

論 説

# 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

保 条 成 宏

はじめに

・問題の所在と本稿の対象・観点

1. 問題の所在

2. 本稿の対象と基本的な観点

・児童福祉法改正による33条の2新設とその立法過程

1. 児童福祉法改正の経緯と概要

2. 33条の2新設をめぐる立法過程      2件の報告書を手がかりと  
して

・児童福祉法改正前における一時保護と親権との関係をめぐる学説

1. 全面的親権制限説

2. 限定的親権制限説

3. 親権非制限説

4. 学説の検討

・「事前的関係調整法」とそのあり方

1. 「『消極的』事前的関係調整法」としての刑法のあり方

2. 「『積極的』事前の関係調整法」としての民法のあり方

3. 「『積極的』事前の関係調整法」としての児童福祉法のあり方  
おわりに

## はじめに

恩師である平川宗信先生におかれては、お健やかに古稀を迎えられるとともに、このたび中京大学法学部をご退職となり、これに対し、心からのお祝いと労いの気持ちを表したい。

平川先生からは、名古屋大学法学部において、学部のゼミナール生、大学院生、助手、そして最後には日本学術振興会特別研究員として、10年半の長きにわたり、まさに手取り足取りのご指導を賜った。博士前期課程において青息吐息の状態で修士論文を書き上げたものの、博士後期課程においては、それを抜本的に書き改めて公表に耐えうるものに仕上げる作業が難航を極め、すべてを投げ出そうとさえ考えた日もあった。平川先生は、そのような私の心境をお察しになり、「学部時代にさまざまな法律を学んだ蓄積が君にはあるのだから、それを大切にしろ」と励ましてくださった。愚かな私は、「今は刑法の論文を書いているのにもかかわらず、なぜそのようなことをおっしゃるのか」と訝しくおもったが、後年になって振り返ると、とかく一事に取り組むと視野が狭くなり行き詰まる傾向のある私に対して、広い視野をもつための的確なご助言を賜ったのだと、しみじみと感じられる。その後少しは成長し、視野が若干広くはなったようにもおもう。本稿において刑法のみならず民法、さらには児童福祉法にまで目を向けることができたのも、平川先生のご助言があったからにほかならない。

平川先生は、私が大学教員の職を福岡に得て名古屋を離れた後も、不出来な私のことを気にかけられ、機会あるごとに指導・助言をしてくださった。今から15年ほど前、平川先生にお目にかかった折、修士論文以

来取り組んできた研究テーマについて、「児童虐待という視点から捉え直してみてもどうか」とのご助言をいただいた。まさに「目から鱗が落ちる」とは、このことであり、研究の枠組みと視点を新たに得ることができた。本稿で「医療ネグレクト」の問題を取り上げることができたのも、平川先生のお蔭である。

平川先生からの長年の学恩に対して、ここに衷心より感謝の念を込め本稿を捧げる次第である。

## ．問題の所在と本稿の対象・視点

### 1．問題の所在

#### (1) 子どもの「最善の利益」と「医療ネグレクト」

1989年の第44回国連総会において採択され、日本国内では1994年に批准などの手続を経て発効した「児童の権利に関する条約」は、その18条1項2段・3段において「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」とし、親子間で養育関係を形成するうえでの指針を子どもの「最善の利益」に求めることとした。さらに、こうした国際人権法の動向を先取りして、欧米各国においては、すでに1970年代より子どもの権利・利益の保障を充実させる観点から親子関係法の大幅な見直しが進められてきた。<sup>(2)</sup>

このような国際的潮流のなかで遅れをとった感のある日本であったが、2011年5月に成立した「民法等の一部を改正する法律」<sup>(3)</sup>（以下、「2011年民法等改正法」という）により、児童虐待防止のために親権制度を見直すなどの見地から民法・児童福祉法などの一部が改正された。このうち、改正後の民法820条は、「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」とされ、「子の利益のために」との文言の挿入により、親権行使が子どもの利益のためになされるべき

ことが明示された。

無論、親は、<sup>(4)</sup> 通例として、日常生活のなかでこのような親子関係に対する法的規律をことさらに意識することもなく、子どもの「最善の利益」に即して親子間の養育関係を形成し、またその「利益のために」親権を行使している。この典型は、とりわけ子どもの医療の場面においてみられ、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アクセスし、その結果として、子どもは、医療サービスのもとで「最善の利益」に与ることができる。

しかし、こうした子どもの医療における親権行使は、時としてその「最善の利益」にとり諸刃の剣となることがある。<sup>(5)</sup> 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・医療観などとのあいだに相克を生む場合には、親は、時として医師の方針に反して親権の行使により生命維持治療の拒絶<sup>(7)</sup>（以下、「治療拒絶」という）に及ぶことにもなる。<sup>(8)</sup> その一例として、親は、身体的または精神的な機能障害の原因となる先天異常や周産期障害などを伴う新生児に対して、たとえ出生後の急性期において生命維持治療による救命が可能であったとしても、その「内なる優生思想」のために救命後の子どもの「障害ある生」に価値を見出しえず、治療拒絶をすることがある。<sup>(9)</sup> 本稿は、こうした「子どもの医療ネグレクト」（以下、単に「医療ネグレクト」という）の問題を医事法的な見地から論じるものである。

## (2) 児童福祉法33条の2新設をめぐる問題

2011年民法等改正法は、立法目的のひとつとして医療ネグレクトへの対応を念頭においたものであり、児童福祉法33条の2としてつぎの規定を新設することとした。<sup>(10)</sup>

第33条の2 児童相談所長は、一時保護を加えた児童で親権を行う者又

は未成年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う。ただし、民法(明治29年法律第89号)第797条の規定による縁組の承諾をするには、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なければならない。

- 2 児童相談所長は、一時保護を加えた児童で親権を行う者又は未成年後見人のあるものについても、監護、教育及び懲戒に関し、その児童の福祉のため必要な措置をとることができる。
- 3 前項の児童の親権を行う者又は未成年後見人は、同項の規定による措置を不当に妨げてはならない。
- 4 第2項の規定による措置は、児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるときは、その親権を行う者又は未成年後見人の意に反しても、これをとることができる。

この規定に関し、2011年民法等改正法の立案担当者は、4項の規定する「児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるとき」の例として特に医療ネグレクトの事案に言及し、次のような行政解釈を同法の2012年4月1日施行に先立ち示している<sup>(11)</sup>。

改正後の児童福祉法によって、児童相談所長は、一時保護を加えた児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるときは、その親権者等の意に反しても、当該児童の福祉のため必要な措置をとることができることとされました(児童福祉法第33条の2第4項)。したがって、緊急に手術等の治療が必要であって、家庭裁判所で審理を行うだけの時間的余裕がないような事案では、親権停止の審判など家庭裁判所での手続を経ることなく、児童相談所長が、当該児童につき一時保護を加えた上で、治療に同意することができるようになります。

特にこの後段部分によれば、児童相談所長は、前段部分で言及されるところの児童福祉法33条1項に基づきその権限ですでに「一時保護を加えた児童」(2項)だけではなく、親が日常の家庭生活などでは特に問題なく現に監護を行っている児童に対しても、当該親が治療拒絶をするときは、「当該児童につき一時保護を加えた上で、治療に同意することができる」ことになる。こうした行政解釈と平仄を合わせるように、厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長は、2011年民法等改正法の施行

直前の2012年3月9日に2件の通知を発出している。このうち、まず、通知「『児童相談所長又は施設長等による監護措置と親権者等との関係に関するガイドライン』について」<sup>(12)</sup> 2-(2)-ウは、「児童の福祉のため必要な措置」(2項)を「親権を行う者」すなわち親権者などが「不当に妨げ(る)」(3項)行為の例として、「児童に必要とされる医療(医療機関(精神科を含む。))での診察、検査、治療(薬物療法、処置、手術等)など。入院によるものを含む。)を正当な理由なく受けさせない行為(いわゆる医療ネグレクト。宗教的理由により受診を拒否する場合、通常は治療を要する傷病であるにもかかわらず、放置しても治ると主張して受診を拒否する場合などを含む。)」を掲記している。これを受けて、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」<sup>(13)</sup> (以下、「2012年厚生労働省通知」という) 5-(3)-アは、上掲の行政解釈に即して4項を医療ネグレクト事案と関連づけ、つぎのような考え方を示している。

一時保護中の児童については、児童相談所長が必要な医療行為に同意する。

医療機関からの通告により医療ネグレクトを認知した場合など、一時保護又は施設入所等の措置がとられていない児童については、一時保護(一時保護委託)した上で、児童相談所長が必要な医療行為に同意する。

その際、児童の生命・身体の安全を確保するため緊急の必要があるにもかかわらず、親権者等が同意しなかった旨や医療行為の具体的内容等、児童相談所長の同意により医療行為が行われた経緯について記録するとともに、医師の意見書(別記様式例参照)や医学書の写し等、当該児童の疾患や治療方法などについての内容を明確にするための資料を記録に添付する。

また、児童相談所長は、当該措置により対応した旨を事後に都道府県児童福祉審議会に報告することが望ましい。

これによれば、児童相談所長は、「一時保護の措置がとられていない児童」に関し「医療機関からの通告により医療ネグレクトを認知した場合など」のケースに対して、一時保護を新規に発動して介入をなしうる

ことになる。

しかし、まず、新設された33条の2は、文理上はあくまでも「一時保護を加えた児童」への「福祉のため必要な措置」(2項)の一環として、児童相談所長が「児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認める」措置をとることができる(4項)と規定している。さらに、そもそも、現行法上の一時保護は、その緊急性のゆえに児童相談所長(児童福祉法33条1項)または都道府県知事(同条2項)がその専権による行政処分として家庭裁判所の審判を経ず、かつ親権者の同意を得ずして行い<sup>(14)</sup>うものの、児童福祉法上の措置に関しても適正手続の十全な保障が必要であることから、立法論としては手続保障の観点から司法的関与があ<sup>(15)</sup>ってしかるべきである。<sup>(16)</sup>

これら<sup>(17)</sup>の点に照らすと、2011年民法等改正法の立案担当者および2012年厚生労働省通知の行政解釈(以下、「行政解釈」という)は、まず<sup>(17)</sup>に関しては、現に子どもを監護する親による医療ネグレクトに対応するために一時保護を新規に発動しうるとしており、33条の2の文理に背馳しているといわざるをえない。このように実定法の文理から逸脱した行政手続を是とする点において、行政解釈は、適正手続の保障に関し疑義を生じさせる。そのうえ、さらに<sup>(17)</sup>に関して、一時保護制度が元来内包する手続保障上の瑕疵を治癒するための立法的手当がなされていない現状において、2012年厚生労働省通知のように医療ネグレクトへの介入事案に関する児童相談所長から都道府県児童福祉審議会への事後報告を義務づけることなく「望ましい」とするのみでは、当該瑕疵を幾許でも治癒するための代償措置に関しても、特にみるべきものがない。

このように児童福祉法32条の2の新設をめぐる法状況をみると、児童相談所長が現に親の監護下にある子どもの医療ネグレクト事案に対し一時保護の新規発動をもって介入し、親に代わり子どもの生命維持治療に関して同意をなすことに対しては、懐疑的にならざるをえない。本稿は、この点に医事法的見地から論究すべき問題の所在を見出すもので

ある。

## 2. 本稿の対象と基本的な観点

### (1) 本稿の対象 「医療ネグレクト」の定義

#### 1) 本稿の対象としての狭義の「医療ネグレクト」

2012年厚生労働省通知は、「本通知の対象となる事例」と題する項を第一に立て、「医療ネグレクト」の定義をつぎのように示している。

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な事例であって、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場合が対象となる。

なお、児童に必要とされる精神科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な事例についても対象に含まれる。

これによれば、医療ネグレクトは、「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、の2点を構成要素とする。これを前提とすると、医療ネグレクトには、さらに のみを構成要素とする広義のものと、2012年厚生労働省通知のように をともに構成要素とする狭義のものがあるといえる。

このうち広義の医療ネグレクトは、児童虐待の防止等に関する法律(以下、「児童虐待防止法」という)2条における児童虐待の4類型のうち、広く「医療を受けさせない」ことが同条3号の「保護者としての監護<sup>(18)</sup>を著しく怠ること」すなわち「ネグレクト」に該当するといえるもの



であり、<sup>(19)</sup>例えば、親が病気の子どもの監護を怠り家庭内に放置して医療機関にアクセスしない行為(2012年厚生労働省通知と同日発出の上掲雇用均等・児童家庭局総務課長通知が言及する「通常は治療を要する傷病であるにもかかわらず、放置しても治ると主張して受診を拒否する場合」は、これに含まれる)なども、それに内包される。これに対して、狭義の医療ネグレクトは、親が医療機関にアクセスした後の臨床場面において、子どもの生命・身体への重大な影響を回避するために必要な生命維持治療への不同意、すなわち治療拒絶により子どもの「最善の利益」を危殆化する行為に限定される。<sup>(20)</sup>

この両者の医療ネグレクトのうち、医療機関へのアクセス障害が生じているような広義の事例においては、広く日常の生活関係全般においてネグレクトが見られることも稀ではない。そして、このような事例の多くでは、児童相談所が児童福祉法や児童虐待防止法により家庭内での親子間のいわば「一面的」な「関係障害」に介入すれば対処が可能であり、かつこのような積極的な介入アプローチが要請されるところでもある。<sup>(21)</sup>

これに対して、狭義の医療ネグレクトにおいては、親は、医療機関へのアクセスを完了しており、むしろ子どもに対し関心や愛情を抱きながらも、これと自らの生命観・宗教観・医療観などとのジレンマに陥る結果として、医師に対しその治療方針に同意せず治療拒絶をすることになる。<sup>(22)</sup>ここでは、医療での臨床という限局された非日常的な場面において、子ども・親・医師のあいだの「三面的」で複雑な「関係障害」が生じており、これを除去・軽減するうえでは、上述のような積極的な介入アプローチが適応せず、子どもの「最善の利益」、親子関係、医療現場の状況などの全てに配慮した細やかで関係構築的なソーシャルワークが求められてくる。<sup>(23)</sup>そこで、本稿は、医療ネグレクトのうち、狭義として定義されるもののなかに通常の「ネグレクト」とは異なる問題の本質を見出し、これに考察の対象を限定するものである。

## 2) 医療ネグレクトを児童虐待として定義づけることの法的意味

ちなみに、本稿のような医療ネグレクトの定義づけに関しては、「予後不良の子どもを最初から苦しめたくない、という家族の心情は十分に理解できる。実際には、治療拒否とみなされる多くの家族はむしろ子どもに対する利益を、医学的観点とは必ずしも一致しないものの、十分に考慮しているのであり、医学的対応への拒否のみをもってして、育児の怠慢および無視を意味するネグレクト、ひいては児童虐待に該当するとみなしてはならない<sup>(24)</sup>」との主張がなされている。つまり、親による子どもに対する治療拒絶を「医療ネグレクト」というかたちで児童虐待の一類型として定義づけるべきではないとするのである。ここには、医療ネグレクトを児童虐待として定義づけることの法的意味について、若干の誤解があるようにもおもわれる。

本稿は、上述したとおり、まず治療拒絶が「治療を受けさせない」という広義の「医療ネグレクト」として児童虐待防止法2条3号の「ネグレクト」、すなわち児童虐待に該当しうることを前提としたうえで、それが医療の臨床場面で生起するものとして一般の「ネグレクト」とは異なる本質を帯びることから、さらに狭義の枠に位置づけるものである。そのうえで、医療ネグレクトが形式的に児童虐待に該当するからといって、直ちに児童相談所による一時保護といった強行的な介入措置がなされるべきではなく、まさに「家族の心情」なども汲みつつ、上述した細やかで関係構築的なソーシャルワークの実践が展開されるべきである、との問題意識に立脚するものである。

そもそも、児童虐待防止法がその2条に児童虐待に関する定義規定を置くのは、いうまでもなく児童虐待に対し非難や制裁を加えることが目的ではない。児童虐待防止法は、児童虐待を禁止する(3条)ものの、この禁止に反する行為に関し独自に罰則を設けているわけではなく、個別具体的な虐待行為の刑事処罰については、刑法などの刑罰法規に委ねている(14条2項)。つまり、児童虐待防止法は、刑法のような制裁的

機能を有するものではなく、あくまでも児童福祉法を基本法として構築されている児童保護法制を担うものであり、そこでの児童虐待の定義づけにも、児童保護機関である児童相談所などが何らかのアプローチを要する子どもとのあいだに接点を見出すためのメルクマールを創出するという法的な意味がある。そして、児童相談所などによるアプローチは、子どもの要保護性に応じて予防的・初動的な軽度のものから介入的・終局的な強度のものまで段階的・多元的にわたる。たとえば、「要保護児童」である「児童虐待を受けたと思われる児童」の発見者からの通告(児童福祉法<sup>(25)</sup>25条、児童虐待防止法6条1項)を受ける段階では、親権者その他の「保護者に監護させることが不相当であると認められる」(児童福祉法6条の3第8項)程度の要保護性が存在すれば足りるのに対して、虐待を受けた子どもを家庭裁判所の審判に基づき親権者などの意に反して強制的に施設入所させるには、親権者その他の「保護者に監護させることが著しく当該児童の福祉を害する」ほどのより高度の要保護性が要件となる(児童福祉法28条1項1号)。つまり、児童虐待は、子どもの要保護性の多様さに相応した段階的・多元的な法的効果との関係から遡及的に規定される、いわば目的的・機能的な概念なのであり、それ自体に非難・制裁の契機となるような実体的意味を見出すべきではなく、本稿が医療ネグレクトを児童虐待の一類型として定義づけることも、あくまでも以上の脈絡のなかでのことである(なお、この点は、少年法に基づく保護手続<sup>(26)</sup>これは、同法が定義する「非行」をなしたことを理由に制裁を加えることなく、その非行事実から判断される要保護性に応じた措置を講じることを本質・目的とする<sup>(27)</sup>との類比によれば、容易に理解されるところであろう)。

## (2) 「総合的医事法」の基本的な観点 刑法・民法・児童福祉法の協働

すでにみたように、親が子どもに対し治療拒絶をなす医療ネグレクトの問題の中核には、さまざまな理由で子ども・親・医師の間で生じる

「三面的」で複雑な「関係障害」があり、これが悪化すれば子どもの死亡という最悪の結果も生じうる。本稿は、こうした「関係障害」という形式論理では割り切りがたい、言ってしまうべきわめて「人間臭い」現象に対して法的なアプローチを確立していくために、児童福祉法領域においてソーシャルワークといった人間に密着した実践が十分に機能する余地を確保することにも配慮しつつ、人間性豊かな「関係性の法」としての医事法の構築に向けた手がかりを見出していこうとするものである。

こうした「関係性の法」として医療ネグレクト事案に対処しうる医事法を構築していくには、医事紛争の事後的処理のためのいわば「事後的行為規制法」のみならず、患者である子ども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      治療の不実施や遅延による子どもの死亡やその傷病の重篤化      を事前に回避するための「事前的関係調整法」のフレームワークが必要である。そして、この成形のためには、本稿で後に具体的に述べるように、「総合的医事法」の視点に基づき刑法・民法・児童福祉法の協働を図ることが緊要である。

ここでそもそも認識しておく必要があるのは、医療ネグレクトへの法的対応において、子ども - 親 - 医師の間で生起する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」には、自ずから限界性があるということである。例えば、親が医師との「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子どもが死亡した事後的な (ex post) 局面に法が介入し、仮に親に対し刑事処罰を加えたとしても、この時点ではもはや子どもにとっては法益回復が不可能である。また、医師がこのような事態を回避するために自らの裁量と責任において生命維持治療を企図しても、当該行為が親との法的紛争を招き、民事・刑事の両面で「専断的治療行為」として事後的に裁判所により違法と裁断される危険があるとなると、その敢行を試みる医師には強い萎縮効果が生じる。それゆえ、子ども - 親 - 医師の間の「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ための「事前的関係調整法」の必要性と重要性がここに見出される<sup>(28)</sup>。

そこで、本稿は、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、「事前的関係調整法」の展開による医療ネグレクト事案へのより良い法的対応を確立するべく、2011年民法等改正法により新設された児童福祉法33条の2をとりあげ、これに関してすでにみたように提起されている行政解釈に理論的検討を加えていくこととする。そのために、以下では、まず同条の立法過程やこれに付随する諸々の経緯に着目してみたい。

- (1) 日本の国内法において、民法は、20歳未満の者を「成年に達しない子」すなわち未成年者として「父母の親権に服する」(4条・818条1項)とするのに対して、児童福祉法は、その原則的な適用対象として、18歳未満の者を「児童」としており(4条1項)、児童の権利に関する条約も、「この条約の適用上、児童とは、18歳未満のすべての者をいう」(1条本文)と規定する。本稿では、これら「子」「未成年者」「児童」を包摂するものとして「子ども」の語を用いることを基本とするが、児童福祉法が問題となる文脈においては「児童」の語を用いることがある。
- (2) 石川稔「親権法の問題点と課題」ケース研究(1984)[2-20頁、同『子ども法の課題と展開』(有斐閣、2000)224-249頁所収]3頁。
- (3) 平23.5.27法61。
- (4) 本稿は、もっぱら親権者による子どもの医療ネグレクトを考察対象とするものであるが、論述上は「親権者」の含意において端的に「親」の語を用いることを基本とする。
- (5) 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)29頁。
- (6) 親権は、一般に(身上)監護権と(財産)管理権とに区分されるが、親権の問題の多くが監護権に関するものであり、かつ、医療ネグレクトの問題も、診療契約の締結という管理権に関する部分が周縁に存在するものの、その中核部分は、監護権に関わるものである。そこで、本稿においては、基本的に「親権」と「監護権」の語を厳密に使い分けないこととする。
- (7) 本稿において「生命維持治療」とは、レスピレーターなどの生命維持装置の装着といった限定的なものではなく、広く患者の生命に対する一定の

