

連合王国の意思能力法における 「独立意思能力代弁人制度」の検討

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「独立意思能力代弁人制度」に関する諸条文（第35条～第41条）について検討することである。

独立意思能力代弁人制度は、能力を欠く者の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者が、重大な医療行為および住まいの変更について重要な意思決定を行う際に、彼らを支援する目的で創設された。独立意思能力代弁人は、能力を欠く者を支援し、共に行動し、彼らの最善の利益を考える人たちに本人に代わって本人の見解を伝えるものである。

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独立意思能力代弁人の規定である第35条から第41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った。個々人が自らの死をどのように迎えたいのかといったことに真剣に向き合うことも必要と感じられるようになった。また、医療や介護の現場においても、患者本人の終末期について、本人の意思を尊重し、あるいは、最善の利益を探求する必要性がより一層大きくなってきていると思われる。

わが国は、欧米諸国とは大きく異なり、終末期医療に関する制定法が、臓器移植法などの例外を除いて、存在していない。わが国の医療現場は、過去の安楽死・尊厳死に関するわずかな判例および裁判例と、厚生労働省のガイドライン、そして、各医療関係団体が公表しているガイドラインなどを行為規範として動いているのが現状である。欧米

諸国では、患者の事前指示や最善の利益の探求手続きについて制定法により詳細な法規範が形成されている。

ところで、例えば、身寄りも友人もない患者が自らの病気の治療に関する判断能力を失った場合（例えば、認知症や意識不明となった場合）に、重大な医療行為が必要と考えられたとき、誰がその治療の実施や中止に関して参考となる見解を示し、決定するのであろうか。2018年（平成30年）に厚生労働省から発表された「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」によれば、「本人の意思が確認できない場合」であり、「家族等がいない場合及び家族等が判断を医療・ケアチームに委ねる場合には、本人にとっての最善の方針をとることを基本とする」とのみ規定している¹が、どのように「本人の最善の方針」を調査・探求するのかといった手続きに関しては述べられていない。

これに対して、連合王国では、2005年に施行された「意思能力法2005」の中に「独立意思能力代弁人」という制度に関する法律条文としての規定が設けられている。本稿では、この連合王国における「独立意思能力代弁人制度」を紙幅の限度で検討することが狙いである。

Ⅱ 本稿の目的と検討方法

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年に施行された「意思能力法2005」(Mental Capacity Act 2005)（以下、「意思能力法2005」または「MCA2005」という。）、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」という。）において、「独立意思能力代弁人制度」(Independent Mental Capacity Advocate Service)（以下「独立意思能力代弁人」を「IMCA」という。）を規定している第35条～第41条（第38条と第39条は除く）を検討する。第一に条文を掲げ、第二に、その条文に関係する「行動指針」を採り上げる。そして、それらに関係して各地方に立法委任された「行政規則」(Regulations)との関係を簡潔に記した上で、学説上の見解を示すこととする。これらをもって、連合王国にける「独立意思能力代弁人制度」の内容とそれに関する学説上の議論などを提示して、検討を行いたいと考える。

ここで、「行動指針」(Code of Practice)とは、「意思能力法2005」で所定されている内容に関して、イギリス大法官が草案を立案し、両議院の承認の議決を得て発効するものである²。

なお、連合王国の「意思能力法2005」とその中に規定の置かれている「独立意思能力代弁人制度」は、終末期医療のみならず、広く医療の提供を受ける患者や介護の提供を

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)

2 See MCA Section 42, 43

受ける者とその予定者を対象とする法律である。したがって、この法律および制度に関しては、すでにわが国で先行研究が進んでおり、特にわが国の「成年後見制度」との関係から福祉関係の観点から検討が進められている。初期における最も大きな功績は新井誠教授監訳・紺野包子氏翻訳の『イギリス2005年意思能力法・行動指針』の刊行³であったといえるであろう。この著書においては、すでに「意思能力法2005」および「意思能力法2005行動指針」の全訳が施されている。その後においても、成年後見制度や社会福祉の視点からの先行研究は進められている⁴。加えて、生命倫理の観点からの考察もすでになされている⁵。

しかしながら、本稿は、「終末期医療と法規範」という観点から「意思能力法2005」で規定される「独立意思能力代弁人制度」に焦点を当てて、法解釈学的に検討を試みるものである。「独立意思能力代弁人制度」の本稿における検討は、特にそこにおける規定条文と「終末期医療」との関係性を重点的に議論する。したがって、そのような検討には一定の意義があるものと臆見する次第である。

Ⅲ 連合王国における「独立意思能力代弁人制度」の概要

わが国には存在しておらず、その意味であまりなじみのない制度である連合王国の「独立意思能力代弁人制度」に関して、その制度の全体像を個別の条文規定の検討に先立って示しておきたいと考える。

いくつかの文献の中で、最も端的かつ適切にこの制度を表現しているのは、「行動指針」における制度説明の冒頭部分であるので、それを引用したい。

「IMCA制度は、能力を欠く者の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者が、重大な医療行為および住まいの変更について重要な意思決定を行う際に、彼らを支援する目的で創設された。IMCAは、能力を欠く者を支援し、共に行動し、彼らの最善の利益を考える人たちに本人に代わって本人の見解を伝えるものである」というものである⁶。

Ⅳ 「独立意思能力代弁人制度」に関する法律条文に基づく検討

1 立法経緯

Aswini Weeraratne/Sally Hatfield/ Ulele Burnham/Alison Gerryの著書において、意思能力法2005における「独立意思能力代弁人制度」の立法経緯に関して、以下のよう

3 新井誠監訳、紺野包子翻訳『イギリス2005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頁など参照。

5 例えば、田中美穂・児玉聡「英国の終末期医療における意思能力2005の現状と課題」生命倫理24巻1号96頁など。

6 Mental Capacity Act 2005 Code of Practice, p.178

に述べられている⁷。

「第35条から41条は新たな制定法上の機能、独立意思能力代弁人（IMCA）、国家法上の代弁人制度を導入している。これらの規定によって形づけられる同制度の範囲は、行政規則および精神衛生法2007によって挿入された変更によって定義され拡張された。独立意思能力代弁人の導入はNHS組織および地方当局によって遂行されるであろう」。

「独立意思能力代弁人制度に関する初期の規定は、2003年6月に発行された意思能力立法草案における最も脆弱な人々のための特に重大な健康と福祉の意思決定に対する保護手段の欠如に関する回答として、2004年6月の意思能力法案で導入されたものである。意思能力法2005の下でケアをする者による誤った権利行使に対する保護手段として、また、人々の権利と権限づけに関してヒアリングをするに際して十分な参加を可能とする能力を欠く人々に可能とする手段として、独立代弁人制度の必要性について、議会の合同審査委員会によって関心が表明された」。

「これらの規定は、長期間のケアが必要とされる無抵抗な無能力者が病院またはケアホームにおいて自由をなく奪われている場合の適正な法手続きにおける保護の空白への、最初の部分的な対応であった。合同審査委員会は、すでに提供されてきたものよりも独立代弁人のより広範な役割を明確に考察したが、同じものを制限する十分な資源の包含が認識された。たとえ財産や諸々の出来事に関して永続的代理権が任命された場合や裁判所によって代人が任命された場合であっても、家族及び友人のいない者が重大ない医療行為および長期間の手配の意思決定に関して独立意思能力代弁人の制度が利用できることをさらに確実にするためにサービスの拡張を政府は約束した」。

「精神衛生法2007より先に、独立意思能力代弁人制度は、意思能力法2005において開始された特定の意思決定の類型、すなわち、重大な医療行為、長期間の手配およびケア評価と成年保護を含む拡張された行政規則である」。

Gordon R. Ashtonの著書の中では、以下のような立法経緯に係る著述が見られる⁸。

「意思能力法2005は、イングランドにおける所管大臣（実質的には保健大臣）およびウェールズにおけるウェールズ国民議会に対して、同法に定義される状況下で無能力である者を代理しかつ援助するよう役立てるために、独立意思能力代弁人（IMCA）に可能とするための調整をなさしめる義務を課した。これらの調整は以下の称賛に値する原理⁹を達成するために形作られなければならない」。

