

ニュージーランドにおける家族法の改正

三 木 妙 子

はしがき

第一章 ニュージーランド法について——イギリスとの関係において

第二章 ニュージーランド家族法の特徴

第三章 ニュージーランド新家族法の概要

一 離婚原因としての別居——Matrimonial Proceedings Amendment Act, No. 60 of 1968

二 家事訴訟手続の諸側面——Domestic Proceedings Act, No. 62 of 1968

三 改正後見法の基本原理——Guardianship Act, No. 63 of 1968

四 非嫡出子の地位の消滅——Status of Children Act, No. 18 of 1969

むすび

は し が き

一九六〇年代は多くの国にとって家族法の変動の時代であった。なかでも、後進的な離婚法と非嫡出子法をもってしられたイギリスが一九六九年に「離婚法改正法」(C. 55)と「家族法改正法」⁽¹⁾(C. 46)を通過させたことは、世界

の家族法制の変貌をまざまざと感じさせることがらであった。そして、それらの立法の傾向はひとりイギリスにとどまらず、離婚については一九六六年のニューヨーク州法 (Ch. 254)⁽¹⁾、一九七〇年のイタリー法 (Ch. 898)、非嫡出子については一九六九年の西ドイツ法 (Ges. vom 19. 8. 1969) にもみられ、それらはいずれも衆目をあつめるに十分なものであった。⁽²⁾

イギリスとの関係が深く、イギリス法系に属する国々、そのうちコモンウェルス諸国をみると、そこでも近年家族法の改正がひきつづいた。コモンウェルス諸国といっても、政治、経済、社会、歴史、宗教、人種等からみてきわめて多様なものがふくまれているので、それらを全体として視野におさめることは至難であるし、また、性急にそうすることにどれほどの意味があるか疑問であるともいえる。そこで、とりあえずは、歴史にうらづけられた社会的同質性の濃いオールド・コモンウェルス、すなわち、カナダ、オーストラリア、ニュージーランドを、イギリスとひきあわせて検討の対象にすえる努力をしてみてもどうか⁽⁴⁾。それらの諸国のうち、連邦国家は、家族法の「同化」(assimilation) や「統一化」⁽⁵⁾ (unification) がいわれるこんにちの状況のもとで、現にその内部における統一に歩すすめている⁽⁶⁾。そして、それらの諸国家の家族法は、世界的な視野に立ってみるなら、大きくは一つのブロックに属するとみられるにちがいない⁽⁷⁾。そこで、それぞれの立法および判例を相関的に研究することができれば、それぞれをよりよく理解するのに役立つであらうし、また、世界における小さからざる部分の家族法の共通項を把握できることにもなろう。

そのような観点から、本稿は、ニュージーランドの家族にかんする立法のうち、一九六八年と六九年に行なわれた

主要なものを選び、そのうちのかぎられた部分を紹介しようとするものである。ただし、対象として新立法を網羅していないだけでなく、判例研究をおこなっていないため、改正立法がなぜ出現したかについての社会的解明はもちろん法的解明も本稿のそとにおかれる。しかし、本稿でみる部分だけからも、現代家族にたいする立法的対応の一つの型が断面的ながらあきらかになるであろう。ニュージーランドもまた現代資本主義国家の一つとして、諸国家に共通するトピックに直面し、家族法制のあり方を模索し、そしていくつかの「画期的な」改革を制定法集のなかにぎざみこんだからである。

ところで、一九六八年と六九年の家族法改正は概括してどのようなものであったのか。その国の著名な法律家であり、かつ立法に関与する地位にもあるキャメロン (B. J. Cameron) が紹介することをきいておこう。

「かかる一団の立法は分量においても性質においてもいづれもおどろくべきほどである。とりわけ、新たに獲得した独立とか革命的な社会状況またはイデオロギー状況といった外的刺激剤が存しないことを念頭においたばあいには。……一団の新家族法にかんしておどろくべきことは、どれか特定の規定というよりもその包括性 (comprehensiveness) である。改革は、多くの諸国におけるよりもずっと広い基盤においてこころみられた。おそらく西欧諸国における現代の唯一のカウンターパートは今世紀はじめにスカンジナビアでなされた大規模な改正である。

近年の諸制定法は、少なくとも当分のあいだ終着駅であろうか。それともニュージーランドにおける家族法の継続的發展における一つの段階にすぎないのであるか。家族法をながくほったらかししておくということはニュージーランドの立法者たちの習慣にはないことなのだが、あえて意見をいってみれば、これ以上の基本的改変はしばらく

くはありそうにないということなのである」⁽⁸⁾。

本稿は、一・二章を、ニュージーランド法一般およびその家族法についての基本的な事項の解説にいちゃしている。これまで、邦文によるこの分野の正面からの紹介はなかったようにみえるので、比較的基本的事項の理解にとめなければならなかったからである。第三章を、四つの新立法の紹介および若干の解説にあてている。

(1) 拙稿「イギリス離婚法の改正経過(1)(2)」ケース研究一一・二号(一九六九)、「イギリスにおける『一九六九年家族法改正法』」比較法学六卷一号(一九七〇)参照。

(2) 一九六〇年代には社会主義国においても家族法の改正があいついだが、それについては福島正夫編訳「最近の社会主義国婚姻法」(一九七〇)、「最近の社会主義国親子法」(一九七一)参照。

