

# スコットランド成年後見制度にみる身上監護法制

— Adults with Incapacity(Scotland)Act 2000 の検討を中心に —

藤 村 賢 訓 \*

1. はじめに
2. イギリス法律委員会における成年後見制度改革
  - 2-1 イングランドおよびウェールズ
    - ① 現行法定後見制度
    - ② 現行任意後見制度
    - ③ 制度改革の動向
3. スコットランドにおける成年後見制度
  - 3-1 Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000
    - ①継続的代理権および福祉代理権・・・任意後見
    - ②シェリフ裁判所による介入・後見命令・・・法定後見
    - ③事前の同意なき場合の医師の処置権限
4. まとめにかえて

## 1. はじめに

我が国において改正成年後見制度が導入されてから5年が経過し、裁判所における成年後見関係事件の取扱も徐々に増加し、着実に制度が定着してきたと言える。平成15年4月から平成16年3月における全国の家裁裁判所の

---

\* 福岡大学法科大学院助手

成年後見関係事件（後見開始、保佐開始、補助開始及び任意後見監督人選任事件）の処理件数は17,086件を数え、制度開始当初の平成12年度の9,007件から倍以上の増加をみている。<sup>(1)</sup> とりわけ、任意後見契約の締結に関する登記については、制度開始当初には801件と十分に利用されているとは言えない状況であったが、15年度においては2,521件と着実に増加し、任意後見制度の優れた特徴である各人の希望に応じた後見態様が創設しようというメリットについて一定の認知がなされたと判断できよう。

任意後見契約に関する法律（以下任意後見法と略す）が定める任意後見契約を利用する保護制度とは、被保護者が痴呆等の意思能力の減退等に代表される要保護状態に陥る前に、自らの財産の運営管理、身上監護のあり方について自己の意思を明示して、自身が将来、要保護状態となった折に、当該意思に基づき事務を処理することを後見人と約し、その内容を登記することによってなされる制度である。またそれは、自己の意思能力の減退を契機として効果が発生するいわば停止条件付契約であるため、効果が発生したということは、本人による代理人のコントロールが出来ないことを意味し、これに対して家庭裁判所は任意後見監督人を選任することにより任意後見人による権限濫用を防止するという制度である。これは本人の能力喪失後も効果が持続するといういわば新しい任意代理の類型であり、すなわち任意後見法成立によって、従来の私的自治の拡張を目的とした任意代理理論と、本人保護のために後見人に一定の代理権を付与する法定後見制度の両者の性格を併せ持ち、権限の濫用においては司法による監督で対応するという全く新たな代理制度が創設されたことになる。<sup>(2)</sup> 任意後見契約を用いた保護制度は、本人の

---

(1) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概要～平成15年4月から平成16年3月」参照、なお当統計情報は最高裁判所ホームページ (<http://www.courts.go.jp/>) にてまとめられている。

(2) 高齢者が、将来の自己の意思能力の減退後、効果が発生する代理契約を締結す  
(次頁へ)

意思に応じた柔軟な保護が期待されるという極めて優れたメリットをもつ。具体的には、事前に本人の意思が明確化されているため、被保護者の意思を尊重した具体的な保護を提供しうるし、本人の残存能力も包括的に奪われないという点である。また同じ保護者について補助・保佐・後見等の法定後見人が選任された場合でも、任意後見契約について定められた事項については法定後見に優先する地位を明文にて規定し、<sup>(3)</sup> 可能な限り保護される者の意思に沿った保護を提供しうるような制度設計となっている。

任意後見法2条1項は、任意後見契約の対象を「自己の生活、療養監護及び財産の管理に関する事務の全部または一部」と規定している。具体的には財産管理のための金融機関等における本人名義の金銭の出納権限や医療契約、入院契約、施設入所契約等の法律行為の代行権限などが任意後見人に付与されることとなる。たとえ身上監護を目的とした代理権が付与された場合であっても、任意後見人は主として法律行為（とりわけ医療提供契約、施設入居契約等）の遂行が職務となり、具体的な監護事項等の事実行為については直接の職務とはなりえず、任意後見法6条の「身上配慮義務」に服するのみである。この身上配慮義務の解釈については、立法担当者は「この身上配慮義務は、成年後見人の後見事務である生活、療養監護または財産管理に関する法律行為の遂行にあたっての注意義務を定めたものですから、介護労働などの事実行為を含むものではありません」と説明し、<sup>(4)</sup> 財産管理行為等の代行行為を行う際の、任意後見人の一般的な行動指針としての注意義務であ

---

(前頁より)

ることは、任意後見法成立前においても理論上は可能であった。というのは本人の意思能力減退を代理権の消滅事由としても、委任の終了事由としても規定していなかったためである。しかし、本人の意思能力喪失後の代理人における権限濫用を防止する手段がなかったため、実効的方法ではなかったと言える。

(3) 任意後見優先の原則。任意後見法4条2項および10条

(4) 小林昭彦・大門匡ほか「新成年後見制度の解説」金融財政事情研究会、142頁(2000)

るとの認識を立法化したものであると考えられる。<sup>(5)</sup> さらに立法担当者は、治療の際の同意や延命治療等の中止などの行為を一律に「身体処分の代行決定権」と定義した上で、緊急やむを得ない場合を除いて、成年後見人の権限には「身体処分の代行決定権」を一切含まないと説明し、<sup>(6)</sup> 本人の手術等の医療行為に関する任意後見人の同意権および決定権については、同意の根拠や限界についての社会的認識が未成熟との理由から将来の検討課題とされ、改正法の対象からは外された。このことにより発生しうる問題点としては、医療行為に対する同意は可能でも、実際に治療にあたって手術が必要な場合において、同意が不可能なため、具体的診療を受けられないこともありえることである。もし、緊急の場合に同意なしに医療行為を行った後、責任阻却の判断を行うことによってのみ医療の提供が行われうるとするならば、身上監護後見人は本人の福祉に積極的な役割を持ち得ないと言わざるを得ないであろう。確かに医療行為への同意権は、身体への侵襲を含むものであるため、本人の意思が不明確である場合には特に、他人である任意後見人に同意権を与えることの不合理は理解できるが、今後、まず一番に検討課題とし、一定の手当が必要な領域と言えよう。

我が国における任意後見制度の法制化に当たっては、イングランドの「1985 年持続的代理権授与法」(Enduring Powers of Attorney Act 1985, 以下 EPA と略す) が参考にされたとされている。<sup>(7)</sup> EPA は主として信託制度を

---

(5) このような理解に対し、「身上配慮義務」をドイツ世話法からの示唆を受けて「固有の身上配慮義務」と解釈する努力も行われている。上山泰「成年後見と身上配慮」筒井書房(2000) 54 頁。また筆者は別稿においてイングランドにおける医療行為に対する持続的代理人の権限についての議論を参考に身上配慮義務を「法律行為を代行するに当たっての前提となる事実行為をおこなうことの準則」と解釈し、一定の事実行為を後見人の職務に含める解釈の可能性を探った。拙著「身上監護のための任意後見契約の検討」福岡大学大学院論集第 34 巻 2 号(2000)