危険(これと結びつきうる身体上の重大な危険を含む)を軽減・除去して生命を維持・保全するうえで必要となる治療をいう。

- (8) 2011年民法等改正法の施行以前には、親による治療拒絶への民法上の対応につき、家庭裁判所の実務において、親権喪失宣告の請求(民法834条)を本案とした審判前の保全処分((旧)家事審判法15条の3, (旧)家事審判規則74条)として、親権者の職務執行停止により選任した職務代行者から生命維持治療への同意を得ることが定着をみており、これに関する審判例として、浦和家川越支審平12.7.17(判例集未登載)、福岡家小倉支審平13.5.14(判例集未登載)、大分家杵築支審平14.12.27(判例集未登載)、大阪家審平16.1.5(判例集未登載)、大阪家岸和田支判平17.2.15(の類似事案としてその末尾に資料として登載)、名古屋家審平18.7.25家月59巻4号27頁、さいたま家審平20.7.16(判例集未登載)などがある。また、これらの審判例を検討したものとして、保条=永水前掲注(5)49-57頁・61-64頁、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(2008)1-42頁、伊藤暢章「未成年者に対する輸血強制と親権者の職務執行停止 実例に基づく問題点の考察」法律時報82巻4号(2010)84-89頁、宮崎幹朗「親権者の医療ネグレクトと親権濫用」愛媛法学会雑誌36巻3・4号(2010)13-18頁、永水裕子「医療ネグレクト 同意能力のない未成年者に対する医療行為への同意権の根拠についての一考察」桃山法学20・21号(2013)332-341頁など参照。
- (9) 保条成宏「障害新生児の生命維持治療と権利擁護 法的介入の限界性と病院倫理委員会の可能性」田村正徳=玉井真理子編『新生児医療現場の生命倫理 「話し合いのガイドライン」をめぐって』(メディカ出版, 2005)183頁。
- (10) この点については、後出注(32)の引用参照。
- (11) 飛澤知行編『一問一答 平成23年民法等改正 児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』(商事法務, 2011)24-25頁。
- (12) 平24.3.9雇児総発0309-1。
- (13) 平24.3.9雇児総発0309-2。
- (14) 厚生省児童家庭局編『改訂児童福祉法・母子及び寡婦福祉法・母子保健法・精神薄弱者福祉法の解説』(時事通信社, 1991)219頁参照。
- (15) 吉田恒雄「施設入所措置における親権者・児童の同意 児童福祉法における手続保障の視点から」明星大学経済学研究紀要22巻1号(1990)66-67頁。
- (16) 吉田恒雄「児童福祉法における一時保護の法的諸問題」白鷗法學8号



- (1997) 286頁・290頁。
- (17) 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(2014) 23頁。
- (18) 「保護者とは、親権を行う者、未成年後見人その他の者で、児童を現に監護するもの(者)をいう」(児童虐待防止法2条、児童福祉法6条(括弧内は後者の文言))とされる。これらの者のうち、本稿は、もっぱら「親権を行う者」すなわち親権者による医療ネグレクトを考察対象とするが(なお、前出注(4)参照)、他の論者の見解などを引用する必要上「保護者」やこれに包摂される「未成年後見人」の語を用いることがある。
- (19) 保条・前掲注(9) 184頁。
- (20) 保条・前掲注(17) 18頁。
- (21) 保条・前掲注(17) 18頁。
- (22) 永水・前掲注(8) 331頁。
- (23) 保条・前掲注(17) 18頁・23頁。
- (24) 櫻井浩子=加部一彦「『医療ネグレクト』概念の再検討を求めて 重症新生児の治療拒否は虐待にあたるのか」周産期医学40巻8号(2010) 1295頁。
- (25) ただし、竹中哲夫「児童福祉『改革』の問題点と課題」日本の児童福祉20号(2005) 35頁は、「児童虐待防止法のみが一人歩きし、児童福祉法が想定していない、『児童福祉』の理念や枠組みを越えた対応が進むことに大きな懸念がある」と述べ、「児童福祉法の形骸化」への懸念を示している。確かに、児童虐待防止法は、特に2007年の改正では、児童虐待が行われているおそれがあると認めるときは、都道府県知事が(a)保護者に対する児童同伴での出頭要求(8条の2)、(b)再出頭要求(9条の2)、(c)裁判官が発する許可状による児童の住所・居所における臨検・捜索(9条の3)などを行いうること、強制入所措置(児童福祉法28条1項1号)などで面会・通信の全部が制限されている保護者に対し、都道府県知事が児童へのつきまといやその住居等の付近での徘徊を禁止することを命じることができ、その違反には刑事罰により対処すること(12条の4・17条)など、子どもの保護のためとはいえ親に対しては強行的・制裁的に機能する新たな措置が規定されるに至っており、同法が「一人歩き」し「児童福祉法の形骸化」を招かないように注視していくことは、緊要というべきである。
- (26) 同旨の指摘として、石川稔「児童虐待 その法的対応」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系第3巻 親子・親権・後見・扶養』(有斐閣、1979) [305-340頁、同・前掲注(2) 29-63頁所収]

323頁, 許末恵「児童虐待」川井健ほか編『講座・現代家族法第3巻 親子』(日本評論社, 1992) 286頁。

(27) 澤登俊雄『少年法入門 [第5版]』(有斐閣, 2011) 40頁。

(28) 保条・前掲注 (17) 19頁。

## ・ 児童福祉法改正における33条の2新設とその立法過程

### 1. 児童福祉法改正の経緯と概要

児童福祉法は、いずれも戦前の1933年に制定された少年救護法および児童虐待防止法を廃止し、これらを統合・発展させたものとして戦後間もない1947年に成立し、児童虐待をはじめ子どもの福祉に関する問題に対応するための基本法としての役割を担ってきた。しかし、同法が特に介入的アプローチを要する対象として規定する「要保護児童」<sup>(29)</sup>は、本来は戦後の社会的・経済的混乱期のなかで多数生じた「孤児」「棄児」を主として念頭に置くものであった<sup>(30)</sup>。そのため、今日の児童虐待事案、そして医療ネグレクト事案にみられるように、子どもの保護のために介入する側の地方公共団体・児童相談所と、介入をうける側にあってややもすると親権を「盾」としがちな親とのあいだにおいて緊張関係や軋轢が生じるような事態は、立法者が始原的に想定するところではなかったといえる。そのため、「わが国では福祉サービスの提供機関である児童相談所が、そのサービス提供も行いつつ、従来は例外的・緊急避難的な対応であった親権への介入作業を、いきなり本務として担うことになった」ことにより、「親権をめぐる戸惑い」が親の側にも児童相談所の側にも生じた<sup>(31)</sup>。このようななか、特に医療ネグレクトの問題は、「親権制度見直し」の中の重要なテーマで、遡って考えると『ここから始まった』<sup>(32)</sup>と言っていいくらいの大きな柱となった。

こうした問題状況を踏まえ、2007年に成立した「児童虐待の防止等に関する法律及び児童福祉法の一部を改正する法律」は、附則2条1項において「政府は、この法律の施行後3年以内に、児童虐待の防止等を図



り、児童の権利利益を擁護する観点から親権に係る制度の見直しについて検討を行い、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」とし、同法の2008年4月1日施行から3年以内の2011年3月末までに相應の措置を講ずることを求めた。この点を踏まえ、法務省の委託を受け2009年6月に発足した「児童虐待防止のための親権制度研究会」は、民法改正などに関する検討課題について議論を行い、その結果を2010年6月に『児童虐待防止のための親権制度研究会報告書』<sup>(33)</sup>としてとりまとめた。

この報告書を受け、親権制度の見直しの観点から民法と児童福祉法の改正作業が並進した。まず、民法については、2010年2月に法務大臣からの諮問を受けた法制審議会が「児童虐待防止関連親権制度部会」を設置して審議を行い、2011年2月に「児童虐待防止のための親権にかかる制度の見直しに関する要綱」を決定した。さらに、児童福祉法については、厚生労働省の社会保障審議会児童部会が2010年2月に「児童虐待防止のための親権の在り方に関する専門委員会」を設置して検討を行い、2011年1月に『児童の権利利益を擁護するための方策について』<sup>(34)</sup>社会保障審議会児童部会児童虐待防止のための親権の在り方に関する専門委員会報告書』をとりまとめた。これらに基づき法務省・厚生労働省において作成された法律案が2011年3月に第177通常国会へ提出され、本稿にいう2011年民法等改正法すなわち「民法等の一部を改正する法律」<sup>(35)</sup>として同年5月に成立した。このうち、特に医療ネグレクト事案への適用が想定されるものとして、民法においては、従来の親権喪失(834条)の制度に加え、以下のように親権の全部に関して2年を超えない範囲内で停止を可能とする親権停止の制度が834条の2として新設された。<sup>(36)</sup>

#### (親権停止の審判)

第834条の2 父又は母による親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、親権停止の審判をすることができる。

- 2    家庭裁判所は、親権停止の審判をするときは、その原因が消滅するまでに要すると見込まれる期間、子の心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮して、2年を超えない範囲内で、親権を停止する期間を定める。

さらに、児童福祉法においては、32条の2が新設され、これに基づき児童相談所長が現に親の監護下にある子どもの医療ネグレクト事案に対し一時保護の新規発動をもって介入しうるとの行政解釈がとられていることは、既述のとおりである。もともと同条は、従来おかれていた47条(旧)2項が「児童福祉施設(略)の長は、入所中(略)の児童で親権を行う者又は未成年後見人のあるものについても、監護、教育及び懲戒に関し、その児童の福祉のため必要な措置をとることができる」と規定したのを受け、この「必要な措置」に関する権限を児童相談所長が一時保護中の児童に対処する局面につき新たに明文化したものである。このように32条の2の新設においてその範型となった47条は、今回の改正により以下のとおりとなった。

- 第47条 児童福祉施設の長は、入所中の児童等で親権を行う者又は未成年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う。ただし、民法第797条の規定による縁組の承諾をするには、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なければならない。
- 2    児童相談所長は、小規模住居型児童養育事業を行う者又は里親に委託中の児童等で親権を行う者又は未成年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う。ただし、民法第797条の規定による縁組の承諾をするには、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なければならない。
- 3    児童福祉施設の長、その住居において養育を行う第6条の3第8項に規定する厚生労働省令で定める者又は里親は、入所中又は受託中の児童等で親権を行う者又は未成年後見人のあるものについても、監護、教育及び懲戒に関し、その児童等の福祉のため必要な措置をとることができる。
- 4    前項の児童等の親権を行う者又は未成年後見人は、同項の規定による措置を不当に妨げてはならない。
- 5    第3項の規定による措置は、児童等の生命又は身体の安全を確保する

ため緊急の必要があると認めるときは、その親権を行う者又は未成年後見人の意に反しても、これをとることができる。この場合において、児童福祉施設の長、小規模住居型児童養育事業を行う者又は里親は、速やかに、そのとつた措置について、当該児童等に係る通所給付決定若しくは入所給付決定、第21条の6若しくは第27条第1項第3号の措置又は保育の実施等を行つた都道府県又は市町村の長に報告しなければならない。

このうち、まず、3項は、改正前には上述の(旧)2項としておかれていたものであり、文言の付加による変更はあるものの、児童福祉施設に入所中の児童(以下、「施設入所児童」という)に親権者のある場合に関し、当該の児童福祉施設の長(以下、「施設長」という)が監護に当たっている施設入所児童に対し「福祉のため必要な措置」をとりうる点には当然ながら変わりはなく、33条の2第2項は、この点に倣ったものである。また、4項は、親権者などが施設長による施設入所児童への「必要な措置」を妨げることを禁じる規定として新設されたが、33条の2第3項は、この禁止を児童相談所長が「一時保護を加えた児童」のためにとる「必要な措置」(33条の2第2項)に及ぼしたものである。さらに、同じく5項は、施設長が「必要な措置」の一環として施設入所児童に対し「生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認める」措置をとることができるとするものであり、33条の2第4項も、これと対偶の関係にある。

それではなぜ、施設長が施設入所児童に対して「必要な措置」をとりうるとする児童福祉法47条を範型として新設されたその33条の2について、医療ネグレクト事案をめぐり、児童相談所長が「一時保護を加えた児童」のみならず現に親の監護下にある子どもに対しても一時保護の新規発動をもって「必要な措置」をとりうる、との行政解釈がなされるに至ったのであろうか。この点につき、33条の2の新設に至る立法過程の検討を通して究明を試みたい。

## 2. 33条の2新設をめぐる立法過程とその要点      2件の報告書を手 がかりとして

すでにみたとおり、児童福祉法33条の2の新設に至る立法過程において、2010年6月に『児童虐待防止のための親権制度研究会報告書』（以下、『親権制度研究会報告書』と略す）が、また、2011年1月には『「児童の権利利益を擁護するための方策について」      社会保障審議会児童部会児童虐待防止のための親権の在り方に関する専門委員会報告書』（以下、『社会保障審議会児童部会専門委員会報告書』または『専門委員会報告書』と略す）が、それぞれとりまとめられた。以下では、この2件の報告書を手がかりとして33条の2の立法過程上の要点を析出し、同条に関する上記のような行政解釈を検討する材料を探索することとしたい。

### (1) 『児童虐待防止のための親権制度研究会報告書』とその要点

1 『親権制度研究会報告書』は、その冒頭で「児童虐待や親権者による親権の不適切な行使により、子の利益が現に害され、又は害されるおそれが大きいにもかかわらず、現在の制度では対応に苦慮する場合として指摘されている事案の主なもの」として9の事案を類型化して取り上げ、そのなかに医療ネグレクトを含めたうえで、「親権に係る制度の見直しについては、このような事案に適切に対応することができるように手当てを行うことが求められている」<sup>(37)</sup>との基本認識を示している。そのうえで、児童福祉法33条の2の新設に向けた基調を示すものとして、以下の論を展開している。

まず、『親権制度研究会報告書』は、児童福祉法に33条の2を新設する際に範型となった47条を刎上に置き、施設長が施設入所児童の監護に際しとりうるとされる「福祉のため必要な措置」（(旧)2項）と親権との関係が必ずしも明確でないために、親権者が異を唱えると当該措置をとることができないなどの問題が存するとし、同条の改正が必要であるとする。改正の具体的内容としては、施設入所児童について「親権者は<sup>(38)</sup>施設長等がその権限行使として行う措置に抵触する限度で親権を行うこ

とができないなどと施設長等による措置が親権者の親権に優先することを明示する枠組みによって親権者の親権をその限度で部分的に制限するものとするのが考えられる」とし、施設入所措置において親権の一部制限制度を導入するすなわち47条に上記のように4項・5項を追加する必要があるとしている。このとき親権の一部制限の対象となる範囲に関しては、以下のように述べ、民法上の親権制限制度によらずして児童福祉法により監護権の全範囲に制限を及ぼすべきであるとしている。「親権に対し優先する権限を一定の範囲に限り、それ以外の部分について親権者の意に反して権限を行使する場合には民法上の親権制限によるべきとの意見もある。しかしながら、そもそも、施設長等の権限を親権に対し優先するものとすべき部分と親権に対し優先しなくても足りる部分とに分けて制度を仕組むことは困難である。また、施設長等の権限が優先する事項と親権が優先する事項との範囲が判然とせず、個別具体的な場面において、親権者の不当な行為を効果的に抑止することができず、結果として安定的な児童の監護を妨げるおそれもある。したがって、親権に対し優先する権限の範囲は、児童福祉法第47条第2項で認められている監護、教育及び懲戒に関する範囲全体とするのが相当であると考えられる<sup>(39)</sup>」。

このように施設入所措置において親権の一部制限制度を導入する利点のひとつとして、『親権制度研究会報告書』は、医療ネグレクト事案への対応に言及し、「施設入所中(略)の児童について、親権者が医療行為に反対していたとしても、施設長等は、親権者の意に反しても医療行為に同意することができ、その上で、(子を代理するのではなく)自らの名義で病院等との間で医療契約をすれば、児童に医療行為を受けさせることができることとなる<sup>(40)</sup>」としている。

2 つぎに、『親権制度研究会報告書』は、「一時保護の場合、現行法上、児童相談所長に施設入所等の場合における児童福祉法第47条第2項のような権限規定もないが、現実には、児童の監護教育に関する事項に

ついて、不当な主張を繰り返す親権者がいることは施設入所等の場合と変わらない<sup>(41)</sup>」と述べ、児童相談所長が行う一時保護においても施設入所措置におけると同様に親権の一部制限制度を導入する必要があるとする。そして、「児童相談所長の親権に対し優先する権限の範囲については(略)施設入所等と一時保護との間で違いはないと考えられる。したがって、児童相談所長は、監護、教育及び懲戒に関し、児童の福祉のため必要な措置をとることができ、その範囲全体において児童相談所長の権限が親権者の親権に優先するものとするのが相当である」とし、やはり民法上の親権制限制度によらずして監護権の全範囲に制限を及ぼすべきであるとしている<sup>(42)</sup>。

また、『親権制度研究会報告書』は、一時保護中の児童についてその親権者の親権を制限することの正当化根拠にも言及し、「親権者の意に反しても、児童虐待を理由に一時保護がされたときは、親権は子の利益のために行わなければならないにもかかわらずこれが全うされていなかったことに正当化根拠が認められる<sup>(43)</sup>」とする。

3 以上のように児童福祉法<sup>33</sup>条の2の新設による親権の一部制限制度の導入を指向する基調とは対照的に、『親権制度研究会報告書』は、家庭裁判所の審判による親権の一部制限制度の導入に対しては、以下のごとく消極的な姿勢に終始している。

『親権制度研究会報告書』は、まず、「施設入所中(略)又は一時保護中の児童」については、上記のように児童福祉法に基づく親権の一部制限制度を設けることにより「適切に必要な親権制限をすることができると考えられるので、施設入所中(略)又は一時保護中に、更に家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する必要が生じるような場合はあまり想定されない<sup>(44)</sup>」としている。

そこでつぎに、『親権制度研究会報告書』は、「家庭裁判所の審判により親権の一部を制限する制度を設けるべき必要性については、施設入所(略)及び一時保護がされていない子を主に念頭に置いて検討するのが

相当である」としたうえで、当該制度を設けることに消極的な意見として、次の点を列記している。<sup>(45)</sup>

児童虐待の事案で施設入所等及び一時保護が行われていない子について親権を制限する場合には、その結果として親権者でない第三者に子の監護等をゆだねる必要があるが、第三者に子の監護等をゆだねる以上、当該第三者には、親権の特定の一部ではなく全部をゆだねるものとした方が、子の安定的な監護に資する。

親権の一部を制限し、その一部の権限のみを第三者にゆだねるものとする、親権者と第三者に権限が分属するため、権限の範囲等をめぐって親権者と第三者との間に紛争が生じ、子の安定的な監護を害するおそれがある。

親権の一部を制限するにすぎないため容易に申立てが認容されるものと誤解されかねないことなどから、児童虐待でないような事案において制度が濫用されるおそれがある。

以上のような『親権制度研究会報告書』における消極的な基調の反映として、2011年民法等改正法も、民法における親権の一部制限制度の新設を見送り、先述のように親権全部の一時的制限としての親権停止の制度のみを導入するにとどまることとなった。

## (2) 『社会保障審議会児童部会専門委員会報告書』とその要点

まず、『専門委員会報告書』の結論を摘記すると、以下のとおりである<sup>(46)</sup>(各末尾の括弧内は、改正後の児童福祉法における対応箇所を指す)。

施設入所措置がとられている場合の施設長等の権限と親権の関係

- (a) 施設長等が、児童の福祉のために監護、教育及び懲戒に関する措置をとる場合においては、親権者が不当な主張をしてはならないことを明確にする(47条4項)。
- (b) 生命や身体の安全を確保するために、緊急を要する場合については、親権者の意向にかかわらず、施設長等が確実に必要な措



置をとるべきことを明確化する ( 47 条 5 項 )。

一時保護中の児童相談所長の権限と親権の関係

- ( a ) 一時保護の場合においても、施設入所中と同様に保護中の児童について児童相談所長の監護、教育及び懲戒に関して、児童の福祉のために必要な措置をとる権限を明確にすべきである。また、この場合の児童相談所長は一時保護を行った児童相談所長とする ( 33 条の 2 第 2 項 )。
- ( b ) 一時保護については、施設入所措置がとられている場合と異なり一時的・暫定的な処分であることから、児童の個々の処遇について重大な問題が生ずる機会施設入所等の措置がとられている場合に比べて多くないと考えられるが、施設入所措置がとられている場合と同様に、児童の福祉の観点から親権者の不当な主張等を防止する必要があることから、 - ( a ) ( b ) と同様の措置を講ずる ( 33 条の 2 第 3 項・ 4 項 )。

すでにみた『親権制度研究会報告書』によれば、施設長・児童相談所長が施設入所児童・一時保護児童の「福祉のため必要な措置」をとりうる権限は、監護権に相当する範囲全体において親権者の親権に優先するものとされる。これに対して、『専門委員会報告書』は、特に「不当ではない親権者の意向への配慮」<sup>(47)</sup>に基づき、「親権者の意向にかかわらず、一律に施設長等が児童の個々の処遇について措置をとることができる」とすることについては、慎重な検討を要する」としたうえで、「施設長等が児童の監護、教育及び懲戒に関して必要な措置をとることについて親権者が不当な主張をすることが許されないことを明確化することが必要と考えられる」<sup>(48)</sup>としている。

