

## 日本語訳の出版にあたって

本書は、The British Medical Association and the Law Society (General Editor: Alex Ruck Keene), ASSESSMET OF MENTAL CAPACITY. A Practical Guide for Doctors and Lawyers FOUTH EDITION, 2015 (以下、「原著」と略す)の翻訳である。本書には、MCA2005施行後の意思能力判定の功罪が描写されている。ここに本書の最大の特徴があるように思われる。

今回原著の翻訳に取り組んだのは、私たちが翻訳した原著の第2版(英国医師協会著、(社)日本社会福祉士会編、紺野包子訳、新井誠監訳・解題『イギリス成年後見ハンドブック 能力判定の手引き』(勁草書房、2005年)。以下、「同書」と略す)が絶版となってからも、同書への問い合わせが絶えず、同書に盛り込まれた情報への高いニーズがあることを痛感していたからである。同書は本書第2版の翻訳であったことから、第4版となる原著の新しい情報に基づく記述に照らして同書の内容が十分でない箇所が散見されるようになってきた。この点を補充・補正する必要を強く意識し、原著の翻訳である本書を世に出すことにした。出版事情の厳しい折、本書の刊行を受け容れていただいた民事法研究会には感謝したい。

本書の翻訳は、版權を所有する英国医師協会の出版部門の責任者であり、本書の緒言を執筆している Julian Sheather 氏から許諾を得たものである。同氏のご厚意に深謝する次第である。

本書はイギリス(イングランドとウェールズ)での法と医療実務を扱ったものであるが、日本の成年後見法が変わろうとしている現在、日本の読者が本書から得られるものは極めて多いと確信しており、本書が日本法における考え方や実務への示唆となることを期待している。

本書が我が国の成年後見制度の発展にいささかでも寄与することができるのであれば、望外の幸せである。

2022年7月

監訳者 新 井 誠

## 本書を繙くために

監訳者 新井 誠

本書における問題意識を理解するために、イギリスの2005年意思能力法 (Mental Capacity Act [MCA] 2005) 誕生までの経緯にふれておきたい。

イギリスにおいて、本書の内容からも明らかのように、能力とは、遺言作成、契約締結、持続的代理権授与証書作成などの法律行為の遂行能力、すなわち、自らの財産・身上に関する事項の管理処分能力を指す。コモン・ロー上では、この能力の有無は特定の行為について個別的に判断されるものであり(行為類型別判断)、一般的な能力が指定されているわけではない。また、「能力推定の原則」の帰結として、反証のない限り、人は能力あるものと推定されていることになる。立証責任については、一般原則に従い、ある事実の存在を主張する側に課せられることになる(無能力を主張する側、あるいは、無能力からの回復を主張する側ということになる)。この証明の基準については、民事手続上の一般的基準である「蓋然性の比較考量基準」で足りる。こうしたコモン・ロー上の能力概念に関して、イギリスでは改革の動きが進んでいた。ここでは、具体的に二つの改革案の内容を概観しておく。

第一の改革案(以下、「第一案」とする)は、法律委員会の報告書『意思無能力』による勧告である(Law Commission, Mental Incapacity, Law Com 231, 1995)。本勧告のポイントは以下の諸点にある。まず、無能力者について、「①意思決定を行う必要がある事項について、精神障害の故に当該意思決定を行うことができない者、および、②意識を喪失しているという理由その他の理由の故に、①の事項に関する意思決定の内容を伝達できない者」という定義を与えている。なお、ここで、精神障害の故に意思決定を行うことができない者には、意思決定に関する事項(当該意思決定をある方向で行った場合、行わなかった場合、または意思決定を全く行わなかった場合に、それぞれ当然予測されることになる結果に関する事項を含む)を理解できない者、意思決定に関する事項に基づいて現実の意思決定を行うことができない者、意思決定時点まで当該事項を記憶しておくことができない者などを含むとしている。ただし、意思決定に関連する事項について明快な情報提供があれば、その説明事