(6) 小林・大門前掲書 142 頁

(7) イギリス持続的代理権授与法についての論稿は非常に多い。最近の代表的な  
(次頁へ)

用いた財産管理制度の性格をもち、契約によって、判断能力が衰える前に自らの任意後見人を選任することを可能にしたものであるが、代行行為の対象は財産管理に厳格に限定されていたために、身上監護を含めた本人の保護のためには有効ではなく、1983 年精神保健法 (The Mental Health Act 1983) に基づき選任される後見人 (guardian) に委ねられていた。しかしながら同法は、主として重度の精神障害者を対象とするもので、他の成人のために特定人がその身上問題や医療問題について意思決定を代行しようといった規定は存在せず、措置入院を行う権限に限定されたものであり、意思能力が減退した成人の権利を包括的にサポートするなんらかの制度の必要性が叫ばれていた。これらの状況を受けて、イングランドおよびウェールズに適用される立法を対象に審議をおこなう機関であるイギリス法律委員会 (Law Commission) は、財産管理のための意思決定の代行規則である EPA を身上監護概念を包摂した継続的代理権法 (仮) (Continuing Powers of Attorney Act) として再構成し、意思能力減退者および精神的無能力者を包括的に保護するために持続的代理制度を利用することを提案した。数次にわたる報告書や意見書<sup>(8)</sup>を経

---

(前頁より)

ものとしては、新井誠「無能力者の財産管理—イギリス法から学ぶもの」ジュリ 995 巻 72 頁 (1992)、南方暁「成年後見をめぐる比較法研究—英国における高齢者の財産管理—」川井健他編「講座 現代家族法第 4 巻」161 頁 (1992)、黒田美亜紀「イギリスの成年後見制度改革—任意後見法の改正を中心とした考察」早稲田法学会誌 51 巻 231 頁 (2001)、渡邊幹典「イギリスの成年後見制度—その現状と展望」関西大学法学研究所成年後見制度研究班編「成年後見から権利擁護へ」71 頁 (2001)、今井雅子「イギリスの成年後見制度改革における最近の動向」東洋大学比較法 40 号 265 頁 (2003) 等

- (8) Law commission Consultation Paper No. 119 “Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making; An Overview” March.1991  
No. 128, “Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making; A New Jurisdiction” December. 1992  
No. 129, “Medical Treatment and Research” March. 1993  
No. 130, “Mentally Incapacitated and Other Vulnerable Adults Public Law Protection”, April. 1993

て、ソリシターや医療関係者および福祉関係団体等の各専門家団体の意見を募り、1995年にはそれまでの議論を集約し、独自の法律草案を含んだイギリス法律委員会による最終報告書<sup>(9)</sup>を公表し、国会での法律案審議を目指したが、報告書中の健康管理に関する意思決定の代行 (Advance Statements about Health Care) のパラグラフ中で示された「健康管理における事前の意見陳述」 (advance statement)、とりわけ「リヴィング・ウィル」 (Living will) に関する部分において激しい見解の相違があることに配慮した結果、1999年10月に大法官は、法律委員会の勧告を含む立法を導入する意図があるとは述べつつも<sup>(10)</sup>、具体的にいつ導入するかについては明確にせず、5年が経過した現在においても法改正へ着手する動きは見られないままとなっている。

法律委員会における EPA の改革が混乱する中で、連合王国にとって極めて重要な変革が生じる。それは連合王国を構成する4つの王国の1つであるスコットランドの自治権強化政策に伴ってなされた1999年のスコットランド議会 (Scottish Parliament) の開設である。スコットランドは議会成立以前、ロンドン中央政府の一角をなすスコットランド大臣 (First Minister) と管轄下のスコットランド省 (Scottish Office) が立法を行い、イギリス国会 (United Kingdom Parliament) において審議され、イギリス全体および他の構成国家に適用のない、スコットランドのみにおいて適用される「スコットランドアクト (Scotland Act)」を制定するという特別の立法手続がとられており、「自ら独自の立法部を有しない独立した法体系」という特異な地位であったが、独自の議会の開設に伴って成立した1998年スコットランド法

---

(9) The Law Commission (Law Com no, 231) MENTAL INCAPACITY: item 9 of the fourth program of law reform: mentally incapacitated adults. HMSO 1995  
なお本報告書については拙著「成年後見に関する法制の研究—イギリス Law Com, 231 の検討を中心に—」福岡大学大学院論集 29 巻 1 号 29 頁 (1997) にて検討した。

(10) Lord Chancellor's Department, Making Decisions, October 1999

(Scotland Act 1998) により、立法権限が大幅に委譲され、スコットランド議会単独で議会制定法 (law) を成立させることが可能となったのである。<sup>(11)</sup>

新たに成立したスコットランド議会に提出された最初の法案の一つが、これまでのイギリス法律委員会での議論に基づいた意思決定の代行制度を含む 2000 年スコットランド無能力者法 (Adult with Incapacity (Scotland) Act 2000) である。同法においては、イギリス法律委員会が目指す EPA に身上監護機能を含めるという方向性と異なり、財産管理に役割を果たす財産管理代理人 (Continuing Power of Attorney) と身上監護を目的とする福祉代理人 (Welfare Power of Attorney) の異なる機能を有する二つの代理人を創設し、本人が目的に応じて複数の代理人を選任するという画期的な制度を創設した。また代理人の権限の推定規定を設けることにより、広く本人のため行動をおこなうことが可能になり、加えて司法による介入制度を新設し、セーフガードを図るというイギリス法律委員会での議論をさらに進めた包括的な権利擁護制度としての優れた特徴を有している。本稿はこのスコットランド無能力者法の基本原則を紹介し、我国での問題として指摘した後見人の身上監護機能への示唆を得るために、とりわけ同法の独自の制度である身上監護のための代理権 (Welfare Powers of Attorney) および司法による介入制度、医師の診療行為の合理性のための取扱い等の内容を検討し、我が国での身上監護を目的とした任意代理後見のさらなる利用可能性を探るものである。

## 2. イギリス法律委員会における成年後見制度改革

### 2-1 イングランドおよびウェールズ

イングランドおよびウェールズにおける意思能力が減退した者あるいは減

---

(11) スコットランド議会成立については以下の文献が詳しい。角田猛之「スコットランド議会の成立」戒能通厚編「現代イギリス法辞典」328 頁 (2003)、浅野和生「主要政党のスコットランド政策の変遷と 1999 年スコットランド議会の新設」平成法政研究 (平成国際大学法政学会) 7 巻 1 号 79 頁 (2002)



