

「成年後見制度の新たなグランド・デザイン」（菅富美枝編著）から

岡山ネット懇 代表 弁護士 竹内俊一

一 新たなグランド・デザイン

1 新たにグランド・デザインするとは、「旧制度の基本構造を大筋で引き継いでいる現行制度の枠組みそれ自体を根底から批判的に検討し直し、制度設計の basic concept の次元までを視野に収めた上で、その再構築を行う」ことである。

2 批判的に検討というのは、①日本法における「本人意思の尊重」の姿勢や、そもそも本人を、実体法上、手続法上の「主体」として扱う姿勢は、依然として、脆弱・薄弱であるといわざるをえない、更に、②客観的な保護の観点を重視するあまり、特に、契約法の文脈においては、むしろ、本人排除の法理を生み出し、差別への転化の可能性すら孕んでいることも否定できない。

3 新たな基本理念とは、①本人の現有能力の成長・活性化に期待し、自らが自己決定権を行使できるように周囲が支援する「自己決定支援（意思決定支援）」を重視し、その法制度化を図る、すなわち②保護あるいは庇護の対象として、権利や義務の潜在的保有者としての受動的な位置付けのみを与えられてきた人々が、権利行使し、新たな法的関係を築く積極的な主体へと転換していくことを可能にする（エンパワーメントの発想に立った）法制度を構築することである。

4 新たなグランド・デザインすることの意義は、現行制度の閉塞感を打破して、パターナリズムからの真の脱却を図るべく、総合的な意味での判断能力、すなわち、情報力・交渉力・決断力などの点で弱い状況・立場にある人々が、権利擁護と権利主張を自ら行える社会を構築することにある。

5 理念的再検討の視点としては、①代理・代行決定を前提とした成年後見の発動を必要最小限に留めるべきであるという意味での「小さな成年後見」と②自己決定支援を優先させた「広義の」成年後見制度を打ち立てることによって、過不足のない「大きな支援」を社会的に実現させるべきという 2 点である。

6 ここでいう意思決定支援は、自己決定支援のみを是認して代行決定を完全否定する立場とは異なり、自己決定が現実的に不可能な状況の存在を認めた上で、次善の策として用いられる代行決定を、本人の「主観的な意味での」最善の利益という観点から厳格に規律することを通して、本人の意思決定主体性を回復させようという試みである。

7 これから成年後見制度の担い手としては、家族共同体ではなく、本人を中心として、多層的・複合的に、国家（中央政府、地方政府、行政機関、司法機関）や社会（基礎自治体、NPO団体、市民）が幾重にも支援の網を拡げる構図が浮かび上がってくる。そして、成年後見法制の社会化を、生存権の保障が関わりうるという意味で、公法、特に、社会保障法として捉える。

8 また、これから重要になるスキルという点では、本人に対する情報提供の工夫、特に、意思疎通に関する工夫に高い意識を注ぐことになる。

9 社会資源としては、互いに対等な市民が他の市民のために、彼らが自分の「声」を得て、その声に周囲から耳を傾けられ、周囲に聞いてもらえるように支援を提供するというイギリスの「市民代弁」の伝統の上で、成年後見の文脈において新たに、判断能力が不十分なために重要な決定を誰かに託さなければならぬ状況にあって、自らの意向や感情すら表現することが困難な人々のために、同じ目線に立ってそれらを汲み取り代行決定者に伝える役目を果たすプロフェッショナル（後述する IMCA）を用意することを、国家が国民に対して提供すべき公的サービスと位置づけるイギリスの法体制が参考になる。

二 成年後見制度の理念的再検討～小さな成年後見～

1 2000年に導入された現行成年後見制度は、自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーションという新理念と、「本人保護」という旧来の理念との調和を制度設計の基本理念としているが、「本人の主観的意思・意向の尊重」と「本人の客観的保護」とは、成年後見の実務上、しばしば正面から衝突し、ときに激しい緊張関係をもたらす。とりわけ、本人と成年後見人の価値観とが対立する場面には、「本人の客観的保護」の美名のもとに、実際には成年後見人側の価値観に依拠した、本人の管理・支配が行われるリスクすら生じうる。この意味において、「調和」のさじ加減次第で、本人の自由を過剰に抑圧してしまう恐れがある。更に、本人に対する過剰な干渉という意味では、多元論（3類型）の制度設計に起因する成年後見人の職務範囲（法的権限）の包括性と画一性のデメリットを見落とせないし、法定後見と本人の能力制限とを原則として、機械的に連動させているため、職務範囲の包括性と画一性はそのまま本人の能力制限にまで反映していることから、「大きな成年後見」と言える。

