

**子の手術につき別居中の親権者の同意取得手続をとらなかったことが不法行為に該当するとされた事例**

【文献種別】 判決／大津地方裁判所  
【裁判年月日】 令和4年11月16日  
【事件番号】 令和3年（ワ）第78号  
【事件名】 損害賠償等請求事件  
【裁判結果】 一部認容、一部棄却  
【参照法令】 民法709条・710条  
【掲載誌】 判例集未登載  
◆ LEX/DB 文献番号 25599428

桃山学院大学教授 永水裕子

**事実の概要**

原告Xは、訴外子C（本件手術当時3歳）の父であるが、Cの出生後、子の母訴外D（Xの妻）と別居している。平成29年9月にCは国立大学法人医学部付属病院Yを受診した。当時、Cには中等度程度の肺動脈弁狭窄があり、治療介入が必要な状態であったため、以後、Yにおいて通院治療をしている。平成30年11月にXは、Cの病状の詳細について知りたいとして、Yに対して担当医との面談を希望したため、同年12月に担当医は面談に応じ、病状の説明を行った上、今後の治療については父親と母親の両方から同意をとる旨述べた。平成31年3月には、Cには中等度から重度の肺動脈弁狭窄があると推定され、なるべく早期の治療介入が望ましい状態であった。医師の説明があった頃に家裁に係属していたXのCとの面会交流を求める審判の結果は、Xの直接的な面会交流を否定するものとなり、同年6月にDはYに審判書を交付した。同日、Cの血流速度は十分に治療適応であり、できれば同年度中にPTPV（バルーン肺動脈弁形成術）を行いたいと診断された。同年7月16日に、Cはカテーテル検査およびPTPV 施行目的でYに入院した。Yは、Dに対し、カテーテル検査の説明をした上、治療適応があると判断すればカテーテルからバルーンを入れて拡張するが、「合併症として、〔1〕バルーン治療でバルーンが体内で破裂し、破裂した残りが体内に残存し外科的に取り除かないといけなくなること、〔2〕弁をバルーンで無理やり拡張するので、肺動脈弁狭窄症とは逆に、肺動脈弁逆流になるこ

と、遠い将来に右心室の負荷が起きること、〔3〕三尖弁逆流、肺動脈弁下狭窄、カテーテルで心臓を突き破るというようなことが起こる可能性があること」を説明して、DからPTPVを行うことの同意を得たが、他方で、父Xの同意は得ていない。同月18日に全身麻酔によりカテーテル検査およびPTPVが実施され、Cは経過良好で翌日退院した。

この他、XはYに対して平成30年11月にCの全期間の診療録等の開示申請を行ったが、Dの同意が必要だとYから通知され、その後Dの同意書を添えてCの全期間（平成29年9月26日から令和元年7月31日）の診療録等の開示申請を行ったが、Yは「医学的見地から開示することが治療効果に悪影響を及ぼす等、患者の不利益になると考えられる」として、一部開示とする旨の通知を行った。なお、令和3年9月10日にXとDは離婚した。

Xは、①Yが原告の同意を経ることなくPTPVに至ったこと、②Yが、上記開示請求に対し、他方親権者の同意を要求して開示を拒否したこと、③本件一部不開示決定を違法であるとして、不法行為に基づく損害賠償およびこれに対する遅延損害金を請求するとともに、④上記不開示部分の全部開示を求めた。

**判決の要旨**

一部認容。

- 1 原告の同意を得ずにバルーン形成術（PTPV）を行ったことが不法行為に該当するか

「親権は、原則として共同して行使することを要するのが原則であるから、そうであるとすれば、本件バルーン形成術に関する説明及び同意に関しても、一方親権者が不存在である、親権をなく奪されている等特段の事情がない限り、両親権者が共同で同意する（ただし、同意内容が合致する限り、各別に同意を得ることを妨げない。）のが原則というべきであるから、その前提となる説明も、双方に対して行われるのが原則であるというほかはない。他方、上記の親権の行使は、未成年者が自ら同意する能力を欠くため、これに代わって行うもの（代諾）であり、未成年者の福祉に適する代諾を行うべき義務の側面も併せて包含しているといえることに照らせば、一方親権者に対する説明を行わないことが正当化される特段の事情としては、〔1〕親権者の意向に対立があって、説明を行ったとしても同意されないことが明白な状況にあること、〔2〕未成年者の病状等に照らし治療施行の緊急性があり、説明・同意の手続を踏んだ場合には治療の機会を逸し、未成年者の福祉を害することが明らかな場合等がこれに該当するというべきである」。

