

要保護成年者の居所・面会交流の決定を めぐるイギリスの判例

——1998年人権法施行前——

橋 本 有 生

- I はじめに
 - 1 民法上の法理および制度
 - 2 居所・面会交流の決定をめぐる問題
 - (1) 居所の決定をめぐる問題
 - (2) 面会交流の決定をめぐる問題
 - (3) 人身保護請求による解決の可能性
 - (4) 問題検討の必要性
 - 3 本稿の構成
- II 2005年精神能力法施行前のイギリスの法的枠組み
 - 1 1959年精神保健法施行前
 - 2 1959年精神保健法および1983年精神保健法
 - 3 F 事件（精神疾患患者：不妊処置）貴族院判決
- III 要保護成年者の居所および／または面会交流をめぐる事件判決
- IV 紛争解決手段の整理・検討
 - 1 居所・面会交流の決定
 - (1) 1983年精神保健法下の制度
 - (2) 高等法院による宣言的判決
 - (3) 高等法院による差止命令
 - 2 奪われた自由に対する救済
 - (1) ヘイビアス・コーパス
 - (2) 不法行為に基づく賠償請求
- V むすびに代えて

I はじめに

人は、誰からの干渉も受けずに、自由な意思に基づいて、自己の私的な問題について、情報を取捨選択し、最終的な判断を行いうることが基本的人権として認められている。この権利は、万人に保障され、たとえ精神障害を有している者であっても、そのみを理由としてこの権利が制限されることはない。⁽¹⁾しかし、自己決定の保障のあり方を考えるうえで、精神上の障害等によって自己の決定の結果を予測することができない者に対する保障と、判断能力を有する者に対する保障とを、まったく同様にとらえることは相当でない。判断能力が不十分な状態で行われる自己決定は、十分な判断能力の下で行われる自己決定とは異なって、誰からの干渉も受けないことのみを保障するだけでは、不十分であり、十分な決定ができないことによって生ずる不利益から保護することも必要であると思われるからである。

私人間の法律関係においても、市民の生活関係を規律する民法は、私的自治の原則の下で誰からの干渉も受けず自由な意思に基づいて自律的に決定すること（自己決定）を保障している。一方で、判断能力が不十分な者については、次の法理および制度によって、その意思決定に関して保護を与えている。

1 民法上の法理および制度

第一に、民法上、明文の規定があるわけではないが、意思能力のない者がした法律行為が無効であるということは、つとに認められている。⁽²⁾意思能力とは、一般に、自己の行為の結果を判断するに足るだけの精神能力のことでありと解されている。⁽³⁾法律行為時に意思能力を欠いていたことを立証できれば、その法的拘束から抜け出すことができるとする、この意思無能力無効の法理は、判断能力の不十分な行為者を保護するという意義を有しているとされる。⁽⁴⁾しかし、意思能力の有無の判断は必ずしも容易ではなく、意思能力が無かったことの立証に困難が伴うことが少なくない。そのため、意思無能力

無効の法理だけでは、意思無能力者の保護を十分に期待することができない。

そこで、第二に、意思能力が不十分な者の保護制度として制限行為能力者制度がおかれている。この制度は、年齢や事理弁識能力の程度によってあらかじめ画一的に法律行為をする能力（行為能力）を定め、その能力がないとされる者の行為については、本人またはその代理人が取り消すことができる⁽⁵⁾とする。このうち、成年者の行為能力については、1999年の民法一部改正によって、制限の側面が強かった従来の禁治産宣告制度から、被保護者の支援を第一の目的とする成年後見制度へと移行した。この制度は、精神上の障害のために判断能力が不十分で、法律行為における意思決定が困難な成年者に対して、その能力に応じて後見人等を付し、それら後見人等が法定の代理権や取消権を行使して被後見人等の決定を補い、その利益を守ろうとするものである。

成年後見制度に基づく支援は、財産管理と身上監護に大別される。身上監護とは、財産管理以外の生活関係に関する事務であるとされ、日常生活の事務のほか、医療、介護、雇用等が含まれるとされる⁽⁶⁾。しかし、この成年後見人の職務とされる身上監護は、「法律行為を指すものであるので、『療養看護』に関する事務の内容が法律行為に純化され、〔法律行為に当然付随する⁽⁷⁾ 事実行為以外の〕事実行為を含まない⁽⁸⁾」と解するのが、通説的見解である。立法担当者もこれに従い、成年後見人の権限には、入院、施設入所等、身体⁽⁹⁾に対する強制を伴う事項は含まれないと明言している。

このように、民法は、自己の行為の結果について判断する能力を十分に有さない者の意思決定の保障と保護の制度を用意しているが、それは法律行為の範囲に限定される。したがって、これらの制度は、問題となる意思決定が法律行為に関するものではなく、事実行為に関するものである場合には基本的に適用されない。しかし、事実行為の中には、本人の身上に深くかかわり、一度決定がなされると本人に重大な影響をもたらす可能性のある事項が

少なくない。具体的には、自己の受ける治療に関する決定、どこに住むかといった居所(入院・入所を含む)の決定や誰と交流を持つかといった面会交流の決定等である。これらの事項について格別の保障制度が用意されていないことは、場合によっては大きな問題になると思われる。

本稿では、これら身上にかかわる事項のうち、要保護成年者⁽¹⁰⁾にとって重要な事項であると思われる、居所と面会交流の決定に焦点を絞って論じていきたいと思う。

2 居所・面会交流の決定をめぐる問題

自己決定権は、自己にかかわる私的な問題の選択決定に広く及ぶと解される。この私的な問題の中には、自身が私生活を過ごす場やコミュニティを選択し、他者との関係を築き、発展していくことも含まれ、それらは、人がより充実した人生を送るうえで非常に重要な事項であると思われる⁽¹¹⁾。これらの決定は、高度に私的な事項の決定であって、他者から強要されることは基本的に許されず、他者の介入からの自由が保障されなければならないが、これを決定する能力が不十分な要保護成年者の場合には、ときに、他者からの生活の質を考慮した支援も必要となるものと思われる。そのような支援に欠けるわが国の民法の理論および制度では、これらの事項に関する自己決定権の保障や本人の保護が十分に果たされるとは言い難く、そのため次のような問題が生ずる。

(1) 居所の決定をめぐる問題

まず、要保護成年者の居所の決定に関しては、次のような問題が考えられる⁽¹²⁾。かりに、要保護成年者が後見制度を利用していた場合、後見人は、被後見人の身上に配慮して施設入所契約を締結することができるため(民法858条)、契約の相手方を特定し、事実上、被後見人の居所指定を行う。しかし、居所の決定に契約が必要ない場合、たとえば、複数の者(通常は家族構成員)が自宅への引き取りを申し出る場合や、反対に引き取りを拒絶して居所

が決まらない場合など、家族構成員間や家族構成員と後見人との間で意見の対立があったときには、現在の成年後見制度を利用しての解決は困難である。なぜなら、その決定は、高度に私的な事実行為であり、それを本人に代わって決定することは、後見人の権限には含まれないとされているからである。

居所の決定に関しては、入院の決定が含まれる可能性もある⁽¹³⁾。現在、精神障害者の医療施設への入院入所に関しては、精神保健および精神障害者福祉に関する法律（以下、精神保健福祉法）に規定が存在する。それによれば、精神治療が必要であるにも関わらず、病識がない等、入院の必要性について適切な判断をすることができない者に対して、保護者（後見人、保佐人、配偶者、親権者および扶養義務者のいずれか）の同意と指定医の診察を要件として、本人の同意を得ることなく精神科病院への入院が認められる（精神保健福祉法33条、医療保護入院⁽¹⁴⁾）。しかし、この手続は精神治療以外の治療を目的とする入院には、対応していない。そのため、十分な判断能力を有さない者について、精神治療以外の目的のための入院が問題となったときの解決が問題となる。たとえば、効果的な治療がもはや望めない患者が、終末期を自宅で迎えるか、あるいはホスピス等の医療施設に入院するかという決定を求められた場合、本人にそのことを判断する能力がないときは困難な問題となる。そのような場合、わが国では、家族が決定を任されることが少なくないが、家族には、明確にそのような法的権限が認められているわけではない。

（２） 面会交流の決定をめぐる問題

また、要保護成年者の面会交流についても、現行民法その他の制度では解決しえない問題が生じると思われる。判断能力が不十分であっても、他者と交流することで得られる精神的な利益は相当に大きいと言われている⁽¹⁵⁾。入院中の精神障害者は家族との面会が多いほど、家族に対して良い認識を持つ傾向にあり、退院を促す力になると期待されている⁽¹⁶⁾。しかし、現実には、これ

らの交流は、周囲の者によって決められてしまうことが多い。たとえば、知的障害のために判断能力が不十分な成年子の親が離婚または別居している場合、その成年子と同居している方の親が他方の親の訪問を拒絶してしまえば、たとえ同居していない親との交流が成年子にとって利益となる場合であっても、両者の交流を実現する法的手段は無いといえる。子が成年に達しているため、家事審判手続による解決もできないし、次に見るように人身保護請求による救済もほとんど望めない。

(3) 人身保護請求による解決の可能性

(1)、(2)に述べた問題の解決手段として、わが国の法制度の下では、人身保護請求が考えられ、現にこれを申立てるケースもみられる⁽¹⁷⁾。人身保護請求とは、人身保護法に用意された不当に強制拘禁を受けた場合の事後的救済措置である。法は、法律上正当な手続によらずに、現に身体⁽¹⁸⁾の自由を拘束されている者に、人身保護請求を行い、救済を求めることを認める(人身保護法2条)。拘束は、公権力による場合と私力による場合とを問わず、身体の行動が他人によって支配され、行動の自由が全く失われているか制限されている状態をいうとされている⁽¹⁸⁾。請求権者は、被拘束者に限られず、その他誰でも請求をすることができる。たとえば、前述の医療保護入院において要件を欠いていた場合、患者だけでなくその他全ての者による人身保護請求が認められ、患者の拘束からの救済を求めることができる。

しかし、現状では、人身保護請求事件の約8割が未成年の子の引渡請求事件であり、要保護成年者の拘束についてはほとんど機能していない。その理由としては、第一に、人身保護規則による適用の制限があると思われる。同規則第4条は、他に救済手段がなく、かつ「拘束又は拘束に関する裁判若しくは処分がその権限なしにされ又は法令の定める方式若しくは手続に著しく違反していることが顕著である場合に限って」、人身保護請求を認めるとする。本規則は、自由の回復が認められる程度の拘束の不法の範囲を明らかにしたものとされるが、「顕著」とは、原則として記録又は書面上明白に無効

又は著しい違法があることが分かるような場合をさし、さらに審理を尽くさなければ裁判又は処分の著しい違法が分からないような場合は、一見して明瞭と云えないから、そのような場合、この救済手続は適当でない⁽¹⁹⁾とされる。最高裁もまた違法性の基準を厳格に解する。この規則のために、「入院の必要性」判断が、かりに診断上の過誤にもとづいていても、人身保護法による被拘束者の救済は不可能⁽²¹⁾との懸念さえある⁽²²⁾。

第二に、要保護成年者の人身保護請求の事例は、子どもの事例に比べて、拘束の基準が厳格に解されていることも影響していると思われる。裁判所は、いわゆる寝たきりの状態で、かつ「通常人と同様の判断力」も有さない78歳の高齢者に対する拘束の有無の判断に際し、「およそ拘束者が拘束をなしているといえるためには、拘束者の意思に基づいて、被拘束者に対しその身体に有形力を行使したり、あるいは脅迫等をなすことにより被拘束者の身体⁽²³⁾の自由を拘束している場合でなければならず、仮に現実には被拘束者の行動の範囲が通常人のそれに比較して極めて狭い範囲に限定されているとしても、その行動の制限が拘束者の意思とは無関係に、もっぱら被拘束者の精神的肉体的欠陥の故に生じているような場合には、これをもつて拘束者が拘束をなしているものと解することはできない⁽²⁴⁾」とした。この基準は、最高裁が幼児に対する拘束の判断において、「意思能力のない幼児を監護するときには、当然幼児に対する身体⁽²⁴⁾の自由を制限する行為が伴うものであるから、その監護自体を人身保護法および同規則にいわゆる拘束と解するに妨げないものである」とする基準と比べると厳格であるといえる。

以上を踏まえると、(1)(2)で挙げたような問題の解決を、人身保護請求を用いて実現することは、困難であると思われる。また、人身保護請求が事後の救済手段であり、不当な拘束に対して事前に対処することができないという点においても、この手続が、要保護成年者の居所や面会交流の決定をめぐる問題解決に十分に適しているとは言い難い。

(4) 問題検討の必要性

要保護成年者の居所や面会交流の決定は、本人の能力の有無にかかわらず、生きている限り避けて通ることはできないものである。それにもかかわらず、すでに述べたように、わが国には、これらの決定に対する効果的な法的セーフガードの整備が不十分である。

本人が、判断能力が不十分で独力で決定できない場合、本人の決定事項であるからといって、他者が干渉しないという態度を貫くことは、その者の基本的人権の保障につながるとは思われない。だからといって、第三者が法的な根拠なしに慣行として日常的に決定を行うことが、正当化されてよいということにもならない。たとえ、家族構成員と入所先の施設が合意に至ったとしても、その結果が本人の利益を害する決定となる可能性は十分に考えられる。わが国では、判断能力が不十分な成年者の意思決定の支援機関として導入された成年後見人でさえ、入院、施設入所等、身体に対する強制を伴う事項は本人の基本的人権にかかわる重大な事項であるとして、代わりにこれを決定する権限を持たない。まして、法的な意思決定の支援機関であると位置付けられていない「家族」が、これらの事項について決定権を有するとされる法的根拠は明らかではない。⁽²⁵⁾

