



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	子どもの自己決定と憲法（3）：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(4), 336[129]-270[195]
Issue Date	2011-12-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47817
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-4_006.pdf



子どもの自己決定と憲法（3）

—— 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

第三項 生殖補助医療の進展

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

第二項 中絶に関する同意及び通知

第三項 輸血措置

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

第三項 公権力による介入—司法府の姿勢

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權交替の間に（以上、62巻3号）

第二項 台湾の家族法における「家」制度

第一目 『民律草案』による改革

第二目 一九八五年の家族法改正から現在まで

一、司法行政部による一回目の改正

二、立法院による改正

第二節 性的結合行為と子ども

第一項 論点の概要

第二項 結婚

第一目 一九八九年大法官釈字第242号解釈

第二目 一九九四年大法官釈字第362号解釈

第三目 二〇〇二年大法官釈字第552号解釈

第四目 小括

第三項 婚姻の解消と子ども

第一目 一九九四年大法官釈字第365号解釈

第二目 一九九六年二回目の家族法改正以降

一、法務部から提示される三段階の改正作業

二、二〇〇七年まで改正された関連する条文

三、一九九六年以降子どもの監護に係る最高裁判決

第三目 子どもの「氏」をめぐる争い

一、一九九六年大法官釈字第399号解釈

（一）、主文及び理由

（二）、検討

二、立法院における議論

第四目 小括

第四項 中絶へのアクセス

第一目 中絶に対する法的対応

第二目 『優生保護法』をめぐる改正の動き

第三目 二〇〇一年九〇年度台上字第468号最高裁判決

第三節 社会的身分と子ども

第一項 論点の概要

第二項 養子

第一目 一九八五年以前の大法官解釈

第二目 一九八五年の法改正

第三目 二〇〇〇年大法官釈字第五〇二号解釈

第四目 二〇〇七年の法改正

第三項 婚外子

第一目 一九八五年以前の『中華国民法』と婚外子

第二目 二〇〇〇年までの法改正

第三目 二〇〇四年大法官釈字第五八七号解釈

第四目 二〇〇七年の法改正

第四項 生殖補助医療との関わり

第一目 学術的議論

第二目 『人工生殖法』と「人工生殖子」

一、その概観

二、立法院に於ける議論

第四節 家庭内暴力と子ども

第一項 論点の概要

第二項 「家」制度に於ける尊属の懲戒権

第三項 一九八一年大法官釈字第一七一号解釈

第一目 主文及び理由

第二目 姚瑞光大法官による反対意見

第四項 法律の整備

第一目 その概観

第二目 『家庭内暴力防止法』と子ども

一、その立法過程

二、二〇〇三年の大法官釈字第五五九号解釈

三、二〇〇三年から動き始めた法改正の流れ

四、『家庭内暴力防止法』に於ける子どもの位置づけ

第五項 いくつかの判決

第五節 小括

第三章 日本

第一節 家族像の推移

第一項 一八九八年に『明治民法』が施行される前後

第一目 『明治民法』が制定される前の家族像（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 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

第二項 台湾の家族法における「家」^{チアー}制度

台湾で施行されている『中華民国民法』の「親族・相続」兩編¹の制定を巡る歴史は、中国の初の憲法典の制定に着手しようとする時期と同じく清朝政府の末期までに遡れる²。すなわち、同民法の前身とされ、欧

¹ 林秀雄「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。

² 宮澤俊義・田中二郎『中華民国憲法草案』（中華民国法制研究会・1935年）1頁。
劉得寛「中華民国（台湾）の民法親属（族）相続編の改正について」『法学第五十卷第五号』（東北大学法学会・1987年）222頁。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）36頁。

米の民法典を礎にした家族制度の枠組みを定める『民律草案』はこの時期に提出された³。ただ、一九一一年に中華民国という新政権の誕生に伴い、同草案も制定法として実施されることがなかった⁴。後に、立法院（「国会」に相当）の法制委員会内に民法起草委員会が組成され、中央執行委員会政治会議の立法原則に則って、三〇年に民法の「親族・相続」両編を制定し、三一年に発効・施行するに至った⁵。

かくして、以下では欧米法からの影響を一定の程度まで受けられているように見える中華民国の家族法と当時中国の「家」制度との折衝を解明しながら、台湾における家族像へ接近することを試みる。

第一目 『民律草案』による改革

前記のように『民律草案』は正式に施行されなかったが、「〔…〕新しき民法典の未だ發布せられざる（までに）、支那の各級審判廳が、裁判上に採用する條理の根據とするところは、概ね同草案に在るのである」⁶とされている⁷。

そして、同草案は、当時中国の家族制度に次のような変革を与えた。まずは、家長権の空洞化である。例えば、家族に対する懲戒権や婚姻及び分家に関する同意権は全て家長から父親に移した⁸との変化が見られている。次は古来の律令によって禁じられた家族の私有財産を持つことを撤廃し、財産関係において個人主義や別産主義が取られ、家産制度を崩壊させた変革⁹である。そして、妻にも殆ど夫と同様に平等なる離婚

³ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課『支那における家族制度』（1928年）71頁。

⁴ 林・前掲論文注（1）235頁。

⁵ 林・前掲論文注（1）235頁。陳・前掲論文注（2）36～37頁。なお、この民法の規定の中身はドイツ、スイスや日本の立法例を参照して定められたものであり、台湾の状況を主眼において制定されることではないとの指摘がある。施慧玲『家庭、法律、福利國家—現代親屬身分法論文集』（元照出版・2001年）6頁。

⁶ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）71頁。

⁷ 林・前掲論文注（1）235頁。

⁸ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）72～73頁。

⁹ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）73～74頁。

請求権が与えられる故、同草案は女性の地位の向上という改革の封切となった。続いては婚姻の当事者主義の採用¹⁰である。これを以て、「〔…〕家族制度の根幹としての親子関係の重視を見限って、夫婦関係を重要視するに傾いたものと謂はざるを得ない」と認識され、「〔…〕大家族制度を否定して、近代的な小家族制度に、轉移すること」¹¹をも意味すると言われる。最後は、「〔…〕支那家族制度の古き傳統に對する一大反逆であり、それをして近代的の小家族の形式へ推移せしめとする劃期的飛躍と觀るべきものである」¹²と評される分家への容認である。

かような中国の家族制度に大いなる変革をもたらした同草案の精神を受け継いだ民法が台湾に継受された結果、台湾の家族制度にもインパクトが及ぶこととなったのである。

第二目 一九八五年の家族法改正から現在まで

中国国民党政権が台湾に移転してきた後、社会全体の発展に伴い、家族法の規定内容について、「〔…〕社会の实际需要とかなりのギャップが存在している」といった問題も次第に意識され、一九七四年から当時政府の司法行政部の主導によって、家族法の改正作業が始まり、八五年に改正民法「親族・相続」二編が公布・施行された¹³。

後に、中国国民党政権の「党国体制」の崩壊に従い¹⁴、社会における台湾ナショナリズム¹⁵の台頭からの影響も受け、立法院の内部には従来中国国民党政権によって敷かれた法体制に対し、再検討や改正を模索する動きがより活発となっていた。

一、司法行政部による一回目の改正

¹⁰ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）74頁。

¹¹ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）75頁。

¹² 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）75～76頁。

¹³ 劉・前掲論文注（2）222頁。

¹⁴ 伊藤潔『台湾』（中央新書・2005年）227頁。丸川哲史『台湾ナショナリズム 東アジア近代のアポリア』（講談社・2010年）152～153頁。

¹⁵ 本多周爾『台湾—メディア・政治・アイデンティティ』（春風社・2010年）98～118頁。

一九八五年に行われた家族法改正¹⁶の趣旨は、「〔…〕 1 固有の倫理觀念の維持、2 男女平等の原則の貫徹、3 夫婦財産制の合理化、4 未成年者、(婚外子) および養子の權益の保護」¹⁷にある。

まずは「固有の倫理觀念の維持」に関し、子どもの氏は原則として父の氏に従うと定められた旧民法一〇五九条の問題が取り上げられていた¹⁸。司法行政部による改正案では、「〔…〕『子は父の氏に従う。贅夫の子は母の氏に従う。ただし、別に両親間の約定があれば、その約定に従う。』というようになっていた」が、立法院では「〔…〕 両親の協議で子の氏を約定することは、わが祖先の伝統的家族制度を破壊し、かつ、わが民族の未来を混乱、萎縮させる虞れがある」というような意見が目立って、最終的には、「〔…〕『子は父の氏に従う。ただし母に兄弟がない場合は、その子を母の氏に従わしめるとの約定があれば、その約定に従う。』〔…〕」¹⁹という文言に落ち着くことになった。その外、近親婚に対する制限²⁰や、「孝道」という伝統的価値観を法文化した民法一〇八四条も制定された。これを以て、「固有の倫理觀念の維持」という目標が一定の程度までここで達成されたと言えよう。

次は「男女平等の原則の貫徹」と「夫婦財産制の合理化」についてであるが、後者の改正は前者の理念を最も反映したという評価がある²¹。そして、夫婦の一方が亡くなり、再婚した場合による姻族関係の変動や、妻が夫の尊属を虐待する場合、夫による一方的な離婚請求を直ちに認められてきた離婚原因も男女平等の原則に基づき、改正が行われた²²。しかし、前記の子どもの氏問題を巡る改正に対し、「〔…〕 男女平等の原則に反し、違憲である」との指摘がある。また、子どもの監護について父性主義を擁護する旧民法一〇五一条や第一〇五五条もここで改正されな

¹⁶ 劉・前掲論文注(2) 222～223頁。

¹⁷ 黄宗樂「台湾における親族法の改正について(1)」『戸籍時報 No.331』(日本加除出版・1985年) 21頁。劉・前掲論文注(2) 256頁。

¹⁸ 劉・前掲論文注(2) 241頁。

¹⁹ 劉・前掲論文注(2) 242頁。

²⁰ 劉・前掲論文注(2) 227頁。

²¹ 劉・前掲論文注(2) 233～238頁。

²² 劉・前掲論文注(2) 224頁。黄・前掲論文注(17) 26～27頁。

かった²³ため、「男女平等の原則」が徹底的に実現されなかったとの評価もできよう²⁴。

四つ目の趣旨として、「子の利益」の原則の再確認が挙げられる²⁵。その中、「子の利益」の原則に従い、養子に対する法的保護を与えたことが最も重要な成果だと言えよう。台湾の旧慣では、養子縁組を「射利ノ目的ヲ以テ為スモノ」²⁶だとされ²⁷、かような事情に対応するように、今回の改正では養子縁組を結ぶことができる親族の範囲を明確にする第一〇七三条の一の規定を新設する他、当該縁組の成立か否かに関し、裁判所による審査の仕組みを定める約一〇カ条の新しい規定も設けられた²⁸。かくして、今回の改正を通じ、特定される社会的身分を持つ子どもの権益の保護が図られた²⁹と思われる。

この度の改正を概観してみると、『民律草案』が制定されて以来、中国本土における家族制度の洋化に対し、漢民族の伝統³⁰を守らなければ

²³ この2つの条文について、「〔…〕子の監護は原則として夫が当たるとする規定は、〔…〕子の利益と必要をも無視しているというべきである」という指摘があった。林・前掲論文注（1）241頁。黄宗棠「台湾における親族法の改正について（2）」『戸籍時報 No.332』（日本加除出版・1985年）19頁。

²⁴ 劉・前掲論文注（2）233～238頁。黄・前掲論文注（17）24～26頁。中野正俊・黄子能「資料 中華民国民法（六）」『亜細亞法学 第29巻第2号』（1994年）239～240頁。

²⁵ 黄・前掲論文注（17）28頁。

²⁶ 黄・前掲論文注（17）31頁。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 第二巻下』（1911年）458頁。

²⁷ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）458頁。

²⁸ 黄宗棠「台湾における親族法の改正について（3・完）」『戸籍時報 No.334』（日本加除出版・1986年）14～25；31頁。

²⁹ 例えば、婚外子本人に生みの父に対する認知請求権を与えることや婚外子のために生みの母が法定代理人に認知請求権の行使が5年から7年に延長したことなどの変更があった。黄・前掲論文注（17）28～29頁。

³⁰ なお、このような家族制度に関する倫理的部分を制定法によって規定することを避けるべきだという見解がある。黄・前掲論文注（17）33頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）227頁。陳棋炎「關於修改民法親屬、繼承兩編之管見」『國立臺灣大學法學論叢 第四巻第二期』（1975年）28～33頁。

ならないという動きが台湾での場を借りて顕在化したのではないかと思われる。

二、立法院による改正

台湾における「党国体制」の崩壊や台湾ナショナリズムの台頭等は一九九〇年代の出来事であり、この時期から民法の「親族・相続」両編は九六年、九八年、九九年、〇〇年、〇二年、及び〇七年の間に前後併せて六回も改正された。〇八年の現時点においても、立法院では同編に対する部分的な改正案が提出され続けている³¹。

それぞれの改正で変更した条文の数は脚注³²にまとめた通りであるが、九六年「離婚の際における子どもの保護」³³、九八年「結婚の要件と効力」、九九年「婚外子」、〇〇年「子どもに対する法定監護人」、〇二年「夫婦財産制」及び〇七年「養子縁組」、それぞれの関連条文が改正された。そして、立法院における論議の進行からも分かるように、これらの改正の動きは一連のものとして捉えなければならない³⁴。また、時

³¹ 08年3月14日に、立法院の第7期第1会期第4回会議の席で、立法委員の陳節如も含めて23名の立法委員によって家族法の改正案を提出した。立法院公報第97卷第7期院会記録（2008年）1頁。

³²

年代 \ 類別	改正	増設	削除
1996	3	4	1
1998	3	0	4
1999	1	0	0
2000	1	0	0
2002	19	8	21
2007	23	12	1

林紀東・鄭玉波・蔡墩銘・古登美・邱聰智・蘇永欽編『新編六法參照法令判解全書』（五南圖書出版・2007年）貳—266頁。立法院公報第96卷第38期院会記録（2007年）170～180頁。

³³ 林秀雄「第一〇回アジア家族法三か国会議報告 婚姻の解消と子どもの保護（中華民国）『戸籍時報 No.470』（日本加除出版・1997年）11～12頁。

³⁴ 前掲立法院公報注（32）180頁。立法院公報第84卷第12期院会記録（1995年）140頁。立法院公報第85卷第60期院会記録（1996年）16頁。立法院公報第96卷

間の流れに伴い、社会の変遷を常に新しい要素が加えられて予想もつかない程の変相を遂げている故に、立法院における家族法の改正は常に新旧問題の衝突・折衷の中で進行している。

かような頻繁なる変動から示される台湾の家族像にはいくつかの特徴が抽出できると考えられる。まずは民法一〇八四条の維持である。「家」制度^{チアー}の礎であり、中国の伝統的価値観を最も代表する「孝道」が民法を通じて台湾人の私生活における行動様式に影響を大きく与え続けてきた現実^{チアー}は殆ど問題視されていない³⁵。中国の立法例では前例がある³⁶とは言え、現に台湾では特定の宗教を奨励し、制限することができないと宣言した憲法解釈³⁷が存在する以上、特定の価値観が一国の法律に定められるのは議論を要する所であろう。

そして、家族法においては「家」制度に関する名残りが尽きない所である。民法の第六章は「家」と名付けられて、一連の規定が設けられている。比較法的にはその独特性^{チアー}³⁸を持つ一方、例えば「家」制度の基礎となる家産制度が既に個人の財産私有化によって破綻させられることから考えると当該規定の存在について疑問を感じる³⁹。

また、台湾の家族制度には「親族会議」を依然に存続させていることである。「親族会議」の歴史は中国の「周」政権まで遡られるらしい⁴⁰。それが必要とされる理由としては「家」制度^{チアー}におけるそれぞれ独立する

第8期委員会記録（2007年）1～7頁。

³⁵ むしろ、親と子どもの間における権利や義務の分配形式を巡る議論の中で当該規定に基づき、積極的に子どもが親に対する義務も存在すると論じる側面がある。雷文攻「以『子女最佳利益』之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究」『國立臺灣大學法學論叢 第二十八卷第三期』（1999年）252頁。

³⁶ 高橋勇治『中華民國憲法 外国憲法の研究5』（有斐閣・1948年）63～64頁。

³⁷ 1999年大法官釈字第490号解釈。林（紀）ほか・前掲書注（32）附一51～52頁。理律法律事務所『理律聲請釋憲全覽：人權篇（一）』（三民書局・2004年）305頁。『大法官會議解釋彙編』（三民書局・2007年）418～420頁。

³⁸ 陳ほか・前掲書注（2）493～494頁。

³⁹ 陳ほか・前掲書注（2）493；502～503頁。

⁴⁰ 陳ほか・前掲書注（2）519～520頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）228～229頁。

「家長権」、「尊長権」及び「夫権」の濫用を防ぐという重要な目的があると言われている⁴¹。ところが、現代に至って、「家長権」や「夫権」の排除は男女平等の原則を中心として行われた家族法の諸改正を通じて概ね定着し、家族に対する裁判所の監督責任も多数の判例によって確認されている⁴²。他方、現代社会において「親族会議」の召集が難しくなっている⁴³と見られ、なおかつ民法の規定に基づき、「親族会議」の決定を覆すことも可能となり⁴⁴、機能面から考えても低下しつつあると思われるが、しかし現在に至っても廃止されていない。

