

## 慶應義塾大学学術情報リポジトリ

## Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	アイルランドにおける家族概念から生じる諸問題と家族の自律について
Sub Title	Some problems on the concept of "The Family" under the Irish Constitution and Child Law : family autonomy and state intervention in Ireland
Author	増田, 幸弘(Masuda, Yukihiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.12 (1992. 12) ,p.415- 463
Abstract	
Notes	川口實教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19921228-0415">http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19921228-0415</a>

# アイルランドにおける家族概念から生じる諸問題と 家族の自律について

増 田 幸 弘

- 一 序
- 二 判例の家族概念とその背景
  - (一) 判例で確定された家族概念
  - (二) 判例の家族概念から生じた親子関係の諸問題
  - (三) 立法政策の対応
- 三 アイルランドにおける家族の自律と国家の介入
  - (一) 「憲法の認める子どもの権利」論
  - (二) 家族の自律と国家の介入の関係を規定する枠組
  - (三) 検 討
- 四 結 語

## 一序

本稿の目的は、アイルランド法の下で保護される家族の概念とその問題点を検討し、更に、家族の内部関係である親子関係の基本的な在り方と、児童福祉の観点から行われる親子関係に対する国家の介入の在り方のアイルランド的な特質を検討することである。

ウイリアム・ダンカン<sup>(1)</sup>（ダブリン大学トリニティ・カレッジ）は、「子ども、親、および国家<sup>(2)</sup>」と題する論稿の中で、アイルランドにおける子どもに関する領域の法は、非常に強固に一九三七年憲法（以下、憲法と略）の諸条文と結び付けられており、憲法第四一条と第四二条は、児童関係の制定法の原案作成とその解釈に強く影響してきた、と述べている。また、「家族法と社会政策<sup>(3)</sup>」と題する論稿において、アイルランドの家族法の一つの特徴は、そのイデオロジカルな性質（ideological nature）であり、憲法第四一条と第四二条が、婚姻の不解消性の強調と親の権利義務の不可譲性の強調という、そのイデオロギーを定義していると述べている。この見解に従えば、アイルランド法の下での家族の在り方、とりわけ親子関係の基本的な在り方を考察する場合には、憲法における家族概念を把握し、そこから生じる諸問題の一つとして検討することが必要であるということになる。本稿は、児童福祉の法律関係を考察する際の前提となる、家族概念の把握と、家族関係に対する国家の介入の基本的な在り方のアイルランド的な特質、およびその問題点を明らかにして行こうとするものである。そのために、ダンカンの見解に従い、憲法第四一条と第四二条の家族概念と、そこから生じる諸問題を検討しようとするものである。

本稿の構成は、次のとおりである。はじめに、判例が確定した家族概念の内容とその背景について考察する。次に、非嫡出子および未婚の父の権利保護の問題を見ることにより、家族概念が婚外子にもたらした影響を示す。同時に、親と第三者との間に生じた監護紛争に対する法的解決の在り方を見ることにより、家族概念に含まれる家族の内部関

係の性格を示す。第三に、子どもに対する親の監護・教育の権限と、子どもの利益を保障するための国家の介入は、アイルランド法の下ではどのような関係として考えられているのかについて検討する。

我が国では、外国法研究あるいは比較法研究の対象として、ドイツ法やフランス法と並び、英米法が取り上げられることが多い。その際、議論の中心は主に英国法やアメリカ法にあり、かつて英国の植民地であったアイルランドの諸立法については、ほとんど関心が払われることなく見過ごされてきた。その理由の一つとして、アイルランドの法体制が英国の統治下で形成され、独立に際して英国法を継受したという歴史的な経緯の存在が挙げられよう。しかし、現行憲法の制定から既に約半世紀を経て、アイルランド法にもその独自性が見られる。アイルランドは、英国とは全く異なる家族・共同体構造 (Emmanuel Todd のいう「人類学的基底」、人口構造、文化的・宗教的価値意識、および経済・労働市場構造を持ち続けてきた。そこにおいて植民地時代に英国議会で制定された諸法や裁判所の判例法理がいかに受容され、また、一九四〇年代以降、福祉国家化を標榜してきた英国の法との間にいかなる異同があるのかを検討することは、とりわけ、一国の地域性や個性に大きな影響を受ける社会保障・社会福祉の法を考察する場合に、大きな意味を持つであろう。

一九八九年一月二〇日に国連で採択された子どもの権利条約は、今後、我が国の児童福祉法制にも影響を及ぼし、改めて家族の自律と社会サービスの関係が問われるものと考えられる。本稿は、アイルランドにおける家族の概念や子ども、親、国家の関係の在り方を、福祉国家の原点であり、我が国でも常にその社会保障・社会福祉の動向が注目される英国との比較において検討することにより、我が国の児童福祉法制と家族の自律との関係を考察する際の、一つの示唆を得ようとするものである。

なお、本稿でアイルランドという国名を用いる場合には、アイルランド共和国の南二六州のみを指すものとする。

## 二 判例の家族概念とその背景

アイルランドの家族法は、英国の統治下で法体制の形成が行われ、英国法の継受が行われた。その後、英国からの独立に伴い、一九二〇年代に至るまでの英国の家族法の法理の基礎の上に、憲法の理念に基づく新たな家族法のルールが形成されてきた。現在では、ヨーロッパの諸条約に加わるにより、ヨーロッパ諸国に共通のルールを受容しつつある。

アイルランドの憲法は、「家族」および「両親」の概念規定を欠き、また、これらの点は立法過程でも明確にされなかった。それ故、判例を通じてこれらの解釈が確定されてきた。しかし、そこから新たにいくつかの問題が生じた。本章では、判例が採用した家族概念が、親子関係に対していかなる効果をもたらすものであったのかを考察する。そのため、判例で確定された家族概念を概観し、次にそこから生じた諸問題と、その後の判例の対応を検討する。

### （一）判例で確定された家族概念

#### 1 立法過程における定義の欠如

憲法の条文において家族という文言が用いられているのは、「家族（The Family）」と題する家族条項を三項にわたって設けている第四一条<sup>(4)</sup>と、「教育（education）」と題して子どもへの教育に関する権利義務関係を五項にわたって定めている第四二条である。はじめに、家族の社会的な在り方と、その国家による保護を定める第四一条を概観する。

第一項は、アイルランド社会における家族の位置付けを示している。すなわち、第一号で、「国家は家族を、自然で第一次的な、そして基礎的な社会の単位団体（the natural primary and fundamental unit group of society）」として認め、また、不可譲かつ時効にかからない諸権利を有しており、すべての実定法に先行しその上位にある、ひとつの道

徳的な制度 (moral institution possessing inalienable and imprescriptible rights, antecedent and superior to all positive law) として認める」とする。その上で、第二号では、国家が、社会秩序に必要な基礎として、また、国民と国家の福祉に欠くことのできないものとして、家族を保護することを保障している。続く第二項では、家庭内の存在としての既婚女性の位置付けが強調され、<sup>(5)</sup> 国家は、既婚女性が経済上の必要から家事を怠って就労することのないよう努めなければならぬとする。<sup>(6)</sup> また、第三項では、第一号で、「国家は、そこに家族が基礎づけられるところの婚姻制度を、特別な注意をもって保護し、攻撃からそれを守ることを誓約する」と宣言する。同項第二号および第三号では、離婚を承認する国内法の制定の禁止に関する規定が置かれている。<sup>(7)</sup>

第一項から第三項までの各項において、憲法上の家族概念は定義されていない。強いて定義に近いものを挙げるのであれば、婚姻制度の「保護」を国家に義務付けた第三項第一号となろう。

憲法の制定過程において、第四条における家族概念の定義に関する議論は、ほとんどなされていない。このことは、法的保護に値する憲法上の家族は婚姻制度に基づくもののみであるという前提が、自明のものとして受け入れられていたということを意味する。それは、下院での審議の際に、憲法における家族概念について触れた数少ない発言である James Dillon の「次の意見に代表されよう。Dillon は、離婚の禁止を定めた第四条第三項第二号について、「憲法」第四条は、その方針として、婚姻の神聖性を宣言し、また規定することを目的とする」と説明している。<sup>(8)</sup> また、議会のその他の発言者は、家族概念の定義については特別に検討することもなく議論をすすめていく。<sup>(9)</sup> ここから読み取ることができるのは、家族条項である第四条は、ローマ法皇の回勅 *in partemateria* を暗示するという共通の認識が、立法過程の存在に存在していたということである。また、第四四条では信教の自由を保障しつつも、ローマ・カトリック教会の特別な地位を承認していることを考慮すると、<sup>(10)</sup> 第四条はカトリック教会の家族観の反映であるという説明は、法の解釈論としてではないが、一応の説得力をもつ。<sup>(11)</sup>

一方、家族の内部関係である親子関係、特に子どもの養育をめぐる親子関係は、次のような関係にあると考えられている。子どもの養育に関する全ての権利義務関係は、後見関係（guardianship）の一つとして生じる<sup>(12)</sup>。従って、本質的に身体的ケアと監督の権利（right to physical care and control）を意味する子どもの監護権（custody）も、反証のない限り（prima facie）後見人に権利が帰属すると推定される<sup>(13)</sup>。憲法第四二条は、子どもを教育する両親の権利義務と子どもの教育を受ける権利の明文上の根拠となるのみならず、判例により、子どもの後見を憲法上の権利として両親に保障するものと解されている<sup>(14)</sup>。

本稿の趣旨に鑑みて、第四二条の中で特に重要であるのは、第一項と第五項である。第一項において、「国家は、第一次的かつ自然な子ども（the primary and natural educator of the child）は家族であると認め、また、その資産に応じて（according to their means）子どもに対して宗教的教育および道徳的・知的・身体的・社会的教育を行う両親の不可譲の権利と義務（inalienable right and duty of parents）を尊重することを保障する」と規定する。

また、第五項では、子どもの教育上必要とされる、家族関係への国家の介入に関して次のように規定している。「両親が身体的または道徳的な理由からその子どもに対する義務を懈怠するという、例外的な場合に、公益の後見人たる国家は、適切な手段により両親の位置を代理するよう努めなくてはならない。しかし、常に、自然で時効にかからない子どもの諸権利（natural and imprescriptible rights of the child）に対して、十分な考慮を払うよう努めなくてはならない」。

同条は、親に落度ないし事情がない限り父親は未成年者の子どもに対し絶対的・包括的な権利をもつという、伝統的な親子関係の法理を想起させる。仮にそれに従うのであれば、同条における「家族」「両親」は正式な婚姻を要件としよう。しかし、少なくとも条文上は、何が第四二条という「家族」であり「両親」であるのか定義されていない。また、この点についても、立法過程では明らかにされていない。

以上のように、第四一条における「家族」の概念と、憲法上の権利と義務として親に教育権を保障し、子どもの監護権の憲法上の根拠ともなり得る、第四二条における「家族」の概念の内容、および両者の異同や関連性については、条文上のみならず立法過程の議論からも明らかにされない。従って、次にこの点に関する判例の見解を見る必要がある。

## 2 判例が採用した家族概念

憲法上の家族概念を確定したリーディング・ケースとなったのは、*The State (Nicolaou) v. An Bord Uchtála* (1961 I.R. 567) 事件<sup>(16)</sup>である。自らの同意なくその子どもを妻により養子に出された未婚の父が、養子決定の破棄を求めた本件は、最高裁判所 (Supreme Court) まで上訴されたが、本稿の関心からは高等法院 (High Court) の判断<sup>(17)</sup>が注目される。

原告は、未婚の父と未婚の母であっても、憲法第四二条の「両親」を構成し、また、未婚の父と未婚の母、およびその子どもは、憲法第四一条の「家族」を構成すると主張した<sup>(18)</sup>。これに対して、高等法院の Henchy 裁判官は、次のように判示した<sup>(19)</sup>。「憲法第四一条は、ただ一種類の家族、すなわち、婚姻制度に基礎を置く家族のみを論じる。そして、憲法により認められた唯一の家族は、第四一条第三項第一号が婚姻に基礎を置いていと認める家族である。また、第四二条第一項により両親に対して保障された諸権利は、両親とその子どもが同一家族の構成員であるとき (parents and the child are members of the same family) にのみ生じる」。Henchy 裁判官のこの見解は、最高裁判所でも支持された。

前半の、正式な婚姻を要件とする家族概念<sup>(20)</sup>は、第四一条第三項における「家族」という文言の解釈から導かれたものである。すなわち、立法過程で示された「家族の神聖性」という考え方を受け入れ、また、国家には家族を保護し攻撃から守る義務があるという憲法上の文言<sup>(21)</sup>を、正式な婚姻に基づく家族以外は認めないものと読み込んだものであ

る。

後半では、第四二条の「家族」概念を確定するにあたり、第四一条第三項の「家族」概念と区別することなく同一の概念であるとされている。そこから、正式な婚姻により構成された家族の場合には、第四二条を根拠とする権利義務が保障されるという結論が導かれる。すなわち、「家族とは正式な婚姻に基づくものである」という第四一条第三項から導かれた要件を満たすことにより、家族の内部関係に関する第四二条の効果もたらされることになる。言い換えると、第四一条第三項における家族の内部関係には、第四二条で規定される親子関係の在り方が内在的に含まれるものと考えられ、厳格な家族概念の前提とされたということである。

この理論構成を検討すると、アイルランド憲法の解釈から導かれたその家族概念の中に、次の二つの機能を統合する作用が含まれていることが理解される。それは、婚姻制度に基礎を置く家族を「基礎的な社会の単位団体」<sup>(22)</sup>であり「道徳的制度」<sup>(23)</sup>であるとして推奨する機能と、家族内部において子どもの監護・教育に対して「不可譲の権利と義務」<sup>(24)</sup>をもつ親の権利保護を確実に保障する機能である。婚姻制度と身分関係を重視するこの両者の機能を統合するものとして、憲法により保護されるべき「家族」の概念が確定されたものと考えられよう。<sup>(25)</sup>これは、歴史的に展開されてきたコモン・ローの原則の延長上にあると言い得るが、同時に、アイルランドにおける「婚姻に基礎を置く家族の保護に関する極端に厳格な政策(an over-rigorous policy of protection for the marriage-based family)」<sup>(26)</sup>の採用の結果でもある。

