

自己決定を支援する法制度 支援者を支援する法制度

—イギリス2005年意思決定能力法からの示唆

菅 富美枝

はじめに

- 1 イギリス2005年意思決定能力法における「ベスト・インタレスト」
- 2 自己決定支援（エンパワーメント）と契約する自由の保障
- 3 「支援者を支援する」という発想——「二重の支援構造」の構築
むすびに代えて——パーソナルな後見と公的支援の関係

はじめに

本稿では、わが国における成年後見制度の施行10年を振り返るにあたって、イギリス2005年意思決定能力法（The Mental Capacity Act）における「支援型」法態勢の分析を行う。本法は、イギリスにおける成年後見制度に関する基本法である。その最大の特徴は、①弱い（vulnerable=傷つきやすい）立場にある人々をエンパワーし保護するための、統一的な法的枠組みを与え、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、を明らかにした最初の制定法であるという点にある。

2005年意思決定能力法は、知的障害者、精神的障害者、認知症を有する高齢者、高次脳機能障害を負った人々を問わず、すべての人には判断能力があるとする「判断能力存在の推定」原則を出発点とし、判断能力が不十分な状態にあってもできる限り自己決定を実行できるような法的枠組みの構築を目指している。特に、契約法との関係では、契約する自由を守り、成年後見が開始されても契約能力は影響を受けない点が、わが国の制限行為能力制度にみられる法態勢⁽¹⁾とは大きく異なる。

イギリス2005年意思決定能力法において、「意思決定能力（mental capacity）」とは、「意思決定をすることのできる能力（decision-making abilities）」であり、「特定の事柄に関して自分の意思を決

(1) わが国の成年後見制度においては、成年後見開始の審判がなされると、本人は行為能力を制限され、民法上の契約など「法律行為」をなすことができなくなる。こうした能力制限の範囲について、私法上のみならず公法上、さらには実質的運用面において、拡張傾向にある点を危惧するものとして、上山泰「身上監護に関する決定権限—成年後見制度の転用問題を中心に—」成年後見法研究7号（2010年）41-52頁。

めることのできる能力」を指す。「意思決定能力」は、伝統的なコモン・ローにおいて特に注目されてきた、契約、贈与、結婚、遺言、訴訟に関する能力を包括する、広い概念である。特に、日本法と比較して特徴的なのは、意思決定能力の対象に、どこに住むか、どうしたりハビリテーションを受けるか、誰とつき合いをもつか、誰と休暇を過ごすか、どういった食事を摂るか、治療行為の同意・拒絶など、「事実行為」に関する決定が含まれている点である。この点は、しばしば日本法の研究者が混乱し、少なくとも違和感を覚える点であるため、若干の説明が必要であろう⁽²⁾。

前述の通り、2005年意思決定能力法は、意思決定能力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、「法律行為」と「事実行為」に関する法的区別は必ずしも重要ではない。一方で、医療行為や介助行為のように、相手方の善意に基づいた提供（「授益」行為）であっても、サービス提供を「受ける」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、本人から同意を得なければならない。そして、本人から同意を得ることが極めて困難にみえる状況においては、他者が代わって同意・不同意を行わなければならない、これはまさに、2005年意思決定能力法の射程に入るべき事柄なのである。

次に、2005年意思決定能力法において、「意思決定（decision-making）」とは、①自分の置かれた状況を客観的に認識して、意思決定を行う必要性を理解し、②そうした状況に関連する情報を理解、保持、比較、活用して、③何をしたいか、どうすべきかについて、自分の意思を決めることを意味している。結果としての「決定」ではなく、「決定するという行為」そのものが着目されている点が特徴的である。また、意思決定過程（decision-making process）に焦点が当てられることによって（前述、①②③の流れ）、意思決定を他者の支援を借りながら行う「支援された意思決定（assisted decision-making）」の概念が取り入れられうるという利点がある。

これに関連して、意思決定能力の有無を判断するにあたっては、前述のような広い意味での判断能力について、各場面に限ってその有無を判断するという、徹底した個別・具体的アプローチ＝「決定限定的（decision-specific）」アプローチがとられる。意思決定能力が無いと判断される範囲をできる限り限定することによって、「判断能力存在の推定」原則（前述）を守る趣旨である。さらに、意思決定能力判断を行うにあたって、本人の理解力や判断能力が最も低下している時期、時間帯や場所を避け、さらに、少しでも好条件になるよう、本人の理解を補助する方法を選ぶなど、能力の下限より上限が注目される。このように、能力判断が「エンパワーメント」の発想——自律の実現のための支援——と結びついている。この点も、能力判断にあたって、端的に一定の能力の有無について結論を出す点に主眼があるわが国の運用のあり方とは大きく異なり、能力が「有る」という結論が導き出されるべく、周囲が積極的に支援することが意図されている。能力判断と意思決定支援との意識的な関連づけが行われている点が注目される。

(2) より詳しい説明については、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』（2010年、ミネルヴァ書房）第1章、及び、6章を参照。

このように、イギリスの成年後見法態勢は、人が「自律的存在」であることを出発点とし、自分の事柄について自分で決定することが困難な状況になっても、他者の介入（お節介）を排除しながらいかにして自己決定を貫けるかを問い、自己決定を持続できるための道を開くことに焦点を当てている。一方、一般的に言って、日本社会においては、「家族共同体型」福祉観が強く（例 臓器移植について、本人の同意と独立して、家族の同意が置かれている）、また、他人に対する依存心（自ら決定を行うより、行ってもらうことを好む「甘え」の姿勢）が強いという文化的特徴があるように思われる。自己決定を支援されることよりむしろ、決断自体を他人に任せることを好む文化、あるいは、他人からの働きかけを押し付けとは受け止めず、むしろ引き入れる文化において、成年後見制度という、本質的に他者関与を前提とした制度ゆえの「内在的権利侵害性」に対して、あまり危険意識は共有されていないようにも思われる。