退しつつある者に対する保護制度は、財産管理に関しては法定後見制度である 1983 年精神保健法 (The Mental Health Act 1983) にもとづくレシーバーシップと、任意代理を用いた後見制度である EPA が存在し、身上監護事項においては同じく精神保健法に基づくガーディアンシップが存在する。以上の 3 つの制度は、ソリシターを中心に進められた制度認知のための説教的活動などによって一定の成果は上げているものの、対象・コスト・権限等のいずれも多数の問題点を抱えており、未だいずれの制度も用いず明確な法的権限なしに高齢者等の世話をおこなっている人々 (carer) <sup>(12)</sup> もかなりの数が存在する。これらの状況を改善するために、イギリス法律委員会は全てを包含した改革の方向性を打ち出し、あらたな制度として精神保健法に基づく法定後見をマネージャーシップに、EPA を CPA にと発展させるために 10 年以上にわたる議論を重ねている最中である。まずは、現行制度について概略を述べ、そこから現れてきているいくつかの問題について法律委員会がどのように対応してきたのか検討してみたい。

#### ① 現行法定後見制度

イングランドおよびウェールズにおける成年無能力者保護制度には、精神保健法 (The Mental Health Act 1983) に基づく財産管理レシーバーシップ (receivership) と身上監護を目的とするガーディアンシップ (guardianship) の両者が存在し、成年者の能力減退後の法定後見制度として機能している。

レシーバーシップは主として精神能力が低下して (mentally incapable)、財産管理能力を失った場合に、本人に代わり第三者が財産を管理する方法であ

---

(12) 「carer」とは日常生活上の世話を行っている者を一般的に指す用語で、ドイツ世話法における「世話人」のような明確な立場をさすものではない。実際には明確な法的根拠なく、判断能力の核者のために日常的に必要な決定を行っているのは、家族構成員や友人や隣人であり、これらの者に対する法的な保護にも留意する必要性があろう。



る。具体的には保護裁判所 (Court of Protection) への申立を契機とし、同裁判所は、医師学的証拠に基づき、本人の能力に応じて、全財産管理、ナーシングホーム等の費用の支払い、保護裁判所に対する年次報告義務等を業務とする財産管理人 (the receiver) を選任する。財産管理人は権限を付与された事項につき、被保護者の法定代理人の地位をもつ。家族が選任されることが多いが、適任者がいない場合は保護裁判所自身が財産管理人となることもある。同制度は通常 5,000 ポンドを超える財産の管理が対象とされ、申立費用に 200 ポンドを要し、さらに毎年の費用として財産総額に応じた法定の一定額 (50 ポンド～800 ポンド) に年収の 5%を加えた額がパブリックトラストオフィス (Public Trust Office) へと支払われる。<sup>(13)</sup> また財産管理人は付与される権限の大きさから、代理権の濫用等に対する本人保護のために、財産管理人に本人の資産に応じて担保提供義務を課している (ただし財産管理人がソリシターの場合を除く)。このようなレシーバーシップについては、対象が限定されていて利用しづらいとか、時間がかかりすぎるとか、形式的かつ硬直的であるとか、費用がかかりすぎるとの問題点が指摘されている。<sup>(14)</sup> これらの問題点を克服するために法律委員会はレジーバーシップに代わる新たな制度の創設を勧告しており、身上監護も業務事項に含めた新たな制度であるマネージャー制度 (manager) に再構成する準備がなされている。<sup>(15)</sup>

ガーディアンシップは、主として精神障害者 (mental disorder) の処遇に関して、適切な医療機関への入院措置や、適切な医療を受けさせる手続を確保するなどを規律する制度で、裁判所を介した制度ではなく、行政機関である地方保健局 (the local social service) が中心となって管轄する制度である。保護の対象が「精神障害の状況にある人」とされているが、必ずしも疾病とし

---

(13) See, Public Trust Office, Fees (Booklet, 2000)

(14) The Commission Consultation paper. No. 122. "Report on the Incapacitated Principal Law" paragraph. 2

(15) *Ibid.*, at paragraph 8. 31-8. 49

ての精神障害者である必要はない。申立に当たっては医師の医学的診断と本人の生活状況等を踏まえて保護裁判所によって「心神喪失のために日常家事を処理する能力がない、つまり精神障害の状況にある (mental disorder)」との判定がなされなければならない。この基準についてはコモンローの基準を考慮することとなっているが、それが極めて不明確であり、<sup>(16)</sup> 現行のガーディアンシップの最重要な問題の一つとして、後に述べる EPA 改革のため指針において具体的な検討課題として取り扱われている。<sup>(17)</sup> 当該鑑定により精神障害の状況にあると判定された者には地方保健局によりガーディアンとよばれる後見人<sup>(18)</sup> が付され、身上面でのサポートが行われることとなる。しかし、ガーディアンの職務は被保護者の居住場所の指定、治療・職業訓練・リハビリテーション等の実施、被保護者への接触等に限定され（精神保健法 8 条 11 項）日常生活における世話や医療行為に対する同意等に代表される身上監護上のサポートのように本人の利益保護のために積極的役割を果たすことはできない。というのは本来、精神保健法に基づくガーディアンは障害者が病院を退院して地域社会で暮らすことを目的として設けられた制度であるためである。また本人が要保護状態 (mental disordered) と認定され、ガーディアンが付されれば、ガーディアンは被保護者に対して身体的拘束 (detention) をともなう医療施設への措置入院 (removal to hospital) を行うことも

---

(16) *Ibid.*, at paragraph 2. 11 ガーディアンを付することが合法的かどうかについては精神保健法 7 条に規定される。すなわち患者の状況について (a) 心神喪失 (mental disorder)、精神病 (mental illness)、重大な脳の損傷 (severe mental impairment) または精神異常 (psychopathic disorder) の状況にあり、その状況がガーディアンを付することを正当とする理由がある場合であって、かつ (b) 患者 (patient) の福祉の見地もしくは患者と接触する第三者の保護のために必要であることの両者の要件を満たすときである。

(17) Law commission *supra* note (9) paragraph 4, Lord Chancellor's Department *supra* note (10) at paragraph 1. 6

(18) 精神保健法 7 条 5 項によれば、ガーディアンには家族等の個人や地方保健局 (the local service) が選任されると規定するが、実際は地方保健局が選任したソーシャルワーカー等の福祉専門家が選任されている。

可能であり<sup>(19)</sup> 本人の最善の利益との抵触が問題となりうる。これらの点においてもレシーバーシップと同じく新たな制度であるマネージャー制度(manager)に再構成する準備がなされている。<sup>(20)</sup>