「…本人はその行為または意思決定の責任者と利害関係のない人物によって可能な限り代理され支援されるべきである。」

Gordon R. Ashtonはさらに続けて以下のように述べている¹⁰。

7 Aswini Weeraratne, Sally Hatfield, Ulele Burnham, Alison Gerry,

“Butterworth New Law Guide, Mental Capacity Act 2005” 2008 p.136 para.6.2

8 Gordon R. Ashton, “Mental Capacity: Law and Practice”, 2015 p. 314-315 para.6.40

9 Gordon R. Ashton, *ibid.*, p.315 fn.78/MCA2005 s.35(4)

10 Gordon R. Ashton, *ibid.*, p.315 para.6.41

「このことは、政府によって承認された以下の立法草案を詳細に調べた合同議会委員会の結論を採用する¹¹。

『私たちは、独立代弁人制度が意思決定およびコミュニケーション決定について能力に問題のある人々を支援するに際して重要な役割を演じることを確信している。それら人々の権利行使を手助けし、また、それら人々の居住地への不当な侵入に対して保護をする。それら人々の最善の利益を決定するに際して無能力者の価値観および願望に焦点を当てることを提供する。濫用と利己的な利用に対する付加的な保護手段を提供する。また、問題の解決を支援する。』』というものである。

2 意思能力法第35条に関する議論

＜独立意思能力代弁人制度＞

第35条 独立意思能力代弁人の任命

- 1 当局は、適切な人物（「独立意思能力代弁人」）が第37条、第38条および第39条の下で提案されている行為または意思決定について、本人を代理しかつ支援できるように取り計らわなければならない。
- 2 当局は独立意思能力代弁人の任命について規則を制定することができる。
- 3 当該規則では、特に次の事項について規定する。
 - (a)被任命者は規則で指定された状況または条件の下でのみ独立意思能力代弁人として行動できること。
 - (b)任命は規則に従って承認を必要とすること。
- 4 第1項による当局の取り計らいは、次の原則に留意しなければならない。すなわち、本人はその行為または意思決定の責任者と利害関係のない人物によって、できる限り代理され、支援されるべきということである。
- 5 取り計らいの中に、それに従って職務を遂行する者への支払を含むことができる。
- 6 職務遂行を可能にするために、独立意思能力代弁人は次のことができる。
 - (a)代理するよう依頼された本人と直接、他者を交えずに面談すること。
 - (b)いつでも適切な時に本人の以下の記録を検討し、かつ、複写すること。
 - (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章の下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
- 7 本条、第36条および第37条では「当局」とは次のことを指す。

11 Gordon R. Ashton, *ibid.*, p.315 fn.79/Joint Committee on the Draft Mental Incapacity Bill, Session 2002-2003, HL 189-1, HC 1083, para 297

- (a) イングランド内の独立意思能力代弁人の仕事に関しては所管大臣
- (b) ウェールズ内の独立意思能力代弁人の仕事に関してはウェールズ国民議会

(1) 制度概略

【行動指針】における制度の概略的な説明¹²

「☆概略

1 IMCAの役割

- ・ IMCAの目的は、ある特定の重大な意思決定が必要とされるときに、支援者、代理人または相談相手のいずれもいない（有償の介護職員を除く）無能力者に対して、中立の立場から安心を提供することにある。
- ・ IMCAは何者からも独立した立場でなければならない。

2 IMCAへの依頼および協議

- ・ 以下のいずれかの以上があるときは、支援のない無能力者のために必ずIMCAを依頼しかつ協議しなければならない。

a. NHS組織が重大な医療行為を提案している。

b. NHS組織または地方行政当局が病院または介護施設への入院、入所（またはその変更）を提案しており、入院が28日を超える予定である、あるいは、入所が8週間を超える予定である。

- ・ 以下の場合にも、IMCAに依頼することは可能である。

a. 無能力者に相談相手が誰もいない場合に、本人の介護計画を見直すとき。

b. 成人の保護が問題となるとき。この場合は家族、友人その他の存在の有無を問わない。

3 IMCAの見解を考慮に入れること

- ・ IMCAの役割は能力を欠く人を支援しかつ代弁することにあるので、IMCAは関連する本人の医療記録、社会福祉関係の記録を見る権利がある。

- ・ IMCAの提出した情報または報告書はすべて、提案されている行為が本人の最善の利益となるかを判断する過程で必ず考慮に入れなければならない。」

また、「行動指針」では、この説明に加えて、「人の能力」の定義を説明しており、「ある特定の意思決定を、それが必要とされるときに自力で行うことができる能力のこと」としている¹³。

【行動指針10.2】¹⁴

「能力を欠く人も、多くの場合、自分たちを支えてくれる人がいる（本人の福祉に関心

12 Code of Practice p.178

13 Code of Practice p.178

14 Code of Practice p.179 para.10.2

のある家族や友人など）。本人の最善の利益を考える人は可能であれば必ずこういった人々と話し合い彼らの見解を考慮に入れなければならない。しかしながら、本人にこういった人が誰もいない場合は、ある決められた事情が生じたときには、必ずIMCAに本人を代弁するように依頼しなければならない。その事情とは以下のようなものである。

- ・ 重大な医療行為を提供、保留または中止する。
- ・ 本人を長期に入院させる、または、介護施設に入所させる。
- ・ 別な病院または施設に本人を移す。

例外的に依頼が不要となるのは緊急時に限られる。

これ以外でIMCAに任命があり得るのは以下の2つの事例である。

- ・ 介護計画の見直し
- ・ 成人保護事例

意思能力法2005が地方であるイングランドとウェールズに対して、同法の運用に関する詳細な取り決めについて立法委任をいくつかの箇所でおこなっている。これを受けて、イングランドでは「行政規則2006」が2006年に制定・施行され、ウェールズでは、同じく「行政規則2007」が2007年に制定・施行された。

Richard M. Jonesの解説書では、これら「行政規則」に関する概略が紹介されている。イングランドの「行政規則」に関する説明の冒頭では、以下のように述べられている¹⁵。

「これらの行政規則は、独立意思能力代弁人（IMCA）を取り扱う同法の特定の規定の目的のために「NHS組織」および「重大な医療行為」を定義する。当該行政規則はまた、独立意思能力代弁人として行為することを任命されうる者に関して、また、独立意思能力代弁人が特定の事例において本人を代理することを依頼された場合の彼の機能に関する規定を含んでいる。独立意思能力代弁人の任命と機能についての当該行政規則は、独立意思能力代弁人が同法第37から39条の下、または、同法第41条を根拠として制定された規則の下において独立意思能力代弁人が依頼された場合に、適用される」。

議論を制度趣旨の内容に戻すこととする。

Peter Bartlettは以下のように述べている¹⁶。

「運営当局が標準の許可を要求した場合、または、Pを考慮して緊急の許可が認められた場合、および、運営当局がケアの専門家以外にPの最善の利益について相談する適切な者が存在しないと考えた場合、Pのために独立意思能力代弁人が任命されるであろう。さらには、Pには代理人がない場合、監督する組織は、この役割を満すために独立意思能力代弁人を任命することが要求される。最後に、以下の場合に独立意思能力代弁人は任命される。すなわち、Pは無報酬の代理人しかおらず、かつ、

- ・ Pまたはその代理人が代弁人を依頼することを要求した場合、または、
- ・ 監督する組織が次のことを確信する合理的理由を有する場合である。支援がなけれ

15 Richard M. Jones, "MENTAL CAPACITY ACT MANUAL" 4th Ed. 2012 p.299 para.3-001

16 Peter Bartlett, "BLACKSTONE'S GUIDE TO The Mental Capacity Act 2005" 2nd Ed. 2008 p.117. para.4.84

ば、Pおよび代理人は、裁判所に訴える権利を行使することができず、または、標準的な許可の審査を要求することができない、または、そうすることが合理的である状況においてそれらの権利を行使しなかった若しくは行使しない蓋然性があることである」としている。

(2) 制度の運営主体と「責任主体」の義務

「独立意思能力代弁人制度」を運営し、それに責任を負う主体に関する議論は以下のようなものである。「行動指針」の内容から順にみることにする。

【行動指針10.6】¹⁷

「IMCA制度は、イングランドおよびウェールズ地区内で利用可能である。両地域ともその設立と運営のための規則を有している。」

【行動指針10.7】¹⁸

「イングランド地区では、保健大臣が、NHS組織と協働する地域の行政当局を通じて制度を提供する。当該当局は財政上の責任を負担する。ウェールズではウェールズ国民議会が地域保健協議会を通じて行う。地域保健協議会は、財政に責任を持ち、地域の当局社会福祉課および他のNHS組織と共同で運営にあたる。サービス自体は、通常、上述の機関から独立した代弁人組織を通じて提供される。」