しかしながら、日本社会において、今後の成年後見制度の発展、および、判断能力の不十分な人々に対する支援の質的向上を考えるならば、「保護」の中に、本人の自律の尊重という観点からすれば不当ともいえるべき過干渉、すなわち、イギリス社会において「ディス・エンパワーメント（disempowerment）」として批判される種の、他者への「依存化」を助長する形態がありうるという点に、もっと目を開くべき必要があるように思われる。以下、本稿では、こうした視点に立って、わが国の成年後見制度の向かうべき近未来像を模索すべく、考察を続ける。

1 イギリス2005年意思決定能力法における「ベスト・インタレスト」

2005年意思決定能力法は、自ら意思決定できない状況にあると「認められた（established）」人々に代わって、① 誰が決定する権限を有するのか、そして、同法によって権限を与えられた者は、② どのように、決定権限を行使すべきか（すなわち、どのようにして、本人のために決定を行うべきか）を明らかにした、イギリス法において最初の制定法である⁽³⁾。

意思決定主体の所在に関わる①について、保護裁判所、法定後見人、任意後見人など、判断能力の不十分な人を支援することを法的に要請されている（あるいは、選任手続きを経ている）という意味で「公式の（formal）」決定権限者のみならず、医師や家族といった事実上の支援者についても、「非公式な（informal）」決定権限者として、一定の条件の下に法的位置づけ（「5条行為」の実行者）が与えられた。

決定権限の行使方法に関わる②について、他人の意思決定に関与する権限を有している者に与えられた指針であり、また、遵守すべきものとして示されたのが、「本人のベスト・インタレストを実現するように行わなければならない」という、「ベスト・インタレスト」原則（principles）である（Section 1 (5) of the Mental Capacity Act 2005）。2005年意思決定能力法において、「ベスト・インタレスト」は、同法が達成しようとしている目標を示す「理念」であるとともに、他人に代わって意思決定を行う者の行為を規律する基準（criterion）を示す「法」である。では、2005年意思決定能力法において、「ベスト・インタレスト」とは、具体的に何を指しているのだろうか。

(3) 以下、イギリス2005年意思決定能力法の概要および理念については、拙著『イギリス成年後見法にみる自律支援の法理』（ミネルヴァ書房、2010年刊行予定）を参照。

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。定義づけを行わなかった理由は、同法の扱う決定の種類が多様であること、また、同法が扱う人々の状況が多様であるため、「ベスト・インタレスト」を定義することは困難であり、また、意味がないと考えられたことによる。むしろ、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」を実現するためには、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。「ベスト・インタレスト」がこのようなものであるならば、抽象的な定義を試みるよりも、「捜し出す (work out)」ために何が必要かを示すことが、より実践的であろう。そこで、「ベスト・インタレスト」の発見に共通して必要だと考えられる要素を抽出し、広く社会に提示したのが、2005年意思決定能力法4条に示された「チェックリスト (checklist)」である (Section 4 of the Mental Capacity Act 2005)。

具体的には、① 本人の年齢や外見、状態、ふるまいによって、「ベスト・インタレスト」の判断を左右されてはならない、② 「ベスト・インタレスト」の特定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、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、④ 本人が自ら意思決定に参加し主体的に関与することを許し、促し、また、そうできるような環境をできる限り整えなければならない、⑤ 生命維持に不可欠な治療を施すことが本人の「ベスト・インタレスト」に適うか否かの判断が問題となっている場合には、絶対に、本人に死をもたらしたいとの動機に動かされてはならない、⑥ 本人の過去および現在の希望、心情、信念や価値観、その他本人が大切にしている事柄を考慮に入れて、「ベスト・インタレスト」を判断しなければならない、⑦ 本人が相談者として指名した者、本人の世話をしたり本人の福祉に関心を持ってきた人々、任意後見人、法定後見人等の見解を考慮に入れて、「ベスト・インタレスト」が何かを判断しなければならない、である (以上、Section 4 (1)-(7) of the Mental Capacity Act 2005)。

これらのチェック項目①から⑦は、いずれも、本人にとっての「ベスト・インタレスト」の発見にあたって、踏むことが法的に求められている手続き (steps) を構成している。そして、その結果導き出される結論こそが、本人にとっての「ベスト・インタレスト」として、法的に承認されるのである。決定権限者は、こうして導き出された「ベスト・インタレスト」に従って、権限を行使することが求められ、かつ、認められている。

さらに、チェック項目①から⑦の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見てとれよう。このことは、チェック項目⑥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④や、本人の意思決定能力の回復に期待する③も関連する。反対に、チェック項目①や⑤においては、決定権限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点が示唆されている。

そして、「本人にとって」のベスト・インタレストを導き出すために極めて有益な要素である、本人の希望、心情、信念、価値観、その他本人が大切にしている事柄については、本人自身に語ってもらうことが最も正確であるということができよう。また、過去におけるそれらよりも、状況が変わった現時点での希望や心情は最新の情報であるという意味で、より「正確」であるともいえよう

(4)。そこで、できるだけ本人の意向に忠実な、「本人にとっての」ベスト・インタレストを導き出すべく、本人を能動的にプロセスに関与させることが求められている（チェック項目④参照）。そして、たとえ意思決定を下すこと自体は困難であろうとも（逆にいえば、それが不可能であるからこそ、他者による決定のあり方が問題となる）、本人を安易に意思決定の結果だけが帰属する「客体」にしてしまうことなく、法的な意味で、意思決定の「主体」として存続させるためには⁽⁵⁾、こうした姿勢こそが求められている。これが、2005年意思決定能力法全体を強く流れる「エンパワーメント」の発想である。

