

未成年者の治療決定権と 親の権利との関係

——アメリカにおける議論を素材として——

永 水 裕 子

目 次

- 一．はじめに——未成年者を一律に扱うことの問題点
- 二．未成年者の生命に関わる治療を拒否する権利
 - 1．成人の治療拒否権
 - 2．成熟した未成年者の治療同意権
 - (一) 成熟した未成年者の法理
 - (二) 判例
 - (三) 制定法
 - (四) 考察
 - 3．成熟した未成年者の治療拒否権
 - (一) 判例
 - (二) 学説
 - (三) 考察
 - (四) 親と成熟した未成年者の意見が不一致の場合の手続的問題
 - (五) 最近の制定法紹介——バージニア州の新たな取り組み
- 三．わが国における未成年者の医療への承諾能力に関する議論
 - 1．医療における同意原則
 - 2．インフォームド・コンセントの法理とその要件
 - 3．承諾能力
 - (一) 承諾能力の意義
 - (二) 行為能力との異同
 - (三) 意思能力との関係
 - (四) 医療における承諾能力
- 四．結びにかえて

キーワード：治療拒否，成熟した未成年者，親権，医療への同意

一. はじめに——未成年者を一律に扱うことの問題点

産業革命以前のアメリカにおいては、子どもは親に依存していることから、法的権利をもたない存在であると考えられており、子どもが単なる親の財産以上の存在であるという認識がなされるようになったのは、割合最近のことである。⁽¹⁾産業革命が始まると、近代化の影響から子どもを守るための児童労働法や義務教育法が制定されるようになり、子どもは保護の対象とされるようになったが、主体性が認められたわけではなく、コモン・ロー上、子どもは精神無能力者であり、無能力の推定が働くということについては変化がなかった。⁽²⁾しかし、20世紀の後半から、未成年者が法的に無能力であるという伝統的概念が変化してきている。⁽³⁾それは、次のような理由による。

確かに、幼い子どもには自分で決定を行う能力がなく、自分自身の面倒を見ることができないため、親または後見人が、子どものケア及び養育の責任を負う。しかし、青年 (adolescents) の場合には、必ずしもすべての青年に決定能力がないとはいえない。彼らは、徐々に成熟した決定をなしうようになるのであり、ときには愚かな決定をすることもあるだろうが、成年年齢に達していなくても成人と同等またはそれを超える判断能力を有する青年がいることも事実である。⁽⁴⁾それにもかかわらず、法は伝統的に成年年齢に達しない者を一律に未成年者のカテゴリーに入れ、成年年齢に達した瞬間に突然、成人の判断能力を具備するようになるという推定を行ってきたが、⁽⁵⁾このように成年年齢に達すると突然成熟性を有し、判断能力を具備するようになるという考え方は、現実とは懸け離れているからである。⁽⁶⁾

連邦最高裁は、未成年者にもデュー・プロセス、言論の自由、プライバシー権を認めてきたし、州の立法府も、後述の通り、例えば医療に同意することができる年齢を引き下げる法律を制定してきた。⁽⁷⁾しかし、裁判所も立法府も、青年にどの権利を何故与えるのか、ある権利に関して一定の年

齢で区切った場合に、その年齢が何故適切であるのかについて一貫して⁽⁸⁾いない。これについては、未成年者の成熟性はそれぞれ異なり判断が困難なことから、一定年齢で区切るのはやむをえないが、年齢による区別は、一定年齢以下の者の能力の欠如または保護の必要性に基づいてなされなければ違憲の可能性があるという学説がある⁽⁹⁾。これは、子どもの成熟性及び判断能力をできる限り制定法に反映させようとする考え方である。連邦最高裁は、Danforth 事件において「憲法上の権利は、州が規定した成年年齢に達したときにのみ、魔法のように成熟し、現れるものではない。大人と同様に未成年者も憲法により保護され、憲法上の権利を有するのである」という判示を行ない、一歩進んだ考え方を示している⁽¹⁰⁾。連邦最高裁の考え方は、個々の未成年者によって判断能力も成熟性も異なることを認識している点で優れているが、制定法で一定年齢による区別をすることにはなじまないと考えられる。それは、制定法で定めた一定年齢に達していても判断能力のない未成年者もいれば、一定年齢に達していなくても判断能力のある未成年者もいるからである。実際には、例えば、人工妊娠中絶等の場面においては、制定法で定める年齢に達していない未成年者の場合でも、個々のケースにおいて、当該未成年者の判断能力や成熟性を裁判所等が認定し、親の同意なしに中絶することも行われているが、成熟性の基準がないことから、判断を行う裁判所の恣意的な決定が行われるという危険性がある⁽¹¹⁾というのが、この考え方の弱点である。

このように、未成年者といっても、個人によって判断能力も成熟性も異なるということが認識されているが、これが未成年者の医療に対する決定の場面にどのように反映されているだろうか。アメリカにおいては、州が規定した成年年齢（医療に関する同意について特別の制定法がある場合には、その制定法が規定した成年年齢）に達していない未成年者には、医療に対して単独で同意することができないという推定が働いている⁽¹²⁾。なぜかといえば、この分野では、生命に関わる複雑で重要な選択が問題となっているが、そのような複雑で重要な選択をなしうるほどの認識力、理解力、経験、成熟性を未成年者はもっていないという概念があるからである。さ⁽¹³⁾

らに、親は子どもの医師と話し合いを行ない、子どもの最善の利益になった治療を選択するだろうという推定が働いているからである。⁽¹⁴⁾

子どもには生命に関わるような重要な決定をするのに必要な判断能力や成熟性がないという推定は、親の子どものために決定する権限の前提となっているが、子どもに判断能力がない場合に、当該子どもの医療について決定するのが、必然的に親でなければならないというわけではない。医師であっても、あるいは州が決定してもよいはずである。しかし、親にこのような権限を与えたのには、理由がある。すなわち、アメリカの歴史と伝統には、親が子どもに対する実質的な権限を有するということが根付いていること、⁽¹⁶⁾親の役割が保護に値することが一般に認められていることから、連邦最高裁も、子どもを養育、教育する親の権利を憲法上保護していること（そして、これは、家族の一体性（family integrity）に価値をおき、不当な州の介入を制限することにつながる。⁽¹⁷⁾）、親子間には、「歴史的に自然な愛情の絆があるので、親は子どもの最善の利益に従って行動することが認識される」こと（これは、子どもを保護するという要請から大変重要である。⁽¹⁸⁾）である。

しかし、親が子どものために決定する権限の前提となっている、子どもには生命に関わるような重要な決定をするのに必要な判断能力や成熟性がないという推定が覆される場合、すなわち、後述のような成熟した未成年者の法理が該当する場合には、子どもが単独で医療について決定することができそうである。このように、子どもが成熟した未成年者であると認定された場合に、子どもが単独で医療について決定できるとすれば、親が子どもを養育するために有する権限との抵触が起こらないだろうか、また、親が子どもを保護するという要請は、この場合にはまったく働かないと考えてもよいのだろうか。このように、子どもに医療に関する決定権を与えるとすると、それまで維持されてきた、親は、子どもの最善の利益を図るために子どもを保護するという構図に⁽¹⁹⁾変化が生じてくる。

確かに、成熟した未成年者であるか否かを判断し、その結果によって、成熟した未成年者の場合には、決定権を与え、そうでない場合には、親の

同意を必要とするという分け方をする方が、論理的であるともいえる。なぜなら、成熟した未成年者には、当該医療について決定するにふさわしい判断能力と成熟性があるとされているのだから、判断能力のある者には自己決定権があることの論理的帰結として、そのような未成年者の自己決定権も尊重されるべきであろう。⁽²⁰⁾しかし、医療といっても、例えば、通常行なわれる傷の手当や風邪薬の処方から、外科手術（その中にも、簡単なものと重大なものがある。）、その是非をめぐる倫理的な争いがある人工妊娠中絶、⁽²¹⁾生命に直接関わる生命維持治療等、その性質は様々であるし、当該医療について同意するのか、あるいは拒否するのかという違いもある。とりわけ、輸血をすれば治療あるいは割合長く生きることができるのにもかかわらず、宗教上の理由で輸血を拒否する未成年者が、成熟した未成年者であるという認定を受けた場合を考えると、判断能力のある者（ここでいう判断能力ある者とは、「判断能力のある成人」を意味する。）には自己決定権があることの論理的帰結として、「判断能力のある未成年者」の自己決定権も尊重されるべきだろうか、「判断能力のある成人」と「判断能力のある未成年者」とでは、異なる取り扱いをすべきではないだろうかという疑問がわいてくる。

このように、判断能力ある未成年者の決定を制約できる根拠は、親が子どもを養育するために有する権限だろうか、あるいは、子どもを保護するという親の役割にあるのだろうか。そうではなく、判断能力ある成人が、自分に対する治療を拒否する場合に対抗する利益としてあげられる州の四つの利益、すなわち、生命保持、自殺の防止、無辜の第三者の保護、医療従事者の倫理的統合性による制約⁽²²⁾を受けるだけなのだろうか。その場合に、判断能力ある成人と判断能力ある未成年者とでは、州の利益を衡量する際に異なった取り扱いがなされるのだろうか。

本稿では、このような問題関心から、成熟した未成年者による治療拒否が問題となったアメリカの判例および学説を紹介・分析することにより、「判断能力ある成人」と「判断能力ある未成年者」とでは、異なる取り扱いをすべきか、そうだとするならば、異なる取り扱いをすべき根拠は何か

という問題について検討するが、その前提として、成人の治療拒否権が認められる根拠、成熟した未成年者の法理について検討し、成熟した未成年者にも治療拒否権を認めるべきか、そして、その際に親の権利等のこれを制約する利益との調整をどうすべきかについて考察し、この問題についてあまり議論のなされていないわが国における未成年者の医療への承諾に関する問題への示唆を得たいと考えている。

二．未成年者の生命に関わる治療を拒否する権利

1．成人の治療拒否権

アメリカでは、成人患者の治療拒否権が、コモン・ロー上あるいは州憲法上認められてきた。⁽²³⁾ 1990年の Cruzan 事件において、連邦最高裁は、合衆国憲法第14修正から導き出されるリバティー・インタレストに基づく患者の治療拒否権を認めたと考えられている。すなわち、連邦最高裁は、「判断能力のある人間には望まない治療を拒否するという憲法上保護されたリバティー・インタレストがあるという原理は、先例により推論されるであろう」と判示している。⁽²⁴⁾

判断能力ある成人の治療拒否権は、1980年代後半に至るまでは、例えば、妊婦や小さな子どものいる親の場合には治療拒否権が否定される等、重要な権利として認識されていたとは言い難い部分もあった。⁽²⁵⁾ 例えば、妊婦の治療拒否権について見てみると、1964年のニュー・ジャージー州最高裁判決は、⁽²⁶⁾ 妊娠32週目の妊婦に激しい出血があり、輸血をしなければ妊婦も胎児も死ぬ可能性があったという事例（妊婦は病院の反対を押し切って退院している。）において、輸血命令が出される可能性がある」と判示した。この判例については、「本件も……成人についての固有の判断を明確にすることなく、胎内の子の保護を前面におし出しそれと不可分のものとして、⁽²⁷⁾ 成人の輸血への介入を肯定した」と評価されている。しかし、最近では、少しずつ状況が変化しつつある。1990年代に入ると、妊娠25週の妊婦（骨ガン患者）に帝王切開をして分娩をさせなければ胎児の生存可能性がほと

んどないと主治医が判断したものの、妊婦がこれを拒否したため、事実審が帝王切開をすることを医師に許可した事件において、コロンビア特別区の最高裁判所は、「判断能力のある女性が自分の医療について決定する権利は、胎児の生命を保持することによる州のどのような利益よりも勝っている」と判示し、下級審が誤っていることを明らかにした。このアプローチは、この判例以降規範となり、現在では、裁判所は、胎児の潜在的生命を保護するためであっても、原則として、妊婦の治療に関する決定を覆さないと⁽²⁸⁾言われている。⁽²⁹⁾

このように判断能力のある成人が自分の医療について決定する権利を重要なものとして尊重する傾向は、判断能力のある患者に小さな子どもがいる場合にも当てはまる。例えば、エホバの証人である患者が、輸血をしなければ生命が脅かされる場合に輸血を拒否するケースについて見てみると、初期の判例では、輸血を拒否することにより子どもを養育するという責任を放棄することは遺棄にあたり許されないという判断がなされていたが⁽³⁰⁾、1990年代から、理由付けは異なるものの（ある裁判所は、コモン・ロー、制定法、あるいは憲法上の権利を理由とした患者の治療拒否権が重要な権利であることを理由とし⁽³¹⁾、またある裁判所は、子どもを養育する人が他に⁽³²⁾いる場合等には遺棄にはあたらないことを理由とする。）、裁判所は判断能力ある成人患者の治療拒否権をほぼすべてのケースにおいて認めている。⁽³³⁾

以上述べたように、判断能力ある成人患者の治療拒否権は尊重されているが、判断能力ある者がその身体に関する決定をする根拠は、コモン・ロー上のインフォームド・コンセント（以下、ICとする。）および身体⁽³⁴⁾の不可侵性（bodily integrity）と、憲法上のプライバシー権である。では、これを未成年者にも拡大しうるか。医療に対する成人の権利を未成年者にも拡大することができる場合としては、選挙年齢の引き下げのように、成人の場合と同じ権利を未成年者にも与える場合と、未成年者の特別な性格を考慮し、それにあわせて修正される場合があるが、ほとんどが後者である。⁽³⁵⁾

未成年者の医療に関して、親の同意を必要とする一般原則に対して、

「成熟した未成年者」の場合には、その者の同意のみで治療が許されるとする例外は、コモン・ローの下で発展を遂げてきたが⁽³⁶⁾、この法理の下、治療に同意または治療を拒否できる程度成熟していると考えられる未成年者には、上記のような修正なく治療同意権が認められるだろうか。以下において、判例と制定法を検討することにより、成熟した未成年者の治療同意（権）とその根拠について述べる。

2. 成熟した未成年者の治療同意権

（一）成熟した未成年者の法理（mature minor doctrine⁽³⁷⁾）

「成熟した未成年者の法理」とは、未成年者が医師により提案された治療法の性質や目的等について理解している場合には、その未成年者は当該医療について同意することができるという法理である⁽³⁸⁾。この法理は、未成年者自身に医療に対する決定権を与えており、未成年者に自己決定権を与えたようにもみえるが、それは本当であろうか⁽³⁹⁾。以下、判例及び制定法を見ていく。なお、判例の中には、その当時の成年年齢が21歳であったことから、18才以上の者も未成年者として扱われているものもあることに注意が必要である。

（二）判例

医療に対する有効な同意が得られたか否かについて、未成年者の判断能力が決め手となった最初の判例が、*Bakker v. Welsh* 判決であるが⁽⁴⁰⁾、この事件では、17歳の少年が左耳の腫瘍が再発したため、60歳の叔母と二人の成人した姉らとともに医師の説明を受け手術を受けることにしたが、手術前になされた麻酔のため少年が死亡した。そこで、このことについて知らなかった父親が、未成年者である子どもに対し手術を行う場合には、医師は父親に知らせその同意を得なければならないと主張したが、ミシガン州最高裁判決は、少年の成熟性（成人といっていいほど成長していること、および腫瘍を長年有していること）と父親の推定的同意（黙示の同意）（父親が同意を拒否するだろうという証拠がないこと）を根拠として被告

である医師には法的責任がないとした原審判決を肯認した。これに対して、この判決を引用した *Zoski v. Gaines* 判決では、親の同意を得ずに9歳半の子どもの扁桃腺およびアデノイド腺摘出をしたところ、少年が頭蓋内出血を起こし失明したという事例において、親は繰り返し、少年の扁桃腺摘出を望まないと言っていたことから、親の黙示の同意は得られておらず、年齢もかなり低いため、成熟性の点でも異なると判示された⁽⁴²⁾。また、自分の治療への同意ではなく、自分はまったくの健康体であるが、いここに皮膚移植するためのドナーとなった15歳の少年には、このような利他的な医療について自分自身で同意することができたかどうかの問題となった *Bonner v. Moran* 判決は、これまでの裁判例が、原則として親の同意が必要であるが、例外として成年年齢に近い場合には、子どもの同意により外科医の行為は正当化されると判示してきていることを認めつつも、それらのケースは「提案された手術が、子どもの利益となるか否か及び子どもの生命・健康を守る目的でなされるのか否か」を考慮しており、本件の手術は、完全に他者の利益のために行われたものであるから、これらのケースの射程範囲ではないとする。そして、本件外科手術は、他者の利益のために行われただけでなく、手術の複雑さを考えれば、「ドナーが何を与えようとしているのかを正確に理解するためには、成熟した精神が必要」であることから、「親の同意が必要であると（陪審に）説示すべきであった」として差戻しがなされた。

18歳の少女（未成年者）が親の同意を得ずに整形手術を行うことができるかが問題となった *Lacey v. Laird* 判決では、⁽⁴⁴⁾「18歳の少女に対して、彼女の同意を得た上で外科手術を行うことは、たとえそのような少女の親または後見人の同意が得られていないとしても、通常、損害賠償を受けることのできる不法な身体的接触（assault and battery）にはならない」と判示する裁判官が4名おり多数意見を形成したが、この点について反対する Hart 裁判官の同意意見が、子どもの医療について親に同意権限を与える根拠として引用されることがあるため、ここでも紹介する。原則として、未成年者の医療について親の同意が必要なのは、「未成年者の同意能力」

が問題となるのではなく、親の権利に基づいている。すなわち、「子どもの扶養責任が、外科医の行った手術により生じた望ましくない結果により大きく増大する可能性がある」ということである。「法は、未成年子に対する親の利益と責任がそれに見合う監督とコントロールの対象となるという点で一致している。そして、親はそのような子どもの養育と訓練に対する責任を有し、子どもの扶養について法的責任を有することから、他人がそのような関係に介入したり、子どもの身体的福祉に関わる事項に介入したりすることは許されない。」また、17歳の少女の指先の怪我に対する手術が問題となったが、親の同意を得ることが實際上不可能であったことと、手術が割合簡単に出来る性質のものであったこと等から、成熟した未成年者の法理が援用された *Younts v. St. Francis Hospital & School of Nursing, Inc.* 判決⁽⁴⁵⁾では、子どもが十分理解した上で同意している場合には、親の同意は必要でないとする判例も多く、そのような判例において、未成年者の同意で十分であるか否かは、外科的手術の性質、手術に伴う危険及びその状況の下で望ましい結果を達成する可能性について理解し、把握する能力の有無によって決まると述べる。そして、前述の *Bonner v. Moran* 判決を引用しつつ、例外的に子どもへの外科的手術に親の同意が必要でない場合として「(1)緊急事態のとき、(2)子どもが親から解放されている場合、(3)親が遠くにいるため、同意を得ようとすれば適切な結果を得ることが時間的に不可能な場合、(4)子どもが成年年齢に近く、理解した上でインフォームド・コンセントを与えていること」を挙げ、本件の子どもは、「事故により必要となった、利益となる外科的処置の性質と結果を理解し、その理解に基づき、同意できるほど成熟していた」と判示した。最後に、未成年者を治療する前に医師は親の同意を得なければならないというコモン・ロー原則の例外として、成熟した未成年者の法理をテネシー州が採用すべきか否かというテネシー州で初めての問題について、これを認めるとする *Cardwell v. Bechtol* 判決⁽⁴⁶⁾では、「未成年者が、それぞれ異なる程度の成熟性と責任（能力）を達成するという認識は、一世紀以上もの間、コモン・ローの一部である」こと、コモン・ローで認められてきたルール・オブ・

セブンズ (Rule of Sevens)⁽⁴⁷⁾ が不法行為にも適用されてきたこと、テネシー州の制定法も、14歳以上の未成年者の責任及び成熟性の程度が個人により異なることを認識していることについて述べた後、成熟した未成年者の例外の採用は、親の同意なしに未成年者を治療する一般的許可を意味するものではなく、その適用は、それぞれのケースの事実に依拠しているとする。その上で、前述の Younts 判決および Lacey v. Laird 判決を引用し、成熟した未成年者の法理が認められるための基準について以下のように述べる。「医療に対して同意する法的能力が未成年者にあるか否かは、事件当時における未成年者の行為や振舞いだけでなく、年齢、能力、経験、教育、訓練及び当該未成年者の成熟性や判断力の程度により決まる。さらに考慮されるべき事項としては、状況全体、治療の性質、その危険や起こりうる結果、及び危険と起こりうる結果について把握する未成年者の能力がある。」

(三) 制定法

成熟した未成年者に関する制定法上の規定は、一般の成年年齢より引き下げられた一定の年齢で線引きを行なおうとする規定と、個々の事例に応じて個別的に判断しようとする規定とに分かれる。

前者の代表として、カンザス州は、「法律の他の規定にかかわらず、親または後見人とすぐに連絡が取れない場合、16歳以上の未成年者はすべて、病院における治療や処置、または医学的、外科的治療や処置の実施、供与に対して同意を与えることができる。そして、その同意は未成年者であることを理由とした取り消しの対象にはならない。提案された病院での治療や処置、または医学的、外科的治療や処置を許可するために、そのような未成年者の親または後見人の同意は、必要とはならない⁽⁴⁸⁾。」と規定する。また、サウス・カロライナ州は、より限定的な権限しか与えていないものだが、16歳以上の者は、手術以外の医療サービスに同意でき、手術についても、「手術を行う医師及び可能であればその諮問医の意見により、そのような手術が子どもの健康や生命に不可欠である場合にのみ、……その他

の者の同意は必要ではない。⁽⁴⁹⁾」という規定がある。⁽⁵⁰⁾

後者、すなわち、個々の事例に応じて個別的に判断しようとする規定としては、アーカンソー州、ニュー・メキシコ州の規定があるが、アーカンソー州には、「……以下の者のうち誰でも、口頭またはその他の方法で、免許ある医師により提案、推薦、処方、または指示されている、法律によって禁止されていないあらゆる外科的または医学的治療や処置に同意することができる⁽⁵¹⁾」という規定があり、同意することができる者として、以下の者が列挙されている。すなわち、「(4)年齢や婚姻の有無にかかわらず、妊娠や出産に関することについては、すべての女性。ただし、自然的方法によらない妊娠の中止については、この限りでない。」という規定と、「(7)提案された外科的または医学的治療や処置の結果について理解し、評価しうる程度の十分な知性を有する、解放されていない未成年者が、彼ら自身のために」同意できるとする規定が置かれており、本人以外の同意は要求されていない。ニュー・メキシコ州においては、解放されていない未成年者の医療に関する決定として、生命維持治療の差し控えや中止に関する規定も存在する。すなわち、「C. ……解放されていない未成年者に、自らの医学的症状の性質、治療の危険性と利益、生命維持治療の差し控え・中止についての熟慮した決定について理解する十分な能力があれば、彼らには生命維持治療の差し控え・中止を行う権限がある。」「D.C 項の目的において、解放されていない未成年者の精神的、情緒的能力の決定は、二人の資格ある医プロフェッショナルにより行われなければならない。そのうちの一人は、解放されていない未成年者の主治医であり、もう一人は、その未成年者と同じ位の年齢の未成年者を通常治療している医師であるべきである。未成年者が精神病や発達障害のため能力を欠いている場合には、機能障害の評価を補助する訓練と専門知識をもっている医師が、もう一人の医プロフェッショナルとならなければならない⁽⁵³⁾。』

