

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（2・完）

久須本 かおり

1. はじめに
2. 知的障害者福祉施設における虐待の原因と課題
 - (1) 障害者虐待防止法
 - (2) 虐待発生の要因
 - (3) 虐待防止に向けた課題
3. 判例に見られる障害者福祉施設の職員による知的障害者に対する暴行・虐待
 - (1) 事実の概要
 - (2) 判旨（以上、211号）
 - (3) 分析
 - (4) 本判決に対する評価
4. 障害者の意思決定支援の在り方
 - (1) 意思決定支援に関する議論状況
 - (2) 意思決定支援ガイドラインの概要と検討
 - (3) ガイドラインに対する評価
5. 意思決定支援と成年後見制度との関係
 - (1) 問題状況
 - (2) 代行決定制度の存廃
 - (3) 代行決定制度の在り方と成年後見制度の見直し

3. 判例に見られる障害者福祉施設の職員による 知的障害者に対する暴行・虐待

(3) 分析

以下では、本判決の判断枠組みを分析し、障害者福祉施設側のどのような行為態様が民事責任を発生せしめるものと評価されたのかを明らかにする。

本判決では、まず、被告行為者らの押さえつけ行為とXの死亡との間に因果関係があるかどうかを検討されている。この点、事故の状況や押さえつけ行為の態様、鑑定の結果から、両者の間に因果関係ありとした判旨は妥当である。3(1)で紹介した障害者虐待の過去の判例の中には、施設職員による行為を違法とは評価しても、それと障害者の受傷との間の因果関係が否定される例も見られるので、因果関係の存在が民事責任成立のひとつのハードルといえるだろう。もっとも、因果関係の前提として、施設職員による虐待的行為の存在を証明しなければならないが、障害者虐待においては上述したように虐待が表出しにくい様々な要因を抱えているため、虐待的行為の証明もまた大きなハードルとなっているのが現実である。

次に問題になるのは、被告行為者らの押さえつけ行為が違法性阻却事由としての正当業務行為に該当するか、である。この点について、判旨は、被告法人のXに対する支援方針がXに精神的負担を与えてパニックを誘発し、押さえつけを常態化させるという結果を招いていた可能性を指摘し、このような支援方針がXの障害特定に照らして適切でなかった可能性があるとして評価しながらも、本件支援が、①Xがグループホームにおいて安定した地域生活を営むことが可能になるように、日常生活のルールを定着させることを目標として行われていたものであること（目的の適切性）、②被告法人は、専門家である臨床心理士Gとコンサルティング契約を結んで、2

週間に1回の頻度でコンサルテーションを開き、Gの指導、助言を受けながら、Xの支援に関する職員研修を行うとともに、試行錯誤を重ねながらXに対する支援方針が決定、実践されてきたこと（判断の専門性・客観的合理性の確保）に鑑みて、押さえつけ行為が結果としてXにとって適切ではない支援方法であったとしても、それをもって直ちに正当業務行為でないとはいえないとしている。このように、裁判所は、正当業務行為該当性について、結果の如何を問わず、障害者の支援「目的」を達成するための「手段」として行われた職員の当該行為が、支援業務として「客観的に合理性を有している」といえるかを、個別具体的事案に即して判断していることがわかる。したがって、施設側としては、個々の障害者の障害特性に応じて、支援の目標を明確化し、組織的に支援方針を決定・実践すること、定期的に支援方針の検証を行っていることが要求される。そして、支援方針の決定に際して、専門家の意見を聴取することは、施設側の支援方針の客観的合理性を高める方向に働く事情となる。

もっとも、先に紹介したように、障害者福祉施設においては身体拘束が原則禁止されている。押さえつけ行為は身体拘束の一種である以上、押さえつけ行為が違法でないといえるためには、身体拘束が許される例外に該当することが必要である。そこで、判旨は身体拘束が許される要件（切迫性・非代替性・一時性）の該当性について順に検討している。

まず、切迫性については、過去のXの言動に照らすと、Xの事件前日から当日にかけての精神状態や言動は、身体拘束を行うことが必要な程度までXまたは職員らの生命・身体に危険が生じる可能性が高かったものであると判断して切迫性を認めているが、この判断は妥当であろう。

次に、非代替性については、①利用者本人等の生命または身体を保護するためには、身体拘束以外の代替手法が存在せず、それを複数職員で確認すること、②拘束の方法は、利用者本人の状態等に応じて最も制限の少ない方法を選択すること、が要求される場所、本判決は、①については、

Xの過去の行動パターンからして、被告行為者らが複数名でXの手足を押さえつける以外に、Xに生じる危険を回避するために有効な代替手段はなかったと評価したものの、②については、Xの左腕を可動できない方向へそらせる、Xの首の下に足を入れる、死に至らしめるほどの胸腹部の圧迫といった点で、Xに対し必要以上の苦痛を生じさせる態様で押さえつけを行っていることをもって、Xの生命または身体の危険を回避するために必要最小限の態様であったとはいえず、非代替性の要件を満たさないとして、身体拘束が許される例外に該当しないと結論を導出している。判旨によれば、他に代替手法が存在しないだけでは足りず、当該身体拘束が障害者にとって最も制限の少ない方法と評価されなければ、それは違法と判断されてしまうことになるが、切迫した状況では現場も混乱しているであろうから、そのような状況で最も制限の少ない方法を施設側が冷静に選択できるかについては、若干疑問である。本件でも、押さえつけの過程でXが激しく身体を動かして抵抗していたため、被告行為者らが体勢を崩したり、押さえつけが外されないよう押さえつけ直すなどの過程で、結果的にXの胸腹部を圧迫することになってしまったのであって、はじめから判旨が指摘するような苦痛を生じさせる態様で一貫して押さえつけが行われていたわけではない。

とはいえ、押さえつけ行為が正当業務行為として違法性阻却されないとしても、当該押さえつけ行為について被告行為者らに過失が認められる必要があるから、過失認定の中で、上述したような施設側の事情、すなわち、当初は最も制限の少ない身体拘束であると判断した押さえつけの態様が、激しく抵抗するXを押さえつけ続ける過程で、制限の大きい身体拘束に移行してしまったという事情を斟酌することは可能であり、本判決もそのように処理しているから、結果的には判旨の判断基準は施設側にとって厳しすぎることはないといえよう。

むしろ注目すべきは、押さえつけ行為がエスカレートした原因がX自身

にあるという事情をもってしても、なお被告行為者に過失ありとした本判決の判断のポイントとなったのが、押さえつけ行為全体を観察する職員の不在である。押さえつけ行為の当初は、Bがその役割を担い、Xに声かけをしながらその表情や動きに注意を払っていたが、押さえつけが長時間に及ぶことが予想されたために、Bの判断で押さえつけている職員を交代で休憩をさせることにし、Fが休憩で抜けたポジションの押さえつけをBが代わりに行うことになったため、X死亡の時点では全体を見て押さえつけの様子が過剰になっていないかを確認する者が不在となっていた。判旨は、押さえつけ行為全体を観察する者がいればXの死亡を回避できたと考えられるとして、被告行為者らの過失を認定している。そうすると、事態の推移の結果として、障害者を負傷ないし死亡させた直接の行為が最も制限の少ない拘束とはいえないとしても、少なくとも行為を開始した時点では最も制限の少ない拘束と評価できる場合であり、かつ拘束が過剰なものになっていないかを全体として確認する役割を担う者が存在していれば、施設側は過失を認定されない可能性があることになる。

なお、本件では、押さえつけ行為に非代替性がないものとされたため、一時性やその他の手続的要件の検討は一切行われていない。原告は、Xに対する押さえつけ行為について、その態様、時間、利用者の心身の状況、緊急やむを得なかった理由についての記録が一切作成されていないこと、Xが入所していた1年7ヵ月の間に10回以上も押さえつけ行為が繰り返されていたことを、原告に一度も報告していないことを問題にしているが、これらの事実はその他の要件に関わるためか、判旨の中では取り上げられていない。したがって、切迫性、代替性、一時性の要件が満たされたとしても、原告が主張するような手続的要件を満たしていないことを理由として、違法性阻却が認められないと判断される可能性もありうることに注意する必要がある。

他方、理事長Aの過失については、Aが被告法人職員らを指導、監督す

べき立場にあり、日々の支援の中でXがパニックになった時には押さえつけが行われていたことを認識していたのであるから、Xの生命身体に危害が及ばないような押さえ方を指導したり、Xに異常が生じた場合の対応マニュアルを整備するなど、押さえつけの安全性を確保すべき義務があるにもかかわらず、手足を押さえること、4人以上で押さえることを指導するに留まり、具体的な押さえ方の指示や指導を行ったことはなく、制止の方法や危険防止等のマニュアルも作成されることなく、押さえつけの具体的な態様については職員の裁量に委ねていたという点をもって、注意義務を怠ったと評価され、それが原因でXを死亡に至らしめたと判断されている。判旨によれば、施設管理者が支援方法として身体拘束が行われていることを認識している事例において、施設管理者が過失責任を問われなためには、身体拘束のあり方についての大雑把な指導では足りず、具体的な態様の指示や指導まで必要であること、また、そうした内容をマニュアル化して組織として共用させていることが要求されることになる。