【行動指針10.8】¹⁹

「地方行政当局またはNHS組織はIMCAに任務依頼を行う責任があり、この場合の両者は、『責任主体』と呼ばれる。」

【行動指針10.9】²⁰

「重大な医療行為については、責任主体は本人に医療を提供するNHS組織である。しかし、本人が民間の病院にいる場合、責任主体は本人の治療費を負担するNHS組織となり、当該民間病院とIMCAの速やかな任命について取り決めがあることが必要となる。」

【行動指針10.13】²¹

「責任主体は以下の行動をとる義務がある。

- ・ 10.40～10.58までに述べられた事情が生じたときは必ず、IMCAに対し、本人を支援しかつ代弁するように依頼を行わなければならない。
- ・ 10.59～10.69までに述べられた事情があるときも、裁量によってIMCAに依頼を行うことができる。
- ・ IMCAに依頼を行ったすべての場合に、特定の意思決定（治療の提供・留保・中止、本人の住まいの変更、介護計画の見直しや成人保護要請申立など）が能力を欠く本人

17 Code of Practice p.181 para.10.6

18 Code of Practice p.182 para.10.7

19 Code of Practice p.182 para.10.8

20 Code of Practice p.182 para.10.9

21 Code of Practice p.183 para.10.13

の最善の利益に適合するかを決める際に、IMCAが提出する情報を必ず考慮に入れなければならない。」

【行動指針10.14】²²

「責任主体は、さらに、以下の要件を確実にするための訓練および周知計画を用意すべきである。

- ・ IMCAへの依頼が必要な場合およびその場合にとるべき速やかな行動を全職員に周知させる。
- ・ IMCAへの連絡およびIMCAへの依頼の手続きを全職員に周知させる。
- ・ IMCAの関与およびIMCAの提供する情報をすべて記録する。
- ・ 意思決定者がIMCAの報告を本人の最善の利益の判断にどのように採用したかについて、すべて記録する（IMCAの助言に従わない場合は関連する範囲でその理由も含める）。
- ・ IMCAが第35条第6項bに基づいて要請したときには、関連する記録の閲覧を許す。
- ・ IMCAの仕事に影響を与えるような事情の変化についてはすべてIMCAに伝える。
- ・ 意思決定者は、IMCAの関与をすべて関係者に知らせる。
- ・ 意思決定者は、IMCAに最終決定およびそのような決定に至った理由を伝える。」

【行動指針10.15】²³

「IMCAと責任主体の意見が合わないことがある。この場合、両者とも速やかに話し合いや交渉を通じて対立の解消を図ることが求められる。万一解決に至らない場合は、責任主体の正式な手続きに従って解決することになる。」

【行動指針10.16】²⁴

「時には、IMCAが責任主体の決定に異議を唱えたり、または、異議を唱える第三者の側につくことがある。イングランド一般規則およびウェールズ規則がこれについて規定しているが、解決不能なときは保護裁判所への申請が可能であろう。」

Richard M. Jonesによれば、委任立法の状況はイングランドについては以下のようなものである²⁵。

「行政規則3は「NHS組織」を定義している。この用語は第37条と38条で使用されている。これらの条項はNHS組織に重大ない医療行為または手配に関係する行為または決定を含む一定の条項において独立意思能力代弁人に依頼する義務を課している。

この点は、ウェールズに関しても同様の規則が置かれているとのことである²⁶。

なお、Richard M. Jonesは、その「行政規則」によれば、「NHS組織」の意味すると

22 Code of Practice p.183f para.10.14

23 Code of Practice p.184 para.10.15

24 Code of Practice p.184 para.10.16

25 Richard M. Jones, *ibid*, p.299 para.3-001

26 Richard M. Jones, *ibid*, p.299 para.3-001

ころは以下のようなものであると説明している²⁷。

「NHS組織の意味

1. -(1)同法第37条と38条の目的のため、「NHS組織」とは、イングランドにおける以下の組織を意味する、-

- (a)戦略的保険組織
- (b)NHS信託基金
- (c)プライマリーケア信託
- (d)NHS信託
- (e)ケア信託

(2)この規則において、-

「ケア信託」とは、保健および福祉介護法2001の45条の下におけるケア信託として任命された組織を意味する。

「NHS信託基金」は、保健および福祉介護（コミュニティー保健および標準）法2003の第1条において与えられた意味を有している。

「NHS信託」とは、国家保健サービスおよびコミュニティーケア法1990の第5条の下で設立された組織を意味する。

「プライマリーケア信託」とは、国家保健サービス法1977の第16A条の下で設立された組織を意味する。

「戦略的健康組織」とは、国家保健サービス法1977の第8条の下で設立された戦略的保健組織を意味する」としている。

3 意思能力法第36条に関する議論

第36条 独立意思能力代弁人の職務

- 1 当局は独立意思能力代弁人の職務について規則を制定することができる。
- 2 特に以下の目的のために、指示された手順を踏むよう代弁人に要求する規則を定めることができる。
 - (a)本人が重要な意思決定にできる限り参加できるよう本人を支援する。
 - (b)関連する情報を取得し、評価する。
 - (c)本人の要望を推測し、能力があれば本人に影響を与えたであろう信念および価値観を探知する。
 - (d)本人について採りうる別な行動がないか確かめる。
 - (e)治療が提案されている場面で代弁人が必要と考えるときは、さらなる医学的意見を得る。

27 Richard M. Jones, *ibid*, p.300 para.3-004

3 代弁人が重要な意思決定に異議を唱える状況、異議を唱える目的で支援する状況についても規則で定めることができる。

(1) 独立意思能力代弁人の任用資格

独立意思能力代弁人として職務に従事するために、任用されるための要件が定められている。「行動指針」の規定内容からみることとする。

【行動指針10.17】²⁸

「イングランド地区は地方行政当局が承認した人物に限られる。ウェールズ地区は地域保健評議会が承認を行う。承認を受けた組織の資格を有する職員はIMCAになることができる。地方行政当局や保健評議会は、通常、独立した代弁人組織に対してIMCAを提供するよう依頼することになるであろう。これらの組織は、この契約または依頼の手続全般に関して適切な基準を用意する必要がある。」

【行動指針10.18】²⁹

「IMCAは以下のような人物でなければならない。

- ・特別な経験を有する。
- ・IMCAになるための訓練を受けている。
- ・性格がよく熱意がある。
- ・何者からも独立して行動できる。

IMCAになるためには、それ専用の訓練を修了していることが必要である。代弁人の国家資格ができる予定であり、そのときにはIMCAの訓練を含むこのとなるはずである。

地方行政当局または地域保健協議会がIMCAを任命する前に、犯罪履歴局に照会して、その人物の犯罪記録証明書を手入れしなければならない。」

【行動指針10.19】³⁰

「IMCAは中立でなければならない。以下に該当する者はIMCAになることができない。

- ・代弁しようとする本人の介護や治療（有償である専門家として）にあたっている（本人の正規の代理人であるときはこれにあてはまらない）。
- ・依頼を行う者、意思決定者または本人の介護や治療に関与するものと繋がりがあって、その独立性に疑念がある。」

Richard M. Jonesによれば、イングランドにおける独立意思能力代弁人の任用資格に関する「行政規則」の概略は以下のようなものである³¹。

「行政規則5は、独立意思能力代弁人が地方当局によって承認された場合またはそのように承認された団体の構成員である場合、独立意思能力代弁人としてただ行動すること

28 Code of Practice p.184 para.10.17

29 Code of Practice p.184 para.10.18

30 Code of Practice p.185 para.10.19

31 Richard M. Jones, *ibid.*, p.299 para.3-001

とができることを規定している。独立意思能力代弁人にとってその任命されることのためには、経験、訓練、優れた性格および独立に関する一定の要件を満たさなければならない」。

なお、ウェールズの「行政規則」においても同様であるとする³²。

Gordon R. Ashtonは、任用資格について、以下のように述べている³³。

「独立意思能力代弁人制度は、地方を基礎として（妥当する地方当局に委任されている。独立意思能力代弁人となる者の資格付けの条件は、彼または彼女（またはその者が所属する団体）が地方当局によって承認され、かつ、彼または彼女が適切な経験と訓練を有しており、誠実さと良き性格であり、彼または彼女に依頼するすべての者から独立して行為することが可能である者である」としている。