かように、現行民法から提示される台湾の家族像にはやはり漢民族の精神的風土への思考回帰が強く反映されているのではないかと考える。そうだとすると、憲法秩序と基本的人権の保障⁴⁵を目的とする台湾の違憲審査制⁴⁶において、家族法において子どもの存在が如何に捉えられるのかという問題を注意深く考察する必要があるだろう。かような問題意識を抱きながら、本章で列挙される各節の項目に従い、検討へと進みたい。

第二節 性的結合行為と子ども

台湾の旧慣では一般の婚姻関係と異なる婚姻の形式がいくつかあった⁴⁷。その中で、特に未成年の子どもの対象とした変則的な「養媳」と「養

⁴¹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注(26) 230～231頁。

⁴² 台北地方裁判所89年度保險字第134号判決。最高裁89年度台上字第1081号判決などである。

⁴³ 陳ほか・前掲書注(2) 520頁。

⁴⁴ 陳ほか・前掲書注(2) 532頁。

⁴⁵ 李仁淼「台湾における違憲審査制の近時動向—日本憲法裁判の経験を通じて、台湾司法院の位置づけを考える」『札幌学院法学 第21巻第1号』(2004年) 166頁。

⁴⁶ 中華民国憲法78条及び、第79条の規定や『司法院組織法』の改正により、台湾の違憲審査制はドイツ型違憲審査制に近いと言う。本章で扱う予定の憲法と家族法の接点に関する諸問題は主に司法院の大法官会議から出された各解釈を依拠し検討を進める。李・前掲論文注(45)166頁。賀德芬「司法審査制度之研究」『國立臺灣大學法學論叢 第六卷第一期』(1976年) 125頁。

⁴⁷ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注(26) 388頁。

婿」の慣習がある⁴⁸。そのような婚姻の締結も大人によって行われてきた⁴⁹。

かように、子どもの性的結合の対象は極めて早い段階において「尊長」とされる大人の一方的な意思によって決められていたという歴史が台湾に存在した。

第一項 論点の概要

周知のように、『中華民国憲法』では直接「家族」に言及する条文がない。しかしながら、司法院の大法官解釈や学説において憲法と「家族」との関連性を説くものが少なくはない⁵⁰。そこで、頻繁に依拠されるのは憲法七条、第二二条、第一五六条及び二〇〇〇年に改めて公布した改正追加条文（Amendment）一〇条六項の「国家は婦人の人格的尊厳を尊び、人身的安全を保障し、性的差別を無くし、両性の実質的平等の社会的地位を促進する」⁵¹、などの規定である。

一方、前述したように八五年に初めて家族法の改正が行われて以来、台湾における家族法の二大原則は「男女の平等」及び「子どもの（最善の）利益」だと言われている⁵²。それに従って構築されている家族法の枠組みの中における子どもの位置づけについて検討したい。

第二項 結婚

「結婚」という人民の私的事項と憲法の連関性に言及した大法官會議

⁴⁸ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）388～425頁。

⁴⁹ なお、「〔…〕婚姻に父母の主婚を絶対要件と為す結果、父母が子の婚姻を強制することは、普通一般の慣例である」、とも報じられている。南滿州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）145頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）418～420頁；425～426頁。

⁵⁰ 陳ほか・前掲書注（2）39頁。施・前掲書注（5）19頁。

⁵¹ この条文は92年に行われた2回目の憲法改正によって憲法改正追加条文18条4項の規定として初めて憲法典に持ち込んだ。97年に条文は第10条6項に移したが、文言自体は92年以来、変更されていない。

⁵² 張貽琮「從我國民法親屬編檢視男女平等原則」『司法官45期法學研究報告合輯（第二輯）』（2006年）809頁。

の解釈としては、釈字第二四二号解釈、釈字第三六二号解釈と、釈字第五五二号解釈がある。この項目での検討は、まずその三つの大法官解釈の概要を整理することから始まる。

第一目 一九八九年大法官釈字第二四二号解釈

本件解釈の申立人 X は一九四〇年に中国の福建省で A と結婚し夫婦になったが、後に中国と台湾の政治的変動によって、A が中国に残され、X は台湾に留まることになった。二人は音信不通になったため、お互いに婚姻関係の存在に対する認識も曖昧になっていた。六〇年に X は台湾で B と結婚し、二度目の婚姻関係を成立させ、約三〇年間も維持していた。ところが、八〇年代に入り台湾と中国の交流が再開されることになった。そこで、A が X の再婚を知り、八五年に改正された旧民法九九二条の規定に基づき、X と B の結婚の取消しを求めて台湾の裁判所に提訴した。争いは最高裁判所まで続いたが、いずれの判決も A の勝訴を決めたため、本件解釈の申請に至った⁵³。

本件解釈は、まず旧民法九八五条及び九九二条規定は「一夫一妻制」の合憲性を確認した後、「〔…〕国家自体が重大な変動に遭遇し、夫婦が離れ離れになり、音信不通の下で生じる重婚の場合、通常に禁止される重婚とは異なる要素が含まれている。従って、前記の旧民法九九二条の規定を適用し、現在の婚姻関係が取り消される場合、既存の家庭生活や人倫的秩序には著しい影響を与えて、反って社会秩序を妨害することにもなる。かくして、本件事案の後婚の婚姻関係を取り消すことが「憲法二二条に〔…〕反する」⁵⁴と説示した⁵⁵。

かような多数意見に対し、劉鐵錚大法官による補足意見⁵⁶は「身分の安定性を破壊すること」、「憲法二二条によって人民は残虐で異常な刑罰

⁵³ 『司法院大法官』ホームページ（2008年5月10日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=242&showtype= 相關附件〉。

⁵⁴ 前掲書注（37）119頁。

⁵⁵ 前掲書注（37）119頁。

⁵⁶ 李念祖『案例憲法（一）一憲法原理與基本人權概論』（三民書局・2002年）376頁（注13）。

から保護される権利を有すること」及び、「憲法一五六条と第二二条の規定によって人民の婚姻権及び婚姻に基づく構築される家庭の倫理的関係は保障されるべきだ」いうこと等の三つの理由を取り上げ、本件に争われた旧民法九九二条の規定は違憲だと主張する。ここで、本稿としては同氏による三つ目の主張に注目したい。すなわち、同氏はここで憲法に基づき人民の婚姻権及び婚姻に基づく構築される家庭の倫理的関係は保障されるべきだと言い、「公共の利益」、「法による支配」及び「必要性」という憲法二三条からの制限に服すると説きながら、「必要性」の原則につき、制定法が特定の目的に基づき人民の自由及び権利を制限しようとする手段が合理性と明確性が要求されることを明言した。当該手段の運用により、人民に課される損害や負担が何れも最小限に止まらなければならない、と示した所が重要だと考えられる⁵⁷。

一方、陳瑞堂大法官による反対意見もある。同反対意見は申立人の請求を酌量し、本件事案の真の争点は旧民法九九二条が本件に適用されることについては「適用違憲」となるかどうかの問題にあると見る⁵⁸。そして、「立法者は重婚によって従来 of 公序良俗が破壊される恐れから社会を保護する法的利益と個人の身分的行為の安定性を保護する利益と衡量した末、前者の法益を優先させる故、後者の法益を犠牲し、各利害関係人に時間的無制限の取消を求める権限を与えた。その目的は当然後婚が出来る限り取り消されることにある」、という認識を示した⁵⁹。

第二目 一九九四年大法官釈字第362号解釈

A（夫）とB（妻）は結婚後、子どもの養育問題をめぐり、夫婦の繋がりは日々悪化していった。その結果、一九八五年にBがAの同意を得ずに子どもをアメリカまで連れて行き、夫婦は事実上の別居となった。三年後の八八年にAはBが夫婦の同居義務に違反し、悪意の遺棄に当たると主張し高雄地方裁判所に離婚請求を申し立てた。同年の五月に裁

⁵⁷ 『司法院大法官』ホームページ（2008年5月10日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=242&showtype=意見書〉。

⁵⁸ 前掲注（57）。

⁵⁹ 前掲注（57）。

判所はAからの離婚請求を容認した判決を下した。六月にAとBの離婚は判決の公示に伴い市役所にも登録された。その一カ月後、Aは本件解釈の申立人であるXと結婚した。そこで、BはAと別居してもAに正しい住所などを告知していたので悪意の遺棄には当たらないと主張し、前記の離婚確定判決の無効を求めて訴訟を行った。訴訟の結果はBの勝訴となった。更に、BもAとXの婚姻無効の確認訴訟を提起し、九二年に最高裁の判決により、AとXの婚姻を無効としたのである。そこで、Xは民法九八八条に定められた同法第九八五条の重婚の禁止に当たる婚姻を全て無効とする規定が違憲にはならないのかと大法官会議に対し憲法解釈を求めた⁶⁰。

本件解釈の主旨は「〔…〕前婚は既に裁判所の判決を受け、婚姻関係の消滅に至った場合、善意の第三者は当該確定判決を信頼し、その判決と係わる当事者の一方と婚姻を結んだ後、例え前婚の離婚判決は何らかの事情により変更されて後婚を重婚の窮地に追い込まれても、信義則に基づいて後婚の効力が依然に維持されなければならない」と述べ、民法九八八条二項の規定は、「〔…〕前述した事情を配慮することがなく、憲法によって保障される人民の結婚の自由に反し、改正も含まれる検討を要する」、と説示した⁶¹。そして、理由では、「〔…〕婚姻関係を自由に結ぶことができる年齢に達し、結婚しようとする相手がいない人には結婚の自由を有し、他人から同人に対し結婚を求める自由も有することは憲法二二条によって保障されなければならない」、と示し、「〔…〕善意で過失がない第三者は前婚と係わる離婚の確定判決を信用し、当該当事者の一方と結婚する場合、信義則に基づいて、後婚の法的効力は依然に維持されなければならない。さもなければ、憲法によって保障される人民（特に婦女）の結婚の自由が不当に侵害される虞に晒されることになる」と説いた⁶²。

⁶⁰ 『司法院大法官』ホームページ（2008年4月28日）

〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=362&showtype= 相關附件〉。

⁶¹ 前掲書注（37）219頁。

⁶² 前掲書注（37）219～220頁。

なお、本件解釈に対し、李鐘聲大法官は反対意見の中で、例え多数意見が憲法二二条により人民の結婚の自由及び権利を認めようとするならば、同法七条の平等権の規定に従って後婚の配偶者に当該自由及び権利を保障するだけではなく、前婚の配偶者にも当然同様の自由及び権利を保障するべきだと主張した⁶³。

第三目 二〇〇二年大法官釈字第五五二号解釈

本件解釈の申立人は、一九七四年に A（夫）と結婚し三人の子どもを扶養している。しかし、A は仕事が順調であったため不倫の道歩み始め、八三年に申立人との離婚を自分の一方的な意思によって図っていた。旧民法一〇五〇条には「協議離婚は書面でこれを行い、二人以上の証人が署名しかつ戸政機関に離婚の登記をしなければならない」と定められていたため、A はまず申立人に対し申立人の父親が既に二人の離婚を認めていると偽り、同人の筆跡を真似て離婚届にサインをした。申立人はそれを信じ、やむを得なく離婚届けに自分のサインもしてしまった。後に、二人目の証人も申立人に本意を尋ねずに一方的に A によって捏造された事実を信じて届け書に署名した。このように、不法な手続を経て、申立人と A の離婚は戸籍法的に成立した。そして、A は当該離婚が成立した時点から九〇年まで B と同棲生活を送り、九一年に A と B は戸政機関に赴き、結婚登記の手続を行った。

ところが、申立人は九〇年の時点から前記の協議離婚には不法部分があるのではないかと疑いを抱き、九三年に当該協議離婚の無効及び自分の婚姻関係の確認訴訟を提起した。訴訟は最高裁まで争ったが、何れの判決の結果も申立人の勝訴であった。しかしながら、戸籍の実務上は、申立人には A の配偶者であるという身分が復活したが、戸政機関は申立人による A と B の婚姻関係を取り消す要請を拒絶した。そのため、A と B による後婚の婚姻関係が依然として継続していることから、A は戸籍上明らかに重婚状態であり続けている。これにより、申立人は仕方なく再び裁判所に赴き A と B の婚姻関係不存在の確認訴訟を提

⁶³ 『司法院大法官』ホームページ（2008年4月28日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=362&showtype= 意見書〉。

起した。ところが、この訴訟をめぐり、申立人は一審判決を勝ち取っただけで、控訴審と上告審はいずれも敗訴となった。そこで、申立人は敗訴となった判決により憲法二二条及び第七条によって保障される自分の婚姻の自由が侵害されたと主張し、大法官会議に対し、憲法解釈を求めた⁶⁴。

本件事案は前記の第三六二号解釈と共通点を持つ故、大法官会議は本件解釈を以て次のように第三六二号解釈の補足を行った。まず主文では、大法官会議は「〔…〕婚姻に関する身分の変動は当事者だけではなく公共の利益とも関わっている（故）、〔…〕前婚の消滅を信用する後婚の当事者に対する信義則の適用をより厳しく検証しなければならない」、と論じ、第三六二号解釈が示したように重婚に当たる後婚の当事者の一方が善意で過失がないと判断すればいいのではなく、当事者の両方とも善意で過失がない場合に限り、後婚の効力を認めるべきだと説示した⁶⁵。続いて、理由の部分においては、「一夫一妻制をとる婚姻制度は配偶者となる両方の人格的倫理関係を維持させるものである（故）、〔…〕男女平等の原則や社会秩序の維持などの要請に従い、憲法もそれを保障しなければならない」という認識を示し、民法九八八条二項は当該趣旨に従い制定されたものだと認める。そして、例え婚姻の自由は憲法二二条によって保障されても、民法に規定された一夫一妻制の法律婚に服する、と言う⁶⁶。

本件解釈に対し、四人の大法官が補足意見を示した外、二人の大法官は反対意見を述べているが、本稿の趣旨に照らし、次のように同補足意見や反対意見の中で注目すべきだと考える箇所のみを取り上げる。

まずは、王澤鑑大法官による補足意見である。同氏は本件解釈で言及された信義則の働きについて「〔…〕（当該制度に対する侵害から）合理的賠償が受けられ、子女の利益も保護されるように働くべきであり、重婚に当たる婚姻関係の例外を作ったり、公共の利益、社会の倫理的秩序

⁶⁴ 『司法院大法官』ホームページ（2008年5月12日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=552&showtype= 相關附件〉。

⁶⁵ 前掲書注（37）536頁。

⁶⁶ 前掲書注（37）536～537頁。

や家庭制度を害したりするために働くべきではない」⁶⁷、と指摘する。そして、憲法二二条が人民の婚姻の自由を保障する意味は、「婚姻を結ぶ自由」、「婚姻の相方を選択する自由」及び「離婚の自由」などの婚姻に関する全ての私的自治が保障されることだと解すべきだということもここで主張されている⁶⁸。

次の蘇俊雄大法官による補足意見ではドイツの『ボン基本法』六条の規定を参照しながら、「婚姻の自由が主観的防御権」であるという概念を主張し、前記の第三六二号解釈によって憲法二二条の規定から婚姻の自由が保障されることも肯認した。但し、同氏は婚姻の自由の中身について、それは結婚をするかしないか、及び結婚の相手を選択する自由であり、婚姻の自由が保障されることは全ての権利の基礎となる「人格的自律」の価値観の実現だと認識し、婚姻の自由が私法的レベルで論じられることは不十分だとし、婚姻の自由の核心となる「人格的自律権」が憲法的レベルで論じられることこそ国家の政治機関による恣意の侵害から保障されうる、と提言した⁶⁹。かような認識に立ち、同氏は例え未成年の子どもや婦女のような弱い立場にある人民に対し、政府が憲法一五六条及び改正追加条文一〇条の規定に基づき彼（彼女）らの私的事項に介入することは福祉国家の理念に合致し、合憲だと主張しても、事案の内容によって当事者両方が実質的に対等な立場にあれば、当事者の自己決定を尊重しなければならないと述べている⁷⁰。

他方、前記の第二四二号解釈を支持する立場にあった劉鐵錚大法官は本件解釈の結論から重婚に当たる後婚の婚姻関係の効力を認めるために、よりハードルの高い条件が要求されることになったことに抗して、反対意見に回った⁷¹。

⁶⁷ 『司法院大法官』 ホームページ（2008年5月12日）〈<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/抄本552.doc>〉。

⁶⁸ 前掲注（64）。

⁶⁹ 前掲注（64）。

⁷⁰ 前掲注（64）。

⁷¹ 前掲注（64）。

第四目 小括

「〔…〕子弟の婚姻に就いて、其の決定の全權を握るものは、當事者でなくて却って家長である。家長は、〔…〕婚姻當事者の意思を無視して、自己が適當と認める配偶者を選定することが出来る」⁷²、という歴史的背景を持つ台湾では前記の三つの大法官解釈により、十分かどうかは別途に議論を要するところだと思われるが、「結婚の自由」が現行の中華民國憲法によって保障されることがほぼ確実となっている⁷³。

現行民法では、子どもの結婚に関してはいくつかの規定が設けられている⁷⁴が、本稿との関係で「未成年の結婚については、法定代理人の同意を得なければならない」と定めている第九八一条の規定だけに着目し、前記の大法官解釈と併せて簡単な考察を行う。

同条の合法性について、「〔…〕未成年者が十分な社会的経験がないため軽率な結婚を防ぐため、法定代理人に『同意』の表示を通じて意見を表明することができるようにする規定であり、〔…〕父権主義に基づいて子女の意向を拘束することではないので、婚姻が両性の合意に基づくという原則に違反しない」⁷⁵、と理解されている⁷⁶。しかしながら、前記の釈字第五五二号解釈の王澤鑑大法官の補足意見で示された所謂結婚の自由の内容には結婚するかどうか、及び結婚する相手などを選択する自由が含まれている故、子どもの成長ぶりや法定年齢への接近などの要素を

