

早稲田大学博士論文概要書

判断能力を欠く成年者の居所および面会交流の決定
をめぐる法的問題の検討

早稲田大学大学院法学研究科

橋本 有生

1 本論文の目的と構成

(1) 本論文の目的

本論文は、判断能力を欠く成年者の居所・面会交流の決定に関するイギリス（以下、イングランドおよびウェールズをさす。）の法状況の検討を通じて、わが国が将来用意すべきセーフガードについて提言を試みるものである。

人が、どこに住み、留まるか（居所）、また誰と会い、どのような交流をもつか（面会交流）といった事柄は、高度に私的な事項であって、その決定において他者から強制されたり、介入を受けたりする事は、原則として許されない。

他方で、これらの事項は人間が生活していくうえで最も基本的な事項の一つであり、本人の日常のケアと密接に結び付くものであるため、必ず何らかの決定がなされる必要がある。そのため、これらの事項を自ら決定することができない者については、ときに、他者とその者の生活の質や安全を考慮しながらその決定を支援しなければならない事態が生じる。

判断能力を欠く者の居所・面会交流の決定においては、一方で本人の身体的自由が不当に制限されない権利を尊重しながら、他方で本人が必要なケアを受け、危険な状態から保護されることをいかに確保するかが考慮されなければならない、身上に関する事項の中でもとりわけセンシティブな問題の一つであるといえる。

この問題について、これまでわが国では、主として精神保健福祉法における強制入院に関する議論ばかりが先行し、その他の場面における居所・面会交流の指定については必ずしも十分な検討がなされてこなかった。しかしながら、当然に、判断能力が不十分な者の居所・交流の決定が必要となる場面は、精神科病院での治療に限られない。たとえば、親の遺産を相続した知的障害者の引取りをめぐる親族間で争いが生じたケースや、認知症の母との面会の制限をめぐる姉弟が争ったケース等が、実際に裁判となっている。また、近時、認知症患者の徘徊に起因する事故および事件が深刻な社会問題となっていることに照らしても、判断能力を欠く者の居所・面会交流の決定に関する問題は、早急に取り組む必要があるものと思われる。そのような現状認識に基づき、本論文は、わが国において、自らの居所・面会交流について決定する能力を欠く者に対して、その人格的利益に反するような恣意的な決定がなされないためには、どのような法的保護の制度が用意されるべきであるかということについて、検討するものである。

(2) 本論文の構成

本論文は「序章 わが国における判断能力を欠く成年者の居所・面会交流をめぐる法的問題」、「第1章 イギリスの裁判例にあらわれた成年者の居所・面会交流をめぐる問題：2005年精神能力法前」、「第2章 2005年精神能力法の下での居所・面会交流の決定」、「第3章 居所・面会交流の決定をめぐる欧州人権条約上の新たな課題：2004年 HL 事件判決を中心に」、「第4章 『自由剥奪セーフガード (DoLS)』規定の導入 (2007年) と残された課題」お

よび「第5章 提言：わが国におけるセーフガードの展望」により構成されている。

まず、序章において、判断能力を欠く者の居所・面会交流をめぐる生じる紛争に対して、現行法制度の枠内で十分に対応することができない場面があることを明らかにし、基本的な問題意識を示す。次に、この問題を考察するために、第1章から第4章において、判断能力を欠く者の居所・面会交流の決定が、本人の利益を損なわないようになされるために、イギリスが、ときに欧州人権条約の影響を受けながら、どのような法的対応策をとってきたかを時系列に沿って紹介する。そして、それらの知見を踏まえて、第5章において、わが国が判断能力を欠く者の居所・面会交流の決定のために用意すべきであると思われる法的セーフガードの将来像への提言を試みる。

2 各章の概要と主張

序章 わが国における判断能力を欠く成年者の居所・面会交流をめぐる法的問題

序章においては、居所・面会交流の決定が人間生活の基本にかかわる事項であるにもかかわらず、わが国には、疾病や老齢等によって判断能力が減退した成年者について、これらの事項を決定するための法的整備が十分でなく、現行法は本人の人格的利益を完全にカバーし、保障するものとなっていないことを論証した。

まず、本論文が提起する問題意識をより明確にするために、わが国において、判断能力を欠く成年者の居所および面会交流をめぐる実際に生じた裁判例を素に、想定されうる具体的な紛争事例を示した。また、居所・面会交流の決定は、たとえ本人に判断能力が備わっていなかったとしても、その者の生活に重大な影響を及ぼし、その人格的利益にかかわる重要なものであることを確認した。