以上のことから、要保護成年者の居所や面会交流に関する決定が問題となった場合、他者がどのようにその決定に関わり、本人の利益を保護していくべきか、そのあり方が検討されなければならないと思われる。本稿は、その手掛かりとして、要保護成年者の居所や面会交流の決定について争いとなったイギリスの裁判例において、どのような救済手段が示され、それぞれにどのような問題が指摘されていたかを整理し、分析するものである。

3 本稿の構成

要保護成年者の居所や面会交流の決定をめぐる問題について考えるにあたり、イギリス⁽²⁶⁾の過去および現在の法状況が参考になると思われる。現在、イギリスにおいては、判断能力を欠く成年者のために行われる決定が、その者

の最善の利益にかなうよう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として、2005年精神能力法（Mental Capacity Act 2005, MCA 2005）が存在する。⁽²⁷⁾同法は、一部の事項を除き、⁽²⁸⁾要保護成年者の生活にかかわる事項のすべてに及ぶものとされる。財産管理事項はもとより、医療、居所や面会交流といった身上にかかわる事実行為に関する事項についても、本法の適用がある。⁽²⁹⁾

このように、現在は、包括的な法制度を有するイギリスであるが、同法成立前は、長らく、要保護成年者の身上にかかわる事項の多くについて、その決定をいかにすべきかを規定する法制度を有さない状態であった。居所や面会交流の決定もその例外ではなく、本稿で紹介するようにこれらの決定をめぐる事件が裁判所に持ち込まれることもあった。

以下では、居所や面会交流の決定に関して包括的な法制度が整う前のイギリスの法的枠組みに言及し（Ⅱ）、1998年人権法（Human Rights Act 1998）施行（2000年10月2日）前までに裁判所にもちこまれたそれらのケースを紹介し（Ⅲ）、裁判所があげた救済手段を整理・検討する（Ⅳ）。

なお、人権法施行後は、居所および面会交流の決定が、欧州人権条約（Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）の保障する身体の自由および安全に対する権利（5条）と私生活および家族生活を尊重される権利（8条）と深く関連する問題であり、別途検討が必要であると考えられる。したがって、本稿において紹介するケースは1998年人権法施行（2000年10月2日）前に限定した。⁽³⁰⁾人権法施行後の法状況の整理検討は、別稿に譲る。

Ⅱ 2005年精神能力法施行前のイギリスの法的枠組み

1 1959年精神保健法⁽³¹⁾施行前

およそ13世紀末頃より、国王は、パレンス・パトリエ（*parens patriae*、国親）として判断能力を欠く者（成年・未成年者を問わず）の財産および身

上を保護する権限を有し、義務を負っていたと考えられている。⁽³²⁾この国王大権 (Royal Perogative) は、審問 (inquisition) の結果、生来の心神喪失者 (idiot) であるか、後天的な精神障害者 (lunatic) であると認められた者に対して行使された。1660年以降、国王大権は、勅許状 (Royal Warrant) によって大法官 (Lord Chancellor) および高等法院の一部の裁判官に委譲され、王に代わってこれらの機関がパレンス・パトリエ管轄権を行使することとなった。

18世紀半ばになると、精神障害者のための民間施設の劣悪な環境が露見し、社会問題にまで発展した。そのことをきっかけに、精神障害者を虐待や搾取から救済するための立法や、在宅ケアが受けられない困窮者のために公的施設を設立することを目的とする諸立法がなされた。⁽³³⁾その後、施設ケアの利用が増加したことに伴い、正常者を誤って収容することが懸念されるようになり、入退院に関して細かい規則を設けた1890年精神障害法 (Lunacy Act 1890) が成立した。同法は、これまで精神障害者に関して存在した諸立法を一本化するもので、精神障害者の入退院手続のほか、審問手続、裁判所の国王大権を行使して行われる代行決定者の選任に関する手続についても規定していた。すなわち、大法官およびパレンス・パトリエ管轄権を行使する裁判所は、審問で「精神が正常でなく (unsound mind) で、かつ自分自身の身上および自身の財産に関する事項を監護・管理することができない」と認められた者のために、財産代理人 (committee of the estate) および／または身上代理人 (committee of the person) を選任することができる⁽³⁴⁾とされた。⁽³⁵⁾こうして選任された身上代理人は、再任の手続がなければ5年で任期が終了するものとされ、患者の居所の決定や、現に身上代理人が付されていない患者に対して通常用いられている入院の諸手続を経ずに、病院への入院および抑留 (detention) を命ずることができるとされていた。⁽³⁶⁾

なお、1890年法およびそれを補完する1930年精神科治療法 (Mental Treatment Act 1930) は、かつて精神が正常に機能していたが、成年以降に不調

をきたした「精神障害者（mentally ill）」に対して適用されるものであった。これに対して、成年に達する前に精神障害が発症したために、精神発達不完全または遅滞している「精神薄弱者（mentally defective）」は、精神障害者と区別され、1913-1938年精神薄弱者法（Mental Deficiency Acts 1913-1938）の適用を受けるものとされた。⁽³⁷⁾ 精神薄弱者の身上にかかわる事項の代行決定は、同法に規定された保護制度（guardianship）の下でなされ、保護者には、14歳未満の子に対して親が有すると同様の権限が認められていた。

20世紀半ばになると、精神医学、精神障害者に対する待遇、保健および福祉サービスにおいてめざましい発展と向上がみられるようになった。そのような傾向を背景に、強制収容を強調する規定ぶりや複雑な法的セーフガードのあり方を採る1890年法は、もはや時代に即していないと指摘されたり、精神障害の性質によって適用される法律が異なることの不適切さが指摘されるようになった。そこで、精神障害及び精神薄弱に関する法について王立委員会が組織され、同委員会の勧告を受けて、あらゆるタイプの精神障害者の身上のケアおよびその財産について包括的に規定する1959年精神保健法（Mental Health Act 1959、MHA 1959）が誕生したのである。

2 1959年精神保健法および1983年精神保健法⁽³⁸⁾

MHA 1959は、精神障害者の財産に関しては保護裁判所（Court of Protection）を通じて管理することとし（ss.100-121）、その身上に関しては、強制入院の手続（ss.25-29）および保護制度（guardianship, ss.33-34）を用意した。この保護制度における保護者は、14歳未満の子に対する親と同等の権限が付与されていたため、理論上、これらの規定を併せて用いれば、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、これまで国王大権を裁判所に委譲してきた勅許状が廃止され、裁判所が判断能力を欠く成年者に対して

有していたパレンス・パトリエ管轄権は、このときを境に失われた。

MHA 1959は、すべての精神障害者が可能な限り強制的でない対応でケアを受ける自由を尊重されるべきであり、患者の生活に対して常に法的コントロールを及ぼす必要はないという理念のもとに制定された。今や患者に必要なのは、社会による保護ではなく、福祉と治療であって、その判断は医療プロフェッションに委ねられるべきであると考えられた。このように司法判断を要しない強制拘束の規定や保護者に認められた広範な権限は、強制的な措置は必要な場合に限ってとられるという前提のもとに導入されたが、この前提が守られなかった場合に深刻な問題が生じた。特に、強制入院と強制治療において濫用がみられるとの批判がなされるようになったのである。⁽³⁹⁾

さらに、1970年代の市民権運動の高まりの中で生じた医療パターンリズムへの不信感に後押しされ、MHA 1959は、1982年に修正され、翌年、MHA 1959と1982年修正法を統合した1983年精神保健法（Mental Health Act 1983, MHA 1983）が成立した。⁽⁴⁰⁾ 本改正の目的の一つに、強制手続にのせられる精神障害者を減らすことがあったため、MHA 1983の下では、治療のための強制入院および保護制度が適用される精神疾患患者が限定された（s. 2）。すなわち、①精神病（mental illness）か、②重度の精神発達不全（mental impairment）、③精神病質（psychopathic disorder）、または④精神発達不全であり、①以外はその障害に「異常に攻撃的または極めて非合理的な行為（abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct）」を伴う症状がみられることが条件とされた。このことから、基本的に精神障害を有しているも、「異常に攻撃的または極めて非合理的な行為」の見られない者は、治療のための強制入院と保護制度の適用を受けないものとされた。⁽⁴¹⁾

また、かつては広範であった保護者の権限が大幅に縮減され（s.8(1)、後述）、精神障害に対する治療（ss.56-64）以外の一般的な医療に関する規定も置かれなかったために、本人が同意することができない状態で、精神障害以外の疾患に治療が必要となった場合、もはや精神保健法の下では問題が解

決できないことになってしまった。

このように非強制の理念を強調してなされた法改正であったが、その結果、精神保健法というセーフガードからこぼれ落ち不利益を被る者を多数生み出すという皮肉な事態が生じた。前述のように1960年にパレンス・パトリエ管轄権が消滅したこと、および MHA 1983が身上に関する包括的な保護スキームを取り払ったことによって、要保護成年者の身上にかかわる事項の決定の多くが、法の間隙（gap）に取り残されることになった。

3 F 事件（精神疾患患者：不妊処置）貴族院判決

上記の法の不備が顕著にあらわれた事例として、F 事件（精神疾患患者：不妊手術）⁽⁴²⁾判決がある。F 女（申立時35歳・原告）は、1967年に精神病院（被告）に入院し、効果的な治療を受けてきたが、1987年3月頃、同病院の男性入院患者と交際を開始し妊娠する可能性がある。F の周囲の者は、妊娠にも子育てにも耐える能力をもたないF にとって妊娠は「惨事」であると考えたためさまざまな避妊方法を検討した結果、最後の合理的な手段として不妊手術が提案されるに至った。ところがF は言語能力が2歳児程度、一般的な精神能力が4、5歳児程度であり不妊手術に同意する能力を欠いていたため、F に対する施術は、本人の同意を得ない不法な身体的接触（assault and battery）となり施術者に対して民事上および刑事上の責任が生じざるおそれがあった。

そこで、1988年6月20日、F の名（母が近友）において、高等法院家事部に対して、（1）最高法院規則（Rules of the Supreme Court）15条16項に基づく「被告による不妊手術が、原告の同意の欠缺のみを理由として、不適法な行為を構成しない」という旨の宣言（declaration）および／または、（2）F に対する不妊手術に対して、高等法院のパレンス・パトリエ管轄権またはその固有の管轄権（inherent jurisdiction）に基づく裁判所による同意を求めた。

本件控訴院および貴族院判決は、一貫して、裁判所にはFの同意を免除したり、Fに代わって同意したりすることを可能とするパレンス・パトリエ管轄権もないし、制定法上の根拠も認められないとした。⁽⁴³⁾このような状況において、Fの手術が正当化されうるとしたら、それは適用可能なコモン・ロー原則⁽⁴⁴⁾によってのみなされると考えられた。そして、貴族院は全員一致で、同意する能力を欠く者に対して暴行 (assault) となり得る処置 (treatment) またはケアが、本人の最善の利益 (best interest) になる場合には、固有の管轄権に基づいてその適法性を宣言しうるとして、Fの不妊手術を適法とした。

同判決において、裁判所が適法性を宣言しうるとされた処置は、「患者の生命、健康または福祉 (wellbeing) の維持のために必要」な処置 (at 52 per Lord Bridge) であるが、ゴフ卿 (Lord Goff) は、さらに一步踏みこみ、これらの処置の概念は「問題となっている状況が永続またはそれに準ずる状態であれば、〔…中略…〕 外科的手術や重要な医療行為といった手段を越えて、日常的な医療や歯科治療といったとりたてて特別でもない事項から、衣服の着脱およびベッドに寝かしつけるといった、より基本的なケアも含むほどに拡張する」(at 76G) と述べた。

当初、同意能力を欠く成年者に対する治療を正当化するために、宣言的判決が救済手段として相応しいかについては争いがあったが、⁽⁴⁵⁾その後の実務を見るに、この種の事件において宣言的救済は一般的な手段として確立された⁽⁴⁶⁾と思われる。不妊手術に加え、判断能力を欠く者をドナーとする臓器移植や、遷延的植物状態の患者に対する人工栄養水分補給の打ち切り⁽⁴⁷⁾についてもその実施前に、宣言的判決を高等法院に求めることが慣行上望ましいとされるようになった。

ここで、この宣言的管轄権の及ぶ範囲が問題となる。F事件 [1990] で問題となった不妊手術は、子をなすという基本的人権に対して不可逆的な影響を与える重大な手術であり、「特別なカテゴリー」⁽⁴⁸⁾に属するとされる事項で

あった。果たして、居所や面会交流の決定もこのような事項と同様に、裁判所の固有の管轄権が及ぶものであろうか。この点を明らかにするために、次章では、要保護成年者の居所・面会交流について、裁判所が最善の利益を宣言する管轄権を有するかが争われた事件を取り上げる。

Ⅲ 要保護成年者の居所および／または面会交流をめぐる事件判決

本稿では、要保護成年者の最善の利益を宣言する管轄権が及ぶ範囲を明らかにするために要保護成年者の居所・面会交流が争われたケースのうち、要保護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1993年から2000年10月2日（1998年人権法施行前）までの間に判例集に登載されている7ケースを扱った。

〔第1例〕 Re C (Mental Patient : Contact) [1993] 1 FLR 940, FD.⁽⁴⁹⁾

1. 重度の精神障害を患うC女（23歳・第一被告）は、父母の離婚後、父が経営する障害者のためのホームで暮らしている。Cの母（原告）は、1991年12月以降6ヶ月間、前夫（第二被告）にCとの面会を妨げられている。そこで、原告は、1992年6月10日、Cと原告が定期的な面会交流をもつことは、Cの最善の利益にかなう旨の宣言的判決を高等法院に求めた。同院家事部では、高等法院が精神障害を有する成年者との面会交流の適法性を判断する管轄権を有するかが先決問題として争われた。⁽⁵⁰⁾

