2021 年 5 月 15 日

日本政治法律学会　2021 年春季研究大会

成年後見制度における身上監護と意思決定支援

高岡法科大学　渡部　朗子

1．はじめに

2006 年に採択された障害者の権利に関する条約（以下、障害者権利条約とする）では、新たに意思決定支援(Supported Decision Making)の考え方が提唱された。これは、制限行為能力者に対して、判断能力が十分ではないことを前提に代行決定を行うことにより本人を保護する考え方から、すべての人には、自分のことを決める力があることを前提に、適切な支援を行うことで本人の意思決定を尊重する考え方に方向転換したものである。そして、代行決定の全面禁止が強く打ち出された。

障害者権利条約 12 条では、障害者には平等に基づく法的能力を有することが認められ、締約国は、法的能力の行使の際に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されている。成年後見制度は、制限行為能力者に対して包括的に行為能力を制限している。わが国の法定後見制度は、判断能力の程度により後見、保佐、補助の三類型により分類しているが、一律に行為能力を制限することにより本人を保護する。これが、障害者権利条約 12 条が要求する障害者の法的能力の平等に反するおそれがあるとして、国連は締約国に対して、行為能力を制限して代行決定を認める制度（すなわち成年後見制度）の撤廃を求めている。

他方、意思決定支援は、身上監護について規定した民法 858 条における本人の意思尊重義務と身上配慮義務を具体化したものと考えられている。意思決定支援をめぐってはすでに厚生労働省がいくつかのガイドラインを公表してきたが[1]、成年後見事務に関しても、厚生労働省は 2020 年 10 月に『意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン』を公表した。

本学会では、意思決定支援をめぐる議論を整理してから、成年後見人等の職務である身上

---

[1] 厚生労働省は意思決定支援につき、「障害福祉サービス等の提供に係る意思決定支援ガイドライン」（2017 年 3 月）、「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」（2018 年 3 月）、「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」（2018 年 6 月）と相次いでガイドラインを示した（いずれも、URL:https://www.mhlw.go.jp）。また、意思決定支援に関連して、「身寄りが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」（2019 年 6 月）（URL:https//www.kcma.gr.jp）も公表された。

監護の中でどのように位置づけられるのか検討する。

2. 『意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン』における意思決定支援の概要

『意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン』（2020 年 10 月）（以下、後見事務のガイドラインとする）で示されている意思決定支援の定義と成年後見制度との関係を整理する。

（1）後見事務のガイドラインにおける意思決定支援の定義

意思決定支援とは、特定の行為に関し本人の判断能力に課題のある局面において、本人に必要な情報を提供し、本人の意思や考えを引き出すなど、後見人等を含めた本人に関わる支援者らによって行われる、本人が自らの価値観や選考に基づく意思決定をするための活動をいう。

（2）基本的な考え方

後見事務のガイドラインにおける意思決定支援は、本人の意思決定をプロセスとして支援するものであり、通常、そのプロセスは、本人が意思を形成することの支援（意思形成支援）と、本人が意思を表明することに支援（意思表明支援）を中心とする。

なお、形成・表明された意思をどのように実現するかという意思実現支援は、後見事務のガイドラインにいう意思決定支援には直接含まれないが、後見人等による身上保護（身上監護のことをこのように表現する）の一環として実践されることが期待される。

→例えば、生活の本拠について検討する場合において、後見事務のガイドラインのプロセスに沿って意思形成支援・意思表明支援が行われた結果、自宅をリフォームしたうえで在宅での生活を維持する旨の本人意思が示されたのであれば、後見人等としては、身上保護活動の一環として、自宅のリフォームのための契約締結など必要な後見事務を適切に行うことができる。

（3）成年後見制度との関係

後見事務のガイドラインにおける意思決定支援は成年後見人等以外の人が関与することを想定しているが、成年後見人等が意思決定支援を行う局面に関しては、次のことが指摘されている。

後見事務のガイドラインは、身上監護について定めた民法 858 条、876 条の 5 第 1 項、876 条の 10 第 1 項においても、成年後見人等が本人の意思を尊重し、その心身の状態及び生活の状況に配慮することが求められているが、実務においては、成年後見人自身の価値観に基づき権限を行使する実例があったことを指摘している。他方で、成年後見人等による意思決定支援は、あくまで後見事務の一環として行われるものである以上、後見人等が直接関与して意思決定支援を行うことが求められる場面は、原則として、本人にとって重大な影響

を与えるような法律行為及びそれに付随した事実行為の場面に限られる。

一般的な例として、①施設への入所契約など本人の居所に関する重要な決定を行う場合、②自宅の売却、高額な資産の売却等、法的に重要な決定をする場合、③特定の親族に対する贈与・経済的援助を行う場合など、直接的には本人のためとは言い難い支出をする場合などが挙げられるとしている。

3. 検討

(1) 意思決定支援の定義

意思決定支援に関しては、障害者基本法 23 条 1 項で初めて法律の意思決定の支援が規定された[2]。また、障害者総合支援法 42 条 1 項、51 条の 22 第 1 項にも規定がある。その後に公表された各ガイドラインにおいて概念の明確化に向けた取り組みがなされている。しかし、今までに公表された厚生労働省の各ガイドラインでは、それぞれの目的によって、意思決定支援の定義が異なるところがあるため、かえって意思決定支援とは何か、その内容があいまいになってしまっていると考えられる。