⁷² 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）84頁。

⁷³ 但し、個人は年齢や性別と関係なく憲法22条によって「人格の発達に関する一般的自由」が保障されているという主張が見られる。そして、論者により大法官釈字第554号解釈を以て、当該自由の中では個人の自主的決定により如何なる者との性交渉を行う自由も含まれていると説かれている。また、大法官會議は釈字第552号解釈まで「婚姻の自由」について精力的に論じられてきたが、同自由とは何か、同自由から保障される内容・範囲をどこまで認識すべきであろうか等の疑問が残されているとの指摘がある。李惠宗『憲法要義 二版』（元照出版・2004年）320頁。吳庚『憲法的解釋與適用』（三民書局・2004年）312頁。

⁷⁴ 笠原俊宏・徐瑞静「『中華民國民法親族編及び相続編』の邦訳（1）」『戸籍時報 No.618』（日本加除出版・2007年）32～33頁。

⁷⁵ 陳ほか・前掲書注（2）100～101頁。

⁷⁶ 陳ほか・前掲書注（2）101頁。

併せて配慮することにより、子どもの意思を尊重する幅も変わっていくことになろう。また、前記の大法官釈字第55四号解釈の主文には、「〔…〕如何なる者と性交渉をする自由が個人の人格とは密接で不可分であり、個人の自主的決定に任せるべきであるが、憲法二二条でも示されるように、当該自由は社会の秩序と公共の利益に違反しない制限的条件に服す〔…〕」⁷⁷、と記されている故、一律に親の同意を絶対的の要件として定める同条につき、再検討する必要がある⁷⁸。

第三項 婚姻の解消と子ども

婚姻の解消を「離婚」⁷⁹という言葉として理解することもできる⁸⁰。民法における夫婦の離婚の仕組みについては、一九八五年から⁸¹破綻主義の導入などの改正が行われてきた⁸²。かような離婚法と子どもとの接点を見ると、一つは民法一〇四九条の但書がある。すなわち、子どもが法

⁷⁷ 林（紀）ほか・前掲書注（32）附一68頁。

⁷⁸ 03年の台湾高等裁判所の判決（91年度保険上字第54号）によれば、心身共に成熟の段階に近づく16歳の子ども（訴外）は自分の意思によって同意の表示を行うことができ、民法981条の規定は法定代理人が自分の意思に基づいて同意を表明し得ると意味しており、子どもの意思まで代わって同意を与えることではないと説示した。『法源法律網』ホームページ（2008年5月14日）〈<http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=91%2c%e4%bf%9d%e9%9a%aa%e4%b8%8a%2c54%2c20030227%2c2&courtFullName=TPHV&jyear=91&jcase=%e4%bf%9d%e9%9a%aa%e4%b8%8a&jno=54&jdate=920227&jcheck=2&switchfrom=1&issimple=1>〉。

⁷⁹ 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）182～183頁。黄宗樂「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（中華民国）（上）」『戸籍時報 No.462』（日本加除出版・1996年）6頁。

⁸⁰ なお、「臺灣ノ〔…〕下流社會ニ至テハ七出義絶ノ何タルヤヲ知ラサル者多ク假令之ヲ犯スモ必シモ離婚ヲ為スコトナキト共ニ夫ニシテ離婚セントスルトキハ必シモ七出義絶ノ原因アルヲ要セス夫權ヲ濫用シテ強制離婚ヲ為スコトヲ少カラス」という特徴があったようである。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）378頁。

⁸¹ 劉・前掲論文注（2）239～240頁。

⁸² 陳ほか・前掲書注（2）215頁。黄・前掲論文注（79）10～11頁。

定年齢にまた達していない時期に結婚し、何等かの事情により協議離婚の道を選択したい場合、自らの意思表示に加えて、結婚と同じく法定代理人（両親）の同意を得なければならないとされる⁸³。もう一つは夫婦が離婚する場合、子どもの所属や親権の行使が如何に変動するかという問題がある。

そして、九四年に大法官會議は釈字第三六五号を下し、九六年の家族法改正を触発するように見えた。以下では同解釈や法改正の詳細を整理するが、子どもの監護に関する裁判例や、漢民族の伝統の名残でもある子どもの「氏」の問題も取り上げ、台湾における親の離婚と子どもとの接点をより明確にしたい。

第一目 一九九四年大法官釈字第三六五号解釈

本件解釈の申立人に当たる者は、三つのグループに分けられる。一つ目は、謝啓大を含む一四七名の立法委員（「国会議員」に相当）らである。二つ目は最高裁が一九九四年に下した八三年度台上字第四三八号判決の上告人 X である。三つ目は、同じく最高裁によって下された八九年の七八年度台上字第八一七号判決の上告人 Y である。この三者はいずれも子どもに対する権利義務の行使や負担について原則的に父親を負うことを定めた旧民法一〇八九条⁸⁴について憲法解釈を求めたのである⁸⁵。

本件解釈は大法官會議全員一致の結果によって下された。まず主文の所では、大法官會議が、「(旧) 民法一〇八九条は〔…〕憲法七条に定められた法律の前に男女は平等である主旨に違反する。また憲法改正追加条文九条五項に示された性別に基づく差別の排除にも反し、同条の改正を検討すべき」だとして、二年間を経過したら、同規定の法的効力を失うことを宣言した⁸⁶。そして、理由において、同會議は憲法が性別に基づく差別を容認しうるのは特定な場合に限ってしかできないと述べ、

⁸³ 陳ほか・前掲書注（2）204頁。

⁸⁴ 中野ほか・前掲論文注（24）250頁。

⁸⁵ 『司法院大法官』ホームページ（2008年5月15日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=365&showtype= 相關附件〉。

⁸⁶ 前掲書注（37）222頁。

「〔…〕（昨今）教育が普及され、男女を問わずに教育を受ける機会が保障されることにより、女性の社会進出は大幅に認められていて、その生き様も男性とは凡そ差別がない。従って、〔…〕（旧民法一〇八九条により）子どもに対する親権者の指定が強制的に女性を不利な立場に陥らせることが男女平等の原則と相反し、現在の家庭生活の中で実際に女性の役割の分担ぶりにも相応しくない」⁸⁷と説示した⁸⁸。

第二目 一九九六年二回目の家族法改正以降

前記の大法官解釈に対応した旧民法一〇八九条の改正に限らず、長い年月をかけて行われてきた法改正の流れ⁸⁹では、親の「離婚」における子どもの位置づけが多少変動してきたことが窺われる。その中身について検証を試みる。

一、法務部から提示される三段階の改正作業

一九九五年三月に召集された立法院の本会議において、当時国民党に在籍していた立法委員の葛雨琴は积字第三六五号解釈の結論を以て、家族法の全面的改正を行うべきだと主張した。これに対し、当時法務部部长である馬英九は「〔…〕親族法の修正に関し、我々は三段階を分けて進む予定でございます。〔…〕離婚に関する別居制度の導入や夫婦の共同財産制度も検討しております。〔…〕（第三六五号解釈の指示に従い）民法一〇八九条の改正について、我々は両親の意見がお互いに一致しない場合、まず至近の尊属によって解決策を図ると考えております。尊属がそれをしないか、することができないのであれば、裁判所に上って、子どもの最善の利益に従い、判断することになります。」⁹⁰と語った。このように当時の法務部は、三段階の形で家族法の改正を図る姿勢を示した⁹¹。

⁸⁷ 前掲書注（37）222～223頁。

⁸⁸ 林・前掲論文注（33）14頁（注41）。前掲書注（37）223頁。

⁸⁹ 黄・前掲論文注（79）8頁。

⁹⁰ 前掲立法院公報注（34）108～110頁。

⁹¹ 当時の野党である民進党は家族法の全面的改正を図ろうとしていた。立法

そして、同年六月に、馬英九は立法院の司法委員会の席において、法務部による三段階の作業を主に二つの原則に基づいて行うことを述べた。一つは、男女の平等であり、もう一つは子どもの最善の利益を図ることである⁹²。この二つの方向について立法院の中でも異議がないため、法改正の動きは凡そ法務部の提案に従って進められることになった⁹³。

但し、この三段階の改正作業の具体的内容や時間表は如何なるものであったのかは曖昧である。論者により、九六年の改正を第一段階の改正だと理解する見解もある⁹⁴が、当時の立法院の議事録を見る限り、少なくとも立法院の内部ではかような認識を持っていなかったように思われる⁹⁵。

二、二〇〇七年まで改正された関連する条文

二〇〇七年までいくつかの改正を経た台湾の離婚法において、子どもに関わる条文の変遷⁹⁶としてはまず九六年に、協議離婚を経た夫婦について、子どもの監護責任を一律に夫に着せることを定めた旧民法一〇五一条が削除されたことが挙げられる。そして、第一〇五五条は改正され、夫婦が離婚した場合、未成年の子どもに対する権利義務の行使又は負担を協議によって決定することになった外、子どもの監護を巡って争いがある際に子どもの利益を十分に配慮することができるように、公の機関や民間の福祉法人による介入を積極的に認める文言も盛り込まれた。更に、監護権者が子どもに対する保護や教養の義務を果たさない場合、子ども自身も含め、前記の各関係主体の請求により裁判所に提訴し、義務確認訴訟などを行うことができるようになった。また、裁判所の判断によって子どもとの面接交渉の詳細を決める趣旨の規定もこの条文に定

院公報第84巻第18期院会記録（1995年）22～25頁。

⁹² 立法院公報第84巻第36期委員会記録（1995年）420～421頁。

⁹³ 立法院公報第84巻第56期委員会記録（1995年）319～327頁。

⁹⁴ 林・前掲論文注（33）11～12頁。

⁹⁵ 立法院公報第85巻第36期委員会記録（1996年）11頁。

⁹⁶ 中野ほか・前掲論文注（24）229～260頁。笠原ほか・前掲論文注（74）29～39頁。笠原俊宏・徐瑞静『『中華民國民法親族編及び相続編』の邦訳（2）』『戸籍時報 No.620』（日本加除出版・2007年）16～31頁。

められた⁹⁷。

前記の第一〇五五條の改正に伴い、新たに第一〇五五條の一及び第一〇五五條の二という二つの規定が設けられた。特に、前者において裁判所も子どもの最善の利益の実現を担保する最後の番人にして、子どもの監護権者の決定に臨んで、子どもの意思や人格的發展に資する要素なども含め、いくつかの要件を考慮しなければならないと定められている。

〇七年に、子どもの氏は原則的に父親の氏に従うことを定めた旧民法一〇五九條は改正され、子どもの氏は両親の協議に任せると明示された。そして、両親が離婚した場合、子どもの氏が同人に不利な影響を与えてしまうことが認められる場合、両親の片方や子ども自身はかような氏を変更する宣告請求を裁判所に申し立てることができるようになる規定もこの条文に盛り込まれた。

三、一九九六年以降子どもの監護に係る最高裁判決

一九九八年二月に出された八七年度台上字第八三号判決において、最高裁は児童福祉事務の主務官庁から提出された報告に沿い、子どもの利益を配慮する上で⁹⁸夫からの暴力を受けた妻に子どもの監護権を与えた。その理由については、「〔…〕（長男 A）が心身共に未熟の段階にあり、この時期の子どもが母親に依存する欲求が他の人より高いと認める。そしてこの時期（二歳余）の子どもの学習的諸能力の発達にとって母性が必要不可欠であり、男性よりも適切な保護が与えられることを想定しうる」⁹⁹、と説示した¹⁰⁰。

一方、同年八月に下された最高裁の八七年度台上字第一七四八号判決の中では、民法一〇五五條の一の規定を厳格に適用する姿勢が示されて

⁹⁷ 陳ほか・前掲書注（2）252～253頁。

⁹⁸ しかし、ここで引用されたのは民法1055條の1ではなく、当時（1998年）の児童福祉法41條である。同条によれば、主務官庁は家庭内暴力の調査に当たり、司法や教育機関などの協力を要請しうる。内政部児童局『児童及少年權益實用六法』（2002年）353頁。

⁹⁹ 最高法院『最高法院民事裁判書彙編 第三一期』（最高法院・1998年）646頁。

¹⁰⁰ なお、最高裁は親子の繋がりが祖父母と孫のような繋がりによって取り替えられるものではないとも言及している。最高法院・前掲書注（99）646頁。

いる。本件の上告人 X（妻）と被上告人 Y（夫）の間に家庭内暴力を生じる状況までには至らなかったが、口論が頻発しているという事実が確認されている。そして、夫婦は結婚した四年後から二年間別居状態が続き、四歳の子ども A はその間に被上告人の下で祖母と生活している。その後、夫婦が裁判離婚を申立てる際、上告人 X は子ども A の監護権も併せて要請した。

本件の控訴審では、子ども A の意思を酌量しながら、上告人の敗訴を決めたが、最高裁は民法一〇五五条の一に列挙されている諸事情を改めて確認し、子どもの監護権の判定は子どもの最善の利益に従わなければならないことを説示した。かように、控訴審の子ども A に対する夫の扶養事情だけを酌量し、妻の要請を安易に棄却したことは不合理だと判断し、上告人の請求を認めた。しかしながら、民法一〇五五条の一に列挙される諸事情がどれ程詳細に相互衡量をしなければならないかという問題について最高裁から明示的な答えを示していなかった¹⁰¹。

他方、同年の一一月に下された八七年度台上字第二六〇〇号判決では、民法一〇五五条の一に列挙される諸事情について、最高裁が最も注意しなければならないのは父母の年齢、職業、品行、健康状態、経済的能力及び生活状況（第三号の規定）だと明言された。そして、控訴審を棄却し、一歳余りの子どもの監護権を、裁判の経過に伴い徐々に精神病を患ってしまった母親から父親に渡すことを決めた¹⁰²。

第三目 子どもの「氏」をめぐる争い

台湾や中国の「家」制度において、「氏」は男統血族を示すといったような重要な意味を持つ¹⁰³。かような伝統を受け継ぐ旧民法一〇五九条については、「〔…〕もちろん、憲法上の『男女平等』の原則に違反して

¹⁰¹ 最高法院『最高法院民事裁判書彙編 第三三期』（最高法院・1999年）406～410頁。

¹⁰² 最高法院『最高法院民事裁判書彙編 第三四期』（最高法院・1999年）361～364頁。

¹⁰³ 劉・前掲論文注（2）242頁。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）349頁。

いる」¹⁰⁴、との指摘がある。後に同条の改正を巡っていくつかの折衝¹⁰⁵が見られ、少しながら改正されたが、全面的な改正が行われたのは二〇〇七年のことである。

確かに、八五年から〇七年までの立法院における議論を見れば、旧民法一〇五九条の不合理性が決して無視されていなかったことが分かる。その間の九六年に大法官會議は釈字第三九九号解釈を下し、人民の姓名自体は憲法二二条に保障される人民の人格権の一内容となることを明言した。それによって、同条の違憲性も再び浮彫りになってきたのだった。

一、一九九六年大法官釈字第三九九号解釈

本件解釈の申立人 X は、子ども A（一〇歳）の名前の変更を二度に亘って在籍している市町村の区役所に対し要請した。二回目の申請は拒否されたために、X は行政裁判所に提訴した。しかしながら、行政裁判所の判決も区役所の主張を支持したため、X は大法官會議に対し、本件事案と係わる『姓名条例』六条の合憲性審査を要請した。

また、X が区役所に対し二回目の変更を申請した背景には、X が子ども A に新たに付けられた名前の読み方が人体のある部分と似ており、滑稽な意味に捉えられてしまい、本人も学校でそのような滑稽な読み方で同級生からいじめられた事実が判明したため、再び別の名前に変更しようとした経緯がある¹⁰⁶。

（一）、主文及び理由

大法官會議はまず主文において、「姓名権は人格権の一内容である。個人の名前は人格の表れとも関わっており、如何なる名前を決めることは人民の自由であり、憲法二二条によって保障されなければならない」と明言した。そして、『姓名条例』に基づいて人民は特定の場合において名前の変更を申請することが認められ、文字の読み方によって当該姓

¹⁰⁴ 劉・前掲論文注（2）241頁。

¹⁰⁵ 黃・前掲論文注（17）27頁。

¹⁰⁶ 『司法院大法官』ホームページ（2008年5月18日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=399&showtype= 相關附件〉。

名が表記される本人に対し「低俗で汚らしい」イメージが与えられてしまうことは前記の特定の場合に当たると解されている¹⁰⁷。

そして、理由において大法官會議は前述した『姓名条例』に書かれた「特定の場合」という文言から設定される内容が極めて不明確だと説示し、「〔…〕（主務官庁が）各事案に係る具体的事実を重視しなければならない」と述べた。その上、「〔…〕 名前は低俗で汚らしいものに当たるかどうかの判断が姓名権を享有する各当事者自身の認識に深く係っている故、〔…〕 主務官庁がその個々人による意思の表明を尊重しなければならない」¹⁰⁸、とも示した。

（二）、検討

本件解釈は憲法二二条によって「人格権」が保障されると宣言したが、「人格権」は飽く迄も民法に対する解釈によって形成された権利の概念¹⁰⁹である故、憲法、民法並びに「人格権」の間に如何なる繋がりを持つかという問題について解決されていないと考えられる。その上、「人格権が憲法よりも下位にある権利であり、人間的尊厳は〔…〕 憲法二二条によって保障されれば、『社会秩序や公共の利益に反しない』条件に服しなければならないが、その保障する範囲は人格権より幅広いことが自明である」¹¹⁰、という「人格権」及び「人間的尊厳」の相異を指摘する見解に如何に応答するかという問題についても本件解釈から明白な手掛りが示されていないとも考えている。