項の大筋を理解できる者については、先の「意思決定に関する事項を理解できない者」には該当しないとしている点に留意する必要がある。また、「意思決定の内容を伝達できない者」についても、伝達のために実行可能なあらゆる手段を尽くしてもなお伝達が不可能な場合についてのみ、これに該当するものとしている。さらに、意思決定の内容＝結果（通常人なら行わないような決定をしたという事実）のみをもって、意思決定無能力と見なしてはならないという指摘も重要である。（機能的判定法の重視）。

第二の改革案は、先の勧告などを受ける形で提出された、政府提案『意思決定』である（Making Decisions, C. M. 4465, 1999）。この提案の基本線は、先の第一案を引き継ぐものであるといえる。ポイントは以下の諸点である。まず、無能力概念の定義については、基本的に、さきの第一案の定義を踏襲している。また、コモン・ロー上の原則である「能力推定の原則」は、制定法上の推定規定として維持されるべきこととしている（これは、本人への干渉を必要最小限の範囲にとどめるべきという法理からの要請でもある）。次に、人の特定の意思決定に対する能力判定にあたっては、機能的アプローチ（機能的判定法）によるべきことが主張されている。これは、人の能力の可変性を前提としたうえで、特定の意思決定時点における本人の個人的能力と本人の主観的な意思決定過程（思考のプロセス）に力点を置き、本人が自ら意思決定することの一般的内容とこれによって起こりうる結果とを理解し、この意思決定を他人に伝達できるかという点を重視する考え方である（能力判定法については、拙著『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』（有斐閣、2000年）152～154頁を参照されたい）。また、いわゆるベスト・インタレスト・アプローチを採用し、この趣旨の制定法規定をおくべきこととしている。ベスト・インタレスト・アプローチとは、無能力者のために第三者が意思決定を行う場合には、常に無能力者本人にとって最良の利益となるように、その意思決定を行わなければならないとするものである。具体的には、たとえば、確認可能な過去および現在の本人の希望と感情を尊重すべきこと、本人にかかわる行為およびその意思決定について最大限に本人自身が関与できるように努めるべきこと、本人の行動の自由をできる限り抑制しない方法で後見活動を行うべきことなどが、この基準となる。

これらの改革の集大成として、法案 (Mental Capacity Bill) が取りまとめられた。MCA2005である。本書は同法に基づいた最新の知見が盛り込まれており、きわめて興味深い。

本書の叙述内容には、注目すべき点がある。

「緒言」でも述べられているように (p.x)、2005年意思能力法の発効後、「悲しいかなすべてが好ましいものばかりではない。特に、同法の本質である第1条の諸原則を実現させることは容易にあるいは速やかにできることではない」との指摘に注目した。我が国においては、意思能力法礼讃論が声高に唱えられているが、英国では慎重な評価がなされていることをきちんと受けとめるべきである。そのうえで、とりわけ第3部において個別の法律行為の意思能力判定に関するコモン・ローの立場と2005年意思能力法の原則との調整が大きな課題であり、この点は我が国の実務にも裨益するのではなかろうか。個人的には、序文のミニ精神状態試験 (MMSE。たとえば、100から7を繰り返し5回引き算をして65に到達するというテスト) は判定法としては適切ではないとの指摘が衝撃的であった。なぜならこれらがわが国ではなお一般的であるように思われるからである。

いずれにせよ、法律行為の意思能力判定に関するコモン・ローの立場、意思能力法の原則に基づく能力の法的判定基準 (第3部)、能力判定実施上の留意点 (第4部) は極めて有益であり、我が国における今後の能力判定をめぐる議論にとっても有益な資料となることが期待される。

なお、本書では障害者権利条約に関する本格的な分析はなされていない。これは本書第5版で取り扱われる予定であり、同書が出版され次第、翻訳のうえ公刊したいと考えている。

