未成年者による人工妊娠中絶に対する親権者の関わり

——In re B.S.事件の紹介・検討を中心に

三　枝　健　治

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．全体状況
Ⅲ．本決定の紹介
Ⅳ．検討
Ⅴ．おわりに

Ⅰ．　はじめに

今日、我が国では、性行動の低年齢化に伴い、未成年者による人工妊娠中絶（以下、中絶）の件数が増加している。〈表1〉の示すように、平成15年度の中絶総件数の12.7%、すなわち40475件が未成年者による中絶で、その内訳は〈表2〉の通りである(1)。15歳未満の少女による中絶も、同年度は483件報告されている。本稿は、このような現状を背景に、未成年者による中絶に対して、親が親権者としていかに関与しうるのか、あるいは

（1）〈表1〉〈表2〉は、厚生労働省大臣官房統計情報部・平成15年度保健・衛生行政業務報告（2005）18頁から作成したものである。なお、〈表2〉の20歳未満の少女による中絶の年齢別内訳は、その低年齢化を受けて、新しく平成15年度から公表が始まった。このこと自体、本稿で扱う課題が今日、ますます現実に見過ごせない問題となりつつあることを示している。

関与すべきなのか、近時のアメリカ合衆国・アリゾナ州上訴裁判所のIn re Matter of B.S.（以下、In re B.S.事件）[2]の紹介・検討を通じて、若干の考察を試みるものである。

〈表1〉

中絶総件数	319,831件
20歳未満	40,475件
20～24歳	77,469件
25～29歳	66,297件
30～34歳	63,923件
35～39歳	48,687件
40～44歳	20,950件
45～49歳	1,853件
50歳以上	28件
不詳	149件
＜母の年齢＞	＜件数＞

〈表2〉

20歳未満の中絶総件数	40,475件
15歳未満	483件
15歳	1,548件
16歳	4,795件
17歳	7,915件
18歳	11,087件
19歳	14,647件
＜母の年齢＞	＜件数＞

我が国の優生保護法には未成年者の中絶に関する直接の明文規定は見あたらない[3]。従って、民法の一般原則によりこれに対処することになるが、妊娠という事実から当該未成年者に判断能力（承諾能力）はあるとして、一般的に、中絶措置の実施にはその未成年者自身の同意だけで足りると考えることになろう。事実、親の同意を求めない病院が多いのも[4]、そのためであると言えるかもしれない[5]。しかし問題は、必ずしも承諾能力が十

（2）74 P. 3d 285（Ariz. Ct. App. 2003).

（3）優生保護法14条は「本人及び配偶者の同意」を求めるだけで、現に使用されている同意書にも親権者の同意欄はない。

（4）もっとも、病院の中には、親の同意を得ないまま中絶することで後に問題となることを回避するため、未成年者による中絶に予め親の同意を求めるところもあるようである。

（5）但し、筆者自身は必ずしもそう考えていない。というのは、「わが国では、親の同意を要するといった、いわば意地悪な法律はない。これは、アボーションそのものに対する反対が少ないことによる。親の同意どころか、医師の

分とは言えない低年齢の少女による中絶の場合である。承諾能力の有無は一律に年齢で決まるわけではないが、民法797条からして15歳が一応の目安になるとの主張が有力である[6]。この15歳に満たない少女による中絶が少なからず存在する現状は上述の通りである。

かかる判断能力（承諾能力）の十分にない少女による中絶については、親が親権（監護権）の一内容として代諾権を持つとの一般原則にそのまま従うと[(7)]、やはり中絶にも親の同意が必要となる。しかしこれだと、中絶

なかにはむしろ親に知らせないで、そっと中絶することを“使命”と考えている者もいる。親に通報することは、子のためにも、親のためにもならないという考え方であろう」（山田卓生「子どもと自己決定—病気・医療・出産をめぐって」自由と正義38巻6号（1987）22頁）という立場を前提にすると、未成年者による中絶に親の同意を求めない病院が我が国において多いのは、医師が当該未成年者に承諾能力があると法的に判断したが故のことではなく、むしろ単に、問題の複雑化を恐れて何もしなかったからのことにすぎないと思われるからである。樋口・後掲注（6）180頁が、我が国の法的対応を不明確と指摘したうえ、「当事者［＝未成年者…三枝］と医師とに決定が委ねられ……法はそこには介入せず、当事者の話合いによって結果が決まる。そこに法とか権利とかいう言葉が入り込む余地はきわめて狭いようにみえる」と述べるのはこの点を言い当てたものであろう。

（6）樋口範雄・親子と法—日米比較の試み（1998）156頁。なお、未成年者への医療の代諾については、廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題(上)」早稲田法研論集60号（1991）251－252頁及び255頁以下参照。その他に、フランス法に示唆を求めた、寺沢友子「未成年者への医療と承諾(1)～(3・完)—『代諾』構成の再検討」民商16巻5号655頁以下、106巻6号799頁以下、107巻1号56頁以下（1992）、イギリス法に関心を向けた、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」早大法研論集95号（2000）294頁以下等参照。

（7）ここで「親権」とは、親自身のためでなく、他ならぬ子のために、親がその子の利益になると自らの考える方法で、子の配慮をなすことができる法的な地位ないし権能の意で用いている。従って、代諾権の行使は、かかる親権に裏付けられるもので、その目的は子どもの利益になることであるが、子の配慮をする機会を持つという意味で、少なからず親自身の利益でもあることは否定し得ないと考える。後掲注（92）参照。なお、「代諾」の法的構成につき、寺沢・前掲注（6）「(3)」民集107巻1号58頁以下に議論がある。

につき親子間に意見対立が生じたときは、親の反対により、子は望んでいる中絶措置を受けることができなくなってしまう。他方、中絶につき親の関与は一切不要であると言い切ると、今度は必ずしも判断能力が十分でない少女が常に単独でこれを決定できることになるが、中絶の事柄の重大性やそれに伴うリスクを考えると、それで良いかは議論があり得よう。親権との兼ね合いの中で、どこまで未成年者自身の自己決定権を尊重するか、難しい問題に解答が迫られている(8)。

この問題に自覚的に対処するアメリカでは、ほとんどの州において、制定法上、未成年者による中絶は親の同意又は親への通知を要件とし、親の関与が求められる一方、これに代わる言わば《迂回路》として、未成年者自身が裁判所の許可を得ることで親の関与なしに単独で中絶を受ける途を確保する「司法的バイパス手続（judicial bypass procedure)」が用意されている(9)。しかし、既に知られるように、近年はこの《迂回路》としての司法的バイパス手続が相当に広く運用されることで、親の関与が必要であるとの本則が実質的に骨抜きになっている。このように未成年者の自己決定を重視する流れが強まる中で、本稿が紹介・検討するIn re B.S.事件は、後述の通り、それに背を向けた揺り戻しの動きであるかのように、司法的バイパス手続のハードルを高め、より親権に配慮する決定を下すに至った。そこで、本稿は、In re B.S.事件のもたらしたこの「新たな」動きに着目し、その検証を手掛かりにしながら、未成年者による中絶の問題における親子間の権利調整について、改めて考えることにする。

なお、未成年者が妊娠した場合の親子間の意見対立は、子の中絶に限らず、出産においても生じうる。すなわち、本来、子が〈中絶〉を望み親が

（8）民法の概説書・教科書レベルでこの問題に関心を示すものとして、泉久雄・親族法（1997）271頁、大村敦志・家族法［第2版］（2002）101頁がある。

（9）なお、親の関与と司法的バイパス手続は、あくまで等しく併存する二者択一の選択肢であって、前者が後者に優先する関係にあるわけではない。後掲注（18）で紹介する③Bellotti Ⅱ判決の判旨参照。

それに反対する場面だけでなく、子が〈出産〉を望み親がそれに反対する場面でも、親権との兼ね合いの中で、どこまで未成年者自身の自己決定権を尊重するか、同じように解答が迫られるはずである――むしろ、我が国では、未婚の娘が妊娠した場合にその中絶に反対する親は少ないであろうから、後者のほうがより現実的でさえある。にもかかわらず、従来の研究は、どちらかというと、専ら前者だけを念頭に置き、後者には十分目配りしてこなかった嫌いがある(10)。本稿は後者も視野に入れたうえ、未成年者による〈中絶〉〈出産〉の両場面を踏まえた考察を試みることにより、In re B.S.事件の「新たな」動きの検証に加え、この点についても、従来の研究を補うことにしたい。

Ⅱ．全体状況

1．枠組みの確立～本則としての親の関与と《迂回路》としての司法的バイパス手続の併存

未成年者による中絶に親の関与を求める各州の制定法とそれを巡る判例法の展開については既に先行業績により明らかにされており、本稿ではその詳細は全てそれらに委ねる(11)。ここではIn re B.S.事件の紹介・検討

---

(10) 山田・前掲注（5）22頁及び樋口・前掲注（6）177頁・178頁を除き、後掲注（11）で引用するいずれの先行研究にも、未成年者による出産の場面に対する目配りはあまり感じられない。アメリカでも専ら中絶場面を念頭に置いて議論するものがほとんどで、これがそのまま反映したのであろう。なお、後掲注（76）（77）の本文で述べる通り、〈出産〉場面を意識した記述の見られる山田・前掲注（5）及び樋口・前掲注（6）も、〈中絶〉場面への応用を意図して〈出産〉場面でのアメリカ法の対応を具体的に明らかにするまでは至っていない。

(11) 山田・前掲注（5）と樋口・前掲注（6）の他に、未成年者による中絶に

の便宜上、これに必要な限りで、その概略だけ示しておこう。

1973年の①Roe v. Wade 判決（以下、Roe 判決）[12]により、中絶を求める女性の権利がプライバシー権の一つとして認められたが、その直後から、これに反発するように、同判決により中絶を求める権利は絶対的でないと同時に判示されたことで、各州において、未成年者による中絶を制限しようとする動きが広がった[13]。それが、いわゆる親同意法（親の同意を未成

関するアメリカの判例法の展開を紹介・検討した先行業績としては、例えば以下のものがある。米沢広一「子ども、親、政府―アメリカの憲法理論を素材として（三・完）」神戸学院法学15巻4号（1985）34頁以下、石井美智子・人工生殖の法律学―生殖医療の発達と家族法（1994）141頁以下、羽月章「アメリカにおける未成年者の堕胎とその決定権(上)(下)―親の同意・通知の法的強制と合衆国最高裁判所」神戸法学雑誌44巻3号（1994）589頁以下、44巻4号（1995）775頁以下、根本猛「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国裁判所（一）」静岡法政研究1巻1号（1996）55頁以下、小林直三「妊娠中絶の自由の本質とその限界―米国連邦最高裁判例を素材として」関西大学法学論集52巻1号（2002）103頁以下、永水裕子「成熟した未成年者の人工妊娠中絶について決定する権利とアメリカ法(1)」上智法学論集48巻1号（2004）141頁以下。このうち、永水論文は目次からすると、本稿脱稿時点で未公刊の「(2)」以下で、従来の研究を update すべく、後述の1997年のカリフォルニア州最高裁の Lungren 判決と2000年のテキサス州最高裁の In re Jane Doe 判決の紹介・検討を予定しているようである。本稿は2003年の In re B.S. 事件の紹介・検討を通じて、更にその先の update を意図するものなので、これら Lungren 判決と In re Jane Doe 判決の詳細な紹介は公刊予定の永水論文「(2)」以下に委ねる。

(12) 410 U.S. 113 (1973), reh'g denied, 410 U.S. 959 (1973).

(13) See Steven F. Stuhlbarg, Case Note: When is a Pregnant Minor Mature? When is an Abortion in her Best Interests? The Ohio Supreme Court Applies Ohio's Abortion Parental Notification Law: In re Jane Doe 1, 566 N.E. 2d 1181 (Ohio 1991), 60 U. Cin. L. Rev. 907, 909-910 (1992); J. Shoshanna Ehrlich, Grounded in the Reality of Their Lives: Listening to Teens Who Make the Abortion Decision without Involving Their Parents, 18 Berkeley Women's L.J. 61, 64 (2003). なお、未成年者による中絶を制限するこれら親同意法・親通知法の他に、①Roe 判決以後、同様に制定の動きが広まったものとして、中絶に夫の同意を要件と

年者による中絶の要件とする法律）又は親通知法（親への通知を未成年者による中絶の要件とする法律）の制定の広がりである――なお、既にRoe判決が下された当時でも同種規定を持つ州は存在したが、同判決では刑事罰で以て中絶を禁止する州法の合憲性が争われたにすぎず、争点にならなかった親同意法の合憲性判断は明示的に留保されたことも、かかる動きの要因になったことが指摘されている(14)。このことから明らかなように、親

する法規制（以下、夫同意法）がある。See Andrea M. Sharrin, Note: Potential Fathers and Abortion: A Woman's Womb is not A Man'S Castle, 55 Brooklyn L. Rev. 1359, 1372-1373 (1990).

(14) Judy Y. Barrasso, Note: Constitutional Law–Minor's Right of Privacy --State may Require Third-Party Consent for a Minor's Abortion, 54 Tul. L. Rev. 233, 236-237 (1979).「多くの州議会は［①］Roe判決……に敵対的に応じた」と言われており（Note, Implications of the Abortion Decisions: Post Roe and Doe Litigation and Legislation, 74 Colum L. Rev. 237, 240 (1974)）、州議会としては、同判決で下記【参考】に見られる通り司法判断が留保された(a)未成年者による中絶の場合と(b)配偶者のいる女性による中絶の場合につき立法で規制し、女性に中絶する権利を認めた①Roe判決の効力をできる限り減殺しようとした。その意味で、①Roe判決以後に制定が広まったと前掲注（11）で指摘した二種類の法規制、すなわち親同意法・親通知法（→(a)）と夫同意法（→(b)）はそれぞれの場面に応じた議会からの反撃である――後述の②Danforth事件や⑧Casey事件等で問題とされた州法に親同意法と夫同意法の両者が含まれているのもこの点を反映したものであろう。要するに、本稿との関係で言えば、「多くの州議会が合衆国最高裁の［①］Roe判決の射程を制限して中絶の利用を限定しようとしたことで同判決の後に大量の立法が続いた。幾つもの新しく制定された法律が、未成年者による中絶に親の同意又は親への通知を条件とした」わけである（Burneatta Bridge, Comment: Parent Versus Child: H.L. v. Matheson and the New Abortion Litigation, 1982 Wis. L. Rev. 75, 81)。See M David Bryant Jr., State Legislation on Abortion After Roe v. Wade: Selected Constitutional Issues, 2 Am. J.L. & Med. 101, 102-03, 130 (1976).

なお、①Roe判決で上記(a)(b)場面につき司法判断を留保したと解されるのは以下の部分である。「本判決もDoe v. Bolton判決［410 U.S. 179 (1973)］も、父親の権利については、仮に合憲性問題の文脈で存在するにせよ、論じ

同意法・親通知法には中絶反対派による活動の成果の一つであるという側面があり、しかもそのような動きが1980年代以降の保守アメリカ社会で強まったことからして、未成年者の性行動の抑制という意図もそこには見え隠れするが[15]、しかし少なくとも判例上、親同意法・親通知法を正当化する理由として挙げられているのは、判断能力の不十分な未成年者を保護するには、子の利益となるように行動する親の権威・権限を尊重する必要がある、という点である。例えば、後述の③Bellotti Ⅱ判決では、(ア)子どもは特に傷つきやすいこと、(イ)子に重大な決定を下すに足る判断能力がないこと、そしてとりわけ、(ウ)子の養育において親が重要な役割を果たしていることが、未成年者による中絶に親の同意を求める正当化理由とされている[16]。「疑うべくもなく、責任ある大人へと歩む過程で親が子を手助けする際にその中心的な役割をいかに効果的に果たしうるか、諸々の見解がある。当裁判所はこの問題について何ら特別の知見を主張するわけではないが、これら多くの見解の中心に存し、かつ我が国の歴史と伝統に深く根ざしているのが、親の役割とは、我が子に対して親がとりうる実質的な措置を意味するという考えであることは無視しえない。……未成年者に対する法律上の制限、とりわけ親の役割を支えるような制限は、いずれそのおかげで未成年者が十分に成長して成熟し、来る自由社会への参加が有意義か

ていない。これらの判決では親の権利は全く主張されていないし、テキサス州及びジョージア州の制定法はその文面上父親について考慮していない。一定の状況の下で父親について考慮している制定法も存在することを当裁判所も知っている。例えば、ノースカロライナ州は……、女性が婚姻している未成年者、すなわち18歳未満の場合……、書面で中絶の許可を夫から得ることを求めている。また女性が未婚の未成年者である場合は、書面で親の許可が必要であると求めている。［しかし］当裁判所は本件においてこの種の規定の合憲性を判断する必要はない。」(Roe, 410 U.S. at 165 n. 67.)

