

資 料

スコットランドの家族法（4）

J. M. トムソン

早稲田大学スコットランド家族法研究会 訳

（代表 黒木 三郎）

'Family Law in Scotland'

JM Thomson LLB
Professor of Law
University of Strathclyde

Butterworth 1987

目 次

序 論

第1章 結婚

第2章 法律上の婚姻障害——無効な婚姻と取消うる婚姻（以上22巻2号）

第3章 婚姻の法的帰結 I

第4章 婚姻の法的帰結 II：動産

第5章 婚姻の法的帰結 III：婚姻上の住居（以上23巻1号）

第6章 離婚

第7章 離婚に基づく経済上の給付（以上24巻1号）

第8章 親子

序

親子関係の確認

血液鑑定

嫡出と非嫡出

第9章 子の権利と義務

序

幼年者と未成年者：後見人と保護者

契約上の義務

不法行為

相続

婚姻

刑事責任

扶助

第10章 子の保護及び教育に関する親権

序

親権を行使するのは誰か

親権の期間

親権の性質

〔凡 例〕

- (1) 原文中のイタリック体の文言は、〈 〉形括弧で示した。
- (2) 原文中、‘ ’を付けされた部分は、「 」形括弧で示した。
- (3) []形括弧は、文意の理解のため訳者が挿入した部分を示す。
- (4) 紙数の関係上、原則として原註は省略するが、判例については註記を挿入した。

第8章 親 子

序 論

スコットランド法では、子は過剰な法律上の権利を享有するという意味において、受動的な能力を有する。しかし、後にみるように、子供である間は、これらの諸権利を実現できないという点で、彼らは能動的な能力を欠く。権利の実現は、彼らに代わって成年者によってなさなければならず、その成年者とは通常親であろう。家族法においては、子の最も重要な権利は、その実親に対して要求できる権利である。本章の第一の目的は、親子関係 (parentage) がいかにして確認されるかを論じることにある。ただし、そうする前に、序論として、子が最初に法律上の権利を取得するのはいつかを考察しよう。

ひとたび子が懐胎されると、スコットランド刑法は、妊娠中絶の誘発 (inducement) を禁止することによって、胎児 (foetus) に対して保護を与える。しかしながら、1967年妊娠中絶法第1条第1項の結果、二人の善意の医師が以下のように認定することを条件に、登録された開業医によって妊娠が人工中絶されるならば、〔妊娠中絶をした〕者は犯罪を犯したことになる。

- a) 妊娠の継続が、妊娠が人工中絶させられた場合に比べ、妊婦の生命に対す

る危険、または妊婦あるいは生存しているその家子の肉体的精神的健康に対する損害をより多く伴う、もしくは、

b) その子が生まれても、重度の障害になるほどの肉体的あるいは精神的異常を患う、実質的な危険が存在する、場合である。

中絶が最初の3ヶ月、すなわち妊娠の最初の3ヶ月の期間中に請求される場合、人工中絶に伴う母の健康に対する危険は、出産に伴う危険よりも相当小さいであろう。したがって、かかる状況下では、合法的な人工中絶の事由を立証することは、さして困難なことではない。

治療のすべての場合においてそうであるように、患者、すなわち女性が、同意していなければならない。しかしながら、第1条第1項にしたがい合法的な人工中絶の事由が立証される場合には、〔子の〕父の同意は必要とされないばかりか、彼は、妊娠が人工中絶させられることを妨げる停止命令を手に入れることもできない〔*Paton v Trustees of BPAS* (1978) 2 All ER 987, (1979) 2 QB 276〕。

イングランドでは、一般準則として、1929年幼児生命(保護)法の結果、妊娠28週を超えると妊娠中絶は合法的には実施できない。1929年法はスコットランドでは適用されないので、かかる制約は存在しないが、実際には、その時点(28週)以後に妊娠中絶が実施されることは稀である。

1976年先天性無能力者(民事責任)法はスコットランドでは適用されないが、他方、子が、胎内において被った損傷の結果、肉体的または精神的に障害をもって生まれたときは不法行為訴訟が成立すると考えられる。うまく当てはまる典拠は存在しないが、少なくとも理論上は、その損傷が母の過失の結果惹起された場合においてさえ、訴訟は成立するものと思われる〔*Young v Rankin* 1934 SC 499; *Wood v Wood* 1935 SLT 431〕。その点では、スコットランドのコモン・ローの立場は、1976年法の諸規定よりも広い。それゆえ、五体満足であることに對する子の権利は、出生前に被った損傷にまで及ぶ。この結論は、《将来の子 *nas-citurus*》の原則、すなわち、私法上の問題においては、そうすることが子の利益に作用するであろうときには、《子宮内の *in utero*》子は既に生まれたものとみなされるという原則と一致する。この原則は、例えば、父の死後に生まれた子が父の遺言において給付を受領していない場合に用いられている。子の出生後、遺言者は変化した状況下で遺言が実施されることを望まなかったであろうという推定の結果として、かかる遺言に対し、子のために異議を申し立てることができ——《子のいない遺言者が死亡した場合の条件 *conditio si testatorsine liberis decesserit*》。異議申し立てが通ると、その遺言は完全に撤回される〔*Elder's*

Trustees v Elder (1894) 21R 704; 22R 505]。

こうした〔子の権利の保護の〕進展にもかかわらず、一般に、子は、生きて生まれ、その母から離れて存在を獲得したときに、権利を享有する受動的な能力を取得するにすぎない。

親子関係の確認

家族法の関連においては、子が享有する権利は、一応、その実親に対して要求できる権利である。それゆえ、親子関係を確認する諸準則があることは重要である。

かつては、子の母がだれかを決定することにほとんど困難はなかった。つまり、母とは子を産んだ女性だった。しかしながら、生殖技術における最近の進歩は、困難を生じさせる。例えば、卵子が提供され、その後受精され、その結果生じた胎児 (embryo) が被提供者の子宮に移されたなら、遺伝子的には子と無関係であるにもかかわらず、彼女は子の母とみなされるべきであろうか。むしろ移植から妊娠期間の終結 (full term) まで胎児を宿している女性の行為が、遺伝子上の関係よりも、母であることの基準であるべきだと考えられる。メイソンとマッコール・スミスと同様、筆者も次のように考える。

「子を宿してそれを出産した女性がその子の母であるということは、覆せない推定である、——遺伝子上の識別をもってしても、上記のことが母であることの基本的な特徴だという事実は隠れない。」

他方、子の父は単に生物学的な基準によってのみ決せられる。すなわち、その精子が卵子を受精させ、子を出生させた男性がその子の父である。換言すれば、彼は、遺伝子上子と関係づけられなければならない。勿論、困難さは、懐胎の可能性のある日に二人以上の男性が〔子の〕母に接触したかもしれないという点にある。それゆえ、法は、当然のことながら、反証によって覆しうる一連の推定を基礎に手続を進める。

1986年(スコットランド) (親子) 法改正法第5条第1項a号により、子の懐胎でもって始まり出生でもって終わる期間中のいずれかの時点において、子の母と結婚していたならば、その男性は子の父と推定される。かくして、この推定は、次の場合に適用される。

- a) HとWが、懐胎及び出生のいずれの時点でも婚姻していた場合
- b) HとWが懐胎の時点で婚姻していたが、出生の日ではそうでなかった場合。例えば、Hが子の出生以前に死亡した場合——父の死後に生まれた子、

もしくは、ふたりが子の出生以前に離婚していたとき。

- c) HとWが懐胎の時点では婚姻していなかったが、子の出生の時点では結婚していた場合〔Gardner v Gardner (1876) 3R 695; (1877) 4R (HL) 56〕。

この推定は、HとWが婚姻する《以前に》、子が懐胎され出生していた場合には、適用されない〔Imre v Mitchell 1958 SC 439; James v McLennan 1971 SLT 162〕。第5条第1項a号の推定は、有効かつ正規の婚姻の場合に適用されるのと同じ仕方であり、無効の、取り消しうる、もしくは正規でない婚姻の場合に適用される。

しかしながら、たとえ第5条第1項a号が適用されなくとも、彼と子の母の《双方が》、彼が父であることを認め、かつ、その子が彼の子として〔出生〕登録されているならば、その男性は子の父であると推定される。そこで、例えば、同棲者の子は、男性と〔子の〕母が、彼が父であることを認め、かつその子が彼の子として登録されているのであれば、同棲している男性の子であると推定される。第5条の推定は、蓋然性を斟酌して、その男性が子の父でないという証明によって覆すことができる〔S v S 1977 SLT (Notes) 65〕。

非配偶者間人工受精(AID)の結果生まれた子に関しては、依然として興味深い問題である。もし、既婚女性がAIDの結果懐胎すると、一応、第5条第1項a号が適用され、彼女の夫が子の父だと推定されよう。しかしながら、夫は遺伝子上の父ではないから、その推定は容易に覆すことができよう。実際にはこうしたことは起こりそうにないが、夫がその子を自分の子として登録したときには、彼は1911年偽証法により、法規上は犯罪を犯したことになる。さらに、その推定が覆され、〔精子の〕提供者が同定されえたならば、その提供者が子の父であり、子に対して〔父であることによる〕相当する責務を負う。こうした状況は充分なものではなく、AIDによる子が夫婦の間の子とみなされ、それゆえ提供者と子の間の一切の法律上の関係を終結させる立法が必要である。

推定が適用される場合には、推定上の父——または自分の夫が父ではないと主張するときにはその母——は、控訴裁判所またはシェリフ裁判所において、親子関係不存の確認を求めることができる。推定が適用されない場合には、控訴裁判所またはシェリフ裁判所において、親子関係の確認判決が求められることになろう。そこで、女性に子がいれば、彼女は特定の男性が彼女の子の父だという確認を請求できる。反対に、男性は、彼がある女性の子の父だという確認を請求することができる。もし、親子関係不存の確認判決が下されたときには、第5条

