

【資料】

患者の身体拘束の要件に関する ドイツ連邦憲法裁判所判決

神野 礼 斉

I はじめに

ドイツでは、強制入院や身体拘束については、「居所指定」や「収容」をその職務として選任された成年後見人（世話人）に決定権限が付与されており、本人の意思に反する、あるいは本人の意思を欠く状況で実施される入院や身体拘束については、裁判所の許可が必要とされている（ドイツ民法1906条⁽¹⁾）。これは「民事法上の収容」と呼ばれ、もっぱら本人の利益保護のみを目的として許される。

他方、公共の利益保護や第三者の利益保護は「公法上の収容」の課題となる。2018年7月24日、連邦憲法裁判所は、バーデン・ヴュルテンベルク州およびバイエルン州の州法による公法上の収容中に行われた精神疾患の被収容者に対する身体拘束は、基本法2条2項2文、3文（人身の自由への権利）および104条1項、2項（自由剥奪の際の権利保護）に合致していないと判決した⁽²⁾。判決の要旨は、以下の通りである。

①患者の拘束は、人身の自由という基本権の侵害である。

(1) 拙稿「強制入院と身体拘束に対する法的規制——ドイツ法を中心として」法と精神医療31号33頁以下（2016年）参照。

(2) BVerfG, Urteil vom 24.7.2018 - 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16, NJW 2018, S. 2619ff.

②必ずしも短期間とは言えない期間の身体拘束は、7点拘束だけでなく5点拘束であっても、基本法104条2項の自由剥奪が問題となり、この自由剥奪は裁判官による収容命令によっても正当化することはできない。通例、短期間の措置とは、予想される時間がおよそ30分を下回る場合である。

③基本法104条2項4文が要請する法規制の指示とは、さまざまな適用関係の特殊性を正当に評価するために、裁判官による留保を手続法上整備することを立法者に義務付けることである。

④自由剥奪を伴って拘束される本人に対する保護を保障するために、毎日午前6時から午後9時まで裁判官による待機業務が必要である。

もとより、この判決は個別の州法を対象とするものであり、差し当たっては各州に対して効力を有するものであるが、ここで示された準則は、連邦レベルでの立法にも影響を及ぼしている。2019年6月9日の「自由剥奪の拘束において本人の権利を強化するための法律」⁽³⁾によって、行刑法（正式名称は、「自由刑及び自由を剥奪する矯正・保安処分の執行に関する法律」）などが改正された。そして、この判決は、世話法（成年後見法）にも一定の影響を及ぼしうるとされている。具体的には、少なくとも5点拘束などの身体拘束では30分を超える措置は「長期にわたって」（民法1904条4項）の要件に該当しうることのほか、拘束は医師によって命じられるとともに医師によって監督されること、それは文書で記録されること、拘束中は看護スタッフあるいは介護スタッフによって1対1でケアされることなどが世話法上の措置においても要求されると解されている⁽⁴⁾。以下において、この判決の概要を紹介する。

(3) BGBl. I 2019 S. 840 ff.

(4) Rolf Marschner, Bereuungsrecht: Kommentar (hrsg. v. Andreas Jürgens), 6. Aufl., München 2019, § 1906 Rn. 29, 38.

II 事実と判決

1 事実

①事件: 本人 X1 は閉鎖的精神科病棟に収容されていた。X1 は「バーデン・ヴェルテンベルク州精神病者の援助及び保護措置に関する法律(以下、「BWPsychKHG」という)」25条に基づいて裁判官の決定を受けることなく数日間にわたって拘束されていた。X1 は統合失調感情障害に罹患している。2015年1月23日、ルードヴィヒスブルク区裁判所は、BWPsychKHG 1条、15条1項に従って、2015年3月6日までの精神科病院への収容を命じた。その理由は、X1 はその疾患のために他者の生命、健康および法益を著しく危険にさらすことであった。同日、医師の指示によって、X1 に対して5点拘束(四肢と腹をベルトでベッドに固定)がなされた。