他方、大法官會議による解釈には「人格的尊厳」や「人間的尊厳」という言葉が散見されており¹¹¹、その二つの概念は台湾の憲法学において果たして同一視することができるのかという問題が生じる。さらに、本件解釈に対し、「〔…〕 大法官（會議）が本件解釈において名前は低俗で

¹⁰⁷ 前掲書注（37）274～275頁。

¹⁰⁸ 前掲書注（37）275頁。

¹⁰⁹ 李（念）・前掲書注（56）263～264頁（注8）。王澤鑑「人格権、慰撫金與法院造法」『民法學說與判例研究 第八冊』（三民書局・2000年）101頁。

¹¹⁰ 吳・前掲書注（73）305～306頁。

¹¹¹ 李（念）・前掲書注（56）264～265頁（注9）。

汚らしいものであるかどうかの判断が姓名権を享有する個人の主観的価値観に係わるものであることを述べたのは、〔…〕果たしてその背後には個々人が平等的に人格的尊厳を享有する認識があったかどうか。また、人格的尊厳というものが客観的基準であるか、或いは個人の主観的価値観によって定義されるものと認識されるべきであろうか。更に言えば、名前を決める自由が如何なる理由で基本的人権だと認識され、憲法によって保障しなければならないのか¹¹²などの疑問が投げかけられている¹¹³。

二、立法院における議論

前記のように旧民法一〇五九条は二〇〇七年に学界から指摘されてきた違憲論に従い、全面的に改正された。それまでの議論を見ると、例えば九四年に立法委員の李必賢は同条の改正案を提出し、外国の立法例を参照しながら、「〔…〕子どもの氏を如何に決めることは、一族の氏の傳承を考慮する外、子どもの人格に対する尊重も配慮すべきであります」、と主張していることがある¹¹⁴。

一方、〇五年までに立法委員から提出された幾つかの同条に係わる改正案は殆ど男女平等原則の実現を図る内容であった¹¹⁵。九五年と九九年に政府が提出した家族法改正案でも旧民法一〇五九条の改正が求められた。その中、子どもの「氏」に関する改正については九九年の政府草案は九五年のものを丸写ししたものであったが、いずれも前記の立法委員らの視点と大差がなく、同じく男女平等の原則の徹底と両親の選択権の尊重に基づき、同条を改正する必要性が強調されていた。但し、個々の改正条文に対する説明においては、「〔…〕子女の氏は子女の人格権の一部となる。子女が満七歳以上の場合、〔…〕（氏の変更には）子女の意思

¹¹² 李（念）・前掲書注（56）265頁。

¹¹³ なお、本件解釈によって挙げられた名前を決める自由は苗字（氏）を決める自由も含まれているのかの問題も取り上げられている。李（念）・前掲書注（56）266～267頁。

¹¹⁴ 劉・前掲論文注（2）242頁。立法院公報第83巻第46期院会記録（1994年）87頁。

¹¹⁵ 前掲立法院公報注（34）26；139；141頁。前掲立法院公報注（91）22頁。

を尊重し、本人による同意を得なければならない」ことが明示されている¹¹⁶。

○六年になり、立法委員の黃淑英による改正案ではおよそその理由が上記の政府案と異ならないが、『子どもの権利条約』一二条の規定も取り上げられているのは興味深い所である¹¹⁷。

第四目 小括

実際、上記の旧民法一〇五九条の改正も含まれる家族法の一連の動きの中で、「男女平等の原則」が憲法七条と直接に関連して積極的に言及される外、憲法論の展開が殆ど見られていなかった。そして、釈字第三九九号解釈が下されても子どもの姓名権などの問題について立法院の場で議論された形跡も殆ど見当たらなかった¹¹⁸。また、「氏」の問題について子どもの主体性について最も配慮したように見える黃氏改正案の所論を見ても、そこで引用されたのは憲法の人権論ではなく、国際法の条約論であった。かような諸事実から考えると、当該時点において子どもも基本的人権の享有主体だという認識は女性ほど強調されてこなかったと思われる。

第四項 中絶へのアクセス

漢民族の伝統において、子どもを産むことには、「不孝有三、無後為大」¹¹⁹、と評価される。他方、刑法典に当たる律令の中には、「婦人犯罪」¹²⁰

¹¹⁶ 立法院議案關係文書院總第1150号政府提案第5342号（1995年10月14日）政19～22。立法院議案關係文書院總第1150号政府提案第6631号（1999年9月21日）政97～99。

¹¹⁷ 前掲立法院公報注（34）2～3；6；27頁。

¹¹⁸ なお、子どもに母親の氏に付けさせることは習俗的違和感が大きいことが民間団体の世論調査によって明かされた記事がある。『YAHOO！奇摩』ホームページ（2008年5月12日）〈<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/080512/2/yzlt.html>〉。

¹¹⁹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（103）1頁。

¹²⁰ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（103）19頁。

の規定があり、胎児の保護が図られる¹²¹側面もあった。更に、「男尊女卑」や「多子多孫」等の言葉を示すような精神的風土の働きにより、漢民族の女性が自らの意思によって中絶を行うこと自体が容易くはないと思われる¹²²。

第一目 中絶に対する法的対応

『中華民國刑法』には、「墮胎罪」の章が設けられ、妊婦の墮胎を禁じているが、一九八四年に制定され、翌年から施行した『優生保護法』（以下、「保護法」）によって、妊娠は二四週間以内であれば、中絶が認められることになった¹²³。しかし、それは限定される場合のみに行えることであり、法定代理人や配偶者による同意の要件も設けられている¹²⁴。

前者の法定代理人による同意の要件について、保護法九条の規定を厳格に解釈することによって、父母両方が監護人（監護人は独身であれば監護人一人の同意、監護人は夫婦であれば、両方の同意）の同意とも得なければならないことになる。これに関して、例えば両親が離婚していた場合、子どもは中絶手術を受けるために、既に長年の間連絡を取っていない片方の親に手術を受けさせる同意を求めることが果たして容易かという疑問がある¹²⁵。

もっとも、保護法が制定された当初の立法者意思を探てみると、かような未成年者の妊娠を解決しようという意識があったらしい¹²⁶。とは

¹²¹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（103）19頁。

¹²² 劉・前掲論文注（2）242頁。

¹²³ 蔡墩銘「墮胎與人工流產」『月旦法學雜誌 1995年3月號』（1995年）55頁。

¹²⁴ 立法院公報第82卷第58期院會記錄（1993年）35頁。

¹²⁵ また、かの有名な中絶ピルである RU486が衛生署（「厚生労働省」に相当）によって認可を与えられた01年以前、親に自分の妊娠を知らせたくないために未成年の妊婦はネット通販を通じてピルを入手し、結局、使用方法が分からないため大量出血になり緊急入院したケースが報じられている。『YAHOO！奇摩』ホームページ（2008年5月21日）〈<http://www.drkao.com/library/9/chap2append7-14.htm>〉。立法院議案關係文書院總第1140号委員提案第3568号（2001年4月21日）委10。

¹²⁶ 前掲注（125）。

言え、前記の両親による同意要件からもたらされる結果について、民間の NGO は反って子どもの妊婦に危険な中絶の方法を選択させてしまうことになると思われ¹²⁷。なお、この問題を憲法学のレベルまで引き上げて考えると、憲法一五六条や憲法改正追加条文一〇条六項の規定は重要な働きを果たせると考えられる一方、九五年釈字第三七二号解釈の主文の冒頭に「人格的尊厳の保護及び人身的安全の確保がわが国の憲法が人民の自由及び権利を保障する基本的理念」¹²⁸、であると説示されていることが重要であると思われる¹²⁹。

第二目 『優生保護法』をめぐる改正の動き

保護法が一九八五年に施行されたが、九九年にいくつかの条文が改正された¹³⁰。その改正を求める動きは前記の第九条の規定を問題視することから始まったと思われる。要するに、九三年に立法委員の葉菊蘭は同条の始めでは、「妊婦が〔…〕自己の意思に従い、人工妊娠中絶を受けることができる」、と明記されているため、女性が自分の体を自主的にコントロールする権利も認められるはずだという理解を示しつつ、結婚した妊婦は中絶を受けようとする場合、配偶者（夫）の同意を得なければならないという同条二項の規定が不合理だと解して、当該条項の改正案を提出したのが発端である¹³¹。しかし、同改正案は成立することなく、九九年の改正も前記の問題に答えるものではなく微々たるものに止

¹²⁷ 『台湾女人健康網』ホームページ（2008年5月16日）〈<http://www.twh.org.tw/11/02.asp>〉。

¹²⁸ 前掲書注（37）230頁。

¹²⁹ なお、中絶を行うかどうかの選択が女性の個人的選択であり私的事情だと認識すれば、「プライバシーの権利」によって保障されることもありうる。その「プライバシーの権利」の憲法的根拠について、釈字第293号解釈と第443号解釈を照らし、「中華民国憲法10条（住所の自由）と第15条（財産権）の規定から引き出されるのだろう。もしそれができないのであれば、憲法22条によっても憲法の根拠が与えられよう」、との主張がある。吳・前掲書注（73）307頁。

¹³⁰ 立法院公報第88卷第52期院會記錄（1999年）163～164頁。立法院公報第88卷第13期院會記錄（1999年）250頁。

¹³¹ 前掲立法院公報注（124）34～35頁。

まった。

〇〇年から婦人の権利を擁護する民間の NGO は父権主義の産物だと認識されるあらゆる法律の改正を求め始めている¹³²。かような社会での動きに応えるように、〇二年から保護法の改正案は次々と立法院で提出されていた。その中、同年に出された立法委員の江綺雯による「優生保護法一部改正案」では未婚の未成年者である妊婦に係る両親による同意の要件、又は結婚した成年の妊婦については配偶者による同意の要件が依然として同改正案に残されている一方、胎児の生命権は民法七条の規定によって保障されているとの認識が示されている¹³³。そして、子どもの意思が如何に中絶へのアクセスの手続きの中で反映されるかという問題も配慮されてきている。すなわち、〇六年五月の立法委員の黃淑英による「生育保護法改正案」の第一条一項には、「一八歳未満の未婚の妊婦は〔…〕人工妊娠中絶手術を受ける場合、法定代理人と共に（第一二条に定められる機関による）告知を受けなければならない。その後、法定代理人の同意を得なければならない」¹³⁴、と定められ、未成年の妊婦と法定代理人の間に第三者（中絶手術に関する情報の提供機関）が介入し得るとされる。それにより各関係者が子どもの中絶の問題に向き合い、対話を展開することができる環境が整えられるのではないかと考えられる。

同年の一一月に政府案も出されたが、胎児の生命権や女性の身体に関する自律権の見地から人工妊娠中絶手術を再定義すべきだということが示されていた。一八歳未満の未婚の妊婦には法定代理人による同意が依然として課されるが、法定代理人の親権や監護権が剥奪されたり同意権を行使したりすることができない場合、妊婦の最善の利益に従い、戸籍所在地の社会福祉事業を司る主務官庁によって同意権を行使することができるとの但書が追加された等の新たな対応が見られる。但し、政府案では前記の黃氏による提案と同様に女性の「身体的自律権」の保障が説

¹³² 前掲注（127）。

¹³³ 立法院議案關係文書院總第1140号委員提案第4408号（2002年10月16日）委79～委89。

¹³⁴ 立法院議案關係文書院總第1140号委員提案第6921号（2006年5月3日）委79～委90。

かれていても、如何なる法的根拠も明示していなかった¹³⁵。最後に出された〇八年の立法委員の楊麗環による「優生保護法九条改正案」においては、家族や個人の事情により男児を望む故に女性の胎児を中絶したいと判断される場合は、保護法の適用から除外すべきだという要請が注目に値する¹³⁶。

かくして、保護法の法改正を巡る動きが活発と伺えるが、〇六年の時点においては前記の各改正案はいずれも成立することができなかった。〇八年二月に行政院は再び同じ内容の政府改正案を立法院に送付した¹³⁷。

第三目 二〇〇一年九〇年度台上字第四六八号最高裁判決

本件は新光病院（被上告人 Y1）で健診をする際、妊娠だと知らせてから、同病院で出産することを決めた夫 X1 と妻 X2（上诉人）によるものである。X らは Y1 の所へ赴き、羊水検査を行ったが、Y1 に勤める産婦人科の部長（被上告人 Z1）は、X らの検査結果を行政院衛生署が認可した分析センターに送らず、Y1 に勤めていた羊水検査の分析の経験がまだ浅い研修医（被上告人 Z2）に任せていた。X らは、被上告人 Z2 の報告を読んで、胎児が健常であり順調に出産できると信じたが、後に出生したのは多重的障害を持っている子どもであった。そこで、X らは、被上告人 Y1 に対し医療契約の善良の管理人による注意義務の怠慢、被上告人 Z1 と Z2 に対し不正な分析結果によって自分達の「中絶自由権」及び「生育決定権」が侵害されたことをそれぞれ主張し損害賠償を求めた¹³⁸。

¹³⁵ 立法院議案關係文書院總第1140号政府提案第10692号（2006年11月1日）政1～政10。立法院議案關係文書院總第1140号政府提案第11169号（2008年2月27日）政1141～政1150。

¹³⁶ 立法院議案關係文書院總第1140号政府提案第7989号（2008年4月19日）委485～委488。

¹³⁷ 前掲注（135）政1141～政1150。

¹³⁸ 『法源法律網』ホームページ（2008年5月21日）〈<http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=90%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c468%2c20010322&courtFullName=TPSV&jyear=90&jcase=%e5%8f%b0%e4%b8%8a&jno=468&jdate>〉

控訴審において、Xらの請求を斥けながら、「〔…〕胎児は人格を持つ一生命体であり、妊婦本人が胎児を母体から排出させるかどうかの選択が生命の価値、人間的尊厳とも関わっている故、妊婦にとって『自己決定権』を語る余地がない。（保護法）九条の規定は〔…〕一定の条件に合致する人工妊娠中絶手術の合法性を認め、刑法の違法性阻却事由にはなるが、それを以て憲法が婦女の『堕胎自由権』や『生育決定権』を保障する主張が理論的飛躍である」¹³⁹、と説示した。

かような控訴審の判断に対し、最高裁は破棄自判にして、「〔…〕（保護法）一一条二項〔…〕（により）医師に（検査に関する）異常の結果を妊婦に通知する義務、及び中絶手術が必要だと判断される場合妊婦に同手術の受け入れを勧告する義務両方とも課されている。よって、妊婦には中絶を選択するかしないかの権利が付与されるような解釈する余地が生じるのではないか。〔…〕更に、病院やその関係者の過失によって優生保護法一一条二項の適用する期限が過ぎてしまい、最終的に障害を持つ子どもを出生させた結末に繋がる場合、婦女の自身の意思に従い、人工妊娠中絶手術の執行を決定する権利に侵害した評価には値するかどうかの判断を要しよう」¹⁴⁰、という。但し、ここでは女性に保障される中絶への選択権に係る憲法的根拠が示されていなかった¹⁴¹。

第三節 社会的身分と子ども

漢民族の家族における親子関係は、大きく「自然の血統による親子」と「法律の擬制による親子」と分けられている。前者の中について、母

=900322&jcheck=&switchfrom=1&issimple=1}。

¹³⁹ 前掲注（138）。

¹⁴⁰ 前掲注（138）。

¹⁴¹ 本判決では最高裁が反問的な形で身体に関する女性が享有すべきである自己決定権の保障を認め、控訴審の判断を斥けたが、当該権利が保障される根拠を『優生保護法』だけに求めるのは違和感を覚える。女性が自分の意思に従い、中絶を行うことを決定する権利が当該個人の身体や人格にも係わる重要な権利であれば、憲法的根拠を明示すべきであろう。張桐銳「憲法訴訟與基本權保障」許志雄・蔡茂寅・周志宏主編『現代憲法の理論與現實：李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集』（元照出版・2007年）776頁。

親の身分により、「〔…〕 嫡子、庶子、姦生子及婢生子」¹⁴²などの区別があったが、後者については、「養親子」と「擬制的親子」に分けられていた。その「擬制的親子」を巡って台湾では異なる様相があると言われている¹⁴³。

但し、一九三〇年には民法が制定され、「自然の血統による親子」の類には「嫡出子」と「婚外子」、「法律の擬制による親子」の類に関して「養子」の身分しか認められないことになり、恩義名分による区別の中で「継親子」と「嫡母庶子」の関係は姻族としてしか認めないとした¹⁴⁴。そして、四五年以降、同法は台湾でも施行されたため、台湾の旧慣も法的には消滅することになった。

一方、八五年に台湾で初めて生殖補助医療によって「試験管ベビー」と呼ばれる子どもが出生した事例が報じられる¹⁴⁵。しかしながら、生殖補助医療に関する政府の対応は、〇七年に『人工生殖法』が制定されるまでは八六年の『行政院衛生署人工生殖技術管理委員会設置規則』、『人工生殖技術倫理指導要領』という行政命令、及び九四年の『人工生殖補助技術管理規定』という倫理的規定だけを頼りにして行われてきた¹⁴⁶。

第一項 論点の概要

一九八五年に一回目の法改正では、「婚外子」や「養子」を含む子どもの福祉の向上が一つの重点だと言われ、「養子」と係わる従来の悪習を改めるために、裁判所の介入を多く認める箇所が散見される¹⁴⁷。〇七

