

# 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年意思決定能力法1条3項の  
積極的措置の規範構造を参考にして—

杉山 有沙

## 1. はじめに

### 1.1 自己決定権の行使主体としての知的障害者が抱える課題

a) 憲法上の自己決定権 私たちは、様々な場面で自己決定を迫られる。そこには、治療方法の決定をはじめとして、安楽死・尊厳死、結婚・離婚、妊娠・人工中絶、など、多種多様な場面が存在する。このような自己決定が保障される枠組について、憲法学は13条で保障する「自己決定権」の射程として、多年にわたって議論を重ねてきた。この論点の1つとして、誰が自己決定権の行使主体者なのか、という問題がある。

この点について竹中勲は、原則としてすべての人間を自己決定権の享有主体と捉え（無条件（無限定）説）、これを通説と説明する。その上で、自己決定権とは、外部からの干渉がない状態である消極的自由の保障だけでなく、「自己支配」ないし「自律」という要素も含むので〔竹中 2010：8〕、「少なくとも判断能力ないし自己決定能力が十分ではない個人については、当該個人の保護（利益確保）を目的として」当該個人の自己決定権の制約が正当化され得ると述べる〔ibid. 17〕。

b) 知的障害者と自己決定権 竹中がいう“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（言葉が話せないなど）者などを挙げることができるだろう。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など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。

知的障害者と彼らが有する自己決定権の関係を論じた者として、民法・社会福祉法の観点から自己決定の問題を扱う平田厚がいる。平田は、知的障害者が従来、自己決定権を行

使し得ない者として、第三者の客観的な配慮によって保護すべき存在とされてきたが、近年は、この「知的障害」というカテゴリーに依拠した全面的な権利制限は見直されてきていると指摘する。しかし、非障害者と同様な手続きで、知的障害者に自己決定を迫ったとしても、結局、彼らは判断能力の欠如を理由に権利制限をされる可能性が高い。そこで、具体的にどのような支援をすれば、より多くの知的障害者が自己決定権行使を可能なものにするかが論点となっていると平田は強調する〔平田 2002：7-10〕。

平田の指摘は示唆に富む。まず彼は、知的障害者は「知的障害」ゆえに適切に情報を処理することができないとされ、自己決定権の行使主体ではないとみなされる傾向があるという現実を指摘する。その上で平田は、この自己決定権の行使主体者ではないと見なされる知的障害者の中に、実際には、積極的措置（平田の言葉では、支援）を適切に講じれば、自己決定権の行使主体となり得る者がいることを強調する。

c) 自己決定能力が不十分とされる者 このように自己決定権行使の主体を検討していくと、(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つのグループがあることがわかる。ここで言う“(2) 積極的措置を講じれば、自己決定権行使ができる者”を「意思決定能力が不十分とされる者」<sup>1)</sup>の一部として論じる者に内野正幸がいる。

彼は、赤ちゃんや植物状態の人など「意思決定能力のまったくない人までその主体に含めることは、『自分のことは自分で決める権利』という自己決定権の定義にてらして無理がある」と指摘するが、意思決定能力の不十分とされる者については自己決定権の主体に含めるべきであるとする〔内野 1998：13〕。

内野が自己決定権の行使主体と位置づける「自己決定能力が不十分とされる者」として、知的障害者以外には、憲法学の議論において、たとえば未成年者が想定されている。この未成年者に対する権利制限の正当性について矢島基美は、未成年は、その発達段階に応じた個別の考慮を要するにせよ、本人保護を理由とした一定の人権制約が許されると説明する。これは、行為主体それ自体は存在するものの、未成年が「成熟した判断能力」によって「意思」を形成することができないと考えられてきたことにより、近代法が依拠してきた意思主義に修正が加わるからであると彼は説明する〔矢島 2000：73；矢島 2015：43〕。

ここから明らかなように、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「意思」は、自己決定権行使の主体者としての「意思」として認められない可能性がある。しかし、そこには、積極的措置を講ずれば自己決定が「できる」のに、根本的に「できない」

1) 自分で判断し決定する能力という意味で、ここでは、意思決定能力と自己決定能力を同義とする。

と断定され、権利行使が否定されてきた者が存在するとは言えるのではないだろうか。言い換えれば、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。しかし、そもそもここでいう「成熟した」とは、現行社会において共有し定着した基準であるかもしれないが、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。

自己決定能力が「ある」者と「ない」者の二つに分ける議論の中で、自己決定能力が不十分とされる者は、自己決定能力が「ある」と一目で分かる者と比較して、情報処理能力や意思伝達能力が不十分であるために、自己決定能力が「ない」とみなされやすい傾向があるといえる。しかし、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」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<sup>2)</sup>。

## 1.2 積極的措置の法的性格

**a) 福祉政策的措置と合理的配慮** ここでいう「積極的措置」とは、どのような法的性格のものを意味するのであろうか。ここで2つの性格のものを想定することができる。1つは、福祉法理に基づいて講じる「福祉政策的措置」であり、もう1つは、差別禁止法理を前提にして講じないことが差別として認定される「合理的配慮義務」である。

この福祉政策的措置と合理的配慮義務の異同は、イギリス障害者福祉法理と障害差別禁止法理の関係性を検討する文脈で、積極的措置の構造、両者の関係性、そして、それぞれの措置が前提にする「障害者」という存在の捉え方の観点から明らかにされている。

**b) 労働へのアクセス支援制度と合理的配慮義務** イギリスにおいて障害を持つ労働者に対して講じられる積極的措置として、労働へのアクセス支援制度（Access to Work. 以下、AtW）と合理的配慮義務がある。AtWは、1973年雇用訓練法（Employment and Training Act）を根拠とする制度で、障害者を雇う際に過剰にかかるコストを使用者の代わりに負担する公的助成制度である。具体的には、福祉補助金の交付、施設設備の改修費の負担、支援ワーカーの派遣、通勤に要する費用の負担などがある。この制度は法的権利というより、裁量の余地がある政策的措置である。したがって、AtWを受ける適格性や

2) 自己決定権行使の主体性が問題になる具体的な状況として、身体処分の領域がある。たとえば中山茂樹は、2009年臓器移植法の改正を受けて、意思表示をしていない小児の臓器摘出を合法化したことに対して、その正当性を本人の自己決定という論理では説明することができないと指摘する[中山2011: 131、中山2002]。

提供される援助のレベル・タイプに関する決定に対して異議を申立てたり、また、再審査を要請するための権利は存在しない。このAtWは、特別な実践的援助を必要とする障害を持つ労働者のために成立したもので、雇用現場における障害者と非障害者の間に存在する不平等を軽減させることを目的とする [杉山 2016：第6章]。

これに対して合理的配慮義務は、障害者を取り巻く社会構造（労働場面でいうなら就業規則や、職場環境、または建物の物理的特徴など）が障害者に相当な不利を課すために、障害者の正当な労働能力の評価が不可能であることを問題視する。そしてこの義務は、適切な労働能力の再評価を可能するために合理的な範囲で積極的措置を講じることを使用者に義務づける。したがってこの義務は、主体的な個人としての平等を保障するための権利であり、障害者本人が請求したにもかかわらず、義務保有者が積極的措置を講じなかった場合、差別としてみなされる。合理的配慮義務は、1995年に障害差別禁止法（Disability Discrimination Act. 以下、DDA）が制定された際に導入された差別類型の1つであり、現在は、2010年平等法（Equality Act）が担っている [杉山 2016：第3章、第4章、第6章、第9章]。

