

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－

林 眞 帆 織 原 保 尚

【キーワード】

MCA2005、成年後見制度、ベスト・インタレスト、医療の選択と同意、憲法

はじめに

近年、障害者権利条約の批准に伴い、国内法の整備が進められるなか、判断能力の不十分な人に対する医療の選択と決定に関する支援のあり方への議論が高まっている。なかでも、自己決定に困難を抱える障害者等へのサブシステムとして用意された成年後見制度が、実際には代理人による意思決定というかたちで進められている実態から、平成27年（2015年）9月8日厚生労働省は、第69回社会保障審議会障害者部会の「障害者の意思決定支援・成年後見制度の利用促進の在り方について」の報告書を公開した。併せて、国際基準に照らし、障害者の権利条約が示す「支援を受けた意思決定」を具現化する方法を進めるため、意思決定支援を「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」と定義したガイドラインを作成した。

他方、法学的立場からの研究においては、2010年以降、成年後見制度と意思決定に関わる課題を指摘した論考が散見されるようになる。とりわけ、後述するイギリスMCA2005との比較から成年後見制度への批判的考察が増えている。社会福祉学研究では、山口（2015）がイギリスMCA2005を基本原則とした本人の意思を反映し最善の利益を求めるためのガイドラインを作成している¹。

このように、認知症、知的障害、精神障害、高次脳機能障害の4分野を対象とし、意思決定支援を最大限行うために困難な箇所を場面ごとに協働決定で補うことを求めているイギリスMCA2005は、ソーシャルワーク研究、政策研究などにおいても注目を集めている。

そこで、本稿では、医療の選択と同意に焦点化し、日本における議論の動向とイギリスにおける法制度を概説し、それらの観点からイギリスにおけるインタビュー調査の結果を基礎としての分析を試みる。

1. 日本における議論の動向

1-1 日本における成年後見人による医療同意と意思決定支援についての現状

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、判断の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だろうか、といったことが問題意識として持たれている。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、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²。

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おり³。学説上ではこれが通説的な見解となっている⁴。しかし一方で、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がある。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肯定的にとらえる見解も、有力に主張されている⁵。

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、日本は平成26年(2014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⁶。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⁷。また2016年末時点で第1回目の国際連合障害者権利委員会による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置き換えるべき旨の勧告が出されている⁸。同様の勧告は、日本についても出される可能性が高い。

このような議論を背景としつつも、日本の高齢化は急速に進行しており、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。

1-2 意思決定支援と成年後見制度

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」⁹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¹⁰、「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¹¹。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¹²。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、この民法による成年後見制度が中心的なものとなる。しかし一方で、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はできないとされている。

1-3 憲法上の人権と成年後見制度 一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」と説かれる¹³。当然、判断能力が不十分な人、成年被後見人なども「国民」に含まれる。

この領域において代表的な論者は、基本的人権について、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た上で¹⁴、憲法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立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¹⁵。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¹⁶。さらに、人格的自立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¹⁷。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ている¹⁸。

また、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、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論者もある。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¹⁹。そして、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つの要件があるとし、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（Less Restrictive Alternative：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²⁰。

2. 意思決定支援とイギリスMCA2005

2-1 MCA2005の基本理念

以上のように、成年後見制度を前提とした意思決定支援については、医療同意の部分において難点が顕在化しているうえに、障害者権利条約、憲法学的にも問題点が指摘されているというのが現状である。そのような現在の日本の状況の中で、注目を集めているのがイギリスにおいて2005年に制定されたMental Capacity Act 2005（2005年意思決定能力法：MCA2005）である²¹。

MCA2005は、障害や認知症がある人であっても、すべての人には判断能力があることを前提とする「意志決定能力存在の推定の原則」をもとに、判断能力が不十分な状態であったとしても、支援などを受けた上での自己決定をすることができるような制度が目指されている。判断能力が

不十分な状態であったとしても、契約などの能力があることが前提とされる点が、日本における成年後見制度などの制限行為能力制度とは異なる。

MCA2005の特徴として、以下の5原則が挙げられる。すなわち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」²²として、前述の「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」²³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」²⁴、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」²⁵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、より一方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」²⁶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²⁷。