次に、そのような具体的な事例に対して、現行法下で考えられる紛争解決手段—①成年後見制度による、②家族の決定による、③裁判所の手続き（基本的には家庭裁判所の手続が考えられるが、場合により人身保護請求手続）—が機能しうるかを検討し、そのいずれによっても十分な解決がなされないことを明らかにした。

そして、上記の作業を通じて、わが国においては、判断能力を欠く成年者の居所・面会交流に関して本人の人格的利益を損なうような恣意的な決定がなされることを防止し、それらの事項をめぐる当事者で生じる紛争を解決するための法の仕組みを考える必要があることを示した。そのような課題に取り組むためには、イギリスの法状況を検討することが参考になることを述べた。現在のイギリスでは、2005年精神能力法（Mental Capacity Act 2005）によって、判断能力を欠く成年者のための居所・面会交流の決定が、その者の最善の利益にかなうように適切になされることを保障するための包括的な法的枠組みが整備されている。しかし、それ以前は（特に1983年精神保健法（Mental Health Act 1983）改正後）、判断能力を欠く成年者の身上事項の決定に関して、誰がどのように決定をすることができるのかが明確でなく、居所・面会交流の決定に対応するための十分な法制度が用意されていない状態であった。この点において、まさに、2005年精神能力法前のイギリス

は、わが国の現行法と共通の問題を抱えていたといえる。イギリスが、その状況から現在のような法制度をもつに至った過程を辿ること、2005年精神能力法によって完全な保障がなされたと思われたにもかかわらず依然としてイギリス法が抱えている課題をみること、によって得られる示唆は大きいものと考えた。

第1章 イギリスの裁判例にあらわれた成年者の居所・面会交流をめぐる問題：2005年精神能力法前

(1) 構成

第1章では、イギリスにおいて、判断能力を欠く成年者の居所・面会交流の決定をめぐる「法の欠缺」の問題が指摘されるようになった1990年代初頭の法制度を紹介し(第1節)、その制度の下ではどのような問題が生じていたか(第2節)、それに対して裁判所はどのような法的対応策を提示したかを明らかにした(第3節)。

(2) 概要

イギリスにおいては、遅くとも13世紀より、国王が国親(パレンス・パトリエ)として、自ら身上と財産を保護することのできない精神障害者を保護する権利を有し、義務を負っていたとされる。1660年、その国王大権を大法官と一定の裁判官に委譲する勅許状が発行され、それ以降は、裁判所がパレンス・パトリエ管轄権を行使して判断能力を欠く成年者の保護を行ってきた。しかし、1959年にそれまで複数存在していた精神障害者の保護に関する立法を一本化し、あらゆる精神障害者に対応した包括的な保護制度として精神保健法が導入されると、同法の規定を用いれば、患者の生活のあらゆる場面の決定に対応することが可能であると考えられた。そこで、1960年11月1日、同法の施行に合わせて上記の勅許状が廃止され、裁判所はこのときを境に、判断能力を欠く成年者に有していたパレンス・パトリエ管轄権を喪失した。1983年の精神保健法改正後、このことが大きな問題となる。1970年代の医療パターナリズムへの不信感から、精神障害者の治療についてもできるだけ強制手続きがとられる場面を限定しようという流れを受け、1983年精神保健法は、同法の適用を受ける精神疾患の範囲を限定し、同法に基づいて行われる身上事項も一部の精神治療に限定し、さらに保護者の権限も大幅に縮減した。その結果、精神保健法のセーフガードからこぼれ落ちる者が多数発生し、判断能力を欠く成年者の身上にかかわる事項の多くが、「法の間隙(gap)」に取り残されることとなった。

このように、自ら身上事項について決定する能力を欠く成年者がについて、誰がどのようにして、適法に保護を提供することができるのかということが、特に医療の決定が必要となる場面において、深刻な問題となっていた。このような問題を解決するための糸口となったのが、F事件[1990]貴族院判決である。本判決によって、高等法院は、判断能力を欠く成年者の保護のためのパレンス・パトリエ管轄権は喪失しているものの、同意する能力を欠く者に対して暴行となりうる処置またはケアが、本人の最善の利益(best interest)になる場合には、同裁判所の固有の管轄権(inherent jurisdiction)に基づいて、その行

