

# 医療ネグレクト

——同意能力のない未成年者に対する医療行為への  
同意権の根拠についての一考察——

永 水 裕 子

## 目 次

- 一． は じ め に
- 二． 審判例の紹介
- 三． 親の同意拒否が医療ネグレクトに該当する場合
  - 1． 審判例の分析
  - 2． アメリカにおける医療ネグレクト事案の分析
- 四． 同意権の根拠について
  - 1． 問題の所在
  - 2． 学 説
    - (一) 法定代理権説
    - (二) 身上監護権説
    - (三) 新身上監護権説
    - (四) 小 括
  - 3． 同意権の行使について
  - 4． 最善の利益基準か代行判断基準か
- 五． 結びにかえて
  - 1． 2011年の民法の一部改正
  - 2． 家事事件手続法と適正手続
  - 3． 改正児童福祉法と改正民法との整合性

キーワード：医療ネグレクト， 身上監護権， 共同監護，  
親権停止審判， 医療同意

## 一. は じ め に

医療ネグレクトとは、児童虐待の一類型であるネグレクト（条文上は、児童虐待の防止等に関する法律第2条3号の「その他の保護者としての監護を著しく怠ること」に該当する。）が治療の場面において表れたものであると考えられており、一般的な説明としては、「保護者が児童に必要な医療を受けさせることを怠る」<sup>(1)</sup>や「未成年者が手術や治療を必要としている場合、医療機関がその未成年者に対し医療行為を行うには、通常、親権者の同意が必要とされるが、親権者が正当な理由もなくその同意を拒否して放置することにより、未成年者の生命・身体が危険にさらされるような事案」<sup>(2)</sup>をいうとするものがある<sup>(3)</sup>。

このように、説明に微妙なずれが生じているのは、医療ネグレクトについて考えるにあたり、何を想定しているかが異なることによるものであろう。医療ネグレクトには、広義のものと狭義のものがあり、広義においては、一般的なネグレクトの延長として、子どもに必要な医療をも受けさせない場合が含まれる。狭義においては、その他の点では全くネグレクトのない親が、子どもに必要なであるとされる医療についてのみ同意を拒否することである。そして、狭義の医療ネグレクトの場合には、通常は愛情深く、その他の点で義務を怠っていない親が、宗教上、信念上の理由、医療不信等の理由で、子に対する医療への同意を拒否するという特徴があり、一般的なネグレクトというよりは、むしろどのような治療を行うかについての意見の相違であると考えられることから、一般的なネグレクトとは異なった考慮をすべきであるという指摘がなされている<sup>(4)</sup>。この点につき、医療ネグレクトについても、広義の定義を採用することにより子の救済をしていくことが望ましいとする見解もあるが<sup>(5)</sup>、狭義の医療ネグレクトにおける上記のような特殊性、および狭義の医療ネグレクトに該当しない場合でも、一般的なネグレクトに該当するとして対応が可能であることから、本稿では、狭義の医療ネグレクトには特殊な配慮が必要であるという見解を維持

するものとする。そして、このように配慮の必要性があるということが、後述のように、親権の一部停止制度創設の必要性や、裁判所による医療命令という制度が創設できないかという議論へとつながっていく。

本稿においては、狭義の医療ネグレクトに該当するわが国の公表審判例の分析を行うことにより、未成年者の医療への同意拒否が親権の濫用に該当し許されないのはどのような場合かを探っていくとともに、その前提問題である、同意能力のない未成年者の医療への同意権の根拠について考察を行う<sup>(6)</sup>。

## 二. 審判例の紹介

狭義の医療ネグレクトが問題とされた事案としては、名古屋家裁平成18年7月25日審判家裁月報59巻4号127頁（以下、名古屋ケースとする。）、大阪家裁岸和田支部平成17年2月15日審判家裁月報59巻4号135頁（以下、岸和田ケースとする。岸和田ケースは、名古屋家審の末尾に類似事案として掲載されている<sup>(7)</sup>。）、および津家裁平成20年1月25日審判家裁月報62巻8号83頁（以下、津ケースとする。）、が公表されており<sup>(8)</sup>、未公開の審判例も含めた6件の事案を紹介したものとして、吉田彩判事による「医療ネグレクト事案における親権者の職務執行停止・職務代行者選任の保全処分に関する裁判例の分析<sup>(9)</sup>」が公開されている。本稿では、公表された審判例を分析の対象とするが、名古屋ケースと岸和田ケースにおいては、親権者が宗教上の理由で新生児の治療への同意を拒否している事案であるのに対し、津ケースは、親権者が手術・治療の結果として生じる「障害」を理由として治療に対する同意を拒否していることが裁判所の認定事実として明示されている点に特徴があり、今後、医療ネグレクトの事案において生命倫理が絡んでくるような難問に裁判所が直面しなければならないであろうことを予感させる点で興味深い（ただし、津ケースの裁判所は、名古屋ケースと同様に、親権者の治療への同意拒否に「合理的理由」があるか否かという表現を使用しており、宗教上の理由により同意拒否をした先例との違い

を意識しているか否か明らかなではない。)。それでは、まず審判例の紹介を行い、次に審判例においてどのような場合に医療ネグレクトの認定がなされているのかを分析する。

【第一例】大阪家裁岸和田支部平成17年2月15日審判家裁月報59巻4号135頁

＜事実の概要＞

2005（平成17）年にX病院で生まれた未成年者C（生後間もない乳児）は、〇〇症および〇〇と診断された。〇〇症に関しては、一般的に、脳の発達のためには、できるだけ速やかに手術を行うことが望ましいとされている。Cの場合、〇〇症状や〇〇症状が発現しつつあり、これ以上放置すると、重篤な後遺障害や生命の危険が発生することも予想されるため、できるだけ早期に手術をすることが望ましいと考えられたが、Cの両親A・Bは、信仰上の理由から手術に同意せず、Cの退院を求めてきた。そこで、X病院からの通告を受けた△△子ども家庭センター（児童相談所）の所長である本件申立人は、Cを一時保護し、X病院にその保護を委託する措置をとった。さらに、申立人は、A・Bの対応が親権の濫用であるとして、親権喪失宣告の申立てをした（なお、A・Bは、Cが手術を受けることとなった場合でも、同児を養育していく意思を有していた）。そのうえで、本案である親権喪失宣告の審判が効力を生ずるまでの間、Cが生命の危険に瀕しており、これを放置すれば生命の危険ないし重篤な障害をもたらすおそれが非常に高いうえ、できるだけ早く手術した方がより高い確率で生命の危険や重篤な障害を回避できることから、本件保全処分の必要性および緊急性があるとして、A・BのCに対する親権者としての職務執行を停止し、〇〇症および〇〇の専門家である医師Dを職務代行者に選任することを求めた。

＜裁判要旨＞ 認容

「前記認定のとおり、未成年者については、現在の医療水準からみて、その〇〇症及び〇〇を放置すれば、重篤な精神発達遅滞又は生命の危険を

もたらす可能性が極めて高いこと、これらを回避するためには手術を中心とする適切な治療行為を加える必要があること、現時点で最も適切と思われる〇〇術および□□術の危険性は高く10数パーセント程度と見られること、ほかに適切な治療方法は見当たらないこと、これら適切な治療を行った場合、生存率は高いこと、さらに正常発達を遂げるか否かは、未成年者の脳の形成いかににかかっており、必ずしも保証はないものの正常発達の確率が比較的高いこと等の事実が認められ、これらを総合し、未成年者について、手術等の治療を行わない場合の生命又は精神発達に及ぼす危険性が極めて高いことと、手術等の治療を行う場合の危険性は比較的小さいこと、術後の生存率及び正常発達率が相当程度高いことを比較考慮すれば、未成年者の生命の安全及び健全な発達を得るためには、可及的早期に適切な手術を行う必要があるといえることができる」。

これに対して、A・Bは、信仰上の理由からCの手術に同意しない。このようなA・Bの同意拒否が、「宗教的信念ないし確信に基づくものであっても、未成年者の健全な発達を妨げ、あるいは生命に危険を生じさせる可能性が極めて高く、未成年者の福祉及び利益の根幹をなす、生命及び健全な発達を害する結果になるものといわざるをえない」。そして、「未成年者の〇〇症が進行性のものであり、本案審判事件の結果を待っていたのでは、その生命の危険ないし重篤な障害を生じさせる危険があり、これらを回避するためには可及的早期に手術を含む適切な治療行為を行う必要があることから、未成年者の福祉及び利益のため」には、本案審判が効力を生じるまでの間、A・Bの親権者としての職務執行を停止することが必要である。「そして、その職務代行者としては、〇〇症に精通する医師であるDが、未成年者の病状、手術への適応、手術の危険性等の諸条件を子細かつ慎重に検討した上で、最も適切な医療措置を選択する能力があるものと認められることから、適任であると考えられる<sup>(10)</sup>」。

【第2例】 名古屋家裁平成18年7月25日審判家裁月報59巻4号127頁  
 <事実の概要>

本件未成年者Cは、2004（平成16）年に出生したが、出生直後にチアノーゼ症状がみられ、エコー検査の結果、先天性心疾患が疑われ、X病院に入院している。X病院の診断によれば、Cは、「(略)を伴う〇〇症」という疾患を有し、肺への血液量が絶対的に少なく、このままであれば、「低酸素症での合併症として、(略)の障害」が予想され、突然死も考えられる状況にある。この疾患に対する治療としては、Cが4歳ないし5歳になるころ、〇〇手術を行う必要があるが、そのためには、「短期間の発達が最も著しく、肺血管の発育が期待できる乳児期に、まず、①〇〇検査及び△△検査をして、(略)を検査し、その後、②□□術を行い、さらに③△△手術を段階的に行う必要がある」。これらの手術等は、〇〇症においては極めて一般的であり、これにより新生児の身体に及ぼす危険性が非常に低く、手術の成功率は、99.9%であるといわれている。しかし、上記①から③の手術を適切な時期に行わなければ、根治手術である〇〇手術を施すことが不可能となることが予測され、そうなれば、常に突然死のリスクがあり、成人まで生存する可能性は高くないと考えられる。そこで、X病院の主治医は、数度にわたり、両親であるA・B（事件本人）に対してCの症状および手術の必要性について説明をしたが、A・Bは、その信仰する宗教上の考えから、Cの手術に同意しなかった。その後、〇〇県〇〇児童・障害者センター（児童相談所）の職員も説得を試みたが、成功しなかった。

〇〇県〇〇児童・障害者センター長（申立人）は、A・Bによる手術同意拒否が親権の濫用であるとして、親権喪失宣告の申立てをした。そのうえで、本件手術が緊急性を要するものであるとして、本案である親権喪失宣告の審判が確定するまでの間、A・BのCに対する親権者としての職務執行を停止し、弁護士Dを職務代行者に選任することを求めた。