原告側、マンビー勅選弁護士（James Munby QC）は次の①～③より、高等法院には固有の管轄権および／または最高法院規則15条16項⁽⁵²⁾に基づき第一被告に対する原告の行動の適法性について宣言的救済を下す管轄権が存在すると主張した。①F事件 [1990] 貴族院判決において、裁判所の宣言的管轄権は判断能力を欠く成年者の毎日の介護等日常卑近な「処置」の適法性にまで拡張された。親との親交（companionship）は、子の発達にとって不

可欠であり、その交流の機会を奪うことは、子からその情緒的・身体的 (material) な成長に資する重大な機会を奪うことになる。親との交流は、精神障害児の場合、正常児と異なり成年に達した後も引き続き極めて重大なものであり続けるため、その交流は F 事件判決の「処置」概念にあてはまる行為である (at 943B-F)。②面会交流はコモン・ローにおいてもまた欧州人権条約においても認められた権利である。面会交流がコモン・ロー上の権利であるならば、当裁判所は、最高法院規則15条16項に基づいて、宣言的判決を下すことができるはずである (at 943H)。③人身保護令状 (writ of habeas corpus) を根拠とする。子のケアをしている親が他方の親と子との交流を妨げる場合にも人身保護令状による救済は、認められている (at 944B-C)。

2. 1992年12月20日、イースタム裁判官 (Eastham J) は、次のように判示した。

(1) これまで宣言が認められた全ての事件において、もしその行為が子や患者の最善の利益にならない場合には不法 (unlawful) となるような不法な行為 (a tortuous act) が問題となってきた。交流は、それ自体は不法な行為ではないが、「C の意思に反して、または C が意思を表明できないときはその最善の利益に反して、原告との交流が否定され、その自由が制限された」とすると、そのときは不法な行為となる。本件において、私が決定するよう求められている事項は、未だ誰も判断したことのない新しい領域であるとおもわれるが、交流それ自体が不法な行為でないという理由だけで裁判所の管轄権が及ばないとは思われない」 (at 945A-B)。

(2) 「最高法院規則15条16項の規定とその注釈を参照すると、・・・本件において、母との交流が患者の利益となることが証明されれば、裁判所が宣言の形で交流を認めることができなとする理由はないものと思われる」 (at 945G)。

(3) 原告の主張するように、人身保護令状の申立をする余地もある。具

体的な事実の審理には立ち入らないが、仮に原告との交流が妨げられている状況がCの意思に反しているか、あるいは、Cが意思を表明することができない場合においてそれがCの最善の利益に反していることが認められた場合には、人身保護請求は当然に認められるであろう（at 944C）。

（4）「裁判所が判断能力を欠く成年者・・・の事件に介入する権限が全く無かったとしたら、本件において原告の主張が正しかったとき、どのようにしても、これらの者は保護されえないこととなる。それはとても嘆かわしいことである」（at 946A）。

〔第2例〕 Re Cambridgeshire County Council v R (An Adult) [1995]
1 FLR 50, FD.⁽⁵⁴⁾

1. 学習障害を有するW女（21歳・被告）は、精神遅滞の程度はそれほど重度でなく、その判断能力はボーダーラインにある。Wは、Wの父が、Wに対する深刻な性的虐待のかどで4年の懲役に服した後、11年間、1989年児童法33条に基づいて地方当局（原告）が用意した施設に居住し、ケアを受けてきた。Wの家族（父、母、兄）は、父の性的虐待の存在を否定し、数年来、Wとの交流の再開を希望していた。近年、W自身も家族との再交流に興味を示し始めた。1994年4月に一度Wと家族の交流の機会を設定されたが、地方当局は、Wがすぐに家族のもとへ帰ってくるようにと家族から強いプレッシャーを受けたのではないかという疑念を抱いた。そこで、地方当局は、Wの家族が地方当局の同意なしに、Wと面会交流をすること、現住の施設からWを連れ出しもしくは連れ出そうとすること、または、Wに対して帰宅を働きかけることを妨げることは、適法である旨の宣言を求めて高等法院家事部に訴えた。

2. 同部ヘイル裁判官（Hale J）は、1994年7月20日、地方当局の申立を退けた。

（1）原告が求めた宣言を付与する方法には重大な障害がある。裁判所に

は、自分自身の面倒をみることができない者について、その身上に関する命令を下すことのできる国王大権に由来する管轄権は、1960年以降存在しない(at 51H-52A)。裁判所に精神障害を有する成年者の面会交流について宣言的判決を下す管轄権の行使が求められた事件は、C事件〔第1例〕判決のみである。宣言は、独力で判断することのできない者の何が最善であるかを決定することを可能にするものではない。ただ、その者の問題となっている法的諸権利および諸義務 (legal rights and duties) について述べるだけである。イースタム判決が、交誼の自由 (freedom of association) とよぶこともできるかもしれない面会交流がコモン・ロー上の法的権利であることを根拠としていることは疑いない。したがって、裁判所は、本人の意思あるいは最善の利益に反してかかる法的権利が侵犯されるとしたら、最高法院規則15条16項に基づき、その行為が不法である旨の宣言的判決を下すことができる(at 52C-E)。

もし、宣言が厳格に法的権利のみを問題とするならば、原告が制御したり、禁止しようとしている行為から、①Wを保護するためにいかなる法的権利があるかを問う必要がある。そして、②原告が、Wの保護者として任命されるための法的権利を有しているかが問題となる。

①「イングランド法の下で保護されているのは、ハラスメントや交誼から逃れる自由 (freedom from association) ではなく、面会交流または交誼の自由である」(at 52F)。したがって、当裁判所は、本件において原告が求めた宣言を認める管轄権を有さない。

②また、法は、原告を被告の保護者として選任する権限を有さない。そのようなセーフガードは、1960年に廃止されてしまった。したがって、本件において、裁判所は、宣言的救済を認める権限を有しないと結論づける。家族との面会交流を制限することを適法とする旨の宣言は、面会交流の自由という法的権利を保障するどころか、それを侵害する可能性がある。そのような行為を法的に正当化する事由が存在することについて争われてもいない。

（２）仮に裁判所にそのような権限が存在した場合であっても、その権限を行使する必要性について検討されなければならない。すなわち、問題となっている行為に関する本人の判断能力の有無である。法的な能力の判断基準は、行為の内容および効果（nature and effect）を理解する能力である。家族との面会交流や同居の決定は、理解するのに比較的複雑でないといえることができる。他方、本件の具体的な事実のもとでは、いくつもの要素を衡量することが要求される非常に微妙で難しい決定であるともいえる。さらに、被告に情報を理解する能力があったとしても、外部からうける圧力によって、自己が有する情報を衡量し、適切な選択を行うことができないことも考えられる。したがって、被告が面会交流や居所を決定する能力がないと結論づける前に、さらに十分な証拠の審査が必要となることは明らかである（53D-54G）。

（３）上記の要件を全て満たしていたとしても、宣言は裁判所の裁量によって行使される。本件において、宣言を下すことが適切でないと思われる理由が三つある。①Wの利益を保護するための手段としては、宣言よりも差止（injunction）による救済の方がより効果的であることが明らかであるのに、地方当局がこれを主張しないこと、②宣言的救済は、Wを不法な行為から保護するためにW自身またはWに代わって申し立てられてはじめて認められうること、③MHA 1983のもとで保護制度の申立が可能であることである。その他、宣言的救済には、「現時点では正しいであろうことが、比較的短期間にもはや正しくなくなるかもしれないという問題が生じる。しかし、裁判所は現在の状況において、また現に法廷に提出された証拠に基づいて、ある行為の適法性を宣言することしかできない。その後の進展に照らして再審査（review）をしたり、修正を施すためのメカニズムも備わっていない（built-in mechanism）」（at 55H）。

（４）精神保健法に基づく保護制度には限界が多いことはたしかであるが、それでもなお本件においては宣言的救済よりも適切であろう。

〔第3例〕 Re S (Hospital Patient: Court's Jurisdiction) [1995] Fam
⁽⁵⁵⁾ 26, FD; [1996] Fam ⁽⁵⁶⁾ 1, CA.

1. ノルウェー国籍を有する S 男 (第三被告・75歳) は、世界中を旅する写真家である。S は、1989年にミセス A (原告・レスターの持ち家に住む離婚婦) と知り合い、1990年から1991年の間、各国を旅行する仲であった。1992年、S は、自己の複数のスイス銀行口座について、原告に対し S の友人との共同代理権 (joint power of attorney) および、単独代理権を付与した。1993年9月、S は、原告の下に滞在中、脳卒中で倒れてレスターの私立病院に収容された。S は、重度のコミュニケーション障害の後遺症を負い、単純な好悪を表明することができるのみとなっている。S の治療費は、原告が代理権を有する S の銀行口座から支弁されていた。翌年、S の担当医は、S に対してもはや継続的な入院加療の必要性は認められないとして、介護施設への転所を提案した。そこで、担当医師との間で S の息子 (第一被告・控訴人・47歳) がオスローのナーシングホームへ連れていくことが決定されたが、そのことは、原告にも病院スタッフにも知らされなかった。1994年9月10日、第一被告は、退院手続をとらないまま、S を救急車に乗せて空港まで搬送したため、看護スタッフに通報を受けた警察に止められた。警察から連絡を受けた A の弁護士は、電話でタッキー裁判官 (Tuckey J) に差止を申立て、命令を得たために S は病院に戻された。

9月12日、事件は高等法院家事部に移送され、原告は、S の息子を被告として、①S がイギリスにとどまり原告の下でケアをうけること、②S の退院についてセカンドオピニオンを得ることが、S にとっての最善の利益である旨の宣言を求めた。さらに、③S の妻を第二被告、S の訴訟後見人としてオフィシャルソリシタを第三被告に加えること、④妻と息子の見守りのもとオスローでケアされるべく S をノルウェーに移すことは S の最善の利益とならないため違法である旨の宣言、および、⑤S の妻および息子が S をノルウ

ューに移すことを差し止める命令を求めた。なお、1994年9月21日に、ノルウェーの保護裁判所（court of protection）においてSの保護者としてB氏が選任されていたが、1995年3月25日にB本人が出廷するまで当該選任の有効性については問題とされていなかった。

2. 同部ヘイル裁判官は、1994年9月26日、（1）本件に関する裁判所の管轄権の有無、（2）原告Aの訴訟適格性、（3）救済手段が先決問題となるとして、次のように判示した。

（1）裁判所は、法的権利について宣言する管轄権を有している。本件における争点は、「Sが引き続き適切なすべての医療および看護のケアと処置をこの国で受けるべきか、あるいは、ノルウェーで受けるべきかという問題である」（at 31H）。この問題は、本人の同意なしに本人の身体に対して行われることが提案されている点で、不妊手術や生命維持処置の中止等の先例が存在する医療行為と問題となっている法的権利は同一である。したがって、当裁判所は、原告の申立てた宣言を下す管轄権を有する。

（2）本件の争点の中心は、Sの法的権利であるが、原告は本人に代わってではなく自己の名において申し立てをすることが認められるか。先例に照らすと、原告は、請求の原因を証明する必要はないが、宣言によって原告自身⁽⁵⁷⁾の法的地位が何らかの形で変化を受けることを示す必要がある。原告は、自宅でSのケアを引き受けることを求めている現時点での事実上の介護者（current de facto carer）であり、裁判所が下す宣言は、原告自身の法的権利義務に影響する。また、仮に、原告が宣言に対して「十分な利益（sufficient interest）」さえ有していれば、訴訟適格があるという立場をとった場合でも、5年にわたるSとの関係性、Sが倒れるまでの6か月間の同居、Sが原告に対して銀行口座の引き出し権限を付与していたこと、入院後も頻繁な交流があったこと、Sの退院後は自宅で世話をしたいという原告の希望を勘案すると、原告には十分な利益が存在する。

（3）本件において適切であると思われる救済は、Sにとっての最善の利

益について適切な審理が完了するまでの間、現状を維持しておくための中間的差止命令 (interlocutory injunction) である。「当裁判所は、できる限り本件に関する S の希望および感情 (wishes and feelings) を明らかにすることに努めるべきであり、またそれができない場合は、本人の身体的・精神的健康および福祉にとってどうすることが正しいかを明らかにすることに努めるべきである」(at 37C)。本人以外の第三者の希望に応じて、本人の居所を決定すべきではない。さらなる審理が行われ、新しい命令が下るまで、被告らによる S の移送は差し止める。被告らは、これを不服として控訴。

3. 1995年3月2日、ビンガム記録長官 (Sir Bingham MR)、ケネディ控訴院裁判官 (Kennedy LJ)、ミレット控訴院裁判官 (Millet LJ) は全員一致で控訴を棄却。以下は、リーディングオピニオンを述べた記録長官の示した理由である。

(1) 通常、本人の明示または黙示の同意なくしてその者の身体に接触したり、調べたり、手術したりする権限を、誰も有しない。その希望がどのような理由によって導かれたものであっても、同意をするかしないかは、本人次第である。しかし、この明快なルールは、自己の最善の利益にかなう判断またはかなうと思いき判断をしえないまたは表明できない可能性がある未成年者および重度の精神障害を有する成年者については適用しえない。そのような場合、法は両親、近友または後見人に対して未成年者または精神障害者を代弁することを認めている。