(4) 本判決に対する評価

本判決は、結論として被告側の不法行為責任を認めたものであるが、判決に現れた事実関係を見る限りでは、被告側は、難しい障害特性を持つXを受け入れ、Xの支援方針を真摯に検討し、各職員も熱心に指導に当たっていたことが窺われる。施設側が一生懸命にXを支援していたのだから免責されるべきであるというのは、いかにも暴論であって許されないが、他方で、本判決の判断枠組みが正しく理解されず、施設側の敗訴という結論だけが障害者福祉施設関係者に伝えられることの悪影響が心配される。本判決を結論だけ見れば、施設側としては、切迫した状況で下手に身体拘束を行って障害者に怪我をさせたら、その拘束が最も制限の少ない方法と評価されない限り法的責任を問われることになるわけであるから、施設側の積極的支援に対する萎縮効果が懸念されるほか、本件のような強度行動障

害を伴う障害者の受け入れ自体を施設側に躊躇させる効果を生じさせることも危惧されるところであり、これは障害者本人やその家族にとっても大変にマイナスである。したがって、本判決から、施設側としてはどのように対応していれば責任を問われないかを抽出し、必要な措置を講じてもらうことが肝要である。

そこで、本判決から施設職員あるいは施設管理者に要求される対応のポイントを抽出すると、次のようになる。

- ・個々の障害者の障害特性に応じて、支援の目標を明確化し、組織的に支援方針を決定、実践すること。定期的に支援方針の検証を行っていること（支援方針の決定に際して、専門家の意見を聴取することは、施設側の支援方針の客観的合理性を高める方向に働く）。

- ・身体拘束が正当業務行為と評価されるためには、身体拘束が許される要件（切迫性、非代替性、一時性といった実質的要件のほか、記録の作成や本人及び家族に対する説明と了解などの手続的要件）をかなり厳格に満たしていることが必要である。特に、非代替性が認められるには、他に有効な代替手法がないだけでなく、最も制限の少ない方法で行われる必要がある。

- ・身体拘束を始めた時点で、それが最も制限の少ない方法であり、かつ拘束されている障害者の様子や拘束の全体状況を観察する職員が存在していれば、結果として拘束がエスカレートして障害者に何らかの損害が生じた場合でも、免責される可能性がある。

- ・施設管理者は、施設利用者に身体拘束が行われていることを把握していなければならないことは当然であるが、その上で、身体拘束のあり方についてかなり具体的なレベルまで指示や指導をする必要があり、それを組織的に共用するためにマニュアル等を作成することも必要とされる。

最後の点については、本件Xのように、自傷、他害行為など、危険を伴う行動を頻回に示すような特徴を有する強度行動障害を有する者について

て、受け入れ後の不適切な支援が虐待につながる可能性が強く懸念されること、一方で、施設等において適切な支援を行うことにより、危険を伴う行動の回数が減少するなど支援の有効性も報告されていることを受けて、厚生労働省は、支援現場職員に対しては平成25年度から、サービス管理責任者に対しては平成26年度から、強度行動障害に関する体系的な研修を目的とする強度行動障害支援者養成研修を、都道府県地域生活支援事業のメニュー項目に盛り込んで、都道府県に積極的取組みを促しているところである。今後は、こうした研修に施設職員を参加させる、あるいは自身が受講することも、施設管理者に要求されることになるだろう。

本判決は、障害者に対する日々の支援において、職員の行為が法律上違法と評価される境界と判断基準を明らかにした点で、支援実務に携わる関係者にとって非常に参考となる判決であるといえる。しかしながら、一方で、今日における障害者支援における基本理念に照らしたとき、本判決の判断枠組みには違和感を持たざるをえない。それは、押さえつけ行為を伴うXに対する支援方針が、支援を受けるX自身の意思に沿ったものであったといえるかという点が、ほとんど検証されていないことである。判旨は、押さえつけ行為の正当業務該当性の判断において、それが本人の望まない支援であり、かえって状況を悪化させていた可能性があることを示唆しながらも、その事実自体は結論に何の影響も及ぼさず、Xに対する支援方針と押さえつけ行為の必要性が、専門的・客観的判断に裏付けられていることをもって正当業務該当性を肯定してしまっている。ここには、本人の意思が置き去りにされ、たとえ本人の意思に反して押しつけられた支援であったとしても、第三者の目から見て、当該障害者にとって客観的・社会福祉的に望ましい支援が行われていたと評価できれば、法的には違法とはならないという発想がうかがわれる。障害者支援においては、良い支援を実現するため、また虐待を防止するためにも、「本人の意思」の尊重という基本理念が、周囲の者が考える本人にとって望ましい結論に原則とし

て優先すべきであるべきことは2(3)で述べたとおりであり、以下で示すように、その基本理念は複数の障害者福祉立法の文言にも謳われるところとなっている。それにもかかわらず、本判決の判断枠組みは、自分で判断できない社会的弱者たる障害者に、パターンリズムに基づいて客観的に望ましい保護が与えられているかどうかのみを問題とする点で、旧態依然とした措置時代の福祉の発想に基づくものであって、障害者支援をめぐる昨今の議論状況に全く追いついていないといわざるを得ない。司法の場においても早急な意識改革が求められる。

4. 障害者の意思決定支援の在り方

障害者の支援において、「本人の意思」が尊重されるべきことは繰り返し述べてきたが、それはどのような形で行われるべきであろうか。とりわけ、障害者本人が自分で判断することが難しい、あるいはそもそも意思を伝えることができない場合には、支援者は「本人の意思」をどのように汲み取り、それを意思決定に反映するためにどのように支援すればよいかという難しい問題に直面することになる。この問題については、現在、厚生労働省が中心となって意思決定支援の在り方に関する検討が行われており、同時に成年後見制度との関係性も議論されている。まずは現在の議論状況を見てみよう。

(1) 意思決定支援に関する議論状況

「障害者の権利に関する条約」（以下、「障害者権利条約」という。）の批准に向けて、我が国では、平成23年に「障害者基本法」が改正され、これを受けて平成24年に「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」（以下、「障害者総合支援法」という。）、「児童福祉法」、「知的障害者福祉法」も改正された。これらの法には、障害者の意思が尊

重されるべきこと、国や地方公共団体、障害者福祉事業者が「障害者の意思決定の支援に配慮」しながら支援に関する業務を行うべきこと、障害者に対して意思決定に必要な情報が提供されるべきことの規定が置かれ、「意思決定支援」が重要な取組みとして位置づけられている⁽¹⁾。しかしなが

-
- (1) 障害者基本法第23条「国及び地方公共団体は、障害者の意思決定の支援に配慮しつつ、障害者及びその家族その他の関係者に対する相談業務、成年後見制度その他の障害者の権利利益の保護等のための施策または制度が、適切に行われ又は広く利用されるようにしなければならない。」

障害者総合支援法第1条の2「障害者及び障害児が日常生活又は社会生活を営むための支援は、全ての国民が、障害の有無にかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえない個人として尊重されるものであるとの理念ののっとり、全ての国民が、障害の有無によって分け隔てられることなく、相互に人格と個性を尊重し合いながら共生する社会を実現するため、全ての障害者及び障害児が可能な限りその身近な場所において必要な日常生活又は社会生活を営むための支援を受けられることにより社会参加の機会が確保されること及びどこで誰と生活するかについての選択の機会が確保され、地域生活において他の人々と共生することを妨げられないこと並びに障害者及び障害児にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のものの除去に資することを旨として、総合的かつ計画的に行われなければならない。

同第42条「指定障害福祉サービス事業者及び指定障害者支援施設等の設置者は、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とともに、市町村、公共職業安定所その他職業リハビリテーションの措置を実施する機関、教育機関その他関係機関との緊密な連携を図りつつ、障害福祉サービスと当該障害者等の意向、適性、障害の特性その他の事情に応じ、常に障害者等の立場に立って効果的に行うように努めなければならない。」

同第51条の22「指定一般相談支援事業者及び指定特定相談支援事業者は、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とともに、市町村、公共職業安定所その他職業リハビリテーションの措置を実施する機関、教育機関その他関係機関との緊密な連携を図りつつ、障害福祉サービスと当該障害者等の意向、適性、障害の特性その他の事情に応じ、常に障害者