このケースで採用された、「婚姻制度に基礎を置く家族」という憲法上の家族概念と、「婚姻制度に基礎を置く家族における両親」という両親の概念は、その後の判例に踏襲されてきた。<sup>(27)</sup>一方、これに対して、憲法の文言の解釈論としては、第四一条第三項第一号の中に婚姻制度に基づかない家族の存在を認めないということまで必ずしも読み込む必要はなく、その家族概念を広くとらえることも可能であり、<sup>(28)</sup>また、第四一条と第四二条の家族概念を同一のもの

して解さないことも可能であることが指摘されている。<sup>(29)</sup>

## (二) 判例の家族概念から生じた親子関係の諸問題

### 1 憲法により保護される家族の範囲から生じた主な問題・婚外子の差別の問題

未婚の父母と非嫡出子は、憲法第四条における家族を構成し得ない。従って、子どもの監護・教育に関して、第四一条および第四二条に基づく法的保護を受けることができない。非嫡出子も、判例上、嫡出子と同様の教育、および道徳的・知的・身体的・社会的教育を受ける「不可譲で時効にかからない」権利を持つとされる。<sup>(30)</sup>しかし、その権利保障は、基本権保障の諸条項の中の、第四〇条第三項を根拠とするとされている。<sup>(32)</sup>

第四〇条は、「私人の諸権利 (Personal Rights)」と題し、六項にわたって私人の基本権に関する規定が設けられている。<sup>(33)</sup>第三項第一号では、「国家は、その法において市民の諸権利を尊重し、また、可能な限り、その法によって市民の諸権利を保護し擁護することを保障する (The State guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the personal rights of the citizen)」と述べられており、続く第二号では、法により保護されるべき諸権利として、生命、身体、社会的評価 (good name)、および財産権が列挙されている。判例は、第二号を例示規定とみなし、列挙されたもの以外にも、解釈により広く憲法上の諸権利を承認している。<sup>(35)</sup>憲法上の家族を構成しない親および子の権利の保障も、解釈上この第四〇条第三項に基礎付けられるとされる。しかし、このアプローチを取ることにより、当初、次の諸問題が生じた。

第一の問題は、婚外子の権利が法律のレベルで具体的にどのように保障されるかという点をめぐり生じた。既に述べたとおり、非嫡出子にも嫡出子と同一の諸権利が帰属するということが、判例上確立された。しかし、そのことは、嫡出子と比べて非嫡出子に不利益な法律の存在が全く認められないということを必ずしも意味するものではない。憲

法は、法の下での平等を定める第四〇条第一項で、立法において、肉体的・精神的な能力、および社会的機能の違い（*Differences of capacity, physical and moral, and of social function*）に対して国家が適切な考慮を払うことを認める。判例は、これを明文上の根拠として、嫡出子と非嫡出子とを同一に取扱わない法律も認められるとした。具体的には、扶養、相続、後見、養子の諸分野に存在した。

第二の問題は、未婚の父のその子どもに対する諸権利の問題をめぐり生じた。判例では、未婚の父の子どもに対する憲法上の権利そのものの存在を、否定的に解していた。<sup>(37)</sup>この点について *Nicolson* 判決では、最高裁判所の *Walsh* 裁判官が、法的権利 (*Legal rights*) とは別個のものとしての、いかなる自然権 (*natural rights*) も、非嫡出子の実父には存在しないという見解を示している。<sup>(38)</sup>従って、未婚の父には、婚姻関係にある父母に教育権と後見権を保障する憲法第四一条と第四二条が適用されず、また、第四〇条第三項によっても未婚の父の諸権利は基礎付けられないとされた。<sup>(39)</sup>

以上の問題は、憲法上の家族概念に含まれないために、家族関係に伴う諸権利を保護されない親または子どもが被る不利益、すなわち差別の問題として把握することができる。これは、正式な婚姻に基づく家族の保護という価値と、法の下での平等という価値との関係において生じた問題である。<sup>(40)</sup>その意味で、*コモン・ロー*上の親子関係の法理である *hinc nullius* と *hinc populi* に由来する問題であると同時に、直接的には *Nicolson* 判決がアイルランドの憲法を明文上の根拠として示した、家族概念および個人の基本権の解釈から生じた問題である。<sup>(41)</sup>言い換えると、英国の統治下で継受された、嫡出子と非嫡出子とを区別して扱う *コモン・ロー*の原則が、独立後制定された憲法により、当初どの程度まで修正されたのかを示すものであると言えよう。

## 2 家族の内部関係の性格から生じた問題…実親と第三者との間の監護紛争

第三の問題は、家族の内部関係の問題として生じた。それは、子どもの実親と第三者（具体的には、事実上の養親）との間の監護紛争の問題である。一九六四年未成年者後見法 (*Guardianship of Infants Act 1964*)<sup>(42)</sup> 第三条は、子どもの監

護・教育の権限が争われる場合には、未成年子の福祉(welfare of the infant)<sup>(43)</sup>を第一かつ至高の考慮事由(first and paramount consideration)として斟酌しなくてはならないと規定する<sup>(44)</sup>。それでは、第三者との間の監護紛争の際に子の福祉という原則と、子どもの教育権は「両親」に帰属し「不可譲かつ時効にかからない」と定める憲法第四条および第二四二条の両者が抵触した場合には、どちらが優位に立つのであるか。

憲法制定以来、第四条と第二四二条については、親の権威と諸権利が強調され、他の諸個人や国家に対する親の地位が強化されてきた。そのために、一九六四年法の立法当初は、その規定の合憲性そのものが疑われていた<sup>(45)</sup>。また、判例も当初は、憲法第四二条第五項に該当する事由がない限り、すなわち、何らかの落度のない限り家族における親の教育権は縮小され得ないという観点から、正式な婚姻に基づく家族の構成員であるか否かという要素を重視して判断していた<sup>(46)</sup>。

### (三) 立法政策の対応

厳格な家族概念から直接的に生じる、婚外子および未婚の父の差別の問題に対して、政府は、ヨーロッパ人権条約と国内法の整合性を図る必要もあり、憲法上の家族概念に変更を加えることなく、婚姻外の家族関係に対する差別を解消するための新たな法律の制定をもって立法政策的に対応した。

非嫡出子の、扶養、相続および後見の分野における差別を是正するために、一九八七年に、子どもの地位法(Statute of Children Act 1987)が制定された。同法は、「立法が、非嫡出の概念を法から除去し、婚姻外に生まれた子どもと、婚姻により生まれた子どもの権利を平等にしなくてはならない」という観点から勧告を行った Law Reform Commission の一九八二年の報告書 *Report in Illegitimacy* の勧告を多くの点で受け入れている<sup>(47)</sup>。同法により、子どもが婚姻内 (marital) であるか婚姻外 (non-marital) であるかにより区別することをやめる、非嫡出性 (illegitimacy) の廢

止のための改革が行われた。その結果、婚外子の父も子どもの後見人になり得るようになり(§. 9(1)(3))、扶養(§. 14(2))および財産権(§. 28(3))の分野での婚外子差別が撤廃された。更に、非嫡出性の概念の廃止に伴い、子どもが両親を相手方とする親子宣言(declaration of parentage)を巡回裁判所に求める手続(§. 33(3))、父性が不明確である場合の血液検査(§. 37(4)(3))、および新たな父性の推定のルール(§. 44(1))が制定された。また、父母が未婚の場合でも出生登録の父の欄への記入が容易にできるように改正された(§. 48(5))。同法では、人工受精子はその対象外となつた。<sup>(49)</sup>

同法成立の背景には、二つの判決がある。一つは、非嫡出子にその実父の財産の無遺言相続権を認めないとする、一九六五年相続法(Succession Act 1965)第六七、第六九条は、①憲法第四〇条第一項に反せず、②憲法第四一条第一項および第三項により、国家には婚姻に基礎を置く家族を保護する義務があるから合憲であるとされた、最高裁判所の判決である。<sup>(50)</sup>

もう一つの判決は、婚外子の実父が、実母とともにその子どもの親の立場で一〇年以上一緒に暮らしている場合であっても、子どもと実父の法的関係の存在を認めないアイルランド法は、ヨーロッパ人権条約第八条に違反するとされた、ヨーロッパ人権裁判所の判決である。<sup>(51)</sup>

同法の成立により、アイルランドは「婚外子の法的地位に関するヨーロッパ条約(European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock)」の批准が可能になった。但し、同法により従来の憲法上の家族概念が、「ヨーロッパ人権条約第八条と同一の、広い家族概念に置き換えられた訳ではなく、家族概念自体は変更されなかった。」

一方、憲法上の家族概念に含まれる、家族内部の親子関係における親の権利の絶対的な性格から生じた、第三者との間の監護紛争の問題に対しては、裁判所は、憲法の「子どもの権利」という文言の解釈により対応した。しかしこれは、いわゆる「子どもの権利論」をもって家庭内部における親の権利の絶対性を解消するものではなく、理論的に

も疑問が残るものである。以下、家族概念をめぐって生じた諸問題の中で、なお残された問題となる、家族の内部関係の性格から生じた問題について検討する。

### 三 アイルランドにおける家族の自律と国家の介入

#### (一) 「憲法の認める子どもの権利」論

一九六四年法第三条は、立法当初、両親の子どもに対する憲法上の諸権利と相反するものとしてその合憲性が疑問視されたが、その後、裁判所は、同条の合憲性に関する判断を回避してきた<sup>(52)</sup>。監護紛争の際の、憲法上保障された両親の教育権(および監護権)と、同条における子の福祉との関係を明確に判示したのは、一九八五年の最高裁判所判決、*K. C. v. An Bord Uchtála* (1985 I. R. 375)<sup>(53)</sup>である。この中で、Finlay 裁判官は、婚姻に基づく家族と(憲法第四二条第五項における国家を含む)第三者(本件では、未婚の母―後に子どもの実父と婚姻する―からその子どもを付託された養親)の間に生じた監護紛争の解決に、憲法第四二条第五項における「子どもの権利」という文言を用い、次のようなアプローチを採る<sup>(54)</sup>。

① 既婚の両親の子どもには、家族の構成員として、一定の憲法の認める諸権利が帰属する。

(a) すべての実定法に先行しその上位にある、不可譲かつ時効にかからない諸権利を有するひとつの単位団体に属すること(第四一条第一項)

(b) 国家による、子どもが属する家族の保護(第四一条第二項)

(c) 家族により教育され、また、両親により宗教的、道徳的、知的、身体的、および社会的教育が与えられること(第四二条第一項)

② 一方、(本件のように)第三者の下で継続的な監護の下にある子どもの場合、子どもはその家族と両親によって教育される

権利が奪われている。このことは、次の二つの場合にのみ正当化される。

(1) 「両親がその子どもに教育を与えることを懈怠してしまった。また、身体的または道徳的な理由からその子どもに教育を与えることを懈怠し続けてしまった」という例外的な場合（第四二条第五項）、または、

(2) 子の福祉は憲法上承認された家族の中に基礎付けられなくてはならないという、憲法上の推定（constitutional presumption）をくつがえす、「きわめて強い理由（compelling reasons）」が存在する場合。

③ 一九六四年法の第三条は、これらの憲法の諸原則に鑑みて解釈されなくてはならない。監護紛争が既婚の両親と第三者の間に存在する場合、裁判所には、「福祉のバランス（balance of welfare）」という一つの基準だけで、あるいは「優先監護権（preferred custody）」という基礎により問題を解決する権利は付与されていない。

以上の理論構成でアプローチしている。ここから、次のことが理解される。

第一に、本判決では、婚外子には、ここで定義された権利が帰属し得ないということが、明らかとされた。子どもの憲法上の基本権の観点から監護紛争を解決するというアプローチを取ることと、法の下の平等の原則により家族概念を修正することは、別次元の問題としてとらえられている。そのために、実親と第三者との間の監護紛争に、婚姻制度の強調を持ち込む結果を生じることになる。<sup>(55)</sup>

第二に、本判決では、子どもにも憲法上の基本権が直接帰属することを認めた上で、憲法第四二条第五項における「自然で時効にかからない子どもの権利」の内容を「憲法により保護される家族に属し、教育される」権利と定義づけた。それを前提として、婚姻関係にある両親が存命中の子どもを第三者が監護・教育している状態を、実親の下で養育されるという子どもの権利が第三者により侵害されているものととらえ、監護紛争の際には、子どもの付託の時期を問うことなく、原則として、実親が当然に子どもの監護権・教育権を有するものとする。この形式的な基準の採用により、裁判所は、子の福祉の至高性原則の適用を排除する（従って、この原則は、実親間の監護紛争の場合にのみ適用される）。これは確かに、それまで問題とされてきた、親の権利と義務の不可譲性を宣言する憲法第四二条と、子の福

祉を優先的な考慮事項とする一九六四年法第三条の抵触に対する「幾分、より柔軟なアプローチ」ではあるが、一方で、「親の権利を子どもの権利の見地から再定義するという試みは、問題の混乱を助長するだけである」という批判にさらされる。<sup>(56)</sup>

本判決は一旦養親に付託された未婚の母の子どもについても、後に実親が婚姻して、憲法により保護されるべき家族を形成した以上、「子の福祉は、正式な婚姻に基づく家族の中に基礎付けられなくてはならない」という「憲法上の推定」が及ぶことを示すことにより、時効にかからないとされる親の権利を裏面から補強している。また、親に落度（憲法四二条第五項）や「極めて強い理由」がない限り、法律上監護・教育の権限を有する親は、その権利を否定され得ないとして、基本的に親の権利の最大限の尊重を認める。これは親の監護権・教育権の不可譲性を前提とした議論であり、子の福祉は、親の権利を制限する要素としてはもはや機能していない。このことのもつ意味は、第三者との間の監護紛争に関する、英国の判例法理および立法政策における、子の福祉の位置付けと比較することにより明らかになる。

英国の一九二五年未成年者後見法は、アイルランドの一九六四年法と同じく、監護紛争の際には子の福祉を最優先の考慮事項とすべき旨の規定をもつ。<sup>(59)</sup> 英国では、同法の成立後、「……子の福祉最優先の思想がひとたび立法に盛り込まれば、立法者の手を離れてそれが独り歩きをする。やがて監護紛争の解決基準として、子の利益が親の利益に優先するとする理論が確立されるようになった」。<sup>(60)</sup> 一九七〇年代頃からは、「たとえ一方の当事者が unimpeachable parent であっても、「子供の幸福」の見地から他人に監護権が与えられることがあるという立場がとられるように」なり、親の権利は、子どもの福祉による制限を受けるようになった。

