

《イギリス判例研究》

同意能力を有しない未成年者に対する 妊娠中絶が認められた事例

— X (A Child) [2014] EWHC 1871 (Fam)

家 永 登

本判決は、同意能力を有しない13歳の少女に対して、医師の臨床判断に従って妊娠中絶および避妊具の装着を実施することが少女の最善の利益にかなうとして、裁判所が固有の裁判権を行使してその実施を許可した事件である¹。

【判旨】

[1] ケア手続係属中のX（13歳9か月の少女）は、妊娠14週（子の父は14歳の少年）にあるが、妊娠を中絶すべき（should be terminated）か否かについて緊急の申立てがなされた。ケア手続ははまだ終結していないが、決定とその理由を説明して判決（judgement）するのにこれ以上の遅延は許されないと考えた²。

[2] <家庭裁判所における透明性に関する実務ガイダンス>（2014

1 FAMILY LAW WEEK (<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed130220>) に依った（2016年5月20日閲覧）。判決中の[n]は判決自体に付されたパラグラフ番号である。

2 本判決においては、“to terminate”（ないし“termination”）と“abortion”は区別して用いられており、1967年妊娠中絶法（Abortion Act 1967）においても“terminate”の語が用いられているが、本稿ではいずれも「妊娠中絶」ないし「中絶」という訳語を当てた。

年)にかかわらず、本件はXを特定することになる何物をも公表しないやむを得ない理由があるので、本決定においては、弁護人を除いて何人も氏名では言及しない。

[3] 妊娠の中絶(termination)はAbortion Act 1967(改正法。以下では1967年妊娠中絶法という)によって規制されており、同法の規定を遵守した妊娠の中絶は、そうでなければOffences against the Person Act 1861の58条、59条により犯罪とされる行為を適法とする。

[4] Xには他に子はなく、未出生の子(Xの胎児)に何ら異常の兆候がない本件にかかわる限りで、1967年妊娠中絶法1条1項は以下のように規定する。

「本条の各規定の下で、2名の登録医師が誠意をもって(以下の要件を)判断し、登録した医師によって妊娠の中絶が行われた場合は、何人も妊娠中絶に関する犯罪によって有罪とされることはない。

(a) 妊娠は24週を超えておらず、妊娠を継続した場合には、妊娠の中絶した場合に比べて、妊娠女性の身体もしくは精神の健康を害する危険がより多く含まれ…、又は、

(b) その中絶が、妊娠女性の身体もしくは精神の健康に対する重大かつ永久的な危害を回避するために必要であり、又は、

(c) 妊娠の継続が、妊娠の中絶した場合よりも、妊娠女性の生命に対するより大きな危険を含んでいる…。」

[5] 私は、Re SB判決(2013年)におけるHolman裁判官の以下の判示を採用する。

「裁判所が、決定によって、いかなる医師に対しても妊娠中絶を実施することを要求することはない。中絶は、(1967年妊娠中絶法1条の要件が満たされ)、医師が自らのプロフェッショナルな判断によって、中絶を実施すると任意に決定した場合にのみ行われる。」

[6] 本件事案においては2つの課題がある。第1は、当裁判所ではな

く、医師にかかわるもので、1967年妊娠中絶法1条の要件を満たしているか否かである。否であれば、いうまでもなくそれは違法であり、裁判所は許可することはできない。要件が満たされている場合、裁判所の役割は、当該処置を適法に実施するための前提要件である同意（consent）を当該母親（妊婦）のために与えることである。この際に最も重要なのは、裁判所が子どもや能力を有しない成人に関わる他のすべての場合と同様、当該母親の最善の利益である。

[7] 当該母親の最善の利益を決定する際に、当裁判所は、1967年妊娠中絶法1条に従って、医師の専権事項を審査することはしない。しかし、同条の要件を満たさない限り適法な中絶はありえないし、それは医師が決定することなので、当裁判所が当該母親の最善の利益の問題を検討する際には、もし中絶が実施されたとしたら制定法上の要件は本当に（indeed）満たされているという前提で手続を進行する権限がある。ここから2つのことが導かれる。第1は、同条(a)項、(c)項および(b)項の事実（上記[4]参照）に基づいて手続を進行できる。第2は、上記のいずれかの要件が満たされた場合には、当裁判所は、中絶を許可することによって当該母親の最善の利益は最もよく実現するであろうと考えてよい。

[8] 本件のような事案において、もう1つのきわめて重要な要素は、当該母親の希望（wishes）と感情（feelings）である。それは多くの事案で決定的なことであり、とくに本件における私の判断では決定的な要素である。

[9] 当該母親が、何が起きているのかをほとんど認識できず、何の希望も感情も表現できない事案もあるが、本件はそのような事案ではない。この点は、きわめて重要である。当裁判所は、子どもに対する固有の裁判権（inherent jurisdiction）を行使するに際して、子どもを外科的処置に従わせるために抑制と有形力の行使（restriction and physical force）を許可する権限を有することは疑いない（Re C（1997年）、Re PS（2007年））。

妊娠の中絶の事案において、この権限を行使する際の要点は以下のとおりである。すなわち、最も説得力のある（compelling）主張だけが、妊娠を継続させたいと希望する母親を望まない妊娠中絶に強制的に従わせることを正当化しうる。各事案はその事案に特有な事実に基づいて判断しなければならないが、妊娠の継続を許すことが母親の生命や長期的な健康にきわめて深刻な危険を及ぼす強力な証拠が示されていないにもかかわらず、中絶を望まない母親に中絶を課すような厳しい結果にふさわしい事案を想定することは難しかった。

[10] 子どもも、能力を有しない成人も、ともに厳格に法により（*in strict law*）自律を欠く。しかし当裁判所は、妊娠のような個人的、親密かつ微妙な事柄に関しては、妊娠の中絶を欲するか否かに関してははっきりとした希望や感情を表明した母親の、限定された（*qualified*）自律にきわめて正当な重きを置く。

