

意思決定支援をめぐる近時の動向

——成年後見制度との関係を中心に——

上 山 泰

1. はじめに

「障害者の権利に関する条約¹⁾ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities)」(以下、単に「条約」) 12条²⁾ は、判断能力が不十分な者に対する法的な支援の枠組みについて、「代理・代行決定 (substituted decision-making) から意思決定支援 (支援を得た意思決定・支援付き意思決定: supported decision-making) へのパラダイムシフト」を求めている。これは、本条2項が、締約国に対し「障害者が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力 (legal capacity) を享有すること」を認めるように要求していることの帰結である。ここでは、障害者の法的位置づけが、従来の恩恵的な「保護の客体」から自律的な「権利の主体」へと転換されて

1) 本条約は国連総会において2006年12月13日に採択され、2008年5月3日に発効した。わが国も2007年9月28日に本条約に署名している。その後、わが国では、「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律」の制定等の国内法の整備を経て、2014年1月20日に批准を行い、同年2月19日に発効した。

2) これまで筆者は、本条の成立過程とその後の実施状況 (障害者権利委員会による国際モニタリング等) を踏まえて、わが国の民法上の諸制度と本条との整合性について成年後見制度を中心に検討してきた (上山泰「現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約12条の整合性」法政大学大原社会問題研究所=菅富美枝編『成年後見制度の新たなランド・デザイン』(法政大学出版局、2013) 39頁、同「障害者権利条約の視点からみた民法上の障害者の位置づけ」論究ジュリスト8号 (2014) 42頁、同「法的能力の平等と成年後見」法学セミナー745号 (2017) 50頁、同「法的能力」長瀬修・川島聡編『障害者権利条約の実施』(信山社、2018) 193頁等)。条約に関する本稿の叙述もこれらと一部重複することをお断りしておく。

いる点が特に重要である。そして、この文脈での権利主体性を担保する法的能力の射程をめぐって、条約の制定過程を含め、一貫して議論の焦点となってきた問題が、成年後見人等による他者決定を基盤とする法定後見制度 (guardianship)³⁾ の条約整合性である⁴⁾。なぜなら、権利行使の主体という観

- 3) 本人の事前的自己決定に基づく任意後見制度は12条に抵触しないとの理解が国際的にも通説であり、異論はほとんど見られない。しかし私見は、本稿で論じる意思決定支援の発想を突き詰めていけば、支援者の具体的な権限行使時点での「本人の現実の意思」が「本人の事前的自己決定 (から推定される意思)」に優先される可能性を考慮すべきと考えており、こうした通説的理解とはやや異なる立場を採っている (上山泰「任意後見契約の優越的地位について」筑波ロー・ジャーナル11号 (2012) 97頁参照)。本稿ではこの問題を取り上げる余裕はないが、任意後見契約については、リビング・ウィル等のアドバンス・ディレクティブ (事前指示 [書]) に関する議論も視野に入れつつ、その拘束力の限界について議論を深める余地が残されていると思われる。少なくともアドバンス・ディレクティブの場合、その仕組みの本質上、①アドバンス・ディレクティブが保障しようとする事前的自己決定が将来における自己の現実の意思を拘束する (これと対立する) ものであること、②事前的自己決定の内容を実現するためには、他者の解釈を含む介入が必要となることを踏まえて、意思決定支援との整合性を考える必要がある (たとえば、丸祐一「プリコミットメントから見たアドバンス・ディレクティブ」仲正昌樹編『法における「主体」の問題』(御茶の水書房、2013) 276頁は、「アドバンス・ディレクティブについては、患者の自律が直接的に確保されるのではなく、「拡張された自律の原理」によって基礎づけられていると分析されている。というのも、アドバンス・ディレクティブが保障しようとする自律性は、患者が自律的に判断できなくなった将来に実現されるべき自律性であり、それは、誰か別の人がその患者の意志を尊重することによってはじめて確保される自律性だからである。」と指摘する。)。なお、生命倫理学の領域では、事前指示作成者との拘束を現に受ける時点での認知症患者との人格的同一性の有無等の観点等から、事前指示の拘束力が議論されている。これに関連する R・ドゥオーキン、M・クヴァンテ、R・ドレッサー等の議論を簡明に紹介するものとして、日笠晴香「一つの人生か別の人格か—事前指示の有効性をめぐって」医学哲学医学倫理25号 (2007) 41頁がある。
- 4) 近年では両者の整合性を論じる文献が多数出現している。後に参照する菅富美枝、佐藤彰一両教授の業績のほか、池原毅和「法的能力」松井亮輔・川島聡編『概説障害者権利条約』(法律文化社、2010) 183頁を嚆矢に、田山輝明編『成年後見制度と障害者権利条約』(三省堂、2012)、新井誠「障害者権利条約と成年後見法」実践成年後見41号 (2012) 頁、清水恵介「障害者権利条約からみた日本の成年後見制度の課題」実践成年後見61号 (2016) 71頁、同「障害者権利条約と民法理論」成年後見法研究14号 (2017) 40頁、久須本かおり「障害者福祉施設における虐待の防止と障害者の意思決定支援について (1) (2・完)」愛知大学法経論集211号 (2017) 1頁、212号 (2017) 73頁、新村繁文「障害者権利条約批准と権利擁護システムの再構築 (1) (2) (3) (4・完)」福島大学行政社会論集28巻3号 (2016) 35頁、28巻4号 (2016) 85頁、29巻1号 (2016) 37頁、29巻2号 (2016) 37頁、橋本有生「法定後見をめぐる比較法的研究」二宮周平編集代表『現代家族法講座 第4巻 後見・扶養』(日本評論社、2020) 87頁等、枚挙に暇がない。

点から意思決定支援と伝統的な法定後見とを単純に対比した場合、前者が本人による自己決定を支えるための仕組みであるのに対して、後者は支援者による他者決定の仕組みであり、両者は完全に別種の仕組みとして位置づけられるからである。