事故または突然の病によって意識を喪失したり、意思表示できない状態に陥ったりした者 (以下、便宜上、患者とよぶことにする) については、〔未成年者や精神障害者とは〕異なる問題が生じるが、これはあまり知られていない。これらの者は合理的で意識のある成人のように自己の選択を表明することができない。裁判所は、その事件に争いがあり、重大でかつ一度下してしまえば取り返しのつかないような決定 (momentous and irrevocable decisions) にかかわるような事件である場合、求められるまたは正当化され

る患者の最善の利益について、司法判断適格性を有する真正な問題（justiciable any genuine question）として扱ってきた（at 18B-F）。「本件における重要な争点は、明らかに、支援を必要とする人の福祉にかかわる可能性のある司法判断適格性を有する重大な事項である」（at 19A）。

（2）原告が、その必要性から発生した代理権に基づいて、Sの代理人（agent）としてSのために〔医療〕契約を結んだのであれば、原告はその契約の内容を変更することがSの最善の利益であることが示されない限り、かつ示されるまでは、その契約が正確に履行されるためのセーフガードとして、代理人で有り続ける。第一・第二被告は、Sとの間に姻族関係や血縁関係を有するが、これらのつながりは、Sに対する治療行為を決定する法的権利を与えるものではない。仮に、原告が、第一・第二被告による〔Sを連れ去るという〕行為によって侵害をうける特別な法的権利を有していることを証明する必要があるとすれば、それは、すでに十分に行なわれている。

4. 1995年6月15日貴族院への上訴が退けられ、実体審理のために家事部
ヘイル裁判官の下へ戻される⁽⁵⁸⁾。同年7月11日、ヘイル裁判官は、次のように判示した。

Sの保護者としてノルウェーの裁判所が選任したBが唯一、確かに独立でSに対する配慮によってのみ動機づけられている者である。宣言は、それが下されるときに存在する事実に基づいて何が正しいかを判断することしかできないが、B氏は、Sの福祉に関するあらゆる側面を守るための責任を継続して持ち続ける。したがって、Sが残されたわずかな時間をいずれの国で過ごすかということについて本人に代わって決定を行うのに最も適した人物はBである。当裁判官は、BがSの最善の利益においてSをノルウェーにあるナーシングホームに転院するためのアレンジを行うことは適法である旨の宣言を認める。

382, FD; [1997] 2 FCR 195, CA.

1. 1977年7月5日生まれのS男(原告・被控訴人・18歳)は、生後4か月でV夫妻(第二被告である妻・第三被告である夫)に養子収容された。1歳のときに、脳性麻痺の診断を受け、痙性四肢麻痺、言語障害および学習困難を患っている。Sは、その極めて制限的なQOLを改善するためのトレーニングを目的とする特別学校に通学しており、週に一度は寄宿している。第二被告は、Sがその特別学校に通うことは、Sに多大なストレスを与えていると考え、Sを学校に行かせないようにしている。第二被告には、医師の診断が遅れたために幼い実子を亡くした経験があり、Sに対して多分に過保護である。

第二被告のかかる傾向を懸念した地方当局は、Sが現に情緒的虐待、ネグレクトを受ける危険、将来も受け続ける危険を考えて、1994年、1989年児童法31条に基づくケア命令を求め、同年6月13日にはケア命令が下された。しかし、このケア命令はSが成年に達するとともに失効するため、Sは、18歳の誕生日を間近に控えた、1995年4月28日、訴訟後見人を通じて、地方当局(第一被告)、第二、第三被告を相手に次のような宣言的救済および差止による救済を高等法院家事部に求めた。(1) Sは自己の居所および面会交流を決定する権利を有する旨の宣言、および(2) これらの権利の行使を父母に妨害されることの差止である。

2. 1995年7月13日、同部ジョンソン裁判官(Johnson J)は、以下の理由に基づき、Sの申立を認容した。

(1) R事件〔第2例〕およびS事件〔第3例〕に照らせば、Sには、自己の居所および面会交流を決定する権利が認められる。これらの権利は、宣言を下すに十分な意義を有する(at 387A-388C)。

(2) 差止については、Sの申立により、被告らに執行手続(enforcement proceedings)がとられる潜在的危険が生じる。それは大変望ましくないことである。他方で、本件には、Sの自由を侵害する真の危険があるよ

うに思われる。したがって、Sの選択の自由を侵害する危険性があると信じるにつき理由のない父に対しては、差止を控え、第二被告に対してのみ、Sが有する居所および面会交流の決定に関する権利を侵害すること、特にSが学校やアクティビティセンターへ通うことを妨害することを差止める（at 388H）。

これを不服として、第二・第三被告、控訴。

3. 1996年2月2日、ブラウン家事部部長判事（Sir Stephan Brown P）、ワイト控訴院裁判官（Waite LJ）およびモリット控訴院裁判官（Morritt LJ）は、全員一致で控訴認容。以下は、リーディングオピニオンを述べた部長判事の執筆による。

請求がなされた真の目的は、差止による救済によってSが母の希望や行為に反して、学校に通うことを可能とする力を与えることであった。しかし、Sは、差止が何たるかを理解しておらず、刑務所についてすら知識がない（at 202A-C）。当裁判所は、原審裁判官が行使したようなやり方で差止命令を下し、宣言を下す管轄権を有していない。さらに、管轄権を有していたとしても、原審裁判官の裁量権の行使は誤りであり、本件の事実においては、宣言を下すことも、特に母に対して差止を認めることも完全に誤りである（at 202F）。差止命令によって禁じられた行為を行うことは、刑罰の対象となる可能性を含んでおり、「極めて厳しい“extremely stringent”」手段である。差止は、家族の関係性を破壊しかねない効果がある。

〔第5例〕 Re D-R (Adult: Contact) [1999] 1 FLR 1161, CA.⁽⁵⁹⁾

1. L女（20歳・第二被告・被控訴人）は、脳性麻痺を患っており、重度の認知障害およびコミュニケーション障害を有する。Lの父（原告・控訴人）と母（第一被告・被控訴人）は、未婚のまま長年同居していたが、その関係は1987年に破綻した。それ以来、父母の関係は険悪なままである。原告とLとの面会交流は、1995年に第一被告が打ち切るまで継続して行われて

いた。原告は、再交流を望んでいるが、成年のLに対して、1989年児童法に基づく面会交流命令を求めることができない。そこで、高等法院家事部に対して(1)第一被告は、原告とLとの直接交流を不法に妨げている旨の宣言および、(2)原告との交流はLにとって利益があり、原告がLと直接交流を行うアレンジをすることは適法である旨の宣言、ならびに(3)第一被告が、自らもしくは第三者の助力を得て、または第三者をとおして、原告とLの交流に介入したり、妨げることの差止を求めた。

2. 1998年7月2日、ホロウィッツ勅選弁護士(Horowitz QC)は、原告と交流をもつことがLの最善の利益に適うか否かという問題を検討し、申立を棄却した。証拠に照らして、原告とLとの「交流は、楽しい時間で満ちていたという意味では、一定の評価はできる。……しかし、それがLにとって豊かで深い経験であったと結論付けることには、躊躇を覚えると言わざるを得ない。残念なことに、父は、Lの世界にとって重要な一部分ではなくなっている」(at 1164B)。したがって、交流は認められない。また、宣言という手段自体、切れ味の悪い手段(blunt instrument)である。交流がLにとっての最善の利益であるという宣言をしたとしても、それをいかに執行するかが問題である(at 1164F)。

これに対して原告は、父子間の関係から交流が行われるべきであるとの推定が生じ、愛情のある父が成年子と何らかの関係をもつことは、能力を欠く成年者に利益をもたらすと主張して、控訴。

3. 1999年2月2日、バトラー＝スロス控訴院裁判官(Butler-Sloss LJ)は、次の理由により控訴を棄却。他2名の裁判官もこれに同意した。

(1) まず、Lは成年者であるが判断能力を有さないというところから出発しなければならない。判断能力を有さないLからは、面会交流に対する同意を得ることができないため、本人の最善の利益が問題となる。家族間で対立がある場合は、父と子の歴史や以前の関係性、現在の状況そして将来の展望を含めたすべての事情を考慮して、判断能力を欠く成年者の最善の利益

を審理する。思うに、たとえ成年子が判断能力を欠いていても、親と成年子との交流をする権利には、何の推定も働かない。しかし、父子という関係は明らかに関連性を有する要素であり、時には最も重要な要素であるかもしれない。関係性は、個々の事件において関連するその他の事実とともに衡量されなければならない（at 1165E-H）。

（2）面会交流の最善の利益の判断において、その実施の要素が厳格に結びついてくるわけではないが、父と交流をもつことが判断能力を欠く成年子にとって利益となるかは、ある程度その主たる監護者の存在に左右される。主たる監護者である被控訴人は控訴人との交流に執念深く反対している。その状況において、効果的な交流を行うことは難しく、Lに混乱を生じさせる危険がある。したがって、父との交流はLにとって最善の利益にならない。原審裁判官は適切に関連する事項を衡量していたと認められ、法の適用に誤りは無いものと思われる（at 1166C-D）。

〔第6例〕 Re F (Mental Health Act: Guardianship) [2000] 1 FLR 192, [2000] 1 FCR 11, CA.

1. 1981年11月15日出生 TF 女（JF 夫婦の8人の子の第一子・17歳、以下 T）の知的能力は、5～8歳程度である。Tとその弟妹らは、不衛生な居住環境、親からの養育の欠落、第三者からの性的な虐待や搾取にさらされる危険等があり、慢性的ネグレクトの状態にあった。

地方当局（原告・被控訴人）の申立に基づき、1998年11月、8人の子のために、緊急保護命令（emergency protection order）が下され、子らは全員家庭から引き離された。Tは、父母の同意を得て、精神的に問題がある児童のための施設に任意託置された。しかし、翌年2月17日、父母は先の同意を撤回。当局は、父母のもとへ帰ることを許すとTが危険にさらされることは明らかであると考え、2月25日、Tに対するMHA 1983に基づく保護命令（guardianship order）をS県裁判所に求めた。同裁判所グラハム裁

判官 (Graham J) は、6月4日、Tの希望を聴取した上で、TがMHA 1983の適用をうける精神障害者 (s.1(2)) にあたるため、保護命令を下した。

これに対して、Tの父JF(被告・控訴人)は、(1) Tが「極めて非合理的な行為」と結びついた障害を負っているとは言い難く、精神保健法の適用を受ける患者でないこと、(2) 保護制度によるよりも、未成年者として、裁判所の被後見制度 (wardship) によって、保護される方が適切である、と主張して控訴した。

2. 3名で構成された控訴院法廷は、1999年9月30日、全員一致で控訴認容。ソープ裁判官 (Thorpe LJ) が執筆した主意は次の通り。

(1) 自分の生まれ育った家庭に戻りたいという願いは、ほとんど誰もが有している。「〔自宅復帰という〕Tの決意が極めて非合理的な行為を構成すると解釈することは実際不適切であるというのがわれわれの意見である」(at 18b)。

(2) 保護命令は、個人の自由に特定の制限を加えることである。他方、未成年者のための裁判所の被後見命令は、当該未成年者の保護を保障するとともに、その福祉を増進するために、裁判所があらゆる手段をも講じる権限を裁判所に付与するものである。Tが裁判所の被後見人とされるとオフィシャルソリシタが訴訟後見人に選任されるという効果と、Tのみならずその家庭内のすべての子のニーズに関わる問題を決定するために不可欠な事実の審理を一人の裁判官が一括して行うことができるという実務的な効果がある (at 18i-19d)。

〔第7例〕Re F (Adult: Court's Jurisdiction) [2001] 3 Fam 38, CA.⁽⁶⁰⁾

1. F事件控訴院判決〔第6例〕から、1か月半後にTは18歳に達し、裁判所の被後見制度を利用する地位を失った。Tが引き続き、自身の将来および受けるべき適切なケアについて決定する能力を欠く状態にあるという事実については、当事者に争いはない。そこで、地方当局は、高等法院に対し

て、固有の管轄権を行使して、（１）Tを従前の施設に類似する地方当局が設営するホームに収容し、（２）Tと家族（特に母）との面会交流を制限し、監督するという趣旨の宣言を求めた。

2000年1月18日、同院家事部ジョンソン裁判官は、最高法院規則15条16項に基づき、高等法院に宣言的救済の申し立てを審理する管轄権があることを認めた。これに対してTの母、控訴。

2. 6月26日、バトラー＝スロス家事部部長判事、ソープ裁判官およびセドレー裁判官（Sedley LJ）は、全員一致で控訴棄却。

（１）バトラー＝スロス家事部部長判事は、本控訴審の主要な争点は次の三つであるとした。①本件の諸事実は、必要性の法理が作用しうる状況、すなわち、判断能力を欠く成年者の最善の利益にかなう解決が求められるような重大な司法判断適格性を有する問題であるかどうか、②精神保健法の立法上の枠組みによって、本件における裁判所の固有の管轄権に訴えることが排除されるか、③本件で生じている問題が、Tの最善の利益の問題を審理し、宣言を下す管轄権を裁判所に付与するため確立された原則の範囲内にあるかどうかである（at 47E-F）。これらの点について、次のように順次検討する。

①Tには、自ら決定を下す能力はなく、地方当局と母の間でTの将来の居所について意見が対立していることは明らかである。Tの福祉は争いとなっており、仮に、地方当局の主張が正しいとすれば、Tが17歳未満であれば、他の弟妹とともに1989年児童法に基づくケア命令の対象となるほどの重大な害を受けるリスクがある。本件Tについて、S事件〔第3例〕の控訴院判決に照らして、以下の二つの争点が認められることを条件として、重大な司法判断適格性の基準を満たすと確信する（at 48C）。

