

令和 5 年 6 月 20 日現在

機関番号：33908

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2016～2022

課題番号：16K03442

研究課題名（和文）医療ネグレクトと「子どもの保証人」- 予防法学的視点による医事法理論・システム構築

研究課題名（英文）Medical Neglect and "Guarantors for Children": Constructing the Theory and the System of Medical Law in Light of Preventive Jurisprudence

研究代表者

保条 成宏 (Hojo, Masahiro)

中京大学・法学部・教授

研究者番号：80252211

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,400,000円

研究成果の概要（和文）：本研究は、医療ネグレクトにおいて子どもの権利や最善の利益を代弁・擁護する「子どもの代理人」の制度化に向けて、子どもの権利条約の法構造を分析するとともに、日本とドイツの児童虐待対応法制の違いを明らかにした。これらの研究成果に基づくと、日本における「子どもの代理人」の制度化は、ドイツ法の「手続補佐人」をモデルとしつつ、同条約が規定する「法定保護者」を具体化すべきものといえることができる。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究は、単に医療ネグレクトに関する医事法的研究にとどまらず、「子どもの権利」や「子ども法」に対して、日本とドイツの比較法的研究に基づき、憲法・民法・刑法・家事事件手続法・国際人権法などの法領域から多角的にアプローチするものである。加えて、医療ネグレクトの背景には優生思想が大きく関係しており、本研究は、この点において「障害法」とも関連があるなど、法学研究の新たな分野を開拓し学術的・社会的貢献をなしているものである。

研究成果の概要（英文）：In this study we analyzed the legal structure of Convention on the Rights of the Child and elucidated the differences between Japanese and German legal systems for child abuse, with a view to institutionalizing "Representatives of Children" that advocate the rights and the best interests of children in medical neglects. Based on the results of this study, we can conclude that the institutionalization of "Representatives of Children" in Japan should follow the example of guardian ad litem in German law and embody legal guardians provided by the Convention.

研究分野：刑事法 医事法 子ども法 障害法

キーワード：子どもの権利 子どもの権利条約 子どもの最善の利益 子どもの代理人 児童福祉法 児童及び少年  
扶助法 手続代理人 手続補佐人

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属します。

### 1. 研究開始当初の背景

「児童の権利に関する条約」は、「子どもの最善の利益」のいわば「保証人」、すなわち「子どもの保証人」として、親が第一義的に責任を負うことを規定している。しかし、医療現場では、親が「子どもの保証人」として十全に機能せず、生命維持治療の拒絶としての「医療ネグレクト」に及ぶことが問題化している。

### 2. 研究の目的

本研究は、予防法学的な視点に立脚し、子ども - 親 - 医師の間で生じる「三面的」で複雑な「関係障害」を本質とする医療ネグレクトが法的紛争化することを未然に防止するため、(1)親以外に子どもをめぐる多様な専門職・専門組織を「子どもの保証人」に任じて活用するための「子どもの保証人」理論を定立するとともに、(2)当該理論を医療現場で効果的に適用・運用するための「医療システムとしての子どもの保証人」を制度設計することを目的とした。

### 3. 研究の方法

医療ネグレクト現場において子どもを取り巻く親 - 医師間の関係調整を行いつつ、「子どもの最善の利益」を代弁・代行する「子どもの代理人」について、その活動上の法理と実践理論を解明することとした。そのために、まず、(1)2011年の家事事件手続法制定に伴い創設された「手続代理人」制度について、弁護士実務のレベルにおいては、関係規定にいたずらに拘束されることなく、手続代理人が関係者間の調整・修復機能を担っている実態が垣間見られることから、この点を肯定的に評価したうえで、「子どもの代理人」としてのあるべき実体像・実践像を明らかにすることとした。さらに、(2)ドイツで2008年に制定された家事事件手続法(FamFG)により導入された「手続補佐人」(Verfahrensbeistand)制度について、手続外でも関係調整的ケースワークを担う者として弁護士以外にソーシャルワーカーなど福祉職も有資格者と規定されている点(158条)などに着目しつつ、この制度から示唆を得ることにより、日本における「手続代理人」とその実践に対する法的規律のあり方を根本的に見直していくこととした。

### 4. 研究成果

#### (1) 「子どもの代理人」のあるべき実体像・実践像

「子どもの代理人」として医療ネグレクト事案において法実践を展開する弁護士の実相を調査するとともに、「子どもの権利条約」における「子どもの権利」やその法構造を分析し、条約が前提とする子ども像や権利構造に照らして、「子どもの代理人」の「子どもの保証人」としてのあるべき実体像・実践像を明らかにした。