[11] この特殊な文脈における明確な先例はないように思う。事例はすべて他の形式の侵襲的な外科手術に関するものであるが、Xの母親の弁護人は、*Re W*（1993年）における記録長官 *Donaldson* 裁判官を私に思い出させてくれた。それは私が採用したアプローチと一致する。「16歳、17歳の少女が同意を拒否しているのに、親の同意によって医師が中絶を実行する可能性を思い描くことは身の毛がよだつ（*hair-raising*）。このようなことは法律問題としては可能かもしれないが、医の倫理を考慮すると、中絶が本当に当該子どもの最善の利益にかなう場合以外には、ありえないと思う。しかしだからと言って、それが起こりえないというのではない」。

[12] 証人となった産婦人科コンサルタント医は、Xの承服（*compliant*）と受容（*accepting*）の両者なしに、Xを中絶の対象とすることは正しくないと言明した。私はこれに同意する。この2つは重要である。母親の生命および長期的な健康に対する最も明白かつ現在の危険のみが、強制的に承服させる（*to compel compliance*）ための抑制と有形力の行使を正

当化しうる。本件のような事案において、母親は承服していなければならない (must be compliant)。たんなる黙従 (acquiescence) では不十分である。Xのような年齢で、Xのように理解力と判断力 (以下では Gillick 能力という) を欠く者は、定義によって法的に有効な同意を与えることはできないから、同意 (consent) という用語は不適切である。しかし、同意ないし合意に相当するような性質の何かが必要である。コンサルタント医のいう受容という語は、このニュアンスをよく表現していると思う。

[13] 臨床心理士、思春期精神科医、および産婦人科医から得た証拠によれば、Xが Gillick 能力を欠いていることは明らかである。心理士によれば、XのIQは54、理解力は7.10歳程度、語彙力は6.2歳程度である。Xは生活上も多くの困難を抱え、CAMHS (児童思春期精神保健サービス) に通っている。彼女は、健康な若い少女だが、身体的には未熟で、年齢にしてはほっそりした体格である。精神科医によれば、Xは、中絶とその効果—赤ちゃんの死—は理解しているが、妊娠の意味—妊娠の最終段階、出産—を十分には理解していないし、子をもつこと、それに伴う責任、彼女にかかる負担についても、きわめてわずかの理解しか持っていなかった。医師が面会した当時、Xは中絶に反対することを固く決意していた。医師は、「もし妊娠を中絶したら、彼女はそのことを暴力 (assault) とみなして、かなりの傷 (harm) を受けると思う。…現在の状況からすると、妊娠の継続のほうが、…Xに対する侵害的影響は小さいだろう」と言う。

[14] 産婦人科医は、本件における中絶の代替的方法として、経口薬の投与による経陰的流産よりも、全身麻酔下での外科的中絶を勧めた。そして、中絶に対するXの明らかな敵意 (“unambiguous” hostility [引用符は原文のまま]) からすると、中絶の実行はおそらく彼女の最善の利益ではないとする意見を表明した。

[15] 地方当局、Xの継父、継母、Xの(実)母の各弁護士、Xの後見人の主張は、すべてXは中絶に反対していることを前提にしている。審

理の開始時点ではXの気持ちは揺れていたが、審理終結前の2日間、Xは一貫して妊娠中絶を受ける希望(wish)を表明し続けた。各弁護人の弁論には感謝するが、事情が変わったので採用できない。

[16] X自身の希望と感情を一方に措いても(Laving on one side X's own wishes and feelings)、大多数の証拠に照らすと、中絶を受けることがXの最善の利益であることは明白である。このことを詳細に審査することは必要でも適切でもないと考えるが、Xの母の弁護人が、Re A判決においてThorpe裁判官が示した、関連する心理的、社会的要素、純粋な医学的課題、中絶を実施するための有形力の行使についてのバランス・シート分析を提示してくれたことへの感謝のみを記録にとどめておく。

[17] 私が重要な考慮事項の1要素と考えたのは、もし妊娠中絶をしなかった場合に、Xが子を手元に置いておくこと(keep)ができる可能性の有無である。その法的検討は、Xおよび生まれてくる子に対して将来予想されるケア手続の事前審査のように見えるかもしれないが、不可避である。私の考えでは、もし子が生まれたとしても、Xがその子を手元に置いておくことができる「可能性はほとんどない」。

[18] 審理の最後に表明されたXの希望(それは彼女の最善の利益に対する私の評価と一致する)に照らして、妊娠中絶の進行を可能にするのに必要な同意(consent)の付与が適切なことは明らかである。

[19] 中絶は、本判決の〈備考〉で想定した日程に従ってすでに実施されたので、[日程]に従うことは不要となった。

[20] 決定(The Order)：

可逆的な避妊具の装着もXの最善の利益にかなうとする専門医の証言、当裁判所は、水曜日に、…Xは月曜日以来一貫して、妊娠中絶および避妊具の装着を受ける希望を表明していること…、そして金曜日にこれらの外科的処置を実施する予約がなされたと知らされたこと、

結局、金曜日には中絶は実施されなかった(ので)、…当裁判所は、本

判決の〔日程〕にあるXの妊娠にかかわる一連の事項が、すみやかに実施される必要があることを示していること、

（下記の）許可宣告第2項は、担当医師が1967年妊娠中絶法1条を遵守する義務を免除するものではないこと、

制定法の要件および（下記の）宣告第2項の要件を満たすことを条件として、Xの妊娠の中絶は、もし実施するのであれば、可能な限り…（xx日）以前に行われることが彼女の最善の利益であると当裁判所は考えていること、

〔以上により、次のとおり宣告する（Declared）〕

1 Xは、妊娠を継続するか中絶するべきか、および避妊具を装着するべきかどうかを決定する能力を有しない。

2 Xは、法的な同意を与える能力は有しないが、かかる医療処置を彼女が承服し（compliant）、受容している（accepting）ことを条件に、Xを担当する医師が1967年妊娠中絶法1条に規定された要件に従って中絶を実施することは、Xの最善の利益にかなうものであり、適法である。

3 妊娠中絶と同時に、皮下または子宮内に可逆的な避妊具を装着することは、彼女がこの処置に対して何らかの異議を申し立てない限り、Xの最善の利益にかなうものであり、合法である。

〔日程〕（略）

【検討】

（1）前提

本件は、同意能力を欠く未成年者に対して、本人の同意なしに、性・生殖にかかわる医療行為（妊娠中絶および避妊具の装着）の実施を裁判所が許可しうるか否かが問題となった事案である。