②Tの母側代理人のゴードン氏は、精神保健法の枠組みによって固有の管轄権の行使が排除されると主張する。しかし、イギリスの精神保健法体系は、包括的でも網羅的でもなく、独力で決定することができない者の代わり

に決定される日常的な活動の多くについてカバーしていない。したがって、先例に照らして、本件において固有の管轄権が行使されえないというゴードン⁽⁶¹⁾氏の主張は誤りである。宣言の形式による救済を認める高等法院の管轄権は、MHA 1983下の現行法によって、排除されない。必要性の法理は、制定法体系と併存して適切に行使されるべきである (at 48F-49C)。

③判断能力を欠く成年者のためのケアに関する法的枠組みには、明白な法の間隙 (obvious gap) が存在する。かりに地方当局の主張が正しく、裁判所が管轄権を行使することができない場合、Tは深刻なリスクの下に守られる手段も何もないまま取り残されてしまうことになる。それは、自分自身で自己の権利を守ることができないTのような者にとって重大な不公平である (at 49D)。本件における紛争は、Tの将来のケアを左右する重大な問題が関わっており、宣言の他に裁判所が介入するための実行可能な手段が存在しない。私は、Tの最善の利益が高等法院によって考慮されるべきであることが極めて重要であるということ、また高等法院の裁判官が本件に関する実体的な争点を審理することを妨げるものは何もないことを確信している (at 50D-F)。

(2) ソープ裁判官の理由は、次のとおり。近年の判決においてわれわれは、固有の管轄権が有ると認められた場合、それは裁判所の被後見制度において適用されるテストと類似の福祉テストを適用して、患者の最善の利益を宣言する管轄権であることを強調してきた。F事件 [1990]において、その管轄権の及ぶ範囲は、永続的またはそれに準ずる状態の精神障害者に対するさまざまなケアに及ぶとされていた (at 52D)。仮に、未成年の時に受けられていた保護が18歳に達したからという理由だけで即座に打ち切られないことを保障するために、Tの最善の利益を調査し、必要とあらば宣言を下す管轄権が家事部にはないという法判断がされたとしたら、それは、嘆かわしい誤りであろう。

また、MHA 1983によって保護制度の権限が縮減されたのは、保護者によ

る過失、虐待、不行跡等から患者を保護するためであって、申立を通じてコモン・ロー上与えうる保護、およびコモン・ロー上の必要性の法理によって正当化される宣言的救済という保護を患者が受けることを否定する意図はない（at 53H-54A）。

（3）セドレー裁判官は、人権法の施行が本件の数か月後に控えていたことから、欧州人権条約第5条および8条に言及した。他2名の裁判官もこれに賛同。欧州人権条約第5条は、極めて近い将来、公的機関（public authority）の一つである裁判所ができることに対して法的な制約を形成する。同条の人身の安全に関する保障が本件に潜在的に関連していることを議論することは意義がある。5条c号は、国家が精神障害者——一定の制限はあるが、条約国それぞれの定義に従った分類による——の個人的な自由を制限する特別な例外を設けた。しかしながら、その権限は、少なくとも二つの主要な制約に従う。①法律に定められた手続に従わなければならないことおよび、②そのような法はすべて同条約8条が規定する私生活および家族生活を尊重しなければならないことである。

①コモン・ローが変容する社会の情勢や認識にそって発展したり形成されたりすることが許されないことを意味するのではなく、そのような法の變容に原則があり予測が可能であることを要求している。②8条が尊重することを要求する家族生活は、親か子のいずれかに付与される専属の権利（proprietary right）ではない。これは、個々の家族構成員の利益であるのと同じように社会の利益でもある。そして、その主たる目的は子の安全と福祉でなければならない。思うに、8条の目的は、家族生活において福祉的で有益な利益を適切な範囲で個人に付与することの保障である。同条1項は、国家に対して、単に介入を差し控えることを強制するだけではなく、効果的な家族生活の「尊重」を実現するための積極的な義務を有している。本件Tに関連する現行法の下では、裁判所と地方当局がそのような積極的な義務を有している。

IV 救済手段の整理・検討

本章では、前章で紹介した裁判例を分析し、裁判所が提示した紛争解決の手段と実施の要件、またそれぞれの手段が抱える問題点について論じる。第一に、要保護成年者の居所および面会交流の決定のために用いられうる手続を整理し、第二に、第一の手続に違反して、要保護成年者の自由が不当に奪われてしまった場合の救済手段を紹介する。

1 居所・面会交流の決定

(1) 1983年精神保健法下の制度

①1983年精神保健法に基づく入院

MHA 1983は、同法が規定する精神疾患患者⁽⁶³⁾に対して、検査または治療のために入院が必要である場合⁽⁶⁴⁾、地方当局によって認定を受けたソーシャルワーカー（approved social worker）または患者の最近親者（nearest relative）が、二名の医師（うち一人は認定を受けた医師）による勧告に基づいて、強制入院手続の申立てを行うことを認める（ss.2-4⁽⁶⁵⁾）。患者や最近親者は、強制入院に不服がある場合、精神保健審査会（Mental Health Review Tribunal⁽⁶⁶⁾）に対して審査の申立てを行うことができ、そこで当該強制が不当であるとされれば、退院が認められる。

しかし、実際には、精神病院への収容は、90%以上が精神保健法所定の手続を要しない非強制入院（informal admission, MHA 1983, s.131(1)）であった⁽⁶⁷⁾。その理由は、実務上、精神疾患患者の強制収容は、患者自身の保護、または他者の保護のために必要と判断された治療やケアに対して、患者の積極的な抵抗があった場合に限られるとされていたことにある。裏を返せば、患者がそのような抵抗をしない限りは、そこに本人の任意の同意がなくとも非強制入院とされたのである。このように、同意をしていないにも関わらず単に抵抗をしていないという理由で、非強制入院患者とされた者は、年に5

万人以上いたといわれている。これらの患者は、精神保健審査会への異議申立など、強制入院患者であれば認められるはずの保護が与えられることなく、事実上拘束（de facto detention）されてしまうという問題が生じていた。⁽⁶⁸⁾

②1983年精神保健法における保護制度

保護制度は、身体的な拘束よりも介入の程度が少なく済むため、軽度の精神障害を有する者に対する保護の形としては、強制入院より適したものであり、精神障害者のケアを施設だけではなく、在宅においても可能にすることを期待されて、MHA 1959に盛り込まれた。同法は、保護者に対して14歳未満の子の父が子に対して行使することができる権限を付与していたが、その利用はかなり少なく、⁽⁶⁹⁾MHA 1989によって大きく改正が加えられた。

MHA 1983に基づく保護者の選任の申立は、二名の医師の勧告に基づき、ソーシャルワーカーまたは最近親者によって、地域の社会サービス当局になされ、当局かまたは当局が承認した私人が保護者に就任する。⁽⁷⁰⁾保護者の選任は、それが、患者の福祉の利益のために、または他者の保護のために必要であると考えられる場合になされる（s.7(2)(b)）。被保護者は、上記の強制治療を正当化する程度の重度な精神疾患であるか、または「異常に攻撃的または極めて非合理的な行為」を伴う精神発達不全または精神病質に罹患しており、その障害が保護制度を受ける程度または本質のものであることが必要であるとされる（ss.2, 7(2)(a)）。

保護者の権限は、1983年の改正によって必要最小限に縮減され、次の三つに限定された。第一に、患者を一定の場所に住まわせること、第二に、医療、職業、教育等のために患者を特定の場所に出向かわせること、そして医師その他の者を患者の居所に赴かせることを要求する権限である（s.8(1)(a)-(c)）。保護者に認められるこれらの権限から、要保護成年者の居所および面会交流の決定について争いとなった場合の救済手段の一つとして、保護制度の利用が考えられる。

R事件〔第2例〕において、ヘイル裁判官は、要保護成年者の居所の決定に関して保護制度は有力な救済手段となりうるとする。MHA 1983の8条(1)(a)は、保護者に対し、患者の居所を決定する権限を付与することから、当局が保護者になれば、家族による患者の連れ出し行為や帰宅を働きかける行為を妨げる権限を得ることができると述べる。しかしながら、面会交流の制限に関しては、保護制度の下での実現は難しいものと考えられる。ヘイル裁判官は、同法8条(1)(c)によって、保護者には患者が会うべき人物を積極的に決定する権限が付与されるが、これは、会うべきでない人物を決定する権限の付与を意味しないとす (at 55C-D)。同様の見解であると考えられるものとして、F事件〔第6例〕におけるソープ裁判官の意見がある。同裁判官は、保護者に認められている第一、第二の権限によって、保護者には、Tの居所を指定することは認められるが、Tと父母との交流を制限することの法的正当性には疑念をもたずにはいられないとする (at 18d-e)。したがって、保護制度は、要保護成年者の居所の決定に関しては、有効な救済手段となりうが、面会交流の決定のうち、特にその制限に関しては、適当な手段とは考えられていなかった。

さらに、次の点からも保護制度は、十分な救済手段ということではできないものと思われる。それは、MHA 1983下の保護制度における保護者の選任要件の厳格性である。前述のように、保護者の選任を受けるためには、「異常に攻撃的または極めて非合理的な行為」を伴う精神疾患を有することが必要であり、この要件は裁判所においても厳格に解されていた。

F事件〔第6例〕においてソープ裁判官は、Tが、自己にとって最適な居所を決定する判断能力を有しているかが極めて疑わしい状態にあり、さらに保護者が選任されなければ非常に危険な状態にさらされる状況で、施設からの帰宅という害悪を受けるリスクが高い選択をしたからといって、Tの精神遅滞が「極めて非合理的な行為」に関連しているとは言えないとして、保護制度の適用を認めなかった。その理由としては、まず、人の自宅へ帰りた

という本能は普遍的なものであり、自宅以外の場所を知らない若者にとって、家庭の欠落は大人に対するよりもずっと重大な影響をもつことに鑑みて、Tの自宅へ帰りたいたいという希望は理解にたやすいことを挙げる。また、Tの行為の非合理性は、帰宅によってもたらされる結果の評価に基づいて判断されるべきであり、Tの決定は、帰宅によって損なわれる利益の程度、危険の内容、危険にさらされる程度を考慮した結果、極めて非合理的な行為を構成する、と解することは相当でないとしている。注目すべきは、本件後に審理された〔第7例〕において、Tが自己の将来について決定する能力を欠いていることが当事者間に争いなく認められた点である。つまり、本件から、本人の判断能力が不十分であり、危険にさらされる可能性があった（現に弟妹らは父母から引き離されている）としても、本人の希望がもたらす結果が非合理とまではいえない場合は、保護者の選任による保護は適当ではないとされることが、明らかになったのである。

このように、たとえ保護制度が居所決定に対して効果的であるとしても、保護制度が適用可能な精神疾患患者の要件（「攻撃的または非合理的な行為」）が厳格に解されることから、居所決定に関して法的保護を必要とする要保護成年者のうち保護制度の利用ができる者は限られてしまう、という問題があった。また、面会交流の制限に関しては、そもそも保護制度の適用範囲外であると考えられるため、保護制度は、要保護成年者の居所決定および面会交流の決定をめぐる問題を解決する手段として、十分な機能を果たしえなかったといえよう。

（2） 高等法院による宣言的判決

（1）で述べたように、要保護成年者の居所および面会交流の決定をめぐる問題に対して、精神保健法上の諸制度を通じて十分な保護がなしうるとは言い難い状況にあった。そこで、注目されたのが高等法院の裁判官が下す宣言的判決による解決である。要保護成年者の面会交流に関する紛争がはじめて裁判所に持ち込まれた1993年（C事件〔第1例〕）当時、F事件〔1990〕

が代表するように、精神障害のために同意能力を欠く成年者の不妊手術について、「ほとんどすべての事例において高等法院の裁判官の事前の認許（prior sanction）が⁽⁷²⁾必要」であるとされていた。そして、その手続は、「〔X〕に施すべく提案されている不妊手術……は、現状に置いて〔X〕の最善の利益にかなうため、〔X〕がその手術に同意する能力がないにもかかわらず、〔X〕に⁽⁷³⁾施術することは適法である旨」の宣言を求める方法で、高等法院の家事部に対して行われるものとされた。それでは、要保護成年者の居所および面会交流をめぐる紛争が生じた場合もこのような宣言を求めることが認められるか。本項では、前章であげた裁判例をもとに、そのような宣言的救済が認められる基準を①判断能力、②司法判断適格性、③他に実行しうる手段の存在、④原告適格の観点から整理する。

①決定が必要な者の判断能力が不十分であること

そもそも、人が自分自身で居所や面会交流について決定することができる場合、裁判所やその他の者が本人の決定に干渉し代わりに判断する必要はないし、また、当然許されない。D-R 事件〔第5例〕控訴院判決においてパトラー＝スロス裁判官は、「まず、L が……能力がない成年者であるというところからはじめなければならない。もし、L が判断能力を有していたらL と原告の間の関係を強化することは何ら問題とならない。原告はL が同意さえすれば他に何も必要なく、そのかわりあいについて権利を有する。L が能力を欠いており同意することができないため……父と交流をもつことはL の最善の利益となるかということが問題となる（at 1165F）」とした。ところで、イングランド法においては、すべての成年者は反証がなされない限り、法的に能力を有していると推定される⁽⁷⁴⁾。したがって、第一に、宣言が認められる前提として本人が判断能力を欠いていることを裁判所が認定することが必要となる。精神障害者の面会交流をめぐる決定が問題となったR 事件〔第2例〕において、ヘイル裁判官は、仮に判断能力を欠く成年者のために面会交流に関する宣言的判決を下す管轄権が存在するとしても、本件R