2015年1月29日、X1 は、医師によって命じられた身体拘束は違法であるとして、ルードヴィヒスブルク区裁判所に対して裁判所の決定(家事事件及び非訟事件の手續に関する法律(以下、「FamFG」という)327条)を申し立てた。同区裁判所は、2015年2月4日決定によってこの申立てを棄却した。

②事件: 本人 X2 は、2009年6月24日の夕刻、血中アルコール濃度が0.268%あり、自殺のおそれがあるとして、警察によって大学病院に送られた。本人は、急性の適応障害を伴うアルコール中毒と診断された。2009年6月25日の0時過ぎから8時15分まで、X2 に対して7点拘束(四肢、腹、胸、額がベルトでベッドに固定)がなされた。同日の12時と13時の間、X2 は解放された。X2 は、ベルリン第一地方裁判所に対して、擦過傷、圧挫傷、内出血を理由に、慰謝料を請求する公務責任の訴えを提起した。ミュンヘン第一地方裁判所はこの訴えを棄却、ミュンヘン上級地方裁判所も控訴を棄却した。

上記①、②事件について憲法異議の訴えがなされた。その趣旨は、公法上の収容における身体拘束の命令に関する憲法上の要請に関するものである。すなわち、ここで問われたのは、(本人の運動能力を奪うために、仰向けに寝

ている本人をベルトでベッドに縛り付ける）身体拘束は、裁判官の留保が課されるべき自由剥奪に該当するかどうかであった。

2 判決

上記の憲法異議の訴えは、基本的には成功を収めた。連邦憲法裁判所は以下のことを命じた。

バーデン・ヴュルテンベルク州では、BWPsychKHG25 条による公法上の収容における身体拘束は、2019 年 6 月 30 日まで許される。

バイエルン州では、公法上の収容における身体拘束は、現在における自身の著しい危殆化または他者の重要な法益の著しい危殆化を回避するために必要な限りにおいて、2019 年 6 月 30 日まで許される。

また、上記二つの州においては、5 点拘束および 7 点拘束は、基本法 104 条 2 項 1 文に基づく裁判官の留保に服する。ただし、30 分を下回ることが予想される短期間の措置についてはこの限りではない。身体拘束の終了後、本人は事後的にそれについて裁判所の審査を受けることができることについて指摘されなければならない。

バーデン・ヴュルテンベルク州およびバイエルン州の立法者は、2019 年 6 月 30 日までに、憲法に適合する法状況を創設しなければならない。

III 理由⁽⁵⁾

異議が申し立てられた決定は、基本法 2 条 2 項 2 文、3 文、104 条 1 項、2 項に基づく基本権に関して、X1、X2 を侵害している。①事件の手続においては、PsychKHG 25 条が、身体拘束に関して事後的に裁判所の審査が受け

(5) なお、理由中の重要と思われるキーワードについては、FamRZ 2018, S. 1442ff. を参考に、ゴシック体にした。

られる可能性を本人に指摘する義務を定めていない点において基本法104条1項1文に反する。②事件の手續においては、基本法104条1項によって必要とされるところの身体拘束ならびにそれと同等の措置についての法律上の基礎が全体として欠けている。加えて、両手續において問題となっている身体拘束は、基本法104条2項の自由剥奪に当たるところ、それぞれの州法はそれについて裁判官による留保を規定していない。

1 人身の自由の侵害としての身体拘束

患者の身体拘束は、人身の自由という基本権の侵害である。短期間とは言えない7点拘束や5点拘束については、基本法104条2項における自由剥奪が問題となる。このことは、本人が収容中であり、自由がすでに奪われている場合でも同様である。

(1) 基本法2条2項2文は、人身の自由は「不可侵である」とする。このような憲法上の基本決定は、自由権が重大な事由に基づいてのみ侵害されることが許される、とりわけ高次の法益であることを表している。現行の一般法秩序の範囲において認められている、現実の身体的移動の自由は、国家による侵害から保護され、したがって、拘禁、逮捕その他の直接的強制から保護される。

人身の自由の侵害が存在するかどうかは、本人の事実上の自然の意思にかかっている。本人が弁識能力を欠いていたとしても、基本法2条2項の保護はなくなる。すなわち、この保護は、精神病患者に対しても、制限行為能力者に対しても、保障される。むしろ精神病患者こそが、自由制限について、その必要性を理解できないまま、しばしばこれをとりわけ脅迫的なものと感じているのである。