① 未成年者の医療行為一般については、1969年家族法改正法8条1項によって、16歳以上の未成年者の同意は、成人と同等の効力を有するもの

とされる（ちなみにイギリスの民事成人年齢は同法によって18歳とされた）。

② 判例は、16歳未満の未成年者であっても、理解力および判断力が十分に成熟した場合には、医療決定権（少なくとも医療同意権）を付与する。

Gillick 事件貴族院判決（1985年） NHS の医師は、例外的な場合には、16歳未満の未成年者に対しても、親への連絡・同意なしに避妊の助言・処置を行うことができるとした保健省通達（1980年）の違法性を原告（Gillick 夫人）が争った。貴族院判決は、親の権利は子どもの成長に従って次第に小さくなってゆく権利（a dwindling right）であり、16歳未満の子どもの場合でも、当該子どもが、提案されている医療の内容を完全に理解できるだけの十分な理解力と判断力に達した場合には（その後の判例・学説はこの能力を「Gillick 能力」と呼んでいる）子ども自身に決定権を与え、その時点で当該問題に関する親の決定権は終了するとした³。

Axon 事件判決（2006年） Axon 事件の原告は、未成年者に対して性、生殖にかかわる医療（本件では妊娠中絶）の助言をしたり処置を実施する医師には、事前に親と相談する義務があること、および親には医師から連絡を受ける権利がヨーロッパ人権条約（ECHR と略される）8条によって認められることの確認を求めた。なお、上記医療に対する親の医療同意権ないし決定権については主張していない。高等法院 Silber 裁判官は、Gillick 判決を援用し、ヨーロッパ人権条約8条の「家庭生活の尊重」に基づく親の権利も、子どもの成熟に従って次第に小さくなり（dwindling）、子どもが Gillick 能力を獲得した場合には終了する、もし本件で問題となった保健省通達（2004年）が同条約8条1項に抵触するとしても、親の権利の侵害は、同条約8条2項によって正当化されるとした⁴。

3 Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another [1986] 1 AC 112. Gillick 判決については家永登『子どもの治療決定権—ギリック判決とその後』（日本評論社、2007年）5頁以下を参照。

Gillick 事件, Axon 事件ともに, 保健省通達の違法性が問題となった事件であり, 具体的な未成年者の治療の可否が問題ではなかったために, その射程範囲が課題として残された。最も狭義に捉えれば, Gillick 判決は, 同判決が要求する能力 (Gillick 能力) を具えた未成年者は16歳未満でも, 親 (親責任を有する者) の同意なしに医師から避妊の助言および処置を受けることができる旨を判示した判決といえることができる。したがって同判決は未成年者の自己決定権を認めたものではなく, たんに未成年者の (とくに性的事項に関わる医療に関する) 保護者を親から医師 (の臨床判断) に変更したにすぎないとする見方も示されていた⁵。他方, 同判決において Scarman 裁判官の示した一般的な判示に従って, 同判決を最も広義に解釈すれば, 避妊の処置にとどまらず, 医療行為全般 (生命にかかわる治療への拒否権も含む), さらに医療行為にとどまらず未成年者の人生に関わるあらゆる問題に関して, 当該問題に対する判断能力を具えた未成年者に当該問題に関する自己決定権を与え, その反面で, 当該問題に関する親 (親責任を有する者) の決定権は消滅するとした判決と解釈することもできる⁶。実際に, Gillick 判決は, (医療決定権をこえて) 一般的に未成年者の自己決定権を認めた判例と解して, 医療以外の領域でも未成年者の自己決定権を承認する際に用いられることがある。例えば Roddy 判決は,

4 R (on the application of Axon) v. Secretary of State for Health and another [2006] 2 FLR 206, [2006] EWHC 37 (Admin). Axon 判決については, 拙稿「未成年者の中絶に関する保健省通達がヨーロッパ人権条約に違反しないとされた事例——同意能力を有する未成年者に対する妊娠中絶と親への告知の要否」専修大学法学研究所紀要 42号 (公法の諸問題IX) (2016年) 掲載予定を参照。

5 例えば, S. Lee, LAW AND MORALS: WARNOCK, GILICK AND BEYOND (Oxford, 1986) p. 64, A. Bainham, CHILDREN, PARENTS AND STATE (Sweet & Maxwell, 1988) p. 147. など。なお, 家永・前掲注(3)128頁を参照。

6 J. Eekelaar, "The Emergence of Children's Rights" (1986) 6(2) OJLS 161 は, Gillick 判決によって子どもは最も危険だが最も価値のある (precious) 権利, すなわち失敗を犯す権利を獲得したとする。なお, 家永・前掲注(3)120頁を参照。

Gillick 能力を有する16歳の少女に、ケア手続下にあった12歳当時の出産経験も含めた自叙伝を出版する権利を認めた⁷。

③ Gillick 判決以後の未成年者の医療に関する判例は、未成年者の生命に危険が及ぶおそれのある治療拒否や、心身に不可逆的な危害が及ぶおそれがある医療拒否の事案に直面すると、事実認定の問題として当該未成年者の Gillick 能力を否定することによって、親責任を有する者の同意や、裁判所の固有の裁判権の行使によって治療の実施を認めたりして対応した。例えば Re R 判決は、精神状態に変動のある15歳の精神疾患患者の治療拒否の事案で、本人の Gillick 能力を否定したうえで、裁判所の決定によって抗精神病薬の投与を許可した。また、Re W 判決は、16歳の拒食症患者について、同じく裁判所の決定によって専門施設への移送を許可した⁸。控訴院の Donaldson 裁判官は、未成年者（Gillick 能力の有無にかかわらず、かつ16歳以上の者も含む）が治療を拒否した場合でも、医師は、裁判所の許可もしくは親責任を有する者の同意を得ることによって適法に治療を行うことができる旨を判示した。同裁判官は、Re R 判決においては、これらの者による同意・許可を適法な治療への扉を開く「キーホルダー」ないし「マスターキー」に喩え、Re W 判決においては、医師を不法行為訴訟から守る「防弾チョッキ」(flak jacket) に喩えている。

