

## 成年後見制度の比較研究 身上監護を中心に

### 序章

#### 1 問題の所在

成年後見制度とは、判断能力が十分ではない成年者の財産管理や身上監護をするために法定後見人(成年後見人、保佐人、補助人)や任意後見人を選任して本人の権利擁護を行うための制度である。

成年後見制度の対象者は、主に痴呆高齢者、知的障害者、精神障害者などであり、同時に身体的・精神的なケアを必要とする福祉の対象者でもある。従って、このような人の身上監護については、法律のみではなく、福祉の側面からも検討しなければ、被後見人の権利擁護を図ることは出来ないし、新たに設けられた本人の意思尊重義務や身上配慮義務(民法 858 条)を履行することも困難になるはずである。

成年後見制度の基本理念は、自己決定権の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション(障害のある人も家庭や地域で通常の生活をする事ができるような社会をつくるという理念)と本人の保護の調和を図ることとされている<sup>(1)</sup>。これを言い換えれば、福祉の基本理念と、民法における後見制度の従来からの考え方である能力を制限することにより本人を保護する考え方との調和を図ることとってよいだろう。しかし、立法過程においてこれらをどのように調和させるのか、及び両者の関係については十分に議論されてこなかった。また、民法では、成年後見制度制定前は、「禁治産者の療養看護義務」(旧民法 858 条)として要保護成年者の身上監護について規定しているだけで、これ以外の必要な援助については特に規定せず、事実上放置したままであった<sup>(2)</sup>。ここでは、禁治産者、準禁治産者の権利に関する議論は皆無に等しかった。また、福祉についても議論すべき範囲は必ずしも明確ではない。社会保障や社会福祉関連諸法との関係をどのように検討すべきなのか、成年後見制度と共通する福祉の理念をどのように実現するのか、議論する必要がある<sup>(3)</sup>。諸外国の成年後見制度の成立の過程で共通することは、福祉の理念や発展から少なからず影響を受けていることである。そして、実際に制度の背景や根本となる基本理念に大きく関わった。

わが国における成年後見制度に関する議論は、法律制定前は、諸外国の成年後見制度や民法に関する研究が中心で、制定後は、福祉を含めた具体的な政策上の議論が中心になっているところに特徴がある。しかし、法律が施行されたからといって法律や制度に関する研究が終わるものではなく、議論を継続しなければならない分野が数多くあると考える。身上監護に関する議論もその一つであろう。

成年後見制度を検討する際に考慮しなければならないことは、議論すべき範囲の広さである。身上監護に関する事項に限っても、医療・保健・福祉の関係をどのように考えるか、具体的な身上監護事項は何か、身上配慮義務の位置づけや機能は何か、従来療養看護や介護に関する議論との違いは何か、財産管理との関係をどのように捉えるべきか、法定後

見と任意後見で身上監護事項に違いはあるのか、基本的な議論について検討すべき課題は多い。

## 2 目的

身上監護事項について、諸外国の制度や状況をまず検討する。成年後見制度について、法律のみならず、法と精神医療や、福祉の分野との関連を視野に入れて議論をしている。わが国の成年後見制度制定の際に、すでに詳細な検討がされたが、このような視野に立って検討することは、意義のあることであると考えられる。これらの検討から示唆を得て、わが国の身上監護に関する議論について、学説や文献を中心に検討する。特に、医療・保健・福祉との関係を視野に入れながら検討を進める。近時の成年後見制度と医療や福祉の分野を結びつけるケアマネジメントに関する議論<sup>(4)</sup>を中心に検討を進める。そして、日本における議論の可能性について示唆を得ることを目的とする。また、わが国における身上監護に関する議論についても、従来の学説などを検討した上で、介護との違いや、社会保障とは異なる視点から福祉との関係について検討する。

<注>

- (1) 法務省民事局参事官室『成年後見制度の改正に関する要綱私案及び補足説明』(1998年) 1頁
- (2) 明山和夫『扶養法と社会福祉』(有斐閣、1973年)1頁参照
- (3) なお、成年後見制度と社会保障や社会福祉との関係についての先駆的な研究については、新井誠編『成年後見 法律の解説と活用の方法』(有斐閣、2000年)、小賀野晶一『成年身上監護論』(信山社、2000年)、本澤巳代子「成年後見と介護保険」民商法雑誌 122巻 4=5号(2000年)554~574頁、大曾根寛『成年後見と社会福祉法制 高齢者・障害者の権利擁護と社会的後見』(法律文化社、2000年)など
- (4) 成年後見制度とケアマネジメントについて指摘したものに、新井誠『高齢社会の成年後見法[改訂版]』(有斐閣、1999年)166頁、小賀野前掲書66頁、231頁以下参照

## 第二章 諸外国の成年後見制度

### 第一節 ドイツの成年後見制度

#### 1 はじめに

ドイツにおける成年後見制度に相当する世話法 (Betreuungsrecht) は、1990 年に制定され、1992 年 1 月 1 日より施行されている。そして 1998 年 6 月 25 日に世話法改正法 (Betreuungsrechtsaenderungsgesetz = BtAendG) が制定され、1999 年 1 月 1 日に施行されている。さらに 2003 年 11 月に、第 2 次世話法改正法案が連邦司法大臣へ提出されており、2005 年 3 月 18 日に制定され、2005 年 7 月 1 日に施行される。この世話法を理解し、検討するために、まず後見制度の沿革、及び世話法制定前の成年者に対する後見制度の概要及び問題点を整理する。次に 1990 年に制定された世話法及びその改正法について検討する。特に身上監護事項を検討するために、世話の要件や必要性の原則、補充性の原則 (1896 条)、個人的な世話 (1897 条)、世話人の義務 (1901 条) について検討する。そして世話法と福祉の関係について近時議論されているケースマネジメントについて検討する。

#### 2 性質<sup>(1)</sup>

後見制度は、後見人の利益のための制度 (自益後見) か、被後見人や家族の相続やその他の目的のための制度 (他益後見) か、の二つの性質を持つ。後見制度は、もともと家産維持のために相続と密接に関連して仲継相続の役割を果たした後、後見人が収益権を有した自益後見を経て、被後見人のためにその財産を監護する他益後見へと推移した。

ローマ法においては、被後見人を保護する制度として発展した。後見人の職務は、被後見人のために義務付けられた。後見人の職務の指導や監督は国家によって行われ、被後見人の利益を保護した。

中世の後見に関する法については、特に世襲法において、後見を利用することで、後見人の利益のための制度として発展した。ブルターニュ地方やノルマンやイギリスの世襲法においては、後見人が被後見人の財産を取得することが定められ、それが結局王の財産となった。

ザクセン人の慣習法であるラント法もまた、特に貴族にとっては、後見人の利益を得るための制度であった。それに対して、都市や市民の間では、後見は被後見人の利益のために使用された。まさに、早期のローマ法を継受したのである。アンシャン・レジーム (旧体制) のフランスにおいて存続していた自益後見 (tutela fructuaria) は、過去の遺物となった。ドイツにおいては、18 世紀後半に、自益後見は消滅した。

#### 3 沿革

##### (1) ローマ法における後見制度

後見の起源は、ローマ法における後見 (tutela) と保佐 (cura) にさかのぼる。後見 (tutela) の

対象者は、未成年者（男子は 14 歳未満、女子は 12 歳未満）及び婦女である。保佐(cura)の対象者は、始めは精神錯乱者と浪費者であったが、後に 25 歳未満の者も含まれるようになった。ローマ法においては、最初から後見制度は、被後見人を監督し保護するための制度であった(2)。

未成年後見の種類は、遺言による後見の指定がない場合に家族が後見人を指定する法定後見と、遺言により後見人を指定する指定後見があった。のちに、法定後見も指定後見もない場合に選任される官選後見があった。

後見人は、被後見人の職業訓練をし、教育する義務を負う。被後見人の財産管理について、財産管理目録を作成する義務を負い、裁判所の許可なしに、土地を売却することを禁止した(3)。

後見人の職務は、財産に関するものが中心であった。後見人が義務を怠った場合は、後見訴訟(action tutelae)により制裁を受けた。しかし、後見訴訟は、後見人が後見事務を引き受けながら途中で怠ったことにより成立するので、後見人が全くその事務を処理しない場合は、被後見人を救済することができなかった。後見人は、後見開始後 50 日以内に免責事由を証明しなければ、その不作為により生じた損害について責めを負うものとされ、その制裁のために、後見訴訟に準ずる訴訟(utilis action tutelae)が認められていた。のちにユスティニアヌス法において、法定後見、指定後見、官選後見の三種の後見義務制裁方法は、後見訴訟に統一された(4)。

婦女に対する後見は、女子の行為能力が認められ、普及するにつれて必要がなくなり、婦女後見人の権限は次第に縮小されて、存在意義を失った(5)。

精神錯乱者への保佐は、例外的な制度とされ、遺言による指定保佐は認められなかった。指定保佐人制度は存在しなかった。法務官により選任されたものが官選保佐人になるのみであった。保佐人は、精神錯乱者の身分及び財産について後見人と同様の立場であった。そして、精神錯乱者の通常の財産管理の限度で、財産を処分できた。保佐は、被保佐人の精神錯乱状態が治れば、当然に消滅した(6)。

浪費者に対する保佐人の権限は財産に限られていた(7)。

25 歳未満の者に対する保佐については、被保佐人の申請によってのみ認められるもので、強制的なものではなかった。保佐人は財産管理権を持たず、ただ被保佐人の補助者としての役割を果たすに過ぎなかった(8)。

ユスティニアヌス法において、後見に関する規定に、25 歳未満の者の保佐の語を加え、また、後見人の語を保佐人に換えて、両者の区別を言葉の違いに過ぎないものとして混同してしまった。近代法がローマ法を継受するとき、この混同した後見制度を引き継ぐことになった(9)。

## (2) ドイツにおけるローマ法の継受

ローマ法は、一般的・普遍的な意味を持つ規範(ius commune)として、ヨーロッパがロー

マ法を継受するときの基礎となった。後見制度もこの中に含まれていた<sup>(10)</sup>。13世紀ごろドイツへ継受されたローマ法は、ユスティニアヌス帝法の各々の規定や原則ではなく、その総体であるとされている。ドイツで実際に適用されるにつれて、さらに変更して、ローマ法の近代的慣用(usus modernus Pandectarum)となった。このようなローマ法は、ドイツで普通法(Gemeines Recht)の効力をもつ<sup>(11)</sup>。

### (3) 普通法(Gemeins Recht)

15世紀ごろの後見制度は、後見(tutela)と保佐(cura)が統合されたものである。<sup>(12)</sup>後見人は、被後見人の法定代理人として身上と財産に関する職務を行った。被後見人のために行うときは、後見人の名義で行われた。不動産の処分など法律で定められた法律行為は、後見裁判所による許可が必要であった。被後見人の財産目録の作成も必要であった。

精神障害者や浪費者の後見は、不在者のための財産管理、相続や被後見人の利益に関する限りで有効であった<sup>(13)</sup>。

後見制度における普通法の原則は、19世紀ごろまで続いた。官庁ではなく個人による後見制度が維持された。個々の重要な変更があるときは、官庁の監督の下で行われた。例えば、官庁による後見は、法律に定められた原則を免れるために利用された。また、被後見人の親の側からの遺言による処分や、法律の定めにより親戚、必要があれば後見裁判所の名義による控訴を起こす、控訴の原則が認められていた。いずれにせよ、被後見人に対する財産管理が後見人の職務である点では、19世紀の後見法は、普通法に基づくものであった<sup>(14)</sup>。

### (4) プロイセン法の影響と拡張された裁判処理

この頃、プロイセン普通国法(ALR)は、後見は国家が担うもので、絶対専制主義の下で、すべての生活領域において、国民が理性に従うように指揮し、世話するために国民を国が管理する考えの下で行われていた。この考え方は、ドイツにおいて、後見裁判所による後見人の指導に置き換えられた。特に、被後見人の財産管理について、裁判所が厳しく関与するようになった。後見人の任務は法律の規定及び裁判所の特別の指導によるもので、これを尊重する義務があった。財産管理のために詳細な決定がされ、裁判所が関与することに決定的な意味が与えられた。現金や、重要な動産は裁判所で保管された。動産は、裁判所の決定があれば、売却してもよかった<sup>(15)</sup>。

### (5) 後のドイツ法

プロイセンにおいては、プロイセン普通国法が1875年5月7日に改正された。のちのドイツ民法典(BGB)における後見制度は、このプロイセン法を模範にしたといわれる。両方の法制度は、原則においては、従来の普通法(Gemeinen Recht)へもどった。後見人の独立性の原則は、再度導入された<sup>(16)</sup>。

後見制度の対象者となる成年者については、19世紀の民法典において、精神障害者や浪費者のほかに、アルコール中毒患者も対象者になった<sup>(17)</sup>。

公後見制度は、ドイツでは未成年者に対して、1922年に青少年福祉法において導入されたがその原型は、19世紀の法律が始まりといわれている<sup>(18)</sup>。

#### 4 成年後見制度

##### 沿革

ドイツで成年後見に関する議論は、1970年代初めから学会のみならず民間の諸団体などでもされるようになった。1975年に連邦政府は精神医学に関する調査結果を公表し<sup>(19)</sup>、広く一般にも議論が広がった。1988年には、連邦政府は成年者世話法の討論のための改正案を提案した。同じ年にマインツで開催されたドイツ法曹大会でこのテーマが取り上げられ、法改正の必要性が承認された。改正法案やドイツ法曹大会の決議を踏まえて1989年法改正のための政府草案を連邦参議院に提出した<sup>(20)</sup>。連邦参議院からこれに対し修正提案が出された<sup>(21)</sup>。そして政府の見解を付したこの政府草案は連邦議会に送付され、1990年連邦議会は、政府草案<sup>(22)</sup>と連邦参議院の提案の調整案を可決し、改正法が成立した。そして、1992年に施行された。さらに1999年1月に改正されて施行されている。

##### 従来の成年者に対する後見法の問題点と世話法の特徴

###### (1) 従来の成年者に対する後見法

世話法が施行される前には、行為能力剥奪・制限の宣告（Entmündigung）制度と障害監護（Gebrechlichkeitspflegschaft）制度があった。行為能力剥奪・制限の宣告を受けた者には後見人が付された。障害監護は、このような宣告なしに監護人をつけた。

行為能力剥奪・制限宣告制度の対象者は、精神病、心神耗弱、浪費癖、アルコール中毒、麻薬中毒者で（旧ドイツ民法6条、以下、世話法制定前の民法の条文については旧法と略す）成年者が行為能力剥奪宣言を受けた場合には、これに後見人を付する（旧1896条）。行為能力剥奪宣告は、その理由が消滅した場合は、取り消される（旧6条2項）。精神病を理由として後見人が付けられた場合には、全ての行為能力が剥奪された（旧104条）。精神病以外の理由により後見人がつけられた場合には、後見の同意があれば法律行為ができるものとされた（旧105条）<sup>(23)</sup>。

成年者に対する後見は、成年者が行為能力の剥奪・制限宣告を受けた場合に開始する（旧1896条）。成年者の後見については、特則（旧1898条～旧1908条）がない限り、未成年者の後見に関する規定が適用された。その特則は、父母による後見人指定の否定（旧1898条）父母への成年後見人資格の付与（旧1899条）配偶者への成年後見人資格の付与（1900条）身上監護義務の範囲（旧1901条）裁判所の許可を要する法律行為（旧1902条）後見人である父母の免責規定（旧1903条）後見監督人の任命（旧1904条）暫定後見への後見規定の不適用（旧1907条）暫定後見の終了（1908条）である。行為能力剥奪宣告の

前に、その成年者の身体又は財産の著しい危険を避けるために、必要があれば、行為能力剥奪宣告が申し立てられると同時に、暫定的後見を付けることができた(旧 1906 条)<sup>(24)</sup>。

成年者後見について、未成年後見に関する規定が適用される範囲(旧 1773 条~旧 1895 条)を整理すると次のとおりになる<sup>(25)</sup>。

後見人の選任：後見人は後見裁判所により職権をもって選任される(旧 1774 条)。

後見人の権利・義務：後見人は被後見人の法定代理人であって、被後見人の一身上の監護及び財産の管理をなし、特に被後見人を代理する権利・義務を有する(旧 1793 条)。被後見人の金銭は支出を支弁するために用意しなければならないものを除き、利息付で法律の定めた方法によって投資しなければならない(旧 1806 条、旧 1807 条)。後見人は被後見人の財産を自己又は後見監督人のために消費してはならない(旧 1805 条)。後見人の行為は、後見裁判所の全面的な監督を受ける。

後見監督人(Gegenvormund)：後見監督人の選任は、必ずしも必要ではない。しかし、後見事務が多額の財産管理を内容とする場合には、原則としてこれを選任すべきである(旧 1792 条 1 項・2 項)。後見監督人の選任は後見人選任の規定に従って行われ(旧 1792 条 4 項)。その職務は、後見人の職務を監督するものである(旧 1799 条)。

後見裁判所(Vormundschaftsgericht)：後見裁判所は後見事務の監督をなす裁判所であり、区裁判所が後見裁判所である。後見人のなす行為はほとんど全て後見裁判所の監督を受け、その許可を必要とする行為も少なくない(旧 1819~1823 条、旧 1837 条以下)。後見人が義務に違反したときは、裁判所は、最悪の場合にはこれを解任しなければならない(旧 1886 条)。

後見制度には、一部後見として保護(Pflegschaft)がある。本質は後見と同じであるが、後見裁判所によって定められた特定の事務について他人を保護する制度である。保護人(Pfleger)はその事務の範囲内で、被保護者の法定代理人と同様の地位を有すると考えられる。保護には6つの形態がある。親権者または被後見人の行い得ない事務(旧 1909 条)

障害者の行い得ない事務(旧 1910 条)、 成年の不在者の財産管理(旧 1911 条)、 胎児の将来の権利保護(旧 1912 条)、 不明又は不確実な利害関係人の保護(旧 1913 条)

寄付財産の保護(旧 1914 条)がある。この中で 障害者のための保護の制度を障害者監護(Gebrechlichkeitspflegschaft)という。

障害監護は、身体及び精神に障害があるために自己の事務の全部又は一部を処理できない成年者を補助する制度である(旧 1910 条 2 項)。本人との意思の疎通が不可能でない限り、本人の同意がなければ適用することができない(旧 1910 条 3 項)。しかし、本人の同意なしに実施される障害者監護があり、これを強制的監護(Zwangspflegschaft)という。

障害監護制度においては、行為能力の剥奪が宣告されることはない。しかし、この強制的監護が、事実上行為能力剥奪宣告の代替手段となってしまった。つまり、行為能力剥奪宣告制度が、形式的にも行為能力を明確に剥奪し、あらゆる法的能力を否定してしまうため、行為能力剥奪宣告はしないが、代わりに部分的に法的能力を制限できるよう強制的監護

護制度が利用されるようになっていた。

## (2) 問題点<sup>(26)</sup>

このような行為能力剥奪宣告制度と、強制的監護制度には、多くの問題点があった。どちらの制度においても本人の意思は尊重されず、本人の自己決定権は存在しないに等しかった。また、後見人または保護人の権限の範囲が本人に対して広すぎることで、財産に対する保護が中心で、本人の個人的な生活支援が十分に行われていなかったことが問題点としてあげられた。そして、行為能力剥奪宣告・強制的監護制度の両制度において、裁判の手続きの際、十分な保護が行われていなかったことが指摘された。そこで、これらの問題に対応するため、民法及び非訟事件手続法が改正された。これがドイツにおける成年後見制度である世話法である。

連邦政府は、1990年世話法制定に際し、成年者に対する後見及び保佐に関する法律の改正法案の理由付けをし、問題点を次のように整理した。

禁治産宣告は行為能力がないか、または限られた行為能力のある人に対して過度に機械的な法律効果を与えるため、本人の権利を侵害する。本人の能力に留意することは考えていない。社会復帰の可能性を阻害する。

禁治産宣告は、本人に対し不必要な差別とスティグマ（烙印）を与える。禁治産宣告をすることにより、婚姻能力や遺言能力への不必要な権利侵害を与える。

身体に障害のある人の保佐は、禁治産宣告のための権利剥奪に似ているが、これは強制的な保佐を指定した場合である。任意の保佐と強制的な保佐の間の定義は、実務上広範囲において行為能力があるかないかの定義と同じことである。強制的な保佐がなされた人は、広範囲において法律的な生活から除外されたことになる。保佐人の活動範囲は通常とても広く一括して決められており、すべての財産管理や、滞在地予定や実務上のすべての事務を含むものである。

行為能力のない人も、場合によっては完全に理性的に要求を主張することがある。このような要求を考慮することは、本人の社会復帰を促進する。それでも原則的には後見人の意見の方が、被後見人の意見より上位である。

特に問題なのが、本人がしばしば対人的な世話をされないことで、「職業後見人」または「職業保佐人」にのみ任せきりで、匿名で行われている。個人的な接触、特に個人面談の場合は、このような場合を認めると、信頼関係を築くことができない。被後見人が後見人に一度も会ったことがない場合がある。職業後見や法人後見、保佐の範囲で、個人の協力者のための重要な労務の負担は、たびたび後見人になる人を交換したことで、個人的な世話はもはや保障されない。

立法者は、財産管理について詳しく規定し、法律を制定したが、身上監護についてはおろそかにした。施設の金銭管理の状況は十分に規制されていなかった。この曖昧さが、複雑で閉鎖的な施設への拘束のように自由を制限することに結びついた。

後見人や保佐人に対する助言、指導、教育継続や知識の交換が不十分であった。後見や保佐について、名誉職の後見人や保佐人の数が不足していた。十分な援助を受ければそれだけ費用が高かついた<sup>(27)</sup>。

## 世話法の概要

### (1) 世話法の特徴

世話 (Betreuung) の概念は、今までの後見 (Vormundschaft) や障害者の監護 (Gebrechlichkeitspflegschaft) とは違う新しい概念である。世話とは、世話 (Fuersorge) と支援 (Hilfe) を意味する新しい用語である。本人のための個人的な世話 (Persoenliche Betreuung) を強化することを目標とするための有効な表現とした。世話の法律上の特徴については、被世話人の福祉のみを考える、信託法上の受託者のような (Treuhaenderische) 性格を持つこととしている<sup>(28)</sup>。

世話は、被世話人と世話人が接触し、話し合いをすることにより世話の内容が決定し、提供されるものである (1901 条)<sup>(29)</sup>。これに対して介護給付 (Pflegeleistung)、例えば買い物、料理、洗濯、介護などは、世話人に義務づけられているものではない<sup>(30)</sup>。世話人は、被世話人の代理人として第三者 (社会的なサービス機関、老人ホーム) に対して相当な介護契約を締結することができる。世話人が被世話人に報酬を払ってもらった場合、後見裁判所は「介護契約の締結」という職務範囲の世話人を選任しなければならない、その場合には、被世話人を代理して世話人との間で世話契約を締結しなければならない<sup>(31)</sup>。

世話法は被世話人の希望をできる限り優先させることによりその目的を追求している (1896 条 1 項、2 項、1897 条 4 項、1901 条 1 項、2 項、1908b 条 3 項、1908d 条 2 項)。さらに、世話が必要な場合、健康なうちに高齢にあらかじめ備える代理権の適用を取り計らう。高齢にあらかじめ備える代理権は、世話が必要になったとき初めて世話の業務を遂行することができるので、世話の指定は必要ない (1896 条)。世話の指定に相当するのは、世話人の担当や世話の最善の状況を決めるもので、世話の本来の指定において被世話人の希望を聞くことを義務付けていることと類似している (1901 条)<sup>(32)</sup>。このことは、被世話人の自律性 (Autonomie) を維持するために重要なことである<sup>(33)</sup>。

判断能力の十分ではない高齢者や障害者に対して、融通の利く援助ができるように、必要性の原則と補充制の原則を定めた (1896 条)。職務範囲の限りでは、裁判上、裁判外で、世話人は被世話人を代理する (1902 条)。世話人がどの程度の職務で被世話人を世話するかは、被世話人の要望による (1901 条)。世話人は、職務を被世話人の状況により廃止または制限したり、あるいは、職務を拡大することができる (1901 条 4 項)。医療行為に対する世話人の同意 (1904 条)、不妊化に対する同意 (1905 条)、被世話人の収容または収容類似の措置 (1906 条)、住居の使用貸借関係の終了 (1907 条) の個人的な決定については、後見裁判所の許可が必要で、監督の下にある。不妊化は原則禁じられている。被世話人の不妊化における承諾の決定については、常に特別の世話人が選任されなければならない (1899

条 2 項)。世話は、自然人により行われることを想定しているが、協会世話人や官庁世話人も認められ、専属的あるいは部分的に世話人として活動している(1897 条 2 項)。被世話人が収容されているホームや施設の職員や、その他の密接な関係のある者は世話人に選任されない(1897 条 3 項)。被世話人が世話人に選任を希望する人がいる場合、被世話人の福祉に反しないときは、被世話人の意見を尊重しなければならない(1897 条 4 項)。後見裁判所は、被世話人の身上または財産についての著しい危険を回避するために、必要な限りで、被世話人が世話人の職務範囲にある意思表示をするには、その事前の同意を要するものと命じる(同意の留保、1903 条 1 項)。

## (2) 世話制度の基本原則(1896 条)<sup>(34)</sup>

世話制度は、従来の制度が、あまりにも定型的で硬直した制度であったことに対する反省を出発点にしている。世話制度は、高齢者や障害者の人格を尊重することを基本理念とした。従来のように、行為能力を剥奪したり制限したりせず、個別の状況に応じて柔軟な対応を行うことが可能になった。そして、世話人の選任や、世話人の職務遂行において、本人の意思が最大限尊重されるように配慮されている。世話は、精神障害者、知的障害者、身体障害者で、自己の事務の全部又は一部を処理できないときに、個別具体的に必要とされる範囲に限って世話人を選任し、法的保護をする(必要性の原則)。高齢者や障害者本人が、家族や友人、あるいは本人が選任した任意代理人によって、十分な援助を受けている場合は、世話は必要ではない(補充制の原則)。世話人の選任は、高齢者や障害者本人の申立によってのみ行われ、親族などは、後見裁判所の所見による選任を促すことができるにとどまる。

## (3) 世話人の選任

被世話人が判断能力が十分でなくても、可能な限り被世話人の希望を尊重するのが、世話法の特徴である。このために、世話人には、被世話人との個人的な接触(persoenerlicher kontakt)が求められるので、これに適した自然人が選任されるのが原則である(1897 条 1 項)。世話人の選任においては、被世話人(高齢者、障害者)本人の希望が重視される(1897 条 4 項)。被世話人の希望がないときは、被世話人の親族関係及びその他の個人的な関係を考慮して世話人が選任される(1897 条 5 項)。

親族などに世話人になる人がいない場合、世話人協会(職業世話人と名誉職世話人を有する団体)などを通して世話人が選任される。それでも世話人を選任できないときは、世話協会が世話人になる(1900 条 1 項)。さらに、自然人、世話協会によっても十分に世話を受けることができない場合は、世話官庁を世話人に選任する(1900 条 4 項)。必要がある場合は、複数の世話人が選任される(1899 条)。

世話人は、自己の職務の範囲について、被世話人の法定代理人となる(1902 条)。被世話人は、世話人の就任において、行為能力を剥奪されたり制限されたりしない。しかし、後

見裁判所が、被世話人の身上又は財産についての著しい危険を回避するために、必要な限りで、同意の留保を命じた事項については、被世話人は行為能力を制限され、世話人の同意なしに事務を行うことはできない(1903条)。

#### (4) 世話人の義務(1901条)

世話人は、被世話人の福祉に適するように、被世話人の事務を行わなければならない(1901条2項)。被世話人の福祉という概念の中には、被世話人の能力の範囲内で、本人の希望に従って、その生活を形成する可能性も含まれている。

世話人は、被世話人の福祉に反することなく、かつ、世話人の要求可能な範囲内において、被世話人の希望に応じなければならない。世話人は、それが被世話人の福祉に反しない限り、すべての重要な事項について、その処理の前に、被世話人と協議しなければならない(1901条3項)。

世話人は、職務範囲内において、被世話人の疾病もしくは障害を除去し、改善し、その悪化を防止し、またはその結果を軽減する可能性が活用されるように、努めなければならない(1901条4項)。医学的、職業的、及び社会的なリハビリテーションの視点も、こうした世話人の義務に含まれることになる。従って、リハビリテーションの計画は、健康配慮の領域のみならず、およそ考え得るすべての職務範囲についても関係するものとされる。

世話人は、世話を終了できる事情を知ったときは、後見裁判所に通知しなければならない。職務範囲を縮小することができる事情、または職務範囲を拡大し、他の世話人を選任し、もしくは同意の留保(被世話人が意思表示をするには、世話人の同意を要すること、1903条)を命ずることを要する事情についても、同様とする(1901条5項)。

#### (5) 後見裁判所の許可が必要な世話職務

被世話人の重要な法律行為及び法的行動に対して、被世話人の財産及び人権を保護するために、次の場合に後見裁判所の許可を要件としている。

##### 健康状態の検査、治療行為及び医的侵襲(1904条)

被世話人に対して行う健康状態の検査、治療行為又は医的侵襲が、生命の危険を伴うか、長期間健康上の被害をこうむる危険がある場合、後見裁判所の許可を受けなければならない(1904条1項)。

##### 不妊手術(1905条)

被世話人が、不妊治療に同意することができないとき、世話人は、次の各号のすべてに該当する場合に限って、同意をなすことができる(1905条1項)。

- 1 不妊化が被後見人の意思に反するものではないこと
- 2 被世話人が長期にわたり同意能力を欠く状態にあること
- 3 不妊化しなければ妊娠してしまうと認められる状態にあること
- 4 その妊娠の結果として当該妊婦の生命が危険となり、又はその身体的もしくは精神的健

康状態に重大な侵害をもたらす危険があることが予期され、その危険が期待可能な方法によっては除去できないこと、かつ

5 妊婦が他の期待可能な手段によっては阻止できないこと。

被世話人に対する不妊手術への同意のためには、常に後見裁判所が特別世話人を選任しなければならない(1899 条 2 項)。世話団体もしくは世話官庁を、不妊手術への同意に関する決定のための特別世話人に選任することは許されない(1900 条 5 項)。不妊手術への同意に対して、特別世話人は後見裁判所の許可を必要とする(1905 条 2 項)。

#### 収容(1906 条)

被世話人が自傷の恐れがある場合や、診療や治療の必要がある場合は、世話人は、被世話人を閉鎖的施設に収容することができる(1906 条 1 項)。収容は、緊急時を除いて、原則後見裁判所の許可が必要である(1906 条 2 項)。ベッドに固定したり、薬物により行動を制限する場合のような、収容類似措置についても、後見裁判所の許可が必要である(1906 条 4 項)。収容もしくは収容類似の措置の要件が消失したときは、世話人は、これを終了させなければならない(1906 条 3 項)。

被世話人自身が、予防的代理権の形で、収容及び収容類似措置に関する問題を決定すべき任意代理人を指定していたので、世話が命じられなかった場合でも、後見裁判所の許可が必要である(1906 条 5 項)。この予防的代理権は書面で示され、自由を剥奪する措置への適用が記載されている必要がある。

#### 住居の使用賃貸借関係などの終了(1907 条)

世話人が、被世話人の賃借指定住居の解約をする場合、後見裁判所の許可を必要とする。

### (6) 裁判所手続と定期的審査

世話法制定以前は、手続法上、行為能力剥奪宣告は争訟事件、後見人の選任などは非訟事件と位置づけられていた。また、障害監護に関する事件は、すべて非訟事件として後見裁判所の管轄とされていた。世話法制定により、すべて非訟事件に位置づけられ、後見裁判所の管轄に統一された。これにより、非訟事件手続法が改正された。

世話の手続きが開始されるのは、高齢者や障害者本人の申立があったときと、職権による場合に限られる(1896 条 1 項)。本人は能力の有無に関わらず、手続能力があると認められる(非訟事件手続法 66 条)。本人の利益への配慮が必要な場合は、後見裁判所は、手続補助者を選任する(同法 67 条)。後見裁判所は、世話人の選出及び同意権留保を命令する前に、手続きの内容や経過、任意代理の可能性やその内容、世話人選任による生活上の変化、不服申立などについて本人に説明しなければならない、原則本人を尋問しなければならない(同 68 条)。世話人の選任や同意権留保の命令の前には、本人に直接面接して本人の意見を個人的に聴取しなければならない(同 68 条 4 項)。本人の親族などにも手続に参加し、意見を述べる機会が与えられる(同 68a 条)。世話人の選任に当たっては、原則精神医学の専門家の鑑定が必要である(同 68b 条)。

## 世話法の具体的な内容

ここでは、とくに世話法の基本原理や身上監護に関する一般的な内容について規定している 1896 条、1897 条、1901 条について整理する。

### (1) 前提条件

世話人は 1896 条によって、以下の条件の場合に後見裁判所により任命される。

本人は成人でなければならない。

本人は、自分の事務を全くあるいは一部処理することができない。

その原因として、精神病、あるいは肉体的、精神的、または心因的障害が存在する。

世話人の任命が必要である場合でなければならない。

それに対して、本人の同意、あるいはある人または役所の提案は必ずしも必要ということではない。

本人が成人であること、については、本人が未成年のときは、両親や後見人に世話されるので、世話人の任命の対象から除外される。ただし、未成年でも将来 17 歳に達したときに世話が必要な場合は、あらかじめ世話人を任命することができる（1908 条 a）。

本人が事務を処理することができないとき、とは、個々の状況に則して対応することができないとき、ということである。例えば賃貸の住居で生活している一人の年金生活者の女性は、年金でその住居、賃貸関係、居所の費用、医療費、その扶養を自ら行わなければならない。彼女が有価証券、貸家、あるいは企業を持っていれば、さらにその事務の処理をする。そのために、誰でも何らかの事務を行う。これに対してある人が事務を全く、あるいは部分的に果たすことができないかを判断することは難しい。なぜならば、多くの者が医者に行くのが遅れたり、役所に対して懈怠をしたり、住居の中に空のコップを雑然と置いたり、負債を遅ればせながら弁済したり、お金を無利子で預けたりすることがあるからである。すでに、各々の契約不履行だけでも（例えば、賃貸契約には取り決めているにもかかわらず、暖房設備の手入れを怠ること）、事務の懈怠もあり得るだろう。また、世話人は第三者の利益においても命じられる。例えば、借借人が行為能力のない買主に解約を通知しようとするとき、あるいは被雇用者がその賃金を行為能力がなくなった雇い主に請求しようとするときなどである。

医学的な前提については、あるものがその事務を全部または部分的に処理することができないだけでは十分ではない。なぜならば、精神的に全く健康ではあるがだらしのない人が、世話人を持たなければならなくなるからである。法律は追加的に 1896 条 1 項において、自分の事務を処理し得ないことが特定の原因であることを要求する。以下の 4 つの原因が問題となる。

精神的な病気： 身体の欠陥ではなく物理的に理由づけし得ない内因的な精神病、（例えば脳膜炎のような）精神的な障害の結果生じ得る病気、（例えば事故によるもので）脳のメカニズムの障害、発作障害、または他の病気または身体障害（身体に理由付けられる、すなわち外因性の結果の精神障害）（アルコール及び薬物依存の病気のような）

依存症の病気、しかしその私癖は精神的な発病または障害と原因結果の関係がなければならぬ。または私癖に立ち戻る心理的な状態が表面化しなければならない。ノイローゼや人格の障害（精神病質）

精神的な障害：精神的な障害として、生まれつき、あるいは脳の障害によって引き起こされる知能の低下、例えば軽度の精神衰弱や、老齢による場合のように後に引き起こされる精神的な障害が該当する。

心理的な障害：これは、精神病の結果としての精神障害である。

身体的な障害：例えば、盲目や聾啞である。しかしこの場合、世話人は関係者の申請に基づき選任されることが許されている。しかし、本人がその意思を表明できない場合に、世話人は同意や申請なくして選任され得る。

これに比べ、本人が精神病であろうが精神薄弱であろうが、また、行為能力であろうがなかろうが全く問題ではない。裁判所は、存続する精神的給付能力が7歳以下の子供に相当するほど著しい場合精神薄弱とする。両者とも医学上の専門用語とは異なる法的な概念である。規範からの乖離の必要な程度は、1896条では述べられていない<sup>(35)</sup>。

## (2) 世話の要件

世話人は、それが必要な場合にのみ選任することができる（1896条2項）。この制限は結果として次の内容を含む。

援助のほかの可能性がある場合、選任は排除される。例えば、家族の一員や近所の人、社会サービス機関を通じての援助がこれに該当する。確かに、この点でこの法律は制約を受ける。世話人が果たすのと同じくらいによく他の援助を通じて本人の事務を処理することができる場合、世話人は選任されない。この代替的な方法は、特に本人が法定代理人を必要とする場合には適用されない。

さらに世話人は、関係者の事務が代理人により処理され得る場合必要ない。世話人は、裁判所によって指定された代理人である。本人自ら代理人をおく場合も同様である。

果たされる事務がほとんどない場合、世話人は必要とされない。

行為能力のある人に対して世話人が選任される。これが本人の意思に反して起こる場合は議論の余地があり、結論は疑わしい。というのは、行為能力の人格の自由な展開が世話人によって妨げられるからである。このような場合、「(世話の)必要性」は、行為能力に対してほとんど必要性が生じない<sup>(36)</sup>。

## (3) 異なった職務範囲についての概説

BGB1896条1項2文によれば、世話人は後見裁判所により世話が必要とされる職務範囲についてのみ選任されることが許される。この職務範囲は裁判所の決定において内容が決まる。この職務範囲においてのみ世話人は本人を代理する（1902条）。しかしこのことは世話人が後にもうひとつの範囲において当事者を補助することを排除するものではない<sup>(37)</sup>。

時には個々の場合にいかなる範囲が当てはまるかを確定することは難しいことである。したがって、例えば住居決定権が委任された世話人が老人ホームと老人ホーム契約を締結することができるのか、(あるいは、例えばそれに代えて高い費用に直面して「財産の管理」という職務範囲を伴った世話が必要とされるかどうかは) 疑わしい。同様に、住居の解消の場合もまた、それが例えば身体的かつ財産上の事務に属するかどうかが問題になる。このために世話人の責任の問題が生じる可能性がある。判例では特定の職務範囲について確定した。整理すると次のようになる。

財産法上の事務における代理：例えば年金や貯金の現金高の管理や、一世帯住宅や賃貸住宅の管理や個々の財産の取得や投資が含まれる。ただ「年金の管理」が職務範囲として述べられている場合に部分領域が把握されているだけである。

個人的な事務的な代理：世話人は例えば医者の治療を促すこと、職務を終えるために社会サービス機関と契約を締結すること、本人の代わりに食料品や下着を買う権限などである。

住居決定：多数の関係者が混在しており、一ヶ所の老人ホームに収容されなければならないことがある。この職務範囲を伴った世話人は解放された老人ホームを決定できる。

医者の治療のために病院へ連れて行くこと：ここでは、関係者の個人的な事務の一部だけが世話人に委任される。「連れて行くこと(Zuführung)」という言葉の定義は避けなければならない。というのはそれが、医者が「連れて来られた」人に、自分の考えに基づいて手続きをすることができるという印象をもつからである。

任意代理人の監視：関係者が、例えば一人の親戚の者に銀行の代理権とか、その他包括的な代理権を与えているような場合がある。進行していく精神的な衰えとともに、本人はもう任意代理人をコントロールすることができない。そのような場合には、世話人が任意代理人の監視ということを特別の職務の範囲にする、世話人による世話を設定することができる<sup>(38)</sup>。

「本人のすべての事務」の職務範囲：多くの場合、例えば精神障害、知的障害、重症のアルツハイマー病、パーキンソン病などでは、本人は非常に援助を必要としていて、本人は自分の事務を独立しては全く行うことができず、むしろ包括的な世話が必要である。その時法によって「すべての事務」という職務範囲が認められる。

(a) しかし、そのような場合においても、以下のように多くの領域が法律によって除外される：関係者の電気通信、あるいは郵便の受領、開封、保存についての決定(1896条4項)。しかし、職務の範囲はそこまで広げることできる。不妊化の同意についての決定(1899条2項)。しかし、特別の不妊化の世話人が任命され得る。遺言能力及び婚姻能力は世話人の指定によって影響を受けない。世話人は被世話人の名前で遺言を書くことはできない。他方、被世話人はさらに随意に遺言を作成することができる。それが有効であるかどうかは、作成者に遺言能力があったかどうかによる(2229条)。同様に被世話人は結婚することができる。戸籍役場の職員は、夫婦のうち一人が法律行為を行わないときには、

結婚は無効としなければならない(婚姻法 18 条 1 項)。

(b) 世話人がそのすべての事務の世話のために選任されている被世話人は、投票することができない(連邦選挙法 13 条)、また被選挙人でもない。同様のことは欧州議会(EC)、州、地方の選挙にも適用される(39)。

#### (4) 老後に備える代理権

##### 代理の目的

代理人によって当事者の事務が配慮されるならば、世話人は必要ではない。世話人は裁判所によって選任された代理人である。当事者本人が世話人を任命する場合も同じように有効である。当事者は世話手続きの前またはその間に代理権を与えることができる。

代理権の付与は授権者、すなわち当事者の行為能力を必要条件としていることを考慮しなければならない。代理権の付与に際し当事者が行為無能力の場合、その代理権は無効である。他の援助が存在しない場合は世話が必要である。疑わしい場合、裁判官は当事者が代理権付与に際して行為能力を有しているか否かを専門家の助けを得て調べなければならない。

当事者が自由な意思決定ができない精神機能の病的な障害の状況にあるときは、行為無能力である。本人が彼の意思決定を理性的な考慮に依存させる状態にもはやない場合、自由な自己決定は代理権付与により排除される(40)。

##### 世話代理

世話代理は、法律上認められ得る代理権である。代理権授与者(すなわち関係者や被世話人)は、この場合一定の状況(例えば行為無能力の発生や世話の必要性の発生)のために、一般的代理権(包括的代理権)あるいは、一定の事例のための代理権(例えば銀行の代理)が認められる。行為無能力の発生時にこれらの代理権は消滅することはない(168, 672, 675 条)(41)。

老後に備えるための代理権(一部で高齢者保護代理権と呼ばれる)は数多くの問題がある。その利点は特に、本人は高齢になったときに世話をしてもらう人を自ら選任することができる点と、後に世話人を裁判所が選任する状況を避けることができる点、及び高齢者が求めている未知の第三者が資産状況を見ることを免れる点である。短所は、濫用の可能性がある点と、代理人は期待されているほど後で信用し得ない点である。代理の対象として、治療行為、住居の決定、自由剥奪を伴う収容、及びそれに類似の職務の承諾が可能かどうかは議論が分かれている(42)。

##### 代理の方法

原則として、代理権の付与は、規定の方式を必要とせず、口頭による場合でも有効である。しかし、法的取引では対外口頭による代理権の付与は受け入れられない。例えば銀行

に行って、口座所有者が口頭で、彼に所有者の口座から金を引き出す代理権を委任すると主張しても、銀行は証拠を求めるので、銀行から金をもらうことはできないだろう。そういうわけで、代理権は（目的適合性のために）書面によって付与されなければならない。しかしまた、その場合でも、偽造の危険があるゆえの拒否をされる。銀行は、例えば通例、少なくとも銀行内部で証明され得るものであることを要求する<sup>(43)</sup>。

偽造の危険は公証人の介入により防ぐことができる。

(a) 公証人により証明された代理権の場合、代理権授与者の署名は公証人により信頼すべきものとされる。公証人は署名が実際に特定の人物の作成によること、またこの人物が彼の身分証明書またはその他の方法によって身分を明らかにすることを確認する。公証人は代理権の中身を調整しない。署名の証明のために公証人は料金を手数料規則 45 条にしたがって要求する。個々においてもまた契約の相手方は、代理権授与に際し本人の行為無能力のリスクを負う。契約の相手方はただ完全に老け込んだ当事者及び 5 年前に付与された代理権を見るだけであり、当事者が 5 年前いかなる精神状態であったかはわからない。公証人自身はもっぱら署名の同一性を調べるだけであるから当時の行為能力を検査しない。

(b) 公証人により証明された代理権はそのためたいてい優先されるべきである。この場合公証人は代理権を文書で証明する（公証人は署名を証明するだけではない）。そして例えば交渉において話し合うことによって代理権授与者の行為能力を吟味する。このことは裁判所を拘束する行為能力の肯定を意味しないにもかかわらず、実務において公証人により証明された代理権の効力はほとんど全く疑われることはない。なぜなら公証人は証人として訴訟上行為能力を証明するためである。公証人により証明された代理権は例えば後になって不動産が譲渡される場合、とりわけ土地登記簿取引においてもまた用いられる<sup>(44)</sup>。

#### 老後に備える代理権の有効になる時期について

これは、条件にあうかどうかで決まる。例えば「私の行為能力がなくなった場合のために」などである。商取引がそのような代理を受け入れるかどうかは非常に問題である。というのは、このような条件が起こっているのかどうか、行為の当事者がどのようにして確かめるか明らかではないからである。妻が夫の持つ空き家を貸そうとするとき、利害関係者は夫を自分の目で観察し、代理の有効性を確認すべきであろうか。その夫の銀行は、各々の支払いのたびごとに代理が有効であると確認する方法はあるのか。

本人が代理権を無条件で与えるが、本来の代理権は任意代理人に始めは付与しないことは、目的に合っている。確かに代理権証書が渡されていない代理権（いわゆる内部代理）も有効であるが、しかし任意代理人は、実務上証書の提出なしに代理権を有効とする行為の当事者（相手方）を見出すことができない。本人は、その場合、任意の時期に証書を任意代理人に与え、この者に活動を可能にすることができる。

もうひとつの可能性は、本人が無条件の代理を与え、この者が公証人に本人が行為能力がなくなったか、あるいは少なくともなくなった疑いがあるという専門医の証明を示す場

合、初めて公証人が任意代理人に証書を手渡す（公証法 51 条 2 項）。このような構成は、大きな財産があるときのみ表面化する<sup>(45)</sup>。

#### 任意代理人の監督

任意代理人は、代理を与えた人によって監視される。本人が精神的にもはや監視を行えなくなったとき、監視は後見裁判所ではなく単に職務の範囲として「任意代理人 A の監督」を職務範囲として有する世話人によって行われる（1896 条 3 項）。しかし、本人はまた共同でのみ活動をすることができる二人の任意代理人を指名することができる<sup>(46)</sup>。

#### 補充世話人

少なくとも財産が巨額である場合、本人は代理人を喪失したときに、代理行為が中断しないように同じ順位の代理人を二人選任すべきである。その他の場合は当初の代理人が死亡した場合のために補充代理人が選任されるべきである。

#### 基本的な関係

代理人と本人の法律関係（例えば委任、雇用契約、請負契約）が代理権の法律関係の基礎にある。代理権の付与に際しては、例えば代理人の報酬、費用の内容（一括して、または個々の証拠に対して）、分離した財産管理及び領収書の収集と並んだ貴重品に関する代理人の義務、例えば年毎の締めめの計算がなされるべき人の氏名、財産管理の種類についての規定（例えば株式または固定した利子のついた有価証券への利益の投資規定）、復代理の禁止がともに定められるべきである<sup>(47)</sup>。

### (5) 世話人の地位

#### 世話人に適している人

過去においては、しばしば弁護士が保佐人や後見人に任命された。多くの関係者は、本人に理解する能力があったにもかかわらず、本人はその保佐人に全く会ったことがないと苦情を述べた。法の改正により、次の場合注意が必要である。

まず裁判上決められた職務範囲において、世話人の事務を処理することの適正さについてである。あるものがそれにふさわしいかどうかは職務範囲次第である。莫大な財産を管理する場合は、法律行為の経験のない親戚は除外される。身上監護が問題になっている場合は、遠く離れて住んでいる親戚は除外される<sup>(48)</sup>。

必要な範囲で本人を身上監護する適性も注意が必要である（1897 条 1 項）。なぜならば 1901 条 2 項に従い世話人の要求を優先することがこの場合考慮されるからである。身上監護は事件を匿名で管理することの反対概念である。したがって、個人的な接触、特に世話人と被世話人との個人的な会話が必要である。世話人に個々の事務を委任することは、個々に接触することで十分である。適当な時間的感覚で、絶えず接触することが必要である。

被世話人に理解する能力がない場合でも、世話人は仕事を中止することができない。なぜならば、世話人は度々、被世話人が事実上ふさわしい世話を受けているかどうか調べなくてはならないからである。被世話人が断る場合は、世話人は強制すべきではない<sup>(49)</sup>。

#### 個人の世話人、協会世話人及び官庁世話人

世話人として次の者が任命される。

自然人（1897条1項）

認可された世話協会の職員（協会世話人）：協会がそれについて同意しているときにのみ任命され得る（1897条2項2文）

世話役所の職員（官庁世話人）：役所が了解しているときのみ任命され得る（1897条2項）

世話協会（法人）：その法人が了解しており、いかなる自然人も世話人として用いられていないことが必要である。その協会は、世話の実施を内部的に一人または複数の職員にゆだね、後見裁判所に氏名を通知する（1900条2項）。他の世話人を持つようになった場合は、協会はこのことを裁判所に通知しなければならない（1900条3項）。裁判所はその場合には世話をそのような世話人に委ねることができる。

世話役所は、自然人も世話協会も任命されないときのみ、世話人として任命され得る（1900条4項）。世話役所は世話の実施を、内部で一人または複数の職員に委ねる。

それゆえ、協会世話人と世話協会は区別されなければならない。前者では、自然人が世話人であり、その人は協会の名誉職会員または常勤職員である。協会は職員の雇い主である。後者では、協会は法人としての世話人である。協会は自らが世話活動することができないので、職務を職員に委ねる（しかし、このときその人は世話人ではない）。そしてここでも、協会は職員の使用者である<sup>(50)</sup>。

#### 共同世話人

世話人は複数でも有効である（1899条1項）。複数の世話人は、被世話人の事務がよりよく処理できるようにする場合に問題になる。例えば、多数の不動産を所有する一人の高齢の女性に、すべての事務を任せるために姪が世話人に任命されたとする。この場合一人の弁護士または税理士に「財産管理」の職務範囲を任せることにし、姪の職務範囲を「財産管理を除いたすべての事務」という内容にしたほうが目的にかなっている。

同じ職務範囲を持った複数の世話人が任命されると彼らは共同してのみ事務を処理することができる。しかし一人の世話人は他方に（明示か黙示で）職権を与えることができる。裁判所はさらに選任の決定によって共同代理の例外を定めることができる<sup>(51)</sup>。

#### 世話人として不適切な人

十分な専門知識も持たず、かつ身上監護を行うための時間が十分でない人を除けば、次

に挙げる人は常に世話人としてふさわしくない(1897条1項)。

・行為無能力者または制限行為能力者は不適切である。したがって、原則としては行為能力ある成年者だけが世話人として選任され得る。

・本人が、その手続きにおいて、またはその手続きの前に、特定のものを世話人に選任しないように提案する場合は、これを顧慮しなければならない(1897条4項2文)。ただし裁判所はこれを考慮するだけでよい。

・協会や役所は、不妊化の世話人としては不適切である(1900条5号)。

被世話人が居住し、または収容されている施設やホームの職員は世話人に選任されるべきではない(1897条3項)。

・その手続き上、本人の手続きのための保佐人に選ばれたものは、利害衝突が問題にならないためにも、後に世話人に選任されるべきではない。さもなければ、手続き上の保佐人は、世話人に指示に対して抗弁をなしえないからである<sup>(52)</sup>。

## (6) 世話人の職務、権利、義務一般

### 身上監護

すべての職務範囲において、単なる財産管理も含めて、世話が個人的に遂行されること、すなわち両者の間に連絡があるように、世話人が対応しなければならない。被世話人が、完全な理解能力を有するにもかかわらず、彼の世話人にまだ一度も会ったことがないということもあり得るからである。

そのため、1897条1項は、個人的な世話に適している人だけが世話人に任命されることを要望している。世話人が例えば転居し、あるいはその他の方法で負担が過剰になって、もはや個人的な世話ができない状態であるとき、後見裁判所は彼を解任する(1908条b1項)。個人的な世話を促進するために世話協会はそれ自体として、あるいは世話役所は、例外的場合においてのみ世話人に任命されるべきである。それとともに世話人と被世話人の信頼関係を発展させることができるように、なるべく被世話人によって提案された人が世話人に選任されるべきであり、本人による提案がない場合は、親戚関係その他の結びつきが考慮されるべきである(1897条5項)。したがって、可能な限り、本人の知らない人は、世話人に選任されるべきではない<sup>(53)</sup>。

### 休暇中の代理

世話人が休暇中に旅行し、またはその他の方法で不在の場合には(後見裁判所に後で報告することなしに)管理の職務のため第三者の代理人を委任することができる。例えば職務執行を世話人に代わって行うことである。しかし個人的な身上監護(例えば宿泊施設の同意)の領域については、最後の決定は依然として世話人が行わなければならない<sup>(54)</sup>。

### 協議義務

世話人は重要な決定を本人に相談して処理すべきである（1901 条 2 項 3 文）。例えば居所の解約申込みや解消、老人ホームの引越し、終了、医学的な処置、財産の移し替えが属する。協議が本人の福祉に反するときは例外である<sup>(55)</sup>。

#### 世話人の福祉と希望

世話人は、被世話人の福祉に適するようにその事務を処理しなければならない（1901 条 1 項 1 文）。世話人は、被世話人の福祉に反してはならず、かつ世話人は期待される範囲で、被世話人の希望に応じなければならない。

本人が行為能力を有するとき、世話人は本人の希望を考慮しなければならない。本人に行為能力が十分でないときは、まず第一に、被世話人の希望がその福祉に反するかどうか問題となる。したがって、その希望が福祉に反しはしないが、適合もしない場合であっても、それが公平であれば十分である。その判断に関しては、もっぱら客観的な観点のみからなされてはならない。役にもたないが、不利益にもならないことがなされるべきである。被世話人が、特定の色の服や決まったブランドの電気機器を要求するときは、かなえなければならない。なぜならば、1901 条 1 項 2 文では、被世話人の福祉には、その能力の範囲内で、自己の固有の希望と観念に従って生活を形成する可能性も含まれる、ということを決めているからである。

被世話人の希望は、世話が必要とされる前からその希望が示されていた場合にも意味を有する。特に財産管理についてその財産の維持や増やすことは被世話人の福祉に適合することが認められる。しかし、被世話人をその財産や所得を受領することから除外すること、及び後に問題になる相続人の取り分を多くするような取り決めを導くものではない。その財産が特に被世話人の苦しい状況を軽減し、以前の生活を保持するために適用されるように配慮しなければならない。

世話人は、被世話人の希望が課題である場合、それをかなえる必要はない。毎週多くの時間、世話人を話し相手として自由にできることを望んでいる場合、それは行き過ぎなので考慮されるべきではない。また、その他の点でも、世話人は被世話人の召使ではないことを考慮すべきである<sup>(56)</sup>。

#### (7) 世話人の職務範囲について

##### 法律行為を含む身上の世話について

身上の世話(Personensorge)の職務に関する委任は、その援護の成立のために避けられない法律行為を内容に含んでいる。例えば治療行為のための同意による医療または病院との契約、滞在猶予の決定による賃貸借またはホーム契約などである。1906 条における自由を剥奪するための居所指定は、滞在の決定の職務を割り当てた委任であることがはっきりしていると考えられ、その後でふさわしい世話人を委任する。そのため身上の世話または身上に関する業務(Personliche Angelegenheiten)の職務範囲を一括して委任することは十分

ではない(57)。

そこで世話人がその職務の範囲内で被世話人を代理する(1902 条)ことは、いずれにせよ被世話人に対して法律行為による行為とともに効果を伴うものである。被世話人に行為能力がある限り同意の留保が指定されることはありえないが(1903 条)、世話人が選任された限りでは独立した有効な法律行為を行うことができる。治療行為のための同意や不妊化の同意のための委任は常に被世話人の同意能力がないので自ら効果的に行為することができない、ということ的前提にしている。同時に世話人の選任は、本人が自らそのときの処置に効果的に同意することができない、ということも重要である。滞在決定権も現実に決定権は本人の自己決定権を除外することと競合する。世話人を滞在決定権者に委任することは、被世話人が病気あるいは傷害により制限されてもはや自己の責任による実効ができない場合-これに関しては「本人の意思」が問題になるが-または重大な自傷行為の恐れがある場合に限り許されるのである(58)。

#### 職務範囲に含まれない行為

世話人の職務範囲には、婚姻または死亡による自由な処分は決して含まれない。同意の留保について、このような意思表示に及ぶことはできない(1903 条 2 項)。しかし他方、法律上の代理や世話について専属の範囲というものは、通常ありえないことである。被世話人に行為能力があるかないか、遺言能力があるかないかは、婚姻または遺言書を分離して、自ら交渉することができるかどうか検討する。被世話人の子供に対する親の任地の世話は、世話人の職務範囲にすることができない(1678 条 2 項)。これらの原則を総合すると、専属の性質を持つ決定のための世話人は選任することができない(59)。

#### 家族法との関係について

世話法は、家族法における職務と一致するすべての職務について言い及び、そのために世話人を選任することができるが、その際にそれによって差異をつけてはならず、その都度の職務範囲ははっきりしており、全体の身上の世話に相当する一般的な職務範囲の要素を世話人に委任する。個々に例をあげると以下のとおりになる。婚姻契約の締結(1411 条 1 項)、夫婦財産共同制による合有財産の管理(1436 条、1495 条 5 項)、夫婦財産共同制の権利の主張(1496 条 5 項)、夫婦のうち長生きしたほうへの夫婦財産共同制の連続の拒否(1484 条 2 項)、夫婦のうち長生きしたほうへの夫婦財産共同制の連続の取り消し(1492 条 3 項)、父子関係の認知のための同意または父子関係の認知の承認(1600d 条 3 項)、結婚していない人の子供のための扶養の保証金(1618 条 2 項)、嫡出宣言(1728 条 2 項、1740 条 2 項)または嫡出宣言による子供の同意(1729 条)である(60)。

#### 職務範囲の具体例

##### 一般に考えられる職務範囲

まず被世話人の具体的な生活状況を考慮しなければならない。被世話人に全く財産がないのではなく、わずかばかりの所得があることが良くあるからである。あり得る職務範囲を考慮する。

- ・年金、生活保護、失業手当、健康保険給付金、保険の給付についての申請、受領、割り振り
- ・労働賃金についての主張、受領、割り振り
- ・会計調査に対する請求権の主張、または官庁、銀行、健康保険、保険、保険の処理に対する請求権の防止またはそれに対する請求権の行使
- ・債権者や借金返済についての代理
- ・扶養義務についての調査または規制
- ・不動産や変動する有形資産の管理、利用
- ・小遣い銭の管理を除く財産の管理

居所指定義務(1907条)により特別な職務範囲については以下の職務が考えられる。

- ・居所の解約告知の防止
- ・解約または立ち退きの手続きの代理
- ・使用貸借または居所指定による規制
- ・賃貸借関係の解除
- ・居所や家計の解決についての職務

相続開始に関連した個々の業務については次のとおりである。

- ・裁判所における遺産分割の代理
- ・死後の遺産業務の規定に関すること
- ・遺産に関する権利の行使
- ・相続を放棄した場合の遺産の金額の解明

老人ホームや療養所においてよくある必然的な移転によるものについても特別な職務が考えられる。

- ・ホーム契約の締結
- ・ホームの費用の調整(個人の財産または扶養義務者や社会保障費の所有者の利用によるもの)
- ・ホーム経営に関する代理
- ・小遣い銭の使い道の監督
- ・自由の剥奪を伴う収容についての職務について

被世話人に対する治療行為に関する世話人の職務については、世話人が選任されるのは、被世話人に同意能力がない場合に限られる。単純な治療のための同意能力が認められるのは具体的な病気(風邪、骨折、歯の治療など)のときであり、複雑な症例(難しい手術、化学療法または放射線療法など)の場合は含まれない。

- ・切断のための同意についての決定

- ・危険な検査のための同意
- ・発病による治療行為の同意
- ・手術後のアフターケア、入院または外来の医療上の治療行為の保護
- ・医者や病院の指導に対する権利の主張
- ・治療行為の同意
- ・(強制の)薬物療法の決定
- ・リハビリテーションの処置に対する費用の規制や組織に対すること<sup>(61)</sup>

#### 後見裁判所の許可の必要な職務

- ・危険な検査や治療や医者の手術における世話人の同意
- ・不妊化の同意
- ・被世話人の自由を剥奪する収容
- ・世話人によって賃借された住居の告知
- ・被世話人が4年間を超える期間継続的な給付義務を負う契約締結(例えば被世話人の旅館が5年間貸される)
- ・被世話人が住居を賃貸する契約締結、これは被世話人が自ら利用しない住居が問題になるときも当てはまる。24の住居単位を伴った居住ブロックの所有者の場合、世話人は賃貸借契約のため裁判所の許可を必要とする。住居を不特定の賃貸借期間及び1年の双方向的な告知権を伴った事務所に替える場合は、賃貸のためにいかなる同意も必要としない。
- ・支度金の約束(例えば被世話人の娘に対する結婚祝など)
- ・被世話人の相続財産を管理する場合、被世話人の指図と相違する場合
- ・被世話人の閉鎖された金銭の引出や口座振替
- ・金銭の投資の決定
- ・被世話人の5000マルクを超える請求権や有価証券の処分、例えば被世話人の売買契約や損害賠償、保険給付、必要によっては年金に基づく請求権からの取り立て
- ・土地や土地に関する権利(用益権、地役権、優先買取権など、土地債券や抵当権ではない)の処分
- ・土地に対する所有権移転請求権の処分、例えば様式合意を求める請求権の譲渡
- ・数多くのそれ以外の土地に関する行為
- ・被世話人が後に帰属する相続財産または将来の法定相続分や将来の遺留分について処分する義務を負う法律行為
- ・相続財産に対する被後見人の場合についての処分
- ・相続分もしくは遺贈の拒絶、遺留分や遺産分割契約の放棄(一部の場合も同様である)遺産分割協議
- ・特定の金銭投資、組合契約
- ・農場または企業についての営業上の用益賃貸借契約

- ・信用引受
- ・手形上の義務の負担
- ・他人の債務の引受、保証の引受
- ・代理権の付与
- ・和解、訴訟上の和解、和解の客体が 5000 マルクを超えない場合を除く、金額が 5000 マルクを超える場合、和解が裁判所の和解の提案に一致する限り同意の必要はない。
- ・被世話人の請求権のために存続する担保の廃止または減少、例えば、譲渡担保権の放棄、担保の移転、抵当権、保証人の免責、順位の放棄<sup>(62)</sup>

## (8) 個人的な世話(Personenlich Betreuung)について

### 世話の内容

「世話」の内容を日常生活の中の様々な場面で使う意味で捉えると、世話法における「世話」の意味を誤解してしまう可能性があることが指摘される。法律上有効な代理行為のなかに、「個人的な世話」は含まれるが、その具体的な内容は曖昧である。

1896 条 1 項では、病気または傷害により、全部または一部の事務を処理することができない成年者のために世話人を選任することができる。一般の解釈では、法律上または事実上の根拠を本人の状況に当てはめないとされる。行為無能力者は効果的な意思表示はできないので、世話人が必要である。しかし、自らの毎日の生計を守ることができない状況でも、完全に法律上効果的な契約を締結できる場合でも、世話が必要な場合がある。1896 条 2 項の規定によって、本人の事務が法律上の代理人が選任されることなく援助がある場合には世話は必要がなく、その援助が認められる（必要性の原則、補充制の原則）。このことから、世話を委任することができるのは、法律上の代理人に限られない<sup>(63)</sup>。

### 個人的な世話

個人的な世話の原則は、1897 条 1 項に規定されている。世話人はこの場合自然人のみ選任され、世話人に適した人は、法律上規定された職務について被世話人の事務を行い、これに関して必要な範囲において個人的に世話をする。この定義から、個人的な世話の原則は、世話人の職務を決定するわけではない。本人を個人的に世話する義務は、後見裁判所によって決定された職務に配慮することとは取り扱いが異なる。個人的な世話は、世話人が何と係わり合い、どのように解決するかについては規定していない。個人的な接触は、本人をただ監督するだけではない。

世話人は職務の範囲内で本人を代理する（1902 条）。世話人のほかには誰も被世話人の意思表示に対して効果を譲ることはできない。法律上の代理の主張は、世話人の機能の中心の領域である。この定義は、被世話人の名において、第三者の法律関係の理由となし、効果を生じるのである。

一般に確認を必要とするのは、より広い説明と鑑定である。健康で障害のない人に第三

者の援助や専門家を利用する機会を与える。世話人はこの機能を被世話人のためではなく、第三者を派遣するために利用する。また、訴訟を起こす場合弁護士に弁護を依頼することも含まれる(64)。

#### 世話の内容 介護との違い

機能に関して難しいことは、被世話人はその病気や傷害が原因で世話の必要性に全く気が着くことができないことである。また、世話が必要なのか、介護が必要なのか、専門家が必要なのかの区別が難しい。例えば、すべての行動について日常生活の方法で徹底的な保護をすることは、いかに起きたり寝たりするのか、いかに自分で食事をしたり飲んだりするのか、保健体育をどうするかに関わることである。自らの家事の範囲を配慮する場合には、被世話人の日常の方法で行うことがふさわしい。毎日の買い物、食事の支度、食器を洗うこと、簡単な掃除をすること、ごみを捨てることも日常の方法で行うことであり、専門家を呼んで行うことではない。

この例で世話の必要のある人は、高齢や病気、傷害により特別の保護が必要な人ではなく、原則的に毎日の介護を必要とする人であり、自らの家計や介護を行う能力に不安があるので外来の介護サービスを利用するのである。世話人はこの場合サービス利用のための援助をするのみである。世話の必要性については、介護の必要性と混同しないようにする必要があり、両者は同じものではない。介護が必要な人に対しては世話人は必要がない場合があり、また被世話人は、必ずしも介護の必要な人ではない。介護の必要な被世話人について区別しなければならない点は、世話と介護の必要が同じ傷害や発病が原因で生じたときである。このとき世話人が行うことは、本人に強制的に第三者のサービスを調達することである(65)。

#### 判例

個人的な世話については、介護の事実行為との区別がはっきりしなかったことから、個人的な世話の内容として認められるか(世話の職務を遂行したことになるか、職業世話人が世話をを行った場合、報酬が請求できるか)に関する訴訟が続出した。結果的には、個人的な世話の内容は、世話の内容を調整することで意見が統一されている。また、介護サービスを行うことは世話人の職務ではないことでも一致している。総合的な援助、治療に関する援助、そして家計に関する扶助も世話人の果たす役割ではない。外来のサービスを準備することは、世話人の職務に含まれないとする立場の判例もあるが、準備すべき状況であることは明らかであろう(66)。

#### 介護行為との区別を争った判例

リムブルグ地方裁判所の決定(1996.9.18)(67)によれば、世話人が、被世話人の総合的な

保健体育と傷の手当ての時間に対する世話報酬の請求の申立をしたことに対して、報酬の請求はできないと判断した。世話人の行為は、後に、医者に治療の際に指示されたことで、保健体育の指導はただその行為を補うだけであったことが説明された。裁判所の解釈は、世話人の職務範囲ではないという立場である。信頼できる介護サービスに委託することは、追加の職務であり、本来の職務には帰属しない。裁判では、本人は身体の衛生に関わることが必要な状況か確認をし、介護サービスを監督することがふさわしいと判決を下した。

コーブレンツ地方裁判所の決定(1997.10.6)<sup>(68)</sup>は、背後にいくつかの事情がある。この事案では世話団が本人の世話人に選任され、民間勤務の規定どおり雇われ、被世話人を規定どおり訪問し、いっしょに買い物をし、医者への付き添いやそれに類似する行為をした。団は民間勤務の規定を適用することを猶予したが、時間給率の増加の根拠となると考えて世話の職務と分離しなかった。裁判所は次のように判断して訴えを退けた。「世話人の職務ではなく、介護における職務であり、また、介護を供給する職務範囲である。この職務は、むしろ世話人を団に組織づけるだけである。介護行為の実行または労務そのものは、被世話人に社会保障制度の援助の方法を世話人が提供することである。ドライブの費用や医者への付き添いは、世話人の職務ではない。むしろ、世話人の職務は、活発な社会サービスを組織する(organize)援助である」。世話人の職務は、本人と社会サービスの仲介役であり、必要な援助を調達することである。世話人は、実際には料理はしないが、食事を注文することもある。被世話人のために介護サービスや住居の確保に関することを調達するだけでなく、専門家に依頼することもある、ということである。

#### 個人的な世話の委任

世話人は、権利があるのみではなく被世話人と個人的な接触を保つことが義務付けられている。少なくとも、世話法 1901 条は、被世話人の福祉と要望に、いかに応じるかの根拠になるものである。このために、できる限り個人的な関係を築き、その状況について議論しなければならない。判例では、明確に世話人は消費した時間に対して、報酬を求めることができるとしているが、それは、被世話人と規定どおりの訪問と会話をするときである。マインツ地方裁判所は 1997・7・28<sup>(69)</sup>に決定を出し確定した。世話人は被世話人を最大 1 ヶ月に 2 回被世話人のいる介護ホームへ訪問する必要がある。個人的な接触と会話が世話の主な特徴である。このためにたいてい 1 ヶ月にせいぜい 2 回の訪問で足りるとするのが判例の立場である。確かに本人の利益のために訪問をすることが望ましいが、この判例の場合被世話人には資産がない。本来、客観的に必要な範囲に対して、報酬の必要な世話行為を世話人に義務付ける際には、本人の費用の支払能力や、国が費用を援助することを考慮して回数を決定すべきではない。しかし、判例はこの点を考慮したようである。個々の場合において、世話人の職務である訪問を利用するのは 1 ヶ月に 2 回で間に合うのかもしれない。現実には被世話人は介護ホームで生活するのみで外へ誘導することはできない。問題は、施設における配慮の様子や、他人との接触がどの程度存在しているかである。世

話人が被世話人にとって唯一接触している人である場合は、1週間に1度は接触することが望ましいだろう。

#### 誕生日の訪問に報酬の請求ができるか

被世話人の誕生日のような特別の日の訪問に対して、世話職務を遂行したとして、報酬の請求ができるかどうかについて争われた。簡易裁判所判事の指摘では、「誕生日の訪問その他これに類するものは、報酬を請求できる世話に含まれる」とする。これについての決定は、コーブレンツ地方裁判所の判決(1997.6.17)<sup>(70)</sup>がある。簡易裁判所では、世話人に、被世話人の生活の中で、2時間クリスマスパーティーの手配に参加した場合を報酬を請求できる境界線としていた。しかしこの判決は地方裁判所で修正された。個人的な世話のはっきりした特徴、つまり個人的な接触、対話や、世話の実行のために必要不可欠な親密さや信頼基盤を保持するためには個人的な接触が必要である。個人的な接触の度合いは、被世話人が接触を望むか断るか、被世話人の要求が世話人に割り当てられた職務の範囲に該当するか、被世話人の障害の程度によって決まる。これに続いて、クリスマスパーティーや誕生日の訪問に参加することが世話人の職務であるかは、個人的な世話の範囲内で決めることである。個人的な接触のためには、クリスマスパーティー、家族パーティーや誕生日に参加することは適しており、被世話人の人格について世話人により深い洞察を与え、本人の考え方を理解し、被世話人の意図を汲み取った世話をするための予備知識になるのである。そのような訪問を時間の単位で世話人の職務として認めることは異論がない。

Juergensはこの判決について、一般的に広くは当てはまらなないと考えている。世話人と被世話人の間で、直接個人的な接触をすることは、それが理由で世話人に他のサービスの成果を新たに認めるものではない。個人的な接触が世話人の職務範囲として認められるのは、世話人に誰も引き受ける人がいない場合に初めて考慮されるのであり、その職務が効果的で、本人の福祉に配慮することを要求するのである。このために費やされた時間に対して、世話人に報酬を支払わなければならない。

#### 信頼関係

特に問題なのが、世話人と被世話人が特別な信頼関係があるために、個人的な援助や擁護を望まれるときである。例えばソーシャルサービスによるか、より広い援助を行うのか、単なる二者択一の事柄ではない。被世話人の起こした刑事事件の主要な交渉に付き添うことが、世話人の職務に含まれるかということである。判例は意見が分かれており、肯定するもの、否定するものがある。フランクフルト地方裁判所の決定(1998.2.11)<sup>(71)</sup>は、世話人が被世話人のために費やした時間に対する報酬の請求を却下した。世話人は被世話人の刑事弁護に付き添い、暴行を受けた被害者に対して承認として証言をしなければならないとした。

## 小括

Juergens は、1998 年に改正された世話法（1999 年 1 月 1 日施行）を含めて、個人的な世話の内容について、将来の展望を次のように指摘している。

世話法の改正法において、立法者は、世話人の法律上の代理人としての立場を、表面的には、個人的な世話の内容を維持したまま改正した。実質的には、1896 条の規定は、将来は、もはや「世話」でも「法律上の世話」でもないという意味である。1897 条 1 項で後見裁判所は、世話人には自然人を選任すべきであると規定されているが、その別の意味は、法律上決められた職務において、被世話人に対して法律上の事務を行い、そのために必要な個人的な世話をする、ということである。1896 条 1 項による世話人の選任とともに、世話人を選任することができる職務の範囲が議論の中心であった。改正後は個人的な世話の原則は効力はなくなったも同然である。新しい「法律上の世話」は、世話によって行われるのは純粋な法律行為のみであるという誤解を促すことになった。実際に本人の個人的な世話は終わり、名誉職の世話はすべて、法律上の職務の利用が多いという状況である。

## 5 世話法におけるケースマネジメント<sup>(72)(73)</sup>

### 沿革

ドイツの精神保健医療の分野における、ケースマネジメントの存在意義や具体的な状況について、積極的に共同研究をしているレスラー(Roessler)は、ケースマネジメントがドイツに存在することを前提として、ケースマネジメントが導入された経緯について次のように説明している<sup>(74)</sup>。

20 世紀の始めの精神障害者に対するケアは、非人道的なものであった。彼らは家族から離れて非人間的な状況で生活することを強いられ、彼らを受け入れる施設がほとんど存在しなかったためにこのような状況を改善することができなかった。そこで、障害者と診断されると地理的に隔離され、権力によって無視され、公的に忘れられた。

1940 年代ナチスは優生思想の下で、収容所において 9 万人～14 万人もの精神障害者を殺害したといわれている。1960 年代まで精神病院の状況は注目されず、精神病患者の生活状況について調査されなかった。1970 年代になってドイツ政府は専門委員会で調査を行い、1973 年の中間報告で委員会は、精神病院 不便な場所で大きくて 19 世紀または 20 世紀始めに建設されたものは、「粗雑で非人間的だ」と報告した<sup>(75)</sup>。1975 年の最終報告書で委員会は、国際的に受け入れられている近代の精神医療の主張にしたがって改革することを約束した。そしてアメリカやイギリスで行われているコミュニティケアの新しいモデルを法的、社会的、政治的に適用することが長い経過の後には可能であることを証明したのである<sup>(76)</sup>。実は、ドイツ成年者世話法について法改正の必要性が指摘されたのは 1970 年以降のことであるが、1975 年の報告書の中ではそれまで施設中心であった福祉施策から脱施設化や地域におけるケアの必要性を指摘し、アメリカやイギリスで行われているコミュニティケアの重要性を紹介している。そして、このような福祉施策を円滑に行うために必要な

法改正が成年者世話法（成年後見制度）であることを指摘しているのである。

脱施設への収容と外来患者のケアは従来、精神病院は地方の隔離された場所に存在したため、なかなか改革が進まなかった。孤立した場所であれば、他の医療の分野との協力が進展しないのはやむをえなかった。このことは、ケアの質を十分に維持できないことへとつながった。例えば、入院患者の3分の1は身体の病気を経験し、統合失調症患者の5分の1はノイローゼになっている。

また、精神病院でのケアは一般人口における同世代、同性に対して死亡のリスクが高いことも指摘されている。精神病の入院患者の中の1.3%以上は病院内のケアにより死亡したといわれる。患者を取り囲むケアの状況が深刻であることは明らかである。通常の入院患者の6.5倍の死亡のリスクを追っている。器質性の精神障害を持つ高齢の患者のみを見ると、死亡率のリスクは7.5倍を超えるといわれている。また、精神病院内の自殺も死亡の重大な原因とされる。病院内のケアは通常の1～3倍の自殺の増加のリスクを負うといわれている。

そこで相当の数の精神病院患者が通常の病院でのケアを好む。精神病と診断された病院でケアを受けている患者の51%は、精神病院ではない病院でケアを受けていた。その理由は、精神病院に対する偏見だけでなく、ほとんどの場合、もよりの精神病院があまりに遠く、また精神病院患者のケアが同時に必要なとき、重大なケアはもよりの一般病院で引き継がれているからである。さらに、通院可能な患者については在宅ケアを中心として、それを援助するシステムの必要性が指摘されるようになった。

ドイツ政府の専門委員会は、地域におけるサービスの密接なネットワークが有効であることを指摘した。これは、従来の精神医療は、国の義務であるという考え方とは反対のものである。このサービス業務の中核は、患者のニーズを査定し、包括的なサービス計画を開発し、福祉や医療サービスの広い範囲でアレンジしたサービスを指定する。家族の援助の方向を含むより集中的なモデルは、社会のネットワークや、自立生活能力の訓練の手助けをすることである。この概念は、「ケースマネジメント」として知られる。このケースマネジメントは、慢性の精神病患者にとっては地域のサポートとして、現在必須のものと認められている。ケアの中心は、慢性の病気または能力低下の精神障害者の社会リハビリテーション<sup>(77)</sup>であるともいわれる。これらの専門化のスタッフは、主にソーシャルワーカーで構成されている。このケースマネジメントの形態は、精神障害者だけではなく、知的障害者、身体障害者、高齢者の分野にも発展し、成年者世話法とも結びついた。バーデンヴェルテンベルク州における精神障害者への福祉サービスが、典型的なケースマネジメントであるとされている<sup>(78)</sup>。

#### ケースマネジメントの担い手について

成年者世話法においても、世話人の職務のひとつにケースマネジメントが含まれるとする指摘がある。ただ、誰がケースマネジメントを行うのか、どのような目的で行うのかについては議論は必ずしも統一されていなかった。そこで、世話法成立後比較的早い時期が

ら議論のあった収容類似措置手続と、世話官庁（1999年改正法では新たに世話相談所（Betreuungsbehörde）が設けられた）における世話と、個人的な世話（persoenliche Betreuung）におけるケースマネジメントに関する議論について検討する。

(1) 収容類似措置手続について<sup>(79)</sup>

成年者世話法では、身上監護事項について、医療処置手続（1904条）、不妊手術（1905条）、収容類似措置手続（1906条）について特に規定している。この中で、収容の観点から社会精神医療サービス（Sozialpsychiatrischen Dienstes）についての検討がある。この社会精神医療サービスは、成年者世話法が成立する以前から存在するものであり、成立後も成年者世話法の世話を援助しているのである。

世話法 1896 条 1 項には「成年者が精神または身体、知能もしくは精神障害のために、自己の事務の全部または一部を処理することができないときは、後見裁判所は、本人の申立または職権により、そのものために世話人を選任する」と規定されている。この世話人には、個人世話人のほかに、職業世話人や団体世話人も含まれるが、精神医療サービスもこれに該当する。これは、医療、保険、福祉が連携して行う総合的なサービスで、ドイツのほぼすべての州で行われているものである。しかし、このサービスについて世話法では特別に規定しているわけでも、言及しているわけでもない。成年者世話法第 1906 条では、被世話人の収容について規定しているが、具体的な援助方法については規定されていない。後見裁判所は、被世話人の自己決定権を尊重し、必要性の原則、補充制の原則を考慮して世話人を選任する。そのほかにも職務範囲の確定、同意の留保に対する弁明、専門家の鑑定、緊急の問題に対する指令など、裁判官は援助の必然性により特別の決定権限を持つが、この裁判官の役割が、あたかもケースマネジメントを行うケアマネジャーのようであるとの指摘がある。そして、この裁判官の決定を具体的に援護するのが精神医療サービスである、と指摘されている。被世話人を支援する様々な社会資源のネットワークシステムの接続点の役割を果たすのである。

成年者世話法 1906 条は、被世話人の収容について次のように規定している。

1906 条 [収容及び収容類似の措置]

第 1 項 世話人による被世話人の収容は、それが自由を剥奪することになるときは、被世話人の福祉のために必要である限りにおいて、次の理由によってのみ許される。

(1) 被世話人の精神病または知能もしくは精神障害のために、自殺し、または著しく健康を害する危険があること

(2) 健康状態の検査、治療行為または医的侵襲が必要であるが、被世話人の収容なしにはこれを実施することができず、かつ、被世話人が精神病または知能もしくは精神障害のために収容の必要性を認識することができず、またはその認識に従うことができないこと。

第 2 項 収容は、後見裁判所の許可があるときのみ許される。許可を得ないで収容することが許されるのは、延期することが危険である場合に限る。ただし、事後に遅滞なく許可

を得なければならない。

精神医療サービスは、精神障害者を支援するたくさんのネットワークシステムの下で接続点の役割を果たす。精神障害者や知能を本質的に妨げられて、素人や専門家の援助を頼りにしている人やグループを通じて、自力救済の方法を見つけたり、社会的に支援する活動を主にしている。そこで、世話法の適用のために社会福祉のネットワークの要点の箇所について、精神障害者の状況や、世話の提案、鑑定や自らの見解を示すことにより、どのような世話が必要であるかを裁判官に代弁する役割を果たす。これにより必要な世話を判断することを援助することになるのである。

最も多い問題は、1906条1項に規定されている「危険」が精神障害者にあるかについての状況の説明である。今までは自力救済能力がもはやない状況で、本人の健康状態または経済状態の損傷の危険がある状況についての援助であった。どのような世話が必要なのかは、援助が必要であることを報告した人や情報提供者によって、本人の社会的な状況や必要な援助を知ることがあるので、このような情報を本人のために代弁する役割を果たすのである。

精神医療サービスは地方自治体の精神医学上の援助システムにおいて結び付けられたものと考えられ、その援助システムは社会的、福祉的な実生活の部分の組織や構成と関連している。精神障害や知能の状態から素人や専門家の援助を頼りにしている人やそのグループを通じて、自力救済の援助や社会的な支援を行っている。

精神医療サービスが必要かどうかの判断については、次の基準によって判断される。

精神障害や知的障害の結果自力救済の可能性が制限されていること

本人の自己決定能力が明らかに制限されていること

社会的な役割を病気で制限されていることによる怠慢

社会的な共同生活を病気で制限されることで障害があること

本人や周囲のために精神に関する障害や不自由を和らげるために行動が必要なこと

まず検討されることは、本人の自力救済の可能性を促進することと、病気の問題を和らげることである。その上で、精神医療サービスを利用するには自らの資源や可能性があることである。これらの要素が揃わなければ援助は困難になる。この場合は、かかりつけの医者の方が援助に適している。そのほかにも、精神科医、福祉サービス、介護サービス、被世話人の住居の提供者、相談者、世話人（名誉職の世話人、職業世話人、世話人協会、世話官庁など）が考えられる。

## (2) 世話官庁の役割について<sup>(80)</sup>

精神病または身体的、精神的、心的障害があるために自らを完全に、または部分的に世話をすることができない成年者の事務に対して、世話法によって親身の世話を強化し、人間としてふさわしくない場所で権利剥奪をするのに対し、被世話人の能力を尊重した援助をし、重大な処置について方法を示すことは、重要なことである。以前のドイツの障害者

や病気の人に対する後見制度は、1990年の新しい世話法制度を導入することにより、成年者の禁治産制度、後見、保護制度の根本的な定義を変化させるように努力した。そのために、世話法の制定は、世話される人の福祉と保護を中心に首尾一貫して存続し、官庁もまた裁判手続きや裁判官の決定に奉仕するために活用されている。

成年者世話法は、州や自治体が制度の施行を援護している。そのため世話法が施行されて、多くの利用があることが、結果として州の財政を圧迫することになってしまった。世話官庁は、世話法が施行されて以来、問題とされている世話のための国庫負担の問題と関連して、官庁の出費を制限して財政のスリム化をはかり、世話を必要としている人に対する州や自治体の配慮を多くしながら、市場における社会競争の場へその配慮を移行させる必要があることが指摘されている。そのために有効な方法として次のようなケースマネジメントの議論がされる。

#### 構造転換の必要

まず、必要不可欠な社会的な基本的施設が不足している。職業後見を、世話官庁のために改造するべきであり、官庁による世話もまた同じく、隣接の行政単位（社会または公衆衛生など）のように、新しい法の下においても引き継がれた。社会的な分野では、職業世話人や名誉職の世話人の世話の内容が、予測していた法律の内容にあわず、司法の分野では、裁判官や司法補助者の選任について制度を整えるべきである。世話法の転換は、大変な出費と能力が必要なので、簡単なことではない。社会的な領域における財政上の資源を分配することが不足しているので、問題が解決していない。高齢社会において問題の数が増加することが予測され、それぞれの問題に費用もかかる。世話官庁はそのための準備ができていないか、必要とあれば、他の制度の適用の方法も検討しなければならない。

#### 実際の構造

実際には世話官庁の効率の悪さが指摘され、社会的な基本的施設の修正の希望があることや、官庁職の間違いが指摘されるようになった。世話団体の名誉職や、職業世話人の職務が評価され、官庁世話人が減少した理由である。これに関連して、さらに、すでに任命された官庁世話人の「官僚の時代遅れ」の側面が、世話の任務の強要について警告された。しかし、法の理解を通じて世話の本質について社会改革を試みるが、一方では民法における個人的な世話の保護と、社会法上の内容の関係が正しく認められておらず、他方においては、法における社会的な効率の問題が、世話に関する組織問題の側面から見られるのである。

#### 世話官庁におけるケースマネジメントの議論

現在の福祉事業、公衆衛生と、社会領域における管理の近代化を結びつける考え方があ

る。一方では、世話の領域における「社会競争」の質的な保証を、「社会管理

(Sozialmanagement)」の対象にすることである。これは、一定のモデルに従い、その中で政府補助の予算案を作成し、財源の責任を分散させることである。

世話法の改革は、法改正と社会改革を平行して検討することなく行われた。このことにより、当事者の法律上の保護が、十分ではないことが明らかになってきている。裁判所補助者や裁判官は、多くの問題で手続の要求に追われる。さらに世話法において、本人が十分に保護されない場合があることが明らかになってきている。