<裁判要旨> 認容

「事件本人らは、未成年者の親権者として、適切に未成年者の監護養育に当たるべき権利を有し、義務を負っているところ、未成年者は、現在、

重篤な心臓疾患を患い、早急に手術等の医療措置を数次にわたって施さなければ、近い将来、死亡を免れ得ない状況にあるにもかかわらず、事件本人らは、信仰する宗教上の考えから、手術の同意を求める主治医及び〇〇県〇〇児童・障害者センター職員の再三の説得を拒否しているものであって、このまま事態を放置することは未成年者の生命を危うくすることにほかならず、事件本人らの手術拒否に合理的理由を認めることはできないものである。(改行)してみると、事件本人らの手術の同意拒否は、親権を濫用し、未成年者の福祉を著しく損なっているものというべきである。

したがって、事件本人らの親権者としての職務の執行を停止させ、かつ、未成年者の監護養育を本案審判確定まで図る必要があるから、その停止期間中はDをその職務代行者に選任するのが相当である」。

【第3例】津家裁平成20年1月25日審判家裁月報62巻8号83頁

＜事実の概要＞

事件本人であるAとBは平成18年に婚姻し、平成19年に未成年者Cが長男として出生した。Cは平成20年に、〇〇病院において〇〇と診断され、現在、△△病院において入院中である。△△病院における診断は以下のとおりである。すなわち、未成年者の現在の病状は、緊急に右眼摘出手術、左眼局所療法および全身化学療法を行えば、約90%の確率で治癒が見込まれるものであるが、右眼の視力が失われるのに加え、温存される左眼の視力もほぼ失われる。これに対し、緊急に上記手術・治療をしなければ、腫瘍の眼球外浸潤がおり、数か月以内に死亡することになる。

未成年者の共同親権者であるA・Bは、再三にわたり医師等から未成年者の病状と上記手術・治療の必要性の説明を受けたが、「治療はしたくない。自分は育てられない。」などと述べ、障害を持つ子どもを育てていくことに不安があるとの理由から、上記手術・治療に同意しない。そこで、〇〇児童相談所長は、A・Bに対する親権喪失宣告の申し立てをした上で、上記手術・治療が適時に行われるように、保全処分としてA・Bについて職務の執行を停止し、その停止期間中に職務代行者〇〇〇〇(弁護士)を



選任する審判を求めた。

#### ＜裁判要旨＞ 認容

「事件本人らは、未成年者の親権者として、適切に未成年者の監護養育に当たるべき権利を有し、義務を負っているところ、未成年者は緊急に手術・治療を施さなければ死亡を免れない状況にあるのに、事件本人らは再三の説得にもかかわらず同意をせず、このまま事態を放置することは未成年者の生命を危うくするものであるし、事件本人らの対応に合理的理由を認めることはできない。このような事件本人らの対応は、親権を濫用し、未成年者の福祉を著しく損なっていると解される可能性が高いものであって、事件本人らから同意を得る時間的余裕もない。

したがって、事件本人らの親権者としての職務の執行を停止させ、かつ、未成年者の監護養育を本案審判確定まで図る必要があるから、その停止期間中は、弁護士である〇〇〇〇をその職務執行代行者に選任するのが相当である。」

### 三．親の同意拒否が医療ネグレクトに該当する場合

#### 1．審判例の分析

同意能力のない子どもの場合には、その子の医療について同意する権利および義務を有しているのは、その親であること（親権者か監護権者かについては、同意権の根拠をめぐり後述のとおり見解が分かれている。）、および、子どもの生存に不可欠な医療行為について同意を拒否することは、親権の濫用に該当し許されないという点について、学説上ほぼ争いがな<sup>(11)</sup>い。しかし、後述のように「生存に不可欠かどうか」微妙な場合や医療行為の成功率が著しく低い場合も存在し、どのような場合に親の同意拒否が医療ネグレクトにあたるのかを判断することは至難の業である。何がその子どもにとって「必要な医療」なのかを判断することは難しく、これについては、小児科医の間でも見解が分かれているという<sup>(12)</sup>。この問題について、上記審判例の分析を行うと、おおむね次の場合には「医療ネグレクト」と

認定されていることが分かる。すなわち、①放置しておけば、生命の危険をもたらすこと（ただし、岸和田ケースでは、生命だけでなく、重篤な精神発達遅滞の危険も含まれている<sup>(13)</sup>）、②これを回避するために行われるべき手術等の治療行為の危険性が低いこと<sup>(14)</sup>、③手術等の治療行為の成功率が高いこと、④適切な治療行為を行った場合に治癒の可能性が極めて高いこと<sup>(15)</sup>、⑤両親の治療行為への同意拒否により未成年者の福祉が著しく損なわれること（⑤の前提として、親の監護教育義務が強調されている<sup>(16)</sup>。）である。

この分析を見ると分かる通りこれらの審判例は、後述のアメリカにおける医療ネグレクトを分析した類型の中の「輸血等の救命可能な場合」に該当している。このように、ある医療行為を行えばほぼ間違いなく救命できるが、放置しておけば死をもたらすような事例においては、誰が裁判官であっても、救命することが子どもの最善の利益になると判断するであろう。よって、今後、何が子どもの最善の利益になるのか微妙な事案が出てきた場合には、残念ながら、これらの審判例はそれほど参考にならない<sup>(17)</sup>。

## 2. アメリカにおける医療ネグレクト事案の分析

このように、ある医療が「必要」か否か、あるいは「子どもの最善の利益」に合致するか否かということは、医療ネグレクトに該当するか否かにとって重要なメルクマールであるにもかかわらず、この問題が生命倫理上の難問であることもあり、その内容については明確に示すことができない。ただし、何の基準もなく裁判官を生命倫理上の問題で悩ませるのではなく、ある程度は考慮すべき要素を分析しなくてはならないという問題意識から、筆者は以前、同意能力のない未成年者に対する医療同意に関するアメリカにおける裁判例を素材として要素分析を行ったことがある<sup>(18)</sup>。この分析によると、医療ネグレクトが問題となるケースには、①輸血等の救命可能な場合、②代替療法が主張された場合、③治癒が不確実な場合、④生命にかかわらない場合、⑤重症新生児の治療拒否、⑥祈祷療法免責規定との関係で問題が生ずる場合があり、それぞれ「子どもの最善の利益」が何かについ

て、考慮されるべき要素が異なっていることが分かる。<sup>(19)</sup>本稿では、祈祷療法免責規定のような条文がないわが国では問題とならない⑥を除き、①から⑤について、その概要を紹介する。

まずは、輸血等の救命可能な場合であるが、これは、医療ネグレクトが問題となった公表審判例3件と同様に、治療さえすれば救命がほぼ確実であり、治療をしなければほぼ確実に死に至る、あるいは死に至らないとしても一生精神の障害が残るような場合には、子どもの生命権のみが問題となっているため、子どもの生命を救うために医療ネグレクトの認定を行い治療を受けさせることが、「子どもの最善の利益」に適うとされる。<sup>(20)</sup>

次に、代替療法が主張された場合とは、親が一般的に選択されるような治療法ではなく代替療法を主張した場合のことを指す。例えば、小児がんの治療の際にこのような主張がなされることがある。この場合、親が世間的にみて「おかしな」選択をしているかが問題なのではなく、子どもの福祉という観点から、「許容される治療法」を選択したかが重視されている。そして、その際に決め手となるのが、免許を与えられている医師により勧められた治療法であることと、信頼できる医学的権威から完全に拒絶された治療法ではないということである。親のライフスタイルを尊重しつつも、それが子どもの生命・健康を脅かす場合には、後者を保護するということである。<sup>(21)</sup>

第三に、治癒が不確実な場合には、かなり多くの要素を総合的に判断していることが分かる。すなわち、治療の有効性（治療された場合とされなかった場合、それぞれの子どもの生存可能性）、治療の性質（副作用、治療の危険性、侵襲度）、子どもを親から引き離すことによる子どもへの影響等を総合的に判断するのである。<sup>(22)</sup>

第四に、生命にかかわらない場合には、医療ネグレクトの認定がされないように思われるが、実際には、個別の事例の特殊性により、様々な要素が考慮に入れられるため、事例によって結論は異なる。ただ、健康状態に関係のない矯正手術（例えば、口唇裂等）の場合には、手術等の治療後に本人の協力が必要であることもあり、本人（16歳）の意向を尊重し手術し

ないとされたケースがある一方で、生命にかかわらないけれども健康状態<sup>(23)</sup>が悪化する場合には、医療ネグレクトの認定がされる傾向にある。生命にかかわらない事例においては、手術の危険性（性質）、術後合併症の危険性、手術・処置をそのときに行うことがタイムリーであること、手術がなされなかった場合の症状だけでなく、正常で有益な人生へのチャンス（子どものクオリティー・オブ・ライフ（QOL））、子どもの選好、術後本人の協力が得られるか、が考慮されている<sup>(24)</sup>。

最後に、重症新生児の治療拒否の事案は、生命倫理の問題と密接に絡んでおり、どのように判断してもその判断について思い悩むような難しい場合であるが、アメリカでは、（気管食道瘻を併発する）食道閉鎖症を患うダウン症候群の乳児に対して、その親が、気管食道瘻の矯正手術を行わずに苦痛・不快感を与えないための手当てのみを選択したことが注目を集めたベビー・ドウ事件、および脊髄髄膜瘤、小頭症、水頭症の新生児に対して、親が、脊髄髄膜瘤と水頭症の矯正手術ではなく保存的治療を選択したことが問題とされたベビー・ジェイン・ドウ事件を契機に連邦法が制定され、一定の例外を除き、生命を脅かされている病状の、障害を持つ乳児の医学的に必要とされる治療を差し控えることは医療ネグレクトに該当すると規定され<sup>(26)</sup>、施行規則が作られた<sup>(27)</sup>。ただし、この連邦法及び連邦規則をめぐっては、親が過剰な治療を求めている場合には、医療ネグレクトの認定ができないことから、子どもに医療虐待ともいえるような苦痛を与え、医学的・倫理的観点から見て「子どもの最善の利益」ではないことが明らかであったとしても、これに対応することができないし<sup>(28)</sup>、「子どもの最善の利益」を考慮するにあたって一つの要素となる侵襲性の高い治療が生むであろう苦痛や甚大な負担についてほとんど考慮されていないという批判がある<sup>(29)</sup>。また、より根本的な問題として、このような状況において親には適切な判断ができないので、一律に親の決定権限を制約しようというメッセージをこの法律が有しているのではないかと、そして、そのことは、親は「子どもの最善の利益」に従って行動するという推定に基づき、親には子どもの治療について決定する権利があり、州が反対利益を証明しえた場合