の推定は排除される。もし親子関係の確認判決が下されたときには、それは判決と同趣旨の効力の推定を生じさせる。

第7条第4項によって、裁判所は、訴訟事由が十分な証拠によって立証されたと得心しない限り、確認判決を下してはならない。そこで、親子関係確認訴訟においては、原告——通常は子の母であろう——は、補強証拠によって、蓋然性の衡量に基づき、申し立てられた男性が子の父であることを立証しなければならない。補強証拠は、性交渉の機会があり、それが実際行われたことを〔証明することか〕必要とされる。その行為の性格ゆえ、女性が信頼できる証人ならば、性交渉という補強証拠が求められることはほとんどない〔*Morrison v Monaghan* 1969 SLT (Note) 25〕。同様に、もし男性が親子関係の確認を請求するとしたら、彼は、補強証拠により、蓋然性の衡量に基づき自分が子の父であることを立証しなければならない〔*Dochery v McGlynn* 1985 SLT 237〕。最後に、親子関係不存在的の確認訴訟においては、補強証拠により、蓋然性の衡量に基づき、例えば、懐胎の可能性のある日に夫がその妻に接触しなかったという証拠によって、第5条の父子関係の推定が覆されたことが立証されなければならない。これに関連して、異常な妊娠期間の可能性を裁判所は認めていることに留意しなければならない〔*Currie v Currie* 1950 SC 10, cf. *Preston-Jones v Preston-Jones* (1951) 1 All ER 124, (1951) AC 391, HL〕。

血液鑑定

親子関係存在または親子関係不存在的の確認訴訟においては、血液鑑定証拠が計り知れない重要性をもちうる。それは、極度に洗練され高度に正確になってきている。子とその母及び申し立てられた、または推定上の父の血液確定をすることによって、その血液型から男性が子の父ではありえないことを立証することが可能である。つまり、血液鑑定は、排除的な結果に導く。しかしながら、もし非排除的な結果が得られたとしても、血液鑑定は単にその血液型に属する男性はだれであれ、その子の父で《ありうる》ことを立証するにすぎない。つまり、血液鑑定は、ある男性が遺伝子上その子の父で《ある》ことまでも立証することはできない。

例

AとBはともにCの子の父である可能性がある。血液標本がA, B, C及びその子から採取されれば、遺伝子学的にみて、A又はBがその子の父でありえないことを証明する結果を得ることができるともかもしれない。もし、Aについて

は排除的な結果が得られ、Bの場合には非排除的な結果が得られたとしたら、非排除的な結果はそれ自体では、Bがその子の父でありうることを立証するにすぎないが、懐胎の可能性のあった日に、CはA及びBと性交渉をもっただけだという証拠が提出された場合は、このことと非排除的な結果とは、Bが父であることを立証するであろう。しかしながら、もし非排除的な結果がA、B双方について得られたとしたら、どちらも懐胎の可能性のあった日にCと性交渉をもっていた場合は、二人の男性のうちどちらがその子の父であるかを立証することは、依然として困難なままであるであろう。

その限界にもかかわらず、父子関係の争点に決着をつけるにあたり、血液鑑定証拠の有用性は明白である。とはいえ、当初、スコットランドの裁判所は、不正確さがありうるゆえに、血液鑑定証拠の価値について懐疑的だった。しかしながら、より最近になって、裁判所は、血清学においてなされた進歩と血液鑑定の証拠としての重要性の増大を認め始めた [Imre v Mitchell 1958 SC 439 and Sproat v McGibney 1968 SLT 33 with S v S (1970) 3 All ER 107, (1972) AC 24, HL; Allardyce v Johnstone 1979 SLT (Sh Ct) 54 and Docherty v McGlynn 1983 SLT 645; 1985 SLT 237]。だが、この問題についての法は、依然複雑なままである。

第一の問題は、子から血液標本が採取されることに同意する権限を有するのはだれかを考察することである。父子関係の決定に関連した民事訴訟手続においては、児童〔14歳未満の少年及び12歳未満の少女〕の血液標本がその訴訟手続の一当事者もしくは《当該訴訟に限定された保佐人 *curator ad litem*》から請求される場合は、その子の後見人もしくはその子の監護人あるいは養育している者が同意することができる。子が未成年者〔14歳から18歳までの間の少年及び12歳から18歳までの間の少女〕のときは、その子が血液鑑定の性格と目的を理解していることを条件として、その子が同意の能力を有する。血液鑑定の同意を与えることができない者、例えば児童について求められる場合、裁判所は、次の場合には血液標本の採取に同意する権限を有する。a) 例えば、その子に後見人がいない場合など、かかる同意を与える権限を有する者がだれもない場合。そして、b) かかる者がいても、例えば、子の後見人が外国にいたり、あるいはその者が同意を与えたり差し控えたりする責任を負うことを望まない場合など、同意を得ることが合理的にみて実現可能でない場合。

子の後見人がその推定上の父である場合は格別の困難が生じる。次の例を考察してみよ。HとWは子の懐胎及び出生の時点で結婚している。すると第5条1項

が効力を生じ、Hがその子の父と推定され、その結果子の推定上の後見人となる。もしHがその後に親子関係不存在の確認訴訟を起こすとすると、そうすることの目的が第5条の推定を覆して蓋然性の衡量に基づき自分が父でないことを立証することであるとき、彼は子から血液標本が採取されることに同意することができるだろうか。Docherty v McGlynnは、推定上の父は子から血液標本が採取されることに同意することができるとする典拠であるが、この事例では、彼がそうしたいと欲したのは自分が実際にその子の遺伝子上の父であることを立証するためであったことに留意することが重要である。だが、仮に彼の目的が自分が実際はその子の遺伝子上の父であることを否認することであったなら、彼はその推定に依拠できるだろうか。彼は依拠することができないというDocherty v McGlynnでの付随意見にもかかわらず、この場合彼はできると考えられる。第5条の推定が覆されるまでは、Hは子の推定上の父であり後見人であり、彼が子にたいする血液鑑定に同意する権限を有するのは、その権能においてである。たとえ彼の目的が自分がその子の遺伝子上の父ではないことを立証することであっても、そのことは、その子の推定上の父及び後見人としての権能において与えられた、その子から血液標本が採取されることに対する彼の同意の適法性を損わない。後に見るように、血液標本を採取することが子の利益に反するであろう場合は、裁判所はそのようにして得られた証拠を認めることを拒むことができる。

第二の問題は、民事訴訟手続では、裁判所はその者の意思に反して強制して血液鑑定を受けさせる命令を出さないのがスコットランド法の基本原則だということである〔Whitehall v Whitehall 1958 SC 252〕。同様に、裁判所は、後見人あるいは子の保護又は監護にあたる者を強制してその子から血液標本が採取されることに同意させる命令を出さない〔Docherty v McGlynn 1985 SLT 645〕。しかしながら、血液鑑定が拒まれた場合は、裁判所はかかる拒否から〔拒んだ者に〕不利な推論を引き出す用意がある。カメロン卿がDocherty v McGlynnで述べたように、

「〔血液標本についての〕かかる命令に従うことの拒否に関する十分な制裁は、不服従の当事者に不利に引き出される結果として当然な推論の中に見出されることになる。」

しかしながら、ある者が死亡した場合に、血液鑑定を用いて子の親子関係を決定するためにその死者の血液型が必要な場合は、スコットランドの裁判所はその死者の血液型を含む病院のカルテを積極的に認めている〔Docherty v McGlynn 1985 SLT 237〕。

最後に、Docherty v McGlynnで控訴裁判所上級審理室は、もしそうすることが子の利益でないのなら、子に関する裁判所固有の保護的な裁判権の行使にあたり、裁判所が介入してかかる証拠を認めることを拒むことができる、と判示した。更に、血液標本を採取することが子の健康に有害ではないと得心しない限りは、裁判所は子から血液標本が採取されることに同意する第6条3項による権限を行使することはできないことが明確に規定されているが、血液鑑定の結果がその子の利益に反するであろう場合には、裁判所は同意しないであろうと考えられる。Docherty v McGlynnでは、その判決に達する際に、上級審理室はイングランドのS v S事件〔(1970) 3 All ER 107, (1972) AC 24, HL〕に依拠したが、同事件では、レイド卿は「裁判所は、それが子の利益に反するであろうと得心しない限り、児童の血液鑑定が行われるのを許すべきである」と結論した。

いかなる状況において、裁判所は子から血液標本が採取されることについての命令を出すことを拒み、もしくは適切な同意をもって実施された血液鑑定の結果を認めることを拒むのであろうか。Docherty v McGlynnで上級審理室は、訴訟における真実への希求と引き続き嫡出とみなされることにおける子の利益との間には「微妙な比較衡量」があると考えた。とりわけカメロン卿は、「非嫡出子の烙印は、社会の多くの事例や階級において、苦痛と苦悩の原因である」と考えた。このように嫡出の推定を受ける子が血液鑑定によって実は非嫡出であったことが立証されそうな場合には、子に対する血液標本の採取は命じられず、また血液鑑定の証拠も認められないという主張に対して支持があった。しかし後でみるように、子の両親の婚姻上の身分は、子の権利に関してはもはや法律上重要な意義をもたず、その結果Docherty v McGlynnにおける裁判所の意見の説得力は、あったとしても、ほとんど影響力をもたない。それゆえ、単に第5条の親子関係の推定が覆されそうだという理由だけでは、それ自体、血液標本が採取されるべく命令すること、もしくは血液鑑定の結果が証拠として認められることが子の利益に反するだろうと裁判所が結論するには充分ではないと考えられる。今ではその親子関係の事実が知られることが子の利益に反するのは、極めて例外的な状況においてのみであろう。

