

連合王国の意思能力法における 「事前の意思決定」規定に関する一考察

谷 口 聡

要 旨

本稿の目的は、連合王国において2005年に施行された「意思能力法2005」の中の「事前の意思決定」に関する諸条文（第24条～第26条）について検討することである。「事前の意思決定」とは、主に終末期医療において患者が意思能力を喪失した場合に備えて予め行う治療拒否の意思表示である。

わが国には一部の例外を除いて、終末期医療に関する制定法が存在していない。厚生労働省のガイドラインや判例が規範を構成している。これに対して、連合王国では、「意思能力法2005」に終末期医療に関する規定が置かれている。これに加えて、「意思能力法2005行動指針」も規範を構成する上で重要な役割を果たしている。「意思能力法2005」は、これまでわが国では成年後見などの福祉に関する法律という視点から紹介されてきたが、本稿では、終末期医療規範を構成している第24条から第26条における学説上の議論を検討する。これをもってわが国の終末期医療規範への示唆を得たいと考える。

I はじめに

わが国は超高齢社会となり、自らの死をどのような状況で迎えたいかということに個々人が真剣に向き合い、また、それを実現する途を用意するための明確な施策や規範が今まで以上に必要に迫られているように感じられる。終末期の医療に関しては、わが国では厚生労働省のガイドラインが存在している¹が、臓器移植法などの例外を除いて、法律が存在していない。終末期医療と法規範の関係については、それぞれの国民の感情や国の医療の環境なども問題もあり、一概には論じることはできない。しかし、他国において終末期医療に関する詳細な立法を行っているという事例を検討することについては、それ自体、価値があるものとする。上記厚生労働省の現在のガイドラインにおいては、患者本人の意思が変化しうるものであることを前提として本人と関係者の話し合いが繰り返し行われるべきこと、また、本人の意思の推定などによって可能な限り本人の決定を尊重しようとする考え方については、本稿で検討する連合王国の「意思能力法

1 厚生労働省「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」（2018年3月）

2005」の関係規定との共通点が見受けられる。そのような事情を踏まえ、本稿では、連合王国における終末期医療の法規範の一領域を構成している「イギリス意思能力法」の関係上条文の検討を行い、イギリスにおける終末期医療の一端に関する議論を参照して、わが国に示唆を得たいと考える。

Ⅱ 本稿の目的

本稿では、連合王国のイングランドおよびウェールズで2005年に制定された「意思能力法2005」(Mental Capacity Act 2005) (以下「意思能力法2005」または「MCA2005」と言う。)、および、それに合わせて公表された「意思能力法2005行動指針」(Mental Capacity Act 2005 Code of Practice) (以下、「Code of Practice」または「行動指針」と言う)において、患者の治療の拒否に関する規定である第24条～第26条の規定を採り上げて検討を行う。終末期医療に密接に関連する「治療を拒否する患者の『事前の意思決定』」の諸規定をそれぞれ掲げて、「行動指針」の内容を確認しつつ、様々な文献における見解の検討を加えて、わが国の議論の発展にわずかなりとも貢献できればと考える次第である。

ここで、「行動指針」とは、「意思能力法2005」で所定されている規定に関して、イギリス大法官が草案を立案し、両議院の承認の決議を得て発効するものである²。

なお、「意思能力法2005」は、わが国の「成年後見制度」に関する法規範と多くの部分で重なる法体系であることから、「成年後見法」とのかかわりにおいて、わが国での先行研究が多数存在している。初期における最も大きな功績は新井誠教授監訳にして紺野包子翻訳の『イギリス2005年意思能力法・行動指針』³の刊行であろう。「意思能力法2005」と「行動指針」の全訳が施されている。そのような成年後見制度や社会福祉の観点からの文献は枚挙に暇がない⁴。

しかしながら、本稿は、「終末期医療と法規範」という視点から、「意思能力法2005」の関係条文に焦点を当てて検討を試みるものであり、そのような検討には一定の意義があると臆見する。すなわち、全69条文から構成される「意思能力法2005」のうち、第24条から第26条の3つの条項にフォーカスして詳細な検討を試みるものである。

Ⅲ 連合王国「意思能力法2005」と「事前の意思決定」の概観

本稿次章で詳細に検討するように、「事前の意思決定」とは、患者が、自らの判断能力の喪失の時に予め備えて、特定の治療を受けることを拒否する意思表示を行っておく

2 See MCA Section42, 43

3 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2009)。

4 例えば、藤村賢訓「決定能力を欠く者に対する医療行為の同意に関する考察」深谷格ほか編著『大改正時代の民法学』(成文堂2017)645頁。

ことである。そこで求められる能力、拒否できる内容、撤回の方法や「有効性」「適用可能性」などが大きな問題点となる。医師と患者の関わりも問題となるし、とりわけ「生命維持措置」の中止および不開始などに関する事前の意思決定には厳しい要件が課されている。

次章では、「意思能力法2005」が制定される以前の状況や立法過程の議論にも若干触れた上で、各条文および各条文の各条項に関するそれぞれの論点について、法律学の文献を交えて検討を行うこととする。

Ⅳ 「意思能力法 2005」における「事前の意思決定」に関する諸規定の検討

1 「意思能力法2005」の制定とそれ以前の状況

「意思能力法2005」の第24条以下の諸条文の個々の議論の検討に入る前に、「事前の意思決定」の全体像や同法制定以前のコモン・ローにおける法的状況などに関して概観しておきたい。

Aswini Weeraratneほかの著したMCA2005の解説書の第24条以下の導入は以下のようである⁵。

「事前の意思決定は、医療処置を辞退することを能力者たる患者に認める患者の自治の原則の論理的な拡張である。事前の意思決定は、たとえ患者が能力を喪失した時点で生命救助に関係する場合であっても、医療処置を拒否する患者の権原を拡張する手段を患者に提供する道具である」。「事前の意思決定は、有効である場合には、能力を伴った患者による現在の処置に関するものと同じ効力を有している。言い換えれば、診療者、代理権の権限受領者または保護裁判所は最善の利益の法理を行使することができないであろう。また、医師が事前の意思決定の下で有効に辞退された医療処置を提供したならば、その医師は、暴行によって告訴され、または、民事の損害賠償請求の責任を負うことになるであろう」というものである。

MCA2005制定以前の状況であるコモン・ローの下における「事前の意思決定」に関する議論について、Gordon R. Ashtonは、以下のように説明を始める⁶。

「事前の意思決定は、意思能力法2005によって設定された枠組みにおいて、個別の考慮に値する医療上の判断を行うためにあまりにも重要な役割を担っている。それは、意思能力法2005の制定に先立って、コモン・ローが到達した位置であるtour d'horizon（「概観」）の書面を出発点とする」。

そして、「事前の意思決定」の出発点は「成年者の自治の原則」であると以下のように述べている⁷。

5 Aswini Weeraratne, Sally Hatfield, Ulele Burnham, Alison Gerry, "Butterworth New Law Guide, Mental Capacity Act 2005" 2008 para.3.1, p.50

6 Gordon R. Ashton, "Mental Capacity: Law and Practice", 2015 para.6.53, p.319

7 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.54, p.319

「Munby Jが（当時において）Burke判決において分析したように、成年者は彼または彼女自身の最善の利益の仲裁人であるのか、あるいはまた、最善の利益とは関係のない純粹に成年者の自治の問題であるのか。裁判所は、能力者である成年者の最善の利益を調査する根拠と裁判権を有していない。成年者の自治の原則は決定的である」とする。

コモン・ローにおける治療の拒否について、以下のように説明する⁸。

「コモン・ローにおいては、特定の治療の同意への事前の拒否は能力者たる成年者の自治の一側面であることは明らかであった。以下の場合、以下の場合においてのみ、診療上の処置の事前の拒絶は拘束力ある効果のために要求された。

- (1) その成年者がその性質を決定する能力を有していた時点において判断されたこと
- (2) その成年者が無能力となった場合に適用されることを意図したこと
- (3) 発生する諸状況に関係していること
- (4) 判断する者が彼または彼女の決定の性質と結果を理解していること
- (5) 第三者による不当な威圧または強制が存在しないこと」としている。

さらに、その方式などについて、Gordon R. Ashtonは、以下のように続ける⁹。

「特定の方式は必要とされない。また、そのような拒否はあらゆる方法によって、または、適当な状況における変更の結果として撤回されうる。裁判所は、事前の拒否が特定の状況に対して有効かつ適用可能なままであるという要件を満たさなければならなかった。以下のような疑義が存在した。疑義が生命の維持に対して有利となるように撤回されること、および、最善の利益が適用されることである。実務における最大の困難は以下のことである。事前指示の文書から、そのような拒否が発生した状況に適用することを意図したと明確に推量できるかということである。そして、それらを前にして指示に対する事実の適用の解釈における医療の専門家の間の一致が常に存在するわけではないということであった」としている。