それでは、本人の希望、心情、信念、価値観、その他本人が大切にしている事柄が、客観的にみた場合、本人の福祉（welfare）と衝突し、むしろ福祉を阻害することが明らかであるような場合にも、以上の姿勢は保たれ得るのだろうか。あるいは、保たれるべきなのだろうか。「ベスト・インタレスト」の特定にあたり、本人の主観的利益と客観的利益の優先性が問題となる。

この問題については、唯一の（普遍的な意味での）正解といったものが用意されているわけではないが、取り組み方をめぐって、いくつかのアプローチが存在している。2005年意思決定能力法の基本的立場は、本人の主観的利益を客観的利益によって覆すことはあくまで例外であり、極めて強い正当化が求められる、というものである。ここで、主観的利益の優先を「愚行権」の保障とよぶか否かはともかくとして⁽⁶⁾、客観的には不合理であり有害ですらある内容であったとしても、本人の希望が真摯であればあるほど、排除のための正当化は困難となると考えられている⁽⁷⁾。具体的には、真摯な治療拒否、尊厳死をめぐる問題などがあり、イギリス法上、慎重に議論されてきた。

一方で、チェック項目⑦は、他者（特に、関係者）の見解を「ベスト・インタレスト」の特定に反映させることを許容しているかのようにもみえる。だが、その意図するところは、チェック項目⑥の補完である。すなわち、チェック項目⑦で挙げられている人々は、本人に関する情報を保有している可能性が高い立場・環境にあることから、情報を持ち寄ってもらうことにより、「本人にとっての」ベスト・インタレストの発見を進めることが期待されているのである（Section 4 (7) of the Mental Capacity Act 2005）。この点、決して、相談者の固有の利益や価値観を反映させる趣旨ではない点に、注意を要する⁽⁸⁾。

さらに、チェック項目②が示しているように、「ベスト・インタレスト」の発見にあたって、全事

(4) 一方、むしろ冷静に、状況中立的に判断ができた当時のもののほうが信憑性が高いという考え方もあるであろうし、また、切羽詰まった状況で、前向きな選択のできない現時点のものは真の「自律」が確保されていない状況での選択であり、価値的に劣るという見解もある。HOLM, S., "Autonomy, Authenticity, or Best Interest" (2001) 4 *Medicine, Health Care and Philosophy* 153, 154-5. HERRING, J., *Older People in Law and Society* (OUP 2009), 61-65. また、特に事前指示書の有効性をめぐって哲学的な理論も含めて検討するものとして、同69-82。

(5) 同様の見解に立つものとして、*Older People in Law and Society* (n(4) above) 63-65, 91-2.

(6) あるいは、「間違いをおかす権利 (the right to make their own mistakes)」ともいえよう。EEKELAAR, J., "The Emergence of Children's Rights" (1986) 6 OJLS 172, 182.

(7) ASHTON, G., *Court of Protection Practice 2009* (Jordan Publishing 2009), 222.

(8) ただし、こうした見解に対しては、介護者と被介護者たる本人との「ケアの関係」や「相互依存的な関係」を無視するものであるとして反対する見解もある。*Older People in Law and Society* (n(4) above) 109-115. だが、私見としては、そうした心理的な関係があることは否定できないとしても、結果の帰属は被介護者にしかありえな

情が考慮に入れられる。この意味で、本人がもし決定に必要な能力を有していたら行ったであろう (would himself have made, would have wanted) と考えられる決定を実現することを目指す「代行判断アプローチ (substituted judgment approach)」や、過去の本人の意思を機械的に実現するだけの「事前指示書 advance directive)」の考え方とは異なると解されている⁽⁹⁾。

この点に関連して、すでに述べたように、2005年意思決定能力法における「ベスト・インタレスト」原則は、本人の希望や心情に最大限の考慮を要求する (チェック項目⑥) とともに、本人自身による決定への継続的支援を要請 (チェック項目④) している。そして、2005年意思決定能力法は、本人をめぐる状況が刻々と変わりゆくことを前提として、決定が求められている時点における (time specific) 「ベスト・インタレスト」を追求している。

このようにみえてくるとき、たしかに、2005年意思決定能力法における「ベスト・インタレスト」アプローチは、本人の主観を最大限に尊重する点では「代行判断」アプローチと共通するものの、後者が主として本人の過去の意思をそのままに実現しようとするに留まるのに対し⁽¹⁰⁾、「ベスト・インタレスト」アプローチは、本人の過去の主観に照らして現在の状況と擦り合わせる作業までを含んでいる⁽¹¹⁾。

一方で、本人の意向がただちに「ベスト・インタレスト」であるとはみなされないにせよ、本人の意向が「ベスト・インタレスト」を構成する極めて重要な要素である点で、判例上、争いはない。本人がかつて予測できなかった事態が起きた場合であっても、果たしてそれらを本人が知っていれば意向を変えたと考えられるのかについて、慎重に検討することの必要性が指摘されている。この意味で、「ベスト・インタレスト」原則は、本人が「(過去の) 自分から自分を救出する ("saving him from himself")」可能性について、強制も否定もしておらず、個別の事情における「バランス (balance)」の問題だと解されている⁽¹²⁾。他方、本人の意向を否定する場合には非常に強い正当化が必要と考えられており、安易に本人の意向を無視した判断については、たとえ裁判所によってなされたものであっても、違法として、控訴理由となりうる⁽¹³⁾。

このように、2005年意思決定能力法における「ベスト・インタレスト」アプローチは、本人の過去の意思表示に硬直的に拘束されたり、追従するものではない一方で、本人の状況を外部者の視点

い点を考えると、結果の引き受けようのない介護者が当然に決定権限を有するというのは、少なくとも、自己責任論の発想からは難しいように思われる。

(9) *In the matter of P* (unreported 9 February 2009), paragraph 20-21, 37-38, 41-44. この他、Explanatory notes to the Mental Capacity Act, para 28を参照。また、2005年意思決定能力法に受け継がれた「事前決定 (advance decision)」について、その有効性、適用性をめぐって、裁判上様々に議論されてきた。詳しくは後述する。

(10) だが、これはいわば建前のものであり、実際には、本人の意思の名のもとに、家族や後見人、そして医師の思惑が入り込む可能性への危惧感を示すものとして、DRESSER, R., "Precommitment: A Misguided Strategy for Securing Death with Dignity" (2003) *Texas Law Review* 1823, at 1842.

