

子の引渡をめぐる諸問題に関する考察（一）

——一九世紀におけるイギリス法を契機として——

石 堂 典 秀

第一章 序

第二章 一九世紀のイギリスにおける子の引渡をめぐる議論

- 一 はじめに
- 二 コモン・ロー上の原則
- 三 衡平法上の原則
- 四 一八三九年の未成年者監護法 (Custody of Infants Act, 1839) 制定過程 (以上本号)
- 五 一八三九年未成年者監護法の影響
- 六 一八八六年の未成年者後見法 (Guardianship of Infants Act, 1886) 制定過程とその影響
- 七 一九二五年の未成年者後見法 (Guardianship of Infants Act, 1925) 制定過程

八 小括

第三章 日本法

第四章 結び

第一章 序

近年、「子の人權」を承認していこうとする議論が活発であるが、これは、子をめぐる諸問題が大きな社会的関心事の一つとなってきたことと関連している。たとえば、親による子の虐待・遺棄やその反面に子の奪い合いという現象が急激に増加してきているといわれ、こういった新しい問題に社会とともに法が対処していくことが急務となっている。こうしたことから、積極的に子の権利を認めることの必要性が要請されるわけである。かような問題は、誰が子をよりよく保護することができるのかという問題に帰着するわけであるが、民法上これに関連するものは、親権者・監護者・後見人という制度であり、ここでは、当然「子の利益」ということが基調となっていなければならないはずである。それ故、これら諸制度では、社会的弱者たる子の保護が第一次的に配慮されることによって、子の保護者たるべき適任者に子の監護・養育を委ねるといった構造をとっているわけである。そこで、本稿では、子の保護のためにその適任者に権利が付与されるといふ視点から、この権利の存否が、子の引渡をめぐる問題ではいかなる意義を有しているのか検討してみたいと考える。すなわち、通常、子は親権者（監護者・後見人）と生活を共にするわけであるが、子の引渡の問題が生じる場合には、この前提が必ずしもあてはまらないわけであり、この問題は親権者変更とか、監護者・後見人指定と密接に結びつくこととなるのであるが、これを通常の民法上の原則が適用される過程と位置づけるならば、子の引渡の問題はこの原則が同様に適用される過程であるのか、それとも一種の独自性を有す

るものなのかということの問題としたい。さらに、前述のような新しい問題に対して現行法上の規定がよりよく対応できているのか——それならば問題ないわけであるが——それとも、対処しきれないのだとすれば、どのような方策をとっていくべきなのかを検討しなければならぬであろう。

旧法下にあつては、親権・監護・後見という制度が家父長権に規定せられ、子の引渡という問題はまず出てくることはなかつたのである。というのも、子に対する権利としての親権は、原則として父のみが有していたのであり、例外的な措置として、監護ないし後見が予定されていたわけであり、たとえばような例外的な場合すら、父の親権の影響を免れることはできなかったからである。これに対し、現行法では、父母平等という思想から親権を規定しており、離婚に際して父母のいずれもが親権者として主張することを可能ならしめるこの両者の対等性が逆に子の引渡の問題を惹起させる要因となつたともいえよう。ところが、子の引渡を明記する条文は現行法上存在せず、もっぱら解釈にゆだねられ、皮肉にもこのことがその問題をより複雑化させているのである。もっとも、前述のように、父に強力な親権を付与していた旧法下にあつても、極端な場合には、その父の親権を排除して、子の保護のためにその原則を修正しなければならなかつた事例もあつたわけで、かように解すれば、現行法上規定が存しないとしても、判例上、旧法来、子の引渡についての解釈は累積されてきているのであり、その変遷をたどることに重要な意義があるといえよう。

また、このことと関連して、手続の面では、従来からこの問題を取り扱ってきた民事訴訟上の通常裁判所に加えて、戦後、家庭裁判所が設置されることよつて、その管轄に両裁判所が並存するという問題も出てきて一層この問題を複雑にしている。さらに、人身保護法の制定により、同法の子の引渡事件への適用が認められ、人身保護法上で取り扱われるこの種の事件の件数が増大してきたといわれている。これは、同法での執行力が他の手続きによるよりも優

れている点があるということに由来しているといわれているわけであるが、従来、親権の存否に基づいて判断されてきた子の引渡事件が人身保護法の適用によって、どのように変容を受けたのかという点も鑑みなければならぬ。この点では、同法の母法といわれるイギリス法の状況も参考になるかと思われる。なぜなら、イギリスでは、もはやハイアス・コーパス (habeas corpus) は子の引渡に関する問題では活用されておらず、⁽²⁾ 彼の制度によって置き換えられているからであり、その意味では、人身保護法に内在する問題点を浮彫りにすることができようし、逆にわが国における同法の固有の発展を指摘することもできると考えられるからである。

子の引渡に関する問題は、多岐にわたり、検討されるべき問題も多様であると思われるが、その基礎となる理論を今一度確認する必要があるように思われる。すなわち、子の引渡を認める際のその理論的根拠、言い換えれば、子の引渡がなされる際の権利関係の根拠がどこに依拠するのか、この点では、権利の存否を前提としない人身保護法上の解釈が中心に検討されることになる。また、その権利の性質ないし執行性も問題となる。すなわち、子の引渡を認容された者が権利者(例えば、親権者)ならば、問題はなかるうが、それが非権利者の場合には、その権利は、いかなる内容を有するのか、またその行使はどの程度保障されるべきなのか、検討されなければならないと考える。

従って、この問題を種々な状況で分析し、各種の解決に適した手続きを類型化していく必要がでてこよう。しかし、そこには、常に「子の利益」を前提とした解決がなされなければならないわけであり、いかにして「子の利益」が達成されていくのかという視点も必要不可欠なものと思われる。

そこでまず、一九世紀のイギリスで議論されてきた子の引渡の問題に関連する立法及び判例を中心に検討してみる。もっとも、わが国とイギリスでは法体系を全く異にし、直接そこでの議論をわが国に反映させることはできないと思われるが、その問題への対応方法などは参考に資することもできようかと考える。

〔注〕

(1) これらについては、樋口範雄「『子どもへの権利』思潮の展開」島津一郎教授古希記念論文集・講座現代家族法三卷（一九九二）五一〜八六頁、ジュリスト増刊総合特集四三三号・子どもへの人権（一九八六）など参照されたい。

(2) 現在は、高等法院の家事部（Family Division）で管轄されているが、ほとんど活用されないようである。R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* 2nd., p.174 参照。また Halsbury, *The Laws England*, vol.1 (1) pp. 346-347 参照。

第二章 一九世紀のイギリスにおける子の引渡をめぐる議論

一 はじめに

「一八七三年―七五年裁判所法」(Supreme Court of Judicature Acts, 1873-1875) が制定されるまでイギリスにおける裁判管轄を大別すると、コモン・ロー裁判所と衡平法（大法官）裁判所に分かれており、子の引渡事件に関しても両裁判所で審理することができ、コモン・ロー裁判所では、ヘイビマス・コーパス (habeas corpus) による申立によってなされ、衡平法裁判所では訴状 (petition) という形がとられた。もっとも、通常、コモン・ロー上の裁判所によってなされるヘイビマス・コーパスの子の引渡事件への適用は、不法な拘束から人身の保護を目的とするものであり、それが子の引渡事件に適用されていくその歴史的過程については不明な点が多い^①。それでも、この裁判所ではコモン・ロー上の原則が適用されることになり、いわゆるコモン・ローでは、個人の自由や権利が保障されることがその重要な基盤となっていたわけであるが、それがひとたび「家族」という枠組みにはいると、様相は異なってくるのである。すなわち、その伝統故に、父親の絶対的権利が承認され、妻や子をその支配下にはいるものとして、彼らの地位を低いものと扱っていた^②。これに対し、大法官裁判所では、いわゆるパレンス・パトリー (parents patriae)^③をもとにして非常に幅広い裁量権が裁判官に付与され、コモン・ローとは異なる原則を適用し、コモン・ロー裁判所

とその管轄権を競うことになるのである。⁽¹⁾さらに、大法官裁判所では、「子の利益」という概念を持ち出すことで、コモン・ローに対するその救済策を展開していったといわれている。そこで、本稿では、イギリス法における子の引渡事件という非常に限定された場ではあるが、子の取扱いに関するイギリス法の対応の変遷をその転換期ともいえる一九世紀を中心に考察することとする。従って、まず父親の子に対する絶対的権利にある種の制限を加えた一八三九年の未成年者監護法 (Custody of Infant Act, 1839) 制定までの判例を中心に紹介し、検討する。そして、この法が提示した当時の子をめぐる諸問題への対応とそこで未決となった諸問題をめぐり議論された一九二五年の未成年者後見法までを本稿で取り扱う範囲とする。

[注]

(1) ヘイビアス・コーパスの一般的历史については、R. J. Sharpe, *op. cit.*, pp. 1-20 を参照されたい。田中英夫「人身保護法」鈴木三ヶ月監修・新・実務民事訴訟講座 8 (一九八二) 四一六頁によれば、このヘイビアス・コーパスの子の引渡への適用は一八一六年の人身保護法 (The Habeas Corpus Act, 1816) から始まったとされる。同旨、小林一郎・人身保護法概論 (一九四九) 三七頁。

