

論 説

カナダにおける未成年者に対する医療と同意 —— 児童保護立法による介入を中心に ——

横 野 恵

- I はしがき
- II わが国における状況
 - 1 民法による法的対応
 - 2 児童福祉法による法的対応
- III 未成年者の医療に対する同意に関する法的枠組み
 - 1 未成年者の同意能力
 - 2 未成年者に同意能力がない場合—同意権の所在—
- IV 当事者間に意見の不一致が生じた場合における解決の枠組み
 - 1 公的介入以前の解決方法
 - 2 公的介入のための手続
- V むすび

I はしがき

筆者は本稿に先立って同意能力のない未成年者の医療をめぐるイギリス⁽¹⁾の法状況について検討した⁽²⁾。同意能力のない未成年者の医療に関して当事者間で意見が一致しない場合、イギリスにおいては、子の養育について決定するための諸手続にしたがって裁判所が関与することによって法的対

(1) 本稿においてはイングランドおよびウェールズを指すものとする。

(2) 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）。

応がはかられる。そのシステムは多元的である。それぞれに性質の異なった手続が複数存在し、事件の事実に照らして適切な手続が選択されている。そのため、判例において用いられる手続は一様でない。かかる多元性は、歴史的事情によって生じたものであると同時に、現在においては、法的対応の弾力性を確保するという重要な役割を果たしている。

イギリス法を継受したカナダ諸州⁽³⁾においても未成年者の医療に関する決定に裁判所が関与するためのシステムが存在し、判例⁽⁴⁾も少なからず存在する。しかし、その手続には、イギリスのような多元性は見られない。判例集に登載された事件は、ほぼ例外なく各州に存在する児童保護立法に基づく手続にしたがったものである。

本稿では、同意能力のない未成年者の医療と同意に関するカナダの法的枠組みについて、同意権の所在、および裁判所が関与するための手続を中心に紹介する⁽⁵⁾。筆者の関心は判例における裁判所の実体的判断を含めた法的対応の全体像にある。しかし、判例の検討に先立ち、その前提となる法的枠組みに対象をしばって検討をすることは、不可欠であるとする。本稿はこのような作業を通じて、カナダとイギリスの法的枠組みにおける類似点および相違点を明らかにし、さらに日本法に対して何らかの示唆を得ることを目的とする。

本稿の構成は次のとおりである。まず、IIでわが国における法状況を紹介する。IIIでは未成年者の医療に対する同意をめぐるカナダ諸州の法状況を紹介する。ここでの問題の中心は、誰が、いかなる法的根拠に基づいて、同意能力のない未成年者の医療に対する同意を与えることができるのかである。この点については2つの側面から検討を加える。すなわち、①制定法またはコモン・ローによって、同意を与える権限を認められている

(3) 以下、本稿において「カナダ」という場合、ケベックは除くものとする。

(4) カナダ最高裁判所の判決を含む。

(5) なお、本稿で用いるカナダ諸州の制定法は、2001年8月末において施行されているものを基準とした。

者、および②児童保護立法によって、同意を与えるべく位置づけられている者、である。IVにおいては、児童保護立法について論じる。はじめに各州の法体系における児童保護立法の位置づけ、および児童保護サービスの提供主体である児童保護機関の構成とその権限を紹介する。その際、それらの法律および機関が生成してきた歴史的沿革に注目する。そのうえで、児童保護立法による介入の手續および「要保護児童」の定義を中心に、児童保護立法の具体的内容を紹介する。前者は、児童保護手續の実効性を確保しつつ適正手續保障の要請に対応するためにいかなる配慮がなされているかを考えるうえで重要である。また後者は、児童保護立法に基づく介入の要件となるものである。最後にVにおいて、II、IIIおよびIVで検討した内容のまとめを行う。

II わが国における状況

カナダの法状況を介绍する前に、わが国の状況についても若干の考察をしておきたい。まず、わが国においては、同意能力のない未成年者の医療に対する同意権の所在が明らかでない。さらに、同意権者と医師の間、あるいは同意権者が複数ある場合にそれらの者の間で意見が一致しない場合に、いかなる法的対応が可能であるかについても明確ではない⁽⁶⁾。

しかしながら、わが国においても法的対応の可能性についてまったく議論されてこなかったわけではない。とりわけ、輸血拒否等の親による同意拒否の場合にいかなる法的対応が可能であるかについては、80年代以降しばしば議論されてきた。現行の制度を利用した法的対応としては民法および児童福祉法によるものが考えられる。すなわち、①親権喪失宣告の申立て（民法834条・児童福祉法33条の6）、および審判前の保全処分による親権者の職務執行の停止と職務代行者の選任⁽⁷⁾、②特別代理人の選任（民法826

(6) 横野・前掲注(2)法研論集95号293頁

条1項・860条の類推適用)⁽⁸⁾、③児童福祉法上の一時保護(33条)および措置承認(27条・28条)制度の利用⁽⁹⁾である。

なお、解決の迅速性を重視した法的対応として、民事保全法に基づく仮の地位を定める仮処分の利用⁽¹⁰⁾も提案されているが、筆者の関心は子どもの保護を目的とした制度による法的対応にあるため、本稿においては立ち入って論じない。

1 民法による法的対応

(1) 親権喪失宣告の申立ておよび審判前の保全処分による親権者の職務停止と職務代行者の選任

児童の親権者が、その親権を濫用し、または著しく不行跡であるときは、民法834条の規定による親権喪失の宣告の請求は、同条に定める者のほか、児童相談所長も、これを行うことができる(児童福祉法33条の6)。子の医療に対する同意の拒否が親権の濫用になると解すれば⁽¹¹⁾、児童相談所長は上記の規定に基づいて、①親権喪失宣告、および付随的に②親権者の職務停止および職務代行者選任の保全処分を申し立てることができる。

①親権喪失宣告がなされた場合、児童相談所長は後見人の選任を請求す

(7) 木内道祥『『エホバの証人』と輸血拒否』自由と正義34巻7号41頁(1983)、中村哲「医師の判断(裁量)と患者の自己決定権について(上)」判例タイムズ1018号95頁(2000)

(8) 石川稔『子ども法の課題と展開』254頁(有斐閣, 2000)

(9) 石川稔「家族法のなかの子ども—子どものための家族法とは」ジュリスト増刊総合特集『子どもの人権』147頁(1986)、同・前掲注(8)、樋口範雄『親子と法—日米比較の試み』158頁(弘文堂, 1988)

(10) 木内・前掲注(7)、児玉安児「患者の自己決定と事前の司法的介入」判例タイムズ980号72頁(1998)、中村哲「医師の判断(裁量)と患者の自己決定権について(下)」判例タイムズ1019号48頁以下(2000)

(11) 日本子ども家庭総合研究所編『厚生省子ども虐待対応の手引き 平成12年11月改訂版』283頁(有斐閣, 2001)は、「保護者による治療拒否事例への対応」のひとつとして親権喪失宣告の申立てを示唆している。また、中村・前掲注(7)も参照。

ることができる（児童福祉法33条の7）。後見人は子の監護教育に関して親権者と同一の権利義務を有する（民法857条）。したがって、後見人は児童の医療に対して同意を与えることができると解される。

②保全処分によって職務執行が停止された場合、親権者の有していた法定代理権その他の権限は、第三者との関係においても絶対的にその行使が停止され、職務代行者は、親権者と同一の職務を行使しうると解される⁽¹²⁾。したがって、職務代行者は児童の医療に対して同意を与えることができる。

（２） 特別代理人の選任

民法826条1項は、親権者と子の利益が相反する行為について、親権者は子のために特別代理人の選任を申し立てなければならないと規定する。子の医療に対する同意を拒否することは子の利益を侵害する決定であり、利益相反行為にあたと考えれば、826条1項を類推適用して特別代理人を選任し、特別代理人が医療に対して同意を与えることが可能となる⁽¹³⁾。ただし、826条1項は特別代理人の選任申立権者を親権者のみとしているため、民法841条を類推適用して「子の親族その他の利害関係人」による申立てを認める説を採用することが必要である⁽¹⁴⁾。

（３） 民法による対応の問題点

児童福祉法上の制度を利用する場合と比較して、親権喪失宣告および審判前の保全処分を利用する場合には、医療に対する同意権の所在に関して解釈上の問題が生じる可能性は少ないと思われる。未成年者を現に監護している親権者が行使しうるとの権限のひとつが医療に対する同意であるという点については争いが無いといってよく、上記の手続によって親権者による親権の行使は絶対的に剥奪または停止され、後見人または職務代行者が親

(12) 吉田恒雄「児童相談所長による親権喪失の申立」明星大学経済学研究紀要21巻1号18頁（1989）

(13) 石川・前掲注(8)

(14) 同上

権者と同一の権限を行使できるからである。

しかし、運用上は問題が少なくない。本来であれば、医療に対する同意を与えれば足りるのであるから、親権喪失は目的に比してあまりにも重大な結果をもたらすものである。児童相談所および家庭裁判所は慎重にならざるをえない。また、親権喪失事件の審判には長い時間を要するため、緊急の必要に対応することができない。保全処分を申し立てる場合であっても、その前提として親権喪失の申立てを行わなければならない、その手続は煩雑である⁽¹⁵⁾。さらに、請求が認められたとしても後見人の確保が難しいという問題が残される⁽¹⁶⁾。

また、特別代理人の選任には解釈上の問題点が多く残されている。申立権者の問題のほかにも、そもそも子の医療に対して同意を与えないという不作為を利益相反行為とすることができるか等の問題がある⁽¹⁷⁾。

2 児童福祉法による法的対応

児童福祉法による法的対応は、児童保護立法を利用するカナダのシステムと原理的には共通している。石川稔教授は、(1) 医療が緊急性を要する場合には、児童福祉法33条の一時保護制度、(2) 通常の場合は児童福祉法27条および28条の措置承認制度を利用すべきであると提案している。2000年11月に児童福祉法の特別法である児童虐待の防止等に関する法律（以下、児童虐待防止法という。）が施行されたため、現時点においてこれらの制度を利用して法的対応を行うとすれば、以下のような手続に従うことになる。

