

判断能力が不十分な人への意思決定支援と個人の尊重

織原保尚

【要約】

本稿は、判断能力の不十分な人に対する意思決定の場面における支援について、憲法の個人の尊重の原理に照らして論ずるものである。まず成年後見制度などの意思決定支援をめぐる法制度について概観する。次に憲法上の権利が問題となった例として、成年被後見人の選挙権制限についての判決を概説する。そして意思決定支援に関する法的問題を、成年後見制度、障害者権利条約、憲法などから分析し、今後に対する示唆をもって論を結ぶ。

【キーワード】

憲法 成年後見制度 障害者権利条約 意思決定支援 個人の尊重

はじめに¹

現在福祉の現場では、判断の力が不十分な人に対する支援、例えば、医療の行為の選択や同意の場面において、十分な意思決定支援がなされているだろうか、といったことが問題意識として持たれている。この点、日本においては、成年後見制度が意思決定を支援するための法制度の一つとして機能しているが、実際には、被後見人の意思が制限されるような運用をされているという問題があり、それゆえ、成年後見制度の利用率が低いという結果を招いてしまっているという実態がある。

そもそも成年後見制度は、1999年に、高齢社会の到来による高齢者の保護の必要性、知的障害者²等の福祉の充実などを目的として、それまでの禁治産制度に代わって導入された制度である。しかし、この制度については、支援の名の下に被後見人の権利が制限されているのではないかという指摘がこれまでもなされてきている。

一方、2017年9月15日現在の推計では、日本の総人口が1億2671万人と前年度より21万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57万人増加し3514万人、総人口に占める高齢者人口の割合は27.7%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14万人増加し206万人と初めて200万人を超えた³。このように高齢化は急速に進行しているといえる状況の中で、特に判断能力の低下し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、判断能力の不十分な人に対する意思決定の場面における支援について、憲法13条に

謳われる「個人の尊重」の原理に照らして、論ずるものである。以下第Ⅰ章において意志決定支援について定める中心的な法となる成年後見制度など、意志決定支援をめぐる法制度について概観し、第Ⅱ章においては成年後見制度と憲法上の権利が問題となった事例として、成年被後見人の選挙権が制限されることが憲法違反とされ、のちに法改正へとつながったことで注目された東京地裁判決⁴について概説する。第Ⅲ章で判断能力の不十分な人に対する意思決定支援に関する法的問題を、成年後見制度、障害者権利条約、さらに憲法的な視点から分析をしたのちに、最後に、今後に対する示唆をもって論を結びたい。

Ⅰ 意思決定支援をめぐる法制度

判断能力の不十分な人に対する意思決定の場面においては、憲法をはじめ、様々な法制度がかわることになる。本章ではそれらを概観することにした。

(1) 憲法

憲法においては、人権規定は判断能力の不十分な人に対しても、当然その対象となると考えられる。特に、13条には「個人の尊重」の文言もあるが、意思決定「支援」の場面においては、支援される側の「決定」が必ずしも支援する側の「決定」と完全に合致するとは限らないことから、意思決定支援を、「個人の尊重」などの憲法上の人権規定との関連で、どのように考えるかということが問題となりうる。

(2) 成年後見制度

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るが、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。」⁵と紹介している。判断能力が不十分な人への意思決定支援のための制度としては、この民法による成年後見制度が中心的なものの一つとなる。以下概略を見る。

① 成年後見制度 1999年改正以前

戦前の明治民法下においては、後見制度は本人のための後見という観点のみならず、むしろ「家」財産を保持するための制度であり、家なし、家長のための制度であったとされる⁶。しかし、戦後現行憲法が制定され、個人の尊重について定める憲法13条、法の下での平等について定める14条、さらに24条は「家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と定めるなど、これらの規定によって、違憲となる部分があるため修正がなされた⁷。

新憲法制定後、1947年「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律」や、「民法の一部を改正する法律」などにより、民法は改正され「本法ハ個人ノ尊厳ト両性ノ本質的平等トヲ旨トシテ之ヲ解釈スヘシ」⁸といった内容も加えられることとなった。この改正により、「明治民法の規定は家のための後見という理念に貫かれていたが、その根本の趣旨において『被後見人のため』の制度に変更されたものと解すべきである」との評価がある⁹。