2 近年、制度の運用改善や、民法をはじめとする関連法規の再改正を目指す提言がなされているが、これらの大半は、現行制度の大枠を維持した上での微調整を求めているにすぎない。

3 現行法上、本人の意思は、あくまで成年後見人がその職務執行にあたって、考慮すべき要素の1つにすぎず、特に、優越的な地位が与えられているわけではない。

4 最も重要な点は、本人のために行われる意思決定について、その客観的な正当性を担保するために、判断手続を明確化することであり、加えて、この手続の中で、本人の主観的価値の優越性を確認して、その中心的要素としての位置づけを明瞭に示すことである。

5 イギリスでは、従来から、判断能力不十分者のための意思決定に際しては、現に提案されている決定から生じうる本人にとっての利益と不利益を順に列挙した上で、これらを丁寧に比較衡量していくという、「バランスシート」方式が採られていたが、2005年意思決定能力法体制下では、本人にとっての「ベスト・インタレスト」の尊重が、法の趣旨として、明確に掲げられるとともに、「バランスシート」の中で、本人の希望、意向、感情を利益として、本人のストレスや不本意な決定を押し付けられることによる無力感や不快感を不利益として、それぞれ衡量の対象とすることが、判例上、ほぼ確立されるに至った。このような発想を「主観的福祉主義」と呼ぶ。

6 ドイツ法における福祉適応義務では、例えば、本人が裕福な場合には、ある種の浪費を求める希望であっても、そうした行為が単に財産を減少させることだけでは、直ちに本人の福祉に反することにはならないと考えられている点において、イギリス法と共通する。

7 主観的福祉主義からすると、成年後見人が、本来、まず第1に行うべきことは、本人がその意向を自ら表現できるように支援すること、すなわち、「本人自身による自己決定のための支援」である。

8 もっとも、生来的な重度知的障がいの事案や、遷延性意識障がいの事案といった極限的な事例においては、適正な代理・代行決定の必要性もなお残ると思われることから、従来型の成年後見制度をすべて廃止して、自己決定支援の仕組みと完全に置き換えてしまうのは、あまり現実的な対応とはいえない。

9 とすると、自己決定支援の優越性を明確に規定した上で、代理・代行決定の仕組みを必要最小限の範囲で補充的に組み込んでいく、総合的な成年後見制度の構築を図る方が好ましい。

10 その視点から、成年後見人の職務遂行の優先順位を整序し直すならば、成年後見の実践にあたって、最初に試みられることは、「本人には能力がある」という前提（意思決定能力存在の推定の原則）に立ったうえで、本人が自ら決定に関与できるように支援することである。

11 こうした自己決定支援について、あらゆる努力を尽くしたとしても、本人自身による決定が現実的でない場合にのみ、例外的に、支援者である成年後見人による他者決定のステージへの移行が許されることになる。「本人のベスト・インカラスト」の模索は、この段階において、初めて問題になることに留意する必要がある。

12 次に、支援者側である成年後見人を取り巻く環境整備の問題では、成年後見人の職務義務違反を認定する基準について、必ずしも明確ではなく、そのことが、成年後見人に過度の萎縮効果を与える可能性が危惧される。例えば、本人財産の支出例として、不動産、旅行、衣服、靴、美容院、理容などに関する出費を考えてみると、①当該出費による本人の生活や人生の向上可能性やその向上の「質」よりも、②外部から簡単に把握可能な財産の減少の「量」的度合いに目を向けられてしまという傾向が見られる。しかし、本人のライフスタイルの維持（向上）を、精神（文化）面においても、物質面においても、本来、成年後見の重要な内容を構成しているはずである。

13 この面では、支援者を管理する（支援者の責任追及を主目的とする）のではなく、支援者を支援するという法体制（二重の支援構造）によって、要支援者の自律を確保するメカニズムの構築が必要となる。例えば、イギリス2005年意思決定能力法では、当該行為時に成年後見人がベスト・インカラストに適っていると合理的に信じたことを立証できれば、その法的責任を免れることになっている。