(11) Paragraph 5 38 of Code of Practice参照。

(12) 「ベスト・インタレスト」を捜し出すにあたって、本人が受けるであろう利益と不利益を総合的に衡量する思考を、「バランスシート」アプローチと呼ぶ。Re A (*Male Sterilisation*) [2000] 1 FLR 549. だが、問題は、同アプローチを適用する際のあてはめのあり方である。詳しくは、本章第1節参照。

(13) *Re S and S (Protected Persons)* (unreported 25 November 2008), paragraph 54-58.

に立って客観的に良いと思われる決定を押し付けるものでもない。「ベスト・インタレスト」の確定にあたって、「本人を中心に置く」発想と、さらに、そのために実行される「エンパワーメント」の姿勢が、こうした微妙なバランスの保持を可能としている⁽¹⁴⁾。

以上、意思決定能力の不十分な人々に対する2005年意思決定能力法の姿勢について簡単に述べてきた。2005年意思決定能力法のもたらした旧体制の完全な様変わり（a whole sea change）を知るにあたって、それまでの古いアプローチを次のように表現したマーシャル判事の言葉が参考になるかもしれない。

「それまでのアプローチとは、意思決定能力を有する人と有しない人との間に、硬直な（stark）線引きを施すものであった。意思決定能力を有する人々については、決定が良いものであれ悪いものであれ、選択することが許される。一方、意思決定能力を有しない人は、彼らのために意思決定を行ってあげる（傍点、著者）という体制の下へと組み込まれた。そこでは、彼らは希望を尋ねられ、彼らの心情に対しては、寛大で（generous）、時に庇護的な（patronising）、名目的な（token）うなづき（nod）が与えられた上で、結局は、客観的に「最も良い」とされる決定が行われてきたのである」⁽¹⁵⁾。

21世紀を迎え、世界的な規模において、各国の成年後見制度は、「ベスト・インタレスト」の尊重と追求をその基本理念および姿勢として掲げている。だが、真の実現を果たすため、これらの法制度の背景にある社会を構成する一員として、我々は、本人による（by）意思決定を重んじる法制度・社会を目指すのか、本人のため（for）の意思決定を重んじる法制度・社会を目指すのか、まさに態度決定を求められている。もし、後者に立つならば、そもそも、ある特定の意思決定が「本人のため」に適しているという判断は、究極的には誰がなすのだろうか。この点、後見人の決定はすべて「本人のため」に適ったものとみなすのみならば、他者決定は「外部化」されたままである。こうした疑問と向き合う時、わが国において、これまで実践され、また良いと考えられてきた成年後見の任務遂行方法について、「エンパワーメント」、すなわち、自己決定を支援するという観点から再考する必要性に気づかされるのである。

2 自己決定支援（エンパワーメント）と契約する自由の保障

前節では、要支援者を支援するための法理論として、イギリスの成年後見制度における「ベス

(14) 2005年意思決定能力法は、改正に当たり、各人に対するエンパワーメントに焦点があてられてきた。議会での審議において、草案（the Mental Capacity Bill）の目的は、“as much empowerment as possible and proper protection for adults who cannot take all decisions for themselves”を用意することであると明確に述べられている。大法官府長官およびファルコナー判事（Lord Falconer）の発言については、Hansard, House of Lords, January 10 2005, 667, 12参照。

(15) *Re S and S (Protected Persons)* (n(13) above), paragraph 51. また、中世から2005年意思決定能力法制定に至る、国家後見（*parens patrie*）、国家干渉主義（*state interventionism*）の歴史については、『イギリスの成年後見制

ト・インタレスト」の考え方を紹介した。イギリス成年後見法における「ベスト・インタレスト」論は、判断能力が不十分な状態になっても、自己決定の継続的実現に向けて支援を受けることを保障する、エンパワーメントの発想と密接に関連していた。こうした視点から、人々が社会生活を続けるにあたって重要な契約について考える時、後見審判によって一律に契約能力が制限されるわが国の「制限行為能力制度」の中に、エンパワーメントとは反対の、むしろ依存化（disempowerment）を助長し、さらに社会的排除を招く危険性が危惧される。

この点、イギリス法には、こうした制限行為能力制度はない。さらに、制限行為能力制度とは別の、一般契約法理として存在する「意思無能力法理」（表意者の意思無能力を理由として、契約の無効を主張できる法理）についても、イギリス法には直接的な形では存在しない。このように述べると、一見、イギリス法においては、判断能力の不十分な人々がいわば弱肉強食の取引社会に置き去りにされているかのようにみえるかもしれない。しかしながら、実際には、判断能力の不十分な人々の契約の自由を守りながら、判断能力の不十分性が相手方によって濫用された場合には結果を是正する（具体的には、契約の取消）という法運用がなされている。以下、検討する。

そもそも、イギリス契約法の一般的ルールとは、「人は、判断能力が無かった（mentally incapable）として、自己の締結した契約から免れられるべきではない」というものであり、意思無能力の法理が存在するわが国の契約法とは異なっている。ただし、イギリス契約法においても、判断能力がないままに契約を締結したことを相手方が知っていた（あるいは、知るべきであった）との立証に成功した場合には、表意者は保護されることが判例上認められている（*Imperial Loan Co v Stone* [1892] 1 QB 599）；*York Glass Co Ltd v Jubb* [1927] 134 LT 36）。

