

英国 1989 年児童法についての一考察

許 末 恵*

English Children Act 1989: Welfare or Non-Interventionism?

Sue Kyo

I. は じ め に

既に筆者は英国¹⁾の 1989 年児童法 (Children Act 1989) について考察する機会を何度か得たが²⁾、それぞれが個別的な検討にとどまり、同法の基本理念ともいうべきものについて全体的に検討を加えるには至らなかった。

1989 年児童法は、長期間の慎重な議論を経、細部に関する争いはあるものの、超党派の支持を得て成立したもので、子に関する公私法を統一して法典化し、国家機関(裁判所、地方当局等)が子に関して家族に介入する際の新しい枠組を規定したものとして高く評価されている。児童法の基礎には、子は、普通は、両親が、法手続によることなく、完全な役割を果たす家族の中で最もよく世話をされるという信念がある³⁾。この信念を最もよく表わすのは、おそらく「親責任 (parental responsibility)」⁴⁾ 概念であろう(2 条以下)。この信念そのものにはあまり異論はないと思われるが、それを具体的に確保する方策には様々な考え方があろう。児童法は、裁判所命令に関する不介入原則(1 条 5 項)や任意のパートナーシップに基づく子と家族への地方当局のサービス提供等の規定により、親責任の継続を強調する立場をとった⁵⁾。しかし、これらがどのように子の福祉の至高性を確保しているかにつき、やや理解しにくい部分があるように思われる。もちろん、これは、児童法に対する筆者の理解が不十分なためもあるが、自分の生活に関してなされる判断に見解を表明する子の権利、子に対するその責任を果たす親の権利、及び、子の福祉上必要な場合に介入する国家の責務との間でのより良いバランスをめざすという児

童法の目的⁶⁾がこの考え方によってどのように果たされているのかは、なお検討する必要があるように思われる。

本稿は、こうした観点から、1989 年児童法の基本的な法原則について検討するものである。なお不十分な考察にとどまり、かえって誤解を招くだけになるおそれもないわけではないが、今後の研究の前提としても、現在の段階での児童法に対する筆者なりの理解を示しておきたいと考える⁷⁾。なお、引用条文は、特に断らないかぎり、1989 年児童法の条文である。また、本法の対象となる「子」「児童」(child)とは、原則として 18 歳未満の者をいう(105 条 1 項)。

II. 1989 年児童法の制定

(1) 1989 年児童法は、子の監護・保護・養育、及び、子とその家族に対する社会サービスの提供に関する公私法を統合する、近年では最も体系的で広範な児童に関する法改正である。しかも、それは、すべての裁判所、すべての手続で利用できる体系的な法的救済の統一にも及んでいる。児童法は、公私両分野での子の監護養育をカバーする統一的で体系的な制定法典を制定する最初の試みである⁸⁾。なお、ここで子に関する公法とは地方当局の児童ケア責任に関する法を、子に関する私法とは特定の個人、特に親に対する子の監護養育責任の配分に関する法をいう⁹⁾。

(2) 従来、子に関する英国の法は、その時々特定のニーズにこたえるため、特定の救済を断片的に規定するにとどまり、統一性を欠き、複雑で不明確だった。そのため、公私法両分野にわたる見直し¹⁰⁾が、法の単純化、明確化、家族と子に対するより公正なシステムの構築をめざして、1980 年代始めから行なわれていた¹⁰⁾。両者の作業は相互に関連しつつも別個に行なわ

1992 年 9 月 24 日受理

* 一般科

れていったが、最終的にもこれらが別々に制定法になることは、見直しの目的を十分に達するものとはいえない。そこで、児童ケアに関する政府の白書¹¹⁾が公表された後に公表されたロー・コミッションの報告書は、これらの見直しを「子の監護養育に適用される英国法を単一の合理的なシステムに改正する歴史的機会」と捉え¹²⁾、子の監護養育に関する命令を下す裁判所権限の統一というアプローチによって、両者を統合した形での草案を公表した。これは、統一的な法典のあり方やその利点を示すための暫定的草案として、ロー・コミッションによる私法に関する勧告と、ケア命令・スーパーヴィジョン命令を下す裁判所の権限に関する勧告¹³⁾を含めたものにすぎなかったが¹⁴⁾、結局、このアプローチがいられ、さらに、子の緊急保護に関する規定や、子のいる家族に対する地方当局の社会サービスに関する規定も含めて、子に関する公私法を統合した法典が実際に起草されるに至ったのである。

なお、児童法は、先に施行された一部の規定を除き、1991年10月14日から全面施行されている。

III. 親 責 任

1. 親責任の意義¹⁵⁾

児童法の基本哲学は、子に関する親の地位を示す用語として「親責任」という新しい概念を法的に採用した点に最もよく表われているといえよう。これは、子を養育する主たる責任は親にあること、親の地位は、子を身体的及び道徳的に適切に発達した大人になるように育てる義務を根拠とし、かつ、それによってのみ正当化されることを強調するものである¹⁶⁾。

従来、英国法では、子に対する親の法的地位は後見(guardianship)によって理解されていたが、ロー・コミッションは、親たること(parenthood)を主たる概念とし、親代りの立場に立つ後見人の地位とは区別すること、親たることは権利よりも責任であること、国家は、親がその責任を遂行するのを援助し、子が受け入れ難い危険にある場合に限って強制的に介入することを勧告した¹⁷⁾。

また、こうした親子間の法律関係は「親の諸権利義務」「親の権能義務」「諸権利権威」等の用語によって言及されていた。ここで親の「諸権利」ということの意義は、裁判所命令のあるまで、親の諸権利を有する者は、それらの権利を行使して、子に関する行為をなす権限をもつこと、すなわち、子に対しては親のもつ

権能と責任を示すとともに、第三者に対しては親の希望や裁判所によらなくてもできる行為を示すという意味をもった。しかし、子の監護養育に関する事件においては、子の福祉が第1かつ至高の考慮事項である¹⁸⁾から、これらの親の「諸権利」も子のために行使されなければならない。ロー・コミッションが、既にその非嫡出性に関する報告において、親の「諸権利」というのは、司法的分析として不正確だけでなく、通常という言葉としてもミスリーディングであると指摘した¹⁹⁾のはこのためであり、いわば実務を法文に反映させようとしたものにすぎない。この見解は、児童に関する法の見直しにおいても確認され²⁰⁾、上の勧告となった。

「親責任」といってもその実体は従来とほとんど変わらないが、親であることの日常的な現実を反映し、親の立場に立つすべての者の諸責任を強調し、また、ヨーロッパ議会大臣委員会(Committee of Ministers of the Council of Europe)の勧告にも調和する。また、地方当局のケアに子が強制的に委託された場合の地方当局の地位も、同じ概念を使って定義できるという利点もあげられている²¹⁾。

2. 親責任の内容

親責任とは、「法により子の親が子及び子の財産に関して有するすべての権利、義務、権能、責任及び権威を意味する」(3条1項)と定義されているが、その具体的な内容に関しては法律上明示されていない。これらのリストは実際上不可能であり、また、異なるニーズや状況に答えるためにその時々で変わり、さらに、ギリック事件の示したように、子の年齢や成熟性、事件毎の状況によっても異なるからである。ただし、ここでは、子が成長するまでの子の監護養育に関するものに限り、また、従来疑問のあった子の財産の管理に関する親の権能については、後見人と同一とされている(2項、3項)。また、親責任の有無は、子に関して負う義務(制定法上の扶養義務等)や子の死亡に際して子の財産に関してもちうる権利(相続権等)に影響しない(4項)²²⁾。他方、親責任を有さないで子を監護する者は、子の福祉を保護促進する目的で、状況に応じて相当なことをすることができる(5項)。

3. 親責任の取得・行使

(1) 親責任は、子の出生時に父母が婚姻している場合(婚内子)には父母が、婚姻していない場合(婚外子)には母が有する。婚外子の父は、裁判所の命令に

より、又は、母との間で所定の書式でなされ、記録された合意(「親責任合意」)により、子の親責任を有することができる(4条²³⁾。

親責任は、2人以上の者によって分けもたれることができる(2条5項, shared parental responsibility²⁴⁾)。重要なのは、同一の子について、だれか他の者が親責任を得たというだけでは、自己のもつ親責任を失わない点である(6項)。親の別居や離婚はもちろんのこと、親でない者(非親)が居所命令によって親責任を有する場合(12条2項)やケア命令により地方当局が子の親責任を有する場合(33条3項)であっても、親のもつ親責任はなくなる(但し2条8項, 33条3項b号参照)。また、具体的な争点に関する裁判所命令(8条)があれば、その範囲で親責任の行使は制限されることがあるが、親責任自体は継続する。理論的には、親責任は、子についての養子収養命令又は養子収養のための自由化命令によらなければ、なくなるのである。これは、両親の別居や離婚の際の「賞金を減らし(lowering the stakes)」親の責任の継続を強調するため²⁵⁾、子の養育において親の果たすべき役割は裁判所の介入によっても減らないことを強調するため²⁶⁾である。また、親責任を有する者は、親責任の一部又は全部が他人によって満たされるようにアレンジすることはできるが、それを他人に放棄したり、移転することはできない(2条9項²⁷⁾。

(2) しかし、親責任の共有は、それが必ずしも常に共同で行使されなければならないことを意味しない。親責任を有する者は、親責任を有する者全員の同意を要するという規定のないかぎり、単独で、その責任を果たす行為をすることができる(2条7項)。従来、(婚姻している)父母は、子に関して平等の権利と権威をもち、互いに単独でそれらを行使することが認められていた(1973年後見法1条1項)。また、2人以上の者が親の権利義務を共同で有する場合には、他の者が不承認を表明するときを除き、単独でそれらを行使することが認められていた(1975年児童法85条3項)。1989法は、この趣旨を明確にした上、1975年法での拒否権(a power to veto)を廃止した。別段の定めをした裁判所命令のないかぎり、親の平等の地位を保持し、単独で行為する権限を保持することは、両親が子の福祉に関心をもち、責任を感じるように促すという一般的目的から重要だからである。この場合に、子に関する重要事項に関して相互に相談する法的義務は、実際的にも望ましくもないとして退けられ、子を世話する者

が必要ときに単独で判断を下せるべきだとされた。他方親の不承認や裁判所による解決の必要性等を理由にして必要な行為がとられないとすれば、子に危害が及ぶこともあろう。子の養育に関する事項について父母が一致しないときは、されようとしている行為を止めさせようとする側が事案を裁判所に持ち込むべきである²⁸⁾。これらの規定により、子と同居する親は、子の日々の監護についてはほぼコントロールできることになる。

IV. 裁判所手続の諸原則

児童法は、裁判所制度そのものは改正しなかったが、裁判所の管轄及び手続に関し、重要な改正を加えている。その特徴は、児童法による手続について、治安判事裁判所、カウンティ・コート及び高等法院の並存的管轄を認め、最もふさわしい裁判所での事件の聴聞が可能となるような移送権限を認めたこと(詳細は付則11参照)、治安判事裁判所の命令に対し、高等法院への一般的な上訴権を認めたこと(94条)、また、治安判事裁判所における従来の家事手続(domestic proceedings)の名称を家族手続(family proceedings)に、家事裁判所(domestic court)及び家事裁判所パネル(domestic court panel)の名称をそれぞれ家族手続裁判所(family proceedings court)及び家族パネル(family panel)に改めたこと(92条1項²⁹⁾)、などである。これらの法改正の目的は、その複雑さに応じて、適切なレベルの裁判所でケースを聴聞できる柔軟な制度を作り、子に関するすべての手続を同時に同一の裁判所で聴聞できるようにすること、家族事件の経験をもち、特別の訓練を受けた治安判事や裁判官による事件の聴聞を確保することにある³⁰⁾。しかし、これらの検討は別の機会に譲り、ここでは、裁判所手続の3つの指導原則について検討するにとどめる。

