

# 子どもの意見表明権と最善の利益原則 との関係についての一考察

—— 医療上の子どもの決定権をめぐる英国判例を契機に

大 西 健 司

## 1 はじめに

### (1) 本稿の目的

本稿の目的は、医療上の子どもの決定権に関わる英国判例とそこに含まれる問題点の分析を踏まえつつ、国連子どもの権利条約が規定する意見表明権(同12条)と最善の利益(同3条1項、18条1項後段)との関係を改めて考察することである。

周知のとおり、この両者の関係をめぐっては、意見表明権を、最善の利益を確定するための手続的権利として位置づける理解が通説的な地位を占めている。この理解は、同条約の締約国の履行状況を審査する立場にある子どもの権利委員会自身はその一般的意見において表明しているものであり<sup>1)</sup>、また国内の学説においても、「子どもの意思を確認することによって、何が子どもの最善の利益であるかを判断するための手続的権利」<sup>2)</sup>とする見解をはじめ、同様の理解を示す見解は広く見受けられる状況にある<sup>3)</sup>。

子どもの権利委員会の一般的意見によれば、こうした通説的理解の根拠の1つは、子どもにより表明された意見(意思)が、意思決定や政策立案の過程等に「適切な視点や経験(relevant perspectives and experience)」を付加しうること求められる<sup>4)</sup>。しかしながら、他方で、条約上の最善の利益原則

とは子どもの最善の利益の内実を最終的に判断する大人の存在を前提とする概念であるとされることから<sup>5)</sup>、上記の通説的理解にかかわらず、同原則と意見表明権との間には実は互いに矛盾・衝突する契機（緊張関係）が存在しているのではないかと、との疑問が生じることになる。

この疑問に対する回答としては、次の2通りのものがありうる。

1つ目は、そもそも意見表明権の保障内容は、子どもに関わる（司法上ないし行政上の）最終的な決定において表明された意見の内容を実現することまで及ばないものである上、具体的状況によっては、子どもの最善の利益の確保の観点から彼（彼女）が表明する意見の考慮が禁じられる可能性すら排し得ないとして<sup>6)</sup>、意見表明権と最善の利益原則との間の緊張関係を正面から肯定するものである。

2つ目は、両者の緊張関係を否定するものである。子どもの権利条約の締約国の履行状況を審査する立場にある子どもの権利委員会は、条約12条の要素が尊重されなければ同3条の正しい適用はありえず、また同条は自己に影響を及ぼすあらゆる決定における子どもの必要不可欠な役割を促進することにより条約12条の機能の強化を図るものであるとして、この立場に立つ<sup>7)</sup>。

この点、前者の立場が指摘する意見表明権の保障の射程についてはひとまず受け入れるとしても、しかし、それに加えて大人の判断が最終的には子どもの意思に凌駕することまで認めることとなれば、意見表明権に期待される「適切な視点や経験」の付加という役割が果たされることなく、大人による意思決定が行われることとなる。

筆者は、このことから次の2つの問題が生じるものと考ええる。1つは、そもそも子どもからの「適切な視点や経験」の付加を伴うことなく大人が適切な判断を行うことが可能なのかという問題であり、今1つは、子どもの「視点や経験」を排する形で行われた判断を子どもに強制する場合、その「最善の利益」という名目とは裏腹に、子どもに対して大きな弊害をもたらしているのではないかと、という問題である。

これら2つのうち、前者——子どもの権利委員会の指摘に重なる問題でも

ある——は、筆者が別稿<sup>8)</sup>で検討を行った大人の応答義務に深く関わる問題である。別稿で行った検討を踏まえつつ結論を先取りするならば、大人が自己にとっての他者である子どもの「異なる視点」や「異なる声」を契機とする「理解の刷新」を伴うことなく子どもの最善の利益を適切に判断することは不可能であり、そのために意見表明権は一方で子どもの意見表明の機会を保障するとともに、他方で大人を「理解の刷新」に導く応答義務を課す効力を有するものと解される。この「理解の刷新」や応答義務の内実を含め、この点の筆者の解釈論については後に改めて詳述する。

これに対し、本稿の検討の中心となるのは後者の問題である。前者の問題に対する筆者の上記回答は主に子どもの権利に関する理論的な検討の結果から導かれるものであるが、仮に子どもの「視点や経験」を排する形で行われた判断が実際に子どもに強制された場合、果たしていかなる弊害が生じうることになるのか。本稿においては、その内容を具体的に明らかにすることで、上述の意見表明権と最善の利益の間の緊張関係の存否を解明する上での手がかりとなる検討を行いたい。

## (2) なぜ「医療上の子どもの決定権をめぐる英国判例」か？

以上の目的から導かれる様々な課題の検討を行うための素材として、本稿では医療上の子どもの決定権に関わる英国判例を採り上げる。その理由は、これらの事案において、子どもの最善の利益原則と意見表明権とをめぐる上述の「緊張関係」が極めて先鋭な形で表出しているように思われるためである。

そこで窺われる「緊張関係」とは、具体的には、ある判決により定立された「能力」の存在を条件に医療（治療行為等）に対する決定権を承認するとの原則が、その後の判決において、治療行為を拒否する子どもの意思（能力を有する子どもの明瞭な意思を含む）が、彼（彼女）自身の福祉——より正確には、1989年子ども法（Children Act 1989）1条1項に根拠を有し、裁判所が子どもに影響を及ぼす判断や命令を下すにあたり、「子どもの福祉（the welfare of the child）」を「至上の考慮事項（paramount consideration）」とす

べきことを命じる「福祉原理 (the welfare Principle)」<sup>9)</sup>——を根拠とする大人の意思により覆滅 (override) されるという形で掘り崩される状況を指す。いうまでもなく、前述の緊張関係をめぐる問題とここで指摘した状況との間には、国際法 (人権条約) と英国国内法という舞台の違いが存在する。しかし、後に詳しく論じるように、子どもの意思とその最善の利益との間の緊張関係について、仮にこれを認める——上記の状況を子どもの意思と最善の利益の矛盾・対立の問題として把握する——立場をとる場合、最善の利益を根拠とする子どもの意思の覆滅が正面から肯定されうる一方で、それにより不可避免的に生起する大きな「代償」が子どもの負担として現れることになる点において、両者の間には子どもの意思と最善の利益とをめぐる上述の問題の構造がまさしく通底している。本稿においては、このような認識の下に、一連の裁判例に対する英国国内法の解釈・適用論を視座とする内在的な検討ではなく、国際人権 (子どもの権利条約) という外在的な視点から問題の所在を捉え直しつつ、前節で述べた問題関心に沿う形でその分析や考察を試みたい。

なお、医療上の子どもの決定権に関する一連の英国判例をめぐっては、発端となった初期の判決から近年のものに至るまで既に多くの研究が行われている<sup>10)</sup>。そこで本稿では、個々の事件の詳細にわたる分析はこれらの研究に委ねつつ、判例全体の枠組みや傾向から浮かび上がる問題点の分析に焦点を当てた上で (2、3)、その分析から得られた知見に基づいて子どもの意見表明権と最善の利益の関係を改めて考察する (4、5)。

## 2 医療上の子どもの決定権に関する英国判例の展開

### (1) 前提となる立法

医療上の子どもの決定権に関するさまざまな英国判例を取り上げる前に、まずはその前提となる立法としての1969年家族法改正法 (The Family Law Reform Act 1969) について簡潔に言及しておく。

同法は、英国における成人年齢を従来の21歳から18歳へと引き下げつつ(1条)、未成年者の医療上の決定権に関わる次のような内容を8条において規定している。

まず、同条1項によれば、「同意なく行われれば権利侵害を構成しうる外科的、内科的または歯科的治療行為に対する16歳に達した未成年者による同意は、成人による場合と同等の効力を有する。また、未成年者が本条に基づき何らかの治療行為に対して有効な同意を与えている場合、それに対して未成年者の親または後見人からのいかなる同意も得る必要はない」とされる。また、同条2項により、「本条における『外科的、内科的または歯科的治療行為』には診断の目的のために行われるいかなる処置も含まれ、また、本条は右処置に適用されるのと同様に、右処置に付随するいかなる処置(特に、麻酔の実施を含む)にも適用される」。さらに、同条3項によれば、「本条におけるいかなる規定も、本条が制定されていなければ有効であるようないかなる同意の効力も失わせるように解釈されてはならない」とされている。

以上のとおり、同法は未成年者の中でも特に16歳以上(かつ18歳未満)の者について、治療行為に対する同意能力を認める「明白な(unambiguous)」<sup>11)</sup> 定めを行うものでありながら、後述のように、これらの有する効力に限定を加える解釈がさまざまな裁判例によって展開されている。