¹⁴² 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）442頁。

¹⁴³ 「擬制的親子」について、中国では「乳母と乳子」や「慈母と慈子」というカテゴリーがあったが、台湾の旧慣では全然観念されていなかったという指摘がある一方、事実上慈母の役割を果たしている例があったとの見解もある。徐美貞『親屬法』（五南圖書・2008年）10頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）443～444頁。

¹⁴⁴ 陳ほか・前掲書注（2）265頁。徐・前掲書注（143）87頁。

¹⁴⁵ 陳ほか・前掲書注（2）317頁。立法院公報第96卷第20期院会記録（2007年）131頁。

¹⁴⁶ 前掲立法院公報注（145）131頁。

¹⁴⁷ 黄・前掲論文注（17）31頁。

年になり再び「婚外子」と「養子」に関する家族法の規定の多くが改正された。以下ではその動きを追いながら、大法官会議の解釈も整理し、「婚外子」や「養子」とされる子どもの位置づけについて検討する。また、「人工生殖子」に関しては、前述した〇七年の『人工生殖法』が制定されるまでの経緯を整理する一方、いくつかの判例も紹介し、台湾における生殖補助医療と子どもの法的様相を解明したい。

第二項 養子

養子の存在意義は「養家」と「生家」両側の立場から見ることが出来る。まず前者から見ると、養子は「繼嗣ノ為ニスルモノ」や、「妻妾ノ情ヲ満足セシムルカ為ニスルモノ」等と言われる。そして、後者から見ると、養子とは「生家ト養家ノ情誼ヨリ來ルモノ」や、「子女多キニ苦ミ或ハ貧窮自贍スル能ハサルカ為ニスルモノ」等とされる¹⁴⁸。また、「養子」とされる子どもの中には、「過房子」、「螟蛉子」と「養女」の区別があった¹⁴⁹。養子縁組の成立は「養家」と「生家」の合意が唯一の要件だとされていた¹⁵⁰。

第一目 一九八五年以前の大法官解釈

台湾における養子を巡る様々な旧慣と民法の間に生ずるズレについて、一九八五年までに大法官会議は釈字第一二二號¹⁵¹、第二八號¹⁵²、第三二號¹⁵³、第三四號¹⁵⁴、第五八號¹⁵⁵、第七〇號¹⁵⁶、第八七號¹⁵⁷及び第九一號¹⁵⁸解

¹⁴⁸ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）457～459頁。

¹⁴⁹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）460頁。

¹⁵⁰ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）461～462頁。

¹⁵¹ 前掲書注（37）3～4頁。『司法院大法官』ホームページ（2008年5月24日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=12&showtype=相關附件〉。

¹⁵² 前掲書注（37）7～8頁。

¹⁵³ 前掲書注（37）9頁。

¹⁵⁴ 前掲書注（37）9頁。

¹⁵⁵ 前掲書注（37）14頁。

¹⁵⁶ 前掲書注（37）16頁。

釈を下し、旧慣を是正したり、追認したりしていた。中でも、表向きは養子縁組を結ぶ口実を作りながらも実際には人身売買を行う悪習¹⁵⁹に対し、大法官会議は釈字第八七号解釈において初判断を示したため、その概要を紹介する。

当該悪習の存在が認識されていた上、同解釈は養子縁組を結ぶ実質的要件が満たされていない場合、当該縁組は取消されるか或いは無効とされるのかという問題について判断をしたのである。同解釈はまず主文において、「養子縁組を結ぶ際、養親となる者は養子とされる者より二〇歳以上でなければならない要件を充たさず、民法一〇七三条に違反する場合、裁判所への提訴によって取消することができるが、無効だとすることはできない」¹⁶⁰と説示した。そして、理由において、「〔…〕結婚及び養子縁組の行為が共に身分関係の変更と係わるものである故、違法たる結婚を取消することを認める法規制は違法たる養子縁組を取消そうとする状況にも適用する余地がある」、と示したが、「〔…〕養親となる側が不法的な意図を以て縁組を結ぶ場合、民法七二条の適用によって解決策を図りうる」とし、申立人が養親の不法行為を防ぐために求める司法院解字第三一二〇号五項解釈の変更は認められなかった¹⁶¹。

かような多数意見に対し、史尚寛を含む六名の大法官は反対意見を提示した。とりわけ、「養親となる者が例え不法的意図を以て養子縁組を結ぶ場合、民法七二条によって対応できること」と述べた多数意見に対する反論に注目したい。同意見はこの点に関し、養親となる者は営利やその他の不法的意図を抱いて養子縁組を行っても当該時点では必ず当該意図が判明されうるわけではなく、そのような事実の立証も難しいと批判している。すなわち、「養女」とされる幼児の多くは数年か一〇数年間に亘って養親の下で生活してから、初めの時から養親は子どもを営利的で不法たる商売をさせようとする目的の存否を確認するため、養子縁

¹⁵⁷ 前掲書注(37) 21頁。

¹⁵⁸ 前掲書注(37) 23頁。

¹⁵⁹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注(26) 468～470頁。

¹⁶⁰ 前掲書注(37) 21頁。

¹⁶¹ 前掲書注(37) 21頁。

組を結んだ当時まで遡って契約を協議する当事者両方に人身売買の意思の有無を証明させるのは至難の業だと同意見は述べている。よって、反対意見は違法に行われる養子縁組を防ぐためには、民法一〇七三条で定められる年齢の制限に違反する全ての養子縁組を直ちに無効にすべきだと主張する¹⁶²。

第二目 一九八五年の法改正

一九八五年に行われた改正において、養子と最も関係するのは旧民法一〇七九条及び第一〇八〇条の改正だと思われる。

改正された旧民法一〇七九条には、書面を以て養子縁組を行う規定が残された¹⁶³が、「養子となる者が七歳未満で且つ法定代理人がいない場合、この限りでない」という但書が付け加えられていた。そして、新たに設けられた規定の中では、裁判所による許可制度が導入され、「養子として養子縁組する者に不利な事実が認められる場合」等の事情が確認された場合には、裁判所が許可を与えてはならないという法による制限も加えられている。その外、「養子縁組の無効」や「養子縁組の取消し請求権及びその除斥期間」等の規定もそれぞれ民法一〇七九条の一と民法一〇七九条の二の形として定められている¹⁶⁴。その第一〇七九条の一が新設されたことに伴い、大法官釈字第第八七号解釈の適用が否定されることになったと言われる¹⁶⁵。すなわち、養親と養子の間には二〇歳の隔たりがなければ、養子縁組を結ぶことができなくなり、無効だと見做される。

他方、「養子縁組の離縁」を規定する旧民法一〇八〇条の文言はそれぞれ残された¹⁶⁶が、「養子が七歳未満であるときは、その離縁は、養親と養子の離縁後にその法定代理人となるべき者によって行うことにす

¹⁶² 『司法院大法官』 ホームページ（2008年5月24日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=87&showtype= 意見書〉。

¹⁶³ 中野ほか・前掲論文注（24）248頁。黄・前掲論文注（28）22頁。

¹⁶⁴ 中野ほか・前掲論文注（24）248～249頁。黄・前掲論文注（28）22～23頁。

¹⁶⁵ 黄・前掲論文注（17）30頁。

¹⁶⁶ 中野ほか・前掲論文注（24）249頁。黄・前掲論文注（28）23頁。

る」等の新たな規定が設けられた¹⁶⁷。なお、従来養子の相続分が嫡出子の二分の一とされる旧民法一一四二条二項の規定は、今回の改正に伴い削除された。これは、「〔…〕養子を擬制血族と認め、養子は養親の一親等の直系卑属にあたるとしているので、第一順位の相続人に属することは疑いない」¹⁶⁸という見解が具現化されたものとして評することができるが、少なくともこの改正により、実質的には養子の相続分は嫡出子と平等となった¹⁶⁹。

しかし、養子法をめぐる改正の動きはこれだけで止まったわけではない。九八年に行政院と司法院が共同して提出した家族法改正案の中で、「養子の利益の保護」と「公権力の介入」をワンセットとし、養子法の改正が再び唱えられている¹⁷⁰。九九年の同じく行政院と司法院による共同提案の中でも「子どものため」にある養子縁組の制度を実現させようと訴えながら、改正を要請している¹⁷¹。

ところが、その二つの提案は何れ成立しなかった。そして、時は〇六年になり、家族法の改正を要請する政府提案の中で、『子どもの権利条約』¹⁷²に言及し、養子法の改正をめぐる動きが再燃することになった¹⁷³。そして、養子法に関する二回目の改正はついに〇七年五月の立法院の本会議の中で成立した。その流れについて、次の項目で概観するが、その前に、大法官会議が〇〇年に養子縁組に係わる年齢的制限について判断を下している故、まずそれを紹介する。

第三目 二〇〇〇年大法官釈字第〇二号解釈

本件解釈で争われたのは、民法一〇七三条に定められている養親と養

¹⁶⁷ 中野ほか・前掲論文注（24）249頁。黄・前掲論文注（28）23頁。

¹⁶⁸ 劉・前掲論文注（2）246頁。

¹⁶⁹ 劉・前掲論文注（2）244頁。黄・前掲論文注（17）31頁。

¹⁷⁰ 立法院議案関係文書院總第1150号政府提案第6333号（1998年12月5日）報39。

¹⁷¹ 前掲注（116）報91。

¹⁷² 施慧玲『家庭法律社會學論文集』（元照出版・2004年）305頁。

¹⁷³ 立法院議案関係文書院總第1150号政府提案第10523号（2006年5月10日）政69。

子の間に設けられている二〇歳の年の差の合憲性である。多数意見はまず主文で、同条の合憲性を確認した後、「〔…〕養親と養子の間にどれ程の年齢的隔たりを要求するのは立法裁量に属することにしても、家族の安定性や養子の権利への配慮を欠いてはならない。〔…〕夫婦による共同縁組或は夫婦の一方が他方の子と養子縁組を結びたい場合、実際の社会的生活の様相に照らし、例外的規定を設けても差し支えない」¹⁷⁴と説示した。

続いて、理由では、「〔…〕現行の養子縁組の制度が養子の利益を保護することが主な目的だとされている」ことを確認し、「〔…〕夫婦による共同縁組や他方の配偶者の子女と縁組を結びたい場合、（同条）の規定に違反することを理由とし、養子縁組を強制的に無効だとするのであれば、反って養子とされる子どもの利益を損うことになりかねない」¹⁷⁵、と述べている。

本件解釈の申立人は、申請書の中で人を養子として迎えることは憲法二二条によって保障される人民の自由権だと主張した。しかしながら、大法官会議はそれを斥け、曖昧な言葉で「実際の社会的生活に合致する」法律の改正を一方的に立法機関に要請する姿勢を打ち出すだけに終始した¹⁷⁶。本件解釈の以前に大法官会議は釈字第三六二号¹⁷⁷や第三七二号解釈¹⁷⁸において、家庭の内部でも個人の尊厳が憲法に保障されることを宣言していたため、家族法の分野でも憲法の見地からの検証が行われるようになった。本件解釈はその積極的姿勢を損なう結果になりかねないと考えられる。

第四目 二〇〇七年の法改正

二〇〇七年一月四日に開かれた立法院司法委員会での議論を見ると、

¹⁷⁴ 前掲書注（37）444～445頁。

¹⁷⁵ 前掲書注（37）445頁。

¹⁷⁶ 『司法院大法官』ホームページ（2008年4月24日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=502&showtype= 相關附件〉。

¹⁷⁷ 前掲書注（37）219～220頁。

¹⁷⁸ 前掲書注（37）230～231頁。

今回の法改正では行政院と司法院による〇六年の共同提案（以下、「共同提案」）の中の多数の条文がそのまま認められていたことがわかる¹⁷⁹。それはともかく、この度改正された旧民法一〇七三条には、夫婦による共同縁組を結ぶ場合、片方は養子となる者より二〇歳以上長じているのであれば、相手方の配偶者は養子より一六歳以上長じるだけであっても、縁組が認められるものと定められている。そして、新たに設けられた民法一〇七六条の一の規定によると、子どもの縁組に対し、実親が子どもに対して自分の養育の義務を全うしない、或は子どもに危害を加える場合、同人による同意がなくても裁判所によって子どもの縁組を成立させることができる¹⁸⁰と定められており、注目に値する。

また、養子縁組の終了について、新たに設けられた民法一〇八〇条の一、同条の二及び同条の三の規定に注意する必要もある。例えば、第一〇八〇条の一では養親が死亡した後、養子が裁判所に縁組の終了を請求し得る場合があるとされる一方、裁判所が特定の場合に限って、当該請求を斥けることができるともされている。そして、養子が七歳以上の未成年者であれば、縁組の終了を請求することには法定代理人の同意を得ねばならない要件も課されている。

第三項 婚外子

旧慣では「婚外子」を指す言葉は色々ある¹⁸¹。そして、「[……] 父ハ其母又ハ母ノ後夫ノ甘諾ヲ得ルトキハ容易ニ之ヲ認知シ取養スルコトヲ得ヘシ」、と言われ、「[……] 父カ其母ト婚姻シ或ハ其子ノミヲ取テ現在ノ妻又ハ妾ニ子養セシメタルトキハ其子ハ嫡子又ハ庶子ト同一ノ身分ヲ得ルモノト為ス」¹⁸²、と認識されていた。また、認知された婚外子はその家の家産の相続について、婚内子と平等に相続権を持つ¹⁸³、とされてきた

¹⁷⁹ 前掲注（173）政69～72。立法院公報第96巻第14期委員会記録（2007年）289～314頁。

¹⁸⁰ 『法源法律網』ホームページ（2008年5月22日）〈<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDOC01.asp?lsid=FL001351&lno=1076-1>〉。

¹⁸¹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）445～446頁。

¹⁸² 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）450～451頁。

¹⁸³ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）565頁。

らしい。

第一目 一九八五年以前の『中華民國民法』と婚外子

『民法』では、婚外子の「準正」、「認知」及び「認知に関する遡及効の承認」との規定が設けられている。「準正」については、「血統的に親子関係の存在」及び「両親が法的に有効な婚姻を締結しなければならない」という二つの要件が課されている¹⁸⁴が、学説においては、「血縁上の父による認知の是非」¹⁸⁵や、「親の結婚が無効だとされた場合、準正の効果の存在不存在」を巡る見解の違いがある。実務的には両親の結婚が、重婚か近親婚の制限に触れれば、両親の結婚が無効になるため、子どもは「準正」によって嫡出性を取得することができなくなるという理解を支持するよう見える（一九四一年最高裁上字第四五四号判決）¹⁸⁶。但し、婚姻が取り消されても、「準正」の法的効果には影響がないとされている¹⁸⁷。

他方、「認知」の制度については「任意認知」と「強制認知」がある。前者は民法一〇六五条に定められており¹⁸⁸、戸籍上の登記は必要とされず、父親から認知の意思表示にも条件付きや除斥期間を設けられていない。但し、如何なる形的意思表示を「認知」として認めるべきかという問題がある¹⁸⁹。例えば、一九三四年の院字第一一二五号解釈によると、婚外子が血縁上の父の下で養育を受けるという事実があれば、認知の効力が発生する、と言う¹⁹⁰。そして、後者の「強制認知」について八五年

¹⁸⁴ 陳ほか・前掲書注（2）290頁。高鳳仙『親屬法：理論與實務』（五南圖書・2008年）302～303頁。

¹⁸⁵ 陳ほか・前掲書注（2）290頁。高・前掲書注（184）303頁。

¹⁸⁶ 陳ほか・前掲書注（2）290頁。高・前掲書注（184）303頁。『司法院法學資料檢索系統』ホームページホームページ（2011年6月14日）〈<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>〉

¹⁸⁷ 陳ほか・前掲書注（2）290頁。高・前掲書注（184）303頁。

¹⁸⁸ 陳ほか・前掲書注（2）292頁。高・前掲書注（184）306頁。

¹⁸⁹ 高・前掲書注（184）306～307頁。

¹⁹⁰ 陳ほか・前掲書注（2）292～293頁。高・前掲書注（184）307～308頁。『司法院法學資料檢索系統』ホームページ（2008年6月14日）〈<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>〉

に法改正が行われた前の旧民法一〇六七条によると、「強制認知」が認められる理由は限定されており、婚外子自身も血縁上の父に対する認知請求権を持つことができなかった。

第二目 二〇〇〇年までの法改正

婚外子に関する法制度の改正は、二〇〇〇年までに三回行われた。八五年に婚外子や養子等の子どもの福祉を増進させるという政策的主導¹⁹¹に基づき、旧民法一〇六七条が改正され、血縁上の父に強制認知を請求する権利が婚外子にも与えられることになった¹⁹²。