という特定の人物に対してその権限を行使しうることが問われなければならないとして、R の判断能力の有無について検討する必要があることを述べている（at 53D）。前章で紹介した裁判例のうち、裁判所が宣言的管轄権を行使することを認めた C 事件〔第 1 例〕、S 事件〔第 3 例〕、D-R 事件〔第 5 例〕、F 事件〔第 7 例〕判決は、すべて本人の判断能力または伝達能力に問題があることを認めた。

他方、管轄権を否定した R 事件〔第 2 例〕においてヘイル裁判官は、この面会交流や同居に関する決定能力について次のように具体的に言及している⁽⁷⁵⁾。すなわち、当該事項に関する情報を理解することは比較的複雑でないといえる一方、その事件が有する具体的な事実のもとでは、いくつもの要素を衡量することが要求されうる非常に微妙で難しい決定であるともいえるとし、さらに情報の理解がなされても、外部からうける圧力によって、自己が有する情報を衡量し、適切な選択を行うことができないことも考えられる。そして、W がこれらの特定の事項について自分自身で決定することができないと結論付けるには、未だ証拠の審理が不十分である（53D-54G）とした。同じく管轄権が否定された V 事件〔第 4 例〕の事件本人も重度の身体的障害者であるが、判断能力は有するとされている。

②司法判断適格性を有する争点（justiciable issue）がある

V 事件〔第 4 例〕控訴院判決においてブラウン家事部部長判事は、「宣言的救済は、……当事者間に、司法判断適格性を有する争点が存在すれば、認められる可能性」が十分あり、このことは先例によって確立されている（at 199G）とする。それでは、この司法判断適格性を有する争点とは何であろうか。当初は、S 事件〔第 3 例〕控訴院判決におけるミレット裁判官の補足意見が端的に示すように、当事者間の争いが「患者の法的権利に関連し、……争点に対する判断が相手方および相手方が患者に対して有する権利義務に影響する」場合、裁判所の宣言を求めうる司法判断適格性を有する争点が生じる（at 22H）とされていた。思うに、この見解は、裁判所が拘束力の

ある宣言を下すことができるのは「⁽⁷⁶⁾権利」についてであるとされている(最高法院規則15条16項)ことに由来する。C事件〔第1例〕、R事件〔第2例〕およびS事件〔第3例〕家事部判決も同様に、宣言が求められている事項が法的権利性を有するか否かを勘案し、争われている事項が成年子と面会交流を行う母の権利(C事件)、身体の完全性に対する患者の権利(S事件)等、権利として認められる場合には、それらの事項について宣言を下す管轄権を認めたが、他方、要保護成年者と家族の面会交流を阻むことは地方当局の権利として認められないとして(R事件)、管轄権を否定した。

たしかに、「私法において、宣言は現に存在する法的権利に関連するものでなければならず、助言的な宣言(advisory declaration)は認められない」とされている。しかし他方で、「この制限の範囲については明らかではない」とされ、「宣言は、裁判所が弾力的で実情に即したアプローチ(flexible and pragmatic approach)をとりうる有用な裁量的な救済手段である」とされている。⁽⁷⁷⁾S事件以後判例法理として確立したと思われる⁽⁷⁸⁾ビングム記録長官のリーディング・オピニオンは、本件と類似する精神障害者に対する医的侵襲が問題となった多数のケースにおいて宣言的救済が用いられていることを指摘し、「これらのケースは、助言的な宣言を下す新しい管轄権の発展を形成した」⁽⁷⁹⁾ことを認めた(at 18A)。そして、宣言を求めうる司法判断適格性について上記にあげた従来のアプローチよりも柔軟に解釈した。すなわち、「争いがあり重大でかつ一度下してしまえば取り返しのつかないような決定にかかわる事件」である場合、「……〔合理的で意識のある成年者のように嗜好を表明することができない〕患者の最善の利益が必要とするものは何か、そしてそれが正当化するものは何かという」問題は、裁判所の判断を求めうる「司法判断適格性を有する真正な問題」であるとした(at 18D)。そして同事件において問題となっているSの将来のケアと居所は、「なすすべがない人間の幸福と福祉(happiness and welfare of a helpless human being)」に関連する司法判断適格性を有する重大な問題であるとした(at

19A)。この立場はF事件〔第7例〕におけるバトラー＝スロス裁判官に引き継がれている。同裁判官は、自己の居所を決定する能力を有さないTの福祉について、Tの母と地方当局との間で意見が対立している状況において、Tが重大な害を被る可能性がある場合、将来の居所を中心とするTの福祉は、司法判断適格性を有する問題であるとした（at 47G-48C）。

以上より、(i)判断能力を欠く成年者の福祉にかかわる事項について、(ii)当事者間で意見が対立しており、(iii)裁判所による宣言がなされない場合は、本人に重大な害が生じる可能性がある場合、当該事項における最善の利益は何かという問題は、司法判断適格性を有し、裁判所の宣言的救済を求めうると考えられる。

③他に実行可能な手段がない

裁判所は、判断能力を有さない成年者の福祉にかかわる事項について、関連する制定法が存在しても同法がカバーしない範囲において固有の管轄権に基づきその最善の利益を宣言しうる（F事件〔第7例〕（at 48G）同趣旨）とされる。そして判断能力を有さない成年者の居所や面会交流に関して法に不備があることは次に示すように各ケースにおいて指摘される通りである。すなわち、「裁判所が判断能力を欠く成年者……の事件に介入する権限が全く無かったとしたら、……どのようにしても、これらの者は保護されえないこととなる」（C事件〔第1例〕（at 946A））、要保護成年者が家族との関係における極めて重大な事項について自由に決定することができるか否かを審査し、もしできない場合は、本人に代わってどのような決定がなされるべきかを審査するための適切な法的メカニズムが存在しないことは明らかである（R事件〔第2例〕（at 56A-B））、精神保健立法の下では、判断能力が不十分な者に対する非精神保健分野のケア（D-R事件〔第5例〕（at 1166E））やその日常生活に関する事項がカバーされていない（F事件〔第7例〕at 48D）。

また、宣言的救済は、その行使が裁判官に委ねられる裁量的な救済であ

る。このことと関連して、他に実行的手段が存在する場合、裁判所は宣言的管轄権を行使しないことがある。バトラー＝スロス裁判官は、F事件〔第7例〕において、高等法院は、「他に実行可能な代替手段（practicable alternative）がない場合」（at 49H）に、宣言を認める権限を有すると述べ、判断能力を有さない成年者のケアに関する枠組みに明白な間隙が存在し、宣言を下さなければ本人が重大な危険に取り残されることを認定して、管轄権を認めた（at 49D-50F）。他方、R事件〔第2例〕では、他に有効な手段として保護制度が存在することが管轄権行使を否定する根拠のひとつとされた（at 54H-55G）。

④原告適格

一般的な宣言のケースでは、宣言的救済を求める原告適格については、他の取引における自己の立場を救済するために、自己と関係のない取引に関して申立を行う者にまでは拡張されないが、「宣言の主たる事項について利益を有するすべての当事者」が適格性を有するとされ、比較的広くとらえられている⁽⁸⁰⁾。S事件〔第3例〕では、要保護成年者の居所に関する最善の利益について、本人でなくそのパートナーであるAが宣言を求めたためAの原告適格が争われた。同事件家事部判決では、Aが現時点でのSの「事実上の介護者」であり、裁判所が下す宣言は、A自身の法的権利義務に影響するため原告適格を有するとした。また、Aが宣言に対して「十分な利益」さえ有していれば、適格性を認める立場にも言及し、AとSの関係の深さをさまざまな要素から認定して、Aには十分な利益が存在するとした。控訴院判決のビンガム記録長官は「私は、このセンシティブで社会的に重要な法分野において、特別な法的権利の立証に固執することは、不適切な拘束（inappropriate straightjacket）を与えて当裁判所の固有の管轄権を制限することになると考え」、Aが「無関係な者であるとかおせっかいな出しゃばり a stranger or an officious busybody」とは全く思われずとして、原告適格を認めた（at 19E）。また、地方当局によって宣言が求められたF事件

〔第7例〕においてバトラー＝スロス裁判官は、地方当局と私人とは区別されないとしている（at 50C）。したがって、宣言に対して全く無関係ではなく、利益を有する者であれば、私人と当局とを問わず広く宣言を求める適格性が認められる可能性がある。

以上、要保護成年者の居所や面会交流などの福祉に関する事項の決定について有用な解決手段の一つとされる、最善の利益を宣言する裁判所の管轄権についてみてきたが、この救済手段に対しても批判があった。まず、R事件〔第2例〕においてヘイル裁判官は、比較的短い間にもはや正しいことではなくなる可能性があっても申立時に存在する証拠に基づいて判断することになり、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は問題であると述べた（at 55H⁽⁸¹⁾）。また、執行力に乏しい点も指摘された⁽⁸²⁾。D-R事件〔第5例〕では、交流がLにとっての最善の利益であるという宣言をしたとしても、それをいかに執行するかが問題であり、宣言は「切れ味の悪い手段」（at 1164F）であるとされた。そこで、次に、裁判所による救済手段であるもう一つの可能性に目を向ける。

（3） 高等法院による差止命令

裁判所による要保護成年者の居所および面会交流の決定をめぐる紛争の解決において、宣言的判決と並んで重要な役割を担っているのが差止命令⁽⁸³⁾である。S事件〔第3例〕において、家事部の審理係属前にSが国外に連れ出されそうになったとき、まず原告が求めたのは、Sを国外に連れ出すことを禁止する仮差止命令であった。また、同事件家事部判決において、ヘイル裁判官は、「実際に、本件において求められているのは、適切な審理がなされるまでの現状維持である」として、中間的差止命令の適否を検討した。そして、本案審理が終結しておらず、争われている法的地位について結論が明らかでないが、審理にかけられるべき事項の中に差止を求めるに足りるほど重大な問題が存在する場合には、法的地位について決定されるまでの間は、現状を保存しておくことは公正かつ好適であるとして、Sの最善の利益が判断

されるまでの間、Sを現住の場所にとどめるための中間的差止命令を認めた(at 311H-312B)。

ところで、差止命令に違反した者に対しては、裁判所侮辱(contempt)として拘禁または逮捕が認められており、これらの制裁によって、履行を間接的に強制することができるかとされている。この強制力の点から、差止による救済は、要保護成年者の利益を保護する手段として宣言的救済よりも、明らかに効果的であるといわれる(R事件〔第2例〕(at 55A))。しかし、他方で、次のような指摘もある。V事件〔第4例〕控訴院判決においてブラウン家事部部長判事は、差止命令が違反者を刑務所に送る可能性があることを重く受け止め、差止命令は、潜在的に申立人Sの家族関係を破壊する効果がある「極めて厳しい」手段であると述べた。そのため、差止命令を下す裁判所の裁量権の行使は慎重になされなければならないとし、本件における差止命令を認めなかった。このことは、多分に、本件申立人Sが差止命令の効果を十分に理解するに足る能力を有していなかったこと、原審において差止命令を受けたのがSに対して過保護ともいえる愛情をもつ母であったこと、すでに家族の間で意見の対立が見られなかったことに起因していると思われる。

強制力を有することは、一方では、宣言的判決によって確認された法的権利を保障することにすぐれた手段といえるが、他方で、そのような強力な救済が相応しい事案であるかが考慮されなければならないといえる。

2 奪われた自由に対する救済

前節では、要保護成年者の権利を害しないで、その居所や面会交流の決定を行うための制度および手続を紹介した。本節では、要保護成年者が、住む場所や自由な交流を不当に制限された場合における救済手段を紹介する。

(1) ヘイビアス・コーパス

第一に、拘束が不法または法律上正当化されないものであった場合に、被

拘束者をただちに解放して、その自由を保障するための手段としてヘイビアス・コーパスの請求が可能である。今日的なヘイビアス・コーパスは、⁽⁸⁴⁾「他人の身柄を拘束している者に対し、その身柄を裁判所または裁判官の面前に、拘禁の理由とともに提出することを命ずる令状であって、拘禁の理由が不十分な場合には、裁判所または裁判官は被拘禁者を釈放すること」⁽⁸⁵⁾ができる⁽⁸⁶⁾とされる。この手続によって種々の身柄の拘束について適法性を争うことができるが、本稿に関連するところだと、精神障害を理由に強制的な収容を受けた者がその拘束を争うことが認められている。

ヘイビアス・コーパスの申立てを受けた裁判所は、精神疾患患者の拘束が行われた手続やその根拠となった書面を審査し、それらが規定に反している場合や法の解釈に誤りがあった場合に、その申立てを認容する。しかし、法に違反が認められる場合であっても、患者に自傷他害の危険があると判断される時は、裁判所は、自由回復のために命令を下すことを拒むことができる。したがって、申立人は、拘束に至る手続に違反があることのみならず、被拘束者に自傷他害の危険がないことを証明しなければならないことになる。このような裁量権は犯罪容疑で拘束を受けた者の人身の回復が問題となるような刑事の請求事件において行使されたことは一度もなく、⁽⁸⁷⁾解放が常に本人の利益となるとはいえない精神疾患患者のケースに特有である。したがって精神疾患患者の拘束については、手続の違法性に加えて被拘束者の利益および公共の利益も考慮され、解放の適否が判断される。

精神保健法に基づいて強制収容された患者がその拘束を争う場合は、精神保健審査会による審査の救済があるが、ヘイビアス・コーパスの申立ても妨げられない。⁽⁸⁸⁾しかし、ヘイビアス・コーパスが強力にその効果を発揮するのは、やはり被拘束者が精神保健審査会を利用する権利がない場合であると思われる。それでは、精神保健法における精神疾患患者には該当しないが、判断能力の不十分な成年者の自由が制限されている場合、自由回復のためにヘイビアス・コーパスを請求することは可能であろうか。

