される場合あり）。なお、法定後見人の登録及び監督レベルの評価には、費用として別途100ポンドが必要である。後見庁は、将来的に、利用者からの手数料によって運営資金を賄うことを目指している。タイプ1に分類されたケースは、会計報告の他、年に一度、保護裁判所調査員の訪問を受ける。最も割合的に多いのがタイプ2（資産総額21,000ポンドを超える場合）で、全体の71.9%を占める。最も監督レベルの低い（国連障害者権利条約が要請する、代行決定者に関する監督を充たす程度）のは、タイプ3（資産総額21,000ポンド以下）である。

(23) 2007年10月から2010年9月までの3年間で、法定後見人の解任は117件であった（*Memorandum*, section 72）。

(24) 2007年10月から2010年9月までの3年間で、任意後見人の解任は38件であった（*Memorandum*, section 72）。任意後見人の解任についての裁判所の方針については、*Re J* (Court of Protection, 6 December 2010)（公式判例集未掲載）がある。

(25) Office of Public Guardian, *Business Plan 2010-2011* (2010)。

(26) たとえば、判断能力の不十分な人々の虐待防止に協力して取り組むため、Office of Public Guardian, *Office of the Public Guardian and Local Authorities : A protocol for working together to safeguard vulnerable adults* (2008) などが刊行されている。

### 3 「意思決定支援」を実現するための社会体制

#### —家族の枠組みを超える公的支援体制

##### (1) 医療や介護の現場への適用

前述2.(1)で、イギリスの成年後見制度においては、手続法的にも、運用上も、身上監護について法定後見人が任命されることは例外的であるという点を指摘した<sup>(27)</sup>。こうした姿勢の背後には、原則として、判断能力の不十分な人々が日常的に直面しうる福祉的決定をめぐるのは、本人のケアに実質的に関わってきた人や、本人の福祉を最も真摯に考えかつ実現できる人々（例 同居の家族、担当医師、担当ソーシャル・ワーカー）が有するそれぞれの「本人（に関する）情報」を最大限に集めた上で、本人にとっての「ベスト・インタレスト」の探求・確定が多角的に行われることへの期待がある。こうした姿勢は、インクルーシヴ・アプローチとよばれる。

これに関連して、医療や介護に関連した一般的な法政策として、現場における2005年法5条<sup>(28)</sup>の活用が意図されている点を述べる必要がある。そもそも、日本法においては、法定後見はもとより成年後見の射程範囲からも除外されるものである一方、イギリスの成年後見法においてはその中心を占めると考えられている重要な事柄として、日常生活上のケア（personal care）<sup>(29)</sup>、健康増進のためのケア（health care）<sup>(30)</sup>の提供をめぐる問題がある。ここで、「ケア（care）」について、事実行為としての側面にのみ着目するならば、なるほど、特にわが国の成年後見法の感覚からすれば、射程範囲に入ってくることはないであろう。わが国の通説的理解においては、成年後見法の対象として法律行為のみを考えることが一般的であるからである。

---

(27) この点に関連して、*G v E and Manchester City Council and F* [2010] EWHC 2512 (COP) (Fam) 判決は、身上監護に関して法定後見人を選任することは例外的とする裁判所の方針を明示したものと注目し得る。同様に、*Re London Borough of Havering v LD and KD* [2010] (公刊物未掲載) においても、ターナー判事（His Honour Judge Turner QC, 25 June 2010）は、身上監護法定後見人を任命することはかなり稀である（only relatively rarely）ということは裁判所の慣例（the practice of the court）であると述べている（para 41）。拙稿、注3参照。

(28) 医療や福祉、介助サービス、日常生活上のケア等の提供に先だって、①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」に適用のものであると合理的に信じたことの三要件を充たしている限り、本人の同意なくしてそれらを実施しても法的責任を問われることはないとする規定を指す。2005年法5条によって正当性を与えられる「5条行為（Section 5 acts）」について、「5条行為権限」のより詳細な説明について、拙著、注4、174-176頁、186-202頁参照。