(1) 一時保護制度の利用——緊急性が高い場合——

- ① 通告：医師が児童虐待防止法6条の「児童虐待を受けた児童」また

(15) 吉田・前掲注(12) 19頁

(16) 鈴木博人「虐待する親の親権喪失」吉田恒男編『児童虐待への介入——その制度と法〔増補版〕』78頁（尚学社、1999）

(17) 石川・前掲注(8)

は児童福祉法25条の「保護者に監護させることが不適当であると認める児童」を発見したとして児童相談所に通告する。

② 一時保護：児童相談所長は、児童福祉法33条によって必要があると認めるときは児童に一時保護を与え、または適当な者に委託して、一時保護を加えさせることができる。この規定に基づいて、児童相談所長が病院長に児童の一時保護を委託する。

③ 医療の実施：一時保護を委託された病院長が医療に対して同意を与える。

一時保護は児童の生命身体を緊急に保護する必要に応じるための制度であるため、児童や保護者の意思に反しても児童相談所の職権によって行いうる。裁判所の事前および事後の審査も必要としない⁽¹⁸⁾。また、従来一時保護には期限の定めがなかったが、実務上は平成9年の厚生省児童家庭局通知によって、その期間が必要最小限のものとなるよう、速やかに施設入所措置等の必要な措置を採ること、とされてきた⁽¹⁹⁾。現在では、一時保護の期間は2か月以内と定められている（児童福祉法33条3項（児童虐待防止法附則2条による改正））。

一時保護決定は行政処分であり、行政事件訴訟および行政不服審査の対象となる。したがって、一時保護の執行にあたっては、保護者等に対して文書をもって通知し、あわせて行政不服審査法57条の規定に基づき不服申立ての方法等についての教示をするべきであるとされる⁽²⁰⁾。申立ての期間は一時保護決定を知ったときから60日以内である（行政不服審査法14条）。申立権者は、一時保護した当時の保護者である⁽²¹⁾。

(18) 日本子ども家庭総合研究所・前掲注(11)78頁

(19) 厚生省児童家庭局長通知第434号「児童虐待等に関する児童福祉法の適切な運用について」（1997年6月20日）

(20) 同上 ただし例外的に、緊急を要する場合などやむをえない場合には、口頭で通知および教示を行い、一時保護を採った後、速やかに文書にて通知および教示を行うことも許される。

(21) 日本子ども家庭総合研究所・前掲注(11)221頁

(2) 措置承認制度の利用—通常の場合—

保護者がその児童を虐待し、著しくその監護を怠り、その他保護者に監護させることが著しく当該児童の福祉を害すると認められるとき、児童相談所長の報告を受けた都道府県は、家庭裁判所の承認を得て施設入所等の措置（児童福祉法27条1項3号）を採ることができる（同28条）。医療に対する親の同意拒否は、「虐待」として、あるいは「著しい児童福祉侵害」として、28条の措置事由に該当すると解することができる⁽²²⁾。児童福祉施設の長は、入所中の児童に親権者がある場合であっても、監護、教育および懲戒に関し、児童の福祉のために必要な措置をとることができる（同47条2項）。これには、児童に医療を受けさせる権限が含まれると解されており⁽²³⁾、施設長の同意によって医療機関は医療を行うことができる。

(3) 「児童虐待」の定義

児童福祉法上の手続においては、「児童虐待」（および「著しい児童福祉侵害」）が介入の要件となっている。したがって、医療に対する同意拒否が「児童虐待」に該当するかどうかが問題となる。

① 児童虐待防止法

児童虐待防止法は、2条で4つの類型を設けて「児童虐待」を定義している。そのうち3号は「保護者（親権を行う者、未成年後見人その他の者で、児童を現に監護するもの）」が「児童の心身の正常な発達を妨げるような著しい減食又は長時間の放置その他保護者としての監護を著しく怠ること」と定義している。

3号に定義される「児童虐待」に該当する行為として、『厚生省子ども虐待対応の手引き 平成12年11月改訂版』は、「重大な病気になっても病院に連れて行かない」⁽²⁴⁾という例をあげている。したがって、医療に対す

(22) 許末恵「児童福祉法28条による施設入所等の措置」吉田恒雄編『児童虐待への介入—その制度と法〔増補版〕』53頁（尚学社、1999）

(23) 日本子ども家庭総合研究所・前掲注(11)281頁

(24) 同上14頁

る同意拒否はこれに含まれると解することができる。

なお、児童虐待防止法の定義における「保護者」とは、児童を現に監督、保護している場合の者であり、親権者や後見人であっても、児童の養育を他人に委ねている場合は保護者とはされない。親権者や後見人でなくとも、例えば、児童の母親と内縁関係にある者も、児童を現実に監督、保護している場合には保護者に該当する⁽²⁵⁾。「現に監護する」（2条本文）とは、必ずしも児童と同居して監督、保護しなくともよいが、少なくとも当該児童の所在、動静を知り、客観的にその監護の状態が継続していると認められ、また、保護者たるべき者が監護を行う意思があると推定されるものでなければならない。児童が入所している児童福祉施設の施設長は、「保護者」に該当する⁽²⁶⁾。

② 児童虐待防止法以前の定義

児童虐待防止法の制定以前においても、いくつかの団体によって「虐待」の定義が試みられてきた。児童虐待防止法の定義もそれらの団体による定義を視野に入れたものであると思われる。そのうち医療にかかわるものとしては次のものがあげられる。①児童虐待調査研究会による定義（1983年）は、親、または親に代わる保護者により非偶発的に加えられた「怠慢ないし拒否による病気の発生」は、「保護の怠慢ないし拒否」に分類される虐待であるとする⁽²⁷⁾。②全国児童相談所所長会の「子どもの人権侵害例」調査における定義（1989年）は、児童虐待調査研究会の定義を踏襲したものであり、「怠慢ないし拒否による病気の発生」を「子どもの人権侵害例」の具体例としてあげている。③全国児童相談所所長会による1996年の「全国児童相談所における家庭内虐待調査」における定義は、親または養育者等が「病気やけがのときに必要な医療を受けさせなかったりするこ

(25) 厚生省児童家庭局長通知第875号「『児童虐待の防止等に関する法律』の施行について」（2000年11月20日）

(26) 同上

(27) 児童虐待調査研究会『児童虐待』1頁（日本児童問題調査会，1985）

と」を「家庭内虐待」の1類型である「不適切な保護ないし拒否」の例としてあげている⁽²⁸⁾。

以上のことから、親が子の医療に対する同意を拒否することは、児童福祉法による介入の要件たりうるものと解することができるものと思われる。

(4) 児童福祉法による対応の問題点

児童福祉法による法的対応について、石川稔教授は1986年の時点で「監護権の一時的剥奪や第三者への付与に関する規定を欠くために、わが法制においては輸血拒否事件に直ちに対処できる手続がないと誤解されるところとなったと思われる⁽²⁹⁾と述べている。それにもかかわらず、児童虐待防止法の制定等によって制度上はある程度の整備がなされたと思われるこんにちにおいても、医療に対する同意拒否の事例に児童福祉法上の手続によって対応することは困難である、という指摘が実務の立場からなされている⁽³⁰⁾。ということは、制度それ自体に問題があり、あるいは制度を定めた法令に解釈上の疑義があるために、制度の運用面において問題があるということになるだろう。

① 法令解釈上の問題

児童福祉法上による法的対応には、解釈上問題となる点がいくつかある。まず、一時保護中の児童に対する児童相談所長の監護権限については児童福祉法上明文の規定がない。児童福祉施設長の権限について定めた47条2項を準用すれば、児童相談所長は、親権者等のある場合には監護、教育、懲戒に限って権限を行使することができる⁽³¹⁾。しかし、その権限は、日常的な医療を含め、児童の日常の監護に関連する

(28) 高橋重宏編『子ども虐待』51-55頁（有斐閣、2001）

(29) 石川・前掲注(9)『子どもの人権』147頁

(30) 津崎哲郎「自治体・民間団体の取り組み—児童相談所の対応実態を中心に—」ジュリスト1188号39頁（2000）、鈴木利廣「新生児医療における子どもの権利」吉峯康博編『医療と子どもの人権』88-89頁（明石書店、1998）

範囲に限られ、重大な医療等の事項については親権者等も権限を有するという指摘がある⁽³²⁾。

次に、親権者等の権限が一時保護および措置承認審判によって、いかなる制限を受けるかが明らかでない⁽³³⁾。措置承認審判によって親権者等による面会・通信が制限されることは児童虐待防止法12条によって明確になった。しかし、医療に対する同意を含むそれ以外の事項についての親権者の権限は明らかでない⁽³⁴⁾。

以上のことから、一時保護、または措置承認審判によって児童相談所長または児童福祉施設長に児童の医療に対する同意権が付与されるのかどうか、またその際、親権者等の同意権が制限されるのかどうか現状においては明確にされていない。

② 制度上の問題—適正手続の保障—

児童の保護を目的として家庭に対して法が強制的に介入する場合には、必然的に親および子の権利が制限されることとなる。したがって、介入は適正な手続に基づいたものでなければならないといわれる⁽³⁵⁾。しかし、児童福祉法においては、適正な手続を保障するための制度が十分に備えられていない⁽³⁶⁾。

とりわけ一時保護は、裁判所による事前および事後の審査を必要としな

(31) 吉田恒雄「児童福祉法における一時保護の法的諸問題」白鷗法学8号288頁（1997）

(32) 同上

(33) 石川稔「児童虐待をめぐる法政策と課題」ジュリスト1188号8頁（2000）

(34) 吉田恒雄「児童虐待と親権の制限」ジュリスト1188号18頁（2000）

(35) 許末恵「子どもの保護と親の権利」私法53号277-278頁（1991）、吉田恒雄「児童虐待に対する法的対応のあり方」早稲田法学69巻4号68頁（1994）など。

(36) 吉田恒雄「被虐待児の保護と適正手続の保障」法と民主主義267号22頁以下（1992）、同「児童虐待と家庭への介入—児童虐待防止法を中心に」法学セミナー550号60頁（2000）、同・前掲注(34)20頁

なお、児玉・前掲注(10)71頁は、児童福祉法による対応について、「患者の自己決定と適切な医療を行う医師の責務の対立という争訟性の観点からみれば」適切ではなく、「やはり司法権が決断を下すべき」であると指摘している。

