

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成 25 年 6 月 8 日現在

機関番号：17101

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2010～2012

課題番号：22530105

 研究課題名（和文） 医事法学の理論化への試み—小児医療における「関係障害」への法的
 対応に着目して

 研究課題名（英文） Toward a Theoretical Reconstruction of Medical Law: A Case Study of
 Legal Approaches to Dysfunctional Interpersonal Relationships in Pediatrics.

研究代表者

保条 成宏（MASAHIRO HOJO）

福岡教育大学・教育学部・教授

研究者番号：80252211

研究成果の概要（和文）：本研究は、主として小児患者における医療ネグレクトへの対応に関して、この核心にある患者-医師-親権者間の「関係障害」という、形式論理では割り切れない、きわめて人間的な現象を視野に入れたアプローチを解明することに主眼をおいた。そして、「総合的医事法」の視点に基づき、刑法と民事法・福祉法との協働による「事前的关系調整法」の実践を追求することに加えて、こうした法実践と、倫理やソーシャルワークといった人間に密着した実践とを学際的な視点から融合させることにより、人間性豊かな「関係性の法学」としての医事法学の理論的構築に向けた手がかりを得た。

研究成果の概要（英文）：The main purpose of our research is to explore such an approach to the problem of medical neglect of child patients as emphasizes the notion of *dysfunctional patient-doctor-parent relationship* found at its core, which is realized as a logically unexplainable, very human phenomenon. Through the research, significant suggestions have been obtained for theoretically reconstructing medical law as humanistic *Interpersonal Relationship Law* by developing practices of *Ex-ante Adjustment Law for Interpersonal Relationship* from the standpoint of *Comprehensive Medical Law* under a cooperative system of criminal law, civil law and welfare law, and combining these law practices with ethics and human-based practices such as social work from a cross-disciplinary perspective.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	1,400,000	420,000	1,820,000
2011年度	1,100,000	330,000	1,430,000
2012年度	900,000	270,000	1,170,000
年度			
年度			
総計	3,400,000	1,020,000	4,420,000

研究分野：刑事法学 医事法学 生命倫理学

科研費の分科・細目：法学・新領域法学

 キーワード：小児患者 医療ネグレクト 関係障害 総合的医事法 事前的关系調整法
 ソーシャルワーク 関係性の法学

1. 研究開始当初の背景

日本の医事法研究においては、明治憲法体

制下では、主に内務官僚の主導により警察・治安行政の一環としての「衛生行政」をめぐる法や制度のあり方が論じられ、日本国憲法体制に移行した後も、主として行政規制の観点から「医事法制」を論じることが主流であった。これに対して、行政法学中心の「医事法制学」からいわば「総合法学」さらには「総合科学」としての「医事法学」への転換において主導的な役割を果たした唄孝一博士は、1970年に『医療のあり方に関する法規範のかかわりあい』を体系化し理論化することの必要性を提起したが(唄孝一『医事法学への歩み』(1970)「はしがき」)、それから40年が経過しようとしている今日においても、医事法学の体系化・理論化への歩みは、顕著には進んでいない。確かに、個別の法学分野をみれば、例えば刑事法学においては、1980年には大谷実博士が『医療行為と法』を著し、医療行為の規制という観点から刑事法の機能を論じており、医事法学の理論的深化に向けての一石を投じている。また、1986年には町野朔教授が『患者の自己決定権と法』を著し、ドイツ刑法判例・学説の「治療行為(Heilbehandlung)論」の展開過程を分析しつつ、患者の自己決定権の保護という観点から医療行為に対する規制原理を提示している。これらの研究を通して、患者が事前に表示した意思に反する「専断的治療行為」を事後的に処罰対象とするための要件が論定されるなど、医療者に対するいわば「事後的行為規制法」の内容が解明されたのであり、このことの学術的意義は、小さくない。しかし、このような事後的規制の法原理に関する研究を医事法学の中核に据えることには、自ずと限界がある。というのも、「事後的行為規制法」の典型としての刑事法は、刑罰の発動という峻烈な法的効果を伴い、医療者を萎縮させる副作用を生じさせるものとして謙抑的に適用されるべきであり、医事法上の問題の先導的な解決手段としては位置づけがたい。そこで、むしろ予防法学的な観点から事前的な問題解決原理を確立することが重要となってくる。

2. 研究の目的

従来の医事法学は、医事紛争の事後的処理のための「事後的行為規制法」の原理解明を重視してきた。しかし、患者の権利擁護の観点からは、患者・医療者間等の「関係障害」、そしてこれに起因する紛争や無価値的結果を未然に回避するための「事前的関係調整法」の原理を解明する必要がある。かような見地から、本研究は、特に小児医療において患者・親権者・医療者間で「医療ネグレクト」などとして発現する「関係障害」に焦点を当て、社会福祉学などによる学際的アプローチによりそのメカニズムを