ら、いずれの法にも「意思決定支援」についての定義はなく、具体的にどのような内容が想定されているのかが明らかでなかった。

一方、平成25年から施行されている障害者総合支援法は、その附則において、施行後3年を目処として見直しがされるべき項目の一つとして「障害者の意思決定支援の在り方、障害者福祉サービスの利用の観点からの成年後見制度の利用促進の在り方」を掲げていたことから、平成27年4月から社会保障審議会障害者部会において見直しに向けた検討が行われ、平成27年12月に報告がなされている。この報告によれば、意思決定支援の在り方については、「意思決定支援の定義や意義、標準的なプロセス（サービス等利用計画や個別支援計画の作成と一体的に実施等）、留意点（意思決定の前提となる情報等の伝達等）等を取りまとめた『意思決定支援ガイドライン（仮称）』を作成し、事業者や成年後見の担い手を含めた関係者間で共有し、普及を図るべきである」こと、「あわせて、意思決定支援の

等の立場に立って効果的に行うように努めなければならない。』

児童福祉法21条の5の17「指定障害児通所支援事業者及び指定発達支援医療機関の設置者は、障害児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、障害児及びその保護者の意思をできる限り尊重するとともに、行政機関、教育機関その他の関係機関との緊密な連携を図りつつ、障害児通所支援を当該障害児の意向、適性、障害の特性その他の事情に応じ、常に障害児及びその保護者の立場に立って効果的に行うように努めなければならない。』

知的障害者福祉法第15条の3「市町村は、知的障害者の意思決定の支援に配慮しつつ、この章に規定する更生援護、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の規定による自立支援給付及び地域生活支援事業その他地域の実情に応じたきめ細やかな福祉サービスが積極的に提供され、知的障害者が、心身の状況、その置かれている環境等に応じて、自立した日常生活及び社会生活を営むために最も適切な支援が総合的に受けられるように、福祉サービスを提供する者又はこれらに参画する者の活動の連携及び調整を図る等地域の実情に応じた体制の整備に努めなければならない。』

質の向上を図るため、このようなガイドラインを活用した研修を実施するとともに、相談支援専門員やサービス管理責任者等の研修のカリキュラムの中にも位置づけるべきである」とされている。ガイドラインについては、既に厚生労働省の障害者総合福祉推進事業において平成25年度から意思決定支援に関する各種調査研究事業が実施されており、平成26年度の同事業の中で作成された「意思決定支援ガイドライン（案）」（以下、「ガイドライン（案）」という。）⁽²⁾の概要が報告書の中で紹介されている。続く平成27年度には、支援現場において右ガイドライン（案）に基づいた支援を試行的に実践し、その結果を踏まえてガイドラインをより精査する作業が行われ（以下、「ガイドライン（修正案）」という。）⁽³⁾、平成29年3月31日には、その成果物として、厚生労働省社会保険・援護局から各都道府県に向けて「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について」（以下、「平成29年ガイドライン」という。）⁽⁴⁾が通知されるにいたっている。平成29年ガイドラインは、意思決定支援に関する最も新し

(2) 平成26年度障害者総合福祉推進事業・公益社団法人日本発達障害連盟「意思決定支援の在り方及び成年後見制度の利用促進の在り方に関する研究事業」（www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12200000-Shakaiengokyokusyougaihokenfukusibu/0000099358.pdf）（2017年6月16日）。

(3) 平成27年度障害者総合福祉推進事業・公益社団法人日本発達障害連盟「意思決定支援のガイドライン作成に関する研究」（www.jlidd.jp/wp-content/uploads/bb8a04988f4675aa39188b161c56d48a-1.pdf）（2017年6月16日）。ここでは、ガイドライン（案）の現場での実証結果もまとめられている（60頁以下）。また、障害者福祉施設での意思決定支援の実践例として、加藤恵「特集 障害者意思決定支援の考え方と成年後見実務への活用 3 福祉サービス事業所における意思決定支援への取組み(2) 障害者相談支援専門員から見た本人意思と意思決定支援」実践成年後見64号（2016年）29頁以下参照。

(4) <http://222.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12200000-Shakaiengokyokushougaihokenfukushibu/0000159854.pdf2>（2017年6月16日）。

い公表物ではあるものの、あくまで障害者福祉事業者がサービスを提供する際の障害者の意思決定支援に的を絞り、かつ事業者に対する啓発を目的として、基本的考え方や姿勢、方法、配慮されるべき事項等、意思決定支援の枠組みを具体的かつ簡潔に提示するに留まるものであり、前記のガイドライン（案）に示されていた障害者の意思決定支援一般に通底する基本原理や枠組みについての詳細な検討は、平成29年ガイドラインからは姿を消し、著しく簡略化されてしまっている。そこで、以下では、平成29年ガイドラインの基となっているガイドライン（案）の方を中心に取り上げ、その概要を紹介するとともに内容を検討してみたい。

（2）意思決定支援ガイドラインの概要と検討

ガイドライン（案）は、その基本理念をイギリスの2005年意思決定能力法（Mental Capacity Act. 以下、「2005年法」と呼ぶ。）に全面的に依拠するものである⁽⁵⁾。同法の定める意思決定支援制度は、これまでの成年後見制度が主たる内容としてきた、自ら意思決定できない人々のために、法律上権限を与えられた者が代わって決定を行うという代行決定アプローチを改め、本人の意思決定を支援することを第一に行う意思決定支援アプローチへと大きく舵を切り替える一方で、本人の意思決定支援が現実的に困難な場面に備えて、必要最小限の範囲で、本人の「ベスト・インタレスト（最善の利益）」に適合する形でのみ、代行決定が法的に許容される余地を残す点に特徴がある。

ガイドライン（案）は、意思決定支援の定義として、「知的障害や精神

(5) イギリスの2005年法を紹介した文献は沢山あるが、日本法との比較を踏まえてコンパクトにまとめられたものとしては、菅富美枝「障害（者）法学の観点から見た成年後見制度—公的サービスとしての『意思決定支援』」大原社会問題研究所雑誌641号（2012年）59頁以下がある。

障害（発達障害を含む）等で意思決定に困難を抱える障害者が，日常生活や社会生活等に関して，自分自身がしたい（と思う）意思が反映された生活を送ることが可能となるように，障害者を支援する者が行う支援の行為及び仕組みをいう」とする。

そして，意思決定支援の基本原則として次の5つを掲げる。

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ければならない。

2. 本人の意思決定を助けるあらゆる実行可能な方法が効を奏さなかったのであれば，意思決定ができないとはみなされてはならない。

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。

4. 意思決定能力がないと評価された本人に代わって行為をなし，意思決定するにあたっては，本人のベスト・インタレストに適するように行われなければならない。

5. そうした行為や意思決定をなすにあたっては，本人の権利や行動の自由を制限する程度がより少なくて済むような選択肢が他にないか，よく考えなければならない。

この基本原則は，2005年法の掲げる5大原則と全く同じであり，原則1～3は意思決定支援に向けた原則を示しているのに対し，原則4と5は代行決定を避けられない場面に関わる原則である。原則4の「ベスト・インタレスト」とは何かについて，2005年法ではあえて定義はおかれておらず，その人にとってのその時点での「ベスト・インタレスト」を発見するための7つの要素が抽出され，チェックリストとして提示されている⁽⁶⁾。チェックリストは，代行決定者が，本人のおかれた状況を第三者の

(6) 2005年法第4条にはチェックリストとして以下のものが挙げられている。

①本人の年齢や外見，状態，ふるまいによって，判断を左右されてはならない。

視点で客観的に観察した結果、良いと考えたに過ぎないものを「ベスト・インタレスト」と捉え、これを押しつけてはならないこと、また、本人を意思決定の結果だけが帰属する客体として扱うのではなく、本人が大切にしている事柄を代行決定に反映させることによって、本人らしい意思決定を実現しようとする姿勢を示す項目が挙げられている。そして、こうした要素を現場で実践できるよう、同法の運用指針として「2005年意思決定能力法施行指針」(Mental Capacity Act 2005 Code of Practice) が解釈を加え、現場で想定される問題への対処例をシナリオの形で提示している⁽⁷⁾。

②当該問題に関係すると合理的と考えられる事情については、全て考慮した上で判断しなければならない。

③本人が意思決定能力を回復する可能性を考慮しなければならない。

④本人が自ら意思決定に参加し主体的に関与できるような環境を、できる限り整えなければならない。

⑤尊厳死の希望を明確に文書で記した者に対して医療処置を施してはならない。他方、そうした文書がない場合、本人に死をもたらしたいとの動機に動かされて判断してはならない。安楽死や自殺幫助は認められない。

⑥本人の過去及び現在の意向、心情、信念や価値観を考慮しなければならない。

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。

(7) シナリオの例としては、次のようなものがある。

シナリオ30（意見対立の解決）「ロバートは知的障害と自閉症を有する19歳の若者である。彼は寄宿制の特殊学校をまもなく終了する。両親はロバートのある慈善団体の運営する特殊施設に行かせたがっているが、地元の支援センターの一部屋はどうかとも提案されている。両親はそこではロバートは適切な介護を受けられないと考えている。そこで、特殊学校側は「最善の利益」会議を設定した。出席者は、ロバート、両親、ロバートの学校の教師たちおよびロバートのケアプランを作成する専門家たちである。両親と教師たちはロバートのことを一番よくわかっている。両者はそれぞれ意見を述べ、かつロバートがどこに住みたいと思っているのかを伝える手助けをし