1. 子の福祉の至高性

(1) 裁判所は、子の養育又は子の財産の管理もしくはそれから生ずる収入の利用に関するいかなる問題の判断にあたって、子の福祉を裁判所の至高の考慮事項(the court's paramount consideration)とする(1条1項)。改正前は子の福祉を「第1かつ至高の考慮事項(first and paramount consideration)」としていた³¹⁾のに対し、ロー・コミッションは、「第1」なる文言が不明確で混乱を引き起こし、子の福祉に関連しない証

抛や主張を裁判所が考量するおそれもあるとして、子の福祉を「裁判所の唯一の関心事 (the court's only concern)」とするように勧告していた³²⁾。しかし、児童法はこの勧告をいれず—この混乱を解決するためには不十分だとしてロー・コミッションが否定した案であったにもかかわらず—子の福祉を「裁判所の至高の考慮事項」とした³³⁾。大法官は、paramount という言葉は、子の福祉が、命令を下すべきかどうかを判断する際のあらゆる他の考慮事項の前にかつそれらの上に来るべきだという目的の実現にふさわしい用語であるという³⁴⁾。ただし、実質的に旧来の原則を変えるものではなく、従来の実務を反映するにすぎないと解されている³⁵⁾。

(2) 子の福祉に関しては、争いのある 8 条命令及び法第 IV 部による命令に関し、裁判所が特に考慮すべきファクターのチェックリストを規定したことのほうが重要である (1 条 3 項)。こうした関連事項のチェックリストは、離婚手続における財政的供与や財産調整等に関連して既に設けられていた³⁶⁾が、子に関する手続においても、裁判所が事件に関する裁量を行使する際に有益なだけでなく、法の統一と明確化に役立ち、また、裁判所の考慮する事項が明らかになることは当事者にとっても有益であるなどの考慮から、立法化されるにいたった³⁷⁾。

チェックリストにあげられているのは、① (当該の子の年齢と理解力にてらして考慮された) 確かめうる子の希望と感情、② 子の身体的、情緒的及び教育的ニーズ、③ 状況の変化が子にもたらしうる影響、④ 子の年齢、性別、背景、裁判所が関連すると考えるその他の子の特徴、⑤ 子が受けた又は受ける危険のある害、⑥ 親や裁判所が考慮する問題に関連すると思われるその他の者が子のニーズを満たす能力、⑦ 問題の手続において本法により裁判所に利用できる権限の範囲、である。このリストは排他的でなく、ここであげられていない事項を考慮することは妨げられない。

これらの事項は、立法段階で加わった ⑧ 号を除けば、判例で考慮された諸要因のエッセンスをまとめたものとされている³⁸⁾。注意すべきは、子の監護に関する事件はそれぞれの事案毎に判断されるうえ、福祉原則適用の結果は時代によって異なるので、先例に過度に依拠することは危険であるとの指摘である³⁹⁾。今日のように多様な価値観の存在する社会では、この指摘の重要性はますます増しており、チェックリストは柔軟

に利用される必要がある⁴⁰⁾。また、裁判所が考量する際のそれぞれのファクターの相対的な重さに関してリストは触れていないので、結局、子の福祉原則のもつ曖昧さは明らかになっていない。このチェックリストは、裁判所が裁量を行使する際にこれらの事項にその注意を向けさせるというやや制限的な役割を果たすか、あるいは、裁判所がこれらのファクターを考慮しなかったことが明らかなきには上訴が容易になることなどが予想されている⁴¹⁾。

2. 判断の遅れ

子の養育に関していかなる問題が生ずる手続においても、裁判所は、問題決定のいかなる遅れも子の福祉を害するおそれがあるとの一般原則を考慮しなければならない (1 条 2 項)。裁判所は、手続における予定表 (timetable) の作成や、その順守を確保するための指示を下す権限を有する (11 条 1 項、ケア手続につき 32 条)。

具体的には、裁判所は、申立ての実質的な聴聞に入る前に当事者のなすべきことやその予定等について指示を下すための期日 (a directions appointment) を指定することができる⁴²⁾。これは予備聴聞 (a preliminary hearing) で、指示を下す事項は裁判所の広範な裁量に委ねられるが、例えば、手続の予定、子の出廷、訴訟上の後見人の任命、証拠の提出、福祉報告、他の裁判所への移送や他の手続との併合等の考慮・決定を含む⁴³⁾。また、所定の方法での書面による申立てや証拠の準備、その開示の規定等も整備されており、これらの規定は、手続に関する伝統的な英国法にはやや特異といえようが⁴⁴⁾、手続の遅れを減らすとともに、非対審主義的なスタイルの裁判所手続をめざすものであり⁴⁵⁾、子の福祉を確保するために裁判所に課された積極的な責務のひとつとして重要である⁴⁶⁾。

3. 命令の必要性—不介入原則

(1) 法 1 条 5 項は、「裁判所は、子に関して本法による命令を下すべきかどうかを考慮している場合には、命令を下すことが、全く命令を下さないよりも子にとってベターであると考える場合を除き、命令を下してはならない」と規定する。これは、一般に不介入 (non-intervention) 原則と呼ばれているが、政府のガイダンスは、裁判所命令を下さないことの推定 (presumption of no order) と呼ぶ⁴⁷⁾。

これは、裁判所は、子の福祉にポジティブに役立つ

と認める場合でなければ命令を下すことができないとするものだが、その目的は2つある。第1に、例えば、親の離婚のような私法手続で、標準的パッケージの一部として不要な命令が下されないようにすることである。特定の問題の解決に必要な場合に限りて命令が下されるようになれば、親の間の紛争は減り、合意と協調が促される。第2に、ケア手続のような公法手続でも、子の福祉をポジティブに改善する場合に限りてケア命令が下されるようにするためである。ケア命令事由の存在が立証された場合でもなお、裁判所は、子は地方当局のケアにいないほうが良いと判断するかもしれない⁴⁸⁾。

この原則は親責任概念と共通の信念に基づくものだが、その意味するところはかなり大きい。まず、こうした考え方がどこから出てきたのかをみてみよう。

(2) 児童ケア法に関するショート報告⁴⁹⁾は、子が地方当局のケアに入るルートとその基準が不当に多様なために事態が複雑となっていることを憂慮し、ケアへの引取り・委託の法定条件を類似化し、単純化すること、及び、同一の総合的な福祉条件に服せしめることを勧告していた⁵⁰⁾。RCCLはこれをうけて、裁判所命令による子の強制的なケア委託に関し、子に対する現実の害又は害のおそれという統一的条件を提案し、それが相当程度の親の監護の欠如によること、及び、そうした命令が、裁判所に利用できる手段のうち、子の福祉の保護促進の最も効果的な手段（命令を下さないことも含めて）であることを裁判所が認めなければならないとした⁵¹⁾。これは、子の福祉に対する危険のないときや危険があっても命令が有害無益のときには命令は下されないが、必要な場合には命令は下されることを保障するためである。

こうしたケア手続での命令事由の再構成と、ワードシップを除く家族手続での事由の同一化は白書のうけいれるところとなり、白書は、裁判所命令が下される条件として、a) 子に対する害又は害のおそれの証明、b) それが相当水準の親の監護の欠如又は子が親のコントロールをこえることによること、c) 提案されている命令が、裁判所に利用できる手段のうち、子の福祉を保護する最も効果的な手段であること、を新事由として提案した。c) の理由は、何が子の最良の利益になるかを判断するとき、あるいは、強制的手段によらずとも状況が満足的に処理できるかどうかを判断するときに、裁判所の関心をすべての選択肢（スーパーヴィジョン命令の付与、命令なし、あるいは、監護権

命令等）に向けるためのものである⁵²⁾。公法でのこの勧告は、裁判所の関与を必要な場合に限り、かつそれが親の養育責任を強化する形でなされることを保障しようとするものといえよう。

(3) ところで、子に関する裁判所命令は、通常は親の別居や離婚に伴って下されることがほとんどであろう。その際、最も重要なのは、子に及ぼす離婚の（悪い）影響をできる限り小さくすることである。そのためには、このような場合にそもそも裁判所命令が必要なのかどうか、必要として、その場合の裁判所命令のあり方が問題となってくる。後者の問題は次章で検討するとして、ここでは前者の問題をみてみよう。

親の離婚や別居の際に、子に関する裁判所の命令は常に必要なのだろうか。かつて父が子の唯一の後見人だったときには、母が親としての責任を得るために裁判所命令が必要だったが⁵³⁾、父母が平等の地位を有する今日でも、争いのあるケースの割合は非常に少ないにもかかわらず、子の監護に関する何らかの命令はほとんど常に下される傾向にある。当事者間に争いがなくても命令を下すのは、それが、ソリシタにとっては依頼人のための「パッケージの一部」、裁判所にとっては子のためになされるアレンジメントの承認（後述）というその責務の一部とみなされているためであろう。

命令が下される利点としては、① 子と同居する親に安定と信頼を与える、特に、配偶者（夫）の暴力が伴う場合には重要である、② 父母それぞれの役割を明確にする、③ 明示の申立てがあり、特別の理由のあるときに限りて命令が下されるとすると、申立ては敵対的な性格を帯び、また、正当な申立てがくじかれるおそれがある、特に監護している母の、離婚に際しての交渉（bargaining）を不利にするおそれがある、④ 住宅当局や社会保障当局、教育・医療等の関係者も子と当事者の法的地位を明確に知ることができる、などがあげられる。

しかし、実際に裁判所によって命令が下されても期待されるような地位の明確化は得られないし、裁判所が関与したからといって子の監護に関する状況が改善されるわけではない。また、子が両親と良好な関係をもっている場合には、法は可能な限り介入すべきでなく、監護権やアクセスを配分する裁判所命令はこうした関係に悪影響を及ぼす。特にコンシリエーション・サービスの利用等により友愛的な雰囲気の中で離婚ができるようになれば、裁判所命令がなくても、両親は自分たちで責任あるアレンジメントをすることができ

るようになる。

ロー・コミッションは、このような考慮から、裁判所は常に命令を下す必要もない反面、たとえ争いのないケースでも子の利益を促す場合には命令を下すというより柔軟なアプローチをうちだした。そして、裁判所は、それが子の福祉の保護促進の最も効果的な方法である場合に限り命令を下すように勧告したのである⁵⁴⁾。これは、公法における同様の勧告にも調和するものであった。

(4) 公私法でのそれぞれの勧告は、裁判所命令は、子の福祉を保護促進する手段のうち、最も効果的な(the most effective) 手段である場合に限り下されるというものである。それに対し、児童法の規定は、命令を下すことが命令を下さないよりもベターであると認める場合を除いては、命令を下してはならないとする。文言の変更にもかかわらず、これは同一ないし非常に類似の効果をもたらすものと説明されている⁵⁵⁾。また、法案の審議過程でもこの条項に関してはあまり問題になっておらず、草案通りに条文化されている。

この原則の適用は、おそらく、離婚の際の子の監護に関する新しい婚姻事件法の規定に最もよく見ることができよう。公法手続に関しては後述するとして、この改正についてやや詳しくみることにしよう。

4. 婚姻事件法の改正

(1) 離婚や婚姻無効、司法別居の手続における子の監護権やアクセス、地方当局のケアへの委託等を規定した1973年婚姻事件法42条から44条の規定は1989年法によって廃止され、同法第II部の規定に代わられた。また、1973年法42条3項により婚姻当事者が監護権や後見に関して不適であると宣言する裁判所の権限も廃止されている。

