

判断能力の不十分な人が意思決定支援を受ける権利について

——成年後見人による医療同意を例に——

織 原 保 尚

はじめに

2020年現在、福祉の現場では、医療の行為の選択や同意の場面において、判断能力が不十分な人に対する意思決定支援が、十分になされているか、ということが問題意識としてもたれている。特に医療の場面における成年被後見人に対する意思決定については、以前から問題とされてきた部分がある。すなわち、成年後見人等には医療同意権がなく、医療行為に関して成年後見人等は、判断能力のない本人の医療同意を代行して決定することができないとされているにもかかわらず、実務上では医療機関から、成年後見人等が医療行為の同意を求められることが多いという問題である¹⁾。一般的には、診療

本稿は、科学研究費助成金（平成29年度～平成31年度基盤研究（C）（一般）「医療行為の選択と同意における判断能力の不十分な人への意思決定支援に関する研究」（17K04295 研究代表者 林真帆）に基づく研究成果の一部をなすものである。

- 1) 一例として、高橋晃・岩崎鋼・八重樫伸生「成年後見制度における医療行為の同意に関する研究」日本老年医学会雑誌47巻6号（2010年）617頁。宮城県社会福祉士会所属で現在後見人の業務を受任している社会福祉士40名に医療行為の同意に関する実態及び意識調査を行った結果、医療行為の同意を求められた事例は5施設で8例あったという。また、成年後見人等の医療同意権の議論として、上山泰「医療同意をめぐる解釈論の現状と立法課題」実践成年後見16号（2006年）43頁、銭偉栄「成年後見人の医療同意権」高岡法学29号（2011年）39頁。また成年後見制度と意思決定支援などについて、拙稿「判断能力が不十分な人への意思決定支援と個人の尊重」別府大学紀要59号（2018年）43頁以下。

契約に関する法定代理権と、医的侵襲行為に関する代行決定権を区別し、成年後見人等の職務権限を前者に限定し、侵襲を含む医療行為についての代行決定は認めないとする立場がとられており、学説上ではこれが通説的な見解となっている。しかし、現実的には医療現場において、判断能力の不十分な患者に対する医療同意権を行使する主体として、成年後見人等に寄せられる期待が非常に大きいという問題がある。患者に、親族などの医療同意権を行使できる人が他にいない場合、代わる者が存在しないため、治療の必要上成年後見人等による同意に頼らざるを得ないというわけである。このような状況も踏まえて、学説上においても、成年後見人等による医療同意権については肯定的にとらえる見解も有力に主張されている状況にある。

このように、現状の成年後見制度を前提とした議論がある一方で、日本は2016年に批准した障害者権利条約において、その12条の求める内容は、これまでの成年後見制度を前提とした意思決定とは、異なることが指摘されている。すなわち、「代行〔的〕意思決定から、支援付き意思決定へのパラダイム転換」を、障害者権利条約12条の内容は求めているという指摘である²⁾。成年後見人による医療行為に関する代行的決定だけではなく、それも含めたより大きな領域における議論として、代行的意思決定が否定され、支援をつけることで本人が意思決定をするという方向へとシフトしていくことが求められるという動きがあるのである。

このような動きがありつつも、日本の高齢化は急速に進行している。2019年9月15日現在の推計では、日本の総人口が1億2617万人と前年度より26万人減少したのに対して、65歳以上の高齢者（以下「高齢者」）の人口は32万人増加し3588万人、総人口に占める高齢者人口の割合は28.4%と、共に過去最高を記録した。さらには、90歳以上人口が前年度から13万人増加し231万人と200万人を超えている³⁾。このような状況の中で、特に判断能力の低下し

2) 川島聡「障害者権利条約12条の解釈に関する一考察」実践成年後見51号（2014年）71頁。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年）45頁。

3) 総務省統計局：「統計トピックス No.121統計からみた我が国の高齢者－「敬老の日」にちな

た高齢者に対する意思決定支援の問題は、今後さらに顕在化してくることが予想される。

本稿は、判断能力が不十分な人に対する成年後見人による医療同意と意思決定支援について、憲法上の観点から論ずるものである。以下第Ⅰ章では判断能力が不十分な人の意思決定に関する制度として中心的な制度となる成年後見制度の概要と、成年後見制度と医療同意権の関係について概観する。第Ⅱ章で意思決定支援に関わる法制度として、障害者権利条約と日本法における近年の動向について見る。第Ⅲ章では憲法上の人権と意思決定支援について、まず基本的人権の普遍性とその制約のあり方について考察したのちに、判断能力が不十分な人と意思決定支援をめぐる憲法上の論点について論じる。第Ⅳ章では意思決定支援という観点では先進的な内容をもつと思われるイギリス法、MCA2005の内容について紹介をする。そして最後に、現状の日本の法制度についての示唆をもって論を結ぶ。

I 意思決定支援と成年後見制度

1 成年後見制度の現状

判断能力が不十分な人の意思決定に関する制度としては、民法による成年後見制度が中心的なものとなる。法務省のサイトでは成年後見制度について、「認知症、知的障害、精神障害などの理由で判断能力の不十分な方々は、不動産や預貯金などの財産を管理したり、身のまわりの世話のために介護などのサービスや施設への入所に関する契約を結んだり、遺産分割の協議をしたりする必要があっても、自分でこれらのことをするのが難しい場合があります。また、自分に不利益な契約であってもよく判断ができずに契約を結んで

