

**科学研究費助成事業 研究成果報告書**

平成 28 年 6 月 11 日現在

機関番号：17101

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2013～2015

課題番号：25380135

研究課題名(和文)「関係性の法」としての医事法原理・システムの構築 - 医療ネグレクト事案を端緒として

研究課題名(英文) Constructing the principles and the system of Medical Law as "Law of Interpersonal Relationship": In the Light of Medical Neglect Cases

研究代表者

保条 成宏 (Hojo, Masahiro)

福岡教育大学・教育学部・教授

研究者番号：80252211

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,700,000円

研究成果の概要(和文)：本研究では、刑法・民法・児童福祉法などが協働し、小児患者-親-医師の間の「関係障害」である医療ネグレクトを事前に予防する「事前的関係調整法」として機能するために、「子どものための保証人」理論を定立した。すなわち、子どもの養育責任に関しては、第一次的責任を負う親と、第二次的責任を負う国家とに焦点化する二元論が伝統的であったが、「子どものための保証人」を親か国家かの二者択一とするのみでは硬直的で不十分である。そこで、「子どもの最善の利益」に関し「担保責任の多面的な共同化・分担化」を進めることを通じて、多様な専門職・専門組織を「子どものための保証人」に任じ活用するための医事法的枠組を構築した。

研究成果の概要(英文)：In this study we put forth the theory of "Guarantors for Children", which enables Criminal Law, Civil Law and Child Welfare Law to cooperate to function as "Ex-ante Adjustment Law" so as to prevent medical neglects caused by incidents of patient-doctor-parent "Relationship Dysfunction". Under the conventional dualism that divides the responsibility to nurture children into the primary and secondary ones and attributes them to the parents and to the nation, respectively, it is likely to lead to inflexibility and insufficiency to identify either the parents or the nation mutually exclusively as the "Guarantors for Children". To solve this problem, we constructed a medical law framework to employ and take full advantage of a variety of specialized personnel and organizations as "Guarantors for Children" by carrying out "Multiple Corporation and Division of Guaranty" with respect to "Children's Best Interest".

研究分野：刑事法 医事法 生命倫理

キーワード：関係障害 医療ネグレクト 事前的関係調整法 子どものための保証人 子どもの最善の利益

## 1. 研究開始当初の背景

日本の医事法は、1960年代末から1970年代にかけて、癌告知、誤診・医療過誤、臓器移植などの緒問題が次々に発生するなかで、旧来型の医療、とりわけ医師の絶対的権威とこれへの一方的服従を基調とする伝統的な「医師-患者関係」を問い直す必要性に直面した。こうした状況を受けて、1969年に発足した日本医事法学会は、それまでのマクロな「医事法制」という公法的枠組に埋もれてきた「個対個」の「医師-患者関係」に着眼し、このミクロのなかから医療とその法的規律の枠組を築き上げるべく、「医師-患者関係学」を基礎とした医事法体系の確立に取り組み始めた。この取組の一到達点として、1974年の同学会総会研究大会において、「インフォームド・コンセント」法理の下に医師-患者関係を規律して患者の人間性を回復するべく、医学的・医療的視点のみから患者の「健康」やその維持を至上価値化するのではなく、これらを患者の自己決定権とトレードオフが可能なものとして位置づける理論が町野朔教授により提唱された。

このような自己決定原理は、その延長上に患者の「死ぬ権利」をも視野に入れるエポックメイキングなものであったが、末期状態、認知症、そして年少などの「制限判断能力患者」については、そもそも生命との間でさえトレードオフの関係に立ちうるような自己決定権の行使を想定しえないため、医師-患者関係を有効に規律しうる法理を提示できていなかった。こうした法理論的間隙において、家族の求めに応じ末期状態患者に致死的処置を行った医師の刑事責任が認定された「東海大学病院事件」や「川崎協同病院事件」が発生したほか、2008年に