(c) ただ「Annual Survey of Commonwealth Law: 1965- The Faculty of Law in the University of Oxford and the British Institute of International and Comparative Law」は家族法の部門を設けて、いさおう諸国の立法動向および主要な判例をすることができるようになっている。

(4) そのばあいイギリスからロモンウェルスへの一方的影響関係だけでなく、後者から前者への影響も考慮にいれられなければならないであろう。イギリス離婚法の改正にさいして、オーストラリア、ニュージーランドの経験がおおいに引用参照されたのは顕著な一例といえよう。Reform of the Grounds of Divorce: The Field of Choice, Cmnd. 3123, §§ 85-105 (1966)。

(5) Müller-Freienfels, W., The Unification of Family Law, 16 American Journal of Comparative Law 175 (1968).
一九七一年七月ロンドンで開催された第九四回アメリカン・バー・アソシエーションの年次大会においては、「離婚原因と

離婚訴訟手続にみる統一への国際的傾向」がテーマの一つとされたものようである。57 American Bar Association Journal 45 (1971).

(6) オーストラリアの Matrimonial Causes Act, No. 104 of 1959 およびカナダの Divorce Act 1968 (ch. 24) は本格的な最初の連邦離婚法である。なお、一九六五年に設置されたイングラントの法律委員会とスコットランドの法律委員会も協調を意図している。

(7) 最近、「ロモンウェルスにおける離婚——比較的研究」(Holden, A. C., Divorce in the Commonwealth: A Comparative Study, 20 International and Comparative Law Quarterly 58 (1971)) と題した論文があらわされてもいる。そこでは、一九五九年のオーストラリア法、一九六三年と六六年のニュージーランド法、一九六八年のカナダ法、および一九六九年のイギリス法が対象とされている。

(8) Cameron, B. J., Family Law Reform in New Zealand, 4 Family Law Quarterly 167, at 170, 183 (1970). 彼国の家族法への筆者の関心は多分に右の論文によってひきおこされたものであり、本稿もそれに多くを負っている。

第一章 ニュージーランド法について——イギリスとの関係において

ニュージーランドは、いまなお、人口構成からみてその約八〇%がイギリス系であり、また、イギリス国王を元首とするロモンウェルスの一員であることからわかるように、歴史的にもイギリスとの関係がきわめて密接な国である。イギリスの影響は政治、経済、社会全般にわたり、法律制度もその例外ではありえない。ニュージーランドがイギリスに領有されることになったのは、一八四〇年イギリス政府の代表と先住民マオリ族の酋長とのあい

だに結ばれたワイタング条約にもとづいてである。そこで、本章では、それ以後における立法権・法源、ならびに司法権・法曹・裁判制度にかんして、それらがとくに、どのようにイギリスとかかわってきたかを瞥見し、さらに後章の家族法改正にかんする記述の理解に資するために、立法改革の機構についても概観することにする。

1 立法権・法源

(1) ニュージーランドがワイタング条約によってイギリスの植民地となったときの最初の法は、一八四〇年現在に存在したイギリス法（当時植民地に適用があったところの連合王国の国会制定法とコモン・ロー）であった。新しく取得された領土のうち、イギリス臣民によって発見された土地については、イギリス法がすべて、即時そこで行なわれるというのが、古くからコモン・ローの原則であった⁽¹⁾からである。本国会制定法であるニュージーランド憲法(1852 & 16 Vict. c. 72) が制定され、自治権が付与された。立法権についての同憲法上の規定によれば、ニュージーランドの国会は「イギリスの法に抵触しないかぎり」(五三条) 立法する権限を有する。法律案が効力を生じるためには、国王の代理者としての総督によって国王の名において裁可されねばならない(五八条)。その憲法のもとで、ニュージーランドの裁判所において適用される法源として、つぎの三つが主要なものであった。イングランドのコモン・ロー、一九四七年以前に制定され、明示的または必然的意味においてニュージーランドにおよぶとされた連合王国の一定の国会制定法、およびニュージーランド議会の制定法、がそれである。この時点で、連合王国の法は外国法ではなく、ニュージーランドにとって自国法そのものであった。他面、それとは別個のニュージーランド法が生まれることもまた保証されたわけである。

ところで、コモンウェルスと連合王国との政治的結合の弛緩という一般的傾向（たとえば一九二六年の帝国会議におけるバルフォア宣言にみる）のなかで、一九三〇年には、カナダ、オーストラリア、ニュージーランドのいわゆる旧自治領、南ア連邦、アイルランド自由国およびニューファウンドランドが、法律制定の分野における連合王国からの独立を確保する道をひらいた。一九三一年ウェストミンスター条令 (22 Geo. 5, c. 4) がその成果である。同条令にはつぎのような規定がおかれた。すなわち、その施行後に自治領（ドミニオン）の議会によって制定された法律は連合王国の法律、命令、規則または規程に違反するという理由によって無効とされず、また、自治領議会は自治領内で効力を有する連合王国の法律その他を廃止または修正する権限を有する（二条二項）。さらに、自治領議会が通過させることのできる法律は、領士の外に効力をおよぼすべき法律をふくめ、憲法上限定をうけない（三条）というものである。かくて自治領議会は、その国の法律を制定する固有の権能を与えられる唯一の機関となった。ただし、なお連合王国は、自治領の請求および承認があるときには、自治領の法律の一部として自治領に効力をおよぼす立法をすることができ（四条）とされている。同条令をニュージーランド議会が採択したのは一九四七年 (Statute of Westminster Adoption Act, No. 38 of 1947) であつた。