AtWは、合理的配慮義務の補完的制度として位置づく。使用者に対して課される合理的配慮義務は、合理的な範囲内のものに限られる。ここでいう「合理性」を判断する際に、公的助成制度であるAtWの利用可能性を含めて検討される。具体的には、車椅子に乗る多発性硬化症を患う障害を持つ労働者のために、使用者が、事務所への階段昇降機を求められた場合、この階段昇降機設置にかかるコストの負担をAtWが賄うことを想定することができる [杉山 2016：第6章]。

c) 障害モデルとAtW・合理的配慮義務の関係 以上のように、AtWと合理的配慮義務は、労働場面における障害者が抱える不平等・差別に対して積極的措置を講じて緩和・解消するという機能を果たす点で共通する。また両者は、補完的關係であり極めて密接した関係ではあるが、それらを支える根拠法が異なる。そしてこの違いは、AtWと合理的配慮義務のそれぞれが前提とする障害者観に深く関係する。

そもそも「障害」とは何であろうか。イギリス障害差別禁止法理は、その形成過程において、障害者が被る「障害」の責任の観点から2つの障害モデルを描き出した。1つは医学モデルであり、もう1つは社会モデルである。

医学モデルとは、障害者が被る不利の責任を個人的なインペアメント（身体的、知的、精神的機能障害）にみるモデルであり、別名「個人的悲劇モデル」という。このモデルの名称通り医学モデルは、個人的なインペアメントによって不利を被った障害者がこの悲劇から脱却するためには、治療や症状の緩和というような方法で、本人が社会側の基準に合わせられるように変わることを求める。このモデルでは、非障害者と「同等ではない」（異なった）能力・条件を持つ劣った存在としての障害者像が存在する。そして、このモ

デルに基づいて認識される障害者は、家族や知人からの援助を必要とし、社会福祉給付やサービスに依存せざるを得ない受動的な生き方を押し付けられることになる [杉山 2016：第1章]。

一方、社会モデルとは、障害者の不利の責任を社会側に見いだすモデルである<sup>3)</sup>。このモデルにおいて障害は、インペアメントと社会から生じる障害の2つの要素が重なったものと位置づけられる。ここでいう社会から生じる障害とは、社会が障害者の存在を考慮しないで形成したために生じた不利であり、現行の法律、制度、建物の物理的特徴などを指す。具体的に言えば、視覚障害者の存在を考慮しないで墨字で行われる筆記での採用試験などが挙げられる。このモデルが前提にするのは、社会から生じる障害さえなければ、非障害者と「同等の」能力・条件を持つ障害者である [杉山 2016：第1章]<sup>4)</sup>。

この2つの障害モデルをAtWと合理的配慮義務に当てはめると、AtWは医学モデルを前提としたものであり、合理的配慮義務は社会モデルを前提にしたものとなる。福祉政策的措置であるAtWは、非障害者より能力・条件が劣った障害者のために、福祉補助金の交付や施設設備の改修費の負担といった積極的措置を講じることで、障害者の労働機会の確保と安定を図ろうとする。つまり、同制度が前提にするのは「他者依存的な個人」としての障害者であり、同制度は、他の労働者と同等ではない能力・条件を持つ障害者のための下駄履かせ的な役割を果たす。一方、法的権利としての差別禁止である合理的配慮義務が前提としているのは「主体的な個人」である障害者である。したがって、この義務は、等しい能力・条件を持っているにもかかわらず、社会に差別構造が含まれているために不当に評価された障害者に対して、この差別構造を緩和・解消し、障害者本人の能力・条件を再評価するために積極的措置を要求する。

本稿は、医学モデルと社会モデルのどちらの障害モデルに基づく積極的措置が優れているかを議論するものではない。ただ、権利論の観点から見たときに、根拠となる個人像と規範構造の違いに伴い、その法規範性——法的権利なのか、それとも政策的措置なのか——も異なってくるので、積極的措置の法的位置づけを明確にする必要があるといえる。

### 1.3 知的障害者が自己決定する際に講じる積極的措置の法的位置づけ

a) 知的障害者のために講じる積極的措置の位置づけ では、冒頭の知的障害者の自己決定の際に講じられる積極的措置は、法的にどのように位置づけられるのだろうか。また、自己決定能力が「不十分」であるが、積極的措置を講じれば自己決定権を行使できる

3) 社会モデルには、インペアメント考慮型社会モデルとインペアメント否定型社会モデルがあるが、ここでは、インペアメント考慮型社会モデルを説明する。

4) インペアメント考慮型社会モデルの場合、個人的なインペアメントを理由にした不利の存在を認める。しかし、特に社会構造ゆえに被る障害者の不利を強く意識する点で医学モデルとは異なる。

者とは、どのような個人像を意味しているのだろうか。AtWのように、自己決定能力が非障害者より劣っている知的障害者のために、積極的措置を講じることで自己決定をできるようにしようとしているのだろうか。それとも合理的配慮義務のように、本来、自己決定能力があるにもかかわらず、周りがその者の自己決定を理解できないなどの理由で、不当に自己決定機会を制限されているので（社会から生じる障害）、適切に自己決定機会を保障するために、その差別的な環境を緩和・解消するような、積極的措置を講じるものなのだろうか。前者であれば、他者依存的な個人像を意味し、後者であれば自律的で主体的な個人像に基づいているといえる。

**b) 日本における合理的配慮義務の議論** 日本において合理的配慮義務に関する議論の蓄積は十分とはいえない。1990年にアメリカで障害を持つアメリカ人法（Americans with Disabilities Act）、1995年にDDAなど各国で障害差別禁止法が制定され、2006年に国連で障害者の権利に関する条約（Convention on the Rights of Persons with Disabilities. 以下、障害者権利条約）が採択されるなどの国際的な影響を受けて、日本でも合理的配慮義務の存在は知られていた。しかし、この義務が日本ではじめて立法レベルで認められたのは、2011年に“障害者基本法”が改正されたときである〔詳しくは、杉山2016：第10章〕。

たしかに障害を持つ申立人が合理的配慮を求めた判決は、労働<sup>5)</sup>、参政権行使<sup>6)</sup>、教育<sup>7)</sup>などの複数の領域で存在しているが〔詳しくは、杉山2016：第11章〕、知的障害者の自己決定権行使の文脈ではなかなか問題にならない。なぜだろうか。平田の指摘にもあったように、かりに積極的措置を必要としていなかったとしても、そもそも知的障害者の場合、自己決定能力がないとみなされる傾向にある。そうした知的障害者が、その偏見を否定し、その上で非障害者と対等な主体的な個人として自らの自己決定権行使を主張することは困難であるといえよう。この文脈で、さらに積極的措置を講じた上で自己決定権を行使する知的障害者の場合はどうであろうか。かりに、本来は自己決定能力があるけれど、周りが当該知的障害者の自己決定内容を理解することができないだけだったとしても、そこで講じられる積極的措置は、自己決定能力を持たない、または、非障害者に比べて劣った自己決定能力しか持たない他者依存的な知的障害者のために講じたものとして安易にみなしてしまう危険性はないのだろうか。つまり、本来、差別禁止としての合理的配慮であるにもかかわらず、福祉政策的な支援措置と誤認されることはないのだろうか。