## ② 現行任意後見制度

イギリスにおける代理理論は、伝統的に本人行為説である。すなわち代理人がなした行為は本人がなした行為であり、我が国のように代理人の行為の効果を本人に帰属させる法理ではない。このことの意味するのは、本人が無能力者である者の代理人は本人のなしえない行為はなしえないことになり、事前に代理人を選任していたとしても代理権の効果は能力に応じて消滅し、積極的役割を果たし得ないことを意味する。<sup>(21)</sup> これを受けて本人能力喪失後も代理権が有効に継続するための特別法として1985年に持続的代理権授与法(Enduring Powers of Attorney Act 1985, EPA)を制定し、主として意思能力減退者のための財産管理を目的として制度を創設した。イギリスにおいて現在、精神的無能力となり財産管理能力を失った際には、上述した精神保健法に基づきレシーバーを選任して財産管理を任せることができが、この制度はコストが相当にかかり、手続が煩雑で家族や隣人等の身の回りの世話をしている人々(carer)や意思能力が減退しつつある者本人(disabled people)には理解が難しい上に、本人が無能力になってから手続が開始されるために、後見内容に本人の希望が反映されないなどの問題があった。これを受けて簡便かつ安価な手続で、無能力者の利益保護を目的とした制度をめざして創設

---

(19) Law commission *supra* note (9) paragraph 2-10. なお、この申立には特に2名の医師の判断を要求し慎重さを図っているものの、心神喪失の判定基準が不明確である点には変わりがなく、問題は依然として残ると言える。

(20) Lord Chancellor's Department *supra* note (10) at paragraph 3. 30

(21) ミュラー＝フライエンフェルス著 奥田昌道訳「英米の代理法とヨーロッパ代理法の乖離と接近の諸相」法学論叢 121 巻1号(1987) 11頁

されたのが EPA である。具体的な手続きの流れについては、まず意思能力が減退する前<sup>(22)</sup>に事前に本人が代理人を選任し、EPA の授権証書 (instrument) により代理権を授与しておく。その後本人の意思能力が減退するのに伴って財産管理能力を失ったことを条件として、代理人が本人及び近親者に対し、EPA 証書を保護裁判所に登録することについて通知を行い、それに対して異議申し立てがなければ、保護裁判所においてケースワーカーと裁判官の 2 名により、登録が妥当か否かにつき審理が行われる。審理の内容は電話や対面方式での問い合わせや聴き取り、能力判定の際の医師による診査等である。しかしこの審査基準が確立しておらず、特に能力の判定基準については極めて不明確であると指摘される。<sup>(23)</sup> この審査の結果問題がなければ、保護裁判所は EPA を登録し、登録申請書に捺印の上コピーを保管し、正本を代理人へ交付する。したがって本人の能力喪失が即座に代理権を有効ならしめるわけではなく、保護裁判所に対し登録を申請し、審査を経ることにより、実効性をもちうることとなる。EPA 発効後の代理人は、本人に代わって財産管理に関する事前に定めた事項につき、代理権を有する。代理人の権限濫用等の不正に対する監督については、原則として行わない。これは本人がその代理人を信頼して本人の希望で選任したのであるから、国家による干渉は必要最小限度にとどめるべきであるとの配慮によるものとされる。<sup>(24)</sup> もし後見人に不正の疑いがある場合は、本人・親族等が裁判所に調査を要請することが可能である。この調査の結果不正があったと認定された場合は、裁判所が登録を取消し、代理権を消滅させることができる。このセーフガード方式

---

(22) EPA 授権証書を作成するにつきどの程度の能力を必要とするかにつき、判例は代理権授与について「本人がその代理権 (EPA) の性質やその EPA により与えられるであろう効果を理解していれば足りるとしている。Re K ; Re F; [enduring Powers of Attorney]1988 Ch 310 および Re W. [2000] 3 WLR 45.

(23) Lord Chancellor's Department *supra* note (10) at paragraph 2. 3

(24) Law commission *supra* note (9) paragraph 1-10, 2-2.

は問題が発生してから的事後的な対処のため、EPA の濫用事件は登録された EPA の 15%程度ともいわれるほどかなりの数が発生していることが、保護裁判所により指摘されており、<sup>(25)</sup> 実務家からも濫用の指摘と監督制度の改善を求める論稿が発表されている。<sup>(26)</sup>

### ③ 法律委員会による制度改革の動向

法律委員会は EPA 制度・精神保健法に基づくレシーバーシップおよびガーディアンシップ制度の問題点の抽出および検討を関連各団体に諮問し、それを踏まえて数次にわたる報告書 (consultation paper)<sup>(27)</sup> において検討した結果を集積し、1995 年に法律草案 (draft Bill) を付した一冊の最終報告書<sup>(28)</sup> を発表することによって、今後の改革の方向性を提示した。この中で法律委員会は現行の 3 つの制度に共通する問題点である「無能力」といえるための基準を統一して定義を行うこと、成年後見関連の問題を専門に取り扱う新たな司法機関<sup>(29)</sup>を設置することにより、裁判権の一元化を目指すことを提案した。さらに任意後見の分野では、財産管理のみに限定されていた EPA を医療に関する事前の拒否および代理人の医療行為に対する同意権等を含む身上監護事項も取り扱い可能なあらたな制度へ拡張させることにより、継続的代理権授与制度 (Continuing Powers of Attorney Act=CPA) へと再構成することを勧告した。また EPA を登録しないうちに無能力となってしまった者を保護するための法定後見においては、従来のレシーバーシップに身上監護事項を

---

(25) The Law Society Policy Directorate, Enduring Powers of Attorney Guidelines for solicitors (1999)

(26) Tom Dumont “The Misuse of Enduring Powers of Attorney” THE ASSOCIATION OF CORPORATE TRUSTEES [TACT review] April 2001

(27) Law commission Consultation Paper, No, 119. 128. 129. 130 *supra* note (8)

(28) Law commission *supra* note (9) Draft Mental Incapacity Bill

(29) *Ibid.*, at paragraph 8. 10-30 によれば成年後見事件を専門とする司法機関としての新設の新保護裁判所 (Court of Protection) の設置がなされるべきであると勧告している。

盛り込み、保護裁判所が選任・監督を行う新たな制度であるマネージャー (manager) 制度を創設することを提案している。これらの詳細について筆者は別稿にて検討しているため、本稿では具体的には触れないこととしたい。<sup>(30)</sup>

最終報告書は広範かつ丁寧にあるべき方向性を示したといえる。しかしながら、報告書中の健康管理に関する事前の意思決定のパラグラフ中での事前の拒否 (advance refusal treatment) に関する勧告<sup>(31)</sup> および新設のマネージャーに対して健康管理についての同意権を付与すべきとの二つの勧告に対して、多くの否定的な見解<sup>(32)</sup> が寄せられた結果、1999 年 10 月に大法官省 (Lord Chancellor's Office) は、政策的決定文書 (policy statement) の形で法律委員会の勧告を再確認した上で<sup>(33)</sup>、医療行為に関する同意に関して拙速に結論を出す段階にはないとして今後の重要な検討課題との位置づけがなされた。また 2002 年 4 月には大法官省による “Making Decisions” と名付けられるコンサルテーションペーパー<sup>(34)</sup> が再度発表されたが、そのペーパーを基に再度立法における指針となる基本原則を確認しつつ、<sup>(35)</sup> 弁護士・医師などの