また、自殺と「事前の意思決定」との関係についても言及している¹⁰。

「2007年よりも以前は、自殺を補助する積極的行為（ディアモルフィネの過度な服用量の投与のような）を構成する処置を求め、また、施す権利は有してはいなかったが、一方で、不可避な結果が死亡である場合であっても人工栄養水分補給（ANH）のような生命維持の治療の提供または継続を拒絶することができた」としている。

治療の「拒否」ではなく、「治療の要求」に関しても言及している¹¹。

「事前指示は、治療の拒否を求めるというよりもむしろ治療を要求することができた。その時点または事前の意思決定において、診療上の処置の特定の形式が供与されることを人に要求する一般的権利はコモン・ローにおいて存在しなかったし、現在も存在していない。Burke判決における控訴院によって、強調された用語においてこのことが再度

8 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.55, p.319

9 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.56, p.319

10 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.57, p.320

11 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.58, p.320

肯定された」。

Richard M. Jonesは、MCA2005の立法過程において生じた、第24条から26条に関する議論の一端を以下のように紹介している¹²。

「第24条から第26条は医療上の処置を拒否する事前の意思決定を取り扱っている。それら規定は、事前指示に関する慣行となっているコモン・ロー上の原則を成文化しかつ明確にすることを広く目的としている。意思能力法の施行前になされた事前指示は、意思能力法の妥当する規定に一致する場合には、事前の意思決定として効力を有するであろう」。

「この領域における立法の政府の注意深いアプローチは以下の『誰が決めるのか？意思無能力の成年に代わってなされる意思決定』からの抜粋に描き出されている。

『政府はこの課題における感覚の強さを認識している。これは甚大な公衆の関心を引き越した法律委員会の作業の領域であり、このことは多くの者が個人的な道徳、宗教および倫理観に深く根付いてきた問題であることは明らかである。新鮮な協議—法律委員会によって設定された詳細な計画のみならず、この領域一般の立法の必要性とメリットもまた—の欠如においてこの領域の何らかの結論に到達することが妥当であると政府は確信していない。』

この警告は、一定の限度において、医療倫理における貴族院選抜委員会の結論によって説明されている。その結論では、事前指示の発展を称賛したが、以下のように決定した。患者から医師の専門知識の利益および事前指示に署名がされた以降有効となるであろう新しい処置および手続きを奪うことなしに事前指示に一般的により大きな法的な力を与えることは不可能である」というものである。

MCA2005の「行動指針」では、コモン・ローとMCA2005における「事前の意思決定」の関係について、以下のように比較的簡潔に言及している。

【行動指針9.1】「人には治療を受けるか拒否するかを決める権利があることは、法律および医療の実務で一般的に認められてきた原則である。成年は自分が将来能力を喪失しているならば、たとえその結果として死が訪れようと、治療を拒否したい旨を前もって意思表示する権利があると判例も認めている。治療を拒否する有効かつ適用可能な事前の意思決定が現在の意思決定と同等の効力を有するという考え方は、長年にわたりコモン・ロー上の基本原則であり続けてきており、この度、本法の中に明文化された。」¹³

Gordon R. Ashtonは、MCA2005における第24条以下とコモン・ローの関係について以下のようにまとめている¹⁴。

「意思能力法2005の24条から26条は制定法上承認され、以下の場合の事前の意思決定の適用可能性と効果について統制している。成年者が能力を失った時点で効力を持つ診

12 Richard M. Jones, "MENTAL CAPACITY ACT MANUAL" 4th Ed. 2012 para.1-238, p.120

13 Mental Capacity Act 2005 Code of Practice, para.9.1, p.159f.

14 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.59, p.320

療上の処置に同意または拒否する能力を有している成年者によってなされた特定の診療上の処置に対する拒否の事前の意思決定である。そのような意思決定が有効かつ適用可能となるためには、適合されなければならないいくつかの要件が存在する。これらの要件は、処置の拒否に関係したいくつかの側面においてコモン・ローを踏襲するものであり、また、いくつかの点において後述する追加的な保護手段の提供によって修正したものである」。

2 「事前の意思決定」の意義と定義

(1) 意思能力法の規定

MCA2005

第24条 治療を拒否する事前の意思決定：一般原則

- 1 「事前の意思決定」とは本人が18歳に達した後、能力のある時に作成した以下の意思表示を意味する。すなわち、
- (a) 将来かつ本人の明示した状況下で、本人のために医療を提供する者から特定の治療の実施または継続を提案された場合に、
 - (b) その時点で本人はその治療の実施または継続に対して同意する能力を喪失しているときには、その治療を実施されない、または、継続されないものとする。

(2) 「事前の意思決定」の定義に関する議論

上記のように、「事前の意思決定」の意思決定に定義に関しては、第24条第1項で明記されているとおりである。

これに関連するいくつかの論点が議論される。「事前の陳述書」といった概念との相違や「自殺」などとの関係である。

Richard M. Jonesは、「事前の陳述書」という概念を持ち出して、その内容と「事前の意思決定」との相違について以下のように述べている¹⁵。

「事前の意思決定とは異なり、事前の陳述書は、ある者の価値観および医療その他の広範囲の選好と一致するであろう法的拘束力の無い書面である。第4条6項(a)の下では、そのような陳述書は意思決定のなされた後に患者が無能力となった場合には考慮される必要があるであろう。立法案の第二読書論争における意思決定同盟の状況説明文書は、19ページで以下のように述べている。『事前の陳述書は、以下のことを含む個人の価値観および広範囲の選好を表明することを個人に可能なものとする。

- ・家庭の取り決め
- ・処置の趣向

15 Richard M. Jones, *ibid*, para.1-241, p.124

- ・ 財政的な取り決め
- ・ 子供のケアの取り決め
- ・ 情報を非開示する者、および、非開示をしようことの制限の明示
- ・ 食事上の要求

その文献は、事前指示と事前の供述書の間の区別を称賛しないこと例示を十分に示している。T. Exworthyの“Psychiatric advance decision-an opportunity missed” (September 2004) *Journal of Mental Health Law* 129 at p.132によって引用される研究を参照されたい」としている。

また、事前の意思決定と「自殺」との関係について以下のように述べている¹⁶。

「事前の意思決定は特定の処置の拒否であるので、意思無能力を導く自殺の試みの場合に提示されるべきでない処置を特定しない能力者によって書かれた自殺の覚書は事前の意思決定ではない。「私が意思無能力となったときには、私は私の生命を維持することを欲しない」というような一般的な供述も事前の意思決定ではない」としている。

(3) 「事前の意思決定」を行うことが可能な者

事前の意思決定を行うことが可能な者に関して、MCA2005第24条との関係では、「行動指針」の言及は以下の3項目である。

【行動指針9.4】「事前に治療を拒否する意思表示を行うかどうかは個人に任された自由である。そのようにしたければ自由に行う権利があるが、義務ではない。」¹⁷

【行動指針9.5】「人々が行うことができるのは、治療を拒否する事前の意思決定に限られる。何人にも、その時点または事前を問わず、特定の治療行為を要求する法的権利はない。」¹⁸

【行動指針9.6】「何人も、法律に違反する行為を要求したり、受け入れたりすることは許されない（自殺幫助など）。62条で規定されているとおり、本法は、殺人、過失致死、自殺幫助に関する法律のいずれをも変更するものではない。」¹⁹

なお、MCA2005においては、「意思能力法2005」という名称のとおり、「意思能力」という概念が決定的に重要なものとなっている。「意思能力」の定義そのものについては、第2条1項が以下のような規定を置いている。

MCA2005第2条1項「本法では、人が精神もしくは脳の損傷または機能障害のために、ある事柄に対して意思決定をすべきときに独力で意思決定ができない場合、その人はその事柄について能力を欠くと定義される。」

なお、「意思能力」概念に相応した「行動指針」における説明は以下のように抜粋される。「本人の能力の有無を判断するために、本法では二段階の能力判定基準を規定している。」

16 Richard M. Jones, *ibid*, para.1-256, p.129

17 Code of Practice, para.9.4 p.160f.

18 Code of Practice, para.9.5 p.161

19 Code of Practice, para.9.6 p.161

「基準1：人は精神もしくは脳の損傷または機能障害を有しているか？」

4.11「まず第一に、本人には精神もしくは脳の正常な働きに影響を及ぼす傷害または損傷があることが要求される。本人にこのような障害または損傷がないのであれば、本人は本法の適用を受ける無能力とは言えない。」4.12「精神もしくは脳の損傷または機能障害の例は次のものである。精神病に関係する状態、認知症、重度知的障害、脳障害の後遺症、混乱・眠気あるいは意識喪失をもたらす身体上または内科的症状、精神錯乱、頭部外傷に伴う脳震盪、アルコールまたは麻薬の使用に伴う諸兆候」「基準2：その損傷もしくは障害のせいで本人は特定の意思決定をそれが必要とされるときにすることができないか？」²⁰

