



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	子どもの自己決定と憲法（2）：米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較
Author(s)	宋, 峻杰
Citation	北大法学論集, 62(3), 184[41]-126[99]
Issue Date	2011-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47251
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-3_005.pdf



子どもの自己決定と憲法（2）

—— 米・台・日における子どもの
人権・権利論の分析・比較 ——

宋 峻 杰

目 次

序 研究動機及び内容の構成

第一節 問題意識

第二節 成長発達権の概念からのアプローチ

第Ⅰ部 家族

第一章 アメリカ合衆国

第一節 「子ども」・「家族」・「国家」の過去と現在

第一項 ピューリタニズムからの出発

第二項 現代のアメリカの家族像への接近

第三項 合衆国憲法と家族の接点

第二節 性的結合行為と子ども

第一項 論点の概要

第二項 性交・結婚

第三項 離婚

第四項 同性婚・事実婚

（以上、61巻1号）

第三節 社会的身分と子ども

第一項 論点の概要

第二項 婚外子

第一目 連邦最高裁が示した司法審査の方法

第二目 多くの難問

第三項 生殖補助医療の進展

第一目 現状への理解

第二目 生殖補助医療を背景にする親子関係の確認

一、人工授精

二、代理出産

三、第三者による卵子や受精卵（胚）の提供

第三目 Woodward v. Commissioner of Social Sec. (435 Mass.
536 [2002]) 判決

第四項 出自の情報へのアクセス

第四節 医療行為と子ども

第一項 論点の概要

第一目 二つの連邦最高裁判決

一、Parham v. J.R. (442 U.S. 584 [1979]) 判決

二、Bellotti v. Baird (443 U.S. 622 [1979]) 判決 (Bellotti II 判決)

第二目 学説の展開

第三目 検討すべき問題群

第二項 中絶に関する同意及び通知

第一目 社会的背景

第二目 連邦最高裁による判断

一、その概要

二、判決の動向

第三項 輸血措置

第一目 問題の枠組み

第二目 司法府の判断

第五節 家庭内暴力と子ども

第一項 論点の概要

第二項 子どもの虐待を規制する法的枠組み

第一目 一九七四年の『子ども虐待防止及び対処措置法』
(CAPTA)

第二目 子ども虐待通報義務法 (Reporting law)

第三項 公権力による介入—司法府の姿勢

第一目 一九八九年 DeShany (489 U.S. 189 [1989]) 判決の前

第二目 一九八九年 DeShany (489 U.S. 189 [1989]) 判決、及びそ
の後

第六節 小括

第二章 台湾

第一節 台湾における家族像への接近

第一項 明・清から日本までの政権交替の間に

第一目 「家」^{チアー}制度の組成

一、家長

- 二、家族
 - (一)、家族の構成員
 - (二)、家族における関係の変動
- 第二目 「家長権」及び「尊長権」
 - 一、「家長権」
 - 二、「尊長権」
- 第三目 小括 (以上、本号)
- 第二節 性的結合行為と子ども
- 第三節 社会的身分と子ども
- 第四節 家庭内暴力と子ども
- 第五節 小括
- 第三章 日本
 - 第一節 家族像の推移
 - 第二節 性的結合行為と子ども
 - 第三節 社会的身分と子ども
 - 第四節 医療行為・家庭内暴力と子ども
 - 第五節 小括
- 第四章 第Ⅰ部の考察を経て
- 第Ⅱ部 教育
- 第五章 アメリカ合衆国
 - 第一節 教育に関する形態の変遷と子ども
 - 第二節 教育制度における子どもと親の位置づけ
 - 第三節 学校管理と子どもの自律
 - 第四節 教育をめぐる連邦政府の働き
 - 第五節 小括
- 第六章 台湾
 - 第一節 教育に関する法的枠組み
 - 第二節 教育に対する権利意識の発生
 - 第三節 教育制度における子どもと親の位置づけ
 - 第四節 教育行政と子ども
 - 第五節 小括
- 第七章 日本
 - 第一節 教育に関する法的構図の再編
 - 第二節 子どもの自己決定を支える憲法・教育法的論点
 - 第三節 小括
- 第八章 第Ⅱ部の考察を経て
- 結びに代えて ライフサイクルにおける子どもの自己決定

第三節 社会的身分と子ども

日本国憲法に書かれている「社会的身分」の定義をめぐっては議論のある処¹だが、自分の力だけでは脱却することができない、一定の社会的評価が伴うものを指す見解が目下において妥当だと考える²。かような認識に立ち、「社会的身分」と子どもとの関連を考えるに当たり、本節においてはアメリカにおける「養子」、「婚外子」及び「人工生殖子」の問題を取り上げ、検討して行きたい。なお、これらの問題は凡そ世界共通なテーマでもある故、台湾や日本の問題状況についても、同様なカテゴリーの下で考察を進めることにする。

第一項 論点の概要

「婚外子」とされる子ども達の存在は、その本人には全く責任がない³と言われる。本節ではアメリカ法における彼（彼女）らの問題に関し、如何なる対応が取られているのかについての連邦最高裁の見解を追う。また、生殖補助医療を以って出生した子どもは「人工生殖子」と呼ばれ、嫡出性の認否などの問題がある⁴故、それらも考察する。最後に、子どもの自分の出自を知る権利と関連して、養子縁組の open record 制度に目を向け、いくつかの判例を取り上げながら検討を試みたい。

第二項 婚外子

法律婚によらないで生まれた子ども達は、「婚外子」と見做される⁵。

¹ 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第四版』（岩波書店・2007年）131～133頁。長谷部恭男『新法学ライブラリ＝2 憲法 第4版』（新世社・2008年）179～180頁。

² 芦部・前掲書注（1）131頁。

³ 小林節「アメリカにおける『未婚の父』の権利と憲法」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会編『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣・1985年）634頁。

⁴ 釜田泰介「嫡出・非嫡出による区分と法の平等保護（一）—アメリカにおける憲法訴訟を中心として（一九六八～八〇）—」『同志社法学 32巻3・4号』（1981年）236頁。

⁵ 赤石千衣子・吉岡睦子「Ⅱ婚外子」榊原富士子編『子どもの人権双書⑩戸籍制度と子どもたち』（明石書店・1998年）33頁。なお、アメリカの家族法でい

このように、「社会的身分」の見地から区別されてしまった子ども達に係わる訴訟をめぐり、連邦最高裁が如何なる法的枠組みを示したのかという点について考察していきたい。

第一目 連邦最高裁が示した司法審査の方法

合衆国憲法が家族問題を管轄する権限を州に付与したため、嫡出性による区分や別扱いの問題を合衆国憲法を通じて考察するには、個人主義の価値観を具現化させる平等原則か、due process clause のルールによって、如何に州の権限の行使を制限することができるのかが論じられることが多い⁶。その前者を巡って、連邦最高裁は嫡出性の認否による差別につき、例え「疑わしい区別 (suspect classification)」に属することを認めなくても⁷、実質的違憲審査 (meaningful review) を取る傾向がある⁸と見られている。

そこで、平等原則との関係では、婚外子差別に対しては「やむをやらぬ公益 (compelling state interest)」に資するかどうかという違憲審査基準が適用されたことがある⁹。例えば、一九七二年の *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.* (406 U.S. 164 [1972]) 判決において、連邦最高裁は「婚外子に不利益を課することは、法律により課される負担は個人の責任または悪行と何らかの関連性を有するべきだとする、わが制

う「the illegitimate child」や「non-marital children」、そして、台湾法でいう「非婚生子女」に対する定義が同じの理解を以って認識することができる。John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, 7th ed., (U.S. 2004), at 866. Harry D. Krause and David D. Meyer, *Family Law In a Nutshell*, 5th ed., (U.S.A. 2007), at 118-119. 陳棋炎・黃宗樂・郭振恭『民法親屬新論 修訂七版』(三民書局・2008年) 287頁。

⁶ 釜田・前掲論文注(4) 243頁。

⁷ 但し、Harry D. Krause らの研究によれば、連邦最高裁は嫡出性の認否による差別は「擬似的疑わしい区別」(quasi-suspect) だと指摘したことがある。Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 5, at 122.

⁸ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 866.

⁹ 釜田・前掲論文注(4) 240頁。Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 5, at 122-123. 米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣・1992年) 130頁。

度の基本的な考え方に反する」¹⁰と明言した。

そして、七七年に連邦最高裁が婚内子は両親双方からの無遺言相続を認めながら、婚外子については父からの無遺言相続を認めないとする Illinois 州法を違憲とした *Trimble v. Gordon* (430 U.S. 762 [1977]) 判決において、同裁判所は前記の *Weber* 判決を踏襲し、正式な家族関係の保護という公益性は正当であるが、婚外子を不当に扱う手段はそのような公益性を促進することに資しないとしつつ、婚外子を一律に父の遺産相続から排除することは正当な手段だとは言いがたいと判示した¹¹。また、七三年の *Gomez v. Perez* (409 U.S. 535 [1973]) 判決においては、「州の制定法の中で婚外子は如何なる手続を取れば、父性確定が得られることが定められるべきであり、決して、父性の不明確さだけに基づいて、婚外子が享有すべきである権利を阻害すべきではない」という説示も見られる¹²。

七六年の *Mathews v. Lucas* (427 U.S. 495 [1976]) 判決において、連邦最高裁は社会保険による遺児給付の受給資格者の適性を判断する際、婚外子に対し被保険者（本件では父親の場合）と同居していたか若しくは父親から養育費をもらっていたか等について立証責任を課している連邦法を合憲とした。その理由として、「[...] 当該連邦法による父親への依存性の推定 [...] は本件審査基準（『最も厳格なものよりも緩い』が、『効果のない審査』ではない審査基準）の下での許容限度を超えない限り憲法上許容されとする」、としつつ、「[...] 本件区分は親の死亡時における子どもの依存性に基づいて受給資格を与えるという立法目的に合致した合理的な経験的判断として正当化される」¹³と述べられている¹⁴。

なお、八〇年までの平等保護条項と係わる問題をめぐる連邦最高裁の

¹⁰ *Ibid.* 406 U.S. 164 (1972) at 175. 米沢・前掲書注（９）132頁。

¹¹ 430 U.S. 762 (1977) at 765-777. John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 867. 米沢・前掲書注（９）135頁。

¹² *Ibid.* 409 U.S. 535 (1973) at 537-538.

¹³ 427 U.S. 495 (1976) at 509-516. 米沢・前掲書注（９）134頁。

¹⁴ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 867. 米沢・前掲書注（９）134頁。

判決だけを見ても、示された司法審査基準が七種類¹⁵にものぼっている。そして、八八年の *Clark v. Jeter* (486 U. S. 456 [1988]) 判決を境にして、連邦最高裁は嫡出性による区別に関する規定に対し、その目的と手段が「実質的に関連する」ことを要求する中間的審査基準¹⁶の採用はより明確になったという見解もある¹⁷。かくして嫡出性による区別の立法の合憲性審査につき、中間的審査基準の適否を検討しながら、新たに直面する事案に対し、いずれの司法審査基準が採択されるのかの問題を常に吟味し、決定する¹⁸ということになると思われる¹⁹。

第二目 多くの難問

連邦最高裁は六八年の *Levy v. Louisiana* (391 U.S. 68 [1968]) 判決と同年の *Glon v. American Guarantee & Liability Insurance Co.* (391 U.S. 73 [1968]) 判決において、不法行為による母親や婚外子の死亡に係る賠償請求権は、婚外子自身やその生みの母親に対しては、否定することができないと判じた²⁰。しかし、婚外子の父親については当該賠償請求権の申立てが認められない可能性がある、と認めた判決もある²¹。そして、七二年の *Weber* 判決、及び七四年の *Jimenez v. Weinberger* (417 U.S. 628 [1974]) 判決では、連邦最高裁は労働災害賠償給付制度や連邦社会保障制度の施行がすべての婚外子に不利益をもたらすことは許されないと

¹⁵ 釜田・前掲論文注（４）244～249頁。

¹⁶ なお、「中間的審査基準」を「厳格な合理性のテスト」と言い換える上、1978年の *Lalli v. Lalli* (439 U. S. 259 [1978]) 判決を参照し、嫡出性による区別に対する中間的審査基準は同判決において確立されたと見る理解がある。と言う。米沢・前掲書注（９）134～136頁。

¹⁷ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 866-867. Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 5, at 27.

¹⁸ 釜田・前掲論文注（４）249頁。

¹⁹ 松井茂記『アメリカ憲法入門（第5版）』（有斐閣・2004年）304頁。

²⁰ 391 U.S. 68 (1968) at 70-72. 391 U.S. 73 (1968) at 74-76. 釜田・前掲論文注（４）250～251頁。John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 868. 米沢・前掲書注（９）131頁。

²¹ *Ibid.* 441 U.S. 347 (1979) at 357-358.

した²²。また、七三年の Gomez 判決と八二年の Mills v. Habluetzel (456 U.S. 91 [1982]) 判決において、連邦最高裁は州法が一旦父親か母親による扶養を受ける権利を婚内子に認めようとした時、合理的な条件の下において父性の確定を得ることができる婚外子に対しても同様の権利があることを認めるべきだと宣言した²³が、七七年の Trimble 判決においては、「[…] ここで、（連邦の）司法府が果たすべき役割（task）の困難さは、この領域において州の主な責務を不当に僭越することなく（個々人の）憲法上の権利を擁護することである」²⁴、と両者の相対的平等を如何に図るべきかの難しさが語られた。

一方、上記の判決群について連邦最高裁は中間的審査基準を以て解決を図ってきたと言うとしても、連邦政府による移民と外国人の帰化政策に係わる婚外子の問題に関する審査基準はやや異なる様相を呈している。

Trimble 判決と同じ年に下された Fiallo v. Bell (430 U.S. 787 [1977]) 判決では、同裁判所は外国人からのアメリカへの入国申請について、婚外子とアメリカ国籍を持つ母親の組み合わせを婚外子とアメリカ国籍を持つ父親の組み合わせよりも優遇している連邦法を合憲としている²⁵。この判決は、ジェンダーや嫡出性による差別に対する法学的検討が少なく、立法府への尊重を強く打ち出すものであったが、その後の九八年の Miller v. Albright (523 U.S. 420 [1998]) 判決において、連邦最高裁は初めて同種の事案に対し憲法上許容し難い嫡出性とジェンダーによる差別の有無について審査するようにことになったと指摘されている²⁶。ところが、〇一年の Tuan Anh Nguyen v. Immigration and Naturalization Service (533 U.S. 53 [2001]) 判決において、連邦最高裁は国の外で出生した婚外子への市民的身分の付与は生みの母親がアメリカ市民であれば

²² 417 U.S. 628 (1974) at 631-638. 釜田・前掲論文注（4）251頁。米沢・前掲書注（9）132～133頁。supra note 10 at 175-176.

²³ 456 U.S. 91 (1982) at 101-102. supra note 12, at 537-538.

²⁴ 米沢・前掲書注（9）135頁。supra note 11 at 771.

²⁵ 430 U.S. 787 (1977) at 799-800. 釜田・前掲論文注（4）251～252頁。John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, supra note 5, at 868-869 ; 879.

²⁶ 523 U.S. 420 (1998) at 441-445. Id. at 879.

自動的に取得することができるにもかかわらず、父親は前もっていくつかの手続きを取らなければ、婚外子がアメリカ市民の身分を取得することができないとする連邦の帰化法を支持する。その理由は、移民法で定められているジェンダーや嫡出性の区別は、当該アメリカ市民の男性が本当に当該婚外子の父親であるかどうかを判断することに役に立つからだとされている²⁷。

第三項 生殖補助医療の進展

生殖補助医療と係わる法的争いが連邦最高裁の判断を仰ぐ必要となる事例は未だに見られない。また、同医療行為に対する法の規制²⁸がないことも指摘されている²⁹。特に、後者については、「[...] 専門職能団体の自主的ガイドラインと各州法および判例法によるコントロールが行われている」³⁰のが現状である。

第一目 現状への理解

アメリカにおける不妊の問題は早い時期から既に指摘されている³¹。二〇〇六年の調査報告によると、約一二〇万人の生殖年齢にある女性は

²⁷ 533 U.S. 53 (2001) at 73 ; 74-97. *Id.* at 869.