嫡出と非嫡出

序

何世紀もの間、スコットランド法における子の権利は、その子が嫡出であるか否かに依っていた。その両親が子の懐胎又は出生の日に、もしくはその間のいつ

の時点であれ、有効に婚姻していた場合は、子は嫡出である〔Gardner v Gardner (1876) 3R 695; (1877) 4R (HL) 56〕。子が、有効な婚姻の期間中に懐胎される時、夫はその子の父であると推定される《父とは、婚姻の指示する者である *pater est quem nuptiae demonstrant*》。そこで、例えば、子の懐胎の時点でふたりが有効に婚姻していた場合は、たとえ子の出生以前に夫が死亡していたとしても、その子はその夫の嫡出子と推定される。もし、子が婚姻外で懐胎され出生したならば、その子は非嫡出である〔James v McLennan 1971 SLT 162〕。

子の両親の婚姻が無効である場合は、その無効な婚姻の期間中に懐胎又は出生した子は、推定上の婚姻 (*putative marriage*) の法理の結果として、嫡出とみなされうる。この法理が適用されるには、少なくとも当事者の一方が、その婚姻が有効であると善意で信じて、すなわち、いかなる婚姻障害も知らずに、その「婚姻関係」に入っていなければならない。しかしながら、その錯誤は、法の錯誤ではなく事実の錯誤でなくてはならない。例えば、ある男女が彼らが叔父と姪だということを知ることなく結婚したならば、その法理は適用可能であるが(事実の錯誤)、彼らが、叔父と姪はスコットランド法のもとでは互いに結婚する能力を有すると信じて結婚したならば、その法理は適用されない(法の錯誤)〔Purves' Trustees v Purves (1896) 22R 513〕。取り消しうる婚姻の期間中に懐胎又は出生した子は、たとえ婚姻無効確認の判決がその後に行われたとしても、嫡出の身分を保持する。

子が非嫡出で生まれたときは、コモンロー上は、その両親のその後の有効な婚姻により、その子は嫡出になった。《その後の婚姻による *per subsequens matrimonium*》嫡出化。この法理の効果はその子を出生の日から遡及的に嫡出として扱ったが、他方、子の両親が子の懐胎の時点でお互いに婚姻能力を欠いていたならば、その法理は適用されなかった。しかしながら、その法は1968年(スコットランド)嫡出化法によって変更された。同法は、子が婚姻の日に生存しており、かつ、その父がその時点でスコットランドに居住していたことを条件として、両親のその後の婚姻の結果として子は嫡出となる、と規定している。両親がこの懐胎の時点で婚姻能力を欠いていることは関係ないが、コモンローの立場とは異なり、子は婚姻の時から嫡出と扱われるにすぎない。同法の趣旨による婚姻には、推定上の婚姻と取り消しうる婚姻が含まれる。

同法は、子の嫡出の身分を残しておくことに腐心した。そこで、例えば、《父である》との推定は、夫がその子の父ではないという、合理的にみて疑いの余地のない立証によって覆しえるにすぎない。更に、推定上の婚姻の法理の範囲と子の

両親のその後の婚姻による嫡出化の可能性ゆえに、嫡出として扱われる者の範囲は広範である。とはいえ、生存非嫡出による出生の、生存嫡出による出生に対する割合は、連合王国において上昇し続けている。子の権利がその両親の婚姻上の身分に依拠し続けることがいかに非難されるべきかはますます明白になった。実際、非嫡出子に対する法律上の差別は欧州人権規約の下での連合王国の国際的義務違反であるように思われた〔see *Marckx v Belgium* (1979) 2 EHHR 330〕。この問題はスコットランド法委員会によって審議され、その勧告は1986年（スコットランド）（親子）法改正法において法制化された。

現行法

1986年（スコットランド）（親子）法改正法第1条は、次のように宣言する。

「ある者の両親が互いに婚姻していない、あるいはこれまで婚姻していないという事実は、その者と他のいかなる者との間の法律上の関係の確定に際して考慮されるべきではない。したがって、上記の関係はいかなるものであれ、その両親が互いに結婚していたか結婚したことがあったのと同様の効果を有するべきである」。

この規定の効果は、子の出生時の両親の婚姻上の身分にかかわらず、子は法的に平等である、ということである。換言すれば、嫡出および非嫡出という身分はもはやいかなる法律上の重要性をもたないのである。

その目的を確保するために、同法は、将来のどのような証書や制定法においても、これに係わる関連事項は、反対の意思が制定法や証書で明らかでない限り、第1条第1項に従って解釈される、と規定している。同法は以前の立法を修正して、嫡出子と非嫡出子間の法律上の不平等、そして可能な限り非嫡出子への言及を取り除いている。

しかしながら、嫡出子と非嫡出子間の区別が依然として重要な領域が存在する。まず第一に、第1条第1項は、同法施行《以前》に作成されたいかなる証書にも適用されない。しかし、その証書が1968年（スコットランド）（雑則）法改正法の施行後に作成されたならば、その証書における関連事項への言及は、反対の意思が明白でない限り、嫡出のと同様に非嫡出の関係をも包含する。第二に、証書が嫡出あるいは非嫡出の関係に（どのような方法で明示されているにせよ）言及している場合、第1条第1項は、同法の施行《以後》に作成されたいかなる証書にも適用されない。かくして、例えば、遺言者がその遺言の中で彼の娘の嫡出の子に遺贈するならば、たとえその遺言証書が同法の施行以後に作成されたとしても、彼女の非嫡出の子は利益を受けることができない。第三に、同法は、同法

の施行以前に死亡した者の財産のうちの、父の遺産に対する権利 (right of legitim) あるいはその財産に対する相続権には影響を与えない。最後に、同法は、その保有者の死亡の際に譲渡可能な称号、紋章、名誉または貴族称号の継承や移譲に対しては適用されない。かくして、以上の一般に認められる限定的な目的のためには、嫡出性と嫡出化に関する法にたよることはまだ必要であろう。

嫡出子と非嫡出子の法律上の立場を平等にするのに重大な困難が残っている。以下でみるように、両親は子の監護や養育に関して子に対する重要な権利を享有する。既婚女性が子をもつときは、第5条の推定が適用され、夫婦の双方はともに一応親権を享有する。しかし、未婚女性が子をもつとき、子の父はその母と同様に親権を有するのだろうか。非嫡出子は父やその家族に対して、嫡出子と同一の権利を享有するべきであるが、だからといって、非嫡出子の父が嫡出子の父と同じ仕方でも親権を自動的に有することにはならない。嫡出子と非嫡出子の法律上の平等を達成することを意図するいかなる立法も、非嫡出子の両親間の関係は嫡出子の両親の関係がもつ安定性や責任を欠くことが多いことを認識しなければならない。

同法は、子の母がその子の父と現に結婚していないかあるいは結婚していたかどうかにかかわらず、子の母は親権を有すると規定することによって、この問題に対処している。子の父は、もちろん、彼もまた第5条の父子関係存在の推定の利益を有することになるので、その子の懐胎の時にその母と結婚しているか、又は結婚していたならば、親権を有するにすぎない。しかしながら、父がその子の懐胎の時点で子の母と結婚していなかったならば、その後彼女と結婚する場合には、彼は親権を獲得する。

例

a) 子の懐胎の時以後だが出生の時以前にHがWと結婚するならば、彼は懐胎の時以後にその子の母と結婚しているので、第5条の父子関係の推定の利益を有し、親権を有することになる。

b) 子の懐胎及び出生の時以後にHがWと結婚するならば、彼は第5条の推定の利益を有しないことになる。しかし、彼の父子関係が確認されるならば、彼はその後結婚するときに親権を取得することになる。

しかしながら、子の両親が全く結婚しないならば、その父は——たとえ父子関係が確認されたとしても——第3条第1項にしたがい彼に親権を与える命令を取得しない限り、その子に対する親権を取得しない。上記の訴訟手続では、子の福祉は最優先の考慮事項とみなされる。かくして、子の両親が全く結婚しない場合

は、一応は、親権を有するのはその子の母だけである。結果的に、同法は、婚姻外で生まれた子は母の住所を出生あるいは扶養の住所とするという準則も、そして、婚姻外で生まれた子の父は、彼が親権を取得しない限りは、その手続上ほとんどなんらの役割も果たさない養子収養法をも変更していないのである。

父が懐胎の時にその子の母と結婚しているか、その後彼女と結婚したならば、彼は自動的にその子に関する親権を有することになるので、婚姻が父の親権の付与を確定するのに決定的な役割を演じることは明白であろう。同法は、この趣旨での婚姻には、(i) 取り消しうる婚姻と(ii) 無効な婚姻が含まれるが、ただし父はその信頼が事実の錯誤によるものでありと法律の錯誤によるものでありと、その婚姻が有効であることをその婚姻の時点で父が善意で信じたことを条件とする、と規定する。ふたりが単に同棲しているにすぎない場合には、しかしながら、母だけが親権を自動的に有することになる。すなわち、彼らがその後結婚しない限り、その子の父は、第3条にしたがってなされた命令によって親権を取得するまではその子に対する親権を何ら享有しない。

第9章 子の権利と義務

序

本章の目的は子により享有される最も重要な法律上の権利のいくつかを、およびそれらの権利がいかに実施されるかを検討することである。しかしながら、子が成熟するにつれて、子の自己決定の「権利」と子の監護と養育に関する親の権利との間に衝突があるかもしれない。この重要かつ議論ある論点の十分な検討は、親権がかなり詳細に検討される次章に委ねられる。目下のところは、それゆえ子の法律行為をなす能力、および子の権利が侵害された際に救済を請求する能力に関心をもたれる。また、いかなるときに子がその行為につき責任を負うのかも考察しよう。まず初めに強調されねばならないのは、これら多くの論点についての実体法の取扱いには網羅的であることを予定してはいないということである。

