

# 博士論文

社会福祉法制における知的障害者の主体性の形成と権利擁護

— 障害者総合支援法の検討を中心に —

2015 年度

福島 正剛

熊本学園大学大学院  
社会福祉学研究科社会福祉学専攻

# 博士論文要旨

福島 正剛

## 社会福祉法制における知的障害者の主体性の形成と権利擁護

### — 障害者総合支援法の検討を中心に —

本論文は、知的障害者が保護の客体ではなく地域社会で自立した生活をおくりその主体性を形成するためには、障害者等への給付及び支援を主な内容とする「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）」のどこに問題があるのかを論じ、どうすれば知的障害者の主体性を形成することができるかについて考察するものである。併せて、障害福祉サービス給付といわば車の両輪ともいうべき知的障害者の権利擁護について、意思決定支援の観点から論じるものである。

わが国において、近年障害者を取りまく環境はめまぐるしく変化している。2000年の社会福祉基礎構造改革によってサービス利用の方式が、措置から契約へと変更された。さらに、2005年には支援費制度から障害者自立支援法へ、そして2012年には障害者自立支援法が障害者総合支援法へと改正された。また、2011年に障害者基本法が改正され、2012年に障害者虐待防止法が、2013年には障害者差別解消法が制定された。

これらの動きは、2008年に発効した障害者権利条約の批准に向けた国内法の整備という側面を有する。この障害者権利条約は、障害者を治療や保護の「客体」としてではなく、人権の「主体」として捉える障害者観に立脚しているとされる。

わが国の社会保障法学においても、近時、河野正輝は社会保障法の法体系として目的区分説を提唱し、自立支援保障法を柱の一つと位置付けている。自立支援保障法は、可能な限り居宅で自立した日常生活をおくること、社会から排除される危険をもつ人々の社会生活および労働市場への完全参加を支援することとされており、このことは障害者の主体性を形成することにつながる。また、菊池馨実は、近著『社会保障法制の将来構想』で、従来の社会保障法をめぐる法関係が、国家から個人に対する一方的な給付関係と捉える傾向にあり、これが個人を「保護されるべき客体」と捉える見方につながったとされ、自由の理念により「個人」基底性と「自律」指向性を強調される。

従来の社会福祉サービスは、例えば、対象者を保護施設へ収容することにより、いわば地域社会と隔絶した生活を提供するなどサービスの給付によりかえって主体性を損なう結果に

なっていたことは否めない。

ここに、福祉サービスの受給者を保護の客体から主体へと転換する、つまり、給付そのものが福祉サービス受給者の主体性を形成するものへとパラダイム転換される必要が生じるのである。

本論文においては、このことを論証するために、障害者総合支援法を俎上に乗せ、当該法が知的障害者にとって主体性を形成するための法となっているかどうか、また主体性を形成するにはどうあるべきか、さらには現行法が適用された場合どのような権利侵害が生じ、その救済はどうなるのかを順次考察していく。併せて、知的障害者の主体性の形成を十分なものとするため、権利擁護、その中でも意思決定支援の問題を論じるものである。

「はじめに」では、本論文が知的障害者に焦点化する理由を述べる。

身辺自立、経済的自立から自己決定、自己コントロールへといった自立観の転換を促す契機となった自立生活運動は、当初は身体障害者が中心であり、知的障害者は周縁化されていたこと、そして、知的障害者は、その機能障害により「認知が不正確で、理解・実施・取り扱いに時間がかかる」「抽象的な言葉と表現理解が苦手」「コミュニケーションがうまくいかない」など、日常生活を営む上でさまざまな困難な状況に遭遇することが認められること。これらのことから、知的障害者は身体障害者等と較べ自立が困難な側面があり、したがって主体性を形成する必要性は高く、ここに知的障害者に焦点を絞る理由があるとした。

次いで、第一章では、障害者の主体性の形成とは何かを論じ、障害者総合支援法を分析する枠組みとしての評価軸を導出する。本論文では、主体性の形成を、障害者権利条約の検討を通じて、「地域で自立した生活を保障することによって障害者のパワレス状態を解消し、エンパワーすること」とした。さらに、障害の社会モデルに立脚し、隔離収容から市民として地域社会に包摂されるべきであるとの観点からシティズンシップ論に依拠して、「自己決定」、「参加」、「貢献」の三つの評価軸を導出した。

さらに、第二章では、近時、河野正輝によって提唱されている障がい法の理論を概観し、障害者の主体性を形成することが、障がい法の目的に適うことを示した。また、河野正輝によって提唱された発達障害概念を障害の社会モデルによって捉え直すことにより、発達を阻害する社会的障壁が知的障害者の主体性の形成を阻むものであることを明らかにした。

そして、第三章では、第一章で検討した評価軸に加え第二章で検討した発達障害概念を用いて評価した結果、現行の障害者総合支援法が、支給プロセス、支給内容ともに知的障害者

の発達を阻害する面を有しており、知的障害者の主体性を形成するには未だ十分な制度とはいえないと結論付けた。支給決定のプロセスでは、サービスの種類ごとに申請させるシステムが知的障害者の自己決定を阻害する要因を孕んでいる点、参加に関する項目が認定調査では考慮されず、支給決定において裁量により判断される点などを指摘し、知的障害者の地域での自立した生活を保障する上での障壁となっていることを明らかにした。このような障壁を縮減除去するには、認定調査項目としてアメリカ・知的発達協会が開発した SIS (Support Intensity Scale) を参考に、環境や参加に関する調査項目取り入れること、アメリカ・カリフォルニア州のランターマン法が規定する協議・協調方式モデルが妥当であることを論じ、その解決策を示した。また、支給内容においても、現行の地域生活への移行支援が、親元から地域への移行の支援としては自己決定の視点から不十分であること、居宅生活における家事援助等の支給量が、自己決定、参加の視点からは、いまだ十分とは言えず、社会的障壁となっていると結論付けた。そして、これらの社会的障壁を除去・縮減するには、障害支援区分を廃止し、ニーズに応じて支給量を決定する方式に改めることを提言した。そして、ここでもランターマン法で制度化されている自立生活のスキルサービス (ILS) やサポータード・リビングサービス (SLS) を導入すべきだとした。併せて、知的障害者の主体性を形成する制度を採らず、現行制度のままであった場合に、権利救済の見地から、サービス受給者にどのような法的問題が生じるのかについて論じた。例えば、支給決定に際して、市町村が障害者総合支援法第 22 条第 1 項に規定される勘案事項を勘案し不支給と決定した場合、障害者権利条約第 19 条の規定が障害者総合支援法第 1 条の 2 の解釈基準として溶け込む結果、「誰とどこで住むか」が制約されるゆえに裁量権を逸脱した瑕疵ある決定となるとの結論を示した。さらに、第四節で、サービス支給方法としての契約方式が孕む問題について検討した。厚生労働省令等が定める運営基準が契約内容に盛り込まれていない場合、民法における関係契約理論、制度的契約理論を媒介として、必ずしも合意によらなくても運営基準が契約内容に溶け込むことを示した。また、契約内容が運営基準に反している場合は、労働基準法第 13 条の効果を条理上あるいは障害者総合支援法第 1 条の 2 の内容として認め、運営基準どおりの効果が生じるといった結論を導いた。

最終章としての第四章は、知的障害者の主体性の形成にとって、サービス利用の手続やサービス内容とともに、もう一つの柱である権利擁護を取り上げた。

まず、第一節では、わが国の権利擁護法制のうち成年後見制度および日常生活自立支援事業等を取り上げ、代行決定型の成年後見制度が知的障害者にとっては、自己決定権を否定するものであり社会的障壁を構成しているとした。その際、レスリー・サルズマン (Leslie Salzman) らの代行決定は意思決定領域における隔離収容と評価できるとの見解を参考にし

た。また、障害者総合支援法第 42 条等が指定障害福祉事業者等の障害への意思決定配慮義務を規定したことに関連して、ホームヘルパー等も利用契約締結時以降のサービス利用過程では、契約締結時の対立構造は後景化し、ケアの理論によってサービスを提供することとなることから、当該条項は社会的障壁を構成するものではないとした。第二節では、知的障害者にとって社会的障壁を縮減するには、意思形成から意思決定を経て意思表示に至る一連のプロセスについて支援する支援付き意思決定を採用する以外にないとした。そして、それはわが国の成年後見制度に見られる類型的な代行決定システムではなく、知的障害者の多様なニーズに応じた 0 から 100%の意思決定支援でなければならぬとした。さらに、カナダのアルバータ州法である **Adult Guardianship and Trusteeship Act** を概観し、パーソナルな事項(財産的な事項を除く介護等に関する事項)に関して代行決定ではなく意思決定支援を明確に打ち出しているといった特徴を抽出した。次いでイギリスの **Mental Capacity Act2005** では主に **IMCA** の制度を外観し、日本法においても意思決定支援の一つとして代弁人制度を導入すべきであるとした。これらのことを踏まえ第三節では、支援付き意思決定制度の構築について論じ、知的障害者が地域で自立した生活をおくるには(主体性を形成していくためには)、親、近隣の人々、友人等のインフォーマルな意思決定支援、障害者総合支援法に規定されるホームヘルパーや相談支援専門員等の内部アドボカシー、そして意思決定支援の専門家等の外部アドボカシーの多層的なネットワークの構築が必要であるとした。最後に、これらの検討を踏まえ、意思決定に関する立法措置(意思決定支援法)の前提として、意思決定支援に関する基本指針(ガイドライン)(私案)を示した。

# 社会福祉法制における知的障害者の主体性の形成と権利擁護

## — 障害者総合支援法の検討を中心に —

### 目 次

はじめに	1
第一章 障害者の主体性の形成	5
第一節 主体性とは	5
第二節 障害者権利条約と障害者の主体性の形成	6
1 障害者権利条約における障害者の主体性の形成	6
2 障害者権利条約と社会モデル	8
第三節 本稿における主体性の形成	9
1 知的障害者の主体性の形成	9
(1) 知的障害者の主体性の形成とは	9
(2) 知的障害者と社会モデル	9
(3) 小括	12
2 主体性の形成の評価軸の設定	12
(1) 障害者とシティズンシップ論	12
(2) 知的障害者とシティズンシップ論	14
(3) シティズンシップ論から析出する評価軸	15
①障害学からのシティズンシップ・アプローチ	16
②評価軸の設定	18
③知的障害者の「自己決定・自己選択・自己コントロール」、「参加」および「貢献」	19
第二章 障がい法と知的障害者の主体性の形成	23
第一節 障がい法とは	23
1 障がい法概念の必要性	23
2 障がい法の定義	23
3 障がい法における法的人間像	23
4 障がい法の領域	24
5 労働法、社会法との法領域	24
第二節 知的障害者の主体性の形成と障がい法との関係	24
第三節 発達障害概念の基礎づけ	28
第三章 障害者総合支援法における知的障害者の主体性の形成	33

第一節 知的障害者の地域生活の現状と求められる支援	3 3
1 知的障害者の地域生活の現状	3 3
2 社会的障壁と求められる支援	3 3
第二節 障害者総合支援法の概要	3 5
1 障害者自立支援法から障害者総合支援法へ	3 5
2 障害者総合支援法の基本構造	3 5
第三節 (知的) 障害者の主体性の形成の視点からみた障害者総合支援法	3 6
1 申請までの段階	3 6
(1) 申請の前段階における市町村の広報義務・周知義務	3 6
①市町村の情報提供・広報義務	3 7
②報提供・広報義務の程度・範囲	3 8
③情報提供・広報義務の法的効果	3 9
④小括	4 0
(2) 現行制度における申請段階の問題点(申請書と助言・説明義務)	4 0
①問題の状況	4 0
②発達を阻害している社会的障壁	4 3
③社会的障壁の縮減と主体性の形成	4 3
④権利救済的側面	4 6
2 支給決定段階	4 7
(1) 障害支援区分の認定方式	4 7
①認定調査と障害支援区分	4 7
②障害支援区分の算定方法	4 8
③発達を阻害している社会的障壁	4 8
④社会的障壁の縮減と主体性の形成	5 1
(2) 支給決定のプロセス	6 3
①障害者総合支援法の支給決定プロセス	6 3
②発達を阻害している社会的障壁	6 4
③社会的障壁の縮減と主体性の形成	6 7
④権利救済的側面	7 1
3 サービス提供段階	7 5
(1) 地域生活支援に関するサービスと主体性の形成	7 5
①地域生活への移行支援	7 7
②障害者総合支援法における地域での自立した生活についての給付	8 4
ア) 居宅での生活	8 4
イ) 発達を阻害する社会的障壁	8 4
ウ) 社会的障壁の縮減と主体性の形成	9 3
エ) 権利救済的側面	1 0 1
第四節 サービス提供の方法及びサービスの水準と主体性の成	1 0 9
1 措置から契約へ	1 0 9

2	サービス利用契約の性質	1 1 1
(1)	サービス利用契約の法的性質	1 1 1
(2)	厚生労働省令／都道府県基準条例と契約との関係	1 1 2
①	地域主権一括法の成立	1 1 2
②	条例で定める基準と契約との関係—運営基準の私法上の効力	1 1 3
(3)	民法における契約理論	1 1 7
①	内田貴の关系的契約論及び制度的契約論	1 1 7
②	山本敬三の私的自治論	1 2 1
③	大村敦志の契約正義論	1 2 3
(4)	運営基準等の私法上の効力	1 2 3
①	契約の内容に運営基準等に関する事項が盛り込まれていない場合	1 2 3
②	契約の内容が運営基準に反している場合	1 2 4
第四章	知的障害者の権利擁護	1 3 1
第一節	知的障害者の権利擁護法制の現状と課題	1 3 3
1	知的障害者の権利擁護法制の現状	1 3 3
(1)	外部アドボカシー制度	1 3 4
①	成年後見制度	1 3 4
②	日常生活自立支援事業	1 3 5
(2)	内部アドボカシー制度	1 3 6
①	障害者総合支援法上の意思決定支援	1 3 6
②	上記以外の障害者総合支援法における内部アドボカシー制度	1 3 7
2	権利擁護法制の課題	1 3 8
(1)	成年後見制度の問題点	1 3 8
①	身上監護の問題	1 3 8
②	成年後見制度は知的障害者の発達を阻害する社会的障壁を形成していないか	1 4 1
ア)	成年後見制度と知的障害者の権利擁護ニーズ—自己決定／意思決定の視点	1 4 1
イ)	社会モデルの観点からの照射—主に参加の視点から	1 4 3
ウ)	障害者権利条約第 12 条からみた成年後見制度	1 4 4
エ)	小括	1 4 7
(2)	日常生活自立支援事業が知的障害者の発達を阻害する社会的障壁を形成していないか	1 4 8
①	日常生活自立支援事業と成年後見制度との関係	1 4 8
②	日常生活自立支援事業における社会的障壁	1 4 9
(3)	障害者総合支援法第 42 条第 1 項、障害者総合支援法第 51 条の 22 第 1 項が知的	



障害者の発達を阻害する社会的障壁を形成していないか	149
①障害者総合支援法第42条第1項について	150
②障害者総合支援法第51条の22第1項について	153
第二節 知的障害者の意思決定に関する社会的障壁の縮減と主体性の形成—支援付き意思決定	155
1 支援付き意思決定とは何か	155
(1) 支援付き意思決定とは	155
(2) 支援付き意思決定の必要性	157
(3) 支援付き意思決定の枠組みと方法	158
① 意思決定の前提となる環境要因へのアプローチ	158
② 意思決定支援方法	159
2 カナダにおける支援付き意思決定とイギリスの2005年意思能力法	161
(1) カナダの支援付き意思決定制度	162
①概要	162
②アルバータ (Alberta) 州の Adult Guardianship and Trusteeship Act	164
③小括	167
(2) イギリスの2005年意思能力法	168
①概要	168
②IMCAについて	170
③小括	174
第三節 知的障害者に対する支援付き意思決定制度の構築	176
1 障がい法と権利擁護	176
2 支援付き意思決定制度の構築に向けて	177
(1) インフォーマルなネットワークの構築	178
(2) フォーマルな制度の構築—内部アドボカシーの充実	179
①指定居宅介護事業所のホームヘルパー	179
②指定相談支援事業所の相談支援専門員	179
(3) フォーマルな制度の構築—外部アドボカシーの必要性	180
(4) ネットワークによる支援	182
3 小括	182
おわりに	194

## 社会福祉法制における知的障害者の主体性の形成と権利擁護

### — 障害者総合支援法の検討を中心に —

#### はじめに

わが国において、近年障害者<sup>1</sup>をとりまく環境はめまぐるしく変化している。1997年に介護保険法が成立し、福祉サービス利用が措置から契約へと変わり、障害福祉サービスの分野でも2000年の社会福祉基礎構造改革によって措置から契約へと変更された。さらに、2005年には支援費制度から障害者自立支援法<sup>2</sup>へ、そして2012年には障害者自立支援法が障害者総合支援法<sup>3</sup>へと改正された。また、2011年に障害者基本法が改正され、2012年に障害者虐待防止法<sup>4</sup>が、2013年には障害者差別解消法<sup>5</sup>が制定された。

これらの動きは、2008年に発効した障害者権利条約の批准に向けた国内法の整備という側面を有する。この障害者権利条約は、障害者を治療や保護の「客体」としてではなく、人権の「主体」として捉える障害者感に立脚しているとされる<sup>6</sup>。

わが国の社会保障法学においても、近時、河野正輝は社会保障法の法体系として目的区分説<sup>7</sup>を提唱し、自立支援保障法を柱の一つと位置付けている。自立支援保障法は、可能な限り居宅で自立した日常生活をおくること、社会から排除される危険をもつ人々の社会生活および労働市場への完全参加を支援することとされており、このことは障害者の主体性を形成することにつながる。また、菊池馨実は、近著『社会保障法制の将来構想』で、従来の社会保障法をめぐる法関係が、国家から個人に対する一方的な給付関係と捉える傾向にあり、これ

---

1 障害の表記について、植木淳は、障害の社会モデル的観点からは、「障害」という語句は、当事者に対する否定的メッセージを表現するものではなく、当事者に対する社会的反応を表現するものだとされる。植木淳『障害のある人の権利と法』（日本評論社、2011年）4～5頁。本稿での基本的立場は、障害の社会モデルに立脚しており、「障害」表記についても、植木淳の見解に従い、社会に対する protest の意味合いも込めて「障害」と表記する。

2 障害者自立支援法は、「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（平成17年法律第123号）」であるが、ここでは障害者自立支援法と略称する。

3 障害者総合支援法は、「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（平成24年法律第51号）」であるが、ここでは障害者総合支援法と略称する。

4 障害者虐待防止法は、「障害者虐待の防止、障害者の養護者に対する支援等に関する法律（昭和23年法律第79号）」であるが、ここでは障害者虐待防止法と略称する。

5 障害者差別解消法は、「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律（平成25年法律第65号）」であるが、ここでは障害者差別解消法と略称する。

6 川島聡・東俊裕「障害者権利条約の成立」長瀬修・東俊裕・川島聡編『増補改訂 障害者権利条約と日本』（生活書院、2012年）16頁。

7 河野正輝『社会福祉法の新展開』（有斐閣、2006年）18頁～25頁、265頁～271頁。同「社会保障法の目的理念と法体系」日本社会保障法学会編『講座 社会保障法第1巻 21世紀の社会保障法』（法律文化社、2001年）21頁～29頁。河野正輝は、社会保障法の目的理念に着目して、①人間の尊厳に沿った最低所得の保障（最低所得保障法）、②所得の継続的な安定の保障（所得維持保障法）、③健康の増進、疾病の予防・治療・リハビリテーションの保障（健康保障法）、④自立支援と社会参加促進の保障（自立支援保障法）という4つのカテゴリーを設けている。

が個人を「保護されるべき客体」と捉える見方につながったとされ、自由の理念により「個人」基底性と「自律」指向性を強調される<sup>8</sup>。

これらの学説が指摘するように従来の社会福祉サービスは、例えば、対象者を保護施設へ収容することにより、いわば社会と隔絶した生活を提供するなど、サービスの給付がかえって主体性を損なう結果になっていたことは否めない。

そこで、本論文では、障害者へのサービス給付を規定している障害者総合支援法が、障害者、とりわけ知的障害者にとって保護の客体としての取り扱いが残存していないか、主体性を形成するものとなっているかどうかについて考察していきたい<sup>9</sup>。併せて、知的障害者の主体性の形成において、サービス給付とともにいわば車の両輪ともいうべき権利擁護、とりわけ判断することが困難な知的障害者にとって深刻な問題となる意思決定に関する考察へと論を展開していく。

本論文で、知的障害者に焦点を絞るのは次に示すような理由による。

身体障害による生活の困難性は、車いすや身体面の介護、視覚障害者の点訳、聴覚障害の手話など、福祉機器で補えたり、専門的技術でカバーできることが多い<sup>10</sup>。それに比べて、知的障害者は、その機能障害により、「認知が不正確で、理解・実施・取り扱いに時間がかかる」、「抽象的な言葉と表現理解が苦手」、「複数の選択を頭の中で保持・整理し、同時に比較・選択することが難しい」、「コミュニケーションがうまくいかない」など、日常生活を営む上で、さまざまな困難な状況に遭遇する<sup>11</sup>。そのため、知的障害者にとっての必要な支援は、「読み書き計算」といった基礎的な知識、あるいは判断を要する場面での支援などが多くなる<sup>12</sup>といった障害特性を有している。

また、身辺自立、経済的自立から自己決定、自己コントロールへといった自立観の転換を促す契機となった自立生活運動は、アメリカにおいても<sup>13</sup>、イギリスにおいても<sup>14</sup>、また、日

---

<sup>8</sup> 菊池馨実『社会保障法制の将来構想』（有斐閣、2010年）8頁～15頁。

<sup>9</sup> 河野正輝は、社会保障法学会第49回大会シンポジウムの質疑応答で、「社会保障法自体が単なる金銭給付では済まない、主体性の形成までも関心をもって取り組む」必要性を主張されている。社会保障法学会編『社会保障法第22号 「自立」を問う社会保障の将来像』（法律文化社、2007年）73頁～74頁の河野発言。

<sup>10</sup> 石渡和実「ケアマネジメント実践における知的障害者の役割」『発達障害研究 第24巻第1号』（2002年）10頁。

<sup>11</sup> 室林孝嗣、村上満「知的障害のある人のアセスメントと個別支援計画に関する研究」『富山国際大学子ども育成学紀要 第3巻』（2012年）186頁～187頁。

<sup>12</sup> 石渡・前掲注(10)。

<sup>13</sup> 1960年代のアメリカのカリフォルニア大学バークレー校から始まった自立生活運動は、頸椎損傷や四肢マヒのポリオといった介助の必要な全身性障害者が地域で自立した生活を要求するものであった。定藤丈弘・佐藤久夫・北野誠一編『現代の障害福祉 [改訂版]』（有斐閣、2003年）52頁～54頁。そして、IL理念は、当初は身体障害者を主たる対象者としていた。定藤丈弘・佐藤久夫・北野誠一編『現代の障害福祉』（有斐閣、1996年）9頁。

<sup>14</sup> 自立生活を求めて1974年に組織されたのは隔離に反対する身体障害者同盟（Union of the

本においても<sup>15</sup>、当初は身体障害者が中心となって展開された運動であった<sup>16</sup>。そして、知的障害者は、自己決定や自己コントロールできる能力といった点で、他の障害者グループ以上に自立が困難であると考えられている<sup>17</sup>。このことに関連して、ヴァル・ウィリアムス (Val Williams) は、次のように述べている。「知的障害者は、彼ら自身のインペアメントや社会が知的能力を好むことによって障壁に直面しており、その結果、しばしば、他の障害者から完全に同一視されることを許されないような取り扱いを受ける。イギリスやウェールズでは、知的障害者は、いまだ、社会の完全なメンバーとして取り扱われない場合もある<sup>18</sup>」と。

次に、精神障害と知的障害の違いであるが、精神障害者は、障害が固定的ではなく流動的であること<sup>19</sup>、認識能力や判断能力が健常者と同様のときもあること、これらの点で、基本的に障害が固定化されていると見られる知的障害者とは分析の基準や要素を異にする。また、障害者総合支援法のサービスの受給の面でも、自立支援医療の給付を受ける場合も多い。近時、医療と福祉の一体的・包括的支援が求められる<sup>20</sup>のではあるが、紙幅の関係および筆者の能力の限界から主に障害福祉サービスを考察の対象としたい。したがって、ここでは、精神障害を取り扱うことは本稿の射程を超えるものとなってしまふ。また、難病等も、医療のフィールドと重なる点からここでは検討対象から除外した。

そこで、本論文では、知的障害者の主体性の形成の視点から障害者総合支援法を検討する

---

Physical Impairment Against Segregation) であつたし、自立生活センター (Centres for Independent (or Integrated) Living) のピアカウンセリングやピアモデルとして、視覚障害者や聴覚障害者、移動障害者が挙げられていた。Jenny Morris (1993) “*Independent Lives? Community Care and Disabled People*”, The Macmillan Press LTD, pp.20-21.

<sup>15</sup> 1980年代にわが国で、脳性マヒや頸椎損傷などの重度の身体障害をもつ人々によって展開された「自立生活運動」によつてもたらされた介護・支援を受けながら「自分の思念に基づいた生き方を貫く」といった自立観は、当時は、身体障害の人だから可能であり知的障害や精神障害のような判断能力に支障のある人には別の支援が求められるとの考え方が、国内的も国際的にも多数派であつた。石渡・前掲注(10)9頁。

<sup>16</sup> 知的障害者の社会モデルに関して、インペアメントの問い直しを主張するダン・グッドレー (Goodley, D) は、インペアメントの見直しにおいても、知的障害への関心が欠如しているとし、知的障害のない人は知的障害者を医学モデルで説明し、障害者運動において知的障害者は差別されると指摘している。Goodley, D. (2001) ‘Learning difficulties, the social model of disability and impairment: challenging epistemologies’, *Disability and Society*, 16(2) pp.209-210.

なお、知的障害者の運動として、ノーマライゼーションの理念のもとに、スウェーデンに端を発し、1970年代にカナダ、アメリカで知的障害者のピープルファースト運動が展開されている。

<sup>17</sup> コリン・ゴープル (Colin Goble) 「依存・自立・正常」ジョン・スウェイン、サリー・フレンチ、コリン・バーンズ、キャロル・トーマス編著、竹前栄治監訳 田中香織訳『イギリス障害学の理論と経験』(明石書店、2010年) 79頁。

<sup>18</sup> Val Williams (2013) ‘*Learning disability Policy & Practice*’, RALGRAVE MACMILLAN :p.96.

<sup>19</sup> 吉田おさみ『「精神障害者」の解放と連帯』(新泉社、1983年) 79頁。

<sup>20</sup> 厚生労働省は、ホームページで地域包括ケアシステムの説明を「重度な要介護状態となつても住み慣れた地域で自分らしい暮らしを人生の最後まで続けることができるよう、住まい・医療・介護・予防・生活支援が一体的に提供される」システムとしている。

[http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/hukushi\\_kaigo/kaigo\\_koureisha/chiiki-houkatsu/](http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/kaigo_koureisha/chiiki-houkatsu/), accessed 7.Nov.2013.

前提として、まず、第一章で、障害者の主体性の形成とは何かを論じ、分析枠組みとしての評価軸を明らかにする。本論文では、知的障害者も平等な市民であるとの観点からシティズンシップ論に依拠して、自己決定、参加、貢献の三つの評価軸を導出する。

続いて第二章で、近時、河野正輝によって提唱されている障がい法の理論を概観し、障害者の主体性を形成することが、障がい法の目的に適うことを示し、ここで論ずる発達障害概念が、主体性の形成を図る上で鍵となる概念であることを明らかにする。

第三章では、第一章、第二章で検討した評価軸等を用い、現行の障害者総合支援法が知的障害者の主体性の形成を図ることが可能な制度となっているかどうかを、支給決定のプロセスと支給内容とに分けて検証し、どのような制度を導入することによってより知的障害者の主体性の形成を図ることができるのかを明らかにする。併せて、知的障害者の主体性を形成する制度を採らず現行制度のままであった場合に、権利救済の見地から、サービス受給者にどのような法的問題が生じるのかについて論じていく。さらに、サービス支給方法としての契約方式が孕む問題、つまり運営基準が契約内容になり得ない場合があるのではないか、そのような場合の解決方法を探っていく。

最終章としての第四章は、知的障害者の主体性の形成にとって、サービス利用の手続やサービス内容とともに、いわばその車の両輪ともいえるべき権利擁護を取り上げる。ここでは、知的障害者の権利擁護にとって、最も中心となるべきは意思決定支援であり、成年後見制度は知的障害者の意思決定支援にとって社会的障壁となり得ることを明らかにする。そして、カナダやイギリスの法制に示唆を得て、知的障害者にとってのあるべき意思決定支援制度を模索する。

## 第一章 障害者の主体性の形成

### 第一節 主体性とは

国語辞書の大辞林<sup>21</sup>によれば、主体性とは、自分の意志・判断によって、みずから責任をもって行動する態度や性質とされる。また、ソーシャルワーク論の研究者である孫良は、主体性とは、「他者の干渉や保護を受けずに自分の行動を自分で選び、生活をコントロールしようとする意志」を指すとしている<sup>22</sup>。

このことからすれば、主体性とは、他者の干渉を排除し、他者に従属することなく自らの意志に基づき、自らの生活をコントロールする力ということができるだろう。

一般的には上で述べたように定義できようが、障害者にとっての主体性はどのように考えられるだろうか。

ここで、参考になるのは、アメリカやイギリスにおける自立生活運動において展開された考え方である。

周知のようにアメリカの自立生活運動は、カリフォルニア州立大学に入学したエド・ロバーツ (Edward V. Roberts) らが、1960年代から70年代にかけて地域での自立した生活を求めて展開した運動である。従来の伝統的な自立観は、経済的職業的自活や身辺自立を重視する考え方であった。その結果、身辺自立の困難な重度障害者や職業的自立が容易ではない障害者は自立困難な存在として、隔離的、被保護者の生活を余儀なくされていた。自立生活運動は、このような障害者の生活へのアンチテーゼとして、従来の身辺自立、経済的自立といった自立観から、支援を受けつつ自己形成を図る、つまり、生活の自己コントロールを中核に据えた自立観への転換をもたらしたのである<sup>23</sup>。また、イギリスにおける自立生活運動も、ジェニー・モリス (Jenny Morris) によれば、脱施設化がその淵源にあり、1974年に「隔離に反対する障害者連盟 (Union of the Physically Impairment Against Segregation)」が設立され、脱施設化、在宅ケア、パーソナルアシスタンスなどを推進する母体となったとされる<sup>24</sup>。そして、ジェニー・モリス (Jenny Morris) もまた、イギリスにおける自立生活運動により確立された自立観は、身辺自立ではなく生活の自己コントロールであるとしている<sup>25</sup>。

主体性の一般的意味が、他者の干渉排除、他者への従属性の否定と生活の自己コントロールであるとするなら、上記の障害者の自立生活運動がもたらした、身辺自立や経済的自立ではなく、自己コントロールが可能であれば自立しているとの自立観とも符合するものであろう。つまり、障害者の自立生活運動という歴史のフィルターを通せば、障害者の主体性とは、

<sup>21</sup> 三省堂『大辞林第3版』(2006年)

<sup>22</sup> 孫良「イギリスにおける脱施設化にみられる知的障害者の主体性形成プロセス」『ソーシャルワーク研究 Vol.32No3』(相川書房、2006年) 51頁。

<sup>23</sup> 定藤丈弘・佐藤久夫・北野誠一『現代の障害者福祉』(有斐閣、1996年) 8頁～11頁。

定藤丈弘・岡本栄一・北野誠一編『自立生活の思想と展望』(ミネルヴァ書房、1993年) 7頁～8頁。

<sup>24</sup> Jenny Morris, op cit.p.17.

<sup>25</sup> Ibid pp. 23-24.

隔離や収容による障害者の客体化を否定し、支援を受けながら生活の自己コントロールを達成する意志あるいはパワーとういことができるだろう。

それでは、法規範的には障害者の主体性の形成をどのように考えるかが次の検討事項である。

ここでは、障害者権利条約を手がかりに障害者の主体性の形成の概念を明らかにしていきたい。わが国において、障害者権利条約の批准書を2014年1月に国連に寄託した結果、2014年2月から国内法的効力が生じており、当該条約は、障害者の権利に関する上位の法規範として位置付けられるからである<sup>26</sup>。

## 第二節 障害者権利条約と障害者の主体性の形成

### 1 障害者権利条約における障害者の主体性の形成

障害者権利条約は、前文及び50条の条文によって構成されており、2006年12月に国連総会で採択され、2008年5月に発効した。

国連は、当該権利条約に関するホームページ上の“The Convention in Brief”中の“A Paradigm Shift”の説明として「当該条約は、障害者に対する態度や対応における『パラダイム・シフト』を体現する。障害者は、慈善や治療や社会的保護の『客体』とみなされるのではなく、社会の能動的な構成員と同様に、権利を主張ことができ自由や十分な情報を基礎とした生活を自ら決定する権利の主体とみなされる」としている<sup>27</sup>。つまり障害者権利条約は、障害者を治療や保護の「客体」としてではなく、人権の「主体」として捉える障害者観に立っているといえよう<sup>28</sup>。

まず、第1条で当該条約の目的を「障害のあるすべての人」に「すべての人権および基本的自由の完全かつ平等な享有を促進し、保護し、確保すること」、「障害のある人の固有の尊厳の尊重」の促進を掲げている。ここでは社会の構成員として、その主体たる地位が保障されたといえるだろう。次いで、第3条では、一般原則を次のように規定している。(a) 固有の尊厳、個人の自律、自立、(b) 非差別、(c) 社会への完全な参加とインクルージョン、(d) 差異の尊重と、人間の多様性の一環及び人類の一員としての障害者の受容、(e) 機会の平等、(f) アクセシビリティ、(g) 男女の平等、(h) 障害のこどもの発達しつつある能力の尊重、及び障害のある子どもがそのアイデンティティを保持する権利の尊重<sup>29</sup>。これらはすべて、社

---

<sup>26</sup> 国際法と憲法との関係では、憲法優位説が支配的見解であり、国内法と国際法との関係では、国際法優位説及び二元説（別個の法秩序とみる説）がある。二元説の論者も、多くは、国家として国際法違反の国内法を放置しておくことは許されないと考えているとされる。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）85頁～88頁。このことから、条約が国内法に対して指導的な規範として位置付けることができるということができよう。

<sup>27</sup> WebsiteUNenable, The Convention in Brief. <http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=13&pid=162>, accessed 15 May 2013.

<sup>28</sup> 長瀬修・東俊裕・川島聡・前掲注(6)16頁。

<sup>29</sup> 本稿における障害者権利条約の訳は、長瀬修・東俊裕・川島聡・前掲注(6)276頁～333頁に記載されている長瀬＝川島仮訳に従った。

会の構成員として主体的な地位を保持し、形成するためには不可欠な事項といえるだろう。

ところで、従来の主要人権条約がいずれも非障害者を標準として構築されていることにより障害者の人権を効果的に実施できるか疑わしいとの認識から、障害者権利条約の策定が求められたとされる。そして当該条約には、「非障害者」が享有している人権を障害者も実質的に等しく享有するために、既存の人権条約が規定していない「新しい概念」が導入された。その一つが、第19条に規定される「自立した生活〔生活の自律〕及び地域社会へのインクルージョン」である。この規定により、締約国は、「障害のあるすべての人に対し、他の者と平等の選択の自由をもって地域社会で生活する平等の権利を認める」こととされ、「障害のある人によるこの権利の完全な享有並びに地域社会への障害のある人の完全なインクルージョン及び参加を容易にするための効果的かつ適切な措置をとるもの」とされる。障害者権利条約特別委員会の議長であるドン・マッケイ（Don Mackay）は、「第19条はパラダイム・シフトという目標に向けた基礎となる」と述べている<sup>30</sup>。また、ヨーロッパにおける人権のためのコミッショナー（Commissioner for Human Rights）による2012年3月の Issue Paper によれば、障害者が地域社会（community）で生活する権利の最も発展した形態は障害者権利条約第19条にみることができるのであり、第19条は、条約全体の目的を達成するための基本的プラットフォームであるされている。さらに同書は、平等、選択、完全な包摂、コミュニティへの参加について言及するとき、第19条は、その一般的原理を著すものであり、条約の基本的思想の基礎をなすものであるとしている<sup>31</sup>。そして、自立生活のためのヨーロッパ連合（European Coalition for Community Living）の2009年の FOCUS REPORT でも、障害者権利条約の中心的な動機付けは、コミュニティでの障害者の不可視化を問題としており、それゆえ障害者の自立生活は、障害者権利条約の中で最も重要である。したがって、第12条及び第19条が障害者を権利の客体から主体へと移行させる革命的思想を背景とするものであるとしている<sup>32</sup>。

以上から、障害者を権利の客体ではなく主体とするには、障害者権利条約は、障害者の地域における自立生活が基本的なものとしていることがわかる。そうだとすれば、障害者権利条約は、障害者の主体性の回復、形成にとって、地域における自立生活を重要なものと位置付けているといえよう。このことに、知的障害者を特に除外する理由は見当たらない。

---

<sup>30</sup> 崔榮繁「自立生活」長瀬修・東俊裕・川島聡・前掲注(6)220頁。

<sup>31</sup> COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, CommDH/Issue Paper(2012)3 Original Version, "The RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES TO LIVE INDEPENDENTLY AND BE INCLUDED IN THE COMMUNITY" p.10.

<sup>32</sup> European Coalition for Community Living, FOCUS REPORT 2009, "Focus on Article 19 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disability" p.27.

阿部浩己「権利義務の構造」松井亮輔・川島聡編『概説 障害者権利条約』（法律文化社、2010年）57頁では、「〔地域社会で生活する権利〕を定める第19条は、第3条に定められた一般原則の1つ「社会に完全かつ効果的に参加し、及び社会に受け入れられること」と連結し、障害者を客体から主体に転換させる「パラダイムシフト」を象徴する条項として格別の位置づけを与えられるものである。」としている。



## 2 障害者権利条約と社会モデル

障害者権利条約は、障害の定義を定めていないが、第1条で「障害[ディスアビリティ]のある人には、長期の身体的、精神的、知的又は感覚的な機能障害[インペアメント]のある人を含む。これらの機能障害は、種々の障壁と相互に作用することにより、機能障害のある人が他の者と平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを効果的に妨げることがある」と規定している。そして、当該条項は、障害の社会モデルを反映した考え方であるとされている<sup>33</sup>。

ところで、障害の社会モデルについて、星加良司は次のように整理している<sup>34</sup>。

障害の社会モデルは、「障害の問題とはまず障害者が経験する社会的不利益のことなのでありその原因は社会にあるとする、障害者解放の理論的枠組みであり、従来の「ディスアビリティの個人モデル individual model of disability」（以下、「個人モデル」）において、障害の身体的・知的・精神的機能不全の位相がことさらに取り出され、その克服が障害者個人に帰責されてきたことに対する、当事者からの問いなおしの主張を反映したものである」。

つまり、障害の社会モデルとは、障害による社会的不利益の原因を、社会ないし社会的障壁（またはその相互作用）によるものとするものであり<sup>35</sup>、障害の個人モデルないし医学モデルとは、障害による不利益を個人に還元し、もっぱら医学的治療等によって克服しようとするものであるということが出来る<sup>36</sup>。

---

<sup>33</sup> 長瀬修・東俊裕・川島聡・前掲注(6)22頁。

なお、障害者権利条約は、その前文および第1条で、障害（disability）の概念を機能障害（impairment）と環境や社会との相互作用と規定している点で、イギリス社会モデルとは異なるモデルを採用したといえよう。つまり、アメリカ社会モデルあるいはICFモデルの影響を受けていることが見て取れる。

このことについて、ポール・ハーパー（Paul Harpur）は、障害者権利条約は、インペアメントを有する人々の障害は社会が原因であるという社会モデルに立脚しているが、マルクス主義経済理論を前提にした伝統的な急進的社会モデルを採用するものではないとしている。

Paul Harpur(2012): 'Embracing the new disability rights paradigm: the importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities', *Disability & Society*, Vol.27, No.1, pp.3-4.

<sup>34</sup> 星加良司『障害とは何か ディスアビリティの社会理論に向けて』（生活書院、2007年）37頁。

<sup>35</sup> 社会モデルには、大別すると、イギリス社会モデルとアメリカ社会モデルがある。イギリス社会モデルは、社会的不利益の原因を機能障害あるいは欠損（インペアメント）に求めず、社会に求めるものであり、アメリカ社会モデルは、社会的不利益を個人と社会との相互作用と捉える。杉野昭博『障害学—理論形成と射程』（東京大学出版会、2007年）159頁以下。川島聡「差別禁止法における障害の定義」松井彰彦・川島聡・長瀬修編著『障害学を問い直す』（東洋経済新報社、2011年）290頁～320頁。

<sup>36</sup> 障害の社会モデルについては、障害学による知見の集積がみられる。

障害学の主な文献として、石川准・長瀬修編著『障害学への招待』（明石書店、1999年）、石川准・倉本智明『障害学の主張』（明石書店、2002年）、杉野昭博『障害学—理論形成と射程』（東京大学出版会、2007年）、マイケル・オリバー、三島亜紀子・山岸倫子・山森亮・横須賀俊司訳『障害の政治』（明石書店、2006年）、コリン・バーンズ、ジェフ・マーサー、トム・シェークス

### 第三節 本稿における主体性の形成

#### 1 知的障害者の主体性の形成

##### (1) 知的障害者の主体性の形成とは

障害者の自立生活運動という実践活動の側面および障害者権利条約という法規範的側面の検討を通じて、ここでは、知的障害者の主体性の形成を、地域で自立した生活<sup>37</sup>をしていくことを保障することによって障害者のパワレス状態を解消して知的障害者をエンパワーすることとしたい。基本的には、知的障害者にとっても、隔離や収容されることなく地域で自立した生活をおくることが、保護の客体としてではなく主体として扱われることであり、そのことを通じて主体性が形成されるからである。もっとも、知的障害者の判断能力、意思決定能力に密接に関連する主体性の形成の構成要素ともいべき自己決定、自己コントロールと知的障害者との関係については主体性の形成の評価軸の箇所を検討する。

なお、主体性の形成という概念は、自律を強調し、干渉の排除に重点を置けば社会法原理が克服してきた19世紀的な市民法原理に逆戻りする危険性を孕んでいる。しかし、本稿でいう主体性の形成は、主体性を形成するための支援を明らかにすることにある<sup>38</sup>。河野正輝も、目的別区分説における文脈で、自立支援の具体的内容を現実社会に障害福祉サービス利用者の従属性に即して深化していくべきであり、障害者のおかれている社会的実態から離れて抽象的な理念の人間像から出発すれば、「自立」支援の内容は深められないし、自立の支援と自立の強要との混同やすりかえを避けることができな<sup>39</sup>いとされている。

##### (2) 知的障害者と社会モデル

本稿では、障害の概念について、社会モデルに立脚する<sup>40</sup>。社会保障が、個人の自助努力のみでは対応が困難な社会的リスクやニーズ、あるいは個人の責めに帰せられない（言い換

---

ピア著、杉野昭博、松波めぐみ、山下幸子訳『ディスアビリティ・スタディーズ【オンデマンド版】』（明石書店、2008年）、ジョン・スウェイン、サリー・フレンチ、コリン・バーンズ、キャロルトーマス編著、竹前栄治監訳 田中香織訳『イギリス障害学の理論と経験』（明石書店、2010年）、堀正嗣編『共生の障害学』（明石書店、2012年）など多数。

<sup>37</sup> 社会保障法における自立支援を論じるものとして、菊池馨実編著『自立支援と社会保障』（日本加除出版、平成20年）がある。菊池馨実は、この図書の中で、「自立支援という考え方は、個人の主体性を尊重する点などにおいて、今後の社会保障のあるべき方向性を示すものである」と述べている。同書364頁。

<sup>38</sup> 高藤昭『障害をもつ人と社会保障法』（明石書店、2009年）121頁～132頁参照。

<sup>39</sup> 河野正輝『社会福祉法の新展開』（有斐閣、2006年）269頁。

<sup>40</sup> ここでは、イギリス社会モデルに立脚するか、アメリカ社会モデルに立脚するかについて詳細を検討することはしない。マイケル・オリバー（Michael Oliver）が言うように、社会モデルは実際的手段であり、理論、理念、概念ではないとすれば、理論的な整合性を厳密に求めること、とりわけイギリス社会モデルとアメリカ社会モデルの優劣を決することは、本稿においては、それほど生産的な議論とはいえないだろう。本稿では、障害者を無力化していることが社会に原因している、とりわけ障害者総合支援法に原因しているかどうかについて解明することに力点があるからである。ジョン・スウェイン、サリー・フレンチ、コリン・バーンズ、キャロル・トーマス編著、竹前栄治監訳、田中香織訳・前掲注(36)20頁。

えれば社会的な要因・背景から生ずる) リスクやニーズが発生したときに、社会の責任の下に、社会構成員に対して保障するものとされていること<sup>41</sup>からすれば、障害の社会モデルは社会保障ないし社会福祉と共通の考え方に立脚しているといえるからである<sup>42</sup>。

しかし、近時、知的障害には社会モデルは適合しないのではないかとの主張がなされている。

たとえば、田中耕一郎は、クロウ (Crow,L.) やトーマス (Thomas,C.) がディスアビリティが解消されても、インペメントを有するゆえの生きづらさは解消されないとの社会モデル批判あるいはルーズ (Louise,C.A.) の社会モデルは身体障害中心であり、かえって知的障害者を周縁化させた等の主張を受け、次のような主張を展開する<sup>43</sup>。

i) 知的障害のインペアメントとディスアビリティ<sup>44</sup>の区別は容易ではなく、インペアメントの社会的構築はディスアビリティの社会的構築と不可分一体のものである<sup>45</sup>。

ii) 知的障害者の生活の困難性がすべて社会に起因するとはいえない<sup>46</sup>。

また、中野敏子も、「知的障害」は社会モデルの性質を内包しているにもかかわらず、実践的にも、研究的にも、社会モデルとして展開されにくい側面をもってきた」と論ずる<sup>47</sup>。

---

<sup>41</sup> 河野正輝・中島誠・西田和弘編『社会保障論』(法律文化社、2007年) 2頁～3頁。

<sup>42</sup> 本稿は、機能障害に対する医学的治療やリハビリテーションの重要性を軽視する趣旨ではない。その重要性は認めつつ、分析の対象として社会が起因する障害者に対する障壁に焦点化しようとするものである。

<sup>43</sup> 田中耕一郎「社会モデルは〈知的障害者〉を包摂し得たか」障害学会『障害学研究3』(明石書店、2007年) 34頁～61頁。

<sup>44</sup> インペアメントとディスアビリティについては、WHOが1980年に示したICIDH (International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps) において次のように定義されている。

インペアメント：心理的・生理学的・解剖学的な構造や機能の何らかの喪失・異常

ディスアビリティ：(インペアメントによってもたらされた) 人間にとって正常と考えられる方法や範囲で行為を遂行する能力の何らかの制約・欠如

ハンディキャップ：インペアメント、ディスアビリティによってもたらされ、個々人にとっての(性・年齢・社会的・文化的諸条件に応じた) 正常な役割遂行を制約・阻害する不利益

星加良司は、以上のような定義に対して、イギリス障害学的見地からは、個体の機能的特質に関わる劣性を表現するインペアメントとは区別して、社会的活動に関わる不利や困難を表現するものであり、ICIDHにおける「インペアメント」と「ディスアビリティ」を包括したものを「インペアメント」と呼び、ICIDHにおける「ハンディキャップ」のことをディスアビリティと呼ぶとしている。星加・前掲注(34)22頁、38頁～39頁。本稿においても、障害学の見地からインペアメントとディスアビリティについては、星加の見解に従う。

<sup>45</sup> 田中・前掲注(43)45頁。

<sup>46</sup> 田中・前掲注(43)47頁。

田中耕一郎は、近時、『障害学研究 9』(明石書店、2013)で障害の社会モデルは、知的障害者のインペメントによる痛みを捉えることができないと批判する。同書20頁～29頁。障害学においてこの問題をどのようにアプローチするかについて、筆者の力量では解答を導き得ないが、知的障害者の援助技術の範疇では、この問題と真摯に向き合う必要があるように思える。

<sup>47</sup> 中野敏子『社会福祉学は「知的障害者」に向き合えたか』(高菅出版、2009年) 225頁。なお、ジョン・スウェイン、サリー・フレンチ、コリン・バーンズ、キャロル・トーマス編 竹前栄治監訳前掲注(36)コリン・ゴープル「依存・自立・正常」80頁参照。

確かに、知的障害の場合、損傷と能力を截然と区別できない面があることは否定できないであろう。

しかし、マイケル・オリバー (Michael Oliver) が言うように、社会モデルは社会的障壁の除去を目指した実践的なモデルだとすれば<sup>48</sup>、知的障害者の社会的障壁、とりわけ知的障害者の主体性を形成するための公的施策の欠如について考察することは意味のあることだと思える。また、ダン・グッドリー (Dan Goodley) も、障害の社会モデルの主要な目標は、自立を不可能にしている社会を変革することにあるとする<sup>49</sup>。

このことは、ヴァル・ウィリアムス (Val Williams) も、例えば車いす使用者がトイレの使用などに身体的に排除されていると同様に、知的障害者は、能力を前提とする市民社会から排除されているとし、知的障害者を医学的に矯正するといったことに焦点化する医学モデルによるのではなく、社会的障壁の除去を目指す社会モデルに依拠すべきである旨を述べている。そして、知的障害者の社会的障壁の例として、1) 自分の住む場所を選択したいが、そのサポートが欠如している、2) 就労したいが、雇用の募集の意味を判断できなかつたり、雇用されてもコミュニケーションができなかつたりする、3) いろんな人と関係性を持ちたいが、サポートスタッフは危険だという、4) 自らの金銭を管理したいが、家族はすべて使ってしまうので管理能力がないという、5) 外出しレジャーを楽しみたいが、判断能力が低いということから無視される、といった点を挙げている<sup>50</sup>。

知的障害者にとって、インペメントとディスアビリティの因果性を切断し得ない面があることは否定できないが、認知能力、判断能力が低いから「できない」のではなく、むしろ社会による支援の欠如や社会的なラベリングにより「できなくさせられている」面があることは、上で述べたヴァル・ウィリアムス (Val Williams) の例示に端的に著されている<sup>51</sup>。本稿では、知的障害者の「できなく」させている社会的障壁除去に焦点を当てていこうとするものであり、この点で社会モデルに則って考察を進めていくものである<sup>52</sup>。

---

<sup>48</sup> ジョン・スウェイン、サリー・フレンチ、コリン・バーンズ、キャロル・トーマス編著、竹前栄治監訳、田中香織訳・前掲注(36)20頁。

<sup>49</sup> ダン・グッドリー「誰が障害者なのか—障害の社会モデル その適用範囲の検討」ジョン・スウェイン、サリー・フレンチ、コリン・バーンズ、キャロル・トーマス編著、竹前栄治監訳、田中香織訳・前掲注(36)208頁～209頁。

<sup>50</sup> Val Williams, op cit.pp.13-14.

<sup>51</sup> 知的障害者へのラベリングは、インペアメントの意味構築を社会的に捉えようとする「インペアメントの社会モデル」によって分析されている。田中耕一郎・前掲注(43)50頁～51頁。

<sup>52</sup> 田中耕一郎は、「インペアメントの社会モデルという新しい理論的志向は、＜知的障害者＞のインペアメントとディスアビリティの不可分性に立ち、＜知的障害者＞の意味構築と知的障害者に対する抑圧の創出、再生産を1つの過程として捉えようとする社会構築主義の視点を共有していくことになるだろう」としている。田中耕一郎・前掲注(43)50頁～51頁。

新藤こずえは、『知的障害者と自立』（生活書院、2013年）40頁で、「ライフコースにおけるさまざまな社会的困難が、知的障害者を取り巻く周囲の態度や、それをつくりだす社会制度との相互作用によって引き起こされる」としている。

筆者は、本稿で、ディスアビリティとインペアメントの不可分な面があることは否定できないが、新藤が言うように、知的障害者をできなくさせている社会的障壁の除去について焦点化す

### (3) 小括

以上により、本稿では、障害者に対する給付法である障害者総合支援法について、知的障害者の地域での自立した生活<sup>53</sup>をおくる上で社会的障壁となっている事柄を明らかにし、当該社会的障壁の縮減ないし除去を検討することとなる。社会的障壁は、障害者基本法第2条第2号で、「障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となる事物、慣行、制度、観念その他一切のものをいう」と定義され、障害者総合支援法第1条の2で同様の定義が置かれている。この定義からもわかるとおり、社会的障壁というのは、極めて広い意味内容を持っているのである<sup>54</sup>。障害者総合支援法も法制度であり、その内容如何によっては、社会的障壁となり得ることは明らかであろう。

## 2 主体性の形成の評価軸の設定

上でみたように、知的障害者の主体性の形成が、「すべての障害者が、他の者と平等の選択の機会をもって地域社会で生活する平等の権利」であるとして、地域社会で自立した生活を営むこと、地域社会の主体となるとはどういう意味だろうか。

この点に関しては、シティズンシップ論が参考となる。知的障害者を権利と責任をもった市民の一員として位置付けることだからである。言い換えれば、知的障害者をシティズンシップの成員として社会が包摂することを意味するからである。

本項では、シティズンシップ論をもとに知的障害者の主体性の形成に関する判断枠組みを析出したいと思う。

### (1) 障害者とシティズンシップ論

周知のように、シティズンシップ論は、T.H.マーシャル (Thomas Humphrey Marshall) によって提唱されたものであり、それは、シティズンシップを「ある共同社会の完全な成員である人々に与えられた地位身分」であるとし<sup>55</sup>、市民的権利、政治的権利、社会的権利をシティズンシップを構成する権利とする<sup>56</sup>。つまり、当該理論は、市民的権利、政治的権利及び

---

るものである。

<sup>53</sup> 本論文において、「地域での自立した生活」の意味合いは、隔離・収容の場である施設での生活の対抗概念として用いているものであって、地域の具体的な分析までには至っていない。「地域」の有り様も多様であり、隔離・収容の場と類似するような管理が徹底されている地域から人間関係が疎遠で孤立化を強めるような地域まで存在する。しかし、どのような地域であれ、人々は暮らしを営んでいるのであり、そのことにより知的障害者が施設生活を余儀なくされる理由はないだろう。地域の有り様は、支援方法や支援の内容に密接に関わる問題であるが、本論文ではそこまでの考察には至っていない。今後の課題としたい。また、この問題は、コミュニティの再生という地域福祉の重要な課題と隣接しているといえるだろう。

<sup>54</sup> 「座談会／障害者権利条約の批准と国内法の新たな展開」『論究ジュリスト 2014年／冬号』（有斐閣、2014年）11頁の川島聡発言。

<sup>55</sup> T.H.マーシャル／トム・ボットモア、岩崎信彦／中村健吾訳『シティズンシップと社会的階級』（法律文化社、1993年）37頁。

<sup>56</sup> T.H.マーシャル／トム・ボットモア、岩崎信彦／中村健吾訳・前掲注(55)15頁～45頁。

社会的権利を保障することによってすべての人々を市民としての地位に包摂していくことが含意されているということができよう。そして、市民としての地位からは3つの権利だけでなく市民として当然果たすべき義務<sup>57</sup>が伴うとする点も留意すべきであろう。

ところで、障害者とシティズンシップ論との関係について、ルース・リスター (Ruth Lister) は、次のように論じている<sup>58</sup>。

障害者運動は、障害者のニーズを妨げている支配的な社会構造に抵抗し、依存や無力化している障害者を平等な地位とすべきことを目的としており、障害の社会モデルは、個人の状態よりもむしろ抑圧や排除によって無力化された社会構造に挑戦することにある。障害者運動のメンバーは、シティズンシップの思想や権利に基礎付けられた福祉サービスのために闘ってきたし、キャンベル (Campbell, J.) の言うように、それは平等な市民として完全な参加を要求する市民権運動であった。そして、障害を考慮しないシティズンシップ論は、シティズンシップの支配的な説明／モデルにおいて障害者が示す強さや弱さ双方を危険に曝す。障害者運動は、選択やコントロールの要求を含意するものであり、シティズンシップを掘崩す依存や自律の欠如としての障害者の社会構造に抵抗するものである。

また、マイケル・オリバー (Michael Oliver) は、医学モデルでは、障害者を患者やクライアントとして扱っているが、社会モデルでは、人々は単なるケアの対象ではなく人と人の相互の関わりの中でケアを受ける存在であるという強い意味があり、利用者のコントロール、参加とエンパワメント、統合と支援、社会的正義に力点が置かれるとし、社会モデルに適合するアプローチはシティズンシップ・アプローチであるとしている<sup>59</sup>。

ジェニー・モリス (Jenny Morris) も、身体や知覚欠損、精神障害、学習障害についてシティズンシップ論が議論されておらず、障害者にとってのシティズンシップは不在の状態であるゆえ、障害者が平等な市民としての地位が重大であるということを出発点とすることが非常に重要であると述べている<sup>60</sup>。

以上からは、障害者が地域で自立した生活を営んでいくこと、つまり地域での生活の主体者として形成することは、市民社会の構成員としての地位を保障することでもあると言える。

河野正輝も、障害をもつ人々に非障害者と同じ生活の場 (トラック) で同じ市民として対

---

<sup>57</sup> T.H.マーシャル／トム・ボットモア、岩崎信彦／中村健吾訳・前掲注(55)100頁～103頁。

T.H.マーシャル (Thomas Humphrey Marshall) は、市民として直ちに履行しなければならない義務として、納税の義務、保険料拠出の義務を挙げ、これらの義務は強制的性格を帯びるとしている。また、教育と軍役も強制的義務の例として挙げている。そして、これらの義務以外を、共同社会を生活する上でよき市民として生活するための強制力のないあるいは緩やかな一般的義務としている。

<sup>58</sup> Ruth Lister(2010), “*Understanding Theories Concepts in Social Policy*” The Policy Press, pp.262-263.

<sup>59</sup> マイケル・オリバー、ボブ・サーペイ著、野中猛監訳、川口尚子訳『障害学にもとづくソーシャルワーク』(金剛出版、2010年) 57頁～58頁。

<sup>60</sup> Morris, J. (2005), ‘Citizenship and disable people: A scoping paper prepared for the Disability Rights Commission (A discussion paper prepared for the Disability Rights Commission)’, p.6.

等な地位を保障し、参加、差別禁止（すなわち、インクルージョン inclusion）を促進することが重要な課題だとし、福祉モデルから市民権モデルへの転換を主張されている<sup>61</sup>。さらに、近著で、イギリスの障害者運動は、隔離・差別されてきた障害者を、市民法にいう抽象的・形式的な市民ではなく対等な市民（citizenship）、— それは市民法の形式的・抽象的な市民とは異なるものであるが一としての主体的な地位への変換としての実質的な市民権の実現にあったとあってよい<sup>62</sup>とされている。

## （２）知的障害者とシティズンシップ論

ところで、知的障害者とシティズンシップの関係は、どうであろうか。

知的障害者も障害者の範疇に属するのであり、そうだとすれば、市民権の保障という視点からのアプローチが成り立つ。

知的障害は、身体障害とは意思決定能力、判断能力といった点で異なった特性を持っており、この点でより一層市民権の保障が必要であると考えられる。

例えば、ヴァル・ウィリアムス（Val Williams）は、知的障害者の市民権について次のように述べている。

UK における学習障害者は、家庭と一般社会から引き離されたデイサービスとの間で排除的に移動している。いくらかの人々は、他のコミュニティである施設サービスの提供を受け

---

<sup>61</sup> 河野正輝・阿部和光・増田雅暢・倉田聡編『社会福祉法入門 第2版』（有斐閣、2008年）307頁。

なお、1999年～2002年にかけて刊行された『講座 障害をもつ人々の権利』（有斐閣）全3巻を貫く基本的視点は、「障害をもつ人」を、保護されるべき特別な要援護者と見るのではなく、社会のさまざまな場面で自己を生かし、平等に権利を行使する市民ととらえる。こうした視点から、それを真に実現するための新しい権利保障システムを構築することが本講座のねらい」とされている（各巻の「刊行にあたって」i頁）。

さらに、同講座第1巻はしがきには、「アメリカ、イギリス等では、障害をもつ人を社会的弱者として福祉保護の客体とみる考え方（それは隔離や排除、差別をしばしば伴った）から、機会の平等を等しく享有し、自己決定に基づいて社会参加する主体的な市民とみる考え方へ、転換しつつある。いわゆる社会福祉モデル（social welfare model）から市民社会モデル（civil rights model）への転換である」、「市民権モデルの下では、障害をもつ人が社会に参加できないのは、医学的意味の欠損の必然的帰結などではなく、これまでの伝統的社会が障害をもつ人々に対して、それ以外の市民と同じように、社会参加のニーズを満たすために必要な配慮をしてこなかった結果にほかならない、と考えられる。したがって、障害をもつ人にも同じコースを、軌道の中で対等な地位が保障され、社会参加のために平等な配慮がなされなければ不公正である」とし、「伝統的な2つの軌道をあらため、統合化（inclusion）をはからねばならない」とされる。このモデルの下では、具体的に教育、移送、通信、住宅等へのアクセスとシティズンシップ（citizenship）の実質的保障を実現しようとする点に重大な意義が認められるのである。

河野正輝・関川芳孝編『講座 障害をもつ人の人権 ① 権利保障システム』（有斐閣、2000年）「はしがき」iv頁。本稿では、障害者の主体性の形成を地域での自立した生活の保障ととらえ、分析軸としてシティズンシップ論を参酌しようとするものである点で、同書の視点は本稿の視点と共通のものがあつて、示唆に富んでいる。

<sup>62</sup> 河野正輝「障害者の自己決定権と給付決定の公正性—イギリスにおける自己管理型支援の法的試み」障害学会『障害学研究9』（明石書店、2013年）121頁。

ている。彼等の多くは青年期を家庭で生活しており、自分自身の生活を選択する機会が少ないし、10-17%程度しか有償労働に従事していない。それゆえ、他の障害者と比較して、彼等の市民権は、名ばかりのものとなっている<sup>63</sup>。

市民権は、権利と責任双方を付与されているのであるが、障害者、とりわけ学習障害者にとっては、しばしば排除される地位・身分でしかない。近代的市民権思想は、理性的人間の概念を前提にした生活を想定している。学習障害者は、機能障害の定義によって理性が欠如していると考えられている。人間存在を定義している理性に焦点を当てれば、社会的、経済的だけでなく人間存在としても学習障害の人々を周縁化する<sup>64</sup>。

そして、冒頭にも述べたように、いまだにイングランドやウェールズでは、知的障害者は他の障害者と異なり完全な社会のメンバーとして取り扱われない場面があるとしている<sup>65</sup>。

また、2001年にイギリス保健省によって示されたホワイト・ペーパー「Valuing People」において、「学習障害者（people with learning disabilities）は、今日、イギリスにおいて最も社会的に排除され、脆弱な集団である。就労している者、居宅で生活している者、彼等にとってのケアラーを真に選択できる者は少数である。多くは家族以外の友人を持っていない<sup>66</sup>」としている。

わが国においても、平成25年度版障害者白書<sup>67</sup>によれば、知的障害者は身体障害者に比べ一人暮らしの割合も少なく、配偶者も少ないということがいえる。

これをヴァル・ウィリアムス（Val Williams）や「Valuing People」の記述と併せ考察するとき、身体障害者に比べ知的障害者は社会に包摂されにくい面を有しており、より一層、地域での自立した生活を図るため社会への包摂、市民権を保障する必要性があることが浮かび上がる。

### （3）シティズンシップ論から析出する評価軸

知的障害者に市民権を保障する必要性があることについては、上にみたとおりである。

次に検討すべきことは、シティズンシップ概念を、知的障害者の主体性形成の評価軸として具体化する作業である。

T.H.マーシャル（Thomas Humphrey Marshall）は、シティズンシップとして、市民的権利、政治的権利および社会的権利を措定した。そして、その著書である『シティズンシップと社会的階級』（法律文化社、1993年）には、市民権から社会権へと発展した歴史的経緯が記

---

<sup>63</sup> Val Williams, op cit. p.174.

<sup>64</sup> Ibid. p.177.

<sup>65</sup> Ibid. p. 96.

<sup>66</sup> DH(2001) “Valuing People” ,p.14.

<http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm50/5086/5086.pdf#search='Valuing+People'> , accessed 6Sep.2013.

<sup>67</sup> 内閣府『平成 25 年度障害者白書概要』第 1 編第 1 章より。

[http://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h25hakusho/gaiyou/h1\\_01.html](http://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h25hakusho/gaiyou/h1_01.html), accessed 12 .Nov.2013.



されている。

しかし、ペーター・ドワイヤー (Peter Dwyer) は、T.H.マーシャル (Thomas Humphrey Marshall) のシティズンシップ論について、インペアメント (impairment) とディスアビリティ (disability) に関する問題意識がなかったこと、さらにマーシャルの念頭にあった市民社会の成員は、身体能力の備わった男性であったことを指摘している。そして、多くの障害者が基礎的な市民としての権利を享受できなかったという事実は、マーシャルのシティズンシップ論では、多くの障害者を市民社会の平等な成員として考慮するには時期尚早であったとしている<sup>68</sup>。

### ①障害学からのシティズンシップ・アプローチ

障害学からのシティズンシップへのアプローチを見てみよう。

マイケル・オリバー (Michael Oliver) らは、シティズンシップ・アプローチは、利用者やサバイバーの参加とエンパワメント、統合と支援、社会正義に力点がおかれ、人々を単なる「ケアの対象 (cared for)」ではなく、「人と人との相互のかかわり合いとしてケアを受ける (cared about) 存在である」という強い意味があり・・・もはや個人主義や『上からの力 (power over)』によるのではなく、その代わり『集まることができる力 (power with)』を重視するものである。ゆえに、シティズンシップ・アプローチこそ社会モデルにふさわしいとしている<sup>69</sup>。

そして、シティズンシップ (citizenship) ・アプローチとして、次の三つの次元を設定する。

- ①障害者を社会に貢献している市民として捉える。
- ②障害者をエンパワーする個人として捉える。
- ③障害者を権利と責任においても活動する市民として捉える。

この三つの次元のアプローチが満されたとき初めて、サービス利用者と供給者との関係が本当に調和したものになるとしている<sup>70</sup>。

次に、ジェニー・モリス (Jenny Morris) のシティズンシップ論<sup>71</sup>にふれよう。

ジェニー・モリス (Jenny Morris) は、障害者は、いまだ社会の完全な成員とはなっていないとし、完全な成員となるために、自己決定 (self-determination)、参加 (participation)、貢献 (contribution) の3つの概念を提示している。そして、モリス (Morris) は、3つの概念は、T.H.マーシャル (Thomas Humphrey Marshall) が示した市民的権利、政治的権利、社会的権利と緊密な関連性を有し、これら3つの権利を実質化するものと捉える<sup>72</sup>。

---

<sup>68</sup> Peter Dwyer(2010), “*Understanding Social Citizenship*”, The Policy Press, p.133.

<sup>69</sup> マイケル・オリバー、ボブ・サーペイ著、野中猛監訳、川口尚子訳・前掲注(59)59頁。

<sup>70</sup> マイケル・オリバー、ボブ・サーペイ著、野中猛監訳、川口尚子訳・前掲注(59)55頁～61頁。

<sup>71</sup> Morris, J.(2005), Op. cit.

<sup>72</sup> Ibid.p4-6.

それでは、モリス（Morris）の3つの概念について見てみよう。

#### ア) 自己決定（self-determination）

モリス（Morris）は、障害者の自己決定とシティズンシップとの関係は、自律概念に密接に関わるとし、自律をルース・リスター（Ruth Lister）の定義を引いて「人の生活状態を決定する能力や生活のプロジェクトを実施する能力」としている<sup>73</sup>。また、イギリスにおける自立生活運動は、自律、自己決定を求めた運動であるとし<sup>74</sup>ている。つまり、モリスにおいて自己決定はシティズンシップの重要な要素として位置付けられているのである。さらに、モリスは、サポートを受けながら選択、サポートする資源を使いながらの自己決定も自己決定であるとしている<sup>75</sup>。

#### イ) 参加（participation）

モリス（Morris）は、障害者の共通の課題は、社会の中に包摂される権利の促進と家庭、地域、国家の生活に参加する権利の促進であるとする。社会への包摂は、包摂の障害となっている障壁を取り去り、社会へ完全参加を図るものである。そして、参加は自己決定と同じように市民であることの重要な構成部分である<sup>76</sup>とする。

モリス（Morris）は、政治的参加とともに、地域での生活に参加することにも焦点を当てて論じ、高齢者や知的障害者の多くが地域とは分離されて施設で集団的に暮らしていることで地域への参加が阻害されており、障害をもっていない人と比べて、映画を見に行く、図書館に行く、イベントに参加する等の地域生活が阻害されている<sup>77</sup>とする。

#### ウ) 貢献（contribution）

モリス（Morris）は、障害者は、しばしば、貢献できないと仮定されているが、障壁を除去し、障害者が貢献できるようにするサポートの提供は、社会的投資としてすべきであるとする<sup>78</sup>。

また、イギリスにおける、最近のシティズンシップ論は、ニュー・ライトの影響下に、給付の条件として責任や貢献を重視する傾向にあるとし、障害者は、もっぱらサポートの受取人であり、利用料金の支払い以外に貢献できず<sup>79</sup>、公的給付を受ける国家に依存的な存在に過ぎないとみなされる<sup>80</sup>。

しかし、モリス（Morris）は、障害者がサービス給付を受けていることが、当局に対するデータ提供となっている点を貢献と捉えることができるとしている。障害者は、サービスを

---

<sup>73</sup> Ibid. p.7.

<sup>74</sup> Ibid.p.10.

<sup>75</sup> Ibid.p.11.

<sup>76</sup> Ibid.p.16.

<sup>77</sup> Ibid.pp.24-25.

<sup>78</sup> Ibid.p.26.

<sup>79</sup> Ibid.pp.26-28.

<sup>80</sup> Ibid.p.29.

利用しているということから、その質や効果的なコスト等のデータ提供に貢献しているともいえるし、サービス利用者の関与が、公的予算の説明責任や効果の双方の増加に重要な方法として受け入れられてきたことを貢献と捉えるのである。そして、その例として、社会的ケア調査委員会（Commission for Social Care Inspection）が、障害者を募り、サービスの調査における評価者としたことを挙げている。また、障害者自身によるピアサポートといった自助としての活動をも貢献の範疇に加える<sup>81</sup>。さらに、モリス（Morris）は、障害を有する親が、理解可能な情報提供を受けるといった制度が整備されていないことによって親としての役割を果たせないことを、社会善（social good）に対して貢献が果たされていないと論じる。また、ボランティアセクターなどが行う慈善としての支援を、障害者の貢献を阻害する社会的障壁と捉える。これらのことから、支援を受けながら貢献するといった貢献権を認めるべきだと論じている<sup>82</sup>。

## ②評価軸の設定

以上、障害とシティズンシップに関して、イギリス障害学研究の著名な二人の見解を見た。

そこで、これらの知見を参考に、知的障害者の主体性の形成に関する評価軸を定めたい。知的障害者にとって、市民社会の成員となるよう市民権を保障すべきことは、他の障害者と同様である、いや、むしろ身体障害者と比べ、かえって保障の必要性が高いことはすでに見たとおりである。

オリバー（Oliver）らの見解やモリス（Morris）の見解は、障害者全般に関する主張であってみれば、知的障害者を排除する理由はない。

前述したとおり、T.H.マーシャル（T.H. Marshall）は、シティズンシップを構成するものとして、市民的権利、政治的権利そして社会的権利を措定した。そこでのマーシャルの含意は、歴史的経緯からすれば、すべての人々に市民権を保障するために社会的権利の充実を図る段階に来ているとの認識を示すことにあるといえよう。

しかし、障害学の分野からは、マーシャル（Marshall）の市民権論では、その人間像において障害者をも包摂するものとはなっておらず、障害者は実質的に市民社会へ包摂されていないとの批判があることも前述したとおりである。

そこで、ここでは、障害者に対するシティズンシップ論を展開したモリス（Morris）の見解に従い、「自己決定、自己コントロール、自己選択」、「参加」、「貢献」を評価軸として措定したい。

障害者の自立生活運動の意味するものが、新しい自立の概念の創出であり、それは、身辺等の自立ではなく、支援を受けながら、しかし他人に従属するのではなく自己決定、自己コントロールすることを自立と捉えることであつた<sup>83</sup>。社会モデルへのパラダイム転換を企図す

---

<sup>81</sup> Ibid.pp.28-29.

<sup>82</sup> Ibid.p.34.

<sup>83</sup> 定藤丈弘、佐藤久夫、北野誠一編『現代の障害者福祉』（有斐閣、1996年）12頁～13頁。

る障害学においても自己決定、自己コントロールは障害者の自立生活の中核的概念として位置付けられている<sup>84</sup>。また、参加については、そもそも障害者の自立生活運動が社会への参加を求めるものであったし、障害者権利条約第3条(c)項にも参加が規定されているのであって、参加もやはり市民権の重要な要素たり得るからである<sup>85</sup>。さらに、市民の一員として社会生活を送る上で市民としての義務を果たすべきことは当然であり、T.H.マーシャル(T.H.Marshall)も市民としての義務を認めるところである。ここでは、これを貢献として捉えたい。

ところで、先にあげたマイケル・オリバー (Michael Oliver) らのシティズンシップ・アプローチであるが、これは、「①障害者を社会に貢献している市民として捉える」は、モリス (Morris) の枠組みでいう「貢献」に、「②障害者をエンパワーする個人として捉える」は、パワレス状態を他者に従属する状態と捉えるならば、エンパワーを自己決定の側面と捉えることができるし、「③障害者を権利と責任においても活動する市民として捉える」は、社会参加が権利と責任において活動する市民の前提であるとすれば、これを参加の側面と言い換えることも可能となろう。マイケル・オリバー (Michael Oliver) らのシティズンシップ・アプローチからも、「自己決定、自己コントロール、自己選択」、「参加」、「貢献」という評価軸を導くことが可能となるのである

### ③知的障害者の「自己決定・自己選択・自己コントロール」、「参加」および「貢献」

#### ア) 知的障害者の自己決定

これまで述べたように、自己決定の保障は、自らの責任で人生や生活のあり方を決定したり自らが望む生活目標や生活様式を選択したりするという重度身体障害者を中心とした自立生活運動の中核的概念として位置付けられている。しかし、知的障害者においては、グループホームで生活するある程度言語コミュニケーションが可能な者でも自己決定の困難さが指摘されており、さらに、重度知的障害者の場合、自己選択、自己決定、自己表明の機会が少ないことや意思表示や自己決定が一層困難なことが調査結果から示されている<sup>86</sup>。

---

Jenny Morris (1993) , op cit.pp.22-24.