本件においては、「親権者の意向に対立が存在することは推認しうるところではあるものの、他方で、原告が、被告に対して、同術の施行に同意しないことを明言したこともない」ため〔1〕にあたらぬし、「バルーン形成術に関しては、本年度中の施行を目標とする旨の記載もあることに照らす」と、〔2〕にもあたらない。

XのCに対する直接の面会交流を否定する内容の審判については、「判断の内容として、治療方針に関しても、自己の思い通りにしたいということだわりの強さから、病院や訴外Dとの間で紛争を生じていることが指摘されているものではあるが、これらは、あくまで直接の面会交流の実現が困難であることを理由づけるものであって、親権の行使としての同意権そのものを原告からはく奪して訴外Dに委ねたものとまではいえない」とされた。

以上によれば、「本件バルーン形成術施行に当たり、原告に対する説明・同意を得ることを行わなかった被告の行為は不法行為に該当する」。

## 2 損害について

「原告において、代諾を行う前提となる説明を

受ける機会が欠けていた（したがって、同意の適否を判断する前提を欠く）点が存在する反面、上記同意権は、前記のとおり、未成年者の福祉に適うよう行使する義務を同時に内包するものであるところ、本件バルーン形成術以外の施術につき、より医学的正当性の高い治療手段があったと認めるに足りる証拠はないこと、本件バルーン形成術施行により訴外Cに何らかの損害が生じたことを示す証拠もないことなどに照らせば、上記による精神的苦痛を慰謝するための慰謝料としては、5万円を下らない」。

## 3 開示請求に関する違法性の有無および本件不開示決定に係る違法性の有無について

同意能力のない子の診療情報開示請求については、原則として両親権者の同意が必要であることから、特段の事情がない限り、両親権者が共同行使するか、Xが単独で請求する場合には、他方親権者Dの同意を要するのが原則であり、Yの行為に違法性はない。

また、Cに係る個人情報に関しては、法定代理人が本人に代わって行使することができることとなるが、「上記の請求権の行使は、法定代理人固有の権限としてではなく、未成年者本人に代わってされるものであり、また、判決によって開示を命じる場合には、開示を命じる判決が確定することによって開示義務が形成されることになる」ため、開示を受けるためには、同判決手続における口頭弁論終結時に親権者である必要がある。XとDは、令和3年9月30日に離婚し、Cの親権者はDに指定されているため、原告の主張に理由はない。

## 判例の解説

### 一 はじめに

本件は、別居中の親権者が、治療に関する同意能力のない子の手術について、手術前の説明を受ける機会を与えられず、手術の適否につき判断する機会を失ったことについて、不法行為が成立するとした事案である。この他、本判決は、同意能力のない子の診療情報開示請求について、原則として両親権者の同意が必要であること、および、開示を命じる判決確定により開示義務が形成されるため、同判決手続における口頭弁論終結時に親

権者である必要があることを判示した<sup>1)</sup>。本稿では、まず親権者に子の治療行為への同意権がある理由および現行法の枠組を整理した上で、本判決の評価を行い、最後に改正後民法について述べる。なお、紙幅の都合上、診療情報開示については検討しない。

## 二 親権者に同意権がある理由

同意能力のない未成年者の治療について親権者に同意権がある理由とは、親が未成年者にとって最善の利益となる意思決定をなすことによって当該未成年者の保護を図ることをその職務とする者だからであるが（民法 820 条、821 条参照）<sup>2)</sup>、親権の行使が困難又は不相当であり、子の利益を害する場合に備え、法律上、親権停止審判申立等を通して、家庭裁判所の判断により親権者以外の者に医療への同意権を与える制度等が用意されている<sup>3)</sup>。