にのみその権利は制約されるというアメリカ法の伝統に反するのではないかという批判もなされている。<sup>(30)</sup> アメリカ小児科学会は、そのポリシー・ステイトメントにおいて、患者のケアを行うにあたって生ずる倫理的問題の討議および解決のための重要なメカニズムとして、まずは施設内倫理委員会（Institutional Ethics Committee）<sup>(31)</sup> を利用することを推奨している。このようなことに鑑みれば、我が国においては、アメリカの連邦法のような価値観を全面的に押し出した法律を制定するのではなく、厚生労働省・成育医療委託研究班が作成した「重篤な疾患を持つ新生児の家族と医療スタッフの話し合いのガイドライン」（以下、「話し合いのガイドライン」とする。）のように、個別の事情を考慮に入れた上で、当該子どもにとって最善の治療方針は何かを探ることを現場における話し合いにより求めていくことが望ましいのではないか。<sup>(32)</sup> 「話し合いのガイドライン」<sup>(33)</sup> については、手続きや心構えはともかく、肝心の「最善の利益」の内容について規定していないという欠陥もあるが、これは、一定の病名の新生児の場合には治療しないというような画一的かつ硬直した基準およびそれに従っていれば大丈夫という関係者の思考停止に対する批判的態度から、あえて規定しないという道を選択した結果である。<sup>(34)</sup> ただし、これを実効的なものとするためには、個別の事例を事例集化し、分析を行っていくこと、および、「子どもの最善の利益」を考える上で必要な情報の一つである「予後」に関する情報を学会レベルでアップデートすること、その他、ケア・療育、社会的資源、福祉制度、教育等に関する正確な情報を集約すること等への取り組みが喫緊の課題であると考えられる。<sup>(35)</sup>

#### 四．同意権の根拠について

##### 1. 問題の所在

前述のとおり、医療行為に対して同意能力のない未成年者が手術や治療を必要としている場合、医療機関がその未成年者に対し医療行為を行うには、原則として、親の同意が必要とされるという点については、学説およ

び裁判例においても一致している。<sup>(36)</sup>親は、未成年者にとって最善の利益となる意思決定をなすことによって当該未成年者の保護を図ることをその職務とする者だからである。<sup>(37)</sup>ただし、その前提として、そもそも親の同意権は、親権に含まれるどのような権利義務に由来するのかについては、明らかではない。<sup>(38)</sup>すなわち、親の同意権の根拠は法定代理人としての地位にあり、親権者が未成年者の代理人として未成年者に代わって同意するのか(「法定代理権説」)、それとも身上監護権にあり、同意権行使は代理行為ではなく、身上監護権を有する者としての独自の権利義務に基づいて行うものであるのか(「身上監護権説」)<sup>(39)</sup>は不明である。<sup>(40)</sup>ただ、法定代理権が当然に財産管理権に含まれると考えるべきではないのではないかという疑問もあり、このような問題設定の仕方ではいけないかもしれないと危惧している。親権と監護権の内容及び両者の関係については不明な点が多いため、問いの立て方自体が適切であるか分らないが、さらに以下のような問いを発すべきだろうか。すなわち、監護教育を行う権利は身上監護権の一内容であるが、子の生命・身体に重大な影響を与えるような医療のように、未成年者について重要な事柄について決定する、アメリカ法でいう法的監護権とでもいうべき権利は身上監護権の中に含まれるのか、<sup>(41)</sup>そうだとした場合、それは監護者指定がなされた場合に(非親権者たる)監護権者のみが有する権利となるのか、それとも、親権者の権利義務の中にも残存し、両者が共同行使するものと考えることができるのか。いずれにせよ、親の同意権の根拠がどこにあるかという問題が表面化する典型的な例として、離婚により親権者とならなかった親が監護者指定を受けた場合が挙げられるため、本稿でも主としてその問題を前提として考察する。もちろん、問題はこれに限られず、事実上の養父母等未成年者を事実上監護している者に同意権限があるのか(事実上の監護から医療同意権が導き出されるのか。)や、改正児童福祉法が、親の意に反しても、一時保護を受けた児童に対する医療への同意を児童相談所長が行いうるとしたこと等について、民法上親権停止制度があるのにもかかわらず、その手続きを経ずに事実上親権停止の効果をもたらすことが望ましいのか等、考察すべき課題が山積してお

り、それらについても言及をしてみたものの、残念ながら、筆者の能力の不足により十分な検討ができたと言うことはできない。

## 2. 学 説

### (一) 法定代理権説—代理構成

まず、「法定代理権説」は、同意能力のない子に代わって親が同意権を行使するとされるが<sup>(43)</sup>、この考え方によると、親による同意は「代理行為」としての法的性質を付与されるものであり、親権者の法定代理権に基づくものであると説明される<sup>(44)</sup>。後述のとおり、同意能力のない子について医療契約を締結するのが法定代理人である親権者であるとするならば、素直に考えれば、その医療について同意するのも法定代理人である親権者であると考えられるため、「法定代理権説」には利点がある。また、後述のとおり、未成年者への医療行為に監護権者が同意しなかった場合に、子に医療を受けさせるための法制度が整っていないことを考えると、医療行為への同意権帰属を法定代理権の所在に一致させる方が簡便であることは否定できない。ただし、どのような根拠で法定代理権を有する者が本人の「自己決定」を代理できるのか（法定代理権には、当然に他者のパーソナルな決定を代わって行う権能まで含まれるといえるのか。）、「自己決定」を代理するという概念に矛盾があるのではないかという疑問にうまく答えることができないという問題がある<sup>(47)</sup>。また、成年後見人に、契約を締結するための法定代理権を与えつつも、医療行為への同意権を与えないという成年後見制度を見ても分かるように<sup>(48)</sup>、法定代理権の有無と医療行為への同意権の有無は、必ずしも連動させる（法定代理権を有する者に同意権を帰属させる）必要はない。医療への同意それ自体は法律行為の意思表示ではないことから、法定代理権の有無にこだわる必要はないだろう<sup>(50)</sup>。

さらに、もう一つ疑問がある。つまり、医療行為への同意権および医療契約締結権の根拠としての法定代理権の由来は財産管理権にあると考えられているが、それで間違いなのだろうか。この点について、財産管理権から法律行為の法定代理権が当然に導かれるという考え方は正確ではなく、



監護に密接に関係する法律行為については監護権者が代理権を有するとし、身上監護権と財産監護権との区別は親権という一つの皿に盛ってある内容を機械的に分類するものであって適切でなく、むしろ機能的に分類し、子の監護教育のために必要とされる機能は何かを考え、それぞれにふさわしい内容を盛ることが必要であると述べる説がある。この考え方によれば、<sup>(51)</sup>「監護権者は、監護している子が病気になったときに、医療契約を結び、医療に関わる同意（手術の同意）をすることもできるとしなければならない。医療契約は法律行為であるから財産管理権者の権限に属するというのは实际的でない。したがって、監護権者も監護に密接な関係をもつ法律行為の代理権を有するのである。」<sup>(52)</sup>仮に、このように考えるならば、監護権者に医療契約についての法定代理権が与えられることになるため（医療への同意権者に法定代理権を与えることになる。）、そもそも法定代理権説か身上監護権説かという分類自体が不必要になりそうであるが、この説の内容は身上監護権説と変わらないことから身上監護権説に分類し、ここでは、以上のような問題提起がなされていることを指摘するに留めることにする。

## （二）身上監護権説—親自身の権利・義務として

これに対して、「身上監護権説」は、未成年者への医療行為は、未成年者の生命・健康に極めて重大な影響を及ぼすことから、民法820条の「監護・教育の権利義務」に基づき、親が子の利益のためになるように自らの監護権および監護義務を果たすと説明する。<sup>(53)</sup>未成年者の生命・健康を保護していくという観点からは、この考え方が導かれやすいが、難点もある。後述のように、監護者指定がなされ、親である非親権者が身上監護権を有する場合にも、親権者には一定程度未成年者を監護教育する権利義務が残っているのではないかと（身の回りの世話をするという監護権はないが、重要事項について決定するという意味での法的監護権は残っているのではないかと。）ということを考えると、親権者の意見を全く無視するという取り扱いはいふまでもないだろう。

「身上監護権説」を採用した場合に、事実上の監護者には未成年者の医



療に対する同意権があると言えるだろうか。民法766条の監護者制度について、通説および実務は、父母間で親権者とは別に監護権者を定めることができるとするだけでなく、父母の一方はもちろん第三者をも監護者として定めることができる制度であると解している<sup>(54)</sup>。父母以外の第三者が監護者指定されている場合に、当該第三者には、子を監護する（世話をする）権限があることから、日常的な医療については、その決定が最終的なものとなるだろうが、重大な医療行為については、どうだろうか。親以外の者が監護者指定を受けた場合の「監護」の内容が、親が監護者指定を受けて監護権者となった場合と異なるものであるのかについては、必ずしも明らかではないが、親ではないことから、親権の一内容とされる身上監護権（未成年者の重要事項について決定する法的監護権）を与えられた存在とはいえず<sup>(55)</sup>、世話をする権限を有するだけの第三者の監護権限に含まれないと考えられるため、親が契約で第三者に委託した場合を除き、親権者の判断に委ねられることになろうか。実際上の問題としても、例えば、「事実上面倒をみている人」に同意権があるということになった場合には、誰が「事実上面倒をみている人」なのかを認定しなければならないし、親権者と「事実上面倒をみている人」との関係をどのように処理すべきか等の難しい問題が出てくることになる。従って、「身上監護権説」を採用する場合には、身上監護権を有するのは親のみであり、第三者の場合には、日常生活の世話をを行うという意味での監護権を有しているが、それ以上の重大な決定については親権者に委ねるべきであるという区別をきちんと行う必要があるだろう<sup>(56)</sup>。なお、児童福祉法上の一時保護を受けた児童等に対する医療同意権の問題については、児童福祉法が改正されたこととの関係で、後述五において検討を加えることにする。

手続的に見ても、「身上監護権説」を貫徹しようとする、制度運用上問題が発生すると言われている<sup>(57)</sup>。離婚後、法定代理人である親権者とは別に監護権者（非親権者）が指定されている場合に、未成年者と共に生活している監護権者が医療行為に同意しないとき、監護権者は親権を有していないため、親権喪失審判や親権停止審判では対応できないのである<sup>(58)</sup>。この

場合には、監護者変更申立（766条2項）によらざるをえないが、改正法である家事事件手続法（平成25年1月1日施行）では別表第二に掲載される審判事件に該当し、調停に付すことができる事件であり調停前置主義がかかってくることから（家事事件手続法257条）、迅速に対応できない可能性があるという指摘がなされている。<sup>(59)</sup>ただし、この手続的問題については、急を要する場合には、調停において迅速に解決することも可能となるだろうから克服可能である。

### （三）新身上監護権説—共同監護の可能性を指摘する説

ただし、監護者制度自体が家制度下における単独親権性の残滓であり<sup>(60)</sup>、多くの問題を含んでいるため、立法論としてこれを廃止し、離婚後も共同親権とすべきであるという主張がなされるだけでなく、<sup>(61)</sup>解釈論としても、監護権者とともに法定代理人である親権者も同意権を有すると解する余地があるという極めて重要な指摘がなされている。<sup>(62)</sup>この指摘は、離婚後に親権者と異なる者に監護者指定がなされた場合、親権者に残されている権限は何かという問題と関係しており、もし、その場合においても親権者に一定の身上監護権（未成年者の重要事項について決定する法的監護権）が残存していると考ええるならば、そのような法的監護権を両親とも有していることになるため、両親に同意権があるということになる。従って、まずは、監護者指定の場合に親権者に残されている権限は何かという問題について検討を加えてから、未成年者の医療に対する同意権の問題についてどのように考えるべきかを考察する。