ここには、知的障害者の自己決定権行使に関する議論の前提となる根本的な問題が隠れ

5) 阪神バス（勤務配慮）事件（神戸地裁尼崎支部平成24年4月9日判決・労働判例1054号38頁）など。その他の労働領域における合理的配慮義務の要請については〔小西2009〕参照。

6) 市議会の議員代読発言要請拒否損害賠償請求控訴事件（中津川市）（名古屋高裁平成24年5月11日判決・判例時報2163号128頁）など。

7) 筋ジストロフィー疾患を理由とする高校入学不許可処分取消訴訟判決（神戸地裁平成4年3月13日判決・判例時報1414号26頁）、奈良県肢体不自由児中学校入学に関する義務付け申立て事件（奈良地裁平成21年6月26日判決・判例地方自治328号21頁）など。

ている。そこで、これを検討するにあたり本稿は、イギリスを比較対象国に据える。イギリスは、重度知的障害者のような人たちも極力自ら決定できるようにするための枠組を2005年意思決定能力法（Mental Capacity Act. 以下、MCA）において導入した<sup>8)9)</sup>。

## 2. MCAの基本構造

### 2.1 制定目的

a) **MCAの目的** MCAは、2005年に、本人の意思決定能力が不十分であるために他者が代わりに決定をする必要がある場面で生じる、法的に不明確な点を明確にし、現行法を改良することを目的に制定された。同法は、ある成人が認知症や脳の損傷などの理由により生きる上で必要な特定の決定（at some point）を行う能力を欠いている場合、また、生まれたときから決定する能力を欠いている場合における意思決定に関してあてはまるものとされる。同法は、財産問題（financial matter）領域だけでなく、身上福祉（personal welfare）領域に関しても、幅広く適用される [Explanatory Note]<sup>10)11)</sup>。

たしかに、意思決定能力を欠いている者、あるいは欠いているとみなされる者の法的な意思決定をいかに保障するかは、重要な課題である。しかし、この課題自体は、近年新たに発見されたものではない。イギリスでは、成年後見人法として財産管理領域のみを対象とする1985年持続的代理権授与法（Enduring Powers of Attorney Act）が制定されていた。MCAは、この持続的代理権授与法を廃止して、それに取って代わるものとして制定された（MCA 附則7）<sup>12)</sup>。では、このMCAの特徴的な点はどこにあるのだろうか。

b) **意思決定能力の存在とMCA** MCA制定の必要性に関連して両院合同委員会は、2003年11月28の報告書（HL Paper 189-I & HC 1083-I）で、知的障害やコミュニケーションスキルを欠く者たちの意思決定能力は認められにくいと指摘した。そして彼らは、

---

8) 障害者権利条約で規定する障害モデルを参考にして、MCAは医学モデルであると指摘する論文がある [Clough 2014: 56]。MCA自体が選択した障害モデルの検討は重要な課題ではあるが、本稿は、意思決定能力の有無を判断する際に講じられる1条3項の積極的措置の規範構造の検討にとどめる。

9) MCAの基本構造やベスト・インタレスト、自己決定支援の観点から論じたものとして、[菅2010]がある。本稿との主な違いは、菅は本人のベスト・インタレストの追究という意味で自己決定支援（エンパワーメント）や代理決定に主眼を置くが、本稿はMCAの対象と疑いをかけられるが、結局は「意思決定能力がある」と判断される者と1条3項の積極的措置の法的位置づけ——他者依存的な個人のための福祉政策的措置なのか、主体的な個人の権利としての合理的配慮義務なのか——に注目している点である。

また、MCAが規定する意思決定能力を欠く者に対する合法的な自由剥奪の実施に関しては [橋本2015] 参照。

10) 日本でも、医療同意について成年後見制度で対応しようとする学説も有力である [佐藤雄：2013] [岩志2010] [小賀野2004] 等。

11) Mental Capacity Act 2005: Explanatory Note

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/notes/contents>（最終閲覧日：2015年5月13日）。

12) 持続的代理権授与法からMCAに移行する際になされた適用範囲に関する議論については、[今井2003]を参照。

MCA法案を提案にするにあたり、現行コモン・ローの不十分な点、意思決定能力を欠く者たちに対応する法制度の必要性、意思決定能力を欠く者たちの権利を保障するために求められる政府の義務、差別禁止のために求められる政府による措置、そして意思決定が困難な者の自律と保護の適切な均衡を保つ必要性を再検討してきたことを明らかにする。この再検討の結果、意思決定能力を欠く者たちをサポートするための包括的な法制度の形成の必要性を認めた委員会は、意思決定能力を欠く者たちの権利と彼らの問題に対応する法制度の必要性の気づきに基づいて法案を作成しなければならないとした [Joint Committee on the Draft Mental Incapacity Bill 2003: 14]。

また、同委員会は、法案名の変更について、当初、意思決定無能力法案 (Mental Incapacity Bill) というタイトルで法案を思案してきたことを確認した上で、しかし、このタイトルにはネガティブな印象があり、不適切だと指摘した。より法案の内容を適切に提示し、ポジティブな印象にするために、意思決定能力法案 (Mental Capacity Bill) へのタイトル変更が提案された。無能力に目を向けるのではなく、権利への気づきを示し、意思決定能力の存在を前提に査定を行うことを法案の中心に据えることが必要であるとされたのである [Joint Committee on the Draft Mental Incapacity Bill 2003: 94]。政府は、これらの合同委員会報告に対して賛同している [DMIB 政府返答]<sup>13)</sup>。

この委員会報告書から明らかなように、意思決定能力を欠く者、または欠くとみなされがちな者の権利保障に、MCA制定の目的があると言える。単に、意思決定能力が「ない」とみなすのではなく、彼らの意思決定能力の存在に目を向けることで、彼らの主体的な意思決定を保障すべきことを明確にしていると言えるだろう。

## 2.2 基本構造

**a) 基本構造** MCAは、3編で構成されている。第1編は、「意思決定能力を欠く者」(Persons who lack capacity) について定めており、この者の定義、MCA全体を方向づける主要原則、最善の利益の審査方法を規定する。さらに、同編において、永続的代理権 (Lasting powers of attorney)、裁判所の一般的権限及び法定代理人の任命、治療拒否に関する事前の意思決定、独立意思決定能力代弁人制度 (Independence mental capacity advocate service) などを規定する。そして、第2編は、保護裁判所と公的后見人について、第3編は、雑則を定める。

このようにMCAは、“意思決定能力”を軸に、この能力の存在を前提に据えつつ、この能力を有していない者に対しても、彼らの意思決定を不当に侵害することのないような法

13) The Government Response to The Scrutiny Committee's Report on the draft Mental Incapacity Bill: February 2004 <http://www.dca.gov.uk/pubs/reports/mental-incapacity.htm> (最終閲覧日: 2015年5月13日)。