幼年者と未成年者：後見人と保護者

スコットランド法は、幼年者と未成年者との間に重要な区別を設けている。幼年者(pupil)とは、14才未満の男子および12才未満の女子である。未成年者(minor)とは、14-8才の男子ならびに12-8才の女子である。18才に達すると、未成年者は法の見地からは成年者となる。

幼年者は消極的能力を持つ、すなわち完全な法律上の権利を、たとえば財産の所有権を享受する一方、幼年者はなんら積極的な能力を持たない。このことは、幼年者は法律行為に関与することができないこと、例えば遺言をすることができないことを意味する。さらには、幼年者は、自己の権利が侵害されたときに、訴訟を提起することができない。それに代わって、幼年者の後見人は幼年者のために法律行為をなし、あるいは幼年者を代理して訴訟を遂行しなければならない。子の後見人は子の母、および、その母と子の懐胎の時点にあるいはその後に結婚した場合の父である。両親が結婚しない場合には、父は、1986年（スコットランド）（親子）法改正法3条に従い親権を付与する命令によってその役目（office）を手にいれないかぎり、子の後見人にはなれない。

他方、未成年者は積極的な能力を有する。しかし彼または彼女が家族を離れ独立しないかぎり、つまり家を出るとか独力で事業を始める、あるいは結婚するとかしないかぎり、概して未成年者の積極的能力は、法律行為あるいは訴訟に対する未成年者の保護者の同意が得られないかぎり、制限されている。子の保護者は未成年者の母、およびその母と子の懐胎時あるいはその後に結婚した場合の父である。両親が結婚しないならば、父は、1986年（スコットランド）（親子）法改正法3条に従い親権付与の命令によってその役目を獲得しないかぎり、その子の保護者にはなれない。

幼年者あるいは未成年者が訴訟において後見人あるいは保護者によって代理されない場合、裁判所は《訴訟の保護者 *curator ad litem*》を指名できる。彼は裁判所により、事件が適切に処理され、また幼年者あるいは未成年者の利益が十分に保護されることを確保するために指名された者である。

子の親は、指名が書面によりまたその親によって署名され、かつその親が子の後見人もしくは保護者であることを条件として、その親の死後、子の後見人もしくは保護者となる者を指名することができる。子の後見人としてそのようにして指名された者は、その指名が別段の条件を明記しないかぎり、子が未成年者の年齢に達するときにはその子の保護者になる。両親がともに死亡し、なんら後見人が指名されていない場合、利益を主張する者は誰であれ、1986年（スコットランド）（親子）法改定法3条に従い、子の後見人とされるよう申請できる。そしてその者が指名される場合、彼または彼女は、裁判所が別段の指示をしないかぎり、子が成年の年齢に達するときには子の保護者になる。なんら保護者のいない未成年者は、控訴裁判所に保護者を指名するよう申立できる。

契約上の義務

一般的見解では、幼年者は法律行為を行なう法的能力をなんら有しない。したがって、幼年者によってなされたいかなる契約も無効である。その結果として、自分自身を代理して契約することを主張する幼年者はその契約につき訴追されえない。後見人は、当然ながら、幼年者を代理して契約を結ぶことができる。しかしかかる契約は未成年と不釣り合いな損害 (minority and lesion) を理由として無効となることを免れない。

保護者を持たない未成年者、あるいは家族を離れ独立した未成年者は十分な契約能力を有するが、その契約は未成年と不釣り合いな損害を理由として無効とされるかもしれない。未成年者が保護者を有するならば、保護者の同意あれば未成年者は契約できるが、それでもまた、契約は未成年と不釣り合いな損害を理由として無効となりやすい。しかしながら、保護者を有する未成年者が保護者の同意なくして契約することを主張する場合、概して契約は無効である。生活必需品が未成年者に供給される場合、未成年者はその対価を支払わねばならない。未成年者が取引や事業の過程で契約を締結する場合、その未成年者に保護者がいるにせよ、いないにせよ、また保護者がその契約に同意したにせよ、しないにせよ、未成年者はこの契約上の義務によって拘束される。契約は、しかしながら、未成年者の事業と関連がなければならぬ。かかる契約は未成年と不釣り合いな損害を理由に原状回復されない。最後に、未成年者は、保護者の同意なしに、徒弟契約あるいは雇用契約を結ぶ能力を有する。こうした契約は、しかしながら、未成年と不釣り合いな損害を理由に無効とされうる〔*Stevenson v Adair* (1872) 10 M 919〕。とはいえ、未成年者が、例えば、自分は成年者であるとの悪意不実表示をなすことによって、不正に他方当事者を自分との契約に誘引した場合、いかなる種類であれその契約によって拘束される。こうした状況においては、未成年者でも、未成年と不釣り合いな損害を理由として契約無効を請求することは妨訴抗弁される〔*Kennedy v Weir* (1665) Mor 11658; *Wemyss v Creditors* (1637) Mor 9025〕。

これまで見てきたように、後見人が幼年者を代理して契約した、あるいは保護者を持たない未成年者によって契約がなされた、もしくは保護者の同意をもって契約がなされた場合、その契約は未成年と不釣り合いな損害を理由に無効とされることがある。契約無効訴訟は控訴裁判所に提起されねばならない。契約を結ぶときに、未成熟の結果として「過度に不釣り合いな損害 (enorm lesion)」を被ったことを証明する責任は原告にある。換言すれば、契約締結時に未成年者が得た

約因が、未成年者が手に入れたかもしれない約因に比較して過度に不釣り合いであることが証明されねばならない〔Robertson v Henderson & Sons Ltd (1905) 7F 776〕。不釣り合いな損害は一定の法律行為、たとえば、無償の債務、未成年者に対するローンにおいては推定される。契約無効は、幼年者または未成年者が成年に達した後、4年の期間内に請求されねばならない。これは《有効な4年 (quadriennium utile)》の原則として知られている。このように、未成年者が22才に達するまでのいついかなる時にも契約に対して異議を申し立てることができる。この問題は疑問の余地がなくはない一方、契約無効訴訟は成年年齢以前にも請求しようと考えられており、それゆえ、幼年者、未成年者が異議申立をなすに、18才になるまで待つ必要はない。

こうした準則は今日では時代錯誤であるとの主張が有力である。法律能力、幼年者および未成年者の責任（能力）にかんする法の改正が現在スコットランド法委員会で考慮されている。その提言の考察は、しかしながら、本書の範囲を越える。しかし委員会は、一般原則としては16才未満の子は法律行為をなすならぬ法律能力もないが、その年齢以降は完全な法律能力を有するべきであるとの選択を採っている。

不法行為

幼年者が他人の不法もしくは過失ある行為により権利侵害を受けた場合、その子の後見人は彼または彼女に代わり不法行為による損害賠償訴訟をおこすことができる。同様に、未成年者が権利侵害を受けた場合、彼または彼女は保護者の同意のもとに不法行為による損害賠償訴訟をおこすことができる。子が親により権利侵害を受けた場合は不法行為による損害賠償訴訟が認められ〔Young v Rankin 1934 SC 439; wood v wood 1935 SLT 431〕、かかる状況においては《訴訟のための保護者》が任命される。

反対に、幼年者及び未成年者双方とも、必要条件としての意思もしくは過失が立証される場合には、自らの違法な行為について不法行為上の責任を負うこともあり得る。子は財産を持っていたり、あるいは保険をかけられていることはまれであるから、子が不法行為による損害賠償訴訟を提起される事例は、あったとしても数少ない。このことは、もちろん、未成年の自動車運転者が過失ある運転により権利侵害を引き起こす場合はあてはまらない。更に重要なことには、幼年者あるいは未成年者が権利侵害を受けた場合でも、その損害賠償額の削減に導く寄与過失で有責でありうると判示されている。かくて、Mckinnell v White (1971

SLT (Notes) 61]において、例えば、フレイザー卿は、5歳の子がスピード違反の自動車運転者の真正面に駆け出した場合は、寄与過失に該当するとしてその子の損害賠償額を50%削減した。都市部に暮らす子はだれも、5歳までには交通の危険性を自覚するはずであるとの根拠にもとづき、フレイザー卿はその判決を理由つけた。

両親は子の不法行為について自動的にその代理としての責任を負うことはないが、親の過失の結果として、つまり、例えば子の財産管理を適切になさないことが子の不法行為の原因となるか、あるいはその一因となる場合、親は人的責任を負うということは注記されねばならない〔Hastie v Magistrates of Edinburgh 1907 SC 1102; Hardie v Sneddon 1917 SC〕。

子の親が他人の不法もしくは過失ある行為の結果として殺害された場合、子は、1976年（スコットランド）損害賠償法により親の死亡について損害賠償を請求することができる。その子の両親が互いに結婚しなかった事実は無関係である。損害賠償は、親の死亡の結果として被った、または被る見込みがある扶養の損失に対して与えられ、そしてまた、「夫婦関係喪失〔補償〕金」がたとえば親の愛情と指導のような、非世襲財産的利益の損失に対して与えられる。

相 続

幼年者は遺言をなす能力を欠く。コモンローにおいては、未成年者は動産について保護者の同意なしに遺言をなすことができた。しかし、未成年者は相続不動産については遺言をなすことはできなかった。しかしながら、1964年（スコットランド）相続法第28条は保護者の同意なしに、動産はもとより相続不動産を遺言により処分する、完全な法律上の能力を未成年者に与えている。

死亡した親の動産の遺留分に対する子の権利は既に議論された。

婚 姻

コモンローにおいては、未成年者は保護者の同意なしに結婚する能力を有した。婚姻適齢が両性とも16歳に引き上げられたのは、ようやく1929年婚姻年齢法の結果としてである。