しかし、1973年法に関して最も重要なのは、おそらく41条の改正であろう。改正前の41条によれば、裁判所は、当事者のした家族の子(child of the family)⁵⁶⁾の福祉のためのアレンジメントが満足的か、その状況における最良のものであること、又は、当事者がこうしたアレンジメントをするのが实际的でないことを認めないかぎり、最終的な離婚判決を下してはならなかった。それに対し、児童法はこれを、裁判所は、同条の適用される家族の子がいるかどうか、いる場合には(その養育と福祉のためになされ、又は提案されているアレンジメントにてらして)子に関する1989年児童法の権限を行使すべきかどうかを考慮(consider)し

なければならないという規定に改めた(付則12,31節)。例外的な場合には裁判所が権限を行使するまで離婚判決を下さないことができるが、かつてのように、子に関するアレンジメントについて満足する必要はない。当事者は子に関するアレンジメントの詳細を裁判所に提出するように期待されるが、裁判所は、そのアレンジメントを承認する必要はなく、単に1989年法での権限を行使すべきかどうかを考慮するにすぎない。

(2) 親の離婚や別居に際し、裁判所は常に子の監護権、扶養及び教育について命令を下す広範な権限を有するが⁵⁷⁾、子の監護養育に関してなされたアレンジメントが満足的であると認めない限り離婚の最終判決を下してはならないとされたのは、1958年法⁵⁸⁾からである。この条文は、直接は、1950年の婚姻と離婚に関する王立委員会(モートン委員会)⁵⁹⁾の勧告に基づくものだが、それ以前に既にデニング委員会⁶⁰⁾がこの問題について検討していた。

デニング委員会は、当時の法手続が子の福祉を十分に考慮せず、親の利益に従属させている現状を批判し、離婚する親には子の将来を決定する絶対的な権利はなく、親とは別個に子の利益を考慮する必要があると指摘する。そして、離婚によって子の受ける心理的影響に対処するため、親子双方に熟達した助言とガイダンスが必要であり、また、離婚の問題を処理する裁判所にもそれらは必要であるとして、裁判所福祉官による親への助言とガイダンスの提供、離婚申立てには子の年齢、過去・現在・将来の家庭、扶養、教育に関する陳述(statement)を含むこと、及び、福祉官による子の監護に関する調査などを勧告した。

この勧告は、1947年規則(Matrimonial Causes Rules, 1947)で具体化されたが、实际的でなく、後に廃止されている。申立ての時点では子の将来の家庭や教育の詳細はまだはっきりしないこと、子のためのアレンジメントは裁判所での争点ではないこと、さらには、裁判所にはこの要件の順守を強制する手段がなく、形式的に、あるいは、慎重な調査もなく処理される傾向にあったためである⁶¹⁾。

この経験をふまえ、モートン委員会は、子のためのアレンジメントの承認を離婚判決取得の前提条件とすることで、規定の実効性を図ることにした。モートン委員会も、大多数のケースで親が子の福祉の最良の判断者(the best judges)であること、子のためのアレンジメントについての親の合意を覆すには強い証拠を要することを認めている(モートン報告371節)。他方、

当時の手続は子の将来について最適なアレンジメントを保障するものになっていなかったが、それは、だれかが子の利益の面倒をみる特別の責任を負っていることを確保する適切な手段を欠いていたからであり、その責任は裁判所に課されるべきであるとした（367 節）。そして、親が子の将来の福祉の問題を十分に考慮することを確保し、かつ、子の福祉に対する裁判所のコントロールがより効果的になるような手続が必要であり、具体的には、子の福祉について裁判所が満足するまでは、離婚の最終判決は得られないとする制定法規定を勧告した（372 節）⁶²⁾。また、裁判所がその責務を果たすためには事件についての関連情報をすべて有する必要があることから、必要な場合に裁判所福祉官による独立の調査と報告も求めることができるとした（373-374 節）。こうした手続により、子の利益は離婚事件においても裁判の争点であり、離婚そのものと同様に重要な問題であることが確保されるだけでなく、子に対する親の責任感も増し、また、婚姻解消後の新しい状況での子のための最良のアレンジメントにむけて当事者が努力することの重要性も増すとされた（376 節）。

さらに、子のアレンジメントに関する提案が不満足なため、子が婚姻当事者以外の者の監護に委ねられるべき場合には、普通は親族に委ねられるが、それができない場合には地方当局のケアに子を引き取ってもらう必要があり、その権限を裁判所がもつことも勧告された（395 節）。

(3) こうした勧告と、それをうけた法規定は、未だ離婚が少数の例外的事象にとどまり、離婚に巻き込まれる子の数も少なかった段階でのものといえる。従って、その後の離婚法及び離婚手続の改革により離婚件数が増え、また、離婚に対する社会的許容性も増してくると、必ずしもこうした考慮が当てはまるとはいえなくなってくる。離婚が避けられないとしても、離婚による家族生活の破壊から子の受ける悪影響をできるだけ最小限にするためにあらゆる努力がされなければならないという点では、当時も今も一致しようが、それを具体的に実現する手段については大きな隔たりがみられるようである。裁判所の関与によって親の責任感を増そうとしたモートン委員会のアプローチは、今日ではやや疑いの目をもってみられているといえよう。

(i) この点を問題にしたのは、1985 年の婚姻事件手続に関するブース委員会報告⁶³⁾である。

ブース委員会は、離婚をめぐる法及び社会状況の変化を背景に、今日では離婚そのものよりも、離婚に伴う諸問題（財産的調整や扶養、子の監護権等）に中心が移っており、それらの問題について当事者自身で合意に達するように促し、援助するための手続法の改正に勧告の主眼を置いている（2.8 節）。同委員会は、裁判所の内外におけるコンシリエーションの進展とその成果を広くとりいれようとしており⁶⁴⁾、子の福祉に関するアレンジメントについてもその考慮は働いている。

ブース委員会は、離婚によっても、子の福祉に対する責任は主として親が負うという事実是不変であり、離婚する父母は子に対する共同責任を維持し、協力するように励まされ、助言されることが重要であるという立場にたつ。1973 年法 41 条の規定は、離婚する父母に、子の利益の重要性やその保護を確保する裁判所の義務を想起させるのに役立ち、場合によっては裁判所の介入が子に対する父母の責任遂行を援助することもできる。本条により裁判所に課された義務は審判的機能ではなく、パターナリズムの色合いがあるという主張をブース委員会は認めるものの、子のためのアレンジメントという事項の一般的重要性に鑑み、有効な代替策がないままの 41 条の廃止は勧告せず、ただ、裁判所が子のためのアレンジメントを考慮する方法に関して、手続の改正を提言する⁶⁵⁾。その際、特に念頭に置かれたのは、父母の共同責任の継続を強調するために、早い段階で両親を関与させる必要性であった（2.23-24 節）。

(ii) ロー・コミッションも、ブース委員会と同じく、本条の廃止ではなく、より控え目なものへの改正を勧告する⁶⁶⁾。

ワーキング・ペーパーは、1973 年法 41 条の規定につき、詳細な検討を行っている⁶⁷⁾。それによれば、同条の本来の目的は、① 離婚の防止、② 離婚する親が子のためにできる最良のアレンジメントをなすように確保すること、及び ③ 保護手段の必要なケースの判別にあり、同条はこのいずれの目的も達していないという。現行手続では、裁判所の利用できる情報は限られ、調査の行なわれるケースも少なく、しかも手続にかかる時間の不足（平均 5 分）から、この手続は表面的にすぎないとの印象を与えかねない。また、大多数のケースで裁判所は既存のアレンジメントを容認しており、裁判所が状況を改善できる範囲は非常に限られているし、承認されたアレンジメントの順守を確保する手段

もない。特に危険にある子の保護にこの手続が効果的ともいえず、この手続によって親の責任を促す一方で、裁判所のコントロールをより効果的にしようとしたモートン委員会の目的自体、矛盾しているという⁶⁸⁾。また、当事者のアレンジメントが満足的かどうかの認定は、裁判所が不必要にその意見をおしつけることになり、当事者に親としての責任感を自覚させることにもならないとされた⁶⁹⁾。

そこで、具体的には、本条を1978年家事手続及び治安判事裁判所法8条の要件に合わせることが勧告された。同条は、子に関して命令を下す権限を行使すべきかどうかを決定する義務を裁判所に課すにとどまる⁷⁰⁾。つまり、裁判所は、子の利益において命令を下すべきかどうかを判断するにすぎず、ある解決がどのように満足的に達せられるかについての見解を表明する必要がない。これによれば、状況に応じ、全く命令を下さないこともできると同時に、何らかのサービスを必要とする家族や子にはその機会を与えることもできるという利点もある。そこで、1973年法についても同様の義務に改めるとともに、1989年法での権限行使の可否を決定するために、子のために提案されたアレンジメントを考慮する義務を裁判所に課することが勧告された。この要件のもとでも、裁判所は、例外的な場合には離婚判決を下さないこともできるし、必要な場合に調査を命じたり、適切な機関(コンシリエーション・サービス等)へ当事者を回すこともできる。

(4) 多くの調査研究が、改正前の1973年法41条の実際の運営が不満足なことを明らかにしていたが⁷¹⁾、その改正は政治的に困難と目されていた。しかし、児童法は付則12においてそれを成し遂げた。本条の改正及び不介入原則により、離婚や関連手続における命令数は劇的に減少するだろうし、命令が必要な場合でも、必要な側面に限った命令に改められた(V参照)ことで、当事者の間の協調や、合意や取決めに至るための試みも大いに増すものと思われる⁷²⁾。そこで次に、この命令についてみることにしよう。

V. 家族手続における8条命令

従来、子の監護養育に関する裁判所命令に関しては、離婚や後見などの手続によって利用できる命令が異なるうえ、それらの命令の効果が明白でなく、十分理解されていないことや、特に共同監護権(joint custody)に関して裁判所毎に意見と実務がかなり異なるなどの

批判があった⁷³⁾。児童法は、子の養育に関して生ずる実際の問題を決定するのに十分な範囲の命令を規定し、こうした命令がすべての手続及びすべての裁判所で利用できることにして、統一的な裁判所命令を規定した⁷⁴⁾。本章では、このうち、家族手続における8条命令についてみることにする。

1. 家族手続

1989年児童法において家族手続(family proceedings)とは、子に関する高等法院の固有の管轄での手続、1989年法第I部・第II部・第IV部での手続、1976年養子法での手続、及び、直接子を対象とするものではないが、離婚等子の監護養育が争点となる一定の立法での手続をさす(8条3項、4項)⁷⁵⁾。また、本法での手続は、治安判事裁判所に関しては、家族手続と扱われる(92条2項)。これらの手続では、子の監護養育に関する私法上の規制は、児童法で新たに規定された裁判所命令(8条命令)の枠組によることになった。

2. 8条命令

(1) 新たな命令の枠組は、親の別居や離婚後、最も良くやっていけるのは、両親と良好な関係を保つことのできる子であることを前提とする⁷⁶⁾。両親が既に子の養育に関して協調できる場合には法はできるだけ干渉すべきではなく、問題のある場合には法は「賞金を減らす」ことに努めるべきであって、勝者がすべてを取ったり、敗者がすべてを失うようなことであってはならないし、いずれの場合も、命令は将来の紛争や訴訟の機会を減らすものでなければならないとされた。