しかし、「不当ではない親権者の意向」であれば、そもそも親権制限の必要性を顕現させることはないのであって、むしろ、「親権者が不当な主張をすることが許されないことを明確化すること」は、かえって親



権制限の根拠を明確化する方向に作用し、施設長・児童相談所長の権限を親権に対する優位のもとに強化することにもつながりうるものといえる。そして現に、『専門委員会報告書』の内容を受けて最終的に成立した法文は、親権者が施設長・児童相談所長による施設入所児童・一時保護児童の「福祉のため必要な措置」を「不当に妨げてはならない」(33条の2第3項・47条4項)とするものであり、親権に対して制限的機能を有するものとなっている。

このようにみえてくると、『専門委員会報告書』は、「施設長等による措置が親権者の親権に優先することを明示する枠組みによって親権者の親権をその限度で部分的に制限する」という『親権制度研究会報告書』が構築した制度設計上の基本思想を変更することなく承継し、立法化につなげているとみるのが至当である<sup>(49)</sup>。

### (3) 若干の検討

以上のように2件の報告書を通して児童福祉法33条の2の新設に関わる立法過程を垣間見てきた。この2件の報告書は、児童相談所長による一時保護中の児童への措置に関し、「親権者の親権に優先することを明示する枠組みによって親権者の親権をその限度で部分的に制限する」との制度設計上の基本思想を採用しており、行政解釈も、これに即したものであるといえる。しかし、行政解釈は、この点を超えて、さらに医療ネグレクト事案において児童相談所長が現に親の監護下にある子どもにも一時保護の新規発動をもって「必要な措置」をとりうるとしているのであり、このことの根拠は、明らかににはならなかった。特に『親権制度研究会報告書』は、2011年民法等改正法<sup>(50)</sup>の方向性をリードしたはずであるが、そのような行政解釈の根拠は、同報告書には見当たらない。

『専門委員会報告書』についても、然りである。むしろ、「一時保護については、施設入所措置がとられている場合と異なり一時的・暫定的な処分であることから、児童の個々の処遇について重大な問題が生ずる機会は施設入所等の措置がとられている場合に比べて多くない」として

いるほどであり、その口吻からは、「一時的・暫定的な処分」に過ぎない一時保護に対し行政解釈にあるような強力な権限を付与する契機は、見出しがたい。そして、同報告書の作成に関わった専門委員会委員のひとり、2011年民法等改正法の成立間もない時期にこの内容を取り上げた論稿の冒頭において、「本稿の内容は、あくまで現段階での実務予想とならざるを得ない。現在、関係省庁において必要な省令等を、最高裁判所において最高裁判所規則の改正を、それぞれ準備されていると聞く。それらの内容によっては変更が生じるおそれがあることもご容赦されたい<sup>(51)</sup>」と記している。これによれば、医療ネグレクト事案をめぐる児童福祉法<sup>32</sup>条の2に関する行政解釈については、立法過程から離隔した行政実務サイドの独自の裁量によりなされたとの観測も、十分に成り立ちうる<sup>(52)</sup>ところである。もっとも、このような動きが行政サイドにあったとすれば、その動因については、以下の点に鑑みると、立法過程のなかにすでに存在していたとの見方も成り立つ。

もともと、医療ネグレクトへの民法上の対応に関して、例えば、日本弁護士連合会は、「現行の親権喪失宣告制度は、身上監護権について言えば、全部を剥奪するか、それとも全部を残すかという極端な効果しか定めていない」点を疑問視し、「親権のうち医療に関する部分のみ制限すれば足りることが多いと思われるが（実際、医療ネグレクトで親権喪失宣告及び審判前の保全処分が利用されたケースのうち、多くは保全処分<sup>(53)</sup>の後、対象とされた医療行為が行われたら本案が取り下げられているようである。）、現在の対応としては、親権の全部を制限するほかない」などとして、家庭裁判所の審判による親権の一部制限制度を民法に導入<sup>(54)</sup>するように求めていた<sup>(55)</sup>。しかし、すでにみたところから明らかなように、『親権制度研究会報告書』は、新たに導入する親権制限の制度設計として、子どもが施設入所措置または一時保護の対象となっている場合には児童福祉法、現に親の監護下にある場合には民法という棲み分けをする立場をとったうえで、親権の一部制限制度について、児童福祉法に

おける施設長・児童相談所長の権限の明確化によるその導入に関しては、積極姿勢をとる一方において、民法において家庭裁判所の関与を伴うものとして当該制度を導入することに対しては、その利点が十分に吟味された形跡がないまま、さきにみた点からは必ずしも説得的とは言い難い理由に基づき消極姿勢がとられたのであり、2011年民法等改正法も、これら の点を投射した内容となっている。その結果、医療ネグレクト事案への法的対応手段としては、現に親の監護下にある子どものために親権の一部制限制度の導入を希求する声があったにもかかわらず、その導入が見送られることとなったのである。そこで、これに対する代替的な措置として、現に親の監護下にある子どもの医療ネグレクト事案において、児童相談所長が児童福祉法33条の2に基づき一時保護の新規発動をもって親権の一部制限をなしうるとの解釈が行政実務サイドの独自の裁量により案出されたともみることも、強ち空論とはいえないのである。

ただ、児童福祉法33条の2の新設に関わる立法過程に関して、入手した些少な材料に基づきこれ以上の推論を重ねることは、政治過程論としてはともあれ、法解釈論としては生産的ではなく、むしろ慎むべきであるとさえいえる。そこで、以下においては、同条のあるべき解釈・運用のかたちを探るべく、2011年民法等改正法成立以前における一時保護と親権の関係に関する学説の展開をみていくこととしたい。

(29) 「要保護児童」の規定および概念については、後出注(112) 参照。

(30) 吉田恒雄「児童虐待防止に関する親権制度改正の経緯と課題」そだちと臨床8号(2010) 58頁。

(31) 山本恒雄「親権、子ども虐待、ソーシャルワーク」月刊福祉95巻6号(2012) 15頁。

(32) 吉田恒雄「児童虐待に関する親権制度改正の動向 審議会での議論の状況」新しい家族54号(2011) 6頁。

(33) 児童虐待防止のための親権制度研究会『児童虐待防止のための親権制度研究会報告書』(2009) 1-59頁。

(34) 社会保障審議会児童部会児童虐待防止のための親権の在り方に関する専

門委員会『「児童の権利利益を擁護するための方策について」 社会保険審議会児童部会児童虐待防止のための親権の在り方に関する専門委員会報告書』(2011) 1-34頁。

- (35) 2011年民法等改正法の解説として、飛澤編・前掲注(11) 1-95頁、同「児童虐待防止のための親権制度の見直しについて 平成23年民法等の一部を改正する法律(民法改正部分及び家事審判法改正部分)の概要」民事月報66巻7号(2011) 8-25頁、同「民法等の改正の概要」法律のひろば64巻11号(2011) 18-24頁、植木祐子「児童虐待防止のための親権制度の見直し 民法等の一部を改正する法律案」立法と調査320号(2011) 3-11頁、中田裕康「民法改正 児童虐待防止のための親権制度等の改正」法学教室373号(2011) 58-65頁、佐野文規「児童虐待防止のための親権制度の見直し 親権停止制度の新設、未成年後見制度等」時の法令1900号(2012) 17-27頁など参照。
- (36) なお、子どもの権利擁護の観点からは、子ども自身が親権停止の審判を請求しうる点も特筆に値するが、この点は、親権喪失について子ども自身が審判を請求できるように834条の規定が改正されたことに対応している。
- (37) 『親権制度研究会報告書』前掲注(33) 6-8頁。なお、医療ネグレクトの定義に関しては、「未成年者が手術や治療を必要としている場合、医療機関がその未成年者に対し医療行為を行うには、通常、親権者の同意が必要とされるが、親権者が正当な理由もなくその同意を拒否して放置することにより、未成年者の生命・身体が危険にさらされるような事案をいう」(同報告書注14)としている。
- (38) 「等」には里親等を含み、以下では原文引用箇所につき同様である。
- (39) 『親権制度研究会報告書』前掲注(33) 18-19頁。
- (40) 『親権制度研究会報告書』前掲注(33) 21-22頁。
- (41) 『親権制度研究会報告書』前掲注(33) 23頁。
- (42) 『親権制度研究会報告書』前掲注(33) 24頁。
- (43) 『親権制度研究会報告書』前掲注(33) 24頁。
- (44) 『親権制度研究会報告書』前掲注(33) 29-30頁。
- (45) 『親権制度研究会報告書』前掲注(33) 29-30頁。
- (46) 『専門委員会報告書』前掲注(34) 5頁・10頁。
- (47) 『専門委員会報告書』前掲注(34) 2-3頁。
- (48) 『専門委員会報告書』前掲注(34) 5頁。
- (49) 『専門委員会報告書』の作成に関わった専門委員会委員のひとりとして、吉田恒雄「児童虐待に関する親権制度の見直しについて」子ども福祉4号(2011) 55頁は、「報告書では、親権者は施設長や一時保護所長(児童

相談所長) に対して不当な主張をすることができないとして、施設長等の判断が尊重されることを明記することとされました。法文上は、施設長の親権行使が親権者に優先すると規定することも考えられましたが、司法判断を経ることなく、一律に行政的判断が優先するとするのは、親権者の人権制限上問題があるところから、『不当な主張をしてはならない』ものとされました(法律案要綱では『親権を行う者又は未成年後見人は、当該措置を不当に妨げてはならない』と表記されています)」とする。しかし、本文において述べたように、「不当な主張をしてはならない」との報告書の文言を受けて最終的に成立した「不当に妨げてはならない」との法文は、親権者に対し人権保障的にではなく親権制限的に機能するものとみるのが妥当であろう。ちなみに、同じく専門委員会委員のひとりとして、磯谷文明「法改正を踏まえた弁護士実務」法律のひろば64巻11号(2011)40頁は、改正児童福祉法において「親権者は施設長等の措置を不当に妨げてはならないとされ、さらに『児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるとき』は、施設長等は親権者の意に反しても措置をとることができる」と定められた内容に関して、「社会保障審議会児童虐待防止のための親権の在り方に関する専門委員会において長く議論を積み重ねてきたものとは異なるもので、その趣旨や機能については必ずしも明確でない」としていることから、『専門委員会報告書』やこれを踏まえて新たに付加された33条の2・47条の規定内容に関しては、専門委員会での議論における当事者の実感とは食い違う部分もかなりあるのではないかと推察される。

- (50) 吉田恒雄「親権制度見直し研究会で何が議論されたのか 今後の改正議論に向けて、知っておきたいこと」子どもと福祉3号(2010)40頁。
- (51) 磯谷・前掲注(49)36頁。
- (52) 「社会保障審議会児童部会児童虐待防止のための親権の在り方に関する専門委員会第3回議事録」(2010年6月22日開催分、<http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000000usve.html>)をみる限り、「一時保護中の児童相談所長の権限と親権の関係について」との議題設定があるものの、児童福祉法32条の2に関する行政解釈に結びつくような議論がなされていないばかりか、児童相談所長の権限と親権の関係について法律論の十分な掘り下げがみられない。
- (53) これに関する審判例については、前出注(8)参照。
- (54) 日本弁護士連合会「児童虐待防止のための親権制度見直しに関する意見書」(2009)7頁。
- (55) このほか、2011年民法等改正法の成立以前において、特に医療ネグレク

ト事案に着目して比較法の観点から親権の一部制限制度を民法に導入する必要性を示唆したものとして、永水裕子「アメリカ 医療ネグレクトと親の権利の制約」小山剛＝玉井真理子編『子どもの医療と法』(尚学社、2008) 212頁、保条成宏「ドイツ 『治療行為制約論』と『治療義務限定論』の交錯」同上書237頁参照。

・ 児童福祉法改正前における一時保護と親権との関係をめぐる学説  
2011年民法等改正法により児童福祉法が改正され33条の2が新設される以前においては、一時保護と親権との関係について、一時保護により親権の全範囲が制限されうとする「全面的親権制限説」、一時保護による親権制限の範囲が限定的なものにとどまるとする「限定的親権制限説」、一時保護によっては親権は制限されないとする「親権非制限説」、が主張されてきた。そこで、これらの代表的論者として、として石川稔教授、については吉田恒雄教授、に関して許末恵教授の各見解を取り上げ、その医療ネグレクト事案における具体的帰結に着目しつつみていくことにする。

## 1. 全面的親権制限説

1 石川稔教授は、医療ネグレクトに対する児童福祉法による対応に関して、まず、「子は第一次的には親を通して医療を受ける権利を行使するのである。(略)しかし、親が子に適切な医療を与えないときには、ここでも国が保護義務を遂行し、親に代わって子の決定権を行使できるものとしなければならない。医療が緊急性を要するときは、児童福祉法上の一時保護制度を利用すべきであろう」と論じる。そして、1985年に「エホバの証人」信者である親の輸血拒否により子どもが死亡した事件<sup>(56)</sup>を例にとり、家庭裁判所の措置承認審判に基づく強制的な保護措置を規定する児童福祉法28条1項1号がアメリカ法に由来することを踏まえ、「アメリカ法では子への輸血(治療)拒否は医療上の放任 (medical neglect) とされていることに鑑みれば、日本法のもとでも放任と位置づ



けることは可能であった」と述べる<sup>(58)</sup>。そして、同法に基づく具体的な介入方法として、「強制的措置を背景とした一時保護の手続（児福法33条）によって児童相談所長が病院長に保護委託すれば、輸血をなし子の生命を救うことができた」と指摘する<sup>(59)</sup>。

このような見解の理論的背景として、石川教授は、親権概念を再構成する<sup>(60)</sup>、アメリカ法にみられる「国親思想」に基づき、民法における親権制度と児童福祉法における児童保護法制とを有機的に関連づける<sup>(61)</sup>、という2つの観点から、児童福祉法に基づく親権制限に対し積極的な立場をとる。

2 まず、に関して、石川教授は、民法における親権法が1898年施行のいわゆる明治民法の基本構造をほぼそのまま継承し、「親の権利の体系」として親権を規定してきた点を問題視したうえで、親権を「親の義務」として理解する学説の傾向を支持する<sup>(62)</sup>。そして、「近時有力となりつつある子どもの権利論によってむしろ子の側から親権を捉えなおし、その視点から分析する立場にさらに一歩進める必要がある」とし、「親の監護教育する権利義務は、子の監護教育を受ける権利として把握するのである。そして親が監護教育をする義務を果さないときは、子は第二次的に子の保護義務を負う国に対して監護教育を要求する権利をもつ<sup>(63)</sup>」と論じる<sup>(64)</sup>。

このように、石川教授は、まずに関して、子どもが親に対し第一次的に保護義務の履行を請求する権利に加えて、親を補完して第二次的に保護義務を負う国家に対しその履行を請求する権利にも言及し、特にこの後者の権利を端緒にしての観点から児童保護法制のあり方を論じるのである。すなわち、国家の子どもへの第二次的保護義務を重視する「国親思想」が発現したものが児童保護法制であり、この法制下で「国が家庭に強制介入した場合に（略）子の監護をめぐってどのような権限を有するか」が明確にされなければならないとする<sup>(65)</sup>。そして、民法が親の第一次的保護義務を重視する結果として、親権喪失制度の運用が慎重

に過ぎ、加えて未成年後見制度が親による保護義務の不履行においてもなお親族共助に期待する点を問題視したうえで、児童保護法制の基本法である児童福祉法についても、「親権（および後見）に対する慎重すぎると思われる配慮の結果（たとえば27条4項、28条、47条など）、国の負う第二次的保護義務を十分に果せない法構造となっている」とし、そのあり方を子どもの利益の保護の観点から再検討する必要があると論じている。

石川教授は、このような法構造上の欠陥を解消するには、最終的には欧米を範とした立法的解決が不可欠であるとの認識を示す<sup>(66)</sup>と同時に、現行法のもとでも国親思想に基づき民法の親権制度と児童保護法制との有機的連関を追求する見地から、これを実現するうえでの法構造上の問題を解釈論により解決する方途を模索する。その解釈論は、まず、民法の親権喪失制度について、児童福祉法に基づき監護措置がとられた被虐待児に関して、親からの引渡請求や監護への干渉を阻止するための「伝家の宝刀であり、かつまた最終的手続である」ことに中核的な機能があるとしたうえで、裁判実務上厳格に運用されているこの最終的手続に先行するものとして、児童福祉法上の一時保護（33条）や施設入所措置など（27条・28条）による国家の保護義務の発動がより積極的になされる必要<sup>(67)</sup>があるとする。<sup>(68)</sup>

3 そこです、石川教授は、児童福祉法における「親権に対する慎重すぎると思われる配慮」の典型として47条に着眼する。同条は、1項において、施設入所児童に関し、親権者のない場合には施設長が「親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う」としてその親権代行を規定するが、石川教授が問題視するのは、これに続く（旧）2項（現・3項）の規定である。同項は、親権者のある施設入所児童に関して、施設長が「監護、教育及び懲戒に関し、その児童（等）の福祉のため必要な措置をとることができる」（括弧内は、2011年民法等改正法により付加された。以下同じ）と規定するが、石川教授は、こ



の「必要な措置」の内容が規定上判然としていない点に対し、国家の保護義務の積極的発動を促す観点から疑義を差し挟む。そして、当該措置が親権者の本来有する監護権の行使を可能とするものなのか たとえば施設長が施設入所児童への親権者の面会を拒絶することができるのか

といった点を明確化すべきであるとする。この点について、石川教授は、施設入所児童に対して、27条1項3号・4項に基づく親権者の同意による入所措置（以下、「同意入所措置」という）と、28条1項1号が規定する家庭裁判所の措置承認審判に基づく強制的な入所措置（以下、「強制入所措置」という）のうちいずれがとられているか、その違いに着眼する。<sup>(69)</sup>

このうち、石川教授は、まず同意入所措置について、措置という行政処分が介在しているとしても、その本質は、親権者の同意による施設長への監護の委託と考えられるべきであるから、施設長が親権者の意向に反して監護権を行使することはできないとする。<sup>(70)</sup>

その一方で、石川教授は、強制入所措置に関しては、「措置承認審判は文字どおり措置の承認であって親権を停止するものでないから、措置承認審判を得て施設入所措置をとったとしても、親権者から翌日にも子の引渡を求められればこれに応じざるを得ないという考えが第一線の児童相談所にある」ことを疑問視したうえで、国親思想の視点から「強制入所措置がとられた場合には、親権者による監護教育権は停止され、国が保護義務を遂行したものと解されるから、施設長は監護教育権を付与されたものとして、親権者の意向に反してでも必要な措置をとることができる」とする。<sup>(71) (72)</sup> つまり、石川教授の見解によれば、児童福祉法28条に基づく措置承認審判の効果として、強制入所措置の発動下では親権者の監護権が全面的に停止することになり、施設入所児童に対する47条（旧）2項（現・3項）の「必要な措置」に関しても、施設長が監護権の全面的代行の一環として当然に当該措置をとりうることになる。<sup>(73)</sup> そして、親権者が施設入所児童に関し治療拒絶をするような医療ネグレクト事案に

においても、施設長が監護権の全面停止状態にある親権者に代わり生命維持治療への同意をなし得ることになると解される。

4 以上の論脈に立って、石川教授は、一時保護と親権との関係につき全面的親権制限説をとるのであり、さきにみたとおり、「(親権者の監護権の全面停止という法的効果が随伴するものとしての) 強制的措置を背景とした一時保護の手続」に着目している。そして、強制入所措置のような家庭裁判所の司法的関与を伴うことなく、児童福祉法33条に基づき児童相談所長または都道府県知事の専権による行政処分としてなされる一時保護においても、施設入所児童に関し親権行使を制限する47条(旧) 2項(現・3項)のような明文の規定を欠くものの、それらの者が親権者の意思に反して監護権を行使しようとする。その根拠として、

(旧) 27条の2(現・27条の3)が「都道府県知事は、たまたま児童の行動の自由を制限し、又はその自由を奪うような強制的措置を必要とするときは、第33条(略)の規定により認められる場合を除き、事件を家庭裁判所に送致しなければならない」と規定していることからの反対解釈として、一時保護には家庭裁判所の決定によらずして児童の自由をその同意なく制限・剥奪しうる強制力がある、一時保護は、33条の文言によれば親権者の同意に基づかなくても可能である、との2点への言及がなされている。<sup>(74)</sup>そして、石川教授は、「被虐待児が医療を必要とする状態で発見された」場合について、「通常児童相談所長または都道府県知事は一時保護の措置を加えることになろう(児福法33条, 同17条)。<sup>(75)</sup>そして、一時保護施設(通常一時保護所と呼ばれている)への収容の段階で医療を受けさせることになるであろう」との見解に帰着するのである。<sup>(76)</sup>

この立論は、「医療を必要とする状態」が必ずしも親による治療拒絶を前提とするものとはいえず、したがって厳密な意味において 本稿にいう狭義の 医療ネグレクトの問題に限定したものではないが、<sup>(77)</sup>石川教授は、後日これをさらに発展させた結果として、冒頭の1にみた見解に到達している。そこでは、児童福祉法33条1項が「児童相談所長は、

(略) 適当な者に委託して、一時保護を加えさせることができる」としている点を踏まえ、かつ一時保護を委託するに「適当な者」として医療機関を想定する。加えて、石川教授が明言するところではないが、おそらく一時保護とその委託に47条を暗黙裡に類推適用したうえで、全面停止した親権者の監護権を(児童相談所長から委託を受けた)医療機関が代行しうると解することにより、一時保護の新規発動を通じて医療ネグレクトへの対応が可能であるとの解釈論上の帰結を導出していると解される。

