

イギリスにおける面接交渉権の歴史的考察 (一)

川 田 昇

一 はじめに

二 父の common law right のもとでの母の面接交渉権

- (1) コモンローの原則
- (2) 判例にみる当時の実情
 - (a) ド・マンビュ事件
 - (b) スキナー事件
 - (c) マクレラン事件
 - (d) グリーンヒル事件
 - (e) リットン氏事件
 - (f) ボール事件
- 三 一八三九年未成年者監護法の成立過程

一 はじめに

わが国で面接交渉権が注目を受けはじめてからすでに久しい。その間、四件の審判例とはじめの三件について⁽¹⁾それぞれの抗告審での決定が公表されたほか、学者ならびに実務家による種々の角度からの研究が公けにされている。⁽²⁾し

- (1) 立法のきっかけ
 - (a) ノートン夫人の別居事件
 - (b) ノートン夫人のキャンペーン
- (2) 未成年者監護法案の提出
 - (a) トールフォードの議会への問題提起 (第一次法案の提出)
 - (b) 未成年者監護法案 (第二次案) の提出
- (3) 第二次法案の流産
 - (a) 法案の審議経過
 - (b) 法案反対論の検討
- (4) 第三次法案の提出とその成立 (以下続く)

かしそれらも数からしたら少ないし、また一般にそれほど知られたものとはなっていない。

面接交渉権というのは、夫婦が離婚ないし別居している場合に、親権や監護権を有しない親が、子と面接あるいは交渉をなす権利である。これは、欧米諸国ではすでに多数の国で民法またはその他の法律で明文の規定（独民一六三六条、仏民三〇三条、英未成年者後見法五条など）をもつて認められ、あるいは少なくとも判例法によって確立されているものである。⁽³⁾しかしわが国では、面接交渉権に関する規定はなく、ただ、民法七六六条が、離婚に際し父母が「監護について必要な事項」を協議で定め（同一項）、協議が調わないときに家庭裁判所が「監護について相当な処分」を命じうる（同一項）旨を規定しているところから、これを根拠に面接交渉権が認められると説かれる場合があるにすぎない。⁽⁴⁾

わが国において、このように明文規定が欠如ないしは不明確であるところから、これを権利として認めるべきかどうか、あるいは、審判事項となすべきかどうか等をめぐって争いがある。しかし、面接交渉が親子の愛情にもとづく事実関係であつて権利ではないとするものもないのではないが、一般的には、その法的性質ないしは根拠についてはともかく、これを権利として積極的に承認しようとする傾向が強い。すなわち、あるいは親子関係から当然発生する自然権だとするもの⁽⁶⁾、あるいは子の監護に関連した権利だとするもの⁽⁷⁾、あるいは親権の一内容とするもの⁽⁸⁾など、いずれも面接交渉の権利性を承認するものといえよう。

このようにわが国においては、面接交渉権がいわば新しい権利としてようやく確立されつつあるとはいへ、前述のように審判例も少なく、また一般にもあまり知られてはおらず、それが事実上行なわれるとしても、おそらくは稀少でありかつ権利として自覚的に行なわれているとは思われないので、今後、わが国においてこれが権利として定着しうるのか、そしてそれが定着した場合における弊害など明らかでなく、従つて、なお、面接交渉の今後の方向づけ（これ

をいかなる権利として認めるのか、認めないのか——その法的性質の問題に帰着するのであるが) に関し、将来を見やうたうえでなお一層の検討を要するものと思われる。

もつとも、そうした検討の基礎として、面接交渉についてのいわば先進国に当る諸外国、ことにアメリカの実情については、かなり詳細な紹介がなされ⁽¹⁰⁾、イギリスについても判例を中心にした紹介が行なわれている⁽¹¹⁾。しかし恐らくは、各国によりその沿革も異なるであろうし、社会背景も異なる以上、一概にそれらを我国に当てはめることはできないであろう。面接交渉権の認められる諸外国のそれぞれにつき、その国の歴史的・社会的背景の中でそれをとらえ、わが国の特殊性を考慮したうえでそれらをわが国に当てはめることが正確を期することになるであろう。

本稿は、イギリスにおける面接交渉権を歴史的に考察することを目的とするが、こうしたテーマを選んだのは次のような事情による。すなわちわが国では前述のようにこれを権利として確立する方向に努力がなされているに對して、イギリスにおいては今日その否定論が非常に強くなっていると思われることが、面接交渉権をとりあげた直接の動機である。資料はやや古いが、一九五二年にイギリスでは離婚法の改正問題でモートン卿を委員長とする王立委員会が設置されたが、その速記録 (minutes of evidence)⁽¹²⁾ によれば、そこにおいても面接交渉権が数多くの供述人により問題としてとりあげられた。ところが、そこにおいて供述人が一致して主張したのは面接交渉権の子の福祉という観点からの洗い直しであった。そしてある論者に至っては、右の観点から面接交渉権の完全な撤廃を主張し、あるいは少なくとも一五歳未満の子についてのそれを廃止すべきものと主張する⁽¹³⁾のであった。あるいは、あるいは全否定論を展開したわけではなかったが、彼らはそれが親の権利として確立されたところにまちがいがあったと主張している⁽¹⁵⁾のである。わが国では、前述のように面接交渉権の権利としての確立を主張する場合に、いずれの論者も子の福祉という観点を重視しており、そこにその法的性質あるいは法律構成について苦心し、見解の対立も生じている理

由があると思われるのだが、しかし、そのみで、右の王立委員会で、提起された問題が解決するものとは思われな
い。なぜならイギリスにおいても、後に検討の対象としてとりあげるであろうように、現在の面接交渉権の根拠法で
ある一八八六年法を改正する一九二五年法は、その精神として、子の利益を第一のかつ最優先の考慮事項 (The first
and paramount consideration) と見る立場を謳いあげているからである。面接交渉権に対するイギリスでの同様の批
判は、今日においてさえ、なくなっているわけではない。近時公けにされた面接交渉権に関する論文においても、強
い反対論の存在が指摘されている如くである。⁽¹⁶⁾

以上のように、いわばその反省期にあるイギリスでの実情を知ること、他山の石となるであろう。しかしそれも
前述のように歴史的・社会的背景の中で把握する必要があると思われる。しかし現在、私は、前記の速記録により一九五
二年当時の実情を知ることができるのだが、その後の実情を知ることのできる資料をもたない。それ故、そのことは
今後の課題とし、とりあえず面接交渉権確立の歴史を考察することにした。もともと、これまでも、その歴史的考
察はなかったわけではないが、⁽¹⁷⁾それは主として制定法の規定の変化に力が注がれたものであった。本稿では、主とし
て議会議事録 (Hansard's Debates) によりながら、その制定の経緯を明らかにすることに重点をおこうと思うのであ
る。

(1) 東京家審昭和三九・一二・一四家裁月報一七卷四号五五頁、東京高決昭和四〇・一二・八家裁月報一八卷七号三一頁、東
京家審昭和四二・六・九家裁月報二〇卷三号六七頁、東京高決昭和四二・八・一四家裁月報二〇卷三号六四頁、大阪家審昭
和四三・五・二八家裁月報二〇卷一〇号六八頁、大阪高決昭和四三・一二・二四家裁月報二一卷六号三八頁、東京家審昭和
四四・五・二二家裁月報二二卷三号七七頁。

(2) 森口静一・鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」ジュリスト三一四号七二頁、久貴忠彦「面接交渉権覚書」阪大法学六
三号九九頁、山本正憲「面接交渉権について」岡大法経学会雑誌一八卷二号一六九頁、相原尚夫「面接交渉の実務覚書」ケ