い点、および児童相談所長がいかなる権限を行使しうるかが法文上明確でないという点において問題があると思われる。また、措置承認審判による施設入所措置には期限が定められていないという問題点がある。加えて、一時保護および措置承認はいずれも、処分権者（都道府県知事または児童相談所長）によらなければ解除されず、親からの解除請求はできない。また、解除に際して家庭裁判所の承認は必要とされない⁽³⁷⁾。

以上のような問題の背後には、子の監護養育に対する親の権利、および親の監護養育から分離されない子の権利⁽³⁸⁾が憲法によっていかなる保護を受けるのかについて、わが国においては十分に議論されているとはいいいがたい⁽³⁹⁾という状況がある。

(37) 厚生省児童家庭局長通知第434号・前掲注(19)、許末恵「児童福祉法28条による施設入所等の措置」吉田恒雄編『児童虐待への介入—その制度と法〔増補版〕』67頁（尚学社、1999）

(38) 国連児童の権利に関する条約は9条1項において児童が父母の意思に反して父母から分離されるのは、「権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合」に限られると規定する。

(39) この点について論じたものとして、米沢広一『子ども・家族・憲法』249-251頁（有斐閣、1992）がある。また、棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利—比較法文化的考察—（上）」判例タイムズ712号11頁（1990）は、面接交渉の権利性について論じたものであるが、アメリカにおける親の権利の憲法的保障に触れて「親に『子供を育てる』憲法上保護された権利があることは、実際アメリカでは…既に確立した法理になっている。…とくに最近では児童虐待にからんで被虐待児童の一時保護、そして親権の永久剥奪が積極的に行われるために、適正手続が踏まれているかという形でこの親の権利が問題とされることが多い」としている。

Ⅲ 未成年者の医療に対する同意に関する法的枠組み

1 未成年者の同意能力

（１） 制定法

カナダにおいては多くの州に、医療に対する同意能力について規定する制定法が存在する。かかる制定法の律する範囲とその規定の態様はさまざまである。

① 未成年者の医療に対する同意に関する制定法

ニュー・ブランズウィックの未成年者医療同意法（Medical Consent of Minors Act）は、16歳以上の未成年者⁽⁴⁰⁾による医療に対する同意は成年者によるものと様に取り扱われるものとする（s. 2）。さらに患者が16歳未満の未成年者であっても、医師が、（a）当該未成年者にその医療の性質および結果を理解する能力があり、かつ（b）その医療が当該未成年者の最善の利益となると判断する場合には、当該未成年者による同意は成年者によるものと同様の効力を有するものとされる（s. 3(1)⁽⁴¹⁾）。

また、ブリティッシュ・コロンビアは、未成年者に関する様々な問題を取り扱う未成年者法（Infants Act）の中に医療に対する同意の規定を置いている。それによれば、ヘルスケア提供者が、（a）未成年者⁽⁴²⁾に対して、ヘルスケアの性質および結果、ならびに合理的に予見しうる利益および危険を説明し、かつ未成年者がそれを理解していることを確信すること、および（b）合理的な努力をしたうえで当該ヘルスケアが未成年者の最善の

(40) 19歳未満（Age of Majority Act, s. 1(1)）。

(41) 16歳未満の未成年者の同意能力が問題となった事件（*Walker v Region 2 Hospital Corp* (1994), 166 DLR (4th) 477）の判決後に付け加えられた条項である。

(42) 19歳未満（Age of Majority Act, s. 1(1)）。

利益になると判断すること、を条件として、未成年者のヘルスケアに対する同意の有効性を認めている (s. 17(2),(3))。

② 医療に対する同意一般に関する制定法

マニトバ、ニューファンドランド、オンタリオ、プリンス・エドワード・アイランド、サスカチュワン、およびユーコン準州には、患者が成人者であるか未成年者であるかにかかわらず、医療に関する決定について統一的に規定する制定法が存在する (表1参照)。

(i) 一定の年齢 (16歳) による区分がある場合

このうち、マニトバ (Health Care Directives Act) およびニューファンドランド (Advance Health Care Directives Act) の法律においては、16歳以上の者には医療に関する決定をする能力があり、16歳未満の者には医療に関する決定をする能力がないという制定法上の推定が存在する⁽⁴³⁾。ただし、この推定は反証によって覆しうるものであって、必要な能力を備えていることが立証されれば16歳未満であっても医療に関する決定をすることができるものとされる⁽⁴⁴⁾。

(ii) 年齢による区分がない場合

オンタリオ、プリンス・エドワード・アイランド、サスカチュワン、およびユーコン準州の法律は、年齢による区分を設けていない。患者は、年齢にかかわらず制定法が定める一定の基準を満たせば医療に関する決定能力があるものとされる。例えば、オンタリオのヘルスケア同意法 (Health Care Consent Act) は、医療に関する決定を行うために関連性のある情報を理解する能力を有し、かつ決定を行うことまたは行わないことによって生じる合理的に予見しうる結果を認識する能力を有する者は、決定能力を有すると規定している (s. 4 (1))。ユーコン準州の法律は、情報の理解能力

(43) Health Care Directives Act, s. 4(2); Advance Health Care Directives Act, s. 7.

(44) 必要な能力についてマニトバの Health Care Directives Act は、決定に関連性のある情報を理解し、かつ決定を行うことまたは行わないことによる合理的に予見しうる結果を理解する能力とする (s. 2)。

についてより詳細に規定している。すなわち、(a) 提案されている医的処置の条件、(b) 当該処置の性質および目的、(c) 当該処置に付随する危険、および (d) 当該処置を受けないことに伴う危険、を理解する能力を有する者は、同意能力を有するとされる⁽⁴⁵⁾。

（２） コモン・ロー

未成年者の同意能力に関して定めた制定法が存在しない州（アルバータ、北西準州、ノヴァスコシア、およびヌナブト準州）においては、コモン・ロー法理に従うことになる。コモン・ローにおいては一定年齢による区分はなく、未成年者であっても一定の能力を備えていれば医療に関する決定をすることができるものとされる⁽⁴⁶⁾。必要とされる能力は、多くの場合「医的処置の性質および目的、ならびに同意を与えることまたは拒否することによって生じる結果を理解する能力」と定式化される⁽⁴⁷⁾。判例においては、多くの判決がイギリスのギリック事件貴族院判決⁽⁴⁸⁾に依拠している。例えば、16歳の少女の堕胎手術に対する同意能力が問題となったアルバータの事件においては、ギリック事件判決を引用したうえで、少女がインフォームド・コンセントを与えうるだけの「十分な知性および理解力 (sufficient intelligence and understanding)」を有することが認められている⁽⁴⁹⁾。

(45) Health Act, s. 44.

(46) MARGARET A. SOMERVILLE, CONSENT TO MEDICAL CARE: PROTECTION OF LIFE SERIES: A STUDY PAPER PREPARED FOR THE LAW REFORM COMMISSION OF CANADA 72 (Minister of Supply and Services Canada 1979); Erin Nelson et al., *Selected Legal and Ethical Issues Relevant to Paediatric Genetics*, 6 HEALTH L.J. 83, 90 (1998).

(47) ELLEN I. PICARD & GERALD B. ROBERTSON, LEGAL LIABILITY OF DOCTORS AND HOSPITALS IN CANADA 72 (3d ed. 1996); Nelson et al., *supra* note 46, at 91-95.

(48) *Gillick v West Norfolk A.H.A.* [1986] 1 AC 112. ギリック事件については、横野・前掲注(2)法研論集95号291頁以下参照。

(49) *C v Wren* (1986), 35 DLR (4th) 419, at 422.

2 未成年者に同意能力がない場合—同意権の所在—

(1) 制定法またはコモン・ローにおける同意権者

① 制定法

ニューファンドランド、オンタリオ、プリンス・エドワード・アイランド、サスカチュワン、およびユーコン準州は、同意無能力者に代わって同意を与えることができる者に順位をつけて制定法で規定している。いずれの法域でも、患者が未成年者である場合における第1順位の同意権者は、親（または親に代わる者）である。ここでは、オンタリオのヘルスケア同意法を取りあげて、その具体的内容を紹介する（なお、その他の法域については、「表1」参照）。

(i) 同意権者

ヘルスケア同意法は、患者に同意能力がない場合の同意権者に以下のような順位をつけて規定している。患者が未成年者である場合、同意権者は、未成年者の①親（面接交渉権のみを有する者を除く）、または Children's Aid Society その他、親に代わって医療に対する同意を与え、または拒否する法的権限を有する者、②面接交渉権を有する親、③兄弟姉妹、④その他の親族⁽⁵⁰⁾という順位となる（s. 20(1)）。

(ii) 同意権行使に対する制約

上記の同意権者が同意権を行使するためには、一定の要件を備えていなければならない。すなわち、①同意能力を有すること、②16歳以上であること、③未成年者と面接すること、または未成年者に代わって医療に対する同意を与え、もしくは拒否することを、裁判所命令又は別居合意（separation agreement）によって、禁止されていないこと、③所在が明らか（available）であること、④同意を与え、または拒否する責任を負う意思があること、である（s. 20(2)）。要件を欠く場合、同意権行使は制約される。