④ 他方で、Gillick 能力を欠く未成年者に対する医療は、親責任を有する者（父母、ケア決定下の子の場合は地方当局、裁判所の決定を得た継

7 Re Roddy (A Child) (Identification: Restriction on Publication) [2004] 1 FCR 481.

8 Re R (A Minor) (Wardship: Medical Consent on Treatment) [1991] 4 All ER 177., Re W (A Minor) (Medical Treatment) [1992] 4 All ER 627. Re R 判決, Re W 判決の詳細は、家永・前掲注(3)120頁以下を参照。Donaldson 裁判官の判示には異論を唱える学説が多いが、少なくとも裁判所には能力ある未成年者の治療拒否を覆す権限があり、Gillick 判決の示した原則は裁判所が介入する場合には適用されないことを指摘して、Re W 判決などに一定の理解を示す見解もある (S. Gilmore, "Children and Medical Decisions" in A. Bainham & S. Gilmore, CHILDREN: THE MODERN LAW (Family Law, 2013), pp. 397-8. など。

父、後見人等)が、子どもの利益のために決定するか、またはコモンロー上の固有の裁判権 (inherent jurisdiction) もしくは制定法上の権限を有する裁判所が、子どもの福祉を至上の考慮事項として決定することになる (Children Act 1989, s. 1)⁹。

(2) 1967年妊娠中絶法と裁判所の役割

本判決は、当該母親 (誤解を招きかねない表現だが、Munby 裁判官は、X も含めて妊娠中の女性を「母親」(mother) と表記する) が1967年妊娠中絶法 1 条の要件を満たしているか否かは、登録医が各自の臨床判断に従って判断することであり、裁判所が医師に対して妊娠中絶を命令することはないとする Re SB 判決 (2013年) における Holman 裁判官を援用したうえで ([5]), 本件のように同意能力を有しない母親の妊娠中絶に関する事案における裁判所の役割は、1) 1967年妊娠中絶法 1 条の要件が充足されていることの確認 (充足していない場合は不適法な妊娠中絶として裁判所は許可しない)、および、2) 1) が確認された場合には、妊娠中絶を適法化する要件である同意 (consent) を母親のために与えることであり、その際に決定的なことは、能力を欠く母親の最善の利益であるとした ([6])。このように、1967年妊娠中絶法は、妊娠中絶の実施の可否の判断における医師の臨床判断を重視しているので、現実には、当事者 (未成年者本人、その父母ら親責任を有する者、地方当局、医師ら) の間で、本人の Gillick 能力の有無、中絶の適否 (同法 1 条該当性) について対立がない限り、事案が裁判所に持ち込まれることはない。

ちなみに、当事者間で争いのない事案が裁判所に持ち込まれないことは、妊娠中絶の場合に限らない。未成年者の治療一般についても、さらには未

9 “Welfare Principle” (the child’s welfare shall be the court’s paramount consideration) と親の責任および子どもの能力の関係については、J. Herring, FAMILY LAW (7th ed. Pearson, 2015), pp. 434, 478. などを参照。

成年者の生命にかかわる治療拒絶の場合でさえも、臨床現場の医師は、未成年の患者の（治療拒絶も含めた）意思を尊重する傾向にあると言われている¹⁰。Herring 教授は、前述 Re W 判決や、15歳少女の拒絶意思にもかかわらず心臓移植の実施が認められた Re M 判決（1999年）¹¹などの文脈でこのことを指摘したうえで、裁判所には持ち込まれなかった Joshua McAuley 事件（15歳のエホバの証人信者が輸血を拒否して死亡した事件）、Hannah Jones 事件（長期の白血病治療のために心臓に損傷を受けた13歳の少女が救命のために不可避の心臓移植を拒否した事件）などの報道を紹介する。ただし、後者の少女（Hannah）は、1年後の14歳の時に拒絶意思を翻意して心臓移植を受け、2013年現在18歳の大学生となり、教師を目ざして勉強していること、臓器移植のドナー登録促進運動を支援していることが報じられている¹²。Joshua の事件は何とも痛ましいが、Hannah の後日譚を知るにつけ、生命にかかわる治療拒否のように未成年者の心身に不可逆的な結果をもたらす意思決定はもちろんのこと、未成年者の意思決定一般についても慎重でなければならないことを痛感させられる。本件においても、当初 X は中絶に対して明らかな敵意（“unambiguous” hostility）まで抱いていたとされたにもかかわらず（[14]）、なぜか審理の時点では敵意を翻し中絶を希望しているというが、かかる翻意の事実を過度に斟酌することには躊躇を覚える。

10 J. Herring, *id.*, p. 484.

11 Re M (A Child: Refusal of Medical Treatment) [1999] 2 FCR 577. 同判決については、家永・前掲注(3)198頁以下を参照。

12 “Hannah Jones at 18 : I turned down heart transplant aged 13 but I’m so glad I changed my mind” (Mirror, 13 July 2013) <http://www.mirror.co.uk/news/real-life-stories/hannah-jones-18-turned-down-2049160>, “Transplant-refusal girl Hannah Jones backs donors” (BBC NEWS, 20 August 2013) <http://www.bbc.com/news/uk-england-Hereford-worcester-23770583>などを参照。

(3) Gillick 能力を有しない X の希望と感情

① Gillick 事件貴族院判決は、16歳未満の未成年者でも、理解力と判断力が成熟していると認められる場合（Gillick 能力を獲得した場合）には、単独で医療行為に同意する権利を付与した。本判決は、専門家証言に依拠して、本件 X は明らかに Gillick 能力を欠いているとした（[1][13]）。X の IQ は54、理解力は7.10歳程度、語彙力は6.2歳程度であるというから、X が Gillick 能力を有しないこと、したがって X 単独で妊娠中絶の実施に同意を与えることができないことは疑いない。しかし、ここから先の Munby 裁判官の論旨はきわめて興味深い。同裁判官は、同意能力を有しない場合でも、妊娠中絶に際しては母親（X）の「希望」と「感情」が重要であること、および、有形力の行使が予想される場合には患者本人（X）による「承服」と「受容」が重要であると指摘する。

