

医療行為に対する「同意」と親権

－医療ネグレクトにおける法的対応を契機に

米 村 滋 人

1 はじめに

近時、児童虐待への法的対応が喫緊の課題となっている。平成23年民法改正により親権停止の制度が導入された後は同制度の活用に対する期待が高まっており、現実には親権停止を認めた審判例も次第に出現してきている。その中には、医療ネグレクト事案に関するものが一定程度含まれており、同種事案における解決策として親権停止制度が活用されてきていることをうかがわせる。また、実務的には、医療ネグレクトの事案で親権停止の申立てに加えて当該申立事件を本案とする保全処分としての親権停止や職務代行者選任の申立てが行われる事例も出現しており、認容例も存在する。

もっとも、詳しくは後述するとおり、このような親権停止の実務運用には複数の問題があり、医療ネグレクト事案における有効な解決策となりうるかには相当の疑問が存在する。医療行為を正当に実施するために、より簡便な他の手段は存在しないかが問題となろう。

この点を考察するにあたっては、根源的な問題として、未成年者に対する医療行為の同意権がなぜ親権者に帰属しているのかが明らかにされる必要がある。またそもそも、同意権が親権者に専属しているのか、言い換えれば、親権者の同意のほかに医療行為を正当化する手段はないのかについても検討の必要があろう。しかし、いずれの点についても、現状の学説・実務におい

て未だ十分な整理がなされている状況ではない。

このような問題状況を踏まえつつ、本稿では、医療ネグレクト事案における近時の裁判実務の運用を契機として、未成年者に対する医療行為の正当化要件の問題につき基礎的検討を加えたいと考える。なお、患者が同意能力のある未成年者である場合については、親権者の同意と患者本人の同意の関係が問題となり、やや問題状況が錯綜するため、本稿では患者が同意能力のない未成年者である場合に限定して検討を行うこととする。

2 医療ネグレクト事案での裁判実務の運用

(1) 審判例の紹介

まず、医療ネグレクト事案につきどのような裁判実務が存在するか、概要を整理する。従来は、深刻な医療ネグレクト事例では親権喪失の申立て（および当該事件を本案とする保全処分¹⁾の申立て）が用いられていたが、平成23年民法改正により親権停止の制度が導入された後は、親権停止の申立て（および当該事件を本案とする保全処分¹⁾の申立て）が用いられている。ここでは本稿の検討の出発点として、23年改正後の親権停止に関する2件の審判例を紹介する⁽¹⁾。いずれも、保全処分¹⁾の申立てが認容されたものである。

①東京家審平成27年4月14日判タ1423号379頁

【事案】 A（0歳）は、平成27年のある日頻繁に嘔吐を繰り返すようになり、C医院において手術が必要と判断された。しかし、親権者ら（Bら）は手術の必要性は理解したものの、宗教上の理由から輸血に同意しなかった。その

(1) 本稿では、紙幅の都合上余裕がなく、また本稿の分析に必ずしも必要ではないため、平成23年改正前の審判例は直接の紹介を控える。これらを含む実務動向の詳細については、吉田彩「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」家月60巻7号1頁以下、久保野恵美子「判批」私法判例リマークス57号64頁以下など参照。

後、無輸血手術可能なD病院でAの手術を行うこととなったが、多量の出血があった場合には輸血の必要があり、事前に親権を停止した上で、親権代行者による輸血の同意が必要となるとして、児童相談所長が職務執行停止・職務代行者選任の保全処分の申立てを行った。

【要旨】 Aの生命の安全及び健全な発達を得るためには、可及的速やかに手術を行う必要があり、無輸血手術を行う場合でも、凝固障害や手術中の大量出血の緊急の場合に備え、事前に輸血について同意を得ておく必要があるといえる。そうすると、輸血に同意しないことが宗教的信念などに基づくものであっても、Aの生命に危険を生じさせる可能性が極めて高く、Bらによる親権の行使が困難又は不相当であることにより子の利益を害することが明らかであり、本件では保全の必要性も認められる。また、Bらの陳述を聴く時間的余裕もない。

したがって、本件審判申立事件の審判が効力を生ずるまでの間、BらのAに対する親権者としての職務の執行を停止し、かつ、その停止期間中、申立人を職務代行者に選任するのが相当である。

