

ジョージ・ジェイ・アレクサンダー「早期の検認：
高齢者のための後見制度に関する新たな展望」

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-29 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 志村, 武 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008806

ジョージ・ジェイ・アレクサンダー

「早期の検認——高齢者のための後見制度に関する新たな展望」

(PREMATURE PROBATE: A DIFFERENT PERSPECTIVE ON
GUARDIANSHIP FOR THE ELDERLY

George J. Alexander

STANFORD LAW REVIEW [Vol. 31: 1003 July 1979])

志村 武 訳

訳者解題

本稿「早期の検認——高齢者のための後見制度に関する新たな展望」は、ジョージ・ジェイ・アレクサンダー サンタクララ大学教授によってスタンフォード・ロー・レビューの一九七九年七月号に掲載された論文である。

本稿は、まず、意思能力を欠く知的・精神的障害者なかでも高齢者の財産管理 (management of property) に関する既

存の後見制度に内在する欠陥、特に本人の希望がないがしろにされてしまうことを、無能力宣告、本人と申立人との利益相反、デュー・プロセスの限界の観点から詳細に論じている。その上で、このような既存の後見制度に内在する欠陥を克服するための方策として、遺言が遺言者の意思を実現できる制度であることから、被後見人の意思を実現するために遺言に関する手続である検認手続を後見手続の代わりに利用す

早期の検認——高齢者のための後見制度に関する新たな展望

ることを提案する。すなわち、本人自らが能力ある段階で、将来訪れるであろう無能力に備えて自分の財産管理・身上監護を指示しておく文書である「リヴィング・ウィル」を作成しておけば、そもそもそこで指示されているとおりに（本稿でははっきりとは述べられていないが、必要に応じて指名された任意代理人によって）財産管理・身上監護がなされることにより、多くの場合に後見人任命の必要性はなくなる。また仮に後見人が必要とされても後見人はその文書に拘束され、後見人の任命についてもリヴィング・ウィルによって自分の希望を裁判所に伝えることができ、自分が望まないような後見人が付されることを予防できることになる。

さらに、身上監護（management of health needs, health care）についても、自己決定や自律性の見地から、強制的な施設収容や治療は後見人や医師の判断ではなく本人の発病以前の「真の」意思にしたがってのみ正当化されるのであるから、意思表示の手段としてリヴィング・ウィルを利用することの重要性が指摘されている。

本稿の題名「早期の検認」は、本来死亡によって発効する遺言に関する制度である検認制度を、時期尚早ではある

が早期に本人の無能力の段階で発効させることを意味している（第Ⅰ章第C節の冒頭部分の第三文および第四文参照）。早期の検認をリヴィング・ウィルによって可能にし、後見制度を回避することによって、本人の自己決定権ないしは自身に対して責任をもつ権利（the right of individuals to be responsible for themselves）が尊重されることになる点を本稿は強調している。

なお、一般に「リヴィング・ウィル」ということは、一九七六年のクインラン事件以来、末期状態に陥ったときに生命維持治療の中止を求める尊厳死の宣言書の意味で用いられているが、著者は自著「リヴィング・ウィルを書くこと——持続的委任状の利用」（一九八八年）

（"WRITING A LIVING WILL. Using a Durable Power-of-Attorney"）の前書のなかでこのような用法を「狭義のリヴィング・ウィル」と呼び、本来死亡にあたっての広範な財産処分や様々な指示に用いられる「ウィル（遺言）」ということばがこのような限定的な意味で用いられるのは不適切だと述べ、自分は財産管理・身上監護を含む持続的委任状（durable power of attorney）の意味で「リヴィング・ウィル」

を用いていると述べている。

本稿の草案は一九七九年四月二三日と二四日の両日に合衆国下院老化特別委員会が開催した全国精神健康高齢者会議人権擁護対策委員会（議長は著者）で回覧され、同対策委員会は「能力がある段階で無能力の間になされる身上監護・財産管理を司る拘束力ある文書を提出する本人の権利の立法的実現につき適切な立法府が規定するべきである」と提案し、この提案は会議で満場一致で採択された。

著者は、高齢者に関する法の専門家で法学博士（イエール大学、一九六九年）であり、サンタクララ大学法学部長（一九七〇年から一五年間）、全国高齢者法律センター長、アメリカ法律家協会高齢者法律問題委員会委員、アメリカ法律家協会老人法律問題家族法会議議長（約三〇年間）、カリフォルニア法律家協会老人法律問題家族法会議初代議長を歴任。著書に前掲書の他にトラヴィス・ルインとの共著『老人と代理人による管理の必要性』（一九七二年）（"The Aged & the Need for Surrogate Management"）がある。また、合衆国初の身上監護に関する持続的委任状法である一九八三年のカリフォルニア法の法案をカリフォルニア法律改正委員会と

ともに作成した。

日本でも本稿が指摘するのと同様の欠点を後見制度が抱えており、多くの論者によつて本人の自己決定権尊重の見地から成年後見制度整備の必要性が強く指摘されている現在、アメリカ法の整備にとつて一つのきっかけとなったこの分野の代表的な専門家によつて執筆された本稿の翻訳は一参考資料としての存在意義を持つと考える。

なお、原文の脚注については、判例の出典は本文に挿入し、その他は割愛した。また原文中で斜体で強調がなされている語句はゴシック体にした。

本稿の翻訳については、Stanford University-Office of Technology Licensing より一九九六年七月一日付で文書による同意を受けている。

I リヴィング・ウィルと代理人による財産管理

A 現行後見法の欠陥

一 無能力宣告

二 被後見人の希望と利益相反

早期の検認—高齢者のための後見制度に関する新たな展望

B・デュー・プロセスモデルの限界

一・財産剥奪としての代理人による管理

二・生命・自由剥奪としての代理人による管理

C・検認モデル——後見手続の代わりとしてのリヴィング・

ウィルの利用

一・遺言者の意思を表明する検認の方式

二・後見制度への検認法の適用——リヴィング・ウィル

D・リヴィング・ウィルの作成とその執行

一・方式

二・後見人の裁量

三・リヴィング・ウィルに対する異議

II リヴィング・ウィルと代理人による身上監護

A・強制的施設収容の根拠

一・他人に対する危険性

二・自己に対する危険性

B・リヴィング・ウィルの利用

III 結論

「早期の検認——高齢者のための後見制度に関する新たな展望」

本人の身上監護と財産管理は、大部分がその裁量にまかされている。法はこの領域において、ほとんどの人が必要な意思決定をする能力を有していると考えている。しかしながら、その多くが高齢者であるこのような意思決定の能力を欠いている人については、法は後見制度ないしはそれに相当する制度の形態において代理人による管理を付することを規定している。けれども、被後見人の身上ないしは財産にとつて何が最善であるのかということについて後見人の判断をもつて代替するならば、そこに耐え難い濫用の危険性が生じてしまうのである。

後見人は被後見人に代わって被後見人の希望に反する身上監護の決定をする場合がある。たとえば、後見人は被後見人をかれの「保護」のために入院させることがある。病院では電気ショック療法などの被後見人が特に恐れているような治療を行うこともある。あるいは、後見人が、被後見人に自殺

