

# ドイツ世話法における強制治療と国家の保護義務

—連邦憲法裁判所2016年7月26日決定を素材として—

神 野 礼 斉

- I はじめに
- II ドイツ世話法における強制治療
- III 連邦憲法裁判所2016年7月26日決定
- IV 結びに代えて

## I はじめに

平成11年に改正されたわが国の新しい成年後見制度の目的は、高齢社会への対応および知的障害者・精神障害者等の福祉の充実の観点から、自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション等の新しい理念と従来の本人の保護の理念の調和を旨として、各人の個別の状況に応じた柔軟かつ弾力的な利用しやすい制度を利用者に提供することである<sup>(1)</sup>。もっとも、実際の具体的な場面において「自己決定の尊重」と「本人の保護」をいかに調和させていくかはきわめて困難な問題である。民法858条は、成年後見人は、成年被後見人の事務を行うに当たって、その「意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない」とする。たしかに本人の自己決定は最大限尊重されるべきであり、不用意にパターナリスティックな介入は新しい成年後見制度の理念とは相容れない。しかし、判断能力の不十分な者の生命、身体、自由、財産等の権利を擁護するには、一定程度の介入もなお不可避であるように

---

(1) 小林昭彦＝大鷹一郎編『わかりやすい成年後見制度〔新版〕』（有斐閣、2000年）3頁。

思われる。客観的にみて本人の意思が本人の福祉に反する場合には、後者が優先されなければならない場合もあろう（もとより、これは本人の判断能力が不十分であることが前提であるが）。

「自己決定の尊重」と「本人の保護」の限界はどこに設定されるべきであろうか。これによって成年後見制度の性格は大きく左右されるように思われる。この問題は、憲法上の基本的人権にも目配りした慎重な検討が必要であるように思われるが、本稿では、2016年7月26日のドイツ連邦憲法裁判所の決定を素材として<sup>(2)</sup>、この問題について検討してみたい。事案は、弁識能力を有しない被世話人（成年被後見人）に対して手術等の治療を実施する必要性が生じたが、本人がその自然の意思（natürlicher Wille）に基づいてこれに反対していたため、世話人（成年後見人）が裁判所に対して本人の自然の意思に反する治療（強制治療）の許可を申し立てたというものである。

ちなみに、「自然の意思」とは、自由な意思決定ができない病的障害状態において表明される意思だとされる。この自然の意思は、「自由な意思（freier Wille）」と区別される<sup>(3)</sup>。自由な意思とは、本人に弁識能力があり、その弁識に従って行動できる能力があることを前提とする意思であるが、このような弁識能力がない場合でも、自然の意思は存在しうる<sup>(4)</sup>。自然の意思とは、いわば意思能力を有しない者の意向や希望とでもいうべきで概念である。もっとも、この自然の意思が法的にまったく意味をもたないわけではない。ドイツ民法1901条3項は、「世話人は、被世話人の福祉に反せず、かつ、世話人に期待することができる限りで、被世話人の希望に応じなければならない」としているので、被世話人の福祉に反しない限りでは、被世話人の希望は尊重されなければ

(2) BVerfG, Beschluss vom 26.7.2016, FamRZ 2016, S.1738

(3) 民法1896条1項aは、「成年者の自由な意思に反して世話人を選任することはできない」と定める。

(4) 民法104条2号によれば、「自由な意思決定ができないような精神活動の病的障害状態にある者で、その状態が性質上一時的なものでない場合」は、自然的行為無能力（natürliche Geschäftsunfähigkeit）であるとされ、自然的行為無能力者による意思表示は絶対的に無効とされる（民法105条）。この自然的行為無能力は、わが国の意思無能力に近い概念であるが、自然的行為無能力の場合、自由な意思は欠けているが、なお自然の意思は存在しうる。

ばならない。このような自然の意思に反する強制治療の可否が問われたのが、今回検討の素材とする裁判例である。

ところで、今回検討の素材とするドイツの裁判例では、世話人による強制収容や強制治療への同意が問題となっている。しかし、わが国の成年後見人の権限には、身体に対する強制を伴う事項（例えば、手術・入院または健康診断の受診の強制、施設への入所の強制等）は含まれない。ドイツでは、手術・治療行為その他の医的侵襲に関する決定・同意の権限を世話人に与えることができ、ただし、それらの中の重大な医的措置の決定・同意については世話裁判所の許可を得ることが義務付けられている（民法1904条）。同様に、裁判所の関与を前提に、病院や施設等への強制収容も予定されている（民法1906条）。その意味では、ドイツの成年後見人の権限は、日本の成年後見人の権限とはその前提が異なる。そこで、まずは、ドイツ世活法（成年後見法）における強制治療をめぐる法状況を確認することから始めたい。

## Ⅱ ドイツ世活法における強制治療

### 1 世活法における強制治療の位置づけ

1992年1月1日に施行された「世活法」は、精神疾患や精神障害のある成年者の法的地位を本人の必要性や能力に応じて改善することを目的としている。

#### （1）世話の開始と世話人の職務

精神病または身体、知能もしくは精神障害のために、自己の事務の全部または一部を処理することができないときは、本人の申立てまたは職権によって、本人のために世話人が選任される（民法1896条1項）。世活法は、世話人の選任（民法1896条以下）、世話の範囲（民法1901条以下）について規定するとともに、医的措置への同意等、一定の諸措置については世話裁判所の許可を得ることを義務付けている（民法1904条以下）。

世話が、健康配慮について命じられるとき、世話人は被世話人に必要な医的措置を受けさせなければならない、場合によっては必要な医的措置について同意を与えなければならない(民法1901条)。その場合、被世話人の事務は、その福祉に資するように処理されなければならない。被世話人の福祉には、その能力の範囲において自己の希望と考えに従ってその生活を形成する可能性も含まれる(民法1901条2項)。世話人は、被世話人の福祉に反せず、かつ、世話人に期待することができる限りにおいて、被世話人の希望に応じなければならない。世話人の選任前に被世話人が表明した希望についても、被世話人がこの希望を維持する意思がないことが明らかである場合を除いて、これに応じなければならない(民法1901条3項)。一定の医的措置についての被世話人の自由な意思を確認できるとき(例えば、民法1901条aが定める「患者の指示書」がある場合など)、その意思は世話人にとっても重要な意味をもつ。