②東京家審平成28年6月29日判タ1438号250頁

【事案】 E(生後4ヶ月)は先天性心疾患(心室中隔欠損症、動脈管開存症、肺動脈狭窄症)を有し、発育不良・心不全等を来しているため、現在入院中のG病院の主治医は直ちに手術が必要と判断している。親権者ら(Fら)は、手術の必要性等について説明を受け、同病院での治療に同意しているが、Eを見舞う回数が少なく、おむつや洋服の補充等の対応が遅く、医師による病状説明等の予定をキャンセルするなど、治療に非協力的な態度が見られた。このため、児童相談所長が職務執行停止の保全処分の申立てを行った。

【要旨】 Eは、……高度の専門性を有する病院において、直ちに治療及び手術を受ける必要があると認められる。そして、Eの現在の症状や今後予定される手術の内容等に照らすと、Eの親権者としては、Eを頻繁に見舞うとと

もに、医療従事者と十分に意思疎通を図り、緊急の事態が生じた場合も含めて、Eが必要としている医療行為が実施されるよう、迅速かつ適切に対応する必要があると認められる。Fらは、本件の第一回期日において、Eが必要な医療行為を受けることについて同意し、協力する意向を表明しているが、……Fらのこれまでの対応や現在の生活状況等に照らすと、Fらが現在の緊急事態に迅速かつ適切に対応できるかどうか疑問があるといわざるを得ない。

そうすると、本件においては、本案審判認容の蓋然性及び保全の必要性があり、本案事件の審判が効力を生ずるまでの間、Fらの職務執行を停止することが子の利益のために必要であると認められる。

(2) 若干の検討

これらの事案では、いずれも保全処分の申立てが認容されている。しかし、このような事案における親権停止または親権者の職務執行停止に関しては、いくつかの問題を指摘しなければならない。

第1に、医療ネグレクト事案でも親権者が子どもの養育全般を放棄しているとは限らず、親権全体の停止を行うのは過大な措置ではないかが問題となる。実際、上記①事件は親権者が宗教的理由から輸血を拒否している事案であり、輸血実施の点を除いて子どもの養育監護に不足があったとの認定はされていない。このような事案で親権全体の停止がなされるのは処分として過大と言わざるを得ず、同旨の指摘は、従来から複数の論者によってなされている⁽²⁾。もっとも、事案の解決の必要性に照らし処分が過大であるというだけであれば、処分の正当性の問題を生じるにせよ、医療ネグレクト事案の解

(2) 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〕』（尚学社、2012）67頁、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」法時83巻7号71頁など参照。

決として不当であることにはなるまい。しかし、過大な処分であるために親権停止・職務執行停止の申立てが棄却される、あるいは、そもそもこれらの申立てが控えられる傾向があるようであれば、事態は深刻である⁽³⁾。医療行為に特化した親権制限の手続が存在しない現状で、親権停止・保全処分の手続では十分な医療ネグレクトへの対応がされていない可能性が否定できない⁽⁴⁾。

第2に、親権停止等の措置が可能であるとしても、医療行為の実施に際して親権停止が不可欠であるのかが問題となる。ここでは、親権停止等の手続を行う時間がない緊急時や⁽⁵⁾、上記②事件のように親権者が非協力的ではあ

-
- (3) そのような傾向を直接的に裏付ける統計値等は筆者の調査の限り入手することができなかったが、厚生労働省の公表資料（「平成30年度児童相談所での児童虐待対応件数等」；<https://www.mhlw.go.jp/content/11901000/000533886.pdf>）による平成29年度の児童相談所での児童虐待対応件数のうち、ネグレクト事案は26,821件であったのに対し、最高裁の公表資料（最高裁判所事務総局家庭局「親権制限事件及び児童福祉法28条事件の概況」；http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20180420zigyakugaikyoku_h29.pdf）によると、同年度の医療ネグレクト事案での親権喪失件数は2件、親権停止件数は10件であった（ネグレクト全体では親権喪失14件、親権停止36件）。厚労省資料の数値は医療ネグレクトだけではなく、また相談事案の件数であるので数が増えても当然ではあるが、深刻な医療ネグレクト事案が2桁の件数にとどまっていたとは考えにくい。なお、親権停止・保全処分の申立ては児童相談所長からなされるのが一般的であるという実務運用も踏まえれば、児童相談所が医療ネグレクト事案での申立てに躊躇して手続が進行しない可能性もあろう。
- (4) 平成23年改正前の運用を前提とするが、親権喪失制度による問題解決の不十分性を指摘するものとして、保条＝永水・前掲注(2)54頁以下、畑中綾子「同意能力のない子に対する親の治療拒否をめぐる対応」岩田太編『患者の権利と医療の安全』（ミネルヴァ書房、2011）63頁以下など。
- (5) 緊急時の対処に関しては、親権者の職務執行停止の保全処分は迅速になされており、緊急時にも対応可能である旨の指摘がされることがあるが、仮に裁判手続自体は迅速になされるとしても、医療機関が児童相談所に通告し、児童相談所が事案の調査等を行って申立書面等を準備するには相応の時間が必要であることは想像に難くない。現行の親権停止の制度は即日の医療処置を必要とするような緊急時には有用でないことが認識される必要があろう。