(2) そこで、コモン・ロー諸国のあいだにおいては、後述する司法上の判決についてはともかく、立法の面では相当に相異なる歩みがみられるのではないかと予想される。しかし、その相異も、じっさいには、想像されるほど多くないことが指摘されている。すなわち、「リベラリズム、ラディカリズム、国家統制の諸政策は、コモン・ロー世界の諸国をつうじて潮流のように移動したし、あるいは移動してきている」。そして、そのことを立証するものとして、

公衆衛生、労働者の福祉と保護、社会保障、マーケット・スキーム、セントラル・バンキング、西オーストラリア型土地移転制度、受託者保護、既婚婦人の地位の改善などにかんする立法が挙げられている。したがって、ニュージーランドにおける法的傾向について論じるばあい、その国を少なくともコモン・ロー世界というより広いながめのなかにおいてみないことには十分な把握をなしえないことになる。⁽²⁾

家族関係の立法についてはどうであろうか。それについては、右のことを一般的に肯定したうえで、いくぶんおもむきを異にするいいかたがなされるようである。たとえば、「家族法は社会立法とかなりの親縁性をもち、そして過去の世紀におけるニュージーランドのその発展は、社会改革にたいしてずっと独立したアプローチをともにしてきた。じつさい、ニュージーランドは、社会立法においてしばしば自由で革新的処置のために多少の声望をえてきているが、このことは家族法についても等しくいわれうるのである。」⁽³⁾ というように。ニュージーランド立法府がつねにめだつて革新的であった分野の一つが家族法であったといつてよいであろう。⁽⁴⁾ そのことは、大地主グループの勢力を駆逐したという一八九〇年の総選挙以後社会改革運動が強力に展開され、一連の社会立法によって「世界の社会実験室」の名を獲得する時代に入ってから、いっそう顕著なことであった。⁽⁵⁾ ニュージーランド家族法の先進性については章を改めて若干例証するであろう。

(3) なお、法源として、国会制定法のほか判例が言及されなければならない。ニュージーランドもその他のコモンウェルスと同様、司法制度の一つの特徴として司法上の先例の重要性 (Importance of judicial precedents) をかかげている。このばあいの司法上の先例には、ニュージーランドの裁判所の判決のみならず、イギリスおよびコモンウェ

ルス諸国の上級裁判所の判決がふくまれる。⁽⁶⁾ ニュージールランドは、ほとんど一貫してこんにちまで原則においても細部においてもイギリス法の伝統を保持すること、そして、「われわれの法をイングランドと足並みをそろえさせる」
[“to keep our law in line with England”]ように留意してきたのだといえよう。後述する枢密院の存在は、ニュージールランドの裁判所が法を解釈するにあたって、イギリス法との統一性を保持する動因であったことはいなめないであろう。しかし、そのこととは別に、ニュージールランドの裁判官は、理論上イギリスの判決に拘束されないにもかかわらず、それにしたがうべきでないとの「なにかきわめて正当な理由が存するのでなければ」、したがうことをつねにその「慣行」(practice)としてきたことがいわれる。イギリス法がおこなわれている国のすべてにおいて法の解釈はできるだけ同じであるべきであるという指導原理にもとづいてのことでもあった。

(1) I Blackstone, Commentaries 107 (1765).

(2) Robson, J. L., *Legal Trends Within New Zealand*, in NEW ZEALAND: THE DEVELOPMENT OF ITS LAWS AND CONSTITUTION 477-478 (2nd ed. Robson, J. L. 1967).

(3) Cameron, B. D., *op. cit.* 167.

(4) Inglis, B. D., *Divorce Reform in New Zealand*, 43 *Canadian Bar Review* 519 (1965).

(5) ニュージールランドのそのような動きがなかに帰因するかにしては、「科学的・探究的精神ではなく、権威・伝統および過去の経験にたゞする根深い不敬の念」を重視するものがある。Webb, Leicester, *Government in New Zealand* 156 (1940). ニュージールランドの立法史上インランドにおけるマコーレーやメンンが存在したのかどうか、しりえていない。

(6) Bain, J. W., *The Judicial System*, in NEW ZEALAND, *supra* 78 (1st ed. Robson, J. L. 1954).