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、利用のための要件も厳格であった¹⁰。また、禁治産、準禁治産の宣告がなされるとその旨が戸籍へ記載されるなどの理由で、それを嫌う傾向もあった。また、禁治産宣告がなされると、選挙権などをはじめとしたさまざまな資格制限もあった。さらには、手続が厳格であったことや、鑑定費用が高額で負担が大きいことなどが、問題点として指摘されていた。また、後見人としての専門家が必要である場合が明らかになってきたため、複数後見人制度が必要であることなども指摘されていた¹¹。1999年改正立案担当者は、「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」と説明している¹²。

② 現行成年後見制度

それまでの制度の欠点を解消するために、1999年の民法改正により、新たな成年後見制度が開始された。その際においては「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」という新たな基本理念と、「本人の保護」との調和させることが、基本指針として挙げられている¹³。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¹⁴が1999年に制定されている¹⁵。

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。2016年12月現在で成年後見制度全体の利用者数は、約20万人であり、前年と比較すると約1万人増加している。利用者の内訳は、成年後見が約16万人、保佐が約3万人、補助が約9千人、任意後見が約2千人となっている¹⁶。

(3) 障害者権利条約

日本は2016年に障害者権利条約を批准しているが、その12条においては「法律の前にひとしく認められる権利」として以下のように定めている。

- 1項 締約国は、障害者が全ての場所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項 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項 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。

(4項5項略)

障害者権利条約にいわれる「法律の前にひとしく認められる権利」として、障害者がその法的権利能力の行使にあたって、必要とする支援を利用していくことができるかが大きな課題であるとして指摘されている¹⁷。

(4) その他関連法と意思決定支援

判断能力の不十分な人に対する意思決定について、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、意思決定支援に関連した条文が加えられることが多い¹⁸。

① 障害者基本法

障害者基本法は、1970年制定の心身障害者対策基本法が1993年に改正されることによって誕生した法であり、「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」ことを基本理念とし、「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」ために「障害者の自立及び社会参加の支援等のための施策を総合的かつ計画的に推進することを目的と」している¹⁹。意思決定支援については、2011年障害者基本法改正において、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²⁰。

② 障害者総合支援法

障害者自立支援法の後を受けて2012年に改正された障害者総合支援法²¹は、その目的を「障害者及び障害児の福祉に関する法律と相まって、障害者及び障害児が基本的人権を享有する個人としての尊厳にふさわしい日常生活又は社会生活を営むことができるよう、必要な障害福祉サービスに係る給付、地域生活支援事業その他の支援を総合的に行い、もって障害者及び障害児の福祉の増進を図るとともに、障害の有無にかかわらず国民が相互に人格と個性を尊重し安心して暮らすことのできる地域社会の実現に寄与すること」としている²²。

障害者総合支援法では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²³、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²⁴。

③ 障害者差別解消法

障害者差別解消法²⁵は、障害者権利条約を批准するための国内法整備の一環として、また、障害者基本法における差別の禁止の基本原則を具体化するものとして、2013年に制定され、2016年4月から施行された。差別解消のための方策として、負担が過重でない範囲においての「社会的障壁の除去の実施について必要かつ合理的な配慮」を、行政機関については義務として²⁶、事業者については努力義務として課している²⁷ことで知られる。障害者差別解消法制定の際に、衆参両院で付帯決議がなされており²⁸、そこでは合理的配慮に関する過重な負担の判断において「意思の表明について、障害者本人が自ら意思を表明することが困難な場合にはその家族等が本人を補佐して行うことも可能である」ことが明示されている²⁹。

また、障害者差別解消法についての政府の対応指針である内閣府による「障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針」³⁰においては、「意思の表明が困難な障害者が、家族、介助者等を伴っていない場合など、意思の表明がない場合であっても、当該障害者が社会的障壁の除去を必要としていることが明白である場合には、法の趣旨に鑑みれば、当該障害者に対して適切と思われる配慮を提案するために建設的対話を働きかけるなど、自主的な取組に努めることが望ましい」と示されている³¹。

④ 成年後見制度の利用の促進に関する法律

成年後見制度は、認知症の人、知的障害者や精神上障害者を支える重要な手段であるにもかかわらず十分に利用されていないという問題を解決するため、2016年に成年後見制度の利用の促進に関する法律が制定され、施行された³²。成年後見制度の利用の促進に関する法律では、基本方針として11条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、成年被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明示している。