の恐れがあり、他人に対して危険性があると感じる場合には、被後見人を施設に強制収容することもある。

さらに後見人は、所有したり貯金したりする利益を被後見人が享受するのを認めず、任命された管理人からそのような利益を慈善的な施しとして受け取ることを要求するかもしれない。後見人は、被後見人が利益を与えたいと思う人から後見人自身が好む人へと資金の流れを変えてしまうようなやり方で財産管理をするかもしれない。あるいは、被後見人の死亡時に相続される遺産を多く残そうともくろんで、被後見人の出費を制限することもある。

法は代理人による管理を被後見人に対する利益と考えているので、非当事者主義的な構造においてこのような管理を付している。その結果、被後見人の財産に対する請求は表立って提起され裁判所によって判断されることなく、ただ唯一の争点である被後見人の能力に関する訴訟の中に埋没してしまうのである。さらに、能力決定手続において被後見人にとって重要な利益であるゆえに、―デュー・プロセスが認められている訴訟手続が公正さを保障するだろうという推測に基づいて―その手続がデュー・プロセスに対する配慮を伴う

ようになってはいるものの、この保障はあてにならず、ひどく公平を失っている事例が明らかになることも稀ではない。

財産後見と身上後見は多くの共通部分がある反面、この代理人による二つの管理・監護の形態は、それぞれ固有の問題を生じさせているのも事実である。本稿の第一章において、私は財産後見に付随して生じる諸問題を考察し、被後見人の財産的利益の保護のために利用されている方法を吟味する。以上の結論として、検認法から示唆される「リヴィング・ウィル」が現行後見モデルに対する最善の代替手段となることを述べる。第Ⅱ章では、代理人による身上監護によって生じる諸問題―特に強制的施設収容の過度の利用に関する問題―を考察し、結論として、ここでもリヴィング・ウィルが無能力時に自分の治療を決定することを可能ならしめる点を指摘したい。

I リヴィング・ウィルと代理人による財産管理

裕福な人が倒れると、後見手続に内在する起こりうべき個人的悲劇の広がりが増えたと顕現することになる。

一九六四年一〇月にベン・ワインガートは、ほぼ後見制度に相当する財産管理制度のもとに置かれることを命じられた (In re Weingart, No. P-607498 (Super. Ct. Prob. Div. L.A. County, Cal. Oct. 29, 1974))。当時かれは、およそ一五億ドルの評価額の財産を所有していると思われる。代理人による管理を求める申立には、かれは「狡猾で下心ある」人に騙されそうになっているとあり、一六年間同居していた女性の名前が記されていた。ワインガート氏の財産の管理人になることを望んだ申立人たちは、個人的にかれからかなりの額にのぼる借金を負っていたのだった。

裁判所は一九七四年一〇月にかれを一時的財産管理制度のもとに置き、その年の一一月には永続的財産管理制度のもとに置いた。ワインガート氏はいずれの手続にも出席しなかった。かれが欠席する理由として、申立人は、ワインガート氏は中度の脳器質精神症候群を患っており、そのため審理に出席できない旨述べる診断書を裁判所に提出した。任命されるや否や財産管理人は、ワインガート氏と同居していた女性に對するすべての支払を停止し、彼女がかれに会うことを禁じた。また、財産管理人は、財産管理人としての自分たちの管

理下にあったかなりの額の金銭―裁判所に対して財産管理の会計報告をする制約を受ける―を自分たちを受託者とする信託へと移したのであった。

このベン・ワインガートに関する実話には、手続上の不正さ、隠れた利益相反、そして被後見人の希望を悲劇的といえるまでに省みないことが充滿している。ワインガート氏とは異なり、代理人による管理を免れた人は、究極的にはすべての財産を検認手続を経て処分することになる。代理人による管理も検認も主として高齢者に影響を与えることになる。いずれの手続においても配偶者と子供が利益を得ることが多い―代理人による管理では、財産が後に生じる検認を経てこれらの相続人に承継されるように財産を保存したり、場合によっては、被後見人の生存中に相続人に与えられる支給額を増額することによって、利益を与えるのである。しかし、検認とは違って代理人による管理では、以前に被後見人が表明した意思に従うものではないので、被後見人は財産利用のしかたを決定する権利を否定されてしまっているのである。以下本章において私は、たしかに後見手続において手続的デュー・プロセスについての配慮は増大しつつあるが、被後

見人の財産的利益は保護されていないことを主張する。私
は、現行後見モデルの代わりに検認を利用することによつて
より良い結果が得られることを示唆する。このように後見を
検認へと変えるならば、結果の確実性が強調され、被後見人
にとつて何が「最善」であるかといったことから、「リヴィ
ング・ウィル」において明示された限りにおいて被後見人の
以前に述べられた目標を実現することへと核心が移つてゆく
であらう。

A・現行後見法の欠陥

裁判所は本人が自ら適切に世話することができないと判断
した場合、本人を後見に付す。裁判所がこのような決定をし
たときには、被後見人の身上を世話する後見人を任命するこ
とになる。被後見人の財産管理が必要になれば、身上後見人
自身、あるいは裁判所によつて任命された別の者がそれを行
う。身上後見でも財産後見でも被後見人は管理・監護ができ
ないというレッテルを貼られ、被後見人に代わつて被後見人
の最善の利益のために行動する代理人が付されるのである。

しかし、後見法においては、無能力の基準が緩やかであり、
手続保障は幻想にすぎないので、無能力だと申し立てられた
者が依然として財産管理を行うことができるにもかかわらず、
裁判所が無能力認定を行い後見人を任命してしまうことも
多いのが現状である。また、実際に被後見人が無能力であ
り後見人を必要としている場合においてさえ、現行後見法の
もとでは、後見人が被後見人の希望に応じてかれの財産を管
理するという保証はない。そして、裁判所が申立人と被後見
人との間の利益相反を認識できるといふ保証も現行後見法下
ではないのである。本節では私は、以上述べたような後見法
の欠陥について考察することとする。

一・無能力宣告

緩やかな無能力の基準

ワインガート事件に適用されたカリフォルニア州検認法典
は、多くの他州の現行検認法と同様に、緩やかな無能力の基
準によつて代理人が任命されることを許していた。この他州
の現行法で用いられている基準は、改正前のカリフォルニア
法同様、後見手続はもっぱら被後見人の利益となるという確

信を反映していると思われる。たとえば「老齡」という基準のように、個々の基準は緩やかであり、中立的な事実認定よりもむしろ価値判断を奨励する傾向がある。例をあげれば、年齡と機能障害との関係については多くの議論がみられるにもかかわらず、制定法の文語は事実認定者が画一的に年齡と無能力を関連づけるのを許してしまっている。同様に、精神病というつかまえない概念により素人は偏見を抱いてしまうのだが、裁判官や陪審までもがこの言葉が後見による有益だと思われる介入の理由となる場合には、これを最も偏見に満ちた意味で用いてしまっているのである。

手続保障という幻想

他の法域の現行法と同様、カリフォルニア法もワインガート氏に手続保障をあたえていた。しかし、無能力であると申し立てられた者の大部分にとつと同様、ワインガート氏に対してもこの手続保障は何の役にも立たなかったのである。たとえば、カリフォルニア法は、審理に本人が出席すること、申立を争うために弁護士によって代理されること、裁判所によって無能力の決定がなされることにつき特に規定しているが、ワインガート氏は二回の審理のいずれにも出廷せ