一方、アイルランドでは、子の福祉は家族の中に存在しなくてはならないという理念を前提とすることにより、子の福祉という判断の要因を、事実上、親の教育権（および監護権）の中に吸収した。アイルランドの *K. C. v. An Dord*

*Uchida* 判決は、「子どもの権利」という表現を用いているものの、それはまさに「形を変えた親の権利 (parental rights in disguise)<sup>(62)</sup>」であり、「親の権威を前提とした権利 (a right which is subject to parental authority)<sup>(63)</sup>」である。判決の採用した理論構成が、憲法が不可譲の権利と義務であると表現する、子どもに対する親の監護・教育の権限の絶対性を、改めて強調したという側面を否定できないであろう。親の権利を制限する事由として、第三者との間の監護紛争の場合には、憲法第四二条第五項にかかる事由の存在の他に「極めて強い理由」の存在が斟酌される。しかし、これは「第一かつ至高の考慮事由」である子の福祉とは異なり、立証の問題を含め、親の監護権・教育権と同等の、またそれに優越する制限事由たり得ると見なすことはできない。

親の権利の不可譲性、絶対性は、私人間の関係に影響を及ぼすのみではない。憲法第四二条第一項は、親の権利と義務の不可譲性を国家が尊重することを保障している。これは、国家に対しては、家族の内部関係に対する不作為を義務付けているものと解することができる。次に、アイルランドにおける、家族の内部関係である親子関係と、国家の介入の在り方について考察する必要がある。

## (二) 家族の自律と国家の介入の関係を規定する枠組

前節では、いわば私法的な関係としての私人間の監護紛争を見た。そこにおいては、正式な婚姻に基づく、(憲法上保護されるべき)家族による子どもの監護・教育の権限が、第三者(具体的には、事実上の養親など)の監護・教育の権限に対して、当然に優越的な地位にあった。このような場合、子どもの監護者を決定する際に、国家が子どもの福祉の観点から積極的に介入することはない。

本節では、国家が子どもを保護するために家族関係に介入するという、いわば公法的な関係たる、憲法第四二条第五項の事由にかかる場合の法的対応に関する議論の状況を含めて、アイルランドにおける家族と国家の介入の關係に

ついて検討を加える。

### 1 私人間の監護紛争と国家の介入

既に見たように、判例は、憲法第四一条と第四二条に関して、「不可譲 (inalienable)」および「時効にかからない (imprescriptible)」という文言を重視した解釈を行ってきた。すなわち、この文言を、家族の内部関係である親子関係の在り方を規定するものとして読み込むことにより、親が子どもに対してもつ絶対的な性格の諸権利の、明文上の根拠としてきた。このような判例による解釈が、果たして立法者の合理的意思と合致するものであるか否かという問題を考える際の背景として、次の点を指摘することができよう。

アイルランドは、一九二二年のアイルランド自由国設立に至るまで英国の統治下にあり、その下で法体制が形成されてきた。そのために、一九三七年の憲法制定と英国からの独立後も、引き続き英国法のシステムと法理の強い影響下に置かれ続けてきた<sup>(65)</sup>。しかし、現行憲法の制定から半世紀以上を経て、英国法との比較におけるアイルランド法的な独自性が見られるようになってきている。このことは、家族内の親子関係の法理についても当てはまる。

かつて英国における家族内部の親子関係は、コモン・ローの原則に従っていた。すなわち、父親は嫡出子の単独の後見人であり、その子どもが二歳に至るまでの監護権は、父親に落度があるなどの例外的な場合を除いて、ほとんど絶対的なものであった<sup>(66)</sup>。父親の監護権は、親の未成年の嫡出子に対する保護および扶養義務からの帰結としてあった。但し、義務を実現するための手続は、ほとんど全く効力をもたなかった<sup>(67)</sup>。一方、エクイティの裁判所では、父親のない子どもに対する補充的な権限として、子の福祉の考慮という原則の下で監護権者を決定するということがなされていた<sup>(68)</sup>。この、子の福祉の重要性を強調するエクイティ上の原則は、裁判所法 (Judicature Acts) 制定以降、全ての裁判所で一般化して行った<sup>(69)</sup>。すなわち、一八世紀以降、未成年者の監護に関して用いられてきた人身保護手続においても、法律上の監護権の帰属のみではなく、子の福祉が考慮されるようになった<sup>(70)</sup>。子の福祉の原則は、一九二五年の

未成年者後見法により、至高の原則として成文化された。また、子どもの母親との関係における父親の監護権の排他的な性格も、一九世紀前半以降、制定法により徐々に緩和された。<sup>(71)</sup>

このように、私法的な性格をもつ監護紛争に関する法制は、一九世紀以降、判例と制定法によるコモン・ローの原則の修正が行われてきた。当初、子の福祉は、親の権利の濫用を制約する機能を果たすものであったが、その後、子どもの監護をめぐる至高の原則にまで高められた。ここに至り、子の福祉は、「法準則を変更する機能」<sup>(72)</sup>を担うようになった。同時に、子どもの監護・教育に対する父母の権利の平等が確立し、父親の権利の絶対的・排他的な性格は、消滅した。この一連の過程の中で、英国では、国家により子の福祉を守るための手続や、社会サービスを供給する機関が整備拡充されてきた。これらの動きとともに、現在では、「いまや「子の福祉」「子の利益」「子の最善の利益」など、すべて同じ内容の概念である」<sup>(73)</sup>は、社会的確信に支えられて、「子どもの権利」に昇格しようとしている」という状況となっている。

これに対して、独立後のアイルランドでは、子どもに関する領域の法政策について独自性を示すようになった。憲法第四二条第一項により、父母の間の後見権の平等が保障された<sup>(74)</sup>ために、家族内部における父親の権利の排他的な性格は失われた。その一方で、親の権利の絶対的な性格は、憲法第四一条と第四二条を明文上の根拠として存続した。父親の権利の絶対性とその濫用を制約するというエクイティ上の原則に由来する、子の福祉の至高性の原則を成文化した一九六四年法第三条が、*K. C. v. An Bord Uchtála* 判決により、第三者との間の監護紛争の場合には、その機能を否定された。これを一九八九年児童法 (*Children Act 1989*) に至るまでの英国の法政策と比較すると、対照的な立場が取られていることがわかる。<sup>(75)</sup>英国ではエクイティ上の原則を判例と制定法により拡充する方向を取り、「子どものための親子法」という法政策を実施してきたのに対して、独立後のアイルランドは、英国と同様に子の福祉の至高性原則を成文化したものの憲法上の「不可譲」「時効にかからない」という文言の運用により、結局、エクイティ上

の原則を拡充しない方向を取ったと言い得る。この英国との比較の中に、アイルランドにおける家族関係の法の特徴を家族の自律 (family autonomy) と親の権利の重視としてとらえる、ダンカンの主張<sup>(76)</sup>の背景を見ることが可能であろう。

この、家族の自律の原理は、両親が別居する場合にも貫かれている。裁判所は、別居命令を決定する際に、当事者間に子どもに関する協定が作成されたか否かを尋問する義務を負わない。裁判所は、子どもの監護・教育に関しては基本的に介入せずに当事者に任せ、両親の合意がない場合にのみ判断を下すことになる<sup>(77)</sup>。また、家族の自律と国家の不介入という、憲法から導き出された価値判断は、子どもの監護紛争の際の裁判の在り方にも反映されている。アイルランドでは、子どもをめぐる紛争は、コモン・ローにおける伝統的な当事者主義的な枠組の中で、裁判官による決定が、形式のおよび手続的正義を強調しつつ下されてきた<sup>(78)</sup>。仮に、子の福祉を考慮事項として重視するのであれば、「子の福祉についての裁判官の決定は、実質上法的裁断というよりは、福祉担当機関の機能を果たしている<sup>(79)</sup>」として、裁判所の役割は拡大あるいは変化<sup>(80)</sup>するものであろう。その際には、行政上の諸手続や、様々な社会サービス機関、あるいは福祉専門職員などとの連携が必要とされよう。しかし、アイルランドでは、福祉志向 (welfare-oriented) の紛争解決システムが確立されてこなかった。このことは、家族の自律と、厳格な手続的正義の考え方が結び付いたことの結果であると言い得よう。

## 2 国家による子どもの保護

アイルランドにおける子どもの保護は、英国統治下に制定された、一九〇八年児童法 (Children Act 1908) を基本法としてきた<sup>(81)</sup>。子どもの保護に関する法制度の改革問題については、一九七〇年の政府報告 *Kennedy Report* 以降、様々な提言が行われてきたが、一九八〇年九月に、Task Force on Child Care Services による最終報告書<sup>(82)</sup>が提出された。同報告書を受けて、一九八五年児童 (ケアおよび保護) 法案 (the Children (Care and Protection) Bill 1985) が提出された。同法案以降の動向については、未だ不明確な部分があるために、詳細については別稿での検討課題としたい。

本稿では、ダンカンの論稿を基に、基本的な論点のみを挙げることにする。

ダンカンが、前出の「子ども、親、および国家」の中で、次のように、社会は子どもの社会化と保護 (socialisation and protection of children) という利益 (interest) を有すると述べている。<sup>(84)</sup> 前者は、子どもが社会の活動的な構成員になることの必要性に由来する利益である。近代法におけるその最も効果的な表出は、就学に関するさまざまな諸法の中に見い出される。これは、常に、親の利益と同じく社会の利益である。アイルランド憲法は第四二条第二項から第四項において、国家に対して、「公益の後見人として (as guardian of the common good)」、子どもが「最低限度の教育 (minimum education)」を受けることを要求することを認めている。後者は、親の手による放任や、虐待の影響から子どもを保護することであり、国家はその目的のために介入を行う一般的な権利を有する。

このようにダンカンは述べているが、前者の子どもの社会化にせよ、あるいは後者の子どもの保護にせよ、直接的には国家と子どもとの関係ではあるものの、ともに親の監護権・教育権に対する国家の介入を伴うものである。先に述べた、アイルランドにおける家族の自律の原理と親の権利の重視は、この場面でも影響を与えてきた。

憲法第四二条第五項は、親に落度があつたという「例外的な場合 (in exceptional cases)」には、国家が親に代わり子どもの保護を行う旨規定する。これを根拠に、要保護児童に関する法律として保健法と児童法が存在し、前者が任意的ケアを、後者が強制的ケアについて定めてきた。<sup>(85)</sup> 一九五三年保健法 (Health Act 1953) 第五五条 (一) は、何らかの理由で親と暮らし続けることが不可能な子どもに対して任意的ケアを与えるために、ヘルス・ボードに対して、次のいずれかの措置を行う権限を付与する。ボーディング・アウト (里親委託)、保健大臣により認可された学校への入所子どもが一五歳を越える場合には住み込み雇用。<sup>(87)</sup>

任意的ケアの場合には、家族が代替ケアを必要としない状況となり、親が子どもの引き取りを申し出た場合には、ヘルス・ボードは原則として子どもを家族の手に返さなくてはならない。親の監護権・教育権との抵触が問題となる

のは、特に、国家が公権的に子どもの保護を行う場合である。一般論としては、要保護児童を親から引き離すことにより保護する方策には、強制的ケアと養子縁組の二つが考えられる。アイルランドでは、両者は関連づけて統合されることなく、別個の法律として存在してきた。

前出の一九〇八年児童法は、第二〇条、第二四条、および第五八条において、要保護児童を強制的に親元から引き離し、子どもに代替ケアを与えるための諸規定を設けている。<sup>(88)</sup> 第二〇条と第二四条は、要保護児童の安全な場所への移送について定める。また、第五八条により、裁判所は、子どもが第一項に列挙されたいずれかの放任または虐待を受けている場合<sup>(89)</sup>には、子どもを施設(授産学校)でケアするための收容命令か、あるいは適格者に子どもを委託するための適任者命令 (fit person order) を発することができる旨定める。裁判所にこれらのケア命令を求める申立を行うことは、ヘルス・ボード、地方当局、児童保護団体の他、何人に対しても認められている。<sup>(91)</sup> 近年、アイルランドでは、第五八条に基づく裁判所に対するケア命令の申立は、主にヘルス・ボードのソーシャル・ワーカー<sup>(92)</sup>によって行われてきた。この場合、子どもの後見人または親の「適切な後見の行使 (exercise of proper guardianship)」が存在しないときに申立が行われることになる。<sup>(93)</sup> また、一九八九年児童法施行以前の英国とは異なり、地方当局の行政処分のみによって親の権利が剝奪され、地方当局に移行することは法律上認められていない。このケア命令は、「親の権利・義務の一时的な縮小」<sup>(94)</sup>であり、代替ケアが必要とされない状況となった場合には、親は、親の権利の行使を裁判所に対して申し立てることができる。すなわち、親の権利は「不可譲」であり「時効にかからない」ことが憲法上保障されているために、親の側に一定の例外的な事由が存在しなくなれば、いつでも申立を行うことができる。従って、ケア命令に基づく子どもの保護の場合、親の側に、子どもに対する義務につき落度が存在することが示されない限り、親の権利が子どもの利益よりも優先されることになる。<sup>(95)</sup>

一九八五年法案は、その第V部において子どもの監護に関する新しい手続を提案した。それは、里親や親戚など、

両親以外に子どもを養育している者に対する、法的監護権（legal custody）の付与である。これは、英国の一九七五年児童法で導入されたカストディアン制度の監護概念を用いたものである。一九八五年法案は、第三者が法的監護権を得る場合の条件として、両親の同意がある場合には、申立の直前に一年以上子どもが申立人と共に居住しその監護下にあること、また、両親の同意がない場合には、三年以上同居しその監護下にあることを要求している。両親の同意がない場合には、「両親に適切な後見を行使する能力がない、または子どもをケアする意思がない」ことを証明する必要があるとされる。このような限定を付しているが、第三者に子どもを監護権・教育権を移行することにつき、その合憲性を疑問視する議論が起った。<sup>(97)</sup>