²⁸ 中村恵「アメリカ法における生殖補助医療規制と親子関係法」『法律時報 79巻11号』（日本評論社・2007年）57頁。

²⁹ 但し、生殖補助医療に関する法令は連邦レベルに限って、1992年に可決された「不妊クリニックの成功率及び認証に関する法律（The Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992）」がある。また規則においては、05年5月から施行されることになった食品医薬品局（Food and Drug Administration, FDA）の「人の細胞、組織、並びに細胞及び組織からの製造物（Human Cells, Tissues, and Cellular and Tissue-Based Products）」という感染症の拡大の防止を目的とするものがある。中村・前掲論文注（28）57頁。神里彩子「第3章 諸外国における生殖補助医療の規制状況と実施状況 [9] アメリカ」神里彩子・成澤光編『生殖補助医療—生命倫理と法・基本資料集3—』（信山社・2008年）285頁。

³⁰ 中村・前掲論文注（28）57頁。岡田光世『アメリカの家族』（岩波書店・2004年）18頁。

³¹ 棚村政行「アメリカにおける法状況」『家族〈社会と法〉1999 人工生殖と家族—21世紀の家族像に向けて』（日本加除出版・1999年）94頁。

不妊関連の診察を受けていると明かされている³²。こういう現状に鑑み、同国の人々は妊娠のために生殖補助技術を一選択肢として受け止めていることを想像するには難しくない。

他方、前述したように同国の判例法上、婚外子に対する差別の是正が図られつつあることに伴い、現実の社会においては、「[…] 避妊具の普及、中絶の合法化など」³³の現象は普遍化になり、養子となりうる児童人数の減少に繋がる状況もある。その上、養子縁組を結ぶ複雑な事情³⁴もしばしば報じられている。かような状況におき、生殖補助医療技術に頼る者を増やさせる社会的要因が多いと考えられよう。現に、「[…] 人工授精（artificial insemination）、体外受精（in vitro fertilization; embryo transfer）、代理母（surrogate motherhood）、第三者による卵子提供（egg donation）など」³⁵の新しい生殖補助医療技術が同国において多に利用されているという報告³⁶がある。

第二目 生殖補助医療を背景にする親子関係の確認

前記の様々な生殖補助医療技術の種別に応じて、判例法における法的親子関係の確定の状況について、検討を進めたい。なお、二〇〇二年にMassachusetts州の最高裁が下したLauren Woodward v. Commissioner of Social Security (760 N.E. 2d 257 [Mass.2002]) 判決によって「死後生殖」の問題性が明るみに出、〇六年に日本の最高裁判所も同技術に纏わる問題に対し初めての判断を示した³⁷ため、一項目として整理する。

一、人工授精

一八六六年に初の人工授精子が出生して³⁸以来、同様な技術を通じて

³² 中村・前掲論文注（28）57～58頁。

³³ 棚村・前掲論文注（31）94頁。

³⁴ 棚村・前掲論文注（31）94頁。

³⁵ 棚村・前掲論文注（31）94頁。

³⁶ 岡田・前掲書注（30）53頁。

³⁷ 『最高裁判所民事判例集60巻7号』（2006年）1～59頁。2006年9月5日北海道新聞3面、社説。

³⁸ 中村・前掲論文注（28）58頁。

この世に迎えられた子どもの人数は多くなる一方である³⁹。人工授精には、夫の精子によるもの（AIH）と夫以外の第三者からの精子提供によるもの（AID）があり、訴訟の場において親子関係の確認が求められるものの殆どはAIDにより出生した子どもの場合だと言われている。そして、AID子は婚内子と見做されるか等、いくつかの問題⁴⁰が争われてきた。

かような争点については、New York州の家族関係法のように、合法的な医師免許を持つ医師の下で、夫婦による書面の同意や妻から出生したことの証明などの要件を制定法に明記することにより、殆ど解決が得られる⁴¹。また、連邦レベルにおいて統一州法委員全国会議（National Conference of Commissioners on Uniform State Laws ; NCCUSL）が作成した一九七三年の婚内子と婚外子に同等の権利義務を付与することを目的とした『統一親子関係法（Uniform Parentage Act）』においては、「〔…〕AID子の法的保護をはかるため、夫の同意を得て、医師の監督のもとに第三者から精子の提供を受けて妻が妊娠出産した子は法律上夫婦間に生まれた子と同様に扱われ」る⁴²旨が示されていた。

八一年に至って、Michael M. v. Superior Court (450 U.S. 464 [1981]) 判決によって、「生殖に関する決定についてのプライバシーの権利」の論点から、未婚の女性がAIDという方法を利用することは許されるのか否かといった問題が議論されている⁴³。結局、AIDによって出生し子どもについても両親のそろった家庭が望ましい理由として、いくつかの州では当該技術の利用を既婚女性に限定する動きが見られる外、「〔…〕『既婚（married）』という言葉をわざわざ削除したり、女性と精液提供者との書面による合意がないかぎり、提供者は子の法律上の父でないと

³⁹ 棚村・前掲論文注（31）95頁。

⁴⁰ Doornbos v. Doornbos (139 N.E.2d 844 [Ill. App. 1956]) 判決を参照し得る。中村・前掲論文注（28）58頁。棚村・前掲論文注（31）95頁。

⁴¹ 棚村・前掲論文注（31）95頁。

⁴² 中村・前掲論文注（28）58頁。棚村・前掲論文注（31）96～98頁。

⁴³ Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *Children and the Law In a Nutshell*, 3rd ed., (U.S.A, 2003) at 203-204.

規定して、事実上、未婚女性による AID を認めるところもある」⁴⁴、とされている⁴⁵。

二、代理出産

代理出産や代理母の契約が結ばれるようになったのは一九七〇年代後半になってからだと言われている⁴⁶。その類型として、大きく「完全代理母」(surrogate mother) と「部分代理母」(gestational mother) 二つを分けて見ることができる⁴⁷。

前者を巡って、一九八八年に New Jersey 州最高裁が下した In the Matter of Baby M (109 N.J. 396 [1988]) 判決が注目される⁴⁸。同裁判所は代理出産を可能にした契約自体について、子どもへの精神的影響及び女性の地位や品位の低下につながることを挙げ、代理母契約自体は public policy に違反して無効だと⁴⁹説示したが、出生した子どもの監護権を精子の提供者である父親と代理母のいずれに付与するかといった問題について、子どもの最善の利益の観点に立ち、子どもをめぐる生活環境、当事者の性格、パーソナリティーなどの比較衡量を経て、実父に監護権を認め、代理母には子どもへの訪問権を付与するという⁵⁰結論を下した。

他方、後者については、概ね依頼者は裁判所に対し出生した子どもと

⁴⁴ 棚村・前掲論文注（31）96～97頁。

⁴⁵ なお、AID の実施について当事者の女性と合意があること及び、当該施術は資格ある医師によってなされていない事実などを鑑み、身元が明らかな提供者は AID 出生子の法律上の父だと認めた判例がある。Jhordan C. v. Mary K. (179 Cal. App. 3d 386 [1986])。棚村・前掲論文注（31）97頁。

⁴⁶ 中村・前掲論文注(28)58頁。岡田・前掲書注(30)19頁。棚村・前掲論文注(31)101頁。

⁴⁷ 中村・前掲論文注（28）58頁。岡田・前掲書注（30）24頁。棚村・前掲論文注（31）102頁。なお、完全代理母を巡る争いは、より詳しい分類もある。棚村・前掲論文注（31）103頁。

⁴⁸ 中村・前掲論文注（28）58頁。

⁴⁹ 109 N.J. 396 (1988) at 434-444。棚村・前掲論文注（31）104頁。

⁵⁰ 棚村・前掲論文注（31）104頁。*supra* note 49, at 444-447。

の親子関係の確定を求める訴訟が中心となっている。ここでは、二つの判決を取り上げる。

まず、九三年に California 州最高裁によって下された Johnson v. Calvert (851 P.2d 776 [Cal.1993]) 判決である。この事件の第一審は、代理母契約は有効で効力をもち、代理母は親としての権利をもたず依頼者夫婦が子どもの親であるとし、中間上訴審もそれを支持した⁵¹。同州最高裁は、部分代理母は遺伝学上の母ではない故、ここでの代理母契約は金銭の授受を禁じる養子法等の公序に反せず、血液検査の結果証明書と同様に母子関係を確定する方法であると論じながら、州法は子どもには唯一の母しか認めていないため、契約に示された当事者の意思 (intent) を検討し、自ら育つ意思を以って代理母を依頼した遺伝学上の母が法律上の母だと判断した⁵²。なお、この判決について、意思テストが採用されたが、血縁の存否をどの程度まで重要視されたかの問題について正面から答えていないと考えられる⁵³。

次は九四年に Ohio 州一般訴訟裁判所によって下された Belsito v. Clark (644 N.E.2d 760 [Ohio C.P. 1994]) 判決である。本件は、配偶者女性の妹が無報酬で当該夫婦の受精卵を移植することにより子どもを産むとの契約を交わし、依頼者夫婦が裁判所に対し出生した子どもの遺伝上及び実の親である旨の宣言的判決を求めたケースである⁵⁴。これに対して、同裁判所は、実親とは子どもと血縁関係を有する親といい、同州法上、実親を確定する方法として遺伝テスト (genetic test) と分娩テスト (birth test) があるが、前記の Johnson 判決で採用された意思テス

⁵¹ 851 P.2d 776 (Cal.1993) at 778. 棚村・前掲論文注 (31) 104頁。

⁵² Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 5, at 159-160. 中村・前掲論文注 (28) 59頁。 *supra* note 51, at 778-785.

⁵³ 2005年の In re C.K.G. (173 S.W.3d 714 [Tenn.2005]) 判決のように、裁判所は意思テストや血縁の存否だけを以って親子関係を定めることをしない傾向があるらしい。棚村・前掲論文注 (31) 104頁。Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 68.

⁵⁴ 644 N.E.2d 760 (Ohio C.P. 1994) at 760-762. 中村・前掲論文注 (28) 59頁。棚村・前掲論文注 (31) 104～105頁。

ト（intent test）についてはここで支持することができない⁵⁵と述べ、遺伝テストを用いるべきとした上、依頼者夫婦が生まれてくる子どもの実親且つ法律上の親だと⁵⁶判じた。

このような判例の状況に鑑み、多くの州で代理母若しくは人工生殖に関する法案が次々と提出される動きがあった。そして、NCCUSL はこれまでの親子関係と係る統一法⁵⁷を一本化するために、〇〇年に新たな『統一親子関係法』を策定した。代理出産が含まれる生殖補助医療に関する規定⁵⁸が統一的に同法に盛り込まれている⁵⁹。

三、第三者による卵子や受精卵（胚）の提供

一九九四年に、第三者の卵子や精子を借りる生殖補助医療技術に関連して、New York 州の高位裁判所が下した McDonald v. McDonald (608 N.Y.S.2d 477 [Sup. Ct. 1994]) 判決がある。同判決は、生まれた子どもを依頼者夫婦の嫡出子と推定し、前記の Johnson 判決において述べられた卵子提供に関する傍論を引用して、妻に暫定的監護権（temporary custody）を付与した⁶⁰。この事案は他人の卵子を借りて自分の子宮に着床させることで出産に臨んだものであったため、同判決の結果は子どもとは遺伝的な繋がりが無い出産者の女性にしても、法律上の母として認められる余地を生むという⁶¹見解がある。

そして、九六年の Jaycee B. v. Superior Court (49 Cal. Rptr.2d 694 [Cal. Ct. App. 1996]) 判決では、夫婦は体外受精卵を以って借り腹型の代理出産を依頼したが、子ども（Jaycee）の出生前に、婚姻関係が破綻

⁵⁵ *supra* note 54, at 763-765.

⁵⁶ *supra* note 54, at 767. 中村・前掲論文注（28）59頁。

⁵⁷ 中村・前掲論文注（28）59頁。神里・前掲論文注（29）286頁。棚村・前掲論文注（31）105頁。

⁵⁸ 中村・前掲論文注（29）59頁。棚村・前掲論文注（32）105～106頁。

⁵⁹ なお、同法は02年に再び改定された。神里・前掲論文注（29）286頁。Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 55.

⁶⁰ 608 N.Y.S.2d 477 (Sup. Ct. 1994) at 480. 中村・前掲論文注（28）59頁。棚村・前掲論文注（31）107頁。

⁶¹ 棚村・前掲論文注（31）107頁。

となったため、元妻が元夫に対し、子どもの養育費の支払いを要求するケースが取り扱われていた⁶²。結果として、裁判所はそのような形で出生させられた子どもには援助（support）が要ることを強調し、依頼者の夫婦共に当該子どもの扶養や監護の責任を負い、子どもをもちたいと意図した母親は別れた夫に暫定的な養育費を請求できる⁶³と判じた⁶⁴。

第三目 Woodward v. Commissioner of Social Sec. (435 Mass. 536 [2002]) 判決

夫が亡くなった後、事前に「精子銀行」に保存した夫の精子を使い、人工授精によって双子を身ごもり出産した未亡人がいる。その後、同人は双子のために社会保障の遺族手当を申請したが、Massachusetts 州の無遺言相続法に基づいて、双子は亡くなった夫の相続人には該当しないとされ、当該手当の受給資格が認められなかった。そのため、同人は、子ども達の相続権の確認を求め、Massachusetts 州裁判区の連邦地方裁判所へ提訴した⁶⁵。

本稿の見地からすれば、同裁判所はこの判決において同州の無遺言相続法の立法者意思が子どもの利益を尊重する観点を打ち出していたことを重く受け止めた点は大いに注目される。

すなわち、同裁判所は生殖補助医療により出生した子どもに対して

⁶² 49 Cal. Rptr.2d 694 (Cal. Ct. App. 1996) at 695-697. 棚村・前掲論文注(31)107頁。

⁶³ *Id.* at 730-732. 棚村・前掲論文注(31)107頁。

⁶⁴ なお、本件の第二審である98年の *Buzzanca v. Buzzanca* (72 Cal. Rptr. 2d 280 [App.1998]) 判決において、California 州の控訴裁判所は Jaycee のような子どもの出生について、法律上の親を全く持たせないのは妥当ではないと見て、元夫婦の意思の存在を確認し、元夫婦二人とも Jaycee の法律上の親だと判断した。72 Cal. Rptr. 2d 280 (App.1998) at 293-294. 棚村・前掲論文注(31)107頁。

⁶⁵ 久保野恵美子「Lauren Woodward v. Commissioner of Social Security, 435 Mass. 536, 760 N.E. 2d 257 (Mass. 2002) —凍結保存された夫の精子を使って妻が夫の死亡後に人工授精によって妊娠出産した子が夫の無遺言相続人としての資格を有する場合があるとし、その要件を明らかにした事例」『アメリカ法 2003—1』（日米法学会・2003年）221～222頁。申信考「死後生殖に関して国内外の判例・事例における倫理問題の考察」日本医学哲学・倫理学会『医学哲学医学倫理 第24号』（2006年）88頁。

Massachusetts 州の立法府は「〔…〕死後懐胎子の相続権を否定すべく『死後に生まれた子』の範囲を狭める立法をしなかった」し、「〔…〕非常に肯定的な態度で、これらの子が出生する唯一の手段である生殖補助技術を支持してきた」と認め、「〔…〕その技術の成果たる一群の子には他の子よりも少ない権利や保護だけが与えられるべきだというのは内在的に不合理な結論である。〔…〕全ての死後懐胎子がドナーたる死亡した親の無遺言遺産からの相続を自動的に否定されるという立場は認められない。〔…〕（同州の立法府）は、死後懐胎子もできる限り死亡の前に懐胎された子どもと同様の『権利と法的保護の資格を有する』と意図していたと考えられる」⁶⁶、と説示したのである。