(15) See e.g., Elizabeth L. Musser, Note: Recent Developments: Mandating Parental Involvement in Minors' Abortions, 13 Berkeley Women's L.J. 282, 285-287 (1998).

(16) Bellotti Ⅱ, 443 U.S. at 634-639.

つ報われたものにするうえで、重要なものでありうる。」（Bellotti Ⅱ, 443 U.S. at 638-639. 但し後述の通り、同判決は結論として違憲と判示。）

こうして、未成年者による中絶に親の関与を要件とする制定法が各州で導入されるようになったが、このまま親同意法の求めるように、無条件に親の同意が必要であるとすると、中絶に関して、親は子に対して言わば絶対的な拒否権（veto）を持つことになる。そこで判例は、以後、未成年者による中絶に親の関与が必要であるとの本則を徐々に削ぎ落とし、未成年者自身の自己決定権を尊重する方向で展開していく。

まず初めに、1976年の②Planned Parenthood of Central Missori v. Danforth 判決（以下、Danforth 判決）[17]でそのような方向が現れた。同判決は6対3で、18歳未満の未婚女性による中絶に親の同意が必要である旨定めるミズーリ州法につき、成熟した未成年者にも自己決定権を認めないで親の関与を要件とすることは許されないとして、これを違憲であると判示した。「未成年の娘の妊娠を終了させることに親がどのような固有の利害を有していようとも、それは、妊娠するに十分成熟した、判断能力のある未成年者のプライバシー権以上に重要というわけではない。」（Danforth, 428 U.S. at 75.）

次に現れたのが、1979年の③Bellotti v. Baird 判決（Bellotti Ⅱ判決）[18]

---

(17) 428 U.S. 52 (1976).

(18) 443 U.S. 622 (1979). ところで、③Bellotti Ⅱ判決に先立ち、1976年にBellotti Ⅰ判決（Bellotti v. Baird, 428 U.S. 132 (1976)）が下されている。これはマサチューセッツ州法の同じ規定の合憲性が争われたものであり、同判決で合衆国最高裁は、本件はマサチューセッツ州最高裁に意見確認してその解釈が明らかにされてから判断すべきものであったとして、それを行わずに当該規定を違憲とした原審判決を破棄差し戻した。その後、マサチューセッツ州最高裁が当該規定につき、まず親の同意を求めたうえでそれが得られなかった場合にして初めて司法的バイパス手続が利用できるものとの解釈を示したことを受けて（Baid v. Attorney General, 360 N.E. 2d 288 (Mass. 1977)）、そのような解釈を前提とした同規定の合憲性が改めて争われることになった。これが③Bellotti Ⅱ判決である。

である。②Danforth 判決により、《成熟した》未成年者は親の同意なくして中絶できることになったが、同判決の下では、依然として《未成熟な》未成年者による中絶については親の同意を要件とすることが認められたままであった――②Danforth 判決自体、「[当該州法] を無効とした当裁判所の判決は、未成年者の全てが、年齢や成熟性にかかわらず、妊娠を終了させることに対して自ら有効な同意をなしうると意味するものではない」（Danforth, 428 U.S. at 76）と強調していた。そこで③Bellotii Ⅱ判決は、当時のマサチューセッツ州の親同意法が18歳未満の未婚女性による中絶には親の同意を必要とし、その同意が得られない場合は裁判所に許可を求めることができると定めていたことにつき、既述の通り、前記(ア)(イ)(ウ)の点で規制目的に正当な理由はあるとしながら、第一に、親の同意が得られない場合にして初めて裁判所の許可を求めることができるにとどまり、未成年者は初めから親の関与なしに直接裁判所に許可を求めることができないこと、第二に、未成年者が一人で中絶の決定を下せるに十分成熟している場合にも裁判所の判断で中絶が許可されない余地のあること、以上二点で不当な負担を未成年者に課しているとして[19]、8対1でこれを違憲と判示した。その際、「州は、妊娠している未成年者に、中絶に対する親の一方又は両方の同意を得るよう求める場合、その代替手続も用意しなければならない」と述べた後に、次の決定的に重要な判断を示した。すなわち、「妊娠している未成年者は、そのような［裁判所による］代替手続において、以下のいずれかを証明する権利がある。〈1〉自らが親の願いとは無関係に、医師に相談したうえで中絶の決断を下すに十分成熟しており、かつまた十分説明を受けていること（well-informed）、又は〈2〉自らが独立して決定することができないとしても、中絶が自分にとって最善の利益になること」（Bellotti Ⅱ, 443 U.S. at 643-644）というのがそれである。

ここで言う親の同意に代わる代替手続こそ、いわゆる「司法的バイパス

---

(19) 443 U.S. at 647-648.

手続」であり、ここに、《成熟した》未成年者のみならず、《未成熟な》未成年者も――但し、前者は当該未成年者の利益になると否とにかかわらず無条件に、これに対して、後者は当該未成年者の最善の利益となることを条件に――、親の同意なくして中絶を受けることを可能ならしめる司法的バイパス手続の枠組みが確立したわけである。なお、以上の判決意見は、違憲判断に立つ8人の裁判官のうち4人が同意したもので、残り4人は、妊娠している未成年者が裁判所に申し立てることは親の同意を得るのと少なくとも同じ程度に困難であるから、司法的バイパス手続を要求すること自体が不当であるとして、当該親同意法が違憲との上記意見の結論には賛成しながら、その理由づけに同調せず、未成年者自身の自己決定権をさらに尊重する立場を示していたことには留意すべきである[20]。

こうして、③Bellotii Ⅱ判決の言うように、司法的バイパス手続が併存する限り、親同意法は合憲との図式が明らかにされたことを受けて、例えば、司法的バイパス手続を具体的に法定していないことを理由にアクロン市条例を違憲とした1983年の④City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health判決（以下、Akron Ⅰ判決）[21]をはじめ、それを踏まえた判断が後に続いた。もっとも、これらは全て、未成年者による中絶にあくまで親の同意を求める親同意法に関するもので、親の通知を求めるにとどまる親通知法も、これと同列に取り扱うべきかは議論になり得た。というのは、親通知法では、親同意法と異なり、あくまで最終的に中絶の決定は未成年者自身に委ねられており、親に絶対的な拒否権が与えられているわけではないとも言えるからである。この点、例えば、下記⑥Hodgson判決でも、「親同意法と異なり、親への通知を求める法律は、未成年者に代わってその者に関する決定をなしたり、また未成年者が中絶措置を得ることを妨げたりする法的権利を第三者に与えるものではない。……当裁判

(20) Id. at. 651-656 (Stevens J.).
(21) 462 U.S. 416 (1983).

所で問われている［親通知］法は、中絶措置を得ようとしている未成年者の行く手に、絶対的な障害を置くものではなく、未成年者とその親の相対立する利害関係を熟慮したうえでのバランスを表している」と、やはり現に意識された（Hodgson, 497 U.S. at 496）。

この親通知法に関しては、まず1981年の⑤H. L. v. Matheson 判決（以下、H. L. 判決）[22]が、未婚の未成年者による中絶の場合は医師に親への通知を可能であれば求めると定めるユタ州法につき、両親と同居し経済的に依存する15歳の少女からなされた当該規定は違憲無効との主張に対して、6対3で、未成熟で親に扶養されている未成年者に適用される限りで合憲との判決を下した。これにより、成熟した未成年の場合は親への通知が不要であることが明らとなったが、未成熟な未成年者の場合に親への通知が常に必要かは判断が示されず、結局、親通知法も親同意法と同じく、司法的バイパス手続を伴わなければならないか、不明のままであった。これにようやく解答を示したと一般的に考えられている[23]のが1990年の⑥

(22) 450 U.S. 398 (1981).

(23) 本文のような見方に反対するものもある（Cf. Planned Parenthood v. Camblos, 155 F. 3d 352, 363-367 (4th Cir. 1998)（以下、Camblos 判決））。⑥Hodgson 判決に関して、一般的には同判決において、両親への通知を求めるタイプの親通知法につき（同判決は各裁判官で細かく判断が割れており、片親への通知については別論）、(a)司法的バイパスの有無を問わず同法それ自体を違憲とした裁判官4人、(b)司法的バイパス手続がないことを理由に同法を違憲とした裁判官1人、(c)司法的バイパス手続の有無を問わず同法を合憲とした裁判官4人がおり、本文で述べる通り、(b)(c)合計5人の裁判官により、司法的バイパスがあれば合憲と判示されたものと理解されている。かかる一般的理解に対して Camblos 判決は、(b)の裁判官（オコーナー）の意見をより詳細に見ると、実際は司法的バイパス手続がないことを理由に違憲判断が下されたというよりも、親の同意を不要とする例外規定が不十分であることを理由に違憲とされただけである（その不十分さを司法的バイパス手続があれば補えるのに同手続がないので補えなかっただけの話である）と読み、親通知法については、親同意法と異なり、⑥Hodgson 判決で5人の裁判官により、同手続を伴わなければ違憲である旨判示されたわけではないと理解

Hodgson v. Minnesota 判決（以下、Hodgson 判決）[24]と⑦Ohio v. Akron Center for Reproductive Health 判決（Akron Ⅱ判決）[25]の二つの同日判決である。⑥Hodgson 判決は、ミネソタ州の親通知法につき、③Bellotii Ⅱ判決を引用したうえ、5対4で、十分な司法的バイパス手続がある限りで合憲との判決を下し、また⑦Akron Ⅱ判決も、6対3で、オハイオ州の親通知法を違憲と判示するにあたり、同様の判断を示した。但し、上述の如く、親通知法と親同意法とは異なるとも言えるとの評価が現にあったにもかかわらず、なぜ親通知法も親同意法と同じように、③Bellotii Ⅱ判決で言う司法的バイパス手続がある限りで合憲となるのか、その理由に両判決とも必ずしも詳細には触れていない。「負担のより軽い親通知法の場合に、［親同意法の場合と］同様の分析をあてはめることを拒否する理由は何ら与えることができない」（Hodgson, 497 U.S. at 403）と述べるにとどまる[26]。

いずれにせよ、以上の判例の展開から、要するに、未成年者による中絶

する（See Camblos, 155 F. 3d at 363-367）。このような Comblos 判決の理解はそれを下した第4巡回区合衆国控訴裁以外では見られず、むしろ例えば、第6・第7・第8巡回区のいずれの合衆国控訴裁でも本文記述のような見方に従っている。従って、やはりそちらが一般的な理解であろう。See Teresa Stanton Collett, Seeking Solomon's Wisdom: Judicial Bypass of Parental Involvement in a Minor's Abortion Decision, 52 Baylor L. Rev. 513, 520 n. 29 and n. 30 (2000)).なお、永水・前掲注（11）151－152頁は、その旨の明示はないが、少数説である Camblos 判決の理解に従った記述をしている。

(24) 497 U.S. 417 (1990).

(25) 497 U.S. 502 (1990).

(26) 但し、親同意法と親通知法は、未成年者にとって親の関与という意味で実際の効力は等しく、いずれにせよ、司法的バイパスを求めて裁判所に申し立てることを認める必要性は両者で同じであるとの指摘は多い。See e.g., J. Shoshanna Ehrlich, Journey Through the Courts: Minors, Abortion and the Quest for Reproductive Fairness. 10 Yale J.L. & Feminism 1, 3 n. 12 (1998).

につき、州は制定法で親の関与を求めることができるが、しかしそれは、親同意法であれ親通知法であれ、親の関与に代わる司法的バイパス手続を同時に用意しなければならないと解されるに至ったわけである。そして、そこで言う「司法的バイパス手続」とは、③Bellotii Ⅱ判決で示された通り、未成年者が〈1〉自らは単独で決定しうるほどに成熟していること、又は〈2〉未成熟であるとしても、中絶が当該未成年者自身にとって最善の利益となること、このいずれかを証明すれば、親の関与なくして中絶を受けることを可能ならしめる、文字通り親の関与を司法的にバイパスするものである。こうして、親の関与を必要とする本則が、その代わりである《迂回路》としての司法的バイパス手続によって上記〈1〉〈2〉の証明が満たされる限りで削ぎ落とされ、結果として、未成年者自身の自己決定権がその範囲で尊重されることになった。この図式は、中絶規制法一般に対する違憲審査基準につき、厳格な審査基準を採用した①Roe 判決を実質的に変更して不当な負担基準を採用した1992年の⑧Planned Parenthood of Southern Pennsylvania. v. Casey 判決（以下、Casey 判決）[27]においても引き続き維持され、今日に至っている。その結果、現在、ほとんどの州で、これに応じて、制定されている親同意法・親通知法は司法的バイパス手続を伴う形になっている。

2．近年の運用傾向～代替としての司法的バイパス手続の本則化

以上の図式に従い、今日、未成年者は、〈1〉成熟性の証明、又はこの証明に失敗した場合は〈2〉子の最善の利益性の証明をして初めて、司法的バイパス手続を通じて、親の関与なしに中絶措置を受けられることになっているが、現実には、これら〈1〉〈2〉の証明は、司法的バイパスを求める未成年者にとって、何ら高いハードルになっていない。

---

(27) 505 U.S. 833 (1992).

司法的バイパス手続のかかる運用を顕著に示すのが、マサチューセッツ州での実態である。司法的バイパス手続の伴う親同意法を定める同州において、過去16000件の申立てのうち、司法的バイパスが認められなかったのはわずかに2件で[28]、「中絶をするとの自らの決定に裁判所の許可を求めるほとんど全ての未成年者がその許可を得ている」[29]ことが指摘されている。例えば、既に我が国でも紹介されているように[29a]、Mnookinによる調査では、同州で1981年から1983年になされた1300件の申立てのうち、第一審レベルで〈1〉〈2〉のいずれの証明も認めなられなかったのは5件にすぎず、しかもそのうち4件は上訴等で認められ、最終的に司法的バイパスが否定されたものは1件だけで、その1件も上訴せずに近隣の州に行き、結局は中絶措置を受けていることが確認されている[30]。また同州を対象としたその後の調査でも、1981年から1985年には477件に1件の割合でしか司法的バイパスが否定されていない、すなわち許可率は99.8%であると報告されている[31]。これらの事実から、「申立てと出廷さえすれば、司法的バイパスを得るには十分であるように思われる」[32]とまで言われており、

---

(28) Collett, supra note 23, at 522.

(29) Planned Parenthood League of Massacusetts, Inc. v. Attorney General, 677 N.E. 2d 101, 106 (Mass. 1997)〔後掲注（55）の本文以下で引用の一部〕. なおそこには、典拠は示されていないが、マサチューセッツ州では中絶を希望する未成年者の約3分の2が親の同意を得ているとの言及が見られる（Id. at 595 n. 9)。

(29a) 永水・前掲注（11）「(1)」上智法学論集48巻1号155頁以下。

(30) Robert H. Mnookin, In the Interest of Children: Advocacy, Law Reform, and Public Policy 239-40 (1985).

(31) See Susanne Yates & Anita J. Pliner, Judging Maturity in the Courts: The Massachusetts Consent Statute, 78 Am. J. Pub. Health 646, 647 (1988).

