

**科学研究費助成事業 研究成果報告書**

平成 28 年 6 月 16 日現在

機関番号：32689

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2013～2015

課題番号：25780077

研究課題名(和文) 成年者の身上監護をめぐる法的課題の研究 包括的な意思決定支援制度の構築にむけて

研究課題名(英文) Legal Issues Surrounding Decision-Making Regarding Personal Welfare of Vulnerable Adults.

## 研究代表者

橋本 有生 (HASHIMOTO, Yuki)

早稲田大学・法学大学院・助教

研究者番号：90633470

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,900,000円

研究成果の概要(和文)：わが国の現行法は、判断能力が不十分な者の身上事項について決定がなされる際に、人格的利益が損なわれないような保障を提供するものであるとはいいがたい。そこで本研究は、身上事項のうち、特に重大な利益に関わる医療・居所・面会交流の決定に焦点を当て、イギリス法およびカナダ法を参照しながら、わが国が導入すべきセーフガードの在り方について検討した。

その結果、まずはそれらの事項の決定にあたり本人、家族、介護・医療従事者等の中で、行政の監督の下、協議での決定を目指し、協議が整わない場合に初めて裁判所が代行決定機関として判断を行うという合意形成アプローチ優先の手続モデルを提示した。

研究成果の概要(英文)：Current Japanese law has not prepared sufficient safeguards for the people who lack mental capacity to decide their personal welfare problems. From this view point, the final aim of the research is to devise a new legal system which makes it possible to protect personal welfare of vulnerable person. In order to do so, in this research the matters is limited to the consent of medical treatment and making decision of residence and contact. And looked how the English Law regulate the decision-making process of the each. In addition, this research referred to the Canadian Law-especially Ontario's Law.

The conclusion of the research is: the decision-making model which fulfills new international requirements is one that at first must go through the mediation process for the purpose of building a consensus with all the people surrounding the vulnerable adults, and only if that does not work, should it be solved by the substitute approach, as the last resort.

研究分野：民事法学

キーワード：身上監護 人格的利益の保護 合意形成アプローチ 支援型決定 居所・面会交流の決定 医療同意

## 1. 研究開始当初の背景

わが国は、判断能力が不十分なために独力で意思決定できない成年者(以下、要保護者)を支援する制度として、成年後見制度を用意している。たしかにこの制度は、法律行為において意思決定が困難な者の財産的利益を保護するという面では機能を果たしている。しかし、人格的利益の保護という面では十分に機能しうるとはいいがたい。

このような指摘は、かねてより要保護者の医療同意をめぐる議論においてなされてきた。後見人の職務には、「財産管理」だけでなく「身上監護」も含まれているが、これらは、財産に関する法律行為について被後見人を代理する権利(同 859 条 1 項)と取消権(同 120 条)に基づいて行われるものであるから、究極的には財産的利益に還元される法律行為にほかならず、事実行為は含まれないというのが通説的見解である。この考えによると、後見人は本人に代わって医療契約(財産的利益事項・法律行為)を締結することは可能であるが、個々の医療行為に対しては同意を行う(非財産的利益事項・事実行為)ことはできない。他方、医師は医療行為を行う際、患者に説明をし、患者からの同意を得なければ当該医療行為は違法となる可能性がある。したがって、本人が医療同意能力を欠いていた場合、一体医師は、誰からの同意も得ずに適法な医療行為を行うことはできるのかという問題に直面するのである。

このような問題は、医療に限られない。立法担当官は、成年後見人の権限には、入院、施設入所等、身体に対する強制を伴う事項も含まれないことを明言しており、通説的な見解となっている。したがって被後見人が自己の居所について決定する能力を欠いている場合、一体だれがどのようにして、本人の居所決定に関与しうることなのかという問題や、本人が外に出るのが危険な場合取るべき対応を決定するののかといった問題に明確に応える法が存在しない状況にある。

研究代表者は、これまでの研究によって、要保護者がどこに住むか(居所)、また誰とどのように交流するか(面会交流)、ということに関する決定においても、医療同意と同様の法的問題が生じる可能性があること、現行法制度の下では、十分なセーフガードが提供されていないことを明らかにした。そして、高齢者の増加に伴い、認知症患者も増加の一途をたどっているわが国の現状に鑑みれば、自分自身で適切な判断をする能力を有さない成年者の身上をめぐる決定について格別の保障制度が用意されていないことは、大きな問題であると考えた。

## 2. 研究の目的

以上のような問題意識から、本研究においては、特に本人の重大な人格的利益にかかわ

る医療・居所・面会交流の決定について取り上げ、要保護者の身上監護のあり方を検討することとした。

そして本研究を通じて、要保護者の身上にかかわる事項の決定に際して、一方で本人の自律(人格的な利益)を保障しつつ、また一方でその者の身体的な保護を図るには、どのようなセーフガードを用意することが望ましいのかを検討し、一つの立法モデル案を提示することを目標とした。