## (2) 医的措置への同意

危険の伴う医的措置に世話人が同意するためには、世話裁判所の許可を得なければならない(民法1904条1項)。同様に、差し迫って必要な医的措置に世話人が同意しない場合も、世話裁判所の許可を得なければならない(民法1904条2項)。しかし、民法1904条は、いずれの場合においても、被世話人が当該措置に反対する意思を有していないこと、もしくは世話人の同意が被世話人の意思と一致していることを前提としている(民法1904条3項)。

## (3) 自由剥奪を伴う収容の範囲内での強制治療

もっとも、被世話人が民法1906条1項2号に従って自由剥奪を伴って収容されている場合は、その自然の意思に反しても治療(強制治療)を実施することができる。他方で、収容されていない被世話人についても強制治療を実施することができないかについて従前は議論があったが(いわゆる、外来の強制治

療)、2000年10月11日、連邦通常裁判所はこれを否定し<sup>(5)</sup>、これはその後判例として定着する<sup>(6)</sup>。連邦通常裁判所は、憲法上必要とされる形式的根拠法規が存在しないとして、現行法上、外来の強制治療を許容することはできないとしている。その後、外来の強制治療に明確な法律上の根拠を与えるべく、立法化の試みもあったが<sup>(7)</sup>、これも失敗している(後述)。

したがって、連邦通常裁判所の解釈によれば、強制治療のために必要とされる法律上の根拠は、もっぱら(自由剥奪を伴う収容について定める)民法1906条にのみ存在する<sup>(8)</sup>。

ちなみに、世話法施行時(1992年)の民法1906条は、以下のような文言であった。

#### ○民法1906条(1992年施行時)

- (1) 世話人による被世話人の収容は、それが自由の剥奪と結びつく場合、被世話人の福祉のために必要である限りで、以下のことを理由としてのみ許される。
  1. 被世話人が精神病または知能もしくは精神障害のために自殺または著しい健康上の損害を自己に加える危険が存在すること、または、
  2. 健康状態の検査、治療行為または医的侵襲が必要であるが、被世話人を収容しなければ行うことができず、かつ、被世話人が精神病または知能もしくは精神障害のために収容の必要性を弁識することができず、またはこの弁識にしたがって行動することができないこと。
- (2) 収容は、後見裁判所の許可があるときのみ許される。許可なくして収容が許されるのは延期することが危険である場合のみである。(その場合にも)事後に遅滞なく許可を得なければならない。
- (3) 世話人は、収容の要件が消滅した場合、収容を終了しなければならない。

---

(5) BGH, Beschluss vom 11.10.2000, FamRZ 2001, S.149

(6) BGH, Beschluss vom 23.1.2008, FamRZ 2008, S.866

(7) BT-Drucks. 15/4874, S.8

(8) BGH, Beschluss vom 1.2.2006, FamRZ 2006, S.615

世話人は、収容の終了を後見裁判所に通知しなければならない。

- (4) 営造物、ホームまたはその他の施設に滞在する被世話人が、収容はされないが、機械的装置、薬物その他の方法で相当長期にわたりまたは規則的に自由を剥奪されるときは、1項ないし3項を準用する。

## 2 強制治療の法的根拠（草案理由書）

上述のように、連邦通常裁判所によれば、強制治療を実施するための法的根拠を提供するのは民法1906条1項2号のみである<sup>(9)</sup>。本条によって強制治療が許容される理由について、連邦通常裁判所は、世話法導入の際の政府草案理由書を引き合いに出す<sup>(10)</sup>。それによれば、「精神病または知能もしくは精神障害のために、治療の必要性を弁識することができず、そのため治療を拒絶している者は、そのことのみを理由に治療が否定されてはならない。被世話人の生命保護のために手術が必要となったが、被世話人は誰かが手術によって自分を殺害しようとしていると考えているためこれに抵抗しているとき、その手術は断念されるべきではない。それゆえ、草案は、強制治療、強制収容ならびに強制的医的侵襲を必ずしも禁止してはいない」。

もっとも、強制治療を世話法において明文化することは意識的に避けられた。民法1904条の草案理由書も、「草案は強制治療に関する一般的な規定は設けていない」と述べる<sup>(11)</sup>。しかし、上述のように、草案によって強制治療は必ずしも禁止はされていないとするのが判例の解釈である<sup>(12)</sup>。

## 3 外来の強制治療

これに対して、収容以外の場面での強制治療（外来の強制治療）については、

---

(9) BGH, a.a.O(注6), FamRZ 2008, S.866

(10) BT-Drucks. 11/4528, S.72

(11) BT-Drucks. 11/4528, S.141

(12) ただし、被世話人の自然の意思に反する強制的な不妊手術だけは、明文で禁止されている（民法1905条1項1号）。

連邦通常裁判所は、法的根拠がないとしてこれを認めていない<sup>(13)</sup>。このような判例の立場に対して、連邦参議院は、世話法改正の立法手続中<sup>(14)</sup>、2002年2月12日に提出した立法草案において、外来の強制治療に関する規定の創設を提案した<sup>(15)</sup>。

しかしながら、この提案は法律とはならなかった。連邦議会の法務委員会、この規定について、連邦政府の見解ならびに専門有識者からの意見聴取の結果、これを削除した<sup>(16)</sup>。連邦議会は、本人に弁識能力がないとしても、外来の強制治療は本人の基本権への介入の程度が大きいと考えた。また、立法手続において意見聴取した精神医学の専門家も、精神疾患の治療は患者と臨床医の信頼に基づく共同作業が重要であると説いて、この領域における強制治療に疑問を呈した。すなわち、繰り返し本人に強制的に治療を受けさせることは「合意の重要性」という観点と矛盾するとされたのである。

#### 4 2013年の改正

連邦憲法裁判所は、2011年3月23日、(世話法上の強制治療ではなく)保安処分としての強制治療について決定を下した<sup>(17)</sup>。それによれば、強制治療が許されるためには、その基本的な要件が明確であり特定された法律上の基準でなければならないとされた。この連邦憲法裁判所の決定を受けて、連邦通常裁判所は、これまで民法1906条1項に基づいて強制治療を許容してきた判例の立場を破棄し、強制治療については憲法上の要請を満たすような法律上の基礎が必要だとした<sup>(18)</sup>。そのため、世話人は、閉鎖的收容の範囲内においても強制治療を実施することができなくなった。

そこで、立法者は、2013年の改正法によって、この判例変更に対応すべく、

---

(13) BGH, a.a.O(注5), FamRZ 2001, S.149

(14) BT-Drucks. 15/2494, S.7, 30

(15) BR-Drucks. 865/03 S.54f.