一定の年齢で線引きする制定法については、その年齢未満の子どもについては同意する権限が認められないのかという批判がなされ、個々の事例について個別的に判断しようとする制定法に対しては、コモン・ローを法

典化したにすぎず、患者にどの程度の理解力があればいいのかを決定する指針にはなっていないという批判もなされている。⁽⁵⁴⁾

この他に、未成年者の病状や病気の種類に基づき、未成年者に医療についての同意権を与える制定法もある。これらの制定法は、妊娠に関する処置⁽⁵⁵⁾、性病⁽⁵⁶⁾、アルコール、薬物中毒等⁽⁵⁷⁾、多岐にわたるが、その趣旨は、一定の医療について未成年者に決定する権利を認めようとするものではなく、親の同意を得なければならないとすると未成年者が治療をせず、病状が悪化するのではないかという懸念、すなわち、未成年者の健康や福祉を保護する要請及び未成年者が治療をしないことにより共同体が被るであろう危険を避けること（例えば、性病の未成年者が治療を受けずにいる間に行なった性交により、性病が共同体の他の人々に感染し、それが拡大する怖れがあるが、これを回避すること。）にある⁽⁵⁸⁾。また、セックスや麻薬問題等の特定分野に関して、未成年者の同意年齢を下げたり、なくしたりする法律を州が作ったのは、多くのケースにおいて家族の伝統的な意思決定プロセスが壊れたか、非効果的であると判断したからではないかと言われている⁽⁵⁹⁾。

(四) 考察

コモン・ローによる成熟した未成年者の法理は、未成年者の成熟性と能力について医師または裁判所が主観的に決定することを広く認めるが、「①治療が第三者のためではなく、未成年者自身の利益のために行われた場合、②当該未成年者は成人に近く（または少なくとも15歳以上であること）、提案された医学的処置の性質及び重要性について完全に理解するだけの十分な精神能力を有していると考えられる場合、③当該医学的処置が、『大きな』あるいは『深刻な』性質ではなく、それ以下であると裁判所により認定される場合⁽⁶⁰⁾」に成熟した未成年者の法理が援用されるという一定の目安があるものの、主観的決定を許すことによる不安定さは否めない⁽⁶¹⁾。これに対して、立法によるアプローチは、医師に対してより確実性を与える点で利点があるといわれているが⁽⁶²⁾、前述のような批判がなされており、

個別的に判断しようとする制定法については、コモン・ローによるアプローチと同様の不安定さがあるといえよう。

しかし、いずれにせよ、成熟した未成年者の法理は、未成年者の自律を尊重するという理想を持っているにもかかわらず、自己決定権を概念化したものというよりは、むしろ司法府や立法府によるプラグマティズム（未成年者の最善の利益の保護と社会の保護）⁽⁶³⁾とに根ざしているように思われる。

Wadlington は、成熟した未成年者の法理が家族に対して与える影響について次のように述べる。「おそらく、未成年者に対して時宜に即した効果的な医療を確保するというゴールとバランスをとらなければならない最も重要な政策利益とは、裁量権を親から子ども（非常に若い子どもの場合もある）へ移すことが、機能する存在としての家族に対して与える影響である。⁽⁶⁴⁾」

残っている問題としては、以下のものが挙げられる。第一に、前述の Wadlington の指摘とも関連するが、未成年者に同意権限があるとしても、未成年者の同意に加えて親の同意あるいは承諾（assent）が必要な場合がないかである。この点に関しては、成熟した未成年者に、自分の医療に対する同意権限を与えるという成熟した未成年者の法理からは、未成年者の同意の他に親の同意は必要ない⁽⁶⁵⁾と考えるのが、論理的である。アラバマ州、サウス・カロライナ州やアーカンソー州の規定は、このような考え方を基礎としている。しかし、その立場を常に維持できるのか、親が子どものことについて決定する権利との調整が問題となる。この問題は、未成年者が自分自身のためになる医療に同意する場合には表面化しないが、例えば、未成年者が輸血を拒否する場合等において、子どもを保護する親の権利、あるいは子どもについて決定するという親の権利が、自らの医療について単独で決定できるであろう未成年者の権利、あるいは権限に対する何らかの制約とならないかが問題となる。また、考え方の道筋は異なるが、未成年者の権利は、成人の場合よりも強い州の利益による制約に服するのではないか、という疑問もある。

第二に、今日の制定法の下においても、医師による主観的評価が必要になるが、個々のケースによって異なる評価がなされることは仕方がないとしても、類似のケースにおいて異なる評価が下されるおそれがある。あるいは、評価を誤れば、法的責任を問われる可能性があるのに、客観的基準がないとすれば、法的安定性を欠いており、不当に医師を混乱させるといえよう。⁽⁶⁶⁾このような問題については、判例を分析することにより、一定の考慮すべき要素や基準を導き出して、医師に対して予測可能性を与えていく他ないだろう。そして、前述のような一定の分析及び要素抽出や、Cardwell v. Bechtol 事件で示された規範は、ある程度、医師に対して予測可能性を与えているものであると考える。

アメリカ小児科学会は、制定法及び判例法が医師らに予測可能性を与えていないとして、未成年者の治療をしている医師のためにガイドラインを作成した。⁽⁶⁷⁾子どもを①意思決定能力を欠く子、②能力が発展途上にある子、③医療に関する意思決定をする能力を有する子の三つに分類し、①については、虐待、ネグレクトに該当しない限り、親に十分に情報を与えた上で、親から治療の許可 (informed permission) を得なければならない。②については、親の許可だけでなく、子の承諾 (assent) が必要であり、多くのケースで、子の反対は拘束的であるべきで、親子間の意見不一致のとき、医師は第三者の仲裁・調停を求めるべきであるとする。生命にかかわる場合には、子の反対を覆すことができるが、治療するよう説得して同意を得る努力をすべきであるとされる。③については、親の許可は必要なく、子どものインフォームド・コンセントを得ればよい。ただ、適切であると考えられる場合には、親の関与が奨励されるとされる。

このガイドラインについては、どのような基準でこれら3つに区別するのかの指針や定義がないということや、このようにケース・バイ・ケースで考えると、医師の裁量により取り扱いが代わってくるという批判や、親子間に意思決定の不一致があるとき、どのように解決しようとしているのか不明確である等の懸念が示されているが、⁽⁶⁸⁾医療現場にいる医師に対してある程度の子予測可能性を与えている点は評価しうる。

以下では、前述の第一の問題点である、未成年者が治療拒否権を行使する場合に、親が子どものことについて決定する権利とどのように調整していくかを中心に、判例・学説を検討していく。

3. 成熟した未成年者の治療拒否権

(一) 判例

まず、成熟した未成年者に輸血拒否権を認める可能性を示した判例（第1例から第3例）と認めなかった判例（第4例から第7例）を紹介する。

【第1例】*In re D. P.*, No. 91950, slip op. (Santa Clara County) (Juv. Ct. July 3, 1986)⁽⁶⁹⁾

本件は未公表だが、第2例として紹介する E. G. 事件の前に出された、この問題についてのただ一つの裁判例であり⁽⁷⁰⁾、14歳という年齢の低い未成年者の輸血拒否権を認めていることから紹介する。少女はこの後に亡くなったが、輸血をしても助かったかどうか分からない状態であったという。本件の裁判所は、少女の意思に反して病院に留めておくことができないことから、輸血を命令しなかったとも言われている⁽⁷¹⁾。

<事実の概要>

1986年に、スタンフォード子ども病院の医師らが、珍しい小児ガンである横紋筋肉腫の第4ステージにある14歳の少女に輸血をすること求め、裁判所に申し立てた。彼女は、輸血をしなければ死ぬことを理解していたが、輸血をレイプと同じような身体の侵襲であると考えていることを裁判官に話した。彼女はまた、裁判官が彼女に不利な判決を下したとしても、病院を出て行くだろうと語った。

<判決要旨>——未公表

サンタ・クララ・カウンティのエドワーズ裁判官は、スタンフォード子ども病院の申立を却下し、14ページにわたる判決文の中で、少女の「知性、落ち着き、尊厳、力強さ」に「大変感動した」と述べた。彼は、「彼女は、直面している難しい任務に明らかに集中していたようであった。彼女は、すべてのカウンセリング・セッションに参加し、治療計画に賛成し、

人間としてこの医療における挑戦に直面するかについて一貫した哲学を展開した。そして、彼女は裁判所に『私の決定を尊重してください』という痛烈な要求を突きつけた。」と述べた。エドワーズ裁判官は、未成年者が治療について決定する能力を有しているかを判断することは簡単ではなく、若者の成熟性と知性を探索し、治療が彼らの最善の利益になるかを決定する必要があると述べている。

【第2例】*In re E. G.*, 549 N. E. 2d 322 (Ill. 1989)

筆者は本件について以前にも紹介したことがあるが、成熟した未成年者の輸血拒否権を認めたリーディング・ケースであるにもかかわらず、紙幅の関係上、詳述できなかった。だが、一つ一つの細かい事実により、異なった結論が導かれることがあることから、事実関係を大切なものであると考え、本稿ではより詳細に紹介する。

＜事実の概要＞

1987年2月、E. G. は、白血球細胞の悪性病である急性非リンパ性白血病であると診断された。彼女と彼女の母親は、治療に輸血を使うかもしれないことを知らされたとき、宗教的信念を根拠にして医療に同意することを拒否した。エホバの証人として、E. G. も母親も、彼らの宗教の血液「摂取」禁止を遵守することを望んだ。母親は、その他の治療について同意を与え、輸血を行わなかったことについての法的責任から医療従事者を免責する権利放棄書に署名した。

E. G. 及び母親が輸血に同意しなかったため、州は少年裁判所にネグレクトの申立てを行った。1987年2月25日に最初の審理が行われ、医師(Dr. Yachnin)は、E. G. には酸素を運ぶ機能が通常の5分の1から6分の1しかなく、そのため過度に疲れやすく、支離滅裂なことを考える、と証言した。彼は、輸血しなければ彼女が1ヶ月以内に死ぬ可能性がある、と証言した。彼は、化学療法と共に輸血を行えば、この病気の人の約80%が寛解状態になること、治療を続ければ、薬と輸血をもっと必要とすること、彼女と同じ状態の患者の生存率が20-25%であることから、長期の予後は

楽観視できないことを証言した。

医師は、治療方法につき E. G. と話し合ったこと、彼女には治療に同意または拒否した場合の結果について理解する能力があること、彼女の成熟性と信仰の真摯さに感銘を受けたことを証言した。この審理の結果、事実審裁判官は、病院の弁護士を暫定的後見人に選任し、E. G. のために輸血を行う同意権限を与えた。

1987年4月8日、この問題について更なる審理が行われた。輸血が行われたため、E. G. は証言台に立てるほど強くなっていた。彼女は、輸血を拒否するという決定は彼女自身のものであり、彼女の病気の性質と彼女の決定がもたらす結果について十分理解していると証言した。また、彼女の決定は死にたいという願望に基づくものではなく、宗教的信念に基づくものであると証言した。更に、輸血を行うという知らせを受けたとき、鎮静剤を打ってほしいと頼んだこと、裁判所の決定は彼女を混乱させ、「私の望みや信念がすべて無視されたみたいだった」と証言している。

他の何人かの証人も、彼女の成熟性と宗教的信念を褒め称えた。未成年者の成熟性と能力を評価する専門知識をもつ精神分析医 (Dr. Littner) は、E. G. 及び家族とのインタビューの結果、E. G. は18歳から21歳のレベルの成熟性を持っていると証言した。彼は、E. G. には、それが死をもたらすものであったとしても、輸血を拒否する十分な情報に基づいた決定 (informed decision) をなしうる能力があったと結論付けた。

1987年5月18日、事実審は E. G. が医療上のネグレクトを受けていると認定し、医療に同意するための後見人を選任した。裁判所は、これが E. G. の最善の利益であると考えた。しかし、裁判所は、E. G. は「成熟した17歳である」と述べ、彼女が独立して決定を行い、彼女は「治療しなければ死が確実であることを十分認識していた」と述べた。裁判所は E. G. の成熟性と彼女及びその家族の宗教を考慮し、E. G. の希望に大きなウエイトを置いたと述べた。それにもかかわらず、裁判所は治療を拒否する E. G. とその母親の利益よりも州の利益の方が大きいと考えたのである。裁判所は、E. G. に上訴することを勧めた。

控訴審である中間上訴裁判所⁽⁷³⁾では、治療を拒否する E. G. の権利に関する事実審裁判所の命令は一部破棄、一部修正された。中間上訴裁判所では、Brooks 事件で州最高裁が成人のエホバの証人信者には輸血を拒否する第一修正⁽⁷⁴⁾に基づく権利があると判示したことについて言及し、これを成熟した未成年者にも拡大した。この拡大は、連邦最高裁が、憲法上のプライバシー権を行使することにより、親の同意なく人工妊娠中絶に同意することを成熟した未成年者に認めたことに基づいている。連邦最高裁が、未成年者のこの憲法上の権利を人工妊娠中絶のケース以外には認めていないものの、中間上訴裁判所は、そのような拡大は「回避できない」ものであると判示した。イリノイ州の成熟した未成年者解放法 (Emancipation of Mature Minors Act) に基づき、成熟した未成年者は、治療を拒否する憲法上の権利を行使しうると判示した。

中間上訴裁判所では、E. G. が審理のとき18歳に6ヶ月足りないだけであること、事実審が彼女を成熟していると信じていることに言及し、E. G. が部分的に解放された未成年者であり、治療を拒否する権利を有していると宣言した。しかし、裁判所は母親に対するネグレクトの認定を維持した。最高裁は規則に基づく州の上訴許可を認めた。本件の論点は以下のようなものである。(Ⅰ) E. G. が1987年11月25日に18歳になったことから、この上訴がムートであるか。(Ⅱ) 未成年者には医療を拒否する権利があるのか、もしそうだとすれば、どのようにしてこの権利を行使しうるか、(Ⅲ) 事実審の母親に対するネグレクト認定が維持されるべきか、である。

<判決要旨>

(Ⅰ) ムートについて

本件は、ムートであるが、重要な公共の利益に関する問題を示しており、ムートネスの原理の例外として実体判断を行う、とされた。

(Ⅱ) E. G. には医療を拒否する権利があるのか。

「この上訴により提示された最大の問題は、E. G. のような未成年者に医療を拒否する権利があるかである。イリノイ州では、それが生命維持に

かかわる場合でも成人には医療を拒否するコモン・ロー上の権利がある⁽⁷⁵⁾。最高裁はまた、成人は、宗教的根拠に基づき、第一修正を行使して生命救済のための輸血を拒否しようとした。しかし、両親の反対があっても、幼年者には強制的に輸血を受けさせることができる⁽⁷⁶⁾。本件の E. G. は未成年者であったが、あと数ヶ月で成人になり、年齢の割には成熟していることが記録上明らかである。イリノイ州における成年年齢は18歳であるが、これは通常成人が行使しうる権利を持ち、行使することを未成年者には許さないという絶対的な障壁ではない。特別の場合には未成年者を成人として扱うという例外は、イリノイだけでなく、他の州にもたくさんある。

このように、年齢が絶対的な障壁にはならないとした上で、それをさらに補強する意味もこめて、次に、憲法とコモン・ローについての言及がなされている。

(憲法について)

「未成年者が成人として取り扱われるもう一つの分野として、人工妊娠中絶を行う憲法上の権利を含め、憲法がある。連邦最高裁は、未成年者に、親の同意なく中絶を受けることを許す成熟した未成年者の原理を採用してきた。中絶の場面において、連邦最高裁は、『憲法上の権利は、ある人が州の定めた成年年齢に達する時にのみ、魔法のように成熟し、姿を現すわけではない。大人同様未成年者も、憲法による保護を受け、憲法上の権利を有する。』としてきた。

さらに、子どもは、プライバシー権、表現の自由、不当な搜索・押収からの自由、手続的デュー・プロセスを含むその他の憲法上の保護を享受している。それにもかかわらず、最高裁は大人にも未成年者にも、憲法を基礎とした医療を拒否する権利があると判示したことはない。以上に引用した最高裁判例の文言は、示唆的であるが、我々は中間上訴裁判所のように、憲法上成熟した未成年者の法理を本件に拡大することが『不可避的』であるとは考えていない。しかし、これらの判例は、権利が憲法上のものであるか否かにかかわらず、成熟した未成年者の権利を制約する18歳という『はっきりとした』年齢制限は、支持できないということを示している。

(コモン・ローについて)

「自らの医療について決定するコモン・ロー上の権利は、Longeway 事件において、無能力者が代理人を通して生命維持治療を拒否するという権利の基礎ともなっている。本件における問題は、Longeway 事件における問題と全く同じではないが、本件と Longeway 事件でのコモン・ロー上の権利の基礎は同じである。自分の身体を支配するというこの権利が成熟した未成年者に与えられない理由はない。さらに、テネシー州の Cardwell⁽⁷⁸⁾ 判決でも、テネシー州最高裁は、その州のコモン・ローに従い、成熟した未成年者には医療に同意する能力があると判示した。さらに、裁判所は、成熟した未成年者の法理は、最近発展したものではなく、『未成年者がそれぞれ異なる成熟度や能力（責任）を達成するという認識は、1 世紀以上もコモン・ローの一部である』と判示した。

Cardwell 事件において、テネシー州の裁判所は、17歳7ヶ月の未成年者が医療に同意しうるほど成熟していると判示した。他の州においては、裁判所は未成年者の親の反対を覆して未成年者のための医療命令を出してきたことを我々は明記しておく。しかし、これらのケースは、E.G. や Cardwell 事件の未成年者より若い未成年者に関するものである。さらに、以上に挙げたケースでの問題は、未成年者が医療に関する決定をする権利を主張しうるかではなく、未成年者の親が子どものために治療拒否できるかであった。本件で、E.G. は、自分は自らの医療についてコントロールしうるほど成熟していたと主張している。我々は、実際に彼女が成熟していると認定されたならば、彼女は治療を拒否したであろうと認定する。

事実審裁判官は、未成年者が自ら医療についての決定をなしうるほど成熟しているかを決定しなければならない。これに対する例外としては、もちろん制定法で違う定めをおいた場合である。我々は、二つの理由で裁判官の介入が適切であると考ええる。

まず、イリノイ州の公共政策は、生命の神聖さに価値を置くことにあるからである。未成年者の健康・生命が危険にさらされる場合には、この政策が重要な考慮事項となる。未成年者には、成熟していない愚かな決定に

より危機にさらされるかもしれない、長く実りある人生が待っているかもしれない。従って、事実審裁判官は、未成年者が医療に関する決定するのに十分な成熟性を持っているかを判断するにあたり、成熟性の証拠を明白かつ説得力のある証拠により認定しなければならない。

第二に、州は、自らを守ることができない無能力者を保護するパレンス・パトリエ権限を有している。『州はパレンス・パトリエとして、未成年者を保護する特別の義務を負っている。……未成年者の症状が生命を脅かす場合には、その未成年者に必要な医療を与えるか否かの重要な決定をする特別な義務がある。』未成年者に対する州のパレンス・パトリエ権限は、未成年者が成熟しておらず、自ら決定をする能力がないときに最も強くなる。パレンス・パトリエ権限は、未成年者が大きくなるにつれ小さくなり、大人になると消滅する。成熟した未成年者を保護する州の利益は、問題となっている医療により異なってくる。生命を脅かすかもしれない場合には、州のパレンス・パトリエ権限は、より重要ではない場合に比べて、大きくなる。

従って、事実審裁判官は、これらの二つの原則を未成年者の成熟性の証拠と比較衡量しなければならない。未成年者が、彼女の行為の結果を十分に理解しうるほど成熟しており、大人と同じ判断力を有するほど成熟しているという明白かつ説得力ある証拠があれば、成熟した未成年者の法理により、彼女には医療に同意したり医療を拒否するコモン・ロー上の権利が与えられる。

しかし、このコモン・ロー上の権利は、Longeway 事件で述べたとおり、絶対ではない。この権利は、4つの州の利益と比較衡量されなければならない。つまり、(1)生命維持、(2)第三者の利益保護、(3)自殺の防止、(4)医療従事者の倫理的統合性維持、である。これらの利益のうち、第三者の利益保護が明らかに最も重要である。ここでいう主な第三者とは、親、後見人、成人に達した兄弟姉妹、その他の親戚であろう。親または後見人が生命維持治療に関して、解放されていない成熟した未成年者が決定した治療拒否に反対した場合には、この反対は、未成年者の拒否する権利に対し、大き

なウエイトを占める。本件において、もし E. G. が母親の希望に反して輸血を拒否したならば、裁判所は母親の希望を真剣に考慮しなければならなかったであろう。

それにもかかわらず、本件において E. G. もその母親も E. G. が輸血を拒否すべきであると考えている。彼らは、第一修正の信教の自由条項は、真摯な宗教的信念に反する場合に医療を拒否する権利を成熟した未成年者に与えると主張し、この拒否の根拠を宗教上の理由においていた。我々は、成熟した未成年者は医療に同意、または拒否するコモン・ロー上の権利を行使しうると認定するので、憲法上の問題については述べない。」

(Ⅲ) ネグレクトの認定について

「我々が述べなければならない最後の問題は、E. G. の母親に対するネグレクトの認定が維持されるべきかである。事実審裁判官が、E. G. を成熟した未成年者であると認定していたならば、ネグレクトの認定は不適切である。事実審裁判官は E. G. の成熟性と真摯さに感心したにもかかわらず、E. G. を成熟した未成年者であると明示的には判示しなかった。当意見の前に存在していた法律にのみガイドされている事実審裁判官が、未成年者の健康と福祉を保護しなければならないと考えたのはもっともである。本件は、当裁判所にとって初判例事件である。従って、事実審裁判官には、成熟した未成年者の認定の基礎となる先例がなかったのである。E. G. はもはや未成年者ではないのだから、E. G. の成熟性を明確に決定するために事実審に本件を差し戻すことにより得られるものは何もないだろう。それにもかかわらず、事実審裁判官には成熟した未成年者の法理に関する何らの明確な指導原理 (guidance) もなかったのである。ネグレクトの認定は維持されるべきではないと考える。従って、我々は中間上訴裁判所の一部を維持し、一部を破棄する。そして、母親に対するネグレクトの認定を削除する目的のみで、本件をクック・カウンティー巡回裁判所に差し戻す。」