第四項 出自の情報へのアクセス

近年において、アメリカでは養子縁組の下に置かれる子どもが自分の実親についての情報を求める動きが現れ⁶⁷、一つの制度として実親が養親に会い、その子どもの所在と福祉についてだけは関係を継続する状態を保つ open adoption が提唱されている⁶⁸。

当該制度の展開、及びそれと連動して養子となる子どもの戸籍をオープンしようとする立法を求める open record movement は、子どもにとって、「〔…〕素性を明らかにして自己の同一性を確定」⁶⁹することができるようなプラス的な側面があるが、子どもを反って失ってしまうのではないかという養親に当たる人々の不安もある。更に、虐待や育児放棄の経験を味わった子どもにとって、養子縁組に関する情報を公開することで引き続き元の親達と接触してしまう可能性があり、再度肉体的或いは精神的傷害を受ける危険性が無いとは断言できない。また、子ども自身も果たしてどちらの「親」に対し、忠誠を示せばいいのか困惑する

⁶⁶ 435 Mass. 536 (2002) at 545-547. 久保野恵美子・前掲論文注（65）223頁。

⁶⁷ 米倉明『アメリカの家族』（有斐閣・1982年）154頁。

⁶⁸ Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, 280-281. 米倉・前掲書注（67）154頁。

⁶⁹ 米倉・前掲書注（67）159頁。

のではないか⁷⁰といった様々な問題点がある。

これらの問題点を解決するために、各州には具体的にいくつかの法的判断の要件を定め、裁判所に open adoption の仕組みをコントロールする権限を与える動きがある。例えば、Wisconsin 州の州法では、裁判所は子どもの最善の利益の原則に照らし、養子となった子どもとの面接交渉の権利を養親や実親の拒否とは関係なく、第三者に付与することができとしている。他方、Tennessee 州の州法のように一旦養子縁組が成立した以上、子どもとの面接交渉を認めるには養親の許可を得なければならないとするケースも存在している。

判例として、一九九五年の *In re S.A.H.* (537 N.W.2d 1 [S.D.1995]) 判決は、司法命令によって実親と子どもとの面接交渉は後者の最善の利益に資しうることを認めるためには、子どもには祖先への探求等の心理的欲求があること、または open adoption の影響を受け、子どもに養親家族との結び付きに関する心理に混乱が引き起こされること等、いくつかの要件を全て満たされなければならないと説示した⁷¹。しかし、九六年の *In re Adoption of C. H.* (554 N.W.2d 737 [Minn. 1996]) 判決のように、制定法上、養子縁組の成立に伴い、それ以外の関係者との権利義務関係が消滅することになる、と特別に定められている場合、当該養子との面接交渉の機会を養親以外の誰に付与すべきかを判断することは、裁判所にもできないケースもある⁷²。

第四節 医療行為と子ども

本節ではアメリカの医事法分野⁷³において子どもの主体性は如何に認

⁷⁰ Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 282.

⁷¹ 537 N.W.2d 1 (1995) at 7.

⁷² なお、連邦最高裁が *Troxel v. Granville* (530 U.S. 57 [2000]) 判決を下した後、州の養子法に基づいて正当に実親から権利が譲渡される養親の利益を顧みることはなく、一方的に実親や他の関係者に養子との面接交渉を認める裁判所の姿勢は厳しい憲法の問題として問われる可能性が高くなる指摘がある。554 N.W.2d 737 (1996) at 743. Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 282-283.

⁷³ Mark A. Hall and Ira Mark Ellman and Daniel S. Strouse, *Health Care Law*

識されているか⁷⁴、という問題意識の下で考察を進めていきたい。

第一項 論点の概要

Union Pacific Railway Company v. Clara L. Botsford (141 U.S. 250 [1891]) の連邦最高裁判決において、Horace Gray 裁判官は法廷意見の中で common law によって確認される諸権利の中で最も神聖な (sacred) のは個々人が自らの身体を所有し、コントロールする権利である⁷⁵と示している。そうして、この判決を初めとして、個人の精神的及び身体的統合性 (bodily integrity) にかかわる問題は、後に同裁判所によるいくつかの判例⁷⁶によっても確認されている。また、学説においては「自分の身体を所有し、コントロールする権利」に基づき、すべての医療行為において informed consent のプロセスを踏んだ上で、個人 (患者) の合意を得なければならないということの不可欠さや重要性が認識されている⁷⁷。しかし、議論の主体を子どもに置き換えて考えると、家族との関係等のいくつかの問題⁷⁸を注意深く吟味しなければならない⁷⁹。

and Ethics In a Nutshell, 2nd ed., (U.S.A,1999), at 81-82; マーク・ホール＝アイラ・エルマン＝ダニエル・ストラウス著・吉田邦彦訳『アメリカ医事法』（木鐸社・2005年）69頁。

⁷⁴ 丸山英二「未成年者に対する医療とアメリカ法—親の決定権とその限界—」『ケース研究 207号』（1986年）3頁。

⁷⁵ 141 U.S. 250 (1891) at 251. Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *Children's Rights in the United States In Search of a National Policy* (U.S.A 1999) at 141.

⁷⁶ 高井裕之「憲法と医事法との関係についての覚書」『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』（青林書院・1998年）291頁。

⁷⁷ Mark A. Hall and Ira Mark Ellman and Daniel S. Strouse, *supra* note 73, at 131-133. マーク・ホール＝アイラ・エルマン＝ダニエル・ストラウス著・吉田邦彦訳・前掲書注（73）102～103頁。Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 141.

⁷⁸ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 141.

⁷⁹ *Id.* at 141-142.

かような認識に基づき、本節においてまず一九七〇年代の後半に連邦最高裁が下した二つの判決に着目し、整理をする。そして、論争が重ねられているテーマに絞って、考察を試みる。

第一目 二つの連邦最高裁判決

まず医療措置を受ける主体である子どもの権利を検討した⁸⁰一九七九年の *Parham v. J.R.* (442 U.S. 584 [1979])、及び *Bellotti v. Baird* (443 U.S. 622 [1979]) 判決を整理する。

一、*Parham v. J.R.* (442 U.S. 584 [1979]) 判決

本件の原告の一人である J.R. は出生後三カ月半の時に、親によるネグレクトの虐待が発覚し、七歳の時に Georgia 州の州立病院に入院させられるまで七回も異なる里親の下で生活していた。他方、もう一人の J.L. は六歳の時、母親と継父の意思により同州の州立病院に入れられ、関係者は J.L. を再び家族の元に戻そうと努力したが、同人の家族から彼を拒否するような意思表示を受け、結局、彼は同院に留まっている⁸¹。そして州法は、本件の入院については子どもが“自発的”意志に基づいて行われた、と見做されると定めていた⁸²。それ故、二人の子どもは実際に自分の意思を表明する機会が保障されていないと主張し、合衆国法律集四二編一九八三条⁸³に基づき、同州に定められた子どもに関する精神病院の入退院手続が、due process clause に違反することを主張し、救済を求めた⁸⁴。

Warren Earl Burger 裁判官による多数意見（以下、「Burger 多数意見」）は次のように述べ、子ども側の主張を退けた。まず、Burger 多数意見は *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510 [1925]) 判決等に依拠し

⁸⁰ Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 302-307.

⁸¹ *Id.* at 336.

⁸² *Id.* at 335-336.

⁸³ 樋口範雄「児童虐待と合衆国最高裁—子どもへの公的保護責任と一九八三条訴訟」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 上』（有斐閣・1993年）255頁。

⁸⁴ 米沢・前掲書注（9）91～92頁。

つつ、両親には自分の子どもに対し親としての高度的本分（high duty）からなる義務、及び権利を享有することが再確認された一方、子どもという個人には、必要がない拘禁を受けさせられず、誤って精神病などのレッテルが貼られることもないという権利利益（liberty interest）があることも示した⁸⁵。ところが、同多数意見は仮に *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390 [1923]) 判決や前記の *Pierce* 判決で示されたように、子どもが親と相反する意見を表明した事実が証明されても裁判所の結論は変わらないであろうと理解し、子どもが入院について躊躇するかもしれないという事実は、何が子どもの最善の利益になるのかを決定する親の権限を少しも減少させる理由にはならない、と判じた⁸⁶。

Burger 多数意見に対し、William J. Brennan, Jr. 裁判官による一部同意・一部反対意見がある（以下、「Brennan 反対意見」）。彼は、当該強制入院を執行した後も子どもに対する意見の聴聞を行わなければならないと言い、due process clause は事前の適正手続の進行を要求するだけでなく、事後の聴聞も含めて適切に執行することを要求し、聴聞の事後的執行の権利も認められるべきだと説く⁸⁷。そして、「精神的治療施設に入院する子どもの権利」、「両親によって入院させられる子どもの権利」及び「後見人である州によって入院させられる子どもの権利」というタイトルを立て、次々と所論を展開した。その中、Brennan 反対意見は、「精神的治療施設への強制入院は、[...] 当該個人を彼（彼女）自身と係

⁸⁵ 442 U.S. 584 (1979) at 600-604. 山本龍彦「アメリカ憲法—子どもの権利・親の権利・国家の役割—」小山剛・玉井真理子編『子どもの医療と法』（尚学社・2008年）103頁。

⁸⁶ *Ibid.* なお、Potter Stewart 裁判官による補足意見では、「親が子を代弁するというのは、common law の原則であり、憲法もこれを尊重すべきこととしてゐる。[...] 親が子のために選んだ途について、子は異議を申し立てることができない」、と述べている。*Id.* at 621-625. 米沢・前掲書注（9）92頁。堀雄「*Parham v. J.R.*, 442 U.S. 584, 99 S. Ct. 2493 (1979) —親または後見人が、18歳未満の子を本人の意思にかかわりなく、州立精神病院に同意入院させることを認めるジョージア州精神衛生法の規定は、手続的 due process に違反しない」『[1980-2] アメリカ法』（1981年）317～318頁。

⁸⁷ *supra* note 85, at 625-626.

わる友人、家族や地域社会（community）から隔離させることにもなってしまう」と示し⁸⁸ながら、連邦最高裁の先例に基づき、個人の精神的治療施設への入院について合衆国憲法に定められる手続的 due process の要求に合致しなければならないと言う。要するに、「完全且つ公正の対審の聴聞（full and fair adversary hearings）」が求められ、それを満足するために弁明の機会（an opportunity to be heard）も含め、いくつかの審判上の権利⁸⁹が保護されなければならないことを説示した。ここで、Brennan 反対意見は、「憲法上の権利は州が定められる成人年齢によって、突然に成熟し、魔法のように個人に与えられるものではない。子ども（minors）は大人（adults）と同様に憲法によって保護され、憲法上の諸権利を享有する」⁹⁰、という重要な認識を提示している。また、本件で言う誤った監禁、肉体的侵害及び不当なレッテルが貼られる恐れからの自由は、子どもという個人にとって中絶する権利と同様に重要だと Brennan 反対意見は解している。特に、自分の家族から排除される子どもにとって、当該権利をより重要視すべきだと Brennan 反対意見は示している。このような権利を恣意的に侵害されないように、Brennan 反対意見は緊急な場合には、「正式の事前聴聞は省略されても容認可能であるが、事後における聴聞の手続は欠かさずに執行されるべきである」⁹¹と説く⁹²。

二、Bellotti v. Baird (443 U.S. 622 [1979]) 判決（Bellotti II 判決）

本件の争点となる Massachusetts 州州法⁹³では、一八歳未満の未婚の

⁸⁸ この点について Burger 多数意見でも「一個人が一旦精神的治療施設に同意入院させた場合、治療中や治療の後に施設から送り出されても一生『元患者』や『異常者』のレッテルが貼られる恐れが高い」という認識が示された。*supra* note 85, at 626-627.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *supra* note 85, at 632.

⁹² *Id.* at 635. 堀・前掲論文注（86）318頁。

⁹³ 428 U.S. 132 (1976) at 134. 戸松秀典「Abortion 判決の傾向」『[1980-1] アメリカ法』（1980年）54頁。）

妊婦が中絶を行うためには両親の同意を得ることが必要条件だと要求される規定がある外、両親または一方の同意が得られない場合でも、正当な理由があると判断されれば、裁判所が両親に代わって子どもの中絶を決定し得る、とも定められている。従って、同州法の合憲性が被控訴人ら⁹⁴による class action として争われた。

なお、本判決の以前に、連邦最高裁は一九七六年の *Bellotti v. Baird* (428 U.S. 132 [1976]) 判決（以下、「Bellotti I 判決」）において、裁判官全員一致の判断を通じて同州法に対する合憲性審査を行う前に、法解釈によって個人に救済が与えられる余地がまだあるのではないかと疑問視し⁹⁵、いくつかの問題点を取りあげ、連邦地裁に対し、州の最上級裁判所の見解を改めて求めるように指示した。

なかでも、同州法の下では子どもがよく事情の分かる（mature）か、分らない（immature）かの区別を判断しないで、中絶について親と相談しなくても裁判所に対し直接に許可を求められるという解釈が許されるかどうかの問題がある⁹⁶。この点に対し、後に Massachusetts 州の最上級裁判所から「当該解釈は概ね許されない」という返答がなされた⁹⁷。そして、例え事情のよく分かる子どもが両親と自分の同意に基づいて、固い意志で理性的に中絶手術を選択しても、一旦裁判所はより良い選択があると発見する場合、裁判所が両親と子どもの同意の有効性を認めないことができるか、という問題もある⁹⁸。この点に対しては、同州の最上級裁判所から肯定的な返答がなされた⁹⁹。このような返答への考慮も含め、連邦地裁は再び同州法は憲法に違反すると判じ、同州法の施行を禁止した。

以上の経緯を汲んで、Lewis F. Powell, Jr. 裁判官による多数意見（以下、「Powell 多数意見」）は、冒頭において、子どもは重大な決定をな

⁹⁴ 米沢・前掲書注（9）78頁。

⁹⁵ 戸松・前掲論文注（93）54～55頁。

⁹⁶ 428 U.S. 132 (1976) at 141-142.

⁹⁷ 443 U.S. 622 (1979) at 630.

⁹⁸ 428 U.S. 132 (1976) at 143-146.

⁹⁹ *supra* note 97, at 630.

すにあたっては、情報を与えられ成熟した判断がなされないことなど、いくつかの理由¹⁰⁰を取上げて、子どもの憲法上の権利に対する保障は大人のものと同じ視することができないと明言した。そして、中絶手術を受けるか否かは、子どもにとって極めて重大な決定となるため、立法府は制定法を定める際に、子どもと同一の家族に属する者である親権者との係わり合いを慎重に配慮する義務が州にはある¹⁰¹、と説示した。しかし、Powell 多数意見は、例え州側が、妊娠した子どもが中絶手術を行う際、両親またはその一方の同意を得ることが必要であるとする場合でも、他に許可が得られる「代替的手続 (the alternative procedure)」をやはり何らかの形で設けるべきであるとの認識を示した。そのような子どもの手続き的権利が保障されるならば、州側が定めた両親の同意条項は、子ども自身による中絶手術を受ける決定に対し、Danforth 判決が示したような「完全的、且つ恣意的拒否の権限 (absolute, and possibly arbitrary, veto)」にはならないと解される、と Powell 多数意見は述べている¹⁰²。

かような認識と同州の最上級裁判所による公的見解に鑑み、Powell 多数意見は本件州法が裁判所に過大的な権限を与えていることや、同法は子どもの最善の利益に適うかどうかには配慮せず、同人が如何なる状況であっても両親又は親権者と相談しなければならないことを強要している等の理由から、同法が妊娠した子どもの中絶手術を受ける権利に不当な負担 (undue burden) を課しているため違憲であると結論づけている¹⁰³。

第二目 学説の展開

医療措置を執行することの可否に係わる決定において子どもの意思を如何に考慮すべきであろうかという問題については、年齢という要素が重要だと考えられる。

¹⁰⁰ 米沢・前掲書注(9) 79頁。supra note 97, at 633-639.

¹⁰¹ Id. at 639-642.