(7) 平良「オーストラリアにおけるイギリス法の変形——家畜による不法侵害を一例として——」法学研究四二巻三号（一九六九）、同「オーストラリアにおけるイギリス法の承継」法学研究四四巻七号（一九七一）は、オーストラリア各州における家畜侵害にたいする立法と判例、その他嚴格責任主義あるいは第三者のためにする契約をめぐる判例を、それらにかんするイギリスおよびアメリカのものと比較検討し、その結果、オーストラリアにおいては、ごくかぎられた部分をのぞいて、イギリスのコモン・ローに依拠していること、すなわち、将来の方向はともかくとして、これまでのところアメリカにおけるようなコモン・ローの変形がみられないことをあきらかにする。独立戦争によってイギリス本国とのきずなをたちきったアメリカと、現在なおイギリス連邦の構成員であり、本国にたいする連帯感覚のうすからざるオーストラリアであることが、両者の相違をみちびいた重大な原因の一つとして挙げられている。この点でニュージーランドはオーストラリアと共通するので、ニュージーランドにおける判例を詳細に研究すれば、オーストラリアにおけるばあいとはほ同様の結論がみちびきだせるかもしれない。しかし、判例研究にたちいたっていない本稿では、本文においてしたように、他の識見を引用するにとどめざるをえない。ただし、ニュージーランドの家族法のテキストブック (Ingis, Family Law) をながめただけで、たしかに、そこには、制定法にくらべて判例法のイギリスへの追隨性を感じさせるものがある。Table of Statutes はイギリスとニュージーランドとにわけて作成され、イギリスの部分への割合はきわめて少ない。それに反して、Table of Casesの方は、イギリスのケースとニュージーランドのそれとを未分離のままアルファベット順に並べており、また、引用されているイギリスのケースがいかに大量であるかは一目瞭然である。

2 司法権・法曹・裁判制度

(1) 司法をめぐる制度のうちイギリスとの関係においてもっとも直接的なものとして、枢密院司法委員会 (Judicial

Committee of the Privy Council) の存在があらう。それは連合王国における一定の事件の上訴管轄権を有するほか、海峽諸島およびマン島、ならびに海外の自治領と領土の最高の裁判所判決にたいする最終上訴審裁判所であつて、コモンウェルスにおける「共通の忠誠」をささえるもつとも有力な支柱の一つとして機能した。しかし、ウェストミンスター条令は、自治領の権限強化の一環として自治領が法律によつて枢密院への上訴を禁じるばあいには上訴することができないことにし、現に、上訴をみとめないとする諸国がふえてきている。一九三三年には、アイルランド自由国が、同年にカナダが刑事事件にかんし一九四九年には民事事件にかんし、一九五〇年には南ア連邦が、それぞれ上訴を廃止した。オーストラリアもまた上訴の道をせばめてきている。⁽¹⁾ それにたいして、ニュージーランドはなおかかる上訴制度を維持している。枢密院司法委員会がコモンウェルス諸国の上訴を審理し判決するにさいして適用する法律は、該当するコモンウェルスの国家法であつて、直接的に連合王国の法なのではない。連合王国の法が適用されるのは、それが国家法の一部となつてゐるばあいかぎられる。そこで、司法委員会が形式的に自治領の上訴審としての機能をもつばあいであつても、司法委員会をつうじてのチェックは事実上さほど問題とされないほどに消滅してきているといえよう。なお、ニュージーランドから枢密院への上訴の件数を六四年以後七〇年までについてみると、四、〇、三、一、〇、二、四件という数である。(その間における枢密院へのコモンウェルスの諸裁判所からの上訴の総数は、一二七、九四、七九、八一、七三、八一、九六である。)⁽²⁾

(2) 前出⁽¹⁾でみたように、ニュージーランドの裁判所はコモンウェルスとくにイギリスの上級裁判所の判決に事実上拘束されることが多かつた。⁽³⁾ このような事実上の拘束力をささえてきたものがなになにであつたのか、その理由の一端

をニュージーランドにおけるバリスタとソリシタの資格試験をみることよつて推察してみることができよう。

植民地の初期の時代には、ニュージーランド内で自国のロイヤーを訓練し、試験をし、資格を付与する用意がなかつたし、その必要もさほど感じられなかつたに相違ない。そこで、イングランドその他における有資格者がそのままニュージーランドのロイヤーとして登録された。すなわち、一八四一年の法律 (Supreme Court Ordinance of 1841) によれば、大ブリテンまたはアイルランドにおいて資格をえたバリスタまたはアドヴォケイト、あるいは、ウェストミンスター、ダブリンもしくはエディンバラの裁判所のソリシタ、アトニー、ライター、またはイングランドの教会裁判所のプロクターとしてみとめられた者が、それぞれバリスタあるいはソリシタとしてニュージーランドにおいて登録されることができた。その特権は、一八五三年にはオーストラリア、ヴァン・ディーメン・ランドのバリスタおよびソリシタにまで拡大された。一八六一年の法律実務家法 (Law Practitioners Act) は、海外で資格をえた実務家のために有利な規定を存続させる一方で、新規任用者の資格を厳格化する方向に向かつた。ソリシタについては、イングランドの法と異なるかぎりでのニュージーランド法についての試験に合格することが新たに必要とされた。それと同時に、ニュージーランドにおいて、必要な訓練の課程を終えた者がバリスタおよびソリシタとしての資格をうるための試験制度がはじめて設けられた。このように外国における資格取得者の登録がみとめられる一方、国内における制度も整備されてきた。独自のニュージーランド法の形成とニュージーランドの法曹界と法学教育の発展が、それをささえてきたことが考えられる。しかし、現在なお、所定の試験の合格者のほか、つぎの者も資格を付与されることが注意されなければならない。すなわち、連合王国のどこかでバリスタまたはソリシタとしてみとめられた者で