把握しつつ、これに対応しうる「事前的関係調整法」の原理を解明し、もって「総合科学」としての医事法学の体系化・理論化の端緒を見出すことを目的とした。

3. 研究の方法

(1)2010年度

①医療ネグレクトが好発する新生児医療の状況について、日本を代表する研究者・臨床医に対して聴き取りを行い、以下のような知見を得た。

1)そもそも通常分娩では妊婦が保険診療上は患者ではないうえに、さらに新生児が妊婦の付属物として扱われ、その医療における位置付けが曖昧化する傾向にあり、このことが新生児医療の倫理を構築していくうえでの支障になる。

2)成人患者に対する医療においても、患者の自己決定権やインフォームドコンセントを絶対視することは妥当でなく、ましてや患者本人が意思能力を有しない新生児医療において、親の意思決定を絶対視すべきではない。ただし、新生児医療においていたずらに親を疎外すべきではなく、「家族参加型新生児医療」の具体的なあり方を模索する必要がある。

3)かつては新生児を救命すれば親から感謝されたが、親の意識も変わり、救命後の子どもの生命の質を問題にするようになっており、こうした状況への生命倫理的対応が不可欠である。

②医療ネグレクトの背景にある「関係障害」について、特に障害児とその親の関係に着目し、社会福祉的な視点を踏まえつつ文献研究を行った。

(2)2011年度

①医療ネグレクト事案への法的対応に関する理論研究として、まず、1)2011年の民法改正により新設された親権の一時的制限制度について検討を加え、むしろ親権の一部についての喪失制度及び一時的制限制度、さらには裁判所が子の医療行為に対して代行同意を行う制度を創設する方が当該事案への対応策としてより有効であることを明らかにした。さらに、2)刑法解釈論として、ドイツ刑法の「同意原則のドグマ」のもとで子の医療行為に対して親の不同意が事前に絶対的・終局的な遮断効を有するような事態を回避するため、親の代行同意の本質に関して、親権者が独自の資格において子の利益を保護するために医療行為の優越利益性を担保する活動であるとの理解に立ったうえで、本人の利益に相反して代行同意を拒絶した親権者については、この拒絶意思を無効とすることによりいわば担保者の地位から排除し、医師が担保者の空位を埋めて医療行為の優

越利益性を自らの裁量において担保しうることを「推定的同意」による理論構成に依拠して明らかにした。

②フィールド調査として、1)小児医療において医療者－親権者－患者の間に発生する「関係障害」およびこれへの対応の実態を解明するために、総合周産期母子医療センターを訪問し、センター長への聞き取りなどの調査を実施した。さらに、(2)小児医療における関係障害や倫理的ジレンマに対応する病院内活動として、病院倫理委員会と連携した倫理コンサルテーションが近年広まりつつある点に着目し、その実情を明らかにするために関係者への聞き取りを行った。

(3) 2012年度

医事法の本質を「関係性の法」と位置づけたうえで、その体系構築に必要な①基本的な法原理、②これを適用・運用するための総合的医療システム、についての手がかりを探った。

まず、①に関しては、1)親権が「子どもの最善の利益」という客観的利益の実現のための義務的性格を有しているとするれば、子への治療行為の規整原理については、子の利益の処分に関する自由裁量の余地を親権者に残すような同意という主観的な法形式を偏重せず、治療行為の客観的利益傾向としての優越利益性に重点を置いて理論構成すべきである、2)もともと、親権者が子にとってあくまで「他者」であるにもかかわらず、自己決定原理に反し他者同意という形式で治療行為の優越利益性を担保する「保証人」としての排他的・独占的地位に立つ必然性はなく、医療現場において親権者と共存的な関係で「保証機能」を有するシステムが構想されるべきである、2)そもそも、自己決定理論に基づくインフォームド・コンセントに関しても、医の権威への対抗手段として患者自身によるその生命・身体に係る法益処分の自由性への過度の焦点化がなされ、かつこうした法理が親権者の同意にも推及されることに対する歯止めを欠くことが問題であって、人間の関係性が本来有する自律的な調整・構築力を信頼しつつこれを引き出す「関係性のためのインフォームド・コンセント」として再定義されるべきである、などの仮説の検証に取り組んだ。

そのうえで、②に関しては、特に上記1)との関連を意識しつつ、親権者との共存的・調和的な環境において子のために最善の利益を代弁・保証しつつ関係調整機能を有する装置として、病院倫理委員会、医療福祉的・法的ソーシャルワーク、臨床倫理コンサルテーション、子どもの代理人などからなる複合的な医療システムのあり方について検討した。