¹⁰² Id. at 642-644.

¹⁰³ Id. at 644-651.

まず、Piaget の論説を参照し、七歳未満の子どもには如何に対応すべきであろうかという問いを検討する Billick, S. B. の研究がある¹⁰⁴。結果的に Piaget の論説では七歳未満の子どもには論理的思考がまた形成されていないとされるため、informed consent の手続の保障からも除外されざるを得ないと説かれている¹⁰⁵。

そして、Piaget によれば、人間の年齢は満七歳から一一歳までの間「具体的操作期（concrete operations）」に入る。この時期における子どもの特性¹⁰⁶については、まだ完全な精神的状態には到達したとは言えないと説かれている。それに基づき、Erlen, J. は、この時期に達した「[...] 個々の子どもの既に備えている理解能力のレベルを配慮しつつ、医療措置の実行への同意か不同意の意思を表明する機会が与えられ、同人が享有すべきである権利を試行的に行使させることができるように対応しなければならない」¹⁰⁷と主張する。

続いて、一一歳から一五歳の間は Piaget によると、それは「形式操作の時期（formal operations）」¹⁰⁸に入ることとなる。そして、それらの子どもに対しては、真の informed consent の手続を取れば良いと主張する Weithorn, L. A. と Campbell, S. B. がいる¹⁰⁹。しかし、この時期を経て成熟した大人の中にも独立的思考が働くことができない人が少なくはないという Piaget の見解と同調し¹¹⁰、注に掲げた図表¹¹¹のように、子どもが自分の人生に係わる重大な決定を迫られた場合、年齢をより細かく

¹⁰⁴ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 149.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.* 岸本弘・岸本紀子訳『ピアジェ心理学入門（上）』（明治図書・1969年）124～125頁。

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ 岸本弘・岸本紀子訳・前掲書注（106）125頁。

¹⁰⁹ Weithorn, L. A., & Campbell, S. B., The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions., *Child Development*, 53 (1982), at 1595-1596.

¹¹⁰ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 150.

区分し、子どもの（成長）発達能力に従い、如何に対応すべきであろうかを示す Billick の見解もある。

一方、Erlen は七歳から十一歳の子どもの（自分自身と関わる）重大な決定を要する事項に参加し、関与して行くことは難しいと考えている。その考え方を具現化したのが「医学的治療措置の決定に関する参加」の思考的モデル（participation in treatment decisions model）である（以下、「Erlen 説」）¹¹²。この Erlen 説が成立する前提の一つは、年齢と能力の逐年的増加に伴い、子ども達に対して執行される医療処置に関する様々な決定から生じる責任の負担も段階的に要求されうることである。従って、当該思考的モデルの内容についても「単なる同意（assent）」、「同意の拒否（dissent）」、及び「双方的合意（consent）」という三つのレベルから構成されている。

まず、「単なる同意」の段階において、Erlen は「他人による治療措置の執行について、それは合理的で正当な認識に基づいてなされた決定だと信じ、子どもは同意や協働する意思を表明することしかできない」、と見る。従って、「この段階に当てはまる子どもに対応する側には、如何なる治療措置或いはケアのプランを取るかということ子どもに知らせること、当該治療措置の執行時間についての決定手続に子どもに関与させることが要求される」ことになる。そして、この段階に止まる「子どもの意思は親の意思を覆することができるほどの重みを持っていない」と Erlen は考えるが、「[...] この「単なる同意」のプロセスが配慮される場合、両親や医学専門家達は子どもが自発的に協働の意思を表明することを求める」ことになる故、「[...] たとえ治療措置の執行全般につい

111

子どもの年齢	決定がなされ、責任を負うべき者
0 歳～6 歳	親
7 歳～8 歳	子どもによる関与も配慮する親
9 歳～11 歳	親と子どもの参与
12 歳～14 歳	親の援護を得ている子ども
14 歳以上	子ども自身

Id. at 151 「Table 7.1」を参考し、加筆により、作成したものである。

¹¹² *Ibid.* Erlen, J., The child's choice: An essential component in treatment decisions., *Children's Health Care*, 15 (1987), at 157.

て、子どもの意思は「…」(かならずしも) 中心的要素ではないとしても意義がある」¹¹³と主張されている¹¹⁴。

次に、Erlen は「同意の拒否」を「子どもは（自分の心中に大人と）異なる意見が存在すること、協働する意思を欠いていること、同意する意思を表明しないこと」¹¹⁵と認識し定義する。要するに、前記の Piaget が言う「具体的操作期（concrete operations）」を経た子どもは物事の相互的関連性や因果関係をより良く理解する能力が備わっているから、子どもは自身の中における価値観の形成やその形成に対する認識も発展しており、周囲の大人は直面した子ども達が表明する同意の拒否の行為に関して、どこかで合理的理由が存在することを発見しやすい、と Erlen は考えている¹¹⁶。

最後の「双方向的合意」の段階について、Erlen は informed consent と同義的に位置づけている。すなわち、子どもに接取する情報を理解する能力や合意を与える法的資格（能力）がある場合、「双方向的合意」= informed consent のプロセスを踏まえないとされ¹¹⁷。

第三目 検討すべき問題群

以上のような判例や学説の状況を踏まえて、様々な医療と係る場面において子どもの医療と係わる国家の役割を「成熟に近づく子どもの原則（The Mature Minor Doctrine）」や「法律上の例外（Statutory Exceptions）」から検討する必要がある¹¹⁸けれども、本稿では次の二つの場面に絞って、子どもの自己決定を考える。

第二項 中絶に関する同意及び通知

¹¹³ *Ibid.* Erlen, J., *supra* note 112, at 158.

¹¹⁴ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 152.

¹¹⁵ *Ibid.* Erlen, J., *supra* note 112, at 158.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Id.*, at 159. Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 152.

¹¹⁸ *Id.* at 307-327. 米沢・前掲書注（9）98頁。

Roe v. Wade (410 U.S. 113 [1973]) 判決の後、未婚の子どもが中絶を行うにあたって、原則として、親または裁判所による同意や（医者等による）親への通知を求めるという州法が、多く作られたと言われる¹¹⁹。以下では、この問題を巡る社会的背景や判例の動向について考察する。

第一目 社会的背景

これについて、Robert H. Mnookin はいくつかの調査報告に従って、未婚の子どもの中に性交渉を経験した年齢の低下¹²⁰、又は避妊に対する無関心の広まりといった状況¹²¹をまず示しながら、子どもの「[...] 心身的発達の未熟さによって、避妊を実践することより、安易に中絶を選ぶことになってしまう」¹²²という傾向があると指摘する。その結果、一九六〇年代以降増えてきた子どもの無計画的な妊娠問題と連動して、未成年の妊婦に与えられる選択肢として、中絶、相手の男性と結婚すること、及びシングルマザーとなることだと言う¹²³。

また、多くの子どもには自分の両親と妊娠や中絶などの性的問題を語り合うことに対し、嫌悪感があることもむやみに中絶の方向へ逃げてしまう背景の一つだと Mnookin は示している¹²⁴。

第二目 連邦最高裁による判断

以下では、中絶を巡って連邦最高裁は如何なる問題に直面しているのかの概要を把握した後、蓄積されてきた同裁判所による各判例の様相を見ていきたい。

¹¹⁹ 米沢・前掲書注（9）76頁。

¹²⁰ Robert H. Mnookin, “PART・IV Bellotti v. Baird: A Hard Case” in Robert H. Mnookin et al., *In The Interest of Children Advocacy, Law Reform, and Public Policy* (U.S.A, 1985) at 155-156.

¹²¹ *Id.* at 156-157.

¹²² *Id.* at 157.

¹²³ *Id.* at 157-158. 土屋和代「社会保障」矢口祐人・吉原真里『現代アメリカのキーワード』（中公新書・2006年）290頁。

¹²⁴ Robert H. Mnookin, *supra* note 120, at 158-159.

一、その概要

中絶を巡って、連邦最高裁は、中絶を規制する州法の合憲性について、当該制定法では子どもが自発的に中絶手術を行おうとする際に予め親の同意を得ることが必要条件だと定められているかどうかの問題の外に、当該必要条件の認否に関し裁判所が介入し判断を示し得るバイパス手続（judicial bypass procedure）の用意の有無についても一判断要素として挙げている¹²⁵。何故なら、同手続は当事者である子ども（すなわち、未成年の妊婦）が中絶手術を受ける際に必要とされる心身の成熟さに達しているかどうか、及び当該中絶手術の執行が当事者の子どもの最善の利益に資するかどうかのことを検討し、判断する有効な手段だと見做される所以である¹²⁶。

連邦最高裁は、州側がバイパス手続を用意すれば、子どもの中絶を防ぐために、片方の親による同意を得なければならないという要件を設けることができると認めるが、両方の親による同意の要件については、その合憲性の判断が未だに明確されていない。また、同裁判所は同手続なしで両親への通知を要請する義務を医者や医学的専門家に課す要件に関し、違憲だと認識している¹²⁷。とは言え、緊急性を伴う中絶手術の執行について、同専門家らに片方の親だけでも通知する義務を州側から課し得るかかどうかという問題が残されている¹²⁸。それに、同専門家による親への通知要件の作動に伴い、一般的に中絶を受けようとする子どもは四八時間の制限時間を受けている。よって、その四八時間より長い制限時間を定めることができるのかという問題¹²⁹も一争点になっている¹³⁰。

二、判決の動向

一九七六年の *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* (49

¹²⁵ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 964.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 964-965.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Id.* at 965.

L.Ed.2d 788 [1976]) 判決において、連邦最高裁は初めて¹³¹中絶に関する親の同意要件¹³²について判断を下した。Harry A. Blackmun 裁判官による多数意見は本件の争点となる Missouri 州法に定められた親の同意要件を違憲とした。その理由の中で、州側には医者と患者による中絶の決定に対する絶対的で且つ恣意的になる恐れがある拒否権を、その両者以外の第三者に付与する憲法上の権限を有しない¹³³と述べられている。そして、未成年の娘の中絶に対して親がいかなる独善的な利益を持つとしても、それは妊娠することに十分成熟した能力を有する子どものプライバシーの権利よりも重要なものではない¹³⁴ことも多数意見の中で示されている¹³⁵。一方、Byron R. White 裁判官による反対意見は、中絶の決定は間違いなく重要で取り返しのつかない結果に繋がるので、州は自分(子ども)の最善の利益にならないような方法で中絶を行うことから、子どもを保護する資格を有すると示し、親による同意要件を合憲だ¹³⁶と説く¹³⁷。そして、前述した七九年の Bellotti II 判決でも当該要件は違憲だと判じられた。

続いて、医者による親への通知要件は連邦最高裁が八一年の H.L. v. Matheson (450 U.S. 398 [1981]) 判決において合憲とした。そして同判決は未成年の女性が有する中絶に対する憲法上の権利についても判断を示した。すなわち、Burger 裁判官による多数意見では、「州は娘の(中絶)に対する全面的拒否権を親に与えることはできないが、単なる通知要件は、未成熟で親に生計を依存している未成年者の憲法上の権利を侵害す

¹³¹ *Ibid.*

¹³² 49 L.Ed.2d 788 (1976) at 788-789. 米沢・前掲書注(9) 77頁。

¹³³ 米沢・前掲書注(9) 77頁。

¹³⁴ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 966. 米沢・前掲書注(9) 77頁。 *supra* note 133, at 808.

¹³⁵ *Ibid. Id.* at 806 ; 807-809. 米沢・前掲書注(9) 77頁。

¹³⁶ *supra* note 133, at 819-820.

¹³⁷ また、Stevens 裁判官による一部反対意見は、子どもの選択の自由に対する制限は年齢に基づく考量が必要だと説いている。 *Id.* at 823-824. 米沢・前掲書注(9) 77頁。

るものではない」¹³⁸と述べられていた。他方、Marshall 裁判官による反対意見は、「〔…〕州の主張する利益は（当該）通知要件によって促進されるものではない」¹³⁹と示している。

八三年に至り、連邦最高裁は二つの事案において再び中絶に関する親の同意要件について判断を下した。一つ目は、City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc. (462 U.S. 416 [1983]) 判決（以下は「Akron I 判決」）である。本判決で争われた州法の規定¹⁴⁰の中には、一五歳未満の妊婦に対し、中絶を行なう場合、妊婦本人の同意のほか、親または後見人の同意若しくは裁判所の命令を求めなければならないという要件¹⁴¹が含まれたが、Powell 裁判官による多数意見は当該州法の規定の全てを違憲だと判じた。同多数意見は女性の中絶を決定する権利は、合衆国憲法修正一四条の個人的自由および州の行為に対する制約の根拠をもつプライバシーの権利に含まれるものだ¹⁴²ということを再確認しながら、前記の同意要件に対し、Danforth 判決等を参照して州は子どもが中絶を受けられるかどうかの条件として、親または親の地位にいる者の同意を求める包括的（blanket）規定を設けることはできないと説示した¹⁴³。

二つ目は、Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft (76 L. Ed. 2d 733 [1983]) 判決である。本件で争われた州法の規定には、「〔…〕一八歳未満の妊婦に親または裁判所の同意を求める」¹⁴⁴と言う規制が含まれていた。下級審では判断が分かれていたが、本判決は当該要

¹³⁸ 米沢・前掲書注（９）80頁。

¹³⁹ 米沢・前掲書注（９）81頁。

¹⁴⁰ 丸山英二「アメリカ連邦最高裁と堕胎—州法による堕胎規制の合憲性—」『判例タイムズ No.535』（1984年）34頁。

¹⁴¹ 丸山・前掲論文注（140）34頁。

¹⁴² 462 U.S. 416 (1983) at 419-420. 丸山・前掲論文（140）34頁。

¹⁴³ *Id.* at 439 ; 452-475. 緒方房子『アメリカの中絶問題—出口なき論争』（明石書店・2006年）46～47頁。米沢・前掲書注（９）82頁。丸山・前掲論文注（140）34～36頁。

¹⁴⁴ 丸山・前掲論文注（140）37頁。

件の合憲性を支持した¹⁴⁵。

本件の多数意見は、七三年の Roe 判決において州が生存可能な胎児の生命を保護する重要な利益を持つことも認めた¹⁴⁶と言う処に着目しつつ、同州法に定められる親による同意要件について、控訴審における裁判所の裁量是中絶を行ないたい子どもの心身的成熟さへの考慮や、中絶は同人の最善の利益になるかどうかの判断が行わなければならない等の説示が、「〔…〕 違憲となる危険を避ける〔…〕 解釈は正しく」Bellotti II 判決の相対的多数意見で示された要件¹⁴⁷も満足されると見て、合憲だと判じた。一方、Blackmun 裁判官による一部反対意見は、Bellotti II 判決は「〔…〕 裁判所による同意を定める法律は、裁判所という第三者に医師と患者の決定に対する絶対的拒否権を与えることになるから、いかなるものでも違憲である」、と示した¹⁴⁸。

続いて、九〇年の Ohio v. Akron Center for Reproductive Health (110 S.Ct. 2972 [1990]) 判決において、連邦最高裁は本件の争いの的となった Ohio 州法が医師と未成年の妊婦に対し通知義務の免除としてバイパス手続を用意していることから、医師は未成年の妊婦に中絶手術を行う前に両親の一方や一定の場合で同人の親族に通知しなければならないという要件を合憲とした¹⁴⁹。そして、多数意見は子どもが中絶の決定をなしうるほど成熟しているか、或いは中絶することが同人自身の最善の利益になるかを裁判所が判断することは、子どもとその家族を保護する州の利益に仕えるため、裁判所に同人が申立てた後五日以内に聴聞を開くことを強要する待機時間は例え不合理だとしてもバイパス手続全体が無効とされる理由にはならない、と指摘している¹⁵⁰。

そして同年の Hodgson v. Minnesota (110 S.Ct. 2926 [1990]) 判決では、

¹⁴⁵ 本判決は絶対的多数意見が形成されていないものの、連邦最高裁として初めて親による同意要件を認めたのである。John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 968.