このように、原審の一部が維持され、一部が破棄され、指示つき差し戻しがなされた。

この裁判例には、反対意見がついているが、Ward 裁判官による反対意見は、以下の通りである。「多数意見は、未成年者が医療に同意するコモン・ロー上の権利を行使しようとされたケースを引用している。これらのケースは、健康を守り、生命を保持するという点で、未成年者が医療を拒否し、ときには、事実上生命を絶つというコモン・ロー上の権利があると判断されることとは、明らかに異なっている。(未成年者に自ら生命を絶つ権利があるとするのは、) 未成年者を保護し、彼らのために重要な決定を行うという州のパレンス・パトリエとしての古くからの責任に違反することである。本件は、治療への同意ではなく、未成年者への傷害またはまさに自己破壊が関わってくるかもしれない独特の問題であることを再度指摘しておく。」

また、当裁判所は、裁判官が『成熟性』を決定するための基準について述べようとしていないという批判もしている。

【第3例】In the Matter of Rena, 705 N. E. 2d 1155 (Mass. App. Ct. 1999)

本件では、エホバの証人である17歳の子ども R とその母親が病院の医師らに対し、R に輸血を行うことを拒否したため、病院が裁判所 (Superior Court) に輸血の許可をする命令を求めた。審理の後、「生命を脅かす事態」になった場合に R に輸血を行うことを病院に許可する命令が出されたため、上訴がなされ、控訴審において命令が破棄された。

＜事実の概要＞

R は、現在17歳であり、10歳のときからエホバの証人である。彼女は、教義に従い、定期的に「輸血に同意しない」という書面による医療に関する指示書を書いている。最後に更新したのは、1999年1月12日である。彼女は生命を脅かす場合に輸血の拒否が死をもたらす可能性があることを理解している。

1999年1月26日、R はスノーボードによる事故で脾臓を傷つけ、病院の救急救命室 (ER) に運ばれた。検査の結果、彼女の血球数を維持し、彼女を生かすためには輸血が必要かもしれないという診断が出された。患者も

両親も輸血には同意しないと意思表示した。そこで、病院は彼女の怪我を治療するのに輸血が必要になった場合に、輸血を行う宣言的救済を求めて裁判所に申し立てた。審理において、病院は脾臓から血塊が外れた際に大出血する可能性があり、そのときに輸血が必要であることからこのような許可を求めたのであるという医学的証拠を提出した。この審理のとき、両親の希望及びRの弁護士を通じてRの希望が裁判官に知らされた。

裁判官は、Rの最善の利益、生命維持、未成年者の福祉保護という州の利益に基づき、生命を脅かす重大な事態の場合には、輸血を行うことを医師らに許すという暫定的命令を出し、これと同じ命令が最終命令として出された。本件における唯一の争点は、裁判官が、生命を脅かす重大な事態の場合には、輸血を行うことを許すとしたことが誤っているかどうかである。Rは、彼女の最善の利益を決定するに際し、裁判官が彼女の成熟性を考慮に入れなかったのは誤りであると主張した。

＜判決要旨＞

「判断能力ある成人は、生命を救うために必要な治療であっても、それを拒否することが出来るというのが当州の確立した法である。また、解放されていない子どもの生命を維持するために必要な治療を両親が拒否している場合には、裁判所は子どもの最善の利益、親の利益、州の利益を比較⁽⁷⁹⁾衡量した上で治療を行う許可を与えることが出来るということも法律上明らかである。子どもの最善の利益は、代行判断の法理と同じ基準を適用することにより決定される。すなわち、(1)患者の明示された選好、(2)あるとすれば、患者の宗教的確信、(3)患者の家族に与える影響、(4)治療から生じる副作用の可能性、(5)治療をしない場合の予後、(6)その決定を行う患者の現在及び将来の無能力である。子どもの明示された選好、宗教的確信、現在及び将来の無能力について評価するにあたり、裁判官は子どもに十分に情報を与えられた上での選択(Informed Choice)をなしうる成熟性がある⁽⁸⁰⁾かを考慮することが適切である。」

「裁判官は、Rの希望や宗教的確信について考慮しているが、Rが十分情報を与えられた上での選択をなしうる成熟性を有しているかについては

何の決定もしていない。R がもうすぐ18歳になることを考えるとこれは大きな誤りである。さらに、R の選好や宗教的確信について評価するに当たり、裁判官は、R の弁護士や両親の表現のみによるのではなく、彼女には明らかに証言能力があるのだから、彼女自身の証言を聞くべきであった。彼女の成熟性に照らしてこの証拠を評価したあとでなければ、裁判官は彼女の最善の利益について適切に決定することが出来ない。」

「当最高裁は、子どもの生命に関する場合に、子どもの生命を維持するという州の利益がいつも優先するとは判示していないので、通常は当意見に沿って子どもの最善の利益を決し、子ども、親、州の利益を再評価するために迅速に差し戻しをするのだが、R は口頭弁論の後に退院したとの連絡が病院から入った。従って、我々は実体ではなく、ムートであるゆえに最終命令を破棄する。」

【第4例】 *In re Long Island Jewish Medical Center*, 557 N. Y. S. 2d 239 (Sup. Ct.1990)

第4例から第7例までは、成熟した未成年者の輸血拒否を認めなかった裁判例について紹介する。本件では、あと7週間で18歳になる未成年者に対し、本人の意思に反して無制限の輸血を命令すべきかが問題となった。

＜事実の概要＞

フィリップ・マルコムは、1990年5月30日に18歳になろうとしているが、1990年4月11日午後7時に、ロング・アイランド・ジューイッシュ・メディカル・センターのERに入院した。彼のヘモグロビンは6.4グラム（通常人は、13－16グラム）であり、ヘマトクリット値は19.2（通常人は、39から48）であり、貧血を起こしていた。予備的検査により、彼の血液が破壊されているため、輸血を必要とする可能性が高いことが判明した。しかし、フィリップとその両親は、輸血を禁ずる教えを信ずるエホバの証人の信者であるため、医学的に必要となった場合であっても輸血を拒否した。そこで、次の日の朝、病院は、輸血を含め、フィリップに必要な治療を許可する命令を求めて裁判所に申し立てた。その日の午後、病院において審

理が開かれたが、医師が勧めた治療は、化学療法と放射線照射であり、治療をした際の生存可能性は、医師の意見によれば20-25%である。しかし、化学療法は赤血球製造を抑制するため、輸血の許可なしに行うことはできないそうである。医師によれば、フィリップの患っている小児ガンは、広がっていても化学療法が作用し、数ヶ月から数年にわたって寛解状態になる患者は75%、治癒する患者は25-30%であるとのことであるが、治療しなければ、患者は苦痛のうちに、おそらく一ヶ月以内に死ぬことは確かであるとされるため、医師は、緊急措置が必要であると述べる。それは、緊急事態が起こり、手を打つのが遅れれば、患者にとって害となるからである。

フィリップの家族がエホバの証人に入信したのは、1987年である。フィリップは、家族と共にこの宗教の教えを勉強し始めたが、しばらくの間興味を失い、約一年前に再び宗教の教えを学び始めた。彼は、エホバの証人の勉強に欠かせない聖書の内容についてよく知らないが、輸血禁止については良く知っているようである。彼は、エホバの教えに従えば、永遠の命が得られるが、輸血に同意すれば、それを得ることができないと信じている。しかし、フィリップは、裁判所が輸血命令を出すのであれば、それは彼の責任や罪ではないと何度か述べている。彼は、芸術・デザイン高校の最高学年に属している。彼は、家から離れて生活したことがなく、女の子とデートしたこともない。彼は、決定を行う前には親達に相談するし、自分自身を大人だと思うか、子どもだと思うか、という質問に対して、「子ども」と答えている。彼が、輸血に関して自分自身で決定するよう親に促されたという証拠はない。

1990年4月16日に審理が再び行われ、その場で、生検の結果によりフィリップが横紋筋肉腫にかかっていることが明らかにされた。医師は、輸血の代わりとしての薬剤（エリスロポエチン）が使えないと証言した。なぜなら、この薬剤は赤血球製造を促進するが、フィリップの場合は赤血球を作る骨髄が悪性細胞で汚染されているからである。エホバの証人側の弁護士は、これに反対する専門家証言を提出することができなかった。従って、

裁判所はフィリップに対する緊急輸血を許可し、その趣旨の命令を下した。裁判所は化学療法やさらなる輸血について許可しなかった。その日のうちに輸血が開始され、翌日完了した。患者のヘモグロビン及びヘマトクリット値は改善した。それにもかかわらず、化学療法はまだ行われていない。なぜなら、化学療法を行う際、輸血が「医学的に必要」となった場合に、裁判所が輸血を許可しなければ患者の治療はできないと医師らが考えているからである。

＜ニュー・ヨーク州高位裁判所判決要旨＞

「判断能力ある成人には、コモン・ロー上の治療拒否権があることは、当州及び他州の確立した法である。さらに、この権利は制定法に法典化されている。しかし、成人であっても判断能力がない場合には、裁判所には、救命治療がなされるべきか否かを決定する義務がある。その成人がかつて判断能力を有していた場合には、その患者が能力を失う前に希望していたという明白かつ説得力ある証拠があれば、裁判所は、（例えば）レスピレーターを取り外すことを命令しうる。しかし、患者が未成年者の場合、裁判所はパレンス・パトリエとして行動しなければならない。それは、親は、希望通り自らの命を捨てうるが、その子どもを殉教者にすることはできないからである。」

「患者及びその親の弁護士は、以下のような法律上の問題を提起した。あとわずか数週間で18歳になる、知的で頭脳明晰な若い男性には、自らの身体に対して何がなされるかをコントロールする権利を失う前に、彼の価値観及び確信に合致する治療決定をする能力を証明するデュー・プロセス上の権利があるかである。この概念は、最近イリノイ州最高裁で採用された(第2例の E. G. 事件のこと―筆者注)。もし未成年者が、その行動の結果を理解するほど成熟しており、成人の判断能力を行使しうるほど成熟しているという明白かつ説得力のある証拠があれば、成熟した未成年者の法理により、治療に同意し、あるいは治療を拒否するコモン・ロー上の権利が与えられる。テネシー州も、成熟した未成年者の法理を採用してきた(前述の Cardwell v. Bechtol 事件のこと―筆者注)。テネシー州最高裁は、

成熟した未成年者の法理は、テネシー州法に最近出てきたものではないと述べる。『未成年者がそれぞれ様々な成熟度、責任（能力）を達成することは、1世紀以上もコモン・ローの一部である。』

「医療に同意する権利と拒否する権利を同等のものとするべきだろうか。もし、そうであるならば、当州においては、州の制定法が未成年者に対して同意することを許す多くの場合がある。例えば、外来扱いの精神医療サービス、薬物乱用治療、性感染症の治療である。さらに、16歳以上の未成年者は、入院精神医療サービスに同意することもできる。妊娠している未成年者や親となった未成年者は、彼ら自身及びその子どもの医療について、成人と同様の扱いを受ける。」

「当裁判所は、『成熟した未成年者』の法理に多くの利点があると考えますが、フィリップは成熟した未成年者ではないと認定する。従って、彼の輸血拒否は、彼自身の宗教的信念や彼自身に死ぬ結果をもたらすことに対する成熟した理解に基づくものではない。立法府または上級裁判所は、『成熟した未成年者』の法理についてよく検討し、ニュー・ヨーク州における制定法あるいは判例法にすべきである。」

本件の裁判所は、1990年4月18日に、化学療法を行っているときに輸血が医学的に必要となった場合に、輸血を行う許可を病院に与えているが、成熟した未成年者の法理については、注16において、以下のように述べている。「成熟した未成年者の法理が、ニュー・ヨーク州において法となれば、当裁判所はまず当該未成年者が成熟しているか否かについて審理が行われるべきことを強く勧める。もし、成熟していれば、そこで問題は終わる。もし、未成年者が成熟していないと認定されれば、未成年者を出席させずに審理を継続すべきである。患者にとって、症状がどんなに深刻であるか、生存可能性がどれだけ少ないかを初めて聞くことは、ひどい心理的ショックを与えるからである。」

【第5例】 O. G. v. Baum, 790 S. W. 2d 839 (Ct. App. Tex. 1990)

本件では、郡の児童保護福祉局（以下、CPS とする。）が、16歳の未成年

年者に対して輸血をする許可を与える暫定的後見人の選任を求めたため、地方裁判所の Baum 裁判官が、後見人を選任したが、これが裁量権の濫用にあたるかが争われた。

＜事実の概要＞

本件未成年者は、電車にはねられ、重度の傷害を負った。彼は、右腕を救うために手術をする予定である。事実審において、未成年者の医師は、以下の宣誓供述をした。

「子どもには、手術が必要である。もし、彼の右腕を救うために手術する場合、絶対に輸血が必要である。ただ、もし右腕を切断するのであれば、輸血は必要ない。」しかし、輸血は、本件未成年者とその両親の宗教上の信条により禁止されている。

未成年者は、輸血への同意を拒否する書面に署名し、医師と病院を「私の要求に従うことから生ずるすべての法的責任」から解放した。CPS は、CPS を未成年者の暫定的後見人に選任するよう求めた。CPS が、本件で暫定的後見人が必要な理由として唯一主張したのは、未成年者の手術中に輸血が必要となった場合に、両親が輸血することを医師らに許可しないということである。審理の後、裁判官は CPS を暫定的後見人に指名し、1990 年 5 月 7 日に理由開示審理を開いた。これに対して、未成年者と両親が、職務執行令状による救済を申し立てたが、上訴裁判所 (Court of Appeals) は、後見人の選任は、裁量の濫用にはあたらないとして、申立を却下した。

＜判決の要旨＞

裁判所は、子どもの治療を拒否する親の権利を制約する際に引用される、Prince v. Massachusetts 判決等を引用し、宗教を自由に実践する権利には、子どもを病気又は死にさらす自由を含まないと判示し、CPS を暫定的後見人と選任したことについて裁量権を濫用したとは認められなかったとした。

続いて、未成年者の権利に関する検討がなされたが、第 2 例の E. G. 事件と本件との違いについての検討がなされている。すなわち、(1)イリノイ州最高裁は、イリノイ州におけるコモン・ローの下で、成熟した未成年者には、治療拒否権があるとしており、第一修正の問題には触れていない。

また、連邦憲法又はテキサス憲法及びコモン・ローについては述べておらず、テキサス州は、成熟した未成年者の基準を取り入れていないこと、(2) E. G. 事件の場合には、医師、病院の弁護士らが、E. G. が成熟していること、輸血を拒否した場合の結果について理解していると証言し、精神分析医が彼女の成熟性は、18から21歳位であり、輸血拒否の結果について、それが致命的なものであったとしてもきちんとした決定ができる、と証言した。これに対して、本件では、輸血拒否の結果が重大なものであると未成年者が理解していると証言したのは、父親だけである。そして、(3) E. G. 事件では、E. G. 自らが裁判所で証言し、拒否の結果を理解していることを示したが、本件では、未成年者は、証言していないこと、である。

結局、16歳が憲法、コモン・ローの下で輸血拒否権をもっているかについて、本件未成年者の有利になるような根拠はないと判示され、これらの問題について、州法及び連邦法による解決がなされておらず、裁量権の濫用があったという証明はないとされ、申立ては却下された。

【第6例】 Novak v. Cobb County-Kennestone Hosp. Authority, 849 F. Supp. 1559 (N. D. Ga. 1994)

<事実の概要>

N 少年は自動車事故で重傷を負い病院に運ばれた。事故当時、彼は16歳であったが、エホバの証人であることから、輸血を受けたくないと希望していた。手術は彼の希望通り無輸血で行われたが、手術後、ヘモグロビン値とヘマトクリット値がどんどん下がっていったため、医師らはN 少年に輸血をしたいと話したが、彼の決意は変わらなかった。輸血をしなければ生命を脅かす急迫の危険があったため、主治医は司法的介入を求め、裁判所の審理により、輸血を許可する命令が出され、輸血がなされた。これに対して、少年およびその母親から、病院等に対して、憲法上の権利の侵害等⁽⁸¹⁾を理由とする損害賠償請求がなされた。

<判決要旨>

ジョージア州では成熟性した未成年者には医療を拒否する権利があると

いう N 少年らの主張については、以下のように判示された。すなわち、ジョージア州では、成人には自らの医療について同意・拒否する権利があり、成年年齢である18歳に達する前の者はすべて未成年者である。確かに、制定法上、例えば婚姻している者には自らの医療について同意する等の例外を認めているが、これは N 少年らの主張に対する裏付けとはならない。「成熟」していようがいまいが、未成年者に医療に対する同意・拒否権があるのなら、このような特別規定を設ける必要はないからである。さらに、ジョージア州法典では、医療を拒否する権利を18歳以上の者に制限している。N 少年らは、「成熟した未成年者の法理」がジョージア州のコモン・ローであると主張するが、そのような判例が挙げられていない。以上より、当裁判所は、成人だけが望まない医療を拒否できるという一般原則に対する「成熟した未成年者の法理」という例外を認めないと判示する。

【第7例】Commonwealth of Pennsylvania v. Nixon, 718 A. 2d 311 (Pa. Super. Ct. 1998)

控訴人 N 夫婦は、非故意殺及び子どもの福祉を危険にさらした罪で有罪となり、2年半から5年の拘禁 (incarceration) と千ドルの罰金刑を受けた。この夫婦は、刑事事件の抗弁として、子ども達が成熟した未成年者であったと主張し、控訴をしたが、原審が維持された。

<事実の概要>

N 家は、病気のケアを医学ではなく、霊的治療により行うという Faith Tabernacle Church のメンバーであり、1997年6月に N 夫婦の子ども S の具合が悪くなった折、彼らは塗油し、回復を祈ってもらうため、S を教会へ連れて行った。S は当初具合が良くなり、両親に対して、「勝利」(祈りへの回答としての回復のこと) したと告げた。しかし、すぐに S は再び具合が悪くなった。S がどんどん弱り、昏睡状態に陥ったため、控訴人らは S の回復を祈り続けた。S は昏睡状態に陥った後、数時間で死んだ。解剖により、S が糖尿病の合併症で死んだことが明らかとなった。なお、後掲の最高裁判決によると、S は死亡時16歳であった。

＜ペンシルバニア州控訴裁判所判決要旨＞

控訴人ら（N 夫婦）は、S には憲法上のプライバシー権があり、それを行行使したのだから、控訴人らには治療を与える義務がないと主張している。控訴裁判所は、「S は成熟した未成年者として憲法上のプライバシー権により、治療を拒否する権利があったとしても、この権利は彼女の生命が即座の危険（immediate danger）にさらされている場合に、S の決定を覆すという親の義務を免責するものではない」とした上で、*In re Green* 事件⁽⁸²⁾を引用している。Green 事件では、16歳の少年が宗教上の理由に基づき手術を拒否することを認めたが、Green 事件で未成年者に拡大された治療拒否への許可は、未成年者の生命が脅かされていない場合に厳格に限定されている。従って、生命が危険にさらされる場合に治療を拒否する法的手段は、S には与えられていなかったのである。

「この点に、より直接言及しているケースにおいて、当裁判所の合議体は、親の未成年者に対する義務が廃止される形で宗教的信念を行行使する未成年者の権利を拡大することを特に拒否している。」当該ケースは、12歳、14歳の子どもに6週間にわたって食べ物をやらなかった事例だが、親は子どもの成熟性と宗教的信念を主張した。これに対して、「もし、子ども達に宗教的信念を自由に行使しうるほどの成熟性があると考えられたとしても、子ども達が親のケア、監護、コントロールの下にある以上、これは被告人の子どもに対する親としてのケア、指導、扶養を与える義務を消滅させない」と判示されている。

さらに、被告人らの教会に所属する親が2歳の子どものガン治療に対して霊的治療のみを施し、非故意殺等の罪で有罪になったケースもあるが、以下のように判示されている。⁽⁸³⁾「親には、その子どもを保護する法的義務があり、この義務の履行には積極的な行為が必要である。子どもは医学的援助を得ることについて、本質的に親に依存していること、すなわち、子どもには自分の症状を把握し、自ら助けを求める能力がないということは、親にはそのような義務が課される根拠となる。」

「控訴人らには、未成年の子どもである S の症状が生命を脅かす場合

に、彼女に対して、彼女自身の宗教的信念を覆し、彼女のために治療を得る義務がある。Sのプライバシー権も彼女が成熟した未成年者であるということもその義務を廃止しなかった。」従って、控訴人の主張には実体上の利益がない。

本件は、最高裁へ上訴され、最高裁においても、原審が維持された。

＜ペンシルバニア州最高裁判決要旨⁽⁸⁴⁾＞

多数意見は、成熟した未成年者の法理について述べるまでもなく、他州の判例との事実及び状況の違いを見れば、この法理が本件には当てはまらないことが分かるとする。また、未成年者が例外的に医療に同意できる場合を規定した制定法についても、生死にかかわる状況において、能力があることを少しでも証明すれば、すべての未成年者に医療に同意したり拒否したりする権限を認めるという趣旨ではないと判示する。従って、成熟した未成年者の法理は、上訴人らの刑法上の責任に対する抗弁とはならないとした。これに対して、同意意見は、本件未成年者が成熟していたという証拠がないことから、多数意見と同じ結論を採るが理由付けは異なる。まず、制定法について、多数意見とは異なり、立法府は未成年者が無能力であるという原則に対して適切な例外を設けることを積極的に行っていると考ええる。次に、未成年者が自らの病状の性質について理解し、自分が行った選択の結果について把握し、責任ある態度で医療について決定を行うに至った場合には、彼らには治療に同意または治療を拒否する権利があるべきであると考ええる。

(二) 学説

(1) はじめに

1987年に、Angela R. Holder は、青年とその家族が「尊厳死」を選択することはできるだろうが、青年に救命可能性がある治療を拒否する権利を認める裁判例は今のところないし、そのような裁判例が出てくるとは思えないと述べていた⁽⁸⁵⁾。しかし、その2年後には、救命可能性がある白血病の17歳半の少女の輸血拒否をイリノイ州最高裁が認めており（前掲第2例）、