- 「イギリス研究」一四号三七頁、東京家裁「離婚調停後の親と子の面接交渉」(研究会) ケース研究一四号六六頁、中川淳「面接交渉権」ジュリスト四二四号一一頁、同「離婚後親権を行わない父母の一方の面接交渉権」法律時報四一巻九号一四〇頁、野田愛子「面接交渉権の権利性について」『家庭裁判所の諸問題』上巻一八一頁、中川善之助「最近判例婚姻法」(その五)法学セミナー一七八号三一頁、高橋忠次郎「子の監護と面接交渉権」ジュリスト四七二号一一五頁、沼辺愛一「子の監護をめぐる諸問題」家裁月報二五巻四号一頁など。
- (3) 各国の立法例については、久貴・前掲一〇六以下、山本・前掲一八八頁註(7)などに紹介がある。
- (4) 法務省家庭局見解(昭和四五年家事審判官会同概要)「家裁月報二二巻九号八四頁」など。
- (5) 前掲大阪高決昭和四三・一二・二四は、この立場に立つ。中川(善)・前掲三二頁も同旨か。
- (6) 森口・鈴木・前掲七五頁、高橋・前掲一一九頁など。
- (7) 明山和夫『注釈民法(23)』七四頁。なお久貴・前掲一一七頁は、親固有の自然権としたうえで、この立場をとり、かく解しても矛盾はないとする。山本・前掲一八五頁、沼辺・前掲一八頁も同旨を説く。
- (8) 中川(淳)・前掲一四三頁、野田・前掲二〇九頁など。
- (9) 相原・前掲四三頁以下に、東京家裁における面接交渉についての実態調査が報告されている。(補注1)参照。
- (10) 相原・前掲三八頁以下、野田・前掲一九四頁以下。
- (11) 山本・前掲一七八頁以下。
- (12) この速記録については、拙稿「イギリス新離婚法成立過程における教会の立場」法社会学二二号八九頁註(7)参照
- (13) minutes of Evidence taken before the Royal Commission on Marriage and Divorce, 4th Day, p.82, Q772 (the mother's Union), 7th Day, Q1485—86 (the National Association for Marriage and Divorce), 4th Day, p.82, Q772 「子供の立場から見ると、面接交渉権は完全になくした方がよい」と証言している。
- (14) minutes, op. cit., 18th Day, p. 499 (a Group set up by the Fabian Society)
- (15) Ex. minutes, op. cit., 11th Day, Q. 2528 (the Magistrates' Association)
- (16) A. Wharam, "Access to Child," (1972), Family Law vol. 2, No. 4, pp. 101.
- (17) 山本・前掲一七四頁以下。

II 父の common law right のもとでの母の面接交渉権

(1) コモンローの原則

周知のように、コモンローにおいては、父は本来のかつ養育に関しての後見人 (Guardian by nature and by nurture) として、未成年の嫡出子に対し絶対的な監護権 (custody) を有していた。従って、母その他の者の子の監護は、父の許諾 (sanction) がないかぎり、不適法とされた。もっとも母もコモンロー上は、父とならんで、本来のかつ養育に関しての後見人と考えられてはいた。しかし、夫の生存中はその権限は顕在せず、ただ右の地位から派生するものとして、尊敬 (reverence and respect) を受けうるというにすぎなかったし、また夫が遺言により第三者を後見人に指定すれば、夫の死後すらも、監護権者としての地位を享受することはできなかったのである。⁽¹⁾ なお非嫡出子の場合には母が第一次の監護権者とされていた。

コモンローにおける右のような未成年の嫡出子に対する父母の監護権の不平等のもとでも、後述の未成年者監護法案の提出者であるトールフォードが述べているように、「嫡出子に対する父母の共同の監督および保護 (joint superintendence and protection) があたりまえの状態 (natural state)」であったことはいうまでもない。⁽²⁾ そして、多くの未成年者の父母は、「わが子の人格形成や無邪気なよろこびに対する貢献に力をあわせ、わが子が知能を伸ばし情緒を円満にすることによって自分たちにもどってくる報いを分かちあいながら、家庭の幸福に静かに浸って暮しており、法が父の手中に委ねた厳格な権限は、その穏やかな威厳によって蔽われ、それは死文 (dead letter) と化しているかのように見られている」のであった。⁽³⁾

しかしながら、ひとたび夫婦間に紛争が生じ、別居その他妻が夫の家庭を去らねばならなくなったとき、妻は子に

対して母親としての愛情を注ぐことはできなくなり、それは子が未成熟の場合であれ、病床にある場合であれ変りなく、またその子に面接することさえ許されなかった。たまたま何らかの理由により、母が子を引きとることになった場合でも、父の申請により裁判所から出される人身保護令状 (writ of habeas corpus) によって、母は無条件で夫またはその代理人のためにその子を放棄せざるを得なかった。そして彼女がもし右の裁判所の命令に従わないときは、⁽⁴⁾法廷侮辱罪 (contempt) として告訴され、罪が確定するや、彼女は命令に屈服するか、死亡するまで投獄されたのである。⁽⁴⁾

(2) 判例にみる当時の実情

右に述べたような父の common law right のもとで母のおかれた状況をさらに具体的に知るために、次に、未成年者監護法成立前夜におけるいくつかの判例に現われた事例をながめておくことにしよう。⁽⁵⁾

なお以下のケースは、ほとんどが人身保護令状 (writ of habeas corpus) の申請によるものであるが、この令状は、子の監護権を有する者が、父であれ母であれ申請することができ、これによって子の引渡しを受けうるのであるから、⁽⁶⁾この令状を発するか否かが父母の間で問題となる場合のその実質的な問題は、いずれに監護権があるのか、ということになる。そして監護権は原則的に父にあるのだから、母がこれを申請した場合には、ある特別な事情が母に監護権を移す理由になりうるかどうかの問題になわるのである。

(a) ド・マンヴェ事件 (King v. De Manneville (1804) 5 East, 219, 102 E.R.1054)

生後七ヶ月の女兒の監護権をめぐる夫婦の争いである。夫はフランス人、妻はイギリス人だった。夫の虐待に耐えかねた妻が子を抱いて夫のもとを去ったが、夫はある夜妻のかくれ家に入りこみ、暴力的にその子を奪うやほとんど

裸のまま連れ去った。そこで妻は人身保護令状を申請して、子の返還を求めた。しかし王座裁判所は次のような理由で妻の申請を却下した（なお、当時イギリスはフランスと戦争状態にあった）。

子が乳呑子 (Infant at the breast of the mother) であるとしても、父にその子の健康や自由を害そうとか、王国の外に連れ出そうとかいう動機のあることを裁判所が認定できないかぎり、子の父は、その子の監護権を有している。

(b) スキナー事件 (Skinner's Case cited in the Tolfourd's Speech)

夫が妻を日常粗暴に扱ったため、夫婦は別居するに至ったが、六歳の子は母のもとに引きとられた。父は別の女と同棲していたが、その子を母から奪うため人身保護令状を申請した。しかし王座裁判所が、夫婦の合意でその子を第三者のもとにあずけるべきことを勧告したため、両名は合意してその通り実行した。ところが父は、右第三者をだましてその子を引きとり、借金問題で投獄されている間、前記の同棲中の女の監護にまかせた。そこで母は人身保護令状を申請した。このケースでは、裁判所は、母が申し分のない性格であり、別居中もいかなる種類の悪評も立たなかったことなどを認定し、母の申請を認容し、父に対し子の引渡を命じた。

(c) マクレラン事件 (McClellan's case cited in the Talfourd's Speech)

夫婦の別居の理由は明らかではないが、子を引きとった父親が子を寄宿学校に入れておいたところ、その子が健康を害する、いれきに罹ってしまった。同じ病気で上の二人の子を失った経験をもつ母親は、さっそくその子を学校から連れ出し、自己の手もとで看護をはじめた。そこで父親はその子の返還を裁判所に請求した。パトソン判事 (Mr. Justice Pateson) は次のように述べて父の申請を認容した。

〔父親が子供に対して〕故意の虐待をしていないということと、母親の献身的な看護がなされることとの間には大きなちがいがあふ。ことに本件のように、上の子が同じ病気に罹ったという事情から、母親が看護につきベストを尽しうると考えられる場合にはなおさらである。……子が微妙な健康状態にある以上、その子は母親といふべきである。しかしわれわれは、その点を理

由に「母親とすべきだとする」命令をなす権限を有していない。

(d) グリーンヒル事件 (The King v. Greenhill (1836) 4 AD. & E. 624, 111 E.R. 922)

妻が静養のため、三人の娘（五歳半以下）を連れて Weymouth に滞在中、夫が、London で女と同棲していることを知り、母や友人の勧めもあって教会裁判所に離婚とアリモニーの訴えを提起したところ、これに対抗して、夫が衡平法裁判所に人身保護令状を申請して子の引渡しを求めた事件である。副大法官 (Vice-Chancellor) は、夫の申請を認めて妻に対して子の引渡しを命じた。そこで妻は、王座裁判所に上訴した。しかしながら同裁判所は妻の上訴を棄却して言う。

子が選択をなしうる年齢 (an age to exercise a choice) であるなら、裁判所は子に父母のいずれの方へ行くか選択させる。もし子がその年齢に達せず、指示をしないことが、子を危険や誘惑にさらすだけであるなら、裁判所は子が適切な監護のもとにおかれるよう命令を下さねばならない。しかるとき、その唯一の問題は適切な監護とは何かということであり、それは疑いなく父の監護である。これ「父の監護」の強制が子に危険を伴う場合、たとえば虐待の懸念があるとか、たびたびの放蕩による悪影響が懸念されるところの場合には、裁判所は父の権利の存在に拘束されないというのが判例である。しかし本件ではかかる危険が存在するとは言えない。夫と女との不法な関係が存在するとはいえ、同女が、これから子が連れてゆかれる家の家政を担当するとか、当事者の行為に、子を父の監督 (control) のもとにおくことを不適切ならしめるほどの不品行が存在するとは認められないのである。

以上の四件は母の監護権の有無のみが問題となった事件だが、次の二件は母の面接交渉が直接間接に問題とされているケースである。

(e) リットン氏事件 (Case of Mr. Lytton (1781) cited in the King v. De Manneville (1804) 5 East. 222.)