他方で、同法8条は16歳未満の未成年者の同意能力については明文の定めを置いていないため、これらの者の同意能力の有無が解釈上の論点となりうるところ、これを特定の要件の充足を条件として肯定する判決が貴族院によって下された。それが、次に採り上げる *Gillick* 事件貴族院判決<sup>12)</sup> である。

## (2) 解釈による同意能力の拡大——*Gillick*判決

5人の娘の母親であるヴィクトリア・ギリック夫人が、当時の保健社会保障省(現保健省)の発した通達——避妊のための助言と処置(ピルの処方)を親の承諾なく16歳未満の少女に対して行う権限を医師に与える通達——に対して行った異議申立に対し、貴族院の下した判決である。

上述のとおり、1969年家族法改正法8条1項は未成年者の中でも16歳以上の者については治療行為に対する同意能力を認める一方、16歳未満の未成年者の同意能力の有無については解釈に委ねている。同法の趣旨は、16歳未満の未成年者には一切の同意能力を否定するものなのか、あるいは何らかの条件の下でこれを認める可能性を残すものであるのか。仮に前者であるとすれば、申立ての対象の通達は親の承諾権を侵害する違法なものとなりうる一方で、後者のように解される場合には、16歳未満の未成年者であっても（一定の条件の下で）親の承諾を得ることなく単独で治療行為に対する同意をなし得ることとなり、同通達が適法と判断される余地が生じることになる。

貴族院を構成する裁判官らの意見が3対2と大きく分かれる中、多数意見に与する者の一人であるスカーマン裁判官は、法は人間の発達と社会変化に敏感でなければならないと指摘しつつ、以下のような判示を行った。

「自ら決定を行う未成年者の能力は当該未成年者がその決定をなすための十分な理解力と知能を有するかどうかに依拠するものであり、司法が定めた一定の年齢に達しているかどうかで決まるものではない」

その意味するところは、医療行為（本件においてはピルの処方）に関して自ら決定を行う能力の有無は、年齢という形式的基準によって一律に定まるのではなく、当該医療行為の内容に対する理解力や知能を十分に備えているかという実質的な基準（「Gillick能力の基準（Gillick-competence test）」<sup>133)</sup>によって判断される、というものである。したがって、1969年家族法改正法では16歳以上の未成年者についてのみ明示的に同意能力が認められているものの、上記判示により、16歳未満の未成年者においてもこのGillick能力を具備するものと認められる限り、親の承諾を得ることなく単独で治療行為に対する同意をなし得るものと判断されたことになる。

上述のように、Gillick判決は直接的には避妊治療に関して政府の発した通

達の合法性を問う申立てに対して判断を下す判決でありながらも、その射程は避妊治療以外の他の医療分野にとどまらず、広くさまざまな領域の問題に対しても大きな影響を及ぼしうるものとして受け止められてきた。ただし、その評価の仕方は一様ではない。たとえば、英国の法学者ジョン・シーモアによれば、*Gillick* 判決は「あらゆる紛争において、年齢に基づく推定に服するのではなく、自らの実際の能力を測定してもらう資格」という「新たな権利」を年長の子どもたちに確立するものであるとされる一方で<sup>14)</sup>、同判決は事案に含まれる複雑性とそれを取り巻く法的論争が未成年者を混乱させ、彼(彼女)らの立ち位置を不安定なものにするなど、16歳未満の未成年者たちの立場を却って不利なものにしたと評する立場も存在する<sup>15)</sup>。

後者の立場が懸念するように、*Gillick* 判決が打ち出した *Gillick* 能力の基準は、必ずしも子どもにとって有利な方向のみに適用されるものとは限らない<sup>16)</sup>。しかし、上記のスクーマン裁判官の判示を文字どおり受け止めるならば、少なくとも治療行為に関しては成人と同様に——自由かつ独立に——決定をなしうる地位を (*Gillick* 能力を有する) すべての子どもに承認するものと解される余地は十分に存在していた。

### (3) *Gillick*判決からの「後退」

しかしながら、このようにして *Gillick* 判決が確立したかに見えた子どもの「新たな権利」は、同判決後に下された2つの控訴院判決 (*Re R* 判決<sup>17)</sup> および *Re W* 判決<sup>18)</sup>) により大幅な「後退 (retreat)」<sup>19)</sup> を迫られることとなった。

この「後退」は、主として上記の2つの控訴院判決におけるドナルドソン裁判官の判示によって決定づけられたものである。その判示内容は、次の2点に要約される。

1つ目は、1969年家族法改正法8条1項の趣旨に関わるものである。ドナルドソン裁判官によれば、同項は確かに16歳以上の未成年者の治療行為に対する同意権を承認しているものの、その趣旨は親責任 (parental responsibilities) を負う者が医師に対して治療行為に同意する権限を剥奪する効力まで有する

ものではない、とされた (*Re W* 判決)。

2つ目は、親権ないし親責任を有する者の同意権に関わるものである。ドナルドソン裁判官は、この点につき、16歳以上の未成年者が治療行為を拒否した場合、親権ないし親責任を有する者が未成年者に代わって治療行為に同意する権限を有する旨、*Re R* 判決において判示した。

ドナルドソン裁判官はこれら2つの判断を導くにあたり、その主たる根拠を同項が治療行為に対する未成年者の同意能力のみに言及する一方でこれを拒否する権限に言及しておらず、したがって同項の規定内容からは未成年者が単独で行しうる拒否権を直接導き出すことはできないことに求めている。以下では、同裁判官がこれらの判断を下すに至った2つの事件の概要とともに、それぞれの判決の具体的な内容を検討する。

#### (4) 1つ目の「後退」——*Re R* 判決

抗精神病薬の投与という治療行為を拒む精神疾患を患うR（裁判所の後見に服する15歳の少女）に対し、裁判所がその治療行為に対する拒絶の意思を覆す（＝投薬を命じる）権限を有するかどうか争われた事件である<sup>20)</sup>。

控訴院は、以下の理由に基づき、医師がRの意思に反して向精神薬を投与することを許可する判断を下した。

はじめに、Rは15歳であるため、1969年家族法改正法8条から直ちに治療行為に対する決定権が認められる訳ではない。そこでまず、*Gillick* 判決によって打ち出された*Gillick* 能力を彼女が備えているかどうかが問題となるが、控訴院は、彼女が当該治療法の性質を理解する能力を有しておらず、また抗精神病薬の主作用・副作用ないし治療が失敗した際に生じるうる結果についての完全な理解を得ていないことを理由として、Rの*Gillick* 能力を否定した。

その上で、ストーン裁判官によれば、後見裁判官の権限には被後見人が拒否する治療行為に同意する権限が含まれるため、*Gillick* 判決が、*Gillick* 能力を有する子どもの親が子どもの決定を覆す権限を有している旨判示する



ものであるか否かについて判断する必要はない（そもそも *Gillick* 判決は被後見人の事案ではない）。後見裁判所は、*Gillick* 能力を有する子ども（あるいはその親）が治療に対してどのような意思を示す場合であっても、その決定を覆す権限を有している。

さらにドナルドソン裁判官は、目下の事案の解決に必要な範囲を超えて、子どもの希望と親の希望との衝突という問題について、次のような見解を展開している。まず、その基本的発想は、反対の意思を表明する子どもに治療を施す医師をその法的責任からいかに保護するかという点にある。そして、この発想に基づいて彼が持ち出すのが「キーホルダー」の喩えである。ドナルドソン裁判官によれば、医師を責任の追及から免れさせるべく16歳未満の子どもの治療に同意をなしうる人々は数多く存在する。仮にこれらの人々がすべて同意を留保した場合、その子どもを合法的に治療することは不可能に陥ることになる。そこでドナルドソン裁判官は、これらの同意を「ドアを開ける鍵」として把握する。*Gillick* 能力を有する子どもはこの鍵を持つが、その親もまた鍵を有している。すなわち彼（彼女）らは各々に「鍵を回し、ドアを解錠する」権利を有することになる。

ドナルドソン裁判官によれば、*Gillick* 判決において、スカーマン裁判官は、子どもが *Gillick* 能力を有する場合、親は治療に対する決定権限（拒否権など）を失うと述べた訳ではない。*Gillick* 能力を有する子どもは治療を拒否しているが、親は同意している場合、その同意は治療の実施を適法なものとする効力を持ちうる。