ロー・コミッションのワーキング・ペーパーは、監護権(custody)や事実上の監護(care and control)、アクセスを、その順に重要性が減っていく、大きさの異なる権能責任の束とみるのは誤りであると指摘する。アクセスによってであれ、子と一緒にいる親は、監護権や事実上の監護を有する親と同様の責任をすべて有している。両親の間で監護権と事実上の監護、アクセスと分けるのは、質的なものではなく、時間的なものであるから、これは特定の権能責任の束の配分ではなく、「時間配分(time sharing)」の問題である。裁判所の仕事も、両親の間で子の時間の配分を決めることであり、子と一緒にいる親が事実上の監護を有するべきであるとする。

たいていのケースで子は親の一方のところより長い時間を過ごす⁷⁷⁾、それだけで、その親が他方親より

も良いとか、適しているというわけではない。また、このアプローチは、子の日々の養育責任の平等な配分を促す。親のもつ権能や責任は、事実上の監護という事実によって実体を与えられるから、親の責任は大体は「子と一致する (run with the child)」⁷⁸⁾。さらに、いずれの親もその親責任を独立に行使する権能を保持するので、子と一緒にいない親（不在親）も、拒否権こそないものの、必要ならいかなる争いも裁判所にもちこむことができる、などの利点もあるという。

親の諸権利の配分を中心とする現行の命令制度では、親が子に関するそれぞれの親責任を適切に果たすことよりも、子と同居する親の行動を不在親がコントロールできるかどうかを中心に中心がおかれやすい。新しいアプローチは、親の地位は日々の責任のことであるという現実を反映し、また、ほとんどのケースでの実際上の問題が、子の住む場所と不在親との面接の頻度にあることから、監護権及びアクセスの命令を事実上の監護に関する単一の命令に代え、父母の間で子の時間の配分を命ずるスキームが勧告された⁷⁹⁾。

それに対し、報告書は、用語上の問題、及び、紛争の起こらない限りこれらの事項を詳細に決める命令は望ましくなく、また、両親は、自分たちのアレンジメントについて合意することができること、そのアレンジメントは、ニーズや状況の変化に応じられるように柔軟でなければならないことなどの理由から、裁判所は、時間の特定ではなく、子はどこに（より正確には誰と）住むべきか、誰と会うべきか、及びその他の解決されるべき特定の事項について処理すべきであると、新しい4つの命令類型を勧告した⁸⁰⁾。

(2) 8条は、以下の4つの命令を規定する⁸¹⁾。

交流命令 (a contact order)

子が同居する者又は同居すべき者に対し、子が本命令に名をあげられた者を訪問しもしくはその者のもとに滞在すること、又はその者と子がその他の方法で互いに交流するのを認めるように要求する命令。

禁止命令 (a prohibited steps order)

子に関する親責任を果たすために親のとりうるステップで本命令に特定された種類のものは、裁判所の同意のない場合には、いかなる者によってもとられてはならないとする命令。

居所命令 (a residence order)

子が同居すべき者について取り決める命令。

特定事項命令 (a specific issue order)

子に関する親責任のいかなる側面に関しても生じ又は生じうる特定の問題を決定する目的で指示を下す命令。

これらの命令、及び、これらの命令を修正し、又は取り消す命令を8条命令 (a section 8 order) という(8条2項)。これらにより、従来の監護権及びアクセスに関する命令は廃止された。

8条命令は、子の親・後見人、子に関して有効な居所命令を得た者、その他裁判所の許可を得た者の申立て⁸²⁾、又は、裁判所自身の発議 (motion) により、下されることができる(10条)。必要な場合には命令に条件を付けることができる(11条7項)ので、柔軟な運用が可能である。なお、16歳に達した子に関しては、精神障害児であるなどの例外的な状況があると認める場合を除き、8条命令を下すことはできない(9条6項、7項)。また、1条の諸原則が適用されることもいうまでもない。

(i) 居所命令は、従来の監護権命令に代わるものといえるが、より柔軟で、様々な監護取決めができる点と、居所と親責任が全く別個の概念とされる点が異なる(III参照)。父母の間での居所命令は、子がどちらの親と住むかを規制するにすぎない。しかし、親又は後見人でない者（非親）が居所命令を得た場合には、その者は子に関する親責任を得る（子の養子縁組の同意（拒否）権や子の後見人任命権を除く。12条3項、4項）。親もその親責任を失わず(2条6項)、居所命令の有効な間は、いかなる者も、子の親責任あるすべての者の書面による同意又は裁判所の許可なくして、子の姓を変えたり、子を1カ月以上の期間連合王国外に移動することはできない(13条)。

(ii) 従来のアクセスが監護しない親に対して認められていたのに対し、交流命令は、子が命令に名をあげられた者を訪問したり、その者のもとにとどまるように規定する。子と交流する者は親に限られないし、1人の子に関して複数の交流命令が下されることもできる。子が親を訪問し、そこにいる間は、その親は自己のもつ親責任をすべて行使することになる。

(iii) 禁止命令と特定事項命令は、ワードシップ管轄にならったものである。子が裁判所の被後見人になると、子の生活に関するいかなる重要なステップも裁判所の許可なくしてとることができなくなるが、禁止命令は、これをより具体的な要件のもとに制定法に取り込み、親責任行使の具体的な禁止を規定するものである。例えば、禁止命令は、居所命令のない場合に子

の国外への移動を禁止するために申し立てることができる。しかし、親責任の行使の外にある事項に関しては利用できない。

特定事項命令は、単独で、又は居所命令や交流命令と一緒に下されることができる。この命令は、例えば子の教育や医療処置等、子の養育の特定側面に関する具体的な紛争を親が裁判所にもちだし、裁判所が子の福祉に即してそれを解決するのを可能にするものである。これらの事項に関して決定する一般的な「権利」を親の一方に与えるものではない。

禁止命令と特定事項命令は、居所命令や交流命令と同様の結果を事実上達成できるが、それらに代わるものではないので、後二者により達成可能な結果を得るために前二者を下すことはできない(9条5項a号)。

(3) ケア命令によって地方当局のケアにいる子に関しては、居所命令を除いて、8条命令を下してはならない(9条1項)。こうした子に関して居所命令が下された場合には、ケア命令は終了する(91条1項)。ケアにいる子に関しては、地方当局は、親等との相当の交流を認める制定法上の義務を負っており(34条)、交流をめぐる紛争は同条によって解決される。また、ケアにいる子の処遇に関し、裁判所が禁止命令や特定事項命令によって地方当局に指示を与えることは、地方当局によるその制定法上の親責任の行使に不当に干渉することになるので、認められない。ただし、子が法第III部により任意にアコモデーションを提供されている場合には、9条1項の制限はない。

さらに、地方当局は居所命令又は交流命令を申し立てることができず、裁判所も地方当局のためにこれらの命令を下してはならない(9条2項)。地方当局が子のための親責任を得るためには、31条以下の要件を満たして、ケア命令を得なければならない。

VI. 地方当局による子と家族へのサービス

1. 原則

(1) 法第III部は、従来の児童ケアに関する法を大幅に改正し、地方当局による子と家族を支援する(家族支援(family support))諸サービスの提供について規定する。法改正は次の3つの基本原則に基づく。第1に、子を養育する主たる責任は親にあり、国家の援助は家族崩壊の危険を減ずる場合に限られる。第2に、要援助家族へのサービスは、親との任意のパートナーシップ(a voluntary partnership)に基づいてアレ

ジされる。家から離して子を世話することが必要な場合には密接な交流が維持され、適切な場合には可能な限り速やかに再結合される。第3に、子を監護する親の法的権能と責任を地方当局に移転するには、適正な法手続(due legal processes)に従った完全な裁判所聴聞(a full court hearing)によらなければならない⁸³⁾。

(2) 従来、地方当局は、子をケアに引き取りもしくはケアにとどめる必要性、又は子を少年裁判所に連れていく必要性を減らすことで、子の福祉を促進するような助言・指導・援助を与える義務を負っていた(1980年児童ケア法1条1項、1963年児童少年法1条)⁸⁴⁾。それに対し、1989年法では、地方当局は、そのニーズに適した諸々のサービスを提供することで、地域内の要保護児童の福祉を保護促進し、かつ、この義務と調和する限りで家族による子の養育を促進する一般的な義務を負う(17条1項)。家から離して子を保護することになっても、それは、長期的な家族崩壊の危険を減らすという目的のために、家族への必要な援助手段のひとつとして積極的に容認される必要がある。ただし、強制的な手段によって子を長期的にケアに引き取る必要性を減らす義務もお認められている⁸⁵⁾。

ここで要保護児童(children in need)とは、a) 地方当局によるサービス提供がなければ、相当水準の健康・発達に達しもしくはそれを維持すること、又はその機会をもつ見込みのない子、b) 地方当局によるサービス提供がなければ、健康・発達が重大に又はさらに害されるおそれのある子、及び、c) 障害児である(17条10項)⁸⁶⁾。従来の児童ケア法によるサービスと、国民扶助法や国民保健サービス法等の保健・福祉立法による障害児等に対するサービスとは統合され、およそ保護を要する(in need)子のいる家族に対しては、児童法第III部による統一的な枠組の中でのサービスの提供が可能となった。これらのサービスは、現物で、例外的な状況では現金によって(6項以下)、子自身又は子の家族⁸⁷⁾、その構成員に提供されることができる(3項)。

(3) 地方当局の具体的な義務と権限は、付則2第1部(1-11節)に規定されている。子のニーズに即したサービスを提供するためには、まず子のニーズを適正に判定し、それにふさわしいサービスを用意する必要がある(1-3節)。そのため、地方当局は、他の当局や民間団体、商業セクターとも協力して、十分な範囲とレベルのサービスを利用できるようにしなければならない

ない⁸⁸⁾。ニーズに応じた最良のサービスを提供するためのプランニングも必要である。

また、地方当局は、広範な予防義務を負う。地方当局は、本部のサービス提供により、子に対する不当な扱いや放任を予防する相当なステップをとらなければならない(4 節)⁸⁹⁾。地方当局は、子に関する裁判手続(ケア命令・スーパーヴィジョン命令の手続、子に対する刑事手続、子を地方当局のケアに委託する他の手続、子に関する高等法院の固有の管轄での手続)を申し立てる必要を減らし、また、子が刑事犯罪を犯さないように促す相当のステップをとるなどの義務を負っている(7 節)。

子が家から離れている場合には、地方当局は、子が家族と同居できるよう、また、家族との交流を促進するように、相当なステップをとらなければならない(10 節)。

2. アコモデーションの提供

(1) 地方当局は、④ 親責任を有する者がいない子、⑤ 迷い子、遺棄された子、⑥ 子の世話をしていた人が(恒久的か否か、また、理由を問わず)子に適切なアコモデーション(宿泊)又はケアを与えることを妨げられている結果、アコモデーションを必要とすると思われる要保護児童に対し、アコモデーションを提供しなければならない。(20 条 1 項)。従来、地方当局は、同様の事情のある場合に子をそのケアに引き取る義務を課されていたが(1980 年法 2 条)、この義務は上記のものに代わり、いわゆる任意ケア(voluntary care)は廃止された。また、地方当局は、アコモデーションの提供が子の福祉を保護促進と思われる場合には、要保護児童でなくても、アコモデーションを提供する権限を有する(4 項)。16 歳に達した要保護児童にはアコモデーションを提供できないのが原則だが、その福祉が重大に害されるおそれのある場合には提供できる。(3 項、なお 5 項参照)。