っても医療実施を拒否していない事案では、親権停止を行わなくとも他の親族等の同意により、あるいはそもそも積極的な同意なしに、医療行為を実施できないかが問題となるのである。仮に、親権停止等の手続を経ずに医療を実施できるのであれば、あえて親権停止等の申立てを行う必要性は減少し医療ネグレクトに関して迅速かつ適正な解決が得られる可能性がある。

この問題は、親権者が行う医療行為に関する「同意」の性質に大きく依存する。すなわち、「同意」が医療行為を実施するための不可欠の要件であるとするれば、親権を停止しなければ医療を実施することは許されないことになろうが、医療行為に対する親権者の「同意」が果たしてそのようなものであるかが問題となるのである。この点の検討にあたっては、ここでの「同意」の意義が重要である。従来の議論では、医的侵襲行為の違法性阻却の要素たる「同意」（それがなければ医療行為自体が違法なものとして許されないことになる「同意」と、説明義務によって担保される医療的決定としての「同意」（それがない場合にも医療行為は適法だが慰謝料請求の根拠となる利益）を区別せず議論してきたように思われる。しかし、仮に後者の「同意」が得られていないとしても、前者の「同意」があれば医療行為の実施に支障はないはずであり、この点を区別した議論も必要であると考えられる⁽⁶⁾。

そこで以下では、親権者の「同意」の意義と法的性質につき従来の学説の議論を再度整理し、本稿の立場から一定の検討を加えることとしたい。

(6) 上山泰「患者の同意に関する法的問題点」新井誠＝西山詮編『成年後見と意思能力』（日本評論社、2002）117頁以下は、「医療契約の締結に対する同意」と「医的侵襲行為の実施に対する同意」が従来の学説で混同されてきたことを指摘した上で、両者の区別を前提とすれば、前者には法定代理権が及ぶが後者にはそれは当然には及ばない旨を述べる。この指摘は大変重要であり、本稿も同様の問題意識に立った上で、さらに医療行為に対する同意にも2つの異なるものが存在することを述べるものである。

3 親権者による医療行為への「同意」の法的性質

(1) 法定代理権説と身上監護権説

まず、親権者による「同意」の根拠と法的性質につき、従来の学説の概要を整理する。従来は、「同意」の根拠につき法定代理権説と身上監護権説があるとされてきた。法定代理説権は、親権者が法定代理人の資格において子の自己決定を代理するとするものであり、この場合の「同意」は「代諾」「代行決定」と呼ばれることも多い。他方で身上監護権説は、「同意」は法定代理の対象ではなく身上監護の一環として親権者が行うものであるとの理解を示す。近年は法定代理権説に立つ論者はほとんどなく、身上監護権説に立つとするものが多くを占める状況となっていた⁽⁷⁾。

もっとも、近時、この学説の整理には問題が指摘されている。とりわけ、離婚後に親権者と監護権者が分離・併存する状況が発生した場合に、監護権を有しない親権者にも医療行為の「同意」を認める余地があるとの見解が唱えられているが⁽⁸⁾、これを「新身上監護説」と呼び身上監護権説と区別する論者が存在し⁽⁹⁾、学説の分類のあり方を含めた議論が生じている。