ガイドライン（案）でも、イギリスのチェックリストと全く同じ内容ではないが、これに相当するものとして、次の5つの項目が「意思決定支援における合理的配慮」として掲げられている。

1. 本人の年齢、障害の態様、特性、意向、心情、信念、好みや価値観、過去から現在の生活様式等に配慮する。

2. 意思決定支援を行うにあたっては、内容についてよく説明し、結果を含めて情報を伝え、あらゆる可能性を考慮する。

3. 本人の日常生活、人生及び生命に関する領域等意思決定支援の内容に配慮する。

4. 本人が自ら参加し主体的に関与できる環境をできる限り整える。

5. 家族、友人、支援者、法定後見人等の見解に加え、第三者の客観的な判断が可能となる仕組みを構築する。

さらに、ガイドライン（案）では、現場で意思決定支援を実践するにあたっての具体的留意事項、例えば、「できるだけわかりやすい方法、手段にて情報を伝える（手話、伝達装置、絵文字、コミュニケーションカード、スケジュール等を含む）」ことや、「予測される副次的出来事（リスクも含む）について伝える」こと、「事案について、複数の決定によるメリットとデメリットを可能な限り挙げて相互に比較検討して結論を導くこと」などを、指針として複数挙示している⁽⁸⁾。

た。福祉職員が州内のいくつかの施設を見つけてきたので、ロバートは両親とともにそこを見て回った。更なる話し合いを経て、ロバートの自宅に近い地元の公的施設がロバートの最善の利益にかなうと全員が納得した。」

(8) 意思決定支援における留意点として、以下の事柄が列挙されている。

1. 意思決定と情報

・ 決定を行うにあたって必要な情報を、本人が十分理解し、保持し、比較し、実際の決定に活用できるよう提供すること。

・ 本人が自己の意思決定を表出、表現できるよう支援すること。

次に、ガイドライン（案）は各論として、意思決定の具体的な支援体制を提示している。この部分は、簡略化されてはいるが平成29年ガイドラインにほぼ反映されている。

まず、障害者福祉施設における意思決定支援の考え方が示されており、重度の知的障害者のように自ら判断できない場合には、事実を根拠として本人の意思を丁寧に理解し、代弁する支援者が必要であり、このような者がいない場合には、基幹相談支援センターの相談員等が、本人を担当する相談支援専門員とは別に代弁者となることができるとする⁽⁹⁾。そして、障

- ・本人が表明した意思をサービス提供者等に伝えること。

- ・本人の意思だと思われるものを代弁すること。

2. 情報提供の留意点

- ・本人への情報提供については、支援者の態度・方法・技術によって大きく異なることを理解すること。

- ・できるだけ解りやすい方法、手段にて情報を伝える（手話、伝達装置、絵文字、コミュニケーションカード、スケジュール等含む）。

- ・情報提供に関しては、ステップを踏んで確認しながら行う。

- ・予測される副次的出来事（リスクも含む）について伝える。

- ・決定の結果についての責任を伝える。

3. 意思決定支援における最善の利益の判断

- ・事案について、複数の決定によるメリットとデメリットを可能な限り挙げて相互に比較検討して結論を導くこと。

- ・事案の決定について、どちらか一つということではなく二つを融合して一つ高位段階において決定を図っていくこと。

- ・本人にとって、自由の制限がより少ない方法を選択すること。

(9) イギリスには、似たような状況において本人の意思を代弁する者として、独立意思代弁者 IMCA (Independent Mental Capacity Advocate) という制度がある。IMCA は、本人にかかわる介護・医療のサービス提供者とは独立して、意思決定能力がなく、家族や友人などの適切な支援者がいない当事者について、現在の本人の意思や選好がどのようなものであるのかを調査、報告し、ベスト・インタレストに基づく決定

害者福祉施設における日常の支援場面においては、利用者に対する直接支援の全てに意思決定支援の要素が含まれていることから、本人の意思の確認に基づく支援を行った結果がどうであったかについて記録をしておき、今後の意思決定支援の基礎資料とすることが有用であるとする。また、「人生の大きな選択」の場面における意思決定支援は、本人の意思確認を最大限の努力で行うことに加え、本人に関わる関係者が集まり、現在及び過去の本人の日常生活の場面における表情や感情、行動などの支援機関における記録等の情報やこれまでの生活歴、人間関係等様々な情報を交換し、判断の根拠を明確にしながら、より自由の制限の少ない生活への移行を原則として、本人の最善の利益の観点から意思決定支援を進める必要があるとする⁽¹⁰⁾。

を行う上で、それらが最大限考慮されるように働きかけを行うという専門職である。IMCAは、2005年法に規定された法定のアドボケイトであり、本人の意思や選好を調査・表明するための強力な権限が与えられていることから、優れたコミュニケーション能力、自己の見解について確信を持って伝えられる交渉力、調査能力、健康保険や社会保障に関する卓越した知識などのスキルが要求され、国家資格を取得することが要求される点で、我が国の相談支援専門員とはその資質が明らかに異なる。なお、IMCAは地方自治体が補助金を出して民間団体に委託している事業であり、これを利用する費用は常に無償である。

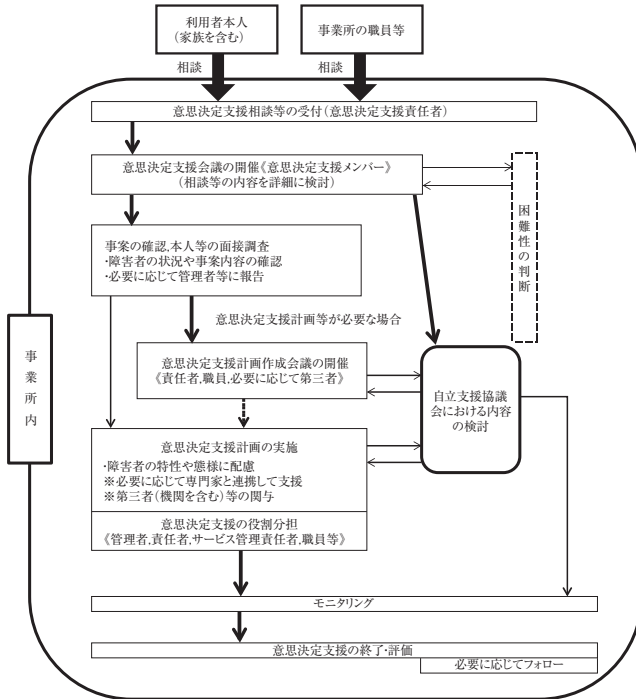
- (10) 意思決定支援会議の運営については、オーストラリアの意思決定支援（Supported Decision-Making）モデル（SDM モデル）が参考になる。SDM モデルは、関係者の間では、障害者権利条約が意図する意思決定支援のまさに「実践」であり、短期間の介入によって本人に劇的な変化が見られていると専ら評価されている。特に意思決定者自身の満足度がとても高く、皆が自分を「説得したり、責めたりするために」いるのではなく、自分の意思決定のためにチームとして存在しているということ、また小さな意思決定を積み重ねることによって以前の自分ではできなかったことができていくという実感が、本人の自信や自己肯定感の向上につながっているのではないかと考えられている。SDM モデルの概要については、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』

意思決定支援の実施体制としては、各施設に意思決定支援の責任者を配置し、その者が意思決定支援計画作成に中心的に関わり、意思決定支援のための会議を企画・運営し、事業所内の意思決定支援の仕組みを作る等の役割を担うとされている。責任者は、障害者の意向、好み、障害の態様や特性、意思決定の内容及び人物、物理的環境等様々な事情を多角的かつ客観的にアセスメントし、個別支援計画やサービス等利用計画等の情報から課題やニーズを整理した上で、個別の意思決定支援計画を作成し、その計画に従って具体的に意思決定支援を実施するものとされる。支援の経過・状況・結果等については記録として残し、特に意思決定後の本人の生活や人生がどのように変化したのかを把握し、本人の満足度を含めた評価を行うこと、こうした実践をフィードバックして知見を集積・整理することにより職員間で情報を共有し、意思決定支援の標準化を図ることが重要であることが指摘されている。また、責任者は意思決定支援計画、意思決定支援会議の内容について、利用者と保護者に対して丁寧に説明を行い、これらの者が意思決定支援会議に参加できるように必要な支援を行うものとされる。さらに、責任者は、相談支援事業や学校、医療機関、自立支援協議会との適切な連携を図り、情報を共有することが求められているが、ここで成年後見人等との連携についても言及されており、後見人、保佐人、補助人等は、意思決定支援に関するチームの一員としてその役割を果たしていくことが重要であると述べられている。