## 序 文

本書第1版は、1996年1月19日金曜日、ロンドン ウェストセントラル1番タビストックスクエアにある英国医師協会本部会議室から始まった。会議の議長はその少し前に退職したばかりの前任保護裁判所長官、ミセス AB・マックファーレンである。私は午前部の最初の講演者であり、「意思能力の法的判定基準」について話をした。昼食後の一番手は、当時高等法院家事部判事であったダーメ・ブレンダ・ヘイルである。彼女は以前、法務長官として1995年2月28日に発表された意思無能力報告書を起草している。この日は「法律改正の提言」について話した。会場は満席で、聴衆は300人以上に上った。

私が講演の中で伝えたかったことは、ミニ精神状態試験 (MMSE) のような診断スクリーニングテストを、特定の意思決定を行う能力の実際の法的判定基準として認めるべきではない、という点である。一例を挙げると、ある人が遺言を作成しようとするとき、その能力はバンクス対グッドフェロー (1870) LR 5 QB 549で示された基準に従って判定されるべきであって、その人が100から7を繰り返し5回引き算をしていって正しく65に到達できるかとか、五角形を重ねて平行四辺形がつかれるかを根拠として判定すべきではないということである。

この点を強調するために、私は数年前のある体験を話した。タウントンの介護施設に住む90歳の老婦人に、持続的代理権 (EPA) を設定する能力があるかどうかを判定したときの話である。EPA を設定する能力の法的判定基準は、今でも、当時のホフマン裁判長が、K事件とF事件 [1988] Ch 310で解説した基準である。私が彼女に生年月日を尋ねると、1901年と答えた。さて、これはなかなか興味深い年である。というのも、この1901という年は、一つの時代の終わりと次の時代の始まりを表す年であったからである。すなわち、ヴィクトリア女王が1901年1月22日に崩御し、女王の長男がエドワード7世として即位している。私はややこの思いに囚われて彼女にこう尋ねた。「貴女が生まれたときの君主は誰でしたか？」彼女の答えは、「知りません。それにね、言わせてもらうけど、そんなこと私にはどうだっていい

わ」。この鋭い返答で、私は自分の質問がいかに愚かであったかに気づかされたのである。確かに、自分の出生時の君主が誰であったかを知っていることは、その90年後にEPAを設定する能力とは全く何の関係もないのであるから。

法律委員会作成意思無能力報告書の発表と本書初版の出版は、同様に多くの点で新時代の幕開けを標すものとなった。むしろその10年後の2005年の意思能力法(MCA)の成立と2007年の施行よりも意義深いものといえる。マスターマンーリスター対ブラットン & Co. [2002] EWCA Civ 1889において、初めて両書ともに好意的に参照されて画期的な判断が出た。ここでは一般的な財産管理能力と訴訟能力とが区別されたのである。これに続いて、個人損害賠償請求訴訟において原告が遭遇するさまざまな段階での個別の意思決定を、訴訟能力一般から分けようと試みる一連の事例が現れた。ベイリー対ウオーレン[2006] EWCA Civ 51では控訴院で意見の相違がみられた。レディ・ハレット判事は、判定されるべきベイリー氏の能力で問題となるのは単に和解の申し出を受け入れる能力の有無であるとしたのに対し、レディ・アーデン判事は、個々の段階がより大きな一連の出来事の一部を形成しており、その全体像をみるべきではないか、あるいはその個々の段階が自己完結していて相互に無関係であるのか、を検討するのが正しいやり方であると考えた。この流れで最も新しいものはダンヒル対バージン [2014] UKSC 18における英連邦最高裁判所の判断である。ここでバロネス・ヘール・オブ・リッチモンドは、民事訴訟規則1998のパート21による訴訟で判定されるべき訴訟遂行能力とは、原告が実際に持つ思いを行動に移せる能力であって、本人の弁護士が練り上げた主張に沿って行動する能力ではない、と判示した。