## 2. 限定的親権制限説

1 既述のとおり、児童福祉法47条1項が親権者のない施設入所児童に対する施設長の親権代行を規定するのに対して、同条(旧)2項(現・3項)は、施設長が親権者のある施設入所児童にも監護上の「必要な措置」をとることができるとしている。これに対して、吉田恒雄教授は、石川教授と同様、「一時保護の権限をもつ児童相談所長または都道府県知事の監護権限については、児童福祉法上、児童福祉施設長のような明文の規定がない(同法47条参照)。そのため、児童相談所長および都道府県知事がどのような権限を有するかについて明らかでない」とし、この点を問題視する。<sup>(79)</sup>

そのうえで、吉田教授は、「児童相談所長等は、47条に準じて、(略)親権者等のある場合は監護、教育、懲戒の権限に限って行使することができる」としつつも、「児童相談所長等が行使できる権限は、児童の日常の監護に関連する範囲に限られ、それ以外の事項

例えば、重大な医療行為などは、親権者等も権限を有すると思われる。これらの事項については、児童相談所長等と親権者等とが共同して親権を行使することになろう」としている。<sup>(80)</sup>これによれば、一時保護における児童相談所長などの権限行使とこれに基づく親権制限は、子どもに対する日常的監護に限局され、親が生命維持治療のような「重大

な医療行為」に同意しない医療ネグレクトの事案については、石川教授の見解とは異なり、当該権限行使・親権制限による介入をなしえないことになる。そこで、以下ではその理論的な根拠・背景をみていくことにする。

2 児童福祉法47条(旧)2項(現・3項)の「必要な措置」に伴う国家の「代替的養護責任」について、吉田教授は、国親思想に基づき子どもに対する国家の第二次的保護義務を高調する石川教授の立場とは一線を画している。すなわち、児童の権利に関する条約が親の子どもに対する第一次的養育責任(5条)や親子不分離の原則(9条)を規定している点に照らして、「施設長がまったくの『親代わり』として、子どもに対してはもちろん、親に対しても無制限にその権限を行使できると解することはではない」として代替的養護責任を限定的なものと位置づける<sup>(81)</sup>。

そのうえで、吉田教授は、施設入所措置における代替的養護責任の具体的なあり方として、「施設に入所している子どもについては、親と施設長のどちらが優先的な権限をもつかというよりは、子どもに対する責任の観点から、両者が共同して養育責任を果たすと構成するほうが妥当である(親責任の共同化)」と論じる<sup>(82)</sup>。そして、石川教授が強制入所措置での「必要な措置」に関して、監護権の全面的停止という強力な法的構成をとるのとは異なり、吉田教授は、「親責任の共同化」の観点に立脚し、施設長の「親権の一部代行」による限定的親権制限という構成をとる<sup>(83)</sup>。他方において、吉田教授は、このような親権制限の効果が石川教授とは異なり施設入所措置に対する親の同意の有無を問わず、すなわち強制入所措置のみならず同意入所措置にも及ぶと論じるのである<sup>(84)</sup>。無論、両者の間で親権制限の法的根拠には相違があるとしており、以下ではこの点の立論を具体的にみていくことにする。

3 吉田教授は、まず、同意入所措置における限定的親権制限の法的根拠について、親は、同意の前提として児童相談所から適切な説明を

受けている限り、措置により自己の権限が制約されることを承知しているはずであり、この意味において親権制限が自己の意思によるものといえる、施設長の権限と責任は、法律により付与された独自のものであって、これに基づいて施設入所児童の監護教育を行うのであり、とも相俟って、施設長が親の（個別具体的な）意思とは無関係に独自の権限を行使し、責任を果たすべきである、との2点に言及する。<sup>(85)</sup>

つぎに、強制入所措置における部分的親権制限の法的な根拠・構成に関して、吉田教授は、親の権利を制限して入所措置がとられるため、その限りで同意入所措置よりも施設長の責任が拡大するとしている。そして、強制入所措置の承認とは異なりその解除手続には家庭裁判所が関与しない点（児童福祉法<sup>(86)</sup>27条5項）を顧慮しつつも、「児童福祉法の形式からは、措置解除のときには承認を要しないとされているところから、家庭裁判所の承認は、措置の際の親権制限に対してのみ向けられたものであり、措置後の関係においてはなんらの制約も伴わない、と解することもできる。しかし、施設における子どもの養護は継続的に行われることを前提としているのであるから、家庭裁判所の承認を入所措置（親子分離）それ自体に向けられたものと解するのは妥当ではない」と論じ、措置時のみならず、その後の継続的な代替的養護関係における限定的親権制限を根拠づけている。<sup>(87)</sup>

そのうえで、吉田教授は、石川教授のように強制入所措置に全面的親権制限の効果を見出すことに対して、以下のように異を唱えている「かりに、親が子どもの最善の利益に反して権利を濫用する場合には、親権喪失（民法834条）や親権者の職務の停止（家事審判規則74条1項<sup>(88)</sup>）により、これらの権利行使を制限すれば足りる。民法および児童福祉法は、親権者等による権利行使が子どもの権利を侵害するおそれがあり、養育責任を親と共同して果たすことができないと児童相談所長が判断したときには、これらの法的手段により親の権利を全面的に制限することを予定しているのである。家庭裁判所の措置承認審判により、親として

の責任をすべて停止させるのは、親の指導の尊重、第一次的養育責任を規定した子どもの権利条約の趣旨に反する<sup>(89)</sup>」。

つまり、石川教授が民法上の親権喪失制度と児童福祉法上の措置承認審判制度との有機的連関を図り、前者の法的効果を後者によりいわば先取りするのに対して、吉田教授は、「親責任の共同化」原理を前提とした制度である後者と、当該原理が無効となる事態を想定し制度設計されている後者との機能分化を明確にすべきとの立場に立脚しているといえる。

4 吉田教授は、強制入所措置において同意入所措置よりも施設長の責任が拡大すると指摘する一方で、両者においては限定的親権制限の具体的な範囲と限界が基本的に共通するとしている。そして、「施設長が代行する権限は、監護教育および懲戒に関して必要な措置をとることに限定されているのであるから、それ以外の権限は、なお、親権者等に残されている。すなわち、施設長が代行する親権は、子どもの日常生活の世話から生ずる事柄とそれに関連する決定についてであり、親権者等が子どもの世話とは無関係に遂行できる事柄 重大な医療や教育の決定など<sup>(90)</sup> については、なお自らの責任を果たすことのできる地位にある」と論じる。つまり、施設長による「親権の一部代行」が日常一般的な監護の範囲にとどまり、これを超える「重大な医療」などの事項については「親責任の共同化」原理のもとに親と施設長が共同して監護に当たることになる。

このように、吉田教授は、施設長の権限行使による親権制限の範囲と限界に関しては、同意入所措置と強制入所措置の間で差等をつけてはいないが、その論拠については、強制入所措置の補充性、強制入所措置における親権制限の実定法上の根拠の不明確さ、の2点に求めている。まず、<sup>(91)</sup> に関して、吉田教授は、「児童の権利条約における『父母の指導の尊重』(5条)および『親子不分離原則』の理念から、親権者等の意に反する施設入所等の措置は次善の策として位置付けられ、他に適切な代替的手段がない場合にとられる措置というべきである」としており、



この点から強制入所措置に伴う親権制限の範囲をも限定的に設定しているものと解される。

つぎに、吉田教授は、<sup>(92)</sup> に関して、児童福祉法47条(旧)2項(現・3項)において「親権者の親権がいかなる制限を受けるかは、条文上明らかではなかった」とする。そして、1997年6月20日付厚生省児童家庭局長通知「児童虐待等に関する児童福祉法の適切な運用について」(以下、「1997年厚生省通知」という)五-(一)-ウ-(ア)が都道府県知事などに以下の内容を示したのに対して、吉田教授は、「この通知は、28条審判のあった場合、施設長の監護権が親権者の監護権に優先する法的根拠を明確に示していない」とし、「28条審判があった場合、すべての点で施設長の監護権が優先すると解すべきでない」と述べている。<sup>(93)</sup>

ウ 保護者等の同意を得ずに法第28条の規定に基づき家庭裁判所の承認等を得て行った児童福祉施設入所措置について、施設入所後、保護者等が児童の引き取りを求めてきた場合の対応について、児童福祉施設に対し、以下の点を指導すること。

(ア) 保護者等の引き取りに対しては、法第28条による家庭裁判所の承認があった以上、児童福祉施設の長に与えられた監護権が保護者等の監護権に優先することになるので、これを拒むこと。

そのうえ、吉田教授は、2000年に成立した児童虐待防止法(旧)12条において、強制入所措置に関し「児童相談所長又は児童福祉施設の長は、児童虐待の防止及び被虐待児の保護の観点から、当該児童に対する保護者からの面会および通信を制限することができる」との規定が設けられてもなお、「他方これ以外の事項(例えば、児童の重大な医療や宗教等)については、法文上親権者等の権限は明らかにされていない」としている。<sup>(94)</sup>

以上の吉田教授の見解によれば、同意入所措置と強制入所措置のいずれにおいても、親が生命維持治療のような日常的監護の範囲を超える「重大な医療」に同意しない医療ネグレクトの事案では、「親責任の共同化」原理が妥当することになり、石川教授の見解とは異なり、施設長が

親権者に代わり同意をなすことはできないことになるものと解される。

5 吉田教授は、以上のような施設入所措置における限定的親権制限の論理を一時保護における親権制限にも推及している。すなわち、冒頭の1において取り上げた吉田教授の見解を敷衍すれば、児童福祉法47条(旧)2項(現・3項)の「必要な措置」に関する規定が一時保護に類推適用され、児童相談所長などがその権限行使の一環として児童の日常一般的な監護の範囲において「親権の一部代行」をなしうることになる。その一方において、日常的監護の問題を超えた医療ネグレクトの事案では、児童相談所長などは、親と共同して監護に当たる「親責任の共同化」原理に服するため、親権代行により専断的に生命維持治療の実施を医療機関に委託することは、その権限の範囲を超えるものとして許容されないこととなる。

そもそも、吉田教授は、「現在の一時保護制度は、要保護児童を緊急に保護するとの要請から、事前・事後の何らの手続保障もなく、また一時保護中の児童の養育責任についても、児童福祉法には規定されていない。このため、国が強制力をもって児童を『保護』する場合、これにより、児童および親の権利侵害が生ずるおそれがある」とする。<sup>(95)</sup>そして、「立法論としては、一時保護に関する司法的関与および一時保護中の子どもに関する都道府県知事および児童相談所長と親の監護権の調整などが必要であろう」<sup>(96)</sup>としつつも、当面の解釈論として「児童虐待のように、親権者の同意や家庭裁判所の承認を得ていたのでは、児童の生命や身体を緊急に守ることができない場面もある。それでは、児童福祉法上の一時保護においては、児童の生命や身体、安全を緊急に保護する一方で、児童および親の養育に関する権利(児童の権利に関する条約5条、7条1項)を手続的にも実体的にも尊重しなければならないという二つの利益をどのように調整すべきなのであろうか」と問題提起をしている。<sup>(97)</sup>そして、これへの吉田教授自身の応答を整理すると、子どもの緊急・短期の保護という制度趣旨に照らして、一時保護それ自体の例外的・暫定



的措置としての補充性、一時保護の目的・手段の限定性、さらにはこの手段の限定性の一環として、一時保護の委託の例外性、などの点に配慮しつつ謙抑的な制度運用を行うべきである、ということになる。<sup>(98)</sup>このような立論を前提とすれば、吉田教授自身が言明するところではないが、医療ネグレクト事案において、現に親の監護下にある子どもへの生命維持治療の実施を終局的な目的とし、かつこの目的を達するために親の意に反して専断的な介入手段として一時保護を新規に発動し、加えてその実施を児童福祉施設ではない医療機関に委託するかたちでさらに症例によっては短期に収束しない治療期間が見込まれる状況において、一時保護を実施することは、「親権の一部代行」の限界論や「親責任の共同化」原理などを援用するまでもなく、許容されないものと解されることになる。

### 3. 親権非制限説

1 一時保護に関して、監護権が全面的に停止すると解く石川教授の見解と、「親権の一部代行」により親権が限定的制限を受けるに留まるとする吉田教授の見解とは、児童福祉法が全面的にせよ部分的にせよ親権（監護権）制限の根拠たりうることを前提とする点においては、帰一するものがある。この点において対蹠をなす論者として、許末恵教授は、以下にみるように、司法的関与を伴う強制入所措置においてさえも、児童福祉法を根拠とした親権制限を否定する見解に立脚する。それゆえ、児童相談所長らの専権による行政処分に過ぎない一時保護において、吉田教授の所説のように、日常的監護に限定した範囲であれ「親権の一部代行」をなすことや、ましてや、石川教授の主張のように、さらに当該範囲を超えた医療ネグレクト事案において親権者の監護権を全面的に停止させ生命維持治療の実施を医療機関に委託することは、法的構成としてもはや論外となる。以下では、このような許教授の見解について、その論拠を踏まえつつ詳しくみていくこととしたい。

まず、許教授は、児童福祉法が児童虐待への対応において刑法はもとより、さらに民法とも異なる特質・機能を有する点に着目する。すなわち、「児童福祉法の措置は、虐待等のためにその福祉を侵害される子の保護を図るためのものであって、虐待者たる親に対して非難や制裁を加えることを目的とするものではない」とする。これに対し、虐待行為を犯罪として刑事制裁の対象とする刑法、そして当該行為を親権の濫用ととらえて親権を剥奪する民法は、いずれも「虐待した親に対する制裁や非難」の効果をもつことを否定できず、親に敵対的に作用しうるため、むしろ最終的手段としての意味合いが強いとしている。そこで、親との敵対関係をできるだけ回避しつつ子どもに保護措置を講じその安全を確保する観点から、「児童福祉法上の対応は、児童虐待に対する法的対応の中心をなす」としている。<sup>(99)</sup>

そのうえで、許教授は、「親権は、親による子の監護教育関係を近代市民法が規律する際の基本的概念である。虐待に対応する際の現在の児童福祉法の仕組みが必ずしも十分でないこと（略）、その背景には、民法での親権の規制のあり方が関連していることを筆者は必ずしも否定しない。しかし、かといって児童福祉法上の諸問題が親権を制限することによって解決するかどうかは、また別の問題であろう」と論じる。そして、「児童虐待への対応に関連して児童福祉法の文脈においてのみ親権の問題を論ずることは、かえって混乱を招くおそれがある。（改行）児童虐待に対する児童福祉法の対応に関連して指摘される問題点は、親権ではなく、むしろ、児童福祉法の規定のあり方に起因するものである」と述べ、児童虐待に対応するための児童福祉法やこれに基づく保護措置のあり方について、親権制限とは切り離して論じる姿勢を明確にしている。<sup>(100)</sup>

2 許教授は、この「児童福祉法の規定のあり方に起因する」問題に関して、石川教授と同様の問題意識に立脚し、同法47条（旧）2項の「必要な措置」の内容の不明確さを解釈論的に匡正することを試みつつも、その具体的な解釈において石川教授の見解とのあいだに逕庭を見せ

ている。すなわち、許教授は、強制入所措置において施設長がとりうる「必要な措置」に関して、「47条2項は、親権がなくても、現に子を監護する者（施設長）が、その監護にあたって子の福祉のために必要な措置をとることができることを明らかにしたものすぎない。そのことと、施設長に監護権を付与すること、さらには、施設長の権限の範囲内で親権者等の監護権が停止された<sup>(101)</sup>とすることとは、別の問題である」との前提に立ち、「この規定は、(略)入所児童に対する親権者等の親権を前提としたうえで、児童の監護等に必要の限りでの権限を児童福祉施設の長に認めるものに過ぎず、この規定を根拠に児童福祉施設の長に親権を認めることはできない<sup>(102)</sup>」<sup>(103)</sup>と声明する。この主張は、「強制入所措置がとられた場合には、親権者による監護教育権は停止され、施設長は監護教育権を付与された」とみる石川教授への反駁である。

さらにこのような主張を根拠づけつつ敷衍していくための契機とすべく、許教授は、児童福祉法47条の立法・改正経緯、同法28条1項1号に基づく措置承認審判の機能・効力、の2点に着目する。そのうえで、  
 に関しては、さらに (a) 児童福祉法上の措置承認審判制度と民法上の親権喪失制度との整合性や機能分化、(b) 子どもの福祉や要保護性の観点から措置承認審判が実質的に有すべき機能・効力、の2点を視野に入れている。

3 許教授は、まず<sup>(104)</sup> に関して、つぎの事実に着眼する。すなわち、1947年制定時の児童福祉法は、その47条において「児童福祉施設の長は、必要があると認めるときは、入所した児童に対して、親権を行うことができる。但し、親権者のある者の財産の管理については、この限りでない」とのみ規定していた。これに対して、施設入所児童に親権者のある場合も含めて一律に施設長に親権代行の権限を付与し、また親権と施設長の権限とを調整する規定を欠いていることなどの問題点が指摘され、1951年の児童福祉法第5次改正により規定が改められた。その結果、同条は、施設入所児童の親権者の有無に対応した項建てを新たにとり、1

項においては、親権者のない場合には施設長が「親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う」と規定する一方において、(旧) 2 項 ( 現・3 項 ) においては、親権者のある場合に施設長が「監護、教育及び懲戒に関し、その児童 ( 等 ) の福祉のため必要な措置をとることができる」とした。同項に関して、改正の立案担当者は、施設長が施設入所児童に対して親権を行使することはできず、専ら民法で定める親権を行う者または未成年後見人が当該児童に対する親権を行使することになると明言していた。<sup>(105)</sup> また、同項に関するその後の行政解釈も、民法で定める親権の効力のうち監護教育権 ( 820 条 ) および懲戒権 ( 822 条 ) と「類似の規定」を設けることにより、監護教育および懲戒に関し施設入所児童の福祉のために「必要な措置」をとることができる旨の説明をしてきた。<sup>(106)</sup>

以上のような児童福祉法<sup>47</sup> 47 条 ( 旧 ) 2 項に関する立法・行政解釈のあり方について、許教授は、「ここでは、親権を施設長に認めるような構成が慎重に避けられている」として肯定的に評価している。そのうえで、さきにみたように1997年厚生省通知の五- (一) -ウ-(ア) が「保護者等の引き取りに対しては、法第28条による家庭裁判所の承認があった以上、児童福祉施設の長に与えられた監護権が保護者等の監護権に優先することになるので、これを拒むこと」ができるとの法的構成をとることに対し、疑問を呈する。すなわち、1997年厚生省通知の法的構成が同項をめぐる立法経緯や従来の行政解釈とのあいだに不整合を来しているとし、「この結論に、筆者も異論はない。しかし、保護者等の引き取りを拒む根拠として施設長の監護権をあげている点には、賛成できない」と主張する。<sup>(107)</sup>

そこでつぎに、このような許教授の主張の要諦をつかむべく、上記の措置承認審判の機能・効力に関するその見解をみていくこととしたい。

4 まず、-(a) に関して、許教授は、措置承認審判と親権喪失審判との制度間の関係・整合性や機能分化に着目し、「親権 ( 監護権 ) の

制限ないし停止は、たとえそれが一時的なものであっても、そのための手続（民法による親権喪失宣告）によるべきであって、児童福祉法上の措置の承認審判によって制限されると解すべきではない。特に監護権は親権の主要部分を構成しており、親権者が監護権を濫用する場合には親権全体の喪失を認める民法の建前からいっても、親権喪失宣告によらないその一般的な制限には慎重であるべきである<sup>(108)</sup>とする。つまり、石川教授が措置承認審判と親権喪失制度との制度間の有機的連関を図り、後者の法的効果を前者により先行的に確保しようと試みるのとは、立論の起点が根本的に異なっている。

そして、許教授は、家庭裁判所の措置承認審判が親権者の意に反した強制入所措置を承認するものに過ぎず、その限りににおいて親権者の有する親権が制限されることになるのであって、「それ以外の場面において」親権が一般的に制限されると解することはできず、親権者としての地位に変わりはないと論じている<sup>(109)</sup>。つまり、許教授は、措置承認審判においては強制入所措置の承認の一事に局限して親権制限の効力が生ずるに過ぎないとし、「法第28条による家庭裁判所の承認があった以上、児童福祉施設の長に与えられた監護権が保護者等の監護権に優先することになる」との1997年厚生省通知の法的構成に異を唱えるのである。

5 しかし同時に、許教授は、-(b)の観点から、強制入所措置の承認の一点に局限して親権を制限するものである措置承認審判の機能・効力をより実質的な観点からとらえ、「親権者等は、28条の審判によって、子に関する親権を制限されることはないが、子に関してとられた措置に矛盾するような親権（監護権）の行使は許されなくなる。（略）具体的には、親は、措置の目的に反するような、子の福祉を害する子の引取請求をすることはできなくなる<sup>(110)</sup>」と述べて、1997年厚生省通知の内容をその結論部分に限り是認する。

