

資 料

スコットランドの家族法（５・完）

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 無効な婚姻と取消しうる婚姻（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

第 9 章 子の権利と義務

第10章 子の保護及び養育に関する親権（以上24巻 2 号）

第11章 親権に関する訴訟

序

訴訟手続

福祉原理

結論

第12章 養子収養

序

養子収養機関

子の福祉

養子収養を予定する養親

手続

親の同意

養子収養命令

第13章 保護を要する子

序

保護下の子

強制的保護措置

結論

(完)

第11章 親権に関する訴訟

序

すでに見たように、母はその子に関する親権を有する。その子の父もまた懐胎の日あるいはその後、子の母と結婚しているならば、完全な親権をもつ。しかし、裁判所の命令の結果として、親権を取得する者もある。実際に、子の母と結婚していない子の父は、かかる命令が首尾よく取得されるまでは、親権を持たない。さらに、両親が結婚している場合は、離婚の際に、裁判所の命令によって、彼らの一方が子の保護と養育に関する権利を剥奪されることもありうる。本章の目的は、親権に関する訴訟において適用可能な訴訟手続及び適用される諸原則を論じることである。

親権は、「保護権、後見権、監護権又は面接交渉権……及び法の定めるところによって親に授与されている、子の福祉あるいは養育に関連する権利及び権限」を含む、と広く定義されている。すでに論じたように、子の保護と養育に関連する最も重要な権利は監護権の概念の下に集約される。かくして、親の一方が離婚の際に監護権を与えられるならば、その命令の効果として、もう一方の親は親権を剥奪され、監護権を有する親には親権を排他的に行使する権利が与えられる。それゆえ、大部分の訴訟が子の監護権に係わっていることは驚くにはあたらない。

訴訟手続

親権の独立申請

コモン・ローでは、スコットランドに居住する子に関して正当な利益を有する者はだれでも、監護あるいは面接交渉の命令を請求できた。当初、申請は民事控訴裁判所上級審理室の正義を行う権限（Nobile Officium）に対してなされなければならなかったが（S v S 1967 SC (HL) 46）、後に、この裁判管轄権は下級審理室に移管された。1907年（スコットランド）シェリフ裁判所法第5条第2項の結果、シェリフ裁判所が同様の広範囲にわたる裁判管轄権をもった。かくして、例えば、祖父母による孫の監護あるいは面接交渉を求める訴訟が審理されえた（S v S 1967 SC (HL) 46; Syme v Cunningham 1973 SLT (Notes) 40）。

この監護権訴訟を提起する権原についての伝統的に寛容なアプローチは、1986年（スコットランド）（親子）法改正法第3条第1項において明白である。そこでは以下のように定める。

「権利を主張する者はだれでも、裁判所に対して親権に関する命令を求める申請を行うことができ、また、裁判所は適当と考える、親権に関する命令を行うことができる。」

そこで、《いかなる》者でも、例えば、子の母と結婚していないその子の父、その子の他の親族、継父母あるいは養父母は、第3条によって、監護権を含む親権の取得を申請できる。さらに、第3条の申請は、すでに親権を有する者によっても提起されうる。したがって、例えば、子の両親が結婚していても、いづれの配偶者も、第3条により、排他的な子の監護権、もしくは特定の権利がどのように行使されるべきかについて意見の不一致がある場合は、裁決を求める申請を提起できる。

監護あるいは面接交渉に関する第3条第1項の申請について、子とは16歳未満の者である。監護あるいは面接交渉以外の親権に関しては、子とは18歳未満の者である。申請は民事控訴裁判所又はシェリフ裁判所で提起しうる。

第3条第1項の一般性にもかかわらず、1975年児童法第47条第2項は、子の親、保護者あるいは後見人（curator or guardian）以外の者への監護権の付与に制限を課している。子の両親が結婚していない場合には、親権を認める命令を取得している父は、「後見人」に含まれる。第47条第2項は、次の場合を除き、いかなる訴訟手続においても、子の監護権は子の親、保護者、後見人以外の者には認められない、と規定する。すなわち、

a) 子の親族あるいは継父母である申請人が、子の親、保護者、後見人の同意

を得、かつ監護権の申請前の3ヶ月間、その子を保護し支配していた場合。親族とは祖父母、兄弟、姉妹、おじ・おばを意味し、全血・半血あるいは姻族である与否とを問わない。もしくは、

b) 子の親族あるいは継父母でない申請人が、子の親、保護者、後見人の同意を得、かつ申請前に、その子を保護し支配しており、その一回又は数回にわたる期間が、合計で少なくとも12ヶ月に達し、かつ申請前の3ヶ月を含む場合。もしくは、

c) 子の親、保護者、後見人の同意が得られていない場合であって、申請人が、申請前に、その子を保護し支配しており、その一回又は数回の期間が、合計で少なくとも3年に達し、かつ申請前の3ヶ月を含む場合。もしくは、

d) a)、b) 又はc) の各号に該当しないが、申請人が、子の監護権を自身に与える命令がなされるべき理由を申し立てることができる場合。

第47条第2項d)の存在は、他の規定を不要にする。

後に見るように、監護権は、それが子にとって最良の利益であることが立証された場合に申請人に認められるにすぎない。監護権を裁判所が申請人に付与することが子の最良の利益になるであろうことが証明されるならば、第47条第2項d)は充足されるであろう。

さらに重要なことに、監護権の申請が子の親ではない者によってなされた場合、もし子の両親が判明しているならば、彼らに対して申請の通知がなされなければならない。通知は、申請から7日以内に、子が在住する地方当局に対してもなされなければならない。地方当局は、その際に、諸般の事情につき調査を実施して、子の保護に関して提案された取決めについて裁判所に報告することができる。申請人が係争中の間は、その申請人が少なくとも3年間子を保護し支配していたならば、申請人の意思に反して、その子を申請中の監護から移すことはできない。この保護は、養育されていた子に対する監護権を申請する養父母としての地方当局に及ぶ。

1986年(スコットランド)(親子)法改正法第3条第1項による監護権申請において、子が両親のいずれか又は他の個人に委ねられることを実行不可能にしたり、望ましくなくする例外的な事情があるとの見解を裁判所がとる場合は、裁判所はその子を指定地方当局の保護に委ねる権限を有する。

親権を求める付随的訴訟

1861年(スコットランド)(修正)夫婦同居権法第9条1項は次のように規定する。

「離婚、裁判上の別居もしくは婚姻無効確認を求めるいかなる訴訟においても、裁判所は、当該訴訟が関係する婚姻による子について、適当と思われる親権に関連する命令（仮命令を含む）を下すことができ、また、かかる命令を変更、あるいは取り消すことができる。」

この規定は、離婚、裁判上の別居もしくは婚姻無効確認を求める訴訟において、監護や面接交渉を含む、親権に関する付随的命令を下す裁判権を裁判所に与える。「婚姻による子」は、両婚姻当事者の子だけでなく、婚姻の一方当事者により家族の子として受け入れられた、婚姻の他方当事者の子をも含む。訴訟が監護もしくは面接交渉に係わるときには、裁判所は、その子が16歳に達するまで、命令を下し、もしくは、それを変更する裁判権を有する。

実際には、監護に関するほとんどの訴訟は離婚訴訟において提起されるであろう。すでに見たように、この状況における監護の裁定の効果は、監護権を有しない親からそれらの権利を剥奪することであり、監護権を有する親が子の保護や養育に関する権利を排他的に行使する結果となる。監護は、それゆえ婚姻が破綻するとき、決定的な争点である。その重要性は、1958年（児童）婚姻手続法第8条第1項に反映されており、同法は、裁判所が当該訴訟において監護権を定めるべき裁判権を有する全ての子について、裁判所が次のことを得心しない限り、裁判所は離婚、裁判上の別居もしくは婚姻無効確認の判決を下してはならない、と規定する。

- 「a) 子の保護や養育に関する取決めがなされており、かつそのような取決めが満足のいくものであるか、あるいは当該状況において案出する最良のものであること、もしくは、
- b) 裁判所に出頭している当事者または両当事者がそのような取決めをなすことが実行不可能であること。」

しかしながら、この規定は、判決が遅滞なく下されることを望ましくする状況があり、かつ裁判所が、指定された期間内に子についての取決めを裁判所で問題にするという満足のいく保証を当事者の一方または双方から得ている場合には、無視されうる。裁判所は、「子の諸般の事情と子の保護と養育についての提案された取決めを調査し裁判所に報告する」適切な地方当局を指定する権限を有する。その報告書は、しばしば子の居所と監護に関する勧告を含むことがあり、また、決定するのは裁判所だけであるが（MacIntyre v MacIntyre 1962 SLT (Notes) 70）、実際、その勧告は通常従われる。しかしながら、この権限の使用は、監護権が両当事者によって争われる少数の事件において使用さ

れそうではあるけれども、広範囲ではない。それゆえ、実際、潜在的に危険な状態にある子のために、最良の監護に関する取決めがなされることを第8条が保障することはなさそうである。かりに、家庭環境の報告書が全ての事件において強制的に作成されたとしても、大部分の事件においては、それらの報告書は、当事者によって合意された監護に関する取決めをただ単に確認するにすぎないと考えられる。このような状況においては、関連する財源は、児童福祉機関を支援するために使用されるほうがよいであろう。

監護と面接交渉についての条項は離婚判決においてなされるが、しかし、たとえ離婚等を求める訴訟が却下されとしても、裁判所は、親権に関する条項を定める権限を有している。仮命令も可能である。裁判所は、親権に関して適当と思われる命令を下す権限を有しているので、婚姻当事者の一方以外の者に対して監護権を裁定することができる。例外的状況においては、子は地方当局の保護に委託されたり、地方当局の監督下に置かれることもある。監護や面接交渉についての命令は、子が16歳に達するまで、変更またはこれを取り消すことができる。

福祉原理

1986年(スコットランド)(親子)法改正法第3条2項は次のように規定する。

「親権に関するいかなる訴訟手続においても、裁判所は、関連する子の福祉を最優先の考慮事項とみなすものとし、また、そうすることが子の利益になることを得心しないかぎり、親権に関するどのような命令もなすべきではない。」

この法の前身の1925年未成年者後見法第1条と同様に、第3条第2項は、親権に係わる《全ての》訴訟手続に適用される(J v C [1969] 1 All ER 788, [1970] AC 668 HL)。したがって、子の福祉は、1986年(スコットランド)(親子)法改正法第3条第1項にしたがう訴訟手続においても、離婚、裁判上の別居、婚姻無効確認の訴訟での付随的な訴訟手続においても最優先の考慮事項である。特に、子の福祉は、監護や面接交渉を求める訴訟に関して最優先の考慮事項である。子の福祉が最優先の考慮事項である一方で、当該事件のあらゆる要因が、それらが子にとって最良である訴訟の方針を指し示す限り、考慮される。マクダーモット卿(Lord MacDermott)が、J v C ([1969] 1 ALL ER 788, [1970] AC 668 HL)で説明したように、福祉原理とは、