¹⁴⁶ 76 L Ed 2d 733 (1983), at 739-740. 丸山・前掲論文注 (140) 38頁。

¹⁴⁷ 米沢・前掲書注 (9) 82~83頁。丸山・前掲論文注 (140) 38頁。

¹⁴⁸ 米沢・前掲書注 (9) 83頁。丸山・前掲論文注 (140) 39頁。

¹⁴⁹ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 969.

¹⁵⁰ *Id.* at 969-970.

子どもが中絶を受けようとする場合、親への通知要件と共に、四八時間の待機時間が定められた上、当該要件は裁判所によって差し止められるためには子ども自身の成熟さや、当該通知がなくても子どもの最善の利益になるかどうかの判断要件を明示するバイパス手続の規定も付け加えられた Minnesota 州法の合憲性が争われた¹⁵¹。多数意見は、バイパス手続を伴う親への通知・待機時間の要件は合憲だ¹⁵²と判断したが、中絶の自由が基本的権利であるため、例えば妊婦が子どもであっても、厳格な審査基準に服すべきだと述べている所が注目される¹⁵³。

そして、九七年の *Lambert v. Wicklund* (520 U.S. 292 [1997]) 判決¹⁵⁴において、争いとなった州法に対し、多数意見は子どもの中絶を受ける権利の保障が配慮されるバイパス手続を州側が用意していることから、下級審の違憲判断を斥けた¹⁵⁵一方、補足意見では、多数意見においては子どもが如何なる内容の証拠を提出し、親への通知を回避し得、中絶を受けることは自分自身の最善の利益に資することも証明され得るのかの問題について、説明をなさらなかったと指摘した¹⁵⁶。

第三項 輸血措置

子どもの治療一般に係る決定権の所在などを明言する連邦最高裁の判決が見られていない¹⁵⁷状況の中、子どもに対する輸血の問題を巡って、親の信教の自由との衝突の様子¹⁵⁸を伺うことができる¹⁵⁹。

¹⁵¹ 米沢・前掲書注（9）83頁。

¹⁵² 米沢・前掲書注（9）83頁。

¹⁵³ 米沢・前掲書注（9）83頁。

¹⁵⁴ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 973.

¹⁵⁵ 520 U.S. 292 (1997) at 293-294.

¹⁵⁶ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 973-974.

¹⁵⁷ 但し、州レベルにおいて「遺棄された子どもに関する法律」に基づき、多くの法的判断が存在する。Mark A. Hall and Ira Mark Ellman and Daniel S. Strouse, *supra* note 73, at 382-383. マーク・ホール＝アイラ・エルマン＝ダニエル・ストラウス著・吉田邦彦訳・前掲書注（73）275頁。

¹⁵⁸ *Ibid.* マーク・ホール＝アイラ・エルマン＝ダニエル・ストラウス著・吉田邦彦訳・前掲書注（73）276頁。Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams,

第一目 問題の枠組み

この問題を考察するに当たり、輸血措置を拒否するエホバの証人や薬剤の投与及び手術の方法の治療を拒否するクリスチャン・サイエンス等の宗派を信奉する者への対応は難しいと予想されることが多い。その上、子どもの親がそのような宗派の一員である場合、彼らは医師に対し合衆国憲法修正一条を以って、自身に保障される信教の自由を盾に、子どもへの治療手段を特定の要求するケースも少なくはない¹⁶⁰。

しかしながら、そのような困難があるにもかかわらず、判例には、子どもや親が宗教上の理由に基づいて一定の治療を拒否しても、州側には子どもの健康や安全を守る利益が存在するので、そのような拒絶を覆せる州の権限を支持する傾向が見られる¹⁶¹。他方、親の信教の自由については、一九四四年の Prince 判決に照らして、連邦最高裁はそれを完全に認めたわけではない¹⁶²と言われており、「[…] 州側がある場合において保護すべきである公的利益が個人の利益を上回る時、個人が享有する信教の自由を制限する権限を持っている」¹⁶³と解されている。

第二目 司法府の判断

一九五二年に下された *People ex rel. Wallace v. Labrenz* (411 Ill. 618 [1952]) 判決、及び *Morrison v. State* (252 S. W. 2d 97 [1952]) 判決において、それぞれ生後間もなくの子どもへの輸血を、親の宗教上の理由に基づいて拒否するという事案が取り扱われたが、結論的には両者とも州に

supra note 43, at 318-319. シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳『子ども虐待問題の理論と研究』（明石書店・2003年）30頁。

¹⁵⁹ 松井・前掲書注（19）241～242頁。

¹⁶⁰ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 145.

¹⁶¹ John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 5, at 1508.

¹⁶² Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 318-319. Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 146.

¹⁶³ *Id.* at 145-146.

よる公権力の介入を支持した¹⁶⁴。

そして、六二年に New Jersey 州の最上級裁判所は State v. Perricone (37 N.J. 463 [1962]) 判決において、心臓に障害が起こった子どもが戻らぬ人になったが、その治療過程において州側のバックアップを得た病院による輸血措置を受けたため、エホバ証人の信者である親はそれを不服として訴訟を起こした事案を取り扱った。同裁判所は合衆国憲法修正一条に認められる信教の自由について、「〔…〕信仰の自由と行動の自由が分けられる。前者は完全に認められるが、〔…〕後者はできない」¹⁶⁵と述べ、「〔…〕個人の信教の自由や親として自分の子どもをケアし、養育する権利は行政府による最高の尊重に値する」¹⁶⁶としても、「〔…〕州は子どもを虐待、ネグレクトないし不正行為から保護する利益を有する」¹⁶⁷と論じ、公権力による介入を認めた事実審の判断を支持した。

同じ年に Ohio 州では In re Clark (21 Ohio Op. 2d 86 [1962]) 判決が下された。この判決では、「〔…〕親の宗教上の反対にもかかわらず、体の四割に及ぶやけどをしたために輸血を緊急にしなければ生命が失われる三歳の子どもへの輸血を支持する」という結論が示され、子どもの生きる権利と親の宗教に対する信仰が衝突する場合は、前者が優越することになり、宗教上の教義は道を譲らねばならないと¹⁶⁸述べられている。その三年後、New York 州の一般的管轄権を持つ裁判所による Application of Brooklyn Hospital (45 Misc. 2d 914 [1965]) 判決においても、一時的に親の権利を制限し、体全体の二五％以上のやけどをした五歳の子どもへの輸血を裁判所は支持している¹⁶⁹。

続いて、New York 州の家庭裁判所は七〇年の In re Sampson (317 N. Y. S. 2d 641 [1970]) 判決において、母親自身の信仰は、生きて健全な身

¹⁶⁴ 唄孝一「アメリカ判例法における輸血拒否—『死ぬ権利』論の検討過程における一つのデッサン」『東京都立大学法学会雑誌 18巻1・2合併号』（1978年）135～140頁。米沢・前掲書注（９）99頁。

¹⁶⁵ 37 N.J. 463 (1962) at 472.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *supra* note 165, at 475.

¹⁶⁸ 21 Ohio Op. 2d 86 (1962) at 86. 米沢・前掲書注（９）99頁。

¹⁶⁹ 45 Misc. 2d 914 (1965) at 915. 米沢・前掲書注（９）99頁。

体を持ち、健全な精神を育て成長する子どもの権利を守るべき州の義務の前には一歩下がらなければならない¹⁷⁰と解して、一五歳になる子どもの顔面の手術に伴う輸血措置に対し、母親による宗教上の理由に基づく拒否があっても、州が公権力を以てそれについて物申す立場があることを認めた。そして、子ども自身の判断による決定に任せるべきであろうという主張について、同裁判所は「子どもは州の一市民であり、両親の下で置かれることは、州の下で置かれることと同一視するべきである」¹⁷¹とし、「〔…〕（この一五歳の子どもは）明らかに父親からの影響を強く受けている。父親の精神的妄想による被害者である」¹⁷²とも論じて、本件のような子ども自身の人生の中で最も重要な決定に対する判断を同人に背負わせるべきではないと説示した¹⁷³。

七二年になり、Pennsylvania 州の最上級裁判所は *In re Green* (448 Pa. 338 [1972]) 判決において、*Sampson* 判決でも問題となった医療措置（輸血など）に関して、法定年齢に近い子どもの意思は如何に位置づけられるべきかという問題について見解を示した。同裁判所は、「〔…〕まず親と州の関係について、子どもの生命がただちに危険になるわけではない場合、州は親の宗教上の信念を圧倒するのに十分なだけの利益を有するものではない」¹⁷⁴と判断した。続いて、いくつかの判決¹⁷⁵を参照し、「〔…〕究極的問題として、親の宗教上の信念と子どもの意思とが衝突し

¹⁷⁰ 317 N. Y. S. 2d 641 (1970) at 652-653. 米沢・前掲書注（9）100～101頁。

¹⁷¹ *Id.* at 652.

¹⁷² *Id.* at 656.

¹⁷³ *Ibid.* 米沢・前掲書注（9）101頁。

¹⁷⁴ *Id.* at 342. 米沢・前掲書注（9）100頁。Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 147.

¹⁷⁵ その中、12歳の子どもの兔唇を治す手術に対し、親が拒否したことをめぐり争われた *In re Seiferth* (399 N.Y. 80 [1955]) 判決がある。その第一審の New York 州の児童裁判所 (127 N. Y. S. 2d 63 [1954]) による判断では、「〔…〕我々は通常の知性を備えた12歳の子どもの問題を扱っているのであるから、その子どもには親の干渉をうけることなく自ら決定する機会が与えられねばならない」と説示した。米沢・前掲書注（9）104～105頁。唄・前掲論文注（164）150頁。

た場合、どちらが優位するかを検討せねばならない」とし¹⁷⁶、「〔…〕十分に成熟した知性を有する一六歳の子ども自身の意思を確認するための聴聞を開くべきであるとして」管轄権を留保したままで第一審に差し戻した¹⁷⁷。

他方、七四年に New Jersey 州の裁判所は *Muhlenberg Hospital v. Patterson* (128 N. J. Super. 498 [1974]) 判決において、たとえ手術を行わないことにより子ども（本件においては生後間もなくの幼児である）の命を重大な危険にさらすわけではないとしても、州は親の宗教上の理由による輸血措置への拒否を覆し、輸血に同意させる権限を有しているとした。同裁判所は、その権限の根拠を深刻で回復不可能な知能障害を持つ子どもを保護する「社会の最善の利益（the best interest of society）」に求めている¹⁷⁸。また、八九年の *In re Tara Cabrera* (381 Pa.Super. 100 [1989]) 判決において、Pennsylvania 州の中間上訴裁判所も同じく前記の法理に基づいて判断を下した。要するに、治療を受ける六歳の子どもの身には、たとえ差し迫った危険がなくても、中風や、知能障害等を引き起こしうる病気から子どもを守るために、親による宗教上の理由に基づく輸血拒否を覆す公的利益が州側にある¹⁷⁹、と説示した¹⁸⁰。

第五節 家庭内暴力と子ども

アメリカでは家の中で生じた大人による虐待やネグレクトによる子どもの死亡の件数が多いという深刻な状況がある¹⁸¹。それに対応して、行

¹⁷⁶ 448 Pa. 338 (1972) at 346-349. 米沢・前掲書注（９）100頁。

¹⁷⁷ *Id.* at 350. 米沢・前掲書注（９）100頁。

¹⁷⁸ 128 N. J. Super. 503 (1974). Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 147-148.

¹⁷⁹ 381 Pa. Super. 100 (1989) at 101-114. Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 148.

¹⁸⁰ 中村直美『パターンリズムの研究 熊本大学法学会叢書 8』（成文堂・2007年）210頁。

¹⁸¹ シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注（158）17～18頁。なお、1992年までの統計情報は、土屋恵司「深刻化す

政側はいくつかの制定法を以て、子どもの虐待問題の解決を図っている¹⁸²。

なお、子どもの虐待を如何に定義すべきかの問題については従来からの議論があるが¹⁸³、本項目では当該問題を一先ず棚上げ¹⁸⁴、次のように考察を進める。

第一項 論点の概要

両親によって子どもが虐待された場合、アメリカでは「親の資格の喪失 (parental rights termination)」という法的手段を用意する法域がある¹⁸⁵。しかし、実際にこのような手段を採り、子どもの虐待問題を解決しようと考えているのはまだ少数派であるらしい¹⁸⁶。

他方、以下では細かく考察しないが、学説において司法の修復的役割を強調する主張があり¹⁸⁷、家庭内暴力を巡る紛争を解決するに当たり、一手掛けとして注目すべきであろう¹⁸⁸。かような認識に基づき、以下で

る子どもの虐待—米国の現状と対応』『レファレンス 499号』(1992年) 84頁、で参照し得る。

¹⁸² 福岡久美子「児童虐待に関する合衆国憲法判例—DeShaney 事件を中心として—」『阪大法学 45巻1号』(1995年) 139～140頁。シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注(158) 30頁。

¹⁸³ シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注(158) 41頁。土屋・前掲論文注(181) 85～86頁。

¹⁸⁴ 福岡久美子「児童虐待に関する憲法学的試論」『阪大法学 53巻3・4号』(2003年) 425頁。

¹⁸⁵ 矢澤昇治訳『カリフォルニア州家族法』(国際書院・1989年) 52頁。また、この手段が実行されると、元の親子関係が断たされる意味があるが、日本法における「親権喪失宣告」とは違う指摘がある。樋口範雄『親子と法—日米比較の試み』(弘文堂・1988年) 110頁。

¹⁸⁶ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 106.

¹⁸⁷ ハワード・ゼア著・西村春夫、細井洋子、高橋則夫監訳『修復的司法とは何か—応報から関係修復へ—』(新泉社・2003年) 153～154頁。

¹⁸⁸ 丹羽徹「子どもの人権と親権との関係—憲法学と家族法学との一接点—」『名大法政論集 134号』(1990年) 492頁。Nancy E. Walker and Catherine M.

は家族内部に生じた亀裂を修復するという視点が同国の法制度に織り込まれたのかといった問題も含め、制定法や判例の様相を考察する。

第二項 子どもの虐待を規制する法的枠組み

家庭の内部で起こる子どもの虐待を処理する法的システムはアメリカにおいて三つあると言われる。一つは歴史的に一六〇〇年代まで遡ることができる刑法（the criminal law）を用いて対応するシステムである¹⁸⁹。二つ目は福祉システム（the welfare system）である。このシステムは現代まで発展し続けてきた結果、無断で各家庭内の事情に介入することはできなくても、貧困への救済を口実に州側が人々の家庭生活を監督し、ある程度の規制を加えることによって、子どもの虐待の解消にも繋げられると理解されている。そして、三つ目は、子どもに対する公的保護システム（the civil child protection system）である¹⁹⁰。

しかし、実際に子どもに対する虐待が初めて社会的な問題として認識されるのは、むしろ一九五〇年代の前半に所謂「被虐待児症候群（battered child syndrome）」が各メディアで報じられた後の話である¹⁹¹。当該問題に対する社会的関心の気運の高まりに伴い、州レベルでは「子ども虐待通報義務法（Reporting law）」が整備され、連邦レベルにおいては七四年に「子ども虐待防止及び対処措置法（Child Abuse Prevention and Treatment Act ; CAPTA）」が作られ、共に子どもの虐待を取計う公的保護システムの根幹となっている¹⁹²。

Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 81, at 122 ; 128. 福岡・前掲論文注（182）136頁。

¹⁸⁹ シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注（158）26～27頁。福岡・前掲論文注（184）423頁。

¹⁹⁰ Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 87. シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注（158）28～29頁。

¹⁹¹ 福岡・前掲論文注（184）424頁。

¹⁹² 樋口範雄「アメリカにおける児童保護の法システムと日本の法制度への示唆」『ケース研究 227号』（1991年）3～11頁。棚瀬一代「米国における児童虐待と家族再統合の試み」『法律時報 77巻3号』（2005年）91頁。Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *supra* note 43, at 151.