ず、申立に異議を述べるはずの弁護士によって代理されていなかったのだ。以下にみるように、かれの事件は典型的なものであった。すなわち、全国高齢者センターの研究によれば、被告の九三パーセントが自分の事件の審理時に裁判所に出廷していなかったということである。おそらく個々の事件における申立人は、ワインガート事件において提出されたのと同様の、被告人は法廷での苛酷な手続に耐えられない旨の診断書を提出したはずである。ある意味では、この診断書こそが無能力の認定を先取りしたとも言えよう。被告人は衰弱しているため審理に出席できない旨の供述に付されている医師の署名こそが、事実審裁判所に提出された最初の無能力の証拠なのである。さらに、全国高齢者センターの研究対象となった被告のうち九六パーセントがワインガート氏と同様、審理において弁護士によって代理されていなかったことがわかっている。能力に関する審理において蚊帳の外に置かれてしまっている被告人となりうる者が、さらに弁護士によって代理されていない状態に甘んじていることがわかっても驚くには値しないのである。

二・被後見人の希望と利益相反

裁判所が被告人を無能力であると適正に判断した場合においてさえ、後見法のもとでは後見人が被告人の希望に従ったり、あるいは裁判所が申立人と被後見人との間に存在する利益相反を認識したりするとは保証されていない。ここでは裁判所が被後見人は現在財産管理をする能力がないと判断すると、他ならぬ被後見人が後見手続の対象となっている金銭を稼いだのであり、財産を所有しているのだということや、被後見人にはその処分について明確かつ適当な計画があるかもしれないということとは、何ら取るに足らないことになってしまうのである。能力があつた時に被後見人は何をしたであろうかという知識が、いま何が被後見人の最善の利益であるのかという問題を解明すると思われるのに、被後見人のお金がいかに使われるべきか決定する責任をもっているのは後見人とそれを監督する裁判所なのである。

さらに、典型的な後見手続においては、将来的に遺産の受益者となるのでその財産を保存したいであろう申立人とその財産から生じる利益を使いたいであろう被後見人となりうべ

き者との間に生じうる利益相反についての認識や対処が、何らみられない。多くの人が誰でも後見人が必要だとの申立を行つて、本人の能力を調べる手続を開始できるのである。典型的な申立人は家族や近親者であり、これらの者は、被告人の死亡時に相続されうる遺産を保存する後見人によつて利益をうける可能性が特に高い者である。数人の競合する受益者が、後に互いの請求がぶつかり合うことを予期しつつも当面遺産の減少を食い止めねばならないという点で一致し、共同で手続を開始することもある。

実際、ワインガート氏の事件に適用されたカリフォルニア州検認法典は、老齢やその他の状態によつて「狡猾で下心ある」人に抵抗できない者に対して、裁判所が財産管理人を任命することを許したのであり、したがつて、多くの他州の現行検認法と同様に、申立人と被後見人となりうべき者の間に存するこの利益相反を裁判所が無視するよう現に促していたのである。一見この種の規定は、衰弱している者は食い物にされてしまう恐れがあるという点を重視しているように思われるのだが、このような懸念についてはおそらく財産管理の失当に関するその他の規定で十分対処できるのであ

う。むしろ、特に「狡猾で下心ある」人に言及していることによつて、被後見人となりうべき者とかれから現に利益を得ている者との關係に裁判所の注意を喚起し、被後見人となりうべき者と申立人との間に存する利益相反から裁判所の注意を逸らしてしまつてゐるのである。かくして、新聞が貪欲な申立人に焦点を当ててワインガート事件の後見手続を報道したのに対して、裁判所はおそらくワインガート氏の年下の同居人が「下心ある」かどうかに注意を集中したのであらうと思われるのである。どちらも被後見人となりうべき者が代理人を必要とするかどうかについて考えてはゐるものの、法は裁判所の考慮事項からかれの利益と利益相反の關係に立ちうる申立人の利益を無視してしまつてゐるように思われる。

結果的に、現行後見法は、あまりにも簡単に裁判所が無能力を認定してしまふ点、そしてたとえ実際に被後見人が無能力だとしても被後見人の希望に従うという保証が見られない点、この二つの点において欠陥を有しているように思われるのである。次節において私は、この現行後見法にみられる欠陥が、合衆国憲法第一四修正のデュー・プロセス条項のもとで治癒されうるのかどうかを考究することとしたい。

B・デュー・プロセスモデルの限界

後見が被後見人に与える効果について考えてみると、後見に付すことを違憲であると判示する判例の少なさに驚かされる。この違憲判決の欠乏には二つの理由が考えられよう。第一に、後見手続は被後見人から財産を剥奪するものだと考えられておらず、まったく反対に被後見人の財産を保護するものだとみなされている点があげられる。第二に、その判断が個人の権利に影響を与える憲法問題に及ぶときに裁判所がよく課しているような保護——通知、審理、そして弁護人を付ける権利——を後見手続においても与えるように制定法が改正されてきている点があげられる。本節で私は、代理人による管理の合憲性を考究することとしたい。代理人による管理は自由剥奪あるいは財産剥奪とみなされうるので、私はこの二つの理論につき代理人による管理の合憲性を考えることとする。

一・財産剥奪としての代理人による管理

代理人による管理を課すことは、合衆国憲法第一四修正の

デュー・プロセス条項のもとではおそらく違憲な財産剥奪とはならないであろう。最近、最高裁判所は生命・自由の利益にかなりの保護を与えてきているのとは対照的に、財産的利益に対してはほとんど保護を与えてきていない。憲法上はデュー・プロセスによって保護されるものとして生命、自由そして財産が同様に規定されているにもかかわらず、少なくとも一九三〇年代後半以来、最高裁判所は生命・自由の關係については個人的公正さに固執する一方で、財産的利益の保護については一般的公正さの保護基準を受け入れてきている。かくして、州は十分な——そして場合によっては非常に詳細な——個人的手続を経てはじめて生命・自由を剥奪することが許されるのに対して、裁判所は財産処分について州の立法府の決定を、その決定が本人に苦難を生じさせうる場合にもその統治下にある集団の全体にとって合理的で基本的な公正なものであるならば、通常有効であるとしている。この結果、代理人による管理が財産剥奪と判断された場合でも、刑事裁判で認められているのと同じ手続保障が存在しないときでさえ、裁判所はこの財産剥奪をおそらく憲法上の許容範囲内であると判示するであろう。州は、相対立する経済上の

考慮事項のバランスを合理的にとることができる一般的な後見制度の枠組みを、単に採用する必要があるにすぎないのである。

二・生命・自由剥奪としての代理人による管理

しかし、個人的正義を伴う生命・自由のデュー・プロセスモデルでさえ、その基準ははつきりせず完全に手続上の証明によって左右されてしまうので、後見手続における公正さを保証するものではない。反ファシスト亡命者合同委員会対マックグラス事件(341 U.S.123(1951))においてフランク・ファーター裁判官が指摘したように、「手続の公正さが『デュー・プロセスの第一義』なのである。デュー・プロセスは物差しではない。それは判断作用を不可避免的に含まざるをえない微妙な過程と調整であり……」

手続的デュー・プロセスは、正義を個人的な特殊事情に合わせていこうとする試みにほかならない。それは本人の良心にとつて不公正であったり、常軌を逸していたり、考えられなかつたりするようなことを禁じるものであり、影響を受け