4. 研究成果

(1) 親権者が小児患者への生命維持治療を拒絶する「医療ネグレクト」の問題の中核には、さまざまな理由で小児患者-医師-親権者間に生じる「関係障害」があり、これが悪化すれば患者の死亡という最悪の結果も生じる。この問題への医事法的対応においては、例えば、医事紛争の事後的処理のための「事後的行為規制法」のみならず、患者の権利擁護に向けて関係障害やこれに起因する無価値的結果を事前に回避するための「事前的関係調整法」の枠組みが必要である。

本研究は、医療ネグレクトへの対応として、その核心にある「関係障害」という、形式論理では割り切れない、きわめて人間的な現象を視野に入れたアプローチを解明することとした。そのため、「総合的医事法」の視点に基づき、刑法と民事法・福祉法の協働による「事前的関係調整法」の実践を追求することに加えて、こうした法実践と、倫理やソーシャルワークといった人間に密着した実践とを学際的な視点から融合させることにより、人間性豊かな「関係性の法学」としての医事法学の構築に向けた手がかりを見出した。

(2) まず、刑法と民事法・福祉法の協働に目を向けると、ドイツ刑法の伝統的な「治療行為論」では、たとえ小児患者の生命維持治療に不可欠な治療行為であっても、親権者の同意を欠けば専断的かつ違法となる。この法理では、刑法は、医師の治療行為に対する「事後的行為規制」の枠を超え、その実施を事前かつ強力に威嚇・禁圧する実質的機能を有し、かえって小児患者-医師-親権者間の関係障害の膠着化を招く。そこで、「事前的関係調整法」を展開可能とするために、以下のような方向性のもとに刑法解釈論が展開されるべきであると考えた——小児患者への治療行為に対する親権者の同意は、患者本人の自己決定権を代行する行為ではなく、親権者が民法の監護義務に基づき本人の利益を保護する独立した活動である。この活動では、医師が治療行為の優越利益性(医学的適応性)を自らの医術的正当性により客観的に「保証」するのに対して、親権者は、自らの同意により主観的に当該優越利益性を「保証」するのであって、本人の客観的利益に反して同意を拒絶すれば、この行為が刑法上無効となることにより、民法の親権喪失手続などを待つまでもなく、いわば「保証人」の地位から排除される。そして、医師は、この「保証人」の空位を自ら埋め、治療行為につきその優越利益性を自らの判断において担保しつつ実施しうる。

なお、こうした刑法解釈論の前提として、親権が絶対的なものではなく、その「義務的

性格」から弾力的に社会的制約を受け、その間隙を「関係性ある他者」である医師が「子どもの最善の利益」の「保証人」として親権者に代わり埋めるとする「関係的相対性の親権論」を定立することについても、検討の必要が生じてくる。この点に関連して、そもそも親権の法的性格とは何か、いわゆる「子どもの最善の利益」とはどのように関係にあるのか、恣意的な親権行使に対する防波堤として「子どもの最善の利益」が実体法上で機能しうるのか、といった論点についても、今後検討を要することを確認した。

無論、上記の方向性での解釈が主眼とするところは、ただ親権者の同意を欠く治療行為を正当化して事足りるとするのではなく、「インフォームドコンセント」法理のもと医師の治療行為と親権者の不同意とが正面から対峙する「関係障害」を解消するために、両者の自律的關係調整に必要な協議のテーブルを用意することにある。そのうえで、さらにこの自律的關係調整を補完する「事前的関係調整法」として民事法・福祉法を機能させるべく、例えば、ドイツ民法を範として、家庭裁判所が小児患者の権利擁護のために親権者に代わり治療行為に同意しうる制度を導入することも検討されるべきである。この点において、現行日本民法による親権喪失・停止は、親権を全面的に剥奪するものであり、副作用として当事者間の関係障害の膠着化が懸念されるのに対して、ドイツでの家庭裁判所による代行同意は、親権を剥奪することなく、そのいわば間接的な反射効として治療行為の内容に応じて親権を柔軟に制約しうる。また、医療ネグレクト事案の多くにおいて生命維持治療以外の局面では親権者が小児患者の権利・利益を代弁する可能性と必要性があることを考えれば、親権者がその地位を剥奪されることなく関係障害の解消に向けた協議当事者であり続けることが重要といえるべきである。このようにして医師-親権者間の自律的關係調整のための協議のテーブルを用意し続けていけば、いわば「関係対立のインフォームドコンセント」でしかない親権者の（不）同意が「関係構築のインフォームドコンセント」へと転化する余地も生じてくる。