控訴院が上記の結論を導く上で示した理由の要旨は以上のとおりである。要するに、そこで示されたドナルドソン裁判官の見解によれば、*Gillick* 能力を備える子どもは望まぬ治療を自己の意思に反して強制されうることになる。当然ながら、このことは「事実上、より多くの責任や主体性が期待される年齢にある子どもから自律性や自己決定を奪う」<sup>21)</sup> ことにつながるが、控訴院は、その根拠を前述の福祉原理に求めることでその正当化を図っている。すなわち、この福祉原理の下での後見裁判所の「揺るぎない職務」とは同原理

に基づき被後見人の福祉を至上の考慮事項とすることであり、したがって Gillick 能力を有する子どもの意思は、その年齢にかかわらず、それが本人の最善の利益に適うと認められる限り裁判所によって覆滅されうることになる、ということである<sup>22)</sup>。

#### (5) さらなる「後退」——*Re W*判決

16歳の少女であるWは孤児として地方当局の保護（1989年子ども法に基づくケア命令の対象）下に置かれていた。彼女は経鼻チューブによる栄養補給を要するほどの深刻な拒食症（anorexia nervosa）を患っていたが、これに伴う摂食障害を改善するための治療を拒否していた。そこで、Wを適切な場所（治療施設等）に移送した上で治療を施すための裁判所の命令の発動（固有の裁判権の行使）を求めて、地方当局が高等法院にその申立ての許可を申請したのが本件に至る経緯である<sup>23)</sup>。

審理においては、本件のWは既に16歳に達しており、1969年家族法改正法8条の直接的な適用が及びうる状況にあるにもかかわらず、裁判所が本人の意思に反して治療を命じる権限を有しているか否かが争われたが、控訴院の判断は、大要以下の理由に基づき、Wの意思に反して治療を施すことを認める判断を下した。

まず、バルコム裁判官は、*Re R*判決におけるファーカーソン裁判官の意見に倣いつつ、固有の裁判権を行使する際は「子どもの福祉が裁判所の至上の考慮事項となる」ことを確認した上で、子ども自身の希望（wishes）を尊重することがその子どもの福祉に至上の考慮を与えるための1つの方法でありうることを認める。バルコム裁判官によれば、子どもの希望を実現することがしばしば子どもの最善の利益に適うため、裁判所は子どもの希望を確かめ、その希望の実現に向けた判断を追求しなければならないが、裁判所において子どもの希望を実現することが最善の利益に適うとは認められない場合、子どもの希望は覆されうることになる。

次に、ドナルドソン裁判官は、本件のWは孤児であるにもかかわらず、

親の権利という観点から次のような意見を展開する。この点、ドナルドソン裁判官は、先述のRe R判決において「キーホルダー」の喩えを用いつつ、親の同意に子どもの拒否する治療を適法なものとする——「ドアを開ける鍵」としての——効力を認める判断を行っていたが、本件では——多くの批判を招いた——この「キーホルダー」の喩えではなく、その代わりに「法的な防弾ジョッキ (Legal flack jacket)」の喩えを用いている。しかし、ここで注意しなければならないことは、この「法的な防弾ジョッキ」もまた、先述の「キーホルダー」と同様に、子どもの権利の保護に向けられたものではなく、むしろ子どもの拒否する治療を施す医師を法的に保護するためのものであることである<sup>24)</sup>。すなわちドナルドソン裁判官によれば、医師は治療に同意をなすうる任意の者から同意を獲得すれば、いわゆる「訴訟好き」——16歳以上ないしGillick能力を備えた子どもである患者本人であれ、あるいは未成年者の治療に同意する権利を含む親責任を有する者であれ——による異議申立てから自らを保護する「法的な防弾ジョッキ」を纏うことができる。「任意の者から」というのは、仮に誰かが同意を撤回した場合であっても、他の誰かからの同意を1つでも得られている限り、医師は治療を施しうることを意味する。

この「法的な防弾ジョッキ」の喩えの下では、Gillick能力を備える16歳未満の未成年者のみならず、1969年家族法改正法8条の適用が直接及ぶ16歳以降の未成年者においても、治療に対する同意権こそ有するものの、これを拒否する(=他者による同意を無効にする)権利を持ち得ないことになる。その場合、ドナルドソン裁判官自身が指摘するように、たとえば17歳の未成年者がその意に反して中絶手術を強制されるという「ぞっとするような(hair-raising)」事態への懸念が生じうるが、ドナルドソン裁判官によれば「中絶が真にその子どもの最善の利益に適う場合でない限り」こうした事態が生じることはない。結論的に、未成年者はその年齢にかかわらず、治療への同意を拒否することにより親責任を有する者による治療への同意はもちろん、裁判所による治療への同意を覆す権限を有しないことになる。

ドナルドソン裁判官は上述のように結論付ける一方で、未成年者が示す拒否は医学的な判断が行われる際、あるいは親や裁判所が未成年者に代わる同意を行うべきか否かを決する際の「大変重要な考慮事項」であり、なおかつその重要性は当該未成年者の年齢や成熟性に伴って増大すると付言する。しかし、以上のドナルドソン裁判官の判示は、*Gillick* 能力を有する16歳未満の者の拒否権を否定する点でこれらの者の医療上の決定権を承認する *Gillick* 判決からの後退を意味するばかりでなく、同判決の判断の論理的な前提をなす16歳以上の者の決定権への大幅な制約（＝拒否権の否定）を正面から肯定する点において、先述の *Re R* 判決とも大きく異なるものである。上記の付言も含め、一連のドナルドソン裁判官の判断に含まれる問題点については次章で改めて検討を行うが、いずれにしても、本件判決において示された控訴院の判断により、*Gillick* 判決からの「後退」は決定的なものとなった<sup>25)</sup>。

## (6) 「後退」の追認

*Re R* 判決および *Re W* 判決において下された未成年者の医療上の決定権を否定する判断は、両判決の後に下された数々の判決によって引き継がれている。

ただし、その「追認」のありようは両判決の示す論理とも大きく異なる面が存在するため、以下では両判決後に下された判決の中でも重要と思われるもののみを取り上げ、両判決の論理との違いに留意しつつ検討を行うこととする。

## (7) *Re S* 判決<sup>26)</sup>

*Re W* 判決後に初めて下された判決である。15歳の少女であるSはサラセミアと呼ばれる貧血症を患っており、生存のために輸血を必要としていた。ところが、彼女がエホバの証人に入信し、本人および母親がその集会への参加を始めたことで「他人の血液を取り入れることは他人の魂を取り入れるこ

とである」との教義を理由に輸血に対する拒否の意思を示すに至った。その後、輸血の中断によりSの健康状態は著しく悪化したため、地方当局が高等法院に対し、Sに輸血を施すための命令（固有の裁判権）の発動を求める申立てを行ったのが本件に至る経緯である。

結論的に、高等法院は以下の理由に基づき地方当局の上記申立てを認める判断を下した。

まず、*Gillick* 判決の枠組みを前提とすると、Sは16歳未満（15歳半）であるため *Gillick* 能力の有無が問題となるが、ジョンソン裁判官は、Sが「大人と子どもの中間点」に位置する——すなわち、*Gillick* 能力を有する者が包含されるカテゴリー——との理解を否定しつつ、Sは「いまだ正に子どもである」と述べて彼女の *Gillick* 能力を否定した。

上述のように、Sは疾病のために輸血を必要としながらも、自信の信仰のためにそれを受け入れることができないでいた。そこで彼女は「奇跡が起き、神が自らを救うこと」を祈っていたが、ジョンソン裁判官は正に「それ故に彼女は *Gillick* 能力を有しない」と結論づけた。

*Gillick* 能力を有しないとの認定が行われた以上、*Re R* 判決や *Re W* 判決の枠組みを援用するまでもなく、Sに医療上の決定を自律的に行う資格は否定されることになる。15歳半という年齢は、1969年家族法改正法8条の適用年齢に極めて近接するものであるものの、高等法院は以上の理由に基づき地方当局の申立てを認める判断を行った。

本判決はこうにしてSの *Gillick* 能力を否定したが、ここで注意しなければならないことは、無能力の認定は子どもの意思を覆すための最も容易な——*Re R* 判決や *Re W* 判決においてドナルドソン裁判官が持ち出した「キーホルダー」や「防弾チョッキ」などの特別な論理の展開が不要となる点において——方法であり、それゆえに恒常的かつ安易に利用されうる論法であるということである<sup>27)</sup>。しかし、そもそも子どもの無能力の論証は——本件のSのように年齢が高ければ尚更——困難な作業であり、ジョンソン裁判官が指摘するような事実可依拠する認定が、果たして十分な論証に基づく