(2) 基本法2条2項2文の保護範囲は、自由を制限する措置(基本法104条1項)と自由を剥奪する措置(同2項)を含む。連邦憲法裁判所は、侵害の強度によってそれぞれを限界付けている。

自由の制限が存在するのは、ある者が公権力によってその意思に反して（事実上および法律上）自由に立ち入ることのできる場所を訪問しまたはその場所に滞在することを妨害される場合である。自由制限のもっとも深刻な形態である自由剥奪が存在するのは、（事実上および法律上認められた）移動の自由がいかなる点においても奪われている場合である。自由剥奪は、侵害の強度が格別であり、短期とは言えない期間の措置を前提としている。

いずれにせよ、本人のすべての手足をベルトでベッドに固定する5点拘束ならびに7点拘束は、（短期間の措置でない限りは）基本法104条2項の自由剥奪に該当する。通常、短期間の措置と言えるのは、その措置がおおよそ30分を下回ると予想される場合である。5点拘束または7点拘束による完全な移動の自由の剥奪は、閉鎖された精神科病棟への収容においてなお本人に残されていた病棟内（または、少なくとも病室内）での移動の自由をも奪うことになる。このような拘束の方法は、本人についてその運動能力を奪う形で病院のベッドに完全に固定することを目的とするものである。

(3) 短期間とは言えないすべての手足の拘束は、その侵害の強度の重大性に鑑みて、たとえすでに自由の剥奪がなされている場合であっても、独自の自由剥奪として評価されなければならない。重ねて基本法104条2項1文の裁判官の留保の下に置かれなければならない。たしかに、収容の執行の範囲においては、裁判官によって命じられる自由剥奪は、原則上、場合によっては生じうる懲戒処分（懲戒拘禁など）や特別の保安措置（保安拘禁など）なども考慮している。ただ、これらの措置は、いったん課された自由剥奪の種類や方法を（重くする方向で）単に変更するものである。

すなわち、5点拘束や7点拘束は、これら措置と比べると、その侵害の性質において、裁判官による収容命令によってはもはやカバーされないものであり、独自の自由剥奪に分類されるものである。身体拘束という方法がとられる場合、本人の移動の自由は完全に奪われてしまい、それによって、すでになされてる閉鎖施設への収容の範囲（すなわち、行動半径が収容施設の部

屋に限定されること)を超えて、本人の自由がさらに制限されることになるのである。

加えて、5点拘束および7点拘束が**侵害の強度**において**重大**であることは、このような移動の自由の意図的な侵害が、本人にとっては自身の身に起こっていることについてなすすべもなく身をゆだねなければならないと感じることです。ますます脅迫的なものとなることから明らかである。さらに、収容におけるこのような侵害は、自分の意思がその精神状態のために無視されると特に強く感じている患者に対してなされることが多いのである。また、本人は、自然の欲求を満足させることについては、看護スタッフによる適時の援助に完全に依存しているので、他の強制措置と比べると、看護スタッフによる身体拘束は、本人にとって、通常、重大な負担として感じられうる。また、適切な身体拘束が実施される場合でも、本人が長期間にわたって動けないことで、静脈血栓症、肺動脈塞栓症などの**健康損害**を被ることもあるのである。

2 身体拘束の許容性

身体拘束のような重大な基本権侵害についても、立法者は原理上は許容することができる。ただし、自由に関する基本権ならびに相当性の原則から、そのような侵害を正当化するための厳格な要件が必要となる。すなわち、法律上の授權根拠(基本法104条1項)が十分に定められなければならない、実体法上の要件、手続法上の要件が被収容者の基本権保護のために定められなければならない。これらの要件は、関連する国際法上の諸規定、とりわけ欧州人権条約とも軌を一にするものである。

(1) 人身の自由はより高次の法益であるので、特段の事由に基づいてのみその侵害が許される。それゆえ、自由の制限は、常に相当性の原則についての厳格な審査を受けなければならない。このことは、**予防的な侵害**においてはとりわけ重視される。予防的侵害は、責任の精算(としての科刑)とは異