刑事責任

スコットランド法においては、刑事責任年齢はわずか8歳である。

扶 助

子が親に対して享有する最も重要な権利は、おそらく親からの扶助を受ける権利である。この扶助に関する法律は1985年（スコットランド）家族法の結果、根底的に改革された。

第1条1項(c)により、扶助義務は子の父もしくは母により負担される。かくて、両親はともに子の扶助義務がある。その子の親が互いに結婚していない事実は無関係である。しかしながら、第1条1項(d)はまた自分が家子として受け入れた子を扶助するようその者に義務づける。血縁の欠如は無関係である。

扶助義務はしたがって親と嫡出でない子を越えて拡がり、たとえば、義理の親、義理の子を含む。しかし第1条1項(d)は、祖父母が孫を養育する場合や叔父や叔母が甥や姪を養育する場合に同等に適用される。〔子を〕受入れた者が、子が受入れられる以前に家族をもたなければならないかどうか明確ではないが、家族が片親家族を含むことは第27条により明文で規定されている。

しかし、第1条1項(d)のもとで扶養義務が生じる以前に、子は家子として《受入れ》られていなければならない。このことは困難を生ずることがありえた。以下の例を考えよ。

例

HとWは結婚した。Wには子がある。1986年（スコットランド）（親子）法改正法第5条における父の推定が適用される。しかしながら、Hが後にその推定を覆し、自分はその子の父ではないことを証明したならば、彼はその子に扶助義務を負うのか？ 第1条1項(c)は、Hはその子の父ではないかゆえに適用されない。第1条1項(d)は、Hはその子が自分の子ではないことを知らず、かつ、したがって、他の男性の子を家子として受け入れることでWと合意したことがなかったがために、Hはその子を家子として受け入れていない、との見解を裁判所が採用したならば、適用されてはならない。

スコットランドの裁判所が第1条1項(d)をできる限り客観的に解釈することが望ましいが、しかし、その規準が、ある者が子を家子として、「受け入れた」のではなく「見なした」かどうかであるならば、困難は回避されえたはずである。

扶助の目的にとって子とは、18歳未満の者もしくは18歳から25歳までの者であって、教育施設における教育、就職、手仕事、専門職もしくは家業のための訓練を妥当かつ適切に受けている者である。それゆえ、たとえば、子を扶助すべき親の義務は子が大学に在学中は存続し、これに対して、精神的に障害をもつ子を扶助する義務はその子が18歳になった時点で一応は終了する。

扶助の義務とは、ある状況において、裁判所が扶助(料)の額を決定するのに用いる要因、すなわち、当事者のニーズ、資力、彼らの所得能力、そして一般的に当該事例のあらゆる事情を考慮して、当該事例における合理的な援助を与えることである。二人以上の当事者が一人の子に対して扶助義務を負い、一方、その責任の順位が存在しない場合は、裁判所は、あるとすれば、どれほどの扶助を彼らに割り当てるかを決定するに際して、子に対して他の者が負う扶助義務を考慮しなければならない。以下の事例はこの規定が実際上どのように働くのかを示す。

例1

HとWは結婚している。彼らは一人の子Cを持っている。すなわちHとWは共にCの扶助義務を有する。：第1条1項(c)。Hが支払う扶助(料)の額を定めるにあたって裁判所は、WもまたCの扶助を義務づけられているという事実を考慮しなければならない。かくして、Hが失業しており、かつWが高賃金を受けていた場合は、Hは必要な扶助(料)の一部を支払うか、もしくは実際全く支払わなくともよいと命じられるだけであるべきで、Cに、Wに対する請求権を与える、という見解を裁判所はとることができる。

例2

母Aと父Bは子Cを持っている。AとBとはそれゆえともにCの扶助義務を有する：第1条1項(c)。Aは後にHと結婚し、HはCを自分の家族の子として受け入れる。HはそれゆえCの扶助義務を有する。：第1条1項(d)。Hが支払うべき扶助(料)の額を定めるにあたって、裁判所はAとBとがともにCの扶助義務を負っていることを考慮しなければならない。かくして、Hが職業に就いているとしても、裁判所は、CにAとその父Bに対する請求権を与え、Hは必要な扶助(料)の一部を支払うべきとの見解を採ることができる。

扶助を請求する訴えは子によって提起される。かくして、大学に在学している19歳の子は、もし両親がその子の助成に対し親としての適切な負担を拒絶する場合には、両親に対し扶助の請求を提起することができる。子が18歳未満の場合には、訴えはその子に代わって、子の母もしくは父により、子が幼年者の場合にはその子の後見人により、もしくは子の監護と保護に努め、あるいはそれをなす資格を有する者によって提起される。かくして、たとえば、祖母がその娘の子の面倒をみているとすると、祖母は子の母もしくは父に対して扶助の訴訟を提起することができる。女が結婚しているにせよいないにせよ、彼女のまだ生まれていない子の利益のために、あたかもその子が生まれたものとして、扶助の訴を提起することができる。しかし、かかる訴えは子の誕生の前に審理されたり処理された

りはしない。しかしながら、誕生後に判決をなすにあたって裁判所は、子の誕生の期日まで扶助を遡及させる権限を有する。

子の扶助についての訴えは、その子が被告と共に生活していても提起されうる。それゆえ、たとえば、子はそれまでどおり両親の家で生活していても、両親に扶助を請求することができる。しかし、これらの状況においては、両親は、彼らがその扶助義務を履行し、かつ継続的にそうしていることを証明できれば、抗弁をもつ。ある夫婦が別居し、たとえば、母が16歳未満の子をそのもとにひきとっており、母がもしその子に代わって父に対して訴えを提起するならば、父がその子を自分の家庭に引取り、それにより、扶助義務を履行すると申し出るとは、この訴えに対する抗弁ではない。これはすなわち、子がどこに住むべきかの問題は一応、子の福祉が最高度に考慮される監護訴訟手続き上の争点であるからである。しかし、子が16歳を超えている場合、子が受け入れると期待することが合理的である家屋を父が子に提供すると申し出るとすると、父は扶助の請求に対する抗弁をもつ。その申出が子が受け入れることが合理的かどうかを決定するにあたっては、被告の行為が考慮に入れられる。

かくして、たとえば、父の母に対する理不尽な行為が婚姻の破綻を招き、かつ母と子の双方の難儀の原因であったならば、その娘が父の宿泊設備の提供を受け入れることは合理的ではないであろう〔Mckay v Mckay 1980 SLT (ShCt) 111〕。

扶助訴訟は《無条件に》控訴裁判所とシェリフ裁判所の管轄下にあるが、訴えは実際上は、親子関係の確認、親権、保護、別居、離婚そして財産上の給付などの他の訴訟手続きのなかで行われやすい。たとえば、ある女性が子をもっており、彼女が親子関係の確認をもとめると、彼女はその子に代わり、同訴訟のなかで推定される父に対して扶助(料)の訴えを提起することができる。親子関係が立証されると、扶助はその子の父に命令される。

同様に、離婚訴訟においては、原告は婚姻による子に代わり、扶助をもとめる訴えを提起することができる。これには配偶者の子ばかりではなく、夫婦のどちらかにより、家族の子として受け入れられた子も含まれる。これまで見てきたように、子の扶助についてのいかなる訴えも、裁判所が配偶者に対して財産上の給付を命ずる前に、満足されなければならない。訴訟のいかなる段階において、離婚もしくは別居の訴えが却下されても、家族の子の扶助に関して、裁判所は、とりわけ、命令を行うことを妨げられない。

扶助は、確定もしくは不確定の期間であれ、あるいは特定の事柄の発生までで

あれ、定期的支払いの形で行われる。裁判所は定期支払いの総額を代位することはできない。しかし、裁判所は定期的手当ての中から、原告に支払うことを期待することが不合理である特別の必要を満たす、臨時のもしくは特別の扶助料の支払いを命じることができる。これはたとえば、学校の授業料の支払い命令であろう。しかしながら、次のことが強調されなくてはならない。すなわち、この規定は定期的な手当ての代わりに、相当額の一括払いの命令をすることを裁判所に可能ならしめることを意図しているのではないということである。扶助は継続的な性質をもつ義務であり、ここの関係では、親と子の継続的關係を反映する継続的な性質をもつ義務である。それは子の親の財産について、その相続権を先取りする方法として使用されるべきでない。

いかに子が裕福であり、あるいは親が窮状にあろうとも、子にはその親を扶助する義務はない。子が自立していて金銭的にゆとりがある場合には、親は子の収入をその扶養や教育に用いることができる。子を扶助することができないほど、親の暮らし向きが悪くならない限り、これらの目的のために子の資金に訴えることは殆ど行われであろう〔Pollard v Sturrock's Exors 1952 SC 535〕。

最後に、扶助料給付の自由裁量の性格が強調されなければならない。子が実際に扶助料給付としてうけとるものは、子の必要ばかりではなく、その両親の資産による。低所得家族の子にとっては、扶助料給付は少額であろう。しだいに両親が失業している子の基本的扶養のため補足給付に訴えなければならなくなるであろう。両親にはその実子を16歳まで扶養しなければならない法律で定められた義務がある。親が16歳未満の子の扶助を怠るならば、DHSSは、子について支払われた補足給付に対して一定の負担をするよう、その親に訴訟手続きをとることができる。1985年（スコットランド）家族法のもとにおける扶助義務は一応、子が18歳になるまでは存続するが、この法律上の義務は、子が16歳になるまで存続するにすぎないということが注意されよう。