Gordon R. Ashtonは、「処置に対する事前の要求と治療の合意」という項目を立てて以下のように述べている²¹。

「治療に対する事前の要求は、意思能力法2005の下において異なって扱われる。ある者が能力者であった時点で作成した場合、意思決定者による最善の利益の判断におけるものとみなされなければならない適切に記述された書面として、それらは取り扱われる。あらゆる適切な要因を考慮してその書面がその者の最善の利益ではないであろう場合には、それらは決定的なものとはなりえない。このことはまた、治療の合意に関する事前の書面にも適用される。例えば、ある者が居住したい場所に関して、または、コンタクトを取りたい者に関して、意思能力法2005のスキームでは書面には表明する場所がない。しかし、能力が動揺している者、あるいは、時の経過によって能力が減退することを認識している者であり、その者が能力を喪失した時に自分のためになした合意における発言を欲する者であれば、その個々人にとっては有用な道具となりうる」としている。

Richard M. Jonesは、事前の意思決定に関する診療者の立場について、以下のように述べている²²。

「有効かつ適用可能な事前の意思決定に従う診療者は、第1条5項の目的に関して、意思能力を喪失している者のために、または、代表して、行為する者ではない。その診療者は法的能力を与えられた個人の指示において行為する者である。したがって、そのような意思決定には、たとえ患者の最善の利益の反対の評価と衝突する場合であっても、遵守されなければならない。このことは、たとえその遵守が患者の死を導くものである場合でも、当てはまる。人間の生命の尊厳の原則は、第25条5項および6項が充足される限りにおいて、患者の自己決定の原理を生じる」としている。

(4) 「事前の意思決定」の様式や方式などについて

事前の意思決定の様式や方式などに関しては、「行動指針」が詳細に説明しているので、

20 Code of Practice, para.4.11, 4.12 p.44

21 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.61, p.321

22 Richard M. Jones, *ibid.*, para.1-263, p.132

以下のように引用することとする。

【行動指針9.10】「事前の意思決定に特段の決まった様式はない。口頭でも書面でも可能である。ただし、生命維持措置に関するものだけは別であり、この場合は必ず書面で行う必要があり、かつ、特別な規定が適用される。」²³

【行動指針9.11】「治療を拒否する事前の意思決定には次の要件が求められる。

- ・ 正確にどういった治療を拒否したいのかを明らかにすること。一般的に治療は受けたくないというおおざっぱな要望では不十分である。
- ・ 拒否が適用される具体的な状況を明らかにすること。できる限り詳細にすること有益である。
- ・ 本人がある特定の治療に対し、同意するか拒否するかの能力を欠くときにのみ適用される。

生命維持措置については特別な決まりがある。」²⁴

【行動指針9.18】「書面にしてあると事前の意思決定のよい証拠になる。その書面の存在および保管場所を周囲の人に話しておくことが有益である。いざというときのためにその本体を常時身に付けていた人もいないかもしれないし、あるいは、事前の意思決定書面を作成した事実および保管場所を示したカード、ブレスレットなどを持ち歩くことも可能である。」²⁵

【行動指針9.19】「事前の意思決定書面の決められた様式は特にない。本人の要望や置かれ事情により内容は様々なものになるからである。しかし、次にかかげる情報を含めることは有益である。

- ・ 事前の意思決定を行う本人に関する詳しい情報。生年月日、住所、身体的特徴など何でも（本人が意識不明のとき、医療従事者が本人と認識できるように）
- ・ 本人のかかりつけ医の名前、住所およびかかりつけ医の意思決定書面の写しの所持の有無
- ・ 本人が能力を喪失しているときはその書面を用いてほしい旨を記載した一文
- ・ 拒否すべき治療およびその書面を適用させるべき状況を明示した一文
- ・ 書面の作成日（再度見直した場合はその日時）
- ・ 本人の署名（あるいは本人の面前で本人に代わり署名することを本人から頼まれた人の署名）
- ・ 署名に立ち会った証人の署名（もしいる場合。あるいは、本人に代わって署名するように指示する文書）

事前の意思決定が生命維持措置に関わるものであるときは、9.24から9.28を参照のこと。」²⁶

【行動指針9.20】「生命維持措置を拒否する事前の意思決定以外は、本人の署名の証人は

23 Code of Practice, para.9.10 p.163

24 Code of Practice, para.9.11 p.163

25 Code of Practice, para.9.18 p.164

26 Code of Practice, para.9.19 p.164f.

必ずしも必要ではない。しかし、証人がいるときは、証人は本人の署名の事実の証人であるのみならず、事前の意思決定書面に示された本人の要望を確認する存在でもある。本人と証人との関係を記載しておくといよい。証人の役割はあくまでも本人の署名に立ち会うことであり、たとえ証人が医師または本人をよく知る者であっても、本人の能力があることを証明することではない。」²⁷

【行動指針9.21】「証人となる医師が本人の能力の判定者でもあることはしばしばある。この場合、医師は判定の記録も別途つけるべきである。証人となることは事前に判定を行っていることの証明にはならないからである。」²⁸

【行動指針9.22】「口頭による事前の意思決定には特に様式はない。本人の要望や置かれた事情によって異なるからである。この場合、医療従事者は口頭の事前の意思決定の存在、有効性および適用可能性を考察する必要がある。」²⁹

【行動指針9.23】「可能であれば、医療従事者は、治療を拒否する口頭の事前の意思決定を本人のカルテに記録すべきである。そのようにすると書面となるから、将来、その意思決定をめぐる混乱を防ぐことができる。記録内容としては次のものが望ましい。

- ・ 将来、本人が治療に関して能力を喪失したときにその意思決定を適用すべきこと
- ・ 拒否すべき治療およびその意思決定を適用すべき状況を明示した一文
- ・ 口頭での事前の意思決定を記録する時に、傍にいた人に関する情報およびそこにいた理由（医療従事者だから、あるいは、家族だからなど）
- ・ 自分たちもその意思決定を実際に聞いたのか、あるいは、その存在を知っているためなのか」³⁰

3 治療拒否で使用される専門用語の関係

(1) 意思能力法の規定

MCA2005

第24条 治療を拒否する事前の意思決定：一般原則

- 2 第1項の趣旨に鑑み、意思決定の表現が素人の言葉であっても特定の治療または特定の状況を明示したものとみなすことができる。

(2) 使用される用語に関する議論

【行動指針9.12】「事前の意思決定は、医学用語、日常の話し言葉のどちらを用いても可能であるが、自分の要望と拒否したい治療の内容を明らかにすることが必要である。」³¹

27 Code of Practice, para.9.20 p.165

28 Code of Practice, para.9.21 p.165

29 Code of Practice, para.9.22 p.165

30 Code of Practice, para.9.23 p.165

31 Code of Practice, para.9.12 p.163

Richard M. Jonesは、使用される用語との関係で以下のように言及している³²。

「その用語の使用が拒否される処置の一致について何らかの曖昧さを導くものでない限りは、素人の用語が使用されることができる。…W Healthcare NHS Trust v H事件では、控訴院は以下のように判示した。主張された事前指示は、機械によって生き続けたくないと言った患者は人工的な水分補給と栄養補給を明確に考慮し拒否しなかったという理由により部分的に無効であるとした」としている。

4 「事前の意思決定」の撤回と変更

(1) 意思能力法の規定

MCA2005

第24条 治療を拒否する事前の意思決定：一般原則

- 3 本人は能力を有する間はいつでも事前の意思決定を撤回または変更することができる。
- 4 撤回（一部撤回を含む）は文書によらなくてもよい。
- 5 事前の意思決定の変更は文書によらなくともよい。（ただし、第25条第5項が変更の結果の意思決定について適用される場合はこの限りでない）。

(2) 「事前の意思決定」の撤回と変更に関する議論

事前の意思決定の撤回と変更に関しては議論が多い。特に、「行動指針」でも強調されているが、定期的に、その意味で繰り返し、本人の意思を確認する必要がある。最近の終末期医療とのかかわりでは、アドバンスド・ケア・プランニングなどが重要視されているが、その理念にも合致した見解が大勢を占めていると言える。