その後、契約が不公正な内容であった場合には、相手方の悪意を立証する必要はないとした判決が出される（*O' Connor v Hart* [1984] 1 NZLR 754）。しかしながら、さらにその後、契約の不公正がエクイティ上の詐欺（equitable fraud）——特に、不当威圧（undue influence）——の程度にまで達するようなものでない限り、相手の悪意を立証できない以上、契約の無効を主張することはできないとされ（*Hart v O' Connor* [1985] AC 1000, 1019）、*Stone*判決で示された要件（契約内容の公正・不公正を問わず、相手方が悪意であることを立証すること）が再確認された。判断能力の不十分な状態で締結された契約について、公正の観点から、「交渉力の不均衡（inequality of bargaining power）」を理由に解放されるべきであるとする主張（「交渉力の不均衡」理論）については、明確に否定されたのである。

一方、「脆弱性」の作為的利用や「交渉力の格差」の悪用が問題となった事例において、契約の不公正性よりも、表意者が自己に不利な契約を締結するに至った具体的経緯が注目され、「非良心的取引」の法理⁽¹⁶⁾が適用されたものがある（*Boustany v Pigott* (1995) 69 P & CRPC 298）。この法理は、

度における自律支援の法理』(前掲注(2))序章を参照のこと。

(16) 具体的には、①支配的な立場にある者が、道徳的に非難されるべき方法を用いて自己に都合の良い契約条項を押し付けた、②支配的な立場にある者のなした行為が道徳的に問題であった、③交渉力の不均衡や客観的に見て不合理な契約条項が存在するのみでは衡平法上の救済を受けることはできず、あくまでそうした交渉力の格差を悪用したことが必要、④当該契約によって得をする者の行為がその非良心性を非難されることがない限り、契約は取り消されない、⑤契約の取消を主張する側が相手方の非良心的な利用を立証すべきである、とするものを指す。

契約条項の不公正な内容それ自体よりも、不当な手段によってそうした契約が引き出された（取引過程の不公正性）点に焦点を当てるところに意義がある。同法理の適用にあたって、実際にどのような行為が本件において表意者の自律を具体的に侵害したのかという点が着目されることによって、過度の司法介入を招く危険性が抑制されている。

また、判断能力の不十分な本人から甥への不合理な土地の贈与について、不当威圧が問題となった最近の事例において、裁判所は、甥に対して、「当該贈与が不当威圧によってなされたものではない」ということの立証を求めた（*Grandchild (by his litigation friend) v Bradbury and others* [2006] EWCA Civ 1868）。具体的には、本件において、判断能力の不十分な本人が贈与のもたらす法的効果を理解（understand）し、さらにそうした効果を意図（intend）していたか否かについて、独立した助言者の存在の有無と関連して、問われた。

厳格に言えば、*Pigott*判決においては、本人の判断能力の脆弱性（理解力の不十分性）が注目されたのに対して、*Grandchild*判決においては、一定の人的関係（主として、信頼関係、依存関係）にある他人からの影響をめぐる脆弱性（vulnerable to the influence）が注目されている。こうした違いはあるものの、二つの判決の背後には共通して、本人が知的・精神的障害、その他理解を不十分なものにする要素を有していても、相手からの誠意ある説明や適切な助言者の存在が立証されたならば、契約を必ずしも無効とする必要はないと考える発想がみられる。こうした法態勢は、人々の契約の自由を最大限に守ることを目指しながら、同時に、現実に存在する格差が濫用されることを防止しようとする。

現代社会において、判断能力の不十分性をめぐる法的救済が「社会的排除」の契機とならないためには、判断能力の不十分な状態で当該法律行為がなされたということ、本人の属性（ここでは、特に、本人の知的・精神的障害の程度）の問題に還元することなく救済する方策が望ましい。先のイギリス契約法の立場においては、支配的な立場にある者に対して、当該契約締結過程の適正性について立証責任を課すことによって、後から「不当威圧」や「非良心的取引」として責任を問われることのないよう、契約締結に際して自らの支配力に注意し、判断能力の不十分な相手に対してより懇切丁寧な説明を試みたり、相手方が中立な第三者からの助言を受けられるよう配慮するインセンティブを形成することによって、むしろ「社会的包摂」の契機を設けることが意図されているのである。

3 「支援者を支援する」という発想——「二重の支援構造」の構築

前節までのところで、支援を必要とする人々をどのようにして支援すべきか、すなわち、要支援者を支援する方法について、主として、イギリス2005年意思決定能力法における「ベスト・インタレスト」追求の法態勢にヒントを得て論じてきた。だが、本人にとっての「ベスト・インタレスト」の尊重と、本人を支える周囲の人々の責任問題とが緊張関係にあることにも目を向けなければならない。

先述の通り、本人を制度の中心におく、イギリス2005年意思決定能力法においては、本人にとっての「ベスト・インタレスト」の追求を図ることが後見人の任務であり、後見人の存在意義ですら

ある。逆にいえば、「ベスト・インタレスト」に適わずむしろそれに反するような行為は、「任務」の遂行とはみなされず、その結果、そうした後見人の行為は、本人に対する違法な権利侵害として、法的責任を追及されうることになる。

だが、一方で、後見人に対する責任追及をあまりに形式的に行うことは、かえって、後見人の柔軟な任務遂行を妨げかねない。つまり、後見人が慎重な判断の上におこなった行為が、後から見て結果的に、本人にとっての「ベスト・インタレスト」に合わないものであった場合、結果だけを見て行為の正当性が判断されてしまうならば、過度に後見人を萎縮させてしまうことになる。