第10章 子の保護及び養育に関する親権

序

親はその子の保護に第一次な責任を持つ一方、親は自由に、自分が子の福祉に最善であるとする仕方の子を養育できるということが民主主義社会の極印である。したがって、親はその子の保護及び養育に関して重要な権利を享有する。しかしながら、親の権利の自立性は絶対的ではない。刑法は親による重大な肉体的、

情緒のないし性的虐待から子を保護する。更に、親が子の世話を怠る、あるいは肉体的に虐待する場合は、その子は1968年(スコットランド)ソーシャルワーク法にしたがって強制的保護措置の対象とされ、そして、必要ならば、親の保護からはずされることもありうる。しかしこうした制限内において、スコットランド法は、子の宗教を選択する、どのように子が教育されるべきかを決定する、子を懲罰する、治療について子の代理として同意する権利、そして一般に、子供の時間が費される場所及び様式を決定する権利を親に与えている。親が子に対するその責任を果たすことを可能にするため、これらの親権は親に与えられている。子が成熟するにつれ、ますます子は医療のような事柄に関する重要な決定を自分でしたがるだろう。それゆえ、親権の性格は子が成熟するにつれて変化すると考えられている。つまり、親権は子の代理として決定を下す権利に始まり、早晩、単に子に助言を与えるだけの権利になり、そしてついには、子が十分に成熟するときには、その権利さえ消滅するだろう。

この章の目的は、親権の性格と範囲を検討することである。われわれは、a) 親権を行使する権原を与えられるのはだれか、b) 親権の存続期間、c) 親権はどのように行使されねばならないか、を考察し最も重要な親権の各々を考察することによって、関係する原則を説明しよう。しかしながら、最初に強調されねばならないことは、これは現代家族法の最も物議を醸す領域の一つであり、また、議論される論点の多くが最近のスコットランドの裁判所の権威ある諸判決にしたがってはいないということである。

親権を行使できるのはだれか？

子が出生すると、その母は親権を有する。その子の父もまた、子の懐胎の時点もしくはその後その子の母と結婚していれば、親権を有する。子の父が出生した子の母と結婚したことがない場合、1986年(スコットランド)(親子)法改正法第3条によって父に親権が認められない限り、その父はその子に関して親権をもたない。3条手続においては、子の福祉が最優先の考慮事項である。更に、利害関係を主張する者、たとえば、孫の世話をする祖父母は、第3条による親権に関する命令を申請できる。2人ないしそれ以上の者が親権を有する場合、各々は他の者(たち)の同意なしに親権を行使できる。

親権は広く定義される。親権は、後見、保護、監護、ないし面接交渉、並びに「なんらかの法規則により親に授与された子の福祉ないし養育に関する権利ないしは権限」を意味する。しかし、スコットランド法においては、親はどのような

資格で子の保護と養育に関する権利を行使するのか全然明白ではない。その子の懐胎の時点で結婚しており、かつ、一緒にその子を養育する両親のもとで子が出生する場合にはほとんど困難はない。両親ともその子の後見人であり、そして伝統的な見解に従うなら、各々の親がその子の保護と養育に関する権利を行使できるのはその子の後見人であるがためである。しかし、ふたりが離婚し、監護権が母に認められる場合、どうなるのか？ 両親はともになおその子の後見人であり続けるが、しかし監護権を有しない親は、その子の保護と養育に関する必要充分な親権を保持し続けることになるだろうか？ 著者の見解では、親がこれらの権利を享有するのは、子の後見人であるがゆえではなく、通常子の監護権を有するからである。別言すれば、これらの親権は、監護権の傘——スコットランド法では比較的未発達概念ではあるが、——に群生する。したがって、父が監護権を喪失する場合、彼は引き続きその子の後見人であり、そして、後見人としての資格において被後見人の財産を管理し、訴訟において子を代理できるにもかかわらず、これらの親権を有しないことになる。その子の保護と養育に関する諸権利は監護権を有する親、すなわち母に排他的に帰属する。同様に、監護権が第三者、たとえば祖父母に認められたならば、たとえその子の親が後見人であり続けたとしても、祖父母が親権を有するのであって、その子の親ではない。

議論を要約しよう。子の保護と養育に関する親権は監護（権）概念の必須部分であると主張される。親はこれらの権利をその子の後見人ないし保護者としての資格によってではなく、その子の監護権を一応有するがゆえに行使する。したがって、親の一方が監護権を喪失する場合、その子の保護と養育に関する親権を有するのは、監護権を有する親——ないし監護権を認められた第三者——ということになる。

親権の期間

親は子の後見人としての資格において親権を行使するとの伝統的理論によれば、これらの権利は子が未成年に、すなわち少女の場合は12歳、少年の場合は14歳に達したときに突然に終了した。この結論は、後見人は幼年者の人格を支配するのに対して、保護者は子の財産に関する権利だけをもつ、すなわち〈*tutor datur personae curator rei*〉との命題から帰結した。このテーゼによれば、未成年者は自己のライフ・スタイルを決定する権能をもつと判断され、親はその〈保護者〉としての資格においては、未成年者の決定にかかわるなんらの権利ももたない。この見解を支持する重要な典拠もみられるが〔Norrie, 1985 SLT (News) 157;

cf Thomson, 1985 SLT (News) 223], 筆者によれば余りに単純化されすぎて
いると考えられる。

第一に、いくつかの親権は、たとえ子が未成年の年齢に達したとしても継続するとの先例がみられる。例えば、Stewart v Thain 事件〔1981 SLT (Notes) 2〕において、親は手に負えない15歳の少年を肉体的に懲罰する権利を有することが裁判所により認められた。さらに重要なことには、リーディング・ケースの Harvey v Harvey 事件〔(1860) 22D 1198〕で、控訴裁判所上級審理室は、家庭を離れて独立していない子に対する親の権利は、子が未成年に達しても終了しないことを認めた。(イングリシ Inglis) クラーク裁判官は、裁判所は12歳の少女が「親の統制にさからって親のマンションを捨て、自分の現在の住居を定め、それによって自己の将来の運命と人生行路とを定めること」を許容する理論に与みしたくはないと、はっきりと述べた。両親は

「その子〔未成年者〕の、合理的な判断又は選択を用いることの無能力の観念によってではなく、むしろ一方において、自然法と神法の双方が命じる両親に対する尊敬と従順の考慮から、他方において、優しく愛情のこもった勸告と助言とを必要とする子の側における〈未経験と判断の未成熟〉への配慮から」

その子に対する権利を保持し続ける。

このように親は、未成年者の未経験あるいは未成熟の結果として、未成年者が自己の利益を損いようの行為方針に着手しようとするとき、家庭を離れ独立していない未成年者に助言を与える権利を有する。最後に、1986年(スコットランド)(親子)法改正法は、いくつかの親権は——どれとは特定していないが——未成年者が18歳になるまで継続することを認める。

既に主張されたように、もし両親が後見人としての資格ではなく、彼らがその子の監護権をもつがゆえに親権を行使するのであれば、これらの権利は子が未成年に達するときにも自動的に終了しないであろう。そのかわりに、前のパラグラフで検討された権威となる判例が示すように、これらの権利は、両親が監護権を喪失するか、子が家庭を離れ独立するか、あるいは子が18歳に達するまで、未成年の期間を通じて継続するであろう。しかしながら、未成年者に対する親の権利は幼年者に対して行使される親の権利ほどには広範ではないことが強調されねばならない。次節で見るように、親権は子のために行使されねばならない。未成年者が判断や、自己の利益を促進する行動方針を決定することに成熟している場合、両親は子自身の希望に大きなウェイトをおかなければならない。監護権を有

する親が未成年者に関して有するもっとも重要な権利は、子に勧告、援助を与えて、子にその福祉に損害を与える決定をさせないようにする権利であるからして、この点を強調することはとりわけ重要である。助言を提供する権利を行使するにあたり、両親はそれゆえ未成年者自身の希望を考慮しなければならない。著者の見解では、両親は、子の考えている行為方針が未成年者の利益に明らかに反しないかぎりには未成年者の決定を拒否する権限をもたないが、しようとしている行為が実際に子の利益に反するかどうかを決定するにあたっては、成熟した未成年者の希望が決定的になろう。このような仕方では、子が成熟するにしたがい、未成年者に関する親権の継続と子の自己決定「権」とを調和させることが可能となる。

議論を要約すると、親権は監護権概念の不可欠な部分であるので、それらの権利は子が未成年に達したからといって自動的に終了しないと思われる。しかしながら、未成年者に対して権利を、とりわけ勧告と助言を提供する権利を行使するにあたり、両親は子が成熟するにつれて、子自身の希望にますます重きをおかねばならない。未成年者がある行為の性格と効果を理解している場合、未成年者のしようとしている行為が明らかにその者の利益に反しないかぎり、親は拒否権をまったく持たない。

コモン・ロー上、未成年者の自己決定「権」の範囲がいかなるものであれ、未成年者の自己のライフ・スタイルを決定する自由は、未成年者が後になって後悔するかもしれない行為に同意することから未成年者を保護する数多くの制定法により大幅に制限されている。コモン・ローにおいては、男性が同意している未成年者と性交することは犯罪ではなかったが、今日では、16歳未満の女性と性交することは、たとえその女性が同意していたとしても刑事犯罪である。男性は、彼とその相手方が21歳になるまでは、密やかな同意によるホモ・セクシュアルな行為を合法的に行うことはできない。18歳未満の者に対する酒類の販売、16歳未満の者に対する煙草の販売については一般的に禁止されている。若年者、特に16歳未満の者の雇用については厳格な取締り規定が存する。さらには、例えば、18歳未満の若年者に入れ墨を彫ったり、18歳に達していない若年者を公の見世物として催眠術にかけたり、あるいは18歳未満の者を場外馬券売場に入場させたりすることは犯罪である。自動車運転の最低年齢は当然ながら、17歳である。かかる干渉主義的な立法の結果、国家は子の搾取を防止することを試み、また子が彼らにとって害となる可能性のある行為にふけるのを防止することに努める。