(29) 具体的には、「日常生活上の世話」には、以下のようなものが含まれる。①洗顔・着替え・身だしなみを整える行為の介助、②飲食の介助、③意思伝達の介助、④移動の介助、⑤教育やソーシャルプログラム、レジャーへの参加の手伝い、⑥買い物や屈付たり、様子をみに訪問すること、⑦本人からお金を預かって買い物をする事、⑧ガスや電気器具の修理を依頼すること、⑨掃除や料理の提供、⑩デイケア、介護施設や養護施設でのケアの提供、⑪転居の手伝い、などである。

(30) ①検査の実施、②医療や歯科治療などの実施、③薬の投与、④検査や治療のために病院に連れていくこと、⑤養護ケア（nursing care）の提供、⑥血液検査や、理学療法（physiotherapy）、手足療法（chiropractic）などの実施、⑦緊急事態における処置などが含まれる。

しかしながら、本稿で見てきた通り、2005年意思決定能力法は、意思決定に困難を抱える人々が直面するあらゆる「決定」問題が「主体的に」解決されることを目的として制定された法律である。別の言い方をすれば、2005年意思決定能力法は、他者の意思決定に関与する人々の権限について定める法律（後見人を中心とする成年後見法）ではなく、意思決定に困難を有する人々の支援のされかたについて定める法律（本人を中心とする成年後見法）である。このような視点に立つとき、医療行為や介助行為、日常生活上の様々なケアのように相手方の善意に基づいたサービス提供（「授益」行為）であっても、それらを「受け取る」という決定（「受益」決定）が提供の前提を成すものである以上、代行決定の正当性に関する手続的保障は、同様に及ぼされなければならない。暗黙裡とはいえ、本人から同意を得ることなく、サービス提供者によってどのような食事を選ぶ／採らない、どのように休暇を過ごす／過ごさない、どのような治療を受ける／受けないといった決定が本人に代わってなされている以上、これらは2005年意思決定能力法の射程に入るべき代行決定の場面である。こうした厳格な姿勢は、客観的な効用ゆえにとすれば当然に正当性が認められると思われがちだがケアの提供を、後見人中心主義ではなく、本人中心主義に引き戻す意義——全ての代行決定行為には、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——を有している。

以上を前提として、ケアに関する日常的な決定（レスパイトの利用や、旅行に関する決定も含む）や、専門家による医療行為の実施については、必ずしも法定後見人の任命を申し立てることなく、2005年法の規定（特に、5条）に従い、厳格な手続きに則って現場の責任ある裁量によって行われるべきこと、その一方で、重大な問題や深刻な状況（例 居所指定、医療行為の実施をめぐる見解が一致しない場合）については、むしろ私人である法定後見人に任せることなく、裁判所が直接的に行うべきであると考えられている。一見すると、医療や介護の提供者の裁量に任せるようにみえるが、実際には、IMCA（次項参照）とよばれる、中立に本人の意思や利益を代弁するプロフェッショナルの立会が法律上厳格に要請されるなど、立場の異なる様々な人々が集まって本人のベスト・インタレストを慎重に探し出すことが法的に求められており、こうした「インクルーシヴ・アプローチ」が、サービス提供の適正化を現実的に支えていると考える。

他方、昨今、病院に入院している知的障害者への治療をめぐる、2005年意思決定能力法の理念（特に、意思決定支援）が十分に実現されていないとの指摘がなされている。また、2005年意思決定能力法において新設された、判断能力の不十分な人々に対する虐待罪（2005年意思決定能力法44条）によって、これまでに約200件もの逮捕、起訴がなされたという。特に介護施設内における虐待事件は深刻であり、メディアによって取り上げられ、閉鎖された施設<sup>(31)</sup>もある。判断能力の不十分な人々への介護や医療の提供に際して、意思決定能力の判断を慎重に行い、同意を得られない場合にはベスト・インタレストに適った治療やケアを提供するという、2005年意思決定