なるからである。一般にこれが許されるのは、他者または公共の保護のために必要である場合である。

もっとも、人身の自由の制限は、本人自身の保護のためにも正当化される。生命および身体の完全性という基本権は、国家による法益侵害に対する主観的防御権だけを与えるものではない。同時に、これらの基本権は、国家の保護義務を根拠づけるところの、憲法上の客観的価値決定でもある。すなわち、国家は個人の生命が保護され、援助されるように対応する義務がある。また、身体の完全性や健康に対する侵害からの保護も、基本法2条2項1文に含まれる。そして、このような保護のために構想を立て、これを規範化して実行に移すのは、立法者の担当である。立法者は、法益保護のための措置を講じるという根本的な義務を負うもの、具体的にどのように判断し、評価し、構成するかについての裁量は認められる。それゆえ、精神病患者がその病状ならびにそのための弁識能力の欠如のために病気の重大性や治療の必要性について判断することができず、または、その認識はあるものの病気のために治療について決断することができない場合、精神病患者を強制的に閉鎖施設に収容し、拘束する権限も、それらの措置が患者の差し迫った重大な健康上の損害を回避するためにどうしても必要であることが明らかであるときは、国家共同体の保護に含まれる。

この基準に従うと、被収容者の身体拘束は、本人または他者（看護スタッフ、医師など）への差し迫った重大な健康上の損害を回避するために正当化されることになる。

(2) 基本法104条1項1文によれば、基本法2条2項2文において保障される人身の自由は、正規の立法手続を踏んだ法律によってのみ、かつ、その法律に記載された方式を順守してのみ、制限することができる。基本法104条が定めるところの形式の保障は、基本法2条2項2文が定めるところの実体法による自由の保障と密接不可分の関係にある。

法律の明確性は、一般に法治国家の原理（基本法20条3項）からの要請で

あるが、立法者は、規範の目的を考慮して問題となる生活状況の特徴に合うように規定を明確に定めることを義務付けられる。これによって、本人は現在の法状況を認識し、かつ、それに従って行動することができる。また、規範の明確性の要請は、行政機関を拘束し、その行為を内容、目的、範囲に従って限定するとともに、裁判所が法的基準に従って行政機関を監督することを可能にする。そのためには、十分に明確な基準が準備されている必要がある。市民の自由の限界に関する判断は、行政または私人による裁量において一方的に行われてはならない。その際の明確性の程度は、規範が正当化すべき基本権侵害が強力であればあるほど、より厳格なものとなる。さらなる詳細な要件、とりわけ、基本法から導き出される条件を通常法律に明確かつ具体的にどの程度まで定める必要があるかについては、その法規の適用者や該当者の範囲が重要となる。

ある規定について解釈が必要であるからといって、ただちに明確性が欠けることにはならない。明確性の要請は、価値を埋める必要のある概念を利用することを一般条項に至るまで排除してはいない。立法者は、生活形態の多様性に対応できなければならない。その際に要求される規定の明確性の程度は、抽象的に定まるものではなく、法規制に至った事情を含めたそのときどきの事態の特殊性によって定まる。漠然とした法概念を用いることに対する疑念は、通常解釈方法によって、とりわけ、類似の法律を引き合いに出し、あるいは、規定の文脈を考慮し、固まった判例に基づいて、解釈・適用のための信頼できる基礎が獲得されることによって解消される。加えて、判例は、適用範囲の未明確な部分について、解釈によって明確化し、具体化することによって、これを取り除く義務を負っているのである。

基本法104条1項は、法治国家の原理から生ずる明確性の要請を具体的に述べるものであり、かつ、基本法2条2項3文が定める法律の留保を強化するものである。この規定は、とりわけ、自由剥奪が許される場合について十分明確に定めることを立法者に義務付けている。自由剥奪については、予測

でき、評価でき、制御できる方法で規制されなければならない。その際に考慮されるべきは、予防的自由剥奪は、自由刑と同程度において、基本法2条2項2文の基本権に対する強力な侵害であることである。その意味では、基本法104条1項は、基本法103条2項（遡及的処罰の禁止）の規定の要請も内容として含んでいる。