---

(30) 拙著「成年後見に関する法制の研究—イギリス Law Com, 231 の検討を中心に—」前掲注 (8) 参照

(31) Law commission *supra* note (9) paragraph 5. 14. “advance refusal treatment” においてイングランド法律委員会は、必要な能力を備えた 18 歳以上の者が、外科的治療、歯科治療、その他医学的処置について行う拒否を事前の拒否と定義し、当該意思表示は、その後本人が意思能力（同意を付与したり、拒否したりする能力）を喪失したとしても効果は存続するべきであると勧告した。ただし、事前の拒否により本人の生命が脅かされる場合や本人が妊娠中で胎児の生命が危険にさらされる可能性がある場合には適用しないとしている。

(32) Lord Chancellor's Department, *supra* note (10) at introduction 14 具体的には事前の意思表示は明確に治療拒否を可能にし、安楽死の合法化に繋がるというものであり、さらなる議論を尽くすべきであるという主張である。

(33) Lord Chancellor's Department *supra* note (10)

(34) Lord Chancellor's Department, “Making Decisions: Helping People Who Have Difficulty Deciding For Themselves” [2002]

(35) 最善の利益基準 (The best interest approach) および無能力の定義 (lack of capacity) である。See. Law commission *supra* note (9) paragraph 2 “Two Fundamental concepts: lack of capacity and best interest”



専門家団体および各種権利擁護団体等からの意見の集約を求めている段階である。しかしながら、現在においても法律委員会の草案が国会で審議される段階には到達していないのが現状である。<sup>(36)</sup>

### 3. スコットランドにおける成年後見制度

イングランドおよびウェールズでの法律委員会における EPA の拡張を目的とした議論と並行して、スコットランドにおいてもアドヴォケイト (advocate) 協会 (Faculty of Advocate)<sup>(37)</sup> やソリシター (solicitor) の業界団体であるソリシター協会 (Law society of Scotland)<sup>(38)</sup> などを中心となって、無能力者に対する保護制度についての検討を重ねていたが、<sup>(39)</sup> スコットランドが 1999 年の議会開設以前には独自の立法部を持たなかったこともあり、<sup>(40)</sup> 具体的にあらたな制度を作り出すまでには至らないのが現状であった。

1999 年のスコットランド議会開設に伴う権限委譲政策により、スコットランドは議会自ら制定法を成立させることが出来るようになった。1998 年スコットランド法 (Scotland Act 1998) 第 28 条 1 項は、議会提出のための法律

---

(36) 関西大学法学研究所成年後見制度研究班編「成年後見から権利擁護へ」243 頁 巻末資料 2 英国調査旅行報告 聞き手 井上澄江、渡邊幹典「ロー・ソサエティ ポリシーアドバイザー ベニーレッツ氏 インタビュー」279 頁

(37) アドヴォケイトは、イングランドにおけるバリスタとほぼ同様の存在であり、イングランドの慣行を継承する形でインズオブコートにあたるファカルティオブアドヴォケイトを組織し、全体として「スコットランド法曹団」(Scottish Bar)として、スコットランドにおける訴訟活動を担っている。これらについては角田猛之 前掲注 10、346 頁に詳しい。

(38) スコットランドにおけるソリシターはイングランドと異なり地方の第一審裁判所であるシェリフ裁判所において古くから訴訟活動も行ってきた。アドヴォケイトにおけるファカルティと同様にソリシターの教育・訓練・資格付与・懲戒などを行う専門団体「スコットランドソリシタ協会」(Law Society of Scotland)を形成している。

(39) Scottish Executive, Making the Right Moves- Right and Protection for Adults with Incapacity-, paragraph 2. 1999

(40) 本稿 1 および前掲注 10 掲載文献を参照。



案を (Bill) と呼ぶとした上で、法案が議会を通過後、女王裁可 (Royal Assent) を経て、スコットランド議会制定法として成立すると規定する。この議会制定法はスコットランド王国内に効力を有する国家の制定法であり、地方自治体等が制定法の受権の範囲で制定するところの「条例」とは性質を異にするものである。<sup>(41)</sup> この議会において成立した最初の議会制定法のひとつが、スコットランドにおける意思無能力者の支援制度を包括的に規定する 2000 年スコットランド無能力者法 (Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000 以下無能力者法と略す) である。以下において無能力者法の基本理念と制度概要を紹介しつつ、同法の特徴である新たな 2 つの継続的代理権授与制度と司法による事後的保護制度、医療上の処置に関する一般権限の付与制度に関する取り扱いについて特に検討を行ってみたい。

### 3-1 2000年スコットランド無能力者法

#### (Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000)

2001 年 4 月 2 日より施行されたスコットランド無能力者法は、意思能力が減退する前に、意思能力喪失後の自己の後見態様について代理人と契約を締結する任意後見制度に関連してあらたに二つの制度を規定し、既に意思能力を喪失した保護の必要な者に対しては、親族等の利害関係人が裁判所に対して後見人を付与する旨の申立をおこなう法定後見制度を整備した。また、いずれの保護制度も付与されていない者に対する司法の関与のあり方や事前の意思表示のないまま意思能力が減退した者に対して医師が治療等の医療上の処置をおこなうにあたっての医師の合理性のための権限などについても項目を設けて規定しており、意思能力の程度に応じたあらゆる状況の要保護者の法的支援制度を包括的に定める立法である。同法が対象とする人々について、

---

(41) 角田 前掲注 10、332 頁

スコットランド行政部 (Scottish Executive) 発行の同法の解説のためのリーフレット<sup>(42)</sup> は以下のように説明する。

本法律は、精神的無能力 (mental disorder) または意思の疎通が出来ない (inability to communicate by any means) ことが原因で自ら一定のもしくは全ての意思決定ができない 16 歳以上の成年者の財産管理および福祉の身上監護のための変革であり、本人の保護のためにこれらの成年者に代わって他人が意思決定をおこなうことを許容するものである。

#### 一般原則 (general principles)

能力が減退した成年者に代わっておこなわれる全ての決定に際して以下が考慮されなければならない。<sup>(43)</sup> すなわち、

- i. 成年者の利益
- ii. 本人もしくは近親者または日常において最も本人の福祉に携わっている者の希望、あるいはあらゆる後見人や代理人の希望が説明され考慮されること。
- iii. 本人の行動の自由を可能な限り制限せずに目的を効果的に達成すること
- iv. 本人が依然として有している能力または新しい能力を活用させるために努力すること

#### 無能力の定義<sup>(44)</sup>

本法律が意図する「無能力」(incapable) とは以下の類型に該当する者である。すなわち、精神障害または身体の障害による意思の伝達が不可能な状

---

(42) Scottish Executive, Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000 “Making it work together”, 2002

(43) Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000 (AIA 2000), s. 1. (2)

(44) AIA, 2000, s. 1. (6)

態を原因として、

- a. 具体的行動できない
- b. 意思の決定ができない
- c. 他者との意思の疎通が出来ない
- d. 決定の意味を理解できない
- e. 決定事項を記憶できない