九六年に行われた二回目の法改正により、民法一〇六九条の一(以下、「本条」)が新設され、未成年の婚外子を認知した場合、同人に対する権利義務の行使又は負担については民法一〇五五条、第一〇五五条の一及び第一〇五五条の二の規定が準用される。本条は一補足的な規定だと解されるが、今までは婚外子が認知された後、親が当該未成年の子どもに対する権利や義務を如何に負うかという問題があった¹⁹³ため、この規定の追加は「子どもの利益の保護」に資するものだと考えられている¹⁹⁴。また、本条の成立は同じく九六年に行われた前記の三カ条に対する改正及び、新設という流れを踏まえた上でのことだと見られている¹⁹⁵。すなわち、その三カ条は離婚に際して裁判所による介入を積極的に要請するものであり、監護権の所屬は「子どもの最善の利益」に基づき判断すべきだという義務を裁判所に課するものでもある。それ故、婚外子の場合にも本条の新設によって「子どもの最善の利益」への熟慮という法全体の原理原則が持ち込まれたことになる¹⁹⁶。

gov.tw/Index.htm)。

¹⁹¹ 黄・前掲論文注(17) 21頁。

¹⁹² 黄・前掲論文注(17) 28～29頁。中野ほか・前掲論文注(24) 247頁。

¹⁹³ 立法院議案關係文書院總第1150号政府提案第5207号(1995年5月3日) 報10～11。

¹⁹⁴ 前掲注(193) 報3。

¹⁹⁵ 前掲立法院公報注(92) 426頁。

¹⁹⁶ 1999年の改正は『刑法』と連動して、「強制的性交渉」等の文言を統一的に改めることとして、旧民法1067条を改正しただけに止まっていた。前掲立法院

第三目 二〇〇四年大法官釈字第587号解釈

本件解釈の申請は、事案 A と事案 B の当事者によって行われた。まず前者における大法官解釈の申請人は、一歳余りの子ども X1 である。X1 の母親である Y1 は、X1 を受胎する一年前から既に生育能力が低い配偶者の Z1 とは別居していた。そこで、Y1 は Z1 と別居している一年の間に第三者と性交渉を持ち受胎した結果 X1 をもうけた。ところが、Y1 と Z1 の離婚は X1 の出生した年と同じ年に行われたため、旧民法一〇六二条の規定に基づき戸籍機関は X1 を Z1 の婚内子として推定した。従って、X1 が Z1 との親子関係不存在の確認訴訟を提起した。しかし、最高裁は旧民法一〇六三条の規定に依拠し、X1 の請求を斥けた。そのため、X1 はこの最高裁判決によって自分の憲法二二条から保障される「自分の血縁上の父を確認する裁判を受ける権利」が侵害されたことを主張し、大法官会議に対し同判決の違憲審査を求めたのである。

他方、後者における申請人は、二人の女兒の血縁上の父 X2 である。X2 は一度離婚した Y2 と結婚して二人の女兒に恵まれたが、旧民法一〇六三条の規定によって、Y2 の前夫である Z2 の子女だと推定された。この事情を知った X2 は二人の女兒に DNA の検査を受けさせ、自分との血の繋がりを証明した後、X2 は二人の女兒と Y2 を相手取り裁判所に対し親子関係存在の確認訴訟を提起した。しかしながら、最高裁はやはり同条の規定に基づき X2 の請求を斥けた。従って、X2 も大法官会議に対し、最高裁の判決が憲法一六条（裁判を受ける権利）、第二二条及び第二三条を侵害したかどうかの判断を求めた¹⁹⁷。

大法官会議はまず主文において、「(子ども) が自身の血統の出自を知り、真の親子関係を確認することは (子ども) が享有する人格権の一内容となり、憲法によって保障しなければならない」、と説示した。そして、旧民法一〇六三条の規定自体の合憲性を確認しながら、「[...] (子ども)

公報注 (130) 230 頁。

¹⁹⁷ 『司法院大法官』ホームページ (2008 年 4 月 24 日) (http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=587&showtype= 相關附件)。吳煜宗「子女自我否認婚生性之權利—釋字第 587 號解釋的挑戰」『月旦法學雜誌 (No.119)』(2005 年 4 月) 213 ~ 214 頁。

自身が当該請求権の享有を認めていないことや除斥期間も定められていなかったことから考えれば、(子ども)が有する訴訟を起こす権利には不当な制限が課されることになる」、と示した¹⁹⁸。

続いて、理由において大法官会議は、子どもの権利条約七条一項の規定を取り上げ、「[…] 子どもには自分の出自を知る権利が保障されている。当該権利は父子関係の真実を確認することに資するものだとも認め、(子ども)の人格権の一内容ともなる故、[…] 憲法二二条によって保障しなければならない」、と説きながら、「[…] 自分の出自を知り、真の身分を取得することは(子ども)本人の人格的利益と深く係わることであり、例えば夫婦両方揃えて嫡出否認の訴を提起しないかしたくないことにして、除斥期間を不意か故意によって見過ごせば、(子ども)の本当の出自を確定する機会がなくなり、(子ども)にも真の身分を取得することができなくなる。かような状況は本人の人格的權益の保障には資しない」、と説示した。しかし、本件における子どもの血縁上の父に嫡出否認の訴を提起する権利が、「[…] 容認されるのであれば、他人の婚姻と係わるプライバシーに介入し、提訴人自身も当該不法行為の正当性を主張しなければならない故、社会通念に照らして考えれば、到底容認し難い」という消極的な姿勢を見せ、それを如何に改めるのは全て立法府による裁量に任せるべきだと述べている¹⁹⁹。

第四目 二〇〇七年の法改正

この年に行われた家族法改正は主に養子法に集中している。しかしながら、政府側からの説明においても認めたように、前記の釈字第五八七号解釈の判断を受けて、今回の改正では子どもの嫡出否認等も含まれ、婚外子に係る法的枠組みにもメスが入れている²⁰⁰。その結果、婚外子の「氏」の定め方を規定する民法一〇五九条の一が新設されたことを始め、「子どもの受胎期間」や「強制認知」等に係る旧民法一〇六二条、

¹⁹⁸ 前掲書注(37) 628～629頁。吳(煜)・前掲論文注(197) 214頁。

¹⁹⁹ 前掲書注(37) 629～630頁。吳(煜)・前掲論文注(197) 214～215頁。

²⁰⁰ 前掲注(173) 政69。

第一〇六三条、第一〇六七条及び、第一〇七〇条も改正された²⁰¹。

ところが、政府から出された公式的記録を見ると、今回の法改正の雛形は九五年に政府が出された「民法親族編及び其の施行法の一部改正草案」の中で示されていたことが窺える。例えば、前記の釈字第五八七号解釈で争われた旧民法一〇六三条の改正は既に当該草案の中で提示されていたのである。つまり、子どもの嫡出性の推定について夫婦の一方が子どもが婚内子ではないことを証明することができること、否認の訴えを提起することができることや、かような嫡出性の否認の訴えは、子どもの出生を知ってから六年以内にしなければならないことなどが記されていた²⁰²。仮にこの改正案が九六年の二回目の法改正で成立することになれば、〇四年の大法官解釈を待たなくても事案 A が救済される可能性があるだろう。

そして、旧民法一〇六七条の改正について、八五年の法改正を行う際に、政府側から既に同条の改正が訴えられた。すなわち、「〔…〕、（婚外子）の利益を保護するために、『その生父が死亡したときは、生父の相続人に対し認知を請求することができる』と定められるべきだ」というのである。しかし、立法院における審議では人倫に悖ることや、第三者による詐欺行為を助長してしまうこと等²⁰³の反発的な意見が強く、同改正案が成立することがなかった。にもかかわらず、政府側が九五年の政府草案に再び同条の改正を盛り込み、婚外子に対して血縁上の父やその相続人を相手取り認知を求める権利を与える姿勢を示した²⁰⁴。これに対しては立法院からの反対意見は殆ど見られず、法改正がそのまま成立した。

第四項 生殖補助医療との関わり

²⁰¹ 中野はか・前掲論文注(24)246～247頁。前掲立法院公報注(32)115～117頁。笠原ら・前掲論文注(96)19～20頁。

²⁰² 前掲注(116・第5342号)政24～25。前掲注(116・第6631号)政101～102。

²⁰³ 黄・前掲論文注(17)28～29頁。莊惠萍『臺灣非婚生子女法律地位之變遷』（國立台灣大學法律學研究所碩士論文・2005年）78～79頁。

²⁰⁴ 前掲注(116・第5342号)政25～27。前掲注(116・第6631号)政102～103。

生殖補助医療に係る生命科学の領域において、「〔…〕台湾における進展は先進国とされる国々とはそれ程大差がない」²⁰⁵という見解がある。しかしながら、制定法の整備が極めて怠慢だと指摘されている²⁰⁶。

第一目 学術的議論

台湾における「人工生殖子」をめぐる議論は、その者の嫡出性認定を民法上如何に取り扱う問題が焦点となっている²⁰⁷。夫の精子による人工授精（AIH）の場合は民法一〇六一条に基づき、同夫婦の婚内子として認められなければならないと理解されているが、死後生殖による子どもの嫡出性の認定を巡る問題がある²⁰⁸。他方、夫以外の第三者の精子による人工授精（AID）の場合は、民法一〇六三条一項の規定とセットにして夫婦両方による同意の要件の成立の有無を分けて考えるべきだという見解が示されている。中では夫婦の同意の有無を前提にして、「人工生殖子」に対して嫡出否認の訴を行えるかどうかの問題がある²⁰⁹。

一方、独身の女性と「人工生殖子」の関係について民法一〇六五条二項の規定に照らし、子どもが当該女性の嫡出子として認められることに疑いはないという見解がある。そして、女性が精子を提供する男性との間に事実婚の関係が存在するのであれば、結婚を通じて子どもは嫡出性の推定を受けることができることや、準正によって男性の婚内子として認められることが言われる一方、結婚が成立していない場合は、男性と子どもとの間に認知などの問題は生じないと解されている²¹⁰。

また、近年において政府が「代理出産」の生殖補助医療（IVF）を条件付きで容認する動きがある²¹¹ことを受け、学界では「〔…〕妻と第三

²⁰⁵ 薛瑞元『『代理孕母』所生子女的身分認定』『月旦法學雜誌 第38期』（1998年）67頁。

²⁰⁶ 薛・前掲論文注（205）67頁。

²⁰⁷ 陳ほか・前掲書注（2）311頁（注20）。

²⁰⁸ 陳ほか・前掲書注（2）312～313頁。

²⁰⁹ 陳ほか・前掲書注（2）314～315頁。

²¹⁰ 陳ほか・前掲書注（2）315頁。

²¹¹ 陳ほか・前掲書注（2）319頁。薛・前掲論文注（205）65頁。立法院公報第94巻第54期委員会記録（2005年）64頁。

者の女性とでは誰が子どもの法律に認められる母親であろうか。〔…〕。優生学の配慮に基づいて人工による中絶をする場合、決定権を持つのは誰であろうか」²¹²などの問題が提起されている²¹³。

一方、釈字第五五四号解釈には性交渉行為と憲法の関わりが示されている。すなわち、同解釈において大法官會議は憲法二二条による制限に服する条件の下で人民の性交渉の自由が保障されると宣言した²¹⁴。これを機に、憲法が人民の「プライバシーの権利」を保障する具体的内容においては、「〔…〕結婚や生育の有無」²¹⁵が含まれるとの主張も見られている。

「プライバシーの権利」については一九九二年の釈字第二九三号解釋²¹⁶以来、大法官會議は度々言及してきた。その中、〇四年の釈字第五八五号解釋において大法官會議は初めて憲法二二条に基づき人民の「プライバシーの権利」を保障すると宣言し、それによって「〔…〕人間の尊厳や個人の主体性及び人格の完全なる発達を配慮しなければならないこと、且つ個人の私生活全般と個人の情報を無断に侵害されないようにしなければならないこと」²¹⁷を明らかにした²¹⁸。翌年に出された釈字第六〇三号解釋では大法官會議が「プライバシーの権利」をより積極的に捉えたように見える²¹⁹が、従来の大法官解釋の姿勢と合致し、個人情報保護や管理と係る問題のみににおいて「プライバシーの権利」が強く意識されている疑惑を拭えない。〇七年の釈字第六三一号解釋において、大法官會議は警察が無断で人民の通信を傍受してはならないと説示し、憲

²¹² 陳ほか・前掲書注（2）318～319頁。

²¹³ 薛・前掲論文注（205）72～73頁。

²¹⁴ 李（恵）・前掲書注（73）327頁。

²¹⁵ 李（恵）・前掲書注（73）328頁。

²¹⁶ その他、2002年の釈字第535号解釋もある。前掲書注（37）161～162；501～504頁。『司法院大法官』ホームページ（2008年6月10日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=293&showtype=意見書〉。

²¹⁷ 前掲書注（37）612～626頁。

²¹⁸ 前掲書注（37）624～625頁。

²¹⁹ 前掲書注（37）676～677頁。

法一二条に定められる「通信の秘密」を「プライバシーの権利」の具現として捉えた²²⁰。そして、人間の尊厳に対する尊重からプライバシーの権利が保障されるという論理もここで再確認されている²²¹。かくして、「プライバシーの権利」の法的根拠は憲法二二条に求められるだけではなく、憲法一二条の上位概念としても位置づけられ得ることが示された。但し、ここでも従来の大法官会議が示してきた理解から逸脱していないと思われる。

かような「プライバシーの権利」に対する大法官会議の理解から考えると、同権利の礎になるのは「人間の尊厳」である以上、前記の学術的主張を支持する余地も出て来ることになろう²²²。なお、近年において少子化の現象を意識しながら、憲法学では「積極的生育権」論が唱えられている²²³。しかし、当該見解において所謂「積極的生育権」は「〔…〕国家からの不当な介入を排除し、自ら生育を行うか行わないかの自由であり、消極的自由権の自己決定権として認められている」²²⁴と説かれる一方、権利主体が「生殖年齢に達する男女」と設定されることに加えて、避妊や中絶など「生殖」という性的事項について、結婚した夫婦による合意が重要だと強く主張されている故²²⁵、性的自由を個人権として捉え、生殖補助医療に自由にアクセスし得るとの考えとは親和的ではないように見える。

第二目 『人工生殖法』と「人工生殖子」

二〇〇五年九月、死後生殖を巡る事案が起きて、社会全体に大きな衝

²²⁰ 『司法院大法官』ホームページ（2008年6月10日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01_printpage.asp?expno=631〉。

²²¹ 前掲注（220）。

²²² 李震山『多元寛容與人権保障—以憲法未列舉權之保障為中心』（元照出版・2007年）175頁。

²²³ 簡玉聰「二十一世紀少子化時代之新人權論—建構積極生育權試論」許志雄・蔡茂寅・周志宏編『現代憲法的理論與現實—李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集』（元照出版・2007年）613～641頁。

²²⁴ 簡・前掲論文注（223）629頁。

²²⁵ 簡・前掲論文注（223）628～629頁。

撃を与えた²²⁶。この事件を受けて、「生殖補助医療」に関する制定法の制定も急がれることになり、〇七年に『人工生殖法』（以下、「同法」）が制定・実施されることに至った。

一、その概観

同法の草案において、当時の行政院衛生署の署長である侯勝茂は、「〔…〕現に我が国の倫理観、道德観及び社会的慣習に基づいて、人工生殖法の対象を不妊症が患われている夫婦の方々に限定するのが妥当でございます」²²⁷、と述べ、前記の大事件から提起された死後生殖の問題については同法によって救済されないと明言した。かような政府の姿勢は、当時の立法委員の多数によって支持されていた²²⁸。その背景には、「子どもの人格権」に対する配慮が窺われる²²⁹。つまり、死後生殖も含む「生殖補助医療」全般は「子どもの人格権」を侵害する恐れがあるものとして、当時の立法院の中で広く認識されていたのである²³⁰。

こうして、〇七年三月に制定された同法は「生殖補助医療」を「不妊症の治療方法」の一つとして位置づけ、結婚した夫婦しか同法の適用が受けられないことを定め、極めて限定的な条件の下で「人工生殖子」の出生を認めた²³¹。そして、第二三、二四、二五条により、婚姻関係が維持される間に夫婦による AIH や AID、或いはその技術による受胎は当該婚姻関係が存在する間に行われたもののみ、出生した子どもを当該夫婦の婚内子として認められることにした。また、「人工生殖子」である子どもは自分の出生情報を知る権利がいくつかの制限に服する上、第二

²²⁶ 『台湾女人健康網』ホームページ（2008年5月6日）〈<http://www.twh.org.tw/11/01.asp>〉。前掲立法院公報注（211）65～67頁。

²²⁷ 前掲立法院公報注（211）64頁。

²²⁸ 前掲立法院公報注（211）76～85頁（特に立法委員の盧天麟の発言に要注目）。

²²⁹ 前掲立法院公報注（211）77頁。

²³⁰ 前掲立法院公報注（211）87～88頁（立法委員の朱俊曉による書面意見に注目）。

²³¹ 『全國法規資料庫』ホームページ（2008年6月12日）〈<http://law.moj.gov.tw/Scripts/NewsDetail.asp?no=1L0070024&FL=>〉。

九条の規定により保障される²³²。

二、立法院に於ける議論

同法の制定のために、二〇〇六年四月から三回に亘って立法院の司法委員会が行われた。その一回目の会議における立法委員の吳育昇による発言に同法に対する基本的認識が凡そ言い尽くされたと思われる。すなわち、「〔…（同法の制定によって）婚姻関係を持たない男女は（同法）の適用から排除（することに加えて）〔…〕、（将来生まれてきた子どもの人格権を考慮して）人工生殖の手段を利用したい男女に対し〔…〕法律による社会的規範に服従せよということを（同法によって）宣言します。これは当人の人権に対しては何らの侵害にもならないです」²³³、ということである²³⁴。

そして、政府草案では「人工生殖子」の出自を知る権利に関して何らの規定も設けられていない問題が一部の立法委員によって提示されていた。その中には、「〔…〕（同法の意図から考えると）人工生殖子の親は施術される夫婦であり、血縁上の父ではない故、例えば子どもが血縁上の父を見つけても如何なる法的権利義務関係も発生しません」²³⁵、或いは外国でそのような子どもの権利が認められても、台湾で認められなければならないことではない意見等が見られる²³⁶。よって、この点を巡る議論については当初から立法委員は当該権利の保障に消極的だったと言える。

他方、政府草案二四条では、卵子の提供者に「人工生殖子」を認知する請求権を与えること²³⁷になるが、「血縁上の親による認知」を認めるべきかという問題も議論されていた。そこで、精子の提供者に「人工生殖子」を認知する権利を与えていないことから、当該条文の規定は男女