官庁の世話や、他の制度に対する関心（例えば社会精神医学上のサービス (Sozialpsychiatrische Dienste)）は、地方自治体や世話社団、協会世話人、職務世話人や、より広い市場参加者に対する申込者、いわゆる世話職務遂行の担当者の中で、多層の競争相手がいると同時に、隠れた競争が存在していることである。このことが持続した重要な社会市場に成長し、十分に公費から融資され、世話の本質の根本的な商業化を引き起こす。これは、一方では社会福祉事業との連合によって、世話の内部で社会的な配分の損失となり、現在の介護保険の領域の発展において、比較の対象となる。他方において異なった経済的な利益（例えば保障の問題で）の間で緊張や争いが生じる。それはより少ない機能を与えられた保障規定のために、いわゆる名誉職の世話人や、生活保護を支えるもの、後見裁判所と職務世話人の関係において、保障に関する論争の数を増大させる。世話の本質における競争では、官庁世話人、職務世話人、名誉職の世話や世話社団の間の競争の状態について「市場開放」を第三セクターに認めてもよい。このことから、世話社団は、ただ「職業や名誉職の人とのなくてはならない連携」のみ認められる。間違った組織政策によって社会的に問題のある複合体や、不必要な階級制度のために、一方では官庁世話人の負担が過重になり、他方では革新や品質保持機能を失うことになる。世話官庁が必要とする制度は、独立の助言や第三者との協力を強化し、範囲の広いネットワークの拡張を担うことである。司法、世話社団、世話人などの協力は、世話官庁のマネジメントにおけるネットワークの操縦に従う。この結果、法における個人的な世話の支援の専門の相談は世話官庁の権限においてよりスマートになる。

世話社団や自由業の世話人の労働による、固有の質の標準の保証に関連して、似たような管理職が存在する。世話の職務の質の保証はすべての官庁の世話マネジメント (Betreuungsmanagement)の職務であり、すべての世話職務に関与することは、任意で行政の裁量に対して自ら拘束することである。このような社会の管理は、さらに世話労務の質と量、行動、時期や作業範囲、世話の報告の有効利用を包括することが、同時に世話に対する過程や内容の質の保証のために必要なものであることを示している。これが「世話プラン (Betreuungsplan)」と結合することは、今日において社会事業の計画の方法を制度化する用意ができたことになる。

民法に規定されている世話法の内容は、世話の本質が「高齢社会」の状況に当てはめることで社会法的な次元の議論が必要になる。世話の代わりに法的な操縦のプランの段階では生活の状況を指導する職務遂行サービスにおける生活状態（職業、労働、患者、障害な

ど)を当てはめることは、リハビリテーションの領域で行うものである。この場合、世話官庁における世話職務サービスはその役割をリハビリテーションに譲るのである。

世話官庁におけるケースマネジメントの議論は、世話に対するコスト意識から導かれる議論である。諸外国のケースマネジメントについても、例えばイギリスでは、高齢者の医療費抑制政策の中で発展してきたものである。ケースマネジメントの目的のひとつにはコストコントロールがあり、ケースマネジャーは、その地域の福祉予算全体との関係を考えてながらケアプランを作成し、サービス提供を考える。つまり、行政サイドのコストと本人の自己負担コストを考えることがケースマネジメントとなるのである。コスト抑制のために高い公的なサービスだけを利用するのではなく、ボランティアや非営利団体を活用していくのである<sup>(81)</sup>。アメリカでも、民間保険に医療費を抑制するためにマネジドケアや DRG (診断関係グループ)を導入する際にもケースマネジメントの手法が活用され、ケースマネジメントは費用抑制と、要援護者の生活の質を高めるという両面を、同時に遂行するために使われる<sup>(82)</sup>。ドイツにおけるケースマネジメントの議論は、従来は要支援者のためにいかに必要なサービスを提供するかに重点がおかれ、コストコントロールについて、十分に意識されなかった。国庫の費用負担の問題が深刻になるにつれて、コスト意識をもったケースマネジメントの議論がされるようになったのである。

1999年の法改正で新設された役所である世話相談所は、世話人に対して相談、助言、支援することになっていて、世話人の紹介や教育のためのプログラムも提供する<sup>(83)</sup>。ここで行われている業務も、広い意味では世話人に対するケースマネジメントといえるだろう。

### (3) 個人的な世話について<sup>(84)</sup>

世話法の基本原理は、本人の自立を最大限に推進することであり、入院よりも外来の生活をすることを奨励するが、本人の支援の所在が家族の人々との生活における場合は、だいたいにおいて非計画的で、特定の目的にあわせたものではない。そこで「個人的な世話」は、被世話人に対する直接の相互作用や、個人的な支援のみではなく、本人の協力のもとで、チームで援助の過程の計画や管理をすることを求める現在の「ケースマネジメント」の構想を伴った制度を意味する。

世話人は、三つの観点を同時に結び付けなければならない。法的な事務における本人の支援と、社会法上の問題の検討と、いわゆる世話の過程に関与した制度とその他の援助とを調整することである。世話人は被世話人を効果的に、生活方式や日常生活を支援、援助し、例えば、通貨の変動の実施のような緊急の事情に対して、法的な利益を被世話人が獲得し得るようにするのである。このようなケースマネジメントを含む世話は、困難な問題を伴うことがあるので、職業世話人のような、専門知識を持った人によることが適していることが指摘されている。

### ケースマネジメントの問題点

(1) 世話人が福祉やケースマネジメントに関わることについて

これに対し、ビーンヴァルド(Bienwald)は、世話マネジメントには賛成するが、世話マネジメントの中で行われている世話プランについて慎重な態度を示している<sup>(85)</sup>。まず、成年者世話法は、世話プランについて規定しているわけではない。後見における独自性と自己責任の原則を考えると、世話人は裁判所と職務の実行について協議するのではなく、広い意味での裁判所への報告を意味することと理解されている。個々の場合について、被世話人の権利の主張が認められ、多くの問題について後見裁判所による決定の承諾がある。世話職務のプランはこの考え方にあわないとする。

1988年マインツにおける第57回ドイツ法曹大会の、ホルツハウアー(Holzauer)の意見は、まず成人に対する禁治産、後見、保佐及び収容法は、新しく改正されることが推奨されるとした。そのためには、世話プランだけではなく、世話人が知る限りの被世話人の情報を示して、世話の必要を明らかにし、建設的な世話の方法を計画することを提案している。そして、世話人の報告義務については、あくまで決定権は世話人にあり、個人的な世話の目標は、それに従うことであることを指摘している。これに対し、立法者は、以前は、ホルツハウアーの意見には従わなかったことがわかる。世話人の報告義務は、すべての世話の問題について要求しているわけではないので、もし世話人が世話プランを行うとすると、世話職務の質を保つことができなくなると考えられたからである。

世話方法や世話をするスケジュールを総合したプラン、すなわち一定の期間世話に関する業務や期限を守ることなどを処理するための整理された構成は、世話を利用するために役に立つ手段となり、同時に援助を見落とすことなく、誤りのない世話を提供することができる。ただそれは世話人の助けとなる手段であって、世話の目的物を前提としているわけではない。世話の目的物とは、被世話人に対する世話職務である。

このプランは世話人の職務として明確に位置づけられているものではないので、世話人に対する報酬や経済的出費を償還できないという新たな問題が発生する。世話人はこのプランのために費やされた時間が報われるものでもなく、別の世話職務で出費した費用を、経済的な出費としてそれを担保に費用を受け取ることもできない。そのようなプランがすべての被世話人に関係があるとは限らず、また1896条1,2項における職務として行われるべきではない。ただ裁判所が1839条、1840条1項の範囲内で、1年よりも短い間隔で世話人に報告を必要とし、場合によっては決定した問題の応酬が増えるだけであり、それによって被世話人に必要な援助も現実に割り当てられることが確実になるのである。そのような報告に対しては、世話人の(法律上の)世話義務の可能性があり、支出と時間について報酬を支払うことになる。

判例も、世話法施行当初、世話人が福祉サービスに関わることについて否定的であった。必要性の原則(1896条)との関連で次のような判例がある。

ハンブルグ地方裁判所 1993年2月22日決定<sup>(86)</sup>

[事実]本人は1992年5月15日療養所で生活していた。彼はまず発作が起きて片側が麻痺し、それが原因で言語能力を喪失した。本人はこれによって車椅子を使っていた。さらに糖尿病に苦しんでいる。本人は文盲である。

簡易裁判所は1992年11月20日に決定している。議事録の内容によると、公聴会の場で専門知識のあるI博士がこの関連の解釈を報告した。本人のためにはリハビリテーションの手配が必要ということであった。この決定を調整するために、簡易裁判所は次の世話の職務範囲を決定した。リハビリテーションの手配における施設の斡旋、老人ホームへ優先的に入れること、財産上の義務に関しては、特に本人の住居を解除するために発生する費用、外来の世話の組織の問題、特に糖尿病の薬の治療については、食物摂取や保健体育による家計における援助についてである。

これに対し、福祉サービスを通じた他の方法の援助で十分なのだから世話は必要ないとする見解を地方裁判所(抗告裁判所)へ提出した。委員会は世話の必要性について引続き専門知識のあるA博士に鑑定を依頼した。抗告は、本人に代わって、裁判官によりなされたものである。これについて作成された記載もまた参照された。

[判旨]リハビリテーションの手配やそれに伴った財産上の義務において、例えば福祉サービスで規制された仲介やサービスの投入を本人が受け入れれば、世話の手配は必要ない。

[理由]非訟事件手続法19条、20条1項に適した許容範囲の抗告には根拠がある。

世話の必要はない(1896条1項、2項)。確かに苦しんでいる本人が専門知識のあるA博士の鑑定のように身体的、精神的、心的な障害があり、広範囲にわたって自ら世話をすることを十分に行うことは不可能であることは納得できる。1992年春に起こった卒中の発作で右側が半身付随になり言語能力を喪失したが、それが能力が鈍く後退する原因となった。引き続き意識薄弱になるや否や、時期、場所、人の認識の障害を伴った脳組織の精神症候群が発生している。それでも必要ない理由は、簡易裁判所が想定する世話の範囲を手配することは、その他の支援の業務で十分に対応することができるからである(1896条2項)。出されたA博士の鑑定も、病棟の医者R博士の公聴会の結果も同じく、本人は療養院の福祉サービスの協力を診察のために求められた。それによってリハビリテーションの手配において施設は医者Rの介入で療養所が斡旋された。財産上の義務に関することはリハビリテーションの手配において入院した際生じるが、療養院の福祉サービスの援護によって対応することができる。それに対して本人の行為能力についての本人の印象は、病棟の医師Rの見解も疑念は全く存在せず、世話がまったくない現在の状況が存続する。本人が個人の住居から再び立ち去ることができるかの問題の解決は、自宅で必要な薬の供給について同じく場所を確保することにより可能である。その上、本人は、公聴会の場で福祉サービスに協力する気があり、リハビリテーションや支援の処置の同意をしたことが明らかになった。

この判例で明らかになることは、たとえ外見上世話人の選任が必要な状況でも、現在存続している福祉サービスや医療で十分対応できる場合は、必要性の原則にしたがって、改

めて世話人の選任や世話処置を行わないことである。そして、世話処置をするかについては、本人の意思を最優先にすることである。ただ同時に、医療や福祉の分野と世話法における世話とは厳格に区別していることもうかがえるのである。

## (2) 世話プランについて

ビーンヴァルドは世話プランを支持する研究に対しては、次のような反論をしている。まず第一に、今までの世話職務の方法論や世話を導く方法において、法と異なった指摘を予測する方法を示していない。その上、(法律上の)世話に関しては、そのような研究は一つもない。さらに、福祉関係者は、確かに世話をを行うことが適しているかもしれないが、それとは反対に、世話事業はまだ社会事業として行われているのではなく、また心理学者によって行われている世話は少ないのでそのための心理学の専門分野が確立していない。世話法の政府草案は、当時は弁護士や親族以外の職業グループについては、世話人として適格かどうか疑問視していた<sup>(87)</sup>。特に、名誉職の世話人(ボランティアまたは外国人世話人)の世話については、専門的な職業分野を要求できるものは一つもなく、誰にもまして他の特別な能力を与えるわけではない。貸借対照表や会計の理論にも熟知しておらず、世話人のために法律適用の技能はなおのこと習得の対象にはしないだろう。

世話プランを行うことに対する非難を明らかにすると、ただ機能について述べるだけのお決まりの世話プランを念頭においているのではない。治療、リハビリテーションの計画及び総合的な援助や、「個人的な世話」を除いた「心理学からのアプローチ」<sup>(88)</sup>の概要と比較しなければならない。法律上の世話と世話プランの間には境界線があるが、1999年世話法改正のための改正法案の中で、「社会の世話(Sozialen Betreuung)」として、法律上の世話と福祉の関係を認めた<sup>(89)</sup>。世話プランは、根本的に領域の違うリハビリテーション、治療や、医学上の手術の領域や、社会福祉事業を結びつける役割をする。成果が期待され、プランがしっかり守られているかなどについての監督をすることになる。最終的にはプランどおり実行されるか中断されるかである。そのために世話法との関係が問題になる。世話プランにおいては、被世話人と世話人が行う職務は同じ立場になる。すなわち、世話人は、被世話人の立場にたつて被世話人を補助するのであって、被世話人自身が行為をすることができないということではない。世話人と被世話人はそのときは有効な契約者として存在するのである。いずれにせよ、世話プランが上手く行くように世話人は妥当な手配をし、被世話人の利益を強化することにより、「法律上の」世話の職務を強化するものとして注目されるのである。誰に対して世話プランを整える必要があるのか。世話人であろうか、被世話人であろうか。被世話人のためと考えるならば、世話法や民法の適用が難しくなる場合がある。なぜならば、世話人は、一方では利害関係があり、他方世話プランを立てる場合、被世話人の側にたつ必要があるからである。

世話プランを運用するためには、被世話人のために援助を代理し、世話の職務を割り当て、そのような議事録やプランについて知らせ、被世話人に対する世話職務について、世

話人に正確に伝えることによって、世話プランは適切な取り扱いができる。しかしこのような問題の解決のための法律上の根拠はない。世話の対象は、被世話人に対する事務であって、ただ世話ができるだけである。被世話人に対して重要かつ適切な事務や世話をする正当な利益がなければならない。世話プランは、せいぜい世話人の手段であり、被世話人の手段ではない。BGB1897 条、1901 条において、世話人は「個人的な世話」を要求されているが、数が少ないといわれる。それは職務範囲の対象物として定義されておらず、そのために、世話人が職務を始めるにおいて独自の任務ではない「個人的な世話」は、事務を処理する方法の表現である。個人的な世話のプランは、特有の報酬を請求できる職務から独立させ改造する必要がある。現在の世話法ではそのような原則はない。

将来の世話プランを行う人（さらに助言者に当たる人が必要になる）が生じることは予測するが、現在の世話職務ではそのような世話プラン作成者は必要としていない。そのような世話人を認めることは、「金に汚い」世話職務が行われることになる。心理学上の問題を組織、方法論、管理、調整などに向けることは、現実からの逃避のために行われる傾向があり、繰り返しがたい「金に汚い」世話職務を行うことになるのである。

ビンヴァルドは最終意見を次のようにまとめている。あらかじめ備える代理権を持続させる場合、代理権授与者には矛盾が生じる。それに、代理人は「世話の補充」を調整することをやめるべきなのであろうか。世話プランが、世話の標準のプランのために必要だから裁判官が世話人を選任するとき、十分な代理権があるときに代理人が法律行為の代理権を義務づけられないか、またはそのような世話を補充する計画を設けるのを拒むときには行うべきではないのか。いずれにせよ、世話の質を保障する根拠を明らかにし、世話人が選任された場合、その世話人が世話計画を持っていなければ、その世話人を解任し、新たに自ら世話計画を作成することのできる世話人を選任すべきである。

#### ケースマネジメントの新たな展開

成年者世話法における世話のあり方について、1995～1996 年以來ごくまれに世話の質の標準や、質の保障のテーマについて検討されてきた。質に関する議論の背景は、被世話人の権利や利益を擁護するためのものである。また、1998 年に改正され 1999 年に施行された世話法の改正法の中で、専門家が関わる世話を「法律上の世話」に限定したことから、専門家の職務として「報酬を請求できる行動の範囲」について議論が検討されるようになった。ケースマネジメントは専門家が行う高度な技術を要する職務として、個人的な世話とも深く関わる職務として議論され始めている<sup>(90)</sup>。

2001～2002 年に、連邦政府は、世話法に関する実態調査のため、関連する職業団体に 100 項目のアンケート調査を行った。そして、世話法改正のためにドイツ各州から集められた専門家による連邦と州の合同の検討委員会により、先の調査結果を踏まえて世話法改正のための提言を 2003 年 11 月に行った。その中で、世話の質を保つために、世話人の職務として世話プランを行うことが望ましいことがはっきりと示された<sup>(91)</sup>。21 世紀を前後にし

て、それまで手探りで議論されていたケースマネジメントに関する議論についても、積極的に議論されるようになってきている。そこで、1999年以降のケースマネジメントに関する議論について検討する。

#### (1) 法律上の世話において質の標準のあり得る議論

法律上の世話における質の標準とは、世話を被世話人のためになるように行うことである。BGB1901条では、いかに本人の福祉にふさわしいかを配慮することを規定している。無資力の被世話人に対する国庫の出資も、裕福な被世話人の自己負担と同じように、必然的な範囲においてのみ、正当性が認められるものだが、質的には贅沢が可能なものである。質の保証の確保と、質の保証の手段についての議論の発展は、職業上の世話において、職務を執行することの重要なテーマとして説明される<sup>(92)</sup>。

#### (2) 職業世話人のための質の標準

世話法において、指定された世話人の目的と職務は、職務世話人（専門家）と名誉職の世話人（親族やボランティア）の区別がまったくない。これに加えて、個人的な世話の原則である被世話人の福祉と要望へ配慮することもまた、被世話人の健康のために要求される。また、社会リハビリテーションが要求されることがある。

1992年の世話法の制定では、有効な保護と後見は、被世話人の意思を尊重するのが原則である。このために世話人は被世話人の意思を確認する。これに加えて個人的な接触が必要である。世話人の必要性は、被世話人を「個人的に世話をする」状態かどうかで決められる。ここで問題になるのは、何が「個人的な世話をする」状態かということである。条文の中にも、世話法制定当時の政府草案の理由付けの中でも、その内容は明らかにされていない。1999年施行の世話法の改正法でも、「法律上の世話」の適用が明らかになっただけで、個人的な世話について決してパラダイム転換がなされたわけではない。1901条1項の理由づけに新しく導入された定義は、世話人に割り当てられた法律上の職務を遂行するために、世話人は被世話人のために様々な契約をすることが明らかになった。新たな制度は、「法律上の」世話は世話人の職務に該当することを明らかにしている。このことにより、世話人のすべての行動は被世話人のための法律の援助であることが必要になった<sup>(93)</sup>。

立法者は、個人的な世話は世話人の独自の職務を定義するのみではなく、同時に世話人としての適性を前提とする能力が行使されることを想定している。それにもかかわらず、個人的な世話の法律上の規定は曖昧である。適性の基準や要求や委任をする個人的な世話は、世話人が1897条1項以下を適用し、無条件に、必要な法律上の解決のために広く適用される傾向がある。

1896条1項における世話職務の中心は、社会教育学上の世話ではないとする。これは、被世話人に拒否される可能性があるからである。さらに被世話人は世話人とコミュニケーションや協力を義務付けられるものではない。世話人にそのような任務は認められず、サ

ービスは被世話人に強制することなく受け入れられ、個人的な世話は、個人的な援助と同じものとして扱ってはいけない<sup>(94)</sup>。

### (3) 要求されていること-能力、専門知識、資格

1897 条の適性の調査は、世話人は、被世話人の財産の状況や、個人的な状況や、「以前の事情」を提供することが、世話の役割を果たし、被世話人の福祉のために面倒を見て、規定に基づきあらかじめ備えた世話に対応することを推定する。この必要条件は世話職務の最低限の質の保証がなされるためのものである。

特に職務世話人が職務を行う最重要な能力は、裁判所や医師の鑑定書の理解のみならず、被世話人の生活状況や、世話の必要性について書面で報告することである。世話人は、情報によって、病歴に基づいて診察を促し、組織的な行動を監督することを実行すべきである。当然に、被世話人に周囲のすべての資源をネットワーク化すべきである。ここでは、世話人はケアマネジメントの計画を立てなければならず、個人的な世話プラン (Betreuungsplanung) を実行すべきである。職務世話人は法律、経済、社会心理学のレベルでそれぞれ被世話人を分析し、個人的な責任を決定し、重要な行為をするべきである。そこで職務世話人には、次の異なった学問分野の知識が期待されている。心理学、社会学、社会医学、教育学、法律（民法と社会保障法）、経済学（投資と負債の処理について）の知識が、施設への収容の形式、解約告知と家からの強制退去、外来のサービスを通じての自宅における生計、原価単位の規定、居所の解約について必要となる<sup>(95)</sup>。

### (4) 世話プラン・援助プラン (Betreuungsplanung・Hilfeplanung)

世話の基準について、その基準を満たす過程について扱っていた議論が、いまや法律上の世話のあり方を検討するものに発展している。世話プラン・援助プランは、児童・未成年者養成法 (KJHG) 36 条における援助プランの意義、すなわち時間と目的を指導する性質、必要な援助の範囲を説明するのに似ている。

Stolz は、世話を開始するために、裁判や官庁が、共通のえり抜きの世話人と一緒に世話プランを作成すべきであることを指摘する。留意することは、目標は世話の成果を手に入れようと勤めることで、必要であれば、時間内に処理をし、審査し、場合によっては新しいプランに変更することができる。このようにしてできた世話の「経費見積書」は、すべての利害関係人のために財政上透明であることを保障し、後になって世話の成果の範囲や、ふさわしい報酬の争いを、部分的にでも避けることが期待されている。世話プランの作成のために、より多くの時間を浪費する。しかし、この時間の浪費は、世話プランにより報酬を含む出費を縮小できるために相殺されると考えられる<sup>(96)</sup>。

Bienwald は世話プラン・援助プランを次のように解釈する。当時世話法の立法に関わった Holzaur の提案は、世話人は個人的な話し合いや理解に基づき、基礎になる報告を被世話人のために行うべきとしたが、1990 年当時法はこれを採用しなかった。しかし、この考

え方は、世話人は単に「法律上の仕事をする」だけでなく、被世話人の必要性を考慮し、職業の計画に関する委任に応じることを要求する考え方の基礎となるものである(97)。

それぞれの世話の問題において一般に、世話プランは意味のあることではない。被世話人の病状に基づき利益を与え、起こり得る可能性に対し状況を改善し、評価するのみではなく、世話の職務の悪化(例えば、被世話人が支障のある施設に入所していたり、個人や財産に関する事情が考慮されていないなど)を阻止し、適切な状況を保持するのみである。世話プランを作成するとき問題になるのは、被世話人が病気を理解する能力がないこと、現実の状況を誤って判断することである。この点を克服するために、裁判所と世話団が積極的な世話プランを準備することで、世話の費用がかかることが問題となっている。問題は、世話プランの発展のためにお金を出すことと、準備のできたプランを裁判所がどの程度確認するかである(98)。

#### (5) 社会精神サービス(Sozialpsychiatrisch Dienst)の役割とケースマネジメント

ドイツにおける成年者世話法の改革は、もともと精神障害者の「脱施設化」の改革と関連がある。施設から退院して独立した生活を送るための援助の中で、ケースマネジメントの議論が発展してきている。

世話人の世話に、治療行為を世話の対象の範囲にするのは、第三者の援助を必要とする場合であり、例えば重大な精神病を発病した被世話人が、医師の治療や薬の服用を拒否する場合である。しばしばこの状況で、被世話人本人の意思に反して病院へ入院させる結果となるのである。本人の意思を尊重するためには、世話法の適用が有効である。被世話人の法定代理人である世話人は、被世話人のために、入院について交渉することができる。被世話人の容態によっては、開業医と治療契約を結ぶことができるのである。

社会精神サービスは、多くの専門分野の人を配置するが、その際にソーシャルワーカーや社会教育家はすべての分野で重要な教育者のグループを組織する。同時に専門の看護職員、心理学者、精神科医と精神療法の専門医がこのサービスの中で一緒に活動する。被世話人の診察時間には医師の指導が行われる。

ここでは二つの職務範囲が考えられる。ひとつは、精神病者のための「援助」(あらかじめ備える援助とアフターケアの援助)を行い、もうひとつは、いわゆる保健所における「対策」である。それは次の場合に限られる。被世話人が自発的に援助を受け入れたとき、そしてすべての援助に対して、被世話人が了解したときのみ援助が行われるのが原則である。そのようなアフターケアの意味は、例えば被世話人と相談し、問題を分析することと、関連のある人や仲介、計画、調整によって新たな成果を提供すること、すなわちケースマネジメントである。世話人の職務と保健や治療行為に優先するものは、専門の制度や法の知識を十分に利用して、外来の医学上の治療を調整することなのである(95)。

## (6) ケースマネジメントをめぐる近時の議論

### 総論

世話マネジメント(Betreuungsmanagement)は、法律上の世話の実践にケースマネジメントを転用し、条件を適合させることを考慮したものである。ケースマネジメントは、個人、家族、団体を支援する要素となる。また BGB1901 条により、体系的な計画や職業上の救援を受け入れる計画がある。つまり、世話人は、被世話人の福祉にふさわしい、被世話人の要望や生き方、考え方を見出し、すべての可能性に役立てられ、病気や障害を取り除き、改良し、悪化を防止する。法律は、世話人が被世話人に、個人的な生活状況、不足、組織の可能性を考慮することを要求している(100)。

連邦議会の世話法の改正計画では、世話プランを義務付けることが規定された。それによると、BGB1901 条 4 項と結びつけることは、すべての職務範囲で世話プランが重要で、本人の個人的な状況を改善する上で重要である。例えば、健康に関する配慮や、滞在の決定などが挙げられる。世話マネジメントは、世話の質を保証する道具である(101)。

世話マネジメントにおいて、組織的に考えて行動するのは、被世話人の個性のみではなく、生活環境を熟視する。世話法におけるリハビリテーションに任務を実現することになる。世話マネジメントにおける資源を方向づけるのは、被世話人の長所を探り出し、それを引き出し(エンパワメント)、欠点を除外しないことを考慮し、世話を計画することを意味する。資源は、個人、家族、文化や制度の範囲から見出す。世話マネジメントを方向づけるのは、必要性の原則と補充制の原則に相当する。被世話人に対しては、本人の要望を考慮し、本人の生活へ介入することをできるだけ少なくする(102)。

世話プランたて、それを再審査することは、職務の質の管理(Qualitaetsmanagements)を確保することであり、いかに立法者の要求することや、被世話人が必要とすることに対して成果を具体化するかということである。経済上効率が良く、財政上透明に行い、被世話人のために、被世話人の考えを自分のことのように理解することである(103)。

### 世話マネジメントのそれぞれの段階

世話マネジメントの段階のモデルは、ケースマネジメントの構想を引き継ぐものであり、世話の実践のために修正したものである。この体系は、世話行為のプロセスに導かれる。それぞれの段階の経過は、形式どおりのものではない。そして、世話マネジメントについて、一方では適用の可能性のある事項で、他方、すでに職業世話人の業務として行われているものもある(104)。

個別の段階を整理すると、次のようになる(105)。

接触すること：被世話人との最初の接触

解明：状況の解明

相談：職務の関係することの開始時期について。援助や対処に対する相談。

危機への干渉：損傷の行為の回避(必要があれば収容)

分析：問題や資源の分析。データの調査。

評価：専門の評価。被世話人の自己査定。第三者の評価（専門家の意見）。仮定または予測。

援助の必要：援助の目的

計画：援助の必要の発見。可能性のある、役に立つ、あるいは避けられない援助の構想

世話の計画：世話プランの話し合い（必要があれば援助会議）。世話の選択と確定。世話計画（裁判所のために）。場合によっては被世話人との契約。対応における移行世話人の職務や行為の決定と審査（法律上の任務）

管理：目的の成果の審査。被世話人への調査の引き受け。関連したサービスの審査。計画の記録をとりつづけること及び修正。報告（簡易裁判所のために）

評価：すべての行動の評価。世話の継続、縮小、終了。他の援助の仲介。簡易裁判所に対しての見解。成果の評価（結末の報告）

特に ~ の段階については重要なので整理する。まず 接触することについては、世話法の規定に当てはめると世話の申し出（裁判所、世話官庁）問題を受諾すること（官庁や裁判所との話し合い）ということになる。ただ被世話人との接触に依るだけである。この接触は、たいてい決まって裁判官のヒアリングという形で行われるが、被世話人には行動の自由がほとんどないといわれる。それだけに、接触する適格のある人を組織することは非常に重要である。なぜなら、法律上の世話の入り口に当たる職務なので、今後の世話のプロセスにとって重要だからである<sup>(106)</sup>。

ケースマネジメントにとって、被世話人に接触することはインテークに相当し議論の中心になる。ケースマネジメントの計画の遂行において、この段階は、被世話人と「契約 (engagement)」の締結をすることになると考えられているからである。契約をする立場では、意見交換したことに対して、組織的に準備をすることがふさわしい。適した場所の選択と決定、必要な基礎的なこと（例えば世話報告）や、個別の成果を記録しておくことが望ましい。

被世話人と接触する際に重要な目標は以下のとおりである。

- ・信頼基盤を確立する 被世話人に対して心を開いて対応する
- ・部分的な問題の解決 どのような世話が必要なのか
- ・危機管理が必要か
- ・できるだけ介入しないことを目的とする
- ・必要があれば契約の締結（文書によって起草された取り決め）
- ・コミュニケーションの方法を決めること
- ・完結な評価をすること

重要なことは、話し合いの結果を議事録に要約して標準化することである<sup>(107)</sup>。

分析することについてであるが、実施されている世話の状況を分析に評価することをケースマネジメントにおいては、アセスメントと呼ぶ。世話法の制度上の重要な役割は、

被世話人にできる限り接し、彼の要望、考え方、生活状況、個人的なオリエンテーリングに配慮し、周辺にある資源や計画を発展、再検討することである。複数の状況から分析が困難なときは、次の3つの問題提起から分析を行う。

- ・どんな世話を求めているか問題点を見つけ、その有用性を規格化するか。
- ・どのような生活状況か。健康状態、暮らしぶり、社会との接触、職業、日常の状況などはどうか。
- ・資源や、個人的な能力や、家族の世話、友人、隣人、制度との関係（職業、官庁、社団の世話）の何が不足しているか。

これらの分析は、日常の世話において、被世話人との会話を通じて行われ、また周囲の人や、周りの状況や、制度上のデータの統計を下にして行われる。評価は唯一の手段ではなく、ケースマネジメントの基本的な過程である。分析をする際には、次の点を考慮する。

- ・被世話人の分析と、考慮する可能性のある異なった特有の分析をはっきりと区別すること（記録に残す）
- ・特有の意義や規格を考慮すること、すなわち未解決の事項について（スーパービジョン）
- ・第三者を招いて分析する（精神鑑定、福祉の専門家の意見）

アセスメントにおける分析は、同僚の相談や専門家の意見が介入することにより付加価値を持つ。アセスメントは、事例の相談を通じて、世話の問題があるたびに価値ある生活様式を考慮したり、被世話人の意思や福祉を考慮することにより、援助の必要と結びつけるのである<sup>(108)</sup>。

援助の必要を評価することについては、援助の必要の目的をはっきりさせることが重要である。被世話人の要望を含めて、内側（被世話人）と外側（環境）から、考えられる、わかりやすい言葉であらわす必要がある。被世話人の要望は、例えば、将来生きていく上での要望、再び働いて賃金を稼ぐことができるかどうかといったようなことである。重要な専門家の視点は、専門家（医者、介護サービス、教育のサービス）が必要かどうかを把握することである。被世話人と、世話人とコミュニケーションを取り、人や研究機関を参加させる方法で行う（ネットワーク）。評価の具体的な目標は、個人、団体、研究所が結び付けられることで、ケースマネジメントの時間や期間などが決定され、実施される。この目標は、被世話人に認められ、受け入れられた場合のみ、成果があったものと考えられ、存続する<sup>(109)</sup>。

世話プランについては、世話会議の中で行われることが重要であることが強調される。世話プランの中で決められた職務は、書面で示され、契約の形で義務を定めることとされている。この世話会議は、児童少年法の下で行われる会議と同様のものとされている。しかし、法律上の世話の職務範囲において、世話会議は世話プランの中で必ず行われることを保障するものではないことに注意が必要である<sup>(110)</sup>。

## (7) 小括

ケースマネジメントについては、世話法の適用の様々な場面で必要性について議論されるようになった。21世紀になって、議論が活発になったのは、世話法の中へ福祉の問題が集中したことと、世話の利用により、国庫負担が増大して、国の財政を圧迫しているため、その対応のために議論せざるを得ない状況になってきたからである。

ドイツ世話法においては、1896条1,2項の必要性の原則にケースマネジメントが該当するかどうかについて、意見が分かれた。ケースマネジメントの基本的な考え方は、要支援者の社会生活に焦点を当てて、要支援者自身がその生活を自己決定していくよう側面的に援助することである。その結果、ケースマネジメントは要支援者の自立を支援し、生活の質(QOL)を高めていくことを目指している。さらには要支援者の人権を擁護するためのものになる。要支援者の自立を支援するためには、「要支援者の自己決定権の尊重」の視点が必要である。世話法の自己決定権の尊重の理念とケースマネジメントの考え方は一致する。ケースマネジメントが世話法の中で議論されることは理論上矛盾するところはない。

ケースマネジメントの対象は個人に限られず、市区町村レベルのケースマネジメント、保健・医療・福祉機関レベルのケースマネジメント、個人・家族を対象とするケースマネジメント、セルフ・ケースマネジメントの場面がある。世話法においても、～のそれぞれの場面で議論されている。実際にケースマネジメントを行う場合のみではなく、ケースマネジメントを行うことを援助する役割も担う。

ビーンヴァルドは、世話プランについて様々な検討をしていたが、世話人の役割については検討が必要である。世話人がケースマネジメントをする場合、世話人の立場は被世話人の側に立つのだろうか。それとも、契約当事者のように被世話人とケースマネジメント提供者という立場に立つのだろうか。ケースマネジメントは、要支援者の立場にたって援助するものである以上、あくまで被世話人の立場に立つべきであり、それが法解釈上困難な場合(世話人が福祉サービス提供者である場合など)世話人としてケースマネジメントの職務を行うべきではない。

老後にあらかじめ備える代理権の活用についての指摘があったが、これは、わが国の成年後見制度という任意後見制度の活用のことである。本人に能力があるうちに、世話人の職務についてあらかじめケースマネジメントを行うことを指定しておくこと、またはケースマネージャーになる人を指定しておくことは、有意義なことである。また、専門職の人にケースマネジメントを依頼する場合、あらかじめ報酬について取り決めをしておくことも重要なことだろう。

ドイツにおけるケースマネジメントの議論は、インテークが中心で、必要性の原則に照らして、ケースマネジメントを行うべきか、止めるべきかの判断を厳格に行うことが、アメリカやイギリスで行われているケアマネジメントとは異なる点である。また、ケアプランについても、複数の専門家と検討して協議を行うことを重要視している点も注目される。世話法におけるケースマネジメントの必要性について認識され始めているが、本格的な議

論はまだ始まったばかりである。今後の動向や議論が注目される。

<注釈>

- (1) Helmut Coing, *Europaeisches Privatrecht, Band Aelteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, 1985, S.255.
- (2) Coing, a. a. O., S.255.
- (3) Coing, a. a. O., S.258.
- (4) 船田享二『ローマ法 第1巻』(岩波書店、1943年)214~216頁
- (5) 前掲225~226頁
- (6) 前掲229~230頁
- (7) 前掲232頁
- (8) 前掲235頁
- (9) 前掲242~244頁
- (10) Coing, a. a. O., S256. なお、コーイングは、ヨーロッパ大陸諸国の内部で行われた共通の法思想が存在し、その共通の法思想が、*ius commune*、「普通法(*Gemeines Recht*)」であると理解している。それは、継受されたローマ法のことであるが、常に補充的に普通法として通用したに過ぎず、原則的には局地適法慣習がローマ法に優先した、と理解している。この指摘については、H.コーイング著、佐々木有司編訳『ヨーロッパ法史論』(創文社、1980年)10~11頁、136頁以下参照
- (11)ローマ法の継受については、山田晟『ドイツ法概論 [第3版]』(有斐閣、1987年)5~9頁、碧海純一・伊藤正巳・村上淳一編『法学史』(東京大学出版会、1998年)123~126頁参照
- (12) Helmut Coing, *Europaeisches Privatrecht, Band 19. Jahrhundert : Ueberblick ueber die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Laendern*, 1989, S.329.
- (13) Coing, a. a. O., S.330.
- (14) Coing, a. a. O., S.330.
- (15) Coing, a. a. O., S.331.
- (16) Coing, a. a. O., S.333.
- (17) Coing, a. a. O., S.334.
- (18) Coing, a. a. O., S.333.
- (19) Bericht ueber die Lage der Psychiatrie in der Bundesrepublik Deutschland, BT-Drucks. 7/4200.
- (20) BR-Drucks. 59/89.
- (21) BT-Drucks. 11/4528.
- (22) BT-Drucks. 11/6949. なお、ドイツ世話法の立法の経緯については、新井誠『高齢社会

の成年後見法』(改訂版、有斐閣、1999年<平成11年>)24頁、神谷遊『西ドイツにおける成年後見制度の改正について』京都学園法学創刊号98頁(1990年<平成2年>)を参考にした。

- (23)日弁連司法制度調査会成年後見制度海外調査団『欧米6カ国の成年後見制度調査報告書』(1995年)133頁
- (24)田山輝明編著『成年後見制度に関する調査報告書 ドイツ編』(社会福祉法人 東京都社会福祉協議会 権利擁護センターすてっぷ、1995年)8~9頁
- (25)山田晟前掲書 321~322頁
- (26)前掲(23)134頁、前掲(24)11~18頁
- (27)Bienwald, Werner. *Betreuungsrecht, Kommentar zum BtG/BtBG*, 2. Aufl. Bielefeld 1994, S.5-6.
- (28)BT-Drucks. 11/4528. S.114-115.
- (29)Palandt/Heinrichs, *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentare*, 57. Aufl. 1998. S.1780. 同様の指摘については、Juergens/Kroeger/Marschner/Winterstein, *Das neue Betreuungsrecht*, 4.Auflage,1999, S.55.
- (30)Palandt/Heinrichs, a. a. O., S.1781.
- (31)Walter Zimmermann, *Betreuungsrecht*, 1994,S.40.
- (32)Palandt/Heinrichs, a. a. O.,S.1781.
- (33)この場合の自律とは、本人が主体的に自分の生活をプログラムし、自己決定や自己実現を図っていく精神的な自立を意味し、経済的な自立とは区別される。この指摘については、伊藤周平「障害者の自立と自律権 障害者福祉における自立概念の批判的一考察」季刊社会保障研究第28号4巻、1993年参照。
- (34)ドイツ世話法については、すでに詳細な紹介、検討がされ、文献も数多くあるので、主な文献について紹介する。新井誠『高齢社会の成年後見法[改訂版]』(有斐閣1999年)、同「ドイツ成年者世話法の運用状況」ジュリスト1011号(1992年)60~69頁、同「統計から見たドイツ成年者世話法の運用状況」ジュリスト1038号(1994年)100~103頁、神谷遊「ドイツにおける無能力者制度及び成年後見制度の新展開 改正法の概要とその特徴」ジュリスト967号(1990年)82~93頁、同「法定後見をめぐる比較法的研究」講座 現代家族法 第4巻139頁~159頁、上山泰「ドイツ世話法改正法について 世話法改正法の概要 (上)(下)」法律時報71巻12号(1999年)74~79頁、72巻2号(2000年)54~60頁、鈴木祿弥・鈴木ハツヨ「西ドイツ連邦の『成年者の世話に関する法律草案』について」判例タイムズ724号39~47頁、田山輝明「ドイツにおける行為能力剥奪宣告の廃止」高嶋平蔵先生古稀記念『民法学の新たな展開』(成文堂、1993年)31~64頁、同「ドイツにおける新成年後見制度の手續と組織」内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生古希記念『続現代民法学の新たな展開』(第一法規、1993年)667~691頁、同『成年後見法制の研究 上、下巻』(成文堂、2000年)、ドイツ成年後見法研究会「ド

イツ成年後見制度の改革(1)(2)(3)(4)」民商法雑誌 105 巻 4 号(1992 年) 572～596 頁、同 105 巻 6 号(1992 年) 850～873 頁、同 108 巻 3 号(1993 年) 462～478 頁、同 109 巻 2 号(1993 年) 353～379 頁、ベーム、レルヒ、レールスマイヤー、ヴァイス著、(社)日本社会福祉士会編訳、新井誠監訳、上山泰解題「ドイツ成年後見制度ハンドブック ドイツ世話法の概要」(勁草書房、2000 年) 阿部潤「オーストリア・ドイツの成年後見制度 その裁判実務を中心にして」家庭裁判月報 49 巻 11 号(1997 年) 1～123 頁、条文については、法務大臣官房司法法制調査部編『諸外国における成年後見制度』(法曹会、1999 年) 45～87 頁

(35) Zimmermann, a. a. O., S.17-19.

(36) Zimmermann, a. a. O., S.19-20.

(37) Zimmermann, a. a. O., S.21.

(38) Zimmermann, a. a. O., S.22.

(39) Zimmermann, a. a. O., S.23.

(40) Zimmermann, a. a. O., S.24.

(41) Zimmermann, a. a. O., S.24.

(42) Zimmermann, a. a. O., S.25. なお、ドイツにおける任意後見制度については、田山輝明「任意後見制度 ドイツにおける老齢配慮委任状との比較」ジュリスト 1141 号(1998 年) 50～56 頁、新井誠「イギリスとドイツにおける任意成年後見法の動向」ジュリスト 1061 号 138～143 頁参照

(43) Zimmermann, a. a. O., S.26.

(44) Zimmermann, a. a. O., S.26.

(45) Zimmermann, a. a. O., S.27.

(46) Zimmermann, a. a. O., S.27.

(47) Zimmermann, a. a. O., S.28.

(48) Zimmermann, a. a. O., S.31.

(49) Zimmermann, a. a. O., S.32.

(50) Zimmermann, a. a. O., S.32-33.

(51) Zimmermann, a. a. O., S.33-34.

(52) Zimmermann, a. a. O., S.35.

(53) Zimmermann, a. a. O., S.39.

(54) Zimmermann, a. a. O., S.40.

(55) Zimmermann, a. a. O., S.41.

(56) Zimmermann, a. a. O., S.41-42.

(57) Andreas Juergens, *Betreuungsrecht Kommentar*, 1995, S.237.

(58) Juergens, a. a. O., S.237-238.

(59) Juergens, a. a. O., S.238.

- (60) Juergens, a. a. O., S.238.
- (61) Juergens, a. a. O., S.239-240.
- (62) Zimmermann, a. a. O., S.43-45.
- (63) Andreas Juergens, Der Betreuer zwischen rechtlicher Vertretung und personlicher Betreuung. BtPrax, 1998, S.129-130.
- (64) Juergens, a. a. O., S.130.
- (65) Juergens, a. a. O., S.130.
- (66) Juergens, a. a. O., S.131-133.
- (67) LG Limburg vom 18. 9. 1996(BtPrax 1997, 119).
- (68) LG Koblenz vom 6. 10. 1997(BtPrax 1998, 38).
- (69) LG Mainz vom 28. 7. 1997(BtPrax 1997, 245).
- (70) LG Koblenz vom 17. 6. 1997(BtPrax 1997, 242).
- (71) LG Frankenthal vom 11. 2. 1998(BtPrax 1998, 151).
- (72) ケースマネジメントとは、要援護者や家族が持つ複数のニーズと社会資源を結びつけることである。国際的には、ケースマネジメントが共通の専門用語と見られるが、日本やイギリスではケアマネジメントの用語が使われる。両者とも意味内容は同じである。世話法の文献の中には、ケースマネジメントのほかに、世話法におけるケースマネジメントであることを明らかにする世話マネジメント(Betreuungsmanagement)や、ケースマネジメントの中で行われるケアプランについても世話プラン(Betreuungsplan)との表記があるが、それぞれケースマネジメント、ケアプランと同じ意味内容なので、文献どおりに引用したことをお断りする。また、ドイツでは、一貫してケースマネジメントの用語を使用していることから、ここでもドイツの文献の引用についてはすべてケースマネジメントと表記したことをお断りする。
- (73) ケースマネジメントとは、ケアマネジャーが、援助対象者のニーズとすでに制度となっているサービス、または家族、親戚、近隣、ボランティアなどのサポートの社会資源を結びつけ、対象者を継続的に援助する方法のことである。日本では、1995年に厚生省の高齢者介護・自立支援システム研究会が提出した報告書『新たな高齢者介護・自立支援システムの構築を目指して』により、ケースマネジメントの議論が積極的に行われるようになった。ここで示されたケアマネジメントの内容は以下のとおりである。
- サービス利用に際して、高齢者や家族の相談に応じ専門的な立場から援助すること。
- 介護の必要な高齢者のニーズを把握し、そのニーズや介護の必要度に応じ、関係者が一緒になってケアの基本方針とケアの内容を定めたケアプランを作成すること。
- そのケアプランを踏まえ、実際のサービス利用に結びつけること
- 高齢者のニーズやサービス提供状況を把握しながら、適切なサービス利用を継続的に確保すること。
- ケースマネジメントを構成する基本的な要件としては、 ケースマネジメント援助

を必要とする対象者、対象者のニーズを充足する社会資源、ケースマネジメントを実施する人、ケースマネジメント課程があげられる。

ケースマネジメントの内容は大きく4つに分けられる。本人の諸種のニーズをアセスメント（情報収集）すること、アセスメントに基づき、本人に提供されるべきサービスや支援の連携を計画すること、社会資源と本人を結びつけるだけでなく、本人の内的資源も図っていく、計画の実行＝本人とサービスや支援が連結するように手配する、本人が地域での生活が維持できるために、社会資源に対してアドボケート（弁護的機能）を果たすこともある、本人とサービスの連携状況をモニタリング（監視）し、本人の変化などによって生じるニーズとサービスが合致しない場合に、再度アセスメントし、サービス計画の変更を図る。ケースマネジメントの手順は次のとおりである。

入り口、ケースの発見、スクリーニング（ケースマネジメントの適合性の確認）インテークが行われる。アセスメント、本人のニーズの査定（現在の問題状況、身体的・精神的な健康状態、日常生活動作能力＜ADL＞、経済状況、要援護者の士気、価値観、及び対人関係の持ち方、家族・近隣・友人に対する情報、世帯構成、要援護社の自助能力、現に利用しているサービスや支援など）、ケース目標の設定とケア計画の作成；本人に即した個別的な計画の作成、ケア計画の実行、本人及びサービス提供状況についての監視及びフォローアップ、再アセスメント、終結、である。重要なことは、これらの課程を反復、継続して行うことである。

ケースマネジメントについては、白澤政和「ケアマネジメント総論」リハビリテーション研究（1996年＜平成8年＞）3～5頁を参考にした。

(74)Wulf Roessler, Hans-Joachim Salize, and Anita Riecher-Roessler, "Changing Patterns of Mental Health Care in Germany." *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 19. No. 314, p.391, 1996.

(75)BT-Drucks. 7/1124.

(76)(19)と同じ

(77)社会リハビリテーションは、障害のあるものの社会性活力を高めることを目的としたプロセスである。実践主体は本人、家族、援助者であり、実施方法は社会福祉援助技術の方法を用いる。具体的な方法は、ケースワーク、グループワーク、コミュニティワーク、カウンセリング、アドボカシー（権利擁護）、ソーシャルアクション、ケアワーク、ケアマネジメントなどである。この内容については、『新・社会福祉学習双書』編集委員会編『新・社会福祉学習双書第19巻・リハビリテーション論』（全国社会福祉協議会、1998年＜平成10年＞）参照

(78)W. Roessler, W. Loeffler, B. Faetkenheuer, A. Riecher-Roessler, "Does case management reduce the rehospitalization rate?" *Acta Psychiatrica Scandinavica* 86, p.445-449, 1992.

- (79)Eberhard Hoefel, “Die Inszenierung von Unterbringungen nach dem Betreuungsgesetz aus Sicht eines Sozialpsychiatrischen Dienstes.” BtPrax, 1998, S.53-58.
- (80)Rainer Pitschas, “Die Betreuung in der “schlanken” Sozialverwaltung-Betreuungsbehoerden zwischen Buerokratie und Management.” BtPrax, 1997, S.212-217.
- (81)藤林慶子「ケアマネジメントにおける介護福祉士の役割」一番ヶ瀬康子監修、日本介護福祉学会編『介護福祉士これでいいか』（ミネルヴァ書房、1998年<平成10年>）125頁
- (82)ステファン・M ローズ編、白澤政和、渡部律子、岡田進一監訳『ケースマネジメントと社会福祉』（ミネルヴァ書房、1997年<平成9年>）395頁
- (83)新井誠『高齢社会の成年後見法』（改訂版、有斐閣、1999年<平成11年>）98頁
- (84)Eva-Maria Rothenburg, “Wohin geht es mit der Fachlichkeit in der ‘gesetzlichen Betreuung?’” BtPrax, 2000, S.201.
- (85)Werner Bienwald, “Von der lebendigen Betreuung zur toten Betreuungsbuerokratie-Ein Zwischenruf zum ‘Betreuungsplan’-.” Rpfleger, 1998, S462-464.
- (86)LG Hamburg vom 22. 2. 1993(BtPrax 1993, 209-210).
- (87)BT-Drucks. 11/4528.
- (88)精神保健ケースマネジメントの場合、福祉のみではなく、心理教育などのほかのアプローチを組み合わせることが有効であるとの指摘がある。この指摘については、前掲(77)177頁参照。なおドイツで、触法精神障害者の援助のためのケースマネジメントについて、心理学的なアプローチについての指摘があるので、参考までに紹介する。
- 入院患者から外来患者になるとき、リハビリテーション課程の段階で、非常に傷つきやすいことが明らかである。だからリハビリテーション課程の段階では、細心の注意を払って計画を立てるべきである。
- 患者と治療者との個人的な関係は、対応を継続し、再発を予防するために、退院後非常に有用なものである。入院していた患者が退院するときの健康状態は、治療を担当する人が変わると同時に変化することが多い。法廷で争っている患者にとって長期の入院期間の間に、個人的な関係を築かなければならなくなるので、治療者が変わることによってこの壊れやすい関係を失うことは、患者にとって害である。
- このような患者のための対応や、代弁をするための標準となる精神医学はほとんど存在しないが、個別的に独自性を与えたプログラムは発達しており、この中で、治療の到達点は、毎日の事情や障害に対し分析されなければならないことである。これは、治療の目的は、実際の日常生活に対し、繰り返し再発見し分析をしなければならないことを意味する。この課程は、入院患者に対する治療では対応できない。

精神病患者は、警察を含むいくつかの公共福祉や保障、法人や代理人の指導を受けている。これらの法人やその代理人との意思疎通の方式は明白である。明らかに必要なことは意思疎通の方法のみではなく、治療の準備や患者との信頼と治療の有用性である。

ほとんどの公共団体は、親戚、友人、知り合い、雇用、家庭などの社会とのつながりの重要性を強調する。これらの社会的なつながりは患者を支えることとして考慮され、患者と周囲の状況や社会的な統制のための訓練の要素の構成として考慮されるのである。これらの人々は、患者が元の状態に回復する兆しとなる要素であることを治療者は知っているのである。

この指摘については、Norbert Nedopli and Karin Banzer, "Outpatient Treatment of Forensic Patients in Germany: Current Structure and Future Developments." *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 19. No. 314, p.77-78, 1996.

(89)BT-Drucks. 13/10301.

(90)Sabine Eichler, "Qualitaetsstandards in der gesetzlichen Betreuung." *BtPrax*, 2001, S.3.

(91) この調査結果については、Christine Sellin, Dietrich Engels, "Qualitaet, Aufgabenverteilung und Verfahrensaufwand bei rechtlicher Betreuung." 2003.の中で、分析、検討がされている。なお、ドイツ世話法の第2次改正の動向については、新井誠「ドイツ世話法の現状」*臨床精神医学* 33巻9号(2004年)1191~1195頁、ベルント・シュルテ(村田彰訳)「ドイツ世話法の理論上の課題」*実践成年後見* 4号(2003年)76~86頁、ペーター・ヴィンターシュタイン(石田道彦訳)「ドイツ世話法の実務上の諸問題」*実践成年後見* 5号(2003年)54~60頁、ヴェルナー・ビーンバルド(村田彰訳)「ドイツにおける世話法の12年間 経験に基づく報告」*成年後見法研究* 1号(2004年)28~33頁、クリスタ・ビーンバルド(上山泰訳)「世話法の改革論議」*成年後見法研究* 1号(2004年)59~65頁参照

(92)Eichler. a. a. O. S.4.

(93)Eichler, a. a. O. S.5.

(94)Eichler, a. a. O. S.5.

(95)Eichler, a. a. O. S.6.

(96)Eichler, a. a. O. S.9.

(97)Eichler, a. a. O. S.9.

(98)Eichler, a. a. O. S.9.

(99)Frank Sandlos, "Die Organisation der ambulanten psychiatrischen Behandlung Betreuer." *BtPrax*, 2001, S.91,S.95.

(100)Angela Roder, "Betreuungs(case)management-Mehr Professionalitaet und Erfolg im Berufsalltag." *BtPrax*, 2004, S.87.

- (101)Roder, a. a. O. S.87.
- (102)Roder, a. a. O. S.87.
- (103)Roder, a. a. O. S.88.
- (104)Roder, a. a. O. S.88.
- (105)Roder, a. a. O. S.90.
- (106)Roder, a. a. O. S.88.
- (107)Roder, a. a. O. S.88.
- (108)Roder, a. a. O. S.89.
- (109)Roder, a. a. O. S.89.
- (110)Roder, a. a. O. S.89-90.

## 第二節 アメリカの成年後見制度

### 1 はじめに

アメリカには、まず従来からの伝統的な法定後見制度(guardianship)がある。また、任意後見制度に相当する、持続的代理権授与制度(Durable Powers of Attorney)がある。しかし、この伝統的な後見制度は様々な問題があり、必ずしも利用しやすい制度ではなかった。また、意思能力が十分ではない人の状況はそれぞれ異なり、そのために必要な制度は様々なので、後見制度に代わる制度が利用されている。保護を必要とする高齢者や障害者は、様々な制度の中から自分にあった制度を選択できるメリットがある。成年後見制度に関する議論は、法律以外に、老年学や福祉などの分野でも検討されている。これらの異なる分野について、関連づけて議論することは可能であると考えられている。アメリカ法には、後見・代理・信託・年金・遺言・社会保障など的高齢者に関する法を総合した Elder Law (高齢者法) という法分野があり、それぞれを総合的に捉えることについては、一定の示唆を得ることができる。また、財産管理事項と身上監護事項についても、個別に議論した上で、それぞれが関連しあうことを考慮して総合的に議論している。そこで、従来の後見制度を検討してから、持続的代理権制度、医療のための持続的代理権制度、リビングウィル、信託制度について検討する<sup>(1)</sup>。これらの制度は、本人の能力喪失後の財産管理や身上監護のためのエスティート・プランニング<sup>(2)</sup>のひとつの手法として考えられることがある。また、高齢者法、老年学、法と精神医療などの分野でも議論される。そこで、これらの領域における議論も視野に入れながら検討を進めることにする。

### 2 法定後見制度

#### (1) 概要

高齢で判断能力が十分ではない人に対して、身上及び財産を保護するために、従来から適用されている方法は、裁判所が代理意思決定者(正式代理人)を任命することである。この代理意思決定者は、無能力者の利益のためにその者に代わって決定を行う。この代理意思決定者は後見人、財産管理人、受託者などともいわれる。

後見制度は、州の管轄事項である。無能力者と判定された者のために、後見人を選任する権限を裁判所に与える旨の制定法が、全ての州に存在する。この各州の制定法は、統一遺産管理法典(Uniform Probate Code)第5条に準拠しているため、ほとんどの州で後見法規定の内容は類似している<sup>(3)</sup>。

アメリカでは、1980年代後半から法定後見制度の改革が本格化した。従来 of 典型的な後見法においては、被保護者は精神障害者、高齢、アルコール依存症あるいは薬物依存症のために自分自身の世話や財産管理能力を欠いている、という意味での「無能力者(incompetence)」の認定をしなけりばならなかつた。しかし、この定義では、高齢者のニーズに答えることができなかつた。また、被後見人は「無能力者」という社会的なスティグマ(烙印)を負わされたこと、裁判実務で、精神科医が証言することがほとんどなかつたので、

被後見人の能力が性格に判断されないことがあったこと、後見人の権限が財産管理、身上監護の両方において、包括的なものであったこと、手続面において、被申立て人の権利擁護がされなかったこと、などの問題があった(4)。

このような問題を各州の法定後見制度が抱える中で、1969年に統一遺産管理法典第5編が設けられた。これは、法定後見制度に関する統一法に相当する。その後、1970年から1980年にかけて、いくつかの州で法定後見制度の改革が進められ、限定後見制度(limited guardianship)が新たに組み込まれることとなった。1982年に統一後見保護手続法(Uniform Guardianship and Protective Proceedings Act)が制定されたが、限定後見制度をその中心に据えた(5)。

後見制度が、本格的に改革を推進するきっかけとなったのが、法定後見制度に関する1987年のAP通信の報道である。ここでは、法定後見手続がずさんであること、後見人による虐待やその職務放棄など、被後見人の置かれた悲惨な状況が報告された。この報道に前後して、法改正案が提示され、各州で法改正が実施されることとなった。

法定後見制度(Guardianship)は、伝統的に各州の州法によって規定されているので、後見制度に関する用語とその意味に関する制度は統一していない。用語については、基本事項の整理を兼ねて、下記のとおり定義する(6)。

後見制度(guardianship)は、審問を経て裁判所により設定される仕組みであり、ある当事者に対して、他者のために、その身上に関する意思決定、もしくは、財産管理に関する意思決定、ないしその双方に関する意思決定を行うための権限を付与するものである。この後見制度は、身上後見、財産後見の双方を含めた一般的な意味を示したもので、包括後見(plenary guardianship)と呼ばれることもある。後見制度(guardianship)が、包括的な意味ではなく、身上後見のみの意味である場合があるが、どちらであるかは、文脈の中で判断することになる(7)。

自らの身上及び財産に関する意思決定を十分に実行することができず、無能力である場合、後見開始の申立の対象者のことを被申立人(Respondent)とよび、後見手続により、後見人が選任された者のことを被後見人(Ward)とよぶ。後見開始のために、被後見人を取り巻く状況を調査して、裁判所への提起を行うために、裁判所によって選任される人を、訴訟のための後見人(Guardian ad litem)という。通常は弁護士が選任される。後見事件を取り扱う裁判所(Court)は、たいていの州では、検認裁判所で審理されるが、その名称は各州の間で統一されていない(8)。

後見制度には、財産後見(Conservatorship of the estate)と、身上後見(Guardianship of the person)があり、それぞれ財産後見人(Conservator)と、身上後見人(Guardian)が行う。後見は複数の人物、団体、機関で行うことがあり、それぞれ共同財産後見人(Coconservators)、共同身上後見人(Coguardians)という。後見人に権限の一部を付与することを、それぞれ、限定財産後見(Limited conservatorship)、限定身上後見(Limited guardianship)という。それぞれを行う人物、団体、機関を、限定財産後見人(Limited conservator)、限定身上後見人

(Limited guardian)という(9)。

後見制度は一般に 3 種類ある。財産管理のための後見(Conservatorship)と身上監護のための後見と、両方を兼ねそろえた後見がある。このように 3 種類の後見が認められるのは、障害者の能力に応じて、財産または身上監護のどちらかについて後見が必要だが、両方について後見は必要が無いことがしばしばあるからである。たとえば、障害者本人の日常生活に関しては判断する能力があるが、財産に関する事柄を管理する能力が十分ではないという場合である。裁判所はしばしば財産管理の後見と身上監護の後見を別々の後見人に任命する。一般的には、財産管理のための後見は弁護士や銀行などに、身上監護のための後見は家族などというように、それぞれの職務に適した人を任命する(10)。

後見人は、被後見人の代理人として行為を行う義務及び権限と、その行為について裁判所に報告する義務及び権限を有している。後見人の職務範囲は、後見人の権限を定めた制定法の定義によって定められる。従来、後見人は、被後見人に対して身上または財産に対する決定権は与えられていなかった。最近では、後見人の権限については、被後見人が決定能力を持たない場合のみ制限する。限定的な身上または財産管理に関する後見人の概念を認める州法が増えてきている(11)。

後見人が任命された人は、多くの場合無能力者と呼ばれる。最近では、後見人の任命は全面的無能力の認定を指すのではなく、被後見人が裁判所の命令によって、明らかに取り除かれた権利を除く、すべての権利を有することを明らかにした制定法が増えている(12)。

## (2) 後見手続の基本的な流れ(13)

後見が必要な場合、裁判所に後見開始の申立手続をする。裁判所は、申立から 60 日以内に、後見人や被申立人について調査を行い、被申立人の能力を評価し、審理する。その上で後見を開始する。緊急事態であるときには、より早い時点で後見を開始することも可能である。

裁判所は、後見事件の審理の前に、調査を行う者を選任する。この調査担当者は、裁判所へ、後見開始の認容もしくは棄却、後見人が持つべき権限の内容、後見人となるべき人物、後見を継続すべき期間、被申立人の自立性評価の必要性などについて、提案を行う義務がある。この提案のために、調査担当者は、被申立人、推薦されている後見人候補者、被申立人の家族の中の最近親者、隣人、介護者、ソーシャルワーカー、医師や看護師などと面接を行う。

被申立人の能力を評価するのは、後見人に与える権限を決定するために行われる。多くの州では、裁判所は、被申立人に対して、後見人の権限の付与を、できる限り最小に抑えることが要求されているので、能力評価は、個々の事案について、後見人に適切な権限を委ねる命令の内容を、裁判所が決定する際の助けとなる。

調査、能力評価を経て、裁判所は審理を行い、決定を下す。審理は裁判所で行われ、申立人、後見人候補者、被申立人が出廷する。被申立人が希望する場合、審理の場を病室、

ナーシングホーム、あるいは被申立人の居宅で行うことがある。審理では、能力や後見の必要性を確認した上で、決定を下す。審理の際には、裁判所に、障害を持つアメリカ人に関する法律(The Americans with Disabilities Act = ADA)が適用され、聴覚、視覚、移動可能性や言語への習熟性などに関するニーズに対して、被申立人(障害者)を支援する。被後見人が、能力や機能を回復した場合は、後見は終了する。

### (3) 後見の監督<sup>(14)</sup>

後見の保護目的を実現するために、裁判所は、被後見人のケアのために、選任した後見人の活動状況を監督しなければならない。被後見人の身上や財産に関する虐待やネグレクトについては、あらゆる状況が起こりえるものであり、現に起こっている<sup>(15)</sup>。

後見監督のための主な方法は、後見人による自己報告である。年に1、2回程度の、定期的な財務会計報告が義務づけられているのが一般的である。州によっては、身上に関する状況についての報告を要求している。その内容は、被後見人とのコンタクトの回数やその性質、最近の医師による往診の目的、通院ないし入院の回数、社会福祉サービス及びリハビリテーションサービス、精神状態、身体状態ないし情緒状態の変化、さらには、生活上の手配に関する主要な決定、その妥当性、あるいは、その変化など、様々である。州によっては、被後見人が介護施設に入所している場合に、そこで提供されているケアの質について、あるいは、後見の継続ないし変更の必要性について、後見人が意見を述べることになっている。これらの内容については、それぞれの州法により制定されている。

### (4) 財産目録及びケア・プラン<sup>(16)</sup>

財産後見人は、州の後見法により、就任後数ヶ月以内に、被後見人の資産の財産目録を提出することになっている。後見事案における財産目録作成は、被後見人の物的財産及び人的財産の財産的価値について確認ならびに評価することになる。

ケア・プランは、身上に関する財産目録ともいべきもので、被後見人のケアを、評価するための基礎として役立つことになる。ケア・プランは、被後見人の社会福祉、医療及び教育に対するニーズの出発点を確定するものである。個別的なケア・プランの主たる目的は、被後見人の重要な財産状況ならびに身上の状態に考慮の焦点を合わせた上で、これらの状況にどのように対処するかについて、後見人に対して決定することを要求することにある。

例えば、フロリダ州の新後見法(Fla. Stat. Ann. § 774. 362. 1990.)は、後見人に対して、選任されてから60日以内に、最初のケア・プランを提出(登録)することを要求している。このプランの中で、後見人は、被後見人のための医療ケア、メンタルケア、身上ケア及び社会福祉サービス、最適の居住環境、申請されるべき社会保障給付金、必要な身体及び精神の健康診断などを、いかに提供していくかについて確定することになる。後見人はまた、自分が被後見人と協議している事実、ならびに、被後見人の希望が合理的なものである場

合には、この希望を尊重している事実について証明もすることとなる。後見人は、被後見人の最新のニーズと、自分がこれらのニーズに対応するために試みる手段を明らかにすることによって、毎年ケア・プランを更新することになっている。

#### (5) 財産や身上に関する管理についての裁判所の任命

無能力になった高齢者は、日常生活の活動において相当な量の援助が必要である。無能力者には様々な類型があるが、法律上は、身上に関する決定のできない人と財産管理のできない人を区別している。たとえば、自分自身のケアのためのすべての必要事項ができる人、たとえば衣食住に関することや、その他の日常生活に関する基本的なことはできるが、財産管理について手形の支払いや株の運用、税金の支払いや、その他の本人の財産を管理したり保護したりすることができない人がいる。反対に財産管理はできるが、医療や人の援助の必要や住居の設備の変更が必要であることがわからない人がいる。両方の場合、後見人は無能力者のために財産管理や身上に関することに対応する必要がある<sup>(17)</sup>。

代理の意思決定者及び財産管理が必要だが、不適当な対応があった場合、裁判所は無能力者の事務を管理するための受託者(fiduciary)を任命する。しかしこの「受託者」という言葉は州ごとに修正され後見人とも呼ばれる。後見人または身上後見人は代理の意思決定者が必要な場合に裁判所に任命され、財産管理が必要な場合は後見人または財産管理人を任命する。多くの場合、裁判所はその両方の後見人を任命するが、同じ一人の人に両方の権限を任命しない。複数の身上後見人や財産管理後見人も場合によっては任命されるが、その権限は必要ではない場合は限定される<sup>(18)</sup>。

#### (6) 身上後見人の任命<sup>(19)</sup>

身上後見人は正式の裁判により設定される法的関係であり、身上後見人に任命された人は、被後見人に代わって裁判所の決定にしたがって継続的なケアや、被後見人の身上に関する管理を行う。通常、身上後見人は被後見人に対して、両親が未成年の子供に対して持つと同様の権利、義務、責任を負うが、被後見人にとって必要であっても財産に関する後見は要求されない<sup>(20)</sup>。身上後見人は医療処置の決定の権限を持ち、多くの州では、療養院の登録や医療事項の「自発的な」委任を、婚姻の決定、離婚、自動車の運転、旅行、居所指定と同様に身上後見人の権限に含めている。

後見を制定する法的過程において能力の問題は重要で、関係者は用心して年齢、外見、障害による無能力かどうかを推定しなければならない。アメリカには、「後見の国」という考え方があり、社会は能力の減退や、本人の行動の結果を理解する能力が欠けているために自らをケアすることができない人を援助する義務がある。したがって後見を支持する権限は、本人が無能力で、後見人の任命は継続したケアを供給する必要がある人に限定される<sup>(21)</sup>。後見の過程は財産を保護する場合よりも複雑である。その理由は個人の自由と自己決定は明らかに必要でない限り他人の管理を受けるものではないからである<sup>(22)</sup>。

無能力の定義は困難で、裁判所の決定のために問題になる。統一遺産管理法典は無能力者の定義を「十分な能力の欠乏及びある人の、身上を配慮する責任を負うべき決定を行い、伝達する能力が欠けていること<sup>(23)</sup>」としている。しかしながらこの定義を実際の状況にあてはめると問題が起こる可能性がある。能力を評価する場合、本人が理解しない結果、責任を負うべき行為を行わないために同調しない行為と、通常ではないこととは注意深く区別しなければならない。誰しも、他人の権利を侵害するような方法でない限り、いかなる方法でも行為する権利を持っているからである。

そこで、無能力の定義は、評価される人の主観的な分析と同様に客観的な分析を含まなければならない。たとえば、ほとんどの人々は当てはまると信じている医療に対して単純に否定することは、必ずしも無能力の証拠にはならない。これは宗教上の信念や、哲学的な見地や、健康の重大な局面において、患者の優先権が明らかに認められる場合の医療の拒否が認められる根拠になる<sup>(24)</sup>。

もし本人がケアの拒否を知らせてきた場合、地域、家族、裁判所は本人に不要なケアを押しつける権利はない。本人が無能力かどうかの調査をする場合、その人が行為することと、しないことを注意深く観るだけでなく、通常の状態や、衝撃を受けた場合に理解する能力や、行動しているときや休止しているときの結果を理解する能力を見る必要がある。特に医療に関する承認が、本人が意思決定を行なうことや、責任を負う能力を認めるべきではない精神、身体の状態であることを証言した場合、意思の決定は裁判所により法的に行われる<sup>(25)</sup>。

#### (7) 財産管理後見人の任命<sup>(26)</sup>

「保護を必要とする場合」とは、通常有効に財産を運用できないか、または理解力や能力が十分ではないために、財産の管理をする必要のある人に適用がある。保護を必要とする人の財産管理は、財産管理人、財産管理後見人、または持続的代理権のもとでの代理人によって行われる。財産管理後見人は裁判所により認定された法的関係で、財産管理後見人に任命されると、財産や被後見人の金融に関する事項の管理をする。また、財産管理後見人には、被後見人の財産を占有する権限があり、財産を管理し、収入を受領し、金銭の支払いを行い、財産の管理方法を、制定法により裁判所に報告し説明することが義務づけられている<sup>(27)</sup>。財産管理の場合、保護される人のために、すべての財産において財産管理をする人に受託者としての名義を与え、財産管理人が本人の利益のための契約を締結し、財産を管理し、身上のケアをするための資金を供給するが、これには、医療や療養院のための契約や、財産の移転も含まれる。統一遺産管理法典では、財産管理や仕事上のことのために効率的に財産を使用できない場合も、資産が援助のために必要である場合を発見するように要求しているが、これは、言い方をかえれば、財産が浪費されることである<sup>(28)</sup>。

裁判所はしばしば代理人の任命を進め、被後見人が必要であることを証明するためだけに会う約束をする後見人や、財産管理人の権限を制限する<sup>(29)</sup>。

#### (8) 精神療法または収容についての任命<sup>(30)</sup>

多くの州で、法の領域からほぼ完全に独立して議論されることは、不本意な精神療法を要求された、精神病患者についてである。無能力で保護を必要とする人は、しばしば地域社会の中で生活することができるが、療養院へ入ると、特別な場合でなければ、受けることを強制できない精神病治療のケアを、要求されることがある。なぜなら、精神病治療のための入院や、精神状態を変える薬物治療を強制的に行うことは、重大な人権侵害を強いることになるからである。時には隔離された施設で、特別の治療がなされることがある。

多くの州で、精神保健に関する訴訟手続は、政府団体や地方の検察官によって行われ、しばしば公益の援護法人またはそれに相当する団体によって、守られる。精神保健の取り扱いが安易であることにより、不本意な評価を受けた人は、その過程で収容(commitment)されるものとする。収容過程は、特別の注意が必要とされ、専門の公聴会の手続がなされ、身上後見人や財産管理後見人のための手続きとは異なった証拠の基準でなされる。その人にとって不本意な収容がなされた場合、裁判所が常にその人が「精神病で、自分自身や他人に対して危険である」ことを明らかにしなければならない。しかしながら、多くの州では身上に関する後見人は「任意に」被後見人を収容する権限を持っている<sup>(31)</sup>。

多くの州では、いわゆる「高齢者虐待」に関する法を、高齢者を他人の虐待から守るために計画しているが、しばしば生命を脅かす状況や、十分に対応できない高齢者のために、不本意な取り扱いを行う「保護するサービス」を行う職員を認める規定が含まれている。これらの制定法は、精神障害のためのケアを主張した高齢者に対して適用されるが、身上後見人や収容制度の保護なしで行われる<sup>(32)</sup>。収容されたり不本意な対応を受けた人は、身上の意思決定、ふさわしい財産管理、治療の適正の継続を保証するための身上後見人と財産管理後見人の両方の任命を要求すべきである<sup>(33)</sup>。

#### (9) 後見人が被後見人に与える影響について<sup>(34)</sup>

裁判所が選任する後見人が、どの程度無能力に対して影響を与え、また支配をするのかは重要な問題である。一度裁判所により無能力と判断された人は、無能力者の自己決定権に対して悪い印象を与える。かつて無能力者とされた人によってなされた個人的、あるいは仕事上の重要な決定が、後見人によってなされることになるからである。洗濯機を買うのと同じような決定を行う法的権限の撤回さえ、ほとんどの州は後見人の任命において、裁判所が、後見人が本来すべき無能力者の要望をきくことや、無能力者の優先権を考慮することを要求しない。無能力者は、契約をするための法的権限は欠如していても、確実に感情的、心理学的な自己価値を持っているのである。そこで、配偶者や成年者の子供のように、後見人に任命することが法律上優先事項になっている人を任命することは、後見人を任命する過程では表面化しない、無能力者に対する利益や、個人的な恨みが表面化する可能性があるため、無能力者の最善の利益にはならない。もし、仮にその優先権を持つ人

が、後見人にふさわしい人であったとしても、無能力者にとっては、特に財産に特別な管理能力が要求されるものが含まれる場合、財産管理後見人は別の人を任命することが望ましい<sup>(35)</sup>。

19世紀から20世紀初頭にかけて発達した判例法の中には、後見人に任命されるべき人について、裁判所の決定に影響する無能力者の能力についての判例がある。判例の中には、無能力者の最良の利益が、優先権のある後見人の任命により守られると信じる無能力者が推薦した人に対して次のように判示した。「精神異常なので、後見人を任命することがふさわしい。被後見人には、後見人がする質問に対して、まだ良識のある意見や強い感情がある。そしてその意見や感情が、被後見人の幸福または健康な状態に戻ることに影響を与える場合、被後見人に対して、配慮して助言を与えることが裁判所の義務である<sup>(36)</sup>。」

無能力者が最大の可能な程度で、自分の運命を決定する権利は、法により承認されてきた。たとえば、ユタ州最高裁判所は、近時、「後見人を任命する裁判所は、後見人を任命する理由を考慮することと、被後見人の利益を考慮することは、同じくらい広範囲な自己決定権を持つものである」と判示した<sup>(37)</sup>。また、イリノイ州の裁判所は、「後見人は、被後見人の自立自助や独立を援護するためのものである」と判示した<sup>(38)</sup>。

近年、後見人の選任は、無能力になってからではなく、まだ能力がある間に示された意思表示に、焦点をあわせることに配慮することが、専門家により強調され、立法府も承認している。それにもかかわらず、無能力者の意思表示は疑われる。身上または財産事項を管理する能力の欠けている人は、後見人を選ぶ能力も欠けているというのである。その上、無能力者は、後見人に任命されることを願う人からの影響を受けやすいが、実際には、後見人になりたい人は、無能力者の最良の利益を考慮していないのである<sup>(39)</sup>。

このように改善されてきた後見制度にも、問題点が指摘される。後見人の任命が機械的で報告が不十分、または全く報告がされないことがあることなどである<sup>(40)</sup>。そのほかにも手続の遅滞、裁判所のような公の場所で、個人的なことを暴露しなければならないこと、費用がかかること<sup>(41)</sup>、後見人の権限の濫用、被後見人に対する無視や虐待などに十分に対応できないことである<sup>(42)</sup>。これらの問題を回避するために、様々な代替方法が利用されるのである。

### 3 持続的代理権制度

持続的代理権授与制度は、統一法を含めて幾度か改正されているが、現在の持続的代理権授与法の原型は、1979年統一持続的代理権授与法であり、わが国の任意後見制度制定にも影響を与えた。そこで、この1979年統一持続的代理権授与法について検討する<sup>(43)</sup>。

#### (1) 沿革

コモンロー上の代理権は、本人の無能力や死亡により終了する。持続的代理権は、本人が無能力になっても、効力が継続する。

持続的代理権授与制度は、1954年バージニア州で先駆的な法律が制定された。これは、本人に持続的代理権の設定の権限を与えるものであった。そして「本人の意思決定や代理権は本人の障害により終了しない」という文言を表示することが含まれていた。もし本人の意思であることを証拠づけるものがあれば、代理人の権限は「後に本人が障害者になっても」継続する内容を含むものであった。このバージニア州の法律が制定されてから、能力喪失後の財産管理の重要性が認識されるようになり、活発に議論されるようになった。しかし、このバージニア州の持続的代理権授与制度は財産管理のみで、身上に関する問題は想定していなかった<sup>(44)</sup>。

1969年に独自の制定法として考案された持続的代理権は、統一遺産管理法典(Uniform Probate Code, 以下、UPCと略す)の5-501条、5-502条に採択された。しかしこれらの条項はUPCから分離された。そして、拡大され、改正され、統一持続的代理権授与法(Uniform Statutory Form Powers of Attorney Act)を制定し、統一州委員会全国会議においてすべての州で採択のために認可、勧告された。また、1979年統一持続的代理権授与法の1~5条は、現在のUPC5-501~5-505条にも採択されている。

## (2) 統一持続的代理権授与法の内容

### 条項について

持続的代理権は、本人が障害者になった場合その人を保護するための、裁判外の制度である。持続的権限の一般的な使用は、本人が自分の財産を管理できない場合の包括的な財産計画の方策であり、本人の利益や要求のために、財産を管理しコントロールすることである。持続的代理権は、本人の財産管理と身上監護の両方に適用される。持続的代理権の一般的な目的は、本人の障害または死亡により、権限が無効になるコモンローを変更することを規定することである。そして、高齢者保険(senility insurance)、生前信託、後見制度と同類のものと認識されている<sup>(45)</sup>。

持続的代理権は、以前のコモンローに対して、二つの大きな改正点がある。第一に、コモンロー上の代理権に、「持続的な」代理権を含めたことである。コモンロー上も代理権は本人と代理人の関係を構成している。本人に能力のある限り、本人は本人の感情をコントロールできる。しかし、コモンロー上の代理権が及ぶのは、本人に能力のある場合に限られる<sup>(46)</sup>。持続的代理権を設定すると、代理人は、本人が無能力になっても代理権を行使できる。これは、従来のコモンローの論理を大幅に拡大したものである。第二に本人の死亡または無能力による権限の関係への影響である。コモンロー上の代理権及び代理人と本人の関係は、本人の無能力または死亡により終了する。新しいUDPAAにおいては、持続的代理権の場合は本人の死亡により終了する。そうでない場合は本人が無能力にならない限り、本人と代理人の関係は終了しない。代理人は誠実に(in good faith)代理権を行使することが要求される<sup>(47)</sup>。

代理人と裁判所が指定する受託者(fiduciary)の違いは、持続的な権限に関して新たな権

限が加えられたとき、それが重要でなければ、受認者の指定のために援助する審議は行わないことである。しかしながら、持続的な権限の執行役に受認者が指名された場合、代理権は本人にも受認者にも責任がある。この条項は、財産管理を行う受認者にのみ適用される。受認者は本人が無能力になった場合、持続的な権限を撤回すると同様の権限を持つ。

本人の身上または財産を保護する必要がある場合は、本人または裁判所により任命された人を指定できる（第3条）。裁判所は、資格剥奪の場合を除いて、本人が最も最近指名した人に持続的な権限を与える。持続的な権限において代理人、後見人または財産管理人（conservator）は共存することがあるが、それぞれの関係については、条文では触れていない。受任者が任命されると、裁判官は、持続的な権限を提供するためのすべての費用と時間節約の利益を減らす。代理人は、すべての受任者の基本的な義務と同様の責任をもつ。それは、本人の言葉による表現によっても権限外のことを書き記すことはできない。このことは、裁判所の任命の場合には含まれない。代理人法は単に本人の最良の利益を要求する。これは、贈与や基本的な権限を任命することとは別に、信託関係（fiduciary relation）を構築することを要求しているのである。代理人の行為は、本人の最良の利益のために行われることが要求される<sup>(48)</sup>。

第5条では、宣誓供述書（affidavit）が、権限を持続することの証拠であることを示している。この条項は、権限が継続する場合も継続しない場合にも適用される。持続的な代理権の使用に効力を持つ鍵を握るのは、その証拠により、要求される権限を持つ代理人が行う処理において、いかなる第三者も納得させることである。宣誓供述書はこのことに関して代理人が使用するひとつの道具である。宣誓供述書は、権限の決定を知らずに指名した代理人により執行され、もし代理人が誠実で信頼できる人である場合は、撤回または本人の死亡（持続的な権限でない場合は無能力）の場合は、持続的な代理権が撤回されないことや、終了しないことの確定的な証拠となる。持続的な権限が終了したときは、代理人は、もはや処理する当事者ではなくなる<sup>(49)</sup>。

#### 持続的な代理権授与行為とその内容

UDPAA 第1条は、持続的な代理権について次のことを定めている<sup>(50)</sup>。第一に、権限は書面で示されていなければならない。第二に、本人が権限を記したときは能力があると考えられる。もしそうでなければこの法により、本人の通常の法のもとで到達する結果を変更しようとするのではない。州の中にはその権限に「遺言に関する証人に関して、同様の形式を執行し立証する」ことを要求する。また、証書について同様の形式において検認され記録されることを要求する制定法もある。しかしながら、UDPAA は、そのどちらも含まれていない。第三に、本人に障害があっても、権限が行使され得ることを本人が示すことが要求されていることである<sup>(51)</sup>。

この意義は、UDPAA により通常の権限と特定の権限の両方に、特定の文言を表記することと、類義の文言を使用することにより、権限を授与したことを示さなければならないこと

である。この類義の文言は、本人は権限が持続することを意図したことを示さなければならない。もし、持続的代理権授与のために類義の文言を用いることが、制定法に反したり、一致しなかった場合はどうなるのか。代理人の権限は、UDPAA で制定されている文言とは違う言葉を使用してきた。しかし、検認裁判官は、必要な意思が表示されているかどうかで決定を下した。UDPAA の言葉を厳格に使用することを命令する場合に、配慮することは認められ、制定法の文言に一部を使用することは大いに奨励される、という意見もある。これは、持続的権限を与えない文言の解釈に対して保護する必要があるからである。もし、作成された証書の中の権限において、正確な意思が、制定法や類義の文言に含まれていなかったら、その権限は持続せず、本人が無能力になったら消滅することになる<sup>(52)</sup>。

権限は、UDPAA や類義の文言により柔軟に利用できる。なぜなら、類語を使用することは、第三者に対して、持続的権限を使用することに対して、積極的な印象や信頼を与えるからである。持続的権限を規定する場合、最も重要なことは代理人の権限を明確に表現することである。この点については、もし類語が、権限の有効性を第三者に確信させる場合、そして権限をより明確にする事を助ける場合は、類語は使われるだろう。そして裁判官は、類語が必要な意思を論証するときは、持続的代理権を執行するために柔軟に対応する。たとえば、裁判所は、妻にこの権限を適用する場合は、「制限することなしに」という言葉は類語に当たるとしている<sup>(53)</sup>。

しかしながら重要な点は、いかなる代理権も、代理人が本人のために持続的権限を遂行する事は、第三者に納得できる範囲でのみ有効だということである。したがって、第三者に信頼を与えることが、類語を使用する場合最も難しい問題となる。代理人によって行われるほとんどの業務は第三者が含まれ、銀行勘定や存在する取引関係や、凡ゆる物の購入の場合も含まれる。代理人は、たとえば株や公債の購入や土地の取引のような、本人の仕事のために権限を行使することが要求される。この場合、すべての業務に第三者、銀行員、仲介人、法律家、関係者が含まれる<sup>(54)</sup>。

第三者を含む持続的権限の問題に対しては、それぞれ異なった見解が主張されている。一方では、制定法により提案された文言より、より広範囲な言葉を使用する方が、積極的である、ということが重要視されることが認められるとする。もう一方では、代理権において、より広範囲な言葉を使用すればするほど、第三者があたかも代理権を行使することができるように信じさせる可能性がある、とする。これらの見解は、一見矛盾するように見えるが、実際には両立できるものである。文言が一般的であっても、権限の使用目的は代理権が規制されるときは強くなるが、それは通常権限を制限するものではなく、特に権限の行使に関して第三者(代理人)が、本人を代表して行為を遂行する必要がある場合、できる限り特定の設定の下で代理人は処理しなければならない<sup>(55)</sup>。

### (3) 持続的代理権の適用

#### 通常の場合

統一制定委員会は、「この法の一般的な目的は、本人の無能力または死亡により、権限を取り消すことによる不注意のために、コモンローの制度を変更することである。」と述べている。これは、代理人が代理法においてなお UDPAA の下で権限が許されることである<sup>(56)</sup>。また、リステイトメントにおいて「代理人は、彼が知っているか、または知るべきである本人の遺言に従う義務の下での受託者である」ことを定めている<sup>(57)</sup>。本人として行為をする代理人の関係は、権限のもとで設定したか、または本人が望んだものと考えられる<sup>(58)</sup>。持続的権限のように、書き記すことにより明らかにされた正式な権限は、厳密な精査をすることになっている<sup>(59)</sup>。しかしながら、この精査は本人の意思を実行するためには必要なことである。代理法はお金を借りるような危険な権限は、意思があることが明らかでない限り成立しないとしている。UPC § 5-407(c)はそのような危険な権限について規定している。たとえば、年収の 20%以上の財産を贈与すること、信託の設定、年金や保険の受取人の変更、財産上の利益を否認することである<sup>(60)</sup>。

しかし、コモンロー上の代理人は、本人が代理人の行為に対して、直接の能力を有していることを想定して発展してきた。したがって、持続的代理権の重要な適用、たとえばエステイトプランニングでは、コモンロー上の代理権はめったに適用されない。検認裁判官は、すべての代理権で適用される代理人の一般原則と、本人が代理人に、本人の意思を伝えることができるという仮定の下で発展してきた、これらの規則との調和を図る必要がある。この場合、持続的権限は無効である<sup>(61)</sup>。

統一委員会は、持続的権限を「高齢者の保険」の形式とし、受託者へ必要な財産を移転したくないか、またはできない人のための撤回可能信託の代わりに使用できるとする。したがって、UDPAA は、後に無能力になる人への対応を裁判外で行うことになっている。つまり、持続的権限は、裁判上の任命において、「無能力者」という烙印(stigma)<sup>(62)</sup>を押さないうで与えられる。財産管理人または後見人制度を利用していた人が、簡単に変更できるようにしている。したがって、その適用は代理人によって行われ、受託者、後見人、財産管理人によってその代わりの行為が行われる。本人の意思に関して権限が明らかでなく、代理人が何をし、何をしないかをはっきりさせておくことも重要である。検認裁判官は、有益で公平に読める言葉により、法によって代理人が行使することが明らかに無理な場所、または他に不正な場所であり、または本人の意思が証書により指定されていないか、または正確に書かれていないときに限り、権限の実行を否定する<sup>(63)</sup>。

#### 適用が認められない場合

通常代理人は、本人が行ういかなる行為についても権限を持つ。しかしながら、あまりにも個人的な事柄に関して、判断することは除かれる。代理法のもとでは、自然人または公序良俗によりなされる決定や行為は、代理人に委託されない個人的な行為であることを要求する<sup>(64)</sup>。婚姻と遺言の作成は最も一般的な例である<sup>(65)</sup>。婚姻はそのような神聖な事柄を本人の代理として授権されることは想定していないからである。代理人が本人の代わ