為の適法性を宣言することができるとしたのである。この判決以後、判断能力を欠く成年者のさまざまな身上に関する事項について、高等法院の固有の管轄権に基づく宣言的判決による救済を求める訴えが起こされるようになっていく。判断能力を欠く成年者の居所・面会交流についてもその例外でなく、裁判所に判断が求められるようになるが、はたしてこれらの事項についても裁判所の宣言的管轄権が及ぶのかが、主要な争点の一つとされていた。

以上が、決定手続きに関する問題であった。それでは、すでになされた決定について争いが生じている場合、どのような救済手段を用いることができるのであろうか。そのような事後的救済手段としては、人身の自由の迅速な回復のために規定されるヘイピラス・コーパス（人身保護令状）による救済、行政機関等の収容の判断に対する審査請求手続きとして司法審査（judicial review）の手続き、精神保健福祉法の下で強制手続を受ける者に保障される精神保健審査審判所の手続き、不法行為に基づく損害賠償請求があげられる。しかしながら、判断能力を欠く成年者の面会交流について高等法院の管轄権の有無が初めて争われた1992年から2005年精神能力法が女王裁可を受ける（2005年4月7日）までの間に判例集に搭載された裁判例のなかで、特に新しく救済の途を開いたと思われる7件をみるに、これらの決定手続きおよび救済手続きは、判断能力を欠く成年者の居所・面会交流の決定が問題となる際に、十分に機能するものではないとの評価を受けた。

そこで、そのような現行法の不備に対応するために、高等法院は、その固有の管轄権に基づき、判断能力を欠く者の居所・面会交流について本人の最善の利益にかなう決定を宣言することによって紛争を解決するという途を次第に拓いていくようになった。しかし、この手段もまた、患者がおかれる状況やそのニーズの変化に対応しうる見直しや修正の機能が備わっていないこと、執行力に乏しいことが問題であるとされた。これに対して、差止命令は、強い執行力を有することから、判断能力を欠く者の利益を保護する手段として有効であると期待された。しかし、執行力の強さがあだとなり、不用意に判断能力を欠く者と周囲の者との関係を破壊する危険性があるとして、この手段の妥当性についても懸念が寄せられるようになった。このように、高等法院は判決の蓄積によって、その管轄権を徐々に発展させながら宣言的判決および差止命令という新たな解決策を提示したが、いずれに対しても批判がなされており、「判断能力を欠く成年者および家族の双方に対して適切なケアを提供するための制定法上の枠組みの代替としては、非常に心もとないものである」とされた。そこで、2005年精神能力法という立法による解決が図られることになった。

第2章 2005年精神能力法の下での居所・面会交流の決定

（1）構成

第2章では、前章で示した法の不備の解消を立法目的の一つとする2005年精神能力法の下で、判断能力を欠く者の居所・面会交流の決定がどのような手続きによってなされることとなったのかを紹介した。その前提として、第1節では、2005年精神能力法を支え

る諸機関・諸団体の役割に触れながら、同法の概要をとらえた。第2節では、同法の下での判断能力の一般規定を紹介し、さらにいかなる場合に、居所・面会交流の決定について本人が能力を欠くとされるかということについて、裁判例を参照しながら具体的にし、第3節では、そのような基準にしたがって、居所・面会交流の決定能力を欠くとされた者について、それらの事項を誰が本人に代わって決定することができるかとされているのかを示した。その上で、第4節では、前節で示した決定権限者が、本人に代わって決定を行う際にとらなければならない手順を明らかにした。本法においては、自分自身で決定を行うことができない「能力を欠く者」を「P」と表すことで差別的な色合いをなくしている（以下、本論文では、2005年精神能力法にしたがい、適宜これらの略称を用いる）。

（2）概要

2005年精神能力法は、能力を欠くために必要な事項を必要な時に判断することができない者について、当該事項に限り、本人の最善の利益に基づく決定がなされるための決定プロセスを規定している。このようなPの居所・面会交流について決定を行うものとしては、① 身上事項の授権を受けた永続的代理権（Lasting Powers of Attorney, LPA）受任者、② 権限を有する保護裁判所選任の法定後見人（deputy）が考えられる。これらの者がいない場合において、当事者にPの福祉に関して争いがある場合は、③ 保護裁判所（Court of Protection）に申立て、決定を受けることになる。他方、そのような争いが特になく場合は、④ Pの医療およびケアを担当する医療従事者および介護者（家族を含む）が、同法の規定に従う限り、Pの最善の利益に適うケアまたは医的処置を適法に行うことができる。