さて、こうした両者の異質性を強調して、「代理・代行決定から意思決定支援へのパラダイムシフト」という図式を極限まで推し進めようとした場合、①「条約はあらゆるタイプの代理・代行決定の可能性を排除しているから、意思決定支援の仕組みに完全に転換しなければならない」という考え方（意思決定支援一元化論）に行き着くことになる。これが現在の国際モニタリングにおいて障害者権利委員会が採用している立場であり、後述する「一般的意見第1号（General comment No.1）」⁵⁾に明確に示されている。

これに対して、意思決定支援を原則としつつ（意思決定支援の代理・代行決定に対する優先性を承認しつつ）、判断能力不十分者の権利擁護に関して、いわゆる弱いパターンリズムによって正当化される代理・代行決定の可能性を一定の範囲で容認する考え方がある。この考え方をあえて強引に図式化すれば、さらに次の二つの立場に分類できる。一つは、②「本人意思の尊重を代理・代行決定の基準とすることで、代理・代行決定を意思決定支援の一種として位置づける方向性を示す」ものである。法定後見における本人意思の尊重の仕組み（後見人等の選任時における本人の陳述聴取の機会、民法858条等が規定する本人意思尊重義務、補助開始要件としての本人の同意等の必要性など）の存在を強調して、後見類型を含めて現行制度が条約12条に抵触していないとの前提に固執した日本政府の第1回報告書（Initial report：政府訳では「包括的な最初の報告」）の立場を強いて善解すれば、こうした理解に近いものと考えられるかもしれない。もう一つは、③「意思決定支援と代理・代行決定を理念的に明確に区分し、意思決定支援の原則的な優先性を承認したうえで、必要最小限の最後の手段としてのみ例外的に代理・

5) <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>（2020年7月26日最終閲覧）。

代行決定の余地を容認する方向性を示す」ものである。私見は従来からこの立場をとっている。また、「成年後見制度の利用の促進に関する法律」(以下、「利用促進法」)に基づく、近年のわが国の政策も、先の第1回報告書の見解を少しずつ離れて、この考え方と親和的な方向に動きつつあるようにも思われる。そこで本稿では、条約成立時の議論から近時の利用促進法をめぐる政策動向までを振り返りながら、法学的な観点から意思決定支援の意義を考察してみたい。まずは、この前提となる条約12条の規範内容について概観しておこう。

2. 障害者権利条約をめぐる動向

(1) 条約起草過程⁶⁾

12条の起草における最大の争点は、①制限行為能力制度の許容性と②法定代理権制度の許容性の二点にあった。まず、①に関しては、法的能力の平等の射程が、権利能力 (capacity for rights) にとどまり、行為能力の一定の合理的な制限を許すのか (行為能力制限容認説)、あるいは、行為能力 (capacity to act) の完全平等にまで及び、障害を理由とする行為能力の制限を一切許さないのか (行為能力制限完全禁止説) という形で、各国政府代表の見解が二分された。この対立は根深く、完全な合意は最後まで得られず、明文上はいずれの解釈も成立しうる玉虫色の規定ぶりとなった。もっとも、条約の制定過程の詳細 (特別委員会第6回会期に提出された国連高等弁務官事務所のレポート (“Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights —Legal capacity—”⁷⁾) の内容や女子差別撤廃条約15条の参照等の事実) を見る限り、12条の法的能力の射程にはわが国でいう行為能力が含まれていると考えるのが妥当であ

6) 詳細については、上山 (2013)・前掲注 (2) 54-89頁参照。

7) <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm> (2020年7月26日最終閲覧)。
本レポートの概要については、上山 (2013)・前掲注 (2) 71-73頁参照。

る。したがって、本条の解釈としては、行為能力制限完全禁止説を出発点としたうえで、なおごく例外的に行為能力制限を認める余地があるか否かを検討するというスタンスがもっとも穏当であるように思われる。

他方、②については、政府代表と障害当事者団体との間の意見対立が顕著であった。細かくみれば、条文の文言の具体的な規定ぶりについては、政府代表間でも、意思決定支援へのパラダイム転換をより強調するために、「法定代理人・代行決定権者（personal representative）」という用語を条約に明記すべきでないとする立場（カナダ、オーストラリア等）と、法定代理人等の必要性を強調するために、この文言を条文に明記すべきとする立場（セルビア、アフリカ諸国等）に割れていた。しかし、意思決定支援の代行決定に対する原則的な優越性を認めたくて、なお最後の手段としての代行決定は容認すべきと考える点では、各国の共通認識があったといえる（代行決定容認説）。これに対して、障害当事者団体側は「0から100%の支援」という標語の下に、代理・代行決定の仕組みを廃絶して、意思決定支援の仕組みに完全に転換させることを要求した（代行決定完全禁止説）。最終的には、法定代理人・代行決定権者という用語を条文から外す一方で、意思決定支援という用語も明文化しないという形で、ここでもまた玉虫色の決着が図られたが、交渉経緯からみれば、条文の立案は代行決定容認説に基づくものであり、この時点では法定代理人の選任可能性が完全に否定されていたとは考えにくい⁸⁾。

（2）一般的意見第1号

このように、少なくとも条約成立時点における12条のいわば立法者意思は、行為能力の制限については否定に傾く一方で、法定代理人の選任可能性までを完全に否定していたとは言いがたく、結局、本人の保護を図るために必要最小限の最後の手段としての代理・代行決定の余地を残していたものと理解

8) 川島聡「障害者権利条約12条解釈に関する一考察」実践成年後見51号（2014）71頁以下も同旨と思われる。

することができる。しかし、条約の実施段階、すなわち障害者権利委員会による国際モニタリングの段階に至って、12条の解釈はきわめて重大な転換を遂げることになった。すなわち、障害者権利委員会は、条約交渉過程において障害当事者団体が主張していた代行決定完全禁止説の立場に基づいて国際モニタリングの実施に臨んだわけである。ところが、先述のように12条の射程に関する各国政府の理解には相当の温度差があったものの、少なくとも最後の手段としての法定代理の可能性までは否定されていないとの共通理解に立っていたため、モニタリングの対象となった国のすべてが12条違反の勧告を受ける事態が生じたわけである。これにいわば業を煮やす形で2014年4月11日に委員会によって採択されたのが、同条の公式の解釈指針である一般的意見第1号である。