一方、養子縁組は親の後見を終了させることであり、子どもが放任、遺棄、あるいは虐待などを受けている場合に、安定的な親子関係を再構築し得る可能性がある方策である。アイルランドの養子法では、一九八八年の法改正に至るまで、婚内子の養子縁組が認められてこなかった。<sup>(98)</sup>一九八八年法第三条により、親が子どもに対する義務を懈怠するという例外的な事由がある場合にのみ、婚内子の養子縁組が認められるようになった。この場合、親または後見人の同意を要しないが、縁組の際には厳格な制限が課せられている。<sup>(99)</sup>同条に関しては、いくつかの問題点が指摘されてきた。第一に、その合憲性についての疑問である。すなわち、憲法第四二条第五項は、正式な婚姻に基づく両親の「不可譲」で「時効にかからない権利と義務」を永久に消滅させることになる裁判所命令を容認するものであるか否かという問題である。この点に関しては、大統領の付託を受けた最高裁判所による法案の審査により、その合憲性が認められた。第二は、申立人の側に課せられた負担の問題である。養子縁組の際には、現に存在する親の落度<sup>(100)</sup>が、子どもが一八歳に至るまで間断なく継続する見込みであることが証明され、同時に、その落度が、親の全ての権利の放棄を構成することが示される必要があるが、これらの事実<sup>(101)</sup>は申立人が立証することになる。また、養子縁組を行うためには、少なくとも申立の直前一二カ月間以上継続して、子どもが申立人と共に生活し、その監護下に置かれていること

が必要とされる。これらの申立人の側に課せられた負担が、妥当なものであるか否かという問題が指摘された。<sup>(108)</sup>

以上のように、アイルランド法における家族からの子どもの保護は、保健法を根拠とする任意的ケア、児童法を根拠とし裁判所のケア命令を要する強制的ケアと、養子法に基づく養子縁組の、三つの方策から成り立っている。それでは、アイルランドにおける子どもの保護を行う法の在り方は、どのように特徴付けられるであろうか。

第一に指摘できるのは、英国と比べて、親の権利に対する公権的な介入の度合が、より弱いという点である。このことは、憲法第四一条、第四二条の存在と、アイルランドにおける子どもの権利のとりえ方に関連している。<sup>(109)</sup>

アイルランドでは、独立以降、国家による子どもの保護に関する立法政策につき、慎重な姿勢を取り続けてきた。また、法律上も、親の意思に反して行われ、親の権利の縮小または終了を伴う措置に対しては、厳格な制限が付されている。<sup>(109)</sup> この制限自体は、国家による家族関係への不当あるいは過剰な介入を排除するために、必要不可欠とされるものである。すなわち、国家による家族関係への介入がもたらす危険性を考慮すれば、家族の自律は常に重視されるべきである。その一方で、子どもは、親から社会的な非難に値する不当な抑圧を受ける場合に国家により保護されるのみならず、発達過程におけるニードに対して家族内で適切な充足の機会が与えられない場合には、個人として何らかの形の救済を国家に求め得るとも考えられる。<sup>(108)</sup> アイルランドでは、憲法第四一条と第四二条を根拠に、家族関係の領域の法において家族の自律の原理、特に親の権利が重視されてきた反面、子どもの自律とその権利主体性は重視されてこなかったと理解される。親の側に特に非難されるべき落度があったという例外的な場合には、親による不当な抑圧からの隔離を主たる目的として国家による保護を得ることができることが憲法により保障されているものの、立法政策と法の運用において、国家の家族関係への不介入を特徴としてきた。<sup>(109)</sup> このような背景が存在することから、子どもの保護の法的保障の実効性が問題となる。<sup>(109)</sup>

第二に指摘できるのは、子どもの保護の体系的欠如と、いわば受け皿となる、家族と子どもを支える包括的な社

会サービスの必要性が立法政策に十分に反映されてこなかったという点である。

条文上、任意的ケア、強制的ケア、および養子縁組は、それぞれ別個の法律に定められており、包括的な児童法の中で関連付けられ統合されている訳ではない。また、前述の Task Force on Child Care Services の報告書で保健省への一元化を勧告された、子どものケア・サービスを担当する行政機関の分立問題<sup>(108)</sup>は、中央レベルでは一九八三年一月に養子委員会の管轄が司法省から保健省に移行するなど比較的に正されてきたが、サービスの供給機関相互の調整が依然不十分であることが指摘されている<sup>(109)</sup>。裁判所の機構についても、児童福祉の専門家が子どもの育成環境の選択に関する判断材料を積極的に提供したり、あるいは独立の子どもの利益代表が存在するという体制が整備されているものではない<sup>(110)</sup>。

福祉専門職員による諸活動を保障する、法律上の根拠も十分なものであるとは言い難い。その主な例としては、次のようなものがある。子どもが施設で代替ケアを受ける場合、福祉専門職員により継続的な子どもの観察と総合的な計画化が行われることが望まれるが、法律上、それを保障する規定は置かれていない<sup>(111)</sup>。また、ヘルス・ボードによるボーディング・アウトの措置は、施設ケアよりも望ましい方策であると考えられているが、任意的ケアであるために、ヘルス・ボードには両親の同意なく実施する権限が与えられていない。そのために親の意向から、一般的に施設ケアが長期化する傾向がある<sup>(112)</sup>。子どもの育成環境の確保という観点からは、家族との別居という方策以外にも、在宅によるケアが考えられる。しかし、子どもは親との同居を続けつつ、福祉専門職員が家族に対して強制的なスーパービジョンを定期的に行うという方策については、それを拒否した親に対して裁判所の命令をもって執行するための法律上の根拠が存在しない<sup>(113)</sup>。また、一九七〇年保健法 (Health Act 1970) 第六一条に基づき、ヘルス・ボードに対してヘルス・ヘルパー派遣の実施権限が与えられている(但し、義務付けられてはいない)ホーム・ヘルプ・サービスは、子どものケアというよりも、高齢者と病弱者のケアを主たる対象とするものであり、児童福祉の場面では十分にニーズに對

応しているとは言い難い<sup>(14)</sup>。これらの諸問題は、いずれも子どものニードに対応するケア・サービスの実施体制の未整備に伴うものであり、一九八五年法案以降、どのような形で解決されるのか、更に見て行く必要がある。

第三に指摘できるのは、英国の立法動向の影響という点である。親の権利が重視されてきたアイルランドにおいても、児童虐待の増加と同時期に、子どもの保護に関する法律が整備されてきているが、それらの諸立法や専門委員会報告の中に、英国法の影響を見て取ることができる。今後のアイルランドの法政策の推移を見る際には、英国法の立法政策との異同にも注目して行く必要がある。

### (三) 検 討

英国の児童法の動向として、プライベートイゼーション (privatization) のスローガンの下、「家族関係からの国家の退却」がいわれ、不介入原則が打ち出されている<sup>(15)</sup>。既に見てきたように、アイルランドにおける家族と国家の関係は、私法的関係、公法的関係ともに、婚姻制度に基く家族関係に対する国家の不介入という特徴をもつ。しかし、これを、英国におけるプライベートイゼーションの動向と全く同様のものとして評価することは、事実の誤認を招くおそれがある。成程、歴史的には一九二〇年代に至るまで同じ法理の下にあった両国であるが、その後の展開を見ると、異なる方向へ推移してきたことが分かる。

西欧における子どもに関する法の領域では、過去一世紀の間に、親の権利の制限とともに、国家の権限の著しい増加があった。しかし、アイルランドでは、この過程に関して他の多くの西欧諸国と比べて比較的遅い対応を示してきた。その要因として、ダンカン<sup>(16)</sup>は、次の三点を挙げる。①ローマ・カトリック教会の社会問題に関する教義に支持され、憲法により保障された、家族と親の自律の原理に対する強力な固執、②資源の問題、③立法の不活発さ。

②については、人的資源、様々な施設、各種機関などで構成される社会サービスのネットワークによる、児童福祉

の支援体制が未整備であることと理解される。また、③については、法の枠組の中で優れたソーシャル・ワークの技能と実践が発達するという、ソーシャル・ワークと法の関係が成立していないことを意味すると理解されよう。この両者の諸要因は、それぞれ重視される必要があるが、両者はまた、①の要因からの一つの帰結であるとも言い得るのである。

家族をめぐる、私法的関係、公法的関係の両者ともに、①に関して法的な観点から最も問題となるのは、「不可譲かつ時効にかからない」という憲法の文言の解釈であった。当初の裁判例<sup>(17)</sup>では、不可譲とは「移転され得ないまたは与えられ得ない(cannot be transferred or given away)」ことを意味し、時効にかからないとは「時間の経過により喪失され得ないまたは不行使により放棄され得ない(cannot be lost by the passage of time or abandoned by nonexercise)」ことを意味するものであると解された。これに対して、*G. v. An Bord Uchtála* 判決において最高裁判所の Walsh 裁判官は、「不可譲」の権利には、「相対的に不可譲 (relatively inalienable)」の権利と、「絶対的に不可譲 (absolutely inalienable)」の権利の二種類が含まれていると説示した<sup>(18)</sup>。この解釈は、実質的には、不可譲という文言の再定義につながるものであるが、その後の判例では、文言の解釈を変更するのではなく、子どもにも憲法上の権利が帰属することに着目し、この観点から両親と第三者との間の監護紛争の解決を図ろうとした。しかし、既に見たように、この理論構成により子どもの自律を尊重し発達上のニーズに適切に対応する全ての方策の選択が、法的に保障されるということの意味するものではない。英国と同様に、子の福祉の至高性原則を明文化した未成年者後見法を制定したものの、アイルランドでは、憲法上の家族概念に含まれる理念によりその運用が制約されたものと解されよう。また、憲法上の家族概念の存在は、子どもの保護に関する立法を制限してきた。

憲法の起草者である、デ・ヴァレラは、第四条について、「我々は、これらの不可譲で時効にかからない諸権利は、国家によって侵害され得ないという事実を強調したい」と述べている<sup>(19)</sup>。しかし、家族の自律の原理の徹底と、そ

れを補完する国家の介入という在り方には、子どもの発達過程におけるニードの適切な充足の可能性を狭めるとの結果を伴うおそれがある。子どものニードに対する適切な充足の可能性の保障と、子どもの自律の尊重という観点から見るのであれば、この憲法の文言は、完全に再定義されるか、あるいは削除されることが必要となる。

この点に関して、民間団体 Irish Council for Civil Liberties が一九七七年に提出した報告書 *Children's Rights under the Constitution* は、憲法第四条は、次の観点から改正されるべきであるとの勧告を行っている。<sup>(27)</sup>

(a) 親の権利は、引き続き保障されるべきである。しかし、それらはもはや不可譲あるいは時効にかからないとして定義されるべきではない。従って、両親が存命中である嫡出子の養子縁組は、可能とされるべきである。

(b) 親の権利と子どもの権利の間に、新しいバランスが確立されるべきである。このことは、親によるその権利(例えば、子どもの監護権)の行使が明らかに子どもにとって有害であろうという例外的な場合には、子どもの利益が優勢であるべきであるということを、確実なものにするであろう。そのような場合の、子どもの利益の至高性の原理の適用は、親がその義務の遂行に失敗したということの認定を条件とするべきではない。

(c) 子どもの権利の保護は、国家のひとつの特別な責任として認識されなくてはならない。特に、子どもの利益が、子どものための独立の代表 (independent representation for children) を必要とする場合には、国家にはそれを提供する義務が課せられるべきである。

(d) 父性のみに基づく子どもの差別は、禁止されるべきである。

同報告書の、憲法第四条と第四二条の改正私案の中では、「不可譲」および「時効にかからない」という文言の削除が勧告されている。<sup>(28)</sup>

同報告書が提出されてから、既に一五年が経過している。この間、勧告の中のいくつかの項目は、諸立法により法律レベルで実現された。また、前述の Task Force on Child Care Services の報告書においても、「憲法と法 (The

Constitution and the Law」と題する第一六章で、親の権利の側に重点を置く法の在り方に対して、その是正を勧告している<sup>(12)</sup>。今後、これらの勧告で改革の必要性を指摘された、現在の家族と国家の間の法的関係を規定する枠組の在り方そのものが、どのような動向を示すのか。英国法とは異なる性格をもつ、アイルランドの家族関係と児童福祉に関する領域の法が、英国の立法動向や、アイルランドが批准する諸条約、あるいは子どもの権利論の展開の影響を受けて、今後どのように変化して行くのか。また、それが英国からの独立以降採用してきた法解釈と立法政策の、本格的な転換を伴うものなのか否か。更に注目して行く必要がある。

しかし、少なくとも現在までのアイルランドでは、憲法第四一条と第四二条を明文上の根拠とする、婚姻制度の重視、および家族の自律の原理と親の権利の重視が、この領域における法解釈および立法政策に対して強い影響を及ぼしてきた。親の権利との関係において、いわゆる「子どもの権利」は、放任、遺棄、虐待を行う親からの隔離（親からの隔離としての子どもの保護）を主たる目的として限定的にとらえられており、また、児童福祉を支援する包括的な社会サービスのシステムが十分に整備されているとは言い難い。アイルランド法に見られる、家族関係に対する国家の不介入という在り方は、英国の一九八九年児童法における国家の不介入原則とはその背景が異なるものであり、同一視されるべきではなからう。

#### 四 結 語

家族の自律と親の権利の重視を特徴とするアイルランド法の場合に限らず、児童福祉の法の在り方や、ソーシャル・ワークと法の関係を考える際に常に問題となるのは、家族の自律と国家の介入との間のバランスである。この点に関して、M・D・A・フリーマン<sup>(13)</sup>（ユニヴァーシティ・カレッジ・ロンドン）は、J・ロールズの社会理論を基礎に「子

どもの権利」の理論を展開する一方で、家族の自律を最大限に尊重して国家の介入をできるだけ限定的にとらえるという見解に対する批判を行っている。<sup>(12)</sup>フリーマンは、家族関係に対する国家（州）の介入は最小限に限定すべきであると主張する、子どものケアにおける国家の不介入の指導的な支持者として、J・ゴールドスティン、A・フロイト、A・J・ソルニットを挙げ、<sup>(13)</sup>その共著である *Beyond the Best Interests of Child* と *Before the Best Interests of Child* で説かれる最小限の国家（州）の介入の哲学を、次のように位置付ける。