(3) 相当性の原則からは、授權の基礎を整備するための実体的な要件が明らかとなる。身体拘束は、より緩やかな手段を用いることができない場合における最後の手段とみなされなければならない。ただし、本人を隔離することは、5点拘束または7点拘束の強度に等しいので、より緩やかな手段と考えることはできない。監視が不十分であれば、隔離の実施中にも本人に対する著しい健康上の損害が生じうる。

(4) 基本権の保障からは、相当性の原則とともに、官庁および裁判所による**手続の要請**も生ずる。この点に関しては、連邦憲法裁判所が強制治療の命令について発展させた要件が、身体拘束の命令にも大部分において適用することができる⁽⁶⁾。

身体拘束を受けるべく閉鎖施設に収容される患者については、とりわけその自由権の手続上の保障が必要である。施設が閉鎖されているために部外者の援助や付添いが制限されることになると、本人は特殊な依存関係に置かれることになるので、本人は特別に保護される必要がある。特に、施設や従業員の事情によって、しかるべきスタッフの配置がなされず、あるいは、運営がルーティン化され、患者の基本権が十分に評価されないことから患者は保護されなければならない。

相当性の原則を維持するために必要なのは、閉鎖された精神病棟での被収容者の身体拘束について**医師が指示**をし、監督することである。このことは、

(6) 拙稿「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」九州国際大学法学論集23巻1=2=3号181頁(2017年)参照。

国際法上の指示、国際的な人権基準、精神科医の専門家基準にも合致する。

措置の実施中、少なくとも収容中の5点拘束または7点拘束に際しては、侵害の重大性およびそれによる健康の危険性を理由に、原則上、治療スタッフまたは看護のスタッフによる1対1のケアが保障されなければならない。病気のために自己または他者を危険にさらすことを回避するための特別な保安措置としての身体拘束は、収容中に行われる医師による病気治療とも密接に関連する。そこで、身体拘束の必要性は、精神科医による治療(対話や投薬による治療の成功の見込み)も考慮して判断されなければならない、そのつど短い間隔で再評価されなければならない。

有効な法的保護を保障するためにすべきこととして、基本法2条2項2文、3文、104条1項1文から明らかとなるのは、被収容者の自然の意思に反する身体拘束の命令、その理由、態様、期間、監視方法を文書で記録することである。この記録は、一方において、本人が場合によっては事後的に(たとえば損害賠償請求に関して)求める法的保護に役立つ。他方で、侵害の相当性を確保することにも役立つ。詳細に説明された記録があることで、担当者がしばしば交替する病院実務においても、専門的にみて妥当かつ相当な行為が保障される。このことは、措置が長期間に及んでいる場合に特に重要となる。措置が長期間に及んでいる場合、時の経過による措置の影響を観察し、その観察の結果から必要な評価を行うことを条件としてのみ、相当性の原則が守られるからである。

加えて、実施された身体拘束の許容性を裁判所に審査してもらう可能性があることを措置の終了後に本人に指摘することも、自由の基本権(基本法2条2項2文、3文、104条1項1文)から生ずる義務である。これによって、措置の終了後も裁判所の審査を求めることができることを本人が自覚することができる。

(5) 上記の諸要件は、基本権の内容および射程を特定するための解釈の助けとなる欧州人権条約とも一致する。同様に、国連障害者権利条約とも矛盾

するものではない。

欧州人権裁判所は、精神病患者の身体拘束については、欧州人権条約3条に従って判断する。これによれば、（たとえ本人の行動がどのようなものであったとしても）拷問および非人道的または尊厳を傷つける取扱いは絶対に禁止されている。

この規定の保護範囲には、その重大性において最小限のものも含まれる。その意味では、個別の事案の状況、とりわけ、期間、肉体や精神への影響、性別、年齢、本人の健康状態が考慮されなければならない。本人に対して、侮辱または尊厳を傷つける方法で、不安、苦痛、劣等の感情をもたらす取扱いは、それが適法な処罰に通常伴う程度を超えているとき、屈辱的な取扱いである。その際には、屈辱を与える意図も考慮されなければならない。