(16) Vgl. BT-Drucks. 15/4874, S.27

(17) BVerfG, Beschluss vom 23.3.2011, FamRZ 2011, S.1128

(18) BGH, Beschluss vom 20.6.2012, FamRZ 2012, S.1366

民法1906条の中に3項と3項aを挿入した。現行の民法1906条は以下のとおりである。

○民法1906条 (2013年改正後)

- (1) 世話人による被世話人の収容は、それが自由の剥奪と結びつく場合、被世話人の福祉のために必要である限りで、以下のことを理由としてのみ許される。
1. 被世話人が精神病または知能もしくは精神障害のために自殺または著しい健康上の損害を自己に加える危険が存在すること、または、
  2. 差し迫った著しい健康上の損害を避けるために、健康状態の検査、治療行為または医的侵襲が必要であるが、被世話人を収容しなければ行うことができず、かつ、被世話人が精神病または知能もしくは精神障害のために収容の必要性を弁識することができず、またはこの弁識にしたがって行動することができないこと。
- (2) 収容は、世話裁判所<sup>(19)</sup>の許可があるときのみ許される。許可なくして収容が許されるのは延期することが危険である場合のみである。(その場合にも) 事後に遅滞なく許可を得なければならない。世話人は、収容の要件が消滅した場合、収容を終了しなければならない。世話人は、収容の終了を世話裁判所に通知しなければならない。
- (3) 1項2号の医的措置が被世話人の自然の意思に反するとき(強制治療)、世話人は以下の場合にのみこれに同意することができる。
1. 被世話人が精神病または知能もしくは精神障害のために、収容の必要性を弁識することができず、またはこの弁識に従って行動することができず、
  2. 事前に被世話人に対して医的措置の必要性を納得させることを試み、

---

(19) 世話裁判所とは、世話事件、収容事件その他の事務のために区裁判所に組織された部局である(裁判所構成法23条c、家事事件手続法271条)。なお、従来は後見裁判所と呼ばれていたが、2009年9月1日より、このように名称が変更されている。



3. 差し迫った健康上の著しい損害を避けるために、1項による収容の範囲における強制治療が被世話人の福祉のために必要であり、
4. 著しい健康上の損害が被世話人に期待できる他の措置によっては避けることができず、
5. 医師による強制治療によって期待される利益が、予想される侵害を明確に上回るとき。

民法1846条は、世話人がその義務を果たすことを妨げられる場合のみ、適用することができる。

- (3a) 世話人による強制治療への同意は、世話裁判所の許可を要する。強制治療の要件が消滅したときは、世話人は、その同意を撤回しなければならない。世話人は、同意の撤回を世話裁判所に通知しなければならない。
- (4) 営造物、ホームまたはその他の施設に滞在する被世話人が、収容はされないが、機械的装置、薬物その他の方法で相当長期にわたりまたは規則的に自由を剥奪されるときは、1項および2項を準用する。
- (5) 任意代理人による収容および任意代理人による3項および4項の措置への同意については、任意代理権が書面によって授与され、かつ、それが1項、3項および4項に掲げる諸措置を明確に含んでいることが必要である。その他の点では、1項ないし4項を準用する。

立法者は、3項および3項aを挿入することで、最高裁判所の要求に応ずる規定を創設した。その草案理由書によれば、「草案は、憲法裁判所の要請を尊重し、連邦通常裁判所の最新の決定を含めた法律状況をできる限り忠実に表現したものである。この規定は、強制治療は民法1906条1項による収容の範囲においてのみ実施することができることを意味する。収容それ自体と同様、強制治療への同意についても裁判所の許可が必要であり、収容と同様の厳格な手続法上の要件に従う。実体法および手続法上の厳格な要件は、被世話人の自己決

定をより強化するものである」<sup>(20)</sup>。

### Ⅲ 連邦憲法裁判所2016年7月26日決定

以上のような法状況において、連邦憲法裁判所2016年7月26日決定は、強制治療についてさらなる注目すべき決定を下した。その要旨は、民法1906条1項は自由剥奪を伴う収容を予定しているところ、身体機能が低下しているために移動できない者については、そもそも自由の剥奪を想定することができず、民法1906条1項の収容は実施できず、したがって強制治療を行うこともできないが、しかし、このことは基本法2条2項1文に基づく国家の保護義務に反するというものである。事実関係は以下のとおりである。

#### 1 事実の概要

本人(63歳)は統合失調症に罹患しており、2014年4月から世話に服している。世話人の職務範囲は、とりわけ、医的措置や治療への同意も含めた監護および健康への配慮、ならびに収容または収容類似の措置も含めた居所指定である。

2014年9月初め、本人は介護施設に短期間入所した。その施設において、本人は、自己免疫疾患治療のための薬の服用を拒否し、食事を拒否し、自殺企図を表明した。2014年9月半ば、本人は、裁判官の許可の下、病院の中の閉鎖された認知症病棟にいた。世話裁判所による複数の決定に基づいて、自己免疫疾患、甲状腺機能低下症および精神疾患のための薬剤による強制治療が実施された。薬剤は、胃ゾンデを通して(栄養補給とともに)投与されている。また、検査(パンチ生検)の結果、乳がんの疑いが確認された。

この時点において本人の身体は著しく衰弱しており、もはや歩くことはでき

---

(20) BT-Drucks. 17/11513, S.1

ず、車いすがあっても自分で移動することはできなかった。しかし、精神的には、自然の意思を表明することができる状況にある。本人は、裁判官の質問に対して、がんのための治療をするつもりはないことをたびたび表明している。本人は手術も化学療法も希望していない。

2015年1月20日、(職業)世話人は、本人のための収容の許可を延長するとともに、医師による強制治療、とりわけ乳がん治療(切除術、放射線治療、さらなる診断のための骨髄穿刺)と他の疾病の投薬治療の継続について裁判所に許可を申し立てた。