C事件判決〔第1例〕においてイースタム裁判官は、「……イギリス国内において通常人に認められる、好きな時に好きな場所へ出かける自由が著しく制限されている場合にも、これを請求しうことは多くのケースで明らかにされている。現に子のケアをしている親が他方の親と子との交流を妨げる場合にもヘイビアス・コーパスによる救済は認められている」とし、「仮に母との交流が妨げられている状況が……Cの最善の利益に反していることが認められた場合には、ヘイビアス・コーパスは当然に認められるであろう」とする(at 944B-C)。そして、原告にヘイビアス・コーパスを申立てる用意があるならば、それが認められた場合、宣言的判決から得られる救済よりも原告の目的に相当にそった救済が得られるため、ヘイビアス・コーパスの申立てをすすめる、としている(at 945 H)。

しかし、S事件〔第3例〕控訴院判決において、ビンガム記録長官は、「本件原告は、理論上、ヘイビアス・コーパスを得るための手続をとりうるが、違法な拘禁から解放されるための手続は、Sがどこでケアを受けることがSの最善の利益であるかを決定することには、ほとんど適していない」(303G)と指摘する。先に述べたように、通常、ヘイビアス・コーパスの手続においては、拘束が正当化されるために制定法が要求する客観的事実の有無が審理される。精神疾患患者の拘束のケースでは、被拘束者の利益を公共の利益との間でバランスすることはあるが、被拘束者の最善の利益を探求するための審理がなされてきたわけではないから、要保護成年者の居所および面会交流の決定において本手続が果たせる役割には限界があるということであろう。

(2) 不法行為に基づく賠償請求

前項で紹介したヘイビアス・コーパスは、奪われた自由を実際に回復する手段であるが、本項では自由の制限に対する金銭的な救済について述べる。人の身体の完全性に対する権利(right to bodily integrity)は、トレスパスの法(law of trespass)のもとで保障されている。①不法な身体的接触

および②不当拘禁（false imprisonment）は、人へのトレスパスとなる可能性があり、人は、当該トレスパス行為によって生じた物理的な損害（material damage）の証明をしなくとも賠償請求することができる⁽⁸⁹⁾とされる。

①は、相手の黙示または明示の同意なしに、故意に直接的に身体に接触すること、または、故意に差し迫った不法な暴力のおそれを感じさせることが明白な行為を行うことである。被害者は、自己に対する暴力の脅威やその他侵害のおそれを証明できれば、金銭的な損害賠償と差止請求をすることができる（R 事件判決〔第2例〕at 52G）。②における拘禁とは、暴力による脅迫または監禁によって人の自由を抑圧することでありその期間の長短は問題とならない。拘禁は、被拘束者が拘禁の際に酔っ払っていたり、精神障害のため自己が拘禁されている事実を理解・認識していなくとも成立する⁽⁹⁰⁾。したがって、要保護成年者が居所に閉じ込められたり、誰かと交流することを禁じられたような場合は、不当拘禁の主張が認められる場面であると思われるし、実際にV〔第4例〕家事部判決においてジョンソン裁判官は、Sの母がSを身体的に拘束した場合は疑う余地もなく不当拘禁となることを示唆する（at 388C）。しかし、拘禁の認識がなかった場合は、認識していた場合よりも損害が少ないと考えられ、拘禁されている以外の苦痛が与えられていなかった場合には、通常名目的な賠償しか認められない⁽⁹¹⁾。つまり、要保護成年者が不当な拘禁を受けたとしても、判断能力が不十分なためにその拘禁の事実を認識していないとされた場合、金銭賠償による救済はほとんど期待できないといえよう。

V むすびに代えて

以上、判断能力が不十分な者の身上にかかわる事項の決定について法整備が不十分な時代のイギリスにおいて、要保護成年者の居所および面会交流の決定について法廷で争われた事件に触れ、判決において言及された救済手段を紹介し、それぞれの利点と問題点を検討してきた。

要保護成年者の入院に関する手続として、精神保健法上の強制入院手続があるが、強制か非強制かは、判断能力の有無ではなく抵抗の有無で決められていたため、認知症高齢者や気性の激しくない知的障害を有する者等、判断能力が不十分な者の多くが、同意をすることができないにもかかわらず、非強制入院手続にのらされ、事実上、精神保健法が用意する保護を受けられないことになってしまうという問題があった。また、居所決定に有効と思われた精神保健法に基づく保護制度も、そもそも保護制度を利用できる精神疾患患者の定義が厳格であり、判断能力が不十分であっても保護制度の利用が認められないことが多く、十分な保護がなしえないとされた。

そこで、F事件 [1990] 貴族院判決において導入された、要保護成年者の最善の利益について宣言を下す管轄権によって救済を図ることができないかが、検討されることになる。判断能力を有さない者の居所・面会交流を含む福祉に関する事項について、周囲の者に意見の対立があり本人に重大な影響をもたらす場合は、司法判断適格性を有し最善の利益に関する宣言を求めるとされるようになる。しかし、この宣言的判決では、執行力がないため「気休め」に過ぎないといわれたり、「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」(D-R事件判決〔第5例〕at 1166D-F)と指摘され、結局、要保護成年者の意思決定について包括的な制定法上の枠組みの導入が待たれることになる。

本稿で取りあげたイギリスの事例は全てわが国でも起こりうるような事案である。にもかかわらず、これらの問題に十分に対応しうるだけの法的準備をわが国は有していない。そのようななかで引き続きイギリスの裁判所の対応、立法作業の進展を追うことは、これらの問題の解決の道筋を探る上で大きな意義があると思われる。そこで、1998年人権法施行後、国内裁判所の判断が欧州人権裁判所の判例法理の影響を受け、その後の立法にいかなる影響を与えていくかを明らかにすることを次の課題としたい。

- (1) 自己の意思に基づく自由な選択決定を行うこと（自己決定）が許されてはじめて自律的な個人として存在しうるのであるから、自己決定の自由の確保は生命の保障に並ぶ重要な価値を有していると考えられている。自由な自己決定が保障されなければ、「たとえ生存していても、存在しないのと同じ」とされる（佐藤幸治編〔釜田泰介〕『大学講義双書 憲法Ⅱ 基本的人権』（成文堂、1988年）99、100頁）。
- (2) 判例上、明治の時代から承認されている（大審院明治38年5月11日判決、民録11輯706頁）。
- (3) 意思能力については、米倉明『民法講義 総則（1）』（有斐閣、1995年）80-81頁は、「意思能力とは自分の行為（繰り返し述べたように法律行為…）の結果を判断しうる精神能力」、近江幸治『民法講義Ⅰ [第6版]』（成文堂、2008年）40頁は、「自己の行為の結果つまり、それによって自己の権利・義務に変動を生じること—を判断できる精神状態（＝精神能力）」、田山輝明『民法総則 [第4版]』（成文堂、2010年）37頁は、「自己の行為によっていかなる権利義務の変動が生じるかを予見し、認識することのできるだけの精神的能力」とする。
- (4) 意思無能力無効の法理が意思の欠缺を理由としてドグマ的に無効であると説く立場から意思無能力者保護の観点から無効であると説く立場へと展開してきていることについて、須永醇『意思能力と行為能力』（日本評論社、2010年）参照。ほかに同様のことを示すものとして山本敬三『民法講義Ⅰ 総則 [第2版]』（有斐閣、2005年）40頁。
- (5) 我妻榮＝有泉亨＝清水誠＝田山輝明著『我妻・有泉コンメンタール民法—総則・債権・物権 [第二版追補版]』（日本評論社、2010年）59頁。
- (6) 小賀野晶一「身上監護総論」成年後見法研究（2010年）33頁。
- (7) 小林昭彦・原司『平成11年民法一部改正法等の解説』（財団法人法曹会、2002年）259頁。
- (8) 道垣内弘人「成年後見人の権限—身上監護について」判例タイムズ1100号（2002年）238頁、大村敦志「成年後見・その2「心身生活配慮義務」について」法学教室263号（2002年）75頁等。
- (9) 小林＝原・前掲注（7）261頁。
- (10) 須永教授は、「本来は独立・自由な法的主体であるにもかかわらずその個人的能力に欠けるところがあるため何らかの法的保護を必要」とする者を、能力制限を必ずしも受けない成年者も含めて「被保護成年者」としている（須永醇編『被保

護成年者制度の研究』(勁草書房、1996年) 3-5頁)。小賀野教授は、特に成年後見・身上監護の支援を必要とする者を、「被保護者」又は「要支援者」と呼ぶとしている(小賀野晶一『成年身上監護制度論』(信山社、2000年) 11頁)。筆者の関心は、特に判断能力が不十分なために独力で自身の身上にかかわる事項を決定することができない者への法的支援にあるが、これに関しては本文中に示すように現行の制度だけでは保護が不十分な部分があるため、法的支援・保護を必要とする者のすべてが、「被保護」状態にあると厳密にはいえず、「要支援」という概念の方がより適していると思われる。ただ、介護保険制度施行以来、身体上の障害から他者の介護を必要とする状態についても「要支援」が用いられている。本稿は、判断能力の不十分な成年者に対する事実上の介護そのものの支援ではなく、身上にかかわる事項の決定に対する法的支援に関して検討を行うものであることから、ミスリーディングを避けるために、自己の身上にかかわる事項を決定する能力が不十分な者を要保護成年者とした。

- (11) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、1997年) 394頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(青林書院、2003年) 460頁参照。竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010年)は、憲法上の自己決定権の内容として、親密な交わり・人的結合に関する自己決定権を挙げている。
- (12) 判断能力が不十分な者の居所の決定が問題となることを指摘する文献として、上山泰『専門職後見人と身上監護〔第2版〕』(民事法研究会、2010年) 133-139頁。
- (13) 同上138頁において上山教授は、居所指定を「入院、入所、転居等を含め、本人の居所を一定の場所に指定し、その限りにおいて、本人の自由な居所の選択権を制限する行為」と定義する。
- (14) 精神保健福祉研究会監修『三訂 精神保健福祉法詳解』(中央法規出版、2007年) 299頁。
- (15) 近年では、認知症高齢者と会話し、交流をもつことで本人の不安や孤独感を軽減することができるとして「傾聴ボランティア」等も注目されている(ホールファミリーケア協会編『新傾聴ボランティアのすすめ：聴くことでできる社会貢献』(三省堂、2009年)等)。
- (16) 小山内隆生ほか「入院中の精神障害者が持つ家族に対する認識と外泊・面会との関係」作業療法23号(2004年) 327頁。
- (17) 判断能力が不十分な成年者が現住所に不当な拘束を受けているとして、被拘束者以外の者によって人身保護請求がなされた事例に、大阪地裁昭和45年7月16日判

決（判例タイムズ256号231頁）および、京都地裁昭和55年3月28日判決（判例時報992号99頁）。また、他者との面会が制限されている場合に、人身保護請求を行った事例として、東京地裁平成元年3月1日決定（訴訟月報35巻9号1102頁）がある。この事件の被拘束者は、拘置所（拘束者）に拘置されている死刑確定者であったが、弁護人との接見について、拘束者が接見時間を制限し、職員を立ち会わせていることが、人身保護法上の違法な拘束に当たるとして、右接見時間の制限と職員の立会の禁止を求めた。これに対し、裁判所は、「人身保護法にいう『拘束』とは、必ずしも身体を全面的に拘束されている場合を意味するものではなく、適法に拘禁されている者であっても、違法に接見が制限されるなど違法に身体が制限される場合には、なおその部分に限り、人身保護請求の対象になるものと解せられる」と述べた。このことは、人身保護請求が面会交流を実現するための方途となりうることを示しているものと思われる。ただし、いずれの請求もその具体的な事案において認められていない。

- (18) 最高裁判所『人身保護法解説』（最高裁判所事務局民事部、1948年）28頁。
- (19) 同上37頁。
- (20) 最高裁第三小法廷昭和46年5月25日判決（民集25巻3号435頁）では、顕著な違法性の基準は、医療保護入院の場合、保護義務者の同意がない場合や「担当医師がその資格を有しないと、あるいは第三者と通謀して、他の目的のために被拘束者を拘束しようとした等、右診断が、医学的常識を逸脱した目的または方法によってされたことが疎明され、その結果、右診断に基づいて被拘束者を拘束することが許されないような場合」にかぎって救済が与えられるとした。このことによって、原審では、精神治療の必要性が感じられないとされた被拘束者は、再び精神病院に収容されることとなった。
- (21) 大谷實「判批」別冊ジュリスト56号（1994年）211頁。
- (22) 人身保護規則4条の「違法の顕著性」の問題について、田中英夫「人身保護手続」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座8』（日本評論社、1981年）421-423頁。
- (23) 大阪地裁判決・前掲注（17）。
- (24) 最高裁第一小法廷昭和43年7月4日判決（民集22巻7号1441頁）。同趣旨のものとして、最高裁大法廷昭和33年5月28日判決（民集12巻8号1224頁）、大阪地裁昭和42年11月30日判決（民集22巻7号1456頁）等。
- (25) 唄孝一ほか「21世紀の家族法」判例タイムズ1073号（2002年）94-95頁（唄孝一

発言)。

- (26) イングランド・ウェールズをさす。スコットランドでは、MCA 2005の制定に先立ち、2000年無能力成年者(スコットランド)法(Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000)が成立。同法の下で、判断能力や意思を伝達する能力を欠く成年者の身上の福祉および財産管理に関して、セーフガードが敷かれている。
- (27) 本法の規定および行動指針(Code of Practice)の邦語訳として、新井誠(監訳)＝紺野光子(翻訳)『イギリス2005年意思能力法・行動指針』(民事法研究、2009年)がある。また、本制度を分析する著書として、菅富美枝『イギリス成年後見制度にみる自立支援の法理』(ミネルヴァ書房、2010年)がある。
- (28) 婚姻および離婚、シビルパートナーシップ、性関係に対する同意、養子収養に関する同意、子の財産に対する親責任の放棄、生殖補助医療に関する同意等の家族関係に関する事項、および公職選挙および国民投票については本法の適用を受けない(MCA2005, ss.27 and 29)。
- (29) 菅富美枝「自己決定を支援する法制度 支援者を支援する法制度—イギリス2005年意思決定能力法からの示唆」大原社会問題研究所雑誌 622号(2010年) 34頁参照。
- (30) ただし、1997年から1998年に精神疾患患者の非強制手続による収容が争われた R v Bournewood Community and Mental Health NHS Trust, ex parte L ([1999] AC 458, [1998] 1 All ER 634, CA; [1999] AC 458, [1998] 3 All ER 289, HL) 事件判決については、国内裁判の終結後、欧州人権裁判所に持ち込まれたため(HL v United Kingdom (App no 45508/99) (2004) 17 BHRC 418)、欧州人権裁判所の判決を含めて検討を行う予定の別稿で取り扱う。
- (31) Law Commission, Consultation Paper No.119, *Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making: An Overview* (HMSO, 1991) pp.55-60を参照。
- (32) In re F (Mental Patient: Sterilisation), [1990] 2 AC 1, 57D, per Lord Brandon.
- (33) 18世紀から19世紀のイギリスの精神医療に関しては、松下正明「イギリスの精神保健関連法の歴史」松下正明編『臨床精神医学講座 第22巻 精神医学と法』(中山書店、1997年) 87頁以下に詳しい。
- (34) Lunatic Commissions Act 1833, Lunacy Regulation Act 1853 and Lunatics Law Amendment Act 1862.
- (35) Lunacy Act 1890, s.90 (1).