りに遺言を作成しないのは、遺言法の規定があるからである。これらの法は、遺言者が直接署名した遺言を有効とするため、遺言者が直接遺言を作成することを要求している。遺言者は署名するだけの最低限の能力を要求される。そして、能力のある遺言者のみが遺言を執行したり撤回するのである。同様のことは遺言の内容を変更する場合にも認められる。遺言の作成をする際に、言語や適用を妨害したり、公序良俗に反する場合は、代理人が遺言の執行、変更、撤回を本人に代わって行うことが許される<sup>(66)</sup>。

他に、第三者によって行われるにはあまりにも個人的な事柄の場合、少なくとも、無能力者のためにそれらを行うことに関連して、残存する財産の選択について配偶者の選択権を行使すること<sup>(67)</sup>、離婚するかしないかの決定<sup>(68)</sup>、生命保険の受取人の変更の行使などの場合<sup>(69)</sup>は、適用が認められない。

#### 適用が認められる場合

持続的権限の目的と考え方の基本は、どのような場合有効かについて以前から議論されている。認められるのは次の3点である。第一に、本人の財産や投資の一般的な管理のため（基本的な適用）、第二に、代理権は不動産の処理や支払い要求の解決を含む通常の仕事上の処理を行うこと、第三に、代理人は、本人やその家族を扶養したり面倒を見るために財産を使用することである。これらの UDPAA の通常の目的は、本人の要望に対応するため、裁判外で行われる<sup>(70)</sup>。

ペンシルベニア州で認められている持続的権限の適用は、独特のものである。ペンシルベニア州においては、適用を要求する際に、UDPAA と類似の取り上げ方を認めているが、その終了と供述書に関しては、持続的権限を認めるために詳細に規定されている。この制定法の方向性は代理人に後見人、受託者、財産管理人と同様の権限を与えるものである。したがって、これらの制度の適用との関係が問題となる<sup>(71)</sup>。

## 4 医療のための持続的代理権

医療のための持続的代理権については、UDPAA でも議論され、後に特別法が制定されることになった。ここでは、まず UDPAA で議論されたことを検討してから、医療のための持続的代理権について検討する。

### (1) 身上(person)に関する管理及び監督

持続的権限を考慮する上で最も議論されたことは、能力喪失後の本人と能力喪失前の本人の意思が一致して、医療を停止することを要望している場合、この要望を含めて身上ケアを管理、監督するために持続的権限を適用できるかどうかということである<sup>(72)</sup>。

持続的代理権が、身上に関する基本的な決定に適用されることに関しては、一般的には賛成である。たとえば、本人が回復期の患者の場合の居所または住居の指定、医療上の人員を含む専門職員を雇うこと、または一般の個人的な財産や状況に対応することなどは問

題がない。これらは、持続的権限が、後見の代替方法として使用されていることになるからである。歴史的には、持続的権限は財産に関してのみ使用されてきて、身上に関する管理を含む状況は除外されてきた。実際は、代理人は同意が要求される場合の決まりきった医療の決定をしている。本人の希望により医療上の取り扱いを終了したい場合、または危急の医療上の決定をする場合、議論がある(73)。

ペンシルベニア州とカリフォルニア州では持続的代理権による身上監護の決定を認める制定法が定められた。ペンシルベニア州法は、容認する適用として、医療上の決定を認めている。カリフォルニア州議会が異なった試みをした。州で採択した UDPAA とは違う、新たな身上持続的代理権授与法(Durable Power of Attorney Health Care Act)を採択した(74)。カリフォルニア州の、身上監護に関する決定のための特別の法は、通常の持続的権限とは異なった特徴ある内容を示している。無能力者のための医療決定のための代理人に優先権を与えたり、代理人に医療上の記録を利用する権限を与えたり、保護をする責任から代理人の陳述について誠意ある行為を行う健康管理をする人などについて示している(75)。

これに対してニューヨーク州は、持続的権限に関して違う考え方を示している。ニューヨーク司法長官は「持続的代理権は、無能力の本人に代わって身上監護の決定に関する代理権を、一般に認めることは考慮していない」としていた。これは、代理権は伝統的に財産管理のために用いられ、持続的権限は、財産管理に代わる安価な代替方法として提供されるものだからである(76)。

初期の議論では、個人または裁判により授権された代理人が、医療上の取り扱いを終了するために権限を使用することに対して、裁判所は次の問題点を解決しなければならなかった。第一に、持続的権限をこのような方法で用いるのは、現行法を拡大するものである。第二に、持続的権限の適用は、いかなる医療上の状況にも先立って、決定をしなければならないものとは性格がかけ離れている。第三に、身上に関する決定はあまりにも個人的なことである。第四に、代理権は歴史的には財産管理のために用いられ、身上監護について代理権を使用することは、州議会により、より特定の権限の拡大を要求している。第五に、代理権の歴史と持続的権限は、エステイトプランニングの道具として議論されたため、身上に関する権限を行使する以前に、特定の法律の制定が必要とされる。第六に、たとえば身上監護の後見人や、リビングウィルのための申込みのようなほかの法的代替は、直接これらの状況において問題になり、この分野に持続的権限は直接関係がない、としている(77)。

いかなる持続的権限の使用も危急の決定へ移行するが、それは本人の決定であり、実際の医療上の問題の状況とは違うものなので、あらかじめ通知された本人の決定は考慮され得るものなのかは疑問である。いつ死ぬのかの決定に関しては、誰と結婚するか、または死亡時に誰に財産を与えるかと同様に個人的な問題なので、本人が医療上の取り扱いを断ることが明らかな場合のみ認められる。このことは特に、医療上の取り扱いを停止することが、プライバシー権にかかわるときは問題となる。特に持続的代理権のように、裁判所の監督なしでの他人による決定は、プライバシー権の侵害に当たると考えられる。この問

題点についての反対意見として、持続的代理権は、本人の願望と、いつどのように権限を停止するかについての決定が明らかなので、プライバシー権をより保護するというのもある。他方、裁判所が注目する決定は、本人の願望を知ることや影響を与えられる必要はなく、まして本人は誰が最終決定を下すかは選べない<sup>(78)</sup>。

しかしながら、危急の医療の決定をなす持続的な権限の使用を、補助することは認められる。もし本人に医療上の取り扱いの停止を検討することを望む場合、たとえばリビングウィルの際に、持続的権限は「本人の意思を伝達するための手段」といわれる。医療の決定の停止の権限は認められ、この権限は後見人として第三者が行行使するために与えられた。持続的権限は後見人にあると考えられる。ここでは、代理人の権限の一つとされている。また本人は、取り扱いが停止されたとき、また、この医療の決定が、どのようになされたかを説明してもらうことを望んでいる<sup>(79)</sup>。本人の希望を達成する方法が他になく、いかなる代理権においても本人の希望や意思を知っているのなら、それを達成するのが代理人の義務である<sup>(80)</sup>。

もし権限が代理人に授与されたら、権限行使の前に二つの対応策がある。それは、権限が授与される前に、十分な停止の標準を考慮することと、医療上の決定をしようとしている人は、証書に署名をすることである。これらは有効な権限になる前に要求されることである<sup>(81)</sup>。

裁判所への控訴は時間と費用がかかり、持続的権限が後見に及ぶことを妨げるものである。もし、持続的権限を制度化する場合、訴訟なしの権限の取り扱いの停止は許されず、検認裁判官はこれらの問題に対して二つの対策を用いる。第一に、権限は「事情の下での本人の願望」の証拠であるとする。ニューヨークの司法長官は、持続的で制限された代理権は、特定の代理人に、衰弱した精神障害の状況にある本人の決定を話し合う義務を、代理人に特別に委任するために使われる、としている。第二に、州の中には、持続的な権限を本人により、必要とあれば後見人として連絡する人を選ぶことに使われる。UDPAA は、本人は持続的代理権、財産管理人、身上監護人は選ぶことができるとしている<sup>(82)</sup>。

裁判所は、後見人の任命を本人の最も最近の状況に基づいて、十分な事情がある場合または資格剥奪の場合のみ行う。裁判所は、医療上のケアの停止の検討を、後見人によって行っていたが、このような決定を含む持続的権限の適用を認めてきた。持続的権限は、速さと、経費削減と、本人の表現した要望により使用を認めてきた。結果的に使用を終了する場合と、いかなる医療の決定をすべきかの事情を決定するに関して、権限を設定した証書の中に明確な撤回があれば、代理権は本人の事前に示した意思を達成することが認められている<sup>(83)</sup>。

身上監護のための持続的代理権が現実に必要なとき、本人は自ら自分の意思を表示することはできない。もし、本人の選択が決まっていなければ、代理人は、本人の最良の利益であると信じることを基本にして、決定をしなければならない。ほとんどの訴訟において制定法は、代理人に対して広範な権限を認めているが、裁判所や立法府は、本人の要

望が明らかではない場合は、代理人の決定を限定している。身上監護のための持続的代理権は、健康管理のために本人が意思能力のあるうちに、幅広い意思表示ができる簡易な方法である。意思表示ができる範囲は、リビングウィルよりも幅広いと考えられる<sup>(84)</sup>。

#### (2) 医療(Health care)のための持続的代理権授与制度について

医療のための持続的代理権をめぐる議論を、解決するための最初の重要な試みは、統一州法委員会全国会議におおける、1982年の医療同意法のモデル法の承認であった。個人の自主性や承認への関心によって、本人が能力のあるうちに、親戚や友人に医療の決定の証人を代行してほしいという理由から、統一州法委員会は「医療のための代理人」の権限を他人に認める条項を承認した。1993年に制定された統一医療決定法でも、医療のための代理人を指名する考え方は貫かれている<sup>(85)</sup>。

#### (3) 通常の医療の代理人<sup>(86)</sup>

医療のための持続的権限は、リビングウィルと違って、すべての医療の形態に対する決定を履行するための手順として、使用することができる。生活支援の決定や撤回することを考慮するだけではない。本人が、能力喪失したときの権限を行使することができる。このことは文書により、このような内容を示す条項が示されていなければならない。ここで、「医療(Health Care)」の法的な定義は、「個人の身体的、精神的状況を治療、診断すること、それを継続するための凡ゆるケア、サービス、保護、手段を行うこと」である。この定義は、「医療の同意」と一体となるもので、「医療の同意、同意の拒否または取り消し得る同意」も含まれる。この定義は、本人が特別に、特定の権限を代理人に与えていない限り一般的に適用される。

#### (4) 誰が代理人になるのか<sup>(87)</sup>

通常医療の提供者、療養院の職員は代理人にはならない。もし本人が能力を失っていて、医療の選択を表明できない場合、本人の役割は代理人がつとめ、本人の事前の選択を表明しなければならない。しかしながら医療の提供者の役割は、適切なケアについて忠告することで、その忠告は、本人の意思に関係なくされる。したがって、医療の提供者が代理人になると、必ずしも本人の意思を尊重できるとは限らない。

立法者は、家族の一員が、医療を実際に行う人やその人の雇い主から独立して十分な審査をする事を予定している。また、本人の多くの要望を十分に満たす重要性を、家族や代理人に認めることによって、起こり得る危険や損害から、本人を守ることができると考えている。

また、本人に対する虐待についての検討もなされている。たとえば、立法者は療養院の職員や家族ではない使用人を代理人に任命することを禁止している。また、医療を受けるために、医療を受けるべき状況を強制することを禁止している。

(5) 目的<sup>(88)</sup>

医療のための代理権は、本人から代理人へ、本人に代わって医療に関する権限を与えることである。すなわち、医療において、医療に関する承諾や拒否することの決定において、本人の代わりに行動することである。この文書は本人による変更が可能である。なぜなら、医療の必要な状況によっては、本人の意思の優先権に関係するからである。

州の中には、医療に関する代理人を表示するための文書の形式を持っているところがあるが、通常、標準的な形式は要求されない。実際に、法律によりあらかじめ示された代理人の使用に特殊な権限を与える州もあれば、慣習法や訴訟行為や判例法の承認による問題として、持続的代理権を受け入れる州もある。最近の連邦法が医療の決定と関連して、州法の下で、すべての医療の方法を説明する権限を要求してから、多くの形式が職務上または医療組織により提案されてきている。しかしながら職務上の形式でさえも、きわめて多くの選択権が認められる。そのために、本人の選択権を正確に反映した、最終的な書類が必ず必要である。本人は、次の質問に答えなければならない。誰が代理人になるのか。

誰が代理人の代わりにするのか。代理人にどのような権限が与えられているのか。誰が文書の管理を行うのか。

(6) 代理人またはその代わりの人の選任<sup>(89)</sup>

代理人またはその代わりの人を選任することは、本人にとってしばしば最も困難な決定になる。医療に関する持続的代理権の適用を考慮することは、財産管理についての持続的代理権を考慮することと同じだからである。しかし、本人は通常医療について、本人と同様の人生哲学をもっていると確信できる人を指名するだけでなく、代理人は、換気装置の使用や、チューブを取り付けることのような特定の医療の判断を、本人の要望を考慮してなさなければならない。クルーザン判決<sup>(90)</sup>により、単純な医療の代理人の指示は、生活支援が、偽りの意味で使われると考えられるのに、本人の要望であると確信させたり、本人の意思が明らかではない場合、要件を満たした保護ではないと考えることが可能になった。生命や死に関する取り扱いについて、特別な要望を受け入れるのは、文書が最良の条件で保護される場合のみ認められる。

本人は代理人またはその代わりの人が、いつ医療の決定を行う必要があるか、どこまで有効なのかを考慮すべきである。単に、より高齢であるとか、より虚弱になるというような指定は意味をなさない。しばしば旅行をする人や、遠方に住んでいる人を選任することも、問題になる。

共同代理人制度を利用することは、必要なときに代理人が有効である機会が増えることである。もし共同代理人制度を適用すると、文書は独自に行動するために、めいめいの代理人に渡すことになるが、共同代理人の意見が違う場合、時には医療の代理権の適用を削除することができる。その結果、裁判所は、誰が意思決定者になるのか、問題を解決することになる。この状況は、もし本人が共同代理人の意見が対立した場合、基本的に優先さ

れる意思決定者が誰であるかを、あらかじめ支持しておけば、避けることができる。

#### (7) 代理人への権限の付与と制限<sup>(91)</sup>

医療の代理権が実際に必要になったとき、本人は自分の要望を知ることができない。もし、そのような要望が示されていなかったら、代理人は、本人の最良の利益だと信じられることを基準にして、意思決定を行わなければならない。ほとんどの訴訟において、制定法は、代理人に任命された人に広範囲の権限を認めているが、裁判所や立法府は、本人の要望が明らかになっていないときは、代理人の意思決定を制限する。つけ加えると、医療の権限のための法的権限については、本人の要望がわかっているときでも、代理人の行為は制限される。裁判所の決定や制定法は、確認されなければならない<sup>(92)</sup>。

一般的に、医療の代理人を文書で示す場合、本人は、代理人がいかなる医療の問題にも対処できるように、最も広範囲の可能な限りの権限を、代理人に与えるべきである。しかしながら、代理人の自由裁量は、本人が制定した優先権により制限される。そして、その文書は本人が持っている医療特有の要望について、代理人が考慮するために指示しておくべきである。リビングウィルは、死の決定を行う状況が含まれる場合、一定の指示を与えるが、そのような強烈的な状況に対する必要性は代理権には無い。医療の代理権の計画をする場合、次のような本人の個人的な要望について規定すると良い。療養院の場所、輸血をするかしないか、薬物治療を行うか、（鼻や胃に通して）チューブを使うか、最新式の医療器具を使うかどうか、転院または他の医療施設へ移動するか、宗教上の信念に基づく医療の時期の指定、などである。

代理人は本人の医者同意を得るために、本人に十分な情報を提供しなければならない。そこで、代理権は、医者における治療や病院での治療においては、明らかに放棄されるので、すべての記録は再調査され、医者は代理人とすべての治療の問題について話し合う。

代理人の指示を尊重する制度や、人に対する権利放棄や義務の法規は、代理権の許容範囲の拡大を助長し、明らかに文書に示されている内容とは異なることである。代理人に対するいかなる権利放棄についても当てはまる<sup>(93)</sup>。

#### (8) 有効な文書と文書の管理

医療のための持続的代理権において、本人は医療のための持続的代理権の原本を、どこに保管するか決定する必要がある。文書の中で決められ指示された公平な第三者に渡す、本人が保管する、指名した代理人に渡す、といった方法が認められている。

医療の代理権においては、本人が実際に無能力になる前に適用されたり、本人や本人に指名された人が、実際に本人が無能力になっているかを確認する前に適用される場合については、ほとんど損害は発生しない。なぜなら、指定される人とは、常に本人が無能力であることを一個人として判断する医者だからである。これらの損害は、代理人に対して文書を渡すことや、無能力に対して権限を行使するために影響する文書の条件に、望ましく

ない治療法を示すことではない。直接起こる唯一の損害は、代理人を失うことや、共同代理人の一方が役に立たない、または文書の変更が役に立たない可能性があることである。中には主治医にその文書を渡す人もいる。しかし、生活の変化により、主治医が実際に本人が無能力になったときに、その文書の内容に従うという保障はない<sup>(94)</sup>。

財産管理のための持続的代理権とは対照的に、医療の権限については、多数のコピーを複数の人に渡すほうが賢い。そのように、原本は共同代理人に渡し、変更したものは、本人や医者により代理人の原本のファイルと一緒に保管することが可能である<sup>(95)</sup>。

## 5 リビングウィル

### (1) 目的

目的は限定されているが、リビングウィル、または医療の宣言と呼ばれるものも、無能力者のための法的計画の重要な一面を持っている。リビングウィルは、生命を支えるために必要な医療の選択権に関する供述である。その文書は、患者が本人の意思を伝えることが不可能になったときに使用される。リビングウィルは法的計画には必須の分野である。なぜなら、生活支援行為を考慮するときの特別の優先権について、明確な供述をしたものであり、医療社会で広く知られているからである<sup>(96)</sup>。

州の判例では、医療を断る権利や、請求する権利については、連邦最高裁判所のクルーザン判決において、優れた審議が行われている。裁判所は、治療を断る権利は、合衆国憲法第14条修正条項により、保障された自由の利益であると判示した。治療行為を断る権利や、死ぬ権利を検討するとき困難な問題は、治療の必要がある場合、その前に患者が意思決定をしたとき、患者は常に意思を伝えることができないことである。クルーザン判決<sup>(97)</sup>において州は、代理人に無能力者の要望を知らせている証拠を明らかにし、確信させることを要求することが合法的であり、持続的代理権がないときは、治療を拒否する決定ができるとしている。リビングウィルは、いくつかの州で、患者の要望を明らかにし伝達することを要求される<sup>(98)</sup>。

リビングウィルは、代理人や医療の意思決定者を任命しないが、代わりに、医療の生活支援についてどのような問題が起こるかを予測し、様々なケアを利用したいか、利用したくないかを報告することを試みている。

リビングウィルの執行は、たとえ医療の持続的代理権が執行されても行われる。リビングウィルは代理権において、与えられた裁量権のもとで、生きるか死ぬかの決定を明らかにする権限を与えるのか制限するのか、本人の要望についての証拠を広く受け入れるからである。更リビングウィルは、代理権においてなされた凡ゆる内容の変更を自主的に変更するか、または実行するかを判断できるからである<sup>(99)</sup>。

### (2) 準備

リビングウィルを行うためには、様々な文書によることが可能である。形式は、Dying

organization, Hemlock Society, または AARP の選択のようなたくさんの組織によって無料で広く頒布されている。多くの医療関係者や医療協会では、弁護士会と共同で、ごくわずかの費用で文書を提供している。州の中には、雛型を採用しているところもあるが、そのような書類は通常強制されるものではない。法律は、有効な条項を確認するために、特有の言語または印刷したものが要求され、決定のために検査を受けなければならないとしている<sup>(100)</sup>。

本人のためのリビングウィルを用意する代理人は、あいまいな言葉について、個々に本人の要望であることを実際に示す、署名された文書を作成すべきである。たとえば、「安心させるケア」を規定する書類は、常になされているケアが無害なものに聞こえるが、後で食べ物や飲み物を人工的に管理しつづけることを要求しているものと解釈され、時には本人はリビングウィルによって、本人の意思が妨げられていると考えられることがある。本人と議論されるべき問題の中には、本人自身の「末期の病気」の定義を使うことを要望するかどうか、ということがある。例えば本人は医療上の治療を、栄養や水分の補給と同じように考えているかどうか、たとえ死ぬことを早めることでも痛みを軽減する治療を行うべきか、誰が無能力の決定をするのか、本人の無能力の定義は何なのか、意思決定をしない人がいるのか、換気装置や心臓機器は全く使わないのか、その他本人の個人的な優先権は、(初めからアルツハイマーの場合など)精神的には無能力だが生命の末期ではない場合、治療を拒絶するかどうかということである<sup>(101)</sup>。

代理人は本人によって署名された多様な文書が、否定や混乱を招くものではないことを明らかにすべきである。遺言のように撤回条項を含むことは賢明なことである<sup>(102)</sup>。

### (3) 管理<sup>(103)</sup>

リビングウィルの文書を管理することは重要なことである。この文書を分配することは必要なことであり、様々な文書の下での執行は承認される。本人のめいめいの医者がその文書のコピーを受け取り、本人は直接文書にしたがって決定するべきである。重要な医療を指示した家族や代理人には、本人の要望を示していることを承知して、保障してもらうためにコピーを渡すべきである。代理人のファイルの中の原本はコピーの予備に当てる。その文書のすべての記録から、要求や利益がないことは明らかである。

## 6 信託制度

### (1) 信託の設定

信託は、委託者と受託者の間で承認されるもので、委託者により受託者へ特定の指定された資産を移転し、受益者(個人または団体)のために受託者がその資産の管理、分配をすることである。信託は、様々な形式や特徴を持ち、生前信託、公益先行信託、撤回不能の生命保険の信託、低所得者医療補助(Medicaid)の適用可能な人のための補足給付信託や、子孫や孫などの財産者の利益のための信託や、公益目的、教育目的または想像できるいか

なる目的のための信託の設定も含まれている<sup>(104)</sup>。

障害者のために設定される信託は、通常撤回可能信託である。撤回可能信託とは、信託設定者が撤回権を保留した信託のことで、設定条項に基づき、信託設定者またはその他の者によって信託を終了させることができる信託のことである。撤回可能信託は、後見制度を回避するためにも使用される。もし、委託者が委託者の財産を管理することをあきらめたくなくても、将来身体または精神的に障害が生じたために自ら財産管理を行うことをあきらめざるを得ないことを心配している場合、委託者が障害者になるまでは、彼自身の基本的な利益のために設定された信託の受託者として、自ら財産管理を行うことができる。そして、委託者が障害者になったときにその信託は撤回不能な信託に転換し、あらかじめ指名された公認の受託者へ管理が移転する<sup>(105)</sup>。

## (2) 生前信託

生前信託は、委託者の一生のうちで、財産上の問題の管理のために設定される撤回可能な信託で、同様に財産の分配や、委託者の死亡の際、資産の管理を継続するためにも設定される。本人及び配偶者を信託の受託者に指名したり、資産の検認や、検認のための費用を回避するために、委託者の死亡の場合の信託勘定の分配や、管理の継続のために設定される。そのほかにも、不動産税を回避するために、また夫や妻が最小限の資産で遺族の生活を維持するために生前信託が設定される<sup>(106)</sup>。

生前信託は、委託者の資産のために生涯管理することである。例えば結婚の場合、配偶者の一方が家族のために財産を管理しているが、その一方の配偶者が死亡したり障害者になったとき、誰が最終的な管理者として引き継ぐかを示すことが心配される。生前信託では、次のような指示を認める。夫婦は生前信託を設定し、そこへ財産を移転する。最初の受託者に一方の配偶者を指名し、受託者の相続人は、受託者の死亡のような明らかな事実により引き継いだもう一方の配偶者により、選ばれる。そのような変更は、特に子供や一方の配偶者がすでに障害で苦しんでいるが、障害のない配偶者よりも長生きしている場合特に有効である。信託証書は、代理権証書よりも有効である<sup>(107)</sup>。

生前信託を使用することにより、財産管理人や財産管理のための後見人の費用を削減できる。もし、ある人が無能力になり、すでに受託者（または相続人の受託者）にその人の問題を管理する責任を、引き受けてもらう配慮をしていたら、継続や管理のために裁判所の処分を受ける必要はない。両親が子供のために、両親の財産を管理するのは別に優先権を設定する場合、生前信託の使用は、事実上委託者の要望が実行されることが保証されることになる<sup>(108)</sup>。

## (3) スタンドバイ信託<sup>(109)</sup>

スタンドバイ信託は、代用の資金で設定される生前信託で、資産はまだ移転していないが、将来信託条項や保護が必要になったときに移転する方法である。委託者は、常に誰か

に持続的代理権を与え、委託者が無能力のときでも有効で、将来の権利のために委託者の資産を移転するために代理権限を与える。この取り決めは、検認のために費用と、検認の際プライバシーが侵害されることを回避したり、遺言書無効の申立の成立の可能性を縮小したり、無能力になったことにより選任された受託者の管理を含む生前信託のすべてに利益を与える。しかしながら、代理人は、委託者が死亡する前に財産を信託へ移転さえすれば検認は回避される。なぜなら、代理権限の下でのいかなる代理権も本人の死亡により消滅するからである。

信託関係が設定されることにより、または信託のえりすぐられた形式により、スタンバイ信託は、単なる持続的代理権の執行よりも受け入れられる。代理権はもっと一般的だが、投資の管理や起こりそうな問題に関する権限はそれほど明確ではない。また、本人の死後の財産の分配の計画は想定していない。本人が不本意の生前信託を使用しているとしても、障害者になるかもしれないので、スタンバイ信託はその限度において優れた選択である。

#### (4) 撤回可能信託に含まれる信託条項<sup>(110)</sup>

将来無能力になったときのための撤回可能生前信託には、必ず次の条項が含まれる。受託者は委託者に精神または身体に障害があるときに何をするか。委託者が現実に障害者になったかどうかをどのように決定するか。受託者がどのような種類のケアを用意するか。委託者の家の家具の備え付けや、アパートの家具などをどのように処分するか。これらの条項を網羅した文書は次のようになる。

もし委託者が、障害者または病気になるか、または受託者の意見が委託者にとってより好都合な場合、委託者の手取りの収入を使って、受託者は受託者の裁量において必要な場合に世話、援助、生計、福祉、医療または入院その他の類似のケアを、委託者のために供給し、以下の条項について委託者に直接提供する。

この条項の下で、ケアの供給をするかやめるかを決定することについて、受託者は相談する。受託者がこの条項の下で決定する場合、最終的には医師の診断書によること。回復期にある人の介助、広範囲のケア、療養院のケアについて、受託者が世話、援助、扶養、福祉、医療、病院によるケアまたは類似のケアが委託者に必要であると判断した場合、受託者は委託者のためにサービスを計画する権限を有する。

療養院または長期間のケアを供給する場合、受託者は委託者に対して、実際にケアをしている人に対して次の便宜を図ること

- (a) 委託者が、能力があるうちに承認して決定した生活水準に適応した援助と生計
- (b) 十分な質の医療または介護、これは、高齢に伴う身体または精神的な疾患のすべての状況に対して対応する。
- (c) すべての状況において、最良の介護、援助と健康、医療、病院、看護の費用を結びつけて考慮し、委託者の療養（一般の入院を除く）のための費用は、委託者の静養

のために供給される。

受託者はまた、委託者のための生活のケアを供給するために契約をする権限をもっているが、それは決められた一月の金額か、一括の合計の支払い(または類似の要求の承認)またはこれらの二つをあわせたもの(信託財産をすべて使い果たしたとしても)を供給する。この契約は書面で示されたもので、(a)(b)(c)の観点からなされた完全な契約で取り消されないものである。また、家族や代理人などに撤回されないことになっている。もし受託者がこの条項の下で行為し、委託者が現在の住居とは異なった住居へ移動する場合(かつ住居が信託になっていない場合) 日間、受託者は通常の価格で売却したり、家族の家具や他の個人的なものを、公にまたは私的に販売すると同時に実行可能なその後の市場価格で販売することができる。受託者は信託財産を用いて支払い、不動産ブローカーまたは個人の財産の販売を考慮する必要がある。市場価格を確定することについて受託者は、財産を評価するか、あるいは評価の見積もりを依頼する。不動産は販売されるまでは、受託者がすべての税金や、合理的に必要な維持費や生計の管理や不動産の改良に、よりよく販売できるように対応できるようにする。受託者は住居や個人財産を、委託者の子孫や、親戚や委託者の配偶者の子孫や、親戚のために売却する権限を持つ。受託者にとって確実な個人財産販売の代替方法は、現存の遺言または信託条項によって委託者の死亡時に直ちに分配することである。

この条項は委託者、受託者の双方の指針を保護することになる。重要なことは、法的無能力は広範囲なことである。すべての撤回可能信託は、障害者の条項を入れるべきである。障害者のための撤回可能、または撤回不能生前信託は、基本的に本人の財産を本人のためにのみ管理することである。

#### (5) 生前信託と注ぎ込み遺言(pour-over will)

生前に有効に設定されている信託財産に、遺言により一定の相続財産を追加することを定める遺言を、注ぎ込み遺言という<sup>(111)</sup>。通常、生前信託の証書を、指示によって遺言に組み込むことにより行われる<sup>(112)</sup>。生前信託と注ぎ込み遺言を組合わせて利用することは重要であり、障害者の財産管理のために信託を活用する場合にも利用される<sup>(113)</sup>。しかし、生前信託が遺言作成後に修正されたときには、組み込みは無効である。これは、遺言の方式によらずに遺言の内容を変更することになるからである。そこで、遺言者の意思を中心に解釈するために、遺言の独立した意味を持つ事実の法理を認め、撤回・変更可能信託の場合も、修正された信託への注ぎ込みを有効とする<sup>(114)</sup>。生前信託と注ぎ込み遺言を組合わせることにより、生前信託を設定した後で、新たに遺言信託を設定することを避けることができる。遺言によって設定された信託(遺言信託)は裁判所で検認され、公的記録の対象になる。これに対して生前信託は裁判所で検認されることがないので、信託の内容の秘密は守られ、プライバシーは保護される。このため、生前信託と注ぎ込み遺言を組合わせることは重要な技術である<sup>(115)</sup>。

(6) 信託条項と社会福祉の関係<sup>(116)</sup>

(4)で検討したような受託者の対応には、社会福祉や老年学の専門知識やケアマネジメントを導入することが有効な解決方法になる。ケアマネジャーは、まず信託会社や代理人から本人を紹介される。ケアマネジャーは本人または代理人と勤労関係を築くために会う。ここでは、費用やサービスのための契約にサインすることも含まれる。もし本人が支払わない場合は、その契約は代理人や家族が含まれることになる。本人について評価した後ケアプランが作成され、家族、代理人、信託会社その他の人により再吟味がなされ、必要であればプランについて話し合い、最終的なケアプランを作成する。関係者全員の賛成を得てからケアプランを実行する。そのプランの遂行の間ケアマネジャーは状況を監視しつづけ、必要があれば再検討する。

ケアマネジャーの役割は、信託会社や代理人など他の専門家と協力して仕事をするが、他の専門家とは独立した義務を負う。このことは、供給するサービスによっては信託会社や代理人の役割と重なる場合があるのではっきりさせる必要がある。ケアマネジャーは独自の技術や能力を独自の専門領域に集中させ、すべての法的、金銭的な問題については信託会社または代理人に任せる。

(7) 持続的代理権制度、信託制度が適用される具体例<sup>(117)</sup>

例えば、75歳の母親が、47歳の中程度の精神障害のある息子を、長期間世話をするために自分の財産を使う場合、療養施設への費用や相続問題などを考慮しなければならない。母親の財産は、持ち家を含めて20万ドルである。彼女の考えははっきりしている。彼女は息子に自立した生活を続けることと、息子と一緒に家に住むことを望んでいる。息子の自立のためにメディケイドを利用し、生活のための資産を用意すること、息子の雇用を援助することを提供するサービスが必要である。彼女はすでに、息子の利益のために財産管理をすることができなかったので、その財産を信託にした。もし彼女が通常の代理制度を利用した場合、彼女の代理人は、彼女が発作で倒れてナーシングホームで介護が必要になったら、息子の信託財産を彼女の介護費用に当てる権限がある。このようなことをしたら、息子のための信託財産はすぐになくなってしまう。

ここでは、母親と息子の現在の生活維持のための資産と、介護費用と、息子のために財産を相続させることが同時に問題になる。その際、この親子の身体の安全を確保することと、遺産管理の計画との調和を図らなければならない。そこで、エスティートプランニングの際には、持続的代理権、信託、身上監護に関する事前の意思表示を同時に行うことが重要であることが指摘されている。特に、ひどい困窮状態ではないが、資産に余裕のない高齢者の場合、このような事前の措置は必要である。もし、委託者が障害者になったことにより設定される場合は、信託を設定するために信頼できる人に特定の権限を持続的代理権により与えることが、委託者にとってより賢明であるとされる。持続的代理権制度により、

母親が生存している間は母親と息子のために財産を使い、息子のために信託にした財産を使わないことを代理人にあらかじめ伝えておけば、通常の代理制度で起こる問題は解決できるし、息子の財産も保全されるのである。

#### 7 UDPAA と信託の関係について議論されたこと<sup>(118)</sup>

UDPAA の序文では、持続的権限の代替方法のための生前信託と、代理人の代わりに受託者についての記載があるが、代理人は信託を設定することに従う必要はない。それにもかかわらず、持続的権限は、生前信託の設定に使用されることについて議論されてきた。例えば、信託を設定する権限を与えるだけでなく、必要とあれば追加の権限として代理権を授与した。これらの、信託の税金を整理したり、代理権を授与することにより信託のために授与者の預金が必要であったり、投資のために株券の記録を作成したりすることが代理人の権限に含まれると考えられる<sup>(119)</sup>。

しかし、問題は代理人に、信託を設定する権限があるかどうかである。信託が遺言代替方法として行使されたり、有効な遺言から分離して生じるとき、特に問題となる。このような場合、信託は遺言の決定と同じ結果になる。なぜなら、遺言の代わりに分配された金銭や財産は信託を通じて分離するからである。代理人が本人の代わりに遺言を作成することは禁止されている。この状況では、遺言により信託を設定することは有効であるとされる。撤回可能生前信託が、遺言と同時に設定された場合、遺言の内容が信託へ移行したことになる<sup>(120)</sup>。

代理人が遺言を作成しなかったり、本人のために遺言による決定をなすには理由がある。実行したときに、遺言者の必要条件で遺言に署名すること、及び権利を移転するためにすることが必要な場合、遺言者の一人が、本人の遺言か、その意味が理解でき、不必要な影響から保護することである。遺言の機械的な形式に同意すれば、争いを防ぎ、検認と裁判の時間を縮小することができる<sup>(121)</sup>。

これらの擁護は、第三者が遺言者のために遺言を執行しない規定にも適用される。このことは、生命に関する危険、または代理人による不必要な影響がある場合特に当てはまる。一般規則によると、本人以外はこのような決定をすることは許されない。本人が無能力になった後でさえ影響を及ぼす本人の願望と、遺言に関する一般的な考慮の調和を図る必要はある。代理人は、本人が無能力になる前に設定された信託を適用する。理論上、本人は目的のために信託を設定し、その意思を遂行する義務を負う。代理人は、信託を設定して遺言への影響を与えることも許されるが、権限を認める証書さえあれば、投資の方法及び受益者の設定まで代理人の権限は広がる。本人の意思がその証書により明らかになっているからである。裁判所は、持続的権限を、遺言法の合理的な解釈により、代理人の権限を不当に拡大するように利用されないように注意しなければならない<sup>(122)</sup>。

信託制度はきわめて多数の利点があるため、持続的権限の下で代理人は単純に本人の財産を信託へ移行することが提案される。もし、代理人の責任が受託者へ財産を引き継ぐだ

けならば、家族は喜んで代理人を引き受けるかもしれない<sup>(123)</sup>。

## 8 それぞれの制度と税金の関係について

成年後見制度について議論する際に、税金については、直接関係はない。しかし、エスティートプランニングが、もともと税金対策として議論されてきたこと、成年後見制度に関する議論の中でも、財産管理については、税金についても議論する場合がある。非常に技術的な話ではあるが、参考までに、議論されたことを紹介する。

### (1) 持続的代理権と税金

持続的権限の使用で議論されることは、代理人による贈与で、内国歳入法の総額を除外したものよりも少ないもので、証書により権限が設定されたものの場合である。また、遺言における贈与が問題となる。ある人が、遺言による贈与をしたが、受贈者が受け取らなかったとき、遺言者によって遺言が作成されたかどうか議論される。第三者により遺言が作成された可能性があるからである。そのような場合、遺言者の財産の利益に影響を及ぼし、「代理権のない」贈与として処理される<sup>(124)</sup>。

しかし多くの場合、これらの贈与は認められるとされている。なぜなら、内国歳入法上の税を除外するために有益なエスティートプランニングの利用だからである。また、制定法では無遺言法を認めているが、それはまた遺言による影響がある。例えば、裁判所の中には「代行決定」の法理(the doctrine of “substituted judgment”)を認めるが、それは受認者が、本人が贈与することを認めることである<sup>(125)</sup>。

このような贈与は、権限が明確に与えられ、特性をもって記された証書があるときに持続的権限の下で認められる。もし権限に関して贈与の総額、または少なくとも贈与の最高限度が設定され、受取人が記されていれば、その贈与は、本人の意思の継続として有効とされる。しかし、代理人も受益者である場合、その証書は不利な税金の結果や利益の対立の主張を避けるために、重大な手当てをするために書かれたものである。税金の問題は代理人が本人よりも先に死亡したり、権限があまりにも多く設定されている場合に生じる。このような場合、持続的権限は一般的な権限になるし、税金の目的のために代理人の財産も含まれることがあるかもしれない。贈与を受け取らなかった受益者により、生活待遇についての主張がなされることがある。内国歳入法の下での贈与で、除外される範囲は代理人により指示されるが、証書の中で誰がいくら贈与するかについての特性を含めた権限について議論することが重要である<sup>(126)</sup>。

コモンローの下では、代理人が本人の財産から贈与する権限については明らかではない。IRS(内国歳入庁)は、特別の権限による贈与ではない代理権に基づく贈与を有効と考える。これは、しばしば死者の代理人が本人の死ぬ直前に年次控除贈与(annual exclusion gift)を設定した場合に起こる。IRSはIRC(内国歳入法典)2038条に基づいて、財産の中でこれらの贈与に含まれる財産について追求する。しかしながら最近のIRSは代理人のこのよう

な事情は考慮しない。現在、代理人に区別の権限のある贈与は承認されている。安全な方法は、特定の権限の贈与や内容を具体的に示した計画をすることである。年次控除贈与は継続し、分割贈与(Gift-splitting)も認められる<sup>(127)</sup>。

もし代理人が受贈者の一員である場合は(後の財産に課税すべき)その地位に含まれるものと考えられる。これに関連して行使される権限に対して、IRC2041条(b)(1)(c)Iの適用を回避することを考慮することは、権限が常に撤回可能であるという理論に基づくものである。例えば通常贈与は年次控除が限定され、受贈者としての代理人に贈与するための権限の限界は総額 5000 ドルかまたは全贈与額の 5%である。この制限は本人の財産が 20 万ドル以下(すなわち、年次控除の総額が 1 万ドルのとき、本人の財産の 5%以上有効である)の場合である<sup>(128)</sup>。

しかしながら多くの場合、5000 ドルまたは 1 万ドルの制限はあまり有益ではないので、財産を平等に分配する目的で配偶者へ贈与したり、課税対象になる贈与を子またはメディケイド適格にする方法をとる。反対の人に同意を要求することは、遺言に関する計画がまだ撤回可能で、債権者以外の誰もが、受贈者(代理人)の利益に反する人がいない場合でも有効ではない。最も安全な計画は、分離した権限を別の代理人と実行することで、単独で、はじめの代理人へ贈与する目的のものである<sup>(129)</sup>。

代理権の権限の否定が、自分自身の生命保険と密接に関係があることは、税金の目的のために重要である。もし代理人の生命保険に本人の保険がかけられている場合、代理人は、IRC2042条の下での所有権の付帯義務の承認を避けるため、代理権を拒否すべきである。しかしこのような義務がない場合でも、代理人は効力を失わない。なぜなら、本人はいつでもその権限を撤回する権限を持っているからである。もし、以下の内国歳入庁細則(Revenue Ruling)84-179, 1984-2、市民間訴訟裁判所(C.B)195の要求に従う場合、IRSを拒むのは、代理人は単独では権限をもたないリスクを避けるためである。内国歳入庁細則の要求は、被保険者の受認者が、代理人の財産に対する方策(IRC2042条の下での財産を含む)を直接的または間接的に受認者に移すか、保険料を支払うかどうか、その財産から利益を得るのかどうか、である<sup>(130)</sup>。

IRSに関連する権限もまた有益である。IRSはいつもIRSまたは様式2848の「税金の問題」の通常の権限を拒否している。しかし、しばしば納税者は、障害者になったときに様式2848が必要になる。例えば、「1985から2005までのすべての年の問題」のための一般的な条項はIRSにより承認される。本人の社会保障制度の番号や住所を加えることは有益なことである。IRSは現在この問題を再検討し、通常の権限の基づく代理人によって様式2848に署名することを考慮している<sup>(131)</sup>。

## (2) 信託と税金について

資産付撤回可能生前信託は、連邦税の目的を考慮しない。収入税の目的<sup>(132)</sup>のために、特別裁判の下で譲与者信託が取り扱われる。そして財産税の目的のために、IRC2038条によ

り連邦総遺産の場合も含まれる<sup>(133)</sup>。

もし、生前信託の財産から贈与がなされていたら、譲与者は始めに資産を回収し、次に受贈者へ資産を与えるように手当てをする。受贈者は受贈者の権限で、信託から直接分配はしない。IRS は直接分配することを IRC2035 条、2038 条により認められ、譲与者の連邦総遺産において死亡後 3 年以内に贈与を要求する立場をとっている。しかしながら、資産を回収することによって問題を回避することについては、もし譲与者が障害者の場合、信託が設定されているため、受託者から譲与者へ代理人が代理権限の下で贈与することは可能である<sup>(134)</sup>。

一般的に信託は無視されて、財産への税法の適用は変更されない。例えば、有効な手当ては本人の住居のために有効である。譲与者の信託は IRC136 条(c)(2)(A)I によって権限を与えられた特別小規模信託であるが、この条項は本人の死亡後変更する。しかし通常は 2 年の猶予がある。分割払いの義務もまた生前信託の場合問題にならない<sup>(135)</sup>。

## 9 事前の計画と後見との関連

多くの場合事前の計画は、訴訟行為よりも好ましい。なぜなら、費用が少なくすむし、計画者による権限の限定について表明できるし、代理人の氏名も規定できるからである。事前の文書は、必要なときに権限を簡単に変更することを規定できる<sup>(136)</sup>。

偶発的に無能力になったときのための事前の計画をしている人については、持続的代理権または医療のための持続的代理権の下での代理人は、代理権で許されていることの管理のための責任をすぐに引き受けることができる。信託を設定した人は、そのときから受託者は継続して、本人のために財産管理を継続することができる。スタンドバイ信託を設定している人は、その信託が適用されると、その時点から利益を得ることができる。末期の医療を含む状況において、リビングウィルは、患者になされるべきケアの程度に合わせて医療を提供するための指導ができる。多数の署名による銀行勘定やその他の投資を行っている人は、共同署名のために財産を得やすい。

事前の計画が支持される理由の一つに、後見人を任命する場合、訴訟行為が要求されしかも費用がかかることが指摘される。統一検認法典(Uniform Probate Code = UPC)の規定では、無能力者の決定を調査するために代理権の表示を含む念入りな手続き、訪問者の取材、医師の診察、証人尋問、陪審員による公判を行う。UPC がこれらの手続きを要求するのは、「いかなる人も同じ権利の下で評価されるべきで、その人の自由は手続きの結果制限されるからである」としている。これらの手続きは、家族の一員が、無能力であることの証拠を明示することを強いられることであり、家族に重大な感情的な負担を強いるものである。他方信託は、後見の場合に起こるほとんどの感情的、金銭的な負担を除くことができる。例えば、両親は、成年者の子供が財産管理ができない場合、子供に無能力者の判決をすることなしに財産を信託にする事を考える。信託は、委託者が無能力になっても裁判上の決定なしに、委託者の財産を管理することができる<sup>(137)</sup>。

しかし、生前信託も、スタンバイ信託も、多数の署名による銀行勘定も、個人では医療処置の決定や住居の整備のような、身上の決定をするための援助はできない。財産上の事前の計画は範囲が限定され、包括的な無能力者の計画を考慮することはできない<sup>(138)</sup>。

事前に計画がなされていても、受認者の決定のために、裁判所を頼る必要がある場合がある。この必要は、ある状況において、代理権が与えられていなかった権限が必要になったときや、本人または制度により代理権を適用できない場合である。場合によっては、代理権の下で、代理人によって行われた行為の適正が議論されたり、第三者が裁判所による任命によって代わって代理人を探す場合がある。信託の場合、信託財産ではない財産を財産管理後見人が管理したり、将来の管理のために信託財産へ移行する必要がある場合、財産管理後見人が行う場合がある。予想していない医療に関する事項は、医療に関する代理権やリビングウィルでは対応できないことがあるので、裁判所による調停が要求されることがある。代理権が共同代理権として任命されていて、その共同代理人が本人に代わって行動する方法について、お互い賛成できないときの問題に対して、裁判所による調停が要求されることがある<sup>(139)</sup>。

本人に信頼している人がいなくて、銀行の受託者制度を利用することを望まない場合は、後見の使用が指示される。なぜなら、財産の必要条件、裁判の監督や手続の説明があるからである。また後見人もケアを明確な基準で判断し、裁判所の承認によって与えられた義務において自由に考慮できる。能力の判定については医師による診断があり、不適当な権利の剥奪を防止するための様々な保護がなされる。場合によっては、裁判所によって任命された受認者に、財産を担保に入れることを要求することもある。本人の考えた指示により後見制度や事前の計画が行われるのである<sup>(140)</sup>。

後見制度とその他の制度との関係を検討する場合、それぞれの制度を利用する人の生活状況、資産、要望を総合的に考慮して、事前に手続きをするか、後見制度を利用するかを判断することになる。事前の手続きをしても、制度と制度の狭間で法的手当てのできない領域については後見制度に頼らざるを得ない。後見制度には制度上の不備や現状での問題も指摘される<sup>(141)</sup>が、その他の法制度の利用を検討しながらの後見制度の利用は否定できないのではないかと。

## 10 アメリカにおけるケースマネジメントと成年後見に関する議論

### (1) ケースマネジメントの本質

ケースマネジメントは、健康、リハビリテーション、社会、身体または精神的に援助が必要のある人のための総合的なケアであり、また、その変更を追求する組織を手配するための方法である。その組織は、病院の中などに創設された。ケースマネジメントは、ソーシャルケースワークや、地域の保健とほぼ同様のものである。初期のケースマネジメントのひとつである、精神病院の中で、患者が自宅で公衆衛生を行うためのケアのサービスは、強度の精神障害者のためのケースマネジメントの方法の基礎となった。

ケースマネジメントは、基本的にサービスを継続的に遂行するためにそのサービスを統合する方法であり、その過程を実行するために責任のある個人やチームを指示することにより、依頼人のニーズのアセスメントのみではなく、サービスの周辺環境における社会資源の活用に接近することである<sup>(142)</sup>。

## (2) ケースマネジメントの展開と役割

一般的なケースマネジメントのモデルは、精神病院から患者が退院するとき、援助が必要なことから、そのためのサービスを直接コントロールすることであった。このモデルは、サービスと資源、サービスを受けるモニター、そして患者のための基本的な資源の獲得のための権利擁護活動を行う人(advocate)を、結びつけることで患者を援助するために、単にそれぞれをコーディネートすることが目的である。このサービスにおいて、カウンセリングの援助が必ずといっていいほど検討される。この方法は、現在でも広くアメリカで実践されている。

しかし、このモデルは、軽度の障害者のためには十分ではなく、強度の精神障害者に対してよりも、よりきめ細かなサービスを行う必要性が高まってきた。この視点から、包括型地域生活支援プログラム(Assertive Community Treatment = ACT)のモデルが重要になり、現在ではアメリカだけではなく、イギリス、ドイツ、カナダでも行われている。これは、精神医療の代替手段であることを意味していて、包括的な治療の下に企画され、一日三交代、週7日、そして専門家たちの各分野が、協力して行うものである。そして依頼人自身の環境で、すべての必要なサービスを、各専門分野のチームの協力により提供するもので、地域の病院で繰り返されるものである。このモデルは必要に応じて変更するが、各専門分野における解釈は保持する。このサービスは、常に時間を限定せず、低いコストで行われる。現在では、家族の権利擁護活動の調整(a family advocacy organization)を含めて、各分野の協力を得ながら行われている<sup>(143)</sup>。

## (3) 成年後見制度とケースマネジメントの共同研究について

身体、精神に関する医療やソーシャルサービスの調整と、後見または高齢者法(Elder Law)の法制度の分野を統合させる研究がある。これらの共同研究は可能である。ケースマネジメントは、高齢者や家族がサービスに対して費用を支払う場合を前提にしている。費用を支払うことができない人は、個人または基金から支払われる。法制度や裁判所にケースマネジメントが関与することは、本人の権利、エンパワメント、個人の生活の質を守ることに結びつくのである<sup>(144)</sup>。

### 高齢者のケアのネットワークと裁判所の関与

高齢者のケアのネットワークの中で、次の二つの事例が考えられることが検討された。

〔事例 〕

83歳のB夫人は、病気のためナーシングホームにいた。彼女は、その時自ら自己決定をすることができず、家族は彼女の後見人に連絡した。家族はB夫人が継続してケアを受けるための費用を支払うために、B夫人の家を売却する許可を裁判所に請求して認められた。その後B夫人は顕著に病気が回復したので、裁判所へ行って、彼女の残った最後の財産である家の売買契約に対して抗議した。裁判所は彼女の意見に同意し、後見人に現在と違うケアの計画を裁判所に提出するように指示した。この場合、B夫人の精神科医との密接な連携が要求され、彼女の家と、可能なレベルの生活の基準を確認する調査が要求された。

このためには専門家が必要で、後見人は、高齢者のケアのネットワークの専門家のスタッフと検討を始めた。B夫人の機能的な状況や、ケアの必要性の包括的な評価の後で、1ヵ月後に施設を退去し、彼女の自宅に戻ることが、看護やソーシャルワークのチームによってなされた。彼女は徐々に回復した。彼女の家は修繕され、生活のために安全に修復され、B夫人の健康状態や機能については、6ヶ月間高齢者のケアのネットワークにより見守りがなされた。1年半後、B夫人は、彼女の資源や財産を使い果たしたナーシングホームにいるときよりも、自立した生活を送っている。

B夫人の場合、裁判所は、後見人に対し次の点を考慮しなければならないことを提示した。

- (a)被後見人の不動産を、売却するための金銭的な正当事由
- (b)かつての後見人の住居が売却され、新しい場所で生活する場合、新しい居住地区で後見人の住居があるかないか
- (c)被後見人の精神状態や、感情の良い状態を考慮して、住居の売却の状況を分析すること

これは医療捕法制度の両方のシステムが、専門家のレベルで共同研究できた成果の典型例である。通常後見人の住居を売却した場合、その結果は被後見人自身は知らず、自ら監督できないままナーシングホームにいます。このような売却は通常、被後見人の機能的な状況について、適切な計画や評価なく行われてしまう。このため、本人が住居をなくしたために、ナーシングホームから退院できないケースはよく見られるのである<sup>(145)</sup>。

〔事例〕

ソーシャルサービスの調整が、裁判所の補助の役割を果たした例である。

78歳のD夫人は、アルコール中毒の息子と、その嫁と7年間一緒に暮らしていた。D夫人には、強度の記憶障害があり、徘徊をするようになったので、高齢者のケアのネットワークが、裁判所が関与する4ヶ月前に、健康状態と精神面の援助を監督していた。D夫人は、個人的な介護者である嫁とは折り合いが悪く、法律的な問題は解決できなかった。嫁は法律的な問題に対応する権限を得るために、後見の手続きをした。D夫人はこれに抗議し、裁判所は別の後見人を任命した。高齢者のケアのネットワークはD夫人に必要な対応を講じた。

この問題について、高齢者のケアのネットワークは、裁判所に、意思決定のプロセスの援助を必要としていることを主張した。D夫人は、保健と個人的な援助の必要があり、後見人に対して、保健と個人的なサービスを調整することを実行するために、協議すること

を提案した。このプロセスにより、可能な法律的な争いは解決し、D夫人の現在の状況と、将来のケアの必要性は認められた。彼女の家の売却と、新たに別の家を建てることが実行された。高齢者のケアのネットワークは、彼女が安全に生活しているかどうかを今後見守ることになる<sup>(146)</sup>。

#### 高齢者のケアのネットワークのサービス

高齢者のケアのネットワークは、老年学を専攻している高度で、経験豊富な健康に関する専門家のソーシャルワーカー、看護師によって構成される。この高齢者のケアのネットワークが行うのがまさにケースマネジメントである。インテークが中心になるシステムは、依頼人にとっての医療上のアセスメントを行うことである。インテークは、依頼人の機能上、精神上的の事情の確認と、徹底的な調査をすることが最初の問題であるが、電話で指揮する。次のインテークでは、ソーシャルワーカーや看護師の専門のレベルで、公衆衛生の経験から、個人の必要なケアやサービスの提供に関する包括的な検証がなされる。これは、アセスメントの資源や、医療上の問診のテクニックを標準としたものを、結び付けて活用する。訓練によって、様々な割り当ては、その事例の主なニーズによって決定される。例えば医療の状況が大変複雑な場合、そして問題が医療のレベルのケアによって決定されるときは、看護師がその事例については援護する。もし、問題の中心が、家族の状況または精神保健の問題の場合は、医療ソーシャルワーカーが対応する。両方の問題があり、ケアプランが長期間に発展するとき、そのケアに関してそれぞれの立場が主張される。

家族と後見人が衝突している場合、または現在の後見人で十分ではあるが、疑問がある場合は、被後見人にとって最良のプランに関する医療上の見解の聞き取りがなされる。その過程の検討は、時間をかけて行われ、検討の目的によって、複数の人や複雑なケースを含む。被後見人の個人的なニーズのために、最高の長期間のプランを決定する裁判所の補助をするためには、以下の事項を含めて医療上の見解を組織化して主張するのである<sup>(147)</sup>。

- ・ 関連する理由（関連する原因）
- ・ 健康状態（体調、薬物治療、養生法、通院歴）
- ・ 社会の援助（数、質、交友歴、近所の人、被後見人の利益の状況、衝突があるかないか）
- ・ 財産の資源（すべての財産と収入源と管理方法）
- ・ 移動の能力（個人対依存関係の程度、機械の使用）
- ・ 日常生活能力（入浴、衣服の着脱、移動、トイレ、買い物、食事の準備など）
- ・ 自立の状況（セルフケアの能力を含む）
- ・ 知覚の機能（記憶障害、混乱、非適応、徘徊その他の危険行動、動揺、虐待されていること、判断力を害していること、ケアプランへ参加する能力）
- ・ 精神的、感情的な状況（通常の状態、自殺または殺人の危険、以前の精神病歴または入院歴、現在の精神状態、実際の虐待的な態度、薬物治療の病歴、病理学的な特徴、プランへの参加能力）

- ・現在のサービス利用状況（地域の法人、権利を与えられたプログラムや他の正式な援助）  
後見人の機能の検討（他の後見人に変更するための推薦を含む）  
在宅ケアのサービスの必要性（自立して生活している、家事の分担、施設から退院しているか、地域でのライフケア、家でケアしているか、ナーシングホーム、鍵をかけられる施設か）
- ・後見が適切であるか（後見の代替方法が限られているかどうか）
- ・医療に対するインフォームドコンセント能力
- ・生命保険
- ・高齢者虐待の証拠または危険性の程度（緊急または重大な事情または虐待のスクリーニング）
- ・短期または長期のケアプラン（被後見人の健康や個人的なニーズを下にデータを検討したものにより、短期及び長期間のプランを明確にしたもの）

## 11 日本への示唆

アメリカの成年後見制度には、まず裁判所により任命される後見人制度がある。被後見人の必要に応じて、財産管理や身上監護のための後見人が任命される。どちらか一方の後見（部分後見）と、両方を含めた後見がある。また、持続的代理権授与制度、信託、リビングウィルといった代替方法がある。それぞれの制度には長所と短所があり、他の制度で補うことができる。これは、本人の残存能力や意思決定を最大限に尊重するために、最もふさわしい方法を採用することが重要であると考えているからである。意思能力を喪失する段階は、人によりそれぞれケースバイケースで、一律に決められるものではない。したがって、それぞれの制度ができる限り柔軟に適用できるように検討する方向にあると考えられる。また、一つの問題に対してひとつの制度のみで解決するのではなく、いくつかの制度を組合わせて活用することも考慮している。

### (1) 持続的代理権授与制度について

コモンロー上の代理権は、本人の死亡または能力喪失により消滅する。持続的代理権授与制度が想定しているのは、本人の能力喪失後においても、本人の希望どおりの財産管理や身上監護を代理人に依頼したい場合、一定要件の下で認められるものである。そして、本人と代理人の間には、強い信頼関係があることを前提にしている。要件は、持続的代理権を代理人に付与することを証書により明記することである。代理権を行使できる内容は、本人の希望であることが明らかにわかるものに限られる。

財産管理における持続的代理権制度は、現在ではすべての州で持続的代理権が認められているため、本人は後見人が選任されることを回避したり、コントロールすることができる。要件である代理権授与証書は、裁判所に被後見人の意思を知らせる手段になる。持続的代理権授与と契約が確保されていれば、後見は不要となる。エステイトプランニングは通

常、資産のある親が、障害のある子供の財産管理のために活用する。しかし、より必要があるのは、裕福ではないが、メディケイドなどの社会保障制度の適用の対象者にもならない中間層の人々であるといわれている。なぜなら、いざ能力を喪失して医療や様々なケアが必要になったとき、あらかじめ財産について対応しておかないと十分な費用を工面するのに困り、不動産や家財道具を処分せざるを得ない状況が起こるからである。能力喪失後の財産管理において最も手軽に利用できる制度といわれている。

身上監護における持続的代理権制度は、医療の決定において活用される。この場合も、内容は必ず書面で明らかにされなければならない。病院や施設へ入所する際に、あらかじめ担当の職員にその書面を渡して、代理人以外の人にも内容を知らせておくことが重要であるとしている。対象になる範囲は、医療、保健、福祉のすべてを網羅するが、生命の危急の状況での適用は想定していない。そのような場合は、リビングウィルにより対応する。

持続的代理権授与制度は、裁判にかかる費用や時間を節約できる反面、本人の意思能力喪失後の効力が発生し、代理人に対して監督する人がいないので、代理人の権限濫用が問題になる。もし代理人が職務を果たさず、本人の権利を侵害するようなことがあった場合は、従来の後見制度に頼らざるを得ない。

## (2) 信託制度について

権限濫用の恐れがある持続的代理権授与制度に対して、完璧な制度といわれるのは信託制度である。意思能力が十分なうちに信託制度を活用すれば、財産は確実に保護され、信託制度特有の柔軟性（設定の目的や内容が自由であること、信託設定後の状況の変化に対応できること）から、意思能力喪失後の財産管理の問題に対応できる。信託の対象は財産に限られる。ただ、信託制度を活用するためには、委託者（意思能力があるうちに制度を利用する人）が受託者に対して財産の名義を移転しなければならないため、心理的な抵抗感を持つ場合がある。この場合は、持続的代理権授与制度を信託制度と同時に活用する<sup>(148)</sup>。つまり、意思能力が十分にあるうちは財産を本人が管理して、意思能力が十分ではなくなった場合は財産を信託にする事を目的とした持続的代理権を設定するのである。そうすれば、持続的代理権授与制度における権限濫用の問題は、効力が発生したときには財産は信託財産となり、受託者が管理することになるので解決できるし、信託制度における名義移転の抵抗感については、本人の意思があるうちは効力が発生していないために、名義は本人のままで、両方の問題が解決できる。実際には、持続的代理権授与制度を単独で活用するよりも、信託制度と同時活用することが勧められるといわれている。

## (3) 後見制度について

後見制度については、1980年代にAP通信が実態調査を行い、後見制度が十分に活用されていないこと、後見人による虐待が行われている実態が暴露されアメリカ全土に衝撃を与えた<sup>(149)</sup>。現在でも十分に対応しきれていないといわれる。個人が行う後見のほかに、公

的機関が行う公後見制度(Public Guardian)がある。個人の後見でも、その代替方法でも対応できない場合、最後の砦(Last Resort)の役割を果たしているといわれている<sup>(150)</sup>。わが国における成年後見制度には、公的機関が関わる後見制度はないが、身寄りがいない人や、第三者に後見人を依頼する際の費用に問題を抱えている人が利用しやすいように、このような制度が必要なのではないか。

#### (4) 成年後見制度と福祉

成年後見制度と福祉を結びつける役割を果たすケアマネジメントとの関係が注目される。財産管理の場合でも、身上監護の場合でも、それぞれを援護するためにケアマネジャーが関わることがある。アメリカでは、もともと、精神障害者や知的障害者の退院後のフォローアップと、地域でのケアの継続性や、ナーシングホームに入所している高齢者を地域に復活させていくプログラムにおいて、ケアマネジメントが活用されるようになった。特に高齢者については、メディケア・メディケイドの財政負担を最小限に軽減させる（医療費抑制）目的があった<sup>(151)</sup>。そこで本人の医療費の負担を最小限にするために、適切な医療・福祉・保健サービスを無駄なく効率よく受ける必要が出てきた。そのためには専門的な知識が必要になるので、財産管理人はケアマネジャーと相談しながら財産管理を行う必要がある。同時に医療のための持続的代理権やリビングウィルを設定することは有益である。ケアマネジャーは本人に対して対人サービスを行うので、財産管理人にはわからない本人の状況を把握することができる。ケアマネジメントが成年後見制度に関わることは、現在では、アメリカ以外でも、ケアマネジメントを行っている国では受け入れられ始めている。

#### (5) 近時の動向

近時、成年後見制度は、本人の事前の意思表示(advance directive)の有効な手段と考えられている。後見制度によっても、持続的代理権によっても有効に活用できると考えられている<sup>(152)</sup>。事前の意思表示は、本人の自律(autonomy)を擁護するための手段として注目されている方策である。とくに、本人の意思によっては撤回可能な意思表示（Ulysses Contract）<sup>(153)</sup>が注目される。医療や身上監護の分野で、このような本人の意思表示を擁護することが、本人の自律や能力を引き出す重要な手立てであることが注目されているのである。従来のパターナリズムの考え方からの転換とも考えられている。

#### <注>

(1)高齢者や成年の障害者のための法制度は、他にも財産を共有名義にしたり、低所得者医療補助（メディケイド）への対応を検討したり、医療のための契約など様々な手段、方法がある。後見や持続的代理権、リビングウィル、信託は代表的な法政策である。アメリカの成年後見制度については、新井誠「アメリカ法における後見人と財産管理人の法的構成」千葉大学法学論集 12 巻 1 号(1997 年)5 頁以下、小林秀文「アメリカにおける成

年後見制度とその代替的システム(1)(2)」中京法学 30 卷 3 号(1995 年)71～109 頁、同 31 卷 3 号(1997 年)43～105 頁、志村武「アメリカ合衆国における精神遅滞者保護のための制限された後見制度」早稲田法学 43 号(1993 年)、同「アメリカ合衆国における後見制度」高野竹三郎先生古稀記念「現代家族法の諸相」(成文堂、1993 年)、同「アメリカにおける任意後見制度 日本法への示唆を求めて」ジュリスト 1141 号(1998 年)57～66 頁などを参照

(2)エステイトプランニングとは、相続に関する諸種の法制度(遺言法、相続法、物権法、信託法、家族法、税法、保険法など)を総合的に勘案して、財産を有する者(またはその弁護士)が、死亡に備えてどのような財産処分の形を取ることが、各々の条件の下で意図する目的に最も適ったものであるかを検討し、その具体案を探ること、またはこのために前述の諸法を総合的に把握することである。(田中英夫編『英米法辞典』<東京大学出版会、2005 年>309 頁)。従来は、税金対策を考慮したものであったが、現在では単に財産に関する計画だけでなく、能力喪失後の財産管理や身上監護に関する計画や健康に関する配慮などその内容や需要は拡大している。なお、エステイト・プランニングについての文献については、ロバート・J・リン著、(財)トラスト60エステイト・プランニング研究会訳『エステイト・プランニング 遺産承継の法理と実務』[トラスト60研究叢書](木鐸社、1996 年)、新井誠編『高齢社会とエステイト・プランニング』[トラスト60研究叢書](日本評論社、2000 年)、寺尾美子「アメリカの遺言による相続制度とエステイト・プランニング」川井健・利谷信義・三木妙子・久貴忠彦・野田愛子・泉久雄編『講座 現代家族法6 遺言』(日本評論社、1992 年)243～266 頁など、実務からの検討については、星田寛「高齢者の財産管理・遺産相続と信託銀行」信託 161 号 79～92 頁、同「「パーソナルトラスト」と成年後見制度」実践成年後見 9 号(2004 年)37～42 頁、磯秀樹「米国におけるエステイト・プランニングと信託について わが国における連続受益者型信託の活用可能性に関する一考察」信託法研究 22 号(1998 年)81～103 頁、瀬々敦子「高齢者の財産管理に付いての比較法的考察」信託 177 号(1994 年)21～45 頁など

(3)ジムニーG.H./グロスバーグ G.T.著、(社)日本社会福祉士会編、新井誠監訳、橋本聡解題『アメリカ成年後見ハンドブック』(勁草書房、2002 年)21 頁

(4)前掲(3)171～172 頁

(5)前掲(3)172 頁

(6)前掲(3)173 頁

(7)前掲(3)9～10 頁

(8)前掲(3)10～11 頁

(9)前掲(3)11～12 頁

(10)Lawrence A. Frolik, Richard L. Kapran, “ELDER LAW IN A NUTSHELL” WEST, 1995, at 239-240.

- (11)新井誠前掲「アメリカ法における後見人と財産管理人の法的構成」7頁
- (12)前掲(11)7頁
- (13)ジムニー前掲63～77頁
- (14)前掲(13)133～134頁
- (15)前掲(13)150頁
- (16)前掲(13)134～135頁
- (17)Joan m. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allan P. Bogutz,  
“ELDERLAW: ADVOCACY FOR THE AGING” second ed. Vol. 1 WEST, 1993, at  
287.
- (18)Id. at 288.
- (19)Id. at 289.
- (20)See, e.g., Uniform Probate Code, § 5-312.
- (21)See, e.g., Uniform Probate Code, § 5-306(b).
- (22)Uniform Probate Code, § 5-303.
- (23)Uniform Probate Code, § 5-101.
- (24)supra. Note 17, at 289.
- (25)supra. Note 17, at 290.
- (26)Id.
- (27)Uniform Probate Code, § 5-401.
- (28)Id.
- (29)Id.
- (30)supra. Note 10, at 291.
- (31)Id. at 292.
- (32)Id.
- (33)Id.
- (34)Gerry W. Beyer, “TEACHING MATERIALS ON ESTATE PLANNING” WEST, 1995.  
at 99-101.
- (35)Id. at 99.
- (36)Allis v. Morton, 70 Mass. 63,64 (1885).
- (37)In re Boyer, 636 P. 2d 1085 (Utah 1981).
- (38)In re Estate of Bennett, 122 111. App. 3d 756, 78 111. Dec. 83,461 N.E. 2d 667  
(1984).
- (39)supra. Note 17, at 101.
- (40)新井前掲(11)7-8頁
- (41)一説によると、後見人任命のための訴訟費用には1万ドルかかるといわれている。この  
指摘については、Ralph M. Engel, “Estate Planning for the Handicapped.” Trust &

Estate, October 1972, at 782.

(42)Salend, Kane, Satz and Pynos, "Elder Abuse Reporting: Limitations of Statute." 24 Gerontologist 61 (1984).

(43)持続的代理権授与制度に関しては、Marc Jacobs, "Possible Uses of Durable Power of Attorney." Probate Law Journal Vol. 7 1985, at 7-32 に多くを依る。

(44)1954 Va. Acts ch. 486. なお、この法律は 1989 年に法典化された。Va. Code § 11-9.1.

(45)supra. Note 43 at 7.

(46)RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 122(1) (1957).

(47)supra. Note 43 at 11.

(48)Id. 統一持続的代理権授与法第 3 条[代理人と裁判所により任命された受任者との関係]では、次のように規定されている。(a)持続的代理権の証書の作成後に、本人の住所を管轄する裁判官が、財産管理人、財産後見人又は本人の全財産もしくは特定の財産以外の全財産の管理を委ねられたその他の受任者を任命した場合は、代理人は、本人のみならず当該受任者に対しても、責任を負う。受任者は、本人が障害を持たず意思能力を喪失していなければ有すべき権限と同様の持続的代理権を撤回し、又は修正する権限を有する。(b)本人は、持続的代理権の証書により、後に自己の身上又は財産に対する保護手続が開始される場合に裁判所による考慮の対象とするために、財産管理人、財産後見人又は身上後見人を指名することができる。裁判所は、十分な理由又は欠格事由がある場合を除き、持続的代理権の証書における本人の最も新しい氏名に従って、任命を行わなければならない。条文については、法務省大臣官房司法法制調査部編『諸外国における成年後見制度』(法曹会、1999 年) 115~117 頁参照。なお、この中では、「継続的代理権」と約されているが、持続的代理権に置き換えて引用した。

(49)Id. at 12. 第 5 条[宣誓供述書による持続的代理権及びその他の代理権の継続の証明]では、次のように規定されている。継続的であると否とを問わず、代理権の証書について善意でされた行為については、当該代理権を付与された代理人によって作成された宣誓供述書が、代理人が代理権の行使の時点において撤回による代理権の消滅又は本人の死亡、障害若しくは意思能力の喪失について実際に知らなかった旨の供述の記載を含んでいるときは、その宣誓供述書は、当該時点において代理権が撤回されず消滅しなかったことの確定的な証拠となるものとする。代理権の行使に当たって登録可能な証書の作成及び交付が求められる場合には、宣誓供述書もまた、登録との関係において真正であることが証明されるならば、登録可能となるものとする。本条の規定は、期間の満了又は明示の撤回若しくは本人の精神的能力の変化以外の事由による代理権の消滅に関する代理権の証書のいかなる条項にも、影響を及ぼさない。

(50)Id. at 12-13. 第 1 条[定義]は、1984 年に改正されたので、改正された条文の内容を引用する。持続的代理権とは、本人が書面で他人を代理人に選任した場合において、

その証書が「この代理権は後に生ずる本人の障害若しくは意思能力の喪失又は時の経過によって影響されないものとする」、「この代理権は本人の障害又は意思能力の喪失の時点において発効するものとする」という文言、又は、後に生ずる本人の障害もしくは意思能力の喪失に関わらず、また、失効する時点が明示されている場合を除いては当該証書の作成時からの時の経過に関わらず、付与された代理権を行使することができるものとする旨の本人の意思を示す同様の文言を含む代理権をいう。

(51) 持続的代理権を授与する際、どのような内容や形式で行えばより理想的なエステイトプランニングになるかについてしばしば議論される。E.g. Sanford J. Schlesinger, Barbara J. Scheiner, 2Estate Planning Using Power of Attorney.” Trust & Estates, July 1992, at 38-44.

(52) *supra*. Note 43, at 13.

(53) *Id.* at 14.

(54) *Id.* at 14-15.

(55) *Id.* at 15.

(56) *Id.*

(57) RESTATEMENT(SECOND) OF AGENCY § 33 comment b (1957).

(58) *supra*. note 43, at 15.

(59) RESTATEMENT(SECOND) OF AGENCY § 34 comment h (1957).

(60) *supra*. note 43, at 16.

(61) *Id.*

(62) 烙印(スティグマ)とは、社会的な烙印という意味であるが、社会的な非難を浴びたり、恥ずかしい思いをさせられたりすることも含まれる。個々では、後見制度により後見人を任命されると、被後見人は「無能力者」と呼ばれることになるので、この「無能力者」と呼ばれることが社会的に烙印を押されたことになる、ということを示す。

(63) *supra*. note 43, at 16.

(64) *Id.* at 17.

(65) RESTATEMENT(SECOND) OF AGENCY § 17 (1957).

(66) *supra*. note 43, at 17.

(67) *Camardella v. Schuartz*, 126 app. Div. 334 (2d Dept. 1908).

(68) *Mainzer v. Avril*, 105 Misc. 230, 232 (sup. Ct. Kings Co., 1919).

(69) *In re Wainman*, 121 Misc. 318, 320 (sup. Ct. Oneida Co., 1923).

(70) *supra*. note 43, at 18.

(71) ペンシルベニア州の法律では、本人が持続的代理権を設定する際に、以下の内容を含めることを認めている。 贈与(限定したものを含む)を行うこと、私(本人)の利益のために信託の設定を行うこと、私の利益のための追加の信託の設定、私の亡くなった配偶者の財産の持分の選択を主張すること、いかなる財産上の利益も放棄

すること、受認者の地位を否認すること、信託の収入または資金を撤回または受け取ること、私の世話のための医療、看護、住居に関することまたは類似の便宜を図ることや承諾するための承認の権限を与えること、医療や外科手術の手続きの権限を与えること。またそれぞれの内容について権限の方式や文言についても具体的に規定されている。20 Pa. Cons. Stat. Ann. § 5602, § 5603. (1984).

(72)supra. note 43, at 22. なお、石川稔「医療のための持続的代理権 アメリカ法からの示唆を求めて」石川稔・中川淳・米倉明『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)484頁以下参照

(73)Id. at 23.

(74)カリフォルニア州では、1983年に身上監護のための持続的代理権授与法を制定した。(California Civil Code Statutory Form Durable Power of Attorney for Health Care, Cal. Civil Code § 2500-2508) 後の多くの制定法はこのカリフォルニア州法に習って制定されている。また、このカリフォルニア州法から、例えば、身上監護の内容については次のように考えられている。身上監護のための持続的代理権の目的は、医療に関する決定を本人に代わって行うことであるが、リビングウィルほど生命維持に関する重要な事態に対する適用はない。医療に関する持続的代理権授与法については、身上監護に関する持続的代理権授与法とは分離して、新たに規定を設けた。(Durable Power of Attorney Health Care Act, Cal. Civil Code § 2430-2443)

(75)supra. note 43, at 23.

(76)Id.

(77)Id. at 24.

(78)Id.

(79)Id. at 25.

(80)RESTATEMENT(SECOND) OF AGENCY § 33 comment b (1957).

(81)supra. note 43, at 25.

(82)Id. at 26.

(83)Id.

(84)Id. at 26-27.

(85)supra. note 17, at 135.

(86)David M. English “The UPC and the new Durable Power” 27 Real Property, Probate and Trust Journal Summer 1992, at 387.

(87)Id. at 384.

(88)supra. note 10 at 264.

(89)Id. at 265.

(90)Cruzan V. Director, Missouri Department of health, 497 U.S. 261, 110 S. Ct. 2841, 111 L. Ed. 2d 224 (1990). 代理人に対する患者の事前の意思表示について、代理人は患

者に代わって栄養の摂取や医療行為の決定ができることを明確に判示した。なお、裁判所は代理権ではなく、医療のための持続的代理権の下での任命という立場を取った。

(91)Id. at 265-266.

(92)Id. at 265.

(93)Id. at 266.

(94)Id. at 267. なお、医療のための持続的代理権やリビングウィルに関する具体的な内容については、Panel Discussion, “Legal Problem of the Aged and Infirm-The Durable Power of Attorney-Planned Protective services and the Living Will”, 13 Real Property, Probate & Trust Journal, Spring 1988, at 44-67.

(95)Id.

(96)Id. at 270. リビングウィルや、医療における代行決定については、石川稔「医療における代行決定の法理と家族 誰が代行決定者か」石川稔・唄孝一編『家族と医療 その法学的考察』(弘文堂、1995年)48～68頁、丸山英二「意思決定能力を欠く患者に対する医療とアメリカ法」法律時報67巻10号(1995年)10～15頁、林美紀「医療における意思能力と意思決定 生命の終結に関して」新井誠・西山詮編『成年後見と意思能力 法学と医学のインターフェイス』(日本評論社、2002年)223～241頁参照

(97)supra. note 90. なお、カール・E・シュナイダー(木南敦訳)「命の終端における医療の決定について クルーザン事件、事前の指示および個人の自己決定」ジュリスト1076号(1995年)133～134頁に、医療に関する持続的代理権とリビングウィルの違いについて指摘されている。

(98)supra. note 17, at 270.

(99)Id.

(100)supra. note 17, at 271.

(101)Id.

(102)Id.

(103)Id. at 271-272.

(104)Id. at 275. 信託制度に関しては、高齢者の財産管理のために1987年に統一財産管理信託法(Uniform Custodial Trust Act)が制定されているが、ここでは従来 of 信託制度の活用について検討する。アメリカの信託制度について、成年後見制度と関連する分野の研究については、新井誠「アメリカにおける高齢者財産管理信託法制の新しい動向(1)～(3・完) - 信託制度の成年後見的役割」ジュリスト1105号94～98頁、1106号102～112頁、1107号86～90頁(1997年)(新井誠『成年後見法と信託法』(有斐閣、2005年)148～193頁所収) 同「任意後見法と信託法」ジュリスト1164号(1999年)86～92頁(同前掲書219～231頁所収)、「信託法と後見法の交錯」ジュリスト1253号(2003年)170～177頁(同前掲書232～246頁所収) 大塚民・樋口範雄編『現代アメリカ信託法』(有信堂、2002年)84～86頁参照

- (105)L. Henry Gissel, JR. & Karen R. Schiller, “Trust Made Easy: A Simplified Overview of the Reasons for Creating, Modifying, and Terminating Express Trust.” *Probate Law Journal* Vol. 10. 1991, at 243-244.
- (106)*supra.* note 17, at 276.
- (107)*Id.* at 277.
- (108)*Id.* at 278.
- (109)*Id.* at 279.
- (110)信託条項の具体的な内容については、James M. Corcoran, JR., “The Revocable, Irrevocable Living Trust for the Incompetent Client.” *Trust & Estates*, February 1971, at 100-101.
- (111)*Id.* at 17.
- (112)ロバート・J・リン著、(在)トラスト60エステイト・プランニング研究会訳『エステイトプランニング-遺産承継の法理と実務』(1996年、木鐸社)153頁
- (113)*Id.* at 97.
- (114)前掲(112)162-164頁
- (115)この指摘については、*supra.* note 43, at 20.
- (116)Catherine C. Thompson, “The Role of Case managers and Social Workers in the Trust Field.” *Trust & Estates*, February 1995, at 37, 42, 45. なお、この文献については、新井誠「アメリカにおける高齢者財産管理信託法制の新しい動向(3・完)」*ジュリスト* 1107号(1997年)87頁以下で検討されている。同様の指摘については、Kenn Tacchino and Norma D. Thomas, “Why Financial practitioners and Geriatric Care Manager Must Talk to Each Other.” *Generations*, Summer 1997, at 41-44.
- (117)Scott R. Severns, “How Middle-Class Elders Plan Their Estates: An Elder-Law Attorney’s Perspective.” *Generations*, Fall, 1996, at 69-71.
- (118)*supra.* note 43 at 27. 本人に対する代理人の義務は、信託における受託者の義務と重なるところがある。代理人は本人に対して忠実義務を負い、本人の利益のために行動し、資産を運用し、本人の知らないところで不利な立場になるべきではなく、本人と対等で、すべての事柄について本人に公表しなければならない。もし代理人が義務違反をすると、本人は代理人の解任を含めて、損害やエクイティ上の救済に対して行動する。この点については、RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 387- § 399(1957).
- (119)*Id.* at 19.
- (120)*Id.* at 20.
- (121)*Id.* at 20.
- (122)*Id.* at 21.
- (123)この指摘については、William M. McGovern, JR, “Trust, Custodianships, and

- Durable Powers of Attorney. ” 27 Real Property, Probate and Trust Journal Spring 1992, at 21.
- (124)supra. note 43, at 21.
- (125)Id. at 21-22.
- (126)Id. at 22.
- (127)Ruth R. Longenecker, “Financial and Health Care Planning for The Elderly.” Trust & Estates, September 1989, at 42. なお、エステイト・プランニングにおけるアメリカと日本の税制については、新井誠編『高齢社会とエステイト・プランニング』78～92頁（星田寛筆部分）、114～145頁（星田寛・吉村正男執筆部分）参照
- (128)Id. at 42.
- (129)Id. at 42.
- (130)Id. at 43.
- (131)Id. at 43. なお、持続的代理権制度と税金の関係に関する I.R.C. § 2038, § 2041, § 2042 について同様の指摘をしているものに、A.L.Moses, Adele J. Pope, “Estate Planning, Disability, and the Durable Power of Attorney.” South Carolina Law Review, Vol. 30, 1979, at 532-534.
- (132)I.R.C. § 676.
- (133)supra. note 127, at 44.
- (134)Id. at 45.
- (135)Id.
- (136)supra. note 17, at 287.
- (137)Id. at 288.
- (138)Id.
- (139)Id.
- (140)同様の指摘は、supra note 43, at 45.
- (141)新井前掲(11)32-33,38頁
- (142)Phyllis Solomon, “Percipitants of case management from an international Perspective.” International Journal of Law and Psychiatry, 23, 2000, at 420-421.
- (143)Id. at 421.
- (144)Lynn Hackstaff-Goldis, Susan T. House, “Development of a collaborative geriatric program between the legal system and a social work-directed program of a community hospital.” Social Work in Health Care, 14(3), 1990, at 2-3.
- (145)Id. at 5-6.
- (146)Id. at 7.
- (147)Id. at 11-12.
- (148)持続的代理権授与制度と信託について、日本における活用については、新井誠「信託

法と後見法の交錯」ジュリスト 1253 号（2003 年）170～177 頁参照

- (149) AP 通信社が発表した 1987 年の全米後見調査では、後見制度が訴訟行為において正当な過程でなされていないこと、後見人による対応が十分ではないこと、費用がかかりすぎること、一度下した決定は二度と変更しないこと、裁判所による監督が十分になされていないことなどの事態が明らかになった。この内容については、小林秀文「アメリカにおける成年後見制度とその代替システム（1）」72～75 頁参照。
- (150) 公後見制度に関する研究については、Winsor C. Schmidt, Jr., "Guardianship-Court of Last Resort for the Elderly and Disabled." CAROLINA ACADEMIC PRESS, 1995. 参照。
- (151) 広井良典「ケアマネジメントとは何か-介護システムの中核をなすもの」岡本祐三編『[論争]高齢者福祉-公的介護保険で何が変わるかー』からだの科学臨時増刊号（1996 年、日本評論社）92 頁
- (152) John Q. La Fond, Debra Srebnik, "The impact of mental health advance directives on patient perceptions of coercion in civil commitment and treatment decisions." *International Journal of Law and Psychiatry*, 25, 2002, at 537-539. なお、近時、身上監護事項を含めた財産計画を行う際には、事前の意思表示を含めた計画を行うことが推奨されている。これについては、American Bar Association, "Guide to Wills & estates." Second edition, BANDOM HOUSE, 2004.
- (153) *supra*. note 152, at 540.