区裁判所はこの申立てを棄却したので、世話人はさらに地方裁判所に抗告したが、地方裁判所もこれを棄却した。その理由によれば、民法1906条1項において自由の剥奪が必要とされるのは、自由を制限する措置を講じなければ本人がその場所から空間的に離れてしまう場合だけであり、すなわち、そもそも移動する可能性が存在する場合にのみ自由を剥奪する措置を命じることができる。しかし、本人は寝たきりであり、自分でベッドから離れて歩くことはできない。車いすを使っても自ら移動することはできず、他人に他所へ連れて行くように依頼してそこから逃げ出そうとする傾向も見られない。立法者によれば、強制治療は、民法1906条1項の意味における閉鎖的収容の範囲においてのみ許されるものである。したがって、自由剥奪を伴う収容の許可なくして、民法1906条3項、3項aによる強制治療は許されない。

そこで世話人は、さらに連邦通常裁判所に抗告したところ、連邦通常裁判所は、基本法100条1項1文に基づいて手続を中止し、民法1906条3項が基本法3条1項(平等原則)に合致するかどうかについて連邦憲法裁判所に意見提示(Vorlage)を請求した<sup>(21)</sup>。すなわち、空間的に治療から逃れようとせず、また身体上逃れることもできない被世話人を強制治療から排除することは、基本法3条1項の法律の前の平等との関係において問題はないかを問うたのである。

---

(21) 裁判所が判決や決定を下す際に適用する法律が違憲であると考えるときは、連邦憲法裁判所の判断を求めなければならない(基本法100条)。

連邦憲法裁判所は、この意見提示の請求について以下のように判断した。

## 2 決定主文

①被世話人が重大な健康上の侵害に脅かされており、かつ、医的措置の必要性を弁識することができず、またはその弁識に従って行動することができないにもかかわらず、被世話人が空間的に治療から逃れようとせず、あるいは、身体上逃れる能力がないために、閉鎖的に収容されている状態には当たらないとして、自然の意思に反して治療を受けることができないことは、基本法2条2項1文に基づく国家の保護義務に合致しない。

②立法者には、遅滞なくこの事例群のための法制度を整備する義務がある。

③そのような法制度が整備されるまでは、民法1906条3項は、強制治療から空間的に逃れることのできない入院中の被世話人にも適用する。

## 3 理由<sup>(22)</sup>

医学的に必要とされる治療が、自由な意思を形成することのできない被世話人の自然の意思に反しているが、自由剥奪を伴う収容はその要件を欠いているために実施できないとき、被世話人の身体や生命に及ぶ危険の程度と治療のリスクの考量がなされることなく、被世話人に対して治療が実施されないことは、基本法2条2項1文に基づく国家の保護義務に違反している (1)。このことが、平等原則にも違反しているかどうかについては、今回は決定することを要しない (2)。

---

(22) 本決定では、①基本法100条1項の手続には、裁判所が具体的な基本法上の保護義務が提供される体制が整っていないと考えるときに何らかの提案を行うことも含まれること、②意見提示の請求によって生じた基本法上の問題を明確化する重大かつ客観的な必要性がある場合は、主たる当事者の死亡によって原審手続が終結したとしても、その提示請求は許されることなどについても判示されているが、以下では、③移動することができない者が民法1906条3項に含まれないことが基本法2条2項1文の保護義務に反することについての理由を中心に紹介する。

なお、理由中の重要と思われるキーワードについては、FamRZ 2016, S.1738ff. を参考に、ゴシック体にした。

1. 健康管理について世話に服している者が、健康上の著しい損害が差し迫っているにもかかわらず医的措置の必要性を弁識することができず、またはその弁識に従って行動することができないとき、基本法2条2項1文は、被世話人の**自然の意思に反しても必要とあれば医的措置による保護**を保障することを国家に義務付けている (a)。また、そのような強制治療は、ドイツにおける国際法上の拘束とも合致している (b)。閉鎖されていない施設に入院して治療を受けているが、もはや自力で移動することができない要援助者について、必要な場合にもその自然の意思に反して治療を実施できないことは、基本法2項2項1文の保護義務に反している (c)。外来治療の場合における被世話人の強制治療の可否については、今回は判断しない (d)。

a) 生命および身体の不可侵性への基本権の保障は (基本法2項2項1文)、具体的な国家の保護義務をも基礎付ける (aa)。この具体的義務は、国家共同体のために、一定の要件の下、医師による治療が必要であるにもかかわらずその治療の必要性を弁識することができず、またはその弁識に従って行動することができない被世話人に対して存在する (bb)。

aa) 生命および身体の不可侵性への基本権は、この法益への国家の介入に対する個人の防御権だけを保障するものではない。同時に、国家の保護義務を根拠付ける**憲法の客観的な価値決定**をも行うものである。それによれば、国家は、個人の生命を保護し、援助する義務を負っている。身体の不可侵性および健康に対する侵害からの保護も、基本法2条2項1文に含まれている。

基本権から導き出されるところの国家の介入に対する個人の**防御権**と、基本権の客観的意味から生ずる保護義務との区別は、個人の防御権はその目的と内容において一定の国家の行為を禁ずるものである一方、客観的な保護義務は基本的にそれが不確定な点にある。すなわち、保護の構想を定立して規範へと変換する作業は、立法者が行うべきものであり、立法者は法益保護のために何ら

かの措置を講ずる義務は負っているとしても、立法者には、基本的には、それをどのように評価し、判断し、具体化するかについて一定の裁量が認められている。連邦憲法裁判所がこのような**保護義務**の違反を確定することができるのは、保護のための対策がまったくとられていない場合や、要請される保護義務を達成するための規制および措置が明らかに不適切であり、もしくはまったく不十分である場合、または、それが**保護目的**にまったく達していない場合のみである。

bb) これによれば、精神病または知能もしくは精神障害のために治療の必要性を弁識し、またはその弁識に従って行動することができない被世話人については、一般的保護義務から、厳格な要件の下、**具体的な保護義務**へと向かうことになる。すなわち、基本法2条2項1文は、重大な疾病を予防しまたは克服する医的措置の必要性を弁識することができず、またはその弁識に従って行動することができない被世話人の援助と保護の制度を企図することを、立法者に義務付ける。そのような場合、医師による検査および治療行為は、重大なケースにおいては、それに反対する被世話人の自然の意思を抑えても、最終手段(ultima ratio)として行うことができる。

