

親と医療の間における家庭裁判所の果たす役割

藤 原 究

- 1 はじめに
- 2 医療と契約
- 3 エホバの証人について
- 4 宗教的理由による輸血拒否に関する事例
- 5 宗教的輸血拒否に関するガイドラインについて
- 6 未成年者の治療拒否における問題点
- 7 おわりに

1 はじめに

2009年3月、新聞紙上において、消化器管内の大量出血で重体となった1歳男児への輸血を拒んだ両親について、親権を一時的に停止するよう求めた児童相談所（児相）の保全処分請求を家庭裁判所がわずか半日で認め、男児が救命されていたことが報道された¹。

子供の治療には通常、親の同意が必要で、主治医は緊急輸血が必要だと両親を再三説得したが「宗教上の理由」として拒否された。病院から通報を受けた児相は、児童虐待の一種である「医療ネグレクト」と判断した。

医療ネグレクトに対しては過去に1週間程度で親権停止が認められた例があるが、即日審判は異例のスピードであり、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た。

親の意向と医療機関における最善の医療措置が対立した場合において、問

題解決をはかるためには医療機関と患者だけではなく、家庭裁判所、場合によっては児童相談所のような機関が介入し解決を図る必要がある。

医療においては、例えば少年非行との関わりの中で、人工妊娠中絶や経口避妊薬の使用において親子間に対立が生じるなど、未成年者との間において多くの課題が残っている。

本稿では、このうち、エホバの証人による輸血拒否事案を例として、医療機関と患者、さらには患者の親との間において裁判所をはじめとした司法がどのような役割を果たしているのかについて検討を行うものである。

2 医療と契約

1 診療契約

(1) 契約の種類 診療契約は、患者の申込みに対して医師の側が承諾を行うことによって成立する諾成契約である。契約の成立に伴って、医師側より診療行為という役務が提供され、患者は治療費を支払うこととなる。ただ、我が国においては保険診療を前提とする診療契約が多いと考えられ、その場合には、診察に先立って保険証の提示が必要となり、その点において契約に付ける要式性が求められている点もある²⁾。

医師法19条は「診療に従事する医師は、診察治療の求があった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」としている。医師は軽度の疲労や診療時間外であることを理由として診療義務を免れることはできないこととなっている。この応召義務については、患者の状況と拒絶する理由との比較が必要であるものの、原則として診療の義務を課されていると言ってよい。さらには、医師の診療行為はその患者の症状等によって一定程度的変更がなされるものであると考えられる。このように、診療契約はその契約成立時点においては契約内容に不確定な部分を残しているという点において、特殊な契約であると言える。

(2) 契約における当事者 契約締結する側としてはまず患者が挙げられる。診療契約は、患者に利益をもたらす契約であるから、行為能力の制限による取消を認める必要がないこと、診療契約は生命・身体・健康といったきわめ

て個人的ないし一身専属な事柄に関わる契約であるため、契約法上一般的に、患者には意思能力が必要であるものの、行為能力は不要であると考えられている³。

他方で、医師の側には医師法上の診療義務が存在するため、患者の診療申込みに対して、正当な理由がなければこれを拒否することは許されないのは前述のとおりである。診療契約締結に対する間接強制の可能性も検討されている⁴ものの、この医師法上の診療義務は公法上の義務であるから、私法上の診療義務の成立には直接的に影響しないと考えられており、この規定があっても医療機関側でこうした患者からの契約の申込を承諾するのかどうについて自由に判断できると解されている⁵。

2 診療契約の内容

(1) 医師・患者の義務 治療に至る経過としては、診療契約が成立、医師の問診や検査が行われることにより病気やけがに関する情報を収集するところからはじまる。その後、その検査結果や診断から一定の治療方針を検討し、これについて患者に説明し、適時患者からの承諾を得ながら診療契約における債務内容を確定した後に実際の診療行為が行われ、治癒または寛解などによって診療行為が終了するときまで診療債務の内容は確定しない。

こうした過程で、身体への侵襲を伴う診療行為が必要だと医師が判断した場合には、インフォームド・コンセント法理の要請に従って、患者が理解可能な内容でその必要性、危険性等を説明し、患者の承諾を得なければならない⁶。患者の承諾は身体への侵襲行為を正当化するために強く要請される要件で、身体的な侵襲に先立つものとして不可欠である。

他方で患者側の主な義務として、診療報酬の支払いが挙げられる。大半の患者が保険診療によって診療行為を受けることになるため、患者の健康保険における資格によって定められた割合に従った自己負担額の支払いを行うことになる⁷。診療報酬の残額については健康保険の保険者から医療機関に対して支払われることとなる。さらに、患者は医師に対して自らの症状や既往歴、生活習慣などについて正確に伝える義務がある⁸。こうした情報に誤りがあるとその後の診断・治療に大きな影響を及ぼすこととなるので、この結