「関係するあらゆる事実、親族関係、親の主張や願望、危険、選択及びそ

の他の事情が考慮され、衡量されるとき、その後にとられるべき方針が、最も子の福祉のためになるであろう方針」を意味する。

かくして、特定の諸要因が、それらが子の福祉に適するかぎり、関連性を有する。しかしながら、何が子の福祉にとって最良かを決定する際に、裁判官は、子の発達に関する医学および心理学上の知識だけでなく、不可避免的に、子どものように育てられるべきかについての自分自身の考えによっても影響を受けるであろう。このことは、監護事件において、第一審裁判官が誤った原理に基づき自己の裁量権を行使したか、あるいは、判決が明らかに誤っており、裁判官が自己の裁量権を不正に行使したに違いないということのいずれかを得心しないかぎりには、上訴裁判所は、第一審裁判官の決定に干渉しないという準則において認められる（*Britton v Central Regional Council* 1986 SLT 207）。

民事控訴裁判所の離婚訴訟における初期の法実務では、その行動が婚姻の破綻に対して責任がない「無責の」配偶者に監護権が認められるべきだとする推定が適用された。ただし、この推定は、無責の配偶者に監護権を裁定することが子の福祉に反するという証拠により覆されえた（*Hume v Hume* 1926 SC 1008）。しかしながら、そのような推定は、子の福祉が親権に関する訴訟手続における最優先の考慮事項であるべきであるとする第3条第2項の原理と矛盾し、スコットランドの離婚法が現在、少なくとも理論上は、婚姻の回復しがたい破綻という無責の概念に基づいていることからすれば、時代遅れである。ある者の「行動」は、むしろ、その者に子の監護権を裁定することが子の最良の利益にならないと示唆するかぎりにおいて関係があるにすぎない。したがって、例えば、他のあらゆる要因が、母が監護権を有することが子の利益になるであろうことを示唆するならば、母が姦通を犯した妻であるという事実は無関係である。同様に、その女性が適格な母であり、子のために満足のいく住宅を有するならば、彼女が売春婦であることは無関係である。もっとも、子が彼女の顧客によって肉体的又は性的暴行の危険にさらされているような住宅であれば、そのときは、子の福祉に対して影響を及ぼす可能性があるので、売春は関係があることになろう。同様のアプローチは、監護や面接交渉を求める者が同性愛者であるときにも採用されるべきであると考えられる。

何が子にとって最良であるかを決定する諸要因を衡量する際に、スコットランドの裁判所は、子が宗教的養育を得ることの保障をかなり重視してきた。宗教的信仰の「慰めと導き」は子の福祉にとって非常に重要であるとみなされているので、離婚の際、もう一方の配偶者に宗教的養育を与える用意があるなら

ば、無神論者の配偶者が監護権を得ることは困難かもしれない。かくして、例えば、M'Clements v M'Clements (1958 SC 286) において、子に宗教的養育を与えるであろうとの理由で、無神論者の父ではなく、姦通を犯した妻に監護権が与えられた。双方の配偶者が子に宗教的養育を提供する用意があるときは、キリスト教のどの特定の教派も依怙最眞されることはなく、監護権は、福祉原理にしたがってその他の諸要因を衡量することにより決定されることになろう (McNaught v McNaught 1955 SLT (Sh Ct) 9)。

スコットランドの裁判所は、幼児の監護権は、一応はその子の母に与えられるべきであるという推定を拒絶している。リーディング・ケースである Hannah v Hannah (1971 SLT (Notes) 42) において、民事控訴裁判所判事は、離婚訴訟において、婚姻の破綻の後数年を経過した場合に、子が自身の父とその情婦の監護から離れ、母に戻されることが「より自然である」との根拠に基づき、訴訟を進めた。その判事の決定を破棄する際に、民事控訴裁判所上級審理室のウォーカー卿 (Lord Walker) は次のような所見を述べた。

「民事控訴裁判所判事が、まさに自然という言葉によって表わしたもの、あるいは自然が精確に関与するものを、私はこの種の問題における適切な基準として評価するのは困難であることを認めなければならない。実質的な問題は、自然ではなく、子の福祉である。」

6 年間自身の父と共に生活している子は幸福で充分順応していたことを証拠が立証した。このような状況において、裁判所は、父に対して監護権が裁定されることがその子の最良の利益になると判示した。

Hannah v Hannah は、その婚姻が破綻した子の両親間の監護権の争いを裁定する際に、裁判所が考慮する最も重要な要因、すなわち、現状の維持を例証していると考えられる。婚姻の破綻以来生活してきた環境で子が安全ならば、一応その親の監護の下に留まることが、子の最良の利益になる。かくして、例えば、Whitecross v Whitecross (1977 SLT 225) において、母は、婚姻の破綻以来、父と生活してきた幼児の監護権を得ることに失敗した。裁判所は、これまで共に生活してきた父との関係の継続を乱さないことがその子の最良の利益になるとの見解をとった。

「明らかにあらゆる点で満足がいく状況を乱し、子をその出生以来家庭においてともに生活してきた親の監護から分離することを伴うならば、それは必然的に子の生活のある程度乱すこととなり、そしてその効果を正確に査定、評価することは不可能である。」

結果的に、その他の条件が等しければ、現状を維持し、婚姻の破綻以来その子の世話をしてきた親に監護権を裁定することが子の最良の利益になるものと考えられる。

しかしながら、これは単に一応の推定にすぎないことが強調されなければならない。監護が移されることが子の最良の利益であることが立証されるならば、裁判所は躊躇せずにそうするであろう。かくして、Hastie v Hastie(1985 SLT 146)においては、9歳の子が父の母、すなわちその子の祖母の保護下に4年間置かれていた。63歳の祖母は、母に反抗するように子に教え込もうとした。ダビッドソン卿(Lord Davidson)は、子の最良の利益である「正常な」親子関係を回復させるという理由で、子の監護権は母に付与されるべきだと命じた。

現状の維持は子の利益になるように作用することが一般的に認められているが故に、そこから一つの重要な帰結が導かれる。婚姻が破綻するときには、大多数の事件において、子はその母の保護下に留まることになる。それゆえ、監護権は現状を維持するために母に付与されるべきである。実際に、監護権について争われた事件はほとんどない。それどころか、夫婦は、子を、婚姻の破綻以来子の面倒をみてきた親の監護下に留めることに同意する。大多数の事件において、その親とは母であろう。監護権の付与は単にこの取決めに反映するにすぎない。監護権が争いとなった数少ない事件においてさえも、裁判所は現状を乱すことを好まない。

親権が独立申請で請求される場合、現状維持の原則はここでもまた重要である。かくして、例えば、子が母と暮らしているならば、1986年(スコットランド)(親子)法改正法第3条第1項により提起された親権の申請において、子の父が監護権を獲得することはありそうにない。もちろん、現状を乱さないので、父は子の保護者とされ、あるいは面接交渉権を与えられるかもしれない。逆に、子が申請者、例えば祖母と、申請前しばらくの間暮らしていたならば、監護権の裁定がなされる可能性がある。子の両親が同棲しているが結婚していない場合、父が完全な親権を得るのにほとんど困難はない。しかし、現状維持の原則は、その二人の関係がその後破綻したならば、監護権を決定する際に再び優先するものとなろう。

面接交渉に関しては、子の福祉はここでもまた最優先の考慮事項となる。裁判所は、婚姻の破綻に際し、監護権をもたない親及びその家族との接触を維持することが、子のアイデンティティの意識を強化するので、一応子の最良の利

益となると認めている。しかしながら、面接交渉が子の福祉を導かないのなら、それは否認されるであろう。例えば、*Porchetta v Porchetta* (1986 SLT 105) において、18ヶ月になる息子との接触が離婚以前にあったとしてもほとんどなかった父は、両親の不幸な関係を考え合わせると面接交渉は単により一層の不快感を感じる機会でしかなく、子が苦しむだろうという理由により、面接交渉を拒否された。父が婚姻の破綻以前に子との接触を全くもたないのだから、*Porchetta* は例外的な事件である。通常は、《両》親とも婚姻による子との関係を形成しているため、婚姻の破綻から生ずる両親間の当然の敵意それ自体では当事者の一方が子との面接交渉をもつことを否認するに充分ではなく、こうした状況においては、裁判所は通常のやり方で手続を進めるべきであり、また一応面接交渉は常に子の最良の利益になるという見解をとるべきである。

面接交渉が子の福祉につながるか否かを決定するにあたり、子自身の希望が斟酌されなければならない。子が監護権をもたない親と会うことを拒否する場合、裁判所は面接交渉は終了すべきであると命令する前に、その拒否が真正なものであることを確かめるために努力するであろう (*Cosh v Cosh* 1979 SLT (Notes) 72)。監護権をもたない親と会うことを物理的に子に強要するのは無意味であることを認める一方で、スコットランドの裁判所は、次のことは監護権をもつ親の義務であるとの見解をとっている。

「確かな必要があれば、面接交渉が認められている人と同行するように子に告げることは、監護権をもつ親の義務である。換言すれば、監護権をもつ者は、認められた面接交渉が本当に享受されることを確実にするよう最善を尽くすべきである。」(*Blance v Blance* 1978 SLT 74)

実際に、スコットランドの裁判所は、親または親族によって請求されないかぎり、面接交渉を与えないであろう。よって、面接交渉権の裁定は、離婚事件においてはほとんど行われていない。これは、当事者が自分たちで非公式の取決めを作成しているためと考えられる。面接交渉命令の存在は現実的な事実状況とほとんど関係がないことを調査は示している。

結論

われわれは、親権に関する訴訟手続が、理論上福祉原理によってどのように決定されるかを見てきた。しかし、親の婚姻が離婚に終わる子の監護権について、メイドメントは、イギリスの法—社会学的研究は三つの調査結果を産み出したと結論づけている。

「第一に、離婚する親の約94%は、彼らの間で離婚後の子の保護に関する取決めに合意している。第二に、これらの取決めの約90%は、母が子と共に暮らしているがゆえに、母が主たる保護者となることを定めている。第三に、裁判所は、その必要はないが、通常、私的な合意による取決めに確認することを求められるが、めったに両親の取決めに妨げず、ほとんど常に子の居住に関する現状を維持している……」

裁判所のもつ理論上の権限がどのようなものであっても、実際は、当事者によって協定された取決めに「判で押したように承認する」であろう。これらの取決めに、婚姻の破綻以来母が子を保護してきた場合、通常彼女が監護権をもつべきであることを確認するかぎりにおいて、このことは現状を維持する。これは事実上監護権をもつ親と子の関係の継続性を妨げないので、子の福祉につながると考えられている。しかしながら、監護権の裁定は、監護権をもたない親、通常は子の父から、子の保護と養育に関するなんらかの権利の行使を剥奪する。監護権をもたない親が面接交渉権をもつべきことはしばしば合意されているであろうが、実際は、特に両親がその後に新たな家族関係に入る場合、しばしば変則的なものとなる。さらに、監護権が母に付与される旨の監護権に関する通常取決めに、女は子育てという役割の主要な負担を負うべきであるという伝統的見解を強化するよう作用する。