事案は、夫との別居に際して子をひきとった母が、その子を学校に寄宿させていたところ、父がその子を学校から

連れ出してしまったので、母から人身保護令状による子の引渡しを求めたものである。

審理に当たったかのマンズフィールド卿 (Lord Mansfield) は、「子が何歳であれ、父から子を奪うことは、裁判所にはできない」として、その申請を却けた。ところが、この事件では、父母が別居の際に、『父は、母に対し子との面接を許さなければならぬ』という条項を含む別居証書を取り交していたのである。この点に着目したマンズフィールド卿は、右の判示に続けて次のように命じた。

しかし、父は、母を子と面接させるという条項に拘束されるのであるから、もし父がその子を自己のもとにおくことを選ぶのであるなら、母の面接交渉を用意してやらなければならない。

(f) ボール事件 (Ball v. Ball (1827) 2 Sim. 35., 57 E.R. 703)

事案は、離婚 (divorce a mensa et thoro) した母が、現在父の監護のもとにある一四歳の娘を母の監護のもとに移すこと、もしそれが容れられないときは、母が適宜娘と面接することを許すこと、のいずれかの命令を求めて衡平法裁判所 (Court of Chancery) に提訴したものである。提訴に至る経過は次のようなものであった。父が別の女と同棲をはじめたので、母は姦通を理由に離婚の訴を提起し、これが教会裁判所 (Ecclesiastical Court) によって認められた。そこで娘はそのまま母のもとにひきとられたが、時折父のもとへ訪問することが許されていた。そうしたある日、父が訪ねてきた娘を無理に自己のもとにとどめて、そこから学校に寄宿させ、そのことを母に隠して知らせなかった。母は長い間娘の行方を捜した末、ついに娘のいる学校をつきとめたが、教師は、自分の立合いのもとでなければ娘との面接を許さないとした。そこで母はこの提訴に及んだのである。

審理に当たった副大法官 (Vice-Chancellor) のハート卿 (Sir Anthony Hart) は、「当裁判所は、父の姦通という事実については、父が子を相手の女に接触させていないかぎり、何ら関知しない。従って、姦通を理由に子の監護に対

するコモンロー上の権利を父から剝奪しようとする訴があつても、その点は別問題として考えなければならぬ」と前置きして、父が娘を女中以外とは接触させなかつたことを認定した上で、姦通以外の事実に関して父からコモンロー上の権利を剝奪するに十分な理由となる事実が存在するか否かを検討する。そしてハート卿は、娘が母と暮らしていた当時の母の行為はまったく立派なもので、母は娘が別れた父への尊敬の念を失わぬよう努めたりしていたのに対して、父の母に対する行為は粗野でかつ暴力的であつたし、また娘を隠すにつき母を欺き、娘の行方を求めて訪ねてきた母に危険を感じしめるなど無謀なものであつたことを認定した。しかしハート卿は「父の側に、父の権利に対する裁判所の干渉を許すようななんらかの行為があつた」ということは、子の処遇や教育に関して示されなければならず、このケースにおいては、子の養育、監護に対するコモンロー上の権利を父から剝奪するのに十分なものはなんら見出しえない、というほかない」として、母の請求をいづれも却下したのであつた。しかしながら、右の決定には、次のような注目すべき言葉がつけ加えられた。すなわち、

私は、申請されている命令を正当化しうる先例を知らないのある。もし「そのような先例を」見出しうるならば、私は喜んでそれを採用しよう。なぜなら、道徳的に見れば、母からその子と適切に交通すること (Proper intercourse) を奪うことくらい苛酷で残忍な行為はないと思ふからである。

以上未成年者監護法成立前夜における母の監護権ないし面接交渉権に関する若干の判例を紹介したが、前述のようなコモンローにおける父の絶対的な監護権のもとでも、(c)事件の判旨が明言するように、父が子に対して肉体的・精神的な危険を及ぼす恐れのある場合には、裁判所が父の監護権を剝奪できるといふ判例が当時すでに確立していたことは明らかである。このことは、子の利益という観点から父の監護権を制限し、反射的に母の権利を高揚せしめていく、という点で注目すべきであるが、問題はその具体的な内容である。乳呑子を夜間裸同然で連れだしたというだけ

では子の虐待とはいえない (a) 事件) し、子を同棲中の女の監護に委ねたという場合 (b) 事件) は格別、単に女と姦通している、あるいは同棲しているというだけでは、子に精神上悪影響を及ぼすとはいえない (d) (f) 事件) のである。しかも、右のように子の利益とはいっても、単に相対的に母の方が監護権者として優れているというだけでは、父から監護権を奪うことはできない (c) (e) 事件) のである。なお、(d) 事件は子の判断能力の問題をとりあげるが、この点については、右の子の利益ということと併せて後に詳細に検討するであろう。

ところで、右のように母の監護権については、子の利益という観点からであったにしろ、やや緩和されつつあったが、やはりコモローの原則はなお厳然として母の前に立ちふさがっていたのである。そして母の面接交渉権についても事情は同じであり、夫の拒否の前で、母は決して救済されなかった (f) 事件) 。ただ、(e) 事件において、別居証書により、父が母の面接交渉を一たん承認したことを楯に、父の現実の監護とひきかえに母の面接交渉権が保証されている点は、注目に値する。このことは、硬化化したコモローに対する (c) 事件のパスン判事、(f) 事件のハート判事の慨嘆の具体的な現れであり、裁判所による少なくとも面接交渉の権利化の志向と理解すべきであろう。こうして、少なくとも判例のうえでは、立法による事態の救済の機は熟していたのである。

- (1) Eversley, *Domestic Relations*, 6th ed. pp. 331, P. M. Bromley, *Family Law*. 4th ed. pp. 263, 268.
- (2) Hansard's *Parliamentary Debates*, 3rd series, vol. 39, col. 1082.
- (3) Hansard, *ibid.*
- (4) Hansard, *op. cit.*, col. 1083.
- (5) 以下に掲げるケースは、いずれもトールフォードが議会での演説の中で引用するものだが、出典 (判例集) が明示されながらも、不正確なためなのか検索できないものもある。それらについては、演説から引用する。なお、貴族院でも、リンド

ハーストン卿が同じケースを引用する (Hansard, op. cit., vol. 44. cols. 774) ので、右の引用方法によるケースはそれによって補足することにする。

(6) Eversley, op. cit., p. 340.

三 一八三九年未成年者監護法の成立過程

(1) 立法のきっかけ

(a) ノートン夫人の別居事件

一八三九年未成年者監護法 (The Custody of Infant Act, 1839) は、別名トールフォード法 (Talfourd's Act) といわれるように、衆議院議員トールフォード (Sgt. Talfourd) によって三七年以来三会期にわたって提出された法案にもとづいて成立したものである。彼がこの法案を提出するに至ったのは、彼が上級法廷弁護士 (sergeant-at-law) であり、前に引用したグリーンヒル事件の母側の弁護士であったことから、当時における母のおかれた状況に目にあまるものを感じていたことにもよるが、その直接の動機は、ノートン夫人 (Mrs. Caroline Norton) という一人の美貌の婦人からの働きかけであった。⁽¹⁾

カロライン・ノートン、彼女は劇作家シェリダン (Richard Sheridan) の孫であり、著作活動をやるほかロンドン社交会の花でもあった。彼女は一九歳でリチャード・ノートン (Hon. Richard Noton) と結婚し、三子をもうけた。しかし彼女の美貌にあこがれて、時の首相メルボーン伯 (Lord Melbourne) とその閣僚たちをはじめ、当時の名士が彼女の家に集い、彼らのほとんどはノートン夫人に恋をしているのだと公言していたほどで、そのためノートン夫妻の間の争いも絶えなかった。夫婦の仲は遂に破綻した。夫は三人の子を自分の従弟に託し、彼女との面会を拒否させ

た。彼女が当時自分たち母親のおかれた法律上の地位の劣悪さを知ったのは、夫がメルボーン伯を姦通罪 (Criminal conversation) で告訴したときであった。この告訴は、夫の家庭内の遺恨と政治的な虚勢によるものだとして、ただちに棄却されたが、ノートン夫人は、これをきっかけにしてはじめて母には子に対する権利は絶対的に存在せず、夫の同意のないかぎり、再び子と面接することもできないことを知ったのである。彼女は一度ひそかに子供たちと会うことに成功したが、それを知った夫は子供たちをスコットランドに送ってしまった。彼女はまた、夫から金銭の給付を拒否され、強女の特有財産といえるものも夫に留置されてしまった。しかし彼女は子供をとりもどそうということの一心であった。ついに彼女は、そのためには国家法を変える以外にないものと考え、既婚婦人でしかも誰からも保護されないでいるというハンディキャップにもかかわらず、一八三六年、法改正のためのキャンペーンに乗り出すことを決意した。