ものといえるか疑わしい。Sに限らず、誰であっても彼女と同じ立場に置かれれば「奇跡を祈る」ことは自然なことであり、このような事実を根拠に能力を否定するのであれば、16歳以上の未成年者ばかりか、多くの大人においても同様の判断が当てはまりうることになる。その意味において、(先行する *Re E* 判決<sup>28)</sup>とともに) *Re S* 判決は論理的な根拠に基づいて未成年者自身に正当性を示すことは難しい<sup>29)</sup>。しかし、それにもかかわらず、この *Re S* 判決と同じく、未成年者の *Gillick* 能力を否定ないしは度外視することにより、その者の意思に反する治療行為を認める判決が相次いで下されている。

#### (8) *Re M* 判決<sup>30)</sup>

15歳の少女Mは心臓病の悪化により、生存のための唯一の手段として緊急に心臓移植を要する状態にあった。ところがMは移植手術を拒否した。彼女はあくまで死を望んでいた訳ではなく、移植を受けた後には生涯にわたり免疫抑制剤を服用し続けなければならないことを理解した上で、「そのことを考えると憂鬱になる。私はまだ15歳であり、生涯にわたる錠剤の服用など続けたくない。・・・それをすべて受け入れることは難しい。自分勝手であるとは思う。もし移植を受けても私は幸せにはならない。私が死ねば家族は悲しむだろう。死ねばすべてが終わりだと理解しているけれど、考えを変えることはできない。私は死にたくない。けれども、移植を受け他人の心臓をもらうよりは死ぬ方がましだと思う。私は、自分の15歳の心臓とともに死ぬほうがいい。・・・私は、誰か他の人の心臓をもらったら(普通の人と)違った感じになってしまうと思う・・・たとえそれで命が助かるとしても、そのことは心臓移植を受けないことへの十分な理由になる」(括弧内は筆者)と述べていた。生命の危機が差し迫る中、Mの両親は移植手術に同意していたが、M自身はこのような理由により頑なに手術を拒んでいたため、医師が高等法院に対し手術を実施するための命令の発動(固有の裁判権の行使)を求める申し立てを行ったのが本件に至る経緯である。

Mの年齢は15歳であり、1969年家族法改正法8条の直接的な適用対象で

はないものの、上述の彼女自身の発する言葉を踏まえる限り、「医療上の決定をなすための十分な理解力と知能」としての *Gillick* 能力は十分に備えているように思われる<sup>31)</sup>。しかしながら、本件の審理を担当したジョンソン裁判官は、心臓移植という大手術を本人の意思に反して行う権限を医師に与える判断を下した。ジョンソン裁判官によれば、「Mは知的な15歳の少女であり、その希望に対しては相応の重みを与えるべき」であるものの、「彼女にとっての最善を実現するためには、結局のところ、求められている権限を与えるほかはない」。

このジョンソン裁判官の判断は、先述の *Re R* 判決および *Re W* 判決、とりわけ未成年者である以上はその年齢や能力の有無にかかわらず子どもの最善の利益を根拠に本人の意思を覆すことを認める後者の判決を踏まえる限り、自然に導かれうるものではある<sup>32)</sup>。しかし、ここで重要なことは、Mには *Gillick* 能力の存在が推認されるばかりでなく、(M自身が主張するように) 彼女が移植手術を拒否するための十分な理由を実際に展開していることである。仮にMが成人であれば、彼女の明確な意思を覆す権限は(裁判所も含め) おそらく誰にも認められないであろう。成人に対しては認められない権限が、なぜ(年齢以外は成人と異なることのない) 未成年者には是認されるのか。本件判決の取る結論そのものに異議を唱える立場こそ少ないと思われるものの、この点を正面から検討し、説得的な回答を用意できない限り、この子ども—大人間の別異取り扱い、ペニー・ルイスの指摘する「年齢のみに基づく恣意的な差別」<sup>33)</sup>と区別し得ないものとなる。そうした状況の下で本人の意に反する治療を強制することは、生命という極めて重要な法益の保護を促進する一方で、同じく重要な法益である子どもの尊厳を毀損することになるだろう<sup>34)</sup>。

このような帰結が子どもの最善の利益(福祉原理)の下に常に正当化される限り、(少なくとも治療の強制の可否が問題となる場面においては) 子どもが自らの意思や希望を大人に伝える上で拠り所となる意見表明権が、その所期の役割——最善の利益をめぐる意思決定の過程への子ども自身の「視



点や経験」の付加——を果たすことは難しい。この問題については、本章で取り上げた他の判決に含まれる問題とともに次章以降において改めて取り上げ、検討を行いたい。

### 3 「後退」の招く隘路——M.フリーマンの分析から

#### (1) *Gillick*判決後の一連の判決から導かれる帰結

以上に取り上げた*Gillick*判決後の一連の判決から導かれる帰結を端的にまとめるならば、子どもは治療行為に対する同意権こそ有しても、望まない治療を拒否する権利(治療拒否権)は認められない、ということになるだろう。

こうした帰結の背景をなしているのは、子どもに提供される治療はすべてその子どもの最善の利益に適うものであり、それを拒否することは「医師が最善と考える」治療の拒絶を意味し、子どもに害が生じうるとの想定が存在である<sup>35)</sup>。しかしながら、ここで留意すべき点は、*Re R*判決および*Re W*判決の両判決においてドナルドソン裁判官が明言するように、裁判所の主たる考慮は患者である未成年者の権利ではなく、むしろ医師を法的責任から保護することに向けられているという事実である。

#### (2) M.フリーマンの指摘

英国の法学者マイケル・フリーマンによれば、このような考慮の下に導き出される一連の判決には次の5つの問題が含まれている。

1点目は、極めて厳格な要件を引き合いに出してまで子どもの*Gillick*能力を否定する判決が多く見られる一方で、そもそも能力の有無自体に結論を左右する意味合いがほとんど認められていないことである<sup>36)</sup>。*Re S*判決や*Re M*判決に見られるように、裁判所は大人と同等のないしそれ以上の——少なくとも能力を否定する根拠の見当たらない——少女たちの*Gillick*能力を否定する判断を打ち出す一方、*Re R*判決や*Re W*判決におけるように、そもそも子どもの能力や年齢にかかわらず、裁判所は最善の利益を根拠に子どもの



意思に反する治療を認める判断を下している。

2点目は、このような形での *Gillick* 判決の打ち出す明確な判断基準からの逸脱は、未成年者の司法あるいは医療に対する信頼を大きく掘り崩すことにつながることである<sup>37)</sup>。

3点目は、*Gillick* 判決が能力の有無という状況に基づく判断を行う一方で、*Re R* 判決以降の裁判所による判断は、子どもをおよその年齢のみに基づいて大人と区別する判断を行っていることである。こうした判断の下では、たとえばブロードムア病院（精神科の高度警備病院）に入院中の高齢の統合失調症患者は治療を拒否しうる一方で、知的な15歳の少女はそれができず、必要であれば強制力を用いて彼女に治療を施すことができるという明らかに不合理な結論が導かれることになる<sup>38)</sup>。

4点目は、一連の判決による基準において、治療に対する子どもの意思はそれに同意するか、あるいは拒否するかのみ把握されることにより、自ら受容しうる代替治療を子どもが受ける機会の喪失を招きうることである<sup>39)</sup>。子どもが医師の提案する治療を拒む場合においても、それと異なる治療法には同意する場合は当然ありうるが、そのような場合においても医師の提案する治療法が子どもの最善の利益に適うものとして子どもに強制されることになる。

最後の点は、一連の判決による *Gillick* 判決からの後退は、特定の領域において、子どもが医学上および精神医学上の検査、診断および治療を拒否することができるとする1989年子ども法の理念と相容れないことである<sup>40)</sup>。同法は、その附則3条5項5号(a)において、十分な情報に基づく決定(informed decision)を行うために必要な理解力を備えた子どもに対し、上記の検査、診断および治療を拒否する権限を認めているが、*Gillick* 判決後の一連の判決の打ち出す枠組みは、これまでに指摘してきた1969年家族法改正法8条や *Gillick* 判決の枠組みのみならず、1989年子ども法の明文からも乖離するものである。

フリーマンの指摘はいずれも重要なものであるが、ここではさしあたり前

章の最後において言及した内容に関わるものとして、第3の問題点に注目したい。繰り返しになるが、*Re R* および *Re W* の両判決により構築された枠組みの下では、子どもの意思に反する治療行為の強制が、その能力や年齢にかかわらず、子どもの最善の利益を理由に肯定されうることになる。ここに潜む大きな問題の1つは、先述のルイスも指摘するように、少なくとも *Gillick* 能力を十分に有する子ども（＝判断能力において年齢以外に成人と異なるところがない存在）に対しその意思に反する治療を強制することは、取りも直さず、年齢のみに基づく純然たる差別に該当しうることである。裁判所はこうした帰結を導く根拠を子どもの最善の利益に求めているが、子どもの福祉を至上の考慮事項とすべきことを命じる福祉原理は、果たして子どもの福祉（最善の利益）が差別の禁止（平等の保障）に優先することまで含意しうのか、仮にそうであるとしてもそれはいかなる理由に基づいて正当化されうのかを改めて問い直す必要がある。