確かに、ブラックストーンの時代には、この点について語られてはいない。ブラックストーンによれば、このヘイビアス・コーパスについて、「あらゆる不法な拘束におけるもっとも偉大で効果的令状は、人身保護令状 (habeas corpus ad sub-jiciendum) である」(Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* vol. 3, p. 131) とその救済方法を絶賛する。そして、ヘイビアス・コーパスが保護する権利とは、絶対的権利 (absolute right) であり、それは、個人に帰属する権利である。その権利の保護法益とは、人身の安全・人身の自由・個人の財産であるとしている (Blackstone, *op. cit.*, pp. 119-129)。これに対して、ヘイビアス・コーパスの適用されない相対的権利とは、社会の構成員としてみなされ、種々のつながりや関係によって互いに結び合っている人に付随する権利であるとして、その関係とは、夫と妻、親と子、後見人と被後見人、主人と奉公人である (Blackstone, *op. cit.*, p. 138)。そして、親子関係への侵害については、誘拐令状 (writ

of ravishment) 及び暴力による息子ないし娘の誘拐訴訟 (trespass vi et armis, defilio, vel filia, raptio vel abduction) があることである (Blackstone, op. cit., p. 140)。また、後見関係にある場合には、「被後見人が後見人から連れ去られた場合、父親に与えられるように後見人は、損害の回復 (recovery of damages) を得る。騎士奉士保有の後見人は廃止されたが、鋤奉仕保有 (socage) の後見人は、彼の被後見人や弟子が連れ去られたとき、誘拐訴権を付与される。この後見人は、子の占有・監護を回復するためコモン・ロー上の後見権 (right of ward, de custodia terrae et baeredis) という令状を付与される。しかし、被後見人と後見人に関する申立を救済するより迅速で簡潔な方法は、近年、大法官裁判所への申立によって得られる」(Blackstone, op. cit., p. 140) と述べ、大法官裁判所の手続きの有益性を指摘している。

(2) 内田力蔵教授は、当時の家族観について「家庭をもって、一つの城になぞられ、その城の不可侵であることを説くことは古くから、イギリスやアメリカのならわしである。しかし、その城の領主の地位にたつのは、だれか、といえば、それは父であり、夫であって、妻や子の個人的な権利や自由が、父や夫のそれと対等であることは、ほとんど認められなかったのである」と述べられる(内田・イギリス家族法の基本原理(一九五二)三九〇―四〇〇頁)。

(3) Bronley, Family Law, 1st ed. p. 277 によれば、「衡平法の管轄権は、無能力者 (not fully sui juris) のみならず、その領域に住む人を保護する後見人としての国 (parents patrie) という国王の特権に由来する」としている。このパレンス・パトリイは、後見としての国として訳され、その機能は、幼児、禁治産者、精神薄弱者のような法的能力のない者に対して国王が保護者としての役割を行った(田中英夫編・英米法辞典六一九頁)。これについては、秋元美世「イギリス児童保護行政法の一考察(一)」東京都立大学法学会雑誌二四卷二号(一九八三)一四六―一六〇頁を参照されたい。

(4) これについては、戒能通厚・外国法(戒能)広瀬著一九九一)一一六―一二二頁を参照されたい。

二 コモン・ロー上の原則

コモン・ロー上の子の引渡は、ヘイピアス・コーパスによってなされるわけであるが、そこでは、父親は子の本来の後見人 (guardian by nature) とわれ、これは、自然が子の支配及び監護を有するにふさわしい者として父親を

みなしているためだとされる。^①そのため、父親の子に対する監護権 (custody) が絶対的権利として承認されており、その中には、子の奉仕 (services)、支配及び体罰への権利、宗教上の教育権などが含まれていた。^②それゆえ、監護権は、父親の子に対する権利の中核であり、それを履行する手続上の方法として、ヘイピアス・コーパスが機能していた。ヘイピアス・コーパスの発給は、原則として、ある人がその意思に反して不法に拘束された場合に、その人の自由を回復するためなされたわけであるが、これが子の場合には、その意思そのものが不明であるため、子の法的監護権を有する者は、父、母、その他後見人のいずれであっても、この令状を申し立てることができる。^③しかし、前述のように父親に絶対的権利が存在する以上、これが父親に対して有効に機能していたかどうかは疑問であり、むしろ父親の権利行使を確保する目的で用いられることになるのである。

例えば、スキナー事件 (Ex parte Skinner (1824) 9 Moore C. P. 278; 28 Digest 648) では、

父親の母親への虐待が理由で、別居し、父親が債務を原因として刑務所に服役しており、父親と同棲していた他の女性が子の面倒をみていたという事例で、六才の子を自己の手もとにおくために、母親がヘイピアス・コーパスを申し立てた。

ここでは、パレンス・パトリイとしての国王を代理する大法官裁判所は、子の占有に対する父親の権利を支配する管轄権を有する。しかし、この裁判所は、「大法官裁判所とは異なり」何ら委託された権限を有しないとして、母親の請求を棄却した。

しかし本件のように、父親の権威を常に絶対的なものと位置づけるには、現実の問題として、困難な状況もあるわけだ、特に父親が子に対して虐待を行うとか、扶養をしないような場合にも、それでも父親の権利を承認していくのかどうかという問題が当時でも生じたわけであるが、子に対する扶養や教育の義務について、父親は道徳的な義務を

負うにすぎず、その義務の懈怠に対して強制することはできなかった。そのため、この時代の多くの子どもは劣悪な状況におかれており、このような親に子の監護を委ねておくことは非常に問題となっていた。

そこで、デラバル事件 (R. v. Delaval (1763) 3 Burr. 1434; E. R. 97. 913) では、

一八才の娘を借金のために第三者に引渡す目的でヘイビマス・コーパスが父親から請求された。

マンスフィールド (Mansfield) 裁判官は、「子を養育する私人に命じるヘイビマス・コーパス令状の場合、裁判所は、当然の権利として (*ex debito justae*)、不当な拘束から子を自由にしなければならぬ。しかし、裁判所は、ある個人に引き渡すことに拘束されないし、彼らに特権を与えることも拘束されない。このことは、裁判所に現れる状況によって裁判所の裁量権がのこさなければならぬということである」として、その子の自由意思に委ねて、父親のヘイビマス・コーパスを棄却した。

この事件では、父親の求めるヘイビマス・コーパスそのものに不法な目的があり、子がかんりの年齢に達していたという事情が大きく影響していると思われるが、ここから導かれる原則は、ヘイビマス・コーパスについては、その救済の本質は、不法な拘束や虐待から子を自由にすることであり、裁判所は、子を誰に引き渡すかについて拘束されないということである。従って、子が判断能力ある年齢 (age of discretion) に到達し、父親の支配から逃れる場合、その子は何ら検討 (examination) されることなくして父親に引き渡されることはないの^④であって、子が自ら行くべき場所を選ぶことは認められる^⑤ということが導き出されている。さらに、子に自由意思を認め、父親からの請求を制限するため、判断能力ある年齢 (age of discretion) —— 少年の場合が一四才で、少女の場合が一六才) という基準^⑥が設定され、子^⑦がその年齢に到達しているかどうかによってこの問題は決せられることになる。言い換えれば、監護に対する父親の権利は、子が判断能力ある年齢に到達すれば、少なくともヘイビマス・コーパスによって父親に

は強制できないものとなる。しかし、この判断能力ある年齢は、年齢という客観的基準であって、子自身の精神的・知的能力を問うことはなく、年齢という画一的な基準で判断されていた。⁷⁾さらに、判断能力ある年齢と判断されたとしても、コモン・ロー上の父親の権利が二一才まで存続するとされていた。⁸⁾

かように、コモン・ロー上、父親の權威に対して、子の判断能力年齢という基準を用いることで、一定の制限が加えられたかのように考えることができるわけであるが、逆にその年齢に達していない場合そこで評価される父親の子の監護に対する資格適格性は極めて緩やかに解されており、裁判所は、父親の不道徳性がまさに著しい場合のみにその裁量権を行使したにすぎないように思われる。

すなわち、ド・マネヴェ事件 (R. v. De Manneville (1804) 5 East, 221; E. R. 102, 1054) によ

イギリス人の女性とフランス人の男性が結婚したが、その後、父親の母親に対する不当な処遇 (ill treatment) が原因で別居するに至った。その時母親は子 (生後七カ月) を連れて生活していたが、父親が無理やり、子を連れて行ってしまった。そこで母親は、父親が子をイギリス国外に連れ出す恐れがあるとして、ヘイピアス・コーパスを申請した。

そこで、エレンバラ (Ellenborough) 首席裁判官は、「父親は彼の子の監護を法によって付与された人である。もし彼が、子を害するようにその権利を濫用するならば、裁判所は子を保護するであろう。しかし、子が養育に必要なものが不足していたため害されたとかということを示すものはない。従って、彼は子「たとえ乳幼児 (at breast) であつたとしても」の監護に対する法的権利を有し、その権利を濫用しない限り、子を回復する権利を有する」⁹⁾と述べた。