あつて、イングランドの法と異なる範圍のニュージールランド法の試験に合格した者がそれである。しかも、その試験は、連合王国のどこかで、三年以上の実務経験をもつ者については、それを免除することができる規定されている (Law Practitioners Act, No. 101 of 1955, ss. 6, 7)。

シュプリーム・コートの裁判官およびマジストレイツ・コートの有給マジストレイトは法曹から徴せられ、七年以上ニュージールランドのバリスタまたはソリシタの資格を有していた者がその対象となる。しかし、そのばあいもまた、七年以上連合王国のバリスタまたはアドヴォケイトであつた者が等しく有資格者とされれる。このように、イギリス法との交流は制度上も確保されてきているのである。このことは、法の解釈の領域において、ニュージールランドがイギリスからさほど離脱してはいないのかとの推測を生む要因の一つとなるであろう。

(3) 第三章で紹介する改正家族法の理解のためには、ニュージールランドの裁判制度、とくに家事事件にかんするそれを、骨組みなりともしておかねばならない。裁判所制度は沿革的⁽⁵⁾にはさまざまな發展変容を経てきたものであるが、一八一一年に最初の裁判所が設置されて以来、基本的にイギリスの裁判所がモデルとされたのは自然であつた。ニュージールランドの裁判所のヒュラルヒーは、最上訴裁判所としてのコート・オブ・アピール、中間上訴裁判所または第一審裁判所としてのシュプリーム・コート、そしてマジストレイツ・コートその他の下級裁判所⁽⁶⁾から構成される。

マジストレイツ・コートは、イギリスにおける同一の名称をもつ裁判所と等しい管轄権を行使してきた。刑事と民事の両方の事件について包括的な管轄権を有し、国中の司法業務の圧倒的な部分をとりあつかう「真に民衆の裁判所」であるといわれる。同裁判所が家事事件にかんしてもポピュラーであるのは、比較的費用がかからず、迅速に

審理²⁶ (Domestic Proceedings Act, No. 13 of 1939, s. 4: cf. Summary Procedure (Domestic Proceedings) Act, 1937, s. 2, (U. K.))²⁷ マジストレイトは技術的に許容しうるかいなかをとわず、すべての証拠を裁量によって採択することができること (Desirute Persons Act, No. 38 of 1910, s. 68)²⁸ および、そこにおける別居命令は裁判別居判決と同様の効果をもつこと²⁹ がその理由とされている。同裁判所の管轄権は有給マジストレイトによって行使され、その人数は制定法によって四五名に制限されている。現在は四二名がその役職にある。有給マジストレイトは、先にのべたとおり、七年以上シュプリーム・コートのバリスタまたはソリシタとしての資格を有した者でなければならぬ。

シュプリーム・コートは、一八四一年に創設され、当初イギリスの王座裁判所、民事訴訟裁判所、財務裁判所、衡平法裁判所および相続にかんする教会裁判所の管轄権と等しい管轄権をもった。一八六七年には同裁判所は、離婚、裁判上の別居、配偶権回復、婚姻無効、婚姻詐称という婚姻事件にかんする教会裁判所の管轄権を継承した。これにくわえて、その後の制定法によって新たに付与された数多くの管轄権をもっている。民事事件におけるその管轄権は一般的であって制限がない。シュプリーム・コートは、第一審の裁判所である以外に民事刑事両方の下級裁判所の判決にたいする上訴裁判所としても機能する。裁判官に任命される資格は有給マジストレイトにおけるばあいと同じであり、一名の首席裁判官とその他制定法によってさだめられた一五名の裁判官からなる。シュプリーム・コートを始審裁判所とする事件、あるいは、上訴の許可があるばあいにはマジストレイツ・コート等の下級裁判所がくだした判決、命令は、ニュージーランドにおける最高の裁判所であるコート・オブ・アピールへ上訴できる。

コート・オブ・アピールにおける判決は、ニュージーランドの裁判にかんして最終的である。上訴が枢密院における国王に提起されるばあいは例外で、争点となっている額が一〇〇〇ドルをこえるばあいには権利としての上訴権があり、その他のばあいには上訴のための許可が、コート・オブ・アピールまたは枢密院のいずれかによって付与される。したがって枢密院はほとんどすべての民事事件における最終上訴裁判所であり、ときには特別の刑事事件における上訴を審理することができる。一般的に、家事事件についていえば、枢密院への上訴は、「ほとんどの家族法の分野においては排除されてきている」といわれる。⁽⁷⁾しかし、家族保護法をめぐる事件（後出一八七ページ註(5)）等、家族関係事件が枢密院に係属したことがないわけではない。

家族関係事件を管轄する裁判所にはシュプリーム・コートとマジストレイツ・コートの二つがある。離婚判決の付与は、シュプリーム・コートだけの特権であり、その裁判所は離婚事件における附随命令という通常のタイプのものをくだすこともできる。後見と監護の管轄権は両方の裁判所がもっている。マジストレイツ・コートは別居命令を付与し、離婚訴訟にかかわるばあいをのぞき、扶養料を裁定する。両方の裁判所が夫婦財産管轄権を有するが、重大な事件の多くはシュプリーム・コートにもちだされる。それと対照的に、養子はマジストレイツ・コートの領域内にとどまる。