制度を構築しようとしている。このような主体的な個人像を前提にした、権利保障に主眼を置いた法制度の構築は、評価に値するだろう。たとえば、重度知的障害者の生活場面を想定してみよう。非障害者の保護下で生活する重度知的障害者が、この非障害者の意思決定に反して行動することは、立場上、容易ではない。したがって、こうした他者依存的な存在としてみなされがちな“意思決定能力を欠く者（または欠くとみなされる者）”の主体的な個人として権利保障を強調する同法の意義は、大きいものといえる。

しかし、いくら意義の大きい法律といっても、その適用場面が不適切では画餅に過ぎない。では、MCAは、どこの場面で適用されるのだろうか。

**b) MCAの射程** 同法の適用範囲は広範である。たとえば、介護や治療（医療行為）、契約、財産管理、その他の法的決定場面を対象にする [Bartlett 2008: 2]。ここでは、特に、身上福祉領域に注目して確認していこう。一言で介護または医学的処置と言っても、その種類は毎日の食事介助のようなものから生活が激変するような重大事に至るまで広範囲にわたる。MCA 5条によると、MCAの枠組において“意思決定能力を欠く者”と認定された者に代わり、最善の利益に適うと判断された場合に、意思決定代行者が代理で意思決定能力を欠く者の介護または医学的処置の決定を行うことができる。同条で規定される“医学的処置”は、検査、医科・歯科の治療、投薬、能力判定または治療のために本人を病院に連れて行くこと、それ以外で必要となるあらゆる医療処置（血液サンプルの採取など）あるいはその他の諸療法、そして緊急治療を指す（行為準則：6.4、6.5）。

このようにMCAは、“意思決定能力を欠く者（または欠くとみなされる者）”が日常生活を営む上で関係する一連の行為に包括的に適用される。しかし一方でMCAは、本人に代わっては決してなすことができない意思決定——非常に個人的な性格のもの、または別の法律を適用するもの——については適用されない（行為準則：1.9）。具体的には、婚姻または民事パートナーシップを結ぶことへの同意、性的関係を持つことへの同意、2年間の別居を根拠に認められる離婚への同意、民事パートナーシップ関係の解消への同意、子の養子縁組への同意または養子縁組命令に対する同意、子の財産に関係ない事項に対する親責任の解除等がある（MCA 27条）。また、精神保健法（Mental Health Act）関連事項（同法28条）、投票権（同条29）についてもMCAは適用されない。

### 3. MCAの5原則

**a) 5原則** MCAの根底にあるのは、“意思決定能力を欠く者（または、欠くとみなされる者）”の権利保障の意識である。これは、同法1条に明文化されている。

MCAは、1条で5つの原則を掲げている。第1に、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項）、第2に、本人の意思決定を支援する

あらゆる実行可能な措置が功を奏さなかったのであれば、本人は意思決定ができないとみなされてはならない（3項）、第3に、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項）、第4に、意思決定能力を欠く者のために、あるいはその人に代わってなされる意思決定は、本人の最善の利益に適うように行わなければならない（5項）、そして第5に、本人に代わって、あるいは本人のために代行者によって行為または意思決定が行われる前に、その目的が、本人の権利およ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（6項）。

意思決定を行う者は誰かという観点からみると、2項から4項は、本人が意思決定を行うことを前提にしたものである。一方、5項と6項は、能力を欠く本人に代わって代行者が意思決定を行うことになった場合の話である。本稿は、知的障害者が自ら自己決定権を行使する際に講じられる積極的措置の法的位置づけを検討課題としているため、MCAの法枠組において意思決定能力がないと認定された者に関する規定である5項と6項は、本人の最善の利益の認定方法をめぐる問題を含めて、考察の対象外とする。

**b) 1条2項** 条文から明らかのように、1条2項は、原則として“すべての個人は意思決定能力がある”ことを前提に、例外として、その能力が具体的にないことの認定を受けた者のみが“この能力がない者”として扱われてよいという構造を取る。

**c) 1条3項** この1条2項の原則を踏まえて、3項の積極的措置の法的性格を検討してみよう。そもそも、MCAは、意思決定能力の有無・程度で、対象者を3つの段階に区別している。第1に、何の措置を講じなくても意思決定をできる者、第2に、何らかの措置を講じれば意思決定できる者、第3に、あらゆる措置を講じても意思決定ができない者である。後述するように、第2の者に対して、実行可能な措置を講じずに意思決定能力がないと推定された場合、本人の申立てによる権利救済の対象となる。

以上から明らかなように、1条3項は、意思決定能力があるにもかかわらず、周囲がその者の意思決定内容を理解できないなどの理由で、不当に意思決定機会を制限されている場面を想定している。そして、1条3項は、そのような者に対して積極的措置を講ずることで、彼らの意思決定の機会が不当に制限されることがないように保障する旨を規定する。では、この積極的措置が前提とする個人とはどのような個人なのだろうか。

1条2項を前提にする1条3項は、“意思決定能力がある”個人を想定している。とするならば、1条3項が問題にしているのは、本来、発揮されるはずの意思決定に対して、周囲の者が受け止めていない事態である。したがって、1条3項が前提にしているのは自ら意思決定ができる主体的な個人であり、同項が規定する積極的措置は、そのような者が本人には責任がないのにもかかわらず意思決定機会を不当に制限される事態に対して権利保障の役割を担うものだと解される。

**d) 1条3項で求められる措置内容** 具体的にどのような積極的措置が求められるのだ

ろうか。これに関連してMCAは、本人利益のための身上福祉以外に、医学的な侵襲性を伴う研究調査への協力に関する意思決定についても規定している。意思決定能力<sup>14)</sup>を欠くと判断された者に対して研究調査を行う場合は、MCAに基づいて適格だと承認された機関によって、本人の利益を優先できる者（介護者等）との協議を踏まえて、科学や社会の利益より本人の利益を重視し、そして研究実施中に本人に異議があればその意向を尊重できる場合に限り、認められる（30条～33条。行為準則：11.9）。しかし、もちろん意思決定能力がある者に対しては、本人の同意が必要となる（30条2項）。

これについて、英国看護協会（Royal College of Nursing）は、インフォームド・コンセントの観点から、研究調査の参加の同意を得るために、明確な言葉や絵などを使用して理解度を判断したり、また、研究調査の内容を理解することが困難であるようならば、異なった形式や時間をかけて説明するように求めている [Royal College of Nursing 2011: 11]<sup>15)</sup>。

e) T事件（成人：治療拒否）事件 1条3項に関する他の論点として、第三者による意思決定への「不当な圧力」の有無というものもある。一見すると本人による純粋な意思決定に見えるが、実際は支援者らによる高圧的な態度や当該決定への過度な促しなどにより、本人の本来の意思とは異なる決定を行う事態を問題視するというものである。これに関連する判決として、1992年7月30日のRe T（成人：治療拒否）事件控訴院民事部判決がある<sup>16)17)</sup>。