こうした背景を受けて、一般的意見は、まずその冒頭部において、「これまでに審査を受けた多数の締約国の政府報告書を踏まえて、委員会は、条約12条における締約国の義務の正確な射程について一般的な誤解があることを認める。実際、人権基底的な障害モデルは代理・代行決定のパラダイムからの意思決定支援パラダイムへの移行を含意しているということが、一般的には理解され損なってきた。本意見の目的は、12条の種々の構成要素に由来する一般的義務を探求することである。」(para.3)と指摘する。

そして、この上で12条の射程に関して、次のような重要な指摘を行っている。第1に、法的能力の概念整理である。法的能力には法的な行為能力(legal capacity to act)が含まれている。これは、取引に参加し、法律関係を創設、変更、終了させる権限を持つ主体としての地位を人に承認する能力である(para.12)。法的能力は意思決定能力(mental capacity)と概念的に区別される必要がある。なぜなら、前者が権利・義務を保有する能力(わが国の権利能力)とこれらの権利・義務を行使する能力(わが国の行為能力)を指すのに対して、後者はある人の意思決定のスキルに関するものであり、当然、その能力は人によって異なるし、たとえ同一人であっても環境的な要因や社会的な要因等によって変動する可能性があるからである。したがって、条約12

条の下では、法的能力を否定するための正当化事由として意思決定能力の不足を用いることは許されず (para.13)、締約国は、目的または効果の面で障害に基づく差別となる法的能力を否定する仕組みを廃止しなければならない (para.25)。

第2に、代理・代行決定の仕組みに関する共通要素の指摘である。代理・代行決定には全面後見 (plenary guardianship)、限定後見 (partial guardianship)、司法手続による禁治産宣告 (judicial interdiction) 等の多種多様な形態があるが、そこには3つの共通点がある。すなわち、①たとえ単一の決定だけに関するものであるとしても、本人から法的能力を剥奪する。②本人以外の者によって、代理・代行決定権者が選任され、かつ、この選任が本人の意思に反しても行われうる。③代理・代行決定権者の行うあらゆる決定が、本人自身の意思や選好にではなく、本人の客観的な「最善の利益」であると信じられているものに基づいている (para.27)。

第3に、意思決定支援への一元化要請である。意思決定支援へのパラダイムシフトに関する締約国の義務は、代理・代行決定の廃止とその代替策である意思決定支援の仕組みの開発の双方を要請するものである。したがって、代理・代行決定の仕組みを併存させつつ、意思決定支援の仕組みを発展させていくという形では、条約12条の要請を満たすには不十分である (para.28) とする。

第4に、条約12条に適合的な意思決定支援の仕組みに必須となる諸条件の例示である。一般的意見は、意思決定支援の仕組みを構築するにあたっては、次の条件を満たすことが必須であると指摘する。すなわち、①すべての人が利用可能でなければならない、支援ニーズの程度が意思決定支援を得る障壁となってはならない。②法的能力の行使面でのすべての支援は、本人の客観的な最善の利益にではなく、本人の意思と選好 (will and preferences) に基づくものでなければならない。③本人のコミュニケーションの様式が意思決定支援を得る障壁となってはならない。④本人が正式に選任した支援者の法的承認を利用できなければならない。ここには、第三者に対する支援者の身分

証明の仕組みと、支援者の行動に対する第三者の異議申立ての仕組みが含まれる必要がある。⑤12条3項との関係で、支援は無償あるいはごくわずかの料金で利用できなければならず、財源不足が意思決定支援を得る障壁となつてはならない。⑥意思決定支援が、選挙権、婚姻もしくはパートナーシップを結ぶ権利、家族を形成する権利、リプロダクティブ・ライツ、親権、親密な関係及び医療行為に対する同意権、自由を享有する権利等の本人の基本的権利を制限するための正当化事由として利用されてはならない。⑦本人には、いつでも、支援を拒否し、支援関係を終了もしくは変更する権利が認められなければならない。⑧本人の意思と選好の尊重を保障するためのセーフガードが、法的能力とその行使における支援に関わるあらゆるプロセスについて設けられなければならない。⑨法的能力の行使面での支援の提供は、意思決定能力の評価によって決定されてはならない。この判断基準については、支援のニーズに関する新しい非差別的な指標が必要である (para.29)。

このように、一般的意見は12条の解釈について明確に行為能力制限完全禁止説及び代行決定完全禁止説の立場をとり、最後の手段としての必要最小限の範囲での代理・代行決定の仕組みと意思決定支援とを併存させることすら認めず⁹⁾、判断能力不十分者に対する法的支援の枠組みから一切の代理・代行決定的な要素を排除して、意思決定支援の仕組みに全面的に転換しないかぎり、条約12条への抵触が生じると考えているわけである。加えて、2013年10月21日付のオーストラリアに対する総括所見が示すように、最後の手段としての代理・代行決定の仕組みを残す方向での12条に対する例外的取扱い、締約国による解釈宣言を通じても許されないものとされている。障害者権利

9) たとえばチェコは、条約の明確な影響下で、2014年1月1日施行の新民法典において意思決定支援制度(チェコ民法45-48条)を明文化した(サンドル・グルバイ(菅富美枝訳)「ハンガリーとチェコ共和国における民法改正の動向」法政大学大原社会問題研究所=菅富美枝編・前掲注(2)339-367頁参照)。しかし、2015年5月15日付の同国への総括所見(Concluding observations: 政府訳では「最終見解」)は、同国の新民法典に限定後見(partial guardianship)制度が残っており、行為能力制限の余地があることに懸念を表し、12条と完全に調和するように民法典を再改正することを要請した。

委員会がこうしたきわめて厳格な審査基準でモニタリングを行っている一方で、法制度としての意思決定支援のスキームが国際的にも確立しているわけではない¹⁰⁾（委員会自体、先述の抽象的な要素を列挙するにとどまっており、具体的なスキームを明示しているわけではない）こともあり、現在に至るまで、国際モニタリングにおいて12条に関して条約に完全に適合する旨の評価を得た国は現れていない¹¹⁾。