果誤った治療が行われたとしても、医師の責任を軽減またはないものとして取り扱うことになるであろう。

(2) 免責特約 手術など、治療行為の最中に何らかのアクシデントが起ることを想定し、万が一の事態が起り、生命に危険が及んだり、後遺症が残った場合に医師の責任を問わないと約すような承諾書が治療開始の条件として要求されることもかつてはあった。しかしながら、学説・下級審において、こうした免責の特約は無効であると解されている⁹⁾。

3 診療契約の特殊性

診療契約は主として病気やけがの治療・痛みの緩和などが主たる債務の目的であり、同時にそうした診療・治療行為について説明義務を含むものと考えられる。現代における医療水準の向上と比例して、治療行為の中から得られる情報の量は増大しており、医学上の知識を有しない患者がそうした情報を的確に整理し、それに基づく合理的な判断をするためには、適切な情報を適時与えられることが不可欠である¹⁰⁾。診療契約は患者が医師に対して従属的にすべての医療行為を甘受するという性質ではないため、患者の自律的な判断をいかに確保していくかという問題は診療契約そのものにとって重要な要素であるといえる¹¹⁾。

診療契約は、医師法上の診療義務との関係から、契約の自由が制限されているといえる。医師法における診療義務は、国民の生命や健康に直接関わる医療行為の特質に由来するもので、正当な理由に基づかない診療拒否は、不法行為責任を生じさせる可能性がある¹²⁾。こうした点からも医師の側においては、自由な契約締結が保証されているとは言えない状況が認められる。

他方で、診療契約における治療内容を決定する自由については、患者の側はあくまでも当時の医療水準の範囲内において選択可能であるといえる。

3 エホバの証人について

1 エホバの証人成立までの歩み

エホバの証人 (Jehovah's Witnesses) と呼ばれる団体は、チャールズ・テイ

ズ・ラッセルにより1884年に設立された、シオンのものみの塔冊子協会（Zion's Watch Tower Tract Society）を運営する信者により形成されている。正確に言うと、エホバの証人とは信者その者を指す言葉で、ものみの塔聖書冊子協会は彼らによって運営されている法人組織であるとされている。設立者のラッセルは、1852年、アメリカペンシルベニア州に生まれた。彼の両親はキリスト教の一会派である長老派教会の信者であった。長老派教会はキリスト教プロテスタントの一派であり、牧師と信者から選ばれた長老により教会が運営されることで知られ、スコットランドやニュージーランドでは中心的な位置を占めている。彼は、少年時代から聖書を熱心に研究する子どもであったとされており、その過程において、徐々にキリスト教における伝統的な教理に疑問を持つようになっていったとされている。1800年代後半にアメリカで起こった再臨待望運動の中で、彼は「聖書研究会」を発足させ、宗教雑誌を発行するとともに、各地で集会を開き支持を得ていった。

2 エホバの証人の信仰

ラッセルはキリスト教における伝統的な概念、つまりは「地獄」、「予定説」、「魂の概念」、「三位一体」を否定するとともに、聖書のみを神聖なものと位置づけた。キリスト教においては、「地獄」とは一般的に、死後の刑罰の場所または状態、霊魂が神の怒りに服する場所とされている。「予定説」は、その人が神の救済に与（あずか）ることができるかどうかは、予め決定されており、この世で善行を積んだかどうかといったことではそれを変えることはできないとする考え方である。「魂の概念」は、キリスト教徒にとって、「魂」は人間の不滅の本質であり、死後に報酬か懲罰を受けるものとして認識されている。死後に懲罰を受けるかどうかは生前の善行や主なる神に対する信仰によって左右されるとしている。「三位一体」とは、父と子と聖霊が一体で唯一の神であるという教理である。ラッセルはこうした教理を否定し、聖書のみを絶対的な神として受け入れるとともに、エホバという名の父なる神を崇拜している。

エホバの証人たちは通常2人1組で戸別訪問を行い布教活動を行う。礼拝においては、偶像礼拝を避けることとしているため、宗教画はもちろんのこ

と、国旗敬礼や国歌斉唱が禁じられているほか、喫煙や医療目的外の麻薬の使用も禁止されている。さらには、政治的に中立であることを求められる。ことさら国家の方針と対立するわけではないものの、神の王国への支持を表明するため、投票行為のような政治参加をすることはない。兵役や格闘技の習得についても忌避することとされるほか、血を避けることとされており、食事による摂取や輸血を拒否するものとされている。輸血のうち自己輸血や血液製剤の使用は各人の良心に従って使用するものとしている。

3 エホバの証人の現況

エホバの証人の年鑑によれば、2000年に6,035,564人だった全世界での信者数は、2005年に6,613,829人、2010年には7,508,050人となっている。わが国における信者数は2000年222,857人、2005年218,262人、2010年218,698人と推移しているが、全世界における信者数の増加に対して、わが国における信者数は漸減している。全世界における信者数の増加は新興国における布教活動の成果であるといえる。