### 第三節 イギリスの成年後見制度

#### はじめに

イギリスには、成年後見制度に相当する制度として、1985年持続的代理権授与法がある。後見制度については、1983年精神保健法があるが、未成年者も対象にしているため、成年後見制度には含まれないと考えられている。成年後見制度については、1995年、法律委員会は法改正のための報告書を提出した<sup>(1)</sup>。この報告書の内容や、成年後見制度の動向を理解するためには、持続的代理権授与法だけではなく、1983年精神保健法や、コミュニティケア改革についても検討した方が理解が深まると考える。そこで、まず、イギリス後見制度の沿革を概観してから、コミュニティケア改革などについて検討して、報告書について検討する。

#### 2 イギリス後見制度の沿革<sup>(2)</sup>

イギリス後見制度は、土地保有態様に関する封建制度から発展したものである。特に軍事的土地保有態様と結びついたものであった。この場合、土地保有権は後に相続が認められていたが、領主の支配権が強く、相続人が成年者であるときは、相続料の支払いで足りたが、未成年者のときは、領主の後見権が行使されることになった。その後見権に基づき、領主は封地を自己のために使用し収益をあげて、わずかに相続人に適当な養育費を与える義務を負うに過ぎなかった。ここでは、全く後見人の利益のための制度であり、土地保有権は財産的な価値を有し、譲渡、売買できる対象であり、被後見人にとっては大きな財産の負担であった。イギリス中世の後見法でも、封建法の領域外にあった都市の慣習により認められたものは、父の遺言による後見人の指定、都市の機関による任命、公的機関による後見事務の監督など、非常に近代的な制度であり、被後見人の利益も擁護されていた。イギリス後見法の近代化の先駆的役割を果たしたのはこの都市後見制度であった<sup>(3)</sup>。

封建制度が崩壊し始めるとともに、土地保有に付随する奉仕は金納化してゆき、後見権も領主の財産権となり、土地保有に対する重大な負担となった。この後見権を含めた、このような負担を逃れることが発展の一つの要因となったものが信託制度である。しかし、すでに領主の財政、特に最高の領主としての国王の財政と結びついた土地保有に伴う負担は容易に消滅せず、むしろヘンリー8世は信託を消滅させることにより負担を逃れることを防ぎ、その徴収を強化した<sup>(4)</sup>。

1600年代に封建制度が廃止され、軍事的土地保有態様も廃止されたため、一種の国家の財政収入としての後見権は消滅した。その結果都市の慣習による後見制度が採用された。しかし、後見人の監督は十分ではなく、なお被後見人のための後見制度は出現せず、19世紀以降の立法によりようやく現在のような後見制度が成立したのである<sup>(5)</sup>。

1628年に出版されたサー・エドワード・コークの英法提要(Lord Coke, Institutes of the Law of England; or Commentary upon Littleton, 1628)によれば、1600年以前の不動産法を中心とした後見制度は、コモンローの後見制度、成文法上の後見制度、慣習による後見

制度の三種類に分かれ、コモンローの後見制度はさらに 騎士奉仕後見、 自然の後見、 鋤奉仕後見、 養育後見に分かれる。

騎士奉仕後見(Guardianship in Chivalry)<sup>(6)</sup> 騎士奉仕後見は、騎士奉仕采ゆう地保有者が幼年の相続人を残して死亡した場合に起こる後見関係である。後見人になることが出来るのはその主君(国王であるかは問わない)であって、主君は家臣の相続人が男子の場合満 21 歳以下、女子の場合満 14 歳以下で未婚であることを条件として後見権を取得した。騎士奉仕後見の内容は、後見人の自益的性質が顕著であった。主君は被後見人の身体及び財産について後見権を有し、土地から上がる収益の中から養育費を差し引いた残額を取得でき、被後見人のため身分相応の配偶者を選択して結婚させ、お礼をもらうことさえ出来た。この後見は男子の場合成年期まで、女子の場合 16 歳まで継続し、最後に元本だけを返還すればよいので、一種の不動産上の権利と見られ、主君は寵臣にこの土地を与えたり、他人に売ることが存在した。反面家臣にとってはこのような後見制度は甚だ迷惑な制度なので、後見を免れるために領地を自己の一族に信託し、相続人のために管理させた。ここでは信託は極めて広く採ゆうについても行われていたと考えられる。

自然の後見(Guardianship by Nature)<sup>(7)</sup> 騎士奉仕後見の一種で、ある人の推定相続人が(父に対する相続開始前に)母方の祖父の騎士奉仕保有地を代襲相続した場合に生じる。この場合父がまだ生きているので、相続人の身体に関する後見権と土地に対する後見権とが分裂し、土地については主君が、身体については父が後見人となる。従って主君は配偶者選択権はなく、身分に関する権限は一切父にあり、主君はその採ゆうの管理権を持つのみである。この種の父の後見権を "Guardianship by Nature" といい、父によって遺言でさらに後見人を定める権限が留保されていた。なお、養育後見とは、被後見人が常に土地相続人である点が異なっている。

鋤奉仕後見(Guardianship by Socage)<sup>(8)</sup> 鋤奉仕保有地の権利者が、14 歳未満の相続人を残して死亡した場合に発生する。この場合被後見人の財産及び身体の後見人となるのは、その土地について相続権を有しない側(主として母方)の最近親である。1267 年のモールバラ法(Statute of Marlborough)により、財産保全についても身体後見についても被後見人の利益のために行使される。財産上後見人は計算義務を負い、不動産上の収益から管理費用・養育費用を控除した残額を後見終了の際返還しなければならず、被後見人のためでなければ配偶者選択権を行使することが出来ない。法定鋤奉仕後見人は被後見人が満 14 歳になるまで継続し、その後は被後見人自身が後見人を選ぶ権利を有していた。このため、イギリス法では「後見人は後見人というよりはむしろ奴隷だ(Guardians are rather servants than guardians)」という格言があり、農地の一般後見が、被後見人のために行われることを、むしろ強めていたのである。

養育後見(Guardianship by Nurture)<sup>(9)</sup> 未成年者の子供達の中で、～ のように土地相続人にならない者に対して、父もしくは母もしくはそれに代わる者が、子の監護・教育のために自己の死後のことを考慮して遺言によって後見人を定めることが出来る制度で

ある。この養育後見も子供が満 14 歳に達することにより終了する。土地保有に関係しないという意味で、鋤奉仕後見より一層近代後見に近い制度であった。

このような多元的な後見制度は、1660 年の「古い不動産保有条件廃止に関する法律 (Abolition of Old tenures Act)」を中心に、次第に後見人のための後見制度から、被後見人の利益のための後見制度を制定する方向で統一された。すなわち、騎士奉仕不動産保有の制度を自由鋤奉仕不動産保有に変更し、その結果騎士奉仕後見は鋤奉仕後見と同じになり、後見人の選任についても遺言の自由を認めた。さらに 1886 年と 1925 年の後見法 (Guardianship of Infants Act) により、後見制度の中にあつた自益的要素を清算し、完全に被後見人のための後見制度が確立された<sup>(10)</sup>。

精神障害者の後見は、中世に精神障害者に対して国王が後見を行う観念があつたようであり、未成年後見とは異なり、被後見人の保護を目的とするものであつたようである。ローマ法のように後見と保佐を区別する制度は存在しなかつた。精神障害者に対する後見法は、その後は発展せず、その身体や財産については、精神保健法など特別法が制定されており、その中で後見人に関する規定が存在する<sup>(11)</sup>。

### 3 コミュニティケア改革 改革

イギリスのコミュニティケア改革の起源については諸説あるが、1946 年国家保険サービス法、1948 年国家扶助法、同年児童法によって現在の枠組みが整えられたと考えられる。児童法のコミュニティケアの考え方がみられるようである<sup>(12)</sup>。

コミュニティケアの推進が顕著に現れたのは 1960 年代からである。1960 年代には、精神障害者の長期入院を防ぎ、退院を促進することに重点がおかれ、1962 年の「病院計画」では精神病院のベッド数を 10 年間でほぼ半減させるという目標が設定された。コミュニティケアの推進がイギリス政府の保険・福祉政策において重要な政策目標のひとつになったのである<sup>(13)</sup>。1968 年にシーボーム委員会が組織された。同委員会では地方自治体が社会サービス部を設置することを勧告し、またサービス法にも言及して、地域チームとソーシャルワーカーの役割を提起した。シーボーム委員会の勧告を受けて、1970 年地方自治体社会サービス法が成立し、1974 年には地方自治体と保健サービスの再編成が行われた<sup>(14)</sup>。

1970 年代半ばより、イギリス経済の悪化に伴いサービス支出計画が削減される一方で、サービス利用者が増加する状況が起こり、増大するサービスのニーズと公的サービスの水準のギャップが出始めた。また 1980 年代には、コミュニティケア推進策のゆきづまりが明らかになり、様々な問題点が指摘されるようになった<sup>(15)</sup>。また、アメリカのケースマネジメントにならって、ケースマネジメントを含むコミュニティケアの実験プロジェクトが行われた。その代表的なものが、ケント大学対人社会サービス研究所と自治体が共同で行った、在宅ケアの実験的プロジェクトである。調査の結果、柔軟な方法による集中的なサービスの提供とケースマネジメントの実施によって、在宅ケアを継続することが施設におけ

るケアに比べて経費削減をもたらすことが証明され、その後の政策に影響を及ぼした<sup>(16)</sup>。

#### コミュニティケア白書とNHS及びコミュニティケア法

1988年にグリフィス委員会報告書(「グリフィス報告」)では、ケースマネジメントがコミュニティケア政策の最重要事項として、コミュニティケアの財政改革のためにはケースマネジメントの導入が不可欠であることを指摘している<sup>(17)</sup>。さらに、1989年にこのグリフィス報告の内容を大筋で受け入れる方向で、制度改革の概要を示した白書「人々のためのケア 次の10年及びそれ以降におけるコミュニティケア」(「コミュニティケア白書」)を公表した<sup>(18)</sup>。この中では、制度改革の主要な目的として、次の6点を挙げている。

できる限り自分の家で生活できるよう、在宅サービス、デイサービス、短期間の休息のためのサービスを充実させること。

サービス提供者が介護者のための実際的な援助を重視するようにすること。

ニーズの適切な調査及び良いケースマネジメントの適切な調査を良質なケアのための基礎とすること。

良質の公的サービスとともに、独立セクターの充実を図ること。

諸機関の責務を明確にし、諸機関が自らの仕事を説明するのを容易にすること。

社会的ケアのための新たな財政構造を導入することにより、納税者が支払った税金に十分見合ったようにすること<sup>(19)</sup>。

このような目的を達成するため、政府は社会的ケアの供給及び財政制度に関して次の7点を提案している<sup>(20)</sup>。

地方自治体は、個々のニーズの把握、ケアの供給計画、利用可能な財源の範囲内での確実なケアの供給に関し、医師、看護師、他の関係者と連携しながら責任をもつこと。

地方自治体は、保健当局及び他の関係諸機関の計画と一致したコミュニティケアサービスの展開についての明確な計画を策定し、公表すること。政府は、この計画を監査するとともに、社会サービス当局からの報告を求めることが出来る。

地方自治体は、独立セクターを最大限に活用すること。政府はこれを達成するために、受け入れ可能な計画を地方自治体に策定させる。

1991年4月以降は、入所施設やナーシングホームでケアを受けたいと願っている人に対しては、新たな財政制度を導入すること。以降、地方自治体は、一般的な社会保証費目に対する負担のみならず、営利、民間セクターの施設の入所者に対しても、財政面での援助に責任をもつ。ただし、1991年4月以降の入所者については適用されない。

ほとんどまたはまったく資金を持たない者に対しては、自宅、独立セクターの入所施設、ナーシングホーム、いずれに生活しようかと、同程度の所得保障と住宅手当を与えること。

地方自治体は、公的セクター及び独立セクターの入所施設、両方の基準をチェックす

る機関と密接な関係を有する監査、登録機関を作ること。

重度精神障害者に対する社会的ケアを進めるために新たに特定補助金を設けること。

政府は白書の内容の制度改革を実行するために1989年に「NHS及びコミュニティケア法案」を提出し、1990年に「NHS及びコミュニティケア法」が成立し、1993年施行となった。

#### 1990年NHS及びコミュニティケア法<sup>(21)</sup>

「コミュニティケア白書」で提案されていた内容を実施するためには、以下に示すようないくつかの法改正を行う必要があった。

1948年国民扶助法(National Assistance Act 1948)を改正し、地方自治体がケアを必要とする住民をナーシングホーム及び居住型福祉施設においてケアを受けられるように準備を整えることが出来るようにすること<sup>(22)</sup>。

地方自治体にコミュニティケア計画の策定という新たな義務を課すこと。この計画は保健局、住宅担当部局、ボランティア組織などと話し合っただけで策定しなければならない<sup>(23)</sup>。

地方自治体に、コミュニティケアサービスが必要と考えられる人々に対してアセスメントを行い、サービスの提供が必要かどうか判定する義務を課すこと。なお、アセスメントを行う責務については、すでに1986年障害者法(Disable Persons(Services, Consultation, and Representation)Act 1986)が規定しているが、新しい法は責務を拡大している<sup>(24)</sup>。

地方自治体に、自らが運営する居住型福祉施設や、その他自治体が提出したり、手はずを整えたコミュニティケアサービスを監査する権限を与えること<sup>(25)</sup>。

国務大臣に、地方自治体が社会サービスに関する責務を果たすよう方向付ける権限を与えること。たとえば、不服申し立て手続きの創設や、精神疾患患者、薬物依存症者、アルコール依存症者の援助に活用される新しい補助金の交付などである。また、国務大臣には、地方自治体がこれらの社会サービスに関する責務を果たさない場合、その履行を命ずる権限も与えられる。

「コミュニティケア白書」では、コミュニティケアに関する政府の提案に対応する上で保健医療当局及び地方自治体はどうすべきなのかを指摘している。そして、コミュニティケア改革に関するすべての側面をカバーしているのである。

## 4 1983年精神保健法における後見制度

### 背景 1959年精神保健法

1983年精神保健法は、1959年精神保健法を改正したものであるため、その概要と問題点を整理することにする。

1959年精神保険法は、特別な手続きを必要としないインフォーマルな入院手続きを新設

した。その目的は、意思能力のない患者を精神異常証明と収容令という不名誉な烙印なしに、精神病院へ入院させることであった<sup>(26)</sup>。1959年法改正による手続きは患者や専門家に遅滞、恥辱、それまでの手続きにかかる費用をかけずに、彼らが必要とする保護を与えるためのものであった。これらは検査のための28日間の入院、治療のための6ヶ月以内の入院、地域社会における後見人制度の6ヶ月以内の受認と定めている。後の二つの場合は、医療上の勧告があれば、期間を更新できる。すべて資格をもったソーシャルワーカー、または患者のもっとも近い親族による申請が必要とされる。長期にわたる場合、最も近い親族の異議の申立により裁判所のみが却下できる。患者は医者によって退院させることが出来る。ただし長期の場合は最も近い親族、精神保健裁定委員会(Mental Health Review Tribunal)によっても退院させることが出来る。その委員会は弁護士一人、外部からの医者一人、学識研究者一人から構成される。委員会は通常正規の手続によらず、非公式で行われ、医療関係者が患者を診察しその容態を報告するが、必ず患者本人にも面接しなければならない。委員会は一時帰宅や、病院から後見人のもとへの移送などを提案できるが、患者の取り扱いや治療のことには介入できない。これらの手続の基準は、無能力には触れていないし、後見人の必要性についても、治療のための入院にしても、患者は精神病(mentally ill)でなければならないとされる<sup>(27)</sup>。後見人の権限については、コモンローにおいて14歳以下の子供に父親が与えられるすべての権限と同様の権限が与えられている<sup>(28)</sup>。

1959年精神保険法は1970年代に再調査され、政府から2冊の白書が提出された<sup>(29)</sup>。この中で後見の利用状況や問題点が指摘され、法改正への圧力となった。後見が利用されない理由については次の3点が指摘された<sup>(30)</sup>。第一に、後見の権限が不明確なことである。1959年精神保健法は、単に地方保健局が選任した後見人に対しても、私的な個人の後見人に対しても、単に「14歳以下の子供の父親が与えられるすべての権限」を有することを規定しているだけである。第二に、権限が広すぎることである。後見人は、被後見人の住む場所を決定したり、どのような待遇を受けるかを承認できるだけでなく、契約や婚姻についても決定できる。これは、患者は子供と同様に後見人の事前の承諾なくしてこれらの行為を行うことが出来ないことを意味する。したがって、このようなパターンリスティックな対応では、現在の精神障害者のケアには対応できない。第三に、後見人の権限に対して責任が重すぎることである。1959年精神保健法第33条では「後見人の考慮する行動や保護のための広範な義務を負う」ことを規定している。これは、すべての「親としての」義務を負うことを意味し、特に地方保健局が後見人になる場合、責任が重過ぎる。

#### 1983年精神保健法の問題点

1983年精神保健法改正により、後見人の権限は縮小され、本質的な(essential)権限の導入により、親としての(parental)責任は回避された<sup>(31)</sup>。この改革を良い意味で理解すれば、精神病治療において、病院における伝統的な精神医療を要求する、伝統的な精神病患者の

状況を想定していることである。しかし、病院よりも地域（コミュニティケア）に重点を置く患者にとってはすでに時代遅れの制度になってしまっている<sup>(32)</sup>。この改正により後見の利用が増加することが当初見込まれていたが、結果に現れなかった。その原因について、次のことが指摘される。

第一に、後見の職務には、財産管理と身上監護があるが、財産管理については、1959年精神保健法よりも厳しい義務が課せられている。財産管理後見人は医師の無能力証明によりパブリック・トラスト・オフィスへの申立によって開始され、保護裁判所とパブリック・トラスト・オフィスの監督のもとで財産管理を行う。この制度の問題点は、医師の無能力証明など費用がかかること、手続全体が保護裁判所の監督下であり、手続面の煩わしさがあることである<sup>(33)</sup>。

第二に、後見制度そのものが現状に適應しているか疑問があることである。1983年精神保険法7条は、1959年精神保健法33条の規定と大きな違いはない。改正された点は、現行法では、16歳以上でなければ被後見人になれないことである。このことは、子供については、子供を保護する法律の下で扱われること、精神保健法における患者として扱わないことを明らかにしたものである<sup>(34)</sup>。その他の改正は、治療のための病院への入院の根拠に対応したことである。精神薄弱(subnormality)や、強度の精神薄弱(severe subnormality)の概念は、精神的な機能障害(mental impairment)や、強度の精神的な機能障害(severe mental impairment)に代えられたことである。しかし、これに対しては問題がある。イングランドでは、精神障害について特に四つの状態(精神病(mental illness)、強度の精神的な機能障害、精神的な機能障害、精神病疾患(psychopathic disorder))については、後見の適用があると考えられている。これに対して、スコットランド1984年精神保健法36条で、対象者については単に「心神喪失(mental disorder)」と定めているだけである。この違いは、精神障害の中に、精神的に社会的不利な状態(mental handicap)が含まれるかどうかの問題で現れる<sup>(35)</sup>。白書の中では、後見が必要な人の中に精神的に社会的不利な状態の人を含めることが課題であった<sup>(36)</sup>。精神的な機能障害の状態に対してはケアは医療が中心になるが、精神的に社会的不利の状態では医療上のケアはほとんど必要がない。

1984年スコットランド精神保健法第1条2では、心神喪失について「精神病または精神的に社会的不利な状態で原因が明らかなもの」としている。1983年精神保健法第1条2では心神喪失について「精神病、精神の発達を抑止され、または不十分で、精神病の疾患または凡ゆる精神の喪失または障害」としている。スコットランド法では精神的に社会的に不利な状態についての定義を定めていない<sup>(37)</sup>。病気は性質と程度(nature or degree)の問題であり、そのことが後見を認める根拠になると考えているのである。また後見は患者の福祉のために必要不可欠である場合に限られる<sup>(38)</sup>。これらのことから、1983年精神保健法上の「心神喪失」に精神的に社会的に不利な状態を含めるとする考え方があるが、依然根拠は不明確である<sup>(39)</sup>。

第三に、後見人の本質的な権限が、実生活の中で有効に活用できるかが問題である<sup>(40)</sup>。

1983年精神保健法第8条1では後見人の権限について次のように定めている。

- a 後見人によって、患者の住む場所を命じる権限を有する
- b 患者に対して、医療、職業、教育、訓練の目的を明確に述べ、その場所と時間を参加するために命じる権限を有する
- c 患者がいかなる場所に住んでいても、医者や承認されたソーシャルワーカーまたはその他の人と接触することを命じる権限を有する<sup>(41)</sup>

このような権限は、時には患者本人の自律権(autonomy)を阻害してしまう可能性がある。また、1983年精神保健法は本人が能力を喪失してから手続が開始されるので、本人の意思が必ずしも反映されない可能性がある。また、後見人の権限については主に医療との関係について規定されているが、検査のための28日以内の入院、治療のための6ヶ月以内の入院、地域社会における後見制度の6ヶ月以内の受認の中で後見の役割がすでに果たされていて、実際には後見制度のもとでの後見人の権限は、あまり必要ないともいわれている。これらのことは、特に精神的に社会的に不利な状態にある人や重度の混乱のある高齢者(elder severely confused)のケアについて問題が表面化する<sup>(42)</sup>。

#### 福祉の動向と権利擁護

1983年精神保健法における後見制度の問題点の解決の糸口をM.J.Gunnは、国連の知的障害者の権利宣言と権利擁護に求めている<sup>(43)</sup>。そこで、それぞれの内容について若干の検討を試みる。

1971年に国連総会で採択された「知的障害者の権利宣言」(前文と7か条)第1条では、「知的障害者は、實際上可能な限りにおいて、他の人間と同様の権利を有する」と規定している。また、第5条では、「自己の個人的福祉及び利益を保護するために必要とされる場合は、知的障害者は資格を有する後見人を与えられる権利を有する」と規定している。また国連は、1975年に「障害者の権利宣言」(前文と13か条)を採択し、障害者の定義を明らかにするとともに、総合的な権利保障を承認したのである。その第1条では、障害者の定義として、「先天的か否かにかかわらず、身体的または精神的能力の不全のために、通常の個人または社会生活に必要なことを確保することが、自分自身では完全にまたは部分的に出来ない人のことを意味する」としている。また、第5条では、「障害者は、可能な限り自律させるよう構成された施策を受ける資格がある」と規定し、健常者と同様な生活保障、人権保障を受けることを明言している<sup>(44)</sup>。

現在のイギリスの後見制度には国連で採択されたような障害者の権利擁護の役割を果たす機能は存在しない<sup>(45)</sup>。これに対して、アメリカの後見制度では、障害者の権利擁護のための支援(advocacy)の機能を有している。ここでいう支援とは、障害者の権利を擁護し、生活の質を高める立場で障害者を代弁する活動を意味し、後見人には、この活動を行う人(advocate)としての役割を有している<sup>(46)</sup>。

精神的に社会的に不利な人を後見の対象に含めるかどうかの問題は、そのような人をコ

コミュニティの中でケアするか、医療上のケアをするかの問題と密接な関係にある。精神保健法上の後見の対象になると考えれば医療上のケアが中心になる。しかしほとんどの場合医療上のケアは必要とされないこと、障害者の自立支援の視点からは、むしろコミュニティの中でケアすることが望ましいと考えられる。後見の対象者を明確にすることによってケアの形態が決定されていくことを十分に考慮しなければならないのである。障害者の権利擁護の視点からも後見の対象を明確にすること、そのことによって後見人の役割や被後見人へのケアの内容が明確になるのである。

## 5 1983年精神保健法における財産管理について

現行法では、財産管理については、1985年持続的代理権授与法における持続的代理権制度 (Enduring Powers of Attorney)、1983年精神保健法上のレシーバーシップ (Receivership)、被任命者制度 (Appointeeship) がある<sup>(47)</sup>。持続的代理権制度は、意思能力がなくなった後でも代理権が有効に持続する制度である。要件は、本人が意思能力のあるうちに代理人に代理権を授与することと、代理人は本人が無能力になると保護裁判所に登録する必要があることである。レシーバーシップは、持続的代理権が設定されていない場合、医師の無能力証明によりなされたパブリックトラストオフィスへの申立により開始する。この際、保護裁判所は、本人が無能力であることの証拠を精神保健法第1条に基づき要求する<sup>(48)</sup>。被任命者制度は、意思無能力者の代わりに社会保障の給付金を管理したり、使用する制度である。通常家族や友人がなるが、場合によっては地方公共団体の職員がなることがある<sup>(49)</sup>。

レシーバーシップや被任命者制度には、それぞれ意思能力が十分ではない人への対応に関する問題点を抱えている。レシーバーシップの場合、医師による無能力であることの証明や、パブリックトラストオフィスへ納めるための費用などが必要だが、その費用が高いことが指摘されている<sup>(50)</sup>。また、保護裁判所で、無能力であることを証明しなければならないので、精神的に耐えがたいものであることも指摘されている。また、被任命者制度では、本人の能力の判定について完全に能力があるか、それともまったく能力がないのかのオール・オア・ナッシングで判断されるため、痴呆高齢者のように十分ではないがある程度の意思能力がある場合に適切な対応が出来ない場合がある<sup>(51)</sup>。新たに持続的代理権授与法が制定されてこのような問題点はおおむね克服されたと考えられる。

## 6 障害者の意思決定をめぐる法改革の動向

精神保健法の改革は、精神病治療において病院における伝統的な精神医療における精神障害者の状況を構想したものであった。しかし、病院よりも地域（コミュニティケア）に重点を置く患者にとっては今日時代遅れの制度になっている。伝統的な精神医療がまったく必要のない精神障害者が増加している中で、F事件<sup>(52)</sup>により、障害者本人の意思が必ずしも尊重されない事態があることが暴露された。しかしこれは、そのような障害者がどん

どん明らかになるので問題を提起したに過ぎなかった。そのような障害者の数が増加するだけではなく、ほとんどが現在地域の中で生活していて、それほど複雑でも公のものでもない問題に直面し、もはや障害者たちの主張を却下することが、他の市民を尊重するということが承認されなくなったのである<sup>(53)</sup>。

#### 法律委員会の研究

1989年法律委員会も法改正を助長するために、障害者に代わって意思決定を行うための新しい「法部門」を調査するための独立した制定法のための団体を創設するための大法官の承認を得た。1991年にコンサルテーションペーパー<sup>(54)</sup>が公表されたが、現行法の細部まで再考され、法の不備、改革の価値について外国で採用された類似の問題解決に触れ、改革のための様々な取り組みがなされた<sup>(55)</sup>。

その根本原則は、ノーマライゼーション、自己決定、最小限度の干渉、スティグマなしの保護、意思決定の代行である。これらは次のように要約される。

自分のためにすることが出来る意思決定は出来るだけ本人自身によってすること  
本人の利益や他人からの保護のために、本人の代わりに意思決定をする必要がある場合は、干渉は最小限度で行い、本人がやりたいことは出来るだけそのままさせること  
悪質な利用、無視、身体的、性的、心理的虐待に対しては厳密な保護をすること

常に問題になることは「何もしない」かどうかの選択権である。その選択権は常に法律上問題のある人のために権限を付与するので常に用心しなければならない。しかしこの複雑で難しい分野において判例で処理できる問題であると考えたり、または立法により解決しようとするのがかえって害になると考えがちである。しかしながら圧倒的に立法に賛成の反応があった。ほとんどは、断片的な改革を増加させるよりも総合的な改革を指示した<sup>(56)</sup>。

また、法律委員会は私法と公法について組合わせることを考慮している。

本人の通常の状態を扱う「私法」の分野に「無能力」の定義を含めること、いつものように障害者の代わりに行動や意思決定をするのか  
事前の意思表示やリビングウィルを含む医療の決定に関係のある治療や調査について  
精神障害者や弱者を虐待や無視から守るための社会福祉事業の権限に関連する公法上の保護について<sup>(57)</sup>

法律委員会はこれらの内容について1995年に報告書を提出して草案の形で具体的にまとめた<sup>(58)</sup>。

#### 「能力」の定義

報告書は、人は皆能力があり、疑いのある場合においてこのことを主張することが人々

にとって望まれることであると仮定する。能力について、決定する能力があっても他のことが出来なかつたり、決定できるときと出来ないときがある。法律委員会は能力の定義について詳細に調査し様々な対応をしているが、その対応は、障害者の機能や知覚に接近するため、現行法を広く解釈している。ここでは、二つの場合が無能力であるとしている<sup>(59)</sup>。

第一に、人が「精神的無能力の理由により出来ない」<sup>(60)</sup>とは、個々の決定がもし彼が精神無能力により被害を受けることが精神または知的障害によるものであり、永久または一時的なものであり、その結果精神機能の悪化または妨害があること<sup>(61)</sup>、無能力の決定が必要なときに、彼が理解したりその決定に関する情報を保持することが出来ないことで、その決定をすることの失敗または、何とかして決定した結果を合法的に予知できるかの情報も含む<sup>(62)</sup>彼が一般的な言葉や単語の説明を理解するための情報が理解できること<sup>(63)</sup>、そして彼はその情報に基づいて決定をすることが出来ないこと<sup>(64)</sup>理解は出来ても精神疾患のためにその情報に基づいて本来の選択が出来ないこと、を意味する。しかしながら「単に通常の分別のある人によってなされる決定をしないから」決定が出来ないとは考えられない<sup>(65)</sup>。

第二に、もし本人が決定について無意識または他の理由で本人の決定について話し合うことが出来ないならば能力はないとする<sup>(66)</sup>。これは能力があるかないかの最初の判断基準となる<sup>(67)</sup>。しかし発見するためにも純粹には話し合うことは不可能である。決定の中には必然的にこれらの人に代わってなされるものもあるが、本人との会話において、本人のために十分にケアが行われない危険がある。このために「決定伝達のために実行可能なすべての手段が尽くされ、不成功に終わった場合を除き」自己の決定を伝達することが出来ない者とみなされないものとする<sup>(68)</sup>。

考慮される人を鑑定することについて、草案は三つの事柄をあげている。第一に、本人のために意思決定の代行をする人を本人とセットで供給すること。第二に、考慮の対象となった人により承認された代理人により形式張らない通常の決定をすること。第三に裁判所により承認されたマネージャーにより、または裁判所によってなされた決定の議論の場を提供すること、である<sup>(69)</sup>。

### ガイドライン

法律委員会は、「最善の利益」(best interest)と「意思決定の代行」(substituted judgment)の取扱の妥協を試みた。もし事前の拒否(advance refusal)(または事前の同意(advance consent)の問題)または代理人に、行うか行わないかの明確な指示をする事を表明された場合、本人の要望について明らかに影響を受ける。そのような指示のない「最善の利益」と「意思決定の代行」の対立は明らかである。もし本人が自分のための決定をする能力をもっていなかったら、本人の選択を事前に行う価値や優先権を見出すことは不可能であろう。しかし能力のない人に代わって決定を使用とする人は誰でもその能

力のない人の身になり、その人にとって最善となることは何かを考慮しはじめる。能力のない人の特有の人格、価値観、好み、要望、感覚は、その人にとっての最善とは何かの判断をするための重要な事項である。能力のない人の中には、好みや好まないものとの関係をもち、そうでなければ通常の価値観を持った人と考える余地があることがある。この点から考えられることは、本人が要求していると考えられる理由があるならば、本人の財産に対して物惜しみをせず、機関であっても、本人の最善の利益に配慮すべきである<sup>(70)</sup>。このため、法律委員会は常に本人の最善の利益を考慮するために以下の事項について決定されなければならないとしている。

本人が過去及び現在において持つと認められ得る希望と感情、および本人に考慮する能力があるとしたら考慮するであろう諸要素。

本人のためになされ、かつ本人に影響のある決定について、本人が可能な限り十分に参加すること、または参加できるようにその能力を開発することを許容し、かつそのような参加または参加能力の開発を推進する必要。

本人の希望と感情、ならびにどうすることが本人の最善の利益にかなうかについて、本人以外の者の意見を聞くことが妥当かつ実行可能な場合においては本人以外の者の意見。

何らかの行為または決定が必要とされる目的が、本人の行動の自由の制限をより少なくする態様において効果的に達成され得るかどうかについて、考慮するものとする<sup>(71)</sup>。

#### 草案の基本的な権限

現行法と裁判所に頼る必要を縮小することを明確にするために草案は問題とされる事項に関して意思能力を欠いているか、または欠いていると信じるのが相当と判断される者の身上の福祉または医療のためにするすべての行為は、あらゆる状況を考慮して、なされることが相当である場合、これを合法とする人に対する個人的な社会福祉や医療に関するすべての通常の法的権限を授与する<sup>(72)</sup>。これは現行法では困難なことである。すべての事柄や家族や専門家の介護者はこの内容を支持した。意思能力を欠く者に対してケアを提供するための一般的な権限には（司法期間が権限を付与する場合を除き）その者の意思に反する行為を強いるために強制力を行使する権限までは含まれない。また、本人の意思に反するか否かを問わずその者の身体を留置または拘束する権限はないものとする。このような規定は、意思能力を欠く者に重大な危害が及ぶ危険を避けるために必要な手段をとることは認める<sup>(73)</sup>。主務大臣は指示を与えるために実務規定を定め、かつ、状況に応じてその規定を改定するものとする<sup>(74)</sup>。

基本的な権限についてはこのように理解されるが、特に医療の分野についてはその制限について詳しく説明する必要がある。事前の意思表示との関係で最も重要な論点は「リビングウィル」である<sup>(75)</sup>。

### 治療の事前の拒否(advance refusal)

事前の意思表示(advance directive)は、異なった意図や結果を多く証明する。多くは、特定の偶発事件における取り扱いの手引きのための一般の文献として示される。中には与えられた取り扱いの特定の形式に対して、要求を明らかにすることがある。これは患者の最善の利益と考えられない取り扱いを医者が行うことを禁止しない。しかしもちろん、そのような取り扱いをするための承諾をして専門家が何をすべきかを決定するとき「最善の利益」を考慮すべきである。より困難な問題は、医者がすることを望む治療の事前の拒否の影響を考慮することで、特にその治療が生命を維持するために必要な場合問題になる<sup>(76)</sup>。

イギリス法は、すでに事前の治療の拒否の有効性を承認しているが、もちろんそれが事実で、有効で、実際に起こった事情に対応するためのものである。そこで草案は、内科、外科、または歯科の領域における治療またはその他の処置について、同意を与え、または拒否する能力を失うときがきたら、そのときに効力を生じさせる意図をもって、その治療またはその他の処置を拒否することであると定義する。そして事前の治療拒否の適用がある治療または処置に対して、一般的権限に基づきその治療またはその処置を行う権限が与えられることはない<sup>(77)</sup>。事前の拒否は、その有効性もしくは適用可能性についてまたは事前の拒否が撤回もしくは変更されたかどうかという問題について審理が継続しており、裁判所が採決を下すまでの間拒否をしている者の死亡またはその病状の重大な悪化を防止するために必要な行為をすることを妨げない<sup>(78)</sup>。

事前の治療拒否は「基本的なケア」の供与、すなわち直接栄養および水分を経口摂取するための供与、ならびに身体の正常を保ち、激しい痛みを緩和するためのケアを妨げないものとする<sup>(79)</sup>。反対事実の証明がない限り事前の治療拒否をした者のケアをする者が事前の治療拒否により、拒否した人の生命、またはその人が妊婦であれば、胎児の生命が危うくなると考える事情がある場合には適用がないとされる<sup>(80)</sup>。事前の治療拒否の適用があると信じる相当な理由がある場合には、治療または処置をしなかったことから生じる結果を理由として責任を負わないものとする<sup>(81)</sup>。事前の治療拒否は拒否した者が撤回または変更する意思能力がある限り、いつでもそれを撤回することが出来る<sup>(82)</sup>。この問題の予防策は、事前の治療拒否を無効にするための権限の意思表示を代理人に承認してもらうことだろう<sup>(83)</sup>。

### 議論のある治療行為について

処置方法の中には通常の権限から除外される治療行為がある。なぜならまったく医療とは違った問題が生じると考えられ、患者自身の判断を認めることが必要だからである。現行法の下での主要な例は不妊化の問題だが、毎月の管理を含めて治療上の理由から実行した手術の影響に付随しない場合がある。不妊化の形式には三つのタイプがあり、法

律委員会はそれらに対して言及している(84)。

三つの類型の取り扱いについて裁判所の承認、または代理人もしくはマネジャーの同意を必要とするものとして挙げられた一定の治療または処置は一般的な権限によってこれを行うことは許されないものとする。これらは永久に不妊とし、またそうなる可能性が合法的に認められる治療もしくは処置は、生殖器官の疾患を治療し、または現に月経に与えている有害な影響を緩和するためになされる場合、再生不能の組織、または骨髄の移植を容易にするための治療または処置、主務大臣により定められた裁判所の承認を必要とするその他の治療である(85)。

現在まったく独立した承認を要求しない取り扱いの中には、開業医の独立した承認においてのみ行われ得るか、または代理人またはマネジャーが同意をする権限を持つ。これらは月経、不妊化(個人の精査を避けるために簡単に操作することが出来る)、墮胎(現在の母親のためではなく胎児のためのセーフガードである場合)精神病治療の患者を監禁する場合要求する。第二の意見であるそれらの精神病治療は現在電気治療(ETC)及び三ヶ月以上の精神病院への入院である。現在は強制的な手段のもとでの監禁をしてはならない患者であると考えられる。なぜなら監禁と同じ保護に対して反対することができないからである。そして、主務官庁の許可が必要な場合がある。しかしながら裁判所の承認の必要な取り扱いとは違って、調査する間死亡や深刻な悪化を避けるために必要な行動を防止するものではない(86)。

#### 治療ではない手続

Airedale NHS Trust v Bland 事件では、何もしないで生活をするという状況に固執する患者に人工的な栄養と水分を与えない権限について問われた。Mistil 裁判官は、「悩まされる真実は、そのような患者の最善の利益ではないいかなることで回避されてはならない」ことを認めた(87)。しかし権限を与えるための調査と独立したセーフガードを強制することにも十分な理由がある。草案は、意識を喪失し、大脳皮質の活動が止まり、かつ回復の見込みのない患者について、その栄養及び水分の人工的摂取を中止する行為は、一定の制定法上の要件が満たされなければ合法であるものとする。しかしその行為の決断のできる人は裁判所で承認された代理人またはマネジャーのみである(88)。裁判所、代理人、マネジャーまたは特別医務官が大脳皮質の活動が止まりかつ回復の見込みのない患者について、人工的生命維持の中止を決定する場合において、最善の利益に関するチェックリストに挙げられた諸要素を考慮しなければならない(89)。

主務大臣は、同意能力を欠く者に関する処置が、その者の利益のために行われない場合、その者に著しい危害をもたらさず、他の者には利益になると予測できるときは、当該処置を行う命令を下すことが出来る(90)。草案はこの点について特にひとつの例を挙げている。リサーチの手順は被験者の利益となる見込みがなく、または見込みが遠い将来のことである(91)。提案されているセーフガードには二つのタイプがある。第一には、リ

サーチの計画自体は、特別に制限されたりサーチ委員会によって財産を調べられる。リサーチは意思無能力の症状の原因もしくは治療、またはかかる症状を示している者の、ケアに関する知識の提供をすることが望ましい場合にのみ承認される。そのリサーチにより、被験者がさらされる危険は取るに足りないものであり、かつ被験者を不当に侵略または制約するものではなく、かつ被験者の行動の自由またはプライバシーに不当に介入しないものでなければ有効ではない<sup>(92)</sup>。第二に、リサーチは同意能力を欠く者、または欠いているかもしれない者の参加がなければ、目的が有効に達成されえない。そして（委員会は彼らとの直接の連絡がないことが証明されなければ）、彼らが参加したことの特別の承認は裁判所、または権限を与えられた代理人、またはマネジャーまたは開業医により与えられる<sup>(93)</sup>。彼らの決定は、参加者の最善の利益によってなされる必要はないが、再考慮する場合、最善の利益の概念を考慮しなければならない<sup>(94)</sup>。

そこで、検討された上での区別は以下ようになる。本人の生命維持の取り扱いの適切な中止、または臨床医によらない調査への参加は、本人にとってよいことである場合のみなし得ることで、そのため厳重な限定をしなければならないことと、臓器や骨髄を提供することは、約束された受取人と同様にその人にとって、利益のあるものと考えられる場合のみ承認され得ることになる<sup>(95)</sup>。

#### 身上監護のための持続的代理権(Continuing Powers of Attorney)

現在の持続的代理権(Enduring Powers of Attorney)の形式は、財産管理の事項に限られている。身上監護のための持続的代理権では、財産管理の問題と同様に、健康や身上の福祉に関する事項を含む、すべての事項についての代理人の任命が可能になる。代理人の権限の明確な範囲は、授権者の身上の福祉、医療、財産管理、訴訟手続きの追行に関する事項に及び、条件または制限を加えることにより制約することができる<sup>(96)</sup>。しかし、医療の代理人は、自動的な制裁を受けることになる。医療処置の同意、拒絶については、授権者がその処置に対し自ら同意、拒絶をする能力がない場合に限られる。精神障害または身体障害についてその判定または治療のためにする授権者の入院に対し、このような入院が授権者の意思に反する場合は、代理人は同意する権限を持たない。代理人は、授権者の基本的なケアを施さず、またはその提供に同意を与えることを拒否する権限を持たない。また、代理人は授権者が事前の治療拒否によって、拒否していた医療処置に対して同意することができない。同意できない事項は、裁判所の承認を必要とする処置、特別医務官の証明書を必要とする処置、栄養もしくは水分の人工的摂取の中止、授権者以外の者の利益となる処置、非治療手リサーチへの参加である。ただし、代理人に対し同意する権限が明示的に与えられていた場合は同意できる<sup>(97)</sup>。

代理人が、任命されるまでは権限を取得しないことは、単純な手続により登録される<sup>(98)</sup>。しかし、任命されると授権者の能力のあるなしに関係なく代理人の権限は有効になる<sup>(99)</sup>。授権者は代理人を非公式な文書に記載し常に能力あるうちに撤回することができる<sup>(100)</sup>。

また事前に記載した人とは別の人を代理人に任命できる(101)。

裁判所は、代理人が付与された権限に反するか、もしくは反するであろう行動、または授権者の最善の利益にかなわず、またはかなわないような行動をとったことがあるか、現にしているか、またはとろうとしている場合、身上監護のための持続的代理権を意図した文書の登録を、拒否するよう支持したり、その身上監護のための持続的代理権を取り消すことが出来る。裁判所の役割は、一方では授権者の希望を尊重し実行するが、他方では授権者の意思決定の代行をする。裁判所は、授権者が反対の意思を明示しない限り、代理人が行動することの出来る権限の範囲を修正または拡大する権限を持っているのである(102)。

### 裁判所の権限

その他の重要な目的は、財産に関する事柄のみではなく自ら決定できない身上の福祉や医療について決定したり議論したりする包括的な裁判権を提供したことである。ほとんどの判を押したような決定は通常の制定法の権限の下でなし得ると考えられている。たとえば、財産と収入の関係または医療の決定の議論のように、幅広い権限が要求されたり議論がある場合のみ裁判所へいく必要があるのだろう(103)。

もちろん裁判所は、本人が問題に対して、決定する能力があるかどうかを宣告する権限を有している(104)。能力がないと断言された人は、裁判所は、自動的に代理人やマネジャー、又は裁判所が指名した人に権限を与える(105)。誰もが解任される可能性がある(106)。もし問題について決定が出来ない場合、裁判所は、その人についてマネジャーを決定して任命する権限を持つ。しかしながら、最小限の干渉で仲裁するために、マネジャーの承認よりも、問題を解決することが優先される。もしマネジャーが限定され、または短命な人に権限を承認しなければならないなら、できる限りの事をしなければならない(107)。草案は、この方法において解決するいくつかの問題のリストを挙げているが、中には住所や連絡についての問題、医療その他の取り扱い、財産のすべての形式の処分や管理の問題が含まれる(108)。

高等裁判所は、臨時的に宣告の手続きの下での住所や連絡の問題の規定を要求している。特に病状がこの目的に合っているときである。しかしながら実際には、身上の福祉や医療との関係における裁判権の要求のようなものはほとんどなく、また、収入や財産の関係の分野で要求されるだろう。しかしながら、報告書の中では、明らかに精神保健法の下で生じることについて勧告されていて、根本的な取り上げ方の変更がなされている(109)。

現在比較的「略式裁判」の下で、単独の問題を解決するための裁判所の権限は、ほとんど利用されていない。実際は財産を含む問題でない限りほとんどなく、裁判所は中程度の公的受託者を通じて管理していると考えられる。レシーバーシップにおけるレシーバーは、単に収入を受領し管理するために任命されるが、適用は常に必要とあれば資本

を放棄するために適用される。この方式は、保護のために高い地位を与えるが費用が高い。新しい提案の下では、マネジャーは、資本も収入も管理することを想定して任命され、裁判所が保護のための方法を示し、保護や報告書の作成を裁判所が要求した場合は行う<sup>(110)</sup>。これは、裁判所の年間の費用や現在のレシーバー専門の費用を負担しなければならないことと比べると、はるかに費用を安くするためのものである。もし、保護のためのより高い費用を要求されたら、裁判所は適切な場合、公的受託者のマネジャーを任命することが出来る。能力のない人の利益のために、受託者が解決する権限を持つことでもある。そこで実際にはこれらの提案は、財産や所持を管理できない人の能力の管理において、公的受託者事務所により、現在の私的自由の尊重の独占は享受されているのである<sup>(111)</sup>。

#### 精神保健法との関係

医療のための病院での強制的な承認や治療は、精神保健法と関係がある。精神保健法の下での後見人は現在も残るが、本質的には公法上の手続きが、社会福祉事業の権限を管理している。精神保健法上の後見人と、草案の下での身上についてのマネジャーは区別される。後見人は、患者の自己決定のあるなしにかかわらず、地域社会の中で患者の生活を監督、管理する<sup>(112)</sup>。

#### 弱者のための公法の保護

法律委員会の報告書は、能力のない人の保護のみではなく、地域社会で生活している成年の弱者に対する病気の治療のリスク、無視、深刻な搾取に対する保護についても言及している。高齢者の虐待の問題や無能力になりつつある成年者の（心理的、性的）虐待が増えている。断片的な権限では十分に対応できない<sup>(113)</sup>。

弱者の定義は、意思能力その他の能力を欠くため、または年齢もしくは疾病のために意思能力を欠き、コミュニケアサービスを現に必要としているか、または将来必要とすることが見込まれ、かつ、現に自らケアすることができないか、または将来できないことを見込まれ、または著しい危害または重大な搾取から、自らを守ることができないものことである<sup>(114)</sup>。社会福祉事業が弱者に対する、（強制的ではない）事前の調査をすることも認められている。そして一時的に保護することも認められている<sup>(115)</sup>。もし断られたら、裁判所は、特定の建物に立ち入る権限を付与する令状を、発行する権限を有するものとする<sup>(116)</sup>。また裁判所は、地方当局の担当者の申立に基づき調査命令を下す権限を有する<sup>(117)</sup>。最後の手段として、裁判所は短期間移動させる命令を下す権限を有する<sup>(118)</sup>。

これらの権限は、1989年未成年者法に含まれる子供を保護する権限と、同等の権限をほぼ模範にしているが、ケアについては、成年者の発育不全については除かれており、可能な限りの自己決定権を保護することを考慮している。これらの権限はすべて重要で

あると考えられている。弱者が反対するとわかるか、信じられる権限であればその権限は行使することができない。それは精神障害が原因で病気になると信じられる合理的な原因がない限り行使できない。精神障害か、そのされている援助を拒否している場合はそれに従うべきである。多くの高齢者や精神障害者は独立した生活を好む。ときに不安もあるが、それは彼らの選択なのである<sup>(119)</sup>。

## 7 小括

イギリスにおける精神保健法上の後見制度と、1995年に公表された法律委員会の報告書の内容について、成年後見制度における身上監護に関する議論について検討した。意思能力が十分ではない成年者については、1983年精神保健法に後見の規定がある。この制度の最大の問題点は、後見は、本人の能力喪失後でなければ効力が発生しないことである。1985年持続的代理権授与法のように、意思能力のあるうちにリビングウィルや、身上に関する事前の意思表示に関して代理権を授与するための規定はない。しかし、自己決定権の尊重、ノーマライゼーションの重視、意思決定の代行を重要視する点から、身上監護についても事前に手当てをするための制度の必要性が指摘されている。

身上監護のための持続的代理権について、報告書の中では、財産管理の問題と同様に、健康や身上の福祉に関する事項を含む、すべての事項についての代理人の任命が可能になる、としている。代理人の権限の範囲は、本人の身上の福祉、医療、財産管理、訴訟手続きの追行に関する事項に及び、条件または制限を加えることにより、あらかじめ制約することができる。医療処置の同意、拒絶については、本人がその処置に対し自ら同意、拒絶する能力がない場合に限られる。本人の日常生活にかかわる生活の場を確保し、医療に関する決定、保健、介護などの福祉サービスの提供を含めた総合的な生活支援であるといえる。

精神保健法については、障害者の人権を擁護する立場から1995年、1998年に法改正がなされた。身上監護に関する持続的代理権授与法を含めた1995年法律委員会報告書では、意思能力が十分ではない成年者の権利擁護のためには法律のみではなく、医療、保健、福祉の連携が必要であることを証明することになった。しかし、実際の法改正は、医療に関する事項をめぐる議論などから立法が難航しているといわれる。今後の動向が注目される。

同じ程度の障害状況であっても、不自由の水準は国によって異なることに注目し、最も発達段階の後進的な国々の、障害者の人権保護の水準を引き上げることによって、世界中の、障害者の人権保証の水準を引き上げることを目的として、国連は、1981年を「国際障害者年」とした。また、障害者問題の重要性を認識させるためには10年1サイクルの期間で活動が必要であると考え、1982年、1983年から1993年を「障害者の10年」と定められた。そして、世界の国々が、それに準拠して、障害を持つ人々の存在に注目し、ニーズに応え、制度を整えていくために、1982年に国連は「障害者の世界行動計画」

を採択した<sup>(120)</sup>。

イギリスでもこのような動向を踏まえて、1986年障害者(援助・助言・代表)法、1990年国民サービス及びコミュニティーケア法を制定した。これらの法律の制定は、脱施設化による地域における自立に向けて、全面的に政策を転換したものである。これらの法律の対照となる人々の多くは、精神に障害があるために自己決定が十分にできない人である。障害者の権利擁護のために代弁をすること(advocacy)、また、援助する人(advocate)の援助なしにはこれらの制度を十分に活用することができない。イギリスの現行法では、1986年障害者法第1条に地方自治体に対しての意思決定について規定はあるものの、能力が十分ではない人への意思決定の代行を支援する制度は現行法では十分ではない<sup>(121)</sup>。権利擁護の視点からも、法律委員会の報告書の内容が立法化されることが望まれるのである<sup>(122)</sup>。

<注>

(1) Law Commission NO.231, Mental Incapacity, London HMSO 1995.

(2) イギリス後見法の沿革については、すでに詳細な検討がされているので、それらの文献を整理した。参考文献は、戒能通孝「後見法」『家族制度全集法律編第三巻 親子』(河出書房、1937年)299~308頁、志村武「アメリカ合衆国における後見制度 その意義・沿革・種類、団体後見制度及び法の適正な過程の具体化と部分的に後見制度に代わりうる諸制度」田山輝明・浦川道太郎・内田勝一・岩志和一郎編『現代家族法の諸相 高野竹三先生古稀記念』(1993年、成文堂)432~439頁、註釈親族法(下)(有斐閣、1952)135~137頁、139~145頁

(3) 前掲註釈親族法 139~140頁

(4) 前掲註釈親族法 140頁

(5) (4)に同じ

(6) 戒能前掲 301~302頁、志村前掲 433頁

(7) 戒能前掲 303頁、志村前掲 433~444頁

(8) 戒能前掲 303~304頁

(9) 戒能前掲 304~305頁、志村前掲 435頁

(10) 戒能前掲 307頁、志村前掲 435~436頁

(11) 前掲註釈親族法 137頁

(12) 加瀬裕子「新介護システムとケアマネジメント」ジュリスト増刊『福祉を創る』(1995年)140頁

(13) 平岡公一「イギリスにおける高齢者福祉の改革-在宅ケアを中心に-」福地義之助・冷水豊編『高齢化対策の国際比較』(第一法規、1993年)48頁

(14) 加瀬前掲 141頁

(15) 平岡前掲 49~50頁

- (16)実験プロジェクトについては、Bleddyn Davies and David Challis, “Case management in Community Care”, Gower, 1986. (窪田暁子ほか訳『地域におけるケースマネジメント』(光生館、1991年)プロジェクトに関する指摘については、平岡前掲 52 頁)
- (17)加瀬前掲 141 頁
- (18)Caring for People: Community Care in the Next Decade and Beyond, Cm849, HMSO. 1989. (小田兼三監訳『英国コミュニティケア白書』中央法規出版、1991年、178頁)
- (19)Id. at 5. 前掲(18)178 頁
- (20)Id. at 5-6. 前掲(20)178～179 頁
- (21)この内容については、Barbara Meredith, “The Community Care Handbook: The new system Explained”, Age Concern England, 1993. (杉岡直人・平岡公一・吉原雅昭訳『コミュニティケアハンドブック-利用者主体の英国福祉サービスの展開』ミネルヴァ書房、1997年、38～39頁)、なお、コミュニティケア法についての詳細な検討については、橋本宏子「福祉サービスと権利保障(2)」神奈川法学 32 巻 2 号(1999年)73～153 頁参照
- (22)National Health Service and Community Care Act 1990 §42.
- (23)Id. § 46. なお、コミュニティケア計画については、第 3 項で、1948 年国民扶助法第 3 章、1968 年保健サービス及び公共保健サービス 45 条、1977 年国民健康サービス法第 21 条及び付則 8、1983 年精神保健法第 117 条の方針に従うことが規定されている。
- (24)Id. § 47.
- (25)Id. § 48.
- (26)ブレンダ・ホゲット「老人性精神病と薄弱：強制入院及び法定後見の手続」国際家族法学会第 6 回世界会議国内委員会編『国際社会-その苦悩と政策への挑戦-』(日本加除出版、1991年)330 頁
- (27)前掲(13)331 頁～332 頁
- (28)前掲(13)332 頁
- (29)White Paper, 1978, “Review of the Mental Health Act 1959” Cmnd.7320. White Paper, 1981, “Reform of Mental Health Legislation”, Cmnd.8405.
- (30)M.J.Gunn, “Mental Health Act Guardianship: Where Now?” Journal of Social Welfare Law, 1986, No.3, at 145.
- (31)Id. at 145.
- (32)Brenda Hale, “Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making: The English Perspective”, International Journal of Law and Psychiatry, Vol.20, No.1.1997. at 62.
- (33)Gorden R Ashton, “Elder People and the Law”, 1995, at 311, 315-324.
- (34)Gunn, supra. Note 9 at 147.

- (35)Gunn, supra. Note 9 at 147.
- (36)White Papet,1978, note 8 at para. 4.8.
- (37)Gunn, supra. Note 9 at 148.
- (38)ホゲット前掲(26)332 頁
- (39)Id. at 148.
- (40)Id. at 149.
- (41)1984 年スコットランド精神保健法上の後見人も同様の権限を有している。S.41, Mental Health(Scotland) Act 1884.
- (42)Id. at 149. なお、医療や検査に関する規定は 1959 年精神保健法の内容が 1983 年精神保健法第 2 条、3 条、7 条に引続き適用された。
- (43)Id. at 150-152.
- (44)手塚直樹・加藤博臣共編『障害者福祉基礎資料集成』(光生館、1985 年)7 頁以下に「知的障害者の権利宣言」が、9 頁以下に「障害者の権利宣言」が掲載されているので、引用した。なお、原文では、「精神薄弱者」の表記になっているが、本文では、知的障害者に書き直している。
- (45)Id. at 150.
- (46)東京都心身障害者福祉センター編『アメリカ合衆国における発達障害者の権利擁護の理念と施策(資料集)』(1986 年)213 頁の用語解説。
- (47)Joan Langan “ In the best interest of elderly people? The role of local authorities in handling and safeguarding the personal finances of elderly people with dementia ” ,Journal of Social Welfare and Family Law, 19(4),1997, at 464-465.
- (48)イギリス持続的代理権授与法、精神保健法の詳しい検討については、新井誠『高齢社会の成年後見法』(有斐閣、1994 年)6 頁以下参照。なお、持続的代理権授与法については、新井誠「無能力者の財産管理 イギリス法の経験から学ぶもの」ジュリスト 995 号 72 頁(1992 年)、南方暁「成年後見をめぐる比較法研究 英国における高齢者の財産管理」川井健・利谷信義・三木妙子・久喜忠彦・野田愛子・泉久雄編『講座 現代家族法 第 4 巻親権・後見・扶養』(日本評論社、1992 年)161 頁、日弁連司法制度調査会成年後見制度海外調査団『欧米 6 カ国の成年後見制度調査報告書』(1995 年)55 頁以下、デンズィル・ラッシュ、志村武訳「持続的代理権」実践成年後見 1 号(2000 年)8~46 頁などを参照
- (49)supra. Note(47), at 464.
- (50)Id. at 465.
- (51)Id.
- (52)Re F (Mental Patient: Sterilisation) [1990] 2 AC 1.36 歳の精神障害者の F が、入院していた病院で知り合った精神障害者の男性との間に子供ができると困るので、

病院側とFの母親は不妊化することがFの最善の利益と考え、Fの同意なしに手術をしたが、Fの同意が無いことのみが理由で手術が違法行為であったとはいえないとする判決である。

- (53)前掲(1)paras 2.31-2-39.なお、この法律委員会の報告書の草案の一部については、野田愛子編『成年後見制度に関する調査報告書—イギリス編』(社会福祉法人 東京都福祉協議会権利擁護センターすてっぷ、1997年)61頁～79頁に邦訳があるのであわせて参考にした。
- (54)Law Commission Consultation paper No.119, Mentally Incapacitated adults and decision-making: A new jurisdiction, London HMSO 1991.
- (55)Id. para 4.27.
- (56)supra. Note(32), at 63.
- (57)Law Commission Consultation paper No.128,Mentally Incapacitated adults and decision-making: A new jurisdiction, London HMSO 1993. Law Commission Consultation paper No.129,Mentally Incapacitated adults and decision-making: A new jurisdiction, London HMSO 1993. Law Commission Consultation paper No.130,Mentally Incapacitated adults and decision-making: A new jurisdiction, London HMSO 1993.なお、これらのコンサルテーションペーパーの詳細い内容については、新井誠「イギリス持続的代理権授与法」須永醇編『被保護成年者制度の研究』(勁草書房、1996年)166頁～177頁
- (58)supra. Note(53).
- (59)supra. Note(32) at 63.
- (60)Draft Bill, Clause 2(1)(a). (邦訳62頁)
- (61)Clause2(2). Cf. David Carson, “Disabling Progress: The Law Commission’s proposals on Mentally Incapacitated Adults decision-making”,Journal of Social Welfare and family Law 15(5) 1993, at 311-314. supra note(43) paras 3.10-3.12.
- (62)Clause 2(2)(a). (邦訳62頁)
- (63)Clause 2(3). (邦訳62頁)
- (64)Clause 2(2)(b). (邦訳62頁)
- (65)Clause 2(4). (邦訳62頁)
- (66)Clause 2(1)(b). (邦訳62頁)
- (67)supra note(32) at 64.
- (68)Clause 2(5). (邦訳62頁)
- (69)Clause 1.
- (70)supra note(32) at 65.
- (71)Clause 3(2). (邦訳63頁)

- (72) Clause 4(1). (邦訳 63 頁)
- (73) Clause 5. (邦訳 64 頁)
- (74) Clause 1.
- (75) The Report of the House of Lords Select Committee on Medical Ethics, Session 93-94, HL Paper 21- , London HMSO 1994, at paras 263,264. では、事前の意思表示(advance directive)は、一般には必要ないとしながらも、これを認める法律が制定されれば受け入れられることを「エホバの証人」を例にあげて指摘している。
- (76) supra. Note(32) at 66.
- (77) Clause 9(2),23(a). (邦訳 64 頁)
- (78) Clause 9(7)(b) (邦訳 65 頁)
- (79) Clause 9(7)(a)(8) (邦訳 65 頁)
- (80) Clause 9(3), supra note(53) para 5.25.
- (81) Clause 9(4)(a).
- (82) Clause 9(6). (邦訳 65 頁)
- (83) supra. Note at 77.
- (84) Id.
- (85) Clause 7(1)(2)(3).
- (86) Clause 8(3)(4)(5)(6). (邦訳 66 頁)
- (87) [1993] AC 789.
- (88) Clause 10(1)(2). (邦訳 66 頁)
- (89) Clause 10(3). (邦訳 67 頁)
- (90) Clause 10(4). (邦訳 67 頁)
- (91) Clause 11(1)(2). (邦訳 67 頁)
- (92) Clause 11(3). (邦訳 67 頁)
- (93) Clause 11(1)(a),11(4).
- (94) Clause 11(5).
- (95) supra. Note(32) at 70.
- (96) Draft Bill, Clause 16(1)(a), supra note(43) para7.7, Clause 16(1)(b).
- (97) Clause 16(a)(b)(c), 16(3)(b), 16(5). (邦訳 68 頁)
- (98) Clause 12(4),15(1). (邦訳 69 頁)
- (99) Clause 15(3).
- (100) Clause 12(3).
- (101) Clause 15(6)(b). (邦訳 69 頁)
- (102) Clause 17(3)(a), (b), (c), (5), (6). (邦訳 70 頁)
- (103) supra. Note(33) at 71.
- (104) Clause 23(a).

- (105) Id.
- (106) Clause 47(1), (2), (3). (邦訳 78 頁)
- (107) Clause 24(1), (2). (邦訳 71 頁)
- (108) Clause 25, 26, 27.
- (109) supra. Note(33) at 72.
- (110) Clause 28.
- (111) supra note(53) paras 8.36-8.40.
- (112) Draft Bill, Clause 26(4), (6). supra note(54) para 9.47.
- (113) supra. Note(53) paras 2.42-2.43.
- (114) Draft Bill, Clause 36(2). (邦訳 74 頁)
- (115) Clause 36(3), National Health Services and Community Care act 1991, S46(3),
- (116) Clause 39. (邦訳 74 頁)
- (117) Clause 40. (邦訳 75 頁)
- (118) Clause 41. (邦訳 75 頁)
- (119) supra. Note(33) at 74.
- (120) 小島蓉子「世界各圏域の到達点と国連活動の方向性」ジュリスト 1012号(1992年) 18頁～19頁
- (121) この問題点の指摘については、Barbara Meredith, “The Community Care Handbook”, second ed., 1996, at 86, 97 参照。なお、コミュニティケアの手続きに関する問題点を検討したものに、戒能民江「イギリスにおける高齢者介護」石川恒夫・吉田克己・江口隆裕編『高齢者介護と家族 民法と社会保障法の接点』(信山社、1997年)173～198頁参照
- (122) なお、現在イギリスでは、1995年に公表された法律委員会の報告書の後に、意見書などを公表し、法改正のための議論が進められている。まず、1997年に、コンサルテーションペーパーが公表され(The Lord Chancellor’s Department, Who Decides? <Consultation Paper> 1997)、さらに意見書も公表された(Lord Chancellor’s Department, Making Decision, October 1999)。これらの内容については、渡邊幹典「イギリスの成年後見制度 その現状と展望」関西大学法学研究所成年後見制度研究班『成年後見制度から権利擁護へ(関西大学法学研究所研究叢書 23)』(関西大学法学研究所、2001年)71～105頁参照、また、最近の法改正の動向については、五十嵐禎人「イギリスにおける精神障害者の財産管理などに関する制度」臨床精神医学 33巻9号(2004年)1197～1202頁参照

### 第三章 わが国の成年後見制度

わが国における後見制度に関する議論は、未成年後見に関する議論が中心で、旧法における禁治産後見についての議論は、財産管理に関する議論が中心で、身上監護事項に関する議論は、非常に数が少ない。禁治産後見における身上監護事項は、未成年後見における身上監護事項とは、その内容や性格が全く異なること、禁治産者の人権に関する議論は、旧民法においては特別な規定はなく、議論もほとんどされなかったことについては、ほぼ異論のないところであろう。ここでは、まず、成年後見制度における身上監護について、立法過程における議論について検討する。そして、従来 of 学説や判例を検討してから、具体的な事項や問題点について検討を進める。

#### 第一節 立法過程の史的展開 身上監護を中心として

##### 1 明治民法における療養看護義務

後見は、家長の死亡により家長権の支配庇護から離れ、自ら独立し、自己を防衛することができない未成年者または婦女を防衛するための制度であった。もともと家産の維持のために相続と密接に関連して中継相続の役目を果たした後、後見人が収益権を有した自益後見を経て、被後見人のためにその財産を監護する他益後見へ移行した。わが明治民法における後見も、被後見人のための後見法を確立したものである<sup>(1)</sup>。

明治民法は、親権の延長としての未成年後見と、親権とは別な保護機関としての禁治産後見制度を設けた。そして必須の監督機関として後見監督人の制度を設け、さらに親族会を監督機関として家制度の下で適用することを明らかにした。明治民法 922 条に禁治産者の療養看護についての規定がある。第一項で、「禁治産者ノ後見人ハ禁治産者ノ資力ニ応ジテソノ療養看護ヲカムルコトヲ要ス」と規定し、第二項で、「禁治産者ヲ瘋癲病院ニ入レ又ハ私宅ニ監置スルト否トハ親族会ノ同意ヲ得テ後見人之ヲ定ム」と規定している。

明治民法 922 条は、旧民法人事編 227 条を経て規定されたものだが、この旧民法人事編 227 条が規定された理由については、次のように指摘されている。「本条ハ人事編ノ第二百二十七条ト同ジデアリマス二百二十七条ハ「疾病ノ性質ト資産ノ状況トニ從ヒテ禁治産者ヲ自宅ニ療養セシメ又ハ之ヲ病院ニ入ラシムルハ親族会ノ決議ニ依ル但瘋癲病院ニ入ラシメ又ハ自宅ニ監置スル手續ハ特別法ヲ以テ之ヲ定ム」此但書キヲ削リマシタソレカラ此第一項ノ規定デアリマス此第一項ノ規定トイフモノハ是ハ既成法典ニハアリマセヌ、アリマセヌケレドモ外国ニハ大抵皆アリマスル人事編モ始メノ草案ニハアツタノデアリマスルガ後ニ削ラレマシタヤウデアリマス固ヨリ明文ハナクテモ分ルコトデハアリマセウケレドモ前条ニ於テ未成年者ノ身体ニ関スルコトヲ規定シテアリマスルカラソレト相對シテ此處ニ禁治産者ノ身体ニ関スルコトヲ規定スルノガ最モ体裁ニ於テモ宜シカラウト思ハレマスルソレデ未成年者ノ後見ト云フモノハ財産管理ノ外ニ教育監護ソレカラ禁治産者ノホウハ財産管理ノ外ニ療養看護トイフノデ教育監護、療養看護ト相對シテ後見ノ目的ヲ示スニ足リルデアラウト思フテ入レマシタ<sup>(2)</sup>。」

ここで明らかになるのは、禁治産者の療養看護義務は、必ずしも規定することを想定していなかったが、外国法には規定があることから規定したこと、もともと特別法で規定する旨を条文に記載する予定であったことを削除したこと、未成年後見における監護教育義務(身上監護義務)とは性格が異なるものとしていたこと、である。

梅謙次郎博士は、「禁治産者ノ後見人ハ卑シクモ其ノ心身ヲ慰メ病ノ平癒ニ利益アル以上ハ費用ヲ惜マス之ヲ支出スルコトヲ要スト云フト雖モ此等ハ總テ善良ナル管理者ノ注意トシテ自ラ斟酌アルヘキ所ニシテ固ヨリ法文ヲ以テ規定スヘキ所ニ非サルナリ<sup>(3)</sup>」として、療養看護のために財産を使用することは善管注意義務に相当することを指摘している。成年後見制度における身上配慮義務について善管注意義務がある根拠は、立法当初から変わらない。

また、奥田義人博士は、明治民法 922 条の立法の目的については、「禁治産者ヲ後見ニ付スルハ其身体精神ノ健康ヲ失セルニ因ル、之カ後見人タルモノハ主トシテ之カ健康ヲ回復セシメルノ注意ヲ為スコトヲ要ス<sup>(4)</sup>」ためにこの規定を制定し、未成年後見と比較して「身上ニ対スル権利義務ニ就テハ両者ノ差異著シキモノアリ<sup>(5)</sup>」とこの規定の特殊性を指摘している。なお、「禁治産者ノ資力ニ応シテ」の規定の解釈については、「必スシモ禁治産者自身ノ資力ヲ意味スルニ非ラス禁治産者ニ対シ扶養ノ義務ヲ負フ者ノ資力モ亦計算中ニ入ル可キモノナルハ当然ナリ、例ヘバ禁治産者自身ハ毫モ其特有財産ヲ有セザル場合ニオイテ其配偶者、子、父母、戸主等ニオイテ資力アル者ナルトキハ其資力ニ応シテ療養看護ヲ為スコトヲ要スルモノナリ<sup>(6)</sup>」と禁治産者のみではなく、その扶養義務者の資力も含むことを指摘している。

また、保佐人の職務については、親族法の中に特に規定がなかったのだが、この理由については、「保佐ハ後見ト異ナリ自ラ積極ニ其ノ身体財産ヲ保護スル職務ヲ有スルモノニ非ラスシテ準禁治産者ノ自ラ為ス行為ヲ保佐シ其ノ智能ノ足ラサルヲ補フノ職務ヲ有スルニ過キス、其権限ハ後見人ノ如ク被後見人ノ行為ヲ代理スルニアラスシテ準禁治産者ノ行為ニ同意ヲ興フルニ在リ。故ニ保佐ハ全ク親族関係ト其性質ヲ異ニスルモノニシテ後見ト異ナリ親族法中ニ規定ス可キ事項ニ非ラス、然レトモ其ノ智能足ラサルモノニ対スル保護ノ方法タルノ点ニオイテハ禁治産者ニ対スル後見ト其ノ性質ヲ同シウシ其ノ規定ス可キ事項モ亦略相類セルモノアルヲ以テ<sup>(7)</sup>」親族法に定めなかったとしている。成年後見制度が制定されるまで、保佐人の職務内容は、親族法には条文による明確な規定がなく不明であったが、もともと規定する予定もなかったとも考えられる指摘ではある。

明治民法 922 条第 2 項で、禁治産者を瘋癲病院へ入院させるか、私宅監置するかについて親族会の同意を要求した理由については、「何レノ方法ヲ取ルカハ禁治産者ノ病症如何ニ依リテ之ヲ決ス可ク、其病症上必要ナキニ拘ラス之ヲ監置スルカ如キハ本人ノ利益ヲ害スルノ甚シキハ勿論其家族全体ノ利益ヲ害スル 甚シキヲ以テ之ヲ後見人ノ単意ニ任スルハ危険ナリ、故ニ<sup>(8)</sup>」親族会の同意を求めた、と指摘している。なお、後見人と親族会と意見が一致しない場合は、「後見人ハ親族会ノ決議ニ服スルカ然ラサレ八九五一條ニ依リ其不

服ヲ申立ツルノ外ナシ<sup>(9)</sup>」と指摘するように、最終的には、裁判で決定するほかないとしている。

なお、922条1項における「療養看護」の意味は、療養とは医療を受けさせることをいい、看護とは、「自己の身体財産に危害を及ぼし、または他人の身体財産を侵害する行為を防止することをいう<sup>(10)</sup>」とされている。これは、成年後見制度に関する議論がなされるまで引き継がれることになった。

明治民法における後見制度で解決できないのは、財産を有しない未成年者や禁治産者の生活の問題であるといわれている。未成年者や禁治産者が財産を有していれば、親族に代わる他人が後見人になる可能性があるが、財産を有しない場合は親族が後見人にならざるを得ない。後見制度の法的性格のひとつに「親権の延長」と考えられていたことから、親族が全面的に面倒を見ることを想定していたと考えられる。

以上のことから、禁治産者の療養看護については、入院か私宅監置以外の具体的な内容については条文の規定は存在せず、また、議論すべき対象にもしていなかったことになる。しかし、法典調査会の発言にもあるように、当初は、特別法で規定すること想定していた。そして、この議論は、精神病患者監護法制定の立法過程に引き継がれることになるのである。

## 2 精神病患者監護法における禁治産後見に関する議論

現在の精神保健及び精神障害者福祉に関する法律(精神保健法)の沿革は、明治33年制定の精神病患者監護法にさかのぼる。この法律では、精神病者の処遇について、監督及び保護の責任を明らかにし、届出によって私宅での監置を認めるものであったが、治安取締法であって、精神医療と保健を目的としたものではなかった。このとき、立法のために中央衛生会の臨時委員に梅謙次郎博士が任命され、審議に加わっていた。これは、当時司法省法制局長官であった梅謙次郎博士が、民法上精神障害者の財産についての規定はあるが、身体上の保護についての規定はないということに対して、調査を命じたという事情があったためであるとされている<sup>(11)</sup>。「元ト此法ノ成立チマシタ所以ト云フモノハ民法ノ方デ精神病患者ノ財産ヲ保護シテヤル、所ガ精神病患者ノ身体ハ保護シナイ、精神病患者ト云フ方ノ身体ヲ保護スルト云フコトヲ一向民法ノ方デ見テ居リマセヌカラソレデ此法ヲ要スル訳デアリマス<sup>(12)</sup>」というように、禁治産者の療養監護についての具体的な内容について特別法として規定しようとしていたことがうかがえる。

精神障害者監護法における監護義務者について、その第一順位に後見人と定めたことについては、明治民法922条との整合性を図るためであったことが指摘されている。当時の家制度の下では、当然に戸主が第一順位であるべきところなので、戸主ではないことについて再三議論が繰り返されたが、最終的に後見人が第一順位になった理由については、民法との関係で次のように指摘された。「戸主ト云フモノハ家族ニ対シマシテ其居所ヲ制限スル権限ヲ持ッテ居リマス、ソレ故ニ普通ノ場合ニ於キマシテハ後見人ノ意見デ此精神病患者ヲ現在ノ居所以外ニ移サウト致シマスニハ矢張り戸主ノ同意ヲ得ルノガ本則ニナッテ居ル、

併ナガラ病ノ性質上ドウシテモ後見人ノ職務ヲ尽スニハ之ヲ移サナケレバナラヌト云フ場合デ、戸主ガ唯頑固デ強情ヲ張ッテ居ル場合ニハ後見人ノ職務ト致シマシテ之ヲ移スコトハ民法ノ規定ニ依ッテ出来マスノデ、詰リ本則ハ戸主ノ同意ヲ得ナケレバ現在居ル場所ヲ変ズルコトハ出来マセヌ、病院ニ入レタリ何カハ出来ヌ筈デゴザイマスケレドモ、病人ノ性質ニ依リテ親族会ノ同意ヲ得マシテ移ス場合ニハ民法ノ規定ニ依ッテ出来ルコトニナリマス、従ッテ比法律ニ於キマシテ先ズ以テ後見人ヲ責任者ニスル方ガタダニ穩当ナルノミナラズサウナリマセヌト民法ト矛盾致シマスカラドウシテモサウシナケレバ工合ガ悪イ(13)。」つまり、戸主の権限についてはすでに民法に規定があるので、規定のない後見人についてその権限を明らかにするために新たな規定が必要であることを指摘したのである。さらに、「先ズ法律ハイツモ弊ノ方ヲ見マスガ、戸主ノ病者ニ対シテ冷淡デアル、随分精神病者ニ対シテハ親子夫婦ノ如キモノデモ放擲シテ顧ミヌト云フヤウナ不人情ナ者ガアル、況ヤ戸主ガ遠縁ナゾデ不人情ニシテ病者ニ対シテ少シモ愛情ヲ持ッテ居ラヌ者ハナイトハ限りマセヌ(14)」と指摘して、戸主が禁治産者に対応しない場合が想定されることから、後見人の権限についての規定が必要であることを説明している。

この精神病患者監護法により、監護義務者として、後見人、配偶者、親権を行う父または母、戸主、四親等内の親族の中で親族会に選任された者であることが規定された(1条)。精神病患者を監置できるのは監護義務者のみであり、原則監置には行政庁の許可を必要とした。この法により、監督及び保護の責任を明らかにしたが、私宅監置を法的に認めただけでもあった。法律制定前は、精神病患者の処遇を私人に任せていたために、本人を座敷牢に閉じ込めたりして、不当に監禁することが横行していた。このような処遇を改善する方向で、精神病患者監護法の制定がされたのだが、この私宅監禁とは実質的には納屋や土蔵、座敷牢であり、本人の人権を著しく侵害するものであった。

### 3 精神病院法の制定

精神病患者の取締りを目的とした精神病患者監護法は、その後、精神病患者に対する治療・保護を目的とした法律の制定の必要性についての運動や学会による指摘を受け、大正8年に、精神病院法が制定された。この法律は、精神病患者の治療・保護を目的とする方向が示された。主務大臣が道府県に対して精神病院の設置を命じ得ることとし(第1条)、これに基づいて設置された精神病院の所要経費に対して6分の1ないし2分の1の補助を行うこととするとともに(第3条)、道府県精神病院に代わる施設として代用病院の規定を設け(第7条)、これらの精神病院に精神病患者であって身寄りのない者、犯罪傾向の著しい者、療養の途のない者を入院させることが出来る(第2条)こととした。

この法律により、精神病患者の治療と保護に対する公共の責任が明確に示された。しかし、実際には精神病院法による改革は進まず、一方においては、精神病患者監護法も存続し、私宅監置も認められていたので、多くの精神病患者は私宅監置の状態のままだった。精神病患者監護法の見直しについて公約されていたが、結局、精神衛生法の制定まで実現しなかった

のである。

若干話がそれだが、禁治産者の療養監護義務については、明治民法の下では後見人の資力のある範囲でのみ認められ、その具体的な対応については、特別法に従って対応することが規定されていたのである。しかし、基本的には、家制度の下で、禁治産者の療養看護については、民法の規定に従って療養看護と扶養の領域の問題であり、家族が対応することが当然であると考えられたようである。法典調査会においても「固ヨリ明文ハナクテモ分ルコトデハアリマセウケレドモ」と発言があることからもうかがえることである。また、立法の際、療養看護と扶養の概念の区別を明確にはしていなかったようでもある。これは、精神病患者監護法において監護義務者について後見人も扶養義務者も監護義務者であると規定した(第1条)ことから考えられることである。そして、療養看護と扶養との概念が曖昧なことについては、事実上、成年後見制度制定の際の身上監護に関する議論においても、表面化するのである。

#### 4 戦後の民法改正と精神衛生法の制定

##### (1) 民法の改正

第2次世界大戦後、昭和22年、現行憲法が施行された。憲法第24条、13条、14条に定められた個人の尊厳と両性の本質的平等などの基本原理に対して、明治民法の家制度がそぐわないため、民法改正が行われた。昭和21年に、内閣に設置された臨時法制調査会が開設され、同時に司法省に司法法制審議会が設けられ、それぞれ民法改正について審議された。審議の結果、同年9月に「民法改定要綱」を発表し、家、戸主権、家督相続、親族会、庶子、妻の無能力を廃止することを決議し、父母の共同親権、配偶者の相続権、均分相続などの改正の方針を明らかにした。「日本国憲法の施行に伴う民法の応急措置に関する法律」(憲法施行までの時限立法)を経て、昭和22年「民法を改正する法律」が公布され、昭和23年1月1日より施行された。これが現行の家族法である<sup>(15)</sup>。

禁治産者の療養看護についても形式的に改正された。つまり、旧民法858条において第1項で「禁治産者の後見人は、禁治産者の資力に応じて、その療養看護に努めなければならない」、第2項で「禁治産者を精神病院その他これに準ずる施設に入れるには、家庭裁判所の許可を得なければならない」と規定された。禁治産者の後見人は、一般的な被後見人の身分及び財産上の保護を行う義務のほかに、特有の義務として、療養看護に努める義務が課せられている。

療養看護の程度、方法は禁治産者の資力に応じて定められるが、禁治産者の資力のみならず、扶養義務者の資力も含む。従って、禁治産者と後見人の間に扶養義務関係がある場合には、扶養に関する879条の規定に従ってその療養看護がなされることになる。後見人に扶養義務がない場合は、後見人は、自己の財産を使用して禁治産者の療養看護をする義務を負わない。この場合には、禁治産者自身の財産収入またはこれに対して扶養義務者が支給できる扶養のための資力に応じてその療養看護に努めれば足りることになる。そのた

めに毎年必要な費用の金額は、後見人が就職したときに予定しなければならない(861条)。

禁治産者を精神病院その他精神病患者を対象とする施設に入れるには、家庭裁判所の許可を得なければならない。明治民法では瘋癲病院と定められていたのを、精神病院その他これに準ずる施設に改め、親族会の同意を要求していたのを、家制度の廃止に伴い、家庭裁判所の許可に改正した。私宅監置は廃止された。家庭裁判所は禁治産者の精神病院入院の許可に際しては、後見人に禁治産者の療養看護に関し相当と定める事項を指示し、また必要ありと認めるときは、その許可を取り消しまたは指示の変更をすることが出来る(家事審判規則 88条)。この規定の適用は、禁治産者が心神喪失の状況の場合に限られる<sup>(16)</sup>。

## (2) 精神衛生法の制定

新憲法の制定により、基本的人権の尊重(11条以下)、国の社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上推進義務(25条2項)が示されたことなどを踏まえて、昭和25年精神衛生法が施行された。明治以来の精神病患者監護法と精神病院法は廃止された。この法では、「精神障害者」を法律用語として初めて使用し、保護義務者の規定の制定、精神衛生鑑定医の制度、措置入院、同意入院の制度、指定病院の制度、措置入院の公的負担制度、都道府県の地方精神衛生審議会の設置義務などを明記し、精神衛生に関する現行法制度の基本的な枠組みを創った。廃止された精神病患者監護法における監護義務者は、精神衛生法における保護義務者に引き継がれた。私宅監置制度が廃止されたので、保護義務者には監置権は認められない。

精神衛生法上の精神障害者については、禁治産者であるかは問わず、精神衛生法に従って保護しなければならない。しかし、この場合も後見人が第一順位の保護義務者とされているのである。この点について、通説は、次のように指摘している。「精神障害者は禁治産者だけに限るわけではないが、禁治産者はすべて精神障害者であるから、従来民法の考えていた禁治産者の個人的な療養看護は、精神衛生法制定により国及び地方公共団体が義務として行う社会的な医療と保護へ移行した」。そして、精神衛生法の規定を引用しながら、次のように指摘している。まず、精神衛生法20条で保護義務者について、本人の「後見人、配偶者、親権を行う者及び扶養義務者」と規定し、20条2項で「保護義務者は、精神障害者に治療を受けさせるとともに、精神障害者が自身を傷つけ、又は他人に害を及ぼさないように監督し、且つ、精神障害者の財産を保護しなければならない」と規定していることから、禁治産後見人の療養看護義務を定めた旧民法858条1項は、精神衛生法の諸規定に形を変えたと考えられた<sup>(17)</sup>。事実上、精神衛生法における保護者の規定が、療養看護の具体的な義務内容となり、民法上の本来の療養看護義務の内容が不明になってしまったのである。

## 5 成年後見制度制定における身上監護に関する議論

禁治産者の療養看護義務について、戦後の民法改正後に本格的に議論されたのは、成年後見制度制定における議論であるといっても過言ではない。それまでは、精神保健法(精神

衛生法制定後、幾度か改正されて精神保健法に至った)か、扶養義務の中で議論されていたと見てよいだろう。ここでは、立法過程における議論について、報告書をもとに検討する。

平成 7 年法制審議会の民法部会は、成年後見問題を取り上げることを決定し、その審議の基礎となる論点整理・調査研究を行うことを目的として法務省民事局内に「成年後見問題研究会」が設置された。そして、平成 9 年 9 月 30 日にその検討結果を取りまとめた報告書が公表された。そして、この報告書の内容をさらに検討して、平成 10 年 4 月に「成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説 要綱試案・概要・補足説明」が公表された。これらを踏まえて審議、検討を行った結果、平成 11 年に成年後見制度は施行された。まず、「成年後見問題研究会報告書」、「成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説 要綱試案・概要・補足説明」において公表された身上監護に関する議論について、報告書の内容を引用する。

「成年後見問題研究会報告書」(18)

まず、禁治産者の療養看護義務について、新たな成年後見制度においては、いわゆる身上監護事項として検討をしている。成年後見制度の下で、成年後見人に、一定の範囲でこの身上監護の権限、義務を認めるべきか、認めるべきではないかについての指摘がある。

認めるべきであるとする見解は、わが国社会の高齢化の進展に伴い、老夫婦二人や独居老人の世帯が増加し、日常生活や医療面での援助に対する社会の需要が増加することが予想されるのであり、これに因應するために成年後見人に身上監護の権限及び義務を認める必要がある、身上監護を現実の介護義務と解する必要はなく、本人の身上について配慮し、必要な決定・監視を行うことであると解すればよい、本人の財産はその財産管理それ自体のために管理されるべきものではなく、本人ができる限り健康で文化的な生活を送ることが出来るように、すなわち、その身上監護のために利用されるものであるから、成年後見人は本人の身上監護についても権限と義務を持つべきものである、最近の諸外国の立法例においても身上監護を成年後見人の職務としているものが多いとする。

これに対して、成年後見人に身上監護の権限及び義務を認めるべきではないとする見解は、扶養義務者に対してすら引き取り扶養を強制することは出来ないとの見解が表明されているのに、成年後見人に身上監護義務を課すことは、事実上現実の介護義務を化するに等しい結果となりかねない、身上監護の内容とされている事務のほとんどは財産管理権の行使に還元されるものであるから、これを別個独立の職務として規定する必要はないとしている。

以上の議論からうかがわれるように、身上監護について論じている者の中で、その意義自体について必ずしも共通の理解が得られているわけではない。すなわち、身上監護に関する事項の中には、何らかの形で財産管理と関連を有するものが少なくなく、そのような類型の事項に関しては、現行法の下でも、後見人の財産管理に関する法律行為についての善管注意義務(民法第 869 条、第 644 条)の範疇の中に一定の範囲で解釈上読み込む余地が

あり得るものと考えられるのであり、身上監護の問題について検討するに当たっては、民法第 858 条第 1 項所定の療養看護義務の角度からのアプローチと、上記の法律行為に関する善管注意義務の角度からのアプローチの双方の観点から、個別具体的な事項に則して検証していくという作業が必要になるものと考えられる。そこで、以下、従来身上監護に関して論じられてきた個々の事項について、個別に検討していくのが適当であると考えられる。研究会においては、(a)財産管理との関係( 財産管理を伴う事項、 財産管理と関連するがそれが本質的要素ではない事項、 財産管理と関連しない事項の 3 種)及び(b)被保護者の身体に対する強制を伴うか否かの二つの指標による整理をしつつ、詳細に検討した。以下には、検討結果の主な点について紹介する。

#### )医療に関する事項

医療に関する事項のうち、本人の身体に関する侵害を伴わない健康診断などの行為に就いては、後述するような問題がないので、これを成年後見人の権限及び義務として差し支えないものと考えられるが、本人が受診を拒否している場合において、それに反して健康診断などの受診を強制することはできないし、その義務もないとするのがほぼ一致した意見であった。

治療行為その他の医的侵襲については、ドイツにおいて、これに対する決定・同意の権限を成年後見人に与え、そのうちの重要な決定・同意について裁判所の許可を得ることが義務づけられていることを背景として、わが国においても、治療行為その他の医的侵襲について、成年後見人が決定・同意の権限を有することとし、そのうちの重大な医療行為については、裁判所の許可を得ることを要することとすべきであるとの見解も出されている。

しかしながら、成年後見の場合における治療行為その他の医的侵襲に対する決定・同意という問題は、患者の意識が一時的に失われている場合や相当程度の年齢に達した未成年者などにおける治療行為などに対する決定・同意と共通する問題であって、それら一般の場合における治療行為などについての決定・同意権者、決定・同意の根拠、その限界などについて、社会一般の共通認識が得られているとは到底いい難いものと考えられる。それにもかかわらず、今回の成年後見法制の整備に際し、成年後見の場合についてのみ治療行為などについての決定権・同意権について規定を置くことは、時期尚早のそしりを免れないものというべきであって、結局この問題は、医療行為について本人の判断能力に問題がある場合における第三者による決定・同意全般に関する問題として、将来の十分に時間をかけた検討に基づいて立法の要否・適否を判断すべき事項であり、当面は社会通念のほか、緊急性のある場合には緊急避難などの法理に委ねることとせざるを得ないとの意見が多数であった。

これに対しては、少なくとも適当な親族がないという場合には、成年後見人の同意の権限を与えてもよいのではないかとする意見も出た。

なお、医療に関する事項に関連して、「延命治療及びその中止」「臓器移植」「不妊手術の実施」についても、世上で論じられていることから検討がなされたが、成年後見の場面に

ついでのみ決定権・同意権についての規定を置くことは困難であるとされた。

もっとも、治療・入院などについての契約の締結や費用の支出は、財産管理行為そのものあるいはそれと密接に関係する行為であって、これについては、当然成年後見人の権限として認めることが出来る。ただし、入院についても、本人がそれに反対している場合には、緊急避難が成立するような場合はともかく、成年後見人がこれを強制する権限を有するとするのは適当ではないというのが、ほぼ一致した意見であった。

また、精神病院への医療保護入院に関する同意権については、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律上の問題ではあるが、医療保護入院に関する後見人の同意権が残る(同法第35条参照)以上、民法第858条第2項の規定は維持するのが相当であるとの意見が出された。

#### )住居の確保に関する事項

本人の住居の確保に関する事項は、本来財産行為としての性格を有し、当然成年後見人の権限の及ぶ事項と考えられるのであるが、精神医学的に、高齢者の生活には住み慣れた場所がよいとか、住居を変えると痴呆が進むということが主張されており、その観点から、本人の身上監護にも強い影響を与える事柄として、本人の住居に関する成年後見人の権限を制限し、本人が老人ホームなどに入所した場合であっても、成年後見人が本人の住居に関する権利を処分することは出来ないこととする必要があるということが問題とされている。

このような観点から、ドイツでは、世話人が被世話人の賃借していた住居の賃貸借関係を解約するなどの場合には後見裁判所の許可を必要とすることとされ(ドイツ民法第1907条)、フランスでは、要保護者の居住に関する権利を処分する場合には後見裁判所の許可を必要とする旨規定されている(フランス民法第490条の2第3項)。