⑤ 知的障害者福祉法

個別の障害分野に関わる法の例としては、知的障害者福祉法に「意思決定の支援」の文言が盛り込まれていることが挙げられる。知的障害者福祉法は、その目的を「知的障害者の自立と社会経済活動への参加を促進するため、知的障害者を援助するとともに必要な保護を行い、もって知的障害者の福祉を図ること」としている³³。知的障害者福祉法は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いる³⁴。

II 判断能力の不十分な人と憲法上の権利（東京地裁平成25年3月14日判決）

判断能力の不十分な人の憲法上の権利が問題となった例として、成年後見制度を利用することにより選挙権が制限されるという公職選挙法上の規定が争点となり、その後法改正へとつながった2013年の東京地裁判決が注目された。本判決の争点としては、① 本件の訴えは、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に該当しない不適法なものであり、却下されるべきであるか否か。② 成年被後見人は選挙権を有しないと定めた公職選挙法11条1項1号の規定は、憲法に違反し無効であるか否か。の2点であるとされる。本章では、判断能力の不十分な人の憲法上の権利がどのように扱われているかという観点から、本判決を見てみたい。

(1) 事実の概要

成人の日本国民である原告が、後見開始の審判を受けて成年被後見人となったところ、2013年改正以前の公職選挙法11条1項1号が成年被後見人は選挙権を有しないと規定していることから、選挙権を付与しないこととされた。そのため、原告は20歳になった1982年以降、2007年に後見開始の審判を受けて成年被後見人となるまではほとんど棄権することなく選挙権を行使してきたにもかかわらず、選挙のはがきが届かなかった³⁵。そのため、上記の公職選挙法11条1項1号の規定は、憲法15条3項、14条1項等の規定に違反し無効であるとして、行政事件訴訟法4条による当事者訴訟として、原告が次回の衆議院議員及び参議院議員の選挙において投票をすることができる地位にあることの確認を求めたものである。

(2) 東京地裁の判断

争点①については、「本件の訴えは、裁判所法3条1項にいう『法律上の争訟』に該当しないということではでき」ないとした。

争点②については、「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである」としたうえで、憲法前文1条、43条1項、15条1項、15条3項、44条ただし書、14条1項を列挙し、「以上の憲法の趣旨にかんがみれば、……国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることが『やむを得ない』と認められる事由がなければならないというべきである」とした。

そして、公職選挙法11条1項1号が成年被後見人に対して選挙権を与えないとしていることに「やむを得ない事由」があるか否かについて、選挙権が単なる権利ではなく、公務としての性格も併せ持つものであることから、事理を弁識する能力を欠く者に選挙権を付与しないことは、立法目的として合理性を欠くものとはいえない、としたうえで、以下のように判示した。

「法は、成年被後見人を、事理を弁識する能力を欠く者として位置付けてはおらず、むしろ、事理を弁識する能力が一時的にせよ回復することがある者として制度を設けている。すなわち、成年被後見制度について規定している民法は、成年被後見人となり得る者として『事理を弁識する能力を欠く常況にある者』（民法7条参照）と規定しているところ、『常況にある』とは、多くの時間はその状況にあるものの、そこから離脱することがある場合を意味するものであり、したがって『事理を弁識する能力を欠く常況にある者』とは、事理を弁識する能力を欠く状態から離脱して、事理を弁識する能力を回復した状況になることがある者をも含むものである。「事理を弁識する能力が一時的にせよ回復することが想定される存在である成年被後見人について、そのような能力が回復した場合にも選挙権の行使を認めないとすることは、憲法の意図するところではない」。

「後見開始の許否の際に判断される能力は、その制度趣旨とされる本人保護の見地から『自己の財産を管理・処分する能力』を判断することが予定されているのであって、そのようないわゆる財産管理能力の有無や程度についての家庭裁判所の判断が、前述のような、主権者であり自己統治をすべき国民として選挙権を行使するに足る能力があるか否かという判断とは、性質上異なるものであることは明らかである」。

「成年被後見制度が導入される以前は、禁治産宣告がされた者について、多数の法律で資格制限の規定（欠格条項）が設けられていたが」……「このような多数の欠格条項の存在は、制度の利用者を社会から排除する制度であるかのように誤解されることから、自己決定の尊重、残存能力の活用及びノーマライゼーションという理念に照らして欠格条項の在り方を見直すべきであるとの議論がされ、成年被後見制度の新設に当たり、欠格条項の縮減の見地から関係法令中の欠格条項の見直しが行われ」……「他の法律で設けられていた欠格条項の多くは撤廃された」。「平成11年の民法の一部改正によって設けられた成年被後見制度は」……「成年被後見人の選挙権の制限についても成年被後見制度の趣旨に則って考えられるべきであり、選挙権を行使するに足る能力を有する成年被後見人からも選挙権を奪うことは」……「成年被後見制度の趣旨に反するものである」。