親権の性質

本節では、子の保護及び養育に関する最も重要な親権のいくつかが議論される。筆者の見解では、子の監護、面接交渉、懲罰、教育、宗教上の教育、治療に関する権利の行使と主張されるものはいかなるものであれ、子の福祉を促進しなければならず、そうでなくとも、少なくとも子の利益に反するものであってはならないという意味において、自分の子に対する親の権利は、一応の権利にすぎない。これは福祉原理として知られている。もし親権の行使とされるものが子の利益に反するのであれば、このような状況においては、第三者、例えば医者やソーシャル・ワーカーには、その親の希望に従って行動する義務はない。親権の行使とされるものが実際に子の福祉に反するか否かの最終的な裁定者は、裁判所たるべきである。控訴裁判所は子に対して固有の保護裁判管轄権をもつにもかかわらず、裁判所に申立ることは不便であり、かつ時間がかかるであろう。このことは時間がしばしば極めて重要とされるここでの脈絡では、とりわけ意義深いことである。控訴裁判所の固有の保護裁判管轄権に頼ることが稀であることは、おそらく驚くにはあたらぬ。なかんずく親権の行使といわれるものに関する争点が速やかに裁決されるイングランドの高等法院の後見裁判管轄権に相当するものを、スコットランド法は現在欠いている。かかる訴訟手続の欠如は、たぶん今日のスコットランド家族法における最も重大な欠点のひとつであろう。

子の身体の支配

親はその子の身体の支配について一応の権利を有する。しかし、これは一応の権利にすぎないので、福祉原理に従って行使されねばならない。それゆえ親と一緒に居続けること、もしくは親のもとに戻されることが子の利益に反するならば、親は子の支配を失うかもしれない。

このことはリーディング・ケースであるJ v C事件〔(1969) 1 All ER 788, (1970) AC 668, HL〕によって例証される。それはイングランドの上訴審における貴族院の決定であるが、スコットランドでも先例として受け入れられている。ある男女に子が一人いたが、彼らは、健康上の理由で子はイングランドで養親と一緒に居るべきであり、一家が住むスペインに両親と共に戻るべきではない、と助言された。両親は彼らの子をイングランドに残したが、訪問等を通じて子と接触を保っていた。数年後、子の健康状態が改善されたときに、両親は子はスペインに来てそこで他の家族と一緒に住むべきだと決めた。子は裁判所により後見に付された。裁判所はその後、両親はその子をスペインに連れて行くことが許されるか否かを決定しなければならなかった。訴訟は長引き、事件は最終的に貴族院

によって審理された。同院は、両親の行動は何ら非難されるべきではないという事実にもかかわらず、なおかつ子はイングランドに養親と一緒にとどまるべきであると判決した。8年半がたち、少年は養親の家族にとけ込み、彼をスペインに移すことは彼に苦痛とおそらくは長期間の心理的な害をもたらすように思えた。そこで、彼らに権利を行使することを許すことが子の利益に反するであろうという理由で、両親はその子の支配に対する一応の権利を行使できなかった。

J v C事件は、それゆえ親の子に対する監護権は福祉原理によって規律されるという命題の典拠である。したがって、監護権を行使することが子にとっての最善の利益でない場合は、親はその権利を有効に行使することができない。

面接交渉

親が子の監護権を喪失している場合、その者は子の保護と養育に関する親権のほとんどを剥奪されるであろう。しかしながら、若干の権利はまだ残されるであろう。それらのうち最も重要なものは、子に対する面接交渉の権利である。だが、この権利もまた、福祉原理に従って行使されねばならないという意味において、一応の権利にすぎない。通常は、裁判所は、監護権のない親による面接交渉は子にとっての最善の利益であるとの見解をとる。しかしながら、スコットランド法においては面接交渉は一応の権利にすぎないという事実は、*Porchetta v Porchetta* 事件〔1986 SLT 105〕で、ダンパーク卿 (Lord Dunpark) によって、強引に作り上げられた。妻がその夫と離婚した後、夫は彼らの18ヶ月の息子への面接交渉を求めた。子は自分との接触がほとんどなかったか、あっても少ししかなかった父を知らなかった。母は彼女に対する彼の酷いあしらいが理由で夫に敵対的であった。こうした状況において、ダンパーク卿は、両親の不幸な関係を前提とすれば、面接交渉は単にさらなる感情悪化の機会になるにすぎず、また子は苦しむであろうから、面接交渉は子の利益に反するであろう、と判示した。その判決の中で、ダンパーク卿は次のように述べた。

「彼は子の父であるから、父の面接交渉の申立ては、本人の認めるところにより彼自身によってなされた。彼はその申立てについて何ら他の理由を述べていない。父はその子に対する面接交渉の絶対的な権利をもたない。裁判所が面接交渉が子の最善の利益になると得心した場合に、父は面接交渉の権利をもつにすぎない。」

監護権をもたない親は未成年者に対する一応の面接交渉権をもつが、他方、この問題についての子の希望が斟酌されなければならない。もし未成年者が本当に

親との接触を保つことを望まないのであれば、そうした状況においては、もはや子の利益にならないので、面接交渉は命じられないであろう。

懲 罰

監護権をもつ親は子を懲罰する権利を有する。この権利は肉体の折檻を含みうる。理論上は、この権利の行使は、福祉原理と一致していなければならないが、実際には、肉体の折檻は道理にかなっていないなければならない。子に対する過度の肉体上の虐待は、虐待を理由とする刑事訴訟手続を導き、1968年（スコットランド）ソーシャル・ワーク法による強制的保護措置の事由を構成する。

スコットランド法では、学校教師は学童を肉体的に折檻する両親から独立した権利をもつ。しかしながら、この権利は両親の権利に類似している。Stewart v Thain 事件〔1981 SLT (Notes) 2〕において、学校教師は15歳の少年を肉体的に折檻することが合法的にできると判示された。それゆえ、親の懲罰権もまた未成年者に対して行使しうると考えられる。この権利の行使は福祉原理によって制限される一方で、より実際上の制約が存在すると考えられる。例えば、母は彼女の息子が15歳で12ストーンの体重のある、プロップ・フォワードであるならば、皿洗いを拒否した彼を懲罰することは困難であることを覚えるであろう。

教 育

両親は、その子が16歳に達するまで適切な教育を受けることを保証する義務を負う。とりわけ、彼らは子が学校に行くことを保証しなければならない。これらの義務を果たすため、親は子の教育を選択する権利をもつ。この権利は福祉原理に従って行使されなければならない。実際には、親が私教育を与えるのに十分な資産をもたない限り、この権利の行使は制限されるだろう。しかしながら、彼らの子のニーズに相応しい地方自治体の学校を選択する親の権利は、立法の結果、強化された。

子の教育に関する権利と義務は、監護権をもつ親のみならず子の後見人、子の扶助を義務づけられているいかなる者にも、そして日々子の世話をしているいかなる者にも与えられていることが留意されるべきである。

宗 教

多文化が進む社会においては、宗教上の寛容が何にもまして重要である。スコットランド法は、親が子の宗教を選択する一応の権利をもつことを認める。この

権利は子の福祉に従って行使されなければならない。例えば、親の——またはそれどころか子の——宗教上の信念が子に対する肉体的な危害に結果するであろう場合には、親の希望や子の希望は無視される。そこで例えば、両親が子はエホバの証人として育てられるべきだと決めるのは自由であるが、その子が輸血を必要とする場合は、かかる手術に対する親の同意拒絶を法は黙認しないであろう。

スコットランドの裁判所は、両親の宗教が異なる場合は、子が一方の信仰ではなく他方の信仰において育てられるかどうかは子にとってほとんど重要ではないと受け取めている。その問題は、福祉原理に従い、当該事例の諸般の事情に照らして決定される。そこで例えば、McNaught v McNaught 事件(1955 SLT (Sh Ct) 9) では、プロテスタントである母が婚姻による子の監護権をもっていた。子を夫のローマカソリックの信仰によって育てることに彼女が同意していたという事実にもかかわらず、少なくともその末子である息子がローマカソリック教徒として引き続き養育されるべきだという命令を夫は得ることができなかった。他の点では、母が監護権をもつのが最も子の利益に適っているので、どちらの信仰でも子のためになる以上、彼女は子をプロテスタント教徒として自由に育てることができた。

従来、裁判所は一つの宗教上の信仰によって育てられるのが子の福祉にあるとの立場を堅持してきた。M'Clements v M'Clements 事件 [1958 SC 286] で、最高法院長官(トムソン)は、自分の考えでは、子は「彼が生活している家庭環境で一般的に受け入れられている宗教上の信仰により育てられる機会を否定されるべきではない」と述べた。両親はその子を無神論者又は不可知論者として育てる権利があると考えられる一方、両親が離婚したならば、他方の親が宗教上の教育を提供するならば、無神論者である親が監護権を取得するのは困難であろう。Mackay v Mackay 事件で、控訴裁判所長官(クライド)は、次のように述べた。

「監護権をめぐる事件における最優先の考慮事項は子の福祉であるから、子が何ら宗教的教育の慰藉や導きなしに育てられることを期待する無神論者に、スコットランドの裁判所が監護権を認めることはほとんどありえない。なぜなら、少なくとも我々の文明社会の規準に従えば、無神論と子の福祉は必然的といっていくらい相互に排他的だからである。」

このことに関連して、宗教教育が公立の、即ち教育当局の、学校の教科課程の「必修の」科目であることを指摘することは興味深い。

充分な理解力と成熟さがある未成年者は、自分自身の宗教を選択することがで

きる。両親はかかる問題についてその子に助言する権利を保持する一方、彼らは未成年者のしようとしている行為の方針が子の利益に反することが明らかでない限り、子の選択を拒否する権限をもたない。こうしたことが起こりうるのは、例えば子がサイエントロジストのような過激派に参加しようとした場合である。