② 「希望」と「感情」 Munby 裁判官は、本件のような事案においては、母親の希望（wishes）と感情（feelings）が決定的に重要であるという（[8]）。これは、多くの制定法の考え方にも合致する。例えば、Mental Capacity Act 2005 の4条6項は、治療決定能力に欠ける患者に対しても、それが患者の最善の利益にかなう場合には治療を行うことができるが、患者の最善の利益の判断に当たっては、(a)患者の過去および現在の希望（wishes）と感情（feelings）、(b)決定に影響を及ぼしうる価値観（values）と信念（beliefs）、(c)その他の事項を考慮しなければならないと規定している¹³。そして、本件は、母親（X）が事態をほとんど理解することができず、何の希望も感情も表明できないという事案ではないとして

13 同法については、橋本有生「イギリス法における精神能力を欠く成年者の医療の決定」田山輝明編『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』（三省堂、2015年）143頁を参照。その他にも、“wishes”と“feelings”は、Children Act 1989, s. 22(4)（ケア下の子どもに関する決定）、Adoption and Children Act 2002, s. (4)(a)（養子取養）などでも考慮事項とされている。

([8] [9]), Gillick 能力を欠く母親の中にも, 何の希望も感情も表明できないレベルの者と, そのような希望と感情を表明できるレベルの者という階層があることを前提に論旨を展開している。

そもそも理解力や判断力といった同意能力 (Gillick 能力) の前提となる「能力」(competence) が, 年齢のように画一的, 客観的に判断できないことは Gillick 判決当時から指摘されており, それにもかかわらず, 成人年齢による画一的解決を図った控訴院判決を破棄して, 貴族院判決は, 医療行為 (とくに避妊などの性的な事項にかかわる医療) のような個人の人格にかかわる問題に関しては, 年齢による画一的解決の便宜を排してでも各個人の能力の成熟によって同意能力の有無を判断するべきであるとしたのである¹⁴。

このような同意能力は, 個人の成熟度によっても, また直面する問題の難易度によっても, 時としては Re R 事件の少女のように判断当時の心身の状況によっても異なりうる。本件 X は, たとえ同意能力は否定されるとしても, 7歳程度の理解力を有し, 6歳程度の語彙力を有すると認定されているのであるから, 妊娠継続の当否についての希望や感情は十分に有しており, それを表明することができると思われる。同意能力を有しない者の中にも階層性 (gradation) ないし連続性 (continuum) が存在することを前提として¹⁵, 当事者の限られた自律 (qualified autonomy) の範囲内で, 当事者が表明した希望と感情に配慮する判旨([10])には強い共感を覚える。そうであるだけに, 本件 X が当初は妊娠中絶に反対し, 明らかな敵意すら抱いており, 診察した医師らも, 妊娠を継続したほうが X への危害は少ない, 妊娠中絶は X の最善の利益ではないと証言していたにも

14 年齢による画一的解決と能力の成熟による個別的解決の対比については, 家永・前掲注(3)56-8頁などを参照。

15 階層性 (gradation) ないし連続性 (continuum) という用語を本判決自体が用いているわけではなく, 筆者の解釈である。

かわらず([13][14]), 審理開始とともになぜXが突然翻意して中絶を希望することになったのか, その経緯に戸惑いを覚えるのである。

③ 「承服」と「受容」 さらに, Munby 裁判官は, Gillick 能力を欠く X は, 妊娠中絶に「同意」(consent) することはできないが, 本人の望まない妊娠中絶に有形力を行使してでも従わせるためには, 何らかの「同意」的な性質のものは必要である, それはたんなる黙従 (acquiescence) では足りないとして, 産婦人科医が証言で用いた「承服」(compliant) と「受容」(accepting) という概念を援用する。そして, 同意能力を欠く本件 X にも, 承服と受容は可能であり, かつ必要であるとする([12])。

このような判示は, 医療行為に対して患者が「同意」する能力を有しない場合にも, 患者の態度には, 明確な拒絶 (明らかな敵意), 漠然とした反感 (この語は本判例は明示的には述べていない) から, たんなる「黙従」, そして「承服」から「受容」へ, そして最終的には「同意」へと階層性, 連続性がありうることを前提としていると解釈できる。同意能力について, 同意能力を有する者と, 同意能力を有しない者に範疇的に二分するのではなく, その間に階層性, 連続性を想定する Munby 裁判官の判示にここでも共感を覚える。

(4) 固有の裁判権と本判決の先例性

① Munby 裁判官は, 関連する先例は, すべて他の形の侵襲的な外科手術に関するもので, 本件の特殊な文脈における明確な先例はないと述べ, Re W 判決における記録長官 Donaldson 裁判官の判示を自分が採用したアプローチと一致するという([11])。Re W 判決において Donaldson 裁判官は, 未成年者に Gillick 能力が具わった (しかも16歳に達している) 場合にも, なお親の同意権が存続するというのだから, 未成年者が中絶を拒否しても親が同意することによって中絶が実施されうることは, 彼の論理からは必然の結果であり, 別に「身の毛がよだつ」話ではないし, 「それが

起こりえないというのではない」ことは彼自身が認めるところである。そもそも、Re W 事件は、未成年者が拒絶している医療に関して裁判所が固有の裁判権を行使してこれを許可することの可否が争われた事件であって、同判決における親の同意権の存否についての判断は傍論にすぎない。モンロー上の固有の裁判権による治療の許可をこえて、親による治療同意権まで認める Donaldson 裁判官のアプローチと本件のアプローチが一致するという Munby 裁判官の判示は私には理解しがたい¹⁶。

② 確かに、Gillick 能力を欠く未成年者に対して本人の同意なしに中絶を実施することの可否が争われた明確な先例はないようである。しかし、前述のように、Re W 事件は16歳の拒食症患者に対する本人の意思に反した治療の可否が争われた事案であり、本件とは疾患も異なれば、提案された治療も異なる。患者の年齢も高く、(W も Gillick 能力に欠けるとはされたが) 本件 X に比べれば能力も高い。