また、海外の立法例なども参照し、「諸外国においては、精神疾患等により能力が低下している者の選挙権の制限を見直す動向が存するといえる」。さらに、障害者権利条約のなかかわり、障がい者制度改革推進会議の動向や、「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」に関する衆院、参院の附帯決議に「成年被後見人の政治参加の在り方について検討を行うこと」が盛り込まれていることなどから、成年被後見人から選挙権が一律に奪われている現状を見直す動きが生じていることを紹介した。

そして、「成年被後見人は選挙権を有しないと定めた公職選挙法11条1項1号は、選挙権に対する『やむを得ない』制限であるということではできず、憲法15条1項及び3項、43条1項並び

に44条ただし書に違反する」と結論付けた。

この2013年東京地裁判決の後、5月に公職選挙法は改正され、11条1項1条は削除された。その結果、同年7月に行われた参議院議員選挙では、13万人以上の成年被後見人の選挙権が回復されることとなった³⁶。

(3) 本判決と判断能力の不十分な人の憲法上の権利制限

本判決については数多くの評釈が公刊されている³⁷。おおむね本判決について好意的ではあるが、公職選挙法が成年被後見人に対して選挙権を与えないとしていることについて、立法目的として合理性があるとしている点についての批判なども見受けられる。さらに特に選挙権の性質との関連で、詳細な検討がなされているが、ここでは本稿の趣旨との関係から、細かくは立ち入らないものとする。

本稿の関心からは、成年被後見人の選挙権制限と、他の成年被後見人に対する数多くの資格制限との関係に言及されているものに注目したい。すなわち、選挙権の制限は、本判決をきっかけとする法改正で、権利回復がなされたが、実際は、未だに成年後見制度を利用することによって、資格が制限されるようになっている規定が、2017年12月現在180程度存在しているという問題である³⁸。この問題は、かつてから存在していた問題であり、実際1999年の民法改正時には、158件存在していた欠格事項が、118件まで削減された経緯もあったという³⁹。しかし、その後再び制限の数は増加し、現在180件程度の欠格事由が存在し、その中には、公務員、士業、法人役員、営業許可、法人営業許可など、様々な領域のものがある⁴⁰。判決文でも触れられているが、成年後見制度を利用する際に判断されるのは、「自己の財産を管理・処分する能力」であり、あくまでその範囲での判断でしかない。それゆえ、その判断を利用して「自己の財産を管理・処分する能力」以外の部分での権利が制限されるようなことはあってはならないことである。本判決は、選挙権という憲法上の権利の中でも中核的なものについての判断であったため、より厳格な審査がなされたとも考えられるが、それ以外の場面についても、憲法上の自由が制限されている実態が数多くあると思われる。現在、内閣府に設置された「成年後見制度利用促進委員会」においては、「現在、成年被後見人等の権利に係る制限が設けられている制度（いわゆる欠格条項）が数多く存在していることが、成年後見制度の利用を躊躇させる要因の一つになっている」との認識から、制度の見直しが進められている⁴¹。今後の展開に注目したい。

Ⅲ 判断能力の不十分な人と意思決定支援

(1) 成年後見人と医療同意権

前章では成年後見制度と選挙権などの資格制限の問題を例に、判断能力の不十分な人に対して憲法上の権利が十分に保障されていないと思われる現状の一端を見たが、判断の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。すなわち、立法担当官の見解では、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⁴²。

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、成年後見人等の職務権限を前者に限定する立場がとられている⁴³。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である⁴⁴。これが通説的な見解となっている⁴⁵。

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⁴⁶。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。

(2) 意思決定支援と障害者権利条約

前節で見たように、成年後見制度との関係においては、医療行為について成年後見人が同意できるか否かという点が注目されてきたが、障害者権利条約の発効、日本の批准に伴い、意思決定を支援するという部分にも注目されるようになってきている。前述のように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切な措置をとる」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⁴⁷。国連障害者権利委員会は、同内容を2014年4月に一般的意見1号として採択している⁴⁸。障害者権利条約は、政府から提出された報告書に基づいて、国際連合障害者権利委員会(以下「委員会」という)がモニタリングをする制度が設けられているが、2016年末時点で第1回目のモニタリングが終了している40の国と地域のすべてに対して、委員会による総括所見の中で、法定後見制度を含む代理・代行決定型の法的支援手段を全廃したうえで、意思決定支援の仕組みに代置すべき旨の勧告が出されている⁴⁹。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。実際に、近年の国内法改正の中で、意思決定支援についての文言が追加されていることも、このような傾向の一つと見ることができる。