許教授は、児童福祉法28条の解釈をめぐりこのような結論に至る前提として、同条には立法上の瑕疵が存在するとの認識に立脚している。許

教授によれば、児童福祉法は、叙上のように、刑法や民法とは異なり、虐待の行為者に対して制裁を加え権利を剥奪するものではなく、その福祉を著しく害される児童に対して保護を与えるものとされる。しかし、このように同法が子どもの要保護性を基点としていながら、27条1項3号の親子分離を伴う保護措置に関しては、親の監護権の侵害を理由として同条4項によりその同意を要求する点において、むしろ同意権者としての親の立場を重視しているという。そのため、28条1項1号に基づき家庭裁判所の審判により親権者の意に反して親子分離をする保護措置も、子どもの要保護性とは本来は無関係であるはずの親権者の同意の欠如を要件とすることとなり、保護制度としての側面が曖昧になっているとする。<sup>(111)</sup>

このように立法論からみた児童福祉法の問題性に関して、許教授は、そもそも同法が保護措置の対象となる「要保護児童」を「保護者のない児童又は保護者に監護させることが不相当であると認め(られ)る児童」とし(旧・25条、現・6条の3第8項(括弧内は後者において付加された文言))<sup>(112)</sup>、親権者による監護の当・不当を保護措置の要否の判断基準とする点に起因していると論じている。そして、「たしかに、親の適切な監護が受けられないから子は要保護状態になるとはいえ、子の要保護性は、子自身のニーズを基準に、子の適切な成長発達のためにどのような援助を要するかという観点から判断されるべきものであろう。どのような理由によるのであれ、保護者に監護させることが『著しく当該児童の福祉を害する』から保護するということに主眼を置くべきである」とする<sup>(113)</sup>。そのうえで、許教授は、28条に関して、「本条の承認は、当該児童の要保護性の存否とその程度、これに応じて児童に施される福祉の措置の妥当性を、児童の将来を見通しながら判断する性質のもの」<sup>(114)</sup>であると論じる。つまり、許教授によれば、28条の措置承認審判において重要となるのは、親権者への制裁の要否をめぐりその監護の当・不当を判断することではなく、児童の要保護性の観点から親権者の監護下に置くことが「著しく当該児童の福祉を害する」か否かの判断なのである。



許教授は、このように28条の措置承認審判の判断基準が児童の要保護性に求められる点を解釈論として明晰化したうえで、当該審判の実質的機能・効力についても、監護が不適当と判断された親権者に関し、その意に反して措置をとることを承認するのではなく、生命や身体の安全にかかわるような著しい福祉の侵害により要保護性が認められる児童に関し、27条1項3号に基づく保護措置をとることを承認し、その効果が児童を基準として生ずるものと解している。<sup>(115)</sup> そのうえで、さらに28条の解釈として、「本条の措置があくまでもその福祉を侵害される児童を保護するためのものであって、親権者の監護権等の制約はその結果として生ずるものに過ぎない<sup>(116)</sup>」とし、「その親権（監護権）には何の消長もない<sup>(117)</sup>」と確言している。そして、許教授は、措置承認審判が有する実質的機能・効力に関して、親権者から施設長に対する子の引渡し請求の事案を例として挙げ、つぎのように述べている 「本条の審判は、保護者による子の監護が子の福祉を著しく害するが故に申し立てられ、かつそれに理由があると認められたが故になされるものであるから、承認審判による措置後に子の福祉を著しく害するような親権者による親権や監護権の行使を可能とするような解釈は、本条の趣旨に反するものといわざるを得ない。たとえ親権者が本条の審判によって子の親権を失わないとしても、親権者には、子に関して採られた措置に矛盾するような形でその親権（監護権）を行使することは許されないと解すべきであろう。具体的には、本条の審判があれば、措置の目的に反し、子の福祉に反するような子の引渡し請求は許されない<sup>(118)</sup>」。

このように、許教授は、1997年厚生省通知が「児童福祉施設の長に与えられた監護権が保護者等の監護権に優先することになる」との法的構成に異議を挟む一方で、親からの子どもの引き取り要求を拒みうるとのその結論を是認するのである（なお、吉田教授は、こうした許教授の見解を引証として、「現行法の解釈としては、措置承認審判により親権者等の身上監護権がすべて停止するのではなく、施設長が児童に対して採



る日常の監護教育の措置に反するような 換言すれば児童が施設に入所した目的に反するような 監護教育権の行使は制限される<sup>(119)</sup>」とする。しかし、吉田教授のこの見解は、「親権の一部代行」という法的構成のもとに日常的監護の範囲で親権が限定的制限を受けるとする自らの「限定的親権制限説」の理路を延長したものであり、司法的関与を伴う強制入所措置においても児童福祉法を根拠とした親権制限を 承認審判での当該措置の承認の一事を除き 否定する許教授の「親権非制限説」とは、そもそも前提を異にしているというべきである)。

#### 4. 学説の検討

1 以上のように、「全面的親権制限説」をとる石川教授は、「国親思想」の観点から子どもに対する国家の保護義務を重視したうえで、民法の親権制度と児童保護法制との有機的連関を追求する見地から、親権制限のための最終的手続である民法上の親権喪失に先行するものとして児童福祉法上の強制入所措置や一時保護を位置づけ、これらにおいて監護権の全面的停止が可能であるとの法的構成をとる。これに対して、「限定的親権制限説」に立つ吉田教授は、子どもへの親の第一次的養育責任などを規定する児童の権利に関する条約に基づき、施設入所措置による代替的養護に関して「親責任の共同化」の観点を導入し、施設長の「親権の一部代行」による限定的な親権制限という法的構成を 同意入所措置と強制入所措置とを問わず とったうえで、この理を一時保護に推及する。

両説は、その相違点を捨象すれば、児童福祉法上の一時保護における親権制限を 全面的にせよ限定的な範囲にせよ 是認する前提として、同法上の強制入所措置における親権制限が やはり全面的にせよ限定的な範囲にせよ 可能であると解する点において通底している。そこでまず、両説がその前提として強制入所措置における親権制限が可能であるとする点に着目し、 47条 (旧) 2項 (現・3項) をめぐる親

権制限の法的根拠の有無、28条1項1号の措置承認審判の効力、の2点について検討をすることとしたい。

2 まず、に関しては、47条(旧)2項に関する立法過程・行政解釈からみて、結論として、そこに親権制限の根拠を見出すことは、困難であるとする。

許教授が指摘するように、児童福祉法制定当時の(旧)47条本文が「児童福祉施設の長は、必要があると認めるときは、入所した児童に対して、親権を行うことができる」とのみ規定していたため、施設長に一律に親権を行使する権限を付与している点の不当さなどを回避するべく改正がなされ、1項において施設長が親権者のない施設入所児童に対し「親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う」と規定する一方において、(旧)2項(現・3項)においては、施設長が親権者のある施設入所児童に対し「監護、教育及び懲戒に関し、その児童(等)の福祉のため必要な措置をとることができる」とした。前者において施設長が「親権を行う」との明文があることからの反対解釈として、かような文言を欠く後者に関して施設長が親を代行し親権を行使しようと解することには、その文理において無理があり、そのため、1997年厚生省通知が発出されるまでの行政解釈においても、「親権を施設長に認めるような構成が慎重に避けられて」きたのである。したがって、「全面的親権制限説」をとる石川教授が「強制入所措置がとられた場合には、親権者による監護教育権は停止され、国が保護義務を遂行したものと解されるから、施設長は監護教育権を付与されたものとして、親権者の意向に反してでも必要な措置をとることができる」とし、またこの点を祖述したとおもわれるものとして、1997年厚生省通知が「第28条による家庭裁判所の承認があった以上、児童福祉施設の長に与えられた監護権が保護者等の監護権に優先する」としているが、47条(旧)2項(現・3項)の解釈論としては受容しがたいものといわねばならない。

すでにみたように、もともと47条(旧)2項(現・3項)に関し「親

権者の親権がいかなる制限を受けるかは、条文上明らかではなかった」との認識に立つ吉田教授は、1997年厚生省通知に関して、「28条審判のあった場合、施設長の監護権が親権者の監護権に優先する法的根拠を明確に示していない」とし、「28条審判があった場合、すべての点で施設長の監護権が優先すると解すべきでない」と述べている。そして、「施設長が代行する権限は、監護教育および懲戒に関して必要な措置をとることに限定されているのであるから、(略)施設長が代行する親権は、子どもの日常生活の世話から生ずる事柄とそれに関連する決定についてである」として、「限定的親権制限説」の立場から強制入所措置における親権制限の範囲を限定的にとらえている。しかし、同項においては親権制限の根拠が「条文上明らかではなかった」のではなく、欠けているというべきであり、かつこのような質的な問題を親権制限の範囲の限定という量的な問題に転換してその解決を図ることには、そもそも無理があるというほかない。

3 つぎに、 に関しては、結論として、許教授が指摘するとおり「親権 ( 監護権 ) には何の消長もない」ものと解するべきであろう。

子どもの要保護性を鍵概念とする児童福祉法のもとにおいて、措置承認審判の目的は、許教授の見解にもあるように「児童の要保護性の存否とその程度、これに応じて児童に施される福祉的措置の妥当性を、児童の将来を見通しながら判断する」ことにあるというべきである。そして、上記 に関する47条 ( 旧 ) 2 項 ( 現・3 項 ) の解釈とも照らし合わせれば、措置承認審判の効力は、親に対して親権制限的に作用するものではなく、あくまで28条1項1号が規定する「著しく福祉を害する」状態にあるものとして要保護性が認定された子どもに対して保護的に作用するべきものである。したがって、施設長が47条 ( 旧 ) 2 項に基づき「必要な措置」をとる権限についても、審判において認定された子どもの要保護性がまずありきで、これに対応するための権限行使がいかにあるべきかを第一義的な問題とすべきであって、当該権限と親権との調整は、そ

の問題の一環にある第二次的なものとして位置づけられるべきものである。つまり、子どもの要保護性を前提として、「親権者等は、28条の審判によって、子に関する親権を制限されることはないが、子に関してとられた措置に矛盾するような親権（監護権）の行使は許されなくなる」ことになるのである。ゆえに、措置承認審判は、親に対して直截に親権制限的に効力を有するのではなく、子どものためにその要保護性に対応した保護措置を講ずることのいわば「反射効」として、当該措置の目的達成の必要上からこれに反する方法での親権行使を親の意に反し間接的に制御するものとみるべきである（この理は、少年審判において非行事実に基づき要保護性が認定された少年に対して保護処分決定がなされることに伴い、その間接的効力として親の親権行使がその意に反して制約されることとのアナロジーにおいて容易に肯定されよう<sup>(120)</sup>）。

ところで、さきにみた吉田教授の見解からは、児童虐待防止法（旧）12条に基づき施設長らが強制入所措置において「児童虐待の防止及び被虐待児の保護の観点から、当該児童に対する保護者からの面会および通信を制限することができる」点に親権制限の法的根拠が求められていることがうかがわれる。しかし、同条は、措置承認審判において要保護性が認定され強制入所措置がとられている子どもに対して、施設長らがその保護のため当該措置の目的達成に必要な範囲において親との面会・通信を制限する権限を有している<sup>(121)</sup>。そして、その帰結として親の親権行使がその意に反して間接的に制約を受ける<sup>(122)(123)</sup>点を確認的に明文化したに過ぎないのであって、親に対する直接的な親権制限機能を有するものではないと解される。

ちなみに、2004年の児童虐待防止法改正により12条の2が新設され、同意入所措置において親が子どもに関し引渡し・面会・通信を要求しその保護に支障をきたすときには、児童相談所長が強制入所措置への移行に向け一時保護を行いうることなどが規定されたが、移行後の強制入所措置において施設長が親からの引渡し要求を拒否しうることの法的意味

についても、上記と同様に解される。この点に関連して、石川教授は、「措置承認審判は文字どおり措置の承認であって親権を停止するものでないから、措置承認審判を得て施設入所措置をとったとしても、親権者から翌日にも子の引渡を求められればこれに応じざるを得ないという考えが第一線の児童相談所にある」ことを懸念し、親権の全面的停止という法的構成をとるが、上記 に関するこれまでの考察を踏まえれば

そもそも児童虐待防止法の制定など、石川教授の見解発表後の法状況の変化により、児童相談所サイドの認識にも変化が生じてきている点については、ここでは措くとしても、親権に対する法的根拠なき過剰介入に及ぶものというほかはない。

4 このようにみえてくると、「全面的親権制限説」と「限定的親権制限説」がその通有の前提として児童福祉法上の強制入所措置における親権制限を可能とする点には、法的根拠を見出しえないのであり、したがって、その点に「準じて」一時保護において親権制限をなしうると解することも、法的には裏打ちのないものとなる。

そもそも、一時保護制度は、吉田教授が論じているように、司法的関与による手続保障を欠き、子どもと親の権利を侵害するおそれがあることから、子どもの緊急・短期の保護という制度趣旨に照らして、一時保護それ自体の例外的・暫定的措置としての補充性、一時保護の目的・手段の限定性、の一環としての一時保護の委託の例外性、などの点に配慮しつつ謙抑的に運用されるべきものである。よって、仮に児童福祉法47条(旧)2項(現・3項)が強制入所措置における親権制限を可能にするものであるとの前提に立ったとしても、司法判断に基づかない例外的・暫定的措置としての一時保護に同項を類推適用し、親権制限を可能とすることは、妥当とはいえない。

ましてや、石川教授は、一時保護の対象として、子どもが現に一時保護中の場合から「被虐待児が医療を必要とする状態で発見された」ケースへ、そしてさらには日常的には親が特段の問題もなく監護しているよ

うな子どもの医療ネグレクトの事案へと、類推を重ねてその範囲を拡張している。そのうえ、子どもの緊急・短期の保護という一時保護の制度趣旨から逸脱して親による治療拒絶への対処を目的とし、かつこの目的を達成するために親の意に反した専断的な生命維持治療を手段として一時保護を新規に発動し、加えてその実施自体を児童福祉施設ではない医療機関に委託するという例外的方法によることとしている。これでは失当というほかはない。

5 以上の点から、一時保護と親権との関係をめぐっては、「全面的親権制限説」と「限定的親権制限説」のいずれも、これを採用すべきではなく、「親権非制限説」に立つのが妥当である。このような学説の検討結果を踏まえ、児童福祉法33条の2に基づき一時保護の新規発動により医療ネグレクト事案に対処しうるとする行政解釈へのアンチテーゼとして、刑法・民法・児童福祉法の協働による「総合的医事法」の観点から「事前的関係調整法」のあり方を模索することとしたい。

- (56) 石川稔＝鈴木隆史「子の監護制度」山畠正男＝泉久雄編『演習民法 親族』（青林書院，1985）[276-286頁，石川・前掲注（2）250-263頁所収] 279-280頁。
- (57) 1985年6月に神奈川県川崎市内で発生した交通事故において、10歳の男児が重傷を負い聖マリアンナ医科大学病院に救急搬送されたが、「エホバの証人」信者である両親が男児への輸血を拒否し、医師による再三の説得に対しても翻意せず、最終的に該児が失血性ショックで死亡した。この事件の詳細については、大泉実成『説得 エホバの証人と輸血拒否事件』（現代書館，1988）256-295頁参照。
- (58) 石川稔「親子法における血縁と養育 親子法の課題（転換期の日本法制・民事法編）」ジュリスト875号（1987）[78-84頁，同『家族法における子どもの権利 その生成と展開』（日本評論社，1995）117-133頁所収] 82頁
- (59) 石川稔「家族法のなかの子ども 子どものための家族法とは」『ジュリスト増刊・総合特集43 子どもの人権』（有斐閣，1986）[142-149頁，同・前掲注（58）134-150頁所収] 147頁。



- (60) 石川・前掲注 ( 2 ) 5 - 6 頁。
- (61) 石川・前掲注 ( 2 ) 13-16頁。
- (62) 石川・前掲注 ( 2 ) 5 頁は、このような学説傾向の代表例として、親権を「子の福祉を護るため、親に認められた特殊の地位」(中川善之助『新訂親族法』(青林書院, 1968) 495頁)あるいは「親が子を哺育・監護・教育する職分」(我妻栄『親族法』(有斐閣, 1961) 316頁)とする見解をあげる。
- (63) 石川・前掲注 ( 2 ) 2 頁・5 頁。
- (64) 石川・前掲注 ( 2 ) 6 頁。
- (65) 石川・前掲注 ( 2 ) 14頁。
- (66) 石川・前掲注 ( 2 ) 15頁。
- (67) 石川・前掲注 (26) 319頁。
- (68) 石川 = 鈴木・前掲注 (56) 279頁。
- (69) 石川・前掲注 ( 2 ) 13頁。
- (70) この点の根拠として、石川稔「子の監護・保育をめぐる家庭と国 その係わり合いに関する法的構造とその問題点」『ジュリスト増刊・総合特集 6 現代の家族』(有斐閣, 1977) [218-228頁, 石川・前掲注 ( 2 ) 2 -28 頁所収] 226頁は、「施設長の場合には親権者から委託を受けて児童の保護に当るものと解されている (行政解釈)」ことに言及するが、必ずしもその趣旨が明らかではない。ちなみに、親権者の同意に基づく里親への委託措置 (児童福祉法27条 1 項 3 号・4 項) に関しては、米倉明「親権概念の転換の必要性 親権は権利なのか義務なのか」星野英一ほか編『現代社会と民法学の動向 加藤一郎先生古稀記念 (下)』(有斐閣, 1992) 395 頁は、措置権者と里親とのあいだに委託契約が成立している点から、むしろ親権者の親権が制限を受けるとする。このほか、加藤永一「里親の権利義務」法学 (東北大学) 25 卷 2 号 (1961) は、措置という公的処分により親権者の意向とは無関係に親権が制限されるとし、また、鈴木隆史「里親制度の改革と法的対応について」石川稔ほか編『家族法改正への課題』(日本加除出版, 1993) 424頁は、公法上は親権が措置により制限される一方において、民法上は措置への親権者の同意により都道府県知事 (児童相談所長) に監護権が付与されるとする。
- (71) 石川 = 鈴木・前掲注 (56) 279頁。さらに、石川・前掲注 ( 2 ) 13-14頁参照。なお、この見解を支持するものとして、許斐有「児童福祉法による親権の制限 保護者による児童虐待等の場合の強制的措置」淑徳大学研究紀要23号 (1989) 82頁, 倉岡小夜「養護施設入所児童の親権の考察」聖徳学園短期大学紀要15号 (1982) 年42頁, 深谷松男『現代家族法 [第4版]』



(青林書院, 2001) 167頁などがある。

- (72) このような解釈論と並行して、石川・前掲注(70) 226頁は、「家裁の承認を得てなされた措置であっても、措置解除は家裁の関与がなされることなく措置権者の判断によって行われるので(児福27条7項)、子を監護するのにふさわしい養育環境にあるかどうかの判断を家裁へ求めながら、その回復の認定は措置権者の解釈だけに委ねられるという一貫性のない論理となっている」とし、この規定上の不備に対しては立法的解決が必要であるとする(なお、27条7項の規定は、その後の法改正を経て、現行では同条5項におかれている)。また、この点に関連して、村岡末広「児童の人権擁護のための提言」全国社会福祉協議会養護施設協議会編『親権と子どもの人権』(全国社会福祉協議会, 1980) 144-145頁は、「児童福祉法第28条の発動にあたっては、身上監護権の停止を行い、その解除も同じく法的な扱いとすべきであろう」との改正提言をしている。
- (73) なお、強制入所措置に伴い監護権が全面停止し、施設長がその全面的代行をなし得るのであれば、実質的に施設入所児童の監護に関しては親権者すなわち「親権を行う者」がいないものとして児童福祉法47条1項を類推適用することにも等しくなり、もはや同条(旧)2項(現・3項)の「必要な措置」に関する施設長の権限の問題ではなくなるようにもおもわれるが、石川教授は、この点に関して特に見解を明らかにしていない。
- (74) 石川・前掲注(2) 13頁。 に関連して、厚生省通知「児童福祉法と少年法の関係について」(昭24.6.15発児72)は、その第二-二-(五)-(2)において、「一時保護の権限は、児童の保護のために必要なときは児童自身の意思を問うことなく強制力を以て、保護することができる」とする。さらに、 に関して、厚生省通知「児童福祉法の一部を改正する法律[第二次改正]等の施行について」(昭36.6.30発児158)は、その第三項において、「一時保護は、児童の親権を行なう者又は後見人の同意が得られない場合にも行ない得る」としている。これらの点については、竹内嘉巳『児童福祉法・母子福祉法・母子保健法の解説[新版増補]』(時事通信社, 1978) 213頁をも併せて参照されたい。
- (75) 同条は、「児童相談所には、必要に応じ、児童を一時保護する施設を設けなければならない」としており、その後の法改正を経て、現在では12条の4に同一文言が置かれている。
- (76) 石川・前掲注(2) 14頁。
- (77) 現に、石川・前掲注(2) 14頁も、「医療を必要とする状態」の具体例として、被虐待児が「加療15日間に及ぶ火傷を負われ、その治療を施されずに放置されていた」事例(大分家審昭49.2.27家月26巻10号80頁(措置