救命可能性がある場合であっても、裁判所が青年の治療拒否権を認める可能性があるという衝撃を与えた。このため、イリノイ州最高裁は、E. G. 判決において、イリノイ州のコモン・ローの下、成熟した未成年者には治療に同意、および治療を拒否する権利があるとして、成人に認められた権利を成熟した未成年者にまで拡大したという評価もなされている。⁽⁸⁶⁾ 逆に、裁判所は、未成年者が治療を拒否する権利について明確に述べることに對しては警戒しており、17歳半の患者で実年齢よりも情緒的成熟度が高く、家族と共有する真摯な宗教的確信に基づき治療拒否を行っていることにより、^{(87) (88)} 判示を限定しているとする説もある。

成熟した未成年者は、「単独で」生命維持治療中止や生命にかかわる輸血拒否を決定することができるのだろうか。以下では、成熟した未成年者に治療拒否を認めるとする場合に、それがバレンス・パトリエによる未成年者特有の保護や州の未成年者一般に対する期待、および親の権利や家族の役割に与える影響について検討する。

成熟した未成年者による治療拒否を肯定する見解として、以下に紹介するとおり、判例分析を通して現在認められている成熟した未成年者の法理をベースに、その問題点を克服するため修正して肯定するという提案をする見解（その中でも、権利制約の理由を親の利益に置くもの、州の利益に置くもの、および両者に置くものがある。）と、成熟した未成年者の能力推定を提案し、単独で決定権があるとする見解とがあり、他方で、成熟した未成年者による治療拒否を認めないとする見解がある。

(2) 修正して肯定する見解①——親の利益による制約

このように裁判例や学説が分かれているのは、Penkower や Rodham の指摘のとおり、成熟した未成年者の法理が発展してきた理由の一つである未成年者の保護、最善の利益を図るという理念が、治療拒否の場面においては守れなくなるが、これと成熟した未成年者の法理が有するもう一つの理念である、未成年者の自律性や自己決定権との関係の調整が複雑かつ微妙だからである。

Penkower は、成熟した未成年者の法理を治療拒否の場合に援用するとき⁽⁸⁹⁾に何故困難が生ずるのかについて以下のような指摘をしている。すなわち、成熟した未成年者の法理の進化を入念に検討すると、親の同意を不要とする目的は、よりパターンナリストティックである。裁判所は、未成年者の医療に対する権利を拡大するためではなく、未成年者の最善の利益になると思われるときにのみ権利を付与しているのである。未成年者は、何が最善の利益となるかから逃れることはできない。裁判所は、未成年者の最善の利益に適うと考えるのでなければ、成熟性の評価さえ行なわない。このように、まず、治療拒否が未成年者の最善の利益になりうるかが問題となり、もしその答えが No であるならば、裁判所は成熟性の判断を行なわない。しかしながら、答えが Yes ならば、次に成熟性の判断を行なうのである。しかし、これは、そのような状況における最善の利益は何かということが先に決められていることが条件になること、これが成熟した未成年者の法理が拠って立つ理念と矛盾するという点で問題である⁽⁹⁰⁾。未成年者の最善の利益を図ることが、未成年者の健康に関する決定のゴールとなっており、かつ親には青年のケアを行なうという法的に認められた権利があることから、生命にかかわる治療拒否権を未成年者に与えるために成熟した未成年者の法理を援用するのは、医療の場面における同意権限の配分を司る伝統的なポリシーに逆行しているため、様々な理論的問題が発生するのである⁽⁹¹⁾。また、Rodham は、前述の通り、医療に対する成人の権利を未成年者に拡大する場合、選挙年齢の引き下げのように、成人の場合と同じ権利を未成年者にも与える場合と、未成年者の特別な性格を考慮し、それにあわせて修正される場合があるが、ほとんどが後者であることを指摘し、このような修正は、親の同意なく治療を許可する場合にも使われているとしている⁽⁹²⁾。そして、このような修正は、成人と未成年者の身体的、心理的な相異だけからではなく、子どもに関する司法手続における裁判所の裁量の大きさや、最終的には大人が子どもにとって最善であるかを決めることから導かれているとする⁽⁹³⁾。

ニュー・ヨーク州タスクフォースの報告書も、決定能力があると認定さ

れた未成年者には、生命維持治療についての最終的な決定権はないが、重要な役割が与えられるべきであると提案し、親の利益による修正をかけている。すなわち、「未成年者に決定能力があるならば、生命維持治療の中止には未成年者の同意が必要とされるべきである。親の権利及び責任と生命維持治療拒否の決定の結果を比較衡量した結果、タスクフォースは、生命維持治療を拒否する未成年者の権利は、親の同意の有無により決定されるべきである」と考える。このポリシーの下、未成年者が治療継続を選択するならば、親の同意は不要であるが、治療中止の場合には、裁判所命令が得られない限り必要である⁽⁹⁴⁾とする。

同様に、Buchanan と Brock は、子どもに最終的決定権を与えるか否かの判断においては、子どもの福祉、子どもの自己決定、および、子どものことについて決定する親の利益が必要となるとした上で、以下のように詳述する。まず、子どもの福祉については、成人の場合と比べ、子どもの現在の選好ではなく、彼らの将来の発展と機会を享受するのに必要な、客観的条件によって決定されるとする⁽⁹⁵⁾。次に、子どもの自己決定については、後述の Ross と同様に、子どもや青少年の自己決定の利益は、子どもとして意思決定することではなく、自己決定を行うことができる成人に成長する利益にあるとする。このような視点から見ると、自己決定というのは、子どもや青少年である間に行使されるというよりも、もっぱら将来的に達成されるものであるとする⁽⁹⁷⁾。最後に、子どものことについて決定する親の利益については、その性質に遡って以下のように述べる⁽⁹⁸⁾。①子どもには自分のことについて決定する能力がないこと、および親は他の人に比べて、通常より良い決定を行うという推定が働くことである。その理由は、親は子どもの福祉を守ることに気を使い、他人よりも子どもと子どもが何を必要としているかを知っており、子どもの福祉にかかった決定を行う能力があるからである。これは、Parham v. JR と同じ論理である⁽⁹⁹⁾。②親は、子どもの治療選択の結果を引き受けなければならないので、選択肢の決定に何らかのコントロールを与えられるべきである。そして、究極的には、結果を引き受ける子どもの利益により選択肢を決定すべき、ということになる。

③制約内において、親が自らの価値観に基づいて子どもを育てるという権利である。これは、子どもを親の財産であると考えのとは一線を画している。誰かが子どもの目標や価値観を形成しなければならないのは不可避免的である。そして、社会において子育ての責任は主として家族にあることから、家族に対して、責任を負わせるだけでなく、子どもに価値観を教える大きな裁量を与えることは合理的であろう。このように子どもというのは、未だ安定し成熟した価値観を形成していないことから、一度判断能力があり現在無能力になった成人の治療決定の場面での家族の役割に比べて、親に裁量を与えることには説得力がある。④とりわけ親密な関係を育成するという役割において、家庭というのは、貴重な社会的機関である。従って、家庭は監視、コントロール、干渉から自由でなければならない。そして、この自由には、制約内において、判断能力のない家族のメンバーの福祉のために重要な決定を行うことが含まれている。以上を踏まえた上で、Buchanan と Brock は、子どもに判断能力があると判断されたからといって直ちに子どもに決定権限があるとは言えない理由は、①前述のような親の決定権限、および、②正当な第三者の利益、例えば、健康な市民を育成するという州の利益により制約を受けるからであるとし、①により制約を受ける場合があるということが、未成年者と成人との重要な違いであるとする。⁽¹⁰⁰⁾ Buchanan と Brock は、①を強調しているが、親の利益だけでなく、州の利益をも考慮して修正を加える説であるとも考えることもできる。

(3) 修正して肯定する見解②——州の利益（生命の尊重）による制約

これに対して、Rosato は、成熟した未成年者の生命にかかわる治療について単独で決定する権利が絶対的なものではないとする理由として、州の利益のうち、子どもの生命を保持するという利益のみがこの権利を制約しうるとして、治療の成功率等を比較衡量しながら判断する。⁽¹⁰¹⁾ すなわち、「未成年者が成熟していると考えられるならば、子どもの生命の神聖さを保持するという州のやむにやまれぬ利益により覆されない限り、その未成年者の決定が支配するべきである。州の利益がやむにやまれぬものである

と考えられるのは、治療が非実験的であり、かつ、病状または病気が治癒する大きな可能性があるか、その病状のうちの主要な症状が予測できる将来において軽減される場合のみであるべきである⁽¹⁰²⁾」とする。その根拠としては、州のパレンス・パトリエとしての役割が挙げられ、本来なら子どもに判断能力があれば、成人と同じ扱いをすべきなのだが、これでは、成熟した未成年者が自らにとって害となる決定をする可能性があるため、州の利益を十分に保護することができない。州には、未成年者がそのような悪い決定をしないように保護する義務があるとする。また、子どもが不必要に死ぬことを防止するという州の利益を保護するために、安全策が作られるべきであるとし、これは、子どもが健康で生産的な大人になることを期待して、州が子どもに注ぐエネルギーと資源投資の保護をも意味するとする⁽¹⁰⁴⁾。このようなことから、医療ネグレクトの判例分析からも導き出されたとおり、州の利益の強さは、治療の成功率により変わってくる。従って、子どもを治癒するか、病気の主要な症状を緩和する実質的な可能性がある場合にのみ、未成年者の治療拒否権を覆すことが正当化されるとする⁽¹⁰⁵⁾。

それでは、Rosato は、親の利益についてはどう考えているのか。これについては、親は子どもおよび子どもの養育をコントロールする能力を失う危険があるが、これを成熟した未成年者の治療拒否権を制約するほど強力であると考えるべきではないとする。すなわち、親が成熟した未成年者を失うことを遺棄と同じように考えるべきではないし、親の利益は、未成年者の利益を覆すほど強力ではないし、その他の家族構成員の利益も同様であるとする⁽¹⁰⁷⁾。Rosato は、利益衡量の際に親の利益を考慮すべきでないとし、「子どもの生命保持」に対する州の利益のみが成熟した未成年者の自律性への対抗要素だと捉えている⁽¹⁰⁸⁾。

ただし、Rosato は一方で、治療に重大な成功の可能性があったとしても、子どもの親の一人が治療を拒否する子どもと同意見であり、その子の決定が合理的なものであれば、治療拒否が認められるべきであるとも述べているが、⁽¹⁰⁹⁾「親の同意があれば、その決定が有害である可能性がより少ないというのがその理由である。親が未成年者の拒否に賛成しているならば、

親が未成年者と同じ価値観を有しているか、少なくともその成熟性を尊重していることをおそらく意味しているであろう。また、合理的な理由が示されていないような稀な場合を除き、州の利益よりも彼らの組み合わせった利益のほうがより強力であることを意味している。⁽¹¹⁰⁾」とされており、親の利益を完全に排除しているわけでもない。

(4) 肯定説

肯定説は、Hartman に代表されるような、青年の判断能力推定をし、その自律性を尊重すべきであるという見解である。⁽¹¹¹⁾ この見解は、青年には医療に関する判断能力がないという法律上の推定を当然のものとする⁽¹¹²⁾ことには科学的根拠がないと批判している。また、前述のアメリカ小児科学会のガイドラインが、親または後見人の承諾 (assent) を条件に、青年の治療拒否を尊重することを推奨していることに対して、親または後見人の承諾を必要とすることにより、「青年の自律的希望が損なわれる可能性がある」と批判する。⁽¹¹³⁾ Weir と Peters も、Hartman と同じ意見であり、「医師やその他の医プロフェッションは、14歳から17歳までの青年患者すべてに、生命終結の決定を含めた、医療に関する決定を行う能力があるという推定をなすべきである」とする。⁽¹¹⁴⁾ また、Penkower は、一度成熟性の決定がなされたならば、親や州の介入なく、「最善の利益」とも関係なく、未成年者に自らが適切と信じる決定を行なわせるべきであるとし、特に判断能力推定を主張しているわけではないが、Hartman と同様の立場をとっている。⁽¹¹⁵⁾ Alan Meisel も、裁判所が、親などの第三者による異議を、成熟した未成年者の治療拒否権を覆しうるものとして位置づけていることに対して批判を加えており、「成人の場合と同様に、成熟した未成年者の場合にも、これら（筆者注：第三者の利益、生命維持の利益）の異議を考慮する理由はない。」⁽¹¹⁶⁾と述べる。

(5) 否定説

最後に、治療拒否の場合には成熟した未成年者の法理を援用しないとす

る Ross の見解は、子どもの自律権を制約すべきであるとする道徳的理由として、①「現在の」自律権を制限することによって「一生の」自律権を育てることができること、すなわち、道徳観念を発展させるための保護期間が子どもには必要であること、②子どもの世界観は狭く、将来についてよく考えずに意思決定がなされること、③親密な家族関係を害すること、実利的な理由として、①その子に能力があるか否かを決めるテストがないこと、②親が子の意思決定を尊重するのは望ましいが、それを理由に能力を付与しろというのはおかしいということを挙げている。そして、特に、青年に治療同意権を与えることが許される場合であっても、治療拒否権までは与えられないとする。長期的に見てその子に与える影響が重大であるにもかかわらず、現在の自律権を尊重することはできないという上記道徳的理由の①がその根拠である。⁽¹¹⁷⁾ E. G. 判決の Ward 裁判官の反対意見も同じ趣旨である。⁽¹¹⁸⁾

(三) 考察

E. G. 判決で判示されたように、親の希望により成熟した未成年者の治療拒否権が覆ることについては、これを許せば、Bellotti 判決で違憲とされた絶対的な拒否権を与えることになるのではないかという批判がなされている。⁽¹¹⁹⁾ Rosato も、成熟した未成年者の法理は、親が子どもの意見に賛成しているかどうかで結論が変わるような脆弱なものであってはならないとして、強く批判する。つまり、未成年者が成人のような決定を行うだけの十分な判断能力があると認められる場合には、たとえそれが親の反対であったとしても、第三者の反対が、自律権を覆すほどやむにやまれぬものであると考えられるべきではない。母親の利益を第三者の利益であるとして、裁判所は正当化される以上に母親の親としての権限を尊重しているが、裁判所の判決が、判決で述べられているように、自ら決定を行うことができる E. G. の能力に基づくものであるならば、母親の希望を考慮するのは不適切であるとする。⁽¹²⁰⁾ 一度、成熟した未成年者の法理を援用して、当該未成年者に対し、治療拒否権を認めたならば、その後の州の利益による権利

行使の制約の部分においては、他の成人と同様の考慮を行なうべきであり、ここで未成年者保護の契機を持ち込むのは、成熟した未成年者の法理の自律性重視の側面とは相容れないことになる。⁽¹²²⁾

Hartman も、成熟した未成年者の法理を修正して援用する見解が、親または後見人と同じ意見であることを条件に、青年の治療拒否を尊重することを推奨していることに対して、親または後見人の承諾を必要とすることにより、「青年の自律的希望が損なわれる可能性がある」としてこれを批判する。⁽¹²³⁾ Hartman は、さらに、Rosato が成熟した未成年者の治療拒否権行使の是非について州の利益を考慮することを批判する。それは、「州の利益を明らかにし、それらの利益との比較衡量を行なうことは、関係当事者および裁判官の大きな主観的評価を招き、それにより、青年の自律性を認識し、尊重するという概念自体を究極的に妨害する可能性があるから」である。⁽¹²⁴⁾ しかし、成熟した未成年者の法理の未成年者保護の側面も軽視できないため、Hartman のように自律性だけを考慮する考え方は妥当ではない。

これに対して、Ross は、生命に関わる治療拒否の場合には、未成年者に決定権限を与えないが、この見解は保護に傾きすぎている。このように見ていくと、修正して援用する折衷説が妥当ではないかと思われるが、制約理由を何に求めるかは難しい。E. G. 判決は、州の利益(第三者の利益)の部分で親の利益を考慮しているが、親の利益を州の利益の中に取り込むということは、親が州に対して子育てにつき一定の責任を負っているということの一つの現れのように思われるが、両者を一つの利益として捉えることに対して抵抗はないのだろうか。親の利益と州の利益との関係が明らかではないが、親が誰に対して権利・義務を負っているのかというわが国で言うところの親権の法的性質に関する議論とも何らかの関連がありそうで興味深い。

(四) 親と成熟した未成年者の意見が不一致の場合の手続的問題

医療従事者にとって問題なのは、未成年者が治療を拒否し、親が治療に

賛成した場合である。⁽¹²⁵⁾ 未成年者の希望に従えば、未成年者の遺棄にあたる可能性があり、逆に、親の希望に従えば、形式的には問題がないはずだが、判断能力ある未成年者から身体の不可侵性を侵害したとして不法行為で訴えられる可能性がある。しかし、親が治療に同意している場合なので、医師にはネグレクト手続をとることもできず、例えば、E. G. 判決の出されたイリノイ州にも、成熟した未成年者の医療に対する権利を与えるという命令を裁判所に出してもらう手続きもない。⁽¹²⁶⁾

そこで、ニュー・ヨーク州タスクフォースの報告書は、医師が法律扶助を紹介すべきだとする。つまり、「親が治療するよう主張し続ける特別な場合、倫理委員会または医療施設は、法律扶助協会 (Legal Aid Society) に紹介するか、裁判所で未成年者と親の争いが解決されるように、弁護士を紹介すべきである」とする。⁽¹²⁷⁾ その根底にあるのは、Rodham が主張するように、司法制度において、子どもの権利を保障するためには、彼らの利益が関係する事件において、親とは独立した彼らの利益を主張するために、彼らに弁護士をつけるべきことにある。⁽¹²⁸⁾ 親子の価値観が対立する場面において、親の行為または無為の結果が不可逆的な場合には、すべての関係当事者の意見を考慮に入れた、家族外の決定が親の決定を覆すべきである。もし、結果が不可逆的でないか、重大なものでなければ、親が一番良く知っているという推定が引き続き働くことになるだろう。⁽¹²⁹⁾ 成熟性がないと判断された場合であっても、「自らの生命が問題となっている未成年者が、そのような決定において、完全に傍観者とされるのは不適切である」とし、このような場合には、そのような未成年者に意思決定過程への参加をさせるために、親の許可および関与とともに、患者の承諾 (assent) を得ることが最も合理的であろうとする見解もある。⁽¹³⁰⁾

この他にも、親が未成年者に対する治療への同意を拒否している医療ネグレクトの場合とは異なるが、これと似たような制度設計を提案する学説がある。⁽¹³¹⁾ この学説は、致死的な可能性のある病気で、なおかつ、生命終結ケアに関して親と根本的な意見の相違があること等の一定の条件を充たせば、成熟した未成年者が裁判所に直接申立てを行うことができるような新

しい制度を提案する。このような制度においては、医師の役割がきわめて重要となる。すなわち、「1) 未成年者が致死的な可能性のある病気にかかっており、口頭または書面による事前の指示（アドバンス・ディレクティブ）を通じて、自らの生命終結ケアについて決定したいと望んでおり、2) 当該患者には完全な意思決定能力があると医師が考えており、3) 当該患者の親が彼女の生命終結ケアに関する決定に反対しており、当該患者の希望を尊重することに賛成せず、4) 対立を解決しようという多数にわたる試みが失敗してきた」という四つの基準に合致した場合には、すぐに裁判所に通知することを医師に義務付けるべきであるという提案がなされる⁽¹³²⁾。なぜならば、医師の積極的関与がなければ、病気の未成年者が裁判所にアクセスすることは困難だからである。そして、成熟した未成年者と親の意見の不一致の場合における裁判所の審理では、当該未成年者が、どのような方法で死ぬかについて決定する法的な能力があるかが決定されなければならないが、医療ネグレクトの手続を参考にこのような制度設立がなされなければならないとされる⁽¹³⁴⁾。

このような制度設計の可能性については、Baby K 事件等の「無益な」治療を親が求める、過剰治療のケースからヒントを得ることができよう。これらの過剰治療のケースは、親が治療を拒否していないことから、医療ネグレクトには該当せず、むしろ、医療虐待（medical abuse）とでも言うことができるケースであり、成熟した未成年者が生命維持治療を中止することを求めているのに、親が積極的な治療を求めている場合と類似している。しかし、成熟した未成年者の場合には、児童虐待やネグレクトの概念そのものに該当しないのではないかという疑問がある。むしろ、成人の場合の宣言的判決を参考にしようという学説の方が成熟した未成年者の場合には妥当なのかもしれない⁽¹³⁶⁾。

（五）最近の制定法紹介——バージニア州の新たな取り組み

自分の病状や治療法について十分に理解している未成年者が治療を拒否すると決定した場合に、その決定が尊重されるかについては、バージニア

州法において一定の解決策が示されている。この条文は、以下の事件をきっかけに制定されたものである。2006年当時16歳だった Starchild Abraham Cherrix は、ホジキン病のため、化学療法を行っていたが、その治療により体が弱ってしまった。病院と家を行き来するにも父親に運ばなければならないほどである。がんの再発を抑えるためにさらに化学療法が必要であると医師は説明したが、この未成年者は、それを拒否した。幸い、彼の両親も彼の決定を支持した。しかしながら事態が急変し、彼の両親が医療ネグレクトをしているという認定が少年裁判所により下されてしまった。この決定は、上訴裁判所により、のちに覆されたが、マスコミはこの事件について連日報道を行い、世間の注目を集めた。⁽¹³⁷⁾

この事件の後、2007年にバージニア州議会は、「虐待またはネグレクトされた子」の定義に関するサブセクション2の終わりに次の一文を付け加えた。「以下の要件を充たす場合には、子どもに対して法的な権限を有する両親、あるいは、子どもに対して法的な権限を有する両親が存在しない場合には子どもに対して法的な権限を有する者による、生命を脅かされている状態の子に対する特定の医学的治療を拒否するという決定は、必要なケアを供給することの拒否と考えられてはならない。すなわち、(i)そのような決定が、両親またはその他の法的権限を有する者と子どもとにより共同でなされており、(ii)当該子どもが14歳に達しているか、自分の医学的治療について十分に情報を与えられた上で意見を持つだけの成熟性があり、(iii)両親またはその他の法的な権限を有する者と子どもとが、代替的な治療の選択肢についてすでに検討をしており、かつ、(iv)両親またはその他の法的な権限を有する者と子どもとが、そのような決定が子どもの最善の利益になると誠実に信じている場合である。」⁽¹³⁸⁾これは、14歳以上あるいはそれ未満の年齢であっても十分に成熟性があると認められる未成年者と両親（あるいは両親がいない場合に子どもに対する法的権限を有する者）との共同の意思決定を尊重するというものであり、治療を拒否するという決定をすることにより最も影響を受ける未成年者本人とその親とが一緒になって他の選択肢や何が未成年者の最善の利益になるかを真剣に考えた末の結