は国立成育医療センター小児集中治療室での過去5年間の乳幼児死亡例の3割を親権者の意向に基づく治療中止が占めるとの事実も公表された。これらの動きのなかで、厚生労働省「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」(2007年)や、日本小児科学会「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」(2012年)などが公表されてはいるが、そのいずれも各診療分野での当面の対応策を提示するにとどまり、「医師-制限判断能力患者-親権者やその他の家族等」の多様で錯雑した人間・利害関係を調整・規律しうる包括的原理や総合的システムの用意や裏付けを伴ったものとはなっておらず、「自己決定の法」から「関係性の法」へと原点回帰かつ脱皮をした総合的な医事法原理・システムを体系的に構築していくことが求められていた。

## 2. 研究の目的

本研究は、自己決定理論に基づく「インフォームド・コンセント」法理が末期状態や年少などの「制限判断能力患者」をとりまく多様で錯雑した医師-患者関係を調整・規律できていない状況に対応するべく、「自己決定の法」から「関係性の法」へと脱皮をした総合的な医事法原理・システムを体系的に構築することを目的とした。そのため、とりわけ親権者がその年少の子への生命維持治療を拒絶する医療ネグレクト事案に着目して、人間の関係性が本来有する自律的な調整・構築力を引き出す法理を構想しつつ医事法原理を定立し、この基礎のうえに、親権者と共存的・調和的に子どもの最善の利益を代弁・保証する装置として、「子どもの代理人」などからなる医療システムを提示することとした。

## 3. 研究の方法

2012年3月の厚生労働省通知「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」は、小児患者の医療ネグレクトの定義に関して、「保護者が児童に必要とされる医療を受けさせないことにより児童の生命・身体に重大な

影響があると考えられ、その安全を確保するため医療行為が必要」であること、「医療機関が医療行為を行うに当たり親権者等による同意を必要とするものの、親権者等の同意が得られないため、医療行為を行うことができない」ことをその要素としてあげている。これを敷衍すると、小児患者の医療ネグレクトには広義と狭義があるということができ、このうち広義では、児童虐待の防止等に関する法律2条の規定する児童虐待の4類型のうち「保護者としての監護を著しく怠ること」(3号)、すなわち「ネグレクト」の一環として広くに該当する事例が包摂される。例えば、親権者が病児を家庭内に放置し医療機関にアクセスしないことも、それに含まれる。これに対し、狭義の医療ネグレクトは、医療機関へのアクセス後の臨床場面でに加え の状況が生じる事例に限局される。

広義の医療ネグレクトのうち、例えば医療機関へのアクセス不全の事例では、広く病児の生活全般でのネグレクトが見られ、それゆえ、児童相談所が児童福祉法により親子の生活関係に介入すれば対処可能である場合も、少なくない。これに対し、狭義の医療ネグレクトでは、小児患者の生命・身体への重大な影響を回避するために生命維持治療が必要となる臨床場面において、親権者は、むしろ患者に対し関心や愛情を抱きつつ、これと自らの宗教上その他の信念、医療観、さらには「内なる優生思想」などとの相克からジレンマに陥り、その結果として、医師に対してはその治療方針に同意せず治療拒絶をすることになる。そこで、本研究は、このような臨床場面での小児患者-親権者-医師の間の「関係障害」を中核要素とする狭義の医療ネグレクトに着目し、年少により自己決定能力を欠く小児患者の権利擁護のための法的対応につき、刑法・民法・児童福祉法などの協働による「総

合的医事法」の視点から論考を試みることにした。

医療現場での「関係障害」を核とする医療ネグレクトへの医事法的対応のフレームワークを構築するには、まず、親権者-小児患者-医師間の臨床上の行為に対し事後的・回顧的な介入・規制をなす「事後的行為規制法」に関して、その限界性を念頭に置く必要がある。例えば、親権者が医師との「関係障害」の固定化により終局的な治療拒絶行為に至り、この法的紛争の帰結として小児患者が死亡した事後的な(ex post)局面において、法が介入し親権者に刑事処罰を加えたとしても、この時点ではもはや法益回復が不可能である。また、医師がかような事態を回避すべく自らの判断で生命維持治療を企図しても、当該行為が親権者との法的紛争を招来し、民事・刑事の両法で「専断的治療行為」として事後的に違法と裁断される危険も払拭されないとなると、その敢行を試みる医師には萎縮効果が生じる。