それでは、2005年精神能力法の下で、人は、どのような状態におかれている場合、判断能力を欠く者＝Pと判定されるのであろうか。能力に関する定義は同法2条が規定し、能力の有無を判断する基準を二つの段階に分け、第一に、人が、「精神または脳の損傷または機能的な障害」を有しているかどうか、第二に、そのような損傷または障害のために、「自分自身で決定することができない」かどうか、を判断する構造となっている。「自分自身で決定することができない」とは、同3条1項によって、当該決定に関連する情報を理解すること、その情報を記憶にとどめておくこと、その情報を当該決定の過程の一部として使用もしくは衡量すること、または、あらゆる手段の可能性を尽くしても、自らがなした決定を伝達すること、のいずれかができないこととされる。これらの判定基準に同法に規定される他の原則を加えて、居所・面会交流の決定能力を定義すると、抽象的には提案されている居所・面会交流の決定において、「あらゆる実行可能な方法」による支援を受けたにもかかわらず（1条3項）、「精神または脳の損傷または機能的な障害」によって（2条）、自己の居所・面会交流に関する情報を、理解したり、記憶にとどめたり、決定の過程の一部として使用もしくは衡量したり、自らの決定を伝達したりすることのいずれかができないことが証明された場合（3条）、Pは、自らの居所・面会交流について決定する能力がないものとされる。また、このようなプロセスを経て、能力がないことが明らかにされない限り、たとえ賢明でない決定を行っている場合でも、Pは、能力を有する者として扱われなけれ

ばならない（1条4項）。

居所・面会交流の決定能力について争われたケースから、決定の過程の一部として用いられる情報には、決定が求められる事項に関連して重要なものだけで十分であるとされ、客観的利益の決定に必要なすべての考慮事項を理解し、記憶にとどめ、決定に用いることまでは要求されないことがわかる。しかし、情報を決定の過程の一部として用いたり衡量したりすることができるかどうかは、判定者次第で結論が異なる可能性の高い微妙な基準であり、同一のテストを適用しているにも関わらず、判定する者によって判断が異なる事態が見受けられる。ここに、判断能力を欠くか否かによって、代行決定か否かを決する2005年精神能力法というシステムそのもののあり方に問題が指摘できるかもしれない。

次に、2005年精神能力法が規定するPの居所・面会交流に関する代行決定のあり方については、本法における決定者が、当該事項についてはどのような態様で権限が認められたり、制限されたりしているのかが示唆的であった。裁判所は、裁判所選任の法定後見人に、Pの居所・面会交流について決定する権限を与えうるものの、面会交流を禁止する権限までは委譲できないものとされる。この面会交流の決定と禁止の差は、制限の強さによるもので、実務においては、ある特定の者と7日に1度の頻度で会う事が認められない場合は、面会交流の禁止が行われていることと解されている。このように、Pの面会交流について、法定後見人の権限を制限するような規定が特に置かれていることは興味深い。なお、保護裁判所は、法定後見人を選任するよりも自ら判断を行うことが望ましいとされており、ただ例外的に決定が日常的に繰り返されるようなもの場合に、法定後見人を選任するものとされる。したがって、実際には、居所の決定に関する代行決定権を法定後見人に付与することはそれほど多くないものと思われる。

本法を貫く基本的な態度から、①本人が選任・授権したLPA受任者、②裁判所選任の後見人、③介護者・医療従事者の順にその決定が尊重される。しかしながら、居所・面会交流の決定とも密接にかかわる、Pの自由の抑制または自由の剥奪に関連する事項については、当該行為が適法なものとなるために、①から③の者に対して平等に、特別な要件を課している。すなわち、①から③のすべての者は、Pの自由を抑制する必要がある場合において、(i)本人が抑制に関する判断能力を欠くこと、(ii)抑制の必要性があること、(iii)抑制がなされない場合にPが危険を被る可能性およびその危険の重大性と抑制行為の態様に均衡性があること、が認められなければ、当該行為を適法になしえない（6条、11条、20条）。また、「自由剥奪」行為についても、LPA受任者と同様、保護裁判所の命令または行政の許可を得ない限り、実施することはできない（4A条）。このように、2005年精神能力法は、Pの居所・面会交流の決定と密接に関連する自由の制限の決定について、他の身上事項の決定よりも慎重な規定をおいていること、代行決定者の権限を平等に制約していることは示唆的である。