このように、家族関係事件はシュプリーム・コートかマジストレイツ・コートにおいて審理されるのであるが、それらの裁判所では、たとえばイングランドの高等法院のかつての離婚部（Divorce Division）、または一九七〇年司法法にもとづく現在の家事部（Family Division）のように一定の部が専属的にそれにあたるのではない。裁判官全

員が家事事件を審理し、その事件は裁判官がおこなうしごとの一部を構成するにすぎない。このことは、イングリランドの離婚部の判決に「あまりに忠実に」、「あまりに無批判に」したがう現象を助成したともいわれる。⁽⁸⁾そこで、裁判官の専門化 (Judicial specialisation) の必要がいわれてきたが、この点について実現をみた一部改正については後出二〇四ページ以下において記述する。家庭裁判所構想は、その設置のための機が熟するにはまだ間があるかもしれないが、すでに有力な主張となりつつあるようであることは注目されよう。⁽⁹⁾

(1) 英連邦研究会編『英連邦の研究』(一九六九)一〇一ページ。

(2) Judicial Statistics, England and Wales, Civil Judicial Statistics, 1964-70, Table I.

(3) たとえば、つぎのようにいわれる。「オーストラリアおよびニュージーランドの判決はとりわけ情報の宝庫である。それは、……その判例集に載った判決が当該問題をめぐるイギリスおよびその他コモン・ロー諸国のすべての先例の参照を集積している可能性あり、という意味である。イギリスのバリスタにとって、オーストラリアおよびニュージーランドの諸種の弁護士会にいる兄弟たちの勤勉さはまったく畏敬の的である。もしあらうばい概括が許されるならば、イギリスの判決は先例を涉猟しつくすというより、原理と理由づけとにおいてより強力であり、他方、コモンウェルスの判決はより以上の紙幅を先例にさいているといえよう。このような関係からして、この二つの合一ほど望ましいことがあるうか。」(R. E. メガリ著、金子・木川・新井・住吉訳『イギリスの弁護士・裁判官』(一九六七)一八六・七ページ、Megarry, R. E., Lawyer and Litigant in England, 1962, pp. 162-163.

(4) Ordinance of Session No. II (1841), No. 1 は、バリスタはソリシタとして行動することができ、またソリシタがバリスタとして行動することができる」と規定した。この特権は、当時おそらくは一時的便宜としてさだめられたものだが、こん

にもなお存置されている。バリスタであればソリシタに任用されうるし、ソリシタであれば一定の追加的試験に合格するとバリスタに任用されうる。そして、じつさい大多数の実務家は両方の職務を隔合し (amalgamate) て行なっている。ただし、もっぱらバリスタとしてのしごとを行なうバリスタもあり、Q.C.であればそうでなければならぬ。Law Practitioners Act, No. 101 of 1955, s. 15.

(5) 裁判所制度全般については、*ibid.* Cameron, B. J., *The Judicial System*, in *New Zealand*, 2nd ed. 70 (1967) 以下を。

(6) Court of Arbitration, Compensation Court, Land Valuation Court, Maori Land Court, Maori Appellate Court, Children's Courts, Warden's Courts, Coroners' Courts が特別裁判所としてされたこと。

(7) Cameron, B. D., *op. cit.* 169-170.

(8) Campbell, I. D., *Family Law*, in *New Zealand*, 327 (1st ed.)

(9) 一九七一年 Lawasia 大会家族法部会における「日本における家庭裁判所および調停」(沢木敬郎教授)という報告のあと、ニュージーランドの会員からつぎのような発言があったことが報告されている。すなわち、ニュージーランドでは、「離婚訴訟においては裁判所は常に和解の可能性を考えており、これは弁護士にとっても法的義務であり、これを実現するには、熟練した相談者が必要であること、そして制度的には、全家庭事件を処理しうる家庭裁判所の設置が必要であり、かつ、その裁判官は専門家であることが必要である」ということ、そして、「日本の家庭裁判所は、この方向におけるモデルとして、アジア諸国が研究をなすべきである」ということ、がそれである。沢木敬郎「アジア・西太平洋諸国の家族法」海外商事法務一〇六号(一九七二)三六ページ。

3 立法改革の機構・手続

(1) つぎに、過去においても現在においても、ニュージーランドで、法を変化する社会に適合させるためのもっとも有効な手段として機能してきた立法改革について、その機構をみておこう。それを、イギリスおよびその他のコモン・ロー諸国と比較するばあい、もっともめだつた点は、ニュージーランドにおける法務省の存在であるといえよう。⁽¹⁾ 法務省は、イギリスではベンタム(一七四八—一八三二)以来くりかえしその設置が主張されたにもかかわらず実現されなかつたものであるが、ニュージーランドでは一八七三年にその実現をみた。法務大臣は法改革のための提案を議会に提議するという責任を負っている。その責任をはたすにあたっては、イギリスにおいて一九三四年に設置された法改革のための機構に示唆をうけ、一九三七年には非公式の諮問団体である「ロー・リヴィジョン・コミッティ」を設けた。同コミッティは法務大臣を助けて幾多の改革法の実現に大きな役割をはたした。⁽²⁾