地方当局は、アコモデーションの提供によって子に関する親責任を得ることはなく、親が親責任を保持する(なお 2 条 9 項、3 条 5 項参照)。地方当局の関与は親との合意によるので、親責任を有する者で、アコモデーションを提供する(又はそのアレンジをする)能力と意思のある者が反対する場合には、アコモデーションは提供されない(7 項)。また、子の親責任をもつ者は、いつでも子をアコモデーションから移動できる(8 項)。従来、親は、6 カ月以上任意ケアにいた子を

引き取る場合には、28 日前に通知をしなければならない(1980 年法 13 条)が、これは、任意のパートナーシップに基づくアコモデーションの提供という概念にそぐわないとして、廃止された⁹⁰⁾。親による引取りやそれに通知を要するかどうかも含め、子のためのアレンジメントについての詳細は、親と地方当局の間で取り決められる。

また、従来、任意ケアににいる子に関し、一定の場合に「決議(resolution)」という行政手続によって親の権利義務を地方当局に移転することが認められていたが(1980 年法 3 条)、これもアコモデーション提供の任意性に反するうえ、このような判断は裁判所によって行なわれるべきであるとして、廃止された⁹¹⁾。

ただし、子に関する居所命令を得た者、又は高等法院の固有の管轄行使による命令の結果子のケアを有する者がアコモデーションの提供に同意している場合、及び、16 歳に達した子がアコモデーションの提供に同意している場合には、7 項 8 項の規定は適用されない(9-11 項)。なお、地方当局は、アコモデーションの提供の前に、相当に実際的で子の福祉にかなう限り、アコモデーションの提供に関する子の希望を確かめ、その年輪と理解力にてらして、確かめうる子の希望を十分に考慮しなければならない(6 項)。

しかし、こうした任意のパートナーシップの強調が子の福祉を危険にさらすことになってはならないから、必要な場合には、地方当局は子への危険のアセスメントを継続し、強制的手段を申し立てることも躊躇すべきでない(そのため、旧法と異なり、子が任意でアコモデーションを提供されている場合でも、地方当局はケア命令等の申立てができる⁹²⁾)。とはいえ、地方当局は、任意のサービス提供により裁判所による強制的介入の必要性を減らす義務を負っていること(付則 2.4・5・7 節)、パートナーシップがうまく進展すれば、ほとんどのケースでケア手続や緊急行為をとる必要はなくなり、また、強制的手段のない場合のほうが純粹のパートナーシップは達成されやすいなどの理由から、地方当局は、強制的手段による前にまず、④ 子に関する決定について親と相談し、通知する、⑤ 相当に実際的でかつ子の福祉になる場合には、親や家族と子との交流を促す、⑥ 子が帰宅できる安全で安定した環境が得られるように親に働きかけたり、子のための満足的な代替託置を見つける、などを試みるように要求されている⁹³⁾。

(2) こうした家族支援のための諸サービスの規定

は、従来のややネガティブなものとは違った家族観や家族への関わり方を示すものといえる。すなわち、家族には、自分たちの問題を処理する能力も、コミュニティにある支援資源をみつけ、利用する能力もあるのが普通である。自分たちで問題を解決できず、子を十分に監護できなくなってしまう家族もいるが、彼らが社会サービス局に支援と援助を求めてきても、スティグマや親責任を失うおそれをもつことなく、ポジティブな応答を受けるべきである。地方当局のサービスは、かつてのケア引取りのように親の不足 (shortcomings) を理由に提供されるのではなく、識別された子のニーズに答えるために提供されるのである。地方当局によるアコモデーションの提供も、地方当局が提供できる様々な支援サービスのひとつにすぎない。しかも、それは親によって選ばれ、地方当局は、親とのパートナーシップにおいてサービスを提供する。かつてのスティグマとしてのケア、最後の手段 (last resort) としてのケアではなく、子と家族に対するポジティブな支援サービスのひとつであることが強調される⁹⁴⁾。

3. 地方当局の義務

(1) 地方当局は、その世話をする子に対し、一定の義務を負う。地方当局の世話をされる子 (a child who is looked after by a local authority) とは、地方当局のケアにいる子⁹⁵⁾、及び、24 時間をこえて地方当局のアコモデーションを提供されている子をさす (22 条 1 項, 2 項)。

まず、地方当局は、一般的に、子の福祉を保護促進する義務、及び、親もとにいる子に利用できるサービスで相当と思われるものを利用する義務を負う (3 項)。

地方当局は、子に関するあらゆる決定を下す前に、相当に実際の限り、子、子の父母、子の親ではないが親責任を有する者、その他その希望と感情が関連すると当局が考える者の希望と感情を確かめなければならない (4 項)。また、子や父母等の確かめうる希望と感情、子の宗教・人種的出自・文化的言語的背景を十分に考慮しなければならない (5 項。公衆を保護するための例外については 6 項以下)。つまり、子に関するいかなる判断形成にも、親や子が参加し、地方当局と相談しなければならないのである。これは、親が常にその親責任を保持することにてらし、親とのパートナーシップは、地方当局の権限や義務、地方当局がとる必

要のある行為等について親が助言や説明を受けることによつてのみ達成されるという立場を示すものである⁹⁶⁾。

このパートナーシップの基礎は、具体的には、子のケースに関するプランニングとレビューに親や子に関与させることで、築かれる。地方当局は、世話をしようとし、又はアコモデートしようとする子についてのプランを、子 (16 歳に達している場合) や子の親責任をもつ者等と相談して、託置の前に書面に作成しなければならない⁹⁷⁾。プランニングは、子の福祉の保護促進という一般的な義務の履行を目的とするが、より具体的にはいわゆる浮遊 (drift) を予防し、家族と子に焦点をあてるためのものである⁹⁸⁾。

こうしたプランにそつて子が世話をされ、あるいはアコモデートされる間、その福祉が最も効果的な方法で保護促進されていることを確かめるため、地方当局は、規則に従い、その世話をする子のケースを定期的にレビューしなければならない (26 条 1 項, 2 項)⁹⁹⁾。レビューは、継続するプランニングと、子のためのプランの再考慮の過程と位置付けられる¹⁰⁰⁾。

(2) 世話をする子に対し、地方当局は、アコモデーションの提供やその他の方法により子を扶養する義務を負う (23 条 1 項)¹⁰¹⁾。具体的には、親や親族、里親等への家族託置 (family placement)、施設への託置その他の適当なアレンジメントによる (2 項以下、付則 2 第 II 部等)。託置にあたっては、子の親や親族等、子とつながりのある者への託置、子の家庭のそばの託置、兄弟姉妹一緒に託置、障害児の場合にはそのニーズに適した託置等が要求される (6 項以下)。

地方当局は、世話をされる子とその親等との交流を促す義務を負っており (付則 2, 15 節)、必要な場合には訪問のための費用を支払うことができる (16 節)。また、親等の訪問のない子にはヴィジターが任命され、子を訪問し、助言を与え、友となる (17 節)。

(3) 従来のケアに関する問題のひとつに、ケアにいる子に関する地方当局の判断を争う方法の不備があげられていた¹⁰²⁾。しかし、かといって、地方当局が世話する子に関する判断をすべて裁判所が下すとしたり、あるいは、地方当局の判断をすべて裁判所で争うことができるとするのも行き過ぎであろう。地方当局の判断すべきことと裁判所の判断すべきことを区別すること、地方当局が、いわば子の親代りとして、子の日常的事項の判断については広範な裁量を有する必要は認めるとしても、それらの判断を親や子等の関係者に

とってより公正なものにすること、他方、親や子の権利義務に直接影響を与える長期的判断は裁判所が行なうことが少なくとも必要であろう¹⁰³⁾。

親との任意のパートナーシップの強調や親の親責任の継続、プランニングやレビューへの親や子の参加なども、地方当局の判断形成をより公正なものにし、そのアカウンタビリティを高めるための方策とみることができるが、さらに児童法は、法第 III 部に関する地方当局の機能の遂行に対し、世話をされる子、子の親、子の親責任を有する非親、地方当局里親、その他子の福祉に十分な関心をもつ者がした主張 (representation) (不服申立て (complaint) を含む) を考慮する義務を地方当局に課している (26 条 3 項以下)。具体的には、独立した者を含むパネルを設置し、これらの主張を考慮して、必要に応じて勧告を出すなどの手続を置かねばならない¹⁰⁴⁾。

また、特に争いの多かったケアにいる子と親のアクセスの問題¹⁰⁵⁾に関しては、まず、地方当局に、家から離れた要保護児童や世話をする子と親との交流を促す義務を一般的に課した(付則 2, 10 節, 15 節)。子が任意にアコモデーションの提供を受けている場合には、交流もまず当事者間の取決めによるので、子との交流を拒否された親はその取決め自体を打ち切ることになる。ケア命令や緊急保護命令のある場合には、地方当局は、子と父母等との相当の交流を認めなければならない(34 条, 44 条 13 項)。従来、ほぼ完全な地方当局の裁量に委ねられていたこの問題を、私法での規制と同じく、まず当事者による取決めに委ね、原則として相当な交流を認めるとともに、問題の生じたときには裁判所の判断に委ねることにしたのである¹⁰⁶⁾。

VII. ケア命令及びスーパーヴィジョン命令

(1) 地方当局の強制的関与に関する法改正の基本原則は、第 1 に、適正な法手続に従った完全な裁判所の聴聞、第 2 に、子に関する裁判所手続においては、子の利益が主たる関心事である一方、子に関する親の法的地位が争点となっていることを認め、親に代理と完全な当事者としての地位を与えること、第 3 に、家から離して子を監護する際の地方当局の法的責任は、親の権能責任とともに明確であること、などである¹⁰⁷⁾。

児童法第 IV 部は、これらに従い、様々なルートで地方当局のケア委託を認めていた従来の複雑な法規定を統一し、ケア命令とスーパーヴィジョン命令を下す共

通の事由を規定した。また、本部の手続は家族手続である (8 条 4 項)。

本章では、ケア命令に関する規定を中心に簡単に検討する。なお、地方当局のケアは、ケア命令によって地方当局のケアにいる子に関してのみ用いられる概念となった (105 条 1 項)。

(2) 裁判所は、地方当局又は権限のある者¹⁰⁸⁾の申立てにより、子を指名された地方当局のケアに措置する命令(ケア命令)、又は、指名された地方当局もしくはプロベーション・オフィサーのスーパーヴィジョン下に置く命令(スーパーヴィジョン命令)を下すことができる (31 条 1 項)。

これらの命令を下すことができるのは、① 当該の子が重大な害 (significant harm)¹⁰⁹⁾ を受けているか、そのおそれのある場合において、② その害又は害のおそれが (i) 命令が下されない場合に子に与えられもしくは与えられるであろう監護が、子に対して与えるものと親 (a parent) に相当に期待できるものではないこと、又は、(ii) 子が親のコントロールをこえること、によるものであるとき、である (2 項)。ここで「害」とは不当な扱い (ill-treatment) 又は健康・発達への侵害を、「発達 (development)」とは身体的・知的・情緒的・社会的又は行動的発達を、「健康」とは身体的又は精神的健康を意味する。また、「不当な扱い」には、性的虐待、及び、身体的でない形の不当な扱いを含む (9 項)。さらに、子が受けている害が重大かどうかの問題が子の健康又は発達によって定まるときには、その子の健康・発達は、同様の子 (a similar child) に相当に期待できるものと比較されなければならない (10 項)。31 条の申立ては、単独でも、他の家族手続においてもなすことができる (4 項)。なお、17 歳 (既婚の場合は 16 歳) に達した子に関しては、これらの命令を下してはならない (3 項)。