(b) ノートン夫人のキャンペーン

すでに、トールフォードの演説の引用によって、当時の家庭生活における「あたりまえの状態」についてふれたが、当時そうした家庭生活に支配的だったのは、「二領分 (the two spheres)」の原理 (G・M・ヤング) と呼ばれる家庭観であった。すなわち、事業とか政治とかのことがらは男性の領分であり、女性のそれは家庭であって、彼女はそこで夫につかえ、家族の世話をなし、余暇を縫いものと思慮深くかつ上品な慈善事業に費す、とする考え方で⁽²⁾ある。こうした考え方は、もちろん伝統的なキリスト教の教えに由来するものであるが、ことに産業革命で増大した都市の下層社会ではびこる墮落した風潮 (ポルノグラフィとか売春とか) は、中産階級にとって脅威であり、この威嚇に對して、家庭こそ欠くべからざる砦であると考えられたから、女性は家庭にあり家庭を守らなければならないとする家庭観が確固たる地位を占めたものといわれる。⁽⁴⁾そして、われわれにとって重要なことは、この原理が多くの男性に

よってばかりでなく、当の女性たちにも信じこまれ、彼女たちはこれに従順にしたがっていたということである。⁽⁵⁾

こうした風潮の中にあつてノートン夫人が法改正のためのキャンペーンに立ち上ったことはなみなみならぬ決意であつた。もっとも、ダイシーが「教師、音楽家、俳優あるいは著作家として、職業上の熟練により、巨大な報酬をうることのできた中産階級の婦人の数が、一九世紀のはじめ以来非常に増加し、かつこの多芸多才の婦人の団体が、その中にある者に加えられた不公正のあらゆる事例を、出版物を通じて公衆に知らせる資力を得たことは明白である」⁽⁶⁾と、女性の財産上の地位に関して述べていることから明らかのように、ノートン夫人以前においても、女性の社会活動は徐々にはあるが開始されていた。初期チャーチスト運動における女性の活動がその最も有名なものであり、またウォルストンクラフト(M. Wollstonecraft)が、一七九二年に「女性の権利の擁護 (A Vindication of the Rights of Women)」を著わし、女性解放の宣言をなしたことも余りにも有名である。⁽⁸⁾ またいわゆるフェミニストの観念が頭をもたげはじめたのもこの頃であつた。⁽⁹⁾

ストレイチは、女性解放のために、当時において彼女らのなしたことは、一つには、当時彼女らのおかれていた地位について、その厳格さ、限界、不正義に不満をもつ傑出した女性たちが、右のような社会活動を通して、自分の価値を世間に証明してゆくことであつたが、もう一つの重要なことは、政治を現に動かしている男に対する関係、友情、愛情を通して、政治的影響を与えることであつたとする。そして美貌な、巧妙な、あるいは野心的な女性、彼女らの魅力を發揮して、次第に男性社会の流れの方向を変化させていったのである。ストレイチは、ノートン夫人の場合は、まさに後者の方法によつたものだとする。⁽¹⁰⁾ 彼女は、次々と女性の地位の劣悪さを訴えるパンフレットを發行したが、すでに彼女の著作はよく知られていたし社交界の花であつた彼女の知名度も高く、それはよく読まれ、理解されもし、非常な反響を及ぼすことになつた。彼女は書いた。

女性の被害は半分程度も知られていない。なぜなら、それを公表することは女性にとって恥かしいことと考えられているからである。とまれ、私よりも明らかに善良な——感心な、忍耐強い、迫害にも性急にならない——いかに多くの女性が、「食卓の」パンを涙でぬらしてきたかを私は知っている。……私は法改正を見るまでは他の著述をやめる。……それはイギリスの全女性の問題だからである。もしも私の正しさが認められ、明日の幸福を享受できるのであれば、あくまでそのために努力し活動するであらう。そしてもし私が明日死ぬるとしても、そのように努力したということでは私は満足である。

彼女はこのような決意を述べ、そして女性のおかれた劣悪な地位を示すいくつかの実例をあげながらいう。

夫が、別居してその母の家にいた妻から乳児を奪い連れ去った例もあった。……妻を遺棄した夫が、遺棄した後に生れた子の引渡しを要求し、新聞でその子の死亡を知るや再び妻のもとを去った例もある。……それらのどの場合でも、常に夫の主張は自明のことと考えられているのである。⁽¹¹⁾

ノートン夫人のこうしたキャンペーンは、ついに若き上級法廷弁護士で議会の闘士であるトールフォードを動かした。一八三七年の春、二人は会合し協力を約したが、二人のそれ以後の共同作業はたちまちいわれのない妨害を受けることになる。たとえば *the British and Foreign Review* 誌は、夫人に対する長い侮辱的な攻撃文を載せ、彼女は悪魔である、彼女は畜生であるとして、二人の関係に見当ちがいな推測を加えた。夫人はこれに激怒し、同誌を名誉毀損で告訴しようとしたが、当時の法律は、既婚婦人に訴える権利も訴えられることも許していなかった。彼女はパンフレットに次のように書いている。

私は、法がすべての既婚婦人に保護の欠如を強いることによって、彼女たちが粉ごなになることを期待しているのだ、ということ⁽¹²⁾を学んだ。

こうした困難な状況のもとで、夫人はキャンペーン活動をますます強力に展開し、他方トールフォードは議会に法案を提出するに至るのである。

(11) R. Strachey, *Struggle. the Stirring Story of Woman's Advance in England* (1928), p. 37, 以下のノートン夫人に

関する叙述は、主として同書による。なお、同書は、近年 “The Causes” a Short Story of the Women's Movement in Great Britain のタイトルで復刻された。

- (2) Norman St. John-Stevan, "Women in Public Law" in A Century of Family Law (1957), p.257.
- (3) S. Bailey, Common Sense about Sexual Ethics: A Christian View (1962), p.62.
- (4) Norman, op. cit., p.258.
- (5) Norman, *ibid.*
- (5) A. V. Dicey, Law and Public Opinion in England. (1905), pp.385, 邦訳「法律と世論」三五五頁。
- (6) Strachey, op. cit., p.32.
- (7) Strachey, op. cit., pp.32.,
- (8) Strachey, op. cit., pp.31, Norman, op. cit., p.259.
- (9) Strachey, op. cit., p.32.
- (10) Strachey, op. cit., pp.33. ストレイチは、「かかる方法による公けの事態に対する女性の介入はほとんど常に悪い結果をもたらした。ところが、ウィクトリア女王の治世第一年にそのような介入が女性の運動としてなされた。そしてそれをなした婦人は反フェミニストを公言し、その方法も旧い型に属していたけれども、彼女の到達した成果は、実は、女性の地位を向上させる最初の立法的な試みであった」と、ノートン夫人の運動を評価している。
- (11) C. Norton, the Natural Claim of a Mother to the Custody of Her Child as Affected by the Common Law Right of Father, Illustrated by Case of Peculiar Hardship, cited in Strachey, op. cit., pp. 36.
- (12) C. Norton, English law for Women in the Nineteenth Century, cited in Strachey, op. cit. p.38. なお、彼女の *この本のイントロダクション* 後 *Matrimonial Causes Act, 1857* の成立にも影響を与えたと言われている (C. Rover, Love, Morals and the Feminists, p.29)。

(2) 未成年者監護法案の提出

- (a) トールフォードの議会への問題提起 (第一次法案の提出)

かくて、一八三七年四月二五日、トールフォードは未成年者監護法案 (The Custody of Infant Children Bill) を

議員法案 (private member's bill) として衆議員に提出した。その法案の内容は、両親が別居している場合に、いずれかの親の申請にもとづき、あるいは、父の申請手続により発令された人身保護令状 (writ of habeas corpus) とともに、未成熟の子 (infant children of tender age) の監護に関する命令をなす権限を、大法官またはコモンロー裁判所の判事に賦与するというものであり、面接交渉権には直接ふれていなかった⁽¹⁾。この時の彼の法案提出の目的は、母の監護権について、議会の関心を喚起することにあつたから、その内容は概括的なもので十分だったのである。そして法案は、議会の許可 (leave) なしに提出の許のされているいわゆる無票決法案 (unballoted bill) として提出された。この方式での法案提出には、その要件として政府による審議時間の割当てを要するが、政府は時期尚早を理由にこれを与えなかつたため、審議にはまったく付されることがなく終つた。しかし、法務長官 (Attorney-General) が議会において、この問題は、彼の法案によつてさえ改善できないような、極度に微妙かつ困難なものであることを注意されたい旨の発言をしたため、⁽²⁾ 議会への問題提起というツールフォードの目的は達成された。