MCA2005は、本法における「意思決定能力」について、「法律行為」と「事実行為」とが含まれるものであるとし、意思決定能力に困難を抱える人々が直面するあらゆる「決定」問題が主体的に解決されることを目的として制定された法律である。MCA2005において、「意思決定」について、結果としての「決定」ではなく、「決定するという行為」そのものが着目されている点が特徴的であるとされる。意思決定過程に焦点が当てられること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、「決定限定的」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²⁸。

2-2 ベスト・インタレスト

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²⁹、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」³⁰、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、可能性があるならばその時期を考慮しなければならない³¹、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」³²、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」³³、他方、尊厳死の希望を明確に文書で記した者に対しては医療処置を施してはならない³⁴、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³⁵、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³⁶、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³⁷。

そして、MCA2005には、詳細な行動指針（Code of Practice）が付されており³⁸、MCA2005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³⁹。後述する永続的代理権代理人、法定後見人や医療従事者や福祉関係者（ヘルスケアやソーシャルケアを提供する専門家）、介護被用者（介護施設におけるケアスタッフやケアワーカー）など公式に、あるいは、専門的に判断能力の不十分な人の意思決定に関わる者は、行動指針を考慮することが求められている。MCA2005には、前述の者が行動指針に沿わない意思決定を行った場合、そのことについて正当な説明をすることができなければ、本人のベスト・インタレストに反する行動をとったとして、法的責任を問われる可能性があることが定められている⁴⁰。

2-3 MCA2005とイギリスにおける永続的代理権授与（任意後見）・法定後見

MCA2005には、日本における任意後見に近い制度として、永続的代理権付授与制度（Lasting Powers of Attorney）がある。この制度は、財産管理や支払いなどの金銭管理、日常生活に関する決定などを、自分に代わって行う者を、自分の意思で選任し決定権限を与えるという制度である⁴¹。この決定権限の中には健康、福祉、医療における治療の決定も含まれる。すなわち、ケアホームの選択や、コミュニティケアサービスの受給、受診の有無や、治療の同意・不同意についても、永続的代理権の受任者に対して、決定を託すことが可能である⁴²。さらに証書に明記すれば、生命維持装置の取り外しについても授權することが可能である⁴³。財産管理や身上監護を依頼した本人自身の判断機能が低下した後も、代理権限が継続するという状況が予定されている。

身上監護に関する永続的代理権については、本人の意思決定能力が完全に失われていることが効力発生要件となる。すなわち、本人が能力を欠くか、欠くと信ずるのが相当である状況下での意思決定に限定されるのである⁴⁴。そして、それは、前節ベスト・インタレストにおける④の要素から、本人が自ら意思決定を行ったり、本人の意向、感情を表明したりすることができるようにするために、受任者があらゆる支援を試みたことが前提条件となる。また、前節③の要素から、本人の意思決定能力は増減しうるものと考えられ、そのような意味においては、一度本人に意思決定能力がないと判断されても、その後常に受任者は本人の意思決定に関与してよいとする制度にはなっていないといえる。本人に代わって受任者が意思決定に直接関与しうるのは、その時・状況ごとの毎回1回限りの権限であることが原則とされる⁴⁵。

本人が自分に代わって意思決定を行う者を指名していなかった場合に必要となる、日本の法定後見制度の機能に近い制度としては、保護裁判所（Court of Protection）⁴⁶により、問題ごとに意思決定がなされるというものがある⁴⁷。裁判所による意思決定は、法定代理人によるそれよりも望ましいとされる⁴⁸。意思決定能力を有しない人のために、賃貸契約を締結する決定を行ったり、遺言を作成したり、ある内容についての意思決定能力有無に関する宣言や、重大な治療の合法性に関する宣言を行うなど、1回限りの判断で事足りるような場合が例として挙げられる⁴⁹。また、本人の生活、福祉や医療に関する決定なども保護裁判所によって意思決定がなされるものとされている。医療における治療の実施、継続についての同意、同意の拒否なども裁判所の権限の及ぶ事項として挙げられている⁵⁰。また財産管理の領域についても裁判所の権限として列挙されている⁵¹。