（3）日本政府による第1回報告書

条約の締約国は障害者権利委員会に定期的に政府報告を行い、そのモニタリングを受けることが義務づけられている（条約35条）。第1回の政府報告は条約発効後2年以内に行う必要があるため、2014年に条約が発効したわが国についても既にモニタリングの手続が進んでいる。具体的には、わが国は2016年6月に第1回報告書¹²⁾を委員会に提出しており、2019年にはこれを受けた障害者権利委員会からの事前質問事項（list of issues）も提示されている。なお、当事国の障害当事者団体等の市民社会組織（Civil Society Organization）によるパラレル・レポート（政府報告書を補完する役割を持つ）

10) たとえば、ミハエル・ガナー（藤原正則訳）「成年者保護の比較法的展望と意思決定支援のいくつかのモデル」成年後見法研究13号（2016）39頁が、現存する法制度としての意思決定支援のスキームをいくつか紹介している。しかし、そこで紹介されている各制度の法的効果の射程や機能、当該国における同制度の法的な体系的な位置づけは、実はかなり多様であり、こうしたスキームが必ずしも直ちにわが国の法定後見制度の代替策たりうるわけではない。

11) なお、2018年の民法改正によって、ペルーが障害を理由とする法定後見制度を廃止し、障害者の民事領域における法的能力の制限を原則的に撤廃するとともに、従来の法定後見の仕組みに代えて、意思決定支援の仕組みである「支援（apoyo）」を導入した。この新法は、国連人権理事会の「障害者の権利」特別報告者 Catalina Devandas や世界精神医療ユーザー・サバイバーネットワークの Tina Minkowitz 等からも高く評価されるなど、現時点で条約12条に最も整合的な法制度と考えられていることから、ペルーに対する2回目の国際モニタリングの結果が目玉される。こうしたペルーの新民法の概要については、上山（2018）・前掲注（2）195-6頁参照。

12) 第1回報告書については、英語正文、日本語仮訳の双方が外務省サイトの障害者権利条約のページに掲載されている（https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinken/index_shogaisha.html（2020年7月26日最終閲覧））。

は、日本の場合、8団体（日本障害フォーラム、日本弁護士連合会等）から提出されているようである。

この報告書では、条約12条に関して11項目の意見を付している。その特徴は、現行の法定後見制度は条約に抵触しないとの法務省の認識¹³⁾を基本的な前提とする点にある。現行制度が持つ条約との親和性の要素として報告書が挙げるのは、①後見・保佐・補助の3類型による本人の能力の程度に応じた利用可能性の担保（para.75）、②法定後見における本人意思の尊重の仕組み（後見人等の選任時における本人の陳述聴取の機会、民法858条等が規定する本人意思尊重義務、補助開始要件としての本人の同意等の必要性など）（para.76）、③成年後見人等の法的権限（代理権・取消権・同意権）の範囲の民法による明確な画定、及び、保佐・補助における事案に応じた法的権限付与の弾力性と当該権限の付与（保佐の同意権・取消権の拡張を除く）に対する本人の同意の必要性（para.77）、④司法機関である家庭裁判所による後見人等の監督体制の整備、及び、本人の判断能力回復時の法定後見終了の仕組み（para.78）、⑤虐待事案における本人保護の実効性（para.80）等である。さらに報告書は、現行制度が12条に適合するという理解を前提に、現行制度の利用促進の仕組み（障害者総合支援法に基づく成年後見制度利用支援事業、精神保健福祉法に基づく法定後見の市町村長申立て）と実際の利用の伸長を肯定的に記述している（para.79、81、82）。

他方、現行制度の課題については、12条の項目の最後になお書きの形式で、「意思決定の支援及び法的能力の行使を支援する社会的枠組みの構築が急務である。また、成年後見制度のうち、特に代行型の枠組みである後見類型の運用に当たっては、最良の支援を提供しても、なお法的能力の行使が困難な場合に本人の権利と利益を守るための最終手段として利用されるべきもので

13) 本文中で挙げた本人の利益保護のための各種措置によって、本人の権利、意思及び選好の尊重（12条4項）が図られているとした上で、重度認知症患者等の本人の意思決定が事実上不可能な場合にまで法定代理権を否定すると、本人は事実上何らの法律行為ができないことになりかねず、かえって本人の保護に欠けるおそれがあると主張する。ただし、制限行為能力制度の正当化根拠への言及は見当たらない。

あり、かつ、代理人が本人に代わって意思決定をする場合にも、法の趣旨に則り、できる限り本人の意思を尊重するよう制度運用の改善を図る必要がある。また、家庭裁判所の成年後見人の監督業務の負担の在り方についても課題が共有された。(より詳しくは、付属文書を参照のこと)」(para.83) 旨の指摘が、障害者政策委員会からあったと述べるにとどまっている¹⁴⁾。

なお、法定後見以外については、⑥憲法13条による個人の尊重の規定、及び、これを受けた障害者基本法3条による障害者の個人の尊厳の基本原則としての位置づけ (para.73)、⑩民法3条による権利能力の完全平等の保障 (para.74)、障害者総合支援法に基づく基本相談支援の実施 (para.81) が指摘されている。

(4) 障害者権利委員会からの事前質問事項

こうした日本政府の報告書に対し、障害者権利委員会からは、事前質問事項¹⁵⁾として、以下の3点について講じた措置に関する情報提供が求められた。

すなわち、①「障害者が法律の前にひとしく認められる権利を制限するいかなる法律も撤廃すること。また、民法典の改正によるものを含め法的枠組み及び実践を本条約に沿ったものとする。事実上の後見制度を廃止すること。また、代理・代行決定を意思決定支援(支援を得た意思決定)へと置き換えること。」、②「法的能力の行使に当たって障害者が必要とする支援を障害者に提供すること。」、③「全ての障害者が法律の前にひとしく認められる権利及び全ての障害者が意思決定のための支援を受ける権利について意識の向上を図ること。特に、障害者とその家族、司法の専門家、政策立案者及び障害者のためにあるいは障害者と共に行動するサービス提供者を対象とするもの。」である。

14) ただし、付属文書として添付された「障害者政策委員会による議論の整理」では、現行制度(特に後見類型)の条約抵触可能性を含めた問題点や、意思決定支援の体制づくりの必要性が言及されている。