ゴールドスティン、フロイト、ソルニットの主張は、『アナーキー・国家・ユートピア』で示されたR・ノージックの社会理論をグラッド・セオリーとするものである。それは、子どもの養育における親の自律を擁護し、国家による家族関係への介入の水準は最小限にされるべきであり、かつ明確な虐待の場合にのみ介入を容認すべきであると主張する。彼らは、家族を法の外部の一つの私的な領域として扱う。彼らにより主張されたこの立場は、心理学的にも哲学的にも基礎付けられて正当化されている。『子の福祉を超えて』で展開された心理的親子関係 (*psychological parenthood*) の概念がその心理学的な基礎となり、個人の自由と人間の尊厳という、市民としての確固たる信念が、哲学的な合理化として提示されている。彼らの主張を受け入れるか否かを問わず、親の自律が重要であるということと国家の介入が危険を伴うということは、認められなくてはならない。しかし、家族を法の外部のひとつの私的な領域として扱うことには、明白な危険がある。親子関係は、基本構造上不平等の世界に存するからである。ゴールドスティン達の自律についての単純な見方には、疑問の余地がある。法は自律に関するひとつの文化的な基礎 (*a cultural underpinning of autonomy*) であり、家族（この文脈では両親）は法が許容するだけの自律を有するものである。彼らが、教育あるいは児童労働を規制している諸法を考察しないことは、驚くに値しない。

フリーマンは、以上のようにゴールドスティン達の主張を位置付け、更に、それに対して批判を加えるとともに、適切にコントロールされた、国家による家族関係への介入の必要性を説いている。フリーマンの理論を考察すること

自体は本稿の目的ではないために、ここではその問題提起を提示するにとどめる。しかし、フリーマンが示した、子どもの権利論と密接に関連付けられた、家族関係に対する国家の介入についての見解やソーシャル・ワーク論は、児童福祉の法やソーシャル・ワークの望ましい在り方を考察するために、今後、その受けている批判も含めてなお検討される必要があろう。また、フリーマンの理論は、単に福祉国家をめぐる政治的な一見解として位置付けられ理解されるのではなく、家族の自律とその限界や、子どもの権利の帰属についての法哲学的な基礎付けという観点から理解される必要があるものと考えられる。今後の課題としたい。

一九八九年に採択された国連子どもの権利条約は、家族の自律と、子どもの養育に対する親の権利および責任を重視している。すなわち第五条において、子どもが同条約で認められた諸権利を行使するに際し、子どもの能力の発達と一致する方法で適当な指示および指導を行う権利と義務を親に認めるとともに、その尊重を国家に対して義務付けられている。また、第九条では、子の最善の利益のために必要がある場合を除いて、子どもは親の意思に反して親から分離されないことを保障している。更に、第一八条第一項では、子どもの養育および発達に対する第一次的責任を、親に対して認めている。しかし、同条約は、親の自律や親子関係に対する国家の不作為を単純に強調しているのではない。親の養育を援助する諸施策の確保を締結国に求めるとともに、親が養育責任を果たさない場合には国家が家族関係に介入することを認めている。同条約では、子どもに諸権利が帰属することを前提とした上で、子どもの発達上のニーズは家族の中で適切に充足される必要があるが、子どもの権利は第一次的には親の責任で保障されるべきであると構成されていることに、留意しなくてはならない。我が国も既に同条約に署名し、現在、批准に向けての作業がなされている。同条約の批准自体については、子どもの権利のとらえかたの相違などから賛否両論あるが、これを機会に、我が国の児童福祉法制における家族と国家の関係が改めて検討される必要があろう。それは、安定した家族関係の維持や崩壊した家族関係の再構築のために必要な、保健・医療・福祉・司法により提供される各社会サービスの連携な

いし統合に向けての立法政策の展開を意味し、家族関係に対して国家が最終的手段として行う危機介入の法律関係の再検討を意味する。また、家族の自律の法的根拠に関する考察も深められなくてはならない。言うまでもなく、家族関係に対する公権力の行使は無制限・無原則なものであってはならない。しかし、家族関係を基本的に法のコントロールの及ばない私的領域であると思えず法律や法解釈の存在が家族内部の弱者に対する適切かつ速やかな福祉的対応を妨げる効果をもたらすのであれば、それもまた望ましい状態であるとは言い得ないであろう。<sup>(128)</sup>

今後、我が国の家族と子どもに対する包括的な社会サービスのシステムは、どの水準まで確保されるべきであり、確保され得るのか。また、行政活動として、いかなる形のソーシャル・ワークが行われ、それに対してどのような法的統制を加えることが望ましいのか。更に、実定法上、どのような行政手続と司法手続が整備されるべきであるのか。現行法の運用の検討とともに、比較法研究の国内法制への反映が必要とされよう。英国法を継受し、その立法動向に影響を受けつつも、婚姻制度の重視、および家族の自律の原理と親の権利の強調が児童福祉法の立法と解釈を規定してきたアイルランド法の状況は、民法上の「親権」概念の解釈が児童福祉法の運用に影響を与え、また子どもの養育に関する包括的な社会サービスの法体制が確立していない我が国で、諸外国の社会サービスの法を考える際に有益な示唆を与えるものであろう。今後、我が国の児童福祉法の在り方を考える際には、諸外国の社会サービスの動向やシステムを参考にしてその導入を図ることのみならず、我が国における家族の内部関係や、家族の自律の保障と限界の、法的根拠とその理念をまず明確にし、その上で家族関係に対する国家の介入に関する基礎的理論に基づき、社会サービスの設定と運用を図る必要があるものと思われる。

(1) Barrister-at-Law, Law Reform Commissioner and Associate Professor of Law, Trinity College Dublin.

(2) See W. Duncan, "The Child, the Parent and the State: the Balance of Power" (Duncan, 1987-①) in W. Duncan (ed.), *Law & Social Policy* (Dublin, 1987).

- (c) See item, "Family Law and Social Policy" (Duncan, 1987-②) in *ibid.*
- (4) 一九二二年のマイノランディ自由国憲法 (The Constitution of the Irish Free State (Saorstát Éireann) Act) によつて、  
 ような家族条項は存在しなかつた。
- (5) 同項は、規範的には法の下の平等を定めた憲法第四〇条第一項との関係から、所得保障法の一根拠となる以外は伝統的な  
 家族関係における妻の位置づけを示し、同時に伝統的な家族像を支持するところの表明に過ぎないと解されている (J.  
 Casey, *Constitutional Law in Ireland* (London, 1987), p. 514.; R. W. Clark, "Social Welfare Insurance Appeals in the  
 Republic of Ireland" (1978) XIII *Irish Jurist* (n.s.) 265; P. A. O' Connor, *Key Issues in Irish Family Law* (Dublin,  
 1988), pp. 117, 174-77)。同項に関しては、他の西欧諸国の家族関係の政策・法制の理念を原理との比較、並びに、女子労働  
 に対する現実的波及ほしてきた影響などについて、法社会学的な研究が必要とされよう。 see M. A. Glendon, *State, Law and  
 Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe* (Amsterdam, 1977); idem, "Irish Family  
 Law in Comparative Perspective" (1987) 9 *Dublin University Law Journal* 1; idem, *The Transformation of Family  
 Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe* (Chicago, 1989); M. Rheinstein, "The Transformation  
 of Marriage and the Law" (1973) 68 *Northwestern University Law Review* 463.
- (6) マイノランディにおいても社会変動の進展によつて一九七〇年代初頭を境に既婚女性の就労が急速に進み、一九七一年から  
 八一年の一〇年間に、既婚女性の就労者の総数は、三万七千人から一〇万五千人へと増加した (K. A. Kennedy, T. G. Ghlin  
 and D. McHugh, *The Economic Development of Ireland in the Twentieth Century* (London, 1988), pp. 71, 86.)。さら  
 一九七〇年代初頭までの、女性の第一の役割は家庭内にもとまらう社会通念が変化したことを示すと同時に、雇用と賃金に  
 ける差別を禁じた諸法制 (EEOC一九九号条約) に基づく Anti-Discrimination (Pay) Act 1974 及び EEOC 指令 76/207 に基  
 づく Employment Equality Act 1977) が効果を表したことを示すと解される (J. Blackwell, "Government, Economy and  
 Society" in F. Litton (ed.), *Unequal Achievement: The Irish Experience 1957-1982* (Dublin, 1982), p. 49.)。しかし、女性  
 の労働市場への参入率自体は、西欧諸国の中では依然低水準に留まらう。女子労働者の差別を禁じた労働法制とその運用  
 上の諸問題については、J. Blackwell, *Women in the Labour Force* (Dublin, 1986); C. Deirdre, "The European Community  
 Right to Sex Equality and its Implementation in Irish Labour Law" (1983) 5 *Dublin University Law Journal* 42;  
 Employment Equality Agency, *The Role of the Labour Court in Enforcement Procedures under Equality Legislation:  
 Recommendations for Change* (Dublin, 1984); F. Prondzynski and C. McCarthy, *Employment Law in Ireland* (2nd ed.)

- (Dublin, 1990), ch. 6. 参照。EC法がアイルランドの広義の社会法に与えた影響については、今後の検討課題としたい。
- (7) 一九八六年六月二十六日に、第四一条第三項の改正を問う国民投票が行われたが否決され、離婚の合法化は成立しなかった。憲法の改正法案 (The Tenth Amendment to the Constitution Bill 1986) と、離婚法案に閲する白書 (Department of Justice, *Statement on Government's Intentions with Regard to Marriage, Separation and Divorce*, 1986.) が提出され、この国民投票が行われた背景には、一九七〇年代初頭からの婚姻破綻による別居の増加があった。政府の改正案に対しては、ローマ・カトリック教会からの反対があった他に、賛否両論の立場からの様々なキャンペーンが繰り広げられた。see W. Duncan, "Ireland: Waiting for Divorce" (1986) 25 *Journal of Family Law* 169; idem, "The Divorce Referendum in the Republic of Ireland: Resisting the Tide" (1988) 2 *International Journal of Law and Family* 62; J. Lee, *Ireland 1912-1985: Politics and Society* (Cambridge, 1989), p. 656. など。西欧諸国にわたる離婚法制の背景にカトリック教会の影響一般について、L. Caldwell, *Italian Family Matters: Women, Politics and Legal Reform* (London, 1991), ch. 1; J. M. Eekelaar, *Regulating Divorce* (Oxford, 1991), ch. 2.; Glendon, 1989, ch. 1. 参照。一九七〇年代にカトリック婚姻観からの国家法の乖離が生じたイタリアにおける、近年の離婚制度の運用状況につき、松浦千誉「イタリアにおける、離婚法適用の状況—公式統計による実態の紹介—」法学研究・六四卷一二号(一九九一年)三二七頁以下参照。
- (8) *Dáil Debates*, Vol. 67, col. 251. in M. Staines, "The Concept of "The Family" under the Irish Constitution" (1976) *XI Irish Jurist* (n. s.) 223.
- (9) *Ibid.*, p. 224.
- (10) この第四四一条二項二号の規定は、一八〇一年の政教条約を想起させるが、憲法の起草者であるデ・ヴァムレラ (Eamonn de Valera) は、その引用の事実を否定して、see A. G. Donaldson, *Some Comparative Aspects of Irish Law* (London, 1957), p. 166. その後、一九七二年十一月の国民投票により、同号は削除された。一九三七年憲法の起草の際にはカトリック教会からの関与があったが、草案自体は、デ・ヴァムレラ自身の思想と見解に基づいて作成された。see S. Faughnan, "The Jesuits and the Drafting of the Irish Constitution of 1937" (1988) *XXVI Irish Historical Studies* 79; D. Keogh, *The Vatican, the Bishops and Irish Politics 1919-39* (Cambridge, 1986), pp. 208-9.
- (11) See W. Duncan, "Supporting the Institution of Marriage in Ireland" (1978) *XIII Irish Jurist* (n. s.) 215; G. W. Hogan, "Law and Religion: Church-State Relations in Ireland from Independence to the Present Day" (1987) 35 *American Journal of Comparative Law* 47; J. M. Kelly, *Fundamental Rights in the Irish Law and Constitution* (New York,

1968), p. 58; J. H. Whyte, *Church and State in Modern Ireland 1923-1979* (2nd ed.) (Dublin, 1980), pp. 52-3, 377. \*  
た'自然法思想が与えた影響も指摘されている。後掲註(31)参照。

(12) See A. Shatter, *Family Law in the Republic of Ireland* (2nd ed.) (Dublin, 1981), p. 201. なお'「親の権利 (parental rights)」の概念の明文上の規定はないが、英国法における「親の権利」と同じ概念であり、我が民法上の「親権」の概念とは異なる。親も'一種の後見人としてとらえられている。

(13) Guardianship of Infants Act 1964, S. 10(2).

(14) 同条における「教育」の意味と教育法制の背景について、*ibid.*, pp. 515-16.; N. Osborough, "Education in the Irish Law and Constitution" (1978) XIII *Irish Jurist* (n. s.) 149. 参照。

(15) *B. v. B.* [1975] I. R. 54 at p. 58. 但し'親の監護権が直接憲法に根拠付けられるか否かについては'条文上明らかではない。裁判例の中には'憲法で保障された親の権利と義務である'子どもに対する宗教的教育'および道徳的・知的・身体的・社会的教育を実施するためには'通常は監護権が必要であることを理由に'憲法上の権利であることを示唆する意見 (*G. v. An Bord Uchtála* [1980] I. R. 32 at p. 85) や'憲法上の権利として認めざる意見 (*ibid.*, at p. 97) が見られる。

(16) 未婚の父 (X) と母 (Y) がいた。Xとの婚姻を望まないうYの実母は'Xの同意なしにYの養子縁組を行った。その際'養子委員会 (An Bord Uchtála) の養子決定 (adoption order) は'Xには通知されなかった。また'養子委員会による聴聞 (hearing) もXに対してはなされなかった。そこでXは'これは破棄されるべき養子決定であるとして'高等法院に移送命令を求めた。

なお'アイルランドにおける養子縁組および'一九五九年養子法 (Adoption Act 1959) に基づき設置された準司法的行政機関である養子委員会の法的性格について' G. Morgan and D. G. Morgan, *Administrative Law in Ireland* (2nd ed.) (London, 1991), pp. 105, 229, 231, 239; Shatter, *op. cit.*, ch. 12. 参照。養子制度の概観については' J. Curry, *The Irish Social Services* (Dublin, 1980), pp. 208-9. 参照。但し'後述のように一九八八年の養子法改正により'それまで婚外子のみ認められていた養子縁組を'婚内子にも条件付で認めるなどの変更を生じた。 see O'Connor, *op. cit.*, pp. 82-84, 90.; Review Committee on Adoption Services, *Report* (Pl. 2467) (Dublin, 1984).