他方で、未成年者に対する妊娠中絶の可否が争点となった事案ということであれば、例えば Re B 判決 (1991年) はなぜ本件の先例とならないのだろうか。Re B 事件は、正常な理解力と判断力を有する (of normal intelligence and understanding) 12歳の少女 B が中絶を希望し、同居の祖父母らも同意しているが、母親が反対したため裁判所に持ち込まれた事案である¹⁷。裁判所は B を裁判所の被後見人 (ward of court) としたうえで (固有の裁判権を行使して)、B が中絶を希望していることを最も重視して、中絶が B の最善の利益にかなうとした。もし B の Gillick 能力を認めたのであれば、B 本人の同意によって中絶を実施することができるはずであるにもかかわらず、B を裁判所の被後見人としたうえで B の最善の利益を判断したということは、裁判所が B 事件を、Gillick 能力を欠く未成年者

16 Re R, Re W 両判決における Donaldson 裁判官の判示については、家永・前掲注(3)120頁以下を参照。

17 Re B (Wardship : Abortion) [1991] 2 FLR 426.

に対する妊娠中絶の事案とみなしていたことを示すものであり、本件の先例とみることができるのではないだろうか。

あるいは、Re B 判決は、〈Gillick 能力を有する未成年者〉と〈Gillick 能力を有しない未成年者〉の間に、〈Gillick 能力は有するが（少なくとも生死・性・生殖等にかかわる重要な医療決定に際しては）裁判所による最善の利益判断を要する未成年者〉という範疇が存在することを前提とした判例と見ることができるかもしれない。私は、Re E 事件に典型的にみられるように、当事者の未成年者は十分に判断能力が成熟している（Gillick 能力を有する）と思われるのに、未成年者本人の決定（Re E では輸血拒否）が本人の生命を奪う（あるいは将来の妊娠能力を奪う）危険があるために、事実認定の問題として本人の同意能力を否定したうえで、裁判所が固有の裁判権を行使して（本人が拒否した）治療の実施を許可するという傾向に疑問を有してきた¹⁸。このような事例では端的に当該未成年者の Gillick 能力は認めたとうえで、しかし未成年者が自らの生命に危害が及ぶような決定をした場合には、裁判所による子の最善の利益の判断の余地を認めるという方向を採るべきではないかと考え、そのために、〈Gillick 能力は有するが、重要な医療決定に際しては裁判所による最善の利益判断を要する未成年者〉という範疇を想定するのである（後述の本節④ Re A 判決も参照）。

③ 他にも、本件の先例とみることができる事例として、別件の Re B 判決（1987年）が考えられる。同事件は6歳児程度の会話理解能力しか有しない17歳の少女に対する不妊手術の可否が争われた事案の貴族院判決である¹⁹。1991年の Re B 事件は未成年者に対する妊娠中絶の可否が争点であったが、当事者の能力が本件の当事者とは異なっていた点で区別されるのに対して、1987年の Re B 事件は当事者である未成年者の能力の点で

18 家永・前掲注(3)158頁以下を参照。

19 Re B [1987] 1 AC 199.

は本件と近似しているものの、提案されている治療が妊娠中絶（プラス不妊手術）ではなく不妊手術（のみ）という点で本件と区別されうる。しかし、いずれも、Re W 事件よりは本件に近い事例ということができるよう思う。それにもかかわらず、Re B 判決（1991年）を本件の先例と見ないのは、1991年のRe B 事件では未成年者Bが中絶を希望していたのに対して、本件はGillick能力を欠くXが中絶を「拒絶」している（希望していない）事案であると、実はMunby 裁判官が少なくとも心の奥底では考えているからではないかという憶測をめぐり得ない。

④ なお、本判決と同じ2014年に出たRe A 判決では、13歳の少女のGillick能力を認めたとうえで、少女の意思に従って妊娠中絶を行なうことを適法と宣言した²⁰。ただし、Re A 事件におけるGillick能力の判定は、精神科医歴10年、小児・思春期精神科医歴4か月、医療同意能力の判定経験は今回が初めてという精神科医による約45分間の少女との面談（しかも母と祖母が同席）に基づくものであり、AをGillick能力者とした結論は、必ずしも説得的ではない印象を受ける。ちなみに、このRe A 判決を、13歳のGillick能力を有する子どもの妊娠中絶が子の最善の利益にかなうと宣言した判決と紹介する論者がある²¹。同判決が本当にそのような趣旨であれば、イギリス判例法において、〈Gillick能力を有する未成年者〉と〈Gillick能力を有しない未成年者〉の間に、〈Gillick能力は有するが裁判所による最善の利益判断を必要とする未成年者〉という範疇を明示的に認めた判例ということになり、前述（本節②におけるRe B 判決への言及を参照）の私の仮説を補強する判例といえるが、残念ながら、Re A 判決は、Gillick能力が認められれば未成年者本人の意思に従って医療を決定し、Gillick能力が認められなければ裁判所が未成年者の最善の利益を判断して決定する旨を明示しており（para. 6）、上記の紹介は正確でないように

20 Re A (A Child) [2014] EWHC 1445 (Fam).

21 J. Samanta and A. Samanta, *MEDICAL LAW* (2nd ed., Palgrave, 2015), p. 194.

思う（なお、末尾に付した [CHART] の破線部分を参照）。

さらに、同意能力を有しない者に対する不妊手術の先例としては、前述の1987年 Re B 判決（未成年者の事例）や、Re F 判決（成人の事例）を指摘できる²²。Re F 判決において、Donaldson 裁判官は「不妊手術は特殊なカテゴリーである」とする Munby 弁護士（当時）の主張に対して、不妊手術も妊娠中絶や移植目的の臓器摘出と同じカテゴリーに含まれる旨を判示している（同事件では不可逆的な不妊手術が想定されていた）²³。妊娠中絶を不妊手術と同一範疇とする Donaldson 裁判官に従えば、能力を欠く者に対する不妊手術の事例も本件（妊娠中絶）の先例となるだろうが、Munby 裁判官はこの当時から妊娠中絶と不妊手術とを区別していたようであるから、Re F 判決その他の不妊手術の事例を本件の先例とは考えないであろう。