ガイドライン（修正案）では、以上に示した意思決定支援の流れが図式化されているほか、支援計画の記載様式や研修プログラムの提案も行われている。また、意思決定支援会議の構成員についても、意思決定支援が必

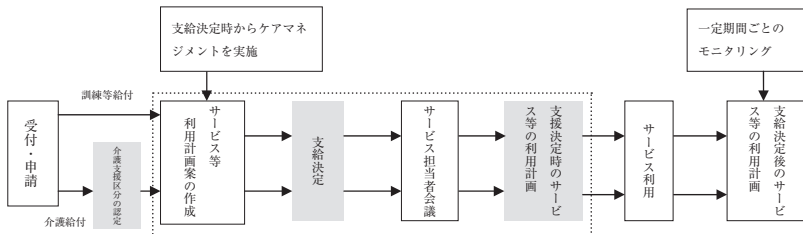
へ～認知症や障害のある人の自己決定権の実現を目指して～」（2015年）75頁以下、名川勝「南オーストラリア州の支援付き意思決定（SA-SAM）とその意義」実践成年後見62号（2016年）52頁以下参照。

意思決定支援の流れ（事業所内）



公益社団法人日本発達障害連盟・平成27年度障害者総合福祉推進事業「意思決定支援のガイドライン作成に関する研究」48頁・図表1

(参考) 障害者福祉サービスの利用までの流れ



要とされる領域を生活（食事、更衣、移動、排泄、整容、入浴、余暇、社会参加等）、人生（住む場所、働く場の選択、結婚、障害者福祉サービスの利用等）、生命（健康上の事項、医療措置等）の3つに分け、具体的な提案がなされている⁽¹¹⁾。

（3）ガイドラインに対する評価

ガイドライン（ガイドライン（案）、ガイドライン（修正案）、平成29年ガイドライン全て含む）は、意思決定支援の理論的基盤を提示すると同時に、障害者福祉施設における意思決定支援の枠組みを提示するものであって、これが現場に落とし込まれ、実践と検証が繰り返されることを通じて、その現場に相応しい支援の在り方が確立されていくものであるから、現時点で抽象的にガイドラインの是非を論じてあまり意味がない。今後の現場での取組みに大いに期待したいところであるが、ガイドラインを実践するにあたって、危惧される点がいくつかあるので、それを指摘しておきたい。

まず、ガイドラインは、意思決定支援の仕組みとして、既存の個別支援計画やサービス利用計画と同じように、責任者を置き、会議を設定して支援計画を策定し、それを実行しモニタリングするという基本的枠組みを提示し、合わせて、意思決定支援責任者をサービス管理責任者が兼務する

(11) 生活の領域については、本人をよく知る家族、職員等による支援の領域であり、とかく単独あるいは少数の人による支援になりやすいことから、意思決定支援責任者やスタッフ、本人、家族に加え、友人や苦情解決第三者委員等を参加させることが考えられるとする。人生の領域においては、本人をよく知る家族、職員等に加え、友人、地域住民、関連機関（地域の自立支援協議会等）の職員等の参加が考えられる。生命の領域については、本人をよく知る人の他に、第三者、弁護士及び医師等専門家の関与する会議を通しての支援が重要であり、医療措置についてはセカンドオピニオンの意見を要することもあるとする。

ことも提案している。しかしながら、意思決定支援は既存の福祉支援サービスとは全く質の異なるものであり、きめ細やかな配慮や柔軟な対応が要求されるとともに、従来の支援で要求されたものとは別の知識や能力が要求されるものであるから、既存の枠組みを流用することで果たして適切に対応できるのか疑問である。意思決定支援の導入により現場職員に更なる負担をかけないため、既存の枠組みを利用することで現実的な仕組みを構築しようとした点は評価できるものの、こうした配慮をしたとしても、ガイドラインの実践には職員間の情報の共有やモニタリングのための記録作成、更なる会議の開催が必要不可欠であり、現状においてこれらの負担増に現場が耐えられるのかも心配される。一方で、とりあえず意思決定支援計画を策定し、会議を開催しさえすれば、形式的には意思決定支援に配慮したことになるので（しかも、意思決定支援会議は個別支援会議等の中で「行われたことにしてしまう」ことも構造的には可能である）、事業者は形式を整えるだけに留まり、実質的な意思決定支援がなされないで終わってしまうのではないかと、また、形式が隠れ蓑となって、内実が伴ったものでないことが逆に見過ぎされやすくなるのではないかも心配される⁽¹²⁾。したがって、行政が、事業所内で意思決定支援の仕組みが十分に機能していることを実質的に監視監督することが必要である。同時に、行政には、判断に困難が生じるような場合について相談対応や助言を行う専門窓口を設けるといった、事業所に対する支援体制の構築も要求されよう。

このように、意思決定支援が実効性のあるものとなるためには、現場の職員が意思決定支援の重要性とその基本理念を十分に理解し、適当に手を抜かずに実践できるか、行政によるチェック機能や現場へのバックアップがきちんと果たされるかどうかにかかっている。加えて、こうした新しい

(12) 同様の指摘として大塚晃「特集 障害者意思決定支援の考え方と成年後見実務への活用 2. 意思決定支援の考え方」実践成年後見64号（2016年）20頁参照。

支援を福祉の現場に導入する以上は、そうした支援について相応の金銭的手当がなされるべきである。この点、社会保障審議会障害福祉部会の報告書では、「意思決定支援は、相談支援をはじめとした福祉サービスの提供において当然に考慮されるべきものであり、特別なサービス等として位置づけるような性質のものではないことに留意が必要である」とされている。意思決定支援が本来そのようなもので「あるべきだ」ということについて異論はないが、意思決定支援の仕組み作りはまさに始まったばかりであるから、日々の支援に埋没させることなく、事業所が意識的に意思決定支援に取り組むようにさせるためには、個別の支援項目として設定する方が望ましい。また、上述したように意思決定支援には相当の能力と時間を要することから、これを従来の生活支援の延長あるいはそれに付随するものとして位置づけ、従来の福祉サービスの枠内で実施するようにしたのは、現場に無理を強いるだけであり、障害者福祉からの人材流出を助長するばかりである。意思決定支援を独立した支援として位置づけ、相応の対価が支払われることは、意思決定支援が実質化するための制度的な前提要件となる。

5. 意思決定支援と成年後見制度との関係

(1) 問題状況

障害者権利条約は、判断能力が不十分な成年者にも意思決定する法的能力を平等に承認すべきであり、そのために、判断能力が不十分な本人の意思決定を第三者が代行する代理・代行決定制度を排し、本人に不足している判断能力を意思決定支援で高め、補い、本人が法的能力を行使できるようにする意思決定支援制度に全面的に転換すべきことを、締約国に求めて

いる⁽¹³⁾。この中核にあるのは、判断能力の程度を問わず、本人を意思決定の法的主体として位置づける「本人中心主義」の発想であり、これが昨今

(13) 障害者権利条約において意思決定支援に関わるのは第12条である。同条は「条約の核心」といわれるほど重要で、障害を持つ人が健康、住まい、雇用、自己の財産等、生活の全ての側面において、「自分で自分の意思決定を行う権利を保障する」条項であり、そのために、条約は「支援された意思決定」を準備したとされる（ティナ・ミンコウィッツ「障害者権利条約における合理的配慮と人権」日本障害フォーラムセミナーにおける基調報告（2008年）www.normanet.ne.jp/~jpf/seminar/reports/20081129jdfseminor.pdf・（2017年6月16日））。

第12条（法律の前に等しく認められる権利）

1. 締約国は、障害者が全ての場において法律の前に人として認められる権利を有することを再確認する。

2. 締約国は、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を享有することを認める。

3. 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必要な措置をとる。（以下、4ならびに5は省略）

2014年4月11日に採択された同条の公式解釈指針である「一般的意見第1号（General comment No. 1）」（<http://222.orchr.org/EN/HRBodis/CRPD/Pages/GC.aspx>、（2017年6月16日））によると、①第12条2項の法的能力には行為能力も含まれ、本人の意思決定能力の不足を法的能力否定のための正当化事由とすることは許されないから、締約国は、目的又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する必要があること、②代理・代行決定制度は多種多様な形態をとりうるが、個人の法的能力が排除される点、当事者以外の者が代理意思決定者を任命でき、しかも当事者の意思に反してこれを行うことができる点、代理意思決定者によるいかなる決定も、当事者の意思と選好ではなく、客観的に見てその「最善の利益」となると思われることに基づいて行われる点で、共通の特徴を有すること、したがって、③締約国は、代理・代行決定制度を、個人の自立、意思及び選好を尊重した支援付き意思決定に代置するよう義務づけられるが、これは代理・代行決定制度の「廃止」と、支援付き意思決定制度の開発が義務づけられことを意味するのであって、代理・代行決定制度を維持しながら支援付き意思決定システムを開発しても、第12条の遵守には十分ではない、とされている。