【行動指針9.29】「事前の意思決定を作成した人は、定期的に必要なに応じて見直し、更新することが望ましい。はるか以前に作成した意思決定は、自動的に無効または適用不可能とは言えるわけではないが、その有効性および適用可能性に疑義が生じる可能性はある。定期的に見直されている書面の意思決定は、特に進行性の疾病の場合には、現在の状況に適用可能であり、かつ、有効であると言えることが多いであろう。意思決定を行って以来の本人の生活に起こった変化を反映している可能性が高いからである。」³³

【行動指針9.30】「人の見解や生活状況は時の経過とともに変わるものである。したがって、本人の病気の段階が上がるとき、新治療法の出現、あるいは、本人の生活上に大きな変化のあるときなどが、事前の意思決定を見直しかつ更新するのに適切な時期と言えるであろう。」³⁴

【行動指針9.31】「24条3項では、人は能力のある間はいつでも事前の意思決定を撤回また

³² Richard M. Jones, *ibid*, para.1-244, p.125

³³ Code of Practice, para.9.29 p.167

³⁴ Code of Practice, para.9.30 p.167

は変更できると規定している。特別な手続きは不要である。口頭でも書面でも撤回でき、文書の原本を破棄することで撤回の意思決定を表明することもできる。可能であれば、事前の意思決定を行った人は、その存在を知るすべての人に撤回の事実を知らせるべきである。これもいつでも可能である。すなわち、手術室に向かう途中でも、また、麻酔をかけられる直前でも構わない。この場合、医療従事者は口頭の撤回による事実をカルテに記録すべきである。その結果、これが将来参考になる書面による撤回となる。」³⁵

【行動指針9.32】「本人は、事前の意思決定が書面になっているか否かを問わず、その意思決定を口頭でも書面によっても変更することができる（24条3項）。この場合、医療従事者は、その変更を本人のカルテに記録することが望ましい。ただし、本人が変更して生命維持措置の拒否を加えたい場合には、9.24から9.28までに述べられた手続きに従う必要がある。」³⁶

Peter Bartlettは、撤回と変更に関して、問題を提起しつつ、以下のように述べている³⁷。

「・・・能力を喪失した後の個人によって事前の意思決定が変更されるかどうかということに関する問題を発生させる。処置に従順でありかつ熱心であると思われる個人は、能力を喪失した後に処置を拒否する事前の意思決定によって拘束されるのであろうか。その答えは完全には明らかではない。他方において、事前の拒否の重要な点は、個人が無能力となった後に適用する決定をなしうることである。このことは軽々しく立ち入られる問題ではなく、この意思決定をなす者は、自らの望みの考慮した価値観が採用されることを受け入れなければならない。撤回または変更を参照するこの制定法の諸条文は、そのことが起きた時点でPが能力を有していることを特に参照する。それ自体における処置に対する受動的な従順はこのことを避けるために十分とはなりえない。そうでなければ、無意識だった者は彼らの意思決定は考慮されないかもしれないし、かつ、そのことは立法の意図足り得るものではない。他方において制定法は以下のことを規定している。事前の意思決定は、その個人が「彼の固定された意思決定を残していたとしても事前の意思決定と明確に不一致な何らかのことをなした」場合には、無効となるであろうとしている。この規定は、その個人が能力者である間に生じた問題に明示的ではなく限定している。したがって、その規定は、少なくともPが能力を喪失した場合になされた意思決定を含むほど十分に広いものであるということには議論の余地がある」。

さらに、Peter Bartlettは、ヨーロッパ人権条約との関係について言及している³⁸。

「処置が生命維持である場合には異なる問題が発生する。というのは、そのような処置の終了はヨーロッパ人権条約（ECHR）の第2条における生命に対する権利に関する

35 Code of Practice, para.9.31 p.167f.

36 Code of Practice, para.9.32 p.168

37 Peter Bartlett, "BLACKSTONE'S GUIDE TO The Mental Capacity Act 2005" 2nd Ed.2008 para.3.129 p.84f

38 Peter Bartlett, *ibid.*, para.3.130, p.85

問題を生じるからである。第2条の権利は能力を喪失している者を含んだすべての者によって享有される。少なくともいくつかの状況において、非常に明確にPが無能力であることが示されており、しかし、処置を受けることを明確に望んでいる場合に、そのような処置を提供しないことは、第2条遵守の問題を生じさせる。そうでない場合には、事前の意思決定をなす権利は、第8条の下におけるプライバシーの一面であると考えられる。どれくらいの能力が存在しているのかを突き止める援助となるヨーロッパ人権条約の法理論は存在していない。処置の事前の拒否は今処置を明らかに望んでいる個人の現在かつ無能な考えに影響することが考慮されるべきである」としている。

Richard M. Jonesは、撤回と変更について以下のように言及する³⁹。

「事前の意思決定の撤回または変更に関する手続きは存在しない。「私はもはや私の事前の意思決定を支持することを欲しない」というような意思能力者である者による単純な供述は事前の意思決定を撤回するのに十分となろう。事前の意思決定が生命維持の処置に関係する場合には、変更は文書によらなければならない、かつ、第25条6項において説明されている要式に従わなければならない」としている。

さらに、Richard M. Jonesは、具体的な事例などを交えながら、次のような説明を加えている⁴⁰。

「書面の事前の意思決定は口頭で撤回することができる。それとは反対に証拠が不存在の場合には、健康ケア専門家は、患者が事前の意思決定の撤回の能力者であることを推定すべきである（第1条2項）」。

「患者は、非常に遅い局面において、処置を受けることについての彼らの気持ちを変更することができる。Baroness Finlayによって合同委員会に提示されたパラセタモールの過剰摂取をした患者に関する以下の診療事例から、取り消されなかった事前の意思決定に依拠することの困難を見ることができる。

『彼は病院に来たくなかったが説得された。彼はあらゆる介入およびあらゆる処置をきっぱりと拒否した。2人の精神科医が数時間にわたり多くの時間を費やして彼と交渉し、グラフィックの詳細を用いて彼に起こりうることの完全なるすべてを説明したところ、彼は処置を欲しないことを断固として主張した。精神科医らは、大量出血が始まれば血液を吐き出して死亡することを含めて、すべてのシナリオを彼に警告した。彼が吐血を始めた時、彼は考えを変えて、処置を要求した。彼は、結局最後には、肝臓移植を受けるためにキングズ [大学病院] へ移送された』。

もしこの患者が吐血を始めた時点で能力を喪失していた場合には、医師らは事前の意思決定に拘束されたであろう（意思能力法の遂行の結果、第5項、第6項を遵守して）し、この患者は死亡したであろう」というものである。

39 Richard M. Jones, *ibid.*, para.1-245, p.125

40 Richard M. Jones, *ibid.*, para.1-253, p.128f.

5 「事前の意思決定」の有効性と適用可能性、および、永続的代理権（LPA）との関係

(1) 意思能力法の規定

MCA2005

第25条 事前の意思決定の有効性及び適用可能性

1 事前の意思決定は、

(a) それの問題となるときに有効、かつ、

(b) その治療に適用可能

ではない限り、本人に関して治療の実施または継続の責任を負う者に影響を与えない。

2 事前の意思決定は、次のいずれかの状況があるときは無効である。

(a) 本人に撤回の能力がある時点ですでにその意思決定を撤回している。

(b) 事前の意思決定をした後に創設された永続的代理権の下で、その意思決定の意図する治療への同意または拒否の権限を代理人（複数存在するときはその誰についても）に授与している。

(c) 事前の意思決定に明確に矛盾する行動をしている。

3 事前の意思決定は、その治療がまさに問題となるその時点で本人に同意または拒否する能力がある場合は適用されない。

4 事前の意思決定は、次のいずれかの事情が認められるときはその治療に適用されない。

(a) その治療が事前の意思決定に明示された治療ではない。

(b) 事前の意思決定に明示された状況が存在しない。

(c) 事前の意思決定をなした時点で本人が予測しなかった事情が生じ、本人が予測していたら意思決定に影響を与えたであろうと信じるに相当な理由がある。

< 5 および 6 は以下に別途記載 >

7 第2項(b)の要件を除き、永続的代理権が存在しているというだけでは事前の意思決定の有効性および適用可能性に影響を与えない。

(2) 事前の意思決定の存在、有効性および適用可能性

事前の意思決定の存在が確認されることは重要である。さらには、「有用性」と「適用可能性」という主要な要件を満たさなければ「事前の意思決定」は無効となってしまう。したがって、この点に関する議論は非常に重要なものとなる。以下に「行動指針」の内容から学説の見解を検討していくこととする。