んで－1. 高齢者の人口」。

<https://www.stat.go.jp/data/topics/topi1211.html>（2020年1月30日最終閲覧）。

しまい、悪徳商法の被害にあうおそれもあります。このような判断能力の不十分な方々を保護し、支援するのが成年後見制度です⁴⁾と紹介している。家庭裁判所による後見開始の審判を受けることにより、成年被後見人に対して法定後見人として成年後見人が付され⁵⁾、「日用品の購入その他日常生活に関する行為」以外については、成年被後見人の法律行為は成年後見人によって取り消すことができる⁶⁾。成年被後見人は、「日常生活に関する行為」を越えた契約を締結する意思能力を欠いているから、単独で有効な契約の締結はできないため、成年後見人が代理することになる⁷⁾。また、成年後見人は「生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行う」とされ、「財産管理事務」と「身上監護事務」を行うこととされている⁸⁾。

1999年改正以前の民法においては、未成年者以外の行為能力を制限される者について、禁治産者、準禁治産者の2つのカテゴリーに分類し、当時は「行為無能力者」、「無能力者」という表現を用いていた。しかし、当時の制度は2類型で、かつ大きく異なる効果があるため、柔軟で弾力的な措置を取ることができず、また「総じていえば、本人保護の理念をあまりに重視した制度であり、本人の意思の尊重、本人の自己決定の尊重、ノーマライゼーション等の現代的な理念に対する配慮が不十分であった」との指摘もあり⁹⁾ 1999年に現行制度に改正がなされている。現行の成年後見制度においては「自己決定（自律）の尊重」、「残存能力の活用」、「ノーマライゼーション」という基本理念と、「本人の保護」とを調和させることが、基本指針として挙げられている¹⁰⁾。法定後見として未成年者以外で行為能力を制限される者について

4) 法務省民事局：「成年後見制度～成年後見登記制度～」。

<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji17.html>（2020年1月30日最終閲覧）。

5) 民法8条。

6) 同9条。

7) 内田貴『民法I 第4版』（東京大学出版会2008年）111頁。

8) 民法858条。

9) 小林昭彦・原司『平成11年民法一部改正法等の解説』（法曹会2002年）3頁。

10) 法務省民事局参事官室『成年後見制度の改正に関する要項試案補足説明』（金融財政事情研究会1998年）1、4頁、小林・原・前掲注9・2-3頁。

は、成年被後見人、被保佐人、被補助人と、それまでよりも1つ多い3つのカテゴリーに分類している。さらに、任意後見に関する法として任意後見法¹¹⁾が同年に制定されている¹²⁾。また、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、成年被後見人の意思を尊重しなければならないとされている。さらに、意思の尊重についての規定は、保佐人の事務について民法876条の5第1項に、同様に補助人について民法876条の10第1項に、同様に任意後見人について任意後見法6条に置かれている。

成年後見制度の利用者数は年々増加傾向にある。2018年12月現在で成年後見制度全体の利用者数は、約22万人であり、前年と比較すると約8,000人増加している。利用者の内訳は、成年後見が約17万人、保佐が約3万6,000人、補助が約1万人、任意後見が約2,600人となっている¹³⁾。

2 成年後見人と医療同意権

判断能力の不十分な人に対する意思決定支援という問題については、以前から医療の場面における成年被後見人に対する意思決定が問題とされてきた。前述のように、成年後見人等には医療同意権がなく、成年後見人等が医療行為に関して代行決定を行うことができないとされているにもかかわらず、実務上では、医療機関から、成年後見人等が医療行為の同意を求められることが多いという問題である。

立法担当官の見解では、診療契約に関する法定代理権と、医的侵襲行為に関する代行決定権を峻別し、成年後見人等には、医的侵襲行為に関する代行

11) 正式名称は「任意後見契約に関する法律」。

12) 任意後見契約については、任意後見法1条において「委任者が、受任者に対し、精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な状況における自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務の全部又は一部を委託し、その委託に係る事務について代理権を付与する委任契約であって、第四条第一項の規定により任意後見監督人が選任された時からその効力を生ずる旨の定めのあるものをいう」と定義されている。

13) 厚生労働省：「成年後見制度の現状」<https://www.mhlw.go.jp/content/12000000/000511780.pdf> (2020年1月30日最終閲覧)。

決定権の権限を認めないとする立場がとられている¹⁴⁾。ただし、実務上は、判断能力の不十分な患者が治療を受けられなくなってしまうことにもなりかねないことから、判断能力の不十分な成年被後見人等への治療行為は、社会通念や、緊急避難、緊急事務管理などの一般法理を援用して対処していくという考え方をする¹⁵⁾。これが通説的な見解となっている¹⁶⁾。1999年の成年後見に関する民法改正時の議論においては、成年後見人に医療代諾権を与えるべきかについては、「社会一般のコンセンサスが得られているとは到底いいがたい」とされ、時機尚早として見送られたという経緯がある¹⁷⁾。

このような、立法官の見解の一方で、成年後見人等による医療同意権について肯定的にとらえる見解も、有力に主張されている¹⁸⁾。医療同意権について、医療的侵襲の度合いなどにより限定しつつ、認める見解である。医療契約の履行としての治療行為には通常何らかの医的侵襲が必然的に含まれる以上、医療同意権を全く伴わない医療契約締結権限は、そもそも内容的に空虚になるという理論的な難点、そして、医療現場において、判断能力の不十分な患者に対する医療同意権の行使主体として、成年後見人等に寄せられる期待が非常に大きいという、実践的な次元での問題なども理由とする。

なお、民法の規定によるとすれば、家族が医療行為について代理して同意できるという規定もそもそも存在しない。健康な人の意思決定が本人の主観を強く反映したものである以上、本人以外がこれを代理することはできず、当面は、医療上の意思決定は医療機関に任せるべき、とする医療関係者である論者による指摘もある¹⁹⁾。