(31) Winterbourne View施設（重度の知的障害者を含む、24人が入居、Castlebeck社（56施設を経営）による経営）は、施設に勤務する看護師による告発を受けて調査が開始され、職員11名が逮捕された末に閉鎖された。その他、認知症患者を含む45人の高齢者が住む入居施設で、3名が逮捕された事件が報道されている。また、NHSのケアを受けていた知的障害者6名が亡くなったケースについては、「6人の命」と題する詳細な報告書が作成されている（the Parliamentary and Health Service Ombudsman and Local Government Ombudsman（March 2009））。

能力法で要求されている手続（特に、第5条）が常に厳格に実施されるよう、さらに目を光らせていく必要がある。また、この点に関連して、2008年の「ヘルスケア・ソーシャルケアに関する法律（the Health and Social Care Act 2008）」は、2005年意思決定能力法体制を医療や介護の現場に着実に根づかせることに注意を払っている。2010年4月以降、あらゆるケア提供機関<sup>(32)</sup>は、ケアの質調査委員会（the Care Quality Commission：CQC）によって登録を義務付けられることになったが、CQCは2005年意思決定能力法に則ってガイダンスを作成しており、2005年意思決定能力法の理念が実現されていない機関は、登録が認められないことになっている<sup>(33)</sup>。

## (2) IMCAと地方ネットワーク

前項で、身上監護に関する決定については、保護裁判所の判断や法定後見人の任命を求めるよりもむしろ、本人の周囲にあって本人の福祉の向上に真摯な関心を有する人々による厳格な裁量行使によって行われることが望ましいとする法政策について述べた。その際、本人のベスト・インタレストの実現と保障のために極めて重要な役割を担っているのが、2005年意思決定能力法において新設された「第三者代弁人（Independent Medical Capacity Advocate：以下、IMCAと呼ぶ）」である<sup>(34)</sup>。IMCAは、その重要性から、2005年意思決定能力法の施行に先立ち、2007年4月から導入され、準備が整えられていた点も注目される。医療行為に対する同意・不同意や、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——この点、意思決定自体は行わないことに注意を要する——のがIMCAの役割である。

法的にIMCAの関与が要請されるのは、NHS（National Health Service）<sup>(35)</sup>や地方自治体（local authority）によって、社会保障サービスや健康・福祉サービスの給付の中で、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／中断する必要があるにもかかわらず、本人が意思決定能力を有さず有効な同意を行えない場合、または、②（28日以上長期にわたって）病院や介護施設に入所させたり、あるいは、（8週間以上の長期にわたって）入居施設に入所させる必要があると考えられているにもかかわらず、本人が意思決定能力を有さず同意できない場合であって、かつ、本人の周囲に、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後見人や家族、

---

(32) イングランドとウェールズで2万施設存在し、その内1万5千件が入居施設であるといわれる（介護プロバイダー数は、9,400）。

(33) 現在、約1,000件の介護施設が条件を満たさず、未登録の状態であるとされる。また、最近のCQCによる立ち入り検査では、100件の施設が対象となったが、そのうち、55施設に対して「要注意」の評価がなされた。評価は、主として、「尊厳」と「栄養状態」の2点が注目され、合格したのは45施設、とりえず基準を満たしていたものの改善の余地ありとされたものが35施設、そして、食事の介助、衛生状態、プライバシーの確保に問題ありとされたのが、20施設であった。

(34) IMCAの詳細については、拙著、注4、47-51頁、258-270頁、及び、拙稿「イギリスの成年後見制度——自己決定とその支援を目指す法制度」新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011年）88-126頁を参照。

(35) 支払い能力に関係なく、全ての国民に無償で医療を提供するという理念の下、1948年に設立された組織である。保健省（the Department of Health）の下にあり、各地方自治体と連携している。

友人がない場合である（2005年法37, 38, 39条）。こうした状況において、NHSや地方自治体は、本人の生命に関わるような緊急の場合を除き、IMCAから提出された報告書を十分に参考にすることによって初めてサービス提供を行うことが法的に認められる<sup>(36)</sup>（Code of Practice, paras 10. 40-10. 58）。さらに、ケアプランの見直しが行なわれる場合や、虐待が疑われる場合にも、IMCAは関与することができる（Code of Practice, paras 10. 59-10. 68）。2007年10月の新法施行以来、2万人以上の人々が重大な意思決定を行うにあたってIMCAサービスを利用している<sup>(37)</sup>。