【行動指針9.38】「必要となるときに医療従事者の注意を確実に引き付けておくことは、事前の意思決定を行う人の責任である。自分のカルテに記載してもらうことも一つの方法であろう。カルテへの記載を望まない人は、自分が当該意思決定を行っており、その証拠やどこにあるかということを知りたい周囲の人に分かるようにしておく必要がある。趣旨の

分かるカードやブレスレットを常時身に付けておくこともよい考えである。いざというときに医療従事者に伝えてもらえるように、家族や友人と情報を共有しておくのも有益であるが、義務ではない。書面にしたものの写しをかかりつけ医に渡しておけば、カルテに記載してもらえるであろう。」⁴¹

【行動指針9.40】「事前の意思決定の存在に疑念はなくても、さらに、それを実行に移す時点でなお有効でなければならない。有効性の判断の前に、医療従事者は、本法25条の要件を検討する必要がある。事前の意思決定を無効とする事情は次のものである。

- ・本人が未だ能力を有している間にその意思決定を撤回している。
- ・その意思決定を行った後に、本人が永続的代理権（LPA）を設定し、代理人にその意思決定内で示されたものと同様の治療に関する意思決定権限を与えている。
- ・本人はその意思決定に明らかに反する行動をしており、そこから本人の気が変わったことを見て取れる。」⁴²

【行動指針9.41】「事前の意思決定が適用可能であると言えるためには、想定される状況に現在の状況が当てはまる必要がある。医療従事者は問題となる時点で、本人に治療を受け入れる能力または拒否する能力があるか否かを見極めなければならない。能力があるならば、本人はその場で拒否することも、または、その意思決定を変更して治療を受け入れることもできる。このような状況では適用可能とはならない。」⁴³

【行動指針9.42】「さらに事前の意思決定は、提案されている治療に当てはまることも必要である。したがって、次の事情が認められる場合は、適用可能とは言えない。

- ・その治療は事前の意思決定に明示された治療ではない。
- ・現在の状況は事前の意思決定において想定された状況と異なる。または、
- ・本人が事前の意思決定を行った時点でそのことを知っていたら意思決定に影響を与えたであろう状況の変化が生じていると考えられる客観的な根拠がある。」⁴⁴

【行動指針9.43】「したがって、事前の意思決定が提案されている治療に適用されるかを判断するには、医療従事者は次の点を考慮する必要がある。

- ・事前の意思決定はどれくらい以前になされたものか。
- ・本人の私生活にその意思決定の有効性に影響を及ぼすような変化が生じていないか（一例として、本人は現在妊娠しているが、この事実はその意思決定時には予測されていなかった）。
- ・医学が進歩し、本人が予測しなかった治療法が登場していないか（新しい投薬治療、新療法など）。」⁴⁵

Peter Bartlettは、「事前の意思決定」に「矛盾する」行為について、以下のように事

41 Code of Practice, para.9.38 p.169

42 Code of Practice, para.9.40 p.170

43 Code of Practice, para.9.41 p.171

44 Code of Practice, para.9.42 p.171

45 Code of Practice, para.9.43 p.171

例を踏まえて述べている⁴⁶。

「事前の意思決定と「明確に不一致となる」何らかのを行うという、最後の規定の範囲は、可能性として著しく拡張的なものである。明らかな例は、Pが、能力がありかつ事前の意思決定をして以降に、その事前の意思決定に含まれている類似の状況において類似の処置に同意した場合である。しかしながら、その範囲は相当にこれよりも広いものである。HE v A Hospital NHS Trust, AE事件⁴⁷においては、続いてなされた不一致の行為を理由として、事前の拒否が無効なものであると判示された。事前の輸血の拒否について鍵となった不一致は、以前の病院の許可の間の2日間事前の処置の拒否を述べることしなかつたことと相まって、Pのエホバの証人からイスラム教への信仰上の転換にあった。この結果には同情がなされうが、その不一致は直ちには明確なものではない。確かに、エホバの証人は輸血を受け入れてはいない。しかし、イスラム教徒への転換がそのような処置を拒否する意思決定と不一致であることは明白であろうか？その事件の裁判所は、明確かつ疑わしくないケースにおいてのみ生命維持の処置の事前の拒否は敬意がはらわれるであろうと提案した。このアプローチが意思能力法の規定の履行において追従される場合には、処置の事前の処置を行う者は、自分の考え方が配慮されることに対して警戒を怠ってはならないであろう」としている。

Richard M. Jonesは、事前の意思決定で特定されている治療に関して以下のように述べている⁴⁸。

「ケアは、拒否されていない特定の処置と一致する疑義が存在する可能性がないことが確信された場合に実施されるべきである。…W Healthcare NHS trust v H事件において、控訴院は以下のように判示した。「彼女が機械によって生き続けることを望まないという患者によって作成された供述書は、あらゆる状況において彼女を死に導く一定期間の植物および水分の不提供を彼女が選好したという指示に十分明確に値する事前の意思決定ではない。」というものであった。「私の生命を延ばす可能性のあるあらゆる処置を私は提供されるべきではない」というような処置されない願望を示す一般的な供述書もまた無効となるであろう。「処置」は第64条1項において広く定義される。「処置」は人工的方法による栄養補給および水分補給の提供を含む可能性がある (Airedale NHS Trust v Bland[1993] All E.R.821, HL)。人権合同委員会は、人工的な栄養補給と水分補給を「処置」として分類することは素人である人々にはよく知られてはいないであろうという関心を表明した」とする。

Richard M. Jonesは、さらに、「適用可能性」の問題については、以下のように述べている⁴⁹。

46 Peter Bartlett, *ibid.*, para.3.120, p.81

47 Peter Bartlett, *ibid.*, para.3.120, p.81, fn169/[2003]EWHC 1017

48 Richard M. Jones, *ibid.*, para.1-243, p.124

49 Richard M. Jones, *ibid.*, para.1-258, p.129

「患者が彼らの意思無能力が開始した後における状況を正確に予測するということは起こりえないので、このパラグラフ(c)はしばしば発動されることが予測される。予測しなかった状況がPの意思決定に影響する「ことがありえる」というよりもむしろ「であろう」かどうかを判断するために、健康ケアの専門家は、Pに代わって代理の決定を有効にすことによってPの後を継ぐ必要があるであろう。状況における問題とされる変化の一例は、Pが処置と関係する深刻な副作用を理由として、深刻な副作用が遥かに少ない同じ種類の処置の発展する以前において、その特定の種類の処置を拒否する事前の意思決定をなす場合である。よい問題性のある例は、特定の病気に罹患することがPに苦痛と不幸を惹起する可能性があることを理由として潜在的な生命救済処置を拒否する事前の意思決定をなすことをPが結論付けることである。しかしながら、今その病気に罹患しているPは不平が無くかつ痛みが無いということが明らかとなったというのが現実である。事前の意思決定をなすことを誘発した恐れられた病気の結果が不存在であるので、この状況は、この規定の目的に関する状況における変化を構成することが提示される。Pの家族および/または個人的状況における重要な変化もまた関係する考察となりうる」としている。

また、「適用可能性」の要件が充足されるためには以下のようなことが必要であると説明している⁵⁰。

「事前の意思決定が有効かつ適用可能であることが充足されるために、診療者は以下のことを調査する必要があるであろう。(1)主張された事前の意思決定がなされた時点における患者の意思能力について存在しているかもしれないあらゆる疑義、(2)患者の事前の意思決定の結果について患者が受け取った情報、(3)主張された事前の意思決定がなされた周囲の状況、(4)患者の意思決定における不適切な影響の可能的な効果、(5)主張された事前の意思決定が提供され処置に適用可能であるかどうか、および、発生した状況において適用されることが意図されたかどうかについてである。特に口頭の供述が考慮されるべき程昔になされた場合には、事前の意思決定が継続しているという専門家でない人々に対して患者によってなされた口頭の供述は、そのような綿密な調査で存続するということはほとんどないということは可能性がある。本条は、診療者が患者が能力を喪失していると間違えた推定をした場合に、その間違いが合理的理由においてなされた限度において、暴行に対する訴訟上の防御を診療者に提供することを提示している。診療者が、無効かつ適用不可能な事前の意思決定がなされたことが充足される場合には、処置は提供されることが可能である。しかしながら、有効かつ適用可能な事前の意思決定の存在を支持する議論が微細に比較衡量される場合、または、そのような事前の意思決定がなされたかどうかについて診療者と患者の家族の間で議論が存在する場合には、その問題を裁判所に決定してもらうことを求めることが賢明である」としている。

50 Richard M. Jones, *ibid.*, para.1-264, p.132

(3) 事前の意思決定が無効の場合の医療従事者の対応

事前の意思決定が「有効性」「適用可能性」といった要件を満たさず、無効となった場合、医療従事者はどのように行動するべきかなどについて、以下に「行動指針」から採り上げる。