14 成年後見の利用と能力制限の分離については、濃密な社会的支援や環境整備による被害予防という観点こそが重視されるべきであって、取消権による原状回復はむしろ次善の支援手法というべきである。

15 法定代理権制度の見直しに関しては、後見類型における包括的代理権が、最も問題である。小さな成年後見を制度設計の基盤におくイギリス法は、当然のことながら、このような権限面でも、必要最小限への抑制という視点が明瞭に示されている。

16 後見の継続期間について、例えば、ドイツ法では、世話の設定期間、及び、同意権の留保の設定期間とも最長7年間に限定されている。

イギリス法においては、①保護裁判所が、本人に代わって本人のために決定を行う「保護裁判所後見（公的後見、国家的後見）」、②保護裁判所によって選任・任命された法定後見人が本人に代わって本人のために意思決定を行う「（狭義の）法定後見」、③先行する特定の個別具体的決定を事後的に免責するという構造の「5条行為」の3種の法体制を採用しているため、上記①及び③では、そもそも時間的継続性は問題にならず、上記②にあっても、まず特別な必要がある場合のみ選択され、仮に選択された場合でも、授権範囲をなるべく小さくし、また、できる限りその期間を短期間に留めるべきであると規定されている。

17 申立主義に関して、現行制度では、本人以外の親族が申立を行った事案では、結果的に、本人に対する過剰な干渉のリスクを高めてしまうが、これとは逆に、ケアマネや隣人などが後見ニーズを家裁に繋ごうとしても、申立権者の協力が必要になり、ニーズに応え切れていない懸念がある。この点、イギリス2005年意思決定能力法では、①財産管理については、保護裁判所の判断を仰ぐ必要があると考えられた場合は、申立権者に法律上制限はなく、②身上監護で同様の必要があると考える者は、まずは、申立にあたっての許可を保護裁判所から得る必要があるが、許可の申立自体は、全ての者が行うことができる。

過剰な干渉リスクを回避し、かつ、後見ニーズに幅広く対応するためには、成年後見の開始に関しては、裁判所のイニシアティブによって決定できる職権主義の立場に基づきおこなう方が好ましい。

三 成年後見制度の理念的再検討～大きな支援～

1 福祉的援助を規律する法体制の問題として、イギリス法では、自ら同意を与えることができない状況にあると思われる人々に対して、医療や福祉、介助サービス、日常生活上のケア等を提供するにあたっては、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・インテレストに適うものであると合理的に信じたことの3要件を充たす限りにおいて、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ないとされている。

2 イギリス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。

3 同法では、ケアに関する日常的な決定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もなく、厳格な手続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（例えば、居所指定や医療行為の実施をめぐって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、保護裁判所が直接的に行うべきであると考えられている。

4 このような裁量行使の適正化を支えるべく、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、同法によって新設された「意向代弁者（Independent Medical Capacity Advocate）以下MICAと呼ぶ」である。IMCAには決定権限はなく、本人に代わって意思決定を行いことはないものの、その重要性がますます認識されているのは、①医療や福祉といった公的サービスを利用者主体的に構成し、サービス受給者の権利を擁護するという観点から、専門職によって提案されたサービスについて、拒絶したり、変更を要求することのできない本人に代わって、異議を唱える機会を確保することにあるし、また、②虐待が疑われる場面に関与できる権限が与えられている点も注目される。

5 IMCAは、本人がベスト・インタレストに適った決定を提案・実施できるよう、本人から得た情報を伝達するという役目を担っているが、本人から情報を取得するにあたっては、主観的情報ともいべき「本人の心情に関する情報（具体的には、本人の意向・感情・信念・価値観）」の取得に最大の努力が払われる。例えば、IMCAは、本人との面談を数度にわたって行い、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（例 身近な家族、友人、親しい近隣の人、馴染みの店の店員）に接触を試みる。

特に終末期医療の決定をめぐっては、本人に対して最善の治療を行おうとする医療従事者たちの見解に配慮しながらも、本人のこれまでの文化的価値観、宗教心、超自然的な考え方などを見つけ出し、最期までそれらを決定に反映させることを試みる。

6 福祉制度とは、国家と個人との直接的な関係であるという認識に立つとき、本人の意向を代弁する存在としての家族とIMCAとが並置されうると考える。

以上