る本人の個人的な必要と限界に社会の一般的利益を適應させるものである。このような概念は刑事裁判制度の公正さを保障するのに有効であると考えられる。実際、刑事裁判制度は、手続的デュー・プロセスが適用される主要な領域である。起訴された行為に関連する出来事は、すべて過去に起きたものであり、将来的に変化することはないので、誰も将来を予想する必要はないのである。犯罪行為に関する基準は、多くの場合厳格なものである。事実に関する質問は、平均人がその普通の生活において日常的に答えられる質問であることが多い。実質的な争点は十分に明らかにされ、手続的な保護によって公正さが担保されている。しかし、これと同様の手続的な保護であっても後見手続における公正さを担保することはできないのである。ワインガート事件がその痛ましさを示しているように、このような基準があるにもかかわらず、被後見人の希望を他人の判断に従属させてしまうという後見手続に内在する根本的な不公正さは何ら顧みられることなく放置されたままなのである。

さらに、かりに後見制度によって被後見人の意思に近づけると考えることができるとしても、無能力宣告が手続的な保

護によって正確性に資するようになるということは全く考えられない。本節で私は、なぜ後見制度は手続的な保護に適していないのかということについて考えられる二つの理由を論じることとする。第一の理由は、後見手続において用いられている基準は、刑事裁判における基準とは違って限界を画定することができないということである。第二の理由は、刑事裁判制度では既に過去に起きている出来事を調べるのに対して、後見手続における裁判所は将来を予想しなければならぬということである。

漠然とした基準の問題

後見手続において用いられている実体法の基準は曖昧なので、後見手続に手続的デュー・プロセスの分析を効果的に適用することを阻害してしまっている。なかでも特に適切な財産管理能力とは何であるかということに関する基準ははっきりしない。友達や家族の助けを借りて日常生活の様々な問題にどうにか対処できるような人は、一人では対処できないのだから無能力なのだろうか。財産を浪費しないような決定はするのだけれども、以前付されていた財産管理者よりも効果の点で著しく劣る場合、その人は無能力だろうか。その財産

管理の手腕がほとんど下限に近いのならば、その人は以前の能力に関係なく無能力なのだろうか。財産管理についての制定法における「適切に」とは何を意味するのだろうか。生存については別段問題のない者でも、事実審裁判所が妥当だと考える基準を満たさないならば、「不適切に」管理していることになるのか。裁判所は妥当な基準をどうやって決めるのであろうか。

制定法の基準は、機能上の能力について、時々なされる取引において単に注意力を欠いている段階から、長期にわたって食料や医療を手に入れることができない段階にまでわたって、定義することを許しているように思われる。およそいつでも特定の所有者の管理にまざる財産管理人は存在しているものなので、乗り気でない本人にこのような財産管理人をいつ付けるのが妥当であるのかは、はっきりしないのである。

将来の予想に関する問題

たとえ基礎となる基準をはっきりとしたものにする事ができるとしたところで、デュー・プロセスの手統的な保護は依然として公正さを保証できないにちがいない。デュー・プロセスの手法が成功を収めている以前になされた行為に関する

る法領域とは対照的に、後見法は必然的に将来の行為を予想しようとするものだからである。たとえば、典型的な刑事裁判においては、被告人が特定の犯罪行為を行ったのかどうか为中心的な問題となる。たしかに過去の出来事を再構成するのは難しいかもしれないが、将来を予想するよりははるかに容易である。一般に法は将来の行為についての予想に基づいて犯罪行為に関する基準を州が定立することを禁じているのだが、後見制度において中心となる問題は必然的に将来に関するものなのである。裁判所は、被後見人となりうべき者は後見人をつけない場合にどのような管理をするであろうか見きわめるよう求められるのである。以前になされた行動は手続開始の根拠を与え、予測を助けるものではあるが、重要な問題は審理後に被告はどのような行動をするであろうかということなのである。

裁判所は、少なくとも出費を正当と認める裁判においては、将来の行動の予想に関する専門家の助力に頼ることが多い。多くの場合、医師（特に精神科医）と心理学者が証言を行う。問題となっている争点が比較的是っきりとしていると、ききまで当事者によって申請された専門家の証言に非常に大

きな優越性を認めることは、しばしば批判されてきているところである。後見のように争点がはっきりと画定しにくい場合には、専門家の影響はおそらく大きなものとなるであろう。そのうえ、予想のための科学的な根拠が存在しているのかどうかも定かでない。実証的な研究によれば、かなり多くの予想に関する失敗事例が存在している。たとえば、専門家は不可逆的慢性脳精神症候群であるという診断を過度に行っていることが多い。将来の危険性に関する専門家の証言についての最近の再調査では、専門家の予想能力に重大な疑問が投げかけられている。専門家が素人よりも将来の財産管理能力について正確に予想できると信じる理由は何もないのである。

たしかに手続的な保護が厚くなれば、間違った無能力宣告がなされる機会は減るかもしれない。しかし、たとえこの上なく厚い手続的な保護がなされたとしても、無能力宣告はなお不正確でありうる。そもそも不正確であるならば、この騒がしい争いごとの中で被後見人の希望がいつも簡単に敗れ去ってしまう後見制度のもとでは、重大な不公正が生じうることになる。現行後見法は違憲であると断言することはでき

ず、かつその欠点は手続上の方法では治癒できないので、立法府によるより根本的な再構成が必要とされているのである。次節で私は、後見手続の代替手段たりうるものとして検認法について考察することとする。

C・検認モデル―後見手続の代わりとしてのリヴィング・ウィルの利用

高齢の両親や配偶者に対して家族から提起される後見手続は、表面的には検認手続の様相を呈することが多い。裁判官もほとんど検認裁判官であるし、後見手続の参加者は自分を適切に扶養してくれることができないという証拠を財産管理ができない情況証拠として提出する傾向がある。しかし被後見人はまだ生きているのだから、検認は時期尚早であろう。もし仮に、後見手続の問題が伝統的な相続の問題として設定されるとしたならば、論争の大部分は遺言の存在ないしは無遺言相続によって速やかに解決されるであろう。本節において私は、検認法を現行後見法と対比させ、将来の無能力に備えて自分の財産の管理を指示しておくことを本人に認め

る文書である「リヴィング・ウィル」の作成を正当と認める根拠として、立法府は検認法をどのように利用することができるであろうかということにつき示唆しようと試みる。たとえ無能力を宣告することが必然的に不正確であることを免れないとしても、我々はあらゆる場合において、被後見人の希望が他のすべてのものに優先し、はつきりと示されていることを、少なくとも保証することだけはできるのである。

一・遺言者の意思を表明する検認的方式

結果の確実性は、相続法においてかりに最主要ではないとしても一つの重要な特徴である。その結果、強行規定が一般的であり、これと相反する公平の要請に直面した場合でさえこの強行規定は適用される傾向にある。一例をあげれば、モ—ア遺産事件（92 Cal. App.2d 120, 206 P.2d 413 (3d Dist. 1949)）において、カリフォルニア州控訴裁判所は、文末ではなくて文頭に署名がなされている遺言を、その他のすべての制定法上の要件を充足していたにもかかわらず無効と判断した。この文書が被相続人の遺言である点については