#### （1）監護者指定の場合に親権者に残されている権限

前述のように、離婚により親権者とならなかった親が監護者指定を受けた場合（法定代理人と監護権者が分離した場合（766条））には、親権者の権限は身上監護権のない財産管理権になるとも考えられるが、<sup>(63)</sup>これに対しては、親権から身上監護権を控除したものが財産管理権であり、また親権から財産管理権を控除したものが身上監護権であるかは極めて疑問であるという指摘がなされている。<sup>(64)</sup>そして、このような場合には離婚後の共同監

護を解釈論として認めうるという見解が有力に主張されている。<sup>(65)</sup>その理由として、非親権者の法的地位について、親権を帰属と行使とに分けて、離婚の際に親権者とならなかった父母の一方は、親権の行使を停止されているだけであって、766条により監護権者とされた父母の一方は監護権については行使を停止されず、親権の一部として監護権を行使するのであると考えれば、共同監護が可能となるという説明をする学説があるが、これに対しては、その問題意識は重要だが、解釈論として無理があるのではないかと<sup>(66)</sup>いう批判がある。その他にも、民法819条1項の離婚後の親権者指定の規定と比較すると、民法766条には、監護者の人数に制約はないこと、および、離婚後に共同監護を行えないとする論理的必然性はなく、實際上困難であることから便宜上どちらかを監護権者と定めたのみであり、父母の協力が得られて父母による共同監護が可能であり、かつそれが子の利益に適う場合には、共同監護を排除するものではないと考えることができるという説もある。<sup>(67)</sup>さらには、親権の義務性という点から、親の事情で離婚することになった場合に、いずれかの親が従来認められてきた権利を喪失するのは不思議ではないが、義務をも免れることには理由がないと指摘し、むしろ、離婚後の父母は双方とも、なお従来通り、子に対する監護教育する義務を負担すべきであるとする説もある。<sup>(68)</sup>ただ、この説の理念はいいのだが、父母の協力が得られず、それが子の利益に適わない場合にまで共同監護を認めるのは無理があり、後述の批判が当てはまることになる。

これらの学説に対しては、教育・宗教・医療に関する事柄について離婚後父母が相談しながら合意できる場合は少なく、これが監護紛争の原因となるという批判もなされているが、<sup>(69)</sup>我が国における具体的な実情についての調査は行われていないため、「婚姻中や別居中、および離婚後に子どもの監護（特に教育や医療上の決定）に、父母はどのように関わっているのか、あるいは関わりたいのか、またこれに対して学校や医療側はどのような対応をとっているのか」については実際のところ不明である。<sup>(70)</sup>仮にそのような批判が一定の場合に当てはまるとしても、子の福祉の観点からは、そのような可能性を理由として共同監護を認めないとするべきではないし、

後述のように、親権者でありながら子の重要事項について決定できないことには疑問があるため、問題があるならば、それに対する対応策を考えるという解決方法を採用すべきであろう<sup>(71)</sup>。

## (2) 未成年者の医療に対する同意権の場合

「身上監護権説」を採用するにしても、医療契約を締結するのは法定代理人である親権者であると考えるならば、医療契約を締結した親権者が、未成年者の医療について同意できないというのはおかしいし、仮に、医療契約について法定代理人が子を代理して締結するという考え方を採らないとしても（あるいは前述のように医療契約締結権は身上監護権を有する監護権者にあるという説を採っても）、「財産に関する行為について子を代理する（民824条）のみならず、一定の身分行為の法定代理権を有する（例、797条）とされる（その意味で子の監護教育についての権利義務を全く失っているとはいえない）親権者たる父母の一方が、子の生命に関わるような重大な決定に参加できないことには疑問が残る」のである<sup>(72)</sup>。このように、父母の協力が得られ、かつそれが子の利益に適うならば、離婚後の共同監護（重要事項について決定するという法的共同監護）を認め、「子の監護教育についての権利義務を全く失っているとはいえない」存在である法定代理人である親権者、すなわち身上監護権が一定程度残存している親権者にも、子の医療について同意権限を持たせ共同の医療同意権があるという考え方を導き出すことができる<sup>(73)</sup>。その場合、法定代理人である親権者と非親権者である監護権者との間で子どもが受けるべき医療について見解が一致しなかったときの対応をどうすればいいのかについても考える必要があるが、これについては後述する。

## (四) 小 括

未成年者への医療行為が、未成年者の生命・身体に及ぼす重大な影響、および法定代理人には、本人のパーソナルな決定を代理する権限はないのではないかということから、親が子の利益になるように自らの監護権および監護義務を果たすとする「身上監護権説」が導かれるが、この学説にも、

離婚後に監護者指定がなされた場合の親権者への配慮に欠けているという短所がある。そのような中で、共同監護の可能性を追求していく新身上監護権説には、両者の意見が異なる場合の対応をどうするかについての問題を解決する必要があるという難点があるものの、「子の最善の利益」を図り、かつ、親権者が子どもについて重要な決定をする権利を確保しておくという点で魅力のある考え方である<sup>(74)</sup>。以下では、この考え方に基づいて、同意権の行使について検討を行う。

なお、本稿で取り上げた審判例も含む裁判例は、未成年者への医療行為について同意権を有するのは、法定代理人あるいは親権者であると表現することが多いが<sup>(75)</sup>、これは、そもそもそれらの裁判例において、親の同意権の根拠自体が争われていないため意識せずに使われているだけであり、現段階において裁判所が法定代理権説を採っているという評価をすることはできない<sup>(76)</sup>。

### 3. 同意権の行使について——共同行使か一方の同意のみで構わないか

親による同意権の行使については、まず、父母により親権が共同行使されている場合に、その双方の同意が必要か、それともその一方の同意で足りるのかという問題がある。これは、前述のように、監護者指定がなされた場合に、親権者にも一定の身上監護権（未成年者の重要事項について決定する法的監護権）が残存していると考えた上で新身上監護権説を採用した場合にも同じように問題となる。すなわち、法定代理人である親権者と非親権者である監護権者との間で子どもが受けるべき医療について見解が一致しなかったときに、一方の同意のみで足りるのか、一致しなかった場合の対応をどうすればいいのかである。

婚姻中は共同親権を行使する（民法818条）ので、原則として双方の同意が必要であるし、離婚後においても新身上監護権説を採るならば双方の同意が必要となるが、日常的な医療については、子の生命・身体・健康の保護を内容とする身上監護が監護権者に任されていることを考えるならば、監護権者のみの同意で行うことができよう<sup>(77)</sup>。日常的ではない子の生命・身

体に関わる重大な事態の場合には、原則に戻って婚姻中は親権者双方、そして離婚後に監護権者と親権者が分属した場合には双方の同意を得る必要がある。ただし、親権の共同行使あるいは離婚後の両親の共同の権限行使ができないがために有効な同意が得られず必要な治療を行うことができないとしたら、子の保護ないし利益に著しく欠けることになり、「子のための親子法」という理念に反することになる<sup>(78)</sup>。そうすると、このような事態の際にも、一定の場合には例外的に一方による同意で足りると考えることができる<sup>(79)</sup>。どのような場合が例外にあたるかを明確にする必要があるが、上述の「子の保護ないし利益」ということと共同親権の原則が父母に平等に親権行使の機会を与えることを理念としていることとのバランスを考えるならば、内容が子の保護ないし利益に合致し、かつ緊急のものである場合に限定されるべきであろう<sup>(80)</sup>。

問題は、このような例外に該当しない場合であり、共同親権を有する両親の意見に相違があった場合にそれを調整する制度がないということである<sup>(81)</sup>。これについては、裁判所が関与する制度を構築すべきであるという学説もある一方で、このような意見の不一致の場合には、家庭裁判所が調停者の立場で関与することはあっても、結局のところは両親の十分な話し合いや医師の臨床判断に任せるしかないのではないかという学説もあり<sup>(83)</sup>、このような考え方の違いは、離婚後に親権者とは別に監護者指定がなされた場合にもあてはまるが、いずれにしても、今後の課題として、抽象的な理念にとどまらず、具体的な処理までを十分に視野に入れた上での検討が必要となってくる<sup>(84)</sup>。基本的には、医療者が両者の話し合いを促すことが望ましいが、それでも折り合いがつかない場合には、病院内倫理委員会に相談するなどして膠着状態を打破することも必要となる<sup>(85)</sup>。

#### 4. 最善の利益基準か代行判断基準か

子どもの医療についての親の同意権の根拠について、どの説を採用しても、同意権を有する者は、未成年者の医療について、「子の最善の利益」(2011年の民法一部改正により、820条には「子の利益のために」という文

言が挿入された。)に適うような決定をしなくてはならないため、子の側からすれば、誰が決定しても実質的にはそれ程の差は生じないと考えられる<sup>(86)</sup>。ただ、医事法学においては、同意能力のない者の医療について本人に代わって同意する場合、すなわち、代諾が行われる場合には、代諾者が本人にとって「客観的」に何をすることが最善の利益になるのかを基準として医療についての決定を行う最善の利益基準と、本人の「主観的」利益、すなわち、本人に同意能力があったならばどのような判断をしたであろうかを重視する代行判断基準があり、本人の主観をどのように医療についての決定に反映させるべきかをめぐって争われている<sup>(87)</sup>。この点について、もともと同意能力のない未成年者については、その意思を推測することが無意味であるから、親権者の同意は最善の利益基準により決定されるものであるという見解があるが<sup>(88)</sup>、そのような者にも選好がある場合があり、これをどの程度考慮するかによって、最善の利益基準に基づく医療についての決定であっても代行判断基準に基づく決定に近くなる場合が出てくることもありうる<sup>(89)</sup>。同意能力のない未成年者の客観的な利益を保護するという観点から、本人の選好は最善の利益を考慮するための一要素とするに留めるべきであると考ええる。

## 五. 結びにかえて——2011年の民法一部改正と手続的問題

### 1. 2011年の民法の一部改正

親権の濫用に対応するためには、今までも親権喪失宣告（民法834条）という制度が民法に規定されていたが、親権喪失宣告が親権の全面的で無期限の剥奪という峻烈な効果を伴っていることから、児童虐待の事案についてもなかなか利用されてこなかった<sup>(90)</sup>。医療ネグレクトについていえば、親権喪失宣告を本案とする審判前の保全処分が便法的に利用されていたことに対して、保全処分の制度趣旨から逸脱し、手続的および実体的な適正を欠いているという批判がなされていた<sup>(91)</sup>。そのため、親権を部分的または一時的に制限する制度導入等による立法的解決を指向する動きが強まって