Tは、妊娠34週のときに交通事故にあった。彼女は、病院に搬送され、輸血の必要性が生じた。Tの両親は離婚しており、Tはエホバの証人である母親に育てられていたが、彼女自身はエホバの証人ではなかった。Tは、何度も抗生物質と鎮痛剤であるペチジンを投与されていた。Tの父親は、当時Tの意識レベルが弱体化していたことを認識していた。Tと彼女の母親が2人になった後、その時2人の間で何が起きたのかは明らかではないが、Tは脈絡なしに、しかししっかりと看護師に輸血拒否の意思を伝えた。その後、分娩室に移動する際に、再びTは母親と2人きりになった。産婦人科医が合流した際に、Tは、帝王切開をすべきであると診断された。その時、Tは再び輸血拒否の旨を伝えた。この際、Tは帝王切開術後、必ずしも輸血が必要となるわけではない旨を知らされた。彼女は輸血拒否の書類に署名したが、命を救うために輸血が必要になる可能性があることは説明されていなかった。帝王切開術をしたが死産し、その晩に、緊急事態に陥り、輸血の必要性が生じた。しかし担当医が、Tの意見を尊重し輸血をすることを躊躇した。Tは人工

14) ここでは特に研究調査への「同意能力（capacity to consent）」が問題になる。

15) 1条3項に基づいて求められる一般的な措置としては、様々な意思疎通方法の利用（言葉を用いないコミュニケーションなど）、よりわかりやすい形での情報提供（写真、絵、音声を録音したテープなど）、能力向上のためのプログラム利用（知的障害者に新しい技能を学ばせること）などがある（行為準則：2.7）。

16) Re T [1992] EWCA Civ 18, [1992] 3 WLR 782.

17) Re T事件をはじめとしたイギリスにおける治療拒否に関する判例法理については [千葉 2002] 参照。

呼吸器につながれるようになった。エホバの証人ではないTの父親と胎児の父親である恋人は、輸血許可と、最善の利益のもと、Tの同意なしに輸血をすることは違法ではないという宣言を求めて、裁判所に申立てた。

Donaldson卿による控訴院判決は、Tが意思決定能力を有していたものの、当時の彼女の意思決定は緊急非常事態におけるものを含んでいなかったとした。そして、本件においてTに輸血をすることは合法とした<sup>18)</sup>。すべての成人は、たとえ生死にかかわるものであり、その選択に合理性がなくても、医療行為を受けるかどうかを決める権利と能力があるとされる。しかし、もし、そのときに本人に決定する能力がないとした場合は、医師が最善の利益を判断する義務があるとされた。同意拒否をされた場合、医師は、極めて慎重で綿密な患者の意思決定能力に関する検討が必要になる。さらに医師は、意思決定能力の有無ばかりでなく、第三者による圧力の存在の確認も求められる。また、すべての同意拒否のケースで、問題となる意思決定の射程を検討する必要がある<sup>19)</sup>。

この判決は、第三者による不当な圧力の有無に関する判断について二つの側面から判断することを求める。第1に患者の意思の強さであり、第2に患者と説得者の関係である。親子や夫婦、宗教関係者は、その他の関係の者より影響を与える可能性が高い<sup>20)</sup>。

特に知的障害者のような意思決定能力がないとみなされがちな者にあつては、意思決定を行う際に、本人保護の名目の下で第三者が不当な圧力を加える危険性が高い。したがって、本人の純粋な意思決定の射程を見極めるためには、慎重な検討が重要な課題といえる。

**f) 1条4項** 1条4項の“賢明な判断ではないという理由だけで意思決定ができないとみなされてはならない”という原則は、そもそも意思決定を行うことの大切さに関わる極めて重要なものと位置づけられる。ただし、本人に重大な危害または搾取をもたらすような決定を繰り返し行う場合や、明らかに不合理で本人らしくない決定を行う場合は、本人の過去の意思決定や選択を考慮に入れた、より詳しい調査が求められる（行為準則：2.11）。

**g) 小活** 以上から明らかのように、この5原則は、MCA全体を方向づけるもので、同法において極めて重要な意味を持つ。もっとも、この5原則それ自体は、これまでのイギリス法において別段、新たな地平を切り開くものではないと指摘されることもある。Weeraratneらは、本質的にこの5原則は、現行のコモン・ローを成文化したものに過ぎないというが、それでも意思決定能力に関連する問題を包括する明確な宣言となっていると説明する [Weeraratne, Hatfield, Burnham and Gerry 2008: 15]。

なぜ、現行のコモン・ローにあった法理をあえて成文化し、強調する必要があったのだ

18) [1992] EWCA Civ 18, [1992] 3 WLR 782, 794-795.

19) [1992] EWCA Civ 18, [1992] 3 WLR 782, 799.

20) [1992] EWCA Civ 18, [1992] 3 WLR 782, 797.

ろうか。これは、知的障害をはじめとする、本人の意思決定能力に疑義を持たれるような障害を有する者は、問題となる意思決定に具体的に対応するような、積極的措置の実施を含めた決定能力の有無に関する審査を適切に受けることなしに、不当に当該意思決定機会を制限される傾向があったことへの問題意識が背景をなすと言えるだろう。だからこそ、意思決定能力の存在の有無が、自己決定に関する法律の中心に位置づけられ [Dimond 2008: 33]、慎重に審査する必要があるとされたのである。

#### 4. MCAにおける「意思決定能力」

ここまで「意思決定能力」という概念を定義せずに使ってきた。MCAの特徴は、意思決定過程に焦点を当て、この過程を明確化し、改善すべく制定法上の枠組みを与えたことにある [菅 2010: 14]。そこで、MCAにおける意思決定能力とは何かについて確認していこう。

憲法事項大臣であったFalconer上院議員は議会において、前述1条で規定する原則が同法の核心を担うものであると位置づけた上で、2条と3条がこの原則を具現化するものであると説明した。これらの条項で示されているように、本人の決定について、1つできないことがあったらすべてできないとみなすことを拒絶することが最も重要である、と彼は述べた。だからこそ、意思決定能力の査定は、特定のつかつそのときの決定に限られるべきだとされる [HL Deb 10 January 2005 vol 668 cc11-26]。

1つの内容の意思決定ができないからといって、他の意思決定をもできないというわけではないという命題は、突飛なことではない。しかし、特に重度知的障害者のような者は、非障害者と比較して、「自ら意思決定ができない」という偏見・ステレオタイプの価値観に基づく決定機会の制限に直面しやすい。そこでこうした現実社会を反映した結果、明文規定が設けられたと言えるだろう。

##### 4.1 意思決定能力とは？

MCAにおいて意思決定能力は、診断 (diagnostic) と実用的な要素 (functional element) の両者から判断される。また同法は、自分で決定をできるものの、コミュニケーション能力がない者も対象とする [Greaney, Morris and Taylor 2008: 21]。MCAは、2条で意思決定能力を欠く者 (People who lack capacity) を定め、3条で決定ができないということ (Inability to make decisions) を定義する。つまり、MCAは、「意思決定能力」を直接的に規定するわけではない。しかし、行為準則において、意思決定能力とは、意思決定を行うことができる能力のことを指すと説明されている (行為準則: 4.1)。前述の通り、広範な意思決定機会を包括的に扱うMCAは、この能力の有無を具体的にどのように認定しているのだろうか。