これについては、精神医学的な観点から本人の居住を確保する必要があるとの見解は十分な根拠を有するものであり、この観点から成年後見人の権限に制約を加えて、成年後見人が、本人の住居について売却、賃貸、賃貸借契約の解約の申し入れその他本人の居住を困難にする行為をしようとする場合には、後見監督人または家庭裁判所の許可を得なければならないものとするのが適切であるというのがほぼ一致した意見であった。

この他、成年後見人が本人について居所指定権を有することとすべきかが問題とされたが、現行民法上居所指定権は未成年後見人についてのみ認められており、禁治産後見人には認められておらず、実際上も、成年後見人に居所指定権を認めるのは適当でないというのがほぼ一致した意見であった。

#### )老人ホームなどの入退所、処遇の監視・異議申立て等に関する事項

これらの事項については、成年後見人に居所指定権はなく、老人ホームなどへの入所を本人の強制することはできないということを別にすれば、入退所に関する契約の締結や費用の支払い、そこでの処遇の監視・異議申立のほか、本人が行政処分などにより入所した施設における処遇(公法上の権利義務関係)の監視・異議申立などを成年後見人の権限及び義

務とすることに特段の問題はないであろうというのがほぼ一致した意見であった。なお、居所指定権を否定する理由として、居所指定などの事実行為の決定は、その意味と効果を明確にすることが出来ない以上、決定権限の対象からはずすべきであるとの意見が出された。

) 高齢者・知的障害者等の介護・生活維持に関する事項

これらの事項のうち、介護を依頼する行為及び介護・生活維持に関連して必要な契約を締結する行為については、特に後者は財産管理の色彩の強い行為であり、いずれも成年後見人の職務とするのが適当であるというのがほぼ一致した意見であった。又、介護・生活維持のための社会保障給付の利用は、成年後見人の権限に含まれるとの意見が出された。ただし、これらの場合でも、成年後見人は、本人の意思に反して介護を強制することは出来ないとする意見が多数であった。

これに対し、本人を現実に介護する行為(事実行為としての介護労働)については、これを成年後見人の義務とすることは、私法上の判断能力補充制度である成年後見制度において、社会福祉的事項を成年後見制度の職務とすることになり、制度本来の趣旨を逸脱することになりかねない上、成年後見人に過重な義務を課することになり、ひいては適切な成年後見人を得られなくなる恐れもあることから、成年後見人に現実の介護行為をする義務を負わせるべきでないというのがほぼ一致した意見であった。

) 教育・リハビリに関する事項

教育に関する事項は、主として知的障害者について問題となり、又、高齢者の場合にはリハビリに関する事項が問題となるものと考えられるが、教育・リハビリを本人に強制することは出来ないということを別にすれば、これらの事項に関する契約の締結や費用の支払い等を成年後見人の権限及び義務として認めるというのがほぼ一致した意見であった。

以上検討してきたところから、本人の身上監護に関連して、成年後見人の職務とするのが適当な事項としては、健康診断などの受診、治療・入院などに関する契約の締結、費用の支払い等、本人の住居の確保に関する契約の締結、費用の支払い等、老人ホームなどの入退所に関する契約の締結、費用の支払いなど及びそこでの処遇の監視・異議申立等、介護を依頼する行為及び介護・生活維持に関連して必要な契約の締結、費用の支払い等、教育・リハビリに関する契約の締結・費用の支払い等ということになる。これらの事項の多くは財産管理そのものか、あるいは財産管理的色彩を有する行為であり、その意味でこれを財産管理行為に含ませ、身上監護については、成年後見人は本人の財産の管理に当たっては、善管注意義務の一環として、本人の福祉に配慮しなければならないと解することとすれば足りるとの見解も成り立ち得るところであり、本研究会においてもこれを支持する意見が出された。さらに、この考え方をつきつめれば、療養看護義務等に関する現行民法第 858 条の規定を削除し、新たに財産管理の指針として、本人の福祉への配慮をうたう条文を新設するという方法もあり得るという意見も出された。

しかしながら、これに対しては、わが国社会の高齢化及び少子化・核家族化の進展に伴

い、老夫婦二人や独居老人の世帯が増加し、身上面での援助に対する社会の需要が増加することが予想される現状の下で、仮に療養看護義務に関する現行民法第 858 条の規定を削除するとすれば、財産管理の指針に関する規定を新設したとしても、現行法より身上監護について後退した立法になっているという批判を招くので妥当でなく、また、本人の財産は財産管理のみならず身上監護のためにも利用されるべきものであることを明確にする意味からも、何らかの形で、本人の身上監護についての権限及び義務を成年後見人に認める旨の規定をおくことが適当であるとする意見が多数であった。そして、この場合において、成年後見人の身上監護に関する職務内容について、現実の介護行為を含まず、また、本人の意思に反して医的侵襲、施設への入所等を強制されないことを明らかにするために、前期 から までの事項が解釈上すべて含まれるという趣旨で、成年後見人は、「本人の身上について配慮し、かつ、必要な決定及び監視を行うこととする」旨を規定するのが適当であるとの意見が多数であったが、他方で、身上監護を財産管理のひとつの側面ととらえて、「本人の身上について配慮した財産管理をし、かつ、必要な決定及び監視を行うこととする」とすべきであるとする意見や、身上監護を財産管理の基準・指針ととらえて、「本人の生活の維持及び向上に努めなければならない」とすべきであるとする意見が出された。

身上監護に関する新たな規定の位置については、民法第 858 条第 1 項の規定を改めるのが適当であるとする意見と、同条項の現行規定は維持した上で、別個に規定を新設するのが相当であるとする意見が出された(注)が、当該規定の性質に関しては、現行民法第 858 条第 1 項の療養看護義務を拡大したものととらえる考え方、財産管理に関する法律行為における身上監護に関連する事項についての善管注意義務(民法第 869 条、第 644 条)の内容を具体化・明確化したものととらえる考え方、財産管理権を前提として、財産管理と関連のある範囲で身上監護に配慮すべき新たな性質の権限・義務ととらえる考え方等、意見が分かれた。なお、その規定の内容について、「～を行うこと」が権限を意味するのか、義務を意味するのかが重要であるとの指摘がされたが、この点に関しては、基本的には、成年後見人の財産管理権(財産に関する法律行為の代理権等)を前提として、その範囲及びこれと関連する範囲において、身上監護についての権限と義務の双方が生ずるものであるという意見が多数であった(以下、単に「身上監護義務」というときは、同様の範囲で権限も伴う趣旨で用いることとする)。そこで、規定の文言についても、現行民法第 858 条第 1 項に言う「本人の資力に応じて」という規定振りではなく、「成年後見人の権限の範囲に応じて」という規定振りにすべきであるとの意見が出されたが、他方で、財産管理の一つの側面であることを重視する趣旨で、「本人の財産及び社会保障給付を利用して」という規定振りにすべきであるという意見も出された。

そして、身上監護義務に関する新設の規定の適用範囲については、(a)現行民法第 858 条第 1 項の療養看護義務を拡大したものととらえる前記 の立場からは、現行と同様、後見類型の後見人にのみ身上監護義務を課するのが適当であるとの意見が出され、また、(b)現行民法第 858 条第 1 項の療養看護義務とは別個に、財産管理及びその権限との関連から身上

監護義務を導き出す前期及びの立場からは、一方では、( )財産管理の面において限定された代理権などしか有しないものに、身上監護の面について広い責務を課するのは妥当でないとの理由から、包括的・全面的な代理権などを有する付後見型の後見人のみが身上監護義務を追うものとするのが相当であるという意見や、一定の定型的な範囲の財産管理権を有する付後見・付保佐類型の後見人・保佐人のみが身上監護義務を負う(新たな第三類型の準保佐人(補助人)は身上監護義務を負わない)ものとするのが相当であるという意見も出されたが、他方では、( )付保佐類型及び付準保佐(付補助)類型においても、保佐人及び準保佐人(補助人)は、より狭い範囲とはいえ代理権などを有するものであり、その行使に際して身上監護に配慮すべき場面があり得る以上、より一般的に、すべての類型の成年後見人が、その権限の範囲及びこれと関連する範囲において、身上監護義務を負うものとするのが相当であるという意見が出された。

(注)民法第 858 条第 2 項の規定については、前記( )末尾の記述のとおり、これを維持するのが相当であるとの意見が出された。

「成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説 要綱試案・概要・補足説明」(19)  
身上監護事項については、次のような補足説明がされている。

#### ア 身上監護及び本人の意思の尊重に関する一般規定の創設

現行民法は、第 858 条第 1 項において、禁治産者の後見人は、禁治産者の資力に応じてその療養看護に努めなければならない旨を規定し、また、同条第二項において、禁治産者を精神病院その他これに準ずる施設に入れるには家庭裁判所の許可を得なければならない旨を規定している。この規定は、未成年者の身上面に関する事項として第 857 条の規定する教育監護と並んで、禁治産者の身上面に関する事項としてその療養看護に努めるべきことを後見の目的として規定したものとされている。このように、現行民法は、禁治産類型における後見人についてのみ、本人の心身の状況及び後見人の権限(代理権・取消権など及び財産管理権)の広範さにかんがみ、本人に対する身上監護(本人の身上面に関する保護)の権限及び義務を定めている。

一般に、民法の規律の対象である契約を中心とする法律行為の中には、財産管理を主たる目的とするもののみならず身上監護を主たる目的とするものが多く含まれており(医療契約、住居に関する契約、施設入所契約、介護契約、教育・リハビリに関する契約等)また、財産管理を主たる目的とする法律行為の場合でも、何らかの形で本人の身上に関する事項を含むのが通常である。一般に、本人の財産は、財産管理のみを目的として管理されるのではなく、本人の福祉に適合するように、本人の身上監護をも目的として利用されるべきものであるということができよう。高齢社会への対応及び障害者福祉の充実に対する社会的要請の高まりならびに社会の少子化・核家族化の進展の伴い、痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者等に対する身上面での支援に関する社会の需要が一層高まっていくことが予想される現在の状況に照らすと、成年後見人の職務である法律行為に関する権限(代

理権・取消権等及び財産管理権)の行使のあり方に対して、財産管理の面のみならず、身上監護の面についても、職務遂行の指針となる責務の内容として、成年後見人の「本人の身上に配慮すべき義務」に関する一般的な規定を設けることが必要かつ相当であると考えられる。研究会においては、身上監護に関する事項として想定される問題について、(a)財産管理との関係(財産管理を伴う事項、財産管理と関連するがそれが本質的要素ではない事項、財産管理と関連しない事項の三種類)及び(b)本人の身体に対する強制の有無の二つの指標による整理をした上で、一般的な規定の解釈論により包含される事項と個別の特別規定を設けることが必要な事項との切り分けに関する詳細な分析・検討を行った。民法上新たに身上監護に関する一般的な規定を設けるに当たっては、その検討結果を踏まえて、可能な限り具体的事項の多くを解釈上包含することが出来るような包括的な一般規定を設けるとともに、必要に応じて個別の特別規定を設けるのが相当であると考えられる。

身上監護に関する包括的な一般規定の法的性質に関しては、成年後見事務の遂行における身上監護の充実の観点から、成年後見人の権限(代理権・取消権等及び財産管理権)の行使に当たって「本人の身上に配慮すべき義務」を明文化することにより、成年後見人が本人の身上面について負うべき善管注意義務(民法第869条、第644条)の内容を明確にし、かつ敷衍したもものとして位置付けるのが相当であると考えられる。そして、当該規定の内容は、単に現行の善管注意義務の解釈を具体化したものにとどまらず、理念的に本人の身上への配慮が事務処理の指導原理であることを明示することによって、成年後見人の身上監護面に関する職務・機能の実効性を十分に高めていくことに資するものと考えられる。このように、前述の一般規定を設けることは、成年後見人の行為規範及び事務処理の在り方に関する解釈原理を理念的に明確にし、身上監護に資する成年後見事務の遂行を制度的に担保するために必要かつ有益であるといえよう。そして、試案の三類型(後見・保佐・補助)においては、すべての類型の成年後見人が一定の範囲の代理権・取消権など及び財産管理権を付与されることになるので、前述の一般規定の趣旨・性質に照らすと、すべての類型の成年後見人が「本人の身上に配慮すべき義務」を負うものとするとともに、当該義務の範囲が成年後見人の権限の範囲に対応することを明確にするために、各成年後見人は「自己の権限の範囲に応じて」当該義務を負う旨を規定するのが相当であると考えられる。

また、ドイツ・オーストリアなどの諸外国においては、成年後見事務の処理に当たって本人の希望を尊重すべき旨の規定が置かれており、自己決定の尊重の理念を明確にするためには、これらの立法例に倣って、成年後見人の善管注意義務(民法第869条、第644条)の内容を明確にし、かつ、敷衍した規定として、成年後見人の権限の行使に当たっては本人の意見を尊重すべき旨の明文に規定を設けることが必要かつ相当であると考えられる。なお、ドイツ・オーストリアの立法例では、客観的にみて本人の意思が本人の福祉に反する場合には後者が優先する旨の規定が設けられており、その趣旨を調和的に表現するためには「本人の福祉を旨として」という文言を付すことが相当であると考えられる。そして、

この規定は、成年後見人の善管注意義務の内容の具体化・明確化という規定の性質上、前述の「本人の身上に配慮する義務」に関する一般規定と同様の性質を有するものであるので、自己決定の尊重と本人の保護との調和という制度の理念を明確にするという趣旨から、両者を合わせて一つの条文として規定するのが適当であると考えられる。

以上の方針に沿って検討を行った結果、試案では、「成年後見人は、その権限を行使するに当たって、本人の福祉を旨として、本人の意思を尊重し、かつ、自己の権限の範囲に応じて本人の身上に配慮しなければならない」旨の一般規定を設けるものとしている。

なお、禁治産者の後見人の療養看護義務などに関する現行民法第 858 条の規定は、心神喪失の常況を要件とする禁治産類型の後見人に特有の規定であり、「療養看護」の内容には新設の一般規定の対象（医療契約の締結等）には包摂しきれない内容（具体的な看護等）が含まれ得ると解されるので、新設の一般規定とは別建ての規定としてこれを維持するとともに、後見類型の後見人にその適用範囲を限定するのが相当であると考えられる。以上のような観点から、試案では、「後見人の療養看護義務などに関する民法第 858 条の規定は、後見類型に特有の規定として、現行どおり維持するものとする」としている。もっとも、この「療養看護」については、後見人が代理人として本人のために医療契約を締結して医療機関にサービスを提供させたり、復代理人または履行補助者に療養看護を行わせることなども可能であり、また、法人後見人の活用等により対処することも可能となることに留意する必要がある。

#### イ 身上監護に関する一般規定の趣旨

前記アの一般規定は、本人の身体に対する共生を伴わず、かつ、契約等の法律行為（事実行為は含まれない。）に関する事項である限り、一身専属的な事項を除き、身上監護に関連するあらゆる事項をその対象として含み得るものである。具体的には、当該規定は、研究会において分析・整理した諸事項（医療に関する事項、住居の確保に関する事項、施設の入退所、処遇の監視・異議申立て等に関する事項、介護・生活維持に関する事項、教育・リハビリに関する事項）のすべてがその内容として含まれるという解釈を前提として設けられている。すなわち、成年後見人が前記～等の各項目に関する契約の締結（例：医療契約、住居に関する契約、施設入所契約、介護契約、教育・リハビリに関する契約等）、相手方の履行の監視（例：施設内の処遇の監視等）、費用の支払（介護・生活維持のための社会保障給付の利用を含む）、契約の介助（例：住居の賃貸借契約の介助、施設の退所等）等を行う際に「本人の身上に配慮すべき義務」を負い、また、法律行為である限り異議申立て等の公法上の行為を行う際にも当該義務を負うものと解するのが相当である。また、「本人の身上に配慮する義務」の内容は、個々の法律行為の態様及び本人の身上をめぐる状況に応じて多種多様なものが含まれるものと解されるところであり、例えば、いわゆるアドヴォカシー（advocacy = 本人の身上面に関する利益の主張を補助し、又は本人の身上面に関する利益を代弁すること）等についても、当該規定の解釈として一定の合理的な範囲内（契約等の法律行為に関する権限の行使に伴う注意義務の範囲内）にお

いて「本人の身上に配慮する義務」の内容に含まれるものと考えられる。

前述の通り、この一般規定による成年後見人の身上監護に関する義務の範囲は、成年後見人の法律行為に関する権限の行使に当たっての善管注意義務の具体化という規定の性質上、契約等の法律行為に限られるものであり、現実の介護行為のような事実行為は含まれない。また、成年後見人の権限は、意思表示による契約などの法律行為に関するものに限られるので、身体に対する強制を伴う事項（健康診断の受診の強制・入院の強制、施設への入所の強制、介護の強制、教育・リハビリの強制等）は含まれない。なお、意思表示による法律行為であっても、一身専属的な事項（例：肝臓移植の同意等）は、成年後見人の権限に含まれないものと解される。

#### ウ身上監護に関する個別規定の創設

本人の住居の確保に関する事項は、本来財産管理行為としての性格を有し、当然に成年後見人の権限の及ぶ事項と考えられるが、精神医学的に住居の環境は本人の心神の状況に多大な影響を与えるものとされており、本人の身上面に対する悪影響の防止という観点から、本人の住居の処分等に関する成年後見人の権限を法律上制限することの要否が問題となる。

ドイツでは、このような観点から、世話人が本人の賃借している住居の賃貸借関係を解約する等の場合には後見裁判所の許可を要する旨の規定が設けられており（ドイツ民法第1907条）、フランスでは、後見人・保佐人等が本人の居住に関する旨の規定が設けられている（フランス民法第490条の2第3項）。

成年後見人は、本人の財産に関する法律行為について代理権を付与されている以上、本来、自己の判断に基づいてその権限を行使することが可能であるが、本人の居住用不動産の処分等の行為に関しては、当該行為が本人の身上面に与える影響の重大さにかんがみると、法律上その権限に一定の規制を加えることが相当であり、その規制の方法としては、ドイツ・フランスの立法例と同様に、本人の居住用不動産の処分等の行為（売却、賃貸、賃貸借契約の解除、抵当権の設定その他これらに準ずる行為）について家庭裁判所の許可を要件とする方法が相当であると考えられる。これは、居住用不動産の処分等の行為が本人の身上面に与える影響が大きいことにかんがみ、特に身上監護の観点から財産上の代理権を制限したものであり、それ以上に非居住用の不動産の処分等の行為についてまで司法的規制を加えることは、家庭裁判所が自ら付与した成年後見人の財産上の代理権に対する過度の制約となり、適当ではないものと考えられる。一般の財産管理を目的とする代理権の行使については、成年後見人の適格性審査及び成年後見監督体制の充実により適正な規制を加えていくもが相当であろう。

そこで、試案では、「成年後見人が本人に代わって本人の居住の用に供する不動産に関する売却、賃貸、賃貸借契約の解除、抵当権の設定その他これらに準ずる行為をするには、家庭裁判所の許可を得なければならない」旨の個別規定を設けることとしている。

なお、補助・保佐の各類型において、当初の申立てにより抽象的な不動産の処分全般を

対象として補助人・保佐人に代理権が付与された場合において、その後補助人・補佐人が実際に処分を行うこととした不動産が居住用のものであるときは、その時点で改めて家庭裁判所の許可を得ることが必要となるが、他方で、当初の代理権付与の申立ての対象が特定の居住用の不動産であるときは、補助・保佐の開始決定をもって前述の家庭裁判所の許可を兼ねることになるものと考えられるので、この点を条文の形式上どのように規定するか（観念上二つの決定を同時にするものと考えて実務の運用・解釈にゆだねるか、それとも、後者の場合には別途の家庭裁判所の許可を要しない旨のただし書を設けるか等）については、今後なお検討を要するものと考えられる。

#### エその他の個別規定の要否

ドイツの立法例では、治療行為その他の医的侵襲（以下単に「医的侵襲」という。）に関する決定・同意の権限を世話人に与え、その中の重要な決定・同意について裁判所の許可を得ることが義務付けられており、わが国において同様の制度を設けることの適否については議論のあるところである。しかしながら、成年後見の場面における医的侵襲に関する決定・同意という問題は、一般的に意識を失った患者又は未成年者等に対する医的侵襲に関する決定・同意と共通する問題であるところ、それら一般の場面における決定・同意権者、決定・同意の根拠・限界等について社会一般のコンセンサスが得られているとは到底言い難い現在の状況の下で、本人の自己決定及び基本的人権との抵触等の問題についての検討も未解決のまま、今回の民法改正に際して成年後見の場合についてのみ医的侵襲に関する決定権・同意権に関する規定を導入することは、時期尚早といわざるを得ないものと考えられる。この問題は、医療行為について本人の判断能力に問題がある場合における第三者の決定・同意全般に関する問題として、医療の倫理等に関する医療専門家等の十分な議論を経た上で、将来の時間をかけた検討に基づいて慎重に立法の要否・適否を判断すべき事柄であり、当面は社会通念のほか、緊急性がある場合には緊急非難・緊急事務管理等の一般法理にゆだねることとせざるを得ないものというべきであろう。また、医療に関する事項に関連する問題として、臓器移植、不妊手術、延命治療及びその中止、尊厳死等の問題についても、同様の理由から、今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ決定権・同意権に関する規定を導入することは、適当ではないものというべきであろう。

また、居所指定権に関しては、ドイツ民法には世話人の職務範囲に「居所指定」が含まれる場合があり得る旨の規定がある（第 1907 条第 2 項）が、その場合の「居所指定」とは、ドイツ民法の解釈上、重度の精神上的障害を有する者を医療施設に入所させる場合を指すものと解されており、実質的には被後見人を精神病院に入れる場合に関する我が国の民法第 858 条第 2 項の規定に相当するものといえることができる。試案における被補助人又は被保佐人の施設入所に関しては、本人の同意を要件として施設入所契約の代理権を補助人又は保佐人に付与すれば足り、それ以上に意思能力の残存している本人の意思に反する強制的な施設入所等の権限を補助人又は保佐人に付与することは、本人の自己決定及び基本的人権との抵触の恐れがあり、適当とは考えられない。したがって、わが国の民法において、

居所指定権に関する一般的な規定を設けることは、必要ではなく、また、適当ではないものと考えられる。

なお、精神病院への医療保護入院に関する同意権については、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律上の問題として別途検討される必要がある。

## 6 新法における規定

身上監護については、民法 858 条において「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被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」と規定された。精神保健福祉法に関する規定は、最終的に削除された。この規定は、成年後見人が本人のための身上監護（生活・療養看護）と財産管理に関する事務を行うには、本人の意思を尊重し、本人の身上（心身の状態や生活の状況）に配慮しなければならないことについて、本人の意思を尊重することと、身上に配慮することに対して善管注意義務を負うことを規定している（保佐人につき民法 876 の 5 第 1 項、補助人につき民法 876 条の 10 第 1 項、善管注意義務については、民法第 869 条、644 条）。成年後見人は身上監護についてもその事務を行うことにつき代理権を有していることが規定されているのである。

身上監護に関する事務の具体的な内容は、介護契約、施設入所契約、医療契約、社会保障給付の申請などのあらゆる法律行為とそれに伴う事実行為である。これらの法律行為は準委任契約であり、財産管理に類似するものとも考えることも出来る。立法担当者は、この法律行為に伴う事実行為として介護、看護の手配や見守りが考えられ、これを超える実際の介護行為や看護行為は含まれないとしており、これが現在の通説である<sup>(20)</sup>。

身上監護に関する事項については、手術、入院、健康診断受診の強制、施設入所の強制は含まれない。また、本人の意思表示に基づく法律行為であっても臓器移植、不妊手術、延命治療とその中止、尊厳死の同意などの事項は含まれないと解されている。成年被後見人などに対する医療行為の同意権については、立法担当者は、現状では社会一般のコンセンサスが得られていないので時期尚早として規定をおかず、当面社会通念のほか、緊急避難(刑法 37 条)、緊急事務管理(民法 698 条)などの一般法理に委ねることとする、としている<sup>(21)</sup>。

## 7 精神保健福祉法との関係について

精神保健福祉法においては、精神障害者に保護者が付される場合、その保護者の第一順位に後見人と規定されている<sup>(20 条)</sup>。成年後見制度においては、後見人、保佐人、補助人の制度が創設されたが、これらの三類型すべてが精神保健福祉法上の保護者に含まれるのか、複数後見人が同時についた場合、その中の一人が保護者になるのか、全員がなるのか、法人後見人の場合どのように対応するのか、などの問題が残る。また、保護者の権限、義務についても、医療保護入院の場合の保護者の同意権について、法人後見、保佐人、補助

人に同意権が認められるのか、引取義務及び自傷他害防止義務を負うことになるのか、などの問題点が指摘されていた<sup>(22)</sup>。

これらの問題については、平成 11 年の精神保健福祉法改正により、保護者について次のように改正された。

第 22 条に規定する保護の対象から任意入院及び通所患者を除外し、自らの意思で医療を受けている者については、保護者の保護の対象としないことにした。

第 22 条に既定する保護者の義務のうち自傷他害防止監督義務を削除し、症状が悪化した精神障害者について医療保護入院の同意を行うなどにより適切に治療を「受けさせる義務」が課せられるにとどまることとした。

保護者になることが出来る範囲に民法における成年後見制度の保佐人を加えることとした。

これで、保護者の負担はやや軽減されたが、依然として「措置入院患者が退院するときは、保護者は、退院するものを引き取らなければならない」(41 条)という規定があり、保護者が引き取り、医療をきちんと受けさせる責任を取らなければならない。入院生活が長くなると、保護者が家族の場合親が死亡していたり、高齢のため子供の面倒まで見ることが困難な場合など、引き取ることが出来なくなっている場合が多い。このため、精神障害者に親亡き後の問題が生ずることがある。

精神保健福祉法上の問題については、その問題となる規定を一部削除することにより解決を図ろうとした。そして、民法 858 条 2 項については、最終的には削除された。そのために、民法と、精神保健福祉法との関係がかえって曖昧になってしまっていると考えられる。

## 第二節 学説の検討

旧法における療養看護に関する議論では、その法的性質や具体的な内容についてはほとんど議論されなかった。旧法の立法過程においても、議論の課題にはしていなかった。成年後見制度における身上監護に関する議論をめぐって本格的に議論され始めたみてよいだろう。しかし、家族法の性格に関する学説や議論や、関連する制度において間接的に議論されることはあった。そこで、まず身上監護に関する学説を検討する前に、その背景となる学説や議論を整理する。それから、現行法における身上監護に関する学説や議論について検討する。

### 1 いわゆる「財産法と家族法」について

後見制度は、成年後見、未成年後見制度と共通して、能力については民法総則に、具体的な職務内容については親族法に規定がある。そのため、財産法と家族法についての議論において、その検討すべき題材として取り上げられることがあった。家族法における総論的な課題であるが、身上監護について議論する際に一定の示唆を得ることが出来ると考え

る。財産法と家族法に関する議論については、大きく分けて、財産法と家族法を対立概念ととらえ、家族法の独自性を強調する学説と、家族法を財産法とを同一の法原理ととらえる学説がある。以下、各学説を整理、検討する。

#### 明治民法下の中川説<sup>(23)</sup>

身分法は財産法と対立する関係を持つ法律とみる考え方である。身分法、身分法上の法律関係と財産法、財産法上の法律関係を比較すると、財産法や財産法上の法律関係は人為的、合理的、打算的な選択意思に基づいて形成された関係であり、その規定にある社会関係は便宜的な人格の単なる結合に過ぎない利益社会である。そのため、財産法やその解釈も合理性、没倫理性を特徴とする。これに対し、身分法上の法律関係は非打算的、運命的、非合理的自然発生的な本質的意思によって結合された関係であって、本能、感情、性情に根ざす全人格的な、本質的結合を特徴とする共同社会をその社会的基礎とする。従って、身分法やその解釈は合理性だけでは割り切れないため、社会の慣行、事実や倫理を尊重するという特徴をもつ、とする。そして、経済生活の法的表現が財産法であり、保族生活の法的表現が身分法である、とする。

この中川説に対しては、財産法と身分法を対立概念ととらえただけで、両者の相互関係については言及していない、財産法と身分法を区別する明確な分類基準を示していない、などの批判がある。また、中川博士は民法総則は財産法のみを通則であって身分法を通則ではありえないとも指摘されるが、後見・保佐に関する法規制がなぜ民法総則と親族法とに分断して規定されているかについて言及されていない、との批判がある。しかし、現在においてなお、通説的な見解といってよいであろう。

#### 来栖説<sup>(24)</sup>

財産法の体系を明らかにするにとどまり未完に終わっているが、財産法と身分法の関係についても指摘があるので検討する。来栖説も中川説と同様に、財産法と身分法の基礎にある経済生活と保族生活が対立することを認める。しかし、単なる対立ではなく、経済生活と保族生活とは、全く異なった原理を有しながら相結合して近代社会という一つの社会を成しているのであり、民法における財産法と身分法の対立と結合は、近代社会における経済社会と保族社会との対立と結合の法における表現である、とする。また、「およそ人間は生まれながらにして平等の権利能力、特に財産能力を有する」という命題については、まず家族と結びつき、精神的ならびに肉体的欠陥は絶えず家族により補充を受け、場合によっては社会の後見さえ受ける人間が予定されているのではなかろうか、と指摘する。身分法における連帯、特に親の子に対する配慮が財産法を成り立たせている、とする点が中川説にはない特色である。

#### 旧法における川島説<sup>(25)</sup>

家族法は財産法と同一の近代市民法原理によって基礎づけられていると考える学説である。近代家族法の出発点は独立・自由な法的主体者たる個人であり、その意思に基づく市民契約としての婚姻が成立し、ついで、未成年の子と親の監護養育関係が成立する。近代家族法は、家族関係における財産的権利義務に重点が置かれ、家族秩序は愛情に基づいた内面的自発性に基礎を置き、それらは法の規制外に置かれ、この結果、家族法関係は財産法関係と同じく、自由、平等、独立の法主体としての個人相互間の権利義務の対抗関係をもって構成されるとする。

#### 渡辺説<sup>(26)</sup>

家族法を財産法の一特殊分野と解する考え方である。家族法の規定は、ほとんど家族の財産関係を規律する規定であり、その意味で家族法は家族財産法であるといえる、とされる。この説については、家族法において財産的側面が重要であるとしても、財産と関係しない人倫秩序の側面を無視することになるのではないかとの批判がある。また、家族という人間関係の中で最も精神的なものを財産法上の関係に引き寄せてとらえる可能性があるのではないか、との批判もある。

#### 沼説<sup>(27)</sup>

来栖説を承継して発展された説で、家族法を私的保護法ととらえる考え方である。家族法の特徴は財産法によって支配される独立・平等・自由の属性を付与された構成員からなる「市民社会」で、それらの属性を持たない者の私的保護にあるとする。個人が自由、独立、平等を有していれば、直ちに市民社会の「舞台上の装置」に登場することが出来るけれども、それらを有していない要保護者は舞台裏で一定の保護を与え、要保護性を補完して舞台上に立たせる必要があるが、その補完は親族関係を媒介にして、親権者、後見人、補佐人、扶養義務者という保護装置によってなされる。このように、家族法 = 私的保護法は保護装置を通して要保護者を財産法の世界に登場させる機構ととらえ、家族法の私的保護法としての性格を強調し、財産法と家族法の二元性を持つ近代市民法の装置を解明しようとする。なお、私的保護の内容については、要保護者を事実上世話する事後的監護、要保護者の財産管理や法定代理のような行為的監護、要保護者の扶養のような経済的監護をあげている。

～ の学説は、家族法のとらえ方に関する学説で、今日でも定説はないが、財産法と家族法の間には質的差異があるとの見解が指摘されており、両者の違いを認める見解が有力と考えてよいだろう。このテーマにおいて、後見制度について直接議論したものがある。学説は、禁治産後見について財産法ととらえるものと、家族法ととらえる見解がある。以下、学説を引用しながら検討する。

禁治産後見について、財産法ととらえる見解は、後見人は禁治産者を本人とする事務管理を行うものと解するものである。その根拠として、身分行為については、後見人は被後

見人(禁治産者)に対して代理権を有していないことをあげている。そして、禁治産者は、親子、夫婦などの身分と結びつかなければならない概念ではなく、非親族身分であると考えられることから、身分法規範を成すものではなく、禁治産の概念が財産法上の行為能力に関するものと考えれば、財産法上の制度と違って差し支えないものとする。禁治産者の事務の管理の性質は、委任や不在者の財産管理と異なるものと解する説である(28)。

これに対して、家族法ととらえる学説については、学説を引用しながら検討する。まず、後見人・被後見人などの間に親族的身分関係がないことが、非親族的身分関係としての財産法との対立を挫いたのであったが、これらの関係が、「要保護性」の補完にかかるものであるところから、叙上の結合を契機として財産法に明らかに対するものだからである。だから、親族法が「私的保護法」をその中核としつつ、これと「親族的身分関係法」との結合ないし服合法として、財産法に対立することが明らかなのである、とする。そして、「非親族的身分関係法」たる「財産法」に対する、「親族的身分関係法」たる「親族法」は、「私的保護法」たる「親族法」と結合することによって、その不完全性が治癒される、とする。つまり、財産法では対応しきれない被後見人の保護については親族法に規定するべきであり、このことが、親族法における規定の存在意義であると考えられる、ということである(29)。

なお、保佐制度については、次のように指摘している。後見人と被後見人、保佐人と被保佐人(準禁治産者)は、親族的身分関係に立つものを必ずしも要求されていないことに触れてから、保佐制度が親族法の中に位置することが可能な理由について、ドイツ法の沿革に触れながら次のように指摘している。「プフタは、後見制度を親族法の中ではなく、債権法の中に位置づけようとしたが、ドイツ民法学会の大勢はこれを認めず、ドイツ民法典に見られるように後見法を親族法の中に規定し、監護(Pflegschaft)の規定を親族法の中で規定することにより、いわゆる保佐制度が親族法の中に規定されることになる」とともに、不在者の財産の事務管理にかかる監護人(Abwesenheitspfleger)についても、親族法で規定されていることから、後見制度が親族法に包摂、対象付けられているのである(30)。」

これらの議論から、後見制度、特に禁治産後見制度は、家族法にも規定がありながら、財産法に非常に近い法的性質を持ち合わせていることがわかる。財産法と家族法の一般議論に照し合わせると、後見制度が家族法に規定があることについて、一定の存在意義を認めたと上で、その法的性質を検討する必要があると考えられる。この議論は、身上監護に関する学説を検討する上で、財産管理と身上監護の関係について考察する上で一定の示唆を与える。つまり、成年後見制度を財産法と捉えるならば、身上監護について家族法のなかで特別検討することなく、もし、身上監護事項が存在するとしても、財産法の中で対応することになるから、被後見人に対して、財産管理事務を行う場合にのみ身上監護事項が考慮されることになる。これに対し、家族法における規定の存在意義を認めるならば、身上監護事項について、財産法と家族法の両方の領域で認められることになるから、身上監護事項について、より広い範囲で認められることになるのではないか。民法 858 条において身上配慮義務について規定されているが、従来の療養看護や病院への収容義務よりも、よ

り日常生活の援助を認めた規定と読むことが出来ると考えられる。

成年後見制度が制定されてから、民法における法体系において、財産法に重点が置かれたが、「人の法」としてそれにとどまらないことを指摘された<sup>(31)</sup>。現行法においても、財産法か家族法かどちらかではなく、両方の法的性格を備え持つ制度と捉えるべきであろう。

## 2 療養看護と扶養の関係について

成年後見制度における身上監護事項をめぐる議論において、介護事項が含まれるのかが争点になった。介護以外の身上監護事項の内容に相当する事実行為とはいったい何か。この問題を検討するために、まず、家族法における療養看護、扶養、介護の関係について整理する。

### (1) 私的扶養と公的扶養

扶養には大きく分けて私的扶養と公的扶養がある。親族間の扶養、地域社会における相互扶助、民間の福祉事業、企業福祉などによる生活の保障が私的扶養である。政府やその関係機関、団体などによる生活の保障が公的扶養といえる。公的扶養は主に社会保障によって行われている。

広義の扶養には、経済的扶養の他に、精神的扶養と身体的扶養が含まれる。経済的扶養の対象となるものは、生活費の負担であるが、当然に衣食住の費用のほかに、医療、教育などのすべての費用が含まれる。これらは親族による私的扶養に関わるが、社会保障では、介護保険の介護給付、医療保険の医療給付や年金の年金給付などが考えられる。精神的扶養とは、肉親の愛情に基づく思いやりなどの情緒的援助のことであり、身体的扶養とは身の回りの世話や面倒見のことであり、これはサービス扶養など様々な名で呼ばれている。

私的扶養のうち親族扶養を除くその他の扶養と公的扶養とを合わせて社会的扶養と呼ぶことも出来るだろう。民法上の扶養義務者は親族に限られるが、扶養義務者の範囲では十分な生活保障が得られていない場合があり、何らかの社会的扶養で補われているのが実情と考えてよいであろう<sup>(32)</sup>。

未成年後見の場合、親権者がいない場合に後見が発生するため（民法第 838 条）親権との相違については扶養義務の有無であるとされるが、禁治産後見の場合、扶養義務者が後見人になることが十分にありえるので、扶養義務者が後見人になる場合、療養看護義務と扶養義務を負うことになる。禁治産後見における療養看護義務は、親族共同体意識の中で事実上扶養義務と混同されてしまったところがあるのではないかと<sup>(33)</sup>。

広い意味で要扶養状態に置かれている人々に対する援護機能を（親族間の）私的資源と公的・社会的資源との間でどのように配分するのか、親族扶養と社会福祉（事業）との機能的役割をどのようにあてがうかの議論に発展するが、禁治産者の療養看護義務についても同様のことが言える。のちの成年後見制度における身上配慮義務の法的性格や具体的な内容を検討するときも、扶養義務や社会保障との関係について議論された。

## (2) 扶養義務の内容について

現行家族法は、明治民法における家制度を排除するとともに、憲法に規定された個人の尊厳と平等や、基本的人権の尊重などの人権に関する規定との調和を目指して規定された。扶養制度が社会保障などとの関係について議論されるのは、直ちに人権や生存権に触れる問題だからである。また、現行家族法は非常に柔軟性をもつといわれるが、これは家庭裁判所における調停や審判による解決を想定しているからである。現行家族法は、臨時法制審議会の民法改正要綱よりもその適用範囲を拡大し、さらに、戦時中の人事調停法の実績を前提として、当事者の協議と調停を先行させることとした。この条項の適用には、婚姻の際の夫婦の氏の決定、離婚の際の親権者・監護者、監護について必要な事項・財産分与の決定、扶養の順位・程度・方法の決定、寄与分・遺産分割の決定など、家族法上の各種の重要事項にわたる。これらは、原則としてまず当事者の協議に委ねられ、協議が整わないか、協議が出来ない場合に家庭裁判所の調停にまわされ、調停が不調に終われば家庭裁判所の審判により対応される<sup>(34)</sup>。

民法第 879 条では、扶養の程度、方法について「扶養の程度又は方法について、当事者間に協議が整わないとき、又は協議をすることができないときは、扶養権利者の需要、扶養義務者の資力その他の一切の事情を考慮して、家庭裁判所がこれを定める」と規定されている。これは、扶養義務においても、家庭裁判所における解決を想定していることを示す規定である<sup>(35)</sup>。しかし、旧民法における禁治産者の療養看護義務についても、扶養義務者が行う場合、扶養義務とも関係は最終的には、この規定によるものと解されていた。つまり、法定の扶養義務者でも、協議、審判までは扶養義務の有無やその内容は法律上不確定なままということになる。戦前の明治民法の段階で(明治民法 957 条)、この規定に一定の解釈基準を与えるための新たな解釈議論が、「生活保持義務」と「生活扶助義務」からなる扶養義務二分説<sup>(36)</sup>である。

生活保持義務は、夫婦と親の未成熟子に対する扶養義務が該当し、扶養の程度は自己の生活程度と同様で、生活の全面的保持でなければならない、とする。生活扶助義務は、自己の地位相応な生活を犠牲にすることなしに給与し得る生活費だけでよい、とする。この二分説は、戦後批判する説があった。しかし、現在でも通説、判例として定着している。なお、老親扶養については、成熟子と親との間に必ずしも共同生活関係が存在しないことから、生活扶助義務であると解されており、判例もこの考え方を採用している。

扶養に関する規定については、高齢社会を反映して老親扶養の問題について検討されるようになり、これに関連して、高齢者福祉・介護・相続と扶養義務との規範的關係についての議論がされるとともに、成年後見制度の導入に向けての取り組みへと発展した。

## 3 高齢者扶養と介護の関係について

### (1) 高齢者扶養の法的性格

民法上扶養とは経済的な生活の扶助を意味する。幼弱・不具・老齢・精神病・失業など自然または社会的要因による生活困窮者の経済的生活に対する外的扶助のことである<sup>(37)</sup>。

扶養問題は、それぞれの時代背景で固有の方法で解決されてきた。家庭の統制の強かった時代には、家長の責任において家族員の生活を保証する家族責任が中心となっていた。明治民法上は戸主に家産を独占させるとともに家族員を扶養する義務を負わせた。この国家とその法によって創られた「望ましい家族関係」は、家父長とこれに従属する家族構成員という関係を作り出し、家父長＝老親の地位は絶対的で、法の面でもモラルの面でもその法的な強制と社会的統制の下で私的扶養のルールの確立によりその地位はきわめて安定していた。したがって老親扶養は、貧しい家族社会であろうと家族ベースの安定した扶養機能、介助機能のサービス供給源に支えられた今日のような老親扶養の問題の顕在化はあまり見られなかった<sup>(38)</sup>。

しかしこのような家父長的家族制度が崩壊し、親子・夫婦・兄弟姉妹という人間の基本的な関係が表面化すると、要扶養者への扶養責任はそれぞれの関係の当事者ということになる。高齢者扶養も法規定の下で家族構成員の自主的・自発的な意思によるその権利・義務行使、その家族（親族）の自主、自治に生活維持を委ねることになった。それと同時にこのような関係者のいない者の扶養は国家又は公共団体が引き受ける方向へと発展する<sup>(39)</sup>。前者が私的扶養義務の問題であり後者が社会保障制度である。近代の福祉国家は財産を有する者や労働力のあるものは自己保障を原則とし、財産もなく労働能力のない者のみ国が公的扶助を引き受ける（憲法 25 条・27～29 条）。しかし、私有財産制度を認める国家組織では国民の生活を保障する国家の資力にもおのずと限界があるので、一定の親族関係にある者が扶養しなければならないとしている。すべての国民に最低生活を保障することを目的とする生活保護法第 4 条 2 項でも、民法の扶養義務がありその資力がある場合には公的保護を与えないことを定めている<sup>(40)</sup>。しかし、このような各人の自己保障と私的扶養と社会保障との関係がうまくかみ合わず様々な問題が生じているのである。

扶養義務には、生活保持義務と生活扶助義務があると考えられているが、生活保持義務とは子または配偶者の生活を自己の生活の一部として保持する義務のことで、扶養の程度は自己の生活程度に等しく生活の全面保持でなければならない<sup>(41)</sup>。生活扶助義務とは、少なくとも一応各人の個別的生活を前提とする意味において被扶養者の最低限度の文化的生活の維持を目的とするもので、相手方の生活を維持するため自己の地位相応な生活を犠牲にすることなしに給付し得る生活必要費だけでよい<sup>(42)</sup>。高齢者の扶養義務について通説は、親と成人の子との間の扶養（民法第 877 条 1 項）は、いわゆる経済的な「生活扶助」であって、扶養を受けるべき者が扶養必要状態にあり扶養すべき者が扶養可能状態にある場合でなければ扶養義務は発生しないとされる<sup>(43)</sup>。成熟子の親に対する扶養は、法的に生活共同ないし同居を義務付けられない関係の扶養に当たるので生活扶助義務と考えられる。私的扶養の限界の問題や公的扶養における私的扶養の優先の原則と照し合わせるとこの結論

は妥当である。しかし扶養必要状態は扶養すべき者の扶養の余力、当事者の身分関係、社会的地位などの一切の事情との関係で相対的・弾力的に判断されてもよいのではないかと考えられる。この点では高齢者扶養は生活保持義務に近いと考えられる(44)。

## (2) 高齢者扶養と介護の関係

「介護」の観念は法的には未成熟で曖昧である(45)。介護の性格と扶養との関係でどのようにとらえるべきなのだろうか。

扶養の方法には給付扶養と引取扶養がある。給付扶養は、金銭にしるその他のものにしる経済的給付のみをして日常生活の面倒までは見ないものである。これに対して引取扶養は、扶養義務者が要扶養者を家族の一員として自分の世帯内に引き取って経済的給付とともに日常生活の面倒まで見るものであるから、高齢者の総合的扶養の方法として最も望ましいとされてきた。また家族による無償の介護が可能な場合には、扶養義務者にとっても金銭的出費が少なくてすむという利点があるので老親扶養の通常の方法になっていた(46)。従来扶養の概念は主として経済的給付として把握されてきた。介護するということは愛情に動機づけがあるし法的強制になじまないからである。しかし高齢者介護が社会問題となった今、その法的性格が問題になっている。

高齢者扶養事件ではないが、親族間の扶養と介護の関係について示した審判例がある(大阪家審昭和 59 年 3 月 31 日家月 37 卷 1 号 129 頁(47))。てんかん症で独居している 61 歳の申立人が兄弟などに身の世話をしてくれるように求めた扶養事件で、申立そのものは却下されたが親族間の介護について次のような見解を示した。

「民法 877 条の扶養に身上看護を行う扶養が含まれるかが問題となるが、夫婦における同居協力義務及び未成年の子に対する監護養育義務には、その性格上看護が含まれ、また親族間の扶養義務の履行方法として認められている引取扶養には、経済的出捐に加え、扶養義務者が扶養権利者のために直接的に身の配慮をするという要素が含まれる。そうすると、親族間における扶養にも引取扶養とは別個に身上監護を行う扶養が認められるものと解するのが相当である。しかし、身上監護扶養は、扶養義務者に長期にわたる労務の提供を強いることになるから、法的義務として認められるとしても、直接強制はもとより間接強制をすることも認められない。また夫婦間の義務や親の未成年の子に対する義務に比べるとより希薄な義務であるから扶養義務者が扶養権利者の身上監護に対し非協力的であるときは審判によってこれを命ずることは相当ではない。」

この審判では、一般論としては介護が扶養義務の中に含まれる一要素として法的義務となり得ることを認めたのは、高齢者扶養事件の中心問題が経済的援助から身上監護へと移行していることの認識に基づくものである(48)。なお、審判例では、扶養と介護や身上監護や療養看護の概念を厳密に区別はしていないようである。ただ、民法の扶養義務に身近介護義務が含まれるかどうかについては疑問がある。民法第 879 条では扶養の程度・方法について当事者間の協力または家庭裁判所の審判によって定め得ることになっている。これ

は経済的給付扶養の原則性が明らかになったと解すべきである。引取扶養の場合扶養する側が協力する意思がない限り実効性がない。また扶養される側の意思に反する引取扶養は、扶養される側の自己決定権を無視するものになる可能性がある。たとえ日常生活能力が衰えたとしても意思能力がある限り、誰と同居し介護を受けるかは本人の意思に任せるべきである。民法の規定上ではむしろ介護は、扶養の問題ではなくて民法第 730 条の扶け合い義務の問題であると指摘する説がある<sup>(49)</sup>。

しかしこの「扶け合いの義務」に介護同居による日常生活の手助け・介護行為が含まれてしまうならば、それに伴う各種の負担も単なる義務履行にすぎないことになる。だがこの「扶け合う義務」は親族間の扶養義務とは別に規定されているので、扶養義務を定めたものとは解されない。単に家庭的共同生活における倫理を示したものにすぎないと解される。子と親の関係については、その他の親族関係よりも強い共同体の観念が社会的に存在することは事実であるが、子の親に対する孝養の義務を強調し、封建的な家族制度の復活を彷彿させるような意味を本条に持たせるべきではない<sup>(50)</sup>。介護は病気に対する看護を通じての事実上の扶養と考えられる<sup>(51)</sup>。この「介護」の観念を法的にどのようにとらえるかについては、実際の介護の状況を把握した上で、今後さらに検討を要する課題といえるだろう。「介護」の概念を法的に認めるためには、扶養よりもより限定された内容であると解するべきだと考えられる。

介護と療養看護の関係であるが、「介護」とは疾病や障害などで日常生活に支障がある場合、介助や身の回りの世話(炊事、買物、洗濯などを含む)をすることである。また「介助」とは「寝たきり老人」などで一人で動作できない人に食事、排泄、寝起きなど起居動作の手助けをすることである。介護の場合身の回りの世話が含まれているが、中心は一定の機能障害の存在に由来する「介助」と考えられる。これに対して「面倒見」は介助を含まない身の世話(健常者に対するケアの提供)と考えられる<sup>(52)</sup>。

これに対して「療養看護」は疾病の存在を前提とした観念で、その治療に向けてのケアの提供とする考え方がある。民法においては、療養看護については、第 904 条の 2 の寄与分と第 958 条の 3 の特別縁故者への財産分与に関する規定の中に文言があるが、これらの規定における「療養看護」は通常長期にわたり、多くの場合介護を伴う。「療養看護」は「介護」よりも限定された意味とも考えられるが、両者はあまり厳密に区別されないようである<sup>(53)</sup>。

#### 4 介護の概念

##### (1) 介護の概念

身上監護をめぐる学説の検討において、介護(事実行為)をどのように取り扱うかについて、議論が対立した。民法上、介護は扶養義務に含まれない。介護に関する明確な概念や定義は、介護保険法により、一定の方向性が示された(介護保険法 1 条)。つまり、「加齢に伴って生ずる心身の変化に関する疾病などにより要介護状態となり、入浴、排せつ、食事などの介護、機能訓練並びに看護及び療養上の管理その他の医療を要する者等」が、介護保険

法の適用を受けるので、これに該当する状態が要介護状態であり、介護保険制度により受けるサービスが、介護の具体的な内容となる。

厚生省の介護の定義についての検討をもとに整理すると次のようになる<sup>(54)</sup>。

#### 介護の意味の例

「病人などを介抱し看護すること」

「疾病や障害などで日常生活に支障のある場合、介助や身のまわりの世話(炊事、買物、洗濯、掃除などを含む)をすること」

「介助し、保護することをいう。介護は、成人の家庭人の誰もがその意思に基づいて行うことのできる活動であるが、職業として介護を行う集団もある。福祉機関に働く寮母、介助員、ホームヘルパー、そして民間の家政婦などである。職業集団として介護を行う利点は、誰もが一定水準の知識と技を有し、それを義務として安定的に、持続的に利用者に提供できることであり、それが社会システムとして容認されていることである。職業従事者の行う介護とは、健康状態がどんなレベルであったとしても、その人が普通に獲得してきたところの自立生活に注目し、もし支障があれば、「介助する」という独自の方法で、それを補うように援助あるいは支援する活動である。」

#### 介護の概念

「広義」の介護：これまで一般に「看病」、「介抱」、「病人の世話」という言葉でいわれてきたような幅広い意味での介護活動全体

「狭義」の介護：特定の有資格者を含む介護従事者による介護活動

老人福祉法などの福祉分野では、「狭義」の介護として使われる例が多い(老人福祉法第11条、第10条の4)。なお、介護休業法第2条において、要介護状態の定義をしている。

「要介護状態 負傷、疾病又は身体上もしくは精神上の障害により、厚生労働省令で定める期間にわたり常時介護を必要とする状態をいう」。また、介護休業制度に関するガイドラインにおいては、「「介護」とは、家庭での医療・療養上の世話や身の回りの世話、入院中の身の回りの世話やリハビリ介助、通院介助などのいわば直接的介護のほか、入・退院のための手続き、付添等の手配、入院の付添及び情緒的な支え、退院後の介助者探し等在宅介護を行うに当たっての受け入れ態勢の整備なども含めて幅広く捉えるものである。」としている。

このように、介護保険法や厚生省の見解では、身体介護についてその概念について定義づけしている。しかし、日々の会話、いたわりや配慮、楽しみの提供など、精神的、情緒的安定を支えることを内容とする援助は原則含まれていない<sup>(55)</sup>。成年後見制度の対象者は高齢者のみではなく、障害者も含まれるので、障害者の介助(通常では自分ですることを障害があるために他人が援助すること)について考慮すると、援助の範囲はさらに広がる。

介護保険制度で利用できる身体介護や介助は、身上監護事項には含まれない。しかし、精

神的、情緒的な安定を支える援助は、身上監護事項に含まれると考えられる。必ずしも身体介護を行いながら行われるとも限らず、成年後見人も積極的に行うべきことだからである。

## (2) 自立支援という考え方

介護保険はサービス提供の基軸となる共通の価値観として、これまでの「お世話」ではなく「自立支援」を導入した。自立の定義は、あることを個人が決定し、それを決定する能力、すなわち「行為の自立」のみではなく、心身に障害がある人々についての「意思決定の自立」が含まれる。

すなわち、人の助けがなくては実行や達成ができない状態であっても、生活内容の選択において独自の好みと価値観を持つことができることを、先ず自立と考えるのである。すなわち、高齢者の「意思決定の自立」を尊重することで生活水準の向上を実現し、さらにそのことを通して、高齢者、障害者自身の更なる自立への意欲を引き出すことを目指すのである。このような価値観は、ノーマライゼーションの思想をベースにしている<sup>(56)</sup>。

注目すべきことは、「自立支援」の基本理念は、介護保険制度と成年後見制度の両方に共通することである。とくに「意思決定の自立」を支援することは、民法 858 条における本人の意思尊重義務に該当すると考えられる。

## 5 身上監護をめぐる学説

身上監護をめぐる議論においては、それぞれ「身上監護」の定義について共通の理解がなく、それぞれの論者によってその内容が異なる。学説は、まず身上監護について成年後見制度の職務範囲に含まれるのか、その具体的な内容は何か、に対して意見が分かれた。大きく分けて、職務範囲に含む説と含まない説がある。さらに身上監護を重視する程度の違いで身上監護事項についてもさらにいくつかの学説に分かれる。以下、代表的な学説を整理する。

### (1) 成年後見制度制定前の学説

身上監護を職務内容に含まない説<sup>(57)</sup>：この説は、身上監護の職務範囲は財産管理の職務範囲に集約できるため身上監護について特別の配慮は必要ないとする説である。理由は、民法上扶養義務の中に介護行為が含まれないと解されているのに、この介護労働を身上監護の職務範囲として後見人に介護義務を負わせるのはおかしいことをあげている。そして、身上監護を考慮する様々な行為も必ず財産管理と関連があり、最終的には財産管理に集約されるので、特別に身上監護について成年後見の職務範囲に含める必要はないとする。

決定権限説<sup>(58)</sup>：身上監護の具体的な職務は日常生活事項に対する決定権限であると解する説である。事実行為は含まれないとする。理由は、身上監護とは、健康、生命の維持、その他一身上の世話に関する決定権限と考えれば、介護行為などの事実行為を含まずに独

自の身上監護の領域が認められ、財産管理を伴う様々な行為についても身上監護が関連することが認められるからである。現在の多数説である。

身上監護の内容に事実行為が含まれる説<sup>(59)</sup>：成年後見制度の基本理念である自己決定権の尊重やノーマライゼーションの思想を実現するためには身上監護は必要不可欠なものであると考え、これらの実現のためには事実行為も含まれると考える説である。身上監護には財産管理と関連する事項と身上監護独自の事項があると考え、財産管理と関連のない身上監護には事実行為が含まれると考える説である。

の学説については、身上監護の内容をほぼ介護とらえたようである。もし、身上監護の内容について、介護以外の内容を検討する場合、身上監護が職務内容に含まれると考える余地がある。これらの学説の違いは理念的な対立であり、結論には差がない、と考えられている。つまり、財産管理を優先するか、身上監護を優先するかの違いであり、特に、身上監護をアレンジする義務と捉える見解と、身上監護義務に反対する見解との差はほとんどない、とする。理由は、後者の見解における身上監護義務が、後見人が財産行為を行う際の善管注意義務の内容として行われることになるからである、とする。さらに、被後見人の住居に関わる問題については、成年後見人が行為するに当たって家庭裁判所の許可が必要とすべきことや、身上監護義務や善管注意義務が保佐人などにも課されることには学説上異論はない、とする<sup>(60)</sup>。また、の学説からも、財産管理と身上監護を対立概念としてとらえるのではなく、両者が必要不可欠なものとして、協調していくものである、と指摘されている<sup>(61)</sup>。

このように、財産管理を重視するか、身上監護を重視するかで、その表現に差はあるものの、

～のすべての学説で、身上監護に介護が含まれない、という点では一致している。私としては、説が最も近く、介護以外の必要な事実行為を含む説を支持したい。身上監護に介護を含むものと解釈した場合、介護自体は義務として強制することになじまないもので否定することになる。介護保険制度で利用できる身体介護や介助は、介護行為などの事実行為と考えられ、身上監護の具体的な内容には含まれない。必要ならば、介護保険制度を利用すればいいので、むしろ、介護保険制度を利用するための手続きの援助が身上監護の内容と考えられる。しかし、精神的、情緒的な安定を支える援助は、身上監護の職務範囲と考えられる。必ずしも身体介護を行いながら行われるとも限らず、成年後見人も積極的に行うべきことだからである。また、在宅か施設に関わらず、高齢者、障害者が不安を感じることなく自分のペースで生活できる環境を作り出すことが非常に重要である。そしてその不安を取り除くために精神的なフォローが必要である。扶養義務や介護に関する民法の議論の中で、精神的、情緒的安定を図るための援助については十分に議論されてこなかった。高齢者、障害者自身の持っている力を最大限に引き出す（エンパワーメント）ためには、このような援助が不可欠である。実際には身体介護をしながら援助することが多いだろうが、たとえ介護と重なる場合であっても、成年後見制度の基本原則である自己決定権の尊重、ノーマライゼーションの実現のためには必要な援助であり、身上監護に含まれ

ると考える。

## (2) 成年後見制度制定後の学説

### 事実行為をめぐる学説について

民法 858 条において、成年後見人のなすべき事務が、成年被後見人の「生活、療養看護及び財産の管理に関する」事を規定した上で、これを行う行動基準として、「本人の意思尊重」と「身上配慮」を行う義務が定められている。この成年後見人のなすべき事務について、事実行為が含まれるのかについては、介護以外の事実行為は含まれるとする説が出された。つまり、「(立法担当者は)法律行為を強調する説明は、成年後見の立法過程において、被保護者の身の辺の具体的な世話ないし介護という事実行為までも義務付けるかのような主張があったことから、そのような意見に対する牽制として持ち出されている<sup>(62)</sup>」ものであり、「成年後見人は被後見人の生活と療養看護に関する事務を行うことは、(民法 858 条の)規定の前提として維持されているので、後見人の任務として、法律行為でない事務も含み得る<sup>(63)</sup>」という解釈の余地が残されている、と指摘している。

身上監護事項に事実行為を含む学説も、次のように議論が展開した。まず、新井説では、身上監護事項につき、「財産行為関与型身上監護事項」と「財産行為不関与型身上監護事項」という概念を構成し、「財産行為不関与型身上監護事項」については、「自己決定を十分に受け止め、必要とあれば事実行為を含むしかるべき処置を取るべき義務を負うものと解する<sup>(64)</sup>」としていた。しかし、その後「通常は事実行為を行う義務を負うものではないけれども、必要とあれば保護者に課されている善管注意義務の範囲内において事実行為を含むしかるべき処置を取るべき義務を負うものと解する<sup>(65)</sup>」とした。さらに、成年後見制度施行後に、民法 858 条の身上配慮義務の内容として、現実の介護行為は含まれないこと、法律行為を行うことと、その法律行為の履行行為としての事実行為の遂行とが成年後見人とその法律行為の相手方との職務分担である<sup>(66)</sup>、とした。また、小賀野説は、身上監護は、介助に対する働きかけであるとし、その具体的な内容は決定権限としつつ、一定の場合には善管注意義務の内容として介助することが含まれる<sup>(67)</sup>、とした。また、このような身上監護事項を具体的に実現するために、医療・保険・福祉との総合的な連携や支援が進められる必要がある<sup>(68)</sup>、としている。

身上監護事項について、介護が含まれないことは、学説上異論はない。また、身上監護事項に介護以外の事実行為が含まれる<sup>(69)</sup>と考えることも可能であろう。

### 医療事項について

成年後見制度施行後に議論が積極的に展開された事項である。現行法では、医療行為の同意・代諾・代行については認められておらず、制度の限界でもある。しかし、学説はむしろ賛成する説が多い。

一定の条件のもとで認める説は「健康維持のための定期的な健康診断や日常的な生活の

中で通常生じ得る疾病・けが(風邪・骨折・歯痛など)については、それが客観的に必要と思われる限り、本人の意思に反する場合であっても(医者嫌い、検査嫌い)、成年後見人の判断で受診させ、通院・入院治療・リハビリを継続することができる(70)。」とする。また、医的侵襲行為には、身体への影響が軽微なものから、重大なものまで各種存在するので、一切同意権の付与を認めないのは相当ではなく、程度により同意権を認める見解がある。医的侵襲行為には、症状の解明に必要な最小限の医的侵襲行為(触診、レントゲン検査、血液検査など)、当該医療契約から当然予想される軽微な身体的侵襲行為(解熱のための注射、一般的な投薬、骨折の治療、傷の縫合など)、侵襲の程度が高度の医的侵襲行為(重度の外科手術、身体組織の一部の切除)などがあり、は同意権の対象外だが、は医療契約の締結と基本的には一緒になっているので、同意権を認めてもよいとする(71)。

入院契約の締結と医的侵襲行為を区別して認める説は、医師・病院と治療契約・入院契約を締結する前に治療・手術を受けるか否かの決定があり、これは身上に関する意思決定に相当するので、後見に付されていても、本人が判断できるのであれば、本人が決定すべきものである、とする。そして、成年後見人には、身上監護事項に関する事務を行う義務があるので、治療・手術の意味について本人に判断能力がない場合には、成年後見人は、義務に対応して、手術などについての意思決定もできると考えるべきであろう(72)、とする。

このように、学説は、少なくとも身体への影響が軽微なものについては、同意権を認める説がある。問題は、身体への影響が重大な医療行為に対する同意についてである。生命に直接関わる事項に対する同意であるが、学説は、立法による解決を求めるもの(73)と、特別な保護機関により医療行為についての同意・代行・代諾を行うとする説(74)がある。この成年被後見人の手術・治療行為その他の医的侵襲並びに臓器移植、不妊手術、延命治療及びその中止、尊厳死などの問題こそが、立法段階で、社会一般のコンセンサスが得られていない、といわれる事項である。成年後見の実務においても問題になっている事項で(75)、認める方向で議論すべきであるが、重大な医療行為について対応できる専門機関を設立して対応ができる状態になって始めて認められると考えられる。

### 第三節 身上監護の内容について

ここでは、具体例(76)をあげながら、身上監護の内容について検討する。

#### 1 介護サービスの利用について

痴呆高齢者などが介護が必要になった場合、介護保険制度の利用が考えられる。介護保険制度では、被保険者がサービスを選択することになっている。その手続は、要介護認定の申請から始まって、居宅支援事業者の選定、居宅サービス計画の作成依頼と承諾(在宅介護支援契約の成立)居宅サービス計画に対する合意、在宅サービス計画に沿って、個別の介護サービスの利用契約(介護契約の成立)要介護認定の更新の申請、を繰り返し行う。この場合、家族が補助人になるか、後見開始の審判を受けて成年後見人になり、介護サー

ビス利用手続や利用料の支払いなどについて代理権の付与を受けることになる。任意後見契約が締結されている場合は、任意後見人が、その代理権の範囲内でこれらの手続を行うことになる。要介護認定の更新、変更手続を行う際に、家族が高齢者の意思を確認して、その意思に沿った内容の申請手続を行うことになる。また、介護サービスを利用するための契約を締結する場合にも、本人が契約当事者になったり、家族が代理人になったり、契約当事者となって契約することになる。

痴呆高齢者に家族がない場合は、地域福祉権利擁護事業を利用する方法がある。しかし、痴呆症状が進行して、本人が契約内容を理解できない場合はこれによることが出来ない。この場合、市区町村長による後見の申立により後見人などを選任して、選任された後見人などが手続を行うことになる。ただ、緊急を要し、審判を待つことが出来ない場合は、やむを得ず従来どおりの措置制度により対応することになる。

施設などで介護事故が起こった場合、介護保険制度のもとでは、事業者は速やかに市区町村、入所者の家族などに事故を連絡するとともに、必要な措置を講ずることが義務づけられている。また、入所者の苦情に迅速かつ適切に対応することも義務づけられている。事業者の説明を求めたり、市区町村などに苦情を申し立てることは、本人だけでなく家族も可能である。これらの対応で損害の回復が図れない場合は、損害賠償請求をすることになる。訴訟を起こす場合は、本人が痴呆のために訴訟を提起することが出来ない場合は、家族が、成年後見人に選任される必要がある。

施設内における身体拘束は、厚生労働省の定めた指定基準で、「利用者又は他の利用者などの生命、又は身体を保護するため、緊急やむをえない場合」を除き、原則禁止されている。不当に身体拘束をされている疑いがあるときは、事業者、市区町村の介護保険担当課などに苦情申立をすることが出来る。入所者本人の状況や気持を確認した上で本人又は家族などから苦情申立や相談をすることが出来る。本人に痴呆症状などがあっても、成年後見人に選任されなければ出来ないことではない。

## 2 医療における援助について

成年後見人には、医療行為に対する同意や拒否について決定権が与えられていない。しかし、本人の理解を十分に得られないまま治療を進めようとすることがある場合、本人の理解を前提に治療が進められるように関係者に働きかけ、本人の意思が尊重されるように配慮することが、身上監護を行うことになる。判断能力が十分ではない状態でも、自己の健康状態や治療の必要性について理解することが出来ないとは限らないし、本人の状態や、十分な情報提供により自己決定できることがあるからである。

しかし、本人の判断能力が十分ではなく生命の危険性や治療の必要性を理解できない状態にあり、しかも放置すれば生命に危険がある場合は、緊急行為として治療行為や手術行為を行うことが出来る。この場合成年後見人は、インフォームドコンセントが適切に行われたか、治療行為や手術を行うべき緊急事態だったかを確認することになる。

これらのことは、法定後見人にも任意後見人にも認められる事項である。しかし、治療行為の代諾や延命治療に対する決定権はどちらの後見の場合にも認められていない。生命や健康の維持や回復に関する事項ではなく、本人の生命の終結に関する事項を含むもので、本人の自己決定が本質的に問われるからである。海外の法制度では、持続的授与制度やリビングウィル<sup>(77)</sup>などあらかじめ本人の意思表示が明らかな事項については、治療行為の代諾や延命治療に関する事項についても後見人に権限を与えている(アメリカの1979年統一持続的代理権授与法参照)。これらの事前の意思表示を尊重することが本人にとって最善の利益になり、自己決定権を尊重すると考えられているからである。アメリカではすでに認められ、イギリスやドイツでも持続的代理権制度や任意後見制度における医療行為の代諾について制度を導入するための検討がされている。わが国においては、導入の必要があると考えられるが、生命に直接関わることなので、慎重な議論が必要である。

### 3 虐待について

成年後見制度の立法のための審議の中では特に取り上げられなかったが、虐待は、痴呆性高齢者、知的障害者、精神障害者に対する財産や人権侵害が表面化したものである。成年後見制度がどのように活用されるのか検討する。

#### (1) 高齢者虐待

虐待は、家庭でも施設でも起こる。本人の人権や尊厳を失わせると同時に、その生命や身体を危険にさらす行為である。虐待には、次のような種類がある。

身体的虐待：暴力行為などで、身体に傷やあざ、痛みを与える行為や、外部との接触を意図的、継続的に遮断する行為。(例)平手打ちをする、つねる、殴る、ける、無理やり食事を口に入れる。やけど、打撲させる、ベッドに縛り付けたり、意図的に薬を過剰に服用させたりして、身体拘束・抑制をする。

心理的虐待：脅しや侮辱などの言語や威圧的な態度、無視、嫌がらせによって精神的、情緒的に苦痛を与えること。(例)排泄の失敗などを嘲笑したり、それを人前で話すなどにより高齢者に恥を書かせる、怒鳴る、ののしる、悪口を言う、侮辱をこめて、子供のように扱う、高齢者が話し掛けているのを意図的に無視する。

性的虐待：本人との間で合意が形成されていない、あらゆる携帯の性的な行為又はその強要。(例)排泄の失敗などに対して懲罰的に下半身を裸にして放置する。キス、性器への接触、セックスを強要する、など。

経済的虐待：本人の合意なしに財産や金銭を使用し、本人の希望する金銭の使用を理由なく制限すること。(例)日常生活に必要な金銭を渡さない、使わせない、本人の自宅などを本人に無断で売却する、年金や預貯金を本人の意思・利益に反して使用する、など。

介護・世話の放棄・放任：意図的であるか、結果的であるかを問わず、介護や生活の世話を行っている家族が、その提供を放棄または放任し、高齢者の生活環境や、高齢者自身の身体・精神状態を悪化させていること。(例)入浴しておらず異臭がする、髪が伸び放題

だったり、皮膚が汚れている、水分や食事を十分に与えられていないことで、空腹状態が長時間にわたって続いたり、脱水症状や栄養失調の状態にある、室内にごみを放置するなど、劣悪な住環境の中で生活させる、高齢者本人が必要とする介護・医療サービスを、相応の理由なく制限したり使わせない、など<sup>(78)</sup>。

痴呆性高齢者が虐待にあっている場合、成年後見人、保佐人、補助人を選任して本人の代わりに財産を管理したり、救済を申し出ることにより解決する方法がある。特に経済的虐待に対しては有効である。虐待を発見した場合、まず近親者(四親等内の親族)が申し立てることになるが、近親者が虐待をしている場合は、「本人の福祉のために特に必要がある」場合に相当するので、市町村の長が成年後見人の申立をすることになる(老人福祉法第 32 条)。成年後見人、保佐人、補助人は、本人が助けを求めていなくても、本人の状況や意思を考慮して対応することは、身上配慮義務に該当するものと考えられる。

そのほかにも、現行制度により対応する方法としては次のことが挙げられる。成人した子が老親と同居しながら、老親を虐待している場合、独立したほかの子などが同居している子を相手に家庭裁判所に老親に扶養義務者の変更の審判を申し出て、その手続きの結果として老親を虐待されている環境から切り離すことが出来る。

虐待を受けている高齢者が、虐待をする家族に対して、高齢者の自宅の所有権に基づいて家屋の明渡しを求めて訴訟を起こす方法がある。しかし、この方法は本人に非常に精神的な負担になる。また、痴呆高齢者の場合、事実上責任を追求することが出来ない場合がある。そのほか、人身保護法に基づく保護命令や刑事告発する方法もあるが、その後の家族関係の修復が困難になるため、他にとるべき方法がない場合の最終手段であり、標準的な対応と位置づけるものではない。

介護の放棄の場合、自ら行っていた介護を放棄するだけでなく、介護の手配をしないで放置することも介護放棄に含まれる。介護の放棄は、要介護者の生命に関わる問題であり、緊急に対応しなければならない場合がある。この場合、老人福祉法上の措置による介護サービスの提供により、市区町村が、措置により、介護施設に要介護者を移すなどして保護することや、老人福祉法上の市区町村長による法定後見の申立により、早急に成年後見人を選任して本人の権利を擁護することが考えられる<sup>(79)</sup>。

なお、高齢者虐待防止法案が 2005 年の通常国会で審議される予定である。この法律の制定で、高齢者虐待に対応できるようになることが期待される。

## (2) 障害者虐待

障害者の虐待については、精神病院や施設の中での虐待事件が表面化している。高齢者虐待同様、本人の人権や尊厳を侵害し、その身体や生命を危険にさらす行為である。なかには社会問題化した人権侵害事件もある。

宇都宮病院事件<sup>(80)</sup>は、昭和 59 年、栃木県の民間精神病院で看護職員が患者に暴力をふるい死亡させた事件である。行政当局の調査の結果、無資格者による不正医療行為、作業療

法に名を借りた患者からの搾取、入院対象ではない患者の入院実態など次々と精神障害者への人権侵害問題が明るみに出た。国会でも審議され、IJC（国際法律化委員会）の実態調査も入り、国連人権差別小委員会で厳しく批判された。この事件をきっかけに精神衛生法が精神保健法に改正された。病院長は逮捕された。また、この病院に入院していた元患者4人が強制的に入院させられ苦痛を受けたとして、元病院長や国、県、市を相手取り損害賠償を求めた裁判で、裁判所は原告の請求を認め1300万円の支払いを命じた。

知的障害者についても、水戸・アカス事件<sup>(81)</sup>、白河育成園事件<sup>(82)</sup>などの深刻な虐待事例が表面化した。閉鎖的な工場や施設の中で、賃金の不当な搾取、行政からの助成金の不正受給、暴力、性的暴行が日常的に行われていた実態が明るみに出た。

成年後見制度では、障害者やその親族が一定の資産を持っている場合、障害者の生活のために財産管理を行うことは出来る。知的障害者や精神障害者の親亡き後の財産管理の問題には対応が出来る。

知的障害者が施設で暴力や虐待を受けている場合、苦情を申し立てる方法がある。社会福祉法では、福祉サービスに関する利用者などからの苦情を適切に解決するため、都道府県社協に、運営適正化委員会を設けることを定めている。運営適正化委員会は、施設の同意を得て事情調査を行い、暴力などの事実が認められれば、施設に対して必要な助言や勧告を行うことになっている。また、不当な行為が行われている恐れがあるときは、都道府県知事に対し、速やかに通知することになっている。この苦情や斡旋の申立は、利用者やその家族もできる。特に成年後見人に選任されている必要はない。しかし、被後見人がこのような状況の場合は、成年後見人は苦情申立をするなどの対応を取るべきであろう<sup>(83)</sup>。

#### 4 小括

明治民法 922 条の禁治産者の療養看護義務から、現在の成年後見人、保佐人、補助人の身上配慮義務について、立法に関連する議論や学説や事例を整理、検討してきた。成年後見制度における身上監護の定義が現時点でも必ずしも定まっておらず、その意味内容についてもなお検討を要すると考えられる。

従来の後見人を保護する制度のもとでの療養看護義務は、病気の看病と、施設への収容が主な内容であった。明治民法においては、精神病院への収容か私宅監置かについて親族会の同意を要したが、監置の必要のない禁治産者の療養看護の方法については、後見人が単独で決定することが出来るとする判決<sup>(84)</sup>がある。成年後見制度が制定されるまでは、依然として病気の看病と、精神病院への収容が中心であったが、高齢者、障害者の人権を擁護するためのより幅広い対応が要求されるようになり、身上配慮義務の規定の制定に至った。

まず、擁護すべき人権とは本人の尊厳が守られること、いかなる状況においても、人として対応され、自分らしく生きること、自分の生き方を自分で決めること、自分で実行することが権利として保証されることである。しかし現在でも虐待や、本人の意向を無視し

た処遇などの深刻な問題がある。このような状況に対応していくためには、権利を侵害されたが、自分の意思を表現しにくい環境に居る人たちを弁護し、代弁し、解決に向けて提言するアドボカシー（権利擁護）や、このような人たちが自立に向けて自らの権利を主張できるように力をつけていくことを支援するエンパワーメントを実行する必要がある。これらを、本人(被後見人)の立場に立って実行することが、後見人の身上配慮義務であると考えられる。これは、法定後見、任意後見の両方の場合に当てはまる。

親族が成年後見人になる場合、法定後見、任意後見の場合も、身上配慮義務のほかに扶養義務も負うことになる。第三者や法人が成年後見人になる場合は負わない。しかし、身上配慮義務にも、扶養義務にも、介護、看護などの事実行為は含まれず、介護や看護の手配や見守りなどが対象となる。

法定後見と任意後見とで身上配慮義務の職務内容に違いが出ると考えられるのは、リビングウィルの取り扱いである。本人が、判断能力が十分なときにリビングウィルをあらかじめ行っていた場合、任意後見人は本人が判断能力が十分な段階でこの事実を把握し、本人と任意後見が発動されたときに医療関係者にリビングウィルの存在を伝える任意後見契約をあらかじめ締結しておくことは可能である。成年後見人には医療行為に対する同意権や代諾権はないので、あくまで本人の意向を医療関係者に伝えるだけである。リビングウィル程危急な状況ではない医療行為や処遇に対する要望をあらかじめ表明する場合も、任意後見の場合は同様に認められるだろう。アメリカでは医療などに関する持続的代理権はすでに認められており、イギリスやドイツでも導入に向けて検討が続いている。この場合も、本人の意向を伝えるだけだが、これは本人の事前の意思表示(advance directive)に相当し、本人の自律(autonomy)のための有効な手段であると考えられている。法定後見の場合は本人は判断能力が十分ではないので認められない。

身上監護事項は、財産管理事項と比較すると、より身体の状態や生命に直接関わることである。法務省が具体的に挙げた事項は、あくまで例を指摘したもので、それ以外のことを行ってもいけないということではない。身上監護事項に対して、本人の意思尊重義務と身上配慮義務が民法 858 条に規定されている。本人の意思の尊重と身上配慮を行うためには、高齢者、障害者の精神面、情緒面への援助、意思決定の自立の援助、関係者との十分なコミュニケーションが必要である。これらが十分に行われるための環境づくりも必要である。特に高齢者、障害者本人の意思決定の自立の援助は、本人の決定が、家族、医療、福祉などの専門家や施設との決定と異なる場合、本人の立場にたって意思決定の自立を保障することは重要なことである。本人の身体や生命を守りながら精神的なフォローを行い、本来持っている力を引き出し、自己決定や意思決定を尊重していくことが身上監護事項であると考えられる。

<注>

(1)後見制度の沿革については、戒能通孝「後見法」『家族制度全集法律編第三巻親子』(1937

- 年)290 頁以下参照
- (2)法務大臣官房司法制度調査部監修『法典調査会民法議事速記録 7』(商事法務研究会、1984 年)50 頁
- (3)梅謙次郎『民法要義卷之四親族編』(1901 年復刻版、有斐閣、1985 年)467 頁
- (4)奥田義人『民法親族法論』(有斐閣書房、1899 年、復刻版、信山社、2003 年)434 頁
- (5)(4)と同じ
- (6)(4)と同じ
- (7)前掲(4)386 頁
- (8)前掲(4)434 ~ 435 頁
- (9)前掲(4)435 頁
- (10)和田于一『後見法』(大同書院、1932 年)70 頁
- (11)星野茂「精神保健法上の保護義務者制度をめぐる諸問題(上)」法律論争 63 卷 6 号(1991 年)118 頁
- (12)第 13 回帝国議会貴族院精神病者監護法案特別委員会議事速記録第 2 号(『帝国議会貴族院委員会速記録 8』東京大学出版会(1987 年)216 頁)の三宅秀委員の発言
- (13)第 14 回帝国議会貴族院精神病者監護法案特別委員会議事速記録第 3 号(『帝国議会貴族院委員会速記録 10』東京大学出版会(1987 年)236 頁)の梅謙次郎政府委員の発言
- (14)(13)と同じ
- (15)有地亨『新版家族法概論』(法律文化社、2003 年)10 ~ 11 頁
- (16)註親族法(下)(有斐閣、1952 年)193 ~ 194 頁
- (17)中川善之助『新訂親族法』(青林書院新社、1959 年)575 ~ 577 頁
- (18)成年後見問題研究会『成年後見問題研究会報告書』(法務省民事局参事官室、1997 年)46 ~ 52 頁
- (19)法務省民事局参事官室『成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説-要綱試案・概要・補足説明』(金融財政事情研究会、1998 年)39 ~ 43 頁
- (20)小林 = 大門編著『新成年後見制度の解説』(金融財政事情研究会、2000 年)144 頁
- (21)(20)と同じ
- (22)星野茂「成年後見法と精神保健福祉法について」判例タイムズ 972 号(1998 年)56 ~ 58 頁
- (23)中川善之助『日本親族法論』(日本評論者、1942 年)3 頁以下
- (24)来栖三郎「民法における財産法と身分法(1) ~ (3)」法学協会雑誌 60 卷 11 号(1942 年)1 ~ 13 頁、61 卷 2 号(1943 年)40 ~ 58 頁、61 卷 3 号(1943 年)1 ~ 44 頁、なお、この来る論文については、加藤雅信編修代表『民法学説百年史』(三省堂、1999 年)648 頁以下(河内宏執筆部分)を参照した。
- (25)川島武宣『民法講義 1 卷序説』(岩波書店、1951 年)12 頁以下、なお、青山道夫 = 有地亨編『新版注釈民法(21)』(有斐閣、1989 年)48 頁以下(沼正也執筆部分)を参照した。

- (26) 渡辺洋三「現代家族法研究序説—家族法と財産法を中心に—」黒木三郎編『山中康夫教授還暦記念論文集 近代法と現代法』(法律文化社、1973年)276~299頁参照
- (27) 沼正也『親族法の総論的課題』(三和書房、沼正也著作集第1巻、1955年)86頁以下、241頁以下、なお、沼正也博士の著書は20数巻に及ぶ膨大なもので、その随所に、財産法と家族法について検討されている。他に参照した著書に、『財産法の原理と親族法の原理(同著作集第2巻、三和書房、1980年)、『家族法の基本構造(同著作集第3巻、三和書房、1984年)』、『民法における最善性と次善性(同著作集第4巻、三和書房、1963年)』、『民法におけるテーマとモチーフ(同著作集第7巻、三和書房、1970年)』、この沼説から成年後見制度を検討したものに、館幸嗣「成年後見制度の制定とその課題 親族法の視点から」中央学院社会システム研究2巻2号(2002年)177~194頁、沼説に対しては、利谷信義「現代家族法理論の一考察—いわゆる「私的保護法の理論」を中心として」渡辺洋三・利谷信義編『現代日本の法思想』(日本評論者、1972年)97~111頁参照
- (28) 山中康雄「身分法の構造と性格 特に財産法体系との関連を問題にして」(四)法律時報15巻5号(1943年)62頁~66頁
- (29) 沼正也『親族法の総論的構造』86頁、90頁、18~19頁、193頁、同『財産法の原理と家族法の原理』98頁など
- (30) 沼正也『親族法の総論的構造』11~12頁
- (31) 広中俊雄「成年後見制度の改革と民法の体系(上) - 旧民法人事編 = 「人の法」の解体から一世紀を経て」ジュリスト1184号94~101頁(2000年) 同(下)ジュリスト1185号93~102頁(2000年)
- (32) 堀勝弘「社会保障と扶養」ジュリスト1059号(1995年)177頁
- (33) 佐藤敏一「身上監護に関する後見事務の監督について 実務を通じての若干の考察」最高裁判所事務総局家庭局『家庭裁判所の諸問題』(1969年)148~149頁。未成年後見に関する議論だが、身上監護に間する数少ない文献である。また、明山和夫「社会保障と親族扶養 将来のヴィジョンと政策」都市問題研究15巻2号(1963年)では、親族扶養に関して、身上監護の用語を用いている。この頃からすでに扶養や身上監護の概念は、あまり区別されていなかったようである。
- (34) 利谷信義「家族間の変遷と家族法」法律時報65巻12号(1993年)38頁参照
- (35) 上野政和「扶養義務」星野英一編『民法講座第7巻親族・相続』(有斐閣、1984年)
- (36) 中川善之助「親族的扶養義務の本質(1) - 改正案への一批評」法学新報38巻6号2頁(1928年)、同「親族的扶養義務の本質(2・間)」法学新報38巻7号(1928年)76頁
- (37) 田中実『親族法論』(成文堂、1979年)199頁
- (38) 佐藤進「高齢化社会と高齢者福祉をめぐる法的諸問題」自由と正義45巻10号(1994年)8頁

- (39)我妻栄・有泉亨『民法三（親族法・相続法）』（第三版）（一粒社、1978年）213頁以下
- (40)我妻・有泉前掲 215 頁
- (41)中川前掲(17)597 頁
- (42)中川前掲 597 頁
- (43)中川前掲 600 頁以下
- (44)上野政和「最近の老親扶養の裁判例と法的問題 老親の面倒見をめぐる」法律のひろば 39 巻 12 号（1986 年）49 頁以下、同「家族（親族）の扶養義務 高齢者を取りまく家族」自由と正義 45 巻 10 号 52 頁
- (45)佐藤隆夫「親族扶養の生活扶助義務の性格 扶養法への提言」国学院法学 29 巻 2 号（1991 年）14 頁
- (46)上野前掲 54 頁以下
- (47)上野前掲 46 頁、山脇貞司「高齢者の扶養をめぐる法的諸問題」『講座現代家族法第 4 巻親権・後見・扶養』（日本評論社、1992 年）301 頁、上野前掲 55 頁も同じ趣旨で同じ判例を挙げている。
- (48)上野前掲 55 頁
- (49)上野前掲 55 頁、老親介護が 730 条の問題であると主張するものとして佐藤前掲 11 頁以下
- (50)松村ちづ子「均分相続に対する一考察 「被相続人（親）の面倒を見た」ことの遺産分割における評価について」名古屋大学法政論集 142 号（1992 年）344 頁
- (51)佐藤前掲 13 頁
- (52)吉田克己「高齢者と相続法理—寄与分を中心として」『老人介護と相続法理に関する研究報告書』（長寿社会開発センター、1993 年）66 頁、なお、介護の概念なども含めて、介護問題と家族問題や法律上の問題を扱ったものに、石川恒夫、吉田克己、江口隆裕編『高齢者介護と家族 民法と社会保障法の接点』（信山社、1997 年）、日本学術社会法学研究連絡委員会編『高齢社会と介護システム』（尚学社、1997 年）など
- (53)吉田前掲 67 頁
- (54)厚生省高齢者介護対策本部事務局監修『新たな高齢者介護システムの確立について～老人保健福祉審議会中間報告～』（ぎょうせい、1995 年）28～31 頁
- (55)精神的、情緒的安定を支える援助については、小笠原裕次・橋本泰子・浅野仁『高齢者福祉（これからの社会福祉）』（有斐閣、1998 年）21 頁参照
- (56)岡本祐三『介護保険の教室』（PHP 新書、2000 年）92 頁
- (57)道垣内弘人「成年後見制度試案（二）」ジュリスト 1075 号（1995 年）93 頁
- (58)米倉明『高齢社会における財産管理制度 成年後見制度の確立をめざして』<講演> トラスト 60（1995 年）27 頁
- (59)新井誠『高齢社会の成年後見法』（有斐閣、1994 年）146 頁以下、小賀野晶一『成年身