(b) 未成年者監護法案 (第二次案) の提出

前会期における自らの問題提起とノートン夫人の引続く精力的なキャンペーンによつてある程度の関心の高まりを知つたツールフォードは、同年一月二四日、新たな未成年者監護法案 (The Custody of Infants Bill) をやはり議員法案として、しかし今度は票決法案 (Ballot) として、衆議院に提出した。しかしその法案の内容は前の法案より後退したものとなつていた。すなわちそれは、子供の監護権については何もふれず、単に大法官またはコモンロー裁判所の判事に対して、夫と別居する妻の申請にもとづき、子と面接交渉することを認める権限を与えるというものにならなかつた。

このような法案を起草したことについて、ツールフォードは、議会で法案提出の許可を求める演説の中で次のよう

に説明する。

私は、夫との不幸な争いによって未成熟の子と別れさせられる妻がその子と面接交渉するのを拒絶する権利を夫に与えている法をこれまでのように緩和するための裁量的権限を、コモンローおよび衡平法の裁判所に判事に信託 (confide) しようとするだけである。自然的正義 (natural justice) が要求するところを思うとき、私の提案する心細い弥縫策 (slender palliation) にはずかしさを感じる。もしも、幼児期の子、ことに女の子の監護権を、父から母へと移すことができ、その原則のうえに、「面接交渉権を」例外として位置づけることができたなら、喜ばしいものと思っている。しかし、父の最優先の権利 (paramount right) がわが法により承認せられてきた時間の長さ、その権限をわが社会組織とからませているさまざまな糸、および、子供の教育や扶養にとって必要な財産を裁判所に扱わせることの困難さなどが、ここで承認を求めている単純な弥縫策を私にとらしめていたのである。⁽³⁾

このように、トールフォードは、前述のような子に対する妻の法律上の地位の急激な改革、すなわち未成熟の子の監護権の夫から妻への移行が、現状ではほとんど不可能なことを述べ、その代りに、妻の未成熟の子に対する面接交渉権を夫の拒否にもかかわらず承認するための権限を裁判所に与えようとしたのである。

ここで注意したいのは、妻の面接交渉の承認が、夫の監護権を制限し妻に監護権を与えるための弥縫策として出されてきた点である。このことはもちろん、面接交渉権がその性格上監護権の一内容をなすものと考えられていたことを意味しないし、かえってトールフォード自身、同じ演説の中でしばしば「この法案は、子供の監護権について何らの改正もするものではない」と述べているのである。⁽⁴⁾しかし右の点は、面接交渉権が母の監護権の確立に果した歴史的役割を理解するうえで重要な点であろう。

また面接交渉権のこれ以後の確立の歴史を方向づけるものとして看過できないことは、それが正面から親の権利として規定されるのではなく、裁判所の裁量事項として規定された点である。子に対する面接交渉というこの制度の性格

からいって、これを認めるか否かは、そのケースの具体的事情、ことに後の時代に至って登場する子の福祉にとっての適否によって左右されるものといえる。しかしこの面接交渉がはじめて制定法上に登場せしめられたこの時点では、そうした点は強くは意識せられてはいなかった。むしろ、夫の強大なコモンロー上の権利の存在という現実のもとで、妻のこの弱々しい権利をいかにすべり込ませるか、という立法技術上の問題として規定されたと思われるのである。妻の地位の向上にあふれる情熱を傾けた若き弁護士トールフォードにとっては、面接交渉を妻の権利と規定し、夫の権利に正面から制限を加える印象を与えることよりも、この問題に関して大いに信頼をよせることのできる裁判所にその改善を委ねた方が得策と考えられたのである。前述のように、裁判所ことに衡平法裁判所は、徐々にではあるが、夫の強大な権利を緩和させる方向に動いていた。しかしダイシーも指摘するように、「衡平法が発達した態様は、——それは理論上コモンローを遵守し、これを補足したのだから——コモンローに取って替ることを意味するような徹底的な改革を不可能とした」⁽⁵⁾のであり、前に引用した *Bail v. Bail* 事件⁽⁶⁾におけるハート卿のなげきは、まさにそのことを示したに外ならない。トールフォードはこうした裁判所の改革の気運にのり、そして右の限界の突破口を開くべく、面接交渉に関する裁量の権限を裁判官に「信託」⁽⁷⁾しようとしたのであった。彼は前に引用したリットン氏事件の判決を引用しながら次のようにいう。

私はこのもつとも合理的な条件を無責の母のために求めているだけだ。そしてマンスフィールド卿の命令こそが、私の立法府に強制力を付与するよう求めるものなのである。いくつかのケースにおいて裁判所は、そのようなとりきめ〔「妻に面接交渉権を許す」に同意するよう当事者に勧告するのに成功してきた。しかしそのような同意はしばしば無に帰することは経験が示している。すべての判事が勧告しようとしてきたことを強制できる権限をどこかに与えるべきなのである。】⁽⁸⁾

彼はまた、演説のしめくくりにおいて次のように述べている。

これらの「これらこれまで指摘してきた妻の」窮状を救うための弥縫策において、私は夫の権利に関するイギリス法を変革しようとするのではない。つまり私は、潔白な既婚婦人 (matron) を虚弱な非嫡出子の母 (彼女らは、法律上その子の未成年の間の監護権を有しているが) と同じレヴェルにおこうというのではないし、すべての社会階級を通じて、幼児期の価値への愛を形成し、今日最も賞賛すべき領分と感ぜられ尊重せられている母親の愛情というものの日常的影響を、未成年者に回復しようというのではない。ただ私は、妻の運命の改善、つまり、一方の性が他方の性の無力さの上にふるってきた専制の機能に対してわずかなコントロールを加えようとしているのである。⁽⁹⁾

かくして法案は無記名の採決の結果、その提出が承認された。

- (1) Hansard, op. cit., vol.38, col.277.
- (2) Hansard, op. cit., vol.38, col.278.
- (3) Hansard, op. cit., vol.39, col.1087.
- (4) Hansard, op. cit., vol.39, col.1089.
- (5) Dicey, op. cit. pp. 382. 邦訳三五三頁。
- (6) (1827) 2 Sim 35,57 F.R,703.
- (7) 前出九頁参照。
- (8) Hansard, op. cit., vol. 39, col.1088.
- (9) Hansard, op. cit., vol.39, col.1089.

(3) 第二次法案の流産

(a) 法案の審議経過

法案提出が承認されたあと、翌三八年二月一四日の第二読会をかわきりに法案の実質的審議が開始された。トール

フォード自身、この法案をもって「心細い弥縫策」と規定したように、その内容がおだやかであったためか、衆議院においては、これに対する反対者はそれほど多くはなかった。もともと後述のように、そうした中でも、サグデン卿 (Sir E. Sugden) は、衆院に議おける反対派の驍将として終始強力な論陣をはって法案攻撃を執拗に展開した。しかし法案は「異例の速さ (unexampled rapidity)⁽¹⁾」をもって、衆議院を通過した。すなわち、第二読会ではサグデン卿の長い反対演説のあと大した議論もなく通過し、委員会の審議に付託され、その報告会 (一八三八年五月九日) での採決の結果、法案は賛成九一、反対一八の大差をもって可決され、さらに第三読会 (同年五月二三日) でも六〇対一四で可決されたのである。しかし貴族院では事情がちがっていた。第二読会 (同年七月三〇日) において、後に見るように、ブルーラム卿の長い反対演説が効を奏し、大法官 (Lord Chancellor) の法案支持演説もあったにもかかわらず、遂に採決の結果、賛成九、反対一一のわずか二票の差で法案は否決されたのである。賛成派は、これに抗議して直ちに声明を発表したが、その内容については後に見ることにしよう。⁽²⁾

(b) 法案反対論の検討

右に見たように、トールフォードの第二次法案は衆議院では圧倒的多数で可決されたものの貴族院では多数をえられずに終わった。

ところで、前にトールフォードが心細い弥縫策しかとりえなかった理由として当時の社会状況を述べる部分を引用したが、そうした社会状況のもとでは、それがいかにおだやかな改革案であったとしても、法案によって、いわば既得権が侵害され、あるいは父 (夫) 中心に築かれてきた家庭秩序が破壊される、といった男性の側からする直感的ともいえるべき反撥が法案に対して起ってくるのもまた当然であった。前記サグデン卿の主張は、まさにそうした男性側の意見の代表として登場してくるのである。ここでは彼の主張を中心にとりあげ、法案反対論を検討するが、その目