<sup>(92)</sup> いた。今回の親権関係規定に関する民法の一部改正のうち、医療ネグレクトとの関係でもっとも重要な点は、親権停止審判制度が設けられ、2年を超えない範囲内で親権の停止が可能となったことである。この制度は、親権喪失審判の理由に該当しない程度の親権行使の不適切さ、すなわち、親権の行使が「困難又は不適當であることにより子の利益を害するとき」に家庭裁判所は申立権者の請求により親権停止の審判をすることができるとするものであるが、「子」を申立権者に含めた点にも特徴がある（民法834条の2）。ただし、医療ネグレクト事案解決のための必要最小限の手段として、親権の一部のみを停止すべきであるという提案は今回の改正では実現をみななかった。<sup>(93)</sup> 今回の改正法を受けて、親権停止審判およびその保全処分の制度がどのように運用されていくのかを見守っていききたい。<sup>(94)</sup> なお、職務代行者を経験した弁護士により、職務代行者は完全なボランティアであることや、その職務内容が明確に定められていないこと、家裁の保全処分における医療処置の必要性に関する判断は親権代行者を拘束するのか（親権代行者が医師の説明を受けた結果、手術に疑問を持った場合にも手術に同意する必要があるのか。）、万が一、手術ミスや合併症により良くない結果が発生した場合、親権代行者が手術に同意した法的責任を負うのかという問題点があることが指摘されている。<sup>(95)</sup> そして、これらの問題が未解決であることを考えると、むしろ裁判所が医療命令を出すなど、医療処置について判断する制度が必要であると主張するが、<sup>(96)</sup> 今後は、このような問題点についても真剣に考えていく必要があろう。

## 2. 家事事件手続法と適正手続

今回の改正法で「子」を申立権者としたこととも関連し、適正手続を旨として改正された家事事件手続法において、意思能力のある未成年者について、一定の場合に手続行為能力を認め、必要があると認められる場合には、子どもの手続代理人として、家庭裁判所調査官とは別個に独自の調査を行う代理人としての弁護士の選任ができるようになった。<sup>(97)</sup>（医療ネグレクトの場合は、家事事件手続法168条3号（親権喪失、親権停止または管理



権喪失の審判およびそれを本案とする保全処分の場合) にて家事事件手続法118条が準用されているため、これらの審判及び保全処分について意思能力のある未成年者には手続行為能力が認められ、この者について23条の適用により手続代理人選任が可能となる。)。これに対して、親の適正手続および実体的真実探求をどのように図っていくのか、審判前の保全処分においても、家裁が公益的、後見的機能を発揮すべき場合(未成年者の福祉を害する結果となるとき等)には、家庭裁判所調査官の積極的活用をすべきではないかという問題にもっと取り組む必要がある<sup>(98)</sup>(家事事件手続法106条3項)。この問題を顕著に表しているのは、以下の事案である。家庭裁判所が、一歳男児への輸血を拒んだ両親について、わずか半日で親権喪失宣告を本案とする審判前の保全処分を出したという事案について、「児相と病院、家裁が連携して法的手続きを進め、一刻を争う治療につなげたケースとして注目される」と報道されたが、この男児は、保全処分が出されるに先立ち既に大学病院への転院が決定しており、その救命は、転院後に予定通りなされた無輸血での治療が奏功した結果であるとされる<sup>(99)</sup>。この審判例においては、親権者に対して意見陳述の機会が保障されなかったというだけでなく、家庭裁判所が調査官に対して調査命令を出してさえいれば、大学病院への転院が決定していた事実について知ることができ、親権者の権利を不当に制約する事態を回避できたのではないかということが指摘されている<sup>(102)</sup>。

### 3. 改正児童福祉法と改正民法との整合性

さらに、今回の民法改正とあわせて改正作業が進められた改正児童福祉法において、施設入所措置が取られた児童および一時保護を加えた児童について、施設長等は、児童等の福祉のために、監護、教育及び懲戒に関して、「児童等の生命または身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるときは、親権者等の意に反しても」措置をとることができるとしている(児童福祉法47条5項、33条の2第4項)が、まず、33条の2について、児童相談所長等が児童の緊急治療のために一時保護のみを経て当該児

童への医療行為に同意することができると解釈・運用していいものだろう<sup>(103)</sup>か。改正前の児童福祉法についての議論であるが、一時保護を経ただけで児童相談所長等に児童への医療行為への同意権が与えられるという解釈については、親権者に何らの手続保障を与えずに、児童相談所長等の恣意的判断で親の監護権が不当に制約されることから、一定の司法判断が必要とされるべきことや、一時保護の手続により何故、児童相談所長等に対して子どもの治療に関する同意権限が付与されるのか、その法的根拠が不明であるという問題点が指摘されてきており、これは改正法の解釈においてもあてはまる。また、一時保護のみを経て児童相談所長等に児童の医療行為への同意権が与えられるとするならば、民法の親権停止審判によらなくても親権者等の親権を制限することができることになり、民法との整合性がないため、そのような解釈が可能であってもそう解すべきではないだろう<sup>(104)</sup>。後述の施設入所中の児童についてと同様に、緊急事態において児童の生命・身体を保護する必要がある場合に限定された権限行使のみ認められるべきであろう<sup>(105)</sup>。

次に、施設入所中の児童についてはどうかというと、当該児童らの医療への同意権は、上述のとおり新身上監護権説を採るならば、入所措置がとられている場合には、仮に施設長等に身上監護権があるとしても、親権停止等の処分を受けていない親権者にも身上監護権が残っているのだから、両方で話し合いをして児童の医療について決定する必要がある。事実上監護している者に未成年者の医療行為についての同意権が独占的に与えられているという考え方を採るのであればともかく、そうではないのであるから、親権喪失審判や親権停止審判を受けておらず、一定程度の身上監護権を有している親権者の意見を全く無視することは適切ではない。改正児童福祉法のこれらの規定は、発動中の施設入所措置や一時保護に関し、改正前の児童福祉法と同じく、施設長等には親権がないことを前提に、子を監護するために必要な措置を採りうることを認めたにすぎず、その目的を達成するために必要な範囲において施設長等による日常的な権限行使が親権行使を制約しうる点を確認的に規定したものであり、特に、生命又は身体

の安全を確保する必要がある緊急事態において児童の生命・身体を保護するために限定された権限行使のみ認められると考えるべきである。改正法<sup>(108)</sup>には、親権停止の効果が発生するという明文規定がないが、監護等に関する措置を親権者の「意に反してもとることができる」という文言のみで、親権者の監護権を停止し、監護権を委譲する効果が発生すると考えることは、親権制度との間に齟齬をきたすことにならないだろうか。<sup>(109)</sup>民法改正で親権停止制度を設けたのにもかかわらず、その手続を経ずに親権停止の効果をもたらすならば、親権停止制度を設けた意義がない。<sup>(110)</sup>いずれにせよ、今回の改正児童福祉法のこれらの規定をめぐっては、民法の親権制度との間で不整合を生じており、残念ながら民法と児童福祉法が有機的に結合した監護法の実現はまだ行われていない状況にある。<sup>(111)</sup>今後は、親権と監護権の内容および両者の関係についてより緻密に考究していく必要があるとともに、民法と児童福祉法との整合性を図りつつ、子どもを保護していく制度を整備していかなければならない。<sup>(112)</sup>

本研究は、文部科学省科学研究費補助金（基盤研究（C）, 2010-2012年度, 研究代表者：保条成宏, 連携研究者：永水裕子）による研究成果の一部である。

#### 注

- (1) 厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長「医療ネグレクトにより児童の生命・身体に重大な影響がある場合の対応について」（平成20年3月31日雇児総発第0331004号）。
- (2) 法務省が法制審議会への親権規定見直しの諮問に先立ち設置した研究会の報告書である「児童虐待防止のための親権制度研究会報告書」7頁（2010）（<http://www.moj.go.jp/content/000033295.pdf>）。
- (3) わが国における医療ネグレクトの問題を取り上げた最近の文献として、個別の注に挙げる他、久藤克子「小児医療」甲斐克則編『ブリッジブック医事法』226-235頁（信山社, 2008）、千葉華月・横野恵・永水裕子「親による治療拒否・医療ネグレクト」玉井真理子・永水裕子・横野恵編『子どもの医療と生命倫理——資料で読む（第2版）』165-185頁

- (法政大学出版局, 2012), 宮崎幹朗「親権者の医療ネグレクトと親権濫用」愛媛法学36巻3・4号1-21頁(2010)等がある。
- (4) 永水裕子「子どもの医療に対する親の決定権限とその限界(一)——アメリカのメディカル・ネグレクトを素材として」上智法学論集47巻1号47頁(2003)。
- (5) 甲斐克則「小児医療」甲斐克則編『レクチャー生命倫理と法』(法律文化社, 2010) 224頁。
- (6) なお, 同意能力のある成熟した未成年者と親の同意権との関係については, 永水裕子「未成年者の治療決定権と親の権利との関係——アメリカにおける議論を素材として」桃山法学15号153頁以下(2010) 参照。
- (7) これらの審判例についての評釈として, 神谷遊「未成年者への医療行為と親権者による同意の拒否」判タ1249号58頁(2007), 田中通裕「親権者の職務執行停止・職務代行者選任(手術不同意)」民商法雑誌138巻1号107頁(2008), および澤田省三「親権者の職務執行停止・職務代行者選任申立事件」戸籍826号(2009)がある。
- (8) この審判例の評釈として, 羽生香織「手術に不同意の親権者の職務執行停止・職務代行者選任」民商法雑誌144巻2号133頁(2011)がある。
- (9) 家裁月報60巻7号(2008) 1-42頁。
- (10) なお, 新聞報道によると, 職務代行者の同意に基づき手術が実施されて成功した後, 児童相談所は, 親権喪失宣告の申立てを取り下げたとのことである(朝日新聞2006年10月23日付夕刊)。
- (11) 神谷・前掲注7, 58頁。
- (12) 法律家がこれを紹介したものとして, 畑中綾子「同意能力のない子に対する治療拒否をめぐる対応——医療ネグレクトへの介入」岩田太編『患者の権利と医療の安全——医療と法のあり方を問い直す』52頁(ミネルヴァ書房, 2011)がある。同論文は, 医学雑誌等から集めた医療現場における臨床事例についても紹介しており, 裁判にはなっていないものであるが, 医師が臨床の場面で直面している医療ネグレクトの実態について知ることができる。
- (13) 「放置すれば, 重篤な精神発達遅滞又は生命の危険をもたらす可能性が高いこと」「手術等の治療を行わない場合の生命又は精神発達に及ぼす危険性が極めて高いこと」「進行性」の病気であり, 審判を待ってられないこと(岸和田ケース), 「早急に手術等の医療措置を数次にわたって施さなければ, 近い将来, 死亡を免れ得ない状況」(名古屋ケース), 「緊急に手術・治療を施さなければ死亡を免れない状況」(津ケース)