医療への同意権が親権に含まれるどのような権利義務に由来するかについては、「法定代理権説」や「身上監護権説」等の学説があるが<sup>4)</sup>、民法改正によりこの議論は必要なくなる可能性があること<sup>5)</sup>や本件では両親とも親権者であるため言及しない。

## 三 単独親権者のみの同意で足りる場合 ——現行法の枠組

婚姻中の父母は、共同して親権を行使するのが原則であり（民法 818 条 3 項本文）、子の治療に関する説明は双方に対して行われ、同意も双方から得るのが原則である<sup>6)</sup>。例外的に単独で親権を行使できる場合として、一方が「親権を行うことができないとき」があるが（民法 818 条 3 項但書）、これには、親権喪失（民法 834 条）や親権停止（834 条の 2）等の法律上の原因と、音信不通、長期不在、行方不明等の事実上の原因によるものが含まれる<sup>7)</sup>。この他、日常的な医療については、その時に監護している親に子の健康を保護する権利義務が委ねられていると推定されるため、その者の単独同意で足りるが<sup>8)</sup>、子の生命・身体に関わる重大な事態等の場合には、子のために熟慮し決定する親の機会確保、および一般的に多角的に検討し判断することが子の最善の利益になることから、共同行使に戻る。ただし、緊急時に親の意見が一致せず、子が必要な治療を適時に受けられないの

では、子の最善の利益に反することとなる。そこで、「子の最善の利益」と父母に平等に親権行使の機会を与えることを理念とする「共同親権の原則」とのバランスから、例外的に、治療の内容が子の最善の利益に明らかに合致し、かつ児童保護法制に則った手続をとる余裕がないような緊急の場合には、単独行使も可能であろう<sup>9)</sup>。改正民法はこの点に関する整理を行っているため、五にてその概要を示す。

## 四 本判決の評価

### 1 侵害された利益は何か

三で述べた通り、法律上の原因または事実上の原因により一方が親権を行使できない、あるいは、治療が子の最善の利益になることが明らかだが緊急性が高いといった特段の事情がない限り、両親権者が子の医療に関する説明を受け、両方が同意することとなる。しかし、本件はそのような例外に該当しないにもかかわらず、原告は、親権者として子の治療の適否について判断する機会を与えられず、同意を得る手続に参加できなかった。つまり、侵害利益は、親権行使の機会そのものであると考えられているが、この点は適切である。

なお、病院側は、原告と子との直接の面会交流を否定する別審判を理由の一つとして原告への説明等をしなかったようであるが、子の情報を知る等の間接的面会交流が否定されているわけではない。面会交流は、別居親が子と交流することであり、本件原告らのような離婚前・別居中でも民法 766 条の類推適用により家裁は面会交流に関する審判ができる（最決平 12・5・1 民集 54 卷 5 号 1607 頁）。しかし、当初「家裁に面会を禁止された」と報道され人々が想像しただろうことと同様に<sup>10)</sup>、医療者も、問題のある親なので子に対するリスクがあると考えた可能性がある<sup>11)</sup>。この点について、本判決は、本審判は直接の面会交流の実現が困難であるとするだけであって、親権の行使としての同意権を原告から剥奪して他方親権者に委ねたわけではないと判示しており、法的判断としては適切である。ただし、生命倫理の観点からは、事実関係を詳細に分析し、子の利益について実質的に判断すべきだという批判もある<sup>12)</sup>。

### 2 本判決が指摘する例外事由について

本判決は、「親権者の意向に対立があって、説

明を行ったとしても同意されないことが明白な状況にある」場合には、単独親権者に説明すらしなくてよいとするが、未成年者の福祉に適する代諾の義務という理由付けのみからこの結論を導くことはできないし、最初から医療側の判断に従わない親を排除しようとする姿勢には疑問を感じる。というのは、6歳児の父親が手術の要否に疑問を持ち、医師に詳細な説明を求めていたが、緊急性もなく手術不実施による生命への危険もなかったのに母親のみの同意に基づき手術を行ったことが違法とされた事案（横浜地判昭54・2・8判時941号81頁（しかも、手術のリスクについて理解していない無効な同意であった。））もあるように、医療者の判断が常に正しいとは限らないし、治療の有効性、侵襲度の高さ、副作用、術後合併症の危険性、子の生活の質等を比較衡量して判断せねばならない難しい事案の場合には、親権者が熟慮し判断することが子の最善の利益につながるからである。このように事案によって状況が異なる難しさがある中で、十分な法的根拠もなく医師に判断リスクを負わせるような一般的規準を不用意に立てるべきではない<sup>13)</sup>。