Aswini Weeraratneらの著書においては、任用資格ついでに、特にその「独立性」の問題に関して、以下のように詳細に記述している³⁴。

「第35条4項は、調整するに際して当局は、その者が実務的に可能な範囲において行為または意思決定をする責任のあるすべての者から独立している、という原則を考慮しなければならないと記述している。独立に関する必要性は、サービス開始を導く相談のプロセスを通じて強調された。

以下の者は独立意思能力代弁人として行為することができない。（有償もしくは専門性において）本人をケアする者または処置する者として行為する者、独立意思能力代弁人を依頼する者と関係を有する者、独立意思能力代弁人の独立性に影響を及ぼしうる本人のケアもしくは処置に関係するその他の個人。……………。

このことは、地方サービスの外部被用者または福祉サービスによって資金提供を受けた団体が行為することを妨げない。さもなければ、あらゆる任命が不可能になってしまう。その意図は、任命の適格性に関して極端な指示をすることではなく、報酬に対する規定は制定されるべきである。独立性は、国家的基準と契約の導入によって維持される」としている。

(2) 代弁人の職務・義務

A 概論

独立意思能力代弁人の職務に関しては、規定として重要な事項が含まれている。本項目は第36条に関する議論を採り上げるものであり、その「職務」ないし「義務」という観点から論じるべきであるが、第35条で規定される「権限」に関する議論も含めて検討したい。

32 Richard M. Jones, *ibid*, p.299 para.3-001

33 Gordon R. Ashton, *ibid*, p.315 para.6.43

34 Aswini Weeraratne, et al. *ibid*, p.144, para.6.6

【行動指針10.20】³⁵

「IMCAは、能力を欠く者を最大限に支援し、代弁する者である。したがって、以下の義務がある。

- ・自分に依頼を行う者が真にその権限を有しているかを必ず確認する。
- ・可能であれば本人と二人だけで面談する。
- ・必ず本法の諸原則（本法1条および本指針第2章）に従い、本指針を尊重する。
- ・第35条第6項が閲覧を許可している関連のある諸記録を検討する。
- ・本人の介護や治療にあたる専門家の見解を聴く。
- ・本人の要望、感情、信念および価値観について、情報を有する者の見解を聴く。
- ・その他必要と考えるあらゆる情報を入手する。
- ・本人がこれまでに、特定の意思決定を行う際に受けてきた支援を見つけ出す。
- ・本人に能力があれば、どのような要望、感情、信念および価値観を持ったであろうかを見出すよう努める。
- ・他の選択肢がないかを考える。
- ・セカンドオピニオンを得る必要があるかを検討する。
- ・地方行政当局またはNHS組織に必ず報告書を提出する。」

【行動指針10.21】³⁶

「可能であれば、意思決定者は、本人の過去および現在の要望を十分に理解した上で意思決定を行うべきである。そのため、IMCAはこの情報をできるだけ多く、さらに必要と考える情報は何でも加えて、意思決定者に提供することが望まれる。IMCAが提出する報告書には提案されている行為に対する疑問を含めることができ、また、本人の要望により適合しているとIMCAが考える別な選択肢を提案することも可能である。」

Richard M. Jonesによれば、イングランドにおけるこの点に関する「行政規則」は以下のようにになっている³⁷。

「行政規則6は、特定の事例において行為することを依頼された独立意思能力代弁人がひとたび踏まなくてはならないステップを設定している。独立意思能力代弁人は、代理することを依頼された本人について、かつ、本人の願望、感情、信条または価値観についての情報を取得しかつ評価しなければならない。次に、独立意思能力代弁人は彼に依頼した者に報告しなくてはならない」としている。

なお、ウェールズの「行政規則」に関しても同様であるとしている³⁸。

Gordon R. Ashtonは、独立意思能力代弁人の「機能」という説明の仕方では以下のように説明している³⁹。

35 Code of Practice p.185 para.10.20

36 Code of Practice p.185 para.10.21

37 Richard M. Jones, *ibid.*, p.299 para.3-001

38 Richard M. Jones, *ibid.*, p.299 para.3-001

39 Gordon R. Ashton, *ibid.*, p.315 para.6.45

「独立意思能力代弁人の機能は以下のものである。

- (1) 依頼が権限づけられた者によって発行されたことを実証する
- (2) 実務的かつ妥当な範囲において、患者にインタビューし、かつ、適切な健康、社会サービス、または、ケアの家庭記録を検証する
- (3) 実務的かつ妥当な範囲において、患者の願望、感情と信条もしくは価値観についてコメントをする立場の専門的なケアをする者に相談する
- (4) 患者についての情報または提案された行為と決定についての情報を取得するためのすべての実務的なステップを踏む
- (5) 以下のことを確認し、彼または彼女が取得した情報を評価する。患者に意思決定をすることに参加させることを可能とすることの支援を提供する範囲、患者が望み感じていること、患者に影響を及ぼす蓋然性のある信条と価値観、利用可能な代替的な行動指針、更なる医療意見により患者の利益となるかどうかを提案する医療上の処置
- (6) 彼または彼女が適切であるとみなすそのような付託を含めた彼または彼女に依頼した者に対する報告書を準備する

依頼された独立意思能力代弁人もまた、あたかも彼または彼女が患者のケアに際して従事する何らかの者であった、または、患者の福祉に関心を持つ何らかの者であったかのように、意思決定を行う申請をする権限を有する」としている。

B 能力を欠く者を代弁し支援すること

【行動指針10.23】⁴⁰

「IMCAは第5章の指針に十分に配慮しなければならない。すなわち、

- ・IMCAは、意思決定者が能力を欠く本人をできる限り意思決定に参加させるようあらゆる実際的かつ適切な支援を行ったか否かを見極めるべきである。本人に意思伝達面の問題がある場合は、さらにIMCAとしては、意思決定者が専門家の支援を受けたかどうかも調べるべきである（言語療法士など）。
- ・IMCAが将来の本人の能力回復を示唆する情報を得たときは、意思決定が緊急でなければ、その延期を求めることができる。
- ・IMCAは、過去および現在の本人の要望、感情、信念および価値観について、可能な限り情報を収集する必要がある。加えて、意思決定に影響を与えると思われる本人の宗教や文化的要素も考慮すべきである。

【行動指針10.24】⁴¹

「責任主体がIMCAに依頼を行う時間が無い場合がある（非常時または緊急に意思決定が必要な場合など）。この場合は、その事実およびその理由を記録しておくべきである。

40 Code of Practice p.186 para.10.23

41 Code of Practice p.187 para.10.24

（中略）IMCA側も情報収集に十分な時間をとることができないことがある。その場合、IMCAは許された時間内で入手できた情報に基づいて本人を支援し代弁する判断を行う必要がある。」

【行動指針10.25】⁴²

「時には、IMCAは、本人が何を望んでいるか把握できないことがある。この場合でも、以下に掲げる方法によって、意思決定者があらゆる重要な情報を考慮に入れられるよう努める必要がある。

- ・ 関連する事項や質問を自ら積極的に話題に採り上げる。
- ・ 最終決定に役立つ追加的情報を提供する。」

C 情報の収集および評価

【行動指針10.26】⁴³

「第35条第6項は、職務遂行に必要な権限をIMCAに認めている。すなわち、

- ・ 能力を欠く本人と、他人を交えずに面談をする権利、および、
- ・ 記録を保持する者が調査に関連していると考えられるあらゆる記録を検討し、かつ、複写する権利（診療記録、ケアプラン、社会福祉関連書類、介護施設記録など）」

【行動指針10.27】⁴⁴

「IMCAは、能力を欠く本人の介護または治療に携わる有償の介護者または専門家と会う必要もあろう。こういった人達は、各種の記録上の情報の読み方を教えてくれるし、別な選択肢の可能性も伝えてくれる。提案されている行為が本人の最善の利益に適合するかどうかを最終的に決断するのは意思決定者であるが、本法は意思決定者にIMCAの提出した報告書の内容に十分に配慮することを要求している。ただし、多くの場合、本人の最善の利益の判断は、IMCAのみならず、本人に介護や医療を提供するすべての人との話し合いを通じて得られるものであろう。」