(50) 血縁、婚姻、または養子縁組による親族関係を有する者（s. 20(10)）。

表 1

未成年者の医療に対する同意に関する制定法						
成人年齢	法令名	年齢による能力推定	能力基準	同意権者	同意権者の年齢	同意権者間で意見が一致しない場合に関する規定
	アルバータ	18歳				
	ブリティッシュ・コロンビア	19歳	なし	s. 17(3)	N. S.	N. S.
	マニトバ	18歳	16歳以上	s. 2	成年者 (s. 12)	N. S.
	ニュー・ブランズウィック	19歳	16歳以上	s. 3(2)	N. S.	N. S.
	ニューファンドランド	19歳	16歳以上	N. S	①親；②兄弟姉妹；③祖父母；④おじまたはおば；⑤明らかな近親者；⑥その他の親族を有する者；⑦親またはおじまたはおばは、⑧親またはおじまたはおばは、⑨親またはおじまたはおばは、⑩親またはおじまたはおばは、⑪親またはおじまたはおばは、⑫親またはおじまたはおばは、⑬親またはおじまたはおばは、⑭親またはおじまたはおばは、⑮親またはおじまたはおばは、⑯親またはおじまたはおばは、⑰親またはおじまたはおばは、⑱親またはおじまたはおばは、⑲親またはおじまたはおばは、⑳親またはおじまたはおばは、㉑親またはおじまたはおばは、㉒親またはおじまたはおばは、㉓親またはおじまたはおばは、㉔親またはおじまたはおばは、㉕親またはおじまたはおばは、㉖親またはおじまたはおばは、㉗親またはおじまたはおばは、㉘親またはおじまたはおばは、㉙親またはおじまたはおばは、㉚親またはおじまたはおばは、㉛親またはおじまたはおばは、㉜親またはおじまたはおばは、㉝親またはおじまたはおばは、㉞親またはおじまたはおばは、㉟親またはおじまたはおばは、㊱親またはおじまたはおばは、㊲親またはおじまたはおばは、㊳親またはおじまたはおばは、㊴親またはおじまたはおばは、㊵親またはおじまたはおばは、㊶親またはおじまたはおばは、㊷親またはおじまたはおばは、㊸親またはおじまたはおばは、㊹親またはおじまたはおばは、㊺親またはおじまたはおばは、㊻親またはおじまたはおばは、㊼親またはおじまたはおばは、㊽親またはおじまたはおばは、㊾親またはおじまたはおばは、㊿親またはおじまたはおばは、	s. 11
	北西準州	19歳				
	ノヴァスコシア	19歳				
	スナウト準州	19歳				
	オンタリオ	18歳	なし	s. 4(1)	16歳以上 (s. 20(2)(b))	s. 20(6)
	プリンス・エドワード・アイランド	18歳	なし	s. 7(1)	16歳以上 (s. 11(3)(a))	s. 11(6)
	サスカチュワン	18歳	なし	s. 31(b)	成年者 (s. 11(1))	s. 15(3)
	ユーコン準州	19歳	なし	s. 44	成年者 (s. 45(1))	N. S.

(iii) 同意権者の間で意見が一致しない場合

また、同順位に同意権者が複数存在し、それらの者の間で意見が一致しない場合には、公後見受託者 (Public Guardian and Trustee)⁽⁵¹⁾が決定する (s. 20(6))。

② コモン・ロー

(i) 親の権利義務

同意権者について規定した制定法が存在しない法域においては、コモン・ロー法理によって同意権者が決まる。コモン・ローにおいては、親が、子をケアする法的な権利義務を有する者として、子の医療に対する同意を与えるものとされる⁽⁵²⁾。カナダにおいては、親は「自然の」後見人とみられてきており⁽⁵³⁾、現行の州法のなかでも、依然として親は「後見人 (guardian)」⁽⁵⁴⁾、親の地位は「後見 (guardianship)」と表現される⁽⁵⁴⁾。後見には、身上の監護に関する事項と財産に関する事項とが含まれる。身上監護については、さらに踏み込んでその内容を具体的に例示する立法を有する法域は少ない。しかし、子の医療について決定する親の権利は、身体的なケアおよび監督、教育上の決定、婚姻同意、居所指定などと並んで、身上監護の一内容とみられている⁽⁵⁵⁾。このことを明示的に規定した立法として

(51) 公後見受託者法 (Public Guardian and Trustee Act) によって州副知事によって任命された者。州司法省内には公後見受託者事務所 (Office of the Public Guardian and Trustee) が設置されている。主たる業務は、無能力者の身上監護および財産管理に関するものである。

(52) SOMERVILLE, *supra* note 46, at 71.

(53) CANADIAN CHILD WELFARE LAW: CHILDREN, FAMILIES AND THE STATE 97 (Nicholas Bala et al. eds., TEP 1991)

(54) ニュー・ブランズウィック、北西準州、およびヌナブト準州はいずれも同意能力のない未成年者に代わる同意権者を制定法で規定していないが、未成年者の医療に対する同意を免除するための命令を裁判所に申し立てるための特別の手續が制定法によって設けられている。そこでは「親または後見人の同意が法的に必要とされており、かつ拒否またはその他の理由によって同意が得られない」ことが申立ての要件となっており、医療に対する同意が後見の一内容であるとみられていることがわかる。

は、ユーコン準州の児童法（Children's Act）があるにとどまる⁽⁵⁶⁾。一般的には‘parents or legal guardians’が同意権を有するという表現が使われているようである⁽⁵⁷⁾。

(ii) カナダ憲章による権利保障

子の医療に関する親の決定権は、コモン・ローおよび制定法上の権利であるのみならず、権利及び自由に関するカナダ憲章（Canadian Charter of Rights and Freedoms、以下、カナダ憲章という。）第7条によって保障されるリバティ・インタレストである。このことは、親による輸血拒否に関するカナダ最高裁判所判決である *B(R) v Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* 事件⁽⁵⁸⁾によって認められている。同判決の相対的多数意見においてラフォーレ裁判官（La Forest J）は、「子を養育し、子の発達に配慮し、医療のような基本的事項に関して子のための決定をする権利が、親のリバティ・インタレストの一部であることは明白である……コモン・ローは長きにわたって、親は子をケアし、子の福祉の確保に必要なすべての決定を行う最善の立場にあると認識してきた」⁽⁵⁹⁾と、述べている。

(iii) 同意権行使に対する制約

子の医療に対する同意権を有する親であっても、あらゆる場合において同意権を行使することができるわけではない。すでにみたように、法域によっては制定法が、親を含む同意権者による同意権の行使に一定の制約を課している。制定法による規定がない法域においても、コモン・ローによ

(55) SOMERVILLE, *supra* note 46, at 71.

(56) 「『身上監護（custody）』は、子に関するものであって、子のケアおよび養育の権利、子の受ける医療に対して同意する権利……及びこれらの権利に付随する責任を含むものとする。（s. 28(1)）」

(57) e.g., Canadian Medical Association Expert Working Group, *Guidelines for Red Blood Cell and Plasma Transfusion for Adults and Children*, 156 CAN. MED. ASS'N J. S1 (1997); BIOETHICS AT THE BEDSIDE 65 (Peter A. Singer ed., Canadian Medical Association 1999)

(58) 122 DLR (4th) 1.

(59) *Id.*, at 41e-f.

って同様の制約が課されているものと解すべきであろう。

この点について医プロフェッションの実務における基準が参考となる。例えば、カナダ小児科学会 (Canadian Paediatric Society) 生命倫理委員会のポジション・ペーパーは、次のような場合には、親は子の医療に対して同意を与えることができないとする。(a) 親が無能力である場合、(b) 父母の意見が一致しない場合、(c) 親が子に対する責任を放棄している場合 (この場合には後見人の同意を得なければならない)⁽⁶⁰⁾。また、父母が離婚している場合には、監護権を有する親が同意の責任を負うものとされる⁽⁶¹⁾。

(2) 児童保護立法において同意を与えるべく位置づけられている者

児童保護立法は、一定範囲の者を、児童が必要としている医療に対して同意を与えるべき者として位置づけている。ここでは、オンタリオの児童及び家庭サービス法 (Child and Family Services Act) を取りあげて具体的内容を紹介する (その他の法域については、「表2」参照)。

児童及び家庭サービス法は、要保護児童の定義に医療に関する次のような条項を含む。「児童が身体上の危害又は苦痛を治癒、回避、又は緩和するための医療を必要としている場合において、児童の親又は保護者 (the person having charge of the child) が当該医療を提供せず、又は当該医療に対する同意を拒否し、若しくは所在不明又は同意無能力のために同意することができないとき (s. 37(2)(e))。」かかる規定は、児童の「親又は保護者」は医療に対して同意を与えるべき者であるという認識を前提にしたものであると解することができる。

「親」は、次のように定義される。(a) 母、(b) 父性を推定⁽⁶²⁾される者、(c) 児童の監護権 (lawful custody) を有する者、(d) 同法に基づく介入の前12か月内に児童を家庭の子 (child of his or her family) として遇するとい

(60) CANADIAN PAEDIATRIC SOCIETY, TREATMENT DECISIONS FOR INFANTS AND CHILDREN (1986)

(61) *Id.* See also, Canadian Medical Association Expert Working Group, *supra* note 57.

(62) Children's Law Act, s. 8(1).

表 2

法令名	対象年齢	名称	要保護児童		医療に対する同意義務者	備考
			定義	児童		
Child welfare Act	18歳未満	child in need of protective service	s.1(2)(c)	the guardian of the child is unable or unwilling to provide the child with necessities of life, including failing to obtain for the child or to permit the child to receive essential medical, surgical or other remedial treatment that has been recommended by a physician	後見人	
Child, Family and Community Service Act	19歳未満	when intervention is needed child who needs necessary health care	s.13(1)(g) s.29(1)	A child needs protection in the following circumstances: (—) if the child's development is likely to be seriously impaired by the failure of the guardian of the child's parent refuses to provide or consent to treatment If a child or a parent of a child refuses to give consent to health care that, in the opinion of 2 medical practitioners, is necessary to preserve the child's life or to prevent serious permanent impairment of the child's health where the child (—) is in the care, custody, control or charge of a person (—) who neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other remedial care or treatment necessary for the health or well-being of the child or who refuses to permit such care or treatment to be provided to the child when the care or treatment is recommended by a duly qualified medical practitioner.	親*	・児童の父母、裁判所命令または合意による児童の監護権を有する者、監護と関係なく児童の監護権にある者（ただし、ディレクターまたはケア提供者は除く） (s.1(1))
Child and Family Services Act	18歳未満	child in need of protection	s.17(2)(b)(iii)	where the child is in the care of a person who neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other remedial care or treatment necessary for the health or well-being of the child or who refuses to permit such care or treatment to be supplied to the child when the child is in the care of a person who neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other remedial care or treatment necessary for the health or well-being of the child or who refuses to permit such care or treatment to be supplied to the child	児童をケア、監護、監督、または保護する者	
Family Services Act	19歳未満	security or development of a child in danger	s.31(1)(g)	where the child (—) is in the custody of a parent who refuses or fails to obtain or permit essential medical, psychiatric surgical or remedial care or treatment to be given to the child when recommended by a qualified health practitioner where (—) the child requires medical treatment to cure, prevent or alleviate serious physical harm or mental distress and the parent or guardian does not provide or refuses or is unavailable or unable to consent to the provision of the treatment	児童をケアする者	
Child, Youth and Family Services Act	16歳未満	child in need of protective intervention	s.14(g)	where the child (—) is in the custody of a parent who refuses or fails to obtain or permit essential medical, psychiatric surgical or remedial care or treatment to be given to the child when recommended by a qualified health practitioner where (—) the child requires medical treatment to cure, prevent or alleviate serious physical harm or mental distress and the parent or guardian does not provide or refuses or is unavailable or unable to consent to the provision of the treatment	監護親*	・監護権を有する児童の父母；監護権を有する親親；審判による合意または裁判所によって監護権を付与された者 (s.2(1)(1))
Child and Family Services Act	16歳未満	child who needs protection	s.7(3)(4)	where (—) the child requires medical treatment to cure, prevent or alleviate serious physical harm or mental distress and the parent or guardian does not provide or refuses or is unavailable or unable to consent to the provision of the treatment	親*	・児童の監護権を有する者；保護者 (s.7(1))
Children and Family Services Act	16歳未満	child in need of protective services	s.22(1)(2)	where (—) a child requires medical treatment to cure, prevent or alleviate physical harm or suffering, and the child's parent or guardian does not provide or refuses or is unavailable or is unable to consent to, the treatment	親または後見人*	・児童の父母；児童の監護権を有する者；児童と同居し、かつ児童をケアする者；審判による合意またはは監護権を有する者；監護と関係なく児童の監護権にある者（ただし、ディレクターまたはケア提供者は除く） ・児童の監護権を有する者；保護者 (s.3(1)(g))