子が両親との感情の絆を維持しうるとき、両親の婚姻の破綻という痛手からよりよく回復するという証拠が豊富に見られる。このことは、両親が離婚後子の共同監護権を与えられ、子が両親の双方と——そして新たな家族と——一緒にいると安定を感じることができるなら、達成されうると論じられている。共同監護命令は合法的になしえるが(Mackenzie v Hendry 1984 SLT 322)、従来スコットランドの裁判所によってそれらが用いられることはほとんどなかった。子が離婚後も両親の双方を必要とし続けるという認識はそのような命令の増加を導くものと期待される。

第12章 養子収養

三三二

序

養子収養は、裁判所の命令により親子関係が創設される法手続である。養子収養の法は、1978年（スコットランド）養子収養法に整理統合された。養子収養命令の効果は、養子収養される子について親としての権利と義務を養親に付

与することである。養子は、法律上は収養者の嫡出子として、すなわちあたかも養親以外の他のいかなる者の子でもなかったかのように扱われる。かくして、自身の子に対する実親の権利と義務は子が収養されたときに消滅させられ、子の権利は収養した者に対して主張されるのであって、実親に対してではない。

養子収養によって子はもはやその実親の子とはみなされないという一般原則には、例外が存在する。婚姻及び近親相姦に関する法の趣旨からは、禁婚親等を定めるに当たっては、子は実親の子である。加うるに、養子は養親とは結婚できない。連合王国及び英領の市民である子は、たとえ外国人によって収養されたとしても、その身分を保有する。しかしながら、かかる市民でない子は、連合王国及び英領の市民によって養子収養されたならば、その身分を取得することになる。

養子は、その実の家族に関する若干の社会保障給付、例えば死亡交付金に対する権原をもち続ける。同様に、養子収養は、養子収養の時点で支払われていた年金に対する子の権原に影響を及ぼさない。最後に、一般準則として、養子は、相続法上は、ほかならぬ養子収養者の子として扱われるが、もしも、養親が1964年（スコットランド）相続法の発効以前に死亡し、実親が1966年（スコットランド）（雑則）法改正法の発効以後に死亡したならば、子は実親の不動産権に関する権利を保有する。

これらの例外にかかわらず、子の実親との関係に対する養子収養命令の効果は抜本的であることが強調されねばならない。せんじつめれば、その子が収養される時、実親は全ての親権を失う。このことの故に、養子収養の法は、子の利益と同様に親の権利も考慮しなければならないのである。伝統的に、養子収養は、新生児のために家庭——通常は子のない夫婦の家庭——を提供する手段と考えられてきたが、保護を必要とする子にとっての長期の解決策として次第に認識されてきた。かかる状況において、実親がその子を養育する一応の権利を喪失していることが明白でない限り、養子収養命令は、かれらの同意なしになされるべきではない。

養子収養機関

養子収養に関係する全ての人々——子、その親及び養親——のニーズに適うように、包括的な養子収養サービスを確立し維持することは、あらゆる地方当局の義務である。提供される便益には、妊婦のための一時的なまかないつき

下宿、子と収養予定者を評価し、子を養子に出し、相談と助言を提供するための取決めが含まれる。養子収養サービスは、援助が総合的な方法で与えられるように、地方当局の他の社会福祉事業と関連して提供されることになっている。地方当局に養子収養サービスがない場合は、所管大臣によって認可されている養子収養協会のサービスが利用できる。1978年法の趣旨からは、地方当局の養子収養サービスと認可された養子収養協会とが、養子収養機関として認められる。

養子収養のための全ての予備的取決めは養子収養機関によってなされるべきであるというのが、1978年法の基本的な方針である。したがって、養子収養機関以外の者が子の養子収養の取決めを行ったり、あるいは子を養子に出したりすることは、刑事犯罪になる。養子に出す者と子を受け入れる者の双方が訴追されうる。

養子収養機関以外の者によってなされた取決めが合法的である二つの例外が存在する。第一に、予定される《収養者》が子の親族である場合は、私人であっても子を養子に出すことができる。かくして、例えば、母はその子を自分の姉妹、すなわち子の伯母に養子に出すことができる。第二に、児童聴聞会は、強制的保護措置の必要な子は適当な養親予定者と一緒に暮らすべきであると要求する資格を与えられている。これは、少なくとも保護を必要としている子に対して長期の解決を与える手段として、養子収養の増大する重要性を承認するものである。

子の福祉

同法第6条は、以下のように規定する。

「子の養子収養に関連するどのような決定に達するにしても、裁判所又は養子収養機関は諸般の事情を考慮し、幼年期を通じて子の福祉を保護し促進する必要性に対して第一の考慮が払われるものとする。また、その年齢と理解力を考慮して、裁判所又は養子収養機関は実行可能な限り、決定に関する子の希望と感情を確かめ、それらに対してしかるべき考慮を払うものとする。」

かくして、養子収養手続の《全て》の階梯において、《第一の》考慮事項は子の福祉である。このことは、子の福祉は常に斟酌されねばならず、また他のいかなる考慮事項にもまして重視されねばならないことを意味する。ただし、それは第一の考慮事項にすぎず、最優先の考慮事項ではない。かくして、例外

的狀況では、裁判所又は養子収養機関は、子の福祉よりも、例えば、親の希望や公序といった他の要素との複合に重きを置くことを基礎として、決定を行ないうる。しかしながら、大多数の事例では、決定は子にとって何が最良であるかにより定められると考えられる。

子を養子に出すに当たり、養子収養機関は、(実行可能な限り)、子の宗教的養育に関して子の両親と後見人の希望を考慮しなければならない。そうだととしても、子の福祉が第一の考慮事項であり、養子収養機関は、そうすることが子の福祉と矛盾しないときにのみ、宗教に関する親の希望を実施すべきである。スコットランドの法では、18歳未満でかつ未婚の子だけが収養されうる。養子はかきねて収養されうる。子が未成年者の場合には、養子収養命令は未成年者の同意なしになされえない。しかしながら、どのような決定に達するにしても、裁判所と養子収養機関は、子の希望と感情に対してしかるべき考慮を払わなければならない。

養子収養を予定する養親 (prospective adopters)

21歳以上の未婚者でも単独で養子収養を申請することができる。結婚した夫婦は、配偶者がそれぞれ21歳以上の場合、共同で養子収養の申請をしなければならない。しかしながら、(i)他方配偶者が行方不明であるか、あるいは(ii)夫婦が別居しており、別々に生活し、かつその別居が永続的になりそうであるか、もしくは (iii) 他方配偶者が肉体的あるいは精神的疾患のゆえに、共同申請することができないことに、裁判所が得心するならば、結婚している者は単独で養子収養することが認められる。

親は自分自身の子を養子収養できる一方、

「a) 他方の実親が死亡あるいは行方不明であるか、もしくは、

b) 他方の実親の排除を正当化するその他の何らかの理由が存する、

ということに裁判所が得心しないかぎり、子の母あるいは父の単独の申請に基づいて」養子収養命令はなされてはならない。

養子収養を予定する養親が子と親族関係にある場合には、二つの重大な問題が生じる。第一に、たとえば、ある女性が自分の娘の子を養子収養するとすれば、その養子収養の効果は、自然な家族関係を歪め、結果として、自分の「母」が実際には自分の祖母であり、自分の「姉」が実際には自分の母であること知った際に子が苦悩することになる。第二に、スコットランドの養子収養のほぼ40パーセントにおいて、申請者は子の実親——通例は子の母である——とその

配偶者、つまりは子の継親である。かかる状況での養子収養命令の効果は、申請者でない方の親が子に関する親権、たとえば面接交渉権を失うことであろう。子が申請者でない方の親と良好な関係を持っているのであれば、実親との接触全てを喪失することは子の福祉に反するであろう。

これらの問題を多少とも解決するために、親族や継親による養子収養の申請は認められるべきではない。1975年児童法53条1項は次のように規定する。

「子に関する養子収養命令の申請に際し、

a) 申請者が子の親族あるいは（単独申請あるいは配偶者との共同申請であるかにかかわらず）子の父母の妻あるいは夫〔継親〕である場合

(i) 子のために監護命令をなすことに比して、申請者のために養子収養命令をなすことによって、子の福祉がよりよく保護もしくは促進されない、そして

(ii) 申請者のために監護命令をなすことが適切である、もしくは

b) 他のいかなる場合であれ、申請者のために監護命令をなすことが子のために養子収養命令をなすことよりも適切である、

との見解を裁判所が有する場合、裁判所は、当該申請が子の監護についてなされたかのようにその申請が処理されるべきことを指示するものとする」。

第53条1項(a)の効果は、申請者が子の親族あるいは継親である場合に、裁判所は養子収養の申請を監護の申請として扱うべきとの推定が存在するということである。申請者が、当該状況において、子の福祉が養子収養により、よりよく保護され促進されることを証明できる場合にのみ、1978年（スコットランド）養子法6条の福祉原理にてらして、裁判所は養子収養の申請手続を進めることを認めるべきである。対照的に、申請者が子の親族あるいは継親でない場合には、裁判所が養子収養の申請を監護の申請として扱うべき推定は存在しない。53条1項(b)は、1978年（スコットランド）養子法6条の福祉原理にてらして、個々の事例の状況において監護のほうが養子収養よりもより適切であるときに、裁判所に〔養子収養の〕申請を監護の申請として取り扱う権限を与えるにすぎない。

第53条1項(a)の結果として、親族あるいは継親による養子収養申請は、養子収養が子の福祉をより促進し保護するであろうことに裁判所が得心しないかぎり、手続を進めることが認められるべきではない。家庭関係を歪め、子の実親との紐帯を切断する危険性のゆえに、例外的な状況においてのみ、親族あるいは継親による養子収養が、申請者のために監護命令をなすことよりも子に

としてよいであろうと考えられる。監護命令は申請者に親権を与え、また親族あるいは継親による養子収養に固有の危険や不利益を伴わずに、子に安全を提供するであろう。親族および継親による申請が普通であり、本規定が発効する以前にはほとんど困難なく手続きが進められたがゆえに、53条1項(a)の意味するところは重要である。

手続

子が養子仲介機関によって申請者に養子に出される場合、あるいは申請者が子の親、継親もしくは親族である場合、子は、養子収養命令がなされる以前に最低でも生後19週でなければならず、かつそれに先立つ13週の間、常時申請者と一緒に生活していなければならない。しかしながら、子が養子収養機関によって申請者の養子に出されたのではなく、かつ申請者が子と親族関係にないならば、子は、養子収養命令がなされる以前に最低でも生後12ヵ月でなければならず、かつそれに先立つ12ヵ月間申請者と一緒に常時生活していなければならない。本規定は、たとえば、里親が彼らの保護下に委ねられていた子を養子収養することを欲する場合に適用されよう。

子が養子収養機関によって申請者の養子に出されたのではない場合、申請者は、子が住居を有する地域内の地方当局に、その子を養子収養する意思を通知しなければならない。通知は最低でも養子収養命令の3ヵ月前になさねばならない。その期間中に、地方当局は養親の適性などを調査し、裁判所に報告する。当該子は「保護児童 (a protected child)」であり、地方当局の職員は子の安寧に関して得心する義務を負い、子が生活している家屋を視察する権限を有する。子の環境が不適切であるならば、地方当局の抗告に基づき、シェリフは子を安全な場所に移送する命令をなすことができる。子が養子収養機関によって申請者に養子に出された場合、養子収養機関は裁判所に養親の適性などについて報告書を提出する。申請者が養子収養機関あるいは地方当局に家庭環境の中で子に面会する十分な機会を提供したことを裁判所が得心しないかぎり、養子収養命令はなされない。