- 上監護制度論』(信山社、2000年)60頁以下
- (60)道垣内弘人「『身上監護』、『本人の意思の尊重』について」ジュリスト 1141号(1998年)33~37頁参照
- (61)小賀野前掲書参照
- (62)床谷文雄「成年後見における身上配慮義務」民商法雑誌 122巻4・5号(2000年)544頁
- (63)(62)と同じ
- (64)新井前掲書(59)149頁
- (65)新井前掲書(59)[改訂版](1999年)167頁
- (66)新井誠「法人後見・任意後見業務の实践と課題」ジュリスト 1193号(2001年)70頁
- (67)小賀野前掲書(59)72~73頁
- (68)池田恵利子・小賀野晶一・小嶋珠実・中井洋恵『成年後見と社会福祉 実践的身上監護システムの課題』(信山社、2002年)124~134頁(小賀野晶一執筆部分)参照
- (69)須永醇「成年後見制度について」法と精神医療 17号(2003年)19頁以下参照
- (70)床谷前掲論文 547~548頁
- (71)上山泰「身上監護をめぐる諸問題について」ジュリスト 1211号 53頁、同「患者の同意に関する法的問題点」新井誠・西山詮編『成年後見と意思能力』(日本評論社、2002年)129頁
- (72)四宮和夫=能見善久『民法総則[第七版]』(2005年)55~56頁
- (73)上山泰「成年後見と医療行為」臨床精神医学 33巻9号(2004年)1181~1182頁
- (74)須永前掲論文 32~33頁
- (75)赤沼康弘「成年後見と医療行為の同意」実践成年後見 12号(2005年)75頁以
- (76)事例については田山輝明、長谷川泰造編『暮らしの相談室 現場の成年後見 Q&A』(有斐閣、2002年)や、実践成年後見 1~14号に掲載されている事例を参考にした。
- (77)リビングウィルは、日本では、日本尊厳死協会の「尊厳死の宣言書」が一般的に用いられている。なお、横浜地裁平成7年3月28日判例時報 1530号 28頁では、このリビングウィルに基づいて、末期状態の治療を中止することが許される場合があると判断した。
- (78)高齢者虐待の定義については、厚生労働省老健局総務課『平成15年度家庭内における高齢者虐待に関する調査』(2003年)による。
- (79)高齢者虐待の具体的な内容については、高齢者虐待防止研究会編、津村智恵子・大谷昭編集代表『高齢者虐待に挑む 発見、介入、予防の視点』(中央法規、2004年)60~72頁、田山・長谷川前掲書 145~148頁、187~190頁、大国美智子・久岡英樹編『高齢者の権利擁護』(ワールドプランニング、2004年)9~27頁、179~199頁を参考にした。なお、田宮菜奈子、松澤明美「高齢者虐待 高齢者介護と家族の視点から」法律時報 77巻5号(2005年)55~62頁参照
- (80)判例時報 1472号参照

- (81)茨城県水戸市にあるアカス紙器工場内で、多数の知的障害者が社長から日常的に虐待を受けていたことが1995年以降発覚した。1997年3月28日に水戸地裁において社長は有罪判決を受けた。
- (82)福島県西郷村の知的障害者施設「白川育成園」で日常的に理事長や職員による虐待や暴力や違法な投薬による管理が行われていたことが発覚し、1997年刑事告発された。1998年に解散し、廃園した。なお、知的障害者に対する虐待については、毎日新聞社会部取材班編『福祉を食う 虐待される障害者たち』（毎日新聞社、1998年）を参考にした。
- (83)田山・長谷川前掲書、191～196頁参照
- (84)仙台高決昭和17年12月19日民集21巻23号1212頁。監置不要の禁治産者を療養看護する方法は後見人単独で定めることができ、親族会の同意を要しないとする判決である。事件は、財産のある家の当主が精神障害となり、妻が面倒を見ていた。当主は精神病院に入院していたが、監置は不要であった。当主の弟妹は、当主の財産をめぐる不穏な行動に及んだり、無理やり温泉療養のための退院を勧めたりしたため、妻は財産保全のために禁治産宣告を請求し、その宣告を得て禁治産後見人になった。当主の弟妹は、親族会を召集して、当主の療養看護の方法について入院は不要で温泉療養をさせるべきであると決めたが、妻はこの親族会に出席せず、親族会の決定にも従わなかった。これに対して当主の弟妹が当主の妻を相手取り、後見人として後見の任務を遂行せず、禁治産者（当主）の心身に重大な危険が及ぶ可能性があり、さらに当主の財産を減損させる恐れがあるとして、妻の後見人の職務執行を停止し、当主の妹に代行させる仮処分命令を求めたものである。事件の背景には当主の財産をめぐる争いがあるが、直接争われたのは、当主の療養看護の方法について親族会を開いた際に妻が欠席して親族会の決定に従わなかったことであった。一審では訴えが却下されたので、当主の妹が上告した。二審の判決では、背後に財産争いがあり、当主の弟妹が不当に後見人である妻の職務に干渉していることを指摘したうえで、親族会において決定する療養看護の方法は瘋癲病院へ入院させるか私宅監置をするかを決定することに限り、監置の必要のない禁治産者の療養看護の方法については、親族会の同意を必要としない、として、上告を却下した。明治民法時代の判決で、親族会や監置制度も廃止されているので、直接争われた親族会に関する事項については参考にならないが、後見人に療養看護の方法について幅広い決定権を認めたことは、現在においても検討する意義があると考えられる。この判例については、中川善之助「禁治産者の後見人の職務（判例批評）」民商法雑誌18巻1号、高梨公之「監置不要の禁治産者を療養看護する方法は後見人単独に定め得、親族会の同意を要せず（判例研究）」日本法学第9巻第7号32～38頁参照。成年後見制度に関する判例については、升田純『高齢者を悩ませる法律問題 成年後見制度をめぐる裁判例』（判例時報社、1998年）で、詳細な検討がされている。

## 第四章 成年後見制度と福祉の接点

### 第一節 成年後見制度を必要とする人々

#### 1 痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者

##### (1) 痴呆性高齢者

痴呆症と判断する基準について、厚生労働省は、次の基準を示している。

第一に、記憶障害（軽度では物忘れや置き忘れ、重度では寸前のことも忘れるなど）失見当（軽度では異なった環境におかれると一時的に何処にいるのか解らなくなる、重度では自分の部屋がわからない）の症状の有無、第二に、人格変化による問題行動（攻撃的行動、自傷行為、弄火、徘徊、不穏・興奮、不潔行為の有無）をあげている<sup>(1)</sup>。

また、精神医学の領域による類型は次の5つがある。

単純型（記憶障害を中心とする痴呆性高齢者の基本型）これは軽度痴呆である。

せん妄錯乱型（とくに夜間せん妄や錯乱が見られる。程度は様々だが、意識障害を伴い、幻覚、幻聴、被害妄想、誇大妄想を示す）

抑うつ型（抑うつ状態、心氣的訴え、不安、苦悶を示し、老年期うつ病に比べて不合理な訴えが多い）

妄想型（記憶や判断などが不確かなことにより些細なことを妄想的に曲解する。幻視、幻聴などを伴うことが多い）

プレスピオフレニー（老人性精神病とも言われる。記憶や見当識の障害は著しく作話も見られるが、上機嫌で冗談をいい、まとまりなく絶えず動いている。他人の中に入るが人々への関心はなく真の意思疎通はできない）<sup>(2)</sup>

厚生省は、痴呆の程度を次の4段階に分けている。

- ・軽度（+1）：通常の家内での行動はほぼ自立しており、日常会話もほぼ普通。社会的関心、話題が乏しく同じことを繰り返し話したりたずねる。今までできていた作業に失敗や能力低下が目立つ。
- ・中程度（+2）：日常生活が一人ではおぼつかなく、助言や介助が必要。簡単な日常会話は可能で、意思疎通には時間がかかる。なれないところでは、場所や道を間違える。同じ物を何度も買い込む。金銭、服薬管理に援助が必要。
- ・高度（+3）：日常生活が一人ではとても無理で、多くのことに助言や介助が必要。失敗が多く目が離せない。簡単な日常会話もおぼつかなく、意思疎通困難。なれたところでも場所や道を間違える。さっき食事をしたことや言ったことを忘れる。
- ・非常に高度（+4）：高度の状態に加えて、自分の名前や出生地を忘れ、身近な家族と他人の区別もつかない<sup>(3)</sup>。

これらのことから、一言で痴呆といっても、その必要な援助は程度によって異なることが伺える。また、知的障害者や精神障害者よりも、痴呆性高齢者の方が家族から疎んじられ、ひいては虐待につながる人が多いといわれる。考えられる理由として次のことが指摘さ

れている。

予期しない症状が生じ、回復の見通しが無いばかりか徐々にひどくなり、家族が数々の迷惑をこうむるために、痴呆性高齢者が家庭の調和を乱す加害者として恨みの対象となってしまうこと。

介護を担う人が元来不安定で未熟な人柄である場合、あるいは極度の疲労に陥っている場合、また痴呆性高齢者との関係が病前から不仲であった場合などでは、本人に対する愛情や介護の熱意や意欲を持つことができず、逆にストレスの発散の対象とになってしまうこと。

介護者が子供の場合は親への甘えもあって、痴呆性高齢者となった親の急激な変貌ぶりや予後の見通しの暗さを受容できず、「あんなにしっかりしていた親が」、「自分も将来そのようになるのでは」などの不安や困惑をコントロールできないまま、強引に行動を抑制しようと不合理な手段を取ってしまいがちになること。

軽度の痴呆の人たちは、部分的には自己決定能力や意思能力を持っているにもかかわらず、家族が実際以上に痴呆化していると思込み、それが本人の自尊心を著しく傷つけトラブルのもとになること。

痴呆性高齢者を虐待から守るためには、介護者の心身の安定が図れるような援助が必要である。家族の身体的・心理的負担を軽減させ、痴呆性高齢者を持つほかの家族と悩みを共有し連帯できるようにして、介護をする家族の気持を開放させることが必要である(4)。

## (2) 知的障害者

知的障害とは、発育期（おおむね 18 歳まで）における様々な原因により、記憶・判断・理解・思考・推理など、知的機能の発達が、統計学的に見て明らかに遅れている状態が長期的に続く障害である。そして、知的機能の障害のために、適応行動の水準が発育年齢に比べて低い状態にある人を総称して、知的障害（厳密には知的発達障害）を持つ人という。

したがって、知能に障害があっても、現在普通に生活し、適応障害のない人を知的障害の範疇に入れる必要はないが、自ら解決できない困難な自体に遭遇した場合、再び知的障害者としての援助が必要になることがある。

知的障害の程度については次のような区分がある。

- ・軽度 (IQ50 ~ 75): 言語及び簡単な文通可能、ラジオ、新聞などをある程度日常生活に利用でき、身近生活の処理可能な程度
- ・中度 (IQ35 ~ 49): 言語が幼稚で文通不能、表示をある程度理解し簡単な加減計算ができ、身近生活の処理はだいたい可能な程度
- ・重度 (IQ20 ~ 34): 言語やや可能、文字、数の理解はわずかで、身近生活の処理は部分的に可能な程度
- ・最重度 (IQ0 ~ 19): 言語ほとんど不能で、文字、数の理解はできず、身近生活の処理が

できない程度

このうち、軽度に相当する人は、全体の 85%にのぼるといわれる。この軽度の人に対して、本人に関する重要なことを決めるような事態が生じた場合、精神年齢に応じて解りやすく状況を説明するとともに、選択や決定をした場合に予測されるプラス面・マイナス面について丁寧に情報を提供し、本人の意見を引き出すような配慮があれば、ほとんどのことが自分で判断でき、かつ行動できることが近年実証されている。

一方、最重度や重度の大部分の人は、食べるものや着るものなどごく身近なことの選択はできても、自分の将来などの選択や決定は困難で、本人の利益を代弁する人の援助が必要であることが指摘されている<sup>(5)</sup>。

### (3) 精神障害者

WHO の「国際疾病分類」によると、統合失調症、そううつ病、そして老年期精神病、中毒性精神病（アルコール性中毒を含む）などを精神病といい、それ以外にいわゆる神経症及び概念が定まっていない精神病質がある。わが国の精神保健福祉法第 5 条で、精神障害者とは、「統合失調症、精神作用物質による急性中毒またはその依存症、知的障害、精神病質その他の精神疾患を有する者をいう」と規定されている<sup>(6)</sup>。

従来わが国では、精神障害者を「錠と鉄格子」のある精神病院に入院させて社会から隔離、収容することに主眼が置かれていた。昭和 25 年の「精神衛生法」の制定の流れは、企業としての精神病院の入院を増やすことにつながり、その結果日本の精神病院のベッド数は、世界の先進国ではずば抜けて多くなり、かつ閉鎖病棟の多さが、「必要以上に行動制限をして、人権上問題がある」と、昭和 62 年に国連人権小委員会から指摘を受けたほどだった<sup>(7)</sup>。

いったん入院した患者が、永い間入院しつづけ、退院してこない、「精神病は治らない = 不治」ではないかと家族、本人、地域社会、国民全体も考えてしまう。また、病気の原因が不明であることが、精神病は「遺伝」ではないかというイメージを作ってしまう。様々な誤ったイメージが生み出す社会的偏見、そして精神病院へ行くことへの抵抗感から、受診を拒否する本人と家族や周囲と摩擦が生じ、その結果「病識、病感」がないのだと誤解されて強制的に入院させられる。このような悪循環が繰り返されてきた<sup>(8)</sup>。

精神障害者は、疾病と障害を併せ持つことが特徴である。しかし、精神障害者の捉え方によって施策が異なることも考慮しなければならない。精神障害者は、精神疾患を有する人を指す場合と、精神疾患とともに障害のある人、の二つの意味がある。これは精神障害者の社会復帰について検討する際、障害者を医学的に捉えるか、生活能力に着目して捉えるか、そして精神保健施策か精神障害者福祉施策かの違いが出てくる。

疾患を有する人は、医学的な障害の概念で捉えたもので、精神保健福祉法第 5 条に定められた内容を指す。そして、精神保健施策（予防・治療・医学的リハビリテーション・社会復帰の促進）がなされる。精神疾患とともに障害のある人、は精神疾患があり、なお

精神障害があるため長期にわたり日常生活または社会生活に相当な制約を受ける者を指し、生活能力に着目した障害概念で捉えることができる。したがって、障害者基本法第 2 条に定められる「身体障害、知的障害または精神障害（以下「障害者」と総称する。）があるため、長期にわたり日常生活または社会生活に相当な制限を受けるもの」に該当する。そして精神障害者福祉施策（社会復帰の促進と自立と社会参加の促進のための援助）がなされる。これらの捉え方は、医学モデルで精神障害者を捉えるか、生活モデルで捉えるかの問題と関係があり、それぞれの捉え方で精神障害者に対する施策が違ってくることに注意しなければならない<sup>(9)</sup>。

#### (4) 身体障害者と成年後見制度 高次脳機能障害について

わが国成年後見制度では、身体障害者は原則対象者に含まれない。これに対してドイツでは、「自己の事務処理ができない者」という新たな概念を導入して、身体障害者も対象者に含めている。日本でも、自治体によって含めるもの（横浜市）、含めないもの（大阪市）がある。

このような状況の中で、身体障害の結果コミュニケーション能力が低下している場合について検討を要する。また、頭部障害など外傷による身体障害者や脳血管障害に伴う高次脳機能障害による身体障害（失語、記憶障害、観念失行など）により、明らかな知的障害になったり、コミュニケーション能力が困難な場合がある。知能障害の場合、18 歳未満であれば知的障害者福祉法の対象になるが、それ以上の年齢になると対象とする法律がない。高次脳機能障害による身体障害については、従来から使われている知能検査では、程度の把握は困難であり、日常生活に支障をきたすことがあるにもかかわらず、身体障害者福祉法の対象にならないことがある。また、知能検査で IQ75 以上の場合、医学上知能低下としても見られない。

一見知的能力があると考えられる高次脳機能障害者でも、判断力、意思伝達能力やコミュニケーション能力はきわめて困難なことがあり、本人に十分な意思能力があっても、不当な援助や対応を受ける危険がある。また、情報提供の手段や意思伝達の適切な方法が保障されていないため、知的障害者や精神障害者と同様のトラブルに巻き込まれる危険が高い。身体障害者に生じるコミュニケーション障害、また身体障害にあわせた適切な情報提供が行われないことによるコミュニケーションの困難さを考えたとき、他者の援助が必要な場合があり、障害の特徴を考慮した上で、知的障害者や精神障害者と同様に成年後見の対象にすべき場合がある<sup>(10)</sup>。

## 2 高齢者・障害者福祉制度の流れ<sup>(11)</sup>

ここでは、高齢者、知的障害者、精神障害者に関する福祉施策や制度についてその沿革や問題点を整理する。

### (1) 高齢者の福祉施策

1960年代からの高度成長による都市化、産業化、核家族化の進展は、家族内介護能力を低下させ、家庭における高齢者の座を不安定にした。このような社会状況を背景にして、1963年に老人福祉法が成立した。これは、世界にも類のない高齢者だけを対象とする法律であるが、この制定を契機にして高齢者福祉の分野が拡大し、制度が発展していくことになった。1981年は「完全参加と平等」をスローガンとする国際障害者年であったが、これはノーマライゼーション理念をわが国に定着させることに役立った。高齢者福祉は、ノーマライゼーションの理念に導かれながら、入所から通所へ移行し、施設の地域化によってその社会化を発展させ、在宅福祉サービスを総合的に提供する地域の拠点に発展した。また、施設入所者のみと関わっていた時代から、地域に居住する高齢者の在宅生活を支援し、在宅生活の質を高め、自立支援を基本とする福祉サービスの提供に責任を担う時代になった。そして、対象者や利用者はある特定の経済的、または心身の諸問題を持つ高齢者のみが福祉サービスの対象者になるのではなく、誰もが要援護の状態になる可能性があることが認識されるようになった。高齢者に関する法律については、高齢者の保健医療の負担の軽減や便宜を図るために1892年老人保健法が制定された(平成11年に改正された)。また、高齢社会のあり方について定めた高齢社会対策基本法が1995年に制定された(平成11年に改正された)。以下では、具体的な施策について整理する<sup>(12)</sup>。

福祉のニーズの複雑化、深刻化、多様化は一定の専門的知識や技術、倫理を有する専門職が対応することが求められた。そして専門職同士の連携によるネットワークの必要性が強調され、在宅福祉サービスの充実が課題となった。1989年(平成元年)福祉関係3審議会合同企画分科会によって、「今後の社会福祉のあり方について」の意見具申が提出された。これは社会福祉見直しの具体的方策の指針であり、人口の高齢化、ノーマライゼーション、福祉ニーズの一般化に対応するために在宅福祉サービスの重視、民間サービスの活用、保健・医療・福祉の連携と人材の拡充を方策とし、市民の生活により身近な市町村に権限を委譲することが骨子となっている<sup>(13)</sup>。

1989年には、1999年度までの10年間の目標として、厚生・大蔵・自治(当時)三大臣の合意により、きたるべき高齢社会に対応して福祉サービスと施設の整備目標を具体的に明示した「高齢者保健福祉推進十ヵ年戦略(ゴールドプラン)」が発表された。ここでは、保健福祉の分野における公共サービスの基盤を整備するために今世紀中の具体的な数値目標を示した<sup>(14)</sup>。

1994年老人保健福祉計画の作成が各自治体に義務づけられ、市町村と老人保健福祉計画と、都道府県老人保健福祉計画がそれぞれ作成された。老人保健福祉計画の基本方針は、地域における総合的ケアシステム確立の視点、在宅ケア推進の視点、利用しやすい保健福祉サービス及び医療との連携の視点、寝たきり老人・痴呆性老人対策推進の視点、地域性を踏まえる視点、である。ただし、このような方向で施策が展開していくときの問題は、市町村の財政基盤の格差がそのまま福祉サービスの格差になる可能性があることである。同年、高齢社会福祉ビジョン懇談会から「21世紀福祉ビジョン 少子・高齢社会

に向けて」が発表され、「21世紀に向けて介護システムを構築することが必要であり、多様なサービス提供機関の健全な競争により、質の高いサービスが提供されるシステム」の必要性が報告されると同時に、社会保障の年金・医療・福祉の割合を5:4:1から5:3:2に変更することが提起された<sup>(15)</sup>。

同年12月には高齢者介護・自立支援システム研究会から「新たな高齢者介護の構築を目指して」と題する報告書が提出され、新介護システムの構築が必要であり、介護が国民的課題となっている現状から、公的介護保険制度とケアマネジメント体制の整備の必要性が報告された。新介護システムの主なポイントは、高齢者自身による選択、介護サービスの一元化、ケアマネジメントの確立、社会保険方式の4点であることが明記された。

また、同じ時期には1989年に策定されたゴールドプランの見直しが行われ、新ゴールドプランが策定された。これは1989年度に策定された市町村及び都道府県老人保健福祉計画の集計により、現在のゴールドプランを大幅に上回る保健福祉サービスの整備が必要になったことなどを踏まえて全面見直しをしたものである<sup>(16)</sup>。

1995年には老人保健福祉審議会の中間報告「新たな高齢者介護制度の確立について」が提出された。そして、1996年には、老人保健福祉審議会は意見の一致がなされないまま、多数意見、少数意見の併記による最終答申「高齢者介護保険制度の創設について 審議の概要、国民の理解を深めるために」を提出した。

公的介護保険によって措置は縮小され、新たに契約、つまり利用者が選択することになる。介護保険法が従来の福祉関係法と異なっている点は、これまでのようにサービス提供者側の都合が優先され、利用者は提供されるサービスの限度で利用する考え方を改め、高齢者自身の選択に基づく利用者本位のサービス提供を行おうとしていることである。もし、要介護認定手続から、ケアマネジメントにいたるサービス提供過程に利用者が参加し、希望を述べ、その希望を尊重する形でサービスが決定されていくとすれば、サービス提供側は保健・医療・福祉のすべての分野を駆使して、希望がかなえられるようなサービスの組合せを考えなければならなくなる。これが、保健・医療・福祉の連携の基本的な視点である。しかし、利用者の自己決定権が尊重されるためには、利用者には十分な情報が提供される必要がある。また、選択するためには、利用者が考え得る選択のどれも実現できるくらいにかなり多くのサービスが準備され、それが可能になるだけの施設と人員が確保されなければならない。

介護保険制度は介護保障とは異なる。また、介護保険制度ではケアマネジメントが導入される。ケアマネジメントは、要介護者や家族のニーズを適格に把握し、ケアチームがケアプランを策定し、実行していくシステムである。ケアプラン作成には、要介護者自身が参加し、サービスを選択する権利がある。しかし、地方など判断能力の乏しい要介護者は、介護保険の利用のために自己決定能力を補うアドボカシー制度が必要である。ケアプランの作成の場に参加して、要介護者の権利・利益を擁護し、サービス供給契約の締結・利用を実現させるには、成年後見制度の創設が必要である<sup>(17)</sup>。

## (2) 知的障害者 現行制度の問題点

従来の精神薄弱者福祉法が知的障害者福祉法に法改正されたが、16条1項に保護者の役割について規定されている。しかし、この保護者の対象者が具体的に誰なのかについての規定は存在しない。従来は「配偶者、親権を行うもの、後見人その他の者で、精神薄弱者を現に保護監督するもの」と規定されていた（旧精神薄弱者福祉法16条1項）。これは児童福祉法上の保護者に配偶者が加わっただけのものである。しかし、法改正によりこの文言は削除された。保護者が誰なのか、どのような役割を担うのか判然としないのである。

知的障害者の定める援護の実践者は、対象者の居住地（居住地のない人は現在地）を管轄する福祉事務所を設置する都道府県または市町村である。また援護の実践者の長は基本的に援護を行う権限を福祉事務所長に委任できる。また、18歳以上の知的障害を持つ人の援護をするために、都道府県の福祉事務所に「知的障害者福祉司」をおくことを義務づけているが（知的障害者福祉法第10条1項）、市町村は任意規定である（10条2項）。知的障害者福祉司は、対象者の相談に応じて必要な調査、指導を専門的技術をもって行い、かつ福祉事務所の所員に対しても技術的指導をする義務を負う。また、知的障害者更正相談所は、知的障害を持つ人を援助する相談機関であるが、必要に応じて様々な局面から判定・評価を行い、専門的な技術的側面から知的障害者福祉司に助言をするなど福祉事務所との連携が求められている<sup>(18)</sup>。

このように知的障害者に対する援助体制は整ってはいるが、権利侵害の事態が生じた場合福祉事務所や更正相談所では限界がある。その理由として、福祉事務所や更正相談所には法律の専門家が配置されていないので、本人の権利を継続的に保障する援助を行うことが困難であること、権利侵害の問題は内在化して、発見が困難であること、行政機関が利害の対立する事態で、知的障害者の立場に立った援助を行うことには限界があること、知的障害者の必要に応じて継続的な援助を行う人的体制及び居住の場が不足していて、本人の希望に応えられないこと、などがあげられる。これらの問題に対応するためにも法律、援助体制の整備を行う必要がある<sup>(19)</sup>。

## (3) 精神障害者の福祉施策

法律の変遷と背景<sup>(20)</sup>

精神病者監護法（1890年<明治33年>）

現在の精神保健福祉法の起源は精神病者監護法である。当時すでに精神疾患も身体疾患と同様に疾患であることが明らかになっていた。この法律によって許可なく精神障害者を監禁することが禁じられたが、許可を受けることによる私宅監置（監禁）することが可能であった。このことから治安要請の強い法律といわれている。

精神病院法（1919<大正8年>）

当時の精神医学者呉秀三などが、精神障害者の救済、保護は国家の急務であり、国家・

公共の責任で精神病院を設立し、私宅監置ではなく、病院での治療の必要性を訴えた。このことから道府県が精神病院を設置し、地方長官が精神病患者を入院させる制度、すなわち精神病院法が制定されたが、予算の確保などの条件が揃わず、公立の病院設置は十分には進まなかった。

精神衛生法（1950年<昭和25年>）

精神衛生法は、私宅監置を廃止し、措置入院、同意入院、精神衛生相談所の設置、精神衛生鑑定医制度を設けた点が従来の法律とは大きく異なっていた。措置入院とは、自傷他害の恐れのある精神障害者に対して、精神衛生鑑定医の診察により入院が必要であると判断した上で、自治体の長（知事など）の命令により入院する制度である。同意入院とは、当該精神障害者の保護義務者の同意により入院する制度である。

精神衛生法が施行された時代は、精神病院収容主義の時代といえる。薬物療法も未発達で、収容保護が主たる対処方法であった。また、社会防衛的機能に重点が置かれがちであった。1965年（昭和40年）に通院する精神障害者のために公費負担制度が設けられたが、結果的に1987年（昭和62年）の精神保健法の制定まで、実に40年近くその趣旨が維持されることになった。

精神保健法（1987年<昭和62年>）

看護職員の暴行により入院患者が死亡した宇都宮病院事件（昭和59年）を契機に、精神医療審査会、入院時の告知義務、退院請求、処遇改善請求、処遇の基準、定期病状報告の審査など入院患者の人権保護の制度を整備した。入院形態については、従来の強制入院中心から、本人の同意による任意入院が明文化された。

また、初めて精神障害者のための社会復帰施設（精神障害者生活訓練施設、精神障害者授産施設）の制度を制定し、法律の目的や責務規定などに社会復帰の促進を加えた。

1993年（平成5年）に一部改正が行われ、地域生活援助事業（グループホーム）、精神障害者社会復帰促進センター、大都市特例が設けられた。

精神保健福祉及び精神障害者福祉に関する法律（精神保健福祉法<1995年<平成7年>>）

1993年（平成5年）に障害者基本法が制定され、精神障害者が基本法の障害者として明確に位置付けられ、福祉対策の対象として明記された。

1995年（平成7年）に制定された障害者保健福祉法では、法の目的に「自立参加の促進のために援助」が加えられ、福祉施設の位置付けがより一層明確化された。さらに精神障害者手帳の創設、社会復帰施設の類型が新たに加わった。

精神障害者に必要なのは、能力を正確に判定し、必要な世話をすることである。精神保健福祉法は、密室的な環境の施設や精神病院の処遇から、地域生活での援助を進める方向を示している。その方向をさらに進めて人権を尊重した生活を送るには、個別の後見が必要に応じて与えられなければならないのである。

## 保護者制度の問題

精神保健福祉法上の保護者は「その後見人、配偶者、親権を行うもの及び扶養義務者」がなるとし、これらがなくともまたはこれらがその義務を負うことができないときは、市町村長がなることになっている。保護者には、具体的に 治療を受けさせる義務、 自傷他害を防止する義務、 財産上の利益を保護する義務、 診断が正しく行われるよう医師に協力する義務、 医療を受けさせるにあたって、医師の指示に従う義務、 措置解除に当たって退院、仮退院時に引き取る義務などが課せられていた（精神保健福祉法 22 条）。これらの規定は、患者家族側からの発想ではなく、医療の側からの発想である<sup>(21)</sup>。

精神保健福祉法上の保護者の義務は、民法の扶養義務よりも重い。保護義務者は事実上家族が行うことが多いが、精神障害は、20 歳以上に発病する例が多く、その両親は高齢のため、経済的にも心理的にも体力的にも限界に達していて、本人の利益のために保護の役割を担うことは難しい。また、患者は医師の指示に従う義務があるので、インフォームドコンセントの問題が残る。

また、医療保護入院は、精神症状により、本人が拒否しても周囲や家族の診断依頼が行われて、医師が必要と認めた場合、保護者の同意により入院させることができるが、保護者の同意を要件としていることで、周囲のために運用される可能性があり、必ずしも本人保護にならない問題がある<sup>(22)</sup>。

この保護者の義務については、1999 年（平成 11 年）に次の点について法改正がされた。精神保健福祉法第 22 条に規定する保護の対象から任意入院及び通院患者を除外し、自らの意思で医療を受けている者については、保護者の保護の対象としないこととした。第 22 条に規定する保護者の義務のうち自傷他害防止監督義務を削除し、病状が悪化した精神障害者について医療保護入院の同意を行うなどにより適切に治療を『受けさせる義務』が課せられるにとどまることとした。

保護者になることができる範囲に民法における成年後見制度の保佐人を加えることとした。

## 第二節 成年後見制度の理念と福祉の理念

成年後見制度の基本理念は、ノーマライゼーション、自己決定権の尊重、残存能力の活用である。これらの理念は、実は高齢者、障害者の福祉の基本理念とほぼ一致する。そこで、これらの基本理念を整理、検討することにより、成年後見制度の理念や背景について示唆を得ることとする。

### 1 ノーマライゼーション

ノーマライゼーションの理念の源流は、1959 年にデンマークで制定された精神遅滞者法にさかのぼる。ノーマライゼーションの概念については、三人の代表的な提唱者の定義を検討することとする。まず、デンマークのバンク・ミケルセン(N. E. Bank Mikkelsen)は、「ノーマライゼーションとは精神遅滞者をそれ自身とともに、それによる障害を受け入れることであり、彼らにノーマルな生活条件を提供することである。すなわち、最大限

に発達できるようにするという目的のために、障害者本人のニーズに合わせた処遇や教育、訓練を含め一般市民が支えられているのと同じ条件を、彼らに提供することである」としている<sup>(23)</sup>。

同じく知的障害者福祉の分野からスウェーデンのニーリエ(B. Nirie)は、「知的障害者の日常生活の様式や条件を社会の普通の環境や生活方法にできる限り近づけることを意味する」とし、具体的に、一日のノーマルなリズム、一週間のノーマルなリズム、一年間のノーマルなリズム、ライフサイクルでのノーマルな体験、ノーマルな要求の尊重、異性との生活、ノーマルな経済的水準、ノーマルな環境基準、をノーマライゼーションの原則としての権利であるとしている<sup>(24)</sup>。ニーリエはまた1970年代のアメリカの巨大なコロニー(障害者のための総合施設)の非人間性を指摘し、大収容施設から彼らを開放して、普通の人間が営んでいるような家庭的な条件の下での生活に移すことこそが、人間的な福祉のあり方であると主張し、アメリカの脱施設化施策にも大きな影響を与えた<sup>(25)</sup>。

アメリカのヴォルフエンズベルガー(W. Wolfensberger)は、「文化的に標準である個人の行動や特性を可能な限りに確立するかあるいは維持するために、文化的に標準になっている手段を可能な限り利用すること」と定義している<sup>(26)</sup>。

このようなノーマライゼーションの原理は、知的障害者のみならず他の様々な障害を持つ人々などに具体化され、世界各国に大きな影響を与えた。この頃、国際的にも知的障害者の法的な権利に関する関心が高まった。ノーマライゼーションの理念は、1967年、知的障害者国際連盟(ILSMH)によって開かれた『知的障害者に関する法律の実態』に関する国際シンポジウムに反映され、知的障害者の人権を法的に保障するための基礎が築かれた。このときに出された見解は、国連の『知的障害者の一般的特別な権利宣言』(1968年)の土台となった。さらに1971年に出された国連の『知的障害者の権利宣言』に色濃く反映された。この知的障害者の権利宣言の第5条では、「自己の個人的福祉及び利益を保護するために必要とされる場合は、知的障害者は資格を有する後見人と与えられる権利を有する」と規定され、後に世界各国での成年後見制度の創設に大きな影響を与えた。

知的障害者の権利宣言の中では「人間の価値と尊厳に基づき、知的障害者の権利を保護し、あらゆる分野においてその能力を発揮し得るよう援助し、可能な限り通常の生活に彼らを受け入れることを促進する」ことが謳われ、その理念は、1975年に採択された国連の『障害者の権利宣言』に結実した。これは、知的障害者、精神障害者、身体障害者のすべてを包括するもので、この中では、障害者を、「先天的か否かに関わらず、身体的または精神的能力の欠如のために普通の個人または社会生活に必要なことを自分自身で完全または部分的に行うことのできない人のことを意味する」と定義して、障害という特別事情または特性への配慮が個別的に加えられてこそ、同じ人として公正な権利が保障されるのだとする明確な人権思想を打ち出したことが大きな特徴である。今日では、このノーマライゼーションの理念は、障害者のみならず高齢者、児童といった分野でも広く用いられ

るようになり、わが国の社会福祉にも多大な影響を及ぼしている(27)。

このような潮流の中で、国連は1981年を『国際障害者年』として定め、そのテーマを『完全参加と平等』とし、障害者差別の撤廃と機会平等の実施を世界に呼びかけた。翌年そのガイドラインともいえる「障害者に関する世界行動計画」を発表し、その実行を各国に促した。この計画は、「平等と参加の原理」、「あるべき社会像としての共生の原則」などの原理・原則を示し、取り組むべき具体的な課題を明示した。

アメリカでは障害当事者主体の自立生活運動が活発化し、身辺自立や経済的事由の如何に関わりなく、「たとえ日常生活すべての面で介護を必要としても自立生活は成り立つ」とする、自己決定権に基づく新しい自立観を打ち立てて、そのような地域の生活環境の保障を追求し、実践したのである。さらに、自立した障害者の機会平等を求める声が高まった結果、1990年の障害を持つアメリカ人法（Americans with Disabilities Act = ADA）が成立した(28)。

ADA 判定の基本的な意義は、障害者に対する障害ゆえの差別を法律によって禁止したことにある。また、1964年公民権法と同水準の権利保障が障害者を対象として実現されたことと、従来、障害者にとっての公民権法的存在であったリハビリテーション法第504条の適用範囲が民間機関や企業、地方政府にまで拡大されたことである。主な内容は以下の4点である。

雇用における「有資格障害者」に対する差別の禁止と「必要な配慮」の義務付け  
州や郡などの地方自治体における差別の禁止

交通機関や不特定多数が集まる場所（レストランやデパートなど）における差別の禁止とアクセスの保障

聴覚障害者の用いる電話（TDD）に対する電話会社による「リレーサービス（聴覚障害者とTDDを持たない人との間に電話会社のオペレーターが通訳のように入る）」の義務づけ

ADAが適用される対象者は幅広く定義されており、身体障害者、知的障害者、精神障害者は言うまでもなく、HIV感染者なども含まれる。アメリカでは障害の種別を問わずその制度が歓迎、支持されている。

また、ノーマライゼーション理念はイギリスにも影響を与えた。イギリスの場合、精神障害者の入院施設と地域生活の保障というコミュニティケアの考え方と結び付けて発展し、1990年NHS及びコミュニティケア法の成立に至った(29)。

各国の影響を受けながら日本では、知的障害者の地域生活の保障という北欧型のノーマライゼーションと、身体障害者の自立生活運動というアメリカ型のノーマライゼーションと、精神障害者の社会復帰と自立生活支援というイギリス型のノーマライゼーションとが混在する形で展開されてきている。

## 2 高齢者・障害者の人権について

## (1) 障害者と人権

障害者基本法第 3 条では、「すべての障害者は、個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい処遇を保障される権利を有するものとする」と規定されている。しかし現在でも障害者への虐待・暴力といった権利侵害や、本人の意向を無視した処遇など人権に関わる問題がある。

このような状況を解決していくためには、権利を侵害され、自分の意思を表現することが困難な環境にいる人たちを代弁し、解決に向けて提言するアドボカシー（権利擁護）機能や、このような人々が自立に向けて自らの権利を主張できるように支援するエンパワメント（権限の強化）機能を地域に実体化させてゆくことが求められる。自治体レベルでのオンブズマン制度の挿入などはその先駆的な試みである。また、1995 年 12 月『障害者プラン』の中で、障害者の財産管理や権利擁護を内容とする成年後見制度の検討を明らかにしたのは、障害者の権利擁護を含む生活支援を法的に支える制度が必要であることを認めたことである。基本的人権の尊重と個人の尊厳を保障することがノーマライゼーションの達成であり、このための基本的前提が自己決定、自己選択であり、成年後見制度はこれらの理念や前提を制度化したものである<sup>(30)</sup>。

## (2) 高齢者の人権

先のノーマライゼーション理念は、高齢者についても用いられる。今日では平均寿命が伸び生命の質は十分に確保できるが、生活の質（QOL）をどのように維持するか、自立支援をどのようにするかという問題に直面している。そこで、日本における高齢者の人権について考察する。

1981 年の国際障害者年は、ノーマライゼーション理念をわが国に定着させることに役立った。同時に高齢者福祉サービスの重要性や有効性を発見することにつながり、行政課題が施設福祉から在宅福祉へとシフトする契機となった<sup>(31)</sup>。

高齢者福祉はノーマライゼーション理念に導かれながら、入所から通所へ移行し、施設の地域化によってその社会化を進展させ、在宅福祉サービスを総合的に提供する地域の拠点に発展した。施設の入所者のみと関わっていた時代から、地域で生活する高齢者の在宅生活を支援し、在宅生活の質を高め、自立支援を基本とする福祉サービスの提供に責任を担う時代となったのである。

老人保健施設・特別養護老人ホームの共通サービス評価基準に見られる高齢者処遇の理念は「自己決定の尊重・残存能力の活用・サービスの継続性」である。高齢者に対する保健福祉サービスは生活の質の確保・確実に継続すること・自立支援を目標として提供されるのである。在宅福祉サービス及び施設福祉サービスのどちらも高齢者一人一人が異なる人格の持ち主であり、人の生き方が多様であるという視点から、個別化を図ることが重要である。高齢者自身がどのような生活をしたいか自己決定することができ、どのような状況に置かれても、高齢者自身が希望する生活が維持できるように支援することが、高齢者

の人権を擁護することになる。

さらに、1999年の、国連・国際高齢者年では、「すべての世代のための社会を目指して」をテーマに、高齢者の自立（仕事や他の手段で収入を得る機会を持つことができる）、参加（政策の決定、地域活動やボランティアへの参加が出来る）、ケア（医療や介護、保護を受けることができる）、自己実現（自己の可能性を発展させる事ができる）、尊厳（肉体的、精神的虐待がなく、公平に扱われる）を実現する社会を創設することを目標に掲げた。痴呆高齢者の権利擁護についても、このような視点にたつことは重要である<sup>(32)</sup>。

### 3 QOL（生活の質）の保障

QOLについては、高齢者、障害者の自立生活について議論する上で欠かせない要素なので検討する。

QOLという用語は、日本ではリハビリテーションの分野で用いられ始めた。これは、「障害者の選択権と自己決定権が最大限に尊重されていれば、たとえ全面的に介助を受けていても人格的には自立している」という身体障害者の「自立生活思想」に基づいて、ADL（日常生活動作）に代わってリハビリテーションの目的となるもので、「人生の質」「生活の質」を全面に高めていくことである。

自立生活思想は、アメリカのパークレーを中心にした自立生活(Independent Living = IL)運動を行っている障害者によって主張されたものであった。彼らが提唱した時知る生活支援サービスのプログラムの三原則は、障害者のニーズがどのようなものか、またそのニーズにどう応えたらよいのかを最もよく知っているのは障害者自身である、障害者のニーズは、様々なサービスを用意して、総合的なプログラムによって最も効果的に満たすことができる、障害者は、その住んでいるコミュニティの中でできるだけ統合されるべきである、であった。

この運動は全米に広がり、1972年には、障害者自身が運営する自立生活センターが発足した。そこで提供されたサービスは、自立生活のためのピアカウンセリング、自立生活訓練と指導、介助者の募集、訓練、斡旋、法的権利擁護(リーガルアドボカシー)、

住宅サービス、移動サービス、健康管理、レクリエーション、就労サービス、車椅子や機械の修理サービスである。～の中で、成年後見制度との関係で注目されるのは、権利擁護(リーガルアドボカシー)である。これは、法律上の権利や福祉のサービスを受けることを自ら主張することが困難な障害者に代わって、援助者がその権利やニーズを主張したり、必要なサービスを利用できるようにするなど、権利を行使できるようにすることである。

全米におけるIL運動はそれまでの医学モデルで行われていたリハビリテーションに対して生活モデルで行われるリハビリテーションを指示したのである。「医学モデル」とは、サービス対象者の病理、弱さ、マイナス面に注目し、専門職者が行う主導的な援助のあり方を言う。これに対して「生活モデル」は、サービス対象者の強さ、長所、プラス面を重

視するエンパワメントの視点を持ち、生活状況や社会前提を全体として把握し、対象者の主体性、選択権を尊重した援助のあり方である。QOL はこのような生活モデルで行われるリハビリテーションの根底の理念となっているのである。そればかりでなく、今日では社会福祉サービスを企画・運営する側、サービスを提供する側の基本理念となりつつある(33)。

また、IL 運動は、社会福祉の基本理念に大きな役割を果たしたが、人権保障についても影響を及ぼした。新しい自立観としての自己決定権の行使が考慮されたのである。しかも単に抽象的な概念のレベルではなく日常生活の中で具体化したことである。それは、ケアのあり方を本人が自ら管理できることが自立形成の必要条件であると考え、自立生活を維持するためには、栄養や健康管理、安全管理など、日常生活全般について自己管理力の獲得やリスクを犯す行為も必要とされる。また、このような生活の積み重ねを通して自らの生涯の状況や課題に応じた自分なりの個性的なライフスタイルを乱し、確立していくことが目標となる。様々な他者からの支援を受けながら自らの自己を回復、確立したり、生活主体者としての自己形成を図り得るための現実的な理念や生活様式を確立するために自己決定権の尊重は重要な要素である(34)。

#### 4 アドボカシー（権利擁護）

アドボカシーとは、自分の権利や援助のニーズを自ら主張できない者に代わって、そのニーズや権利を主張し、権利を行使できるようにすることであり、それを実施するものを権利擁護者（アドボケイト）という。アドボカシーには、自らの権利を表明する主体を形成するセルフ・アドボカシー（自己の権利擁護）、法的な権利があるのに、それが侵害されている個人の法的な権利を守らせるためのパーソナル・アドボカシー、法や制度、政策に障害者の権利が組み込まれていない場合に、その法や制度・性格を変えていくシステム・アドボカシーがある(35)。成年後見制度の対象となる、判断能力の十分ではない人が、様々な福祉サービスを利用する際に、自己決定能力を補完するアドボカシー制度が必要である。そしてこの点については、成年後見制度の立法過程で、法務省が公表した要綱試案でも指摘されたことである。

アドボカシーとは、権利に関わる法的・政治的な諸問題に関して、個人や仲間がエンパワメントすることを支援する一定の方法や手続に基づく活動でもある。個人のアドボカシーとは、侵害されている、あるいは諦めさせられている本人(仲間)の権利がどのようなものであるかを明確にすることを支援するとともに、その明確にされた権利の救済や権利の形成・獲得を支援し、それらの権利にまつわる問題を自ら解決する力や、解決に必要な様々な支援を活用する力を高めることを支援する、方法や手続に基づく活動の総体である(36)。アドボカシーは、ある権利主体が他の権利主体を侵害することに対する権利擁護であって、そこでは中立的立場というものはありえない。アドボカシーはいわゆる中立的あるいは第三者的調整や仲裁とは異なる。アドボカシーとは、そのような公的に権限

を付与された第三者による調停や仲裁のシステムにおいて、高齢者や障害者の側に立ってその権利を擁護し、支援することである(37)。

アドボカシーの機能を分類すると、次のとおりになる。アドボカシーの担い手(主体)により分類すると、本人(self-advocacy 自己の権利擁護)、仲間(peer-advocacy ピア・アドボカシー)、市民(citizen-advocacy)、専門家(professional-advocacy)となる。アドボカシーの目標により分類すると、権利救済を目標とするアドボカシー(リーガル・アドボカシー)と、本人と関係者の力を高めるためのアドボカシー(アシスティブ・アドボカシー)に分けられる。アドボカシーの戦略により分類すると、権利救済アドボカシー(personal<case>advocacy)と、権利形成・獲得アドボカシー(system<class>advocacy)に分けられる。アドボカシーシステムの法的権限により分類すると、調査の権限、調停の権限、勧告の権限に分けられる(38)。

## 5 エンパワメント

エンパワメントとは、社会的に不利な状況に置かれ、力(パワー)が欠けた状態に陥っている人たちに対して、彼らの力を高める方向で展開する援助のあり方を言う。この力とは、個人的、社会的、政治的、経済的なものと考えられ、援助者は利用者に対するパートナーとして、利用者の力を強める働きかけをする。

社会福祉援助の目的概念として定義すると、さらに次のようになる。

社会福祉の援助において、個人に対しては、その本人が脅かされている主体性や権利や目標を達成するために、その心理的・社会的・法的阻害要因との対決を支援し、その問題解決能力を高めるプロセス。

集団やコミュニティに対しては、集団やコミュニティが心理的・社会的・法的・政治的な影響力や支配力を得て、その問題解決能力と相互支援力を高め、その自律性と自主性を獲得することを支援するプロセス、を言う(39)。

エンパワメントは、自立して、自分らしく生きる力を高めること、及びそのプロセスであり、医療・福祉・教育などのヒューマンサービスにおける援助の目標(goal)概念であるとともに、過程(process)概念である。個人(仲間・集団・コミュニティ)のエンパワメントは、個人(仲間・集団・コミュニティ)が侵されている、諦めさせられている、奪われている主体性・目標・選択(肢)・権利・自律性・相互支援力・自治(力)を自覚し、明確にするとともに、その心理的・組織的・社会的・経済的・法的・政治的阻害要因と対決して、問題を解決する力を高め、様々な支援を活用する力を高めること、である(40)。

## 6 アドボカシーとエンパワメント

福祉などのヒューマンサービスにおいては、アドボカシー(権利擁護)は、利用者のエンパワメントに関わる一つの基本的な活動である。ここでは、両者の関係について、北野誠一教授の指摘を整理する(41)。

アドボカシーが成立するためには、次の3つの基本的な条件がある。

本人が自ら侵害されていたり、諦めさせられている権利性を明確に自覚するとともに、その権利性の救済や権利の形成・獲得を目指す問題意識を持っていること。あるいは、本人の支援者あるいは法定代理人が、本人が侵害されていたり、諦めさせられている権利性を、本人の立場に立って、かつ常に本人にフィードバックしながら明確にするとともに、その権利の救済や権利の形成・獲得を目指す問題意識を持っていること。

何らかの妨害や侵害に直面している本人の行為に、一定の権利性を主張し得る正当性が存在すること。

本人(サービス利用者など)の権利性に基づく訴えに対して、本人を権利擁護できるシステムが存在すること。

の条件については、次の3つの問題がある。第一に、諦めさせられている権利性についてである。エンパワメントやアドボカシーの一つの大切な視点として、高齢者や障害者が自覚し、訴えている問題だけではなく、本人の内面に抑圧された思いや問題をどのように引き出し、受け止めていくかの問題がある。多くの障害者が、様々な人権侵害を体験していながら、それを明確に人権侵害とは自覚し得ていないことがある。様々な日常生活上の差別や困難を、障害者だから仕方がない、病気や障害があるから甘んじなければならぬと思込まされている状態では、人権侵害が終わらないだけでなく、人権侵害をする側を野放しにしてしまうことになる。このように、諦めさせられている権利性を明確に自覚することを支援することが、アドボカシーの基本的活動であり、本人のエンパワメントに不可欠のテーマでもある。高齢者や障害者の、日常生活のありとあらゆる相談や一般的な質問・疑問そのものが、人権侵害に対する訴えである可能性があるため、自らの権利を自覚して訴えてくる者を待っているだけでは、問題は解決しない。相談を受け止めて、本人の権利性を明確にする支援が求められる。

第二に、後見的支援における本人の代弁・代理についてである。第三者が介入することによって、本人を権利侵害からできる限り遠ざけ、保護し、本人の生命や財産を保護しようとするのが従来の支援であった。これに対して、本人の選択や決定をできる限り尊重するとともに、それが困難な場合においても、できる限り本人の選択や決定が可能となるように支援することによって、自立生活主体としての本人の選択権や決定権を支援すること、つまり、エンパワメントを目指す支援のあり方が望まれる。後見的支援における代弁や代理とは、本人になり代わって支援することであってはならない。本人の安全や他者の安全などのために、本人の選択を制限する場合には、その選択肢以外には、他に有効な方法がないことの立証責任が、制限する側に要求される。アドボカシー活動の目標は、本人のエンパワメントにある。エンパワメントに基づく後見的支援とは、限りなく本人の自己決定・自己選択そのものを支援していくことであることが大前提である。

第三に、アドボカシーの活動開始における本人の訴えの必要性に付いてである。アドボカシーは、基本的に、本人の訴えに基づいて開始される。しかし、重度の知的障害者や精

神障害者や痴呆性高齢者は、彼らがたとえ訴えたり不服を申し立てたとしても、それを軽視したり無視されることがある。不服申立権者を本人以外の配偶者、親族、法定代理人、行政機関、オンブズマン、ボランティアなどに広げるのみならず、彼らの立場に立ち、彼らの内なる声や叫びを受け止めるシステムが必要であり、本人の訴えがなくとも開始されるアドボカシーシステムが必要である。

の条件については、サービス利用者である高齢者や障害者の権利と、サービス提供者の権利との衝突がある場合、アドボケート(権利擁護者)は、高齢者や障害者の立場に立って、その権利の正当性を支援することになる。

の条件については、まさに、成年後見制度がその役割を果たすことになると考えられる。

## 7 障害の概念

世界共通の障害の概念規定を作成するため、1980年世界保健機構(WHO)が提唱した国際障害分類(International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps; ICIDH)が一般的であった。

機能障害(impairment) 長期的に回復困難な医学的病変が残ってしまった結果、解剖学的、生理学的な異常が長期間に継続すること

能力障害(disability) 機能障害によって生じた長期的に回復困難な心身の機能(見る、聞く、話す、歩く、考えるなど)の低下の状態であること

社会的不利(handicap) 機能低下のために生じる様々な社会活動上(経済的活動、文化的活動、対人関係など)の制限のこと<sup>(42)</sup>

障害者の人権擁護、特に知的障害者、精神障害者、痴呆性高齢者に対する積極的な権利擁護のための援助が必要である理由は、ライフサイクル全体に共通する放置、いじめ、差別、搾取、排除などのハンディキャップを持っていて、人としての尊厳や人権を侵されやすいからである。

国際障害者年以前は、世界各国の多くの障害者福祉は、障害を持つ個人のディサビリティの問題のみに注目し、障害者が一般の社会に受け入れられることを目的とした機能訓練、教育、指導を重要視したため、どんなに訓練を受けても社会に受け入れられるレベルに到達できない人は、施設生活を余儀なくされた経緯がある。国際障害者年行動計画では、各国は障害の概念のうちハンディキャップを最大限に軽減・解消させる視点で福祉施策を向上させるべきであること、そのためには、建物の壁、行政の壁、心の壁を取り除く努力をすべきであることを提唱している。特に成年の障害者はハンディキャップに焦点を置き、本人の特性と本人を取り巻く環境とを個人別に評価し、各人にとって最適な援助方法をここに組み立てていくことが重要である<sup>(43)</sup>。

しかし、この分類には次のような批判があった。主観的である(体験としての障害の観点がない)、機能障害のある人を締め出す社会や物理的・社会的障壁といった重要な

環境要因が抜け落ちている、社会的不利の分類が不備、疾患の症状と機能障害との区別が不鮮明、この決定に際して障害当事者の参画がなかった、欧米中心で進められた、などがあげられた。

そこで、2001年に新たに改定された国際生活機能分類(International Classification of Functioning, Disability and Health ; ICF)が世界保健会議で正式採択された。この分類では、障害を3つのレベルで捉えるのは以前と同じだが、機能障害の代わりに心身機能・構造(body function & structure)、能力障害の代わりに活動(activity)、社会的不利の代わりに参加(participation)という中立的な用語を採択した。これは、障害は、このようなことが制約されている状態で、特定の人に起こり得ることではなく、誰に対しても起こり得ることであることを明確にしたものである。さらに、障害の発生と変化に影響するものとして、新たに環境因子(environmental factors)と個人因子(personal factors)をモデルに加えた。

新たな3つのレベルの内容は次のようになる。

**心身機能・構造** 身体の構造または生理的・心理的機能の喪失または異常のことである。ポイントとなる概念は、身体(body)、機能(働き)・構造、重症度、部位、継続期間である。身体には脳とその機能を含む。構造と機能とは、目と視力、耳と聴力の関係を指す。生物医学的な標準が評価の基本となる。機能障害には一時的なものと恒久的なもの、進行しているものまたは安定しているもの、断続的なものまたは連続的なものがある。病因は考慮しない。機能障害は疾患の一部である場合またはその他の原因であることもあり得る。

**活動** 個人のレベルにおける機能の種類と程度のことである。活動は、その種類、持続性、質の面で制約されることがある。ポイントとなる概念は、個人(person)、活動(活動の制約)、困難さ、継続期間、要援助である。活動は日常生活に関連した行動や仕事を指す。また、実際に仕事または活動を遂行していることで潜在能力ではない。困難さとは、質的もしくは量的に変容が生じたとき、つまりどの程度上手にできるのかということである。

**参加** 機能障害、活動、健康状態及び背景因子との関係の下での個人の生活状況への関与の種類と程度である。参加はその種類、持続性、質の面で制限されることがある。ポイントとなる概念は、社会(society)、参加(参加の制限)、環境による促進因子と障壁である。これは、社会における個人、経験、そして人が生活の中でその機能障害や活動を制約するものを考えながら社会参加していくことである。参加は、体験される領域に従って分類され、そこでは、促進するものと障壁となるものが確定される。

ICIDHではそれぞれの要素の関係が一方方向性だと誤解されやすかった点を是正するため、ICFでは、それぞれの要素が相互に影響しあう関係であることが容易にわかる双方向のモデルを取り入れた。新たなICFは、障害を人と環境が相互に影響し合って発生する相互作用モデルの立場を取り、医療モデルでも社会モデルでもない独自の分類を創設し

た。成年後見制度について検討する際に、障害者のこのような理念について考慮することが必要である(44)。

### 第三節 成年後見制度とケアマネジメント

Schette は、近時のドイツ世活法は、法律上の世話と社会の援助が非常に接近してきていることを指摘した上で、社会リハビリテーションが世活法の中で行われることを支持する立場を示した(45)。また、2003年に世活法の法改正に向けて公表された連邦と州の最終報告書によると、世活法の中で社会リハビリテーションを行うべきこと、その際には、世話計画(Betreuungsplanung)を行うべきであることが指摘された(46)。そこで、社会リハビリテーションと、世話計画が行われるケアマネジメントについて、成年後見制度と関係があると考えられる内容について検討する。

#### 1 社会リハビリテーション

社会リハビリテーションとは、障害者が社会の中で活用できる様々なサービスを自ら活用して社会参加し、自らの人生を主体的に生きていくための「社会生活力」を高めることを目指すプロセスである。障害者の社会生活力を高めるためには社会生活力援助プログラムを実施するほか、社会資源や福祉サービスの活用支援、対象者と家族との関係調整、対象者と環境との調整、諸サービス間の調整などの個別援助も役割である。これらの個別援助や調整活動を行いながら、障害のある者の社会生活力が高まるように支援していくのである。障害者福祉や施策との違いは、社会リハビリテーションによってもなお残された能力低下と社会的不利を補うための、社会福祉分野としての対応を行うことが障害者福祉や施策である。各種の福祉立法を基礎として、障害者のニーズを充足するための医療・保健・福祉サービスを提供することである(47)。

社会リハビリテーションの主要領域は、人権、法・行政、政策、機関、社会運動、人間形成と社会化論、社会意識と偏見、生活環境、経済、情報、専門職とボランティア、文化、社会的諸問題に対する介入方法などである。また関わりをもつ対象は人間個人のみならず、家族、地域、国家、世界に至る広域社会にわたるものである(48)。

社会リハビリテーションの実施方法は、主にケースワーク(個別援助技術)、グループワーク(集団援助技術)、コミュニティワーク(地域援助技術)、カウンセリング、アドボカシー(権利擁護)、ソーシャルアクション、ケアワーク(介護技術)、ケアマネジメントなどである。成年後見法と特に関連があるのは、先にあげたアドボカシーとケアマネジメントである。

#### 2 ケアマネジメント

##### (1) 総論

ケアマネジメントとは、要援護者と社会資源を結びつけることによって、要支援者の地域

社会での生活を支援していくことである(49)。高騰する医療費を抑制し、かつ利用者にとって質の高いサービスを提供する目的を果たすために有効な方法として開発されたものである。ケアマネジメントは財源抑制を第一義的な目的にすべきではなく、二次的な結果として検討されるべき事項である。ただし、要援護者の生活の質を高めることと、財源を抑制することが必ずしも矛盾するものではなく、ケアマネジメントを介して両者を同時に追求することができると考えられている。

ケアマネジメントは、利用者の地域での生活支援を目的としている。医学モデルのケアマネジメントが、要援護者よりもケアマネジャーの権限が大きく、専門家主導で実施していくケアマネジメントなのに対して、生活モデルのケアマネジメントは、要援護者が主導で、専門家が要援護者の生活設計を側面的に支援していくケアマネジメントであるといわれている。要援護者が主であり、専門職が従といった関係、あるいは両者が対等な関係で、アセスメントやニーズの決定、ケアプランの作成は両者の共同作業の結果と見る(50)。

ケアマネジャーは、要援護者の自己決定や自己選択を支援することになる。このようなケアマネジメントを行うことによって、要援護者の自立を支援することになる。ここでいう「自立」の意味は、自分で人生の生活設計を決定することで、身体的なADL(日常生活動作)での自立や経済的な自立よりも広い概念で考えられている。

要援護者を単に問題や要望を持った人といったマイナスイメージで捉えるのではなく、要援護者が持っている長所や強さといった良さを見つけ出し、それらを一層高めていくことに焦点を当てる考え方(エンパワメント)をケアマネジャーは持つ必要がある。そして、ケアマネジメント援助の結果、要援護者の生活の質(QOL)を高めることになる。このために、要援護者の自己決定や自立を重要な要素としていくことが求められる。

また、ケアマネジャーと要援護者の対等なコミュニケーションの持ち方が問われる。ケアマネジメントは、生活主体者の自己実現などでもって生活の質を高めることをねらいとしている以上、ケアマネジャーは単なる要援護者と社会資源を調節するだけではなく、要援護者との共同作業として弁護的機能(アドボケート機能)が求められる。この弁護的機能は、個々の利用者の弁護をしていくケース・アドボケート機能と、利用者と同じ対象者層を単位として集団的に弁護していくクラス・アドボケート機能を含んでいる(51)。

ケアマネジメント実践に一貫している考えとして重要なことは、個別性を重視した援助、サービス利用者のニーズが中心になる考え(利用者中心)、生活者として障害者を捉える考え(生活の質=QOLの重視)、利用者自身が問題解決能力を付けていく考え(エンパワメント)、自己決定を中心に据えた自立の考え(自立の新しい考え方)、利用者の権利擁護(アドボカシー)である。特に、知的障害者や精神障害者などのケアマネジメントを考える上できわめて重要なことである。そして、最終的なケアマネジメントの目標は、自己決定を主とした自立の達成、利用者の自己解決能力(エンパワメント)の向上である。このように、ケアマネジメントは、「ノーマライゼーション」理念を実現する最適な方法なのである(52)。

## (2) ケアマネジメントの利用者

ケアマネジメントの利用者は、様々な生活課題を抱えている人である。その特徴については白澤政和教授が次の点をあげている。

複数の、または複雑な身体的・精神的不全（impairment）を抱えている要援護者

複数のサービスを必要としている、あるいは受けている要援護者

施設入所が検討されている要援護者

サービスが十分に提供されていない要援護者

受けているサービスが不適切である要援護者

世話すべき家族員がいない、あるいは十分世話ができていない要援護者

家族員のみで看ている要援護者

行政サービス以外のインフォーマルな支援（例えば、近隣やボランティア）を必要としている要援護者

行動や態度が他人の耐え得る範囲を超えている要援護者

何度も入退院を繰り返している、あるいは自分自身の健康管理ができない要援護者

自己の問題点やニーズについての判断力が曖昧である要援護者

金銭管理ができない、あるいは行政サービスを申請するのに手助けがいる要援護者

個人的な代弁者が必要な要援護者<sup>(53)</sup>

ケアマネジメントの援助過程は、次のようになる。

ケース発見：複数のニーズを抱え、それらを解決できない状態の人を見つける段階である。ニーズを持っている人かを判断するスクリーニングと、利用者の援助過程への参加を促すインタビューから成り立っている。

アセス  
アセスメント：利用者を社会生活上のすべての観点から、現時点の問題やニーズを事前評価することである。

ケアプラン  
ケアプランの作成：ケアマネジメントの援助の目標（ケース目標）の設定と、このケース目標を達成するために、利用者に即した個別的な計画の作成をする。

ケアプラン  
ケアプランの実施：利用者が円滑にサービスやサポートが受けられるようにケアプランを実施する。ケアプランを利用することができない場合が生じたとき、利用者の代弁や擁護（アドボケート機能）により、ケアマネジャーが調整するが、それでも困難な場合は、利用者と一緒にケアプランを一部修正する。

モニタリング：利用者及びサービス提供状況についてのチェックとフォローアップ

再アセスメント：利用者にニーズを再確認し、必要があればケアプランを修正し、援助を提供する。

終結：利用者がケアマネジメントの援助を必要としなくなった段階で、援助は終結する。終結する理由は、利用者の死去や施設への長期入所のほか、利用者がケアマネジメントの援助過程の中でエンパワメントが図られ、利用者自ら生活が行えるようになった

た場合（セルフケアマネジメント）が考えられる<sup>(54)</sup>。

成年後見制度の対象者について、援助過程の中で考慮しなければならないのは、次の点である。

高齢者の場合、ケース発見の段階で、サービスの存在を知っていても迷っている相談者や、相談窓口の活用方法を知らず、電話で相談事を訴えられない高齢者には、訪問機能がないと、相談窓口の相談がなされないままになってしまう。また、ケアプランの作成の際には、残存能力を活用しながらより良い生活を目指す自立や生活の質（QOL）の向上を具体的なイメージとして描くことが重要である<sup>(55)</sup>。

知的障害者の場合、ケアマネジメントは、自立と社会参加の支援、地域生活を維持するサポート、障害者の人権と主体性（本人参加と自己決定）尊重を念頭におくものである。このようなニーズは、介護保険制度におけるケアマネジメントの「要介護度」のように測れるものではないことに留意すべきである<sup>(56)</sup>。

精神障害者の場合、ケアマネジメントの特定のニーズは、日常生活上の問題処理を助ける、危機介入、個人レベルの権利擁護、システムレベルの権利擁護、が特に求められる。直接サービスが必要とされるが、同時にケアマネジャーが引き受けすぎてはならない注意点があること、社会的不利のために社会資源そのものが不備であるため、権利擁護やサービス開発にも力を注がなければならないところに特徴があることが指摘されている<sup>(57)</sup>。

特に、障害者ケアマネジメントの場合、セルフケアマネジメントを行うようになることが、最終到達点であるといわれている。セルフケアマネジメントとは、地域での自立生活を作り上げていく中で行うマネジメントのことであり、関連諸制度や地域の社会資源を利用する上で、自分自身で決定していくことである。セルフケアマネジメントの可能性について、自立生活に必要と考えられる類型に沿って次のように検討されている。

身辺自立：身の回りのことが、自分自身ですべてできるようになること。そして、どうしても介護が必要なものは、自分にとって必要かつ適切なサービスを介護人に依頼できるようになること。これは「アシスタント（Personal Care Assistant）マネジメント」といわれる要素であり、セルフケアマネジメントを構成する重要な要素項目のひとつである。

精神的自立：自己決定と自己選択が、自分自身で行えるようになり、それによる結果に責任が取れるようになること。これはセルフケアマネジメントの根幹というべき概念であり、自分の利益や不利益を他者に伝えることができ、自分の生き方や思想に関しても自信を持ちながら主張できることが大切である。

住環境自立：自分に似合った住居を自らが選択し、賃貸借契約ができるようになること。また、生活を営んでいく上で不便な点や使用不可能なところがあれば、改善していけるようになること。

経済的自立：仕事につき、自らの手で生活費を稼ぎ出していくこと。また、障害に

より自分で就労することができなくても、年金や生活保護費を自己管理できるようになること。これは「ファイナンシャルマネジメント」といわれるものであり、日常生活の計算や財産の管理にまで及ぶ総合的かつ効率的な経済的自立を確立させていくことが大切である。しかし、このような手続きや金銭管理が不可能な場合は、援助を必要としている状態と判断すべきである。

社会的自立：社会に存在する秩序や道徳を身につけ、自分を取り巻く人々や社会から、社会に貢献できるものとして受け入れられるようになり、自らもそれが確認できるようになること<sup>(58)</sup>。

平成 15 年度から、精神・知的・身体障害者への新たなサービス提供の手法として「障害者ケアマネジメント」が導入された。ケアマネジメントの理念や利用者や具体的な対応については、成年後見制度の理念や対象者とほぼ一致する。成年後見人、保佐人、補助人は、ケアマネジメントの様々な援助をすることが、職務のひとつと考えられる。また、直接ケアマネジメントを行うこともあるだろう。身上配慮義務を考察する場合も、この用の視点を視野に入れて議論を展開することが必要である。

<注>

- (1)長谷川泰造編『くらしの相談室 成年後見 Q&A 支援を必要とする人々のために』(有斐閣、1995 年) 48 頁
- (2)前掲(1)48～49 頁
- (3)前掲(1)47 頁
- (4)前掲(1)54～55 頁
- (5)前掲(1)2～6 頁
- (6)前掲(1)25 頁
- (7)前掲(1)28 頁
- (8)前掲(1)29 頁
- (9)『新・社会福祉学習双書』編集委員会編『第 8 巻 障害者福祉論 (精神保健・精神障害者福祉)』(1997 年) 23～25 頁
- (10)大澤理尋「社会福祉との接点を求めて 日本社会福祉士会成年後見制度研究委員会における検討に参加して」判例タイムズ 946 号(1997 年)59 頁
- (11)憲法 25 条第 2 項では、国の社会保障的義務について社会福祉、社会保障、公衆衛生をあげているが、福祉の分野におけるこれらの意味内容や範囲などについては曖昧である。社会福祉の意義については、社会福祉は、社会保障の一部であるとする見解、社会福祉は、社会保障、保健衛生、労働、教育、住宅などの生活関連の公共施策を総括した概念であるとする見解、社会福祉は、生活関連の公共施策そのものではなく、これらの施策を国民(個人)が利用し、改善して自分の生活問題を自主的に解決するのを援助することを意味するものであるという見解がある。の見解は、1950 年

に社会保障制度審議会が行った『社会保障制度に関する勧告』の中に示されている。そこでは、「社会保障制度は、疾病、負傷、分娩、廃疾、死亡、老齡、失業、多子その他困窮の原因に対し、保険的方法または直接公の負担において経済的保障の途を講じ、生活困窮に陥った者に対しては、国家扶助によって最低限度の生活を保障するとともに、公衆衛生及び社会福祉の向上を図り、もって、すべての国民が文化的社会の成員たるに値する生活を営むことができるように保障することを目的とする」とされている。したがって、この内容では、社会保障は、社会保険、国家扶助（生活保護）による所得保障、医療保障、公衆衛生、社会福祉（狭義）の概念として位置付けられている。そして、この勧告で「社会福祉（狭義）」について、「国家扶助の適用を受けている者、身体障害者、児童、その他援護育成を要する者が、自立してその能力を発揮できるよう、必要な生活指導、更正補導、その他の援護育成を行うことを言うのである」と定義付けられている。しかしこのように社会福祉を社会保障の一部とみなし、狭義に解釈すると、社会福祉の対象者は一部の要保護者のみで、大多数の一般国民が除外されるだけでなく、精神障害者や一部の庇護者などのような保護者層も除かれてしまう。また、社会福祉を自立助長のための指導と同様に解釈することも、社会福祉をあまりにも狭隘な領域に閉じ込めてしまい、時代の進展や、人々のニーズに対応できなくなるという欠点を持つ。この見解は、社会福祉の対象者をすべての国民とするとともに、社会福祉の範囲を生活に関連するすべての社会サービスとみなしている点の特徴がある。現代社会福祉の意味内容は、国民の多様な福祉ニーズに基づき次第に拡大し多様化している。そのため、社会保障を社会福祉の一部とみなして、公的福祉部門（国、行政府、地方公共団体、社会福祉機関・施設）と私的福祉部門（家族、地域社会、職場、民間福祉団体、金融制度、福祉産業）の双方による社会福祉的援助システムの双方を社会福祉とみなす見解も有力だとされる。しかし、この見解に対しては、社会福祉の範囲に、教育や保険・医療、住宅、環境を取り込むことで、かえって社会福祉の性格を不明確にしてしまい、その概念事態が曖昧なものになるという批判がある。この見解は、社会福祉が生活関連の公共施策そのものではなく、個人の福祉増進のための社会的な諸サービスと自立援助過程であるとする社会福祉限定を試みたものである。これは社会福祉の概念を拡大し福祉国家の「普遍的処遇の原則」を前提としているが、これだけでは単に全国民に対して機会の平等を保障するだけであって、個人の自由や創意、主体性を援助する原則たり得ないという認識の上にたっているものである。最近では、社会福祉を金銭給付などによる所得保障から区別して、専門的な業務や専門的技術による非貨幣的サービスの給付体系として位置付け、社会福祉サービスまたは対人福祉サービスと呼ぶようになってきている。社会福祉の概念は、時代や社会経済の変化に伴って変遷してきている。このような社会福祉限定の考え方は、社会福祉と生活関連の公共施策その他の制度との関連、相違を明確にしながら、社会福祉が本来果たすべき新しい役割・機能を提示し、社会福祉の固有性を解明しようとする

るものである。以上の指摘から、現在の日本の社会福祉の概念については、社会保障とは切り離し、社会福祉固有の専門的な役割・機能を持つものであると考えられる。ここでも、社会保障については検討対象にはしないで検討を進めることにする。この指摘については、松本真一編著『現代社会福祉論』（ミネルヴァ書房、1998年）2～5頁参照

- (12)前掲(11)212 頁
- (13)前掲(11)212～213 頁
- (14)ゴールドプランの内容、経緯については、石川恒夫・吉田克巳・江口隆裕編『高齢者介護と家族 民法と社会保障法の接点』（信山社、1997年）13頁以下
- (15)前掲(11)215 頁以下、前掲(14)22 頁以下
- (16)「新たな高齢者介護システムの確立について」と「新ゴールドプラン」の内容、経緯については、前掲(14)25～28 頁、野田愛子・升田純編『高齢社会と自治体 新たな成年後見システムの模索と構築』（日本加除出版、1998年）25 頁以下
- (17)河野正輝・菊地高志編『高齢者の法』（有斐閣、1997年）300 頁
- (18)古川孝順編『社会福祉供給システムのパラダイム転換』（誠信書房、1992年）22 頁
- (19)前掲(18)22～23 頁
- (20)前掲(9)23～25 頁
- (21)前掲(18)39 頁
- (22)前掲(18)40 頁
- (23)江草安彦『ノーマライゼーションの道』（全国社会福祉協議会、1982年）40 頁
- (24)前掲(18)56 頁
- (25)前掲(11)233 頁
- (26)ヴォルフエンズベルガー著、中園康夫・清水貞夫編訳『ノーマライゼーション 社会福祉サービスの本質』（学苑社、1982年）48 頁
- (27)前掲(11)244 頁、なお、ノーマライゼーションと障害者の人権の関係について総合的に検討したものとして、一番ヶ瀬康子・佐藤進編『障害者の福祉第 1 巻障害者福祉と人権』（光生館、1987年）参照
- (28)障害を持つアメリカ人法については、中野善達・藤田和弘・田島裕編『障害を持つアメリカ人に関する法律』（湘南出版社、1992年）八代英太・富安芳和編『ADA（障害を持つアメリカ人法）の衝撃』（学苑社、1993年）を参照
- (29)コミュニケア改革、NHS 及びコミュニケア法の成立過程については、小田兼三監訳『英国コミュニケア白書』（中央法規出版、1991年）参照
- (30)前掲(11)241～242 頁、なお、成年後見制度における権利擁護とアドボカシーについては、前掲(17)136～159 頁参照
- (31)前掲(11)212 頁、なお、高齢者の人権について、社会情勢や制度の変遷に着目して検討したものに、佐藤進編著『老人と人権』（同文館、1977年）など

- (32)厚生省監修『平成12年版厚生白書』(ぎょうせい、2000年)158頁
- (33)『新・社会福祉学習双書』編集委員会編、『新・社会福祉学習双書19リハビリテーション論』(全国社会福祉協議会、1998年)9~10頁
- (34)定岡丈弘、佐藤久夫、北野誠一編『これからの社会福祉 現代の障害者福祉』(有斐閣、1996年)12~13頁
- (35)アドボカシーについては、N. ベイトマン、西尾裕吾監訳『アドボカシーの理論と実際 社会福祉における代弁と擁護』(八千代出版、1998年)参照
- (36)河野正輝・大熊由紀子・北野誠一編『講座 障害を持つ人の人権3 <福祉サービスと自立支援>』(有斐閣、2000年)143頁(北野誠一執筆部分)
- (37)前掲(36)148頁
- (38)前掲(36)150~158頁参照
- (39)定岡丈弘・佐藤久雄・北野誠一編『現代の障害者福祉 <これからの社会福祉 >』(有斐閣、1998年)228頁
- (40)前掲(36)142~143頁
- (41)前掲(36)144~147頁参照
- (42)国際障害分類については、厚生省大臣官房統計情報部編『WHO 国際障害分類試案(仮訳)』(厚生統計協会、1985年)参照
- (43)前掲(18)8頁
- (44)国際障害分類改訂版については、厚生労働省社会援護局障害保健福祉部『国際生活機能分類 国際障害者分類改訂版』(中央法規出版、2002年)参照
- (45)Wolfgang Schuette, "Sozial-und Gesundheitsdienste: Neuere Trends im deutschen Sozialrecht", BtPrax 2/2003, S61-65.
- (46)<http://www.justiz.nrw.de/JM/rechtspolitik/schwerpunkte/betreuung/index.html> 参照
- (47)『新・社会福祉学習双書』編集委員会編、『新・社会福祉学習双書19リハビリテーション論』(全国社会福祉協議会、1998年)25~26頁
- (48)小島蓉子・奥野英子編著『新・社会リハビリテーション』(誠信書房、1994年)1頁、なお、社会リハビリテーションの定義や内容については、奥野英子「社会リハビリテーションの概念と方法」リハビリテーション研究89号(1996年)2~7頁参照
- (49)白澤政和・橋本泰子・竹内孝二監修『ケアマネジメント講座第1巻 ケアマネジメント概論』(中央法規、2000年)2頁
- (50)前掲(49)2頁
- (51)前掲(49)3~5頁
- (52)前掲(44)17~18頁
- (53)『新版・社会福祉学習双書』編集委員会編『新版・社会福祉学習双書2004第17巻 ケアマネジメント論』(全国社会福祉協議会、2004年)23頁

- (54)前掲(53)27～39頁参照
- (55)白澤政和・橋本泰子・竹内孝二監修『ケアマネジメント講座第2巻 ケアマネジメント  
の実践と展開』(2000年、中央法規)11,15頁
- (56)前掲(55)49頁
- (57)前掲(55)56頁
- (58)前掲(55)168～170頁

## 第五章 いわゆる「福祉契約論」との関係

### 1 はじめに

社会福祉に関わる契約には、従来は、市町村と社会福祉事業の経営者との間で締結される福祉サービスの提供に関する委任契約と、市町村との間で締結される保育所利用契約があった。介護保険制度の導入及び社会福祉基礎構造改革によって、新たに、介護保険事業者と利用者との間で締結される介護保険対象サービスを利用するための契約と、社会福祉事業の経営者と利用者との間で締結される「福祉サービスを利用するための契約」がある。

成年後見制度と関係があるのは、介護保険サービス利用契約と、福祉サービスを利用するための契約である。このような福祉サービスの分野で、利用者の権利や自己決定権について指摘されるようになった。その背景には、まず要援護者像の変化とそれに伴うニーズの多様化があげられる。福祉の対象がごく限られた低所得者層から、所得の多寡を問わないすべての高齢者などへ普遍化するとともに、人々のニーズも、事後的、救済的な擁護から個人の自立を支援するサービスのニーズへと変化した<sup>(1)</sup>。そして、サービス供給システムが変化した。供給システムの多元化（措置から契約へ、サービス利用方法の多様化）が進み、営利・非営利を含めて民間事業者によるサービスが次第に拡大してきた。これは、利用者の選択肢が広がるとともに、サービスの仕組み全体を行政本位から利用者主導へ転換するものであり、他方、当事者の権利擁護の必要性を強めるものである<sup>(2)</sup>。

このような状況の元で、社会福祉サービスを利用するための契約について、従来の契約理論とは異なる視点から検討する必要があると考えられる。このような考えのもとでの議論が、いわゆる福祉契約論<sup>(3)</sup>である。ここでは、社会福祉基礎構造改革によって契約がされた分野について検討する。つまり、介護保険制度における介護保険事業者と利用者との間で締結される契約、地域福祉権利擁護事業やサービス利用支援事業の提供者と利用者との間で締結される契約、支援費制度における社会福祉事業者と利用者との間で締結される契約である。そして、福祉契約論に関する議論について検討する。

### 2 社会福祉基礎構造計画

#### (1) 背景

これまでの社会福祉制度は、生活困窮者を保護・救済するため、昭和26年に制定された社会福祉事業法を中心に、行政主導で行う仕組みを制度化していた。しかし、生活水準の向上、急速な少子・高齢化の進展、核家族化などによる家族機能の変化などにより、国民の社会福祉の需要は増大・多様化し、福祉サービスの質の向上と効率化の必要が迫られている。さらに、地方分権や規制緩和、情報公開といった改革も進展している。このような社会環境の変化により、従来の措置制度、社会福祉事業、社会福祉法人に関する制度などは、見直しが必要となってきた。そこで、社会福祉基礎構造改革を行う必要が出てきた。地域福祉権利擁護事業などは、この社会福祉基礎構造改革の一環として創設されたものである<sup>(4)</sup>。

## (2) 内容

社会福祉基礎構造改革の基本方針は次の事項である。

第一に、利用者の立場に立った社会福祉制度の構築である。すなわち、福祉サービスの利用方法を、これまでの措置制度によるのではなく、利用者が事業者と対等な関係に基づきサービスを選択する利用制度によることを基本とするとともに、この選択利用制度の導入と一体のものとして、利用者保護のための制度を創設した。利用者保護のための制度としては、痴呆性高齢者など判断能力の低下した者の福祉サービス利用を支援するため、地域福祉権利擁護事業を創設した。また、社会福祉事業経営者の苦情解決の責務を明確化し、苦情処理の仕組みを整備した。そして、社会福祉事業の経営者は、サービスの利用契約の申込み時に契約内容などについて説明するよう努めるほか、利用契約の成立時には、一定の事項を記載した書面を交付しなければならないこととした。

第二に、福祉サービスの質の向上を図るための制度とその運用の見直しをすることになった。サービスの質の評価制度を導入することとし、事業運営の透明性の確保、サービス利用者の選択のために、社会福祉事業の経営者は、サービス内容に関する情報提供に努めることとした。

第三は、社会福祉事業の充実・活性化であり、具体的には社会福祉事業の範囲の拡充、社会福祉法人の設立要件の緩和と運営の弾力化である。

第四は、地域福祉の推進であり、具体的には、市町村による地域福祉計画、都道府県による地域福祉支援計画の策定の推進、社会福祉協議会、共同募金、民生委員・児童委員の活性化、知的障害者福祉などに関する事務の都道府県から市町村への委譲である<sup>(5)</sup>。

## 3 公的介護保険制度

介護保険制度は、介護を必要とする状態になっても自立した生活ができるように、社会保険の仕組みを活用して、高齢者の介護を社会全体で支える制度である。

### (1) 制度の概要<sup>(6)</sup>

#### 保険者

保険者は、市町村及び特別区(東京都 23 区)である(介護保険法 3 条)。しかし、市町村、特別区は人口や財政状況に大きな格差があることから、国、都道府県、医療保険者、年金保険者などが重層的に支える仕組みになっている(5, 6 条)。

#### 被保険者(9 条)

被保険者は、40 歳以上のものが強制加入とされている。第 1 号被保険者(65 歳以上の者)と第 2 号被保険者(40 歳以上 65 歳未満で、医療保険制度加入者)に区分されている。この区分は、保険料の賦課・徴収方法と保険給付の方法が異なるためである。

#### 保険給付の要件(18・19条)

保険給付が認められるのは、要介護状態または要支援状態にある場合である。要介護状態とは、「身体上または精神上の障害があるために、入浴、排泄、食事などの日常生活における基本的な動作の全部又は一部について、厚生省令で定める期間にわたり継続して、常時介護を要すると見込まれる状態」(7条1項)である。要支援状態とは、「身体上または精神上の障害があるために、厚生省令で定める期間にわたり継続して、日常生活を営むのに支障があると見込まれる状態(厚生省令で定める程度のものに限る)であって、要介護状態以外の状態」(7条2項)である。第1号被保険者は、要介護・支援状態の認定を受ければ保険給付を受給できるが、第2号被保険者についての保険給付は、要介護・支援状態が脳血管障害、初老期痴呆などの、加齢に伴って生ずる心身の変化に起因する疾病がその原因となっているものである場合に限られる(7条3項)。

#### 保険給付の手続(27・32条)

介護保険法に基づくサービスを利用するためには、まず保険者である市町村などに要介護・要支援認定の申請を行うことが必要である。市町村などは認定作業を行うために、訪問調査員を派遣し、本人の心身の状態に関する調査(85項目の基本調査と特別事項調査)を行う。基本調査で、要介護認定基準時間の算出をコンピューターにより推計し、一次判定を行う。あわせて本人のかかりつけ医または市町村などが指定した医師の意見を求め、これらの必要情報を把握した上で、専門家で構成する介護認定審査会で二次判定を行い、介護を必要とする状態区分を決定し、申請者に通知することとなる。

要介護認定を申請し、その結果該当し、介護保険法に基づくサービスを利用する場合には、介護サービス計画(ケアプラン)の作成が必要になる。ケアプランの作成により、利用者の心身の状況を勘案し、サービスの種類や回数を組み合わせた上で、支給限度額の範囲に収まっているか、適切なサービス内容になっているか、提供できる体制が整っているかなどをみる。ケアプランの作成は、介護支援専門員(ケアマネジャー)に作成を依頼することができる。作成には、要介護者の状態を把握するため、アセスメントや、医療・保健・福祉の専門家による協議(サービス担当者会議)を行う。ケアプランの作成依頼に自己負担はない。利用者が自ら作成し、自らの選択によりサービスを利用した場合には、市町村に届ける必要がある。介護保険施設へ入所、入院するサービスを利用する場合は、それぞれの施設へ直接相談、申込みをすることとなる。

#### 給付対象となるサービス(40～62条)

要介護者へは、在宅、施設のサービスを給付し、要支援者へは、要介護状態の発生予防の観点から在宅サービスを給付することになる。

在宅の生活を支援する介護サービスは、訪問介護(ホームヘルプサービス)、訪問入浴介護、訪問看護、訪問リハビリテーション、居宅療養管理指導、通所介護(デ

イサービス)、通所リハビリテーション(デイケア)、短期入所生活介護(ショートステイ)、痴呆対応型共同生活介護(痴呆性老人グループホーム)、福祉用具貸与、特定施設入所者生活介護(有料老人ホームでの相談、世話)のほか、居宅介護住宅改修費(住宅改修)、居宅介護福祉用具購入費など(貸与になじまない入浴や排泄のための特定福祉用具などの購入)、居宅介護支援(ケアプラン)である。

施設サービスは、介護老人福祉施設(特別養護老人ホーム)、老人保健施設、介護療養型医療施設、である。介護老人福祉施設は、常時介護が必要で在宅生活が困難な要介護者が対象である。介護老人保健施設は、症状安定期にあり、入院治療をする必要はないが、リハビリテーションや看護・介護を必要とする要介護者が対象である。介護療養型医療施設は、症状が安定している長期療養患者であって、カテーテルを装着しているなどの常時医学的管理が必要な要介護者であって、医療保険制度による療養型病床群に該当する者を除く者が対象である。

#### 保険料の負担

介護保険料の給付費のうち、公費による財政負担が行われる残りを保険料財源で賄うことになる。介護保険の保険者としての市町村は、第1号保険者から介護保険料を徴収することとなるが、第1号被保険者が負担する保険料は、介護サービスの水準に応じて市町村単位で保険料を算定する。保険料の徴収は年金受給者については年金から天引により行うこととし(特別徴収)、低年金・無年金などで天引が難しいものについては市町村が直接徴収(普通徴収)する仕組みになっている(131条)。これに対して、第2号被保険者が負担する保険料は、自らが受ける介護サービス下の対応のみならず、老親の介護を社会的に支援するという世代間連携の性格も有していることから、全国一律の単価に基づき算定することが適切と考えられ、各医療保険者がそれぞれの医療保険各法の規定に基づいて賦課・徴収することとなる(150条)。なお介護給付及び予防給付については、1号保険料のほかに、国、都道府県及び市町村の一般会計の公費ならびに2号保険料を財源とした介護給付費交付金により構成されるのに対して、市町村特別給付については、基本的には1号保険料である。従って、給付の内容などは、給付により期待される効果、要する費用、当該市町村における1号保険料の水準などを考慮して決められることとなる。

利用者負担は、基本的に定率の1割であり、サービスの利用に応じた応益負担が原則となっている。施設入所の場合については、加えて食事にかかる定額負担が必要となる。また一割負担が高額になる場合には負担の上限を設け、それを超える額については高額介護サービス費を支給する。なお事業者・施設が利用者に対して提供したサービスのうち、保険給付の対象外であるもの(日常生活費)については全額利用者が負担する。

#### サービス提供機関

サービス提供機関は、職員配置や施設整備などの基準を満たすことにより、都道府県知

事の指定または許可を受けた機関などである。在宅サービスのことを「指定居宅サービス事業者」、施設サービスのことを「介護保険施設」という。指定基準を満たしていない在宅事業者であっても、一定の人員・設備などの基準を満たす事業者が提供するサービスについては、保険者の個別の判断により、「基準該当居宅サービス」として保険給付の対象になる。