この保護義務は、弁識能力を有しない被世話人に対する特別な援助の必要性から生ずるものである((1))。もっとも、この保護義務を果たすべく要請される医的措置が、弁識能力を有しない被世話人の自然の意思に反するとき、この措置は本人の自己決定権((2))、ならびに身体の不可侵性への権利と対立することになる((3))。自由と保護の次元においてぶつかり合う基本権同士のこのような対立は、できる限り慎重に解消されなければならない。しかし、被世話人が重大な健康上の侵害に脅かされ、医的侵襲を行うことの利益がその不利益および危険と比べて明らかに大きいときは、保護義務が優先されるので、立法者は、被世話人の自然の意思に反しても、治療や検査の可能性を予定しなければならない((4))。

(1) 基本法2条2項1文によって課される憲法上の義務は、厳格な要件の

下、強制治療という保護措置までを予定することを要求し、このことは**特別な援助の必要性**から結論される。被世話人が疾病のために検査または治療の医学的必要性を弁識し、またはその弁識に従って行動することができないとき、被世話人は、自らを保護することができず、身体および生命の危険にさらされており、援助を要する無防備な状況にある。

(2) もっとも、強制治療は**人格の自由な発展という基本権**への介入である。基本法によれば、人間は、身体の完全性や自身の健康については自らの判断において決定する自由を有している。この自由は人格的自由の現れであり、それ自体は基本法1条1項、2条1項に基づく一般的人格権によっても根拠付けられる。疾病について診断や治療を行うかどうか、またそれをどのように行うかの決定は、客観的・理性的なものである必要はない。個人をその個人自身から保護する国家の義務は、理性を至上のものとすること（Vernunftthoheit）を国家機関に許すものではなく、また、その個人が平均的な嗜好から外れており、または外から見て無思慮であると思われることだけをもってその意思をなおざりにしてもよいものではない。自由権には、第三者の視点でしかるべく理解された利益に反するような自由を享受する権利も含まれる。治療上またはその他の措置について、たとえそれが本人の健康の維持や回復に資する場合でも、それを受けるかどうかの決定は原則としてその本人の問題なのである。基本法上保護された自由には、「**疾病への自由**」も含まれ、また、治癒を目的とした侵襲について、たとえそれが医学的見地から極めて得策であったとしても、それを拒否する自由も含まれるのである。

それゆえ、本人が自由な意思において自身の健康の維持・改善のための医療措置について決定できる限りで、保護ならびに援助の必要性は存在しない。基本法2条2項1文による国家の保護義務は、その限りにおいて後退する。本人の意思に反する強制治療は排除されるのである。

本人が疾病のために医的措置の必要性を弁識し、またはその弁識に従って行動することができないために、本人がその疾病とどう付き合うかについて**自由**

な意思を形成することができない場合でも、例えば自身の疾病についての**自然の意思**は、人格権の自由な発展への権利によって保護される自己決定権の現れである。しかし、必要とされる治療に反する自然の意思は、本人における特別な援助と保護の必要性を何ら変ずるものではない。

(3) 医的措置が本人の自由な意思に基づく同意によって正当化されないとき、本人の自然の意思に反する強制治療は、本人の**身体の完全性という基本権**とも対立することになる。このことは、診断上の措置にも治療上の措置にも当てはまる。

(4) 自己の疾病について弁識能力を有しない被世話人に重大な健康上の侵害が差し迫っており、医的措置による治癒の可能性と負担・不利益との比較考量の結果が明らかであるとき、国家の保護義務は、それと対立する自由権に優先する。ここにおいて、国家は、被世話人の自然の意思に反しても治療措置の可能性を開くことを義務付けられる。その際には、強制治療のための実体法および手続法上の厳格な要件によって、本人の自由権についてできる限り慎重な配慮が保障されなければならない。

(a) 基本法2条2項1文による国家の保護義務が被世話人の自然の意思に反する医療行為を要求するとき、それは被世話人の自己決定権および身体の不可侵性と衝突することになる。この保護義務は、第三者による基本権侵害に向けられたものではない。むしろ、この保護義務に基づく措置は、**本人自身の中で相対立する基本権の衝突**を生じさせている。しかし、そのことをもって、この保護義務がなくなることはない。被世話人の場合、保護義務の根拠は、基本権への他者の攻撃に対する防御にあるのではなく、本人が医療措置の具体的な必要性について弁識することができず、それゆえ自身の保護について配慮することができず、その身体および生命が危険にさらされていることについての、**より高められた保護の必要性**にある。疾病および治療の必要性について弁識できる者は、健康および生命に対する重大な危険を回避するために医的措置を受けるかどうかについて自ら決定することができる一方、健康上の危険および治



療の必要性を弁識することができず、またはその弁識に基づいて行動することができない者については、国家が本人の自然の意思に反しても重大な危険から保護するための措置を行う基本権上の保護義務が、厳格な要件の下、命じられるのである。

(b) 生命の危険も含めた差し迫った健康上の著しい侵害が、侵襲の程度が大きくなく成功の見込みの高い治療行為によって阻止できるにもかかわらず、本人が疾病のため弁識能力を欠いているためにその自然の意思によって治療を拒否する場合、立法者は、**強制治療の可能性**を予定しなければならない。国家の保護義務は、自らを保護することができない者に著しい健康上の危険が存在する場合、特別な重要性を有する。危険を回避するために必要な医療措置に特段の危険性がなく、治療の拒否が被世話人の本来の自由な意思に应ずるものであることの十分な根拠も存在しない場合、対立する基本権の比較考量の結果は明らかに描き出されている。援助のない者に対する国家の保護義務は、この場合、自己決定権および身体の完全性よりも優先し、押し通されることになる。

この保護義務を実現するに際して、立法者は、**具体的な保護措置を行うための個別の条件の策定について一定の裁量**を有している。この裁量は、とりわけ治療行為の実体法上の要件の策定、および本人の自己決定と身体の完全性を保障するための手続規定の策定において認められる。しかしながら、この裁量は、保護義務が存在することを前提として、被世話人の治療のためにどのような拘束力ある規制を策定するかにおいてのみ認められるのであり、そもそも規制をするかしないかについての裁量は認められない。

(c) 上述の具体的な保護義務が存在する場合、本人の自己決定権や身体の完全性よりも保護義務が優先することになるので、立法者は、本人の後退する自由権へ慎重な配慮をすべく、強制治療については、**内容上要求が高く十分に定式化された実体法上およびそれに伴う手続法上の要件**を規定しなければならない。その際に立法者がとりわけ考慮しなければならないのは、客観的な理性の基準に従った医療上の保護の保障ではなく、むしろ被世話人の**自由な意思**の尊