養子収養の申請がそれに先立つ5ヵ年間に子が家庭生活を共にしていた者によってなされる場合、申請が係属するあいだは、裁判所の許可あるいは法の定めるところによって与えられた権限による以外は、いかなる者も申請者の監護から子に移すことはできない。この保護規定は、地方当局の保護下にあつて、それに先立つ5年間申請者と一緒に生活してきた子を養子収養しようと決心

する里親に及ぶ。

〔養子収養の〕申請は民事控訴裁判所か、あるいは子が生活するシェリフ管区のシェリフ裁判所でなすことができる。その手続は非公開で審理される。子の利益を保護する義務を負う《訴訟のための保護者 (curator ad litem)》が任命されねばならない。とりわけ、養子収養申請のあらゆる状況に関係する包括的な報告書を裁判所に提出することがこの保護者の義務である。このようにして裁判所は、養子収養が子の利益になるかどうかについて独立した査定を行うであろう。

親の同意

養子収養命令は、子のそれぞれの親あるいは後見人が「自由に、かつ関連することがらについて十分な理解をもって、養子収養命令をなすことに無条件に合意する」ことを裁判所が得心しないかぎり、なされえない、ということが養子収養法の基本原理である。親とは、子の母および婚姻によって親権を有する子の父、すなわち懐胎の日付あるいはそれ以後、子の母と現に結婚しているか、あるいは結婚していた子の父を含む。父が、子の母との婚姻の結果としての親権を有しない場合、彼の同意は必要とされない。しかしながら、彼は子の後見人として扱われ、そして彼が、——例えば、1986年（スコットランド）（親子）法改正法第３条により——裁判所の命令によって親権を得ているならば、彼の合意が必要とされよう。母の同意は、子の出生後６週間未満になされたならば、効果がない。

養子収養のための子の〔監護からの〕解放

親あるいは後見人が養子収養に合意すると、〔養子収養の〕申請手続きが係属しているあいだは、裁判所の許可ある場合を除き、養親の意思に反して子を養親の監護からはずすことはできない。しかし親あるいは後見人が、命令がなされる以前に同意を撤回すれば、養子収養は、裁判所が親あるいは後見人の同意を免除する用意のないかぎり、進めることはできない。同意が撤回される場合に生じうる困難を緩和するために、同法は、養子収養のために子を監護から「解放する」命令が得られる訴訟手続きを規定する。

養子収養のために子を監護から解放する命令の申請は、子の親あるいは後見人の同意の上で、養子収養機関によってなされる。しかしながら、子が既に養子収養機関の保護下にある場合、養子収養機関が親あるいは後見人の同意を免除するよう裁判所に申請することを条件として、（解放命令の）申請はかかる同

意なしになされうる。かくして、この手続きは、地方当局によって保護された子、あるいは強制的な保護措置が必要であるゆえに監督を要する子の養子収養を容易にする。〔監護解放命令〕申請がこうした状況において係属しているあいだは、親は裁判所の許可なくしては、養子収養機関の保護下にあるあいだ子が一緒に生活している者の監護から子はずすことはできない。

裁判所は、必要とされる同意が得られたか、あるいは免除され、命令をなすことが第6条の福祉原理に一致するなら、命令をなすであろう。子が未成年者である場合、子の同意も必要とされる。子の父が婚姻による親権を有しないならば、裁判所は、命令をなす以前に、子の父であることを主張する者が1980年（スコットランド）（親子）法改正法第3条1項によって親権を申請する意思のないこと、あるいは申請したとしても彼の申請は拒否されるであろうことに得心しなければならない。

監護解放命令の効果は、子に関する親としての権利・義務の全てを養子収養機関に付与することである。したがって、いったん子が養子収養のために監護から解放されると、親あるいは後見人の養子収養命令に対する同意はもはや必要とされない。しかし親あるいは後見人が、解放命令がなされる以前に、子の養子収養に関する将来の問題に関わりたくないと声明していないかぎり、彼ら（親あるいは後見人）は一年後に、子が養子収養されたか、あるいは収養先が決まったかどうかを彼らに知らせる養子収養機関からの中間報告を受ける権利を有する。子が養子収養されていないか、あるいは収養先が決まっていないならば、親あるいは後見人は、監護解放命令を取り消して、彼らの親権を回復するよう裁判所に申請できる。監護解放命令は、その命令の取消及び親権の回復が第6条の福祉原理と一致する場合に、取り消されるだけである。一般準則として、養子収養のための子の監護解放命令の取消の申請は、一回だけなされうる。

同意の免除

子が養子収養のために〔親の監護から〕解放されたなら、養子収養命令のための親あるいは後見人の同意を得る必要はない。しかし、子が養子収養のために解放されていない場合は、養子収養命令がなされる以前に、子の親あるいは後見人の同意が必要とされる。しかしながら、裁判所は一定の状況において親あるいは後見人の同意を免除する権限を有する。これらのことが本節で論じられるであろう。この権限はまた、子の養子収養のための解放命令に関して、子の親あるいは後見人の同意を免除するためにあることも特筆されるべきであ

る。

第16条1項は次のように規定する。

- 「a) 子が養子収養のため〔監護から〕解放されているか……、あるいは、
- b) 子の親あるいは後見人に関しては、
 - (i) 子の親あるいは後見人が随意に、かつ関係することがらについて十分な理解をもって、養子収養命令をなすことに無条件に同意すること……あるいは、
 - (ii) 養子収養命令に対する同意が(16条)2項に明記された事由に基づき免除されるべきことに裁判所が得心しないかぎり、養子収養命令はなされるべきではない」と。

第16条2項に明記された事由とは、親あるいは後見人が

- a) 行方不明であるか、あるいは同意を与えることができない、
 - b) 同意を不合理に差し控えている、
 - c) 子に関する親の義務の履行を合理的な理由なくして持続的に怠ってきた、
 - d) 子を遺棄、あるいは顧みることがなかった、
 - e) 子を持続的に虐待してきた、
 - f) 子をひどく虐待してきた、
- ことである。

同意の免除は裁判所を二つの段階の手続過程に関係させるというのが筆者の見解である。第一に、裁判所は、16条2項の事由が存在することを得心しなければならない。これは第一次的には事実の問題である。事由が立証されるならば、そのときには裁判所は、親あるいは後見人の同意がかかる事由に基づき免除されるべきかどうかを考察しなければならない。この決定に達するにあたり、裁判所は6条の福祉原理を適用しなければならない。しかし、6条は第二の段階、換言すれば16条2項の事由が立証されたのちに関連性を持つにすぎないことが強調されなければならない。16条2項の事由を考察するにあたっては、16条2項はかなりの論議を醸してきた事由であるので、その検討を本節の最後まで残しておきたい。

- a) 行方不明であるか、あるいは同意を与えることができない

親あるいは後見人が行方不明であるかどうかは、通例《訴訟のための保護者》の報告書および提出書類に含まれた情報にもとづき判断される。裁判所は、親あるいは後見人を発見するためにいかなる措置がとられたかを知らされねば

ならず、またとりわけ、親族あるいは友人が行方不明の人物といまだに接触しているかもしれないとの証拠を「どこまでも追求する」ことが重要である。同意を与えることのできないことの証拠は、通例は親のあるいは後見人の肉体的あるいは精神的状態についての検診報告であろう。

ひとたびその事由が立証されると、裁判所は6条を適用し、同意が免除されるべきかどうかを決定しなければならない。次の例を考察してみよう。

例 1

母親は、交通事故後、病院で意識不明である。彼女が同意を与えることはできないのであるからして、明らかに16条2項(a)の事由は立証されている。診断の予後は、彼女は1ヵ月以内に意識を回復しそうであるという。この証拠は、第二段階、すなわち彼女〔母親〕が同意を与えることができないとの事由に基づき、裁判所は彼女の同意を免除すべきかどうかということに関連する。この争点は6条によって決定される。一応は子はその母によって養育されるのが子の最良の利益になるがゆえに、子の福祉を第一に考慮して、裁判所は〔かかる事由に基づき〕母の同意を免除すべきではないと考えられる。したがって養子収養命令はなされるべきではない。

例 2

母親は交通事故後、病院で意識不明である。彼女は同意を与えることができないのであるからして、16条2項(a)の事由は明らかに立証される。診断の予後は、彼女は重い脳損傷を受けており、意識を回復する見込みはないということである。この証拠は第二段階、すなわち裁判所は彼女が同意を与えることができないという事由に基づき彼女の同意を免除すべきかどうかに関連する。この争点は6条によって決定される。子の福祉を第一に考慮すると、裁判所はこの事由に基づき母の同意を免除し、養子収養命令をなすべきであると考えられる。

b) 子に関する親の義務の履行を合理的な理由なくして持続的に怠っている

二三

この事由の要件とされるものは、子の拒絶に相当する行動類型である。当該行動における重要な要因は、扶助料を支払うことの懈怠であろうが、その事例の全ての状況が考慮されるべきである。婚姻が破綻していたときの世帯からの一時的な離脱は、《持続的な》懈怠の概念に固有の永続性の要素を欠くと判示されている〔Re D (minors) [1973] 3 All ER 1001, [1973] Fam 209, DC, cf H and H v Petitioners 1976 SL T 80〕。親が子を扶助し、そしてその

関係を保ち続けようと試みるのであれば、この事由が立証されることはありそうにない〔A and B v C 1977 SLT (Sh Ct) 55〕。「合理的な理由なくして」という文言は、有責性の要素が要件とされることを示唆すると考えられよう。しかしながら、その基準は客観的である——換言すれば、懈怠の合理的な理由が存在したかどうかは合理的な親の基準によってである——と判示されている〔Central Regional Council v B 1985 SLT 413〕。その基準によって、投獄は合理的な理由に相当しない一方で、おそらくは健康不全は当該合理的な理由に相当するであろう。

事由が立証されたとしても、裁判所は６条を適用して、同意が免除されるべきかどうかを決定しなければならない。かくして、例えば、その事由が立証されたが、懈怠の理由が親の投獄であり、親が刑務所から釈放され、子との接触を保持することを切望したとすれば、裁判所は、子の福祉を第一に考慮し、かかる事由は親の同意を免除すべきではないと判示しえよう。

c) 子を遺棄あるいは顧みない

遺棄は、けっして戻らないつもりで、親あるいは後見人が子を置き去りにすることを要件とする。子を顧みないとは、子を適切に保護することの懈怠、例えば、食物、衣類、保護および注意を提供することの懈怠によって立証される。その基準は客観的であると考えられる。しかしながら、たとえその事由が立証されたとしても、６条の福祉原理にしたがい、親の同意が免除されるべきかどうかを裁判所は考慮しなければならない。

d) 持続的に子を虐待している

この事由は、子を虐待する行動の、一貫したあるいは繰り返された過程を要件とする。故意である必要はない。裁判所は次に、親の同意が６条の福祉原理により免除されるべきかどうかを考察しなければならない。親の行為が精神病あるいはアルコール中毒の結果であって、親が首尾よく治療を受け、家族内での子のリハビリテーションの見込みがあり、かつそれが子の利益になるという証拠が提出されたなら、裁判所は同意を免除することを拒絶することもできる。

e) ひどく子を虐待している

d) とは異なり、この事由は子にひどい危害を引き起こした《ひとつの》出来事という証拠によって立証される。しかしながら、「(虐待あるいはその他の事由ゆえに) 親あるいは後見人の世帯内での、子のリハビリテーションの見込みがない場合を除いて」この事由は用いることができない。