ところで、法第 IV 部の手続にも 1 条が適用されるので、31 条の事由が満たされている場合にも、裁判所はさらに 1 条の一般原則を考慮しなければならない。そのため、31 条の事由は「閾要件 (threshold conditions)」と呼ばれている¹¹⁰⁾。すなわち、裁判所は、子の福祉を至高の考慮事項とし (1 条 1 項)、かつ、命令を下さないよりも下すほうが子にとってベターな場合に限って命令を下すことができる (同 5 項)。また、地方当局は、要保護児童の福祉を保護促進する一般的な義務、そして、それと調和する限りで子がその家族によって養育されるのを促進する義務 (17 条 1 項)、及

び、可能な場合には裁判手続の必要性を避ける義務(付則 2.7 節)を負っている。結局、地方当局は、ケア命令を求める前に、子と家族に対するサービスの提供による任意のアレンジメントを常に完全に探索しなければならないことになる¹¹¹⁾。ケア命令を求める地方当局は子に関するプランをより詳しく裁判所に示さなくてはならないし¹¹²⁾、裁判手続も、慎重に計画されたプランの一部として、子の福祉を保護促進する手段としてとられるのであって、決して最後の手段と位置付けられてはならないのである。

1 条 3 項に規定する子の福祉に関するチェックリストでは、特に手続において利用できる権限の考慮を裁判所に要求している(⑧号)。裁判所は、申立てと異なっている、より適当と考える場合には、別の命令を下す権限を有している、ケア手続においても、例えば、親族に対する居所命令のほうがより子の利益になると考える場合には、そうした命令を下すことができる(この場合には、31 条 2 項の閾要件が満たされている必要もない)¹¹³⁾。

(3) ケア命令により、地方当局は、子をケアに引き取り、命令が有効な間は、子をそのケアにとどめる義務を負い(33 条 1 項)、子に関する親責任を有する(3 項 a 号。子の宗教教育、養子収養への同意(拒否)及び後見人任命等の権利を除く。6 項)。ただし、この場合、親もその親責任を保持する(2 条 6 項)。

白書は、ケア命令により親から地方当局へ親責任が移転するとしていた(35 節)が、ロー・コミッションは、親責任行使のある部分の修正や削除があっても、親責任そのものを失うべきではないという原則から、ケア命令による場合にも、地方当局に親責任を付与しつつ、親にも親責任が残るという立場をとった(2.11 節)。この場合、ケアにいる子に関する地方当局の判断に関して親が不当に介入するおそれもないわけではない。そのため、地方当局は、子の福祉を保護促進するために必要と認める場合には、親がその親責任を満たす範囲について決定する権能を有する(33 条 3 項 b 号、4 項)。また、親責任を有していても、子に関するいかなる命令とも矛盾するような方法で親責任を行使することは認められていない(2 条 8 項)、特定事項命令や禁止命令は地方当局のケアにいる子に関して下されることができない(9 条 1 項)。ケア命令のある場合には実際にも子は親もとにいないことが多く、ロー・コミッションも、地方当局が子の生活をコントロールし、親が親責任を行使する余地はほとんどない

ことを認めていたので、この場合の親による親責任の保持や親と地方当局による親責任の分け合いは、親たることは(養子以外の)裁判所命令によって失われてはならないというイデオロギー的な理由によるものとされている¹¹⁴⁾。

なお、ケアにいる子と親等の交流に関しては、前述したところを参照されたい。

VIII. 考 察

簡単ではあるが、以上の検討によっても、1989 年児童法の重要性は十分に示されたものと思われる。児童法に対しては、付則が多くてややわかりにくい点や、国務大臣や裁判所に認められた広範な規則制定権の問題、また、現在の英国の家族や子のおかれた貧困、住宅難、失業等の現実にあふれていないなどの批判もある。しかし、児童法は、今後も続くであろう家族法改正の第 1 段階であり¹¹⁵⁾、子に関する公私法の統一という難事業をなしとげた点は率直に評価したい。

本章では、父母がその役割を十分に果たす家族の中で子の利益を確保するという目的と、前章までにみた児童法によるその具体化の意義について簡単に考察し、本稿のまとめとしたい。

(1) まず、子の監護養育に関しての親の「責任」という場合には、その 2 つの意味に注意する必要がある。ひとつは、子に関して親に認められる諸権利義務等は子のために行使されなければならないという意味での責任(「責任 1」)、もうひとつは、親と第三者(国家を含め)との関係で、第三者の介入なくして子を育てるという意味での責任(「責任 2」)である¹¹⁶⁾。

児童法における親責任の強調は、裁判所に対していわゆる不介入原則となり、地方当局に対しては、その任意の関与と強制的関与の区別、親とのパートナーシップとその参加、そして、いずれの場合も親による親責任保持の諸規定となる。つまり、親がその「責任」を行使する方法へのコントロールや指導監督を減らせば、親は子に対してより「責任」をもって行為するようになり、子の利益は促されるという考え方、つまり、「責任 2」の促進によって「責任 1」を確保しようとする考え方といえよう¹¹⁷⁾。

(2) 私法における不介入原則と、より具体的には 1973 年法 41 条の改正は、親の離婚の際、裁判所の関与や強制によらずに親が自分たちで子の監護の取決めをしたほうが、より子の利益にかなうという立場を示す。

これは、子の福祉の保護という公的利益は、裁判所の関与ではなく、親の合意を促すことで最もよく守られるという考え方ともいえる¹¹⁸⁾。

確かに、こうした取決めは、裁判所の関与や強制によってでなく、当事者の合意によるものでなければ十分に守られないものだが、問題は、この合意の本質や内容について法が沈黙している点である。父母が平等の立場に立ち、子の福祉のために自主的に合意に達することが保障されなければ、合意は単に家族内の力関係を反映するものにすぎなくなる¹¹⁹⁾。また、合意に際して父母が子の福祉を至高の考慮事項とする義務も、考慮に入れるべきファクターについても規定はなく、子の立場が独立して考慮される保障もない。裁判所は、争いがなければ、おそらく合意の際に父母の考慮したファクターをほとんど調査することなく¹²⁰⁾、その合意を優先させることになるだろう。ここでは、子に関する裁判所の保護的役割は、もはやほとんどみられない¹²¹⁾。旧 41 条で規定されていたこの役割を裁判所は実際には果たせなかったからこそ、児童法はその現実を認め、現在の規定に改めたともいえるわけだが¹²²⁾、少なくとも子の希望や感情を独立に確かめる方策だけは必要ないように思われる¹²³⁾。

これに関連して、離婚後の子に対する親の共同責任の継続も注意される。ブース委員会は、それが子の最良の利益になる場合には（これが大多数のケースになることが望ましいが）常に共同監護権（joint custody）を命ずるように求めていた¹²⁴⁾。児童法は、監護権制度そのものを改め、「親責任」の継続により、また、裁判所命令も必要な側面に限るという方法でこの目的を実現しようとした。しかし、これが、離婚後の子の監護養育に対する父母の積極的な関わりを確保し、あるいは、そもそも子の利益確保になっているかについては疑問が出されている¹²⁵⁾。

ひとつは、親には、旧法であったような拒否権や相談義務（地方当局と親の間では認められている）がなく、親責任のほぼ完全な単独行使が認められているので、実質的には、子と同居して監護する者（同居親）の事実上の優越的地位が強化されるのではないかと、いう点である¹²⁶⁾。

それに対し、拒否権や相談義務の欠如は必ずしも他方親（不在親）を排除することにならず、むしろ潜在的にせよ、子の監護に関して父母が同意できない場合に不在親が（8 条命令の申立て等により）関与できるという形で不在親の権能を強調している点自体を問題と

するものもある¹²⁷⁾。実際には子はほとんど母のもので養育されており、不在親（父）の関与は、結局母に対する協力の「強制」となり、子を監護する母と子の利益を害するおそれも大きい。命令申立てが濫用される場合には特定の者による申立ての禁止を命じることができる（91 条 14 項）が、裁判所がどの程度この条項の適用を考慮する用意があるかも問われよう。

婚姻破綻前の父親の積極的な育児責任の遂行を問わずに、破綻後にその責任を強調する点は措くとしても、そもそも離婚が子に及ぼす影響について激しい意見の対立がある現状では、必ずしも親の責任の強調や子の利益の確保にならない裁判所の関与を後退させ、当事者の合意を促すというのも、現実的なひとつの方法であろう。その結果については今後の動向に注目したい。

（3）親の養育責任の強調は、公法では、地方当局に対し、広範な予防義務と、親との任意のパートナーシップに基づいた広範なサービスの提供を要求する。また、地方当局は、判断過程への親（子、その他の関係者）の参加やその希望の配慮、不服申立ての手続、ケースの定期的レビューの義務も負う。これらは、地方当局社会サービス局にこれまでにないほど高い期待をよせるものであると同時に、重い負担を課すものでもあるが¹²⁸⁾、その資源面での裏付けは十分とはいえない。パートナーシップを支える親の自律を確保するためにも、ソーシャル・ワーカーの責務はますます重くなり、高度のスキルを要求されるが、その資格や訓練、数の不十分さについては、既に多くの問題点が指摘されているにもかかわらず、中央政府による財政的援助はあまり期待できない。そのため、地方当局がその期待される役割を十分に果たすためには、かなりの困難が予想される。

また、親の権利「決議」が、親の法的責任の移転には裁判所命令を要するという原則から廃止される必要があったとしても、それが地方当局のサービス提供にもたらした影響は小さくない。「決議」には、実方家族のもとに帰宅する現実的可能性のない子について、長期間にわたって子に無関心であった親や、子の世話をする意思や能力のない親が恣意的にあるいは不当に介入するのを防いで、子に関する長期的プランニングを可能にするという目的があったが¹²⁹⁾、その廃止により、こうしたプランニング特に早期のものが困難になるという危惧がある¹³⁰⁾。（スコットランドでは、「決議」に代え、親の同意を得て裁判所によって下される新しい親の諸権利命令（Parental Rights Order）が提案さ

れている¹³¹⁾。)また、親の反対があれば地方当局はサービスを引き上げねばならないので、このような状況の下で地方当局がその限られた資源(ソーシャル・ワーカーや里親等を含め)をフルに活用し、効果的なサービスを家族に提供すると期待するのは、現実的ではないだろう。

さらに、例えば、地方当局が任意で世話をしている子の引取りを親が求めてきた場合において、家庭での満足的な監護が可能かどうかを確かめ、あるいは子に帰宅の準備をさせる必要があるために、子を直ちに帰宅させることが子の利益にならないと地方当局が考えるときには、地方当局は—こうした利用方法が適切だったかどうかは別にしても—、従来の「決議」に代え、緊急保護命令やケア命令という裁判所命令を申し立てなければならない。しかし、これは、「木の実を割るのに大ハンマーを使う」¹³²⁾ ようなものであり、こうした状況での柔軟な対応を困難にする。従来の「決議」や通知要件は、任意と強制との間の中間的なコントロール手段を地方当局に提供していたともいえるわけだが、児童法ではこれらは廃止され、地方当局は、虐待される子の保護のために強化された強制的手段を、子の帰宅の規制のためにも使わなくてはならないのである(こうした場合でのワードシップの利用も制限されている(100条))¹³³⁾。

児童法の枠組の中でこれらの問題を満足的に調整できるかどうかは、今後の運用によるところが大きいようである¹³⁴⁾。

(4) 父母がその責任を十分に果たす家族の中での子の利益の確保と、そのための家族支援の必要性にはおそらく異論はないだろう。児童法は、その具体的な実現方法として、国家の直接的介入を避け、当事者たる家族、特に父母の自律と合意を促し、それに委ねるという不介入主義をとった(「家族関係からの国家の退却」)¹³⁵⁾。今日のように多様な文化や価値観の存する社会では、こうした不介入主義的スタンスは重要であり¹³⁶⁾、特に裁判所の不要な介入の回避は、裁判手続に典型的にみられる法システムの非柔軟性と対審性への批判に答えるひとつの試みとして注目される。また、こうした立場を、単純に伝統的な家族の復活・強化をめざすものと捉えることもやや短絡的にすぎよう¹³⁷⁾。