近年の法改革をみるにあたっては、一九六〇年に法務大臣となつた故ハナン氏(Mr. J. R. Hanan)と、かれが一九六五年に実現した「ロー・リヴィジョン・コミッション」をぬきにしては語りえないであろう。一九六五年一二月ハナン法相は従来のコミッティを改編し、法相を委員長として一二名の委員からなる「ロー・リヴィジョン・コミッション」を設置した。それは一九六五年のイギリスの「ロー・コミッション」のように国会制定法(Law Commissions Act 1965, c. 22)にもとづいて置かれたものではないため、その制度は柔軟であつて、必要に応じて修正をうけるものと解されているようである。

そのメンバーおよび機能については、およそつぎのとおりである。メンバーは、政府の閣員、野党議員、三つの主

要な法律関係官庁の長、実務法律専門職および大学の法学担当教員の代表から構成される。従来のコミッティは裁判官をのぞきあらゆる分野の法曹からなるものとされたが、しだいにより多く政界人がくわわってきており、コミッションはその傾向を固定化したものとみられている。その委員会の主要な機能は、法の改正のための長期的プログラムを用意し、数々のトピックの検討順位を決定し、コミッション内の四つの常設委員会に⁽³⁾しごとの割りふりをするところにある。法改正にたいして一般的洞察力を行使することも期待されている。コミッションは常設委員会から改革のための具体的報告をうけると、それに検討を加える。コミッションがそれを承認すると、コミッションの意見となり法務省自身の立法プログラムとなる。このように、ニュージーランドは、イギリスのように法律家のみから構成されるのでなく、より多く議会と内閣のメンバーをくわえた行政的指導力の強いコミッション構成を選択した。ハナン法相はそれについてつぎのようにのべた。

「ニュージーランドにおける慣行は、ほとんどすべての立法の用意と導入は政府によってなされるということである。法改革立法も例外ではない。法律家だけの関心をひく法の改正はほとんどなく、改革の多くは相異なる社会的、経済的あるいは道徳的意味あいをもっているもので、それを計るについて法律家はおそらく他の者より適しているというのではないであろう。ある程度ほとんどあらゆる実質的法案は、政策的法案である。それが、ふつうの意味における政党の政策とはいかにはなれていないとして。したがって、法改革のためのプログラムの遂行は、法務大臣をつうじての政府の責任であらねばならない。大臣を助けるためにすでに諮問委員会がある。イギリス型の法律委員会はすでにわれわれがもっているところのものを複写する以上のことはほとんどなしえないであろう。そして、そのしごとを通常の統治構造上の機関から遠くにもっていくとしたら、現実に改革がそこ

なわれるであろう……。」⁽⁴⁾

(2) ニュージーランドは、一九五〇年に上院を廃止し、八四名の一院からなる立法府をもっていることからわかるように、その機構はしばしば簡素にみうけられる。法改革機構、および法案審議の過程についても、機構上、手続上かなりの簡便さを感じないわけにはいかない。前者については、柔軟な制度のもとにおけるコミッションの長としての法務大臣の権能のほか、法務省内に顧問としての法律家数名を擁し、法改革の別のチャンネルとしていることも、その一つである。⁽⁵⁾ 後者の面は、議会の議事録(後述する家族にかんする最近の法改正をめぐる)をみたかぎりでも察知することができる。すなわち、法務大臣によって提出される法案は、第一読会において同大臣による提案理由の説明をうけ、そのあと若干質疑討論に付せられる。読会における論議といえるものはほとんどそれに尽き、第二読会は形式的に済ませられ(*pro forma second reading*)、⁽⁶⁾ ぎには院内の制定法改正委員会(Statutes Revision Committee)に付託される。同委員会はその意見を議院に報告する権能を有し、修正案を勧告することができる。そこで修正案はふたたび議院で公開審議されるが、委員会内部の議論は逐一議事録のかたちで公開されているようににはみえない。このように、法案作成時に有力な政界人の参加をえ、大臣によって提出され推進される法案であつてみれば、少数者の意見が法律として成立する割合はかなり高いものと思われる。このようなところでは、下からの運動もさることながら、少数のリーダーとくに法務大臣がクローズアップされてくるのは当然であろう。近年の家族法改正についていえば、ハナン氏にひじょうに多くを負っているとみることができよう。かれは、あとでみるように職責上提案理由をのべたにとどまらず、たしかに実質的にも強力な推進者であつた。このことはつぎの一文からうかがいえ

よう。

「一九六〇年に存在した家族法の総体は、かなり無条件的に時代おくれ (out of date) であると記されることのできないものである。しかし、より自由な気風をもつ人々は、家族法の総体が現代の諸価値と現代の諸要求とに十分に結びつかねばならないとすれば、その総体が実質的改正に應じるということに合意した。このことはまちがいのないことであり、それが、一九六〇年に法務大臣の役職についた故 J・R・ハナンの見解であった。ハナンの見解は熱心な官省によって支持をうけ、その官省は、法改革の広範囲におよぶ拡大にしてかつ整然たるプログラムを信奉した。家族法の領域において、これは一九六三年の新しい離婚立法と同年の夫婦財産法における改革において最初の結実をみた。しかしながら、それが最高潮に達したのは、一九七〇年一月一日に発効し、かつその法の大きな部分を新しくした一九六八年、一九六九年における一団の制定法である。」⁽⁶⁾⁽⁷⁾