## 3. 研究の方法

本研究は、文献調査および現地でのヒアリング調査を通じて、以下を検討の対象とした。(1) まず、要保護者の身上監護と財産管理に関する意思決定を包括的に支援する制度を有するイギリス法(Mental Capacity Act 2005、2005年精神能力法)から示唆が得られないかを探った。同法の下で、要保護者の医療・居所・面会交流が、それぞれどのような要件のもと、だれによって、何を基準に決定されているのか、というプロセスの保障に着目して調査を行った。

ここでの文献調査にあたっては、特に、要保護者のための特別裁判所である Court of Protection が下した判決をまとめた、Court of Protection Law Reports が有用であった。また、現地調査では、オックスフォード大学マイケル・ダン研究員およびカミーラ・コン研究員に支援を受けながら、ヒアリング調査を実施した。滞在中、コンサルタント精神科医であるアン・ザケリー医師からイギリスの精神保健制度について教示を受けたことも有益であった。

(2) イギリス法について調査を行う過程で、要保護者の身上に関する事項の決定にあたり、本人、家族、介護者や医療従事者等の当事者間で意見が一致しない場合に取られる解決策の一つとして、Family Group Council や Mediation が効果的であるとの見解が近時示されるようになってきていることが明らかになった。

上記の(1)で示した手続は、本人が医療等について決定することができない場合になされる、いわゆる「代行決定」型のモデルであるのに対して、メディエーションは、当事者間で合意を形成していくというものであり、要保護者の身上監護へのアプローチとしては新しいものであると思われた。

そこで、イギリス法学者が参考にすべきであるとする、カナダ諸州の Elder Mediation の手続きのうち、オンタリオ法を中心に要保護者の身上監護の領域におけるメディエーション活用の可能性について検討を行った。

カナダ法に関しては、日本で入手できる資料に乏しいため、トロント大学、家族法情報センター、オスグードホール裁判所等へ赴き、資料収集を実施した。

#### 4. 研究成果

##### (1) 要保護者の医療の決定について

イギリスにおいては、何らかの医療を必要とする者が、判断能力の減退により、その処置に同意することができない場合、当該処置を行うか否かは、前記 2005 年法の規定にしたがって決定される。医療の決定についてもカバーする点で、イギリスの要保護者制度は、わが国の成年後見制度とは異なっており、注目に値する。

本研究の結果、患者本人に代わって医療の決定がなされる際に次のような手続が保障されているが明らかになった。

##### 要件

本人の同意しない医療行為が実施されるのは、患者自身に医療同意能力がないときである。そして患者が、ある医療の実施または不実施について同意することができるか否かは、2005 年法 2 条および 3 条にしたがって判断される。その判定は、第一に、精神又は脳の損傷又は機能的な障害の有無を判断し、そのような障害等が認められれば、第二に、当該医療に関する情報を適切に扱い、それを他者に伝達することができるかどうかを判断することによって行われる。あらゆる支援を尽くしても、そのような能力があると認められない場合、患者は、問題となっている医療行為に対して、有効な同意を行う能力を欠く者とされる。

##### 決定権者

同意能力を欠く患者の医療の決定は、( ) 本人による事前決定、( ) LPA 受任者、( ) 裁判所選任の法定後見人によってなされる決定の順に、尊重される。これらが存在しない場合において、提案されている医療行為の実施または不実施が本人に重大な影響を与える場合や当事者間で意見が一致しない場合は、( ) 裁判所に医療の決定に関する申立を行う。( ) その他の医療については、医療提供者が同法所定の手続きに従って医療行為を実施する限りにおいて免責されるという規定に基づいて、実施されることになる。

##### 決定基準

本人に代わって決定を行う者は、当該医療が、患者の最善の利益に合致するか否かによって、その実施・不実施を決定する。最善の利益の判定においては、本人の能力回復の可能性を検討し、本人を決定に関与するための支援を行い、本人の現在または過去の希望および感情、信念および価値観に対して考慮する必要がある。さらに、家族やケアラー等、周囲の者に相談しなければならないとされる。

##### (2) 要保護者の居所・面会交流について

次に、イギリスにおいて、要保護者の居所および面会交流の決定がなされる際に、どのような手続が保障されているのかについて

調査した。その結果、次のように、問題となる場面を分類して別個の規定を用意していることがわかった。

場面	自由剥奪有り			無し
	精神病院への強制入院	病院・ケア施設への収容	病院・ケア施設以外への収容	居所・面会交流の決定
英国法	1983 年精神保健法	自由剥奪セーフガード (DoLS)	2005 年法の一部改正法	2005 年法
日本法	精神保健福祉法	なし	なし	なし

まず、同意によらない居所・面会交流の決定がどこで行われるのかという要素によって場面を区別する( ~ )。たとえば、の精神病院への強制入院については、精神保健法が適用される。このような場面については、日本法においても規定があるところである。これに対して、精神病院以外での同意によらない居所・面会交流の決定( ~ の場面)についても規定を用意し、本人の人格的利益が不当に害されないよう保障している点、イギリス法はわが国の法とは異なっており、興味深い。また、欧州人権条約が制限する自由の剥奪という概念を用いて、場面を区別し異なる規制の枠組みを用意している( ~ / )という点も特徴的である。