第3章 居所・面会交流の決定をめぐる欧州人権条約上の新たな課題：2004年HL事件判

決を中心に

(1) 構成

第3章では、1998年人権法（Human Rights Act 1998）施行（2000年10月2日）後、居所・面会交流の決定に関連して、新たに指摘されるようになった問題を取り上げた。欧州人権条約の国内実施法である人権法の施行によって、イギリスの裁判所は、判断能力を欠く者の居所・面会交流の決定に際して、精神障害者の身体的自由および安全を規定する欧州人権条約5条についても配慮が求められることとなった。しかしながら、2005年精神能力法は、主に第1章第3節で言及したコモン・ロー上の紛争解決手続きを成文化したものであって、欧州人権条約5条が規定する「自由剥奪」（deprivation of liberty）行為が問題となる場面については、格別のセーフガードを具備していなかった。というのも、イギリスにそのようなセーフガードの必要性を喚起した欧州人権裁判所判決（HL 事件判決）が下されたのが、2005年精神能力法制定の議論が佳境にさしかかった2004年秋のことだからである。議会は、HL 事件判決で指摘された問題について認識しながらも、2005年精神能力法の制定がこれ以上先延ばしにされることの方が問題であると考えた。そして、自由剥奪に関する法的セーフガードについては、その後に予定されている精神保健法の改正時に議論することとし、意図的にこれを留保して法案を可決させたのである。したがって、イギリスは、2005年精神能力法制定後も依然として、判断能力を欠く者の居所・面会交流の決定が欧州人権条約5条における自由剥奪に該当する場合の法的保護のあり方を考えなければならないという問題に直面していた。

その問題の中身をより具体的にするために、第1節では、HL 事件判決において、イギリス法のどの点が欧州人権条約に違反すると指摘されたのかを紹介し、第2節では、HL 事件以外に欧州人権裁判所において精神障害者の欧州人権条約5条上の権利が争われた諸判決を整理した。この作業を通じて、同条約が、判断能力を欠く者の自由剥奪において締約国に求める法的セーフガードの内容を明らかにした。

(2) 概要

HL 事件当時、精神科病院への入院は、入院に抵抗する者にのみ1983年精神保健法の手続きに従った強制入院が実施され、それ以外の者については、本人の明確な同意がなくとも、抵抗していないという事実を以て、法外入院（informal admission）とするのが、精神保健実務の常であった。HL 事件は、病院に入院するべきか否かを決定する能力を欠く成年者（HL）が、コモン・ロー上の必要性の原則を根拠に、制定法上の手続きによらないで、収容されたことに対して、HL のケアラーがその違法性を争った事件である。HL は、貴族院判決で敗訴が確定したため、欧州人権裁判所に対して、イギリス法のあり方は、精神障害者の自由剥奪について規定する欧州人権条約5条に反するとの申立を行った。

判断能力を欠く成年者に対する法外入院の適法性が争われた HL 事件判決において、欧州人権裁判所は、HL が欧州人権条約5条の規定する自由剥奪を受けたとして、①本件収容が「法律にしたがって」なされなかったことを理由に、欧州人権条約5条1項違反を認め、

さらに②HL には自己の自由剥奪の適法性を裁判所に迅速に判断するよう求めうる法的手段が保障されていなかったとして、欧州人権条約5条4項違反を認めた。政府は、HL 事件によって浮き彫りとなったこのような法の不備を是正するための施策を検討する際、収容者に対するいかなる行為が「自由の剥奪」に該当するのか、また、そのような施策はどのようなグループに属する者を対象とし、それらの者がどのような場所に収容されている場合に適用されるものか、を明らかにする必要があるとした。

そこで本章では、イギリスが、DoLS の規定づくりにおいて参考とされたと思われる、欧州人権裁判所が確立していた精神障害者の自由剥奪に関するルールを明らかにした。その作業にあたって、2007年に精神保健法の一部として DoLS を成立させるまで（2007年7月19日）に下された欧州人権裁判所の関連判決のうち、HL 事件判決に先例として引用されたケース、国内裁判例に引用されたケースおよび DoLS の法案審議中に言及された欧州人権裁判所のいくつかのケースから次のことを明らかにした。