15) 事前質問事項についても前掲注(12)に示した外務省サイトに英文及び和文仮訳の双方が掲載されている。

(5) 小 括

徹底した意思決定支援一元化論の立場から条約12条を理解する障害者権利委員会の問題意識と、代理・代行決定に基盤を置く現行の法定後見制度が12条と整合的であるという理解を大前提とする日本政府の報告書の記載内容は完全にすれ違っている。報告書の視点からすれば、1999年の民法改正に際して、自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション等の新しい理念を導入し、具体的な規定の次元でも民法858条の本人意思尊重義務等を整備したことによって、現行制度は十分に本人の意思を尊重した仕組みとなっており、12条との抵触は生じないという主張になる。しかし、現行制度のスキームは、本人の意思を、基本的には支援者の他者決定における考慮要素として位置づけており、本人自身の意思決定がそのまま法的な効果に直結しているわけではない（ただし、この例外といえる民法9条但書き、15条2項、17条2項、876条の4等の存在にも留意する必要がある）。別の言い方をすれば、構造的には、本人は依然として支援者による保護の客体であり、権利行使の主体性を（少なくとも形式上は）完全に回復しているわけではない。委員会の理解からすれば、「必要なサポートを得たうえで本人自らが主体として意思決定を行う」という自己決定の構図が看取できない以上、報告書の回答は事実上のゼロ回答と映ることになろう。この結果、委員会からの事前質問事項は、（委員会が寄って立つ一般的意見1号を前提とするなら）本来、日本政府があらかじめ報告書の中で回答しておくべきことが繰り返された形になっている。両者の12条理解がもともと対極にあるため仕方のないこととはいえ、少なくともここまでの両者のやりとりは建設的対話とはいえない状況にあるといえるだろう。

3. 私見による意思決定支援の位置づけ

(1) 意思決定支援の基本的要素

さて、私見¹⁶⁾からみると、障害者権利委員会と報告書のいずれの見解も、判断能力不十分者の支援と保護における自己決定と他者決定の位置づけがいささか極端なものであるように感じられる。今のところ私見は、主に菅富美枝¹⁷⁾、佐藤彰一¹⁸⁾の両教授の見解を踏まえる形で、意思決定支援の位置づけについて、次のように考えている¹⁹⁾。

まず、意思決定支援という考え方の大前提となるのは、認知症や知的障害等の有無にかかわらず、「あらゆる人に意思決定の能力がある（と推定すべき）」という認識である（能力存在推定原則）。これにより、本人の原則的な位置づけが、支援者の代理・代行決定に基づく保護の「客体」から、自らの権利の行使の「主体」へと逆転する。同時に、支援者の役割もまた、本人が

16) 私見の詳細については、上山泰「意思決定支援と成年後見制度」実践成年後見64号（2016）45頁、同「意思決定支援の意義と課題」実践成年後見75号（2018）46頁、同「意思決定支援と成年後見制度」日本社会福祉士会編『意思決定支援実践ハンドブック』（民事法研究会、2019）6頁を参照されたい。

17) 菅の議論については、菅富美枝『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』（ミネルヴァ書房、2010）、同『新消費者法研究』（成文堂、2018）、同「「意思決定支援」の観点からみた成年後見制度の再考」法政大学大原社会問題研究所＝菅富美枝編・前掲注（2）217頁、同「民法858条における本人意思尊重義務の解釈」名古屋大学法政論集250号（2013）129頁、同「支援付き意思決定と成年後見制度」成年後見法研究12号（2015）177頁等を参照。

18) 佐藤の議論については、佐藤彰一「「意思決定支援」は可能か」法哲学年報2016（2017）57-71頁、同「意思決定支援を法学的視点から解説する」日本福祉大学権利擁護研究センター監修『権利擁護がわかる意思決定支援』（ミネルヴァ書房、2018）141頁を参照。

19) なお、本稿では紙幅の都合上から十分な応接ができていないが、意思決定支援の理論的整理にあたっては、社会福祉学における石川時子の一連の研究（石川時子「パターンリズムの概念とその正当化基準」社会福祉学48巻1号（2007）5頁、同「能力としての自律」社会福祉学50巻2号（2009）5頁、同「ソーシャルワークにおける自己決定原理の考察」社会福祉52号（2011）111頁、同「社会福祉における「誘導」とリバタリアン・パターンリズム論の近似性」社会福祉53号（2012）45頁からも重要な示唆が得られると思われる。

自ら意思決定しやすい「環境」を整備することが基本となる。これが、条約12条の求めるパラダイムシフトの核心である。こうした理解を前提とするならば、意思決定支援の具体的な手法は、意思決定に必要な情報を本人が理解しやすい形で提供することを始めとして、本人の任意の意思を引き出すための外部的な条件の整備が中核となる。ここでの「環境」には、「支援者の態度」、「支援者との信頼関係」、「意思決定の物理的環境（本人が慣れ親しんでいる場所などの意思を示しやすい場所の選択）」、「本人の意識がもっとも清明なタイミングを選ぶ等の時間的要素」等が広く含まれていると理解すべきであろう。

こうした支援者の意思決定支援の結果、本人自身による意思決定が実現した場合、当然ながら、そこでは本人の意思（will）や選好（preference）等の主観的な価値観が意思決定の内容に直接反映されていることになる（ただし、ここで表示された意思や、さらにはこの個別具体的な意思の前提をなす選好の形成に対して、後述の支援者による誘導的要素が潜在していることに留意する必要がある。）。このとき、仮に決定内容が支援者の個人的な価値観や社会の一般的な価値観からは不合理にみえるとしても、本人の視点からは一定の合理性が認められる限り、その決定は原則的に尊重されなければならない（愚行権²⁰⁾の承認）。たとえば、本人の意向や欲求が成年後見人の価値観に反していたとしても、これだけを理由として、取消権を行使したり、あるいは、意思決定支援の取り組みを打ち切って、法定代理権の行使に切り替えてしまったりすることは許されない。

意思決定支援が本人と支援者とのコミュニケーションの一種である以上、両者は常に相互に影響を与え合う関係にあるため、本人の意思決定の内容に支援者が何らかの影響を及ぼす可能性を完全には排除できない（後述する「意思決定支援の誘導的要素」）。他方で、支援者の独断に基づく恣意的な意思決定の誘導は厳に排除される必要がある。そこで必須となるのが、本人と関わ