法定後見人による意思決定については、「法定代理人に授与される権限の範囲及び期間はその状況下で相応と認められる最小のものとすべきである⁵²」と定められ、法定後見人が任命されるのは、特別な必要性が認められる場合のみであり、そうした場合であっても、授権される範囲をなるべく小さくし、またできるだけ短期間に留めるべきであるとされる⁵³。法定後見人は、保護裁判所によって任命され、保護裁判所によって与えられた権限の範囲内で、意思決定能力を失った本人に代わって、意思決定することもできるとされ⁵⁴、主として、財産の所持や管理が与えられる権限であるが、一定の範囲で本人の身上監護に関わる権限ももちうる⁵⁵。一方で、本人との接触を特定の個人に禁止したり、本人の医療責任者の交代を指示したり、生命維持措置の実施や継続を拒否することなどについては、権限を有しないと明示されている⁵⁶。

また、日常生活のケアに関わる決定について、より適切かつ迅速な支援の提供を可能とするために、本人の周囲にいる介護者や医療者などに対して、実際に行われたケアの提供行為が本人のベスト・インタレストに適うものである限り、「責任を問わない」という形で、決定権限を「消極的に」与える、といった規定がなされている⁵⁷。

さらに、病院やケアホームにおいては、判断能力の不十分な人に対する自由を適法に剥奪するための手続きである Deprivation of Liberty Safeguards (DoLS) の規定が重要であるとされる。この規定は、病院又はケアホームの管理当局は、監督機関から「認許」を得ることによって、自己のケアまたは、治療にかかわる事項を決定する能力に欠ける人に対して、最善の利益であると思科されたケアまたは治療を提供するために、その人の自由を適法に剥奪できるとするものである。この手続きによる認許には「一般認許」と、「緊急認許」とがあり、申請の手続きが異なるが、個々の事件の状況と緊急性の程度によって使い分けられる⁵⁸。

イギリスにおける議論を基に、仮に認知症によって財産管理ができなくなっても、自分らしい暮らしや、受けたい医療が何かについて意思決定ができる場合は十分にあり、日本においても、一律に行為能力という概念でその人の自己決定権を奪ったり、広範な代理権を認めたりすることはできないという発想の転換が必要であるということが、弁護士によって提言されている⁵⁹。

3. MCA2005とソーシャルワーク

ここでは、イギリスのバース市におけるインタビュー調査をもとにMCA2005を遂行する上での実践上の課題について検討する。

3-1 調査の概要

本調査は、2018年10月7日～14日までに実施したイギリスのバース市における現地調査報告である。本研究の目的は、MCA2005を制定したイギリスにおいて、その法的枠組みのなかでの医療行為の選択と同意に関する現状と課題について明らかにすることであった。なかでも、当事者ならびに支援者においてMCA2005がどのような意味をもつかのかについて明確化し、日本における意思決定支援のあり方を検討するための新たな知見を得たいと考え実施したものである。調査先の選定においては、ロンドン市内での調査を検討していたが、研究キーワードである【当事者】へのインタビューを調整できたバース市で実施することにした。本市は、前バース市長・現市議である Paul Crossley氏を中心として障害者支援に力を入れており、Learning Disability⁶⁰の方への教育～就労支援まで幅広く取り組んでいることから別府市の姉妹都市であるバース市で5日間のインタビュー調査を実施した。また、調査は、バース別府友好協会副会長の Jacques Kaoru氏と別府市役所観光協会の協力にて ①National Development Team for inclusion

(NDTi)、②Royal United Hospital Bath NHS Foundation (RUH)、③The Center for Applied Autism Research (CAAR) / University of Bath ④Bath Community resource Center Care wood Day Serviceの4箇所を実施した。加えて、General Practitionerの医師、高齢者ケアに関わるSupport workerの2名にインタビュー調査を実施した。

3-2 実践家からみたMCA2005の現状と課題

ここでは、障害者などが抱える社会問題に対する調査や政策提言をおこなっているマネジャーと、医療の選択と同意をサポートしているソーシャルワーカーのインタビューに焦点をあて、MCA2005の現状と課題について明らかにしたい。

(1) National Development Team for inclusion (NDTi)

NDTiは、非営利団体であり25年間の歴史をもつ。本機関の目的としては、①平等な人生の機会を促進する、②人々の声が社会に届くことを確立する、③サービス計画の再考が挙げられている。具体的には、健康とソーシャルケアの分野の社会変革と自己決定をサポートし、地域社会の人々のより良い生活を促進するために政策提案や、障害者などが抱える社会的課題について情報を収集・分析し、国・地方自治体・コミュニティに働きかけていく。