このように、IMCAは、サービス提供者や機関に対して、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<sup>(38)</sup>、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、本人の「ベスト・インタレスト」の特定をめぐる関係者間で見解が分かれ、時間をかけた議論によっても解決できない場合には、保護裁判所に審判の申立てを行う権限を有している<sup>(39)</sup>。社会的意義の大きさから、IMCAサービスの「質」の担保は極めて重要であり、現在、三方面（サービス提供のための資格制度、実践例の整理、サービス評価システム導入）からのアプローチによって、質保障を図っている。

## （2）資力の十分でない人々のための支援体制

ここでは、身近に家族などの適任者がおらず、また、報酬費用を十分に払えるだけの資力を有さない人々に関する支援体制に着目する。

(36) 特に、意思決定できない人々を検査や治療のために病院や介護施設などに28日間以上に渡って収容する場合には、2009年4月1日以降、特に慎重な手続きが置かれており、その収容の概況についても、Quarterly Analysis of Mental Capacity Act 2005, Deprivation of Liberty Safeguards Assessments (England) によって、年に4回公表されている。たとえば、2010年10月1日から12月31日までの3か月間では、主として地方自治団体（イングランド全体で152地域）からの要請を受けて2,267件が審査を受け、1,231件の収容が認可された。2010年12月31日時点で、1,450人が最長1年間の収容を受けている（最も多いのは、91日間から180日間）。他方、認可されなかった1,036件について、その理由として最も多いのはベスト・インタレスト基準を満たさないとするもので、全体の82.7%を占めている（Mental Capacity Act 2005 Deprivation of Liberty Safeguards (MCA DOLS) monitoring Omnibus collection）。

(37) IMCAサービスのさらなる活性化を後見庁に進言する報告書として、Public Guardian Board (2010) *Annual Report 2010*, at 15がある。参考までに、2009年度は、全体として、9,173件のIMCAサービスの利用があった（前年度より39.4%の増加）。その内、住居に関するものが4,087件、ケア・レビューに関するものが617件、重大な治療行為に関するものが1,316件、虐待に関連するものが1,326件、そして、2007年の精神保健法改正を受けて2009年4月1日に施行された「自由の制限に関するセーフガード (Deprivation of Liberty Safeguards : DOLS)」に関連するものが1,214件となっている（Department of Health (2010) *The Third Year of the Independent Mental Capacity Advocacy (IMCA) Service 2009/2010*）。IMCA利用に関する個々のデータ（各IMCAサービス・プロヴァイダが記録）はすべて、Health and Social Care Information Centre（イングランドとウェールズが対象）で管理されている。

(38) それに先立ち、IMCAは、本人と個人的に面談し、また、医療サービスや社会福祉サービスの受給記録を見たり、本人の介護や治療に関わっている人々や、本人の意向、感情、価値観や信条などについて意見を言ってくれそうな立場にある人に相談してセカンドオピニオンを得ることなどが求められている。

(39) ただし、まずは、「公的ソリシター（次項参照）」に依頼する必要がある。



### ①社会保障給付金受取人 (appointee)

社会保障給付金 (Social Security benefits) を受給すべき生活状況にありながら、申請するための判断能力を有さない人々のため、2005年意思決定能力法の枠外ではあるが、彼らに代わって受給申請を行い (給付決定の再審査を求めたり、異議申立てを行う権限も有する)、給付金を受け取り、それらを日常生活のために消費することの認められた「社会保障給付金受取人 (appointee)」と呼ばれる固有の支援者 (個人または団体)<sup>(40)</sup> が用意されている。アポインティ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、1987年社会保障費規則 (Social Security (Claims and Payments) Regulation) 33条に規定があり、労働・年金省 (the Department for Work and Pensions (DWP)) の管轄下にある<sup>(41)</sup>。この制度の利用により、社会保障給付金以外に特段管理すべき財産がない場合には、法定後見を申し立てる必要はないと考えられている (Code of Practice, para 8.36)。