重である。このことは、被世話人の自由な意思が一定の徴表によって確認できる場合にも当てはまる（過去の意味表明を考慮するなど）。これが不可能である場合にのみ、最終的に疾病のために治療に反対する被世話人の自然の意思が無視されてもよい。

(d) 医師による強制治療について、保護義務によって命じられる法規制の実体法上の要件が保障しなければならないのは、強制治療は上述の考慮要素（差し迫った著しい健康上の侵害、侵襲の程度が高くない治療、高い成功の見通し）の考量の結果が明確である場合に実施されてもよいということである（民法1906条3項3号および5号参照）。疾病とその治療選択の考えられうる多様性にかんがみて、その決定基準は、法律レベルでは強制治療のあらゆる諸形態を個別に規定することはできないので、比較考量の結果の明白性が、とりわけ適用レベルにおいて個別のケースごとに追及されなければならない。このことから、とりわけ被世話人の**自然の意思**については、提供される援助が被世話人の自由な（もしくは推定される自由な）意思にどの程度沿うものであるかに応じて、**段階を付けて考慮**されることが要求される。

(e) 加えて、立法者は、強制治療の許可について十分な**手続法上の保障**を予定しなければならない。保安処分としての強制治療に関する2011年3月23日の連邦憲法裁判所決定において相当性の原則から導き出された手続の要件は、世話法上の被世話人の強制治療についても当てはまる。たしかに、保安処分としての強制治療は、その正当化根拠を人格の自由の回復にも見出すことができるが、被世話人の場合は、保護義務は直接に健康の維持または回復に向けられる。しかし、手続法上の保障の必要性があることについて両者に変わりはない。これによれば、適切な手続規定によって保障されなければならないことは、被世話人の自然の意思を考慮しても自由な意思の存在を確認できない場合に強制治療が実施されること、ならびに、強制治療の実体的要件が立証可能な状態において存在することである。

立法者は、このような手続保障を策定するにおいて、（上述の2011年3月23

日の連邦憲法裁判所の決定に従って) 現在の民法1906条、家事事件手続法312条以下をどのように表現するかについて一定の裁量を有する。ここで**必要とされる手続保障**は、具体的には、医的措置の命令と監督、事前の通知、独立の鑑定人(および主治医)の参加、裁判官による許可の留保、文書による証明義務である(連邦憲法裁判所2011年3月23日決定)。

基本法が個人の**自律的自己決定を尊重**することを要求していることから、健康管理について世話に服している被世話人についても、当該措置について**弁識と行動の能力**が欠けており、その結果、これについての自由かつ決定的な意思を形成することができないことが、具体的な医的措置を実施する前にしかるべき法規制によって**その都度確認**される必要がある。その際、現行法も予定しているように(民法1901条a第1項及び2項参照)、現在の生活および治療の状況に関する**患者の指示書**や過去に表明された治療についての希望は、重要な意味をもつ。加えて、弁識能力を有しない被世話人が治療に反対する自然の意思を有しているときは、最終手段として強制治療が実行される前に、治療の必要性と重要性について被世話人を**納得させる**ことが試みられるべきである(民法1906条3項2号参照)。

b) 自由な意思を形成することができず、援助のない状況にある被世話人の保護を保障するとともに、前述の諸要件の下で必要な場合に医師による強制治療を受けさせるという国家の保護義務は、国際法上の拘束に反するものでもない。

aa) 2011年3月23日の連邦憲法裁判所の決定によれば、国連の障害者権利条約は、ドイツにおいて法的効力をもち、基本権の内容および射程を定める場合の解釈の助けとして援用することができるものであるが、これによって強制治療について他の結論が導き出されることはない。障害者の自律の保障と強化に向けられた条約の規定は(とりわけ、12条)、障害者の自然の意思に反して実施され、疾病のために減退した自己決定能力に関連する措置を原則上禁止す

るものではない。なぜならば、障害者権利条約12条4項は、まさに権利能力および行為能力の行使について本人に制限を課す措置について言及するものではあるが、この規定は、当該措置を一般に禁ずることを述べているのではなく、とりわけ利益対立、濫用、軽蔑に対しては適切な保護措置を講じ、相当性が確保されることを締約国に義務付けることによって、措置の許容性を限定することを述べるものだからである。

その後の、障害者の権利に関する委員会（障害者権利条約34条）からの報告（39条）、指針決定（35条3項）および勧告（36条1項）は、条約の規定の解釈ならびにとりわけドイツの法律状態について、逸脱した評価には至っていない。

そのような態度決定について権限のある委員会の意見表明は、人権協定の解釈にとってはきわめて重要なものであるが、国際裁判所および国内裁判所に対して、国際法上、拘束力をもつわけではない。この委員会には、締約国の協定と実務を超えて、国際条約をさらに発展させる権限はない。他の国際法上の協定についてのこの委員会の発言が、同様に障害者権利条約についても影響があるかどうかは未解決のままである。いずれにせよ、障害者権利条約34条以下における委員会には、協定文言について拘束力のある解釈を行うことは委任されていない。しかし、国内裁判所は、協定の解釈に際して、権限ある国際協定機関の解釈を用いて論拠を示して誠実に議論を尽くすべきである。しかし、その解釈を必ず受け入れる必要はない。

本件において、ドイツ憲法に従って必要とあれば命じられるところの強制治療は、障害者権利委員会の見解と矛盾するものではない。委員会が2015年5月13日のドイツの報告書に関する最終コメントにおいて、民法における世話法の規定について一般的に異議を唱え、障害者権利条約12条についての一般的な注釈書を参照して、あらゆる代理決定を廃止し、決定を支援する制度へと進むべきことを要求した限りにおいて、この批判は、ここで問題となっている強制治療に向けられているものではない。とりわけ、この批判は、本件で問題となっ