この問題は、「身上監護権説」に分類される見解の不明確性に由来する問題であると考えられる。法定代理権説においては、少なくとも「同意」を行う主体は法定代理人という形で明確化され固定されていたのに対し、身上監護権説においては、医療行為に対する「同意」が身上監護の問題であるという整理の下で単に抽象的な親権との関連性が言及されるのみであり、「同意」を行う主体が親権者に限定されるか否かが明確にされていなかった。

(7) 法定代理説との対比で身上監護説を支持するものとして、寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾（3・完）」民商107巻1号58頁、神谷遊「判批」判タ1249号60頁など。

(8) 田中通裕「判批」民商138巻1号112頁。

(9) 永水裕子「医療ネグレクト」桃山法学20・21号346頁。

そのため、厳密な意味で身上監護権を有する者以外の者も「同意」を行おうとの主張が生じたものと考えられる。ここでは、(i) 親権者が有する「身上監護権」の内容と法的性質を明確化すると同時に、(ii) 医療行為に対する「同意」の内容と法的性質を明確化し、それらを踏まえて、(iii) 後者が前者に完全に包摂されると言えるか否かを検討する必要があると思われるが、従来、そのいずれの検討も十分にはされてこなかったように思われる。ここで問われているのは、単に離婚後の例外的場面での処理ではなく、親権と医療行為同意一般の本質的な関係性であると考えられるのである。

以下では、(ii) の検討を行うことにより、完全な形ではないが、(iii) の検討に関して一定の方向性を見いだしたいと考える。具体的には、既述の通り、医療行為の「同意」に関しては2つの概念が区別されず議論されてきたと考えられるため、この点を踏まえた分析を行うこととしたい。

(2) 医療行為に対する「同意」の法的性質

未成年者に対する医療の場合に限定せず、一般に医療行為に対する「同意」と呼ばれる概念には、①違法性阻却の一要素たる「患者の同意」と、②説明義務によって保護される医療的決定としての「同意」の2種が存在する。これについて、筆者は既に公表した拙著⁽¹⁰⁾において一定の整理を行っているが、この点は本稿の検討にとってきわめて重要であるため、以下ではやや詳細にこの点を述べることとする（上記拙著の内容と部分的な重複があることを予めお断りしておく）。

(a) 違法性阻却の一要素たる「患者の同意」

これは、刑法学説において「被害者の同意」に類似する傷害罪の違法性阻却事由の一つとして言及されることが多いものの、本来は民事法を含め患者

(10) 米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016）128頁以下。

の身体への侵害を内包する医療行為を正当に実施するために必要な要素として位置づけられるものである。通常は、患者は医療行為の内容を完全に理解することは困難であるなどの理由から、「患者の同意」のみでは違法性阻却の効果はないとされ、「医学的正当性」などの客観的な正当化事由とあわせて医的侵襲行為の違法性が阻却される⁽¹¹⁾。

このような「患者の同意」は、侵害を受ける法益主体が自ら行うことに意味があるのであり、患者以外の者が表明する「同意」は、原則として「患者の同意」としての効力を有しない。未成年者の医療に関する親権者の「同意」についても同様に「患者の同意」としての効力が否定されるかは問題となるが、この点は「同意」と親権の関係性に関わる問題であり、(3)で論じることとする。

「患者の同意」に関して重要な特徴は、広範な推定的同意が認められる点である。意識障害患者が救急搬送された場合など、患者が現実の同意を与えることのできない状況は多く存在することに加え、医療行為はきわめて多岐にわたるため、一般に、患者が医療行為のすべてについて事前に現実の同意を与えることは困難である。そのため、患者が現実の同意を行っていない場合には、推定的同意による正当化を行わざるを得ないのである⁽¹²⁾。

(b) 説明義務によって保護される医療的決定としての「同意」

これは、直接に医的侵襲と関連するか否かにかかわらず、重要な医療的決定を行う際に自己決定権の具体化として要求される「同意」を指すものである⁽¹³⁾（「自己決定」とほぼ同義と考えてもよい）。この種の「同意」を要求する

(11) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣, 1986) 530頁以下, 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣, 2007) 108頁など。

(12) 町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会, 1986) 197頁以下, 山口・前掲注11) 164頁。

(13) 町野・前掲注(12) 243頁以下は、説明義務違反の効果として「患者の同意」が無効になるとする「同意無効説」と、独立の義務違反となるとする「注意義務説」の対立があるとした上で、同意無効説に立つべき旨を述べる。しかし、