ただし、アポインティーシップはあくまで行政上の制度であって、司法の枠の外において本人の意思に代えて私人が一種の代理行為を行うことを認めるものであり、それに対して定期的な監査などのセーフガードが用意されていない<sup>(42)</sup> ことから、国際障害者権利条約12条4項との抵触が懸念されている。ただし、アポインティーシップ制度が有する迅速性、非官僚性、ゼロ・コスト (無料) 性を評価し、イギリス政府は、見直しシステム導入の必要性を認識しながらも、同条項の留保を宣言することで、現行のアポインティーシップ制度を保持している。

一方で、社会保障給付受取人には、2005年意思決定能力法、及び、その施行指針であるCode of Practiceに精通していることが求められており、現段階では実質的なソフト面でのセーフガードを構成している。DWPも、ウェブサイトを通して、ガイダンスの普及と改善に努めている<sup>(43)</sup>。ガイダンスは、直接的に2005年意思決定能力法への言及をしていないものの、そこでの理念や基本原則を敷衍している。また、地方自治体やNPO団体<sup>(44)</sup> は、アポインティーに就任する場合に備えて、独自の実践ガイダンスを用意している。アポインティーシップは、開始に際して、それまでに対象者の財産をめぐる経済的虐待などがなかったかが調査されるなど、虐待防止の契機として機能している。さらに、本人の状況に変化があればDWPに報告する役割を担っているなど、判断能力の

---

(40) アポインティーには家族や親友などが就任することが望ましいと考えられているが、団体や団体の代表者、地方自治体、NPO団体、事務弁護士、さらには最後の手段として介護施設や養護施設の経営者や施設長が就任する場合もある。

(41) アポインティーへの申請資格・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。

(42) 監査システムは確立しておらず、現場のソーシャル・ワーカーや医療機関、法律家などによる監視のみに頼っているのみであり、通報がない限り、アポインティーシップが見直される契機 (例 本人の判断能力の回復など) はアポインティーからの申告に依存している。

(43) <http://www.dwp.gov.uk/publications/specialist-guides/agents-appointees-attorneys/>

(44) Age UKなどが著名であるが、こうした団体は、身体障害 (判断能力に問題がないためアポインティーシップ制度は利用できない) によって社会保障給付の受け取りなどを身近な者に頼らざるを得ないものの、経済的虐待を受けていたりその可能性のある事例への対処法として、独自の「現金受け取り (Cash Collection)」サービスなどを用意している。

不十分な人々を種々の社会保障制度へと繋ぐ機能を果たしている。

#### ②委員後見人（Panel Deputies）

保護裁判所によって法定後見人の任命が必要と判断されながら、家族など身近に適切な候補者がいない場合に備えて、法定後見人委員会が後見庁内に設置されている（the OPG's Panel of Deputies）。委員のなり手としては、法実務家、NPO団体職員、会計士、一般素人などの個人や信託会社が考えられうるが、実際には事務弁護士が多く、多様性の確保と活性化のため、規模の縮小（密度の増大）が検討されてきた（参考までに、2009年度は、220件の案件を179人が処理）。後見庁内に、「法定後見委員サポートチーム（Panel Deputy Support Team）」が設置されてモニタリングが行われた結果、2011年4月4日からは新メンバーが発足している。現在、64名が登録され、名簿は一般公開されている。ただし、求められていた多様化はさほど進んでおらず、依然として法実務家が多数を占めているというのが現状である。

#### ③NPO団体

チャリティ団体（わが国でいうところのNPO団体）の中には、法定後見人を引き受けているものがある<sup>(45)</sup>。現在、市民社会論、あるいは現政府の「大きな社会」方針によって、さらに多くの団体によって引き受けられることが望まれており、後見庁は各団体に対してアンケート票を準備して、積極的な引き受けを促進するような報酬制度の確立<sup>(46)</sup>や後見庁に期待する側面支援のあり方、プロボノ活動として引き受けることへの意欲について調査している<sup>(47)</sup>。