かくして、例えば、父が LSD 中毒であるときに、父によって子が暴行された場合、父が麻薬常用者であることの結果として父の世帯内でのリハビリテーションの見込みのないことが立証されえないかぎり、かかる事由は用いることができない。

リハビリテーションの見込みがある場合、親の同意を免除することを拒絶することは、当然ながら、6 条の福祉原理に合致するであろう。16 条 2 項 (f) 但書はさらに親あるいは後見人の世帯における子のリハビリテーションの見込みがあるならば、深刻な虐待が事由となることを予防する。

不合理に同意を差し控えていること (Withholding agreement unreasonably)

同意の免除の問題は二つの段階、すなわち、(i) 第 16 条 2 項の事由が現に存在し、そして (ii) 同意がかかる事由に基づき免除される《べきである》、とに分かれると論じられている。第 6 条の福祉原理は、そうした事由が立証された《後に》関連するにすぎない。反対の付随意見にもかかわらず (Re D (infant) [1977] 1 All ER 145, [1977] AC at 617, HL per Lord Simon of Glaisdale at 638), 第 16 条 2 項の事由が存在するかどうかを決定するにあたって、第 6 条は関連性がないとの意見がある [in Re P (infant) 1 [1977] 1 All ER 182, 6 [1977] Fam 25, CA]。かくして、子の福祉を第一に考慮して、換言すれば第 6 条を適用して、養子収養が実親あるいは後見人と一緒に生活するよりもよいであろうとの理由だけでは、親あるいは後見人は同意を不合理に差し控えていることにはならない。上記のことが本法であるなら、裁判所が養子収養命令は子の利益になるとみなしたときにはいつでも、第 16 条 2 項 (b) により、同意が免除されて、親あるいは後見人の、子の養子収養に対する同意を拒否する権利は無意味になるであろう。ホドソン卿がリーディング・ケースの W (未成年者) 事件に関して強調したように [(1971) 2 All ER 49, [1971] AC 682, HL at 718], 「同意を差し控えるということは、〔養子収養〕命令が、もしなされるならば、子の福祉に導くであろうという理由だけで不合理になるとは考えられない、と繰り返し判示されている」。

二 親あるいは後見人は、事案の特殊な状況において合理的な親であれば同意を
一 差し控えたりはしないであろうときには、同意を不合理に差し控えていることにあたる。A v B and C において [1971 SC (HL) 129 at 143], ゲスト卿は、「他の条件が同じならば、実親と一緒にいることが子の最良の利益になる」との見解を採った。したがって、親あるいは後見人が養子収養に同意することを拒否することは合理的である。しかし合理的な親であれば、子の養子収養に同

意すべきか否かを決定するにあたっては、子の福祉を考慮されるべき要素であるとみなすであろう。子の福祉に与えられる比重は、第一のあるいは最優先の考慮事項では《なく》、状況に依るであろう。たとえば、もし子が短期間だけ養親と一緒にいたのであれば、合理的な親であれば、愛着と愛情という肉親のきずなは養親の住居から移されていることで起こるどんな不都合にもまさるとの見解を採るはずである。他方、子が長期間養親と一緒にいたのであれば、合理的な親であれば、かかる環境から子を移動させることの子に対する破壊的効果に大きな比重を与え、子の福祉を肉親の愛着と愛情のきずなよりも重いとみなすであろう。

事案の状況全てが、両親の個人的特性を含めて、考慮されなければならない。かくして A v B and C においては、上訴の時点において子の両親は結婚しており、かつ子の入居できる住居があったが、両親は情緒不安定であるとの証拠があり、かつ子は養親と数年間一緒にいたがゆえに、貴族院は、合理的な親であればかかる状況においては、同意を差し控えないであろうと判示した。

D（未成年者）事件に関して、貴族院は、同性愛者である父親の前妻と彼女の夫がその父親の息子を養子収養する申請をしたときに、その父親が同意を不合理に差し控えている、との判決を支持した。公判裁判官は、21才未満の男性と一連の同性愛関係を持っていたその父親は、その子に提供すべきなものも持たないとの見解を採った。こうした状況においては、その子に提供すべきなものも有しない合理的な親——同性愛者であれ異性愛者であれ——は、彼がその子をどれほど愛していても、同意を差し控えないであろう。

上の場合に親あるいは後見人の側に有責性が必要とされないことは明らかであろう。他方において、子の福祉は第一のあるいは最優先の考慮事項ではないので、単に養子収養が子の利益になるからという理由だけでは、〔親が不合理に同意を差し控えているとの〕事由は立証されない。ヘイルズハム卿が W（未成年者）事件に関して述べたように、

「二人の合理的な親は、彼らの権利を喪失することなく、合理的とみなされる一連の同一の事実について正反対の結論に、全く合理的に、到達することがありうる。当該事例における問題は、親の拒否権が一群の合理的に可能な決定の範囲内に該当するかということであり、それが正しいか誤っているかではない。必ずしも合理的な判断が全て正しいとは限らないし、誤った判断の行使が全て不合理であるわけでもない。いかなる裁判所もその決定を当該個人の決定に置き換ようとすべ

きではない、一群の決定というものが存するのである。」

したがって、第16条2項(b)の事由が立証されるのは、拒否が一群の合理的な反応外であるときだけである。

親あるいは後見人が同意を不合理に差し控えているときには、第6条の福祉原理に照らして裁判所は彼らの同意を免除すべきであることが自動的に帰結する。

養子収養命令

子が養子収養のため〔監護から〕解放されるか、あるいは関連する同意が得られたか、あるいは免除されたならば、裁判所は養子収養命令をなすべく手続きをすすめることができる。それは、第6条を考慮して、換言すれば子の福祉を第一に考慮して、なされる。裁判所は、たとえば養子収養の目的が移民の要件を回避することであり、子を予定された養親の家族の一員にすることでないときには、〔養子収養〕命令を出すことを拒否する〔*In re W (a minor)*〔1985〕3 WLR 945, CA ; cf *Re H (minor)*〔1982〕3 All ER 84,〔1982〕Fam121〕。しかし、養子収養命令がなされないもっともありふれた状況は、裁判所が申立の陳述の証明に満足しない場合であろう。命令が拒否される場合、子は養子収養機関に戻されるか、あるいは例外的な状況においては、子は、16歳以下であれば、地方当局の監督下におかれるかあるいはその保護に委ねられる。

養子収養命令は養子登録所 (Adopted Children Register) に登録される。17歳に達したさいに、被養子収養者は自分の出生に関する情報を入手する権利が認められ、かかる情報を受け取った被養子収養者はカウンセリング・サービスを利用できる。

第13章 保護を要する子

序

家族の自治は民主主義社会の証とみなされる一方、現代国家には、子をその一員とする家族が機能不全に陥る際に、社会福祉機関を通じて、傷つきやすい子に監護と保護を与える義務が課せられている、ということは広く認められている。極端に言えば、この備えは、単に家族に対する助言、ガイダンス、援助という形態をとる場合もあり、また別の場合には、子を家族から強制的に引き離して地方当局の永続的な保護下に置くことを必要とする場合もある。後者の

場合には次の二点が強調されなければならない。まず第一に、親権が濫用されているだけではなく、子とその自由を奪われていることである。それ故次のことが重要である。すなわち、たとえかかる措置が結局は子の福祉の確保のために行われるとしても、両親から子を、また子から家族を奪うことになる決定が行われる前に、そうすることの利点が適切に表示されることを確保するため、法は手続上の保障条項を定めるべきである。第二に、一方で広範な裁量権が社会福祉機関に与えられねばならないとはいえ、その保護下にある子に関する決定は、その子と子の家族に対して過酷な結果となることもある。それゆえ、かかる裁量権の合法的な行使にあたってはその限界が明確に規定されることが重要である。傷つきやすい子の監護と保護に関する国家のもつ権限——そして義務——に関する以下の叙述のなかで、現代スコットランド法がこれら二つの重要な政策をどの程度達成しているかも考察されるであろう。

保護下の子

保護の受入れ

1968年（スコットランド）社会福祉法12条によれば、たとえ地方当局の保護下に子を置く必要や、また、児童聴聞に付託する必要が遞減傾向にある場合でも、子とその家族を援助することは地方当局の義務である。この援助は、現物による援助であるが、例外的な場合には現金の形をとる。しかしながら、この助力をもってしても家族が機能不全に陥る際には、子の保護のために一層の措置がとられなくてはならない。

1968年（スコットランド）社会福祉法15条1項により、地方当局は以下の場合には、17歳以下の子をその保護下に置く《義務》を有する。

- a) 子が親も後見人も有しないか、あるいは遺棄され、もしくは死別している場合。あるいは、
- b) 子の親または後見人が、その一時的もしくは恒久的な肉体的または精神的疾患の結果として、またはその他の状況により、子に適切な住居、扶助、そして養育をあたえることができない場合。そして、
- c) 以上2つの場合において、子の福祉のためには地方当局の介入が必要とされる場合。

子の保護の必要は——願わくば——単に一時的なものであってほしいとはいえ、地方当局は子の福祉が要求するならば、18歳に達するまでその子を保護下におく義務を有する。子についての何らかの決定を行うに際して、地方当局

は、もしそうすることが妥当であるならば、子自身の希望と感情を考慮しながら、まず第一に、子の福祉を保護し促進する必要性を考察しなければならない。保護下に置かれた子のそれぞれの事案は、地方当局により少なくとも 6 ヶ月毎に再審査されなければならない。

ここで次のことを強調することが重要である。すなわち、15条により子が保護下に置かれる場合、その親もしくは後見人は完全な親の権利・義務を保有していることである。実際、地方当局は所在の知れない両親と接触を試みる義務がある。さらに、15条3項は、以下のように明確に規定する。

「本条におけるいかなる条項も、親もしくは後見人が子の保護を引継ぐことを望むならば、地方当局に本条に基づき子をその保護下に置き続ける権限を与えない。地方当局は、そうすることが子の福祉に合致すると思われる全ての事案に関して、子の保護が、

- a) 子の親もしくは後見人により、あるいは、
- b) 子の親族もしくは友人、できるならば、子と同じ宗教的教派の者によりなされることを確実にするために努力しなければならない。」

したがって、親もしくは後見人はその子に関する親権を保有するばかりでなく、地方当局も、子を親の保護下に返すことが子の福祉に合致するならば、そのために努力しなければならないことが明らかである。結果として、15条に基づき保護下に置かれた子の親もしくは後見人は子を手もとに置く一応の権利を保有し、地方当局に子の引渡しを請求できる。しかし、子が6ヶ月以上地方当局の保護下にあった場合には、親もしくは後見人は、地方当局に対する子の引渡し請求意思の書面による28日間の告知終了まで、地方当局の同意なしには子を合法的に手もとにおくことはできない。その28日間に、地方当局はその子の永続的な保護を続けるか否かを考慮することができる。