論であるならば、それが尊重される。この規定には、未成年者と親との意見が対立している場合の解決策については触れられていないが、両者が何度もお互いに話し合って決定するという決定のプロセスを重視する規定であることが読み取れる。そして、このような話し合いを促進させるようなやり方が、実際上は、治療方法をめぐって現実にかかる親子の対立を解決するには最適であるということができよう。決定権者が誰かということにこだわって対立を深めていくのではなく、共同で決めるというユニークな立法例であるが、今後、起こってくる問題に対してどのような解決の道筋をつけていくのかということについて注視していきたい。⁽¹³⁹⁾

三．わが国における未成年者の医療への承諾能力に関する議論

1．医療における同意原則

わが国においても、患者の同意を得ずに行った医療行為は違法であり、これを行った医師は損害賠償責任を負わなければならないという原則が承認されている。医療行為は、通常、何らかの形で患者の身体に接触するものであり、患者の身体への侵襲を伴うものである。こうした性格を有する医療行為に対しては、わが国の裁判所は、たとえ医療行為が患者の疾病を治癒するものであっても、その実施について患者が同意をしていない限り、当該医療行為は違法性を帯びるものであるという原則を承認してきた。⁽¹⁴⁰⁾

例えば、東京地裁昭和46年5月19日判決は、「患者の治療の申込みとは別の手術の実施についての承諾を得たうえで行うことを要すると解すべきであり、承諾を得ないでなされた手術は患者の身体に対する違法な侵害である」とし、⁽¹⁴¹⁾秋田地裁大曲支部昭和48年3月27日判決は、「手術は、原告の同意なしに行った違法なものであった」⁽¹⁴²⁾、札幌地裁昭和53年9月29日判決は、「医師が患者の身体に対し手術を行う場合には、それが適法たるためには、原則として患者の治療及び入院の申込とは別の当該手術の実施についての患者自身の承諾を得ることを要するものと解すべく、承諾を得ないでなされた手術は、患者の身体に対する違法な侵害となるものといわな

なければならない。蓋し患者は自己の身体に対する侵襲を含む治療を受けるか否かを決定する権利を保留しているものというべきだからである」⁽¹⁴³⁾と判示している。

患者の同意を得ずに行った医療行為は違法であるという裁判所の立場は、学説においてもほぼ異論なく受け入れられている。ただ、同意原則を例外なく貫徹しようとする⁽¹⁴⁴⁾と、そのことがかえって患者にとって不利益となることが予想される場合がある。例えば、患者に承諾能力（または同意能力。以下「承諾能力」と「同意能力」という両方の用語を使うが、その意味は同じである。）が備わっていない場合である。患者に承諾能力がない場合（例えば、患者が乳幼児であった場合）には、そもそも自らの医療について決定することは不可能であり、このような患者の同意を得ることは不可能だからである。また、承諾能力の有無について明らかでない患者の場合、同意自体は得られるかもしれないが、その患者が医師の説明を十分に理解した上で、医療行為から得られる利益と危険を衡量し、意思決定をしたかどうか⁽¹⁴⁵⁾が疑わしい場合も出てくる可能性がある。なお、前述した東京地裁昭和46年5月19日判決でも、「患者が承諾の能力を欠く場合にはこれに代って承諾をなし得る者」（が医療行為に対する承諾を行う）と表現されている通り、患者に承諾能力がない場合には、患者に代わって承諾をなし⁽¹⁴⁶⁾う者（代諾権者）による代諾が認められている。

2. インフォームド・コンセントの法理とその要件

上記の同意原則を足掛かりとして、患者の同意を取得する前に、医師には患者に当該医療行為に関して十分な説明をする義務があり、その義務を怠った医師は、損害賠償責任を負わなければならないとする考え（インフォームド・コンセントの法理）が次第に定着してきており、これが患者の最終決定権行使のための情報を与えられる権利を保障する法的手段として機能する可能性を持っているといわれる。⁽¹⁴⁷⁾すなわち、インフォームド・コンセントの意義は、患者が自己決定権を行使するのに必要な情報を提供すること、および、身体の不可侵性 (bodily integrity) を確保することにあ

⁽¹⁴⁸⁾
る。

インフォームド・コンセントの要件としては、①患者に承諾能力があること、②医師が適切な説明を行なったこと、③患者が説明を理解したこと、④医師の説明を受けた患者が任意の意識的な意思決定により同意したことが挙げられているが、⁽¹⁴⁹⁾本稿では、患者の承諾能力に焦点を絞って論ずる。

3. 承諾能力

(一) 承諾能力の意義

承諾能力とは、「当該診療行為を受けることまたは拒絶することから予測される利害損失について、それらを十分に認識しかつ理解した上でいずれの道を選ぶかを決定できる能力」⁽¹⁵⁰⁾であると定義される。あるいは、「精神的に成熟しており、侵襲の意味が理解でき、侵襲によってどのような結果が生ずるかを判断する能力」⁽¹⁵¹⁾であるとも定義される。

(二) 行為能力との異同

制限行為能力者である未成年者にも承諾能力があるといえるだろうか。行為能力制度とは、制限行為能力者を保護するとともに取引の相手方を保護することによって取引の安全を図る制度であり、財産法上の行為との関係で、「意思能力が継続的に不完全な者を一定の画一的な規準に基づいて」⁽¹⁵²⁾規定している。⁽¹⁵³⁾家族法上の行為（例えば、婚姻、養子縁組）については、行為者本人の真意が尊重されるべきであるから、行為能力制度のような画一的な判断は適当ではなく、相手方の取引の安全保護という要請も働かないとして、行為能力に関する規定が適用されないことはもとより、準用もされないのが原則であるとするのが、通説である。⁽¹⁵⁴⁾医療に対する同意も家族法上の行為と同様に、行為者本人の真意が尊重されるべき行為であるし、取引の安全を保護するという要請が働かないため、画一的に処理する必要がない。すなわち、「医療における意思決定は、合理的な利害の判断を離れた、多分に非合理的・感情的・情緒的な、人間としての存在自体に関わるものであり、しかも承諾の相手方たる医師ではなく患者本人の保

護が図られなければならないという点においても、取引の相手方の保護が問題となる⁽¹⁵⁵⁾ 打算的・理性的・経済的な財産行為とはその本質を異にしている」とされる。医療行為への同意は、患者が自らの生命・身体をどのように処分するかを決定する行為であり、患者本人の真実の意思を尊重すべきである人格権に関わる決定であり、承諾能力があると認定されるならば、行為能力がない場合でも医療について同意することが認められるべきである⁽¹⁵⁶⁾。この点において、承諾能力と身分行為に関する能力とは類似している。なお、身分行為に関する、例えば、未成年者の婚姻には親の同意が必要であるという規定（民法737条）や、未成年者の養子縁組については原則として家裁の許可が必要であるという規定（民法798条）は、いずれも未成年者の保護のためといわれている⁽¹⁵⁷⁾。医療行為については、法律上特に規定がないが、身分行為と同様に、未成年者の保護を図りつつ、未成年者の自己決定権をできる限り保証しうるようにすべきである。

（三）意思能力との関係

（1）意思能力の意義

次に、意思能力と承諾能力の関係が問題となりうる。意思能力そのものについて、わが国の民法には明文の規定がないが、「自己の行為の法的な結果を認識・判断することができる能力」⁽¹⁵⁸⁾、「自己の行為の結果を判断することのできる精神的能力であって、正常な認識力と予期力とを含むものである」⁽¹⁵⁹⁾、「通常人の正常な意思決定の能力」⁽¹⁶⁰⁾等様々な定義づけがなされている。これは、要するに「その当面する事態や自己のなそうとすることの意義を正確に認識できるという側面と、これに従って適切にそのなそうとするとを制御しうるとい側面と、の両者を含む」⁽¹⁶¹⁾とされる。

（2）意思能力と承諾能力との関係

「本人に意思能力がある場合には、直接本人に対して」説明がなされなければならないというように、意思能力があれば承諾能力があるとされる⁽¹⁶²⁾。すなわち、承諾能力は意思能力の具体的表れの一つであると考えられてい

⁽¹⁶³⁾る。ただし、現代における医療行為の複雑さや生命・健康に関わるという性質から、「医療における承諾がそれをなす患者本人の生命・身体及び人生に及ぼす影響の大きさや重要性に鑑みれば、七歳位がその限界とされている財産行為の場合よりは、ある程度引き上げて考える必要があろう」と言われている。⁽¹⁶⁴⁾そして、承諾能力とは、医療に対する同意の問題に関して、その結果を認識・判断することのできる能力であり、意思能力と同様に、⁽¹⁶⁵⁾相対性のある概念であるということができる。

(3) 意思能力・承諾能力の相対性

意思能力があるというためには、行為の内容や種類によっても異なるが、⁽¹⁶⁶⁾大体7歳から10歳の子どもの判断能力があればよいと考えられている。ただし、取引行為において、通常、意思能力の有無や必要とされる意思能力の程度は、当該行為の性質（難易）との関係で当該行為時を基準として個別具体的に決する他ないとされている。⁽¹⁶⁷⁾これを「意思能力の相対性」という。⁽¹⁶⁸⁾そして、意思能力の有無は、抽象的には、当該行為が一般的、抽象的にどの程度の精神能力を必要とする行為であるか、すなわち、行為の効果、行為の難易度、周囲の状況等に照らし、どの程度の精神能力を必要とする行為かを決定し、次に当該行為を行った者の具体的状況に、通常その行為に必要とされる一般的・抽象的な精神能力の程度を照らし合わせて行為者の⁽¹⁶⁹⁾精神能力を決定するという方法により判断される。

承諾能力についても、同様に、「未成年者の場合、その精神的道徳的成熟を個々の場合場合にに応じて判断すべき必要」がある⁽¹⁷⁰⁾とされるが、前述のアメリカ法の分析の通り、治療に同意する能力と治療を拒否する能力とでは異なるし、ましてや生命に関わる治療を拒否するためには高度の能力が要求されている。それでは、医療における承諾能力について、わが国ではどのような議論がなされているかについて次に紹介する。

(四) 医療における承諾能力

(1) はじめに

現在の学説・判例では、一般に、未成年者であっても十分な承諾能力を持つ場合（「未成年者が、その精神的道徳的成熟からしてその侵襲とその承諾の意味との射程距離とを測ることができる⁽¹⁷¹⁾とき」）には、本人の同意権を肯定し、親の承諾（代諾）は不要であるとされている⁽¹⁷²⁾。未成年者の自己決定権を尊重するという観点からは、未成年者が有効な承諾を与える承諾能力を有するに至った時点以降は、代諾権者の同意権及び同意拒否権が消滅⁽¹⁷³⁾する⁽¹⁷⁴⁾と考えるのが論理的である。これは、「すでに精神的および道徳的に成熟している未成年者につき、果たして親権者の同意が必要となるかは疑問であり、かえって医療の適正な適用を妨げることにもなりかねない⁽¹⁷⁴⁾」、あるいは、「従来、十分な検討なしに民法の法律行為の規定との対比だけで簡単に同意能力がないと考えられてきた人たち、例えば……16歳前後の未成年者でも、時と場合によっては単独で同意できることが明らかになった。」⁽¹⁷⁵⁾と表現されているとおりである。

しかし、実際には承諾能力の有無を明確に決定できない。例えば、クロマイショック事件⁽¹⁷⁶⁾で問題となった6歳の子どものように幼少であるならば、承諾能力がないことが明らかであると考えられるが、承諾能力があることが明確な未成年者はいない。従って、実務上は、明らかに承諾能力がない幼少の子ども以外については、年齢の高い未成年者であっても、未成年者自身からだけでなく、代諾権者からも同意を得ておくことが望ましいとされている⁽¹⁷⁷⁾。

このように、理論的には承諾能力の有無を境として、医療に対する同意を行う者が決まるはずなのに、実際には、承諾能力の有無を決定する基準等がないことから、年齢が高く承諾能力のある可能性がある未成年者についても、本人だけでなく代諾権者からの同意も得ておく方が望ましいとされている。しかし、このように本人及び代諾権者の同意を得るという方法をとった場合には、アメリカでも議論があったように、両者の意見が食い違った場合にどちらの意見を採用するのかという問題が生じてくる。また、⁽¹⁷⁸⁾

より根本的な問題として、未成年者本人が単独で自己の医療について決定し得ないとすれば、承諾能力ある未成年者に自己の医療について決定する自己決定権を与えるという理想を実現することはできない。もちろん、未成年者の承諾能力について語る場合には、承諾能力があるからといって直ちにその者の自己決定権が認められるというわけではなく、親の権利という別の要素について考察する必要がある、未成年者の権利の制約理由をめぐってアメリカでは議論が激しく行なわれていたことは前述のとおりである。従って、「承諾能力を有する未成年者が手術などの医的侵襲を受けることを承諾すれば、親権者または監護者の承諾は、法的には不要であり、また、右の未成年者がその医的侵襲を受けることを拒否すれば、たとえ親権者または監護者がこれを承諾しても有効な承諾とはなりえないものと解する⁽¹⁷⁹⁾」と単純に割り切ることはできない。

もうそろそろ具体的に、誰が、何を基準にして承諾能力ある未成年者とはどのような者であるかを判断するのか、およびそれと親の権利義務との関係を明確にすべき時に来ているのではないだろうか。⁽¹⁸⁰⁾ その際には、承諾能力ある未成年者の治療への同意権だけでなく、生命に関わる治療の拒否権をも射程に入れて議論を行うべきである。それは、「未成年者の医療に関する自己決定の試金石となるのは、未成年者に生命維持治療の拒否権を認めるかどうか⁽¹⁸¹⁾」だからである。未成年者がどの段階ないし年齢に達すれば、どのような医療行為について単独で説明を受けたくて同意できるか、その場合に医療行為への同意を拒否することも認められるのか⁽¹⁸²⁾、そして、親と意見が不一致の場合に未成年者の拒否権が優先するのか⁽¹⁸³⁾、という問題点が挙げられる。

(2) 承諾能力を決定する基準

承諾能力があるというためには何らかの基準が必要となるが、何を基準にするかという点に関して、学説は、一定の年齢を一応の目安としつつ、個別具体的に判断するとしているが、目安となる年齢についてはいくつかの考え方がある。

まずは、15歳－16歳を目安とする考え方がある。例えば、民法797条が養子になるか否かについて15歳以上の者の同意権を認めていることから、一般的には15歳程度になればそのような判断がつくといえるかもしれないが、子どもの個性差や、養子縁組と医療行為との性格の違いから、確かなことは言えないとする考え方がある。⁽¹⁸⁴⁾臓器移植のための臓器提供への同意に関する、『臓器の移植に関する法律』の運用に関する指針（平成9・10・8 健医発1329通知）」を参考とし、一応15歳を目安とするという考え方は、臓器提供への同意と治療への同意とは、性質が異なる側面もあるが、いずれにしても、自己の身体取り扱いについて十分に理解した上で責任のある判断をすることができるかが問われている点では類似しているとする。⁽¹⁸⁵⁾また、我が国の場合、人間形成および社会生活のための最小限度の知識と能力を養うために行なわれる義務教育が中学三年までであり、小学校卒業程度では、一般的にみても、未だ自己の生命・身体に関し最終的な意思決定をなすに十分な能力を有しているとはいいがたいこと、他方で、高等学校卒業程度としたのでは、義務教育終了後すぐ社会に出て既に世間では一人前の「大人」として扱われている者がいることを考えると、遅きに失する感がなくもないこと、さらには、原動機付自転車の免許取得が16歳になれば認められること、女子の婚姻年齢が16歳以上であること（民法第731条）⁽¹⁸⁶⁾を理由とする考え方もある。

また、比較法の観点から考察する学説もあり、英国において、1969年の家族法改正で医療に同意する年齢を16歳に引き下げ（成年年齢18歳）⁽¹⁸⁷⁾したことを理由とする見解や、ドイツを参考に16－17歳とし、その上で、治療・処置に伴うリスクにより分類するという見解がこれに該当する。⁽¹⁸⁸⁾

この他に、より幅を持たせ、15歳ないし18歳を目安とする考え方もある。⁽¹⁸⁹⁾18歳とする理由はきちんと示されていないが、「患者の意思決定を要する問題の医学の発達に伴う高度化・専門化・複雑化を考慮して、高等学校卒業程度の能力が必要と解する」⁽¹⁹⁰⁾のだろうと説明できる。承諾能力の相対性ということを考えると、上記の学説の理由付けを参考にしながら、例えば、通常の医療については、一応15歳には判断能力があるとするが、生

命にかかわる重大な手術等の場合については、判断能力があるとされる年齢を目安を18歳にするという形で、医療行為の軽重に応じて分類化された基準年齢を設定することが望ましいといえよう⁽¹⁹¹⁾。

このように、一定の年齢を目安とするとしても、これらの学説の言うとおり、その年齢に達していない者についても、承諾能力の有無を個々の事例に即して判断しなければならない。なぜなら、医療における承諾は、それが患者個人の生命・身体や人生に直接関わるものであることから、その内容を当事者の真実の意思に基づいて決定する必要がある点で、ある年齢で区切ることにより取引の安全・相手方の保護を図ろうとする行為能力制度とは根本的に異なること、および、承諾能力の相対性から、医療行為の内容等によって必要とされる能力の程度も上下し得ることから、目安とする年齢に達していなくても、承諾をなし得るだけの十分な能力があると認められる場合には、当該患者本人の意思を尊重してその決定に従うことが望ましいからである⁽¹⁹²⁾。そして、個別具体的な承諾能力の有無については、前述のアメリカにおける成熟した未成年者の法理に関する判例分析から得られた要素、すなわち、提案された治療の性質および重要性について完全に理解するだけの十分な精神能力を有しているか、および治療の性質（未成年者自身のためか、第三者の利益のためか、侵襲の程度等）を総合的に考慮して決定することとなろう。判例の中には、能力の判断を行なう際に教育、訓練、経験を判断要素とするものもあるが、これらの要素は病気や治療に対する理解と直接に関連するものではない（例えば、若い時から闘病している子には社会経験は少ないだろうが、病気や治療方法については深い理解がある。）ことから、判断要素に含まない方がよいと考える⁽¹⁹³⁾。

ただ、承諾能力を現実決定するのは、現場の医師であり、自分が承諾能力があると判断し、その者の単独の同意のみで治療した未成年者が、後に裁判で承諾能力がないとされた場合のリスクを回避するために、現実的には、医師は親権者の同意を取らざるを得ないという問題が起こっている⁽¹⁹⁴⁾。そこで、基準の明確化、及び患者の能力を出来るだけ正確に判定する手続等が今後の課題であるが、裁判所が承諾能力を判定する制度がないわが国

においては、前述のニュー・メキシコ州の制定法のように、医療の現場において、精神科医等の複数の医師が参加してチーム医療を作り、判定するという方法が提案されている⁽¹⁹⁵⁾。今後、裁判所が承諾能力を判定する制度を作るべきかについては、成熟性判断の方法として、裁判所の介入を必要とすべきかというアメリカの議論が一応の参考になるが、裁判所の手続を利用することが未成年者の権利行使に対する大きな負担となることや、裁判官による恣意的な判断がなされる危険性などの裁判所に判断させることのデメリットを考えるならば、まずは医療チームによる判断で決定すべきである⁽¹⁹⁶⁾と考える⁽¹⁹⁷⁾。ただし、事後的に法的紛争が起こった場合の紛争解決機関としての裁判所の門戸を閉ざしてはならないことはもちろんである。

輸血拒否への対応についての東京都病産院倫理委員会のガイドライン⁽¹⁹⁸⁾では、輸血拒否できる成年年齢を満18歳以上とする。その理由は、民法における婚姻年齢は、男性満18歳以上、女性満16歳以上であるし、児童福祉法においては、児童を満18歳未満と規定していることを考慮し、宗教的信条に照らし医療内容を選択するための判断能力を誰もが有しているとみなすことの出来る年齢は、高校卒業程度であるからとされる。その上で、高校生の場合については、「原則として成人の場合に準じて判断する。しかしながら、自主的判断能力、信仰の深さ等にかかなり個人差があるものと考えられるので、各事例に即して、成人におけるよりもさらに慎重な対応が必要である」とするが、残念ながら判断能力に関する基準はない。しかし、18歳未満の子どもを乳幼児、小学生・中学生、高校生の三つに便宜的に区分し、それぞれ異なる扱いをするとしている。輸血拒否に関しては、2008年にも、国内5学会で組織される宗教的輸血拒否に関する合同委員会（日本輸血・細胞治療学会、日本麻酔科学会、日本小児科学会、日本産科婦人科学会、日本外科学会）により、「宗教的輸血拒否に関するガイドライン」⁽¹⁹⁹⁾が出されているが、これによると、18歳以上、15歳以上18歳未満、15歳未満で対応を異にする。すなわち、18歳以上の人には判断能力があるとされ、成人と同じ扱いがなされる。これに対して、15歳以上、18歳未満の場合には、親権者と本人の両者が輸血拒否をする場合には、その輸血拒否を認め、

本人が輸血を拒否するが、親権者が輸血を希望する場合には、医療者側は、なるべく無輸血治療を行うが、最終的に必要な場合には輸血を行うため、親権者から輸血同意書を提出してもらう。すなわち、輸血拒否の希望を尊重せず覆すという対応をする。なお、15歳未満の場合には、未成年者の意思を考慮せず、医療側は親と話し合い、必要な場合には、輸血を行うために、親権喪失宣告および審判前の保全処分を求める等の法的な措置を採る。

なお、学説の中には、基準となっている年齢に達していないが、承諾能力があると認められる未成年者の場合については、「その本人の承諾をも得るべき」であるとして、本人だけでなく親の同意も必要とするとする見解もあるが、これによると現実的な対応ができるし、本人と親とがきちんと話し合うことができるという前述のバージニア州法と同様のメリットがある反面、本人と親とがどうしても合意できない場合には、承諾能力ある未成年者の意見を覆してでも親の意見に従った治療がなされるということになり、有効な承諾をしようとされた当該未成年者の自己決定権を認めない結果となるが、このような結果が許されるためには、十分な根拠を示さなければならないだろう。また、現実には、親と合意できなかった未成年者が家出という実力行使に出ることにより、意思を貫徹する例もアメリカでは報告されている。⁽³⁰¹⁾ 重大な侵襲の場合には親の同意も必要であるとする見解に対しては、「自己の肉体的不可侵性を主張する権利を主張できるのは未成年者であり、肉体の苦痛を感じるのは第三者としての監護人ではなく、未成年者であり、更に決定権は未成年者にあるので、並存的な二重の同意は不要である」という反論もなされている。⁽²⁰²⁾