的は、前述のような当時の法律状況を支えていたものとしての人々の家族観あるいは女性観などを明らかにすることにある。

(1) サグデン卿は法案反対の最大の理由として、法案が「子との面接交渉を常に要求できる手段を妻に用意することによって、今日別居の過程に立ちはだかっている障碍をとり払ってしまう⁽³⁾」ということをあげる。そして彼は、法案を「夫婦別居離婚促進法案 ("a bill to facilitate separation and divorce between husbands and wives")⁽⁴⁾と呼ぶ。彼によれば、夫婦の間の紛争の原因は、ごく些細ないさかであることが多く、そのようなケースでは、「母親に関するかぎり」、子供への愛情が、夫婦の別居を防止する重要な手段なのである。すなわち「妻というものは、一般に、きまぐれな夫のご気嫌に服すことから免除されるのを喜ぶものである⁽⁵⁾」から、夫の自分に対する扱いに憤慨した妻は、すぐに別居をしたがるが、しかし子供からは離れたがらないから、これによって別居を思い止まり、あるいは一旦は別居しても、まもなく夫の家庭の保護のもとから去った自らの罪を詫びて戻ってくるものである、と彼はみる⁽⁵⁾。つまり「夫の家庭を去った後は、子と面接交渉できないということを知っていれば、妻は些細な原因では夫と別居しようとは考えないであろう⁽⁶⁾」という。従って法案は、前述のように、この障碍をとり払って別居を促進するものにならないのである。

ところで、こうしたサグデン卿の主張に対して、法案支持者であるスミス議員 (Mr. V. Smith) は、母の子に対する愛情が婚姻の維持のために機能していることを認めつつも、そのことについて次のように反論する⁽⁷⁾。

議会は、妻を無視して虐待する夫との生活を女性に余儀なくさせるために、それ「母の子に対する愛情」を利用すべきではない。そのことは、すでに十分に強者である当事者の利益のために弱者に課される強制である。現状では、別居することで生ずる困難のすべてが女性の側にあり、それ故、婚姻生活での争いではいつでも妻は制裁を受ける側にあるから、妻は屈服する方が

都合がよいと感じているだけである。サグデン卿の原理によれば、妻は奴隷の地位におかれていることになる。

そしてまた、スミス議員は、法案が別居を促進するという主張に対してもいう。

現在の社会条件のもとでは、夫と別居する妻の状況は、妻と別居する夫のそれと比べてはるかに不利である、ということをおぼれるべきではない。夫はこの事態〔「妻と別居する状態」〕において、いかなる害を被るといふのであろうか。夫が妻に対してひどい虐待を加えたため告訴されたという場合なら格別、一体世間の人が妻と別居する夫との交際を拒んだことがあるか。夫と別居する妻に対して夫の場合と同じ扱いをしたらどうか。「否」である。妻に、これまで自分が社会的に占めてきた地位を奪われるようなスキヤンダルがあったとしよう。彼女は男の場合よりもずっと困難な状態で裁きをうける。中傷が告発者であり、世間の盲信が裁判官である法廷で彼女は裁かれるのである。

スミス議員が指摘するように、当時の社会条件のもとでは、おそらく妻が別居することには多くの困難がつきまわっていたであろうことは想像に難くない。そして、妻に別居を思いとどまらせる根本的な理由はむしろそうした社会条件なのである。もちろん、母にとって夫との別居が場合によっては子との永遠の離別を意味するような当時の法制のもとでは、サグデン卿が考えるように、妻が子に対する愛情ゆえに夫との別居を思いとどまることも多かったであろう。しかし、だからといって、同じ社会条件のもとで、妻に子供との面接交渉の途を開くことが別居を促進することにはならないのである。サグデン卿も多分そのことは十分承知のうえにかような主張をなすものと思われる。では彼のかような反対論の主眼はどこにあったのであろうか。

まず、彼が母の面接交渉の承認をただちに別居の促進ということに結びつけるその発想方法に注意しなければならぬ。しかも彼は第二読会での反対演説の冒頭において「賢明な立法者というものは、夫妻をある共通の利益によって結びつけておこうとするものであるが、賢明でない立法者は別居するための便宜を与えるものだ」と述べている。

このことから明らかかなように、彼にとつては、こうした家族関係の法律においては婚姻の絆をいかに継持するか、という視点が最も重要なことなのである。しかも、その婚姻は夫の権力を中心とした秩序をもったものである。そして、この秩序をくずすことは、まさに婚姻の絆を弛緩させることなのである。妻に子供に対する幾分かの権利を承認することは、まさにそうした秩序の一角をくずすものに外ならない。彼はいう。(9) すなわち、

イギリス法は、それが賢明であるかどうかはともかく、婚姻上の権能および親としての権能のすべてを父親の手中に委ねてきた。女性の強さはその従順さ (submissiveness) の中にあり、子供を通じてのその従順さの作用により、法は偉大な道德上の権能を母の上に確立してきたのである。もしこの点に注目するならば、法案によって、家庭の道德をはぐくみかつ保存してきたところの絆が、弛緩し弱体化されることに気づくであろう。

前述のように彼は、賢明な立法者は夫婦に共通の利益によって婚姻の維持をはかるべきだというが、彼によれば、その絆たるべき共通の利益は夫婦の間の子である。しかし彼自身も認めるように、それはもっぱら妻に対してのみ働く拘束であるが、婚姻の維持という至上命令のためには、そうしたいわば妻の弱みをも利用すべきなのであり、専横な夫に対する子ゆえの服従もそのための妻のあるべき姿にほかならないのである。そして、このようにもっぱら妻の側の服従にだけ別居や離婚の防止機能を担わせることも、彼がおそらくは前述の「二領分の原理」を自明のこととして、家庭を守ることは妻の役割であると考えから、むしろ当然のことなのである。しかも、彼自身は、これが前に引用したスミス議員の反論にあるような妻の奴隷化の主張とは決して考えない。つまり、妻はこのように従順であればこそ、法が偉大な道德上の権利を認めてやっているのではないか、というわけである。しかしこの道德上の権能というものが、妻として、母として尊敬される、という内容のものでしかないことは、前述した通りである。

(四) 右に見たように、サグデン卿は法案がコモンローによって確立された夫中心の家庭秩序を崩壊させるものとし

て、それに反対するが、さらに彼は、一層率直に法案によって夫にもたらされるいくつかの不利益を強調する。

まず彼は、法案が妻に権利を与えることの不満を表明して次のように述べる。⁽¹⁰⁾

真の問題は、女性がその行為の如何にかかわらず、子の監護に対して絶対的な権利をもつことが、全体的に社会の利益になるかどうかを決定することにある。

前述のように法案は、夫と別居した妻に子との面接交渉を認めるかどうかを決定する権限を裁判所に与えるというものであるにすぎず、決して妻に絶対的な監護権を与えるものではないし、サグデン卿自身そのことを理解していないわけではないことは、次の引用より明らかである。しかし彼は、かかる面接交渉の承認が必ずや妻の絶対的監護権の承認という結果を将来においてもたらすことを敏感に察知しているのである。なお、彼が、右に妻の行為の如何にかかわらずその権利を認めるとしているが、これは、彼が、法案において「親」という言葉が一貫して用いられているが、非行を犯し、家族をかえり見ない女が、その義務を忘れ、多分妻というタイトルを失っても、親であることは失わないので、法案は、これを配慮し「そうした女にも」それ「面接交渉」を用意してやるためであろう⁽¹¹⁾として、別居ないし離婚におけるいわゆる有責配偶者にも子との面接交渉を認めることになる点を批判することと対応するものであるが、これに対してトールフォードも「親」という言葉を用いて、その問題についての現行法の改正をするつもりはない⁽¹²⁾」として、有責の妻を除外することを認めている。

サグデン卿は妻に権利を承認することについて、さらに次のように言う⁽¹³⁾。

法案が、「妻に対して」ただちに絶対的な権利を与えないのは確かである。しかしそれは、これ以上に非難さるべき権限を与えている。すなわち、原告に宣誓供述書 (affidavit) を提出できるようにして、裁判官に婚姻の時から申請のその時点までの全家庭生活を調査して問題を審議させるようにする権利を「妻に」与えるのである。

ノートン夫人の事件について述べたところでもふれたが、当時妻はコモロー裁判所では夫を訴える権利は認められておらず、子の監護に関しては、人身保護令状の申請を通して事実上、夫と争いえたにすぎなかったわけだが、法案は、妻に衡平法裁判所のみならずコモロー裁判所に対しても面接交渉の承認を求めうるようにしているため、サグデン卿はその点に反対するわけである。しかし彼は単にこの妻が夫を訴える権利を取得し、対等に争いうるという点だけでなく、右の引用からもある程度明らかのように、裁判所に夫の権利への介入を認めることもまたおもしろくないのであった。彼はそのことについては、裁判所の介入によって、夫婦の争いが激化し、夫婦の和解の機会が永久に失われるという形で主張する。すなわち「法案は、家族にとって果てしなき悲惨な場面をつくり出し、また、まったく驚くべき争いの拡大をもたらすであろう」という。面接交渉の運用につき、これと同様の議論は今日もないわけではない⁽¹⁵⁾。しかし、彼は妻に訴える権利を認めることによってかような結果がもたらされるとしている点に注意しなければならぬ。すなわち、