4 宗教的理由による輸血拒否に関する事例

1 最判平成12年2月29日（東大医科研病院事件）¹³

(1) 事案の概要 1929年生まれのAは、昭和38年（1963年）より「エホバの証人」の信者であり、宗教上の信念から、いかなる場合にも輸血を受けることを拒否するという「絶対的無輸血」との強い意志を有していたところ、悪性の肝臓血管腫の診断を受けたAは、転院したY（国・被告）の開設する東京大学医科学研究所附属病院（B病院）の医師Cらに対して絶対的無輸血の意思を表示していた。ところで、Bは輸血拒否の意思をできるだけ尊重するが、他に救命手段がない場合には、輸血する方針を採用しており、C医師らは平成4年（1992年）9月に施行されたAの手術の際に、輸血しない限りAを救うことができない事態に至ったと判断して、輸血を行った。そこで、AはYらを相手取って訴えを提起し、人格権侵害等を理由として1,200万円の慰謝料を請求した。なお、Aは1審判決後に死亡し、相続人であるXら

(原告)が本件訴訟を承継した。

1 審においては、「説明義務に基づく説明は、医学的な観点からされるものであり、手術の際の輸血について述べるとしても、輸血の種類・方法及び危険性等の説明のみに限られ、いかなる事態になっても患者に輸血をしないかどうかの点は含まれない」とするとともに、「医師は患者に対して可能な限りの救命措置を執る義務があり、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば患者に輸血する義務があると解されるところ、事前の説明において患者の救命を最優先し、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば輸血するとまでは明言しない対応を選んでも、医師の前記救命義務の存在からして、直ちに違法性があるとは解せられない」として、Aの請求を棄却した。これに対して、原審である東京高裁平成10年2月9日判決においては、「各個人が有する自己の人生のあり方は自らが決定する事ができる」という「自己決定権」を基礎に、特段の事情のある場合を除けば自己決定権は尊重されなければならない、「Aが相対的無輸血の条件下でなお手術を受けるかどうかの選択権は尊重されなければならないかった」として、C医師の説明義務違反を認め、Aが自己決定権行使の機会を奪われたことによる慰謝料55万円の賠償を命じた。これに対して、原告（賠償額不服）・被告両者から上告。

(2) 判旨 上告棄却。患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならないとした。そして、Aが宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意志を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待してBに入院したことをC医師らが知っていたなど本件事実関係の下では、C医師らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定しがたいと判断した場合には、Aに対し、Bとしてはそのような事態に至った時には輸血するとの方針をもっていることを説明して、Bへ入院を継続した上、C医師らの下で本件手術を受けるか否かをA自身の意思決定に委ねるべきであったと解するのが相当であるとした上で。

「ところが、C医師らは、本件手術に至るまでの約1ヶ月間のうちに、手

術の際に輸血を必要とする事態の可能性があることを認識したにもかかわらず、Aに対してBが採用していた右方針を説明せず、同人及びXらに対して輸血する可能性があることを告げないまま本件手術を施行し、右方針に従って輸血をしたのである。そうすると本件においては、C医師らは右説明を怠ったことにより、Aが輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものと言わざるを得ずこの点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものと言うべきである」と判示した。

2 大坂地判平成17年1月28日¹⁴

(1) 事案の概要 57歳の女性Aは、平成13年5月3日、着替えの際に動悸、眼前暗黒感を訴え、救命医療センターを受診し、心電図に異常があるため他の病院(被告)を紹介され入院した。電気生理学検査の結果、ペースメーカーの植え込みが検討されたが、カテーテル検査によって心房粗動も誘発されるおそれがあるため、心臓カテーテルによる処置を勧められた。Aはこれを認容したが、自分はエホバの証人を信仰しており、治療中に輸血が必要になっても輸血を拒否するとし、輸血謝絶免責証書を被告担当医に提出した。

同年6月6日、本件治療が行われたが、カテーテルを挿入後、電気生理学的に異常部位を確定検査中、右心房前壁に穿孔(せんこう)が生じ、急性心タンポナーデ(心嚢(心外膜)に血液が貯まったままとなり心運動を阻害する症状)となり無輸血のまま緊急開胸手術による穿孔部の縫合が行われたが、Aは出血多量のため死亡するに至った。

Aの夫、および子が、①Aに適応のない本件治療を行った、②本件治療につき説明義務違反があった、③急性心タンポナーデが判明した時点で、心嚢穿刺による血液除去の適応であるのに開胸手術を行うなど対応が遅れた、と主張し、債務不履行または不法行為があったとして損害賠償請求を行った。

(2) 判旨 Aに疑われた洞機能不全症候群(心臓の調律を発する洞房結節が原因で徐脈を起こす病気。普段から心拍数が少なく、運動しても上昇しないため、脳の虚血が起こって失神発作などを生じる)または心房粗動(しんぼうそどう)の治療、とくにカテーテル・アブレーション(カテーテルを使って心臓内で電流を流し部分的