<sup>84</sup> ジョン・スウェイン、サリー・フレンチ、コリン・バーンズ、キャロル・トーマス編 竹前栄治監訳・前掲注(36)7頁に、「自立を可能にすること」は、コミュニティにおいて障害者が日々の生活をコントロールすることと密接に基づいており」と記述され、第Ⅲ部として「ライフスタイルの自己決定」との表題のもとに、10の論文を掲載している。

<sup>85</sup> ジョン・スウェイン、サリー・フレンチ、コリン・バーンズ、キャロル・トーマス編 竹前栄治監訳・前掲注(36)フランシス・ハスラー「障害者・ケア・サービスの自己決定」389頁では、自立を市民権として確立するには、障害者の完全な社会的・経済的参加に対するバリアの除去が必要であると述べている。また、杉野昭博は、「障害者福祉改革と権利保障」岩田正美監修、杉野昭博編著『リーディングス 日本の社会福祉7 障害と福祉』(日本図書センター、2011年)326頁で、「選択権」の前提になるのは自分の生活に対して自己決定を行う「社会的主体」の存在である。・・・「選択権」の前提となっているのは「社会参画」であり、その意味で「参加権」の方がより基本的な権利となっている」としている。

<sup>86</sup> 津田耕一「障害者の個別支援計画作成に関する研究—重度知的障害者の利用者主体からの考察—」『総合福祉科学研究第3号(2012年)3頁。各調査については、笠原千絵「他の人でなく自

これに対して、自己決定権の強調には、自己決定が困難であったりその能力が低い人に対して能力主義的見方をしてしまう<sup>87</sup>、あるいは、自己決定できる人のみに価値を認める人間観を生み出しかねない<sup>88</sup>等の批判も見られる。

しかし、だからといって市民権の構成要素として自己決定権を否定することはできないだろう。学習障害／知的障害のための新しい戦略を示したイギリスの政府文書「Valuing People」においても、基本原理として、権利 (Rights)、自立 (Independence)、包摂 (Inclusion) とともに選択 (Choice) を掲げている<sup>89</sup>。

重度の身体障害者が自立生活運動によって確立した自立観は、身辺自立は支援を受けながらであっても、自己決定・自己選択・自己コントロールすることが可能ならば、自立しているとすることにあつた。つまりここでの自己決定、自己コントロール、自己選択の強調は、専門家による管理・保護に対する批判として当事者性を確保することにあつたとされる。自己決定できるとされている重度の身体障害者においても、自己決定するには、いろいろな人に相談し、いろいろな情報を収集した後に総合的に決断を下すのであり、すべて自分一人で考え決定するのではない。知的障害者の自己決定においては、知的障害を有しない人に比べ他者の役割が大きくなるだけであるといえよう<sup>90</sup>。つまり、知的障害の場合、他者の意思決定支援により自己決定権を保障することとなるのである。自立生活運動が身辺自立を、支援を受けながら達成するとして自立概念を相対化したと同様に、自己決定、自己選択、自己コントロールも支援を受けながら達成するといった相対化が可能であろう。もっとも、現実には、重度知的障害者では、本人の意思決定の支援が困難な場面が生じることもあるであろう<sup>91</sup>。

このことは、マイケル・オリバー (Michael Oliver) らが、「人々は単なる「ケアの対象 (cared for)」ではなく、「人と人との相互のかかわり合いとしてケアを受ける (cared about)」存在であるという強い意味がある<sup>92</sup>と主張するようにケア論からも基礎付けることができよう。

---

分でき決める一当事者主体の自己決定支援モデル開発に向けたグループホームで暮らす知的障害のある人の参加型調査の分析一『ソーシャルワーク研究 31(4)』(相川書房、2006年) 43頁～50頁。遠藤啓子・大川絹代「知的障害者更生施設における生活状況調査—自己選択・自己決定・自己表明の視点からみた調査—」『西南学院大学教育福祉論集 3(2)』(2004年) 123頁～142頁。與那嶺司・岡田進一・白澤政和「生活施設における知的障害のある人の自己決定の構造—担当支援職員による質問紙に対する回答を基に—」『社会福祉学 49 (2)』(2009年) 27頁～39頁。

<sup>87</sup> 狭間香代子「自己決定とストレングス視点」『社会福祉学 40 (2)』(2000年) 39頁～56頁。

<sup>88</sup> 鈴木良「知的障害者の自己決定支援の思想と方法に関する一考察」『社会福祉学 45 (2)』(2004年) 15頁。

<sup>89</sup> [http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm50/5086/5086.pdf#search='Valuing + People , 'Chapter 2 The New Vision'](http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm50/5086/5086.pdf#search='Valuing+People%2C+Chapter+2+The+New+Vision'), accessed 6Sep.2013.

<sup>90</sup> 津田・前掲注(86)3頁～4頁。

定藤丈弘・佐藤久夫・北野誠一前掲注(83)60頁～61頁においても、同趣旨の論が展開されている。

<sup>91</sup> イギリス 2005年意思能力法第1条第2項には「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。」とされている。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』(民事法研究会、平成21年) 7頁。わが法においても、すべての知的障害者について、能力を有することを前提とすべきであろう。

<sup>92</sup> マイケル・オリバー、ボブ・サーペイ著、野中猛監訳、川口尚子訳・前掲注(59)59頁。

そして、ケア論をベースにして、自律は、アトム化した自律ではなく相互に依存する関係であり、人は関係的な存在であるとする関係的自律 (relational autonomy)<sup>93</sup> という概念を導入するとき、知的障害者は自己決定権の主体としての地位を明確なものとされるであろう。

以上から、知的障害者においても自己決定・自己選択・自己コントロールは重要な評価軸であるといえることができる。

## イ) 知的障害者の参加

障害者の自立生活運動が自己決定、自己選択、自己コントロールによって隔離された状態から社会への参加を求めるものであったという歴史的経緯、そして、身体障害者と比べ知的障害者の社会への参加、地域生活への参加がより高い障壁に阻まれている面があることからすれば<sup>94</sup>、知的障害者に社会への参加を保障することは、市民社会の成員として包摂するには不可欠の要素といえよう。

ここでのサブ的要素としては、関係性の保障が考えられる。

市民社会の一員として自立した地域生活を送るには、地域社会が知的障害者を包摂する必要があり、そのためには地域社会で暮らす人々との関係性を築くことが不可欠だからである。

鈴木良は、ウェマイヤー (Wehmeyer) の言を引いて「人間は完全に自律した存在ではなく、家族・友人・知人など日々かかわる相互依存の関係にある存在である」ことから「知的障害者は判断能力に限界があるので・・・彼等の自律を保障するためには、個人の消極的自由と積極的自由を共に可能にする人間関係や社会環境が形成されねばならない<sup>95</sup>」としている。また、発達心理学の分野でも、人間の発達には関係性が重要であることが指摘されているし<sup>96</sup>、社会保障法の分野でも、菊池馨実は、「そもそも人は孤立した存在ではあり得ず、誕生から死

---

<sup>93</sup> 例えば、エレン・グルテジェッド (Ellen Grootegoed) とディアン・ヴァン・ディジック (Diana Van Dijk) は、「ケアの領域では、autonomy は、relational autonomy の形で理解されねばならない」とする。Ellen Grootegoed and Diana Van Dijk (2012), 'The Return of Family? Welfare State Retrenchment and Client Autonomy in Long-term Care', *Journal of Social Policy*, 41:4, pp.677-694.

関係的自律 (relational autonomy) については、Marian A. Verk (2001) 'Scientific Contribution The care perspective and Autonomy', *Medicine, Health Care and Philosophy* 4, Cristman, John: 'Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves', *Philosophical Studies*; Jan 2004, Vol. 117 参照。

<sup>94</sup> わが国統計からは、身体障害者に比べ単身生活の割合が低いことは既にみたとおりである。

<sup>95</sup> 鈴木・前掲注(88)16頁。

<sup>96</sup> 田中千穂子・栗原はるみ・市川奈緒子編『発達障害の心理臨床』(有斐閣、2005年) 46頁～47頁。

に至るまで、社会あるいは共同体の中で、他者との関わり（関係性）の中で生きる<sup>97)</sup>として  
いる。

#### ウ) 知的障害者と貢献

市民社会の成員としての地位が保障されるということは、一方では、市民社会の一員として  
果たすべき義務も生じることとなる。

社会保障における貢献の最も端的な形態は、費用負担だとされる。しかし、菊池馨実は、  
貢献を、費用負担だけに限らず、生活保護受給者などの費用負担能力を欠く場合も、抽象的  
な負担可能性がある以上（典型的には、稼働能力がある場合）職業訓練、リカレント教育、  
職業紹介など自立に向けた積極的取り組みが規範的に求められるとされる<sup>98)</sup>。

このことは、シティズンシップにおける地位と貢献をどのように考えるかに影響を受ける。  
詳細は、西村淳の『所得保障の法的構造』（信山社、2013年）に譲るが、就労を重視するワ  
ークフェア論を採った場合でも、例えば、アーミー・ガットマン（Amy Gutmann）とデニ  
ス・トンプソン（Dennis Thompson）は、政府と福祉サービス利用者との関係を契約的に捉  
え、政府が十分な労働賃金の保障や十分な雇用先の確保といった義務を果たさなければ福祉  
サービス利用者の就労の義務の履行を求めることは困難であるとしている<sup>99)</sup>。

知的障害者の場合、貢献するためには、コミュニケーション支援や様々なスキルの獲得な  
どの支援が必要であろう。そのような公的支援が提供されて初めて、貢献原則が適用され  
ると考えるべきである。

---

<sup>97)</sup> 菊池・前掲注(8)12頁～13頁。

<sup>98)</sup> 菊池・前掲注(8)20頁～21頁。

<sup>99)</sup> Amy Gutmann and Dennis Thompson(1997), “*Democracy and Disagreement*” President and  
Fellows of Harvard College, pp.291-303.

## 第二章 障がい法と知的障害者の主体性の形成

### 第一節 障がい法とは

河野正輝は、2010年に『社会保障法第25号』<sup>100</sup>および『社会保障法・福祉と労働法の新展開』<sup>101</sup>で障がい法概念を提示した。そして、『新・講座 社会保障法 地域生活を支える社会福祉』<sup>102</sup>では、障がい法における法的人間像や労働法や社会保障法の領域との関係性が示されるなど、障がい法の全貌が徐々に整理され明らかにされようとしている。

本稿では、障がい法と知的障害者の主体性の形成との関係を明らかにし、障がい法からも障害者の主体性の形成に関する示唆を得ようとするものである。

河野正輝の提唱する障がい法は、大要次のように整理できよう。

#### 1 障がい法概念の必要性

障害のある人が他の市民と平等の選択の機会をもって、施設ではなく「地域社会で生活する平等の権利」を実現するには、医療・所得・福祉サービスの保障のみならず、教育、労働、情報、司法、文化、スポーツ等にわたって、障害を理由とする差別を禁止するとともに、地域社会へのインクルージョンと参加を保障するため法制全体の見直しが必要となる<sup>103</sup>。

#### 2 障がい法の定義

障がい法とは、①社会モデルの障害概念を基礎に置いて、②障害を理由とする差別（合理的配慮の否定を含む）を禁止すること、③自立した生活と地域社会への包摂を支援し地域社会からの孤立および隔離を防止するために必要な地域生活支援サービスを保障すること、④建物・道路、輸送機関、情報通信その他公衆に開かれた施設・サービスおよび司法手続等の使用可能性（アクセシビリティ）を確保すること等により、⑤すべての障害者によるあらゆる人権および基本的自由の完全かつ平等な享有を促進し、保護し、および確保することを目的とする法である<sup>104</sup>。

#### 3 障がい法における法的人間像

身体的、精神的、知的または感覚的な機能障害（impairment）のある人であって、種々の社会的障壁により（またはその相互作用により）、社会に完全かつ効果的に参加することが妨

<sup>100</sup> 河野正輝「「障がい法」の視点からみた障害者自立支援の課題」社会保障法学会『社会保障法第25号』（法律文化社、2010年）66頁～77頁。

<sup>101</sup> 「障害者の地域生活支援をめぐる法的課題—イギリス、アメリカにおける展開を手がかりに」荒木誠之、桑原洋子編『社会保障法・福祉と労働法の新展開』（信山社、2010年）32頁～34頁。

<sup>102</sup> 河野正輝「地域社会における生活の支援」日本社会保障法学会編『新・講座 社会保障法2 地域生活を支える社会福祉』（法律文化社、2012年）26頁～29頁。

<sup>103</sup> 河野・前掲注(102)26頁、前掲注(100)66頁。

<sup>104</sup> 河野・前掲注(102)27頁、同前掲注(100)67頁。なお、前掲注(102)書28頁では、前掲注(100)67頁にはなかった④が追加されている。



げられている人々である。

障がい法における法的人間像は一種の従属性を有する社会的人間と捉えられ、この法分野の根底にあるべき基礎概念は社会モデルとしての障害概念である<sup>105</sup>。

#### 4 障がい法の領域<sup>106</sup>

##### A) 個別法領域

- 自立した生活および地域社会へのインクルージョンに関する法
- 個人の移動性に関する法
- 表現および意見の自由、情報アクセスならびにプライバシーに関する法
- 家庭および家族の尊重に関する法
- 教育に関する法
- 健康、ハビリテーションおよびリハビリテーションに関する法
- 労働および雇用に関する法
- 社会的保護（社会保障）に関する法
- 司法へのアクセスに関する法
- 政治的および公的活動に参加する法
- 文化的な生活、レクリエーション、余暇およびスポーツへの参加に関する法

##### B) 全領域にまたがって、障害を理由とする差別の禁止に関する法

##### C) アクセシビリティに関する法

#### 5 労働法、社会法との法領域

障がい法は、既存の労働法や社会保障法と重疊的領域を有しながらも、自由権と社会権とを一体的に保障する法である点で、これらの法領域を超え出るものであり、労働法や社会保障法とともに社会法の一領域をなす<sup>107</sup>とされる。

##### 第二節 知的障害者の主体性の形成と障がい法との関係

先に、知的障害者の主体性の形成を、障害者が従属せず地域で自立した生活をおくることとした。

障がい法が地域社会における生活支援の延長上にあるとされる<sup>108</sup>こと、障がい法の個別法領域の多くが地域での自立支援と密接に関係していることからすれば、本稿は、障がい法の範疇のうち、知的障害者の主体性の形成、知的障害者の地域での自立生活の保障に特化して論じるものであるいえよう。

---

<sup>105</sup> 河野・前掲注(102)27頁。

<sup>106</sup> 河野・前掲注(102)28頁。

<sup>107</sup> 河野・前掲注(102)29頁。

<sup>108</sup> 河野・前掲注(102)26頁。

ところで、河野正輝は、かつて要保障事故として「発達障害<sup>109</sup>」という概念を提示した。

河野正輝のいう「発達障害」とは、「重度身体障害者も精神薄弱者<sup>110</sup>も一個の人格として自由に発展する可能性と欲求を有するにもかかわらず、日常生活諸能力の低下・喪失ゆえに、その発展を阻害されている状態」とされる。そこでは、心身障害（児）や保育・養護児童だけでなく高齢者も、単に「多年にわたり社会の進展に寄与してきた者」（老人福祉法 2 条）として敬愛と安息を要するだけでなく、自由に自己の信ずる老人観を選択し残された可能性を追求するという点で発達の余地があると解される。また、心身障害者を単に「障害の重いものは働かなくてもよい福祉社会」ということに終わらせることなく、「発達していける社会福祉サービス」という観点からの捉え直しが必要であるとされる。さらに社会福祉法における要援護者像を、援護の実施機関、福祉従事者に対して従属している人びとであり、最も基礎的な自主性・主体性の実現のために福祉従事者に依存するほかない存在である」とされる<sup>111</sup>。筆者は、近時河野により提唱された「障がい法」の法的人間像の前提として、「発達障害」概念を要保障事故として捉えることは十分可能であると考え。社会的障壁により社会に完全かつ効果的に参加することが妨げられ、そのことが人格の発達（その人らしい生き方）をも阻害されると捉えるのである。

このような考え方に対しては、「発達」概念が障害を克服するために個人に働きかけて能力を発達させることを意味するものであり、医学モデル的色彩を帯びる概念であるとの考えもあり得よう。

河野正輝自身も、2014 年 10 月 30 日に発刊された岩村正彦・菊池馨実責任編集『社会保障法研究第 4 号』（信山社、2014 年）の研究座談会で、「発達障害」概念と障害の社会モデルとの関係について、「その時には、しかし、のちに理論化される「社会モデル」という認識まで

---

<sup>109</sup> 河野正輝の「発達障害」概念は、発達障害者支援法等で用いられている「発達障害」とは異なる用語である点に留意が必要である。河野正輝の用いる発達障害概念は、社会福祉の法において規範的評価を受けた事実として用いられているのであり、発達障害者支援法等で用いられているものよりも広い概念である。ちなみに、発達障害者支援法（平成 16 年法律 167 号）第 2 条第 1 項では、発達障害の定義を「自閉症、アスペルガー症候群その他の広汎性発達障害、学習障害、注意欠陥多動性障害その他これに類する脳機能の障害であってその症状が通常低年齢において発現するものとして政令で定めるものをいう」と規定されている。当該法条を受けた発達障害者支援法施行令（平成 17 年政令 150 号）第 1 条では、「脳の障害であってその症状が通常低年齢において発現するもののうち、言語の障害、協調運動の障害その他厚生労働省令で定める障害」と規定されている。さらに厚生労働省令である発達障害者支援法施行規則（平成 17 年厚生労働省令 81 号）では、政令の規定を受けて「心理的発達の障害並びに行動及び情緒の障害（自閉症、アスペルガー症候群その他の広汎性発達障害、学習障害、注意欠陥多動性障害、言語の障害及び協調運動の障害を除く。）とする」と規定された。

<sup>110</sup> 河野正輝が上記注に掲げる論文を発表された当時は、知的障害者を支援する法は「精神薄弱者福祉法」であり、その支援対象者は「精神薄弱者」であった。1999 年に「精神薄弱者福祉法」から「知的障害者福祉法」に名称変更がなされ、支援対象者も「知的障害者」と改められた。初出は、1979 年の「社会福祉サービスの法的特質」（季刊労働法、1979 年）である。

同時期のもとして、橋本宏子により「人格発達権論」の主張がある。橋本宏子「法と施設」小川政亮編著『扶助と福祉の法学』（一粒社、昭和 53 年）114 頁～159 頁。

<sup>111</sup> 河野正輝『社会福祉の権利構造（オンデマンド版）』（有斐閣、2006 年）10 頁～11 頁。

はありませんでしたね。障がい者は日常生活と社会生活において制限されている。健常者ならば受けられないような制限（disability）は、本人の心身機能の障害（impairment）によって余儀なくされるというだけでなく、社会の側にも障壁があって、機能障害と社会的障壁との相互作用によって、あるいはもっぱら社会的障壁によって、本人らしい生活を営み、人生を始めることが、制限されている、と捉える。この「社会モデル」の捉え方は、因果モデルとして、日常生活と生活上の制限の原因まで突き止めようとするのですが、私の「発達障害」という把握は、まだ、浅くて、単なる日常生活上の支障というふうに捉えないという点では、それまでの議論から一步踏み出せたかもしれないですけれども、因果関係の考察までは深めていないのです」と述懐している<sup>112</sup>。確かに、河野の「発達障害」概念には、「日常生活能力の低下・喪失ゆえに、その発展を阻害された状態」といった医学モデルを窺わせる記載も見られる。しかし、河野の「発達障害」概念は、荒木誠之の「生活障害」概念に対するアンチテーゼを意味するものであった。前述した研究座談会で河野は次のように発言している。「「生活障害」という捉え方は、一応合理的な説明のように見えるけれども、私は、生活障害という事実を、たとえば「起き上がれない」、「食事を自分でとれない」という、日常生活上の事実を、規範的評価をとおして見直すことを試みたのです。こうした日常生活上の障がいがある人も、等しく人間として、自分の人生を生きたいという目標があり、それへ向けて一步一步進めていきたい欲求と可能性を持っているのに、「起き上がる」、「食事をとる」という初動のところで、身体障がいがあって、本来、起床、食事に続くはずのその後の生活を始めることができない、自分の人生を歩み始めることができない。自分の人生を始めるというのはつまり、「人格の自由な発達」というふうに、世界人権宣言では言っている。その規範的価値から生活障害という事実を見直せば、つまり、「規範的評価を受けた事実として」として見直せば、それは、単なる「起き上がれない」、「食事をとれない」ではなく、「自由な人格の発展を阻害された状態」というふうに見るべきではないか。そう捉えることによって、それならば誰も、食事や排せつの介助を超えた支援の必要性が納得できて、本人の支援の要求を、何かわがままだとか、努力しない一方的な給付依存だとか、とは違うものとして、受け止める余地が生れるのじゃないかと。社会福祉において権利性の根拠があるとすれば、ここしかないんじゃないかと思ったのです<sup>113</sup>」と。

河野が批判した「生活障害」概念は、荒木誠之によれば、「社会福祉は、むしろ人的・施設的サービスを提供するところに、制度の独自性が見出される」とされている<sup>114</sup>。つまり「生活障害」概念では、福祉サービスが欠損を補うといったものであるため、障害者を収容し、そこでサービスを提供することも包含されるのである。一方、河野の「発達障害」概念では、「自己の尊厳と人格の自由な発達」をその理念としているのであるから、施設収容によるサービス給付はこの理念に馴染みにくく、この理念からは地域での自立した生活のための支援、

<sup>112</sup> 岩村正彦・菊池馨実責任編集『社会保障法研究第4号』（信山社、2014年）141頁。

<sup>113</sup> 前掲注(112)140頁～141頁。

<sup>114</sup> 荒木誠之『社会保障の法的構造』（有斐閣、昭和58年）15頁。

給付が導かれると考えることが自然であろう。なるほど「発達障害」概念は、社会モデルの因果性については意識されていなかったものの、社会モデルが隔離収容を批判し、地域での自立した生活を保障しようとしたことと同根のものであったといい得るのではないだろうか。社会モデルが領動した地域での自立した生活は、もともと「発達障害」概念の中に含まれていたということができよう。

ところで、国際法の分野では、河野の「発達障害」概念の下敷きとなった世界人権宣言にいう「人格の自由な発展」は、第三節で詳述する 1986 年の「発展の権利 (the right to development)」に関する宣言に結実されていく。この権利は、自由権、社会権を個別に保障するのではなく、「単なる生物的存在ではなく物質的・精神的発展のある人生の実現」といった観点から自由権、社会権を不可分のものとして一体的に保障しようとするものである<sup>115</sup>。また、アルジュン・セングプタ (Arjun Sengupta) は、「発展の権利 (the right to development)」を構成する要素として、「一貫した自由を伴って」発展の権利を「行使する意味は、意思決定やプロセスの実施に関連したすべての個人の自由で効果的で完全な参加を示している」としている<sup>116</sup>。

河野が世界人権宣言を下敷きに「発達障害」概念を提唱した方法で、1986 年に出された国連の「発展の権利に関する宣言」を下敷きに「発達障害」概念を捉え直せば次のようにいうことが可能となるだろう。「障害の有無にかかわらず誰もが地域生活を営みながら地域の人々と共に暮らすことを通じて精神的に豊かな存在となり、また、物質的にも人間らしい生存が可能となるような生の実現を不可分なものとして享受することができるようになる、そのことが障害される」と。

そこで、筆者は、上記の「発達障害」概念を、社会モデルによって捉え直したいと思う。

社会モデルは、本人が障害の克服のための責任と負担を一切負わなければならないのではなく、社会が「できない」という問題を解決するための責任と負担を負わない状態を問題とするのである<sup>117</sup>。つまり、発達障害を克服の対象と捉え、これに対する責任と負担を本人が一切負わなければならないのではなく、発達を阻害する社会の制度を明らかにし、社会の責任と負担においてその縮減除去を模索していくのである。知的障害者が、地域で自立した生活を営み、精神的に豊かで人間らしい生存が確保されるようになり、また人格の自由な発展（その人らしい生き方）によって知的障害者の主体性の形成を図ることに寄与し、市民として社会に完全参加することが可能となるからである。石渡和実は、知的障害者が判断力に支障があるのは、社会経験が乏しいとか人間関係が限られているという社会的制約が原因しているとし、本人を理解する人が増え、適切な経験を重ねていけば、いろいろな場面

---

<sup>115</sup> 申恵丰『国際人権法』（信山社、2013年）172頁～173頁。

<sup>116</sup> Saima Yusuf and Jennfer Woodham(2012): 'A Human Right to Development — Moving Beyond the Rhetoric', Institute of Human Rights Sri Lanka.p.4.

<sup>117</sup> 石川准「デイビスアビリティの削減 インペアメントの変換」石川准・倉本智明編著『障害学の主張』（明石書店、2002年）25頁～26頁

で適切な判断ができるようになっていくのであり、地域の居場所を確保すると、それまで「支えられる」だけと位置付けられていた人々が、大きな役割を果たし、「支える」側にもなっていくとしている<sup>118</sup>。これなども、自己決定の側面から見た「発達障害」概念と捉えることもできるだろう<sup>119</sup>。

### 第三節 発達障害概念の基礎づけ

「発達障害」概念は、発達心理学における生涯発達論から基礎づけることも可能であるよ

---

<sup>118</sup> 石渡和実「成年後見制度と「意思決定支援」—障害者権利条約の批准を踏まえて—」『成年後見法研究第12号』（民事法研究会、平成27年）175頁。

<sup>119</sup> ところで、「発達障害」概念と同様に「発達」という言葉を用いるものに、障害児教育の分野で主張された「発達保障論」がある。

この点について、堀正嗣は、『障害児教育のパラダイム転換 統合教育への理論研究』（明石書店、1997年）で、発達保障論を社会モデルの観点から批判する。堀の主張をみてみよう。

まず、発達によって障害児の存在を根拠づける思想は近代に特有のものであるとし、このような障害児観は、障害児者の存在を人間存在の多様なあり方のひとつとして認めるのではなく、克服の対象としていく点で、障害児は病者役割に封じ込められ、医学モデルのもとに置かれると主張する（同書、255頁～266頁）。そして、1970年代後半から1980年代にかけて全国障害者問題研究会によって展開された障害児教育における発達保障論について、次のように批判する。発達保障論は、障害の有無を問わず、すべての人の発達のすじ道は同じであり、発達における共通の質的転換を主体的になしとげつつ発達していくとの発達観を前提としており（同書351頁～354頁）、発達過程の共通性から発達段階に応じた系統的・科学的教育を主張している。この主張は、知的障害の軽減、克服そのものを追求し、健常者に近づけることを狙いとするものであり医学モデルに陥ることは避けがたい（同書、358頁～360頁、428頁）。堀は、しかし、一方で、事象そのものの発達を否定したり、無視したりするものではないとする。（同書、488頁）。そして、堀は、H・ワロンの発達理論を手がかりに、人間発達には社会性を抜きにしては考えられず、発達の個人主義的理解ではなく、関係論的発達観、たんなる参加や共存ではなく実質的な共生関係の深まりと展開は、子どもの人間成長にとって本質的な意義をもつ（同書、501頁）としている。「遅滞環境から抜けだし、ノーマルな生活環境の中で自己決定・自己実現を行い、個人の尊厳を重んじられ、仲間と共に生きていく中でこそ、あたりまえに生き抜く力を強めることができる（同書、360頁）」のである。

障害児教育の分野で主張された堀正嗣の発達に関する見解は、本論文における鍵概念のひとつとして採用した発達障害概念にとって示唆に富むものとなっている。

本論文における評価軸の一つである「参加」の項でも述べたように、本論文は人間の発達にとって関係性が重要であるとの立場をとっている。発達心理学においても、「発達障害は個人の属性ではなく関係性に生じるものであり」、「能力発達促進にかたよった療育には強度行動障害につながりうる問題性や限界が指摘されて」おり、「関係性を取り入れることによって・・・共に生きることが困難になっている関係全体に働きかけ、・・・関係性の支援の方向性」を考えることができるとされている。田中千穂子・栗原はるみ・市川奈緒子編『発達障害の心理臨床』（有斐閣、2005年）46頁～47頁。このことを踏まえるならば、本論文の「発達障害概念」は、関係性を切り結ぶことが困難な社会的な状況や制度を発達を阻害する障壁と捉えるのであり、人格の発達は「ともに生きる」といった社会においてより可能となるということができよう。

障害児教育における「発達保障論」は、堀が主張するように障害児とりわけ知的障害児を健常者モデルで評価し知的障害を克服の対象と見る点で、医学モデルとしての色彩を有しており、本論文の「発達障害概念」とは異なっていると言わざるを得ない。

なお、「発達保障論」については、近時のものとして「発達保障論の諸相と課題」『障害者問題研究 Vol.31No.2』（2003年）がある。その他に、田中昌人『人間発達の理論』（青木書店、1987年）、清水寛『発達保障思想の形成』（青木書店、1981年）等参照。

うに思われる。生涯発達論は、エリクソン (Erikson: 1902 年－1994 年) やバルテス (Baltes: 1934 年－2009 年) らによって展開、深化されたもので、発達を青年期までとするのではなく、人間は、生涯発達していくとする理論である<sup>120</sup>。生涯発達論による基礎づけは、脚注にとどめるとして、ここでは、マイケル・アシュレイ・シュタイン (Michael Ashley Stein) によって主張されている発達 (発展) 権 (the rights to development) についてみていくこととする。

河野正輝の発達障害概念は、1948 年の国連総会における「世界人権宣言」第 22 条が「自

---

<sup>120</sup> 生涯発達心理学の先駆的業績としてエリク・エリクソン (Erik Homburger Erikson 1902 年－1994 年) が挙げられる。エリクソンは、人間の誕生から死に至る人生のライフサイクルについて八つの段階を考え、それぞれの段階において、社会に求められる発達課題があるとした。八つの段階とは、乳児期、幼児期初期、遊戯期、学童期、青年期、前成人期、成人期、老年期であるとされ、それぞれの時期に示される発達課題 (例えば幼児期であれば基本的信頼) を乗り越えることによって人間は発達していくとしている。榎本博明・安藤寿康・堀毛一也『パーソナリティ心理学』(有斐閣、2009 年) 143 頁～144 頁。一方、バルテス (Baltes, P.B) は、生涯発達心理学の理論化、体系化を行ったとされている。バルテスは、生涯発達の基本原理として、発達を生物学的・遺伝学的側面と社会文化的環境とが相互作用しながら進行する適応のプロセスと捉える。鈴木忠「生涯発達」高橋恵子・湯川良三・安藤寿康・秋山弘子編『発達科学入門[1]理論と方法』(東京大学出版会、2012 年) 151 頁～163 頁参照。バルテスのように発達の概念を成長や獲得ではなく、外界との相互作用という意味で用いることが生涯発達を無理なく説明できるであろう。しかし、知的機能について、流動性知能 (短期記憶、計算) は 20～30 代でピークを迎えるが、社会活動や経験が生きる結晶性知能 (知恵) は、少なくとも前期高齢期では発達が続くことが報告されているのである。鈴木忠「生涯発達」高橋恵子・湯川良三・安藤寿康・秋山弘子編『発達科学入門[1]理論と方法』(東京大学出版会、2012 年) 57 頁参照。そして、人格の発達についてであるが、榎本博明・安藤寿康・堀毛一也『パーソナリティ心理学』(有斐閣、2009 年) 155 頁では、「これまでに多くの人々とあるいは社会との関係性を保ちながら人格を形成し、定年退職、子育ての終了により社会的制約に囚われずゆったりとした自分らしい創造的な生活を送ることができる場合には、高齢期を完成態とみる考えにも合理性があるだろう。他方、頑固さが増し、自己中心的になり、自身を喪失し絶望感に浸ることとなることもあるだろう。これまでの人生を自己受容できるかどうか、心の支えとなる人間関係を築いたかどうかに係っているのである」としている。さらに秋山道彦ミシガン大学名誉教授は、「ある 1 つの遺伝子がある 1 つの心理特性を決めるのではなく、多数の遺伝子とエピジェネティックな過程が力動的に作用しながら、その時々々の環境条件に応じて適応していく。自己は、その生存をかけて、刻々と変化する状況に対応して経路を選択する。経路選択の鍵となるのは個体の適応であり、適応とは生命の維持・成長なのであり、個体の持つ遺伝的潜在性の最大化である」としている。秋山道彦「発達の規定要因」高橋恵子・湯川良三・安藤寿康・秋山弘子編『発達科学入門[1]理論と方法』(東京大学出版会、2012 年) 39 頁～42 頁参照。

人は、環境との相互作用によりながらも、主体的に適応していくものであること、高齢期に人格の完成に至ることもその人の過ごし方次第では可能であること、発達を人間の環境等への適応のプロセスとみるバルテスの理論からも、高齢期は機能低下を補償するリソースの割当の増大の時期とされており、この面に関して発達を観念することができることなどにより、人格の発達を規範的評価を受けた事実として捉えることは、生涯発達論からも可能ではないかと考えられる。

菊池・前掲注(8)25 頁の注 78) では、精神的自律能力の不十分・欠如に対するサポートに対して、生涯発達という発達支援の観点からも基礎付けることが可能である旨が示されており、河野教授の「発達障害」概念を、「社会福祉法において規範的意味内容をもつ発達障害概念を導入した先駆」としている。

己の尊厳と自己の人格の自由な発展に欠くことのできない経済的、社会的及び文化的権利を実現する権利を有する」と規定され、1975年の国連総会における「障害者の権利宣言」第3項が「障害者が人間としての尊厳が尊重される生まれながらの権利を有している」と規定されていることに立脚して福祉の理念の捉え直しをしようとする試みであるとされる<sup>121</sup>。

したがって、福祉給付法の目的は、発達を阻害された者に対して、給付をすることによって発達を保障することになるといえよう<sup>122</sup>。

### 発達（発展）権（the rights to development）

1986年に開催された国連総会で発展（発達）の保障を権利として構成する「発展（発達）の権利宣言」が採択された。発達（発達）権（the rights to development）とは、それぞれの人間及びすべての人民が、人権が実現されるような経済的、社会的、文化的及び政治的発展に参加し、貢献しかつこれを享受する権利とされる<sup>123</sup>。

この国連宣言を契機として、マイケル・アシュレイ・シュタイン（Michael Ashley Stein）は、障害者の権利に関して興味深い見解を示している<sup>124</sup>。

まず、マイケル・アシュレイ・シュタイン（Michael Ashley Stein）は、人権を3つの世代に分けて理解する。第一世代の人権（first-generation rights）として市民的権利（civil rights）と政治的権利（political rights）を、第二世代の人権（second-generation rights）として社会的権利（social rights）と文化的権利（cultural rights）を、第三世代の人権（third-generation rights）として発達（発達）権（the rights to development）をあげている<sup>125</sup>。第一世代の人権は、自由権に属するものであり、個人の平等な取り扱いを促進し、国家の介入を防止する消極的権利であるとされる。第二世代の人権は、我が国の生存権に相当するもので、平等な

---

<sup>121</sup> 河野・前掲注(111)10頁～11頁。

<sup>122</sup> ここで用いている「発達を保障する」という文言は、前掲のいわゆる「発達保障論」とは異なっていることはいままでもない。

<sup>123</sup> 申恵丰・前掲注(115)172頁。

<sup>124</sup> マイケル・アシュレイ・シュタイン（Michael Ashley Stein）は、2007年に‘Disability Human Rights’をカリフォルニアローレビューに、そして、‘Beyond Disability Civil Rights’をヘイスティングスロージャーナルに相次いで著した。

<sup>125</sup> Michael Ashley Stein(2007), ‘Disability Human Rights’, Vol.95 California Law Review pp.77-78

なお、ステファン・マークス（Stephen marks）も、1970年代から80年代にかけて発達（発達）の権利（the rights to development）を第三世代の人権（third-generation human rights）と紹介されたと記載している。そして、第一世代の人権を文化的、政治的権利とし、第二世代の人権を経済的、社会的、文化的権利としている。

Stephen marks(2004), ‘The Human Right to Development : Between Rhetoric and Reality’, *Harvard Human Rights Journal*, Vol.17.p.138.

なお、市民的及び政治的権利を第一世代の人権、社会的及び文化的権利を第二世代の人権、発達（発達）の権利を含む連帯権を第三世代の人権とする考え方は、ユネスコ人権平和部長のカレル・バザックが1977年に示している。久保田洋「国際人権機構の再構築」『ジュリストNo.854』（有斐閣、1986年）83頁。

機会を提供するものと理解され、主に生活に焦点化する積極的権利であるとされる。そして、第三世代の人権を発展（発達）権（the rights to development）とし、その特徴としては、第一世代の人権と第二世代の人権との不可分性と相互関連性であるとする<sup>126</sup>。

マイケル・アシュレイ・シュタイン（Michael Ashley Stein）は、医学モデルはディスアビリティを個人のインペアメントに起因するものと捉え、メインストリームの文化から排除された「ハンディキャップ」のある個人として捉える結果、第一世代の人権さえも保障されない可能性がある<sup>127</sup>と論じる。

そして、障害者を社会的に包摂するには、第一世代と第二世代を不可分的に、相互関連的に保証する発展（発達）への人権（the human rights to development）の導入が必要であるとしている<sup>128</sup>。

発展（発達）の権利に関する宣言は、新興国において国民が発展（発達）を求めるといった当時の世界情勢を背景として、国連によって議決されたものである。

このことからすれば、もともとは開発への権利に近いものかもしれない。

しかし、発展（発達）の権利宣言前文には、世界人権宣言が掲げる権利が完全に実現される社会的秩序に対する権利を有するとし、人民が政治的地位を自由に決定するとともに経済的、社会的、文化的発展を追求する権利を有する旨が規定されている<sup>129</sup>。新興国の発展を背景としているとしても、同宣言は、対象者を限定することなく広く発展（発達）の権利を規定しているのであり、マイケル・アシュレイ・シュタイン（Michael Ashley Stein）が論ずるように、障害者を発展（発達）の阻害されたものとして捉え、その発展（発達）権を保障することを同権利宣言に読み込むことも可能であるし、むしろ同権利宣言の重要な側面だといえるのではないだろうか。

こうしてみると、河野正輝の提唱した発達障害概念は、1986年の国連発展（発達）の権利宣言において国際法によっても規範的に基礎付けられた見解だといえる<sup>130</sup>。そこで、本稿では、河野正輝やマイケル・アシュレイ・シュタイン（Michael Ashley Stein）の

---

<sup>126</sup> Ibid.p.78.

<sup>127</sup> Michael Ashley Stein , Penelope J.S.Stein(2007), ‘Beyond Disability Civil Rights’ , Vol.58Hastings Law Journal,p.1206.

<sup>128</sup> Ibid.p.94、Ibid.p.1213.

もともと、マイケル・アシュレイ・シュタイン（Michael Ashley Stein）は、発展（発達）権の先にあるものとして、障害者の人権パラダイムを構想している。Ibid.p.94.

わが国では、鈴木勉が『現代障害者福祉論』の中で触れている。鈴木勉・植田章偏著『現代障害者福祉論』（2006年、高菅出版）17頁～18頁。

<sup>129</sup> 「発展の権利宣言」については、奥脇直也、小野寺彰編集『国際条約集』（有斐閣、2011年版）303頁～305頁。

<sup>130</sup> 河野正輝の発達障害概念の初出は、1979年の季刊労働法 114号に掲載された「社会福祉サービスの法的特質—現行社会保障法下において」である。

筆者は、発達（発展）の権利（the rights to development）を障がい法の中核に据えることによって、障がい法の全体構造がより明確となると考えている。



見解に依拠して、知的障害者が人格の発展（発達）、経済的、社会的および文化的発展（発達）を社会的障壁により阻害されている状態であるかどうかを考察の対象としたい。つまり、「自己決定」、「参加」、「貢献」を阻害する社会的障壁が、知的障害者の発達を阻害していると見るのである。

そして、本論文の第三章では、障害者総合支援法を中心に、「自己決定」、「参加」、「貢献」の側面からこれを阻害している障壁（＝発達を阻害している社会的障壁）を指摘し、次いで、障害者の発達を促進するための当該障壁の縮減を図る方法を論じ、最後に権利救済的側面を考察する。

### 第三章 障害者総合支援法における知的障害者の主体性の形成

#### 第一節 知的障害者の地域生活の現状と求められる支援

ここでは、障害者総合支援法の検討に入る前に、知的障害者の地域生活の現状、その現状を踏まえた支援策について概観してみたい。障害者総合支援法が知的障害者の支援に対してどの位置にあり、どの範囲を受け持っているのかをより明確にさせるためである。

##### 1 知的障害者の地域生活の現状

内閣府が発行する平成 25 年度版「障害白書」によれば、身体障害における施設入所者の割合 2.4%、精神障害における入院患者の割合 10.1%に対して、知的障害者における施設入所者は 23.4%となっており、特に知的障害者の施設入所の割合が高い点に特徴がある。また、在宅の知的障害者では、同居者ありが 94.7%、このうち配偶者ありは 2.3%であり、身体障害者の配偶者ありの 60.2%と顕著な違いを示しており、知的障害者の大部分は親や兄弟と一緒に暮らしている。

また、平成 25 年 6 月 28 日に厚生労働省によって取りまとめられた「平成 23 年生活のしづらさなどに関する調査」結果<sup>131</sup>によれば、65 歳未満の療育手帳所持者の外出時に支援が必要と回答した者は 75.1%であり、身体障害者手帳所持者の 45.4%を大きく上回っている。

知的障害（児）者の地域活動への参加状況は、「よく参加する」、「ときどき参加する」が 25.9%であり、「ほとんど参加しない」、「参加したことはない」は 67.5%であった。また、「いやな思いがある」かどうかについては、知的障害（児）者の 35.4%が依然「いやな思い」があると応えている。その内容は「じろじろ見られる」、「サービスを拒否される」、「差別的な発言」などであった<sup>132</sup>。

##### 2 社会的障壁と求められる支援

上でみた知的障害者の生活の特徴は、「①依然施設入所の割合が高い、②在宅の知的障害者は親・兄弟との同居が高い割合であり、一人暮らしや配偶者との同居は極端に少ない、③地域活動への参加の割合は低く、外出への支援に対するニーズは高い、④生活する上で「いやな思い」の経験は減少しているが、低いとはいえない状況である」と整理できよう。

一方、知的障害者と同居している親は、親亡き後を心配している状況が多く見られる<sup>133</sup>。

<sup>131</sup> [http://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/seikatsu\\_chousa\\_c\\_h23.pdf](http://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/seikatsu_chousa_c_h23.pdf), accessed 31 Aug. 2014.

<sup>132</sup> 以上は、厚生労働省が発表した「平成 17 年度知的障害（児）者基礎調査結果の概要」によった。<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/titeki/>, accessed 31 Aug. 2014.

なお、同調査によれば、「いやな思い」に関して前回調査（H12 年度）では、56.9%が「あった」と答えたのに対して、今回（H17 年度）調査では 35.4%に減少している。

<sup>133</sup> 例えば、愛知県が平成 23 年度に行った愛知県障害者基礎調査によれば、「将来の不安や、その他困っていること」というアンケート項目に対する回答として、親亡き後の不安について多く寄せられている。「愛知県障害者基礎調査 報告書 平成 23 年 3 月」162 頁～163 頁。

<http://www.pref.aichi.jp/0000039910.html>, accessed 8 June 2014.

なお、地域で自立した生活を保障することは、「親亡き後は施設」という根本的課題の解決にも

知的障害者にとって、地域での一人暮らしあるいは配偶者とともに生活するというよりも、親元もしくは施設で生活している現状が浮かび上がってくる。また、地域活動への参加も低調である。知的障害者は、認知能力や判断能力に制限がある結果、親元あるいは施設での生活もやむを得ないのであろうか。いや、そうではない。現に、外出に対する支援ニーズは高いのであり、支援を受けながら親元や施設から自由に外出したいのである。知的障害者の当事者団体であるピープルファースト東久留米では、入所施設を出て地域で暮らす、大人になったら親元を離れて生活するという事は、人としてのあたりまえの生活<sup>134</sup>であるとしている。

そして、上でみた①から④までの状況は、その多くが「遅れを招く環境」という知的障害者の発達を阻害する社会的障壁に起因しているといえるだろう<sup>135</sup>。

これらの障壁を除去、縮減し、知的障害者の地域での自立した生活を保障し、その主体性を形成するには、単に身体の介護や家事援助サービスのみではなく、知的障害者の思いに寄り添いながら、生活全体をトータルとして本人を支える支援が必要であらう。つまり、地域で生活していくうえで、相談をしつつ判断や決定を補ってくれるマンツーマン支援（自己決定支援の側面）、地域での活動を可能にするような絆の創設や行動の支援（参加支援の側面）、さらには、町内会などでの役割を果たすためのコミュニケーション支援（貢献支援の側面）などが不可欠となろう。さらには、地域生活をしていくうえで、知的障害者により添いながら、見守りや、相談などのトータルの支援を担うパーソナルアシスタンスの導入なども必要となろう。

支給決定のプロセスにおいては、自己決定や参加の視点から、知的障害者と行政ないしサービス計画作成者が協議することによってサービス内容を決定していくシステムが望ましいといえよう。

また、地域生活の支援には、公が直接的に支給するのみではなく、地域住民の相互扶助やボランティアなどのインフォーマルサービスも必要となる。その意味では、行政による地域ネットワークの構築や地域での福祉ニーズ対応力の養成が求められるのである。

そして、社会の知的障害者への偏見や差別をなくすための普及啓発活動や制度周知も重要であるし、所得保障や就労支援も欠くことができない。

このように、知的障害者が地域で自立した生活をすることに對する障壁を除去するには、行政と地域が一体となった重層的な取り組みが求められるのである。

ここでは、このような取り組みの一つ一つを検討するのではなく、障害者総合支援法における支給決定のプロセスおよび支給内容について、知的障害者の発達を阻害する障壁、そし

---

つながる。同様の指摘は、植戸貴子「知的障害者の地域生活のための支援と仕組みづくり」『神戸女子大学健康福祉学部紀要第3巻』（平成23年）3頁。

<sup>134</sup> ピープルファースト東久留米『知的障害者が入所施設ではなく地域で生きていくための本』（生活書院、2011年）5頁。

<sup>135</sup> カリフォルニア・ピープルファースト編、秋山愛子・斉藤明子訳『わたしたち、遅れているの？—知的障害者をつくられる』（現代書館、1998年）2頁、13頁～17頁。

て、その縮減策に絞って検討していきたい。

## 第二節 障害者総合支援法の概要

### 1 障害者自立支援法から障害者総合支援法へ

障害者総合支援法は、地域社会における共生の実現に向けた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（平成24年法律第51号）により、障害者自立支援法の改正法として成立した。

主な改正点<sup>136</sup>は、次のとおりである。

#### ① 基本理念規定の新設（第1条の2）

法に基づく日常生活・社会生活の支援が、共生社会を実現するため、社会参加の機会の確保及び地域社会における共生、社会的障壁の除去に資するよう、総合的かつ計画的に行われることを法律の基本理念として新たに掲げた。

#### ② 障害者の範囲の拡大（第4条第1項）

「制度の谷間」を埋めるべく、障害者の範囲に難病を加えた。

#### ③ 障害支援区分の創設（第4条第4項）

「障害程度区分」について、障害の多様な特性その他の心身の状態に応じて必要とされる標準的な支援の度合いを総合的に示す「障害支援区分」に改められた。

#### ④ 重度訪問介護の拡大（第5条第3項）

これまでの重度の肢体不自由者等に、新たに厚生労働省令で定めたものが加えられた。

#### ⑤ 地域生活支援事業の追加（第77条）<sup>137</sup>。

### 2 障害者総合支援法の基本構造

障害者総合支援法も、障害者に対する給付の法としての障害者自立支援法の基本構造をほとんどそのまま引き継いでいる。

障害者が介護給付費や訓練給付費の支給を受けようとする場合、まず、市町村に支給の申請を行う（法第20条第1項）。次いで市町村は、職員または指定一般相談支援事業者等により、申請者と面接を行わせ、心身の状況やその置かれている環境その他厚生労働省令で定める事項について調査をさせる（法第20条第2項）。次に、介護給付にあつては、コンピュータによる一次判定、市町村審査会の二次判定を経て、市町村は、障害支援区分の認定（法第

<sup>136</sup> 主な改正点の説明は、厚生労働省ホームページ中の「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概要」を参照した。

[http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi\\_kaigo/shougaihashukushi/sougoushien/dl/sougoushien-01.pdf](http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/shougaihashukushi/sougoushien/dl/sougoushien-01.pdf), accessed 8Apr.2014.

<sup>137</sup> なお、このほかにも、サービス基盤の計画的整備として、障害福祉サービス等の提供体制の確保に係る目標に関する事項及び地域生活支援事業の実施に関する事項についての障害福祉計画の策定等が規定された。

21 条第 1 項) を行う。そして、市町村は、申請者<sup>138</sup>に対してサービス等利用計画案の提出を求め(法第 22 条第 4 項)、障害者等の支援区分、当該障害者等の置かれている環境、当該申請者等の利用に関する意向その他厚生労働省令で定める事項<sup>139</sup>を勘案して介護給付費等の支給の要否を決定する(法 22 条 1 項)<sup>140</sup>。なお、共同生活援助を除く訓練等給付に関しては、障害支援区分の認定を経ることなく支給決定が行われる(法施行令第 10 条)。

また、市町村は、支給決定を行ったときは、当該支給決定障害者に対し、厚生労働省令で定めるところにより、支給量等を受給者証に記載する(法第 22 条第 8 項)。なお、地域相談支援給付についても、障害支援区分の認定を経ずに支給決定がなされる。そして、支給決定時に提示されたサービス等利用計画案に基づきサービス等利用計画が作成される。

以上の手続きを経て、当該申請者はサービス事業者と契約を締結し、サービスを受給することとなる。そして、支給決定時に提示されたサービス等利用計画案に基づきサービス等利用計画が作成させる。

### 第三節 知的障害者の主体性の形成の視点からみた障害者総合支援法

#### 1 申請までの段階

一般に市民の社会保障給付へのアクセスは、まず行政の広報等によって制度の存在を知り、それによる給付を受けることを期待して担当窓口を訪れ、そこでの指導助言によって要件に関する詳しい情報を入手して、しかるべき手順を踏んで給付申請を行うというプロセスが通例であろう。

#### (1) 申請の前段階における市町村の広報義務・周知義務

ここでは、市町村の広報義務・周知義務が問題となる。

知的障害者にとってどのような支援の制度があり、どのような給付を受けることができるか等を事前に知っておくことが、給付等を受ける自己決定の前提となるからである。また、給付を受けながら地域での自立した生活に参加していくためにも、事前に制度等を知っておく必要がある。

行政の広報義務については、学説も分かれており<sup>141</sup>、いわゆる永井訴訟の第 1 審判決<sup>142</sup>で

---

<sup>138</sup> 申請者が障害児の場合、障害児の保護者に対してサービス等利用計画案の提出を求めることとなる(法第 22 条第 4 項)。

<sup>139</sup> 「厚生労働省令で定める事項」は、障害者総合支援法施行規則 12 条に規定されている。

<sup>140</sup> 同行援護に係る支給申請のうち「身体介護を伴わない場合」及び共同生活援助に係る支給申請のうち、入浴、排せつ又は食事等の介護を伴わない場合は除かれる。

<sup>141</sup> 木下秀雄、高藤昭は行政の広報義務を認めるが、堀勝洋は、明文の規定がないことを理由に広報・周知義務には否定的であり、たとえ認められても行政庁の裁量に属するとしている。木下秀雄「社会保障法における行政の助言・教示義務」『賃金と社会保障 No.1457』(2008 年) 25 頁～34 頁。高藤昭「社会保障給付の非遡及主義立法と広報義務」『判例タイムズ No.766』(1991 年) 38 頁～44 頁。堀勝洋「社会保障法判例 児童扶養手当に関する周知徹底義務を違法に怠ったとして損害賠償請求が認められた事例(永井訴訟第 1 審判決)」『季刊・社会保障研究 Vol.27 No.2、』

は、行政庁（京都府知事）の広報義務が認められたが、大阪高裁は、行政庁（京都府知事）の一般的な広報・周知義務については、行政の果たすべき責務であるが、法的義務とはいえないと判示した<sup>143</sup>。

### ①市町村の情報提供・広報義務

障害者総合支援法は、第2条第1項第2号で障害者等の福祉に関する情報提供や相談に応じること等を市町村の責務と規定している。

したがって、市町村は、情報アクセスへ支障がある人に確実に情報を届ける提供方法を工夫をするとともに、地域相談支援や基本相談支援の充実強化、地域生活支援事業で市町村の必須事業とされている相談支援事業の整備充実を図る必要があることは言うまでもないことである<sup>144</sup>。

しかし、責務規定から直ちに義務を導き出すことには無理があるように思われる。責務規定は、法的強制力を伴わない規定と解する余地があるからである。例えば、前述した永井訴訟の控訴審判決は、責務の意味を法的強制力を伴わないものとして用いている。

ところで、障害者等の福祉に関する情報は、先に述べたように、給付を受けるか否かを自己決定するためには不可欠の前提となるものであり、申請権を顕在化させる契機となるものであるともいえよう。

一方、市町村と住民とは情報の非対称性があり、圧倒的に市町村が情報を保有している状況にある。このような状況において、どのような場合にどのような給付が受けられるのか、その方法などの一般的広報を市町村が怠った場合、住民の適正な申請権並びに受給権の芽を摘んでしまう結果となり、憲法第25条の生存権が保障されない結果となってしまう。そもそも、社会保障は、所得の配分の機能を有しているのであり<sup>145</sup>、この趣旨からすれば、情報を財と捉え、情報の再配分機能も社会保障の趣旨に適うものと解することも可能であろう<sup>146</sup>。

さらに、障害者総合支援法第2条第1項は、「努めなければならぬ」規定ではなく、「責務

---

（1991年）200頁～210頁。なお、小川政亮は、1987年に『日本福祉大学研究紀要』で、ドイツ社会法典に規定されている広報義務を紹介している。小川政亮『小川政亮著作集第1巻』（大月書店、2007年）329頁～347頁。

<sup>142</sup> 京都地裁平成3年2月5日判決。判例タイムズ No.751（1991.5.1）238頁～256頁参照。

事案は、児童扶養手当を遡及受給できなかったのは、市町村が児童扶養手当に関する広報・周知義務を果たさなかったことが原因であると訴えたもので、第1審は、憲法25条は福祉立法の解釈基準を示すものであり、児童扶養手当法1条、7条1項、2項を憲法25条の趣旨から解釈すれば、市町村の広報義務が導かれると判示した。

<sup>143</sup> 大阪高裁平成5年10月5日判決。別冊ジュリスト社会保障法判例百選〔第4版〕「106児童扶養手当制度に関する国の広報・周知義務」（有斐閣、2008年）214頁～215頁参照。

<sup>144</sup> 河野正輝「障害者自立支援の法的課題—障害者の権利擁護およびサービス支給決定プロセスの改革」『社会福祉研究所報第39号』（2011年）69頁～70頁。

<sup>145</sup> 河野正輝・中島誠・西田和弘編『社会保障論』（有斐閣、2007年）268頁。

<sup>146</sup> 阿部和光は、第16回社会保障法学会の質疑応答で、情報収集、広報義務について要保護者の従属性から導出できるとの見解を示している。日本社会保障法学会編『社会保障法』（法律文化社、1990年）161頁。筆者も基本的には阿部和光の方向性と同一である。

を有する」となっていること、その中でも第2号の情報提供、相談に応じる責務は、同項第1号の「必要な自立支援給付及び地域生活支援事業を総合的かつ計画的に行う」とは明らかに規定の仕方を異にしており、「必要な情報提供を行う」、「相談に応じる」など住民に対して行うことが具体的に規定されている。情報提供等が申請権、給付請求権の行使に不可欠の前提であって自己決定を支えるものであり、情報格差の是正が社会保障の理念にも合致するものであること、そして、障害者総合支援法第2条第1項が、努力義務規定ではなく責務として強い規定を置いていることを併せ考えると、同項が市町村の広報・相談義務を定めたと解することも可能であろう<sup>147</sup>。

そして、知的障害者など意思疎通が不十分な人に対して、必要な便宜を供与しなければ、情報提供・広報義務を果たしたとはいえない。同条第1項第3号の意思疎通についても、「必要な便宜を与えること」と定めをしていることから、情報提供・広報義務は意思疎通義務も包含されると解される。

## ②報提供・広報義務の程度・範囲

次に、情報提供・広報義務の程度・範囲の検討に入ろう。

この点で参考になるのは、民法の分野で契約の交渉過程における行為義務を理論化した「熟度論」であろう。これは、熟度に応じた段階的契約責任を論じるものであり、契約関係の実質は、ある一定の時点を境にして、それ以前には何の法律関係も存在しない、それ以後は両当事者が契約の鎖で固く結ばれるというのではなく、その端緒から履行の完了に至るまで段階的に成熟していくものである。そして、個々の法律問題は、その成熟度に応じた法律効果を認めていかざるを得ないといった理論である<sup>148</sup>。

もちろん、私法に属する理論を公法関係に直接援用することはできないが、情報提供・広報義務についても、住民が市町村と何ら接点をもたい状況から、情報提供・広報を受けて市町村に相談し、給付申請の意思を固め、給付申請に至る過程は、いわば申請に向けて成熟していく過程でもあると捉えることができるのである。これは、熟度論が想定している事実と同様のものといえることができるのではないだろうか。そうだとすれば、申請へと向かう過程の中でその熟度に応じて、情報提供・広報義務の程度・範囲も定まってくると解することができよう。

それでは、申請前の段階での情報提供義務・広報義務の程度・範囲はどうであろうか。

この段階では、市町村と住民とは接触しておらず、住民も申請するかどうかの意思が芽生

---

<sup>147</sup> なお、河野正輝・前掲注(144)70頁参照。

<sup>148</sup> 潮見佳男『不法行為法I [第2版]』（信山社、2009年）119頁。熟度論は、鎌田薫によって提唱された理論である。鎌田薫「不動産取引の再検討」『土地問題双書19号』（1983年）、同「売渡承諾書の交付と売買契約の正否」『ジュリストNo.857』（1986年）114頁～117頁。

える以前の段階であり、情報提供・広報義務は、市町村の幅広い裁量に属する<sup>149</sup>。そして、その程度は、永井訴訟における地裁判決が示したように受け手が「相当の注意をもって普通の努力をすれば制度を知り得る程度」<sup>150</sup>とすべきだろう。このことは、注意義務の公平な配分という民法上の過失相殺の理念<sup>151</sup>からも説明できよう。

もちろん、法令の創設や変更に関して官報に掲載されたこと以外何ら情報提供・広報しないことは当該義務を尽くしたことになると思われ、情報提供・広報する際には、意思疎通が困難な人に対する配慮も欠かすことはできない<sup>152</sup>。

### ③情報提供・広報義務の法的効果

ア) 例えば、誤った情報提供を行い、住民に損害を生じさせた場合は、国家賠償法に基づき市町村は賠償責任を負う。また、法令等の創設や改正に伴い市町村が情報提供・広報を怠り、そのことによって住民に損害を発生させた場合には、不作為の期間、程度を考慮し裁量権の逸脱といえる事態に至った場合には、国家賠償法に基づく損害賠償義務が発生する<sup>153</sup>。

イ) 問題は、住民の情報提供・広報請求権が認められるかどうかである。

小川政亮は、ドイツ社会法典を例に出して、広報義務は明記されているも、広報を請求する権利が規定されていないことから、ドイツでは広報義務の履行請求に関してはこれを否定する見解が多いと紹介している<sup>154</sup>。

確かに、わが国においても、情報提供について障害者総合支援法第2条第1項第2号で責務規定をおいているが、情報請求権に関する規定は置かれていない。

しかし、前述したように、情報提供・広報は申請権の萌芽を形成する契機となるものであるし、情報の非対称性を国家の介入によって是正することも社会保障法の目的と解されることから、障害者総合支援法第2条第1項第2号は、情報請求権を規定している解すべきである<sup>155</sup>。

---

<sup>149</sup> 市町村広報紙での周知やパンフレットの配布、町内会での説明等が考えられる。

<sup>150</sup> 判例タイムズNo.751（1991年）254頁。

<sup>151</sup> 加藤雅信『新民法大系V 事務管理・不当利得・不法行為（第2版）』（有斐閣、平成17年）309頁。

なお、障害者総合支援法は公法に属すると考えられることから安易に民法上の原則を適用することはできないが、民法が民事関係の分野で一般法の地位にあること、本文記載の事項が、主に国家賠償法上の過失相殺の場面で顕在化することから、過失相殺の理念で説明することは可能であると考えている。

<sup>152</sup> ルビをふったものや絵入りのものの同時配布も必要であろう。

<sup>153</sup> もっとも、損害と市町村の広報義務懈怠との間に相当因果関係がないと判断される場合も多いと思われる。

<sup>154</sup> 小川政亮「社会保障と広報義務一主としてドイツ連邦共和国社会法典総則における一」『小川政亮著作集第1巻』（大月書店、2007年）338頁。

<sup>155</sup> 平成5年に成立し平成6年4月1日から施行された行政手続法第9条第2項は、「行政庁は、申請をしようとする者又は申請者の求めに応じ、申請書の記載及び添付書類に関する事項その他の申請に必要な情報の提供に努めなければならない」と規定し、一般的な情報提供・広報義務及び情報提供・広報請求権を排除しているものとも解されるが、障害者総合支援法においては本文



#### ④小括

これまで、情報提供・広報についてだけ述べてきたが、熟度論を参考にすれば、申請に向かって成熟していく過程で、市町村の対応も、情報提供、広報、相談、助言と移行し、それぞれの段階に応じてその範囲と程度が市町村の義務として生じるのである。

河野正輝は、社会福祉の権利構造は、単一の権利からなるのではなく、核となる権利を中心としてこれを支える複数の権利からなることを明らかにした<sup>156</sup>。そして、情報提供・広報に関する権利構造を示すならば、申請権を中心として、これを補完する情報請求権、広報請求権、相談請求権、助言請求権からなる複数の規範群ということができるのではないかと考えている<sup>157</sup>。

障害者が何らかの給付を受けようと思い、市町村の窓口申請あるいはその前提として相談に訪れた段階では、一般的な広報・周知のときは市町村に課せられる義務の程度も異なってくると解される。つまり、ここでは、住民が市町村窓口出向くなどにより市町村と接触した結果、市町村にとっては一般住民ではなく、特定の住民となったのであり、これから申請に向けて徐々に成熟していく過程が形成されていくのである。

これを②で述べた枠組みに沿って示せば次のとおりとなる。

市町村と接触した初期の段階では、制度に関する概要説明等が主であるが、徐々に申請に向けて具体化していき、制度に関する説明というより、より具体的な相談、助言へと移行していく。市町村は、申請前段階のように幅広い裁量ではなく、申請に向けた熟度に応じた相談、助言義務を負うということになる。

法的効果も、市町村の具体的義務違反があった場合や義務履行の不作为があった場合には、国家賠償法上の責任を負うし、申請者の助言を求める請求権行使も認められよう。義務の程度は、申請前段階よりも申請に向けての熟度に応じたより具体的なものとなるだろう。さらに、誤った説明や助言、あるいは説明・助言が不十分だったために、申請者の意図とは異なった給付決定を受けた場合は、瑕疵ある決定として行政不服審査法や行政事件訴訟法によって処分の取り消しを求めることとなる。

## (2) 現行制度における申請段階の問題点（申請書と助言・説明義務）

### ①問題の状況

---

で述べた理由により、一般的な情報提供・広報義務及びその請求権性が認められると結論づけた。つまり、行政手続法と障害者総合支援法を一般法、特別法の関係と解したわけである。

<sup>156</sup> 河野・前掲注(111)109～132頁。

<sup>157</sup> 河野正輝は、社会福祉の権利構造を複合的構造として措定し、理解すべきだとし、処遇過程の権利も複数の権利からなっており、その中の個別処遇の参加権を「①処遇方法・効果・危険等について説明を求める権利、②質問を行い、自己の意見を表明する機会を求める権利、・・・」等複数の権利群からなるとし、個別の処遇方法の決定過程に参加する権利は法定されていないが、憲法25条、13条及び老人福祉法、児童福祉法、身体障害者福祉法の包括的理念規定（老福2条、3条、児福1条1項、2項、心障基3条）の中に当然に含意されているものと解するとしている。河野・前掲注(111)126頁～127頁。

支給決定の申請は、申請者が申請書を市町村に提出することによってなされるが、申請書の記載事項については障害者総合支援法施行規則第7条によって規定されている。

具体的な申請書は、和歌山市を例にとれば図1のとおりである<sup>158</sup>。

図1で示されるように、障害者総合支援法に規定される介護給付費等の申請の特徴は、申請の段階で支給決定の種別を事前を選択させる制度になっているということである。

これを他の制度と比較してみると、介護保険の要介護認定申請では、基本的には申請者の氏名、性別、生年月日及び住所を記載することで申請を行うことができる（介護保険法施行規則第35条）<sup>159</sup>こととなっており、介護保険法第40条に規定されている給付の種別を事前を選択するシステムとはなっていない。また、生活保護法の申請においても、申請書の記載事項は、「①要保護者の氏名及び住所又は居所、②申請者が要保護者と異なるときは、申請者の氏名及び住所又は居所並びに要保護者との関係、③保護を受けようとする理由、④要保護者の資産及び収入の状況、⑤その他要保護者の保護の要否、種類、程度及び方法を決定するために必要な事項として厚生労働省令で定める事項」となっており（生活保護法第24条第1項）、2014年の改正で葬祭扶助のみ別個の様式を使用するに過ぎない（生活保護法施行規則第1条第5項）

---

<sup>158</sup> 当該申請書は、和歌山市独自のものではなく、全国的に概ね同一である。

<sup>159</sup> なお、介護保険法施行規則第35条には、申請書の記載事項として、要支援認定を現に受けているかどうか、受けていればその状態区分等、主治医の医師がある場合は当該医師の氏名等、第2号被保険者の場合の特定疾病の名称を記載するよう規定されている。

図1

別記様式第1号(第5条、第17条、第20条関係)

(宛先)和歌山市福祉事務所長(和歌山市保健所長)

新規 継続新規

次のとおり申請します。

申請年月日 平成 年 月 日

サービス利用の状況	障害福祉関係サービス	障害支援区分の認定	有・無	区分 1 2 3 4 5 6	有効期間	年 月 日から 年 月 日まで
	介護保険サービス	要介護認定	有・無	要介護度	要支援( )・要介護	1 2 3 4 5
	障害児通所支援	利用中のサービスの種類と内容等 <input type="checkbox"/> 児童発達支援 <input type="checkbox"/> 医療型児童発達支援 <input type="checkbox"/> 放課後等デイサービス <input type="checkbox"/> 保育所等訪問支援				

申請するサービス	区分	サービスの種類		申請に係る具体的内容
		介護給付費	訓練等給付費	
訪問系 その他	訪問系 その他	<input type="checkbox"/> 居宅介護	/	※共同生活援助の申請の場合 1 希望する事業所の種類 <input type="checkbox"/> 介護サービス包括型 <input type="checkbox"/> 外部サービス利用型
		<input type="checkbox"/> 重度訪問介護		
		<input type="checkbox"/> 同行援護		
		<input type="checkbox"/> 行動援護		
		<input type="checkbox"/> 短期入所		
		<input type="checkbox"/> 重度障害者等包括支援		
日中活動系	日中活動系	<input type="checkbox"/> 療養介護	<input type="checkbox"/> 自立訓練(機能訓練)	2 介護の提供の希望 <input type="checkbox"/> 有 <input type="checkbox"/> 無
		<input type="checkbox"/> 生活介護	<input type="checkbox"/> 自立訓練(生活訓練)	
		/	<input type="checkbox"/> 宿泊型自立訓練	
			<input type="checkbox"/> 就労移行支援	
			<input type="checkbox"/> 就労移行支援(養成施設)	
			<input type="checkbox"/> 就労継続支援A型	
<input type="checkbox"/> 就労継続支援B型				
居住系	<input type="checkbox"/> 施設入所支援	<input type="checkbox"/> 共同生活援助(グループホーム)※		
地域相談支援	地域相談支援	<input type="checkbox"/> 地域移行支援		
		<input type="checkbox"/> 地域定着支援		

※「被保険者証の記号及び番号」欄及び「保険者名及び番号」欄は、療養介護を申請する場合記入すること。

サービス等利用計画又はサービス提供計画を作成するために必要があるときは、障害支援区分の認定に係る認定調査・概況調査の内容、サービス利用意向聴取の内容、和歌山市介護給付費等の支給に関する審査会における審査判定結果・意見及び介護給付費等医師意見書の全部又は一部を、和歌山市が指定特定相談支援事業者、指定障害福祉サービス事業者、指定障害者支援施設又は指定一般相談支援事業者の関係人に提示することに同意します。

## ②発達を阻害している社会的障壁

### ア) 自己決定の視点

知的障害者の特性として、文字情報を読むこと、読んだ情報を理解することなどの情報処理能力が弱い<sup>160</sup>、抽象化や般化の能力が未発達など認知・適応能力が弱い<sup>161</sup>とされている。

このような知的障害者の障害特性からすれば、第1に事前に受けたい給付を選択させることは、給付の種類や内容を知的障害者が理解することが困難な可能性があること、第2に、申請書自体の読み取りが困難な可能性があることが指摘できるのではないかと。つまり、知的障害者が申請しようにも、どのような給付の種類を求めるものであるのか、申請書にどのように記載していいのかが理解できず、その結果、自分自身に適切な給付を決定しあるいは選択できないこととなろう。当該申請システムは、知的障害者にとって、自己決定・自己選択を阻害する社会的障壁となっている可能性が高い。

### イ) 参加の視点

申請は、障害者総合支援法に規定されている給付を受けながら、地域の中で自立した生活を営んでいくための入り口部分であり、自己決定の視点の箇所ですべて述べたように、当該申請システムは知的障害者にとっての障壁となる可能性を孕んでおり、参加の視点でも改善が求められるものと考えられる。

## ③社会的障壁の縮減と主体性の形成

それでは、上記で述べた社会的障壁を解消し、知的障害者の主体性を形成していくためには、当該申請システムはどうあるべきだろうか。

まず、申請書の様式については、漢字にルビを振ることは必須であろう。それとともに、支給の種別についての分かりやすい解説も申請書と一体のものとするべきであろう。その際、絵や写真での説明も盛り込むべきである<sup>162</sup>。

---

<sup>160</sup> 山崎貴之ほか「知的障害者への情報提供に必要な配慮に関する調査研究」4頁。

当調査研究は、社会福祉法人北九州市手をつなぐ育成会北九州障害福祉研究センターの平成22年度の研究開発事業の成果である。

<http://www.kitaiku.com/kenkyu/pdf/file/file000022.pdf> accessed 6 May 2014.

Val Williams (2013), opcit. p18.

<sup>161</sup> 豊村和真「知的障害児者の心理的特性と心理的問題について」4頁。

[http://www.ipc.hokusei.ac.jp/~z00105/\\_kamoku/tokusi/L\\_amentia.htm](http://www.ipc.hokusei.ac.jp/~z00105/_kamoku/tokusi/L_amentia.htm), accessed 6 May 2014.

山崎貴之ほか・前掲注(160)4頁。

<sup>162</sup> 山崎貴之ほか・前掲注(160)書によれば、知的障害者への情報提供に必要な配慮について、難しい漢字は使わない、難しいことばは簡単なことばに置き換える、抽象的な言葉は避け、具体的に書く、絵(写真)は理解と記憶を助ける、

図2は、イギリスのオックスフォード郡の知的障害者の学習支援の案内の科目を紹介したものを抜粋したものであるが、このように絵を挿入することによって知的障害者を支援していることは参考にすべきだろう。

図2.<sup>163</sup>



#### Courses

We offer lots of exciting courses including:

cookery

crafts

languages and communication

photography

sports, fitness and exercise

drawing and painting

\*出展：イギリスのオックスフォード郡のホームページ

以上に述べたような申請書の工夫や給付内容の解説書を整備することとともに、相談体制の充実も図られるべきである。申請に訪れた知的障害者に対して、市町村の窓口担当職員は丁寧な対応と、知的障害者に理解できるような説明が求められることになるだろう。

ちなみに、アメリカ・カリフォルニア州のランターマン法制の下では、利用者の個人プランを作成する IPP (Individual Program Plan) ミーティングにおいて、利用者の参加のもとに、利用者が理解できるようなコミュニケーション手段を用いることとされている<sup>164</sup>。

知的障害者が障害者総合支援法における自立支援給付を申請する場合、通常は、同居している親あるいは親族が付き添って申請に赴く場合がほとんどであろう。また、入所している施設から地域に移行する場合は、施設の支援員等が同席するあるいは申請の代行を行うだろう。したがって、知的障害者が単独で申請に訪れることは稀かもしれない。

---

との結論を導いている。

また、杉野昭博は、「知的障害者と絵記号（ピクトグラム）—障害学の視点から—」『関西大学社会学部紀要第 38 巻第 1 号』（2006 年）で、スウェーデンにおける知的障害者支援に絵記号が導入されることによって、知的障害者の自己決定に寄与していることを紹介し、わが国への導入を示唆している。

<sup>163</sup> Oxfordshire County Council のホームページから

“Helping adults with learning disabilities access adult learning courses.”

<https://www.oxfordshire.gov.uk/cms/content/adult-learning-0> accessed 6 May 2014

<sup>164</sup> “Rights Under the Lanterman Act : Regional Center Services for People with Developmental Disabilities” Chap.4p.10.

<http://www.disabilityrightsca.org/pubs/506301.pdf#search='Rights+Under+the+Lanterman+Act+%3A+Regional+Center+Services+for+People+with+Developmental+Disabilities'> accessed 6 May 2014.

同書では、コミュニケーションの手段の例として、サイン、はい、いいえのかわりにうなずきとか瞬きでの読み取りなどをあげている。

もちろん、意思決定支援の観点から、成年後見を付することも必要となるだろうし、日常生活自立支援事業の利用といった方法もあるだろう。

しかし、知的障害者は申請する権利の主体であって、自己決定あるいは参加の視点からみれば、可能な限り知的障害者が単独で申請できるような環境整備、つまり申請段階からのコミュニケーション支援が求められるのではないだろうか。障害の社会モデルという視点に立つとき、このことは一層明確になるだろう。

自立支援給付を申請する場合、通常は、まず指定相談支援事業者（指定一般相談支援事業者及び指定特定相談支援事業者）に事前に相談し<sup>165</sup>、そこで説明を受け、サービスの種類を選択するだろう。その際、かなのルビをふった申請書や挿絵入りなどの分かりやすい制度説明のパンフレット等により説明をするなどして、障壁除去に努めるべきである<sup>166</sup>。さらに、知的障害者にとっては、幼少時から自分の力で何かを成し遂げる経験が少なく、意思表示の力が弱い人が多いとされていることから<sup>167</sup>、障害者総合支援法施行規則第6条の11で基本相談支援の内容として規定されている訪問等による相談支援、つまりアウトリーチによる常日頃の知的障害者との関係づくりの必要性が高いといえよう。

一般的には、相談支援事業者との相談を経て申請に至る場合が多いとはいえ、市町村は、申請につき相談支援事業者への相談を経由することを義務づけるわけにはいかないのであり、市町村自身、上記で示したような知的障害者とのコミュニケーションについての障壁除去をすべきであろう。

ところで、そもそも申請をする前に、給付種別ごとに予め選択させる障害者総合支援法の制度自体妥当といえるだろうか。

この問題については、障害者総合支援法の支給決定のプロセスの問題として論じることとする。

---

<sup>165</sup> 障害者総合支援法第5条第16項によれば、指定一般相談支援事業者も指定特定相談支援事業者も基本相談支援を含んでいる。同法同条第17項には、基本相談支援とは、「地域の障害者等の福祉に関する各般の問題につき、障害者等、障害児の保護者又は障害者等の介護を行う者からの相談に応じ、必要な情報の提供及び助言を行い、併せてこれらの者と市町村及び第29条第2項に規定する指定障害福祉サービス事業者等との連絡調整（サービス利用支援及び継続サービス利用支援に関するものを除く。）その他の厚生労働省令で定める便宜を総合的に供与することをいう」と規定されている。

<sup>166</sup> 厚生労働省主催の「改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止・合理的配慮の提供指針の在り方に関する研究会」の平成26年6月6日付けの報告書では、知的障害者への合理的配慮の例として、「図等を活用した業務マニュアルを作成する」とされている。「改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止・合理的配慮の提供指針の在り方に関する研究会報告書」16頁。

<http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-11601000-Shokugyouseiteikyoku-Soumuka/0000047634.pdf>, accessed 12 June 2014.