20) 愚行権については、加藤尚武『現代倫理学入門』（講談社、1997）177-183頁参照。

りのある複数の支援者を意思決定支援のプロセスに関与させることである。これによって、各支援者の個人的な価値観や思い込みなどを相対化するとともに、本人の真意を様々な角度から確認し、これを検証できる体制（支援チーム）づくりを促進していくことが可能となる。こうしたチームによる支援の手法は、意思決定支援の実現可能性が尽きた場合の最後の手段としての代行決定（法定代理権等の行使）の場面においても基本になると考えるべきであろう。なお、本人が意思決定しやすい環境づくりという視点からすれば、具体的な意思決定支援の場面では、本人が一番信頼している者や本人を熟知している者に全面にでもらい、代行決定に対する法的権限を持つ成年後見人等はむしろ一歩引いた形でチーム全体の運営を支える役割を担う方がよいこともあると思われる。支援者と被支援者は一般に構造的な支配関係に陥りやすいが、（少なくとも法形式上は）最終的な法的決定権限を持つ成年後見人等が支援者である場合には、この構造がより強化されるリスクがあり、後述の不当な誘導も起きやすくなる点に配慮する必要があるからである。なお、施設入所者の意思決定支援をその施設の運営事業者や職員らが行うときのように、意思決定支援が構造的な利益相反関係のある当事者のもとで行われる場合にも同質のリスクがあることに留意すべきであろう。

さて、意思決定支援を原則とするといっても、これによってやみくもに自己決定を強制する結果を招いてしまっただけでは本末転倒である。自己決定は誰にとっても相当の心理的負担を伴うものであり、外部からの一方的な自己決定の強制はかえって意思決定の意欲を失わせかねないし、支援者による不当な意思誘導にもつながりやすくなるからである。また、意思決定支援の結果を、単純な「自己決定＝自己責任」の図式で理解することは誤りである。意思決定支援の手法には常に一定の誘導的要素ないし共同決定的要素が潜在しているといえる。したがって、意思決定支援の成果である本人の自己決定の中にも、本人と支援者との共同決定の要素が含まれているとみるべきだからである。裏を返せば、本人の自己決定であることのみを理由として、支援者が自己の法的な責任を回避することは許されないと考えるべきであろう。

後述のように、意思決定支援を行う支援者が成年後見人である場合には、最後の手段としての代行決定（法定代理権等の行使）への切り替えが問題となる。このとき、切り替えの主たる判断要素は、本人の能力よりも、むしろ支援者の能力の点にあるとみるべきであろう。たとえば、意思決定支援が困難な場合、その理由を安易に本人の意思決定能力の不足に求めるのではなく、まずは支援者側に本人の意思を受け取る能力が欠けていることを疑うべきである（短絡的に、本人に「意思決定する能力がない」ことに理由を求めるのではなく、むしろ支援者側に「意思決定を支援できる能力がない」可能性を考えることから出発するべきである）。この点は、たとえば自閉傾向の強い本人を支援する場面を想定すればわかりやすいが、本人の判断能力が同一であっても、支援者側のスキルや本人との信頼関係の程度差によって、意思決定支援の成否が大きく影響されることに留意すべきである。また、そもそも意思決定支援という手法が、本人との信頼関係の存在や支援者側の一定のコミュニケーション・スキル等を前提としていることを忘れてはならない。

しかし、この一方において、現実の意思決定が不可能な状況にある者（遷延性意識障害の状態にある者等）が現に存在する事実はやはり見落とすべきではないと思われる。この者の保護は究極的には弱いパターンリズムによって正当化を図らざるをえないであろう。つまり、最後の手段としては代理・代行決定による保護を許容すべきである。このとき、最後の手段として代理・代行決定を行う支援者が、本人の推定的意思を可能な限り追求すべきことはいうまでもないが、しかし、このときに推定をしている主体はあくまでも支援者（＝本人から見た他者）である以上、これは意思決定支援ではなく、他者決定である代理・代行決定の一種として位置づけるべきである。

（2）意思決定支援における意思誘導要素

意思決定支援の考察に当たっては、パターンリズムの意義を正当に評価する必要がある。まず、私見のように最後の手段としての代理・代行決定の余地を認める限り、その正当化原理である弱いパターンリズムを判断能力不十

分者に対する法的支援の領域から完全に排除することはできない。しかし、本稿が主張したい点は、さらにこの点を超えて、そもそも意思決定支援という手法の中にも弱いパターンリズムの援用を要する意思誘導的な要素が潜在しており、意思決定支援の全体を純粋に本人の自己決定権のみから正当化することは困難ではないのかという点である²¹⁾。私見によれば、そもそも、裸の意思決定支援、つまり支援者個人の価値観からも社会一般の価値観からも完全に価値中立的な形での意思決定支援は実現不可能である。たとえば現実成立可能な選択肢の提示は、それが恣意的なものでない限り、意思決定支援の範疇として認められるべきであるが、このとき、理論的に成立可能な全ての選択肢を提示することは現実的ではないし、選択肢の提示という手法が、複雑性を縮減して、決定を容易にすることを目的にしたものである以上、理論的にも本末転倒となる²²⁾。これを厳密にみれば、提示された選択肢の絞り込みの過程において、それが意図的か否かに関わらず、常に何らかの支援者による誘導的要素（＝パターンリズム要素）が潜在していることになるはずである。したがって、ここで最終的に問われるべきは、誘導それ自体の是非ではなく、誘導の恣意性の有無とその方向性の是非であろう。念のために付言すれば、私見は、本人の主観の外にある特定の価値基準に基づく支援者の積極的な誘導を推奨しているわけではなく、単に、①意思決定支援に潜在する誘導のリスクを支援者が明確に自覚する必要があることと、②意思決定支援の実践に当たっては、こうした誘導の完全な回避の不可能性を仮定したう