に焼却する治療法)の適応について詳細に検討し、患者の心房粗動は将来発症する可能性はあるものの、当時その存在が明らかでなく、Aの標準的治療は、洞機能不全に通常用いられるペースメーカーの植え込みであったとした、しかしながら、この判断は絶対的なものではなく学説によってはアブレーションを行う者もあり、また、一度ペースメーカーの植え込みを行うと将来アブレーションの適用が生じたときにアブレーションが行いにくくなる点などから、適応に間違いがあったとまではいえないとした。また、急性心タンポナーデの治療については、原告の主張する心嚢穿孔(しんのうせんこう)を繰り返すという方法は、開胸手術を行った場合に比べて輸血が必要となる可能性が高い、という被告側の判断は間違っているとはいえないとした。しかしながら、本件治療に対する説明義務については、Aに本件治療であるアブレーションだけではなく、標準的な治療とも言うべきペースメーカー植え込みという選択肢もあることを十分説明していないことや、標準治療とも言うべきペースメーカー植え込みという選択肢もあることを十分説明していないこと、さらには、標準治療でないアブレーション治療を行う場合、それも輸血のできない特殊な患者に対してはより説明義務も大きくなる、として説明義務違反を認めた。しかしこの説明義務違反とAの死亡との因果関係については、十分な説明を受けていれば、Aはペースメーカー植え込みを先行させる選択肢をとった可能性は高いが、根治的なアブレーション手術を選択した可能性も否定できないとして説明義務違反とAの死亡との相当因果関係は否定した。

結局、Aには自己の疾患について十分な説明を受け、本件治療法以外の選択肢も可能であったのに選択権を奪う人格的侵害があったとし慰謝料525万円及び弁護士費用の支払いが被告側に命じられた。

なお、被告側は、術前に提出された輸血謝絶兼免責証書の効力について、「無輸血による死亡などの損害の責任を問わない」とする証書の内容は遺族らにも拘束力を有するものと確認の上で原告らは捺印しているのに、このような損害賠償請求を行うのは背信的であると主張している。この点につき判決は、本件証書は「本件患者が被告担当医によって実際に行われた本件治療の必要性、有効性及び安全性に関する不十分な説明に基づいて本件治療を選択することを決意し、これを受ける前提として被告主治医に対して差し入れ

たものと解され、本件証書によって、本件患者が（説明義務違反という）本件過失に基づく損害賠償請求権までも放棄したものと見ることはできない」として被告側の主張を認めなかった。ただし、手術の際に患者が輸血を受け入れていたならば、死亡を免れることができた可能性が高いことが認められるが、このことは慰謝料額の査定に考慮すべき事情としている。

3 名古屋家審平成18年7月25日¹⁵

(1) 事案の概要 事件本人A・Bは平成8年に婚姻し、平成18年に未成年者Cが誕生した。Cは出生直後から先天性の心疾患が疑われ、甲病院に入院した。甲病院の診断によれば、Cは疾患を有しており、このままであれば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、4歳ないし5歳になるころに手術を行う必要があるが、そのためには、乳児期にまず一定の検査及び手術を緊急にかつ段階的に行う必要がある。

こうした一連の手術は、この疾患においてはきわめて一般的なもので、これによる新生児の身体に及ぼす危険性は非常に低く、手術の成功率は99.9%といわれている。そして、上記の一連の手術を適切な時期に行わなければ、根治手術である最終的な手術を施すことは不可能となることが予想され、そうなれば、つねに突然死のリスクと隣り合わせであり、成人に到達する可能性は高くはないと考えられる。

A・Bは病院の主治医からCに関する病状と手術の必要性の説明を受けたが、その信仰上の考えから、Cの手術には同意しなかった。さらに、県の児童・障害者相談センター職員がA・Bと面談し、再考を促したが、A・BはCへの手術に同意しなかった。

そこで、県児童・障害者相談センター長はA・Bに対する親権喪失宣告審判の申し立てをした上、手術が緊急を要するため本案審判を待っていることはできないとして、本案審判が確定するまでA・BのCに対する親権者としての職務を停止させ、停止期間中の職務代行者としてD（弁護士）を選任する審判を求めた。

(2) 判旨 申し立てを認容。「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県児童・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。

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。」

4 大阪家岸和田支審平成17年2月15日¹⁶

(1) 事案の概要 未成年者Cは、平成17年に出生し、放置すれば重度の精神運動発達遅滞を負うかまたは死亡する可能性が極めて高いとの診断を受けた。未成年者の症状を改善し、生命の危険や精神運動発達遅滞の発生または重度化の危険を回避できるのは、手術以外に適切な治療方法はない。手術の危険性は最も高いもので平均2～3%の合併症に過ぎず、これに比して手術により得られる効果及び利益は遥かに大きく、手術を行うことは、現在の医療水準からみて、未成年者にとって必要かつ適切な治療方法であった。