インタビューイは、Anna Marriott氏である。彼女は、ソーシャルワーカーとして障害者などの医療や治療の決定に関わる経験をもっている。彼女のインタビューから明らかになったことの一つにMCA2005に対する社会福祉関係者の評価は高く、とても優れた法律であるという認識である。それは、①原則として本人には意思決定能力があるとみなすこと、②特定の時期と特定の事柄に対して判断できるか否かを重視していること、③適切な形で適切な情報を提供すること(例えば映像や写真などコミュニケーションツールを活用する)というMCA2005の原則がこれまでの障害者に対する社会の認識を大きく変えたという。これまで障害者は人の助けなしには何もできないとみなされてきたが、本人に能力があることを前提とした関わりによって、市民が障害者一人ひとりのもつ能力を確認する機会を与えられた。また、MCA2005を確実なものにするために権利擁護を提供しているプロバイダーの質を高め法に沿った支援をしているか否か審査するQPM (Advocacy Quality Performance Mark) という認証評価の仕組みもつくられている。加えて、MCA2005の補完的システムとしてIMCA (Independent Mental Capacity Advocate) がある。IMCAは、地方公共団体から委託を受けた組織であり、本人の代弁者としての役割を果たしている。ソーシャルワーカーの関わりが少ない人でもIMCAを活用することで十分な時間をかけて好みや傾向を周囲に理解してもらうことができる。また支援する側も彼らの意思を理解することができる。ただし、IMCAの仕事は、代弁機能に特化されたものであり、広範囲な援助を展開するソーシャルワーカーのもつ機能と分けている。なかでも、NHS⁶¹のソーシャルワーカーは、国家公務員であるため財政面から入院期間や医療などの管理運営や、業務報告書の作成などのペーパーワークに時間が割かれ代弁機能を果たせるほど当事者と関わることができない状況がある。それを補完し、当事者の利益を守るためにもIMCAの機能は重要といえる。

他方、MCA2005の課題については、本研究で焦点をあてている医療の選択と同意の場面において顕著であることがわかった。20歳代の心臓病の発達障害者の事例では、様々な専門職や、家族が本人のベスト・インタレスト(最善の利益)を検討していくなかで多忙な専門職間での話し合いが十分にできず、その間に死亡してしまったという。また、調整中に自死したという事例もあった。このことから、緊急性が問われる医療機関において〈時間〉が課題であることがわかった。つまり、本人の意思を十分に反映したいことと、生命を維持するための時間的制限との

間の課題である。また、MCA2005は、本人が賢明でない判断をすることについても即座に能力がないとは判断しないが、生命を救うという医療機関の目的から当事者の意思が尊重され難いという状況があった。生命保護の目的を達成することが医療関係者の任務であることから、本人や地域の支援者と医療専門職との間には、価値認識や価値位相の相違があると思われる。限られた時間のなかで本人の利益を最大限に担保するには、言うまでもなく合意形成が課題となろう。

MCA2005においては、地方自治体は病院にIMCAの手配を義務づけており、IMCAから本人の情報を十分に得たのちに治療方針を決定しなければならない。しかし、医療機関では、治療という目的が優先されるため、医師の間でもMCA2005があまり活用されてない状況がある。つまり、MCA2005は、障害者の権利擁護、障害者への市民の認識の変革において十分な役割を果たしたものの、ベスト・インタレストを導く合意形成までの過程に、①医療関係者の障害者認識、②医療機関という場の特殊性という二つの運用上の課題が明らかになった。

(2) Royal United Hospital Bath NHS Foundation (RUH)

RUHは、バースの50万人の人々、そして北東サマセットと西ウィルトシャーの周辺の町や村で急性治療とケアを提供している。ソーシャルワークサービス部は、退院先の選択に伴う支援や、自宅退院への支援、入院期間を最小限にとどめるため短期間で自宅に帰る準備を行う。また、本人および帰宅先が退院できる環境であるか否か、判断するため看護師などとチームで対応する。患者に関係のある人々—医師、理学療法士、家族、コミュニティの知人、ヘルスケアを担っている人（社会サービス提供者）と共にベスト・インタレストについて話し合う。その際、あらゆる情報を集めていくことになる。判断能力が不十分な人の治療や退院に関する支援を実施する場合には、IMCAを呼ぶことになっているが、任意後見人がいない場合には、医療サイドで決定を下すことになる。通常は、28日間で判断能力についてアセスメントし、その後の治療などを決定することになっている。判断能力の確認は、医師による簡単な質問と、複雑な決定に関してはソーシャルワーカーのアセスメントをもとにして進められる。意思能力がないと判断された人については、医師が治療行為の決定、ソーシャルワーカーが社会福祉関係の決定を下すことになっている。このことは、それぞれの専門職の役割が明確であることを示していると言えよう。