承認審判事件)), すなわち本稿が論考の対象とする狭義のネグレクトではなく、広義のそれに該当すると考えられる事例に言及している。

- (78) 児童福祉法47条の1項と(旧)2項(現・3項)のいずれを類推適用するかについては、前出注(73)参照。
- (79) 吉田・前掲注(16)287-288頁。
- (80) 桑原洋子・田村和之編『実務注釈 児童福祉法』(信山社, 1998)209頁 [吉田恒雄執筆]。さらに、同・前掲注(16)88頁参照。
- (81) 吉田恒雄「子どもの権利保障と親権 施設養護の親権代行を考える」朝倉恵一・峰島厚編『「子どもの権利条約」時代の児童福祉 子どもの生活と福祉』(ミネルヴァ書房, 1996)171-173頁。
- (82) 吉田・前掲注(81)179-180頁。
- (83) 吉田・前掲注(81)174頁。
- (84) 吉田・前掲注(81)178頁。
- (85) 吉田・前掲注(81)179頁。なお、 に関する事実的な前提として、吉田恒雄「施設入所等の措置と親および子の権利 子どもの権利条約を手がかりに」新しい家族20号(1992)50頁は、施設入所児童の99パーセント以上が同意入所措置によるものであり、親権者側に虐待行為や精神的問題がみられる場合を除けば、多くのケースでは親権者が自発的に児童福祉サービスを求めていると指摘する。また、 に関しては、吉田・前掲注(15)64頁は、同意入所措置につき「措置という行政処分によって、親権者等および児童の権利が制限されるのであれば、この場合も適正手続の保障が必要となろう」としており、結局のところ当該措置の行政処分性に着目するものといえよう。
- (86) この点に関しては、前出注(72)参照。
- (87) 吉田・前掲注(81)182頁。
- (88) 親権者の職務の停止については、家事審判法および家事審判規則が廃止され、これに代わり家事事件手続法が2013年1月1日に施行されたのに伴い、現行では同法174条1項に規定がおかれている。
- (89) 吉田・前掲注(81)182頁。
- (90) 吉田・前掲注(81)179頁。さらに、同182頁参照。
- (91) 吉田恒雄「児童虐待に関する法制度とその課題」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第3巻 社会福祉法』(法律文化社, 2001)197頁。
- (92) 平9.6.20児発434。
- (93) 吉田恒雄「児童虐待に関する法制度」同編『児童虐待への介入 その制度と法 [増補版]』(尚学社, 1999)43頁。
- (94) 吉田・前掲注(91)179頁。さらに、同「児童福祉法制と日本の子ども

児童虐待防止法改正の課題を中心に」子どもの権利研究3号(2003) 15頁参照。なお、2007年の児童虐待防止法改正により、その12条1項として以下の規定がおかれ、同意入所措置および一時保護においても親権者と児童との面会および通信を制限することができることが明文化されている。

児童虐待を受けた児童について児童福祉法第37条第1項第3号の措置(以下「施設入所等の措置」という。)が採られ、又は同法第33条第1項若しくは第2項の規定による一時保護が行われた場合において、児童虐待の防止及び児童虐待を受けた児童の保護のため必要があると認めるときは、児童相談所長及び当該児童について施設入所等の措置が採られている場合における当該施設入所等の措置に係る同号に規定する施設の長は、厚生労働省令で定めるところにより、当該児童虐待を行った保護者について、次に掲げる行為の全部又は一部を制限することができる。

一 当該児童との面会

二 当該児童との通信

(95) 吉田・前掲注(16) 280頁。

(96) 吉田・前掲注(93) 35頁。

(97) 吉田・前掲注(16) 280頁。

(98) に関して、例えば、吉田・前掲注(16) 285頁は、「一時保護が長期化する場合には、児童相談所長または都道府県知事は、すみやかに親権者等の同意を得て施設入所等の措置を行い(27条4項)、かりに虐待等を行っている親権者等が措置に同意しないときには、家庭裁判所の承認を得た上で、施設入所等の措置に切り替えるべきである(28条2項)。手続保障の十分でない一時保護は例外的な処置であるから、児童および親権者等の権利制限を伴う手続上の不備は、できるだけすみやかに治癒されなければならない」とする。また、 に関して、同281-282頁は、「児童福祉法における一時保護とは、棄児、被虐待児、触法少年などを緊急に保護し、児童の処遇方針を決定するために行動を観察し、または短期の指導を行うために、児童相談所長または都道府県知事が行う行政処分である(児童福祉法33条)」としたうえで、「一時保護は、児童の権利だけでなく親の権利も制限することから、一時保護の目的達成に必要な最小限の期間と方法によらなければならない。(略) 後述するように、一時保護には当事者の同意または家庭裁判所の承認を必要とされないと解されていることから、一時保護が前記の目的以外の目的に利用されることのないよう、十分な配慮が必要である」と指摘する。さらに、 に関して、同289頁は、「一時保護の本来の目的からすれば、一時保護は、児童相談所に付設された一時保護所で行われるべきであるから、一時保護の委託は、例外的な場合にのみ認められ、委

託の判断も慎重になされなければならない」としている。このほか、桑原 = 田村・前掲注 (80) 186頁 [吉田執筆] 206頁・209-210頁参照。

- (99) 許末恵「児童福祉法28条による施設入所等の措置」吉田編・前掲注 (93) 45-46頁。
- (100) 許末恵「児童福祉法に関する二、三の問題点について 児童虐待への法的対応を中心に」社会福祉研究 77号 (2000) 9-10頁。
- (101) 許・前掲注 (100) 11頁。
- (102) 許・前掲注 (99) 65-66頁。
- (103) 以上の点に関しては、桑原 = 田村編・前掲注 (80) 186頁 [許執筆] をも参照。
- (104) 許・前掲注 (100) 11頁。なお、児童福祉法47条の立法・改正経緯に関して、詳しくは、丹野喜久子「児童福祉法第47条の今日的検討とその課題」埼玉純真短期大学研究紀要 5号 (1989) 75-100頁参照。
- (105) 児童福祉法第5次改正の立案担当者の見解として、高田正巳『児童福祉法の解説と運用。(時事通信社, 1951) 314-315頁参照。
- (106) 厚生省児童家庭局編・前掲注 (14) 293頁参照。
- (107) 許・前掲注 (100) 10頁。
- (108) 許・前掲注 (100) 10頁。
- (109) 許・前掲注 (99) 65頁。
- (110) 許・前掲注 (100) 12頁。
- (111) 許・前掲注 (100) 13-14頁。なお、これに対して、吉田教授は、児童福祉法27条4項が施設入所措置につき親権者に対し同意権を付与する点に積極的意義を見出しており、吉田恒雄「児童福祉法における監護者の地位 施設収容等の措置に対する同意権を中心に」明星大学経済学研究紀要 17巻 (1985) 46頁は、「親権は、子に対する権利性については、現代の親子法の要請から否定される傾向にあるが、第三者からの侵害を排して監護教育をなしうる権利である点については、ほぼ異論がないようである。この意味で、第三者たる措置権者による親権制限に対し、立法者が親権者らの同意を要するとしたことは、正当といえよう」としている。さらに、同・前掲注 (85) 53頁は、「行政法の観点からいいますと、措置は一般に行政処分であると位置づけられているようですから、そうした場合に行政処分を有効に行なうためには、当然、同意が行政処分上の有効要件になりますので、これを欠く措置は明らかに堀庇ある行政行為として不服申立てや取り消し訴訟の対象になり得るということです。このように親の同意は、権利として保障されるべきなのであって、なくても措置ができるというものではないのではないか。できる限り積極的に親の同意を確保することが必要

なのではないかと思います」とする。

- (112) 許教授の見解発表当時の児童福祉法は、「要保護児童」の語を用いておらず、その25条において児童相談所などへの通告対象として「保護者のない児童又は保護者に監護させることが不適当であると認める児童」を規定していた。その後の改正を経て、現行では6条の3第8項において「保護者のない児童又は保護者に監護させることが不適当であると認められる児童」との定義のもとに「要保護児童」の語を用い、これを25条において通告対象としている。
- (113) 許・前掲注(100) 13頁。
- (114) 許・前掲注(99) 62頁。
- (115) 許・前掲注(100) 13-14頁。
- (116) 許・前掲注(99) 57頁。
- (117) 許・前掲注(99) 66頁, 同・前掲注(100) 12頁。
- (118) 桑原＝田村編・前掲注(80) 186頁[許執筆]。ちなみに、許末恵「親権制限および未成年後見についての検討課題」戸籍時報673号(2011) 32頁は、「民法では『親権者』と『親権を行う者』を同義と解すべきなので、親権の行使の制限が問題になると思われる場合にも、親権の帰属の制限を考えなければならない。しかし、親権の帰属と行使を区別する立場をとれば、親権の帰属を認めただけでその行使だけを制限することも考えられる」とする。
- (119) 吉田恒雄「児童虐待と親権の制限」ジュリスト1188号(2000) 18頁。さらに、同・前掲注(91) 204頁参照。
- (120) 保条・前掲注(9) 187頁。
- (121) 現に、吉田恒雄「児童福祉法28条審判と親権・監護権」若林昌子＝床谷文雄編『新家族法実務大系 親族[ ] 親子・後見』(新日本法規, 2008) 446頁は、「平成12年に成立した児童虐待防止法は、28条審判により施設入所等の措置が採られた場合、『児童相談所長又は[児童福祉]施設の長は、児童虐待の防止及び[被虐待児]の保護の観点から、[虐待]を行った保護者について当該児童との面会又は通信を制限することができる』とした(児童虐待12)。これにより、28条審判にもとづく施設入所等の措置が採られた場合には、親権者等の権利の一部である面会・通信の権利が制限されることが法文上明らかになった」としている。
- (122) 保条＝永水・前掲注(5) 49頁。
- (123) 前出注(94)において指摘したように、2007年の児童虐待防止法改正により、その12条1項が同意入所措置および一時保護においても親権者と児童との面会および通信を制限できると規定することとなったが、

これについても、施設長・児童相談所長が当該措置の目的達成に必要な範囲において親との面会・通信を制限する権限を有し、このことの帰結として親の親権行使がその意に反して間接的に制約を受ける、ということを確認的に明文化したに過ぎないものと解される。

## ・「事前的关系調整法」とそのあり方

以下では、刑法、民事法、児童福祉法に順次着目しつつ、これらの協働による「事前的关系調整法」の構築に向けて、そのあり方を模索していくこととする。

### 1. 「『消極的』事前的关系調整法」としての刑法のあり方

まず、「事後的行為規制法」の典型というべき刑法を「事前的关系調整法」の体系のなかに位置づけるための理論の構築に向けて、ドイツの判例理論において治療行為をめくり展開されてきた「同意原則」の検討を手がかりとしたい。

#### (1) ドイツ判例理論における治療行為に関する「同意原則」

##### 1) 「同意原則」に関する判例の展開

ドイツの判例理論が形成した「治療行為 (Heilbehandlung) 論」は、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) を確立してきた。

このような治療行為に関する「同意原則」の展開において嚆矢となったのは、ライヒ裁判所刑事部の1894年判決であり、これ自体が実は子どもに対する親の治療拒絶として、本稿でいう医療ネグレクトに該当する事案に関するものである。事案は、当時7歳であった女兒の足首の骨に結核性の膿潰が生じたが、自然療法の信奉者である父親が外科的治療を拒絶したところ、医師が病変部分を放置すれば衰弱死の転帰をみると診断に基づき手術を2回行い、最終的にはその足を切断するに至ったところ、該児が良好な経過をたどり快癒したというものであった。しかし、



ライヒ裁判所は、以下の判示に基づき父親の意思に反した手術を違法として傷害罪の成立を肯定した。「医師と患者の関係に関して、民法および刑法の領域では、両者間の意思の合致が指導的かつ決定的な観点として常に堅持されなければならない。(略) いかなる場合にも、この患者の治療を担当するのは、そもそもこの医師を招致した患者またはその親類もしくは法定代理人の意思に拠っている。(略) 責任能力のある(zurechnungsfähig) 患者または法律上の同意代行者(Willensvertreter) が拒絶した時点で、医師が特定人に対し治療目的の治療行為をすることも、そのための権限の消失により非違行為となる<sup>(124)</sup>」。

第2次世界大戦後、連邦通常裁判所刑事部は、1957年の判決において同意原則に関するライヒ裁判所の判例を踏襲し、かつこの原則を強化した。事案は、成人患者への子宮筋腫切除手術の開始後に子宮全体を摘出する必要性が判明し、医師が改めてその同意を得ることなく子宮を全摘出したというものであった。判決は、患者の「自己決定権」(Selbstbestimmungsrecht) の保障について言明し同意原則をより強固に根拠づけたうえで、「基本法2条2項2文において保障される身体不可侵の権利(Recht auf körperliche Unversehrtheit) は、自己の身体の不可侵性を犠牲にすることによって生命に危険を及ぼす疾病から解放される場合に、その犠牲をも拒む人間についても尊重されなければならない。(略) 医師が(略) 意見を適時に求めうる患者に対して、その事前の許可を得ずして専断的かつ独善的に重大な影響を伴う手術を行えば、人間人格の自由と尊厳(Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit) に対する違法な干渉となる<sup>(125)</sup>」と判示した。

さらに、これに続く連邦通常裁判所刑事部の1959年の判決は、特に未成年患者への治療行為に関し、「同意代行者」である親の同意を要求するものとして「同意原則」を確認した。ただし、事案は、医療ネグレクトのように親が治療拒絶をしたものではなく、医師が両親から同意を得ることなく17歳の女性患者に対し虫垂切除手術を実施し、術後の直腸が



らの大量出血により当該患者を死に至らしめたというものである。連邦通常裁判所刑事部は、「救命のための侵襲が即時に必要な不可欠」(die sofortige Notwendigkeit eines lebensrettenden Eingriffs)である場合には、未成年者であっても必要な理解力 (Verständnis) と判断力 (Urteilstkraft) を具備していれば治療行為への同意をなしうるとの一般論を示した。そのうえで、しかしながら本件のように将来における虫垂の炎症を予防するにすぎない手術においては、あくまでも監護権者 (der Erziehungsberechtigte) である両親の同意が必要であるから、被告人がその同意を欠く手術により未成年患者の身体を故意に傷害したものであると判示し、傷害致死罪が成立するとした。<sup>(126)</sup>

## 2) 「同意原則のドグマ化」と「事前的治療行為禁圧法」としての刑法

とりわけ連邦通常裁判所1957年判決において同意原則が患者の自己決定権により堅固に裏打ちされることにより、治療行為が適法となるためには、「人間人格の自由と尊厳」の主体である患者の現実的意思との符合が強く求められていく。こうした「同意原則のドグマ」を墨守すると、患者が子どもで判断能力に欠ける (またはこれが十分ではない) 場合についても、現実的意思の間隙を放置することが許されず、「人間人格の自由と尊厳」の主体である他者の現実的意思をそこに代替的に充填すること、すなわち「同意代行者」としての親の現実的意思をそこに代替的に充填することを要求する方向をとる。その帰結として、1959年判決にみるように、親の「代行同意」に依拠しない治療行為も、「専断的 (eigenmächtig) 治療行為」として刑法上違法とされる。<sup>(127)</sup>

このような「同意原則のドグマ化」のもとでは、「事後的行為規制法」の典型である刑法は、親が代行同意者として治療拒絶をする場合、たとえこれが子どもの医療・福祉面に照らし不合理なものとして同意権の濫用に及んでも、医師が親の意に反して生命維持のために実施した治療行為を事後的に違法と裁断するものとして機能しうる。このことの例証は、

ほかならぬライヒ裁判所1894年判決において、父親の治療拒絶が子どもの生命に危険を及ぼすものとして明らかに同意権の濫用に及んでいたにもかかわらず、これに反して敢行された治療行為さえも違法と裁断された点に原初的に見出される。

しかし、刑法は、こうした「事後的行為規制法」の典型としての範疇にとどまらず、さらに実際の臨床場面においては、医師が企図する治療行為に対し強力な萎縮効果を事前に及ぼし、これを絶対的・終局的に禁圧・遮断する、いわば「事前的治療行為禁圧法」として実質的に機能することになる。これでは、治療方針をめぐり対立する親と医師との「関係障害」を固定化・紛争化する方向に作用し、患者である子どもの「最善の利益」や権利の擁護との間に齟齬を生み出しかねない<sup>(128)</sup>。

日本において刑法がこうしたドイツの判例理論の轍を踏むことなく、むしろ「事前的関係調整法」を展開する起点としてこの体系のなかに地位を見出すためには、「事前的治療行為禁圧法」としては作用しないすなわち、治療行為を必要とする医師とこれに不同意である親の間の関係調整を阻害せず、両者間の「関係障害」を固定化させないという意味での「『消極的』事前的関係調整法」として機能すべきである。そこで、これを可能とする刑法理論の構築に向けて、その端緒を治療行為の正当化理論のなかに求めてみたい。

## (2) 「『消極的』事前的関係調整法」を構築するための刑法理論

### 1) 治療行為の正当化の要件構造

治療行為の正当化は、医学的適応性、<sup>(129)</sup> 医術的正当性、患者の同意、の3点からなる要件構造に基づいている。このうち、<sup>(130)</sup> は、違法論における優越利益の原理のもと、患者の生命・健康という身体的利益に対する客観的維持・増進傾向としての優越利益性を意味し、治療行為を単なる傷害行為と区別するメルクマールであるため、その正当化の要件構造において中核要素となる。

したがってまた、<sup>(130)</sup> は、患者の単なる「裸」の主観的な意思方向や決

定といったものではなく、患者が<sup>(131)</sup>の規定する枠組みのなかで自己決定権を行使することにより治療行為の客観的利益と自己の主観的利益との整合を図り、治療行為の優越利益性である<sup>(132)</sup>を主観的に担保する、いわば「自身のための保証人」としての法的地位を有することを意味する。これに対して、<sup>(133)</sup>は、治療行為と医療水準との適合性であり、さらにいえば、一定水準の医療技術を具備した医師について、治療行為の危険性の除去・軽減を通じその優越利益性としての<sup>(133)</sup>を客観的に保証しうる法的地位にあることの徴表となる。

そもそも、個人的法益は、その主体の自己決定権を包含しており<sup>(134)</sup>、とりわけ患者の身体的利益は、その主観的利益と一体不離の関係にあり、いわば「自己決定権が溶け込んだ状態にある」ものである。それゆえ、患者自身がこのふたつの利益の一体性を担保するために、<sup>(134)</sup>により客観的には身体的利益への維持・増進傾向を有する治療行為に対しても、による自己決定権の行使を通して事前に「自身のための保証人」となる必要がある。<sup>(135)</sup>

これに対して、患者が治療行為に対する同意能力に欠ける（またはこれが十分ではない）子ども場合には、現実的意思の欠缺により自己の身体的利益に関する主観的傾向が生じず、自己決定権の行使能力に欠けるため、「自身のための保証人」がいわば空位となる。そこでつぎに、このような子どもへの治療行為を正当化するための理論につき、「自身のための保証人」となりうる患者への治療行為に関する上記のような正当化の要件構造をも視野に入れつつ、刑法が親による治療拒絶の場面において「事前的治療行為禁圧法」ではなく「<sup>(136)</sup>消極的・事前的関係調整法」として機能しうる方向へと論究を深めていくこととしたい。

## 2) 子どもの治療行為とその正当化理論

### a) 「親による独立活動説」と「推定的同意説」との融合

親が子どもへの治療行為に対し同意をなす前提となる親権に関して、ドイツでは、子どもの成長発達権の保障に資する「信託的・奉仕的権利」

(fiduziarisches und dienendes Recht<sup>(137)</sup>),あるいは子どもに対する「義務的権利」(Pflichtrecht<sup>(138)</sup>)といった位置づけがなされている。日本においても、すでにみたように、2011年民法等改正法により民法820条が「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」と規定され、「子の利益のために」との挿句により、親権の義務性が従来に比べ明確となった面もあるといえる。<sup>(139)</sup>

このような親権の義務的性格に着目すれば、子どもへの治療行為において親に同意の権限が付与される刑法上の根拠については、親の同意が生命・身体上の利益の処分に関する子ども自身の自己決定権を本人に代わって行使するものではなく、民法820条に基づいて子どもの利益を保護するための親による独立した活動である点に求める「親による独立活動説」<sup>(140)</sup>が妥当である。そして、この説によれば、親の治療拒絶が生命を危殆化するなどして「子の利益のために」ならない場合には、当該拒絶意思が無効となり、医師がこれに反して実施した生命維持治療も、刑法上は適法と解される。そこで課題となるのは、このように親の同意に基づかない生命維持治療の正当化に関して、どのような理論構成に基づき、その具体的な要件と範囲をいかなるものとして論定するかという点である。

この点に関して、「親による独立活動説」に立つ町野朔教授は、親の同意を欠く生命維持治療の正当化根拠を推定的同意に求める「推定的同意説」<sup>(142)</sup>を同時に採用する。この説は、一見すると、「親による独立活動説」が親の同意の根拠・本質を子ども自身の自己決定からは切り離し、親としての子に対する独自の利益保護活動に求めている点との間にとりわけ、推定的同意の法的性格に関して、専ら同意論のもとに本人の自己決定の延長上においてその主観的な意思方向に着目する場合には<sup>(143)</sup>齟齬を来しているかのようにもみえる。

しかし、町野教授は、そもそも患者本人の同意に関しても、上述したような治療行為の正当化の要件構造のなかに位置づけたうえで、その刑法上の意味につき以下のように言及している。「患者の意思が治療

行為の正当化に意味を持ち患者の自己決定権が認められなければならないのは、治療行為の持つ客観的な事前・事後の優越利益性が主観的にも患者の選択に反しないことを確保する必要があるからである<sup>(144)</sup>。

ここでは、患者の同意は、既述のごとく、本人の単なる主観的な指向や決定としてではなく、治療行為の客観的な優越利益性としての医学的適応性を当人が判断し担保する。さらにいえば、医師が医術的正当性により客観的にそれを担保するのに対して、当人は、主観的に担保する