介護保険制度では、在宅サービス分野において、基本的に事業主体の制限を緩和して、人員配置や施設設備などの基準で一定の条件を満たせば、民間業者であっても都道府県の指定を受けて参入できるようになった。福祉系のサービスを中心に、株式会社などの民間企業や、農協、生協、特定非営利活動法人（NPO法人）などが参入できるようになった。

### 基盤整備

介護サービスの基盤整備を進めていくために、市町村及び都道府県はそれぞれ、国が策定した基本指針に則して、3年ごとに5年を一期とする市町村介護保険事業計画または都道府県介護保険事業支援計画を策定することとされている（116～120条）。

## (2) 介護保険制度と成年後見制度

介護保険制度の基本理念については、介護保険法第2条に規定されている。第一に、介護保険は要介護状態のみならず要介護状態となる恐れがある状態に関しても必要な保険給付を行う(2条1項)。第二に、保険給付は、要介護状態の軽減もしくは悪化の防止又は要介護状態となることの予防に資するように行われるとともに、医療との連携を十分配慮して行わなければならない(2条2項)。第三に、第1項の保険給付は、被保険者の心身の状況、その置かれている環境などに応じて、被保険者の選択に基づき、適切な保健医療サービス及び福祉サービスが、多様な事業者又は施設から、総合的かつ効率的に提供されるよう配慮して行われなければならない(2条3項)。第四に、第1項の保険給付の内容及び水準は、被保険者が要介護状態となった場合においても、可能な限り、その居宅において、その有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるように配慮されなければならない(2条4項)。

この理念を実現するためには、介護保険利用者の権利保障が必要である。その権利の内容は、情報を受ける権利、要介護認定の手続的権利、サービス指定の手続的権利、苦情処理手続の権利である(7)。特に、成年後見法の適用を受けている人が介護保険制度を利用する場合、後見人は、要介護認定・要支援認定の申請手続の代行、都道府県の介護保険審査会に対する審査請求の代行、居宅サービス計画(ケアプラン)作成手続の関与、サービス提供事業者又は施設との介護保険契約締結の代行、介護保険契約の相手方(サービス提供事業者又は施設)の履行状況に対する監督(見守り)、が必要であることが指摘されている(8)。後見人は、介護保険制度の利用に際して、手続の全ての側面において被後見人(利用者)の立場に立って契約の援助のみならず、必要な情報提供を受けるための援助や、サ

ービスを自己決定するための援助が必要である。

#### 4 地域福祉権利擁護事業

##### (1) 経緯

地域福祉権利擁護事業は、痴呆性高齢者、知的障害者、精神障害者など、判断能力の不十分な人々が地域で自立した生活が送れるように、福祉サービスの利用援助を行うことにより、その権利擁護を行うために開始された社会事業である。社会福祉基礎構造改革は、福祉サービスの利用に関わる制度を、個人の自己決定を尊重する観点から、個人が自らサービスを選択し、サービス提供者との契約により利用する制度を基本とする方針である。こうした制度を構築するためには、判断能力が不十分な人々を含め、誰でも必要なときに必要なサービスを適切に利用できる体制を整備することが前提となる。自己決定能力が低下しているため、福祉サービスを適切に利用できない人々の権利擁護のため、成年後見制度の導入と合わせて、社会福祉の分野でも、各種の福祉サービスの利用などを援助する制度の導入、強化を図る必要があるとの指摘がされていた。このために、地域福祉権利擁護事業の基本的な枠組みについては、次のような考え方をしている。

実施主体と本人又は代理人(法定後見人を含む。)との委任契約(又は準委任契約)に基づき必要な援助を行うこと

利用者の身近な場所に相談窓口を設置するとともに、個々の人事に直接援助を行うもの(生活支援員)を配置すること

利用者の生活状況や需要を的確に把握し、自立支援の観点からも適切な援助内容を設定するとともに、生活支援員の業務の監督を行う専門職(専門員)を配置すること

援助の内容は、福祉サービスの利用援助など日常生活に必要不可欠な範囲とすること。援助の内容がこの用に日常不可欠なものであれば、実施主体と契約を締結する上で利用者が必要とされる判断能力も一定程度あれば足り、契約の有効性に問題が生じないこととなる

契約締結に必要となる判断能力の程度は、対象となる特定の契約内容に照らして、その性格や効果を理解する能力があるかどうかを評価していく必要があり、その評価に関する統一的なガイドラインを作成すること

利用者にとって利用しやすい、適切な契約書類など諸様式を作成すること

専門員、生活支援員の資質の向上のために適切な養成・研修体制を設けること

事業の適正な運営を図るため、本人の判断能力に疑義が生じた場合に慎重な手続きを確保するため、専門的見地から判断能力の有無を評価する「契約締結審査会」を設けるとともに、有識者や利用者団体により構成され、第三者による客観的な監督を行う「運営監視委員会」を設置すること

本事業については社会福祉事業法上の社会福祉事業として明確に規定すること<sup>(9)</sup>

## (2) 地域福祉権利擁護事業の内容

地域福祉権利擁護事業とは、社会福祉法第 81 条に規定に基づき、都道府県社協が行う福祉サービス利用援助事業、当該事業に従事するものの資質の向上のための事業ならびに福祉サービス利用援助事業に関する普及及び啓発を行う事業の総称である。

本人または代理人と社会福祉協議会などが利用契約を締結した上で「専門員」が策定する支援計画に基づき「生活支援員」により具体的な援助が行われる。なお、本事業の対象者は、契約締結能力を有するものであることが前提となる。

都道府県社協は、運営のために、事業の責任者、事業の企画及び運営に携わる職員、専門員及び生活支援員を配置することとしている。なお、都道府県社協は、本事業の一部を市区町村社協に委託できることとしている。専門員は、利用希望者などの実態把握、契約締結能力の確認、利用援助契約締結に関する業務を行い、生活支援員は締結された契約内容に沿って具体的な援助を提供する。また、専門員は、生活支援員が適切にサービスを提供できるよう、その指導・監督を行うこととしている<sup>(10)</sup>。

具体的な援助の流れは、相談受付、初期相談、具体的調査、関係調整、契約書、支援計画作成、契約締結、援助開始、支援計画の評価、支援計画の内容の確認、契約の終了、である。

地域福祉権利擁護事業を利用するためには、契約を締結する一定の能力が必要になる。初期相談などの段階で、利用が困難であると認められた場合、市町村は、一定のやむをえない事由があれば、痴呆性高齢者などに対し、福祉サービスが提供されるよう措置を行うことは今後とも可能であるほか、特に必要があれば、後見開始などの審判を家庭裁判所に請求することも法律上可能とされている。

援助の内容は、福祉サービスの利用援助として、福祉サービスについての情報提供、助言、福祉サービスの手続き援助（申込み手続き同行・代行、契約締結）、福祉サービスの利用料の支払いなど、苦情解決制度の利用援助、である。また、実施主体の判断により、これらのサービスに合わせて、日常的金銭管理(預貯金の払い戻しなど)、書類など(預貯金通帳、不動産の権利証など)の預かり、を行うことにしている。より具体的に援助内容をあげると次のようになる<sup>(11)</sup>。

福祉サービスの利用援助：福祉サービスを利用し、または利用をやめるために必要な手続き、福祉サービスの利用料を支払う手続き、福祉サービスについての苦情解決制度を利用する手続き

日常的金銭管理サービス：年金及び福祉手当での受領に必要な手続き、医療費を支払う手続き、税金や社会保険料、公共料金を支払う手続き、日用品などの代金を支払う手続き、～の支払いに伴う預金の払い戻し、現金の解約、預金の預入の手続き

書類等の預かりサービス：保管できる書類などについては、年金証書、預貯金の通帳、権利証、契約書類、保険証書、実印・銀行印、その他、実施主体が適当と認めた書類(カードを含む)<sup>(12)</sup>

入所施設の利用など、居所の変更を伴う契約の代理は、生活に及ぼす影響が大きいことなどから援助の対象とはしていない。なお、福祉サービスの利用に合わせて日常的な金銭管理を行う場合に、本人に多額の預貯金があるときは、日常生活費のみを取り扱う専用講座(最高 50 万円程度を目安とする)を設けることとし、生活支援員の取り扱う金額を一定の金額の範囲内に限定することとしている。50 万円程度を超える預貯金がある場合でも、その通帳を単に預かるサービスは可能であるが、預貯金通帳は、基幹的な市区町村社協が金融機関の貸金庫などに保管することとしている<sup>(13)</sup>。

支援計画などについては、利用者と提供者(社協)との合意により、契約書本体とは別に作成される支援計画に定めることとしている。援助の内容として、福祉サービスの利用契約の締結などの法律行為に関わる事務を行う場合には、本人から代理権を授与された上で実施する必要があることから、本人にその旨を十分に説明し、了解を得た上で、契約書に代理権の授与ならびにその範囲について具体的に明記することとしている。

実施した援助内容については、本人の意向を踏まえてあらかじめ定めた親族などに対し、定期的に報告を行うこととしているほか、契約の締結に当たっては、本人の死亡などの事由により、契約が終了する際に預かり金などの引渡し先が不明であることなどにより、混乱が生じないように十分調整を行うように努めることとしている。

費用負担については、原則利用者負担としている。この利用料については、実施主体が標準的な金額を定めることにしているが、生活保護世帯については全国を通じて免除の取り扱いとしており、その他の低所得者についても、実施主体が個別の利用者の事情を勘案して設定して差し支えないこととしている<sup>(14)</sup>。なお、平成 13 年度から、成年後見制度利用支援事業が始まり、地域福祉権利擁護事業が利用しやすくなった。

本人に契約締結能力があるかの判断は、「契約締結能力判定ガイドライン」に沿って行われる。また、本人と社協との権利義務を明らかにするために契約書を取り交わすことになっている。この契約書は、福祉サービス利用援助契約書標準様式(契約書モデル)をもとに、実施主体の判断で、形式及び内容について、より使いやすい様式を作成することが出来る。誰が契約当事者になるかによって、利用者、基幹的社会福祉協議会、都道府県社会福祉協議会の三当事者間の契約、利用者と基幹的社会福祉協議会の二当事者間の契約、利用者と都道府県社会福祉協議会の二当事者間の契約、の 3 つの種類がある<sup>(15)</sup>。

援助の方法は次の 4 つに限定している。

相談と助言：福祉サービスを利用したり、預貯金の出し入れをしたりするときに、利用者の相談を受け、助言する。出来るだけ、利用者が自分で、福祉サービスの利用手続きを理解して手続きが取れるように援助する。

連絡と調整：必要があれば、役所や福祉サービスの事業者などに連絡したり、調整をしたりする。

代行：利用者の依頼を受けて、福祉サービスの利用に必要な書類を役所などに届けたりする。利用者の名前で利用料などを銀行や郵便局に振り込んで(代行)、援助することもある。

代理：利用者が、自分で福祉サービスの利用手続きなどが出来ないときは、利用者から与えられた代理権の範囲内で基幹的社協が利用者の代理人として手続きをする。例えば、基幹的社協が利用者の代理人として、利用者に代わり預金の払い戻しを受けたりする。利用者が、基幹的社協に対して与えた代理権の具体的な内容は、別に定める<sup>(16)</sup>。

援助の詳しい内容については、「支援計画」で決める。利用者はいつでも、この支援計画の内容を変更できる。契約の期間についても契約書の中で定められるが、この期間内でも、利用者はいつでも契約を解約できる。また、利用者が、特別養護老人ホームなどの施設に入居したり、長期間入院したり、引っ越したりして、基幹的社協が利用者を援助することが困難になった場合、病気や障害などで、利用者の意思を確かめることが出来ないために、新たな「支援計画」を作ることが出来ず、利用者の生活にふさわしい援助が出来ない場合、には、契約を解約することが出来る。

### (3) 地域福祉権利擁護事業の改正

平成 14 年度より、事業内容が一部改正され、対象者の範囲の明確化、援助内容の拡大、援助方法の明確化を図った。

#### 対象者の範囲の明確化

対象者については、「痴呆性高齢者、知的障害者、精神障害者など判断能力が不十分な者」と規定していたが、「痴呆」との医学的診断がなされていない高齢者、療育手帳や精神障害者保健福祉手帳を有していないものについて判断能力があるとして、対象者としていないケースがあった。そこで、「痴呆」との医学的診断がなされていない高齢者や手帳を有していない知的障害者や精神障害者についても判断能力が不十分であれば対象者となることとした。

従来、居宅で生活している人に限定していたが、社会福祉施設の入所者及び病院に入院しているものについても対象者とした。

「契約内容について判断し得る能力を有していないと判断されたものであっても、成年後見制度の利用により本事業の対象となり得る」と規定し、成年後見人などが契約することにより利用できることを明確にした。

#### 契約内容の拡大

援助の内容について、「住宅改造、居住家屋の賃借、日常生活場の消費契約及び住民票の届出などの行政手続きに関する援助その他福祉サービスの適切な利用のための必要な一連の援助」の規定を新たに追加し、福祉サービスの適切な利用のために必要な一連の援助を一体的に行えるようにした。

また、「福祉サービスの利用に関する援助、福祉サービスの利用に関する苦情解決制度の利用援助又は福祉サービスの適切な利用のための一連の援助に伴う預金の払い戻し、預金の解約、預金の預入の手続きなど利用者の日常生活費の管理(日常的金銭管理)」の規定を追加し、

「日常的金銭管理」を援助内容として明確に規定した。

#### 援助方法の明確化

援助の方法については、「原則として情報提供、助言、契約手続き、利用手続きなどの同行又は代行によること」及び「法律行為に関わる事務に関し、本事業の目的を達成するために、本人から代理権を授与された上で代理による援助を行う場合には、契約締結審査会に諮り、その意見を踏まえて慎重に対応すること」との規定を新たに設けた。あくまで本人の意志に基づき援助を行うことが目的であるが、利用者の状況によってはやむを得ず代理による援助を行わざるを得ないこともあるために、代理に関する規定を新たに設けた。

地域福祉権利擁護事業は、利用者本人が判断能力を喪失した場合は契約終了するとされているが、成年後見人が法定代理人として社会福祉協議会と福祉利用援助契約を締結して本人の支援のために地域福祉権利擁護事業の提供するサービスを利用することができる。また、任意後見人も契約することにより利用することが可能である<sup>(17)</sup>。

### 5 支援費制度

社会福祉基礎構造改革の一つとして、障害者福祉サービスについて、利用者の立場に立った制度を構築するため、これまでの行政がサービスの受け手を特定し、サービス内容を決定する「措置制度」から、障害者の自己決定を尊重し、利用者本位のサービスの提供を基本として、事業者などとの対等な関係に基づき、障害者自らサービスを選択し、契約によりサービスを利用する仕組みである。対象は、身体障害者福祉法、知的障害者福祉法、児童福祉法に規定される施設サービス、居宅サービスである。

#### (1) 基本的な仕組み

障害者福祉サービスの利用について支援費支給を希望する者は、必要に応じて適切なサービス選択のための相談支援を受け、市町村に支援費支給の申請を行う。

市町村は、支給を行うことが適切であると認めるときは、支給決定を行う。

都道府県知事の指定を受けた指定事業者・施設との契約により障害者福祉サービスを利用する。

障害者福祉サービスを利用したときは、本人及び主たる扶養義務者は、指定事業者・施設に対して、サービスの利用に要する費用のうち本人及び主たる扶養義務者の負担能力に応じて定められた利用者負担額を支払うとともに、市町村は、サービスの利用に要する費用の全体額から利用者負担分を控除した額を支援費として支給する。(ただし、当該支援費を指定事業者・施設が代理受領する方式を取る)。

やむをえない事由によりこれらの方式の適用が困難な場合には、市町村が措置によりサービスの提供や施設への入所を決定する<sup>(18)</sup>。

## (2) 手続きの流れ

支援費支給決定までの具体的な手続きの流れは、相談・申請、支給の決定、受給者証の交付、契約・利用、利用者負担額の支払い、支援費の請求、支援費の支給、である。それぞれの段階については、次のように行われる。

まず、サービスの利用についてどのようなものがあるかを市区町村、市区町村障害者生活支援事業、障害児(者)地域療育等支援事業の各窓口で相談をし、サービスが決まったら市区町村の窓口で支給申請をする。

申請をすると、市区町村の職員が利用者から聞き取り調査を行い、支給決定に必要な事項を検討する。ここで検討される内容は、障害の種類及び程度やその他心身の状況、介護を行う者の状況、利用に関する意向の具体的内容、利用者の置かれている環境などである。支援費の支給が決定すると支給決定通知書が送付される。

支給決定通知書を受け取ると受給者証が交付される。決定内容に不服がある場合は市区町村へ不服申し立てが出来る。

利用者は施設や事業者を受給者証を提示し、利用するサービス内容を十分に確認してから契約を結ぶ。契約においては、言葉による説明での誤解を避けるため、社会福祉法 76 条によって利用者への書面(重要事項説明書)の交付が義務付けられている。

利用者はサービス利用の費用のうち利用者負担額を事業者・施設に直接支払う。利用者負担額は受給者証に記載されている。

事業者・施設は提供したサービスについて市区町村に支援費を請求する。市区町村は、一定の審査後に支給額を確定し、事業者・施設に支援費を支給する<sup>(19)</sup>。

## (3) 介護保険制度との関係

障害者であっても 40 歳以上の人は、一定の施設入所者を除き介護保険に加入し、認定を経て介護保健サービスを受ける。このとき、共通するサービスは原則として障害者施策としては提供されない。つまり、身体障害者福祉法及び知的障害者福祉法による居宅生活支援費及び特例居宅生活支援費の支給は、当該身体上の障害の状況あるいは当該知的障害の状態について、介護保険法の規定による給付を受けることが出来るときは、その限度において給付(重複給付)を行わないものとされている(身体障害者福祉法第 17 条の 9、知的障害者福祉法第 15 条の 10)。

障害者施策として実施されている在宅サービスのうち、介護保健にないサービスは、要介護者に対しても障害者施策として提供される。また、施設サービスについては、障害者施策と介護保険施策では目的や機能が異なることから、要介護者である障害者であっても、必要があれば障害者施設への入所または通所が認められる。

介護保険の要介護認定を受けている障害者について、介護保険と支援費制度移行後の障害者福祉サービスとの適用関係は、移行前と同様に、基本的には介護保険が優先する。また、支援費制度が生活保護よりも優先される。

## 6 それぞれの事業と福祉契約について

### (1) 福祉からみた契約

ここで検討する福祉契約とは、「社会事業において提供される福祉サービスを利用するための契約」であり、具体的には、介護保険制度や地域福祉権利擁護事業、支援費制度で行われる契約である。

まず、契約をする際の前提条件として、契約利用者には、援助方法を選択する自由、契約内容に意見を言える自由、契約を進める方法の自由、契約を締結する方法や時期を選択する自由、が保障される必要があるといわれている<sup>(20)</sup>。

### (2) 利用者の権利について

また、高齢者が福祉サービスを受ける視点から、高齢者の権利について次のことが指摘されている。第一に社会福祉サービスの情報に関する権利である。情報に関する権利は、個人情報秘密が守られていることと、福祉サービスに関わる情報の提供が適切に行われていることである。情報提供については、実践現場における運営指針や審議会の答申や報告によって示され、かつケアマネジメントなどの方法技術の導入によって、推進されようとしている。サービス利用者にとって、情報を容易に取得できることは、サービスを効果的に利用するために必要不可欠であり、利用者の積極的なサービス利用を推進していく視点から、その権利を明らかにしなければならない。第二にサービスを受けるための手続きを行う権利である。第三に適切なサービスであることが保障される権利である。これは「健康で文化的な最低限度の生活」が保障されることであり、利用者の権利の根幹となるものである。これは、サービスの質と量いずれにも適用されるべきであるが、行政裁量の範囲と重なり合うので、いかに保障するかが問題である。同時にこの権利が、国民の生活水準と文化を反映したものであり、かつ利用者の尊厳と社会的存在としての役割が堅持され、さらに各高齢者に応じた生活能力の回復を目指してサービス運営が行われるよう、実践の面からも指針と細目を具体化していくことが必要である。第四にサービスの需給をめぐる争訟の権利である<sup>(21)</sup>。支援費制度では、行政不服審査法第5条などにに基づき、市区町村や、基幹的社協に不服申し立てが出来る。地域福祉権利擁護事業についても、社会福祉法第83条に運営適正化委員会による苦情解決制度がある。運営適正化委員会は、利用者などに対する助言や事情調査を前提として、「斡旋」という紛争解決の場の設定を持つことになっている。とはいえ、利用者が権利を主張しにくい場合は、その権利を主張するための援護が必要である。また、明白な権利侵害・処分の形を取らない苦情・不利益まで救済する苦情処理システムを確立することが必要である。以上のことは、高齢者について指摘されたことではあるが、障害者についても同様のことが当てはまるだろう。利用者が福祉サービスを利用するために契約を行う場合は、これらの権利が保障されるべきなのである。

### (3) 成年後見制度と支援費制度

支援費制度の対象者には、知的障害者が含まれている。制度の利用の際には、事業者や施設と契約を行う必要があるため、成年後見人が必要になる。また、支援費制度の手続きをするためには様々な援助が必要である。支援費制度利用のための情報提供、支援費支給申請、利用したい施設や事業所へのサービスの申込み、契約の締結、利用者負担額の支払いなど、利用者の代わりに成年後見人が行うことになる。また、収集した情報に基づいて事業者や施設が提供するサービスを利用者本人がケアマネジメントしてサービスを選択することになる。このケアマネジメントを行うための援助や、場合によってはケアマネジメントを実際に行うことも成年後見人の役割と考える。

介護保険や支援費制度など福祉サービスを利用するためには、利用者と事業者や施設と市町村が連携しなければならず、そのためにはそれぞれとコミュニケーションを十分に行うことが重要である。そして、個々の利用者やその家族のニーズ、環境、状況を考慮して、最善の援助を行うために十分な配慮が必要である。一人一人の状況が全く違う以上その援助は一般化、一律化することは出来ない<sup>(22)</sup>。

### (4) 支援費制度と障害者ケアマネジメントについて

支援費制度と障害者ケアマネジメントとは、直接関係ない。しかし、ケアマネジメント手法の普及は利用者の役に立つとの指摘がある。支援費制度との関係で障害者ケアマネジメントが問題になった点は、在宅サービスの不足、支援費におけるサービス必要量の判断根拠の問題、障害者本人へのエンパワメント支援（自己決定への支援、自分の状況説明力の獲得、サービス利用への当事者の主体的な行動）の不十分なこと、があげられている。知的障害者が支援費制度を利用する際に、成年後見人がこれらの援助をする必要があるだろう<sup>(23)</sup>。

厚生労働省も、障害者ケアマネジメント等のあり方について、次のことを指摘している。

- ・ 障害者の生活を支え、自立と社会参加を進める観点からの総合的なケアマネジメントの制度化を図るべきである。

- ・ 障害者ケアマネジメントは、障害の特性に応じた様々な職種によるチームアプローチを基本とするとともに、その透明性や中立性の確保及び専門性の向上に配慮すべきである。同時に、エンパワメントの考え方に基づき、障害者がセルフケアマネジメントを行うという視点が重要である。

- ・ 契約方式の下では、制度を利用するに当たって、権利擁護が実質的に機能する方策を考える必要がある<sup>(24)</sup>。

成年後見人が、支援費制度も含めて、福祉サービスを利用する際、ケアマネジメント手法を用いて、利用者を援助することは、成年後見制度の理念や考え方に沿うものなのではないか。

## 7 福祉契約の法律関係について

従来の福祉政策が措置から契約へ転換された結果、福祉サービスを受けるための契約が必

要になった。契約方式を採用した目的は、利用者の選択の可能性、サービスを要求する権利性、利用者と提供者の対等性、を確保することである。しかし、この福祉契約は通常の売買契約などとは大きく異なる。契約が成立するまでに利用者は行政に対し給付申請をし、行政が給付決定をした上で、利用者と事業者の間で契約を締結する。

契約の当事者である利用者には行為能力が求められる。利用者に判断能力があれば利用者と事業者が契約を締結することになる。利用者の判断能力が十分ではない場合は、成年後見制度を利用して利用者本人名義の契約を締結する方法と、家族など利用者以外の者と事業者が第三者のためにする契約を締結する方法がある。成年後見制度を適用する場合、同意権者（保佐人、補助人）の同意を得て本人と事業者が契約を締結する場合と、利用者の法定代理人と事業者が利用者名義の契約を締結する場合がある。

また、給付されるサービスや費用に上限があること、事業者に非常に多くの義務や規制があること、などから、契約自由の原則が制限されている。

福祉サービス提供者側の義務は、サービス提供義務、公正義務、情報提供義務、説明義務、書面化義務、苦情解決義務、安全配慮義務、個人情報保持義務がある。サービス利用者には、代金支払義務と協力義務がある<sup>(25)</sup>。

今日の社会福祉サービスは、基本的には利用者の申請主義である。この申請主義に基づく供給システムは、次の状況が整備されていることを前提とされている<sup>(26)</sup>。

福祉ニーズを持つ地域住民がそのことを十分自覚的に認識していること。

その福祉ニーズが何らかの福祉サービスによって解決、あるいは緩和される可能性があることを理解していること。

必要とされている福祉サービスの内容、手続きの窓口や方法、費用負担の程度などについて相当の情報を持ち、しかも理解していること。

福祉サービスの利用に伴いがちなスティグマから解放されているか、あるいはそれを無視せざるを得ないほどの状況に置かれていること。

利用の申請に必要な判断能力や移動の能力を持っていること。

利用に伴って必要とされる費用を負担する能力を持っていること。

利用の可否についての判断が示されるまで持ちこたえるためのインフォーマルな、あるいはフォーマルな社会資源が身近にあること。

しかし、実際問題として、社会福祉の潜在的な利用者の中には、福祉ニーズを抱えていることを自覚していない人々、有効な福祉サービスについての情報を書いている人々、気後れや病身その他の身体的事情で申請ができない人々など、現行の申請制度に適合し得ない人々が多数存在している。このように福祉サービスの利用及び利用の過程をめぐる問題が存在することがあるので、福祉契約を援助する場合、福祉契約を行うことができるように環境を整える援助や、申請のための援助が必要である。

福祉契約も消費者契約法の適用を受ける。サービス提供者に様々な義務や制限があるとはいえ、利用者とサービス提供者の間には情報の質や量、交渉力に差があることが多く、

このような利用者を保護する必要があるからである。消費者契約法には、事業者は消費者が契約内容を理解するために必要な情報を十分説明するよう努力しなければならない(消費者契約法第3条)、利用者が事業者から不適切な勧誘を受け、利用者が誤った認識をして契約を締結してしまったときは契約を取り消すことが出来る(同第4条)、契約条項の中に消費者にとって不当に不利な契約がある場合には、当該条項を無効にすることが出来る(同第8条、9条、10条)などの規定がある。しかし、福祉契約の対象は利用者の人間としての生活基盤や生命・身体に直結する重大な利益であるため、より強い保護が求められる。

福祉契約に違反があった場合、債務不履行あるいは損害賠償責任が発生するが、どのような状況のもとで契約違反といえるのか、その特定は容易なことではないといわれている。準委任契約に基づく福祉サービス提供義務の場合、提供者の行為の善管注意義務違反がある場合に債務不履行と判断される。また、サービス内容の不完全さにより利用者の身体・財産に被害が生じた場合も認められるだろう。なお、福祉サービスにより利用者に損害が生じた場合は、安全配慮義務に基づく損害賠償責任と不法行為責任の両方が発生することがある<sup>(27)</sup>。社会福祉基礎構造改革により、福祉サービスの利用に際して従来の措置から契約に移行した。

これにより、福祉サービス利用者の個人の尊厳を具現化するとともに、福祉サービスの利用に対する権利を擁護する必要がある。個人と行政と契約を締結することや、契約当事者の関係が必ずしも対等とはいえないことを考慮すると、従来の民法上の契約議論が必ずしも当てはまらない場合がある<sup>(28)</sup>。福祉契約の内容や特質や実態を検討した上で、議論を進めていく必要があるだろう。

<注>

- (1) 河野正輝・関川芳孝編『講座 障害をもつ人の人権 <権利保障のシステム>』(有斐閣、2002年)29頁
- (2) 前掲(1)と同じ
- (3) 社会福祉サービスを利用するための契約について、早い段階からこのように名づけて議論したものに、大曾根寛『成年後見と社会福祉法制 高齢者・障害者の権利擁護と社会的後見』(法律文化社、2000年)がある。
- (4) 青木重仁「社会福祉基礎構造改革と地域福祉権利擁護事業」判例タイムズ 1030号(2000年)162頁
- (5) 前掲(4)163頁。なお、社会福祉基礎構造改革の経過については、「措置制度を提供者との契約制度へ転換 中福審社会福祉構造改革分科会が中間まとめ」週間社会保障 1994号(1998年)40~45頁、「社会福祉の基礎構造改革の議論が本格化 個人の尊厳と選択を活かす社会福祉へ(上)、(下)」週間社会保障 1996号6~9頁、1997号6~9頁、「社会福祉基礎構造改革について(中間まとめ)」賃金と社会保障 1232号46~54頁などを参照
- (6) 介護保険制度の内容については、佐藤進・河野正輝編『介護保険法 権利としての介護保険に向けて』(法律文化社、1998年)、堀勝洋・岩志和一郎編『高齢者の法律相談 新・

- 法律相談シリーズ』(有斐閣、2005年)344～348頁、国民生活センター編『消費者から見た介護保険Q & A』(中央法規、1998年)、田畑洋一「介護保険の意義」週間社会保障 2003号(1998年)22～25頁、山下興一郎「公的介護保険制度のしくみと実情」判例タイムズ 1100号 211～214頁をもとに内容を整理した。
- (7)前掲『介護保険法 権利としての介護保険に向けて』48～51頁参照
- (8)新井誠「介護保険・介護サービス契約と成年後見」千葉大学法学論集 15巻3号(2001年)90～92頁(新井誠『成年後見法と信託法』<有斐閣、2005年>71～73頁所収)参照。なお、介護保険契約については、河野正輝「介護保健サービス契約モデル案の検討」週間社会保障 2086号(2000年)24頁、品田充儀「介護保険契約の特徴と法的問題 モデル契約書を参考として」ジュリスト 1174号(2000年)70～74頁、同「福祉サービスの利用方式」日本社会保障法学会編『講座 社会保障法第3巻 社会福祉サービス法』(法律文化社、2001年)54～76頁など参照
- (9)前掲(4)164頁
- (10)前掲(4)165～166頁
- (11)(10)と同じ
- (12)山下興一郎「利用者支援への挑戦と地域福祉権利擁護事業」月刊福祉 1999年12月号 29頁
- (13)前掲(4)166頁
- (14)前掲(4)168頁
- (15)木間昭子「契約書モデルについて」月刊福祉 1999年12月号 43頁
- (16)前掲(15)45～46頁
- (17)厚生労働省社会・援護局地域福祉課「地域福祉権利擁護事業の改正のポイント」月刊福祉 2002年10月号 52～53頁
- (18)資料「障害者福祉サービスの支援費制度の事務大要示される～厚生労働省社会・後援局障害保健福祉部「支援費制度担当課長会議資料」(平成13年8月23日)より抜粋～月刊福祉 2001年12月号 58頁
- (19)支援費制度の内容については、監修京極高信、初山泰弘、支援費制度辞典編集委員会編『支援費制度辞典』(社会保険研究所、2003年)を参考にした
- (20)白澤政和・尾崎新・芝野松次郎編『社会福祉援助方法』これからの社会福祉 (有斐閣、1999年)93頁
- (21)小笠原祐次・橋本泰子・浅野仁編『高齢者福祉』これからの社会福祉 (有斐閣、1998年)21頁
- (22)社会福祉法人いぶき福祉会編『障害者福祉がかわる 考えよう!支援費制度\*いぶきが大切にしたいこと』(2002年)71～75頁
- (23)小澤温「障害者ケアマネジメントをめぐる課題」月刊福祉 2004年5月号 38頁
- (24)厚生労働省社会保障審議会障害者部会『今後の障害者保健福祉施策について(中間的な取

- りまとめ)』(平成16年7月13日)なお、この内容については、社会福祉の動向編集委員会編『社会福祉の動向2004』(中央法規、2004年)496頁による
- (25)長沼健一郎『介護サービス契約のあり方に関する一試論位置 消費者保護にかかる8つのポイント』ニッセイ基礎研究所『21世紀の社会保障改革に向けた視点』(ニッセイ基礎研究所、1998年)115~119頁
- (26)この指摘については、古川孝順編『社会福祉供給システムのパラダイム転換』(誠信書房、1992年)6~7頁参照
- (27)笠井修『福祉契約論の課題 サービスの「質」の確保と契約責任』森泉明編『著作権法 民法の現代的課題 半田正夫先生古希記念論集』(法学書院、2003年)674~677頁、なお、福祉契約については、日本社会保障法学会編『社会保障法』第19号(法律文化社、2004年)93頁以下の『シンポジウム 社会福祉と契約』を参考にした。
- (28)額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号(2001年)15頁では、「福祉サービスの多くが『措置』から『契約』に転換されることになったが、その目的は利用者の選択の可能性、サービスの提供を要求する権利性、利用者と提供者(事業者)の対等性を確保するところにある。しかし、それはどうしても『契約』によってしか実現できないというものではない。現行の社会装置の中で、一番現実的な手段が『契約』であると考えられて採用されたものに過ぎず、一種の『借用』である。」と指摘しているが、福祉契約の法的性質について検討する上で留意しなければならないことであろう。

## 第6章 結語

### 1 内容の整理

以上、成年後見制度について、身上監護に関する内容を中心に検討をしてきた。ここで今までの内容を整理する。

第2章では、ドイツ、アメリカ、イギリスにおける成年後見制度について検討した。ドイツでは、1990年世話法が制定され、1992年に施行され、需要が拡大している。従来の能力を制限することにより本人を保護する制度から、本人の能力を最大限に引き出すことにより自己決定権を尊重する新たな制度に改正された。世話法1896条では必要性の原則と補充制の原則について規定し、1897条では、個人的な世話について、被世話人の個別的な必要性を考慮し、対応するための規定が設けられた。1901条では、世話人は本人の福祉に配慮する義務があることを規定し、1904～1906条では、裁判所の許可が必要な重大な身上監護事項（医療に関する事項、施設収容、不妊手術に関する規定）について特に規定を設けている。貧困者の世話に対する費用は国庫から支出されることになっており、世話が必要な人に対してきめ細かな配慮がなされた制度となっている。しかし、貧困層が世話を利用すればするほど、国家から支出される費用が増大し、国家財政を圧迫することになってしまった。そこで、1999年に法改正がされて施行された。主な改正の内容は、世話の内容を「法律上の世話」に限定することにより、世話法の適用を厳格にすることが目的であった。しかし世話の利用件数は増加しつづけ、世話に対する国庫の莫大な費用支出に歯止めがかからなかった。また、1999年改正に前後して、「世話の質」についての議論がされ始めた。1897条で規定されている「個人的な世話」の内容が曖昧で、介護や看護、介助などと混同されがちで、職業世話人が世話をした場合、世話として評価され、報酬を請求できるかについて裁判で争われた。世話が、介護や看護などを調整することであることが指摘された。また、世話の質を維持し、世話の調整を有効に行う方法として、ケアマネジメント手法による世話についての議論が展開されるようになった。2003年に連邦と州の研究会が第二次世話法改正法案に対して提言を行ったが、その中でもケアマネジメント手法についての指摘がある。わが国の介護保険制度のように、ケアマネジメントを世話の中に必ず取り入れることを義務づけるものではないが、議論が拡大していることは注目に値する。

アメリカでは、成年後見制度に相当する制度に法定後見(Guardianship)がある。任意後見に相当する制度として持続的代理権(Durable Power of Attorney)がある。両方ともそれぞれ財産管理と身上監護の事項を含む。また、財産管理後見人、身上監護のための持続的代理権を一部ずつ適用して制度を適用することが認められ、本人の残存能力の活用のためには、むしろこのような部分後見が奨励される。また、これらの制度のほかにも法定後見や持続的代理権の代替方法として信託やリビングウィルなどが活用される。本人の意思を尊重する立場から、持続的代理権が法定後見に優先する。身上監護のための持続的代理権を適用する場合、必ずその内容を書面で明らかにすることが要求されている。持続的代理権は、手軽で利用しやすい制度である半面、代理人を監督する制度がないために、代理人

の権限濫用が問題となる。アメリカの場合、医療や介護に関する費用は基本的に本人が負担することになる。そのため財産管理と身上監護に関する事項を関連づけて議論することが多い。本人が判断能力が十分であるうちに、あらかじめ財産や身上について計画を立てることは、本人の自己決定権や自立を尊重するために有効であると考えられている。この点から、エステイoplanニングと関連づけて議論がされることがある。エステイoplanニングは、もともと資産家の節税対策として活用されたが、その需要は高齢者や障害者の財産管理にも拡大している。例えば、知的障害などの子供を持つ資産家の親が、子供のために自分の資産を活用するためにエステイoplanニングを活用する。成年後見制度において議論される場合、資産の規模に関係なくエステイoplanニングが推奨されるのが特徴である。なぜならば、あらかじめ計画をたてておかないと、いざ様々なケアが必要になったとき、不動産や家財道具を売却してケアにかかる費用を工面しなければならなくなるなど、日常生活に直接影響が出るからである。さらに、医療や福祉などの社会資源を結びつけるケアマネジメントと、財産を自らのために活用するエステイoplanニングを結びつける議論がされ始めている。法定後見や持続的代理権や信託など様々な制度を選択して適用できることや、財産管理とケアマネジメントを組合わせて適用することについて検討しているのがアメリカの特徴である。

イギリスには、成年後見制度に相当する制度として、1985年持続的代理権授与法がある。対象は財産管理のみで、身上監護事項は含まれない。しかし、事前の意思表示の重要性や、医療に関する同意や持続的代理権の必要性が指摘されるようになり、1995年に政府は法改正へ向けての報告書を公表した。現在も議論が続けられている。精神障害により、保護を必要とする者に対しては、1983年精神保健法に規定されている後見(Guardianship)により保護される。もともと精神障害者の社会復帰を目的とする制度であり、成年後見制度とは異なる制度である。しかし、成年後見制度を理解する上で、この精神保健法との関係を念頭におく必要があるといわれている。イギリスの福祉政策は、コミュニティケア改革により転換し、ケアマネジメントが導入された。このケアマネジメントを利用する際には利用者と十分なコミュニケーションを取らなければならない。しかし、精神障害者などコミュニケーションが十分に取れない人のためには、本人の意思を代弁する人(advocate)が必要だが、1983年精神保健法では十分対応できないことが指摘されている。成年後見制度を含めて今後の法改正の動向が注目される。

第3章では、わが国の成年後見制度における議論について検討した。わが国の成年後見制度における身上監護に関する議論は、明治民法922条における禁治産者の療養看護義務にさかのぼる。療養看護をさほど重要視せず、私宅監置を認めたことから、禁治産者の人権を侵害することがあった。また、成年後見制度が制定される前は、精神保健法が禁治産者の療養看護義務について定めた民法の特別法の役割を果たしていたことから(精神保健法の立法過程や民法旧858条参照)、事実上精神保健法の規定に移行したと解されていた。成年後見制度における議論から身上監護に関する議論が本格的に行われたと見てよい。身

上監護事項に介護などの事実行為を含めるかが最大の争点となった。民法においては、扶養義務における議論も含めて、学説、判例とも一貫して介護を民法上の義務として認めない。成年後見制度においても、介護などの事実行為は身上監護事項に含めないことについては一定の共通理解を得ている。精神障害者の医療や保護に関しては、民法（改正前）と同様に、精神保健法が公法として存在し、成年後見制度においても後見人の職務内容を制約するものと考えられる。民法旧 858 条第 2 項の「禁治産者を精神病院その他これに準ずる施設に入れるには、家庭裁判所の許可を得なければならない」との規定は最終的には削除されたが、精神保健法が存在する以上旧法と同様に制約を受けると考えざるを得ないだろう。身上監護事項としては、介護に関連する事項や医療、虐待について検討した。学説については、財産法と家族法に関する議論や、扶養義務や介護に関する議論から、身上監護に関する議論を検討した。

第 4 章では、成年後見制度と福祉の関係について検討した。成年後見制度と福祉の関係については、成年後見制度と福祉の理念が一致すること、成年後見制度の対象者は多くの場合福祉の援助の対象者であること、社会福祉基礎構造改革により、福祉契約が締結されるようになったので、契約の援助についての議論が必要であることを踏まえて必要事項を整理、検討した。国連で採択された「知的障害者の権利宣言」(1971 年)、「障害者の権利宣言」(1975 年)、「高齢者の権利宣言」(2000 年)などにより、高齢者や障害者の福祉施策の基本的な考え方が示された。このような流れが、世界各国で成年後見制度の立法化に少なからず影響を与えた。その基本理念は、ノーマライゼーション、自己決定権の尊重、残存能力の活用である。この基本理念を実現するための具体的な援助技術や考え方であるアドボカシー、エンパワメント、ケアマネジメントについて検討、整理した。

第 5 章では、いわゆる福祉契約論について、福祉の分野で新たに契約制度が導入された介護保険や地域福祉権利擁護事業や支援費制度について、成年後見制度との関係を意識しながら検討、整理した。

第 2 章から第 5 章で検討したことを踏まえて、改めて、権利擁護とは何か、身上監護とはどういうことなのかについて検討したい。

## 2 高齢者、障害者の権利擁護

高齢者、障害者の権利を擁護するということは、彼らの人権を守ることである、基本的人権については、憲法 11 条は、「国民は、すべての基本的人権の共有を妨げられない。この憲法が保障する基本的人権は、犯すことの出来ない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる」と規定し、13 条では、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り立法その他の国政上で、最大の尊重を必要とする」と定めている。さらに、生存権(25 条) 教育を受ける権利(26 条) 勤労の権利(27 条) 労働基本権(28 条)を内容とする社会権の規定を設けている。これらの基本的人権を擁護することが、高齢者や障害者の権利を擁護する

ことになる。これらのことから、例えば虐待が重大な権利侵害であることがわかる。成年後見制度の立法過程では議論の対象にならなかったが、成年後見制度の範囲内で対応できることについては（例えば財産に対する虐待など）積極的に対応するべきであろう。

知的障害者の権利宣言の第5条では、「自己の個人的福祉及び利益を保護するために必要とされる場合は、知的障害者は資格を有する後見人と与えられる権利を有する」と規定されている。従って、高齢者や障害者が健常者と同様に、適切な医療、教育、経済的安定、搾取からの保護、法的手続き、家族などとともに暮らす生活及び地域社会への参加を享受する権利を行使する場合、必要とした場合はいつでも適切な後見人が選任されなければならない、ということになる。ケアを必要としている人々に対して、能力を伸ばしていくために援助することが必要であるということである。

### 3 身上監護について

民法 858 条には、「生活、療養監護及び財産管理の事務」を行うことについて、「本人の意思尊重義務」と「身上配慮義務」がある。本人の意思を尊重するとは、ノーマライゼーションの考え方に基づいて、被後見人の自己決定権を最大限に尊重することである。身上に配慮するとは、まず要援護者の心身の健康や安全を確保するために必要な対応をすることである。そのためには要援護者と十分なコミュニケーションを図ること、そのための環境を整えることが必要である。具体的には、見守りを行うことにより要援護者の状況を常に把握し、必要に応じて援助者や援助機関との交渉や契約締結、契約履行を行うことである。また、要援護者の精神的、情緒的な安定を図るための配慮も必要である。

立法担当者は、後見の「事務」は法律行為を指すものである、との態度を示しているが、これは、被後見人の介護という事実行為を義務づけるのでないことを明らかにした、一種の注意規定と考えるべきである。介護以外の事実行為がすべて排除されるという意味ではないと考える。また、事実行為は、法律行為に付随するものに限られず、法律行為に関連しない事実行為も認められると考えられる。厳格に解釈して全ての事実行為を排除することは、高齢者、障害者の権利擁護を実現するための本人の意思尊重義務や身上配慮義務を遂行するためには、むしろ妨げになるだろう。もし、身上配慮義務は法律行為であることを盾に取り、必要な援助や支援を行わないとしたら本末転倒である。むしろ、様々な身上監護が出来るようにその範囲を拡大していくべきである。

従来 of 成年者に対する後見制度は、本人の能力を制限することにより財産を保護することを目的とし、本人の残存能力を活用したり、本人の要望を受け入れる状況ではなかった。しかし、社会状況は大きく変化し、ノーマライゼーションの考え方が浸透した。また、高齢社会が到来し、従来 of 福祉のあり方では、問題に対応できなくなり、変革を迫られた。介護保険制度や支援費制度の導入により福祉が契約化され、一人暮らしの高齢者や障害者が増加している現状では、もはや、特定の人々のための特別な制度では対応できなくなり、全ての人々が安心して社会生活を営むための生活支援を行うことを前提とした制度が必要になっ

た。成年後見制度も従来の財産管理を中心とした制度からの転換を迫られていると考えられる。成年後見人に対する生活への配慮は、民法のみではなく、福祉の分野からの視点も考慮されなければならない。

成年後見制度の担い手として、従来は原則親族のみだったのが、第三者や法人にも拡大された。第三者後見人の担い手は、弁護士、司法書士、社会福祉士の活動のほかに、公証人、税理士、行政書士なども活動している。法人後見は、社団法人成年後見センター・リーガルサポートのほかに、社団法人、社会福祉法人や福祉公社、中間法人なども活動している<sup>(1)</sup>。このように、従来は親族や個人的な人間関係の中では適切な保護者を見つけることが出来なかった要保護者も、権利擁護の専門家団体や地方自治体が関わることにより、必要な保護が受けられるようになった。これが、いわゆる「成年後見の社会化」と呼ばれるものである<sup>(2)</sup>。身上監護について検討する際も、このような状況を念頭におかなければならない。社会福祉基礎構造改革により、社会福祉分野に契約手法が導入された。社会福祉と民法の連携方法が具体的に問われる中で、実務のあり方も問われる。単なる契約締結の援助のみではなく、総合的な生活支援を想定すべきである。そのためには、身上配慮義務が適切に履行される必要がある。

#### 4 後見制度における信認関係<sup>(3)</sup>について

本人の意思を尊重する義務と、身上配慮義務に対しては、善管注意義務を負うと解されている。それでは、後見人の義務や責任は具体的にどのようなものなのだろうか。ここでは善管注意義務に付随する義務について検討したい。

後見人と被後見人の間には、信認関係(fiduciary relation)が存在するといわれる。後見人は、この信認関係における受認者(fiduciary)であり、相手方の信頼を受け、その者の利益のために行動、助言をする義務を負う。自己執行義務、注意義務、情報提供義務、守秘義務、高度の忠実義務を負い、もっぱら相手方の利益を図るために最高度の信義誠実を尽くして行動、助言をしなければならない、とされている。通常、契約において検討されることだが、福祉契約や、身上監護事項に関する任意後見契約など、成年後見制度の中でも契約に関する事項は多々あり、その契約遂行については、このような関係にあると考えられる。民法上の義務よりもさらに重い義務が課せられることになるが、被後見人の財産や生活に関する重要な契約事項を遂行するためには、このような視点が必要であると考えられる。

#### 5 身上監護とケアマネジメント

ケアマネジメントとは、ケアマネジャーが、援助対象者のニーズとすでに制度となっているフォーマルなサービス、また家族、親戚、近隣、ボランティアなどのインフォーマルなサポートの社会資源と結びつけ、対象者を継続的に援助する方法のことである。より端的に言えば、要援護者や家族が持つ複数のニーズと社会的資源を結びつけることである。もともとは、精神障害者の脱施設化に伴い、障害者の地域生活を支援するために考案され

たものである。ケアマネジメントを後見人の職務の一つと考える議論は、1980年代後半から、アメリカやドイツなどで検討されてきたが、21世紀に入って、後見人の職務として認知されつつある。

高齢化にともない医療・保健・福祉の分野で改革が進められる中で、これらを結びつける手法としてケアマネジメントが検討されてきた。一方では高齢化にともない高騰する社会保障費を抑制するコストコントロールを目的とし、他方要援護者が今まで以上に質の高い生活を維持・促進することを目的としている。

ケアマネジャーは要支援者又はその家族との共同作業を通じてケアプランを作成していくことになるが、最終的にケアプランを了承していくのは本人や家族であり、ケアマネジャーは本人や家族がケアプランを決定していく過程を「支援する人」にほかならない。従って、ケアマネジャーは「要援護者の自己決定」の原則に十分配慮しなければ、要援護者の自立支援には結びつかない。

成年後見制度におけるケアマネジメントについて、Carneyは積極的な議論を展開している<sup>(4)</sup>。まず、成年後見を考える上で大きく 法と精神医療、福祉、行政、個人的な目的の四つの要素があると考えられる。法と精神医療は被後見人の能力に関する事項であり、福祉は本人の意思決定の援助やソーシャルワークなどに関する事項であり、行政は様々な法手続きの援助や社会保障に対する事項であり、個人的な目的については任意後見や信託など法定後見以外の事項である。高齢者の財産管理と福祉を結びつけるケアマネジメントは、アメリカなどで従来から存在していたが、より広い範囲で、～のすべてを結びつけるケアマネジメントを想定することが可能であると主張する。より端的に言えば、法律と様々な対人サービス、医療、福祉を結びつけるケアマネジメントを想定しているのである。とはいえ、結び付けるべき社会資源が公的機関や民間と多岐にわたるので複雑で困難な問題があることも同時に指摘している。

成年後見制度におけるケアマネジメントは、被後見人と後見人が共同で成年後見プランを作成すること<sup>(5)</sup>と、後見人が、医療・保健・福祉・行政の広範囲の社会資源を結びつけることが特に重要な職務ということが出来るだろう。

身上監護事項に、このケアマネジメントが含まれると考えられるのだろうか。身上監護事項に、ケアマネジメント手法による援助が含まれると考える。理由は、ケアマネジメントは、ノーマライゼーション理念を実現する最適な方法であると考えられるからである。後見人は、ケアマネジメントにおいて、被後見人の自己決定や自己選択を支援することになる。ケアマネジメントを身上監護事項に転用することは可能であると考えられる。具体的な内容は、ドイツにおける近時の議論から示唆を得ることができる。つまり、後見人は、被後見人と接触して被後見人の置かれている状況を把握し、問題があれば対応するようにする、福祉サービスの利用を含めて被後見人に対して必要な援助を把握する、被後見人とよく話し合っただけで相談しながら後見計画をたてる、後見計画を実行し、必要があれば、被後見人と話し合いながら後見計画を変更したり、中止したりする。必要に応じて～

を繰り返すこと、である。必要があれば、～ を行うための財産計画を立てることは、重要な後見人の職務である。

身上監護に関する「事務」について、通説は、介護契約、施設入所契約、医療契約、社会保障給付などあらゆる法律行為や、これに当然伴う介護・看護の手配や見守りであると考えられている。ケアマネジメント手法による援助は、この身上に関する法律行為に伴う事実行為に含まれると考えられる。専門家に限らず、家族なども援助することが考えられる。ただ、あくまで本人の自己決定権を尊重し、権利擁護を目的とするので、状況によってはケアマネジメント手法による援助が必要ないと考えられる場合は、その援助を行わないことも重要なことである。

ケアマネジメント手法による援助を行う場合、後見人はあくまで被後見人の立場に立たなければならないので、施設の職員など利益相反の対場に立つ可能性のある人は行うことが出来ない。このケアマネジメント手法による援助は、法定後見における適用が中心だが、法定後見に限らず、任意後見契約においても適用が可能であると考えられる。

成年後見制度において医療や福祉を結びつけるためのケアマネジメントに関する議論は、21世紀を前後にして議論がされ始めた。成年後見制度の中に、福祉の視点や要素をいかに取り入れていくかは、諸外国共通の課題である。その必要性を十分に理解しながらも、具体的にどのように活かしていくか、試行錯誤している。わが国の成年後見制度においても、より積極的な議論を展開することが必要である<sup>(6)</sup>。これからどのように議論が発展していくのか、さらに検討を進めるのが今後の課題である。

#### <注>

- (1) 成年後見制度における第三者後見、法人後見の活動については、新井誠編『成年後見 法律の解説と活用の方法』(有斐閣、2000年)、前田稔「法人後見の活用と任意後見契約」実践成年後見3号(2002年)22頁以下、延命政之「後見職務のアウトソーシング」家族<社会と法>20号(2004年)81頁以下、実践成年後見1号～14号の各論文参照。
- (2) 成年後見の社会化については、上山泰「『成年後見の社会化』について」みんけん(民事研修)552号(2003年)3頁以下。なお、第1回成年後見法学会の統一テーマとしても検討された。内容については、成年後見法研究2号(2005年)27頁以下。
- (3) 樋口範雄『フィデュシャリー[信認]の時代』(有斐閣、1999年)参照、信認関係とは、信託の受託者や受益者の関係や、医師患者関係、あるいは弁護士と依頼人の関係のように、一方が他方を信認し、あるいは他方に依存し、他方は、自らに依存している相手方に対しその利益を図る義務を負うような関係一般を指す(28頁)。
- (4) Terry Carney, "Globalisation and guardianship Harmonisation or (postmodern) diversity?" International Journal of Law and Psychiatry 24, 2001, at 97-98.
- (5) 家庭裁判所では、成年後見人になる人に対して、成年後見人の仕事と責任について内容を示したパンフレットを渡している。その中で、生活・療養看護については、被後見人

の財産・収入を把握し、医療費・税金など決まった支出を概算し、療養看護の計画を立て、収支の予定を立てる、としている。この内容については、戸田彰子「名古屋家庭裁判所における成年後見事件の現状」実践成年後見 6号(2004年)74頁など。

- (6) 成年後見制度制定後も、身上監護について、事実行為との関係やその職務範囲、具体的な内容について議論を継続すべきである。この視点に立っての検討については、小賀野晶一「身上監護の現状と展望」家族<社会と法>20号(2004年)45頁以下参照。

## 参考文献一覧

### 〔書籍〕

- 碧海純一・伊藤正巳・村上淳一編『法学史』(東京大学出版会、1998年)
- 赤沼康弘・白井典子監修『介護保険と契約 「契約」で読み解く居宅サービス運用』(日本加除出版、2002年)
- 明山和夫『扶養法と社会福祉』(有斐閣、1973年)
- 朝日新聞厚生文化事業団編『豊かな老後をめざして 痴呆性高齢者の人権と財産管理を考える二つのシンポから』(朝日新聞厚生文化事業団、1998年)
- 新井誠・佐藤隆夫編『高齢社会の親子法』(有斐閣、1995年)
- 新井誠『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』(有斐閣、1999年)
- 新井誠『財産管理制度と民法・信託法』(有斐閣、1990年)
- 新井誠編著『高齢社会と信託』(有斐閣、1995年)
- 新井誠・小笠原祐次・須永醇・高橋紘士編『高齢者の権利擁護システム』(劉草書房、1998年)
- 新井誠編『成年後見 法律の解説と活用の方法』(有斐閣、2000年)
- 新井誠編『高齢社会とエステイト・プランニング<トラスト 60 研究叢書>』(日本評論社、2000年)
- 新井誠・西山詮編著『成年後見と意思能力 法学と医学のインターフェース』(日本評論社、2002年)
- 新井誠『成年後見法と信託法』(有斐閣、2005年)
- 新井誠『信託法〔第2版〕』(有斐閣、2005年)
- 荒木兵一郎・中野善達・定藤丈弘編『講座 障害を持つ人の人権 社会参加と機会の平等』(有斐閣、1999年)
- 有地亨『新版家族法概説』(法律文化社、2003年)
- イギリス保健省原著、白澤政和・広井良典・西村淳訳・著『ケアマネジャー実践ガイド』(医学書院、1997年)
- 池田恵利子・小賀野晶一・小嶋珠実・中井洋恵著『成年後見と社会福祉』(信山社、2002年)
- 石川恒夫・吉田克己・江口隆裕編『高齢者介護と家族 民法と社会保障法の接点』(信山社、1997年)
- 石川稔・唄孝一編『家族と医療 その法学的考察』(弘文堂、1995年)
- 石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)
- 一番ヶ瀬康子・佐藤進編『障害者の福祉第1巻 障害者福祉と人権』(光生館、1987年)
- 一番ヶ瀬康子監修、日本介護福祉学会編『介護福祉士これでいいか』(ミネルヴァ書房、1998年)
- 一番ヶ瀬康子監修・更田義彦『介護福祉ハンドブック 人権保障としての成年後見制度』(一

ツ橋出版、2002年)

糸賀一雄『福祉の思想』(NHKブックス、1968年)

岩澤勇『利用者のためのケーススタディ成年後見』(自由国民社、2002年)

岩波講座『現代の法14 自己決定権と法』(岩波書店、1998年)

梅謙次郎『民法要義卷之四親族編』(1901年復刻版、有斐閣、1985年)

英国医師協会編 日本社会福祉士会編訳 新井誠完訳・解題『イギリス成年後見ハンドブック』(勁草書房、2005年)

江草安彦『ノーマライゼーションの道』(全国社会福祉協議会、1982年)

N. ベイトマン著、西尾裕吾監訳『アドボカシーの理論と実際 社会福祉における代弁と擁護』(八千代出版、1998年)

大國美智子編集代表『生活を支える権利擁護』(中央法規、1999年)

大國美智子・久岡英樹編著『高齢者の権利擁護』(ワールドプランニング、2004年)

大塚正民・樋口範雄編著『現代アメリカ信託法』(有信堂、2002年)

大村敦志『生活民法入門』(東京大学出版会、2003年)

大村敦志『家族法』(第2版補訂版、有斐閣、2004年)

大村敦志『もうひとつの基本民法』(有斐閣、2005年)

大谷實・中山宏太郎編『精神医療と法』(弘文堂、1980年)

大谷實『条解精神保健法』(弘文堂、1991年)

大谷實『精神科医療の法と人権』(弘文堂、1995年)

大曾根寛『成年後見と社会福祉法制 高齢者・障害者の権利擁護と社会的後見』(法律文化社、2000年)

小笠原祐次・橋本泰子・浅野仁編『高齢者福祉<これからの社会福祉>』(有斐閣、1997年)

小賀野晶一『成年身上監護論』(信山社、2000年)

岡本祐三『介護保険の教室』(PHP新書、2000年)

小田兼三監訳『英国コミュニティ・ケア白書 コミュニティ・ケア改革と日本の保健医療福祉への示唆』(中央法規、1991年)

小田兼三・杉本敏夫・久田則夫編著『エンパワメント実践の理論と技術 これからの福祉サービスの具体的指針』(中央法規、1999年)

奥田義人『民法親族法論』(有斐閣書房、1899年、復刻版、信山社、2003年)

鹿児島大学法文学部『超高齢社会と介護保険・成年後見』(鹿児島大学法文学部、鹿児島大学法学論集別冊、2003年)

加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』(有斐閣、1984年)

加藤雅信編修代表『民法学説百年史』(三省堂、1999年)

川井健ほか編『民法コンメンタール 総則 3』(ぎょうせい、1989年)

川井健 = 利谷信義 = 三木妙子 = 久貴忠彦 = 野田愛子 = 泉久雄編『講座・現代家族法・第4

巻・親権・後見・扶養』(日本評論社、1992年)  
 川井健=利谷信義=三木妙子=九貴忠彦=野田愛子=泉久雄編『講座・現代家族法・第6巻・遺言』(日本評論社、1992年)  
 川島武宣『民法講義1巻序説』(岩波書店、1951年)  
 河野正輝『社会福祉の権利構造』(有斐閣、1991年)  
 河野正輝・菊地高志編『高齢者の法』(有斐閣、1997年)  
 河野正輝・関川芳孝編『講座 障害を持つ人の人権 権利保障のシステム』(有斐閣、2000年)  
 河野正輝・大熊由紀子・北野誠一編『講座 障害を持つ人の人権 福祉サービスと自立支援』(有斐閣、2000年)  
 河野正輝・増田雅暢・倉田聡編『社会福祉法入門』(有斐閣、2004年)  
 関西大学法学研究所成年後見制度研究班『高齢者の権利保護をめぐる諸問題 成年後見制度を考える (関西大学法学研究所研究叢書第16冊)』(関西大学法学研究所、1997年)  
 関西大学法学研究所成年後見制度研究班『成年障害者の支援システム (関西大学法学研究所研究叢書第19冊)』(関西大学法学研究所、1999年)  
 関西大学法学研究所成年後見制度研究班『成年後見から権利擁護へ (関西大学法学研究所研究叢書第23冊)』(関西大学法学研究所、2002年)  
 関東弁護士会連合会『高齢者の財産管理 新しい成年後見制度を考える』(1996年)  
 監修京極高信、初山泰弘、支援費制度辞典編集委員会編『支援費制度辞典』(社会保険研究所、2003年)  
 九州弁護士連合会『高齢化社会と財産管理 あなたに不安はありませんかー』(シンポジウム報告書、1994年)  
 京極高宣監修『現代福祉学レキシコン<第2版>』(雄山閣出版、1998年)  
 窪田暁子ほか訳『地域におけるケースマネジメント』(光生館、1991年)  
 桑原洋子著『社会福祉法制要説〔第3版〕』(有斐閣、1999年)  
 月刊福祉〔第82巻9号〕増刊号『新・福祉システム PART3 措置から契約へ』(全国社会福祉協議会、1999年)  
 厚生省大臣官房統計情報部編『WHO国際障害分類試案(仮訳)』(厚生統計協会、1985年)  
 厚生省高齢者介護対策本部事務局監修『新たな高齢者介護システムの確立について～老人保健福祉審議会中間報告～』(ぎょうせい、1995年)  
 厚生省社会・援護局企画課監修『社会福祉基礎構造改革の実現に向けて( )中央社会福祉審議会 社会福祉構造改革分科会 追加意見・資料集』(中央法規、1999年)  
 厚生省大臣官房障害保健福祉部障害福祉課監修『知的障害者の人権を守るために 相談者のためのハンドブック 』(中央法規、1999年)  
 厚生省老人保健福祉局企画課監修『痴呆性老人対策推進の今後の方向』(中央法規、1995年)  
 厚生省監修『平成12年版厚生白書』(ぎょうせい、2000年)

厚生労働省社会援護局障害保健福祉部『国際生活機能分類 国際障害者分類改訂版』(中央法規、2002年)

高齢者介護・自立支援システム研究会『新たな高齢者介護・自立支援システムを目指して』(厚生省、1995年)

高齢者虐待防止研究会編、津村智恵子・大谷昭編集代表『高齢者虐待に挑む 発見、介入、予防の視点』(中央法規、2004年)

高齢者の財産管理を考える会編『高齢者の生活支援のための財産管理Q & A - ネットワークで考える財産管理』(中央法規、1998年)

国際家族法学会第6回世界会議国内委員会編『高齢化社会 その苦悩と政策への挑戦』(日本加除出版、1991年)

国民生活センター編『消費者から見た介護保険Q & A』(中央法規、1998年)

国民生活センター『知的障害者・精神障害者・痴呆性高齢者の消費者被害と権利擁護に関する調査研究』(国民生活センター、2003年)

小島蓉子・奥野英子編著『新・社会リハビリテーション』(誠信書房、1994年)

小林昭彦・大鷹一郎編『わかりやすい新成年後見制度(新版)』(有斐閣、2000年)

小林昭彦・大鷹一郎・大門匡編『一問一答新しい成年後見制度』(商事法務研究会、2000年)

小林昭彦・大鷹一郎編著、岩井伸晃・福本修也・原司・岡田伸太著『新成年後見制度の解説』(金融財政事情研究会、2000年)

小林昭彦・原司著『平成11年民法一部改正等の解説』(法曹会、2002年)

古村節男・野田寛編集代表『医事法の方法と課題 植木哲先生還暦記念』(信山社、2004年)

酒井寿夫『成年後見と裁判』(民事法研究会、2003年)

佐上善和『成年後見事件の審理』(信山社、2000年)

坂本重雄・山脇貞司編著『高齢者介護の政策課題』(勁草書房、1996年)

定藤丈弘・佐藤久夫・北野誠一編『現代の障害者福祉<これからの社会福祉 >』(有斐閣、1996年)

社会福祉法人東京都社会福祉協議会『知的障害者・高齢者権利擁護相談事例集』(東京知的障害者・痴呆性高齢者権利擁護センター「すてっぷ」、1995年)

佐藤進編著『老人と人権』(同文館、1977年)

佐藤進『社会保障の法体系(全)』(勁草書房、1990年)

佐藤進『福祉と保健・医療の連携の法政策』(信山社、1994年)

佐藤進『社会保障と社会福祉の法と法政策〔第4版〕』(誠信書房、1996年)

佐藤進編『高齢社会の法律』(早稲田大学出版部、1997年)

佐藤進・河野正輝編『介護保険法 権利としての介護保険に向けて』(法律文化社、1998年)

佐藤隆夫『人の一生と法律』(勁草書房、1980年)

四宮和夫・能見善久『民法総則〔第7版〕』(弘文堂、2005年)

ジムニー、グロスバーグ著、(社)日本社会福祉士会編訳、新井誠監訳、橋本聡解題『アメリカ成年後見ハンドブック』(勁草書房、2002年)

社会福祉の動向編集委員会編『社会福祉の動向2004』(中央法規、2004年)

社会福祉法人いぶき福祉会編『障害者福祉がかわる 考えよう!支援費制度\*いぶきが大切にしたいこと』(2002年)

社会保障研究所編『リーディングス日本の社会保障 第4巻社会福祉』(有斐閣、1993年)

社団法人成年後見センター・リーガルサポート東京支部監修 松井秀樹他著『これで安心!成年後見 上手な利用法』(中央経済社、2000年)

社団法人成年後見リーガルサポート責任編集『実践成年後見』(民事法研究会)1号(2000年)、2号(2001年)、3号(2002年)、4、5、6、7号(2003年)、8、9、10、11号(2004年)、12、13、14号(2005年)

ジュリスト増刊『高齢社会と在宅ケア』(有斐閣、1993年)

ジュリスト増刊『福祉を創る 21世紀の福祉展望』(有斐閣、1995年)

シュバース著、鈴木祿弥訳『ドイツ家族法』(創文社、1986年)

ジョセフ・J・コスタ著、中田智恵海訳『老人虐待』(海声社、1988年)

白澤政和『ケースマネジメントの理論と実際 生活を支える援助システム』(中央法規、1992年)

白澤政和・尾崎新・芝野松次郎編『社会福祉援助方法<これからの社会福祉 >』(有斐閣、1999年)

白澤政和・橋本泰子・竹内孝二監修『ケアマネジメント講座第1巻 ケアマネジメント概論』(中央法規、2000年)

白澤政和・橋本泰子・竹内孝二監修『ケアマネジメント講座第2巻 ケアマネジメントの実践と展開』(中央法規、2000年)

白澤政和・橋本泰子・竹内孝二監修『ケアマネジメント講座第3巻 海外と日本のケアマネジメント』(中央法規、2000年)

『新・社会福祉学習叢書』編集委員会編『新・社会福祉学習双書第8巻・障害者福祉論 (精神保健・精神障害者福祉)』(全国社会福祉協議会、1997年)

『新・社会福祉学習双書』編集委員会編『新・社会福祉学習双書第19巻・リハビリテーション論』(全国社会福祉協議会、1998年)

『新版・社会福祉学習双書』編集委員会編『新版・社会福祉学習双書2004 第17巻 ケアマネジメント論』(全国社会福祉協議会、2004年)

ステファン・M・ローズ編 白澤政和・渡部律子・岡田進一監訳『ケースマネジメントと社会福祉』(ミネルヴァ書房、1997年)

須永醇編『被保護成年者制度の研究』(勁草書房、1996年)

- 精神保健法規研究会編『精神保健法詳解』(中央法規、1990年)
- 成年後見問題研究会『成年後見問題研究会報告書』(金融財政事情研究会、1997年)
- 副島洋明『知的障害者 奪われた人権 虐待・差別の事件と弁護』(明石書店、2000年)
- 第一東京弁護士会司法研究委員会編『高齢者の生活と法律 明日への安心を求めて』(日本加除出版、1998年)
- 高村浩『Q & A 成年後見制度の解説』(新日本法規・2000年)
- 多々良紀夫著『老人虐待』(筒井書房、1994年)
- 田中実『親族法論』(成文堂、1979年)
- 谷口知平ほか編『註釈民法 25 親族 5 (親権・後見・保佐及び補助・扶養)』(有斐閣、2004年)
- 田山輝明『成年後見法制の研究(上巻・下巻)』(成文堂、2000年)
- 田山輝明『続・成年後見法制の研究』(成文堂、2002年)
- 田山輝明『成年後見制度に関する調査報告書 オーストリア編』(東京知的障害者・痴呆性高齢者権利擁護センター「すてっぷ」、1994年)
- 田山輝明『成年後見制度に関する調査報告書 ドイツ編』(東京知的障害者・痴呆性高齢者権利擁護センター「すてっぷ」、1995年)
- 田山輝明 = 浦川道太郎 = 内田勝一 = 岩志和一郎編『現代家族法の諸相』(高野竹三郎先生古稀記念、成文堂、1993年)
- 田山輝明・長谷川泰造編『くらしの相談室 現場の成年後見 Q & A』(有斐閣、2002年)
- 『帝国議会貴族院委員会速記録 8』(東京大学出版会、1987年)
- 『帝国議会貴族院委員会速記録 10』(東京大学出版会、1987年)
- 手塚直樹・加藤博臣共編『障害者福祉基礎資料集』(光生館、1985年)
- 東京大学社会科学研究所著『日本の法と福祉〔福祉国家 第4巻〕』(東京大学出版会、1984年)
- 東京都心身障害者福祉センター編『アメリカ合衆国における発達障害者の権利擁護の理念と施策(資料集)』(東京都心身障害者福祉センター、1986年)
- 東京都心身障害者福祉センター編『アメリカ合衆国における発達障害者の権利擁護の理念と施策(資料集)』(東京都心身障害者福祉センター、1987年)
- ドノヴァン・W・M・ウォーターズ著 新井誠編訳『信託の昨日・今日・明日 カナダ信託法の現代的展開』(日本評論社、2000年)
- トラスト 60 編『成年後見法(私案)』<トラスト 60 研究叢書>(トラスト 60, 1998年)
- 中川善之助『日本親族法論』(日本評論社、1942年)
- 中川善之助編『註釈親族法(上)』(有斐閣、1950年)
- 中川善之助編『註釈親族法(下)』(有斐閣、1952年)
- 中川善之助『新訂親族法』(青林書院新社、1959年)
- 中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会編『家族法大系 第5 親権・後見・扶養』

(有斐閣、1960年)

中川善之助先生追悼現代家族法大系編集総会編『現代家族法大系 3 親子・親権・後見・扶養』(有斐閣、1979年)

中野善達・藤田和弘・田島裕編『障害を持つアメリカ人に関する法律』(湘南出版社、1992年)

中山宏太郎編『精神医療と法』(弘文堂、1980年)

中山二基子『おいじたくは「財産管理」から』(文藝春秋、2000年)

21世紀における社会保障とその周辺領域編集委員会編『21世紀における社会保障とその周辺領域』(法律文化社、2003年)

二塚信・嵯峨忠編著『高齢社会 どう変わる・どう生きる』(九州大学出版会、2003年)

ニッセイ基礎研究所『21世紀の社会保障改革に向けた視点』(ニッセイ基礎研究所、1998年)

日本学術会議社会法研究連絡委員会編『高齢社会と介護システム』(尚学社、1997年)

日本家族<社会と法>学会『家族<社会と法>12号』「成年後見をめぐる諸問題」(日本加除出版、1996年)

日本家族<社会と法>学会『家族<社会と法>20号』「成年後見」(日本加除出版、2004年)

日本司法書士会連合会『ころばぬ先に財産管理』(日本評論社、1995年)

日本社会福祉士会編・上山泰著『成年後見と身上配慮』(筒井書房、2000年)

日本社会保障法学会編『講座 社会保障法第1巻 21世紀の社会保障法』(法律文化社、2001年)

日本社会保障法学会編『講座 社会保障法第3巻 社会福祉サービス法』(法律文化社、2001年)

日本社会保障法学会編『講座 社会保障法第4巻 医療保障法・介護保障法』(法律文化社、2001年)

日本社会保障法学会『社会保障法第19号』(法律文化社、2004年)

日本成年後見法学会編『成年後見法研究』(民事法研究会)1号(2004年)、2号(2005年)

日本弁護士連合会『高齢者の人権と福祉』(こうち書房)

日本弁護士連合会高齢者・障害者の権利に関する委員会編『契約型福祉社会と権利擁護のあり方を考える』(あけび書房、2002年)

日本弁護士連合会司法制度調査会『成年後見法大綱(中間意見)』(1996年)

日本弁護士連合会『成年後見法大綱(最終意見)』(1998年)

日弁連司法制度調査会成年後見制度海外調査団『欧米6カ国の成年後見制度調査報告書』(1995年)

額田洋一・秦悟志編『Q & A 成年後見制度の解説〔第2版〕』(三省堂、2003年)

額田洋一編『よくわかる成年後見と介護・相続の法律百科』(三省堂、2004年)

沼正也『親族法の総論的課題』(三和書房、沼正也著作集第1巻、1955年)

- 沼正也『財産法の原理と親族法の原理』(三和書房、沼正也著作集第2巻、1980年)
- 沼正也『家族法の基本構造』(三和書房、沼正也著作集第3巻、1984年)
- 沼正也『民法における最善性と次善性』(三和書房、沼正也著作集第4巻、1963年)
- 沼正也『民法におけるテーマとモチーフ』(三和書房、沼正也著作集第7巻、1970年)
- 寝たきり予防研究会編『高齢者虐待 専門職が出会った虐待・放任』(北大路書房、2002年)
- 野田愛子代表編『新しい成年後見制度をめざして』(東京知的障害者・痴呆性高齢者権利擁護センター「すてっぷ」、1993年)
- 野田愛子監修『痴呆性高齢者権利擁護相談マニュアル』(社会福祉法人東京都社会福祉協議会権利擁護センターすてっぷ、1995年)
- 野田愛子編『成年後見制度に関する調査報告書 イギリス編』(社会福祉法人東京都社会福祉協議会権利擁護センターすてっぷ、1997年)
- 野田愛子・田山輝明編『Q&A 高齢者財産管理の実務(新版)』(新日本法規、2001年)
- 野田愛子・道垣内弘人編『成年後見制度と地域福祉権利擁護事業』判例タイムズ 1030号(2000年)
- 野田愛子・升田純編著『高齢社会と自治体』(日本加除出版、1998年)
- 野田愛子・石黒清子・岡部喜代子・鈴木修一・高村浩・平田厚・前田俊房・綾村修共著『共生社会の実現に役立つ Q & A 成年後見制度要綱私案のすべて』(ぎょうせい、1998年)
- バーバラ・メレディス著 杉岡直人・平岡公一・吉原雅昭編『コミュニティアハンドブック 利用者主体の英国福祉サービスの展開』(ミネルヴァ書房、1997年)
- 橋本宏子『福祉行政と法 高齢者福祉サービスの実態』(尚学社、1995年)
- 長谷川泰造編『くらしの相談室 成年後見Q & A』(有斐閣、1995年)
- 樋口範雄『フィデューシャリー[信託]の時代』(有斐閣、1999年)
- 平田厚『増補 知的障害者の自己決定権』(筒井書房、2002年)
- 福地義之助・冷水豊編『高齢化対策の国際比較』(第一法規、1993年)
- 船田享二『ローマ法 第1巻』(岩波書店、1943年)
- 古川孝順編『社会福祉供給システムのパラダイム転換』(誠信書房、1992年)
- 古川孝順・松原一郎・社本修編『社会福祉概論<これからの社会福祉 >』(有斐閣、1995年)
- 古川孝順・佐藤豊道・奥田いさよ編『介護福祉<これからの社会福祉 >』(有斐閣、1996年)
- 古川孝順・秋元美世・副田あけみ編著『現代社会福祉の争点(上)~社会福祉の政策と運営~』(中央法規、2003年)
- 古川孝順・秋元美世・副田あけみ編著『現代社会福祉の争点(下)~社会福祉の利用と権利~』(中央法規、2003年)
- ベーム、レルヒ、レーズルマイヤー、ヴァイス著、(社)日本社会福祉士会編訳、新井誠

監訳、上山泰解題『ドイツ成年後見ハンドブック ドイツ世話法の概説』(劉草書房、2000年)

H. コーイング著、佐々木有司編訳『ヨーロッパ法史論』(創文社、1980年)

H. コーイング著、久保正幡、村上淳一訳『近代法への歩み』(東京大学出版会、1995年)

法学セミナー増刊・総合特集シリーズ 31『これからの家族』(日本評論社、1985年)

法学セミナー増刊・総合特集シリーズ 37『これからの精神医療』(日本評論社、1987年)

ポール・ウィリアムス、ボニー・シュルツ著 中園康夫訳『セルフ・アドボカシーの起源とその本質 私たちは主張する』(西日本法規出版、1999年)

法務省民事局参事官室『成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説 要綱試案・概要・補足説明』(金融財政事情研究会、1998年)

法務大臣官房司法制度調査部監修『法典調査会民法議事速記録 7』(商事法務研究会、1984年)

法務大臣官房司法法制調査部編『諸外国における成年後見制度』(法曹会、1999年)

星野英一編『民法講座第7巻親族・相続』(有斐閣、1984年)

堀勝洋・岩志和一郎編著『高齢者の法律相談 新・法律相談シリーズ』(有斐閣、2005年)

堀勝洋『現代社会保障・社会福祉の基本問題 21世紀へのパラダイム転換』(ミネルヴァ書房、1997年)

ヴォルフエンスベルガー著、中園康雄・清水貞夫編訳『ノーマライゼーション 社会福祉サービスの本質』(学苑社、1982年)

毎日新聞社会部取材班編『福祉を食う 虐待される障害者たち』(毎日新聞社、1998年)

前田泰『民事精神鑑定と成年後見法 行為能力・意思能力・責任能力の法的判断基準』(日本評論社、2000年)

升田純『高齢者を悩ませる法律問題』(判例時報社、1998年)

松下正明総編集『臨床精神医学講座・第22巻 精神医学と法』(中山書店、1997年)

松本眞一編著『現代社会福祉論』(ミネルヴァ書房、1998年)

松本了編著『知的障害者の人権』(明石書店、1999年)

本沢巳代子『公的介護保険 ドイツの先例に学ぶ』(日本評論社、1996年)

森田ゆり『エンパワメントと人権』(解放出版社、1998年)

八代英太・富安芳和編『ADA(障害を持つアメリカ人法)の衝撃』(学苑者、1993年)

柳崎達一『知的障害者福祉論』(中央法規、1997年)

山口浩一郎・小島晴洋著『高齢者法』(有斐閣、2002年)

山田晟『ドイツ法概論 [第3版]』(有斐閣、1987年)

米倉明『高齢化社会における財産管理制度 成年後見制度の制定をめざして』<講演>(財団法人トラスト60、1995年)

米倉明代表『高齢者財産管理に関する法制の研究(1)』(財団法人トラスト60、1991年)

米倉明『信託法・成年後見の研究』(新青出版、1998年)

ロバート・J・リン著 (財)トラス60エステイト・プランニング研究会訳『エステイト・プランニング 遺産承継の法理と実務』(木鐸社、1996年)

我妻栄・有泉亨『民法3(親族法・相続法)』(第三版)(一粒社、1978年)

和田于一『後見法』(大同書院、1932年)

〔論文〕

相澤眞木「運用の実際」判例タイムズ 1030号(2000年)65頁

青木重仁「社会福祉基礎構造改革と地域福祉権利擁護事業」判例タイムズ 1030号(2000年)162頁

青木登志夫「東京における権利擁護事業の新たな展開に向けて」判例タイムズ 1030号(2000年)188頁

青木佳史「大阪弁護士会・高齢者・障害者総合支援センター『ひまわり』の取り組み あいあいねっとや大阪社会福祉士会との連携の中で」判例タイムズ 1030号(2000年)219頁

赤沼康弘「成年後見制度定着のための課題」ジュリスト 1211号(2001年)59頁

赤沼康弘「支援センター『オアシス』 東京弁護士会の高齢者・障害者支援」法学セミナー575号(2002年)45頁

赤沼康弘・岩澤勇・岩瀬純一・浦田久・小幡秀夫・橋本和夫・本田隆司・阿部潤・岡田信太「成年後見制度の改正から2年を振り返って<座談会>」家庭裁判月報 54巻12号(2002年)1頁

赤沼康弘「成年後見法制の現状と課題」臨床精神医学 33巻9号(2004年)1125頁

赤沼康弘「成年後見制度改善のための提言」家族<社会と法>20号(2004年)103頁

赤沼康弘「成年後見制度改善のための提言 特に法定後見について」成年後見法研究 1号(2004年)67頁

赤沼康弘「成年後見と医療行為の同意」実践成年後見 12号(2005年)75頁

明山和夫「社会保障と親族扶養 将来へのヴィジョンと政策」都市問題研究 15巻2号(1963年)

浅野裕司「中高年の財産管理とリバース・モーゲージ」東洋法学 46巻1号(2002年)1頁

足利聖治「支援費制度について」家庭裁判月報 55巻8号(2003年)1頁

阿部潤「オーストリア・ドイツの成年後見制度 その裁判実務を中心に」家庭裁判月報 49巻11号(1997年)1頁

安倍晴彦「後見・補佐と保護義務者」法と精神医療 7・8号 109頁(1994年)

天野佳洋「高齢者との銀行取引 意思能力・行為能力を中心として」ジュリスト 972号(1991年)39頁(『高齢者財産管理に関する法制の研究( ) - 成年後見制度の検討』<トラス

ト 60、1991 年 56 頁以下所収> )

新井誠「高齢化社会と信託制度」国学院法学 23 卷 3 号 (1985 年) 1 頁

新井誠「高齢化社会と信託制度」ジュリスト 837 号 (1985 年、同『財産管理制度と民法・信託法』所収) 81 頁

新井誠「老後生活における財産管理について 信託を中心として (上)(下)」信託 143 号 115 頁、144 号 75 頁 (1985 年)

新井誠「老後生活における財産管理について 信託を中心として」(1) ~ (4 終) 社会保障 39 卷 1348 号 46 頁、39 卷 1349 号 54 頁、39 卷 1350 号 44 頁、39 卷 1351 号 46 頁 (1985 年)

新井誠「財産管理制度と民法・信託法 序論的素描」法学研究(慶応大学)60 卷 2 号 (1987 年、同『財産管理制度と民法・信託法』所収) 289 頁

新井誠「高齢者の意思能力喪失と代理・委任」ジュリスト 943 号 (1989 年、同『財産管理制度と民法・信託法』所収) 60 頁

新井誠「高齢者の意思能力喪失と財産管理制度」国学院法学 27 卷 2 号 (1989 年、同『財産管理制度と民法・信託法』所収) 1 頁

新井誠「イギリスとドイツにおける成年後見法の新たな展開」ジュリスト 972 号 (1991 年) 15 頁(『高齢者財産管理に関する法制の研究( ) - 成年後見制度の検討』<トラスト 60、1991 年>5 頁以下、同『高齢社会の成年後見法』所収)

新井誠「無能力者の財産管理 イギリス法の経験から学ぶもの」ジュリスト 995 号 (1992 年、同『高齢社会の成年後見法』所収) 72 頁

新井誠「財産管理法の課題」ジュリスト 1000 号 (1992 年) 142 頁

新井誠「権利能力、意思能力、行為能力、不法行為能力」法学教室 144 号 (1992 年) 16 頁

新井誠「ドイツ成年者世話法の運用状況」ジュリスト 1011 号 (1992 年、同『高齢社会の成年後見法』所収) 60 頁

新井誠「公益信託の法的構成」N B L 510 号 (1992 年) 12 頁

新井誠「成年後見制度の課題」石川稔 = 中川淳 = 米倉昭編『家族法改正への課題』(1993 年、同『高齢社会の成年後見法』所収) 437 頁

新井誠「統計から見たドイツ成年者世話法の運用状況」ジュリスト 1038 号 (1994 年) 100 頁

新井誠「成年後見法の課題〔日本・イギリス・ドイツ・フランス・オーストリア〕」社会保障法研究 29 卷 4 号 (1994 年) 369 頁

新井誠「高齢者の財産管理と地方自治体の役割」都市政策 75 号(特集・高齢者と資産) (1994 年) 29 頁

新井誠「新しい成年後見法の役割」書齋の窓 436 号 (1994 年) 24 頁

新井誠「痴呆性老人の財産管理と身上監護」法と精神医療 7・8 号 (1994 年) 98 頁

新井誠「高齢化社会における任意成年後見法の意義」自由と正義 45 巻 10 号(1994 年)100 頁

新井誠「イギリスとドイツにおける任意成年後見法の動向」ジュリスト 1061 号(1995 年)138 頁

新井誠「アメリカ法における代理受取人の法的構成」国学院法学 32 巻 4 号(1995 年)159 頁

新井誠「高齢者の財産管理と地方自治体の役割」家族<社会と法>12 号(1996 年)34 頁

新井誠「高齢社会の成年後見法 先輩諸外国に学ぶ」自由と正義 47 巻 7 号(1996 年)23 頁

新井誠「高齢者の医療・介護と権利擁護 成年後見法をめぐって」総合社会保障 1997 年 7 月号 5 頁

新井誠「成年後見法の理念と課題」法と精神医療 11 号(1997 年)1 頁

新井誠「アメリカ法における後見人と財産管理人の法的構成」千葉大学法学論集 12 巻 1 号(1997 年)5 頁

新井誠「アメリカにおける高齢者財産管理信託法制の新しい動向(1)~(3・完) - 信託制度の成年後見的役割」ジュリスト 1105 号 94 頁・1106 号 102 頁・1107 号 86 頁(1997 年)(同『成年後見法と信託法』<有斐閣、2005 年>所収)

新井誠「成年後見制度と高齢社会 介護保険との関連をまじえて」医療 14 巻 3 号(1998 年)12 頁

新井誠「イギリス法における社会保障関係の代理人及び嘱託代理人」季刊社会保障法研究 34 巻 2 号(1998 年)(同『成年後見法と信託法』所収)

新井誠「成年後見制度の課題 地方自治体における権利擁護システムの構築」リーガルエイド研究 3 号(1998 年)21 頁

新井誠「任意後見制度について」判例タイムズ 961 号(1998 年)19 頁

新井誠「『任意後見制度』導入について」判例タイムズ 972 号(1998 年)33 頁

新井誠「任意後見制度の立法的必要性について」ジュリスト 1141 号(1998 年)39 頁(同『成年後見法と信託法』所収)

新井誠「高齢者・障害者と成年後見制度」リージョナルバンキング 48 巻 12 号(1998 年)12 頁

新井誠「高齢者・障害者の権利擁護システム構築の動向と課題 生活支援・自立支援型成年後見制度の展望」月刊福祉 81 巻 6 号(1998 年)12 頁

新井誠「高齢者・障害者と成年後見制度 禁治産者・準禁治産者制度から成年後見制度へ」法学セミナー 44 巻 1 号(1999 年)44 頁

新井誠「講演 2 成年後見制度をどう活用するか(新・福祉システム PART3 措置から契約へ 社会福祉基礎構造改革をどう進めるか 平成 10 年度社会福祉トップセミナー報告)」月刊福祉 82 巻 9 号(1999 年)27 頁