また、障害者総合支援法の附則の中には、法施行後3年をめど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⁵⁰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、厚生労働省により「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」⁵¹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。障害者権利条約の観点からすれば、医療についての意思決定についても同様の意思決定支援がなされる方が好ましいといえることができるだろう⁵²。

(3) 意思決定支援と憲法上の権利

これまで、成年後見制度と憲法の関わりでは、前述の選挙権の議論のほか、意思決定という視点から見ると、個人の自己決定や経済的自由権という面から論じられたものがある。

竹中教授は、民法の成年者行為能力制限規定は、成年者の経済活動の自由の制約としてとらえられるものであり、(当時の)禁治産者に対する後見人の「療養看護」規定は、身体的自由や、

「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とする。そして立法の際には、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」を払う必要があり、人権制約は必要最小限度にとどめなければならない、その際には、「より制限的でない手段を選択すべきとの法理」（LRAの法理）をその要件の一内容とするとする。その考え方を前提に、「行為能力制限を全面的に排除することは不可能であるとされる場合にも、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言ってもよい」と説明する⁵³。また別稿では、「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つのもの—(a)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、(b)より制限的でない手段を選択すべきとの要件（LRAの法理）、(c)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）—が充足されなければならない、と説明する⁵⁴。

高井教授は、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、近代市民社会では自律の人間が標準とされており、自己決定能力が十分でない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⁵⁵。

以上のように、成年後見制度については、比較的以前の段階から、憲法13条や憲法29条を根拠にしつつ、自己決定権、自由権などの人権を尊重すべきことなどが指摘されている。それゆえ、できるだけ成年後見制度の利用による制約が少なくなるような議論の進め方をされていることが特徴的であるともいえよう。

さらに、人権の制限という側面から見ると、釜田教授の憲法13条論が注目される。すなわち、「13条の個人尊重の原則は、個人に対する社会的扱いが恣意的な公的判断によってなされることを容認しない。13条は、恣意的な公的判断の発生を防ぐために徹底した個別判断を要求している。推定事実に基づく一律断定的な判断が法律の中に存在する場合、法律を適用される具体的個人に対し不正確な結果を強いることになることから、そのような法律は憲法13条違反として当該個人に対する適用を排除されることになる。……専断的、恣意的な判断結果をもたらす危険性のある法律は、立法を支えている社会事実が推定事実である場合であるが、このような推定事実は集団概念とかカテゴリーを使用して判断を形成することを定めた法律の基礎に横たわっている場合が多い。そこで憲法13条は、このような推定事実に基づく法律を適用される個人に対し、その事実に対し反証する機会を与えることにより推定事実に自己が該当していないことを証明させない限り、当該法律を違憲として当該個人への適用を排除することを命じていると考えるべきである」という議論である⁵⁶。このような議論を前提とすると、例えば判断能力の不十分な人を「成

年被後見人」といったようなカテゴリーを使用して、判断ができないものとして権利を制限するような法律が適用されるような場合、その事実に対し反証する機会を与えることにより推定事実により自己が該当していないことを証明させない限り、当該法律は違憲として当該個人への適用を排除されることとなる。また、憲法 13 条は、判断能力が不十分な人への意思決定支援がなされる場合においては、恣意的な公的判断の発生を防ぐために、徹底した個別判断を要求していると解することができるのである。

おわりに

以上のように、判断能力の不十分な人に対する意思決定の場面における支援について、法的にどのような議論が可能か考察をしてきた。その上で、現状の成年後見制度を前提とした意思決定支援については、まず、特に現状医療同意の場面での利用の困難さがあるといえる。さらには、障害者権利条約の方向性からは、成年後見制度を前提とした意思決定そのものについても、疑問が投げかけられる状況にある。そして憲法的な観点からは、意思決定支援についても、カテゴリーカルに一律に考えられるものではなく、その判断能力の状況に応じた個別的なもの、徹底した個別判断が要請されると考えられる。医療同意の場面については、現状の制度では対応が困難であるという状況があるので、喫緊の問題として、法制度の整備を図ることがひとまず求められようが、成年後見制度を前提とした意思決定そのものについても疑問が投げかけられている現在、今後さらに大きな変化が予想される。判断能力が不十分な人への意思決定支援については、憲法の理念からすれば、憲法 13 条、憲法 29 条を根拠に、判断能力の不十分な人に対する権利の制限を最低限にとどめ、その上で、状況に応じた意思決定に対する個別的な支援がなされるような制度の構築が求められよう。