(32) Recent Case: Abortion Rights – Parental Consent Requirement -- Arizona Court of Appeals Holds That a Minor Must Show Fitness by Clear and Convincing Evidence To Bypass the State's Parental Consent Requirement. -- In re B.S., 74 P. 3d 285 (Ariz. Ct. App. 2003),

司法的バイパスを得るための上記〈1〉〈2〉の「証明」のハードルの高さが実際には如何ほどのものか窺い知れよう。このような傾向は、程度の差はあれ、基本的に他州においても一般に見られ[33]、司法的バイパス手続は往々にして「単なる通過手続（a mere pass-through proceeding）」[34]、「シールを貼って押印するような、ルーティンの事務仕事」[35]、あるいは「単なるゴム判」[36]と形容されている。これらの表現も、かかる運用の実態を反映してのことである。

このような司法的バイパス手続の形骸化傾向の原因は幾つか考えられる——妊娠という事実から、未成年者とはいえ、そもそも、少なくとも身体的に、そして多くは精神的にも成熟している場合が多いのが理由の一つと思われる[37]——が、より根本的には、裁判官にしてみると、中絶を希望する未成年者の申立てを否定して司法的バイパスを与えなければ、結果として当該未成年者にその意思に反して出産を強要することにつながりかねず、

---

117 Harv. L. Rev. 2785, 2787 (2004).

(33) See Collett, supra note 23, at 523〔ネブラスカ州で近年、司法的バイパスが否定された例は1件、しかも上訴でそれが認められたこと、またミネソタ州では3573件のうち3558件が肯定例であること、及びヴァージニア州の各州では18件のうち否定例は1件であることが紹介〕.

(34) In re B.S., 74 P. 3d at 289.

(35) Hodgson v. Minnesota, 648 F. Supp. 756, 766〔⑥Hodgson 判決の第一審〕.

(36) Ibid.

(37) 裁判例に現れるのは16歳前後の少女が多い（例えば、本稿の紹介する In re B.S. 事件でも申立人は16歳の少女である）。なお、1998年から1999年の間にマサチューセッツ州計画出産協会連合（Planned Parenthood League of Massachusetts）で中絶のためのカウンセリングを受けた未成年者——同州のほとんどの病院が中絶希望の未成年者をカウンセリング及び患者紹介のために同センターへと回しており、司法的バイパスを求めるほとんど全ての未成年者がそこでのカウンセリング手続等を経ていると言われる（Ehrlich, supra note 13, at 87-88）——のデータによると、そのような未成年者の年齢は13歳から17歳、平均は16.3歳（割合は17歳52%、16歳33.5%、15歳11%、14歳2.75%、13歳0.25%）とのことである（Id. at 93）。

そのことに強い抵抗感を覚えるからであろう。しかも容易に想像がつくように、中絶を望む未成年者は、司法的バイパスを拒否された場合、やむなく親の同意を得ようと努める可能性も全くないとは言い切れないが、あえて親に相談せずに直接裁判所に申し立ててまでしていることから、結局は、モグリの医者に駆け込むか、自身で中絶をするか、いずれにせよ、当該未成年者の身にかえって危険な結末にたどりつく可能性が高い。この点に照らすと、裁判官がいずれにせよ、最終的には司法的バイパスを与えるほかないと考えても無理からぬところである(38)。

〈1〉〈2〉の各証明に即して、もう少し詳しく見てみよう。まず〈2〉に関して言うと、中絶を希望する未成熟な未成年者の意に反しながら、かえって逆に中絶の途を閉ざすほうが当該未成年者の最善の利益になると考えられる場合が果たして本当にあるのか、疑問が投げかけられる。確かに、妊娠期間がある程度進んでからの中絶は危険であるから、そのような場合に、未成熟な未成年者の意思に反してでも中絶を否定することは当該未成年者の最善の利益であるとも言えそうである。しかし、かかる場面の中絶禁止は、未成年者であることを理由にするまでもなく、成人も含め、一般に禁止される(39)。従って、この〈2〉の証明が現実に強調されるのは、未成熟な

---

(38) Mnookin, supra note 30, at 263は、未成熟な未成年者の利益にならないとして中絶を否定すると、今度は結果としてその未成熟な子に出産を強要し、親の責任を課すことになるが、それがその子の利益となるであろうかと疑問を呈し、いずれにしても司法的バイパスは認めざるを得ないと述べている。そしてそうであれば、司法的バイパス手続の結論は既に決まっているようなもので、同手続は「不必要かつ費用のかかる時間の無駄」で無きにしもあらずの面があると指摘する（Ibid）。

(39) アメリカにおいて、胎児の生命保持可能性（viability）が認められる後の中絶を禁止する州がほとんどであることは、Julius Fast & Timothy Fast, The Legal Atlas of the United States 42（1997）の図から一目瞭然である。

なお一般に、未成年者による中絶を否定的に捉える際に、未成年者に対する中絶の健康上のリスクが理由として指摘されることがあるが、中絶の否定

未成年者が親から虐待を受けているときに、そのような親の同意を得ることは困難なので、司法的バイパスを与えて親の関与なしに中絶を認めることが子の最善の利益になると判断される場合ぐらいである[40]。むしろ、「中絶に裁判官が個人的に反対しているという他には、未成熟な未成年者の意思に反して妊娠の継続と出産を強要することが、その未成年者の最善の利益にかなうものであろうとの判断を正当化づける理由を思いつくことは困

は即ち出産を意味するから、健康上のリスクと言うのであれば、当該未成年者にとっての妊娠継続及び出産の健康上のリスクも併せて同時に考慮する必要があろう。中絶による死亡率と妊娠継続（妊娠中毒症）による死亡率の比較については、Collett, supra note 23, at 548 n. 143参照。

(40) この点の判決例を整理して概観するものとして、William H. Danner, Jr., Validity Construction, and Application of Statutes Requesting Parental Notification of or Consent to Minor's Abortion 77 ALR 5th 1 (2000 & 2004 Supp.) §30 [b]（そこで紹介される判決例では、特に子が精神的、肉体的、性的に虐待されている場面を念頭に置いた議論が展開されている）。なお、ここで言う「子の最善の利益」性は、前述の③Bellotti Ⅱ判決の判旨（Bellotti Ⅱ, 443 U.S. at 634-644）から素直に受け止めれば、子にとっての中絶の利益を意味すると解されるが、特に親通知法に関しては、子にとっての非通知の利益、すなわち、親へ通知しないことが子の利益になるという意味で規定され直すことが多い（例えば、テキサス州、オハイオ州、モンタナ州の親通知法（Tex. Fam. Code §33. 003(i) (2004); Ohio Rev. Code §2151. 85(c)(2) (2005); Mont. Code Ann. §50-20-212(5)(b) (2004) 等）。司法的バイパス手続で求める〈2〉子の最善の利益性の証明につき、最終的な判断対象である中絶の利益性を判断するに考慮すべき事情のほうが、非通知のそれを判断するに考慮すべき事情よりも範囲は広い。その意味で、親通知法に関して前者でなく後者の意味に置き換えて規定し直されているのは、中絶の最終決定権が未成年者に留保されていることを踏まえ、〈2〉の条件を少し厳しくして、より親権に配慮しようとしたものであると評価しうる。この点、Lambert v. Wicklund, 520 U.S. 292 (1997) は、子にとっての中絶の利益ではなく、非通知の利益の意味で規定している上記モンタナ州法につき、③Bellotti Ⅱ判決に反するものでないと判示している。「子の最善の利益性」の二つの意味の混同と区別の必要性につき、Stuhlbarg, supra note 13, at 955-956参照。

難である」と指摘されている[41]。〈2〉の証明は、司法的バイパスを得て親の関与なしに中絶することを希望する未成年者にとって、〈1〉の証明に失敗した場合の最後の受け皿となるが、とりわけ親同意法の下では、大方、〈2〉の証明は改めて問うまでもなく、事実上〈1〉の証明で既に勝負は決まっているようにも見える[42]。

ではその〈1〉の証明について裁判所が実質的に審理しているかと言えば、これまたそうでない。再びマサチューセッツ州を対象とした調査に目を向けると、司法的バイパス手続の平均審理時間はわずかに12.2分で、92%以上が20分以内に終わると報告されている[43]。しかも、そこに医師や心理カウンセラー等の専門家の同席はない[44]。この事情は他の州でも同様で、裁

---

(41) Hodgson, 497 U.S. at 475 (Marshall J.).

(42) Danner, supra note 40, at §29掲載の判決例参照。(2)子の最善の利益性は、あくまで〈1〉成熟性が満たされない場合にだけ問題となる。すなわち、成熟した未成年者による中絶の場合には、中絶しないほうが（例えば、中絶せずに生まれた子を養子に出したり、中絶せずに相手と婚姻するほうが）その子の利益になると客観的には考えられようとも、同人に単独で成熟した判断をなす能力があると認めた以上、子の最善の利益性を客観的に検討する必要はなくなるのである。もっとも、羽月・前掲注（11）「(上)」神戸法学雑誌44巻3号667頁以下は、裁判所が〈1〉子の成熟性の判断をする際に〈2〉子の最善の利益性も実質的に考慮している疑いがあることを指摘する。

(43) Yates & Pliner, supra note 31, at 648. See also Planned Parenthood League, 677 N.E. 2d at 105 n. 6 (Mass. 1997)〔マサチューセッツ州では、司法的バイパス手続のために未成年者が裁判所内にいるのはおそよ2時間、裁判官の前にいるのはおよそ15分から30分と指摘〕. 無論、司法的バイパス手続の審理が長期に及ぶと、未成年者は中絶を受ける機会を事実上失うことになるので、そもそも迅速な審理が求められてはいる。後で確認するように（Ⅱ.1.参照）、例えば、本稿の紹介するIn re B.S.事件で争点となったアリゾナ州法A.R.S.§36-2152も(E)項で原則48時間以内の決定を命じている。

(44) それ故、裁判所は司法的バイパス手続における〈1〉〈2〉の判断を、専門家である医師等に委託すべきであるとの提言もなされている（E.g., Katherine M. Waters, Note: Judicial Consent to Abort: Assesing A Minor's Maturity, 54 Geo. Wash. L. Rev. 90, 116-117 (1985).)。

判例の中には、親の関与を排除するために司法的バイパスを求めて未成年者が直接裁判所に申立てをすること自体が当該未成年者の成熟性を表していると判示するものまで見られる(45)。これでは裁判官自ら、「[司法的バイパスの] 決定は、案件が裁判官室に来る前に、既に下されている」と言うのも無理はない(46)。このように、相当に高い許可率と、ごく短時間の審理時間からして、〈1〉の成熟性の証明は、事実上無審理で、あるいは最大限緩やかに、認められているのが実状であろう――但し、極端に低年齢の未成年者にまで成熟性を認めると、判断能力の著しく不足する少女に単独で中絶に伴うリスク等の評価を求めることになるので限度はあろう。これは、上述の通り、裁判官の多くが、未成年者が未成熟であることを理由に司法的バイパスを否定すれば、結果として当該未成年者の意思に反する出産を強要することにもつながりかねず、いずれにしても未成年者の申立ては認めざるを得ないと考えてのことと思われる。

こうして、親同意法・親通知法を巡る判例法の展開の下、未成年者は中絶をなすに親の関与を得ることが本則とされながら、同時に〈1〉成熟性又は〈2〉子の最善の利益性のいずれかの証明を「条件」に司法的バイパスを得ることで、親の関与なくしてその目的を達することが認められるが、その運用の実態から明らかになったのは、本則を切り崩す「条件」とされた〈1〉〈2〉の証明が、今日、現実には「条件」としての役目を果たしていないということであった。すなわち、〈1〉〈2〉の証明という条件をつけて《迂回路》としての司法的バイパス手続の利用が制限されていたはずであるが、その条件は形骸化し、言わば無条件に近い形で利用されているのである。親権に配慮して〈1〉〈2〉の証明という「条件」＝歯止めが設定されながら、それがはずれて、実務上は、未成年者自身の自己決定権を尊重する方向へ

(45) E.g., Ex parte Anonymous, 664 So. 2d 882 (Ala. 1995). 但し、同判決は、司法的バイパス手続に頼るうえで当該未成年者が特に弁護士の助言を求めた点を強調している。

(46) Hodgson v. Minnesota, 648 F. Supp. at 766.

と向かう傾向にあるものと評価できよう。

もっとも、確かに一般的な傾向として、司法的バイパス手続が実質的審理でなく単なる形式的審理にとどまり、親の関与に代わる司法的バイパスが最終的に認められる割合は相当に高い――既述の通り、調査ではマサチューセッツ州のそれは99.8%である――が、しかし未成年者の申立てが現実に否定される例も、圧倒的に少数ではあるが、皆無なわけではない。州によっては、とりわけ一審レベルで司法的バイパスが否定される――但し、その多くが上訴審で覆されている――ものも散見される。この点を捉え、「若い女性がほとんど似たものでありながら裁判所の決定が異なるのは、成熟性の判断が、特定の若い女性の成熟性とその同意能力について裁判官がどう思うかというより、中絶について裁判官がどう思うかに密接に関連していることを示しているように思われる」[47]との評価も寄せられている。事実、中絶に対する裁判官の個人的見解が未成年者の成熟性を判断する基礎になっていると窺わせるものに、例えば、オハイオ州最高裁のIn re Jane Doe 1判決[48]を挙げることができよう。同判決では、17歳の少女の成熟性を否定した原審が維持され、結果として司法的バイパスは認められなかったが、その際に、以下の事実、すなわち、(a)当該未成年者の今回の中絶が前回の中絶から一年も経っていないこと、(b)前回と今回とでそれぞれ異なる男性を相手に性交渉した末に妊娠していること、(c)家族計画プログラムを途中放棄していること、以上の事実に言及された[49]。特に(a)(b)の事実への言及は、未成年者の成熟性を判断するという名の下で、実際にはそれと無関係に、裁判官個人の性道徳観が〈1〉成熟性判断を左右している可能性のあることを推認させるものである[50]。もとより〈1〉成熟性の判断

(47) 3 Treatise on Health Care Law § 19. 06 [3] [a] (Michael G. Macdonald ed. 2004).

(48) 566 N.E. 2d 1181 (Ohio. 1991).

(49) Id. at 1184.

(50) Stuhlbarg, supra note 13, at 952-953. 裁判官による〈1〉成熟性判断の恣

基準は必ずしも明確でないこともあって、そこに、個々の未成年者の成熟性と直接関係のない、裁判官の個人的な価値観が入り込む余地は多分にあるが、それでも、前述の通り、司法的バイパスを与えないことでたどり着く結末を考えると、一般的に、その影響は未成年者の自己決定を尊重する方向に働く場合が圧倒的であるものの、中には反対に、これを制限する方向で顕在化する場合もあり得ることを同判決は示している。

そうすると、司法的バイパス手続が裁判官の個人的な価値観に基づいて濫用された具体例を目の当たりにして、これを解消しようとの動きが出てくる。その動きには二つ方向があり、一方で、特に〈1〉の成熟性の判断の恣意性に対する批判を受け止め、これに応えるべく、その基準の明確化を図ろうとする動きがある。これは、親の関与が必要であるという本則を削ぎ落とす「条件」の要としての〈1〉成熟性判断を改めて適正に機能させ、裁判官の個人的な価値観を排除することで、司法的バイパス手続の本来意図した、親の関与と未成年者の自己決定とのバランスを回復しようとする

意性に関する議論につき、永水・前掲注（11）「(1)」上智法学153頁以下参照。例えば、後述の2000年にテキサス州最高裁が下したIn re Jane Doe判決(19 S.W. 3d 346（Tex. 2000)）では――当該未成年者が「成熟しており、かつまた十分説明を受けている（mature and sufficiently well informed)」場合には司法的バイパスを得て親の同意なくして中絶しうると規定する同州の親通知法（Tex. Fam. Code §33. 003(i)（2004)）との関係で言うと、より正確には、成熟性(mature)でなく、十分な説明があったか否か(sufficiently well informed）が争点となったものではあるが――、裁判官の役割として個人的な価値観を排除することが求められるとあえて冒頭に一節設けて述べられており（19 S.W. 3d at 350)、裁判官の個人的な価値観がその判断を左右する蓋然性のある現実を改めて示唆している（同判決では、Hetch裁判官が、過去の同様のケースで司法的バイパスを認めた多数意見側の裁判官を個人的な感情に基づいて判断する「司法積極主義者」であると口汚く罵ったしたため（E.g., In re Jane Doe 4, 19 S.W. 3d 322, 328（Tex. 2000)）、多数意見側の裁判官から、本件において、むしろHetch裁判官こそ個人的な感情に基づいて判断していると逆に応酬がなされ（In re Jane Doe, 19 S.W. 3d at 363（Gonzales J.)、泥仕合の様相を呈している)。

ものである。「成熟性」の定義づけに取り組む判決例が少なからず見られるのは[51]、そのような動きの表れと言ってよい。しかし他方で、もう一つの動きがある。それが、〈1〉の成熟性判断が恣意的であるとの批判を契機に、かかる批判に乗る形で一気に、裁判官の個人的な価値観による濫用を根絶すべく、形骸化している司法的バイパス手続を廃止して、〈1〉の証明を経るまでもなく完全に無条件で、未成年者が単独で中絶することを認めようとするものである。今や司法的バイパス手続は実質的に機能を喪失しているので、濫用されるぐらいなら、それを無くしてしまおうというのである。かかる動きには、未成年者による中絶に親の関与を求めること自体が――たとえ《迂回路》としての司法的バイパス手続を伴おうとも、その利用は〈1〉〈2〉の証明を「条件」に認められるだけなので――未成年者の自己決定権を侵害して違憲であるとの考えが根元にある。もともと③Bellotii Ⅱ判決で当時のマサチューセッツ州の親同意法が違憲とされた際に、既に紹介した通り、司法的バイパス手続が伴っていないことを理由に違憲とした4人の裁判官の判決意見と袂を分かち、これと同数の4人の他の裁判官が、結論には賛成しながら、同手続も含め、未成年者自身の自己決定を侵害する一切を違憲とする考えを示していた[52]。早くも③Bellotii Ⅱ判決において司法的バイパス手続が確立した瞬間に、未成年者の自己決定に対する制限という観点から同手続に対する疑問が提起されたわけで、しかもその後、現実にこの疑問を反映するかのように、その運用が形骸化して、ほとんどのケースで司法的バイパスが与えられるようになっている実状に鑑みると、未成年者の自己決定を尊重する流れに従い、これを行き着くところまで押し進めようとの動きが生じたとしても不思議ではない。例えば、カリフォルニア州において、同州最高裁が激しい議論の末に、1997年の Academy of Pediatrics v. Lungren 判決（以下、Lungren 判決）[53]

(51) Danner, supra note 40, §14 [c].