考え方は、医師の専断を排し、患者が十分な説明により内容を理解した上で自ら現実に同意を表明することを重視するものであり、一般的に「インフォームド・コンセント」という表現が用いられる際には、この種の「同意」が想定されていることが多い。

この「同意」に関しては、上記の通り患者が現実に表明することが重視されるため、推定的同意は認められないのが原則となる。しかしそうすると、患者本人が十分な判断能力を有しない場合に誰が説明を受け「同意」を表明すべきかが問題となる。この点につき学説上の議論は乏しく最高裁判例も存在しないものの、家族に対する説明義務違反を肯定した下級審裁判例が複数存在し⁽¹⁴⁾、実務上は家族が行う医療的決定も自己決定に準じた保護の対象となることが想定されている。また、詳細な説明が患者に治療上有害であると見込まれる場合や緊急性が高く詳細な説明の時間がない場合など、他の諸事情との衡量判断によって保護が貫徹されない場合がありうる⁽¹⁵⁾。

(c) 総括的検討

以上の2種の「同意」は、それぞれ基本的法律効果が異なっている。第1類型の「患者の同意」（以下「違法性阻却の『同意』」という）は、これがなければ医療行為自体が違法となるため医療を実施できないことになるのに対し、第2類型の医療的決定としての「同意」（以下「医療的決定の『同意』」という）は、これがなければ自己決定権侵害として慰謝料請求が可能となる余地があるものの、医療行為自体は適法であることになる。そして、医療的決定の

少なくとも民法学説・判例は注意義務説の立場に立っており、そのことは正当と考えられる。この点の詳細は、米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開 下巻（町野朔先生古稀記念）』（信山社、2014）98頁以下参照。「注意義務説」が採用された結果、本稿の分析による2種の「同意」の区別が生じたのである。

(14) 東京地判平成15年4月25日判時1832号141頁、大阪地判平成19年10月31日判タ1263号311頁など。

(15) 米村・前掲注(10)134頁以下。

「同意」は、あくまで患者の主体的決定を担保するために理念上要求されるものではあるが、常に十分な説明と現実の同意表明が可能であるとは限らず、状況によっては保護が貫徹されないこともある点が重要である。患者が十分な情報を得て現実に同意を表明することは、医療の理想型から見れば望ましい姿であるものの、理想を追求するあまり、医療が優先的に保護すべき患者の生命・健康に不利益が生じる事態は回避する必要がある、その点で説明・同意の充実の要請が後退する場面が生ずることも甘受しなければならないからである。

ところが、近年医療現場では、患者本人に判断能力がなく、現実「同意」を表明できる近親者等もいないという理由で、医療行為自体を実施しないとする運用が散見されるようになってきている（たとえば、近親者がいない精神障害者につき、「同意書を書く者がいない」という理由で治療が実施されない場合があるとされる⁽¹⁶⁾）。このような運用は、上記の2種の「同意」を混同し、現実の同意表明を医療行為の正当化要件として位置づけるものとして不当のそしりを免れないであろう。繰り返しになるが、十分な説明と現実の同意表明、という「理想像」を追求するあまり、本来の治療が実施できず患者の生命・健康に不利益が生ずるような事態は、決して許されてはならない。患者本人に判断能力がなく近親者もいない精神障害者の事例では、医学的に必要な治療であれば推定的同意によって正当に医的侵襲行為をなしうるのであるから、医師の判断で治療を実施すべきであろう⁽¹⁷⁾。

(16) 精神疾患の治療に関しては、本人の同意がなくとも精神保健福祉法上の医療保護入院を行うなどにより治療が可能となるが、精神障害者の有する身体疾患の治療に関してはその種の制度が用意されていないため、このような問題が生じている。

(17) 上山・前掲注(6) 131頁も、種々の検討の結果、「同意無能力者に対する重要な医的侵襲行為に関する最終決定権は、……原則として医療機関側に留保せざるをえない」とする。