(17) Henchy J., Murnaghan J. and Teevan J.

(18) [1966] I. R. 567 at p. 623.

(19) *Ibid.* at pp. 643, 44.

- (20) ここに含まれる家族形態として、いわゆる核家族を基本とする次の形態があると解されている。夫婦で構成される家族（夫婦と子どもで構成される家族、寡婦または既婚夫婦と子どもで構成される家族（*In re O'Brien* [1954] I.R. 1）、遺棄された妻または夫と子どもで構成される家族（*In re Doyle* [1965] I.R. 217）。正式な婚姻をしていない夫婦の孤児（*G. v. An Bord Uchtála, supra*）。また、以上のような核家族形態からは除外される。父母、兄弟姉妹、祖父祖母、孫という「生涯にわたる血縁関係（life long relationship）」にきよきよ者として、第四一条にいう「道徳的制度（moral institution）」としての家族を構成するものと見なされる（*Murray v. Att. Gen.* [1985] I.R. 532）。see B. Doolan, *Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland* (2nd ed.) (Dublin, 1988), p. 208.; Shatter, op. cit., pp. 3-5.
- (21) *Constitution of Ireland*, Art. 41. 1.
- (22) *Ibid.*
- (23) *Ibid.*, Articles 42. 1 and 42. 5.
- (24) See Duncan, 1978, pp. 221-32.
- (25) しかし、このことは、生活の実態を無視することのできないいくつかの法制度の存在を否定するものではない。これは、伝統的にアイルランドの家族法の領域では身分概念が重視されてきたのに反して、ニードを重視する所得保障法などの領域においては、身分概念は決定的理由とされないからである（Duncan, 1978, p. 228）。例えば、一九八一年社会福祉（統合）法（*Social Welfare (Consolidation) Act 1981*）の下では、未婚の母も、諸手当の支給につき遺棄された妻・囚人の妻・寡婦と同様の取り扱いがなされており、児童手当も婚内子・婚外子とあるか否かを問わずに支給される。また、家賃統制法（*Rent Restrictions Act*）は、その対象とする家族に関して、婚姻制度に基づくか否かによる区別を設けていない。一九四六年家賃統制法における家族概念を取り上げた裁判例としては、*McCombe v. Sheehan* [1954] I.R. 183 が、一九六〇年家賃統制法における家族概念を取り上げた裁判例としては、*Jordan v. O'Brien* [1960] I.R. 363 がある。なお、英国借家法における「家族構成員」概念につき、三木妙子「イギリス借家法と婚外同居者の地位（一）」比較法字（早大）・一七巻二号（一九八三年）二九頁以下参照。
- (26) See Duncan, 1978, p. 222.
- (27) *Nicolaou* 判決以降に家族概念が取り上げられた主な判例として、次のものを挙げることにあつた。  
*In re J.* [1966] I.R. 295; *McN. v. L.* (High Court, Jan. 1970); *McGee v. Att. Gen.*, *supra*; *M. v. An Bord Uchtála* [1975] I.R. 81; *McL. v. An Bord Uchtála* [1977] I.R. 287; *G. v. An Bord Uchtála, supra*; *Murray v. Att. Gen.* [1985]

I. R. 532.

- (82) See Shatter, *op. cit.*, pp. 360-61.; Staines, *op. cit.*, p. 238.; Task Force on Child Care Services, *Final Report* (Prl. 9345.) (Dublin, 1980), pp. 214-15.
- (82) See Staines, *op. cit.*, p. 229.
- (82) *In re M.* [1946] I. R. 334.
- (82) Constitution, Articles 40-44. このらの基本権の保障については、その宗教的色彩を以て自然法思想の影響を指摘するところ。see Casey, *op. cit.*, p. 483. 同条の自然法的理解を、裁判例の中で見られる。see D. Clark, "The Role of Natural Law in Irish Constitutional Law" (1982) *XVII Irish Jurist* (n.s.) 187; F. Prondzynski, "Natural Law and Constitution" (1977) 2 *Dublin University Law Journal* 32 (1977).
- (82) G. v. An Bord Uchtála, *supra*.
- (82) See B. Walsh, "Existence and Meaning of Fundamental Rights in Ireland" (1980) 1 *Human Rights Law Journal* 171. 権利保障に於いて第四〇条と他の諸条文との関係は、文言上必ずしも明確ではない。この点から、憲法上の諸権利の配置が無秩序で不十分であるとの批判をなすところ (Kelly, *op. cit.*, p. 14.)。
- (82) この点から国家には、司法権も含まれると解われている (The State (Hedley) v. Donoghue [1976] I. R. 325) 。“また、同条はアメリカ憲法のフォー・ブロス条項に相当する効果をもつと考へられる。” see D. Barrington, "Private Property under the Irish Constitution" (1973) *VIII Irish Jurist* (n.s.) 1; R. V. F. Heuston, "Personal Rights under the Irish Constitution" (1976) *X Irish Jurist* (n.s.) 205.
- (82) *Ryan v. Atk. Gen.*, *supra*. この判決では、その根拠として、国家のキリスト教的および民主的性格に由来するところ。
- (82) *The State (K. M.) v. The Minister for Foreign Affairs* [1979] I. R. 73.
- (82) *In re J.* [1966] I. R. 295 at p. 302.
- (82) *Supra* at p. 643.
- (82) 後述の一九六四年未成年者後見法では、未婚の父には子どももの後見、扶養をはじめとする、親子関係に伴う諸権利が認められなかった。これは、コモン・ロー上の未婚の父の法的地位の法理に対応するものである。但し、一九六四年法では、法律上認められた権利として、監護権と面接交渉権に関する命令を求めて裁判所に申請をなすことが認められていた (s. 11 (4))。

同法は *Nacolaou* 判決以前に成立しており、判決後、同条は、未婚の父が子どもの養子縁組に際して事前の意見聴取がなされなかった場合、または養子縁組に反対の場合に、養子縁組の手続を延期させることができるという機能を果たすものとして理解されるようになった (Shatter, *op. cit.*, p. 362)。また、一九五二年養子法 (The Adoption Act 1952) では、未婚の父がその子どもの養子縁組を申請することが認められていた (s. 11 (4)(b))。

(40) See Duncan, 1978, pp. 229-30; *idem*, "Ireland: The Status of Children and the Status of Marriage" (1988-89) 27 *Journal of Family Law* 163.

アイルランドにおける正式な婚姻に基づかない家族に対する差別の問題として、Duncan, 1978 は、子どもをめぐる諸問題の他に、憲法上のプライバシーの権利の享有主体として認められないという点を指摘する (p. 230)。すなわち、避妊薬・避妊具の販売・輸入を禁じた一九三五年刑法 (修正法) 第十七条の合憲性が争われたケース (*Magee v. Ati. Gen.* [1974] I.R. 284) において認められた、夫婦のプライバシー (marital privacy) は、未婚の夫婦には認められなければならないと述べている。

(41) アメリカ憲法に即して非嫡出子区分と個人の尊重の関係を検討した論稿として、釜田泰介「嫡出・非嫡出による区分と法の平等保護—アメリカにおける憲法訴訟を中心として—」(一九六八—八〇)一—(一)一—(三)」、同志社法学・三二巻三、四号 (一九八〇年) 二二—頁以下、三三巻五号 (一九八〇年) 一頁以下、三三巻一号 (一九八一年) 一頁以下、小林節「アメリカにおける「未婚の父」の権利と憲法」(「芦部信喜先生還暦記念・憲法訴訟と人権の理論」有斐閣・一九八五年、六三—頁以下)、早大英米判例研究会「事実上の家族をめぐる法的諸問題 (一)」、(二)「比較法学 (早大)・一七巻一号 (一九八三年) 一八七頁以下、一八巻一号 (一九八四年) 四七頁以下、米沢広一「子ども・家族・憲法」(有斐閣・一九九二年) 一三〇頁以下、参照。

なお、F. X. Beylagnh, "Equality under the Irish and American Constitutions: A Comparative Analysis I, II" (1983) XVIII *Irish Jurist* (n.s.) 56, 219. は、アイルランド憲法とアメリカ憲法における「平等」の概念と機能を詳細に比較検討する (アイルランド憲法第四〇条第一項につき pp. 60-94, 参照)。また、アイルランド法における「法の下での平等」に関する比較法的研究として、J. M. Kelly, "Equality before the Law in Three European Jurisdictions" (1983) XVIII *Irish Jurist* (n.s.) 259. 参照。

(42) 同法は、子どもとの後見、監護に関するエクイティの原則 (|| s. ⑤) と、夫婦の共同後見の平等という憲法第四二条の原理 (|| s. 6(1)) の成文法による表現であると解される (Shatter, *op. cit.*, p. 201)。同法は、後述のように一九八七年の新法により一定の修正を受けることになるが、第三条は一九八七年法による修正を受けずに存置された。see Status of Children Act, 1987, ss. 8-13.

- (43) 子の福祉には、宗教的および道徳的・知的・身体的・社会的な福祉が含まれる(52)。同条における子の福祉の具体的な態様につき Shatter, *op. cit.*, pp. 212-23. 参照。マイルランド国立大学ダブリン・カレッジ(ユニヴァーシティ・カレッジ・ダブリン)の研究グループが行った、ダブリン地区の子どものケア施設(residential home: 一九〇八年児童法第四四条(一)で規定されている授産学校(industrial school)を、通称としては改称したもの)の実態調査の報告書である。V. Richardson, *Whose Children?: An Analysis of Some Aspects of Child Care Policy in Ireland* (Dublin, 1985) は、その報告の中で、全ての法律における「子の福祉」の定義の中で「子どもの情緒的な福祉(emotional welfare of the child)の考慮を含めるべきである」として(p. 305)。
- (44) Cf. Guardianship of Infants Act 1925 (Gt. Brit.).
- (45) See Shatter, *op. cit.*, p. 235.
- (46) E.g. *In re J.*, *supra*; *Mel v. An Bord Uchtda*, *supra*.
- (47) 一九八二年の報告書では、婚外子の母に父親の排除を裁判所に申請し得る権利を与えることを前提として、婚外子の父も自動的に後見権を得られるものとされていたが(pp. 144-53) この点については「子どもの利益の問題や、母親に負担を強いるという問題から見送られた」see Dept. of Justice, *The Status of Children* (the 1985 Memorandum); Duncan, 1978; *idem*, "Abolishing Illegitimacy—A Discussion of the Law Reform Commission's Proposals" (1983) 5 *Dublin University Law Journal* 29.; Law Reform Commission, *Report on Illegitimacy* (Dublin, 1982).
- 同報告書は「ヒトリーマンの Status of Children Act 1969 を参照しよう」とも(pp. 80-83)。また、同時期の英国の立法動向の影響を受けている。cf. Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986; Family Law Reform Act 1987. なお、英国の一九八七年家族法改正法につき「三木妙子「現代イギリス家族法」(講座現代家族法第1巻)日本評論社・一九九一年)一八四頁以下参照。
- (48) しかし、この場合に後見人たる父親に認められる子どもの監護権は、法律上認められた権利であり、母親の場合とは異なり、憲法に根拠付けられた権利ではない。see O'Connor, *op. cit.*, p. 101.
- (49) 人工授精子に関する法律問題についての文献は多数あるが、親子法の観点からの論稿として以下参照。田中實人見康子「最近の英国における人工授精論議」(峯村光郎教授還歴記念・法哲学と社会法の理論)有斐閣・一九七一年、五五一頁以下)人見康子「人工授精と親子法」(ケース研究・一五〇号(一九七五年)六〇頁以下、同「人工授精と体外受精」(現代家族法大系3)有斐閣・一九七九年、五四三頁以下)同「試験官ヘビーの法律問題」(法学セミナー・二七巻七号(一九八三年)九八頁

- 以下、同「体外受精をめぐる法律問題」ジュリスト・八二八号（一九八五年）四〇頁以下、同「親と子の決定要因はなにかー配偶者以外の体外受精児の出現」時の法令・一二三六号（一九八五年）二五頁以下、同「人工生殖と代理母」法学教室・一二五号（一九九一年）二二頁以下、同「生殖援助技術と法律」民事研修・四〇九号（一九九一年）九頁以下。
- (50) *O.B. v. S.* [1984] I.R. 316.
- (51) *Johnston v. Ireland* (App. No. 9697/82), 112 Eur. Ct. H.R. (ser. A); (1986) 9 E.H.R.R. 203.
- (52) この間の判例の動向については Shatter, *op. cit.*, pp. 235-43. 参照。
- (53) 未婚の母 (X<sub>1</sub>) は、出産後三カ月目（一九八二年二月二日）に養子縁組の意思をもって子ども (Y) を第三者の夫婦 (Z) に付託し、一九八三年二月に縁組に合意した。しかし、X<sub>1</sub> は同年一月に翻意し、養子縁組の合意を撤回した。一方、同年一九八四年二月七日に、一九七四年養子法 (Adoption Act 1974) に基づき同意免除を高等法院に対して申立てた。一方、同年三月二日に X<sub>1</sub> は Y の実父 (X<sub>2</sub>) と正式に婚姻し、X<sub>1</sub> と X<sub>2</sub> は、一九三一年嫡出法 (Legitimacy Act 1931) に基づき Y を嫡出子として出生登録に再登録すること、および一九六四年未成年者後見法に基づき Y の監護権の付与を求めて高等法院に訴を提起した。
- (54) At p. 394. この見解は、他の四名の裁判官全員により支持された。
- (55) See W. Duncan, "Family Law—The Child's Right to a Family—Parental Rights in Disguise" (1986) 8 *Dublin University Law Journal* 76, p. 83.
- (56) Casey, *op. cit.*, p. 498.
- (57) Duncan, 1986, p. 80.
- (58) 子どもは「権利」であると定義するのであれば、仮に夫婦間では合意ができていても、子どもはなお反対している別居の場合、このように憲法上の子どもの権利は、どのように保障されるのであるか。その権利性には疑問を持たざるを得ない。
- (59) Guardianship of Infants Act 1925 (Gt. Brit.), S. 1.
- (60) 島津一郎「子どもの権利の台頭」(シモン・ゴールドスティン、アンナ・フロイト、アルバート・ソルニット(島津一郎監修・解説、中沢たえ子訳)『子の福祉を越えて—精神分析と良識による監護紛争の解決—岩崎学術出版社・一九九〇年)一五三—一五四頁。(同著「転換期の家族法」(有斐閣・一九九一年)に同題で所収)
- (61) 田中英夫「英米家族法における「子供の幸福」と「親の権利」法曹時報・三四卷二号(一九八二年)三三五頁。(同著「英

米法研究 3 英米法と日本法』（東大出版会・一九八八年）に同題で所収）

(62) See Duncan, 1986, p. 76.