親権の引受け

子が15条による保護下に置かれている場合、その家庭環境はおそらく非常に不十分であるため、地方当局による子の保護は、安定した長期にわたる基礎づけの上で行われてこそ子の福祉となる。これは、社会福祉地方委員会を通じて活動し、1968年（スコットランド）社会福祉法16条に基づく決定を下し、その子の親権を引受ける地方当局によってなされる。

第一に、16条の決定は15条によって地方当局の保護下に置かれている子について下される。リーディングケースである *Lewisham LBC v Lewisham* 少年裁判所 [1979 2ALL ER 297, 1980 AC273, HL] において、高等法院は、

「保護」の意義をイングランド法と対比して考察した。その決定は、しかしながら、1968年（スコットランド）社会福祉法15条における「保護」の意義について、スコットランドでは権威あるものとして受け入れられた〔Central Regional Council v B 1985 SLT 413〕。Lewisham 事件において、高等法院は次のような見解をとった。すなわち、16条の決定の趣旨により、15条の保護は、以下の状況のもとで存続する。

- (i) 子が6ヶ月以上保護下にあった場合には、親もしくは後見人が地方当局に対しなすねばならない28日間の通知期間中は、15条に基づき、保護は存続する。地方当局は、したがって、その期間中なら何時でも16条の決定を下すことができる。
- (ii) 子が6ヶ月未満の保護下にあった場合には、子が物理的に親もしくは後見人に引渡されるまでは、15条に基づき、保護は存続する。親もしくは後見人が地方当局に子の引渡を請求する意思を示す「何らかの」通知をなす場合は、地方当局は、親もしくは後見人が子を引取りに来る以前なら何時でも16条の決定を下すことができる。ただし、親もしくは後見人が引渡しを望む場合、社会福祉委員会は速やかに方策を講じなければならないことは明らかであろう。
- (iii) 子が6ヶ月未満の保護下にあった場合において、もし親もしくは後見人が単に子の住居や、育ての親の住居、あるいは子の学校に現れ、直ちに子を引き渡すことを要求する場合には、困難が残る。子は6ヶ月未満の間15条の保護下にあったのだから、28日間の通知をなす必要はなく、かつ、親もしくは後見人は、子を手元におく一応の権利を有する。しかしながら、地方当局が親もしくは後見人に子が引渡されることは子の福祉に反すると判断するならば、当局は合法的に子を保護し続け、16条の決定を下すことができるであろうか。この問題は、Lewisham 事件で提起されたが、解決されてはいない。しかしサーモン卿は、かかる状況においては、法的には子の引渡しは義務づけられているにせよ、地方当局はそうすべきではない「道徳的」義務を負うと考えた。実際、解決策は次のようなものであった。すなわち、子は引渡されるべきであるが、地方当局は直ちに、子は安全な居所に移されることができるという安全居所命令を請求するというものであった。しかしながら、理論上、子を親もしくは後見人に引渡すことが《事実上》子の利益に反するならば、地方当局は法的には子の引渡しを義務づけられない、とされた。子を手元に

おく親権は、単に一応の権利にすぎない。その行使が子の利益にならないならば、それに対応する「法的」義務が地方当局側に生じることはない。したがって、15条の保護は継続し、かつ16条の決定が下されることになる。

第二に、子は15条の保護下になければならないだけでなく、16条の決定を基礎づける一つ以上の事由が存在しなければならない。それらの事由は以下のとおりである。

- a) 子の両親は死亡しており、かつ子は後見人を有しない。あるいは、
- b) 親もしくは後見人に関して以下のいずれかの状況が存在すること。
 - (i) 親もしくは後見人が子を遺棄していること。「遺棄」とは永続的に子を放置し、決して戻らないという意思を必要とする [Watson v Nikolaisen 1955 2 All ER 427, DC]。しかし、もし親もしくは後見人の居所が12カ月間不明のままであり、その期間を通じて子が15条により地方当局の保護下にあった場合には、親もしくは後見人は子を遺棄したものとみなされる。
 - (iii) 親もしくは後見人が子の保護を不可能ならしめる何らかの永続的な疾患を患っていること。その疾患は精神的もしくは肉体的疾患のいずれであってもよいが、永続的でなければならない。
 - (iv) 親もしくは後見人が子を保護するに不適格である精神障害を患っていること。一時的な精神障害で十分である。
 - (iv) 親もしくは後見人が子を保護するに不適格な生活の習慣や生活様式を持ち主であること。これは通常アルコール中毒者、麻薬常用者、または売春婦である親もしくは後見人を含む。しかし、Lothian Regional Council v T [1984 SLT (Sh Ct) 74] においてシェリフ（カプラン）は次のように判示した。すなわち、「習慣」は、おそらくなんらかの道徳的含意を持ち、あるいは親もしくは後見人の自発的行動を含むが、「生活様式」はそのようなことはない。「生活様式」は状況によるであろう、と。宗教的隠遁者はアルコール常用者と同様、子を養育するのに適さない生活様式を有する。したがって、父の気質の結果、そして彼自身の過失のためではなく、父は職を得ることが出来ず、かつその家族に適当な住居をあたえることができない場合、その生活様式を事由として地方当局が父の権利を引き受けることは正当であった。
 - (v) 親あるいは後見人が、子を保護するに不適格なほどあまりに永続的にそ

の義務を合理的理由なく履行することができないこと。リーディングケースである *Central Regional Council v B* [1985 SLT 413] において、ブランド卿は「永続的に」とは、「必ずしも故意である必要のない、一貫した、または繰り返される行動」を含意するとした。さらに裁判所は、「合理的理由なく」とは、合理的な親の客観的基準を適用し、その基準によって特定の親もしくは後見人がその義務を履行できない合理的理由を有しているかどうかを決定することにより解釈されるべきであるとの見解をとった。かくして、たとえば、ある母親が子の世話をすることが出来ないことが彼女の低知能の結果である場合、彼女は客観的に合理的な親の基準を満たしておらず、かつ彼女の過失の欠如は無関係であるため、これは、彼女の懈怠に関しての合理的理由を構成しないであろう。

- c) b)の事由の一つに基づく16条の決定が、子ともう一方の親を含む世帯の、現に構成員であるか、将来構成員になる親について既に発効していること。以下の例を考えよ。

例

HとWは子Cを持つ。Wが精神病院に入院すると、Cは15条により地方当局の保護を受け入れる。16条2項(c)（一時的精神障害）によりWの親権を引き受ける16条の決定が下される。地方当局はその後、子が保護下にある間、CがHとともに暮らすことに同意する。Wがその後、なお精神病でありながら、病院から退院するならば、地方当局は、WがHとCを含む世帯の一構成員になるか、またはなる可能性のある場合に、Hの親権を引受けすることができる。

- d) 子が当該決定の行使に先立つ3年間、15条による地方当局の保護下にあること。

地方当局が親もしくは子に、子に関する彼らの権利が引受けられたことを書面により通知する義務があるのは、16条による決定が下された《後》、すなわち地方当局が親権を引受けた《後》であり、これは、現行の16条の手続きで最も議論の盛んなところである。その通知ではまた、当該決定に異議を唱える権利を彼らに知らせなければならない。親あるいは後見人に異議を唱える意思があるならば、彼らは、通知受領後1ヶ月以内に、当該決定に異議を唱えるとの書面による反対通知を地方当局に送達しなければならない。地方当局がシェリフに略式申請をなさない限り、当該決定は、反対通知の送達から14日後に消滅する。シェリフは申請を審理する際、次のことに納得することを条件として、

決定は反対通知の送達によって消滅しない、と命令する権限を有する。

- a) 地方当局が16条の決定を下すこととなった事由が、決定がなされた日付に存在したこと [Central Regional Council v B 1985 SLT]。
- b) シェリフ裁判所における聴聞の時点で、16条の決定が下されうる事由が存在すること。この事由は、当該決定が当初基礎とした事由と同一である必要はない [Central Regional Council v B 1985 SLT]。
- c) 決定が消滅しないことが子の利益になること。

シェリフは当該手続きにおいて、子の利益を保護するために《訴訟のための補佐人》を選任することができる。シェリフによる判決の民事控訴裁判所単独審理部への控訴は適法である [Central Regional Council v B 1985 SLT]。

16条の決定は、反対通知手続きにより異議申立てが可能であり、また、当該決定が消滅すべきでないことをシェリフに得心させる責任が地方当局にあるとされる一方、それにもかかわらず、16条の決定は親もしくは後見人が反対通知手続きのひき金を引かない限りは有効である。これらの事案の多くにおいて、われわれの社会で親は最も無防備な状態にあることを想起すれば、彼らの利益が現行法によって十分に保護されているかどうかの疑いが生じるに違いない。両親と子が別々に申立てる場合には、地方当局は裁判上の手続き《以後》に親権を獲得するにすぎないということが、論争において有力である。

16条の決定の効果は抜本的である。地方当局は、決定が下された親もしくは後見人が享受してきた、子に関する《あらゆる》権利と権限を獲得する。リーディング・ケースである *Beagley v Beagley* [1984 SLT 202 at 295] において、フレイザー卿は、こう述べた。すなわち、

「[親が]、決定により、現在[地方当局に]与えられている権利と権限を自動的に剥奪されるのは、議論の余地なく明らかである。」

換言すれば、当該決定が存続する間は、親もしくは後見人は、子に関するあらゆる親権を剥奪される。しかしながら、3つの点が注意されるべきである。第一に、親は養子収養命令や養子収養のための子の解放命令への同意を拒否する権利を有する [Lothian Regional Council v H 1982 SLT (Sh Ct) 65]。しかし実際、16条の決定が下された事由は、1978年(スコットランド)養子法16条により、しばしば親の同意を不要とする事由を構成するであろうから、これは限定的な意義をもつ。第二に、地方当局は、16条の決定が下されなかったとすれば子が養育されていたであろうものとは異なる信仰により、子を養育することはできない。すなわち、子の宗教は変更できない。第三に、親もしくは

後見人は子を扶養する義務を有する。

以上の例外は別として、地方当局は16条の決定の対象である子について完全な親権を有し、そして親もしくは後見人は子に関する親権を剥奪される。かくして、Beagley v Beagley [1984 SLT 202] において、貴族院は16条により引受けられた親権を有した親は、当該決定により親権を剥奪されており、生みの親はもはや何らの請求権も有しないので、子の保護をもとめる命令を裁判所に請求できない、と判示した。

しかしながら、地方当局はその権利を行使する際に、子の福祉を第一に考慮しなければならない。子の状況は少なくとも6ヶ月毎に地方当局により再審査されなければならない。そうすることが子の利益になる場合は、地方当局は子がその両親と同居することを認めることができるが、しかし、子は里親と同居するか、あるいは居住用の施設で暮らすことがしばしばであろう。子の保護と養育に関するあらゆる決定は、地方当局の問題である。地方当局の決定が、たとえば、子の宗教を変更する場合など、《権限外》である場合、もしくはそれが、たとえば親を罰するためなど、子の一層の福祉よりはむしろ、悪意でなされる場合には、当該決定は裁判所による再審査に付される。しかしその他の場合は、子に関して、地方当局により善意でなされた決定の本案を親もしくは後見人が控訴しうる手続きは存在しない。かくして、たとえば、地方当局が百日咳の予防接種をすることが子の利益になるとの見解をとった場合は、かかる決定をなす権限は制定法により地方当局に与えられているので、この決定の本案は裁判所に異議申立てされえない [Beagley v Beagley 1984 SLT 202 per Lord Templeman at 208]。