このような意思決定支援においては、前述したMCA2005の5原則を守りながら進められている。また、医師は、重大な医療行為、28日以上入院、8週間以上の介護施設への入所や、自由の制限（QOLの低下）について、IMCAを要請しなければならないという法的な規定がある⁶²。

このような仕組みのなかで、ソーシャルワーカーが認識するMCA2005の利点は、本人の意思を可能な限り取り入れながら様々な選択肢を与えることができる、確かに時間はかかるものの、ソーシャルワーカーには援助のエビデンスになるというものである。また、病院では、精神科系や認知症の患者、感染症や混乱している人など退院できない人に対して、Best Interests Assessor (BIA)⁶³が自由を制限されていないかをチェックし、最善の利益に叶ったケアであるか確認する仕組みもあり、MCA2005施行以降に様々な患者の権利を護る仕組みが整備されてきている。

しかし、患者のベスト・インタレストについて様々な関係者で話し合うという仕組みは、家族間や、ソーシャルケアサービスを提供している人たちとの間で意見の食い違いが生じ、その調整に苦慮するという課題をもたらしている。何を重視するかによって、関係者間の軋轢が生じる。たとえば、医療ソーシャルワーカーは、判断能力が不十分な人の一人暮らしは危険を伴うとして賛成できないが、生活の質の観点から、ソーシャルケアサービス提供者は一人暮らしに賛成する。生活の質については、考慮するものの現実問題としてリスクを回避することが医療ソーシャルワーカーの役割であることから、MCA2005が患者の人権を守る優れた法律だと感じて、運用

する上では葛藤やジレンマを感じているようである。また、近年、予算が削減されている状況もあり、NHSのワーカーゆえに予算管理までが求められる。施設ケアの方が安価であるということも考慮しなければならないという事情もある。

他方では、これまで、ベスト・インタレストを考える際にできる限りの情報で様々な観点から判断してきたものの、裏付ける客観的な根拠を提示することが難しかった。しかし、MCA2005によってルールに則した検討、決定ができるようになり、ソーシャルワーカーは根拠をもとに援助できるようになる。つまり、法律によってソーシャルワーカーの実践が裏付けられるという実践上の利点がある。

(3) まとめ

以上のことから、MCA2005は、当事者の自由や権利を守る観点からすぐれた法律であることがわかった。なかでも、支援する側の実践の根拠として示すことができる点は、援助内容について社会的な承認を得るうえで重要である。ただし、その運用においては、①業務量の増加、②ベスト・インタレストを決定する会議におけるチームのコンフリクト、とりわけ医療職と福祉職の見解の不一致、③本人と家族の意見の不一致が挙げられる。

なかでも、医療の選択と同意という場面における意思決定支援については、専門職間でどのような価値に根差して判断していくのかが問われることになる。本調査においては、法的枠組みの整備は、急務であるが同時に、医療・福祉関係者の共通した価値認識を示すことへの重要性を認識できた。

加えて、MCA2005においては、「可能な限りの支援を受けたいと、成果が表れなかった場合にのみ、意思決定できないと法的に評価される」というエンパワメントと保護の原則がある。それは、判断能力の不十分な人のもつ力を発揮させるスキルを必要とする。

日本においてもイギリスの法と実践を参考にし、新たな支援システムを構築するにあたり、法整備とともに実践家の養成システムの構築が求められる。法と実践を両輪とした意思決定支援のあり方について検討する必要がある。