- (14) 「現時点で最も適切と思われる〇〇術及び□□術の危険性は高く10数パーセント程度」「手術等の治療を行う場合の危険性は比較的小さいこと」(岸和田ケース), 手術が新生児の身体に及ぼす危険性が非常に低いという事実認定(名古屋ケース), ただし, 津ケースでは, 手術等の危険性についての記述は発見できなかった。
- (15) 「術後の生存率及び正常発達率が相当程度高いこと」(岸和田ケース), 手術の成功率は99.9%であるという事実認定(名古屋ケース), 現在の病状は, 緊急に右眼摘出手術, 左眼局所療法および全身化学療法を行えば, 約90%の確率で治癒が見込まれるという事実認定(津ケース)
- (16) 「宗教的信念ないし確信に基づくものであっても……未成年者の福祉及び利益の根幹をなす, 生命及び健全な発達を害する結果になるものといわざるをえない」(岸和田ケース)(この点に関連して, 岸和田ケースは, 他に治療方法がないことを指摘する。)[信仰する宗教上の考えから, ……拒否しているものであって, ……手術拒否に合理的理由を認めることはできないものである。……してみると, 事件本人らの手術の同意拒否は, 親権を濫用し, 未成年者の福祉を著しく損なっているものというべきである。](名古屋ケース), 「再三の説得にもかかわらず同意をせず, ……事件本人らの対応に合理的理由を認めることはできない。このような事件本人らの対応は, 親権を濫用し, 未成年者の福祉を著しく損なっていると解される可能性が高い……」(津ケース)
- (17) 畑中・前掲注12, 63頁。
- (18) ただし, 植物状態にある未成年者の生命維持治療中止や差し控えに関する裁判例については, 医療ネグレクトとの性質の違いや手続的にも宣言的判決のような異なる手続で行われていることから, 分析の対象から外してある。(永水裕子「アメリカ——医療ネグレクトと親の権利の制約」『子どもの医療と法(第2版)』(尚学社, 2012) 208頁以下。イギリスにおける裁判例を分析したものとして, 横野恵「イギリス判例法における未成年者に対する医療と同意(1)(2・完)」早大大学院法研論集97号228頁以下, 98号210頁以下(2001)がある。
- (19) 永水・前掲注18, 208-221頁。
- (20) 永水・前掲注18, 208-209頁。原田綾子『「虐待大国」アメリカの苦闘——児童虐待防止への取組みと家族福祉政策』(ミネルヴァ書房, 2008) 31-32頁によると, ミシガン州では, 州が親の意思に反して医療を強制できるのは, 子どもが生命の危機にあり, 治療を受けなければ死亡してしまうケースに限定されるという。

- (21) 永水・前掲注18, 209－211頁。
- (22) この場合については、実際の裁判例を読んでもの方が分かりやすい。  
これについては、永水・前掲注18, 211－212頁に概要が掲載されているが、永水裕子「アメリカ法における子どもに対する医療と同意」生命倫理通巻14号158頁（2003）により詳しく載っている。
- (23) *In re Green*, 292 A.2d 387 (Pa. 1972).
- (24) 永水・前掲注18, 212－215頁。
- (25) 永水裕子「子どもの医療に対する親の決定権限とその限界——アメリカのメディカル・ネグレクトを素材として（二・完）」上智法学論集47巻2号124－128頁（2003）。
- (26) Child Abuse Amendments of 1984, Pub. L. No. 98-457, 42 U.S.C. §§5101－5106 (2004). 連邦法の施行規則において、例外的に「(i) 乳児が慢性的かつ不可逆的な昏睡状態にある場合、(ii) そのような治療を行うことが単に死の過程を長引かせるか、乳児の生命を脅かす病状すべてを改善または矯正するのに効果的でないか、またはその他の点で乳児の生存にとって無益である場合、(iii) そのような治療を行うことが乳児の生存にとって事実上無益であり、かつそのような状況下での治療が非人間的である場合」のいずれかに該当する場合には、治療に同意しなくても医療ネグレクトにはあたらないと規定される（45 C.F.R. § 1340.15(b) (2002)）。なお、連邦法およびその施行規則には、これを守らなければ刑罰が科せられるというような直接の強制力はないが、連邦法および規則に従うことを条件に、州が連邦政府からの補助金を受けられるという仕組みになっている。
- (27) 45 C.F.R. § 1340.15(b) (2002). ベビー・ドウ事件以下一連の動きについては、丸山英二「重症障害新生児に対する医療とアメリカ法——二つのドウ事件と裁判所・政府・議会の対応（上）（下）」ジュリスト835号104頁以下、836号88頁以下（1985）に詳しい。
- (28) 永水・前掲注18, 217頁。
- (29) 永水裕子「アメリカにおける重症新生児の治療中止——連邦規則の批判的考察とわが国に対する示唆」桃山法学8号4－6頁（2006）。
- (30) 同上およびそこで引用されている文献を参照のこと。
- (31) American Academy of Pediatrics, *Institutional Ethics Committees*, PEDIATRICS, 2001, 107(1), 205－209. なお、1983年3月に出された大統領領委員会の報告(PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH,

DECIDING TO FOREGO LIFE-SUSTAINING TREATMENT: A REPORT ON THE ETHICAL, MEDICAL, AND LEGAL ISSUES IN TREATMENT DECISIONS, Chapter 6: Seriously Ill Newborns (March 1983)) がこのようなアメリカ小児科学会のポリシーに大きな影響を与えたとされている（永水裕子「治療拒否をめぐるアメリカでの動向——二つのベビー・ドウ事件がもたらしたもの」田村正徳・玉井真理子編『新生児医療現場の生命倫理——「話し合いのガイドライン」をめぐる」130-133頁以下（メディカ出版, 2005)）。大統領委員会報告書の「重症新生児」部分の翻訳として、永水裕子「医療及び生命医学的ならびに行動学的研究における倫理的諸問題研究のための大統領委員会『生命維持治療を受けないと決定すること——治療決定における倫理的・医学的・法的諸論点についての報告書』第6章 重症新生児」『重症障害新生児医療のガイドライン及びハイリスク新生児の診断システムに関する総合的研究 成育医療研究委託事業研究 平成15年度研究報告書』84-97頁（2004）がある。施設内倫理委員会については、一家網邦「1980年代前半のアメリカ合衆国における2つの倫理委員会モデル——小児科学会と保健福祉省の提案」早稲田法学58巻1号1頁以下（2007）、稲積重行「アメリカにおける医療倫理委員会とデュー・プロセスの理念」札幌法学23巻1号47頁以下（2011）等を参照のこと。

- (32) 「話し合いのガイドライン」は、厚生労働省・成育医療委託研究「重症障害新生児医療のガイドライン及びハイリスク新生児の診断システムに関する総合的研究」班（主任研究者：田村正徳）が、2001年から3年間にわたり議論を行った末に発表されたものである（その内容については、[plaza.umin.ac.jp/~jspn/guideline.pdf](http://plaza.umin.ac.jp/~jspn/guideline.pdf) および野崎・後掲注34を参照）。なお、このガイドラインやその他の研究をもとに、日本小児科学会においても、「重篤な疾患を持つ子どもの医療をめぐる話し合いのガイドライン」が作成され、日本小児科学会雑誌116巻10号（2012）に巻末資料として公表された（[www.jpeds.or.jp/saisin/saisin\\_120808.pdf](http://www.jpeds.or.jp/saisin/saisin_120808.pdf)）。その基本方針は、「1. 子どもの終末期を具体的に定義したり、また、生命維持に必要な治療の差し控えや中止の基準は定めず、ガイドラインに当てはめる事で、何かの回答を導き出せるものとはしないこと、2. 小児医療の現場では、治療方針の決定にあたり、子ども・父母（保護者）と関係する多くの医療スタッフが、子どもの最善の利益について真摯に話し合い、それぞれの価値観や思いを共有して支え合い、パートナーシップを確立していくプロセスが最も重視されるべきであること」とされる。



- (33) 永水・前掲注29, 9頁, 多田羅竜平「小児医療とインフォームド・コンセント」甲斐克則編『インフォームド・コンセントと医事法』271－272頁(信山社, 2011)も話し合いの重要性を強調するが, 当事者の円満な話し合いによって違法な死に導かれることになってはならないとして, 話し合いによる決定の限界もあると述べる。
- (34) 野崎亜紀子「新生児医療——ガイドライン作成の過程」玉井真理子・永水裕子・横野恵編『子どもの医療と生命倫理——資料で読む(第2版)』(法政大学出版局, 2012) 129－160頁(「話し合いのガイドライン」が資料として掲載されているだけでなく, 同ガイドラインが使用されているかについてのアンケート結果も掲載されている。), 永水・前掲注29, 8－9頁。
- (35) 野崎亜紀子「重篤な疾患をもつ新生児の医療をめぐる話し合いのガイドライン」周産期医学40巻4号549頁(2010)。甲斐・前掲注5, 232頁は, 延命治療の中止がやむを得ない場合もあるとして, その場合の根拠は「人間の尊厳」であるとする。すなわち, 新生児が, もはや人間と言えないような扱いを受けてひたすら実験台のように延命されることがあつては, 逆に「人間の尊厳」を冒すことがあるだろうから, それがどのような場面かについて, 小児科学会を中心にもっと詰める必要があるとする。なお, ひたすら救命を行って命を助けられた新生児と新生児をめぐる家族の苦悩, 社会福祉制度の不十分さについて書かれた熊田梨恵『救児の人々——医療にどこまで求めますか』(ロハスメディカル, 2010)という本が与えた衝撃は大きい。
- (36) 新美育文「医師と患者の関係」加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権——医師と患者のよりよい関係を求めて』144頁(有斐閣, 1984), 寺沢知子「未成年者の医療行為への承諾——「代諾」構成の再検討(一)」民商法雑誌106巻5号656頁(1992)等。
- (37) 廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題(上)」早大大学院法研論集60号255頁(1991)。
- (38) 山口亮子「アメリカ法における親の権利と監護権——親の権利をめぐる立法と司法の政策」民商法雑誌136巻4・5号573頁(2007), 寺沢・前掲注36, 656-657頁。
- (39) 通説的理解に従えば, 監護権者は身上監護権(民法820条から823条)を有するので, 身上監護権説を採ると, 監護権者には同意権があるということになる(田中・前掲注7, 112頁)。
- (40) 神谷・前掲注7, 59頁は, 「代諾構成」, 「身上監護構成」と表現する



が、同意権の根拠は何かという問いに対しては、「代諾構成」ではなく「法定代理権」の方が適切ではないかと考え、表現を変えることにした。なお、同意権の根拠については、意識して議論されることが少なかったが、同意権の根拠について意識的に論じたものとして、廣瀬・前掲注37、254頁以下、寺沢・前掲注36、655頁以下等がある。