(52) 前掲注（20）参照。

(53) 940 P. 2d 797, 840 (Cal. 1997), vacating 912 P. 2d 1148 (Cal. 1996).

で、司法的バイパス手続を伴う親同意法を違憲無効であるとするに至ったのは、かかる動きの最たる例であると言えよう。

以上の通り、司法的バイパス手続に対して、現在、二つの異なる動き、すなわち一方ではその濫用是正の動きが、他方ではその完全廃止の動きが見られる。前者は、未成年者による中絶に親の関与が必要であるとの本則を削ぎ落とす「条件」（＝〈1〉〈2〉の証明）を適正に機能させ、改めて司法的バイパス手続を通じて、親の関与と未成年者の自己決定とのバランスを図ろうとするものであるのに対して、後者は、司法的バイパス手続が形骸化している実務上の傾向を押し進めてこれを完全に廃止し、親の関与を不要ならしめる「条件」（＝〈1〉〈2〉の証明）の無条件化を通じて、専ら未成年者自身の自己決定を尊重しようとするものである。近年は、司法的バイパス手続の伴う親同意法・親通知法を違憲とする判決例も散見されることから(54)、後者の動きに勢いがあるようにも見受けられるが、しかしそれでも、現時点で完全に未成年者自身の自己決定を無条件に尊重するところまで行き着いた州は決して多くない――むしろ、例えば、99%以上の司

(54) E.g., North Florida Women's Health & Counseling Servs. v. State, 866 So. 2d 612 (Fla. 2003) ; Planned Parenthood of Central New Jersy. v. Farmer, 762 A. 2d 620 (N.J. 2000)〔前者はフロリダ州法、後者はニュージャージ州法を違憲と判示〕. なお、司法的バイパス手続の伴う親同意法（カリフォルニア州法）・親通知法（フロリダ州法、ニュージャージ州法）につき、未成年者自身の自己決定権に対する不当な制限であることを理由に違憲としたこれらの判決に対して、司法的バイパス手続に依らず親の関与なくして中絶を認める例外規定、例えば生命維持の緊急措置としての中絶を認める例外規定（health exception）を適切な形で用意していないことを理由に違憲とした判決もある。E.g., Planned Parenthood of Idaho, Inc. v. Wasden, 376 F. 3d 908 (9th Cir. 2004)〔アイダホ州法〕; Planned Parenthood of N. New England v. Heed, 390 F. 3d 53 (1st Cir. 2004)〔ニューハンプシャー州法〕. 後者のタイプの違憲判決は、親の関与を原則として要件とすること自体は合憲と捉えているようにも見えるので、その限りで前者のタイプの違憲判決とは異なるが、親の関与する余地を狭めようとしている点では両者ともに一致する。

法的バイパスの許可率を誇るマサチューセッツ州でさえ、同州最高裁は、1997年のPlanned Parenthood League Massachusetts, Inc., v. Attorney Genearl判決（以下、Planned Parenthood League判決）(55)において、司法的バイパス手続が形骸化している事実を認めながら、これを完全に廃止して未成年者が常に単独で中絶しうるとの立場を否定している。「中絶をするとの自らの決定に裁判所の許可を求めるほとんど全ての未成年者がかかる許可を得ているという事実は、親の同意に代わる司法的バイパスが不必要又は不合理であることを意味するものではない。少なくとも、裁判所による許可は、中絶の選択が自由意思に基づいて熟慮されたものであることを確実ならしめるのに役立つ。裁判手続を避けるために親の同意を求めることを選ぶ未成年者がどれほどいるかは我々は知る術がないが、疑いないのは、［司法的バイパス手続の伴う親同意法］が未成年者に家庭内のサポートを求めるよう、命じはしないが、促すことになる、ということである。このことは州が利害関係を持つに値する。もっとも、当初中絶すると決めたものの親に相談した後でその決心を変えた少女がどれだけいるか、やはり我々は知ることはないであろう。」（Planned Parenthood League, 677 N.E. 2d at 106.）

ただ、いずれにしても、カリフォルニア州のように完全に無条件で未成年者の意思に委ねるところまで突き進むかどうかは別にして、近年、少なくとも実務上の傾向として、既に見てきたように、一般的に、司法的バイパス手続が形骸化し、中絶につき、親権との関係では、未成年者の自己決

---

(55) 677 N.E. 2d 101 (Mass. 1997). なお、同判決は、マサチューセッツ州の親同意法が両親の同意を要件とした点（Mass. Gen. Law ch. 112, §12）につき、司法的バイパス手続を伴っても、なお過剰な規制で州憲法に反するとして、片親の同意を求める限りで有効と判示した。But cf. Barnes v. Mississippi, 992 F. 2d 1335 (5th Cir. 1993) ; Camblos, 155 F. 3d 352 (4 th Cir. 1998)〔司法的バイパス手続を伴ったうえで両親の同意を要件とする州法（前者がミシシッピ州法、後者がヴァージニア州法）につき合憲と判示〕.

定権をより重視する流れにあることに疑いはない。本稿の紹介・検討するIn re B.S.事件の決定が下されたのも、まさにこのような状況においてのことである。

Ⅱ．本決定の紹介

1．関連規定の確認

それでは以下、In re B.S.事件を紹介しよう。予め、同事件で問題となったアリゾナ州の親同意法の関連規定を確認しておきたい。問題の中心はA.R.S.§36-2152(B)にある。

A.R.S.§36-2152（2004）

A．親権未解放の（unemancipated）妊娠中の未成年者に対して、その者が未成年であることを知りながら（knowingly）人工妊娠中絶の措置をとってはならない。但し、診察医師が当該未成年者の両親（parents）の一方、後見人（guardian）若しくは財産管理人（conservator）から書面で同意を得ている場合、又は事実審裁判所（the superior court）の裁判官が診察医師に下記B項に従って人工妊娠中絶の措置をとることを許可した場合はこの限りでない。

B．事実審裁判所の裁判官は、妊娠中の未成年者が成熟しており、人工妊娠中絶に対して説明に基づいて同意（informed consent）しうると認めた場合、申請又は申立て（petiton or motion）に基づき、適切な審理の後に、医師に人工妊娠中絶の措置をとることを許可するものとする。事実審裁判所の裁判官は、当該未成年者が成熟していないと認めた場合、又は当該未成年者から成熟しているとの主張がない場合、当該未成年者の両親（parents）の一方、後見人（guardian）又は財産管理人（conservator）の同意なくして人工妊娠中絶の措置をなすことがその未成年者の最善の利益となるものか否か決定し、それが最善の利益となると判断したときには、医師にこれらの同意なくして人工妊娠

中絶の措置をとることを許可するものとする。

C．妊娠中の未成年者は自身のために裁判手続に参加することができる。裁判所は、未成年に審理のための後見人を選任することができる。裁判所は、未成年に対して、裁判所に弁護人を選任してもらう権利があることを伝え、また未成年者から要求があれば、当該未成年者に弁護人を付すものとする。但し、未成年者が私選弁護人を通じて出廷する場合、又は未成年者が弁護人を選任してもらう権利を、判断能力を持ちながら認識したうえで放棄する場合は、この限りでない。

D．本条における裁判手続は非公開であり、係属中の他の案件に優先する。法に別段の定めがない場合、公衆は、本条における裁判手続の記録につき、それを調査したり、複写を入手したり、あるいはその他の方法でこれにアクセスしてはならない。本条における手続を進行する裁判官は、決定を裏付ける具体的な事実認定と法的な判断を書面にし、裁判官自身の事実認定と判断を含め、非公開の証拠記録の保存を命じるものとする。未成年者は架空の名前（fictitious name）を用いて申し立てることができる。本項との関係では、公衆には、裁判官、書記官、事務官、専門家又はその他裁判所により採用された者若しくはその監督の下で働く者、あるいは州又は連邦の法若しくは規則により非公開の裁判所記録の調査及び複写が許可されている他の公共機関の職員は含まれない。

E．裁判所は審理したうえ、申立てがなされてから、週末と休日を除き、48時間以内に決定を下すものとする。裁判所がその期間内に決定を下さない場合、申立ては認められたとみなされ、従って同意要件は放棄される。

F．親の同意なくして人工妊娠中絶を許可する決定が裁判所により認められなかった未成年者には、即座に非公開の上訴（expedited confidential appeal）をなすことができる。上訴裁判所（appellate court）は審理を開き、上訴審による審査の申し立てがなされてから、週末と休日を除き、48時間以内に決定を下すものとする。事実審、上訴のいずれにおいても妊娠中の未成年者から申立費用を徴収しない。

G．本条において親の同意又は裁判所による許可は以下の場合に求めない。

1．未成年者が診察医師に対して、未成年者の親、継父、叔父、祖父（grandparent）、兄弟、養親、法律上の後見人若しくは里親、又は当該未成年者とその母親と共に同居する者による性的行為の結果、妊娠したもので

あると確証（certificate）している場合。この場合、人工妊娠中絶の措置をとる医師は、13－2620条に従い、未成年者との性的行為を適切な法執行機関の職員に通告しなければならず、また胎児の組織のサンプルを保存し、犯罪調査に使用するために、これらの職員に送付するものとする。

2．診察医師が、誠実な診療上の判断に基づき、未成年者は死を避けるに直ちに人工妊娠中絶が必要なほど悪化した状態にある、又は人工妊娠中絶が遅れると同人の主要な身体機能に回復不可能かつ相当な被害を発生させる深刻な危険が生じる状態にあると当該未成年者の医療記録において確証している場合。

H．本条に反して人工妊娠中絶の措置をなす者は第一級軽罪（misdemeanor）の罪責を負う。注意深く分別のある者をして、本条に従うに必要な情報につき妊娠中の未成年者がなした表示が真実であると納得させるに十分な証拠に依拠したと書証により立証する者は、本条のいかなる責任も負わない。

I．本条との関係では、

1．「人工妊娠中絶（abortion）」とは、妊娠を終了させる意図を持って、器具、薬ないし薬物、又はその他の物質や装置を使用することを意味する。但し、子の誕生の可能性の向上、誕生後の子の生命若しくは健康の保持、子宮外妊娠の終了、又は死亡胎児の除去、以上を理由とするときはこの限りでない。人工妊娠中絶には、排卵、受精、又は子宮内受精卵の着床を抑制し、あるいは阻止する受胎調整（birth control）器具や避妊薬（oral contraceptives）は含まれない。

2．「胎児（fetus）」とは、受精から作り上げられた、生まれるまでの人のいかなる組織体をも意味する。

ところで、上記規定は、このまま最初からすんなりと制定されたものではない。それなりの経緯がある。というのは、アリゾナ州においても、未成年者自身の自己決定を尊重する流れを受けて、親同意法が違憲無効であるとの主張に基づき、法廷闘争が展開されたからである。その結果、何度か実際に違憲判決が下され[56]、その度にアリゾナ州議会は文言を修正し、

(56) まず初めに1989年に導入されたアリゾナ州の親同意法につき、Planned

最終的に、ようやく2002年のArizona v. Lawall判決[57]で、上記に紹介した現在の文言での規定が合憲であることが確認された。まさにこの一連の展開に、親の関与の余地を狭めようとする流れがアリゾナ州にも及んでいたことが窺える。

2．事実概要と決定内容の紹介

In re B.S.事件の事実概要と決定内容は以下の通りである。冗長となるが、ほぼ原文に忠実な形で決定内容を紹介しておく。

〈事実概要〉

2003年3月7日、妊娠8週半にあると考えた16歳の申立人少女（B.S.[58]）が、A.R.S.§26-2152(B)に従い、親の同意なくして中絶の措置を受ける許可を求め、アリゾナ州Maricopa郡にある州事実審裁判所（Superior Court）内の少年裁判所（juvenile court）に申し立てたところ、同裁判所は、同月10日に審理を開き、少女の申立てを退ける旨の決定を下した[59]。その理由は、申立人側において、

Parenthood v. Neely, 804 F. Supp. 1210 (D. Ariz. 1992) が、当時の規定上、親の同意を要するとされた「中絶に関わる医療措置」の意味が漠然である等として違憲と判示した。1996年にアリゾナ州議会は同法の文言を修正したが、更にこの1996年修正の同法についても、Planned Parenthood v. Neely, 942 F. Supp. 1578 (D. Ariz. 1996) は、司法的バイパスを「即座に（promptly)」決定する旨定める規定が明確な時間制限を示していないことから漠然故に無効等として違憲と判示した。同じ1996年修正同法は、Planned Parenthood v. Lawall, 180 F. 3d 1022 (9th Cir. 1999), amended on denial of reh'g, 193 F. 3d 1042 (9th Cir. 1999) でもやはり違憲と判示された。一連の訴訟はクラスアクションとして展開されたもので、そのことから、これらが中絶賛成派による運動の一環である可能性を窺わせる。

(57) 307 F. 3d 783 (9th Cir. 2002).

(58) 申立人は、申立てに際して架空の名前を用いることが認められている。A.R.S.§36-2152(D)。

(59) 74 P. 3d 285, 287 (Ariz. Ct. App. 2003).

同人が中絶に同意するに十分成熟している、または親の一方の同意なしに中絶をなすことが当人の最善の利益となると裁判所が決定するに必要な証拠能力ある証拠を提出していないとされたことにあった[60]——但し、同裁判所は、申立人少女が中絶に対して、説明に基づく同意をなすことができるか否か、何ら積極的な事実認定はしなかった[61]。

同月11日、少女は、再審理の申立てをしたが、その審理の冒頭において、少年裁判所の決定を不服として直ちに上訴するつもりであると述べ、この申立てを撤回し、同日中に、上訴審による審査を申し立てた。

なお、これを受けて州上訴裁判所（Superior Court）は後に紹介する通り、同月12日、原審少年裁判所の決定を維持したが、申立人少女は、その後改めて、少年裁判所に対して、親の同意なくして中絶の措置を受ける許可を求めて申し立てたところ、今度はその申立てが少年裁判所により認められるに至っている。従って、上訴裁判所は、下記の本決定を公表するのは、今後の少年裁判所その他での審理の指針を提供するためであると注記している[62]。

〈決定の内容〉

原決定維持。

Ann A. Scott Timmer 裁判官執筆。G. Murray Snow 裁判長裁判官、Jon W. Thompson 裁判官同調。

1）未成年の女性にも、成人の女性同様に、中絶をする憲法上の権利が保障されている（Planned Parenthood v. Danforth, 428 U.S. 52, 72-75 (1976); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)）。しかし、合衆国最高裁は、州が未成年者の

---

(60) Id. at 290.