現状の法制度は、判断能力の不十分な人に対する意思決定の場面における支援について、まだ十分であると言える状況にない。他国の制度の動向、さらに福祉の分野の議論なども踏まえつつ、今後の議論を深めていくことが必要である。

-
- 1 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。
 - 2 「障害」という用語については、その文字の持つ意味に配慮して「障がい」や、「障碍」等と表記される例も見られるが、本稿では法律などでも一般的に用いられている「障害」の表記を用いる。
 - 3 総務省統計局：「統計トピックス No.103 統計からみた我が国の高齢者（65 歳以上）－「敬老の日」にちなんで－ > 1. 高齢者の人口」。
<http://www.stat.go.jp/data/topics/topi1031.htm> (2018 年 1 月 19 日最終閲覧)。
 - 4 東京地判平成 25 年 3 月 14 日判例時報 2178 号 (2013 年) 3 頁。
 - 5 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> (2018 年 1 月 19 日最終閲覧)。
 - 6 田山輝明『成年後見読本 (第 2 版)』(三省堂 2016 年)11-12 頁。
 - 7 竹中勲「成年被後見人の選挙権の制約の合憲性」同志社法学 61 卷 2 号 (2009 年) 137 頁。
 - 8 民法 1 条の 2 (現在の 2 条)。

- 9 田山・前掲注6・45-46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）1-2頁。
- 11 田山・前掲注6・47-49頁。
- 12 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。
- 13 法務省民事局参事官室・前掲注10・1,4頁, 小林・原・前掲注12・2-3頁。
- 14 正式名称は「任意後見契約に関する法律」。
- 15 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。
- 16 内閣府：「成年後見制度の現状<平成29年4月>」
<http://www.cao.go.jp/seinenkouken/houkoku/pdf/genjyou2904.pdf>(2018年1月19日最終閲覧)。
- 17 大塚晃「意思決定支援の考え方」実践成年後見64号(2016年)14,15頁。
- 18 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。
- 19 障害者基本法1条。
- 20 障害者基本法23条。
- 21 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年をめぐり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。
- 22 障害者総合支援法1条。
- 23 障害者総合支援法42条。
- 24 障害者総合支援法52条の22。
- 25 正式名称は「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律」。
- 26 障害者差別解消法7条2項。
- 27 同8条2項。
- 28 内閣府のサイトより：http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/pdf/law_h25-65_ref1-1.pdf(2018年1月19日最終閲覧)。
- 29 障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律案に対する附帯決議(衆議院)4。同(参議院)4。
- 30 内閣府のサイトより：
<http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/sabekai/kihonhoushin/honbun.html>(2018年1月19日最終閲覧)。
- 31 内閣府「障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針」第2「行政機関等及び事業者が講ずべき障害を理由とする差別を解消するための措置に関する共通的な事項」、3「合理的配慮」、(1)合理的配慮の基本的な考え方、ウ。
- 32 内閣府：「成年後見制度利用促進」。
<http://www.cao.go.jp/seinenkouken/index.html> (2018年1月19日最終閲覧)。