14) 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)28-29頁。

15) 法務省民事局参事官室・前掲注10・43頁。

16) 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1100号(2002年)239頁。

17) 小林昭彦・大門匡・岩井伸見編『新成年後見制度の解説(改訂版)』(きんざい2017年)153頁。

18) 上山・前掲注2・46-52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巻4・5号(2000年)547-548頁、四宮和夫・能見善久『民法総則〔第8版〕』(弘文堂2010年)56-57頁など。

19) 田山輝明編『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』(三省堂2015年)138頁(齋藤正彦執筆部分)。この論者は、現在の成年後見制度について、家の保護を主目的とした旧民法に根ざし、

Ⅱ 意思決定支援と法制度

(1) 障害者権利条約

前章で見たように、これまでは医療行為について成年後見人が同意できるかどうかという点が、成年後見制度の問題点として注目されてきたが、障害者権利条約²⁰⁾の発効、日本の批准に伴い、意思決定を支援するという視点が注目されるようになってきている。障害者権利条約ではその12条3項において、「法律の前にひとしく認められる権利」として「締約国は、障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置をとる」ことが定められている。

この障害者権利条約12条の求める内容は、これまでの成年後見制度を前提とした意思決定とは、異なることが指摘されている。すなわち、「代行[的]意思決定(substituted decision-making)から、支援付き意思決定(supported decision-making)へのパラダイム転換」を、12条の内容は求めているという指摘である。

障害者権利条約成立過程時の議論では、障害者団体などの反対はあったものの、意思決定支援の原則的な優越性を認めた上で、最終手段としての代行決定は容認すべきとの共通認識があったといわれる²¹⁾。しかし、障害者権利委員会により2014年4月11日に採択された12条に関する公式解釈指針である「一般的意見1号」では、意思決定支援への一元化が要請され、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双方を要請している²²⁾。そ

その骨格を色濃く残す、資産を保護するための制度であるとし、監視体制が極めて貧弱であることを指摘した上で、そこに医療上の代諾権を与えることは危険であるとする。そして、将来的に、成年後見制度に代わり、公的なソーシャルワーカー制度を検討することを提言している。

20) 正式名称は「障害者の権利に関する条約」。

21) 長瀬修・川島聡編『障害者権利条約の実施』(信山社2018年)197頁(上山泰執筆部分)。

22) 同199頁。

して意思決定支援の体制構築の必要条件として以下を挙げる²³⁾。

- (a) 支援付き意思決定は、すべての人が利用可能でなければならない。
個人の支援ニーズのレベル（特にニーズが高い場合）が、意思決定の支援を受ける上での障壁となってはならない。
- (b) 法的能力の行使におけるあらゆる形式の支援（より集約的な形式の支援を含む。）は、客観的に見て個人の最善の利益と認識されることではなく、個人の意志と選好に基づいて行われなければならない。
- (c) 個人のコミュニケーション形態は、たとえそのコミュニケーションが従来にないものであっても、あるいは、ほとんどの人に理解されないものであっても、意思決定の支援を受ける上での障壁となってはならない。
- (d) 個人によって正式に選ばれた支援者の法的承認が利用可能であり、かつ、これを利用する機会が与えられなければならない。国は、特に孤立しており、地域社会で自然に発生する支援へのアクセスを持たない可能性がある人々のために、支援の創出を促進する義務を有する。これには、第三者が支援者の身元を確認する仕組みと、支援者が当事者の意志と選好に基づいた行動をしていないと第三者が考える場合、支援者の行動に対して第三者が異議を申し立てられる仕組みを含めなければならない。
- (e) 条約第12条第3項に定められている、締約国は必要とする支援に「アクセスすることができるようにするための」措置をとらなければならないという要件に従うため、締約国は、障害のある人がわずかな料金で、あるいは無料で、支援を利用でき、財源不足が法的能力の行使における支援にアクセスする上での障壁とならないことを確保しなければならない。

23) パラグラフ29。日本語訳は日本障害者リハビリテーション協会による仮訳による。

https://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/rights/rightafter/crpd_gc1_2014_article12_0519.html（2020年1月30日最終閲覧）。

- (f) 意思決定の支援は、障害のある人の他の基本的権利、特に、投票する権利、婚姻をし（あるいは市民パートナーシップを確立し）、家族を形成する権利、性と生殖の権利、親の権利、親密な関係と医学的治療に関して同意する権利、自由の権利を制限する正当な理由として、利用されてはならない。
- (g) 人は、いかなる時点でも、支援を拒否し、支援関係を終了し、あるいは変更する権利を持つものとする。
- (h) 法的能力と、法的能力の行使における支援にかかわるあらゆるプロセスについて、保護措置が設けられなければならない。保護措置の目標は、個人の意志と選好の尊重を確保することである。
- (i) 法的能力の行使における支援の提供は、意思決定能力の評価に左右されるべきではない。法的能力の行使における支援の提供では、支援のニーズに関する新しい非差別的な指標が必要とされている。

そして障害者権利委員会による各締約国に対する総括所見においては、2019年現在意思決定支援についての法制化が進んでいる国々に対しても、代理・代行決定の制度があることについて、条約12条との関係で各国が指摘を受けている。同様の勧告は、日本についても出される可能性が高く、日本においても対応が急がれることとなる。日本国内の議論においては、この勧告についてハードルが高すぎ、実効性に欠けるとする意見もある²⁴⁾。

2016年に日本政府により国連に提出された「障害者の権利に関する条約第1回日本政府報告（以下「政府報告」）」では、政策委員会²⁵⁾からの指摘と

24) 長瀬・川島編・前掲注21・204頁。

25) 障害者権利条約33条「国内における実施及び監視」における監視の役割を担うために、障害者権利条約実施の促進、保護、監視の全般にわたる枠組みとして、障害者基本法において、内閣府に、障害者、障害者の自立及び社会参加に関する事業の従事者、学識経験者30人以内で構成される審議会として「障害者政策委員会」を置くこととしている（障害者基本法32条、33条）。2016年現在の構成員の半数は、障害者本人又はその家族の代表から構成されている。条約の実施の監視は、政策委員会が、障害者施策の方針の根本を成す障害者基本計画が本条約の趣旨に沿って実施されているかを監視することによって行われる。政策委員会は、「障害者基本計画」の策定又は変更について意見を述べるほか、障害者基本計画についての調査審議、実施状況の