(3) 未成年者に治療拒否権を認めるか否か

未成年者本人に医療行為を拒否する権利が認められるのか、認められるとしたらどのような場合かについての判例は、わが国には存在しない。⁽²⁰³⁾ 臨床現場における指針としては、前述の通り、例えば「18歳に達した未成年者及び高校生には原則として輸血拒否を認める」とする東京都立病産院倫理委員会の指針等があるが、すべては個々の医療機関や医師の個別的な臨

床判断に委ねられているのが現状である。⁽²⁰⁴⁾わが国における未成年者の治療をめぐる学説、判例からは、残念ながら、臨床現場の参考となる明確な指針は与えられていない。⁽²⁰⁵⁾

翻って、判断能力のある成人の場合には、治療拒否権が認められるが、これも一定の制約を受ける場合があり、必ずしも絶対的な権利ではないことはアメリカと同様であるが、成人の場合には、人格権を尊重するという要請が強いため、絶対的ではないにせよ、ほぼ絶対的な権利であるといってもよいだろう。⁽²⁰⁶⁾これに対して、未成年者の場合には成人にはない別の制約理由が考えられるのではないか。

確かに、判断能力のある成熟した未成年者の自律性を重視する場合には医療一般に関する自己決定を認めるべきであり、治療拒否権も当然に認められ、たとえ死に至る結果になろうとも、他人が治療を強制することは許されないとはいえそうである。⁽²⁰⁷⁾しかし、治療拒否権を認めるにしても、そこに何らの制約もないわけではなく、成熟した未成年者に対する一定の保護の要請も働くのではないかと考えられる。ただ、これは未成年者が親権に服するからという一言で片付けられる問題ではなく、保護の観点をどのような形で出していくのかはデリケートな問題である。

(4) 未成年者の治療拒否権を制約する理由と親権の法的性質

既に述べたとおり、アメリカの議論においても、学説には激しい争いがあるが、生命に関わる治療拒否をストレートに認める判例は存在せず、治療同意権と生命に関わる治療拒否権とでは取り扱いを異にしており、このような判例の結論を支持する学説も多い。そして、その制約理由として挙げられるのは、親の利益ないしは子どもの生命を維持するという州の利益である。つまり、アメリカにおいて成熟した未成年者に治療同意権を与えた理由の一つには、未成年者の最善の利益および社会の保護があり、生命に関する治療拒否を認めて未成年者を死に至らせてしまう結果をもたらすことは、未成年者の保護および社会の保護という観点から望ましくないため、制約がなされるべきだからである。わが国においても、同様に制約を

⁽²⁰⁸⁾
 認める考え方が有力である。すなわち、医療とは、未成年者の生命や健康という最も根本的な法益に関するものなので、「自己決定権の尊重という名のもとに、未成年者に対する保護を安易に消滅させてよいとは考えられない」として、未成年者が承諾能力を有するほどに成長していても、監護権・監護義務による保護が必要とされる。⁽²⁰⁹⁾ 本稿では、アメリカにおける議論をヒントに、試みとして、この問題を親権の法的性質との関係で考えてみるが、⁽²¹⁰⁾ その際に、子どもの権利を出発点とする視点を明らかにするよう⁽²¹¹⁾ に心がける。

親権とは、かつての包括的な権力ではなく、種々の権利・義務の総称であるとされ、親権の本質が子の身体・精神の保護、育成にあり、それが民法820条の監護教育の権利義務として確認されている。⁽²¹²⁾ また、親権の出発点は子の権利保護にあるが、親権者は、監護・教育の義務を履行するために必要ならば、子自身の身体・精神に向けて、一定の作用・影響を及ぼすこともできる。⁽²¹³⁾ ただ、留意しなければならないのは、未成年者というのは、常に発達成長している存在であることから、成熟度に応じた柔軟な対応が要請されるということであり、「一定の年齢に到達すると監護教育の各種の側面において親権者による保護の必要性・程度が減少し、自律性・自主性を有するようになる」ことであり、このような自律性を尊重することは子どもの権利を実現するためには重要であることから、親権は、この限りにおいて一定の範囲でその権利性を失うことが認められなければならないということである。⁽²¹⁴⁾ この点について、さらに細かく、身上監護は財産管理とは本質的に異なり、前者については、未成年者一般ではなく、未成熟子に対して行使されると解すべきであり、身上監護権行使にあたっても、当該未成熟子の発達状況に応じて子の意思を尊重すべきであるという指摘もなされている。⁽²¹⁵⁾ このように親権を捉えるとしても、監護・教育の義務を誰に対して負うのかによって、子自身の身体・精神に向けてどの程度の作用をなしうるかが異なってくる可能性があるため、次に、親権の法的性質と子どもの権利をどの程度尊重するかについて考える。

まず、親権を社会ないし国に対する義務であるとする立場（公的義務

(216) 説)は、親が子を育てるのは、子に対する義務というよりは、むしろ国家社会人類に対する義務と観念すべきであるとか、「その根拠は、子は親に請求権をもつことが許されぬという親権思想にあるのではなく、子の個人としての人格完成へつくすべき」親の社会国家に対する義務と解すべきであろうと説明する。この考え方に立つならば、子どもが健康で生産的な成人になるために、親には、未成年者が自分自身にとって害となるような、あるいは、国家や社会の利益に反して自らの生命を絶つような決定をすることを防止する義務があるということを導き出すことができるだろう。この点については、未成年者の医療に関する自己決定権が認められるのは、「実はそれが社会の側にとっても便宜である場合」であるという指摘がなされている通りである。(217)

公的義務説に対しては、国家は親権者の監護義務の履行に対して、民法上、検察官による親権喪失宣告の請求が認められる(民法834条)以外には、何らの干渉の手段も有していないという批判があるが、(218)成熟した未成年者の治療拒否問題をめぐっては、むしろ次のような指摘が可能である。すなわち、国家が「次代の国民の発育」について重大な利害関係を持っていることは否定できないが、子どもは社会や国家による資源投資の対象ではなく、個別の人格を有する人なのであるから、判断能力があるならば、自律性を尊重すべきであり、その自己決定が最終的な効力を持つという形で権利の保護をすることが望ましく、親を通してという形であっても国からの介入を受けないという批判である。(219)

次に、親権を子に対する私法上の義務であるとする立場(私法義務説)(220)は、親権とは、子どもに対する私法上の義務であり、これに基づく子の請求権を認めるとする。(221)この立場に立つならば、親は子の権利を保護するような形で親権を行使すべきであるという考え方が導き出されるが、どのような行為が子の権利保護につながるかをめぐって争いがあるため、この考え方はさらに二つに分かれうる。一つ目は、親は子の権利が尊重されるように治療方針を決定しなければならないが、親権は、もっぱら子の利益・福祉を目的とする監護権であることから、未成年者に判断能力があっても、未成年者自身にとって害となる決定をしている場合には、その決定を是正

すべきであるという考え方である。この考え方に対しては、判断能力のある未成年者に対して、親がそのようなパターンリスティックな干渉をすることが、未成年者の人格権を侵害することにつながらないかという懸念がある。つまり、子の福祉や最善の利益という場合に、それを親権者の立場から判断するときと、子の立場から判断するときと、さらには、公共の立場から判断するときとでは、必ずしも一致しないという問題があり、子の最善の利益という名目の下に子の尊厳自由が侵される危険性があるということである。もう一つの考え方は、子に自ら決定する能力がない場合には親は子を保護するために最善の利益に従って判断する義務があるが、子に自ら決定する能力がある場合には、その決定を覆さないことが子の人格の尊重になるという考え方である。これに対しては、そのような場合には、全く未成年者の保護ができず、親権の存在意義がないという批判がなされるが、このような場合であっても、子どもの自律性を尊重することが子どもの権利を実現するために重要であるとして、一定の範囲で親権がその権利性を失うとしてもやむをえないし、これをもって親権の存在意義を否定することにはならないという反論ができる（ただ、子どもの権利実現のために本当に子どもの自己決定を尊重することが適切な場面なのかどうかについて、事例によっては躊躇を感じる）。

私法義務説に対しては、子の側から親権者に対して自己の監護を適切にすべしという私法上の請求をなす途がないのに私法上の義務を負うとするのはおかしいという批判があるが、理論上は、適切な監護をしなかったことによる損害を賠償する義務が発生しうる。そうすると、未成年者による治療拒否の決定を覆した親権者が、子どもからそのような損害賠償請求をされる可能性も出てくるため、この批判は適切ではない。

第三に、親権を子および社会に対して負う義務であるという考え方もある（折衷説⁽²⁵⁵⁾）。折衷説は、親権の内容は、「子の福祉をはかることであって、親の利益をはかるのではなく、またその適当な行使は子及び社会に対する義務⁽²⁵⁶⁾」だとする。そこで、親は、社会に対して、「子を心身ともに健全な社会人として育成」する義務を負うが、子が治療拒絶をすると、そのよ

うな育成を決定的に困難あるいは不可能にするということ、および、そのことが、子に対して負っている、未成年者の福祉を守るという義務に適合しないことから、監護権による未成年者の決定への干渉が可能となるとして、医師は、そのような場合には、親権者の承諾を得ることにより、治療を行うことができるという説明もできる。⁽²²⁷⁾この説明に対しては、私法義務説の一番目の考え方に対する批判と公的義務説に対する考え方に対する批判があてはまる。逆に、私法義務説の二番目の考え方を採るならば、親の社会に対する義務と子に対する義務が衝突すると考えられるが、どちらの義務を強調するかによって未成年者の決定が尊重されたり、覆されたりする。このように、折衷説を採る場合には、私法義務説から導かれる二つの考え方のうちどちらを採用するか、および、私法義務説の二番目の考え方を採用する場合にも、義務を社会に対して負うのか、子どもに対して負うのかのどちらを強調するか、によって結論が異なる。

このように、未成年者の利益のために親権を行使すべきであるということについては全く争いが無いにもかかわらず、成熟した未成年者の治療拒否をめぐっては、未成年者の自律性の尊重という観点からだけでなく、子の身体・精神の保護、育成を図るという、親に親権を与えた意義との調和を図る必要があり、その調整はきわめて困難であるが、生命に関わる治療拒否については、何らかの制約が可能である場合もあるということが明らかとなった。

もっとも、未成年者に生命に関わる治療拒否を制約なしに認めうる場合が全く考えられないわけではないという Rosato と同様の考え方をする学説もある。すなわち、「たとえば、治療による救命ないし延命の可能性がきわめて低い反面、侵襲性がきわめて大きい場合などには、判断能力を有する未成年者が当該治療を拒否したとしても、本人の自己決定を尊重してその治療は行なわず、自然の成り行きに委ねることは認められる⁽²²⁸⁾」とする。この学説の根拠は明らかではないが、このような場合には、子どもが健康で生産的な成人になることはないことから、親が国に対して有する、未成年者が自分自身および国益にとって害となるような決定をすることを防止

する義務が消滅するという説明、ないし、侵襲性がきわめて大きいことに鑑み、未成年者の人格権の尊重および未成年者の福祉という観点から、未成年者の決定に従うべきであるという説明ができる。

最後に、承諾能力ある子が治療拒否を行った場合に、親も同意見であり、子の治療への同意をしなかった場合にも、医療ネグレクトに該当するかという問題提起がなされているが、⁽²²⁹⁾これに対する私見を述べておく。この場合には、医療ネグレクトに該当するか否かの判断は慎重に行われなければならないが、判断能力のある子どもの自律性を尊重する反面として一定の範囲で親権の権利性が失われるということを考えると、特段の事情がない限り、親が子どもあるいは社会に対する義務を怠ってネグレクトをしていると認定をすることはできないと考える。つまり、親も子も治療を拒否している場合には、子の自律性を尊重するというを親自身が認めており、子の生命を保持するという意味での義務または権利を親が積極的に行使しない場合に当たる。このような場合に、国家が子の保護という観点から積極的に子どもおよび親の決定に介入すべき正当化事由が存在するか否かは疑わしいからである。

四. 結びにかえて

未成年者が未成年者であることを理由として一律に保護を必要とするという扱いをすることに対する批判、および、未成年者は、その成長段階に応じて保護と自律のバランスが変わるため、きめ細かい段階的な取扱いが必要であることについては、アメリカと同様に、わが国においても指摘されてきた。⁽²³⁰⁾本稿においては、特に、成熟した未成年者の生命にかかわる治療拒否に焦点を当てて、未成年者の自律の尊重や自己決定の重要性という観点と、未成年者であることを理由とした保護の観点とのバランスを取る必要性、および、承諾能力があるとされる成熟した未成年者の自己決定を覆せる場合には、その理由が何であるのかについて考察を行ってきたが、親権という概念を子どもの権利という観点から再構築するという大きな課

⁽²³¹⁾ 題, および, 子どもの権利と親の権利, および国家の利益の関係および調整は, 今後とも考究していかなければならない問題である。⁽²³²⁾

〔注〕

- (1) Christine Hanisco, *Acknowledging the Hypocrisy: Granting Minors the Right to Choose Their Medical Treatment*, 16 N. Y. L. SCH. HUM. RTS., 899, 901 (2000). Susan D. Hawkins, *Protecting the Rights and Interests of Competent Minors in Litigated Medical Treatment Disputes*, 64 FORDHAM L. REV. 2075, 2076 (1996); Jay Laubscher, *A Minor of "Sufficient Age and Understanding" Should Have the Right to Petition for the Termination of the Parental Relationship*, 40 N. Y. L. SCH. L. REV. 565, 568-569 (1996).
- (2) Jennifer F. Skeels, *In re E.G.: The Right of Mature Minors in Illinois to Refuse Lifesaving Medical Treatment*, 21 LOY. U. CHI. L. J. 1199, 1209 (1990); Hawkins, *supra* note 1, at 2076.
- (3) Laubscher, *supra* note 1, at 569.
- (4) DONALD KRAMER, *LEGAL RIGHTS OF CHILDREN* § 14.01 (2d ed. 1994).
- (5) *Id.*
- (6) *Id.*
- (7) 後述の二章2節(三)参照。田坂晶「治療行為に対する患者の同意能力に関する一考察——アメリカ合衆国との比較法的考察——」同志社法学60巻4号217頁, 268-69頁(2008)参照。
- (8) KRAMER, *supra* note 4, at 586-87.
- (9) Michael S. Wald, *Children's Rights: A Framework for Analysis*, 12 U. C. D. L. REV. 255, 267-68 (1979).
- (10) *Planned Parenthood of Central Mo. v. Danforth*, 428 U. S. 52, 74 (1976).
- (11) 永水裕子「成熟した未成年者の人工妊娠中絶について決定する権利とアメリカ法(1)」上智法学論集48巻1号155-57頁(2004)。「裁判所は, 将来の裁判所が成熟性を計るべき基準を採用しないことにより, さらに混乱を引き起こした。」等, 成熟性の基準がないことについての批判が学説によりなされている(Wallace Mlyniec, *A Judge's Ethical Dilemma: Assessing a Child's Capacity to Choose*, 64 FORDHAM L. REV. 1874, 1895 (1996); William D. Brewster, *In re E. G., A Minor: Death Over Life: A Judicial Trend Continues As the Illinois Supreme Court Grants Minors the Right to Refuse Life-Saving Medical Treatment*, 23 J. MARSHALL L. REV. 771, 786

- (1990))。
- (12) Hanisco, *supra* note 1, at 902; Brewster, *supra* note 11, at 786.
 - (13) Hanisco, *supra* note 1, at 902; Janine Felsman, *Eliminating Parental Consent and Notification for Adolescent HIV Testing: A Legitimate Statutory Response to the AIDS Epidemic*, 5 J. L. & POL'Y 339, 347-48 (1996); Bellotti v. Baird, 443 U. S. 622, 634 (1979); Parham v. J. R., 442 U. S. 584, 602-03 (1979).
 - (14) Susan C. Lonowski, *Recognizing the Right of Terminally-Ill Mature Minors to Refuse Life-Sustaining Medical Treatment: The Need for Legislative Guidelines to Give Full Effect to Minors' Expanded Rights*, 34 U. LOUISVILLE J. FAM. L. 421, 431-32 (1995/96); Parham v. J. R., *supra* note 13, at 602-03.
 - (15) 親に子どものことについて決定する権限を与えた理由の詳細については、永水裕子「アメリカ法における子どもに対する医療と同意——生命に関わるが、治療効果が不確実な病気の治療に対する親の同意拒否」生命倫理通巻14号161頁(2003), 同「子どもの医療に対する親の決定権限とその限界(二・完)——アメリカのメディカル・ネグレクトを素材として——」上智法学論集47巻2号120頁, 130頁(2003)参照。
 - (16) Bellotti v. Baird, *supra* note 13, at 638.
 - (17) Wisconsin v. Yoder, 406 U. S. 205, 234 (1972); Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510, 534-35 (1925); Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390, 400-01 (1923).
 - (18) Parham v. J. R., *supra* note 13, at 602-03 (1979).
 - (19) Walter Wadlington, *Minors and Health Care: The Age of Consent*, 11 OSGOOD HALL L. J. 115, 123-24 (1973).
 - (20) Lawrence Schlam & Joseph P. Wood, *Informed Consent to the Medical Treatment of Minors: Law and Practice*, 10 HEALTH MATRIX 141, 142-43 (2000). なお, Schlam と Wood によるこの論文は, 163頁で, O'Connor, *infra* note 36, at 27 の論文の, 医師と話し合った上で成熟した未成年者が同意をした場合には, 当該治療にネグリジェンスがない限り, 裁判所は医師を保護するだろうという部分を引用している。ただ, これが成熟した未成年者の自己決定を尊重した結果そのようになっているのかは不明である。
 - (21) これについては, 永水裕子「成熟した未成年者の人工妊娠中絶について決定する権利とアメリカ法(1)(2・完)」上智法学48巻1号190頁(2004), 48巻2号128頁(2005)で既に検討しているため, 本稿では扱

わない。

- (22) Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 370 N. E. 2d 417 (Mass. 1977).
- (23) Skeels, *supra* note 2, at 1204; Penkower, *infra* note 89, at 1169-74. わが国においても、これらの裁判例の分析をしたものとして、甲斐克則『尊厳死と刑法』7頁以下所収(成文堂, 2004)、唄・後掲注(26)等、数多くの論文がある。
- (24) Cruzan v. Director, Missouri Dep't of Health, 497 U. S. 261, 278 (1990).
- (25) J. BERG, P. APPELBAUM, C. LIDZ & L. PARKER, INFORMED CONSENT: LEGAL THEORY AND CLINICAL PRACTICE, 228 (2d. ed., 2001).
- (26) Raleigh Fitkin-Paul Morgan v. Anderson, 201 A.2d 537 (1964). 唄孝一「アメリカ判例法における輸血拒否——『死ぬ権利』論の検討過程における一つのデッサン」東京都立大学法学会雑誌18巻1・2号101頁, 115頁(1978)(のちに『生命維持治療の法理と倫理』3頁所収(有斐閣, 1990))に詳細な判例紹介がなされている。
- (27) 唄・前掲注(26), 116頁。
- (28) *In re A. C.*, 573 A.2d 1235 (D. C. 1990). なお、この事件の妊婦及び子どもは、帝王切開をした後に亡くなった。
- (29) 「インフォームド・コンセント」『生命倫理百科事典』512頁(丸善株式会社, 2007)(Angela R. Holder による補遺部分, 永水裕子訳), BERG et al., *supra* note 25, at 229. 例えば, *In re Fetus Brown*, 689 N. E. 2d 397 (Ill. 1997) や *Baby Boy Doe*, 632 N. E. 2d 326 (Ill. 1994) を参照のこと。
- (30) Application of President & Directors of Georgetown College, 331 F.2d 1000 (D. C. Cir. 1964).
- (31) Fosmire v. Nicoleau, 551 N. E. 2d 77 (N. Y. 1990); Stamford Hospital v. Vega, 674 A.2d 821 (Conn. 1996).
- (32) In the matter of Dubreil, 629 So.2d 819 (Fla. 1993); Public Health Trust of Dade County v. Wons, 541 So.2d 96 (Fla. 1989).
- (33) BERG et al., *supra* note 25, at 229. 樋口範雄『親子と法 日米比較の試み』(弘文堂, 1988) 164-65頁。根拠に遡って論じ、成人の治療拒否権はほぼ「絶対的」であると結論づける文献として、古川原明子「生命維持治療と患者の自己決定権——米判例を素材に——」一橋法学2巻1号145頁以下(2003)がある。
- (34) Hawkins, *supra* note 1, at 2093; Skeels, *supra* note 2, at 1227-28.
- (35) Hillary Rodham, *Children Under the Law*, 43 HARV. EDU. REV. 487, 494-95

- (1973).
- (36) Carolyn O'Connor, *Illinois Adolescents' Rights to Confidential Health Care*, 82 ILL. B. J. 24, 26 (1994).
- (37) 本稿で取り上げた判例は, Danny R. Veilleux, *Annotation, Medical Practitioner's Liability for Treatment Given Child Without Parent's Consent*, 67 A. L. R. 4th 511(1989), および Walter Wadlington, *supra* note 19 で検討されていた判例である。
- (38) Alexander M. Capron, *The Competence of Children as Self-Deciders in Bio-medical Interventions*, in WHO SPEAKS FOR THE CHILD: THE PROBLEM OF PROXY CONSENT, 57, 69 (Williard Gaylin & Roth Macklin eds., 1982).
- (39) 山口亮子「アメリカ法における親の権利と監護権——親の権利をめぐる立法と司法の政策——」民商法雑誌136巻5・6号129頁, 161頁(2007)も, 「アメリカは独自に子どもの権利を発展させてきたという自負はあるが, それは国の後見的立場から子どもの利益を保障してきただけではないのか。」という疑問を投げかけ, 今後は, 子どもの最善の利益を越えて, 子どもの権利について検討すべきであると指摘している。
- (40) Bakker v. Welsh, 108 N. E. 94 (Mich. 1906).
- (41) *Ibid.*
- (42) Zoski v. Gaines, 260 N. W. 99 (Mich. 1935). この他にも, 手術前に母親が子どものために選択した麻酔の方法を, 子どもが手術の直前に変更したことについて(それにより死亡), 子どもには契約内容を変更できたかが争われた, 「成熟した未成年者の法理」というよりは, むしろ「生活必需品(necessaries)」に関する事案である Bishop v. Shurly, 211 N. W. 75 (Mich. 1926) も成熟した未成年者の法理の場面において先例としてよく挙げられている。
- (43) Bonner v. Moran, 126 F.2d 121 (U. S. App. D. C. 1941).
- (44) Lacey v. Laird, 139 N. E.2d 25 (Ohio, 1956).
- (45) Younts v. St. Francis Hospital & School of Nursing, Inc., 469 P.2d 330 (Kan. 1970).
- (46) Cardwell v. Bechtol, 724 S. W.2d 737 (Tenn. 1987).
- (47) ルール・オブ・セブンズ(Rule of Sevens)とは, 7歳未満の子どもには, 能力がなく, 7歳から14歳未満の子どもには, 能力がないという反証を許す推定が及び, 14歳から21歳未満の者については, 能力があるという反証を許す推定が及ぶとする能力に関するルールであるが, 一般的に刑法の判例で使用されてきた。このルールは, 不法行為についても