疑いはなかったけれども、裁判所はこの遺言の検認手続開始を許可しなかった。裁判所は被相続人の遺産に対して一定の不公平が生じる可能性を認識していたが、次のように述べてより広い観点から正義を考えることに依拠したのであった。「制定法が厳格に解釈されると」長い目で見れば制定法は、詐欺の可能性を排除することにより、その唯一の目的である正義を促進することになる。このように制定法を解釈することは、一つの真面目な目的をぶち壊してしまうとしても、さもなければ可能となり、ある程度は確実に生じうる無数の詐欺を予防することになるのである。」無視されると詐欺防止の利益を重視した起草者の意思を明らかに台無しにしてしまう方式について規定している法においては、これと同様の例は容易に見出されうる。

一見正確な方式にこだわることは、財産所有者の希望の実現を台無しにしてしまうように思われるが、実際にはこのようにこだわる理由は反対のところに存するのかもしれない。一定の結果を規定することにより、正しい方式に従う労をいとわない者には自分の行為の結果がどうなるか確信すること、このような規定は可能にしているのである。この要式性

によって、不公平さに關する相對立する主張が問題として顕在化するのを回避できるのである。方式がそれほど重要でないとするならば、財産所有者の意思表示の正確性とそれと相反する利益とを利益考量する要請に、裁判所は絶えず直面し続けなければならないだろう。しかし、その代わりに裁判所は、たとえどれほどその拒否が「不公平」である可能性を帯びていようと、正しい方式に依っていない文書を拒否することができし、また、たとえどれほどその財産処分が「不公平」である可能性を帯びていようと、正しい方式においてなされている財産所有者の意思表示を受け入れることができるのである。この観点からは、たとえこの事件における「不公平さ」が極端ではあるとしても、モア遺産事件における裁判所の判断を理解することはできるのである。個人的な公平さが、個人の宣告によるよりも、一定の結果へ導く規定によつてもたらされるのは皮肉なことである。

二・後見制度への検認法の適用ーリヴィング・ウィル

検認は、無能力であると申立てられている者に属する財産

を、処分するのにふさわしいモデルであるかもしれない。すでに立法府は、死亡や無能力後の出来事に関する問題を、遺言類似の手続にゆだねている。たとえば、現在州によつては、死亡に際して自分の体やその一部を贈与することが可能である。また、死亡が避けられないときには生命を維持する技術が施されないように指示する、書面による宣言を認めている法域もある。さらに、まだ死亡の時点からはるかに前の段階において、後見人を任命する必要がいやしくもあるならば、後見人を指名している遺言類似の文書を提出することを許している州もある。これらと同様の工夫に、名前を挙げた者に一定の行動を行う権限を委任する委任状がみられるが、このような委任状を認めている州においては、この委任は委任者が後に無能力になつても無効とはならないのである。このような制定法はすべて、後見人選任の裁量を裁判所に残しているが、将来財産管理人が必要になつた場合にその財産管理人に対して取決を提案することによつて、本人が責任をもつことを許しているのである。現在無能力であると申し立てられている者が、まだ能力を有していた段階において自分の財産の処分に關する希望を記録することができた、これらと

同様の工夫が存在するのならば、裁判所は、モア遺産事件裁判所は予防することになると述べたが、今日の後見手続においては確実に生じてしまうであろうような詐欺にかかわらないですむだろう。

検認と後見の対比

検認法と現行後見法を対比すると、その違いは大きい。第一に、被後見人の意思は、被相続人の意思ほどには尊重されない傾向にある。検認においては、遺産に対する法的に執行可能な他者の利益が存在しない限りにおいて、以前に表明された被相続人の希望が遺産分配を支配している。しかし、後見においても、被後見人の真の希望が実現される建前にはなっているものの、実際には被後見人の希望は必ずしも顧みられていないのが実状である。第二に、被相続人は死亡によって自分の財産の享受ができなくなるのに対して、被後見人は法によってできなくなるという点においても検認と後見は異なっている。第三に、検認手続においては、遺言を争う者は相手方当事者として公然と行動するが、後見手続においては、申立人という役割の背後にその利益は隠れてしまいがちである。

早期の検認——高齢者のための後見制度に関する新たな展望

ちである。最後に、第三者は制定法上の利益を主張するのではなく、被相続人の遺産分配の正当性につき一般的に異議をはさめないのに対して、後見においては、以前に「むだな」分配がなされたということだけで、無能力宣告をして被後見人の意思に反対する主たる理由となりうるのである。

検認法と後見法の主要な違いであり、検認法の主たる利点であるのは、後見においては被後見人の意思に必ずしも従わないのに対して、検認裁判所は財産処分に関する被相続人の希望にほとんど干渉しないということである。既に見てきたように、検認法を貫く第一の原則は、遺言者の表明された意思に従うことである。遺言によって、遺産から被相続人によって選ばれた受益者に財産が移転される。遺言能力を有するならば、遺言者は健全な判断だろうと気まぐれだろうと自由に行役できるのである。一定の場合を除いては、裁判所が公平の見地から遺言者の財産処分を見直す、換言すれば、遺言者の判断に代えて裁判所の判断を置き換えるということはない。遺言に名前があがっている人よりも自分のほうが優遇されてしかるべきだったと信じてても、第三者は裁判所の分配に異議を唱えることは許されないのである。

検認とリヴィング・ウィル

検認類似の事前の決定が財産管理を支配するのを認めることの利点と欠点は、遺言が死後の財産の分配を支配するのを認めることのそれと同じである。当然見込み違いの場合もある。このような場合でも、被後見人の富の適切な利用と被後見人が財産管理に手助けを必要とするかどうかを一番理解できる人、すなわち以前の被後見人自身によって、その処分が決定されたことを我々は知っているのである。リヴィング・ウィルで任命された代理管理人は、被後見人の書面による指示によって拘束される。あるいは、特定の事項について文書に書かれていない場合には、代理人は被後見人が意図したであろうと自ら信じるように行動するであろう。無能力者は、このようなことについて人生のより早い時点で、自分が適当だと考えるだけ詳しくはつきりと記載する機会があったであろう。

被相続人同様、無能力者が他人に対して法的義務を負っている場合もある。現行検認法は、この義務を確定するのに役立つだろう。たとえば、債権者が債務者の遺産に対して請

求することができるというのは疑いない。これと同様に、配偶者は遺産に対して夫婦共有財産制によって、あるいは配偶者遺留分によって請求権を有している。州は税金を課するが、これは遺産に対する請求となることもある。生存配偶者や扶養を受けている子に家産権免除を与えたり、配偶者と未成年の子に家族扶養手当を提供したり、他の受益者に優先して配偶者と子のために財産を維持する財産扶養手当免除を一般的に認めたりして、検認法はその他の利益も保護しているのである。

もし法が、将来必要となるかもしれない後見の方向性を指示するリヴィング・ウィルを準備しておくのを本人に認めるのであるならば、現在検認法においてそうであるように、最優先される請求が認められるのを制定法上許すことになるだろう。たとえば、夫が後見のもとにある間、妻を扶養しないならば、州は後見人にその妻を扶養するよう命じるだろう。さらに、被後見人の継続的な必要性を満たすために、被後見人が他人に請求しなければなくなるかもしれない。たとえば、制定法上、親が緊急医療資金を子供に請求することが認められているのが望ましいであろう。とにかく、仮にリ