[illegible]

う確固たる意図 (settled intension) を示している者、または父性を認め、かつ児童の扶養料を支払っている者、(e) 書面による合意または裁判所命令によって児童を扶養する義務を負う者、児童を監護する者、または児童に対する面接権を有する者、(f) 書面によって父性を認めている者、である。里親はこれに含まれない (s. 37(1))。「保護者」について定義規定はない。

以上のようなオンタリオにおける定義は、諸法域の中でもっとも広範かつ詳細なものであるといえる。オンタリオと同様の方式の定義規定を置く法域としては、同意を与えるべき者を「親または監護者」とし、「親」についてはさらに定義規定を置くプリンス・エドワード・アイランドがある。他の法域においては、①要保護児童の定義の本文では、「親」、「監護親」、あるいは「親または後見人」という文言を用い、別に定義規定を置いてその範囲を定めている場合（ブリティッシュ・コロンビア、ニューファンドランド、北西準州、ノヴァスコシア、ヌナブト準州、およびサスカチュワン）と、②要保護児童の定義の本文で「子をケア、監護、監督または保護する者」（マニトバ）、「子をケアする者」（ニュー・ブランズウィック）、および「親、または子をケアするその他の者」（ユーコン準州）という広い範囲をカバーする文言を用いている場合がある。いずれの場合も、同意を与えるべき者は父母（後見人）に限定されず、子を現に監護する広い範囲の者を含む。「後見人」（父母を含む）と規定するアルバータは例外であるといえよう。

（３）小 括

以上のように、カナダにおいては、制定法およびコモン・ローにおける同意権者、ならびに児童保護立法によって同意を与えるべく位置づけられている者という２つの側面から未成年者の医療に対して同意を与えうる者をとらえることができる。そして、その２つの範囲は必ずしも一致するものではない。ただし、少なくとも以下のようなことはいえる。まず、親は子の医療に対して同意を与える権利義務を有する。かかる権利義務の法的

性質はかならずしも明確ではないが、制定法において面接交渉権のみをもつ親の同意権者としての順位が低いこと、医プロフェッションの実務では、監護権を有する親からの同意を得るべきであるとされていること等から、身上監護の一内容であると見られているようである。また児童保護立法は、親であるかどうかにかかわらず、児童を現に監護している者を同意を与えるべき者として位置づけている。

IV 当事者間に意見の不一致が生じた 場合における解決の枠組み

1 公的介入以前の解決方法

同意能力のない未成年者の医療について当事者間で意見が一致しない場合、最終的には公的介入によって問題の解決が図られる。しかし、公的介入に至る以前に解決されるケースも実際には多く存在するはずである。この点については、医プロフェッションの実務においていかなる対応を採るべきであるとされているかを検討することが有益である。

カナダ小児科学会生命倫理委員会のポジション・ペーパーは、次のように勧告する。医療に関して、何が児の最善の利益になるかが明確でない場合には、通常、適切なコンサルタント医からのセカンド・オピニオンを得て、必要最小限の医療を継続すべきである。このような場合、および親と医師または医療専門家との間で意見の不一致があり、それが解消されない場合には、倫理諮問委員会（Ethics Advisory Committee）等の病院施設によって承認された機関に問題を提出すべきである⁽⁶³⁾。

(63) CANADIAN PAEDIATRIC SOCIETY, *supra* note 60. 倫理委員会の役割は、主として実体的・手続的な倫理上の問題を明らかにすること、および親と医療専門家とが相互に、かつ社会的に容認しうる結論に達するように援助することであるとされる。

このように、カナダにおいては、病院内の機関が問題解決において一定の機能を果たしているものと思われる⁽⁶⁴⁾。さらに病院内において問題が解決されない場合、医師は児童保護立法にしたがって公的介入を要請すべきであるということも医プロフェッションにおける共通の認識であるようである。例えば、カナダ医師会（Canadian Medical Association）による臨床医向けの生命倫理ハンドブックでは、親による決定が児の最善の利益にならないと信じる場合には、ヘルスケア提供者は州の児童保護当局に通告することができるという記述が見られる⁽⁶⁵⁾。また、同じくカナダ医師会による輸血に関するガイドラインでは、輸血の拒否によって児の生命または健康に危険が及ぶと医師が信じ、かつ親または後見人との話し合いが不調に終わった場合、医師は児童保護立法に基づいて児童保護機関に通告し、援助を求める義務を負うものとする⁽⁶⁶⁾。

2 公的介入のための手続

（1）パレンス・パトリエ管轄権による介入

未成年者の医療に対して裁判所が関与する場合、多くは児童保護立法に基づく介入が行われている。しかし、イギリスと同様、裁判所が固有のパレンス・パトリエ管轄権を行使して介入することもなお可能である⁽⁶⁷⁾。

このことは、成年の無能力者に対する不妊手術に関するカナダ最高裁判所判決において以下のように述べられている。「[イングランドの] パレンス・パトリエ管轄権は、後にわが国の州上位裁判所（provincial superior

(64) これに対してイギリスにおいては、病院の倫理委員会が個々の患者の医療に関する決定をめぐる問題を解決する場として機能することは少ないと思われる（横野・前掲注(2)法研論集95号284頁）。

(65) BIOETHICS AT THE BEDSIDE, *supra* note 57, at 65.

(66) Brian Grainger et. al., *Legal and Ethical Considerations in Blood Transfusion*, 156 CAN. MED. ASS'N J. S1 (1997); Canadian Medical Association Expert Working Group, *supra* note 57.

(67) SOMERVILLE, *supra* note 46, at 84; Nelson et al., *supra* note 46, at 97.

court) に付託された。」⁽⁶⁸⁾そして、「すでにわが国および英国で行われているように、そのような〔自分自身を保護することのできない〕人の健康のために必要な外科的手術の実施を認許するためにかかる管轄権が用いられることには疑いがない。」⁽⁶⁹⁾さらに、パレンス・パトリエ管轄権と制定法との関係については、次のように述べられる。すなわち、「パレンス・パトリエ管轄権は、こんにちにおいても、またその領域に制定法が存在する場合であっても、存続しつづけており、裁判所はそうすることがその範囲に含まれる人々〔未成年者および無能力者〕を保護するために必要であると思われる場合には、予期せぬ状況に対処するためにパレンス・パトリエ管轄権を用いつづけるであろう。」⁽⁷⁰⁾

児童保護立法によって州最高裁判所のパレンス・パトリエ管轄権はなんら制限されるものではないと規定しているブリティッシュ・コロンビアの例はこのことを端的に示している⁽⁷¹⁾。さらに、この規定⁽⁷²⁾に基づいて、パレンス・パトリエ管轄権が行使された判決として *Dawson* 事件⁽⁷³⁾がある。同事件は、重度の障害がある男児の外科的手術に対する同意を父母が拒否した事件である。男児が児童保護立法に基づいて一時保護された後、州裁判所は男児を父母のもとに返すことを命じる判決を下した。しかし上訴審において州最高裁のマッケンジー裁判官 (McKenzie J) は、州最高裁のパレンス・パトリエ管轄権は州裁判所における手続に「優先する」として事件が第1審事件として州最高裁に係属することを認め⁽⁷⁴⁾、新たに事実認定

(68) *Re Eve* (1986), 31 DLR (4th) 1, 28.

(69) *Id.*, 28-29.

(70) *Id.*, 17.

(71) Child, Family and Community Services Act, s. 99.

(72) 当時はFamily and Child Services Act, s. 21.

(73) *Re Superintendent of Family & Child Service and Dawson* (1983), 145 DLR (3d) 610. この事件を紹介したものとして、鈴木尚子「重度障害児に対する親の治療拒否—カナダのDawson事件判決を中心に—」矢頭敏也先生古稀記念『コモン・ローの機能と法典化』333頁以下（敬文堂，1996）がある。

(74) *Id.*, 613.