高等法院クイーンズベンチ部での個人損害賠償事例では能力の問題は訴訟遂行能力に集中する傾向がある一方で、事後的に遺言や生前贈与の有効性を争う事例を裁く高等法院衡平法部の判事たちは、回顧的に個人の能力を検討することを要求され、バンクス対グッドフェローとビーニー事件(故人) [1978] 1 WLR 770でのコモン・ロー基準をそれぞれ再確認している。彼らは、MCA2005の第1条第1項「本法の目的のために」の文言は、同法第2条と第3条の無能力の定義が同法の下で起きる事柄に特化して適用されるこ

とを示しており、この中に遺言能力や大きな生前贈与を行う能力を遡及的に検討することは含まれない (Kicks v. Leigh [2014] EWHC 3926 (Ch); Walker v. Badmin [2015] WTLR 493) と判示した。

MCA2005それ自体に基づく訴訟では、報告された判断はほとんどすべて、高等法院家事部の判事が担当した医療と福祉関連の事例である。彼らはまた、指名を受けた保護裁判所判事でもある。彼らによって能力判定に関して貴重な見識が蓄積されてきている。その一部を紹介したい。

1. 専門家の意見は勿論重要な証拠となる。しかしあらゆる証拠を比較検討する立場にあるのは裁判所のみであり、最終的な判断をしなければならぬのは裁判所なのである (CC v. KK and STC [2012] EWHC 2136 (COP))。
2. MCA2005第3条第1項を検討しないで第2条第1項をみると、精神障害と意思無能力との間の因果関係が希薄となる危険がある (PC v. City of York Council [2013] EWCA Civ 478)。
3. 裁判官を含め、専門家という存在は、能力判定に最善の利益分析という全く異質なものを混ぜてしまう危険がある (CC v. KK and STC)。
4. 矛盾した行動は必ずしも精神錯乱の兆候ではない。同様に、精神錯乱は必ずしも無能力を示すものではない (LBL v. RYJ and VJ [2010] EWHC 2665 (COP))。
5. それぞれの情報のあらゆる詳細を理解して比較衡量できる能力を示す必要はなく、突出した要素についてのみで足りる (LBL v. RYJ and VJ および CC v. KK and STC)。
6. 関連する情報を比較衡量して利用するとき、どの要件にどの程度の重みを与えるかは人によって異なる (LBL v. RYJ and VJ)。
7. 速射 (スナップ写真を撮る) と表現するのは単純化過ぎるきらいはあるけれども、ただ1回の訪問だけで能力を判定することは、時に本人を不利な立場に置くことになる (PH v. A Local Authority [2011] EWHC 1704 (COP))。
8. 裁判所は特定の事項を決める能力の基準をあまり高く置かないように注意しなければならない。なぜならば、そうすることは精神障害をもつ



人に対する差別となる危険があるからである (PH v. A Local Authority)。

9. 賢明でない意思決定と本人の意思無能力との間には隙間がある。この隙間を尊重して確保することが大切である。なぜなら、この隙間の中で本人は自主的に行動しているからである (PC v. City of York Council)。

この20年で本書は主題の進化とともに幾何級数的に量が増えている。1996年時の初版は152ページ、第2版(2004年)は236ページ、第3版(2009年)は278ページと、本書はどんどん分厚くなり、それにつれて活字は小さくなっていった。

イングランドおよびウェールズでは、我々は意思能力法を世代ごとに、平均して25年から30年に一度、見直す傾向にある。MCA2005の成立は2005年であるが、実際は、同法はそれより10年古いものである。草案の原案は1995年の法律委員会意思無能力報告書に登場している。通常であれば、我々は法律改正を考え始めるべき時にあるが、現在は、英連邦が2009年に批准した国連障害者権利条約 (CRPD) に従う必要があるため、なおさらに改正の緊急性があるのである。CRPD は以下の諸点を要求している。