<sup>167</sup> 山崎貴之ほか・前掲注(160)4頁。

#### ④権利救済的側面

まず、知的障害者が市町村の窓口で相談に来訪した場合に、仮名のルビをふった申請書を使用しなかったり、仮名のルビをふったり絵入りのパンフレット等を用いなかったからといって直ちに情報提供・相談・助言・教示義務違反を問われるとは限らない。それを補う分かりやすい説明を行えば、違法とは評価されないだろう。

しかし、例えば、給付申請書や案内書の提供を請求され、絵入りや仮名のルビをふっていないものを提供した場合は、説明で補ったとしても、請求の対象が給付申請書や案内書であるのであり、請求者の理解能力によっては、違法と評価されることも出てこよう。

意思決定に関する支援者（両親、兄弟などの親族が多いであろう）を伴って相談に来訪した場合の市町村の説明・助言・教示義務の程度は、単独で訪れる場合とは異なり、意思決定支援者からの補充的説明支援を考慮したものとなる。しかし、この場合でも、あくまで主体は知的障害者自身であり、例えば、仮名のルビをふっていない案内書や申請書で意思決定支援者のみに説明することは、義務違反を問われる可能性が生じよう。

また、障害者総合支援法が制度として相談支援事業者を設置していることから、効率性の観点を重視し、相談事業者へ事前相談をすべきことを強制し、事前相談がない申請を受け付けない等の対応をすれば、情報提供・相談・助言・教示義務違反となるだろう。

ここまでは、申請書を中心に申請行為に関する市町村の対応について論じてきたが、障害者総合支援法は、相談体制を規定しており、そこでの事前相談についての法的問題も論じる必要がある。

指定一般相談事業者および指定特定相談事業者は、一般的な相談である基本相談支援<sup>168</sup>を行うものとされているが、基本相談支援は、個別給付化されていない（法第5条第16項、第17項、第6条）。したがって、基本相談に関しては、指定一般相談事業者及び指定特定相談事業者と相談者の間には契約関係は生ぜず、また行政庁に対する申請から決定へと向かう行政手続きの関係も生じない。ゆえに事実上の関係といわざるを得ないのであり、相談者に情報請求権は保障されていないと解さざるを得ない。

しかし、指定一般相談事業者および指定特定相談事業者が誤った説明、助言、不適切な説明、助言をしたことによって相談者に損害を発生させたときには、民法上の不法行為責任が生じると考えられる。

その際の注意義務の程度であるが、相談機関は専門性の高い機関であるべきことから、注

---

<sup>168</sup> 障害者総合支援法第5条第17項で基本相談支援を次のように定義している。基本相談支援とは、「地域の障害者等の福祉に関する各般の問題につき、障害者等、障害児の保護者又は障害者等の介護を行う者からの相談に応じ、必要な情報の提供及び助言を行い、併せてこれらの者と市町村及び第29条第2項に規定する指定障害福祉サービス事業者等との連絡調整（サービス利用支援及び継続サービス利用支援に関するものを除く。）その他の厚生労働省令で定める便宜を総合的に供与することをいう」。

義務の程度、範囲も市町村の場合と同程度、あるいは説明の手順や方法、語り口については、より専門的な社会福祉援助論にそった技術が要求されるものと解される。

## 2 支給決定段階

本項では、支給決定の方法が障がい法の視点から障害者の主体性の形成を促進するものとなっているかどうかを論じていく。

### (1) 障害支援区分の認定方式

#### ①認定調査と障害支援区分

障害者総合支援法では、障害者自立支援法上の障害程度区分を障害支援区分に改め、平成26年4月1日から施行している。

厚生労働省によると、障害程度区分は、知的障害者や精神障害者について、コンピュータによる一次判定で低く判定される傾向があり、市町村審査会による二次判定で引き上げられる確率が高く、障害の特性を反映できていないのではないかとの批判に応えるために障害支援区分と改めたと説明されている<sup>169</sup>。

主な改正点は、認定調査項目が、106項目から80項目へと整理されるとともに、コンピュータ判定式も改正された。平成21年度から平成23年度の認定データ約14,000件から、申請者と同じ状態像にある障害者の二次判定結果を抽出し一覧表化した216のパターンを策定し、認定調査結果を総合評価項目に従って点数化して、216パターンから条件に合うパターンを選択し、そのうち最も確率の高い区分を障害支援区分の一次判定結果とすることとされたのである<sup>170</sup>。

認定調査項目については、障害程度区分と比べ、次の6項目が追加された。

- 健康・栄養管理
- 危険の認識
- 読み書き
- 感覚過敏・感覚鈍麻

---

<sup>169</sup> 厚生労働省ホームページ「障害者総合支援法が施行されました」中の「法律の事項別概要」から。

[http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi\\_kaigo/shougaihashukushi/sougoushien/dl/sougoushien-06.pdf](http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/shougaihashukushi/sougoushien/dl/sougoushien-06.pdf) accessed 12 May 2014

<sup>170</sup> 厚生労働省ホームページ「平成25年11月11日実施の都道府県等主管課長会議資料」より。  
[http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi\\_kaigo/shougaihashukushi/kaigi\\_shiryou/dl/20131112\\_01\\_03-05.pdf](http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/shougaihashukushi/kaigi_shiryou/dl/20131112_01_03-05.pdf) accessed 12 May 2014.



- 集団への不適応
- 多飲水・過飲水

さらに、障害程度区分では、移動や動作等に関する調査項目のうち「見守り等の支援が必要」の選択肢があるのは、えん下のみであったが、障害支援区分では、「じょくそう」以外の項目に「見守り等の支援が必要」の選択肢を設け、身の回りの世話や日常生活等に関連する16項目すべてについて、「2. 部分的な支援が必要」の判断基準として「見守りや声かけ支援」の有無が盛り込まれた<sup>171</sup>。

## ②障害支援区分の算定方法

障害支援区分の算定は、認定調査によって得られた結果に基づき、障害支援区分に係る市町村審査会による審査及び判定の基準等に関する省令（平成二十六年一月二十三日厚生労働省令第五号）の別表第一に示されている、起居動作、生活機能Ⅰ、生活機能Ⅱ、視聴覚機能など12の領域をスコア化し、その12群のスコアに基づき、非該当も含め216のパターンの中から該当するものを探し、最も確率の高いパターンを選択することによって障害支援区分を探し当てるといったシステムになっている。

## ③発達を阻害している社会的障壁

これまで、障害程度区分については、次のような批判がなされていた。

- ① 知的障害者及び精神障害者について、一次判定で低く評価され、二次判定で引き上げられている割合が高いことから、障害の特性を反映するよう見直すべき<sup>172</sup>。
- ② 障害程度区分を判定するためのアセスメント調査項目は、介護保険の調査項目であり、障害者の複雑多様な特性に対応できないし<sup>173</sup>、社会参加を考慮した項目を欠いている<sup>174</sup>。
- ③ 障害程度区分の判定は、医学モデルの障害概念に依拠して医師等の専門家による判定に

<sup>171</sup> 熊本県障害保健福祉ホームページから入手。

平成26年4月付けの厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部「障害者総合支援法における障害支援区分 認定調査員マニュアル」4頁、40～72頁。

[http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1801\\_21\\_認定調査員マニュアル.pdf](http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1801_21_認定調査員マニュアル.pdf)  
accessed 12 May 2014.

<sup>172</sup> 西田和弘「障害程度区分・支給決定手続と相談支援」社会保障法学会編『社会保障法』（法律文化社、2010年）23頁～24頁。なお、河野は、障害程度区分を審査・判定する調査項目が、「果たして3障害の特性を判定できているかどうか検証が必要であろう」とされている。河野正輝・江口隆裕編『レクチャー社会保障法』（法律文化社、2009年）200頁参照。

<sup>173</sup> 佐藤久夫「障害者自立支援法案をめぐる」『月刊ノーマライゼーション 障害者の福祉 2005年8月号』。

<http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/prdl/jsrd/norma/n289/n289015.html> accessed 12 May 2014.

<sup>174</sup> 西田・前掲注(172)23頁～24頁。

委ね、その判定結果によって利用できるサービスの種類・量を枠付けるという方式をとっていることによって、障害者の自立・自律の尊重、地域社会へのインクルージョンを制約してきた要因の一つであるから、これを廃止すべきである<sup>175</sup>。

上記①については、既に述べたように今回の改正で、障害特性をより反映させるように障害支援区分の認定調査項目に「健康・栄養管理」、「危険の認識」「読み書き」等が追加され、身の回りの世話や日常生活等に関連する 16 項目すべてについて、「2. 部分的な支援が必要」の判断基準として「見守りや声かけ支援」の有無が盛り込まれており、知的障害者の重要なニーズが「見守りや声掛け」であること<sup>176</sup>からすれば、ある程度の改善が図られたと評価できよう<sup>177</sup>。さらに、衣服の着脱についての判断基準として「自分で「衣服の着脱」はできるが、季節性に合致した衣服の準備や衣服の手渡し、着脱を促す行為が必要」としたことも、知的障害者の障害特性を考慮したものと評価できるところである。

上記②については、今回の改正で調査項目について整理統合がなされたものの、「移動や動作等に関する項目」や「身の回りの世話や日常生活等に関する項目」には介護保険の認定調査項目と重複する項目が多く見られ、障害者総合支援法第 1 条や第 1 条の 2 の規定に照らした検討が必要になろう。参加に関しては、「身の回りの世話や日常生活に関連する」16 項目のすべてに、「施設入所や家族との同居等、普段過ごしている環境ではなく、「自宅・単身」を想定して判断する」とされたこと<sup>178</sup>、わずかではあるが地域生活への参加といった観点が見てとれるものとなっている。

上記③については、給付決定システムの問題として検討する。

障害支援区分は、障害程度区分への批判に答えるものとして制度設計されたものであり、

---

<sup>175</sup> 河野正輝「障害者の地域生活をめぐる法的課題」荒木誠之・桑原洋子編著『社会保障法・福祉と労働法の新展開』（信山社、2010 年）53 頁。同趣旨のものとして、東俊裕「障害者の権利条約から見た日本障害法の構造的課題」『社会関係研究第 15 巻第 1 号』（2010 年）36 頁。なお、西田は、障害程度区分を「障害者が自立し、社会参加するために必要とする支援の量の目安」といった定義に変える必要性を主張されている。西田・前掲注(172)23 頁。

<sup>176</sup> 見守り介護の必要性について、ピープルファースト東久留米・前掲注(134)123 頁～128 頁。寺本晃久・末永弘・岡部耕典・岩橋誠治『良い支援・第 2 版』（生活書院、2012 年）258 頁～262 頁、266 頁～281 頁。岡部耕典「パーソナルアシスタンスの可能性を探る」『発達障害白書』（2011 年）124 頁～125 頁。

<sup>177</sup> この改善が障害特性を反映した結果となるかどうかは、今後の検証が必要である。

<sup>178</sup> 熊本県障害保健福祉ホームページから入手。

平成 26 年 4 月付けの厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部「障害者総合支援法における障害支援区分 認定調査員マニュアル」39 頁以下。

[http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1801\\_21\\_認定調査員マニュアル.pdf](http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1801_21_認定調査員マニュアル.pdf)  
accessed 12 May 2014.

従来の批判に対して、改善が図られた部分もあるが、そもそも、社会モデルの視点に立ち、知的障害者の主体性の形成の観点からは、どのように評価することができるのだろうか。

## ア) 自己決定の視点

自己決定に関連する認定調査項目は、「3. 意思疎通等に関する項目」が主に担うことになると考えられる。

しかし、知的障害者にとって、自己決定の支援は不可欠であり、意思疎通だけに限られるものではない。意思決定支援を図るための権利擁護は、わが国の法制では、別途民法上の成年後見制度や日常生活自立支援事業(社会福祉法第2条第3項第12号)が規定されているが、障害者総合支援法第1条及び第1条の2の規定からは、知的障害者<sup>179</sup>の意思決定支援・権利擁護を障害者総合支援法の内部で促進させる仕組みの構築が必要であろう<sup>180</sup>。

## イ) 参加の視点

認定調査項目の「1. 移動や動作等に関する項目」も支援を受けながらの地域での生活を可能とする項目であることから参加に関連するともいえよう。そして、「2. 身の回りの世話や日常生活等に関連する項目」は、地域生活を行う上で必要な介護であり地域生活への参加を保障するものである。しかし、地域で自立した生活とは、支援を受けながら日常生活をおくることだけではない。余暇活動や地域活動、社会活動へも参加するだろう。障害支援区分の調査項目の中にこれらのニーズを示す具体的な調査項目は存在しない。

余暇活動や地域活動等への参加については、現行制度では、主に行動援護や地域生活支援事業として規定されている移動支援が担うことになる。そして、行動援護の給付を基礎付けるスコアは別途用意されており、支障はないではないかとの考えもあるかも知れない。確かに、行動援護に関しては、障害者総合支援法に基づく指定障害福祉サービス等及び基準該当障害福祉サービスに要する費用の額の算定に関する基準(以下「費用の額の算定基準」という。)別表第4の注1の(2)に別に厚生労働大臣が定める基準を満たしていることが必要であると規定し、厚生労働大臣が定める基準第11で、「コミュニケーション」、「説明の理解」、「大声・奇声を出す」などの障害支援区分における行動関連の11項目を尺度として用いることとされている<sup>181</sup>。しかし、障害支援区分の認定が、支給量の決定につながるニーズ調査の意味合いを有する面がある以上<sup>182</sup>、障害者権利条約第3条(c)項が一般原則として参加を規定し、

<sup>179</sup> 精神障害者の意思決定支援も同様である。

<sup>180</sup> 障害者総合支援法第42条及び第51条の22で、サービス事業者や相談支援事業者に対して「障害者等の意思決定支援に配慮する」努力義務を課している点で、意思決定支援についての萌芽を見ることができる。このことに関しては、第四章で詳細に検討する。

<sup>181</sup> この他に、「異食行動」、「多動・行動停止」、「不安定な行動」、「自らを傷つける行為」、「他人を傷つける行為」、「不適切な行為」、「突発的な行動」、「過食・反すう」、「てんかん」が示されている。この11項目の合計点数が、10点以上が必要であるとされている。

<sup>182</sup> この点については、給付決定プロセスを検討する際に再度検討する。障害支援区分は、認定調

第 19 条では地域社会への包摂、第 30 条で文化的な生活、レクリエーション、余暇及びスポーツへの参加を規定している趣旨からすれば、これを端的にニーズとらえ、余暇や地域活動等に関する項目をスコア化すべきであろう。このことは、「医学モデルの判定では知的障害者や精神障害者が不利益を被っており、移動外出などの社会参加のニーズが十分に満たされてこなかった」との指摘<sup>183</sup>、さらには、平成 17 年度に厚生労働省が行った知的障害児（者）の基礎調査では、学校を卒業している者の地域活動への参加状況は、「ほとんど参加しない」、「参加したことはない」を併せれば全体の 71.6%にものぼっている<sup>184</sup>ことから、地域活動や余暇活動への参加の保障は重要であると考えられる。

#### ④社会的障壁の縮減と主体性の形成

上記では、認定調査項目からみた障害支援区分の問題点を検討したが、障害者の主体性の形成の評価軸として採用する自己決定、参加の視点から、上に示したように現行の認定調査項目は、いまだ十分ではないと考えられる。

#### ア) SIS(Support Intensity Scale)について

そこで、認定調査項目として参考になるのが、アメリカ知的・発達障害協会（American Associate on Intellectual and Developmental Disabilities。以下「AAIDD」とする。）が開発した支援尺度（Support Intensity Scale。以下「SIS」とする。）である。

これは、2002 年に、AAIDD の前進であるアメリカ精神遅滞協会（American Associate on Mental Retardation）が開発したもので<sup>185</sup>、現在のスコアが完成したのは 2005 年である<sup>186</sup>。

SIS は、サポートが必要な尺度（Supports Need Scale）、保護と権利擁護（Protection and

---

査に基づき、これを点数化して、障害支援区分を認定することによりサービス利用要件及び支給量の標準を表す機能を有するものであり、認定調査項目は標準的なニーズを表すものとして制度設計されたといえるだろう。障害者の個別ニーズについては、障害者総合支援法第 22 条第 1 項で、支給決定する際の市町村の勘案事項とされており、障害者総合支援法施行規則第 22 条第 7 号は、申請者のサービス利用に関する意向の具体的内容を、勘案事項として規定している。

<sup>183</sup> 「総合福祉部会 第 5 回 H22.7.27 資料 2-3」論点 B-1-1 に関する中西委員発言。  
障害保健福祉研究情報システムより入手。

<http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/law/promotion/f5/f5s4.html>, accessed 20May2014.

<sup>184</sup> 厚生労働省「平成 17 年度知的障害児（者）基礎調査結果の概要」。

<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/titeki/> accessed 22May2014.

<sup>185</sup> James R. Thompson et al. (2002) : “Integrating Supports in Assessment and Planning”, *Metal Retardation* Vol.40No.5,p.396.

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.201.1381&rep=rep1&type=pdf>  
accessed 16May2014.

<sup>186</sup> AAIDD(2009), “*Supports Intensity Scale Supplemental Administration and Scoring Procedures*” ,p.9.

[http://www.mcass.gov.on.ca/documents/en/mcass/publications/developmental/ds\\_policy\\_directive.pdf](http://www.mcass.gov.on.ca/documents/en/mcass/publications/developmental/ds_policy_directive.pdf), accessed 16May2014.

Advocacy Activities)、および例外的な医療と行動支援ニーズ (Exceptional Medical and Behavioral Support Needs) という 3 つの領域からなる。さらに、それぞれの領域について細分化し、サポートが必要な尺度 (Supports Need Scale) では、6 つのパート、49 項目からなり、保護と権利擁護の活動 (Protection and Advocacy Activities) は 8 項目、例外的な医療と行動支援ニーズ (Exceptional Medical and Behavioral Support Needs) は 29 項目から構成されている<sup>187</sup>。

そして、SIS は、医学的観点から I Q や適応行動を尺度として用いるのではなく、つまり、欠損がどの程度訓練を要するかの尺度ではなく、支援のニーズを測定する尺度であり、地域へ参加できるような機能を高める項目を尺度として用いるものであるとされている<sup>188</sup>。

本稿との関連性から、主に居宅介護、参加に関して、わが国の認定調査項目と SIS を比較すれば表 2 のようになる。

**表 2**

障害者障害支援区分の調査項目	S I S の調査項目
<p><b>1. 移動や動作等に関連する項目</b></p> <p>寝返り、起き上がり、座位保持、移乗、立ち上がり、両足での立位保持、片足での立位保持、歩行、移動、衣服の着脱、じょくそう、えん下</p> <p><b>2. 身の周りの世話や日常生活等に関連する項目</b></p> <p>食事、口腔清潔、入浴、排尿、排便、健康・栄養管理、薬の管理、金銭の管理、電話等の利用、日常生活の意思決定、危険の認識、調理、掃除、洗濯、買い物、</p>	<p><b>セクション 1 : サポートが必要な尺度 (Supports Need Scale)</b></p> <p><b>パート A : 家庭生活活動 (Home Living Activities)</b></p> <p>トイレの使用 (Using Toilet)、衣服の手入れ (Taking Care of Clothes)、食事の準備 (Preparing Foods)、食事の摂取 (Eating Food)、家事と掃除 (Housekeeping and Cleaning)、衣服の着こなし (Dressing)、入浴や衛生管理や身だしなみ (Bathing and Taking Care of Personal Hygiene and Grooming Needs)、家電製品の操作 (Operating Home Appliances)</p> <p><b>Part B : 地域生活活動 (Community Living Activities)</b></p> <p>地域での移動 (Getting From Place to Place Throughout the</p>

<sup>187</sup> I bid pp.9-36

<sup>188</sup> American Association on Mental Retardation (2003) , “Supports Intensity Scale Information” ,pp.3-4,8

[http://www.pluk.org/Pubs/Fed/Supports\\_2003\\_589K.pdf#search='Supports+Inteusity+Scales+Users+mannual'](http://www.pluk.org/Pubs/Fed/Supports_2003_589K.pdf#search='Supports+Inteusity+Scales+Users+mannual'), accessed 16May2014.

なお、メリーランド州のホームページでは、「SIS は、支援ニーズを測定するものであり、個人の欠損を訓練することを目的とする尺度ではない。SIS は、欠損からニーズへ焦点を移す」と紹介されている。

“Developmental Disability Administration SIS Frequently Asked Question”

[http://search.yahoo.co.jp/search?p=Support+Intensity+Scale&tid=top\\_ga1\\_sa&ei=UTF-8&pstart=1&fr=top\\_ga1\\_sa&b=21](http://search.yahoo.co.jp/search?p=Support+Intensity+Scale&tid=top_ga1_sa&ei=UTF-8&pstart=1&fr=top_ga1_sa&b=21), accessed 20May2014.

<p>交通手段の利用</p> <p><b>3. 意思疎通等に関する項目</b></p> <p>視力、聴力、コミュニケーション、説明の理解、読み書き、感覚過敏・感覚鈍麻</p> <p><b>4. 行動障害に関する項目</b></p> <p>被害的・拒否的、作話、感情が不安定、昼夜逆転、暴言・暴行、同じ話をする、大声・奇声を出す、支援の拒否、徘徊、落ち着きがない、外出して戻れない、1人で出たがる、収集癖、物や衣類を壊す、不潔行為、異食行動、ひどい物忘れ、こだわり、多動・行動停止、不安定な行動、自ら傷つける行為、他人を傷つける行為、不適切な行為、突発的な行動、過食・反すう等、そううつ状態、反復的行動、対人面の不安緊張、意欲が乏しい、話がまとまらない、集中力が続かない、自己の過大評価、集団への不適応、多飲水・過飲水</p>	<p>Community(Transportation))、地域における余暇活動への参加やレジャー (Participation in Recreation/Leisure Activities in Community Settings)、公共サービスの利用 (Using Public Services)、友人や家庭への訪問 (Going to Visit Friends and Family)、好きな地域活動への参加 (教会、ボランティア) (Participating in Preferred Community Activities (Church , Volunteer))、商品やサービスの購入 (Shopping and Purchasing Goods and Services)、地域住民との交流 (Interacting With Community Members)、公共の建物や設備へのアクセス (Accessing Public Buildings and Settings)</p> <p><b>Part C : 生涯学習活動 (Lifelong Learning Activities)</b></p> <p>学習活動における他者との交流 (Interacting With Others in Learning Activities)、訓練や教育の決定への参加 (Participating in Training/Educational Decision)、学習や問題解決戦略の使用 (Learning and Using Problem-Solving Strategies)、学習のための機器操作 (Using Technology for Learning)、訓練や教育制度へのアクセス (Accessing Training/Educational Setting)、機能的な学術分野の学習 (サインの判読、釣り銭の計算) (Learning Functional Academics(Reading Signs, Counting Change))、健康や身体教育スキルの学習 (Learning Health and Physical Education Skills)、自己決定スキルの学習 (Learning Self-Determination Skills)、自己管理戦略の学習 (Learning Self-Management Strategies)</p> <p><b>Part D : 就労活動 (Employment Activities)</b></p> <p>就労の場へのアクセスや受領 (Accessing /Receiving Job/Task Accommodation)、特定の就労スキルの学習や活用 (Learning and Using Specific Job Skills)、同僚との交流 (Interacting With Coworkers)、スーパーバイザーやコーチとの関わり (Interacting With Supervisors/Coaches)、適切な速度での仕事に関する任務の遂行 (Completing Work-related Tasks With Acceptable Speed)、適切な質を伴った仕事に関</p>
--	---

する任務の遂行 (Completing Work-related Tasks With Acceptable Quality)、職場の変更 (Changing Job Assignment)、雇用主への情報の要求や援助サービスの受領 (Seeking Information and Assistance From an Employer)

**Part E : 健康と安全活動 (Health and Safety Activities)**

服薬 (Taking Medication)、健康や安全上の危険の回避 (Avoiding Health and Safety Hazards)、医療サービスの取得 (Obtaining Health-Care Services)、歩行と移動 (Ambulating and Moving About)、緊急時サービスへのアクセス方法の学習 (Learning How to Access Emergency Services)、栄養価の高い食事摂取の維持 (Maintaining a Nutritious Diet)、身体的健康の維持や良好な体調の維持 (Maintaining Physical Health and Fitness)、情緒的幸福感の維持 (Maintaining Emotional Well-Being)

**Part F : 社会活動 (Social Activities)**

家庭の中でのおつきあい (Socialization Within the Household)、他者とともにするレクリエーションやレジャー活動への参加 (Participating in recreation/Leisure Activities With Others)、家庭外でのおつきあい (Socializing Outside the Household)、友人を作りつきあうこと (Making and Keeping Friend)、個人のニーズの他者への伝達 (Communicating With Others About Personal Needs)、適切な社会的スキルの使用 (Using Appropriate Social Skills)、愛し合ったり・親密な関係の構築 (Engaging in Loving and Intimate Relationship)、ボランティア活動への従事 (Engaging in Volunteer Work)

**セクション 2 : 保護と権利擁護 (Protection and Advocacy Activities)**

自分自身のための権利擁護 (Advocating for Self)、金銭と自分の財産管理 (Managing Money and Personal Finances)、搾取からの自己の保護 (Protecting Self From Exploitation)、

	法的責任の行使 (Exercising Legal Responsibilities)、自分自身のための権利擁護あるいは支援団体への所属や参加 (Belonging To and Participating In Self-Advocacy /Support Organization)、法的サービスの獲得 (Obtaining Legal Services)、選択と決定 (Making Choices and Decision)、他人の権利擁護 (Advocating for Others)
--	--

表2を見れば、SISは、知的／発達障害者のスケールであるため、「1. 移動や動作等に関連する項目」は定められていないものの、日常生活関連項目については、わが国の調査項目とSISの「パートA：家庭生活活動」はほぼ同様の項目となっている。大きく異なっているのは、SISでは「パートB：地域生活活動」以下で参加といったニーズを中心に据えた項目を配備していることである。上述したように、社会参加が障害者の権利条約で障害者にとっての最もベーシックな権利とされていることからすれば、少なくとも、SISの「Part B：地域生活活動 (Community Living Activities)」および「Part F：社会活動 (Social Activities)」を、障害支援区分の調査項目における「1. 移動や動作等に関連する項目」等と並ぶ独立の群として設け、認定調査の調査項目とすべきであろう。

さらに、環境についての調査項目も不可欠である<sup>189</sup>。現制度では、環境については支給の要否決定の際の勘案事項の一つとして位置付けられている。しかし、市町村がマニュアルとして使用している「介護給付費等に係る支給決定事務等について (事務処理要領)」には、「障害支援区分が障害の多様な特性や心身の状態に応じて必要とされる標準的な支援の度合いを段階的に区分していることに鑑み、特に居宅介護等の訪問系サービスについては、その区分を勘案して支給量を定めることが適当である<sup>190</sup>」と記載されており、実際の運用においては障害支援区分と支給量との相関性が強い関係にあることがうかがわれる。そうだとすれば、例えば、当該障害者の住宅改修の状況、事業所・施設・医療機関のみならず、社会活動への参加のための施設等への距離や時間、公共交通機関の状況、案内版の整備状況等についてスコア化すべきであろう<sup>191</sup>。

<sup>189</sup> 認定調査項目に環境についての項目がないことは、多くの論者が指摘しているところである。例えば、河野・前掲注(175)53頁、西田・前掲注(172)24頁、又村あおい「何が変わり、何が変わらなかったのか」『発達障害白書 2014年版』(明石書店、2013年) 13頁。

<sup>190</sup> 平成26年4月1日付け「介護給付費等に係る支給決定事務等について (事務処理要領)」57頁。  
[http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1911\\_21140425%20事務処理要領\(26年4月版\).pdf](http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1911_21140425%20事務処理要領(26年4月版).pdf), accessed 23May2014..

<sup>191</sup> SISを導入しているアメリカ合衆国・コロラド州では、サポータード・リビングサービス(SLS)あるいは発達障害 (Developmental Disabilities) 者のコミュニティ・ホームサービスに参加するためにSISアセスメントを活用している。



ところで、SIS は、次のように 3つの評価基準を設け、その基準ごとに 5段階評価を行う<sup>192</sup>。

表 3

支援のタイプ (Type of Support)	頻度 (Frequency)	一日当たりの時間 (Daily Support Time)
0=不要(none)	0=不要又は一月未満 (none or less than monthly)	0=0 時間
1=見守り (monitoring)	1=1 月に 1 回以上、週に 1 回 未満	1=30 分未満 (less than 30 minutes)
2=言葉／ジェスチャーによる 促し (verbal/gestural prompting)	2=週に 1 回以上、1 日に 1 回未 満 (週に 6 日が限度)	2=30 分以上 2 時間未満 (30 minutes to less than 2 hours)
3=部分的身体介助 (partial physical assistance)	3=1 日に 1 回以上、1 時間に 1 回未満 (週に 7 日以上)	3=2 時間以上 4 時間未満 (2 hours to less than 4 hours)
4=全介助 (full physical assistance)	4=毎時またはより頻繁に (1 日 24 時間) (hourly or more frequently (24 hours a day))	4=4 時間以上 (4 hours or more)

2/1/12]A

<http://www.sos.state.co.us/CCR/GenerateRulePdf.do?ruleVersionId=5649>, accessed 8May2015.

アメリカ合衆国・マサチューセッツ州のホームページによれば、2014 年の段階で、アメリカ合衆国は、23 の州が SIS を採用している。また、カナダでは、アルバータ州、オンタリオ州が活用している。国際的にみれば、17 か国が採用に至っている。

<http://www.mass.gov/eohhs/consumer/disability-services/services-by-type/intellectual-disability/supports-intensity-scale-sis>., accessed 9May2015.

<sup>192</sup> AAIDD(2009), “*Supports Intensity Scale Supplemental Administration and Scoring Procedures*” ,pp.3-6.

一方、わが国の支援尺度は、「障害支援区分に係る市町村審査会による審査判定及び判定の基準等に関する省令」別表第一によれば、例えば起居動作では、「支援が不要」、「見守り等の支援が必要」、「部分的な支援が必要」、「全面的な支援が必要」の4項目となっており、基本的には、当該項目が評価尺度として用いられている。これに対して行動上の障害については、「支援が不要」、「希に支援が必要」、「月に1回以上の支援が必要」、「週に1回以上の支援が必要」、「ほぼ毎日（週に5日以上）の支援が必要」との尺度を用いている。そして、当該尺度の点数は、例えば調理では「部分的な支援=9.4」、「全面的な支援=20.0」、掃除では、「部分的な支援=6.7」、「全面的な支援=20.9」、買い物では、「部分的な支援=7.9」、「全面的な支援=19.5」と支援項目ごとに異なったものとなっている。

わが国の評価尺度の点数が項目ごとに異なっている根拠が明確にされておらず、ブラックボックスと化している点については、SIS尺度のように客観化することが必要であろう。

また、わが国では、上で見たように生活機能や生活動作、認知機能に関してはSISで言えば支援のタイプ（Type of Support）を尺度として用い、頻度（Frequency）や一日当たりの時間（Daily Support Time）については、支援区分認定後の支給量の問題として考慮される。多様なニーズを支援に結び付けるためには、SISが定めるように支援のタイプ（Type of Support）、頻度（Frequency）や一日当たりの時間（Daily Support Time）を尺度として用いることが合理的であろう。行動上の障害の領域においても見守り等はニーズとして把握すべきものと思われ、支援のタイプ（Type of Support）を尺度として用いることは有用であろう。

SIS活用事例として、SIS利用者の手引き（Supports Intensity Scale User's Manual）に記載されているケースを紹介しよう<sup>193</sup>。

#### 【基本情報】

ダーリン・シモンズ（Darlene Simmons）は、35歳で、支援付アパート（supported-living apartment）で、ルームメイトと共に暮らしている。シモンズのIQは51—60であり、適応行動は穏やか、視力低下によりめがねを着用している。シモンズ（Simmons）は、週に20時間ヒルウッドハードウェアの会計部門で働いている。彼女は主に、郵便の受け取り、各部署への集配を担当している。週に何回かは家族と夕食を共にした。週の残りは、職場でランチを購入したり、パッケージになっているものを購入しレンジで調理している。

また、勘定の支払い、予算の管理、医療のAppointment、援助の維持に必要な記録の更新な

---

<sup>193</sup> AAIDD(2004), "Supports Intensity User's Manual", pp.46-55, p.75, pp.81-82..

<http://aaid.org/docs/default-source/sis-docs/darlenesimmonsaaidd.pdf?sfvrsn=2>, accessed 3May2015.

【基本情報】、【望み】、【SISの活用】、【必要なサポート】といった項目での整理は、筆者が上記著書を参考にして整理したものである。

どの援助を受けており、日用品の買い物、アパートの掃除、洗濯などについて家族の支援を受けていた

### 【シモンズ (Simmons) の望み】

- 仕事の単調さに不満を持っており、対人スキル (people skills) を活用して客に直接接する仕事を望んでいる。また、ここ数年給料がほとんど増加していないことを懸念している。そして、コミュニティセンターの活動で、他のグループへ活動を広げたいと感じている。
- 料理が完全にはできないことに不満をもっている。彼女は TV の料理番組を見て料理を学びたいと思っており、料理や調理器具の購入についての支援を望んでいる。
- 彼女は健康だと感じているが、厚いレンズのめがねの着用に困惑、彼女の外観に影響を与えていると感じているので、コンタクトの使用を援助してもらうことを望んでいる。

### 【SIS の活用】

SIS 利用者の手引き (Supports Intensity Scale User's Manual) には、シモンズ (Simmons) に関するすべてのスコアが記載されているが、ここでは、次の【必要なサポート】に関連する項目のみ紹介する。

#### ●セクション 1 : サポートが必要な尺度 (Section 1. Support Needs Scale)

##### Part A: 家庭生活活動 (HomeLiving Activities)

- ・トイレの使用 (Using the toilet) = 0
- ・衣服の手入れ (洗濯を含む) (Taking Care of Clothes(includes laundering)) = 7  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 2、  
支援のタイプ (Type of Support) = 3
- ・食事の準備 (Preparing Foods) = 7  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 2、  
支援のタイプ (Type of Support) = 3
- ・食事の摂取 (Eating Food) = 0
- ・家事と掃除 (Housekeeping and Cleaning) = 7  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 2、  
支援のタイプ (Type of Support) = 3
- ・衣服の着こなし (Dressing) = 0
- ・入浴や衛生管理や身だしなみ (Bathing and Taking Care of Personal Hygiene and Grooming Needs) = 0
- ・家電製品の操作 (Operating Home Appliances) = 5  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、  
支援のタイプ (Type of Support) = 2

##### Part E: 健康と安全活動 (Health and Safety Activities)

- ・服薬 : (Taking Medication) = 0

- ・健康や安全上の危険の回避 Avoiding Health and Safety Hazards = 3  
頻度 (Frequency) = 1、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1
- ・医療サービスの取得 Obtaining Health-Care Services = 3  
頻度 (Frequency) = 1、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1
- ・歩行と移動 (Ambulating and Moving About) = 0
- ・緊急時サービスへのアクセス方法の学習 (Learning How to Access Emergency Services) = 0
- ・栄養価の高い食事摂取の維持 (Maintaining a Nutritious Diet) = 0
- ・身体的健康の維持や良好な体調の維持 (Maintaining Physical Health and Fitness) = 0
- ・情緒的幸福感の維持 (Maintaining Emotional Well-Being) = 0

#### Part F : 社会活動 (Social Activities)

- ・家庭の中でのおつきあい (Socialization Within the Household) = 0
- ・他者ととともにするレクリエーションやレジャー活動への参加 (Participating in recreation/Leisure Activities With Others) = 5  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 2、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1
- ・家庭外でのおつきあい (Socializing Outside the Household) = 5  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 2、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1
- ・友人を作りつきあうこと (Making and Keeping Friend) = 2  
頻度 (Frequency) = 0、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1
- ・個人のニーズの他者への伝達 (Communicating With Others About Personal Needs) = 6  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 2、  
支援のタイプ (Type of Support) = 2
- ・適切な社会的スキルの使用 (Using Appropriate Social Skills) = 3  
頻度 (Frequency) = 1、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1
- ・愛し合ったり・親密な関係の構築 (Engaging in Loving and Intimate Relationship) = 3  
頻度 (Frequency) = 1、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1
- ・ボランティア活動への従事 (Engaging in Volunteer Work) = 3  
頻度 (Frequency) = 1、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、

支援のタイプ (Type of Support) = 1

●セクション2：保護と権利擁護 (Supplemental Protection and Advocacy Activities)

保護と権利擁護 (Protection and Advocacy Activities)

- ・自分自身のための権利擁護 (Advocating for Self) = 6  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 2、  
支援のタイプ (Type of Support) = 2
- ・金銭と自分の財産管理 (Managing Money and Personal Finances) = 6  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 2、  
支援のタイプ (Type of Support) = 2
- ・搾取からの自己の保護 (Protecting Self From Exploitation) = 6  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 2、  
支援のタイプ (Type of Support) = 2
- ・法的責任の行使 (Exercising Legal Responsibilities) = 3  
頻度 (Frequency) = 1、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1
- ・自分自身のための権利擁護あるいは支援団体への所属や参加 (Belonging To and Participating In Self-Advocacy /Support Organization) = 5  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 2、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1
- ・法的サービスの獲得 (Obtaining Legal Services) = 3  
頻度 (Frequency) = 0、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、  
支援のタイプ (Type of Support) = 2
- ・選択と決定 (Making Choices and Decision) = 4  
頻度 (Frequency) = 2、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1
- ・他人の権利擁護 (Advocating for Others) = 2  
頻度 (Frequency) = 0、一日当たりの時間 (Daily Support Time) = 1、  
支援のタイプ (Type of Support) = 1

【必要なサポート】

シモンズ (Simmons) のSISスコアの結果、自分自身のための権利擁護サポート、金銭管理、個人の財政上状況、搾取からの保護が必要であること、Home Living Activities subscaleの複数の項目、特に調理の準備 (preparing food)、洗濯 (laundrying clothes)、家事 (housekeeping) に関するニーズが明らかになった。シモンズのHealth and Safety Activitiesのスコアが低いにも関わらず、そのチームは、めがねからコンタクトへ切り替えるという望みを適えるために必要なステップを妨げていることから保護し権利擁護 (代弁) が

必要なサポートであると決定した。結局、SISの結果やシモンズ及びサポートチームのインプットを基礎として、次のように定めた。

- 1 仕事や給与の変更、新しい活動や新しいレクリエーションにおける人々との出会いがあるような地域生活の変更について彼女自身が発言し自分自身を代弁するよう援助すること。
- 2 料理教室への入学、調理道具の購入や調理の技術習得を援助すること。
- 3 コンタクトレンズの装着のための眼科医を見つけることを援助すること、装着の仕方の習得を援助すること。

以上 SIS 利用者の手引き (Supports Intensity Scale User's Manual) に記載されている 3 事例のうち親元から離れ地域で生活している比較的軽度の事例を紹介した。

これをわが国の認定調査及び支援区分に基づくサービスと比較してみよう。

わが国の調査項目は、SIS の支援のタイプ (Type of Support) に相当するので、これを参考に、わが国の認定調査項目にあてはめ点数化すれば、次のようになる。なお、SIS の項目の中で、わが国の調査項目にないものは点数化していない。

[起居動作]=0 点、[生活機能 I]=0 点

[生活機能 II]=5.8 点

●移動：見守り等の支援=5.8 点

[応用日常生活動作]=31.0 点

●洗濯：部分的支援=7.0、●調理：部分的支援=9.4 ●掃除：部分的支援=6.7 ●買い物：部分的な支援=7.9

[認知機能]=1.4 点

●金銭管理：部分的な支援が必要=1.4

また、適応行動は穏やかとあるので、行動障害は見られないといってよいであろう。

これを、障害支援区分に係る市町村審査会による審査及び判定の基準に関する省令別表第二に規定される 216 のパターンから探せば、パターン 16 に近似し、支援区分 1 となる。

シモンズ (Simmons) の事例のような料理教室への入学や調理の技術習得の支援に該当するサービスは、わが国の障害福祉サービスでは生活介護が考えられるが、費用の額の算定基準によれば、シモンズ (Simmons) のように居宅で生活している者の生活介護サービスは、支援区分 3 以上 (50 歳以上の者は 2 以上) とされており、ニーズに応じたサービスを受給できない結果となる。結局居宅介護サービスの家事援助を活用することとなるが、ホームヘルパーによる家事代行が念頭に置かれており、SIS のシモンズ (Simmons) の事例のような料理教室への入学、調理道具の購入や調理の技術習得を援助するといったニーズを充たすことは困難となる。

当該事例からも、認定調査項目に地域生活への参加に関する項目が不足していることがわ

かる。と同時に、支援区分を媒介としては、ニーズに応じたサービスを受給できず、やはり、支援区分によってサービスの種類を制限するシステムの見直しは避けられないであろう。

## イ) 権利擁護について

次に、権利擁護についてだが、河野正輝は、成年後見制度や日常生活自立支援事業などの外部アドボカシーとともに、ケアマネジャーによる内部アドボカシーの重要性を指摘している<sup>194</sup>。

内部アドボカシーに関して、障害者総合支援法は第 42 条第 1 項で、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に対して「障害者等の意思決定支援に配慮する」ことを努力義務と規定し、また、同法 51 条の 22 第 1 項では、指定一般相談支援事業者及び指定特定相談支援事業者に対して同様の規定を置いている。しかし、これらの規定を受けて、厚生労働省令等では、明確な定めはなされていない<sup>195</sup>。ただ、地域生活支援事業の市町村必須事業として、相談支援事業を定めており（障害者総合支援法第 77 条第 1 項第 3 号）、その具体的内容を、福祉サービスの利用援助（情報提供、相談等）や権利擁護のための必要な援助と規定している<sup>196</sup>。これは、市町村の事業という方法で内部アドボカシーを規定したものであるだろう。

一方、障害者総合支援法においては、権利擁護を基本相談の内容として読み込むことが可能であろう。障害者総合支援法施行規則第 6 条の 11 は、「指定障害福祉サービス等」及び「医療機関」との「連絡調整その他の必要な支援」と規定している。「連絡調整及びその他の必要な支援」に権利擁護を読み込まなければ、日程調整等の形式的な支援に終わってしまい、「支援」とあえて規定した意味がなくなるからである。

ところで、SIS が定めている権利擁護のスコアについてであるが、現行法上、認定調査に基づき障害支援区分認定を経て支給決定される給付は、原則として介護給付（同行援護は除く）であり<sup>197</sup>、権利擁護に関する事項をスコア化すれば、給付との関連性がないあるいは弱

---

<sup>194</sup> 河野は、「ケアマネジャーがサービス事業者に雇用される関係にある場合、事業者の利害に反して利用者を支援することには自ら限界が予想される。だから、外部アドボカシーとして成年後見制度や地域福祉権利擁護事業が権利擁護の大宗として必須であることはいうまでもない。しかし、利用者にとってより身近なケアマネジャーが福祉サービス利用に関連する一連の手続きにおいて支援の役割を果たすなら、権利擁護ニーズの大半は満たされることになるといっても過言ではない」とする。前掲注(175)204 頁。

<sup>195</sup> 障害者総合支援法施行規則第 1 条の 3 に、居宅介護や重度訪問介護において、「生活等に関する相談及び助言」を規定している点にその萌芽が見られる。

<sup>196</sup> 平成 26 年 3 月 31 日付け障発 0801002 号 厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部長通知「地域生活支援事業について」の「別記 3 相談支援事業」の「別添 1 障害者相談支援事業」。

<http://www.mhlw.go.jp/bunya/shougaihoken/chiiki/dl/index01.pdf>, accessed 23May2014.

<sup>197</sup> 訓練給付のうち共同生活援助は、入浴、排せつ又は食事等の介護を伴う場合は、認定調査を経て障害支援区分認定が必要となる。また、地域相談支援給付については、認定調査は実施するが、

い事項について認定調査項目とすることによって、障害支援区分の判定に影響を与える結果となり妥当とはいえない。しかし、基本相談の「支援」に権利擁護も含まれると解するのであれば、SIS の権利擁護に関するスコアは、基本相談の過程で相談者のニーズを明確化するためのツールとして活用することが可能であると考えられる。筆者は、権利擁護に関するスコアが現行制度上は支援区分との関連性が弱いと言っているのであり、権利擁護について、認定調査項目が不要と言っているのではない。

なお、ここでは、知的障害者の権利擁護に関しては、認定調査、障害支援区分に関連して検討したものに過ぎない。知的障害者の主体性の形成にとって、福祉サービスの給付と権利擁護はいわば車の両輪ともいうべき関係にある。しかし、知的障害者の意思決定支援を含む権利擁護はここでは考察せず、第四章で詳細に検討することとする。

## (2) 支給決定のプロセス

### ①障害者総合支援法の支給決定プロセス

障害者総合支援法では、給付費別に申請し（法第 20 条第 1 項、第 51 条の 6 第 1 項、法施行規則第 7 条第 1 項第 6 号、第 34 条の 31 第 1 項第 3 号）、介護給付費<sup>198</sup>、訓練給付費、地域相談支援給付費については認定調査が行われ（法第 20 条第 2 項、第 51 の 6 第 2 項）、介護給付等については、市町村審査会の障害支援区分の審査、判定を経て、障害支援区分が認定された後<sup>199</sup>に、支給決定の決定がなされ、訓練給付費等については（共同生活援助の介護を伴うものを除く）、支援区分認定を経ずに支給決定の決定が行われる（法第 22 条第 1 項、第 51 条の 7 第 1 項<sup>200</sup>、法施行規則 12 条、第 34 条の 32<sup>201</sup>）。その際、市町村は、障害支援区分、申請者のサービス利用に関する意向、申請者の置かれている環境等と併せて、特定相談支援事業者が作成したサービス等利用計画案を勘案することとされている（法第 22 条第 4 項、第 5 項、第 7 項、第 51 条の 7 第 4 項、第 5 項、第 7 項）。特定相談支援事業者は、その後、サービス等利用計画案を正式な利用計画とする。

---

障害支援区分認定は必要ないとされている。平成 26 年 4 月 1 日付け「介護給付費等に係る支給決定事務等について（事務処理要領）」10 頁。

[http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1911\\_21140425%20事務処理要領\(26年4月版\).pdf](http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1911_21140425%20事務処理要領(26年4月版).pdf), accessed 23May2014.

<sup>198</sup> 同行援護の身体介護を伴わない場合は、同行援護アセスメント調査のみで、認定調査及び障害支援区分の認定は除かれる。平成 26 年 4 月 1 日付け「介護給付費等に係る支給決定事務等について（事務処理要領）」14 頁。

[http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1911\\_21140425%20事務処理要領\(26年4月版\).pdf](http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1911_21140425%20事務処理要領(26年4月版).pdf), accessed 23May2014.

<sup>199</sup> ただし地域相談支援給付費については、障害支援区分の認定は行われない。平成 26 年 4 月 1 日付け「介護給付費等に係る支給決定事務等について（事務処理要領）」11 頁。

[http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1911\\_21140425%20事務処理要領\(26年4月版\).pdf](http://cyber.pref.kumamoto.jp/syougaihofuku/img/Info1911_21140425%20事務処理要領(26年4月版).pdf), accessed 23May2014.

<sup>200</sup> ただし、地域相談支援給付費では、障害支援区分は勘案事項に入っていない。

<sup>201</sup> ただし、地域相談支援給付の要否決定の勘案事項は、申請者の「保健医療及び福祉サービスの利用の状況」と申請者の「地域相談支援の利用に関する意向」だけである。



## ②発達を阻害している社会的障壁

ここでも、主体性の形成を図る評価基準として用いている自己決定の視点と参加の視点から給付手続きについて検討する。

### ア) 自己決定の視点

まず問題になるのは、障害の種類別に申請しなければならない点である<sup>202</sup>。

これは、申請する前に申請者自らがニーズを明確化していなければならず、給付の種類、その内容についての知識が豊富とはいえない住民、とりわけ知的障害者にとっては、どの種類の給付の申請をすればいいのか判断できないことも多いであろう。この点で、障害の種類を申請以前に選択させる方式は、自己決定に対する障壁を形成しているといわざるを得ない。

次に、支給決定はどうか。

市町村は、上でもみたように、給付決定の際に、指定特定相談支援事業者が作成したサービス等利用計画案及び勘案事項を勘案して支給の要否決定及び支給量の決定を行うこととされている（法第22条第1項、第4項、第5項、第6項、第7項）。

これは、支給の要否決定、支給量の決定について大幅に市町村の裁量を認めたものとなっている。勘案事項については、法施行規則第12条に次のように規定されている<sup>203</sup>。

- 障害者等の障害支援区分又は障害の種類及びその程度その他の心身の状況
- 当該申請に係る障害者等の介護を行う者の状況
- 当該申請に係る障害者が現に介護保険法の規定による保険給付に係る居宅サービスを利用している場合には、その利用の状況
- 当該申請に係る障害者等に関する保健医療サービス又は福祉サービス等の利用状況
- 当該申請に係る障害者等の障害福祉サービスの利用に関する意向の具体的内容

---

<sup>202</sup> 岡部耕典は、アメリカ・カリフォルニア州のランターマン法の支給決定プロセスとわが国の障害者自立支援法における支給決定プロセスとを比較して、わが国の特徴を、次の3点であるとする。

「①利用者が申請前に利用を希望するサービスを決めておかなければならないこと、②認定調査の面談後は当事者不在のブラックボックスのなかで判定作業が進められること、③支給は市町村の職権に基づく処分であり、支給の是非の判断主体は市町村であること」。

岡部耕典「知的障害者にも「生活の自律」を可能とする自立支援制度のために —アメリカ・カリフォルニア州の制度と実践を踏まえた制度提言—」16頁、「障害者の自立支援と『合理的配慮』に関する研究 —諸外国の実態と制度に学ぶ障害者自立支援法の可能性—」厚生労働科学研究費補助金（H21-障害—一般—001）平成21年度総括研究報告書。

<sup>203</sup> 本稿が、障害者の主体性の形成を論じることを目的としていることから、障害児に関する規定は省略した。

- 当該申請に係る障害者等の置かれている環境
- 当該申請に係る障害福祉サービスの提供体制の整備状況

勘案事項について、上記のようにその項目を法施行規則に列挙することで、勘案項目は明らかとなったが、例えば、「障害者等の置かれている環境」をとってみても、どのような環境をどの程度勘案するのかがブラックボックスのままである<sup>204</sup>。このように勘案事項については、どのような事項をどの程度勘案し、それが要否決定にどのように結びつくのかが明らかにされていない。このような市町村の全面的な裁量に委ねるシステムは、自らの福祉サービスについて、全面的に他者の決定に委ねられることとなってしまう、その意味で自己決定に対する社会的障壁を構成するといえるだろう<sup>205</sup>。

## イ) 参加の視点

給付決定において、市町村に大幅な裁量を認めることは、参加という視点からも問題を生じる。

確かに、市町村は、勘案事項については申請者本人に対して聴き取ることになっており、ここに手続きへの参加が認められている面もあるといえる。しかし、どのような事項をどの程度勘案するかについて、自ら関与することなしに決定されるのは、やはり手続きへの参加の保障を欠いた状態、つまり参加への障壁ととらえられよう。そもそも、勘案事項については、市町村がヒアリングを行うのであって、市町村と申請者が対等の関係で協議するものではない点で、完全参加というにはかなりの距離がある点も留意すべきであろう。

次に、問題となるのは、障害支援区分と国庫負担基準についてである。障害者総合支援法上は、国庫負担基準が支給量の上限となるとの規定は存在しない。平成 19 年 3 月 23 日付け障発 0323002 号の厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部長通知「介護給付費等の支給決定等について」でも、その第四の 5 (1) に、市町村は、障害福祉サービスの支給の要否や支給量の決定については、国庫負担基準が支給量の上限となるものではないと記載されている。また、厚生労働省はことあるごとに、この国庫負担基準が個々のサービスの上限となるものではないと自治体職員向けに説明している<sup>206</sup>。山口春子の調査では、調査対象 12 市のうち国庫負担

---

<sup>204</sup> 岡部耕典は、前掲書で、支給決定プロセスの最大の問題点として、当事者との協議調整がシャットアウトされたブラックボックスの中でなされることを指摘している。

岡部・前掲注(202)16 頁。

<sup>205</sup> 勘案事項については、市町村が申請者本人から聴き取ることとなっているが、このこととどの程度勘案するのかが等の基準が示されていないことは異なる問題である。

前掲注(199)60 頁～61 頁。

<sup>206</sup> たとえば、平成 26 年 3 月 7 日に開催された障害保健福祉関係主管課長会議でも、「支給決定基準の設定に当たっては、国庫負担基準が個々の使用者に対する支給量の上限となるものではないことに留意」するように助言している。

基準と同水準の基準を設けているのは 5 市、国庫負担基準を上回る基準は 7 市であり、国庫負担基準を上回る市が多くなっている。この原因は、国庫負担基準に関する経過措置の影響であるとの見方を示している<sup>207</sup>。たとえば、熊本市の支給基準を見ると、訪問系サービスについて、国庫負担基準とほぼ同一の水準を定めた「国庫負担基準参考支給量」および国庫負担基準をやや上回る熊本市独自の基準である「第一段階基本支給量」の範囲内での支給量算定を基本とすると定めている。そして、同市では、心身の状態、生活状態等によりやむを得ず「第一段階基本支給量」を超える支給量が必要と認められるときは、「第二段階基本支給量」を算定し、さらにこれを超える非定型の場合は、真にやむを得ない場合であるとし、市町村審査会の意見を踏まえて決定することとしている<sup>208</sup>。このように、多くの場合、国庫負担基準の範囲内で支給量を決定することを基本とし、国庫の支給決定基準を上回る決定基準を定めるにしても、国庫負担基準がその前提であるような基準を設定しているのである<sup>209</sup>。現実の運用面では、平成 21 年度から重度訪問介護等の利用促進に係る市町村支援事業補助金が創設され、訪問系サービスの介護給付費支給額について、国庫負担基準の区分間合算を適用しても、なお国庫負担基準を超過する等<sup>210</sup>の市町村に対して、その超過額を補助する仕組みがとられている。このことによって、国庫負担基準が個々のサービスの上限となるものではないことを保証しようという趣旨と見られるが、補助額の上限が定められている上に、補助率も四分の三となっており、市町村の独自財源の負担も生じる。現に、熊本県においては、支給量の決定で国庫負担基準を超えた市町村は、47 市町村のうち、平成 21 年度は 3 自治体、平成 22 年度は 2 自治体、平成 23 年度は 3 自治体、平成 24 年度は 5 自治体であるに過ぎない<sup>211</sup>。確かに、当該補助金によって市町村の財政的負担は軽くなるが、上限額設定による補助の制限及び市町村の一般財源の負担もあることから、当該補助金の申請団体が極端に少ないこと

---

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／障害児・発達障害者支援室作成の同会議資料 80 頁参照。

[http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi\\_kaigo/shougaishahukushi/kaigi\\_shiryou/dl/20140307\\_01\\_04.pdf](http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/shougaishahukushi/kaigi_shiryou/dl/20140307_01_04.pdf), accessed 23May2014.

<sup>207</sup> 山口春子「障害者自立支援法における障害福祉サービス支給決定基準」『東京成徳大学人文学部研究紀要第 14 号』（2007 年）31 頁。

<sup>208</sup> 熊本市障がい保健福祉課「熊本市 障害者（児）の福祉サービスの等に関する支給基準 平成 26 年 4 月 1 日改訂」60 頁～71 頁。

[http://www.city.kumamoto.jp/hpkiji/pub/detail.aspx?c\\_id=5&id=636](http://www.city.kumamoto.jp/hpkiji/pub/detail.aspx?c_id=5&id=636), accessed 23May2014

<sup>209</sup> 後に支給量について検討する際に参考とした、松江市、阿蘇市、東温市の算定基準も基本的には同様の構造を有している。

<sup>210</sup> 当該補助の支給を受けるには、「都道府県重度障害者に係る市町村別特別支援事業費補助金の対象外の市町村及び対象となるがなお超過額のある市町村」という要件も同時に充たす必要がある。

平成 24 年 2 月 20 日開催の障害保健福祉主管課長会議障害福祉課／地域移行・障害児支援室資料 13 頁。

[http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi\\_kaigo/shougaishahukushi/kaigi\\_shiryou/dl/20120220\\_01\\_04.pdf](http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/shougaishahukushi/kaigi_shiryou/dl/20120220_01_04.pdf), accessed 23May2014.

<sup>211</sup> 筆者が熊本県障がい者支援課の担当者に直接電話取材した内容をもとにしている。

をみれば、やはり、現実的には、国庫負担基準が障害者の個別ニーズに応じたサービスに対する大きな制約となっていることは否定できないものであろう。

以上から、国庫負担基準は、障害者の個別ニーズを制約する可能性があり、給付を受けながら地域で自立した生活への参加に対する社会的障壁の可能性を孕んでいる。

さらにいえることは、障害者総合支援法の給付決定システム自体が、障害者の自己決定や参加、つまり主体性の形成を阻害する可能性を孕むシステムとなっているということである。

例えば、サービス等利用計画は障害支援区分の判定に基づいて決められた枠組みを前提に作成される可能性があるし、障害支援区分判定は、サービス受給の資格審査という側面があり、利用者の総合的なニーズ判定、必要なサービス量の判定との理論的な関連が薄いことが指摘できよう<sup>212</sup>。これでは、障害者の多様な個別ニーズに配慮した制度とはなっておらず、当該給付決定システム全体が社会的障壁となっているといえよう。

### ③社会的障壁の縮減と主体性の形成

さて、それでは上記の社会的障壁を縮減し、知的障害者の主体性の形成を図るにはどうすべきだろうか。

給付種類別の申請システムについては、これを廃止することが望ましいのだが、現行制度を存続させるとすれば、相談支援体制を充実させることは不可欠である。給付種別の選択が、申請者のニーズに適合しないと認められる場合は、市町村はニーズに適合するよう助言することが必要となろう<sup>213</sup>。

### ア) ランターマン発達障害サービス法における支給決定プロセス

給付システムで参考になるのは、発達障害者<sup>214</sup>の支援を目的としたアメリカ・カリフォルニア州のランターマン発達障害サービス法（Lanterman Developmental Disabilities Services Act. 以下「ランターマン法」とする）<sup>215</sup>である。岡部耕典の著書を参考に概略を

---

<sup>212</sup> 小澤温「支給決定と相談支援—障害者自立支援法の改正と障害者総合支援法に向けての課題—」『発達障害研究第34巻第3号』（2012年）241頁～242頁。

<sup>213</sup> 西田・前掲注(172)26頁。

<sup>214</sup> ランターマン法で規定されている発達障害は、脳性麻痺 (cerebral palsy)、てんかん (epilepsy)、自閉症 (autism)、精神遅滞 (mental retardation) などであり、わが国の発達障害者支援法上の発達障害とは異なり、知的障害も含まれている。

<sup>215</sup> ランターマン法は、知的障害者が地域で自立した生活を営む権利を保障するものとしてアメリカ・カリフォルニア州で1969年に成立したもので、カリフォルニア州福祉法 (California Welfare and Institution Code) の第4500条から第4905条までによって構成され、Frank D.Lanterman州上院議員の提案によって成立したことからランターマン法と呼ばれている。岡部耕典『ポスト障害者自立支援法の福祉政策 生活の自立とケアの自律を求めて』（明石書店、2010年）84頁、107頁注2）参照。

示せば次のとおりである<sup>216</sup>。

① 居住地域を担当するリージョナルセンター（RC）<sup>217</sup>への申請

② インテーク面接とアセスメント

RCによる初回のインテーク面接が行われ、医師、サイコロジスト、サービス・コーディネーターによって構成される多職種専門チームによってアセスメントが行われ、利用者資格が判定される。

③ 個人プラン（Individual Program Plan. 以下「IPP」とする）作成チームによる IPP ミーティングと IPP の作成

利用者資格が認められれば、IPP 作成チームが組織される。

IPP 作成チームの構成メンバーは、利用者、成年後見人、利用者が希望する者、利用者の生活に精通している第三者、サービス・コーディネーター等の RC 職員である<sup>218</sup>。

これらのメンバーにより、IPP ミーティングが開催され、IPP チームの構成員の合議により IPP が作成される。IPP ミーティングでは、必要に応じて言語・コミュニケーションの支援者が付けられ、話し合い全体が利用者本人にわかりやすいものとなることが心がけられる。

IPP ミーティングで、最初に行われるのはアセスメントであり、利用者の潜在能力と現在問題となっていることについての整理が行われる。そして、利用者の生活目標、能力、長所、好み、目標達成上の障壁などが明らかにされる。

IPP ミーティングは、本人中心（person-centered）<sup>219</sup>でなければならず、ミーティングで、どこに誰と住みたいか、自分の時間を誰と過ごしたいか、誰とどこで働きたいかといったその人固有のニーズが具体化される。

④ RC と利用者との合意

RC と利用者との間で IPP に記載されたサービスを給付する契約が成立する。

ランターマン法の支給決定プロセスが示唆に富むのは、第一に、支給決定のすべての課程に利用者が参加・協議し、しかも、自己決定を保証するために IPP ミーティングに、利用者のためのコミュニケーション支援を組み込んでいることである。第二に、利用者のニーズが

---

<sup>216</sup> 注 215 岡部耕典前掲書 90 頁～100 頁。

<sup>217</sup> RC とは公設・民営方式の福祉事務所である。

<sup>218</sup> カリフォルニア州発達障害局（(DDS : the California Department of Developmental Services)）監修の利用者を対象とする標準的な解説書“Rights Under the Lanterman Act : Regional Center Services for People with Developmental Disabilities”の 2012 年版の第 4 章 6 頁～7 頁。

<http://www.disabilityrightsca.org/pubs/506301.pdf#search='Rights+Under+The+Lanterman+Act'>, accessed 25 May 2014.

<sup>219</sup> 本人中心支援計画の例として、北野誠一「カリフォルニア州の障害者支援計画の展開」 茨木尚子・大熊由紀子・尾上浩二・北野誠一・竹端寛編著『障害者総合福祉サービス法の展望』（ミネルヴァ書房、2009 年）192 頁。

直接支援内容に反映するシステムとなっており、その際、本人中心といった理念にそってプランが立てられることとなっており、参加の視点を十分充たすものとなっている点である。

現行の障害者総合支援法における認定調査項目は、参加に関する項目が乏しく、また環境については、支給決定の段階で勘案されるようになってきていることは、すでに見たとおりである。これを SIS に依拠して参加に関する項目を大幅に取り入れ、さらに環境についてもスコア化したとしても、給付の種類を事前に選択させ、その範囲で認定調査による支援区分を行政が認定し、支給の要否及び支給量を決定していくシステムは、障害者の幅広い多様なニーズに対応するシステムとはいいがたく、支給決定過程に障害者の参加を阻んでいることに変わりはないのである。

そこで、利用者の参加と自己決定を保証し、障害者の主体性を形成するには、障害支援区分の認定制度は廃止するとともに、ランターマン法が規定する支給決定プロセスのように利用者との協議でプランを作成し、合意されたそのプランの内容に従って給付するといった岡部耕典や茨木尚子らが提唱する<sup>220</sup>協議・調整モデルが妥当であると考ええる。

#### イ) 相談支援事業者の支給決定プロセスでの役割

支給決定プロセスにおける協議調整の役割を相談支援事業者に持たせたらどうであろうか。

相談から、ニーズアセスメント、利用者との協議の中で、当該ニーズに応じたその人中心のプランの具体化というように連続性のあるシステムとなり、サービスの漏れを防止することができ、プランで示された給付によって自立した地域生活への参加も可能になると考えられるからである。しかし、この方式をとった場合に、河野正輝の指摘にもあるように、恣意的決定を避けるようあらかじめ一定のガイドラインが必要となろう<sup>221</sup>。さらには、相談支援事業者の指定基準の見直しやその人中心のプランに関する研修体制の整備などの相談支援事業者の機能強化も併せて必要となろう。また、協議・調整がつかない場合には、これを判定する機関を設置することも必要となり、その構成員は、障害当事者代表、市町村職員、学識経験者によって構成すべきであると考ええる<sup>222</sup>。

現に、ランターマン法では、RC はカリフォルニア州発達障害局（the California Department of Developmental Services:以下「DDS」とする）との契約により給付過程すべてを行っており、行政による監督責任を果たすことによりわが国においても可能であると考えられるからである。

---

<sup>220</sup> 岡部・前掲注(202)17頁～20頁。

茨木尚子・尾上浩二「支給決定の仕組み」茨木尚子・大熊由紀子・尾上浩二・北野誠一・竹端寛編著・前掲注(219)286頁～292頁。

<sup>221</sup> 河野・前掲注(175)54頁。

<sup>222</sup> 利害の対立が見込まれる当事者代表と市町村に加え、公平中立の立場から意見を述べることが期待される学識経験者を加えることによって公平公正な判定が可能であると考えられる。

## ウ) 国庫負担基準の取り扱い

障害支援区分に基づいた国庫負担基準については、上で述べたとおり社会的障壁となっている面も見られるためこれを廃止し、すべてを義務的経費とすべきである<sup>223</sup>。

このような取り扱いの結果、経費の無尽蔵な増大を懸念する声もあるかも知れない。

確かに、平成27年3月6日に開催された障害福祉関係主管課長会議資料<sup>224</sup>によれば、平成18年度に4,175億円であった自立支援給付費の予算が、平成27年度には9,330億円と2倍以上の伸びを示している。これに国負担基準を廃止した結果増加する費用を加えれば、財源論を重視する立場からは、筆者の見解には異論が出るであろう。

ところで、財務省は、障害福祉サービス費の増加について、「障害福祉サービス（自立支援給付）の実利用者一人当たりの年間費用額は過去5年間で約16%上昇しているのに対し、実利用者数は過去6年間で約7割増加しており（40.5万人→67.9万人）、予算額の伸びは実利用者数の増によるところが大きい。障害福祉サービス（自立支援給付）を行う事業所数が、過去6年間で約9割増加している（3.7万ヶ所→6.9万ヶ所（注））ことを踏まえると、事業所数の増加が実利用者数の増につながっているものと考えられる」と分析している<sup>225</sup>。一方、厚生労働省の調査によれば、平成13年度の身体障害者は351.6万人であり、平成18年度は366.3万人と4.1%の伸び、知的障害者は平成12年度の45.9万人が平成17年度には54.7万人と19.1%の伸び、精神障害者は、平成14年度が258.4万人、平成20年度には323.3万人と25%の伸びとなっている<sup>226</sup>。障害福祉サービス費の予算額の伸びは、未利用者の権利行使の結果が寄与している面があるといえよう。さらに、社会保障関係における社会福祉費の占める割合は、平成26年度の予算ベースでは8.4%の上昇であり<sup>227</sup>、低い状況にある。

これを、介護保険と比較すれば、要介護認定者<sup>228</sup>が、平成12年度と平成18年度では218万人から435万人と約2倍の伸びを示しており、介護給付費も平成18年度は6.4兆円だったものが、平成26年度予算では10.0兆円に達している<sup>229</sup>。

筆者の見解からは、難病、発達障害者のサービス利用も加味すれば、ある程度の経費増に

---

<sup>223</sup> 河野・前掲注(175)56頁。岡部・前掲注(202)18頁。

<sup>224</sup> <http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12200000-Shakaiengokyokushougaiho-kenfukushibu/0000076976.pdf>, accessed 12 Apr.2015.

<sup>225</sup> [https://www.mof.go.jp/about\\_mof/councils/fiscal\\_system\\_council/sub-of\\_fiscal\\_system/proceedings/material/zaiseia261027/01.pdf#search](https://www.mof.go.jp/about_mof/councils/fiscal_system_council/sub-of_fiscal_system/proceedings/material/zaiseia261027/01.pdf#search), accessed 12 Apr.2015.

<sup>226</sup> <http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000001y1j0-att/2r9852000001y1ov.pdf>, accessed 27 May2014.

<sup>227</sup> 財務省の統計一覧から筆者が産出。

<https://www.mof.go.jp/budget/reference/statistics/data.htm>, accessed 12 Apr.2015.

<sup>228</sup> 平成26年4月28日開催の「第100回社会保障審議会介護給付費分科会資料」より「資料2 介護保険を取り巻く状況」所収。

[http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12601000-SeisakutoukatsukanSanjikanshitsu\\_Shakaihoshoutantou/0000044899.pdf](http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12601000-SeisakutoukatsukanSanjikanshitsu_Shakaihoshoutantou/0000044899.pdf), accessed 27 May2014.

<sup>229</sup> [http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12601000-Seisakutoukatsukan-Sanjikanshitsu\\_Shakaihoshoutantou/0000044899.pdf](http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12601000-Seisakutoukatsukan-Sanjikanshitsu_Shakaihoshoutantou/0000044899.pdf), accessed 12 Apr.2015.