### (3) 「後退」を支持する学説

この点、学説の中には、上述のような裁判所による *Gillick* 判決からの「後退」を支持しつつ、上記の問題に対する回答を試みるものが存在する。その代表的なもの1つが、以下に紹介するリベラル・パターナリズムと呼ばれる立場である。

ここでのリベラル・パターナリズムとは、フリーマン自身が主張する子どもの権利についての原理的な議論を基盤としつつ、いわばその派生原理としてナイジェル・ロウ、サトヴィンダー・ジャスおよびギリアン・ダグラスなどの英国の法学者らにより展開される考え方を指す。

このうち、まずフリーマンによる議論の概要は次のようなものである。すなわち、この議論においては、まず、大人であるわれわれが子どもの立場に置かれたものと想定しつつ、「合理的かつ自律的な大人へと成長し、自由かつ合理的な存在として自分自身の諸目的の体系を決定する能力を獲得したいと望むであろうとの想定した場合に、果たしてわれわれはいかなる種類の行

為や振る舞いから保護されたいと望むことになるだろうか」という問いを設定する<sup>41)</sup>。この問いは、その内容から明らかなおり——また、フリーマン自身も言及するように——、互いに自由かつ平等な存在とみなされる人々が社会的協働を営む上での前提条件となる公正な条項 (the fair terms of social cooperation) の内容を、これらの人々がいわゆる原初状態 (the original position) において無知のヴェール (the veil of ignorance) を纏いつつ結ばれる合意 (仮説的同意) として導出するジョン・ロールズの政治的リベラリズム<sup>42)</sup> を参照しながら、その射程を、既に自由かつ独立な存在である大人が取り結ぶ合意の内容から、そのような合意の当事者としての地位を子どもが獲得する上で前提となるべき条項 (法的に承認されるべき地位) へと変更しつつ、その内容を模索するものである。その上でフリーマンは、上記のような問いに対する回答という形で、この条項の概略的な内容を「子どもが独立した大人へと成長することを可能にするような諸原理」として特定する<sup>43)</sup>。要するに、子どもに保障されるべき権利と与えられるべき保護の内容は、すべてこの「子どもが独立した大人へと成長することを可能にするような諸原理」から導かれなければならないというのがフリーマンの議論の眼目である。

ここで再びリベラル・パターナリズムに視点を戻すと、ロウおよびジャスは、このフリーマンの議論に立脚しつつ、「法が、いかなる年齢の子どもに対しても、彼または彼女の利益のために計画された治療を拒否することができるようにすることを躊躇うことは、とりわけ治療の拒否がその子どもの死や永続的な損傷をもたらす場合においては紛れもなく正しいことである。…換言すれば、法の明確で一貫した方針は、子どもを誤った考えを持つ親とともに自分自身から保護することである」<sup>44)</sup> と述べ、さらにダグラスは、仮にこうした内容を持つリベラル・パターナリズムのアプローチが採用された場合、子どもの患者は「未成熟」な存在 (=未だ自由かつ独立な存在に至らない存在) であると把握されることから、死や永続的な損傷などの被害をもたらす決定、すなわち自由かつ独立した存在への成長を阻害する決定から子

ども自身を保護するため、治療を拒否する子どもの意思は覆滅されうることになるとの結論を導き出している<sup>45)</sup>。

本章において、ロウらの主張するリベラル・パターナリズムの当否を正面から論じる余裕はないものの、少なくとも彼らの立場が前提とするフリーマンの議論についてはロールズのリベラリズムを子どもの権利論に当てはめる発想それ自体が大きな注目に値するものである上<sup>46)</sup>、これを基礎に展開されるリベラル・パターナリズムの議論の中に正当な内容が一定含まれることにも疑いはない。そこで、このリベラル・パターナリズムの考え方を前提に本章の冒頭で指摘した問題——福祉原理による差別の正当化の可否——を改めて検討してみると、なるほど、子どもを自らの誤った判断から保護することが法の正当な役割であるとすれば、子どもの意思に反する治療を強制することも法の正当な役割に含まれうることになる。そもそも子どもは自らの生命に危険を及ぼす決定——自由かつ独立な存在への成長を阻害する決定——を自律的に行う権利を法的に保障されることはなく、その意味において、自己の生命の帰趨を左右しうる地位や権限に関して大人と同等の扱いを要求する資格をそもそも有していない。たとえ判断能力において大人との差異がまったく認められない子どもであっても、自ら行う決定（治療拒否）によってその命を失うこととなれば、その子どもは「合理的かつ自律的な大人へと成長し、自由かつ合理的な存在として自分自身の諸目的の体系を決定する能力」——これは明らかに*Gillick*能力を超える能力である<sup>47)</sup>——を獲得する機会を喪失することになる。リベラル・パターナリズムの発想の下では、子どもは治療に同意する権利こそ認められても、それを拒否する権利が——少なくともその行使が死や永続的な損傷をもたらす限り——認められる余地はない。この意味において、前述の差別の問題はその正当化の是非を問うまでもなく、そもそも問題が生じる上での前提を欠いていることになる。

以上のようなリベラル・パターナリズムの説明に従う限り、前述のフリーマンが指摘する*Gillick*判決からの後退に伴う問題の中でも、とりわけ年齢に基づく差別の問題に対しては、これを解決するための一応の回答を用意す

ることが可能であるように思われる。

## 4 最善の利益の判断において子どもの意思のもつ意味

### (1) なお残る疑問

しかし、それでもなお疑問が残る。その疑問とは、上述のフリーマンの指摘する5つの問題のうち、特にリベラル・パターナリズムの適用によっては直接解決することのできない4番目の問題に関わるものである。

確かに、上述のようなりベラル・パターナリズムが導く結論自体は、われわれの多くが抱いているであろう常識的な観念に適合するものではある。たとえ本人の自律的な判断に基づくものであるとしても、子どもが死に至ることが明らかな選択を、いかなる場合においても必ず実現させるべきであると考えた人間はそう多くないであろう。しかし、ここで注意しなければならないことは、このような意味での医療上の決定権を制約することと治療行為に関して子どもが表明する意思を尊重することは決して互いに排斥しあうものではなく、論理的には両立しようということである。フリーマンの指摘する問題に即していえば、医師が提案する治療法を子どもが拒む場合においても、その拒否の背後にある子どものさまざまな意思を受け止めつつ、それらにより適合しうる代替的手段を模索することは可能であろう<sup>48)</sup>。また、たとえ子どもの生存を確保しうる代替手段が存在し得ない場合においても、その治療法の具体的な施し方——子どもの意思を度外視（覆滅）しつつ強制的に施すのか、あるいは子どもとの対話の中でその意思により適合的な方法を継続的に模索しつつ施すのか——により、子どもにおいて同じ治療がもたらす意味は大きく異なりうるはずである。

そこで、子どもが治療に関する自己の意思の尊重を大人側に求めるための手段となりうるものとして着目されるのが、本稿の主題の1つをなす子どもの意見表明権である。本稿1でも述べたように、子どもの権利条約の解釈上、意見表明権は子どもの最善の利益を確定するための手続的権利としての位置

づけを与えられているところ、この通説的な理解を支える根拠としてしばしば指摘されるのが、大人による意思決定や政策立案の過程等に対し、子どもの表明する意見が果たしうる、「適切な視点や経験 (relevant perspectives and experience)」を付加する役割の存在である。

この点、判断能力において優越するはずの大人の行う判断に対し、なぜ子どもの表明する意見がこのような役割を果たしうるのかがさらに問題となるところ、私見によれば、その理由は子どもが有する大人とのさまざまな差異 (difference) を基礎に、大人と「異なる視点 (different point of view)」<sup>49)</sup> を持ち合わせた存在であることに求められる。筆者が別稿<sup>50)</sup> で展開した検討の要点を示すならば、意見表明権は、一方で子どもに自らの意見を表明する機会を保障すると同時に、他方において、この「異なる視点」を持ち合わせた「絶対的差異」＝「他者」としての子どもの発する「異なる声 (distinct voice)」<sup>51)</sup> に応答する大人の義務 (応答義務) を課すものである。ここでの応答とは、他者を自己の主観的な認識の枠内に包括し同化すべく自己から他者に向けて一方的に行われる「了解」ではなく、絶対的差異という、既存の自己の認識の枠組みを揺るがしその妥当性を問い直す「新たなもの」の「思惟の内への招き入れ」を契機に、他者から生起する「理解の刷新」を指す<sup>52)</sup>。大人は、このような内容を持つ応答義務の履行を通じてはじめて、大人の視点に基づき一方的に了解された事実ではなく、子どもが自らの経験事実に対して意味づけを与えることで構成される子どもの主観的事実、すなわち子どもが抱える不安や困難、苦痛ないし辛苦などの負担としての「苦しみ (sufferings)」の実相を、法的効果——子どもの保護を実現するための法制度の適用——に結びつく法的事実として構成することが可能となる<sup>53)</sup>。