ものとして位置づけられているのである。そして、同じく町野教授が主張する「親による独立活動説」も、そのような治療行為の正当化の要件構造に即して、客観的な優越利益性たる医学的適応性と患者本人の同意との有機的連関の延長線上において、親の同意に刑法上の意味を見出すものと解される。すなわち、親の同意について、親が独自の資格において子ども本人の利益を保護するために治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同意を拒絶した親については、この治療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することになるといえよう。この理によれば、医師が担保者の空位を埋め、生命維持治療に必要な治療行為の優越利益性を自らの医療技術と裁量において担保し、かつ当該治療行為を実施し<sup>(145)</sup>うることになる。

以上の点から、親から治療拒絶を受けた子どもへの治療行為の正当化において重要なのは、「同意原則のドグマ」の枠のなかで子どもの現実的意思の空白を親の同意により充填するのに腐心することではなく、治療拒絶により子ども本人そしてその親が優越利益性に関する担保者の地位を順次欠くに至る事態にどのように対応するかである。これまでみてきたところから、「親による独立活動説」と「推定的同意説」との融合は、そうした事態に対応しうるだけの「『消極的』事前的関係調整法」としての刑法の理論的枠組みを提示しているといえようが、さらにその枠組みを強固なものとするため、「推定的同意説」のいかなる点に刑

法理論上の核心を見出すべきかを明らかにしておきたい。

## b) 「推定的同意説」から「優越利益担保説」へ

1 推定的同意が違法性阻却となる刑法理論上の根拠に関して、周知の通り、日本においては、被害者の同意の延長上にその現実的意思を推定する説<sup>(146)</sup>、被害者が同意したであろうとの事前の蓋然性判断に伴う危険を冒すことが許されるとする「許された危険」説<sup>(147)</sup>、緊急避難の要素を含む事由として違法性が阻却されるとする説<sup>(148)</sup>などが存在しており、親から治療拒絶を受けた子どもへの治療行為の正当化に関し「推定的同意説」に立つ町野教授は、<sup>(149)</sup>の説をとる。もっとも、推定的同意を援用しうる具体的な要件と範囲に関する問題、例えば、(a)被害者の現実的意思と推定的同意のあいだに齟齬が生じた場合にも違法性阻却を肯定すべきか、(b)「補充性」(Sübsidiarität)の原理により違法性阻却の要件と範囲を限定すべきか、といった点については、必ずしも各説から論理必然的に解決が導かれるものではなく、事案の個別性・多様性に応じた検討<sup>(150)(151)</sup>がなされるべきである。

現実的意思を有しない子どもへの治療行為の事案においては、(a)が問題とはなりえないのに対して、(b)については、まさに治療行為の優越利益性と親の現実的意思との優劣関係が問題となる。例えば、アルビン・エーザーの見解によれば、子どもである患者の病状が切迫して生命維持治療のための治療行為が高度の優越利益性を帯びる状況においても、医師が親の治療拒絶への現実的意思を了知しているかぎり、当該治療行為のための「緊急権」(Notstandsrecht)を行使しえないことになる。これは、「同意原則のドグマ」のもと、医師による「緊急権」の行使に関して、推定的同意を援用するうえで親の現実的意思が物理的に探知不可能であるという極めて厳格な「補充性」<sup>(152)</sup>を要求するものである。この背景にあるドイツの学説状況として、推定的同意があくまでも「同意の代替物」(Einwilligungssurrogat)として現実的意思、しかも被害者本人が自らの利益に対する処分権(Dispositionsbefugnis)を欠く場合



にはその代行者の現実的意思に劣後するとし、「補充性」の原理を広く適用して推定的同意の援用可能範囲を狭く設定する見解が有力となっている点<sup>(153)</sup>があげられる。

これに対して、「推定的同意説」のもと、子どもである患者本人そしてつぎにその親が生命維持治療に必要な治療行為の優越利益性に関する担保者の地位を欠いていく事態を受け、最終的に医師を担保者に任じて当該治療行為の実施を正当化するのであれば、「補充性」の原理のもとにその範囲を限定しなければならない理由は、特に見当たらない。<sup>(154)</sup>ちなみに、町野教授自身も、この原理の適用を否定している。<sup>(155)</sup>

2 以上のことから、「親による独立活動説」と融合した「推定的同意説」は、治療行為の優越利益性の担保という理論構成のもとで、親からの治療拒絶に対応しうる「『消極的』事前的关系調整法」としての刑法の理論枠組みを確立していくことを可能とするものといえる。そして、「『消極的』事前的关系調整法」の指導原理をより明確化していくうえでは、推定的同意という法形式に依拠しなければならない理論上の必然性は格別見出されないうえ、この法形式に議論上付随してくる「補充性」の原理とは一線を画しておく必要があることから、「推定的同意説」については、むしろ「優越利益担保説」と呼ぶべき内容にその眼目を見出していくべきである。<sup>(156)</sup>

そこで、このように「親による独立活動説」と融合した「優越利益担保説」の基礎のうえに、「『消極的』事前的关系調整法」に対応した刑法理論を模索してみたい。

### (3) 「子どものための保証人」理論の展開 試論として

#### 1) 「親による独立活動説」と「優越利益担保説」による理論的 基盤

すでにみたとおり、治療行為の正当化の要件構造において、同意能力を有する成人患者は、同意による自己決定権の行使を通して治療行為の客観的利益と自己の主観的利益との整合を図り、その優越利益性である



医学的適応性を主観的に担保する「自身のための保証人」としての地位を保有している。これに対して、治療行為への同意能力に欠ける子どもは、「自身のための保証人」たりえないのであり、親からの治療拒絶にさらされるなかで十分な権利擁護を享受しえない状態にも陥りかねない。こうした問題に対応するため、「親による独立活動説」と「優越利益担保説」との融合を理論的な基盤に据え、「『消極的』事前的関係調整法」である刑法に必要な枠組みとして、「子どものための保証人」理論をかなり不十分なものであるが 試論として展開することとしたい。

すでに述べたように、治療行為の正当化要件は、医学的適応性、医術的正当性、患者の同意、の3点により構成される。そして、「子どものための保証人」理論が作動する起点においては、現実的意思の欠缺により自己の身体的利益に関する主観的傾向を生じえず、自己決定権の行使能力に欠ける患者としての子どもがいる。このような子どもにおいては、 による自己決定権行使を通して治療行為の優越利益性である を主観的に担保しうる「自身のための保証人」が空位となり、保証人の地位が親へと転位する。ただし、これは、親が子どもの地位をそのまま引き継ぎ本人を代位することを意味してはいない。民法上において親権が義務性を帯びることに鑑みると、刑法においても、「親による独立活動説」を理論的基盤として、親が治療行為への同意をなすに際しては、子どもをそのまま代位するのではなく、したがって の延長として自らの主観的利益を具現化するのではなく、これとは一線を画して子どもの医療・福祉面での客観的利益を確保する義務を負っているとみることができる。そして、そのうえに「優越利益担保説」を理論的基盤として重ね合わせれば、親が優越利益性である を客観的に担保すべき「子どものための保証人」として独自の地位にあるといえるのである。ここで親が子どもの客観的利益に反して治療拒絶をなせば、保証人には不適格としてその地位から脱落し、これが医師へと転位する。というのも、「子どものための保証人」の空位状態を放置することは、その権利擁護のた

めには好ましくないうえ、医師は、上述したようにもともと <sup>(157)</sup> を通じて客観的に保証しうる地位にあるからである。このようにして保証人の空位を埋めた医師は、子どもへの治療行為に関し、その優越利益性を自らの医療技術とこれに伴う裁量とにより保証しつつ実施に移しうる地位に立つことになる。<sup>(157)</sup>

## 2) 想定される疑問への回答

以上のような「子どものための保証人」理論に対しては、医師が親の意に反して生命維持治療をなすことは、親や親権に対する不当な干渉にあたるのではないかと、また、医師の裁量のみで生命維持治療をなすことは、かえって子どもとの関係においてその権利擁護や医療倫理の面から新たな問題を生むのではないかと、といった疑問が投げかけられることも、当然ながら想定されるところである。

まず、への回答をなす前提として、児童の権利に関する条約が第一義的に親に課している子どもの養育責任については、多元的なとらえ方をする余地があると考ええる。伝統的には、子どもの養育責任に関しては、第一次的責任を負う親と、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のであり、「国親思想」も、こうした二元論を前提としていると考えられる。すでにみたように、石川教授は、「国親思想」の観点から子どもに対し親の第一次的養育責任が果たされないときの国家の保護義務を重視し、児童福祉法上の強制入所措置や一時保護などの積極的活用により親権への直接的介入をなすべきであるとしている。しかし、子どもに対する養育責任に関しては、親か国家かの二者択一の二元論に終始するのではなく、両者の中間に位置する様々な個人・組織に一定の役割を担わせる多元論も、必要となってくるのではないかと。そのような中間的存在が親による養育に対して補完的な役割を担い、また国家との関係において親にとり緩衝装置として機能すれば、国家が親の養育に直接的に介入し親権に干渉する事態も、回避されることとなり、親にも子どもにも、利益方向に作用するのではあるまいか。

この点において注目されるのは、すでにみたように、吉田教授が施設入所措置による代替的養護の対象となっている子どもに関して「親責任の共同化」原理を導入している点である。この原理をすべての子どもに推し及ぼし、その「最善の利益」に関して「担保の多様化・共同化」を進め、中間的存在として多様な個人・組織のなかから事案に応じて適時に最適の担保者を任ずることができるようなシステムが構想されるべきである。そして、本稿が親による治療拒絶において「子どものための保証人」として担当医師を「最善の利益」の担保者に任ずるのも、そのような「担保の多様化・共同化」の視点に基づくものである。

このような視点に立脚すれば、に対する回答も、可能となる。本稿は、医師が「子どものための保証人」としてその裁量において実施する生命維持治療に関して、これが刑法上は違法ではないといっているのに過ぎないのであって、医療ネグレクト事案への対処として権利擁護や医療倫理の面で問題が残ることを否定するものではない。このような問題については、当然ながら子どもの「最善の利益」に対する「担保の多様化・共同化」の観点から他の専門職や専門組織が最適の担保者に任じられ、その対処にあたるべきである。例えば、病院内倫理委員会や、「子どもの代理人」<sup>(159)</sup>としての弁護士などがその担保者として想定されるところである。

### 3) 理論の主眼

このように、「子どものための保証人」を核とする刑法理論は、単に医師による親の意思に反した治療行為を正当化してよしとするものではない。「同意原則のドグマ」のもとで医師の治療行為と親の不同意との対峙により「関係障害」が膠着化する状況を回避し、両者を生命維持治療の実施に向けた関係調整のための話し合いのテーブルへと導くことにこそ、その主眼をおくものである。また、そのために、子どもの「最善の利益」に関する「担保の多様化・共同化」の観点から、子どもにとって必要となる多様で専門的な個人・組織を担保者に任じ、「関係障害」

の現場や話し合いのテーブルに配置することに向けて道をつけようとするものである。

なお、児童福祉法<sup>33</sup>条の2の行政解釈によれば、親が現に監護下におくかたちで入院させている子どもに対して、児童相談所長が医療ネグレクトを理由として一時保護を新規に発動し、直接的介入をなしうることになる。しかし、このことは、子どもの「最善の利益」に関する「担保の多様化・共同化」の観点から、医師、病院内倫理委員会、「子どもの代理人」など、子どもとこれを取り巻く「関係障害」への対処に適した多様かつ専門的な個人・組織を担保者に任じ、事案の解決に向けての道をつけようとする「子どものための保証人」理論が主眼とするところとは相容れず、これに基づく実践に対し水を差しかねないものである。

以下では、「露払い」として「『消極的』事前的関係調整法」である刑法が「子どものための保証人」理論に基づき医療ネグレクトとその核にある「関係障害」への対処に向けて道をつけた後に、これを引き継いで「『積極的』事前的関係調整法」として子ども - 親 - 医師の間で直接的に関係調整・関係形成機能を果たすべき民法、そして児童福祉法に順次着目していき、そのあり方や課題を探ることとする。

## 2. 「『積極的』事前的関係調整法」としての民法のあり方

「『積極的』事前的関係調整法」として子ども - 親 - 医師の間で関係調整・関係形成機能を積極的に果たすべき民法のあり方について、2011年民法等改正法に関する問題点や課題に着目しながら探っていくこととする。

### (1) 民法改正による一時的制限制度の導入とその問題点

#### 1) 親権停止制度の導入

医療ネグレクトへの民法上の事前的対応手段として、以前より親権喪失制度（民法<sup>834</sup>条、児童福祉法（旧）<sup>33</sup>条の6（現・<sup>33</sup>条の7））、（旧）家事審判法<sup>9</sup>条1項甲類<sup>12</sup>号（現・家事事件手続法<sup>167</sup>条））の発動が想

定されてはきた。しかし、この制度は、発動後に親権者に代わる未成年後見人の確保に困難を極める、親権の全面的かつ無期限の剥奪という峻烈な法的効果と、これに随伴する「親として失格」という致命的なスティグマをもたらす、親子間の「関係障害」がによりかえって悪化する虞が生じる、などの点から、医療ネグレクトへの対応手段としての適応性に疑問符がつくものであった。<sup>(160)</sup>

そこで、すでにみたように、2011年民法等改正法により、親権全部の一時的制限（2年を上限とする）としての親権停止制度（民法834条の2，児童福祉法33条の7，家事事件手続法167条）が導入され、これにより、例えば治療行為に必要と見込まれる期間において親権全部を一時的に停止することが可能となった。

## 2) 立法上の問題点と課題

とはいえ、親権停止制度については、医療ネグレクトへの対応手段としては、やはり一時的にせよ親権を全面的に停止することが親への過剰介入になりうるうえ、親権停止中に選任される未成年後見人にとっては、医療以外の親権全てに関わる監護上および財産管理上の事務を処理するという過重な負担を強いられることにもなり、これらの問題への対処が立法上の課題として残ることとなった。<sup>(161)</sup>すでにみたように、医療ネグレクト事案への民法上の対応に関して、日本弁護士連合会などは、「現行の親権喪失宣告制度は、身上監護権について言えば、全部を剥奪するか、それとも全部を残すかという極端な効果しか定めていない」「親権のうち医療に関する部分のみ制限すれば足りることが多い」として、家庭裁判所の審判による親権の一部制限制度を民法に導入するように求めているが、2011年民法等改正法の方向性を決定づけたとされる『親権制度研究会報告書』には、そうした意見が十分に顧みられた形跡がない。

すでにみたように、『親権制度研究会報告書』は、親権制限制度の設計における基本思想として、子どもが施設入所措置または一時保護の対象となっている場合には児童福祉法、現に親の監護下にある場合には

民法という棲み分けをしたうえで、親権の一部制限制度については、児童福祉法における施設長・児童相談所長の権限の明確化によるその導入に肯定的である一方、民法において家庭裁判所の関与を伴うものとして当該制度を導入することに対しては、否定的であった。

しかし、改正前の児童福祉法に関する学説を検討したところからみて、『親権制度研究会報告書』が児童福祉法を根拠とした親権制限を可能にするような制度設計上の基本思想を採用していることには、根本的な問題があるといえる。例えば、児童福祉法上の措置承認審判の効力について「親権非制限説」をとる許教授は、すでにみたように、「児童福祉法の措置は、虐待等のためにその福祉を侵害される子の保護を図るためのものであって、虐待者たる親に対して非難や制裁を加えることを目的とするものではない」とする。そのうえで、このような本質を有する児童福祉法上の措置承認審判と、「虐待した親に対する制裁や非難」の効果をもつことを否定できない民法上の親権喪失審判との機能分化に着目し、「親権（監護権）の制限ないし停止は、たとえそれが一時的なものであっても、そのための手続（民法による親権喪失宣告）によるべきであって、児童福祉法上の措置の承認審判によって制限されると解すべきではない」としている。

本来的には非制裁的・非介入的なケースワークないしソーシャルワークを身上とすべき児童福祉法に親権制限機能を付与することは、妥当ではないというべきであろう。そして、医療ネグレクト事案において「『積極的』事前的関係調整法」として子ども・親・医師の間で関係調整・関係形成機能を積極的に果たすべき児童福祉法にとって、親権制限機能を具備することは、そうした本来の機能の妨げとなろう。確かに、「事前的関係調整法」の展開にとって、民法と児童福祉法との連携は、不可欠ではあるが、その連携は、親権制限的にではなく、関係調整的に作用すべきものである。

医療ネグレクト事案に対処するべく「『積極的』事前的関係調整法」

を展開していくうえでは、親権の一部制限制度の導入は、有効であると考えるが、その制度設計は、あくまでも民法において家庭裁判所による手続保障を伴うかたちで、かつ許教授のいう「制裁や非難」の効果を可能な限り稀釈する方向でなされるべきである。

## (2) 立法上の課題への対応 「家庭裁判所による代行同意」制度の導入

このような立法上の課題に対応するためには、ドイツ民法にみられる「家庭裁判所による代行同意」制度の導入が検討されるべきである。同法は、子の福祉が危殆化される事案では家庭裁判所が親権者の「意思表示」(Erklärungen)を代行できるとの規定を設けており(1666条1項・3項5号)、特に子どもの治療行為への代行同意を可能とする点にその実践的意義があるとされる。<sup>(162)</sup>この制度では、家庭裁判所は、個別具体的に必要な治療行為に対し代行同意をなすことの「反射効」として、親権者が保持した状態にある監護権に対し 親権全部の喪失や一時停止のような直接的・強行的・硬直的な措置とは異なり 間接的で柔軟な制約を加えるため、親権者への過剰介入を回避できる。<sup>(163)</sup>これにより、「制裁や非難」の効果も、稀釈されることになり、「『積極的』事前的関係調整法」としての民法にとって適合的であるといえる。

同時に、このように民法が親権を弾力的に制約可能な柔構造を帯びたものとして位置づけることにより、臨床現場で治療プロセスに関与する親権者は、不当な権限行使に出ることを臨機に抑止されると同時に、そればかりではなく、親権といういわば「当事者能力」を徒に否定されず可能な限りその地位が尊重される立場におかれることにより、子どもの医療における当事者として医師その他の関係者との関係調整・関係形成に臨み「関係障害」を解消しうるような環境と機会を享受しうることに<sup>(164)</sup>もなる。この点においても、「『積極的』事前的関係調整法」としての民法にふさわしいといえる。



### 3. 「『積極的』事前的関係調整法」としての児童福祉法のあり方

最後に、「『積極的』事前的関係調整法」として子ども - 親 - 医師の間で直接的・積極的に関係調整・関係形成機能を果たすべき児童福祉法のあり方について、(1) 同法33条の2のあるべき解釈、(2) 児童相談所の果たすべき役割、の2点から同条に関する行政解釈の問題点を明らかにしつつ述べておきたい。

#### (1) 児童福祉法33条の2のあるべき解釈

1 2011年民法等改正法の方向性を基本的に決定づけた『親権制度研究会報告書』は、児童相談所長による一時保護中の児童への措置につき「親権者の親権に優先することを明示する枠組みによって親権者の親権をその限度で部分的に制限する」として制度設計上の基本思想を示している。そして、33条の2に関する行政解釈は、その基本思想に即しつつも、この内容を超えてさらに医療ネグレクト事案について、児童相談所長が現に親の監護下にある子どもに一時保護を新規に発動し、もって親権を制約し「必要な措置」をとりうるとする。

これに関連して、すでに児童福祉法改正前において一時保護と親権との関係をめぐって展開されていた学説を検討したが、「全面的親権制限説」と「限定的親権制限説」のいずれも、妥当とはいえず、「親権非制限説」を採用すべきであるとの結論に至った。つまり、一時保護において親に対して直接的に親権制限の法的効果が生じるものと理解すべきではないのであり、この解釈は、同法改正により新設された33条の2にも妥当するのではないかと考える。

そこで、本稿は、学説の検討結果を踏まえ、行政解釈はもとより、33条の2の立法過程に現れた制度設計上の基本思想にも本質的な疑義を差し挟む立場から、同条のあるべき解釈の内容について述べていくこととしたい。具体的には、同条2項の「必要な措置」の意義、子どもの要保護性からみた一時保護の効力、一時保護の補充性、の3点に触れつつ言及することとする。

2 まず、 の理解については、33条の2第2項の原型である47条(旧)2項(現・3項)に関する立法事実とこれに基づく解釈に拘束されるものとするのが至当である。すでにみたように、1951年の児童福祉法第5次改正により新設された47条1項と(旧)2項(現・3項)のうち、前者は、施設長が親権者のない施設入所児童に対し「親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う」とする一方、後者は、施設長が親権者のある施設入所児童に対し「監護、教育及び懲戒に関し、その児童(等)の福祉のため必要な措置をとることができる」とした。前者において施設長が「親権を行う」との明文がある点から反対解釈をすれば、後者に関して施設長が親を代行し親権を行使しうることには、文理上無理があり、施設長がその権限においてとりうる「必要な措置」の解釈としては、「親権を施設長に認めるような構成が慎重に避けられて」<sup>(165)</sup>しかるべきなのである。

このような解釈上の両者の関係は、これらの文言に準拠するかたちで新設された33条の2第1項と2項の間にも相同的なかたちで見出されるものである。したがって、1項に基づき児童相談所長が親権者のない一時保護児童に対し「親権を行う」ことからの反対解釈として、2項の規定する「必要な措置」は、立法過程に現れた制度設計上の基本思想に拘わらず、児童相談所長が親権者のある一時保護児童に対して「親権を行う」ものではありえず、したがって親権それ自体に対して何ら直接的制限を加えるものではないと解するべきである。

33条の2第2項に関する行政解釈のうち、2012年厚生労働省通知は、「一時保護中の児童については、児童相談所長が必要な医療行為に同意する」としており、また、2011年民法等改正法の立案担当者の見解も、同一の考えを前提にしているものと解される。この解釈は、児童相談所長が親権の一環として治療行為に関する同意権を親に代わり行使しうることを前提にしており、上記の点からいって成り立ちえないものである。