第一に、自由剥奪の概念および成否の判断基準である。自由の制約（身体の拘束等）と自由の剥奪は異なる概念である。拘束の程度が強くともそれが一時的である場合は、自由の制約に該当し、条約5条による保障の範囲外とされるが、反対に、拘束の程度が緩やかであっても長期にわたる場合は、自由剥奪に相当する可能性がある。自由剥奪に該当するか否かは、施設された施設に閉じ込められていたかどうかではなく、第三者の監視なく訪問者と面会したり、外出したりすることが許されないといった場合のように、施設の管理者が、被抑留者のケアおよび移動に対して完全かつ実効的なコントロールを及ぼしていたかどうか重要である。このような行為が、本人の有効な同意がなく実施された場合、自由剥奪が成立したものとみなされる。ここで、有効な同意を行うためには判断能力が必要であるとされる。現実の問題として、判断能力を欠く者に対して居所・面会交流の決定が行われる際には、介護者等から継続的な監視およびコントロールを受けることがほとんどであろう。そうであるならば、当該居所・面会交流の決定は、そのほとんどの場面において、自由剥奪に該当するものと考えられる。

第二に、国家の義務を明らかにした。自由剥奪行為がたとえ私立の施設においてなされた場合であっても、国家（行政当局）がそのことを知っていた場合、または知りえた場合は、被抑留者に対して国家は条約5条上の権利を保障する責任を負うとされている。自由剥奪行為が恣意的になされないようセーフガードとして、国家は、自由剥奪が適切な機関によって決定され、恣意的になされないことを保障する公平かつ適正な手続きを用意しなければならない。そしてそのような国内法は、国民が、当該行為の結果を合理的な範囲で予見することができるよう十分に明確なものでなければならないとされる。したがって、日本において主張される事務管理等の一般法理による処理ではならず、制定法による規律が必要である。

最後に、自由剥奪が適法であるためには、本人または公共の利益を保護するためには、他に考えうる緩やかな手段では不十分であり、自由剥奪の必要性があることが認められる

こと（非代替性・必要性）、自由剥奪の可否を決定する機関に対して、本人が「強制的な抑留を正当化する精神障害」を有すること、が客観的・専門的知識に基づき証明されなければならない。

以上に明らかにした要素が、イギリスの DoLS においてどのように生かされ、どのような形で規律されているかについては、次章で確認する。

第4章 イギリスにおける「自由剥奪セーフガード（DoLS）」規定の導入（2007年）と残された課題

（1）構成

第4章では、HL 事件判決において欧州人権裁判所が指摘した法の不備を解消するために、イギリスが、新たに導入した法的保護の枠組み（DoLS）を紹介した。この枠組みは、2007年精神保健法の改正によって、2005年精神能力法の一部に組み込まれる形で結実したものである。第1節では、判断能力を欠く者の自由剥奪が病院またはケアホームにおいてなされる際にとられる行政手続について、第2節では、前節の行政手続が利用できない場合または本人の福祉について他に争点がある場合にとられる司法手続について紹介した。これらの手続を導入することによって、イギリスは欧州人権条約5条違反を克服することができたかのように思われた。しかしながら、2014年3月に両院特別委員会が公表した「2005年精神能力法立法後調査」によって、なおもイギリス法は不備を抱えているとの指摘がなされた。そこで、第3節では、両院特別委員会が指摘するところとなった新たな問題について、当該調査と時を同じくして下された最高裁判決のもつ意義を検討しながら、現行のイギリス法が判断能力を欠く者の自由と安全を保障するに足る制度であるとされるかを確認した。その結果、2007年に完全なセーフガードを導入したと思われたイギリスが、新たにどのような問題に直面しているのかを詳らかにすることによって、わが国において立法論を展開していく際に、特に注意しなければならない事柄を明らかにした。

（2）概要

イギリス法は、判断能力を欠く成年者の居所・面会交流の決定が問題となる場面を次の4つに分類し、それぞれに規定を置いている。すなわち、(A) 精神科病院への強制入院、(B) 病院またはケア施設における自由剥奪、(C) 病院またはケア施設以外の場所における自由剥奪、および (D) 自由剥奪を伴わない居所・面会交流の決定である。本章では、特に B および C の制度状況を詳らかにした（A の保障については第1章、D の保障については第2章においてそれぞれ紹介した）。