本件では、父親側に積極的な有責事由が存在しない以上、裁判所は父親の権利を否定できないわけである。従って、

デラバル事件で依拠された原則は、まさに子の判断能力年齢であり、これは特殊な場合と位置づけられるのである。

さらに、グリーンヒル事件 (R. v. Greenhill (1836) 4 Ad. & E. 624; E. R. 111. 922) によつて

休暇中に夫の浮気を知った妻が夫に無断で、実家に帰り、その家出後、再び夫方から三人の子を連れ去り、自らその子らを養育していた。これに対して、父親からヘイピアス・コーパスが申請された事件で、大法官裁判所では父親の請求を認めたが、母親は王座裁判所に上訴した。

まず、「子が判断能力のない場合に、監護権は父親にある」とされ、その年齢制限の理由として、「その年齢に達しない子は、法律上選択権を有しない。これを認めるとその子を危険ないし誘惑にさらすことになるからである。何が監護に関して適切であるかを検討するのは主人 (master) にある」として、父親の監護権の存在を認めた。従つて、「子が選択をなし得る年齢であるなら、裁判所は子に父母のいずれにいくか選択させる。もし子がその年齢に達していない場合、指示 (direction) しないことが子の危険ないし誘惑にさらすのであれば、裁判所は子が適切な監護のもとにおかれるように命令を出さなければならない。その時の唯一の問題は、何が適切な監護かということであり、それはまちがいなく父親の監護である」として、母親の請求を棄却した。

デラバル事件では、子の判断能力年齢を基準にヘイピアス・コーパスの適用の可否を決定すべきであったわけであるが、逆に、その年齢に到達しなくては、自動的に父親の監護権が優先させることになり、これによって母親の子に対する監護への要求を否定することになるのである。

こういった判決を含め、母親が父親と別れて暮らしているという事実そのものが、母親が父親に対して提起する要求に不利な証拠として明らかにみなされている¹²⁾。というのも、母親が彼女の義務に反して行為しているという推定をもたらすからである。後述する一八三九年未成年者監護法の立法過程でも、主張されたことであるが、いわゆる妻が

夫と別居するということが自体が当時ではかなり妻に対する非難をもたらすものであった。これは、コモン・ロー上想定される妻ないし母親の地位と密接に関わっているのである。例えば、ブラックストーンによれば、夫と妻は婚姻によって一つの人格に一体化し、それは、妻の夫への一体化であるとされる。¹⁴ そのため、子に対して、「父親の法的権限は、母親にはなく、母親は尊敬を受けるにすぎない¹⁵」として、母親の法的地位を認めていない。さらに、父親の権威は彼が死亡したとしても、父親が指定する後見によって継続させることができるとしている。すなわちこれは、母親が父親の遺言上の後見人に対して優先権を有することができる¹⁶ ことである。例えば、コッテンハム (Cottenham) 裁判官が、「母親として彼女の権利に関してその心情に多くの不安があると信じる相当な理由があると感じ、法の観点として、以下のことを説明しなければならない。母親は、遺言上の後見人の権限を支配する権利を有していない。従ってかような状況にある母親は、遺言上の後見人に介入する権利を有していないことを知らなければならぬ。私が母親の監護に子を置くことが適切であると考える特別な状況では、それは、母親の権利ではなく、裁判所が遺言上の後見人の権限を監督する権限の効果である¹⁷」と述べたように、当時においては、父親死亡後の母親の後見権を原則として承認しなかった。

かように、コモン・ロー上の諸原則は、母親の地位を相当制限し、父親の権威を強力かつ恒久的なものとして扱っていたのである。そのため、コモン・ロー裁判所からヘイピアス・コーパスが発給される場合の要件として、拘束の不法性があるわけであるが、これが子の引渡に関する場合には、不法性が権利の存否におきかえられ、子に対する監護権を有する父親が、極端に不適格な人物でない限り、父親を優先する判決がくだされることになる。¹⁸ 従って、裁判所は父親の法的監護を尊重し、彼が不適切な性格の持ち主であっても、子が判断能力ある年齢に達していない場合、監護権を有する人のもとにあることで、子は自由であると推定されるという原則に依拠することになる。¹⁹ また、子の

占有が不法なものであると分かれば、申立人は監護権を付与され、裁判所は子の引渡の命じるわけであるが、申立人ないし事実上の監護者が監護に対する権限ない者であれば、そのヘイビラス・コーパスは付与されないということになる。⁽²⁰⁾ このことは、コモン・ロー裁判所が監護権という包括的かつ強力な権利を扱ったということにも原因があらう。すなわち、権利存否に依拠する以上、父親の監護権を否定し、他者に子の引渡を命じるということは、父親から一切の権利を奪うことになるわけであり、父親の絶対的地位を承認してきた当時において当然に慎重とならざるを得なかったのではなからうか。

しかしながら、生まれたばかりの子ですら父親のヘイビラス・コーパスの申立によって、自由にその支配下におけることになるのでは、その子の生命すら危険にさらされる場合もあるわけである。このため常にコモン・ロー上、子の監護に対して無権利者として扱われる母親の地位を承認しなければならないが、これが認められるには、父親側の相当な積極的有責性を要件とするために、ほとんど機能しないということになる。これとは対照的に、大法官裁判所では、後見人をその管轄権で指定することができるという特徴を有しており、そのためコモン・ロー上否定された母親を後見人に指定することも可能であった。従って、その救済策が、父親の権利を制限し、それにもない母親の地位を承認することに適していたのであるが、コモン・ローとの関係でどの程度これが実現されるのかということは、検討されなければならない。では、コモン・ローとは原則を異にする衡平法上の争点となったものは何であったのであろうか。

[注]

(1) ブラックストーンによれば、「第一の後見は、本来の後見人 (guardians by nature) である。すなわちそれは、父親

である(場合に於ては親である)。……これはまた、子が二十一才に達するまでの養育のための後見人 (guardians for nature) である。」と云う(Blackstone, Commentaries on the Laws of England vol. 1, p. 449)°。そして「親に対する子の義務は、自然的正義ならしめ応報の原則に由来する。我々に存在を与えてくれた人に対して、当然、我々はその幼年期の間、従順で服従し、それ以後でも尊敬や畏敬の念を持たなければならぬ」(Blackstone, op. cit., vol. 1, p. 441) と云う。その権利の自然発生性を述べている。また、Bromley, Family Law, 2nd ed. p. 302 参照。

- (2) Jhonson, Family Law, p. 263.
- (3) Eversley, Law of Domestic Relations, p. 339. したがって親と子の関係がなれば、適用せられらるゝ見解である (Jhonson, op. cit., p. 265)°
- (4) (1763) 3 Burr. 1436; E. R. 97. 913.
- (5) R. v. Clarke (1758) 7 El. & Bl. 186; E. R. 119. 1217, R. v. Clarkson, 1 Strange 445; E. R. 93. 625, R. v. Smith, 2 Strange 983; E. R. 93. 983, R. v. Greenhill (1836) 4 A. & E. 624; E. R. 111. 922.
- (6) In Re Agar-Ellis (1883) 24 Ch. D. 317.
- (7) Bromley, op. cit., p. 329.
- (8) Blackstone, op. cit., vol. 1, p. 441.
- (9) (1804) 5 East, 223; E. R. 102. 1055.
- (10) (1836) 4 A. & E. 631; E. R. 111. 924.
- (11) (1836) 4 A. & E. 640; E. R. 111. 927.
- (12) Susan Maidment, Child Custody and Divorce, p. 111.
- (13) これは、夫婦の婚姻上の義務を解かれ、夫婦間だけであるが、子に対する親の義務も含むのである。P. H. Pettit, "Parental Control and Guardianship" in A Century of Family Law 1857-1957 (1957) p. 59.
- (14) Blackstone, op. cit., vol. 1, p. 432.
- (15) Blackstone, op. cit., vol. 1, p. 441.
- (16) Tenures Abolition Act, 1660 S. 8.

- (17) Talbot v. Earl of Shrewsbury (1840) 4 My. & Cr. 672; E. R. 41. 259.
- (18) この場合の「父親の不適格性として」父親の不道德性、子の利益が害される場合がある (Eversley, op. cit., p.342)°。
- (19) Johnson, Family Law, p.266; Eversley, op. cit., p.342. 逆に「子が判断能力ある年齢に到達した場合に」父親からの子を養育する権利が奪われることは例外的だとされる。(Bromley, Family Law, 2nd ed. p.328)
- (20) Bromley, Family Law, 2nd ed. p.329. によれば「事実上の監護者がヘイビマス・コーパスによって監護権を回復せざる限りは疑わしう」と述べ、後見人に指定される方法を定めるべきだとする。また Eversley, op. cit., p.339; R. v. Isley (1836) 5 Ad. & E. 441; E. R. 111 1233.