つながることはやむを得ないが、介護保険制度と比べ、経費の増加を深刻に捉えるほどの増加とはなっていないように思われる。また、障害福祉サービス費の増加は、サービス未利用者が利用するようになったための増加が含まれており、もともとそれだけの財源確保は必要だったのである。

財源論もさることながら、そもそも、障害者総合支援法第1条の2で社会的障壁の除去を新たに規定した趣旨からは、国庫負担基準が社会的障壁を構成する面があるとなれば、これを縮減・除去し、知的障害者の権利を保障することが法の要請だからである。

## エ) 総括的に

さらに、障害者総合支援法の支給決定過程を通じて、次のことがいえよう。

障害者権利条約第19条の規定、障害者総合支援法の目的規定（第1条）、理念規定（第1条の2）からは、西田和弘がいうように「支給量においてはより社会参加を考慮する必要があるほか、どんなに障害の重い人でも自らが希望すれば地域生活へ移行可能なだけのサービス量を保障する必要がある<sup>230</sup>」だろう。なお、支給量の問題については、以下で詳細に検討する。

しかし、より根源的には、河野正輝がいうように、現行法は「支給要否の決定が市町村の幅広い裁量（行政処分）に委ねられたため」（法第22条第1項）、「基本的なサービス受給権は市町村の行政処分に左右されることとなり、かくして障害者の法的地位は依然として曖昧な弱いものとどめられた<sup>231</sup>。だからこそ、「①すべての障害のある人は地域社会において自立した生活をするのに必要な支援をうけることができる。②前項の支援は個人の生活全体のニーズに応ずる適切なものでなければならない。」旨の権利規定を法律上に明記する<sup>232</sup>」ことが必要となろう。

### ④権利救済的側面

誤った認定調査に基づいて障害支援区分が認定され、支給要否決定や支給量の決定が裁量権の逸脱・濫用と判断された場合、行政不服審査あるいは取り消し訴訟で、処分を取り消される判断が示されることはいうまでもない。

ここでは、上で示した社会的障壁となる事項の救済について考えてみたい。

## ア) 認定調査項目について

まず、認定調査項目に参加や環境に関する項目が欠如している点についてである。

前にも述べたように、障害者総合支援法第1条の2は、障害者基本法第2条第2号と同様の社会的障壁に関する規定を置いている。障害者基本法の改正時に、社会的障壁について定

---

<sup>230</sup> 西田・前掲注(172)29頁。

<sup>231</sup> 河野・前掲注(175)51頁。

<sup>232</sup> 河野・前掲注(175)53頁。



義規定を設けた趣旨を、社会モデルの考えかたを踏まえたものと説明されており<sup>233</sup>、障害者総合支援法の「日常生活又は社会生活を営む上で障壁」との規定も、社会モデルを踏まえた規定であると考えざるを得まい。

一方、障害支援区分については、障害者総合支援法第4条第4項で、「障害支援区分」とは、障害者等の障害の多様な特性その他の心身の状態に応じて必要とされる標準的な支援の度合いを総合的に示すもの」と規定されており、医学モデルの色彩を濃厚に残した規定となっている。立法的解決が望まれるが、現行法上は、理念規定の趣旨を生かして解釈せざるを得ない。つまり「心身の状態に」とは、心身のみではなく環境や社会と心身の状態との相互作用と解すべきである<sup>234</sup>。文言とは乖離してしまうが、そうでないと障害者自立支援法にはなかった第1条の2を新たに設けた趣旨を没却してしまうことになる。また、第4条第4項は、上位の規範たる理念規定に矛盾することがないよう解釈すべきだからである。

さらに、障害者総合支援法第4条第4項により委任されている「障害支援区分に係る市町村審査会による審査及び判定の基準等に関する省令（平成26年1月23日厚生労働省令第5号）」の別表第一は、社会参加や環境の項目を追加するよう改正すべきである。そして、市町村が、現行の別表第一に従って認定し、環境や参加に関して何らの考慮をせずに認定したのであれば、裁量権を逸脱した瑕疵ある処分と言わざるを得ない。

同様の解釈技法を用いた最高裁平成14年1月31日判決は参考となる<sup>235</sup>。

事案は、婚姻によらないで懐胎した児童の父により認知がなされたことによって児童扶養手当の受給資格喪失の通知を発出した県知事に対し、当該処分の取り消しを求めたものである。最高裁は、児童扶養手当施行令第1条の2第3号に支給対象児童として「母が・・・婚姻によらないで懐胎した児童（父から認知された児童を除く。）」と規定された施行令括弧書きについて、児童扶養手当法の趣旨目的からは法の委任の範囲を逸脱した無効の規定と解すべきであり、これに基づいてなされた処分は違法であるとの判断を示した。

## イ) 支給要否決定、支給量の決定に係る勘案事項の基準について

上では、勘案事項に関する裁量の具体的基準を定めていないことは社会的障壁を形成するとした。

---

<sup>233</sup> 内閣府政策統括官（共生社会政策担当）付障害施策担当者による説明。「霞が関だより」（働く広場 2011年11月号）28頁。

<sup>234</sup> イギリス社会モデルは、インペアメントとディスアビリティの因果性を切断するものであり、インペアメントと社会や環境との相互作用がディスアビリティを形成するといったいわゆるアメリカ社会モデルを否定する。しかし、障害者の権利条約が、相互作用説に立つものである以上、改正障害者基本法や障害者総合支援法が障害者権利条約批准のための国内法整備の一環でもあることから、社会モデルについて相互作用説を採用せざるを得ないと考える。

<sup>235</sup> 水島郁子「婚姻によらない懐胎した児童の父による認知と児童扶養手当」『別冊ジュリストNo. 191 社会保障判例百選[第4版]』（有斐閣、2008年）212頁～213頁。

しかし、市町村が勘案事項の基準を設けていないことをもって、直ちに処分に瑕疵があるということとはできないだろう。裁量権の逸脱があったかどうかは、法の趣旨や一般原則 — 例えば、比例原則、他事考慮、信義則等 — に照らして個別具体的に判断されるべきだからである。

当該勘案事項のうち、「介護者の有無と介護者の健康状態」および「提供体制整備の状況」については、障害者権利条約第 19 条との関係で検討を要する。

障害者権利条約第 19 条第(a)項では、「居住地及びどこで誰と生活するかを選択する機会を有すること」と規定しており、「介護者の有無と介護者の健康状態」を勘案することは、障害者を介護者のもとにとどまらせることを強いる結果となり、また、「提供体制整備の状況」を勘案することは、地域での生活を断念せざるを得ない可能性を孕む。したがって、西田和弘が主張するように当該勘案事項は、障害者の権利条約第 19 条に抵触するおそれが高く、法施行規則第 12 条第 2 号及び第 9 号は改正されるべきであろう<sup>236</sup>。

問題は、当該勘案事項を勘案した処分の効力である。

このことを結論付けるためには、その前提として条約の国内法的効力及び人権条約の裁判規範性を検討しなければならない。

条約の国内への受容に関する憲法体制には、「**①**自動的（一般的）受容、**②**承認法による受容、**③**個別的受容」があるとされている<sup>237</sup>。日本では、憲法第 98 条第 2 項の国際法遵守義務の規定により、批准・加入した条約は公布をもって、それ以上の特段の国内的措置をとることなくそのまま国内法的効力をもつということが政府の立場であり、学説、判例でも広く認められている<sup>238</sup>。わが国においては、障害者の権利条約は、2014 年 1 月 20 日に批准書を国連に寄託した結果、2014 年 2 月 19 日から国内法的効力が生じている。また、国内法秩序による条約の序列は、憲法第 98 条第 2 項により、少なくとも法律に優位するというのが、政府見解、判例、通説の立場である<sup>239</sup>。

---

<sup>236</sup> 西田・前掲注(172)27 頁。

<sup>237</sup> 申・前掲注(115)55 頁。

<sup>238</sup> 申・前掲注(115)55 頁。

<sup>239</sup> 申・前掲注(115)57 頁。

高橋和之は、条約の国会での承認という手続面で、法律よりも要件が緩和されているとの理由で、法律優位説を導き出している。高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」『ジュリストNo. 1244』（有斐閣、2003 年）81 頁。これに対して、棟居快行は、立法の不作为による条約の不遵守の状態を最終的には是正するのは裁判所しかないとの理由で、法律に対する条約優位を基礎付け、高橋説も、このことを認めない趣旨ではないとしている。棟居快行「国内裁判所における国際人権の適用をめぐる」芹田健太郎・戸波江二・棟居快行・薬師寺公夫・坂元茂樹編集代表『講座国際人権法 3 国際人権法の国内的实施』（信山社、2011 年）35 頁～36 頁。また、同書で、棟居は、人権条約の国内法的効力について、次のように整理している。**①**条約が国内法化された瞬間に、国民が主体で国家が名宛人となる対国家的権利に変換され、法律よりも上位の規範として法的効力を有するとする法的権利発生説、**②**国会は、条約を実現するための法律の改廃の作為義務を負うが、個々の国民が行使し得る具体的な権利は条約から発生しないとする法的立法義務発生

次に、条約の効力について、かつては、自由権規約は締約国に対して即時的効力を有するが、締約国の財政的負担を伴う社会権規約については、漸進的効力にとどまるとするのが通例であった。しかし、現在では、権利の複合的側面に着目し、国家の義務として、①尊重 (respect) する義務、②保護 (protect) する義務、③充足 (fulfill) する義務、④促進 (promote) する義務に分類し、①及び②については即時的効力を、③及び④については漸進的効力を認める見解が一般的となっている<sup>240</sup>。

そこで、障害者権利条約第 19 条であるが、その柱書部分は、障害のあるすべての人に対して他の者と平等の選択の自由を保障し地域社会で生活する平等の権利を認めること、そして当該権利の完全な享有並びに地域社会への障害のある人の完全なインクルージョン及び参加を容易にするための効果的かつ適切な措置をとることを規定している。条文の規定の仕方からすれば、前者は、①尊重 (respect) する義務、②保護 (protect) する義務を、後者は、③充足 (fulfill) する義務、④促進 (promote) する義務を定めていると解されよう。(a)号から(c)号までについては、締約国に義務付けられているのは当該条項の規定することを「確保する」ことであり、締約国が(a)号から(c)号までの事項を確保するために幅広い措置をとることが必要であり、これらの義務については、③充足 (fulfill) する義務、④促進 (promote) する義務となると解する<sup>241</sup>。しかし、漸進的に国家が措置する義務だとして、請求権性が認められないとしても、申恵事も主張するように、法令や行政行為の合法性を審査する基準として機能するものと解することが、条約が国内法的効力を有する意味だとする<sup>242</sup>ことは、合理性がないとはいえないだろう。

さて、市町村が、支給の要否決定において、「介護者の有無と介護者の健康状態」あるいは「提供体制整備の状況」を勘案し、支給を認めなかった場合、その効力はどうなるのかが問題となる。

市町村が、支給の要否決定において、「介護者の有無と介護者の健康状態」あるいは「提供体制整備の状況」を勘案することは、結果として地域社会で平等に生活する権利を侵害するものとなり、居住地及びどこで誰と生活するかを選択する機会を奪うこととなる。障害者の権利条約第 19 条の規定は、障害者総合支援法第 1 条の 2 の規定を媒介として、解釈基準として、つまり裁量権の逸脱、濫用の判断基準として機能するのであるから、「介護者の有無と介

---

説、③条約に規定されている内容は、国家と個々の国民を規律する一定の客観法が引き出されるとする客観法発生説。同書 38 頁～44 頁。

<sup>240</sup> 申・前掲注(115)161 頁～165 頁。

<sup>241</sup> 本論文の立場は、前掲注(239)で示した棟居の整理に従えば、法的権利発生説に近い立場を採ることとなる。

なお、川島聡は、障害者の権利条約第 4 条第 2 項が社会権の漸進的達成を規定しつつも、社会権には即時実施義務に服する部分もある旨を定めているとし、差別禁止が即実施義務に服することは従来広く認められているとしている。川島聡「人権条約における国家の義務—障害者の権利条約を手がかりに一」日本社会保障法学会編『社会保障法第 25 号』（法律文化社、2010 年）91 頁～92 頁。

<sup>242</sup> 申・前掲注(115)498 頁。

護者の健康状態」あるいは「提供体制整備の状況」を勘案することは、裁量権を逸脱し瑕疵ある処分となるのである<sup>243</sup>。

### 3 サービス提供段階

本項では、障害者総合支援法が規定する各種サービスについて考察する。

障害者総合支援法により支給されるサービスが、地域で自立した生活をしていく上で、主体性を形成するものとなっているかどうかを考察し、主体性を形成するにはどうあるべきか、それは現行法の解釈として可能かどうかを検討する。

#### (1) 地域生活支援に関するサービスと主体性の形成

障害者総合支援法に規定されるサービスが、知的障害者の主体性の形成に寄与するものとなっているかどうかについて検討するために、非障害者の地域での生活モデルを提示し、これと比較することによって明らかにするという方法をとりたい。

このような方法をとった場合、知的障害者を非障害者の視点から評価するものであって、知的障害者の多様性を軽視するとの批判もあり得よう。

しかし、非障害者が取り得るライフコースと知的障害者のライフコースを比較することによってこそ、知的障害者が取り得る選択肢がいかに制限されているかを明らかにすることが可能となり、そのことによって知的障害者のニーズも明確となると考えられる<sup>244</sup>。障害の社会モデルを基礎として、障害者のライフコースを研究しているプリーストリーも、次のように主張する。健康に生まれ、子どもとして成長し、教育を通して発達し、自立した若い成人となり、仕事を見つけ、自身の家に住み、子どもを持ち親となって、職歴を積み、年をとり、死を迎えるといった、一般的なライフコースと障害者のライフコースを比較することによって、一般的なライフコースを阻害している要因を表出することができるとするのである<sup>245</sup>。さらに、プリーストリーは、世代 (generation) に着目し、ライフコースを形成する— 誕生、子ども、若者、成年、高齢 —それぞれの世代の障害を論じている。また、小賀久も、「知的障害のある人のニーズを明らかにするためには、各人のライフステージに即した通常の市民と同等の、幅広い生活内容を基本としつつ、潜在化してきたニーズを明らかに」すべきであ

---

<sup>243</sup> 障害者総合支援法第1条の2に障害者の権利条約第19条の内容と同様の条項が設けられたことから、障害者総合支援法第1条の2が同法の解釈基準となるとすれば、あえて障害者の権利条約を持ち出すまでもないともいえるかもしれない。しかし、障害者総合支援法第1条の2は、社会参加の機会の確保やどこで誰と生活するかについての選択の確保について、「可能な限り」としており、この点は、障害者の権利条約第19条に抵触すると考えられる。障害者総合支援法第1条の2を同法の解釈基準として用いるとしても、上位規範である障害者の権利条約第19条を持ち出す余地があるのである。

<sup>244</sup> 新藤こずえ『知的障害者と自立』（生活書院、2013年）42頁

<sup>245</sup> Mark Priestley (2003), 'Disability -A Life Course Approach', Polity Press, pp.26-28.

るとし、ライフステージに応じた通常の市民生活と比較することで、知的障害者のニーズを明らかにすることができることを示唆している<sup>246</sup>。

そこで、筆者は、上記のような考え方に依拠して、次のような成年期の成人の地域での自立生活モデルを提示し、そのような地域生活を送ることが現在の障害者総合支援法で可能であるかどうかについて明らかにしたい<sup>247</sup>。

### **地域生活のモデルの提示**

われわれが、地域で自立した生活をおくっているとはどういった状態なのだろうか。

戸建てあるいは集合住宅に住まい、朝起床し、洗面等を済ませ、朝食をとり、新聞に眼を通したりして、就労場所に出かけ、仕事をして、夕方に帰宅する。帰宅の途中にスーパー等に立ち寄り、夕食の食材等を購入し、帰宅したら夕食を作り、夕食をとる。その後 TV を見たり、ちょっとした掃除や片付けものや洗濯などをして過ごし、入浴の後に就寝する。休日は、読書や映画、旅行などの余暇を楽しんだり、友人と喫茶店などで会話を楽しむ、また、庭の手入れ、園芸教室などの習い事、ボランティア活動を行う人もいよう。そして、輪番制になっている町内会の役員の仕事、町内会総会等への出席、当番制のゴミ出し場所の清掃や町内会の回覧板の回覧、環境月間には、町内で公園などの一斉清掃も行う。ご近所との会話や、もらい物のやりとりなども生じよう。以上は単身生活のおおよそのモデルであるが、配偶者や子どもがいる場合は、これに、夕食後の家族の団らんや、子どもが小さい場合は様々な子どもの世話、成長期には、親としての子どもの見守り、授業参観などの学校行事への参加などが加わる<sup>248</sup>。

---

<sup>246</sup> 小賀久『障がいのある人の地域福祉政策と自立支援』（法律文化社、2009年）169頁

<sup>247</sup> 非障害者のモデルと障害者とを比較することは、障害の社会モデル的視点に立てば、非障害者と障害者という線引きにつながる二項分離的な思考について批判もあり得ようが、本文でも述べたように、ここでは、いわゆる非障害者の一般的な生活モデルを考えてこそ、障害者のニーズや差別、排除が明らかにされるのではないだろうか。

また、障害者の自立支援が、障害者本人が希望するあたりまえの日常生活を支援することであるなら、非障害者の日常生活をモデルとして、支援の選択肢を用意することは必要であるといえるだろう。北野誠一「IPP（本人自立支援計画）と権利擁護」（ノーマライゼーション 障害者の福祉、1999年220号）参照。

また、本稿でのライフコースは、非障害者が親元から離れ、地域で自立した生活をおくる成人期としている。

<sup>248</sup> 第3回障がい者制度改革推進会議において、北野委員は、支給決定のプロセスの項で、ニーズ把握の基本的視点として、本人の障害の状況と、人的・物理的・社会的環境との相互関係から一般的に導かれる基本的に必要な支援ニーズとともに、本人の日常生活上のスタイルに基づく個別ニーズについて、次のように発言している。「例えば朝食のメニュー、整髪やファッション、日中の仕事や活動のスタイルとその移手段・支援の必要度・移動に要する時間、帰宅後の活動スタイル、飲酒・喫煙等の状況、トイレのスタイルと一般的に要する時間・支援に要する時間、入浴のスタイルと頻度、就寝時間と就寝時の支援スタイル等、さらには一般的パターンではない日（旅

## ①地域生活への移行支援

上に提示したモデルについての検討に入る前に、地域生活への移行について検討しなければならないだろう。

障害者支援施設あるいは親元から地域で暮らす場合、通常は次のような行程になるだろう。まず、不動産屋に出向き、現地を確認するとともに、家賃や環境等を検討し、どこに住むかを決定する。そして、生活に必要な物品等の購入（冷蔵庫、洗濯機、TV、電子レンジ、掃除機、カーテン等）を済ませた後に、地域での生活が始まる。

### ア) 障害者支援施設からの地域移行

障害者総合支援法上、地域への移行を支援する規定は、法第5条第18項の個別給付としての相談支援における地域移行支援の利用が可能である。法第5条第18項は、障害者支援施設に入所している障害者が地域における生活に移行するための活動に関する相談を規定し、障害者総合支援法施行規則第6条の12は、同法同条に規定する厚生労働省令で定める便宜として、「住居の確保その他の地域における生活に移行するための活動に関する相談、外出の際の同行、障害福祉サービス（生活介護、自律訓練、就労移行支援及び就労継続支援に限る。）の体験的な利用支援、体験的な宿泊支援その他の必要な支援」と規定している。なお、平成26年4月からは、障害者支援施設からの地域移行だけでなく、生活保護法上の救護施設等、刑事収容施設等、少年院や更生保護施設等からの地域移行にも適用されることとなった（同規則第6条の11の2）。

地域移行については、指定一般相談事業者によって給付されることとなる。

そして、指定地域相談支援の運営基準第21条第2項には、利用者に対しておおむね週1回以上の対面による支援を規定している。また、指定地域相談支援に要する費用の額の算定基準別表第1には、指定地域相談支援事業者が、地域移行支援の給付を決定された障害者に障害福祉サービスの体験的な利用支援を行った場合に（15日が限度）、加算される旨が規定されている。

### イ) 親元からの地域移行

障害者総合支援法第5条第18項は、障害者入所施設等から地域への移行を規定するもので、親元からの地域移行には適用されない。障害者総合支援法上は、行動援護が考えられるが、障害者総合支援法第5条第5項によれば、「行動上著しい困難を有する障害者等」で、「常時介護を有するもの」が要件となっている。また、その支援も「行動する際に生じる危険を回避するために必要な援護、外出時における移動中の介護」とされており、行動上著しい困難を有する障害者等以外は該当せず、また、支援内容も行動上の障害に対するものであり、地

---

行・他者の訪問・冠婚葬祭等)・・・」 「障がい者制度改革推進会議第3回 資料1-1」43頁。

[http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s\\_kaigi/k\\_3/pdf/s1.pdf](http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s_kaigi/k_3/pdf/s1.pdf), accessed 8Apr.2014.

域での生活に向けた諸手続、準備の支援とはなっていない。

市町村が実施する地域生活支援事業の中に相談支援事業（法 77 条 1 項 3 号）があり、国の実施要綱では、住宅入居等支援事業を定め、市町村の必須事業としている<sup>249</sup>。当該要綱上、対象者は、「障害者等であって、賃貸契約による一般住宅への入居を希望しているが、保証人がいない等の理由により入居が困難な者」とされている。支援内容としては、「不動産業者に対する物件斡旋依頼、家主等との入居契約の手続き支援を行う。また、地域における公的保証人制度がある場合には、必要に応じてその利用支援を行う」とされている。

## ウ) 発達を阻害する社会的障壁

### i) 自己決定の視点

#### 障害者支援施設等からの地域移行

障害者支援施設等から地域で自立した生活を送ろうとする場合、上記ニーズに対応するために、相談支援事業者から支援を受けることができる。障害者支援施設等と相談支援事業者との連携が密である等良好な関係にある場合は、円滑に手続きが進行し、知的障害者のニーズが満たされる可能性が高いものと思われる。生活用品を購入し、集合住宅等に入居するための一連のプロセスは、短期間に集中的に行うことが必要である。指定地域相談支援の運営基準第 21 条第 2 項に規定される、週 1 回以上の対面による支援を、相談支援事業者が 1 回やれば義務を履行したといった具合に形式的に取り扱わない限り、上記ニーズを満たさない場合は少ないのではないかと思われる。したがって、障害者支援施設等から地域移行については、運用如何によっては円滑な地域移行を阻む可能性があるものの、制度としては、おおむね地域移行への選択肢が与えられていると考えられるのであり、社会的障壁を形成しているとまではいえないと思われる。

もちろん、知的障害者の意思決定支援については、別途検討すべきである。

#### 親元からの地域移行

一方、親元からの地域移行には、上で見たように、地域生活支援事業における相談支援の中に、不動産の賃借に関して家主等との入居契約についての支援など部分的には利用できる支援は存在してはいる。そもそも、地域移行のニーズは、不動産の賃貸借契約についての支援を受ければ済むというものではなく、知的障害者がどこに住むかを決定し、さらには、生活用品の購入や部屋のレイアウトなど、不動産の借り入れも含む複数のニーズにより構成されている。多くの場合、親や兄弟等が同伴することで上記のニーズを満たすことが現実であることから、障害者総合支援法は規定を置かなかつたとも考えられる。しかし、仮に親、兄弟から支援が受けられないような状況にあるなら、地域で自立して暮らすことについての保

<sup>249</sup> 平成 26 年 3 月 31 日付け厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部長通知「地域生活支援事業の実施について 別紙 1 地域生活支援事業実施要綱」7 頁。

<http://www.mhlw.go.jp/bunya/shougaihoken/chiiki/dl/index01.pdf> accessed 29Apr.2014.

障は、そのスタートから躓いてしまう<sup>250</sup>。法が親・兄弟の支援を前提に制度設計をしているのだとすれば、そのこと自体、地域での自立した生活するための選択肢を制約する結果になると思われる。

他の障害者と比べ、知的障害者が親元で暮らす割合が多いこと<sup>251</sup>、多くの知的障害者の親が、親亡き後のことを不安に思っていること<sup>252</sup>、知的障害者にとって脱施設とともに親からの自立も重要なニーズであること<sup>253</sup>からすれば、知的障害者にとって、親からの地域移行の支援体制が充分でないことは、地域での生活という選択肢が用意されていないことであり、自己決定についての社会的障壁を形成していると言わざるを得ない。

## ii) 参加の視点

地域移行への支援の欠如は、同時に参加への障壁も構成する。地域へ移行できて初めて、地域への参加、社会への参加が可能となるからである。

そうだとすれば、上で述べた親元から地域移行支援制度は、参加への社会的障壁をも形成しているといえるだろう。

## エ) 社会的障壁の縮減と主体性の形成

障害者支援施設等からの地域移行について、相談支援事業として規定することは、脱施設化、地域での自立生活を保障する障害者権利条約第 19 条の趣旨に適うものであり、障害者総合支援法第 1 条の目的規定、そして、第 1 条の 2 に規定されている基本理念に沿う支援制度ということができる。

しかし、親元からの地域移行も、障害者、とりわけ知的障害者にとって重要なニーズなのであって、障害者支援施設等から地域へ移行する場合と同様に、相談支援事業者からの支援

---

<sup>250</sup> 定藤丈弘による「自立を阻害する最大の障壁の一つに障害者が成人後も親・家族が扶養、介護の基本責任を負うべきであるという親族扶養優先主義が存在し、そのための重度障害者の主体形成の遅れが欧米諸国に比べて顕著」であるとの指摘がある。「最近における障害者の地域福祉施策の展望と課題」『社会問題研究第 43 巻第 2 号』（1994 年）176 頁。

<sup>251</sup> 在宅の知的障害者では、同居者ありが 94.7%であり、夫婦で暮らしているものは 2.3%に過ぎず、大半が親や兄弟と暮らしている。内閣府『平成 25 年度版 障害者白書』10 頁。

<sup>252</sup> 例えば、前掲注(133)の愛知県障害者基礎調査によれば、「将来の不安や、その他困っていること」というアンケート項目に対する回答として、親亡き後の不安について多く寄せられている。162 頁～163 頁。

<sup>253</sup> 脳性まひ者の親子関係について、横塚晃一は、一定の年齢になれば子は親を乗り越えていくが、脳性まひ者は親によって庇護の対象とされ、従属化されている。したがって、親からの独立が先決であると主張している。横塚晃一『母よ！殺すな』（生活書院、2007 年）25 頁～26 頁、なお、初出は、1970 年 6 月『青い芝』（No.78）。このことは、親との同居が圧倒的多数を占める知的障害者にも妥当するだろう。知的障害者の当事者団体であるピープルファースト東久留米は、「大人になったら親元を離れて生活するということは、人としてあたりまえの生活を送るための権利」であると主張している。ピープルファースト東久留米・前掲注(134)5 頁。



を障害者総合支援法上の制度とすべきである。その際、障害者支援施設からの移行にみられるような、指定地域相談支援の運営基準 21 条 2 項に規定される週 1 回以上の対面による支援といった基準を定めるのではなく、相談事業者と利用者とは十分話し合い、利用者の個別のニーズに沿った支援とすべきであろう。

なお、平成 22 年 2 月 15 日に開催された「第 3 回障害者制度改革推進会議の障害者自立支援法・総合福祉法（仮称）に関する意見一覧」において、ピープルファースト北海道会長である土本秋夫委員も、住むところを探して契約する、引っ越し、生活する上で必要なものを揃える、役所の手続、事業所との契約、金銭管理の方法、困りごと相談など一括した支援が必要である旨を述べている<sup>254</sup>。

また、自立生活へ向けた一人暮らし体験も必要な場合もあろう。

このことについては、障害者総合支援法で自立訓練を受けることができることを定めており（第 5 条第 12 項）、法施行規則第 6 条の 7 第 2 号は、知的障害者が、障害者支援施設、サービス事業所、居宅で食事、入浴、排泄等の自立した生活を営むために必要な訓練、生活等に必要な相談、助言その他必要な支援を受けることができると規定している。そして、宿泊型訓練も可能であるが、指定自立訓練（生活訓練）事業所が実施した場合に所定単位が算定されることとなっており、費用の面から集合住宅での宿泊訓練が制限される結果となっている（費用の額の算定基準別表第 11 の注 4）。

親元で生活する知的障害者にも自立へ向けた生活能力を形成するためには、自立への準備として実際に体験的に集合住宅に住み、自立のための訓練を受けながら生活してみるといった給付を用意すべきであろう<sup>255</sup>。そして、このことは、法施行規則に明記されるべきである。費用の額の算定基準は、あくまで定められた給付の額を算定するための基準であるべきだからである。

自律訓練について参考になるのは、ランターマン法のもとで制度化されている自立生活のスキルサービス（independent living skill）（以下「ILS」という）である。

この制度はコミュニティで自立した生活をするためにスキルを学ぶためのものであり<sup>256</sup>—

---

<sup>254</sup> 第 3 回障害者制度改革推進会議における資料 1-1「障害者自立支援法・総合福祉法（仮称）に関する意見一覧①」26 頁。土本委員は、施設から地域へ移行する場合として、本文に示した発言をしているが、親元から地域へ移行する場合も同様のことがいえるものと思われることから当該発言を引用した。

[http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s\\_kaigi/k\\_3/pdf/s1.pdf](http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s_kaigi/k_3/pdf/s1.pdf), accessed 8.june.2014.

<sup>255</sup> 津田耕一は、「自立生活を目的とした自立生活行動スキルの修得には施設や学校の訓練室での訓練では日常生活場面で般化しにくいことが指摘されている」と紹介している。津田耕一「知的障害者への自立生活行動の形成」『行動療法研究第 22 巻第 2 号』（1996 年）44 頁。

<sup>256</sup> 自立生活のスキルを訓練によって身につけようとすることは、医療リハビリテーションの延長線上にあるのであり、一種の医学モデルあるいは個人モデルではないかとの考え方もあろう。しかし、北野誠一が主張するように、我々も日常生活において、大なり小なり、自ら納得する目標を立てて、その目標達成に向けてスキルアップを図っていくのであり、当該訓練は、当事者の希望にそって当事者を中心にした訓練であり、また、新たな選択肢を用意するものである点で、医学モデルとは異なると考えられる。北野誠一「IPP（本人自立支援計画）と権利擁護」『ノーマライ

例えば、料理 (cooking)、家の清掃 (house cleaning)、身支度 (grooming)、金銭管理 (money management) 一、親と一緒に暮らしている家で、グループホームで、または自分自身のアパートで当該サービスの給付を受けることができる。発達障害者 (learning disabilities) は、自分自身で生活するために必要なスキル身につけるまで、ILS スキルサービスを受給できる権利を有している<sup>257</sup>。

この ILS スキルサービスを、San Andreas Regional Center の例からみてみよう<sup>258</sup>。

[サービス内容] 料理、洗濯、買い物、各種計画、食事の準備、金銭管理、親としての業務、性に関するトレーニング、公共交通機関の利用、健康管理、家普請の技術、コミュニティへの包摂の訓練、地域資源に関する知識 (例えば、警察、火災など) などであるが、これらに制限されるものではない。

[トレーニングの期間] 通常 1 ヶ月に 8~24 時間で約 6 ヶ月の期間。現段階の自立生活の水準を維持するために、必要な限りさらに 1 ヶ月に 1 時間~12 時間の訓練を継続することができる。

ランターマン法制下の自律訓練と、わが国の障害者総合支援法で規定されている自律訓練 (生活訓練) 給付を比較すると、わが国では、法施行規則第 6 条の 7 第 2 号に、「入浴、排せつ及び食事等に関する自立した日常生活」と規定されており、身辺自立を中心に規定されていることが際立つ<sup>259</sup>。

もともと、現行制度においても、費用の額の算定基準別表の介護給付費等単位数表の第 12 自律訓練 (生活訓練) の生活訓練サービス (II) の解釈通知として位置付けられる「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に基づく指定障害福祉サービス等及び基準該当障害福祉サービスに要する費用の額の算定に関する基準等の制定に伴う実施上の留意事項について」(以下「費用の額の算定基準解釈通知」という。)において、身辺自立の訓練だけでなく、「地域生活のルール、マナーに関する相談援助」や「交通機関、金融機関、役所等の公共機関活用に関する訓練及び相談援助」を挙げている (第 2-(2)-①-(二)-ウ及びエ)。

---

ゼーション障害者の福祉 220 号』(1999 年) 障害福祉研究情報誌システムより入手 2 頁。  
[http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/prdl/jsrd/norma/n220/n220\\_07-01.html](http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/prdl/jsrd/norma/n220/n220_07-01.html) accessed 13.. April 2014.

<sup>257</sup> “Rights Under the Lanterman Act : Regional Center Services for People with Developmental Disabilities” Chap7.p.4

<http://www.disabilityrightsca.org/pubs/506301.pdf#search='Rights+Under+the+Lanterman+Act+%3A+Regional+Center+Services+for+People+with+Developmental+Disabilities'> accessed 9.Dec.2013.

<sup>258</sup> <http://www.sarc.org/> accessed 3Apr.2014. San Andreas Regional Center のホームページを参照した。

<sup>259</sup> もともと、「入浴、排せつ及び食事等」の「等」に、ランターマン法制度下で RC のサービス例として示されているような「コミュニティへの包摂の訓練、地域資源に関する知識 (例えば、警察、火災など)」を読み込むことも不可能とはいえない。しかし、「入浴、排せつ及び食事」の例示からすると立法者及び行政解釈ともに身辺自立を念頭に置いていると思われる。

そして同規定には、オとして「その他必要な訓練」と規定されており、サービス費用の算定の側面から一定程度の参加に関する事項を盛り込んでいるといえる。しかし、「その他必要な支援」が参加に関するどの程度の内容を読み込むことができるかについては不明確であり、知的障害者が地域社会へ参加することを明確化するためには、ランターマン法制度における RC のサービスとして例示されている「コミュニティへの包摂の訓練、地域資源に関する知識（例えば、警察、火災など）」などを端的に列挙することが必要であろう。

宿泊型訓練の検討で述べたことの繰り返しになるが、自立訓練給付の範囲をどのように定めるかについては、費用の額の算定基準ではなく法第 5 条第 12 項が委任する法施行規則第 6 条の 7 第 2 号によって規定されるべきであろう。

## エ) 権利救済的側面

上では、現行制度上親元からの地域移行支援が阻まれており、この社会的障壁を除去するには、相談支援事業者の業務として親元からの地域移行支援も担うべきだと結論づけた。

障害者総合支援法第 5 条第 18 項は、地域移行支援の対象者を厚生労働省令に委任し、委任を受けた法施行規則第 6 条の 11 の 2 では、その対象者を障害者支援施設の入所者や生活保護法に規定される救護施設等、刑事施設や少年院に収容されている障害者としている。確かに、この規定からすれば、現行制度上は親元からの地域移行支援は困難である。

ところで、同法は、厚生労働省令への委任事項として「重点的な支援を必要とする者」と規定しているのみである。そして、「重点的な支援を必要とする者」かどうかは、法の趣旨、目的に沿って決めるべきものである。障害者総合支援法第 1 条は、障害者が給付を受けながら地域で暮らすことを保障する旨を規定し、第 1 条の 2 では、障害者等が身近な場所で生活することを保障するとともにどこで誰と暮らすかについての選択権を保障している。さらに、障害者権利条約第 19 条(a)項は、どこで誰と住むかの選択権と特定の生活様式を義務づけられないことを並列的に規定している。以上を併せ考えれば、法第 5 条第 18 項の「重点的な支援が必要な者」の中に、施設等から地域へ移行する場合だけでなく、親元から地域へ移行しようとする障害者も含まれると解すべきであろう。

したがって、親元から地域生活をしようと思う障害者の地域相談支援給付申請に対して、市町村が却下あるいは給付を否定する決定をした場合、瑕疵ある処分として取り消されるべきと考える。

次に、宿泊型訓練について検討する。

上でみたように、現行制度は、法施行規則第 6 条の 7 第 2 号では、訓練の方法については規定せず、費用の額の算定基準で、宿泊型生活訓練について指定自立訓練事業所において宿泊型訓練を行った場合に費用を算定することとなっている。費用の額の算定基準は、定められた給付についてその費用を算定するものであり、原理的に給付の範囲や方法を定めること

に馴染まない。したがって、障害者総合支援法第 29 条第 3 項の「厚生労働大臣が定める基準により算定した費用の額」には、給付の範囲や方法についてまで委任しているものと解することはできないだろう。あくまで、給付の範囲や方法は、法施行規則への委任事項と解すべきである。障害者権利条約そして障害者総合支援法の趣旨が、地域での自立した生活を保障することにあるとすれば、法施行規則第 6 条の 7 第 2 号では、宿泊型訓練について集合住宅での宿泊訓練を禁止する趣旨と解することは困難であろう。したがって、費用の額の算定基準の宿泊型訓練を指定自立訓練事業所に限定した規定は無効と解さざるを得ない。

以上から、市町村が、集合住宅での宿泊型訓練給付を認めなかった場合は、裁量権逸脱として瑕疵ある処分となると解すべきである。

最後に、親元から地域へ移行するための自立訓練（生活訓練）について検討しよう。法施行規則第 6 条の 7 第 2 号は、「入浴、排せつ及び食事等に関する自立した日常生活」と規定している。条文の文言上は、身辺自立を念頭に置いた規定であることは既に述べた。したがって、同条文における「等」も「入浴、排せつ及び食事」と同等の身辺自立を構成する基本的行為とするのが素直な解釈かもしれない。

しかし、一方で、障害者総合支援法の理念規定が、社会モデルに立脚する旨を示したものと解される以上、自立概念も身辺自立のみではなく参加や環境といった点も考慮に入れなければならないことは当然である。このことは、障害者権利条約からも導かれるものである。そうだとすれば、同条文の「等」を身辺自立に限定して捉えるべきではない。「等」には、ランターマン法制化での ILS サービスとして例示されるコミュニティへの包摂の訓練、地域資源に関する知識（例えば、警察、火災など）なども含まれると解すべきである。このように解することによって、はじめて、自立した日常生活が実質的に保障されるからである。法施行規則を改正し、参加や環境に関する事項を例示することが必要であることは言うまでもないが、現行規則の解釈からも、充分同一の結論を導き出すことが可能であろう。

費用の額の算定基準の解釈通知では、参加に関する規定について「地域生活のルール、マナーに関する相談援助」や「交通機関、金融機関、役所等の公共機関の活用に関する訓練及び相談援助」を挙げている（第 2-(2)-①-(二)-ウ及びエ）にすぎないのであるから、上記の趣旨からは、「その他必要な支援」（第 2-(2)-①-(二)-オ）に、参加や環境に関する幅広い事柄を読み込ませるべきこととなる。

このような解釈に従えば、仮に、市町村が参加や環境に関する支援を排除する決定をした場合は、裁量権の逸脱となり、瑕疵ある処分となろう。しかし、通常は、計画相談支援の場面や事業者による生活訓練給付の場面で紛争になることが多いと考えられる。個別の利用者のニーズにもよるが、一般的には、参加や環境に関する事項が盛り込まれていない支援計画（ケアプラン）や事業者の個別支援計画は、利用者に対して債務不履行となり損害賠償責任

を免れないと解される<sup>260</sup>。

## ②障害者総合支援法における地域での自立した生活についての給付

### ア) 居宅での生活<sup>261</sup>

障害者総合支援法では、居宅での生活に対する支援は、主に訪問系サービスが担う。

サービスとして該当するのは、居宅介護である（法第5条2項、法施行規則第1条の3）。法施行規則第1条の3には、サービス内容として「入浴、排泄及び食事等の介護、調理、洗濯及び掃除等の家事並びに生活等に関する相談及び助言その他生活全般にわたる援助」と規定されている。そして、家事援助が中心である居宅介護の単価は、30分未満と30分以上とに分かれ、30分以上は15分単位で単価が設定されている。そして、家事援助以外の居宅介護は30分単位の単価設定となっている（費用の額の算定基準別表第1の1）。これは、居宅介護が短時間に集中して支援を行う業務形態を踏まえて、短時間サービスほど高い単価設定となっており、1日に短時間の訪問を複数回行うことにより、居宅介護における介護サービスの提供体制を強化するために設定されているものであり、利用者の生活パターンに合わせて居宅介護を行うためのものであると説明されている（費用の額の算定基準解釈通知 第2の2の(1)の③）。

### イ) 発達を阻害する社会的障壁

#### ①自己決定の視点

知的障害の障害特性として、情報処理能力、認知・適応能力が弱いことが挙げられる<sup>262</sup>。

したがって、自己決定を支援することが求められるのである。その一つは、既に述べたように成年後見制度や日常生活自立支援事業などに代表される外部的意思決定支援システムであるが、これらの制度については別途検討するとして、本項では、障害者総合支援法内部の自己決定支援について検討する<sup>263</sup>。

---

<sup>260</sup> なお、理論的には、直ちに利用者に対する契約責任が発生するとはいえない。仮に、参加や環境に関する事項について、契約内容に含まれていなかった場合に、利用者は契約責任を問えるかどうか問題となる。法施行規則や運営基準等は、一般的には取締規定と解されており、合意内容を拘束するものとは解されていないからである。このことについては、第四節で別途詳細に検討している。筆者の見解は、黙示の合意の擬制あるいは利用者と事業者との関係性を媒介として、たとえ両当事者の合意内容として明示されていなくとも、法施行規則や運営基準の内容は、契約内容に溶け込むと考えている。

<sup>261</sup> ここでいう居宅での生活は、施設での生活の反対概念としての居宅生活を指すのではなく、家の内外という意味での家の中での生活を指す。

<sup>262</sup> 豊村和真「知的障害児者の心理的特性と心理的問題について」4頁。

[http://www.ipc.hokusei.ac.jp/~z00105/\\_kamoku/tokusi/L\\_amentia.htm](http://www.ipc.hokusei.ac.jp/~z00105/_kamoku/tokusi/L_amentia.htm), accessed 6 May 2014  
山崎貴之ほか「知的障害者への情報提供に必要な配慮に関する研究」4頁。

<sup>263</sup> 外部的自己決定支援や内部的自己決定支援という用語は、河野正輝『社会福祉法の新展開』（有斐閣、2006年）204頁に記載されている成年後見制度上の成年後見人や補佐人等の活動を外部ア

法施行規則第1条の3は、居宅介護に関して「入浴、排せつ及び食事等の介護」といった身辺自立に関する規定とともに「調理、洗濯及び清掃等の家事」援助や「生活等に関する相談及び助言」を掲げている。規則が、相談援助を独立したものとして規定していることからすれば、家事援助は、ホームヘルパーが知的障害者に代わって家事を行うことだと解されよう。身体障害と異なり知的障害の場合は、家事のホームヘルパーによる代行とともに、生活等に関する相談及び助言が重要な位置を占める。いや、むしろ、家事についても相談し助言を受ければ自らが行うことが可能であることも多いことから、知的障害者にとっては、相談・助言こそが、自己決定、自己選択を可能とするための不可欠の支援だと言うべきであろう。身体機能の補助というより、理解やコミュニケーションの支援、難しい事柄を分かりやすく説明すること、気持ちや言いたいことをうまく言えないときに、他の人に伝える補佐をすることなどが主要な支援となるからである<sup>264</sup>。

上記のモデルにより知的障害者の自己決定支援ニーズを洗い出してみよう。

まず、食事についてである。知的障害の程度によりすべてホームヘルパーの代行による場合もあるが、社会モデルの視点からは、本人を無力な存在として扱うことは妥当ではなく、ホームヘルパーは、本人の意思を尊重しながら一緒に考えることが必要となろう。日々の朝食や夕食のメニュー、食事を摂る時間、いつ買い物に行きどういう具材を買うか、片付けをする時間、これらを本人とホームヘルパーが協働で行うことが望ましい支援と言えよう。場合によっては、専ら本人が調理等を行い、ホームヘルパーはこれを見守りながら、調理中に手を切った場合の応急の対応などを行うといったケースもあろう。本人の意思を尊重するといっても、例えば、本人の嗜好によって、1週間、唐揚げとハンバーグのみしか思いつかず、1週間連続して唐揚げやハンバーグのリクエストがあるかもしれない。このような場合は、本人と栄養管理について時間をかけて話し合うことが必要となる。掃除、洗濯にしても、いつどの程度行うか、理解の程度に応じた家電製品の操作方法などの支援が必要になる。さらに、金銭管理は知的障害者にとって重大な問題であるし、非常に難しい問題でもある<sup>265</sup>。

寄り添う支援者の必要性については、「一人でいると、どうやって過ごしたらいいのかわからなくなる仲間がたくさんいる。ぼくだってそうだ。・・・1時間や2時間の介護では生活していけない。」という知的障害当事者の声がある<sup>266</sup>。

以上のようなニーズを障害者総合支援法は充足しているといえるのだろうか。

ここでは、知的障害の支援の程度について、平成26年1月23日付け厚生労働省令第5号「障害支援区分に係る市町村審査会による審査及び判定の基準等に関する省令」の別表第一

---

ドボカシー、ケアマネジャーによる活動を内部アドボカシーと呼んだことをもとにして、障害者総合支援法上の自己決定支援とそれ以外の自己決定支援を区別する意味で、内部、外部という用語を使用している。

<sup>264</sup> 寺本晃久・末永弘・岡部耕典・岩橋誠治『良い支援？第2版』（生活書院、2012年）29頁。

<sup>265</sup> 寺本晃久・末永弘・岡部耕典・岩橋誠治・前掲注（264）28頁～38頁。

<sup>266</sup> ピープルファースト東久留米・前掲注(134)41頁。

に定められている点数表に従って、次のような状態像を想定してみよう。このような状態像は、就労継続支援B型事業所<sup>267</sup>に通所している知的障害者の多くに見られる状態像と思われ、支援を受けながら地域で自立した生活を送ることが比較的容易であると考えられるからである。

〈就労継続支援継続B型事業所に通所している知的障害者の仮想スコア〉

●起居動作＝0点

●生活機能Ⅰ：食事のみ「部分的支援が必要」＝14.4点

[項目] じょくそう (0点)、嚥下 (0点)、食事 (14.4点)、排尿 (0点)、排便 (0点)

●生活機能Ⅱ：移乗以外の項目は、「部分的支援が必要」又は「見守り支援が必要」＝35.0点

[項目] 移乗 (0点)、移動 (5.8点)、入浴 (6.1点)、口腔清潔 (6.9点)、衣服の着脱 (6.9点)、健康・栄養管理 (9.3点)

●視角機能＝0点

●応用日常生活動作：すべての項目に「部分的支援が必要」＝37.9点

[項目] 調理 (9.4点)、掃除 (6.7点)、洗濯 (7.0点)、買い物 (7.9点)、交通手段の利用 (6.9点)

●認知機能：金銭管理が「全面的支援が必要」、説明の理解が「理解できない」、あとの項目は「部分的支援が必要」＝52.4点

[項目] 薬の管理 (3.3点)、金銭の管理 (9.5点)、電話の利用 (2.6点)、日常の意思決定 (9.1点)、読み書き (4.1点)、危険の認識 (4.1点)、コミュニケーション (4.1点)、説明の理解 (15.3点)

●行動上の障害 (A群)：大声・奇声を出す「希に支援が必要」、感情が不安定、外出して戻れないが「月に1回以上の支援が必要」、あとは「支援が不要」＝9.6点

[項目] 被害的・拒否的 (0点)、作話 (0点)、感情が不安定 (2.6点)、昼夜逆転 (0点)、暴行暴言 (0点)、同じ話をする (0点)、大声・奇声を出す (2.7点)、支援の拒否 (0点)、徘徊 (0点)、落ち着きがない (0点)、外出して戻れない (4.3点)、1人で出たがる (0点)、収集癖 (0点)、物や衣服を壊す (0点)、不潔行為 (0点)、異食行動 (0点)、ひどい物忘れ (0点)、集団への不適応 (0点)

---

<sup>267</sup> 障害者総合支援法上の就労継続支援には、A型とB型の二種類がある。就労継続支援A型とは、「通常の事業所に雇用されることが困難であって雇用契約に基づく就労が可能である者に対して行う雇用契約の締結等による就労の機会の提供及び生産活動の機会の提供その他の就労に必要な知識及び能力の向上のために必要な訓練その他の必要な支援」(法施行規則第6条の10第1号)とされている。一方、就労継続支援B型とは、「通常の事業所に雇用されることが困難であって、雇用契約に基づく就労が困難である者に対して行う就労の機会の提供及び生産活動の機会の提供その他の就労に必要な知識及び能力の向上のために必要な訓練その他の支援」(法施行規則第6条の10第2号)である。なお、本稿における点数は、筆者が勤務する社会福祉法人の就労継続支援B型事業所を利用している療育手帳B1を所持するAさんから聞き取ったものをモデル化したものである。

●行動上の障害（B群）：こだわり、不安定な行動、不適切な行為が「月に1回以上の支援が必要」、あとは「支援が不要」＝11.6点

[項目] こだわり（2.6点）、移動・行動停止（3.5点）、不安定な行動（3.5点）、自らを傷つける行為（0点）、他人を傷つける行為（0点）、不適切な行為（5.5点）、突発的な行為（0点）、過食・はんすう等（0点）、多飲水・過飲水（0点）、反復的行動（0点）、感覚過敏・感覚鈍麻（0点）

●行動上の障害（C群）：話がまとまらないが「月に1回以上の支援が必要」、あとは「支援が不要」＝13.4点

[項目] そう鬱状態（0点）、対人面の不安緊張（0点）、意欲が乏しい（0点）、話がまとまらない（13.4点）、集中力が続かない（0点）、自己の過大評価（0点）

以上のスコアを障害支援区分に係る市町村審査会による審査及び判定の基準等に関する省令別表第二により該当するパターンを探すと、パターン107に該当し、障害支援区分三となる<sup>268</sup>。

そこで、比較的詳しく支給基準を定めている松江市、熊本県阿蘇市、愛媛県東温市の障害支援区分三の家事援助の標準支給量を見れば、松江市では、独居障害者については一月に39時間<sup>269</sup>、一方熊本県阿蘇市では、41時間と定め<sup>270</sup>、愛媛県東温市でも介護者がいない場合は41時間とされている<sup>271</sup>。これらの市における支給量を単純に1日に引き直せば約1.3時間となる。

上記のスコアでは、調理は「部分的支援が必要」としている。たとえば、夕食に関しては、その献立、食材準備、調理、盛りつけ、配膳、後片付けといった一連の行為は、ヘルパーが代行したとしても最低1時間程度を要する。朝食、掃除、買い物さらには金銭管理、健康や栄養管理、町内会の回覧内容の説明も加えれば、松江市や阿蘇市、東温市の基準では、遙かに基準を超過してしまう。知的障害者にとっては、ヘルパーがすべて代行するのではなく、知的障害者本人と一緒にメニューを考え、一緒に買い物をし、一緒に作り、いろいろな話をしながら一緒に食べ、一緒に後片付けをし、掃除や洗濯も一緒にすることこそが真に知的障

---

<sup>268</sup> 「障害支援区分に係る市町村審査会による審査及び判定の基準等に関する省令」（平成26年1月23日 厚生労働省令第5号）。

<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H26/H26F19001000005.html>, accessed 21 June 2014.

<sup>269</sup> 平成26年4月1日付け「松江市障害福祉サービス等支給決定基準」35頁。

<http://www1.city.matsue.shimane.jp/jigyousha/hukushi/shougai/shougaiservicejigyousyo.data/1-6shikyuketteikijunH260701.pdf>, accessed 29 June 2014.

<sup>270</sup> 「阿蘇市障害福祉サービス支給決定基準に関する要綱」別表

[http://www.city.aso.kumamoto.jp/reiki/reiki\\_honbun/r090RG00000786.html](http://www.city.aso.kumamoto.jp/reiki/reiki_honbun/r090RG00000786.html), accessed 21 June 2014.

<sup>271</sup> 「東温市障害福祉サービスの支給決定基準を定める要綱」別表第一

[http://public.joureikun.jp/toon\\_city/reiki/act/frame/frame110001071.htm](http://public.joureikun.jp/toon_city/reiki/act/frame/frame110001071.htm), accessed 21 June 2014.



害者の自己決定を支援することとなる。そうだとすれば、2 倍の時間が必要になる<sup>272</sup>のであり、現行制度では到底知的障害者のニーズを充たすことはできない。

ところで、障害者自立支援法から障害者総合支援法となり、従来から懸案となっていた重度訪問介護の知的障害者への適用が可能となった。障害者自立支援法では肢体不自由者のみであったが、障害者総合支援法では、重度の知的障害者、精神障害により行動上著しい困難を有する障害者が追加された（法第 5 条第 3 項、法施行規則第 1 条の 4）。このことは、社会的障壁を縮減し、主体性の形成へ向けた取り組みが一步前進したものと評価できよう。重度訪問介護は、身体介護、家事援助、日常生活に生じる様々な介護の事態に対応するための見守り等の支援及び外出介護などが比較的長期にわたり、総合的かつ継続的に提供される支援をいうとされており<sup>273</sup>、見守りや相談等を支援内容とした切れ目のない支援を必要とする知的障害者にとっては不可欠なものだといえるからである<sup>274</sup>。しかし、現行制度における重度訪問介護は、知的障害者のニーズを満たす十分なものとはいえないだろう。費用の額の算定基準で、その対象者が支援区分 4 以上に限定されているし、さらに、障害支援区分に係る市町村審査会における審査及び判定の基準等に関する省令の別表第二に規定されている 12 の行動関連項目等の合計点数が 10 点以上とされている<sup>275</sup>からである。本ケースのように支援を受けながら地域で自立した生活が比較的容易であると思われる者であっても、障害支援区分 3 であることから重度訪問介護の所定単位を満たさず、総合的な見守り、相談の支援を受けることができないこととなるのである。また、重度訪問介護の給付を受けるための追加的な要件である行動等関連項目のスコアも本ケースでは下表のとおり 2 点となり<sup>276</sup>、やはり所定

---

<sup>272</sup> ピープルファースト東久留米・前掲注(134)100 頁。

<sup>273</sup> 平成 19 年 2 月 16 日付け厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部障害福祉課事務連絡「重度訪問介護等の適正な支給決定について」  
[http://www.miyagi-sfk.net/welfare-info/node\\_1422/node\\_3427](http://www.miyagi-sfk.net/welfare-info/node_1422/node_3427), accessed 13 June 2015.

<sup>274</sup> 寄り添う支援の必要性については、ピープルファースト東久留米・前掲注(134)41 頁参照。知的障害者の長時間見守り型介護の必要性については、岡部耕典「自立生活」松井亮輔・川島聡編『概説 障害者権利条約』（法律文化社、2010 年）102～103 頁、岡部耕典「重度訪問介護の対象者拡大に向けた実践と課題」『発達障害白書 2014 年版』（2013 年）122 頁。知的障害当事者の声として、平成 22 年 2 月 15 日に開催された「第 3 回障害者制度改革推進会議」において北海道ピープルファーストの土本委員は、「大切な「みまもり支援」「こえかけ支援」です。」と発言している。「障がい者制度改革推進会議第 3 回 資料 1-1」26 頁。

[http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s\\_kaigi/k\\_3/pdf/s1.pdf](http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s_kaigi/k_3/pdf/s1.pdf), accessed 8 Apr. 2014.

<sup>275</sup> 平成 18 年厚生労働省告示第 543 号厚生労働大臣が定める基準四

[http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi\\_kaigo/shougaishahukushi/sougoushien/dl/seire\\_taishou\\_h26-143.pdf](http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/shougaishahukushi/sougoushien/dl/seire_taishou_h26-143.pdf), accessed 29 June 2014.

<sup>276</sup> 障害支援区分に係る市町村審査会による審査及び判定の基準等に係る省令第 1 条第 1 項に規定する別表第二のスコアは次のとおりである。

単位を算定されない結果となる。

表 4

本ケースでの行動等関連項のスコア

コミュニケーション 1 点、説明の理解 1 点、大声・奇声を出す 0 点、異食行動 0 点、多動・行動停止 0 点、不安定な行動 0 点、自ら傷つける 0 点、他人を傷つける 0 点、不適切な行為 0 点、突発的な行動 0 点、過食・反すう等 0 点、てんかん 0 点

上で示したように見守りや相談支援が必要な知的障害者は、重度の者に限られないことから、重度訪問介護の支援内容を重度者以外にも拡大すべきである。

以上からすれば、居宅介護（家事援助）、重度訪問介護は、知的障害者の自己決定支援制度上、社会的障壁を形成していると言えるのではないだろうか。

**⑥参加の視点**

自己決定の視点で述べたことは、同時に地域生活への参加に対する社会的障壁をも形成する。知的障害者の場合、自己決定への支援を受けるという方法で地域生活への参加が可能になるからである。つまり、知的障害者の社会参加、地域生活への参加という視点からも、コミュニケーション支援や理解力、認識能力を補う支援は不可欠となろう。

行動関連項目	0 点			1 点		2 点	
	支援が不要	希に支援が必要	月に 1 回以上	特定の者	会話以外の方法	独自の 方法	コミュニケーションできない
コミュニケーション	日常生活に支障がない			理解できない		理解できているか判断できない	
説明の理解	理解できる			理解できない		理解できているか判断できない	
大声・奇声を出す	支援が不要	希に支援が必要	月に 1 回以上	週に 1 回以上の支援が必要		ほぼ毎日（週 5 日以上）の支援が必要	
異食行動	支援が不要	希に支援が必要	月に 1 回以上	週に 1 回以上の支援が必要		ほぼ毎日（週 5 日以上）の支援が必要	
多動・行動停止	支援が不要	希に支援が必要	月に 1 回以上	週に 1 回以上の支援が必要		ほぼ毎日（週 5 日以上）の支援が必要	
不安定な行動	支援が不要	希に支援が必要	月に 1 回以上	週に 1 回以上の支援が必要		ほぼ毎日（週 5 日以上）の支援が必要	
自らを傷つける行為	支援が不要	希に支援が必要	月に 1 回以上	週に 1 回以上の支援が必要		ほぼ毎日（週 5 日以上）の支援が必要	
他人を傷つける行為	支援が不要	希に支援が必要	月に 1 回以上	週に 1 回以上の支援が必要		ほぼ毎日（週 5 日以上）の支援が必要	
不適切な行為	支援が不要	希に支援が必要	月に 1 回以上	週に 1 回以上の支援が必要		ほぼ毎日（週 5 日以上）の支援が必要	
突発的な行為	支援が不要	希に支援が必要	月に 1 回以上	週に 1 回以上の支援が必要		ほぼ毎日（週 5 日以上）の支援が必要	
過食・反すう等	支援が不要	希に支援が必要	月に 1 回以上	週に 1 回以上の支援が必要		ほぼ毎日（週 5 日以上）の支援が必要	
てんかん	年 1 回以上			月に 1 回以上		週 1 回以上	

このことについて、外出を例にとってみると、次のようなことが問題となる。歩けることとどこへでも一人で行けることは同じではなく、ある目的地に行くには、どういう道順で行くのか、バスや電車などの公共交通機関を利用するにはどのバスに乗りどこで乗り継いだらいいのか、地図を見ても漢字ばかりで理解することが難しいし、バスや電車の切符を買うあるいは必要な料金を支払う、おつりの計算は一人では難しいこともある。街中での様々な勧誘に遭うととても不安になる。休日にどうやって過ごすか、どんな余暇を楽しもうか、そのスケジュールをどのように組み立てるのかを一人でやるのは困難なことも多いといったことである<sup>277</sup>。

また、余暇活動では、分かりやすい旅行ガイドブックあるいは噛み砕いて説明を受けるといった支援も必要となる。平成10年度に開催された「平成10年度東京都障害者ケア・サービス体制整備検討委員会」の席上で知的障害当事者の委員が、「会議の資料を僕たちに分かるようにしてほしい。でも、みんな興奮して議論するような場面になると、僕たちはどうしても引いてしまう。そんな時、僕たちの理解と会議の流れとの『橋渡し』をしてくれるサポーターが欲しい」と発言している<sup>278</sup>ことは、知的障害者の特性としてのニーズを端的に示すものである。このことは、地域における町内会の総会等へ出席し、説明を聞き議論する際にも同様なニーズとなる。

ところで、障害者総合支援法上の個別給付として外出に関する支援は、主として行動援護が担う。

法によれば、行動援護の対象者は、「知的障害又は精神障害により行動上著しい困難を有する障害者であって常時介護を要する」者とされており（法第5条第5項）、支援内容は、当該障害者等が「行動する際に生じ得る危険を回避するために必要な援護」、「外出時における移動中の介護」、「排せつ及び食事等の介護」、「その他の当該障害者等が移動する際に必要な援助」とされている（法施行規則第2条）。さらに、費用の額の算定基準では、行動援護の対象者を「支援区分3以上」及び「別に厚生労働大臣が定める基準を満たしていること」としている（費用の額の算定基準第4の注1）。そして、別に厚生労働大臣が定める基準では<sup>279</sup>、重度訪問介護と同様に12の行動等関連項目の合計点が10点以上とされている。本ケースでは、障害支援区分は3であり、行動援護の一方の要件は満たすものの、他方の要件である厚生労働大臣が定める基準のスコアが2点であり、結局行動援護の所定単位は算定されない結果となる。行動援護は、そもそも「行動上著しい困難を有する」者が対象とされており、行動障害が顕著ではない知的障害者を支援することは制度上想定されていない。顕著な行動障害が

<sup>277</sup> 寺本晃久・末永弘・岡部耕典・岩橋誠治・前掲注(264)37頁～38頁。

<sup>278</sup> 石渡和実「ケアマネジメント実践における知的障害当事者の役割」『発達障害研究第24巻第1号』（2002年）10頁。

<sup>279</sup> 平成26年厚生労働省告示第143号である「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一部の施行に伴う厚生労働省関係告示の整備等に関する告示」により「厚生労働大臣が定める基準（平成18年厚生労働省告示第543号）」も改正され、平成26年4月1日から施行されている。

ない知的障害者であっても、例えば、上記のように、公共交通機関を利用する場合、どこで乗り継いだらいいのか、料金やおつりの計算等について相談や見守りの支援が必要なことはいうまでもなからう。行動援護が著しい行動障害を対象にしており、それ以外の知的障害者を対象にしていない点は、参加のみならず自己決定に関しても社会的障壁を形成しているといえよう。

次に検討するのは、知的障害者の移動の支援についてである。これには、市町村が実施する地域生活支援事業の必須事業として位置付けられている移動支援事業<sup>280</sup>が該当する。国が定めた実施要綱には、事業内容として、「移動支援を実施することにより、社会生活上必要不可欠な外出及び余暇活動用の参加のための外出の際の移動を支援する」と規定されており、また、対象者については、「障害者等であって、市町村が外出時に移動の支援が必要と認めた者」と規定するだけで、多くの事項が市町村の実施要綱に委ねられている<sup>281</sup>。

そこで、比較的詳細な基準を定めている松江市、伊勢原市、土浦市及びかすみがうら市の実施要綱等を見ることとしよう。

松江市では、外出時の個別支援が必要な者へのマンツーマンサービス及びグループ移動支援を実施している。マンツーマン移動支援の対象は、スーパー等での日用品の買い物や金融機関や郵便局の利用、理容・美容、冠婚葬祭や入学式・卒業式・授業参観などの学校行事へ参加等の「社会生活上必要不可欠な外出」及び余暇・スポーツ・文化活動、旅行（日帰り）、ボランティア活動等の「その他社会生活を送る上で必要な外出」とされている。また、個別支援の対象とならない例として、飲酒目的での外出や宿泊を伴う外出、営業活動などの仕事の一環としての移動等を挙げている。そして、標準時間を月に 30 時間とし、「社会生活上必要不可欠な外出」のみでは標準支給量を超える場合に限り、月に 60 時間までを上限とするとしている<sup>282</sup>。さらに、通勤等は個別サービスの対象とはされていないが、例外的に、移動手段の確保が困難な場合、家族による支援が困難な場合、自立のための訓練が必要である場合には、月 30 時間以内の標準サービス、運用上限として月 60 時間と定めている<sup>283</sup>。また、伊勢原市地域生活支援事業実施要綱では、移動支援の対象は概ね松江市と同様であり、支給量については、「余暇活動等社会参加のための外出」は、40 時間を上限としているが、単身世帯等一定の要件に該当する場合は、50 時間を上限としている。「日常生活上不可欠な外出」については、サービス利用計画に基づき必要な時間数としているが、「余暇活動等社会参加の

---

<sup>280</sup> 平成 25 年 5 月 25 日付けで地域生活支援事業実施要綱が改正され、「移動支援事業」ほか 9 事業が市町村の必須事業と規定された。「地域生活支援事業新旧対照表」参照。

<http://www.pref.miyazaki.lg.jp/parts/000203148.pdf>, accessed 5 July 2014.

<sup>281</sup> 「地域生活支援事業新旧対照表」18 頁。

<http://www.pref.miyazaki.lg.jp/parts/000203149.pdf>, accessed 5 July 2014.

<http://www.pref.miyazaki.lg.jp/parts/000203148.pdf>, accessed 5 July 2014.

<sup>282</sup> 前掲注(269)28 頁～29 頁。

<sup>283</sup> 前掲注(269)31 頁。

ための外出」と併せて100時間以内と定めている<sup>284</sup>。一方土浦市やかずみがうら市は、事業内容としては、「社会生活上必要不可欠な外出及び余暇活動等の社会生活参加のための外出に対する移動支援」とするのみで、具体的な例を示さず、支給量は、1日8時間、1月に24時間までとしている<sup>285</sup>。

まず、移動支援事業の対象となる外出であるが、松江市ほか3市すべて「社会生活上不可欠な外出」のみならず「余暇活動等社会参加のための外出」を支援の対象としていることは、地域生活への参加を充足させるものであり、評価できる点である。しかし、地域社会の一員として、地域で生活している人々の通常の暮らしを保障するといった視点に立てば、宿泊を伴う旅行などを除外することは、地域社会に参加し、地域社会の一員として承認されているとは言えない。通勤や営業活動についても同様のことが言えよう。地域で普通に生活することに伴う外出について、これを除外するようなことは、地域生活への参加、つまり知的障害者の主体性の形成を阻むものであり社会的障壁を形成すると言えるだろう。

次に、支給量についても問題となる。夕食については、毎日新鮮な食材を揃えることが健康管理等に望ましいのであり、そうだとすれば、毎日約1時間程度の買い物が必要となろう。食事のための買い物だけでも松江市では標準支給量を超えてしまい、また、土浦市、かずみがうら市でも、余暇活動、とりわけ宿泊付の旅行や通勤などを加えれば運用上限を大きく上回る可能性が出てくる。支給量の点からも、地域生活への参加、つまり主体性の形成を阻む社会的障壁となっていると言わざるを得ない。

### ◎貢献の視点

ここでいう貢献は、社会保険における保険料の拠出、ワークフェアでいわれるところの就労義務ではなく、地域生活をしていく上でのボランティア活動や清掃活動などの地域社会への貢献としたい。

障害者にとって、このような貢献を義務付けるというよりも、支援を受けながら貢献を果たすと考えるべきであろう。地域社会におけるこのような貢献も、地域でふつうに暮らしていく上では必要であり、身辺自立と同様に支援を受けながらの貢献も主体性の形成といえるからである。ここでも、上でみたように、移動支援における社会的障壁が生じることとなる。

---

<sup>284</sup> 伊勢原市地域生活支援事業実施要綱第46条、第49条。

[http://www.city.isehara.kanagawa.jp/youkou\\_youryou/h18/h18\\_kj158.pdf](http://www.city.isehara.kanagawa.jp/youkou_youryou/h18/h18_kj158.pdf), accessed 5 July 2014.

<sup>285</sup> 土浦市地域生活支援事業実施要綱。

[http://www.city.tsuchiura.lg.jp/inform/rules/reiki\\_honbun/e004RG00000769.html](http://www.city.tsuchiura.lg.jp/inform/rules/reiki_honbun/e004RG00000769.html), accessed 5 July 2014.

かずみが浦市地域生活支援事業実施要綱。

[http://www.city.kasumigaura.ibaraki.jp/reiki\\_int/reiki\\_honbun/r169RG00000643.html](http://www.city.kasumigaura.ibaraki.jp/reiki_int/reiki_honbun/r169RG00000643.html), accessed 5 July 2014.

## ウ) 社会的障壁の縮減と主体性の形成

上記で検討した地域生活支援事業実施要綱の規定では、家事援助や移動支援の支給量の上限が知的障害者の地域での日常生活をしていく上で、十分なニーズを充たすものではないことが明らかとなった<sup>286</sup>。

これらの社会的障壁を縮減、除去し、知的障害者の主体性を形成するには、支給量に上限を設定せずに、そのニーズに応じた支給量を決定すべきである。確かに、障害者総合支援法上は、家事援助に関して、障害支援区分上の支給限度は標準支給量の定めであって、非定型的な場合は、審査会へ諮ることによってこれを超えることも可能であるよう制度設計がなされてはいる。しかし、実質的には、障害支援区分に応じた上限が機能していることは、既に述べたとおりである。また、重度訪問介護や行動援護については、当該サービスの給付を受けるには、費用の額の算定基準で支援区分の下限が定められており、この点で知的障害者のニーズを充足していない結果となっている。さらに、行動援護を受けるためには、独自のスコアをクリアしなければならない。こうしてみると、ここでも、支給決定のプロセスにおいて述べた障害支援区分を廃止することが妥当するとともに、支給量は、知的障害者のニーズを協議・調整することによって決定すべきこととなる。

ところで、移動支援については、障害者の基本的なニーズであるにもかかわらず、個別給付ではなく、地域生活支援事業として位置付けたことに対して批判がなされている<sup>287</sup>。

障害者権利条約第 20 条は、締約国に対して「障害のある人が可能な限り自立〔自律〕して移動することを確保するための効果的な措置をとるもの」と規定している。しかし、障害者総合支援法では、移動支援は地域生活支援事業とされており、平成 25 年に改正された国が示す「地域生活支援事業実施要綱」で市町村の必須事業と位置付けられた点では一定の前進は見られたものの、予算上の制約を免れないという根本的な要因はそのままになっており、この点で権利を制約する結果となっているのである<sup>288</sup>。障害者権利条約が批准により国内法的

---

<sup>286</sup> 「伊勢原市地域生活支援事業実施要綱」第 49 条第 1 項第 2 号では、「日常生活上不可欠な外出」の支給量をサービス利用計画に基づく必要な時間数としており、ニーズに応じた支給量となっている点で先進的であると評価できよう。ただし、「余暇活動等社会参加のための外出」と併せて月に 100 時間をという上限を設けている点で、限界を有すると言える。最も、月に 100 時間の上限以内で、ほぼニーズを達成できると言えなくもないが、上限を設定している点では、やはり限界があると評せざるを得ないだろう。

なお、本稿では、比較的詳細な規定を定めている地域生活支援事業実施要綱を検討した。全市町村の実施要綱を網羅的に検討することはできなかったが、筆者が調査した他の市町村の地域生活支援事業実施要綱もおおむね本稿で検討した実施要綱と同様の規定を設けているか、より簡略化した規定を設けている。それゆえに、本稿で検討した実施要綱をもとに導かれた結論を、標準的なものとしてとらえることも可能だと考えている。

<sup>287</sup> 例えば、大曾根寛「生活支援と職業支援」社会保障法学会編『社会保障法第 25 号』（法律文化社、2010 年）43 頁。

<sup>288</sup> 平成 26 年 6 月 10 日付けで厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部長から改正「地域生活支援事業について」が発出されているが、移動支援事業が市町村必須事業であること、当該事業について予算の範囲内で補助するとの記載は変更されていない。移動支援事業が市町村必須事業とされたことから、当該事業の経費が増加し、国の予算の範囲を超えたとしても、

効力が生じていることからすれば、移動支援を、障害者総合支援法上の個別給付として位置付け直すべきであろう。

ところで、家事援助の支給量を増加させ、支援区分を廃止することにより重度訪問介護や行動援護をニーズに応じて利用することが可能になり、移動支援を個別給付化することで、知的障害者が地域で自立した生活を可能とするニーズを充足することになるのだろうか。

ここでも、アメリカ・カリフォルニア州のランターマン法が有用な示唆を提供してくれる。

アメリカ・カリフォルニア州では、知的／発達障害者が地域社会で自立した生活をするためにサポータードリビング・サービス（SLS）と称されるサービスが提供されている。

SLSとは、知的／発達障害者が、親元や入所施設ではなく集合住宅や自分自身の家で自立した生活をおくるための支援制度である。

SLSを詳細に紹介している岡部耕典<sup>289</sup>及びSLSの法的分析を行った河野正輝の所論<sup>290</sup>に従って整理すれば、SLSとは以下のようなサービスとなる。

#### ①SLSの定義

ランターマン法に基づき制定されたカリフォルニア州規則（California Code of Regulations, Title 17, Division 2, cap.3 § 54302(a)(71)）第54302条(a)項第71号によれば、親や後見人と同居ではなく、地域ケア施設や医療施設やファミリーホーム<sup>291</sup>に居住するのでもなく、住居を所有し賃借して地域で暮らす知的／発達障害者に対して<sup>292</sup>、(A)自分自身の家での生活、(B)地域活動への参加、(C)地域に統合され、生産的で、普通の生活の可能性を

---

超過部分を市町村単独の経費で賄うべきとの考え方も可能であろう。しかし、義務的経費ではなく、予算補助制度であれば、国のみならず市町村も予算の範囲内で実施すれば足りると解するのが一般的であろう。

<sup>289</sup> 岡部耕典『ポスト障害者自立支援法の福祉政策 生活の自立とケアの自律を求めて』（明石書店、2010年）52頁～63頁。

<sup>290</sup> 河野正輝・前掲注(101)44頁～51頁。同前掲注(102)13頁～15頁。

<sup>291</sup> ファミリーホームとは、家族が知的／発達障害者を受け入れ共に生活する場をいうとされている。定藤丈弘、北野誠一監修『アメリカ発達障害者権利擁護法—「ランターマン法」の理論と実践』（明石書店、2002年）174頁～175頁

<sup>292</sup> カリフォルニア州規則 Title 17 第 54302 条(a)項第 71 号(A)では、「カリフォルニア規則 Title 17 第 58601 条(a)項第 3 号に定義されている自分自身の家での生活」と規定されており、カリフォルニア規則 Title 17 第 58601 条(a)項第 3 号では、「SLSを受給している利用者の家は、親や後見人と同居ではなく、地域ケア施設や医療施設やファミリーホームに居住するのでもなく、住居を所有し賃借して地域で暮らす標準的な戸建て住宅や集合住宅を意味する」としていることから、岡部耕典・前掲注(289)書 52 頁、河野正輝・前掲注(101)書 45 頁の記述に、「地域ケア施設や医療施設やファミリーホームに居住するのでもなく、」を加えた。

現するための<sup>293</sup>サポートを提供することとされている。

**②受給資格 (California Code of Regulations, Title 17 , Division 2 , cap.3 § 58613)**

- i) 18 歳以上の知的／発達障害者 (カリフォルニア州規則第 58613 条(a)項第 1 号)
- ii) 利用者が直接若しくは支援者 (advocates) を通じて、
  - (A)IPP を作成するプロセスにおいて提案された選択肢に属する SLS を利用し、
  - (B)利用者の親若しくは後見人の居住場所ではない家に居住するということを表示すること (カリフォルニア州規則第 58613 条(a)項第 2 号)。

そして、同条(b)項で、利用者の障害の性質及び程度を唯一の理由として SLS の資格を否定してはならないと規定している。

**③SLS のサービス内容**

カリフォルニア州規則第 58614 条は、SLS の内容について次のように規定している。

(a) SLS は、次に掲げるような利用者を援助するためのサービス若しくはニードアセスメントによって構成される。

(1)必要である限り適切な支援付の自分自身の家での生活

(2)緊急時だけでなく永続的な他者との関係性の構築、どこに誰と住むかの選択、身の周りの環境のコントロールについての標準的な決定

(b) SLS 制度によって提供されるサービスは、利用者の漸進的に変化するニーズと利用者自身の選択に答えられるように、個別に仕立てられた次の事項を支援するサービス (ただし、これらに限られない) である。

(1)食事の準備 (プランニングを含む)、買い物、その他の日常の家事、

(2)家をきれいにかつ安全に保つ活動、

(3)適切な医療サービスのスケジュールの決定、

(4)援助を提供するよう訓練された犬や他の動物の取得や活用、世話、

(5)住居を選択し、引っ越しをする、

(6)適切なハウスメイトの選択、

(7)家具の調達、

(8)家主との紛争の解決、

(9)交通、警察、消防、救急など地域で一般的に利用可能なサービス情報を得て、効果的に活用する、

(10)金銭管理、

(11)パーソナルアテンダント<sup>294</sup>を募集・採用し、訓練・監督・解雇する、

<sup>293</sup> SLS の定義を規定しているカリフォルニア州規則 Title 17 第 54302 条(a)項第 71 号(C)。

<sup>294</sup> パーソナルアテンダントは、カリフォルニア州法タイトル 8 の 11150 条 (California Code of Regulations , Title 8 Chap.5 § 11150) 第 2 項の(j)で、ベビーシッターを含み、子どもを監督した



- (12)官公庁への対応や応答、
- (13)セルフアドボカシーを通じての市民権の行使、
- (14)地域において無償のサポートを増やすための支援の輪 (circles of support) を含めた人間関係づくりやその維持、
- (15)地域社会への生活、活動への参加、
- (16)緊急時のコールに直接対処するサービスを含め、24 時間の緊急対応の利用。

岡部耕典によれば、SLS の有償生活支援者は、日中の時間帯に付き添って支援を行うパーソナルアテンダント (personal attendant) と家賃をシェアあるいは負担してもらって暮らすハウスメイト (house mate) に大別され、夜間のケアも担当する「住み込みアテンダント (living attendant)」という形態も存在するという。そして、パーソナルアテンダントは、狭義の介護だけでなく日中の移動支援や金銭管理等の手伝いも行い、マンツーマン就労支援を行うジョブコーチも兼ねるフレキシブルな包括的な支援者であるとされる<sup>295</sup>。

地域で自立した生活を送ろうとする場合、わが国の障害者総合支援法上もホームヘルパーによる支援を受けるのであるが、支給量や支援区分上の制約あるいは地域生活支援事業上であれば予算の制約を受けるといった障壁があることは既にみたとおりである。

カリフォルニアにおけるランターマン法制化で実施されている SLS は、パーソナルアテンダントが知的／発達障害者に寄り添い、見守りや介助を時間や支援の程度に関係することなく、当該利用者の状況に応じて包括的かつ柔軟な支援を実施することができる点で、知的障害者のニーズに合致している制度といえるだろう。平成 22 年 2 月 15 日に開催された第 3 回障害者制度改革推進会議で、知的障害当事者である土本委員の「地域でくらすための、ばらばらでない、いっかつした支援」が必要であるとの意見にもみられるとおりである<sup>296</sup>。また、知的障害当事者の声として「1 時間や 2 時間の介護では生活していけない。・・・一緒に考えてもらいながら、泊まりや長い時間で介護が必要な人がたくさんいます<sup>297</sup>」とあるように包括的な見守りの必要があることは明らかと言えよう。知的障害者にとって、「①必要な身体介護や家事援助が生じた場合に対応できるようにする場合の待機時間としての見守り<sup>298</sup>、②危

---

り、食事や衣服の着脱の世話をする、若しくは高齢により身体的障害や精神障害が生じた者が必要としている家庭若しくは第三セクターによって雇用された者を意味すると定義されている。

<sup>295</sup> 岡部耕典・前掲注(289)56 頁～57 頁。

<sup>296</sup> 「障がい者制度改革推進会議第 3 回 資料 1-1」 26 頁。

[http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s\\_kaigi/k\\_3/pdf/s1.pdf](http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s_kaigi/k_3/pdf/s1.pdf), accessed 8Apr.2014

<sup>297</sup> ピープルファースト東久留米・前掲注(134)41 頁～42 頁。

<sup>298</sup> 支援の内容としては、

- 買い物、食事、洗濯等は本人とやりとりしながら進めていく、
  - 郵便物の内容などの説明
  - 少し高い物を買う場合やレジヤに使うための金銭管理
  - 電気製品の使用方法などの説明やうまく作動しないときの支援
- などが考えられる。ピープルファースト東久留米・前掲注(134)124 頁。

険回避としての見守り<sup>299</sup>、③コミュニケーションとしての見守り<sup>300</sup>」<sup>301</sup>が必要とされるからである。

知的障害者が地域で自立した生活をしていくためのニーズが、コミュニケーションを図りながら、見守り、寄り添う者が必要であることからすれば、単に支給量の増加を図るだけでは、当該ニーズを充たすことは困難であると言うべきだろう。また、自らが、適切と思う者を選択することが保障されてこそ、当該ニーズに沿った見守り、相談支援が可能となろう。

これらのニーズを充たすためには、時間に制約されない知的障害者へのマンツーマンの支援が不可欠となろう。

ところで、障害者に対するマンツーマン支援をも担うものとして、イギリスや北欧、北米などで、1970年代以降の自立生活運動の中で求められたパーソナルアシスタンスがある。

そこで、パーソナルアシスタンスの制度を概観することによって、わが国への示唆を得ようと思う。

ランターマン法を制定し、知的／発達障害者を支援しているカリフォルニア州では、2002年に発刊されたガイドブック「パーソナルアシスタンスサービス (Personal Assistance Services)」で、次のような説明がなされている。

パーソナルアシスタンスサービスは、障害がない人が普通に行うことを、障害がある人にも行うことができるよう援助するために活用される。サポータードリビングサービスにおけるパーソナルアシスタンスの活用は、家で生活することを選択することができるかどうかの鍵となる<sup>302</sup>と。

また、パーソナルアシスタンスを詳細に紹介した岡部耕典によれば以下のように整理されている<sup>303</sup>。

パーソナルアシスタンスは有償の介護者であり、①利用者による介護者の募集、②利用者と介護者の雇用契約、③利用者の指示に従った介護、④公費による介助費用提供といった事

---

<sup>299</sup> 支援の内容としては、

○たばこの火の始末、ストーブの点検

○近所とのトラブルへの対処

などがある。ピープルファースト東久留米・前掲注(134)125頁。

<sup>300</sup> 支援の内容としては

○話をしながら一緒に食事をする

○一緒にお風呂に入る

○カラオケなどに行く

などが考えられる。ピープルファースト東久留米・前掲注(134)125頁。

<sup>301</sup> 寺本晃久・末永弘・岡部耕典・岩橋誠治・前掲注(264)268頁～269頁。

<sup>302</sup> State of California(2002), Gray Davis, Governor, 'Personal Assistance Service'

<http://www.dds.ca.gov/Publications/docs/PASGuide.pdf>, accessed 13 July 2014.