(63) See *ibid.*, p. 84.

(64) 「法の解釈は立法者の合理的意思を探索することであり、一定の事実である実定法から客観的に妥当する法規範的意味内容を理解する価値判断作用で、理論と実践、認識と創造、客観と主観、意味享受と意味付与の諸要素が統合されたものである。」

川口實「法学と科学」（井上茂・矢崎光圀編『演習法律学概論』青林書院新社・一九七三年）三二一頁。

(65) アイルランド法制史に関する文献の概観とその意義につき、ナイアル・オズボロウ（加藤績捷訳）「アイルランド法制史に関する最近の文献について（一）、（二）」『社会科学研究（中京大）・九巻二号（一九八八年）二一五頁以下、一〇巻一号（一九八九年）一五五頁以下参照。同論稿の訳者解説では、コモン・ローとアイルランド法の位相について簡潔に述べられている。

(66) See Shatter, *op. cit.*, p. 202.

(67) See *ibid.*

(68) 田中前掲、三三六―二八頁。

(69) See Shunter, *op. cit.*, p. 202.

(70) 田中前掲、三二八頁。

(71) この点につき、川田昇「イギリスにおける親権法の発展―一八八六年未成年者後見法の成立過程―」福島政夫編『家族政策と法4』（東大出版会・一九八二年）一一七頁以下参照。

(72) 田中前掲、三三五頁。

(73) 島津前掲（一九九〇年）一五四頁。

(74) 前掲註（42）参照。但し、憲法第四二条第一項の中に、父権の優越は共同親権に取って代えられるべきであるという意図を読み込むことは困難ではないかと評する論者もいる。see Kelly, *op. cit.*, p. 229.

(75) 英国の一九八九年児童法の紹介とその背景となる諸問題を論じた邦文文献として、以下参照。許末恵「英国の1989年児童法」海外社会保障情報・九五号（一九九一年）一三頁以下、小松隆二「イギリスの児童福祉」（慶應通信・一九八九年）、ナイジェル・ロウ（川田昇訳）「児童法の改革―イギリスのスタイル―一九八九年児童法入門」神奈川大学法学研究所年報・一二号（一九九一年）九七頁以下、同（三木妙子訳）「イギリス法における親の法的地位」判例タイムス・七五三号（一九九一年）三一頁以下。

- (76) See Duncan, 1987-①.
- (77) See *ibid.*, p. 22.
- (78) See idem "Decision Making Relating to Children in the Republic of Ireland—Restrains on Introducing New Models" in J. M. Ekehaar and S. N. Katz (eds.), *The Resolution of Family Conflict: Comparative Legal Perspectives* (Toronto, 1984), p. 389.
- (79) 磯野誠一「イギリスにおける離婚訴訟の実態と家庭裁判所設置論」(前掲『家族：政策と法4』) 八二頁。
- (80) 一九六四年未成年者後見法第一一条に基づく訴の場合、高等法院および最高裁判所では、インフォーマルな形で子どもとの面接が行われる。しかし、監護紛争のヒアリングを行う裁判官は、その職務のために特別に任命されるのではなく、また、特別な訓練を受ける訳でもない。see Duncan, 1984, p. 392; Shatter, *op. cit.*, p. 223. なお、英国における家庭裁判所設置論につき、磯野前掲、人見康子「イギリス人事訴訟手続法」(『注解人事訴訟手続法』青林書院・一九八七年)三四六—四七頁参照。また、紛争解決の形式の観点からマックス・ヴェーバーの社会学論と結び付ける、フリーマンによる家庭裁判所に関する議論については、以下参照。M. D. A. Freeman, *The Rights and Wrongs of Children* (London, 1983), pp. 231-33; idem, "Questioning the Delegatization Movement in Family Law: Do We Really Want a Family Court?" in *The Resolution of Family Conflict*, *supra*. 世界二五カ国の家事紛争にかかわる家庭事件裁判制度につき、中村英郎「家庭事件裁判制度の比較法的研究」比較法学(早大)・一九卷一号(一九八五年)一頁以下参照。
- (81) 他に関連する法律として、次の諸法がある。Adoption Act 1968, Children Acts 1934, 1941, Children (Amendment Acts) 1949, 1957, Health Act 1953, School Attendance Acts 1926-67.
- (82) The Committee on Reformatory and Industrial Schools Systems, *Report on the Reformatory and Industrial Schools System (The Kennedy Report)* (Dublin, 1970). 同報告書は、一九七〇年に教育大臣に於いて提出された。
- (83) Task Force on Child Care Services, *Final Report* (Ph. 9345) (Dublin, 1980).
- (84) See Duncan, 1987-①, pp. 20, 21.
- (85) See Shatter, *op. cit.*, pp. 253-59.; Task Force on Child Care Services, *op. cit.*, pp. 49-57.
- (86) 一九五三年保健法における、乳幼児とその母親に対する無料での保健医療サービス(母子保健スキーム)の成立過程とその性格につき、拙稿「アイルランドの医療保障立法政策と任意健康保険制度の問題」法学政治学論究・一〇号(一九九一年)一四五頁以下参照。同論文で論じた問題は、英国の国民保健サービス(National Health Services)の影響を受けてアイ

ルランド政府が計画した、児童福祉と医療保障の接点たる母子保健スキームが、法案段階から一九五三年保健法成立に至る過程で大幅な計画縮小を迫られた理由と、その医療保障立法政策上の位置付けについてである。家族関係の自律に対する国家の介入の拒否というアイルランドのカトリック教会の立場は、この場面では、母子保健スキームはカトリックの教義に反するために反対するという見解として表われた (e. g. Letter of Archbishop McQuaid to J. A. Costello, 5 Apr. 1951. (State Paper Office, SI4-997B))。また、政府は、カトリック教会に対して、当初計画された母子保健スキームは子どもに対する両親の権利を侵害したり干渉したりするものではないことを説明するメモランダムを送って理解を求めつつ (Memorandum of observation of the minister for Health on various matters relating to the Mother and Child Scheme referred to in a letter, dated 10th October, 1950, addressed to the Taoiseach by the Most Rev. J. Stunton, D.D., Bishop of Fern, Secretary to the Hierarchy. (State Paper Office, SI4-997B))。このため、従来の通説は、医療保障を含めた社会保障全般を国家が管理することに對するカトリック教会を中心とした勢力の反発という構図で論じてきた。これに対して、利益団体たる医師会の動向に着目して、家族関係や親の権利に対する国家の介入の拒否というカトリック教会の抵抗よりも、むしろカトリック教会の支持を取り付けた医師会による抵抗の方が重視されるべきではないかとの解釈が提起された。従って、宗教的価値理念からのみ説明する単純な図式化は斥けられなくてはならないが、最終的にカトリック教会の支持を得られなかったことが、母子保健スキームの大幅な縮小につながったということは言い得るものである。

なお、保健医療サービスの観点から見た、一九五三年保健法に至る子どもに対する福祉サービスの沿革につき、A Study Group Appointed by the Minister for Health to Inquire into the Child Welfare Clinic Service and the School Health Examination Service, *The Child Health Services* (Dublin, 1967), pp. 15-21. 参照。

(87) 一九五三年保健法は一四歳であったが、一九七二年の改正により、一五歳に引き上げられた。

(88) 英国の一九〇八年児童法とその背景、およびその後の修正過程につき、桑原洋子『英国児童福祉制度史研究』(法律文化社・一九八九年)一二二頁以下参照。一九世紀末以降の英国児童保護行政法における強制的ケア制度の展開過程につき、秋本美世「イギリス児童保護行政法の一考察―強制的ケアの成立と展開をめぐる―」(一)〜(四)『東京都立大学法学会誌』二四巻二号(一九八三年)一七頁以下、二五巻一号(一九八四年)四〇三頁以下、二五巻二号(一九八四年)一三九頁以下、二六巻一号(一九八五年)二八頁以下参照。同論稿では、バレンス・パトリエに由来する観念を指導原理とする児童保護法の展開を位置付けている。また、一九〇八年児童法に至る、初期の親権剝奪制度の展開過程につき、川田昇「イギリス救貧法における親権剝奪制度の成立」神奈川法学・一六巻二、三号(一九八一年)一七五頁以下参照。

(89) 一九〇八年児童法第五八条(一)は、次のように定める。「外観上一四歳未満ニシテ左ノ各号ノ一ニ該当スル者アルトキハ、何人ト雖モ、之ヲ軽罪裁判所ニ引致スルコトヲ得。此ノ場合ニ於テ、裁判所ハ、審理ノ上、其ノ該当事実ヲ認め、且ツ之ヲ認可手芸学校ニ送置スルヲ相当ナリト認めタルトキハ、之ニ対シテ、收容命令ヲ発スルコトヲ得。但シ、(ハ)号記載ノ者ニ付テハ、該幼年者ノ往来スル娼婦、其ノ母ニシテ、且ツ其ノ母ニ於テ、幼年者ノ汚染ニ対シ、適當ナル保護注意ヲ為スモノナルニ於テハ、之ヲ(ハ)号該当事者トシテ取扱フコトナシ。

(イ) 唱歌、遊戯、演芸、物品ノ販売、其ノ他何等ノ口実ノ有無ニ拘ラス、事实上乞食ヲ為シ、若ハ施与ヲ受クルノ目的ヲ以テ、街路、建造物、若ハ其ノ他一切ノ場所ニ在リタル者。

(ロ) 家庭其ノ他一定ノ住所、若ハ明白ナル生活ノ資源ヲ有セスシテ、浮浪、漂泊セル者、又ハ親権者若ハ後見人ヲ有セス、若ハ之アルモ適當ノ保護ヲ与フルコトナク、為ニ浮浪漂泊セル者。

(ハ) 孤兒ニアラスシテ、両親若ハ其ノ生存スル親ヲ有スルモ、貧窮ナル者、又ハ其ノ私生兒ナル場合ニ於テハ、其ノ母、懲役若ハ禁固ニ処セラレ、服役中ナル者。

(三) 犯罪者若ハ飲酒ノ習慣ニ依リ、幼年者ノ保護ニ不適當ナル親若ハ後見人ノ保護ヲ受クル者。

(ホ) 嫡出子タルト庶子タルトヲ問ハス、自己ノ女兒ニ関シテ、一八八五年刑法修正法第四条若ハ第五条ノ規定ニ依リ、有罪ノ判決ヲ受ケタル父ヲ有スル女兒。

(ト) 著名ナル盜賊ノ群、又ハ普通若ハ著名ナル娼婦ノ群ヲ常ニ訪問スル者。

(ニ) 醜業ヲ営ムノ目的ヲ以テ娼婦ノ使用スル家屋若ハ家屋ノ一部ニ宿泊、若ハ住居スル者、又ハ其ノ他幼年者ノ貞操ヲ破リ、若ハ醜業ヲ営ムコトヲ指導シ若ハ助長スヘキ状況ノ裡ニ生活スル者。

(社会局「欧米各国児童保護ニ関スル法規」一九二四年、三八―三九頁。但し、漢字は新字体に改めた。)

(90) 一九〇八年児童法第一一条(一)は、次のように定める。「簡易裁判所ハ、幼少年者ニ対スル刑事事件審理ノ為、又ハ幼少年者ニ関スル命令若ハ特許ノ申請事件審理ノ為、当該幼少年者ノ出廷ヲ必要トスル場合ニ於テハ、該幼少年者ニシテ、幼少年者ニアラサル者ト共同被告人タル場合ヲ除クノ外、通常裁判所ニ於テハ、之ヲ使用セサル別個ノ期日ニ於テ開廷スヘシ。本条ノ規定ニ依リテ、開廷シタル簡易裁判所ハ、本法ニ於テ少年裁判所ト称ス。」(社会局前掲、八五頁)。少年裁判所は、一九二四年裁判所法(Court of Justice Act 1924)第八〇条により、児童裁判所(Children's Court)と称され、ダブリン、ヨーク、リメリック、およびウォータフォードに設置された。この中で、フル・タイムの児童裁判所は、ダブリン首都児童裁判所(Dublin Metropolitan Children's Court)のみである。なお、一九四一年児童法第二六条により、一九〇八年児童法第一一

条(一)の裁判所は、地方裁判所(District Court)に変更された。

(91) 一九〇八年児童法第五八条(八)では、同条(一)に該当する幼年者の発見・通告につき、警察官に提訴義務を課した。その後英国では、虐待児などの要保護児童の保護手続としては不十分な規定であるとして、同項に修正が加えられた。英国法における同項の修正につき、秋元前掲(二)、四二〇頁以下、桑原前掲、一三九頁以下参照。

(92) アイルランドにおけるソーシャル・ワーカーの活動一般につき、オーエン・キナン(加納恵子訳)「アイルランドにおける在宅福祉供給システムについて―地方保健局におけるコミュニティ・ケア・チームの活動に注目して―」研究紀要(日本福祉大学)七〇号(一九八六年)九四頁以下参照。

(93) See Shatter, *op. cit.*, p. 255. なお、子の福祉が脅かされている場合、ヘルス・ボード、地方当局、およびその他の児童保護団体などには、子どもを裁判所の被後見人(ward of court)となす申立を行うことが認められている。

(94) See Irish Council for Civil Liberties, *Children's Rights under the Constitution: Report No. 2.* (Dublin, 1977), p. 6.