(5) 妊娠中絶と本件 X の最善の利益

① X と面会した 3 人の専門家（臨床心理家、精神科医、産婦人科医）はすべて、X は中絶に反対であると決意していた旨を証言し（[13]）、とくに産科医は、X の明らかな敵意にもかかわらず中絶を実施することは X の最善の利益に反すると証言していた（[14]）。さらに関係者の各弁護士もすべて、X が中絶に反対していることを前提に議論したにもかかわらず、Munby 裁判官は、審理の開始時点では X の気持ちは揺れていたが、審理終結前の 2 日間の間、X は一貫して妊娠中絶を受ける希望を表明し続けており、事情が変わったので各弁護人の主張は採用できないという（[15]）。しかし「一貫して」と言っても、月曜日から水曜日までのわずか 2 日間に

22 Re B (A Minor) [1988] 1 AC 199., Re F (Mental Patient: Sterilisation) [1990] 2 AC 1.

23 M. Stauch et al, TEXT, CASES AND MATERIALS ON MEDICAL LAW AND ETHICS (5th ed. Routledge, 2015), p. 195 を参照。

すぎないうえ、判決の中に、Xの翻意の動機、経過、理由は一切記載されておらず、不可解の感をぬぐい得ない。さらに、Munby 裁判官は、X自身の希望と感情を措いても、大多数の証拠に照らして、妊娠中絶の実施がXの最善の利益であることは明白であり、このことを詳細に審査することは必要でも適切でもないとする[16]。そのため、本判決では、Xが中絶を希望しているという事実以外には、中絶の実施がXの最善の利益にかなうとする証拠は何も示されていない。

② Munby 裁判官は、Xの最善の利益の判断に際して、Re A 判決(2000年)においてThorpe 裁判官が示した、妊娠中絶を実施するための有形力の行使についてのバランスシート分析に言及するので([16])、これを検討しておく。

A事件は28歳のダウン症者A(男性)のケアと監督をしている母親が、Aの最善の利益にかなうとして、精管結紮(vasectomy;世間でいう「パイプカット」)の実施の許可を申し立てた事案である²⁴。Thorpe 裁判官の「バランスシート」によれば、最初の項目は各考慮要件(factors)およびその利益(benefit)であり、本件(Re A)では確実な避妊の確保であり、これに対照されるのは、その避妊に伴う不利益、すなわち当該手術に固有の危険と不快である。次の項目は、予想される潜在的な利益と損失(potential gains and losses)(の衡量)であり、最後の項目が、確実かつ可能な諸利益(gains)の総量を、確実かつ可能な諸損失(losses)の総量と調和させることである。このような一般的な「バランスシート」を示したうえで、Thorpe 裁判官は、避妊がAの最善の利益か否かを判断するために、Aの性および生殖の機能、Aの妊孕能力(fertility)、ケア担当者が監督のためにAに課する自由の制限の範囲、精管結紮という手術の性質、他の外科的避妊手段、異性との性関係が終了した場合のAのつらい経験、A

24 Re A (Male Sterilisation)[2000] 1 FLR 549.

をケアしている母親の希望（精管結紮だけでは自ら監督するうえで心休まらないが、かといって障害者の性行動に寛容な施設への収容措置も望んでいない）などを専門家の証言を基礎に検討している。

Munby 裁判官は、本件 X の最善の利益の判断に際して、X 本人の希望と感情などの主観的な考慮事項のほかに、Thorpe 裁判官が示した上記のような諸事項を衡量して、妊娠中絶が本件 X の最善の利益であると判断したのであろう。

(6) 結論

本件 X には、子を出産し、自ら手元において養育することは困難と思われるので、医師の臨床判断に従って、1967年妊娠中絶法の要件を満たし、かつ X の承服と受容を要件として、妊娠中絶を実施することが X の最善の利益であるとした結論は認めざるを得ないと思う。そして、同意能力（Gillick 能力）を欠く未成年者であっても、最善の利益の判断に当たっては本人の「希望」と「感情」に配慮すべきことを指摘した点、妊娠中絶の実施に際して行使されうる抑制と有形力を正当化するためには、母親（同意能力を有しない未成年者である妊婦）のたんなる「黙従」では不十分であり、母親は治療を「承服」して「受容」していなければならないとする点、したがって Gillick 能力を有しない未成年者に関しても、可能な限りその希望と感情に配慮し、その受容と承服の下で医療を実施することが本人の最善の利益にかなうとした判旨に賛成する。

ただし、この原則の本件事実へのあてはめには疑問が残る。本件 X は当初は中絶に反対し、「明らかな敵意」まで示していたのだが、審理が始まると一転して中絶を希望することになった動機や経緯（裁判官やケアワーカーらの働きかけがあったのか否かなど）は一切判決中に示されておらず、翻意の真偽、当否を判断することはできない。また、X 自身が中絶を希望していること以外、中絶が X の最善の利益にかなう旨の判断に際し

て考慮した事項も一切判決中には示されていない。知的障害のある少女に対して本人の同意なしに妊娠中絶を実施することを裁判所が許可するという事態の重大さを考えると、本件の判示は不適切（少なくとも不親切）ではないだろうか。また本件に適切な先例はないとしつつ、Re W 判決における Donaldson 裁判官のアプローチに同意するという点も、Re W 判決の立場に疑問を抱いている私としては納得できない。Re W 判決よりは、本件が参照するにふさわしい先例的事案は何件も存在すると思う。

いずれにせよ、本判決は、高等法院家事部長官である Munby 裁判官によるものであるだけに、今後、同意能力を有しない未成年者に対する妊娠中絶の可否、すなわち中絶が子どもの最善の利益にかなうか否かの判断に際して、重要な先例になるものと思われる²⁵。

25 本稿は、第298回英米家族法判例研究会（2016年6月25日、於：早稲田大学）で報告した際に準備したレジュメに当日の議論を反映して加筆したものである。貴重なご教示をいただいた三木妙子先生をはじめ同会メンバーに謝意を表す。

ちなみに、英米家族法判例研究会における私のこれまでの報告は以下のとおりである。*印は、前掲注(3)家永登『子どもの治療決定権』に収録したものである。

* Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another [1984] 1 QB 581, [1986] 1 AC 112. 「子どもに対する医療行為と親の同意権—ギリック事件 イギリス貴族院判決の紹介」専修法研論集2号（1988年）所収（未報告）