²³² 『全國法規資料庫』 ホームページ（2008年6月12日）〈<http://law.moj.gov.tw/Scripts/NewsDetail.asp?no=1L0070025&FL=>〉。

²³³ 立法院公報第95卷第21期委員会記録（2006年）364頁。

²³⁴ 但し、草案の中では実際に同居の事実があり結婚していない男女にも生殖補助医療の利用を認めるものがある。前掲立法院公報注（233）364～365頁。

²³⁵ 前掲立法院公報注（233）375～376頁。

²³⁶ 立法院公報第95卷第29期委員会記録（2006年）59頁。

²³⁷ 前掲立法院公報注（236）51～52頁。

差別だという指摘²³⁸や、夫が不倫の相手と組んで妻を欺瞞することを避けるため、当該規定を削除すべきだという批判が立法委員の間になされたことを受け、最終的に同条が削除され、別途の条文を新設し、「分娩＝母」ルールを条文化することになった²³⁹。

第四節 家庭内暴力と子ども

台湾では家庭の内部に生じる子どもに対する暴力的な行為が無視されてきた傾向がある²⁴⁰。そして、子どもの行為に主に注意や懲戒を施す者は「両親」、「母親」、「父親」、「祖父母」、及び「他の親族」の順だとされ、かような者に暴力に近い行為に振るわれる子どもが約三%いるという調査がある²⁴¹。

第一項 論点の概要

親か後見人は子どもをよりスムーズに社会の規範に馴染ませるため、当人のあらゆる行為について規制を課し、注意する権限を持つべきだという社会通念が存在するとともに、民法一〇八五条に定められる両親の懲戒権、また二〇〇三年に新たに制定された『児童及び少年福祉法』の中で、両親の子どもに対する監督、養育及び保護の責任が強調されている²⁴²。

本節ではまず前記の民法一〇八五条に規定されている「懲戒権」の文化的背景を探る。そして、親が子どもに対する権利の濫用について、直接に判断していないが傍論として見解を示している大法官会議の釈字第一七一号解釈を整理する一方、暴力に振るわれるか何らかの虐待に遭う子どもを如何なる制定法によって保護するかについても概観する。最後に、親の懲戒権の限界について実務的に裁判所が如何なる条件が設定さ

²³⁸ 前掲立法院公報注（236）52～53頁。

²³⁹ 前掲立法院公報注（236）53～54頁。

²⁴⁰ 余漢儀『児童虐待一現象檢視與問題反思（増訂版）』（巨流圖書・2000年）107～109頁。

²⁴¹ 鄭瑞隆『児童虐待與少年偏差：問題與防治』（心理出版・2006年）54頁。

²⁴² 余・前掲書注（240）109頁。鄭・前掲書注（241）10頁。

れ、判断されてきたのかを検討してみたい。

第二項 「家」^{チアー}制度に於ける尊属の懲戒権

旧来の「家」^{チアー}制度での尊属が持つ「尊長権」には卑属に対する「教令ノ權」が含まれる²⁴³。戦前の中国において「家」^{チアー}制度がまだ弱体化されていない前、その「教令ノ權」は制定法によっても支持されてきた²⁴⁴。かような「教令ノ權」に対する認識は「〔…〕台湾の旧慣モ亦之ニ異ル所ナシ」²⁴⁵、と言われている。現に台湾で執行されている民法一〇八五条には「父母は必要な範囲内において子女を懲戒することができる」、とも定められている²⁴⁶。

他方、旧慣では「尊長権」が、①尊属や卑属の死亡、②尊属や卑属からの別居、③「尊長権」の濫用という条件の下で消滅と見做されていた²⁴⁷。また、慣習法上「公益ノ保護」を名目として「尊長権」の違法阻却性を否定して卑属の地位を保護しようとする律令もいくつか作られた²⁴⁸。

かように、「尊長権」は絶対的なものと認識されてきたわけではないが、その権利の存在を後ろから支えるのは「孝道」という価値観で表される精神的風土だと言われている²⁴⁹。それは民法一〇八四条によって受け継がれていると見ることもできよう。なお、現在では「尊長権」は両親に帰属することになった上、旧慣と同様に他の尊属や親族会議によってその権利の濫用を防ぐ規定も設けられている（旧民法一〇九〇条）が、近年の台湾社会において親族会議の機能の衰退に伴い、殆ど發揮されない²⁵⁰だけではなく、〇七年に当該制度も事実上無くなってしまったのである。

²⁴³ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）218頁。

²⁴⁴ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）219頁。

²⁴⁵ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）220頁。

²⁴⁶ 余・前掲書注（240）43～44頁。

²⁴⁷ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）224～228頁。

²⁴⁸ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）227頁。

²⁴⁹ 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）227～228頁。

²⁵⁰ 陳ほか・前掲書注（2）420頁。

第三項 一九八一年大法官釈字第一七一号解釈

本件解釈は旧民法一〇九〇条についてなされたものであるが、子どもに対する親権の濫用の問題も言及されている。

第一目 主文及び理由

本件解釈の主文では、「民法一〇九〇条〔…〕に言う『その至近の尊属』の『その』とは、両親のことを指す」²⁵¹と示されながら、理由において、「〔…〕両親が子どもに対する権利を濫用し、是正を要する場合、法律に基づいてその一次的な役割が親族会議に任じられている。〔…〕なお、（子どもに対して両親が当該権利を濫用する）ような場合が生じれば、子どもの権益を保護する目的に基づいて他の法律（例えば児童福祉法）の適用も配慮しなければならない」²⁵²と論じられた。

第二目 姚瑞光大法官による反対意見

かような多数意見に対し、姚瑞光大法官の反対意見はまず多数意見の最後に示された「なお書き」の部分は最高裁からの諮問にとって蛇足だと批判する²⁵³。そして、多数意見は大法官会議の内部からの一九二五年に公布した第二次民律草案一二五条を参照し、当時の立法者意思に基づき、旧民法一〇九〇条に書かれた「その」とは子女のことを指すべきだという意見に配慮し、「なお書き」を入れることにしたのであれば、同氏は元来の主文を変更し、司法院の院字第一三九八号の解釈を変更させるような解釈をなすべきだと、主張している²⁵⁴。

最後に、同氏は多数意見に同調しながらも、「是正制度」に関する条文は民法以外に存在しないことを指摘し、再び「なお書き」の無意味さを強調する。すなわち、多数意見の言うような「両親の至近の尊属」が行う「是正制度」自体は旧民法一〇九〇条の規定を除き、『児童福祉法』

²⁵¹ 前掲書注（37）62頁。

²⁵² 前掲書注（37）62～63頁。

²⁵³ 『司法院大法官』ホームページ（2008年5月24日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=171&showtype=意見書〉。

²⁵⁴ 前掲注（253）。

や他の法律においてはどこでも「是正制度」を補充し、或は例外的規定が設けられていないため、『民法』以外の法律を配慮しても、当該制度は子どもの権益保護に資することにはならないと示した²⁵⁵。

第四項 法律の整備

「家庭内暴力と子ども」を考えるに当たって、子どもに対する虐待の行為とは避けられえないテーマである²⁵⁶。学界では制定法を以て子どもの虐待問題を解決する方向を疑問視をする者もいる²⁵⁷が、本項目では台湾の現行法が前記の問題に対し、如何なる対策を打ち出しているのかを明らかにし、関連する大法官会議の動きも考察する。

第一目 その概観

子どもの虐待問題に対応する行政的システムとして、内政部(「総務省」に相当)に設けられる「児童局」が挙げられる外、一九九八年に『家庭内暴力防止法』の制定・施行に伴い、「家庭内暴力の防止及び性的侵害の防止に関する委員会」(なお、〇七年の法改正により、同委員会が同法の主務官庁から付属官庁となり、主務官庁は内政部に移すことになった²⁵⁸)、及び各県市の「社会局」も当該業務を取り扱っている²⁵⁹。

他方、子どもの保護を眼目として制定された法律はない²⁶⁰。そして、子どもの虐待というテーマに絞り込んで見れば、民法にとってそれは想定外の事態だから、実際に対応を取られる規定が少ないと言われてきたが、八九年に至って制定された『少年福祉法』の第九条により、初めて両親からの虐待を受ける要件の下で公権力が家族に介入し、子どもを保

²⁵⁵ 前掲注(253)。

²⁵⁶ 余・前掲書注(240) 38; 118頁。

²⁵⁷ 余・前掲書注(240) 260 ~ 264頁。

²⁵⁸ 『全國法規資料庫』ホームページ(2008年6月23日)〈<http://law.moj.gov.tw/Scripts/Query4B.asp?Lcode=D0050071&LCC=2&LCNO=1>〉。

²⁵⁹ なお、家庭内の暴力から子どもを保護しようとする流れは台湾がアメリカ合衆国と同様に、民間での活動から政府の対応を引っ張ってくることが指摘されている。余・前掲書注(240) 38; 150頁。鄭・前掲書注(241) 43頁。

²⁶⁰ 鄭・前掲書注(241) 43頁。

護することができるようになった。その後、九三年に改正された『児童福祉法』によって通報制度や子どもの監護権の変更などの条文も設けられて、暴力や虐待に遭われた子どもに対する保護が一層図られた²⁶¹。しかし、「虐待」の定義についてこの時点では依然として明確に定義されていなかった²⁶²。かような状況は〇三年の『児童及び少年福祉法』まで続いている。とはいえ、同法に基づいて子どもに対する肉体的虐待やネグレクト、そして子どもの成長に適切ではないと考えられる場所、活動に対し、公権力による積極的な対応ができるようになったため、「〔…〕台湾の現状と合致する」²⁶³法的措置が取られていると評されている²⁶⁴。

第二目 『家庭内暴力防止法』と子ども

『家庭内暴力防止法』（以下、「DV法」）は一九九八年に成立して以降、〇三年に大法官會議が下した釈字第559号を受け、最も実効性が期待される「保護令」の制度など〇七年に全面的改正が行われた。

一、その立法過程

DV法の草案は一九九七年に初めて立法委員の潘維剛によって提出された²⁶⁵。同氏が立法院の「司法、内政及び辺境地区、並びに教育三つの委員会連合會議」の席で起草理由を説明する際、DV法の重点が家庭に於ける女性の保護にあることを述べていた²⁶⁶。具体的内容として、被害者に対する「保護令」の許可制度の導入や、「家庭内暴力罪」という犯罪の新設等の項目が取り上げられている²⁶⁷。

「虐待」の認定について、当時の司法院民事庁長官である廖宏明の説

²⁶¹ 余・前掲書注（240）240頁。

²⁶² 余・前掲書注（240）40頁。

²⁶³ 余・前掲書注（240）42頁。

²⁶⁴ 立法院議案關係文書院總第932号委員提案第7815号之1（2008年4月19日）討27～討32。

²⁶⁵ 『立法院國會圖書館』ホームページ（2008年6月22日）〈<http://lis.ly.gov.tw/ttsctg/ttsweb?@39:266662294:3:1:1@@749367298>〉。

²⁶⁶ 立法院公報第86卷第39期委員會記錄（1997年）299～301頁。

²⁶⁷ 前掲立法院公報注（266）302頁。

明は、身体や生命への侵害或は精神的迫害の結果にもたらせる行為であれば、虐待として認められ得ることを述べた²⁶⁸。従って、DV法で想定される「虐待」の範囲は幅が広いと言えよう。また、連合会議に参加する委員の中で子どもに対する虐待のケースもDV法の守備範囲に属すると考えた者が少なくなく、家庭裁判所の設置をめぐる議論もここで見られた²⁶⁹。

他方、DV法は一旦婦女や子どもに対する家庭内暴力を発見した場合、前述したように裁判所から「保護令」の発行が可能だとされている故、中国の伝統的価値観から同制度の導入を反対する意見も見られた²⁷⁰。但し、DV法の目的は家族の再結合に重点を置き²⁷¹、「家族を構成する成員全員」²⁷²の安全を最優先だと認識され、前記の見解はすぐさまに反論された²⁷³。

二、二〇〇三年の大法官釈字第五五九号解釈

本件解釈は旧DV法の中で非金銭給付型の保護令の申請について詳しく定められておらず、憲法二三条に違反する虞を生じた故、高雄地方

²⁶⁸ 前掲立法院公報注(266)304頁。

²⁶⁹ 前掲立法院公報注(266)308～309頁。

²⁷⁰ 前掲立法院公報注(266)316～317頁。

²⁷¹ 例えば、同法1条の中で「家族の円満」という言葉があった。しかし、07年の改正によって、この言葉は取り除かれて、DV法が被害者に対する保護を主な目的とされている。『全國法規資料庫』ホームページ(2008年6月23日)〈<http://law.moj.gov.tw/Scripts/Query4B.asp?Lcode=D0050071&LCC=2&LCNO=1>〉。

²⁷² なお、この「家族を構成する成員全員」の範囲について委員の間には議論を呼んでいた。政府側は家庭内暴力となるのは同棲の段階でも想像することができる認識を示す故、成年男女による一時的同棲関係をより実質的な結婚状態に近い事実婚の当事者に限定しようという提案をした。この提案は立法委員の賛成も得ている故、そのまま法文化された。立法院公報第86巻第40期委員会記録(1997年)12～13頁。

²⁷³ 前掲立法院公報注(266)317～319頁。立法院公報第89巻第63期院会記録(2000年)87～88頁。

裁判所から大法官会議の判断を申し込んだ²⁷⁴。

大法官会議はまず主文において、法治国家の原則を説示し、係争する非金銭給付型の保護令制度について、DV 法五二条を以て一括に同法の主務官庁にその手続や方法を規定する権限を与えたことは違憲ではないとしつつ、「〔…〕保護令の制度自体が個人の人身的自由を制限し、財産も徴収される効果を持つ以上、〔…〕法律或は明確に主務官庁に委任する命令によってなされなければならない」と示し、DV 法の法改正を促した²⁷⁵。そして、理由において大法官会議はDV 法に定められている民事保護令は家庭内暴力を阻止し、家族の成員を保護する目的に基づいて、申請や職権によって発行されるものと解されるべきだと言い、非金銭給付型の保護令の執行についてDV 法には明記されていない欠陥を再び指摘しながら、立法者は「〔…〕執行機関が行政代執行法や強制執行法に則り、命令の遂行を明記すること或は、委任される機関に対し、作為や不作為の義務の執行について如何に（DV 法）に基づき、細部の規定を設けること」²⁷⁶等を明示すべきだと説示した。

三、二〇〇三年から動き始めた法改正の流れ

前述した大法官解釈を受けて、立法院の中ではDV 法の改正に対する関心も高まることになった²⁷⁷。二〇〇五年にDV 法の改正についてより多くの意見を汲み取るために、民間団体の代表や大学教授も数人を招いて公聴会を開いたのである。

当該公聴会の先頭において、政府側の代表は「〔…〕（DV 法）のモデルとなるのはアメリカで施行されている家庭内暴力に関する統一法典」²⁷⁸だと明言し、政府による改正案ではDV 法の目的を被害者の保護

²⁷⁴ 『司法院大法官』ホームページ（2008年6月23日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=559&showtype= 相關附件〉。

²⁷⁵ 前掲書注（37）548～549頁。

²⁷⁶ 前掲書注（37）549～550頁。

²⁷⁷ 釈字第559号解釈を出した後、DV 法の改正を求める改正案はすぐに立法院で提出された。04年に行政院も初のDV 法草案を出したのであるが、前記の改正案と同様にこの年の会期には成立することができなかった。

²⁷⁸ 立法院公報第95巻第2期委員会記録（2005年）181頁。

に一点集中すること、子どもをめぐる奪い合いの状況が生ずる場合警察が直ちに公権力を以て子どもを取り戻すことができること、及び悪戯な通報に対し、罰則が科されること等が盛り込まれたことを述べていた²⁷⁹。

そして、民間団体の推薦を受ける参考人らの中では、裁判所の中に「家庭内暴力に関する相談窓口」を設置すべきであることや、調停前置主義の排除の重要性が唱えられる意見が見られた²⁸⁰。後者について、従来の「一家団欒」を極めて重視する伝統的価値観において家庭内部の争いが常に「和」を求め、個人の感情や被害を無視しやすい側面を強調するため、調停前置主義によって被害者は本当の救済が得られないと強く主張する見解がある²⁸¹。但し、ここではやはり DV 法の当初の立法者意思が尊重され、大人対子どもの暴力的構造を解決しようという論点が取り上げられなかった²⁸²。

なお、〇三年から動き出し始めていた DV 法の改正は、一旦頓挫することになったが、改正を求める気運は中断されずに、〇五年から〇七年までの審議を経て、前記の公聴会の議論も汲みながら、いくつかの調整が行われた改正案は〇七年三月に三読会を経て、〇八年から DV 改正法が施行されることになった。

四、『家庭内暴力防止法』に於ける子どもの位置づけ

改正 DV 法はその第一条に「家庭内暴力行為の防止及び被害者の権利利益の保護」²⁸³という目的を掲げている。そして、第三条の、「本法でいう家族成員とは以下の者とその子女のことを指す」という文言から、子どもも同法による保護の下に置かれていると理解することができるかもしれないが、里親に保護される子どもは如何に理解すべきであろうかと

²⁷⁹ 前掲立法院公報注 (278) 182 ~ 184頁。

²⁸⁰ 前掲立法院公報注 (278) 185 ~ 186頁。

²⁸¹ 前掲立法院公報注 (266) 300頁。前掲立法院公報注 (278) 186 ~ 187頁。

²⁸² 前掲立法院公報注 (278) 198頁。

²⁸³ 『全國法規資料庫』ホームページ (2008年6月23日) 〈<http://law.moj.gov.tw/Scripts/newsdetail.asp?no=1D0050071>〉。