*Gillick* 判決以降に下された子どもの治療拒否をめぐる英国判例の中にも、医療行為に対する同意能力を否定する一方で、子どもの主観的事実としての「希望 (wishes)」や「感情 (feelings)」を重視する判断を行うものが存在する。13歳9か月の少女 X (臨床心理士や医師らの証言によれば、その知的能力の程度等から医療行為に対する同意能力 (*Gillick* 能力) が認められない) 対

して、本人の同意を得ることなく、妊娠中絶および避妊具の装着を実施することの可否が問われた *Re X* 事件<sup>54)</sup> において、マンビー裁判官は、本件の判断において最も重要となるのは X の最善の利益であるとした上で、その最善の利益を確定する上で極めて重要な要素の1つが X の希望と感情であり、さらに X を外科的処置に従わせるための拘束や有形力の行使を正当化するためには単なる「黙従 (acquiescence)」では足りず、X 自身がこれらに「従い (be compliant)」、同意に代わる「受容 (accepting)」を行うことが条件として求められるべきである旨判示した。これは、「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…から、たんなる『黙従』、そして『承服』から『受容』へと階層性、連続性がありうることを前提と」<sup>55)</sup> しつつ、「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」<sup>56)</sup> 判断であり、従来の「キーホルダー」や「法的な防弾チョッキ」の喩えの下、医師の法的責任からの保護と引き換えに子どもの意思を覆滅するドナルドソン裁判官の判断構造との径庭は大きい<sup>57)</sup>。上述のように、たとえ (本来的な意味での同意が得られてない点で) 本人の意思に反する医療行為であっても、これを本人の意思をまったく度外視して行う場合と、本件のように本人の「承服」や「受容」を可及的に確保しつつ行う場合とでは、その結果が本人に対して与える意味合いに大きな差異が生じうるのであり、少なくとも「Gillick 能力を有しない未成年者に対しても、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適うとした」<sup>58)</sup> 点において、マンビー裁判官の判示は良識に適うものといえる。

## (2) 更に生じる疑問

とはいえ、ここで更なる疑問が生じる。本稿2で検討した *Gillick* 判決およびそれ以後の判決はもちろん、この *Re X* 判決においても、本人の意思に反する医療行為の可否を判断する上で、*Gillick* 能力の存否が重要な問題の1つ



として位置づけられている。しかし、前述のリベラル・パターナリズムの立場に立つか否かにかかわらず、自らの生命に危険を及ぼす（あるいは長期的に健康を害する）決定を行う子どもの権利（治療拒否権）を肯定する立場を採らないとすれば、果たして子どもの能力を問題とすることにはいかなる意味がありうるのだろうか。いずれにしても最終的に問題となるのが子どもの最善の利益であるならば、重要なのは子どもの能力の有無ではなく、目下の子どもの最善の利益を実現する上で、その子どもが表明する意思を尊重することがどのような意味を持ちうるのかを正面から問うことではないか。

この点に関連して、*Re W*判決を改めて取り上げたい。先にも紹介したように、同判決は経鼻チューブによる栄養補給を要するほどの深刻な拒食症を患いながら治療を拒否していた16歳の少女Wに対し、本人の意思に反する治療とこれを行う上で適切な場所への移送を命じる権限を裁判所が有することを認めたものである。同判決においてドナルドソン裁判官が持ち出した「法的な防弾チョッキ」の喩えの是非はともかく、治療を拒否するWの意思はバルコム裁判官の指摘する子どもの福祉（最善の利益）を根拠に覆滅された訳だが、ここで問い直されるべき事柄は、このような判断の背後におそらく存在しているであろう①Wの意思の尊重＝治療拒否権の承認、②Wの最善の利益＝治療拒否権の否定（意思の覆滅）＋治療の強制という想定それ自体の妥当性である。

もちろん、Wの最善の利益の内実にその生存の確保が含まれることに異存はない。むしろ問題は、法的手続を通じて保護・実現されるべきWの利益が果たしてそれに尽きると見るべきか否かである。この点、本件においてとりわけ重要となりうるのが、Wの患う疾病が有する次のような性質である。周知のように、人びとが拒食症（神経性摂食障害）を発症する原因は多様に存在しうる一方で、これらさまざまな原因のすべてに通底する要因として、「自己の生を自ら制御し、アイデンティティの感覚をもつことへの差し迫ったニーズ」<sup>59)</sup>の存在——このようなニーズが満たされない場合に拒食症を発症しうること——が指摘されている。このことから、拒食症の治療において



は生命を維持するための身体的ケアと同時に、何よりもこうしたニーズを充足させること——自己の生を自ら制御できる状況の回復——が重要であるとされる<sup>60)</sup>。本件のWについていえば、自分はどこで生活を続けるのか、また生活を営む中で果たしていつ食物を口にするのかを自ら判断し<sup>61)</sup>、実践することを通じてはじめて治療の糸口が見出されることになる。これに対して、Wの意思に反する治療とそのため施設への移送とを命じる本判決は、取りも直さず自己の生を自ら制御する権限を彼女から剥奪するものである。フリーマンも指摘するように、本判決により「彼女の命こそ救われたかもしれないが、そこには彼女のアイデンティティと統合性をそれ以上に掘り崩すという代償が伴っている」<sup>62)</sup>。

ここで、先ほど提起した疑問に立ち返るならば、Wの抱える疾病の治療はそもそも本人の意思を尊重することなしにはなしえないものであり、その意味において、治療を通じた疾病からの回復というWの利益は、彼女の意思を尊重することではじめて実現されうるものである。上述のとおり、本件ではWを施設に移送しそこでの治療を強制することが彼女の最善の利益に適うと結論付けられたものの、これらの措置が彼女にもたらす影響を踏まえる限り、その妥当性は疑わしい。裁判所における「至上の考慮」の対象が治療を施す医師の保護ではなく、子どもの最善の利益であるならば、W本人の意思と拒食症という疾病の特性とを踏まえた別異の考慮が求められるはずである。

### (3) Gillick判決自体への疑問——そもそも「能力」の問題なのか？

繰り返しになるが、上述の検討から明らかなことは、子どもの意思に反する治療の是非が問われた際に、裁判所がその最善の利益を確定する上で、治療拒否権の是非とはまったく異なる次元において子どもの意思を尊重すること、すなわち子どもの表明する意思に対して応答義務を果たすことが求められる、ということである。ここでの応答義務とは、子どもの生存を確保しつつもなお、子どもとの対話的な関係の中で、その意思により適合的な方法

(代替的な治療法や措置の実施方法等)を継続的に模索する大人側の義務を指す。大人は、この応答義務を果たす中で、子どもが表明する意思を尊重することがその子どものどのような利益を実現することに結びつくのか(換言すれば、子どものどのような利益を実現する上で、子どもの意思をいかなる形で、どこまで尊重することが必要なのか)を厳密に分析した上で子どもの最善の利益に適うと思われる措置の内容を子どもに提示し、さらにそれを受けた子どもから生起する異議申立て(新たな意見表明)への誠実な対応を行う——大人—子ども間のこうした対話的なプロセスを経ることではじめて、大人は、子どもの抱える「苦しみ」の実相を拠り所に彼(彼女)の最善の利益を判断しうるものと考えられることができる<sup>63)</sup>。

そこで改めて注目されるのが、裁判所が本人の意思に反する医療行為の可否を判断する上で、そもそもなぜ子どもの能力の存否が問題とされるのかという先述の疑問である。この点、仮に福祉原理に基づき考慮される子どもの意思の内実を医療上の決定権(治療拒否権)に求めるならば、その行使が自己の生命や身体的利益の処分に結びつく以上、これらの結果を引き受けることのできる能力の存在を要求することに意味がある。しかし、既に述べたことから明らかなように、治療拒否の事案において問題となるのはこのような決定権の当否ではなく、あくまで子どもが表明する意思に対する大人の応答のありようである。そして、利益の処分を伴う拒否権の行使と異なり、この応答義務の対象となる意思を子どもが表明する上で、(Gillick能力などの)特段の能力の存在を要求すべき合理的な理由を見出すことは難しい<sup>64)</sup>。