三 衡平法上の原則

子の引渡を扱うもう一つの裁判所としての大法官裁判所 (Court of Chancery) の手続きの特徴としては、コモン・ロー裁判所のようにヘイビマス・コーパスによって子の引渡事件を扱うだけでなく、子を裁判所の被後見人 (ward) とすることで、子をその管轄権の下におき、そこで指定した後見人に対して支配権を有することができた。これは、グランワース (Granworth) 大法官が述べているように、「この裁判所の管轄権は、国王の代理人としての国璽の保管者 (Keeper of Great Seal) に付与されたもので、子の監護に関しては、子が適切に養育・教育されることが国家及び主権者の利益であるとの理由から付与された。わが国法の原則からすれば、パレンス・パトリイ (parents patrie) としての主権者が全ての国民の扶養・教育に対して責任を負う⁽¹⁾」とされ、究極的な子の保護者は、「国王であり、その代理人とは大法官 (Lord Chancellor) であった。このため大法官裁判所は、この国に住む全ての子どもに対して相当な裁量権を行使することができることになる。それ故、大法官裁判所は父親のコモン・ロー上の権利にとらわれることなく、この権限は、ほとんど制限されないとされている⁽²⁾。そして後述するように、「一八七三年―七五

「年裁判所法」によって、コモン・ロー裁判所と衡平法裁判所が統合され、ここでは、子の監護の問題について、衡平法裁判所の原則がコモン・ロー裁判所のそれよりも優越するということが規定されたわけであるが、なぜ衡平法の優越が宣言されたのか、この点に関する衡平法上の特殊性を明らかにしてみたいと考える。

まず、両者の相違点として、エッシャー (Esher) 裁判官は、コモン・ロー上の管轄権について「その管轄権は二人以上の当事者間の権利を決定するために行使された。ある当事者が不法に (wrongfully) 他者を拘束する場合、…ヘイビアス・コーパスの申立が、そのように拘束された人のために何人によってもなされる。それは、当事者間の権利を決定するコモン・ロー上の管轄権である。その管轄権は、親子関係がない場合、すなわち親と第三者との間で行使される場合に用いられる。…争点が子の管轄権に関する場合、子を拘束する当事者が親に対して子を拘束する権利を有しているかどうかという問題が生じる。コモン・ロー上親は、ある種の不品行 (misconduct) によって権利を剥奪されない限り、一般に第三者に対して絶対的権利を有している。このためある一定までの年齢の子 (infant) は、子 (child) としてみなされ、調査するために「裁判所は」とどまる必要はない」と述べ、コモン・ロー裁判所の管轄権が権利関係に依拠し、その行使の限界を示唆している。これに対し、大法官裁判所については、「しかし、大法官裁判所によって行使される管轄権は異なる。そこには、親と第三者、親と子の間のような権利を決定する管轄権はない。大法官裁判所が親の立場で、全ての子の後見人であり、あたかも子の親であり、親の自然上の後見を取り消す国王に代わって行為することによって親のような管轄権すなわち司法的な統治管轄権がある」として、この裁判所では権利の存否を問題にすることなく、いかにして子の地位をよりよく保護するかということを主眼においているのである。従って、まず、大法官裁判所が依拠する原則は、子の利益であり、これは、その行使において、子の利益にとって一番良いと思われることを命じる一般原則に従うとされる。

このことはスミス事件 (Smith v. Smith (1745) 3 Atk. 304; E. R. 26. 977) で表明されている。

この事件は、父親死亡後、母親が未成年の娘の婚姻に反対し、その娘を裁判所の被後見人にして、婚姻契約を取消すことを求めた。

そこで、ハードウィック大法官 (Lord Hardwicke) は、まず大法官裁判所が依拠しなければならないことについて、「それは、国王の利益となるような管轄権ではなく、ある種の共通の親 (common parent) を有しなければならぬ子自身の利益のためである」として、そこでこの裁判所は、「国王は、自然の親のもつ注意や賢明さと類似した方法で行為する。このため、取り決められた婚姻契約が適切なものであるかどうか検討する」と述べ、この裁判所が依拠する原則は、通常望ましいとされる親が行うようなことを基準にして判断するということとしている。さらに、「この管轄権は子を害するような行為を行う場合には時として処罰をもってなされる。さらに、子に非難が加えられるような行為をさせる者を拘束するためにも行使される」と述べ、あくまで子を中心とした判断を行おうとしているようである。そして、本判決ではその婚姻の目的が、その娘の相続財産にあるとして、母親の請求を認めた。もっとも、この事件では、父親が遺言で未成年の娘の婚姻には、母親の同意が必要であるとしていたという点も考慮されているのかもしれない。また、これは、父親の権威対非権利者 (母親・事実上の監護者) という構図ではないがゆえに、比較的容易に母親の主張が受け入れられたのであるかもしれないが、父親がヘイビラス・コーパスを非権利者に対して申し立てた事例として、

ウェルズリィー事件 (Wellesley v. Wellesley (1827) 2 Russ. 1; E. R. 38. 236) がある。

これは、父親が、他の女性と関係をもち、その不貞行為を継続しており、母親が別居を求め、子を裁判所の被後見人にしてその保護を請求していたが、その後母親は死亡し、子どもたちは彼女の叔母と暮らしており、父親がヘイビ

アス・コーパスを請求したが、大法官裁判所は、父親の請求を拒否した。

コブレイ (Cobley) 法務長官は、「裁判所は、子の福祉が裁判所の介入を必要とするなら、父親の法的権利を統制する権威を有している。裁判所がその管轄権を行使する場合として、父親が外国にいるとか、子を裁判所の管轄外に連れ出そうとしている場合、習慣的な飲酒、不敬なもの (Disaffinity)、父親と暮らすことで子の道徳的・宗教的考えが害される場合がある」と述べ、大法官裁判所が父親の権利に介入することができる事例を例示している。

そこで、エルダン大法官 (Lord Eldon) は、「父親が他の女性と関係を有している限り、その子を父親の監護にしようとは考えない。現在の状態で、父親が他の女性と関係を有しているのに対して、その子が父親のケア (care) におかれるべきだとするのは適切であろうか。確かにそうではないであろう。そういった関係が存在する限り、その子は父親のケア及び監護 (care and custody) におかれるべきではない。私は父親に、それは行ってはならないことであるということを告げる権威を有する」として、父親の請求を拒否した。

もっともそこでは、この当時の裁判所のかかえた問題も述べられ、「最も重要なことは、この裁判所が介入すべきことが必要であるかどうかであろう。この裁判所が介入する権限がないとすると、子のためになされるために法の予定することは何であろうか。子を父親に回復させるためにヘイビアス・コーパスを王座裁判所に請求するかもしれない。しかし、子を父親に回復させたとき、王座裁判所は、子の扶養に対する支払を父親に命じることができるのであろうか。……子の保護に関して法の保護が存するかどうかということは、どこかにはちがいない。それがこの裁判所にないとすれば、どこにあるのであろうか。いかなる状況にある子も全て父親の監護におかれるべきとする状況はたして正しいのであろうか。法が子に対する給付を父親に強制することのできる多くの家族給付をみたときでも、子はほとんど飢餓状態と変わらない状況にある。裁判所は父親の権利を効果あるものとすることはできるが、父

親の義務を強制することのできる職務にはない^①」として、裁判所は、現実には父親の権利行使に対する救済方法を有せず、特にこの時代には、子の扶養の問題が重大なものとなっていた^②。

本件では、父親側の有責性（不貞行為）がかなり、判決に影響を及ぼしているわけであるが、エルダン大法官が述べているように、当時における問題は、子の養育・扶養を誰が行っていくかということであり、そしてそれを強制する方法が裁判所にはないために、子の引渡の問題を解決したとしても、その後の子の扶養がどのようなになされるかは結局未決のままとなるのである。さらに、大法官裁判所は、子の利益を配慮し、裁判所の被後見人とすることで、モン・ロー上の父親の監護権を制限することができるわけであるが、常に、それが十分に機能していたかどうかというのは疑わしい。例えば、

ボール事件 (Ball v. Ball (1827) 2 Sim. 35; E. R. 57. 703) では、

父母離婚後、一四才の子が、母親のもとで暮らして、時折父親と会っていたが、その後、父親は母親に何の連絡もなく、子を学校に寄宿させ、その居所も知らせなかった。その後、子の居所を知った母親が子に会いに学校に赴いたところ、その教員は自らの立ち合いがなければ、面会できないとした。そこで、母親は、父親の不貞行為を理由に子の引渡を求めた。

そこで、ハート (Hart) 副法官は、「子の財産管理及び教育に関して、父親側のある種の行為が、彼の法的権利への「裁判所の」介入を許すものであると示されなければならない。本件では、子のケア及び監護 (care and custody) に対する父親のモン・ロー上の権利を彼から奪うに十分であるとは思えない。この点に関して法としてみなされるものを検討しなければならない。私が介入する権威を有しているとは考えられない。……道徳的観点からいえば、適切な子との接触を母親から奪うことほど無慈悲で残酷な行為はないことは確かである^③」としながらも、「大法官裁判