- (41) 岩志和一郎「親権概念等に関する検討」戸籍時報673号12頁（2011）。アメリカにおける共同監護については、山口亮子「アメリカにおける共同監護法と子どもの利益（一）（二・完）」上智法学論集39巻3号99頁以下、40巻1号133頁以下（1996）、イギリスについては、島津一郎『転換期の家族法』290頁以下（日本評論社、1991）参照。
- (42) 後述の通り、親権者と監護者が分離した場合（766条）には、親権者の権限は監護権のない財産管理権になると考えられるので（二宮周平『家族法第3版』（新世社、2009）114頁、吉田恒雄・岩志和一郎『親族法・相続法〔第3版〕』（尚学社、2011）147頁）、「法定代理権説」と「身上監護権説」はそれを前提に、そして「新身上監護権説」はその前提に疑問を呈したうえで出されたものである。
- (43) 新美・前掲注36、144－146頁。なお、この学説の代表として、石川稔「親権と子どもの保護」法学教室125号30頁（1991）が挙げられることがある。ただ、石川教授は、確かに患者本人の意思を出来るだけ反映すべき基準である「代行判断の法理」という言葉を使っているが、その内容としては、子の意思を推測することはできないとして、子の利益に適わなければならないという「最善の利益基準」と同じ基準を使うべきであるとする、および、それ以外には、親権行使としての同意について述べているものの、法定代理権に基づく代理としての性質を有しているか否かについての分析を行っているわけではないこと、および、同「子の監護制度」『子ども法の課題と展開』254頁（有斐閣、2000）は、医療同意権について身上監護説と同様の説明を行っていることから、法定代理権説に立っていると判断するには躊躇を覚える。本稿において石川説を分析していくと、後述の通り、身上監護権説と同じ考え方を採用していることが分かる。
- (44) 寺沢・前掲注36、658頁。大谷實『医療行為と法〔新版補正版〕』86頁（弘文堂、1995）等が根拠として挙げられる（なお、大谷教授は、その根拠として唄孝一『医事法学への歩み』15頁（岩波書店、1970）を引用している）。
- (45) ただし、医療契約の当事者論をめぐる学説上争いがあるため、そ

の性質と併せて検討する必要があるが、これについては今後の課題としたい。

- (46) 神谷・前掲注7, 60頁。
- (47) なお、寺沢教授による一連の研究の問題意識は「自己決定」を「代諾」することの矛盾をどのように考えるべきかという点にある。
- (48) 小林昭彦ほか編著『新成年後見制度の解説』144頁(金融財政事情研究会, 2000), 法務省民事局参事官室『成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説——要綱試案・概要・補足説明』43頁(金融財政事情研究会, 2000)等。
- (49) 神谷・前掲注7, 60頁。
- (50) 同上。
- (51) 石川稔「親権法の問題点と課題」『子ども法の課題と展開』235頁(有斐閣, 2000)。
- (52) 同上。
- (53) 寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾——「代諾」構成の再検討(三・完)」民商法雑誌107巻1号58頁(1992), 廣瀬・前掲注37, 258—259頁, 神谷・前掲注7, 60頁, 田中・前掲注7, 112頁。寺沢知子『「承諾能力」のない人への治療行為の決定と承諾——未成年者と高齢者を中心に」潮見佳男編『民法学の軌跡と展望』(國井和郎先生還暦記念論文集) 125—126頁(日本評論社, 2002)。
- (54) 我妻栄『親族法』142頁(有斐閣, 1961), 石川稔「監護者の地位と権限」判タ747号277頁(1991), 棚村政行「日本法の問題整理」家族く社会と法>24号69頁(2008), 中村恵「わが国における親権法をめぐる現状」民商法雑誌136巻4・5号441頁(2007)。審判例として, 広島家呉支審昭和33年7月28日家裁月報10巻9号91頁(養護施設を監護者に指定), 大阪家審昭和57年4月12日家裁月報35巻8号118頁(離婚の際に親権者となった父親死亡後, 親権者は母親となったが, 母と別居し約5年経過していることから, 当分の間は, 未成年者と安定した生活を共にしてきた父方祖父を監護者に指定)等がある。そのように第三者を監護者と定めた場合に, 監護者たる第三者はいかなる根拠において監護権限を有するのかという問題については, 家裁が監護者の変更等相当な処分を命ずることができることから, 父母による養育委託契約以上の法的保護が与えられており, 民法によって直接権限を与えられたと考えるのが相当である(石川「監護者の地位と権限」・同上, 278頁)。
- (55) この問題について言及している文献として, 石川・前掲注54, 277—

278頁があるが、それによれば、父母の一方を監護権者とする場合には、親権の一内容とされる身上監護権が付与されるが、第三者が監護者になる場合には、「監護（子の世話）」あるいは「監護および教育」が含まれるという二通りの場合が考えられるとする（ただし、その場合の「監護」の内容が「子の世話」とどまるのか、その内容は必ずしも明確ではない。）。そして、そのように父母を監護権者とする場合と第三者を監護者とする場合とを分けるのが通説であるとされる。

- (56) なお、親権者がいない未成年者の場合には、事実上面倒を見ている人が未成年後見人になることによって医療に対する同意権を取得するという手続を踏むことになるう。
- (57) 神谷・前掲注7, 60頁。
- (58) 同上。
- (59) 神谷・前掲注7, 60頁による指摘。
- (60) 石川「親権と子どもの保護」・前掲注43, 27-28頁, 神谷・同上, 田中・前掲注7, 112頁。
- (61) 田中・前掲注7, 112頁, 前田陽一・本山敦・浦野由紀子『民法Ⅵ 親族・相続（第2版）』（有斐閣, 2012）105頁によると、現在では、日弁連をはじめとする実務界および学界の大勢が離婚後の共同親権の導入を支持するようになっていとされる。
- (62) 田中・同上。ただし、大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣, 2010）172頁は、766条のもとになった旧規定を参照すると共同監護が念頭に置かれていないと説明する。
- (63) 我妻・前掲注54, 144頁（監護者となった父母の一方は、身上監護権だけを単独親権者の持つ親権から独立の権利として取得したものであって、その限りで、親権は停止される。）、神谷笑子「離婚後の子の監護」『家族法大系 Ⅲ 離婚』22頁（有斐閣, 1959）、鈴木祿弥・唄孝一『人事法Ⅰ』（有斐閣, 1980）97頁、二宮・前掲注42, 114頁等。
- (64) 石川・前掲注51, 224頁以下、佐藤義彦「親の権利と子どもの人権」ジュリスト増刊総合特集43『子どもの人権』22頁（1986）。
- (65) 於保不二雄「父母の共同親権と親権の行使者」『身分法と戸籍』（帝国判例法規出版社, 1953）165頁以下、佐藤・前掲注64, 27頁、石川・前掲注54, 277頁。未成年者の重要事項について決定する法的監護については共同、身上監護は監護者が単独で行うとする見解として、沼邊愛一「最近における各国の子の監護法制の動向について——アメリカ・西ドイツを中心にして」比較法（東洋大学）25号21頁注39（1988）、於保不

二雄・中川淳編『新版注釈民法(25)親族(5)〔改訂版〕』19頁(有斐閣, 2004)(山本正憲執筆)がある。次善の策として, このような考え方がありうるとするものとして, 吉田邦彦「子の監護紛争をめぐる日米の法状況(下)——現代的(ポストモダンの)紛争解決論から見た理論的考察」ジュリスト1049号89頁(2004)がある。

- (66) 於保・前掲注65, 188-190頁, 山本・前掲注65, 13頁。非親権者の法的地位については, 川田昇「親の権利と子の利益」谷口知平ほか編『現代家族法大系3 親子・親権・後見・扶養』238-242頁(有斐閣, 1979)(のちに, 川田昇『親権と子の利益』(信山社, 2005)17-22頁所収)に詳しい分析がある。同説は, 親権を帰属と行使とに分けた上で, 親権の行使を停止させられた非親権者も, 親権行使につき子の権利の実現に適うような内容を与える義務および何が子の利益になるかを決定する権利は停止されていないとするが, 実際上の親権行使が停止されている非親権者の場合には, これを単独親権者の親権行使に対する一種の監視権として行使すると分析する。ただし, このように親の地位と親権の遊離という局面に対し, 法理的には苦心の法技術的理論によって克服しようといういかにも無理な見解であるという批判もなされている(佐藤隆夫「親権の本質(離婚後の共同親権)——現代家族法理への一提言」判時1078号14頁(1983))。
- (67) 中村・前掲注54, 441頁, 石川・前掲注54, 277頁, 花元彩「父母離婚後の共同監護——アメリカにおける展開を中心として」『家事事件の現況と課題』84頁(判例タイムズ社, 2006)等。吉田・岩志, 前掲注42, 82頁も, 「子の教育や宗教, 重大な医療行為の決定などについて, 離婚後の親双方が親としての責任を事実的・法的に遂行することも必要になる。……わが国では, 共同監護の制度は存しないが, 766条の解釈により実現の余地もある。子の監護教育に対する父母の理解, 物的条件, 子の意思などを考慮して, 共同監護が可能な場合には, 『子の最善の利益』のために積極的に考慮されてよいであろう。」とする。
- (68) 佐藤・前掲注66, 13頁以下, 佐藤・前掲注64, 22頁, 27頁。この説と同様の説明として, 子の利益という観点から, 民法は離婚による単独親権への移行を規定しながらも, 日常の監護行為など実際上の親権行使の不都合がない限りで非親権者に権利義務を承認し, これを明確にすることについて, 解釈上考慮すべきことを要請しているという説がある(川田・前掲注66, 231-233頁)。
- (69) 島津・前掲注41, 297頁。

- (70) 山口亮子「共同親権・面会交流」戸籍時報673号29頁（2011）。（山口教授は、続けて以下のように述べ、周辺諸科学との協働の必要性について強調する。「……われわれが想定する以上に、様々な局面があるのかもしれない。……わが国でもこれから共同親権法制度を進めるにあたっては、このような法律の周辺諸科学（筆者注：精神医学や心理学を指している。）の調査も欠かせないであろう。そこから、法制度のみならず、家族を支えるためにどのような社会的資源が必要なのかも明らかになってこよう。」）
- (71) 花元・前掲注67, 84－86頁。
- (72) 田中, 前掲注7, 114頁, 佐藤・前掲注64, 27頁。
- (73) 吉田・岩志, 前掲注42, 82頁, 家永登「親権行使における意見の対立——医療行為を中心に」法と民主主義447号20頁（2010）。
- (74) 比較法的な観点から見てみると, 田中・前掲注7, 113頁は, ドイツ法, フランス法, イギリス法, アメリカ法では, 離婚後についても共同親権（共同監護）が原則であり, 子の重大な手術に対する同意などについては, 父母がともに権利を有するとしている。
- (75) 神谷・前掲注7, 59頁。
- (76) 寺沢・前掲注36, 674頁は, 以下のように述べる。すなわち, 「代諾権者」は「親」であるとするについては, 裁判例もこれを是認し, かつ, 前提としているが, 「親」とは両親であるのか, 親権者か, そして, 第三者の承諾は全く認められないのかについては, 裁判例の傾向は明らかでない。『代諾権者』の内容や範囲を厳密に問うことなしに, 医療行為の違法性を阻却するための『承諾』の有無の問題ととらえることにより, 現実的, かつ, 具体的な対処がなされているように解せられる。」
- (77) 家永・前掲注73, 20頁。
- (78) 廣瀬・前掲注37, 256頁。
- (79) 田中・前掲注7, 112頁, 廣瀬・前掲注37, 256－257頁。なお, 民法818条3項但書は医療同意についてもあてはまり, 父母の一方が, 法律上の障害（成年後見開始, 親権喪失, 親権停止等）や事実上の障害（行方不明, 長期不在等）のため, 親権行使が不可能な場合には, 他方が単独で親権を行うのは言うまでもない。
- (80) 廣瀬・前掲注37, 257頁。
- (81) これに対して, 吉田・岩志, 前掲注42, 145頁は, 民法には規定はないが, 父母の協議が調わないときは, 最判平成9年4月10日民集51巻4号1972頁を参照しつつ, 父母の婚姻中であっても, 子の監護処分として,