適用可能である (Belcher v. Cardwell, *supra* note 46, at 745.)。

- (48) KAN. STAT. ANN. § 38-123b (2008).
- (49) S. C. CODE ANN. § 20-7-280 (2002).
- (50) 多くの州法は、解放された未成年者に関する制定法により、未成年者自身の医療に同意することができることを認めているが (ARIZ. REV. STAT. ANN. § 44-132 (2010); KY. REV. STAT. ANN. § 214.185 (2) (West 2010); N. M. STAT. ANN. § 24-10-1 (West 2009); W. VA. CODE § 49-7-27 (2009); WYO. STAT. ANN. § 14-1-101 (2009)), 「解放」認定のため、年齢を基準の一つとする州法もある (ARIZ. REV. STAT. ANN. § 44-132 (2010); W. VA. CODE § 49-7-27 (2009); COLO. REV. STAT. § 13-22-103 (2009))。また、多くの州では、また婚姻や出産に基づく未成年者解放を認めている (FAY A. ROZOVSKY, CONSENT TO TREATMENT: A PRACTICAL GUIDE § 5.02 [A] (4th ed. 2007))。解放された未成年者と成熟した未成年者の法理を同一条項内で規定する制定法としてアーカンソー州のものがある (ARK. CODE ANN. § 20-9-602 (West 2009))。

親から解放された未成年者の法理の欠点は、解放された未成年者が実際に「成熟した」判断能力を行使しうるかという議論とは切り離されている所にある。すなわち、解放された未成年者の定義は、判断能力ではなく親からの独立という概念に基づいているのである。このように、判断能力ではなく親から独立しているかを基準として医療に対する同意を与える場合には、次のような問題が生ずる。つまり、親から独立して生活し、解放された未成年者であると認定されている者の中にも、大きな手術に対して同意を与えるほどの成熟性や判断能力を持っていない者もいれば、逆に、幼い頃から病気で、親から独立しているわけではないが、例えば化学療法などの重大な治療方法について十分に理解し、同意を与えることが出来るほど成熟している未成年者もいるだろう。解放された未成年者の法理によれば、前者は医療に対する同意権を有し、後者は同意権を有しないことになるが、それは、前者については同意できる未成年者の範囲を拡大しすぎているし、後者については同意できる未成年者を制限しすぎているのではないかと批判されている。また、制定法の文言が不明瞭なため、当該未成年者が親から解放された未成年者であるか否かを判断するのが困難であるという問題がある。例えば、カリフォルニア州において、「収入源にかかわらず、自らの家計をやりくりしている」という文言を巡って、未成年者が与えた医療に対する同意の有効性が争われたが、裁判所は、「収入源にかかわらず」という文言から、親

が生計維持に必要なお金の一部を拠出しているからというだけで、医療に対して同意する権限を奪われないと判示した (Carter v. Cangello, 164 Cal. Rptr. 361 (Ct. App. 1980))。

- (51) ARK. CODE ANN. § 20-9-602 (West 2009).
- (52) ニュー・メキシコ州においては、15歳以下の者 (at or under the age of fifteen) を指していたが (N. M. STAT. ANN. § 24-7A-6.1(G) (West 1997)), 2009年の改正により、この条項は削除された。
- (53) N. M. STAT. ANN. § 24-7A-6.1 (West 2009).
- (54) Capron, *supra* note 38, at 73.
- (55) 例えば、「年齢や婚姻の有無にかかわらず、妊娠や出産に関することについては、すべての女性」が同意権限を有すると規定するアーカンソー州の規定。「ただし、自然的方法によらない妊娠の中止については、この限りでない」(ARK. CODE ANN. § 20-9-602(4) (West 2009))とされるように、未成年者は当然に人工妊娠中絶について同意できるわけではなく、その他の条件を満たした場合に認められることが多い。例えば、解放された未成年者に同意権限を与えるケンタッキー州の規定 (KY. REV. ST. ANN. § 311.732 (West 2010)) や解放された未成年者または裁判所の同意を得た未成年者に同意権限を与えるミズーリ州の規定 (MO. REV. STAT. § 188.028 (West 2009)) を参照。
- (56) ARIZ. REV. STAT. ANN. § 44-132.01 (2010). 一定の年齢に達した未成年者にしか性病治療の同意権限を与えない州もある。例えば、14歳以上とする州として、アイダホ州 (IDAHO CODE ANN. § 39-3801 (2009)), ワシントン州 (WASH. REV. CODE ANN. § 70.24.110 (West 2009)) 等がある (ROZOVSKY, *supra* note 50, at § 5.03 [A])。
- (57) ROZOVSKY, *supra* note 50, at § 5.04.
- (58) Capron, *supra* note 38, at 75-76; Hanisco, *supra* note 1, at 912; Rhonda Gay Hartman, *Adolescent Autonomy: Clarifying an Ageless Conundrum*, 51 HASTINGS L. J. 1265, 1309-10 (2000) [hereinafter Hartman, *Adolescent Autonomy*].
- (59) Hartman, *Adolescent Autonomy*, *supra* note 58, at 1309-10. 性感染症などの病気に関して、未成年者が親に知らせるのを嫌がることはよくある。そのような病気に対する医療を受ける前に親の同意を得なければならないとすれば、未成年者は治療を遅らせたり、治療を見送ったりするであろう。そのような状況において彼らの健康を守るため、制定法はこれら特定の病気の場合には、親の同意を得ずに医療を受けることを未成年者

- に許可するのである (American Academy of Pediatrics v. Lungren, 940 P.2d 797, 802-803 (1997))。
- (60) Walter Wadlington, *supra* note 19, at 119. 15歳以上の未成年者に親の同意なく治療をした医師が責任を負わされたケースが見つからないことを1972年の時点で指摘する文献として, Harriet F. Pilpel, *Minor's Rights to Medical Care*, 36 ALBANY L. REV. 462, 466 (1972) がある。
- (61) Lawrence P. Wilkins, *Children's Rights: Removing the Parental Consent Barrier to Medical Treatment of Minors*, 1975 ARIZ. ST. L. J. 31, 34 (1975).
- (62) *Id.*
- (63) Walter Wadlington, *Consent to Medical Care for Minors: The Legal Framework*, in CHILDREN'S COMPETENCE TO CONSENT, at 57, 61 (Gary B. Melton et al. eds., 1986); Oberman, *infra* note 87, at 131.
- (64) Wadlington, *supra* note 19, at 123-24.
- (65) Schlam & Wood, *supra* note 20, at 142-43.
- (66) Hanisco, *supra* note 1, at 916-17.
- (67) Hanisco, *supra* note 1, at 922; American Academy of Pediatrics, Committee on Bioethics, *Informed Consent, Parental Permission, and Assent in Pediatric Practice*, 95 PEDIATRICS 314-17 (1995), available at <http://aappolicy.aappublications.org/cgi/reprint/pediatrics;95/2/314.pdf> (last visited, Jan. 2010).
- (68) Lainie Friedman Ross, *Health Care Decision-making by Children: Is it in Their Best Interest?*, HASTINGS CENTER REPORT vol. 27, no. 6 (1997): 41-45.
- (69) *In re D. P.* の判決書は公表されなかったため, 以下の文献から事実の概要及び判決要旨を導き出した。Mike McKee, *When Jehovah's Witnesses Refuse Transfusions Based on Their Beliefs, the Legal and Medical Guidelines Are Far From Clear*, THE RECORDER, AUG. 15, 1995, at 1.
- (70) Brewster, *supra* note 11, at n.5.
- (71) *Id.*
- (72) 永水裕子「成熟した未成年者の生命にかかわる治療拒否権——アメリカ法を素材として」年報医事法学21号9頁以下(2006)。
- (73) *In re E. G.*, 515 N.E.2d 286 (Ill. App. 1987).
- (74) *In re Estate of Brooks*, 205 N.E.2d 435, 441-42 (Ill. 1965).
- (75) *In re Estate of Longeway*, 545 N.E.2d 292 (Ill. 1989).
- (76) *Wallace v. Labrenz*, 104 N.E.2d 769 (Ill. 1952). この判決については, 永水裕子「子どもの医療に対する親の決定権限とその限界 (一)——アメリカのメディカル・ネグレクトを素材として——」上智法学47巻1号

- 45頁, 50-51頁(2003)を参照。
- (77) この判決の翌年である1990年に *Cruzan v. Director, Missouri Dep't of Health*, *supra* note 24 が出された。
- (78) *Cardwell v. Bechtol*, *supra* note 46.
- (79) このような場合に適用されるべき基準は, その未成年者が十分情報を与えられた上での決定(Informed Decision)をなしうるほど成熟しているかである, とするのがイリノイ州の最高裁である。この概念は, 人工妊娠中絶の場面において, 親の同意がなくても裁判官がその未成年者に Informed Decision をするに十分な成熟性があると判断した場合には, 裁判官がその未成年者に人工妊娠中絶の許可を与えるというマサチューセッツ州の法にも採用されている。
- (80) この後, 「我々の法は, いつ未成年者が人生において一定の決定をなしうる年齢に達したと言えるかにつき, 明確な線引きをしていない。」として, 行為の態様によって成年年齢が異なるという例示が続く。
- (81) 42 U. S. C. § 1983 に基づく請求である。
- (82) *In re Green*, 292 A.2d 387 (Pa. 1972). この判決は, 永水・前掲注(76), 72-74頁で紹介されている。
- (83) 祈禱療法の免責条項とその問題点については, 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』183頁, 205-209頁(尚学社, 2008)参照。
- (84) *Commonwealth v. Nixon*, 761 A.2d 1151 (Pa. 2000). *Com v. Nixon* のケース紹介として, 以下の文献がある。Douglas C. Hart, *Recent Decision: In Determining the Criminal Liability of a Parent, Neither the Maturity of an Unemancipated Minor nor the Minor's Right to Privacy are Affirmative Defenses to Discharge Parental Duties to Their Minor Children in Life Threatening Situations*, 40 DUQ. L. REV. 147 (2001).
- (85) Angela R. Holder, *Minors' Rights to Consent to Medical Care*, JAMA, June 26, 1987, Vol. 257, No. 24, 3400, 3401.
- (86) O'Connor, *supra* note 36, at 26.
- (87) Michelle Oberman, *Minor Rights and Wrongs*, JOURNAL OF LAW, MEDICINE & ETHICS, 24 (1996): 127, 128-30.
- (88) どちらの考え方を採るにしても, 表面的に見れば, 判示に反対することは難しい。さらに, イリノイ州裁判所の司法手続が遅かったせいで, 最高裁の判示が出るまでに生命を維持するための輸血が行われている。E. G. の弁護士が電話でのインタビューで Oberman に皮肉をこめて告

白したとおり、「彼女の勝利は、両方の世界から最高のものを与えてくれました。……彼女は現在健康的な20歳の女性になり、しかも彼女の死ぬ権利は保障されたのですから。」(Id.)

- (89) Jessica A. Penkower, *The Potential Right of Chronically Ill Adolescents to Refuse Life-Saving Medical Treatment: Fatal Misuse of the Mature Minor Doctrine*, 45 DEPAUL L. REV. 1165, 1204 (1996).
- (90) Penkower はこのような問題を指摘し、肯定説を採っている (Id. at 1204-05.)。
- (91) Id. at 1209.
- (92) Rodham, *supra* note 35, at 494-95. Oberman, *supra* note 87, at 131 においても、未成年者に例外的に治療へアクセスすることができる権利を与える制定法について、「そのような例外は、成熟性の評価ではなく、治療の危険性が比較的少なく、治療へのアクセスを拒否することが未成年者（および世間一般）に永久的害を被らせる場合にのみ、未成年者に自律権を認めるという計算に基づき」認められるとする。Oberman は、続いて、判例分析の結果、「成熟した未成年者の法理は、社会保護と未成年者の最善の利益保護という二つのゴールを反映したものである。そして、当該治療へのアクセスを許すことによりどちらかの目的を達成するというコンセンサスがない場合には、未成年者のアクセスは拒否される」と指摘する。
- (93) Rodham, *supra* note 35 at 495.
- (94) THE NEW YORK STATE TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, WHEN OTHERS MUST CHOOSE: DECIDING FOR PATIENTS WITHOUT CAPACITY 129-132 (1992).
- (95) ALAN BUCHANAN & DAN BROCK, DECIDING FOR OTHERS: THE ETHICS OF SURROGATE DECISION MAKING, Cambridge University Press, 1990, at 225-26.
- (96) Id. at 226-29.
- (97) Id. at 229-32.
- (98) Id. at 232-34.
- (99) Parham v. J. R., *supra* note 13.
- (100) BUCHANAN & BROCK, *supra* note 95, at 234-35.
- (101) Jennifer L. Rosato, *The Ultimate Test of Autonomy: Should Minors Have a Right to Make Decisions Regarding Life-Sustaining Treatment?*, 49 RUTGERS L. REV. 1 (1996) [Hereinafter Rosato, *The Ultimate Test of Autonomy*].
- (102) Id., at 50. Arthur Caplan は、成熟性判断については、患者の年齢、理解度、治療経験を考慮すべきであるが、生命維持の必要性が未成年者の

自己決定の価値を上回るとしており、Rosato と同様の価値観に立脚するものである (Stacy A. Teicher, *When Minors Refuse Medical Treatment*, CHRISTIAN SCIENCE MONITOR, FEB. 9, 1999, at 3.)。

- (103) Rosato, *The Ultimate Test of Autonomy*, *supra* note 101 at 70; Prince v. Massachusetts, 321 U. S. 158, 168 (1944); Jennifer L. Rosato, *Symposium: The End of Adolescence: Let's Get Real: Quilting a Principled Approach to Adolescent Empowerment in Health Care Decision-Making*, 51 DEPAUL L. REV. 769, 771 (2002) [Hereinafter Rosato, *The End of Adolescence*]; Elizabeth S. Scott, *The Legal Construction of Adolescence*, 29 HOFSTRA L. REV. 547, 548 (2000-2001) も中絶の文脈においてはああるが、同様の指摘をしている。また、我々が青年の将来への関心をもつ権利を有していると指摘するのは、Willard Gaylin, *Competence: No Longer All or None*, in WHO SPEAKS FOR THE CHILD: THE PROBLEM OF PROXY CONSENT, 27, 53 (Willard Gaylin & Roth Macklin eds., 1982) である。
- (104) Rosato, *The Ultimate Test of Autonomy*, *supra* note 101, at 70. また、Gary B. Melton, *Children's Competence to Consent: A Problem in Law and Social Science*, in CHILDREN'S COMPETENCE TO CONSENT, 57, 61 (Gary B. Melton et al. eds., 1986) は、Prince v. Massachusetts, *supra* note 103, at 170 の親が子を殉教者にすることは自由ではないと判示する部分を、「子どもを社会化することへの州の利益」から導かれたものであると説明している。
- (105) Rosato, *The Ultimate Test of Autonomy*, *supra* note 101, at 71.
- (106) *Id.*, at 77.
- (107) *Id.*, at 80.
- (108) Jennifer L. Rosato, *Using Bioethics Discourse to Determine When Parents Should Make Health Care Decisions for Their Children: Is Deference Justified?*, 73 TEMPLE L. REV. 1, 64 (2000) [Hereinafter Rosato, *Using Bioethics Discourse*]; Rosato, *The End of Adolescence*, *supra* note 103, at 781.
- (109) Rosato, *The Ultimate Test of Autonomy*, *supra* note 101 at 50.
- (110) *Id.*, at 75.
- (111) 例えば、15-16歳の未成年者については判断能力を推定すべしとの見解がある (Andrew Newman, *Adolescent Consent to Routine Medical and Surgical Treatment : Proposal to Simplify the Law of Teenage Medical Decision-Making*, 22 J. LEGAL MED. 501 (2001).)。
- (112) Hartman は、当時利用可能だった研究を基にして述べられた Yoder 事件におけるダグラス裁判官の意見 (Wisconsin v. Yoder, *supra* note 17,

at 243 (Douglas J., dissenting in part)) (公教育を受けることに關して當事者たる青年の選好を認識しない法廷意見を批判)に賛成する(Rhonda Gay Hartman, *Coming of Age: Devising Legislation for Adolescent Medical Decision-Making*, 28 AM. J. L. & MED. 409, 411 (2002) [Hereinafter Hartman, *Coming of Age*]).そして、特に、青年の健康、福祉に直接関連し、重大かつ人生を左右する可能性のある医療に関する意思決定に関するポリシーの見直しが必要であるとする(Hartman, *Coming of Age*, at 412)。その他にも、「自らの医療について理解し、決定する能力にもかかわらず、すべての子どもは、過去15年以上にわたって、望まない治療から成人を保護するために発展してきた法的権利から類型的に排除されている。医学的治療を拒否する成人の権利は、『徐々に絶対的なものになりつつある』が、他方、未成年者には、医療に関する自律性が否定され続けている。このような類型的な排除は、未成年者が、人生の終わりにおいて望まない生命維持治療を受けるリスクを増大させている。」(Melinda T. Derish & Kathleen Vanden Heuvel, *Mature Minors Should Have the Right to Refuse Life-Sustaining Medical Treatment*, 28 J. LAW, MEDICINE & ETHICS 109, 110 (2000).)という批判がある。

- (113) Hartman, *Adolescent Autonomy*, *supra* note 58, at 1323-24. Harman は、以下のように力説する。「青年自律モデルに基づく連邦および州の立法は、パレンス・パトリエを骨抜きにはしないし、逆に、青年の実際の状況に効果的に適合した形でパレンス・パトリエに革命を起こしうるのである。換言すれば、パレンス・パトリエは、青年の決定能力を推定する社会的規範に対応して発展させられるべきである。」「青年自律モデルは、青年の責任感を育てつつ、彼らの発展を導き、福祉を促進することを州に許すであろう。」(Hartman, *Adolescent Autonomy*, *supra* note 58, at 1357.)
- (114) Robert F. Weir & Charles Peters, *Affirming the Decisions Adolescents Make about Life and Death*, HASTINGS CENTER REPORT 27, no.6 (1997): 29, 36. (ただし、その者に必要ないし決定能力がない場合ということが証明された場合は別であるとする。)
- (115) Penkower, *supra* note 89 at 1204.
- (116) ALAN MEISEL, *THE RIGHT TO DIE*, 2nd ed., (New York: John Wiley, 1995): Vol. 2, at 278-79.
- (117) 成熟性の判断が、主観的かつ恣意的なものであり、100%間違えないという保証がなく、間違って成熟していると判断されたために治療拒否

権を行使し死ぬ未成年者が出る可能性があるという理由で、未成年者の生命に関わる治療拒否権を認めない考え方もある (Ann Eileen Driggs, *The Mature Minor Doctrine: Do Adolescents Have the Right to Die?*, 11 HEALTH MATRIX 687 (2001))。

- (118) Lainie Friedman Ross, *supra* note 68, at 41-45.
- (119) Bellotti v. Baird, *supra* note 13.
- (120) Skeels, *supra* note 2, at 1228.
- (121) Rosato, *The End of Adolescence*, *supra* note 103, at 781; Rosato, *Using Bioethics Discourse*, *supra* note 108, at 15.
- (122) 永水・前掲注(72), 14頁。
- (123) Hartman, *Adolescent Autonomy*, *supra* note 58, at 1323-24. なお、アメリカ小児科学会の生命維持治療中止 (LSMT) に関するガイドラインは、次のように述べている。「LSMT に関する決定の重大さから、患者の法的地位に関係なく、子どもの希望や感情に対する注意深く、明確な注意が必要である。」成熟した未成年者の場合には、「代行判断基準」が適用される (その他多くの場合には「最善の利益基準」が適用される)。成熟した未成年者であると判断された場合、「その推定を疑わしいものとする、対立する証拠がある場合でなければ、倫理的・法的判断能力の推定が及ぶべきである。」「医師およびその他の人間は、LSMT に関してははっきりと伝える能力を失う前に未成年者が表明した可能性のある感情に、相当のウエイトを置くべきである。」(American Academy of Pediatrics, Committee on Bioethics, *Guidelines on Forgoing Life-Sustaining Medical Treatment*, PEDIATRICS Vol. 93 No. 3 March 1994: 532-536, available at <http://aappolicy.aappublications.org/cgi/reprint/pediatrics;93/3/532.pdf> (last visited, Jan. 2010).)
- (124) Hartman, *Adolescent Autonomy*, *supra* note 58, at n.265.
- (125) ニュー・ヨーク州のタスクフォースの報告書において、意思決定能力を有する未成年者とその親の生命維持治療に関する意見の不一致は稀であろうという指摘がなされている (THE NEW YORK STATE TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, *supra* note 94, at 129-132)。
- (126) Skeels, *supra* note 2, at 1223. 同様の手続的課題を指摘する文献として、Derish & Heuvel, *supra* note 112, at 116 がある。
- (127) THE NEW YORK STATE TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, *supra* note 94, at 129-132.
- (128) Rodham, *supra* note 35, at 509-10. わが国でも近年、子どもの代弁者

についての関心が高まってきており、例えば、「特集 子どもの声を聞く——子どもの手続き上の代理をめぐる——」法律時報81巻2号4頁(2009)において特集が組まれている。

- (129) Rodham, *supra* note 35, at 510.
- (130) Sanford Leikin, *A Proposal Concerning Decisions to Forgo Life-Sustaining Treatment for Young People*, 115 J. PEDIATRICS 17 (1989).
- (131) Derish & Heuvel, *supra* note 112, at 118-19.
- (132) *Ibid.*
- (133) ROZOVSKY, *supra* note 50, at § 5.09.
- (134) *Ibid.*
- (135) 永水裕子「アメリカにおける重症新生児の治療中止——連邦規則の批判的考察とわが国に対する示唆」桃山法学 8号 1頁 (2006)。
- (136) 永水・前掲注(15), 144頁。Rosato, *Using Bioethics Discourse*, *supra* note 108, at 65-67.
- (137) ROZOVSKY, *supra* note 50, at 5.09, note 602.1 (2010 Supplement).
- (138) Va. CODE ANN. § 63.2-100 (Michie 2009).
- (139) この制定法については、未成年者の自律の利益により親の責任の範囲が制限されていくが、治療拒否権も自律の利益により認められるかを検討するイギリスの論文において紹介されている (Lynn Hagger, *Parental Responsibility and Children's Health Care Treatment*, at 185, 187, in RESPONSIBLE PARENTS & PARENTAL RESPONSIBILITY (R. Probert et al. eds., 2009))。
- (140) 新美育文「医師と患者の関係」加藤一郎＝森島昭夫編『医療と人権』102頁 (有斐閣, 1984)。ただし、患者の同意は、ある程度の危険をはらむ医療行為か、当初の医療契約の範囲を超えると考えられる医療行為について必要となるものであり、当初の医療契約の範囲内にある医療行為であり、危険性がない行為 (例えば、通常の触診や血圧測定など) について、医療従事者は改めて説明をし、患者の同意を得る必要はない (丸山英二「インフォームド・コンセントの法理的法的諸問題」『臨床精神医学講座 第22巻 精神医学と法』225-226頁 (中山書店, 1997), 唄孝一「治療行為における患者の承諾と医師の説明——西ドイツにおける判例・学説」『医事法学への歩み』3頁, 9頁所収 (岩波書店, 1970)。
- (141) 下民集22巻5・6合併号626頁。
- (142) 判時718号98頁, 判タ297号275頁。
- (143) 判時914号85頁。