ヴィング・ウィルに対して現在では被相続人の遺言に対しては認められていない請求を認める選択をする場合でも、立法府は十分な先例を有しているのである。

さらに、リヴィング・ウィルによって無能力宣告は大幅に減少するであろう。統計はなかなか見つからないが、時として無能力宣告手続が相争っている請求者間の財産問題を調整するために不正利用されることがあるという話を耳にする。ワインガート事件は一つの証左である。この事件では、財産管理人の借金とワインガート氏の同居人に対する気前のよさが根底から覆ってしまったのだった。無能力宣告をえても利益を手に入れることができないのならば、宣告手続を提起することは少なくなるであろう。ひょっとしたらリヴィング・ウィルは、無能力宣告手続における当事者の関心を財産を支配することから無能力であると申し立てられている者の福祉へと変えてゆくかもしれない。この本人の福祉は、家族によつて開始された現行後見手続のもつ自分の利益を図ろうとするかのような性質によつて、実際には阻害されてしまいがちな問題なのである。本当に控えめにみても、リヴィング・ウィルは、不正確になることを免れ得ない無能力宣告により

引き起こされる深刻な濫用の可能性を減らしはするであろう。

D・リヴィング・ウィルの作成とその執行

本稿が提案する「リヴィング・ウィル」は、作成者に後見が付されることが必要となった場合にも、その後見の方向性を指示しているであろう。リヴィング・ウィルの執行は、被相続人の遺言に関する法で用いられている方式と同様の方式を満たしているかどうかによつて左右されるだろう。この方式を満たしているときには、作成者はリヴィング・ウィルで表明された希望のとおりになることを確信するだろう。方式に関する一連の要件を満たさねばならないことにより、将来生じうる後見の取決めにおける相対立する利害関係の錯綜ゆえに、リヴィング・ウィルを書くにあたり専門家の助けに依存することが通常促進されるだろう。本節ではリヴィング・ウィルの作成とその執行について考察する。

一・方式

必要な方式や解釈規則といったリヴィング・ウィルの解釈を悩ませ続けることになるであろう多くの問題は、遺言法を参照することによって解決できる。すでにみてきたように、配偶者の相続分ならびに作成者に無視された配偶者と子の利益が争点となつているときには、遺言法が遺産の配偶者遺留分についての良き指針を提供する。たとえば、生存配偶者が被相続人の遺産の一定の相続分につき権利を有するのとまったく同様に、被後見人のつれあいも、たとえリヴィング・ウィルにそう書いてなくとも、被後見人の財産の一部を自分のものにするべきである。しかしながら、作成者の制定法上の扶養義務が配偶者遺留分による収入を超える場合には、被後見人が無能力でなければ当然負担するべき金額なのだから、この収入より大きな扶養義務があさわしいと思われる。

しかし、リヴィング・ウィル作成者はこの文書の規定によつて直接に影響を受けるだろうが、被相続人はその遺言の

指示が実現されても何ら個人的な利益を受けはしない。したがつて、リヴィング・ウィル作成者は、死亡時においてのみ効力を生じる遺言の作成者とは違った関心をその文書について有しているのである。この結果、リヴィング・ウィルに要求される方式は、被相続人が作成した遺言に適用される方式とはややかけ離れたものになるべきなのである。まず第一に、リヴィング・ウィル作成者はリヴィング・ウィルを公的機関に提出するよう奨励されるべきであり、この提出行為によつて当該文書に異議申立をする可能性のある者に法的拘束力ある通知がなされたことになるべきである。第二に、作成者がリヴィング・ウィルをその発効前に変更することを許す手続が確立されるべきである。こうすることによつて、機能衰弱の表われかもしれない行き過ぎや不当威圧だと思われることに関係者が異議を申し立てることができるようになるだろう。さらに、こうすることによつて、遺言が作成され提出された後、十分な期間の経過までに異議が提出されないときは当該リヴィング・ウィルが有効に作成されたとみなすのも役立つだろう。

プライヴァシーに配慮すれば、リヴィング・ウィルの内容

ではなくて提出があつたという事実だけが公表されることになる。開示を広く認めれば家族の和が崩壊しかねず、リヴィング・ウィルの修正を働きかける反対意見の持ち主によって圧力が加えられるのを歓迎する作成者はほとんどいないだろう。しかしながら、提案されている処分が、混乱やその他の機能的な衰退を示している場合もありうるので、極端な場合には、裁判所は非公開で検査した後、他人による当該文書の閲覧を許可する権限をもつべきであろう。提出要件と被相続人の遺言に関する法原則を充足するために、変更と撤回が要求されることもあろう。

二・後見人の裁量

リヴィング・ウィルは、作成者の全財産を処分するものである必要はない。たとえば、リヴィング・ウィルは、家族のある者が現在の仕事を続けるべきであるとか、株券明細一覧表を管理するべきであるとか規定することができよう。また子供が着手するだろう事業について子供を援助するかしないかについても規定できよう。さらに、愛する者の扶養について

て明記してもよいし、作成者にとって特に重要な特定の財産を後見人が処分するのを禁じることもできよう。管理を任せる者や任せない者の名前をあげたり、一定の者に対しては、ただ制限された管理のみを特定して任せることもできよう。しかし、リヴィング・ウィルがどれほど詳細に規定しても、決定されていない多くの事柄を残さざるをえない。したがって、必然的に大きな裁量の余地が後見人のもとへ移るだろう。その結果、案として後見人にふさわしい者の名前をリストの形で指名する規定は、裁判所によって後見人として望ましくないおそれのある者が任命されてしまうのを回避するために、詳細に規定することに劣らず、おそらく決定的に重要であろう。他の規定の具体的な指示を前提として、代理人は自分が作成者の意思だろうと推測することを思いのままに補充することが許されるだろう。

三・リヴィング・ウィルに対する異議

被相続人の遺言と同様に、第三者は文書作成時に作成者は無能力であつた、あるいは不当威圧を受けていたという理由

でリヴィング・ウィルに異議を述べることができよう。しかしながら、このようなリヴィング・ウィルに対する異議は被相続人の遺言に対する異議同様、受け入れられないことが一般的であろう。

法は、有効であるためには遺言は作成者が能力ある間に作成されねばならないことを要求している。作成時に作成者自身が能力について疑いを抱いていたことがリヴィング・ウィル作成の動機となったのかもしれないという主張もありうるが、一般にただリヴィング・ウィル作成の行為があつたというだけで、裁判所は作成者を無能力であると認定するべきではないだろう。より正確に言えば、リヴィング・ウィル能力のテストは、実際そうであるように、検認法上の問題であるべきなのである。そこで用いられている能力のテストは、十分な年齢、自分の行動の性質を理解する能力、自分の財産の性質および存在場所を憶えており理解する能力、そして作成者の施しを要求する権利を持ち、かつその利益が当該リヴィング・ウィルによって影響を受ける人と自分との間の関係を思い出し理解する能力である。作成者の無能力を理由としてリヴィング・ウィルの検認に異議を申し立てても、ほとんど

受け入れられない。一般に文書作成後に時間の経過があつたならば、文書作成時に作成者は能力を有していたという情況証拠としては十分であろう。「孤立した行動、ささいな性格上の欠点、特異な性質、道德的精神的異常、あるいは常軌を逸脱していること」だけでは、無能力の証明としては不十分である。同様に、財産所有者の希望に従うためにリヴィング・ウィルについて寛大な取り扱いがなされるべきである。