#### ④地方自治体による法定後見（Public Authority Deputies）

各地方自治体における、成年人者に対する社会保障サービス部（Adult Services）（住居やソーシャル・ケアの提供に関わる部局）の職員（通常は部長）が、家族や友人などの身近な者に適格者が見つからない場合、法定後見財産管理人が経済的濫用などによって解任された場合や、管理財産が少額の場合などの「最後の手段として」法定後見人に就任することがある<sup>(48)</sup>。財産管理（日常的な金銭管理や、財産の処分）の場合には、クライアントの担当ケア・ワーカーからの要請を受けて、法定後見係（the Deputy Team）によって要請の適切性や合理性を慎重に吟味したうえで、クライアントの銀行口座からの支払いや財産処分がなされる<sup>(49)</sup>。個別の後見業務の実施を他の職員や部局に委任することはできるが、彼らによってなされた行為や決定についての最終的な責任は部長が負う。最近の傾向として、不祥事が起きた地方自治体の名称が新聞記事や公式判例集において積極的

(45) たとえば、1869年の創立以来、家族の問題（家庭内暴力、精神障害や知的障害をめぐる問題、貧困）に取り組んできたFamily Actionは、現在、60件の法定後見を引き受けており、クライアントの銀行口座や社会保障給付金、年金、税金還付申請、賃料、介護施設費用に関わる日常的な財産管理などを行っている。

(46) 現在、事務弁護士や地方自治体が法定後見を引き受ける場合については、2007年保護裁判所規則第19部を補充する、規定報酬に関する指示書（Practice Direction B—Fixed Costs in the Court of Protection）が用意されている。

(47) Office of the Public Guardian, Call for evidence—Not for profit delivery of deputyship services（2011/4/8～2011/10/27）。

(48) 全国的なデータは見当たらないが、ある地方自治体では2009年の3月時点において26人の法定後見人に就任したとするデータがある。

(49) 他の法定後見人と同様、後見庁の監督を受けて（ただし、地方自治体が法定後見を務める場合には最も緩やかな監督）、また一年に一度調査員の訪問調査を受ける。

に公表されるという事態が増えていることから、地方自治体は内部監査システムを強化している。報酬については保護裁判所による指示書で定められているが<sup>(50)</sup>、必ずしも被後見人に請求しなくてもよい。

#### ⑤公的ソリシター (Official Solicitor)

さらに、法定後見人のなり手がどうしても見つからない場合には、まさに最後の「最後の手段」として、子どもや判断能力不十分者の保護に関して伝統的な役割を担ってきた「公的ソリシター (Official Solicitor)」が財産管理法定後見人に就任する<sup>(51)</sup>。

そもそも、訴訟法上の問題については、イギリス法制史上、判断能力が不十分なために訴訟追行ができない人々のために、公的ソリシターが、区裁判所、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。公的ソリシターの起源は18世紀に遡り、「国王大権」あるいは「後見人としての国」(前述)の一環であった。

現在では、1981年裁判所法 (the Supreme Court Act 1981) 90条に規定され、司法大臣によって任命される職位である。身上監護に関していうならば、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審判において本人を代理してきた。公的ソリシターの職務を担う人々 (公務員) はおよそ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。

なお、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。このように、公的ソリシターは、直接的に本人支援を目的とする他のアクターとは異なり、国家的観点に立って判断能力不十分者の保護を図っている点<sup>(52)</sup>が特徴的であるといえよう。

### むすびに代えて

以上でみてきたように、2005年意思決定能力法は、本人自身による決定を実質的に保障すること——「(自己決定権の行使について) 支援される権利」の保障——を前提として、他者が本人の決定過程に関与せざるを得ない例外的状況における代行決定の「手続的正当性」を徹底的に追究するという構造をとることによって、意思決定支援体制を実現させている。

2005年意思決定能力法は、2007年10月の施行からまだ4年という若い制定法である。だが、その社会全体への影響力は極めて大きい。2005年意思決定能力法の射程範囲は、すでに、判断能