を行ったうえで、児童保護機関に男児の一時監護権（interim custody）を付与し、かつ外科的手術を命じる判決を下した。

また、ニュー・ブランズウィック、北西準州およびヌナブト準州においては、児童保護立法による介入とは別に、未成年者の医療に対する同意を免除するための命令を裁判所に申し立てるための特別の手続が存在する⁽⁷⁵⁾。これらの手続は、パレンス・パトリエ管轄権に基づいて設けられたものであると思われる。

（２） 児童保護立法による介入

① 児童保護立法とは

カナダにおいては、州および準州のレベルでいわゆる児童保護立法（child protection legislation/statute）が整備され、その規定に基づいて児童保護機関が児童保護サービスを提供している。ただし、州の法体系における児童保護立法の位置づけは様々ではない。①児童福祉に関する独立の法律が存在する場合⁽⁷⁶⁾、②福祉サービスに関する包括的な法律の一部である場合⁽⁷⁷⁾、③児童に関する問題をひろく取り扱う法律の一部である場合⁽⁷⁸⁾、がある。また、児童保護サービスを提供するためのシステムも州によって異なり、児童保護機関が州政府によって集権的に運営されている場合と、外部の児童保護機関にサービス提供が委任されている場合⁽⁷⁹⁾がある⁽⁸⁰⁾。

(75) ニュー・ブランズウィックの未成年者医療同意法は、未成年者に対する医的処置について親または後見人の同意が法的に必要とされており、かつ拒否またはその他の理由によって同意が得られない場合には、誰であれ女王座裁判所に対して同意を免除する命令を申し立てることができるという規定を置く（s. 4 (1)）。また、北西準州およびヌナブト準州の制定法にもほぼ同様の規定がある（Children's Law Act, s. 39; Children's Law Act (Nunavut), s. 39）。

(76) アルバータおよびニューファンドランドのChild Welfare Actがこれにあたる。

(77) このタイプの法律を有する州が最も多い（プリティッシュ・コロンビア、ニュー・ブランズウィック、ノヴァスコシア、オンタリオ、プリンス・エドワード・アイランド、サスカチュワン、北西準州、ヌナブト準州）。かかる法律は、多くの場合、Child and Family Services Actまたはこれに類した名称である。

(78) ユーコン準州のChildren's Actは、PART 4に児童保護に関する規定を置いている。

しかし、諸州の児童保護立法はその基本的性格において共通している。以下では主としてオンタリオの児童保護立法について論じることとし、他の法域の児童保護立法については必要に応じて付随的に言及するにとどめる。

② オンタリオの児童保護制度

ここでは、児童保護立法の基本的性格を知るために、オンタリオの児童保護制度を取りあげて紹介する。最初に、児童保護立法の歴史および州都トロントにおける児童保護機関の発展過程について概観する。

(i) 歴史的沿革⁽⁸¹⁾

19世紀 オンタリオにおいては、私的に開設された児童保護機関が児童保護立法の整備において指導的役割を果たしてきた。トロントにおける児童保護機関の歴史は、1875年に篤志家の女性たちが提供した資金によって、乳幼児のためのシェルターであるインファンツ・ホーム (Infants' Home) が開設されたことに始まる。インファンツ・ホームには孤児や未婚の母を持つ乳幼児が収容され、医療サービスが提供された。その後、1891年に、社会活動家として著名であったケルソー (J.J. Kelso)⁽⁸²⁾が長となり、篤志団体としてCAS (現在のChildren's Aid Society of Toronto。以下、ト

(79) 私的機関に児童保護サービスの提供を委託している州としては、オンタリオ、ノヴァスコシアおよびマニトバがあげられる。

(80) NICO TROCME ET AL., CANADIAN INCIDENCE STUDY OF REPORTED CHILD ABUSE AND NEGLECT: FINAL REPORT 2 (Health Canada 2001).

(81) この項目の記述はとくに注記のないかぎり、CANADIAN CHILD WELFARE LAW: *supra* note 53, at 3-4.; Bernstein et al., CHILD PROTECTION LAW IN CANADA 1-1-1-3 (Carswell 1990); MARGARET KIRKPATRICK STRONG, PUBLIC WELFARE ADMINISTRATION IN CANADA 198-221 (University of Chicago Press 1930), および高橋重宏『ウェルフェアからウェルビーイングへ—子どもと親のウェルビーイングの促進: カナダの取り組みに学ぶ—』73-78頁 (川島書店, 1994), ならびにChildren's Aid Society of Toronto (<http://www.casmt.on.ca/>) (Aug. 30, 2001)) およびOntario Association of Children's Aid Society (<http://www.oacas.org/>) (Aug. 30, 2001)) のウェブサイトを参照したものである。

(82) ケルソーは、オンタリオ、ひいてはカナダ全体の児童福祉制度の構築における中心的人物であるとみなされている (DUNCAN LINDSEY, THE WELFARE OF CHILDREN 7 n.1 (OUP 1994))。

ロントCASという。)が開設された。トロントCASの業務は多岐にわたった。主な業務は、被放置児に対するシェルターの提供（インファンツ・ホームは4歳未満の児童，トロントCASは4歳以上の児童を収容するという協定が結ばれた），困窮児に対する教育の提供，および犯罪を犯した少年の処遇であった。

ケルソーらの働きかけによって，児童保護立法（An Act for the Prevention of Cruelty to, and Better Protection of Children ⁽⁸³⁾）が制定されたのは，1893年のことである。この法律は，オンタリオにおける児童保護制度の基礎を築き，他州における児童保護立法の模範となったといわれる。この法律によって州政府に児童保護を担当する役職（Superintendent of Neglected and Dependent Children）が新設され，州知事の要請を受けたケルソーがその地位に就いた。また同法は，州内におけるCAS（children's aid societies）の設立を支援することをSuperintendent of Neglected and Dependent Childrenの任務として規定した⁽⁸⁴⁾。

20世紀 20世紀初頭にはカナダ全域に児童保護機関が設置され，各州で児童保護立法が制定された。オンタリオでは，1891年から1912年までの間にすべての自治体にCASが設置され，その数は60にのぼった。1912年，これら60のCASによってオンタリオCAS協会（Associated Children's Aid Societies of Ontario（現在の名称はOntario Association of Children's Aid Societies。以下，OACASという。）が組織された。OACASは，州政府に対して児童保護のための包括的な法律の制定を働きかけ，1914年には州政府から児童福祉関係の立法または法改正に際しては必ずOACASの意見を照会する旨の合意を取り付けるにいたった。この合意は，今日においても存続している。OACASは1920年に法人化され，1920年代を通じて州政府に対し福祉に関する資金提供と法整備を担当する省庁の設置を働きかけた。そ

(83) 56 Vict., c.45 (Children's Protection Act of Ontario, ONTARIO STATUTES REVISED 1897, c. 259).

(84) 56 Vict., c.45, s.9(a) (ONTARIO STATUTES REVISED 1897, c.259, s.3(a)).

の結果、1931年には最初の福祉大臣 (Minster of Welfare) が任命された。児童保護立法についてみると、1927年にはすでに、現在の医療に関する「要保護児童」の定義の原型となる規定が設けられていた⁽⁸⁵⁾。

この頃になると、トロントCASの役割も変化した。シェルターへの児童の収容は、当初トロントCASの主要な業務であったが、1920年代に入ると収容児童数は減少し⁽⁸⁶⁾、1928年にシェルターは閉鎖された。また、トロントCASの開設以来、協働関係にあったインファンツ・ホームにおいても、その活動の中心はソーシャル・ワークに移行していた。その結果、相互のサービスに重なり合う部分が多くなった2つの団体は、1951年に合併した。

現在、オンタリオ全体で54のCASが存在し（そのうちトロントには4つが存在する）、児童保護サービスを提供している。また、州政府のコミュニティおよびソーシャルサービス省 (Ministry of Community and Social Services) の児童、家庭およびコミュニティサービス局 (Child, Family and Community Service Division) 内に児童サービス部 (Children's Services Branch) があり、児童保護サービスに関する政策立案およびCASに対する資金提供を担当している⁽⁸⁷⁾。児童保護立法は数度の大規模な改廃を経て、現在の児童及び家庭サービス法 (Child and Family Services Act) に至る。

(ii) CASの機構

児童及び家庭サービス法によって定められているCASの機構は以下のようなものである。

担当大臣の権限 担当大臣 (Minister Community and Social Services) は児童及び家庭サービス法の規定に基づいて、一定の基準を満たす団体をサ

(85) Children's Protection Act, S.O. 1927, c.78, s. 2(g)(xi) (R.S.O.1927, c.279, s.1(g)(xi))

(86) 1920年代には、施設におけるケアから里親への託置を中心とした施設外におけるケアへの転換があった。その背景には、1921年には養子法が制定されたこと、および里親に対して金銭が支払われるようになったことがある。

(87) TROCME ET AL., *supra* note 80, at 4.

ービス提供機関として認可することができる (s. 8 (1))。かかる認可団体のなかから担当大臣は特定の地域を管轄するCASを指定することができる (s. 15 (2))。担当大臣はCASの指定にあたって条件を課すことができ、必要に応じてその条件を変更、削除、もしくは修正し、または新たに条件を課することができる (s. 15 (2))。また、担当大臣はCASの指定そのものを変更することができるほか、CASの管轄する地域を変更することができる (s. 15 (2))。さらに、CASが児童及び家庭サービス法の規定もしくは規則、または指定時に課された条件にしたがってサービスを提供していないこと、またはCASが (i) 児童及び家庭サービス法によって定められた業務の全部または一部を履行できないこと、(ii) その管轄地域内において業務の一部または全部を履行していないこと、もしくは (iii) ディレクター (Director) の指令にしたがっていないことを信じるに足る相当な理由のある場合には、担当大臣はCASに対して、(i) 指定を取消し、または指定を停止し、(ii) 理事会構成員の全部または一部の解任、および後任の任命をし、または (iii) 理事会に代わってCASを運営することができる (s. 22 (1))。

CASの業務 CASの業務として児童家庭サービス法で定められているものは、以下の7つである。①保護を必要としている児童がいるという申立てまたは証言に関する調査 (s. 15 (3) (a))、②児童の保護 (protection) (s. 15 (3) (b))、③家庭に対する指導、カウンセリングその他のサービスの提供 (s. 15 (3) (c))、④児童のケア (s. 15 (3) (d))、⑤児童の監督 (supervision) (s. 15 (3) (e))、⑥養子縁組 (s. 15 (3) (f))、⑦法律によって課されたその他の義務の履行 (s. 15 (3) (g))。

ディレクター CASは担当大臣によって指名されたディレクターの監督を受ける。ディレクターは次のような義務を負う。(a) CASに対して助言を与え、かつ監督すること、(b) CASの運営および記録に対して査察を行い、または査察を指示および監督すること、(c) CASの設置されていない地域においてCASが有する権限を行使し、その義務を履行すること、

(d) CASのケアする児童が託置されている箇所に対して査察を行い、または指示および監督すること、(e) CASがサービスの基準を設け、かつ定められた手続および慣行に従うように確保すること (s. 17)。また、ディレクターはCASに対して指令 (directives) を出すことができる。指令にはサービスの提供に関するものが含まれる (s. 20.1)。

その他 担当大臣は規則の定めるところにしたがって、議会に承認された歳出配分 (legislative appropriations) からCASに対して運営資金を拠出しなければならない (s.19(2))。また、CASは一定の目的 (職員の退職制度 (Ontario Municipal Employees Retirement System Act) および職員の個人的利害と業務上の利害の衝突 (Municipal Conflict of Interest Act)) においては地方自治体の一部門 (local board) であるとみなされ (s. 20(2))、職員の身分は公務員に準ずるものであると思われる。

③ 児童保護立法による介入の手続

(i) 「要保護児童」の定義

児童保護立法には、児童保護機関による介入の根拠となる「要保護児童」の定義規定が置かれている。呼称は法域によって、‘child in need of protection’, ‘child in need of protective service’ 等さまざまであるが、いずれも具体的かつ詳細な規定である (例えば、オンタリオの場合、14の類型が設けられている⁽⁸⁸⁾)。「要保護児童」の定義は法域によって異なるが、多くの場合①身体的、性的、または心理的虐待、②遺棄、③孤児、④児童の健康上のニーズが親によって満たされていないこと、⑤児童に対する親のケア、監督、およびコントロールが不十分であること、⑥親が不在であり、かつ児童の安全または福祉が害されるような状況があること、にそれぞれ該当する類型が含まれるといわれる⁽⁸⁹⁾。

親が子の医療に対して同意を拒否することは上記④の類型に該当し、また一般には、虐待の1類型であるネグレクトのうちの「医療ネグレクト

(88) Children and Family Services Act, s. 37 (2).