しかし、この考え方には、子の利益を親の利益に接近させて考えるおそれがあるという問題点がある。子の利益は、子が親とは別個の権利や利益をもつ一個の独立した人格であるという考え方を出発点とするが、

上記のような不介入主義にはこれに対立する側面を含む¹³⁸⁾。真に家族の自律を確保する手立て、当事者の対等な交渉能力を確保する手立てが同時に整備されねばならない。この点も含め、不介入主義を支える家族支援も、言葉だけではなく、現実的な十分な資源の裏付けを長期間にわたって要するものである。それなくして、親たること(「責任2」)を強調すれば、親による適切な子の養育(「責任1」)が果たされるというのはやや楽観的にすぎ¹³⁹⁾、また、離婚後に親(不在親)が子に対する扶養責任を十分に果たしていないことに対する政府の見解¹⁴⁰⁾ともやや調和を欠くようにも思われる。

注

- 1) 1989年児童法は、原則としてイングランドとウェールズに適用される法を対象とし、その他の地域に関しては、必要に応じて規定される。
- 2) 拙稿①「英国の1989年児童法」海外社会保障情報95号(1991)13頁、②「児童虐待—英国における法的対応」法と民主主義267号(1992)27頁、③「英国児童福祉法制の最近の展開—1989年児童法を中心に」児童福祉法研究5号(1993)18頁など。
- 3) *An Introduction to the Children Act 1989* (1989) [以下 *An Introduction* と引用], para. 1.3 (1989)。
- 4) 筆者はこれを「親の責任」と訳していたが(拙稿①)、ロウ①(三木妙子・訳)「イギリス法における親の法的地位」判例タイムズ753号(1991)31頁に従い、「親責任」に改める。なお、他の用語に関しても、同様に適宜改めていることをお断わりしておく。
- 5) しかし、いわゆる公法における不介入主義の意義については、私法におけるほどに十分に議論されているように思われないのである。たとえば、虐待の危険にある子等を保護する権限は、新しいケア命令(法第IV部)や緊急保護に関する法規定(第V部)を不当に制限的に解釈しない限り、従来よりも広がっているとみるのが大勢である(Bainham ③, "The Children Act 1989: The State and the Family", *Family Law*, vol. 20 (1990), 231; Douglas ①, "Family Law under the Thatcher Government," *Journal of Law and Society*, vol. 17 (1990), 420)。紙幅の関係から虐待については本稿では検討することができなかった(簡単だが拙稿②

- 参照)。なお、子の福祉のために国家の介入が正面から問題となる特に児童ケアの部分では、児童法自体に、このような保護主義的立場と、本文で述べたような不介入主義的立場など、いくつかの異なったパースペクティブが指摘されており、これらが法の施行に何らかの困難を及ぼすことが懸念されている (Fox-Harding, "The Children Act 1989 in Context (1) (2)", *Journal of Social Welfare & Family Law*, 1991, 179, 285; Cretney, "Privatizing the Family: The Reform of Child Law", *Denning Law Journal*, 1990, 26)。
- 6) *The Children Act 1989, Guidance and Regulations* [以下 *The Guidance* と引用], vol. 1, *Court Orders* (1991), para. 1.1.
 - 7) そのため、前稿(注 2)との間に一部重複のあることをお断わりしておく。
 - 8) *Hansard, Commons*, vol. 151, col. 1183 (The Solicitor-General).
 - 9) The Law Commission (Law Com. No. 172), *Family Law, Review of Child Law, Guardianship and Custody* (HC594, 1988), paras. 1.1-3.
 - 10) 拙稿① 14-15 頁参照。
 - 11) *The Law on Child Care and Family Services* (Cm. 62, 1987).
 - 12) Law Com. No. 172, para. 1.11
 - 13) DHSS, *Review of Child Care Law* (1985) [以下 RCCL と引用] による。
 - 14) Law Com. No. 172, paras. 1.8-11; Appendix I, *Children Bill 1988*.
 - 15) 三木妙子「現代イギリス家族法」『講座現代家族法 1』(1991) 187-189 頁に簡潔に示的確な説明がある。なお、ロウ①参照。
 - 16) Lord Mackey, "Perceptions of the Children Bill and Beyond", *New Law Journal*, 1989, 505.
 - 17) Law Com. No. 172, paras. 2.1-3. 2 条 4 項は、父が嫡出子の自然的後見人であるという法準則を廃止している。なお、ロウ②(川田 昇・訳)「児童法の改革—イギリスのスタイル」神奈川大学法学研究所研究年報 12 (1991), 97 頁の訳者解説参照。
 - 18) 1971 年後見法 (Guardianship of Minors Act 1971) 1 条。ただし、1989 年児童法により廃止された。
 - 19) The Law Commission (Law Com. No. 118), *Family Law, Illegitimacy* (HC 98, 1982), paras. 4.18-19.
 - 20) The Law Commission, Working Paper No. 91, *Guardianship* (1985), para. 1.11; Law Com. No. 172, para. 2.4.
 - 21) *Id.*, paras. 2.4-5.
 - 22) *Id.*, paras. 2.6-9.
 - 23) Parental Responsibility Agreement Regulations 1991 (SI 1991/1478).
 - 24) Hoggett, "The Children Bill: The Aim," *Family Law*, vol. 19 (1989), 217.
 - 24) Law Com. No. 172, para. 2.11.
 - 26) *An Introduction*, para. 1.5.
 - 27) コモン・ロー上、子に関する親の諸権利を放棄する合意は無効であるが、1873 年未成年者監護権法 (Custody of Infants Act, 1873) 2 条により、それが子のためにならない場合を除いて、別居中の父母間の合意による例外が認められるようになった。当時、子に関する親の諸権利は夫だけに与えられていたもので、合意によって妻が親の諸権利を得るためである。これは、1973 年後見法 (Guardianship Act 1973) 1 条 2 項に引き継がれ、1975 年児童法 (Children Act 1975) 85 条 2 項もこの旨を規定したが、父母の権利の平等が実現した今日では、改正される必要があった。Law com. No. 118, paras. 7.44-47.
 - 28) Law Com. No. 172, para. 2.10.
 - 29) 菊地和典「新しいタイプの家庭裁判所の誕生とその運用原則—英国における『児童法』全面施行を迎えて—」ケース研究 232 号 (1992) 46 頁は、家族手続裁判所を「家庭裁判所」と訳されているが、いわゆる family court (同 42 頁) と区別する必要がある。
 - 30) R. White, P. Carr & N. Lowe, *A Guide to the Children Act 1989* (1990), ch. 9. 司法資源の効率的な利用ということであろう。An Introduction, paras. 1.47-50.
 - 31) 1971 年後見法 1 条。この原則の意味につき、ロウ① 34-35 頁参照。なお、拙稿④「イギリスにおける親の権利」—橋研究 10 巻 1 号 (1985) 7 頁以下。
 - 32) Law Com. No. 172, paras. 3.12-14. 付属法案 1 条参照。
 - 33) ロー・コミッションの勧告を拒否した理由につき、R. White *et al.*, *op. cit.*, para. 1.6.
 - 34) *Hansard, Lords*, vol. 502, col. 1167.

- 35) 子の養育や財産に関連する手続でもこの原則が働かない場合がある。例えば、児童法自体、養育 (upbringing) から扶養を除外し(105条1項)、また、1976年養子法6条や1973年婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act 1973) 25条1項、1978年家事手続及び治安判事裁判所法 (Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978) 3条では子の福祉は第1の考慮事項にとどまる。
- 36) 前注1973年法25条等。
- 37) Law Com. No. 172, paras. 3.17-21.
- 38) *Id.*, para. 3.20; Law Commission, Working Paper No. 96, *Custody* (1986), para. 6.38.
- 39) S.M. Cretney, *Principles of Family Law*, 4th ed. (1984), pp. 325-326.
- 40) J. Roche, "The Children Act 1989: Once a Parent Always a Parent?", *Journal of Social Welfare & Family Law*, 1991, 347.
- 41) Bainham ①, "The Children Act 1989: Welfare and Non-Intervention", *Family Law*, vol. 20 (1990), 143
- 42) Family Proceedings Courts (Children Act 1989) Rules 1991 (SI 1991/1395), r. 4 (2); Family Proceedings Rules 1991 (SI 1991/1247), r. 4.4 (2).
- 43) P.M. Harris & D.E. Scanlan, *The Children Act 1989: A Procedural Handbook* (1991), para. 5.1.
- 44) Law Com. No. 172, para. 4.57.
- 45) *The Guidance*, vol. 1, paras. 1.17-18.
詳細は裁判所規則による。
- 46) *An Introduction*, para. 1.52; Cretney ②, "Defining the Limits of State Intervention: The Child and the Courts", *Children and the Law*, 71-74 (D. Freestone ed., 1990). 裁判所の関与は、不介入原則等からみて、必要な場合に限られるが、関与する場合には子の福祉保護のために積極的な役割を果たすことが求められるといえる。
- 47) *An Introduction*, para. 3.21.
- 48) *The Guidance*, vol. 1, paras. 1.11-12.
- 49) House of Commons, *Second Report from the Social Services Committee, Session 1983-84, Children in Care*, vol. 1 (HC 360-I, 1984).
- 50) ショート報告114-117節。
- 51) RCCL, ch. 15; para. 15.25.
- 52) 白書59-60節。
- 53) 前掲注26参照。
- 54) Law Com. W.P. No. 96, paras. 4.17-46; Law Com. No. 172, paras. 3.2-4.
- 55) Hoggett, *op. cit.*, p. 218.
- 56) 「家族の子」とは、婚姻当事者に関し、① 両当事者の子、及び、② 地方当局または民間団体によって里親委託された子を除き、両当事者によってその家族の子と扱われた子をいう。1973年法52条1項。
- 57) 1857年婚姻事件法35条等。
- 58) *Matrimonial Proceedings (Children) Act* 1958, s. 2.
- 59) *Royal Commission on Marriage and Divorce, Report* (Cmd. 9678, 1956).
- 60) *Final Report of the Committee on Procedure in Matrimonial Causes* (Cmd. 7024, 1947), paras. 33-34.
- 61) モートン委員会報告379節。ただし、1947年規則を直接参照することはできなかった。
- 62) 具体的な手続の勧告としては、373節以下参照。
- 63) *Report of the Matrimonial Causes Procedure Committee* (1985).
- 64) 英国におけるコンシリエーション及びブース委員会の勧告等に関しては、磯野誠一教授による一連の論稿のほか、南方 暁「英国における合意援助手続」茨城大学教養部紀要18号31頁(1986)参照。
- 65) 具体的な勧告については同報告第4部、特に第4章以下参照。
- 66) Law Com. No. 172, paras. 3.5-11.
- 67) Law Com. W.P. No. 96, paras. 4.4-15.
- 68) *Id.*, p. 104, (h).
- 69) Law Com. No. 172, para. 3.10.
- 70) なお、1989年法付則13、36節により、子に関する1989年児童法での裁判所権限の行使に改正された。
- 71) *See*, Law Com. No. 96, p. 90, note 34.
- 72) Cretney ②, p. 61.
- 73) Law Com. No. 172, part. IV. やや古いが、拙稿④参照。
- 74) Hoggett, *op. cit.*, p. 219. その特色につき、*An Introduction*, para. 3.4.
- 75) 1973年婚姻事件法、1978年家事手続及び治安判事裁判所法等、離婚、婚姻無効、司法分居、及び、夫婦間暴力に関する手続等、子の監護養育