「子どもの代理人」としての弁護士は、「子どもの最善の利益」の確保をその実践の第一義に据え、既存の法制度・慣行に捕らわれることなく、いわば手探りの状態で多様な非定型的・福祉的な支援を「全人的存在としての子ども」のために展開するなかで、児童虐待などへの児童相談所や家庭裁判所による法的介入チャンネルの確立を促してきた。そして同時に、その法的介入チャンネルが一定の確立をみた後にも、法的介入手続の内と外とを問うことなく全人的な見地から、「幸福追求権」の主体である子どもやその「生の当事者性」のための「アドボケイト」として多様な支援を実践してきた。このように、「子どもの代理人」は、「全人的存在としての子ども」が生きる実社会のフィールドに根ざしたいわば「開いた法システム」において広汎な法実践を展開し、またこれに基づいて「実践知」や「暗黙知」を蓄積してきたのであり、こうした実相こそがそのあるべき実体像・実践像を顕現するものにほかならないというべきである。

以上の点を踏まえて、2011年制定の家事事件手続法において導入された「手続代理人」制度について検討した。同法は旧家事審判法が立脚していた「訴訟手続 - 当事者主義」「非訟手続 - 職権主義」という伝統的な「訴訟・非訟二分論」が破綻を来し、「当事者権」の確立による「手続保障」が指向されていくなかで、そのための立法への気運の高まりを背景にしつつ制定されたものの、結果的には、後見的に「子の福祉」を実現するという従前の職権主義的な枠組を大きく組み替えるには至らなかった。そして、家庭裁判所がその後見的役割として子の利益が守られているかをチェックすることの一体において、家庭裁判所の裁量判断を認めただけで、家庭裁判所調査官の事実調査という補助手段を付与する、という職権主義的手続構造を温存するものとなっている。このような手続構造に内在するものとして成立した「手続代理人」制度は、これと不可分のものとして規律される手続行為能力や手続参加の制度とともに、その運用が家庭裁判所の裁量に大きく委ねられることにより、職権主義的にもとづく後見的な「閉じた法システム」のなかに埋没し機能不全となりがちな構造となっている。

これに対して、「子どもの代理人」は、家事手続外に展開する実社会をも視野に入れ、そこに実在する客観的・実体的な「子どもの最善の利益」を代表し、子どもの「生の当事者性」を引き出しうるような「開いた法システム」の担体となるべき存在である。したがってまた、「子どもの代理人」には、「子どもの権利条約」が規定する「法定保護者」(3条・18条)に相応しい地位が制度的に確保されるべきである。それにもかかわらず、家事事件手続法における「手続代理人」

の制度像は、そのようなあるべき「子どもの代理人」像とはおよそ相容れないものであり、抜本的に見直されるべきである。

## (2) ドイツと日本の児童虐待関係法制の比較

ドイツの児童虐待関係法制は、日本とは大きく異なり、広く家事事件である「親子関係事件」(Kindschaftssache)を対象として、民事実体法・手続法上に網羅的な体系法として構築された親子法制のなかに位置づけられ、民法 1666 条に基づく裁判所の司法的介入を中核に据えてきた。それと同時に、裁判所は、児童及び少年扶助法における児童福祉上の相談・支援のための実働的な行政機関である少年局と緊密に連携してきた。こうした法状況を前提として、2008 年に制定された家事事件手続法により、親子の関係をつなぎ直すための関係調整的ソーシャルワークを担う「手続補佐人」が制度化された。

したがって、親子関係事件としての側面をもつ医療ネグレクト事案をめぐり、ドイツにおける法的対応の特色・動向を明らかにしていくうえでは、民事法領域において親子法制がどのように発展してきたか、そしてさらにいえば、それが親と子どもの「関係障害」に対処し、両者の間を調整・修復する「関係性の法」としていかに現行のかたちまで具現化してきたか、という点に着目する必要がある。第 2 次世界大戦後のドイツにおいて児童虐待関係法制が発展していく過程では、とりわけ親子の関係性を直截的に規律する実体法である民法をめぐり、「親権の壁」を超克することが必然的に課題となった。そして、ドイツがこの課題に取り組むうえでは、「親の権利」(Recht der Eltern)を規定するドイツ連邦共和国基本法 6 条 2 項との関係が焦点となり、連邦憲法裁判所は、同項をめぐって積極的に判例を展開した。すなわち、連邦憲法裁判所の判例は、「親の権利」を相対化する反面において、「子どもの権利」を基本法上に定位化した。これにより、親子の間を調整・修復する「関係性の法」としての親子法制の構築に向けて憲法的要請が明晰化されていったのである。