の国際的な潮流となっている。

翻って、我が国には、判断能力が不十分な成年者の意思決定をサポートする制度として、成年後見制度が存在する⁽¹⁴⁾。この制度は、裁判所の選任を経た成年後見人に代理権を付与することを原則として、本人の事柄に関して後見人に広範な代行決定権限を与えるものである上に、後見人には本人の意思を確認して代理行為を行うことが明確に義務づけられているわけではなく、本人の意思の尊重を保証するセーフガードも存在しないことから、現行の成年後見制度は障害者権利条約が排すべきとしている「代理・代行決定制度」そのものであり、制度の見直しが迫られているといえる。

我が国の成年後見制度が障害者権利条約に抵触するという指摘は、障害者総合支援法の見直しにかかる社会保障審議会障害者部会の議論の中でもなされていたが、「成年後見制度そのものの課題については、当部会の調査審議事項を越えるものであるが、当部会における議論の内容について

(14) 我が国の成年後見制度には、後見・保佐・補助の3類型が設けられているが、最高裁判所の公表する「成年後見事件の概況 平成27年1月から12月まで」(www.courts.go.jp/vcms_lf/20160427koukengaikyoku_h27.pdf (2017年6月16日))によれば、成年後見の申立件数は、後見類型が27521件、保佐類型が5085件、補助類型が1360件と、後見の割合が81%を占めている。後見類型は、後見人に包括的に権限が付与されており、後見人の代理権行使に当たって本人の意思や意向が考慮されない可能性が最も高い類型である。また、後見類型においては、後見開始の審判をするにあたり、裁判所は本人との面談をほとんど実施せず、本人の意思や理解状況を確認しないほか、後見人の選任にあたっては、親族の意向を尊重し、候補者が本人の意向に沿う者であっても親族が反対すれば選任されない。成年後見制度を巡るこうした状況は、裁判所をはじめ、後見人らや周囲の関係者が本人の意思を軽視する風潮を蔓延させる要因の一つになっているとされる。なお、自己の後見の在り方を自らの意思で決定するという自己決定の尊重の理念に即して創設された任意後見制度はあまり活用されておらず、27年において発効している件数は816件であり、法定後見の申立が年間3万件を超えているのに比して圧倒的に少ない。

は、内閣府に設置されている障害者対策委員会や法務省に伝え、今後の議論に生かされるようにしていくべきである」とされ、踏み込んだ議論はなされなかった。その結果、見直し事項の一つである「成年後見制度の利用促進の在り方」に関する報告でも、現在の成年後見制度の是非に対する評価はなされず、制度の運用状況を踏まえ、より積極的に現行制度が活用されるための方策が検討されているに留まっている。また、学説上も、成年後見制度の置かれた問題状況の指摘自体は各所で見られるものの、これに関する本格的な研究は数少なく、まだまだ議論の途上にあるといった状態である⁽¹⁵⁾。

なお、現行の成年後見制度が対象としているサポートは、判断能力が不十分な本人の財産管理に関わる法律行為のみであり、介護や治療といった事実行為は除外されている⁽¹⁶⁾。つまり、これまで我が国には、日常的・身の上的決定や医療的決定について本人の意思決定をサポートする仕組みは存在せず、実態としては本人の周りにいる者により、周りの者の望ましいと考える内容で当然のように代行決定が行われてきたというわけである⁽¹⁷⁾。現在整備が進められている意思決定支援の仕組みは、障害者にとって、日常生活における支援こそが、主体的な人生を生きるために最も重要であるという考え方にに基づき、この欠けていた部分をサポートするものとして機能することが予定されている。もっとも、公表されているガイドライン(案)では、本人による意思決定が困難な場合において代行決定を許容する仕組みを採用しており、この仕組み自体も障害者権利条約に反するもの

(15) 上山泰・菅富美枝「成年後見制度の理念的再検討—イギリス・ドイツとの比較を踏まえて」筑波ロージャーナル9号(2010年)1~33頁、菅・前掲注(5)59頁以下、上山泰=菅富美枝『成年後見制度の新たなグラウンド・デザイン』法政大学出版局(2013年)など。

(16) 山本敬三『民法講義I総則(第3版)』有斐閣(2011年)61頁参照。

(17) そのような具体例は、日本弁護士連合会・前掲注(10)・17頁以下参照。

であるという限りにおいて、成年後見制度と問題状況に変わりはない。但し、ガイドライン（案）で提案されている代行決定は、それが本人の意思にできる限り沿った形で行われるようにするための制度的担保があるという点で、従来的に成年後見制度や日常的な生活支援で行われてきた代行決定とは明らかに質の異なるものであることに注意を要する。

このような問題状況を踏まえて、以下では、我が国における意思決定支援の仕組みを考えるにあたって、障害者権利条約が全廃を要求している「代理・代行決定」という方法を存置すべきかどうか、存置するとしても、それが障害者権利条約の基本理念にできる限り適ったものであるために、どのような仕組みが用意されるべきであり、その仕組みの中で既存の成年後見制度はどのような影響を受けることになるのかについて検討する。

（2）代行決定制度の存廃

まず始めに代行決定型の法的支援手段を全廃し、意思決定支援の仕組みに代置すべしとする障害者権利条約の方針に、我が国が全面的に従うかという問題について考えてみよう。この点については、現在発表されているガイドライン（案）が、代行決定が法的に許容される余地を必要最小限の範囲で残すイギリスの2005年法に依拠する部分が大きく、またガイドライン（修正案）ならびに平成29年ガイドラインにおいても代行決定を許容する部分について特に変更はないことから、我が国でも代行決定型の法的支援手段を残す方向で検討が進むことが予想される。また、イギリスのように、意思決定支援の仕組みが何らかの法的制度として導入されている国は、国際的に見てまだごく少数に留まり、そうした制度も伝統的な法定後見制度がカバーしてきた領域を完全に埋めるものとはなっていないことから⁽¹⁸⁾、現時点では、意思決定支援制度に代行決定制度を一部組み合わせる

(18) ミヒヤエル・ガナー（藤原正則翻訳）「成年者保護の比較法的展望と意思決定支援

という仕組み以外に、判断能力が著しく不十分な者の法的な権利擁護のスキームを具体的に想定できない状況にあるといえる。こうした状況のもとでは、障害者権利条約が要求するような、代行決定制度から意思決定支援制度への完全な一元化を図ることは、現実的には極めて困難であるとの指摘がなされている⁽¹⁹⁾。したがって、意思決定支援の仕組みを導入するにしても、本人による意思決定がどうしても困難な場合については、代行決定制度を存続させざるを得ないということになるだろう。

(3) 代行決定制度の在り方と成年後見制度の見直し

代行決定制度を存置するとしても、代行決定が本人のベスト・インタレストにできる限り沿った形で行われる必要がある。この点、ガイドライン(案)では、2005年法を参考に、本人のベスト・インタレストを把握するための指針を掲げ、できる限り本人の意思を尊重する仕組みが用意されている。本人のベスト・インタレストを把握するためにイギリスで用いられているチェック・リストやシナリオに比べると、我が国の指針は現時点では抽象的に過ぎる感があるが、本人のベスト・インタレストを探る際にど

のいくつかのモデル」成年後見法研究13号(2016年)39頁以下参照。いわゆる全面後見の形態を廃止し、契約型の意思決定支援の仕組みを導入した例として、チェコ共和国2012年民法第45～48条や、カナダのいくつかの州に見られるRepresentation Agreementと呼ばれるものがある。これらは、当事者の合意を通じて、意思決定支援者を選任して、この者に本人が結ぶ契約への立会い権限を付与する仕組みであるが、これらは本人の一定程度の現有能力の存在が前提となっており、限定後見の形態も残されているため、代理・代行決定制度を完全撤廃しているとはいえない。チェコ共和国の改正民法については、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—法的能力の制限撤廃への動き」上山泰=菅富美枝『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』法政大学出版局(2013年)第13章参照。

(19) 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)49頁参照。

のような点に注意すべきかということは、現場の実践を積み重ね、それを分析することによって見いだされるものであり、制度の違いや国民性の違いも影響するであろうから、我が国でも将来的にはイギリスのようなより具体的な、我が国独自の指針が作られることが期待される⁽²⁰⁾。

他方で、現行の成年後見制度には、成年後見人に広範な代行決定権が与えられている点、成年後見人の代行決定が本人の意思を尊重して行われたものであることが制度的に担保されないという点で問題が存在する。本人の意思が最大限尊重される意思決定支援を実現するために、成年後見人の代行決定権限はできる限り縮減されるべきであり、また、やむを得ず代行決定する際も、本人の最善の利益の実現を求める方向で行われるよう、成年後見人を法的に義務づける必要がある。