これに対して、未成年者Cの両親であるA・Bはその信仰する宗教の教えとして、身体にメスを入れるすなわち傷つけることは許されないなどと述べ、未成年者の手術に同意しない。申立人（県子ども家庭センター長）は、このような事件本人らの対応は、これが宗教的信念に基づくものであっても、未成年者を死亡または重篤な障害発生の危険にさらし、子どもの福祉の内実としてもっとも根本的な価値を奪おうとするものであって、親権の濫用に他ならず、未成年者の病状は日々進行し、まさに生命の危険に瀕しており、可及的早期に手術を行うことでこれを回避できると述べ、親権者の職務執行停止、職務代行者選任を申し立てた。

(2) 判旨 事件本人らは、信仰上の理由から未成年者の手術に一切同意しない。事件本人両名は、自らが改心すれば未成年者が快方に向かう旨述べるが、現在の医療水準に照らせば、これに合理的根拠を見いだすことはできない。そうすると、事件本人両名が未成年者の手術に同意しないことは、たとえばこれ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言わざるを得ない。

未成年者の症状は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事件本人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と認められる。

職務執行者として医師であるDを適任であるとする。

5 宗教的輸血拒否に関するガイドラインについて

1 ガイドラインの内容

厚生労働省は2005年9月「輸血療法の実施に関する指針」と「血液製剤の使用指針」を通知し医療関係者は、「血液製剤の有効性及び安全性その他当該製品の適正な使用のために必要な事項について、患者またはその家族に対し、適切かつ十分な説明を行い、その了解を得るように努め」、「輸血による危険性と治療効果との比較考量に際して、輸血療法のリスクに留意して、これを上回る治療効果が期待されるかどうかを十分に考慮」する必要があるとした。説明と承諾においては、i 輸血療法の必要性、ii 使用する血液製剤の種類と使用量、iii 輸血に伴うリスク、iv 副作用・感染症救済制度と給付の条件、v 自己血輸血の選択肢、vi 感染症検査と検体保管、vii 投与記録の保管と遡及調査時の使用、viii その他、輸血療法の注意点について、十分な説明を要するとしている。その上で、患者側の同意を得て同意書を作成し、一部を患

者、一部をカルテに添付することになっている。

日本輸血・細胞治療学会を中心とした「宗教的輸血拒否に関する合同委員会報告」により出された「宗教的輸血拒否に関するガイドライン」は、宗教的理由による輸血拒否に対して、特に患者が未成年者である場合の対応について、特別な配慮を払いながら、輸血療法を含む最善の治療を提供できるようにすることを目的としている。この中では、輸血実施に関する基本方針が定められており、患者が18歳以上で、輸血の実施を拒否するような場合において、本人に自己決定能力がある場合には医療機関が無輸血治療を実施できるのであれば免責証明書の提出を求め、実施できない場合には転院を勧告すべきとされている。また、患者が18歳未満15歳以上の場合、自己決定能力があり、当事者・両親ともに輸血を拒否している場合にも無輸血治療の可否によって免責証明書の提出か転院を勧告することになる。問題は、患者が15歳未満、もしくは自己決定能力のない15歳以上18歳未満の者で親権者が輸血を拒否している場合、自己決定能力のある15歳以上18歳未満の患者が輸血を拒否していないが親権者は拒否している場合である。この場合患者が15歳以上ならば当事者の輸血同意書を提出させて輸血治療を行う。15歳未満の場合または自己決定の能力がない場合には、なるべく無輸血で治療を行うものの、最終的に必要であれば輸血を行う。その中で、親権者の同意が全く得られず、むしろ治療行為が阻害されるような状況においては、児童相談所に虐待通告を行い、児童相談所において一時保護した上で、児童相談所長から親権喪失を申立て、合わせて親権者の職務停止の処分を受け、親権代行者の同意によって輸血を行うとしている¹⁷。

2 ガイドラインに残された問題点

ガイドラインに沿って考えるのであれば、当事者が18歳以上で医療に関する判断能力がある場合には当事者に早めの転院を求めるとしている。さらには、15歳未満の患者においても親権者・患者の両者が輸血を拒否する場合には、本人署名の免責証明書を提出させて無輸血治療を行うか、転院を勧告するしかない。転院の勧告は「今そこで必要な医療」を見送り、結論を先送りする意味しか持っておらず、この問題における本質的な解決とは言えない。

転院を繰り返すことで時間的余裕は減少し、より厳しい状況を招くことになりうる¹⁸。

15歳未満の患者の場合に、親権者の同意が得られなければ児童相談所に虐待通告を行い、親権喪失の申立等を経て親権代行者の同意による輸血という重層的な手続きが必要となり、この段階における迅速性が必要となる。しかしながら、こうした手続の前段階として親権者の同意を得るべく粘り強い説得を試みているはずであり、時間の制約は医療機関にとって重いといえる。