(95) See *ibid.*, p. 8. この点から、法律上、子どもの長期的ケアを保障する根拠が存在しないために、養子縁組を除く代替ケアの長期計画を立てることが困難であるという問題が生じる。これは、親はいつでも裁判所にケア命令の撤回を要求し得る立場にあることに関連している。

(96) 一九七五年児童法のカストディアン制度とその実態につき、小松前掲、一五〇頁以下参照。同法における養護権および監護権の概念は、M. D. A. Freeman, "Custodianship—A New Concept, New Problems" (1976) 6 *Family Law* 57; *idem.*, "Custodianship and Wardship" (1977) 7 *Family Law Journal* 16; 磯野誠一「一九七五年児童法の養護権(custodianship)について」法学新報・八三巻一〇―一二号(一九七七年)二九頁以下、許末恵「イギリスにおける親の権利」一橋研究・一〇巻一号(一九八五年)一頁以下、島津一郎・許末恵「イギリスにおける他児童養育制度の動向―ワイドレンジの児童立法について―」判例タイムズ・五二九号(一九八四年)一一頁以下、島津前掲(一九九一年)二九一頁以下参照。また、同法の審議過程の概要につき、磯野誠一「英国新児童法の素描」ジュリスト・六〇四号(一九七六年)一一六頁以下参照。

(97) See Duncan, 1987-①, p. 33.

(98) アイルランドでは、一九五九年養子法(Adoption Act 1959)の制定により養子制度が法制化された。アイルランド法における養子制度は、英国と同様の制度であり、我が民法上の普通養子制度とは異なる。

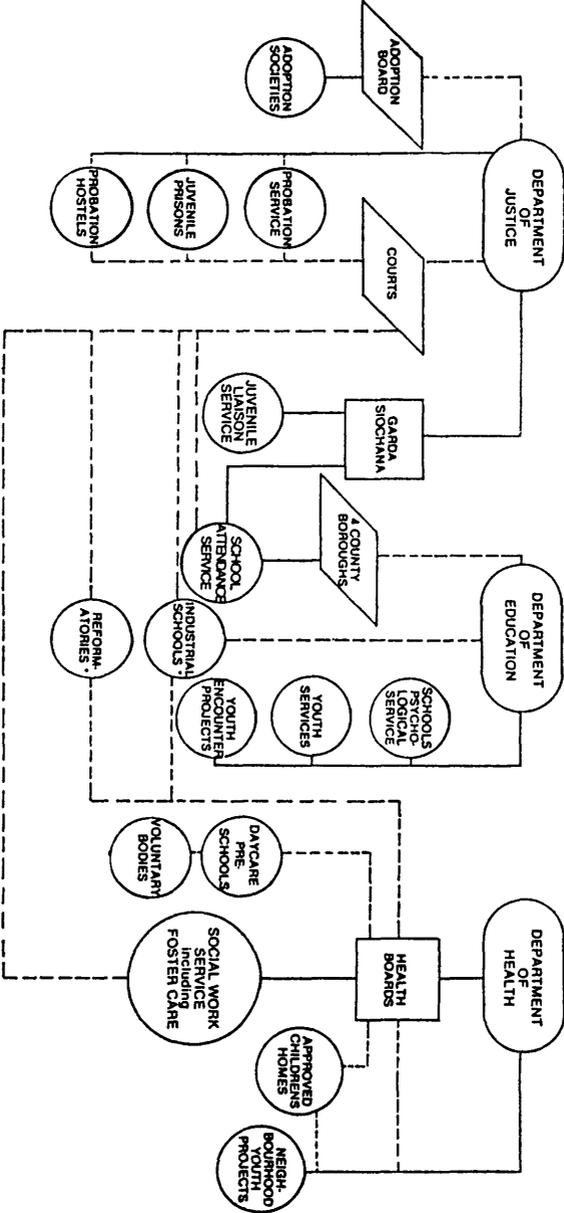
(99) See O'Connor, *op. cit.*, pp. 82-4. 同法では、合意に基づく婚内子の養子縁組に関する規定は設けられていない。

(100) Adoption Act 1988, s. 3.

- (101) *Ibid.*
- (102) See Duncan, 1987-①, p. 33.
- (103) 子どもの権利に関する文献は多数あるが、英米における子どもの権利論をめぐる議論の近年の動向につき、樋口範雄「子どもの権利のとらえ方—アメリカ法からの示唆」法律時報・六一巻一三号（一九八九年）一九頁以下、同「子どもの権利」思潮の展開」（講座現代家族法 第3巻）日本評論社・一九九二年）五一頁以下、米沢前掲、一一五頁以下参照。
- (104) 特に、一九〇八年児童法については、その児童保護条項が限定的でありすぎるといふ指摘がある。とりわけ、児童保護団体が要保護児童のケアを行う場合に、児童保護団体に対して当事者たる地位が認められないことが多い点が批判されている。このことは、同法が、犯罪を犯した子どもへの処遇を主たる目的として制定されたことにかかわる。see Task Force on Child Care Services, *op. cit.*, pp. 253-55.
- (105) 米沢前掲、一二四頁以下は、「英米における「子どもの権利」論の最近の学説を「子どもの保護」「子どもの解放」「調整的自律」の各アプローチに分類し、「……一般に、子どもの保護にも考慮を払いながら子どもの自律を最大限尊重しようとする」一連の学説を「調整的自律」のアプローチと位置付け、Garvey, Richards, Feinberg, Houlgateの学説を紹介している。後述のフリーマンについては、「Freeman & Rawlsの正義論に依拠して、Richardsとはほぼ同趣旨の主張を行っている」と述べて、「調整的自律」のアプローチに分類している。（二二八頁註（4））。
- (106) See Duncan, 1987-①, pp. 21-26. ダンカンはこのことが一九八五年法案でも示されていると指摘する（p. 32）。
- (107) しかし、このことは、家族関係への国家の介入を要する事態の重大性（すなわち親の落度の重大性）そのものの基準を緩和する、あるいは措置要件の法文上の厳密性を緩和する必要があるというものではない。この点につき、許末恵「児童虐待」（講座・現代家族法 第3巻）日本評論社・一九九二年）二八六頁、樋口範雄「アメリカにおける児童保護の法システムと日本の法制度への示唆」ケース研究・二二七号（一九九一年）二頁以下参照。
- (108) See Task Force on Child Care Services, *op. cit.*, para. 5.1.1-5.1.8.（当時の中央レベルの管轄につき、後掲図（Table 3.1. in *ibid.*, p. 50）参照）。同報告書は、中央レベルにおいては児童福祉行政の保健省への一元化を行い（p. 88, 89）、地方レベルでは各ハルス・ボードに児童ケア機関（Child Care Authority）を設置することを（pp. 90-92）を勧告している。
- (109) See Commission on Health Funding, *Report* (Dublin, 1989), pp. 356-7.
- (110) See Richardson, *op. cit.*, pp. 304-5. 同報告書では、子どもへのヒードに関する諸問題を理解し、解釈するための訓練を適切に受けた職員が配置される、家庭裁判所システムの展開を勧告している。なお、英国における家庭裁判所設置論につき、前

Table 3.1

PRESENT ORGANISATION OF CHILDREN'S SERVICES



掲註(80)参照。また、児童保護法制における子どもの利益代表の在り方につき、南方暁「子どもの福祉とその利益代表者—マリヤ・コルウェル事件を素材として」法律時報・五三巻四号(一九八一年)六三頁以下参照。

(111) See Richardson, p. 306.

(112) See *ibid.*, p. 304. 同報告書および Task Force on Child Care Services, *op. cit.*, p. 218. では、子の最善の利益の観点から里親ケアが必要な場合には、裁判所命令をもって、親の合意なく実施できる規定をおくことが勧告されている。

(113) See Richardson, p. 307. なお、一九八五年法案ではスーパービジョン命令の規定(第三五条)が設けられている。

(114) See Task Force on Child Care Services, *op. cit.*, pp. 117-9.

(115) 一九八九年児童法における、不介入原則の簡潔な解説として、ナイジェル・ロウ前掲(一九九一年)、三六頁以下参照。この点につき、許前掲(一九九一年)は、「……親の合意により子の福祉は最もよく守られるという本法の立場は、親の合意や責任遂行に対する何らかのコントロールが及ばない場合には、非介入主義に子の福祉の至高性の原則を従属させるものとなってしまう。本法が子に対する公的利益を私領域化した (privatization) と評されるのは、このためである。これは、親の養育責任の強調による、子の福祉の保護促進に関する国家の責任の懈怠、家族に対する国家の援助的な介入のサポートを立法化したものといつては言い過ぎであろうか」(二二頁)と述べている。また、三木前掲(一九九一年)は、「……当事者の意思と合意の尊重、すなわちブライバティゼーション(私事化)は、離婚後の子の処遇のみならず、家族にかんする私法と公法、立法と司法の随所に認めることができる。それは、国家の側の経費の節減のためばかりではなく、被治者側の条件(対等な交渉能力等)、法律家やカウンセラーの援助の条件等がある程度備わりつつある成熟した社会の到来に近いということであろうか」(一九四頁)と述べている。

(116) See Duncan, 1987-①, p. 24.

(117) フリーマンは「子どもの権利論を論じた論稿において、サービスを伴わない権利は無意味であり、資源を伴わない権利は供給され得ないと述べ、究極的には、子どもに対する権利の問題は、配分的正義の問題の中で解決され得ると指摘する。see M. D. A. Freeman, "Taking Children's Rights More Seriously" (1992) 6 *International Journal of Law and the Family* 52, p. 61.

(118) このようなノーシマル・ワークと法の関係について、M. D. A. Freeman, "The Politics of Child Care" in M. D. A. Freeman (ed.), *Critical Issues in Welfare Law* (London, 1990), pp. 108-11. 参照。ノーシマル・ワークと法の関係の問題については、別稿を予定している。

- (11) *Ryan v. Alt. Gen.* [1965] I.R. 294.
- (120) *G. v. An Bord Uchtala, supra* at p. 79.
- (121) *Dail Debates*, Vol. 67, col. 1888, in *Staines, op. cit.*, p. 240.
- (122) See Irish Council for Civil Liberties, *op. cit.*, pp. 13, 14. なお、同報告書では「子どもの権利」について「子どもを保護の対象として保護」の「子どもの保護」のメンバーが採られている。
- (123) See *ibid.*, p. 15.
- (124) Task Force on Child Care Services, *op. cit.*, pp. 209-22.
- (125) Professor of English Law, University College London.
- (126) M. D. A. Freeman, "Freedom and the Welfare State: Child-Rearing, Parental Autonomy and State Intervention" (1980) *Journal of Social Welfare Law* 70; *idem*, *Rights and the Wrongs of Children, supra*, ch. 7; *idem*, "The Politics of Child Care", *supra*. なお、アメリカの児童福祉制度に即して最小限の介入論を検討する論稿として、M. Garrison, "Child Welfare Decisionmaking: In Search of the Least Drastic Alternative" (1987) 75 *Georgetown Law Journal* 1745. 参照（同論稿の紹介と論評は「樋口範雄「論文紹介」アメリカ法・一九八九—二〇〇二号（一九八九年）三四七頁以下）。
- (127) その他、N. Walt, R. Mnookin, E. Schur, E. Lemert の名を挙げている。see Freeman, 1980, pp. 73, 74.
- (128) この点につき、許前掲（一九九二年）は、次のように述べる。「……本当に家族が国家の介入すべきではない「私的」な領域であるならば、家族に関する法や政策はなりたないことになる。こうした家族の私事性という考えは、社会的に構成された一種の神話（myth）にすぎず、むしろ、どのような行為が国家の規制すべきでない領域にある「私的」なものと（誰によって）国家によって）判断されるか（Freeman, ["Towards a Critical Family Law", *Current Legal Problems*, 1985, 153]）であるが、私的な領域である行為に対する社会の公的関心（public interest）のよりかた（Mnookin, "The Public/Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130 (1982), 1429; Eekelaar, "What is 'Critical Family' Law?" *Law Quarterly Review*, vol. 105 (1989), 244）のなかに重視すべきであろう。（一九九頁註（11））。この「家族と国家の私的・公的」という二分法的な把握の問題は「子どもの権利や家族の自律の問題と密接に関連しており、家族に関する社会サービスの法の在り方を考える場合には、基本的な問題のひとつとして考慮される必要がある。私的・公的という二分法的な把握については、フリーマン（前記「Towards a Critical Theory of Family Law」）や、オ・ド・マン等が批判的な見解を示している。この点につき、以下参照」G. Douglas, "The Family

and the State under the European Convention on Human Rights" (1988) 2 *International Journal of Law and the Family* 76; J. Donzelot, *The Policing of Families* (London, 1979); K. O'Donovan, *Sexual Divisions in Law* (London, 1985); J. Pahl (ed.), *Private Violence and Public Policy: The needs of battered women and the response of the public services* (London, 1985).

(129) 民法上の「親権」概念が児童福祉法の運用に及ぼす影響に関して、以下参照。石川稔「児童虐待―その法的対応」(『現代家族法大系3』有斐閣・一九七九年、三〇五頁以下)、同「親権法の問題点と課題」(ケース研究・二〇一号(一九八四年)一頁以下)、同「家族法のなかの子ども―子どものための家族法とは」(ジュリスト増刊総合特集No.63『子どもの人権』有斐閣・一九八六年、一四二頁以下)、同「親権と子どもの保護」(法学教室・一二五号(一九九一年)二七頁以下、木下淳博「親権について」(C A テキストブックNo.6)『子どもの虐待防止センター』一九九一年)、許斐有「児童福祉法上の親権規定の成立―展開過程」(淑徳大学研究紀要・二二二号(一九八八年)四三頁以下)、同「児童福祉法による親権の制限―保護者による児童虐待等の場合の強制的措置―」(淑徳大学研究紀要・二二三号(一九八九年)七一頁以下)、同「親権制度の全面的な改革を」(季刊児童養護・二〇巻二号(一九八九年)二頁以下)、全国社会福祉協議会養護施設協議会編『親権と子どもの人権』(一九八〇年)、日本弁護士連合会「親権をめぐる法的諸問題と提言―親による子どもの人権侵害防止のために」(一九八九年)、樋口範雄「親子と法―日米比較の試み」(弘文堂・一九八八年)、米倉明「親権法に対する素朴な疑問―新しい家族」(一九九一年)三〇頁以下、同「親権はだれに対する義務か―新しい家族」(二〇号(一九九二年)三四頁以下)、同「親権概念の転換の必要性―親権は権利なのか義務なのか」(『加藤一郎先生古稀記念論文集・現代社会と私法学の動向(下)』有斐閣・一九九二年、三五九頁以下)。