* Re R (A Minor) (Wardship: Medical Consent on Treatment) [1991] 4 All ER 177 (CA). (第63回 1992年3月28日) 「イギリス判例にみる未成年者の治療拒否権—Gillick判決の再検討をかねて」専修大学法学研究所紀要26号（2001年）所収

* R v Arthur (6 Nov. 1981). (第67回 1992年7月18日) 「障害新生児の治療をめぐる親と医師の関係—アサー—医師事件の検討」唄孝一=石川稔編『家族と医療』（弘文堂、1995年）所収

Re J (A minor) (Wardship: Medical Treatment) [1990] 3 All ER 930 (CA). (第75回 1993年4月17日)

Curran v Bosze, 566 N. E. 2nd 1319 (Ill. 1990). (第86回 1994年4月23日)

* Re W (A Minor) (Medical Treatment) [1992] 4 All ER 627 (CA). (第96回 1995年3月25日) 前掲、専修大学法学研究所紀要26号（2001年）所収

* Re T (Adult: Refusal of Medical Treatment) [1993] 4 All ER 649 (CA). (第101回 1995年9月30日) 「未成年者の輸血拒否をめぐるイギリス判例法—E事件判決

本稿は、2016年度専修大学在外研究の中間報告として2016年9月30日に大学に提出した報告書の一部である。

と Gillick 能力の関係を中心に」専修法学論集83号（2001年）所収

* Re S (A Minor) (Consent to medical Treatment) [1994] 2 FLR 1065 (FD). (第105回 1996年1月27日) 同前, 専修法学論集83号（2001年）所収

* Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1993] 1 FLR 386 (FD). (第117回 1997年5月24日) 同前, 専修法学論集83号（2001年）所収

* Alfonso v Fernandez, 606 N.Y. 2d 259 (AD 2 Dept. 1993). (第126回 1998年4月25日) 「公立学校におけるコンドーム配布の可否—アメリカの2つの判決から」アメリカ法 [1998-2] 号（1998年）所収

* Curtis v School Committee of Falmouth, 652 N.E. 2d 580 (Mass. 1995). (第127回 1998年5月23日 [色川豪一氏と共同報告]) 同前, アメリカ法 [1998-2] 号（1998年）所収

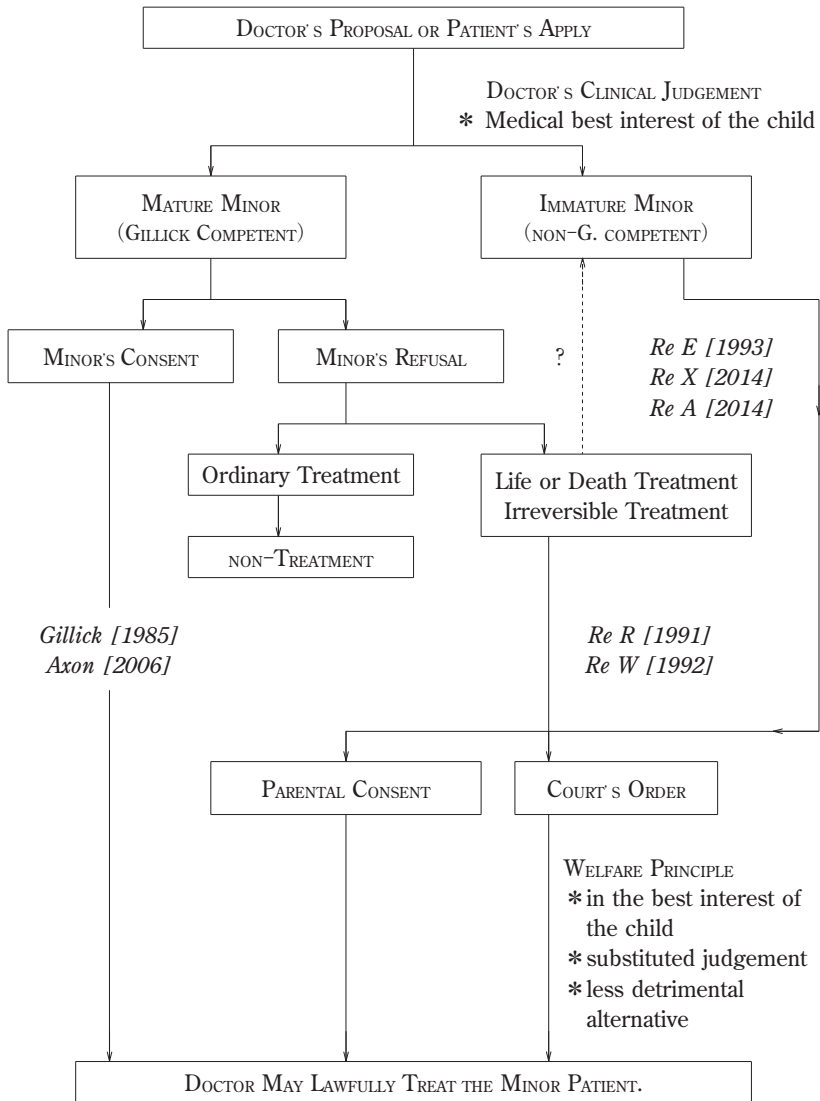
* Re M (Child : Refusal of Medical Treatment) [1999] 2 FLR 1097 (FD). (第153回 2000年12月16日) 「同意を拒否している未成年者に対する心臓移植」専修法学論集81号（2001年）所収

* Re L (Medical Treatment: Gillick Competency) [1998] 2 FLR 810 (FD). (第161回 2001年10月27日) 「輸血を拒否している少女に対する外科手術」専修法学論集84号（2002年）所収

R (On the Application of Axon) v Secretary of State for Health and another [2006] 2 FLR 206. (第231回 2008年12月20日) 専修大学法学研究所紀要42号・公法の諸問題IX（2016年）所収予定

Re X (A Child) [2014] EWHC 1871 (Fam). (第298回 2016年6月25日) 「同意能力を有しない未成年者に対する妊娠中絶が認められた事例」専修法学論集128号（2016年）所収（本稿）

[CHART] MINOR'S CONSENT TO MEDICAL TREATMENT



* 本図は筆者作成