<sup>303</sup> 岡部耕典『障害者自立支援法とケアの自律 パーソナルアシスタンスとダイレクトペイメント』(明石書店、2006年) 104頁～139頁。

柄が前提とされている<sup>304</sup>。

パーソナルアシスタンスがホームヘルプサービスと異なるところは、利用者と事業者との利用契約ではなく、利用者の自律を確保するために、利用者と直接雇用関係を結ぶところである。したがって、そこでは、ケアの受け手がケアの提供者に対してサービス費用を直接支払うことを前提として、そのための公的給付をケアの受け手に直接支給するダイレクトペイメント (direct payment) といった形態をとる必要がある。パーソナルアシスタンスにおける利用者の自律は、ケアラーを直接雇用することにより担保され、その雇用費用を公的財源により賄うことは、給付がダイレクトペイメントの形式を採ることで可能になるのである<sup>305</sup>。

パーソナルアシスタンス／ダイレクトペイメントの支援枠組みとして発展してきた制度に、セルフディレクテッド・サービス (Self-Directed Service、以下「SDS」と表記する。) がある<sup>306</sup>。

カリフォルニア州では、1998年に、DDS (発達障害局) が、5つのRCでSDSのパイロットプロジェクトを開始し、2005年にランターマン法 4685.7条を根拠法として制度化された<sup>307</sup>。

SDSは、IPPに記載されたサービスを購入するための特定の金銭を交付する新しいプログラムであり、IPPに記載された目標に到達するためのサービスやサポートを選択することから自己管理 (self-directed) であると説明されている<sup>308</sup>。

SDSを受給するには、まず、パーソンセンタード・プランニング<sup>309</sup>の手法によるIPPが作

---

<sup>304</sup> 岡部耕典・前掲注(303)104頁。

<sup>305</sup> 岡部耕典・前掲注(303)106頁。

<sup>306</sup> 岡部耕典によれば、アメリカにおける1970年代の自立生活運動に影響され、1980年代後半に、発達障害者の当事者団体や親の会が、リージョナルセンターが福祉サービスを通じて利用者の生活コントロールすることに対する不満を背景として、「ロバート・ウッド・ジョンソン助成財団」による大規模な助成事業を契機として、「自己決定運動 (Self-Determination Movement)」が広がり、各地での試行プロジェクトを経て、2004年以降「セルフディレクテッド・サービス (Self-Directed Services)」の名称で、正式に制度化されたとされる。岡部耕典・前掲注(303)131頁～132頁。なお、イギリスの「Self-Directed Support」について、河野正輝「障害者の自己決定権と給付決定の公正性」『障害学研究第9号』(2013年)110頁～119頁。

<sup>307</sup> 岡部耕典・前掲注(289)61頁。

<sup>308</sup> カリフォルニア州発達障害局 (DDS : the California Department of Developmental Services ) 監修の利用者を対象とする標準的な解説書 “Rights Under the Lanterman Act : Regional Center Services for People with Developmental Disabilities” , Chap.11,p.1, <http://www.disabilityrightsca.org/pubs/506301.pdf#search='Rights+Under+The+Lanterman+Act+%3A+Regional+Center+Service+for+People+wite+Developmental+Disabilites'>, accessed 19 July 2014.

<sup>309</sup> 1992年のランターマン法の改正で、IPPは、PC-IPP (Person-Centered IPP)、つまり本人中心のIPPとされた。

カリフォルニア州発達障害局 (DDS : the California Department of Developmental Services ) 監修の利用者を対象とする標準的な解説書 “Rights Under the Lanterman Act : Regional Center Services for People with Developmental Disabilities” の2012年版には、IPPは、その人のニーズを充たし、選択や好みに焦点をあてることから本人中心 (person-centered) と称される。パー

成されるが、IPPによって決定されたサービスは、RCではなく、利用者が直接購入する点が、SDS以外のサービスと大きく異なっている。

サービスの購入費用は、個別予算（Individual Budget）に従って金銭が給付される（法第4685.7条(b)項(8)号）。利用者は、年間のSDSの購入費用として適切な額を個別予算として計上する（法第4685.7条(e)項(2)号）。そして、個別予算（Individual Budget）は、「(A)利用者自身の過去2年間のサービス費用の平均の90%、(B)年齢、居住形態、障害や能力のタイプ、スキル、地域移行中か否かという観点から、SDSを利用していない同等の特徴を有している者の過去2年間の費用実績の平均の90%」のいずれかに決定される（法第4685.7条(e)項(1)号(A)及び(B)）。

サービス内容は、地域生活支援（Community Living Support）や支援付雇用及び就労以前のサービス（Supported employment and prevocational services）、コミュニケーションサポート、移動（Transportation）など24種のサービスが規定されており（法4685.7条(b)項(6)号）、同条（e）項(3)号では、個別予算（Individual Budget）の費目として、地域生活（Community Living）、健康及び保健臨床サービス（Health and Clinical Services）、雇用（Employment）、訓練及び教育（Training and Education）、環境及び医療的支援（Environment and Medical Support）、移動（Transportation）の6項目に配分される旨が規定されている。

SDSは、利用者が、自立した地域生活のために、個別予算（Individual Budget）を使用して、RCを経由することなしに、直接サービスを購入することができることとなるため、ケア管理能力、金銭管理能力、自己査定能力が必要となる。しかし、知的障害者にとって、これらの能力が必ずしも充分とはいえないため、これらの能力をサポートするための装置が不可欠となる。

ランターマン法では、金銭管理サービス（Financial Management Services）及びサポートブローカー（Support Broker）という2つの装置が用意されている。

金銭管理サービス（Financial Management Services）とは、個別予算（Individual Budget）の資金管理の援助を行うことを意味し、給付等の入出金や税金の納付を含む事業者やサービスワーカーの雇用に対する支払い、失業保険料の支払いや支出報告書の作成等を行う（法4685.7条(b)項(1)号）。金銭管理サービス（Financial Management Services）は、利用者が雇い上げた若しくは指名した金銭管理サービスプロバイダー（Financial Management Services Provider）によって提供される（法4685.7条(i)項(4)号(E)）。

一方、サポートブローカー（Support Broker）とは、個別予算（Individual Budget）に関

---

ソンセンタード・プランニングは、あなたの望む将来へむけての活動へのアプローチであるとされている。Chap.4.p.3.

<http://www.disabilityrightsca.org/pubs/506301.pdf#search='Rights+Under+The+Lanterman+Act+%3A+Regional+Center+Service+for+People+wite+Developmental+Disabilites'>, accessed 19 July 2014.

する決定に参加したり、利用者のニーズや好みを設定したり、アクセスしたり、コーディネートすることを援助する人であり、パーソンセンタード・プランニングのプロセスに参加し、IPPを進展させ、サポートやサービスを入手する人を意味する（法 4685.7 条(b)項(2)号、(3)号）。サポートブローカー（Support Broker）の場合も、金銭管理サービス（Financial Management Services）と同様に、利用者がサポートブローカー（Support Broker）を雇い上げ若しくは指名することとされている（法 4685.7 条(i)項(4)号(F)）。

これまでみてきたように、知的障害者のニーズは、時間の制約のある支援では充たすことはできず、常に当該知的障害者を見守り、相互にコミュニケーションを交わしながら、知的障害者に寄り添う支援、その支援者が必要とされていた。

このことは、家事援助等の支給量を増加させ、行動援護や重度訪問介護の制約を取り払ってやれば、問題は解消するようにも見える。

しかし、現行制度は、個別給付の種類が区々に分かれており、種類別のサービスを積み上げたとしても、日常生活は常に連続し相互に関連性を有するのであるから、日々の生活のマネジメントや様々な判断に困難を抱える知的障害者にとって、そのニーズを充たすことにはなり得ないであろう<sup>310</sup>。

また、自己決定を保障し、地域で自立した生活を主体的に形成していくためには、自らが支援者を直接選任し、自らが積算した予算によりマネジメントしていくとった制度の導入が不可欠ではないかと考える。したがって、ランターマン法により制度化されている SDS 制度、パーソナルアシスタント／ダイレクトペイメントを日本法にも導入すべきである<sup>311</sup>。

その際、自己決定を支援する制度が必要となろう。わが法制下では、成年後見制度や日常生活自立支援事業による金銭管理がこれに該当する。しかし、成年後見制度は、法律行為における意思決定を支援するために制度設計されたものであるし、日常生活自立支援事業についても、福祉サービスの申請代行や金銭管理サービス等が主な業務とされており、必ずしも SDS 制度、パーソナルアシスタント／ダイレクトペイメントの支援に対応できる制度とはなっていない<sup>312</sup>。やはり、障害者総合支援法内部の支援システムとして、ランターマン法で規定されている金銭管理サービスプロバイダー（Financial Management Services Provider）及びサポートブローカー（Support Broker）と類似の制度を創設すべきであろう。

ところで、障害者権利条約では、第 19 条(b)項で、地域社会の支援サービスとしてパーソナルアシスタンスを含むと規定されている。障害者権利条約では、パーソナルアシスタンス

---

<sup>310</sup> 小賀久も「見守りという形態の援助は時間的に明確な区切りをつけることがむずかしい性質のものであり、常に援助者の存在が必要となる。」としている。小賀久・前掲注(246)169 頁。

<sup>311</sup> わが国にパーソナルアシスタンスの導入を説く主な見解として、河野正輝・前掲注(102)24 頁、岡部耕典・前掲注(289)130 頁。

<sup>312</sup> 日常生活自立支援事業については、全国社会福祉協議会の『ここが知りたい日常生活支援事業なるほど質問箱』というパンフレットに要領よく紹介されている。

[http://www.shakyo.or.jp/news/100517/nshien\\_1.pdf](http://www.shakyo.or.jp/news/100517/nshien_1.pdf) , accessed 21 July 2014

について具体的には規定されていないが、当該条約の国内法的効力が発生していることからすれば、パーソナルアシスタンス制度は、単に望ましいというにとどまらず、漸進的か即時的かの議論はあるにしろ、法的に整備する義務が生じていることになるのである<sup>313</sup>。上で示した、ランターマン法におけるパーソナルアシスタンス／ダイレクトペイメント、SDSといった一連の制度を導入すれば、障害者権利条約第 19 条(b)項の「パーソナルアシスタンスを含む」という規定を達成するための国内法整備としては十分なものとなるであろう。

また、平成 22 年 4 月から先駆的に重度身体障害者を対象に、パーソナルアシスタンスとダイレクトペイメントを導入した札幌市の取り組みも参考となろう<sup>314</sup>。

## エ) 権利救済的側面

ここでは、これまでの検討手法と同様に、社会的障壁を構成している事柄ひとつひとつについて、権利救済的側面を考察していくこととする。

### ①家事援助の支給量の制約について

障害者総合支援法第 22 条第 1 項は、市町村は、厚生労働省令で規定される事項を勘案して要否決定を行うと規定し、同条第 7 項には、市町村は、支給決定を行う場合には、障害福祉サービスの種類ごとに月を単位として、介護給付費等を支給する障害福祉サービスの量を定めなければならないと規定するのみで、その具体的な基準を示していない。平成 19 年 3 月 23 日付け障発 0323002 号の厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部長通知「介護給付費等の支給決定等について」の第四の 5 (1)には、市町村は、障害福祉サービスの支給の要否や支給量の決定についての基準を定めておくことが適当であること、国庫負担基準が支給量の上限となるものではないこと、支給決定基準と異なる非定型の判断基準を定めておくことが望ましい旨が記載されている。

この通知を受けて市町村は、それぞれに要綱等で支給決定基準を定めている。つまり、市町村は当該要綱等で、障害福祉サービスの支給量の決定に関する裁量の基準を定めているのである。

---

<sup>313</sup> 申恵丰・前掲注(115)55 頁～57 頁によれば、条約の国内への受容に関する憲法体制には、①自動的（一般的）受容、②承認法による受容、③個別受容があり、わが国は、①の方式をとるとされている。そして、条約上、権利を法律によって保護する、ないし一定の事柄を法律によって規制することが求められているのに対し、そのための国内法法令等が存在しない場合には、新たに立法措置を取る必要が生じる。さらに、条約を批准・加入した以上、締約国は、条約の批准・加入時はもちろん、条約を批准・加入後も引き続き、条約違反が生じないように国内法令を是正するための立法措置を取る義務を負うとされている。また、裁判規範との関係では、有効な裁判規範となり、司法機関は、権利救済に関する条約の規定に従い、条約上の権利侵害に対する効果的な救済を与えることが要求されるとされている。

<sup>314</sup> 札幌市のパーソナルアシスタンス制度については、梶晴美「札幌市パーソナル・アシスタンス制度の現状と課題～介助者の確保と自己選択を巡って～」(人間福祉研究 14 号、2011 年)、中根成寿「日本におけるパーソナルアシスタンス制度導入に向けた課題整理—札幌市パーソナルアシスタンス制度調査から—」(京都府立大学 社会福祉研究第 13 号、2012 年)がある。

上記の社会的障壁の項でも検討したとおり、家事援助について知的障害者の自己決定を保障し、地域で自立した生活を可能とするには知的障害以外の人の2倍を超える時間を要するのである。阿蘇市ほかの支給決定基準では、非定型の基準が標準支給量の2倍と定めており、非定型を適用すれば、多くの場合に対応できることとなろう。しかし、これでは、非定型が標準となってしまう、標準支給量を規定した意味がなくなる。

障害者総合支援法第1条の2に規定される「社会参加の機会の確保」および「どこで誰と生活するかについての選択の機会」の確保は、同法の解釈基準と位置付けられることはすでに述べたとおりである。したがって、家事援助の支給量については、同法第1条の2に沿って解釈すべきであり、そうだとすれば、障害者総合支援法第22条第7項は、「社会参加の機会の確保」および「どこで誰と生活するかについての選択の機会」を確保するに十分な支給量を決定することを市町村に命じていると解される。このように解することによって、上位規範である障害者権利条約第19条の趣旨を生かした解釈となる。

以上からすれば、知的障害者の家事援助の支給量を標準支給量とした決定は、瑕疵ある処分となろう。瑕疵なき処分を行うには、市町村は、申請した知的障害者のニーズ調査により、見守りやマンツーマン支援の時間数を計量して支給量を定める必要があろう。

なお、市町村の標準支給量には、国庫負担基準の影響が見て取れることは既に述べたとおりであるが、現実の紛争では、第一義的には、標準支給量では不足する点について、処分の瑕疵が問われるのであり、国が国庫負担基準と支給量決定は理論的には連動しない旨の説明をしている以上、法的な因果性を立証することは困難となろう。しかし、国庫負担基準は、市町村の支給量決定に事実上の制限を課しているといえるのであり、漸進的に廃止をしていくべきものと考えられる。

#### ⑥重度訪問介護の支給の制約及び行動援護の支給の制約について

知的障害者にとって、見守りや、寄り添いながらの支援は、重度か否か、行動障害があるかどうかにかかわらず当該支援が必要であることは、これまでに論じたとおりである。

障害者総合支援法第29条第3項に規定される「厚生労働大臣が定める基準により算定した費用の額」である費用の額の算定基準が、重度訪問介護が支援区分4以上、行動援護が支援区分3以上と定め、さらに障害支援区分に係る市町村審査会における審査及び判定の基準等に関する省令別表第二の12の行動関連項目等の合計点数が10点以上と規定していることは、見守り支援、寄り添う支援に制限を課する結果となる。

ここでも④で述べたことが当てはまる。障害者権利条約第19条の規定が溶け込んだ障害者総合支援法第1条の2の規定を解釈基準として用いることとなり、第29条第3項に規定される費用の額の算定基準は、知的障害者が可能な限り身近な場所で日常生活又は社会生活を営むことができるような支援となっているかどうか問われるのである。確かに、重度者にとって、見守り寄り添う支援の必要性はより高いものとなる。このことは、行動障害の著し

知的障害者も同様である。しかし、知的障害者が地域での生活を営むためには、重度者や行動障害が著しい者でなくとも、日常生活の見守りや寄り添う支援が必要であることは既に論じたとおりである。そうしてみると、障害者総合支援法第 29 条第 3 項は、重度訪問介護に関して障害支援区分や別表第二により制限を設けることを禁じていると解さざるを得ない。

行動援護についても、同様のことが言えるだろう。確かに、行動援護の必要度は、行動障害の程度に比例する面もあると考えられるが、現行法上、自立支援給付における外出時の支援を専ら行動援護が担うことを考慮すれば、これを行動障害の著しい者のみに限定すべきではない。ここでも、障害者総合支援法第 29 条第 3 項は、障害支援区分や別表第二により制限を設けることを禁じていると解される。

したがって、現行の費用の額の算定基準に基づき、重度訪問介護や行動援護に関して障害支援区分や別表二を適用した結果、自立支援給付の支給決定を却下した処分は、裁量権を逸脱した瑕疵ある処分として取り消しを免れないだろう。

なお、行動援護に従事する支援者は、行動障害の程度に応じて、専門的スキルが要求されることは言うまでもなかろう。2007 年にイギリスの保健省 (Department of Health) から公刊されたマンセル (J.L.Mansell) レポート<sup>315</sup>では、行動障害 (challenging behaviour) を有する者に対する効果的なサポートは、個人的ニーズを充足するより高い技術を持ったスタッフによるサポートであり、より強度の行動障害を有する者には専門的サービスを提供する必要がある<sup>316</sup>としている。さらに、同書では、専門的サービスの例として、ソーシャルワーク (social work)、精神医学 (psychiatry)、心理学 (psychology)、音声言語療法 (speech and language therapy)、理学療法 (physiotherapy)、看護 (nursing) などの専門家からなる地域学習障害／知的障害チームによるサービス提供を挙げている<sup>317</sup>。

わが国の指定行動援護事業所では、平成 18 年 10 月 31 日付け障発 1031001 号通知「障害者の日常生活を総合的に支援するための法律に基づく指定障害福祉サービス等及び基準該当障害福祉サービスに要する費用の額の算定に関する基準等の制定に伴う実施上の留意事項について」の「2 介護給付費」の「(4)行動援護サービス費 ④所定単位の取り扱い」において、行動援護従事者養成研修過程修了者で実務経験が 1 年以上 2 年未満の者が行った行動援護について減算する旨を規定している。このことが意味することは、第四節で詳細に述べるところであるが、サービス利用者にとって、サービス事業者から資格を有する者によりサービス提供を受けることが契約内容となっていると解すべきであるから、資格を有さない者からサービス提供を受けた場合は、債務不履行となり損害賠償を請求することが可能であると

---

<sup>315</sup> Department of Health(2007), ‘Services for People with Learning Disabilities and Challenging behaviour or Mental Health needs : Report of a Project Group ’ .  
[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130107105354/http://www.dh.gov.uk/prod\\_consum\\_dh/groups/dh\\_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh\\_080128.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130107105354/http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_080128.pdf) ,  
accessed 26Apr.2015.

<sup>316</sup> Ibid. p. 15.

<sup>317</sup> Ibid. p. 17.



解される。マンセル (J.L.Mansell) レポートで述べられていることは、行動援護に関する支援を考えると、示唆に富む内容となっており、わが国においても知的障害者の行動援護の支援に取り入れるべきものと考えられる。しかし、現行法制において規定されていないことから、マンセル (J.L.Mansell) レポートの内容を契約内容としてサービス事業者に義務付けることはできないであろう。

### ◎地域生活支援事業とされている移動支援について

知的障害者の地域での自立した生活を可能にするには、移動支援を障害者総合支援法上の個別給付とすべきと結論付けた。

障害者権利条約第 18 条第 1 項では、移動の自由を権利として承認している。国際人権条約においては、従来自由権は即時的効力が生じると解されていたが、権利の複合的性格に着目する近時の見解では、自由権であっても自由権の実効性を保障するための立法措置や行政措置等の積極的施策については、「充足 (fulfill) する義務」あるいは「促進 (promote) する義務」とされることもすでにみたとおりである<sup>318</sup>。

障害者総合支援法において、個別給付として移動支援の給付を認めることは、障害者総合支援法第 28 条第 1 項に、移動支援を追加することになり、新たなサービスを法制度として創設することとなる。このことは、総合支援法の解釈を通じて裁量の基準を収縮させることを超えている。先にみた国際法上の国家の義務の基準によれば、「充足 (fulfill) する義務」あるいは「促進 (promote) する義務」の問題となるのであって、漸進的に進めるべきこととなろう。したがって、障害者総合支援法において、移動支援が認められなかったからといって、直ちに処分の瑕疵となるわけではない。しかし、総合支援法施行後 3 年を目途とした見直しの際に、何らの措置もとられなかった場合には、立法の不作为となる可能性が生じてこよう。

それでは、地域生活支援事業としての移動支援の法律関係はどうであろうか。

障害者総合支援法は、地域生活支援事業について、市町村及び都道府県の事業を列举するのみで (法第 77 条第 1 項、第 2 項、第 3 項、第 78 条第 1 項、第 2 項) 給付を受ける者は誰か、申請行為や決定などの手続はどうするのか等について何ら規定していない。多くの市町村は、法の規定及び国が定める平成 26 年 6 月 10 日付け障発第 0801002 号「地域生活支援事業の実施について」別紙 1 「地域生活支援事業実施要綱」<sup>319</sup>に基づき、要綱等で地域生活支援事業の支給手続や支給要件を規定する。

そこで、この問題を検討する前提として、要綱の法的効力についてみてみよう。

一般的には、給付に関する補助要綱は、行政庁の内部指針であり、法律に具体的定めがな

<sup>318</sup> 申恵丰・前掲注(115)163頁～165頁。

<sup>319</sup> <http://www.mhlw.go.jp/bunya/shougaihoken/chiiki/dl/index01.pdf>, accessed 21 July 2014.

い限り法規命令ではなく、当該要綱を根拠にして補助金等の請求権をもつことにはならないとされている<sup>320</sup>。

したがって、法に権限などの定めがなく、要綱のみに基づいて給付される場合は、むしろ行政庁と給付対象者との贈与契約と構成するのが自然である<sup>321</sup>。しかし、この考え方には、契約の一般原則から、申し込みの受諾は贈与者の自由意思に任されており、申し込みの拒絶を違法と評価できない難点がある。要綱上の要件を具備するのに契約締結を拒絶した場合は、不平等な取り扱いとして国家賠償法に基づく損害賠償責任を負うなどの外部効果を認める必要がある<sup>322</sup>。さらに、要綱の内容が契約の内容に溶け込む、あるいは契約の付随義務を構成する等の契約責任の拡充を図る検討をする必要がある<sup>323</sup>。

次に、給付の根拠規定が法や条例にある場合はどうか。

社会保障法学では、福祉の措置についての権利を認めるべきかどうかの議論において、法に「・・・しなければならない」と行政庁に義務付ける規定に係る給付の場合は、対象者に請求権の付与を認め、「・・・することができる」との規定の場合、請求権性を否定する見解と裁量瑕疵のない決定を求める請求権を認める見解に分かれていた<sup>324</sup>。「できる」規定であったとしても、福祉サービス受給者の権利を保障する観点からは、行政の全くの自由裁量を認めるべきではなく、裁量瑕疵のない決定を求める権利を認めるべきであろう。

さらに、要綱等に基づく事業でも、法に一般的な福祉増進義務などの根拠規定の定めがあり、要綱が資格要件を定めて対象者を特定し、申請に対する決定を用意するものである場合は、権限を当該実施機関に付与するものと解され、「できる」規定と同様に裁量瑕疵のない決定を求める請求権を有するというべきである<sup>325</sup>。

---

<sup>320</sup> 塩野宏『行政法Ⅰ 第5版増補版』（有斐閣、2013年）107頁。同趣旨のものとして、小早川光郎『行政法総論上』（弘文堂、平成11年）224頁～225頁。

<sup>321</sup> 堀勝洋「社会保障法判例」『季刊社会保障研究 Vol.35No.1』（1999年）102頁。

もっとも、国の補助金に関しては補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律の趣旨、全体の構成から交付決定の処分性が導き出されるものがある。

また、要綱等は行政庁の裁量の基準を定めるものと解することができ、その運用が積み重なってくると、同種のケースを合理的理由なく従来と異なった取り扱いをすることは許されず、裁量が収縮するとの見解がある。堀勝洋・前掲書 105頁。

<sup>322</sup> 塩野宏・前掲注(320)107頁は、「補助金行政に際して適用される平等取り扱いの原則からすると、合理的理由がないのに、一方的に給付し、他方に給付しないことには、違法の問題が生ずることもありうるのではないか。その限りで、一定の外部効果を給付規則がもつことも認められよう」としている。

また、宇賀克也も、行政庁が給付規則に従わない場合、平等原則違反を問われ、精神的苦痛に対する慰謝料請求が認められる余地があるとする。宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論【第3版】』（有斐閣、2009年）277頁

<sup>323</sup> この問題は、第四節で詳細に論じる。

<sup>324</sup> 堀勝洋・前掲注(321)99頁～100頁。

なお、「できる」規定に瑕疵のない裁量を求める権利を認める見解として、河野正輝・前掲注(111)104頁～105頁など。

<sup>325</sup> 河野正輝・前掲注(111)105頁。

最後に、処分性の問題がある。

処分性に関するリーディングケースとされる最高裁昭和 39 年 10 月 29 日判決によれば、行政処分とは、「行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するのではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められるものをいう。」とされている<sup>326</sup>。

地域生活支援事業による給付が行政処分であるかどうかを考察する上で、参考になるのが労災就学援護費の支給決定に関する裁判例である。

当該事件は、要綱に基づく労災就学援護費不支給決定の処分性が争われた事案であり、平成 15 年 9 月 4 日に、最高裁は、大要次のような判断を示した。

労働災害保険保障法（以下「労災保険法」という）は、労働福祉事業として遺族の就学援護等の事業を行うことができる旨を規定し、当該事業の実施に関する必要な基準は省令で定めるとし、当該省令には当該事業の支給に関する事務は、事業場の所在地を管轄する労働基準監督署長が行うと規定していた。さらに労働基準局長通達の別添要綱で、支給対象者、支給額、支給期間等の支給手続を定め、支給を受けようとする者は、労働基準監督署長へ申請し、労働基準監督署長は支給、不支給の決定しなければならないことを規定している。このような労災就学援護費に関する制度の仕組みからすれば、①援護費制度の目的が法に基づく保険給付の補完であること、②援護費は保険給付と同様の手続で支給されることを法自身が規定していると解し、援護費の不支給決定を処分と判示した<sup>327</sup>。

まず、地域生活支援事業に基づく給付の権利性であるが、法に申請に関する規定などが置かれていないことから反射的利益と解する余地がないではない。

しかし、障害者総合支援法は、第 77 条第 1 項で、「・・・できる」ではなく、「市町村は、厚生労働省令の定めるところにより、・・・行うものとする」と規定し、市町村に地域生活支援事業の実施を義務付けている。そして、能美市<sup>328</sup>、青森市、五所川原市などは、地域生活

<sup>326</sup> 塩野宏・『行政法Ⅱ[第五版補訂版] 行政救済法』（有斐閣、2010年）101頁。

<sup>327</sup> 太田匡彦「労災就学援護費の支給に関する決定」『別冊ジュリスト 212号行政判例百選Ⅱ[第6版]』（有斐閣、2012年）340頁～341頁、下井康史「就学援護費支給打切り決定の処分性」『別冊ジュリストNo.191 社会保障法判例百選[第4版]』（有斐閣、2008年）124頁～125頁、判例時報 1841号 89頁～94頁。当該最高判決には、援護費の仕組みを通達基礎に認定し、そこから保険給付と同様の手続で行われる援護費の仕組みを法が規定していると解釈している点に、下位の内部規定から上位法規範の解釈を行うことになるものとして批判が向けられている。嵩さやか「時の判例 労災就学援護費支援打切決定の行政処分性が肯定された事案--最判平成 15.9.4」『法学教室 283号』（有斐閣、2004年）104頁。なお、塩野宏・前掲注(326)『行政法Ⅱ[第5版]』106頁では、嵩さやかと同様の批判をしているが、「規律力に着目している点では処分性認定の基本的枠組みの上に立った判決」であるとしている。

<sup>328</sup>[http://www1.g-reiki.net/nomi/reiki\\_honbun/r185RG00000436.html](http://www1.g-reiki.net/nomi/reiki_honbun/r185RG00000436.html), accessed 14Apr.2015. ただし、能美市の条例では、個別の地域生活支援事業に関しては規則に委任されており、具体的な事業の要件は規則に規定されている。しかし、条例に根拠を有するものである以上、当該事業の要件も条例で規定しているものと同視してよいと思われる。

支援事業実施条例を制定し、申請に基づき市長が決定する旨の規定を置いている。法第 77 条は、地域生活支援事業について、市町村にその実施を義務付けるとともに、実施権限も授權しているものと解され、これを受けて能美市等のように条例でその要件や申請及び決定の手續を定めていれば、単なる反射的利益とは異なり、請求権性を認めることができるものと解される<sup>329</sup>。また、伊勢原市では、地域生活支援事業実施要綱<sup>330</sup>第 1 条で、障害者総合支援法第 77 条に規定する地域生活支援事業の実施に関し、必要な事項を定めるものとし、伊勢原市が実施する事業については、申請に基づき当該給付を決定する規定が設けられており、その様式も定められている。土浦市、東温市、阿蘇市の要綱にも同様の規定及び様式が定められている。原則的には要綱の法規範が認められないことから、条例で規定している場合と同列には論じられない。しかし、当該要綱は、法第 77 条を根拠としている点で、予算措置として定められている要綱とはその性質が異なっていると解されるのであり、個別事業の具体的な要件、申請から決定までの手續が規定されておれば、その権利性を認めてよいように思われる。少なくとも、上に述べたように瑕疵なき裁量を求める請求権は認められるべきであろう。ところで、移動支援事業については、他の地域生活支援事業とは異なり、障害者総合支援法第 77 条第 1 項第 8 号では、事業内容を説明する規定を置いておらず、同法第 5 条で、障害福祉サービスの定義規定とともに、当該事業の定義を定めているのである（同条第 24 項）。つまり、移動支援は、地域生活支援事業で市町村の事業としたのではあるが、障害者の自立した生活にとって不可欠の支援であることから、障害福祉サービスと同様の取り扱いをしようというのが法の趣旨であると解することもできるのではないか。そうであるとするなら、形式、実体、両面から移動支援事業の対象者には給付請求権が保障されていると解することが可能である。

次に、処分性についてであるが、障害者総合支援法上の地域生活支援事業と、労災保険法における労働福祉事業とは類似の構造が見て取れるのであり、移動支援事業における支給、不支給決定は処分と解することができる。

移動支援の権利性を検討した箇所でも既に見たように、障害者総合支援法第 1 条は「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」と規定し、地域生活支援事業が個別サービスである障害福祉サービスとともに障害者総合支援法の目的規定

---

<sup>329</sup> 河野正輝も、「市町村条例により当該事業の要件、申請手續等を定め、個別の支援決定に基づきサービスの提供を行う場合等は、単なる反射的利益にとどまらず、請求権を認めるものと解される場合もある」としている。河野正輝「「障がい法」の視点からみた障害者自立支援の課題」社会保障法学会編『社会保障法第 25 号』（法律文化社、2010 年）70 頁の注 10）。

<sup>330</sup> 例えば、伊勢原市地域生活支援事業実施要綱第 1 条。同要綱では、当該サービスを利用するには、市長宛に申請書を提出し、市長の決定が必要であると規定されている。そして、当該決定は通知をもってなされ、その通知の様式も定められており、しかも、当該決定通知には、不服申し立て、行政事件訴訟法の利用に関する教示まで示されている。

[http://www.city.isehara.kanagawa.jp/docs/2014032000073/file\\_contents/2014032000073\\_www\\_city\\_isehara\\_kanagawa\\_jp\\_youkou\\_youryou\\_h18\\_h18\\_kj158.pdf](http://www.city.isehara.kanagawa.jp/docs/2014032000073/file_contents/2014032000073_www_city_isehara_kanagawa_jp_youkou_youryou_h18_h18_kj158.pdf), accessed 27 July 2014.

において柱として位置付けられている。確かに、実施に関する必要な定めについて法は規定していないが、障害者総合支援法第1条や第77条に地域生活支援事業に一般的な規定を置いている以上、明確な委任規定はないものの、当該事業を実施する市町村の要綱等に規定されている事項は、法律上のものと解することができよう。市町村の定める実施要綱にも、法第77条が根拠規定である旨を示すことが一般的である<sup>331</sup>。とりわけ、移動支援事業が、個別給付である障害福祉サービスを補完し、一体となって障害者の自立した生活を支えるものであることは先に述べたとおりである。したがって、市町村長の移動支援の不支給決定は、法に根拠を有する行政庁の一方的行為と構成でき、処分性認定の基本的枠組みの中にあると解されるのである<sup>332</sup>。

#### ④ パーソナルアシスタンス等の導入について

知的障害者の見守り支援には、マンツーマンの支援が必要であり、現行制度のように時間単位に区切られ、支援の種類が多岐に分岐したものではなく、連続した包括的な支援が必要であることは、既に述べたとおりである。そして、知的障害者の自己決定権を尊重し、地域社会の一員として参加して行くには、パーソナルアシスタンスの制度の導入が必要であることもこれまでに述べたとおりである。

障害者権利条約第19条(b)項では、地域社会の支援サービス（パーソナルアシスタンスを含む）にアクセスすることを締約国に義務付けている。しかし、現行法上、パーソナルアシスタンスを制度化しておらず、障害者総合支援法上の規定の中に、解釈上パーソナルアシスタンスを読み込むことは困難である。そうだとすれば、障害者権利条約第19条に規定するパーソナルアシスタンスは、新たに制度化せざるを得ず、即時的に実現することはできない。パーソナルアシスタンスの導入は、「充足（fulfill）する義務」あるいは「促進（promote）する義務」の問題となるのであって、漸進的に進めるべきこととなろう。したがって、障害者総合支援法において、パーソナルアシスタンスの欠如を処分の瑕疵とすることはできないといえよう。しかし、総合支援法施行後3年を目途とした見直しの際に、何らの措置もとられなかった場合には、立法の不作为を問われる可能性が生じてこよう。

---

<sup>331</sup> 例えば、伊勢原市地域生活支援事業実施要綱第1条。同要綱では、当該サービスを利用するには、市長宛に申請書を提出し、市長の決定が必要であると規定し、当該決定は通知をもってなされ、その通知の様式も定められており、しかも、当該決定通知には、不服申し立て、行政事件訴訟法の利用に関する教示まで示されている。

[http://www.city.isehara.kanagawa.jp/youkou\\_youryou/h18/h18\\_kj158.pdf](http://www.city.isehara.kanagawa.jp/youkou_youryou/h18/h18_kj158.pdf), accessed 27 July 2014.

<sup>332</sup> 嵩さやかは、給付行政おける（不）支給決定が処分であるかどうかのメルクマールとして法が不服申し立ての規定を置いているかどうかを重視している。前掲注(327)。明快であるが、塩野宏がいうように、行政庁の一方的判断によって法効果が生じるかどうかに着目することによって判断すべきように思われる。塩野宏・前掲注(327)139頁～143頁。なお、塩野自身は一方向性を「規律力」と表現している。

#### 第四節 サービス提供の方法<sup>333</sup>及びサービスの水準と主体性の形成

本章は、障害者総合支援法が、知的障害者の主体性を形成するものとなっているかどうかを検証することにある。第三節では、障害者総合支援法の支給決定手続及び支給内容について段階を追って検討した。

しかし、障害者総合支援法が知的障害者にとって主体性を形成する法となっているかどうかは、支給手続や支給内容の検討だけでは完全とは言い切れまい。

知的障害者は、地域で自立した生活を送るために、障害者総合支援法のサービスを利用するのであり、サービス利用の方法が知的障害者の主体性を形成するものであって初めて、地域で主体的な生活が可能となるのである。

そこで、本節では、まず、障害者総合支援法におけるサービス提供の方法であるサービス利用契約とそれ以前にとられていた措置方式を比較し、その問題点を概観するとともに、契約方式が知的障害者にとってもその主体性の形成を図るものであることを示す。

次いで、契約方式における最低基準との関係について考察する。障害者総合支援法におけるサービスの給付水準は、知的障害者の主体性の形成の基盤をなすものと解されるからである。仮に、厚生労働省令等で定める最低基準を下回る契約内容となることも可能だとすれば、法令により規定されたサービス利用者の給付水準が契約によって切り下げられる結果となってしまう。最低基準の意味を、知的障害者が給付を受けながら生活する水準を示しており、知的障害者の主体性の基盤を形成すると位置づけることができるのであれば、これを下回ることは、知的障害者に最低基準以下の生活を強いることとなり、知的障害者の主体性形成の基盤を掘り崩してしまうこととなる。そこで、2では、厚生労働省令等により規定される最低基準（人員、設備及び運営に関する基準）が、直接的には取締法機としての意味合いを持つにしても、利用契約の内容にもなっていることを示すことで、契約方式がサービスの水準の面でも知的障害者の主体性を形成するものとなっていることを論じていく。

##### 1 措置から契約へ

1997年の介護保険法の成立は、福祉サービスの提供方法が措置から契約へ転換する嚆矢となった。2000年の社会福祉基礎構造改革では、障害福祉の分野において支援費制度が2003年4月から施行され、サービス利用に関して利用者と事業者との契約によることとなった。

ところで、措置制度について、岩村正彦は次のように整理している。

「①私人の申出を契機としつつも、行政が、その一方的決定によってサービス提供の要否を決定する。②サービスの提供を要すると判断した場合、行政が、施設や在宅サービス提供者、およびサービスの内容を一方的に決定する。③以上の決定に従い、行政は、自ら、あるいは、施設等に委託して、サービスを提供する。④サービス利用者（被措置者）・扶

---

<sup>333</sup> 本節は、筆者の修士論文「福祉サービス利用者の福祉契約における権利の射程と限界～介護保険契約を中心として～」に依拠した。

養義務者の費用負担の要否、および負担額は、所定の基準に依拠して、行政が一方的に決定する。⑤利用者等の費用負担にかかる部分を除いて、行政が、サービス提供者に措置費として支弁する。

このように、措置制度では、福祉サービスを受ける私人（サービス利用者）の地位は、措置決定という行政の一方的な決定（上記①②④）によって設定される。法的には、この措置決定は、行政処分と性格づけられている。その帰結として、実際の福祉サービス提供者（施設やホームヘルパー派遣主体）と利用者との法律関係も、契約ではないと解されてきたといっている。<sup>334</sup>」

この措置制度に対しては、1996年4月22日の老人保健福祉審議会報告『高齢者介護保険制度の創設について一審議の概要・国民の議論を深めるために一』では、措置制度の問題点として、利用者である高齢者本人や家族にとって、介護サービスが利用しにくい点が指摘された。また、支援費導入時の中央社会福祉審議会社会福祉構造分科会の『社会福祉基礎構造改革について（中間まとめ）』では、「措置制度はサービスの対象者に対し行政庁の判断によりサービスを提供する仕組みであり、サービス利用者は行政処分の対象であるため、その意味でサービス利用者と提供者の間の法的な権利関係が不明確である」とし、「個人が自らサービスを選択し、それを提供者との契約により利用する制度を基本とし、・・・」と指摘している<sup>335</sup>。

サービス利用に関する契約方式に対する最も大きな批判は、国家責任の後退ということにあった<sup>336</sup>。また、福祉サービスの提供が、本来商品売買に適用される契約になじむかどうかという本質的な問題も提起された<sup>337</sup>。

確かに、市町村がサービス提供主体ではなくなったことをもって国家責任／公的責任の後退といい得る面があることは否定できない。しかし、多様な供給主体を創設したとしても、当該供給主体が、サービス利用者に適正にサービスを提供することを、国家が監視・監督する体制を採っているなら、この限度で国家責任を果たしているというべきだろう。それは、憲法第25条の射程を逸脱することにはならないと解される。

---

<sup>334</sup> 岩村正彦「福祉サービスの利用契約をめぐる法制度と課題」岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、2007年）16頁～17頁。

<sup>335</sup> 「社会福祉基礎構造改革について（中間まとめ）の要点」参照。

<http://www1.mhlw.go.jp/houdou/1006/h0617-1.html>, accessed 25 Jan. 2015.

<sup>336</sup> 矢島絵里は、「福祉サービスの基本問題」日本社会保障法学会編『講座 社会保障法第3巻 社会福祉サービス法』（法律文化社、2001年）142頁で、「国・地方公共団体は、社会福祉サービスを提供する福祉の供給主体から、今後は事業者・利用者間の契約がスムーズに行われるよう管理・監督する「レフリー」へとその役割を変える」とし、「こうした役割の変容は「公的責任の後退」と批判される場所である」とする。また、伊藤周平は、「介護保険サービスと要介護者の権利保障（上）」『賃金と社会保障No.1449』（2007年）5頁で、「社会福祉基礎構造改革による福祉サービスの契約化は、社会福祉分野における、こうした公的責任（公費負担という財政的責任も含む）を縮小する」ものであるとしている。さらに、菊池馨実も、「社会福祉の再編と公共性」『法社会学第68号』（有斐閣、2008年）112頁で同様の指摘をしている。

<sup>337</sup> 額田洋一「福祉契約序論」『自由と正義 Vol.52No.7』（2001年）参照。

サービス利用が措置から契約に転換されたことによって、上に述べたような問題があるにしろ、措置制度上はあいまいであったサービス利用者の権利が確立されたことは事実であろう。河野正輝は、措置から契約へ転換されたことによって「結論として、権利構造（アウトライン）のうちサービス利用者の主要な権利については、一部（とりわけ給付を請求する権利など）において、引き続き課題が残されているものの、2000年の社会福祉法改正および2005年の障害者自立支援法によって、かなり取り入れられ、または改善されたと評価できる<sup>338</sup>」とされている。そして、措置制度は、障害者の主体性の視点からも問題を孕んでいるのである。措置方式は、サービス利用に関して行政が一方的に決定する仕組みとなっており、障害者権利条約第12条によって克服されるべきとされる他者決定型に連なる側面を有しているからである。

契約によるサービス利用方法が、自己決定によるものであることからサービス利用者の主体性を形成し市民社会の一員と位置付けるものといえるとしても、契約方式を導入することによって上で指摘された事項以外に問題がないとは言い切れない<sup>339</sup>。この点は、河野正輝も「ただし、そうした権利の規範的な性格や意味内容（つまり権利の射程距離ないし限界）、権利の実効性を確保する制度・手続き（苦情解決など）については、なお今後の検討に委ねられているところが少なくない<sup>340</sup>」としている。

## 2 サービス利用契約の性質

### (1) サービス利用契約の法的性質

障害者総合支援法において、サービス利用者は、市町村による障害支援区分の認定を経て、あるいはそれを経ずして支給決定によりサービス利用資格を取得する（法第21条第1項、法第22条第1項、第4項）。ここでは市町村による認定ないし支給決定という行政処分によることとなる。一方、サービス事業者も、障害者総合支援法上のサービスを提供するには、都道府県知事の指定という行政の関与が必要とされる（法第29条）。つまり、障害者総合支援法上のサービス利用者あるいはサービス事業者として登場するには、いずれも行政の関与が必要とされるのである。しかし、サービス利用者は指定サービス事業者という制約はあるものの自由に選択が可能であるし、サービス利用契約の両当事者は行政の関与によって利用契約のステージに登場したアクターではあるが基本的には私人であり、サービス利用契約は私法

<sup>338</sup> 河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』282頁。

<sup>339</sup> 橋本宏子は、「福祉の権利—その展望と課題」『賃金と社会保障 1289・90号』（2001年）で、「措置から契約」への移行は、「措置の時代」には、あえて問題とされなかった利用者の（特に高齢者の）「意思能力」の有無をいやがうえにも表面に押し出すこととなった」とする。確かに、橋本がいう側面はあるにしろ、契約は、措置といういわば他者決定型から自己決定型へ移行したということができ、橋本の問題提起は、第四章で詳述する意思決定支援の問題として解決することとなる。

<sup>340</sup> 河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』282頁。



上の契約と解するのが妥当であるだろう<sup>341</sup>。

そこで、問題は、最低基準を定めた障害者総合支援法における厚生労働省令と契約との関係をどのように理解するかである。

## （２）厚生労働省令／都道府県基準条例と契約との関係

### ①地域主権一括法の成立

厚生労働省令と契約の関係を検討する前に、近時の地方分権関連法案について触れなければならない。2007年、地方分権改革法が施行されて内閣府に地方分権改革推進委員会が設置され、2008年から2009年にかけて同委員会は、地方分権に関する第一次勧告から第四次勧告までを提示した。これを受け、政府は内閣総理大臣を議長とする地域主権戦略会議を新設し、地方分権改革推進の工程が取りまとめられ、2011年には「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律（「地域主権一括法」という）<sup>342</sup>」が成立した。同法は、第一次から第三次にわたり、障害者自立支援法の改正は、2011年の第一次一括法によって行われ、その主な内容は、これまで厚生労働省令で定めていた指定障害福祉サービスの事業等の人員、設備及び運営に関する基準について都道府県の条例で定める（地域主権一括法第19条）としたことにある<sup>343</sup>。障害者自立支援法の改正として成立した障害者総合支援法もこのことを受け継ぎ、同法第43条第3項は、条例について定める基準を次の3段階に分けて規定している。サービスに従事する従業者や員数及び居室、床面積等については厚生労働省令に定める基準に従うべきこと（同条同項第1号及び第2号）、事業の運営に関する事項で障害者等のサービスの利用を適切に確保する等に関する事項については、厚生労働省令に定める基準を標準とすること（同条同項第3号及び第4号）、それ以外の事項については、厚生労働省令を参酌することとしている。

法第43条第3項で規定された、厚生労働省令に定める基準を標準とするあるいは厚生労働省令を参酌するとされたものに該当する省令については、各都道府県の実情に応じて違いが生じるものの、従前の省令同様、人員、設備及び運営の基準（以下単に「運営基準」という。）を定めるものであることに変わりはない。つまり都道府県条例で定める基準が指定基準となり（法第36条第3項第1号～第3号）、また、勧告、命令、取消の基準（法49条、同50条）

---

<sup>341</sup> 笠井修は、「福祉契約と契約責任」新井誠、秋元美世、本沢巳代子編著『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、平成18年）25頁で、「介護保険における利用者と事業者間の契約を私人である当事者（事業者・利用者）の締結形態、そこから生じる義務内容、さらには基礎構造改革の趣旨から考えても、その契約は、（公的システムの一部としての性格は認めつつも）なお私法上の契約関係にとらえることが妥当である」としている。このことは、介護保険におけるサービス利用関係と基本的に同一である障害者総合支援法にも当てはまる。

<sup>342</sup> このほかにも、地方自治法の一部を改正する法律、国と地方の協議の場に関する法律が成立した。

<sup>343</sup> 同様の規定は、障害者支援施設にも存在する。

にもなっているからである。

## ② 条例で定める基準と契約との関係—運営基準の私法上の効力

上でもみたように、運営基準は障害者総合支援法上取締規定としての効力を有することは法上の規定から導くことができる<sup>344</sup>。

しかし、当該基準が私法上の効力まで有するかどうかは、法上は明らかではない。

運営基準等の私法上の効力については、学説上否定的見解と肯定的見解に分かれる。

以下で整理した学説は、介護保険におけるサービス利用契約に関するものであり、また、地域主権一括法以前に提示された見解である。しかし、サービス利用契約の法的性質に関しては障害者総合支援法においても同様の議論が成り立つし、運営基準が条例で規定されることになっても運営基準の私法上の効力に関する議論には影響を及ぼさないのである。したがって、以下の見解は、障害者総合支援法において条例で規定される運営基準が私法上の効力を有するかどうかの議論にも当てはまるのである。

### ① 私法上の効力を認めることに否定的見解

#### i) 「社会福祉法入門」に記載されている見解<sup>345</sup>

「福祉契約も最低基準を法定するのが望ましいのですが、そのようなシステムをとらずに、指定事業者・施設に対する運営基準を厚生労働省令で定めています。それは、「指定」や「指定取消し」という行政処分で不適切な事業者のサービス市場への参入を排除し、あるいは勧告・命令などの措置で、福祉サービスの適正な提供・質的保障を確保するという方法を採用しているといえます。当事者の契約関係に公権力が直接介入しないので、間接的な制度であり、ソフトロー的コントロールといえます。指定基準に違反しても利用者にとっては、直ちに契約違反を問うという根拠にはなりにくいという意味で微温的な対応であるとの見方もできるでしょう。」

この見解は、明確に私法上の効力を否定するものではないが、私法上の効力を認めない方向に馴染むので一応、否定説に分類した。

#### ii) 丸山絵美子の見解<sup>346</sup>

---

<sup>344</sup> 基準条例に定める各種基準が、障害者総合支援法の指定基準となっており、行政処分の基準となっている。

<sup>345</sup> 河野正輝・阿部和光・増田雅暢・倉田聡編『社会福祉法入門 第2版』（有斐閣、2008年）63頁～64頁。

<sup>346</sup> 丸山絵美子「ホーム契約規制論と福祉契約論」岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、2007年）63頁注(73)参照。

「立法手続を経た訳でも、契約当事者の適切な関与を経た訳でもない省令・告示である「運用基準」を契約の内容規制の基準と直結させることは理論的に困難が伴う。本来的には、最低限必要な内容規制基準の設定や私法上の権利義務関係の明確化を立法により図るべきであるが、どのような立法の形を選択すべきか自体・・・難しい問題である。・・・立法が実現しない段階で消費者契約法 10 条を介して不当条項の規制を行う・・・場面では、「運用基準に逸脱している」だけでは不当性の根拠づけとしては不十分であり、契約の性質及び当事者の特性に照らし、あるべきスタンダードからの逸脱であることを説く必要があるのではなからうか。」

この見解も、「運用基準」の私法上の効力を全く否定することに直ちに結びつくものではないが、否定的考え方が根底にあるものと思われる。

## ② 解釈によって肯定する見解

### i) 岩村正彦の見解<sup>347</sup>

「事業運営基準等は、事業者に対する行政的な監督という見地からの規制を行う性格を有している。その帰結として、違反があった場合の私法上の効果が明確でないという問題がある。もちろん、これに対しては、行政による適切な監督権限の行使と苦情処理の活用とによって対応できるという見解もあろう。そのことを否定するつもりは全くない。とりわけ、コストがかからず迅速に問題を解決する苦情処理が整備されることは、利用者にとって大きな利益である。その点で、なお、一層の苦情処理制度の充実と活用が望まれる。けれども、行政的監督や苦情処理によっても、なお問題の解決が図れない場合には、利用者は私法的救済に訴えるほかない。しかし、・・・事業運営基準は、私法上の法的救済の途を明確には開いていない。」とされたうえで、解釈で対応することは不可能ではないが、明文で、私法上の効力を定めるのが適切であるとされる。

### ii) 倉田聡の見解<sup>348</sup>

「介護保険法では、サービス供給主体と受給者の間に介護に関する契約が成立するとされているが、特に明示の合意がない場合には、厚生省の設定した基準が「黙示の合意」でそのまま契約内容となるように解釈しなければならない。これは、医療保険の療養担当規則や診療報酬に関する厚生省告示を黙示の意思表示によってそのまま自由診療契約の内容とする裁判例にならったものである。しかし、この解釈では、給付水準をある程度は確保することができるが、厚生省基準に反する明示的な合意を私法上無効なもとすることはできない（保険給付の対象にならないサービスが契約上の債権債務関係として有効とされる可能性がある。）そのため、労働基準法 13 条の法技術を援用した「福祉契約法」が必要となろう。」

<sup>347</sup> 岩村正彦・前掲注(334)40頁～41頁。

<sup>348</sup> 倉田聡「医療・福祉分野におけるサービス供給主体論」日本社会保障法学会編『社会保障法』（法律文化社、1999年）65頁～66頁。

iii) 小島晴洋の見解<sup>349</sup>

介護保険における運営基準は、「伝統的な公法・私法の二分論からは、行政的な監督規定であり、私法上の効力を有するものではない・・・私見では、・・・運営基準に関する各省令全体にできる限り私法上の効力を認めていくべきと考える。介護保険法は、単なる金銭給付制度ではなく制度全体として介護サービスを保障するものであるにもかかわらず、形式上は給付内容を当事者の契約によって決めることとしているのであるから、その契約内容に対するより直接的な法的コントロールを確保することが必要と考えられるからである」としている。そして、「運営基準に関する各省令に規定する基準は、提供されるべきサービスの基準と考えられるから、契約内容として実現されるべき必要がある。ゆえに、契約上締結されていないか不明確な部分は省令に定める基準がそのまま契約内容となると考えられるし、これらの基準に違反する（基準以下の）内容が契約に記載されていた場合には、自動的にこれらの基準の内容に読み替えられる効力を持つと解すべきである」とされる。

③ 検討

伝統的な公法、私法二元論からすれば、運営基準は、もっぱら行政による規制、監督を通じて遵守される点で、基本的には私法上の効力はもち得ないといえよう。

公法、私法を峻別する見解は、批判にさらされており<sup>350</sup>、本稿ではこれを取りえない。したがって、先に述べた私法上の効力に否定的な見解(❶)は、公法、私法の二元論的な考えを暗黙裡に前提にしているものと考えられ、本論文の方向性とは異なっているといえよう。

次に、上記❷の私法上の効力を肯定する見解はどうであろうか。

i) 岩村説について

岩村正彦は、運営基準の私法上の効力について、最終的には立法による解決を主張されるが、解釈によっても可能と説かれる。岩村の解釈論を展開していると考えられる箇所を同書から拾い上げると、「解釈論としては、こうした努力義務規定や事業運営基準は、契約条項の合理的解釈にあたって参照されるという形で、利用者の法的地位を強化する方向を検討すべきであろう」<sup>351</sup>、「とくに、居宅介護や施設介護等のサービスは、利用者の事業者に対する継続的依存関係を作り出すから、利用者が、事後的な法的救済を求めて行動を起こすことは、一層困難となりうる。また、この主のサービスは、利用者の健康・生命に関わるものを含んでおり、いったん被害が発生してしまうと、事後的な回復が難しい場合もある。かくして、契約締結前に、法が介入して、適正な内容の契約が締結されるように、利用者の保護を図る必要がある。この保護は、もっぱら、契約締結に際しての事業者（社会福祉サービス事業者）

<sup>349</sup> 山口浩一郎・小島晴洋『高齢者法』（有斐閣、2002年）187頁～190頁、257頁。

<sup>350</sup> たとえば、小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、平成11年）172頁以下。

<sup>351</sup> 岩村正彦・前掲注(334)28頁。

に、契約内容にかかる重要な情報の提供義務を課すという形で行われる<sup>352</sup>、「現段階でも、事業運営基準を手がかりに、解釈論として、サービス利用契約の締結過程で事業者の情報提供義務を認め、私法上の救済（損害賠償）を与えることは十分に可能であると思われる<sup>353</sup>」との記載が見られる。

確かに、介護保険サービスが利用者の生命・健康にかかわるものであり、また、それゆに継続的依存関係を作り出すとの考え方も、介護保険サービスの特徴をいいあててはいるが<sup>354</sup>、そのことから直ちに運営基準の私法上の効力を導き出すことに無理があり、これをつなぐ理論の提示が必要であるようにも思われる。

#### ii) 倉田説について

倉田説では、運営基準の私法上の効力として、黙示の意思表示説を用意する。

確かに、黙示の意思表示とすることにより、当事者の合意内容に盛り込まれ、契約内容となりうるので運営基準に規定された内容は私法上の効力を持つに至る。

しかし、運営基準違反は、行政的な取り締まりの対象とはなっており、その意味では、サービス事業者に対する契約内容へ盛り込む誘因とはいえようが、そのことをもって、サービス利用者に対立するサービス事業者にとって、運営基準を契約内容に盛り込むには、不利となるような規定もあり、黙示の合意を擬制するには無理があるのではなからうか<sup>355</sup>。

#### iii) 小島説について

小島晴洋は、介護保険制度が単なる金銭給付の制度ではなく制度全体として介護サービスを保障するものであるにもかかわらず、形式上は給付内容を当事者の契約によって決める事としているのであるとして、そのことから契約内容に関する公的介入の妥当性を導き出される。確かに契約自由に任せることは、介護保険制度／障害者総合支援制度の趣旨からは、妥当とはいえ、公的介入が必要となるが、そのことから直ちに私法上の効力を認めるということにはならないと思われる。

本論文の基本的立場は、運営基準は、行政の取締規定のみならずサービス利用契約の内容にもなるものだとするものである。知的障害者にとって、運営基準を下回る内容でのサービス利用契約を締結することが許容されることは、地域で自立した生活を阻害し、主体性の形

<sup>352</sup> 岩村正彦・前掲注(334)31頁。

<sup>353</sup> 岩村正彦・前掲注(334)37頁。

<sup>354</sup> 岩村のこの指摘は、障害福祉サービスについて同様のことが言える。

<sup>355</sup> 内田貴は、付随義務の根拠を信義則に求めていた従来の考え方に対して、「明らかに一方当事者の意思に反する義務が肯定されているように見え」るものもあり、当事者意思に還元できないものがあるとされている。内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』（東京大学出版会、2005年）14頁～15頁。

成を阻む結果になるからである。

とはいえ、運営基準という取締法規の私法上の効力を認めるには、上記に示した肯定説を補強するための民法上の理論が必要であるように思われる。

そこで、次に近時民法の分野で、契約自由の原則を巡って論を展開している内田貴の関係契約説、山本敬三の私的自治論、大村享志の契約正義論の3つの見解を見ていくこととしよう。

### (3) 民法における契約理論

#### ① 内田貴の关系的契約論及び制度的契約論<sup>356</sup>

内田貴は、近年の状況として、国家の役割が縮小し、市場メカニズムを重視する政策が前面に出された時代を迎え、これまで契約とは異質と思われた分野にまで契約化が進展し、例えば介護保険の分野など、社会の様々な分野で契約化が進展し、まさに契約の時代の到来との時代認識を示している<sup>357</sup>。

私的自治の原則、契約自由の原則に貫かれた古典的な契約感（契約するかしないか、どうという内容の契約をするかは当事者の自由が尊重されるべきとの考え方を背景に、契約締結時に契約条件はすべて決まっているという契約感）に対して、これを修正する多くの特別立法、裁判例が見られ、代理店契約やフランチャイズ契約など、古典的契約、伝統的契約では処理できない新たな契約類型も数多く誕生しているのである<sup>358</sup>。

そこで、これらの状況を踏まえ、内田貴は、「关系的契約」というモデルを提示する。「关系的契約」とは、アメリカのイアン・マクニールの主張をモデルとしており、「意思を中核とする古典的な契約像に対して、社会関係そのものが契約の拘束力を生み出し、また様々な契約上の義務を生み出すという契約感」とされる。そして、「关系的契約」の日本での典型例として、企業間の伝統的な継続的取引とされ、ここでは、意思の要素は存在するものの、当該

---

<sup>356</sup> 内田貴『契約の再生』（弘文堂、1990年）、同『契約の時代』（岩波書店、2000年）、同「講演 制度的契約論の構想」『北大法学論集第59巻第1号』（2008年）同「民営化（privatization）と契約（1）～（6・完）—制度的契約論の試み」『ジュリストNo.1305、2006. 2. 1～No.1311』（有斐閣、2006. 5. 15）参照。

なお、关系的権利を論じるものとして、大江洋『关系的権理論』（勁草書房、2004年）、野崎亜紀子「法は人生のlifeを如何に把握すべきか—Marta Minowの关系的性の権利論を手がかりに—（一）～（四・完）」『千葉大学 法学論集第21巻第1号～第21巻第4号』（2006年～2007年）

<sup>357</sup> 内田貴・前掲注『契約の時代』（岩波書店、2000年）1頁参照。

<sup>358</sup> 内田・前掲注(357)5頁～15頁。

取引の背後にある社会関係の及ぼす拘束力が重要な役割を果たしているとされる<sup>359</sup>。そして、「关系的契約」を支えるものとして私的自治の原則とは異なる「契約関係の背後にある社会関係を重視して、その社会関係の中にある規範に法的な意味付けを与えていくものであるから、社会や共同体の中の規範に価値を見出すという思想になる」とされる<sup>360</sup>。

内田は、「关系的契約」を解釈論的な見地から捉え、「关系的契約」に関する規範は、現実の社会的事実の中にあるものに法源性を認めるのではなく、現実の社会的事実が実定法規範や裁判例などの法的スクリーニングによって吸い上げられた規範群を指さすとされる<sup>361</sup>。そして、1960年ころから信義則論を媒介とする「契約義務の拡大」をもたらす一連の新たな裁判例に示される規範を「关系的契約」として説明する。内田は、これを、①契約締結交渉不当破棄に対する損害賠償を認めるもの、②契約締結に際して説明義務や助言義務を課するもの、③契約条件改定のための再交渉義務を課するもの、④契約関係に入った相手方の損害の発生や拡大を防止するために一定の作為義務を課すもの、⑤一定の契約関係において継続性原理を承認するもの、⑥報酬や賃金の返済、金銭の支払いが問題となる場合に、これを減額することによって当事者の利害を調整する中間的解決を与えるものの6類型に整理される<sup>362</sup>。これら6類型に示された裁判例は、契約法の条文や契約書の文言から当然に導くことのできない法理を、信義則という一般条項を媒介として導いたところに新しい契約モデルの存在を背後に感じさせ、それは、契約締結時の意思というよりも、当事者が形成した「関係」そのものから導かれるとされるのである<sup>363</sup>。つまり内田理論によれば、中心的な給付義務ではない、また、当事者の合意に媒介されない、付随的義務は「关系的契約」により説明されることとなろう<sup>364</sup>。

ところで、内田は、近時、「关系的契約論」に加え、新たに「制度的契約論」という概念を提示されている<sup>365</sup>。

---

<sup>359</sup> 内田・前掲注(357) 30頁～31頁参照。

イアン・マクニールの关系的契約論について、デビット・キャンベル〈訳〉齋藤彰、東繁彦「イアン・マクニールと关系的契約理論(一)、(二・完)」(民商法雑誌第137号第6巻、第138号第1巻、2008年)参照。

<sup>360</sup> 内田・前掲注(357) 35頁。

<sup>361</sup> 内田・前掲注(357) 66頁～67頁参照。

<sup>362</sup> 内田・前掲注(357) 73頁～84頁参照。

<sup>363</sup> 内田・前掲注(357) 84頁～86頁参照。

<sup>364</sup> 内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕債権総論・担保物権』(東京大学出版会、2005年) 14頁～15頁参照。

<sup>365</sup> 内田貴「講演 制度的契約論の構想」(北大法学論集第59巻第1号、2008年)同「民営化(privatization)と契約(1)～(6・完)ー制度的契約論の試み」『ジュリストNo.1305～No.13112006.』(有斐閣、2006)参照。

内田は、「特定の当事者同士の契約関係にありながら、一方当事者が、同様な契約を結んでいる他の当事者や、まだ契約関係にない潜在的な当事者への配慮を要求されるような性質の契約が」存在し、それは「国が財やサービスを国民に提供する場面で要請される配慮と共通して」おり、このような「国や地方公共団体の制度に見られるような性質が、ある種の契約に見出される」ような契約を「制度的契約」とされる<sup>366</sup>。

契約の中には、「可能な限り当事者の意思によって財やサービスの給付にかかわる権利義務関係をコントロールしようとする契約」である「取引的契約」と「制度的契約」がある。そして、「制度的契約」における「制度」を次のように説明される。「当事者への法的効果付与という形をとらずに給付関係が処理される。たとえば、相手方の「必要性」に応じて給付を決定する権限が他方当事者に与えられる（社会保障制度等）。その意味で、社会保障制度は、「個々人の各意思に依存しないある種の行動様式と判断」（デュルケム）が国家によって創設された「制度」である」と<sup>367</sup>。

さらに、内田は、このような「制度的契約」は「取引契約の基本原理に真っ向から抵触する性質が」あり、「個別契約の当事者レベルで契約内容を交渉し決定することが正義・公平に反すると観念されるという大きな特色がある」とする。介護契約、保育契約、学校教育契約等をあげて検討されている<sup>368</sup>。

---

<sup>366</sup> 内田貴「民営化（privatization）と契約（4）—制度的契約論の試み」『ジュリストNo.1308』（有斐閣、2006. 3. 15）90頁参照。なお、内田貴氏は、「制度」を「個人の意思の外部に確立された財やサービスの配分のための行動様式（仕組み）を意味する概念として」用いるとされる。前掲書93頁参照

<sup>367</sup> 内田貴・前掲注(366)93頁～94頁参照。

<sup>368</sup> 内田貴・前掲注(366)95頁～97頁参照、「民営化（privatization）と契約（5）—制度的契約論の試み」『ジュリストNo.1309』（有斐閣、2006. 4. 1）46頁～53頁参照。

介護契約について、内田は、以下のように述べる。「介護サービスは、市場を通して供給することが性質上困難な財というわけではなく、もともと公共財としての性質を持つわけではない。しかし、市場化することは、サービスの購入が所得によって制約されるという問題を伴わざるを得ず、それが正義に反すると観念されてきた。そこで、介護保険制度の導入によってこの点を補うことにより、介護サービスは契約を通して提供されることとなった。もともと、現行制度上の介護契約は私的契約ではあるが」、そこには私的契約には見られない、行政による給付決定という特色がある。「つまり、介護契約の背後には、このような形で行政の関与が組み込まれている。」、仮に介護サービスの完全民営化が実現したとしても、契約当事者の事情を超えた他の利用者との調整という要素が不可避的に入ってくるので、公平・公正を価値基準とした給付決定というシステムの存在が必然的に要請される。内田貴・前掲注(366)95頁～96頁参照。

また、保育契約については、保育サービスの民営化の是非をめぐって激しい対立があるとし、「思考実験として考えれば、理論上は、保育サービスへの国家の関与をゼロにし、保育サービス



内田は、関係的契約論は単発の契約に対応する理論であり、制度的契約論では、継続的契約に対応するものと整理されているが<sup>369</sup>、いずれにしても、この両理論が契約自由の原則が妥当する古典的な契約像に対するアンチテーゼであることは間違いないだろう。そして、当事者の合意に基づかない義務を認めることが妥当な契約領域があり、それは契約の背後にある関係性であったり、契約の外部にある制度から導かれるものであろう。内田貴は、「制度的契約論」に関する一連の論文の中で、まず、従来国あるいは地方公共団体によって提供されていたサービスが、民営化され、契約化されたことにより、直ちに契約自由の原則の適用となるかという問題認識から出発しているように思われる。確かに、契約は両当事者の合意に基づき権利義務が発生するのであるが、もともと公共によりサービス提供がされていたものについては、それが契約により提供するシステムに変更されたとしても、それは契約という法形式を採用したものであり、背後に控える制度自体の影響は免れないものと解される。ここに、必ずしも当事者の合意に基づかない権利義務の発生の根拠を求めることができるのではないかと解される余地が出てくるのである<sup>370</sup>。

---

の供給を完全に市場に委ねることも可能であろう。」とし、「他方で、女性就労の進展や就労形態の多様化という社会的背景のもとで、保育に時間を割けない保護者のために保育サービスを提供することは次世代の国民に対する国家の公的責任であって、福祉社会の制度的インフラであるとの認識が共有されるなら、たとえ保育サービスが契約により提供される場合も、その契約は制度的契約としての性質を持つようになる。保育の民営化に反対する論者は、公立保育所と民間保育所間の単純なコスト比較には、保育サービスが地域と結びついた共同体的価値と密接に関連しているという視点が欠けていることを強調する。仮にこのような価値について社会的コンセンサスが形成されるなら、保育契約も、その価値から自由な契約ではあり得ない。すなわち、保育契約は、個別当事者が自由に内容を決定できる取引契約と同じになるわけではなく、保育の名に値する内容のサービスが公平かつ平等に提供されることが求められ、その要請は、国家の関与によってもたらされるものではなく、保育サービスに対する国民の意識、言い換えればその社会において保育サービスが有している性質から生ずるのである。」とされる。内田貴・前掲注(366)96頁～97頁参照。

障害者総合支援法に基づく障害福祉サービスに関しても同様の議論が成り立つであろう。

<sup>369</sup>内田貴「民営化（privatization）と契約(6・完)－制度的契約論の試み」『ジュリストNo.1311』（有斐閣、2006. 5. 1-15）146頁～147頁参照。

<sup>370</sup>内田貴は、2007年11月9日に北海道大学での科研基盤A研究会の主催で行われた報告会で、「制度的契約論の構想」と題して講演され、その中で、以下のように発言されている。「介護保険契約のように、従来、社会保障上の「措置」として提供された給付が契約に置き換わった場合、「契約」になったということがずいぶん強調されるわけです。しかし、契約としての性格をいかに強調しようと、制度的契約としての特質を消し去ることはできないということが言えると思います。したがって、契約書に書き込まれなくても、当然に妥当する法理とか、当然に要請される制

このように、内田の理論は、契約自由の原則が妥当する古典的契約領域、つまり契約自由の修正という枠内で処理するのではなく、別個に古典的契約像が妥当しない契約領域を打ち立てることにより契約自由の問題に対応しようとするものであるといえよう。

## ②山本敬三の私的自治論<sup>371</sup>

山本敬三は、近時の判例が、一般条項や規範的概念を多用して契約責任の拡張現象が見られるとの基本的認識に立って、「私的自治や契約自由がそのままでは十全に機能せず、それを補うために介入が行われざるを得ないが、しかしそれによって逆にまた私的自治や契約の自由の基礎が掘り崩されているのではないかというディレンマにどう対処していくか」、「とりわけリベラリズムを基調とするわが国の憲法との関係を見つめ直す必要があるのではないか」との問いを立てる<sup>372</sup>。

山本は、憲法の私人間適用に関して検討し、直接適用説を国家と私人とを同視するものであるとする一方、間接適用説も、一般条項を用いて憲法的価値を私的自治中に持ち込むことの論証がうまくなされていないとする<sup>373</sup>。

山本は、私人による基本権侵害について、侵害された私人は、国家に対して保護を請求する権利を有すると構成する。そして、この保護請求権が認められるかどうかは、私人間の基本権相互のぶつかり合いを調整することが必要であり、双方の基本権の比較考量をどのようにすべきかとの問題に行き着くとされる<sup>374</sup>。

また、山本は、「私的自治とは、市民の生活空間に関して禁止や命令が行われないという包括的な自由を意味するものということができる。そして、こうした私的自治を補強する権利を考えるならば、それは自己決定権しかありえないものと思われる」とし、私的自治と自己決定権の基礎にあるのは、「個人個人が自己のアイデンティティを求めつつ、自ら「善い」と

---

度が存在するはずだということを、説得的に示し得るのではないだろうかと思います。」『北大法学論集 59 巻第 1 号』（2008 年）424 頁参照。

<sup>371</sup>山本敬三教授の見解に関する参考文献として、「一部無効の判断構造—契約における法律効果確定過程の構造化に向けて(一)(二)」『法學論叢 127 巻 4 号、6 号』（1990 年）、「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)(二)・完」『法學論叢 133 巻 4～5 号』（1993 年）、『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000 年）、「取引関係における公的規制と私法の役割—取締法規論の再検討(1)(2)・完」『ジュリスト 1087 号、1088 号』（有斐閣、1996. 4. 1.、1996. 4. 15.）、「民法における公序良俗の現況と課題」『民商法雑誌 133 巻 3 号』（2005 年 12 月 15 日）、「対話で学ぶ行政法—民法との対話—行政法規違反行為の民事上の効力」『法学教室 No.249』（有斐閣、2001. 6.）。

<sup>372</sup>山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)」『法學論叢 133 巻 4 号』（1993 年）6 頁参照。

<sup>373</sup> 山本敬三・前掲注(372) 8 頁～18 頁。

<sup>374</sup> 山本敬三・前掲注(372) 18 頁～20 頁。

信ずる生き方を等しく追求できることが何よりも保障されねばならないという考え方、つまりリベラリズムの思想だと言える。そして、日本国憲法は、その13条において、「すべての国民は個人として尊重される」とし、「生命、健康及び幸福追求に関する権利」を立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とすると定めているとされる<sup>375</sup>。山本は、さらに、私的自治を「自分の生活空間を主体的に形成する自由」とし、これを憲法第13条に規定される幸福追求権によって基礎づける。そして、この私的自治を実現するには他人の同意を得ながら自らの生活空間を形成していかなければならない契約制度の存在が必要であり、契約自由もやはり憲法第13条が規定する幸福追求権によって根拠づけられ、基本権として位置づけられるとされる<sup>376</sup>。

山本は、契約自由という基本権との調整の原理である較量の基準について、第一に、比例原則、つまり、被侵害利益と他方の憲法原理の充足度との均衡が要請されるとする。その論証ルールについては、「リベラリズムを基調とし、私的自治と自己決定を最大限尊重する方向で論証責任ルールを設定すべきだと考えている。例えば、契約の場合でも、それを貫徹することによって、生命・身体・性的及び家族的結合、思想、信条、信仰、表現、集会、結社、さらには場合によっては職業選択、居住、あるいは生活上きわめて重要な意味を持つ財産のような基本的な自由に侵害が生じ、現在および将来の生き方に決定的な影響が及ぶような場合には、保護請求権を認め、何らかの形で契約の拘束力からの解放を認めるべきではないかと考えている」とされる。第二に、被侵害利益に対する保護手段も、侵害の程度に応じるべきとされる。つまり全部無効という判断だけではなく、履行強制からの解放、損害賠償責任からの解放、一部無効などが考えられ、公序良俗に反するとして無効と判断するだけでは、被侵害者に過大な利益を与えることになってしまう場合もあるとされる<sup>377</sup>。

以上、山本敬三の見解を見てきたが、山本においては、私的自治、契約自由を、憲法13条により基礎づけられ、自由を最大の価値原理と考えられているのであるから、契約自由に対する国家的介入は最小限にとどめるべきとの考え方が導かれるであろう。しかし、契約が個人の基本権を侵害するような場合は、国家は被侵害者に対して保護義務を負い、介入すべきであるし、介入しなければならない。その際、法の規定がない場合には、裁判所が解釈により

---

<sup>375</sup> 「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)・完」『法學論叢 133 卷 5 号』(1993 年) 6 頁。

<sup>376</sup> 山本敬三「民法における公序良俗の現況と課題」『民商法雑誌 133 卷 3 号』(2005 年 12 月 15 日) 396 頁～398 頁。

<sup>377</sup> 山本敬三・前掲注(375)19 頁～21 頁。

なお、上記論文で、基本権相互が衝突する場合の較量の構造として、適切性の原則(手段が目的の達成に適切なものであること)、必要性の原則(手段が目的の達成に必要な不可欠のものであること)、狭義の比例原則(目的と手段が均衡を失っていないこと)をあげている。前掲注(375)論文 15 頁以下。