(61) 州上訴裁判所は、原審少年裁判所が、どのような証拠を証拠能力なしとしたのか、又はどのような理由で申立人少女側から証拠能力ある証拠が提出されていないと判断したのか明示していないと指摘したうえ、A.R.S. § 36-2152 (F) により48時間以内に上訴審で審査するには原審の事実認定の詳細を検証できるようにしておくことが決定的に重要であると述べ、少年裁判所に対して、以後十分に、A.R.S. § 36-2152 (D) に従い、「決定を裏付ける個々の事実認定と法的判断を書面にする」よう促している。Id. at 290 n. 4.

(62) Id. at 288 n. 1.

中絶決定に親の同意を求めることも、それが親の同意に代わる司法的バイパスを用意する限り、可能であると判示してきた（Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622, 643 (1979)（「Bellotti Ⅱ判決」））。それによると、かかる司法的バイパスの手続において、未成年者は、〈1〉自らが親の願いとは無関係に、医師に相談したうえで中絶の決断を下すに十分成熟しており、かつまた十分説明を受けていること（well-informed）、又は〈2〉自らが独立して決定することができないとしても、中絶が自分にとって最善の利益になること、以上のいずれか一方を証明すれば足りるとされている。

2）Bellotti Ⅱ判決以後、アリゾナ州は、司法的バイパス手続を伴う親同意法を、その内容を改訂させながら、幾度となく立法した。現在の規定はA.R.S.§36-2152で、同条(B)項に従うと、裁判所は、未成年者が成熟性を欠くと認めた場合、又は未成年者が成熟していると主張していない場合、親、後見人又は財産管理人の同意なしに中絶の措置をとることが当該未成年者の最善の利益となるか否か決定しなければならない。そして最善の利益となると決定した場合、裁判所は中絶を許可しなければならない。

3）同法は§36-2152で定める状況の立証責任を誰が負担するか明示しなかったが、合衆国最高裁は、親の同意要件を司法的にバイパスする手続において、未成年者の成熟性と最善の利益性の争点につき州が証明を求められることはないと判示している（Ohio v. Akron Ctr. for Reprod. Health, 497 U.S. 502 (1990)（「Akron Ⅱ判決」））。従って、当裁判所は、積極的にある争点を主張する当事者がその証明責任を負うという一般準則に従う（John E. Shaffer Enter. v. City of Yuma, 904 P. 2d 1252, 1255 (Ariz. Ct. App. 1995)）。司法的バイパス手続におけるそのような者は未成年者であるから、未成年者が証明責任を負う（In re Petition of Anonymous 1,558 N.W. 2d 784, 787 (Neb. 1997) 参照〔立法による反対の明示がない限り、未成年者が司法的バイパスを求める資格のあることの証明責任を負うと判示〕）。In re Doe 4, 19 S.W. 3d 337 (Tex. 2000)〔同旨〕）。

4）親同意法は§36-2152(B)で求められる証明の基準についても明示しなかった。民事事件において典型的に採用される証明基準は「証拠の優越」(preponderance of the evidence) であるが（Rasmussen v. Fleming, 741 P. 2d 674, 691 (Ariz. 1987)）、当裁判所は、以下3つの理由から、司法的バイパ

スの事件において適当な基準は「明白かつ確信を抱くに足る証明」(clear and convincing evidence)であると判断する。

第一に、審判手続が非対審構造の性質を持つことによって、明白かつ確信を抱くに足る証明という基準が正当化される。特に未成年者が証拠提出を支配しているので、裁判所は、未成年者に十分な説明に基づいて中絶をなすとの成熟した判断を下す能力があることを争う証拠や、中絶が未成年者の最善の利益になることを争う証拠を受け入れないであろう。とすれば、司法的バイパスを単なる通過手続（a mere pass-through proceeding）にならないようにし、なおかつ裁判所が圧縮された時間的枠組みの中で熟慮した決定を最大限なしうるようにするには、未成年者は、明白かつ確信を抱くに足る証明で以て、自らに司法的バイパスを求める資格のあることを証明しなければならない（Akron Ⅱ, 497 U.S. at 516参照〔州は、「本件のように、司法的バイパス手続が未成年者の証言に反論するものがいない一方当事者のみの審尋手続（an ex parte proceeding）を予定しているときは」、明白かつ確信を抱くに足る証明を求めることができると判示〕)。

第二に、ここで提起されている争点の重大性によって、高い証明基準が正当化される。アリゾナ州最高裁は、「訴訟当事者である私人が一定額の金銭をめぐって言い争う典型的な民事紛争に見られる以上の重要性を持つ人的な利害関係」にかかわる例外的な民事事件において、より高い証明基準を適用する必要があることを認めている(Rasmussen, 741 P. 2d at 691)。従って、Rasmussen事件では、州最高裁は、同意能力の欠ける者（the incompetent person）に対する治療を続けるべきか、終了すべきか決定するため、明白かつ確信を抱くに足る証明という基準を用いた（Id.; Ruvalcaba v. Ruvalcaba, 445, 850 P. 2d 674, 683（Ariz. Ct. App. 1993）〔同意能力なき者の婚姻解消を求める後見人の申立てを判断する際に、Rasmussen判決に従い、より高い証明基準を適用〕)。司法的バイパス手続は、治療の終了と同様に、強度に人的な利害関係にかかわり、しかも中絶は、未成年者が事を進めないと選択しない限り、結果を元に戻すことはできない。以上からすれば、司法的バイパス手続は、明白かつ確信を抱くに足る証明という基準を用いることが正当化されるような例外的範疇の事柄にあてはまる（In re Petition of Anonymous 1, 558 N.W. 2d at 787参照［争点の重要性とその性質が非対審構造であることによって、明白かつ確信を

抱くに足る証明という基準を用いることが正当化されると判示〕)。

第三に、司法的バイパス手続が、親にすれば自分の未成年の娘に関して重要な判断をなすことに関与する機会に影響を与えるものであることから、高い証明の基準が正当化される。合衆国最高裁は、親が自らの子の世話、監護及び管理に基本的な自由権を持つことを認めている（Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 65-66 (2000)。Bellotti Ⅱ, 443 U.S. at 637-38も参照〔Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158, 166 (1944) を引用しながら、「我々にとって根本的なことは、子の監護、世話及び養育がまず親のところに存するということで、その親の主要な役割と自由には、子に責務を覚悟させることも含まれるが、そのようなことを州がなしたり妨げたりできるわけではない」と判示〕)。このような権利を行使しうる親の権利を侵害する手続では、高い証明基準が正当化される（Akron Ⅱ, 497 U.S. at 517-18参照〔「明白かつ確信を抱くに足る証明という基準により、間違いなく裁判官は、親への通知なくして、中絶に対する未成年者の同意だけで良いかどうか判断する際に特に注意することになろう」と指摘〕)。

5）以上の原則を念頭に、以下、申立人の主張するように、原審少年裁判所が§36-2152（B）の適用に誤りがあるか否か、検討することにしよう。申立人は、二つの点で同裁判所に誤りがあると主張する。〈A〉第一に、申立人は、少年裁判所が、申立人少女側において証拠能力のある証明を以て、説明に基づいて同意するに十分成熟しているとは立証していないと判断したことに異議を述べている――「最善の利益」性については争っていない。〈B〉第二に、申立人は、同裁判所が、申立人少女側においてまず最初に母親の同意を得ようとしたか否かを、不適当にも中絶の許可を与える条件としたと論じている。

〈A〉第一の主張について。

6）合衆国最高裁は、Bellotti Ⅱ判決において、未成年者が中絶のために親の同意をバイパスするに有していなければならない「成熟性」とはどのような属性を言うのか明確には定義しなかった（443 U.S. at 643-44 n. 23.〔成熟性は「決定するばかりか、定義も困難である」と指摘〕)。しかし、合衆国最高裁は、「未成年者は、その選択肢が害をもたらしうるものであると認識してこれを回避するための経験、視野、そして判断力をしばしば欠いている」と述べ、成熟性を判断する際の指針を提供した（Id. at 635)。このような合衆国最高裁の判示に照らすと、当裁判所は、未成年者の成熟性が、その経験、視野及び判断力を検

討することにより、測りうるものであるとした他の裁判所の判断に賛成する(H-- B-- v. Wilkinson, 639 F. Supp. 952, 953-54 (D. Utah 1986) ; In re Petition of Anonymous 1, 558 N.W. 2d at 787-88)。

「経験」については、それは未成年者にこれまで生じたことの全てを意味するのであるから、未成年者の経験の程度を評価するに、裁判所は、当該未成年者の年齢や、社会で働いた経験、実家から離れて生活したことがあるか、一人で旅行したことがあるか、個人の資金ぐりをこなしたことがあるか、その他重要な決断を下したことがあるか等の事柄を考慮しうる（H-- B--, 639 F. Supp. at 954参照)。

「視野」については、中絶の決断を下す文脈では、それは、とりうる選択肢それぞれの考えられ得る結果だけでなく、その相対的な事の重大性とありうべき損害を伴う影響とを未成年者が見定めつつ理解する能力を指すところ（Id.)、裁判所が未成年者の視野の有無を判断するにあたっては、当該未成年者の種々の選択肢を追求した経緯、及び選択肢それぞれの考え得る結果を検討して比較衡量した程度を考慮しうる。

そして「判断力」については、それは、未成年者に親又は後見人の同意なくして中絶を決断する知的及び精神的能力あることを意味するのであるから、これを評価するに、裁判所は、妊娠を知ってからの未成年者の行動や、未成年者に選択肢を理解したうえで説明に基づいて決断する知的能力があるか否かを考慮しうる（Id.〔ストレスや、他の選択肢を知らないといった要素が適切な判断を下す障害物であると指摘〕；In re Doe 4, 19 S.W. 3d at 339〔成熟性を決定する際に考慮すべき一つの要素として、未成年者の決断が注意深く検討したうえでのものでなく、衝動的になしたものか否かという点があることを指摘)〕。

7）これらの指針を念頭に、当裁判所は、少年裁判所が申立人少女側から成熟性についての証拠能力ある証拠が提出されていないと判断したことを検討する。申立人少女、彼女のボーイフレンド及び弁護士の同席した少年裁判所での審理で、申立人は中・西部アリゾナ計画出産協会（Planned Parenthood of Central and Northern Arizona[63]）の提供した二種類の書式に記入したものを証拠と

(63)「Planned Parenthood」については、そのホームページである http://www.plannedparenthood.org/pp2/portal/参照。

して提出した。一つは、「カウンセラー／診察医による証明書—成熟性の判断」と題した書式で、カウンセラー実習生（intern）が申立人少女が少年裁判所に申し立てる3日前にカウンセリングしたことを記している。その書式の印刷済みの文言によると、当該実習生は、「妊娠、親になること、養子縁組、又は中絶に関して女性の有する選択肢」のとりうる可能性（availability）とそれぞれの「賛否」(pros and cons) について、申立人少女と議論し、更に「中絶の様々な種類の医療措置に伴うリスク」を話したことになっている。またその書式の末尾には、「申立人少女が、とりうる選択肢と関連要因を合理的かつ徹底的に分析したうえ、自己の最善の利益となるように自身で判断するに十分成熟している」との一文にカウンセラー実習生の署名がしてある。

もう一つの計画出産協会の書式には、大文字で「親の同意に関わる情報」と書かれているが、これは、申立人少女に関する人物情報のチェックリストとなっている。その書式によると、申立人は、①裁判所の決定に代えて親の同意を得ること、②中絶及びそれに代わる選択肢、③中絶と中絶しないことそれぞれの医療上及び身体上のリスク、④中絶すること、または中絶しないで子を育てたり養子に出したりすることにより、自身と他人に生じうる結果、以上4点に関してやはり「カウンセラーその他の者から助言を受けた」ことになっている。また当該書式によると、上記証明書に署名したカウンセラー実習生がチェックリスト上の情報も認証したことになっている。

しかし、当裁判所は、これら計画出産協会の書式が結論だけを示したものであって、申立人少女の成熟性の程度に関するカウンセラー実習生の意見の根拠を何ら示すものではないと原審少年裁判所が判断したことに賛成する。いずれの書式も、申立人がカウンセラー実習生と面談した時間の長さも述べていないし、会話の具体的なやりとりも記していない。申立人自身、この点の詳細を法廷では証言しなかった。他に書証や証言がなければ、これらの書式から、未成年者に自らの有する選択肢を見定めて理解したり、自身の決断に伴うあり得るリスクと結果を見定めて理解したりする能力があるか否か同裁判所が評価することは不可能であった。

8）申立人少女は、その主張では、高校の教師からのものという、手書きで二行の手紙も少年裁判所に証拠提出した。その手紙では、申立人がクラスでは優れた生徒で、その教師の知るところでは、これまで学校で懲戒処分を受けたこと

がないと述べるものである。同裁判所が審理で指摘したように、その手紙には申立人少女の高校教師により書かれたものであることを示すものは何もないし、またそれは学校又は個人のレターヘッドに書かれたものではなく、文書作成時の立会人がいるわけでもない。従って、少年裁判所はその真正さを判断することはできなかったわけである。しかもその手紙は、申立人の知性をある程度証明するものではあるが、それ自体、申立人が説明に基づく同意をなすに十分成熟していると立証するものではない。

9）申立人の提出した他の証拠も同様に不十分である。申立人は、自分が妊娠したことは妊娠検査テストを通じて確認したが、未だ医師による検査を受けていないと少年裁判所に申し立てた。記録上、申立人少女と面談したカンセラー実習生が、どのような選択肢であれ、それに関連する医学的リスクについて申立人と十分に議論しうるほどの知識を持っていたか否かは明らかでない。従って、同裁判所にすれば、申立人が妊娠と中絶の両方の結果とリスクに関する正確な医学的情報を受け取り、それを理解していたか否かは知り得なかったわけである。かかる情報がなければ、申立人少女は、中絶に対して説明に基づいて同意をなすに十分な視野を持った者ではない。

10）申立人側弁護士は、申立人少女が自らのとりうる選択肢について「資料（material）」を読んだとも少年裁判所に申し立てた。しかし、弁護士も申立人自身もこれらの資料がどのようなものか説明していなかったし、申立人がその資料を理解していたとも述べていなかった。申立人側弁護士は申立人から証言を引き出しもしなかったし、その他の証拠も提出しなかった(64)。

11）原審少年裁判所の審尋に答えて、申立人は、子供を育てる余裕がなく、自分のせいで子に苦しい生活を送らせたくないから中絶を望んだと説明した。申

---

(64) 州上訴裁判所は、申立人少女の成熟性の程度を決定するための意味ある対話を少年裁判所はしなかったと申立人側弁護士が非難したことにつき、前述の通り、申立人である未成年者が A.R.S. § 36-2152(B) の立証責任を負うので、現に本件でも申立人側弁護士が申立人少女の成熟性の程度を証明する追加証拠を少年裁判所に提出し得たであろうにと主張する如く、将来の手続きでは、申立人側弁護士のほうでむしろ、未成年者から証言を引き出し、又は未成年者に司法的バイパスの決定を得る資格があることを証明するために存在するいかなる追加証拠をも提出すべきであると述べている。74 P. 3d at 292 n. 5.