第一目 一九七四年の『子ども虐待防止及び対処措置法』(CAPTA)

一九七四年の『子ども虐待防止及び対処措置法』(以下、「七四年法」)とは、「〔…〕保健福祉省(the Department of Health and Human Services)に児童虐待及び放置全国センター(the National Center on Child Abuse and Neglect : NCCAN)を設置し、各州の施策の全国的統一的整備を図る拠点とすると共に、各州における児童虐待の発見・確認、防止及び対処措置の実証実験プログラムを助成する連邦補助金プログラムを定める」¹⁹³のものである。そして、いくつかの改正を経て、同法は現在に至り、アメリカの連邦レベルにおける子どもの虐待対策の基本的な枠組みの中核となっている¹⁹⁴。その改正の流れの詳細は紹介しないが、本稿との関連で重要だと思われる点を以下では概観したい。

まず、七四年法の歳出権限を再承認し、成立した『一九八四年子ども虐待改正法』においては、「医療上の放置(生命に危険のある状態の障害を有する幼児に医学的に指示された措置を行おうとしない場合を含む)についての通報に対応する州の児童保護システムに関わる手続きを整備することを州に義務付ける」こと、並びに「州に対し、生命に危険のある状態の機能障害をもつ幼児のための養子縁組機会を提供する州レベルのプログラムを義務づける」¹⁹⁵ことが要求されていた。

そして、九〇年に、七四年法の新たな第三章の規定として、「Stewart B. McKinney ホームレス援助法一九九〇年改正法」が制定され、ホームレスの家族、又はホームレスの危機が潜在する家族の子どもに関する虐待防止事業についての規定が設けられた¹⁹⁶。また、九二年に行なわれた改正によって、成立した『一九九二年子ども虐待、家庭内暴力、養子縁組及び家族福祉法』では、初めて各州に対し、子どもの虐待に関する文

¹⁹³ 土屋恵司「アメリカ合衆国における児童虐待の防止及び対処措置に関する法律」国立国家図書館調査及び立法考査局編『外国の立法 219号』(2004年)10頁。

¹⁹⁴ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 117-118. 土屋・前掲論文注(193)10頁。

¹⁹⁵ 土屋・前掲論文注(193)11～12頁。

¹⁹⁶ 土屋・前掲論文注(193)12頁。

化的要素への調査が要請された¹⁹⁷。その後、七四年法の歳出権限を再び延長させ成立した『子ども虐待防止及び対処措置法一九九六改正法』において、「幼児遺棄又は子の死若しくは重大な身体上の傷害について責任を有する親について、親としての権利を迅速に停止するための手続の整備を州に義務づける」¹⁹⁸規定が盛り込まれた。

最近に至って、七四年法等一連の制定法が改正され成立した『二〇〇三年子ども及び家族の安全保持法』¹⁹⁹の影響を受け、修正が加えられた合衆国法典第四二編第五〇一条において、「国の政策は、児童の虐待及び放置を防止するために家族を強化し、児童を家族から不必要に引き離すことを防止するために必要な福祉事業のための支援を提供し、適当な地域では、家族の再形成を促進するものでなければならない」²⁰⁰、と示されている²⁰¹。

第二目 子ども虐待通報義務法（Reporting law）

子ども虐待通報義務法の歴史は、前述した連邦政府の一九七四年法よりも約二五年間早かった²⁰²と言われる。近年に至って、医療の専門家に對する通報義務の要請規定は全国において執行されている²⁰³。しかし、同法に潜在する問題点は少なくない²⁰⁴。

その中でも、当該通報義務を怠った場合、公的機関はどのような制裁

¹⁹⁷ 土屋・前掲論文注（193）12～13頁。

¹⁹⁸ 福岡・前掲論文注（184）424頁。土屋・前掲論文注（193）14頁。

¹⁹⁹ 土屋・前掲論文注（193）14～15頁。

²⁰⁰ 土屋・前掲論文注（193）16頁。

²⁰¹ なお、ほかの立法例の中で97年の『養子縁組および安全家族法』がある。これは「[...] 子どもの保護についてこの国（アメリカ）でこれまでに行われた最も強力な宣言の一つといえる」、と認識されている。Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 123. シンディー・L・ミラーペリン、ロビン・D・ペリン著・伊藤友里訳・前掲書注（158）458頁。

²⁰² Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 118-119.

²⁰³ *Id.* at 119.

²⁰⁴ *Id.* at 118-122.

手段を採りうるのかという問題がしばしば取り上げられる²⁰⁵。これについて、California 州の最上級裁判所による *Landeros v. Flood* (551 P. 2d 389 [1976]) 判決では次のような判断が下されている。本件の原告となる女兒は、実母とその内縁の夫から身体的虐待を受けたことにより危篤の状態になり二度も母親によって病院に運ばれていた。しかし、女兒の診断を担当した一回目の医師は、女兒の状態が極めて被虐待児症候群に近似しているにもかかわらず、通報義務を怠っていた。二回目に運ばれた病院によって、初めて虐待の事実が警察や児童福祉機関に通報された。そのことにより、女兒は一時保護され、後に養子縁組も結んだ。そこで、女兒とその後見人は一回目の診断を担当した医師に対し、通報義務の怠慢に対して損害賠償を求めたのである²⁰⁶。第一審では、例え被告の医師が子どもに対する虐待の事実を発見しなかったとしても、それは損害賠償責任を発生させるような法律上の過失にはならない²⁰⁷と判断されたが、控訴審も最上級裁判所も第一審の判断を誤りとした。

最上級裁判所の判決には、原告に対し、通常の医師であれば本件の子どもについて被虐待児症候群という診断を下したか否かを立証する機会を与えるべきだ²⁰⁸という重要な説示も見られる。しかし、何よりもこの判決では同州に整備された通報義務法の規定に基づき、本件の医師に限らず、学校の先生やソーシャル・ワーカーに対しても同様の通報義務が課され、その者が子どもの虐待を見逃せば損害賠償責任に問われる可能性が示唆される所は意味があると考え²⁰⁹。

第三項 公権力による介入—司法府の姿勢

判例の流れにおいて、合衆国憲法に基づき、親には州からの不当な介入を排除する権利が存すること、及び州側には子どもを様々な傷害から

²⁰⁵ 樋口・前掲論文注(192) 10頁。

²⁰⁶ 551 P. 2d 389 (1976) at 391-392.

²⁰⁷ *Id.* at 396. 樋口・前掲書注(185) 102頁。

²⁰⁸ *Id.* at 393.

²⁰⁹ *Id.* at 392.

保護する利益や権限があることが両方とも肯認されている²¹⁰。子どもの虐待の問題に真剣に取り組む州側では、殆ど一年を通して無休で二四時間体制を敷いて、虐待やネグレクトの通報に待機しており、緊急の場合には親子を分離させる手段をも整備しているところがある²¹¹。

しかし、その介入の過程においては、子どもが一つの独立の人権主体（a separate legal entity）であることが認識されていないという批判がある²¹²。当該批判を検証するため、以下では判例の様子を整理し、考察する。なお、子どもの虐待問題と関わる司法判断の中で、最も論じられるのは一九八九年の *DeShany v. Winnebago County Dep't of Social Services* (489 U.S. 189 [1989]) 判決（以下、「DeShany 判決」）である故、以下ではこの判決の前後に焦点を当てて、それぞれの判決で示された司法府の姿勢を追っていきたい。

第一目 一九八九年 *DeShany* (489 U.S. 189 [1989]) 判決の前

まずは、一九七九年の *White v. Rochford* (592 F. 2d 381 [1979]) 判決に目を遣ろう。この判決で扱われたのは子どもの虐待に関する事件ではない。但し、裁判所は、警察機関の不作為が子ども達を危険な目に遭わせたこと²¹³は、合衆国憲法修正一四条に認められている子どもの適正な手続を受ける権利を侵害したと言い、合衆国法律四二編の一八八三条の適用を認めたのである²¹⁴。

次は、八二年の *Santosky v. Kramer* (455 U.S. 745 [1982]) 判決である。本件は *Ulster County* の社会福祉局が子どもに対する虐待の事実を把握し、*Santosky* 夫婦の親たる資格を剥奪するよう求める申立を裁判所に

²¹⁰ 例えば、*Stanley v. Illinois* (405 U.S. 645 [1972]) 判決において、家族の結合性について修正14条だけではなく、修正9条の解釈によっても保障される、と説示している。405 U.S. 645 (1972) at 651.

²¹¹ 原田綾子「ミシガン州ワシウトナウ郡における児童虐待・ネグレクトへの対応」『法律時報 77巻3号』（2005年）72頁。

²¹² Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 122.

²¹³ *Id.* at 125-126. 592 F.2d 381 (1979) at 382-383.

²¹⁴ 592 F.2d 381 (1979) at 382-386.

行なった事案である²¹⁵。本件の第一審を担当する家庭裁判所は、親が子どもを永続的にネグレクト (permanently neglected) していることが「証拠の相当の優越 (fair preponderance of evidence)」によって立証された場合には、親の同意なしで親の資格を剥奪することができるという New York 州法に則り、社会福祉局の申立を認容した。控訴審もそれを支持した²¹⁶。

ところが、連邦最高裁は「家族生活に関する個人の選択の自由は、修正一四条によって保護される基本的な自由である。家族関係への政府の介入の中でも、親権の終了の場合には、手続的保護の必要性が特に大きい」²¹⁷とし、「証拠の相当の優越」の基準だけを以て、財産権よりも重要である子どもに対する親の利益を全面的に奪い去ることに否定的な姿勢を示した。そして、当該基準により裁判官の主観的価値判断が交り込まれることもあり得るため、誤って親権を終了させる危惧があることや、当該基準より厳格な基準を用いることこそ、子どもの福祉を促進する州のパレンス・パトリエの利益と合致すること等²¹⁸を語り、New York 州法で示された「証拠の相当の優越」の基準は due process clause 違反だと結論付けた。最後に、同裁判所は親権を終了させようとする場合、「明白で説得力ある証拠 (clear and convincing)」基準の方が、憲法上の要求に合致するものだ²¹⁹と示唆した²²⁰。

そして、新生児であっても子どもに対する虐待あるいは放任の事実が成立することを認めた²²¹結論を下した八五年の *In re Smith* (492 N. Y. S. 2d 331 [1985]) 判決がある。本件で配慮されたのは新生児の安全である²²²故、母親が子どもを虐待した事実の認否は重要な争点となっていた。当時の New York 州法によっても、本件の新生児は現に虐待を受けて

²¹⁵ 455 U.S. 745 (1982) at 750-751. 樋口・前掲書注 (185) 111頁。

²¹⁶ *Id.* at 752. 米沢・前掲書注 (9) 201頁。樋口・前掲書注 (185) 111～112頁。

²¹⁷ *Id.* at 752-753. 米沢・前掲書注 (9) 201頁。

²¹⁸ *Id.* at 754-768. 米沢・前掲書注 (9) 201～202頁。

²¹⁹ *Id.* at 768. 米沢・前掲書注 (9) 202頁。

²²⁰ 米沢・前掲書注 (9) 205～206頁。

²²¹ 樋口・前掲書注 (185) 108頁。

²²² 492 N. Y. S. 2d 331 (1985) at 332-333. 樋口・前掲書注 (185) 106～107頁。

いると判定することができない²²³と同州の家庭裁判所は認める。しかし、アルコール中毒を患う母親の下に子どもを置くことは同州法に基づき、「〔…〕 傷害を受ける緊急の危険がある」状態に当たると解される故、社会福祉局からの申立てを認め、当該新生児を母親に放任された子ども（neglected child）だと判断した²²⁴。

第二目 一九八九年 DeShany (489 U.S. 189 [1989]) 判決、及びその後

DeShany 判決で扱われる事案では、虐待の事実を何度も把握してきたソーシャル・ワーカーや社会福祉局による不手際な措置によって生涯重度の知的障害を抱えながら生きて行くことを余儀なくされていた子ども（DeShany）とその母親が前記の White 判決で認められる合衆国法律四二編一九八三条を援用して、訴訟を起こしたのであった。第一審及び控訴審は何れも被告の勝訴を決め²²⁵、本判決も子ども側の上告を六対三の結果により、棄却した²²⁶。

多数意見を書いた William H. Rehnquist 裁判官は、この事案と関わる虐待の加害者は州の職員ではなく、あくまでも子どもの父親である点を強調した。そして、「第一四修正は州の行為から人々を保護するために制定されたのであり、私人による侵害から市民の生命・財産・自由を保護する義務を州に課したものではない。〔…〕 その目的は、州から人々を保護する点にあり、人々の相互間での保護を州に命ずるものではない。〔…〕 従って、一般論として、州が私的な暴力から個人を保護しないからといって、（due process clause）の違反となるものではない」²²⁷と述べた。他方、多数意見は罪を犯して刑務所に収容される囚人や強制入院

²²³ *Id.* at 334. 樋口・前掲書注（185）108頁。

²²⁴ なお、本件を扱う家庭裁判所は未出生の胎児も権利の保障が受けられる一人の人間（person）として認識している。*Ibid.* 樋口・前掲書注（185）108頁。

²²⁵ 489 U.S. 189 (1989) at 191-193.

²²⁶ *Id.* at 202-203. Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 123. 樋口・前掲論文注（83）254～255頁。福岡・前掲論文注（184）425頁。

²²⁷ *Id.* at 196.

させられた患者の場合は、州の積極義務を認めると示唆する。それは、「州がある人の身柄を拘束し (take into its custody)、その意思に反して監護下にとどめお (き) […] それに対応して、安全と福祉に配慮する義務が、憲法上 (の due process clause によって)、州に課される」からである²²⁸。しかしながら、それは州に対して、積極的に義務を果たすことを課すというわけではない²²⁹。更に、多数意見は、「もしも、[…] (社会福祉局) が、その必要もない段階で早まって介入し、父から子を引き離す措置に出たならば、おそらく親子関係への違法な介入であるとして、本件の場合と同じ (due process clause) に基づく訴えが提起されるであろう。それでは、まさにソーシャル・ワーカーはどうしたいかわからなくなるではないか」、と付言した²³⁰。

一方、Brennan 裁判官による反対意見は、まず本件において「[…] 一般的に市民の基本的な需要を満たす義務が州にあるというような宣言を求めている」と言う。そして、多数意見で綴られた州の不作為の責任は問えないという理論を批判し、「[…] 州の行動はそもそも不作為ではない。あるいは、作為・不作為という区分自体に意味がない。重大なのは、子どもの保護のシステムを作り、虐待の通報を社会福祉局に集中させ、かつその後の保護措置を決定する権限を独占させることにより、その他の援助の手が入れないようにしておいて、実際に社会福祉局が効果的な援助をしなかったという事実である。そうであるとすれば、機能しないシステムなどない方が、まだしも (DeShaney が) 救われる可能性があった。単なる不作為によって責任を負いませんとはいえないはずだ」²³¹と語った。

そして、Blackmun 裁判官が書いた反対意見では、まず Brennan 反対意見と同様に多数意見の州による作為と不作為を区別して州の責任を考える論法を批判した。続いて、「[…] 修正一四条は、読み方によって広

²²⁸ *Id.* at 199-200.

²²⁹ *Id.* at 200.