先述のとおり、本稿で取り上げたさまざまな裁判例は、福祉原理に基づき考慮される子どもの意思の内実につき上記のうちの前者の理解に立ちつつ、それぞれの結論を導く上でGillick能力の存否を重要な問題の1つとして位置づけている。しかし、その結果として導かれるのは、〈子どもの意思＝治療拒否権〉が最善の利益を根拠に覆滅される一方、それにより生じるさまざまな「代償」に対し一切の考慮が及ばないままに治療の強制が容認される事態である。

この「悲劇的」<sup>65)</sup>な事態が、それにもかかわらず子どもの最善の利益の名の下にもたらされる理由とは何か。皮肉にも、おそらくその淵源は *Gillick* 能力の基準を定立した *Gillick* 判決そのものに求めることができるように思われる。もちろん、同判決自体は法律が子どもにも与える権限を解釈により拡大するものであり、先述のシーモアらの指摘にも表れているように、同判決が医療の領域にとどまらず、さまざまな領域における子どもの権利論の発展の契機となったことは確かである<sup>66)</sup>。しかし、*Gillick* 判決からの「後退」が子どもにもたらす深刻な「代償」は、あくまで①子どもの意思の尊重＝治療拒否権の承認、②子どもの最善の利益＝治療拒否権の否定（意思の覆滅）＋治療の強制という想定の下で生起するものである。そして、その出発点をなす①の想定が果たして何に由来するものであるかといえ、それはやはり *Gillick* 能力の具備を条件に医療上の決定権を承認するとの判断基準——*Gillick* 能力の基準——を定立した *Gillick* 判決に外ならないのではないか。

フリーマンによれば、「われわれが *Gillick* 判決からの後退から引き出さる1つの教訓は、*Gillick* 能力の基準それ自体の再定式が求められているということである」<sup>67)</sup>。しかし、ここで留意しなければならないのは、*Gillick* 能力の基準に代替するいかなる基準を「再定式」した場合においても、子どもの最善の利益を確定する責任を最終的に負うのはあくまで大人側である<sup>68)</sup>という点である。その上で、子どもの最善の利益の内実が大人側の視点から一方的に規定され、子どもに押し付けられる事態——最善の利益が「大人側の主張の『隠れ蓑 (coverup)』として使用」<sup>69)</sup>される事態——を回避するためには、何よりも大人自身が自己と「異なる視点」をもつ子どもの「異なる声」に応答する義務を果たすことが重要となる。

## 5 結びに代えて

最後に、以上の本稿の検討内容を踏まえつつ、冒頭で設定した本稿の課題について若干の考察を行うことで本稿の結びに代えたい。

繰り返し述べてきたように、子どもの権利条約12条の規定する意見表明権は子どもの最善の利益を確定するための手続的権利として位置づけられるところ、他方で、この子どもの最善の利益がその内実を最終的に判断する大人の存在を前提とする概念であることから、表明された意見の内容を実現することまでの保障は及ばない上、具体的状況によっては子どもの最善の利益の確保のために彼（彼女）が表明する意見の考慮が禁じられる可能性すら排し得ないとして、意見表明権と最善の利益原則との間に矛盾・衝突の契機（緊張関係）の存在を肯定する解釈が展開されている。

この、最善の利益を根拠とする大人の判断により子どもの意思が覆滅されるという状況は、本稿で扱ってきた治療拒否をめぐる英国の諸事例とまさにパラレルなものである。しかし、本稿の冒頭でも触れたように、この状況を特に子どもの意見表明権という国際人権の視点から眺めた場合、そこから導かれる結論は、上記の緊張関係を肯定する立場を採るのか、あるいはこれを否定する立場を採るのかにより大きく異なりうることになる。

仮に前者の立場を採る場合、本稿で取り上げたさまざまな裁判例と同じく、治療を拒否する子どもの意思は、意見表明権の保障にもかかわらず本人の最善の利益の名の下に覆滅されうることとなる。この結論は、治療拒否の意思をそのまま貫徹させることによって生じる害悪（子どもの死ないし長期的な健康被害）の大きさにより支えられるものであるが、既述のように、こうした判断によって子どもの目下の利益（生命）は保全されても、長期的には大きな代償が子どもへの負担として生起することになる。

問題は、こうした代償が生じることが明らかであるにもかかわらず、なぜ子どもの意思と最善の利益が緊張関係に立つことを前提として前者を覆滅する判断が行われるのかということである。この点、本稿のこれまでの検討内容からは、子どもの意思を尊重することと、これをそのまま実現させることを同視する見方がその背後に存在しており、子どもの能力の具備を条件に医療上の決定権を承認する *Gillick* 判決が——皮肉にも——こうした見方の支えとなっているとの仮説が成り立ちうるであろう。

しかしながら、前章でも述べたように、医療上の決定権を制約することと治療行為に関して子どもが表明する意思を尊重（＝正当に重視）することは決して互いに排斥しあうものではなく、論理的には両立しうる営みである。さらに、この点は何も医療上の問題に限らず、子どもが自己に影響を与える事柄に関して表明するおよそすべての意見（意思）にも同様に当てはまりうることであるだろう。

そして、このことが何を意味しうるのかといえ、それは、子どもが大人に対してその尊重の対象となる意思を表明する権利を行使する上で、およそ何らかの定式化された能力——少なくともそれを子どもが具備すること——はその要件とはなり得ない、ということである。その理由は、意見表明権が権利として有する効力の内容に関わりをもつ。1つは、その行使によって直ちに相手方の主張や利益を覆滅させるような形成力を有し得ないことであるが、より本質的な理由は、意見表明権の眼目が、その行使により先述の大人側の応答義務を導く点にあるものと解されることにある。この本稿の理解の下では、意見表明権がその役割を果たすのは、子どもに意見表明の機会を保障することによってではなく、むしろそこで表明された意見（意思）に対して大人が応答義務を果たすことによってであり、その契機となる子どもの「異なる視点」や「異なる声」を大人に提供する上で、特別な能力の存在をその要件とすべき合理的な理由は見当たらない。

上記のような見解に対しては、意見表明権を規定する条約の文言との整合性を問う立場からの反論がありえよう。確かに、子どもの権利条約12条1項第1文には「自己の見解をまとめる力のある子ども」、同項第2文には「年齢および成熟に従い」という権利行使の上で一定の能力の存在を前提とするかのようにも思われる文言が存在する。しかし、前者の趣旨は同条約15条や29条などの規定の存在からすれば「自己の見解をまとめる力」の促進を大人に要求する点にあること、そして後者の趣旨は年齢による権利制限ではなくむしろすべての子どもに意見表明権があること、すなわち正当に重視（応答）すべき大人側の義務があることに向けられていると読むべきである点などを

踏まえるならば<sup>70)</sup>、少なくともこれらの文言を根拠として、(一定の能力的基準を満たさない)子どもが表明した意見が最善の利益の名の下に一刀両断されるべきでないことは明らかであろう。

以上の検討に基づき、冒頭で述べた本稿の課題に対するさしあたりの結論を示すならば、意見表明権と最善の利益原則との間の緊張関係の存在を肯定する見解は妥当とはいい難く、これを否定する子どもの権利委員会の採る見解が支持されることになる<sup>71)</sup>。このことは、とりわけ本稿で取り扱った治療拒否をはじめとする限界的な事例において、大人側に非常に困難な責務(応答義務)が生じることを意味する。それでは、大人側はこの責務を果たす上で具体的にはどこまでのことをなすべきなのか。また、それは果たしてどのような手続の下で実現されるべきなのか。これらを検討することが筆者の今後の課題となる。

- 
- 1) See, Un Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12: *The right of the child to be heard*, UN DOC CRC/C/GC12 at para 74 (20 July 2009). なお、子どもの権利の行使に関する欧州条約前文および1条2項も、子どもの最善の利益を促進する上で子どもの意見を正当に重視することが必要である旨指摘する。
  - 2) 福田雅章「『子どもの権利条約』の基本原則と少年司法」同『日本の社会文化構造と人権—“仕組みられた自由”のなかでの安楽死・死刑・受刑者・少年法・オウム・子ども問題』(明石書店、2002) 485頁。
  - 3) 永井憲一ほか『[新解説]子どもの権利条約』(日本評論社、2000) 90頁によれば、意見表明権は、これを規定する同条約12条の「制定過程からみても、もともと『子どもの最善の利益』条項(三条)との関係が深い。さまざまな司法・行政手続において判断基準とされてきた『子どもの最善の利益』の働かせ方のなかに『子どもの意思の尊重』の視点を欠かせない条件の一つにしようとした努力ののちに、これを独立条文化した経緯がある」。
  - 4) See, Un Committee on the Rights of the Child, *supra* note 1, at para 12.
  - 5) See, Marie-Francoise Lucker-Babel, *The right of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child*, 3 INT'L CHILD. RTS. 391, 393-394 (1995) .