21) 石川（2012）・前掲注（19）47頁以下も指摘するように、対話とコミュニケーションによって成立する意思決定支援という手法に構造的に潜在する誘導的要素と、これに伴うある種のパターンリズムを看過して、単純な自己決定の範疇でとらえることには問題があるといえる。意思決定支援の原理的な正当化に際しては、前掲注（19）に挙げた石川の一連の研究で分析されている「自律を尊重するパターンリズム」、「マターナリズム」、「リバタリアン・パターンリズム」等の議論と意思決定支援の理念との関係性について、法学の観点からも詳細な検討が必要であるように思われる。

22) 一般に人間は選択肢が多くなるほど決定＝選択が困難となるため、選択肢の増加が常に本人の利益につながるわけではない。この点に関する有名なジャムの法則（多すぎる選択肢の問題）に関する実験について、シーナ・アイエンガー（櫻井祐子訳）『選択の科学〔文庫版〕』（文藝春秋、2014）259-311頁参照。

えで、恣意的ないし不当な誘導を排除するための方策の1つとして「許されう誘導」の方向性を大まかにでも示す必要があることを指摘しているにすぎない。むろん後者については慎重な議論が必要だが、さしあたり次の2つを挙げておきたい。1つは、意思決定支援をわが国の法秩序の中に位置づけようとする限り、憲法上の基本的人権を始めとする既存の法的な価値体系に違背する方向への誘導は原則的に認められないものと思われる。もう1つは、意思決定支援を本人の尊厳を守る権利擁護の仕組みとしてとらえるならば、「本人の生活の質(QOL)の維持・向上」をその目的の1つとして含めうるように思われる。もちろん、ここでの本人のQOL向上の有無は原則的に本人の主観的価値に依拠した形で判断されるべきである。しかし、次の2つの場面では、本人のナマの意向や欲求に反する誘導的介入を例外的に認めてもよいと考える。第1に、本人の意向や欲求が法秩序に違背する場合である。第2に、本人の意向や欲求の実現が本人の自己決定権の直接的な喪失を招く場合である。意思決定支援が基本的には本人の自己決定権を正当化原理とし、これを保障しようとするものである以上、これを全面的に放棄する旨の本人の意思を尊重することは背理と思われるからである。具体的には、本人の自己決定権を将来にわたって大きく制約するような「取り返しのつかない一回的な意思決定」を支援することは回避されるべきである。たとえば極例だが、自殺や全財産の放棄に向けた意思決定支援は、第1の観点のみならず、この第2の観点からも許されないと見える。

以上に論じた誘導的要素の存在は、短絡的な自己決定=自己責任論の排除をも要請する。なぜなら、意思決定支援を通じた本人の意思決定の中に、支援者による意思誘導的な干渉の痕跡が認められる限り、当該意思決定をすべて本人の自己責任として説明することは不当だからである。この点については、民法96条が詐欺・強迫という不当な意思誘導に基づく意思決定を瑕疵ある意思表示として取り消すことを認めていること(自己責任的拘束力からの離脱可能性の容認)が示唆的であろう。もっとも、こうした要請を具体的な法律効果の次元にどのように反映すべきか(たとえば、本人、意思決定支援

者、意思決定の相手方等の法律関係をどのように整理するか等)については、今後さらに慎重な考察が必要になると思われる。

(3) 成年後見人による意思決定支援

成年後見人による意思決定支援には2つの大きな特徴がある。まず1つは、民法858条の本人意思尊重義務との関係で、成年後見人には意思決定支援の実行が法的に義務付けられていると考える余地がある点である²³⁾。もう1つは、現行法上、成年後見人には法定代理権等の代行決定権限があるため、本人の権利擁護にあたって、意思決定支援の手法と代行決定の手法を適切に使い分けることが必要となる点である。ここで障害者権利条約を踏まえた民法858条の解釈をするならば、後見人の職務も意思決定支援(第1ステージの支援)を原則としたうえで、後見人に与えられた法定代理権等の代行決定権限の行使(第2ステージの支援)は、本人の権利擁護のための最後の手段である例外的なものとして位置づけ直されることになるだろう。もちろん、後者の第2ステージの支援の場面でも、代行決定の指針は原則的に本人の主観的価値に置かれなければならない。すなわち、本人の推定的意思あるいは主観的ベスト・インタレストが決定内容の原則的な判断基準となる。ただし、この内容が明らかに取り返しのつかない重大な危害を本人に与える場合や、本人の主観的価値を推定することが著しく困難である場合等については、例外的に客観的ベスト・インタレストに基づく代行決定も許容されると思われる。すなわち、この場合は、生命や健康の維持等の社会の一般的な価値観に基づく介入が正当化されることになる。これをまとめるならば、成年後見人等による介入は、まず原則である①「第1ステージの支援=意思決定支援」と、例外である「第2ステージの支援(法的権限による支援=後見人特有の他者決定型の支援)」とに大きく区分される。そして、さらに後者の第2ス

23) これに対して、成年後見人等以外の者による意思決定支援(による介入)は、本人と支援者との間に介入を正当化する契約関係がある場合を除けば、通常は民法697条以下の事務管理によって正当化が図られることになると思われる。

テージは、②「2-A = 推定的意思ないし主観的ベスト・インタレストによる代理・代行決定」と、③「2-B = 客観的ベストインタレストによる代理・代行決定」の2つの段階に区別されると考えるわけである（優先関係は、①>②>③となる）。

なお、第2ステージへの移行は特定の課題について例外的・単発的に許されるにすぎず、特定の事項（たとえば特養への入所決定）についてやむを得ず法定代理権を行使したとしても、その後の他の支援は再び第1ステージに回帰し、意思決定支援によって行われるべきである。つまり、第2ステージへの移行を一定の判断能力を基準とした一方通行であると見誤ってはならない。