- 33 知的障害者福祉法 1 条。
- 34 知的障害者福祉法 15 条の 3。
- 35 杉浦ひとみ「成年後見人の選挙権訴訟 違憲判決」賃金と社会保障 1590 号 (2013 年)17 頁。原告の父は衝撃を受け「主権者である娘の選挙権を奪ってしまった。このままでは死んでも死にきれない」との思いで弁護士のところへ相談に来たことが本件提訴のきっかけであったという。
- 36 裁判所：「成年後見関係事件の概況－平成 25 年 1 月～12 月－」より。
http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20140526koukengaikyou_h25.pdf(2018 年 1 月 19 日最終閲覧)。
- 37 竹中勲「判断能力が十分でない成年者と基本的人権」同志社法学 64 卷 7 号 (2013 年)127 頁、戸波江二「成年被後見人が選挙権をもたないと定める公職選挙法 11 条 1 項 1 号を違憲無効と判示した東京地裁判決」実践成年後見 46 号 (2013 年) 45 頁、榎透「成年被後見人は選挙権を有しないと定めた公職選挙法一条一項一号の規定は、憲法一五条一項及び三項、四三条一項並びに四四条ただし書きに違反し無効である」判例時報 2202 号 (2013 年) 148 頁、今川奈緒「社会保障・社会福祉判例研究 公職選挙法一条一項一号の違憲性と成年被後見人選挙権確認訴訟」賃金と社会保障 1599 号 (2013)48 頁、葛西まゆこ「選挙権と能力：成年被後見人の選挙権訴訟を手がかりに[東京地裁平成 25.3.14 判決]」大東法学 23 卷 1 号 (2013) 3 頁、植木淳「障害のある人の参政権の保障」ノーマライゼーション 33 卷 7 号 (2013) 9 頁。有田伸弘「『成年被後見人選挙権回復訴訟判決』についての若干の考察」関西福祉大学社会福祉学部研究紀要 17 卷 1 号 (2013 年) 1 頁、糠塚康江「判例紹介 成年被後見人は選挙権を有しないとする公選法 11 条 1 項 1 号の合憲性[東京地裁平成 25.3.14 判決]」国際人権 25 卷 (2014 年) 107 頁、武川眞固「成年被後見人の選挙権の剥奪と公職選挙法の合憲性」高田短期大学紀要 32 号 (2014 年)15 頁などを参照。
- 38 上山泰「公職選挙法改正と成年後見制度の転用問題」週刊社会保障 67 卷 2731 号 (2013 年)44 頁、谷口聡「成年被後見人の『能力』に関する一考察：東京地判平成 25 年 3 月 14 日を契機として」産業研究 50 卷 2 号 (2015 年)15 頁、竹中勲「成年被後見人・被保佐人の公務員就任権の制約の合憲性」同志社法学 67 卷 2 号 (2015)557 頁などを参照。
- 39 上山・前掲注 38・46 頁。
- 40 内閣府、第 9 回 成年後見制度利用促進委員会 議事次第「成年被後見人等の権利に係る制限の見直しを行うべきと考えられる法律 (案) (平成 29 年 12 月 1 日現在)」参照。
http://www.cao.go.jp/seinenkouken/iinkai/9_20171201/siry0_9.html (2018 年 1 月 19 日最終閲覧)。
- 41 内閣府、第 9 回 成年後見制度利用促進委員会 議事次第「成年被後見人等の権利に係る制限が設けられている制度の見直しについて (議論の整理) (案)」(2017) 参照。
http://www.cao.go.jp/seinenkouken/iinkai/9_20171201/pdf/siry0_1.pdf (2018 年 1 月 19 日最終閲覧)。
- 42 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 卷 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、銭偉榮「成年後見人の医療同意権」高岡法学 29 号 (2011

- 年)39頁。
- 43 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。
- 44 法務省民事局参事官室・前掲注10・43頁。
- 45 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。
- 46 上山・前掲注42・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。
- 47 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。
- 48 Un.Doc.CRPD/C/GC/1, *Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law*, paras. 22-25.
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf> (2018年1月19日最終閲覧)。
- 49 上山・前掲注47・45頁。
- 50 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。
- 51 平成29年3月31日障発0331第15号。
<http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12200000-Shakaiengokyokushougaihokenfukushibu/0000159854.pdf> (2018年1月19日最終閲覧)。
- 52 終末期医療に関して、厚生労働省により「人生の最終段階における医療の決定プロセスに関するガイドライン」が策定されている。これは、2007年に「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」として策定されたものが、2015年に変更されたもので、非常に概略的なものではあるが、終末期医療における基本的な手続などが示されている。
<http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10800000-Iseikyoku/0000078981.pdf> (2018年1月19日最終閲覧)。
- 53 竹中勲「成年後見制度と憲法」法学教室 192号(1996)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。
- 54 竹中・前掲注37・135-137頁。
- 55 高井・前掲注53・71-75頁。ただし、高井教授は、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、誰かあるいは何かそれがそれを規定しているのだ、という立場で考えると、「能力」の相対性についても指摘する。
- 56 釜田泰介「恣意的判断と憲法一三条審査に関する一考察」同志社法学 328号(2008)125-126頁。