所は、父親の監護権を奪う管轄権を有していない。……この裁判所は、父親がその女性と子を接触させない限り、父親の姦通の事実を取り扱わない¹⁴⁾」として、母親の請求を棄却した。

かように大法官裁判所は、父親の権利を完全に排除することはせず、結局、大法官裁判所の行使する管轄権は、コモン・ロー裁判所のとほとんど変わらないという評価を受けることになる¹⁵⁾。というのもやはり極めて父親側に有責なものがない限り、コモン・ローの原則を大きく修正してまでその管轄権を行使することはできなかったであろう¹⁶⁾。

しかし、それでも衡平法がコモン・ローに優越していた点を考えてみると、コモン・ローと衡平法が拮抗する場合、衡平法は、子の監護を得るためヘイビアス・コーパスを申し立てることを抑止する差止命令 (injunction) を出すことによってコモン・ローに優越することができた¹⁷⁾。このため、コモン・ロー裁判所の裁判官は、大法官裁判所の管轄権の行使を求める状況が存在する場合には、そこでの審理を延期し、その問題について権威を有する大法官裁判所に申立を行う期間を当事者に与えていた¹⁸⁾。さらに、ヘイビアス・コーパスの発給に限定されていたコモン・ロー裁判所は、監護に関する命令 (orders as to custody) という包括的な命令を出すにすぎないが、大法官裁判所は、対人的訴訟 (in personam) を行いそれによって、例えば、子の教育に関する命令を出すとか、個別的な命令を出し、それを特定し、その個人に特定の命令を行わせるという点で、効果的にそれらが履行されることを確保している¹⁹⁾。

かような大法官裁判所の手続き的優越性に加え、その管轄権の中核をなしていたのは、子を裁判所の被後見人として、後見人を指定することであった。すなわち、大法官裁判所は、それが子の利益であれば、父親が存命中でも、その監護から子を引き離し、後見人を指定することができる。これは、やはり国王を代理する裁判所ということに由来するのであり、この点ではコモン・ロー裁判所とは異なるところである。そして、子を裁判所の被後見人にするには多くの優れた点がある。例えば、子が裁判所の被後見人になれば、裁判所は、あらゆる事実関係を調査し、監護

権を申し立てる者の主張や子の利益を調査する権限を有する。そして、その被後見人である子の所在を知っている証人を召還する権限を有しており、その知識を開示させることができる。それに従って、後見人の職務懈怠や後見人及び被後見人への第三者の介入は、裁判所侮辱罪 (contempt of court) として処罰されることになる。このため、この裁判所に指定された後見人は、裁判所に助言を求め、被後見人の幼児期の間、後見人も被後見人も裁判所の恒久的監督に服することになり、裁判所が子の利益を保護することが可能となるのである。²⁰⁾

さらに、この後見制度で最も重要な点は、コモン・ロー上、子に対する権利を否定された母親を後見人に指定することができたという点である。このことと関連して、衡平法上の母親の地位は、コモン・ロー上の原則とは若干相違を見せており、母親は、後見に一番近い権利 (next right) を有し、後見人が存在しない場合に、母親は、養育のため (for nurture) 後見人とみなされ、子が一四才になるまでに子の監護権を有する。²¹⁾ しかし、理論上父親の権利は完全に廃止されることはなく、例えば、父親がその死亡の際に、遺言上の後見人を指定することによって、母親はこの後見人に対抗することができず、排除される場合もあるわけで、完全に母親の地位を確保するものではなかった。²²⁾ そのためイギリスの裁判所が、父親の監護権をその裁量で完全に否定することができるということは不可能であった。

そして、大法官裁判所での重要な原則は、子の利益 (benefit) を目的としてなされなければならないが、そのために大法官裁判所に申し立てる要件として、子の財産の使用・管理が争点の一つとならなければならない。すなわち、子が財産を有している場合に限られて、大法官裁判所への申立が認められていたのである。これは、この裁判所の起源に由来しており、「封建時代の初期には、後見は、「不動産権上の」直屬受封者 (tenant) が、「未成年の」子を相続人として死亡した場合に生ずる直屬受封者の付随条件 (incident) であった。かような場合に、領主は

その子の相続上の土地及び身体の後見人となる。領主が被後見人の土地の世話をすることが期待され、その子の地位に応じた扶養と教育をする義務を負うという点で、後見には保護的要素は存在するが、領主が、相続人が一定の年齢になるまで土地の利益を保持することができるとは、基本的には利益的なものである。相続人の身体への後見は、領主が子の婚姻を支配する権利を有し、同意権を有していたが故に、利益を搾取することができた²³⁾とされるように、後見の目的は、子の財産管理から生じる収益を後見人が有するということであった。そこでは、国王が多大な関心を示し、一五四〇年に後見裁判所 (Court of Ward — 騎士奉仕に関する封建的付随条件に対する国王の権利確保を旨す) を設置し、その後、国王の権利は、後見裁判所が軍事的土地保有態様廃止法 (Tenures Abolition Act) によって廃止される一六六〇年まで存続したとされる。この後見裁判所廃止後、その管轄権を引き継いだのが、大法官裁判所であった。²⁴⁾ かようないきさつから、後見には子が財産を有するという要件が課されたのであるが、このような封建的な残存があったとしても、そこでは一応「子の利益」が中心として検討されるわけであった。この管轄権の行使において、裁判所は、ヘイビマス・コーパスによる手続きが成功しない場合にも命令を出すことができた。前述のように、コモン・ロー裁判所では、子の判断能力年齢が重要な基準をなしており、その年齢を越えた子には、ヘイビマス・コーパスも原則として、適用できなくなるわけであるが、大法官裁判所では、子を裁判所の被後見人にするこゝで子に対する裁判所の監督権のようなものが存在し、判断能力ありとされる年齢の子に対しても強制することができたのである。

例えば、ホール事件 (Hall v. Hall (1749) 3 Ark, 721; F. R. 26, 1213) では、

後見人によってイートン校に入れられた一六才の少年が、それを不服として、その学校から出て、自ら志願する学校に入学しようとしたところ、後見人から請求がなされた。

そこで、マクリスフィールド (Macclisfield) 裁判官は、「後見人は子を入学させる学校について適切な判断者 (Judge) であり、裁判所は、子を個人教育とか他の学校に行かせることで子の思い通りにはさせない。もし少年がそれを断るなら、裁判所は彼を強制する適切な方法を行う²⁶⁾」として、その少年に再びその学校に入ることを命じた。

かように、衡平法裁判所が、手続及び原則において、コモン・ロー裁判所よりも子の監護を扱うに適していた点が多々あったわけであるが、この裁判所で展開された原則が維持されていたことは、やはり子の利益を中心に据えようと努めていったことに求められよう。もっとも、そこでいわれている子の利益の内容が現在展開されている「子の利益ないし福祉」に適合的であるかどうかは問題があるところであるが、「子の利益」というたとえ名目上であったにしても、それを一つの判断基準とすることで、大法官裁判所がその管轄権の行使を、きわめて限定された場面ではあるが、柔軟な対応をすることができたということは重要であろう。これに対し、コモン・ロー裁判所では、重要なことはやはり監護権という権利の存否であり、その権利の有無に拘束されたということがその硬直性を発生させたともいえよう。そして、このことが次に検討する一八三九年の未成年者監護法の制定にかなり影響を及ぼしていくのである。すなわち、この時代における子のおかれた状況が、父親の絶対的権利のために、かなり劣悪な状況におかれ、「イギリスでは、多くの子どもたちがほとんど関心を払われていなかった。あまりに多くの子どもたちが成人になる前に死亡していた。生き残った子どもたちは、すぐに大人社会に入れられ、彼らは搾取させる限りでは有益であり、また彼らの婚姻が家族の財産を増加させる場合には、価値あるものであった²⁷⁾」というようにいかにして子のおかれた状況を変化させるといことが求められたわけであり、特に、コモン・ローの判例で例示したド・マネヴェン事件では、出生後まもない子ですら父親の監護におかれるように、裁判所の対応の不十分さというものが徐々に認識されていくのである。もっとも、そこで検討されることは、「子の利益」の内容がいかなるものであるかということではなく、

子の判断能力年齢という画一的な基準によるものであった。従って、この場合に検討されたことは、絶対的権利を有する父親に対して母親の権利ないし主張をいかに実現させていくかという過程にとどまるのであった。また、柔軟な対応を行うことができるようになる大法官裁判所ですら、父親の絶対的権威を完全に否定することができず、父親の行為が極端に非難を受けるような場合にしか、その裁量権を行使できなかったわけである。そこで、母親の権利主張を認めることが求められたのは、硬直したロモン・ロー裁判所ではなく、大法官裁判所であった。そのため、その裁量権を拡大させていくことによってかような問題を解決していくという方向がとられていったのである。

[注]