こうした第1ステージと第2ステージの不断の往還プロセスは、支援の常時継続性を本質とする意思決定支援にとっては特に重要な意味を持つ。意思決定支援に際しては、本人に対する自己決定の強制や不当な誘導を防ぐために、本人の意思の揺らぎに寄り添うことが必要となる。したがって、たとえば一回の話し合い（個別課題に関する具体的な意思決定支援行為の一手法）によって、無理に確定的な結論（本人による個別課題に対する具体的な意思決定）を導こうとしてはならないと思われる。むしろ状況が許す限りは、特定の答えを出すことを先送りにすることを考慮すべきであろう。また、意思決定支援の結果、ある個別課題について本人が具体的な意思決定を行ったとしても、これで意思決定支援が完全に終結するわけではない。なぜなら、意思決定支援という手法の意義は、こうした個別具体的な意思決定支援行為の小プロセスが不断に繰り返される点にあるとみるべきだからである。図式的に言えば、個別課題に関する具体的な意思決定支援行為の小プロセスが必要に応じて繰り返されることによって、その課題に一定の結論（支援を得た本人の意思決定 or 最後の手段としての成年後見人の代行決定）が出たとしても、今度はこれを踏まえて、次の個別課題（同一の課題のみ直しも含む）に対する具体的な意思決定支援行為の小プロセスが始まることになる。こうして常時継続的に繰り返されていく個別具体的な意思決定支援行為の連なりの

全体（個別具体的な意思決定支援行為の小プロセスを要素とする一連の全体的プロセス）が、成年後見人等による意思決定支援の意義である。

4. 利用促進法に関連した直近の政策動向

(1) 成年後見制度利用促進基本計画

現在の国のレベルにおける成年後見関連の政策は、成年後見制度利用促進法に基づいて閣議決定された「成年後見制度利用促進基本計画（以下、基本計画）」に則する形で実施されている。この基本計画は、利用促進に当たっての基本的な考え方として、意思決定支援や身上保護等の福祉的観点を重視した運用の必要性を示している。この背景には、こうした福祉的観点を欠く一部の専門職後見人等の存在が、制度の利用のメリットを利用者に実感させない要因の1つとなっており、利用の阻害を招いているという認識がある。たしかに、選任後、一度も本人と面会しようとしもないどころか、補助者を通じた情報収集すら満足に行っていない専門職後見人も存在すると側聞しており、こうした職務姿勢が、後見報酬の問題とも相まって、利用者はもとより、家族や施設関係者といった周囲の支援者の不信や不満を生み出していることは想像に難くない。

そこで基本計画では、今後の施策の目標として、利用者に寄り添った運用を通じて、利用者がメリットを実感できる制度・運用へと改善を進めることを謳っている。具体的には、「財産管理の側面のみを重視するのではなく、認知症高齢者や障害者の意思をできる限り丁寧にくみ取ってその生活を守り権利を擁護していく意思決定支援・身上保護の側面も重視し（ていくこと）」、「特に、障害者の場合は、長期にわたる意思決定支援、身上保護、見守りが重要であり、施設や病院からの地域移行、就労や社会参加等の活動への配慮、障害の医学モデルから社会モデルへの転換、合理的配慮の必要性といったことを重視し、障害者にとっての障壁を除去していく環境や支援の在り方を継続的に考えていく必要がある。後見人は、障害者の人生の伴走者として、利

用者の障害特性を理解し、継続的に支援を行っていくよう努めるべき(こと)」等が挙げられている。

これを踏まえて、具体的な後見職務の遂行に当たっては、「後見人が本人に代理して法律行為をする場合にも、本人の意思決定支援の観点から、できる限り本人の意思を尊重し、法律行為の内容にそれを反映させることが求められる」と指摘し、後見人が本人の特性に応じた適切な配慮ができるように、意思決定支援のあり方についての指針の策定に向けた検討を進めるべきであるとしている。

(2) 成年後見制度利用促進基本計画に係る中間検証報告書

こうした基本計画の実施状況を評価するために、近時、成年後見制度利用促進専門家会議から、「成年後見制度利用促進基本計画に係る中間検証報告書(令和2年3月17日)」が提出されている。そこでは、まずこれまでに進捗した施策として、「平成29年3月に「障害福祉サービス等の提供に係る意思決定支援ガイドライン」、平成30年6月に「認知症の人の日常生活・社会生活における意思決定支援ガイドライン」が策定された」こと²⁴⁾、「令和元年5月から、最高裁判所、厚生労働省及び専門職団体を構成メンバーとするワーキング・グループにおいて、意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン(以下「意思決定支援ガイドライン」という。)の策定に向けた検討が行われている」こと、「厚生労働省においては、後見人等に対する意思決定支援研修の全国的な実施に向けて、後見人等に対する意思決定支援研修の在り方についての調査研究事業が行われている」ことが列挙されている。

また、基本計画の残りの日程において、今後対応すべきこととして挙げられている中で特に注目すべきは、「意思決定支援ガイドラインの策定」である。これは、最高裁判所と専門職後見人の母体である職能団体(弁護士会、司法書士会、社会福祉士会)によって構成されている「意思決定支援ワーキング・

24) これらを含め、意思決定支援と関係する各種ガイドラインの概要と特徴については、上山(2018)・前掲注(16)を参照されたい。

グループ」が現在取り組んでいる「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」を指している。この点については、まさに近時、「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン（仮題）基本的な考え方」が示されたところである。その内容はまだ作成途上であるため、最終的な形態がどのような形となるかはまだわからないが、少なくとも現状の形態では、まずは、①支援チームによる意思決定支援を試みたうえで、本人の意思決定や意思確認が困難な局面については、第二ステップとして、②意思推定に基づく代行決定を試み、ここで意思推定すら困難な場合には、さらに第三ステップとして、③本人にとっての最善の利益に基づく代行決定が最後の手段として慎重に検討されるべきであるとのスキームが示されている。このスキームは、本稿で論じた私見の意思決定支援の考え方ともきわめて親和性が高いものといえ、個人的にも今後の議論の成り行きを注視している。

このように、後見実務への意思決定支援の具体的な導入が積極的に模索されている現状を踏まえるならば、法学の観点からの意思決定支援の理論的な整理は喫緊の重要な課題であると思われる。紙幅の都合上、本稿では社会福祉学等の他領域における議論には十分に応接できなかったが、これら関連領域の知見も視野に入れつつ、民法学の次元における意思決定支援の理論的な根拠づけに向けて、今後も引き続き検討を続けていきたい。

【付記】 本稿は、JPPS 科研費（平成31年度～令和3年度 基盤研究（C）課題番号 JP19K01366）に基づく研究成果の一部である。