### (1) 意思決定能力を欠く者

MCAは、精神的または脳のインペアメントもしくは機能不全 (disturbance) のために、ある事柄に対して意思決定をすべきときに独力で意思決定ができない場合、その人はその事柄について能力を欠く者とみなす (2条1項)。ここでいう「インペアメントまたは機能不全」は、永続的であるか一時的であるかを問わない (同条2項)。また、同法は、能力を欠くということについて、本人の年齢もしくは容貌、または、本人の能力に関して他人に誤った推定を生じさせるような本人の様子もしくは行動などといった事実のみで確定しない (同条3項)。これは、MCAが、ステレオタイプや偏見に基づいて判断することにより、不当な権利制限を引き起こすことがないように強調しているといえる。そして、意思決定能力があるかどうかを判断する際は、蓋然性の均衡の基準 (balance of probabilities) で決定する (同条4項)。

本稿の問題関心からいうと、この3項の規定は重要である。しかし、議会に提出された時点の意思決定能力法案には、現在のMCAに存在する2条3項が存在していなかった。この3項を加えた理由として、議会においては、差別禁止と平等な尊重の観点から説明された。Andrews上院議員は、偏見に基づいて意思決定能力がない存在としてみなされることがないように法枠組を形成する必要があることを、上院における審議で強調した [HL Deb 15 March 2005 vol 670 cc1275-324]。

こうした意思決定能力がないとみなされがちな者の権利を侵害しないようにするという姿勢は、個別ケース毎に審査が行われることを強調する制度設計につながる。これは、ある時点で能力を欠く者が、後の時点で能力が回復することもあることを意識するからでもある。先天的な病気または重度の知的障害のために恒常的に特定の意思決定能力を欠く者がいる一方で、訓練して能力を回復し自分で意思決定ができるようになる人の存在も想定されている (行為準則: introduction)。

このようなMCAは、意思決定能力の有無を、二段階の能力判定基準で審査する。第1に、精神または脳のインペアメントもしくは機能不全を有しているかであり、第2に、そのインペアメントもしくは機能不全が、必要なときに、特定の意思決定をできなくさせるかである (行為準則: 4.11-4.13)。第1の要件である精神または脳のインペアメントとは、具体的には、精神疾患、知的障害、認知症、脳の損傷などがあり、これを明らかにする認定方法を、診断テスト (diagnostic test) という [Explanatory Note]。

### (2) 認定者と認定ポイント

a) 認定者 意思決定能力の有無を認定する者は、場面によって異なる。たとえば遺言作成のような法律行為を行う場合は、ソリスタまたは弁護士 (legal practitioner) が依頼人の能力を認定する (行為準則: 4.40)。本稿では特に、介護・医療行為場面での認定

者に注目していこう。MCAでは、問題となる個人の意思決定能力の有無を認定する際に、裁判所による判断が必要な場合とそうではない場合の2つの場面を想定する [Donnelly 2009: 465-466]。日常生活に関わるものは、裁判所による判断を必要としない。裁判所による判断が求められるのは、深刻な決定や代理人が求められる場合などに限られる [ibid. 468-469]。

この深刻な決定の対象として、(1) 永久的植物状態にある患者への人工栄養水分補給の留保もしくは中止、(2) 臓器・骨髄提供、(3) 非治療的不妊手術、(4) 特定の医療行為が本人の最善の利益に適うかどうか争いがあるものが挙げられる<sup>21)</sup>。このように一部の決定に対して裁判所の判断を必要とするのは、MCAが制定される以前、深刻な医療行為の場合、その行為が合法であるという宣言を裁判所が行っていたことに由来する (行為準則: 6.18、8.18、8.20)。

これに対し、深刻な決定以外の決定場面における認定者は、通常、家族、友人、介護士、医療従事者など、当該意思決定がなされる時に本人と直接関わっている人物となる (行為準則: 4.38)。

**b) 認定ポイント** このような認定者が「問題となる個人には意思決定能力のない」と判断する場合、彼らには、その者が当該行為を決定する能力を欠くという「合理的な確信 (reasonable belief)」が求められる (行為準則: 4.39)。ここでいう「合理的な確信」は、「合理的な手順」を踏んで判断されたものでなければならない (行為準則: 4.44)。「合理的」と認められる手順は、当人の置かれた状況及び当該意思決定の緊急度によって変わる (行為準則: 4.45)。すなわち、その決定が深刻なものであればあるほど、意思決定能力の査定もよりきちんとした方法 (formal) が求められる。どのような審査が必要か、というのは決定内容の深刻さで変わる [Office of the Public Guardian 2009: 17]。

このようにMCAは、単一の認定者ではなく、場面毎で認定者を変えている。これは、同法が対象とする意思決定内容が日常の些細な事項から生命に関わる重要な事項まで包括的に含むため、このような広範な決定内容に対して、単一の認定者が判断するのは、現実的ではなかったからと言えるだろう。そこで、MCAは、意思決定機会の不当な制限を阻止するように、認定ポイントを明確にすることで、利便性のあるリアリスティックな認定枠組を構築したと言えよう。

**c) 小括** 以上を踏まえるとMCAは、幅広い適用領域において、その決定内容に応じて柔軟に対応できるような審査枠組を採用したといえる。生死に関わるような深刻な決定に対してMCAは、司法判断を求めるなどして、決定能力の有無が問題となるような者を保護すると同時に、彼らに対する不当な決定機会の制限を生み出すことのないような法枠

---

21) イギリスにおける知的障害者の臓器提供に関わる法枠組については、杉山 2014を参照。

組をつくりだしている。

しかし、この段階的な審査基準は、意思決定内容の重さを国家がランクづけしていることの現れとも言える。意思決定内容の重さが国家により恣意的に判断されている可能性があり、その判断が、個人の自己決定権行使に不当な介入を引き起こす帰結につながらないよう、慎重に見極める必要があると言えよう。

### (3) 意思決定能力の有無に関する認定に対する異議申立

MCAは、認定された意思決定能力に関して異議を申立てることができる。まず、始めに認定者に対して、認定理由とその認定に対する客観的な証拠の提示を求めることになる。このとき申立てを行うことができるのは、認定された者に限らない（行為準則：4.63-4.64）。しかし、それでも納得できない場合は、最終的に保護裁判所によって、当該個人が問題となる意思決定能力を持つかどうか判断される〔Weeraratne, Hatfield, Burnham and Gerry 2008: 35、同旨 Dimond 2008: 40, 51-52〕。

認定された意思決定能力に対して、被認定者自身が再審査を求めることが法的に可能であるというのは、注目すべき点といえる。1条で掲げられた5原則と重ねると、MCAにおける意思決定能力は、1条3項の積極的措置を含むものだと解釈できる。そうであるならば、不適切または不十分な積極的措置しか講じられなかったために意思決定能力がないと判断された者が、この状態を権利侵害ととらえ、適切な積極的措置を求めて保護裁判所に対して救済申立てをすることが可能といえるだろう。

## 4.2 意思決定ができないということ

**a) 3条規定** 意思決定ができないということについては、3条で規定されている。同条1項によると、意思決定に関連する情報を理解することができない場合（a号）、その情報を保持することができない場合（b号）、意思決定を行う過程の一部としてその情報を利用または比較衡量することができない場合（c号）、そして、自己の意思決定を口頭、手話またはその他の手段で他人に伝えることができない場合（d号）に、意思決定ができないとみなされる<sup>22)</sup>。ただしこのとき、その人の状況に適した方法で与える説明（簡単な言葉、映像その他の手段の利用）を理解できる場合には、意思決定に関連する情報を理解できないとみなされてはならない（2項）。また、意思決定に関連する情報を短期間しか