6 未成年者の治療拒否における問題点

1 親権喪失宣告の審判及びこれを本案とする保全処分

未成年者が医療の場面で行う同意については、これを直接規定している法令は存在しない。通常、判断能力が未熟である未成年者は、原則として親が親権（身上監護権）の行使として同意決定し、判断能力の成熟した未成年者については、本人が医療上の決定を行うというのが一般に異論のないところである。しかしながら、心身ともに成長の過程にある未成年者は、その判断能力をデジタルに「あり」「なし」と判断することは困難である。未成年者本人の決定と親の意向の対立が先鋭化しているような場合だけでなく、人工妊娠中絶や避妊ピルの処方についての決定が問題となる場合もあり得る。

未成年者については親による治療拒否・輸血拒否が問題となる場合、根本的に親であれ、他者の生命を危険にさらしたり、放棄したりすることが可能なかという論点が存在する¹⁹。こうしたケースにおける措置としては、未成年者に対する医療行為について同意を拒む親権者に対して、親権喪失宣告の審判が申し立てられ、同時にこれを本案とする親権者の職務執行停止・職務代行者選任の保全処分（家事審判規則74条）が申し立てられることがある。この保全処分によって親権者の職務執行を一時停止し、これに代わる職務代行者を選任し、その職務代行者の同意に基づき医療行為を実施する。

(1) 親権喪失の原因 民法において定められている親権喪失の原因は、「親権の濫用」及び「著しい不行跡」であるが、医療を通じた虐待という観点からいえば、「親権の濫用」であり、その内容は「親権者に親権が認めら

れているその社会的目的から逸脱してそれを事実上もしくは法律上行使することまたは行使しないことによって、子の福祉を著しく害すること」と解されている。

「親権の濫用」は、親権の内容に対応して、「身上監護権の濫用」と「財産管理権の濫用」に分類され、このうち「身上監護権の濫用」は「監護教育権の濫用」、「居所指定権の濫用」、「懲戒権の濫用」、「職業許可権の濫用」に分類されている。さらに「濫用」はその態様によって、「積極的濫用」と「消極的濫用」に分類することができる。医療行為における場合、身上監護権のうち、監護教育権に基づくと考えられる。

(2) 職務執行停止・職務代行者選任の保全処分 審判前の保全処分とは、終局審判の効力が生じるまでの間に、事件関係者の財産に変動が生じて後の審判に基づく強制執行による権利の実現が困難となったり、あるいは、その間における関係する者の生活が困難や危険に直面するという事態が少なくないことから、これに対処するため、暫定的に関係する者の間における権利義務関係を形成させ、権利者の保護を図ることを目的としている。

家事審判規則74条1項は、「親権または管理権の喪失の宣告の申立てがあった場合において、子の利益のため必要があるときは、家庭裁判所は、当該申し立てをした者の申し立てにより、親権又は管理権の喪失の宣告の申し立てについての審判の効力が生ずるまでの間、本人の職務の執行を停止し、又はその職務代行者を選任することができる」としている。

(3) 保全処分の審理手続 申立人は本案審判の申立人であり、申し立てに際しては、「求める保全処分」と「当該保全処分を求める事由」を明らかにしなければならない（家事審判規則15条の2第1項）。その際、証拠書類等がある場合にはその原本又は謄本を提出しなければならない（家事審判規則2条）。

(4) 保全処分の実質的要件 保全処分の実質的な要件として、「本案審判容認の蓋然性」と「保全の必要性」がある。そして、家事審判規則74条1項は、「保全の必要性」として「子の利益のため必要があること」を要件としているため、職務執行停止・職務代行者選任の保全処分については、親権喪失宣告の審判が認められる蓋然性及び子の利益のために必要があることが必要となる。

(5) 審理の手続 保全処分の審理手続は、原則として本案審判と同様であるが、裁判所の心証の程度は、本案と異なり、証明の程度に至らなくても疎明の程度を満たせば足りる（家事審判法15条の3第3項）。また、一般に家事事件の審理については職権探知主義が採られているものの、保全処分においては、その緊急性に照らし、申立人が疎明の義務を負う（家事審判規則15条の2第2項）。ただし、家庭裁判所は、その後見的機能に鑑みて、補充的に職権で事実の調査及び証拠調べを行うことができる。

(6) 医療ネグレクトと親権の濫用 親権者が医師の勧める医療行為に同意しないからといって、直ちに虐待や親権の濫用と評価することはできない。例えば、ある疾患に対する治療法として複数の選択肢が考えられ、それぞれに効果と危険性が認められるのであれば、患者である未成年者の最善の利益は何かを考えて、いずれの治療方法を選択するかの判断は第1次的には親権者に委ねられていると考えられるからである。親権者が合理的な理由なく未成年者に対する医療行為を拒否しており、そのことによって未成年者の生命・身体に重大な危険が生じることが明らかと認められる場合には、「親権の濫用」に該当するというべきである。