²³⁰ *Id.* at 203. 樋口・前掲論文注 (83) 255～257頁。福岡・前掲論文注 (184) 425～426頁。

²³¹ *Id.* at 203-212. 樋口・前掲論文注 (83) 257～258頁。

くも狭くも解されるので、根本的な正義と矛盾しない、同情的な読みを採るべきだ」²³²と指摘した。

この DeShaney 事件と同じような事案は後を絶たない。例えば Carole Pinder という女性の三人の子どもは、彼女の昔の恋人が起こした火事によって焼死した。彼女は以前から警察に通報し、その恋人を拘留するとの約束まで取り付けていたにもかかわらず、このような事件が起きたため、彼女は警察を訴え一九九五年に Pinder v. Johnson (54 F.3d 1169 [1995]) 判決が下された。また同じ年に、母親と彼女の複数の恋人たちによって虐待されていた二人の少年を州の福祉職員は何度も調査しておきながら何の処置もとらなかったことに対して、一九八三条訴訟を起こし、Simpson v. Master Childers (71 F.3d 1182 [1995]) 判決もあった。この二つの判決では、いずれも DeShaney 判決が引用され、それぞれの原告からの主張を斥けたのである²³³。

一方、DeShaney 判決が出た翌年の九〇年に下された Baltimore City Department of Social Services v. Bouknight (110 S. Ct. 900 [1990]) 判決において、連邦最高裁は子どもの権利保障に重きを置くような姿勢を見せている²³⁴。

本件で親による虐待を受けたのは生後四カ月の子ども（Maurice）である。州の社会福祉局は本人を保護し、一時的に里親の下にも置いたが、父親との協議又は少年裁判所の協力を得た上で、再び子どもを親の監護の下に戻した。後に、父親が亡くなり、薬物乱用の経歴を持つ母親の拒否によって、社会福祉局は子どもの所在を把握することができなくなった。同局は少年裁判所を通して子どもの所在を提示せよという命令を獲得したが、母親に通知しても出頭しないままの状況が続いているため、八八年の四月に母親は裁判所侮辱罪によって起訴され、子どもの所在を明確にするまで刑務所に入れられることになった²³⁵。

²³² *Id.* at 212-213. 福岡・前掲論文注（182）149頁。

²³³ 54 F.3d 1169 (1995) at 1179. 71 F.3d 1182 (1995) at 1185.

²³⁴ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 126.

²³⁵ 110 S. Ct. 900 (1990) at 903-904.

ここで、連邦最高裁は、州の行為は個人が享有する合衆国憲法修正五条の自己負罪の免責条項への侵害に当たるか否かという問題に直面することになったが、判決は七対二の評決により、合衆国憲法は州が原告の信義則違反に対して処罰する権限を制限しないことを宣言した²³⁶。そして、同裁判所は修正五条の保障は、個人が刑事事件において自己に不利な証人となることを拒否する際にしか発動しないと述べ、本件の子どもの所在を裁判所に提示することに修正五条を適用する余地がないとの認識を示した。また、多数意見は子どもが一度裁判所によって「援助を要する子ども (a child in need of assistance)」だと判断されたことから、州が当該子どもと関わる養育事情について手離すことになってはいけないとの認識も示している²³⁷。

第六節 小括

本章での考察を通して、ピューリタニズムを精神的底流とするホワイト・エスニックの家族像においては、最初は家父長制の強い働きにより、子どもの自己決定が語られる思想的土壌が浅いことを確認することができた。しかし、植民地時代に入り、ピューリタニックな厳しい子育ての仕方により、かえって自己意識が強い人間を育てることになる側面が発見された²³⁸。そして、同国において地域共同体（隣人や該当地域の裁判所など）を巡る歴史の展開において、家族の成員から要請されなくても家庭内部の事情に介入する慣習が存在した²³⁹ことは本章において検討されてきた子どもと関連する「性行為」、「中絶」または「虐待」などのトピックでも引き継がれているように、公権力による介入がむしろ要請されているかのように見える。その上、近代に至って子どもを個性的存在だと捉える認識があった²⁴⁰ことと合せて考えれば、司法においても子どもと

²³⁶ Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *supra* note 75, at 127.

²³⁷ *Id.* at 126-127. *supra* note 235, at 903-909.

²³⁸ 拙著「子どもの自己決定と憲法（1）—米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較—」『北大法学論集 第61巻第1号』（2010年5月）59～67頁。

²³⁹ 拙著・前掲論文注（238）70頁。

²⁴⁰ 拙著・前掲論文注（238）66頁。

の対話を重視する姿勢が徐々に高まっていくのではないと思われる。

また、子どもの自己決定や最善の利益を追求に際しては、大人と子どもとの意見交換による調整の可能性が配慮されなければならない。本章で諸判例を検討する中で度々登場してきた「成熟に近づく子ども（the mature minor doctrine）」や「不当な負担（undue burden）」という法理は、子どもが如何なる形で能動的に目下の環境と対話して行くことを考える上で、一助になるのは確かであろう²⁴¹。

そして、子どもの虐待を巡って、虐待の事実について直ちに確認することができない胎児や新生児についても親の素性を十分に吟味した上で、法による救済を認めた一九六一年の Honer 判決や八五年の In re Smith 判決等で示された法理が子どもの自己決定の基盤となる命の安全という視点から合理化し得るかについて、その詳細をより深く検討する必要がある。

第二章 台湾

一六二四年に、中国における当時の明朝政権はオランダとの紛争を解決するために、「化外の地」と見做された台湾の統治権を差し出した²⁴² ことにより、台湾の歴史は初めて文字化され国際社会の舞台に登場することになった²⁴³。そこから、台湾という地域はオランダ、スペイン、中国²⁴⁴及び、日本等の政治的勢力に治められてきた²⁴⁵。そして戦後、改め

²⁴¹ 「子どもの問題の領域において […] 一定の国家の介入を認める。だがそれは『子どもの権利』や『最善の利益』を基礎理念として遂行されていくべきではないと強調する」見解がある。そうであれば、裁判所の役割の限界を「成熟に近づく子ども」や「不当な負担」の法理によって画定することができるかどうかの問題が生じることになる。大江洋『『子どもの権利』の功罪』『[2006-2] アメリカ法』（2006年）326頁。

²⁴² 戴國輝『台湾』（岩波書店・1988年）34頁。鍾清漢『日本植民地下における台湾教育史』（多賀出版・1993年）6頁。

²⁴³ 朱元鴻「第15章 台湾の現代性與後現代性」王振寰主編『台灣社會』（巨流圖書公司・2003年）508頁。

²⁴⁴ 鍾・前掲書注（242）9頁、55頁。林田芳雄『鄭氏台湾史—鄭成功三代の興亡実紀』（汲古書院・2003年）189頁。

て中国で新たに生成した中国国民党政権に暫くの間に治められたが、政変による政権交替も経験し、現在に至っている。

台湾の人々は概ね漢民族と先住民に区別される。そして、アメリカのホワイト・エスニックと殆ど同じように、台湾で活動している漢民族の人々は政治的・社会的地位において先住民よりも優位に立っている。従って、以下の考察は主に漢民族の文化・法的概念及び社会生活などを基準にして行うものだということを予めお断りする次第である。

第一節 台湾における家族像への接近

台湾に進出してきた政権の歴史を見ると、明・清両政権及び中華民国の国民党政府はいずれも漢民族の文化を代表する勢力だが、日本の統治によって漢民族文化からの影響は一時的に中断するように見えた²⁴⁶。

しかし、中国の文化や律令を継受してきた歴史を持つ日本²⁴⁷は台湾における漢民族の伝統や文化の継続を認めながら、その統治を進めることにした²⁴⁸。それゆえ、台湾における家族像は依然として漢民族の文化との繋がりを存続させている。例えば、一八九八年の「民事商事及刑事に関する律令」(律令第八号)一条の但書において、「本島人及清国人の外に關係者なき民事及商事に関する事項」及び「本島人及清国人の刑事に関する事項」に関して、「別に定むるまで現行の例に依る」とした上、「民事商事及刑事に関する律令施行規則」(律令第九号)においても、「[...]土地の権利については、台湾人、内地人を問わず『旧慣』に依ること」²⁴⁹

²⁴⁵ 戴・前掲書注(242) 44頁。若林正文『台湾—変容し躊躇するアイデンティティ』(筑摩書房・2001年) 26頁。来安民「台湾中学教育之演進」徐南號主編『台湾教育史』(師大書苑・2002年) 135頁。

²⁴⁶ ところが、言語の側面から観察し、「漢民族の文化」=「台湾人の文化」だと認識することには問題があるという指摘がある。伊藤潔『台湾』(中央新書・2005年) 79頁。

²⁴⁷ 星野英一『人間・社会・法』(創文社・2009年) 121頁。

²⁴⁸ 春山明哲「台湾旧慣調査と立法構想—岡松参太郎による調査と立案を中心に—」台湾近現代史研究会編『台湾近現代史研究』(緑蔭書房・1988年) 86～87頁。

²⁴⁹ 春山・前掲論文注(248) 89頁。

と定めた。よって、台湾における家族に関する諸般の事情に大きな影響を与えることになり得る日本の民法典は適用・施行されず²⁵⁰、後に発足した臨時臺灣舊慣調査會（以下、「調査会」）が調査し、台湾の慣習をまとめた『臺灣私法』という報告書が民法典に代わり台湾に在住する人々の間に生ずる民事紛争を解決する準拠になった²⁵¹。

一方、現に台湾で施行されている『中華民國民法』の「親族」、「相続」兩編は一九三〇年に制定され、三一年五月五日に実施されたものである²⁵²が、当該法典の法的効果が台湾に波及したのは四五年以降のことである。このように考えれば、制定当初から台湾の慣習や現状を配慮していない『中華民國民法』が台湾での施行が決して問題がないとは言えない。また、周知の通り、中国国民党政権が台湾に移って来た後、間もなく戒厳令が勅された²⁵³ことで、『中華民國憲法』の施行は棚上げさせられ、中国国民党による「党国体制」²⁵⁴の統治の終焉とされる八七年までには、憲法的要素を民法の領域に読み込む術がなかったと考えられよう。

かような流れを汲みながら、中国と同じく漢民族の文化に深く影響される台湾の家族像²⁵⁵を次のように接近してみたい。

第一項 明・清から日本までの政權交替の間に

²⁵⁰ 陳棋炎「親屬、繼承法判例判決之研究（二）」『台大法學論叢 第一卷第二期』（1972年）201頁。黃宗棠「第九回アジア家族法三か国会議報告 台湾における家族法の変遷と課題（中華民國）（上）」『戸籍時報 No.462』（日本加除出版・1996年）3頁。

²⁵¹ 99年の88年度台上第1943号の最高裁判所の判決を参照し得る。最高法院『最高法院民事裁判所彙編』（最高法院・2000年）397頁。王泰升・陳宛妤「43、舊慣之援用與調查事業」王泰升・薛化元・黃世杰編『追尋臺灣法律的足跡—事件百選與法律史研究』（五南圖書出版・2006年）90頁。

²⁵² 劉得寬「中華民國（台湾）の民法親屬（族）相続編の改正について」『法学五〇巻五号』（東北大学法学会・1987年）862頁。林秀雄「10 台湾の家族法」黒木三郎監修『世界の家族法』（敬文堂・1991年）235頁。

²⁵³ 若林・前掲書注（245）77頁。

²⁵⁴ 若林・前掲書注（245）99～100頁。

²⁵⁵ 王振寰「第1章 導論—台灣社會的社會學意義」王振寰主編『台灣社會』（巨流圖書公司・2003年）7頁。

一九二〇年代頃の中国における家族像について、「〔…〕大抵親の方から子供に命令的に孝行を強ひて居る。〔…〕親子は他人の始まりであると言はれて居る。〔…〕又金に窮すれば児女を賣って自分の借金を済崩しにするといふ類の事は幾らもある。其の兄弟姉妹所謂骨肉の親みの方から言っても、是亦極めて薄い」²⁵⁶と描写される例がある。そして、同じ年代において、欧米諸国における社会構成の単位が個人だと認識される一方、中国ではやはり家族だと言われている²⁵⁷。

かような認識に立ち、戦前の中国の法制を参照しつつ、台湾における「家」制度²⁵⁸から映し出される家族像を探ることにする。

第一目 「家」^{チアー}制度の組成

当時の中国における「家」^{チアー}制度について、「〔…〕法律（は）社会的關係に於ける一體としての『家』を飽迄も保障して居る。（すなわち）〔…〕先づ、家族制度の主観的基礎としての家長権を規定して居り、次に財産關係に於いても、原則として家族主義を採り、『家』の客観的基礎としての家産制度を認めて居る。」と分析され、社会学における「大家族制度」に当たる仕組みだ²⁵⁹と言われている。

他方、台湾の「家」^{チアー}制度についても、当時中国の法制や制度に基づいて形成される²⁶⁰と解されている。その前提に立てば、台湾の「家」^{チアー}にお

²⁵⁶ 後藤朝太郎『支那文化の研究』（富山房・1925年）40～41頁。

²⁵⁷ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課『支那に於ける家族制度』（1928年）7～8頁。

²⁵⁸ 本稿においては、「長子単独相続制に立つ日本の『家』^{いえ}」に対比させて、兄弟均分相続制に立ち、直系家族にしても長男家族との同居が制度化されていなかった中国のそれを『家』と呼ぶ〔…〕そうすることで両国の伝統家族の混同を避けることができよう」という指摘に倣って台湾や中国での家族制度を「家」制度と呼ぶことにする。松戸庸子「第一章 中国の家族—革命から市場経済の奔流の中へ—」清水由文・菰渕緑編『変容する世界の家族』（ナカニシヤ出版・1999年）9頁。

²⁵⁹ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（258）12頁。戴東雄「論中國固有法上家長權與尊長權的關係（上）」『台大法學論叢 第一卷第二期』（1972年）2～4頁。

²⁶⁰ 臨時臺灣舊慣調査會『臨時臺灣舊慣調査會第一部調査第三回報告書 臺灣

いても、「家長」、「家族」及び「家産」から組成される集合体であることが分かる。ここで、「対人関係」における家族像を解明すべくこととし、「家長」及び「家族」の部分のみに着目し考察を進める。

一、家長

「家長」とは、「一家中の最尊親族に當る男子」だと理解されている。台湾や中国における「家」の構成を見ると、「〔…〕家長なるものが存在し、他の家族に對して、極めて廣汎且つ強大な統制的權力を揮って居る」、と言われる。他方、「家長」に就く者は、常に最尊長でなければならないわけではなく、「〔…〕時としては、次尊長又は家族中の賢能者が、其の地位に在る」という例外も認められていた。なお、「〔…〕家長は一家の最尊長之に當るべきものであるとするの觀念が、深く道德思想の根底に横たはって居り、事実上家政を執るに堪へぬ老衰者と雖も、尚名義上の家長として、他の能力完全なる子弟に於て、実際の事務を代理するを普通として居る」という状況もある²⁶¹。そして、このような「家長」の選任につき、女性が当該地位に就く例²⁶²もあるらしい²⁶³。但し、台湾の慣習においては「家長」を「戸主」や「家主」と呼ばれる状況がある外、自営業などの支配人も「家長」だと称される場合がある²⁶⁴。

二、家族

「家族」は、「〔…〕一家の首長即ち家長たる男子が家族の統御権を保有し、其の下に直系及び傍系の親族並びに其の配偶者等が従屬して成れる生活協同體であると謂へる」²⁶⁵と定義される。そして、調査会は清政府から頒布された諸律令に照らし合わせ「家族」を示すものには「家屬」、「家人」及び「家口」の三つの言葉があると指摘している。「家屬」

私法 第二卷下』（1911年）179頁。

²⁶¹ 南滿州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）77～78；192頁。

²⁶² 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）190頁。

²⁶³ 戴・前掲論文注（259）4～6頁。

²⁶⁴ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）188頁。

²⁶⁵ 南滿州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）77頁。

とは、「〔…〕専同一戸籍ノ内ニ在ル人ヲ指スモ一方ニハ奴婢ヲ含マス他方ニハ家長ヲモ含ム」、と解され、「家人」及び「家口」は広く特定の家長の権限に服する者を指す²⁶⁶。よって、当時の台湾や中国の家族の核心に最も近いのは「家屬」と見做される人々だと考えられよう。

(一)、家族の構成員

家族は当時の法制度や慣習により、「正家屬、準家屬及奴婢ノ三種」²⁶⁷に区別されている。まず「正家屬」とは、当時の台湾や中国両方とも、「家祖ノ本宗親ニシテ其籍ニ在ル者ヲ假ニ正家屬ト稱ス家ハ現在ノ状態ヨリ見レハ單ニ籍ヲ同シスル人員ノ團體ナリト雖モ之ヲ一家ノ創立者タル家祖ヨリ見レハ其妻妾及直系卑屬(出繼出嫁ノ男女及其子孫ヲ除ク)ノ團體ナルヲ以テ本則トス」と言われる。但し、台湾においては「〔…〕保甲ノ戸籍ニシテ家長ハ時ニ家ノ最尊長タラサル場合アルヲ以テ正家屬ノ内ニ祖父母父母ノ如キ直系尊屬ヲ含ムコトアリ」、とも指摘されている。