Peter Bartlettは、情報収集とその評価の職務について以下のように述べている⁴⁵。

「独立意思能力代弁人はPについて情報提供を受け続ける様々な明示的な権利を有している。特にそれらは独立意思能力代弁人の任命の基礎となる意思能力法の条項に依拠している。独立意思能力代弁人は標準的な許可の認容又は拒否、および緊急の許可の認容について情報提供を受けなくてはならない。独立意思能力代弁人は、管理団体が緊急の許可を引用しない場合、または、その許可が他に施行することを中止する場合に、情報提供を受けなければならない。独立意思能力代弁人により提供されたあらゆるコメントは要求を権限づけるすべての評価者によって考慮されなければならない。独立意思能力代弁人は、監督団体からの要求を権限づけに関係するすべての評価の複写を受け取る

42 Code of Practice p.187 para.10.25

43 Code of Practice p.187 para.10.26

44 Code of Practice p.187 para.10.27

45 Peter Bartlett, *ibid* p.118 para.4.85

ことができる」としている。

Aswini Weeraratneらの著書においては以下のように述べられている⁴⁶。

「記録の所有者が「独立意思能力代弁人の調査に適切でありうる」とみなす場合には、独立意思能力代弁人は、健康、福祉サービスおよびケア基準法（第Ⅱ部）の下における記録（の検討と複写）にアクセスしうる。このことは記録へのアクセス権の白紙委任ではない。データ保護法1998、ヨーロッパ人権条約（ECHR）第8条、および、受領または検証されるあらゆる記録に関する秘匿のコモン・ロー上の義務に従う余地を残している」としている。

D 本人の要望、感情、信念および価値観を見出すこと

この点に関して、「行動指針」は次のように述べている。

【行動指針10.28】⁴⁷

「IMCAは、本人の要望、感情、信念および価値観を見つける努力が必要である。本人と、口頭でもそれ以外の手段でも、意思疎通を図るよう努力しなければならない。すなわち、絵や写真を用いることも必要である。しかしながら、本人と全く意思疎通できない場合も存在する（本人が意識不明であるなど）。こういった場合、過去または現在に介護や医療の提供に直接関わった人達に話を聞くことが有益であろう。さらに、本人の健康記録や社会福祉記録、および、能力がある間に本人自身が作成した自分の好みを表明した書面があれば、それも検討する必要がある。」

E 別な選択肢を考えること

【行動指針10.29】⁴⁸

「IMCAは、意思決定者があらゆる選択肢を考慮したかどうかを確認する必要がある。加えて、提案されている選択肢が本人の権利へのより小さな制約であるか、すなわち本人の自由をより許容しているかについて確かめるべきである。」

【行動指針10.30】⁴⁹

「IMCAは、本人の介護や医療に直接関わる有償の介護者や専門家と、考えられる選択肢について話し合うことは許されるが、その場合でも自分が代弁している本人の個人情報に配慮することが必要である。」

F セカンドオピニオンを得ること

この点に関する議論は以下のようなものである。

46 Aswini Weeraratne, et al. *ibid.* p.145, para.6.9

47 Code of Practice p.188 para.10.28

48 Code of Practice p.188 para.10.29

49 Code of Practice p.188 para.10.30

【行動指針10.31】⁵⁰

「重大な医療行為に関する意思決定については、IMCAとしては、専門医からのセカンドオピニオンを求めることを考えることも許される。セカンドオピニオンを求める当然の権利がある能力を持つ者と同じ扱いを、能力を欠く者にも認めるのである。」

Aswini Weeraratneらの著書では、「医療上のセカンドオピニオンの取得」という項目で以下のように述べられている⁵¹。

「意思能力法2005は、能力を欠いている者に能力を有する者と同じ権利を付与することを目的としており、それ以上ではない。したがって、独立意思能力代弁人は、適切な専門的知識を持った医師から医療上のセカンドオピニオンにアクセスする可能性を有している。

独立意思能力代弁人がセカンドオピニオンを依頼する時点を知ることができるかどうかは議会において問題提起された。行政規則はそのようなオピニオンのための資金について規定していない。論争となったケースの割増の資金は権限を有する当局の予算の範囲内で役立てられるべきである」としている。

(3) IMCAと意思決定者の意見が対立する場合

この点に関する議論は、独立意思能力代弁人の権限の範囲を明確にするものであると同時に、制度そのものの存在意義にも直結するものであり、その意味で重要である。「行動指針」では、特に多くの紙幅を割いて説明がなされている。

【行動指針10.32】⁵²

「IMCAの役割は、本人を支援しかつ代弁することである。質問、問題提起、報告書の作成といった作業を通じてこれを行う。IMCAは多様な医療関係者、福祉関係者が出席する本人の最善の利益を考える会議に参加することもよくある。その際、意思決定者がIMCAの報告書や提供情報に十分な配慮を払っていないとIMCAが感じて、出された結論に不満を持つ事態となることがある。この場合IMCAは、その意思決定に異議を唱える必要が生じる。

【行動指針10.33】⁵³

「IMCAは、本人を介護する者または本人の福祉に関心のある者と同様に、意思決定に異議を唱える権利がある。その異議は、無能力の判断、最善の利益の判断の双方に対して行うことができる。」

【行動指針10.35】⁵⁴

「正式な手段を採用する前に、IMCAと意思決定者は相違点について十分に話し合うべ

50 Code of Practice p.189 para.10.31

51 Aswini Weeraratne, et al. *ibid.*, p.147f. para.6.14

52 Code of Practice p.189 para.10.32

53 Code of Practice p.189 para.10.33

54 Code of Practice p.190 para.10.35

きである。IMCAが代弁している本人に深刻な影響のある点については特にそうである。双方ともお互いの見解をよく聴き、その理由の理解に努める必要がある。ときには、この話し合いにより問題の解決が図られることもある。」

【行動指針10.36】⁵⁵

「IMCAには地元NHS組織および地方行政当局の代表者を入れた監督機関が付くことがある。これらの代表者は双方の主張の調整を行うことも可能であるし、または、特定の項目に関する政策を明瞭にすることもできる。重要事項に関してIMCAの仕事ぶりが不適切であると他のIMCAが考える場合にも当該監督機関の関与を認めることが望ましいであろう。」

【行動指針10.37】⁵⁶

「IMCA側は意見対立の解決に必要な範囲で苦情処理手続きを利用することができ、オンブズマンのところまで苦情をもっていくことが可能である。特別に深刻なまたは緊急性のある事例では、保護裁判所にその事例を付託する許可を求めることも許されるであろう。裁判所としては、能力を欠く本人の最善の利益を考えて決定を出すことになる。」

【行動指針10.38】⁵⁷

「裁判所を通じての正式な異議申立ての第一歩は、事実を取り揃えて最高裁判所法務官に連絡を取ることである。最高裁判所法務官は訴訟の友（IMCAが代弁している本人に代わって行動する人）として裁判所に申請することができる。最高裁判所法務官が自ら申請を行わない判断をしたときは、IMCA自身が保護裁判所への申請の許可を求めることができる。この場合でも最高裁判所法務官に本人の訴訟の友として行動するよう依頼することは可能である。」

【行動指針10.39】⁵⁸

「非常に深刻な事例では、IMCAは高等法院での再審を申請することが考えられる。当局の判断によって重大な結果を生ずるとIMCAが考える場合にのみ許される対応である。この場合は申請に時間的制約があり、かつ、IMCAは弁護士に訴訟代理を依頼する必要があるであろう。ということは、裁判費用を自己負担するおそれがあることを意味する。したがって、この方法を選択する前に法的助言を得ることが望まれる。IMCAとしてはさらに、最高裁判所法務官に対して、独自の立場から再審請求を考えてもらえないかと依頼することもできる。」

Richard M. Jonesによれば、イングランドにおけるこの点に関する「行政規則」は以下のようになっている⁵⁹。

「行政規則7の下においては、あらゆる事項に関して本人を代理することを依頼され

55 Code of Practice p.190 para.10.36

56 Code of Practice p.190 para.10.37

57 Code of Practice p.191 para.10.38

58 Code of Practice p.191 para.10.39

59 Richard M. Jones, *ibid.*, p.299 para.3-001

た独立意思能力代弁人は、本人が能力を喪失しているかどうかに関するすべての決定を含めて、本人に関係する事項についてなされた決定に異議申し立てをなす。異議申し立てをするという目的のために、独立意思能力代弁人は、本人をケアする他のすべての者または本人の福祉に関心のある他のすべての者と同じやり方で取り扱われる」としている。