- が争点となる法手続がほぼカバーされているが、虐待の危険にある子を保護するための手続（1989 年法第 V 部）は除外されている。
- 76) Law Com. No. 172, para. 4.5.
- 77) 命令の形態に関わりなく、子はほとんどのケースで母と住む。Id., para. 4.4.
- 78) Law Com.W.P. No. 96, paras. 4.53 and 7.17.
- 79) Id., paras. 4.51-57.
- 80) Law Com. No. 172, paras. 4.11 et seq.
- 81) *The Guidance*, vol. 1, ch. 2.
- 82) 申立てを行なうのに十分な理解力をもつと認められる子は、許可を得て、8 条命令を申し立てることができる。10 条 8 項, 9 項。
- 83) 白書 5 節 a, b, c.
- 84) 拙稿 ⑤「英国における児童ケア制度の一展開」神奈川工科大学研究報告 A-14 (1990) 49 頁以下参照。
- 85) 白書 22 節。付則 2, 7 節。
- 86) 法第 III 部の規定において、障害児とは、盲、聾、啞、精神障害、病気・傷害等で実質的かつ恒久的なハンディキャップのある子を、「発達」とは身体・知力・情緒・社会及び行動の発達を、「健康」とは身体又は精神の健康を意味する（同 11 項）など、広く解釈されている。
- 87) 要保護児童の家族には、子の親責任を有する者及び子と同居するその他の者を含む。17 条 10 項。
- 88) デイ・ナースリヤプレイグループ、学童保育等の広義のデイ・ケアの提供（なお 18 条参照）のほか、家族センターの設置（9 節）、アコモデーションの提供など、広範なサービス提供が地方当局に義務付けられる。See, *The Guidance*, vol. 2, Family Support, Day Care and Educational Provision for Young Children (1991). なお拙稿 ③ 参照。
- 89) 子と同居する者が子を虐待するおそれのある場合には、その者が別の居宅に移るのを援助する権限が認められている。5 節。
- 90) 白書 22 節。この通知要件の問題点につき拙稿 ⑤ 57 頁以下。立法過程で通知要件を課す修正案が繰り返し提案されたが（貴族院では、委員会段階、報告段階、第 3 読会、さらには、下院からの送付を受けた後でも提案されている）、その度に本文で述べたような理由から、いれられなかった。この点に対しては批判が強い。
- 91) 「決議」制度の問題点につき、拙稿 ⑤ 59 頁以下参照。
- 92) 白書 24 節。法第 IV 部, 第 V 部。
- 93) *The Guidances*, vol. 2, paras. 2.29-30; vol. 3, Family Placements (1991), para. 2.12.
- 94) *The Guidance*, vol. 2, paras. 2.13-15.
- 95) ケア命令により地方当局のケアにいる子をいう。105 条 1 項。
- 96) *The Guidance*, vol. 3, para. 2.10. ただし、33 条 3 項, 4 項参照。同様の義務は、民間組織にアコモデートされる子及び児童ホームでアコモデートされる子に関しても規定されている（61 条, 64 条）。
- 97) Arrangement for Placement of Children (General) Regulations 1991 (1991/890), r. 3.
- 98) *The Guidance*, vol. 3, para. 2.20.
- 99) Review of Children's Cases Regulations 1991 (SI 1991/895).
- 100) *The Guidance*, vol. III, ch. 8.
- 101) 費用の徴収等につき 29 条, 付則 2 第 III 部参照。
- 102) 拙稿 ⑥「地方当局のケアにいる子と親のアクセス」神奈川工科大学研究報告 A-15(1991), 76-77 頁。
- 103) ショート報告 67-68 節, 76 節。RCCL, paras. 2.20-26.
- 104) Representations Procedure (Children) Regulations 1991 (SI 1991/894). 同様の手続は、民間組織についてもある（59 条 4 項）。なお、法改正前のサービス利用者の参加や不服申立て手続の実際に関しては、津崎哲雄「英国における児童養護改革の視座」佛教大学紀要 74 号（1990）113 頁に詳しい。
- 105) 拙稿 ⑥ 参照。
- 106) 拙稿 ⑥ 81-82 頁。
- 107) 白書 5 節, c, d, f.
- 108) 全国児童虐待防止協会とその職員、及び国務大臣により権限を付与された者。9 項。
- 109) See, M. Adcock, R. White & A. Hollows (eds), *Significant Harm* (1991).
- 110) ロウ ② 参照。
- 111) *The Guidance*, vol. 1, para. 3.1.
- 112) ショート報告 69-70 節参照。
- 113) *The Guidance*, vol. 1, paras. 2.61-63.
- 114) Bainham ③, p. 223: J. Eekelaar & R. Dingwall, *The Reform of Child Care Law* (1990), 137. しかし、親責任を保持させつつ、このような形でその行使を制限するのは、市民的権利義

- 務の決定に関し公正な聴聞を保障するヨーロッパ人権条約6条の規定にてらし、危険なストラテジーであるとされている。*Id.*, pp. 137-138.
- 115) Lord Mackay, *op. cit.*, p. 505.
- 116) Eekelaar, "Parental Responsibility", *Journal of Social Welfare & Family Law*, 1991, 38-39. 本論文によると、「親責任」という表現は、1980年代始めに使われ始めたときには「責任1」の意味で用いられていたが、次第に「責任2」の意味に変わり、本文のような児童法の立場になったという。
- 117) *Id.*, p. 49.
- 118) Bainham, "The Privatisation of the Public Interest in Children", *Modern Law Review*, vol. 53 (1990), 208-210.
- 119) Roche, *op. cit.*, pp. 358-359. なお、磯野誠一「英国における最近の離婚法改正の動きとその特色」ヒューマンサービス3号(1991), 18-19頁。
- 120) 1条3項のチェックリストの考慮は、私法手続については争われる場合に限る(4項)。
- 121) Cretney ② pp. 64-66.
- 122) Douglas ②, " 'Parenthood is for Life' ", *Journal of Child Law*, vol. 3 (1991), 76.
- 123) Bainham ①, p. 145. しかし、これがいかに困難であるかについて、King, "Playing the Symbols", *Family Law*, vol. 17 (1987), pp. 190ff.
- 124) 2.25-27節。ただし、ここでの共同監護権の意味には注意が必要である。控訴院は、父母の離婚に際し、父の知らないうちに子が学校を変ったりすることのないように子の将来の養育についての発言権を父が保持するために、監護権と事実上の監護を分離したうえで、監護権を父に、事実上の監護を母に与えた原審を取り消し、母に事実上の監護をとどめたままで、父母に共同監護権を命じた *Dipper v. Dipper* [1980] 3 WLR 626 (CA) において、監護権をもつ親が子の教育をコントロールする権利をもつというのは誤解であり、いずれの親も他方に対して優越的な権利をもたないと判示していた。もちろん、監護権ある親は日常的な事柄についてコントロールするが、教育やその他の重要事項についてもコントロールするというのは誤解であり、子の教育や宗教、その他の主要事項について合意がない場合には、裁判所によって決定されなければならない (at 637-678 *per Ormrod L.J.*)。親は、その監護権上の身分がどうであれ、子の将来の教育その他の重要事項について知らされ、相談される権利を常にもっているという (at 640 *per Cumming-Bruce L.J.*)。この判決によると、単独監護権命令と共同監護権命令とで法的効果にどれ程の違いがあるのかはかなり疑わしく、共同監護権といっても象徴的な意味しかないようにも思われる。詳細は、Law Com. W.P. No. 96, paras. 4.23-26, 4.35-43.
- 125) これらはいずれも、かつての共同監護権について指摘されていた問題でもある。*Id.*, paras. 4.40-41.
- 126) Bainham ②, "The Children Act 1989: Parenthood and Guardianship", *Family Law*, vol. 20 (1990), 192. なお、事実上の監護自体を共同で行なうタイプの共同監護権に対しては、控訴院は *Riley v. Riley* [1986] 2 FLR 429 (CA) で否定したが、ロー・コミッションはこれをいれず (Law Com. No. 172, para. 4.12), 児童法は、同居していない2人以上の者に居所命令を下す場合 (a shared residence order) には、それぞれの世帯で子が過ごす時間を特定できるとした(11条4項)。ただし、この命令は限定的な場合にかぎられるようである (*The Guidance*, vol. 1, para. 2.28)。
- 127) Roche, *op. cit.*, pp. 354-359.
- 128) 児童虐待事件の様々な調査での厳しい批判にもかかわらず、こうして再構築された児童保護業務の中でソーシャル・ワークが中心的役割を果たすことについて、N. Parton, *Governing the Family* (1991), 特に第7章をみよ。また、ビル・ジョーダン (山本 隆・監訳) 『英国の福祉』(1992) 参照。
- 129) 拙稿⑤ 59-60頁, ショート報告135節。
- 130) Smith, "Children Act 1989: The Accommodation Trap", *Family Law*, vol. 22 (1992), 349.
- 131) *Review of Child Care Law in Scotland* (1990), ch. 11.
- 132) Bainham ③, p. 234.
- 133) Eekelaar, *op. cit.*, pp. 39-42, 48.
- 134) 日本の児童相談所の相談機能と措置機能に関する同様の議論が参考になろう。古川孝順『児童福祉改革』(1991)特に115頁以下、それに対し、松原康雄「児童相談所機能の課題と展望」古川孝順・編『社会福祉供給システムのパラダイム転換』(1992)91頁以下など。

- 135) 三木・前掲論文 194 頁。Cretney や Bainham はこれを *privatization* と呼ぶが、Douglas ②, p. 414 (note 17) は脱規制化 (*de-regulation*) と呼ぶ。
- 136) 樋口範雄「イギリス児童法管見」新しい家族 21 号 (1992) 42-43 頁。
- 137) Douglas ①。
- 138) Bainham ①, p. 144 は、本法は、親の立場を権利によって概念化することを廃止したにもかかわらず、親の利益擁護に傾いていると指摘する。なお、この点に関連して、児童法における子の権利の扱いについて簡単にふれておく。ギリック判決以降、年長児童の自己決定権の重要性は認められつつあるが、児童法は、そうした問題の判断権を子に与えて判断の負担を子に課するという形ではなく、裁判手続で子の見解を十分に考慮したり、裁判所の許可を得て命令を申し立てる権利を子に認めるという方向をとった。子に選ばせるという不快な立場に子を置かないためである。(Hansard, *Lords*, vol. 503, cols. 1350-51 (The Lord Chancellor)). (離婚後の子の監護に関し, King, *op. cit.*, pp. 189-191.) 十分な理解力ある子や 16・17 歳の年長児童が独立に行使できる権利(44 条 7 項, 20 条 11 項等), 年長児童の特別のニーズに向けられた規定 (24 条等) も重要である。子どもの権利は保護主義的要素を強く含むが、児童法は、保護主義と子どもの自律とのバランスを調整し、誰がするかに関わりなく、子に影響を与える判断に子をもっと関わらせるという方法によってではあるが、子どもの権利を真剣にとりあげた初めての立法と評価されている。Bainham, "The Children Act 1989: Adolescence and Children's Rights", *Family Law*, vol. 20 (1990), 311.
- 139) Eekelaar, *op. cit.*, p. 50.
- 140) *Children Come First* (Cm. 1264, 1990), vol. 1. Child Support Act 1991.