2 保全処分における審理のあり方

(1) 保全処分における迅速性 保全処分は、本案としての親権喪失宣告申し立て事件と同時に申し立てがなされることが通常である。保全処分事件については、疎明資料が提出されなければならない。疎明資料においては、①未成年者の疾患及び現在の病状、②予定される医療行為及びその効果と危険性、③予定される医療行為を行わなかった場合の危険性、④緊急性の程度、⑤親権者が医療行為を拒否する理由及びその合理性の有無という点が考慮の中心となる。そのため、書類としては、①児童相談記録、②調査報告書、③医師による意見書、④治療方法の内容を明確にするための医療上の文献などが重要なものとして挙げられる。しかしながら、カルテや各種検査データ等については、短時間でこういった専門的な素材を審判官に消化させることは現実的ではない。医師による意見書において疾患の状況と危険性、治療に要する医療行為とそのリスク、治療の緊急性が明らかになっていれば、十分に

条件を満たすことができる。このように適切に形成された疎明資料によって、迅速な審理を行うことが可能になるであろう²⁰。

(2) 裁判所内における情報の共有化 迅速な審判を行うためには、審判官のみならず、書記官・調査官が事件に関する情報を共有し、互いにその役割を分担しつつ審理を行う必要がある。そのためにも28条事件と同様に、申立人代理人らと申立時における受理面接を行い、事情について細かく聴取し、それに従って審理の方針を決めていくことが必要であろう。

(3) 他機関との連携の重要性 こうした迅速な手続のためには、関係機関における意識の共有化が必須であり、医療機関・児童相談所における疎明資料作成のための指針等を事前に検討しておく必要性は極めて高いといえる。ただ、審理を行う機関であるところの裁判所が、一方当事者に対して何らかの便宜をはかるといことは公平性において問題がないとはいえない。そのため、どういった範囲まで連携が可能であるかは慎重に検討する必要がある。児童相談所と医療機関においては一定の連携が現在も行われており、これについては十分な情報共有ができる環境は整っている。

3 親権喪失宣告等事件の実情

田中智子判事による『親権喪失宣告等事件の実情に関する考察²¹』によれば、司法統計における親権喪失宣告・管理権喪失宣告及び各取消事件の内訳は不明であるが、管理権喪失宣告申立事件や各宣告取消事件は非常に少なく、あっても年間数件にとどまっているため、統計上の傾向はおおむね親権喪失に関するものであるとしている。

(1) 終局結果と平均審理期間 親権喪失宣告等事件の新受事件数は例年100件を超えている。しかしながら、このうち認容されるのは多い年でも30件ほどで、多くは取り下げにより終局している。

平成20年～平成21年末までに全国の家裁において終局した事件に関する結果は、認容25例、却下20例、取下げ87例となっている。このうち審理期間が判明しているものの平均審理期間は127.8日であった。

(2) 児童相談所長申立事例について 同時期の全事例のうち、児童相談所長申立事例は12例のうち6件については代理人がついていた。12例のうち7

例が認容され、4件がその他、1件がその他となっている。審理期間の判明しているものの平均審理期間は100.5日であった。認容率は全体と比較して向上しており、審理期間は短くなっていることがこの数字からわかるであろう。

4 親と医師の間に立つ裁判所の役割

医療と患者・患者の親権者の間において意見の相違が起こった場合、一方的に医療機関の意見によりその後の治療が行われるというのではなく、両者による十分な話し合いによって解決を図ることが最優先となる。こうした話し合いが不調となった場合には、裁判所が関与せざるをえないことになる。なかでも治療拒否のような医療ネグレクトにおいて生命の危険性が高い場合や深刻な虐待事案においては迅速な解決が必要とされる。現行法における親権喪失の原因としてあげられているものは親権の濫用や著しい不行跡といった親権者側からの目線に基づく基準に基づいている。しかしながら、この視点は「子の利益」という観点が見逃されており、親権の濫用についても、ネグレクトのような消極的態度に基づく濫用について十分に対応できない点がある。こうした課題に対応するため、法制審議会「児童虐待防止関連親権制度部会」における児童虐待防止法改正や厚生労働省社会保障審議会児童部会の「児童虐待防止のための親権のあり方に関する専門部会」における児童福祉法改正の議論は、監護教育における「子の利益」を明確化する方向となっており、そうした制度の中において、裁判所の主体的な役割が期待される。

7 おわりに

日本の親権法は、基本的な家制度的な父権的支配権的な法構造のままで、子の福祉や子の利益を中心とする法制度として再構成や改革がなされていない。古い皮袋のままで新しいぶどう酒を入れるにしても、旧態依然とした親権法制度のもとで解釈によりできることには自ずから限界がある。とくに、離婚後の共同親権・共同監護など親の養育責任と共同化、子と祖父母、里親など第三者と監護者指定、児童福祉法と民法との関係、児童虐待防止法と親