欧州人権裁判所の判例によれば、人間の尊厳が侵害されるのは、自由を剥奪されている者が、その行動を原因としては用いられる必要のない身体的暴力にさらされている場合である。すでに述べてきた自由剥奪の文脈からは、主権者には被收容者の身体拘束の正当性を証明することが義務付けられている。それゆえ、本人が攻撃的な行動をとる場合に本人に拘束ベルトを身に付けさせることについては、本人の健康が定期的に監視されており、身体拘束が必要不可欠であり、その期間も相当であることが前提となる。このことは、基本法2条2項2文から導き出される条件を超えるものではない。

国連障害者権利条約の規定も、このような結論を疑問視することはできない。一方では、条約は連邦法と同じ地位にある。他方では、条約は、短期間とは言えない身体拘束の許容性と實際上矛盾するものではない。精神病患者は、中毒症の患者と同様、障害者権利条約1条2項が定める障害者に該当するので、当該強制措置は、条約の適用範囲に含まれる。ただし、連邦憲法裁判所は、障害者の自律の保護と強化に関する条約の規定（とりわけ、障害者権利条約の12条）が、本人の自然の意思に反して行われ、かつ、病気のために自己決定能力が制限されていることを原因とする措置を原則的に禁止する

ことはできないとしている。もっとも、締約国は、利益対立、濫用、軽蔑に対して適切な保護措置を講じ、また相当性が確保されることが義務付けられている。これらの保護措置は、障害者権利条約12条4項2文によれば、「可能な限り短い期間であり、権限のある、独立の、かつ、公平な官庁または裁判所による定期的な審査の対象となる」措置である。さらに、障害者権利条約15条2項によれば、締約国は、障害者が拷問または残虐な、非人道的な、尊厳を傷つける取扱いまたは刑罰を受けることを同権を根拠として阻止するために、あらゆる効果的な立法上、行政上、司法上の措置をとらなければならない。

障害者権利委員会は、ドイツの最初の報告書に対する最終所見において、拷問とみなされるあらゆる処置を廃止するための調査を行うこと、すなわち、施設において障害者に対して身体的および科学的な自由制限措置を用いることを禁じることを勧告している。この勧告については、委員会は、拷問およびその他の残虐な、非人道的な、尊厳を傷つける取扱いまたは刑罰に関する国連特別報告書（ファン・メンデスによるもの）の解釈に依拠している。それによれば、精神障害者に対するあらゆる（短期間のものも含めた）身体拘束は、拷問および虐待とみなされうる。もっとも、障害者権利条約34条以下によれば、委員会は、条約の文言について拘束力のある解釈をすることは委任されていない。協定事項および締約国の実務を超えて、国際的合意の内容をさらに発展させる権限は委員会には与えられていないのである。たしかに委員会の意見表明は重要な影響力をもつものではあるが、国際裁判所に対しても、国内裁判所に対しても、拘束力をもつものではない。

精神病を原因として本人または第三者の生命および身体の完全性に対して危険が生ずることを考慮すれば、あらゆる身体拘束を拷問または尊厳を傷つける非人道的取扱いとして一律に性格付けすることは、やや行き過ぎであるように思われる。委員会は、薬による鎮静や隔離などその他の保護措置も同様に拒否しており、委員会は、もはや対話をすることができず、自身または

他者に対する危険が差し迫っている患者に対して、条約に従えばどう対応すればよいのかの問いに答えてくれていない（これは、医師による強制治療に関する議論と同様である）。いずれにせよ、被収容者の身体拘束について解釈上要求される厳格な要件は（十分に特定された法的基礎、手続上の保護、相当性の要件の厳格な尊重）、ドイツが障害者権利条約12条4項、15条による義務を順守していることを保障するものである。

3 裁判官による決定の留保

(1) 基本法104条2項は、自由剥奪について（正規の立法手続きを踏んだ）法律の留保を定めるところ、基本法2条2項3文の自由の不可侵への基本権はこの留保に従わなければならない。さらに、基本法104条2項は、**裁判官の決定による手続法上の留保**も定めており、これは立法者の自由裁量にゆだねられるものではない。