立人はまた、自分の両親に中絶に同意してくれるよう頼んでいない理由を述べた。この証言は成熟性の判断に関連するもので（後掲14）参照)、なおかつ証拠能力もあるが、当裁判所は、それが申立人につき説明に基づいた同意をなすに十分成熟していることを証明したものとは言えないと考える。なぜなら、これらの点に関する質疑がわずか一分程度しか続かず、しかも原審少年裁判所は、このやりとりの間に、申立人の表情と信用性を判断し、成熟性の争点に関する彼女の答弁の影響力を見定める最良の立場にいたからである。そして、申立人の陳述が、自らのとりうる選択肢と中絶に関連するリスクを理解して検討したのか否かに関わるものでなかったこともその理由である。

12）要するに、少年裁判所が、申立人側において同人が中絶に対して説明に基づく同意をなすに十分成熟していると証拠能力ある証拠を提出していないと判断したことは合理的な証拠により支持されることから、この判断が誤りであることが明白であるとは言えない。

〈B〉第二の主張について。

13）原審少年裁判所は、審理終結時に、申立人が自身の妊娠について親又は後見人に相談したがらなかったことを以て成熟性を欠く証拠であると述べた。同裁判所は不適切にも、成熟性の判断を、中絶のために母親の同意を申立人が求めたか否かにかからしめており、同裁判所に誤りがあると申立人は論じている。

A.R.S.§36-2152が未成年者に対して、司法的バイパスの決定を申し立てる前に中絶の決断につき、親又は後見人に相談することを要求していないことを申立人は適切にも指摘している。同裁判所は、未成年者が、親又は後見人から独立して、中絶に対して、説明に基づく同意をなすに十分成熟しているか否かを判断するかのように装って、かかる条件を付加することはできない（Cohen v. State, 588 P. 2d 299, 302（Ariz. 1978）〔裁判所は司法解釈によって特定の結果を立法することを回避すべきである」と判示〕; State ex rel. Lassen v. Harpham, 410 P. 2d 100, 109（Ariz. 1966）〔裁判所が制定法に規定を加えることで「司法上立法する」ことはできないと指摘〕)。しかしながら、同裁判所は未成年者の成熟性を評価するにあたり、どのような経緯で当該未成年者が中絶すると決断を下すに至ったかを考慮することは妨げられない。

少年裁判所は、親に相談することが、親の同意要件を司法的にバイパスする条件とは考えていないと審理中に明示的に述べていた。申立人が後に撤回した

ものの、再審理の申し立てをした翌日に開かれた審理で、同裁判所はこのような立場を繰り返し述べた。しかし成熟性の判断に際して、同裁判所は、未成年者が親又は後見人に相談しないと判断したことを考慮しうると信じると表明した。当裁判所はここに取消すべき誤りがあるとは考えていない。

14）裁判所は、未成年者が中絶のために親の同意を司法的にバイパスするに十分成熟しているか否か判断する際に、中絶措置を受けるという決断も含め、重大な決定を未成年者が下す方法を考慮することは適切である（H-- B--, 639 F. Supp. at 954参照）。そのような考慮には、未成年者が親に通知せずに決断した経緯と理由も含まれうる。親の関与を保障するか否かの決断に至るまでの未成年者のとったアプローチから、重要な判断を下す方法が成熟しているものか、あるいは未熟なものかが、明らかになる。

申立人が母親に相談しない理由が同人の未成熟性を証明すると指摘したことで、原審少年裁判所に誤りがあるか否か、当裁判所は判断する必要がない。同裁判所は、かかる評価をその判断の基礎にはしていなかったからである。むしろ同裁判所が申立人の申立てを退けたのは、証拠能力ある証拠が不十分であると考えたからであった。合理的な証拠により、かかる判断は支持されるから、少年裁判所の決定に誤りがあることが明白であるわけではなく、従って当裁判所は原決定を維持する。

15）以上の理由により、当裁判所は、A.R.S.§36-2152に従い司法的バイパスの決定を求める妊娠中の少女が、自らに司法的バイパスを求める資格があることを、明白かつ確信を抱くに足る証明を以て、証明する責任があると判断する。原審少年裁判所が本件において申立人はその証明責任を果たしていないと判断したことは合理的な証拠により支持される。当裁判所は原決定を維持する。

Ⅲ．検　　討

1．本決定の位置づけ

本決定のポイントは、決定の４）で示された通り、司法的バイパス手続

でA.R.S.§36-2152(B)の求める証明、すなわち〈1〉未成年者の成熟性又は〈2〉子の最善の利益性の証明の程度につき、民事事件において一般的な「証拠の優越」基準ではなく、より高度な「明白かつ確信を抱くに足る証明」基準によるとしたことにある。近年、一般的に司法的バイパス手続が形骸化し、〈1〉〈2〉の証明が事実上無条件化する傾向にあることを踏まえると、本決定は、より高度な証明基準を求めることで同手続のハードルを高め、かかる近時の流れに背を向けようとしたものであるように思われる。事実、本決定に対して、「この［明白かつ確信を抱くに足る証明という基準の］要件は、例えばマサチューセッツ州のように証明がほとんど又は全く求められない他州の実務とは好対照をなす」(65)との指摘がなされている。

ところで、司法的バイパス手続で求められる〈1〉〈2〉の証明がより高度な「明白かつ確信を抱くに足る証明」基準によると判示したのは、本決定が全く初めてというわけではない。決定の4）で引用されるように、合衆国最高裁は⑦AkronII判決で、司法的バイパス手続が一方当事者のみの審尋手続（an ex parte proceeding）であることを理由に「明白かつ確信を抱くに足る証明」基準によることの合理性を説き(66)、更にこれを踏襲したネブラスカ州最高裁がIn re Petition of Anonymous事件において同旨判断を示していた(67)。しかし、そのいずれも、法令上それぞれ――前者はオハイオ州、後者はネブラスカ州の親同意法において――「明白かつ確信を抱くに足る証明」基準によるとの規定があったケースで、本件のように、証明基準が明示的に規定されていない場合について判断したものではなかった。そのような場合には、かえって、規定がない以上は民事事件で一般的な「証拠の優越」基準によるとする判決例のほうが多いように思われる――例えば、アラバマ州民事上訴裁はIn the matter of Anonymous事

(65) Recent Case, supra note 32, at 2785.

(66) 497 U.S. at 516. See also In re Complaint of Jane Doe, 731 N.E. 2d 751 (Ohio Ct. App. 1999).

(67) 570 N.W. 2d 836 (Neb. 1997).

件で、原審が明文規定もないのに「明白かつ確信を抱くに足る証明」基準に依拠したのは不当であるとし[68]、またテキサス州最高裁もIn re Doe事件で、仮に明文規定なしに「明白かつ確信を抱くに足る証明」基準によるとするならば裁判所が実質的に立法活動したことになると批判し、「証拠の優越」基準に依拠すべきであるとの判断を下している[69][70]。無論、〈1〉〈2〉の証明につき、より証明の程度が低い「証拠の優越」基準で足りるとしたこれらの判断は、司法的バイパス手続における近年の形骸化傾向の実態に適合的なものである。こうした状況の中で、本決定は、明文規定がないにもかかわらず、あえて、より高度な「明白かつ確信を抱くに足る証明」基準の採用を打ち出した。本決定の特色はここにある。

このような本決定は、既に紹介したように「単なる通過手続（a mere pass-through proceeding）」「単なるゴム判」等と揶揄される司法的バイパス手続の形骸化した運用実態を立て直そうと明確に意図しているものと解される。本決定自体、決定の4）で明示的に、「司法的バイパスを単なる通過手続（a mere pass-through proceeding）にならないように」する必要上、より高度な証明基準の採用が求められると説明しているので、この点は明らかであろう。また、決定の6）で、成熟性の内容を、経験、視野、及び判断力という三点から定義づけし、決定の7）から12）に表れている通り、これに従って厳格に成熟性判断をなそうとする姿勢を見せるのも、〈1〉成熟性判断が実質的に無条件化している近年の流れに抵抗する動きの表れと言ってよい。元々1979年の③Bellotti Ⅱ判決は、中絶につき、親権との兼ね合いで、未成年者自身の自己決定権を尊重するには、〈1〉〈2〉

---

(68) 655 So. 2d 1052, 1054 (Ala. Civ. App. 1995).

(69) 19 S.W. 3d 346, 350-351 (Tex. 2000).

(70) なお、In the matter of Petition of Doe, 866 P. 2d 1069 (Kan. Ct. App. 1994) でも「明白かつ確信を抱くに足る証明」基準が採用されているが、これは、争点となったカンザス州の親同意法において明文規定で以て同基準が要求されているケースである。

の証明という条件を付けていた。その後の運用で、〈1〉〈2〉の証明が事実上無条件化し、専ら未成年者の自己決定権の尊重へと流れが傾いている状況下で、本決定は、この流れを食い止め、改めて親子間の権利調整のバランスを回復することを狙ったものであろう。

本決定のかかる判断に対しては、これを歓迎し、肯定的に受け止める論者もいる(71)。司法的バイパス手続は、子のケア、監護、及び監督に関して決定権を有する親にしてみると、手続的にはその告知聴聞なしに、その権利が実体的に否定されるという意味で、二重の意味で権利侵害となりうるので、手続のハードルを高めこの権利侵害を軽減することは妥当であるというのである(72)。そしてそのような論者によると、仮により高度な「明白かつ確信を抱くに足る証明」基準を採用しても、不当な負担基準を採用した⑧Casey判決の下、その証明要件が「特段に厳しいものではない」と理解される(73)。その証拠に、現に本件でも、既に紹介の通り、申立人少女B.S.が本決定後に改めて少年裁判所に司法的バイパスを改めて申し立てたところ、それが認められていることが指摘される(74)。より高度な証明基準の採用により、未成年者の理性を深く探るように促され、裁判所は今以上に質問をして、結果として司法的バイパス手続の審理が充実するだけであり、実際に「不当な負担」を未成年者に課すことにはつながらないと考えられているようである(75)。

しかし、このような見方は、司法的バイパス手続による未成年者に対するカウンセリング機能の強化に共感する点は理解しうるが、現実に与える

---

(71) Recent Case, supra note 32.

(72) Id. at 2788. 司法的バイパス手続の告知聴聞が親にはなされないことを認めたものとして、In re Moe, 498 N.E. 2d 1358 (Mass. App. Ct. 1986); In re Doe, 565 N.E. 2d 891 (Ohio C.P. 1990); In re Jane Doe 1, 19 S. W. 3d 249 (Tex. 2000).

(73) Id. at 2787.

(74) Ibid. n. 19, citing In re B.S., 74 P. 3d at 288 n. 1.

(75) Ibid.

本決定の影響について、やや楽観的に過ぎるように思われる。前述のように、本決定には、司法的バイパス手続の形骸化傾向を食い止め、これを巻き戻そうとの意図が認められる。親権と未成年者の自己決定権との権利衝突の狭間で、実態が専ら後者尊重へと流れていることに強く反発して、「揺り戻し」の動きを仕掛けているとすれば、現実に本決定後もこれまでと全く同程度に、未成年者の自己決定権が尊重されることになるとは限らない。その意味で、本件で争点となった司法的バイパス手続において求められる〈1〉〈2〉の証明の程度は、③Bellotti Ⅱ判決に始まる同手続の今日に至る運用の積み重ねを前にすると、これと全く無関係に判断しうる問題というより、その形骸化ないし無条件化の流れをどう受け止めるかが問われている問題であるとも言える。

2．〈出産〉場面とのバランス

ところで、本稿は、未成年者による中絶に対して、親が親権者としていかに関与しうるのか、あるいは関与すべきなのかを明らかにすることを目的とするもので、直接には、子が中絶を望み親がこれに反対する〈中絶〉場面を念頭に置いている。しかし、未成年者が妊娠した場合の親子間の意見対立は、子の中絶に限らず、出産においても生じうる。すなわち、子が出産を望み親がこれに反対する〈出産〉場面でも、親権との兼ね合いの中で、どこまで未成年者自身の自己決定権を尊重するか、同様に問題になるのである。

〈中絶〉場面に限らず、この〈出産〉場面にまで最初に目配りをしたのは山田卓生教授である。山田教授は、〈中絶〉場面につき、「[親の関与を求める制定法がない] 我が国においては、生むか生まぬかについては、子に完全に決定しうる態勢になっているともいえる」としたうえで、〈出産〉場面についても、「親に妊娠を気づかれた [とき]、親は中絶せよというのに対し、子は断じて生みたいという場合……、親からいえば、未婚

で、未成年の子が子を持つというのはとんでもないことのように考えられるであろう。しかし、子からいえば、如何なる苦労や不利益があろうとも、何とか生み育てたいと考える場合、子の決定を尊重することはできないであろうか」(76)と問題提起し、両場面ともに、未成年者自身の自己決定権が尊重される方向での解決に理解を示した。その後、樋口範雄教授がこの問題を取り上げた際に、「アメリカでの訴訟の現われ方をみると、未成年者が自分だけで妊娠中絶手術を受けようとする場合に、親の同意または親への通知を要件とすることがその自主的判断への容喙を認めることになり問題だというのであるから、そこでは主として子どもが中絶しようとするのに親が反対するという構図が想定されている。もちろん、未成年者のプライヴァシー＝自己決定権という場合、その逆に子どもは生むといい親が中絶せよという場面でも、問題の論じられ方は同一であろう」(77)と述べ、〈中絶〉〈出産〉両場面の「問題の同一性」が明確に指摘されるに至った。

もっとも、樋口教授は続けて、「前者の［〈中絶〉場面の訴訟の］ような現われ方をしている点自体注目してよいかもしれない」(78)と言及し、後者の〈出産〉場面の問題が少なくともアメリカでは顕在化していないことから、この点のアメリカ法の対応はそれ以上具体的に探求されないまま終わっている。親権との兼ね合いの中で、どこまで未成年者自身の自己決定権を尊重するかという問題に関して、確かにアメリカでは、樋口教授の指摘の通り、〈中絶〉場面の議論ばかりで、〈出産〉場面の議論はほとんど見られない――アメリカ法に示唆を受けた我が国の先行研究の多くが〈出産〉場面を視野に入れていないのはそのためであろう。しかしそれでも、数は極めて少ないが、例えば、以下のケースがある。

まず1972年のIn　re　Smith事件である(79)。同事件でメリーランド州特

(76) 山田・前掲注（5）22頁。
(77) 樋口・前掲注（6）178頁。
(78) 樋口・前掲注（6）178頁（但し、［　］内は三枝）。
(79) 295 A. 2d 238 (Md. 1972).

別上訴裁判所は、出産を希望する16歳の少女の母親が、子は親の監護に従うものであるから、親の希望通り当該少女に中絶が実施されるべきであると申し立てたところ、原審の判断を覆し、母親からの申立てを退けた。更に1981年のIn re Mary P. 事件[80]でも、ニューヨーク州家庭裁判所はやはり、出産を希望する15歳半の少女の母親が、子は親の監護の支配にあることを理由に中絶の強行を申し立てところ、かかる申立てを退けた。これらのケースは、出産につき、(i)当該未成年者の成熟性に関わりなく、子自身の自己決定権が常に優先すると判示したものか、あるいは、(ii)当該未成年者の成熟性を認めた故に、子自身の自己決定権が優先すると判示したものか、一応、二つの理解が可能であるが、In re Smith事件はともかく、In re Mary P. 事件は、(ii)の立場に依拠しているように見える。というのは、同事件の決定は「[少女] が出産するか否か十分な説明に基づいて判断するに足る成熟性を欠いているとの申し立てはない」[81]（傍点三枝）ことに簡単に触れたうえで、中絶場面を扱った②Danforth判決を引用しながら、「[少女の母親] は、出産するとの子の決定に対して親としての絶対的な拒否権（veto）を持つことを前提にしている。……［しかし］親は、州の裁判制度を活用して、出産するという娘の基本的な権利に包括的な拒否権（veto）を行使したり押しつけたりすることはできない」[82]と述べているからである。仮に(ii)の立場に依拠しているなら、〈出産〉場面でも、〈中絶〉場面と同様の枠組み、すなわち〈1〉未成年者の成熟性又は〈2〉子の最善の利益性の証明があれば、親の反対を押し切って未成年者自身の希望通りに出産しうるとの枠組みが、この問題をも規定していることになろう。そして、In re Smith事件でもIn re Mary P. 事件でも問題の少女は16歳前後で、いずれにおいてもその成熟性が否定されることなく、こ

(80) 444 N.Y.S. 2d 545 (1981).
(81) Id. at 546.
(82) Id. at 547.