---

(50) 注46参照。財産管理に関して年間報酬は最初の年が700ポンド (約8万5千円)、2年目が585ポンド (約7万円) となっているが、純資産が1万6千ポンド (約200万円) 以下のクライアントについては、その3%を超えた報酬をとってはならないとされている。身上監護に関する年間報酬は、純資産の2.5%を超えてはならず、最大500ポンド (約6万円) とされている。

(51) 2008年度は38件、2009年度は34件であった。Office of the Public Solicitor and the Public Trustee, *Annual Report 2009 April-2010 March* (2010)。

(52) この点に関連して、訴訟支援のための法体制を公的視点と私的視点から分析したものとして、拙稿「訴訟における自律の実現——訴訟の個人的契機と社会的契機の連関」『訴訟機能の拡大と政策形成 法社会学』63号 (有斐閣、2005年) 112-126頁参照。

力の不十分な人々のための財産管理制度という枠を大きく超え、むしろ、目的は、自ら意思決定できない人々が日々の生活において遭遇するあらゆる場面でのパターンリズムを排除し、周囲に見直しを求めることにあるともいえよう。判断能力の低下と共に、健康状態の悪化や、セルフ・ケアの低下が生じることが多いという現実がある以上、財産の有無、多寡にかかわらず、あらゆる人がその一生のうちに、2005年意思決定能力法の「主役」となる可能性は極めて高いのである。

イギリス政府は、施行5年目を迎えた現在、一般的な予算削減の波の中にありながらも、「意思決定支援」と「ベスト・インタレストの追求」という基本的理念を社会の隅々に浸透させるべく、2005年意思決定能力法施行の影響や運用実態について調査を続けている（注21に挙げたMemorandumはその一例）。さらに、2005年意思決定能力法の実施・発展を通して、それまでの社会政策を見直す契機と捉えているようにもみえる。現在、特別なニーズを抱える人々に地方自治体が提供するコミュニティ・ケア・サービス（community care services）に関する改革が進行中であり、2011年5月には最終報告書（Adult Social Care, Law Com No 326（Law Commission 2011））が提出された。報告書の勧告を受けて、2012年内には新法の骨子が固まる見通しであるが、新法では、2005年意思決定能力法の基本理念をふまえ、特に、キー概念となる「福祉（well-being）」を追求するにあたって、2005年意思決定能力法の基本5原則を敷衍したチェックリストが提案されている。

以上、16年もの歳月をかけて立法し、その後2年半をかけて施行準備を行った2005年意思決定能力法は、施行5年目を迎え、さらなる拡がりや発展の様相を見せていると評価できよう。従来の成年後見制度が有していた、単なる有資産者のための財産管理制度としての色合いを塗り替え、障害を有しながら社会の中で「主体的に生活していく」ための法制度として転換しつつあるイギリスの法体制から、わが国が示唆を得られる点は少なくないと思われる。自己決定が実質的に保障されている社会とは、単に人々に、独力で、短期間のうちに、確信をもって決定を下すことを要求する（その反面として、自己責任だけを課す）だけの社会ではないと考える。わが国が批准を検討している国連障害者権利条約に適った法制度<sup>63)</sup>を構築するためにも、意思決定支援や「本人らしさ」を十二分に反映させた代行決定を、（家族間扶助やプロボノ活動への依存を離脱し）公的に給付されるべきサービスと位置づけ、制度的に整える必要があるように思われる。

（すが・ふみえ 法政大学経済学部准教授）

[付記] 本稿は、科学研究費補助金（平成22-24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」（研究代表者 菅富美枝）及び（平成22-24年度基盤研究（A）課題番号22243005A「自律論・差別論・正義論を基盤とした障害者法学の構築」（研究代表者 菊池馨実））に基づく研究成果の一部である。

63) この点、同条約の批准国として、国内実施状況について報告書を提出したスペインに対する委員会評価書（2011年9月23日付）が参考になろう。評価書の中で、特に12条に関連して、判断能力の不十分な人々が法的能力（legal capacity）を行使するにあたって、代行決定ではなく意思決定支援を提供する法体制への転換が求められており、そのための公務員教育が勧告されている点が注目に値する。