(89) CANADIAN CHILD WELFARE LAW, *supra* note 53, at 56.

(medical neglect)」といわれる。例えば、カナダ政府が1998年に行った児童虐待に関する大規模な調査において、「医療ネグレクト」は「児童が身体的な危害または苦痛を治癒、回避、または緩和するために医療を必要としている場合において、児童をケアしている者が医療に対する同意を提供せず、拒否し、または所在不明、もしくは同意無能力によって同意することができないこと」⁽⁹⁰⁾と定義されている。

カナダでは、すべての法域の児童保護立法に「医療ネグレクト」に該当する「要保護児童」の定義規定が置かれている（表2参照）。例えば、ニュー・ブランズウィックの家庭サービス法（Family Services Act）は、次のように規定している。「児童をケアする者が、児童の健康または福祉に必要な適切な内科的、外科的その他の治療的ケア又は処置を怠り、又はその提供若しくは獲得を拒否し、又は当該ケア又は処置が子に提供されることに對する許可を拒否する場合（s. 31(1)(g)）」。

定義の具体的内容は法域によって多少の差があるが、必ず含まれる要件は医療の必要性である。すべての法域において医療の必要性を表す‘essential’、‘necessary’、または‘child requires medical treatment’のうちいずれかの語句が定義の中に用いられている。

さらに、半数の法域⁽⁹¹⁾では医師の関与を要件としている。ただし、医師の関与には2通りある。まず、①医療の必要性の判断を医師にかからしめることによって医師の関与を必要とする場合、がある。例えば、ブリティッシュ・コロンビアの定義は次のようなものである。「児童又は親が、2名の医師の意見において児童の生命を保護し、又は健康に対する著しい傷害若しくは永久的な傷害を回避するために必要なヘルスケアに対する同意を拒否する場合」⁽⁹²⁾。サスカチュワンも同様に必要性に関する医師の判断

(90) TROCME ET AL., *supra* note 80, at 35. なお、同調査によれば、医療ネグレクトの疑いで調査が行われたケースは4,950件にのぼる（*Id.*, 37）。

(91) アルバータ、ブリティッシュ・コロンビア、マニトバ、ニューファンドランド、プリンス・エドワード・アイランド、およびサスカチュワン。

(92) Child, Family and Community Services Act, s. 29(1).

を要求する。ただし「2名」の医師という要件を課しているのはブリティッシュ・コロンビアのみである。次に、②必要性とは別に、医療が医師によって勧奨されていることを要件としている場合、がある。ニューファンドランドの児童保護立法は次のように定義する。「児童に与えられることが必要な内科的、精神科的、外科的その他の治療的ケア又は処置が適切な資格を有する医師によって勧奨されている場合において、児童を監護する親が、その処置の獲得若しくは許可を拒否し、又は獲得若しくは許可しない場合」⁽⁹³⁾。①の場合と②の場合との違いは、①の場合、必要性については医師の判断があれば足るのに対して、②の場合においては必要性が裁判所の判断事項になるという点にある。

(ii) 児童保護手続

次に、医療ネグレクトに該当する場合を念頭において、オンタリオの児童保護手続の流れを紹介する。

児童保護手続の開始 児童保護手続は、①CASによる申立て (s. 40 (1))、および②児童の一時保護によって開始される。CASによる申立てまたは児童の一時保護が行われた場合には、裁判所は、児童が要保護児童であるかどうかを決定し、命令を下すために児童保護審理 (child protection hearing) (s. 47(1)) を行わなければならない。一時保護とは、児童を安全な場所 (place of safety)⁽⁹⁴⁾に移すことであり、児童保護ワーカー (child protection worker)⁽⁹⁵⁾は、児童が保護を必要としていると信じるに足る合理的な理由がある場合には治安判事の令状を得て(s. 40(2))、さらに、CASによる申立てまたは治安判事による令状の発給の間に児童の健康または安全

(93) Child, Youth and Family Services Act, s. 14(g).

(94) 「安全な場所」とは、里親家庭、病院、およびディレクターによって指定されたその他の場所である (s. 37(1))。

(95) 「児童保護ワーカー」とは、ディレクターまたはローカル・ディレクター、およびディレクターまたはローカル・ディレクターによって認許を受けた者である (s. 37(1))。また、ローカル・ディレクターとは、CASによって任命された者である (s. 16)。

に重大な危険（substantial risk）が及ぶと思われる場合には令状なしに（s. 40(7)）児童を安全な場所に移すことができる。一時保護がなされた場合、5日以内にできるかぎり速やかに（as soon as practicable, but in any time within five days）、裁判所において児童保護審理が開始されなければならない（s. 46(1)）。なお、一時保護後、裁判所の命令が下されるまでの間、CASは児童の医療に対して同意を与えることができる⁽⁹⁶⁾。

児童保護審理 児童保護審理の当事者は、申立人、当該事件を管轄するCAS、および児童の親である（s. 39(1)）。ただし、児童本人も12歳以上であれば原則として通知を受け、審理に出廷（be present）することができる（s. 39(4)）。また、児童が12歳未満であっても裁判所は、児童が（a）審理を理解する能力を有し、かつ（b）審理に出廷することによって心理的被害を被らないと確信する場合には、児童が通知を受け、審理に出廷できる旨の命令を下すことができる（s. 39(5)）。児童保護審理は原則として非公開で行われる（s. 45(3)）。

弁護士を選任 児童保護手続のすべての段階において、児童は弁護士によって代理されることができる（s. 38(1)）。児童が弁護士によって代理されていない場合には、裁判所は、弁護士の選任が児童の利益を保護するために必要であるかどうかを判断しなければならない（s. 38(2)）。弁護士の選任が望ましいと判断する場合、裁判所は、弁護士を選任しなければならない（s. 38(3)）、さらに児童と親またはCASの意見が一致せず、かつCASが児童を保護者から引き離し、または一時後見もしくは無期限後見に付すことを提案している場合、または児童が審理に出廷しえない場合を含む一定の場合には、原則として弁護士の選任が望ましいとみなされる（s. 38(4)）。なお、判例の事実から見ると、裁判所は、子ども弁護士（Children's Lawyer）⁽⁹⁷⁾を児童の代理人として選任する場合があるようである。子ども弁護士は、オンタリオ司法省（Ministry of Attorney General）内に設置され

(96) *Re A and Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1982), 141 DLR (3d)

た子ども弁護士事務所 (The Office of the Children's Lawyer) に所属する弁護士である⁽⁹⁸⁾。

裁判所の命じうる措置 審理の結果、当該児童が要保護児童であること、および裁判所命令による介入が将来にわたって児童を保護するために必要であることを確信する場合、裁判所はCASによる①監督 (supervision)、②一時後見 (society wardship)、および③期限を定めない後見 (crown wardship) のなかから子の最善の利益に適うものを1つ命じることができる (s. 57)。また、裁判所は、当該児童が要保護児童であることを確信する場合であっても、裁判所命令による介入が将来にわたって児童を保護するために必要であることを確信しない場合においては、児童が介入の直前において児童を保護していた者のもとにとどまり、またはその者のもとに返されることを命じなければならない (s. 57(9))。

一時後見 医療に対して親が同意を拒否している場合には、CASによる一時後見が命じられることが多い⁽⁹⁹⁾。したがって、ここでは一時後見について詳しく見てみることにする。裁判所が命じる一時後見の期間は12か月以内でなければならない (s. 57(1))⁽¹⁰⁰⁾。また一時後見の期間は延長が可能であるが、その合計が6歳未満の児童については12か月、6歳以上の児童については24か月を超えてはならない (s. 70(1))。児童が一時被後見人 (society ward) になった場合、CASは児童のケア、監護、およびコントロ

(97) 1995年までは 'Official Guardian' と称されていた。輸血拒否に関するオンタリオの事件である *B(R) v Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1995), 122 DLR (4th) 1 においては 'Official Guardian' が子を代理している。また、アルバータの事件である *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 DLR (4th) 394においても 'Children's Guardian' が子の代理人となっている。

(98) 子ども弁護士の業務は、児童保護手続をはじめ、監護権および面接交渉権に関する紛争等、子どもの身上および財産上の権利に関する訴訟手続において子どもを代理することである。

(99) 現行法が適用されたものではないが、一時後見が命じられたオンタリオの事件として以下のものがある。 *Forsyth v Children's Aid Society* (1962), 35 DLR (2d) 390; *Re Children's Aid Society and Burrell* (1986), 56 OR(2d) 40; *B(R) v Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1995), 122 DLR (4th) 1.