むしろ、基本法104条2項4文からは、立法者は**裁判官による留保**を手続法上整備することを義務付けられているといえる（規制委任）。裁判官の留保による基本権保護の効果は、各分野における手続規制に大いに左右される。さまざまな適用関係の特殊性を正当に評価するために、立法者は、そのつど決定を行うべき自由剥奪に合わせた手続を定めなければならない。さらには、自由剥奪に対して、司法上の手続と結び付くところの法治国家のあらゆる保護が本人に提供されることを保障しなければならない。

たしかに、基本法104条2項は、直接に効力をもち、適用されるべき法である。しかし、これによって、裁判官の留保を創設するという基本法104条2項4文による立法者の義務がなくなるわけではない。とりわけ、単に自由が制限され、あるいは（本件のように）すでにある自由剥奪がさらに強化される場合と、新たに自由が剥奪される場合との限界が明確にされなければならないが、法の規定がないためにその限界付けが私人である主治医に委ねられ、主治医が身体拘束について裁判官の命令が必要かどうかの問いに答えな

ければならないようなケースでは、法的安定性の観点からも、裁判官の留保はとりわけ重要となる。立法者がこの憲法上の委任を引き受けず、その結果、通常法律の中に憲法上必要とされる裁判官の留保に関する規定が置かれないうち、これは違憲状態である。

(2) 裁判官の留保は、基本法2条2項2文に基づく基本権保護をさらに強化するものである。これは、独立かつ中立の機関によって措置を予防的に監督することを目的とする。基本法は、裁判官がその人的および物的な独立性と法に対する厳格な服従によって(基本法97条)、個別の事案においてもっともよく確実に本人の権利を守ることができることを前提としている。すべての国家機関には、基本権を保護するための裁判官の留保が実際にも効果を有するように配慮する義務がある。このことから、国家は、憲法上の義務として、担当裁判官と(少なくとも昼間は)連絡を取ることができることを保障し、その裁判官がその職務を適切に引き受けることを可能にしなければならない。

基本法104条2項1文によれば、自由剥奪の継続の許容性については、裁判官のみが決定できる。「決定」の概念には、裁判官が当該措置についてすべての責任を引き受けることが含まれる。裁判官は自らの責任において審査し、憲法ならびに通常法律から導き出される自由剥奪の要件が厳密に守られていることに配慮しなければならない。裁判官は、中立の監督機関として、基本権侵害が、たとえば期間や強力性に関して評価され、制御されることを可能かつ期待できる範囲で保障することを義務付けられる。このことは、自由剥奪が私人によって命じられる場合にも当てはまる。

(3) 自由剥奪は、原則において、事前の裁判官の命令を必要とする。事後的な裁判官の決定が許されるのは、措置が裁判官の決定に先行しなければ自由剥奪によって追及されるところの憲法上許される目的が達成できない場合に限られる。もっとも、この例外は、5点拘束または7点拘束の命令に関しては、本人によって招来される自身または他者の危殆化を回避するために、

通常、認められる。

(4) 基本法 104 条 2 項 2 文は、そのような場合に、裁判官の許可が遅滞なく得られることを要求している。「遅滞なく」という要件は、裁判官による決定が、客観的な理由によっては弁明することができないような遅延がない状態において後から得られること意味する。回避不可能な場合とは、たとえば、距離が離れているため記録や調書の輸送が困難であるとか、本人の行動が反抗的であることなどによって生じる遅延である。また、裁判官による決定の遅延を正当化する客観的な理由は、本人保護に資するところの**手続法上の準備の必要性**からも生じうる。すなわち、収容手続においては、本人は個人的に審問されなければならない (FamFG319 条)。また、原則において、手続保護人が参加しなければならない (FamFG315 条 2 項)。本人の利益のために、家族やその他の親密な者が手続に参加することもできる (FamFG315 条 4 項)。同様に、関係人も審問されなければならない (FamFG319 条以下)。審問には場合によっては通訳人を招くこともできる。収容中に 5 点拘束または 7 点拘束による身体拘束を行うとき、これらの手続法上の保護は準用されなければならない。それゆえ、夜間に医師によって事前の裁判官の許可なく身体拘束が命じられる場合、事後的に得るべき裁判官の決定は、通常、翌朝（6 時以降）になる。この関係では、本人の保護を保障するためには、裁判官による毎日 6 時から 21 時までの待機業務が必要である。