そして、後見人に対する萎縮効果の影響は、ここだけに留まらない。後からの非難を恐れるあまり、後見人は、後見行為の対象（客体）である以前に本来は「決定主体」であり続けるべき本人に対して、結果の妥当性を確保すべく管理する——すなわち、後見人が後から非難されずにすむよう無難な決定を本人に押し付ける——という姿勢で臨まざるを得なくなる⁽¹⁷⁾。ここから生じるのは、2005年意思決定能力法の説く、「本人を中心に置く（principal-centred）」姿勢——すなわち、本人に対する「エンパワーメント」や、本人の権利や行動の自由に対する制限を最小限にしようという姿勢——ではない。むしろ、後見人に対する管理態勢（過度な責任追及）が、後見人の本人に対する管理を強めるという悪循環の構造が作り出される危険性がある。こうした負の連鎖を断ち切るべく、本人に対してのみならず、後見人に対する「エンパワーメント」の存否が、成年後見制度全体の成功／不成功の鍵を握っているとすらいえよう。この点に関連して、イギリス2005年意思決定能力法は、結論から先に述べるならば、後見人に対しても、「管理」態勢ではなく、「支援」態勢で臨んでいる。

要支援者を「被治者」として扱う枠組みを超え、従属的存在から主体的存在へと転換させるためには、自発的な支援者を「管理」によって萎縮させることなく、彼らの善意と責任ある裁量の行使に期待し、その適正な発現を「支援」することが重要である。こうしたゆとりある法態勢こそが、結局は、被支援者の自律を実現するような環境を醸成し、全体として（支援者としてであれ、被支援者としてであれ）、個々人相互の自律を重んじた支援型社会の構築につながると考える。

こうした観点から、以下本節では、現代社会における法の新しい姿として、「二重の支援構造」、すなわち、「要支援者を支援する人々」を支援する法や社会システムのあり方について考察する。

（1）本人の周囲にいる介護者や医療従事者に与えられた権限（「5条行為権限」）

議論の前提として、イギリス成年後見制度の特徴の一つを紹介する。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が、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、日常生活上の世話（personal care）、健康増進のための世話（health care）の提供をめぐる問題がある。ここで、「世話（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

(17) たとえば、イギリス法において、旧レシーバーシップ制度において、レシーバー（法定財産管理人）たちは、後からの批判を恐れて、本人たちに日常生活に必要な金銭管理すら自由にさせることを躊躇し、管理態勢で臨んでいたのである。

ば、射程範囲に入ってくることはない。わが国の成年後見法においては、法律行為のみを対象とすることが前提だからである。

だが、「決定主体」の所在に着目するイギリス成年後見法においては、世話のような一見単なる事実行為の提供にみえるものについても、その提供を受けるか否かについて「決定が行われた」点が見逃されることはない。すなわち、「日常生活上の世話」については、提供を行う前提として、どんな服装をするか、どんな食事を採るか、どのように休暇を過ごすかに関する「決定」がなされるであろう。同様に、「健康増進のための世話」についても、提供を行う前提として、どのような治療を受けるか否かに関する「決定」が行われるであろう。

こうした「世話」をめぐる問題について、わが国の任意後見契約における委任に相当する「永続的代理権」の授与は可能である（「身上監護」に関する永続的代理権（welfare lasting powers of attorney））。とはいえ、諸々の事情から（例 手間、時間、費用、様式の複雑さなど）、こうした準備がなされていないことも考えられる。しかしながら、本人に事前の準備がなされないままに「世話」が必要な状態となったにもかかわらず、本人に意思決定能力がない場合、先述の通り、「決定」の要素が含まれている以上、正当な権限なく「世話」を提供することは、まさに、違法に他者の決定に干渉することを意味する。

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買い物を届けたり、様子を見に訪問すること、⑦本人からお金を預かって買い物をすること、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。また、「健康増進のための世話」としては、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（chiroprody）などの実施、⑦緊急事態における処置などが含まれる。これらはいずれも本人のためになされるものであるが、先述の通り、そこに（提案されたサービスを受領するか否かを）「決定する」という要素が含まれている以上、本人以外の者が関与する場合には法によって正当な権限が与えられなければならないのである。

そこで、イギリス2005年意思決定能力法においては、保護裁判所によって決定が行われたり、一定の事柄に限って法定後見人が決定を任せられる場合がある。だが、2005年意思決定能力法は、より容易、安価な方法として、本人の周囲にいる介護者（carers）（家族、雇用介護者の両者を含む）や医療従事者に対して、消極的に決定権限を与えるという規定を置いた（section 5 of the Mental Capacity Act 2005）。

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、結果として本人に代わる決定を行った人々に対して、実際に行われた世話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ためである。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のである。

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)。

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)。

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、本人に深刻な影響をもたらすようなもの以外については、わざわざ保護裁判所に判断を仰がなくとも、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、「世話」の提供が可能となった。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「世話」の提供を可能としている⁽¹⁸⁾。

このように、「5条行為権限」は、免責を基本としており、積極的に授権することが予定された権限ではない。本人の傍ら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「世話」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のみである。

また、こうした免責構造において、「家族である」ということが、それだけでは特別な意味を与えられていない点が注目される。すなわち、家族も、(先述の)3要件を充たしている限り免責を受けると規定されているのみであり、家族は、本人の傍らあって本人の福祉の向上に携わっている人々と同様の位置づけを与えられているに過ぎない。この意味では、イギリス成年後見法制度上、家族も、判断能力が不十分な人々の傍らにあって、彼らがおも現有している能力を発揮できるよう支援し、同時に意思決定を補うことに努める「一市民」である。他方、法的な位置づけはそうであるとはいえ、実質的に5条行為要件を充たすにあたって有利な立場にあるのは、互いに望めば本人の最も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。

以上のように、イギリス2005年意思決定能力法体制における、家族を含んだ「市民」への権限付与のあり方は、当該意思決定に限って免責を与えるというものである。国家は事後的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強制するわけではない。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、市民に対して行為の方向性を規定しているものの、多くは裁量に任ざれており、具体的な行為方法をめぐって市民を管理しているわけでもない。すなわち、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不要ないし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するための法的基盤を整備することによって、市民社会における自発的支援活動の活性化を側面