これに対して、日本において医療ネグレクトに対応するための法制は、GHQ 占領下の 1947 年に制定された児童福祉法や、これを補完すべく 2000 年に議員立法として成立した児童虐待の防止等に関する法律といった単行法を基盤としており、児童相談所による公法的・行政的介入を基幹に据えている。そして、2011 年に新設された児童福祉法 33 条の 2 とこれに関する行政解釈に基づき、児童相談所長が家庭裁判所の親権喪失・停止審判によることなく、その行政上の専権処分である一時保護により医療ネグレクトに介入するかたちで実務が定着をみている。

そこで、このような日本の法状況に対し批判的な観点に立脚したうえで、ドイツ法をモデルとして法治国家原理を権力分立により担保するために、司法的コントロールのもとでの介入措置と、行政的な相談・支援との間で役割分担を明確化しながらも、両者が連携・協働することに向け、日本でも法整備を進めるべきこと、その一環において「手続補佐人」をモデルとして「子どもの代理人」を制度化するべきこと、を明らかにした。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計3件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 1件）

1. 著者名 保条成宏	4. 巻 76巻9号
2. 論文標題 新生児の医療ネグレクトへの対応（生殖医療・周産期に関わる法と倫理：親子関係・医療制度・虐待をめぐって）	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 臨床婦人科産科（医学書院）	6. 最初と最後の頁 587-591
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） 10.11477/mf.1409210725	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 保条成宏	4. 巻 50巻6号
2. 論文標題 新生児の治療拒否への対応（特集：いま求められる周産期生命倫理の知識）	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 周産期医学（東京医学社）	6. 最初と最後の頁 949-952
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 保条成宏	4. 巻 2
2. 論文標題 生命の刑法的保護と障害者 ドイツと日本における優生思想の展開に着目して	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 障害法（日本障害法学会）	6. 最初と最後の頁 55-71
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

〔学会発表〕 計3件（うち招待講演 1件 / うち国際学会 0件）

1. 発表者名 保条成宏
2. 発表標題 生命の刑法的保護と優生思想 ドイツと日本に着目して
3. 学会等名 日本刑法学会第97回大会ワークショップ「障害者の権利と刑事法」
4. 発表年 2019年

1. 発表者名 保条成宏
2. 発表標題 子どもの医療ネグレクトと法 刑法・民法・児童福祉法の協働に着目して
3. 学会等名 児童福祉法研究会（招待講演）
4. 発表年 2019年

1. 発表者名 保条成宏
2. 発表標題 生命の刑法的保護と障害者 ドイツと日本における優生思想の展開に着目して
3. 学会等名 日本障害法学会
4. 発表年 2017年

〔図書〕 計3件

1. 著者名 鈴木 博人（編）、横田 光平（編）、保条成宏ほか	4. 発行年 2022年
2. 出版社 尚学社	5. 総ページ数 394
3. 書名 子ども虐待の克服をめざして 吉田恒雄先生古稀記念論文集	

1. 著者名 甲斐克則（代表編集）、保条成宏ほか	4. 発行年 2018年
2. 出版社 信山社	5. 総ページ数 592
3. 書名 医事法辞典	

1. 著者名 甲斐克則（編）、保条成宏ほか	4. 発行年 2016年
2. 出版社 信山社出版	5. 総ページ数 296
3. 書名 小児医療と医事法	

〔産業財産権〕

〔その他〕

<p>中京大学法学部教員紹介  <a href="https://www.chukyo-u.ac.jp/educate/law/professor/professor.php?dir=houjou">https://www.chukyo-u.ac.jp/educate/law/professor/professor.php?dir=houjou</a>          中京大学研究者業績データベース  <a href="https://kenkyu-db.chukyo-u.ac.jp/search/result.html?lang=ja&amp;template=template1&amp;mFreeword&amp;s1=%E4%BF%9D%E6%9D%A1%E6%88%90%E5%AE%8F&amp;s4=true">https://kenkyu-db.chukyo-u.ac.jp/search/result.html?lang=ja&amp;template=template1&amp;mFreeword&amp;s1=%E4%BF%9D%E6%9D%A1%E6%88%90%E5%AE%8F&amp;s4=true</a></p>
---

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
研究協力者	多田 元  (Tada Hajime)		愛知県弁護士会
研究協力者	高橋 直紹  (Takahashi Naotsugu)		愛知県弁護士会
連携研究者	永水 裕子  (Nagamizu Yuko)  (50392501)	桃山学院大学・法学部・教授    (34426)	

6. 研究組織（つづき）

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
連携研究者	空閑 浩人  (Kuga Hiroto)  (90325431)	同志社大学・社会学部・教授    (34310)	
連携研究者	佐藤 千恵  (Sato Chie)  (60440575)	京都府立大学・公共政策学部・教授    (24302)	
連携研究者	久本 貴志  (Hisamoto Takashi)  (90452705)	福岡教育大学・教育学部・准教授    (17101)	

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関