医療上の処置

幼年者は法律上の能力を有しないので、親は子を代理して治療に同意する一応の権利を有する。しかしながら、この権利は福祉原理に従う。この論点についてスコットランドの典拠となる判例はみられないが、イングランドの判決が有益である。例えば、D (未成年者) 事件 [(1976) 1 All ER 326. (1976) Fam 185] で、母は、婚姻年齢に達した精神障害のある彼女の娘の不妊措置に同意した。手術が行われる前に、この子〔娘〕は裁判所により後見に付された。かかる手術は子の福祉と一致していないとの事由で、裁判所は母の決定を覆した。レーン裁判官 (Lane J) は、その子は精神障害はあるものの、おそらくは婚姻を締結する十分な能力を有しており、彼女〔娘〕が淫乱であり、望ましくない妊娠が人工早産されてよいとの証拠はない、との事由でその判決を基礎付けた。このような状況では、手術の企ては子の利益にはならなかったのである。

同意権は治療への同意の拒否権を包含する。この権利もまた福祉原理と一致して行使されなければならない。かくして、B (幼年者) 事件 [(1981) 1 WLR 1421, CA] において、〔イングランド〕控訴院は、ダウン症候群を患っている新生児から腸閉塞を除去する手術への両親の同意拒否を覆した。両親は、その子は精神障害があるので、生存するよりは腸閉塞の結果、死亡したほうが子にとってより良いとの見解を採った。控訴院は、両親による同意を差し控える一応の権利の行使とされているものは子の福祉と一致しない、と判示した。その子はたとえダウン症候群に罹っていても、相当程度に幸福な生活の期待性を有した。このような状況において、裁判所は両親の決定を覆し、子に代わって手術に同意した。

治療の企てが健康に役立つものとして一般的に受け入れられる場合、同意することは子の最良の利益になるであろうから、子に対するかかる治療への親の同意は親の一応の権利の有効な行使として支持されると考えられる。反対に、親が子に対する健康に役立つ治療に同意することを拒絶する場合、親の一応の権利の行使とされているものは、治療の恩恵に浴しないことは子の利益に反するであろうからして、覆されよう。医療上の処置の企てが子の最良の利益になることに議論の余地がなくはない場合には、一層の困難が生じる。血液鑑定についての法から

類推すれば、SvS事件〔〔1970〕3 All ER 107,〔1972〕AC24. HL per Lord Reid at 45〕及びDocherty v McGlynn事件〔1983 SLT 645〕は、そうすることが子の利益に積極的には〈反する〉ものではないことを条件として、医療上の処置が子に実施されうることを示唆する。このように、スコットランド法においては、子の最良の利益にはならないけれども、子の利益に積極的には反しない子に対する医療上の処置に対して、両親は合法的に同意できる、と考えられる。これらのものには、例えば、男児の、健康には役立たない割礼や医学研究を目的とする健康児からの血液標本の採取、ならびに再生組織、例えば骨髄の提供が含まれる。

未成年者に実行される医療上の処置に対する親の同意の必要性は論議ある問題である。行われようとしている治療が健康に役立ち、かつ議論の余地なく子のためになる場合、その治療の性質を理解する能力を有する未成年者は、自分自身で同意してよく、両親の同意を得る必要はない。したがって、例えば、未成年者は骨折、詰め歯の治療に同意することができよう。未成年者が16歳に達するまで親の同意を求める現行の医療慣行は、スコットランドにおいては法律上の根拠を欠いている。

しかし行おうとする医療上の処置が子の利益になることに議論の余地がなくはない場合、例えば避妊薬の処方、人工早産(termination of a pregnancy)、不妊措置、非再生組織の提供、あるいは精神障害に対する一定の形式の処置の場合、たとえ未成年者がその行おうとした処置の性質を理解するにせよ、未成年者の親が関係する必要があるかは必ずしも明らかではない。未成年者の取ろうとしている行為方針が子の利益を損なう場合、親は未だ彼らの監護下にある未成年者に助言を与える権利を有する、と論じられている。この権利は福祉原理に従い行使されねばならないが、その権利がいやしくも行使されるためには、親は〔行おうとした治療について〕情報を与えられねばならない。

Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority事件〔〔1985〕3 All ER 402, HL〕で、貴族院はイングランドの上訴事件において、例外的状況においては、16歳未満の少女が医者から避妊薬あるいは避妊の助言を求めたときには、親に情報が与えられる必要はない、と判示した。多数意見においては二筋の推論が見られる。スカーマン卿(Lord Scarman)は、子が自己決定能力を欠くかぎりにおいてのみ、親権は存在するとの見解を採った。したがって少女がとりわけ性問題に関しては、決定をおこなう十分な理解力、知性及び分別を持つとき、親権は消滅する。しかし、子が上述の程度の分別を獲得したか否か

は事実問題であり、特に性問題に関しては、これがどのように確定されるかを理解するのは困難である。子の取ろうとしている行為方針が、子の最良の利益になるものについての親の考えに反すると思えるとき、子はまだかかる分別の程度には達してないと親は論じるであろう。フレイザー卿 (Lord Fraser) は、他方で、両親が情報を与えられる一応の権利を有することを否定しなかった。しかし、彼は情報提供が必要でない例外的状況がありうることを主張した。すなわち〔例外的状況とは〕、子が (i) 避妊の性質と効果を理解し、(ii) 彼女の両親に相談するよう説得されたが拒絶し、(iii) 避妊具なしで性交をし、あるいは継続するおそれがあり、(iv) 避妊の助言がないと子の肉体的もしくは精神的健康が害され、かつ (v) 親に知られず、あるいは同意なしに避妊薬を処方されることが子の最良に利益になる場合である。例外的事情が生じたかどうかは、フレイザー卿の意見では、当該医師の臨床判断に委ねて差し支えない。

Gillick 事件は、当然ながら、イングランドの判決であり、スコットランドの裁判所を拘束しない。しかしながら、親は未成年者に対するかかる治療を拒否する権利をもつとの主張を貴族院が斥けた限りで、それは本章で概説されたスコットランドの採るべき立場についての筆者の見解と一致する。しかし、家族から独立していない未成年者の両親が、その未成年者があとで後悔するかもしれない行動方針に着手する前に情報を与えられ、その未成年者の子に助言を与える権利を有するのは、まさしくかかる医療上の処置が議論の余地なく子の最良の利益になるわけではないからである。16歳未満の少女に対する避妊薬の処方との関連では、彼女の両親は、助言を提供し、かかる早期の年齢で性関係を結ぶことが少女にとって長い眼でみて利益になるかどうかを少女と話し合う権利を有する。親がそれは少女の利益にならないことを納得させれば、その時にはなんらそれ以上の困難は生じない。しかし納得させないと、避妊薬〔具〕を入手することが明らかに少女の利益を損なわないうが、親は少女が避妊薬〔具〕を入手するのを妨げることはできない。性交を継続してもつことを決意する性に積極的な未成年者の場合、両親の同意なしに避妊を処方されることは少女の利益に反しないとスコットランド裁判所は認めるであろう、というのが筆者の見解である。しかしこのことは、親は不適當に、つまり福祉原理に反した仕方、彼らの権利を行使しようとしてきたとの判断であり、情報を与えられる権利が存在しないということではない。

同様のアプローチが他の医療上の処置においても採用されるであろうと考えられる。例えば、14歳の未成年者が人工早産を求めたならば、その時にはたとえ彼女が人工早産の企ての性質を理解したとしても、彼女の両親は、人工早産に代わ

る手段および中絶することの彼女に対する長期的にみてありうる影響とを彼女と話し合うために、情報を与えられる権利をもつ。未成年者の少女がそれでもなお人工早産することを決意しているのであれば、望まれない妊娠を継続することを彼女に強いることは子の利益に反するのは確かであるからして、両親によって主張される拒否は無効になると思われる。他方で、例えば14歳の男の子がした、学校の友人に腎臓を提供すると決定を親が拒否しようとするならば、その子はおそらくかかる手術の意味を理解する成熟さを欠いており、非再生組織を提供することは子の利益に一応反するものとして、親の決定は支持されよう。

姓名

両親は自分の子に名を付ける権利をもつ。子が父の姓を名乗るのが慣習的である。しかしながら、両親が離婚し、母が婚姻による子の監護権を獲得するときには、困難が生じる。母が再婚するならば、母は継父の姓に子の姓を変更することは法的に可能であろうか。監護権を持つ親が子に名を付ける権利をもつ一方、この権利は福祉原理に従い行使されねばならない一応の権利である。姓の保持の結果として、子が学校であるいは新しい家族に落ち着くのに困難を経験しているのであれば、姓を変更することが子の最良に利益になると論じられよう。他方、子の本来の姓の保持は、子の父との関係を維持する貴重なきづなである。このことは、子が〔両親の〕離婚前から父を知り、面接交渉が満足のいくよう機能していたならば、とりわけ重要であろう。このような状況においては、母と継父にとって不都合であるとしても、子の本来の姓によって知られていることに子にとっての真正正銘の苦悩があるとの証拠がないかぎり、姓を変更することは子の利益に反し、母による子の姓を変更する権利の行使と主張されているものは福祉原理に反すると思われる。その一方で、子が父とほとんど接触を保っていなかったのであれば、継父の姓への変更は、かかる状況においては、子が知っている唯一の父たる人物である継父と子との関係を強化するであろうから、子の利益になるとの有力な判例がある (W v A [1981] 1 All ER 100, [1981] Fam 14, CA; cf Cosh v Cosh 1979 SLT (Notes) 72)。