この法案は、個々の困難なケースにとっては有効かも知れないが、全体としての女性を利することになるとは信じられない。全体的には、母親を子から別れさせ、和解の手段を廃棄することになる。現行法は、言われているほどには決して残酷ではない。性格の不一致の結果として別居の行なわれるケースのほとんどにおいて、母親の子供に対する面接交渉に、「父親が」合理的な許諾を与えなかった、という例を私は聞いたことがない。女性の行為が悪質であったとか、夫が母親を子供から遠ざけるのを正当化する強い理由があるとかでないかぎり、夫がこの面接交渉を頑固に拒否していることが知れば、社会が放っておかないであろう⁽¹⁶⁾。

と言っているように、サグデン卿の主張は、母の面接交渉の可否を夫の許諾の有無にかからしめている現行法のもとでも、現実には、夫は決して恣意的な権利行使にははしらず、妻の側に問題のあるケース以外は、夫の合理的な許諾があるものとし、従って法案が救済しようとしている問題があるとしたらまったく例外的なケースにおいてであると

いう考えを前提としているのである。⁽¹⁷⁾ もっとも彼は、夫の権利行使につき、社会的サンクションを云々しているが、しかし前述のスミス議員も指摘したような、別居自体に関しての夫と妻に対する社会の対応のちがいが厳然と存在するとしたら、右のサンクションが夫に対してどれほどの強さをもって作用したか疑問であり、いずれにしろ彼は、夫の恩情的な態度により問題はほとんど解決されているものとする考え方を前提として、さきの裁判所の介入による紛争の激化を指摘するのである。彼は、妻が面接交渉を求めて裁判所に提訴し、その結果争いが激化するに至る過程を詳細に述べているが、そこにおいても、「妻は、婚姻生活のみじめさを述べ、夫が婚姻でもたらされた不利益は忘れ……彼女が不偶と虐待にいかにも長く耐えてきたかをもっぱら示す」ことに努め「夫は、そのような供述書に激怒し」それに対抗しようとする事によって紛争が激化するものと説明している。⁽¹⁸⁾ 以上のように、サグデン卿が、裁判所の介入によって夫婦の紛争が激化する、と主張するとき、それはむしろ、夫の権利への介入自対に対する反撥とみることができるのである。

なお右の点に関連して、反対派のシヨウ議員 (Mr. Shaw) が、「デリケートな心をもった女性なら、裁判所に介入を求め、その権利を行使することなどするはずがない」⁽¹⁹⁾と述べている点は興味深い。

サグデン卿にとってはまた、そうした裁判所での夫婦の争いは、その陳述がすべて公刊され、それが「世間 (the world) にパレードする」⁽²⁰⁾ことになる点も裁判所の介入に反対する理由となっている。

また彼は、右のようにしてなされた裁判所が、法廷侮辱罪によって強制されることになることも反対する。なぜなら多くの夫を監獄に送ることになるからである。⁽²¹⁾ しかし前述のように、夫の申請した人身保護令状によっても子を手放さない母たちは、当時のコモローのもとですでに同じ処遇を受けていたのであり、右の主張はまさに男の側からの身勝手な主張そのものであることはいうまでもない。

(ハ) サグデン卿はまた法案に対して次のように批判する。⁽²²⁾

提案された措置によって子供が利益を受けるとは信じられない。反対にそれは子供に害を及ぼすだろう。別居の間、父と母とは不和であり、多くのケースでその不和は激しい敵意にまで発展する。妻は子供に対する面接交渉をもつべきだとしても、立法措置によって達成されえない。……面接交渉が夫によって否定され、判事によっては許されたときには、妻は夫によって大いに虐げられているものと受けとるのは当然である。彼女は夫の行為が以前より粗野になったと考え、子供の心にその考えをおしつけようとやっきになる。子供は両親に対する愛情ないし信頼の欠如という不自然かつもつともなげかわしい状態においやられる。父は母をそしめるのにやっきになり、母は父をそしめるのにやっきになる。子供はいいやその判決に従わされる。

この法案が子供に害を及ぼすという反対論は注目すべきである。前述のように、トールフォードは、その関心の中心を母の面接交渉の承認に向け、むしろ子の利益は度外視していたか、あるいは少なくとも母との面接交渉が当然に子の利益になるということを前提として考えていたからである。このことは他の賛成派議員においても同様で、たとえば、ブリード議員 (Mr. Praed) も、「特に子が未成熟の場合には、一〇件中九件は母がより良い後見人である」として、母の面接交渉権を当然承認すべきものと主張するし、また、リーダー議員 (Mr. J. T. Leader) も、「子の利益の保護を望むが故に法案に反対であるという主張には驚いた。現行法のもとでは、子の利益は保護されないのである。反対に、子の利益も母の感情も、現行法によって、全体的に無視されているのである」⁽²⁴⁾と主張している。

たしかに、面接交渉における子の利益をいう場合には、その前程として、父母のいづれにもこれが認められることが必要であろう。しかしそれにしても子の利益ということは、ほとんど注目せられないまま、法案は衆議院を通過した。これが真に考慮されるのは一九二五年未成年者後見法の成立をまたなければならなかったのである。

(ニ) 貴族院において法案反対の先頭に立ったのはブルーム卿 (Lord Brougham) (補注2)であった。しかし彼

は、持前の革新性の故か、あるいは衆議院での法案の圧倒的多数での通過を慮ったためか、一方で母の子に対する面接交渉権の承認ということ自体にはむしろ積極的に賛意を表明する。⁽²⁵⁾ しかしながら、他方で次のように法案を批判する。⁽²⁶⁾

法案は、現存の諸悪の一部にのみ適用されるものであり、しかも、この国全体に、そして夫婦の法の基本原理全体におどろくべき変化——すなわち、これまで家族の保護を図るもの、また子供の教育の指導原理における有徳性を確保するもの、とみられてきた法の革新をもたらすものである。

つまり、婚姻法の原理にそうした一大変革を加えようとする以上、現行法のもとに存在する諸悪の根源を断ち切るものでなければならぬ、と主張するのである。

ちなみに、彼が現行法のもとにおける諸悪として指摘するところを見ることにしよう。

第一に彼は、夫婦の財産関係の不平等を指摘する。⁽²⁷⁾ すなわち、

妻の動産 (Goods and chattels) は夫の手中にあり、また、家族や子を扶養すべき冷酷な夫に代って妻が仕事についているのに、夫は厳しきや残忍さをもって妻にあたり、年中、贅沢に飲み歩き、彼女の賃金を情婦との交際に費やしている、ということうくらい残酷で虐待的なことがありえようか。「しかし」法は、そのような女性からの不平には沈黙しており、たとえ沈黙しないとしても、せいぜい、自分のパンは、自分の額に汗して食べるべきだ、と言うくらいで、さらには夫は妻の働きで食べ、情婦のために妻の財産を浪費せよとさえいうのである。

第二に彼は、夫または妻が姦通を犯した場合の法の扱いについての不平等を指摘する。⁽²⁸⁾ すなわち、

姦通は……男女双方につき神の法により禁止され、原理上平等に国家法の非難を受ける。もっとも共に処罰はされないが。「しかし」もし妻が、婚姻の際に誓った夫への忠誠に背いたとすると、彼女は訴えられないけれども、彼女の情夫に対する損害賠償

の訴訟が起され、その訴訟において彼女の品格が云々されることになる。彼女の品格は奪われ、時には夫と彼女の情夫との通謀で彼女の品格が破壊される例も少なくない。この場合に、彼女は防御のすべもなく、ウェストミンスター・ホール (Westminster Hall)⁽²⁹⁾ から締め出されたままである。……しかし夫の側が姦通を犯したらどうであろうか。……彼女は被害を受けても、何ら救済されず、夫のあざけりと侮辱にたえるだけである。夫はこれ続けるかも知れないし、妻との生活を拒否するかも知れない。彼女には、慎しみ深い女性ならとうていなしえないところの夫婦同居権 (conjugal right) の回復を、Doctors-Commons⁽³⁰⁾ に行つて、請求する途しがないのである。

第三に彼は、右の姦通に関連して、姦通を理由に離婚する場合についての夫と妻の不平等な扱いについても言及する⁽³¹⁾ すなわち、

妻がもし別居を望むとしたら、卓床離婚 (divorce a mensa et thoro) は得られるが、再婚することはできない。夫の方は、教会裁判所で、勝訴の評決を得さえすれば、なりゆきとしてはほとんどの場合に、国会から離婚を認められ、再婚できることになるのである。……妻は姦通のケースで別居を得るのが非常に困難である。妻が国会で離婚が認められたのはたったの二件であり、それは近親相姦が証明されたケースであつた。