権法との関係など、親権・監護権をめぐる混乱や不明確性、養子における親権・監護の規定、親権者と監護者の権限や責任の配分、虐待放置に対する親権・監護権の停止や制限に関する規定、命名権、住居の移転、パスポートや学校教育をめぐる問題、子に対する情報アクセスに関する規定がないことなど根本的な問題があるといわなければならない。国際結婚の破綻に伴う子の奪い取り事件でも、国際協力の促進と国内法の整備という重い課題が浮上した。国際的な子の連れ取り事件でも、ハーグ条約の批准承認と国内法の親権・監護法制の整備、社会的支援制度の充実が喫緊の課題であることが明らかになった。

離婚や養子縁組に際しても、そもそも親としての子どもに対する権利や法的地位についてオール・オア・ナッシングの法制度になりすぎていて、どのような場面で親としての権利がなぜどのような形で制限されたり、停止されるのかが全く明らかなではない。少なくとも、これほどの家族や社会関係の大きな変動があるなかで、明治31年に施行された民法の親の支配権的な基本構造が維持されたままで抜本的な改正がなされていないということによる不具合は多くの場面で見られるようになっている。当事者たちが無用な紛争や泥沼の奪い合いに至っている一因には、法制度の不備と支援制度の不十分さがあることは否めない。一日も早く、現代社会の実情に応じた親権・監護法の改正がなされなければならないとともに、家庭裁判所を含めて、子どもの権利の視点に立った当事者の社会的支援システムの整備も重要であろう²²。

1 日本経済新聞2009年3月15日34面

2 前田泰「非典型契約の総合的検討(4)診療契約」NBL923号72頁(2010)

3 新美育文「診療契約論では、どのような点が未解決か」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望6』256頁(日本評論社, 1991), 前田泰「医療同意と意思能力」小林一俊ほか編『高齢社会における法的諸問題』96頁(酒井書店, 2010)

4 前田達明「医療契約について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部』(有斐閣, 1999)

5 我妻栄『債権各論上』(岩波書店, 1954)磯崎辰五郎・高島学司『医事・衛生法』(有斐閣, 1953) 200頁

6 新美育文「医師の説明義務と患者の同意」加藤一郎・米倉明編『民法の争点II』231頁(有斐閣, 1985)

- 7 前田泰「診療契約と多角的法律関係」法律時報82巻1号93頁
- 8 平林勝政「医療の契約的構成」奥田昌道 [ほか] 編『民法学6』44頁（有斐閣，1975）野田寛「医事法中〔増補版〕」414頁（青林書院，1990）
- 9 新美育文「消費者契約法と医療」からだの科学224号13頁（2002）
- 10 橋口賢一「診療契約の構造(一)ドイツの議論を手がかりに」同志社法学53巻1号75頁
- 11 石原明「エホバの証人と輸血拒否ー最近の判例からー」産大法学32巻2・3号37頁
- 12 我妻栄『債権各論上巻』19頁（岩波書店，1954）
- 13 最高裁判所民事判例集54巻2号582頁，樋口範雄『「エホバの証人」最高裁判決』月刊法学教室239号41頁（2000），新美育文「生命か信仰か」月刊法学教室248号11頁（2011），吉田邦彦「本件判批」判例時報1782号181頁（2002），鈴木伸智「輸血拒否事件における医師の説明義務とケアの倫理」愛知学院大学宗教法制研究所紀要第49号75頁
- 14 判例タイムズ1209号218頁（2007）塚本泰司「判決紹介エホバの証人における輸血謝絶兼面積証書の有効性」年報医事法学22号124頁（2007）
- 15 家裁月報59巻4号127頁（2007）神谷遊「判例評釈未成年者への医療行為と親権者による同意の拒否」判例タイムズ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」民商法雑誌138巻1号106頁
- 16 家裁月報59巻4号135頁（2007）
- 17 宗教的輸血拒否に関する合同委員会「宗教的輸血拒否に関するガイドライン」
<http://www.jstmct.or.jp/jstmct/Document/Guideline/Ref13-1.pdf>
- 18 中島宏・飯原弘二・宮本亨「宗教上の理由から輸血を拒否する事例における患者意思の問題」脳外誌18巻1号33頁（2009）
- 19 中村邦義「医療倫理ーエホバの証人の輸血拒否をめぐるー」産大法学43巻3・4号362頁
- 20 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」家裁月報60巻7号27頁
- 21 田中智子「親権喪失宣告等事件の実情に関する考察」家裁月報62巻8号1頁。以下の事件数等の数値についても本論文より引用。
- 22 文中に挙げたもののほかに，早崎史郎ほか「エホバの証人と無輸血治療の選択」生命倫理11巻1号97頁，野口勇「エホバの証人無断輸血訴訟と最高裁判決」宗教法第20号107頁（2001），平野哲郎「新しい時代の患者の自己決定と医師の最善義務」判例タイムズ1066号19頁（2001），丸山英二「未成年者に対する医療とアメリカ法」ケース研究207号2頁，大村敦志『「エホバの証人」輸血拒否事件ー医療と自己決定(1)』法学教室361号103頁（2010），前田泰「親権者の法定代理権の範囲」椿寿夫・伊藤進編『代理の研究』265頁（日本評論社，2011年）を参照した。