立法の不備を補って自ら法創造機能を代替すべきとの結論になるのではなかろうか。

### ③ 大村敦志の契約正義論<sup>378</sup>

大村は、契約自由の原則と契約正義との関連性に焦点を当てる。

すなわち、「契約自由の原則は近代法の三大原則の一つとされているが、その制限が叫ばれて久しく、今日では、「契約においては自由と強制（干渉）が錯綜する」と言われるに至っている」、「契約正義」を強調する見解は、意思主義の復権あるいは契約自由の回復を説く見解と並ぶ有力な動きであるといえる」との問題認識を示す<sup>379</sup>。そして、ドイツ、フランスなどの大陸諸国では、契約自由に対抗する概念として「給付均衡」の法理が存在することをあげられる<sup>380</sup>。大村は、判例が展開した暴利行為論により「給付均衡の法理」が民法 90 条を媒介としてわが国に定着したと評価される<sup>381</sup>。そして、約款や消費者保護などの今日的課題に対処するため「給付均衡の法理」を活用することが、大村の意図するところである<sup>382</sup>。

このことを踏まえ、大村は、契約正義を「当事者の利益保護」の面を有しつつ、同時に「取引秩序の維持」という側面も有しているとされる<sup>383</sup>。

以上から、大村は、契約自由の原則に対して契約正義という対抗軸により、契約自由の原則の制約原理を考えていこうとされているといえる。

### （４）運営基準等の私法上の効力

運営基準等の私法上の効力を論ずるには、二つに場合を分ける必要があるのではないだろうか。

まず、契約の内容に運営基準等に関する事項が盛り込まれていない場合。

次に、契約の内容が運営基準等に反している場合。

#### ①契約の内容に運営基準等に関する事項が盛り込まれていない場合

この問題については、障害者総合支援法第 29 条第 6 項の規定が手掛かりとなる。

障害者総合支援法第 29 条第 6 項は、市町村は、指定障害福祉サービス事業者等から介護給付費等の請求があったときは、厚生労働大臣が定める基準及び都道府県の条例で定める指定

---

<sup>378</sup> 以下で主として参照する文献として、大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995 年）、「取引と公序一法令違反行為効力論の再検討(上)(下)」『ジュリスト 1023 号、1024 号』（1993 年）。

<sup>379</sup> 大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995 年）4 頁～5 頁。

<sup>380</sup> 大村・前掲注(379) 6 頁。

<sup>381</sup> 大村・前掲注(379) 361 頁。

<sup>382</sup> 大村・前掲注(379) 4 頁。

<sup>383</sup> 大村敦志『もう一つの基本民法 I』（有斐閣、2005 年）16 頁。

障害福祉サービスの運営基準等に照らして審査の上、支払うものとする規定している。つまり、指定サービス事業者が、当該基準に反するサービスを提供した場合、介護給付費等を市町村から支払われない可能性がある。

指定サービス事業者にとって、このようなリスクを冒してまで運営基準に反する契約の締結を想定することは現実的ではない。指定サービス事業者にサービス利用を申し込んだサービス利用者にとっても、運営基準どおりのサービスを受ける意思があるもの解することが通常であろう。以上からすれば、特段の事情がない限り、仮に、契約内容に運営基準上の内容あるいは運営基準によるべきことが明記されていなかったとしても、指定サービス事業者は、運営基準に従ったサービスを提供する債務を負っていると解することが妥当であろう<sup>384</sup>。

上記の考え方は、障害福祉サービス費の支払いを受けられないというリスクから、指定サービス事業者の意思を導き出すものであるが、黙示の意思表示という理論構成はあくまで擬制に過ぎないものであって、運営基準を障害福祉サービス利用契約の債務内容と捉える論拠としては無理があるとの批判もあり得よう。これに対して、筆者は、指定サービス事業者が意図的に運営基準の内容を利用契約中に盛り込まないとの意思であったとしても、当事者の関係性あるいは障害者総合支援法という制度そのものの趣旨から債務の内容を構成していると解したい。ここに上述した内田貴の関係契約論／制度的契約論を媒介させるのである。内田によれば、当該取引における規範意識は契約当事者にとって共有されており、個別の意思を媒介とせずとも契約内容を構成するとされるからである。さらに、障害者等が支援を受けながら日常生活あるいは社会生活を営み社会参加の機会を確保するために障害者総合支援法が存在し、憲法第 25 条及び障害者権利条約と相まって、当該法が背後から契約を支えていると解することができよう。そのような構造からすれば、運営基準は単に行政に向けられた監視、監督の基準にとどまらず契約の背後にあって契約内容をも規定するものと捉えることも十分可能であるはずだ。

## ②契約の内容が運営基準に反している場合

法令が直接には私法上の効力を規定していない場合に、当該運営基準に違反した契約の効力についてどのように解すべきかが問題となるが、ここでは、その手がかりを得るため民法上の議論の整理を試みた後、結論を導く。

### ア) 民法での議論

#### i) 従来の通説的考え方

従来の通説的見解は、当該法令が私法上の効力まで否定する効力規定かあるいは刑事上、行政上の制裁を科すだけで私法上の効力を否定しない単なる取締規定であるかにより判断しようとするものである。

<sup>384</sup> 小島晴洋「社会保障判例」『季刊社会保障研究 Vol.43No..3』（2007年）305頁。

その判断要素は、①規定の趣旨、②行為の反社会性、③取引の安全、④当事者の公平があげられる<sup>385</sup>。

## ii) 新たな学説

従来の通説的な見解に対して大村敦志及び山本敬三により新たな見解が登場している<sup>386</sup>。

### a) 大村敦志の契約正義論＝経済的公序論

大村は、近時、法令違反行為の効力論で問題となる法令の性質が変わってきているとの認識を示し、「問題の法令は、取引とは直接には関係しない価値を実現する法令（「警察法令」と呼んでおこう）から取引と密接な関連を有する法令（「経済法令」と呼んでおこう）へと変化している。そして、後者の経済法令のなかには、個々の取引において当事者の利益を保護することを目的（「取引利益保護法令」と呼んでおこう）と取引の環境となる市場秩序を目的とする法令（「経済秩序維持法令」と呼んでおこう）とが含まれる。「経済法令の目的は、個々の取引を直接に規律することであり、あるいは、取引の環境を整備することである」。そのためには取引の効力を否定することが多くなり、また、個々の取引を考えるうえでも経済法令は重要な判断要素となり、経済法令と取引の効力は密接な関係を持つようになる。

このような検討を踏まえ、以下の見解を導かれる。

「もともとは秩序維持の法規範であっても、それが権利実現のために役立つものであるならば、必ずしもその援用を拒む必要はないのではなかろうか。法令は個人の権利実現を援護するものとはなりえないだろうか。公法の領域に属する法令をより積極的に私法上の公序に組み込むべきではないか」。

ただし、大村は、このような考え方がすべての法令に妥当するものではないとされている<sup>387</sup>。

### b) 山本敬三の基本権保護請求権からの基礎付け

山本敬三は、取締法規論について、基本権保護請求権から基礎付けを行う。

山本は、現行憲法の基本的立場を、「個人に基本権を認め、国家の運営を国民の民主的決定に委ねること」とし、このことから国家は憲法上、「介入禁止、基本権保護義務、基本権支援義務」を負うとされる<sup>388</sup>。

---

<sup>385</sup> 大村敦志『〔第3版〕基本民法I 総則・物権』（有斐閣、平成19年）66頁～67頁参照。

<sup>386</sup> 通説の見解に対しては、川井健の履行段階により私法上の効力を考えていこうとする見解がある。川井健「物資統制法違反契約と民法上の無効」『無効の研究』（一粒社、1979年）。

<sup>387</sup> 大村敦志「取引と公序—法令違反行為効力論の再検討(下)」『ジュリストNo.1025』（有斐閣、1993. 6. 15）71頁～72頁。

<sup>388</sup> 山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割(1) —取締法規理論の再検討」『ジュリ

このような3類型を前提として、山本は、取締法規について次のようにまとめられる。「取締法規とは、国家＝立法者が、基本権の保護もしくは支援を目的として、一定の積極的な措置— 一定の行為を禁止ないし命令し、その違反に対して場合により制裁を科す— を定めものである。取締法規論とは、このことを前提として、裁判所が、右の取締補法規の目的を実現するために、<sup>筆者挿入</sup>(民法) 90条を用いて、違反行為の効力を否定するという法形成をおこなうべきかどうかという問題にほかならない。そこでは、そうした法形成が、過剰介入の禁止に反しないかが、決定的な問題となる。これが憲法の視点からとらえ直した、取締法規論の基本構成なのである<sup>389</sup>」。

そこで、山本は、取締法規違反の行為の私法的効力を否定することが過剰介入に該当するか否かの判断基準について、比例原則によるべきとされる。そして、この比例原則は、次の三つの部分原則からなるとされる。

---

ストNo.1087』(有斐閣、1996. 4. 1) 127頁参照。

ちなみに、山本敬三の整理概念である、介入禁止、基本権保護義務、基本権支援義務の内容は以下のとおりである。

介入禁止とは、「国家は、それを正当化するだけの十分な理由がないかぎり、個人の基本権を侵害してはならないとするものである。これは、伝統的な「国家からの自由」に対応するものである」。

基本権保護義務とは、「国家は、個人の基本権を他人による侵害から保護するために、積極的な措置をとらなければならないとするものである。ここでいう「保護」とは、あくまで侵害からの保護を意味する。これがとくに区別されなければならないのは、この義務が介入禁止とならば、国家の最低限の責務に属するからである。殺人・窃盗・暴行・放火など、個人が他人により基本権を侵害されているのを傍観してよいとするならば、およそ国家を認めた意味がなくなってしまうだろう。自力救済を原則として禁止し、個人を他人の侵害に対して無防備な状態にさらす以上、国家がこの基本権保護義務を負うのは当然と言わなければならない。

そこでまず、国家は、立法を通じてこの基本権の保護をおこなうことが要請される、「しかし、当然のことながら立法が十分な保護を用意していない場合がある」。そのような場合「裁判所が立法の不備をおぎない、法形成のかたちでみずから保護を与える憲法上の責務を負う。これを個人の側からいうと、個人は、国家に対して基本権の保護を求める権利—基本権保護請求権—を有することになる」。

基本権支援義務とは、「国家は、個人の基本権がよりよく実現されるよう、積極的な措置をとらなければならないとするものである。これは、個人の基本権が侵害を受けているわけではないが、それをよりいっそう実現できるよう、国家がさまざまな給付を提供したり、各種の制度を整備したりすることを意味する」。前掲書 127頁～128頁参照。

<sup>389</sup> 山本前掲(388)129頁。

### 均衡性の原則（狭義の比例原則）

目的と手段が均衡を失っていないことを要請する。すなわち、制約手段がきびしくなればなるほど、それを正当化する目的の重要性が大きくなければならない。すでに取締法規自体が制裁を科する規定である以上、さらに私法上の効力を否定するには当該法令の目的がこの制約の追加を正当化するだけの重要性をもっていなければならない。

### 適合性の原則

手段が目的に適合したものであることを要請する。すなわち違反行為の効力を否定することが、法令の目的実現に役立つ必要がある。

### 必要性の原則

違反行為の効力を否定しないと、目的を達成し得ないかが判断される<sup>390</sup>。

そして、山本は、以下のようにまとめる。

「公法（<sup>筆者挿入</sup>取締法規）も私法も国家が憲法上みずからに課せられた責務を果たすための法」であり、「憲法が個人の基本権を承認したことにより、国家は、それに対する介入禁止のほか、基本権をその侵害から守る保護義務と、基本権がよりよく実現されるよう支援する義務を負うこととなる」。「公法も私法もそうした義務をはたすために利用しうる手段である」、「したがって、私法を通じて国家が基本権の保護をはかろうとするときに、すでに公法においてそうした保護を意図した措置を定めているならば、むしろそれを積極的に利用することが要請される。また、公法を通じて、国家が一定の基本権を支援するという立場を採用しているときに、その実現のために私法上の手段も必要ならば、むしろそれを活用することが要請される。もちろん、それによって個人の基本権を過剰に制約することは許されない。」と<sup>391</sup>。

以上みてきたように、大村敦志、山本敬三いずれも、公法、私法の枠組みを相対化することにより、大村は契約正義の視点から、山本は憲法体系における位置づけから、行政法規が私法上の効力を否定する場合を基礎づけている。

障害者総合支援法における運営基準は、いわゆるゆ経済法ではない点で、大村や山本が想定しているものとは異なるが、運営基準に反する契約が締結された場合の契約の効力を考える上で、契約正義あるいは基本権保護義務の考え方は示唆に富むと思われる。

### **イ) 運営基準に違反したサービス利用契約の効力**

まず、運営基準がいわゆる取締法規として契約上の効力には影響を及ぼさないとの考え方によれば、サービス利用契約は有効となる。

---

<sup>390</sup> 山本前掲(388)132頁。

<sup>391</sup> 山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割(2・完)―取締法規理論の再検討」『ジュリストNo.1088』(有斐閣、1996. 4. 15) 107頁参照。



しかし、これまで述べてきたように、このような結論は維持できない。

それでは、どのような効力を認めるべきだろうか。

(3)でも紹介したように、山本敬三は私的自治の原則を前提に、一定の要件のもとに基本権保護義務を国に認めるものとしている。このような見解を前提に、上でも見たように、行政法規が私法上どのような効力を有するかについて解決策を提示する。

山本敬三は、私法上の効力を否定するかどうかを決するには、国家が被侵害者を保護するか否かに関する基準を適用すべきであり、その基準として均衡性の原則、適合性の原則、必要性の原則を挙げている。

つまり、山本説によれば、運営基準違反の内容を均衡性の原則、適合性の原則、必要性の原則を基準に、個別判断していくこととなる。そして、当該基準に反しているサービス利用契約は、結局、民法第90条によって公序良俗違反<sup>392</sup>として無効だとの結論となるだろう。

大村敦志は、上でも見たように取引公序の観点から、取締法規に私法上の効力が認められる場合があるとする。大村説では、運営基準の違反の内容ないし程度が公序良俗（民法第90条）といった一般条項に反する場合には、当該契約は無効との結論になる。

ここでは、筆者は山本説に立ちたい。運営基準違反の程度を個別にきめ細かく判断していくことこそ、障害者／知的障害者のニーズに対応し、サービスを受けながら地域生活に参加し、主体性を形成していくことにつながるからである。例えば、指定障害福祉サービスの運営基準第1条第4号で都道府県が条例を定めるに当たって従うべき基準とされている第73条に規定される身体拘束の禁止に反した契約内容となっている場合（契約にV字ベルトの着用が規定されている場合）について考えてみる。

まず、均衡性の原則であるが、身体的自由については人間としての根源的なものであり、均衡性を失するといえよう。次に、適合性の原則であるが、運営基準の解釈通知である「指定障害福祉サービスの事業等の人員、設備及び運営に関する基準について」の第1の1に当該基準は、必要な最低限度の基準を定めたものであり、サービス事業者は常にその運営の向上に努めなければならいと規定されている。身体拘束は、サービス事業者の運営の向上を妨げる性質のものであって、適合性の原則を充足しないといえよう。緊急やむを得ない場合を除き、必要性も満たさない。確かに、当該基準はサービス事業者の運営基準なのだが、法に規定する便宜を適切に実施するのに必要な最低限度の基準を規定するものであってみれば、運営基準のうち利用者のサービスに関連する事項、利用者のケアに関連する事項については、原則として身体拘束でみたように山本が提示した3要件を充たすこととなるだろう。

---

<sup>392</sup> この結果、山本説では、通説的な公序良俗の理解よりも、相当幅広い内容を含む結果となるだろう。

けれども、運営基準に反するとして無効としただけではサービス利用者にとっての問題は解決しない。契約が最初からなかったものとされるだけで、利用者にとって適切なサービスの保障とはならないからである。

倉田聡は、既に述べたように、労働基準法第13条のような規定を立法すべきことを主張される。確かに、法の規定があれば明快である。

しかし、これを解釈によって導き出すことはできないであろうか。つまり、運営基準違反により無効とされた部分を運営基準に従った契約内容にすることを解釈によって導こうというのである。

労働基準法13条の趣旨について、片岡昇は、以下のような見解を述べている<sup>393</sup>。

「労働者保護法は、労働条件の保護のために、使用者に対し諸種の公法上の義務を課するものであるから、従来の法体系上の区分に従って分類すれば、公法に属する。しかも、公私両法域を峻別する伝統的立場に立って判断する限り、労働者保護法の本質は、あくまで使用者に対し公法上の義務を課することであって、それに基づき労働者が使用者に対する保護法上の義務の履行請求権を取得する等、直接に私法上の関係としての個別的労働関係の内容を規定するものとはいえないであろう。このようにして、古くは、労働者保護法とは、それぞれの対象となるべき義務の性質・内容、およびそれを成立せしめる基礎、並びにそれを強制する法的手段等の点において、厳格に区別されるべきものとされたのである。しかし、このような見解が労働者の生存の確保という労働者保護法の基本原理に照らして、一面的、形式的といわざるをえない」ものであり、「労働者保護法においては、公法・私法両法規は互いに牽連、ないし融合しつつ同一の生活関係を規律する。それによって近代法体系における公法・私法の区分そのものが否定されるものではないにせよ、そこでは、公法・私法の機能や本質に重要な変化が加えられものといわなければならない。すなわち、この場合、公法・私法は、統一的な生活領域として個別的労使関係を共同して規律することにより、労働者の生存権の要請に答えようとするのである。労働者保護法は、個別労働関係のなかへ織り込まれ、その内部において存在するのであって、そうすることによってはじめて、労働者保護の目的を十分に実現しうるのである。この観点からいえば、労働者保護法は、単に使用者対国家の関係を規律する効果のみならず、労働契約の内容を積極的に規律する効果を承認されるべきものといわざるをえない。またこのように解することが、憲法27条に法的根拠を有するわが国の労働者保護法の趣旨にも適合するものと考えられる」とされている。

上に見た片岡昇の見解は、通説としては公法、私法の峻別論が維持されていた時代の見解であることに注意を要する必要があるが、労働者の生存権維持という観点から、労働者保護のための各法条の効力を単に対国家を名宛人とすることなく広く私法上に効力を及ぼそうと

---

<sup>393</sup> 片岡昇『労働法(2)』(有斐閣、昭和50年)374頁～375頁。

する考え方は、労働者保護法の趣旨に合致するものであると思われる。

この片岡昇の見解をベースにおけば、労働基準法上行政を名宛人として規定した法条も、労働者保護を内容とするものであれば、比例原則をみだす限り、当然に私法上の効力を認められると解されるし、また、労働者の生存権保障の観点から、最低基準たる性質を有する労働基準法上の規定が、労働契約という合意内容に黙示的にあるいは契約正義の観点、さらには労働者の従属性という労使間の関係性から、労働契約の内容となるものと解する余地があるのではなかろうか。そうであれば、労働基準法 13 条の規定は、これらのことを単に注意的に規定したものと解する余地も出てくるものと思われる。

障害者総合支援法も労働基準法も社会法という範疇に属する法であって、私的自治、そのコローリーとしての契約自由の原則の修正が正当化される法領域である。

そして、労働契約の場合、労働者は使用者に従属する関係にあり、ここに契約自由の原則への介入の根拠がある。

一方、障害者総合支援法のサービス利用者も、当該サービスに依存せざるを得ないのであり、サービス事業者に対しては従属的な立場に立っているといえることができる。つまり、ここでは、使用者とサービス事業者との違いはあるが、ともに契約の一方当事者に対する従属性を認めることができる。従属性という共通性があり、労働基準法がこの従属性を解消するために第 13 条を規定したものと捉えることができる。とすれば、法の規定はないのだが、条理上、あるいは障害者総合支援法 1 条の 2 に規定される「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」の内容として当該法理を読み込むことも不可能ではないと解される。

以上から、運営基準に反する契約はそのままでは維持できないだけでなく運営基準に沿った契約内容に修正されると解されよう。

## 第四章 知的障害者の権利擁護

前章では、障害者総合支援法における支給決定プロセス、支給内容が自己決定、参加、貢献といった評価軸を用いて、知的障害者の発達を阻害する社会的障壁となっていないかどうか、社会的障壁を形成しているとするれば、その縮減をどのように図っていけばいいかについて考察した。

本章では、知的障害者にとって、人的サービス給付とともに、いわば車の両輪ともいうべき権利擁護について検討する<sup>394</sup>。知的障害者の多くは、判断能力が低下している者とされており、その結果権利擁護の必要があるからである。

そこで、まず権利擁護の定義であるが、ここでは、河野正輝の定義に従う。

河野正輝は、権利擁護を以下のように定義している。

「権利擁護とは、判断能力が不十分な人々（認知症高齢者、知的障害者、精神障害者など）または判断能力があっても従属的な立場に置かれている人々等の立場に立って、必要な福祉サービス・医療サービス等の利用を援助し、財産を管理し、あるいは虐待を防止するなど、総じてこれらの人々の権利行使を擁護すること（実践としての権利擁護）である<sup>395</sup>」。

権利を擁護すべき場合として、自己決定支援、権利主張支援、権利実現支援が考えられ<sup>396</sup>、河野の定義では、これらすべてを含む定義となっているからである。

すでにみたように知的障害者の特徴として、文字情報を読むこと、読んだ情報を理解することなどの情報処理能力が弱い、抽象化や般化の能力が未発達など認知・適応能力が弱いと

---

<sup>394</sup> 前章では、社会的障壁を縮減・除去されていない場合の権利救済的側面について言及した。権利救済と権利擁護について、秋元美世・平田厚の近著『社会福祉と権利擁護』（有斐閣、2015年）24頁～25頁で明確な整理がなされているので紹介しておく。権利擁護の特質として「1つは、権利擁護では、市民法的人間像（「強い個人」）で措定されている自由や利益を享受できないでいる「弱い」個人を支援すること、もう1つは、権利擁護では、法律問題に加えて事実の世界の問題とされていた問題についても、その対象になる」とし、続いて「これらの2つの点（とりわけ後者の）は、現に存在している権利が侵害されていることを前提にして、その救済・保障を図ることを目的とする権利救済との違いをもたらす部分であり、権利擁護における重要な特質として注目しておかなければならない」としている。本章では、このような視点のもとに、権利侵害に対する権利救済だけでは知的障害者の主体性の形成を図ることができない点について、特に意思決定支援の観点から明らかにしようとするものである。

<sup>395</sup> 河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』183頁。

権利擁護の定義については、平田厚によって詳細な検討がなされている。平田厚『権利擁護と福祉実践活動』（明石書店、2012年）36頁～38頁。なお、秋元美世・平田厚による近著『社会福祉と権利擁護』（有斐閣2015）73頁では、「権利擁護については、確固とした定義が必ずしもあるわけではないのだが、おおよそその共通理解としては、「判断能力の不十分な人々または判断能力があっても従属的な立場に置かれている人々の立場に立って、それらの人々の権利行使を擁護し、ニーズの実現を支援すること」といった内容でとらえられているとあってよいだろう」とされており、河野の定義がおおよそ踏襲されている。

<sup>396</sup> 平田厚『権利擁護と福祉実践活動』（明石書店、2012年）57頁。

されている<sup>397</sup>。そのことから、従来、知的障害者に対しては、意思表示、自己決定や自己責任が困難であるとの認識から支援者などの周囲の者が代わりに決定してきたという歴史がある<sup>398</sup>。

平田厚は、知的障害をもつ人は、自己決定権を行使しえないものとして、第三者が客観的な配慮によって保護しなければならいとも考えられてきたと指摘している<sup>399</sup>。

以上からすれば、知的障害者が、市民社会から排除されず、市民社会における主体としてその主体性を形成し、地域生活に参加して自立した生活をしていくためには、権利擁護、とりわけ自己決定支援、意思決定の支援が不可欠である<sup>400</sup>。

そして、ここでは、既存の権利擁護システムが、知的障害者が地域社会に参加し貢献<sup>401</sup>するために自己決定、意思決定を支援する制度となっているかかが問われるのである。つまり、ここでの権利擁護は、自己決定、意思決定の問題として焦点化し、障害者虐待については、権利擁護に関する重要な分野ではあるが、障害者虐待防止といった別個の法制度の考察が必要となることから、ここでの検討対象からは除外する。

ところで、柴内麻恵は、意思決定とは、目標を達成するために、複数の選択肢のなかから一つないし複数の手段や方法を選ぶことである。決定という一点だけではなく、決定にまつわる情報を獲得・精査し、助言を得ながら決定し、その決定を実現していく一連の過程でもある<sup>402</sup>とする。確かに、厳密に考えればそのように言えようが、従来自己決定と意思決定とをそれほど厳密には峻別していないように思われる。それよりも、柴内が言うように権利擁護の観点からは、知的障害者の意思形成や意思決定、そして意思表示を支援するといった一

---

<sup>397</sup> 山崎貴之ほか「知的障害者への情報提供に必要な配慮に関する調査研究」4頁。

<http://www.kitaiku.com/kenkyu/pdf/file/file000022.pdf> accessed 6 May 2014.

<sup>398</sup> 津田耕一「障害者の個別支援計画作成に関する研究」『総合科学研究第3号』（2012年）3頁。

例えば、山田卓夫『私事と自己決定』（日本評論社、1987年）344頁には、「自己決定権は、あらゆる個人に認められるわけではなく、『成熟した判断能力』をもつ者についてのものである点で、権利としては特殊である。ただし、成熟した判断能力を持たない者には、この権利を認めないとはいっても、決して、差別的に、この権利を否定するわけではなく、本人保護のためであるから、平等保護違反の問題にはならない」としている。

<sup>399</sup> 平田厚『増補 知的障害者の自己決定権』（エンパワメント研究所、2002年）9頁。

<sup>400</sup> 上山泰「現代成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約12条の整合性 「小さな成年後見」の視点から」菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』（法政大学出版会、2013年）39頁～40頁。上山泰も、「判断能力不十分者の基本的位置付けを、保護とケアの対象でしかなかった法的客体から、自ら意思決定する一般的な法的主体へと転換する」必要がある旨主張している。

<sup>401</sup> 知的障害者にとっては、貢献の権利が先行することは第三章で述べた。

<sup>402</sup> 柴内麻恵「障害のある人の地域生活における意思決定支援の視座—生活介護事業所Xにおける実践を中心に—」『福祉社会開発研究』（2014年）39頁。

沖倉智美「「支援付き意思決定」の理論と実際—知的障害者の「自己決定」をどのように考えるのか—」日本社会福祉学会編『対論 社会福祉学5 ソーシャルワークの理論』（法律文化社、2012年）217頁も同趣旨。

連のプロセスとして捉えていくことが重要であるといえよう。

そこで、本章では、第一節で知的障害者の権利擁護に関する法制を、外部アドボカシー制度については、成年後見制度及び日常生活自立支援事業について、内部アドボカシー制度では、障害者総合支援法上の意思決定支援として掲げられている障害福祉サービスの提供者及び相談支援事業者について考察の対象とする。そして、権利擁護法制の課題では、成年後見制度、日常生活自立支援事業及び障害者総合支援法上意思決定配慮規定が置かれている障害福祉サービスを直接提供するホームヘルパー等及び相談支援事業所の相談支援専門員を取り上げ、知的障害者の主体性の形成を阻む社会的障壁を形成していかをを検討する。併せて主体性の形成の理論的バックボーンと位置づけられる障がい法と権利擁護との関連性に言及する。特に成年後見制度に関しては、知的障害者のニーズの充足性、障害の社会モデルからの検討、障害者権利条約第12条との関連性について検討し知的障害者にとって社会的障壁となっていることを導く。第二節では、知的障害者の主体性を形成し、社会的障壁を縮減する制度としての支援付き意思決定について説明し、カナダの法制度及びイギリス2005年意思能力法を概観することにより、日本法への示唆を得る。そして、第三節では、これらの結果を踏まえ、知的障害者へのあるべき意思決定支援制度の構築を試みる。

## 第一節 知的障害者の権利擁護法制の現状と課題

### 1 知的障害者の権利擁護法制の現状

既に述べたように、河野は、権利擁護を内部アドボカシーと外部アドボカシーに区分する。

外部アドボカシーとは、成年後見制度や日常生活自立支援事業のようにサービス提供者の外側にあつて、サービス利用者の権利擁護を行う仕組みであり、内部アドボカシーとは、例えば、介護保険法上の介護支援専門員などのようにサービス提供者の内側にあつて権利擁護を行うこととされる<sup>403</sup>。

本論文では、障害の社会モデルを理論的前提として採用しており、したがって法制度が社会的障壁を形成しているかどうかを考察の対象とし、外部アドボカシーと内部アドボカシーに分けて論じる<sup>404</sup>。

<sup>403</sup> 河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』202頁。

<sup>404</sup> 秋元美世・平田厚・前掲注(394)114頁では、権利擁護制度を狭義の権利擁護制度と広義の権利擁護制度に分け、狭義の権利擁護制度を判断能力が不十分な人に対する権利実現支援制度とし、その具体的制度として成年後見制度、日常生活自立支援制度、各種の相談支援制度を挙げ、広義の権利擁護制度を判断能力が十分であっても従属的な立場に置かれて権利を実現できない人に対する権利実現支援制度とし、その具体的制度として、苦情解決制度、オンブズパーソン制度、虐待防止制度等を挙げている。本論文では、意思決定支援を考察の対象としており、秋元・平田のいう狭義の権利擁護について論ずることとなる。

## (1) 外部アドボカシー制度

### ① 成年後見制度

周知のように、現在の成年後見制度は、「民法の一部を改正する法律」、「任意後見契約に関する法律」など4つの法律<sup>405</sup>が1999年12月8日に公布され、翌2000年4月1日から施行された。

民法改正により、従来の禁治産、準禁治産の制度は廃止され、新たに、後見（民法第8条～第10条）、保佐（民法第11条～第14条）、補助（民法第15条～第18条）の三類型が設けられた。

従来の禁治産、準禁治産制度が、認知症高齢者・知的障害者・精神障害者等の様々な判断能力に対応できない硬直的な制度であったこと、「禁治産」、「準禁治産」という用語が差別的なニュアンスであったこと等から現行制度へ改正されたとされている<sup>406</sup>。

法定後見人は、「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者」に対して裁判所によって付され、代理権（民法第859）と取消権（民法第9条）を有する。

保佐人は、「精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分である者」に対して裁判所によって付され、民法第13条に規定される重要な財産行為について同意権、取消権を有する（民法13条第1項、第4項）。さらに、家庭裁判所により民法第13条第1項所定の行為につき代理権を付与される場合もある（民法第876条の4）。

また、補助人は、「精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分である者」に対して裁判所によって付され、民法第13条に列挙される重要な取引行為の一部について本人の判断が不十分と考えられる場合に、同意を要する審判がなされ（民法第17条）、同意を得ずに行った当該行為について取消権が与えられる（民法第17条第4項）。そして、家庭裁判所は、補助開始の審判時に補助人に代理権を与える審判を行うことができる旨が規定されている（民法第867条の9第1項）。

なお、成年後見制度の行為能力と対象行為<sup>407</sup>について整理すれば、次のようになる。

	後見	保佐	補助
権限	代理権・取消権	同意権・取消権 付加的に代理権	同意権・取消権 または／および 代理権
対象行為	全ての法律行為 ただし、日常生活に 関する行為には権限	民法第13条第1項 所定の行為	特定の法律行為

<sup>405</sup> 他の2つの法律は、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」及び「後見登記等に関する法律」である。

<sup>406</sup> 小林昭彦・大門匡編著『新成年後見制度の解説』（金融財政事情研究会、平成12年）9頁～11頁。

<sup>407</sup> 表は、四宮和夫、能美義久『民法総則 第八版』（弘文堂、2014年）46頁を参考にした。

	が及ばない（第9条ただし書き）。		
--	------------------	--	--

## ② 日常生活自立支援事業

日常生活自立支援事業は、国の補助事業として1999年10月から地域福祉権利擁護事業の名称で実施され、2000年に改正された社会福祉法により、第2種社会福祉事業に位置付けられた（社会福祉法第2条第3項第12条<sup>408</sup>、第80条～第81条、第83条～第84条）<sup>409</sup>。

同事業は、平成26年3月28日付けの厚生労働省社会・援護局長通知（社援発0328第1号）「セーフティネット支援対策事業の実施について」<sup>410</sup>では、「セーフティネット支援対策等事業」中の「安心基盤生活構築事業」の中に位置付けられている。

同通知によれば、日常生活自立支援事業は、「福祉サービス利用援助事業」、「福祉サービス利用援助事業に従事する者の資質向上のための事業」及び「福祉サービス利用援助の普及啓発」から構成されている。

本項では、支援内容等が知的障害者の発達を阻害し、その主体性の形成を阻む社会的障壁について考察するのであるから、「福祉サービス利用援助事業」に絞って検討することにする。

以下その概要を概観する。

### ア) 事業の概要

利用者との契約に基づき、認知症や精神障害等により日常生活を営むのに支障がある者に対し、福祉サービスの利用に関する相談に応じ、及び助言を行い、並びに福祉サービスの提供を受けるために必要な手続又は福祉サービスの利用に要する費用の支払いに関する便宜を供与することその他の福祉サービスの適切な利用のための一連の援助を一体的に行う。

### イ) 事業の対象者

(a) 判断能力が不十分な者（認知症高齢者、知的障害者、精神障害者等であって、日常生活を営むのに必要なサービスを利用するための情報の入手、理解、判断、意思表示を本人のみでは適切に行うことが困難な者）

(b) 本事業の契約内容について判断し得る能力を有していると認められる者

### ウ) 援助の内容

- ・福祉サービスの利用に関する援助
- ・福祉サービスの利用に関する苦情解決制度の利用援助
- ・住宅改造、居住家屋の賃借、日常生活上の消費契約及び住民票の届出等の行政手続に関する援助その他の福祉サービスの適切な利用のための必要な一連の援助

<sup>408</sup> 法律上の名称は、「社会福祉サービス利用援助事業」である。

<sup>409</sup> 当事業は、事業創設時は、「地域福祉権利擁護事業」という名称であったが、2007年4月に「日常生活自立支援事業」に名称が変更された。なお、「地域福祉権利擁護事業」については、河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』189頁～198頁に詳細な記述がなされている。

<sup>410</sup> <http://www.pref.shimane.lg.jp/life/fukushi/chiiki/chiikihukushi/safetynet/safety26.html>, accessed 30 Sep. 2014.



- ・預金の払い戻し、預金の解約、預金の預け入れの手続等利用者の日常生活費の管理
- ・定期的訪問による生活変化の察知

## エ) 援助方法

情報提供、助言、契約手続、利用手続等の同行又は代行

ただし、法律行為にかかわる事務に関し、本事業の目的を達成するために、本人から代理権を授与された上で代理による援助を行う場合には、契約締結審査会<sup>411</sup>に諮り、その意見を踏まえて慎重に対応すること。

## オ) 職員の配置及びその業務

- ・責任者
- ・事業の企画及び運営に携わる職員  
[事業の企画及び運営に携わる職員の業務]
  - 相談業務や専門員の指導、研修・調査研究・広報啓発
- ・専門員  
[専門員の業務]
  - 申請者の実態把握及び本事業の対象者であることの確認
  - 支援計画の作成及び契約の締結
  - 生活支援員の指導及び監督
- ・生活支援員  
[生活支援員の業務]
  - 専門員の指示を受けて、具体的に援助を提供する業務

## (2) 内部アドボカシー制度

### ①障害者総合支援法上の意思決定支援

障害者総合支援法は、第42条第1項、第51条の22第1項で意思決定支援という文言を用いている。

同法第42条第1項では、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の責務として、「障害者等の意思決定の支援に配慮する」と規定し、同法第51条の22第1項では、指定一般相談支援事業者及び指定特定相談支援事業者の責務として「障害者等の意思決定の支援に配慮する」と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の責務と同様の規定を置いている。

この規定の意味するところは、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

---

<sup>411</sup> 契約締結審査会は、日常生活自立支援事業の実施主体が、福祉サービス利用援助事業の契約又は見直しの際に判断能力に疑義がある場合、その契約締結能力について専門的見地から審査し、確認する目的で設置する機関で、医療・法律・福祉の各分野の専門的知見を有する者をもって構成される。

設置者や指定一般相談支援事業者等が、利用者の意思決定を支援するための情報を提供したり、直接利用者のケア等に対応する職員に研修等を通じて意思決定支援に対する意識向上を図るなどにより、また、直接支援する職員をして意思決定の支援をも行わせようとするところにあると考えられる。

厚生労働省の障害者総合支援法施行に伴う同法の概要を説明した「法律の事項別概要 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ついて」の 11 頁には「その他所要の整備」として、「相談支援の連携体制の整備」等とともに「障害者及び障害児に対する意思決定支援」が掲げられている<sup>412</sup>。障害者総合支援法の中核としての位置付けではないものの、「意思決定支援」が同法の概要の中に項目立てられているところからは、法に規定することにより「意思決定支援」を図っていくという姿勢が窺われる。

しかし、法を施行するための障害者総合支援法施行規則<sup>413</sup>あるいは障害福祉サービス事業者等の最低基準を定める運営基準、障害者総合支援法に基づく指定障害支援施設等の運営基準、障害者総合支援法に基づく指定地域相談支援の運営基準等には、当該法の規定を実施するための条項は見当たらない。

## ②上記以外の障害者総合支援法における内部アドボカシー制度

意思決定支援以外に権利擁護として、障害者総合支援法上に位置づけられているのは、指定障害福祉サービスの運営基準で規定されている指定居宅介護事業者等の苦情解決（同基準第 39 条等）がある。これは、大きく捉えれば権利侵害に対する解決システムといえよう。ここでは、権利擁護を支援する者に焦点をあてて論じようとするものであり、苦情解決システムについてまでは言及しない<sup>414</sup>。

---

<sup>412</sup> [http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/hukushi\\_kaigo/shougaihashukushi/sougo\\_ushien/](http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/shougaihashukushi/sougo_ushien/), accessed 3Jan.2015.

<sup>413</sup> 障害者総合支援法施行規則第 1 条の 3 に、居宅介護や重度訪問介護において「生活等に関する相談、助言」を規定しており、意思決定支援を窺わせる内容となっている。

<sup>414</sup> 本稿では、権利擁護の問題として意思決定支援を取り上げている。これに対して、意思決定支援はケース・アドボカシーであり、苦情処理制度等のコース・アドボカシーこそ、社会モデルからの接近にふさわしい問題であるとの考えもあり得よう。確かに、苦情処理制度は、施設内での抑圧等の矛盾を救済する最も身近な制度として、社会モデルの視点に立てば、重要な役割を与えられものと解される。一方、意思決定支援は、個別の知的障害者に対する働きかけであり、社会モデルが目指す社会の障壁の除去ではないのではないかとの疑問も生じよう。しかし、本稿が目的としているのは、既存の意思決定支援制度である成年後見制度を社会モデル的観点から批判するとともに、意思決定支援に関する内部アドボカシー制度の社会的障壁を除去することにより、知的障害者の意思決定支援の望ましいあり方を構築しようとするものであり、社会モデルからのアプローチの射程を逸脱してはいないものと考えている。

なお、秋元美世・平田厚・前掲注(394)66 頁では、コース・アドボカシーと同趣旨のものとしてシステム・アドボカシーという用語を用いている。同書では、システム・アドボカシーを、「政策や法制度を変えさせるように働きかけて特定のクラスやグループに属する人々にプラスの影響

## 2 権利擁護法制の課題

### (1) 成年後見制度の問題点

#### ① 身上監護の問題

民法第 858 条は、「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は、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない」と規定した。

「生活、療養看護」に関する事務<sup>415</sup>とは、①介護・生活維持に関する事項、②住居の確保に関する事項、③施設の入退所、処遇の監視・異議申し立て等に関する事項、④医療に関する事項、⑤教育・リハビリに関する事項などであるとされている<sup>416</sup>。

これらの事項は、障害者総合支援法による給付と重なる部分もあり、成年後見法における身上監護の射程を明らかにしておく必要がある。

そこで、民法第 858 条が規定する身上監護についてであるが、学説は分かれている。

これを大別すれば、以下のように整理できよう<sup>417</sup>。

①民法第 858 条等の規定は、成年後見人等が法律によって与えられた権限を行使、すなわち財産に関する法律行為をする際の指針（注意義務）を示したものに過ぎない<sup>418</sup>とする説。

---

が及ぼされるといふこと」とされている。

<sup>415</sup> 「身上監護とは、療養看護と生活に関する事務をいう」とされている。小賀野「成年後見と社会福祉法制」新井誠・赤沼康弘・大貫正男『成年後見法制の展望』（平文社、2011年）249頁。

<sup>416</sup> 小林昭彦・大門匡編著・前掲注(406)143頁。

<sup>417</sup> 渡辺朗子による近著『身上監護の成年後見法理』（2015年、信山社）231頁～232頁に身上監護に関する学説の整理がなされている。筆者の整理は、概ね渡辺の整理と重なるが、やや異なる部分もある。

渡辺は、身上監護事項につき、事実行為を含めるかどうかで大別し、事実行為を含める説をさらに、事実行為権限説と決定権限+手配説に分類している。

筆者は、財産的法律行為に限るか否かの観点から整理している。

<sup>418</sup> 大村敦志『家族法[第3版]』（有斐閣、2010年）268頁。大村は、『もうひとつの基本民法I』（有斐閣、2005年）58頁～59頁において次のような主張を展開する。民法858条で「生活、療養看護」に関する事務が成年後見人の事務として規定された趣旨を、「生活、療養看護」に関する財産管理と固有の意味での財産管理に分節したものと理解する。その根拠として、任意後見法の構造を提示する。すなわち大村によれば、「任意後見法2条1号は「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としており、これを受けて、同法6条は「第2条第1号に規定する委託に係る事務（以下「任意後見の事務」という。）を行うに当たっては、……に配慮しなければならない」としている。そうだとすると、これと同じ構造を持つ（引用条文の傍点部分、すなわち、事務対象が一部でもありうるか否かという点のみが異なる）法定後見についても、「後見事務」は「代理権」と不可分であるといわなければならない。したがって、「財産行為を随伴しない」行為は現858条の射程外にあるというべきである」としている。

なお、内田貴『民法I 第4版 総則・物権総論』119頁では、「成年後見人等の権限は、あくまで契約などの法律行為に関するものに限られているが、心身の状態に配慮するといっても、医療契約や施設への入所などの際の善管注意義務の一種であり、実際の介護のような事実行為は含まないことに注意が必要である。民法がかかわるのは、原則としてあくまで自己の財産を有する

そして、この説は、身上監護の充実の観点から、成年後見人が本人の身上面について負うべき善管注意義務（民法第 896 条、第 644 条）の内容を敷衍し、かつ明確にしたもので、財産的な法律行為をする際に本人の「心身の状態及び生活の状況」への配慮が責務とされているとする<sup>419</sup>。当然、この説では財産行為に関連性のない法律行為及び事実行為は含まれない。

② 身上監護は入所契約等に見られるように決定権限を指すが、その決定を実現するための事実行為（手配）も含まれるとする説<sup>420</sup>。

具体的には、次の 3 つの態様があるとされる<sup>421</sup>。

---

者（有産者）の取引行為であり、介護を要する無産の高齢者や障害者に対しては何らかかわらないのである」としている。

なお、道垣内弘人は、財産に関する法律行為とするも契約締結に当たって必要な事実行為、すなわち弁済や弁済の受領は行えるとの見解を示している。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No.1100』（2002 年）238 頁。筆者は、道垣内説は契約の締結権限に伴い必要な善管注意義務の内容をなす事実行為と捉えるべきであり、特別のカテゴリーとしてたてる必要はないように思える。当該枠組みが否定しているのは、法律行為を伴わない事実行為のみを指していると解するからである。

<sup>419</sup> 小林昭彦・大門匡編著・前掲注(406)『新成年後見制度の解説』142 頁。

水野紀子「後見人の身上監護義務」『判例タイムズNo.1030』（2000・7・30）99 頁。

<sup>420</sup> 小賀野晶一『成年身上監護制度論』（信山社、2000 年）194 頁。

須永醇・岡孝「『成年後見制度の改正に関する要綱試案』についての意見書」（法学志林、1999）104 頁は、「自ら手を下して介護そのものに当たるのは福祉の守備範囲であり、成年後見制度上の保護機関の義務は、被保護者のために所要の事項につき代理、代諾、決定、手配、見守りという線に止められるべきである」とされる。須永説も②に含めてよいだろう。

また、上山泰「成年後見人の財産管理権と身上監護権」野田愛子・梶村太市総編集、若林昌子・床谷文雄編集『新家族法実務体系②親族[II]親子・後見』（新日本法規出版、平成 20 年）545 頁～546 頁では、「身上監護の意義を「本人の人格的利益（生命、身体、健康等の身体的人格権、及び、名誉、氏名、肖像、私生活の秘密等の精神的人格権）に関する代行的決定権限と捉えたうえで、その独自の機能の中核は「同意能力を欠く本人の身体的人格権に関する代行決定権限」、すなわち、「同意能力を欠く本人に対する身体への侵襲行為、及び、身体の拘束ないし強制的措置（自由を剥奪する措置）に関する代行決定権限にある」と解するとされる。そして、このように解する根拠を「家庭裁判所による選任を通じて、国家ないし社会から、判断能力なき権利擁護機関として公的信用を受けたことに求められる」とされている。

なお、四宮和夫・能美善久・前掲注(407)57 頁では、治療・手術を受けるか否かの決定は、身上監護に関する意思決定であって、財産行為ではないので当然には成年後見人の代理権の範囲に入らないが、民法第 858 条が成年後見人の身上監護に関する事務を義務と規定したことから、成年後見人が当該行為に関する意思決定を行うことを認めている。また、入院契約・治療契約の締結は、財産行為であり、成年後見人の本来の代理権の範囲に含まれるとされる。そして、このような状況でなされるべき行為にはレベルの異なっていくつかの行為があるとして、①治療・手術を受けるか否かの決定、②選定した医師・病院との治療契約・入院契約の締結、③実際に病気の成年被後見人を病院まで連れて行ったり、医師の説明を聞いたりする行為を提示する。そして、①は、純粋に身上に関する意思決定であって、極めて重要な意思決定であり、被後見人に判断能力がなければ民法 858 条を根拠に成年後見人にその代行決定を認めるべきだとされる。②は、財産行為として成年後見人の代理権の範囲に含まれるとされ、③は、事実行為であって成年後見人の義務ではないが、その手配にかんしては民法 858 条、869 条が準用する受任者の善管注意義務（644 条）により成年後見人の義務となるとされる。

<sup>421</sup> 小賀野晶一「成年身上監護論の要点」小林一俊・小林秀文・林田彰編『高齢社会における法的諸問題—須永醇先生傘寿記念論文集—』（酒井書店、2010 年）9～50 頁。

- ㊦ 社会福祉系事務の決定と手配
- ㊧ 医療系事務の決定と手配
- ㊨ 生活事務系の決定と手配

この問題を解決するには、そもそも家族法をどのようなものとして理解するかが鍵となるように思う。

有地亨は、家族法の特徴を3つの考え方に整理している<sup>422</sup>。

(a)家族法は財産法と対照的な法とみる説（中川善之助を中心とした学説）。

財産法上の法律関係は人為的、合理的、打算的な選択意思に基づいて形成される関係であり、その基底にあるのは便宜的な人格の単なる結合にすぎない利益社会であるとし、一方、家族法上の法律関係は非打算的、運命的、非合理的自然発生的な本質的意思によって結合された関係であり、本能、感情、性情に根ざした人格的な、本質的結合を特徴とする共同社会をその基礎とするものとする。

(b)家族法は財産法と同一の市民原理によって基礎付けられるとする説（川島武宜、渡辺洋三を中心とした学説）。

近代家族は、私的所有に基礎を置き、契約によって結ばれる婚姻関係と、親の未成年の子に関する監護養育関係を中心とする親子関係によって構成されるが、家族関係の道徳的側面は近代法の原則である法と道徳との峻別の原理から家族法の外に置き、家族法も専ら財産法原理の延長と捉える学説である。

(c)家族法を私的保護法と捉える説（沼正也説）。

近代市民法は、理想としての「市民社会」の強制的実現機構であって、具体的個人が自由、独立、平等の属性を有するのであれば、直ちに商品交換の「舞台上の装置」に登場することができるが、これらの属性を有しない者は、舞台裏で一定の保護を与え要保護性を補完して舞台上に繰り上げる必要があるが、その保護装置が親族関係を媒介としたものであるとする。

新井誠が分類するように、身上監護には、ダンスの中にある服のどれを着るか、どこに散歩に出かけるかなどの財産行為不関与型身上監護事項と健康維持のためにどのような給食サービスを購入するかといった何らかの財産行為を伴う財産行為関与型身上監護事項とに区分

<sup>422</sup> 有地亨『新版 家族法概説 補訂版』（法律文化社、2005年）30頁～37頁。

有地説は、本文中のいずれの説にも与せず、家族法を家族構成員の人権を保障する法とし、社会保障関係法への接近を図ろうとする。

このほかにも、家族法の性質に関しては、大村敦志『家族法[第3版]』（有斐閣、2010年）11頁、二宮孝富「家族法理論史の総括と今後の課題」家族史研究編集委員会編『家族史研究4』（大月書店、1981年）160頁～176頁、水野紀子「比較法的にみた現在の日本民法—家族法」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年I』（有斐閣、1998年）651頁～690頁、潮見佳男「家族法と財産法」『法学セミナー』（有斐閣、2012-06）22頁～24頁などがある。

できよう<sup>423</sup>。

家族法を財産法上の延長線上に捉えれば、財産行為不関与型身上監護事項は後見人の事務とは認めない方向に傾く。しかし、この考え方は、民法第 858 が成年後見人の事務として成年被後見人の「生活、療養看護」を規定した趣旨に反するおそれがあるだろう。

上記(c)説がいうように、家族法が、取引行為の能力を欠く者を、近代市民社会における商品交換の場に登場させる装置としての機能を有する面があることは否定できないであろう。

他方、家族法には、市場取引のように対等の当事者による対抗関係に立つのではなく、親が未成年の子を監護・養育するといった一方的関係だけが成り立つ領域があることも事実であろう。

このように、家族法には、財産法的な側面と財産法には還元できないいわば人倫を基礎とした側面が混合しているといえるのではないだろうか。

以上のような考えに立てば、民法第 858 条に規定されている成年被後見人の「生活、療養看護」に関する事項は、民法第 820 条に規定される親の子に対する「監護」義務とともに財産法には還元できない部分をも規定しているものと解すべきであろう。したがって、新井誠の分類上の財産行為不関与型身上監護事項をも含むものとなる<sup>424</sup>。つまり、成年後見人には、財産行為に関与しない身上監護に関する意思決定の代行権限を認めるとともに、その手配に関する事務をも成年後見人の義務とするとすべきであろう。

もつとも、民法第 9 条ただし書きが日常生活に関する行為には成年後見人の権限が及ばないことを規定している趣旨からすれば、日常生活上の介護などのパーソナルな意思決定は、成年後見の事務に含ませるべきではないだろう。

次に、介護などの事実行為も含まれるかどうかの問題となる。

成年後見制度が、本人の意思決定を補う制度であることからすれば<sup>425</sup>、成年後見人等の権限は、法律行為に付随する手配までであり、介護等の事実行為は含まれないと解すべきであろう<sup>426</sup>。介護等の事実行為は、福祉法の役割となる<sup>427</sup>。

## ②成年後見制度は知的障害者の発達を阻害する社会的障壁を形成していないか

### ア) 成年後見制度と知的障害者の権利擁護ニーズ—自己決定／意思決定の視点

---

<sup>423</sup> 新井誠『高齢社会の成年後見法』(有斐閣、1994年)148頁～149頁。

<sup>424</sup> 先に、「生活、療養看護」の事務として記述した、「①介護・生活維持に関する事項、②住居の確保に関する事項、③施設の入退所、処遇の監視・異議申し立て等に関する事項、④医療に関する事項、⑤教育・リハビリに関する事項」について、財産法の延長として捉える説に立てば、これらの事項について財産的関与に関する面のみが民法第 858 条の規定する「生活、療養看護」と解することとなる。

<sup>425</sup> 四宮和夫・能美善久・前掲注(407)54頁。

<sup>426</sup> 小賀野晶一・前掲注(420)194頁。

内田貴・前掲注(418)119頁。

<sup>427</sup> 新井誠も同趣旨の結論を導いている。「法人後見・任意後見業務の実践と課題」『ジュリストNo. 1193』(有斐閣、2001)70頁記載の注(21)。

知的障害者の障害特性については、第三章においても縷々述べており、また、本章冒頭でも触れた。再度、意思決定に関する知的障害者の特性<sup>428</sup>を具体的にやや詳細に述べれば、次のような特性が浮かび上がる。

①理解力が低い、②認知・適応力が弱い、③外見からはわかりにくい、④幼少時から意思決定の経験が少なく、自己信頼や意思表示力が弱い人が多い、⑤結果として自己主張しない控えめな人が多く、他からだまされやすい。

このような障害特性を考えると、知的障害者の意思決定は、「どのサービスを利用するかを決める」、「車の売買契約を交わす」、「家を売ってマンションを購入する」といった非日常的な場面での意思決定から、「昼食は何を食べるか」、「どこに出かけようか」、「どんな服を着ようか」といった日常的な場面まで、様々なレベルに亘る<sup>429</sup>。

以上のように知的障害者は日常生活の連続の中で、多様な支援が必要となる。

個人の能力を「ある（決定できる）」か「ない（欠如している）」かのいずれかで考える二元論では、法的に能力があると認められた個人についてのみ決定権が保障される結果となってしまう<sup>430</sup>。つまり、法的に能力がないとされた者には意思決定権が保障されない結果となるのである。

わが国の成年後見制度は、既にみてきたように判断能力に対応して「後見」、「保佐」、「補助」の三類型しか用意されておらず、知的障害者の多様な意思決定支援ニーズに対応することは困難である。そもそも、民法は意思決定代行を基本としており<sup>431</sup>、意思決定支援の観点からの規定は置かれていない。

これに対して、民法第9条但し書きは、「日用品の購入その他日常生活に関する行為についてはこの限りでない」と規定しており、日常的な行為は被後見人等が単独で行うことができるのである。民法は決して意思決定に困難を抱える者を全面的に排除するのではなく、むしろ日常生活に関する行為については能力がある者と取り扱っているのではないかとの反論も考えられる。

しかし、知的障害者にとって日常生活に関する行為についてまったく意思決定支援が必要ではないとの考えは、知的障害者の障害特性、ニーズをあまりにも等閑視することにつながる。そして、個人の能力を「ある（決定できる）」か「ない（欠如している）」かのいずれかで考える二元論の拡張でしかない。

ところで、成年後見制度が用意する3類型を見ると、後見類型が被後見人の行為能力を否定しているのに対し（民法第9条本文）、保佐類型においては、一定の法律行為について保佐人の同意という条件はあるものの、被保佐人が自らの名で契約等を行う権限を認めているの

---

<sup>428</sup> 北九州市手をつなぐ育成会・前掲注(397)10頁。

<sup>429</sup> 北九州市手をつなぐ育成会・前掲注(397)10頁。

<sup>430</sup> 沖倉智美・前掲注(402)237頁。

<sup>431</sup> 岡部耕典「自立支援」松井亮輔・川島聡編『概説 障害者権利条約』（法律文化社、2010年）105頁。

である（民法第13条第1項、同条第4項）。さらに、補助類型では、他者が補助審判の請求をするには被補助人の同意を得ることが要求されている（民法第17条第2項）。このように、民法の規定する成年後見制度における3類型は、行為能力の程度に応じて、自己決定できる範囲と程度を規定しているという構造となっている。とりわけ、補助類型においては、他者決定型に対して、審判請求の段階で本人の同意を必要としている点で、自己決定権の尊重が見出される。

しかし、いずれの類型においても代行（代理）という形式であれ事後的な取消権の行使という形であれ、程度の差はあるものの他者の意思に従属する面があることは否定できないであろう。この点では、意思決定権を保障しない内容を含んでいるといえよう。

### イ) 社会モデルの観点からの照射—主に参加の視点から

第三章で詳しくみたように、障害の社会モデルは、生活していくうえでの不利益の原因を欠損（impairment）に求めるのではなく、社会あるいは社会と欠損（impairment）を有する個人との相互作用とみる見解であった。

レスリー・サルズマン（Leslie Salzman）やニナ・コーン（Nina A. Kohn）らは障害の社会モデルの観点から興味深い主張を展開する。

このうち、レスリー・サルズマン（Leslie Salzman）は、次のような主張を展開している<sup>432</sup>。

後見制度は、決定に関する個人の権利を制限することによって、重大な自分自身の決定をする能力を剥奪する。そうすることで、後見制度は、意思決定に含まれる相互交流の座から個人を分離させるし、それは、多くの重大な社会的、経済的、政治的生活から被後見人を分離することとなる。財産的決定を剥奪された個人は、銀行預金、ショッピング、ファイナンシャル・プラン、財産管理、贈答などのマネジメントに含まれる他者との交流の機会を失う。自ら財産管理をする能力の制限は、金銭の支出が要求される多様な活動に関する個人の能力を制約することとなる。もし、個人が、医療的決定に関する法的権利を剥奪されれば、医療的決定が彼抜きで、彼の周囲だけで決定される。彼は、症状や治療に関する情報を得られず、結果的には、意思決定プロセスから排除されるもととなる。そして、後見制度は、いかにだれと時を過ごすかという社会的決定に関して被後見人の権利を剥奪することによって個人を孤立化させる。もし、後見制度の結果として、多様な決定に関する被後見人の参加がもはや要求されないとすれば、被後見人の欲求や選好は、さらなる孤立への要請であり導入である。

また、サルズマン（Salzman）は、別の著書で、後見制度はスティグマを伴い、被後見人を周縁化し、地域社会への参加を阻んでいると述べる<sup>433</sup>。

---

<sup>432</sup> Leslie Salzman (2011): Guardianship for Persons with Mental Illness

- A Legal and Appropriate Alternative? , *Saint Louis University Journal of Health Law & Policy*, Vol. 4, p, 279, 2011, p.291.

<sup>433</sup> Leslie Salzman (2009) : Rethinking Guardianship (Again):Substituted Decision



確かに、代行決定を前提とする後見制度は、他者との関係性が絶たれる結果となることは否定できない。たとえ、地域の中に居住しているとしても他者との関係性を絶たれた状態では、機能的にみれば障害の社会モデルが批判した隔離・収容された状態と何ら変わらないといえよう。

後見制度は、地域生活への参加の障壁を形成しているものといえるだろう。

#### ウ) 障害者権利条約第 12 条からみた成年後見制度

障害者権利条約第 12 条は、第 1 項で、障害を有する人は、すべての場所で法律の前に、人として認められる権利を有することが規定し、第 2 項では、障害のある人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が規定された。さらに第 3 項では、障害のある人が法的能力の行使に当たり必要とする支援にアクセスすることができるようにするための措置を締約国に求めている。

ここで問題となるのは、まず第 2 項では、当該条項で規定されている法的能力が何を指しているかである。つまり法的能力とは、権利能力を指しているのか、行為能力まで含んでいるのかの問題である。第 3 項では、「自己の法的能力の行使にあたって必要な支援」とは何か問題となるのである。

#### 障害者権利条約第 12 条第 2 項で規定されている「法的能力」

当該条項における「法的能力」については、条約成立の過程で「the capacity to act」ではなく、「legal capacity」という文言が採用されたことからすれば、法的能力は行為能力をも含むと解すべきではなく、権利能力と解すべきだろう<sup>434</sup>。

これに対して、池原毅和は、同条の解釈について、国際障害者権利条約特別委員会議長が、女性差別撤廃条約第 15 条第 2 項を参考にすべきだと示唆したことを受けて、当該条項が法的能力の獲得および行使についての男女平等を規定したことを根拠に、行為能力の制限の禁止も障害者権利条約第 12 条第 2 項に規定されていると主張する<sup>435</sup>。

行為能力の制限が、判断能力が減少した者を取引社会から保護する側面がある一方で、このことは取りも直さず、取引社会のみならず介護や医療等のパーソナル事柄からも排除されることにつながるものである以上、池原の主張に一定の説得力が認められることも確かである。

---

Making as a Violation of the Integration Mandate of Title II of the Americans With Disabilities Act, *Benjamin N. Cardozo School of Law*, p.242.

<sup>434</sup> 上山泰も同様の見解を示している。上山泰「現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約 12 条の整合性「小さな成年後見」の視点から」菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』90 頁～91 頁。

<sup>435</sup> 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）188 頁～189 頁。

しかし、障害者権利条約の成立過程で、大陸法系の諸国の多くは権利能力と行為能力を区別する法制であることを考慮して「the capacity to act」ではなく、「legal capacity」という文言に落ち着いたことからすれば<sup>436</sup>、やはり、障害者権利条約第 12 条第 2 項には行為能力を含まないと解さざるを得ないのではないだろうか。もっとも、だからといって、どのような行為能力の制限も可能とはならない。上述した障害の社会モデルの項でも述べたように、行為能力を制限し代行決定を認めるシステムは、隔離・収容と同様に地域社会からの排除を認める結果となる以上、同条第 3 項と一体的に解釈し第 3 項で言及されている支援付き意思決定の考え方を導入して、これを解釈指針とすべきだろう。つまり、第 2 項では、締約国が規定している行為能力の制限を直ちに条約違反とするものではないが、立法の指針として、また解釈指針として、本人の能力と意思・意向の最大限の尊重、支援の必要性と介入・支援の均衡（比例）を考慮した制度設計あるいは解釈が求められよう<sup>437</sup>。

ところで、2014 年 4 月 11 日に、国際障害者権利委員会は、障害者権利条約第 12 条に関する「一般的意見第 1 号」を採択した。これによれば、障害者権利条約第 12 条第 2 項は権利能力のみならず行為能力の制限も含まれるものとされた<sup>438</sup>。川島聡はこれに賛同し、障害者権利条約「12 条 2 項の規定は、5 条と相まって、法的能力を他者と平等に障害者に保障するため、法的能力の制限は許さないとするものである」との見解を示している<sup>439</sup>。確かに当該解釈は意思決定支援を徹底させた解釈を示したものといえよう。しかし、川島もいうように「国際障害者権利委員会の一般的意見は、国連が設置した機関の出す有権的解釈であり、各国の合意の下でできた委員会が出す意見であるから、当然尊重されなければならないが、法的拘束力はないので、それに従わないから直ちに条約違反ということにはならない」。したがって、本項での能力は権利能力の制限を指しているとの解釈は、現在でも合理性があり一般意見第 1 号採択後も維持できると解される。とはいえ、一般意見第 1 号で行為能力の制限も障害者権利条約に反するとの解釈が国連から出されたことにより、国は、速やかに成年後見法の改正に着手すべきであり、時機に遅れた場合は、立法の不作为の責任を問われると解されよう。

### 障害者権利条約第 12 条第 3 項の規定は代行決定を否定するものかどうか

この点に関して、上山泰は審議過程で現れた見解を、以下の 3 つの見解として整理している<sup>440</sup>。

---

<sup>436</sup> 障害者権利条約第 12 条成立の経緯については、上山泰・前掲注(434)54 頁～101 頁に詳細な記述がある。

<sup>437</sup> 制度設計の指針や解釈指針とすべきと明確に述べているわけではないが、上山泰も同趣旨の見解を示している。上山泰・前掲注(434)106 頁。

<sup>438</sup> 柴田洋弥「意思決定支援に基づく成年後見制度改革試論—障害者権利条約 12 条についての権利委員会意見書をめぐって—」『成年後見法研究第 12 号』（民事法研究会、平成 27 年）151 頁。

<sup>439</sup> 赤沼康弘「川島聡「障害者権利条約 12 条の合理的解釈と日本の成年後見制度」報告及び一考察」『成年後見法研究第 12 号』（民事法研究会、平成 27 年）135 頁。

<sup>440</sup> 上山泰・前掲注(434)91 頁～93 頁。

第 1 は、法定代理人・代行決定者のラスト・リゾートとしての必要性を特に強調し、条文中に“personal representation”の文言を削除すべきではなかったとする見解である。

第 2 は、自己決定支援型へのパラダイムシフトをより強調するために、法定代理人・代行決定者のラスト・リゾートとしての必要性は認めつつも、“personal representation”という文言を条文中に明示することは避けるべきだという見解である。

第 3 は、当事者団体である NGO の主流の立場で、「0 から 100% の支援」というテーゼを前提として、判断能力不十分者の意思決定に対する支援は、完全に支援付き意思決定に一元化できるのであり、代理・代行決定制度は全面的に廃止されるべきであるという見解である。2014 年 4 月 11 日に国連障害者権利委員会は一般的意見第 1 号で、障害者権利条約第 12 条第 3 項について代行決定を禁止すべきであるとの解釈を提示し<sup>441</sup>、ここで示した第 3 の考え方に拠っている。

しかし、上山は、現行法の文言上からは、基本的には第 2 説の方向で落ち着いたとみることができようとしている<sup>442</sup>。さらに、上山は、第 12 条第 4 項が、「法的能力の行使に関連するすべての措置」と規定していることと併せて、障害者権利条約第 12 条は、ラスト・リゾートとしての代理・代行意思決定の仕組みまでも完全に排除したという見方を採ることは難しいだろうとの結論を導いている<sup>443</sup>。また、川島聡も障害者権利条約「12 条 3 項が、完全に代行決定を排除して、自己決定へのパラダイム転換を 100% 要求していることになると、各国政府の理解との関係で、疑問がある」とし、「国連障害者権利委員会は、代行決定禁止説をとるが、一般的に広く支持されているのは、代行決定容認説であり、12 条は代行決定につき何も言及していないので、この沈黙は、最後の手段としての代行決定を許容していると解釈し得る」<sup>444</sup>との見解を示している。

確かに、第 12 条第 3 項は、「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」としており、「必要とする支援」を支援付き意思決定のみならず代行決定をも「支援」の内容として読み込むことを禁ずるとまではいえないだろう。

しかし、上山が主張しているように、当該条文策定に参加した各国代表の間でも、他者決定型から自己決定型支援へのパラダイム・シフトという共通理解は確立していたはずであった<sup>445</sup>とすれば、少なくとも制度設計の指針、解釈指針としては、自己決定型支援つまり支援付き意思決定制度を導入すべきである。池原毅和も、「代行決定方式は自己決定支援の充実化によって消滅していくべきものである」と述べている<sup>446</sup>。そして、国連障害者権利委員会により 2014 年 4 月 11 日に提示された一般的意見第 1 号で、障害者権利条約第 12 条第 3 項

<sup>441</sup> 柴田洋弥・前掲注(439)151 頁。

<sup>442</sup> 上山泰・前掲注(434)92 頁。

<sup>443</sup> 上山泰・前掲注(434)93 頁。

<sup>444</sup> 赤沼康弘・川島聡・前掲注(439)136 頁。

<sup>445</sup> 上山泰・前掲注(434)92 頁。

<sup>446</sup> 池原毅和・前掲注(435)190 頁。

について代行決定を禁止すべきであるとの解釈が示された以上は、な速やかに代行決定型から支援付き意思決定型への改正が求められるのである。時機を失すれば、立法の不作為責任を問われよう。

## エ) 小括

すでに述べたように、現行の成年後見制度は、後見、保佐、補助の 3 類型であり、知的障害者は、日常生活の連続の中で多様なニーズを有している。民法が規定している 3 類型ではそのニーズに対応することは困難であり、程度、範囲に違いがあるものの、総じて意思決定権を保障しない内容となっている。

また、社会モデルの観点からも、基本的に代行決定を前提としているわが国の成年後見制度は、意思決定の領域で、隔離・収容と同様の結果をもたらす可能性があり妥当とはいえない。後見、保佐、補助をえり分ける基準も「事理弁識能力」<sup>447</sup>という医学的診断を基本としている点<sup>448</sup>で社会モデルの方向性に逆行するものとなっている。また、代行決定システムが参加の機会を奪う結果となることについては既に述べたとおりである。

さらには、現行成年後見制度は、障害者権利条約第 12 条第 2 項が行為能力の制限を認めるといった見解を採ったとしても、には抵触しないものの、同条第 4 項が規定する比例原則に反する可能性がある。つまり、多様な知的障害者の能力を後見、保佐、補助の 3 類型に収斂できず、過剰介入の可能性を孕む結果となってしまうのである<sup>449</sup>。

以上から、社会モデルに立脚し、地域で自立した生活を行うことによって知的障害者の主体性を形成するといった本稿の立場からは、代行決定ではなく支援付き意思決定制度こそ、その目的にふさわしい制度であるといえよう。代行決定システムは、意思決定権を奪い、地域への参加を阻害するからである。また、参加が阻害されることによって、知的障害者の地域社会へ貢献する機会も奪われるのである。この点で、代行決定を前提とした成年後見制度は知的障害者にとって主体性の形成を阻み、発達を阻害する社会的障壁を形成していると解されるのである。その縮減を図る方策としては、国連障害者権利委員会により 2014 年 4 月 11 日に一般的意見第 1 号で示されたように他者決定支援型から自己決定支援型への転換を

---

<sup>447</sup> 民法第 7 条は、後見の審判の開始の要件として「事理を弁識する能力を欠く常況にある者」とし、同法第 11 条では、保佐の審判の開始の要件として「事理を弁識する能力が著しく不十分である者」としている。そして、補助の審判開始の要件として「事理を弁識する能力が不十分である者」としている。

<sup>448</sup> 家事審判規則第 24 条及び第 30 条の 2 では、成年後見及び保佐開始の審判において、「本人の精神の状況について医師その他適当な者に鑑定をさせなければならない」と規定し、同規則第 30 条の 9 では、補助開始の審判において「本人の精神の状況に関する医師の診断の結果その他適当な者の意見を聴かなければならない」と規定している。

<sup>449</sup> 上山泰は、この点を、「たとえば、現行の法の要件上は、一時的に事理弁識能力を回復する可能性があっても、大部分の時間において継続的に事理弁識能力を欠く状態にある限り、成年後見が開始されることとなるが、この例外的な能力回復時における法律行為も全て取消権の対象となる。この事実が、少なくとも形式的には、現実の本人の能力と均衡を欠いた過剰な干渉の可能性を残すことは明らかであろう」としている。上山泰・前掲注(434)107 頁。

もたらすべき<sup>450</sup>であろう。

## (2) 日常生活自立支援事業が知的障害者の発達を阻害する社会的障壁を形成していないか

### ①日常生活自立支援事業と成年後見制度との関係

すでに第一節でみたように、日常生活自立支援事業の対象者は、判断能力が不十分な者であるが、当該事業の契約内容については判断能力を有している者であった。そして、援助の内容は、①福祉サービスの利用援助、②福祉サービスの利用に関する苦情解決制度利用援助、③住宅改造、居住家屋の賃借、日常生活上の消費契約及び住民票の届出等の行政手続に関する援助等、④日常生活費に関する金銭管理、⑤定期的な訪問に関する生活変化の察知であった。これを、成年後見制度と比較すると、判断能力の点では補助類型と重複する場面が考えられるが、補助類型の援助内容については、民法第13条第1項が規定している行為の一部、つまり重要な財産的行為の一部とされている。また、手続の点からも、成年後見制度が家庭裁判所の審判を経る必要があるのに対して、日常生活自立支援事業では、実施主体が、家族、民生委員、介護支援専門員、ホームヘルパー等の協力を得て判断能力を判定し、契約締結能力については「契約締結ガイドライン」に基づき専門員が利用申請者を訪問し、15項目の調査を行い判定することとなっている<sup>451</sup>。つまり、日常生活自立支援事業は、家庭裁判所の審判を経る必要がある成年後見制度に比べ、簡易迅速な手続で利用できる制度であるということが出来る。

以上から、日常生活自立支援事業は、成年後見制度を利用できない者に対する成年後見制度の代替的役割を果たすものであり、成年後見制度を補完する制度として位置付けられるだ

---

<sup>450</sup> こういった結論は、現実論として、ラスト・リゾートとしての後見制度を否定して、判断能力がない人の支援が可能なのかといった反論が生じよう。この点は、障害者権利条約第12条の審議過程で、国際障害コーカスが主張したように、支援付き意思決定は0から100%までの支援の幅がある動的な概念であると捉えることによって解決可能であると考えられる。確かに、100%支援が代行決定とどこが異なるかという反論も出てこようが、後見制度のように判断能力がないことを前提とするのではなく、また、類型化によって静的な概念に矮小化することなく、判断能力の低下した者のニーズを的確に捉えるという意味で、「自己決定型支援」に転換する必要があるといえよう。100%支援と代行決定とは結果として同じであるかもしれないが、理念やアプローチ方法は全く異なるものといえよう。

柴田洋弥によれば、どんなに重い知的障害でも意思があり、わずかに表現された意思があるとされ、その例として「A氏は学校卒業後、重度心身障害者通所施設に通うこととなった。手足がマヒしていて発語もなく、おむつをしていた。ある日、「Aさんが腰を少し動かしたときにトイレに連れて行って便器に座らせたら排尿すると職員が言い出した。そこで他の職員も気を付けて観察すると、やはりトイレで排尿した。それを繰り返すうちに、A氏ははっきりと腰を動かすようになり、やがておむつは不要になった。また自分の関心があることを、身を乗り出すようにして示すようになった」と述べている。柴田洋弥「知的障害者の意思決定支援について」『発達障害研究第34巻第3号』（2012年）267頁。

この例に示されるとおり、事柄にもよるが意思能力全体として考えると100%支援といった状態は、ごく限られた場合なのかもしれない。

<sup>451</sup> 平成26年3月28日付けの厚生労働省社会・援護局長通知「セーフティネット支援対策事業の実施について」参照。

ろう<sup>452</sup>。

## ②日常生活自立支援事業における社会的障壁

以上のように、日常生活自立支援事業は成年後見制度の補完的役割を担う。成年後見制度が知的障害者の主体性の形成の観点からは、地域生活から排除する社会的障壁を形成する面があるとされる以上、日常生活自立支援事業も同様の傾向を帯びるものと言えるだろう。現に、日常的金銭管理においては、管理権限は日常生活自立支援事業の実施主体が有しており、サービス利用者にはないのが通常である。また、福祉サービスの利用手続等については、援助方法として情報提供や助言、契約手続、利用手続等への同行といった本人の自己決定・意思決定を支援するとみられるものも存在するが、同時に代行をも規定しており、代理行為も本人から代理権を授与されたのであれば、契約締結審査会に諮った後に可能であるとされている<sup>453</sup>。

したがって、日常生活自立支援事業において、代行／代理も可能である点では、知的障害者の意思決定を阻害し、地域生活への参加を阻み、その結果知的障害者の発達を阻害することとなることから社会的障壁を形成すると考えることができるだろう。

## (3) 障害者総合支援法第 42 条第 1 項、障害者総合支援法第 51 条の 22 第 1 項が知的障害者の発達を阻害する社会的障壁を形成していないか

障害者総合支援法第 42 条第 1 項及び同法第 51 条の 22 第 1 項の規定の趣旨は次のように説明されている。

「平成 23 年の障害者基本法の改正により、支援する側の判断のみで相談等の支援を進めるのではなく、当事者の意思決定を支援することにも配慮しながら支援を進めていく必要があるとの観点から、障害者基本法第 23 条に、障害者及びその家族等に対する相談業務、成年後見制度等のための施策の実施又は制度の利用の際には、障害者の意思決定の支援に配慮することが明記されたことを踏まえ、障害者総合支援法では、事業者に対し、障害者等の意思決定支援に配慮することを努力義務として追加した<sup>454</sup>」。

問題となるのは、障害福祉サービス提供に関わる者（日常家事援助のホームヘルパー等）や相談支援専門が、そもそも意思決定支援を担うことができるのかということである。

---

<sup>452</sup> 河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』228 頁。山口理恵子「日常生活自立支援事業と任意後見制度の一体的実施による地域生活支援システムの構築に関する研究—やすらぎ生活支援事業の検証を通じて—」（長野大学紀要第 35 巻第 3 号、2014 年）35 頁。近江幸治『民法講義 I 民法総則 [第 6 版補訂]』（成文堂、2012 年）48 頁。