- (36) Report of the Royal Commission on the Law relating to Mental Illness and Mental Deficiency (1957), Cmnd 169, para 255 and col 12 of Appendix II.
- (37) *Ibid*, paras 10-13.
- (38) 精神保健法は、MCA 2005の制定に伴い、2007年に大幅な改正がなされたが、本稿で取り扱う1998年人権法施行前においては直接関係がないため今回は割愛した。
- (39) Law Commission, *op.cit.*, note (31) p.59.
- (40) MHA 1983成立過程については、齊藤正彦「Mental Health Act 1983 (England and Wales) の成立過程」臨床精神医学17巻10号（1988年）1525頁以下参照。
- (41) 訳語は、齊藤正彦「イギリスの精神保健法概論」松下編・前掲注（33）101頁以下によった。
- (42) In re F (Mental Patient: Sterilisation) [1990] 2 AC 1. 本稿では、便宜上、F事件 [1990] 判決と表記する。同判決については、三木妙子「イギリス判例法における精神障害者の不妊手術」唄孝一＝石川稔編『家族と医療』（弘文堂、1995年）86-90頁に詳しい。
- (43) In re F [1990] 2 AC 1, 12H, per Lord Donaldson MR; 26E-27E, per Neill LJ; 34F-H, per Butler-Sloss LJ; 57D-60A, per Lord Brandon; 71E-H, per Lord Goff.
- (44) In re F [1990] 2 AC 1, 13D, per Lord Donaldson MR; 71H, per Lord Goff.
- (45) In Re F [1990] 2 AC 1, 20H-21B, per Lord Donaldson MR; 33D-F, per Neill LJ; 42C-E, per Butler-Sloss LJ.
- (46) Practice Note (Official Solicitor: Sterilisation) [1989] 2 FLR 447, [1990] 2 FLR 530, [1993] 2 FLR 222, [1996] 2 FLR 111.
- (47) Airedale NHS Trust v Bland [1993] AC 789; Practice Note (Official Solicitor to the Supreme Court: Vegetative State) [1996] 2 FLR 375.
- (48) 不妊手術の他に、「中絶および判断能力を欠く成年者に対して臓器の生体移植を可能とする外科的侵襲」が含まれるとされ（[1990] 2 AC 1, 19C per Donaldson MR）、不妊手術が有する6つの「特性 special features」（具体的な内容は、三木・前掲注（42）88頁参照）から、裁判所の関与が、法の問題として厳格に必要なくとも、良き慣行として大変望ましいとされた（at 56F-H per Lord Brandon）。
- (49) [1994] 1 FCR 705.
- (50) 判断能力を欠く者の不妊手術の適法性に関する宣言が求められる事件では、実

務上、「患者は常に当事者でなければならず、通常は被告または相手方であ〔り〕……患者の訴訟後見人は通常オフィシャル・ソリシタ」が就くとされていた(Practice Note (Official Solicitor: Sterilisation) [1993] 2 FLR 222, 223、三木・前掲注(42)94頁)。

- (51) 管轄権とは、裁判所が持ち込まれた事件を決定するために有している権限をいう。裁判所の管轄権は、訴えの種類および性質によってその行使が制限される。管轄権の有無が、ある具体的な事実によって定まる場合、管轄権の有無の決定のためにその事実の存在が審理されなければならない(Halsbury's Laws of England (4th ed), vol. 10: Courts (1973), 132)。
- (52) 裁判所は、間接的な救済が主張されているまたは主張されうるかどうかにかかわらず、権利について拘束力のある宣言を下すことができると規定する。
- (53) 前掲 Re F 事件 [1990], Re T (An Adult) (Consent to Medical Treatment) [1992] 2 FLR 458, Re F (A Minor) (Medical Treatment) [1992] 2 FLR 165, Airedale NHS Trust Bland [1993] 1 FLR 1026.
- (54) [1994] 2 FCR 973.
- (55) [1995] 2 WLR 38, [1995] 1 All ER 449, [1995] 1 FLR 302, [1995] 1 FCR 637.
- (56) [1995] 3 WLR 78, [1995] 3 All ER 290, [1995] 1 FLR 1075.
- (57) Guaranty Trust Co of New York v Hannay & Co [1915] 2 KB 536, 562 per Pickford LJ.
- (58) In re S (Hospital Patient: Foreign Curator) [1996] Fam 23, FD.
- (59) [1999] 1 FLR 1161.
- (60) [2000] 2 FLR 512, [2000] 3 FCR 30.
- (61) 精神保健法に明示の規定はないが、明らかにその目的であると考えられる処置およびケアは、「コモン・ロー上の必要性の法理に基づき正当化される」とした(R v Bournewood Community and Mental Health NHS Trust, ex parte L [1999] AC 458, 485G, per Lord Goff)。
- (62) Re A (Male Sterilisation) [2000] 1 FLR 549, Re S (Sterilisation: Patient's Best Interests) [2000] 2 FLR 465.
- (63) 本稿、II-2を参照。
- (64) 強制入院が認められる期間は、検査のための入院(admission for assessment)であれば28日、治療のための入院は6か月、緊急入院は72時間までとされ

- る。
- (65) 邦語による解説は、斎藤・前掲注（41）106-107頁を参照。
- (66) 審査会のメンバーは、大法官に任命された法律家、医師、その他学識経験者からなる。
- (67) Mental Illness and Mental Handicap Hospitals and Units in England: Legal Status Statistics 1982-86によると、1986年に強制入院を受けた者は、全体の7%しかいなかった。
- (68) Law Commission, *op. cit.*, note (31) pp.73-74. この問題が争われた代表的な国内判決として、R v Bournewood Community and Mental Health NHS Trust, *ex parte L* 事件判決・前掲注（30）がある。なお、この問題については、新井誠編『成年後見と医療行為』〔五十嵐禎人〕「精神科病院への非強制入院を考える」（日本評論社、2007年）189頁以下に詳しい。
- (69) 1960年には、1133人が保護制度下におかれたが、1978年には133人に減少している（Law Commission, *op. cit.*, note (31) p.84.）。
- (70) 保護者の監督は、社会サービス局によって厳重になされる。その意味で、「保護制度は、私的な契約を有効にしたり、近親者に法定の責任を付与したりするための手段というよりは、社会サービスの一つの機能であり、国家による介入という形で運営されている」（Law Commission, *op. cit.* n.31, p.84.）。
- (71) 精神病（mental illness）患者については、MHA 1983, s.2に明確な定義がないため、「異常に攻撃的または極めて非合理的な行為」を伴う必要があるとは必ずしも言えないが、精神病患者も強制入院を受けるので、少なくとも長期の強制入院を正当化する程度の精神疾患である必要があると思われる。
- (72) Practice Note (Official Solicitor: Sterilisation) [1993] 2 FLR 222. この実務覚書の全訳は三木・前掲注（42）92頁～96頁を参照。
- (73) *Ibid.*
- (74) In re T (Adult: Refusal of Treatment) [1993] Fam 95, 112G, per Lord Donaldson MR.
- (75) 能力判定の形式は、Re C (Refusal of Medical Treatment) [1994] 1 FLR 31においてソープ裁判官が示した能力判定のテスト「第一に、関連する情報を理解し、記憶にとどめておくこと、第二に、それを確信（believe）すること、第三に、選択に達するためにそれを利益衡量すること」に従っている。
- (76) 判例では、単に道徳的、社会的または政治的な権利または責任は含まれないと

され (Guaranty Trust and Hanson in Malone v Metropolitan Police Commissioner [1979] Ch 344, 352H per Megarry V-C.)、法的権利は、現に存在する権利かあるいは、ある問題が継続することによって将来生じると見込まれる権利として、当事者の一方によって訴訟上の相手方に対して強制可能なものであると主張される権利であることが求められるとされている (Gouriet v Union of Post Office Workers [1978] AC 435, 501, per Lord Diplock.)。

(77) Halsbury's Laws of England (4th ed), vol.1 (1): Administrative Law (2001), 298.

(78) Practice Note (Official Solicitor: Declaratory Proceedings: Medical and Welfare Decisions for Adults Who Lack Capacity) [2001] 2 FLR 158, [2006] 2 FLR 373.

(79) 原文は、Zamir & Woolf, THE DECLARATORY JUDGMENT, (2nd ed) (1993), pp.43-44.

(80) Guaranty Trust Co of New York v Hannay & Co [1915] 2 KB 536, 562 per Pickford LJ.

(81) この点は、1998年の民事訴訟規則 (Civil Procedure Rules 1998) 改正によって仮宣言 (interim declaration) が認められたため改善されている。

(82) しばしば、宣言は単に法的地位を述べているだけの「気やすめ security blanket」にすぎないといわれる (Bartlett, BLACK STONE'S GUIDE TO THE MENTAL CAPACITY ACT 2005, (2nd ed) (2007), p27)。

(83) 差止命令には、①本案審理後、原告の権利の存在と当該権利に対して現在または将来において侵害のおそれがあることが終局的に決定されて下される永久的差止命令 (perpetual injunction)、②本案訴訟の開始後、相手方に申立をなす旨の通知をした後、訴訟係属中の事物を現状に保全するための中間的差止命令 (interlocutory injunction)、③本案訴訟の開始直前または開始時に、中間的差止命令の許否が決まるまでの短い期間、事物を現状に保全するための仮差止命令 (interim injunction) がある。仮差止命令は、相手方に申立の通知をしなくとも、申立人一方だけの申立 (ex parte application) によって認められる (田中和夫「英米に於ける差止命令 (Injunction)」法制研究第2巻3号 (1931年) 7-13頁、柳川俊一『英米法における仮処分 (Injunction) の研究』(司法研修所、1956年) 13頁)。

(84) ヘイビラス・コーパスの起源と歴史的な変遷に関する詳細な分析は、堀部政男「イギリスにおけるヘイビラス・コーパスの歴史的展開—その身柄提出令状的な機

能の時期を中心として」社会科学研究15巻6号（1964年）109頁以下参照。また、1679年ヘイビアス・コーパス法（Habeas Corpus Act 1679）制定後、人身の自由回復のためにヘイビアス・コーパスが用いられたケースについて、同「イギリスにおけるヘイビアス・コーパスの歴史的展開—その人身保護令状の機能の発展期（一八世紀）—」一橋大学研究年報10（1968年）98頁以下。

(85) 堀部・同上98頁。

(86) 田中・前掲注（22）416頁。

(87) Sharpe, THE LAW OF HABEAS CORPUS, (2nd ed) (1989) pp.157-158.

(88) 被拘束者側が、拘束の根拠となっている特定の状態、たとえば法が拘束を認める程度の精神障害の存在について争う場合、拘束に対する異議申立は、他の手続をとることが可能であっても、最高法院規則54条に基づく人身保護令状の請求によって開始することができる（Reg v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi [1992] QB 244, 245, per Lord Donaldson MR）。他方、前提となる客観的事実が存することに争いはないが、その事実から拘束という答えを導きだした行政の判断に疑義がある場合は、司法審査（judicial review）の手続によるとされる（at 268, per Taylor LJ）。現在では、ヘイビアス・コーパスとともに司法審査の申立てを行うことが可能である。

(89) Halsbury's Laws of England (5th ed), vol.97: Tort (2008), 367.

(90) *Ibid* at 376. このことに関して、乳児がある場所に閉じこめられ、食事の摂取ができず飢えたままにされた場合に、拘禁されていることを理解していなかったからといって、不法でないということとはできないことが例としてあげられる（Murray v Ministry of Defence [1988] 2 All ER 521, 529, per Lord Griffiths）。

(91) Murray v Ministry of Defence [1988] 2 All ER 521, 529 per Lord Griffiths.