場合であるとする。

したがって、意思決定を行うにつき必要な情報を理解し、それを記憶にとどめて判断を行い、その判断に基づく決定が不可能な状態、もしくは他者に伝達できない状態を「無能力」と定義するのであるから、情報を大意で理解し、単に通常の慎重さを有している者であればしない決定を行うなど、高齢者の意思能力が減退しつつある者等は、「無能力」と認定されず、決定不能とはみなされないことを意味する。かかる意思能力の判定に当たっては、専門医やソーシャルワーカーおよびソリシター等で構成される精神保健委員会 (The Mental Welfare Commission) <sup>(45)</sup> での審理により決定されることになる。また無能力者法が定義する「無能力」は、継続的代理権 (Continuing Power of Attorney=CPA) および福祉代理権 (Welfare power of Attorney=WPA) における効力発生 (意思決定の代行開始) の要件であるので、「無能力」に該当しない程度の意思能力減退者 <sup>(46)</sup> であれば、自己の意思能力喪失に備えて、事前に CPA および WPA を登録しうることを意味する。意思決定の代行制度は通常の任意代理権授与と異なり、本人の無能力を停止条件として

---

(45) AIA, 2000, s. 9. (1). (a)-(g)

(46) CPA および WPA を付与する時点につき求められる判断能力は、付与する代理権の種類が CPA もしくは WPA であることを理解し、付与される代理権の内容を理解していることが、ソリシターや医療関係者による面接や電話等を通じて文書証明により確認可能でなければならない。AIA, 2000, s. 15. (1)

発効する特殊な代理権であるため、権限付与後すぐに積極的に本人のための代理行為を行うことは出来ない。したがって、無能力が CPA および WPA の発効の要件である以上、授權証書が作成されても、上記 a から e に示される基準に基づく後見開始決定のための審理が厳格であれば発効する実体数は少なくなると思われる。この点は後に述べる既に無能力となった者に対して行われるシェリフ裁判所が主体となった法定後見制度の利用のための能力要件とともに今後の検討課題と指摘しうる。

以上の点はイングランドの法律委員会での議論で改革の基本方針として示された「意思決定の代行のための最善の利益基準」(the best interest approach) および「無能力者の定義」<sup>(47)</sup> に対応する規定であると指摘できる。また、SI-2 iii においてはイングランドの継続的代理権法律草案<sup>(48)</sup> にみられる「他者からの干渉は可能な限り必要最小限度に押さえるべきである」との趣旨の「補充性(補完性)の原則」<sup>(49)</sup> と同様の基準を一般原則として掲げており、したがってスコットランド無能力者法はイングランド法律委員会での EPA 改革のための議論をバックグラウンドに制度設計がなされていると指摘し得る。リーフレットは無能力者法および関連する制定法について逐次解説を行っている。すなわち本人の意思能力が減退する以前の段階における保護制度として、本人による継続的代理人の選任をもっておこなう任意後見、意思能力減退後の事後的保護制度としての親族や隣人等の申立を契機とするシェリフ裁判所およびパブリックガーディアンによる法定後見、いずれの制度も用いていない者に対する地方自治体とシェリフ裁判所による介入制度、本人の明確な意思の表明がない場合の医療行為に関する医師の処置権限等で

---

(47) Law commission *supra* notes (9) paragraph 2-10.

(48) *Ibid.*, Draft Mental Incapacity Bill

(49) Law commission Consultation Paper No. 119. *supra* note (8) para 1.1 また、拙著「成年後見に関する法制の研究—イギリス Law Com, 231 の検討を中心に—」前掲注(8)39頁以下を参照。

ある。以下において紹介する。

① 継続的代理権および福祉代理権（2001年4月より施行）…任意後見

スコットランド無能力者法は、イングランド法律委員会の制度改革のための提案、つまり EPA に身上監護機能を包摂しあらたな CPA として再構成するという方法とは異なった方式で、任意後見における身上監護機能を実現している。すなわち、単一の包括的代理権とはせずに、財産管理と身上監護のそれぞれについて個別の代理権を創設し、それぞれの機能および権限について明確に峻別をはかったのである。それぞれの代理人は、代理権授与証書において定められた権限を越えて代行を行うことは原則として許されない。また両代理権は本人が意思無能力状態に陥ったという事実のみでは発効せず、シェリフ裁判所に申請され、審査された後、登録されてはじめて効力を生じうるという点はイングランド EPA と同様である。<sup>(50)</sup>

継続的代理権 (Continuing Power of Attorney)

意思能力者により、自己の財産の管理が出来なくなった者に代わり、財産管理をおこなう代理権であり、身上監護事項を含まず、代行可能な権限は財産管理に限定されている。

具体的には本人名義の預金口座の出納権限や金融商品等の管理、本人の福祉のための介護サービス等の購入、入院契約等の代行権限などで、それぞれの代理権授与証書において明確に権限を与えられた事項につき、法定代理人としての地位を有することになる。代理人は授権証書において明示された事項を越えて行為することは出来ず、それぞれの目的に応じた複数の代理人を選任することも可能である。継続的代理権の授権に関しては以下のことが守ら

---

(50) AIA, 2000, s. 19

れなければならない。<sup>(51)</sup>

- ① 本人により署名されること
- ② 当該代理権の内容が財産管理を内容とする継続的代理権であることについて表示されること
- ③ ソリシターから面談により本人が代理権を付与する時点において代理権の内容を理解し、また当該授権が本人の自由意思によるものであることについての所定の方式に従った証明を含む文書によること
- ④ シェリフ裁判所 (Sheriff Court)<sup>(52)</sup> またはパブリックガーディアン (public guardian)<sup>(53)</sup> による権限付与を継続的代理権授与以前に付されていないこと

授権証書において合意された財産管理事項に対する代理権は、権限授与者である本人が無能力者法第1条6に定められる無能力 (incapacity) の要件を満たした旨のシェリフ裁判所によってなされる証明をもって発効し、代理人は以後、シェリフ裁判所およびパブリックガーディアンによる権限執行に関する調査および監督に服することと規定することにより<sup>(54)</sup>、イングランド EPA の最大の問題点とされていた代理人の権限濫用等の不正に対する手当を行っている。

---

(51) AIA, 2000, s. 15. (3)

(52) シェリフ裁判所は、スコットランドにおける第一審の地方裁判所で民事・刑事を問わず様々な案件を処理する。スコットランド無能力者法において与えられた権限は以下のものである。一回性の命令、無能力者の特定の事項に関する決定、後見人の選任、後見人及び継続的代理人、福祉代理人の権限執行に関する調査等の権限 (See AIA, 2000, s. 3)

(53) パブリックガーディアンは新しく設けられた公的機関であり、スコットランド無能力者法に基づく継続的代理権および福祉代理権、介入命令、後見人等の登録や財産に関する権限につき後見人を監督することが、その職務に含まれる。(S6, 7) また後見監督人としての機能以外にも、世話人 (carer) に対して本人の日常家事における財産の使用を認める決定を行う権限をも有する。