<sup>453</sup> 平成 26 年 3 月 28 日付けの厚生労働省社会・援護局長通知「セーフティネット支援対策事業の実施について」参照。

<sup>454</sup> 障害者福祉研究会編集『逐条解説 障害者総合支援法』（中央法規、平成 25 年）144 頁。

### ①障害者総合支援法第42条第1項について

この点について、例えば、菅富美枝は、意思決定支援の実行主体として、法的観点からみて、本人と利害の対立する立場にある者を想定してはならないとし、具体的には、本人との契約関係にある者（例 介護施設や病院（法人のみならず、法的には履行補助者に過ぎない従業員も含めて）、売買契約、請負契約、賃貸者契約等の相手方）は、そもそも、判断能力の不十分な人々に対して、情報提供を十分に行うべき義務を有しており、これを怠ったり、交渉力の格差を濫用する場合には、法的な義務違反（例 消費者契約法違反、信義則違反、公序良俗違反）こそ問われるべきであるからであるとする。このことから、本人との契約関係にある者は意思決定支援を行うことはできないとの結論を導いている<sup>455</sup>。

また、弁護士である藤岡毅も平成23年6月23日に開催された障がい者制度改革推進会議第15回総合福祉部会に提出した「新法における「権利擁護」「意思決定支援」等に関する提言書」において、次のように主張している<sup>456</sup>。

「身近な支援者の場合には、直接の支援業務に付随して本人の意向を尊重したり本人の意思を引き出す関わりをすることもあり、そのような関わりも意思決定支援の中には必要なものであるが、必ずしもそれについて職務として自覚的に取り組まれるわけではなく、また、利用者とサービス提供事業者という本質的、内在的な制約のある関係性において、本人の意思決定支援を第一にすることには限界がある」とし、相談支援事業所における相談支援については、「その目的が地域における自立した生活の支援である以上、本人の意思決定を中心においた支援が望ましいが、現実には、具体的制度活用や利用調整といった観点で支援が行われ、その相談や日常的な見守りの過程で、本人の意思決定を確認、尊重することはできるが、担当者のスキルや経験、事業所としての位置づけなどによって、必ずしも意思決定支援の柱に据える実践例は多くない」。

確かに、菅が主張するように福祉サービス提供者は、福祉サービス利用者の従属性を是正し対等当事者性を保障するために、契約上の情報提供義務を負っており、福祉サービス提供者の情報提供や説明責任は、契約上の義務の履行である。また、藤岡が主張するように、福祉サービス提供者は、利用者とは利害の対立する立場であり、自らが所属するサービス事業

---

<sup>455</sup> 菅富美枝「「意思決定支援」の観点からみた成年後見制度の再考 イギリス2005年意思能力法からの示唆」菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』（法政大学出版会、2013年）260頁。

なお、菅富美枝は、「イギリス2005年意思能力法は、本人に対するサービス提供者に対しては、意思決定支援ではなく代行決定（の域に達している）と看做し、違法性阻却が認められるための厳しい要件（2005年法におけるベスト・インタレスト尊重義務）を講ずることで、本人のセーフガードを設けながら、こうした状況に対応している」とし、その方向性を示している。同書260頁～261頁参照。

<sup>456</sup> 藤岡毅「新法における「権利擁護」「意思決定支援」等に関する提言書」（参考資料2）17頁。

者の利益を図るために誘導や不当な影響力の行使といったリスクが生ずる可能性は否定できない。このことからすれば、福祉サービスの提供者（直接利用者を支援するヘルパー等も含む）は、支援付き意思決定者としては適切でないとの結論に至る。

しかし、第三章第三節 3 で詳細に検討したように、知的障害者のニーズは、例えば家事援助において単に家事援助の代行ではなく、自らの嗜好や望みを援助者に相談しながら援助に関する計画を立て、あるいはショッピング等に援助者が同行し、援助者によってコミュニケーション等の支援を受けながらも自らが主体となつてしてショッピング等を行うことであつた<sup>457</sup>。指定障害福祉サービスの運営基準第 24 条は、指定居宅介護の基本的取り扱い方針として、「指定居宅介護は、利用者が居宅において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、当該利用者の身体その他の状況及びその置かれている環境に応じ適切に提供されなければならない」と規定しており<sup>458</sup>、「その他の状況」と「適切に提供」とは上に述べたように、サービスの直接支援員が利用者と相談しながら、利用者の必要な情報を利用者に理解可能な方法で提供することなどにより利用者の意思決定を支援することを指していると解することはそれほど無理な解釈とは思われない。つまり障害者総合支援法制度は、意思決定に困難を抱える知的障害者の支援として家事援助や介護とともにそれに伴う意思決定支援をも含ませていると解することができる。居宅介護や重度訪問介護に関して、障害者総合支援法施行規則第 1 条の 3 は、「家事及び生活等に関する相談及び助言」が必要である旨を規定しており、このことを窺わせる内容となっている。仮に日々の福祉サービスの提供に関してその事柄ごと（例えば、食事の支度、買い物、献立、入浴、就寝時間、起床時間等）に外部の意思決定支援者に支援を求めることは現実的ではない。また、これらの者の誘導・不当な影響力の行使については別個にこれを禁止する規定を設ければいいのではないかと考えられる。利用者にとっては、日常的なサービスについて家事援助や介護と意思決定支援は、常日頃接している介助者によって一体的な支援が求められるのであつて<sup>459</sup>、これを分断することはかえつて知的障害者に混乱を招き、そのニーズに反する結果となるだろう。民法第 9 条但し書きが日常生活に関する行為について後見制度の適用を除外したように、日常的な福祉サービスについて、直接の援助者に家事援助や介護に伴う意思決定支援を担わせたとしても、そのことによって知的障害者にもたらされる不利益よりも、家事援助や介助等と一体となった意思決定支援の方が知的障害者のニーズに大きく貢献するものといえるのではないだろうか。柴田

---

<sup>457</sup> 例えば寺本晃久は、「生活の主体は、他ならぬ障害当事者本人である。その上で介助者は一緒に考える。思考や判断を支援する。本人の言わない部分、伝えられない部分を補う。」としている。寺本晃久・末永弘・岡部耕典・岩崎誠治・前掲注(176)30 頁。家事援助等を行う介助者が介助の内容として意思決定支援も行うことが知的障害者のニーズを充足するとの考えが見て取れる。

<sup>458</sup> 生活介護では第 83 条で、自律訓練では第 155 条、第 165 条、就労移行では第 174 条、就労継続支援 A 型では第 185 条、同 B 型では第 198 条、共同生活援助では第 207 条及び第 210 条の 5 等に同様の規定を設けている。

<sup>459</sup> 河野正輝は、「内部アドボカシーにいたっては、給付に付随して行われる活動であつて、とりわけ医療、介護その他の福祉サービスでは、給付請求権実現のために不可欠のサービスである」とする。河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』232 頁。



洋弥は、知的障害者等への意思決定支援の担い手は多様であるとし、①もっとも身近な家族、②訪問系事業・グループホーム・日中活動支援・就労支援・施設入所支援等の日常生活における直接支援員、③相談支援職員や権利擁護職員・成年後見人等、④ピアサポート、⑤市民サポートをあげるが<sup>460</sup>、これも筆者の見解と同趣旨のものであろう。なお、河野正輝は、サービスを請求する際に、あるいは援助を受ける際に、要援助者が自己決定するのを支援するための権利擁護システムの構築が必要であるとの観点から、ケアマネジャーをはじめ介護職員自体をインフォーマルな権利擁護者（内部アドボケート）に育て上げることを提示している<sup>461</sup>。

以上を見てみると、サービス利用契約締結の局面と契約締結後にサービスを実際に受ける局面とはやや様相が異なることが分かる。サービス契約締結の局面では、確かに、菅や藤岡がいうようにサービス利用者とサービス事業者の利害は対立する。この局面におけるサービス事業所に求められる情報提供や分かりやすい説明義務は意思決定支援に寄与する面はあるものの専ら当事者の対等性の要請からくるものである。この局面では、サービス事業所に所属する者は意思決定支援者としては適切でないと解さざるを得ない。外部の意思決定支援者が要請されるのである。しかし、契約締結後のサービス受給段階では、契約の締結の局面で生じた利害対立の構図はもちろん存在しはするが、それよりも支援の論理、ケアの論理が前面に立ち現れてくる。つまりいかにして利用者のニーズに沿った支援の充実を図っていくかが大きな課題となるのである。このことは上で縷々述べたとおりである。この局面では、ホームヘルパー等が意思決定支援を担うのである<sup>462</sup>。

障害者総合支援法第1条は、「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」、「障害者及び障害児の福祉の増進を図る」とし、基本理念を定めた第1条の2の法条には、「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、地域社会において他の人々と共生することを妨げられないこと」と規定されている。ホームヘルパー等が給付する障害福祉サービスは、上で述べたように、意思決定支援とは不可分の関係にあり、障害福祉サービスのサービス内容は意思決定支援を含むと解すべきであろう。そのように解することによって、初めて、第1条の2が規定する社会参加の機会が確保され、選択の機会も確保されるのである。つまり、ホームヘルパー等の意思決定支援は、障害者総合支援法が当然予定するものといえるだろう。

---

<sup>460</sup> 柴田洋弥・前掲注(450)270頁。

<sup>461</sup> 河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』155頁。

<sup>462</sup> 河野正輝の整理に従えば、「制度としての意思決定支援者」というよりも、個々の意思決定の支援を担う「実践としての意思決定支援者」ともいえよう。河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』183頁。

以上から、法第 42 条の規定は、事業者に対して、障害福祉サービスを直接担当する援助者が、利用の提供段階で意思決定支援を行うことに配慮を求める規定と読むことができ、知的障害者の意思決定権や参加、貢献を図るものとなっており、主体性の形成を促進するものと評価できるのではないだろうか<sup>463</sup>。

## ②障害者総合支援法第 51 条の 22 第 1 項について

現行法制度上は、指定一般相談支援事業所及び指定特定相談支援事業所の相談支援専門員については、サービス利用者と当該事業者が契約を締結し地域移行支援やサービス等利用計画を策定する側面と利用者のサービスに関してサービス事業者と調整しサービス担当者会議を開催するなどの側面が考えられる。

### ア) サービス利用者からの相談の段階

利用者が地域移行支援あるいは計画相談支援を求めてそれぞれの指定相談支援事業者と契約を締結する局面では、上記①と同様の局面が現れる。

しかし、①の場合とやや異なるのは、相談支援という業務の性質である。①の場合は、介助行為の中に一体として意思決定支援までも含まれる可能性があるのに対し、相談業務は、そもそも利用者と緊密なコミュニケーションを図り、様々な情報を提供することによって主に利用者の意思形成あるいは意思を固めながら意思決定へと向かう過程を支援する機能が認められるのである。

地域相談支援及び計画相談支援における計画策定段階においても、その事前相談の場面、そして、一般相談事業所及び特定相談事業所の相談支援の内容として規定されている基本相談支援（法第 5 条第 16 項、第 17 項）の場面では、相談者と相談支援事業者との間には契約関係は生じておらず、相談者の意思形成支援から意思決定にいたるプロセスの支援を担うことが可能であると解される。このことは法施行規則第 6 条の 11 に「訪問等の方法による障害者等・・・に係る状況の把握、必要な情報の提供及び助言並びに相談及び指導」と規定されているのも、法が暗黙裡に意思決定者支援者と期待している趣旨であるとの理解も成り立つだろう。サービスの提供自体が意思決定権を保障する性質を有するのである。

しかしながら、相談支援業務の枠を超えて個別に寄り添いながら日常生活に関する意思決定を支援することは現行法上は無理があるし、依頼を受けてそのような業務を引き受けるといったことは、現行法制度では予定されていないものと思われる。

### イ) サービス事業者との連絡調整の局面

---

<sup>463</sup> なお、指定障害福祉サービスの事業等の運営基準第 37 条が情報提供の努力義務を定めているように、意思決定支援のための環境を整備する規定も存在する。内部アドボカシーを充実させる規定であるが、ここでの論点は、直接支援職員が支援付き意思決定の役割を担うことができるかにある。

次に、サービス調整の局面であるが、この局面においては、前記ア)の契約締結時とは異なり、相談支援専門員はサービス利用者の側に立つ<sup>464</sup>。つまり、ここではサービス事業者に対して当該計画の内容を説明することが求められており（指定計画相談支援の事業の運営基準解釈通知第二-2-(10)-(12)）、サービス事業者に対してサービス利用者の意向、嗜好、意思、望み等を代弁する立場にあるといえよう。この局面では、前記ア)の契約締結時にみられるサービス利用者との対立構造は表面には現れない<sup>465</sup>。したがって、相談支援事業所の相談支援専門員は、サービス事業者との連絡調整の場面では、法理論上意思決定支援者として不適切であるとは言えないし、法制度上意思決定支援を行う者として位置付けられているとすることが可能であろう。障害者総合支援法第 51 条の 22 第 1 項は、むしろ知的障害者の主体性の形成を促進する規定であると評価できよう。

ところで、従来から介護保険の分野で介護支援専門員（ケアマネジャー）に権利擁護の役割を期待する主張がみられた<sup>466</sup>。これを障害者総合支援法に引き直せば、一般相談支援事業所に置かれる相談支援専門員（指定地域相談支援の事業の運営基準第 3 条第 1 項）、特定相談支援事業所に置かれる相談支援専門員（指定計画相談支援の事業の運営基準第 3 条第 1 項）に権利擁護の役割が期待されていることとなろう。

現に、平成 23 年 3 月に日本相談支援専門員協会によって取りまとめられた「障害者支援ガイドライン作成とその効果的な普及・活用方策のあり方検討事業」報告書<sup>467</sup>中に相談支援専門員の役割として権利擁護に触れた部分が見られる。相談支援において配慮されるべき事項として「単にサービスを調整するだけでなく、障害者がおかれている立場を代弁するという権利擁護の観点に立って、障害者の自己決定・自己選択を支援していくことも重要な役割」であるとし<sup>468</sup>、基本相談支援の具体的業務内容として成年後見制度の活用促進、障害者支援施設等への入所の支援、障害者虐待への対応、困難事例への対応、消費者被害の防止に関する諸制度の活用支援など障害者の地域における生活の維持安定を図る支援<sup>469</sup>であるとしている。

---

<sup>464</sup> 指定地域相談支援の事業の運営基準第 2 条第 2 項及び指定計画相談支援事業の運営基準第 2 条第 1 項は、当該事業は「常に当該利用者等の立場に立って行われるものでなければならない」と規定している。もっとも、この規定は基本方針として規定されているものであり、条文上は相談支援専門員のサービス調整の局面を特定しているものではない。

当該規定は、ア)の局面においても利用者の立場に立つことを要求している点で、意思決定支援をも視野に入れていると解することが可能である。

<sup>465</sup> もっとも、同一法人内のサービス事業者である場合、サービス利用者との利益相反の局面が現れるが、指定計画相談支援事業の運営基準第 2 条第 1 項等で定める「利用者等の立場に立って」という規定がこれを防止している。つまり、法構造上は利益相反の関係に歯止めがかかっていると解することができる。

<sup>466</sup> 例えば、河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』204 頁～226 頁。

<sup>467</sup> <http://www.mhlw.go.jp/bunya/shougaihoken/cyousajigyoku/dl/seikabutsu7-1.pdf>, accessed 5 Oct. 2014.

<sup>468</sup> 日本相談支援専門員協会「平成 22 年度厚生労働省障害者総合福祉事業「障害者相談支援ガイドライン作成とその効果的な普及・活用のあり方検討事業」報告書」（平成 23 年 3 月）9 頁。

<sup>469</sup> 日本相談支援専門員協会・前掲注(469)31 頁。

上で述べたように障害者総合支援法は、一般相談支援事業者及び特定相談支援事業者の相談業務として基本相談業務を規定し（法第5条第16項、第17項）、その業務内容を「訪問等の方法による障害者等・・・に係る状況の把握、必要な情報の提供及び助言並びに相談及び指導、障害者等、障害児の保護又は介護者と市町村、指定障害福祉サービス事業者等・・・との連絡調整その他の障害者等・・・に必要な支援」としている。さらに同法は、地域生活支援事業において市町村事業として法第77条第1項第3号に相談支援事業を規定し、その業務内容を情報提供や各機関との連絡調整とするとともに「障害者等に対する虐待の防止及びその早期発見のための関係機関との連絡調整その他の障害者等の権利の擁護のために必要な援助を行う」と障害者の権利擁護を明確にした。この権利擁護を担うという意味であるが、平成26年6月10付けで発出された厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部長通知「地域生活支援事業の実施について」（障発第0801002号）「別紙1 地域生活支援事業実施要綱」<sup>470</sup>によれば、権利の擁護のために必要な援助の例として、障害者等に対する介護者等からの虐待を発見した場合は、迅速に保護のための措置を行うよう努めることや成年後見制度の利用が必要と認められる場合は、関係機関と連携の上、成年後見制度を利用することができるよう必要な支援を行うこと等が挙げられている。

つまり、法は、相談支援専門員が意思決定支援だけでなく、広く権利擁護者として障害者の虐待等について専門機関へのつなぎや成年後見制度などの専門的な制度を利用する役割を期待しているといえることができる。

## 第二節 知的障害者の意思決定に関する社会的障壁の縮減と主体性の形成—支援付き意思決定

判断能力不十分者の基本的な位置づけを、保護とケアの対象でしかなかった法的客体から、自ら意思決定する法的主体へと転換することが必要である。

したがって、支援のための介入は、本人のその時点での現有能力との兼ね合いで、常に必要最小限度の範囲でなければならず、介入の方法は、本人にとってもっとも制約の少ない手段を選ぶ必要がある。これらを実現するためには、他者決定型支援（代理・代行的意思決定）から支援付き意思決定への構造転換が必要となる<sup>471</sup>。そのことが、知的障害者の社会的障壁の縮減につながる。

### 1 支援付き意思決定とは何か

#### （1）支援付き意思決定とは

前述した沖倉智美や柴内麻恵が主張するように、支援付き意思決定は、種々の情報提供や相談、助言といった支援を受けながら、意思決定を行い、その意思決定に従い意思実現を図

<sup>470</sup> <http://www.mhlw.go.jp/bunya/shougaihoken/chiiki/dl/index01.pdf>, accessed 12 Jan. 2015.

<sup>471</sup> 上山泰・前掲注(434)39頁～40頁。

ることといえよう。つまり、意思形成から意思決定そして意思表示へと連続したプロセスを支援することである。そしてこのような連続的プロセスと捉える考え方に最も親和的であるのは、支援付き意思決定を国際障害コーカスが主張するように 0 から 100%までの支援の幅がある動的な概念とすることである。筆者は、以上を支援付き意思決定の概念としたい。先にみた知的障害者の支援ニーズに最もよく適合する概念だからである。

そして、Office of the Public Advocate の 2009 年の「Supported decision-making Background and discussion paper」が記載しているように、支援付き意思決定は、障害者が効果的な意思決定の支援を受けるための枠組みであり、その鍵概念は、エンパワメント、選択、コントロールであるといえよう<sup>472</sup>。

ところで、沖倉智美は、支援付き意思決定に他者との協働関係を読み込もうとする。沖倉は次のような主張を展開する。「私たち抜きにして、私たちを決めないで (Nothing about us without us)」というフレーズは障害者権利条約策定過程で障害当事者によって主張されたが、これとて「私たちだけで決める」とは言っていない。当事者自身が自らの意思決定への参画を望んでいるのであり、支援を拒否している訳ではないとする<sup>473</sup>。さらに、意思決定は、真空状態で行われるものではなく、社会的合意を一般的な背景として、各人の自己省察や関係者との意見交換、議論によって、その合意の具体的内容を解釈し、確認するコミュニケーション過程によって方向付けられ、相互作用的に行われるもの<sup>474</sup>としている。そして、ある個人の意思決定は、他者の背景にある情報に耳を傾け、他者のなかにある感じ取り、互いに対する想像力を駆使する、相手のかたわらにあつてコミュニケーションを保ち続ける「支援付き意思決定」でしかあり得ない<sup>475</sup>。結論として、「支援付き意思決定」とは、「独立した意思決定」ではなく、「協働（相互依存）した意思決定」の意味をもっている<sup>476</sup>とする。同様の論調は、斉藤有紀子や笠原千絵にも見られる<sup>477</sup>。確かに、これらの主張は、知的障害者の

---

<sup>472</sup> Office of the Public Advocate (2009) , ‘Supported decision-making Background and discussion paper’ p.9.

[http://www.publicadvocate.vic.gov.au/file/file/Research/Discussion/2009/0909\\_Supported\\_Decision\\_Making.pdf#search='Supported+decisionmaking+Background+and+discussion+paper',a](http://www.publicadvocate.vic.gov.au/file/file/Research/Discussion/2009/0909_Supported_Decision_Making.pdf#search='Supported+decisionmaking+Background+and+discussion+paper',a) accessed 6Jan.2015.

<sup>473</sup> 沖倉智美・前掲注(402)222 頁。

<sup>474</sup> 沖倉智美・前掲注(402)237 頁。

<sup>475</sup> 沖倉智美・前掲注(402)237 頁。

<sup>476</sup> 沖倉智美・前掲注(402)243 頁。

<sup>477</sup> 斉藤有紀子は、自己決定にあたって、本人が自らの人間関係を問い直し、その中でふさわしい解答（決定）を導き出そうとしているとすれば、「豊かな」自己決定の実現のためには、多くの人の協力と支援が不可欠であるとする。斉藤有紀子「自己決定を支える」森岡正博編『「ささえあい」の人間学』（法蔵館、1994 年）37 頁。

また、笠原千絵は、グループホームで暮らす知的障害のある人の参加型調査の結果として、自己決定の「判断」「伝達」「実現」という過程は連続的であり、相談しながら決め、実現方法を検討しながら話し合うというように、自己決定は支援者との関わりの中で展開していくことが明らか

意思決定支援の有り様を述べるものであって一定の説得力を有する。国際障害コーカスが主張する0から100%までの支援の幅がある動的な概念を支援付き意思決定の内容と捉えれば、この内容を説明するものとなっているともいえよう。また、知的障害者への意思決定を支援する際の他者の関わり方を説明するものであり、支援付き意思決定の支援理念をも表すものとなっているだろう。同時に、支援付き意思決定の内容を表すものだといってよいように思われる。

意思決定が、友人や家族、近隣の住民などの多数の人との相談や助言一貫い物等においては店頭での販売員の説明一を下にして行われることからすれば、知的障害者の意思決定が、意思決定支援者と共同で意思決定を行ったものであっても、意思決定のプロセスに知的障害者が参加し、最終的に当該意思決定に知的障害者が同意したことが認められれば、意思決定における主体性を担保できているというべきであろう。

## (2) 支援付き意思決定の必要性

後見制度は、代行決定を前提としており、それは知的障害者の社会参加を妨げ主体性の形成の社会的障壁を形成するものであった。

サルズマン (Salzman) は、支援付き意思決定パラダイムは、能力があることを前提にしており、意思決定に伴う援助を提供するシステムであるとする。特に、後見に原因するスティグマや周縁化を縮減し、個人の欠損から社会的責任へと焦点を移行させるべきである。意思決定のすべての局面で参加への権利を障害者に付与することによって、より完全に地域生活やコミュニティへの参加をもたらす<sup>478</sup>としている。

確かに、支援付き意思決定は、知的障害者の意思決定の困難さを、知的障害者の障害特性に求めるのではなく、意思決定支援制度の充実度との相関に求めるといった考えを内包するものといえるだろう。つまり、ここでは知的障害者の意思決定の困難さを、知的障害者の能力の欠損 (impairment) と捉えることなく、社会による支援の欠如によるものであるとの視点が窺える。支援付き意思決定は、障害の社会モデルに親和的であるといえることができる<sup>479</sup>。

---

かになったとした。笠原千絵「他の人ではなく自分で決める一当事者主体の自己決定支援モデル開発に向けたグループホームで暮らす知的障害のある人の参加型調査の分析一」『ソーシャルワーク研究 Vol.31.No.4』(2006年) 299頁。

<sup>478</sup> Leslie Salzman (2009) : Rethinking Guardianship (Again):Substituted Decision Making as a Violation of the Integration Mandate of Title II of the Americans With Disabilities Act, Benjamin N. Cardozo School of Law.p242.

<sup>479</sup> Nina A. Kohn, Jeremy A. Blumenthal& Amy T. Campbell (2013),Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship?PENN STATE LAW REVIEW Vol. 117:4.p1127.

支援付き意思決定は、支援を受けながら自らが意思決定していく点で、知的障害者の意思決定権を保障し、また、他者との交流を促進することにより地域生活への参加をもたらし、そのことが知的障害者の主体性の形成を促進するのである。

### (3) 支援付き意思決定の枠組みと方法

意思決定支援を構成する要素は大きく分けて、意思決定の前提となる環境要因へのアプローチと、実際に意思決定を行う際の支援方法とに分かれる。

#### ① 意思決定の前提となる環境要因へのアプローチ

このことについては、i) 親や支援者等関係者の障害者に対する意識、ii) 社会の障害に対する意識・対応等が考えられる<sup>480</sup>。ここでは、意思決定支援に関する普及啓発等の行政の施策が中心となる<sup>481</sup>。

ところで、意思決定の前提となる環境要因に関連して問題となるのは、意思決定支援の場所である。障害者総合支援法は、第42条第1項で指定障害者支援施設の設置者に障害者等の意思決定に配慮する努力義務を課している。しかし、鈴木良は、「長期の施設生活をする」と自己認識をもつ機会が奪われる、「施設では判断や表現ができて、職員が社会的な価値基準を適用し過度に「安全」や「保護」を優先するため、その実行が阻まれ、彼らは冒険や失敗をしてみる自由を奪われてきた。たとえば、施設職員はおやつや服装などの日常生活における些細な好みのレベルでは彼らの希望が実現するように努力するが、施設の日課を変えることになる就労・仕事の時間や、恋愛・結婚・出産・育児などの希望についてはほとんど取組みをしていないのが実態である」<sup>482</sup>としている。また、平成23年6月6日から6月7日に開催された日本知的障害者福祉協会主催の「平成23年度全国知的障害関係施設長等会議」における第三分科会で氏田照子は、「知的障害者支援制度の課題」と題する資料を提出し、そこには、入所施設での生活について、「生活や関係性の継続は困難。本人の尊厳は損なわれやすい。」と記述している<sup>483</sup>。

確かに、指定障害者支援施設の権利擁護を図る上では、意思決定支援は不可欠であろう。

<sup>480</sup> 北九州市手をつなぐ育成会・前掲注(160)10頁。

<sup>481</sup> 重村淳志、沼田穰介による「知的障害者・精神障害者の移動に関する問題点の抽出」に移動に関する環境整備に関して詳細なアンケート分析がなされている。

[http://search.yahoo.co.jp/search;\\_ylt=A3xT6tJ3wLdUbzEAw.GJBtF7?p=%E7%9F%A5%E7%9A%84%E9%9A%9C%E5%AE%B3%E8%80%85%E3%83%BB%E7%B2%BE%E7%A5%9E%E9%9A%9C%E5%AE%B3%E8%80%85%E3%81%AE%E7%A7%BB%E5%8B%95%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E5%95%8F%E9%A1%8C%E7%82%B9%E3%81%AE%E6%8A%BD%E5%87%BA&search.x=1&fr=top\\_ga1\\_sa&tid=top\\_ga1\\_sa&ei=UTF-8&aq=&q=&afs=,accessed15Jan.2015.](http://search.yahoo.co.jp/search;_ylt=A3xT6tJ3wLdUbzEAw.GJBtF7?p=%E7%9F%A5%E7%9A%84%E9%9A%9C%E5%AE%B3%E8%80%85%E3%83%BB%E7%B2%BE%E7%A5%9E%E9%9A%9C%E5%AE%B3%E8%80%85%E3%81%AE%E7%A7%BB%E5%8B%95%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E5%95%8F%E9%A1%8C%E7%82%B9%E3%81%AE%E6%8A%BD%E5%87%BA&search.x=1&fr=top_ga1_sa&tid=top_ga1_sa&ei=UTF-8&aq=&q=&afs=,accessed15Jan.2015.)

<sup>482</sup> 鈴木良「知的障害者の自己決定支援の思想と方法に関する一考察」『社会福祉学第45巻第2号』(2004年)19頁～21頁。

<sup>483</sup> <http://www.aigo.or.jp/kenshukai/sisetucho23.shtml,accessed16Jan.2014.>

しかし、鈴木良や氏田照子の見解にもみられるように、入所施設は、知的障害者の権利擁護／意思決定支援には限界を有していると見るべきである。そもそも入所施設は障害者／知的障害者にとって地域社会から隔絶し、地域への参加、地域での自立した生活を阻むといった限界、施設内での集団的日常生活は、知的障害者の嗜好や望みを最大限尊重しこれをベースとして支援を推進する意思決定支援に対する制約を課す結果となることは否定できないからである。

したがって、本稿では、地域社会に参加し、自立した生活をおくるための意思決定支援、地域社会という場での意思決定支援を考察することとなる。

## ② 意思決定支援方法

(1) で、支援付き意思決定は、意思形成、意思決定、意思表示の一連のプロセスであると述べた。菅富美枝のいう意思決定支援が情報提供支援と意思伝達支援を指しているとする見解は<sup>484</sup>、本稿でいう意思形成及び意思決定への支援と意思表示への支援に対応するものである。

意思形成、意思決定の支援方法としての情報提供では、意思決定に関連する情報を収集し、本人が理解し、意思決定に活用できるような方法で情報提供する必要がある。具体例として、その人に最も親しみやすいコミュニケーション・ツールの利用、わかりやすい言葉遣いの工夫、言い換えや繰り返し、絵や写真の利用等が考えられる<sup>485</sup>。『包摂へ向かう学習障害 第6版 (Learning Disabilities Toward Inclusion sixth edition)』は、市民権利擁護者 (citizen advocates)、セルフ・アドボカシーグループへのアドバイザー及び専門家の権利擁護スキルについて記載しているが、その中のコミュニケーションの項でも、絵や写真、シンボル<sup>486</sup>、音楽、寸劇、パントマイム等を挙げている。また、同書は、選択に対する支援の提供として、本人の好き嫌いや、ライフスタイル、重要な価値と考えていることなどを知ることが重要であり、そのためには本人の過去に関する情報を収集したり、本人と一緒に社会活動やレジャーを楽しむ、本人が何を望んでいるか、本人の夢などについてキーパーソンに聴く等を挙げている<sup>487</sup>。本人が適切に意思決定をする前提として、支援者にはこのようなことが必要とな

---

<sup>484</sup> 菅富美枝・前掲注(456)226頁。

<sup>485</sup> 菅富美枝・前掲注(456)219頁。

<sup>486</sup> シンボルの例として、マカトン・サインが挙げられている。Ruth Garbutt 'Advocacy', Helen L. Atherton, Debbie J. Crickmore(2012), *'Learning Disabilities Toward Inclusion sixth edition'* Churchill Livingstone Elsevier. p.124.

マカトン・サインとは、ことばや精神の発達に遅れのある人の対話のために、イギリスで考案された手話法をルーツにしたコミュニケーション法で、手の動きによるサインと発声を同時に用いるのが特徴である。

「マカトン法によるコミュニケーション」

<http://www4.plala.or.jp/yujiro/makaton.html>, accessed 15 Jan. 2015.

<sup>487</sup> Ibid. pp.124-125.



るだろう。

意思伝達支援では、まずは、本人が決定した意思を支援者は正確に理解することが必要となる。これには情報提供のときと同様に、本人の理解可能な方法によって決定した意思を確認することが必要となろう。『包摂へ向かう学習障害第6版 (Learning Disabilities Toward Inclusion sixth edition)』が権利擁護スキルとして挙げる傾聴 (Listening)<sup>488</sup>は、その前提としては不可欠の要素となる。そして、意思伝達/意思表明の支援は、支援者が代行するのではなく、本人に支援者が同行し、あくまで本人が意思を伝達/表明することが必要とされる。支援者は、本人の意思表明を、相手方が理解できるように、また、誤解しないように補足することがその役割だということができる<sup>489</sup>。

さらに、知的障害者の意思決定支援において留意すべき点は、時間軸の取り方である。これまで述べてきたように知的障害者の日々の生活においては、ホームヘルパーと一緒に考えて意思を決定していくのであり意思決定には相当の時間を要するのである。

三井さよは、次のような知的障害当事者の例を紹介している。

「ある当事者に今日は特別にたこ焼きパーティーが開かれる予定だと説明し、必要な買い出しがあることも説明し、一緒に行こうと誘ったことがある。「いいかな?」と聞くと、当事者が「うん」と答えるので、当事者が内容を了解したのだと私は考えた。だが、実際に出かけてみると、その人は異様に歩みが遅くなってしまった。・・・実際には、普段の付き合いからすると、その当事者には、なぜ買い出しなるものがあり、それに行かなくてはならないのかわからなかっただけだと思う<sup>490</sup>」とし、また、「ある当事者は言葉を用いない人だが、ゴールデンウィークをどう過ごすかというときに、一方で職場での集まりがあり、他方で実家からも帰ってきてはどうかという誘いがあった。どちらに行きたいかと本人に問えば、職場の集まりについても「行きたい」というジェスチャーで答え、実家からの誘いについても「行きたい」というジェスチャーを示したそうである。二つの予定が重なっていて、両方には行けないのだと伝えようとしても、なかなか伝わらなかったようである。・・・日常生活を回していくために、・・・支援者たちが当事者とのやり取りしながら決めていくしかない<sup>491</sup>」と。そして、三井は、知的障害者にとって「できない」ことよりも「わからない」ということを

---

<sup>488</sup> Ibid.p.125.

<sup>489</sup> 北九州市手をつなぐ育成会「知的障害者へのより良い意思決定支援に関する調査研究～サービス提供場面を中心に～」(2013年)10頁では、意思決定支援を行う際の支援方法については、i) わかりやすい情報提供、ii) 意思表出支援、iii) チームアプローチ、iv) 何でも言える信頼関係、v) 失敗できる環境設定、vi) 結果のフィードバックによって、成功体験や失敗体験の積み重ねが必要であるとしている。

<http://www.kitaiku.com/kenkyu/pdf/file/file000039.pdf>, accessed 30 Nov. 2014.

<sup>490</sup> 三井さよ「「知的障害者」を関係で捉えかえす」『現代思想8月号 特集 痛むカラダ』(青土社、2011年)233頁。

<sup>491</sup> 三井さよ・前掲注(491)234頁。

中心に据え、関係性を重視し、支援していくことが必要であると主張する<sup>492</sup>。

三井の著述にもみられるように、知的障害者の意思決定が主体的になさるためには、単に「できる」ということではなく「わかる」ことが前提とされなければならない。だとすれば、支援付き意思決定も、十分な時間をかけ、知的障害者にとって納得のプロセスとなる必要があるだろう<sup>493</sup>。

## 2 カナダにおける支援付き意思決定とイギリスの 2005 年意思能力法

まず、カナダにおける支援付き意思決定制度であるが、国連障害者権利条約に先立って、支援付き意思決定 (supported decision-making) は、政策や法制度に組み込まれたものとして、主にカナダで展開されてきた<sup>494</sup>という歴史的経緯がある。その意味では、カナダは、支援付き意思決定 (supported decision-making) の先駆的位置を占めている。

また、イギリスでは、2005 年意思能力法により支援付き意思決定 (supported decision-making) が制度化された。イギリス 2005 年意思能力法は、意思決定支援者を特定しておらず、意思決定支援の姿勢は、家族などの日常的な世話を行う場合、医療や介護の専門職が本人に対してサービスを提供する場合、さらには、本人に代わって法律行為を行う代理権限を法的に与えられた任意後見人や法定後見人が任務を遂行する場合のすべてに共通して、要求されている<sup>495</sup>。この点を捉えて、Office of the Public Advocate(2009)の「Supported decision-making Background and discussion paper」では、イギリスの意思決定支援は、家族や友人や専門家へ意思決定できない人々の意思決定支援を行わせる点で、他の国々とは異なった行き方を取っており興味深いと記している<sup>496</sup>。

そこで、本節ではカナダの意思決定支援制度とイギリスの 2005 年意思能力制度に関して意思決定支援という観点から概観し、わが国の法制度への示唆を得ることとしよう。

---

<sup>492</sup> 三井さよ・前掲注(491)228 頁～236 頁。

<sup>493</sup> なお、細川瑞子「知的障害者の親からみる障害者権利条約」『成年後見法研究会研究第 12 号』（民事法研究会、平成 27 年）142 頁には、「知的障害者の特性として、聞かれたことに「はい」と言いがちで、わからなくても「わからない」とは言わないことや、おおむ返しもある」としている。このことから、知的障害者と支援者との間に信頼関係を築き、意思決定支援には十分な時間が必要となるといえよう。

<sup>494</sup> Office of the Public Advocate (2009), ‘Supported decision-making Background and discussion paper’, p12.  
[http://www.publicadvocate.vic.gov.au/file/file/Research/Discussion/2009/0909\\_Supported\\_Decision\\_Making.pdf#search=Supported+decisionmaking+Background+and+discussion+paper](http://www.publicadvocate.vic.gov.au/file/file/Research/Discussion/2009/0909_Supported_Decision_Making.pdf#search=Supported+decisionmaking+Background+and+discussion+paper), accessed 6 Dec. 2014.

<sup>495</sup> 菅富美枝・前掲注(456)219 頁。

<sup>496</sup> Office of the Public Advocate (2009), ‘Supported decision-making Background and discussion paper’, pp.14-15.  
[http://www.publicadvocate.vic.gov.au/file/file/Research/Discussion/2009/0909\\_Supported\\_Decision\\_Making.pdf#search=Supported+decisionmaking+Background+and+discussion+paper](http://www.publicadvocate.vic.gov.au/file/file/Research/Discussion/2009/0909_Supported_Decision_Making.pdf#search=Supported+decisionmaking+Background+and+discussion+paper), accessed 6 Dec. 2014.

## (1) カナダの支援付き意思決定制度

### ① 概要

カナダの意思決定支援制度としては、通常、ブリティッシュコロンビア (British Columbia) 州の Representation Agreement Act、ユーコン (Yukon) 準州の Decision-Making Support and Protection to Adults Act、アルバータ (Alberta) 州の Adult Guardianship and Trusteeship Act、サスカチュワン (Saskatchewan) 州の The Adult Guardianship and Co-decision-making Act、マニトバ (Manitoba) 州の Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act の 5 法が挙げられる<sup>497</sup>。このうち、ユーコンは準州であるため、マニトバ州の Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act については、支援付き意思決定に関する法的権限について提供するものではなく<sup>498</sup>、支援付き意思決定の枠組みを真に創設するものではないとされていることから、ここでの検討を除外することとする。

また、サスカチュワン (Saskatchewan) 州の The Adult Guardianship and Co-decision-making Act については、オンタリオ法務委員会 (Law Commission of Ontario) の「カナダにおける支援付き意思決定の生活体験を理解する (Understanding the Lived experiences of Supported Decision-making in Canada)」において、サスカチュワン (Saskatchewan) 州の支援付き意思決定者は、アルバータ州法等と同様に共同意思決定者 (co-decision-maker) と呼ばれるが、真に支援付き意思決定関係を創設しているかどうか疑わしいとされている<sup>499</sup>。さらに同書では、意思決定支援のプロセスは介入的で、成年 (adult) によって管理されず、この意味で、その枠組は後見モデルとパラレルである。法は、支援付き意志決定と後見とのハイブリッドを創設したと見るべきであるとの見解を示している<sup>500</sup>。

確かに、サスカチュワン (Saskatchewan) 州の The Adult Guardianship and Co-decision-making Act を見てみると、パート II でパーソナルな共同意思決定者 (personal co-decision-maker) 及びパーソナルな後見人 (personal guardian) に関する規定を置き、パート III では、財産共同意思決定者 (property co-decision-maker) 及びパーソナルな財産後見人 (property guardian) についての規定を置き、ともに裁判所によって任命され、任命手続も同一の法条に規定されるなど、支援付き意思決定が意識されてはいるものの、支援付き意思決定制度と後見制度とが明確に分離・区分されおら渾然一体のものとして法の中に規定

---

<sup>497</sup> Law Commission of Ontario (2014), 'Understanding the Lived experiences of Supported Decision-making in Canada Legal Capacity Decision - Making and Guardianship', p.23.  
<http://www.bcli.org/project/understanding-lived-experience-supported-decision-making>, accessed 2Nov.2014.

<sup>498</sup> Ibid.p.30.

なお、マニトバ州の Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act については、木口恵美子『知的障害者の自己決定支援—支援を受けた意志決定の法制度と実践—』（筒井書房、2014年）51頁～77頁に詳細な検討がなされている。

<sup>499</sup> Ibid.p.6.

<sup>500</sup> Ibid.p.29.

されている。以上から、サスカチュワン (Saskatchewan) 州の The Adult Guardianship and Co-decision-making Act も本稿の検討からは除外する。

ところで、ブリティッシュコロンビア (British Columbia) 州の Representation Agreement Actであるが、上山泰によれば、レスリー・サルズマン (Leslie Salzman) がカナダ型支援付き意思決定モデルとしてブリティッシュコロンビア (British Columbia) 州の Representation Agreement Act挙げているとする<sup>501</sup>。また、国連が支援付き意思決定モデルの実現に向けた「障害者の権利条約に関する政治家のためのハンドブック (Handbook for Paliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities)」にも支援付き意思決定の実践例として、ブリティッシュコロンビア (British Columbia) 州の Representation Agreement Actを紹介しされている<sup>502</sup>。さらに、ニナ・コーン (Nina A. Kohn) 等も、支援付き意思決定モデルとして引用される例として、ブリティッシュコロンビアの代理協定 (Representation Agreement) を揚げ、当該制度は、後見への代替として財産的事項及びパーソナルな事項に関して法的に私的契約を可能にしたとする<sup>503</sup>。

確かに、同法は、裁判所による後見人の任命を要せずに意思決定支援を行う点で、ユニー

---

<sup>501</sup> 上山泰・前掲注(434)113頁注105)。

<sup>502</sup> Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Chapter 6: From provisions to practice: implementing the Convention, LEGAL CAPACITY AND SUPPORTED DECISION-MAKING.  
<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=242>, accessed 16 May 2015.

そこには、ブリティッシュコロンビア州が支援付き意思決定制度を法や政治、実践に組み込んでいること、障害者は、サポートネットワークによって法的能力を証明することなしに、指定された支援者に「信任 (trust)」を示せば、サポートネットワークと代理協定 (representation agreement) を締結すること、多くの個人やサポートネットワークは、後見 (guardianship) や代行意思決定 (substitute decision-making) の代替として代理協定 (representation agreement) を登録すること等が紹介されている。

representation agreement は、一般的には「代理同意」と訳されているが、障害者権利条約の国会議員のためのハンドブック (Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities) 記載の「An individual with disabilities can enter a “representation agreement” with a support network.」からは、本人がサポートネットワークに代理人選定を依頼することによって代理関係に入ると解されることから、代理協定と訳出してみた。なお、representation agreement を「代理同意」と訳するものとして、木口恵美子『知的障害者の自己決定支援—支援を受けた意思決定の法制度と実践—』(筒井書房、2014年) 38頁。

<sup>503</sup> Nina A. Kohn,\* Jeremy A. Blumenthal\*\* & Amy T. Campbell (2013): ‘Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship?’, PENN STATE LAW REVIEW Vol. 117:4, pp.1121-1123.

クな制度と言えるだろう。また、能力（capacity）の推定規定（法第 3 条）やパーソナル・ケア（介護施設への入所を含む）及び日常的な財産管理に関して意思決定を援助する旨を定める規定を置いている（法第 7 条(1)）こと、意思決定支援の方法である代理人の情報へアクセスする権限規定（法第 18 条）を置いている等、支援付き意思決定に関する規定も見受けられる。

しかし、同法第 7 条第 1 項には代理人に意思決定権限を授権する規定を置いているし、同法第 9 条に規定される非標準的代理同意（Non-standard representation agreements）事項については、代理人に幅広い代行決定権限が授権されている<sup>504</sup>。このことからすれば、支援付き意思決定に関する規定は見られるものの、代行決定の要素も色濃く残されているということができよう。

そこで、ここでは、アルバータ（Alberta）州の Adult Guardianship and Trusteeship Act についてみていくこととする。

## ② アルバータ（Alberta）州の Adult Guardianship and Trusteeship Act

アルバータ州の Adult Guardianship and Trusteeship Act の下では、支援者（supporter）、共同意思決定者（co-decision-maker）の 2 種類の支援付き意思決定者を設置していることが大きな特徴である。支援者（supporter）は、成年（adult）と支援者（supporter）の間での合意によって成立する点で、ブリティッシュコロンビア州の Representation Agreement Act における代理人（representative）と類似の制度である。共同意思決定者（co-decision-maker）は、成年（adult）の能力が著しく損なわれている状況で、裁判所によって任命される。

そして、当該法制度上のもう一つの大きな特徴は、支援者（supporter）及び共同意思決定者（co-decision-maker）ともに授権を受ける範囲がパーソナルな事柄（personal matters）<sup>505</sup>

---

<sup>504</sup> 法第 9 条第 1 項 (a) では、「成年（adult）のパーソナル・ケア又はヘルス・ケアに関し、代理人が必要であると考えらるあらゆることを行う」と規定され、同項(b)では、成年がどこに住むか、誰と住むか、介護施設に入るべきかどうか、成年がどんな仕事をすべきか、成年の社会参加や交際の決定等を代理人に授権する旨が規定されている。

<sup>505</sup> personal matters について、法は、財産的な事柄を除く成年（adult）の人格(person)に関する事柄であるとし、例示的に次の 8 つの事柄を規定している（第 1 条(z)(bb)）。

(i)ヘルス・ケア（the adult's health care）

(ii)一時的にまたは永続的にどこで、誰と、どのように生活するか（where, with whom and under what conditions the adult is to live, either permanently or temporarily）

(iii)誰とお付き合いするか（with whom the adult may associate）

(iv)社会活動への参加（the adult's participation in social activities）

(v)教育、職業あるいはその他の訓練への参加（the adult's participation in any educational, vocational or other training）

(vi)雇用（the adult's employment）

(vii)主に財産的事柄に関連しない法的手続の実行（the carrying on of any legal proceeding that does

に限定されていることである（法第 3 条、第 12 条）。さらに、同法には、後見制度をも規定されており、パーソナルな事柄（personal matters）について、意思決定支援から代行決定までの 3 層構造を有しているのである。一方、財産的な事柄（financial matters）は、同法に規定されている信託人（trustee）が行うといった構造を有している<sup>506</sup>。

Adult Guardianship and Trusteeship Act は、2008 年に成立した。

ここでは、支援付き意思決定制度を概観することとする。

## ア) 一般原理（法第 2 条）

意思能力推定の原則を掲げるとともに、成年（adult）は理解可能なあらゆる方法で意思疎通できる資格があること、意思決定に援助が必要かあるいは意思決定能力がない場合、成年（adult）にとって最も制約の少ない方法、最も効果の上がる方法、ベスト・インタレストに合う方法によって援助あるいは代行決定しなければならに等を規定する。

## イ) 支援者（supporter）制度について（法第 3 条～第 10 条）

### 支援者（supporter）（法第 3 条第 1 項）

支援者（supporter）として要求される資格を充足する 18 歳以上の者

### 授権の対象

法第 1 条(z)(bb)に規定されるパーソナルな事項

### 成年（adult）の能力（法第 4 条第 1 項）

支援付き意思決定の性質や効果について理解する能力

### 権限

(a)成年（adult）の理解を促進するために成年（adult）の意思決定や援助に関連する情報にアクセスし、収集し、取得すること（法第 4 条第 2 項(a)）。

(b)意思決定の支援（法第 4 条第 2 項(b)）。

(c)他者へ決定を伝えたりそれを支援すること（法第 4 条第 2 項(c)）。

### 責任

(a)誠実な職務遂行（法第 10 条第 1 項）。

(b)支援者（supporter）が成年（adult）の意思決定において、不当な影響力を行使しようとするときは成年（adult）は意思決定の支援を拒否できる（法第 6 条第 2 項）。

### 効果

支援者（supporter）による支援を受けた意思決定は成年（adult）の意思決定である。（法第 6 条第 2 項）。

---

not relate primarily to the financial matters of the adult)

(viii)規則で規定されている事柄（any matters prescribed by the regulations）

<sup>506</sup> 信託人制度については、同法第 43 条以下で規定されている。

## ウ) 共同意思決定者 (co-decision-maker) 制度について (法第 13 条～第 23 条)

### 共同意思決定者 (co-decision-maker) の任命<sup>507</sup>

成年 (adult) が次のような場合、裁判所は共同意思決定者 (co-decision-maker) を任命する。

- (a) パーソナルな事柄に関する意思決定能力が著しく損なわれている (法第 13 条第 4 項)
- (b) 適切なガイダンスや支援があればパーソナルな事柄に関する意思決定を行う能力があると認められる場合 (法第 13 条第 4 項(a)(ii))。
- (c) 共同意思決定者 (co-decision-maker) を任命する以外に効果的な方法がないかその可能性がなかったこと (法第 13 条第 4 項(a)(iii))。
- (d) 共同意思決定者 (co-decision-maker) の任命が成年 (adult) のベスト・インタレストであること (法第 13 条第 4 項(a)(iv))。
- (e) 共同意思決定者及び成年の同意 (法第 13 条第 4 項(b)、(c))

### 共同意思決定者 (co-decision-maker)

共同意思決定者 (co-decision-maker) としての活動に同意した 18 歳以上の者で、裁判所が次のことを充たす者として認めた者で、裁判所により任命された者 (法第 14 条第 1 項)。

- (a) 成年 (adult) のベスト・インタレストのために行動する
- (b) 次の観点から共同意思決定者 (co-decision-maker) として任命されることが適切であること
  - (i) 成年 (adult) の考え方 (view) や願望 (wish)
  - (ii) 成年 (adult) と共同意思決定者 (co-decision-maker) との関係性
  - (iii) パーソナルな事柄に関する意思決定について成年 (adult) を援助することができる明らかな能力
  - (iv) 規則で規定されている事項
  - (v) 裁判所が関連するものとして考慮する事項

### 授権される事項 (17 条)

裁判所は、パーソナルな事柄について個別に特定して授権することができる。

### 効果 (法第 17 条第 5 項)

パーソナルな事柄に関する契約は、成年 (adult) と共同意思決定者

---

<sup>507</sup> 共同意思決定者 (co-decision-maker) の任命は、申請によって行われ、その際、能力に関するアセスメント報告書、規則で規定されている書類の提出が求められる (法第 13 条第 2 項)。

(co-decision-maker) の共同署名が必要であり、どちらの署名が欠けても取り消しうる行為となる。

#### 権限と義務（第 18 条、22 条）

- (a) 共同意思決定者 (co-decision-maker) は、次の観点から権限を行使すること
  - (i) 成年 (adult) のベスト・インタレストを援助すること
  - (ii) 熱意と忠実さ
- (b) 裁判所の共同意思決定命令 (co-decision-making order) に従うとともに、共同意思決定者 (co-decision-maker) とともに意思決定するためのパーソナル事柄についての情報にアクセスし、収集し、取得すること
- (c) 援助されている成年 (adult) と情報をもとに相談し、意思決定を援助すること
- (d) 共同意思決定者 (co-decision-maker) は、その決定が合理的であり、援助を受けている成年 (adult) に危害 (harm) をもたらすものでない限り、第 17 条第 5 項の共同署名を拒むことはできない。
- (e) 共同意思決定者 (co-decision-maker) は、公的機関や個人情報の管理者や機関に対して、支援を受けている成年 (adult) のパーソナルな事柄についての情報開示を求めることができる。

このほか、第 21 条では、共同意思決定命令 (co-decision-making order) の見直しが規定されており、共同意思決定者 (co-decision-maker) に対する裁判所の監督や統制がその内容となっている。

### ③ 小括

以上、アルバータ (Alberta) 州の Adult Guardianship and Trusteeship Act を概観した。

日本の成年後見制度との大きな相違点は、次のことに見られる。

- ① 意思決定能力の推定規定を置き、支援付き意思決定の立場を明確に表明するとともに、パーソナルな事柄に関する意思決定支援を明確に打ち出したこと<sup>508</sup>。
- ② 意思決定支援の方法として意思決定支援者に被支援者の支援に関する情報の収集の権限を認め、収集した情報を被支援者に提供することを法上明示したこと。
- ③ 支援付き意思決定に相容れない被支援者に対する誘導や不当な介入を禁ずる規定を設けていること。

---

<sup>508</sup> カナダ法におけるパーソナル事項に相当する、日本の成年後見制度における身上監護については、すでに本章第一節で詳細に検討しており、日常生活上の身上監護を超える身上監護についての意思決定は成年後見人の事務と結論づけた。カナダ法では、パーソナル事項に関するすべてが意思決定支援の対象となることを法律上明文化しており、わが日本法でも、身上監護の問題を解決するにはカナダ法と同様に法律上明文化すべきであろう。



④ アルバータ (Alberta) 州法では、被援助者の意思決定能力によって支援付き意思決定者を支援者 (supporter) と共同意思決定者 (co-decision-maker) に分け、パーソナルな事柄に関する意思決定能力が著しく損なわれている者に関してのパーソナルな事項に関する契約は被支援者と共同意思決定者 (co-decision-maker) の共同署名とするとともに、被支援者に危害等をもたらすものでない限り、共同署名を拒否できないとしたこと。

支援付き意思決定を正面に据えて後見制度による代行決定を最小化しようとするアルバータ (Alberta) 州法の Adult Guardianship and Trusteeship Act は、成年後見制度に意思決定支援の仕組みを持たない日本法においては、支援付き意思決定の外部アドボカシー制度のみならず、内部アドボカシーとしての障害者総合支援法上の制度設計にも示唆を与える内容となっている。

しかし、国際障害コーカスの主張を「支援付き意思決定モデル」とするなら、それは 0 から 100% までの支援の幅がある動的な概念のはずである。

この点からみれば、カナダ法は代行決定の残滓を温存する不徹底な面があることは否定できない。アルバータ (Alberta) 州法では被援助者の意思決定能力に従って 3 類型を規定しており<sup>509</sup>、意思決定能力の程度による 3 層構造は、わが国の成年後見制度上の補助、保佐、後見の 3 類型の区分と同様の基準となっている。

## (2) イギリス 2005 年意思能力法

### ① 概要

2005 年に、イギリス (イングランド及びウェールズ) において、意思能力法 (the Mental Capacity Act 2005) が制定された。

菅富美枝は、同法の特徴を、次の 4 点に整理している<sup>510</sup>。

第 1 に、代行決定アプローチを改め、コミュニケーション・スキルの向上などによって、本人の意思決定支援を行う「決定支援 (supported decision-making)」アプローチへ大きく舵を切り替えたこと。そして、「ベスト・インタレスト」アプローチを採用して、決定支援が現実的に困難な者に備えて、制定法上の厳格な要件の下、「代行決定 (substituted decision-making) の余地を残している点。

第 2 に、「決定支援」アプローチから「代行決定」アプローチへと移行するにあたって、「意思能力がない (lack capacity)」とする法的判断について、「時間限定かつ事柄限定的 (time-specific, issue-specific)」アプローチに立っている。そして、法は能力推定の原則を

---

<sup>509</sup> Adult Guardianship and Trusteeship Act の Division 3 は後見制度 (Guardianship) となっており、24 条から 42 条までが後見制度 (Guardianship) に関する条文となっている。

<sup>510</sup> 菅富美枝「障害(者)法学の観点からみた成年後見制度—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No.641』(2012年)60頁～62頁。

置いている。

第3に、家族に関する位置づけの変化として、旧任意後見制度に見られるように家族であるという身分に基づいて必ず（代理権登録への）異議申し立ての機会を与えるという立場をとらず、本人が（代理登録に関する）通知を望むもののみ与えるという「非家族（依存主義）」をとっている点。

第4に、事実的なサービス提供（例ケア治療、日常生活支援など）に関して成年後見に関連するものとしての規定を置いていること。

続いて、支援付き意思決定の観点から2005年意思決定支援法を概観することとする。

#### ア) 基本原則（2005年法第1条）

イギリス2005年意思能力法では5つの基本原則を定めている。

- ① 「人は、意思決定能力を有していないという確固たる証拠がない限り、意思決定能力があると推定されなければならない」（第1条第2項）として、意思決定能力の存在を推定する原則を明記している。
- ② 「人は、自ら意思決定を行うべく可能な限りの援助を受けた上で、それらが功を奏しなかった場合のみ、意思決定能力がないと判断される」（第1条第3項）とし、エンパワメントの原則を掲げる。
- ③ 「客観的に不合理にみえる賢明でない意思決定を行ったということだけで、本人には意思決定能力がないと判断されることはない」（第1条第4項）ことを確認している。
- ④ 「意思決定能力がない本人に代わって行為をなし、あるいは、意思決定するにあたっては、本人のベスト・インタレストに適うようにしなければならない」（第1条第5項）とし、ベスト・インタレストの原則を定める。
- 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すむような選択が他にないかが考慮されなければならない（第1条第6項）とし、「必要最小限の介入の原則」を定めている。<sup>511</sup>

#### イ) 5条行為

イギリス2005年意思能力法は第5条で、介護又は治療に関する行為についての規定を置いている。

同規定は、本人の医療や介護に実質的に関わってきた人や、本人の福祉を最も真摯に考えかつ実現できる人々（例 同居の家族、担当医師、担当ソーシャルワーカー）が行った意思決定について次のように定めている。

医療や福祉、介護サービス、日常生活上のケアの提供に先立って、①直面している問題に

---

<sup>511</sup> 以上の記述は、菅富美枝・前掲注(511)62頁～63頁に負っている。

について、本人が意思決定能力を有しているか否かを判断するにあたり、合理的考察を行ったこと、②行為に際しては、本人は意思決定能力を有していないと合理的に信じたこと、③行為に際して、当該行為は本人の「ベスト・インタレスト」に適うものであると合理的に信じたことの3要件を充たしている限り、本人の同意なくしてそれを実施しても法的責任を問われない<sup>512</sup>。

この規定は、一見すれば代行決定権限の拡張と見られなくもないが、そうではなくて、ケアに関する日常的な決定や、専門家による医療行為の実施については必ずしも法定後見人の任命を申し立てることなく、意思決定能力の規定（特に、第4条第1項-7項、第5条）に従い、厳格な手続に則って現場の責任ある裁量によって行われるべき<sup>513</sup>ことを規定したとみるべきである。つまり、サービス提供者が本人の同意を得ることなく、どのような食事を摂る／摂らない、どのような休暇を過ごす／過ごさない、どのような治療を受ける／受けないといった決定が事実上本人に代わってなされている以上、これを代行決定と位置づけ厳格なルールのもとに事後的に承認するシステムとしたものである。また、5条行為は、一定の決定権限を事前に授権するものではなく、先行する特定の具体的な決定に対して事後的に免責されるものである点で、権限の時間的継続性がなく、そもそも代理権限の拡張とは異なっているのである。

そして、裁量の適正を保障するために、法は、重大な医療行為や居住施設への入所に関しIMCA (independent mental capacity advocate) とよばれる、中立に本人の意思や利益を代弁するプロフェッショナルの立会を要請している（第35条～第44条）。

IMCAは、判断能力が低下している人の権利擁護を図る制度であるとともに、意思決定支援の機能も有するイギリス2005年法に見られる特徴ある制度であることから、項を改めて概観することとする。

## ② IMCAについて

上述したように、2005年意思能力法は、第35条から第44条でIMCAについて規定している。IMCAは、2005年意思能力法の施行（2007年10月）に先立ち、2007年4月から導入され、準備が整えられており、IMCAが同法における重点施策であることがうかがわれる。

それでは、以下でIMCAについて概観してみたい。

### ア) IMCAの創設理由

IMCA制度は、能力を欠く中でもとりわけ無力でかつ家族や友人といった適切な相談相手のいない人が、重大な医療行為及び住まいの変更について重要な意思決定を行う際に、彼ら

<sup>512</sup> 菅富美枝・前掲注(511)70頁注(20)参照。

<sup>513</sup> 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」菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』（財団法人法政大学出版会、2013年）35頁～36頁。

を支援する目的で創設された<sup>514</sup>。

## イ) IMCA が要請される場合<sup>515</sup>

### A) 必須

#### 要件

本人が意思決定能力を有さず同意できない場合であって、かつ、本人の周囲に本人の意思決定を支援したり本人の意思や利益を代弁してくれる後見人や家族、友人がいない場合に、次に掲げる事項（2005年法 37条、38条、39条）について IMCA が付される。

NHS(National Health Service)や地方自治体（local authority）によってなされる社会保障サービスや健康・福祉サービス給付の中で、特に

- ① 「重大な」医療行為（例 抗癌剤の使用、癌の摘出手術、腕足の切断、視覚や聴覚を失うおそれのある手術、妊娠中絶など）を施す／中止する／中断する必要があるにもかかわらず、本人が意思決定能力を有さず有効な同意を行えない場合、
- ② (28日以上の長期にわたって) 病院や介護施設に入所させたり、(8週間以上の長期にわたって) 入居施設に入所させる必要がある場合

#### 効果

NHS や地方自治体は、本人の生命に関わる緊急の場合を除き、IMCA から提出された報告書を十分参考にすることによってサービス提供を行うことが認められる（Code of Practice , para 10.40-10.58）。

### B) 任意

- ① 入所施設等におけるケアプランの見直しがなされる場合（The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (Expansion of Role) Regulations 2006section3.(1)(b)）
- ② 本人が他の人から虐待やネグレクトを受けているあるいは本人が他の人に対して虐待をしているとの証拠や申し立てがあった場合（The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (Expansion of Role) Regulations 2006section4. (1)(b) (i)）

ただし、この場合は、家族や友人が周囲にいても IMCA を依頼できる。（The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (Expansion of Role) Regulations 2006section4. (1)(C)）

なお、2009年に成立した Deprivation of Liberty Safeguards において、治療やケアについて同意する能力を有さない人々のためのベスト・インタレストに適うものとして提案され

---

<sup>514</sup> 新井誠監訳、今野包子翻訳『イギリス 2005年意思能力法・行動指針』（民事法研究会、平成21年）204頁。

<sup>515</sup> 以下は、菅富美枝・前掲注(511)72頁～73頁の記述に依拠した。

た決定が、本人の自由を制限するような性質のものである場合には、必ず IMCA を関与させるべきことが定められた<sup>516</sup>。

#### ウ) IMCA の資格<sup>517</sup>

① 地方当局による承認（イングランドの場合）

② 人的な要件 特別な経験を有する者

① IMCA になるための訓練を受けていること

一般的なアドボカシーに関する単位の他に 5 つの専門分野（IMCA サービス、自由制限の場面でのセーフガード、精神保健法によるアドボカシー、アドボカシーサービスのマネジメント、成年者に対するアドボカシーサービス提供）<sup>518</sup>

③ 性格がよく熱意がある

④ 何者からも独立して行動できる

③ 欠格事項

① 代弁しようとする本人の介護や治療（有償であるいは専門家として）にあたる者

② 依頼を行う者、意思決定者又は本人の介護や治療に関与する者とのつながりがあり、その独立性に疑念がある場合

#### エ) IMCA の職務遂行権限（2005 年意思能力法第 35 条第 6 項（a）、（b））<sup>519</sup>

① 本人と直接他者を交えずに面談する。

② いつでも適切な時に本人の次の記録を検討し、写しを取る。

(i) 健康状態の記録

(ii) 地方当局が保管する福祉サービスとの関係で収集された記録

(iii) 2000 年介護標準法第 2 章のもとで登録された者の有する記録のうち、その者が代理人の調査に重要と考えるもの

③ 意思決定者との意見対立についての異議申立て<sup>520</sup>

A) 医療行為に関する意見対立

- ・ 患者助言連絡サービス（イングランド）に相談
- ・ 地域健康評議会（ウェールズ）に相談
- ・ NHS 苦情処理手続利用

<sup>516</sup> スー・リー、菅富美枝訳「イギリスにおける本人を代弁する公的サービス IMCA の実践」菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』（財団法人法政大学出版会、2013 年）272 頁。

<sup>517</sup> 新井誠監訳、今野包子翻訳・前掲注(514)208 頁。

<sup>518</sup> スー・リー、菅富美枝訳・前掲注(516)277 頁。

<sup>519</sup> 翻訳は、新井誠監訳、今野包子翻訳・前掲注(514)48 頁に負った。

<sup>520</sup> 新井誠監訳、今野包子翻訳・前掲注(514)211 頁～212 頁。

- ・地域継続介護検討評議会に付託
  - ・独立苦情代弁人サービス（イングランド）その他の代弁人に依頼
- B) 社会福祉に関する意見対立
- ・介護施設内苦情処理手続の利用
  - ・地方当局苦情処理手続の利用

このほかにも、特別に深刻な又は緊急性のある事例では、保護裁判所に付託することが考えられている。

#### オ) IMCA の主な任務<sup>521</sup>

スー・リーは、「イギリスにおける本人を代弁する公的サービス IMCA の実践」の中で IMCA の主な任務を次の 4 点に整理している。

- ① 本人が最も得意とするコミュニケーション方法を用いて、本人の意見、感情、意向、信念、価値観を見定め、これらの本人情報が代行決定者の知るところとなり、決定に反映することを確保する。
- ② 非依頼型アドボカシーを提供すること。すなわち、本人に代わって（代行決定者に対して）質問を行い、本人を代弁する。また、本人の権利を擁護し、本人が決定過程に関与し続けられるよう、本人が決定の中心に置かれることを保障する。
- ③ 本人が置かれている客観的状況を調査すること。すなわち、本人に関わっているプロフェッショナルや、本人のことをよく知る人から情報を集め、それらの情報を評価すること。その他、代行決定を行うにあたり必要不可欠だと思われる情報の収集を行うこと。
- ④ 決定過程を精査すること。すなわち、代行決定者が、2005 年意思能力法に従って決

---

<sup>521</sup> スー・リー、菅富美枝訳・前掲注(516)273 頁～274 頁。

なお、興味深いことは、イングランドのグロスター・シャーが発刊している Independent Mental Capacity Advocacy (IMCA) Multi-Agency Policy, Procedure and Guidance FINAL VERSION (2gether NHSFT, GHNHSFT, GCC and GNHS Care Services) p.16 に IMCA の役割と責任 (Role and responsibilities of the IMCA) の項で次のような記載がみられることである。

「IMCA は、パーソナライゼーション (personalization) に関連した重要な役割を有している」とし、施設への入所決定を行うかどうかに際しては、IMCA は、ケアプランの再検討などを通じて、いかに個人化 (personalized) されるのかといった視点から、入所決定という選択を超えて考える必要があるとしている。さらに、IMCA は、人の生活を積極的なものに代えていくのに必要な願い、嗜好や興味に関する重要な情報を共に引き出していくユニークな立場にあるとしている。

<http://www.gloucestershire.gov.uk/extra/CHttpHandler.ashx?id=43167&p=0>, accessed 31 Dec. 2014.

定を行っているか、また、提案された決定が本人のベスト・インタレストに適合しているかを確かめること。

以上を整理し、一覧表にまとめれば次のようになる。

対象者	意思決定能力を有さない者で、本人の意思決定を支援したり本人の意思や利益を代弁してくれる人（後見人、家族、友人等）がいない者
支援者	IMCA [要件] ・ 地方当局による承認（イングランドの場合） ・ IMCAになるための訓練の修了者 ・ 独立した行動の遵守、熱意等
対象行為	NHS や地方自治体への本人の意向を代弁する報告書の提出 ● 必須 ① 重大な医療行為 ② 長期入院や介護施設への長期入所 ● 任意 ① 入所施設等におけるケアプランの見直しが見直しがなされる場合 ② 本人が他の人から虐待やネグレクトを受けているあるいは本人が他の人に対して虐待をしているとの証拠や申し立てがあった場合 ただし、この場合は、家族や友人が周囲にいても IMCA を依頼できる。 なお、2009 年に成立した Deprivation of Liberty Safeguards において、治療やケアについて同意する能力を有さない人々のためのベスト・インタレストに適合するものとして提案された決定が、本人の自由を制限するような性質のものである場合には、必ず IMCA を関与させるべきことが定められている。
権限	① 本人と直接他者を交えずに面談する。 ② いつでも適切な時に本人の次の記録を検討し、写しを取る。 （i）健康状態の記録 （ii）地方当局が保管する福祉サービスとの関係で収集された記録 （iii）2000 年介護標準法第 2 章のもとで登録された者の有する記録のうち、その者が代理人の調査に重要と考えるもの ③ 意思決定者との意見対立に関する異議申立て

### ③ 小括

以上みてきたように、イギリス 2005 年意思能力法は、先に述べた基本原則にあるように意思能力存在の推定を規定し（法第 1 条第 2 項）、本人の意思決定を助けるためのあらゆる実行可能な方法を用いて意思能力の存在の推定の実効性を担保しようとしている（法第 1 条第 3

項)。つまり、法は、まずは「周囲」に対して、本人自らが意思決定できるように支援することを求めているのである。本人の意思決定に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に供するといった方法によって意思決定を支援するのである。そして、特徴的なことは、医療や介護に関する個別事項については、代行決定制度に包括的に委ねるのではなく、個別事案に関して関係者が決定したことを事後的に免責することとしたことである（いわゆる 5 条行為）。

さらに、イギリス 2005 年法は、重大な医療行為等について本人のために代弁する IMCA を創設した。菅富美枝は、IMCA は、意思決定支援が尽きた後に、本人を中心とした行政決定を実現するのが本来の業務であるが、「意思決定能力存在推定」原則によって、意思決定支援にも実質的に関わることになる<sup>522</sup>。

一方、菅富美枝は、イギリス 2005 年意思能力法の評価として、同法は、本人の生活全般に関わる各々の意思決定を行うにあたり、本人が自己の判断能力だけでは実現できない部分に限定して、周囲が関与することを法的に許容するという姿勢をとっている<sup>523</sup>とする。つまり、自己決定支援と代行決定を分離させた上で、可逆的に連続させ、全体として、本人を中心に置いて関与・介入を統制するという形で統制化を図るもととしている<sup>524</sup>。

イギリス 2005 年意思能力法からの日本法への示唆は、菅富美枝が評価するように、意思能力が欠如する者と判定する前に、まず、意思決定支援によって本人を支えることにある。代行決定が、知的障害者の主体性の形成、つまり地域へ参加し、自立した生活を行うことを阻害するおそれがあること、そしてそれは社会モデルに逆行するものであることからすれば、イギリス 2005 年法の方向性は、このような評価基準に適うものであるといえよう。

日本法において、外部アドボカシーである成年後見制度の中に明瞭な形で意思決定支援の仕組みが見いだせない<sup>525</sup>以上、意思決定支援を原則とし、代行決定を厳格な統制のもとに置く方向性は参考にすべきものと思われる。しかし、本稿での立場は、あくまで代行決定制度から支援付き意思決定制度へ転換すべきことを主張しているのであり、イギリス意思能力制度は、支援付き意思決定制度への橋渡しとしては意義があるものと評価できよう。

一方、日本法において、意思を代弁する専門職制度は存在しない。知的障害者にとって、支援を受けながら意思決定を行ったとしても、それを表明するためのコミュニケーションに困難を生じるケースは多い。地域での生活に参加し、自立した生活をする上でも、事実上ホームヘルパー等に委ねるのではなく、法制度上知的障害者の意思を代弁する職種を検討する

---

<sup>522</sup> 菅富美枝・前掲注(511)258 頁。

<sup>523</sup> 上山泰・菅富美枝・前掲注(513)16 頁。

<sup>524</sup> 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千成年後見制度の実現—」『法政論集 250』（2013 年）148 頁。

<sup>525</sup> 上山泰・前掲注(434)113 頁。



ことは、知的障害者の主体性の形成を図る上で必要なものといえるだろう。この点、イギリス法の IMCA は、示唆に富む制度である。イングランドのグロスター・シャーでは、IMCA をパーソナライゼーション (personalization) の役割を担う制度と位置づけていることから、脱施設、自立した地域生活推進への役割の一部を担うものとするのが可能ではないだろうか。確かに、IMCA は、イギリス法制度上は、意思決定能力が欠如した者に付されることとなっている。しかし、意思決定支援、支援付き意思決定の観点からは、意思決定能力がある／なしの二者択一的に捉えるのではなく、連続したものと捉えるべきだとすれば、支援を受けながら意思決定の表明を担う者として位置づけるべきだろう。

### 第三節 知的障害者に対する支援付き意思決定制度の構築

本節では、まず、河野正輝によって提唱されている「障がい法」の射程に、権利擁護が含まれていることを示す。そして、前節までで概観したカナダやイギリスの支援付き意思決定制度等に示唆を得ながら、わが国の支援付き意思決定制度への若干の提言を試みる。つまり、本節の 2 以下で論じることは、いわば「障がい法」の権利擁護編のうちの意思決定支援に関する部分を論ずるものと位置付けられよう。

#### 1 障がい法と権利擁護

本稿が河野正輝によって提唱された障がい法の理念に立脚するものであることは既に述べた。

ところで、障がい法と権利擁護の関係はどのようなものであろうか。

西田和弘は、河野障がい法理論において、「権利擁護サービスはどのような位置づけなのかは明瞭ではない」とする<sup>526</sup>。

確かに、これまでに著された河野障がい法理論の文献からは権利擁護に関する明確な記載は見られない<sup>527</sup>。

しかし、そもそも権利擁護とは河野が定義するように「判断能力が不十分な人々（認知症

---

<sup>526</sup> 西田和弘「権利擁護の将来像と公的責任—成年後見制度を中心に—」山田晋・有田謙司・西田和弘・石田道彦・山下昇『社会保障の基本理念と法政策—社会保障法・労働法の現代的展開—』（法律文化社、2011年）269頁。

<sup>527</sup> 河野正輝「障害者の自己決定権と給付決定の公正性—イギリスにおける自己管理型支援の法的試み」『障害学研究第9号』（2013年）、同「地域社会における生活の支援」日本社会保障法学会編『新・講座 社会保障法2 地域生活を支える社会福祉』（法律文化社、2012年）、同「障害者の地域生活支援をめぐる法的課題」荒木誠之・桑原洋子編『社会保障法・福祉と労働法の新展開 佐藤進先生追悼』（信山社、2010年）、同「「障がい法」の視点からみた障害者自立支援法の課題」社会保障法学会編『これからの障害者自立支援・高齢者福祉』『社会保障法第25号』（法律文化社、2010年）。

西田和弘は、権利擁護を、市民の権利の保護や実現、促進を支援する活動を最広義の権利擁護とし、社会保障給付に関連して間接的に対象者を支援する相談支援や情報提供、苦情解決などを広義の権利擁護、判断能力の低下した人々を支援する成年後見制度や日常生活自立支援事業を狭義の権利擁護としている。西田和弘・前掲注(527)257頁。

高齢者、知的障害者、精神障害者など）または判断能力があっても従属的な立場に置かれている人々等の立場に立って、必要な福祉サービス・医療サービス等の利用を援助し、財産を管理し、あるいは虐待を防止する」などこれらの人々の権利行使を擁護することである<sup>528</sup>。だとすれば、たとえば障がい法の個別領域の一つとされる「自立した生活および地域社会へのインクルージョンに関する法」において「自立した生活」を支援するための相談支援や情報提供あるいは福祉サービス従事者による福祉サービスの提供のプロセスを自己決定支援のためのプロセスとなるような支援とすることなどは、障害者総合支援法上、内部アドボカシーとして当該法領域に含まれていると解されるし、権利擁護のニーズとして不十分であれば社会への完全参加および社会へのインクルージョンといった障がい法の法原理に基づき当該法領域に関する立法に織り込むべきだろう<sup>529</sup>。

また、確かに、西田がいうように成年後見制度は民法で規定されおり社会保障法を根拠とはしていない。しかし、そもそも障がい法は閉ざされた法領域ではないし、多方面の法領域を差別禁止、社会への完全参加とインクルージョン並びにアクセシビリティの確保といった観点に着目して捉え直しを行うものと解される。だとすれば、判断能力が不十分である者を社会へ完全参加させるための支援の法と捉え、障がい法と民法とで対象範囲が重なる部分があるものと捉えることも可能ではないかと考えられる。

## 2 支援付き意思決定制度の構築に向けて

知的障害者にとって、地域社会に参加し、自立した生活をおくるためには、意思決定支援は不可欠である。

日本法を見ると、いわゆる外部アドボカシー制度である成年後見制度においては、支援付き意思決定の仕組みについては用意されていないし、日常生活自立支援事業においても、情報提供等を支援方法と規定している点で支援付き意思決定の考え方を取り入れているとみられる部分もあるが、支援付き意思決定の仕組みそのものを取り入れているとはいいがたい。

障害者総合支援法は、指定障害者福祉サービス事業者や指定相談支援事業者に対する意思決定配慮の努力義務を課しているが、支援付き意思決定の仕組みについて規定されてはいないのである。

日本の法制度においては、支援付き意思決定制度の仕組みあるいは意思決定支援者について未整備であるということができよう<sup>530</sup>。

カナダや2005年イギリス意思能力法に見られるように意思決定の支援は、知的障害者のニーズを考えると、財産的行為のみではなく福祉サービスをもその領域に取り込むべきこと

---

<sup>528</sup> 河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』183頁。

<sup>529</sup> 河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』24頁。

<sup>530</sup> 上山泰は、「そもそも、わが国の現行法定後見制度の中に、支援付き意思決定の仕組みは、明瞭な形では存在していないのである」としている。上山泰・前掲注(434)113頁。

は明らかであろう。

### (1) インフォーマルなネットワークの構築

知的障害者が地域に参加し、地域で自立した生活を営むためには、まずは、地域全体で支援するインフォーマルなネットワークが必要となる<sup>531</sup>。池原毅和が指摘するように意思決定は、豊富な人間関係、社会関係によって支えられる面があるからである<sup>532</sup>。

民生委員や知的障害者福祉法第 15 条の 2 で規定されている知的障害者相談員<sup>533</sup>を意思決定支援者として位置づけ直す必要があるだろう。特に、知的障害者相談員については、平成 26 年 5 月 21 日に開催された熊本県障害者施策推進審議会資料の中でその資質向上を重点取り組み事項として掲げられており<sup>534</sup>、熊本県においてはその役割の重要性が認識されているのである。したがって知的障害者相談員を意思決定支援者として位置づけ直す必要性は高いといえよう。また、2009 年度から熊本県は、ひとり親家庭のこどもを対象として、子どもの悩みなどを聞き、子どもが健康で安定した生活が送れることを目指すホームフレンド事業を開始したが<sup>535</sup>、地域で自立した生活を営む知的障害者に対しても意思決定支援をも担うホーム

---

<sup>531</sup> 河野正輝は、権利擁護ネットワークの構築の必要性、ボランティア部門による権利擁護の重要性を主張している。河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』154 頁～155 頁及び 199 頁～201 頁。

池原毅和も、「本人を包む地域の支援ネットワークによって本人の自己決定が支えられている場合には、不必要に成年後見を開始すべきではない。また、成年後見の開始の前に地域での仕組みを組み立てる工夫や可能性はないのかを十分吟味し、自己決定支援が尽くされていることを条件に初めて成年後見が許容されるとすべきであろう」としている。池原毅和・前掲注(435)192 頁。

<sup>532</sup> 池原毅和『精神障害法』（三省堂、2011 年）268 頁の注(3)。さらに同書 269 頁注(6)には、「自己決定を支える社会体制は、必ずしも自己決定を直接目的とするものでない場合も広く含まれる。例えば作業所やグループホームなどで形成される人間関係がインフォーマルな形で自己決定を底支えすることなど、精神障害のある人の社会生活を支えるさまざまな社会資源が、本人の自己決定を尊重し支えるように機能することで、孤立化を防ぎ失われた社会関係を補充して本人の自己決定を復活させることが望まれる」としている。このことは、精神障害者だけではなく、知的障害者についても当てはまるものと言えるだろう。

<sup>533</sup> 「大阪市知的障がい者相談員設置要綱」ではその第 5 条で知的障がい者相談員の業務をつぎのとおり規定している。

「(1) 知的障がい者の家庭における養育、生活等に関する相談に応じ、必要な指導、助言（各区保健福祉センター、心身障がい者リハビリテーションセンター相談担当及びこども相談センターが行う専門的な相談指導を除く。）を行うこと。

(2) 知的障がい者の施設入所、就学、就職等に関し、関係機関へ連絡すること。

(3) 知的障がい者に関する理解の普及に努めること。

(4) その他前各号に附帯する業務を行うこと。」

<sup>534</sup> 熊本県ホームページ「熊本県障害者施策推進審議会について」参照。

<https://www.pref.kumamoto.jp/soshiki/29/singikai.html>, accessed 18Jan.2015.