なお、ウェールズの「行政規則」に関しても同様であるとしている⁶⁰。

4 意思能力法第37条に関する議論

第37条 NHS組織（英国国民健康保険組織）による重大な医療行為の提供

1 本条は以下の場合に適用される。

(a)治療への同意能力を欠く本人に対し、NHS組織が重大な医療行為の提供または既に受けているその行為の確保を提案している。

(b)専門家としてまたは報酬のために治療または介護に従事する者の他に本人の最善の利益について協議する適任者がいないとNHS組織が理解している。

2 しかし、本人の治療が精神保健法第4章によるものであるときは、本条は適用されない。

3 治療開始前に、NHS組織は、独立意思能力代弁人に本人を代理するよう依頼を行わなければならない。

4 治療が緊急に必要な場合は、NHS組織は第3項の規定を待たずに治療できる。

5 NHS組織は、本人への治療提供または治療の確保にあたり、独立意思能力代弁人のもたらす情報または意見を考慮しなければならない。

6 「重大な治療行為」とは、当局の制定した規則に明示された治療や処置の提供、その差し控えまたは中止を含むものである。

7 「NHS」組織とは、本条の目的のために下記の機関により制定された規則によって認められた団体である。

(a)イングランド内については所管大臣

(b)ウェールズ内においてはウェールズ国民議会

(1) 最善の利益について協議する適任者

独立意思能力代弁人制度は、意思能力を欠く者に親族や友人などのような「最善の利益」について代弁してもらえないことを要件としている。したがって、「最善の利益を協議する適任者」という概念などに関する議論が必要となる。

Aswini Weeraratneらの著書では、以下のように詳細な記述がなされている⁶¹。

60 Richard M. Jones, *ibid.*, p.299 para.3-001

61 Aswini Weeraratne, et al. *ibid.*, p.151f. para.6.28

「独立意思能力代弁人の役割は能力を欠く者を重大な意思決定に関して保護することである。というのは、能力を欠く者は他に相談する親密な者がいないからである。言い換えれば、能力を欠く者の福祉に関心を持つ家族もしくは友人またはそうしようと欲する者がいない者である。(中略)

依頼する組織は、「本人の最善の利益であることを決定するに際して相談するための妥当な者」がいない者が存在するという要件を満たさなければならない。有償でケアする者もしくは専門家はこれらの目的の「妥当な者」ではない。(中略) 以下のような例が挙げられる。認知症の高齢者、子供が現在オーストラリアに居住している成年、ほとんど訪問を受けることが無い者もしくは相談することを拒絶されている者である。そのような状況において独立意思能力代弁人は依頼されなければならない、かつ、意思決定が提供されるべきである。

親族もしくは友人が正式な役割に関係することを欲しないか、または、効果的であるためにはあまりにも虚弱であるかもしくは遠方である場合には、以下の1、2または3のカテゴリーに入らないとき、独立意思能力代弁人は可能な範囲でより非公式な方法において彼らに関与することを試みるべきである。

独立意思能力代弁人に代わるものとして資格付けられる「妥当な」者が存在するか否かを決定するのは責任主体である。以下の者は相談するのに「妥当な」者ではない。

- 1 濫用の経歴を有しまたは本人を悪く扱った者
- 2 その者が相談に気づいた場合に本人を苦しめることを引き起こす者

p.152

- 3 所在が不明であるという理由により相談を受けることが役立てないこと
- 4 本人とコンタクトする時間と労力を使用するに比例しない相談のみが可能である者
- 5 非常に限定的な知識しか有していない者
- 6 相談者になることを欲しない者
- 7 例えば遠隔地に居住しているなど、効果的な相談に有用とならないであろう者」として説明されている。

Gordon R. Ashtonはこの点に関して次のように述べている⁶²。

「重大な医療処置の提供者に対して誰も議論する者がいない場合、「重大な医療処置」が提供される前に、NHS組織はそのような代弁人を依頼し、その代弁人によって与えられたあらゆる情報または作成された提出物を考慮する義務の下におかれている。このことは以下の者が存在しない場合に起こるのであろう。本人のために口述することが可能な者の特定されたリストの中にいる者、－つまり、本人によって指名された者、永続的代理権の下における代理人、以前から存在している持続的代理人が存在しないか、－または、専門的ではないケアをする者もしくは相談することが推奨される場所の友人も

62 Gordon R. Ashton, *ibid.*, p.316 para.6.46

存在しない場合である。緊急事態において重大な医療上の処置が適用される場合、代弁人が依頼されていなかったのと同様に処置は提供されうる」とされる。

(2) 重大な医療行為に関する意思決定

この議論は、本稿の最重要目的である終末期医療に関する連合王国の法規範に関する検討からして、慎重な考察が必要となる。「行動指針」においても、また、学説においても様々議論が提示されている。

【行動指針10.40】⁶³

「能力を欠く本人のために働くようIMCAに依頼を行うのは以下の3つの意思決定が必要となるときである。

- ・ 重大な医療行為の提供、留保または中止の意思決定
- ・ 本人を入院または入所させるべきかの意思決定（介護施設への入所、長期の入院など）、
- ・ 本人を他の長期滞在施設や他の病院に長期に移す意思決定

これらの意思決定については、すべての地方行政当局およびすべての健康保険団体は必ず、能力を欠きかつIMCA要請の条件に該当する者のためにIMCAに判断を付託しなければならない。」

【行動指針10.42】⁶⁴

「第37条は、能力を欠く者に対して重大な医療行為を行うことが検討され、その者が保護要件に該当するならば、NHS組織にはIMCAに依頼を行う義務があることを規定している。NHS組織は「重大な医療行為」について意思決定を提案しているとき、または、別の組織（私立病院など）が彼らに代わって医療行為を行うことを提案しているときは必ずIMCAに本人を代弁するよう依頼しなければならない。その本人とは以下に該当する者である。

- ・ 医療行為について意思決定能力を欠く者であり、かつ、
- ・ その提案が本人の最善の利益となるのかについて協議する適切な相手が有償の介護者以外に誰もいない者」

【行動指針10.43】⁶⁵

「IMCAを要請する『重大な医療行為』の定義についてはイングランド一般規則、ウェールズ規則でそれぞれ用意されている。精神疾患、身体疾患の両方の治療を含む。

重大な医療行為とは、新治療法の提供、すでに始まっている治療の中止および次の状況下で提供可能な治療の差控えを含む処置行為と定義される。

- ・ 治療法が一種類の場合、それを施した場合の患者への恩恵と危険や負担が同じ程度ある

63 Code of Practice p.191 para.10.40

64 Code of Practice p.192 para.10.42

65 Code of Practice p.192 para.10.43

- ・治療法が複数あるが、どれも患者への恩恵と危険や負担が同程度あって決め手に欠ける
- ・その処置を行うと患者に深刻な結果が生ずるおそれがある」

【行動指針10.44】⁶⁶

「『深刻な結果』とは、結果として患者に強い影響が生ずることを意味し、医療行為それ自体およびより広い概念からの負の結果の双方を含むものである。その処置とは以下のものである。

- ・長引くひどい痛み、苦しみや副作用をもたらすもの
- ・患者に危険な結果を生ずる可能性があるもの（生命維持措置の中止、心臓外科手術など）
- ・患者の将来における人生上の選択肢を狭めるもの（卵巣ガン手術など）」

【行動指針10.45】⁶⁷

「『重大な医療行為』に数えられる治療行為を網羅することは不可能であるが、主たるものを以下に掲げる。

- ・ガンの外科手術および科学療法
- ・電気ショック療法
- ・治療的避妊手術
- ・危険を伴う外科手術（開胸心臓手術、脳神経外科手術など）
- ・危険を伴う切断手術（腕や脚の切断など）
- ・視力や聴力を永久に喪失する結果となる処置
- ・人工栄養水分補給（ANH）の留保または中止
- ・妊娠を終了させる行為

これらはほんの数例に過ぎない。これ以外の処置が重大な医療行為に該当するかは個別の事例で、その状況や患者への影響移如何で変わる。加えて、本法規則で重大な医療行為と定義されている多くの医療行為がある。IMCAに依頼する必要がある事態であるか確信の持てない意思決定者は、同僚にも確認してみるべきである。」

【行動指針10.46】⁶⁸

「IMCA依頼義務に従わなくてよい唯一の状況は緊急な意思決定が必要な場合である（人命救助など）。この場合、意思決定の事実および依頼しなかった理由を記録しておかなければならない。しかしながら、緊急処置に続く重大な医療行為については、やはり責任主体はIMCAに依頼を行う必要がある。」