(18) 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。

支援している。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」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、市民を判断能力の不十分な人々のもとに参集させ、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、市民社会を構築させる萌芽をも内包しているのである。

(2) 後見庁 (The Office of Public Guardian), 第三者代弁人 (IMCA : Independent Mental Capacity Advocate)

(a) 後見庁 (The Office of Public Guardian)

イギリスにおいて、旧体制上、保護裁判所における執行部局として位置付けられてきた公的后見局 (PGO : Public Guardianship Office) は、2005年法体制の下、後見庁 (OPG : the Office of the Public Guardian) として、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ることになった。後見庁は、後見庁長官 (パブリック・ガーディアン) 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。現在のところ、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。

今後、新しい役割として、意思決定能力を失った人々、その家族、介護者にとっての「支援者」となること (支援ネットワークの構築) や、任意後見人や法定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、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など、さらなる充実が期待される。なお、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においては、「公的后見 (public guardianship)」という概念が存在しており、「後見庁」は、最後の手段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⁽¹⁹⁾。

(b) 第三者代弁人 (IMCA : Independent Mental Capacity Advocate)

最後に、イギリス法をはじめとする諸外国の成年後見制度において法的な整備がみられつつある、医療同意や保護的な入院をめぐる問題に触れる。

イギリス2005年意思決定能力法において、①「重大な」医療行為 (例 抗癌剤の使用、癌の摘出

(19) 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, オーストラリア・ヴィクトリア州の公的后見庁 (the Office of the Public Advocate) については、<http://www.publicadvocate.vic.gov.au/>, ニューサウスウェールズ州の公的后見庁 (Office of the Public Guardian) については、<http://www.lawlink.nsw.gov.au/opg> 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。

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場合、②病院、介護施設に入所（28日以上長期にわたって）、あるいは入居施設に入所（8週間以上の長期にわたって）させる必要がある場合、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、そうした人々の権利擁護のため、「第三者代弁人 IMCA (Independent Medical Capacity Advocate)」サービスが用意されている。

「第三者代弁人」は、本人に代わってサービス提供者（具体的には、健康サービスの給付についてはNHS⁽²⁰⁾、社会保障サービスの給付については地方自治体 (local authority)）に対して、当該状況における「ベスト・インタレスト」を表明 (represent, advocate) する。それに先立ち、「第三者代弁人」は、本人と個人的に面談し、また、健康サービスや社会保障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、本人の希望、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。この他、「第三者代弁人」は、本人のためになんらかの意思決定がなされようとしている場合、異議を申し述べる権利が認められている。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、自ら、保護裁判所に審判の申立てを行うことも認められている⁽²¹⁾。

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、「第三者代弁人」から提出された報告書を十分に参考することによって初めて、本人のために本人に代わってサービス提供を行うことができる。この点、「第三者代弁人」が直接、意思決定者となるわけではないことに注意する必要がある。

また、NHSや地方自治体は、自ら意思決定を行うことができない人々のために住居やケアプランの見直しを行う必要があるものの、本人の周囲に意思決定のための支援や意思や利益の代弁をする家族や友人がない場合、義務ではなく権限として、「第三者代弁人」に助言を依頼することができる。さらに、ネグレクトや虐待からの保護が問題となっている場合には、家族や友人が周囲にいても、「第三者代弁人」を呼ぶことができる。

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後見制度へと繋ぐ、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思われる。なお、Action on Elder Abuseといった、イギリスおよびアイルランドで最初に高齢者の虐待問題に取り組んだチャリティ団体が登録するなど、「第三者代弁人」に既存の団体を多く指名したことから、IMCAは、地域ごとの偏りもなく、実行性のある活発な活動を行っているようである⁽²²⁾。保護裁判所に対する申立てに費用がかかることから

⁽²⁰⁾ National Health Serviceの略称。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（ヨーロッパ最大）。保健省 (the Department of Health) の下にあり、各地方公共団体と連携している。

⁽²¹⁾ ただし、まずはオフィシャル・ソリシター (Official Solicitor) に接触することが求められており、オフィシャル・ソリシターが自ら申立てを行わなかった場合に限られる。

⁽²²⁾ IMCAの活動について、最新の報告書は、http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh_111846.pdfよりダウンロードできる。

も、今後ますます、特に身上監護をめぐる、「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られる⁽²³⁾。

むすびに代えて——パーソナルな後見と公的支援の関係

以上、イギリス2005年意思決定能力法における、本人を中心とした「ベスト・インタレスト」概念、「エンパワーメント」の姿勢、5条行為権限（免責）の構造、後見庁や「第三者代弁人」に期待される役割に着目しながら、判断能力の不十分な人々を支援する法態勢の重要性とともに、それを実効化すべく、支援者を支援する必要性について論じてきた。考察を通して、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がわかった。そこでは、支援の供給にあたって、国家は法を通じて市民に免責的な権限を付与するのみであり、「支援秩序」自体は自発的に発生していることが前提であった。また、指針（具体的には、「ベスト・インタレスト」の追求という5条行為、ひいては、イギリス成年後見制度全体を貫く要件）と裁量と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ことが可能であった。このように、イギリスの成年後見法は、市民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、制度設計がなされているといえよう。

この点に関連して、著者は、厚労省補助事業「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」（日本成年後見法学会）の委員として、他の委員・報告者とともに、わが国の基礎自治体（市町村）における後見機関（社協、NPO等）との連携・協同の実態とその将来的な発展可能性につき、複数の市を対象とするヒアリング調査を行ってきた。ヒアリング調査を通してみてきたのは、各地域の実態に合った「自発的支援秩序」の萌芽である⁽²⁴⁾。

一方で、カナダ、オーストラリアなどの他の英米法系諸国や、フィンランドにみられる権利擁護システムとしての「公的後見」の重要性が注目される。「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判断能力不十分者に代わって意思決定を行う責任主体（公的後見人または公的後見局）が存在している。また、イギリスにおいても、保護的な入院や施設入所に際しては、第三者助言人による助言を得るべきことが法で規定さ