- (1) Hope v. Hope (1854) 4 De G.M. & Sm.328;E. R. 534. 例えは、Ex parte Warner (1792) 4 Bro. C. C. 101; E. R. 29. 799, Whitfield v. Hales (1806) 12 Ves. Jun, 492;E. R. 33. 186.
- (2) P.H.Pettit. op. cit., pp.62-63.
- (3) The Judicature Acts, 1873, S. 25 (10). なお、この法が成立する過程について、戒能・前掲外国法一〇二頁参照。
- (4) 衡平法の一般的原则の優越性について、戒能・前掲外国法一〇五頁参照。
- (5) R. v. Gyngall [1893] 2 Q.B.232 (C.A.).
- (6) [1893] 2 Q.B.238 (C.A.).
- (7) [1893] 2 Q.B.239 (C.A.).
- (8) (1745) 3 Atk.305;E. R. 26. 978.
- (9) (1827) 2 Russ 10;E. R.38. 239.
- (10) (1827) 2 Russ 30;E. R.38. 247.
- (11) (1827) 2 Russ 22;E. R.38. 244.
- (12) これについては、当時救貧法が重要な役割を担っていたが、これもまた問題をかかえていた。この歴史については、小山

路男・イギリス救貧法史論(一九六二)参照。

- (13) (1827) 2 Sim. 37; E. R. 57. 704.
- (14) (1827) 2 Sim. 33; E. R. 57. 703.
- (15) Eversley, op. cit., p. 341, In Re Agar-Ellis (1883). 24 Ch. D. 317.
- (16) この大法官裁判所が介入する場合を類型したものを「P. H. Pettit, op. cit., pp. 64-67 参照」。
- (17) Bromley, Family Law, 2nd ed. p. 302.
- (18) R. v. Gyngall [1893] 2 Q. B. 239 (C.A.).
- (19) Bromley, op. cit., 2nd ed. p. 301.
- (20) Bromley, op. cit., 2nd ed. p. 302; Eversley op. cit., p. 373. 例として Creuze v. Hunter (1790) 2 Cox 243; E. R. 30. 113.
- (21) P. H. Pettit, op. cit., p. 86.
- (22) Bromly, op. cit., 2nd p. 357. Susan Maidment, op. cit., p. 111. 例として R v. Isley (1836) 5 Ad. & E. 444; E. R. 111. 1233. R v. Johnson, 1 Strange, 579; E. R. 93. 711.
- (23) N. V. Lowe & R. A. White, Wards of Court (1979) p. 1.
- (24) Sir W. Holdsworth, A History of English Law, vol. 5, p. 315 によれば、この時代の大法官裁判所はほとんど後見の問題に介入することができなかったとされる。「大法官裁判所はこの時代、後見の問題に介入する機会をほとんど持ていなかった。しかし、保護すべき財産がある場合とか、後見裁判所 (court of Wards and Liveries) の管轄外に事件がある場合に、大法官裁判所は、進んで管轄権を引き受けたと考えられる。従って、この裁判所は、勤奉仕上の後見 (in socage) となる子の親族の権限を判断していた」として、その管轄権の限界性を述べ、「封建上の後見が、消滅したとき、この裁判所は、子の財産上の利益の保護者としての役割を引き受けた。そしてさらに、後見人としての国 (parens patrie) としての根拠によって幅広い主張を行った」と述べる。そして、大法官裁判所が管轄権を有するようになった経緯につき「子やその後見人に対する衡平法上の支配は、軍事的土地保有や後見裁判所の廃止後、近代的形態で生じた。衡平法の管轄権は、固有の管轄権だけでなく、その支配権に関心を持つ後見人としての国 (parens patrie) としての特権を持つ国王の

委託にも基礎を置く」として、大法官裁判所の管轄権の起源としての判例を、一六九六年の *Falkland v. Bartie* 事件を紹介している (Sir W. Holdsworth, *op. cit.*, vol. 6, p. 648)。そこでは、「この裁判所には、国の父 (*pater patrie*) としての王に帰属するものまた慈善、子、白痴、無能力のようなこの裁判所の監督に服する事項がある。その後、国王の利益になるいくつかの事項は、後見裁判所 (*Court of Ward*) に移転したが、その廃止により、大法官に戻った」と述べている。この見解は、この裁判所の管轄権の起源として一般に受け入れられており、実際、後見裁判所の廃止によって、この大法官の管轄権は増大した。

他方、子の財産管理に関する問題が、大法官裁判所に提起された場合、子は裁判所の被後見人となり、単なる監護の法的権利以外の他の配慮が影響し、子の監護は、これまで監護権を有しなかった人をその裁量で指定するかもしれない (*Wellisley v. Duke of Beaufort*, 2 Russ. J. Andrews v. Salt, L. R. 8 Ch. App. 622; 28 L. T. 686)。(25) (1749) 3 Atk, 721; E. R. 26. 1213.

(26) *Susan Maidment*, *op. cit.*, p. 95 によれば、「子の福祉が裁判所の介入を必要であるとするならば、裁判所は父親の権利を支配する権限を有す」というウェルズリー事件の判決をその理由付けが近代的用法であると評価している。しかし、一般的には、「この時代の判例はその先例としての価値がさほどないと評価され、特に子が母親のもとにいたことが常に子の福祉に合致するという思考は現在では否定されて了る (*Susan Maidment*, *op. cit.*, p. 90; Bromley, *Family Law*, 7th ed. pp. 316-328)。

(27) *Ivy Pinchbeck & Margaret Hewitt, Children in English Society*, vol. 2, p. 366.

四 一八三九年未成年者監護法 (*Custody of Infant Act, 1839*) 制定過程¹⁾

この未成年者監護法は、父親・後見人の監護ないし支配下にある七才以下の子に対する母親の監護ないし面接交渉 (*access*) への請求に際して、大法官及び記録長官 (*Master of Rolls*) に幅広い裁量権を付与した。この法が制定されてく背景には、前述したエルダン大法官の見解のように、裁判官は、父親に対して自由にその裁量権を行使する

ことができず、子に対する（むしろ母親の地位確保かもしれないが）救済を行いたくても、ほとんど不可能であった。この未成年者監護法は、別名トールフォーズ法 (Talfourd Act) と呼ばれ、これは、前述したグリーンヒル事件で夫側の弁護士として勝訴したトールフォーズが当時の母親のおかれている状況に苦慮し、彼が提出した法案であることからそう呼ばれている。しかし、当時の状況では決してこの法案が容易に受け入れられるはずもなく、議会の内外で、一般の人々も含め大きな反響を呼んだのであった。彼の支持者としては、熱心なノートン夫人が議会に働きかけを行った。彼女自身離婚を経験し、その際に、子どもと引き離され、夫が認めない限り、子どもには彼らが成人になるまでは会うことができないというを知り、結婚した女性は法律上全く権利を有していないと悟ったのであった。しかし、彼女は一般の女性とは異なり、社交界では有名人で議員とも交際があり、さらに執筆家として地位を確立していた。そこで、彼女はいくつかのパンフレットを作成して、その法案可決に努力したのであった。^③ またこうした働きかけによって結婚した女性のおかれた地位にも注目が集まっていったといえよう。

このトールフォーズの法案は、三回の議会審議を経て、ようやく可決されたわけであるが、そこでは激しい対立があり、これは、従来からの婚姻観・親子観とこれに变革をもとめる見解に由来する。

まず、トールフォーズは第一読会において、「親が別々に暮らす場合に、大法官とその裁判官に、幼児期 (tender age) の子の監護に関する命令を出す権限を与える」と、この法案の骨子を述べるにとどまり、彼が検討してきた判例及び母親や子のおかれた社会状況については、第二読会に回すことにした。そこで、法務総裁 (Attorney-General) も別段異議を唱えることなく、「ただこの法案によって現在の法が改善されるには微妙で困難である」と述べるにとどまった。

そして、第二読会に入り、トールフォーズは、この法の主旨として、「本案は、母親の側に何ら婚姻上の責任がな

いにもかかわらず、「両親に別居をよぎなくさせる不幸な相違によって共同の監督や保護といった自然の状態が崩壊した場合に、子に関する両親の権利について言及するものである」と述べているが、これとともに決してこの法によって父親の地位が、従来のものと何ら変わることはないという点も強調している。

しかし、コモン・ロー上のヘイビアス・コーパスを適用することの問題点として、「母親が子の占有をしていたとしても、ヘイビアス・コーパスによって無条件に子を夫に返還することを強制されるであろう。それが現在の法であり、少なくとも権威ある解釈である。そこで、それはいかに強制されるのであろうか。妻がヘイビアス・コーパスに従わないことで、妻に対して夫側から出される裁判所侮辱罪によって、彼女がそれに従うか、死ぬまで、監獄に入れられることになる。この法がほとんど機能していないものだと思えるべきではない」と述べ、その不合理さを指摘するのである。これは確かにコモン・ロー上の父親の絶対的権威を承認することからくる弊害であり、彼は決して父親の権利を制限しようとはいいわれないが、いかにしてかような場合の母親を救済するかということで、前述したような判例を引用し、そこでの母親のおかれた悲惨な状況を指摘した。そして、「こういう悲惨な状況を改善するために、父親の権利に関するイギリス法を改正しようとは考えてはけません。幼児期の子の監護権を法が付与した非嫡出子の母親と同じ地位に潔白（無責）な妻をおこうとしているのでもない。すなわち、社会全体を通して、評価されるべき幼児期での愛情を形成する母親の継続的愛情の影響を子に回復させることを求めるわけでもないが、現在の母親がおかれた運命を改善しようとする。すなわち、自然状態を顧みないその隔たりが緩和され、弱々しさが多くの将来の希望によって改善される。これは、ある性が他方の性の弱々しさに対して行使してきたその過酷な行為の働きへのあ種の統制である」と述べ、トールフォーズは、嫡出子の母親を非嫡出子の母親と同じ地位におくつもりはないと述べているが、本来は両者をとりわけ子が幼児期には、同じものとして取り扱うべきであると考えていた。このために