(54) AIA, 2000, s. 3, s. 6, s. 7

### 福祉代理権 (Welfare power of Attorney)

福祉代理権は、身上監護事項のみに対して付与される代理権であり、財産管理事項についての権限を有しない。したがって本人のために入院や他の福祉サービスを提供するための契約を代行することは原則として許されず、主として本人の事前に表明された希望や感情、拒否を身上監護に反映させることを確保することが、最も期待されている役割である。<sup>(55)</sup> 継続的代理権と同じく授権に際して以下のことが守られなければならない。

- ① 本人により署名されること
- ② 当該代理権の内容が身上管理を内容とする福祉代理権であることについて表示されること
- ③ ソリシターから面談により本人が代理権を付与する時点において代理権の内容を理解し、また当該授権が本人の自由意思によるものであることについての所定の方式に従った証明を含む文書によること
- ④ シェリフ裁判所 (Sheriff Court) またはパブリックガーディアン (public guardian) による権限付与が福祉代理権授与以前に付されていないこと

また福祉代理権を授与される者は個人でなければならず、特定の福祉サービスを提供する法人等は福祉代理人にはなれない。本人が福祉代理権に含まれる事項について決定する能力を喪失した後のみ、発効する。<sup>(56)</sup>

また福祉代理人は、同一の本人に対して、福祉代理人選任の事後に付与されたパブリックガーディアンによる保護に優先して決定権限を有するが、本人の意思に反して、1984年スコットランド精神保健法および2003年スコッ

---

(55) Sidney Ross (barrister) “CONTINUING POWERS OF ATTORNEY IN SCOTTLAND - 1 YEAR ON”. section “Two new types of Power” [TACT review] THE ASSOCIATION OF CORPORATE TRUSTEES April 2002

(56) AIA, 2000, s. 16. (6)



トランド精神保健法<sup>(57)</sup>にてカバーされる精神障害の治療のために身体の拘束を伴う措置入院をおこなうこと等のあらゆる取扱いについて同意を与える権限を持たない。<sup>(58)</sup>

② シェリフ裁判所による介入・後見命令(2002年4月より施行)…法定後見無能力者の財産に対する管理権限 (Authority to Intervene With Funds)

無能力者法は、任意後見である継続的代理権が付与されていない場合であっても、パブリックガーディアンが、家族や介護人等に無能力者の財産に関与する一般的権限を付与することを認める。これは無能力者の日常家事 (affair) に対する支出のために、無能力者本人の財産を使用することを認めることにより、本人の保護を図ることを目的とする制度である。また任意後見として福祉代理権が設定されておらず、本人が意思能力を減退して新たな授權証書を作成するに十分な能力を喪失した場合においてシェリフ裁判所の命令 (order) によって本人の保護を図る制度を創設した。なお身上監護に関するシェリフ裁判所を通じた命令による法定後見制度は、継続的代理権および福祉代理権制度導入より1年遅れて、2002年4月より施行された。

介入命令 (Intervention Order)<sup>(59)</sup>

シェリフ裁判所は、任意後見等の他の保護制度を設定しないまま財産や自己の身上に関して満足な決定を行うことが出来なくなった者や精神保健法に基づく後見人が付与されていない者に対して、命令 (order) によりその者に必要な保護措置を講じることが出来る。また当該命令は、任意後見と異なり、財産管理および身上監護の枠にとらわれない必要に応じた保護を提供しう

---

(57) The Mental Health (Care and Treatment) (Scotland) Act 2003. (2004年4月より施行)

(58) AIA, 2000, s. 16. (6)

(59) AIA, 2000, s. 53. (1)

る。後に述べる後見命令（Guardianship Order）が一定期間の継続的な保護をおこなうのに対して、介入命令が対象とするのは一回限りの権限付与により問題を解決しうる状況を想定しており、シェリフ裁判所は、特定の事項、例えば医療機関への入院等の代行手続等や緊急性を有する手術に対する同意等に関して決定する能力を欠く者のために、他の者にその事項に関する代行権限を付与することが出来る。ただしこれらの介入は、本人の意思の尊重の理念より可能な限り必要最小限度に留められるべきである<sup>(60)</sup>

#### 後見命令（Guardianship Order）<sup>(61)</sup>

スコットランド無能力者法は、継続的代理権あるいは福祉代理権を創設することなく、財産あるいは自己の身上に関する決定をおこなう能力を失った者に対しては、シェリフ裁判所（Sheriff Court）が後見人（Guardian）を任命し、その者に被保護者の財産管理および身上看護についての決定権限を付与することが出来る。<sup>(62)</sup> 原則として申立主義をとり、申立権を有する者は、被保護者本人を含めた被保護者の財産あるいは身上に関して利害関係を有する者によってなされる。後見人には、シェリフ裁判所が適切であると考え、かつ任命に同意した者が原則としてシェリフ裁判所が特別の必要性を認めなければ、通常三年を任期として任命される。<sup>(63)</sup> また、当該命令に基づき選任される後見人は、期間満了前であれば更新することが可能である。<sup>(64)</sup> 後見人には複数の者を任命することも可能であり、その場合にはそれぞれの後見人が別々の事項に関する権限を行使するかあるいは同一の権限を共同して行使するかを後見命令において決定することとなる。<sup>(65)</sup>

---

(60) AIA, 2000, s. 1. (2)

(61) AIA, 2000, s. 57. (1)

(62) AIA, 2000, s. 57, s. 58

(63) AIA, 2000, s. 58. (4), s. 59. (1). (a)

(64) AIA, 2000, s. 60. (1)

(65) AIA, 2000, s. 58. (5), s. 62. (1)

以上のシェリフ裁判所による各命令は、通常、被保護者本人を含めた、被保護者の財産あるいは身上に関して利害関係を有する者によってなされるが、申立の可能な者が被保護者の周囲に存在せず、緊急の保護が必要であると認められるときは、行政機関である地方自治体 (Local Authority) 自らがこれらの申請をおこなうことが出来ると規定し、<sup>(66)</sup> 保護を要する意思能力減退者がいかなる保護も受けない状況を可能な限り防止しようとしている。

### ③ 事前の同意なき場合の医師の処置権限

(Medical Treatment Without Consent) (2002年7月より施行)

無能力者法 48 条は、連合王国全体に適用のある国民保険サービス (National Health Service, NHS) 上の一般医師 (General Practitioner)<sup>(67)</sup> や歯科医・研究機関等の専門医・薬剤師等の医療関係者に対して、通常の治療あるいはそれに関連する検査を行う際に、自ら当該処置に同意することが出来ない者を治療する一般的な権限を付与すると定めた。<sup>(68)</sup> 医師は治療を行おうとする者に明確に事前の意思の表明がなく、福祉代理人もしくはシェリフ裁判所の介入命令により権限を与えられた者など、意思の代行権限を任された者がいない場合に置いて、自らの判断により通常の治療等の医療上処置を行う権限を有することになる。ただしその際には一般原則に定められるように本人の福祉に携わっている配偶者および親戚等の近親者もしくは隣人 (carer) に相談しなければならないとされる。<sup>(69)</sup> しかしながら、特定の治療とりわけ