(3) 親権と「同意」の関係性

(a) 親権と違法性阻却の「同意」の関係性

以上の検討を踏まえて、親権と2種の「同意」それぞれの関係につき検討を行う。まず、違法性阻却の「同意」は親権との関係でどのように位置づけられるか。この点については、法定代理権説が主張するような、親権者による「同意」の代行は認めるべきでない。違法性阻却の一要素たる「患者の同意」は、あくまで法益主体本人が行う同意であることに意味があり、他者が「代理」することは認めるべきでないからである。他者の「同意」については、推定的同意を支える一事情としてのみ考慮されるものと解すべきであり、親権者の場合も同様に解するのが適切である⁽¹⁸⁾。

そしてこのことは、身上監護権説に対しても同様に妥当する。親権者が身上監護権の一環として未成年者の医療内容について「同意」を行うことができるとしても、それは本人の同意の代替となるものではない。親権者は他人である以上、未成年者本人の法益侵害に対する違法性阻却効果をもたらす「同意」をなすことはできないと言わなければならない。ここでも、違法性阻却はあくまで推定的同意によっていると考えざるを得ず、親権者の「同意」表明も推定を基礎づける一事情に過ぎないと言すべきである。

このように考えるのであれば、親権者が「同意」を拒否している場合に、親権停止等の手続を行わなければ医療行為をなしえないとする理由はない。親権者が「同意」を拒否していること自体も、推定的同意の存否に関する1つの考慮事情に過ぎないのであるから、医学的な治療の必要性や回復可能性等を考慮して患者本人に十分な医療的利益があると判断できるのであれば、推定的同意があるものとして医療行為をなしうると考えられる⁽¹⁹⁾。したが

(18) 町野・前掲注(12)229頁以下も基本的に同旨と思われる。

(19) この判断は、実際上は医師によって行われると想像されるが、これは「最終決定権」が医師にあることを意味しない。医師の判断は事後的な司法審査に服す

って、医療ネグレクト事案においても、医療行為を実施するというだけでは、何ら親権停止等の手続を経ることなく、推定的同意に基づいてそれは可能になると考えるべきであろう。

(b) 親権と医療的決定の「同意」の関係性

医療的決定の「同意」は親権との関係でどのように位置づけられるか。この点に関しても、親権者が法定代理権に基づき本人の自己決定を「代行」できるいわれはない。自己決定は本人のみがなしうるものであり、他人が決定することによって本人の自己決定があったことになるわけではない。

他方で、親権者は（未成年者の「代理人」としてではなく）固有の資格において、未成年者の受ける医療内容につき一定の決定を行うことができるものと解される。すなわち、親権者が未成年者の医療内容につき一定の判断を行うことはあってしかるべきであり、これは親権者が有する身上監護権の内容として当然に認められよう。その意味で、親権者も一定の医療的決定の権利を有しており、医師・医療機関にはそれに対応した親権者への説明義務が課せられることになるのである。

もっとも、このような親権者の決定権は、常に保証されるというものではない。既述の通り、医療的決定を行う権利も、患者の生命・健康に不利益をもたらしうる場面などでは後退を余儀なくされる。親権者の有する決定権が、患者本人の有する医療的決定の権利よりも強力であると解すべき理由はなく、親権者の決定権も同様に相対化を受ける余地があると考えられる。そうすると、患者本人の生命・健康を害することが明らかな場合には、親権者に対する説明や親権者の「同意」なしに医療行為を実施することも可能であり、場合によっては、明示的な治療拒否の決定があっても治療を実施できる

るのであり、医師の判断はあくまで法律要件の存否に関する暫定的な判断にとどまる。

と解すべきであろう⁽²⁰⁾。

なお、これに加えて、この種の医療的決定権を親権者以外の者が有しうるかが問題となる。仮に他の者も未成年者の医療的決定権を有するのであれば、親権者の決定いかんにかかわらず、当該他の者の決定に依拠することができる可能性がある。しかしこの問題は、親権者が有する身上監護権の内容理解にも関わる問題であり、本稿では直ちに結論を出すことができない。ここでは、親権者のみが医療的決定権を有すると仮定しても、上記の結論を導きうることを述べるにとどめたい。

4 医療ネグレクト事案での対応

以上の検討結果を踏まえて、医療ネグレクト事案での対応のあり方につき、一定の方向性を示しておきたい。

まず、医療ネグレクト事案で医療行為を実施するためには、必ずしも親権停止や職務執行停止の保全処分は必要ないと考えべきであろう。上記の通り、医療行為の実施に関する「同意」は推定的同意で足りるのであり、医学的な必要性が大きければ、親権者が医療を拒否していたとしても推定的同意を肯定することができるからである。