いう問題がある。また、第四四条に関し、養護施設に預けられている子どもはDVを受けた場合、裁判所の判断によって他の施設や里親の下に移すことが可能であるかどうかという問題も存在すると考えられる。にもかかわらず、子どもに関する疑問をめぐる議論が立法院では殆ど触れていなかった²⁸⁴。

一方、改正DV法一四条により、家庭内暴力の事実が確認された家族に対して、裁判所は、被害者（両親の一方及びその子ども）の権利利益の保護に基づいて、親と子どもとの面接交渉が如何なる形で行われるかということを決める権限が与えられた。本稿の立場から考えれば、面接交渉の主体はあくまでも子どもである故、子どもの意思は如何なる方法で反映されるのかが同改正法の中で一切明示されていなかった点に疑問を感じる²⁸⁵。なお、面接交渉の進行中に定められた事項を守っていない場合、改正DV法二五条によれば、「〔…〕執行機関或は権利人が〔…〕裁判所に対し保護令の変更を請求することができる」としているが、「権利人」とは子どもも含まれているかどうかの問題については立法院における議論を見る限り不明である。

第五項 いくつかの判決

一九九九年に出された最高裁の台上字第一七五三号判決において、子どもの身体を自由を拘束した上、暴力まで振るった被告Xへの量刑は子どもが暴力に振るわれる事実だけ考慮されることが不十分だと見て、上訴してきた検察官の主張に対し、同裁判所は「〔…〕被告が故意に基づいて自分の子どもを縄で束縛し、殴打を加え、死に至らしめる行為は懲戒権を逸脱するが、同人に対する傷害行為によってだけ量刑すべきである」²⁸⁶、と説示し、検察官の主張を理由がないとみなして上訴を棄却し

²⁸⁴ 立法院公報第95巻第14期委員会記録（2006年）7～9頁。立法院公報第96巻第10期院会記録（2007年）593～594頁。

²⁸⁵ なお、保護令の執行について内政部警察署刑事警察局の代表である彭智偉は「〔…〕保護令は家事保護令であるから、我々は執行する際に当事者の意思を尊重します」、という発言をなさっていた。立法院公報第95巻第24期委員会記録（2006年）410頁。

²⁸⁶ 『法源法律網』ホームページ（2008年6月25日）〈<http://fyjud.lawbank.com>〉

た。ここでは親による子どもへの暴力は一般の傷害事件と大差がないという裁判所側の意識を窺えよう。

〇〇年三月に下された台北地方裁判所の易字第〇〇一〇一〇号判決は、民法一〇八五条に定められる両親の懲戒権を次のように判断している。すなわち、「〔…〕両親が教育を目的としないこと、或は必要な限度を超えて子女に体罰や殴打などの暴行を加える場合、〔…〕刑法二一条一項の適用はなく違法阻却事由の成立も認めない。そして、民法は両親に子女に対する懲戒権を認めるのは子女の保護や教育をより順調に施すことができるようにする目的にあり、子女を両親の財産として見做し、恣意的に懲戒を行うことを認めるわけではない。従って、『必要な限度』とは当人に対する保護や教育の目的の範囲内において認められるのであり、子女の家庭環境、性別、年齢、健康的状況、性格及び逸脱行為の軽重を総合的に考量し判断すべきである」²⁸⁷、と説示したのである。但し、本件の控訴審では被告が罪を犯した動機には家族の崩壊、子女の教育問題にあると解して、被告の犯罪後の態度も配慮され、一審判決を破棄し、被告に対する執行猶予を認めた²⁸⁸。

前記の事案と殆ど同じ時期に高等裁判所台南支部から下された上易字第三四号判決の中でも両親の懲戒権について判断されている。すなわち、「〔…〕（懲戒権が含まれている）親権の行使は必要な範囲内に行わなければならない。それを超える懲戒行為は親権の濫用だと認められる。〔…〕控訴人Xが顔の左部分と右の太ももには多数の殴り傷があり、同

tw/Print.aspx?jrecno=88%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c1753%2c19990408&courtFullName=TPSM&jyear=88&jcase=%e5%8f%b0%e4%b8%8a&jno=1753&jdate=880408&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1)。

²⁸⁷ 『法源法律網』 ホームページ（2008年6月25日）〈<http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=88%2c%e6%98%93%2c3001%2c20000316&courtFullName=TPDM&jyear=88&jcase=%e6%98%93&jno=3001&jdate=890316&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1>〉。

²⁸⁸ 『法源法律網』 ホームページ（2008年6月25日）〈<http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=89%2c%e4%b8%8a%e6%98%93%2c1485%2c20000612&courtFullName=TPHM&jyear=89&jcase=%e4%b8%8a%e6%98%93&jno=1485&jdate=890612&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1>〉。

人に対する教育の効果を上げることはできず、逆効果を招く虞もないとは言えない」²⁸⁹、と示した。しかしながら、本判決は子どもの体には多数の古傷があることを認めても被控訴人による子どもの虐待の可能性については言及をしなかった。

なお、同年四月に同じ高等裁判所台南支部によって下された上易字第四五八号判決は離婚の後、監護権を持たない父親にも子どもに対する懲戒権が依然として有することを認めた。そして、民法一〇八五条に定められる両親の懲戒権について同裁判所も必要性を強調しつつ、「〔…〕子女の生命、身体や健康に危害を加わる手段で懲戒権を行使することを認めない」²⁹⁰、と述べている。

第五節 小括

今まで台湾における家族法の分野からいくつか子どもと関連するトピックを拾って憲法学の視点から試みに検討した。しかしながら、議論をより詰めて行わなければならない部分が決して少なくはない。

第一、釈字第五〇二号解釈が下された七年後、旧民法一〇七三条の改正がようやく実現されたが、共同提案や各立法委員による提案の内容を見ると、いずれも養子縁組の両当事者の間に一定の年齢的隔たりが必要だとされ、当該解釈から示された疑問点は二〇〇七年の改正では注目されていなかったように思われる。他方、司法委員会の席では養育を行う事実の認定を巡る議論が提起されていた²⁹¹。つまり、養育の事実によって養子縁組の成立も認められるべきだという見解である。それに対し、当時の法務部次長である朱楠は今回の改正において夫婦一方の養子との

²⁸⁹ 『法源法律網』 ホームページ（2008年6月25日）〈<http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=89%2c%e4%b8%8a%e6%98%93%2c334%2c20000322&courtFullName=TNHM&jyear=89&jcase=%e4%b8%8a%e6%98%93&jno=334&jdate=890322&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1>〉。

²⁹⁰ 『法源法律網』 ホームページ（2008年6月25日）〈<http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=89%2c%e4%b8%8a%e6%98%93%2c458%2c20000412&courtFullName=TNHM&jyear=89&jcase=%e4%b8%8a%e6%98%93&jno=458&jdate=890412&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1>〉。

²⁹¹ 前掲立法院公報注（179）298頁。

年齢差を一六歳に引き下げることにしたが、これから再び改正を行う可能性を示唆した²⁹²。そして、養子縁組に対する両親による同意の要件は、本当に子どもの保護に資するものであるのかという問題がある。共同提案の説明においては、あくまでも親の子どもに対する権利義務の行使に支障をもたらさないために両親による同意の要件が課されるのだという民法一〇七六条の一の規定の必要性を示されている²⁹³。『子どもの権利条約』を尊重すると宣言したにも関わらず、ここで子どもの意思を無視することは問題であろう。

第二、婚外子と係る旧民法一〇六三条の改正について九五年の時点に同条の改正案に対し、立法府による正面からの対応が見られなかったが、〇四年の釈字第五八七号解釈の影響を受け、初めて気が付き改正に踏み切ったことには違和感を覚える。また、同解釈は血縁上の父には嫡出否認の訴を行う権利を認めないとした。〇七年の法改正では政府もこの大法官解釈を以て、婚姻の安定性を保護するために、血縁上の父にはそのような権利を与えないことに固執する²⁹⁴。これには大法官解釈を求める事案Bの当事者の問題を見放すことに等しいのではなかろうかとの疑問を覚える。

第三、DV法が果たして子どもを暴力的環境から解放する効果を持つかどうかについて更なる検証が必要だと思われる。また、判例からは両親の懲戒権が如何なる要件を以て「必要な限度」が超えられたかどうかを慎重に判断する姿勢が窺われるが、子どもへの暴力や虐待は子どもの人権保障に照らし、より正面から取り扱うべきだと思われる。

第三章 日本

日本における「家族」と「法」の連関について、「[…] 法は、家族生活を通じて市民がその人格を発展させるための外部条件の整備を行うこと」²⁹⁵に存在する、と指摘される。そして、子どもの視点に立ち、「家族

²⁹² 前掲立法院公報注(32) 170頁。前掲立法院公報注(179) 300頁。

²⁹³ 前掲立法院公報注(32) 175頁。前掲注(173) 政83。

²⁹⁴ 前掲立法院公報注(179) 294頁。

²⁹⁵ 渡辺洋三・甲斐道太郎・広渡清吾・小森田秋夫編『日本社会と法』(岩波新

が国家による干渉からの『緩衝材』としての位置づけを与えられてきて、「義務教育制度、少年司法、あるいは児童福祉システムなど、子どもの保護のため〔…〕『緩衝材』としての家族の位置づけが重視されなければならない」²⁹⁶、ということも説かれている。しかしながら、このような機能が期待されている日本の家族は、やはり「〔…〕親子関係をふくめて、ある種の機能不全を起こしている」²⁹⁷、との指摘がなされている。以上のような見解や指摘を一つの手掛りとして本章では検討を進めて行きたい。

なお、例えば日本の大多数の人口を占めている「大和民族」が北海道では古くからの住人ではなかった²⁹⁸と指摘されるように、日本もアメリカ合衆国や台湾と同様に、一に帰する家族的なイメージがないと考えられるが、ここでも前の二章と同様の姿勢で人種的に日本の多数派となる大和民族の家族像を中心に考察する。

第一節 家族像の推移

明治時代から施行されてきた『民法』においては、「〔…〕親族編の冒頭で親族を六親等内の血族、配偶者と三親等内の姻族と定義しているが、「そこには家族の定義はない」と言われている。そして、戦前の「家」制度を意識しながら、「戦後、『家』は廃止され、家族法は、両性の本質的平等と個人の尊厳を原理として、全面的に改正された。『家』につながるおそれのある『家族』に関する規定は排除された」²⁹⁹、との見解があるように、少なくとも戦後の日本における「家族」のイメージは変化が起きていることを確認することが出来よう³⁰⁰。それでは、かような変化

書・1994年）57頁。

²⁹⁶ 渡辺ら・前掲書注（295）133頁。

²⁹⁷ 渡辺ら・前掲書注（295）133頁。

²⁹⁸ 本多勝一『先住民族アイヌの現在』（朝日新聞社・1993年）10頁。

²⁹⁹ 石井美智子「家産の保護から個人の保護へ」『AREA Mook 家族学のみかた』（1998年・朝日新聞社）27頁。

³⁰⁰ なお、「家族制度」という用語は、戦後日本の法学教育においてもっぱら個人を重視しない封建的「イエ」の倫理やこれらを法律で加担した家父長的家族制度を指すようである。しかし、「家族制度」を広義的に捉え、「〔…〕家族生

において子どもの位置づけは如何に変動してきたのか。

第一項 一八九八年に『明治民法』が施行される前後

周知のように、戦前の『明治民法』は、「家族制度」を保護していた。この「家族制度」とは、「〔…〕『家父長制』と『家』制度がむすびついたものであるから、〔…〕、家父長制『家』制度」³⁰¹であったと定義することができるらしい。他方において、日本での「〔…〕『家族制度』とよばれるものは、決して一様のものではない」³⁰²、との指摘があり、『明治民法』によって保障されている「家族制度」は、「〔…〕武士階級の家族制度の一部であ」って「家族制度」の教説も「〔…〕きまって、儒教的家族倫理が説かれてきた」³⁰³とされている³⁰⁴。

ところで、かの著名なる「民法典論争」を通じて知られるように、事実上廃棄されたもう一つの民法典が存在していた³⁰⁵。当該法典に対し法学界から批判もなされていた³⁰⁶。にもかかわらず、一八九八年に『明治民法』が制定された。それでは、その両法典に想定される家族制度（家族像）に違いはあるのか。以下で考察を行いたい。

第一目 『明治民法』が制定される前の家族像

幕藩制封建体制の崩壊に伴い、登場してきた明治維新の時代的新局面

活の秩序に関する社会的客観的な規準ということであって、その内容は、それぞれの時代や場所によって異なるもの」だという見解があり、「『家』の制度が廃止されても、家族生活の秩序に関する価値的規準や法的規範が、全面的に否定されているわけではないから、個人の尊厳と男女の〔…〕平等に立脚して制定された新しい家族法も、広い意味での家族制度であることに変りはない」との認識が述べられている。山崎賢一「憲法と家族制度」『法學會誌』（明治大学法学会・1963年）24頁。

³⁰¹ 渡辺洋三『日本社会と家族』（労働旬報社・1994年）21頁。

³⁰² 川島武宜『日本社会の家族的構成』（岩波書店・2000年）3頁。

³⁰³ 川島・前掲書注（302）4頁。

³⁰⁴ 福尾猛市郎『日本家族制度史概説』（吉川弘文館・1972年）202頁。

³⁰⁵ 後藤平吉『家族と法』（ミネルヴァ書房・1970年）26～27頁。

³⁰⁶ 星野通『明治民法編纂史研究』（ダイヤモンド社・1943年）128頁。

において「四民平等」という原則が唱えられ、「〔…〕 共同生活を営む血縁家族集団は家であって、その戸主は家族を統率し扶養すべきであり、家産を所有する」とされた。これが一般的な日本の家族像である。一八七一年に『戸籍法』が公布されて、七二年に「壬申戸籍」の編纂を以て、国民全員の私的情報が国家機関によって掌握されることになった³⁰⁷。

江戸時代には、庶民の家で嫡女（長女・家女）が入夫や婿養子を迎えたとしても、自らか入夫や婿養子は家長となる可能性があるが、九三年に公布した内務省の指令によれば、「〔…〕 女ばかりの家では、女戸主を認めるけれども、夫を迎えれば、その入夫が戸主となる」とされ、男性中心主義を明確に打ち出されている³⁰⁸。そして、本家から分離し独立する「分家」について、「〔…〕 主の長男以外について行われるもので、単独相続を原則とするものの、かなり自由に許されており、また家族をかかえた寡婦や無夫の女子の分家も認められていた」と言われる。親子関係について、凡そ古代以来江戸時代に至って継承されてきた規範と法制は維持されていた。例えば、教育の場面において、『幼学綱要』では「孝道」を核とする親子の道が重視され、『新律綱領』では、子孫が祖父母・父母を殴れば死刑を処することも設けられていた³⁰⁹。

そして、子どもの中では「実子」と「養子」に分けられていた。「実子」の中に「公生の子」と「私生の子」が区別され、「公生の子」には更に「嫡出の子」と「庶子」に分けてそれぞれ認識されていた³¹⁰。養子に関しては、もっぱら「家」の相続を目的にして認められるのは、「〔…〕 旧時代における上流社会の制度の継承」だと言われる。かくして戸主以外の家族が養子をとることは許されないという原則が確立されて、「成年養子」や「他姓養子」がいずれも認められていた³¹¹。

婚姻に至って、「〔…〕 喪に居て嫁娶すれば杖一百などという古めかしい規定もあるが、〔…〕 華士族と平民の通婚を許したほか、(七三年五月)

³⁰⁷ 福尾・前掲書注（304）198～203頁。

³⁰⁸ 福尾・前掲書注（304）203頁。

³⁰⁹ 福尾・前掲書注（304）204～205頁。

³¹⁰ 福尾・前掲書注（304）205頁。

³¹¹ 福尾・前掲書注（304）205～206頁。

の太政官布告で、妻の離婚請求権を認め、協議離婚制を採用するなどの進歩的政令もみられる」と言われ、「〔…〕法的な夫婦関係は当事者の戸長への届出で戸籍に登録されてはじめて成立するもの」とされている。他方、婚姻に関する年齢制限は古代の戸令によれば、男一五歳、女一三歳との定めは「有名無実」であり、明治政府も幼い子どもになるべく結婚させないように勧告するだけであった。なお、女性が「妾」として男性の「家」に入ることは公然に認められたことがある。七三年五月に頒布された正院指令では、「〔…〕妾のまま夫の戸籍に入れることとし、また古代以来禁じていた妾を本妻に改めることも認める」ことになったが、一夫一妻制の良俗を主張し、妾を公然に認められることは女性への差別にも当たるとの批判があった。その影響を受けたかどうかは不明だが、八二年に実施された『刑法』では妾の身分が抹消され「〔…〕すでに入籍済の者はそのまま存置するが、新たな登録をやめることにした」と言われる³¹²。

このような明治前半期の家族制度の特徴について、「〔…〕自由平等・人権尊重等の理念を取り入れた施策を展開させ」ながら、「〔…〕家族制度の構造と精神は日本古来のあり方を昇華させ」るものであったと語られている一方、「〔…〕家尊重の保守的傾向は、明治初頭の数年間を除いて年々強くなっている」³¹³、との指摘がある。

[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。

³¹² 福尾・前掲書注（304）206～207頁。

³¹³ 福尾・前掲書注（304）208～209頁。