れが争点として詳しく言及されなかったのは、むしろ具体的な事案との関係で、成熟性が当然視されていたからでもありうることを考えると、未成年者の自己決定権を尊重する条件としての〈1〉の証明は、ここでも、事実上無条件化していると受け止め得る。他方(i)の立場に依拠しているなら、そもそも未成年者の自己決定権は当初より完全に無条件に尊重されていることになる。従って、(ii)の立場であっても、また(i)の立場であればなお更、出産場面において、やはり親権より、未成年者の自己決定権が尊重され、親の反対にかかわらず、子は自らの決定を貫くことが認められていると解される。無論、わずか2件のケースからアメリカ法の対応を断定することは慎重でなければならないが、しかしそもそも出産場面に関する訴訟がこれほどまでに少ないことに関して、「この種の公表裁判例が少数であるのは、おそらく、ひと度少女が拒絶すれば、医師はいかなる事情の下でも、たとえ裁判所の命令がある場合にせよ、中絶措置の実施を拒否するであろうし、親も裁判所に訴えようとはしないからであると説明されよう。更に、このような状況で親勝訴の判断を下す裁判所はないであろうし、拒否の姿勢を見せる未成年者に対して、親の要望を受けて中絶措置を行うことにした医師は、不法な身体的接触（assault and battery）を理由に訴訟を起こされる極めて高いリスクを冒すことになるからでもあろう」[83]（傍点三枝）と指摘されている。〈出産〉場面で、子の意思に反してその者に中絶措置をすることに強い抵抗感を覚えるであろうことは、前述のように〈中絶〉場面で、子の意思に反してその者に中絶措置をしないことに強い抵抗感を覚えるであろうことと同じ理である――より厳密に言えば、〈出産〉場面のほうが中絶措置という作為を伴う分だけ、医師であれ裁判官であれ、より強く抵抗感を抱くであろう。〈出産〉場面にあっては、〈中絶〉場面と異なり、そもそも親同意法・親通知法のようなものを制定している州はなく[84]、

(83) 3 Treatise on Health Care Law, supra note 47, §19. 06 [3] [d].

(84) Emily Buss, The Parental Rights of Minors, 48 Buffalo L. Rev. 785, 792 (2000).

既に当初から――骨抜きにする法律自体ないので司法的バイパス手続の形骸化ないし無条件化という運用を経るまでもなく――未成年者の自己決定権を尊重することが、より一層自明な方向として定まっていたとも言える[85]。

先に見たように、樋口教授は、〈出産〉〈中絶〉の両場面が、親子の権利調整という点で「問題の論じられ方は同一」であることを指摘していた。そうすると、別異に扱う積極的な理由がない限り、両者はパラレルに考えて然るべきである。表の〈出産〉場面で未成年者の自己決定権の尊重が強いのであれば、裏の〈中絶〉場面でも同じように、まさに司法的バイパス手続の近年の運用傾向に表れている如く、いずれの場面でも自己決定権の

(85) なお、〈出産〉場面を扱った判決例は、In re Smith 事件と In re Mary P. 事件の他に、関連するものとして次のようなものがある。すなわち、16歳の少女が、その同意を得ないまま、しかし親の同意は得たうえで中絶措置を行った医師に対して（むしろ実態は、親が子に知らせないまま中絶措置をするように医師に依頼）、その事実を知った中絶16年後に損害賠償を求めた訴訟で、本件中絶が行われた1974年当時、③Bellotii Ⅱ判決も出ておらず、また医師の居住するテキサス州には親同意法も制定されていなかったうえ、かえって家族法典で未成年者は中絶以外の医療について承諾する能力を持つと規定されていたことに鑑み、その当時の未成年者には中絶するかしないかを決定する自己決定権がなかったとして、損害賠償請求は認められないと判示したものである（Powers v. Floyd, 904 S.W. 2d 713 (Tex. 1995)）。同判決は、当時の法に基づく判断であることを強調しているので、今日の法では、同じ状況下、少なくとも成熟した未成年者からは損害賠償請求を認める余地があることが窺える（但し判決文には、反対の趣旨に読める記述もある。Cf. id. at 716）。逆に同判決は、子の中絶につき親に決定する権利があることを前提に、他ならぬ親に相談し、その承諾を得ることが当時の医師に求められると強調しており（Id. at 717-718）、議論はありうるが、今日でも、少なくとも未成熟な未成年者による中絶につき、医師が親へ通知しないときは、親に親権の侵害を理由とした損害賠償請求が認められる理論的な可能性はあるように思われる――但し、ここで述べたような、子からの、あるいは親からの医師に対する損害賠償請求は、現在は、司法的バイパス手続が整備されているので、その決定に医師が従っている限り、生じることはないであろう。後掲注（92）及びその本文参照。

尊重の流れがあるべき姿ということになる。その意味で、本決定は、未成年者自身の自己決定尊重の流れの反動で、より親権に配慮すべく揺り戻しを意図したものではあろうが、かかる動きは、本来の目指すべき方向に背を向けた異端の流れで、果たしてこれから勢いが増すことになるのか疑問である。結局、〈中絶〉〈出産〉の両場面に関わる判決例のこれまでの流れからすると、未成年者が妊娠した場合、いずれにせよ、産むか産まないかは、最終的に未成年者自身が決めざるを得ないというのが、現実のアメリカ法の対応の背後にある基本的な考え方であるように思われる。

3．親子の権利調整の求められるべきあり方～我が国への示唆

それでは、本件 In re B.S. 事件のもたらした「新たな」動きも含め、以上のアメリカ法の検討を踏まえて、未成年者による中絶に対して、親が親権者としていかに関与しうるのか、あるいは関与すべきなのかという問いに、我が国としてはどのような答えを用意したら良いであろうか。

一つ確実に言えるのは、アメリカ法に見られる司法的バイパス手続の制度を導入しても、それだけで問題解決が図られるわけではないということである。同制度は、親の関与が必要であるとの本則を削ぎ落とす「条件」として、〈1〉未成年者の成熟性又は〈2〉子の最善の利益性の証明を要求し、その条件が満たされる限りで未成年者自身の自己決定権を尊重するとの図式を打ち出し、親権と未成年者の自己決定権のバランスを図ろうとした。しかし、一方では、その運用により、同手続が形骸化し、〈1〉〈2〉の証明という条件が事実上無条件化することで、より子の自己決定権を尊重しようという流れが生じ、他方では、本決定のように、この流れに反発して、要求する〈1〉の証明の程度を高めて同手続のハードルを上げ、より親権に配慮しようという動きも現れている。このことは、たとえどのような制度を導入しても、依然として親子の権利衝突という問題は残るわけで、これをいかに調整するか、やはり常に最終的に問われることを意味している。

従って、制度導入だけで問題解決が図られるというのは幻想であると言ってよい。

〈中絶〉場面における親子間の対立について、アメリカでは、今日の司法的バイパス手続の運用の実態から明らかな通り、一般には、子自身の権利の尊重に重きを置く立場が大勢を占めている。このことは、〈出産〉場面においても、同様に子自身の権利の尊重にアメリカ法の対応が傾いていることに鑑みると、より一層裏付けを持つものであろう。しかし、だからといって、中絶の決定を完全に無条件で未成年者の自己決定権に委ねるという立場にまで突き進むものは、カリフォルニア州最高裁のLungren判決を別にして、決して多いわけではない。司法的バイパス手続に対しては、それが生まれた③Bellotti Ⅱ判決以来、常に、未成年者の自己決定に対する不当な制限であるとの批判を受けながら、むしろ多くの州では、制度それ自体の存続が図られてきた。例えば、マサチューセッツ州最高裁は、前述の通り、Planned Parenthood League判決において、「中絶をするとの自らの決定に裁判所の許可を求めるほとんど全ての未成年者がかかる許可を得ているという事実は、親の同意に代わる司法的バイパスが不必要又は不合理であることを意味するものではない」と述べて、形骸化した同手続の存在意義を、まさに形骸化したまま――すなわち、本決定のようにあえて〈1〉の証明の程度を上げて司法的バイパス手続の運用を厳格化することでその存在意義を確保しようとすることなしに――認めている。形骸化している司法的バイパス手続の存在それ自体に積極的な価値があり、カリフォルニア州最高裁のLungren判決のように同手続の完全な廃止までしてしまうと、そのような価値が失われるというのである。同判決でマサチューセッツ州最高裁は、既に紹介の通り、続けて以下のように述べている。すなわち、「少なくとも、裁判所による許可は、中絶の選択が自由意思に基づいて熟慮されたものであることを確実ならしめるのに役立つ。裁判手続を避けるために親の同意を求めることを選ぶ未成年者がどれほどいるかは我々は知る術がないが、疑いないのは、［司法的バイパス手続の伴う親

同意法］が未成年者に家庭内のサポートを求めるよう、命じはしないが、促すことになる、ということである。このことは州が利害関係を持つに値する。もっとも、当初中絶すると決めたものの親に相談した後でその決心を変えた少女がどれだけいるか、やはり我々は知ることはないであろう」と。このことから、同最高裁は、司法的バイパスの事実上の無条件化という現実を前に、それが事実上のものであるにとどまり、法制度としてはなお司法的バイパス手続が存続することで、中絶を巡る親子の話し合いの契機となる可能性があることを認め、そこに肯定的な評価を寄せているものと言えよう。

このように結果として親子の話し合いを促す効果のあることに司法的バイパス手続の存在意義を認めると、親通知法に関心が向く。親通知法は、未成年者による中絶には親への通知を要件とするが、その最終決定権は未成年者自身に留保しており、親同意法と異なり、親が子の中絶に対して絶対的な拒否権を持つわけではない。子が中絶すると最終的に自身で決定する前に、子の利益となるように行動する親との話し合いの機会を設けることで親の関与を実現させようと企図されているにすぎない。確かに、かかる親通知法に対しては、それが究極的には話し合いの末に親から子はサポートを受けられる——例えば、親子で中絶することに意見が一致すれば、中絶前に、親が子に措置を受ける病院の選定等につき助言したり、あるいは中絶後に、親が子を精神的に引き続き支える等——といった非現実的な前提に立つものとの批判がある。すなわち、実際に親との話し合いの末にもたらされるのは、むしろ多くの場合は親子間の対立の激化で、サポートどころか、子は、かえって親から強い圧力を受けて、結局、自らの望む中絶措置を断念させられる事態を招くものであるとして、決定権を子に留保する親通知法にさえ、未成年者の自己決定権に対する制限という観点から、なお批判がなされている[86]。しかし一般的な理解では、⑥Hodgson 判決

(86) See North Florida Women's Health & Counseling Servs. v. State, 866

と⑦Akron Ⅱ判決により、親通知法も、親同意法と同じく、司法的バイパス手続が伴われる限りで合憲との判断が下されており[87]、〈1〉未成年者の成熟性又は〈2〉子の最善の利益性の証明を条件に、同手続の利用を経て親への通知なしに未成年者自身で中絶を決定する途は確保されている。しかも、司法的バイパス手続が形骸化し、〈1〉の証明が事実上無条件化している実務上の傾向を考えると、その無条件化した〈1〉の証明さえクリアーできず、現実に親への通知が要件とされるのは、明らかに未成熟な未成年者の場合に限られよう。そうであれば、親同意法により、親権への配慮との関係で、未成年者自身の自己決定権の尊重が不十分にしか図られていないとは必ずしも言えまい。事実上無条件化した〈1〉の証明さえ満たさないような、明らかに未成熟な未成年者（例えば、身体的に早熟な10～13歳前後の少女――なお、〈1〉の証明を緩め過ぎて、判断能力の著しく不足する極端に低年齢の未成年者にまで成熟性を認めると、中絶に伴うリスク等をそのような未成年者に単独で見定めるよう求めることになるから、〈1〉の証明という条件の事実上の無条件化にもやはり限度はあろう）については、同人はまさに親の監護を必要とするもので、親への通知を要件することで親子の話し合いの機会を持つことを促し、より親権に配慮することはむしろかえって積極的に要請されて然るべきである[88]。

So. 2d 612, 632 (Fla. 2003) ; Planned Parenthood of Central New Jersy. v. Farmer, 762 A. 2d 620, 631-638 (N.J. 2000). これらはいずれも、既に前掲注（54）で紹介した通り、親通知法さえ――しかもそれが司法的バイパス手続を伴うものでも――違憲と判示したものである。

(87) 前掲注（23）及びその本文参照。

(88) なお、このように親と子の話し合いの重要性に照らし、成熟した未成年者も含め、全ての未成年者による中絶の場合まで親へ通知することを求める見解もあるが（Collett, supra note 23, at 123)、アメリカでは未成年者の自己決定権に対する過剰な規制であるとして、支持は集まっていない。See Richard F. Storrow & Sandra Martinez, "Special Weight" For Best-Interests Minors in the New Era of Parental Autonomy, 2003 Wis. L. Rev. 789, 799. 他方、親の同意はもちろん、親への通知さえ常に不要とする

こうして見ると、アメリカ法の検討からは、未成年者による中絶に関して子の自己決定権をより尊重する流れにあることに鑑み、中絶の最終決定権は、成熟していると否とにかかわらず、他ならぬ未成年者自身に委ねるべき――その意味で、親同意法は否定されるべき――ものであると考えるが、しかし、いかなる未成年者も常に無条件に親の関与なくして中絶を決定しうるというのも、親権の働きを全く無に帰せしめるもので妥当ではなく、司法的バイパス手続の伴う親通知法を緩やかな形で運用することこそが、親子の権利調整の求められるべきあり方のように思われる(89)。ただ、このように〈中絶〉場面で、緩やかな運用を予定する司法的バイパス手続を伴う形のものであるにせよ、親通知法の妥当性を主張すると、〈中絶〉〈出産〉場面のパラレル関係性を指摘した本稿の立場からは、〈出産〉場面でも、やはりこの親通知法なるものが妥当かつ必要ということになりそうである。現在のアメリカでは、前述したように〈出産〉場面では、〈中絶〉場面と異なり、親の関与を求める法律を制定している州は存在しない。本稿の主張によると、未成年者が妊娠したときにも親への通知を求める法律の制定を、緩やかな運用を前提とした司法的バイパス手続を伴う形で、

立場もあるが（Satsie Veith, Note, The Judicial Bypass Procedure and Adolescents' Abortion Rights: The Fallacy of the "Maturity" Standard, 23 Hofstra L. Rev. 453 (1994)）、妊娠すれば未成年者はそれだけで成人と同様の成熟性が認められるというその前提に疑問が投げかけられており、やはりアメリカで支配的な考え方になっているわけではない。See Storrow & Martinez, supra, at 799.

(89) 樋口・前掲注（11）180頁は、日本の現状を捉えて、「どんな年齢の未成年者であっても、本人の同意だけで中絶を引き受ける医師がいるとすれば、それはまた一つの問題である。アメリカのように、未成熟な未成年者については、少なくとも親への通知はあってよいのではないかという議論もありうるように思われる」と述べ、本稿と同様の立場を既に示唆していたものと評価し得よう。Mnookin, supra note 30, 262でも、この問題の解決のあり方として、中絶の最終決定権を未成年者に残しながら、司法的バイパス手続を伴ったうえで親への通知を要件とする立場に関心が示されている。

提言することになろう。実際にそのようなニーズはあるが[90]、果たしてこれをどう考えるか検討すべき問題である[91]。

---

(90) イギリスでの話であるが、Focus: Teen Mothers: I wasn't told my daughter was going to have a baby...or that she was keeping it, The Observser, May 16, 2004, at 20. イギリスにも、アメリカ法と同じく未成熟な未成年者による中絶に親の関与を求めるGillik判決（Gillick v. West Norfork and Wisbeth Health Authority [1986] 1AC112）が存在するが、やはり同判決も〈中絶〉場面に適用されるものの、〈出産〉場面への適用を予定していない。それ故、妊娠した未成熟な子が出産を決断したときには、病院は親へ通知することも求められていないとされ、現状では、親が子の妊娠に気づいたときは時既に遅しで、中絶も考えるようにと、子に助言する機会を持てないことがある。上記新聞記事は、〈出産〉場面にも親への通知が制度上求められていないのは法の不備であるとの主張を――妊娠した14歳の自分の娘が中絶しないと決心したケースで、その娘の妊娠を病院から知らされなかった両親が、出産のデメリットを娘に話す機会を持てなかったのは不当と訴えていることを主に紹介しながら――報道している。イギリスのGillik判決については、例えば、家永登「子どもに対する医療行為と親の同意権」専修法研論集2号（1988）93頁以下、「ジョン・ロックの親権論―ギリック貴族院判決の淵源と意義を探る」専修法研論集3号（1988）77頁以下、戒能民江「子どもの権利と親の権利―ギリック事件を素材として」日本福祉大学研究紀要68号（1986）212頁以下等参照。