して「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」こと、また、「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」ことが示されている²⁶⁾。また、憲法13条による個人の尊重の規定、また、障害者基本法3条により障害者の個人の尊厳を基本原則として位置づけていることなども政府報告では触れられている²⁷⁾。

代理・代行決定がやむを得ないことであったとしても、現在の制度以上に本人の意思、本人らしさを保障するための工夫を凝らすことは可能、そして必要なことであろう。後述のイギリスにおける取組などもその一つととらえることができる。制限行為能力制度については、消費者保護法制の充実や民法90条の暴利行為論の柔軟な解釈等のより普遍的な制度の活用によって、判断能力が不十分な人に対しても適正な保護を図ることが十分に可能であるから、これらの代替的な保護制度の拡充と比例させつつ、漸進的な縮減・廃止を目指すべきであるとの指摘がある²⁸⁾。

(2) 国内法における意思決定支援への対応

障害者権利条約批准を契機に、近年においては法改正などによって障害者関連の法において、判断能力の不十分な人に対する意思決定支援に関連した条文が加えられた例が数多く存在する²⁹⁾。

監視などを行い、必要に応じて内閣総理大臣に対して意見を述べること等ができることとされている（障害者基本法11条4項、9項、32条2項）。「政府報告」パラグラフ221参照。

26) 「政府報告」パラグラフ83。

27) 同パラグラフ73。

28) 長瀬・川島・前掲注21・205頁。

29) 厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部障害福祉課地域生活支援推進室「意思決定支援の検討経過とガイドライン（案）の概要」実践成年後見64号（2016年）4頁。

まず障害者に関わる法制度の基本となる障害者基本法では、2011年改正において国と地方公共団体に対して、障害者やその家族に対する相談業務、成年後見制度など権利利益の保護等のための施策や制度について、障害者の意思決定の支援に配慮する文言が追加されている³⁰⁾。

また、障害者自立支援法の後を受けて改正された障害者総合支援法³¹⁾では2012年の改正の際に、指定障害福祉サービス事業者と指定障害者支援施設等の設置者に対して、障害者等が自立した日常生活又は社会生活を営むことができるよう、障害者等の意思決定の支援に配慮することを努力義務として定め³²⁾、また同様の努力義務を、指定一般相談支援事業者と指定特定相談支援事業者に対しても課している³³⁾。

成年後見制度との関係では2016年に制定された「成年後見制度の利用の促進に関する法律」において、基本方針として11条の3号で「成年被後見人等であって医療、介護等を受けるに当たり意思を決定することが困難なものが円滑に必要な医療、介護等を受けられるようにするための支援の在り方について、成年後見人等の事務の範囲を含め検討を加え、必要な措置を講ずること」と定め、意思決定の支援のあり方について、検討、措置を講ずることを定めている。

個別の障害分野における法では、知的障害者福祉法が2012年改正において、福祉サービスを提供する者やこれらに参画する者に対して、障害者総合支援法の規定による福祉サービスを提供する際や、知的障害者が自立した日常生活、社会生活を営むために、最も適切な支援が受けられるような体制の整備をする際に、知的障害者の意思決定の支援に配慮することを努力義務として

30) 障害者基本法23条。

31) 正式名称は「障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律」。なお、障害者総合支援法ではその附則において、施行後3年をめぐとして障害福祉サービスのあり方等に検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずることとしているが、その見直し事項としても障害者の意思決定支援の在り方が挙げられている。Ⅲ章（2）参照。

32) 障害者総合支援法42条。

33) 障害者総合支援法52条の22。

いる³⁴⁾。

(3) 厚生労働省によるガイドライン

また、2010年代後半からは、厚生労働省によるガイドラインの作成が目立った動きとしてある。

障害者総合支援法の附則では、法施行後3年をめぐとして障害福祉サービスのあり方等について検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずることが定められている³⁵⁾が、その見直し事項として、「障害者の意思決定支援の在り方」が含まれている。それに基づき、2017年には、「障害福祉サービスの利用等に当たっての意思決定支援ガイドライン」³⁶⁾が策定され、障害福祉分野での意思決定支援の方向性が明確化されている。

2018年には前述の「成年後見制度の利用の促進に関する法律」に基づいて2017年に策定された成年後見制度利用促進基本計画において、意思決定の支援の在り方についての指針の策定に向けた検討等が進められるべき、とされたことを受けて、「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」³⁷⁾が出されている。

同じく2018年には、高齢多死社会の進展に伴い、APC（アドバンス・ケア・プランニング）の概念を踏まえた研究・取組が普及してきていることなどを

34) 知的障害者福祉法15条の3。

35) 正確には、2012年に障害者自立支援法が障害者総合支援法に改称された際の「地域社会における共生の実現に向けて新たな障害保健福祉施策を講ずるための関係法律の整備に関する法律」の附則である。

36) 平成29年3月31日障発0331第15号。

<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12200000-Shakaiengokyokushougaihoukenfukushibu/0000159854.pdf> (2020年1月30日最終閲覧)。

37) 厚生労働省 平成30年6月。<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12300000-Roukenkyoku/0000212396.pdf> pdf (2020年1月30日最終閲覧)。ここでは、意思決定支援の基本原則として「本人の意思の尊重」、「本人の意思決定能力への配慮」、「チームによる早期からの継続的支援」を挙げるほか、認知症の症状にかかわらず、本人には意思があり、意思決定能力を有するというを前提にするという、本稿IV章で紹介するイギリス MCA2005に通じる内容も含まれている。ガイドラインⅢ章参照。