そこで、本研究は、小児患者-親権者-医師間の「関係障害」が未だ固定化していない事前的な(ex ante)局面に関与し、これら当事者間の関係調整によりその法的紛争化を未然に予防する「事前的関係調整法」に必要性和重要性とを見出し、刑法、民法、福祉法などに順次着目しつつ、これらの協働による「事前的関係調整法」の構築に向けて、その理論と実践的枠組を定立していくことにした。

#### 4. 研究成果

「児童の権利に関する条約」は、「父母(略)は、児童の養育及び発達についての第一義的な責任を有する。児童の最善の利益は、これらの者の基本的な関心事項となるものとする」(18条1項2段・3段)としている。これは、「子どもの最善の利益」のいわば「保証人」、すなわち「子どものための保証人」として、親が第一義的に責

任を負うことを意味している。そして、とりわけ親が「子どものための保証人」としての責任を果たす重要な場面が医療であり、親は、成長過程で日常茶飯事のように熱発や受傷に見舞われる子どものために、至極当然に医療機関の受診窓口にアクセスすることで「子どもための保証人」としての役割を果たしている。

しかし、医療現場では、親が子どもの養育・発達に対する第一義的責任に反し「子どもための保証人」として十全に機能しないケースも、希有ではない。すなわち、子どもの傷病が日常的な診療の範疇を超えてその生死にかかわる状態を招来し、かつこれへの医療的処置が親の生命観・宗教観・医療観などと相克を来す場合には、親は、時として医師の方針に反した親権行使により、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にもなる。とりわけ近年では、子どもの医療の現場で医療ネグレクトが問題化しており、医学界において関係事案の報告が相次いでいる（例えば、白元洋介「医療ネグレクトにより急性リンパ性白血病で死亡した1部検例」福岡医学雑誌 105 巻 12 号(2014)234-240 頁など参照）。

ところで、ドイツの刑法判例理論においては、「治療行為(Heilbehandlung)論」が形成され、医師の治療行為に傷害罪の構成要件該当性を認める「治療行為傷害説」を前提として、患者の同意をその正当化要件とする「同意原則」(Einwilligungsprinzip)が確立し、かつこれが患者の「自己決定権」の観点から強化されてきた。そして、患者が年少であるため自己決定能力を欠く場合についても、自己決定の間隙を放置することが許されず、「同意代行者」としての親の「他人決定」をそこに代替的に充填することが要求されることになる。その帰結として、親の「代行同意」に依拠しない治療行為も、

「専断的治療行為」として刑法上違法とされる。

このようなドイツの判例理論がもたらす問題は、親が医療の場面において「子どもための保証人」としての地位を絶対的かつ固定化されたものとして専有することにある。その結果、たとえ親が医療ネグレクトに及んで子どもの権利や客観的利益を危殆化することとなっても、医師がそれらの保全のために不可欠な治療行為を親の同意なく実施することは、専断的治療行為として刑法上違法と裁断される。これにより、刑法は、医療ネグレクトの場面において、医師が「子どもの最善の利益」のために企図した治療行為を促進するどころか、この治療行為に対し刑事処罰の威嚇力に基づく強力な萎縮効果を及ぼし、いわば「治療行為禁圧法」として実質的に機能することになる。

本研究は、以上の日独の問題・理論状況に着目したうえで、刑法・民法・児童福祉法などが協働して小児患者-親権者-医師の間の「関係障害」の固定化による医療ネグレクトの法的紛争化を事前に予防する「事前的关系調整法」として機能するために、「子どもための保証人」理論を呈示した。この理論の主眼は、親の「子どもための保証人」としての地位が専断的・絶対的・固定的なものとして位置づけられ、このことが「関係障害」を膠着化させることを予防することにある。すなわち、伝統的には、子どもの養育責任に関しては、第一次的責任を専有する親と、第二次的責任を負う国家とに焦点化する二元論がとられてきたが、「子どもための保証人」を親か国家かの二者択一とするのみでは、医療ネグレクトやその中核にある「関係障害」という複雑な現象への法的対応としては、硬直的で不十分である。そこで、「親責任の共同化・分担化」理論(吉田恒雄「子どもの権利保障と親権」