<sup>535</sup> ホームフレンド派遣事業は、福祉事務所にホームフレンドとして登録した者が原則として週に 2 回、ひとり親家庭を訪問するもので、派遣料は無料とされるボランティア制度である。

2009 年の熊本県ホームページ「ひとり親家庭等応援のページ」

フレンド派遣事業も必要となってくるだろう。そのほかにも、近隣の人たち、友人も意思決定支援者としてその一部担う存在であろう。

イギリス 2005 年意思能力法もこのような立場である。

これを権利義務の関係で捉えれば、インフォーマルな意思決定支援者は、支援が必要な知的障害者に対して直接権利義務の関係を生じているわけではない。

ここに、インフォーマルな支援制度の限界があるし、フォーマルな支援制度が必要な理由を見出すのである。

## (2) フォーマルな制度の構築—内部アドボカシーの充実

インフォーマルな制度と併せ、フォーマルな制度における内部アドボカシーの充実が不可欠であろう。

河野正輝は、内部アドボカシーの充実について「利用者にとってより身近なケアマネジャーが福祉サービス利用に関する一連の手続きにおいて自己決定支援を果たすなら、権利擁護ニーズの大半は満たされることになるといっても過言ではない」としている<sup>536</sup>。

### ① 指定居宅介護事業所のホームヘルパー

指定居宅介護事業所のホームヘルパーは、知的障害者の主体性の形成のためには、家事援助等において利用者の代行をするのではなく、知的障害者の主体性の形成のためには、利用者に寄り添いながら利用者自らが家事援助の意思決定を行うよう支援する必要があるだろう。つまり、家事援助等と意思決定支援は日常生活のうえでは不可分の関係にあるというべきである。このことは先に詳述したとおりである。一方、確かに、利用者と支援者は契約関係にあり利害が相反する立場にあるが、本人の利益への考慮や誘導・介入の禁止規定等を法上あるいは運営基準上設けることによって利用者の不利益は防止されるのではないだろうか。とはいえ、ホームヘルパーは、身体介護や家事援助の業務の一環として意思決定支援を行うものであり、これを超える財産管理や重大な意思決定に関する支援、例えば入所施設への入所、手術などの医療行為の決定は担うことができないし、また、担わせるべきではない。

### ② 指定相談支援事業所の相談支援専門員

次に、指定相談支援事業所の相談支援専門員であるが、相談支援専門員自身が明確に意識はしていないものの、現行制度上も相談業務に関連した意思決定支援を事実上行っているだろう。これを明確に相談支援における意思決定支援者と位置づけることが必要となろう。基本相談の局面では、相談支援専門員と相談者とは契約関係ではなく、利害対立の場面に立っておらず、問題は生じないであろう。利用者と相談支援専門員が契約関係に立つ局面では、

---

<http://www.pref.kumamoto.jp/site/890/hitorioyasodan.html>, accessed 18Jan.2015.

<sup>536</sup> 河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』204頁～205頁。

ホームヘルパーについて述べたと同様の本人の利益へ考慮や誘導・介入の禁止装置等を用意すれば、利用者への不利益は解消されるものと思われる。しかし、ここでも財産管理に関する決定や重要な介護、医療に関する決定は取り残される。

内部アドボカシーの充実だけでは、意思決定支援のすべてをまかなうことはできない。

ところで、岡部耕輔は、「そもそも、知的障害者などの日常的に判断能力の不十分さを有する者たちの自己決定支援の担い手を、日常生活を共にしていない成年後見人に求めることに無理がある。日常生活における自己決定支援は本人が選択し日常生活を共にするパーソナルアシスタントが担う便宜の一つとして提供されるのがもっとも現実的であり合理的であろう<sup>537</sup>」としている。第三章の給付内容の箇所でも論述したように、知的障害者のニーズに最も適する支援はパーソナルアシスタントであるとしたのであり、パーソナルアシスタントに意思決定支援者としての役割を担わせるのも合理的だろう。本書と同一の立場である。ただ、パーソナルアシスタントが意思決定支援までも担うとすれば利用者に対して大きな権限を持つこととなり、また、利用者との密室性も高まることとなることから、干渉や誘導さらには虐待のリスクが高まる可能性があるだろう。これに対しては、岡部は相談支援事業所の機能として「相談支援はアシスタントによる日常的な自己決定支援を補完しアシスタントによる権利侵害を監視する等の役割を基本にすればいい<sup>538</sup>」とする。パーソナルアシスタントに福祉給付のみならず意思決定支援まで担わせるならば、相談支援事業所かどうかは別として監視機能の設置は不可欠となるだろう。

### （３）フォーマルな制度の構築—外部アドボカシーの必要性

内部アドボカシーの充実だけでは、意思決定支援のすべてをまかなうことはできないとすれば、外部アドボカシー制度も不可欠なのである。

そこで、その代表格である成年後見制度であるが、ラスト・リゾートとしての代行決定も認めるべきではないとするのが本書の立場である。代行決定は知的障害者の地域での自立した生活、地域への参加を阻む社会的障壁を形成している面があるからである。内部アドボカシーとの役割分担を考慮し、支援付き意思決定の考え方を取り入れれば、意思決定能力の程度で類型化するのではなく、支援内容で区別すべきだろう。つまり、内部アドボカシーでは担えない財産管理や重要な介護、医療に関する決定を担うようにするのである。成年後見人は、意思決定支援者として生まれ変わるのである。この点では、代行決定システムの残滓は認められるものの意思決定支援者と明確に位置付けている点で、カナダ法の立法例が参考となるだろう。

ところで、外部アドボカシーが必要だとしても、指定居宅介護サービスを利用している者に対する意思決定支援をホームヘルパーが担えないとし、外部アドボカシーにその役割をす

---

<sup>537</sup> 岡部耕輔「自立生活」松井亮輔・川島聡編『概説 障害者権利条約』（法律文化社、2010年）105頁。

<sup>538</sup> 岡部耕輔・前掲注(538)105頁。

べて担わせることは、資源やコストの面で現実的ではない。また、既に検討したように日常生活において家事援助とこれに伴う意思決定支援を分離しては知的障害者のニーズに反する結果となってしまう。

次に IMCA の検討に移る。

わが国において、意思決定あるいは意思表示に困難を抱える人たちの権利行使等を代弁する者を直接規定している法を見出すことはできない。しかし、知的障害者の権利行使等を代弁する者の存在の必要性は高い。

ところで、2005年イギリス意思能力法における IMCA 制度は、5条行為と一体となったものであった。つまり重大な医療、介護について医療機関等が意思決定を代行する条件として IMCA が付されるのである。

本稿では、代行決定を否定しすべてを意思決定支援<sup>539</sup>とするものである以上、イギリス法における IMCA をそのまま導入することは理論的に困難である。

意思決定支援を意思形成、意思決定そして意思表示の連続したプロセスとする本稿の立場では、意思決定支援者が IMCA の役割をも含むと解せざるをえない。

しかし、外部アドボカシーとしての意思決定支援者もその専門性の有無によって 3 類型化すべきかも知れない。日常生活上の意思決定支援を専ら担当する意思決定支援者（仮称）<sup>540</sup>、主に法律行為に関する意思決定支援を担当する特定意思決定支援者（仮称）、そして権利行使における代弁を専門にする代弁意思決定支援者（仮称）<sup>541</sup>である。この 3 類型は、判断能力の程度によって振り分けられる現行成年後見制度とは異なり、業務内容による区分であり、むしろ知的障害者のニーズに応じるものであって、その主体性の形成を促進するものとなる。

平成 23 年 6 月 23 日に開催された障がい者制度改革推進会第 15 回総合福祉部会に提出された「新法における「権利擁護」「意思決定支援」等に関する提言書」において、藤岡毅は、意思決定支援員制度を提言する。藤岡によれば、意思決定支援員は市町村が審査会を経て認定し、意思決定支援事業者等に委託して行う。そして、この制度を障害者総合支援法上の内部アドボカシーとして位置付ける<sup>542</sup>。概ね本論攷の意思決定支援者や代弁意思決定支援者と軌を一にするものであるが、本稿における意思決定支援者や代弁意思決定支援者を藤岡の言

---

<sup>539</sup> ここでは、外部アドボカシーとしての意思決定支援者を念頭に置いている。

<sup>540</sup> ここでいう意思決定支援者は、河野正輝の利用者の信任を得て日常的に寄り添い、利用者との個別の関係性の下で包括的・継続的に自律（意思決定）の支援を行う「支援者（仮称）」も含んでいる。本稿での意思決定支援者は、知的障害者等のニーズに応じ、包括的、継続的意思決定支援から単発的、短期的意思決定支援までのバラエティに富んだ支援者像を想定している。なお、河野正輝・前掲注(102)19 頁参照。

<sup>541</sup> イギリス 2005 年意思能力法の IMCA は、この代弁意思決定支援者に結実されるといってよからう。

<sup>542</sup> 藤岡毅「新法における「権利擁護」「意思決定支援」等に関する提言書」（参考資料 2）18 頁～19 頁。

うように障害者総合支援法上の内部アドヴォシーとすべきかどうかはなお検討を要する。

#### (4) ネットワークによる支援

このように意思決定支援者は多様であり、それぞれの分担する業務の領域も異なる。インフォーマルな意思決定支援まで含めるとき、意思決定支援ネットワークの構築が必要であり、被支援者のニーズに応じた支援の輪を作っていくことが必要となろう。具体的には支援チームを組んで対応することとなろうが<sup>543</sup>、その際コーディネーターの存在が不可欠である。介護保険制度においては、権利擁護に関して地域包括支援センターがその役割を果たしていることから、相談支援事業所に社会福祉士などの専門職配置を義務付けることによりこれに対応していく方法もあるだろう。また、藤岡がいうように意思決定支援事業者を創設し、これに担わせる方法もあるだろう。

### 3 小括

以上、わが法制度に意思決定支援制度を導入した場合の多様な意思決定支援者の創設とその役割といった観点からささやかな提言を試みた。

わが日本法制度において意思決定支援制度の仕組みはほとんど着手されていない状況にある。どのような意思決定の仕組み作りが可能か、その内容についての詳細な検討は今後の課題としたい。

いずれにしても、障害者権利条約第 12 条に沿った統一的な意思決定支援法を制定すべきときがきていると思われる。

ところで、意思決定支援制度の今後を展望するに際しては、その報酬体系に触れておかなければならない。

民法第 862 条は、「家庭裁判所は、後見人及び被後見人の資力その他の事情によって」報酬額が決まる旨を規定している。

そして、現在の成年後見制度の報酬は、平成 25 年 1 月 1 日付け東京家庭裁判所及び東京家庭裁判所立川支部連名の「成年後見人等の報酬額のめやす」<sup>544</sup>に示されている。同書によれ

---

<sup>543</sup> オックスフォード・シャーでは、意思決定支援チームと限定しているのではないが、知的障害者／学習障害者 (learning disability) のニーズにチームを組んで対応している。

オックスフォード・シャー州議会のホームページによれば、知的障害者／学習障害者 (learning disability) にできる限り自立した生活をするのを援助するために、

ソーシャル・ワーカー、ケア・ワーカー、地元の看護師 (community nurses)、栄養士 (dietitians)、臨床心理士 (psychologists)、精神科医 (psychiatrists)、言語聴覚士 (speech and language therapists)、理学療法士 (physiotherapists)、作業療法士 (occupational therapists)、サポート・ワーカーからなるチームで対応しているとある。

このような例に見られるようにチームを組みながら意思決定支援をしていく必要があるだろう。  
<https://www.oxfordshire.gov.uk/cms/content/learning-disability-teams>, 19. Jan. 2015.

<sup>544</sup> 東京家庭裁判所及び東京家庭裁判所立川支部「成年後見人等の報酬額のめやす」

ば、成年後見人等に対する報酬は、申立てがあったときに審判で決定され、裁判官が、対象期間中の後見等の事務内容（財産管理及び身上監護）、成年後見人等が管理する被後見人の財産の内容を総合考慮して、裁量により、各事案における適正妥当な金額を算定するとされている。そして、専門職が成年後見人等に選任された場合について、これまでの審判例等、実務の算定例を踏まえて、次のような標準的な報酬額の目安を示している。

成年後見人について、通常の後見事務の目安は月額 2 万円であり、管理財産額が高額な場合は、財産管理が複雑、困難になる場合が多いので、管理財産額が 1,000 万円を超え 5,000 万円以下の場合は、月額 3 万円～5 万円、5,000 万円を超える場合は、月額 5 万円～6 万円としている。また、平成 23 年 6 月付けの奈良家庭裁判所後見係名で示された「成年後見人等の報酬額のめやす」<sup>545</sup>では、収益不動産が多数あり管理が複雑である事案や被後見人の身上監護が困難な事案等の場合に基本報酬額に 50%の加算を行う、そして付加報酬として後見開始時の財産調査や訴訟等により財産を増加させた場合、施設入所契約を行った場合等が挙げられている。

このことからみれば、身上監護の困難性を考慮して標準報酬を付加すると定める裁判所があるものの、後見人の業務がそうであるように報酬面でも財産管理、財産的行為を中心とするものであることがわかる。

しかし、他者決定型支援から自己決定型支援（支援付き意思決定）へパラダイム・シフトするとすれば、財産管理中心的な後見事務報酬体系を維持することはできない。介護、医療等のパーソナル事項も意思決定支援の内容となるからである。したがって、その報酬体系も、被支援者の意思形成、意思決定、意思表示への支援スキルに応じた報酬体系とならざるを得ないのである。

そして、いつでも、どこでも、だれでも意思決定支援を受けられるためには、報酬に対する助成制度も不可決である。現行法上は、障害者総合支援法第 77 条第 1 項第 4 号で、地域生活支援事業として成年後見制度利用の費用援助について規定し、地域生活支援事業実施要綱で「成年後見制度利用援助事業」は市町村必須事業とされている<sup>546</sup>。しかし、予算制度として

---

[http://www.courts.go.jp/tokyo-f/vcms\\_lf/130131seinenkoukennintounohoshugakunomeyasu.pdf](http://www.courts.go.jp/tokyo-f/vcms_lf/130131seinenkoukennintounohoshugakunomeyasu.pdf), accessed 23 Jan. 2015.

<sup>545</sup> 平成 23 年 6 月付奈良家庭裁判所後見係「成年後見人等の報酬額のめやす」  
[http://www.courts.go.jp/nara/vcms\\_lf/20203056.pdf](http://www.courts.go.jp/nara/vcms_lf/20203056.pdf), accessed 23 Jan. 2015.

<sup>546</sup> 例えば、広島市では、市長が家庭裁判所へ成年後見人選任の申立てをする要件として、

ア 65 歳以上の高齢者、知的障害者又は精神障害者であること。

イ 自己の財産の管理・処分や医療・介護・障害福祉サービスの契約等を行う能力が十分でないこと。

ウ 成年後見人等選任の申立てを行う配偶者及び四親等以内の親族がいないこと。

エ その他市長が特に本人の福祉のため必要と認めること

とし、申し立て費用の助成として、

[対象]



成年後見制度利用の助成を位置付けることは、たとえ市町村必須事業としたとしても、予算の不足により助成が受けられない事態も考えられ、妥当とはいえないだろう。

意思決定支援法には、財産管理中心ではなく、パーソナルな事項に関するスキルの程度も勘案した報酬体系とし、当該費用の助成も義務的給付としてこそ、知的障害者の自己決定／意思決定、参加、参加の結果としての貢献を果たすことができるのである。

最後に、これまでの考察を踏まえ、意思決定支援法につなげるための意思決定支援に関する基本的な指針（ガイドライン）（私案）を示すことで、本章を締めくくりたい。

### **意思決定支援に関する基本指針（ガイドライン）私案**

本指針（ガイドライン）は、成年後見制度が意思決定支援を要する者の多様なニーズに対応できていないことに鑑み、意思決定における代行決定を廃し、支援付き意思決定の観点から、意思決定支援に関する基本指針（ガイドライン）を示そうとするものである。

内部アドボカシー及び外部アドボカシーを問わず、統一的な意思決定支援法を策定することが望まれるところであるが、本指針（ガイドライン）は、その前提として、意思決定支援法へとつながる基本的な枠組みを示すものとなっている。

#### 第一 目的

意思決定に困難を抱える人が、支援を受けながら意思決定を行うことにより、地域での生活に平等に参加し自立した生活を営み主体性を形成することを目的とする。

#### 第二 一般原則

---

広島市内に居住する被後見人等のうち、次のいずれかに該当する者。（報酬助成の申請時点）

ア 生活保護を受けている者

イ 中国残留邦人等の円滑な帰国の促進及び永住帰国後の自立の支援に関する法律による支援給付を受けている者

ウ 収入・資産等の状況から上記ア、イに掲げる者と同等の状態であると認められる者

※ 成年後見人等が被後見人等の親族（民法第725条に規定する親族）の場合は対象にならない。

[助成額]

家庭裁判所が決定する成年後見人等に対する報酬額を助成する。ただし、次の額を上限とする。

・助成する報酬の対象期間のうち在宅であった期間

月額2万8,000円

・助成する報酬の対象期間のうち施設等に入院し、又は入所していた期間

月額1万8,000円

としている。

広島市ホームページ参照

<http://www.city.hiroshima.lg.jp/www/contents/0000000000000/1112095213827/>, accessed 24 Jan. 2015.

### 1 意思決定能力

すべての成年は意思決定の能力を有する。ここでいう意思決定能力とは、支援を受けながら行う意思決定も含まれる。

### 2 支援付き意思決定

意思決定に困難を抱える人について、意思決定を代行することは、その人の権利を否定し、いわば意思決定における隔離収容ともいえるのであり、支援付き意思決定には代行決定は含まない。支援の程度は0%から100%とであり、100%支援であったとしても代行決定とは異なる概念として構成する<sup>547</sup>。

### 3 最善の利益 (ベスト・インタレスト) <sup>548</sup>

意思決定を支援するにあたっては、本人の最善の利益 (ベスト・インタレスト) に適うように行わなければならない、本人に対して意思決定を誘導したり、意思決定へ介入することはできない。

## 第三 対象者

### 1 精神上の障害もしくは脳の損傷または機能障害のため、独力で意思決定することが困

---

<sup>547</sup> このような見解に対して、上山泰・菅富美枝は、「代理・代行決定（他者決定）型の仕組みであることを理由に、法定代理権制度を全廃して、自己決定支援への仕組みへと直ちに一元化することは、立法論としてはあまり現実的ではないように思われる」とし、「法定代理権の付与は、基本的にラスト・リゾートとして位置付けるべきであり、その対象範囲、時間的側面も含めて、必要最小限に留めなければならない」とする。上山泰・菅富美枝・前掲注(513)26頁～27頁。また、平田厚も、『権利擁護と福祉実践活動』（明石書店、2012年）92頁で、「本人に自己決定能力がない場合には、どのような支援を行うかについては他者による代行決定に基づく方法しかない」としている。さらに、菅富美枝は、「いかなる支援を受けてももはや自己決定が不可能であるような極限状態にあっても」意思決定支援を説く見解は、「本人が決定した」として、周囲による抑圧的、操作的代行決定を隠ぺいする恐れすらある」としている。菅富美枝・前掲注(510)220頁。

確かに、例えば重度の知的障害者にとって意思決定の領域はごく狭いのが現実であろう。現実的には意思決定が不可能であると思えるような事柄について意思決定を擬制することは、菅が言うように代行決定の隠蔽につながり、厳格な代行決定の要件に晒されない危険を伴うと解する余地もあるだろう。

しかし、ラスト・リゾートとして他者決定型である代行決定を残すことは、社会モデルの観点からは、意思決定における隔離・収容を例外的であれ認める結果となり、妥当とはいえないと思われる。本論文では、意思決定支援の程度は0%から100%まで連続するものととらえ、支援の程度に応じたリスク回避を講じよとするものである。菅が主張するリスクは、本人に重大な利害がもたらされる行為に関して生じるものと思われるが、これに対しては、意思決定支援者に支援の程度に相応した「第五意思決定支援者」で述べるような義務を課すこと、監視制度を有効に活用すること、本人の意思の読み取りおよび推定の可能な意思決定支援者の選任等によって対応可能ではないかと考えている。なお、菅が主張するような極限状態の事例では、特定意思決定支援者は裁判所の意見を求めるとすべきように思われる。

<sup>548</sup> ここでいう「最善の利益 (ベスト・インタレスト)」は、本人の意思を顧慮せずに意思決定支援者が考える「最善の利益 (ベスト・インタレスト)」に従わせるという意味ではなく、本人に損害を与えるような意思決定へと誘導することや介入することを禁ずる意味で使用している。本人の意思を最大限尊重する「意思と選好の最善の解釈」を採るべきことは、本文で述べるとおりである。

難な者または決定を外部に伝達することが困難な者

- 2 意思決定が困難な者かどうかは、医学的診断を基本とするのではなく、社会における認知能力、適応能力や社会環境との相互作用などを総合衡量することによって決定しなければならない。
- 3 意思決定に困難を抱える状態とは、支援によって意思決定できる状態をいい、その支援の程度は類型化されるのではなく 0%～100%までの連続したものとして捉えられるので、制限行為能力の問題は発生しない。

#### 第四 支援の対象行為

法律行為や財産管理だけでなく医療や介護などのパーソナルな事項を含む日常生活上のあらゆる事項を対象とする。

#### 第五 意思決定支援者

インフォーマルからフォーマルまで多様、多層的な意思決定支援者とし、総合的に支援する支援の輪、ネットワークを形成して支援することが必要である。なお、ネットワークによる支援は、支援方法の一つでもある。

##### 1 インフォーマルな意思決定支援者

家族、近隣の住人、友人、ボランティア、民生委員、知的障害者相談員、知的障害者ホームフレンド（仮称）、ルームメイト等

##### 2 フォーマルな意思決定支援者

###### (1) 福祉に関する法の内部における意思決定支援者<sup>549</sup>

障害者総合支援法上のホームヘルパー等の施設職員、障害者総合支援法上の相談支援専門員、介護保険法上の施設で支援を行う者、地域包括支援センター職員、介護支援専門員等

###### (2) 福祉に関する法の外部の意思決定支援者

###### ①意思決定支援者<sup>550</sup>

日常的な意思決定支援を担う者で、意思決定支援のスキルを有する者<sup>551</sup>を市町村

---

<sup>549</sup> 知的障害者への支援については、マンツーマン支援、とりわけパーソナルアシスタンス制度の必要性が大きい。その意味では、パーソナルアシスタントも福祉に関する法の内部の意思決定支援者と位置付けることができるだろう。

<sup>550</sup> 本稿における「意思決定支援者」は、河野正輝の「利用者の信任を得て日常的に寄り添い、利用者との個別的な関係性の下で包括的、継続的に自律（意思決定）の支援を行う「支援者」（仮称）」と近似するものである。河野正輝・前掲注(102)19頁参照。なお、注(550)参照。

<sup>551</sup> 日常的な意思決定を担う者で意思決定支援のスキルを持った者としては、社会福祉士などが該当すると思われる。しかし、社会福祉士も必ずしも知的障害者に対するコミュニケーション・スキルを持っているとは言えず、コミュニケーション・スキルを高める専門研修制度を整備する必要があるだろう。また、現在、国が進める市民後見推進事業に基づき、各自治体で、市民後見人の養成がなされているが、これと同様に一定の研修を経て市民意思決定支援者を養成するといっ

が認定することにより意思決定支援者となる。本人と意思決定支援者との契約により意思決定支援を受ける<sup>552</sup>。契約締結が困難な者については、市町村が契約締結を支援する。

## ②特定意思決定支援者

重大な財産管理や医療機関への入院、介護施設への入所契約などの重要な法律行為の支援を担い、法律行為に関する専門性を有する者を裁判所が選任する。

なお、居住用不動産の処分などの重要な財産行為や生命の危機を回避するための医療機関が行う手術等の本人の生存に関わるパーソナルな行為、100%の支援ないしそれと同視し得る状態にある者については裁判所の意見を聴取する必要がある<sup>553</sup>。

## ③代弁意思決定支援者<sup>554</sup>

意思決定の表明が困難な者等に対する意思決定支援を専門とする者で、主に権利行使に関する代弁を担当し、市町村の認定により、本人との契約によって選任される。契約締結が困難な者については市町村が契約締結を支援する。

### 3 意思決定支援者の義務

#### (1) フォーマルな意思決定支援者の義務

##### ①福祉に関する法の外部の意思決定支援者の義務

意思決定支援者は、意思決定支援を円滑かつ効果的に実施するために次の義務を負う。

- ① 誠実に行動する。
- ② 授権の範囲内での行動。
- ③ 本人の願望を決定するための情報の提供および合理的範囲での相談援助。
- ④ 本人の指示や表明された願望が認識されない場合は、これまでの本人の価値観

---

たことも必要となろう。

<sup>552</sup> 日常生活についての意思決定支援の必要性の高い者は、重度の知的障害者が地域で自立した生活をする場合であろう。このような場合は、24時間の支援が必要となることもあるだろう。そのような場合に問題となるのは、当該支援の経費である。本人と意思決定支援者との契約によって意思決定支援者の報酬等の経費が決まることになるが、24時間支援の場合には、その報酬等の経費も相当高額となる。これに充当する財産がない者にとっては、第8(2)で示した市町村の助成制度の活用が必要となるだろう。これに要する経費も相当なものとなる可能性があり、実行可能な財源が得られるかどうかの問題を孕んでいる。しかし、障害者権利条約第12条第3項は、障害者が法的能力の行使に当たり必要とする支援にアクセスすることができるような措置をとることを締約国に要求しているし、第19条は、障害のある人すべてに他の者と平等の選択の自由をもって地域社会で生活する平等の権利を認めるとしている。つまり、たとえ重度であっても、法的権利を行使し、地域で意思決定支援を受けながら生活するといった選択を財源論から制約することは、意思決定の困難さを伴わない者との不平等な取り扱いとなるのではないだろう。

<sup>553</sup> わが国の民法第859条の3は、成年被後見人の居住用不動産の処分については裁判所の許可が必要であると規定しているが、本稿では、生存に密接にかかわる重要な行為についても、意思決定支援を貫き、あくまで決定の主体は知的障害者本人であることから、裁判所に意見を求めることとした。

<sup>554</sup> 本稿における代弁意思決定支援者は、意思決定の表明が困難な本人を代弁する者であり、イギリス2005意思能力法のIMCAとは異なっている。IMCAは、意思決定能力のない者を代弁することとされているからである。

や信念に沿って本人の意思を推定する<sup>555</sup>。つまり、「意思と選好の最善の解釈」を行う義務がある<sup>556</sup>。

ところで、カナダにおける支援付き意思決定に関する法として挙げられるブリティッシュコロンビア（British Columbia）州の Representation Agreement Act の場合、意思決定の支援が必要な者の指示や願望が認識できず、その推測も困難な場合はベスト・インタレストに従うことを規定する。また、アルバータ（Albert）州の Adult Guardianship and Trusteeship Act においては、共同意思決定者（co-decision-maker）の義務としてベスト・インタレストを規定している。このように、意思決定支援者の義務としてベスト・インタレストを要求している例が見られる。しかし、ベスト・インタレストは、イギリス意思能力法 2005 が規定しているように、本来、代行決定を行う者に対する義務である。

意思決定支援のあり方としては、ベスト・インタレストを基本とすべきではなく、あくまで本人の意思を推測する方法、つまり「意思と選好の最善の解釈」を採るべきであろう。柴田洋弥も、「最善の利益」はあくまで支援者が考えるものであるから、「支援者が客観的にみた本人の最善の利益」という観点は排除できない」と述べ、「最重度知的障害や重症心身障害等のある人については、明確な意思が読み取れない場合が多い。しかし、多くの場合は、どういう環境なら心地よさそうだとか、逆に嫌なよ

---

<sup>555</sup> この関連では、イギリスにおける子どもアドボカシーに関する議論が参考になる。

堀正嗣は、言語的な指示が困難ないし不可能な子どもに対するアドボカシーは非指示的アドボカシー（non-instructed advocac）と呼ばれているとし、ボイランら（Boylan ら）の見解を紹介している。

「ボイランら（Boylan ら）は非指示的アドボカシーには、人間中心アプローチ、人権アプローチ、観察（wating brief）アプローチ、最善の利益アプローチの4つがある」としている。「そのうち最も主要なアプローチは人間中心アプローチであり、それは子どもと知り合い、好きなもの嫌いなものを理解し、それをもとに彼らの願いを推量しアドボケイトとするというプロセスをたどる」。「人権アプローチ」とは、こどもの権利条約等に規定された子どもの権利を拠り所にその擁護・促進をめざしてアドボカシーを行うものである。「観察アプローチ」はスタンフォードシャーのアシスト（Asist）という団体が開発したものであり、「能力・コミュニティへの参加・継続性・選択と影響・個性・地位と尊敬・パートナーシップと関係性・ウェルビーイング」という「8つの指標に照らして子どもの状況を観察し、アドボカシーを行おうとするものである。最後の「最善の利益アプローチ」は、子どもの最善の利益の実現をめざしてアドボカシーを行うものである。多くのアドボケイトは、この4つの方法を組み合わせて、非指示的アドボカシーを行っている」といふ。堀正嗣編著『イギリスの子どもアドボカシー その政策と実践』（明石書店、2011年）156頁～158頁。示唆に富む見解である。意思決定支援の観点からは、ボイランら（Boylan ら）の主張にもあるように、意思決定支援者が必要な知的障害者のことを理解し信頼関係を構築することにより、必要な者の願いを推量するといった方法が基本となるだろう。

<sup>556</sup> 2014年4月11日に国連障害者権利委員会が採択した一般意見第1号「12条 法律の前における平等な承認」は、「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、「意思と選好の最善の解釈」が「最善の利益」の決定に取ってかわらなければならない」としている。柴田洋弥「意思決定支援に基づく成年後見制度改革試論—障害者権利条約12条についての権利委員会意見書をめぐって—」『成年後見法研究第12号』（民事法研究会、平成27年）151頁参照。

うだとか、その感情や好みを表情や体の動きで読み取ることができる。このような本人の選好を元に、本人がより楽しく感じられる日常生活を送れるようなさまざまな日常生活の支援を組み立てていくなれば「本人の意思と選好の最善の解釈」による支援が可能となろう」としている<sup>557</sup>。

なお、意思決定支援者は、100%の意思決定支援およびそれと同視得る程度の支援の権限はないのであるから、意思決定支援者は④の義務を負わないこととなる。

また、代弁意思決定支援者も本人の意思決定を代弁する者であるので、100%の意思決定支援の権限はなく④の義務を負わない。

## ②福祉に関する法の内部における意思決定支援者

障害者総合支援法上のサービスは利用者と事業者との契約によって提供される。したがって、福祉に関する法の内部における意思決定支援者は、契約責任として意思決定支援の義務を負うこととなる<sup>558</sup>。例えば、障害者総合支援法上の居宅介護や重度訪問介護については、障害者総合支援法第42条で指定障害福祉サービス事業者に障害者等の意思決定支援に配慮する努力義務を認めたことからすれば、障害者総合支援法施行規則第1条の3の「家事並びに生活等に関する相談及び助言」は、意思決定支援を定めた規定と解すべきであろう。厚生労働省令等が契約内容となることは既に前章第四節で示したとおりであり、居宅介護事業者（履行補助者であるホームヘルパーも）は契約上意思決定支援の義務を負うと解することができるのである。

### (2) インフォーマルな意思決定支援者の義務

インフォーマルな意思決定支援者は、いわばボランティアとして意思決定支援を行うものであるため、福祉制度外部の意思決定支援者と同様の義務を負わせるわけにはいかないだろう。特に、近隣の住民や友人、ルームメイトなどは日常生活の営みの中で、本人を支えるのであり、法的義務を課することに馴染まないと思われる。しかし、民生委員などの公的制度として位置付けられている者については、「誠実に行動する」といった義務を努力義務とすることは認めてよいであろう。例えば、民生委員法第14条第1項第2号には、民政委員の職務として、「援助を必要とする者がその有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるように生活に関する相談に応じ、助言そ

---

<sup>557</sup> 柴田洋弥・前掲注(575)158頁。

なお、前掲の堀正嗣が紹介した、Jane Boylan と Jane Dalrymple”Understanding Advocacy for Children and Young People ”pp.110-112.にも、ベスト・インタレストアプローチは、アドボケイトが考えるベスト・インタレストではなく子どもや若者の指示や許可により行動するとされる子どもの権利条約に抵触するのであり、アドボカシーの方法としては、ベスト・インタレストによるのではなくて、アドボケイトの考えと相違しても、若者に寄り添い若者の考えを傾聴し考慮することであると述べられている。Jane Boylan and Jane (2009), *Understanding Advocacy for Children and Young People*, Open University Press.

<sup>558</sup> 菅富美枝・前掲注(510)260頁。

の他の援助を行うこと」と規定されているからである。

## 第六 意思決定支援の方法

### 1 情報提供

意思決定に関連する情報を収集し、本人が理解し、意思決定に活用できるような方法で情報提供する必要がある。具体例として、その人に最も親しみやすいコミュニケーション・ツールの利用、わかりやすい言葉遣いの工夫、言い換えや繰り返し、絵や写真の利用等

### 2 情報の収集および情報の提供

当該意思決定に必要な情報を収集する。

### 3 相談、助言

知的障害者の意思決定支援は、意思決定支援に関連する情報を収集し、これを提供すれば足りるものではない。支援付き意思決定の方法の項でも述べたように、情報の理解が前提となる。そのためには、上記1のような情報提供の支援が必要であるとともに、意思決定支援者との相互のコミュニケーションを繰り返しながら、行きつ戻りつし、時間をかけた意思決定のプロセスが必要となるだろう。

本項の相談、助言とは、知的障害者の意思決定に至るプロセスにおいて知的障害者と意思決定支援者との双方向のコミュニケーションを意思決定支援者の側から捉えたものである。

### 4 意思表示

本人とのコミュニケーション可能な方法で意思疎通し、くみ取った意思を伝達する。

### 5 意思決定支援者の本人意思の確認

すでに述べたように、意思決定支援が本人の意思形成、意思決定、意思表示といった連続するプロセスへの支援であり、知的障害者の障害特性は、行きつ戻りつしながら意思を形成し、決定していくのであるから、意思決定支援者は、意思形成途上あるいは意思決定に至るまでに何度も本人の意思の確認が必要となろう<sup>559</sup>。

また、財産上あるいはパーソナルな事項に関する意思決定支援は、包括的に特定意思決定支援者に授権することは許されず、個別に授権することが必要とすべきである。

---

<sup>559</sup> 菅富美枝は、「支援付き意思決定と成年後見制度」『成年後見法研究第12号』（民事法研究会、平成27年）185頁で、支援者の意思決定支援が「正当」かつ「真」の支援であるか否かのメルクマールとして、「本人による意思決定過程への積極的な関与・実践の有無の確認の徹底」であるとし、「当該決定がなされた過程において、本人による選択が積極的に実行されたといえるかどうかにかかっている」と述べている。そして、イギリスにおける意思決定支援の例として、「～は必要ないので、・・・してもいいですね」といった閉じた質問ではなく、「～が必要だと思いますが、どうでしょうか。選択肢としては、A、B、Cといったものがあります。AとBの違いは～、BとCの違いは～、AとCの違いは～です。どれにしますか」といった質問が求められるとしている。示唆に富む記述である。

## 6 チームアプローチ

福祉援助を実践する場合、チームアプローチが重要となる。福祉におけるさまざまなニーズに総合的に対応するには、ニーズに対応可能な複数の人や機関の関わりが必要となるからである。これは、意思決定支援の分野にも当てはまる。石渡和実は、「特に、意思の「表明」が難しい人の場合、本人を熟知し、長くかかわっていたとしても、1人の支援者の決定では、その価値観や人間観に左右されてしまう。したがって、本人の暮らしにかかわるさまざまな立場の人間がチームを組み、必要な場合は周知なカンファレンスを行って、本人が何を考え、何を望んでいるかの意思決定を判断することが必要ある<sup>560</sup>」としている。

チームアプローチをする場合は、専ら重大な行為に関する場合が考えられる。したがって、本人のニーズに沿ってどのようなメンバーのチームを組むのか、チームを組んだ後の調整等のコーディネートは特定意思決定支援者が行うこととなる。

## 7 ネットワークによる支援

本人の家族や友人、定期的に会う人たちからできたボランティアグループからなる支援の輪<sup>561</sup>や法制度上の（フォーマルな）支援者も併せた広範な包括的ネットワークによる支援<sup>562</sup>が必要である。

ネットワークの構築については、専ら都道府県、市町村の役割となろう。つまり、都道府県は広域的ネットワークを、市町村は当該地域でのネットワークの構築を行政施策として行う責任がある。なお、第八で述べる意思決定支援センターに各自治体が委託して実施することもできるとすべきであろう。

## 第七 意思決定支援の効果

### 1 日常的な意思決定

日常的な意思決定については、意思決定の支援を受けず知的障害者が行った法律行為については有効である。

---

<sup>560</sup> 石渡和実「成年後見制度と「意思決定支援」—障害者権利条約の批准を踏まえて—」『成年後見法研究第12号』（民事法研究会、平成27年）170頁。

チームアプローチとしては、前掲注で示したオックスフォード・シャーの例が示唆的である。

なお、石渡和実「地域で生活する権利成年後見」『実践成年後見第15号』4頁～11頁。横山正博編著『ソーシャルワーカーのためのチームアプローチ論』（ふくろう出版、2010年）参照。

<sup>561</sup> 「支援の輪(Circle of Support)」とは、アメリカ合衆国カリフォルニア州のランターマン法第4512条(f)項によれば、「家族や経験を共有するために、自律を促進するために、コミュニティへ包摂するために、発達障害者と定期的に出会う人を含む、地域の人々の献身的なグループを意味し、ナチュラルサポートを確立し維持することによって個人を援助する」と規定されている。

<sup>562</sup> ネットワークによる支援は、支援の輪やネットワークの構築がなければ支援も不可能であることから、第八の「支援環境の整備」の面も併せ持つ。河野正輝も、権利擁護においてネットワークの構築が重要である旨を主張している。河野正輝・前掲注(7)『社会福祉法の新展開』154頁～156頁。



## 2 重大な意思決定

重大な財産管理や医療機関への入院、介護施設への入所契約などの法律行為などは、特定意思決定支援者が担うことになるが、当該意思決定のプロセスに特定意思決定支援者の支援が全くなかった場合には、当該意思決定が知的障害者の最善の利益（ベスト・インタレスト）に反するかぎり、取り消しうべき行為となる。青木佳史が言うように、「例えば友人にたぶらかされて、障害年金が入った翌日に、日常生活自立支援事業で社協が保管していた預金通帳を無断で再発行して即日全額引き出し、その日のうちにすべて遊興費に使ってしまう例などに遭遇すると、それを本人の試行錯誤や愚行をする自由であるとすませることはできない」との問題もある<sup>563</sup>からである。

カナダのアルバータ（Alberta）州の Adult Guardianship and Trusteeship Act に規定する共同意思決定者（co-decision-maker）といった制度の導入もあり得るが、知的障害者と共同意思決定者（co-decision-maker）との共同署名を要求し、片方の署名がない場合は、取り消すことができるとするのは、共同意思決定者（co-decision-maker）に同意権を認めた結果となり代行決定的な色彩を帯びることとなる。

確かに、上で述べた結論は、意思決定支援者に取消権を認めることは代行決定を認める結果になるのではないかとの疑問が生じよう。

大村敦志は、成年後見法制の代理権、同意権、取消権について、同意権+取消権を関係者全員が合意しなければ有効に行為ができない共同管理関係、代理権を関係者の誰か 1 人が単独で有効に行為できる関係を競合管理関係と整理する。そして、共同管理関係は、自分が望んでも行為の効果は生じないが、競合管理関係では自分が望まなくても行為の効果が生じてしまうとして、いずれも自己決定権の制約であると論じている<sup>564</sup>。

取消権を認めることは、本人の一旦決定した意思を事後的に取り消すことになって、本人の自己決定を尊重しない結果となるとも解される。

しかし、意思決定支援を受けることなく重大な不利益を知的障害者が被ることは、意思決定支援の必要性を没却するものでもあるし、もはや取引秩序としても許容できるものではないと思われる。つまり、民法の公序良俗の特別規定としてとして法定することにより解決を図るべきであろう<sup>565</sup>。

---

<sup>563</sup> 青木佳史「法的能力と成年後見制度の改革課題」『発達障害研究第 32 巻第 5 号』（2010 年）443 頁。青木は、このことから代行決定をやむを得ない制度として存置するという結論を導いている。

<sup>564</sup> 大村敦志『もうひとつの基本民法 I』（有斐閣、2005 年）48 頁。

また、大村敦志は、同書で、「代理権」は、「同意権+取消権」に比べ「自己決定権」を侵害する程度が低いとする見解を批判し、代理人が本人の意思に反して代理権を行使する危険があることから、「代理権」が「同意権+取消権」に比べ「自己決定権」を尊重する制度であるとはいえないとしている。同書 44 頁～46 頁。代理権が本人の意思決定を奪う面があることから筆者も大村の見解が妥当であると考えます。

<sup>565</sup> このような構成は、イギリス契約法の法理である判断能力がなかったことを理由に自己の契約責任を免れるべきではないという法理を前提に、判断能力がないままに契約を締結したことを相

## 第八 意思決定支援環境の整備および意思決定支援体制の構築

- 1 国、都道府県、市町村は、認識能力に配慮して、道路等にわかりやすいサイン（例えば絵文字）を設置する責任を有するし、民間等もこれらを行うための指針の策定や働きかけを行う責務がある。
- 2 国、都道府県、市町村は、知的障害者の意思決定支援を推進するため意思決定支援者の提供体制を構築する責務がある。

### （1）意思決定支援者、代弁意思決定支援者の養成

市町村は、都道府県の支援を受け、意思決定支援者および代弁意思決定支援者となるための養成研修を実施する。

そのカリキュラムには、知的障害者の特性を踏まえたコミュニケーション・スキルの修得や法律行為の理解などの法学的な知識の修得、また、実際に知的障害者と接しながらのスキルの修得も不可欠となるだろう<sup>566</sup>。発達障害も含めれば、障害特性に応じた専門研修の必要性も出てくるだろう。

### （2）特定意思決定支援者の養成

特定意思決定支援者は裁判所により選任されるのであるが、特定意思決定支援者となるためには、ある程度法的専門性のある者を予定しているものの<sup>567</sup>、都道府県あるいは市町村による知的障害者とのコミュニケーション・スキルの修得に関する研修受講は必須としなければならないだろう。そのためには、知的障害者の人と共に過ごす体験実習も必要となる。さらには、成年後見法制と支援付き意思決定の相違についてのカリキュラムは必須である。特に、100%の意思決定支援の意味合いの理解は不可欠である。

### （3）意思決定支援者の登録

意思決定支援者、特定意思決定支援者、代弁意思決定支援者としての研修修了者は、市町村に登録する。

市町村は登録台帳を備える。

### （4）意思決定支援センターの創設

---

手方が知っていたか知るべきであった場合に表意者が保護される法理、不当威圧の法理、判断能力の脆弱性を考慮する法理によって契約を無効とする法理に近いといえるだろう。

<sup>566</sup> 筆者が、平成26年3月24日に山鹿市社会福祉協議会が設置している「やまが成年後見センター」で行った市民後見人に関する調査によれば、当該センターで実施している市民後見人養成講座は、成年後見制度に関する講義、後見計画や後見申し立て手続、体験学習などのカリキュラムを設け、51時間の研修を実施している。意思決定支援者の対象者は、基本的には市民後見と同様の人たちを念頭に置いているので、「やまが成年後見センター」が行っているのと同程度の時間数の研修は必要と考えている。また、代弁意思決定支援者もこの程度の時間数の研修は必要だろう。

<sup>567</sup> 特定意思決定支援者は、現行成年後見制度における後見人に選任されるような者を念頭に置いている。弁護士、司法書士、社会福祉士等である。社会福祉士は「意思決定支援者」にも予定されている。

都道府県の指定により、障害福祉サービス提供機関とは独立した意思決定支援者、代弁意思決定支援者を提供する意思決定支援センターを創設する。

意思決定支援センターに所属する意思決定支援者、代弁意思決定支援者は、知的障害者と意思決定支援契約を締結する。

#### (5) 意思決定支援者、代弁意思決定支援者の選任

障害者相談支援センターは、一般相談支援、計画相談支援の相談を受けた際に、意思決定支援者、代弁意思決定支援者が必要と判断した場合、意思決定支援センターにつなぐ。

### 第九 意思決定支援者の報酬と助成制度

#### 1 意思決定支援者の報酬

意思決定支援者の報酬は、支援の難易度、被支援者の財産の多寡、支援者の支援スキルの程度に応じて総合的に決定される。

#### 2 助成制度

補助事業ではなく、意思決定支援法上の義務的経費として低所得者に対して援助する。

### 第十 意思決定支援者の監視<sup>568</sup>

1 意思決定支援者を監視するためモニターを選任する<sup>569</sup>。

2 意思決定支援者、代弁意思決定支援者のモニターは、市町村が選任し、特定意思決定支援者のモニターは、裁判所が選任する。

3 モニターは意思決定支援者が基本原則等やその職務に反する行為をしていないかどうかを定期的に調査し、意思決定支援者及び代弁意思決定支援者にあつては市町村、特定意思決定支援者にあつては裁判所に報告する。

4 意思決定支援者が基本原則等に違反した事実が認められる場合、市町村、家庭裁判所は、意思決定支援者を解任する。

### おわりに

本論文では、知的障害者が地域社会に参加し、主体性を形成するのに、障害者のサービス給付について規定する障害者総合支援が十分な制度となっているかどうかについて、シティズンシップ論に依拠して障害の社会モデルをベースに導出した「自己決定」、「参加」、「貢献」という評価軸を用いて検討した。

---

<sup>568</sup> わが国では、後見人の事務を監督する制度として後見監督人制度があるが（民法第 848 条～852 条）、後見監督人は、後見人が被後見人に代わって民法第 12 条に規定されている所定の行為を行う場合に同意する権限を有する等の代行決定を補完する役割も有している。

<sup>569</sup> ここでのモニターは、法律および社会福祉に関する専門的素養のある者、つまり、大学の法学および社会福祉学部の教員やこれに準ずる人を想定している。

これまでの検討を通じて、知的障害者の主体性を形成するには、現在の障害者総合支援法がいまだ不十分であることが明らかとなった。

それは、支給決定のプロセスと支給内容双方に及ぶ。

支給決定のプロセスにおいて重要なことは、現行法では給付の種類別に申請—決定というシステムを採っているが、知的障害者の地域での自立した生活を保障することによって主体性の形成を図っていくためには、給付別に分節するのではなく、ニーズを総合的に把握し、その中から支援につながる給付を選択していくのが妥当であろう。その意味では、協議・協調方式の導入も検討されなければならない。現行法制度上、認定調査の段階で把握された申請者の類型的ニーズが、障害支援区分の認定によって収斂されてしまい、支給量の決定に反映されていないからである。障害者総合支援法の範疇で考えれば、給付別の申請—決定システムや支援区分を廃止し、相談支援事業者の把握したニーズを基本に支給量の決定を行うことで、知的障害者の総合的なニーズに対応する支給を決定できるのではないだろうか。このような方法をとった場合に、各自治体や相談支援事業者によって支給量の決定基準が区々となり、申請者に不平等な結果とならにように留意すべきである。国は全国統一のガイドラインを用意すべきであろう。

さらに、現行の支給決定プロセスにおいて、認定調査の段階でも申請者は調査の対象として位置づけられているし、障害者総合支援法第 22 条第 1 項は、支給決定の際に、障害者の個別ニーズに対応するため、利用に関する意向を確認することを規定しているが、これも申請者をヒアリングの対象として扱っているものといえよう。知的障害者を主体として扱うためには、現行制度より協議・協調方式が適切であると思われる。

給付内容の点では、時間に制約されない見守りやマンツーマンによる支援、与えられた支援ではなく主体的に形成する支援といったニーズを充足するためには、パーソナルアシスタンスの導入が必要となろう。

本論文では、知的障害者が地域で自立した生活をおくり主体性を形成するうえで必要な給付を検討した。本論文で提示した給付内容は、いずれも知的障害者のニーズを満たすものであると考えている。

ところで、障害者の主体的生活ニーズと規範的ニーズは異なっており、主体的ニーズのすべてを国家がサービス保障の対象とすることはできないとの見解がある<sup>570</sup>。本稿でのサービス内容拡充の主張も、知的障害者すべての欲求に対して国家による給付を求めようとするものではない。本稿で提示した支援内容は、いずれも障害／知的障害をもっていない人たちが地域で暮らすと同じように地域で自立して暮らすことを支えるために必要な支援であると考えている。ニーズ論では、政策に反映されるニーズは、個人の欲求の段階ではなく、それが

---

<sup>570</sup> 中川純「障害者の主体的生活ニーズと適正サービス保障」日本社会保障法学会編『新講座社会保障法 2 地域政策を支える社会福祉』（法律文化社、2012 年）224 頁～225 頁。

社会によって承認されることが必要であるとするのが通常であろう<sup>571</sup>。基本的には、そのように考えるべきであるが、社会による承認あるいは社会通念といった場合の社会とは何なのか、実質的に誰による承認なのかを検討する必要があるだろう。これまでの社会が必ずしも障害者やマイノリティを包摂して来なかった経緯からすれば、社会における少数集団のニーズは、欲求あるいは主体的生活ニーズにとどまるとされ、社会的に承認を得られにくい側面を有することに留意する必要があるだろう。

また、障害者の主体的生活ニーズを充足するためのサービスが、同様のニーズを非健常者に保障すること以上にコストがかかることが了解されても、その財政的負担が大きい場合には社会は同意しないとの考えも主張されている<sup>572</sup>。確かに、現実的にはそうかもしれない。しかし、だれもが地域であたりまえに自立して生活することを保障するためには、財政的負担が高くとも、その個別ニーズは充足されるべきである。もし、そうでなければ、個別ニーズを充足されない障害者にとって、障害が個人的悲劇に還元されてしまい、かえって不平等な取り扱いとなってしまうのではないだろうか。

さらに、いえることは、知的／障害者の地域での自立した生活を保障し、主体性を形成するためには、このことを直截に保障する権利規定を障害者総合支援法の中に置くべきであろう。障害者総合支援法が給付に関する法だとしても、アメリカ・カリフォルニア州のランターン法にもあるような権利規定を、設けることができない理由は見出せないだろう。

そして、第4節では、本来、自己決定に寄与し、地域への参加を促進するはずであるサービス利用の契約方式が、運営基準に定める最低限度の基準すら契約内容とすることができないおそれがあることを指摘し、民法上の契約理論を媒介として、さらには労働基準法第13条の規定の助けを借りて、この問題の解決を図った。

以上、第三障では知的障害者の主体性の形成の観点から、障害者総合支援法が地域での自立した生活を保障するものとなっているかどうかを検討したが、知的障害者にとって、これらのサービスや手続を利用するには意思決定の支援が不可欠である。第四章ではこの点を検討し、知的障害者の主体性を形成するためには、他者決定型である代行決定システムが知的障害者の地域への参加、社会への参加を阻害する社会的障壁を形成するリスクに満ちている制度であることを明らかにし、他者決定型システムから自己決定型システムである支援付き意思決定システムへとパラダイム転換すべき必要性を論じた。そして、知的障害者に対する支援付き意思決定システムは、成年後見人に相当する意思決定支援の専門職だけでなく、地

---

<sup>571</sup> たとえば、三浦文雄『増補社会福祉政策研究—社会福祉経営論ノート—』（1980年、全国社会福祉協議会）59頁。武川正吾も、必要は、「何らかの価値判断、しかも社会通念として確立した価値判断を前提にして」とする。武川正吾「福祉政策における必要と資源」社会福祉士養成講座編集委員会編『新・社会福祉士養成講座④現代社会と福祉—社会福祉原論—』（中央法規出版、2009年）137頁～138頁。

<sup>572</sup> 中川純・前掲注(571)225頁。

域で知的障害者ととともに暮らす人々やインフォーマルな制度として知的障害者を支える人たち、さらには、サービス事業者の支援員等、知的障害者を取り巻く多くの者がいわば知的障害者の支援の輪を形成し、それぞれの役割に応じた意思決定支援が必要であることを論じた。

しかし、知的障害者の地域での自立した生活にとって、あるいは社会への参加にとって不可欠である就労支援については、本論文では検討することができなかった。保護雇用や支援付雇用など多様な論点が存在し、この点については、今後の課題としたい。

【引用文献を除く参考文献】

- 愛敬浩二編『講座人権論の再定位 2 人権の主体』（法律文化社、2010年）
- 青木千帆子「自立とは規範か—知的障害者の経験する地域生活」『障害学研究第7号』（2011年）
- 秋元美世『社会福祉の利用者と人権』（有斐閣、2010年）
- 同 『福祉政策と権利保障』（法律文化社、2007年）
- 坪洋一『福祉国家』（法律文化社、2012年）
- 坪洋一、堅田香緒里、金子充、西村貴直、畑本裕介『社会性政策の視点』（法律文化社、2011年）
- 新井誠『成年後見法における自律と保護』（日本評論社、2012年）
- 荒木誠之『社会保障の法的構造』（有斐閣、昭和58年）
- 同 『社会保障法読本 [第3版]』（有斐閣、2002年）
- 同 「社会法における生存権法理の展開」林迪廣先生還暦祝賀論文集『社会法の現代的課題』（法律文化社、1983年）
- アマルティア・セン、池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討』（岩波書店、1999年）
- 伊藤周平 『障害者自立支援法と権利保障』（明石書店、2009年）
- 伊藤文人「ソーシャルワークと社会正義」『総合社会福祉研究32』（2008年）
- 井上和久・郷間英世「知的障害者の結婚と性に関する調査研究」『発達障害研究第22巻第4号』（2001年）
- 井上達夫『法という企て』（東京大学出版会、2003年）
- E. リンストローム、B. ヴェンベリア著、田代幹康、C. ロボス訳・著『スウェーデン発・知的障害者のある人の生活支援ハンドブック』（ミネルヴァ書房、2011年）
- 岩田正美監修白澤政和、岩間伸之編著『リーディング日本の社会福祉4 ソーシャルワークとは何か』（日本図書センター、2011年）
- 岩村正彦『社会保障法Ⅰ』（弘文堂、平成13年）
- 岩村正彦・菊池馨実責任編集『社会保保障法研究創刊1号』（信山社、2011年）
- 岩村正彦ほか「特集1 障害者権利条約の批准と国内法の課題」『論究ジュリスト、2014年／冬号』（有斐閣、2014年）
- 埋橋孝文編著『ワークフェア—排除から包摂へ?』（法律文化社、2007年）
- 内田貴『民法Ⅰ 総則・物権』（東京大学出版会、1994年）
- 同 『民法Ⅱ[第2版] 債権各論』（東京大学出版会、2008年）
- 同 『民法Ⅲ[第3版] 債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2008年）
- 遠藤美奈「憲法25条がおかれたことの意味」『季刊・社会保障研究Vol.41』（2006年）
- 大江洋『関係的権利論』（頸草書房、2004年）
- 大村敦志『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009年）

- 同 『基本民法Ⅰ 総則・物権法[第3版]』（有斐閣、平成19年）
- 小澤温等「特集 障害者総合支援法に向けて—知的障害者（児）、発達障害者（児）支援の視点から—」『発達障害研究第34巻第3号』（2012年）
- 太田昌孝編集『発達障害』（日本評論社、2006年）
- 尾形健「「福祉」問題の憲法学」『ジュリスト№1244』（有斐閣、2003年）
- 同 「憲法と社会保障法の交錯」『季刊・社会保障研究 Vol.41』（2006年）
- 岡本英夫『福祉国家の可能性』（東京大学出版会、2007年）
- 岡本祐子『アイデンティティ生涯発達論の展開』（ミネルヴァ書房、2007年）
- 小川政亮『権利としての社会保障』（頸草書房、1964年）
- 加藤智明・菊池馨実・倉田聡・前田雅子『第3版 社会保障法』（有斐閣、2007年）
- 川越敏司・川島聡・星加良司『障害学のリハビリテーション』（生活書院、2013年）
- 河野正輝「障害者自立支援の法的課題」『社会福祉研究所報第39号』（2011年）
- 同 「社会福祉の権利と権利擁護」『月刊福祉2』（全国社会福祉協議会、2009年）、
- 同 「社会福祉権の形成過程と現在の課題」『社会福祉研究第30号』（1982年）
- 同 「社会福祉権の再構成と福祉立法の見直し」『季刊社会保障研究、1987年秋号』（1987年）
- 同 「社会福祉サービスにおける最低基準保障の構造と法理」前田達男、萬井隆令、西谷敏編『労働法学の理論と課題 片岡昇先生還暦記念』（有斐閣、1988年）
- 同 「社会福祉基礎構造改革と利用者の権利擁護」『季刊社会保障研究 Vol.35 Winter 1999 No.3』（1999年）
- 同 「『地域福祉権利擁護』の基本課題」『法政研究 66巻2号』（1999年）
- 同 「権利としての社会福祉のゆくえ—法理念のゆらぎの中で—」『社会福祉研究第90号』（2004年）
- 同 「自立支援サービスの新展開と権利擁護の課題」『民商法雑誌第133巻第2号』（有斐閣、2005年）
- 同 「諸外国における社会保険改革と基本理念」『社会関係研究第13巻第2号』（2008年）
- 同 「「社会保障の将来」全訳」『社会関係研究第16巻第1号』（2011年）
- 同 「障害者の自己決定権と給付決定の公正性—イギリスにおける自己管理型支援の法的試み」障害学会『障害学研究第9号』（明石書店、2013年）
- 河野正輝・江口隆裕編『レクチャー社会保障法』（法律文化社、2009年）
- 菊池馨実『社会保障の法理念』（有斐閣、2000年）
- 同 「社会保障の法理念」『法学教室 253号』（有斐閣、2001年）
- 同 「社会保障の私法化？」『法学教室 252号』（有斐閣、2001年）
- 同 「新しい生存権論」『法学教室 250号』（有斐閣、2001年）



- 同 「社会保障法における人間像」『法律時報』（日本評論社、2008年）
- 菊池馨実・中川 純・川島 聡編著『障害法』（成文堂、2015年）
- 菊池馨実ほか「特集 障害（者）法（Disability Law）をめぐる問題(1)」『大原社会問題研究所雑誌 640』（2012年）
- 北野誠一、石田易司、大熊由紀子、里見賢治編『障害者の機会平等と自立生活』（明石書店、1999年）
- 木前利秋・亀山俊朗・時安邦治『葛藤するシティズンシップ』（現代書館、2012年）
- 木前利秋・亀山俊朗・時安邦治『変容するシティズンシップ』（現代書館、2011年）
- 久保紘章・副田あけみ編著『ソーシャルワークの実践モデル』（川島書店、2005年）
- グンネル・ヴィンルドン、スサヌ・ローセンストーム＝ベンハーゲン著、岩瀬隆彦、二文字理明訳『知的障害のある人の理解と支援とは』（明石書店、2009年）
- 倉田聡「福祉サービスの供給契約と福祉専門職の役割—介護支援専門員と成年後見人の関係をめぐって—」『北海学園大学 法学研究第 35 巻第 2 号』（1999年）
- 児島亜紀子「自己決定／自己責任—あるいは未だ到達しない〈近代〉を編み直すこと」『社会問題研究 50（一）』（2000年）
- 同 「社会福祉における『自己決定』—その問題性をめぐる若干の考察」『社会問題研究 51（一・二）』（2001年）
- 同 「主体性と他者性—他者に向けて開かれた援助のありようを探って」『社会問題研究 57 巻 1 号』（2007年）
- 同 「架橋する実践：ソーシャルワークの価値と倫理における「正義」および「ケア」をめぐって」『社会問題研究 61 巻』（2012年）
- 児島亜紀子編著『社会福祉実践における主体性を尊重した対等な関わりは可能か』（ミネルヴァ書房、2015年）
- 坂田正博「知的障害者の自立支援はどうあればよいか—地域生活を中心として—」『仏教福祉学 第 21 号』（2011年）
- 定藤丈弘「最近における障害者の地域福祉施策の展開と課題」『社会問題研究第 43 巻第 2 号』（1994年）
- 定藤丈弘、北野誠一監修『アメリカの発達障害者権利保護法 「ランターマン法」の理論と実践』（明石書店、2002年）
- 佐藤彰一「生活トラブルと法手続の役割—知的障害者などの消費・生活トラブルを素材にして—」『立教法学第 70 号』（2006年）
- 佐藤久雄「「骨格提言」と障害者総合支援法案」全国障害者問題研究会『障害者問題研究 Vol.40No.1』（2012年）
- 佐藤久夫・小澤温『障害者福祉の世界第 4 版』（有斐閣、2010年）
- 佐藤久夫、北野誠一、三田優子『障害者と地域生活』（中央法規、2002年）

- 潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣、2005年）
- 同 「説明義務・情報提供義務と自己決定」『判例タイムズNo.1788』（2005年）
- 芝池義一『行政法総論講義 第4版補訂版』（有斐閣、2007年）
- 同 『行政救済法講義 第2版』（有斐閣、2000年）
- 柴田洋弥「知的障害者等の意思決定支援について」『発達障害研究第34巻第3号』（2012年）
- 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）
- 渋谷秀樹・赤坂正浩『第3版 憲法1人権』（有斐閣、2007年）
- 障害者制度改革推進会議総合福祉部会「障害者総合福祉法の骨格に関する総合福祉部会の提言」（平成23（2011）年8月30日）
- 障害学会編『障害学研究10』（明石書店、2014年）
- 白瀬由美香「イギリスのパーソナライゼーション施策—選択を重視したケア推進の意義と課題」障害学会『障害学研究第8号』（明石書店、2012年）
- 菅富美枝ほか「特集 障害（者）法（Disability Law）をめぐる問題(2)」『大原社会問題研究所雑誌No641』（2013年）
- 菅野敦ほか「特集 生涯発達支援—知的障害の成人期理解とその支援—」『発達障害研究第28巻第3号』（2006年）
- 菅野和夫『労働法 第10版』（弘文堂、2012年）
- 鈴木良『知的障害者の地域移行と地域生活—自己と相互作用の秩序の障害学』（現代書館、2010年）
- 清正寛・良永彌太郎編著『論点 社会保障法』（中央経済社、平成8年）
- ダニー・ピーテルス著、河野正輝監訳『社会保障の基本原則』（法律文化社、2011年）
- 高森敬久「知的発達障害者の権利擁護対策について—カリフォルニアのケアマネジメントサービスにおける—」『社会問題研究第49巻第2号』（2000年）
- 谷口明広『障害をもつ人たちの自立生活とケアマネジメント』（ミネルヴァ書房、2005年）
- 高木菜美・舟橋篤彦「知的障害者の調理スキル獲得に関する事例研究—調理の自己達成率向上と支援者のかかわりを中心に—」『愛知教育大学教育臨床総合センター紀要第3号』（2013年）
- 武川正吾編著『シティズンシップとベーシックインカムの可能性』（法律文化社、2008年）
- 田中耕一郎『障害者運動と価値形成』（現代書館、2005年）
- 同 「連帯の規範と〈重度知的障害〉—正義の射程から放逐された人々—」『社会福祉学第50巻第1号』（2009年）
- 同 「重度知的障害者の承認をめぐる—Vulnerabilityによる承認は可能か—」『社会福祉学第50巻第1号』（2010年）
- 同 「知的障害者の社会モデルをめぐる理論的課題」障害学会『障害学研究9』（明

- 石書店、2013年)
- 田村哲樹「シティズンシップと福祉改革」『法政論集 217号』(2007年)
- 同 「シティズンシップ論の現在」『岩波講座 憲法3 ネーションと市民』(岩波書店、2007年)
- 田山輝明編著『成年後見制度と障害者権利条約』(三省堂、2012年)
- 柘植雅義・渡辺匡隆・二宮信一・納富恵子『はじめての特別支援教育』(有斐閣、2010年)
- 椿寿夫 伊藤進『公序良俗違反の研究』(有斐閣、1995年)
- 中野敏子「知的障害のある人が参加する「サービス評価」に関する考察—「利用者主体」の視角から—」『明治学院大学 社会学・社会福祉学研究 120』(2005年)
- 仁科弥生訳 エリク・E『幼児期と社会 I』(みすず書房、1977年)
- 日本知的障害福祉連盟編『発達障害白書 2002』(日本文科学社、2001年)
- 日本法社会学会編『主体性のゆくえ』(法社会学第 64号、2006年)
- 長谷部恭男、土井真一、井上達夫、杉田敦、西原博、阪口正二郎編集『岩波講座 憲法3 ネーションと市民』(岩波書店、2007年)
- 発達障害者支援法ガイドブック編集委員会編『発達障害者支援法ガイドブック』(河出書房新社、2005年)
- 原田大樹『行政法学と主要参照領域』(東京大学出版会、2015年)
- 平野寛弥「社会政策における互酬性の批判的検討—新たな社会構想としての「多様な互酬性」の可能性」『社会学評論 63(2)』(2012年)
- 平山諭・鈴木隆男編著『発達心理学の基礎 I』(ミネリウヴァ書房、1993年)
- 広井良典『ケアとは何だろう』(ミネルヴァ書房、2013年)
- 藤原孝・山田竜作編『シティズンシップ論の射程』(日本経済評論社、2010年)
- 福士正博『完全従事社会の可能性』(日本経済評論社、2009年)
- 古川孝順・岩崎晋也・稲沢公一・児島亜紀子『援助するということ』(有斐閣、2002年)
- 古川孝順「人間中心の社会福祉を構想する理論的枠組み—主体形成に向けた新たな対象論—」『社会福祉研究第 113号』(鉄道弘済会、2012年)
- 古屋健・三谷嘉明「知的障害を持つ人の自己決定」『名古屋女子大学紀要 50(人・社)』(2004年)
- 堀勝洋『社会保障法総論[第 2版]』(東京大学出版会、1994年)
- 堀正嗣『共生の障害学』(明石書店、2012年)
- 同 『障害児教育とノーマライゼーション』(明石書店、1998年)
- 堀正嗣監訳『ディスアビリティ現象の教育学』(現代書館、2014年)
- 堀正嗣・栄留里美『子どもソーシャルワークとアドボカシー実践』(明石書店、2009年)
- 前原武子編著『障害発達 人間のしなやかさ』(ナカニシヤ出版、1996年)
- 松井亮輔、川島聡編『概説 障害者権利条約』(法律文化社、2010年)

マイケル・オリバー著、三島亜紀子・山岸倫子・山森亮・横須賀俊司訳『障害の政治』（明石書店、2006年）

三島亜紀子『社会福祉学の〈科学性〉—ソーシャルワーカーは専門職か？』（勁草書房、2007年）

三島亜紀子「社会福祉学における「主体」に関する一考察」『ソーシャルワーク研究 Vol.28No.1』（相川書房、2002年）

山田晋「福祉契約論についての社会法的瞥見」『明治学院論叢 社会学・社会福祉学研究 117』（2004年）

同 「社会福祉法学における「権利の複合性」論」『佐賀大学経済論集第 29 巻第 1・2 号合併号』（1996年）

山田晋・有田謙司・西田和弘・石田道彦・山下昇『社会法の基本理念と法政策—社会保障法・労働法の現代的展開』

やまだようこ「「発達」と「発達段階」を問う：生涯ナラティブ論から視点から」『発達心理学研究第 22 巻第 4 号』（2011年）

やまだようこ「生涯発達をとらえるモデル」無藤隆・やまだようこ編集『講座生涯発達心理学 I 生涯発達心理学とは何か』（金子書房、1995年）

山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）

同 「補充的解釈論（四）」『法學論叢第 120 巻第 2 号』（昭和 61 年）

同 「補充的解釈論（五・完）」『法學論叢第 120 巻第 3 号』（昭和 61 年）

同 「取引関係における公的規制と私法の役割（1）」『ジュリストNo.1087』（有斐閣、1996年）

同 「取引関係における公的規制と私法の役割（2・完）」『ジュリストNo.1088』（有斐閣、1996年）

吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999年）

與那嶺司「知的障害のある人の自己決定とその関連要因に関する文献的研究—支援環境要因も含めた自己決定モデルを活用した実証的研究の提案—」『生活科学研究誌 Vol.8』（2009年）

和田隆夫『社会保障・福祉と民法の交錯』（法律文化社、2013年）

Andrew Power, Janet E. Lord & Allison S. deFranco (2013), “*Active Citizenship and Disability*”, Cambridge University Press.

Bridgit Dimond (2008): “*Legal Aspects of Mental Capacity*”, Backwell Publishing.

Colin Barnes (2012): The Social Model of Disability: ‘Valuable or Irrelevant?’

The penultimate draft of a chapter in Watson, N. Roulstone, A. and Thomas, C.: The Routledge Handbook of Disability Studies. London: Routledge, pp.12-29

Dan Goodley (2001): ‘Learning Difficulties’, the Social Model of Disability and Impairment: challenging epistemologies’, *Disability & Society*, Vol. 16, No2, pp.207-231.

Helen L.Atherton,Debbie J.Crickmore(2012):”*Learning Disabilities Toward Inclusion sixth edition*”,Churchill Livingstone.

John Christman(2004) : Relational Autonomy , Liberal Individualism, and The Social Constitution of Selves’, *Philosophical Studies* 117.

Mike Oliver, Colin Barnes(2010) : ‘Disability studies,disabled people and the struggle for inclusion’ ,British Journal of Sociology of Education,Vol31,No.5,pp.547-560.

Peter Mittler(2003) : ‘Meeting the Needs of People with an Intellectual Disability : International Perspectives’, Stanleys. , Lawrence o. Gostin , Harold Hongju Koh,“ *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities*”,Oxford University Press .

Samuel R.Bagenstos,(2004):”The Future of Disability Law’,114YaleLaw JournalNo.1.

Solveig Magnus Reindal(1999):”Independence, Dependence , Interdependence : some reflections on the subject and personal autonomy’,*Disability & Society* , Vol.14, No.3.

Sundra Fredman (2008): “*Human rights transformed*” ,Oxford / New York (Oxford U.P).

Tony Fitzpatrick (2003) :”*After the new social democracy :Social welfare for the Twenty-first century*”,Manchester University Press.