【行動指針10.47】⁶⁹

「意思決定者は、IMCAからの報告を待つ間も、本人の最善の利益のために行動することが要求される。」

66 Code of Practice p.192f. para.10.44

67 Code of Practice p.193 para.10.45

68 Code of Practice p.193 para.10.46

69 Code of Practice p.193 para.10.47

【行動指針10.48】⁷⁰

「ある種の医療行為は非常に深刻なので裁判所が意思決定をする必要がある。しかしながら、この場合でも責任主体はIMCAに依頼を行うべきである。最高裁判所法務官も、能力を欠く本人の訴訟の友として参加することが望ましい。」

【行動指針10.49】⁷¹

「責任主体は、患者が『1983年精神保健法』に基づいて拘禁されており、以下に該当する場合には、IMCAに依頼を行う必要はない。

- ・治療は精神障害のためのものであり、かつ、
- ・同法に基づき、本人の同意なく病院側が治療を行うことができる」

【行動指針10.50】⁷²

「強制入院の患者に提案されている重大な医療行為が、その者の精神障害の治療のためではないときは、本法の要件を満たす限りでIMCAを付けてもらう権利がある。したがって、例えば、ガンの拘禁患者がその治療に対して同意する能力がない場合で、その者に相談できる適切な家族や友人がいないときは、IMCAの支援を受けられると考えられる。」

Richard M. Jonesによれば、イングランドにおけるこの点に関する「行政規則」は以下のようになっている⁷³。

「行政規則4は、「重大な医療行為」を定義している。第37条の下において、NHS組織は、そのような医療行為を提供することを提案し、または、規定の目的を達成する場合に、独立意思能力代弁人を依頼しなければならない」としている。

なお、ウェールズの「行政規則」に関しても同様であるとしている⁷⁴。

Aswini Weeraratneらの著書においては、何が「重大」な医療行為であるかに関して、以下のように議論を展開している⁷⁵。

「十分に比較衡量された意思決定は、性質において比較的重要ではない処置にも関係しうる。そのような処置は独立意思能力代弁人の依頼が必要なものとして明らかとなるであろう。行動指針はどのような種類の処置が「重大」とみなされうるかに関して援助している。しかし、個人の状況に依拠して、腹膜炎のリスクによりまたは麻酔のリスクにより、虫垂炎の除去手術は重大なものとなるかもしれない」としている。

Aswini Weeraratneらは、さらに、「独立意思能力代弁人の任命に関する線引き」という項目を設けて以下のように論じている⁷⁶。

「重大な結果に関する「蓋然性」は、結果が「生じないよりもより生じるようである」

70 Code of Practice p.194 para.10.48

71 Code of Practice p.194 para.10.49

72 Code of Practice p.194 para.10.50

73 Richard M. Jones, *ibid.*, p.299 para.3-001

74 Richard M. Jones, *ibid.*, p.299 para.3-001

75 Aswini Weeraratne, et al. *ibid.*, p.154 para.6.33

76 Aswini Weeraratne, et al. *ibid.*, p.154 para.6.34

ことまたは「差し引きして」ということを意味する。このような状況において以下のことが提案される。「重大な結果」が熟慮の下におけるものでありかつ責任主体と実務家がこのことを理由として独立意思能力代弁人の任命を極度に制約を受けるべきでないとのシンプルな理由により、高度な証拠による説得は要求されない。その他の側面において資格のある者に関する独立意思能力代弁人の依頼の線引きは極端に高度なものとして設定されるべきではない」としている。

同じく、Aswini Weeraratneらは、「医療的な判断」に関して次のように述べている⁷⁷。

「同様の技術を持つ責任主体の実務家が同じ状況下でなすであろうこと、または、なすべきであったことの基準は適用されるであろう。また、十分に比較衡量されもしくは医療処置の深刻な結果がどのようなものであるかに関して、反対の医療上の見解が示されうるという可能性は常に存在する。これらの決定は不可避免的に医療上の判断に残されるであろう」としている。

続けて、「時間的尺度」という項目では次のように論じている⁷⁸。

「処置が提供される前に義務が発生し、独立意思能力代弁人の調査の結果を待たなければならぬ。なぜならば、NHS組織は独立意思能力代弁人によって提供されたすべての情報を考慮し、または、独立意思能力代弁人によってなされたすべての付託を考慮しなければならないからである。独立意思能力代弁人の調査のための定められた時間的尺度は存在しない。遅滞することなくかつ考慮されている重大な医療行為を可能な限り早く知ることは独立意思能力代弁人を依頼する処置のプロセスにとって明らかに利益となるものである」としている。

最後に、Aswini Weeraratneらは、「裁判所の職務：重大な処置」という項目で以下のように述べている⁷⁹。

「行動指針は、処置に関するいくつかの意思決定は裁判所がなすことが要求されるであろうほどに重大なものであると述べている。独立意思能力代弁人はそのような場合でさえも依頼されるべきでありかつソリシターは利害関係のある本人の訴訟の友人として関係することになるであろう。医療上の意思決定に関する第8章と保護裁判所に関する第10章を参照されたい。独立意思能力代弁人が意思決定者に同意せず、かつ、非公式なその他の解決メカニズムが失敗した場合、独立意思能力代弁人は保護裁判所に申立てをすることができる。独立意思能力代弁人は、「本人をケアすることに従事しているもしくは本人の福祉に関心のある（独立意思能力代弁人以外の）者と同様に、意思決定に異議申立てをする同じ権利」を有している。その異議申し立てもまた能力の欠如に関する決定に関係するものである」としている。

77 Aswini Weeraratne, et al. *ibid.*, p.154f. para.6.35

78 Aswini Weeraratne, et al. *ibid.*, p.155 para.6.37

79 Aswini Weeraratne, et al. *ibid.*, p.156 para.6.41

5 意思能力法第38条および第39条について

意思能力法2005の第38条は「入院」「入所」に関する規定であり、第39条は「居住施設」に関する規定であることから、本稿の目的である「終末期医療の法規範」の検討とは直接関係がないものと判断することから、紙幅の関係で検討を割愛する。

6 意思能力法第40条に関する議論

第40条 例外

第37条3項、第38条3項および4項、第39条4項および5項は、以下の者がすでにいる場合には適用されない。

- (a)本人の利益に関する事柄について相談する相手として本人が指名した者
- (b)本人が授権した永続的代理権を有する代理人
- (c)本人のために裁判所が任命した法定代理人
- (d)本人が授権した持続的代理権を有する代理人（附則4の意味における）

この規定は、独立意思能力代弁人その他の代理人との権限に関する関係を明確にしたものである。上記第40条について「行動指針」は次のように述べている。

【行動指針10.70】⁸⁰

「本法は、以下の場合にはIMCAへの依頼はできないと規定している。

- ・現在は能力を喪失している者が、自分に影響のある意思決定について相談すべき者として、ある人物の名前を事前に挙げており、その人物も支援に積極的である。
- ・能力を欠く者がすでに永続的代理権または持続的代理権を設定しており、当該代理人が本人の事務管理を引き続き行っている。
- ・保護裁判所がすでに法定代理人を任命しており、その者が引き続き本人のために行動している。」

7 意思能力法第41条に関する議論

第41条 独立意思能力代弁人の役割調整権限

- 1 当局は以下の事項を規則で定めることができる。
 - (a)能力を欠く人に関して当該代弁人の役割を拡張する。
 - (b)第35条による取り計らいを調整する。
- 2 規則では特に以下の点を明確にする。
 - (a)第37条、第38条および第39条以外で独立意思能力代弁人が必要とされる状況

80 Code of Practice p.199 para.10.70

および依頼主体を明示する。

(b)第37条、第38条、第39条または第40条と同様の内容を用意する。

3 「当局」とは第35条におけるものと同義である。

この条文に関するイングランドの「行政規則」に関して、Richard M. Jonesは以下のように触れている⁸¹。

「これらの行政規則は、同法35条によって課せられる独立意思能力代弁人（IMCA）の有用性に関して調整する義務に適合する。当該行政規則の下で、所管大臣は、手配の評価の結果または成年保護事例に適用される保護対策の結果に同意する能力を喪失している本人を代理することに役立つことを、独立意思能力代弁人に可能とするために調整することをなしうる」としている。

Gordon R. Ashtonは、この条文で規定される「役割の拡張」に関して、以下のように述べている⁸²。

「役割を拡張し、調整する義務を適合させ、代弁人が行動することを依頼されうる異なった状況を記述するために、2006年において別の規則が制定された⁸³。結果として、NHS組織または地方当局は、濫用もしくはネグレクトのリスクを最小化するための保護的な対策を適用するために調整の編成を評価または提案する場合、（そのように本人を代理することが利益となるという要件を満たすときは）独立意思能力代弁人を依頼する」としている。