22) これに関連した医療行為への同意能力の基準を確立した判決として、1993年10月14日のRe C（成人：治療拒否）事件高等法院家事部判決がある〔Bartlett 2008: 33; Grubb, Laing and McHale 2010: 476〕。本件においてThorp判事は、医療行為（本件は、足の切断手術）に関する意思決定をする際に、3つの段階があると説明した。第1に、医療行為の情報を把握し保持する段階、第2に、それを確信する段階、そして第3に、選択をするために情報を比較衡量する段階である（Re C [1994] 1 WLR 290, 295）。



保持できないという事実をもって、人は意思決定できないとみなされない（3項）。ここでいう、「意思決定に関連する情報」は、ある意思決定を行った場合、もしくはそれとは別の意思決定を行った場合、または、意思決定を行わなかった場合に関する合理的に予見可能な結果についての情報を含む（4項）。

この3条1項に規定されているa号からd号は、その性格に応じて、a号からc号とd号というように2つに分けることができる。前半のa号からc号は、必要な情報を処理できるかどうかであり、この3つでだいたいの場面をカバーすることができる。残り1つであるd号は、その決定を他者に伝えることができるかどうかである。それが問われる場合の例に、たとえばロックトイン症候群を挙げることができる [Explanatory Notes]。

**b) LBL v RYJ and VJ** これに関連する判決として、2010年9月22日のLBL v RYJ and VJ事件保護裁判所判決がある<sup>23)</sup>。出産の際に脳損傷を患ったことにより、RYJは、てんかん、重度知的障害、そして深刻な言語・コミュニケーション障害を負った。RYJは、特別教育施設で過ごしており、そこでの生活は彼女にとって幸福なものだった。しかし、RYJの母親であるVJは、地方当局が判断した障害児の特別教育ニーズの決定に対する不服申立てを取扱う特別教育ニーズ・障害審判所（the Special Educational Needs and Disability Tribunal）に、異なる施設への移転を申し出た。RYJはVJとの関係において問題を抱えており、彼女は叔母であるJと密接な関係を築いていた。RYJは休日をJと過ごしており、RYJもこれを望んでいた。地方当局は、RYJとJの関係を支援していた。これに対してVJは、地方当局の支援に問題があると捉えた。争点として、すでに訴訟提起能力がないと認定されているRYJには、日々の生活に関する日常的な決定を行う意思決定能力があるかどうかを挙げられた。

保護裁判所は、MCAにおける意思決定能力とは、一般的な、または絶対的なものではなくて、特定の意思決定内容を指すとした<sup>24)</sup>。また、意見に一貫性がないという事実は混乱のサインを示しているわけではなく、同様に、混乱も決定能力を欠いていることを意味するとは限らない<sup>25)</sup>。判決では、3条の審査を受ける者は、決定に際して関係する重要な内容を把握し、考量する必要があるものの、すべての内容を理解する必要はないとされた<sup>26)</sup>。これを踏まえて、本件においてRYJは、決定能力があると判断されたのである<sup>27)</sup>。

本件は、一見すると意思決定能力がないとみなされる危険性がある重度知的障害者の意思決定能力の存在を、関係する決定の判断に必要な内容に関する情報処理能力の範囲を明確にすることで、偏見の要素を消去することに成功した判決と評価できる。

---

23) *LBL v RYJ and VJ* [2010] EWHC 2665 (COP), [2010] COPLR Con vol 795.

24) [2010] EWHC 2665 (COP), [2010] COPLR Con vol 795 [25].

25) [2010] EWHC 2665 (COP), [2010] COPLR Con vol 795 [49], [50].

26) [2010] EWHC 2665 (COP), [2010] COPLR Con vol 795 [58].

27) [2010] EWHC 2665 (COP), [2010] COPLR Con vol 795 [75].

以上を踏まえると、MCAにおける意思決定能力は、常に絶対的なものではなく、時や周囲との関係、立たされている状況、そして決定内容といった本人と社会の関係性に応じて変動することを前提にしている。また、これに伴い1条3項で求められる措置内容も変化する。特に、3条2項では、問題となる意思決定に関わる情報を提供する際に、意思決定能力に疑義がある者の能力・状態に即した配慮の保障を強調する。つまり、1条3項が求める積極的措置の内容として取るべき手段は、本人の個別事情（知的障害と認知症は、異なる角度からの対応が必要）、本人がなすべき意思決定の種類、意思決定をなすべき時期に応じて変わるといのように個別具体的・文脈依存的なものとなる（行為準則：3.7-3.16）。

#### 4.3 意思決定できないことの責任の所在と措置提供の正当化

では、なぜ、MCAは、1条3項にある積極的措置の提供を主体的な個人像を前提にした本人の意思決定機会の保障として求めることができるのだろうか。

冒頭で紹介した他者依存的な個人像に基づく医学モデルを採用した福祉政策的措置の構造と自律的かつ主体的な個人像に基づく社会モデルを採用した法的権利としての合理的配慮義務の構造と、MCAの1条3項で規定する積極的措置の構造を重ねてみよう。

まず、MCAが前提にするのは、原則として“すべての個人は意思決定能力がある”個人である。また、1条3項の積極的措置は、時や周囲との関係、立たされている状況、そして決定内容に応じて内容が変化するものであるといえる。これは、本人と所属する社会（環境）との関係が強く反映されることを意識した結果、このような枠組みを採用したといえるだろう。つまりMCAは、社会が意思決定能力の発揮に影響を与え、また、意思決定機会の不当な剥奪を引き起こす可能性を認識している。

以上を踏まえると、MCAの1条3項が規定する積極的措置は、合理的配慮義務と同様の規範構造を持つものといえるであろう<sup>28)</sup>。つまり、知的障害者が自ら意思決定をできなかったり、この人の意思決定内容を他者が理解できなかったりするの、社会がこの知的障害者の存在を考慮せずに形成されたことに原因があり、したがって、その責任は社会側にあるので、主体的な個人としての知的障害者が自己決定権を行使するために権利として積極的措置を求めることができると言い換えられる<sup>29)</sup>。

28) 障害者権利条約12条に基づいて障害者に対して講ぜられる法的能力の行使のための措置を合理的配慮に位置づける見解として [池原 2010 : 189-190] がある。

29) これに関連して、Richardsonは、自己決定能力を個人の能力のみで査定するのではなく、社会との関係性で検討すべきという見解を前提に [Richardson 2012: 342]、代理 (substitute) ではなく、支援を含めた決定 (supported decision-making) のあり方を求めることで、当事者を問題となる事項に参加するように促し、その結果、当事者中心の決定を行うことの重要性を主張する [ibid. 350, 352]。そして、このような決定枠組は、MCAで不十分ながら規定されたと述べた [ibid. 353]。