この原則に固有の不正さは、親は16条の決定に服してきた子に対する面接交渉を認められるべきではない、との地方当局による決定を、裁判所が再審査することを拒否したとき明らかになった。これは全く地方当局の裁量内にある問題であると主張され、地方当局が、面接交渉は子の利益にならないと真正に確信する場合は異議申立てされえなかった。この不十分な状況は、1968年(スコットランド) ソーシャルワーク法の一連の修正により覆されている。16条の決定にしたがう子に対する面接交渉をもとめる取決めに消滅させる以前に、あるいは、そのような取決めになすことを拒否する以前に、地方当局はその子の親もしくは後見人にかかる意思を通知しなければならない。通知は、親もしくは後見人にシェリフ裁判所で面接交渉の命令を申請する権利があることを知らせなければならない。親もしくは後見人が略式命令をなす場合には、シェリ

フは子に対する面接交渉を親もしくは後見人に認めることを地方当局に命じる権限を有し、面接交渉の開始、回数、期間および場所についての詳細な条件をつけることができる。子の福祉は面接交渉の問題を決定する際の裁判所の第一かつ最優先の考慮事項である。面接交渉命令がなされたとき、面接交渉をつづけることが子の福祉をひどく危険な状態におくことが立証される場合には、地方当局は7日間以内の面接交渉停止の緊急命令をシェリフに対して申請できる。停止期間中に、地方当局はシェリフに面接交渉命令の変更または取消を申請できる。変更または取消はもう一度福祉原理によって裁決される。保護を要する子に対する面接交渉について手続規則が公表される。

これらの諸規定の結果として、親もしくは後見人は現在、16条の決定にしたがう子に対する面接交渉の問題を福祉原理にそって裁判所に決定させる権利を有する。これは以前の状況の著しい改善である。しかしながら、これらの諸規定は面接交渉に係わるにすぎない。その他のあらゆる問題では、子に関して地方当局が引受けた親権の、当局による善意の行使は、裁判所において異議申立てされえない [Beagley v Beagley 1984 SLT 202]。

16条の決定は、子が18歳に達するまで存続する。しかしながら、地方当局は、それが子の利益になるならば、いつでも決定を無効にすることができる。さらに、親もしくは後見人は、原決定を下す事由が存しなかったか、または、決定を消滅させることが聴聞会の日付において子の利益に適ったかの《いずれか》により、当該決定の効力停止命令をシェリフ裁判所に申請することができる。以上のような条件のいずれかを立証する責任は親もしくは後見人に存する。特に後者は、地方当局のソーシャル・ワーカーが、当該決定は継続すべしと主張する場合は、立証は困難であろう。シェリフが当該決定を裁定することを拒絶する場合、シェリフは親もしくは後見人に一定期間子を保護させるよう地方当局に命じることができる [Beagley v Beagley 1984 SLT 202 per Lord Fraser at 206]。

強制的保護措置

われわれはこれまでに15条により既に保護下に置かれている子の親権を地方当局が引き受ける状況を論じてきた。通例、親もしくは後見人の同意の上で、例えば親が病気その他の理由でもう子の相手をすることができないと思う場合に、子は保護を受け入れることになる。本章でわれわれは1968年(スコットランド) ソーシャル・ワーク法の諸規定を考察する。これにより、子は強制

的に家族から隔離され、地方当局の保護下に入ることができる。

安全居所命令

37条2項により、警察官又は裁判所もしくは治安判事により権限を与えられた者は、以下の場合、子を安全な居所へ収容することができる。

- a) 子が1975年（スコットランド）刑事訴訟法上、付表1に該当する犯罪の被害者であるか、もしくはそう思われる場合。かかる犯罪は子の身体的及び性的虐待を含む。あるいは、
- b) 子は付表1の被害者ではないが、しかしかかる犯罪の被害者であるか、もしくはそう思われる子と同一の家族の一員である場合。あるいは、
- c) 子が付表1の犯罪を犯したか、もしくは犯したと思われる者と同一の家族の一員であるか、もしくはその一員になる可能性のある場合。あるいは、
- d) 1937年（スコットランド）児童及び青少年法21条1項の犯罪の被害者であるか、もしくはそう思われる場合。たとえば浮浪者の無断欠席児童。あるいは、
- e) 子が、親の保護が欠如しているため、あるいは欠如していると思われるために、不必要な苦痛を被るか、あるいは甚だしく健康を損なう可能性がある場合。

安全な居所とは、地方当局から供給されたなんらかの居住用その他の住居、警察署、病院または診療所、あるいはその他適当な場所である。子は7日間を限度にその安全な居所にとめおかれる。その期間中に、子が強制的保護措置を必要とするか否かを決定するための児童聴聞会の準備が行われる。

地方当局への通知

37条1項(A)により、地方当局が、たとえばソーシャルワーカーあるいは警察から、ある子が強制的保護措置を必要とするかもしれないとの通知を受理すると、地方当局は調査を行わなければならない、その子が実際に強制的保護措置を必要とすると思われる場合には、当該事案を児童聴聞会に付託するかどうかを通告者が決定できるよう、当局が発見しえたその子の情報を通告者に与えなければならない。

通告者の役割

安全居所命令が下されるか、もしくは子が強制的保護措置を必要とするとの通告を地方当局が入手した場合、その事案を児童聴聞会に付託するか否かの決定は通告者の決定である。通告者は、地方当局の公務員であるが、当局から独立して行動し、正規に他の何らかの資格をもって当局に勤務することはない。

通告者は法律に関する素養を有するが、しかしそれは不可欠ではない。最初の調査の後、通告者はそれ以上の活動は不必要であるとの見解をとる場合もある。あるいは、その家族はソーシャルワーク補助金の対象となりうると考えるかもしれない。こうした状況では、通告者はその事案を関係当局に委ねる。しかしながら、通告者がその子は強制的保護措置を必要とすると考えるならば、その事案を検討するための児童聴聞会を準備し、そして地方当局にその子及びその子の社会的背景に関する報告を求めるのは通告者の義務である。これから検討することだが、通告者は児童聴聞会及びその後の手続きの運用に関して重要な権限と義務を有する。通告者は、実際、制度全体の要であり、通告者の役割の重要性は過大評価されすぎることではない。

児童聴聞会

子が強制的保護措置を必要とするか否か、そして必要とするなら、さらなる子の保護と援護のためにどのような措置を取るべきかということが、一応の児童聴聞会の論点である。1968年法の趣旨にしたがい、国務大臣から児童委員会に出席するよう任命された、ソーシャルワーク及び児童保護についての知識や関心をもつ人々から構成される児童委員会がどの地方当局にも置かれている。児童聴聞会は児童委員 3 名から成り、そのうちの 1 人は議長を務める。議長は、男性であれ、女性であれ、委員会の構成員でなければならない。

児童聴聞会は裁判ではないことが強調されねばならない。その手続きは略式であり、通告者、子、親の出席のもと、非公開で運営される。当事者は通常法律上代理されない。証拠に関する通常の規則は適用されない。実際、当然とされる公平に関する諸規則は子の利益のなかに留保されると判示された [Kennedy v A 1986 SLT 358]。かくして、たとえば、両親は通告者が利用した証拠資料をみる権利をあたえられない。この制度の理論的根拠は、聴聞会が子と家族にとってその状況下での最良の決定に到達できるようにすることである。通告者や聴聞委員の専門的評価と経験が言うまでもなく非常に重要ではある一方で、この手続きの略式性は、子の最良の利益になると聴聞会が考える解決に到達するために、親権や、さらに重要なことだが、子の自由が、あまりにもたやすく蹂躪されるという危険へと導く。

強制的保護措置

子が強制的保護措置を必要としているとみなされる前に、聴聞の時点で、以下の一つ以上の条件が適用され得ねばならない [Kennedy v B 1973 SLT 38]。これらの「付託の事由」は 32 条 2 項に列挙されている。すなわち、

- a) 子が親の管理外にある場合。あるいは、
- b) 子が悪い仲間に加わり、あるいは、道徳的危険にさらされている場合。親、あるいは友人が、売春婦や麻薬常習者やアルコール中毒患者やホモ・セクシャルである場合、子は十中八九悪い仲間に加わり、あるいは、道徳的危険にさらされるとみなされる。
- c) 親の保護の欠如が、子の不必要な苦しみの原因となり、あるいは、その健康や発達をひどく阻害するおそれがある場合。幼年時の親の懈怠は子の苦しみや健康や発達の阻害の可能性を示す。かくして、McGregor v L[1981 SLT 194]において、民事控訴裁判所上級審理室は、病院を出たことはないが、両親がその子供たちを放任した前歴をもつ新生児について当該の事由は立証される、と判示した。子が、その事由が立証される以前に、現実に関親の懈怠を経験する必要はない。

「おそらくは不必要な苦しみや健康・発達の重大な阻害を予防するために、子の世話をすることはまずありそうもないとの合理的な推測を親の習慣や生活様式が生ぜしめることが証明されるならば、付託の事由は確立される。」

親の保護の欠如は子に不必要な苦しみをあたえ、あるいは、その健康や発達をひどく阻害するおそれがあるかどうか、すなわち、理性的な人間ならば、かかる推測を親の保護の欠如の性質と程度からひきだすことができるかどうか、の審査は客観的である [M v McGregor 1982 SLT 41]。あるいは、

- d) 子が、付表１の犯罪の被害者であるか、付表１の犯罪を犯した子と同一の世帯の一員であること。後者の事由の範囲は、McGregor v H[1983 SLT 626]において例証される。子Aの兄弟Bは付表１の犯罪者であった。聴聞の時点で、Bは里親の保護下にあった。すなわち、もはや物理的にはAと同一の住居にはいなかった。しかしながら、民事控訴裁判所上級審理室は、「世帯」に広い意義をあたえようとした。この裁判所の見解では、「世帯」は家族単位を意味し、すなわち、人の集団が特定の結びつき、通常血縁によって寄り集まっていることを意味した。家族単位は普通は同居するが、個々の構成員が一次的に別居したとしても、世帯は消滅しない。聴聞の時点で、Bは物理的にAと別居していたけれども、彼らはなお同じ家族単位を構成し、したがって、同じ世帯に属する。Aが付表１の犯罪を犯したBと同一の世帯の構成員であるため、付託の事由が適用される。
- e) 子が付表１の犯罪を犯した者と同一の世帯の一員であるか、もしくはその一