(5) **裁判官による決定**は、すでに措置の開始時点においてその決定が措置の根拠がなくなった後に下されることが予想されるとき、または、決定が下される前に措置が事実上終了し、その繰り返しが期待されないとき、**不要**である。前者の場合、本人は、基本法 104 条 2 項に基づく手続が順守されることによって、むしろ不利な立場に置かれることになるからである。すなわち、客観的にもはや正当化されない自由剥奪が、事後的に裁判官の許可を得なければならないことで長引くことになる。また、基本法 104 条 2 項 2 文による事後的な裁判官の許可は、自由剥奪の継続もその対象とするものであるが、

すでに終わってしまった自由剥奪についての裁判官ではない者による命令を事後的に審査しても意味はない。

患者に対して短期間ではない5点拘束または7点拘束が行われたときは、その拘束が裁判官の決定が下される前に終了することが明らかでない限り、病院側から裁判官の決定が遅滞なく求められなければならない。病院のスタッフは、裁判官による決定を申し立てた後、患者によって自身または他者が危険にさらされることを回避するためにさらなる拘束が必要かどうかを確認し、もし拘束が終了したときは、決定がいまだ下されていないければ、裁判所に対する申立てを取り下げることができる。104条2項2文が目的とするところの遅滞なく事後的に得るべき（さらに継続する）自由剥奪に対する監督は、客観的な根拠がなくなったために措置の取消しが命じられた後は、裁判官の決定といえども果たすことはできないからである。

基本法104条2項のこのような解釈は、欧州人権条約ならびに欧州人権裁判所の判例とも軌を一にする。条約も自由剥奪については職権による事後的な法的保護を要求していない。たとえば欧州人権条約5条4項は、申立てによって自由剥奪の違法性に関する裁判官の決定を得ることを保障しているにすぎない。

(6) それにもかかわらず、措置の許容性について事後的に裁判所を通して解明する方法は、深刻な基本権侵害がある場合に本人の法的保護を継続するために閉ざされてはならない。実施された身体拘束の許容性が裁判所によって審査されうる可能性があることは、措置の終了後に本人に対して指摘されなければならない。

4 本件への当てはめ

これらの基準に従えば、憲法異議の訴えには理由がある。BWPpsychKHG 25条に基づく区裁判所の決定は、基本法2条2項2文、3文、104条1項1文、2項に基づく基本権に関して本人 X1 を侵害している。同様に、バイエルン

州収容法 12 条 1 項, 19 条に基づくミュンヘン上級地方裁判所決定は, 基本法 2 条 2 項 2 文, 3 文, 104 条 1 項 1 文, 2 項に基づく基本権に関して本人 X2 を侵害している。

IV 若干のコメント

ドイツでは、身体への強制を伴う措置については、本人の福祉のために必要である場合に、十分な法律規定に基づいてのみ、最後の手段（Ultima Ratio）として認められている。

わが国においても、精神保健福祉法 36 条は、「精神科病院の管理者は、入院中の者につき、その医療又は保護に欠くことのできない限度において、その行動について必要な制限を行うことができる」と定める。この行動制限の態様には、通信・面会の制限、患者の隔離、身体拘束などがある。また、介護施設でも、介護保険導入の際、身体拘束は原則禁止されている。厚生労働省の「身体拘束ゼロへの手引き」によれば、身体拘束が許されるのは、①切迫性、②非代替性、③一時性のすべての要件が満たされる場合に限るとされている。ちなみに、精神科病院を除いた一般病院については身体拘束について特に定めた法律はない。

わが国では、意思能力を欠く患者のために身体に対する強制を伴う措置が必要となった場合、精神保健福祉法などにいくつかの規定はあるものの、いずれの措置についても裁判所の関与は予定されていない。欧米諸国では強制入院や身体拘束など本人の自由を剥奪する措置については裁判所の関与が前提とされている。わが国の法状況は、患者本人の権利を著しく侵害する可能性があるように思われる。患者の権利保障のための適切な法的対応が検討されなければならないであろう。