以上のように、ブルーム卿の妻の不平等な立場についての指摘は非常に鋭く、当時の各問題についての実情を知り、それら興味深いものであるが、彼は法の基本原理の一大変革によつて救済を受けるべきなのは、まさにこれら諸悪であると主張するわけである。そして、法案におけるように、法の基本原理の大変革によつて一部の悪のみ救済しようとする場合には、むしろ、右に指摘した婚姻法における「変則や非難の存在というものは、婚姻法に新たな変則や変化を導入することに対する警告として受けとるべきであり、感情の嵐や偏見の波によつて多数の変則を押し流そうとすると、われわれは、以前の立法者が乗り上げた暗礁に再び坐礁する危険におちいるのである⁽³²⁾」と彼は主張する

のである。

以上のように、ブルーラム卿の主張は、衆議院におけるサグデン卿が旧秩序の維持、父の権利の擁護のために法案反対論を展開したのに比し、きわめて革新的であり、にもかかわらず前車の轍を踏まないための慎重論であったのである。もっとも、これが一貫していないところもないではなく、たとえば、彼が法案は、婚姻法の基本原理に一大変革をもたらすものと主張していることを右に見たが、彼は現在の婚姻原理を前記引用のごとく評価し、また法案によるその変革をもって、「婚姻制度の性格に、不道德の流れがみなぎることが確実な運河を開く」⁽³³⁾ものとし、さらには、姦通した母親には面接交渉権を請求できない、とする法案の規定について、その種の事件はしばしば証明が不可能だからとして、事実上、そのような女に子との面接交渉を認めることになることを危惧している⁽³⁴⁾ごとくである。

なお最後に、ブルーラム卿が法案自体で反対すべき点として指摘する点についてもふれておくことにしよう。

第一に、彼は、法案が「子供に対する両親(Parents)の面接交渉をより容易にするための法」とされている点を問題にする。すなわち彼によれば、「父親は、すでにいつでも自由かつ十分な子供との面接交渉権をもっているのだから、法案の名称はむしろ『夫と別れた妻にその子との面接交渉を可能にする法』とすべきである⁽³⁵⁾」というのである。この点は、後に法案が再提出される際に改められることになる。なお、前述のように衆議院において、サグデン卿もこの「両親の面接交渉権」とされている点を問題にしたのであるが、彼の問題の仕方は右とはまったく異り、彼は「妻」としないで「親」とした点をもって、非行を犯し、家族を無視した女にも面接交渉を用意してやるために、注意深く「親」と規定したのであろう⁽³⁶⁾としたのであり、両者の姿勢のちがいを示すものであろう。

第二にブルーラム卿は、法案が、子供に関するすべてのケースが、三つの衡平法裁判所ばかりでなく、コモンロー裁判所でも審理されるようにした点を問題にする。これに対して法案支持派のリンドハースト卿が、衡平法裁判所だ

けに限定することを提案する⁽³⁷⁾のであるが、ブルーアム卿は、それはそれで賛成であるが、次の問題があることも指摘する。すなわち、「子の監護をめぐる家族の争いは、それが金銭でなく感情がからむから、長期かつ複雑であり、もつともはげしく争われるが故に、裁判所に過重な荷を課することになる。……そしてまた、どうしてロンドンとウェストミンスターに制限しようとするのか。なぜ地方にも目を向けられないのか。法案は、主都における母に限定し、ノーサンバーランドやコーンウォールにそしてまた他の王国内の辺地に考慮を及ぼさないし、提案された修正によっても、巡回裁判所 (assize) での審理を許さない⁽³⁸⁾のである」と。このように彼の指摘は重要な点を含むものであったが、再提出案では結局、リンドハースト卿の提案と同様衡平法裁判所のみを管轄とされることは後に見るとおりである。以上みたような、ブルーアム卿の説得力ある反対論の前に、前述のように、わずかに二票の差で法案は流産の憂目を見ることになるのであるが、法案が棄却された後、法案支持派の有志は、次のような抗議声明を出したのである⁽³⁹⁾。すなわち、

自然および理性は、未成年の子の適切な後見人として母を指名する。放蕩で、専制的で、短気な夫に独占的かつ無制禦の気まぐれをもって子に対する母の面接交渉を否認する権利を与えることは、正義に反し、人道にもとり、そして、社会にとって最良のかつ最も確実なセメントである母子間の愛情を破壊するものである。法案により提出された救済の時とか形態とか方式とかで非難すべきものは委員会では修正すれば良い。そのような細かい欠点を修正することが、自然が親子の間に命じている交渉を気まぐれでかつ報復的な妨害から護ることと同じくらい正当で重要で有益であるとして、それ〔細かい欠点〕を先行して考慮し〔法案自体を否決してしまうことは〕不当である。

- (1) 貴族院における法案反対派の一人ブルーアム卿 (Lord Brougham) の言葉 (Hansard, op. cit., vol. 44, cols. 779)
- (2) Hansard, op. cit., vol. 44, col. 791 の声明にはホランド卿 (Lord Holland) リンドハースト卿 (Lord Lyndhurst) サザーランド卿 (Lord Sutherland) の三名が署名している。

- (3) Hansard, op. cit. vol. 40. col. 1115.
- (4) Hansard, op. cit., vol. 43. col. 144.
- (5) Hansard, op. cit., vol. 40. col. 1115.
- (6) Hansard, op. cit., vol. 40. cols. 1116.
- (7) Hansard, op. cit., vol. 40. cols. 1120.
- (8) Hansard, op. cit., vol. 40. cols. 1115.
- (9) Hansard, op. cit., vol. 43. cols. 143.
- (10) Hansard, op. cit.,^Fvol. 42. col. 1050.
- (11) Hansard, op. cit., vol. 40. col. 1117.
- (12) Hansard, op. cit., vol. 40. col. 1123. しかしこの点が次の一八七三年法の主要な改正点になったことは後に述べる通りである。

- (13) Hansard, op. cit., vol. 42. col. 1050.
- (14) Hansard, op. cit., vol. 40. col. 1118.
- (15) Wharam, op. cit., p. 101.
- (16) Hansard, op. cit., vol. 43. col. 144.
- (17) 法案反対者の一人タンタレット議員 (Mr. Tancred) も「二〇件のケースのうち一九件は、別居した妻は子との交際 (intercourse) を許さねばならぬ」^Hを強調する (Hansard, op. cit., vol. 40. col. 1122.)
- (18) Hansard, op. cit., vol. 40. col. 1118.
- (19) Hansard, op. cit., vol. 42. col. 1053.
- (20) Hansard, op. cit., vol. 40. col. 1051.
- (21) Hansard, op. cit., vol. 40. col. 1119.
- (22) Hansard, op. cit., vol. 43. cols. 114.
- (23) Hansard, op. cit., vol. 42. col. 1052.

- (24) Hansard, op. cit., vol. 43, col. 147.
 (25) Hansard, op. cit., vol. 44, col. 779.
 (26) Hansard, ibid., col. 780.
 (27) Hansard, ibid., cols. 780.
 (28) Hansard, ibid., cols. 781.
 (29) 一八八三年までは、ロッキンローおよび衡平法の上位裁判所はすべて、ウェストミンスター・ホールで開廷されていた。
 (英米法辞典“Courts at Westminster”の項目参照)。
 (30) 一八五七年まで、教会裁判所がおかれていた建物(英米法辞典、同項目参照)。
 (31) Hansard, op. cit., vol. 44, col. 782.
 (32) Hansard, ibid., col. 781.
 (33) Hansard, ibid., col. 780. 前出三〇頁参照。
 (34) Hansard, ibid., cols. 785.
 (35) Hansard, ibid., col. 783.
 (36) Hansard, op. cit., vol. 40, col. 1117. 前出二六頁参照。
 (37) Hansard, op. cit., vol. 44, col. 784.
 (38) Hansard, ibid., col. 785.
 (39) Hansard, ibid., col. 791.
 (補注1) 本稿脱稿後、前記実態調査につき、次の報告大要ならびにその要約が公けにされたことを見出した。すなわち、相原尚夫、加塩千里、星野真弓、大須賀朝子『面接交渉の実態調査』調研紀要二三号一五頁、『面接交渉の実態調査』ケース研究一三五号三八頁が、それである。そこでは、面接交渉の問題が昭和四〇年以降、次第に顕在化し、当事者の意識においても、「自分の子であるのに会えないわけではないであろう」という素朴な発想ではあるが、規範意識の変化が認められる、と報告されている。

(補注2) Henry Petor Brougham (1778~1868) スコットランド出身の政治家、バリスタ。衆議院議員時代には、奴隷

貿易廃止の主張、公教育法案 (Public Education bill, 1820) の提出、選挙法改革の推進など、諸制度の改革に尽力し、一八三〇年から三四年まで、グレイ、メルボーンの内閣の大法官 (Lord Chancellor) を務めた。ジョージ四世 (George IV) の王妃カロライン (Queen Caroline) に対する離婚請求事件において王妃の弁護に当り、国王の敗訴を導く (see. R. Fulford, *The Trial of Queen Caroline*) など、彼のバリスターとしての名声も高かった。