【行動指針9.45】「事前の意思決定が有効ではない場合または現在の状況下で適用可能でない場合は、医療従事者には次のような対応が求められる。

- ・その意思決定が本人の要望を真摯に表したものと客観的に考えられるときは、それを本人の最善の利益の判断材料として考慮しなければならない。
- ・その意思決定が無効または適用不可能であるならば、必ずその特定された治療（生命維持措置を含む）を提供しなければならないのだと考える必要はない。前述のように、まず最善の利益の判断が先である。」⁵¹

【行動指針9.53】「医療従事者が有効かつ適用可能な事前の意思決定の存在に納得しないときは、本人を治療することができ、それに対して責任を問われない。しかし、治療をあくまでも本人の最善の利益に適うものでなければならない。その意思決定を無効または適用不可能と考えた理由をきちんと書面に残して説明できるようにしておくことが必要である。」⁵²

(4) 永続的代理権（LPA）と事前の意思決定の関係

永続的代理権が設定されている場合には、特に、事前の意思決定の後にその設定がなされた場合が論点となる。以下に行動指針から学説へと議論を拾ってみたい。

【行動指針9.33】「有効かつ適用可能な治療を拒否する事前の意思決定は、本人が能力を有するときの拒否と同様の効果がある。したがって、事前の意思決定は次に掲げる意思決定および条文に優先する。

- ・事前の意思決定がなされる以前に行われた身上福祉永続的代理権（LPA）代理人による意思決定。したがって、LPA設置後になされた事前の意思決定内で拒否された治療に対して、代理人は同意することはできない。
- ・裁判所の任命した法定代理人の意思決定。有効かつ適用可能な事前の意思決定内で拒否された治療に対して法定代理人は同意することができない。
- ・5条の条文（事前の意思決定がなければ、医療従事者に、本人の最善の利益にかなうと信じる治療を認めている。）」⁵³

【行動指針9.34】「事前の意思決定後になされたLPAがあると事前の意思決定は無効になるが、これはLPAが代理人に同じ治療についての意思決定を行う権限を与えている場合に限る。」⁵⁴

51 Code of Practice, para.9.45 p.172

52 Code of Practice, para.9.53 p.174

53 Code of Practice, para.9.33 p.168

54 Code of Practice, para.9.34 p.168

Gordon R. Ashtonは、永続的代理権の事前の意思決定に対する代替性について以下のよう
に言及している⁵⁵。

「特定の処置の拒否を指示することにより、能力が喪失するという起こりうる将来の
ために事前に計画を作成することを欲するかどうかは個人的な選択の問題である。それ
に代替することは、医療上の意思決定を行うための権限授与者としてその者が選任した
者に権限を付与して、永続的代理権を創設することである⁵⁶〈第11条(7)(c)も合わせて参
照のこと〉。その代理人が生命維持の処置を拒否する権限を有すべきことを意図する場合
には、法律的文書（および認められた証人）において明示的に許されていなければなら
ない。この効力に対する記入欄は、記述された方式としてあらわされる。その権限も
また、その法律的文書におけるあらゆる条件と制限に服するものである⁵⁷」としている。

Peter Bartlettは、永続的代理権と事前の意思決定の関係に関して以下のように言及
している⁵⁸。

「事前の意思決定は、医療上の同意に関係する問題をカバーする永続的代理権（LPA）
と区別されうる。永続的代理権（LPA）は、何者かに処置の決定をなすことを任じる
ものであり、最善の利益の基準に従うものであり、かつ、そのような制約は書面それ自
体に含まれている。事前の意思決定はその決定を行うことである。少なくとも理論的に
は、見識の型にはまった評価またはその意思決定の望ましさは存在しない。永続的代理
権（LPA）に医療上の意思決定が含まれることは、無能力となった後に発生した予見
不可能であった病気を取り扱うことについて妥当であろう。事前の意思決定は、Pが
説明可能な将来の状況における説明可能な処置、処置の一群、または処置の過程につ
いて堅固かつ固定した考えを有している場合に妥当なものであろう。

6 生命維持措置に関する「事前の意思決定」

(1) 意思能力法の規定

MCA2005

第25条 事前の意思決定の有効性及び適用可能性

5 事前の意思決定は、次の事実が認められない限り、生命維持措置には適用されな
い。

(a) たとえ生命の危機に陥ってもその意思決定を適用させるという本人作成の供述書
がある。

(b) 意思決定および供述書が第6項の要件を満たしている。

6 意思決定または供述書は次の条件のすべてを満たすときのみ有効である。

55 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.75, p.326

56 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.75, p.326 fn.123/MCA2005, Section11(8)(a)

57 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.75, p.326 fn.123/MCA2005, Section11(8)(b)

58 Peter Bartlett, *ibid.*, para.3.127, p.84

- (a) 文書になっている。
- (b) 本人の署名があるか、または、本人の面前で本人の指示により他者が署名している。
- (c) 本人または他者が証人の面前で署名している。
- (d) 本人の面前で証人が署名している。

(2) 生命維持措置に関する事前の意思決定についての議論

終末期医療との関係からは、この項目である「生命維持措置」についての「事前の意思決定」は最も重要な規定と言っても過言ではない。以下において「行動指針」と学説上の見解を採り上げて検討する。

【行動指針9.24】「本法は生命維持措置を拒否する事前の意思決定には特別の法律要件および安全確保要件を要求している。すなわち、生命維持措置を拒否する事前の意思決定には必ず次の要件が必要となる。

- ・必ず書面にすること。本人が書くことができなければ、誰かほかの者に書いてもらう。家族が本人の代わりに書いてもよいし、医師が本人のカルテに記録してもよい。
- ・必ず本人が署名すること。本人が署名ができなければ、本人の面前で本人に代わって署名するよう誰かほかの者に指示することができる。
- ・本人は証人の面前で署名すること。証人は続けて本人の面前で署名しなければならない。本人が署名することができないときは、証人は、本人が誰か別の者に本人に代わって署名することを指示する場面に立ち会う証人となる。続いて証人は、指示を受けた者が本人の面前で署名した事実を証明する趣旨の署名をしなければならない。
- ・その事前の意思決定は、例えば生命に危険が及ぼうとも、ある特定の治療行為に適用されるものであるとの本人による明確な文言を含むものであること。
- ・この文言が事前の意思決定の書面本体とは別な用紙に、あるいは、別な時期に記載された場合には、本人（または指示を受けた者）は証人の面前で署名が必要であり、証人もまた署名しなければならない。⁵⁹

【行動指針9.25】「4条10項は、生命維持措置とは本人の治療に当たる医療従事者が生命維持に不可欠とみなす処置であると規定している。不可欠との判断はその処置の種類にのみよるものではなく、処置を行う状況にもよる。すなわち、ある特定の状況かでは抗生物質の投与が生命維持になることもある。もちろん多くの場合、それは生命に危険のない症状の治療に使用されるものであるが。」⁶⁰

【行動指針9.26】「人工栄養水分補給（ANH）は医療行為とみなされて久しい。ANHとは、口から摂取することができなくなった人にチューブを用いて栄養と水分を与えるものであるが、食欲を支配する自然の仕組みを無視し、絶えず監視装置による生体状態の監視

59 Code of Practice, para.9.24 p.166

60 Code of Practice, para.9.25 p.168

が必要となるものである。事前の意思決定では、このANHを拒否することができる。事前の意思決定でANHを拒否するということは、本人の死を意味する。」⁶¹

【行動指針9.27】「生命維持措置を拒否する事前の意思決定について医師と話し合うことはとても重要であるが、業務ではない。医師は次の点について説明してくれるであろう。
・どのような状況下で、どのような処置が生命維持措置となるのか。
・そのような処置を拒否することの意味と結果。」⁶²

【行動指針9.28】「事前の意思決定によっても、本人を安らかにするための行為を拒否することはできない（基本的介護または本質的介護と呼ばれる）。例として、保温、安らかな寝所、本人の清潔を保つ行為の提供、食物および水分の口頭摂取などが挙げられる。5条では、医療従事者に、能力を欠く本人の最善の利益のためにこういった行為を行うことを認めている。繰り返せば、事前の意思決定ではANHを拒否することができる。」⁶³

Gordon R. Ashtonは、「生命維持措置」の証人の不存在の事例を紹介している⁶⁴。

「Peter Jackson判事は、An NHS trust v D事件において、証人の不存在は生命維持処置を拒否する事前の意思決定を無効なものとすることを確認した⁶⁵」としている。