踏まえ、それまでの「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」から「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」³⁸⁾へと改訂がなされている。

また、2019年には前述の成年後見制度利用促進基本計画において、成年被後見人等の医療・介護等に係る意思決定が困難な人への支援等について、医療・介護等の現場において、関係者が対応を行う際に参考となるような考え方を指針の作成等を通じて社会に提示し、成年後見人等の具体的な役割等が明らかになっていくよう検討することが求められた。それを受けて、「身寄りがいない人の入院及び医療に係る意思決定が困難な人への支援に関するガイドライン」³⁹⁾が作成されている。

次章で述べる憲法的な観点や、障害者権利条約などの観点からすれば、本人の意思を尊重することができるような内容の、意思決定支援に関するガイドラインの作成については好ましいといえることができるだろう。

Ⅲ 憲法上の人権と意思決定支援

1 基本的人権の普遍性とその制約について

基本的人権の普遍性については、憲法11条において「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない」と規定され、一定の身分や、人種、性別などを前提に享有しうるものではなく、「人間本来の権利」として存在するものであり、すべての国民は、憲法の保障する一切の権利を等しく享有しうるものであり、「一部の国民にのみ与えられる権利は、基本的というに値しない」

38) 厚生労働省 平成30年3月。https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-10802000-Iseikyoku-Shidouka/0000197701.pdf (2020年1月30日最終閲覧)。

39) 令和元年6月3日医政総発0603第1号。

https://www.mhlw.go.jp/content/000516181.pdf (2020年1月30日最終閲覧)。

ここにおいても成年後見人等による医療決定・同意ができないことが明記されている。23頁4参照。

と説かれる⁴⁰⁾。

また、基本的人権について、佐藤幸治は人間がただ人間であることにより誰でも当然に有する、侵してはならない権利であるとし、その理論の手掛かりが憲法13条であるとする⁴¹⁾。そして、13条には「個人の尊重」が「国政」のあり方の基本にかかわることが示唆されており、「個人の尊重」ないし「個人の尊厳」とは、一人ひとりの人間が人格的自律の存在として最大限尊重されなければならない趣旨であると説明する⁴²⁾。そのような「基本的人権」を制約する「公共の福祉」の内容として、内在的制約原理と、憲法22条・29条の場合による外在的（政策的）制約原理が含まれ、いずれの原理が妥当するかは基本的人権の性質によるとする⁴³⁾。さらに、人格的自律そのものを回復不可能なほど永続的に害する場合には、「限定されたパターンリスチックな制約」として、例外的に介入する可能性を指摘する⁴⁴⁾。それらの議論を前提に、成年後見制度について、基本的には、自由権（憲法22条・29条の経済的自由権）・自己決定権（13条）の憲法的保障を十全にするための法システムといえるとしつつ、①成年者であっても「判断能力が十分でない」ところを補いその人が生を全うすることを助けようとするものであるが、同時に、②それに付随してその人の活動を規制するという側面をももっているとする。そのため、この制度については「判断能力が十分でない」成年者を実効的に支援するものとなっているか、と同時に、過剰な規制となっているところがないか、が問われることは避けられないと説明がされる⁴⁵⁾。

さらに、竹中勲は成年後見制度のような、体の自由や「生命・身体の在り方に関する自己決定権」の制約を含意するものである場合、立法の際には、

40) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ（第5版）』（有斐閣2012年）210頁（中村執筆部分）。

41) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂2011年）110-111頁。

42) 同120-121頁。

43) 同133-134頁。

44) 同135-136頁。

45) 同138頁。

憲法13条を根拠に自由権・自己決定権等の人権に「最大の尊重」を払う必要があるとする。これは、判断能力ないし自己決定能力が十分でない個人については、当該個人の保護（利益保護）を目的として当該個人の自由権・自己決定権の制約が正当化される場合がある⁴⁶⁾としたうえで、人権制約は必要最小限度にとどめなければならないとし、行為能力制限は、全面的・画一的・一律的なものではなく、より限定的な部分的・段階的・弾力的なものであることが憲法上要請されるとする⁴⁷⁾。それらを前提に、精神障害者や認知症高齢者といった「判断能力が十分でない個人」について妥当しうる“弱い”自己加害阻止原理（弱いパターンリズム）があるとし、自由権・自己決定権などの「“弱い”自己加害阻止原理」に基づく制約の具体的正当化のためには、少なくとも3つの要件があるとする。そして、①被介入者（被保護者）個人の独自の生き方・方針の尊重の要件、②より制限的でない手段を選択すべきとの要件（LRAの法理）、③公権力の介入における補充制の要件（例として、公権力は判断能力が十分でない個人を保護するとの目的で弱い自己加害阻止原理に基づき介入する場合にも当該個人・私人と親密な人的結合関係にある私人が存在する場合には、当該私人に当該介入の内容を説明し同意を得なければならないとの要件）、の3点を挙げる⁴⁸⁾。

高井裕之は、成年後見制度について「近代社会市民社会のベースラインを回復するものなので自由権の要請だと考える。これは国家の『介入』ではなく、国家の『介入』のない『自然』な状態を作り出すものであり、したがって、自由の『制約』ではなく、『回復』として観念されるべきだということになる」とする。そして、成年後見制度については、一部の自己決定に補助が必要であったとしても、それがすべての決定について自己決定能力を失うことを意味しないという発想がとられていることを説明する。その上で、近