は、父親の権利について直接の言明をするのではなく、裁判所の裁量を認めさせることで、子に対する母親の地位を承認させようとするのである。すなわち「自然的正義が求めるものを考えると、私が提案する心細い緩和策を恥ずかしいものと思う。すなわち、父親から母親への幼児期にある子、とりわけ女の子の監護権の移転を認め、その改正された規則に例外〔面接交渉〕を加えることができる」とすれば、喜ばしいと認めざるを得ない^⑧と述べるが、それが現実に実現されることの困難さを認め、そこで、面接交渉を強張することで父親の権利を問題とするのではなく、この問題を裁判所の裁量に委ねることで、反対意見をかわそうとしていたのである^⑨。

しかし、このトールフォーズの言明には他の議員から反対意見が表明され、特に、これに強く反対したのは、サグデン (Sagden) 卿であった。彼の基本的考えは、「イギリス法は、それが賢明であろうとなかろうと、あらゆる婚姻上及び親としての権限を父親に与えている。女性の能力は、その服従にある。これまで法は、子を介することによって道徳上の偉大な権能を母親に確立している。法を改正することによって、家庭内の道徳が大切にされ維持してきたその絆を緩め、弱体化するのである。現行法は言われているほど過酷なものではない。性格の不一致で別居する場合子に対する母親の面接交渉に対して正当な許可がなされないということを聞いたことがない。例えば、妻の行為がひどい性質のものでないとか、夫が妻と子を引き離すことを正当化するに十分な事由を有していない場合、彼は社会に受け入れられないであろう。子がこの法案で利益を受けるとは考えられない。逆に、子に損害をもたらす。父親と母親はその不和で別居し、その後この不和が強い敵対心に変わっていく^⑩と述べ、立法の必要性はないとの立場をとっている。そこには、従来の伝統的家族観の堅持がみられる。すなわち、法が家族に介入することは望ましくなく、家庭での主権者たる夫が問題を解決するのであって、妻や子はそれに従っていることが、家族にとって幸福なのである^⑪。またそこには、不当な夫に対する社会的統制が存在し、法による介入の必要性がないと主張するのである。さら

に、この法案が、妻に監護権を付与することによって、家族の崩壊が増大するであろうとの懸念を表明している。すなわち、彼は、この法案の影響を敏感に察知し、「コモン・ロー上父親は子に対する監護権を付与されている。この法案は、父親の排他的権利を排除するように思われる。というのも、暗黙のうちに父親の権限を除去することによって、両親が同じ立場に立つことになる」と述べる。これは、トールフォーズが言うように直接にこの法が目的とするところではないとしても、裁判官の裁量によって子の監護を母親に認めることは、その両者間の別居をより容易にし、それによって、夫の婚姻上の支配権が彼らに及ばなくなり、結果として両者の地位が変わらないことになるのではないかというのである。まさにこのことがサグデン卿を中心とした反対派の懸念することで、彼は、この法案を「夫婦間の別居及び離婚を促進する法案」と呼んでいる。当時においては、夫婦が別居するということは、許されることではなく、例えば、タンクレッド (Tancred) 議員が「夫から別居した妻に利益を与えることは、最大限の悪徳である」とさえ、述べるように、事情はともあれ妻が夫のもとを去ることは、それ自体許されないことであり、まして法が妻にそれを認めるということとはなおさらであった。従って、彼らによれば、婚姻を維持することが社会にとっての重要な問題であり、そのためにもサグデン卿が述べるように「婚姻した者の別居を妨げる強力な絆は、共同の子である。…この法案は子への面接交渉を常に求める手段を妻に与えることによって、別居にはいることへの障害を除去している」¹³⁾ために、子を婚姻維持の手段として考え、妻に子に対する監護及び面接交渉を認めないことが婚姻維持につながるのである。そして、このことは、家族及び社会にとって有益だとして、「決定されるべき問題は、女性が、彼女の行為がなんであろうとその子の監護に対する絶対的権利を有することが社会全体の利益になるかどうかということである。トールフォーズは多くの困難な事例を引用しているが、議会は特殊な事例のために立法すべきではなく、提示された法案が配慮していない公共の一般的福祉を検討すべきである。母親が絶対的権利を有するならば、多くの夫婦

の別居を導くことになるであろう」と述べる。彼にとって、母親にかような地位を付与する必要性はまさに希なことであり、むしろ社会全体からみるならば、法によって妻に権利を付与し、婚姻の破綻を積極的に承認するよりも、婚姻維持のほうが重要なのである。そして、このことから、彼は、子の保護の立場からも「この法案によって、子が利益を受けるとは信じられない。反体にそれは子に害を与える。別居中の父親と母親は不和であり、多くの場合、その不和は敵意にまで増大する。……〔面接交渉が裁判で認められたとして〕母親は夫の行為が以前より粗野になったと考え、子の心にその考えを押しつけようとやっきになろう。子は両親の愛情ないし信頼の欠如という不自然で最もなげかわしい状況におかれることになる。すなわち、父親は母親をなんとか悪者にしようとし、母親も父親をなんとか悪者にしようとする。子は嫌々その非情な判決に従うことになる」と述べ、父母の対立が別居によって促進され、子にもその悪影響を及ぼすために、この法案は子の利益にもならないとする。しかし、その父母の対立そのものが婚姻を維持することによって解消されるかどうかという点については、彼は言及していない。すなわち、彼の主張は、家庭内の不和がいかなる内容のものであるとも、婚姻維持という形式に向けられていたのである。

さらに、彼は、この法案が可決されたとしても、夫がこの法案によって裁判所侮辱罪に問われる場合があり（たとえば、母親に認められた子の引渡を父親が拒絶した場合）、このことは絶対的権利を有する父親が処罰されるということはどういうことであるのかと反対する。またこの場合に父親は子を裁判所の管轄外に連れ出し、これによって判決の執行ができないという現実の問題も指摘する。¹⁶

しかし、この法案に賛成する議員として、スマイス (Smith) 議員は、「人類のすばらしい原理の一つは、子に対する母親の愛情である。女性を虐待した夫と暮らすことを妻に求めることは賢明ではない。……現在の社会では、妻と別れて暮らす夫よりも夫と別れて暮らす妻の状況のほうが悪いということを忘れてはならない」と述べ、さらにサグ

デン卿が指摘した夫に対する社会の統制作用についても、「夫がこの状況において、いかなる害を被るといいうのであろうか。夫が妻に対して虐待を加えたために告訴されたという場合なら格別、いったい世間の人が妻と別居した夫との交際を拒んだことがあるか。夫と別居する妻に対して夫の場合と同じ扱いをしただろうか。答は否である」とサグデン卿の見解に反対している。かように当時の妻のおかれた状況を何とかして改善しなければならぬという必要性を感じている者もいたのであった。しかし、そこでは子の利益という視点よりも父母の不平等の改善をいかにして実現していくかという問題が重要であった。²⁰⁾

そして、最終的には、ブルーム卿 (Lord Brougham) は、「婚姻法にはいくつかの変則や多くの矛盾が存在するのは確かである。しかし、こういった変則や矛盾は婚姻法への新しい変則や変化の導入に際して、警笛を鳴らすであらう。法が、夫による子の処遇や監護についていかに不公正であるかも知られている。すなわち、法がいかに妻に対して過酷に機能しているかということである。法が子に対して諸悪を課すことになる。従って、その法案がその諸悪をより少ないものにするのであれば、すぐに受け入れなければならない。しかし、この法案が救済を宣言していない多くの諸悪が存在している」と述べ、現在の法における夫と妻に対する不平等の状態を改善する必要性を明確に認識しているわけであるが、その急速な変革に対してはむしろ慎重論をとっていた。そのため、さきに夫婦の財産上の不平等であるとか、離婚の際に審議される有責性の度合いの相違などの問題解決の必要を指摘している。結局、この法案は、下院では可決されたのであったが、上院ではこのブルーム卿の反対意見などで否決されたのであった。

そして、第三読会にこの法案は回され、ここでは、トールフォーズは若干見解を修正し、「大法官裁判所で、母親から離婚請求がなされた場合に、大法官裁判所は、子の監護を取り扱う裁量権を有する」と述べて、この問題についてのコモン・ロー裁判所の管轄を排除している。しかし、ここでもやはりサグデン卿が、「この法案が現段階で可決