#### 4.4 小括

MCAは、社会が知的障害者をはじめとする意思決定能力に疑いを持たれがちな者たちの存在を考慮しないで形成されたために、彼らを排除し、結果として不当に決定機会の制限が行われる者がいるという可能性を踏まえ、そうした可能性を排除するような具体的な能力査定を行う枠組を採用している。この観点から1条3項の措置内容を見ると、問題となる者が所属する社会や、求められる決定内容に応じて、同項の措置内容が柔軟に変化するのとは、前述の合理的配慮義務の発想を借りれば、彼らが被っているのは本人には責任がない「社会からの障害」が原因となるからである。したがって、条文にあるように社会側の責任で「あらゆる実行可能な措置」を提供しなければならないことになる。

MCA制定以前においても、知的障害者本人による意思決定の促進に関して政府からガイダンスが発行されていた。たとえば医療場面において、2003年に刊行された『同意を求めること：知的障害者と働く』は、知的障害者による同意について、1回限りのイベントとしてではなく、知的障害者との関係性を含めた、連続した意思決定の過程の先でなされるべきものであると説明した。そこでは、緊急時以外は、時間をかけ、知的障害者本人が主体的に同意できるようにサポートすることが必要であるとされた〔Department of Health, Social Service and Public Safety 2003: 2〕。

このように、MCA以前においても、知的障害者のような意思決定能力に疑いがある者に対して、本人の決定機会を保障するための支援を求める気づきは、たしかに存在していた。しかし、強調すべきは、それが決して法的権利として存在していたわけではない点である。つまり、実行可能な措置を講じずに、意思決定能力を持たない存在とみなしても自己決定権の侵害とはならなかったのである。この状況を変え、社会側の責任で本来有している意思決定能力を発揮する機会が不当に奪われている人たちがいるという確信のもと、そのような人たちの意思決定機会を適切に確保するための措置を権利として保障する枠組を組み込んだのが、MCAの成果であった。

### 5. むすびに代えて

“知的障害者も、自己決定できる場面がある”や“自己決定支援措置を含めた決定も自己決定の一部である”という命題は、当然のことであり、何ら新しい発見は存在しないように思われるかもしれない。しかし、この命題の根底にある視点に、主体的な個人としての知的障害者像があるかどうかは、慎重になる必要がある。

MCAは、問題となる法対象者には意思決定能力があることを前提に、彼らと社会側の共通言語（情報伝達ができない、または表明された意思決定を理解できないなど）がないために、決定機会を不当に奪われている事態を、社会側の責任にあることを認める。そし

て、この問題を解決するために、主体的な個人としての意思決定機会を適切に保障するための積極的措置を合理的配慮義務と同様の構造として1条3項で明文化した。このようなMCAは、合理的配慮義務が2011年によく立法レベルで認められた日本に対して有益な示唆を与えてくれると期待できる。

本稿は、MCAの1条3項が規定する積極的措置の法的位置づけを明らかにした。しかし、具体的に、どの程度、何を理解できれば、「意思決定能力がある」と判断できるのかについて十分に検討することができなかった。これに関しては、他日に期したい。

#### 付記

本研究は、早稲田大学日欧比較基本権理論研究所 2014-2015 年度研究プロジェクトの成果の一部である。

#### 引用文献

- Bartlett, Peter [2008]: *Blackstone's Guide to The Mental Capacity Act 2005 2nd edition*, Oxford University Press.
- Clough, Beverley [2014]: *People Like That: Realising the Social Model in Mental Capacity Jurisprudence*, *Medical Law Review*, Vol. 23, No. 1, pp. 53-80.
- Department for Constitutional Affairs (行為準則) [2007]: *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Department for Constitutional Affairs (訳=新井誠監訳・紺野包子翻訳『イギリス 2005 年意思能力法・行動指針』(2009 年、民事法研究会))。
- Department of Health, Social Service and Public Safety [2003]: *Seeking consent: Working with people with learning disabilities*, Department of Health, Social Service and Public Safety.
- Dimond, Bridgit [2008]: *Legal Aspects of Mental Capacity*, Blackwell Publishing.
- Donnelly, Mary [2009]: *Capacity assessment under the Mental Capacity Act 2005: Delivering on the functional approach?*, *Legal Studies*, Vol. 29, No. 3, pp. 464-491.
- Greaney, Nicola, Morris, Fenella and Taylor, Beverley [2008]: *Mental Capacity: A Guide to The New Law*, The Law Society.
- Grubb, Andrew, Laing, Judith and McHale, Jean [2010]: *Principles of Medical Law 3rd edition*, Oxford University Press.
- 橋本有生 [2015]: 「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 249-299 頁。
- 平田厚 [2002]: 『増補 知的障害者の自己決定権』(エンパワメント研究所)。
- 池原毅和 [2010]: 「第 12 章 法的能力」松井亮輔・川島聡編『概説 障害者権利条約』(法律文化社) 183-199 頁。
- 今井雅子 [2003]: 「イギリスの成年後見制度改革における最近の動向」『比較法』40 巻 265-286 頁。
- 岩志和一郎 [2010]: 「医療同意システムのあり方」『実践成年後見』35 巻 86-96 頁。
- Joint Committee on the Draft Mental Incapacity Bill [2003]: *Draft Mental Incapacity Bill Session 2002-2003 Volume I Report together with formal minutes*, House of Commons.
- 小西啓文 [2009]: 「日本における障害者雇用にかかる裁判例の検討」『季刊労働法』225 号 70 頁。
- 中山茂樹 [2002]: 「子どもからの脳死臓器移植について」西南学院大学論集 35 巻 1・2 号 203-265 頁。
- 中山茂樹 [2011]: 「自己決定と小児臓器移植」町野朔・山本輝之・辰井聡子編『移植医療のこれから』(信山社) 131-143 頁。
- Office of the Public Guardian [2009]: *Making decisions: A guide for people who work in health and social care*, Office of the Public Guardian.

- Richardson, Geneva [2012]: *Mental Disabilities and the Law: From Substitute to Supported Decision-Making?*, *current Legal Problem*, Vol. 65, pp. 333-354.
- Royal College of Nursing [2011]: *Informed Consent in health and social care research*, Royal College of Nursing.
- 小賀野晶一 [2004]: 「医事法と成年後見制度」吉村節男・町田寛編『医事法の方法と課題』(信山社) 61-89頁。
- 佐藤雄一郎 [2013]: 「高齢者の意思能力および行為能力」法時 85 卷 7 号 15-19 頁。
- 菅富美江 [2010]: 『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』(ミネルヴァ書房)。
- 杉山有沙 [2014]: 「知的障害者の自己決定権と生体移植」『慶應法学』29号 185-203 頁。
- 杉山有沙 [2016 刊行予定]: 『障害差別禁止の法理』(成文堂)。
- 竹中勲 [2010]: 『憲法上の自己決定権』(成文堂)。
- 千葉華月 [2002]: 「宗教上の信念に基づく輸血拒否」『横浜国際社会科学研究所』6 卷 5 号 55-75 頁。
- 内野正幸 [1998]: 「自己決定権と平等」『岩波講座 自己決定権と法』(岩波書店)。
- Weereratne, Aswini, Hartfield, Sally, Burnham, Ulele and Gerry, Alison [2008]: *Butterworths New Law Guide Mental Capacity Act 2005*, LexisNexis.
- 矢島基美 [2000]: 「『自己決定権』をめぐる議論に寄せて (上)」上智法学論集 43 卷 4 号 65-82 頁。
- 矢島基美 [2015]: 『現代人権論の起点』(有斐閣)。