ールに関して、親の有する権利および責任を有する (s. 63(2))。

医療に対する同意 医療に対する同意については、特別の規定が設けられている。①児童がCASの一時被後見人となった場合、親が子の医療に対する同意権または拒否権を保持することを裁判所が命じないかぎり、CASは、通常であれば親の同意が必要とされる医療に対して同意を与え、かつ認許することができる (s. 62(1))。また、②親が必要な医療に対して同意を与えなかったことに基づいて要保護児童であると認定された場合には、裁判所は親の同意権または拒否権の保持を認める命令を下すことができない (s. 62(2))。③親の同意権または拒否権の保持を認める命令が下された場合であっても、親が子の医療に対する同意を拒否し、または所在不明もしくは無能力によって同意を与えることができず、かつ裁判所が当該医療が子の最善の利益になることを確信する場合には、裁判所はCASが当該医療に対して同意を与えることを認許することができる (s. 62(3))。

状況審査 一時後見には状況審査 (status review) と呼ばれる事後審査の制度が備えられている。CASは一時後見の期間が満了する前に必ず児童の状況に関する審査を申し立てなければならない (s. 64(2)(b))。また、それ以外にも随時審査を申し立てることができる (s. 64(2)(a))。状況審査を申し立てる際、CASは児童および児童の親に通知しなければならない (s. 64(6))。また、一時的後見が命じられてから6か月以上経過すれば (s. 64(7))、12歳以上の児童および児童の親はCASに通知をしたうえで状況審査を申し立てることができる (s. 64(4))。なお、状況審査を申し立てた児童であって、通知を受け、弁護士によって代理されている者は、児童保護手続および上訴に当事者として (as if he or she were party) 参加することができる (s. 39(6))。状況審査が申し立てられた場合、裁判所は児童の最善の利益になるように、(a) 命令の変更または終了を命じ⁽¹⁰⁰⁾、(b) 命令の期

(100) 医療に対する同意を与えるために命じられる場合には、一時後見の期間は短く、例えば、*B(R) Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1995), 122 DLR (4th) 1において当初命じられた一時後見の期間は72時間であった。

限を定め、または (c) 新たな命令を下すことができる (s. 65(1))。

上訴 状況審査は児童保護手続に内在する審査制度であるが、これとは別に上位裁判所 (Superior Court of Justice) に対する上訴も可能である。判例集に掲載されている事件のほとんどが親の上訴によって上位裁判所の判決が下されたケースである。上訴の申立権を有するのは、(a) 児童保護手続への参加を認められている児童、(b) 児童の親、(c) 児童保護手続による介入の直前に児童を保護していた者、(d) ディレクターまたはローカルディレクター、である (s. 69(1))。

V む す び

1. 同意能力のない未成年者の医療に対する同意をめぐる問題が生じた場合、カナダにおいては、基本的には児童保護立法による介入が行われる。ただし、裁判所固有のパレンス・パトリエ管轄権の行使による介入もなお可能である。判例を見るかぎり裁判所は、児童保護立法に基づいた下級審の判決を覆すために必要であると判断する場合にのみ、補完的にパレンス・パトリエ管轄権を行使しているようである。
2. 児童保護立法による介入が行われるためには、児童が「要保護児童」であることを裁判所が認定しなければならない。医療に対する親の同意拒否は、いずれの法域においても例外なく「要保護児童」の定義に含まれる。「要保護児童」の定義は具体的かつ詳細であって、医療の必要性・医師の関与等の要件を付すことによって介入の場面を限定し、必要な介入のみが行われるように配慮されている。
3. オンタリオ等6つの法域においては、児童が「要保護児童」であると認定した場合に裁判所が命じうる措置は、児童保護機関による①監督、②一時後見、および③無期限後見に大別される。医療に対する同意拒否によ

(101) *B(R) v Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1995), 122 DLR (4th) 1においては、状況審査によって一時的後見の期間が延長されている。

って「要保護児童」であると認定される場合には、一時後見が命じられることが多い。一時後見の期間内における児童の医療に対する児童保護機関および親の権限の範囲は、明文によって具体的に規定されている。このことは、同意権の所在を明らかにしているだけでなく、いかなる範囲において親の権利が制限されるかを明確にすることによって、手続的保障の役割も果たしている。

ブリティッシュ・コロンビア等の5つの法域においては、医療に対する同意拒否の場合のみに適用される規定が児童保護立法に設けられている。かかる規定に基づいて裁判所が下しうる命令は主として①医療提供の認許、②医療提供に対する妨害の排除、および③医療を提供するために必要な児童の引渡し、であり、裁判所の命令に基づいて医療を提供した者に対する免責についての規定を置く法域もある。

4. 児童保護立法には、手続的保障に対する配慮を随所に見ることができる。まず、児童保護立法による介入の手続は各段階において裁判所の関与を必要とする。オンタリオの場合、児童保護立法に基づく措置は原則として事前に裁判所の審査を必要とする。事前に裁判所の令状を得ることなく一時保護が行われた場合であっても5日以内に裁判所の審理が開始される。裁判所の命令についてはCASの申立てによる事後審査が必ず行われなければならない。さらにCASは裁判所の命令について随時審査を申し立てることができる。一定期間経過後は12歳以上の児童および親からも審査を申し立てることができる。これらの審査とは別に上位裁判所に上訴することも可能である。また、裁判所の審理をめぐっては、とくに児童の権利に配慮した制度が設けられている。12歳以上であれば児童は通知を受け、審理に出廷することが可能である。また、裁判所は一定の場合には児童の代理人を選任することを義務づけられている。

5. 子の医療に関する親の権利は、1995年の*B(R) v children's Aid Society of metropolitan Toronto* 事件⁽¹⁰²⁾カナダ最高裁判所判決によって、カナダ憲章が保障する権利であると位置づけられている。上に見たような、児童保護

立法における手続的保障に関する諸規定は、カナダ憲章による権利保障を実効性のあるものとする役割を果たしている。

6. 別稿ですで見たとおり、イギリスにはカナダの一時保護および一時後見に類似した制度として、1989年児童法 (Children Act 1989) における公法上の手続である緊急保護命令 (s. 44), およびケア命令 (s. 31) がある⁽¹⁰³⁾。しかし判例によって、医療に対する同意が問題となっている場合に緊急保護命令およびケア命令の手続を用いることは不適切であるとされており、実際にも用いられていないようである⁽¹⁰⁴⁾。その理由としては、緊急保護命令については、親からの取消請求は可能なものの (s. 45(8)), 上訴によって争うことができないこと (s. 45(9)), ケア命令については医療に対する同意を与えれば足りる場合に一時的であっても子を地方当局のケアの下に置くこと、があげられている⁽¹⁰⁵⁾。こうした手続的保障の不十分さを排除するために、イギリスでは児童法における私法上の手続である特定事項命令、または裁判所の固有の管轄権の行使の手続が用いられている。これらの手続によれば、親の権利を一般的に制限することなく、裁判所から医療に対する同意のみを得られるからである。このようなイギリスにおける法的対応の態様は、児童保護立法に基づいて親の権利を一般的に制限する制度を用いつつ、児童保護立法の内部に手続的保障を確保するための諸規定を設けているカナダのそれとは異なった、ひとつのあり方を示しているといえる。

なおイギリスにおいては、公法上の手続が用いられてこなかったこと、さらにはカナダ憲章にあたるような権利主張の根拠となるものが存在しなかったこともあり、裁判所の関与に伴う親の権利の手続的保障はこれまであまり問題とされてこなかったように思われる。しかし、1998年人権法

(102) DLR (4th) 1.

(103) これらの手続については、横野・前掲注(2)法研論集95号283頁参照。

(104) 同上281頁

(105) 同上。ReO [1993] 2 FTR 149.

(Human Rights Act 1998) によってヨーロッパ人権条約が国内法化された現在、ヨーロッパ人権条約8条〔私的生活および家族生活の尊重〕によって子の医療に関する親の権利が保障されていると主張する親がイギリスの裁判所に現れる可能性がある。上記カナダ最高裁判所判決は、そのような場合にイギリスの裁判所が直面するであろうさまざまな議論を予告しており、看過できない。

7. IIで見たように、わが国においては現在のところ、同意能力のない未成年者の医療をめぐる当事者間で意見の不一致が生じた場合にいかなる法的対応が可能であるかが明確でない。民法および児童福祉法を利用した法的対応の枠組みが提案されているが、法令解釈上および制度運用上の問題点があり、実際に利用することは困難である。イギリスで利用されているような、医療に対する同意のみを裁判所が与えることのできる法制度はわが国には存在しない。しかし、わが国で提案されている児童福祉法による法的対応は、基本的枠組みにおいてはカナダの児童保護立法による法的対応と共通点がある。したがって、わが国において法的対応をはかるとすれば、児童相談所長による親権喪失宣告の申立てを含め、児童福祉法上の制度を整備することがもっとも現実的であると思われる。

カナダの状況に照らせば、児童福祉法の枠組みには次のような点で問題があり、整備する必要があると思われる。①介入によって児童保護機関にいかなる権限が付与され、かつ親の権利がいかなる範囲において制限されるのかを明確にする必要がある。この点についてわが国においては明文の規定が存在しない。さらに医療に対する同意権自体の法的性質が明確でない。このことが児童福祉法による対応を困難にしている大きな理由の一つである。カナダにおいても同意権の性質自体はそれほど明確なわけではない。しかし、児童保護立法に基づく介入によって親の同意権が制限され、児童保護機関に同意権が付与されることを明文で規定することによって介入の実効性が確保されていることは評価できる。②裁判所の関与によって手続的保障をはかる必要がある。わが国の児童福祉法上の一時保護には、

事前および事後の裁判所の審査を必要としないという問題がある。一時保護が緊急避難的な措置であることを考えれば、事前の裁判所の関与を義務づけることは現実的でないと思われる。しかし、すくなくとも事後の裁判所の審査を手続に組み込むことが必要であろう。また、上記4で見たように、カナダにおいては親子それぞれが裁判所における審理で意見を表明し、または弁護士によって代理される機会を確保され、さらに裁判所の命令に対しては、通常の訴訟手続による上訴だけでなく児童保護立法内部の手続によって命令の見直しを申し立てる機会を確保されていることに注目すべきである。

8. 本稿では、児童保護立法による介入の手続を中心に、同意能力のない未成年者の医療に関して当事者間に意見の不一致が生じた場合にカナダにおいていかなる法的対応が行われているのか、について紹介した。しかしながら、法的対応の全体像を明らかにするためには、児童保護立法の枠組みにしたがって裁判所がいかなる判断を下しているのかを検討する必要がある。諸州における判例の展開および上記カナダ最高裁判所判決については別稿において検討する予定である。

〔付記〕 本稿は早稲田大学2001年度特定課題研究助成費（課題番号2001A-814）による研究成果の一部である。