このような観点から、菅富美枝教授は、民法858条等の解釈を通じて、意思決定支援の基本理念を現行の成年後見制度に読み込むことが可能であるとする非常に興味深い議論を展開しているので、ここで紹介したい⁽²¹⁾。菅教授は、2000年に現在の成年後見制度が導入された際に基本理念とされた「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」は、意思決定支援の基本理念と同一の方向を目指していること、また同時に新設された民法858条等にみられる「本人意思尊重義務」は、本人の意向に寄り添った任務遂行を要請する方向で、成年後見人の裁量に一定の制約を課していると考えられることから、我が国の成年後見制度において、本人中心主義の発想や意思決定支援の基本理念を読み込む素地は十分にあ

(20) 平成29年ガイドラインには、意思決定支援の具体例として、日中活動プログラムの選択に関する意思決定支援、施設での生活を継続するかどうかの意思決定支援、精神科病院からの退院に関する意思決定支援の例が示されている。

(21) 菅富美枝「民法858条における「本人意思尊重義務」の解釈—本人中心主義に立った成年後見制度の実現—」名古屋大学法政論集250号（2013年）129頁以下。

るとして⁽²²⁾、次のような解釈論を展開している。

我が国の民法858条は、成年後見人が自らの法律上の権限を行使するにあたって、本人の意思を尊重すると同時に、心身の状態及び生活状況に配慮すること（身上配慮義務と呼ばれる）を求めている。後者は客観的な福祉的利益の保護を指していると考えられており、これと前者は恒常的、日常的に対立しうるものであるが、両者が衝突する恐れがある場面では、後者を優先させるのが従来通説的理解であった⁽²³⁾。この点、菅教授は、民法858条の文言上は両者の優先関係が明示されていないことから、両者が衝突する恐れがある場面では本人の意思が最優先され、本人の意思が不明か、あるいは本人の意思に反することが明らかでない場合のみ、客観的な福祉的利益の保護が適用されるという立場をとることが可能ではないかと提案する。そして、民法858条をこのように解することで、成年後見人が代理権等の権限行使をするにあたって、本人の意思が成年後見人の考える客観的な福祉的利益と一致しないものであっても、本人の意思を安易に無視してはならないという義務を読み込むことができる⁽²⁴⁾。

また、代行決定の過程に本人の主観を最大限取り入れるため、本人の継続的関与を制度として担保する解釈論として、民法645条の受任者の報告義務の規定に基づいて、成年後見人が代理権を行使する前に本人への十分な情報提供を行うこと、代行決定によって何が本人の身に起こりうるのかについて順次報告を行うことを、成年後見人に義務づけることができる

(22) 菅・前掲注(21)・130-131頁参照。

(23) 菅・前掲注(21)・132頁本文ならびに注(8)参照。菅教授によれば、そもそも両者は、後見人の努力次第で調和させうるものと考えられていると思われるため、この点について直接述べるものは見当たらないが、一般に、民法858条の違反の場合として身上配慮義務の違反だけが想定されているように見えることから、このように解釈できるように思われる、とする。

(24) 菅・前掲注(21)・142頁以下参照。

のではないかとする。成年後見人への委任の規定の準用については、民法869条によって善管注意義務を定めた民法644条は準用されているものの、民法645条は準用されていないが、民法645条は民法644条に由来すると考えられていること、たとえ本人の判断能力が不十分で、民法645条の趣旨であるところの、本人による受任者の監視や臨機応変な対応を期待し得ないとしても、本人への報告を義務づけることは、本人を中心にいた後見任務が行われていることの象徴的意味があるとして、明文がなくても成年後見人に報告義務を認める余地があるとする⁽²⁵⁾。

但し、以上に示した解釈は、成年後見人が本人の意思を真摯に尊重した結果、本人の客観的な利益や福祉が多少減じられることがあった場合に、成年後見人が責任を問われる可能性があっては、結局それを恐れる成年後見人が代理権を行使し、いわゆる無難な選択を本人に強要せざるを得ないことになることから、このような場合に成年後見人が免責されることを定める必要があることも指摘している⁽²⁶⁾。

菅教授の主張するように、現行の成年後見制度が、現在の制度枠組みのまま、その運用の中で意思決定支援を具体化することができるとしても、日常的・身の上的決定や医療的決定について検討されている意思決定支援の仕組みとは、やはりその形態において大きな隔りがある。すなわち、日常的・身の上的・医療的な意思決定支援においては、意思決定支援責任者を中心に、本人や家族、その他本人の心情を理解できる人や、日々の支援を行っている現場の職員、その他の関係機関や専門家といった多様な関係者の意見を踏まえて、本人のベスト・インタレストが探求されることになるのに対して、現行の成年後見制度では、代行決定はあくまで成年後見人が単独で行うことが前提とされ、また代行決定をする前に成年後見人が多

(25) 菅・前掲注(21)・146頁以下参照。

(26) 菅・前掲注(21)・149頁参照。

様な関係者からヒアリングをする、あるいは関係者が集まって本人のベスト・インタレストについて話し合うような仕組みは予定されていないのである。菅教授の解釈論に従って、成年後見人に対し本人の意思を尊重することを法的に義務付けることができるとしても、成年後見人の単独の判断では独善に傾く危険性は高い。また、本人の意思を把握しようと努力する成年後見人は、本人や関係者にヒアリングをするであろうが、そのための仕組みを構築することなく、成年後見人の自助努力に委ねていたのでは、成年後見人の負担感は大きく、実効性が確保できない恐れが高い。したがって、成年後見人の行う代行決定についても、その前提として複数の関係者で本人のベスト・インタレストが探求される仕組みが整えられるべきである⁽²⁷⁾。

このように考えると、そもそも成年後見人の行う代行決定だけが、意思決定支援の仕組みとは別置されていること自体がおかしいのであって、意思決定支援の仕組みの一部として取り込まれ、日常的・身上的・医療的な事柄に関する代行決定と同様の基本理念に基づき、同じ仕組みによって行われるべきことになろう。実際、成年後見人の職務対象とされてきた財産管理に関する法律行為は、日常的・身上的・医療的な事柄に関する意思決定と連動して必要となるのが通常であるから、本人の人生の全体的な支援

⁽²⁷⁾ 本人のベスト・インタレストを探求し、それを尊重して後見業務に当たるべきであるとする考え方は、成年後見センター・リーガルサポート（全国司法書士連合会が設立した公益社団法人）が策定した「後見人の行動指針」にも示されている（公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート『これからの後見人の行動指針—よりよい後見事務の道しるべ—』日本加除出版（2015年））。この行動指針はガイドライン（案）が公表される前に作られたものであるが、2005年法が参照されているため、ガイドライン（案）と基本的な考え方はほとんど変わらないものとなっている。ここからも、成年後見人の意思決定支援には、日常的・身上的・医療的な意思決定支援と同じスタンスやスキルが要求されるものであることが分かる。

として一体的な仕組みによって行われるのが、効率的であり、かつ最も本人の利益に資するものといえる。

そうなると、成年後見人の行う代行決定はその他の代行決定との関係で何ら特別な意味を有しないものとなるから、財産管理に関する法律行為についてのみ特に成年後見人において、その者に代行決定をさせる必要もないのではないかと、ということになりそうである。しかしながら、次のような意味において成年後見制度は依然として必要であり、今後一層の拡充を図っていくべきであると考えられる。

現行の成年後見制度において、成年後見人は、自分で法律行為をすることに困難を抱える本人に代わって、本人のために相手方との間で法律行為を行うための代理権を与えられている。障害者権利条約との抵触が問題となっているのは、成年後見人による代理権行使の前にあるはずの、本人のためにどのような代理行為を行うべきかという判断において、成年後見人に広範な裁量権が与えられ、その判断において本人の意思が尊重される制度的担保が存在しない点にあるのであって、本人の代理人として成年後見人が法律行為をすること自体が問題視されているわけではない。本人が意思表示に困難を抱えている場合、本人の意思が尊重されるような形で意思決定が行われても、それを実現するための法律行為は本人に代わって誰かが行わなければならないことには変わりなく、その役割を担うのが成年後見人なのである。つまり、成年後見人は、私法上の法律行為に関して本人の法律上の代理人として行動することが義務づけられ、かつ自らのした法律行為に関連して生じるかもしれない様々な紛争処理の対外的な責任者として位置づけられるという意味で、本人の意思決定支援に関わる様々な人々と明らかに異なる存在として位置づけられることになる。

なお、現行の成年後見制度において成年後見人に代理権とともに付与されている同意権や取消権をどうすべきかは、非常に悩ましい問題である。同意権や取消権は本人の自律的な意思決定を制限するものとして機能する

ため、障害者権利条約の基本理念に反することは明らかであるが、一方で、意思決定に困難を抱える者が経済的被害に遭うことも多く、それを予防・救済するために同意権・取消権の制度は有効であり、必要不可欠であるとの現場の指摘もある⁽²⁸⁾。このような指摘に配慮して、障害者権利条約との調和を図るべく、「本人の能力その他の状況によって、単独で行うすると重大な不利益を受けるおそれがあると認められるとき」に限り、後見人の同意を要するとする見解や、適切な意思決定支援なしに契約締結の意思表示がなされてしまった場合に、取消権が行使できるようにする（但し取消権を行使できるのは本人のみ）見解などが提案されている⁽²⁹⁾。