46) 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂2010年）17頁。

47) 竹中勲「成年後見制度と憲法」法学教室192号（1996年）52-53頁。高井裕之「自己決定能力と人権主体」公法研究61号（1999年）71頁。

48) 竹中勲「成年被後見人・被保護人の公務員就任権の制約の合憲性」同志社法学67巻2号（2015年）135-137頁。

代市民社会では自律的人間が標準とされており、自己決定能力が十分でないとみなされる人については、そのような人の自己決定能力を何らかの方法で補完することが求められるとする。そして憲法29条は、行為能力の不十分な人については能力を補う制度を設けることを求めているとする。また、本人による決定のみが許され、代行判断は許されないものがありうるとし、成年後見における医療行為などの身上監護に関しては、本人の意思によるべきことが多くなるとする⁴⁹⁾。

さらに弁護士、また福祉に関わる者としての立場から、平田厚による議論がある。これまで、知的障害のある人は自己決定を行使しえないものとして第三者の客観的な配慮による保護の対象パターンリズムの対象であったが、近年においては、介護保険制度や成年後見制度など「自己決定の尊重」が重視されるようになってきているというものである。これまでの構図自体の見直しがなされ、知的障害のある人には自己決定はありえないという前提の問い直しがなされるようになってきたと指摘する⁵⁰⁾。その上で、知的障害のある人が「自己決定＝自己責任」という「真の自己決定」をなしたものとみなすための条件として3点を挙げる。すなわち福祉サービスの利用という場面を例に説明すると、①選択に値するサービスが複数存在することが、国家的責任として確保されているという「公的責任に基づく社会的選択条件の整備」、②福祉サービスの利用者と事業者との間の情報の非対称性を補うために、利用者に的確な情報を事前に提供するシステムがなければならないという「情報の非対称性の克服」、③利用者の判断能力が不十分な状態になっている場合に利用者にとって必要なサービスの種類・質・量の判断をすることが非常に困難であるため、それらの判断＝自己決定をなすことなすこと自体に支援を要するという「判断能力不足への支援」、という3点である。そし

49) 高井裕之「自己決定能力と人権主体」公法研究61号(1999年)71-75頁。ただし、高井は、自己決定能力のある人を標準とするとすることが生み出す社会的格差については、問題にすべきだとし、「能力」は自然的に存在するものではなく、誰かあるいは何かがそれを規定しているのだ、という立場で考えるとし、「能力」の相対性についても指摘する。

50) 平田厚『増補 知的障害者の自己決定権』(エンパワメント研究所2002年)8頁。

てこの③判断能力不足への支援のために、成年後見制度に期待が寄せられてきたと説明する⁵¹⁾。

2 判断能力が不十分な人と意思決定支援をめぐる憲法上の議論

では現状の成年後見制度などを前提としつつも、判断能力の不十分な人の意思決定に対してどのような憲法上の議論がありうるのか。意思決定支援を念頭に置きつつ、議論を見てみたい。

内野正幸は、自己決定権について「自分のことを自分で決める権利」と定義し、赤ちゃんなどを意思決定能力の全くない人として区別し、その上で、意思決定能力が不十分な人を自己決定権の主体に含める。そして、これまでは自己決定権の主体について個人を念頭に置いてきたとし、自己決定が医者などの他人の助けを借りて行われる場合であっても、最終的な意思決定が本人のものである以上、一個の個人を主体とする自己決定とみなしてよいとする。また、夫婦や家族などが自己決定権の実質上の主体となるときでも、それを分解して個人個人を主体とするものとする、として自己決定権の主体は個人であるということを説明している⁵²⁾。この議論は、意思決定支援という視点から見れば、判断能力の不十分な人についても支援を受け意思決定をしていくことで、自己決定権の主体と位置付けていく発想が見て取れるものである。

杉山有沙は「自己決定能力が十分ではない個人」として、自己決定をしなければならない事柄に関する情報を適切に理解できず、十分な考慮に基づく

51) 同131-132頁。さらに平田は、自己決定しうる能力が不十分であって他者による代行決定が必要であったとしても、本人の現実の意思や意向を全く無視してよいということにはならず、直接本人から意志や意向を確認すべきであるし、もし本人から医師や意向をくみ取れないのであれば、本人の意思や意向表明の手段を開発すべく努力をすること必要であることを指摘する。具体的には、絵カードの使用などを紹介している。同70-72頁。また、自己決定を行使できない人に対する判断代行の支援を何らかの方式で認める場合の正当化根拠は、本人の「人格的統合」であるとし、本人の「人格的統合」を把握する技術こそが、専門家としての社会福祉従事者に課せられた課題であると考察する。同60-61頁。

52) 内野正幸「自己決定権と平等」『岩波講座 自己決定権と法』（岩波書店1998年）13-14頁。

判断ができない者や、自己決定をできるものの、その決定を外部に伝えることができない者（言葉が話せないなど）などを挙げることができるとし、この自己決定能力としての情報処理能力や意思伝達能力が十分ではないため、自己決定権行使の制限が正当化される者の中に、重度知的障害者のような一部の知的障害者が含まれるとする⁵³⁾。その上で、自己決定権行使の主体を検討していき、①積極的措置を講じなくとも、自己決定権行使ができる者、②積極的措置を講じれば、自己決定権行使ができる者、③積極的措置を講じても、自己決定権行使ができない者の3つのグループに分類する。

以上から杉山は、以下のような議論をする。自己決定能力が不十分とされる者は、自己決定権の享有主体とされつつもいわゆる「成熟した判断能力」を有していないとされ、彼らの「意志」は、自己決定権行使の主体者としての「意志」として認められない可能性がある。現行社会において一般的だと想定される「成熟した判断能力」を有していない者は、この「一般的」に含まれないような自己決定能力を有していたとしても、自己決定権の行使主体とみなされない可能性がある。ここでいう「成熟した」とは、必ずしも本人の自己決定能力を正確に測っているとは限らない。つまり、社会に根ざす偏見・ステレオタイプの価値観に基づいて形成された基準である可能性がある。以上のことから杉山は、自己決定能力が「ある」者と「ない」者の二つに分ける議論を紹介し、情報処理能力や意思伝達能力をはじめとする自己決定に関わる能力に対する「積極的措置を講じれば、自己決定権行使ができる者」も自己決定能力が「ある」者とみなすのであれば、その性質に応じた適切な扱いを保障されなければならないだろうと結論付ける⁵⁴⁾。