ている、医学的にみて差し迫った状態にあり、自由な意思を全く欠いている障害者の問題とは事情が異なる。同様に、障害者権利条約14条の解釈に関する2015年9月の委員会の指針にも適合している。そこにおいて委員会が強調しているのは、障害者に対する健康管理に関する措置は、それが本人の自由かつ情報提供を受けた上での同意に基づくものでないときは実施されてはならないということである。すなわち、委員会は、締約国に対して、いかなる形態の強制治療も放棄することを要求しているのであるが、もっとも、委員会は、自由な意思を形成することができず、援助のない状況にある者について、条約本文の理解に従ってどのような措置を講ずるべきかについては答えていない。委員会の見解を考慮しても、障害者権利条約の文言や精神が、これらの者について何らの措置も講じることなく運命に任せるべきであって、憲法上要求される厳格な要件の下でも条約は強制治療を否定し、とりわけ、上述の憲法上の要件ならびに現行世話法上の規定に従っても、国内法が、障害者権利条約と調和すべく、被世話人の意思を優先する原則に従うべきことを予定しているとはいえない。

bb) 自由な意思を形成することができず援助のない状況にある被世話人に保護を保障し、上述の要件の下で必要とあれば強制治療を受けさせるという、基本法2条2項1文に基づく国家の義務は、ヨーロッパ人権条約ならびにヨーロッパ人権裁判所の判例にも一致している。

ヨーロッパ人権裁判所の判例によれば、ヨーロッパ人権条約8条から、人間には**自らが定めるように生活を送る権利**があるとする。ここには、身体上有害または危険なことをする可能性も含まれる。(十分な)精神的能力を有する成年の患者の意思に反して治療を行うことは、たとえその治療を拒否することで患者が死に至る場合でも、身体の完全性への介入となり、ヨーロッパ人権条約8条が保護する権利への介入となる。しかし、その際、国家にはその評価について一定の裁量が認められる。

しかしながら、国家または社会が、客観的な基準によれば無思慮であり、場合によっては死に至るような決定をも受け入れなければならないことの前提に

は、それが(十分な)精神的能力を有する成人の意思に基づくものであることがある。したがって、その者が**自由な意思によらず**に状況を理解しないまま決定を下すとき、ヨーロッパ人権条約2条に基づいて、国家にはその者が生命を危険にさらすことを阻止する義務がある。患者が医学的に必要とされる治療を拒否し、それによって生命が危険にさらされるとき、ヨーロッパ人権裁判所は、国家に対して、十分な予防措置を講ずることを義務付けている。それゆえ、主治医は、患者に自由な意思が欠けていることを示す徴表があるとき、患者の決定能力をさらに解明しなければならない。

ヨーロッパ人権条約2条および8条に関するヨーロッパ人権裁判所の解釈に照らして、基本法2条2項1文から上述の要件の下で導き出される、援助を要する被世話人への強制治療が、ヨーロッパ人権条約に抵触していると解することはできない。

c) 以上によれば、弁識能力を有しない被世話人が、比較的軽微な負担で十分に成功の見込める措置によって治療されうるにもかかわらず、自力では必要な治療から逃れることができないため自由剥奪を伴う収容を想定できないとして、必要な場合にも自然の意思に反して治療を受けることができないことは、現行世話法上、基本法2条2項1文に基づく国家の保護義務に反している。

民法上の世話法は、民法1906条1項によって**閉鎖的に収容される**被世話人についてのみ医師による強制治療を予定している(民法1906条3項1文3号)。連邦憲法裁判所へ意見の提示請求をした連邦通常裁判所は、判例やそれに対応してなされた立法の経緯を取り上げ、立法者は民法1906条において閉鎖的に収容された被世話人についてのみ強制治療の法的根拠を与えたとし、このことは民法1906条に明確に表現されていると説明する(連邦通常裁判所2015年7月1日決定)<sup>(23)</sup>。この点について、憲法上の観点からこれについて別異に解釈す

---

(23) BGH, Beschluss vom 1.7.2015, FamRZ 2015, S.1484

る根拠は存在しない。また、立法者は、民法1906条1項による自由剥奪を伴う収容について、判例を踏まえて厳格な収容概念を維持しているため、被世話人がその場所を離れる意思や能力がない場合に収容を命じることはできない。

入院治療を受けている被世話人が、空間的にその場所を離れることができないとき、民法1906条1項2号によれば、自由剥奪を伴って収容することができず、それゆえ、民法1906条3項によって強制的に治療を受けさせることもできない。したがって、そのような被世話人は、たとえ憲法上命じられる保護義務についてのすべての実体的要件が存在し、手続法上の要件も遵守される場合であっても、基本法2条2項1文によって命じられる保護は与えられないことになる。その限りにおいて、被世話人の法律状況は憲法上の要求を満たしていない。

このことを確認するために、ここにおいて、民法1906条が全体として憲法上の要求を満たしているかどうかを審査する必要はない。民法1906条のそのような審査は、意見提示請求の対象とはなっていない。すなわち、この点については、憲法上の観点からの異議は申し立てられておらず、事実状態および法律状態が検証される必要はない。

d) 民法1906条が強制治療の対象者を入院中の被世話人に限定し、**外来の治療を受けている他の被世話人を排除していることが**、基本法2条2項1文に基づく国家の保護義務を満たしているかどうかについては決定を要しない。この外来治療のグループを排除することについては、意見提示の対象ではないので、意見提示決定はこの点については及ばない。さらに、外来の被世話人であっても、民法1906条1項2号の要件を充足する収容を行うことによって、強制治療を受けさせることはできるので、重大なケースにおいて最終的に保護がないわけではない。それゆえ、このような事情は、意見提示の範囲を超えた追加の憲法上の問題であり、規範審査の純然たる対象ではない。

2. 入院中の被世話人がその場所を離れることができない場合に強制治療の可能性から排除されることが**平等原則**にも違反するかどうかについては、未決定のままである。もっとも、法律状況が憲法に反することは、すでに以下の理由から明らかである。すなわち、必要とされる治療とその不利益との比較衡量の結果が明白であり、それゆえ具体的な国家の保護義務が存在している場合でも、1906条3項が被世話人を強制治療の可能性から完全に排除し、自由な意思を形成することができない被世話人が保護されないことは、基本法2条2項1文に反している。したがって、基本法3条との関係において提起される問題はここでは未決定のままである。このことは、基本法3条3項2文の障害を理由とする不利益扱いの禁止に反しているかどうかの問題についても同様である。というのも、いずれにせよ、このことは、基本法2条2項1文の保護義務の問題を超えて問われないからである。