確かに、同意権・取消権制度は、意思決定に困難を抱える者に、個別の事情を問わず、立証の負担も課さず、さらには時間やコストをかけずに、無条件に契約を解消する機会を与える非常に強力な救済であり、これに比べれば、錯誤無効、詐欺取消、強迫取消などの一般法理や、消費者保護法による救済では本人保護の範囲は狭まるだろう。しかしながら、「少なくとも成年後見人や支援者が十分に日常的なコミュニケーションをとっていれば取消権を行使しなければならないような事態は起こりにくい。取消権を行使しなければならないような場合とは成年後見人が被後見人とのコミュニケーションを怠っていたか、悪意ある相手方が成年被後見人を食い物にしようとして接近してきているような場合がほとんどであろう。前者は支援の充実によって解決されるべき問題であり、後者はむしろ障害のある人に対する搾取や虐待の防止、あるいは、消費者保護の法律によって解

(28) 日本弁護士連合会・前掲注(10)・33頁以下参照。ここでは、本シンポジウムの実行委員会が、成年後見業務に日々関わりのある専門職を対象にアンケート調査を実施した結果が紹介されており、それによると、「現行の行為能力制限による取消権がなければ対応できない」との回答は9%に留まる。

(29) 日本弁護士連合会・前掲注(10)・162頁以下、220頁以下参照。

決されるべき問題である」との指摘もあり³⁰⁾、この指摘は重要である。支援の充実を図る努力をする前に、それがうまくいかなかった場合の対処ばかりを考えるのは本末転倒であるし、属人的に行為能力を制限することによって障害者を保護するのではなく、消費者保護法理の拡張のような一般的な法理で救済を図っていく工夫をすることが、ノーマライゼーションの考え方により沿うものといえよう。したがって、現時点の私見としては、同意権・取消権を廃止するべきであると考えているが、その場合に障害者の経済的被害の予防・救済を具体的にどのように図るべきかという点については、既存の救済制度の再評価を含めて別途検討が必要であると考えている。

成年後見人をこのように位置づけると、法律専門家が成年後見人に就任することが望ましいということになるだろう。ガイドラインにも示されているように、現在検討されている意思決定支援の仕組みでは、必要に応じて随時専門家を支援会議に取り込むことが想定されているから、成年後見人が法律専門家である必要はないともいえる。しかし、本人の人権擁護という意味では、恒常的に法律専門家が意思決定支援の仕組みに関与していることが望ましい。とりわけ司法の場においては、切迫性・緊急性を伴う問題が多いから、即時的かつ専門的に対応できる体制を備えておくことと安心

30) 池原毅和「法的能力」松井亮輔＝川島聡『概説・障害者権利条約』法律文化社（2010年）191頁参照。また、日本弁護士連合会・前掲注10)に示されたアンケート調査結果によると、「後見人として取消権を行使するかどうかを検討する場面に直面したことがあったか」という質問に対して、「検討したことがある」が約21%、「検討したことがない」が約79%であり、「検討したことがある」と回答したもののうち、実際に取消権を行使したかどうかについては、「行使していない」が約35%、「1件行使した」が約38%、「2件行使した」が約12%、「5件以上10件以内行使した」が約3%、という結果が示されている。この結果から、現実には取消権はそれ程行使されていないことがうかがわれ、取消権がなくても、その他の方法や、本人とのコミュニケーションを密にし、支援者を増やして見守り体制を強化することにより、十分対応できるように思われる。

である。それを制度的に担保するための一番の近道は、成年後見制度の利用を一層促進するとともに、法律専門家が成年後見人に就任して意思決定支援にその「一員」として参画し、私法上の法律行為のみならず、本人の権利擁護全般に目配りするようにすることではないだろうか。ちなみに、現在政府は、成年後見制度の利用促進の一環として市民後見人の育成に力を入れている。この方向性は、身寄りのない本人に対し、福祉関係者や医療関係者といった本人と対峙するサービス提供者とは異なり、身近で本人を見守る家族的存在として市民後見人に支援の輪に参画してもらうという意味においては、推進されるべきものであるが、市民後見人は筆者の考える成年後見人像とはかけ離れたものであるから、市民後見人の育成は筆者の提案する意味における成年後見制度の充実に資するものとはならない。

また、以上のように成年後見制度を改めることにより、現在急増しているところの、専門家後見人による被後見人の財産横領といった成年後見制度の悪用にも歯止めをかけることができると考える⁽³¹⁾。成年後見制度の悪用の原因の一つとして、成年後見人に対する家庭裁判所の監督が不十分であることが指摘されている。成年後見人は定期的に家庭裁判所に報告をする義務を負うが、この義務が果たされていないことに対して家庭裁判所が強い態度で臨んでこなかったこと、また報告書の精査が十分に行われてい

(31) 成年後見制度の悪用が刑事事件として問題となった最近の判例としては、東京地裁平成28年10月7日判決がある。この事件は、被告弁護士が、成年後見人として管理していた法定後見2人と任意後見1人の計3人の高齢者の口座から、計約1億1200万円を引き出して使い込んだとして、業務上横領罪に問われたものであり、被告人弁護士には懲役6年の実刑判決が言い渡されている。こうした被害が相次ぐ状況を受けて、日本弁護士連合会は被害者に見舞金（上限は被害者1人500万円、被害者複数の場合は弁護士1人につき2000万円まで）を支払う制度を創設し、2017年4月以降に発生した被害から適用されている。なお、司法書士については既にこのような制度は存在する。

ないことに問題がある。とはいえ、超高齢化社会を目前に控え、後見開始審判事務が累積的に増加する一方で、家事事件の審判や調停、離婚等の人事訴訟、少年保護事件等も扱わねばならない家庭裁判所の人的・物的体制は限界に達しており、家庭裁判所に今以上の監督機能を果たさせることは現実的に不可能であるように思われる。この点、イギリスの後見庁（Office of the Public Guardian）⁽³²⁾のように、成年後見制度の濫用に備えて、定期的な監督や周囲からの通報を受けて調査を行うことで、判断能力の減退している人々の意思決定を支援し、虐待から保護し、後見人をサポートすることを目的とした行政機関を新たに設置するなど、裁判所以外に成年後見制度の適正化を管理・監督する役割を担わせる方法が適切である。しかしながら、かなり抜本的な改革を要するため、当面の実現は難しそうである。この点、成年後見人が行う代理権行使の前提となる意思決定を、意思決定支援会議において行い、成年後見人が単独ではできないという仕組みは、意思決定支援に関わる複数の者により成年後見人の行動が実質的に監視監督されることになるので、制度の悪用に対する抑止的效果が十分に期待できると思われる。

なお、成年後見人をこのように位置づけた場合に、成年後見人の報酬についても再検討が必要である。現行の成年後見制度において、成年後見人

⁽³²⁾ 後見庁という行政機関はイギリス特有であるが、これに加えて、イギリスでは、2005年法を実施する主体として、後見問題を専門的に扱う保護裁判所（Court of Protection）が設置され、自ら意思決定を行うことのできない成年者に代わって裁判所が代行決定を行っている点も特徴的である。保護裁判所は法定代理人の任命に優先し、仮に私人としての法定後見人が任命される場合でも、それは権限範囲においても、期間においても、最小限でなければならないとされる。身上監護については法定後見人の任命はあまり行われず（申立件数の10%以下）、財産管理については法定後見人が任命されるケースが増加しつつあるようである（申立件数の50%前後）（菅・前掲注(5)・68頁参照）。

の報酬は本人の財産から支弁されることになっている（民法862条）。他方、ガイドラインで提案されている日常的・身上的・医療的な意思決定支援が、障害者福祉サービスのメニューの一つとして位置づけられるのであれば、その費用は自立支援給付として公費でまかなわれることになると思われる。上述したように、成年後見人の意思決定支援も、その他の日常的・身上的・医療的な意思決定支援の一環として行われるべきであるのに、この部分だけ障害者の自己負担というのはおかしい。本人が支援を受けても意思表示をすることができない場合に、代理人を選任し、代理権を行使して本人の意思決定を補完することは国の責務であるから、その基礎的費用は公費でまかなわれるべきである。このように解することで、報酬を支払う資力がいないために成年後見の申立てを躊躇せざるをえないという事態を回避することもできる。

以上、意思決定支援の在り方ならびに成年後見制度の在り方について論じてきたが、ここに示した私見は、非常に雑ばくな方向性を示すに過ぎず、また、その実現可能性について十分な検証を経たわけではない。成年後見制度の再構成については、現行の成年後見制度が抱える問題点を精査するとともに、保佐・補助類型や任意後見契約、日常生活支援事業の活用可能性、そして意思決定支援に関する今後の議論状況を踏まえながら、稿を改めて本格的に検討したい。