なお、本件は控訴後、高裁で和解がなされているため、この地裁判決は当事者に対する拘束力はないし、そもそも担当医が父親の同意も求めると約束した点につき検討すればすぐに結論が出た事案だろう。しかし、本判決を批判的に検討した結果、本件が事前の話し合いができていれば裁判には至らなかった可能性も含め、「子の最善の利益」を守るために、それぞれの事案に関するきめ細かい状況分析とそれに基づく対応、および法律と医療の専門家の協働の必要性がより明確になった。

## 五 改正後民法における単独親権行使

令和6年5月17日に、離婚後の共同親権制度を導入する民法改正が行われ（同月24日公布）、公布後2年以内に施行される予定である。この改正により、今まで曖昧にされてきた親権行使の方法についての規定（824条の2）が付け加わった。本条によれば、共同親権が原則だが、例外的に、以下の場合には、単独で子の医療への同意ができる。すなわち、①その一方のみが親権者であるとき（同条1項1号）、②他の一方が親権を行うことができないとき（同2号）<sup>14)</sup>、③子の利益のため急迫の事情があるとき（緊急の場合）（同3号）、

④日常的な医療（同条2項）、⑤父母間に協議が調わない場合であって、子の利益のため必要があると認めた医療について、家庭裁判所が、父又は母の請求により、父母の一方が単独で同意することができる旨を定めた場合（同条3項）である<sup>15)</sup>。⑤は本件のような事案に役立つだろう。このように指針が示されたが、例えば、緊急性の分類（どの程度の場合にはどの手続をとるか）等、一般法である民法では規定できない部分もあるため、「子の最善の利益」を守るために、法律家と医療関係者が知恵を出し合って、子の治療への同意に関する法的根拠のあるガイドラインを作成することが求められている<sup>16)</sup>。

### ●注

- 1) 親権者の同意がある場合に、非親権者が「親としての地位」に基づいて情報を得られる途も残しておく方がいい場合もあるだろうか（山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版、2020年）295～341頁）。
- 2) 永水裕子「医療ネグレクト」桃山20＝21号（2012年）342頁、公法上の視点も含めた分析として、山口・前掲注1）279～294頁。
- 3) 厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長「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」平成24年3月9日雇児総発0309第2号。
- 4) 神谷遊「判批」判タ1249号（2007年）59～60頁。
- 5) 改正後民法における子の医療に対する親の同意については別稿を予定している。
- 6) 双方が合意した同意を一方が代表して示す場合もありうる。
- 7) 遠藤浩ほか編『民法(8)親統〔第4版増補補訂版〕』（有斐閣、2004年）269～270頁。
- 8) 永水・前掲注2）349～350頁。
- 9) 廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題（上）」早大大学院法研論集60号（1991年）257頁、永水・前掲注2）349～350頁、田中通裕「判批」民商138巻1号（2008年）112頁および注8は、そのような場合を明確化すべきだとする。
- 10) 毎日新聞（地方版／滋賀）2022年11月17日21面。
- 11) 弥富耕平「判批」医事法39号（2024年）162頁。
- 12) 横野恵「判批」医事法39号（2024年）157～158頁。
- 13) 医療実務からの批判として、弥富・前掲注11）162～163頁。
- 14) 現行民法818条3項但書と同様。
- 15) 詳細については、青竹美佳「親権等に関する新たな規律」家判51号（2024年）11～13頁参照。
- 16) 『共同親権』子の治療への同意は」朝日新聞2024年4月3日朝刊18面。