このような細分化は、法律の制定の経緯に起因する面もあるが、本来は本人の人格的利益の保護を厚くするためになされたはずであった。ところが、現実には制度運用上の混乱を招いており、さまざまな批判がなされている。この点、わが国の要保護者の居所・面会交流の決定に関するセーフガードを検討する際、参考になる議論であると思われる。現在、法律委員会によるコンサルテーションペーパーがまとめられており、2018 年を目途に改正される予定とのことである。したがって、引き続き、法律改正の動向を注視していく必要がある。

##### (3) 要保護者の身上監護をめぐる紛争の解決手段としての合意形成型アプローチ

(1)および(2)の研究では、要保護者のために医療・居所・面会交流の代行決定がなされる際に取られるプロセスの一モデルとしてイギリス法を調査し、検討してきた。

これに対して、特定の人間に代行決定権を与えるのではなく、当事者間の協議で問題となる事項について合意を形成していくアプローチも有用であると考えられる。

イギリスにおいては、特に自由剥奪を伴わない要保護者の居所・面会交流の決定の場面で、当事者の意見が合致しない場合に、メディエーションを用いた合意に基づく紛争解決方法に注目が集まっている。実務家のため

の行動指針に示されているだけでなく、Court of Protectionの下した判決の中でも、当事者にメディエーションを利用した解決を命ずるものがみられる。

さらに、オンタリオ州法には、後見の申立の際に必ずメディエーションを通して、だれを後見人にするか、後見人にどのような範囲の職務を認めるか等について当事者に協議させるといった必要的メディエーション制度が存在する。メディエーションを経て当事者が決定した内容は、その後裁判所による承認を受けて法的拘束力を発する。万一、意見が合致しなかった場合には、当該事項について裁判所が決定する。国家宣告型である後見制度に当事者意思がどこまで及ぼすことができるのかという点で賛否があるところであろうが、要保護者に関する決定に合意形成アプローチが採用されている一つの例として示唆に富むものである。

以上の研究を通じて、要保護者の身上にかかわる事項について決定する際には、まず当事者の協議による解決を図り、それでは決着がつかない場合に、代行決定機関にゆだねるといった方向性を採るべきであると考えに至った(本研究を通じて導き出した、より具体的な立法モデル案の構想については、博士論文(2015)において示した)。

2014年にわが国が批准した障害者権利条約によっても、締約国は代行型の決定から支援型の決定の枠組みへと転換することが求められている。今後も、さらに調査を継続して、合意形成型アプローチが国際法上の要請に応えうる可能性を有しているかどうか、慎重に検討していきたい。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計4件)

橋本有生、イギリス法における精神能力を欠く成年者の医療の決定、査読無、『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』(三省堂) 2015、143-167頁

橋本有生、同意能力を欠く成年者の自由剥奪をめぐるイギリス法の現状と課題、査読有、早稲田法学会、早稲田法学会誌 65巻2号、2015、249-299頁

橋本有生、イギリスの「自由剥奪セーフガード(DoLS)」規定の導入(2007年)に影響を与えた欧州人権裁判所の法理、査読有、早稲田法学会、早稲田法学会誌 65巻1号、2014、303-351頁

Yuki Hashimoto, "A Consensual Approach to Resolving Disputes over the Welfare of Vulnerable Adults: Comparing Japan, England and Canada." 早稲田大学比較法研

究所、査読無、2014、21-45頁

〔学会発表〕(計7件)

橋本有生、イギリス成年後見制度に関する近時の動向 - 障害者権利条約と関連する議論を中心に、比較後見法制研究所定例研究会、2016年2月27日、早稲田大学

橋本有生、判断能力を欠く成年者の自由剥奪手続きの「合理化」(streamlined)をめぐる議論のゆくえ、英米家族法判例研究会、2015年9月26日、早稲田大学

橋本有生、ケア(居所を含む)に関する同意能力を欠く成年者に対する「自由剥奪」の判断基準、英米家族法判例研究会、2014年7月26日、早稲田大学

橋本有生、イギリスにおける同意能力を欠く者の医療の決定、比較後見法制研究所定例研究会、2014年5月31日、早稲田大学

橋本有生、退院請求能力を欠く成年者に対する欧州人権条約5条4項の保障、英米家族法判例研究会、2014年3月22日、早稲田大学

Yuki Hashimoto, "A Consensual Approach to Resolving Disputes over the Welfare of Vulnerable Adults: Comparing Japan, England and Canada", Comparative Law Seminar at Warwick University, 2014年1月27日、ウォーリック大学

橋本有生、医療および(居所を含む)ケアに関する同意能力を欠く成年者の「自由剥奪のためのセーフガード(DOLS)」英米家族法判例研究会、2013年6月29日、早稲田大学

〔図書〕(計0件)

〔産業財産権〕  
出願状況(計0件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

取得状況(計0件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：

国内外の別：

〔その他〕  
ホームページ等

6．研究組織

(1)研究代表者

橋本有生 (HASHIMOTO, Yuki)  
早稲田大学・法学大学院・助教  
研究者番号：90633470

(2)研究分担者

( )

研究者番号：

(3)連携研究者

( )

研究者番号：