員となるおそれのある場合。あるいは、

- f) 女兒の場合、彼女が、同一の世帯の構成員によって犯された近親相姦の被害者である女性と同一の世帯の構成員である場合。
- g) 子が、規則正しくと学校に通わず、妥当な欠席届もない場合。あるいは、
- h) 子が犯罪を犯した場合。これが大多数の付託の行われる事由である。1968年（スコットランド）ソーシャルワーク法は、子が刑事犯罪を犯す場合、それは単にその子が社会生活を行うための技能を開発しそなったことを示すにすぎない、との根拠に基づいて施行される。こうした失敗はしばしばその子の家庭の機能障害の結果である。犯罪を犯した子はしたがって、罰ではなく保護を必要とする。例外的な事案、たとえば殺人のように非常に重大な罪とか、あるいは子がおとなと共に犯罪を犯した場合には、子は高等法院あるいはシェリフ裁判所に訴追されることがある。しかし一般則として、子が犯罪を犯した場合には、その事案は、通告者によって、強制的な保護措置を必要とするか否かを決定するための児童聴聞会に委ねられる。当該事件は、32条2項のその他の事由により付託がなされる事案と全く同じ方式で処理される。青少年犯罪問題に対する福祉に基礎を置く対処方法は、1968年（スコットランド）ソーシャルワーク法の最も論争を呼ぶ局面であった。あるいは、
- i) 子が、医療目的以外で、故意に揮発性の物質のガスを吸い込むこと、つまりシンナー吸いを行うことによって、揮発性の物質を悪用した場合。あるいは、
- j) 子が、安全な居所、あるいは、監督要件によってその子が預けられた者の管理から失踪した場合。あるいは、
- k) 子が既に地方当局の保護下にあり、かつその行動が、その子の適切な保護及び管理のためには特別な措置を必要とされるものである場合。

付託の手続

ある事案が通告者によって児童聴聞会に付託されると、子は出頭する義務を負い、そして、その出頭を確保するのは通告者の責任である。親は聴聞の全段階に出席する権利を有するのみならず、一般則としては、その子の事案が考察されるときは、諸手続きに加わらなければならない。両親と子が出頭すると、かれらに付託の事由を説明するのは委員長役目である。両親と子が付託の事由が存在することを認めるならば、聴聞会はつぎにその事案の最良の処理方法を考察する。しかし、両親と子が付託の事由を認めず、付託を取り消す用意が

ない場合は、聴聞会は、通告者に、付託の事由が立証されるかどうかの認定をシェリフに申請するよう命じなければならない。シェリフに対する申請は、その子が何が言われているのかを理解できないほど年少で、その事由を理解することができない場合にもなされなければならない[JF v McGregor 1981 SLT 334]。しかしながら、その事由が子の両親によって受諾される場合は、シェリフは、全状況に鑑みてそうすることが妥当であると得心するならば、証拠に関する聴聞を省くことができる。

申請は判事室付シェリフにより提出後28日以内に審査される。子は再度出頭しなければならず、子と両親は法律上代理されうる。シェリフ裁判所の手続き（開始）の日付で付託の事由は全く立証されないとの決定をシェリフが下すならば [Kennedy v B 1973 SLT 38]、シェリフは申請を却下し、付託を取り消す。しかしながら、シェリフが面前の証拠により、なんらかの付託の事由が立証されたと得心するならば、シェリフはこの事件を差戻し、通告者に、この事件を考察し決定を下すための児童聴聞会を準備させる。付託の事由が子が犯罪を犯したことである場合には、シェリフは刑事訴訟法上要求される証拠準則を当該証拠に適用しなければならない。子と両親が手続中に当該事由を受諾する場合には、シェリフはその事由についての聴聞証拠を適用せず、その事由は立証されたとみなしてよい。

子が申請に関する聴聞会に出席しない場合には、シェリフは14日を限度にその子を安全な場所に拘禁する令状を発行することができる。シェリフが付託の事由が立証されたと判断する場合は、3日を限度にその子を安全な場所に拘禁する令状を発行することができる。ただし、そうすることが子の利益にとって必要な場合か、または、児童聴聞会がその子の事案を考察するために開会する前に、子が逃亡しそうな場合である。

事案の処理

親子が付託事由を受け入れるか、またはシェリフ裁判官の面前で行われる手続において付託事由が立証されるならば、児童聴聞会はその事案をいかに処理すべきかを考察する。聴聞会は、家庭環境に関する報告書及びその他の関連する情報を入手するであろう。もし聴聞会が子の状況についての一層の調査が必要であると考ええるならば、その事案は、継続して聴聞されうる。

児童聴聞会は、子の最良の利益になると同会が考える方針にそって手続を進めなければならない。もしそれ以上の活動が必要ではないと考えるならば、児童聴聞会は付託を取り消すことができる。しかしながら、児童聴聞会が、子が

強制的保護措置を必要としていると判断するならば、かれらは子に以下のことを求める「監督要件」を作成することができる。

- a) 児童聴聞会が課す条件、例えば居住に関する条件に従い、例えば保護観察官またはソーシャル・ワーカーによる監督に服すること。もしくは
- b) 監督要件の中で指名された居住施設、例えば非行少年収容施設またはD表の学校に居住し、そして児童聴聞会が課す条件、例えば、面接交渉や、養子収養を見込んで養親に預けられることといった条件に服すること。

監督要件は、子が18歳に達した後はその効力を停止する。しかしながら、監督要件は子の利益に必要な期間以上は継続すべきでない。地方当局が要件は効力を停止すべきだという見解をとるならば、当局は、児童聴聞会——もし聴聞会が適正な方針と考えるならば要件を終了させることができる——による再審査を行うためその事案を通告者に付託することができる。さらに、監督要件は、児童聴聞会によって再審査されない限り、1年経過後は効力を保たない。子と両親もまた要件の再審査を求める権利を有する。再審査に基づき、児童聴聞会は、要件を継続しても終了させてもよい。

子または両親は、判事室付シェリフ裁判官に児童聴聞会の決定に対する異議を申立てることができる。不服申立ては、監督要件の作成それ自体についてだけでなく、定められた条件、例えば、面接交渉に関する条件も適格性を有する (Kennedy v A 1986 SLT 358)。もしシェリフ裁判官が児童聴聞会の決定が根拠不十分であること、例えば、聴聞会がその事案に関連する事項を審議していないことを得心したならば (D v Sinclair 1973 SLT (Sh Ct) 47)、彼は、裁定の理由をつけて、児童聴聞会にその決定を再審議するようその事件を差し戻すであろうし、あるいは付託を取り消すことができる。しかし、シェリフ裁判官は、事案を再審議する際に児童聴聞会がとるべき措置について聴聞会に指示を与えることはできない (Kennedy v A 1986 SLT 358)。

子の利益の保護

児童聴聞会以前のいかなる手続においても、また付託事由が存在すると認定するシェリフ裁判以前の申立てにおいても、更に児童聴聞会の決定に対するシェリフへの不服申立てにおいても、《訴訟のために後見人》を任命する既存の権限に加えて、議長またはシェリフは、子と両親との間に利害の対立が存在するならば、子の利益を保護するために中立的立場にある人物を任命することができる。

上訴

法律上の論点についての、あるいは事案の処理における手続き上の瑕疵に関する法律問題記載書 (stated case) による、シェリフの決定からの民事控訴裁判所への上訴がある。上訴の裁定にあたって、民事控訴裁判所は同裁判所が与える指示に従って処理するようシェリフにその事案を差し戻す。

監督要件の効果

監督要件に服する子は、いくつかの重要な目的のために、地方当局の保護下におかれていると見なされる。その結果、子に関していかなる決定に達するにしても、第一の考慮事項は子の福祉に与えられなければならない、かつ子の実情は少なくとも６ヶ月毎に地方当局によって再審査されなければならない。しかしながら、要件を再審査した際に児童聴聞会によって条件が変更または終了されない限り、地方当局は児童聴聞会によって課せられた諸条件、例えば面接交渉に関する条件の枠内で活動しなければならない。児童聴聞会が、指定された居住施設の中の安全な住居に子が置かれることを監督要件の条件とする場合は、子は、

「監督要件を実施するよう求められた地方当局のソーシャル・ワーカーの長の同意の上で、その施設の責任者が(子が)そうする必要があると考える期間」に限り、その場所にとどまる。

両親または後見人は、監督要件に服している子についての親権を喪失しない。かくして、例えば、裁判所は、かかる子に関する監護紛争に判決を下す裁判権を有するのみならず、親も提訴の権限を保持する (W v Glasgow Corp'n 1974 SLT (Notes) 5 ; Aitken v Aitken 1978 SLT 183 ; D v Strathclyde Regional Council 1985 SLT 114 ; Borders Regional Council v M 1986 SLT 222)。しかしながら、このことは、ほとんど重要性をもたない。なぜなら、たとえ親が監護権または面接交渉権を認められたとしても、裁判所は、必要とされる強制的保護措置が子が受け入れることを保障するために、親のそうした権利の《行使》が地方当局の権限によって制限されるよう主張してきたからである。かくして、例えば、父が子の監護権及び／又は子に対する面接交渉権をもっているとしても、その子の父に会うことが監督要件に服していた子の利益にならないとの見解を地方当局がとったならば、裁判所は父がそうした権利を実現することを認めないであろう。父の利用可能な唯一の救済手段は、児童聴聞会による監督要件の再審査を求め、要件が廃止されるべきこと、または父の面接交渉を認める条件を含めるよう変更されるべきことを主張することである (Aitken v Aitken 1978 SLT 183 ; D v Strathclyde Regional Council 1985

SLT 114)。

監督要件が作成されたときに、親権が自動的に停止しない理由は、多くの場合、子がその家族と生活し続けるか、あるいは少なくとも絆を保ち続けることが望ましいという点にある。しかしながら、両親あるいは後見人との接触が子の利益にならないならば、監督要件に服する子は、とりわけその目的のために、地方当局の保護下に置かれていると見なされるので、地方当局は、事由が存在すれば、第16条の決定によって、親権を引き受けることができる (Lothian Regional Council v S 1986 SLT (Sh Ct) 37)。かくして、子は強制的保護措置の必要があるという認定の結果として、児童聴聞会が監督要件を作成するならば、地方当局には、そうすることが子の最良の利益になる場合は——第16条の事由が存在することを条件に——親権を引き受ける途が開かれている。

結論

1968年(スコットランド)ソーシャル・ワーク法は、保護の必要のある子を護るために活動する国家機関に広範囲にわたる権限を与えている。児童聴聞会制度は、少年犯罪の問題に福祉に基づく解決法を導入しようとする大胆な試みであるばかりでなく、その家族の機能不全またはその他の理由により保護が必要な子の最良の利益になる決定を行うために専門的知識と経験を備えた人員を配備している。しかしながら、かかる国家の介入主義的立法の危険性は、両親と子自身の権利に充分に重きがおかれていないことである。両親及び子が付託事由を受け入れない限りは、あるいは受け入れないときは、判事に納得がいくまでその事由が立証されない限り、聴聞会は進行できないとすることによって、現行の制度は、少なくとも、両親と子の権利の存在を承認している。しかし、失業、薬物濫用、精神病そして婚姻の破綻の結果として、家族が次第に対処能力を失い、子が一層傷つきやすくなっているときにあって、1968年(スコットランド)ソーシャル・ワーク法の諸規定の有用性は過少評価されるべきではないのである。