意思決定支援の用語に対して、障害者権利条約において定義はされていないが、12 条 3 項[3]に根拠を置く。また、国連は障害者権利条約における意思決定支援の考え方を明らかにするために、2014 年一般的意見 1 号を公表した[4]。意思決定支援は多くの形式をとることが

---

[2] 障害者基本法 23 条 1 項は、次のように規定する（下線は筆者)。

第二十三条　国または地方公共団体は、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又は制度が、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。

[3] 国連・障害者権利条約第 12 条の条文は次のとおりである(下線は筆者)。

第 12 条　法律の前にひとしく認められる権利

1　締約国は、障害者がすべ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　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適当な措置を取る。

4　締約国は、法的能力の行使に関連する全ての措置において、濫用を防止するための適当かつ効果的な保証を国際人権法に従って定めることを確保する。当該保証は、法的能力の行使に関連する措置が、障害者の権利、意思及び選好を尊重すること、利益相反を生じさせず、及び不当な影響を及ぼさないこと、障害者の状況に応じ、かつ、適合すること、可能な限り短い期間に適用されること並びに権限のある、独立の、かつ、公平な当局または司法機関による定期的な審査の対象となることを確保するものとする。当該保証は、当該措置は障害者の権利及び利益に及ぼす影響の程度に応じたものとする。

[4] 国連・障害者権利委員会一般的意見第 1 号(障害者権利条約第 12 条)の内容は次のとおりである。

Para21.　著しい努力がなされた後も、個人の意思と選好を決定することが実行可能ではない場合、

できるが、わが国において、どのように法的に位置づけられるかの検討が必要である。例えば、成年後見制度の中で意思決定支援をどのように位置づけていくのか、成年後見制度の対象とはならない事実行為における意思決定支援と成年後見制度における意思決定支援の関係はどのようなものなのか、国連は締約国に対して意思決定支援の考え方を導入するために成年後見制度の撤廃を求めているが、成年後見制度における意思決定支援の議論をすることが障害者権利条約の趣旨に適合するものなのか（行為能力を制限する制度を残しながら意思決定支援を制度の中で位置づけることが適合するのか)、検討が必要であると考えられる。

（2）成年後見人等の職務との関係

成年後見人等の職務内容に関しては、原則法律行為に限られ、法律行為に付随する限りにおいて事実行為が認められる。単独での事実行為は認められない。しかし、意思決定支援は事実行為である。意思決定支援は、財産管理に関することにかぎられず、日常生活全般で必要となる。法律行為に関連しなくても、医療や介護の場面でも必要になる。

意思決定支援が、民法 858 条、876 条の 5 第 1 項、876 条の 10 第 1 項に規定される本人の意思尊重義務及び身上配慮義務と関連するものと考えられる反面、原則法律行為に限られるとすると、本人の生活を支援し、権利を擁護することができるのか、疑問が残る。成年後見人等の職務内容に関して、単独の事実行為をどのように位置づけるのか、意思決定支援は、成年後見人等の職務内容として、単独の事実行為を認めざるを得ないことを示していると考えられる。

（3）意思決定支援を成年後見制度において位置づける可能性

アメリカでは、法定後見人の権限を決定する審議の中で、本人は自己決定ができることを前提に、後見人には意思決定支援をすることが求められ、代行決定をする権限を与えず、後見制度を用いながら代行決定を否定する判決が出た（Hatch, M. J., Crane. S. A., & Martinis, J. G. (2015).)。

わが国の成年後見制度においては、成年後見人、保佐人、補助人のすべてに取消権が認められている（民法 120 条 1 項）[5]。本人（成年被後見人等）が意思決定をしても、最終的に

「意思と選好の最善の解釈」が「最善の利益」の決定にとってかわられなければならない。これにより、第 12 条第 4 項に従い、個人の利益、意思及び選好が尊重される。「最善の利益」の原則は、成人に関しては、第 12 条に基づく保護措置ではない。障害のある人による、他の者との平等を基礎とした法的能力の権利の享有を確保するには、「意思と選好」のパラダイムが「最善の利益」のパラダイムに取ってかわらなければならない。

[5] 成年後見制度の導入により、同意権者に取消権が認められることが明らかになった。そのため、成年後見人、保佐人、同意権付与の審判を受けた補助人が取消権者になる。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については取消権が認められない。また、任意後見人には代理権のみが認められてい

成年後見人等に取消される可能性があるため、アメリカのように、意思決定支援のみを成年後見人等の職務とすることができない。

意思決定支援が比較的高額な財産を管理する場合以外は、成年後見人等の職務として認められないことになると、資産をあまり有しない高齢者等にとっては、利用しにくい制度となるだろう。成年後見制度における意思決定支援は、成年後見人等以外の様々な関係者（専門職）が関わることを想定しているが、多くの人が関わることで、かえって複雑で本人にとって負担にならないようにする工夫が必要であると考えられる。

ることから、取消権はない。