また日弁連は、人権擁護大会シンポジウムの報告書において、憲法13条前段の規定「すべて国民は、個人として尊重される」は、個々人が人や社会との関わりの中で自律的に自己の生き方を選択・実践していくことを根源的

53) 杉山有沙「知的障害者の自己決定権行使のために講じる積極的措置の法的位置づけ」早稲田社会科学総合研究16巻1号（2015年）131頁。

54) 同132-133頁。

価値として、個人のそのようなあり方を尊重すると宣言するものであり、同条後段は、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」（幸福追求権）を規定するとしている。そして幸福追求権について、個人が自律的生を生きるのに不可欠の権利という位置付けを与えられており、これこそが日本国憲法の保障する基本的人権をなすものであるとした上で、したがって、「自律」という根源的な人権価値の実現において支援を受けることが必要である場合には、その支援を受ける権利は、憲法上の固有の基本的人権として保障されなければならないと説明している⁵⁵⁾。

IV 意思決定支援とイギリス MCA2005

以上のように、現状の成年後見制度については、医療同意の部分において難点が顕在化し、また障害者権利条約との関係においても問題点があるというのが現状である。そのような現在の日本の状況下において、注目を集めている⁵⁶⁾ のがイギリス Mental Capacity Act 2005（2005年意思決定能力法：MCA2005）である。MCA2005においては、障害や認知症などによって判断能力が不十分な状態にある人であっても、すべての人に判断能力があるとする「思決定能力存在の推定の原則」を前提として、支援などをしつつも可能な限り自己決定ができるようにすることが原則とされている。

MCA2005の特徴として5つの原則があるとされる。①「能力を欠くと確定されない限り、人は能力を有すると推定されなくてはならない」⁵⁷⁾として、「意思決定能力存在の推定の原則」、②「本人の意思決定を助けるあらゆる実

55) 日本弁護士連合会第58回人権擁護大会シンポジウム第2分科会基調報告書「『成年後見制度』から『意思決定支援制度』へ」（2015年）6-7頁。

56) 日本弁護士連合会においても、学習会が行われている。水島俊彦・児玉洋子「成年後見制度と意思決定支援」実践成年後見73号（2018年）56頁。また、イギリスにおける調査を踏まえたものとして林真帆・織原保尚「判断能力の不十分な人への意思決定に関する現状と課題：英国意思決定能力法（MCA2005）の調査をもとに」別府大学紀要60号（2019年）89頁。

57) Section 1 (2) of the Mental Capacity Act 2005. 日本語訳については、新井誠・紺野包子『イギリス2005年意思能力法・行動指針』（民事法研究会2009年）による。

行可能な方法が功を奏さなかったのであれば、人は意思決定ができないとみなされてはならない⁵⁸⁾として「自己決定支援の原則」、③「人は単に賢明でない判断をするという理由のみによって意思決定ができないとみなされてはならない。」⁵⁹⁾、④「能力を欠く人のために、あるいはその人に代わって、本法の下でなされる行為又は意思決定は、本人の最善の利益のために（ベスト・インタレストを実現するように）行わなければならない」⁶⁰⁾ことを定める「ベスト・インタレストの原則」、⑤「当該行為又は当該意思決定が行われる前に、その目的が、本人の権利及び行動の自由に対して、より一層制約の小さい方法で達せられないかを考慮すべきである」⁶¹⁾として、「必要最小限の介入の原則」である。①から③の原則から、本人に意思決定能力がないと法的に判定することに対して極めて慎重であるべきとする MCA2005の姿勢が見て取れ、その上で、④⑤においては、本人に意思決定能力がないと判定せざるをえない例外的状況において、代行決定のあり方を規律する規定を置いていると評価される⁶²⁾。

MCA2005では、「意思決定能力」について、「法律行為」と「事実行為」とが含まれるとされる。MCA2005における「意思決定」では、「決定するという行為」そのものに着目されている点が特徴的であるとされ、それによって意思決定を他者の支援を借りながら行う「支援された意思決定」の概念が取り入れられうるという利点が指摘される。そして、意思決定能力の有無を判断するにあたっては、判断能力について各場面に限ってその有無を判断するという、徹底した個別・具体的アプローチがとられる。意思決定能力が無いと判断される範囲をできる限り限定することによって、「判断能力存在の推定」原則を守る趣旨であるとされる。さらに、意思決定能力判断を行うに

58) Section 1 (3) of the Mental Capacity Act 2005. しかし、意思決定支援が実務上ほとんど行われずに、容易に代理代行決定に移行しているとの問題点も指摘されている。水島俊彦「成年後見制度と意思決定支援」自由と正義68巻12号（2018年）54頁。

59) Section 1 (4).

60) Section 1 (5).

61) Section 1 (6).