⁽²³⁾ 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サービスを給付したいが、本人が同意できないような場合（例 自宅から介護施設に転居が必要な場合や、介護施設にすでに入居していてもケアプランの変更・見直しが必要な場合）に、すぐさま保護裁判所に審判（法定後見の開始を含めた、裁判所による意思決定）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、地方自治体は自らが本人の「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、前述の5条に規定された免責を受けるための実質的要件として、第三者代弁人への助言依頼が利用されるのである。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であろう。ただし、2007年精神保健法の改正およびヨーロッパ人権裁判所の判決を受けて、「収容（detention）」に関する要件は、加重された。

⁽²⁴⁾ 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年未刊）。

れており、本人の「ベスト・インタレスト」をめぐる意見が対立し解決を保護裁判所に仰ぐ以外に道がない場合には法律扶助が利用できるなど、特別の手当てがなされている。また、わが国においても、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立費用を含めたり、さらには、後見報酬の国庫負担など、公的支援の体制を整えていくことが求められよう⁽²⁵⁾。もはや、現代社会において、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ことは、言うまでもない。支援によって自己決定の実現を可能にするという実質的な人権保障に、国家や社会が真剣に取り組むべき問題であるとの認識は、今や、世界標準である。

そもそも、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、その維持・強化は国家にとっても有益である。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」の支援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、国家はあくまでも市民社会の外部におけるアクターであるにすぎず、その役割は市民社会における自発的な「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、一律的な標準というものに最も親和的でない成年後見という文脈においては、このようにいえるのではなかろうか。本稿において繰り返し述べてきたように、成年後見制度の目的が、各人異なる多種多様な個人々のニーズを充たすこと、すなわち、「ベスト・インタレスト」の実現であり、「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。

このように考えるならば、たとえ、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、申立てのあった人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た結果として、後見人の不足が起こるような事態がありうるとしても、後見人は、国家によって、効率よく管理される存在にはならない。自発性を重んじられていたはずの個人が、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、我が国において注目されている「市民後見人」についても同様である。

以上、被支援者たる本人にとっての「ベスト・インタレスト」を追求し実現させるためには、後見人を責任追及する「管理型法」態勢よりも、後見人を支援する「支援型法」態勢こそが適切であると考え。後見人に対してエンパワーメントを行うという発想に立つ法態勢は、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ることなく、かつ、その副作用として、被支援者が効率的に管理されるような態勢の下に置かれることを阻みうると考える。後見人のエンパワーメントが、結局は、被支援者のエンパワーメントにつながる。今後わが国においても、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」の萌芽をさら

⁽²⁵⁾ 上山泰『専門職後見人と身上監護』（2008年、民事法研究会）240-245頁。

に発展させるような形での公的支援の充実（例・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）が図られていくことが期待される。本稿は，現段階において，これ以上に何か具体的な施策案を有するものではない。今後，多角的な共同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。

（すが・ふみえ 法政大学経済学部准教授）

法政大学大原社会問題研究所叢書

◎好評発売中◎

◎労働再規制に向けての構造改革路線からの反転
法政大学大原社会問題研究所・鈴木 玲編—A5判二七四頁・四四〇円税込
新自由主義と労働
執筆・兵頭淳史・五十嵐仁・高橋祐吉・松尾孝・鷲谷徹・鬼丸朋子・山
縣宏寿・浅見和彦・鈴木 玲・山垣真浩
市場原理や規制緩和の語政策に対抗する動きが国家や社会あるいは企業
レベルでどの程度起きていくから美証的、理論的側面から分析。

◎各研究分野におけるオーラル・ヒストリーの歴史と現状
法政大学大原社会問題研究所編—A5判二七六頁・三五七〇円税込

人文・社会科学研究所とオーラル・ヒストリー
政治学、社会学、歴史学、女性学、労働問題などの分野でのオーラル・ヒス
トリーの意義と問題点を学際的な視角より再検討する。編集・早川征郎

◎戦後日本の起点で活躍した改革派ジャーナリストのオーラル・ヒストリー
法政大学大原社会問題研究所編—A5判四四〇頁・六九三〇円税込
証言 占領期の左翼メディア
占領当時の論壇状況や世論、政治・社会運動の背景、左翼運動の脈や秘
話を知ることのできる得がたい史料。編集・吉田健一

◎革新政治と労働組合運動の今日的課題を提示
五十嵐 仁著—A5判四六〇頁・六三〇〇円税込

政党政治と労働組合運動
戦後日本における政党政治の変遷と労働組合とのかかわりに焦点をあて
分析。革新政治の課題と労働組合運動の今日的課題を提示。

◎全社会的福祉のなかの介護福祉と居住福祉
嶺学編著—A5判三三〇頁・四四〇〇円税込

高齢者の住まいとケア—自立した生活、
その支援と住環境
〈安心ハウス構想〉ケア・リビングなど高齢期の生活基盤である住まい
とケアについて、制度や実態を分析し課題を提示。

◎「社会史」の方法から見た社会運動史
梅田俊英著—A5判三二八〇頁・五二五〇円税込

社会運動と出版文化—近代日本における
知的共同体の形成
大正デモクラシー期における社会運動と出版文化の歴史を手書きメモ、
日記、手紙、予備調査など新しい史料で再構成。

◎普通選挙の実施という新たな政治条件下の農民運動
横関 至著—A5判三〇〇頁・五二五〇円税込

近代農民運動と政党政治—農民運動先進地
香川県の分析
普選下の農民運動は小作争議と共に選挙、議会活動も重要な柱であり、
その運動の動静が政党政治に及ぼした影響を解明。

御茶の水書房

〒113-0033 東京都文京区本郷5-30-20 Tel.03-5684-0751
ホームページ <http://www.ochanomizushobo.co.jp/>