---

(66) AIA, 2000, s. 53. (3), s. 57. (2)

(67) 英国では救急以外の医療は NHS に基づき、各人の専任 (かかりつけ) の医師を登録し、一般医 (General Practitioner) として医療や福祉サービス全般の相談窓口となる。専門性の高い診療を受ける場合にもまずは一般医に相談し、紹介を受けることになる。

(68) AIA, 2000, s. 47

(69) AIA, 2000, s. 1. (4)

侵襲性の高い手術等<sup>(70)</sup>については、さらに専門医等の別の（Secondary）医師による意見の集約やシェリフ裁判所による許可を得る必要があると定めることで、医師の権限濫用を防止する手当を施している。<sup>(71)</sup>

#### 4. まとめにかえて

以上見てきたようにスコットランド無能力者法は、イングランド法律委員会によるイングランド EPA の改革のための議論を基礎として設計されている一方、いくつかの特徴的な独自の制度を創出したと指摘しうる。とりわけ継続的代理権制度を保護が期待される事項の性格に応じて財産管理と身上監護に明確に分け、それぞれ異なった法制度により規律したことがあげられる。なかでも診療契約の締結や福祉サービスの購入といったいわゆる「身上監護に関連する事項ではあるが財産管理行為の性格を有する行為」は財産管理のための継続的代理人の範疇として分類し、身上監護対象の代理人は、主体を個人に限定し、治療等の同意権限など、本人の希望や感情を監護に反映させることを主たる目的とする。このような性格付けによる分類は合理性があり、特徴的であるといえる。

またイングランドにおいて今後の検討課題として見送られた医療行為による代行権限に関して、本人による事前の意思表示もなく、任意後見契約等でも本人の意思が担保されていない場合のように、本人の意思が明らかでない者に対して診療の必要性が生じた場合には、家族等の意見を尊重しつつ、特定の侵襲を伴う治療を除き、医師が診療行為を行うことが出来るという一般権限を規定したことは極めて先進的であるといえる。しかしながらこの点に

---

(70) 特定の治療とは例えば本人を永久に不妊にすることを意図した、あるいはそうなる可能性が極めて高いと通常みなされる一切の治療や、中絶などであり、スコットランド国務大臣が特に定めたその他一切の処置を含む。AIA, 2000, s. 48

(71) Scottish Executive *supra* note (39) paragraph “Medical treatment and research,” AIA, 2000, s. 52

ついて筆者は、意思決定の代行の本質を「可能な限り本人の意思を尊重した取扱がなされるべきである」と捉えるイングランドの本人の最善の利益基準とは抵触するのではないかと憂慮する。そもそも意思決定の代行理論は、意思能力喪失後も本人の意思表示の効果を存続させること、いわば私的自治の拡張により本人の意思を尊重した保護を受けることを可能にすることがもつとも意図された制度であると理解するべきである。すなわち、本人の希望に応じた後見態様を選択できることが代行制度を利用する最大のメリットであり、無能力となり意思表示を行う機会が失われたということを根拠に本人の意図しない医療行為をおこなうことは、自己決定権を可能な限り尊重しようとする趣旨に反する事態も生じうることになる。この点につきスコットランドでの本制度の実際の運用状況等を追うとともにさらなる検討の必要性を感じた。

スコットランド無能力者法が施行されて以降、ソリシターをはじめとする実務家より問題点の指摘をおこなう論稿も散見されはじめるなか、<sup>(72)</sup> 主として精神障害者を対象とした処遇を規定する 1984 年スコットランド精神保健法が改正され、2000 年無能力者法と連携しつつ、従来の精神障害者を中心とした制度から、保護対象を無能力者全般に拡大した柔軟な保護制度へと再構築された。医療・福祉・行政等各方面の詳細な手続規定を含め、330 以上もの項目を有する大規模な立法であり、2003 年スコットランド無能力者のケアおよび処遇に関する法律 (The Mental Health(Care and Treatment)(Scotland)Act 2003) (以下 2003 年精神保健法と呼ぶ)<sup>(73)</sup> と呼ばれるものである。

---

(72) Sidney Ross *supra* note (51) は、2000 年スコットランド無能力者法の問題点として制度自体の認知度が低く、手続が煩雑で費用も高額であり、従来の持続的代理権と併存する等の理由からほとんど利用されていないと指摘する。

(73) *supra* note (53) The Mental Health (Care and Treatment)(Scotland) Act 2003 (Her Majesty's Stationery Office - HMSO の Website (<http://www.hmso.gov.uk/>) にて全文が閲覧可能である)

同法は2003年4月に女王裁可を受け、今年（2004年4月）より随時施行されはじめている。無能力者法との関連で少し触れれば、2003年精神保健法は、無能力者法第53条1項において規定される介入命令（Intervention Order）の実効性を高めるための規定を含み、新設の機関である精神保健審判所（Mental Health Tribunal）を設置し、精神障害（mental disorder）のために効果的なケアや処置を受けられないでいる人々の保護のために、個人もしくは医療機関や福祉施設等と連携しつつ、当該機関において具体的な保護内容を検討し、実際に介護を行う個人もしくは機関の監督をするための具体的手続規定を中心とするものである。本法律では2000年無能力者法に規定される事前の同意のない者に対する医師の処置権限に関して具体的手続を規定することにより拡大し、意思能力が減退した者だけではなく精神障害者をはじめとする事実上処置に対する同意が不可能な者に対しても、専門医の意見やシェリフ裁判所による許可、家族等の意見を考慮するなどのセーフガードはあるものの、本人の同意を得ず医師が診療を行う合理性を認めるものであり、スコットランド精神保健協会（The Scottish Association for Mental Health）やガーディアン協会等により、とりわけ脳外科手術等の不可逆的診療に対してはさらなる慎重を要するべきである等の反対意見も表明されている。<sup>(74)</sup> 本稿では2003年精神保健法について詳細な検討は行わないが、スコットランドの無能力者保護政策が、任意後見を中心として検討を行っていた段階から、法定後見の対象であるところの既に意思能力が減退した者や減退しつつある者に対しても、積極的に介入を行いつつ、意思能力が減退した全ての者に対して何らかの法的保護を与えるべく、個人や家族等の実際に日常の世話を行っている人々の希望を可能な限りとりいれた柔軟なケアを提供するための広範な権利擁護システムへと昇華させようという段階へと進み出していると

---

(74) The Scottish Association for Mental Health(SAMH),SAMH Annual Report 2004.( <http://www.samh.org.uk/> ) にて閲覧可能である。

言えよう。これらの政策は司法と行政が連携しつつ、積極的に無能力者の法的保護を行うという姿勢の強い表明であると言える。スコットランドにおけるこれらの先進的な改革が停滞するイングランドでの EPA 改革にどのように影響していくのかも興味深い点である。