8 「独立意思能力代弁人制度」の現時点における学説上の評価

関係条文の検討の最後に、学説上の「独立意思能力代弁人制度」の現時点における評価を紹介したい。

Peter Bartlettは、以下のような評価をしている⁸⁴。

「効果的に雇用される場合には、独立意思能力代弁人はPとPの代理人を十分に支援することが可能であろう。同時にいくつかの懐疑論が妥当する。最大の疑念は、適切な独立意思能力代弁制度を提供するための基金は十分存在してきたのかということである。任命された独立意思能力代弁人に対する支援であることに疑いはない。しかし、友達がいる者に代弁人は必要ではないと思われることも十分な程度に予期される。しかし、どんなに意見の一致した友人であろうとも、それら友人が有能な独立意思能力代弁人が有すべきPについての適切な様々な意見に関して専門家としての知識を有しているかは明らかではない。監督団体が、PおよびPの代理人がPの権利を保護することができない

81 Richard M. Jones, *ibid.*, p.303 para. 3-010

82 Gordon R. Ashton, *ibid.*, p.317 para.6.49

83 Gordon R. Ashton, *ibid.*, p.316 fn.89/These are the Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (Expansion of Role) Regulations 2006 SI 2006/2883

84 Peter Bartlett, *ibid.*, p.118 para. 4.87

という見解に達した場合、独立意思能力代弁人が任命されるであろう。しかし、そのような状況に監督団体の注意が行き届いているかどうかは明確ではない。独立意思代弁人なしでは、それらの者は考慮に値するほど、保護に欠けることとなるであろう」というものである。

Gordon R. Ashtonは次のように述べている⁸⁵。

「独立意思能力代弁人は意思能力法2005によって規定された重要な機関の一部である。それら機関の主要な役割は、家族構成員または友人が存在しない者（保護対策が考慮される場合を除く）を支援することである。— 特に以下のような例が含まれる。すべての友人と家族との接触を失った認知症の高齢者、または、長期間にわたり居住施設におり、外部との接触を失った深刻な学習障害者もしくは長期間精神健康問題を抱える者である。しかしながら、独立意思能力代弁人制度における保健省によって発行された第5回年次報告書によれば、諸規定の履行を保持するには重大な問題があるということである。独立意思能力代弁人の構成員の依頼は制度開始（当時は5,266事例）から5年の間に2倍以上となった。しかしながら、人口の相違によって完全に説明することができない異なった地方区域にまたがる独立意思能力代弁人の依頼の割合の不一致が未だ広く存在している。保健省は以下のように記している。「いくつかの区域では意思能力法の下における義務が未だよく浸透していないことがあり得る。独立意思能力代弁人の有資格者に委任する義務は、すべての健康および福祉部門において未だ理解されていない」。憂慮されることには、最初の減少は、2011～2012の年に保護手続きに従う人々を代理するために任命された独立意思能力代弁人の事例において記された。さらには、保健省は以下のように記している。4つの調整依頼に対してたった一つのケア評価の依頼のみが存在している。それはなぜなのかという疑問を生じる。独立意思能力代弁人が本人を移動させる決定を含んでいた場合、なぜ4分の3の者は、次の評価において本人を支援して代理することに導かれなかったのであろうか。（そのようなケア評価は実際には移動の後に引き継がれるということが推測される。）」

さらに、以下のように続けている⁸⁶。

「貴族院選抜委員会は、独立意思能力代弁制度の遂行における広範囲な口頭の証拠を使用した意思能力法2005に関する考察と報告を指摘した。また、特定の、その保護手続きについての証拠も請求した。2014年3月に出版されたその報告書において、その委員会は、制度の一貫性は国家の標準と意思能力法2005および独立意思能力代弁の職務における強制的な訓練を通じて確かなものとなることを推奨した。当該委員会はさらに以下のことを推奨した。地方当局が独立意思能力代弁を任命する彼らの任意の権限を現在の事例よりも広く行使し、かつ、政府は、Neary事件で起こった遅延の損害を防止するために独立意思能力代弁人の自己申請制度の形式の立法を考えることである。政府は、

85 Gordon R. Ashton, *ibid.*, p.318 para.6.51

86 Gordon R. Ashton, *ibid.*, p.318 para.6.52

当該委員会の報告書への回答においてこれらの推奨を承認した」としている。

V 総合的検討—結びに代えて—

本稿の最後に、特にIVにおける「独立意思能力代弁人制度」に関する検討の結果を総合的に検討して、結語に代えることにしたい。

親族や友人などの自らの考えを代弁してくれる者がいない無能力者が、重大な医療の提供や中止の提案が医療現場でなされる場合、本人の考えや価値観を支援・代弁して最善の利益を導く手助けをする代理人を法律上の制度として、連合王国は「独立意思能力代弁人制度」を意思能力法2005の中に設置した。

独立意思能力代弁人の任用資格要件と職務、運用の責任主体の義務、重大な医療行為が提供または中止される際の同人の支援内容やどのようにして権限行使が法的に担保されていかなどを制定法によって規定していること、および、その制定法により委任立法で地方の行政規則により実効可能性と実現可能性が担保されているということは評価すべきである。この制度は、患者本人の人格の尊重という観点からのみならず、医療現場のスタッフにとっても助力が得られる制度であるはずである。

もっとも、すべてが順調というわけではなく、IV 8における学説からの評価によれば、資金面での問題であったり、制度が利用される度合いが各行政区域で異なっていたり、あるいは、独立意思能力代弁人のさらなる職業上の訓練の必要性の問題などが指摘されている。

しかし、そのような問題の指摘や議論も含めて、独立意思能力代弁人（IMCA）制度が15年にもわたり実際に法制度の下で運用されてきたことに対して高い評価が与えられるべきである。立法作業から始まり、各地方の行政規則の制定、運用面の問題発生とその解決、学説上登場した問題点の指摘など、それらすべてが連合王国における社会の価値である。

なお、言うまでもなく、終末期医療に関する問題は、法律を作ればよいという単純なことではない。各国の社会的事情や医療の事情、国民の意識・価値観や死生観などを考慮して、医療現場の規範は構成されなければならない。本稿冒頭で述べたように、わが国には、終末期医療に関する制定法が存在していない。その意味で、本稿では、連合王国とわが国の終末期医療規範の直接的な比較検討を行うことはできなかった。ただし、わが国には刑事訴訟の結果得られた裁判例による規範と、厚生労働省のガイドラインが存在しており、現時点では、大きな問題は発生してはいないようにも見受けられる。

筆者が思うに、法律を制定しないということが、終末期医療に関する規範の議論を緩慢なものにしてはならない。とりわけ、本稿では連合王国ですでに15年前に施行された「独立意思能力代弁人制度」の制定法を検討したわけであるが、その問題点の指摘も含めた重厚な議論は、わが国における終末期医療規範の議論と比較したとき、わが国より

先を行くものであるといった感想がこみ上げてくるような気がする。

患者本人の利益のためにも、また、医療の現場に従事するスタッフのためにも、終末期医療に関する具体的な規範が今後はますます必要性を増していくのではないだろうか。

（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。

A Study on the “Independent Mental Capacity Advocate Service” 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 35 to 41) of the “Independent Mental Capacity Advocate” (IMCA) service in the “Mental Capacity Act 2005”, which was enforced 2005 in the United Kingdom.

The purpose of the IMCA service is to provide the support necessary for vulnerable people, particularly who lack decision-making capacity and have no appropriate mentor such as family member or friend when they need to make a significant decision on receiving medical treatment and changing accommodation.

In Japan, there is no statute for terminal medical care with some exceptions. Instead, the guidelines of the Ministry of Health and Labor, Welfare, and the court decisions constitute the rules of the terminal medical care.

On the contrary, in the United Kingdom, the “Mental Capacity Act 2005” contains 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 “Mental Capacity Act 2005” has been introduced to Japan and has been studied in Japan from the view point of the law related to welfare such as adult guardianship. The author examines in this paper the discussions among scholars on the norm of IMCA service, focusing on Articles 35 to 41 of the Mental Capacity Act 2005 which stipulate the rules for terminal medical care with the purpose of getting suggestions for discussions on terminal medical care rules in Japan.