さらに第三者が、文書の作成者は通常十分な機能を有しているが不当威圧を受けており、したがって、リヴィング・ウィルは否認されるべきだと主張することもある。リヴィング・ウィルが利用できるようになれば、不当威圧について心配する人に、ちょうど現在でも後見手続を開始したり、みさかいなくなされた贈与に異議を述べたりするように、作成された文書について異議を述べる動機を与えることになるだろう。このような人によって作成後すぐに異議申立がなされないならば、やはり作成者の能力が証明されたと考えるべきであろう。

第三者がリヴィング・ウィル作成者の能力に異議をはさむときには、ちょうど被相続人の遺言に関する同様の事例にこ

の法理を適用しているように、裁判所は代行判断法理―被後見人は能力があるならば何を欲するだろうかを決定しようとする試み―を適用すべきである。私見によれば、何が自分以外の他人の最善の利益となるのか決定するという確信のもない慈善であるという点で、無能力に関する不十分な現行法と共通点があるものの、代行判断法理を用いることは本人の希望を全く無視するよりは望ましいと思われる。たしかに欠点はあるけれど、代行判断は被後見人の意思を完全に無視するよりはましなのである。たとえリヴィング・ウィルが直接の効力を否定されたとしても、その条項は代行判断に関する決定の手がかりとなりうるだろう。

Ⅱ リヴィング・ウィルと代理人による身上監護

本稿ではこれまでのところ、主に高齢者の財産処分の問題を取り扱ってきた。後見は代理人による高齢者の身上監護のためにも利用できる。強制的介入の一形式として、あらゆる種類のこのような「保護的」サービスは驚くべき潜在性を秘めているのである。手元に比較するデータがないが、身上後

見、なかでも入院という結果を生ぜしめる身上後見は財産後見よりも個人の自律性に対する侵害の度合いが大きいことが被後見人にはわかっていると思われる。この推測が当たっているのがいいが、強制的な入院は致命的になりかねないことを経験的証拠は示唆している。ペンジャミン・ローズ研究所は、保護的サービスの有効性に関する研究において、強制的に入院させられた患者がそうでない集団をとりわけ強制的に入院させられた患者がどれだけ長く生きていたか決定するために比較した。その結果、強制的に入院させられた集団はそうでない集団よりも早く死ぬということが指摘された。この研究によつて、特に高齢者は居住地を強制的に変えられると憤慨するし、強制入院は非常に大きな不安を生み出すという一般に認識されている考えが示されたのだった。

本章において私は、身上監護のために高齢者を強制的に施設収容するのに用いられている根拠の正当性を考察し、リヴィング・ウィルによつて本人は自分が無能力になって以後の身上監護の性質をいかに決定することができるだろうかという問題につき論じることとしたい。

A・強制的施設収容の根拠

医療を提供するために強制的な介入が必要であるかどうかという決定は、財産管理に用いられている基準と極めて似ているか、あるいは全く同じ基準のもとでなされるのが普通である。その結果、財産管理のための後見の決定にまつわる気まぐれさは、身上監護のための決定をも悩ませることになる。被後見人の世話の必要性に関する医師の証言は、金銭的にみさかいないことについての医療上の予想よりも、はるかに疑いなくその専門知識の領域に属すると思われるっており、したがって、おそらく裁判所によってより大きな優越性を与えられているので、専門家の証言によってもたらされるゆがみはより大きなものになってしまうのである。被後見人に提供されうる身上監護に関する証言はたしかに医師の専門知識の範疇に属するが、治療を提供するために強制的な介入が必要とされているかどうかという問題は、財産管理の事例にみられるのと同様の予想という問題を生ぜしめる。裁判所にはこの二つの問題を区別するのが難しいので、医師の証言に過

度の優越性を与えてしまうのである。

後見人が任命された場合に、後見人が被後見人に提供する身上監護は、単なる食物と必要に応じた薬の供給から被後見人の強制的施設収容にまでおよぶ。身上後見人の介入によって保護される利益は、財産管理の事例で保護される利益よりも幾分複雑である。被後見人が自分自身の不注意のため自ら必要とするものを入手できないことのないように保護すること——最善の利益の基準——に加えて、被後見人が自殺をしたり他人を傷つけたりしないよう特別の配慮がなされるかもしれない。後見法はこの配慮を明示的に後見人に課してはいないが、民事施設収容法はこの配慮を施設収容の根拠として認めることにより、この三つの配慮すべてに対する社会の利益を反映しているのである。本節において私は、自己あるいは他人にとって危険であるので、高齢者を強制的に施設収容すること——他人からの重要な請求を生ぜしめるので、本稿の被後見人の自己決定に関する考察を複雑なものにしてしまう根拠——の正当性について考察することとする。

一・他人に対する危険性

第三者から提起される最も正当であることが明白な請求は、被後見人が他人に対して危険であると思われるということである。危険であるときみなされて施設収容された者は、公共の安全を考慮して施設収容された面があると言つても過言ではない。しかしながら、この種の施設収容は最近とみに強い批判にさらされてきている。精神科医は、未入所患者の持つ暴力の可能性を予想するよう求められたときは危険であると予想し、その結果、患者を性質のはつきりしない病院に拘束して安全を手に入れたという強い動機があると論者は指摘している。精神科医の証言の信頼性にまつわる疑問にもかかわらず州の公共の安全への懸念は変わらないものの、強制的施設収容は行き過ぎの感があることをこの疑問は確かに示している。

その上、将来の危険の恐れがあるという理由で入院させるのなら、刑事上の予防拘禁（将来の犯罪の恐れを理由とする拘束）と同じことである。しかし、ある人が将来危険であるかもしれないと信じられるからといって、刑事罰を与えるた

めの受け入れられる根拠にはならない。治療上の理由づけについては、危険であるというのは病気ではないし、危険な人は「治療可能」ではないかもしれないから、民事領域における州の主張を正当化するのに役立たない。危険であると考えられる人を拘束することによって、はたして治療によって利益を得られるのかどうかを吟味せずに、州は公共の福祉のために拘禁されている人で精神病院をいっぱいにしているのである。

さらに、この問題に関する利益が錯綜している結果、カリフォルニア州のランターマン・ペトリス略式法のような変則的な法が生み出されてきている。同法では精神健康施設への入所に適した者を「法に関する」公務員が選び、医師がその者の危険性を「診断」しなければならぬ。訴追するよりも治療したほうがよいとの最初の決定は、精神健康審査を開始する法的訓練経験者によってなされ、それから医師が危険性の有無を決定するよう求められるのである。換言すれば、治療の決定は法的訓練経験者によってなされ、犯罪性の問題は医師に任せられているのである。

以上のような問題があるために、他人に対する危険性を理

由とする施設収容は評判を落としつつある。法と精神健康の問題に関するカリフォルニア法律家委員会の研究のような最近の学際的な研究によれば、他人に対する危険性は施設収容の正当な根拠ではないという結論が導かれている。公衆の保護に関する州の利益は、より伝統的な刑事法上の過程において満たされうるのである。

二・自己に対する危険性

自殺に対する社会的憂慮は、いささか異なった問題を生じさせている。ある人がいつ他人に対して危険であるか精神科医は信頼できるように予想できないという証拠は、表向きには自己に対する危険を予想する精神科医の能力まで取り扱っているわけではない。もっとも、この二つは一般に密接な関係があると考えられているかもしれない。ともかくも、精神科医の自殺予想の信頼可能性を示す研究が不足している。しかし、ランターマン・ペトリス略式法採用後のカリフォルニア州法の変化によって、この種の精神科医の予想に対する若干の洞察が得られのである。この法律制定以前には、自殺の