さらに、生命維持措置についての「有効性」と「適用可能性」という要件との関係について、以下のように述べている⁶⁶。

「有効かつ適用可能な事前の意思決定はまるで以下のような効力を有する。処置が実施または継続されるべきかどうかという問題が生じた時点で、決定者がおこない、かつ、そうする能力を有していたような効力である。Peter Jackson判事は、A Local Authority v E and Others事件において、以下のことを判示した生命維持の処置に関係する事前の意思決定が有効かつ適用可能となるためには、適切な時点において能力を有していた蓋然性を考慮して立証する明確な証拠が存在すべきである。能力の証拠が疑わしいか、または、決定的とは言えない場合には、その意思決定を支持することは適切ではない⁶⁷」としている。

7 事前の意思決定の効果

(1) 意思能力法の規定

MCA2005

第26条 事前の意思決定の効果

1 本人が、

61 Code of Practice, para.9.26 p.166f.

62 Code of Practice, para.9.27 p.167

63 Code of Practice, para.9.28 p.167

64 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.64, p.322

65 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.64, p.322 fn.109/[2012]EWHC 885 (COP),[2012]COPLR 493

66 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.65, p.322

67 Gordon R. Ashton, *ibid.*, para.6.64, p.322 fn.110/[2012]EWHC 1639 (COP),[2012]COPLR 441

- (a) 有効であり、かつ
- (b) 適用可能な事前の意思決定を作成した場合には、その意思決定はその治療を実施すべきかまたは継続すべきかの疑問を生じた時点で、本人が能力のあるときに作成したと同様の効果を有する。
- 2 有効かつその治療に適用可能な事前の意思決定の存在を確信している場合を除き、その治療を行う者は、その実施または継続に対して責任を問われない。
- 3 その治療を行おうとするときに、有効かつその治療に適用可能な事前の意思決定の存在を相当な理由をもって確信している者は、本人に対してその治療を差し控えるか手を引くことにより生じる結果について責任を問われない。

(2) 「最善の利益」と事前の意思決定の関係

【行動指針9.36】「事前の意思決定があるときは、最善の利益の原則は適用されない。なぜならば、事前の意思決定は能力ある成年が自ら行った意思決定と同視されるからである。医療従事者は、たとえ事前の意思決定が本人の最善の利益に反していると考えたとしても、それに従わなければならない。」⁶⁸

Gordon R. Ashtonは、「医療上の専門家による判断」という項目を設けて以下のように述べている⁶⁹。

「事前の意思決定または永続的代理権が存在しない場合には、その者の最善の利益において、医療上の専門家によって判断が下されることになるであろう。事前の指示書には未だ値しない記述された供述書は考慮されるであろう (fn.126/See, by analogy RGB v Cwm Taf Health Board & Ors[2013]EWHC B23 (COP),事前の供述書を夫とのコンタクトを考慮して妻が作成した事例) が、その時点の総合的な最善の利益が何であるかという事実可依拠している。生命維持の処置が問題となる場合には、たとえそれらが制定法上の要件に一致していせず表明されたものであっても、意向が重要なものとして意義を有する」とする。

(3) 医療従事者の責任

【行動指針9.57】「事前の意思決定の存在、有効性および適用可能性に納得しているときは、医療従事者は必ずその指示に従わなければならない。これに反する場合には、暴行罪による訴追、あるいは不法行為による損害賠償請求を起こされるおそれがある。」⁷⁰

【行動指針9.58】「しかし、次の要件に該当する場合には責任を問われることはない。

・事前の意思決定の存在を知らない。または、

68 Code of Practice, para.9.36 p.169

69 Gordon R. Ashton, ibid, para.6.76, p.326

70 Code of Practice, para.9.57 p.174

・事前の意思決定が確かに存在し、有効でありかつ特定の治療が現在の状況に適用可能であるとは納得していない（26条2項）。

医療従事者が疑念を抱き、したがって、その存在、有効性および適用可能性について「納得」できないときは、責任を問われることなく治療をすることができると考えられる。」⁷¹

【行動指針9.61】「医療従事者の中には、そもそも生命維持措置を拒否する患者の権利などというものを信念に基づいて認めない人がいる。本法は現行の思想・信条の自由を否定するものではないので、自分の信念に反する行為を強制されることはない。しかし、患者を単に無視したまま治療したり、あるいは、放置することは許されない。」⁷²

【行動指針9.62】「そのような医療従事者は、生命維持措置の提供、留保または中止といった問題が持ち上がったときには、速やかに治療チームの同僚および患者本人の双方に対して自分の立場を明らかにすべきである。患者に未だ能力がある間は、治療に影響のない範囲で、担当を他の人に代えてもらうことが許されるべきであろう。」⁷³

【行動指針9.63】「患者本人はすでに能力を喪失しているが、能力のある間に治療を拒否する有効かつ適用可能な事前の意思決定を行っている場合において、医師その他の医療従事者が良心に基づきその意思決定に従うことができないときは、本人の担当を別の人が変える手続きがとられるべきである。変更が受け入れられない場合は、保護裁判所は本人の医療に責任を有する者（信託、医師その他の医療従事者など）の交代を指示することができる（17条1項e）。」⁷⁴

Peter Bartlettは、事前の意思決定の隠匿や毀滅に関する法的責任について、以下のよう述べている⁷⁵。

「意思能力法においては特定の犯罪に含まれることがないにもかかわらず、法的な帰結は事前の意思決定の隠匿または毀滅から流れてくるものでありうる。確かに、隠匿または毀滅が医療、法律または同種の専門家による場合には、専門家の懲戒に対する根拠を構成する。そのような文書の毀滅が財産権犯罪であるかどうかは文書の所有権に依拠する。その文書が国民保険サービス信託によって所有される場合には、例えば病院の記録に関する事例であるが、毀滅した医師、看護師またはその他の者は犯罪の損害賠償について十分に有罪となるかもしれない。さらには、事前の意思決定をPが所有する状況において署名され証言された後、ほかの誰か、医師またはその他の者に与えられた場合、Pはそれに対するいくつかの権利を保持しうる。窃盗法1968年のセクション3(5)は以下のことを規定する。ある者が財産を他人から受け取り、特定の 방법으로その財産をその他の者に対して保持しかつ取り扱う義務の下にある場合には、その財産は、その授与者と

71 Code of Practice, para.9.58 p.174f.

72 Code of Practice, para.9.61 p.175

73 Code of Practice, para.9.62 p.176

74 Code of Practice, para.9.63 p.176

75 Peter Bartlett, *ibid.*, para.3.132, p.85f.

同様に受領者にも属するとみなされるとしている。以下のような信頼できる議論が形成される。この規定は、診療記録において医療専門家として職業上設定された者に授与された事前の意思決定に適用される。したがって、その記録の毀滅はPからの窃盗と構成する。それに代わって、その財産を保持しかつ取り扱うこと上の法律上の義務は、事前の意思決定が友達のような非専門家に授与された場合にはより明確性が失われる。ここで言う犯罪責任に関する議論は、未だ緊密に関係しているが、よりいっそう確信的でないものとなる」としている。

Peter Bartlettは、事前の意思決定の毀滅についてさらに以下のように続けている⁷⁶。

「除外された処置が実施された場合には、別の刑法もまた妥当しうる。事前の意思決定の文書の証拠の毀滅はその意思決定を無効にするということは明白ではない。署名かつ証言された時に有効であった意思決定は、たとえその意思決定の証拠が「置き忘れられた」場合でも有効な意思決定として維持されうる。したがって、そのような意思決定の存在を満たしていながら、とにかく除外された処置を実施した医師は、刑法上の暴行罪として有罪となりうる。処置をしている医師自身が事前の意思決定を毀滅した場合には、特に強力な事例となるであろう。事前の意思決定が他人によって毀滅されてしまったが、医師がその意思決定が存在することを確信する強い根拠を有しかつPによって決して撤回されていない場合には、より一層問題性が大きくなる」としている。

また、Peter Bartlettは、より詳細に医師の責任に関して触れている⁷⁷。

「以下の場合に犯罪の帰結が満たされるかどうかはより一層困難な問題である。医師が、何らかの者(C)によって事前の意思決定が毀滅または隠匿されたことに無頓着にして気づくことなくその処置を実施した場合である。明らかに、その悪気のない医師は第26条(2)によって保護される。Cに関する状況はまっすぐには進まない。最初の問題は第26条(2)の射程に係る。この規定が、その処置を全く犯罪行為となさない場合、Cがその処置に関して何らかの有罪であると考え難い。しかしながら、そうであるとは思われない。医療上の処置は同意が防御を与えるところの暴行である。第26条(2)の射程は、処置をする医師に同意の防御を与えることについて類推されるように思われる。そのケースでは、除外された処置が十分にCの行為の予見可能な結果である場合には、Cが犯罪行為を構成するものとしてみなされうる。例えば、処置をする医師からの明示的な質問に直面して事前の意思決定の存在を積極的に隠匿する場合には、Cは十分に暴行を行いうる。たとえそのような直接的な要求が存在しない場合でも、除外された処置の提供が十分に事前の意思決定の毀滅から予見可能である場合には、Cはまた暴行について有罪となりうる」としている。