されたとする、その機能は婚姻の諸義務を減退させ、それによって婚姻した女性とその子の最良の利益に害を及ぼすことになるであろう。この法案は、子に関し父親と母親の利益の衝突を導くことになる。……イギリス法が、子の監護権を父親に付与していることは賢明であり、その法は、高度に位置する法と一致している。そこでなぜ立法者が介入しなければならぬのであろうか。法が母親に困難に機能している場合が多くあるが、立法者は個々の場合を検討するのではなく、一つの階級として婚姻した女性の福祉を考えるべきである。この法案が提示するように子が七年間父親のもとから離されるのであれば、誰が子を扶養し教育するのであろうか」と述べ、コモン・ローが設定した社会を維持することをあくまで主張するのである。確かに、彼は母親の地位が劣悪な状況におかれる場合もあることを認識していたけれども、それはまさに例外であり、これがために、婚姻した全ての女性に影響を及ぼすことは、到底認められるものではないのである。また、現状維持を説く者として、ウィンフォード (Wynford) 議員は、「子の監護は法によって父親にある。これは賢明な法である。というのも父親は子の養育に対して責任を負うからで、不幸な相違で父母が別居する場合に、父親に監護権を与え、母親に面接交渉を認めることは子に対して損害を与えることになる。というのも、母親が憎むような父親に尊敬の念をもと子に教え込むということは当然期待できないからである。そういった制度の影響は子に対して最悪のものであり、適正な養育を妨げるものである」としてサグデン卿に賛成する。

しかし、ほとんどの議員は、かような反対意見をもつ者は少なく、別居に際し、少なくとも夫が有責であり、母親に全くその離婚ないし別居への責任がない場合には、彼女の請求を認めるべきだとするのが大半であった。例えば、デンマン (Denman) 議員は、「現行法は、夫に偏向することで、妻には過酷なものであり、放蕩な父親の監督下にあり、その墮落に対して何ら保障手段を有しない子の健康や道德にとって破壊的である」と述べ、むしろ子のことを

考えるならば、子への父親の及ぼす悪影響まで認める必要はないとの見解をとる。さらに、ロングデイル (Langdale) 議員は、「最も重要な問題は、貧困な子がおかれる状況である。母親が子を養育するのに七年間というのは決して長い期間ではない」と述べ、この法案を積極的に支持するのである。かような見解からも解るように当時の子のおかれた状況はかなり劣悪であり、特に父親の子に対する扶養の問題が重大であったのであろう。しかし、かような積極的な見解とは異なり、リンドハースト (Lyndhurst) 議員は、「子の占有が父親から母親に与えられるべきであるとは考えていない。より穏和なものが求められるべきである。それは、母親が子との別居について不服申し立て事由を有している場合に、衡平法裁判所に行き、それが正当な事由であるならば、裁判官が適切と考えるような制限のもとで、子への面接交渉を有することである」と述べる。これは、トールフォーズ自身「ヘイビアス・コーパスによって父親が子の占有を回復する場合でも、裁判官が適切であると考えれば、母親への面接の機会を与えるべきである」と述べ、ここでは、コモン・ロー上の父親の権威を否定するのではなく、それを承認しながらも、ヘイビアス・コーパスの弊害を緩和するために、大法官裁判所にその役割を期待したのである。そして、コッテンハム (Cottenham) 大法官も「夫と妻の議論を調整することに努める立法者において、最も心配されることは、彼らが全ての裁判所の第一の配慮事項たるべきものを見失うことである。すなわちそれは、子の権利の保護である。且下、この法案にはほとんど改正すべきことはないように考える」と述べ、ようやくこの法案が可決されたのであった。

かようにして、この法案は可決されたのであったが、裁量権を付与された大法官裁判所が果たして従来の判例からさらにその枠を越えて、父親の監護権に介入することができたかどうかはかなり疑問である。なぜなら、あくまでコモン・ロー上の父親の権利を否定することなく、この法案が可決されたために、コモン・ロー上の原則を補完する役割しか有していなかった衡平法がこれを凌駕することはできないからである。そのため、この社会状況を変革するの

は、判例ではなく制定法に求めなければならなかった。しかし、この法が、父親の権威に対してある種の制限を加え、「子の利益」を中心とした判例及び制定法の萌芽を生み出したという点は評価されなければならないであろう。⁽³²⁾

[注]

- (1) この未成年者監護法の制定過程及びその背景については、川田昇「イギリスにおける面接交渉権の歴史的考察（一）」神奈川法学八巻三号（一九七二）一〜三六頁が詳しく記述されており、参照されたい。
- (2) Ivy Pinchbeck & Margaret Hewitt, *op. cit.*, vol.2, pp.371-374, C. Norton, *English Laws for Women* (1854).
- (3) Hansard's Parliamentary Debates, 3rd Series (Commons), vol.38. Col.277.
- (4) Hansard, *op. cit.*, vol.38. Col.278.
- (5) Hansard, *op. cit.*, vol.39. Col.1082.
- (6) Hansard, *op. cit.*, vol.39. Col.1083.
- (7) Hansard, *op. cit.*, vol.39. Col.1089. 非嫡出子の母親には、ハイビマス・コーパスによって子の回復が認められていた (R. v. Soper, 5 T. R. 278; E. R. 101. 156).
- (8) Hansard, *op. cit.*, vol.39. Col.1087.
- (9) 川田教授は、「面接交渉の扱いについて」「正面から親の権利として規定されるのではなく、裁判所の裁量事項として規定された点である。……むしろ、夫の強大なコモン・ロー上の権利の存在という現実のもとで、妻の弱々しい権利をいかにすべり込ませるか、という立法技術上の問題として規定されたと思われるのである」(前掲・一九頁)と述べて、トールフォーズが法案を制定させるための技法を指摘される。しかし、コモン・ロー裁判所がこの管轄権を有することには強い反対論があった。
- (10) Hansard, *op. cit.*, vol.43. Col.144.
- (11) 内田・前掲三九頁。

- (12) Hansard, op. cit., vol. 40. Col.1114.
- (13) Hansard, op. cit., vol. 43. Col.144.
- (14) Hansard, op. cit., vol. 40. Col.1122.
- (15) Hansard, op. cit., vol. 40. Col.1115.
- (16) Hansard, op. cit., vol. 42. Col.1050.
- (17) Hansard, op. cit., vol. 43. Col.144.
- (18) Hansard, op. cit., vol. 40. Col.1119.
- (19) Hansard, op. cit., vol. 40. Col.1120.
- (20) Hansard, op. cit., vol. 40. Col.1120.
- (21) 例えば、リーダー (Leader) 議員の見解など (Hansard, op. cit., vol. 43. Col.147)。また、内田教授が、「親子関係の民主化の問題は、一方においては、親権における父と母との間の対等性を要求するであろうし、他方においては、親の利益のために子の利益を害しないようにすることを要請するであろう。……そこで、妻の解放が一九世紀の終わりになってから十分に実現されるようになったとき、はじめて父の親権と対等なものとしての母のそれが、主として立法的改革の問題として登場するようになったのである。ところが、親の利益のために子供のそれをぎせいにしないことの問題は、さらに遅れて登場した」(前掲・七九頁)というように、この法案の審議段階はまさにイギリス家族法における近代的改革のまさに第一段階といえよう。
- (22) Hansard, op. cit., vol. 44. Col.781.
- (23) Hansard, op. cit., vol. 47. Col.550.
- (24) Hansard, op. cit., vol. 48. Col.160.
- (25) Hansard, op. cit., vol. 49. Col.492.
- (26) Hansard, op. cit., vol. 49. Col.493.
- (27) Hansard, op. cit., vol. 48. Col.161.
- (28) Hansard, op. cit., vol. 49. Col.490.

- (29) Hansard, op. cit., vol.47, Col.550.
- (30) Hansard, op. cit., vol.49, Col.493.
- (31) これについては、「この法の下で、裁判所は、親の権利に不利なよりむしろできるだけ有利に判決して、母親や子に不利に裁量権を行使した。それでは、このような限定にもかかわらず、この法は、コモン・ロー上の父親の権利に最初の修正を加えたところから重要である」(Ivy Pinchbeck & Margaret Hewitt, op. cit., vol.2, p.373)。また判例については、P.H.Pettit, op. cit., pp.58-59. 参照。また Susan Maidment, Child Custody and Divorce, p.96 によれば「子の占有を回復しようとする父親や遺言上後見人はほとんどいなかっただけであらうが、それでも有効な手続きはハイビマス・コーパスであった」と述べる。
- (32) この未成年者監護法への評価として、「子の福祉に対する配慮からの流れのように思われる。しかし、その子の福祉は、全く価値のない父親への敬意を教え込むことを求めるように思われる。この法の一側面として、母親の離婚訴訟に有責性をもちこんだことである。しかし、この法は、計り知れない驚くべき改革をなしている。すなわち、父親の絶対権が裁判官の裁量に服するのである。トールフォーズの目的は非嫡出子の母親と嫡出子の母親を同じ地位に置くことであった」(Ivy Pinchbeck & Margaret Hewitt, op. cit., vol.2, p.376)。