新井誠「任意後見法と信託」ジュリスト 1164号(1999年)86頁(同『成年後見法と信託法』所収)

新井誠「高齢者・障害者と成年後見制度」法学セミナー529号(1999年)44頁

新井誠「信託受託者の根幹的義務」千葉大学法学論集 14巻1号(1999年)1頁

新井誠「意思能力・行為能力」<特集・民法総則の基本用語>法学教室 235号(2000年)7頁

新井誠「法律時評 成年後見法の成立」法律時報 72巻3号(2000年)1頁

新井誠「成年後見制度の展望」法律のひろば 53巻4号(2000年)37頁(同『成年後見法と信託法』所収)

新井誠「新しい成年後見制度について」アーティクル 169号(2000年)5頁(同『成年後見法と信託法』所収)

新井誠「イギリス法における能力概念 特に遺言能力の素描」法と精神医療 14号(2000年)118頁

新井誠「介護保険契約と成年後見」自由と正義 51巻6号(2000年)20頁

新井誠「法人後見・任意後見業務の実践と課題」ジュリスト 1193号(2001年)64頁(同『成年後見法と信託法』所収)

新井誠「介護保険契約と成年後見・再論」千葉大学法学論集 15巻3号(2001年)77頁(同『成年後見法と信託法』所収)

新井誠「社会福祉法と福祉サービス利用者の権利擁護」ジュリスト 1204号(2001年)15頁(同『成年後見法と信託法』所収)

新井誠「成年後見法施行後の1年間を振り返って」ジュリスト 1211号(2001年)10頁

新井誠「福祉サービス利用者の権利擁護と社会福祉法」月刊福祉 2001年7月号 12頁

新井誠・野村二郎・小幡秀夫・藤江美保・杉山春雄・安藤伸明「座談会 成年後見制度の現状と今後の展望」月刊登記情報 477号(2001年)6頁

新井誠「人の行為能力(9条・12条・16条) 成年被後見人・被保佐人・被補助人の行為能力」法学教室 259号(2002年)12頁

新井誠「成年後見制度の理念と実際」法学セミナー575号(2002年)42頁

新井誠・望月真由美・矢頭範之・加藤浩・星田寛「座談会 成年後見制度の新たなる展開」月刊登記情報 491号(2002年)4頁

新井誠「信託法と後見法の交錯」ジュリスト 1253号(2003年)170頁(同『成年後見法と信託法』所収)

新井誠「成年後見法施行後三年間の実態から学ぶもの」自由と正義 54巻11号 66頁(2003年)(同『成年後見法と信託法』所収)

新井誠・中川原史恵・延命政之・松井秀樹・星田寛「座談会 成年後見の発展の向けて」月刊登記情報 501号(2003年)4頁

新井誠「ドイツ世話法の現状」臨床精神医学 33巻9号(2004年)1191頁

新井誠「成年後見制度の問題状況」家族<社会と法>20号(2004年)24頁  
 新井誠「信託制度と成年後見」実践成年後見9号(2004年)31頁  
 新井誠「高齢者の財産管理・活用」法律時報77巻5号(2005年)126頁  
 新井誠・大貫正男・小幡秀夫・坂野征四郎・中山二基子「座談会 利用者が安心・信頼する成年後見 制度利用促進の鍵・後見実務の適性化」実践成年後見12号(2005年)94頁  
 有坂正孝「痴呆性老人の資産管理 ひとりの実務家の体験から」法学セミナー1995年6月号24頁  
 飯田紀彦「精神障害者の権利擁護」ノモス12号(2001年)155頁  
 飯塚和之「保護義務者の監督義務」法と精神医療4号(1990年)22頁  
 五十嵐禎人「日本の成年後見制度と精神医学 新たな理念を活かした能力判定のあり方を探る」成年後見法研究1号(2004年)48頁  
 五十嵐禎人「イギリスにおける精神障害者の財産管理などに関する制度」臨床精神医学33巻9号(2004年)1197頁  
 池田綾子・石井美智子・梶村太市(他)「成年後見制度の改正に関する要綱試案をめぐる座談会」戸籍月報494号(1998年)1頁  
 池田恵利子「ぱあとなあ 設立経緯と意義、活動状況」法学セミナー575号(2002年)51頁  
 池田直樹「自立的自己決定とアドボケイト」ノモス11号(2000年)227頁  
 石川恒夫「禁治産制度管見 民法制定過程一斑」山畠正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古稀記念論文集刊行発起人編『民法学と比較法学の諸相』(信山社、1996年)1頁  
 石川稔「医療のための持続的代理権 アメリカ法からの示唆を求めて」『家族法改正の課題』(日本加除出版、1993年)471頁  
 石川稔「高齢者の財産管理と取引上の保護」ジュリスト1059号(1995年)171頁  
 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」唄孝一=石川稔編『家族と医療 その法学的考察』(弘文堂、1995年)48頁  
 石黒清子「成年後見制度と自己決定権の尊重」判例タイムズ1110号(2002年)221頁  
 石毛久子・岩崎晴子・杉山孝博「<座談会>現場担当者はどう考えるべきか」(特集 高齢社会と成年後見制度 介護保険施行を前提に)医療14巻3号(1998年)35頁  
 石田喜久夫「無能力者と代理」法学セミナー1982年2月号76頁  
 石渡和美・延命政之「社会福祉協議会の取り組み 横浜生活安心センター」ジュリスト1211号(2001年)70頁  
 泉久雄「高齢者の財産管理をめぐる問題」判例タイムズ747号(野田愛子=人見康子編『夫婦・親子215題 家庭裁判所制度40周年記念』)(1991年)355頁  
 磯秀樹「米国におけるエステイト・プランニングと信託について わが国における連続受益者型信託の活用可能性に関する一考察」信託法研究22号(1998年)81頁  
 磯野誠一「老人の財産管理(問題の提起)」家族<社会と法>4号(1988年)2頁

磯村保「成年後見の多元化」民商法雑誌 122 巻 4・5 号(2000 年)474 頁

一圓光彌「介護保険制度の構想と運営」ジュリスト 1094 号(1996 年)11 頁

一番ヶ瀬康子・小島蓉子・佐藤進・和田八束「(座談会)障害者の権利保障をめぐる」ジュリスト 970 号(1990 年)13 頁

伊藤周平「障害者の自立と自律権 障害者福祉における自立概念の批判的一考察」季刊・社会保障研究 28 巻 4 号(1993 年)426 頁

伊藤昌司「成年後見法と民法学」社会保障法 14 号(1999 年)118 頁

伊藤進「成年後見法制の基本的課題」法律時報 70 巻 4 号(1998 年)70 頁

伊藤進「新成年後見制度の理論面における研究 現行の無能力者制度との比較を通じて」銀行法務 21 44 巻 4 号(2000 年)30 頁

犬伏由子「臓器提供の遺言、リビング・ウィル」判例タイムズ 1110 号(2002 年)476 頁

井上澄江「ターミナルケアにおける自己決定」ノモス 12 号(2001 年)

伊部憲幸「成年後見における身上監護とは何か」実践成年後見 12 号(2005 年)56 頁

岩井伸晃「成年後見制度の改正に関する要綱試案の概要」NBL 640 号(1998 年)51 頁

岩井伸晃「成年後見制度の改正及び公正証書遺言等の方式の改正に関する平成 11 年改正民法及び関連法律の概要」金融法務事情 47 巻 31 号(1999 年)6 頁

岩井伸晃「成年後見制度の改正及び公正証書遺言等の方式に関する平成 11 年改正民法及び関連法律の概要」民事法情報 160 号(2000 年)10 頁

岩井伸晃「補助制度の新設の意義と機能」ジュリスト 1172 号(2000 年)23 頁

岩澤勇「司法書士会の取り組み」判例タイムズ 1030 号(2000 年)228 頁

岩澤勇「成年後見制度導入の経緯と意義」法学セミナー 575 号(2002 年)38 頁

岩志和一郎「ドイツの世話制度と医療上の処置に対する同意」『家族と医療 その法学的考察』(弘文堂、1995 年)211 頁

岩志和一郎「ドイツにおける意思決定の代行」法律時報 67 巻 10 号(1995 年)17 頁

岩志和一郎「新しい成年後見制度について」書齋の窓 495 号(2000 年)18 頁

岩志和一郎「扶養とは何か～その概念と問題点～」月刊福祉 2004 年 10 月号 48 頁

岩村雅彦「社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的問題 社会保障法と消費者法との交錯」季刊・社会保障研究 35 巻 3 号(1999 年)251 頁

上田敏「ADL から QOL へ リハビリテーションにおける目標の転換」総合リハビリテーション 12 巻 4 号(1984 年)261 頁

上田敏「日常生活動作を再考する QOL 向上のための ADL を目指して」総合リハビリテーション 19 巻 1 号(1991 年)69 頁

上田敏「日常生活動作(ADL) FIM による評価を含めて」総合リハビリテーション 19 巻 4 号(1991 年)325 頁

植田淳「米国の生命保険制度 エステイト・プランニングの視点から」信託 204 号(2000 年)32 頁

上野政和「最近の老親扶養の裁判例と法的問題 老親の面倒見をめぐる」法律のひろば 39 卷 12 号(1986 年)49 頁

上野雅和「高齢化社会と老親の扶養 老親介護をめぐる」法学教室 125 号(1991 年)33 頁

上野雅和「家族(親族)の扶養義務 高齢者を取りまく家族」自由と正義 45 卷 10 号(1994 年)51 頁

S. M. クレットニー(Cretney)・三村まり子訳・三木妙子監修「イギリスにおける高齢者と法」家族<社会と法>12 号(1996 年)1 頁

海老沢美広「涉外禁治産法雑考」朝日法学論集(朝日大学)10 号(1993 年)29 頁

遠藤一治「損害保険取引と成年後見制度」金融法務事情 46 卷 20 号(1998 年)63 頁

延命政之「福祉と成年後見 弁護士成年後見人の限界と展望」自由と正義 54 卷 11 号(2003 年)80 頁

延命政之「痴呆性高齢者グループホームにおける成年後見制度利用実態 研究報告書について」実践成年後見 11 号(2004 年)961 頁

延命政之「後見職務のアウトソーシング」家族<社会と法>20 号(2004 年)81 頁

大木富江「高齢者の権利擁護サービスにおける地域保健の役割」生活教育(へるす出版)43 卷 11 号(1999 年)12 頁

大国美智子「福祉から見た痴呆性老人と人権」法と精神医療 11 号(1997 年)83 頁

大国美智子「大阪後見支援センター(あいあいねっと)の活動と今後の展望」法律のひろば 51 卷 8 号(1998 年)32 頁

大澤理尋「社会福祉との接点を求めて 日本社会福祉司会成年後見制度研究委員会における検討に参加して」判例タイムズ 946 号(1997 年)59 頁

大島俊之「遺言能力」中川淳先生還暦祝賀論集刊行会編『現代社会と家族法』(日本評論社、1987 年)479 頁

大曾根寛「権利擁護システムの創造と社会保障法制の課題」社会保障法 14 号(1999 年)147 頁

大鷹一郎「成年後見登記制度について」戸籍 697 号(2000 年)5 頁

大鷹一郎「成年後見登記制度について」ジュリスト 1172 号(2000 年)37 頁

大鷹一郎「成年後見登記制度について」登記研究 626 号(2000 年)31 頁

大鷹一郎「成年後見登記と戸籍について」判例タイムズ 1030 号(2000 年)87 頁

大塚明「持続的代理権による後見制度」阪大法学 44 卷 2・3 号(1994 年)471 頁

大塚明「痴呆高齢者の施設などによる財産管理と『措置』」判例タイムズ 49 卷 16 号(1998 年)83 頁

大塚明「高齢者の権利に対する積極的侵害と消極的侵害(成年後見制度の実務の現状と展望 20)」判例タイムズ 49 卷 32 号(1998 年)55 頁

大塚明「特集 成年後見を支えるのに必要なこと(1)後見人の受け皿・行動基準・支援機構」

厚生福祉 4784 号(1999 年)6 頁

大塚明「特集 成年後見を支えるのに必要なこと(3) 後見人の行動基準とその思想」厚生福祉 4790 号(1999 年)2 頁

大貫正男「成年後見センター・リーガルサポート 設立経緯と意義、活動状況」法学セミナー-575 号(2002 年)48 頁

大村敦志「「能力」に関する覚書」ジュリスト 1141 号(1998 年)16 頁

大村敦志「成年後見・その1 『自己決定の尊重』について」法学教室 262 号(2002 年)31 頁(同『もうひとつの基本民法』<有斐閣、2005 年>所収)

大村敦志「成年後見・その2 『心身生活配慮義務』について」法学教室 263 号(2002 年)72 頁(同『もうひとつの基本民法』所収)

岡孝「民法における『能力』」法学セミナー1988 年5月号116 頁

岡孝「オーストリアにおける成年後見法の新展開」ジュリスト 972 号(1991 年)32 頁(『高齢者財産管理に関する法制の研究( ) - 成年後見制度の検討』<トラスト 60、1991 年>35 頁以下所収)

岡孝「任意後見制度についての若干の論点」判例タイムズ 972 号(1998 年)42 頁

岡孝「中国民法典草案第1編総則を読む 成年後見制度についての若干の規定を中心として」小林一俊博士古稀記念論集編集委員会編『財産法諸問題の考察 小林一俊博士古稀記念論集』(酒井書店、2004 年)1 頁

岡田幸之・安藤久美子・山上皓「民事鑑定の現状と問題点」法と精神医療 15 号(2001 年)91 頁

岡田信太「成年後見制度の運用の実情及び家庭裁判所と関係機関との連携」ジュリスト 1211 号(2001 年)30 頁

小賀野晶一「民法における弱者保護理論の展開」田山輝明=鎌田薫=近江幸治=執行秀幸代表編『民法学の新たな展開』(高島平蔵教授古稀記念、成文堂、1993 年)737 頁

小賀野晶一「成年身上監護制度論(1)~(4・完)」ジュリスト 1090 号112 頁、1092 号60 頁、1093 号106 頁、1094 号113 頁(1996 年)(同『成年身上監護制度論』<信山社、2000 年>所収)

小賀野晶一「身上監護 総合的な身上監護法からの考察」判例タイムズ 961 号22 頁(1998 年)(同『成年身上監護制度論』所収)

小賀野晶一「身上後見、身上代行」米倉明ほか『成年後見法(私案)』(トラスト 60 研究叢書<(財)トラスト 60>、1998 年)24 頁以下、62 頁以下

小賀野晶一「介護問題の法的課題 民法からの展望」野村好弘・小賀野晶一編『人口法学のすすめ』265 頁(信山社、1999 年)(同『成年身上監護制度論』所収)

小賀野晶一「精神障害者の権利擁護システム 成年後見制度との接続を求めて」生活教育(へるす出版)43 巻4号26 頁(1999 年)(同『成年身上監護制度論』所収)

小賀野晶一「成年後見制度と地域福祉権利擁護事業 その関係と保健活動との接点をめぐ

って」生活教育(へるす出版)43巻11号7頁(1999年)(同『成年身上監護制度論』所収)  
 小賀野晶一「成年身上監護制度論の展望」実践成年後見3号(2002年)82頁  
 小賀野晶一「成年後見法における補助・保佐の位置づけ」実践成年後見7号(2003年)4頁  
 小賀野晶一「成年後見法研究の論点」成年後見法研究1号(2004年)104頁  
 小賀野晶一「身上監護の現状と展望」家族<社会と法>20号(2004年)45頁  
 小賀野晶一「医事法と成年後見制度 インフォームド・コンセント論の新しい視点」古村節男・野田寛編集代表『医事法の方法と課題 植木哲先生還暦記念』(2004年、信山社)61頁  
 小川秀樹「新しい成年後見制度の概要」ジュリスト1172号(2000年)17頁  
 小川秀樹「新しい成年後見制度の概要」法律のひろば53巻4号(2000年)4頁  
 沖野眞巳「判断能力と契約 能力制度」法学セミナー556号(2001年)92頁  
 奥野英子「社会リハビリテーションの概念と方法」リハビリテーション研究89号(1996年)2頁  
 奥山恭子/前田泰/志村武/村田彰「若干の個別的論点」判例タイムズ961号(1998年)29頁  
 奥山恭子「名称・用語について」判例タイムズ972号(1998年)28頁  
 奥山幸子=高橋紘士=田中健三=野田愛子=長谷川和夫=春山廣輝「成年後見制度の必要性」(座談会)ジュリスト1038号(1994年)78頁  
 小澤温「障害者ケアマネジメントをめぐる課題」月刊福祉2004年5月号38頁  
 尾島茂樹「成年被後見人が『其行為ヲ了知シタルトキ』の意味 民法124条2項の『了知』に関する立法過程の議論を中心として」金沢法学43巻3号(2001年)49頁  
 小田正二「成年後見制度運用の現状」ケース研究277号(2003年)3頁  
 落合威「公証実務と任意後見」判例タイムズ1030号(2000年)119頁  
 折田忠温「高齢者の権利擁護の側に立ち得る人は誰か?」ノモス11号(2000年)236頁  
 カール・E・シュナイダー/木南敦(訳)「命の終端における医療の決定について クルーザン事件、事前の指示および個人の自己決定」ジュリスト1076号(1995年)130頁  
 戒能通孝「後見法」『家族制度全集法律篇 第三巻親子』(1937年)290頁  
 笠井修「福祉契約論の課題 サービスの『質』の確保と契約責任」森泉章刊行委員会代表『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集』(法学書院、2003年)661頁  
 笠井修「福祉契約におけるサービスの『質』の評価」筑波法政35号(2003年)35頁  
 梶村太市「成年後見制度の公示と戸籍」戸籍月報494号(1998年)81頁  
 加瀬裕子「新介護システムとケアマネジメント」ジュリスト増刊『福祉を創る』(1995年)140頁  
 加藤雅信「成年後見制度改正要綱私案と今後の方向」ジュリスト1138号(1998年)65頁  
 加藤雅信「任意後見制度と成年後見制度」自由と正義49巻10号(1998年)103頁

加藤雅信「成年後見制度と消費者保護 申立権の拡充をも視野に入れて」法律のひろば 51 巻 8 号 (1998 年) 16 頁

金子和夫「高齢者の人権と介護保険法」法律時報 70 巻 4 号 (1998 年) 64 頁

金子稔・富山豊・古河徹朗・川目治・萩原靖・石川亨・千村隆・堤康子・坂口和俊・原田宜子・中田潔・田口正雄・本郷泰央・中村立春(東京家庭裁判所)「成年後見事件における本人の陳述聴取及び同意の確認に関する調査の在り方」家庭裁判月報 54 巻 11 号(2002 年)97 頁

金子稔・富山豊・古河徹朗・川目治・萩原靖・石川亨・千村隆・堤康子・坂口和俊・原田宜子・中田潔・田口正雄・本郷泰央・中村立春(東京家庭裁判所)「第三者が成年後見人等候補者になった場合の調査上の留意点」家庭裁判月報 55 巻 3 号(2003 年)105 頁

鎌田哲夫「高齢者の財産管理問題」都市政策 75 号 (1994 年) 39 頁

鎌田哲夫 = 大塚明「高齢者問題の新しい視点を求めて カナダ・アルバータ州の成年後見・財産管理制度」自由と正義 46 巻 9 号 (1995 年) 120 頁

神谷遊「西ドイツにおける成年後見制度の改正について」京都学園法学創刊号 (1990 年) 98 頁

神谷遊「ドイツにおける無能力者制度及び成年後見制度の新展開 改正法の概要とその特質」ジュリスト 967 号 (1990 年) 82 頁

神谷遊「成年後見制度の新局面」比較法研究 52 号 (1990 年) 82 頁

神谷遊「法定後見をめぐる比較法的研究」川井健 = 利谷信義 = 三木妙子 = 久貴忠彦 = 野田愛子 = 泉久雄編『講座・現代家族法・第 4 巻・親権・後見・扶養』(日本評論社、1992 年) 139 頁

神谷遊「ドイツにおける精神障害者の保護」法と精神医療 7・8 号 (1994 年) 17 頁

神谷遊「身上監護と将来の展望」法と精神医療 11 号 (1997 年) 94 頁

神谷遊「成年後見と家族法 成年後見をめぐる改革の潮流とわが国家族法の今後」家族<社会と法>12 号(1996 年)98 頁

神谷遊「成年後見制度をめぐる立法上の課題」中川淳先生古稀記念祝賀論集刊行会編『新世紀へ向かう家族法 中川淳先生古稀祝賀論集』(日本加除出版、1998 年)337 頁

神谷遊「任意後見の比較法的検討」判例タイムズ 1030 号 (2000 年) 125 頁

神谷遊「成年後見」『現代民事法改革の動向(広島大学公開講座)』(成文堂、2001 年) 93 頁

上山泰「行為能力制度試論序説 ドイツにおける法の変遷を素材として」法学政治学論究(慶應義塾大学大学院) 23 号 (1994 年) 155 頁

上山泰「ドイツ世話法改正について 世話法改正法の概要(上)(下)」法律時報 71 巻 12 号 (1999 年) 74 頁、72 巻 2 号 (2000 年) 54 頁

上山泰「ドイツにおける延命措置の中止行為と成年後見」実践成年後見 1 号 (2000 年) 175 頁

上山泰「成年後見人などによる市の代行決定に関する覚書」実践成年後見 2 号 (2001 年)

73 頁

上山泰「身上監護をめぐる諸問題について」ジュリスト 1211 号(2001 年)49 頁

上山泰「医療行為についての同意」法学セミナー575 号(2002 年)54 頁

上山泰「『成年後見の社会化』について」みんけん(民事研修)552 号(2003 年)3 頁

上山泰「成年後見人等と民法 714 条の監督者責任」家族<社会と法>20 号(2004 年)58 頁

上山泰「成年後見と医療行為」臨床精神医学 33 巻 9 号(2004 年)1177 頁

河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(1)」N B L 469 号(1991 年)  
14 頁

河上正二「無能力者制度の現状と問題点」金融法務事情 1352 号(1993 年)7 頁

河上正二「高齢化に伴う消費者問題」ジュリスト 1034 号(1993 年)42 頁

河上正二「行為能力」法学教室 171 号(1994 年)40 頁

河上正二「成年後見制度における類型論」ジュリスト 1141 号(1998 年)23 頁

河上正二「人(自然人)(2) 意思能力・行為能力」法学セミナー594 号(2004 年)82  
頁

河上正二「人(自然人)(4) 成年後見(その1)」法学セミナー597 号(2004 年)90  
頁

河上正二「人(自然人)(5) 成年後見(その2)」法学セミナー598 号(2004 年)78  
頁

河上正二「人(自然人)(6) 成年後見(その3)」法学セミナー599 号(2004 年)95  
頁

川尻良夫「新たな成年後見制度と福祉行政」ジュリスト 1141 号(1998 年)74 頁

川尻良夫「成年後見制度改正要綱試案と今後の福祉行政」判例タイムズ 49 巻 18 号(1998  
年)107 頁

川尻良夫「成年後見制度の改正と今後の保健福祉」週刊社会保障 1988 号(1998 年)48 頁

河野正輝「『成年後見問題研究会報告書』を読んで」ジュリスト 1129 号(1998 年)2 頁

河野正輝「社会福祉基礎構造改革と利用者の権利擁護」季刊・社会保障研究 35 巻 3 号(1999  
年)234 頁

河野正輝「介護保健サービス契約モデル案の検討」週刊社会保障 2086 号(2000 年)24 頁

菊池馨美「『措置から契約へ』が意味するもの 法学的アプローチから」月刊福祉 83 巻 13  
号(2000 年)10 頁

北野俊光「任意後見契約について」家庭裁判月報 55 巻 10 号(2003 年)1 頁

北野俊光「高齢者支援の手段としての任意後見契約」法律時報 77 巻 5 号(2005 年)44 頁

国光登志子「介護保険における苦情申し立てシステム 期待される保健婦の役割」生活教  
育(へるす出版)43 巻 11 号(1999 年)27 頁

久保田美也子「障害児・者の福祉サービス利用契約上の課題」月刊福祉 83 巻 12 号(2000  
年)56 頁

久保田康晴「後見制度に関する一考察」創価法学 11 巻 3・4 号 (1982 年) 51 頁  
熊谷浩一「民法の一部を改正する法律 (平成 11 年法律第 149 号)、任意後見契約に関する法律 (平成 11 年法律第 150 号)」自由と正義 51 巻 10 号 (2000 年) 113 頁  
熊倉伸宏「成年後見制度改正についての一医療者の疑問」法と精神医療 14 号 (2000 年) 54 頁  
クラウド・ヴェヒトラー (村田彰訳)「痴呆と世話法 精神科医からの報告」成年後見法研究 1 号 (2004 年) 42 頁  
クラウド・ヴェヒトラー (黒田美亜紀訳)「痴呆と世話法 精神医学からの経験」成年後見法研究 1 号 (2004 年) 95 頁  
倉田聡「福祉サービスの供給契約と福祉専門職の役割 介護支援専門員と成年後見人との関係をめぐって」法学研究 35 巻 2 号 (1999 年) 217 頁  
倉田聡「支援費支給制度をめぐる法律問題」ジュリスト 1204 号 (2001 年) 19 頁  
クリスタ・ビーンバルド (上山泰訳)「世話法の改革議論」成年後見法研究 1 号 (2004 年) 59 頁  
来栖三郎「民法における財産法と身分法(1)~(3)」法学協会雑誌 60 巻 11 号 1 頁、61 巻 2 号 40 頁、61 巻 3 号 1 頁  
黒田美亜紀「イギリスの成年後見制度改革 任意後見法の改正を中心とした考察」早稲田法学会誌 51 号 (2001 年) 231 頁  
現代家族法研究会「家族間紛争と無能力者の保護 1つのケース研究から」ケース研究 232 号 (1992 年) 129 頁  
小池妙子「高齢者の福祉サービス利用契約上の課題」月刊福祉 83 巻 12 号 (2000 年) 54 頁  
厚生労働省社会・援護局地域福祉課「地域福祉権利擁護事業の改正ポイント」月刊福祉 2002 年 10 月号 52 頁  
國府剛「『成年後見制度の改正に関する要綱試案』について」ノモス(関西大学法学研究所)10(1999 年)303 頁  
國府剛「新しい成年後見制度の概要」ノモス 11 号(2000 年)224 頁  
小島蓉子「クオリティ・オブ・ライフ (QOL) と社会リハビリテーション」総合リハビリテーション 12 巻 4 号 (1984 年) 283 頁  
小島蓉子「世界各圏域の到達点の評価と国連活動の方向性」ジュリスト 1012 号(1992 年)10 頁  
児玉安司「利用者本位の契約書のあり方を考察する」月刊福祉 83 巻 12 号 (2000 年) 38 頁  
後藤秀俊・古河徹朗「家庭裁判所の実務 これまでの審判制度を踏まえて」銀行法務 21 巻 4 号(2000 年)18 頁  
小林昭彦「任意後見制度(要綱私案)の概要」自由と正義 49 巻 10 号(1998 年)94 頁

小林昭彦「新しい成年後見制度の解説 法定後見制度の改正と任意後見制度の創設」N B L 680号(2000年)41頁

小林昭彦「成年後見制度の概要」判例タイムズ 1030号(2000年)37頁

小林一俊「対象となる要保護者 特に浪費者と身体障害者」判例タイムズ 972号(1998年)5頁

小林秀樹「新しい成年後見制度の概要」ジュリスト 1172号(2000年)17頁

小林秀文「責任無能力者免責の原則の再検討」法と精神医療 7・8号(1994年)118頁

小林秀文「アメリカにおける成年後見制度とその代替的システム(1)(2)」中京法学 30巻3号(1995年)71頁、同31巻3号(1997年)43頁

小林秀文「法定後見開始手続上の問題点」判例タイムズ 972号(1998年)8頁

小脇一海「準禁治産者(浪費)制度の利用状況」民商法雑誌 51巻3号(1964年)147頁

小脇一海「準禁治産者(心神耗弱)制度の利用状況」民商法雑誌 53巻5号(1966年)122頁

小脇一海「禁治産者制度の利用状況」神戸法学雑誌 16巻1・2号(1966年)227頁

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況 平成12年4月から平成13年3月」実践成年後見 2号(2001年)35頁

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見事件の概況 平成12年4月から平成13年3月」登記情報 41巻8号(2001年)

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見事件の概況 平成12年4月から平成13年3月」家庭裁判月報 53巻9号(2001年)

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況 平成13年4月から平成14年3月」実践成年後見 3号(2002年)59頁

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況 平成13年4月から平成14年3月」家庭裁判月報 54巻10号(2002年)148頁

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況(続) 平成13年4月から平成14年3月」家庭裁判月報 54巻12号(2002年)192頁

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況 平成14年4月から平成15年3月」家庭裁判月報 55巻10号(2003年)163頁

最高裁判所事務総局改定局「成年後見関係事件の概況(続) 平成14年4月から平成15年3月」家庭裁判月報 55巻12号(2003年)101頁

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況 平成15年4月から平成16年3月」家庭裁判月報 56巻10号(2004年)101頁

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況(続) 平成15年4月から平成16年3月」家庭裁判月報 56巻12号(2004年)169頁

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況 平成15年4月から平成16年3月」実践成年後見 10号(2004年)70頁

齊藤正彦「痴呆性老人と人権」老年精神医学雑誌 6 巻 8 号 (1995 年) 965 頁  
齊藤雅彦「契約締結判定ガイドラインについて」月刊福祉 1999 年 12 月号 36 頁  
齋藤義彦「『成年後見法』はなぜ必要か 阪神・淡路大震災で明らかになったこと / ドイツの例にみる」法学セミナー 1995 年 6 月号 29 頁  
佐賀千恵美「老後の備え 成年後見とリバースモーゲージ」労働者福祉研究 45 巻 (1998 年) 137 頁  
佐上善和「保護者選任審判手続の問題点 成年後見における手続法の整備のために」立命館法学 1998 年 2 号 237 頁  
佐上善和「成年後見事件の審理手続」立命館法学 271・272 号 (上巻) (2000 年) 395 頁  
坂本昭三「民事上の精神鑑定 禁治産・準禁治産宣告の場合について」精神神経学雑誌 82 巻 11 号 (1992 年) 720 頁  
佐久間毅「代理法から見た法定後見・任意後見」民商法雑誌 122 巻 4・5 号 (2000 年) 494 頁  
佐藤進「日本の障害者の権利保障 国連「世界行動計画」以降の動向を中心として」ジュリスト 970 号 (1990 年) 45 頁  
佐藤進「高齢化社会と高齢者福祉をめぐる法的諸問題」自由と正義 45 巻 10 号 (1994 年) 8 頁  
佐藤進「高齢者福祉法体系化の介護保険(法)の位置づけ」法律のひろば 49 巻 5 号 (1996 年) 4 頁  
佐藤進「介護保険法制度と関連制度の再編」ジュリスト 1094 号 (1996 年) 46 頁  
佐藤隆夫「禁治産制度に関する諸問題」国学院法学 11 巻 4 号 (1974 年) 38 頁  
佐藤隆夫「親族扶養の生活扶助義務の性格 扶養法への提言」国学院法学 29 巻 2 号 (1991 年) 14 頁  
佐藤哲治「成年後見制度をめぐる課題」法律のひろば 1994 年 12 月号 30 頁  
佐藤敏一「身上監護に関する後見事務の監督について 実務を通じての若干の考察」最高裁判所事務総局家庭局編『家庭裁判所の諸問題』(1969 年) 135 頁  
佐藤信人「ケアマネジメントと介護保険制度案」保健婦雑誌 53 巻 12 号 (1997 年増刊号) 1003 頁  
佐藤百合子「高齢者の QOL と自己決定権」季刊・社会保障研究 31 巻 1 号 (1995 年) 90 頁  
里見賢治「論争・公的介護保障制度論 公費負担方式か介護保険方式か」ジュリスト 1094 号 (1996 年) 19 頁  
澤重信「高齢者とのインターネット取引」銀行法務 21 44 巻 4 号 (2000 年) 74 頁  
沢井知子「意思能力の欠缺をめぐる裁判例と問題点」判例タイムズ 1146 号 (2004 年) 87 頁  
ジェームズ R . ウェイド・新井誠訳「米国における信託の日常的利用状況」信託 197 号 (1999 年) 74 頁

潮見佳男「民事責任における責任能力と過失」阪大法学 149号・150号(1989年)263頁  
 執行秀幸「成年後見法」法律時報 70巻10号(1998年)20頁  
 品田充儀「介護保険契約の特徴と法的問題 モデル契約書を参考として」ジュリスト 1174号(2000年)70頁  
 島内乗統「後見人・後見監督人制度について」判例タイムズ 565号(1985年)62頁  
 島田昭三郎「無能力制度と精神鑑定」日本精神病院協会雑誌 11巻10号(1992年)105頁  
 島村聡「障害者の地域生活支援をめぐる障害者ケアマネジメントと支援費制度の関係性」月刊福祉 2002年2月号26頁  
 志村武「アメリカ合衆国における精神遅滞者保護のための制限された後見制度」早稲田法学会誌 43巻(1993年)291頁  
 志村武「アメリカ合衆国における後見制度 その意義・沿革・種類、団体後見制度及び法の適正な過程の具体化と後見制度に代わり得る諸制度」田山輝明=浦川道太郎=内田勝一=岩志和一郎編『現代家族法の諸相』(高野竹三郎先生古稀記念、成文堂、1993年)425頁  
 志村武「アメリカにおける任意後見制度 日本法への示唆を求めて」ジュリスト 1141号(1998年)57頁  
 志村武「公示」判例タイムズ 972号(1998年)48頁  
 志村武「カナダケベック州民法における成年後見法に関する規定 第三章 成年者の保護のための監護」静岡大学法政研究 3巻1号(1998年)193頁  
 志村武「アメリカにおける任意後見と法定後見の競合に関する一つの判例 ライス対フロイド事件〔RICE v. FLOYD, Ky., 768 S. W. 2d. 57〕」静岡大学法政研究 4巻1号(1999年)155頁  
 志村武(訳)「アメリカにおける継続的委任状による法定後見人指名に関する1つの判例 スミスの法定後見事件〔Guardianship of Smith, 684 N.E. 2d 613(Mass. App. Ct. 1997)〕」静岡大学法政研究 4巻2・3号(2000年)95頁  
 志村武(訳)「アメリカにおける任意後見と法定後見の競合に関する一つの判例 マレー対マレー事件〔Murray v. Murray(S. C. 1993), 426S. E.2d 781〕」静岡大学法政研究 4巻4号(2000年)191頁  
 志村武「能力」法学セミナー47巻5号(2002年)3頁  
 志村武(訳)「アメリカにおける任意後見と法定後見の競合に関する一つの判例 無能力者と思われるアルバート・レヴィンに法定後見人を選任することをロッチェスター一般病院が申し立てた事件 ニューヨーク州モンロー郡第一審一般的管轄裁判所 158 Misc.2d. 522; 601 N.Y.S.2d 375; 1993 N.Y.Misc. LEXIS 2 1993年7月7日判決」静岡大学法政研究 5巻1号(2000年)413頁  
 志村武(訳)「デンズィル・ラッシュ英国最高法院後見裁判部長(保護裁判所所長)の継続的代理権論」静岡大学法政研究 5巻3・4号(2001年)573頁

正田彬「『措置から契約へ』支援費制度の問題点 障害者の権利と自由の視点から(上)(下)」  
 ジュリスト 1248号(2003年)64頁、1249号(2003年)132頁

白石弘巳・山上皓「民事精神鑑定と新しい成年後見制度」法と精神医療 14号(2000年)106  
 頁

白石弘巳「成年後見と精神保健福祉法」臨床精神医学 33巻9号(2004年)1185頁

白澤政和「公的介護保険が地域福祉を推進する条件 ケアマネジメントを鍵として」ジ  
 ュリスト 1094号(1996年)26頁

白澤政和「ケアマネジメント総論」リハビリテーション研究(1996年)3頁

白澤政和「ケアマネジメントとは」保健婦雑誌 53巻12号(1997年増刊号)955頁

白澤政和「ニードとは何か」保健婦雑誌 53巻12号(1997年増刊号)963頁

資料「障害者福祉サービスの支援費制度の事務大要示される～厚生労働省社会・後援局障  
 害保健福祉部「支援費制度担当課長会議資料」(平成13年8月23日)より抜粋～」月刊福  
 祉 2001年12月号58頁

神野礼斉「医療における意思決定代行 ドイツ世話法の動向を中心として」九州国際大  
 学法学論集 8巻1・2号(2001年)89頁

神野礼斉「ドイツ成年後見法における医療行為と同意」比較法研究 64(2002年)151頁

鈴木眞次「高齢病者の遺言能力」ケース研究 235号(1993年)27頁

鈴木尚子「ブリティッシュ・コロンビア州の患者財産法(Patients Property Act)」法研論  
 集(早稲田大学大学院)61号(1992年)67頁

鈴木直哉「成年後見制度について」大阪経済法科大学法学研究所紀要 29号(1999年)219頁

鈴木ハツヨ「浪費を理由とする準禁治産宣告」東北学院大学論集〔法律学〕31・32号(1988  
 年)79頁

鈴木ハツヨ「私法的観点から見た老人の財産管理」家族<社会と法>4号(1988年)53頁

鈴木祿弥=鈴木ハツヨ「西ドイツ連邦の『成年者の世話に関する法律草案』について」判  
 例タイムズ 724号(1990年)39頁

須永醇「権利能力、意思能力、行為能力」星野英一代表編集『民法講座1(民法総則)』(有  
 斐閣、1984年)97頁

須永醇「権利能力、意思能力、行為能力、責任能力」法学教室 103号(1989年)52頁

須永醇「意思無能力者の法律行為の『無効』の法的性質に関する一視点 フランス法から  
 の示唆」法学志林 83巻3号(1986年)1頁

須永醇「意思能力と行為能力」川井健=鎌田薫編『基本問題セミナー・民法1・総則・物  
 権法』(一粒社、1987年)10頁

須永醇「意思能力と行為能力」下森定=須永醇監修『民法総則重要論点研究』(酒井書店、  
 1991年)27頁

須永醇「成年無能力制度の再検討」法と精神医療 5号(1991年)37頁

須永醇「高齢化社会を迎えて 精神保健政策をどう進めるか」(5.法律家の立場からとく

に継続的被保護成年者制度の再検討) 精神保健政策研究 3 号 (1994 年) 21 頁  
須永醇「被保護成年者制度の現状と課題・序説」法と精神医療 7・8 号 (1994 年) 56 頁  
須永醇「成年後見制度の今後」月刊福祉 1994 年 11 月号 30 頁  
須永醇「フランス法上の被保護成年者制度 その特徴、その直面する問題点」家族<社会と法>12 号 (1996 年) 16 頁  
須永醇「『成年後見問題研究会報告書』の基本的考え方について」判例タイムズ 961 号(1998 年)4 頁  
須永醇「はしがき」判例タイムズ 972 号 (1998 年) 4 頁  
須永醇「法定後見の三段階の類型化とその内容」判例タイムズ 972 号 (1998 年) 12 頁  
須永醇「任意後見と法定後見及び公的機関の監督を伴わない任意代理との関係」判例タイムズ 972 号 (1998 年) 45 頁  
須永醇・岡孝「『成年後見制度の改正に関する要綱試案』についての意見書」法学志林 96 巻 2 号 (1999 年) 93 頁  
須永醇「民事精神鑑定に関する 2~3 のメモ 民法学者の一人としての立場から」法と精神医療 14 号(2000 年)63 頁  
須永醇「成年後見制度の課題」判例タイムズ 1030 号 (2000 年) 53 頁  
須永醇「成年後見制度について」法と精神医療 17 号 (2003 年) 5 頁  
須永醇「成年後見制度の解釈運用と立法的課題」成年後見法研究 2 号(2005 年)3 頁  
「成年後見制度の施行に伴う市町村長の審判の請求における留意事項及び地域福祉権利擁護事業の実施上の留意点について」<資料>家庭裁判月報 52 巻 8 号 (2000 年) 141 頁  
清野幾久子「高齢者法学と高齢者人権 高齢者法学序論として」法律時報 70 巻 4 号 (1998 年) 58 頁  
関隆男「成年後見登記制度の概要」N B L 684 号(2000 年)35 頁  
関隆男「新成年後見制度における公示制度と運用について」銀行法務 21 44 巻 4 号(2000 年)14 頁  
関隆男「家事審判に基づく成年後見登記の囑託」判例タイムズ 1110 号(2002 年)252 頁  
瀬々敦子「高齢者の財産管理についての比較法的考察」信託 177 号 (1994 年) 21 頁  
曾野綾子 = 宮島洋 = 菅原真理子 = 新井誠 = 金谷暢夫 = 所裕「高齢化社会と信託銀行」(座談会) 信託 161 号 (1990 年) 6 頁  
大門匡「最高裁判所規則の整備」判例タイムズ 1030 号 (2000 年) 44 頁  
高梨公之「監置扶養の禁治産者を療養看護する方法は後見人単独で定め得、親族会の同意を要せず(判例研究)」日本法学 9 巻 7 号(1943 年)32 頁  
高野範城「障害者福祉における契約」自由と正義 51 巻 6 号 (2000 年) 32 頁  
高橋爽一郎「任意後見契約について その実務運用から」銀行法務 21 46 巻 5 号(2002 年) 23 頁  
高橋弘・鳥谷部茂・神谷遊(他)「『成年後見制度の改正に関する要綱試案』に対する意見(1)

(2・完)」広島法学 22 巻 3 号 157 頁、22 巻 4 号 245 頁 (1999 年)

高橋恒夫「高齢者との預金取引・カード取引」銀行法務 21 44 巻 4 号(2000 年)54 頁

高村浩「痴呆性高齢者の財産管理 権利擁護センターすてっぶの相談事例から」月刊司法書士 276 号 (1995 年) 20 頁

高村浩「成年後見制度と医療福祉との接点」医療 14 巻 3 号 (1998 年) 28 頁

高村浩「補助類型の利用方法」ジュリスト 1141 号 (1998 年) 88 頁

高村浩「すてっぶの相談事例から見た今後の課題」判例タイムズ 1030 号 (2000 年) 198 頁

滝沢いつ代「人の能力」法学教室 247 号 (2001 年) 66 頁

田口城「生命保険取引と成年後見制度」金融法務事情 46 巻 20 号 (1998 年) 58 頁

竹内孝仁「ケアマネジメントとは その本質と地域保険・保健婦の役割」保健婦雑誌 53 巻 12 号(1997 年増刊号)946 頁

竹崎孜「スウェーデンの障害者の権利 一般法制度による統合方式」ジュリスト 970 号(1990 年)33 頁

竹下史郎「老人の財産管理とその取引相手である銀行の注意義務について 預金・信託の払出及び貸金庫の開扉の問題を中心として」家族<社会と法>4 号 (1988 年) 33 頁

竹下史郎「老人の生活と財産管理」『家族と医療 その法学的考察』(弘文堂、1995 年) 331 頁

舘幸嗣「成年後見制度の制定とその課題 親族法の視点から」中央学院大学社会システム研究所紀要 2 巻 2 号 (2002 年) 177 頁

棚田洋一「成年後見制度の改正と社会保障法の接点」高知論叢 64 号 (1999 年) 201 頁

田端洋一「介護保険の意義」週刊社会保障 2003 号(1998 年)22 頁

玉上信明「新成年後見制度と銀行取引」金融法務事情 48 巻 4 号(2000 年)6 頁

玉上信明「金融取引と成年後見の実務」ジュリスト 1211 号(2001 年)55 頁

田宮菜奈子・松澤明美「高齢者虐待 高齢者介護と家族の視点から」法律時報 77 巻 5 号(2005 年) 55 頁

田村和之「情報公開・不服申立て」ジュリスト 1094 号(1996 年)42 頁

田山輝明「精神遅滞者の法律行為」発達障害研究 10 巻 4 号 (1989 年) 254 頁

田山輝明「ドイツにおける行為能力剥奪宣告の廃止 行為(無)能力と世話制度」『民法学の新たな展開』(成文堂、1993 年) 31 頁

田山輝明「ドイツにおける新成年後見制度の手續と組織」森泉章代表編『続現代民法学の基本問題』(内山尚三 = 黒木三郎 = 石川利夫先生古稀記念、第一法規出版、1993 年) 667 頁

田山輝明「オーストリア法における成年後見制度」田山輝明・浦川道太郎・内田勝一・岩志和一郎編『現代家族法の諸相』(成文堂、1993 年) 383 頁

田山輝明「高齢化社会と成年後見制度」法の支配 93 号 (1993 年) 3 頁

田山輝明「成年後見制度」ケース研究 240 号 (1994 年) 2 頁

田山輝明「無能力者制度と相手方の保護」森泉章他編『民法基本論集(1) - 総則』(法学書院、1994年)31頁

田山輝明「不在者の財産管理制度の再評価 高齢化社会における知的障害者の財産権保護のために」司法研究所紀要(日本大学)6巻(1994年)1頁

田山輝明「施設入所中の知的障害者のための財産管理」書齋の窓437号(1994年)10頁

田山輝明=三木妙子=長谷川信=梶村太一=仁平総=杉野翔子=外村隆=藤林益三=大内恒夫=野田愛子=藤井富弘「成年後見制度をめぐって」(座談会)法の支配97号(1995年)41頁

田山輝明「後見法の部分的崩壊と新しい法理念の生成 成年後見法か世話法か」奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』(有斐閣、1997年)343頁

田山輝明「<フォーラム 98>任意成年後見について」ノーマライゼーション18巻3号(1998年)36頁

田山輝明「法定後見制度」判例タイムズ961号(1998年)10頁

田山輝明「成年後見人の機能と任務の範囲 身上監護を中心として」判例タイムズ972号(1998年)20頁

田山輝明「簡易後見類型・特別代理人類型」判例タイムズ972号(1998年)23頁

田山輝明「改正の形式などの留意事項」判例タイムズ972号(1998年)59頁

田山輝明「任意後見制度 ドイツにおける老齡配慮委任状との比較」ジュリスト1141号(1998年)50頁

田山輝明「成年後見制度と地域福祉権利擁護事業への期待」月刊福祉82巻8号(1999年)58頁

田山輝明「制限能力者の詐術と相手方の保護(上)」受験新報50巻7号(2000年)14頁

田山輝明「制限能力者の詐術と相手方の保護(下)」受験新報50巻9号(2000年)14頁

田山輝明「成年後見人としての法人 日独比較研究・福祉サービス利用援助事業にも留意しつつ」飯塚紀昭・島田和夫・広渡清吾編集代表『市民法学の課題と展望 清水誠先生古稀記念論集』(日本評論社、2000年)223頁

田山輝明「高齢社会における地域生活と権利擁護 地域福祉権利擁護事業と成年後見制度」内田勝一・浦川道太郎・鎌田薫編『現代の都市と土地私法』(有斐閣、2001年)375頁

田山輝明「成年後見制度と関連制度」法学セミナー46巻8号(2001年)16頁

田山輝明「法定成年後見制度の比較法的検討 新成年後見制度への影響」判例タイムズ1030号(2000年)110頁

田山輝明「成年後見制度と不動産取引行為」森泉章刊行委員代表『著作権法と民法の現代的課題 半田正雄先生古稀記念論集』(法学書院、2003年)565頁

田山輝明「成年後見制度の現状と課題」社会福祉研究91号(2004年)35頁

田山輝明「日本の成年後見制度の現状」成年後見法研究1号(2004年)34頁

調停委員研修委員会家事部会「近年における痴呆性老人など高齢者に関する法律上の諸問

題」調停時報 123 号 (1992 年) 32 頁

月岡利男「新成年後見制度 希望と失望」ノモス 12 号 (2001 年) 331 頁

辻博明「成年後見制度に関する一考察 「身上監護」の運用面の問題点を中心に」名城  
法学 49 卷 2 号 (1999 年) 271 頁

椿寿夫「年齢後見 (Altersvormundschaft) の進化 親権との対比に於ける財産関係の一考  
察」法律論叢 60 卷 3 号 (1954 年) 42 頁

デイヴィッド・イングリッシュ(平山也寸志訳)「米国における後見制度と能力の判定 日米  
の比較を踏まえて」成年後見法研究 2 号(2005 年)93 頁

デイヴィッド・イングリッシュ(志村武訳)「日本とアメリカ合衆国の後見法の比較」成年後  
見法研究 2 号(2005 年)120 頁

デイヴィッド・ブラウンビル(新井誠訳)「信託を用いた無能力への備え」信託 218 号(2004  
年) 110 頁

デンズィル・ラッシュ(志村武訳)「持続的代理権」実践成年後見 1 号(2000 年)8 頁

デンズィル・ラッシュ(中山泰道訳)「イギリス成年後見法改正の同行」成年後見法研究 2 号  
(2005 年)103 頁

ドイツ成年後見法研究会「ドイツ成年後見制度の改革 世話法 (Betreuungsgesetz) 注解  
(1)(2)(3)(4)」民商法雑誌 105 卷 4 号 572 頁、6 号 850 頁 (1992 年)、108 卷 3 号  
462 頁、109 卷 2 号 353 頁 (1993 年)

堂園昇平「高齢者との融資取引」銀行法務 21 44 卷 4 号(2000 年)60 頁

道垣内弘人「成年後見制度試案 (1) ~ (7・完)」ジュリスト 1074 号 117 頁、1075 号 93  
頁、1076 号 122 頁、1077 号 120 頁、1078 号 76 頁、1079 号 112 頁、1080 号 82 頁 (1995  
年)

道垣内弘人「高齢者の財産保全と運用をめぐる諸問題」家族<社会と法>12 号(1996 年)50  
頁

道垣内弘人「成年後見制度立法において考えるべき事柄」自由と正義 47 卷 8 号(1996 年)82  
頁

道垣内弘人「『身上監護』、『本人の意思尊重』について」ジュリスト 1141 号 (1998 年) 29  
頁

道垣内弘人「福祉サービス契約の構造と問題点」判例タイムズ 1030 号 (2000 年) 178 頁

道垣内弘人「成年後見人の権限 身上監護について」判例タイムズ 1110 号(2002 年)238 頁

床谷文雄「民法と現代社会 3 高齢者問題」法学教室 187 号(1996 年)28 頁

床谷文雄「高齢者の生活保障と成年後見法の課題(高齢者の生活保障の現代的課題)」神戸市  
外国語大学外国学研究 42 号(1998 年)79 頁

床谷文雄「成年後見における身上配慮義務」民商法雑誌 122 卷 4・5 号 (2000 年) 533 頁

利谷信義「現代家族法議論の一考察 いわゆる「私的保護法の理論」を中心として」渡  
辺洋三・利谷信義編『現代日本の法思想』(日本評論社、1972 年)97 頁

利谷信義「家族間の変遷と家族法」法律時報 65 巻 12 号(1994 年)38 頁

ドノバン・W. M. ウォーターズ・新井誠訳「個人が信託を利用して行うエステイト・プランニング 権利取得者指名権と裁量信託 (1)～(5・完)」信託 184 号(1995 年)4 頁、185 号 35 頁、186 号 30 頁、187 号 37 頁、188 号 37 頁(1996 年)

外村隆「高齢者の財産保護と管理 いわゆる『生前発効遺言』について」公証 98 号(1991 年)31 頁

富島照男「介護保険制度・成年後見制度への取り組み」自由と正義 51 巻 9 号(2000 年)129 頁

富田清美「無能力時のヘルスケア決定に関する代理人指名のための法律について Durable Power of Attorney for Health Care」年報医事法学 1 号(1986 年)232 頁

鳥野猛「社会福祉における意思能力」法政論叢 36 巻 2 号(2000 年)155 頁

直井道子「老人の財産をめぐる葛藤の実態」家族<社会と法>4 号(1988 年)61 頁

中井美雄「民法における『能力』制度論の動向 『意思能力・行為能力』を中心に」立命館法学 225・226 号(1993 年)1 頁

中井美雄「成年後見制度と私的自治」立命館法学 271・272 号(下巻)(2000 年)623 頁

永井尚子・杉岡美幸「家庭裁判所における成年後見関係事件処理の実情」家族<社会と法>20 号(2004 年)31 頁

中川淳「(考察家族法) 新しい成年後見制度の胎動」法令ニュース 33 巻 1 号(1998 年)26 頁

中川善之助「親族的扶養義務の本質(1) 改正案への一批評」法学新報 38 巻 6 号(1928 年)2 頁

中川善之助「親族的扶養義務の本質(2・完)」法学新報 38 巻 7 号(1928 年)76 頁

中川善之助「禁治産者の後見人の職務(判例批評)」民商法雑誌 18 巻 1 号

仲田信範「高齢者の財産管理」ジュリスト 1031 号(1993 年)154 頁

中谷瑾子 = 中谷直樹「痴呆患者の責任能力 諸外国の成年後見法を参考にして」老年精神医学雑誌 4 巻 2 号(1993 年)127 頁

中谷陽二・山崎信之・新井誠・柴山獏人・坂野征四郎「座談会 成年後見の現況 施行 5 年目を迎えて」臨床精神医学 33 巻 9 号(2004 年)1087 頁

中谷陽二「成年後見制度と精神医学 歴史と背景」臨床精神医学 33 巻 9 号(2004 年)1107 頁

中舎寛樹「意思能力・行為能力・責任能力・事理弁識能力」法学教室 173 号(1995 年)81 頁

中山和之「国連・障害者の十年と今後の展望 21 世紀の障害者対策に向けて」ジュリスト 1012 号(1992 年)33 頁

中山宏太郎「“dementia” と “Next of Kin” - 被保護成年者制度と関連して」法と精神医療 7・8 号(1994 年)128 頁

新見育文「意思決定の代行制度の整備に向けて」法律時報 67 巻 10 号 (1995 年) 6 頁  
新見育文「イギリスにおける意思決定の代行」法律時報 67 巻 10 号 (1995 年) 23 頁  
西岡清一郎・竹村和男「家裁における禁治産宣告・準禁治産宣告事件の実情」家族<社会と法>12 号(1996 年)79 頁  
西岡清一郎・竹村和男「東京家庭裁判所における最近の禁治産宣告・準禁治産宣告事件の実情」家庭裁判月報 48 巻 6 号(1996 年)1 頁、民事情報 120 号(1996 年)6 頁 ( 転載 )  
西原道雄「私法学からみた社会保障法」法律時報 59 巻 1 号 (1984 年) 11 頁  
西牧正義「社会福祉協議会地域福祉権利擁護事業と意思能力」小林一俊博士古稀記念論集編集委員会編『財産法諸問題の考察 小林一俊博士古稀記念論集』( 酒井書店、2004 年 ) 25 頁  
西村淳「世界の高齢者介護政策とケアマネジメント」保健婦雑誌 53 巻 12 号 (1997 年増刊号) 979 頁  
西山詮「民事精神鑑定 of 再検討 精神医学の立場から」法と精神医療 14 号(2000 年)72 頁  
西山詮「鑑定と診断」判例タイムズ 1030 号 (2000 年) 79 頁  
西山詮「成年後見と意思の鑑定・診断」判例タイムズ 1110 号(2002 年)230 頁  
額田洋一「成年後見法制定要綱『私案』」ジュリスト 1055 号 (1994 年) 101 頁  
額田洋一「望まれる任意後見制度 実務的観点から」自由と正義 49 巻 10 号(1998 年)123 頁  
額田洋一「任意後見制度活用法〔含 資料〕」金融法務事情 1570 号(2000 年)23 頁  
額田洋一「弁護士会の財産管理サービスと成年後見制度」判例タイムズ 1030 号 (2000 年) 213 頁  
額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義 52 巻 7 号 (2001 年) 14 頁  
額田洋一「補助開始審判の要件」判例タイムズ 1110 号 (2002 年) 236 頁  
額田洋一「市町村長の申立権(鑑定費用)」判例タイムズ 1110 号(2002 年)240 頁  
能見善久「成年後見制度の可能性と限界」書研所報 46 号 (2000 年) 25 頁  
野田愛子「成年後見制度の展望」ジュリスト 1059 号 (特集・家族の変貌と家族法の課題) (1995 年) 163 頁  
野田愛子「成年後見をめぐる諸問題」家族<社会と法>12 号(1996 年)48 頁  
野田愛子「成年後見法と福祉の架橋」ジュリスト 1141 号 (1998 年) 67 頁  
野田愛子「痴呆性高齢者・知的障害者の財産管理」月刊国民生活 28 巻 7 号 (1998 年) 16 頁  
野田愛子「高齢者の人権」人権のひろば 1998 年 7 月号 4 頁  
野田愛子「成年後見制度の改正が実務に及ぼす影響と問題点」ケース研究 263 号 (2000 年) 39 頁  
野田愛子「成年後見制度とその運用上の諸問題」判例タイムズ 1030 号 (2000 年) 4 頁

野田愛子・小林昭彦・道垣内弘人・高村浩・大門匡・西山詮・稲田龍樹・落合威・古川徹朗「<座談会>成年後見制度と地域福祉権利擁護事業 その制度と運用をめぐって」判例タイムズ 1030号(2000年)8頁

野田愛子・小林雅彦・手塚直樹・和田敏明・平田厚・青木佳史・永島光枝「<座談会>成年後見制度と地域福祉権利擁護事業 法と福祉の架橋をめぐって」判例タイムズ 1030号(2000年)134頁

野田愛子「成年後見人等の選任基準」判例タイムズ 1110号(2002年)232頁

野田愛子「複数成年後見人等・法人成年後見人等の選任基準」判例タイムズ 1110号(2002年)234頁

野田愛子「福祉サービス契約をめぐる問題」月刊民事法情報 203

野村二郎「成年後見制度と家裁調査官の役割」判例タイムズ 1110号(2002年)250頁

野村好弘「準禁治産制度と法人制度の改正問題」ジュリスト 696号(1979年)37頁

野村竜太郎「大阪後見支援センターの権利擁護システム その概要と保健婦に期待される役割をめぐって」生活教育(へるす出版)43巻11号(1999年)17頁

野村龍太郎「成年後見制度を支えるために 相談機関を通して」ノモス 11号(2000年)240頁

唄孝一・若林昌子・梶村太市・松原正明・水野紀子・大村敦志・道垣内弘人「座談会 21世紀の家族法 学説・実務の行方」判例タイムズ 1073号(2002年)52頁

橋本和夫「後見・補佐、監督に関する問題」判例タイムズ 1110号(2002年)226頁

橋本聡「アメリカにおけるガーディアンシップ手続と手続保障についての覚え書 本人のためになされる弁護士選任を素材にして」東海法学 24号(2000年)175頁

長谷川和夫「高齢者の意思能力の判定について ことに痴呆を中心として」家族<社会と法>12号(1996年)111頁

長谷川泰造「無能力者(知的障害者)の法律実務ノート」『現代家族法の諸相』(成文堂、1993年)353頁

萩原清子「福祉の視点から見た高齢者の権利保護の課題」家族<社会と法>12号(1996年)61頁

橋本和夫・山田真紀「東京家庭裁判所本庁における成年後見制度の運用の実情」判例タイムズ 1055号(2001年)87頁

秦悟志「持続的代理人の試み 成年後見法制度に向けて」民事法情報 101号(1995年)2頁

浜井豊「成年後見制度へ向けての動き 司法書士会の動きを中心に」法学セミナー502号(1996年)10頁

浜上則雄「本人の死亡後における代理権の存続」阪大法学 27号(1958年)1頁

浜田俊郎「老人ホーム契約の展望 ドイツの「ホーム法」改正を契機として」ジュリスト 972号(1991年)44頁(『高齢者財産管理に関する法制の研究( ) 成年後見制度の検討』)

<トラスト 60, 1991 年>65 頁以下所収)

原司「成年後見制度及び遺言の方式に関する民法改正等 公証事務との関わりを中心として」公証 126 号(2000 年)59 頁

原司「成年後見制度の改正に関する民法の一部を改正する法律等の概要」銀行法務 21 卷 4 号(2000 年)6 頁

原司「任意後見制度について」ジュリスト 1172 号(2000 年)30 頁

原司「任意後見制度について」法律のひろば 43 卷 4 号(2000 年)14 頁

原司「成年後見制度の実務上の諸問題」ジュリスト 1211 号(2001 年)24 頁

原司「任意後見制度と任意後見監督人」判例タイムズ 1110 号(2002 年)242 頁

原司「任意後見人の解任・任意後見契約の解除(任意後見人の辞任)」判例タイムズ 1110 号(2002 年)248 頁

原司「成年後見制度の改正に伴う経過措置」判例タイムズ 1110 号(2002 年)254 頁

半田吉信「医師の説明義務の種類と範囲」古村節夫・野田寛編集代表『医事法の方法と課題 植木哲先生遺暦記念』(信山社、2004 年)141 頁

久岡秀樹「「ひまわり」を咲かそう 大阪弁護士会「高齢者・障害者総合支援センター事業」について」自由と正義 49 卷 10 号(1998 年)114 頁

菱木昭八朗「スウェーデンにおける成年後見制度について」法と精神医療 7・8 号(1994 年)72 頁

菱木昭八朗「成年後見人について」判例タイムズ 972 号(1998 年)16 頁

菱木昭八朗「成年後見監督人制度について」判例タイムズ 972 号(1998 年)18 頁

平沢宗夫「新成年後見制度と生命保険取引」金融法務事情 48 卷 4 号(2000 年)16 頁

平田厚「『知的障害の子を持つ親』と制度の利用」判例タイムズ 1030 号(2000 年)183 頁

平田厚「公的介護保険制度と成年後見制度」判例タイムズ 1110 号(2002 年)217 頁

平田厚「社会福祉事業法改正と地域福祉権利擁護事業」判例タイムズ 1110 号(2002 年)219 頁

平田厚「福祉サービス利用契約時代の権利擁護のポイント～苦情解決を中心に～」月刊福祉 2003 年 3 月号 12 頁

平田厚「家族・法・福祉」月刊福祉 2004 年 8 月号 16 頁

平田健治「取り消しの効力 制限能力者の返還義務」阪大法学 52 卷 1 号(2002 年)1 頁

平岡公一「イギリスにおける高齢者福祉の改革 在宅ケアを中心に」福地義之助・冷水豊編『高齢化対策の国際比較』(第一法規、1993 年)948 頁

平野かよ子「ケアマネジメントとケアコーディネーション」保健婦雑誌 53 卷 12 号(1997 年増刊号)970 頁

広井良典「ケアマネジメントとは何か 介護システムの中核をなすもの」岡本祐三編『(論争)高齢者福祉 公的介護保険で何が変わるか』からだの科学臨時増刊号(日本評論社、

1996年) 90頁

廣瀬美佳「医療上の代諾と保護義務者制度に関する法的考察」精神神経学雑誌 95 巻 8 号  
(1993年) 622頁

広中俊雄「成年後見制度の改革と民法の体系(上) 旧民法人事編 = 「人の法」の解体から一世紀余を経て」ジュリスト 1184号(2000年) 94頁

広中俊雄「成年後見制度の改革と民法の体系(下) 旧民法人事編 = 「人の法」の解体から一世紀余を経て」ジュリスト 1185号(2000年) 92頁

深田源次「高齢者をめぐる財産管理等の諸問題」ケース研究 243号(1995年) 56頁

深見玲子「わが国における成年後見制度の現状と若干の提言 禁治産宣告事件等を中心として」家庭裁判月報 48 巻 7号 1頁

福山和女「『契約』制度は福祉援助分野では新しいものだろうか」月刊福祉 83 巻 13号(2000年) 14頁

藤川浩「成年後見関係事件の調査」ケース研究 268号(2001年) 123頁

藤倉皓一郎「アメリカにおける障害者法 「法の平等な保護」の展開」ジュリスト 970号(1990年) 26頁

藤本和男 = 寺戸由紀子「家庭裁判所にあらわれた老人の財産管理をめぐる紛争」家族<社会と法>4号(1988年) 4頁

藤本和男「成年後見制度へのエフピックの取り組み」判例タイムズ 1030号(2000年) 234頁

舟橋利彦「成年後見制度と精神保健福祉法の整合性について」日本精神病院協会雑誌 17 巻 1号(1998年) 62頁

古都賢一「福祉サービスと苦情解決」判例タイムズ 1030号(2000年) 169頁

古川孝順「公的介護保険と福祉マンパワー問題」ジュリスト 1094号(1996年) 32頁

古川徹朗「『本人の同意』 家庭裁判所調査官の視点から」判例タイムズ 1030号(2000年) 71頁

古川夏樹「社会福祉事業法等の改正の経緯と概要」ジュリスト 1204号(2001年) 10頁

古谷恭一郎「成年後見制度の検討状況について」ケース研究 255号(1998年) 18頁

ペーター・ヴィンターシュタイン(石田道彦訳)「ドイツ世話法の実務上の諸問題」実践成年後見 5号(2003年) 54頁

ペニー・レッツ氏(ロンドンソリシタ協会精神保健・障害担当政策助言者)の「持続的代理権 その利点と権利濫用防止策」と、ニオール・ベイカー氏(イングランドのアーウィン・ミッチェル事務所所属のソリシタ)の「精神能力を制限されたものの資金管理におけるソリシタの役割」(志村武訳)静岡大学法政研究 6 巻 3・4号(2002年) 749頁

ヴェルナー・ビーンバルド(村田彰訳)「ドイツにおける世話法の 12 年間 経験に基づく報告」成年後見法研究 1号(2004年) 28頁

ベルント・シュルテ(村田彰訳)「ドイツ世話法の理論上の課題」実践成年後見 4号(2003年) 76頁

逸見武光「家事事件における老人の精神鑑定について」家族<社会と法>4号(1988年)30頁  
星田寛「高齢者の財産管理・遺産相続と信託銀行」信託161号(1990年)79頁  
星田寛「高齢者のための資産活用制度の概要」金融法務事情1352号(1993年)33頁  
星田寛「地方公共団体における高齢者財産管理システムの概要」金融法務事情46巻20号(1998年)67頁  
星田寛「新成年後見制度と財産管理ビジネスの展開」金融法務事情1575号(2000年)16頁  
星田寛「リバース・モーゲージ、信託と成年後見制度の併用による資産活用制度の検討」信託210号(2002年)50頁  
星田寛「「パーソナルトラスト」と成年後見制度」実践成年後見9号(2004年)37頁  
星野英一「民法典の100年と現下の立法問題(上)(中)(下)」法学教室210号(1998年)5頁、211号(1998年)40頁、212号(1998年)  
星野英一「成年後見制度と立法過程～星野英一先生に聞く」ジュリスト1172号(2000年)2頁  
星野茂「高齢者所有財産の保護に関する若干の考察 アメリカにおけるガーディアンシップ制度を手がかりとして」明治大学大学院紀要27号(1990年)335頁  
星野茂「精神保健法上の保護義務者制度をめぐる諸問題 後見制度の再検討をふまえて(上)(下)」法律論叢63巻6号115頁、64巻1号99頁(1991年)  
星野茂「痴呆性老人と行為能力」老年精神医学雑誌6巻8号(1995年)977頁  
星野茂「後見法改正議論と今後の保護者制度のあり方」法と精神医療11号(1997年)22頁  
星野茂「成年後見法と精神保健福祉法について」判例タイムズ972号(1998年)56頁  
星野茂「高齢者と成年後見制度 成年後見制度改正と精神保健福祉法上の保護者制度への影響を考へて」日本精神病院協会雑誌17巻10号(1998年)35頁  
堀勝弘「社会保障と扶養」ジュリスト1059号(1995年)177頁  
本田純一・目黒裕・横山美智子・島田和夫「契約を福祉サービスに活かすためには」月刊福祉83巻12号(2000年)20頁  
本田純一「成年後見制度の利用上の課題について」月刊福祉2001年7月号16頁  
本間昭子「在宅生活支援サービスと消費者問題」法律のひろば49巻5号(1996年)30頁  
本間昭子「契約書モデルについて」月刊福祉1999年12月号42頁  
前田達明「意思能力・行為能力・権利能力」判例タイムズ446号(1981年)2頁  
前田稔「リーガルサポートと成年後見」ジュリスト1211号(2001年)65頁  
前田稔「法人後見の活用と任意後見契約」実践成年後見3号(2002年)22頁  
前田稔「法人後見の現状」家族<社会と法>20号(2004年)92頁  
前田泰「家族法の観点から見た精神保健法の保護義務者制度(一)(二)」法律のひろば1990年2月号77頁、4月号77頁

前田泰「鑑定」判例タイムズ 972 号(1998 年) 51 頁  
前田泰「意思無能力」法学セミナー45 卷 12 号(2000 年)12 頁  
前田泰「民事精神鑑定の再検討 民法学の立場から」法と精神医療 14 号(2000 年)83 頁  
前田泰「判断力の鑑定・診断」法学セミナー575 号(2002 年) 57 頁  
前田泰「意思無能力」法学セミナー47 卷 12 号(2002 年)43 頁  
前田泰「意思能力の判定と本人の保護 財産取引に関する最近の判決の紹介と検討」小林一俊博士古稀記念論集編集委員会編『財産法諸問題の考察 小林一俊博士古稀記念論集』(酒井書店、2004 年) 47 頁  
マクシミアン・フックス・藤原正則訳「高齢化社会の相続法」信託 221 号(2005 年)250 頁  
升田純「判例から見た高齢者問題」金融法務事情 1352 号(1993 年) 15 頁  
升田純「高齢化社会の到来と現行民法上の問題点」家族<社会と法>12 号(1996 年)123 頁  
升田純「福祉契約サービスにおける『契約』の意義」月刊福祉 83 卷 12 号(2000 年) 20 頁  
町野朔「保護義務者の権利と義務」法と精神医療 3 号(1989 年) 19 頁  
松井秀樹「担い手と費用負担」法学セミナー575 号(2002 年) 60 頁  
松尾和子「無能力者の財産管理制度の現状と課題」民商法雑誌 111 卷 4・5 号(1995 年) 660 頁  
松嶋由紀子「高齢化社会における家族と法 国際家族法学会第 6 回世界会議に世界の動きを見る」法律時報 60 卷 9 号(1989 年)74 頁  
松嶋由紀子「後見法の最近の動向 第六回世界会議の成果」判例タイムズ 683 号(1989 年) 31 頁  
松嶋由紀子「高齢者の財産管理 立法制作への序論」川井健 = 利谷信義 = 三木妙子 = 久貴忠彦 = 野田愛子 = 泉久雄編『講座・現代家族法・第 4 卷・親権・後見・扶養』(日本評論社、1992 年) 121 頁  
松津節子「最近の禁治産・準禁治産事件の現状」ジュリスト 1141 号(1998 年) 80 頁  
松野嘉貞「任意後見契約締結の実情と問題点」ケース研究 270 号(2001 年) 3 頁  
松原一郎「高齢社会と成年後見制度」ノモス(関西大学法学研究所)10 号(1999 年)208 頁  
松村ちづ子「均分相続に対する一考察 「被相続人(親)の面倒を見た」ことの遺産分割における評価について」名古屋大学法政論集 142 卷(1992 年)344 頁  
松本恒雄「未成年者と高齢者の保護」法学セミナー1994 年 6 月号 98 頁  
丸山英二「意思決定能力を欠く患者に対する医療とアメリカ法」法律時報 67 卷 10 号(1995 年) 10 頁  
丸山健「新しい成年後見制度の創設に向けて」N B L 590 号(1996 年)15 頁  
三上徹「高齢者との為替取引・貸金庫(保護預り)取引」銀行法務 21 44 卷 4 号(2000 年)69 頁  
三木妙子「イギリスの判例に現れた高齢者たち 精神能力をめぐって」ケース研究 220 号

(1989年)2頁

三木妙子=今井雅子=鈴木尚子訳「アルバータ州の『成年者援護法』(Dependent Adult Act)」比較法学(早稲田大学)26巻1号(1992年)1頁

三木妙子=今井雅子=鈴木尚子訳「オンタリオ州の『代行決定法』(Substitute Decision Act)」比較法学27巻2号(1994年)181頁

南方暁「成年後見をめぐる比較法的研究 英国における高齢者の財産管理」川井健=利谷信義=三木妙子=久貴忠彦=野田愛子=泉久雄編『講座・現代家族法・第4巻・親権・後見・扶養』(日本評論社、1992年)161頁

水野紀子「民法 progress 講座(2)成年後見制度 その意義と機能と限界について」法学教室218号(1998年)92頁

水野紀子「後見人の身上監護義務」判例タイムズ1030号(2000年)97頁

南本一雄「求められる身上監護の実践と課題」実践成年後見12号(2005年)67頁

三村行高・中須賀隆志・臼井公子・信田肇・新見顕文・濱田泰男・寺島正義「名古屋家庭裁判所における成年後見事件の調査事務の実情 補助開始事件における判断能力についての診断書の内容に疑問がある場合」家庭裁判月報54巻10号(2002年)81

宮下節子「カリフォルニア州の成年後見制度」ケース研究258号(1999年)31頁

村田彰「本人に対する資格制限」判例タイムズ972号(1998年)31頁

村田彰「新しい成年後見制度下における意思能力」NBL784号(2004年)71頁

本沢巳代子「ドイツの公的介護保険」ジュリスト1056号(1994年)111頁

本沢巳代子「福祉」法学セミナー529号(1999年)56頁

本沢巳代子「高齢者・障害者の権利擁護と介護保険 ドイツの世話制度と介護保険の実際を参考として」社会保障法14号(1999年)132頁

本沢巳代子「成年後見と介護保険」民商法雑誌122巻4・5号(2000年)554頁

安永正昭「成年後見法改革の意義」民商法雑誌122巻4・5号(2000年)461頁

安永正昭「成年後見制度(1) 新法成立までの経緯・背景、基本設計」法学教室236号(2000年)42頁

安永正昭「成年後見制度(2) 新しくなった法定後見制度(その1)」法学教室237号(2000年)53頁

安永正昭「成年後見制度(3) 新しくなった法定後見制度(その2)」法学教室238号(2000年)46頁

安永正昭「成年後見制度(4) 任意成年後見制度等」法学教室239号(2000年)54頁

柳澤秀吉「必要品契約」判例タイムズ972号(1998年)25頁

柳澤秀吉「制限能力者の能力 成年後見法の成立を迎えて」法学志林98巻2号(2001年)165頁

谷野昭子「高齢期の消費者被害の現状と権利擁護の課題」法律時報77巻5号(2005年)63頁

矢野和雄「高齢者の財産管理と自己決定権 法律論と現実の狭間で」賃金と社会保障 1147号(1995年)42頁

矢野和雄「高齢者・障害者の権利侵害事例と現行法による対応及び限界」社会保障法 14号(1999年)104頁

山門優「成年後見事件の概況」臨床精神医学 33巻9号(2004年)1115頁

山崎信之「成年後見鑑定における倫理問題 法律行為についての精神能力の判定」臨床精神医学 33巻9号(2004年)1141頁

山下興一郎「利用者支援への挑戦と地域福祉権利擁護事業」月刊福祉 1999年12月号28頁

山下興一郎「社会福祉協議会の地域福祉権利擁護事業 福祉サービス利用者本人の意思決定と生活を支える制度」判例タイムズ 1030号(2000年)203頁

山下興一郎「地域福祉権利擁護事業の全国傾向と展望」月刊福祉 2001年7月号18頁

山下興一郎「公的介護保険制度のしくみと実情」判例タイムズ 1110号(2002年)211頁

山中康夫「身分法の構造と性格 特に財産法体系との関連を問題にして (四)」法律時報 15巻5号(1943年)62頁

山田真紀「家事審判規則等の改正について」法律のひろば 53巻4号(2000年)27頁

山田真紀「後見開始と保佐開始」判例タイムズ 1110号(2002年)223頁

山本巖夫「民事精神鑑定の実情について」法と精神医療 14号(2000年)96頁

山脇貞司「家族の中の高齢者 要介護高齢者をめぐる法と政策を中心に」(特集・家族の変貌と家族法の課題)ジュリスト 1059号(1995年)156頁

山脇貞司・田中克志・志村武「資料『成年後見制度の改正に関する要綱試案』に対する意見書」静岡大学法政研究 3巻2号(1998年)146頁

山脇貞司「フランスにおける高齢者介護と成年後見 国際学術調査における1998年度聞き取り調査報告を兼ねて」静岡大学法政研究 3巻3・4号(1999年)169頁

山脇貞司「老親扶養と公的介護 私的扶養と公的扶助の関係」判例タイムズ 1110号(2002年)215頁

吉田克己「自己決定権と公序 家族・成年後見・脳死」瀬川信久編『私法学の再構築(北海道大学法学部ライブラリー2)』(北海道大学図書刊行会)(1999年)247頁

吉川純「証券取引と成年後見制度」金融法務事情 46巻27号(1998年)42頁

吉川純「新成年後見制度と証券取引」金融法務事情 48巻4号(2000年)11頁

吉田健司「新しい成年後見制度について」ケース研究 264号(2000年)75頁

吉田豊「民法改正(成年後見制度の新設)にあたって(上)」白門(中央大学)52巻5号(2000年)76頁

吉田豊「民法改正(成年後見制度の新設)にあたって(中)」白門 52巻6号(2000年)70頁

吉田豊「民法改正(成年後見制度の新設)にあたって(下)」白門 52巻7号(2000年)48頁

頁

吉野誠「高齢者の財産管理制度と信託銀行の役割」信託法研究 27号(2002年)97頁

吉本俊雄「保護義務者の精神障害者に対する監督責任」判例タイムズ 599号(1986年)6頁

依田精一「地方・寝たきり高齢者の財産管理」医療 14巻3号(1998年)20頁

依田精一「成年後見法(案)と介護保険法」判例タイムズ 972号(1998年)54頁

米倉明「成年後見制度模索の第一歩 はしがきを兼ねて」ジュリスト 972号(1991年)12頁  
(『高齢者財産管理に関する法制の研究( ) 成年後見制度の検討』<トラスト 60, 1991年>1頁以下所収)

米倉明「日本法への示唆 結びを兼ねて」ジュリスト 972号(1991年)50頁(『高齢者財産管理に関する法制の研究( ) 成年後見制度の検討』<トラスト 60, 1991年>110頁以下所収)

米本秀二「ノーマライゼーションの理念と現実」実践成年後見 12号(2005年)5頁

渡辺剛成「高齢化社会の到来と信託」信託 166号(1991年)60頁

渡辺達徳「渡辺道場(10) 話題のその後をフォローせよ [保佐人]」法学セミナー48巻1号(2003年)102頁

渡辺博己「高齢者との保証・担保権設定契約」銀行法務 21 44巻4号(2000年)64頁

渡邊幹典「成年後見制度の到達点と課題」ノモス 12号(2001年)

渡辺泰彦・林貴美・右近潤一「成年後見制度の改正に関する要綱試案に対する法務省民事局参事官室への意見」同志社法学 50巻2号(1998年)683頁

渡辺洋三「現代家族法研究序説 家族法と財産法の関係を中心に」黒木三郎編『山中康夫教授還暦記念論文集 近代法と現代法』(法律文化社、1973年)

#### 引用外国文献一覧

A. L. Moses, Adele J. Pope, "Estate Planning, Disability, and the Durable Power of Attorney." South Carolina Law Review, Vol. 30. 1979, 511-555.

American Bar Association, Guide to Wills & Estates. Second edition, BANDOM HOUSE, 2004.

Andreas Juergens, Betreuungsrecht Kommentar, 1995, C.H.Beck.

Andreas Juergens, Der Betreuer zwischen rechtlicher Vertretung und personlicher Betreuung. BtPrax, 1998, S.129 ff.

Angela Roder, "Betreuungs(case)management –Mehr Professionalitaet und Erfolg im berufsalltag." BtPrax. 2004, S. 87 ff.

Barbara Meredith, The Community Care Handbook. Age Concern England, second ed. 1996.

Bienwald, Werner. *Betreuungsrecht, Kommentar zum BtG/BtBG*, 2. Aufl. Bielefeld 1994.

Brenda Hale, "Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making: The English Perspective." *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol.20, No.1. 1997, 59-75.

Catherine C. Thompson, "The Role of Case managers and Social Workers in the Trust Field." *Trust & Estates*, February 1995, 37-45.

Christine Sellin, Diertrich Engels, "Qualitaet, Aufgabenverteilung und Verfahrensaufwand bei rechtlicher Betreuung." *Bundesanzeiger Verlagsges.mbH.*, Koeln, 2003.

David Carson, "Disabling Progress: The Law Commission's Proposals on Mentally Incapacitated Adults' decision-making." *Journal of Social Welfare and Family Law* 15(5) 1993, 304-320.

David M. English, "The UPC and the new Durable Power." *27 Real Property, Probate and Trust Journal*, Summer 1992, 333-405.

Eberhard Hoefler, "Die Inszenierung von Unterbringungen nach dem Betreuungsgesetz aus Sicht eines Sozialpsychiatrischen Dienstes." *BtPrax*, 1998, S.53 ff.

Eva-Maria Rothenburg, "Wohin geht es mit der Fachlichkeit in der 'gesetzlichen Betreuung?'" *BtPrax*. 2000, S. 200 ff.

Frank Sandlos, "Die Organisation der ambulanten psychiatrischen Behandlung Betreuter." *BtPrax*. 2001, S. 91 ff.

Gerry W. Beyer, *TEACHING MATERIALS ON ESTATE PLANNING*. WEST. 1995.

Gorden R Ashton, *Elder People and the Law*. Butterworths, 1995.

Helmut Coing, *Europaeisches Privatrecht, Band Aelteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*. C.H.Beck, 1985.

Helmut Coing, *Europaeisches Privatrecht, Band 19. Jahrhundert : Ueberblick ueber die Entwicklung des Privatrechts in der ehemals gemeinrechtlichen Laendern*. C.H.Beck, 1989.

James M. Corcoran, JR., "The Revocable, Irrevocable Living Trust for the Incompetent Client." *Trust & Estates*, February 1971, 96-100,151.

Joan M. Krauskopf, Robert N. Brown, Karen L. Tokaraz, Allen P. Bogutz, *ELDERLAW: ADVOCACY FOR THE AGING*. Second ed. Vol. 1. WEST. 1993.

Joan Langan "In the best interest of elderly people? The role of local authorities in handling and safeguarding the personal finances of elderly people with dementia." *Journal of Social Welfare and Family Law*, 19(4), 1997, 463-477.

John Q. La Ford, Debra Srebnik, "The impact of mental healthy advance directives on patient perceptions of coercion in civil commitment and treatment decisions."

International Journal of Law and Psychiatry, Vol.25, Issue 6, 2002, 537-555.

Juergens/Kroeger/Marschner/Winterstein, Das neue Betreuungsrecht, 4. Auflage, C.H.Beck. 1999.

Kenn Tacchino and Norma D. Thomas, "Why Financial Practitioners and Geriatric Care Manager Must Talk to Each Other." *Generations*, Summer 1997, 41-44.

Lawrence A. Frolik, Richard L. Kapran, ELDER LAW IN A NUTSHELL. WEST, 1995.

Law Commission NO. 231, Mental Incapacity, London HMSO 1995.

Law Commission Consultation paper No. 119, Mentally Incapacitated adults and decision-making: A new jurisdiction. London HMSO 1991.

Law Commission Consultation paper No. 128, Mentally Incapacitated adults and decision-making: A new jurisdiction, London HMSO 1993.

Law Commission Consultation paper No. 129, Mentally Incapacitated adults and decision-making: A new jurisdiction, London HMSO 1993.

Law Commission Consultation paper No. 130, Mentally Incapacitated adults and decision-making: A new jurisdiction, London HMSO 1993.

L. Henry Gissel, JR. & Karen R. Schiller, "Trust Made Easy: A Simplified Overview of the Reasons for Creating, Modifying, and Terminating Express Trust." *Probate Law Journal* Vol. 10. 1991, 241-281.

Lynn Hackstaff-Goldis, Susan T. House, "Development of a collaborative geriatric program between the legal system and a social work-directed program of a community hospital." *Social Work in Health Care*, 14(3), 1990, 1-16.

Marc Jacobs, "Possible Uses of Durable Power of Attorney." *Probate Law Journal* Vol. 7 1985, 7-32.

M. J. Gunn, "Mental Health Act Guardianship: Where Now?" *Journal of Social Welfare Law*, 1986, No. 3, 144-152.

Nobeet Nedopli and Karin Banzer, "Outpatient Treatment of Forensic Patients in Germany: Current Structure and Future Developments." *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 19. No. 1. 1996, 75-79.

Palandt/Heinrichs, *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentare*. 57. Aufl. 1998.

Panel Discussion, "Legal Problem of the Aged and Infirm The Durable Power of Attorney Planne Protective services and the Living Will." *13 Real Property, Probate & Trust Journal*, Spring 1988, 1-67.

Phyllis Solomon, "Perceptions of case management from an international perspective." *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 23. No.3-4, 2000, 419-428.

Rainer Pitschas, "Die Betreuung in der "schlanken" Sozialverwaltung-Betreuungsbehörden zwischen Bürokratie und Management."

- BtPrax. 1997, S. 212 ff.
- Ralph M. Enbel, "Estate Planning for the Handicapped." *Trust & Estate*, October 1972, 782-787,830-832.
- Rush R. Longenecker, "Financial and Health Care Planning for The Elderly." *Trust & Estates*, September 1989, 41-54,57-58,71-72.
- Sabine Eichler, "Qualitaetsstandards in der gesetzlichen Betreuung." *BtPrax.* 2001, S.3 ff.
- Salend, Kane, Satz and Pynos, "Elder Abuse Reporting: Limitations of Statute." *Gerontologist* Vol.24, No.1, 1984, 61-69.
- Sanford J. Schlesinger, Barbara J. Scheiner, "Estate Planning Using Power of Attorney." *Trust & Estates* July 1992, 38-44.
- Scott R. Severns, "How Middle-Class Elders Plan Their Estates: An Elder-Law Attorney's Perspective." *Generations*, Fall 1996, 69-71.
- Terry Carney, "Globalisation and guardianship Harmonisation or (postmodern) diversity?" *International Journal of Law and Psychiatry*, 24 2001, 95-116.
- The Report of the House of Lords Select Committee on Medical Ethics, Session 93-94, HL Paper 21- ,London HMSO 1994.
- Walter Zimmermann, *Betreuungsrecht*, 1994. C.H.Beck.
- Werner Bienwald, "Von der lebendigen Betreuung zur toten Betreuungsbuerokratie Ein Zwischenruf zum 'Betreuungsplan' ." *Rpflieger*. 1998, S. 462 ff.
- White Paper, 1978, "Review of the Mental Health Act 1959." Cmnd. 7320.
- White Paper, 1981, "Reform of mental Health Legislation." Cmnd. 8405.
- William M. McGovern, JR., "Trust, Custodianships, and Durable Powers of Attorney." *27 Real Property, Probate and Trust Journal*, Spring 1992, 1-47.
- Winsor C. Schmidt, Jr., "Guardianship Court of Last Resort for the Elderly and Disabled." CAROLINA ACADEMIC PRESS, 1995.
- Wulf Roessler, Hans-Joachim Salize, and Anita Riecher-Roessler, "Changing Patterns of Mental Health Care in Germany." *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 19. No. 3/4. 1996, 391-411.
- W. Roessler, W. Loeffler, B. Faetkenheuer, A. Riecher-Roessler, "Does case management reduce the rehospitalization rate?" *Acta Psychiatrica Scandinavica* 86, 1992, 445-449.