(B) の病院またはケアホームにおいて、判断能力を欠く者に対する自由剥奪が実施される際の手続を規定するのが、2005年精神能力法規則 A1に規定された DoLS である。これは、病院またはケア施設の管理者が、判断能力を欠く者の自由剥奪が必要となった場合に、それらを監督する行政機関に対して、自由剥奪の許可をもらう仕組みである。これに対して、P の抑留先が病院やケアホームでない場合や、当事者に P の身上の福祉について

争いがある場合は、保護裁判所に申立がなされる。被抑留者が DoLS および精神保健法上のセーフガードの適用要件を欠く場合において、自由剥奪を適法に実施するために用いられる手続きである。

これらの手続きを整えたことによって、第3章において指摘された「法の間隙」は埋められたはずであった。しかしながら、同規定が施行されてから5年、イギリスの自由剥奪セーフガードに対して、改正が必要であるとの評価がなされるに至っている。両院特別委員会による立法後調査においては、第一に、欧州人権条約によって想定されているものよりも、自由剥奪に当たらないとされる場面が広く捉えられており、そのために必要な人にセーフガードが行き届いていないことが問題であるとされた。第二に、DoLS が、病院またはケアホームに收容される者にしか適用されないこと、第三に (A) の精神保健法との適用関係が複雑にすぎることが問題として指摘された。特に、第二の点について、立法後調査では、むしろ「病院またはケアホーム」に該当しない居住施設の生活環境については、ケアの質委員会 (Care Quality Commission) による審査がなく実際には規制されていないため、そのような場所に居住する者は「病院またはケアホーム」に收容される者よりも弱い立場にあることが確認され、「病院またはケアホーム」以外の場所で生活している者に対して、自由剥奪に関する手続的保障が提供されることが一層重要であると指摘された。

現行法では、病院またはケア施設以外の場所における自由剥奪 (C) については、本人やその介護者の側から裁判所に許可の申立がなされなければ自由剥奪に関するセーフガードが発動しないため、セーフガードが用意されていても実際にはなかなか活用されないという。自由剥奪がなされることを、地方当局 (国) が関知しているのであれば、抑留が「病院またはケアホーム」においてなされるか否かはそれほど重要ではなく、被抑留者に対して恣意的な自由剥奪がなされないよう国家に要求される責任の程度が異なるとはいいたい。このことから、抑留が行われる場所の性質に限定されないセーフガードづくりが必要であるとの知見を得た。

第5章 提言：わが国におけるセーフガードの展望

(1) 構成

以上の検討を踏まえて、第5章では、わが国において、判断能力を欠く者の居所・面会交流の決定がなされる際に、どのような法制度を導入すべきかについて考えた。その作業に先立って、第1節では、2013年12月にわが国が批准した障害者権利条約 (The Convention on the Rights of Persons with Disabilities) のうち、本章の課題に関連すると思われる条約上の要請を明らかにした。新しいセーフガードに関する提言をなすためには、同条約に適合するような法制度設計を考える必要があるためである。第2節では、障害者権利条約の見地から、わが国の現行法下で解釈によって対応することはもはや適切でないことを示し、どのような立法論を展開していくべきと考えられるかを、本章で検討してきた外国法から得られた知見をもとに構成した私見を述べた。そして、最後に、今後わ

が国において、居所・面会交流の決定がどのような手続きの下でなされるべきか、それらの事項をめぐって紛争が生じた場合に、とられるべき解決手段のプロセスについて、一つの立法モデルを示した。

(2) 概要

まず、障害者権利条約14条であるが、本条は、被抑留者がどのような障害を有する場合であっても、自由剥奪を受ける際には、必ず法律の定める手続に依らなければならないとする。そして、自由剥奪の実施について定める法律は、被抑留者が、不法に又は恣意的に自由を奪われないように明確でなければならないとし、すべての人に対して平等な要件を課すものでなければならないとする。同14条の下、精神障害を自由剥奪の正当化根拠としてあり、障害者の自由な意思およびインフォームド・コンセントに基かない自由の剥奪を認めたりする立法は、禁止される。この規定の考え方によると、精神障害者の抑留について特に要件とする現在の欧州人権条約5条のあり方は、障害者権利条約に違反する可能性が高い。また、現行イギリス法においても、判断能力を欠く成年者および精神障害者に対して、適法な自由剥奪や強制入院が実施されるためには、被抑留者が精神保健法上の患者に該当することが前提の要件とされており、同様の問題が指摘できる。