もっとも、従来の実務では、親権停止を行わなければ親権者による「同意権」を消滅させることができず、およそ医療行為の正当化を図ることができない、とする理解が前提とされていたものと推測される。そのような理解のどこに問題があるかを明確にする必要がある。筆者の見るところ、親権者の「同意」が医療行為の実施に不可欠であるとする理解は、本稿で言及した

(20) これは、医療的決定権保護はあくまで説明義務等を通じた手続的保護であり、究極的な医療実施の可否には関係しないからである。医療実施自体は医的侵襲行為の正当化要件が充足されていれば可能であり、それは違法性阻却の「同意」の問題に解消される。

近親者のない精神障害者の場合と同じく、明示的な「同意」がなければ医療行為はおよそ実施できないとする医療現場の誤解に基づく部分が大きいように思われる。医療行為はすべてが明示的な「同意」に基づいて行われるわけではない。未成年者医療においても、常に親権者の同意を不可欠としているわけではなく、両親の一方のみが付き添っている場合や、そもそも親が同伴していない場面などが多く存在し、そのような場面でも本人や他の同伴者が診療を希望すれば大半の医療機関は通常通りの医療を提供する運用を行っている。法的に見れば、これらの多くの場面では推定的同意による正当化が行われていることになろう。日常的な診療場面で適用可能な法律構成が医療ネグレクト事案で突如適用できなくなるというのは、明らかに不合理である。このように解すれば、大半の医療ネグレクト事例では適正な解決が得られるのではないかと推測される。少なくとも、未成年者が緊急の治療すら受けられず生命の危機に瀕するようなことは避けられるのではないか。

親権停止の手続が必要となるのは、おそらく、両親が医療機関の受診自体に強硬に反対し、子どもが現実の医療を受けうる状況にない場合や、慢性疾患がある等の理由により長期にわたり親権者の協力を得る必要があるような場合に限られるものと思われる。

5 結びに代えて

本稿では、医療ネグレクト事案に関する審判例を契機として、はなはだ不十分ながら、医療行為に対する「同意」と親権の関係性に関する検討を行った。本稿の検討は、主として医療行為同意の分析結果から問題全体を整理し直したものであり、家族法の視点からの検討とは着想が異なる可能性があるが、現在の議論状況に対する問題提起としてご理解頂ければ幸いである。

水野紀子は、新生児の医療ネグレクトに関して述べる中で、検討すべきは「法的介入手段がにわかには整備されるめどが立たない日本で、現在、必要な

救命をどのように行うかである」とした上で、児童相談所の積極的な行動が必要であるとともに、「さらに非常手段として、医師が事務管理として親の意思に反して治療できることも、周知されるべきであろう」と述べる⁽²¹⁾。「事務管理」との法律構成はともかく、筆者もこの見解に基本的に賛成したい。医療ネグレクト問題の解決の方向性は、膨大な司法インフラを投じて、迅速かつ細密な国家的介入を可能にするか、もしくは、医療現場に広範な裁量を与えて事実上の解決を促進するかのいずれかしかないように思われる。十分な司法インフラが整備されていないにもかかわらず、いたずらに問題解決を法的手続に委ねることは、問題を放置するに等しい。筆者の提示する解決は、そのような意味で最も現実的な解決策でもありと考える次第である。この点を含めて、今後の議論の活性化に期待したい。

*筆者は、2005年から2013年までの東北大学法学研究科在任中、また筆者が東北大学を離れてからも、水野紀子先生から家族法分野を中心に数多くのことをお教え頂いたのみならず、大学業務全般、また私生活のよもやまごとに至るまで、水野先生には、大学人として未熟な筆者をことあるごとにお支え頂いた。さらに、2011年3月11日の東日本大震災発生直後、同年4月から研究科長にご就任になった水野先生と過ごした怒濤のような日々は、終生忘れることができない。水野先生からこれまで頂戴した数々のご恩は、1本の論文でお返しするにはあまりにも大きすぎるものであるが、多少なりともお礼の意を表すべく、本論文を捧げたく思う。

(21) 水野紀子「医療ネグレクトに関する一考察」米村滋人編『生命科学と法の近未来』（信山社、2018）229頁。