(91) これは〈出産〉場面におけるアメリカ法の対応をどう解釈するかという問題にも関わる。〈出産〉場面を扱ったIn re Smith事件とIn re Mary P.事件に関して、出産につき、(i)当該未成年の成熟性に関わりなく、子自身の自己決定権が常に優先すると判示したものか、あるいは、(ii)当該未成年者の成熟性が認められた故に、子自身の自己決定権が優先すると判示したものか、解釈の余地があることは既に述べた通りである（Ⅲ.2.）。〈中絶〉〈出産〉の両場面とも、親権との兼ね合いで、どこまで未成年者自身の自己決定権を尊重すべきかという共通の問題が問われているから、これをパラレルに捉えると、〈出産〉場面にも〈中絶〉場面の枠組みを当てはめる(ii)の立場に肯定的となろう。その場合、〈中絶〉場面の親通知法を〈出産〉場面にも導入することを支持することになる。これに対して、(i)の立場に立つと、一切の親の関与を否定することになるので、親通知法を〈出産〉場面にまで導入することには反対となろう。確かに、既に触れた通り、〈出産〉場面のほうが未成年者の意思に反して中絶措置を強行するという医師の作為を伴う分だけ、

4．我が国の現状の評価

以上を前提に我が国の現状を評価しよう。

既に述べた通り、我が国の優生保護法は未成年者の中絶に関する直接の明文規定を持たず、親の同意が要件とされていないので、一般に、未成年者自身の同意だけで措置する病院が多い。このような現状は、親の同意を求めない点で、本稿の主張する親子の権利調整のあるべき姿を結果として先取りしているようにも見え、その限りで望ましいが、なお問題はある。

まず第一に、未成熟な未成年者に関して、親への通知がなされず、親権を行使する機会が全く失われている点が問題である。アメリカ法での図式に従って言えば、無論、〈1〉未成年者の成熟性の証明が満たされなくても、〈2〉子の最善の利益性の証明があれば、親への通知は不要となるから、医師自らそのような証明事実があると判断してのことという場合もあり得ないわけではない。この点、病院の中には、未成年者による中絶につき親の同意を求めるところも見られるが、それはこの〈2〉の証明事実、あるいはその前の段階の〈1〉の証明事実の有無の判断を医師自らが引き受けるのを嫌い、全て親に転嫁したものとも言える。しかし、その場合、今度は未成年者の中絶につき一律に親の同意を求めることにより、特に〈1〉成熟性の証明を満たすような未成年者との関係で、その自己決定権を不当に制限することになる。親の同意まで求めず、親への通知にとどめても、親同意法

より一層、未成年者の自己決定権を尊重すべきであるとも言えるので、(i)の立場に立つ後者の見解も十分に成り立ち得る。しかし、未成熟な子の妊娠を前に、その問題につき、親が親権を行使する機会、すなわちそのような未成熟な子に配慮する権利を行使する機会を持つことは、〈中絶〉〈出産〉の両場面ともに等しく必要とされるはずである。〈出産〉場面にまで親の関与を求めることに対する上述の懸念については、あくまで導入されるべきものが、親同意法でなく、出産の最終決定権が未成熟な子にも留保されている親通知法であること、しかもそれが司法的バイパス手続の緩やかな運用を前提にしていること、以上の条件を満たす限りで、一応の解消は図れよう。

のみならず親通知法も司法的バイパス手続が必要であると解するアメリカ法の一般的理解に従う限り、その不当性に変わりはない。ここに第二の問題点がありうる。要するに、我が国の現状は、第一に、一般に未成年者の中絶につき一律に親の同意が求められておらず、未成熟な未成年者に関して親への通知がない（→親権を不当に制限する）点、第二に、逆に万一、未成年者の中絶につき一律に親の同意を求めるようなことがあれば、中絶の最終決定権が本来委ねられるべき未成年者にそれが留保されなくなる（→未成年者の自己決定権を不当に制限する）点、以上の二点で問題があるわけである。

ところで、未成年者による中絶に関して、司法的バイパス手続を伴う親同意法の緩やかな運用が親子の権利調整の望ましい姿であると主張する本稿にとって、その実現を我が国において図るには、法制度としてこれを立法的に導入することが最も効果的である。しかし現実には、中絶問題が政治化していない我が国において、そのような立法を期待できる状況にはない。ただ、立法を待つまでもなく、少なくとも理論的には、医師はこの問題につき不適切な対応をすると、一方では、未成年者から自己決定権の侵害を理由に、他方では、親から親権の侵害を理由に、それぞれ損害賠償請求という形で、事後的に責任追及される可能性はあるから(92)、その限りで

(92) 未成年者から自己決定権侵害を理由とした損害賠償はまだしも、親からの親権侵害を理由とした損害賠償については、我が国の判例上、定型的に見られるものではないので、疑問の向きもあり得る。特に問題となるのはそこでの保護法益であろう。ここで保護法益と目される「親権」の意味は、前掲注（7）で述べたように、子の利益のために親が行使する親固有の配慮権を意味する。かかる意味での「親権」の侵害、すなわち親が子のために配慮する権利を行使する機会を奪われたことにつき不法行為責任が発生するのは、親が子の引渡しを求める訴訟で、かかる親の請求が判例法上は（最判昭和35年3月15日民集14巻3号430頁）、親権行使に対する妨害排除請求と構成されていることを考えると、決して不自然なものではない。確かに親の助言を得たうえで中絶するか否か意思決定することは子の利益であるが、しかし少なくともそれと同時に、子に助言する機会を持つことが、親自身にとっても、程

事実上、親子の権利調整の望ましい姿が導かれることになるのは否定し得ないであろう。すなわち、理論上既に、《成熟した》未成年者による中絶

度は別にして、法律上保護に値する利益であることは否定し得ないであろう。前掲注（90）の新聞記事は、妊娠した14歳の少女に学校のボランティア職員（school outreach worker）が積極的に斡旋して親に無断で中絶を受けさせた事件を巡るイギリス国内の波紋を伝えているが、とりわけこのようなケースを考えると、我が国でも親権の侵害を理由とした親からの損害賠償請求は、あり得る選択肢として肯定されて良いように思う――但し、後述の通り、本稿の主張の下では、当該未成年者に成熟性が認められる場合、又は通知することがその子の最善の利益にならないと積極的に判断しうる事情がある場合は別である。今日アメリカでは、司法的バイパス手続が整備されているので、このような訴訟は現実には見られないが、前掲注（85）で述べた通り、少なくとも未成熟な子の中絶の場合に親へ通知しない医師に対しては、親が子の配慮をする機会を失ったことで、親権の侵害を理由に損害賠償を請求できる理論的な可能性は認められているように思われる。

なお、以上の保護法益の議論に関連して、最判平成14年9月24日（判時1803号28頁）との関係を考えることが興味深い。同判決は、末期がん患者の家族等への告知義務を認めたが、その根拠につき、告知を受けた家族等が患者のために「協力及び配慮」することが患者自身の利益であるからと説明した。同判決で「協力及び配慮」することが患者本人との関係で家族等の固有の利益と観念されなかったことを捉えると、同じく親が子のために「協力及び配慮」することは子との関係で親固有の利益とは考えられないとの主張も成り立ちうる。しかし、親権者として子の「配慮」をなすことが法律上（民法820条）権利及び義務として求められている親と、事実上患者の「配慮」をなしている家族等とでは状況が異なり、上記最高裁平成14年判決は、中絶につき未成熟な子のために配慮することが親自身の利益であると捉えることに直接否定的に作用するものではないと考える（最高裁平成14年判決の検討に際して、「配慮」としての家族等による患者本人の意思の代行という問題にまで関心を示すものとして、中村哲也「判批」科研費報告書・人格の商品化と民事責任に関する研究（2005）58頁以下、寺沢知子「判批」年報医事法学18号（2003）157頁等参照）。最高裁平成14年判決により維持された原審・仙台高裁秋田支判平成10年3月19日（判時1679号40頁）は患者本人の慰謝料請求を認め、形式的には家族等の固有の慰謝料請求を認めなかったが、大塚直「民法判例レビュー・民事責任」判タ1016号（2000）66頁はこの点に批判的である（これに対して中村・前掲59頁は判旨に肯定的）。

の場合、当該未成年者自身の同意だけでその措置を実施することが求められて、親へ通知するとかえって不当との評価を受けるとされ、他方で、《未成熟な》未成年者による中絶の場合、当該未成年者の最善の利益にならないと積極的に判断しうる事情がない限り(93)、親への通知が求められる――但し、この場合にも中絶の最終決定権は未成熟な未成年者にも留保されていることに留意されたい――ことを前提に、医師は現時点で、これに違う対応をすることで生じる法的責任を抱える危険を負っているものと評価しうる。アメリカ法での図式に従いより簡明に言うと、未成年者によると中絶につき親へ通知することが必要か否かは、〈1〉又は〈2〉の証明事実の有無で決すべきところ、その判断は司法的バイパス手続があるアメリカでは裁判所によってなされるが、その手続がない我が国では実質的に医師に課され、同時にその判断の過誤についても医師が責任を負う状況にあると解しうるわけである。もっとも、〈1〉成熟性について言えば、その判断は微妙であるから、過失判断の法的な枠組みの中で、かかる医師への責任追及が特に現実味を帯びるのは、明らかに成熟性の認められない未成年者（例えば、10～13歳前後）が中絶を希望するときにも親へ通知しなかった場合や、反対に、明らかに成熟性の認められる未成年者（例えば、16～19歳前後）が中絶を希望するときにも親の同意を求めた場合等であろう(94)。〈1〉

(93) ここでの「子の最善の利益」性は、中絶のそれではなく、非通知のそれを念頭に置いている（前掲注（40）で述べた通り、むしろ親通知法ではそのような規定が多く、Lambert 判決でそれは認められている）。未成熟な子にも中絶の最終決定権を委ねながら、親への通知を要件とすることで、親子の話し合いを促進しようとする以上、中絶が子の最善の利益になるか否かは、むしろ親子の話し合いで探るべき問題で、親権の裁量性も併せ考えると、特段の事情がない限り、医師が積極的に判断を差し挟むのは控えるべきものである。従って、未成熟な子の中絶についても医師が親への通知を求められないのは、子が親に虐待されていることが明らかな場合等であろう。前掲注(40)参照。

(94) 従って、具体的な年齢はあくまで指標であるが、14～15歳前後は〈1〉成熟性判断のグレーゾーンということになる。もっとも、司法的バイパス手続の

成熟性の証明の緩やかな認定は、アメリカにおける司法的バイパス手続の形骸化傾向を踏まえてみても、やはり求められるところである。

V．おわりに

かつて未成年者による中絶の問題を検討した山田卓生教授は論文の最後に次のように述べていた。すなわち、「子の人権という問題は、子に自己決定権を保障すれば片づくわけではなく、親なり第三者（機関）による干渉がむしろ必要とされることに、難しさがある。おそらく一般原則というよりも、問題の性質により――医療か、教育か――干渉のあり方、裏からいえば子の意思の尊重の仕方が変ってくることは認めざるを得ないであろう」と(95)。その意味で、妊娠については、成熟していると否とに関わらず、基本的に、子自身に委ねられるべき領域であると言える。妊娠という事実から、少なくとも身体的に一定の成熟性が認められ、また精神的にも判断能力が不十分なことはありうるが、完全にそれを欠いていることは通常考えられない。これを前提に、アメリカ法も、未成年者による中絶の問題に対して、未成年者自身の自己決定権を尊重する方向で対応しており、産む産まないの最終決定は、いずれにしても、未成年者自身に委ねられるべきであるとの基本的な考えがその背後に見られる。

ただ問題は、未成年者の自己決定権の尊重へと針が完全に振り切れるものでもないという点である。山田教授の言うように、この問題でも、「子

緩やかな運用を前提とする本稿の立場からは、このグレーゾーンでは多くの場合に、成熟性が認められるべきである（なお、医学的な判断として、アメリカ小児科学会は「14歳から17歳のほとんどの未成年者は、成人と同様に、中絶に同意する能力がある」との調査を指摘している（See Farmer, 762 A. 2d at 639.）。この結論は、本稿冒頭で紹介した、15歳を判断能力（承諾能力）の一応の目安とする我が国の有力な見解と親和的であろう。

(95) 山田・前掲注（5）22頁。

に自己決定権を保障すれば片づくわけではなく、親なり第三者（機関）による干渉がむしろ必要とされること」がある。子の意思を無条件に絶対視することが子の利益になるとは限らない。だからこそ親の関与が求められるわけで、その目的は子の利益になることであるが、しかし同時に、それは、子のために配慮する機会を持つという意味で、少なからず親自身の利益でもあるという面がある。アメリカ法は、中絶の問題に関して、未成年者自身の自己決定権を不当に制限しないように配慮したうえで、いかに親の関与を組み込むか、未成年者の自己決定権と親権の狭間で適度なバランスをとることに苦心していた。本稿の紹介したIn re B.S.事件が、より未成年者の自己決定権を尊重する従来の流れに反発し、逆により親権の尊重を図ろうとの姿勢を見せたのも、そのようなバランスの一つの取り方ではある。しかし、既に論じたように、かかる動きが今後、進むべき方向であるとは思われない。アメリカ法の検討を通じて、むしろ本稿があるべき姿と見定めたのは、緩やかな司法的バイパス手続の運用を伴う親通知法である。

これによると、未成年者による中絶に関しては、親への通知を要件とし、親が子の配慮をする機会が確保されることを本則としながら、司法的バイパス手続において、〈1〉未成年者の成熟性又は〈2〉子の最善の利益性の証明を条件に、親への通知は不要とされる。要するに、〈1〉子が単独で判断しうるほどに成熟している場合、又は〈2〉そのように成熟していなくとも、当該子の利益となることが積極的に認められる場合、子は親の関与なくして中絶措置を受けることができる。しかも、親通知法では、親同意法と異なり、この〈1〉〈2〉の証明を満たさなくとも、あくまで中絶の最終決定権は、未成熟な者も含め、未成年者自身に留保されている。司法的バイパス手続を伴う親通知法は、その意味で、子の判断能力の未熟性を補う機会を親に与えて親権の尊重を図りつつも、それでいて、第一に、成熟した子には親の関与を一切不要とする点で、第二に、未成熟な子にも、中絶の最終決定は委ねられている点で、子の自己決定権の尊重により重きを置いた構

造になっていると評価し得よう。アメリカにおいて司法的バイパス手続が形骸化する傾向にあり、親の関与を削ぎ落とす「条件」とされた〈1〉〈2〉の証明が実質的に無条件化していることから、このように、子自身の自己決定権をより尊重する方向での問題解決が強く示唆される。

以上の通り、司法的バイパス手続の緩やかな運用を伴う親通知法こそがあるべき姿であるとすると、これを我が国において実現するには、新たな立法により手当てすることが望ましい。ただ、立法で司法的バイパス手続が導入されていない現状においても、医師は、裁判所に代わり、本来証明の求められる〈1〉又は〈2〉の事実の有無につき、その判断とそれによって生じうる法的責任を既に背負っていると解することはできるように思われる。すなわち、〈1〉成熟性判断について言えば、理論上、医師は、成熟した未成年者による中絶の場合まで親の同意を求めたときには、未成年者に対して、その自己決定権侵害を理由に損害賠償責任を負い、他方、未成熟な未成年者による中絶の場合までその旨親へ通知しないときには、親に対して、親権侵害を理由に損害賠償責任を負うものであると解せられるのである。

これを親の視点から捉え直すと、立法によると否とにかかわらず、親は、中絶につき、成熟した未成年者については関与する余地がなく、未成熟な未成年者については、子の最善の利益にならないと積極的に判断される事情がない限り、通知を受け、話し合いを通じて子のために配慮することが求められていることになる。未成年者による中絶に対して、親が親権者としていかに関与しうるのか、あるいは関与すべきなのか、という問いに本稿がアメリカ法の検討を通じて用意した答えは以上の通りである。我が国では、現状において、未成年者による中絶につき、一般に医師は、当該未成年者の成熟性を問わず一律に親の関与を排除しており、また逆に例外的に親の同意を求める医師も、やはり成年者の成熟性を問わず一律に親の関与を課しており、いずれも極端で、問題があるように思われる。

なお、以上は〈中絶〉場面を念頭に置いて述べたものである。果たして

これと同じことが〈出産〉場面にもあてはまるものか――すなわち、〈出産〉場面でも〈中絶〉場面と同様、司法的バイパス手続を伴う親通知法、しかもその緩やかな運用こそが親子間の権利調整のあるべき姿なのか――、両者をパラレルに捉える本稿の立場からは、改めて慎重に問題提起したことになろう。