とはいえ、同条は、判断能力を欠き、抑留について自由な意思に基づいて同意することができない者の抑留については禁じていないものと解される。本人に判断能力がないために同意することができない者についてまで一切の抑留が禁止されるとすれば、それらの者が必要な保護を受けることができなくなってしまう、かえって重大な利益侵害となる危険性がある。このような危険性があることは、1983年精神保健法において精神障害者に対する非強制の理念を推し進めた結果、判断能力を欠く者について必要な保護が提供できなくなるという苦境に陥ったイギリス法の歴史を思い返してみても明らかである。むしろ、自己の治療やケアの必要性を理解できない者にも、それらが提供されるよう合理的な支援を行うことこそ、同条約の趣旨に合致した対応であると思われる。

また、障害者権利条約12条より、わが国の成年後見制度に代表される「代行型」システムから、「支援型」システムへと転換することが求められている。「支援型」システムの議論は、まだまだ途上にあり、そのモデルについて統一的な見解があるわけではないが、現在紹介されているものの中では、カナダのブリティッシュコロンビア州における代弁合意 (Representation agreements) という制度のような①本人による事前指定制度か、カナダのアルバータ州の共同合意形成 (Co-Decision making agreements) 制度のような②本人を含めた合意形成制度が、一つの「支援型」モデルとなるであろう。また、カナダのオンタリオ州における成年後見メディーエーション (メディーエーションを後見申立の要件とする制度) や、イギリスにおいて広がりつつある民間メディーエーションのサービスを通じた判断能力を欠く者をめぐる紛争解決も、②本人を含めた合意形成型であるといえよう。

本論文を通じて、イギリス法、欧州人権条約および障害者権利条約を検討してきた結果、わが国の現行法が判断能力を欠く成年者の居所・面会交流の決定についてさまざまな場面

で保護が行き届いておらず、解釈による解決にも限界があることが明らかとなった。それとともに、個別かつ抽象的にではあるが、立法の方向についても私見を付した。思うに、居所・面会交流の決定がさまざまな側面から本人の人生に多大な影響を及ぼす可能性がある中で、誰かに代行決定権限を付与して解決するという安易な他者決定のシステムで、本人の利益を十分に守ることは困難である。本人に代わって決定する権限を第三者に付与するという代行決定型のシステムは、たしかに簡便であるかもしれない。しかしながら、そのような仕組みは濫用の恐れが高く、特に上記のような特質を有する居所・面会交流の決定において、妥当な仕組みであるとは思われない。この点、私見としては、要介護認定手続きや施設・病院への入院・入所手続きにおいて、本人、または本人の主観的利益を代弁する手続上の補助者と、本人の身上の福祉にかかわりを有する者が、行政の監督の下、協議で決定していくというプロセスをとることが適当であると考え。このように本人と周囲の者を意思決定に組み込みこんでいくことを原則とする考え方は、障害者の意思決定制度について「代行型」から「支援型」へと移行を促す国際法の理念とも合致するものであると思われる。さらに、それらの者の間で意見の調整が不可能な場合の最終の紛争解決手段として、特別な司法手続きが用意されるべきであると考え。この手続きを担う裁判所は、高齢者、精神障害者等の判断能力が不十分な者の身上の利益についても判断し、決定することができるような専門性を有する機関でなければならない。

以上、本論文では、判断能力を欠く者の居所・面会交流の決定にあたって、本人の利益を保障しうる立法モデルの理想像を提示した。しかしながら、判断能力が不十分な者がその人生において必要とする決定事項は、当然、居所・面会交流に限られない。たとえば、婚姻、養子縁組、遺言といった身分行為は、財産の包括的な移転を可能するものであるため、これらが濫用された場合、本人には重大な被害が生じうる。このような重大性に比して、わが国の現行法は、その濫用を防止する機能をほとんど持っていない。わが国は、能力法全体のあり方を再点検しなければならないときを迎えている。本論文はそのような大きな課題の前に踏み出したほんの小さな一歩に過ぎないが、その一歩を、判断能力が不十分なために自己の利益を守ることが困難な者に対して、総合的な支援を提供しうる制度づくりを目指し、前進させるための礎として位置づけたいと考えている。ha