おわりに

以上をもとに、まず法的観点から整理する。MCA2005については、少なくとも、代行的決定手段であるところの日本における成年後見制度と比較すると、より、憲法13条の内実である自己決定権という考え方には親和的であるという点が指摘できる。「限定されたパターナリスチックな制約」による例外的な介入としても、MCA2005による規定の方がより介入について限定的であると考えられる。そういった意味では、現在の成年後見人等による医療同意権を認めるという考え方も、今現在、医療行為について同意を行うことができる同意権者がいないという、喫緊の問題の解決にはなろうが、本人の意思の反映が十分でないという問題に対する根本的な解決にはなりえない。成年後見制度による権利の制限が非常に大きい現状を考えると、憲法学的な視点から見ても、国連障害者権利委員会のいう「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」は望ましいことであると評価ができるのではないだろうか。

他方、実践の観点から整理するとMCA2005は、人間の尊厳の尊重と社会正義の価値、ならびに本人主体を具象化する極めて重要な法制度であると言える。加えて、MCA2005に則った援助は、実践の根拠としてソーシャルワーカーの援助の正当性を示すものとなる。ただし、医療機関においては、自らの生命に関する決定についての権利と医療専門職の職業上の義務との間でうまく

運用できないという課題が明らかになった。とりわけ、緊急的対応が求められる治療においては、急性期の医師が生命や治療に関する本人の意思を早期に把握する必要がある。この観点から、高齢者のみならずかかりつけ医師をもつことを広め、日常的に医療に関する本人の意思を確認していくこと、必要時にはその情報を速やかに急性期病院の医師に提供するという連携・協働システムを構築しなければならない。その際、生活の全体性・社会性から医療ニーズを把握していくことが求められ、ここに、社会福祉専門職の活用可能性がある。

今回のイギリスにおけるインタビューのなかで当事者は、MCA2005の手続に沿って、説明などが分かりやすくなされることで、自分の意思が尊重され、仕事や、仲間たちとの余暇も含め日々充実した生活を送っていることを強調していた。このことは、本人の満足度の高さを示す決定的な評価である。また、施設のサポートワーカーは、インタビューのなかで「認知に障害のある人の判断能力は時間や空間によって影響を受けるうえ、日内差も激しく日々変化がある。そのため、完全に代行的に決定してしまうということはありえないことである」という指摘をしていた。さらにコミュニケーションの技術なども含めたテクノロジーの進歩ということも、代行的決定を否定する要素として挙げた。

イギリスでは、直近5年だけ見ても当事者の権利擁護やそれを支える仕組みは変化をしていると言われていたことから、日本においても今後変化をする可能性は高い。また、市議からは、障害者政策一般については、2012年のロンドンオリンピック、パラリンピックを契機とした変化なども大きなものとして指摘があった。パラリンピックにより、障害者に対して注目が集まるようになり、より良い政策が発展してきたということであった。そういった意味では、日本も今、変化のチャンスを迎えている。

日本においては、平成31年(2019年)4月より成年後見制度の診断書の書式が改定される。医師が医学的判断の結果をより適切に実現することを目的とするものであるが、この書式は、「本人情報シート」として、医師に対する福祉関係者からの情報提供となる。このように成年後見制度の仕組みが本人の意思を反映させるために変更していくなかで、単なる情報の受け渡しにとどまらず、生活者としての本人の意思決定を支える援助のあり方を検討していかなければならないだろう。判断能力の不十分な人にとってその意思が最大限に尊重されるような制度の構築が急がれる。

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 浜島恭子「人びとを判断の中心に：イギリスの成年後見制度と二〇〇五年意思決定能力法(特集 障害者権利条約と成年後見制度の課題)」福祉労働143号(2014年)32頁、山口理恵子「成年後見制度における意思決定支援の理念を基盤にしたガイドラインの検討：イギリス2005年意思決定能力法と社会福祉士後見人による実践事例を中心に」社会福祉学56巻2号(2015年)113頁。
- 2 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。
- 3 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。
 - 4 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。
 - 5 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巻2731号(2013年)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。
 - 6 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。
 - 7 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> (2019年1月25日最終閲覧)。
 - 8 上山・前掲注6・45頁。
 - 9 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> (2019年1月25日最終閲覧)。
 - 10 民法8条。
 - 11 同9条。
 - 12 内田 貴『民法I 第4版』(東京大学出版会 2008年)111頁。
 - 13 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(中村担当部分)。
 - 14 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂 2011年)110-111頁。
 - 15 同120-121頁。
 - 16 同133-134頁。
 - 17 同135-136頁。
 - 18 同138頁。
 - 19 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。
 - 20 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巻2号(2015年)135-137頁。
 - 21 正確には、イングランドおよびウェールズの法である。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。
 - 22 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。
 - 23 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。また、この条文に注目した論文として、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: イギリス2005年意志決定能力法1条3項の積極的措置の規範構造を参考にして」早稲田社会科学総合研究16巻1号(2015年)131頁。
 - 24 Section 1(4).
 - 25 Section 1(5).