- (144) 新美・前掲注(140), 102頁。
- (145) 下民集22巻5・6合併号626頁。
- (146) また、いわゆる名古屋ロボットミー事件（名古屋地判昭和56年3月6日判タ462号149頁）においても、「医師の説明を理解し治療を受けるかどうかの判断能力を有する場合には、患者本人の同意が必要である」とされ、承諾能力の有無が基準とされている。
- (147) 新美・前掲注(140), 101頁－106頁。インフォームド・コンセントについては、この他にも、唄・前掲注(140), 新美育文「医師と患者の関係——説明と同意の法的側面（1）－（3）」明治大学法政論集64号67頁, 65号182頁, 66号149頁（1976）, 中谷瑾子『続21世紀につなぐ生命と法と倫理』203頁以下（有斐閣, 2001）, 手嶋豊「インフォームド・コンセントと説明義務」伊藤文夫＝押田茂實編『医療事故紛争の予防・対応の実務——リスク管理から補償システムまで——』63頁（新日本法規, 2005）, 「インフォームド・コンセント」『生命倫理百科事典』（丸善株式会社, 2007）等多くの文献がある。
- (148) 小西知世「インフォームド・コンセント」甲斐克則編『ブリッジブック医事法』32頁（信山社, 2008）, 永水裕子「患者の権利」久々湊晴夫・旗手俊彦編『はじめての医事法』18頁（成文堂, 2009）。
- (149) 丸山・前掲注(140), 227頁。
- (150) 新美・前掲注(140), 105頁。
- (151) 大谷實『医療行為と法〔新版補正版〕』86頁（弘文堂, 1995）。この他にも、「自己に加えられる医的侵襲の意味・内容やその危険性, 当該侵襲により生じ得る結果等について理解し, 判断・決定できるだけの成熟した精神的能力」という定義もある（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251頁（1991））。
- (152) 須永醇『新訂 民法総則要論 新訂第2版』39頁（勁草書房, 2005）。
- (153) 大谷・前掲注(151), 86頁。
- (154) 須永・前掲注(152), 39－40頁。
- (155) 廣瀬・前掲注(151), 249－50頁。町野朔『患者の自己決定権と法』221頁（東京大学出版, 1986）も、治療行為に対する同意は法律行為ではないので、診療契約の問題と承諾権限の問題を混同してはならないと指摘する。なお、治療行為に対する同意が法律行為ではないことについて、特に異論はないと考えられる（河原格『医師の説明と患者の同意——インフォームド・コンセント法理の日独比較——』54-57頁（成文堂, 1998）では、この点に関する検討がなされている。）。

- (156) 廣瀬・前掲注(151)。
- (157) 石井美智子「医事法と家族」利谷信義編『現代家族法学』215頁(法律文化社, 1999)。
- (158) 四宮和夫・能見善久『民法総則〔第7版〕』29頁(弘文堂, 2005)。
- (159) 我妻栄『新訂 民法総則』60頁(岩波書店, 1965)。
- (160) 須永・前掲注(152), 34頁。
- (161) 須永醇「権利能力, 意思能力, 行為能力, 責任能力」法学教室103号53頁(1989)。この須永説は, 岡松参太郎博士を参考にした試論であるとされる。なお, 岡松説は, 意思能力とは「正当ニ行為(容態)ノ動機及結果ヲ認識」し, かつ「此認識ニ従ヒ意思ヲ決定スル(行為スル)能力」をいうとしている(岡松参太郎「意思能力論(二)」法協33卷11号66頁(1915))。
- (162) 金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況——医師の説明義務を中心として——」日本医事法学会編『医事紛争・医療過誤 医事法学叢書3』232—33頁(日本評論社, 1986)。
- (163) 廣瀬・前掲注(151), 250頁。
- (164) 廣瀬・前掲注(151), 251頁。平野哲郎「新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務——エホバの証人輸血事件判決がもたらすもの」判タ1066号19頁, 38頁(2001)。宇都木伸「患者の承諾——イギリスにおける未成年者の取り扱い」有泉亨・唄孝一編『損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任』105頁, 113頁(日本評論社, 1974), 唄・前掲注(140), 13頁以下参照。
- (165) 丸山英二・前掲注(140), 231頁。町野・前掲注(155), 181頁。
- (166) 四宮=能美・前掲注(158), 29頁。
- (167) 須永・前掲注(161), 54頁。内田貴『民法1 総則・物権総論〔第4版〕』103頁(東京大学出版, 2008)。
- (168) 岡松参太郎博士も, 意思能力の有無は, 「精神能力ノ分量, 行為ノ種類及行為ノ時」により決定されるものであり, 相対的観念であることを主張されている(岡松・前掲注(161), 76頁以下)。
- (169) 岡松・前掲注(161), 83—84頁。
- (170) 唄・前掲注(140), 16頁
- (171) 唄・前掲注(140), 15頁。
- (172) 新美・前掲注(140), 145頁, 樋口・前掲注(33), 156頁, 家永登「医療と子どもの自己決定——医事法制的枠組との関連で——」法律時報75卷9号37頁(2003)(のちに, 『子どもの治療決定権——ギリック判決と

その後』107頁所収（日本評論社，2007）），札幌地判昭和53年9月29日判時914号85頁，中川善之助＝兼子一監修『医療過誤・国家賠償』176頁（青林書院新社，1973）（松岡靖光執筆）。石川稔「子どもの権利——アメリカにおける議論」『家族法における子どもの権利——その生成と展開——』3頁，28頁所収（日本評論社，1995）も，「事情により」という留保つきではあるが，このような未成年者が親の同意なしに治療を受けられる権利を保障されるべきであるとするが，その理由としては，自らの生きる権利にかかわる問題なので，子に自己決定権を広く認める方向で考えるべきだからであるとする。甲斐・前掲注(23)，38頁は，治療拒否権について，「一定の理解能力があるかぎり，治療拒否権＝自己決定権を認めるべきものと思われるが，その限界をいかにして画定するかは，難しい」とされるが，「その限界」というのが，承諾能力の有無の判定の困難さを指しているのか，あるいは，本稿で検討をしているような，子どもを保護するという観点からの未成年者の権利の制約をも指しているのかは不明である。

- (173) 家永・前掲注(172)，37頁，樋口・前掲注(33)，157頁。山田卓生「子どもと自己決定——病氣・医療・出産をめぐる——」自由と正義38巻6号19頁（1987）
- (174) 大谷・前掲注(151)，86頁。
- (175) 畔柳達雄『医療事故と司法判断』139頁（判例タイムズ社，2002年）。
- (176) 横浜地判昭和54年2月8日判時941号81頁。
- (177) 畔柳・前掲注(175)，140頁。
- (178) 唄・前掲注(140)，16頁。西井龍生「医療契約と医療過誤訴訟」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法大系 第7巻サービス・労務提供契約』163頁（有斐閣，1984）。
- (179) 中川＝兼子・前掲注(172)，176頁。
- (180) 寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾（三・完）」民商法雑誌107巻1号56頁，61頁(1992)。
- (181) 家永・前掲注(172)，38頁。
- (182) 家永・前掲注(172)，37頁。
- (183) 樋口・前掲注(33)，156頁。
- (184) 樋口・前掲注(33)，156頁。山田教授も理由は不明だが15歳前後とする（山田・前掲注(173)，19頁）。なお，手嶋豊『医事法入門（第2版）』228-29頁（有斐閣，2008）では，民法上の遺言可能年齢が満15歳であること（民法961条）から，未成年者自身の判断を尊重する場合を民法が

まったく想定していないわけではないとするが、これは、未成年者の判断が尊重される場合があるということの根拠として民法961条を挙げているだけであり、15歳を目安とするという趣旨ではないと考えられる。

- (185) 早川眞一郎「未成年者の同意」畔柳達雄他編『医療の法律相談』372頁, 374頁(有斐閣, 2008)。織田有基子「未成年者への輸血」同書375頁, 376頁も、早川教授の理由付けに樋口・前掲注(33), 156頁の理由付けを付け加えて、15歳を目安とする。
- (186) 上記の同じ理由を挙げた上で、橋本雄太郎・中谷瑾子「患者の治療拒否をめぐる法律問題」判タ569号12頁(1986)は15-16歳とし、廣瀬・前掲注(151), 251-52頁は16歳とする。宇都木・前掲注(164), 116頁も16歳を目安とする。
- (187) 大谷・前掲注(151), 86-87頁。宇都木・前掲注(164), 117頁には、成年年齢よりも医療に同意する年齢を引き下げた理由について書かれている。それは、親元から離れて生活する若者の増加と子を産む(あるいは中絶する)少女の増加である。これを宇都木教授は、「事柄が緊急を要することと、(争いはあるだろうが)きわめて個人的な問題であるという医療の特殊性」が原因であると分析される。また、16歳という年齢を選択した理由についても述べられている。
- (188) 畔柳・前掲注(175), 137-39頁。ドイツの判例・学説については、河原・前掲注(155)に詳しく紹介されている。
- (189) 中川＝兼子・前掲注(172), 176頁, 新美育文「ロボトミーと民事責任」ジュリスト767号178頁(1982)。
- (190) 廣瀬・前掲注(151), 253頁の注(7)。
- (191) しかし、この考え方だと、義務教育終了後すぐに自活している未成年者の場合には、生命に関する治療についても単独で有効な同意ができるべきであるという15歳を目安とする学説からの批判が予想される。これに対しては、経済的な独立性と医療についての判断能力とは別の問題であると答えることができる。しかし、このような未成年者を「解放された未成年者」として扱うことが検討されてよいように思われる。なお、民法の成年年齢を18歳に引き下げることが適当であるという法制審議会の答申がなされたが、成年年齢引き下げに関する議論もこの問題に影響してくるものと思われる。
- (192) 廣瀬・前掲注(151), 254頁, 寺沢・前掲注(180), 62頁(寺沢教授は、自分の身体に関するものであること、取り返しのつかないものであること、という医療の持つ性質等から、14歳程度から承諾能力を認めうる場

合があるとする)。

- (193) この点につき、わが国において、広島地裁尾道支部平成元年5月25日判決(判時1338号127頁)は、自らの病状を的確、正確に医師に伝える能力が問題となった事案であり、単純に承諾能力の有無を決するための基準とはしえないが、患者の年齢が16歳であること、高校一年生という学生であり、社会生活経験が浅いことという基準が定立されている。この判例では、社会生活経験という基準が掲げられているが、まだ高校一年生だから自動的に社会生活経験が浅く、能力が不十分であるという論調には賛成できない。なぜなら、高校一年生といっても、その社会経験、生活経験、成熟性は、個人によって相当異なっており、高校一年生であるという事実は、能力の有無を判定する上で一定の目安となるに過ぎないと考えるからである。また、生活経験や社会経験を判断基準とすることについては、社会経験等と医療についての選択肢について理解しうる成熟性があるかとは直接関係がないことから、これを理由に承諾能力を否定することには賛成できない(永水「成熟した未成年者の人工妊娠中絶について決定する権利とアメリカ法(2・完)」・前掲注(21), 119頁)。
- (194) 樋口・前掲注(33), 156-57頁。
- (195) 廣瀬・前掲注(151), 254頁。
- (196) 永水・前掲注(21)は、未成年者の成熟性判断を裁判所とするテキサス州の状況と、医師とするカリフォルニア州の状況を比較紹介している。
- (197) 「誰が」という問題について、当該医療について理解する能力があるか否かを当該医療を行なう医師に委ねることに対する懸念を表す文献として、石井・前掲注(157), 215-16頁。
- (198) 東京都立病産院倫理委員会「宗教上の理由による輸血拒否への対応について」メディカル朝日1994年5月号73頁。
- (199) 日本輸血細胞治療学会誌54巻3号345-51頁(2008)。
- (200) 宇都木・前掲注(164), 118頁。
- (201) 有名なのは、Billy Best と Benito (Benny) Agrelo のケースである。前者は、ホジキンリンパ腫の16歳の少年が、化学療法をやめようとしたが、化学療法が必要であると考えた医師及び両親が無理に治療をされるのを避けるために家出をしたというものである。幸い、医師と両親が無理に治療をさせないと約束したため、少年は家に戻っている。後者は、未成年者が家出したケースではないのだが、紹介しておく。肝臓と脾臓が肥大化しているベニーは、14歳にして既に二度の肝臓移植を受けているが、免疫抑制剤の副作用がひどく、本人が服薬をやめ、親が彼の意見

に従ったため、州が医療ネグレクトの申立てをを起こし、無理に治療をしようとしたが、審理の結果、ビリーには生命維持治療を拒否する成熟性が認められるとして、本人の意思に基づき治療が中止された。これらのケースについては、Rosato, *The Ultimate Test of Autonomy supra* note 101, at 5-7 を参照した。

- (202) 河原・前掲注(155), 76頁。このような場合には、未成年者に最終的な自己決定権が帰属すると説明される(河原・前掲注(155), 79頁)。
- (203) 家永・前掲注(172), 38頁。
- (204) 家永・前掲注(172), 38頁。
- (205) 家永・同上。
- (206) 最高裁は、いわゆる「エホバの証人輸血拒否事件」において、以下のよう³に判示した。「……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。」原告Xがいかなる場合にも輸血を受けないで手術してもらえ⁴るだろうという期待をもって医科研に入院したことを本件医師らが知っていたという事実関係の下では、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難いと判断した場合には、Xに対し、医科研としてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して……本件手術を受けるか否かをX自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である。」しかしながら、医師らはこのような説明を怠ったことにより、X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ており、Xの人格権を侵害したものであるから、Xがこれによって被った精神的苦痛を慰謝する責任を負う(最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁)。この判決の評釈は数多く、潮見佳男「判批」ジュリ1202号66頁(2001)、吉田邦彦「判批」判時1782号181頁(2001)、飯塚和之「判批」NBL 736号66頁(2002)、野口勇「判批」法セミ549号65頁(2000)、澤登文治「判批」南山法学25巻4号153頁(2002)、飯塚和之「患者の自己決定権と司法判断——近時の最高裁・説明義務判決をめぐる」湯沢雍彦=宇都木伸編『人の法と医の倫理』275頁(信山社、2004)等がある。吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』(有斐閣、2003)394頁以下は、わが国の輸血拒否に関する裁判例および事件を(1)成人で判断能力のある場合、(2)未成年・幼児の子どもに、信者である親が輸血拒否をする場合、(3)成年でも意識不明の状態にあり、

家族の輸血拒否が行われた場合に分類し、上記最高裁判決は(1)に該当するため比較的慰謝料請求権が認められ易いものであったが、だからといって、それ以外の(2)(3)の場合についても「輸血拒否」が承認されると一般化することはできず、(1)の典型的な場合にのみ輸血拒否が認められ、その他の場合には、対抗価値にも十分に意を払い、きめ細かな法理を形成すべきであるとする。(1)に該当する裁判例としては、大分地決昭和60年12月2日判時1180号113頁もあるが、これは、骨肉腫のため大腿骨骨折して入院した30代のエホバの証人の男性Yに対して、転移予防のための足の切断手術ができるかが問題となったケースだが、Yが手術に伴う輸血を拒否したため、医師らは輸血ができなければ手術自体を行わないとし、Yの両親が切断手術を行うための仮処分を求めた。決定においては、Yが理解力、判断能力を含めて、正常な精神的能力を有する成人であり、輸血拒否によってもたらされる自己の身体や生命への危険を十分に理解した上で輸血拒否を行っていることから、本件両親にYとの幸福な親族関係を保持することに一定の権利ないし利益があるとしても、それは、Yの信仰の自由に基づく輸血拒否を凌駕するほどの権利・利益ではないとされ、仮処分申請が却下された（評釈として、山田卓夫『医療過誤判例百選（第2版）』43事件（有斐閣、1996）、山下登『医療過誤判例百選』39事件（有斐閣、1989）等がある。）。

- (207) 家永・前掲注(172)，40頁，野口・前掲注(206)，67頁。
- (208) 寺沢・前掲注(180)，58－59，平野・前掲注(164)，39頁，家永・前掲注(172)，40頁。
- (209) 寺沢・前掲注(180)，58－59。
- (210) 親権の法的性質に関する学説は、『新版注釈民法（25）親族（5）〔改訂版〕』（於保不二雄・中川淳編）78－81頁（有斐閣、2004）（明山和夫・國府剛執筆）に詳述されている。また、簡潔にまとめたものとしては、中村恵「わが国における親権法をめぐる現状」民商法雑誌136巻4・5号1頁，5－7頁（2007）がある。なお、2007年の日本家族＜社会と法＞学会・学術大会シンポジウムのテーマが親権法であり、日本法については棚村政行教授の報告がなされた。親権の法的性質については、棚村政行「日本法の整理」日本家族＜社会と法＞学会編『親権法のあるべき姿を求めて』家族＜社会と法＞24号57頁，62－65頁（日本加除出版、2008）にまとめられている。
- (211) 親権については、子どもの権利論により、むしろ子どもの側から親権を捉えなおし、そのような発想から親権が個々の問題にどのように作用

し、その権利性と義務性とを顕現させていくかを考察していくことが、親権概念の明確化にとって必要な作業であると考えられている(石川稔「親権法の問題点と課題」『子ども法の課題と展開』224頁, 229頁所収(有斐閣, 2000), 同「親権の性質と内容」夫婦・親子215題・判タ747号274頁(1991))。また、川田昇「日本の親権法を考える——『イギリス親権法史』研究から得たもの——」『親権と子の利益』25頁, 37頁以下所収(信山社, 2005)も、今日において親権のあり方を考えるならば、子どもの権利から出発すべきであると、親がなぜ子どもの養育者選ばれるかという親権の根拠について、親権は、法的な、あるいは社会的な職務として法によって与えられたものであり、親子間に自然の関係が存在するが故の必然的な選択に基づくものではないとする。田中通裕「親権法改正への課題」『親権法の歴史と課題』271頁以下所収(信山社, 1993)も、子どもの権利という観点から親権を考えるべきであるとする。

- (212) 田中・前掲注(211), 280頁。なお、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・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向(下)』359頁以下(有斐閣, 1992)は親権の権利性を否定しているが、これに対しては、棚村・前掲注(210), 64-65頁が、第一に親権概念には権利と義務の二面性が認められるというのが感覚的にしっくりくること、第二に、親権を義務のみと考えると、親権は権利ではないのだから子の福祉のためにはいくら特別法でこれを制限しても構わないということにもなりかねないと批判し、川田・前掲注(211), 40-41頁も、「同教授の親権の権利性の否定の重点は、子の権利の実現というより、むしろ親権者を国家の前にまったく無防備にして登場させることにあると考えてよいように見える」「親の権利を否定する目的は、まさに、子の利益についての判断をあげて国家に委ねるため、としか思えないのである」と批判する。
- (213) 田中・前掲注(211), 280頁。
- (214) 田中・前掲注(211), 281頁。
- (215) 石川「親権の性質と内容」・前掲注(211), 274頁には、「子を哺育・監護・教育する親の義務が親権であるとするれば、親権は未成熟子に対してのみ行使されるべきものであって、未成年の子一般を対象とすべきではない。現行法がそれにもかかわらず、親権の対象を未成年者一般としたのは身上監護と財産管理とを一つの器に盛ったからであると思われる。両者は本質において異なるものと考えべきものである。したがって、実際の解釈にあたっては、前者は未成熟子に対し、後者は未成年の子に

対して行使されるものとして、両者を区別した上で解釈作業を行うべきであろう。」「さらに、身上監護権の行使にあたっては、当該の未成熟子の発達状況に応じて子の意思を尊重することが子の権利という観点から要請されている」という説明がなされているが、残念ながら未成熟子の定義が不明である。

- (216) 穂積重遠『親族法』552頁（岩波書店、1933）、谷口知平『親子法の研究（増補）』192頁（信山社、1991）。
- (217) 穂積・前掲注(216)、552頁。
- (218) 谷口・前掲注(216)、192頁。
- (219) 家永・前掲注(172)、40頁。
- (220) 新版注釈民法（25）・前掲注(210)、80頁。
- (221) 穂積・前掲注(216)、552-53頁。
- (222) 中川良延「親権と子どもの教育を受ける権利」北大法学14巻3・4合併号44頁、59-60頁（1964）、川島武宜『民法（三）』68頁（有斐閣、1951）、磯野誠一「家庭生活をめぐる国民的権利」法律時報35巻4号35頁、38-39頁（1963）。なお、米倉・前掲注(212)も私法義務説を支持するとしているが、この学説は、前述のとおり、親の権利を否定し、親権は義務であり、親権者の子に対する債務であるとする。
- (223) 磯野・前掲注(222)、38頁。
- (224) 新版注釈民法（25）・前掲注(210)、9頁（於保不二雄執筆）。
- (225) 我妻栄『親族法』316頁（有斐閣、1961）。
- (226) 同上。石川「親権の性質と内容」・前掲注(211)、275頁も、折衷説が相当であるとするが、それは、親は子に普通教育を受けさせる義務があるが、これは単に公法的な義務として捉える必要はなく、親が有する監護教育義務、その反面としての権利を国に対しても有すると思われるべきであるし、子も親の負う監護教育義務に対応する権利を有するものと考えべきだからであるとする。
- (227) 寺沢・前掲(180)、59-60頁。
- (228) 家永・前掲注(172)、40頁。二宮周平『家族法 第3版』212-13頁（新世社、2009）も、特に理由を述べていないが同じ趣旨である。
- (229) 神谷遊「判批」判タ1249号58頁、61-62頁（2007）。
- (230) 新版注釈民法（25）・前掲注(210)、7頁（於保不二雄執筆）。
- (231) 石川「子どもの権利」・前掲注(172)、4頁。
- (232) この問題について検討したものとしては、米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣、1992）等がある。