Richard M. Jonesは、患者の治療拒否の望みを実現できない医師に関する責任につい

76 Peter Bartlett, *ibid.*, para.3.134, p.86

77 Peter Bartlett, *ibid.*, para.3.135, p.84

て、以下のように述べている⁷⁸。

「Butler- Sloss P. in B, Re [2002] EWHR 429 (Fam Div) ; [2002] 2 All E.R. 449の
パラグラフ100 (viii) によって示された以下の指針もまたこの状況に妥当する。法的能
力について不同意は存在しないが、合理的な理由により医師らが患者の望みを実行す
ることができない場合、その医師らの義務はそのようになすであろう他の医師を探すこ
とである」としている。

8 「事前の意思決定」と保護裁判所

(1) 意思能力法の規定

MCA2005

第26条 事前の意思決定の効果

4 裁判所は事前の意思決定について、次の諸点につき宣言を出すことができる。

(a) その存在

(b) 有効性

(c) 治療への適用可能性

5 裁判所の宣言を求めて申請が出された後は、事前の意思決定に何と書かれていよ
うと、次の行為は裁判所の判断が出るまで行うことは許されない。

(a) 生命維持措置を中止すること。

(b) 本人の身体状況の深刻な悪化を防止するために必要と考えるのが相当な行為を中
止すること。

(2) 「事前の意思決定」と保護裁判所の関係に関する議論

【行動指針9.35】「保護裁判所は、事前の意思決定の存在、有効性および適用可能性につ
いて宣言を出すことはできるが、すでに有効かつ適用可能な認められた治療を拒否する
事前の意思決定を無効とすることはできない。」⁷⁹

Gordon R. Ashtonは、保護裁判所の機能について以下の事例を紹介している⁸⁰。

「事前の意思決定が存在するかどうか、有効かどうかまたは処置に適用可能かどうか
について何らかの疑義または不同意が存在する場合には、保護裁判所はその適用につ
いて宣言を出すことができる。例として、2009年に報告されなかった以下のような事例が
ある。航空救急避難の最中に救急隊員に対して有効な文書の事前の意思決定が与えられ
たが、その後に紛失した場合において、保護裁判所は、口頭の証拠を聴取し、その者の
処置において血液または血液製剤の使用を拒否する有効かつ適用可能な事前の意思決定

⁷⁸ Richard M. Jones, *ibid*, para.1-240, p.122f.

⁷⁹ Code of Practice, para.9.35 p.168

⁸⁰ Gordon R. Ashton, *ibid*, para.6.67, p.323

が存在したことを認定した」としている。

V 総合的検討と結語

これまでの本稿における検討を振り返りながら総合的な視点から整理した上で、結語を述べることにしたい。

連合王国の「意思能力法2005」の特徴は、次のように集約することができるであろう。

第一に、その立法制定の根底にはコモン・ローが存在しており、これを制定法の形で整えた部分が大いと言えることである。とりわけ、本稿で検討した「事前の意思決定」に関しては、IV 1で採り上げた諸説が示すとおり、コモン・ローの影響が大きかったと言えるであろう。

第二に、「事前の意思決定」の様式や方式については、条文上は明記されていないし、指定もされていない。その内容は「意思表示」であるとのみ条文上は規定されている。この点は、ドイツ法などにおける「事前指示書」規定（民法典（BGB）の規定）とは異なっている。ただし、「行動指針」においては、【行動指針9.18】などに見られるように書面にしておくことが望ましいという立場が示されている。しかしながら、【行動指針9.22】で明確にされているように、口頭で事前の意思決定がなされることも妨げられてはいないことに注意すべきである。ただし、生命維持措置に関しては、第25条5項、6項に規定されるとおりである。

第三に、IV41の「行動指針」や学説で示したように、事前の意思決定の撤回や変更については、大いに議論がなされている。事前の意思決定は継続的に更新されることが望ましい旨、「行動指針」などで示されている。また、撤回の方式は何ら要求されておらず、治療や手術の直前に口頭でなされても構わないことが明確となっている。

第四に、上記、第二の点および第三の点における特徴は、最近、わが国を含めた各国で重要視され始めたアドバンスド・ケア・プランニングの理念に合致しているように思われる。終末期医療において、特に治療の拒否などに関して、患者の意思を反復かつ継続的に確認しながら、その意思の確認を行って、患者の望みを医療に反映させようとする理念が、2005年にイギリスで制定された本法において、その一端が実現されていたということには高い評価が与えられるべきであると考え、わが国の終末期医療にとっても大きな示唆となるであろう。

第五には、「生命維持措置」に関しては厳格な要件が法文として明記されており、その治療拒否に関しては慎重な運用が図られているようである。

第六には、「永続的代理権」および「最善の利益」との優先関係が明確にされている。「事前の意思決定」は「最善の利益」に優先するものであり、また、「事前の意思決定」の後に設定された「永続的代理権」は「事前の意思決定」に優先するものである。

第七には、医療従事者の法的責任が条文で明記されるとともに、「行動指針」において、

詳細な説明がなされている。学説においても詳細な検討が行われており、どのような場合に、どのような法的責任が発生するのかが医療従事者にとって明確となっている。

最後に、第八として、保護裁判所という司法機関が、「事前の意思決定」の存在や要件充足の成否について判断する権能を認められていることも特徴的と言えるであろう。

さて、終末期医療に関しては、わが国には例外を除いて制定法が存在していない。厚生労働省のガイドラインや安楽死と尊厳死に係る刑事裁判の判例・裁判例と、各々の医療関係団体が公表しているガイドラインが患者と医療従事者の規範を構成している。わが国にはわが国に適した終末期医療の規範の形態があつてしかるべきであるが、本稿で検討した連合王国のような終末期医療の法規範とその行動指針、さらには、それらに関する学説を加えた重厚な議論の展開は、わが国においても汲み取るべきところがあると考えられる。とりわけ、上記の諸点に関しては、わが国の規範において明確化されていない部分も含んでおり、わが国で議論を行うに際しての問題提起となることを期待したい。

連合王国の終末期医療規範に関しては、最近注目を集め始めたアドバンスド・ケア・プランニングとの関係性にも着目しつつ、その動向を見守りたいと考える。

(たにぐち さとし・高崎経済大学経済学部教授)

【謝辞】 本稿は、日本学術振興会科学研究費「挑戦的萌芽研究」JSPS（課題番号 [16K15306]）の助成を受けた研究の成果の一部である。

《イギリス「意思能力法2005」に関して本稿で引用・参照した文献》

○Ed, by Christopher Johnston, “Medical Treatment Decisions and the Law”, 2010 pp.54~55

○Gordon R. Ashton, “Mental Capacity: Law and Practice”, 2015 pp.295~331

○Peter Bartlett, “BLACKSTONE’S GUIDE TO The Mental Capacity Act 2005” 2nd Ed. 2008 pp.78~87

○Richard M. Jones, “MENTAL CAPACITY ACT MANUAL” 4th Ed. 2012 pp.119~133

○Aswini Weeraratne, Sally Hatfield, Ulele Burnham, Alison Gerry, “Butterworth New Law Guide, Mental Capacity Act 2005” 2008 pp.49~66

A Study on the Provisions on “Advance Decisions” in the Mental Capacity Act 2005 in the United Kingdom

Taniguchi Satoshi

Abstract

The purpose of this paper is to examine the provisions (from Article 24 to 26) on the “Advanced Decisions” in the “Mental Capacity Act 2005”, which was enforced in 2005 in the United Kingdom. The “Advanced Decision” means a decision preliminary made by a person, especially a patient preparing for possible incapacity at the end of life.

In Japan, there exists no statute concerning terminal medical care with some exceptions. Instead, the guidelines of the Ministry of Health and Labour and Welfare, and legal precedents constitute the rules of the terminal medical care. In the United Kingdom, on the contrary, the “Mental Capacity Act 2005” includes the provisions concerning terminal medical care and the “Mental Capacity Act 2005 Code of Practice” also plays an important role to constitute the rules. The said act has been introduced to Japan to study the welfare laws such as adult guardianship. This paper examines the theoretical arguments on Article 24 to 26 of the Mental Capacity Act 2005, focusing on the rules of terminal medical care. The author aims to get the suggestions for normative guidelines on terminal medical care.