3 つぎに、 については、33条の2第3項の解釈と関連づけて論じ

うるものであり、結論としては、強制入所措置の承認審判におけると同様に「親権（監護権）には何の消長もない」ものと解するべきである。

一時保護は、児童福祉法6条の3第8号が規定する「保護者に監護させることが不適当である」と認められる「要保護児童」などに対して、25条の通告などを端緒として実施されるものである。したがって、同法の中核概念である子どもの要保護性の観点からは、措置承認審判が28条1項1号の規定する「著しく福祉を害する」状態にある子どもに対するごとく、一時保護も、「保護者に監護させることが不適当である」などとして要保護性が認められる子どもに対して保護的に作用するべきものである。よって、児童相談所長が33条の2第2項に基づき「必要な措置」をとる権限についても、まず子どもの要保護性への焦点化がなされたうえで、これに対応するためのどのような権限行使がなされるべきかが重要な問題になるのであって、当該権限と親権との調整は、そのような問題の一環にある副次的なものに過ぎないと言うべきである。

この点を敷衍すれば、親は、一時保護において親権を制限されることはないが、子どもの要保護性の見地からは、その保護措置に矛盾する限りにおいて親権の行使が許されなくなる、ということである。さらにいえば、一時保護は、親に対し親権制限の直接的効力をもつものではなく、子どもの要保護性に対応した保護措置を講ずることの「反射効」として、当該措置の目的達成の必要上からこれに反する方法での親権行使を親の意に反し間接的に制約するものとみるべきである。そして、33条の2第3項において親が児童相談所長のとる「必要な措置」を「不当に妨げてはならない」とされる点も、まさにそのような内容が確認的に規定されたものと理解されるべきであって、<sup>(166)</sup>やはりここでも立法過程に現れた制度設計上の基本思想に拘泥する必要はなく、親への直接的な親権制限機能を創出するものではないとみるべきである。

なお、2007年の児童虐待防止法の改正により、強制入所措置で面会・通信の全部が制限されている親に対し、都道府県知事が子どもへのつき

まといやその付近での徘徊を禁止することを命じることができ、その違反には刑事罰により対処する(12条の4・17条)とされ、親権に対する制限的機能を有する規定が設けられた。この点をも考え合わせると、当該規定の適用段階に至る以前の単なる一時保護のなかに親に対する直接的な親権制限機能を見出すことは、同法との間に不整合を生むことになる<sup>(167)</sup>。

以上の点からも、33条の2が直接的な親権制限機能を有することを前提とする行政解釈が正鵠を射ていないことは、多言を要しない。もともと、一時保護は、司法的関与の手続を経ない行政処分であり、家庭裁判所の措置承認審判とこれに基づく強制入所措置との比較においても、親権制限の法的根拠がより薄弱化するといえるが、この点についてはとの関連においてつぎにみていくこととしたい。

4 に関しては、特に医療ネグレクト事案では、33条の2第4項の適用の可否が問題となる。同項は、児童相談所長が「児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるとき」には2項の「必要な措置」をとりうることを規定するが、結論として、医療ネグレクト事案は、その適用外にあるというべきである。

そもそも、現行の一時保護制度は、事前の司法的関与を伴わずに行政機関である児童相談所がその専権的判断で親子分離をなすものであり、児童の権利に関する条約9条1項の「親子不分離原則」とは合致せず、立法論としては司法的関与による手続保障が必要とされるものである<sup>(168)</sup>。それゆえ、現行制度については、一再ならず述べているように、の観点からあくまでも子どもの緊急・短期の保護のための例外的・暫定的措置としての制度趣旨に照らして、一時保護の目的・手段の限定性や、この一環である一時保護の委託の例外性などに配慮しつつ、抑制的に運用されるべきものである。そして、このような見地からは、33条の2第4項が規定する「児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要がある」措置についても、限定的な解釈がなされるべきである。

この緊急措置は、「保護者に監護させることが不適当である」( 6 条の 3 第 8 号 ) などとして要保護性を認め「一時保護を加えた児童」に対する「福祉のため必要な措置」( 33 条の 2 第 2 項 ) の一環として、児童相談所長がとりうるものである。ここでは、児童相談所長が子どもの要保護性のためとはいえ親子不分離原則に違背して親子分離措置を実施したという先行事実があり、この事実から発生する行政上の責任として、「児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要がある」ような後行事実が発生したときには、児童相談所長は、子どもの要保護性の観点からその「最善の利益」を保全するために、たとえ親権者の意に反する状況においても緊急措置をとることができ、さらにいえば、とることが求められるものというべきである。このような観点から、33 条の 2 第 4 項に関しては、子どもの要保護性とこれに対応するための児童相談所長の行政上の責任に照らして解釈がなされるべきであり、そこに徒に親権制限的な契機を見出すべきではない。そして、「親子が司法手続によらなければ分離されないという児童の権利に関する条約の趣旨 ( 同条約 9 条 1 項 ) からすれば、一時保護にあたっては、できる限り、児童および保護者の同意を得るよう努めるべきである」との考えに立てば、児童相談所長が緊急措置をとるときには、親権者の同意をとるように努める必要が生じてこよう。

一時保護は、本来あるべき司法的関与による手続保障の代替として、以上のような 33 条の 2 第 2 項の文理と論理にはせめて忠実であるべきである。そして、これらに照らせば、33 条の 2 をめぐる行政解釈は、失当というほかはない。行政解釈は、「一時保護を加えた児童」ではなく、「医療機関からの通告により医療ネグレクトを認知した場合など」において「一時保護又は施設入所等の措置がとられていない児童」( 2012 年厚生労働省通知 ) に対して、その医療ネグレクトに対応するために一時保護を新規に発動しうるとするが、これは、すでに述べたように 33 条の 2 の文理に背馳するものである。そして、ここでは、子どもに対しその

要保護性を理由として親子分離措置をとったという先行事実が存在しないのであるから、これに基づいて児童相談所長に子どもへの行政上の責任が生じることもなく、したがって、子どもの保護のために行政的介入をなす法的根拠は、存在しないこととなる。先行事実としてあるのは、親の医療ネグレクトにより子どもの「生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要がある」ということであり、行政解釈は、これに対する後行事実として一時保護の新規発動を可能とするが、ここでは、上述のような33条の2第2項の文理と論理からみて、先行事実と後行事実の間に倒錯が生じ、両事実の間の法的関連性が失われているといえることができる。

加えて、行政解釈の内容は、既述のごとく、一時保護の目的・手段の限定性に徴しても、子どもの緊急・短期の保護のための例外的・暫定的な親子分離措置として許容される範囲を逸脱し、親子分離の域を超えた生命維持治療の実施そのものを目的とし、この目的を達成するために子どもに関する親の自己決定を不当に排除しかねないような手段をとるものである。また、既述のごとく、一時保護の委託の例外性からみても、その実施を児童福祉施設ではない医療機関に委託するという例外的方法によることを必須の前提とせざるをえず、問題であるというほかはない。なお、いうまでもないことであるが、「児童相談所長が、当該児童につき一時保護を加えた上で、治療に同意する」(2011年民法等改正法の立案担当者) などということは、上記 に関して検討したように、児童相談所長のとる「必要な措置」が「一時保護を加えた児童」の親に対し直接的な親権制限機能を有しないことを踏まえれば、もはや論外である。

おもうに、33条の2の立法過程において示された制度設計上の基本思想として、すでにみたように『親権制度研究会報告書』が一時保護中の児童についてその親権者の親権を制限しようとし、その正当化根拠を「親権は子の利益のために行わなければならない」という抽象的な一事にのみ求めていることは、一時保護の現行制度上の問題点を等閑視する



ものとして妥当でなく、その基本思想に同条の解釈が拘束されなければならない必然性は、全くないものというべきである。仮に「親権は子の利益のために行わなければならない」との理由から行政解釈を容認することになれば、同条の文理・論理と相容れないこととなり、実体面に加え手続保障の面でも失当となろう。

## (2) 児童相談所の果たすべき役割

すでにみたように、石川教授は、「強制入所措置がとられた場合には、親権者による監護教育権は停止され、国が保護義務を遂行したものと解されるから、施設長は監護教育権を付与されたものとして、親権者の意向に反してでも必要な措置をとることができる」とし、これを踏まえたと考えられるものとして、1997年厚生省通知は、「第28条による家庭裁判所の承認があった以上、児童福祉施設の長に与えられた監護権が保護者等の監護権に優先する」とし、児童福祉の措置による親権制限が可能であるとの考えを初めて明確に示した。そして、児童福祉法<sup>33</sup>条の2に関する行政解釈は、その親権制限の論理を一時保護に推及したと考えられ、なかでも、2012年厚生労働省通知は、その少なくともは影響を受けているとおもわれる。このような意味をもつ1997年厚生省通知の鏡文は、以下のようなものである。

近年、児童や家庭を取り巻く環境の変化等に伴い、児童相談所への虐待相談件数が急増するなど児童虐待の増加が指摘されている。言うまでもなく、児童虐待は人格形成期にある児童の心身に重大な影響を与えるものであって、児童福祉の観点から看過しがたいものであり、迅速かつ適切な手続きによる積極的な対応が求められているところである。

( 中略 )

こうした児童虐待等への対応については、現行の児童福祉法（以下、「法」という。）において、通告義務、立入調査、一時保護、家庭裁判所への申立てなど所要の規定が設けられているが、これまで必ずしもその適切な運用が図られてこなかったきらいがある。このため、今般、下記のとおり、法の解釈・運用に当たっての留意点をまとめたので、管下の児童相談所等関係機関及び児童福祉施設等に対して周知徹底を図り、法の適正な運



用を行い、児童虐待等の問題に対する積極的な取組みに努められたい。  
(後略)

このように、1997年厚生省通知は、すでに2000年に児童虐待防止法が成立する前の段階で発出されており、児童虐待の看過しがたい深刻な状況を受け、児童福祉法の「適正な運用」による児童虐待問題への「積極的な取組み」に向け、児童相談所などの関係機関を叱咤しているかのような感さえ抱かせる。これを契機として、児童相談所は、児童虐待への対応において親権それ自体への介入的アプローチを強め、諸外国のように福祉サービスを提供する行政機関と親権への直接的介入をなす裁判所との機能分化がなされていないなか、試行錯誤の実務を重ねることを余儀なくされてきた。<sup>(171)</sup> 2012年厚生労働省通知も、こうして形づくられてきた流れに竿をさして、従来からある一時保護制度に関して新設された児童福祉法33条の2の「適正な運用」を通して、親権への直接的介入に向けて「積極的な取組み」を行うよう、児童相談所に対し指針を示しつつ促したものといえる。

しかし、1997年厚生省通知を転換点として児童相談所が強化の役割を担って進めてきた親権介入的アプローチに対しては、「子ども虐待対応のために必要なソーシャルワークは、従来の児童福祉ソーシャルワーク・ケースワークとは異なる極めて特異で限定的なソーシャルワークである。介入は支援とはつながらない。古い日本的な『お上の権威』『大岡越前的なこと』が情で成り立つ場所では、それは成立しないと思われる」との批判がある。<sup>(172)</sup> こうした批判のあるなか、医療ネグレクト事案に対する実務的対処として一時保護による親権介入的アプローチを提起したのが2012年厚生労働省通知であり、行政の権威などではおよそ対処できそうもない子ども - 親 - 医師の間の「関係障害」の実態を視野に入れたものとはいえず、「『積極的』事前的関係調整法」としての児童福祉法のあり方に逆行することが強く懸念される。2011年民法等改正法に対しては、

「親子の状況や子どもの保護のためのパーマネンシープランニングを視野に入れた対応を可能にするための法的枠組が整備された」との評価があるが、2012年厚生労働省通知により医療ネグレクト事案に対して親子分離措置が積極的に発動されるとなると、その副作用として医療場面以外で親子間に「関係障害」が生起する可能性も視野に入れておかなければならなくなる（子どもの命があってこそその親子関係という考え方も、ありえなくはないが）。

さらに、医療ネグレクト事案への一時保護による介入は、児童相談所長の専権により行われはするが、結局のところ、医師が既述のように治療行為の優越利益性を自らの医術的正当性により保証している点を追認し正当化根拠とするほかなく、介入を受ける親権者とこれを正当化する側に立たされる医師との緊張関係を新たに生み、両者の「関係障害」を悪化させることにもなりうる<sup>(173)</sup>。児童相談所は、深刻な児童虐待事案が多発するなかで危機介入的・親権介入的アプローチへと「前のめり」になりがちであるが、すでにみたように「福祉サービスの提供機関である児童相談所が、そのサービス提供も行いつつ、従来は例外的・緊急避難的な対応であった親権への介入作業を、いきなり本務として担うことになった」ことにより、「親権をめぐる戸惑い」が介入対象となる親の間に生じているのである。児童相談所がこれを等閑に付したまま、医療ネグレクト事案においても行政解釈を根拠として「前のめり」の姿勢をとれば、事案の核にある子ども - 親 - 医師の間の複雑な「関係障害」をこじらせることにもなりうる。このような「関係障害」に的確に対処するためには、児童相談所が子どものために本来的に有しているケースワーク機能を十全に活用し、またさきに述べた子どもの「最善の利益」に関する「担保の多様化・共同化」の観点に立つことを通して、危機介入的・親権介入的アプローチに代わる関係調整的アプローチを開拓し、「『積極的・事前的関係調整法』としての児童福祉法が子ども - 親 - 医師の間で関係調整・関係形成に向けて発揮すべき機能を最大限に引き出していくべき

ではあるまいか。

- (124) RGSt 25, 375, 381f.
- (125) BGHSt 12, 111, 113f.
- (126) BGHSt 12, 379, 382ff. なお、未成年の患者に同意原則を適用した民事判例として, Vgl.BGH NJW 1972, S.335; NJW 1988, S.2946 usw.
- (127) 町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会, 1986) 227頁, 保条成宏「障害新生児の生命維持治療をめぐる刑法的問題 (5)」法政論集 (名古屋大学) 153号 (1994) 320-322頁。
- (128) 保条・前掲注 (17) 20頁。
- (129) 町野・前掲注 (127) 2 頁, 内藤謙『刑法講義総論 (中)』(有斐閣, 1986) 532頁。
- (130) 町野・前掲注 (127) 2 頁・197頁, 内藤・前掲注 (129) 530頁・532頁。
- (131) 保条・前掲注 (17) 20頁。
- (132) 保条・前掲注 (17) 20頁。この点に関して, *Albin Eser*, Medizin und Strafrecht: Eine Schutzzutorientierte Problemübersicht, ZStW 1985, S.21 も, 患者の同意が「主観的な保護関心」(subjektive Schutzinteresse) として意味をもつとしている。
- (133) 保条成宏「ドイツ『治療行為制約論』と『治療義務限定論』の交錯」小山=玉井編・前掲注 (5) 254頁。
- (134) 佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌41巻2号 (2002) 187頁。
- (135) 保条・前掲注 (17) 21頁。
- (136) 連邦通常裁判所の民事判例 (BGHZ 29, 33, 36) によれば, 治療行為への同意能力は, 未成年者が「精神的および道徳的な成熟を経て侵襲およびそれを許可することの意味ならびに射程範囲 (Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung) を判断する」ことが可能であれば存在するとされている。同意能力の具体的な始期については, 14歳あるいは16歳など諸説あるが, 例えば, *Adolf Laufs*, in: *Adolf Laufs / Wilhelm Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, S. 529f. は, その下限を14歳としたうえで, 本人の資質や治療行為における侵襲の具体的な内容を加味して同意の能否が個別的に判断されるべきであるとしている。ちなみに, 救命のうえで侵襲の即時の必要不可欠性が認められる場合に未成年者の同意能力を肯定するものとして, さきに取り上げた連邦通常裁判所刑事部の1959年判決がある。
- (137) BVerfGE 59, 360, 377.

- (138) *Karl-Wilhelm Jans / Günter Happe*, Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, Kommentar mit Gesetzesmaterialien, 1980, S.12f.
- (139) 親権の義務性と「子の利益」との関係についての詳細は、門広乃里子「子どもと親に関わる最近の法状況を契機として」法律時報83巻12号(2011)4-9頁、横田光平「子どもの意思・両親の権利・国家の関与 『子の利益』とは何か」法律時報83巻12号(2011)10-13頁、許末恵「児童虐待防止のための民法等の改正についての一考察」法曹時報65巻2号(2013)273-285頁など参照。
- (140) 町野・前掲注(127)230頁、大谷實『医療行為と法 [新版補正第2版]』(弘文堂, 1996)88頁。
- (141) 町野・前掲注(127)231頁。
- (142) 町野・前掲注(127)231頁。
- (143) 例えば、平野龍一『刑法総論』(有斐閣, 1975)255-256頁、佐伯千仞『刑法講義(総論)[4訂版]』(有斐閣, 1981)220頁など。
- (144) 町野・前掲注(127)197頁。
- (145) 保条・前掲注(133)254頁。
- (146) 前出注(143)掲出のほか、大塚仁『刑法概説(第4版)』(有斐閣, 2008)422頁など。
- (147) 齊藤誠二「『推定的な承諾』の法理をめぐって」警察研究49巻11号(1978)20-21頁、須之内克彦『刑法における被害者の同意』(成文堂, 2004)90-91頁など。
- (148) 内田文昭『刑法概要(上巻)』(青林書院, 1995)419-420頁、山中敬一『刑法総論[第2版]』(成文堂, 2008)574頁など。
- (149) 町野・前掲注(127)201頁・219頁。
- (150) 小林憲太郎「いわゆる推定的同意について」立教法学69号(2006)27-29頁。
- (151) 同様の観点から推定的同意をめぐる日独の理論を検討したものとして、須之内・前掲注(147)85-105頁参照。
- (152) Vgl. *Albin Eser*, Ärztliches Handeln gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen der Eltern, Juristische Gesichtspunkte zum Thema, in: H. Müller/H. Olbing, Ethische Probleme in der Pädiatrie, 1982, S.181.; *ders.*, Ziel und Grenzen der Intensivpädiatrie aus rechtlicher Sicht, in: Hans Kamps/Adolf Laufs (Hrsg.), Arzt- und Kasernenrecht im Wandel, Festschrift für Prof. Dr. iur. Helmut Narr zum 60. Geburtstag, 1988, S.54.

- (153) この点に関しては, Vgl. z.B. *Hans-Ulrich Paeffgen*, in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ulrich Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, Band 1, 4.Aufl., 2013, Rdn.160 vor § § 32 bis 35.
- (154) 保条・前掲注(133) 256頁。
- (155) 町野・前掲注(127) 203頁・227頁。
- (156) 保条・前掲注(133) 256頁。
- (157) 保条・前掲注(17) 21頁。
- (158) これに関しては, 保条成宏「障害新生児の生命維持治療と法 新生児医療における権利擁護システムの構築に向けて」*周産期医学*29巻12号(1999) 1512-1516頁参照。
- (159) これを国選代理人として制度化すべきとする見解として, 多田元「親権法の改正と子どもの虐待 子どもの自立支援・親子の関係修復」*法律時報*83巻7号(2011) 83頁参照。
- (160) 保条=永水・前掲注(5) 40頁・49頁, 保条・前掲注(17) 22頁, 同・前掲注(158) 1514頁。
- (161) 保条=永水・前掲注(5) 67頁, 保条・前掲注(17) 22頁。
- (162) Vgl. *Dirk Olzen*, in: Franz Jürgen Säcker, / Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6. Aufl., Band 8: Familienrecht, 2012, § 1666 Rdn.191.
- (163) 保条=永水・前掲注(5) 70頁。
- (164) 保条・前掲注(17) 22頁。
- (165) 許未恵「親権制限および未成年後見についての検討課題」*戸籍時報*673号(2011) 38頁。
- (166) 保条=永水・前掲注(5) 71頁, 永水・前掲注(8) 354頁, 保条・前掲注(17) 18頁・23頁, 許・前掲注(165) 38頁。
- (167) なお, 児童虐待防止法において親権への制限的機能を有する規定を設けることの当否については, 別の議論が必要であり, この点に関しては, 前出注(25) 参照。
- (168) 吉田・前掲注(30) 60頁。
- (169) 吉田・前掲注(16) 286頁。
- (170) 許・前掲注(139) 301頁。また, 『親権制度研究会報告書』が「親権は子の利益のために行わなければならない」ことに言及する点に関連して, 吉田・前掲注(50) 37頁は, 「職権による一時保護の正当化根拠として『親権行使が全うされていない』ことがあげられていますが, この判断は児童相談所による一方的判断であり, 親の側からすれば公平・中立な判断とは認めがたいところでしょう」としている。

(171) 山本・前掲注 (31) 15頁。

(172) 山本・前掲注 (31) 15頁。

(173) 吉田恒雄「親権停止制度」月刊福祉95巻6号 (2012) 17頁。

(174) 保条・前掲注 (17) 23頁。

## おわりに

かくして本稿を書き上げた安堵感はあるものの、日頃の怠惰とこれによる研鑽の不足が祟り、旧稿の域から十分に踏み出すことができない内容となってしまうことに対しては、忸怩たるものが残る。平川先生には今後の研鑽を約束申し上げ、お赦しを希うしかない。

平川先生の今後ますますのご健勝を祈りつつ、稿を閉じることとする。

[付記] 本稿は、科学研究費補助金 (基盤研究 (C), 研究代表者: 保条成宏, 2013-2015年度) による研究成果の一部である。