子どもの意見表明権と最善の利益原則との関係についての一考察

- 6) *See, id.* at 400.
- 7) *See, Un Committee on the Rights of the Child, supra* note 1.
- 8) 拙稿「子どもの意見表明権と大人の応答義務」津田塾大学紀要51巻（2019）223頁以下。
- 9) NIGEL LOWE & GILLIAN DOUGLAS, *BLOMLEY'S FAMILY LAW 11TH ED.*, (OUP Oxford, 2015) at 397.
- 10) 先駆的な研究成果を纏めた文献として、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）。他に、横野恵「イギリス法における未成年者に対する医療と同意：判例研究のための前提作業として」早稲田大学大学院法研論集95号294頁（2000）、同「イギリス判例法における未成年者に対する医療と同意（1）・（2・完）」早稲田大学大学院法研論集97号228頁・98号210頁（2000）等。
- 11) MICHEL FREEMAN, *Chapter 12 Removing Rights From Adolescents*, YA'IR RONEN & CHARLES W. GREENBAUM (ED.), *THE CASE FOR THE CHILD: TOWARDS A NEW AGENDA* (Intersentia, 2008) at 311.
- 12) *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112.
- 13) FREEMAN, *supra* note 11, at 312.
- 14) *See, John Seymour, An Uncontrollable Child: A Case Study In Children's and Parent's Rights*, 6:1 INT. J. LAW. POL. FAM. 98, 100-101 (1992).
- 15) *See, John C. Coleman, Understanding Adolescence Today: A Review*, 7:2 CHILDREN & SOCIETY 137 (1993).
- 16) たとえば、*Gillick* 能力を有する者に対しては刑事未成年者であっても刑罰を科すことは可能となるのではないかというように、同能力の基準は子どもに不利な方向にも作用しうる。
- 17) *Re R* [1992] 1 FLR 190.
- 18) *Re W* [1992] 4 All E R 627.
- 19) FREEMAN, *supra* note 11, at 314.
- 20) 事件の詳細な事実関係につき、家永登・前掲脚注10・120頁以下を参照。
- 21) FREEMAN, *supra* note 11, at 315.
- 22) *See, id.* at 315-316
- 23) 事件の詳細な事実関係につき、家永登・前掲脚注10・133頁以下を参照。
- 24) *See, FREEMAN, supra* note 11, at 317.
- 25) 家永登・前掲脚注10・133頁は、この*Re W*判決をもって「ギリック判決からの撤退」と表現する。
- 26) *Re S* [1994] 2 FLR 1065.
- 27) *See, FREEMAN, supra* note 11, at 319.
- 28) *Re E* [1993] 1 FLR 386. *Re S*判決と同様に、15歳のエホバの証人の信者に対する輸血の可否が問題となり、裁判所が*Gillick*能力の否定の下に輸血実施を認めた事

件である。詳細につき、家永登・前掲脚注10・151頁以下を参照。

- 29) See, JANE FORTIN, CHILDREN'S RIGHTS AND THE DEVELOPING LAW 3RD ED. (Cambridge Univ. Pr., 2012) at 154-155.
- 30) *Re M* [1999] 2 FLR 1097.
- 31) 少なくとも、本件においてMが無能力であることを示唆する事情は見当たらない。  
See, FREEMAN, *supra* note 11, at 320.
- 32) 本判決の位置付けにつき、家永登・前掲脚注10・204頁を参照。
- 33) PENNY LEWIS, *The Medical Treatment of Children*, JULIA FIONDA (ED.), LEGAL CONCEPTS OF CHILDHOOD (Hart, 2001) at 159.
- 34) See, FREEMAN, *supra* note 11, at 321.
- 35) See, *id.* at 322.
- 36) See, *id.*
- 37) See, *id.* at 323.
- 38) See, *id.*
- 39) See, *id.*
- 40) See, *id.*
- 41) See, MICHAEL FREEMAN, THE RIGHTS AND WRONGS OF CHILDREN (Pinter Pub Ltd., 1983) at 57.
- 42) ロールズの政治的リベラリズムの概要につき、JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT (Harvard Univ. Pr., 2001) part 1. [田中成明ほか訳『公正としての正義 再説』(岩波書店、2004) 1-65頁]を参照。
- 43) See, FREEMAN, *supra* note 41.
- 44) Nigel Lowe and Satvinder Juss, *Medical Treatment – Pragmatism and the Search for Principle*, 56:6 MOD. LAW. REV., 865, at 872 (1993).
- 45) See, Gillian Douglas, *The Retreat from Gillick*, 55:4 MOD. LAW. REV. 569, at 572-576.
- 46) ただし、子どもの権利を、もっぱら自由かつ独立な大人へと成長発達するための手段として把握することの妥当性については慎重な検討を要する。このフリーマンの議論に関するより詳細な検討は他日を期したい。
- 47) See, FREEMAN, *supra* note 11, at 324.
- 48) 医師が提案する治療法は、必ずしも子どもが希望する治療法より積極的なものとは限らない。子どもが治験の実施を望む中で、リスクを嫌う医師がより保守的な治療法を提案していた事例として、*Simms v. Simms and another* [2003] 1 Fam. 83.
- 49) YA'IR RONEN, RE-UNDERSTANDING THE CHILD'S RIGHT TO IDENTITY: ON BELONGING, RESPONSIVENESS AND HOPE (Brill Nijhoff, 2016) at 57.
- 50) 拙稿・前掲脚注8。
- 51) RONEN, *supra* note 49, at 35.



子どもの意見表明権と最善の利益原則との関係についての一考察

- 52) 拙稿・前掲脚注8・231-232頁を参照。
- 53) 同前・237頁を参照。
- 54) *Re X (A Child)* [2014] EWHC 1871 (Fam). 本件の事案の概要および判旨の詳細につき、家永登「<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)」専修法学論集128巻(2016)283頁以下を参照。
- 55) 同前・297頁。
- 56) 同前・296頁。
- 57) とはいえ、本件判決において、マンビー裁判官自身は自己の採用するアプローチと*Re W*判決におけるドナルドソン裁判官の判示は一致する旨述べている。
- 58) 家永登・前掲脚注54・303頁。
- 59) HILDE BRUCH, *EATING DISORDERS* (Routledge and Kegan Paul, 1974) at 50.
- 60) 東京大学医学部付属病院心療内科『摂食障害ハンドブック』(2016) <https://plaza.umin.ac.jp/~psmut/pdf/ed.pdf> (最終アクセス2021年3月8日)4頁は、「自己価値観」の確立や「生きる目的」の獲得が治療の鍵であると指摘する。
- 61) 拒食症の治療の導入においては、患者自身が病気を「治そう」と思うことがまずは重要であるとされる(同前・14頁を参照)。
- 62) *See*, FREEMAN, *supra* note 11, at 318.
- 63) 子どもの意見表明権と大人の応答義務の関係につき、拙稿・前掲脚注8・241頁以下を参照。
- 64) 子ども権利条約12条1項の文言との関係で生じる問題については後述する。
- 65) FREEMAN, *supra* note 11, at 319.
- 66) ただし、こうした議論すべてが子どもの権利の前進に結びつくものではないことは先述のとおりである。
- 67) FREEMAN, *supra* note 11, at 325.
- 68) フリーマン自身は、治療に関する子どもの意思を評価する際の基準として、(i) 自己の福祉を促進するものであること、(ii) 自己の価値体系との一貫性という2つの要素を指摘する (*see, id.*)。しかし、既述のように、いずれにしても子どもの死や長期的な健康被害を導く決定権(治療拒否権)の制約を求める立場に立つ限り、どのような基準を満たす場合においても、最終的には最善の利益に基づく大人側の介入は避けられない。
- 69) 大江洋「子どもの権利論における人間学的基礎：子ども論・子ども学から」立教法学第83号(2011)40頁。
- 70) 永井憲一ほか・前掲脚注3・95頁を参照。
- 71) 筆者は従来、この緊張関係の存在につき、少なくともこれを否定することができないことを前提に議論を展開していた(たとえば、別稿・前掲脚注8・235頁)。本文で論じたように、本稿における検討は、(従来の筆者の理解からすると)一見緊

張関係が明白に存在するようと思われる事案においても、それを正面から肯定することにより生じる弊害に着目し、そこから緊張関係を否定する見解を支持すべき根拠を導出するものである。本稿の内容と抵触する限りにおいて、筆者の従来  
の見解を修正する。