恐れがあると考えられる患者を社会復帰の治療が終了するまで強制拘束することができた。この法律のもとでは、緊急の六二時間が経過した後は、最初の強制的施設収容は三〇日に限定され、その後さらに拘束を続けるためには法的手続が必要とされている。ランターマン・ペトリス略式法の追跡調査によれば、再度の証明が求められるのは非常にまれであり、患者はごく日常的に拘束を解かれているのである。にもかかわらず、この研究によれば、拘束を解かれた者で自殺をした者はいないのである。限られたデータではあるが、このデータから、強制的施設収容―特に長期の強制的施設収容―は自殺防止という社会目的を達成するためには必要ではなかったということがわかる。

さらに、自殺に対する社会的憂慮は、本人にとって直ちに致命的ではないものの危険性は証明されているその他の行為に対する社会のどっちつかずの態度とは一貫性を欠いている。たとえば、喫煙は致命的だと公に非難されているが違法ではないし、同様にサッカリンは発癌性物質であるかもしれないという懸念があるにもかかわらず、一般的に入手可能である。治療を受けるか拒否するかにつき、人は通常自由に選

択できるというのは本当である。このような選択権は個人の自由のために日常的に与えられているものである。

さらにまた、州は死を防止する利益を有しているかもしれないが、本人は自分の寿命を決定できる確固とした哲学的権利を有しているのである。なかには絶対的な死ぬ権利を主張している者さえいる。回復の望みが失われた後の生命維持装置の停止を本人が命ずることを許す多数の制定法にみられるように、一定の場合において多くの者はこのような権利を主張している。法と精神健康の問題に関するカリフォルニア法律家委員会は強制拘束の正当事由として自殺の危険性を拒否している。

けれども、自殺防止のために本人を施設収容するにあつたては、その本人の「真の」希望に基づいて行動しているのだと州は主張するかもしれない。すなわち、施設収容させられた患者による自律性の主張に依つて、患者は病気がなければ介入を望んだであろうと州は反論するかもしれない。このような場合における介入のための唯一の理論的根拠が患者の「真の」意思であり、ただこの正当化だけが本人の自律性が社会が信じることに矛盾しないのである。そうであるなら

ば、この意思を発見するためにより大きな努力が払われねばならないのである。精神病の発病以前に作成された患者が実際に介入を望んでいるかどうか明確に述べる文書によつて、その患者が施設収容されるかどうかが決定されるべきである。次節で私は、リヴィング・ウイルがこのような文書としてどのように役立つだろうかという点について検討する。

B・リヴィング・ウイルの利用

能力がある状態で作成されたリヴィング・ウイルによつて、被後見人を強制的に治療できるかどうかが決定されるべきである。リヴィング・ウイルを利用すれば、被後見人は能力あるうちに治療が自分の最善の利益であるか否かを決定できることになる。法と精神健康の問題に関するカリフォルニア法律家委員会によつて強制的介入のための唯一の正当な基準として承認された基準のもとでは、医師は、自己や他人に対する将来の危険性を予想したり扱ったりするよりも、患者に影響を与える情緒状態の治療可能性に取り組むよう要請されている。患者を治療するためには能力がある状態でなされ

たその患者の治療の決定に関する知識が必要であるから、この知識を提供するリヴィング・ウィルによって、治療提供を決めることができるだろう。また、治療のための入院を恐れるよりも不合理な行動によって自分の地位や雇用をあやうくするのを恐れるような人々は、リヴィング・ウィルを使うことによって治療に対して前もって同意を与えることができるであろう。このような人々は入院手続を短縮し早期治療を容易にするために文書を提出するであろう。

財産管理の文書としてのリヴィング・ウィルを困難なものにしている実際上の問題は、将来の医療的介入の限界を設定しようとする試みに付随する困難に比べれば大したことではない。治療の形態は刻一刻と根本的に変化するし、施設の質と療法の形態もまた変化を免れない。この時の経過によってもたらされる変化によく耐えることは、ただリヴィング・ウィルであらゆる種類の治療につき無条件に同意したり拒否したりすることによってのみ可能であるように思われる。それでもなお、包括的ではない文書によっても何らかの利益をうることはできるのである。たとえば、電気ショック療法をひどく怖がっており、それが行われないように特に定めるこ

とを望む者もいよう。同様に、向精神薬を忌み嫌う者や、精神外科に特に魅力を感じない者もいれば、感じる者もいよう。たとえば、強制入院はその形態のいかんにかかわらず三ヶ月に制限されねばならないと定めて、強制治療のなされる期間を制限したい者もいれば、できるならばある施設に入りたい、あるいは入りたくないと表明する者もいるであろう。

将来の医療的介入を制御する拘束力ある文書を提出できることの重要性は、この文書によって、本人は制御権を自らの手に取り戻し、かくして年をとった時に圧倒的な力によって完全に支配されてしまうという不安の生じる可能性を減少できる点にある。すべての可能な代替策を考慮したり、治療における進歩を反映したりすることができないので、この文書は恐らく不完全なものになるであろう。しかし、このことは自分自身に対して責任をもてるというこの文書が人々に与える可能性に比べればさして重要ではないはずである。

Ⅲ 結論

リヴィング・ウィルに必要な立法を採用しても、当然試験的なものになるだろう。そこで要求されている文書を作成しない人も多数いるだろう。リヴィング・ウィルを作成しない人は、その法律の改正によって影響を受けることはないであろう。最初から制定法を利用する少数の人の存在により、立法府はこの立法の結果を検討することができようであろう。あるいはリヴィング・ウィルに規定されている管理や監護の枠組みが、子供や親や配偶者などにとって不公平であるということがわかるかもしれない。けれどもこれは遺言についても同様に当てはまることである。遺言は不公平であるかもしれないが、本人が自ら選択することを規定できる重要性はこれに勝るのであり、まったく同じことがリヴィング・ウィルについてもいえるであろう。

リヴィング・ウィルを提案する最大の利点は、その判断がもはや信用できない生存中の人間の財産と身上について何をなすべきであるかという問題を、確実にその無能力者の最善の利益を考えながらその問題に対処するだろう一人の人間

—他ならぬ以前の本人自身—の手に委ねることができる点にある。少なくともリヴィング・ウィルを利用すれば、貪欲が支配し、被後見人が慈善の名のもとに財産を奪われてしまうような実例を裁判手続において目にすることはなくなるであろう。リヴィング・ウィルは、最も適切な財産処分は何であるかということについての疑念を取り除き、かくして被後見人の最善の利益を決定しようとして現在裁判所と親類が負わされている負担を軽減することになるであろう。リヴィング・ウィルは、年をとると自分の生命を支配する他人に圧倒されてしまうのではないかと心配している者に、きつと実感できる利益を与えるだろう。将来の身上監護の方向性と財産の利用について決定する権利は、本人が有している自分自身に対して責任をもつ権利に重要な一要素を付け加えることになるだろう。

〔後記〕 本翻訳は、公益信託 甘粕記念信託研究助成基金による研究助成の成果の一部である。