1. MCA2005の第2条第1項を修正して「精神若しくは脳の損傷又は機能障害のために」という差別的用語を取り除くこと。
2. 本人の権利、思いおよび好みを完全に尊重するために、第4条の最善の利益の意思決定の枠組みを修正すること。
3. 能力の行使にあたって支援付き意思決定の詳細かつ実行可能な枠組みを提供すること。
4. 能力行使に関する手段が利益相反や不当な影響力から確実に自由であること。

あと数年でBMAと法律家協会が合同で2冊の本を出版する必要があることを予言したい。すなわち、「支援付き意思決定能力の判定：医師と法律家への助言」および「不当圧力の認定：医師と法律家への助言」の2冊である。

私は本書初版に寄与できたことに誇りをもっており、その点を経歴とできることは光栄である。その後、版を重ねるごとにより良くなってきたことは喜ばしい限りである。特にベニー・レッツ OBE の働きには賞賛の念を表し



たい。彼女は初版では法律家協会側での私の共同貢献者であり、第2版と第3版では編集主幹として活躍した。現在は編集作業から引退し、本書の編集主幹はアレックス・ラック・キーンが務めた。彼のことは大いに尊敬している。このすばらしい本が信頼できる人々によって版を重ねて続いてきたことを心からうれしく思う。

**デンツィル・ラッシュ**

保護裁判所上席判事

2015年9月1日

## 緒言

本書『意思能力判定』の初版から第3版までの出版を通じて、本書は自身自身で意思決定をなすあるいは自分自身のために行動を起こす能力を欠くまたは欠いているかもしれない人々とかかわる専門家たちにとって、今では、なくてはならない手引となった。当初は医療と法律分野の専門家を想定して書かれたものであるが、本書の実際的かつわかりやすい内容によって、より広い読者層を獲得するに至っている。

2004年に第2版が出版されると法律改正の機運が高まった。その当時、能力を欠く人の意思決定についてはコモン・ローによって判断がなされていたが、これは断片的で複雑かつ時代遅れと考えられていた。この第2版が法律委員会の注意を惹き、意思決定についての法的枠組みに関する検討会が何度ももたれることになり、その結果変化の可能性がみえてきた。

この変化は2007年に現実となる。この年、コモン・ロー上の多くの法的・倫理的見識を組み込んだ2005年意思能力法（MCA2005）がイングランドおよびウェールズにおいて完全に施行されることとなったのである。

本書第3版はMCA2005の登場による衝撃を評価することを主眼とし、そのためにMCA2005の諸原則および身上保護LPA代理人の新たな導入などの主要な特徴を重点的に解説した。その当時はまだ2009年11月末であったため、同法が医師や法律家の実務にどのような影響を与えるかについては、第3版では多分に推測の域を出なかった。

第4版は同法が出てからの7年間でいろいろわかってきたことを反映させている。悲しいかなすべてが好ましいものばかりではない。特に、同法の本質である第1条の諸原則を実現させることは容易にあるいは速やかにできることではない、という点が明らかになった。これには該当する個人が法的枠組みを明瞭に認識することとそのため十分な時間の確保が必要となる。後者については、本書は手助けできない。しかし、さまざまな分野の専門家が書き手として参加し、そこに法的枠組みを徹底的にかみ砕いた実際の助言を加えることで、本書は前者に対しては欠かせない手引となると考えるものである。

ラッシュ上席判事が本書序文で述べているように、本書の次の版は障害者権利条約の理解が進むに従ってその内容が第4版とはかなり違ってくると思われる。そのため、この場を借りてペニー・レッツ女史に謝意を述べることはとりわけ適切であると考え。彼女は本書第1版から第3版までと2005年意思能力法行動指針双方についての推進力であったからである。福祉の専門家としての女史の健全な考え方に基づいて、我々も障害者の権利について認識を深め続ける所存である。女史が本書第4版の内容について助言できる立場にあったことを我々は感謝すると同時に、女史が編集責任者の地位からこれを最後に降りることを決断したことには残念の一言に尽きるのである。

法律事情は2015年9月1日時点を前提にしている。

アレックス・ラック・キーン、ジュリアン・シーザー

2015年9月