朝倉恵一=峰島厚編『子どもの生活と福祉』(ミネルヴァ書房、1996)174頁)に示唆を得つつこれを発展させ、「子どもの最善の利益」の実効性ある担保のための「担保責任の多元的な共同化・分担化」を進めることを通して、小児患者を取り巻く多様な専門職・専門組織を「子どものための保証人」に任じて活用するための医事法上の理論枠組を構築した。

この理論においては、とりわけ、もともと「事後的行為規制法」である刑法が民法・児童福祉法と協働して「事前的関係調整法」を構成していくための前提として、まず、(a)医学的適法性、(b)医術的正当性、(c)同意の3点からなる治療行為の正当化要件に着目し、その要件構造において、治療行為の優越利益性として生命・健康への客観的維持・増進傾向を意味する(a)を中核要素として位置付けた。そして、当該要件構造においては、自己決定能力のある成人患者が(c)を通して自身の主観的意思傾向・利益との整合性の観点から(a)を主観的に担保するのであり、治療行為に関していわば「自身のための保証人」となるものと解した。そのうえで、自己決定能力を欠く子どもにおいては、「自身のための保証人」が空位となり、これが「子どものための保証人」として他者である親に転位し、かつこの親の医療ネグレクトにより子どもの生命・健康上の客観的利益が危殆化される場合には、医師が自らの(b)により(a)を客観的に担保することにより「子どもの保証人」の転位先となり、親による医療ネグレクトに抗して正当に治療行為をなしうる、との理論構成をとった。

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)

〔雑誌論文〕(計2件)

保条成宏「小児患者の医療ネグレクトへの医事法的対応 『総合的医事法』の視

点に基づく刑法と民事法・福祉法の協働」年報医事法学29号18-24頁 2014.9 査読無

保条成宏「子どもの医療ネグレクトと一時保護による対応 刑法・民法・児童福祉法の協働による『総合的医事法』の観点に立脚して」中京法学49巻3=4号(石川一三夫・平川宗信教授退職記念号)中京法学223-310頁 2015年3月 査読無

〔学会発表〕(計2件)

保条成宏「小児患者の医療ネグレクトへの医事法的対応 - 『総合的医事法』の観点に基づく刑法と民事法・福祉法の協働」第43回日本医事法学会総会(2013.11.24)南山大学(愛知県名古屋市)

保条成宏、永水裕子、一家綱邦、森永佳江、高橋直紹「シンポジウム 医療ネグレクトへの『事前的関係調整法』による対応 『死生観』の対立とこれに起因する『関係障害』を克服するために」第25回日本生命倫理学会年次大会(2013.12.1) 東京大学(東京都文京区)

〔図書〕(計2件)

保条成宏編著、空閑浩人、永水裕子、一家綱邦、久本貴志、森永佳江、多田元、高橋直紹著『医療ネグレクトと法・倫理・ソーシャルワーク』ミネルヴァ書房 2016年印刷中

甲斐克則編著、保条成宏、永水裕子ほか著『小児医療と医事法』信山社 2016年印刷中

〔産業財産権〕

出願状況(計0件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

取得状況(計0件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：  
国内外の別：

〔その他〕

ホームページ等

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

( )

研究者番号：

(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・教授  
研究者番号：50392501

一家 綱邦 (IKKA TSUNAKUNI)  
国立精神・神経医療研究センター・臨床  
研究支援部倫理相談・教育研修室・室長  
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

森永 佳江 (MORIMAGA KAE)  
沖縄大学・人文学部・助教  
研究者番号：90582479

(4)研究協力者

多田 元 (TADA HAJIME)  
愛知県弁護士会

高橋 直紹 (TAKAHASHI NAOTSUGU)  
愛知県弁護士会