62) 菅富美枝「イギリスの成年後見制度に関する比較法的考察」私法76号（2014年）199頁。

あたって、本人の理解力や判断能力が最も低下している時期や時間帯や場所を避け、さらに、少しでも好条件になるよう、本人の理解を補助する方法を選ぶなど、本人の能力の上限に注目するような手法がとられている⁶³⁾。MCA2005には、詳細な行動指針（Code of Practice）が付されており⁶⁴⁾、MCA2005の実践的な指針を示すものとして存在している。意思決定を行う能力が本人にあるか否かの判断の際や、本人のベスト・インタレストの確認の方法など、MCA2005の理念を確認しつつ、シナリオという形で指針を提供している⁶⁵⁾。

さらに「ベスト・インタレスト」については、MCA2005の中に明確な定義は置かない一方で、具体的なベスト・インタレストを確定する際の要素を提示している。すなわち、①本人の最善の利益を判断するに当たって、単に本人の年齢や容貌、本人の様子や行動に基づいて判断してはならない⁶⁶⁾、②「意思決定者は関連する本人の生活状況をすべて考慮に入れなければならない」⁶⁷⁾、③本人が当該問題に関する意思決定能力を回復する可能性、可能性があればその時期を考慮しなければならない⁶⁸⁾、④「本人のためになされる行為又は本人に影響を及ぼす意思決定に、合理的に実行可能な範囲で、できる限り本人に参加を許し、奨励し、本人の参加能力を高めるように努めなければならない」⁶⁹⁾、⑤「その判断が生命維持装置に関する場合、その措置が本人の最善の利益に関する否かを考慮するに当たって、本人の死を願う周囲の思惑に誘導されてはならない」⁷⁰⁾、他方、尊厳死の希望を明確に文書

63) 菅富美枝「自己決定を支援する法制度支援者を支援する法制度：イギリス2005年意思決定能力法からの示唆」大原社会問題研究所雑誌662号（2010年）34-39頁。

64) 2007年に公表されている。

65) 菅富美枝「イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理—ベスト・インタレストを追求する社会」（2010年ミネルヴァ書房）38-39頁。

66) Section 4 (1) of the Mental Capacity Act 2005.

67) Section 4 (2).

68) Section 4 (3).

69) Section 4 (4).

70) Section 4 (5).

で記した者に対しては医療処置を施してはならない⁷¹⁾、⑥本人の過去および現在の意向、心情、信念や価値観を考慮しなければならない⁷²⁾、⑦本人が相談者として指名した者、家族・友人などの身近な介護者、法定後見人、任意後見人等の見解を考慮に入れて、判断しなければならない⁷³⁾、などの要素である。④⑥から本人を決定の際の中心に置く姿勢が見て取れ、また特に、代行決定者が本人の客観的状況を外部者の視点で観察した結果、良いと考えたに過ぎないものをベスト・インタレストとして捉えてはならない、としていることが注目される⁷⁴⁾。

おわりに

憲法13条を根拠とする「個人の尊重」ないし「個人の尊厳」は、一人ひとりの人間が人格的自律の存在として最大限尊重されなければならないとされる一方で、人格的自律そのものを回復不可能なほど永続的に害する場合には、「判断能力が十分でない個人」について妥当しうる“弱い”自己加害阻止原理（弱いパターナリズム）、「限定されたパターナリスチックな制約」として、限定的な部分的・段階的・弾力的な行為能力制限がありうるとされる。しかし、そういった前提を踏まえた上であっても、日弁連が説明するように、「自律」という根源的な人権価値の実現において支援を受けることが必要である場合には、自己決定をすることが可能であるような条件を社会や国の側が提供すべきであり、その支援を受ける権利は、憲法上の固有の基本的人権として保障されることが考えられる。そして、これまで判断能力が不十分であるとして行為能力が制限されてきた人であっても、支援が不十分なためにその能力が生かすことができなかったにすぎないという例も、少なからず存在し

71) Section 24-26.

72) Section 4 (6).

73) Section 4 (7).

74) 菅・前掲注62・200頁。

ていたのではないかと思う。そういった意味では、障害者権利条約の批准、そして矢継ぎ早に判断能力の不十分な人に対して意思決定支援を提供していくような内容のガイドラインなどが作成されている2020年現在、判断能力の不十分な人の意思決定に関わる状況は転換点を迎えているといえる。棟居快行は、これまでの憲法学における人権保障についての議論は、公民として公共空間で政府批判の言論を繰り広げるような、人権が帰属するにふさわしい適格性を備えた「強い個人」のためのものであったことを指摘する。その上で、人権論を国民主権や民主主義と一旦切り離して、理想化した「強い公民」でなく、遺伝性の疾病が発動した者や障害者といった者を念頭に置きつつ、現実の各人各様に何らかの意味で「弱い個人」を担い手として、彼らの個別利益を保全し回復する人権論へと改鑄する必要があると指摘する⁷⁵⁾。

成年後見人による判断能力の不十分な人に対する医療同意については、また個別の論点として指摘できる。成年被後見人等の判断能力が不十分な人について、成年後見人等が医療に関して同意ができるとする規定がない点については、現状、成年後見制度があり、その利用促進がなされている状況下においては、法改正によって対応するほかないのではないだろうか。もちろんその法改正については、判断能力が不十分な人の権利が十分に尊重されるような形になるよう、制度設計が慎重になされる必要があることはいうまでもない⁷⁶⁾。

しかし、問題はそこにとどまるものではない。障害者権利委員会による12条に関する公式解釈指針である「一般的意見1号」が求める、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要請に対する対応である。意思決定支援については、ガイドラインなどによってその方向性が見えてきつつある。これらを前提に、現行成年後見制度代理・代行決定の部分を縮減していくという方向性が考えられる。問題は代理・代行決定の「廃止」というところまで踏み込めるかどうかであるが、これについてはさらに慎重な議論

75) 棟居快行「優生保護法と憲法学者の自問」法時90巻9号(2018年)3頁。

76) 立法についての議論として田山・前掲注19・197頁。

が必要であろう。

意思決定支援とそれを受ける権利についての議論は、まだ始まったばかりである。社会福祉領域の研究などとも連携しつつ、今後より一層その議論を深めていかなければならない。