- 26 Section 1(6).
- 27 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。
- 28 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。
- 29 Section 4(1) of the Mental Capacity Act 2005.
- 30 Section 4(2).
- 31 Section 4(3).
- 32 Section 4(4).
- 33 Section 4(5).
- 34 Section 24-26.
- 35 Section 4(6).
- 36 Section 4(7).
- 37 菅・前掲注27・200頁。
- 38 2007年に公表されている。Section 42 of the Mental Capacity Act 2005.
- 39 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。
- 40 Section 42 of the Mental Capacity Act 2005.
- 41 菅・前掲注39・147頁。
- 42 同163頁。
- 43 Section 11(7) (c) & (8) of the Mental Capacity Act 2005.
- 44 Section 11(7) (a).
- 45 菅・前掲注39・163頁。
- 46 Section 45-56 of the Mental Capacity Act 2005. MCA2005により規定される裁判所である。主として、①問題となっている当該場面における、本人の判断能力、すなわち「意思決定能力」の有無について判断を下す、②問題となっている当該場面において、本人にとってふさわしい財産管理や身上監護について、直接的に決定を行う、③必要最小限の範囲内で、法定後見人を任命する、④永続的代理権や法定後見をめぐる紛争を解決するといった役割を担う。菅・前掲注39・42頁。
- 47 Section 16(2) (a) of the Mental Capacity Act 2005.
- 48 Section 16(4) (a).
- 49 菅・前掲注39・170頁。
- 50 Section 17(1) (a)-(e) of the Mental Capacity Act 2005.
- 51 Section 18(1) (a)-(k).
- 52 Section 16(4) (b).
- 53 菅・前掲注39・170頁。
- 54 Section 16(2), (6) & 19(2) of the Mental Capacity Act 2005.
- 55 Section 17(1) (2).
- 56 Section 20(2)-(5).
- 57 Section 5-8, 菅・前掲注39・174-176頁。
- 58 橋本有生「同意能力を欠く成年者の自由剥奪をめぐるイギリス法の現状と課題」早稲田法学会誌65巻2号(2015年)252頁。DoLS規定導入の経緯については、橋本有生「イギリスの『自由剥奪セーフガード (DoLS)』規定の導入(2007年)に影響を与えた欧州人権裁判所の

法理」早稲田法学会誌65巻1号(2014年)303頁に詳しい。

- 59 佐々木育子「成年後見制度から意思決定支援制度へ：自己決定を支える新しい制度の必要性」論究ジュリスト27巻(2018年)74頁。高齢者・障害者本人の自己決定を支援していく仕組み(意思決定支援)を中心に、そこに法定後見や任意後見をいかに位置づけていくかを、一つの法律の中で整合し、統一的に立法化した「意思決定支援法」を提唱する。
- 60 イギリスにおいて発達障害の特性の一つである学習障害は、Specific Learning Difficultyと総称されていた時代がある。近年、教育的ニーズの必要な対象として知的障害なども含みLearning Disabilityとして様々なサービスが調整されている。
- 61 NHSは、1948年に設立され国民の医療ニーズを公平に提供するイギリスの国民医療サービス事業である。実際には、イングランド、スコットランド、ウェールズ、北アイルランドの4つの地域に分割されてそれぞれ独自な方法で提供されている。本調査は、NHSトラストにより設立されたRoyal United Hospitalsにて実施したものであり、ここで働く職員はすべて公務員である。
- 62 Section 35-41 of the Mental Capacity Act 2005, Mental Capacity Act Code of Practice Chapter 10.
- 63 BIAとは、本人に同意なく施設や病院において拘束することを防止するために長期入所、長期入院の人をチェックする人を指す。看護師、医療ソーシャルワーカー、臨床心理士、PT、OTなどがこれにあたる。彼らのチェックによって代理人の推薦や拘束措置の制限などを提案する。ただし、最善の利益を決定するための院内会議には、BIAは参加しない。