以上のような刑法と民事法・福祉法の協働による法律論は、①親権者が小児患者にとってあくまで「他者」であるにもかかわらず、「他者同意」という自己決定原理に反する形式で治療行為の優越利益性を排他的・独占的に担保する「保証人」の地位に立つ必然性はない、との考えを前提としている。そのうえで、②人間の関係性が本来有する自律的な調整・構築力を信頼し、こうした力を引き出しエンパワーするものとして倫理的実践やソーシャルワークとの協働を図り、医療現場に

において親権者と共存的な関係で「保証機能」を有する医事法システムの構築を目指すものである。

(3) このように親権者との共存的・調和的なシステムにおいて小児患者の権利・利益を代弁・保証しつつ関係調整機能を有する装置として、本研究では、①病院倫理委員会や臨床倫理コンサルテーションなどの倫理実践、②医療ソーシャルワーク、③子どもの代理人による法的ケースワークに着目し、以下の点を今後の課題として確認した。

まず、①に関して、倫理実践の規準となる生命倫理原則について、法との対比においてその内容や役割を考察することが必要となる。そのうえで、病院倫理委員会が医療倫理に関する単なる裁判的・裁断的な組織にとどまらず、小児患者の権利擁護のための裁判外紛争処理組織として機能するために、「関係構築のインフォームド・コンセント」を担保しつつ医師-親権者間の関係調整を行うことが不可欠であるとの立場から、臨床倫理コンサルテーションとの関係なども視野に入れつつ実働的な組織・システムについて論じていく必要がある。

次に、②に関して、まず、医療におけるソーシャルワークやソーシャルワーカーの役割を踏まえる必要がある。そのうえで、単なる医師にとっての法的紛争予防手段にすぎない「関係対立のインフォームドコンセント」ではなく、医師-親権者間の関係調整とこれによる小児患者のためのアドボカシーの手段たりうる「関係構築のインフォームドコンセント」において、ソーシャルワークやソーシャルワーカーの果たすべき役割を明らかにしていくことが求められる。また、医プロフェッションの自律性の確立に主眼を置く臨床倫理コンサルテーションと、小児患者のアドボカシーに重点を置くソーシャルワークとの相違や緊張関係などについても、論究の必要がある。

さらに、③に関しては、弁護士が司法手続のみならずその前段階の医療プロセスにおいて小児患者の客観的な利益を代弁する「子どもの代理人」について、日本弁護士連合会などでの議論も踏まえつつその創設を提案していく必要がある。そのために、現行の家事事件手続法の下での手続代理人の限界性や、これとの対比における子どもの代理人の法的ソーシャルワーカーとして可能性や必要性、さらには具備すべき専門性とアイデンティティを明らかにしたうえで、親権者との共存的な関係性を構築し、また病院倫理委員会やソーシャルワーク部門などと協働するための実践方法について論じていかなければならない。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

高橋 直紹 (TAKAHASHI NAOTSUGU)
愛知県弁護士会

[学会発表] (計3件)

- ①保条成宏「医療ネグレクトにおける親権の制限 —親権の一時的制限制度の導入を契機として—」日本社会福祉学会第60回秋季大会(2012.10.12) 関西学院大学
- ②保条成宏「生命倫理学からみた障害者運動—脳性麻痺者とその親との『関係障害』に着目して—」第23回日本生命倫理学会年次大会(2011.10.15) 早稲田大学
- ③保条成宏「脳性麻痺当事者による障害者運動と生命倫理—『関係性の学』としての社会福祉学と生命倫理学との融合の視点から—」日本社会福祉学会第59回秋季大会(2011.10.9) 淑徳大学

[図書] (計2件)

- ①大林雅之、徳永哲也、保条成宏ほか『高齢者・難病患者・障害者の医療福祉(シリーズ生命倫理学第8巻)』丸善出版 2012.12 256頁
- ②小山剛、玉井真理子、保条成宏、永水裕子ほか『子どもの医療と法〔第2版〕』尚学社 2012.3 364頁

6. 研究組織

(1) 研究代表者

保条 成宏 (MASAHIRO HOJO)
福岡教育大学・教育学部・教授
研究者番号：80252211

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

空閑 浩人 (KUKA HIROTO)
同志社大学・社会学部・教授
研究者番号：903254331

永水 裕子 (NAGAMIZU YUKO)
桃山学院大学・法学部・准教授
研究者番号：50392501

一家 綱邦 (IKKA TSUNAKUNI)
京都府立医科大学・法医学教室・助教
研究者番号：50453981

久本 貴志 (HISAMOTO TAKASHI)
福岡教育大学・教育学部・准教授
研究者番号：90452705

(4) 研究協力者

多田 元 (TADA HAJIME)
愛知県弁護士会