続いては、認定上多少複雑のように見える「準家屬」である。文言上の定義として、「家祖ノ本宗親ニアラスシテ其戸籍ニ附スル者ヲ假ニ準家屬ト稱ス」と言われ、該当する者は次の①から⑤までに当たる人々である。①は「招婿」である。「家女ノ為ニ其婿ヲ招入スルハ律例ノ許容スル所ナルヲ以テ家祖ノ本宗親ニアラスト雖モ宜ク其家屬ニ準スヘキモノトス」とされ、台湾の家族においても「招婿及其妻子」を「準家屬」として迎えていると言われる。②は「招夫」に当る者である。これは清の時代から始まった旧慣だと言われ、「〔…〕許容シタル所ナルヲ以テ亦其家屬ニ準スヘキモノトス招夫ノ子孫亦同シ」と見做される。③は「家祖又ハ其本宗親ノ妻ニ從テ入籍シタル妻ノ前夫ノ子」と見做される者である。該当する子どもを「準家屬」として迎えることには「同居繼父」を認めれば良いとされる。④は「義子及収養ノ棄兒」である。このカテゴリーに該当する子どもは台湾において、「養子女ハ皆養家ノ籍ニ入り實子女ト同一ノ身分ヲ取得ス故ニ養家ノ正家屬ナリトス」と見做されるが、中国では、「義子ハ養父母及其親族ト何等ノ關係ナシ又収養ノ棄兒ハ養

²⁶⁶ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注(260) 194~195頁。

²⁶⁷ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注(260) 196頁。

父母トノミ親族關係ヲ生スルモ養父母ノ親族トハ何等ノ親族關係ナシ」とされ、両地域の状況は多少異なっている。⑤は「本宗婦女ノ生ミタル姦生子ニシテ父ノ認知セサルモノ」に該当する者である。女性の不倫によって出生した子どもにつき、当時の律令によって、「〔…〕姦生子ハ姦夫ニ責付スル」と定めたが、不倫相手の男性は子どもが生まれたことについて不知だとすれば、「〔…〕律例ニ明文ナシト雖モ已ムヲ得ス之ヲ母ノ籍ニ附セサルヘカラス此等ハ母ノ姓ヲ冒スモ未以テ母ノ屬スル家ノ本宗ト云フヘカラス唯其家屬ニ準スルニ過キス」と扱われていた。

最後の「奴婢」に当る者は前述した「正家屬」と「準家屬」と共に一 가족の構成員として見做されるが、「獨立シテ一家ヲ立ツルコトヲ得ス常ニ主家ニ從屬シテ其家口タルモノトス」²⁶⁸と言われる。

（二）、家族における関係の変動

次に当時の台湾や中国における子どもがそれぞれの家族に属する身分を如何に取得し又は喪失するのかということについて概観する。調査会の研究によると、当時の個人は「出生」、「婚姻」、「養子縁組」、「子女の典賣」並びに「出家及還俗」という五つの要素によって家族との関係が発生し、変動するという。それぞれの要素と子どもの関係は次のように整理する。

まず「出生」について、子どもが基本的に実父の「家」に入るが、「〔…〕父ノ明ナラサル者ハ母ノ家ニ入ル父母共ニ明ナラサル者ハ収養者ノ家ニ入ル」ことになっている。しかし、台湾の慣習によれば、「〔…〕生子ノ所屬ハ出生當時ニ於ケル母ノ所屬如何ニ依テ之ヲ定ムルノ慣習アルヲ以テ子カ母ノ婚姻中ニ生レタルトキハ母ノ現夫ニ歸スルモ離婚又ハ改嫁ノ後ニ生レタルトキハ或ハ母ノ生家ニ歸シ或ハ母ノ後夫ニ歸ス其處女及寡婦ノ姦生子ハ概シテ母ノ生家又ハ婚家ニ歸ス」²⁶⁹ということになる。

次は「婚姻」について、概して子どもとは無関係だと言えるが、台湾における慣習によると、「〔…〕招婿招夫ニ關シ若最初ノ契約ニ因リ其子ノ一人ヲ招家ニ與スル場合ニハ其招家ニ屬シタル子ハ招家ノ養子孫ト為

²⁶⁸ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）196～198頁。

²⁶⁹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）198頁。

り依然招家ニ留マリ父ノ離婚又ハ出舍（招婿及び招夫の場合、男性が招家の女性と離婚し招家から出ることを指す）ノトキ之ニ従ハサルモノトス」²⁷⁰という特別な状況がある。

そして、「養子縁組」の場合であるが、縁組の存続や解消により、子どもは養家や生家の籍の間を変動する。しかしながら、一言に「養子」といってもその実態は「過房子」、「過繼子」、「養棄兒」及び「義子」という異なる言葉によって表現されるように違いがある。例えば、「過房子」とは「〔…〕全然養家ニ屬スル者ト依然其生家ニ屬スル者トアル」というのである。そして、「〔…〕過繼子ハ養家ノ正家屬タルト雖モ他ノ養子ハ皆其準家屬タリ」ということが通則になっている²⁷¹。また、台湾の特色として、労働力を確保するために異なる宗親に属する個人（すなわち、養家と異なる「氏」を持つ者）を養子として自分の「家」に迎え入れることも挙げられている²⁷²。

「子女の典賣」については、「〔…〕賣斷シタル子女ハ其買家ニ於テ養子女、妻妾、養媳（他人の女兒を金銭で買い取って自分の息子の将来の嫁として養う風習である）タルト奴婢タルトヲ問ハス皆生家ヲ離レテ買家ノ籍ニ入ル〔…〕但生家ヨリ贖回シタルトキハ生家ノ籍ニ復歸ス」と言われる外、「〔…〕單ニ典雇シタル子女ハ依然生家ニ籍ヲ有シテ承典者ノ家族ト為ルコトナシ」という状況もある。そして、後者について、台湾では自分の子女の典雇を行うことが多いと指摘される²⁷³。

最後の「出家及還俗」とは、個人の宗教的行為によって発生する家族関係の変動のことである。しかし、男性の場合は一六歳以下、女性の場合は四〇歳以上でなければならないことや、当該個人が独り子ではない

²⁷⁰ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）199頁。

²⁷¹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）199～200頁。

²⁷² 廖宜方『圖解台灣史』（易博士文化・2004年）117頁。後藤・前掲書注（288）122頁。本文では台湾の慣習として述べたが、当時の中国における「〔…〕異姓不養の原則は、漸次に廢れ、現時に於ては、異姓の養子は、寧ろ民間普通の習俗となつて居る」という報告もある。南滿州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）66頁。

²⁷³ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）200頁。

こと²⁷⁴などの制限がある。

第二目 「家長権」及び「尊長権」

この二つの権限の内容は、同じく複雑であり、不可分性も高い²⁷⁵。特に台湾においては「〔…〕慣習上此両關係ノ區別ニ付テ一定ノ標準ナキカ故ニ之ヲ説明スルコト一層困難ナリトス」²⁷⁶とされている。以下では、『臺灣私法』の分類に従い整理を進めるが、便宜上「家長権」は家長の対外的関係について有する権限を指し、「尊長権」は家長の対内的関係について有する権限だという認識を一先ずここで提示しておきたい。

一、「家長権」

「家長」は、「外部に對シテ一家ヲ代表シ一方ニ於テハ家族ヲ統率シ家政ヲ總攝スル權限ヲ有シ他方ニ於テハ家ニ屬スル公法上ノ義務ヲ履行スルノ責任ヲ負フ」²⁷⁷者だと認識されるため、清朝政府が定めた律令に基づき「家長権」の内容が「対官」、「対家産」及び「対家族」の権利義務関係によって構成されていたと言う²⁷⁸。

まず「対官」については、「〔…〕其家ヲ代表シ戸口ヲ附籍シ及賦役ヲ負擔スルノ義務ヲ有ス」としている²⁷⁹。そして、「対家産」の権利義務としては、「家長ハ家政ヲ總攝シ其家産ヲ管理シ處分スルコトヲ得〔…〕從テ家長ハ〔…〕官ニ對シテ納税ノ義務ヲ有シ家族ニ對シテハ扶養ノ義務ヲ負フ」²⁸⁰ということが挙げられている。

その中の「対家族」の権利義務について、「尊長権」の内容と重なる部分が少なくないため、「家長権」と「尊長権」の区別は付け難いと言

²⁷⁴ 臨時臺灣舊慣調査會『臨時臺灣舊慣調査會第一部調査第三回報告書 臺灣私法 第二卷上』（1911年）262～263頁。

²⁷⁵ 南滿州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）79～102頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）211～228頁。

²⁷⁶ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）211頁。

²⁷⁷ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）212頁。

²⁷⁸ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）212～214頁。

²⁷⁹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）212頁。

²⁸⁰ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）213頁。

われている²⁸¹。そして、「対家族」の「家長権」にはいくつかの特徴があり、「〔…〕 家内ニ於テ尊長ハ〔…〕 卑幼ニ對シテ教令懲戒主婚ノ權其他或行為ニ關シテ許諾權ヲ有スルカ故ニ家長ハ其最尊長トシテ全家族ニ對シテ此等ノ權ナカルヘカラス唯〔…〕 此權ハ畢竟家長カー家ノ最尊長タル資格ヨリ来レルモノニシテ家長タル資格ニ隨伴スルモノニアラサル故ニ家長カ卑幼ノ男子ニシテ家屬カ尊長ノ婦女ナル場合ニハ此權ハ實際ニ行使スルコトヲ得ス」²⁸²、という処には注意を要する。すなわち、「教令」、「懲戒」及び「主婚」する権利は殆ど「家」の中で全ての尊長たる者に属するということである。

二、「尊長権」

中国の家族法の本質として、「〔…〕 尊卑ノ順ニ從ヒ長幼ノ序ニ依リ孝順友愛ノ理義ヲ以テ和睦輯合ヲ圖ルモノトス」²⁸³と言われ、「尊長ハ卑幼ニ對シ優者ノ地位ニ在リ卑幼ハ尊長ニ對シ服從ノ義務ヲ負フ〔…〕」²⁸⁴ことになる故、親族としての繋がりにおいて「尊長権」が認められる²⁸⁵。但し、「〔…〕 所謂尊長権ナルモノハ唯律例ノ規定及實際ノ慣習上之ヲ認メ得ヘシト云フニ止マリ」²⁸⁶と理解されている。

ところで、かように認識される「尊長権」は親が子どもに対して持っている「親権」との違いのかという問題がある。これについて、調査会はず、「支那ノ道德ニ於テハ古來君臣父子夫婦ヲ以テ人ノ三綱トシ親子ノ關係ヲ重シ殊ニ不孝ヲ以テ罪ノ最大ナルモノト為シ子ノ親ニ對スル

²⁸¹ この「家長権」による「対家族」の権利義務を「尊長権」との区別を図るため、前二者の権利義務関係を「家長権」の「公法的統制権」であると位置づける研究がある。南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）80～82頁。戴・前掲論文注（259）8頁。

²⁸² 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）213～214頁。

²⁸³ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）214頁。

²⁸⁴ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）214頁。

²⁸⁵ 戴・前掲論文注（259）7頁。

²⁸⁶ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）86頁。戴・前掲論文注（259）7頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）215頁。

義務ヲ認ムルト同時ニ亦親ノ子ニ對スル權力ヲ認メタ」²⁸⁷と説明する一方、「親」という法的定義について、二つの例を取り上げ、その範囲が極めて広いことも指摘している。即ち、「(一)〔…〕假令自己ノ子女ニ對スルモ自己ノ父母祖父母ノ意見ニ反シテ之ヲ處置スルヲ得ス即尊長卑幼ノ關係ヲ認ウルモ特別ナル父子ノ關係ヲ認メス父權ハ唯尊長權ノ一種タルニ過キス (二)〔…〕律例ノ規定ニ徴スルモ一モ父子ノ關係ヲ定メ父權ニ關シ規定セルモノアルヲ見ス多數ハ唯汎ク尊長ト規定シ特種ノ尊長ヲ指示セス又中ニハ父母ヲ擧クルモノモナキニアラサルモ此場合ニハ必祖父母父母ト連言スルヲ常トシ〔…〕」²⁸⁸とされる。従って、調査会は、「〔…〕支那法ニ於テハ各卑幼ハ皆其尊長ニ服從スヘキヲ法トスルモノニシテ尊長權アリテ親權ナキモノト認ムルヲ至當トスルカ如シ故ニ苟モ一家ニ一人ノ尊長アレハ假令父母ナキモ其家族ハ其保護者監督者ヲ有スルモノニシテ是支那ノ家族制度ニ於テハ古來純然タル後見制度ノ發生ヲ見サル原因ノ一ナリトス」²⁸⁹という見方を示している。

上記のように「尊長權」は「親權」と重なる部分が多く、その内容も「教令ノ權」、「生命身體ニ對スル權」及び「行為ニ對スル權」の三つから構成されると言う²⁹⁰。このような「尊長權」に対する認識は台湾の家族の内部にも当てはまることであり、「〔…〕懲戒ノ目的ニ出ルトキハ卑幼ヲ毆打シ創傷スルカ如キハ勿論尊長ノ權利ニ屬スルモノ」と紹介されている²⁹¹。また、一事実として、「臺灣ニ於テハ律例ノ規定ハ全行ハレス子女ノ賣買ハ日々普通ニ行ハル」とも記されている²⁹²。

他方、「卑幼」対「尊長」の義務については、「〔…〕(イ)卑幼ハ尊長ニ對シ教順ノ義務ヲ負フ是尊長ノ教令權ニ對スルモノニシテ所謂十惡中惡逆不孝不睦内亂ノ如キハ皆教順ノ義務ニ違反スル犯罪ナリトス (ロ)

²⁸⁷ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）216頁。

²⁸⁸ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）216～217頁。

²⁸⁹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）217頁。

²⁹⁰ 南滿州鐵道株式會社庶務部調査課・前掲書注（257）86～89頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）219～224頁。戴東雄「論中國固有法上家長權與尊長權的關係（下）」『台大法學論叢 第二卷第二期』（1973年）277～284頁。

²⁹¹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）220頁。

²⁹² 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）221～222頁。

卑幼ハ尊長ニ對シ扶養ノ義務ヲ負フ」²⁹³とされている。

第三目 小括

以上のように、一九四五年以前の台湾や中国の家族像を概観してきたが、恐らく「尊長権」の存在が本稿で検討したい「子どもの自己決定」という概念とは最も衝突しやすいものだと考えられよう²⁹⁴。しかも、当該権利は「〔…〕卑幼ノ年齢ニ關係ナク存續スヘキモノナルカ或ハ未成年ノ卑幼ニ對シテノミ行ハルヘキモノナルヤハ律例中一モ明文ノ存スルモノナク又慣習上一定シタルモノアルヲ見ス然レトモ尊長権ハ自然ノ倫理ニ基キ一家ノ秩序ヲ圖ルモノニシテ而シテ孝順ノ道尊卑ノ序ハ年齢ノ如何ニ依リ終始スヘキモノニアラサル〔…〕」²⁹⁵と言われる故、その影響は漢民族の人々にとって一生続くことが分かる。では、この「自然ノ倫理」は四五年以降の台湾でも発効し、施行されている『中華民国民法』の中で依然として生きているのか、或いは違う様相を呈しているのか。これらの問題を次節にて具体的に論じて行きたい。

[付記]

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2009年3月25日授与）に加筆・修正したものである。加筆・修正の際には、黒澤修一郎氏（北海道大学大学院法学研究科助教）にご協力いただいた。記して謝意を表したい。

²⁹³ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）224頁。

²⁹⁴ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（257）10頁。戴・前掲論文注（259）1頁。

²⁹⁵ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（260）225頁。