#### 4 裁判所の決定

以上の理由から、連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法82条1項、78条1文に従って、基本法と合致しない状態にある法律の無効を宣言した。もっとも、現在の民法1906条3項の規定そのものが憲法に違反するわけではなく、一部の者に対して基本法2条2項1文に基づく立法者の具体的保護義務の不履行があることが確認されるので、この欠陥が憲法に反することが確認されることで足りるとし、この保護の欠陥についてどのような立法をするかについては**立法者の裁量**に委ねられているとした。

なお、差し迫った著しい健康上の損害がある場合において、医的措置の必要を弁識することができず、またはその弁識に従って行動することができず、それゆえ、自然の意思に反しても医師による処置によって保護される必要がある被世話人のために、立法者は、確認された**保護の欠陥を遅滞なく修正**しなければならないが、現行法が、移動することのできないグループの強制治療の可能性を完全に否定していることを考慮して、このグループについては、新規制が



施行されるまで、民法1906条3項の暫定的な準用が命じられた。

#### IV 結びに代えて

以上の決定理由をまとめると、以下のようなだろう。

##### ①国家の保護義務の現れとして強制治療の要件

身体と健康の不可侵性（基本法2条2項1文）という基本権は、個人の防御権だけでなく、国家による保護義務をも保障するものである。もっとも、そのような保護義務が存在するとしても、原則において、立法者には、保護の構想を策定し実現することについて判断・評価し、構成する裁量が認められている。

弁識能力を有しない被世話人について、基本法2条2項1文は、立法者に対して、保護ならびに援助のための制度を準備することを義務付ける。医師による検査および治療行為は、それが重大である場合には、最終手段として、たとえ被世話人の自然の意思に反しても実施されなければならない。

基本法2条2項1文に基づく国家の保護義務は、被世話人が医的措置の具体的な必要性を弁識することができず、それゆえ自らを保護することができないまま身体と生命を危険にさらしてしまう場合、より高い保護の必要性の下に根拠を有する。このような被世話人については、国家の保護義務は、厳格な要件の下、被世話人の自然の意思に反しても重大な危険から保護するための諸措置を国家が行うことを命ずる。

援助のない者に対する国家の保護義務は、危険を回避するために必要となる医的措置が特別な治療上の危険性を伴わず、かつ、当該治療を拒絶することが被世話人の当初の自由な意思に合致する十分な根拠が存在しない場合、本人の自己決定権とその身体の不可侵性をも超越する。

しかしながら、立法者は、本人の後退する自由権についてできる限り広範囲にわたって配慮するために、医師による強制治療に関して、内容上要求が高く明確に定式化された実体法上および手続法上の要件を置くことが義務付けられ

る。その場合、被世話人の自由な意思は尊重されなければならない。

実体法上の観点において保障されなければならないのは、強制治療は考慮要素（差し迫った著しい健康上の損害、治療の侵襲の度合いが大きくない、成功の可能性）の考量の結果が明白である場合に実施されてもよいということである。

手続法上の観点においても、同様に、強制治療を実施するためには相当性の原則から導き出される手続要件が妥当する。

## ②条約等との適合性

このような国家の保護義務は、国際法上の義務にも抵触するものではない。このことは、一方において、障害者権利条約にも、他方において、ヨーロッパ人権条約ならびにヨーロッパ人権裁判所の判例にも適合する。

## ③特定の被世話人を強制治療から排除する現行法は、基本法2条2項1文に反すること

民法1906条の規定は、収容が実施されない場合の強制治療を許容するものと解釈することはできず、また、被世話人がその場所を離れようとする意思や能力を有しない場合に収容を許容するものと解釈することもできない。

それゆえ、事実上その場所を離れることができない入院中の患者は、たとえ憲法上命じられる保護義務のすべての実体的要件が明らかに存在し、かつ、手続法上の諸要件も遵守されとしても、基本法2条2項1文によって命じられる保護は与えられない。その限りにおいて、被世話人の法状況は、憲法上の要求を満たしていないのである。

## ④外来の強制治療については決定しないこと

民法1906条は強制治療の対象者を自由剥奪を伴う被収容者に限定しているため、外来の治療を受けている他の被世話人に強制治療を受けさせることはできないが、このことが基本法2条2項1文に基づく国家の保護義務を満たしているかどうかについての決定は必要でない。

## ⑤平等原則との関係についても決定を行わないこと

また、これが平等の原則に違反しないかどうかについても、なお残された問題である。

はじめに述べたように、わが国の成年後見人の権限には、身体に対する強制を伴う事項（例えば、手術・入院または健康診断の受診の強制、施設への入所の強制等）は含まれない。しかし、わが国は、2014年1月、障害者権利条約を批准した。同条約の25条は、障害者は差別なく医療や保健などの健康サービスにアクセスできなければならないと定めている。その意味では、高齢者や障害者が医療や保健など健康サービスに自らアクセスできないときは、本人に代わる誰かが本人による権利行使を支援しなければならないといえる。また、2016年4月8日、「成年後見制度の利用の促進に関する法律」が成立したが（同年5月13日施行）、この法律の11条3号によれば、「成年被後見人等であって医療、介護等を受けるに当たり意思を決定することが困難なものが円滑に必要な医療、介護等を受けられるようにするための支援の在り方について、成年後見人等の事務の範囲を含め検討を加え、必要な措置を講ずること」とされている。わが国では、患者本人に判断能力が残されていないとき、医師がだれから同意をもらえばよいかについて明確に定めた法律は存在せず、これについては法制度の整備が必要であろう。

もっとも、医療行為への同意や施設入所の強制はできないわが国の成年後見制度においても、以上における国家の保護義務をめぐるドイツの議論は参考となろう。「自己決定の尊重」と「本人の保護」の相克という問題は、身上監護だけでなく、財産管理も含めて、成年後見人による事務処理のあらゆる場面において問題となるからである。上記の成年後見制度利用促進法は、その基本理念を定める3条において、「成年被後見人等が、成年被後見人でない者と等しく、基本的人権を享有する個人としてその尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい生活を保障されるべきこと、成年被後見人等の意思決定の支援が適切

に行われるとともに、成年被後見人等の自発的意思が尊重されるべきこと」を要請している。障害者権利条約が「意思決定の代行から意思決定の支援への転換」を要請する中で、ドイツ法が本人の自己決定の尊重を中核に置きつつも、国家の保護義務の重要性を再確認したことは、わが国の成年後見制度の今後を考えるにあたっても一定の示唆を与えるように思われる。