家裁の調停事件として扱うことができると解されるとする。

- (82) このような場合には、家庭裁判所に委ねるのが最も合理的であるという説（松坂佐一「父母の共同親権」『家族法大系Ⅴ』（有斐閣、1960）38頁）と家庭裁判所が共同親権者のいずれに監護権を行使させるかを決定するにとどまるという説に分かれている（我妻・前掲注54、328頁）。現在、前者の見解を採用するのは、水野紀子「家族法改正——婚姻・親子法を中心に 親権法」ジュリスト1384号66頁及び68頁（2009）、後者の見解を採用するのは、大伏由子「親権・面会交流権の立法課題」家族＜社会と法＞26号44頁および47頁（2010）であり、折衷的な見解として、許末恵「親権をめぐる法規制の課題と展望」家族＜社会と法＞24号133頁（2008）（「まず家庭裁判所の調停により父母の合意が得られるように働きかけ、その上で家庭裁判所の判断に委ねる手続を整備する必要がある。家庭裁判所は、自ら判断することも、父母の一方に判断を委ねることもあろう」）がある（岩志・前掲注41、17－18頁に学説の整理がなされている。）。
- (83) 家永・前掲注73、19－20頁。廣瀬・前掲注37、257頁は、「父母間で意見が分かれたときにいずれを選択するかは、最終的には医師の裁量に委ねられることとなろうし、その際、医師は患者たる子にとって最善の利益となるように判断を下さねばならないことはいうまでもない」と述べるが、立法論として、裁判所による調整が必要か否かについては述べていない。
- (84) 窪田充見「親権に関する民法等の改正と今後の課題」ジュリスト1430号10－11頁（2011）。
- (85) 廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題（下）」早大大学院法研論集61号194－195頁（1992）は、倫理委員会に一定の期待をしつつも、倫理委員会の構成員のほとんどが医師であること等の理由から、患者の側に立って意思決定をすることができるか疑問であると述べる。施設内倫理委員会をめぐっては、まだ構成員や手続面で様々な問題があるため、各施設において、改善を図るべく努力がなされている最中である。ただ、すべての問題を直ちに法律問題にして白黒をつけるというやり方ではなく、ある程度話し合いを行っても解決しないならば、倫理委員会に相談し、それでも解決しないならば法律問題にするという形で、法を最終手段とすることが望ましいのは言うまでもない（保条成宏・永水裕子「日本法の現状と課題」小山剛・玉井真理子編『子どもの医療と法（第2版）』57－61頁（尚学社、2012）、多田羅・前掲注33、274－275頁）。そして、

- 話し合いについては、前掲の「話し合いのガイドライン」が参考になる。
- (86) 廣瀬・前掲注85, 178－179頁, 神谷・前掲注7, 60頁, 畑中・前掲注12, 54頁。
  - (87) この問題について正面から取り組んでいるのは、寺沢知子「高齢者医療とインフォームド・コンセント」甲斐克則編『インフォームド・コンセントと医事法』（成文堂，2010）219頁以下である。
  - (88) 石川「親権と子どもの保護」・前掲注43, 30頁, 神谷・前掲注7, 60頁。
  - (89) 永水裕子「治療方針の決定と家族」年報医事法学26号123頁（注4）（2011）。
  - (90) 鈴木博人「虐待する親の親権喪失」吉田恒雄編『児童虐待への介入——その制度と法〔増補版〕』（尚学社，1999）78頁以下，許末恵「児童虐待防止のための親権法改正の意義と問題点——民法の視点から」法律時報83巻7号66頁（2011）等。
  - (91) 保条・永水，前掲注85, 55－57頁, 永水・前掲注18, 223－224頁。
  - (92) 「児童虐待防止のための親権制度研究会報告書」・前掲注2, 8－39頁等。
  - (93) 今回の改正法については、「小特集 児童虐待防止を目的とする親権法の一部改正について」法律時報83巻7号65頁以下（2011）, 「親権をめぐる動向——民法等改正とハーグ条約加盟へのうごき」ジュリスト1430号4頁以下（2011）, 「特集 児童虐待防止に向けた法改正」法律のひろば2011年11月号4頁以下等の特集が組まれている他，飛澤知之編著『一問一答 平成23年民法等改正——児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』（商事法務，2011）等も刊行されている。医療ネグレクトに特化した今回の改正法の概要については，保条・永水，前掲注85, 65－71頁を参照。
  - (94) 親権停止制度と未成年後見の開始に関連して，親権停止審判の効果が，親権喪失審判と同様に未成年後見が開始されるような「親権者のいない場合」に該当するとされることについて，両者の違いに鑑みればより丁寧な説明をすべきであるのにそれがなされていないという批判が既に出されている（許・前掲注90, 70頁）。
  - (95) 多田元「親権法の改正と子どもの虐待——子どもの自立支援・親子の関係修復」法律時報83巻7号83頁（2011），同「医療ネグレクト」現代医学60巻1号153－154頁（2012）。
  - (96) 多田「医療ネグレクト」・同上。この点について真剣に議論すべきで



あるという主張は、保条・永水，前掲注85，69—70頁，窪田・前掲注84，7頁においてもなされている。なお，窪田・前掲注84，7頁によれば，「そもそも手術における親の同意の法的性質が明らかなではないこと等をふまえて，今回の改正においては，導入が見送られたものと理解している。」とされる。

- (97) 増田勝久「家事事件手続法における『子どもの代理人』」戸籍時報676号4頁以下（2011），未成年者の利害関係参加については，秋武憲一編著『概説 家事事件手続法』（青林書院，2012）104-105頁〔竹内純一執筆〕。児童の権利条約12条との関係で子どもの手続代理人の必要性について論じるものとして，角田光隆「子ども法——児童の権利条約と子ども手続代理人」信州大学法学論集18号87頁以下（2012）がある。（なお，戸籍時報676号は子どもの手続代理人についての特集を組んでいる。その他に家事事件手続法の特集として，「家事事件手続法の制定」法律のひろば2011年10月号4頁以下がある。）。多田「親権法の改正と子どもの虐待」・前掲注95，83頁も医療ネグレクトの問題について，「子どもの権利を守るための子どものための国選代理人制度を設け，子ども側の申し立てにより，司法の場で医療処置の是非を検討して，司法判断を下すという制度」が必要であると説く。
- (98) 保条・永水，前掲注85，62—63頁。家事事件手続法106条3項において，「必要」があると認めるときは，家裁は職権で事実の調査及び証拠調べができるとされるが，その必要性が認められる場合については，秋武・前掲注97，168頁参照〔竹内純一執筆〕。
- (99) 伊藤暢章「未成年者に対する輸血強制と親権者の職務執行停止——実例に基づく問題点の考察」法律時報82巻4号84—85頁（2010）によれば，さいたま家裁の審判における裁判要旨は以下のとおりである。すなわち，「未成年者は，消化管出血のため病院に入院し，ヘモグロビン値が低下し，貧血の状態であり，主治医の意見では，まず輸血をして内視鏡検査を行い，原因を突き止めた上で治療を行う必要があり，輸血をしないで補足的治療しか行わなければ，死亡もしくは重篤な後遺症の可能性がある，脳へのダメージ及び今後の成長障害が起こる可能性があるのに，未成年者の親権者である事件本人らは宗教上の理由から輸血を拒否していることが認められ，したがって，事件本人らは，未成年者に対する親権を濫用して，未成年者の福祉を著しく害していることが認められる。以上によれば，本案審判申立事件の審判が効力を生ずるまでの間，事件本人らの未成年者に対する親権者としての職務の執行を停止し，主文記載



の乙弁護士をその職務代行者に選任するのが相当である」。

- (100) 西日本新聞2009年3月15日付朝刊。
- (101) 伊藤・前掲注99, 84頁以下。
- (102) 保条・永水, 前掲注85, 63-64頁。
- (103) 飛澤・前掲注93, 24-25頁は, そのように解すべきであるとする。
- (104) 吉田恒雄「児童虐待と親権の制限」ジュリスト1188号15頁(2000),  
山口亮子「児童虐待防止法制度をめぐる日米の状況」山梨大学教育人間  
科学部紀要4巻1号214頁(2002)。
- (105) 山口・同上, 保条・永水, 前掲注85, 48頁注55) 参照。
- (106) この点について, 畑中・前掲注12, 66頁は, 司法判断が必要であると  
するならば, 親権喪失宣告制度の保全処分と児童福祉法上の一時保護制  
度が別立てである意味がなくなることから, 児童相談所長の判断で速や  
かに医療(その範囲についてはさらに検討される余地があるとする。)  
を受けさせるべきであると主張するが, 許末恵「親権制限及び未成年後  
見についての検討課題」戸籍時報673号38頁(2011)は, 親権者は一時  
保護中の子に関して児童相談所長のとる措置と矛盾するような親権行使  
を禁じられる(改正児童福祉法33条の1第3項)のであるから, 少なく  
とも一時保護に親権者が反対しているケースについては司法関与の仕組  
みを設けるべきであると主張する。
- (107) 石川「親権と子どもの保護」・前掲注43, 30頁, 許・前掲注106, 38頁。
- (108) 保条・永水・前掲注85, 71頁。
- (109) 石川稔「家族法の中の子ども——子どものための家族法とは」『家族  
法における子どもの権利』(日本評論社, 1995)143-144頁。また, 措  
置承認審判がなされた後の措置解除に家裁の関与がないことも, そのよ  
うな効果が発生しないと考える理由の一つとして挙げられる(石川「子  
の監護制度」・前掲注43, 252頁)。
- (110) 許・前掲注106, 38-39頁。
- (111) 石川「家族法の中の子ども」・前掲注109, 143-144頁, 中村・前掲注  
54, 460-461頁。
- (112) 石川「親権と子どもの保護」・前掲注43, 32頁, 田中通裕『親権法の  
歴史と課題』266-267頁(信山社, 1993), 岩志・前掲注41, 15頁, 許・  
前掲注106, 36頁。