(1) この点を強調して立法改革の機構について解説するのは、Deech, Ruth L., *Law Reform: The Choice of Method*, 47 *Canadian Bar Review* 394 (1969)。この項についての記述は同論文に負うところが多う。

(2) たとえば、じぎの制定法の成立に貢献したといわれる。Legal Aid Act 1939, Statutes Amendment Act 1939, Law Reform Act 1944, Joint Family Homes Act 1950, Sale of Goods Amendment Act 1961, Matrimonial Property Act 1963, Perpetuities Act 1964, Family Protection Amendment Act 1967。

(3) ① 不法行為および一般的法改革、② 公法行政法改革、③ 財産法および衡平法改革、④ 契約および商法改革のための委員会、がそれである。常設委員会の委員長はコミッションのメンバーであり、常設委員会はコミッションの勧告にもとづき法務大臣によって付託された主題にかんして報告書を作成し大臣に提出する。

(4) Hanan, J. R., *The Law in a Changing Society* 18 (1965), in Deech, R. L., *op. cit.* 407-408.

(5) 家族法の改正にあたっては、ロー・リヴィジョン・コミッション内にもそのための特別の常設委員会をもたないところから、法務省顧問の活躍が想定される。B・J・キャメロンとパトリシア・ウェップ (P. M. Webb) について、かれらがいずれもながらく家族法の起草にたずさわってきたことがいわれている。たとえば、かれらの非嫡出子の身分廃止を主張する議論は後述する一九六九年子の地位にかんする法律と一定の関係をもつとみることができようか。Webb, P. R. H., (Book Review) *Family Law Centenary Essays*, 3 *New Zealand Universities Law Review* 248 (1968) 参照。

(6) Cameron, B. D., *op. cit.* 169.

(7) 本節の記述にあたっては、各箇所て明示しなかつたばあいでも、うぎの文献に依拠している。New Zealand Official Yearbook 1970; *Encyclopaedia of New Zealand*, vols. 3. 在日ニュージーランド大使館『ニュージーランド紹介』(ニュージーランド案内)、『外務省欧亜局大洋州課』『ニュージーランド概要』(一九七一)。

第二章 ニュージーランド家族法の特徴

すでにみたとおり、ニュージーランドの裁判所制度のほとんどがイギリスの模倣であるように、実体法も基本的にはイギリス法のままであった。そこで、家族法にかんするその国の文献をみるばあい、いずれも、まず、イギリス法を主軸とし、そのうえでそれとの異同に言及するようにならざるを得ない。ところが、これも先に引用し、一部あきらかにしたように、家族立法の分野におけるイギリスからの離脱は、他の分野にくらべてかなり積極的であった。イギリスとの比較において、かならずといってよいほどいわれることは、ニュージーランド家族立法が liberal and progressive であること、あるいは、その progressiveness または humanitarian trend に基づくことである。「家族の安定性と福祉

を増進することは立法者の主要な機能であった。」ともいわれる。この *progressiveness* または *humanitarianism* といつても、それが具体的にどういうことであるのか。家族法全般を概観し、逐一イギリス法と比較して論及するとなると、それは小論のなしろうところでない。そこで、本章では、ニュージーランド家族法の *progressiveness* をよく示すものとしてふつうに引用されるトピックを七つほど選択し、歴史的発展のなかにおけるその *progressiveness* を少しでも具体的にあきらかにすることにつとめたい。

1 禁婚親等の範囲

禁婚親等内の婚姻は、もともとカノン法のみとめた取消原因であったが、イギリスでは、一八三五年の婚姻法(5 & 6 W. II. 4, c. 54)によって無効原因とされた。その範囲は、直系血族、三親等内の傍系血族およびそれと同等範囲内の姻族であった。一九世紀も末になると、姻族間の禁婚婚にかんする厳格な原則にたいしてひろく不満が表明されるようになった。しかし、はげしい議論のすえ、死亡した妻の姉妹との婚姻が有効となったのは一九〇七年法 (Deceased Wife's Sister's Marriage Act, 1907, 7, Edw. 7, c. 47) によってであり、死亡した兄弟の寡婦との婚姻がみとめられるようになったのは、一九二一年法 (Deceased Brother's Widow's Marriage Act, 1921, 11 & 12 Geo. 5, c. 24) によってであった。一九三一年には、これら二つの制定法の原則がその他八つの禁婚姻族にも拡大された (Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act, 21 & 22 Geo. 5, c. 31)。しかし、なお、右の諸制定法による婚姻についての例外的さだめは、配偶者の死亡後における婚姻にだけ適用があり、したがって、離婚によってその婚姻を終了させた男子は、かつての妻の生存中は、その姉妹、伯叔母、姪と婚姻することができず、また、同様の状況の婦人

は、かつての夫の生存中その兄弟、伯叔父、甥と婚姻することができなかった。先の婚姻の解消の態様をとわず、先の配偶者の生死を問わず、それらの姻族間の婚姻を可能にし、さらに婚姻禁止をゆるめたのは、モートン報告書の多数意見 (Cmd. 9678, Part IV (1956)) を立法化した Marriage (Enabling) Act, 1960 (8 & 9 Eliz. 2, c. 29) であった。

ところで、ニュージーランドでは、イングランドよりも三十七年はやく、一八八〇年には死亡した妻の姉妹との婚姻がさかのぼって有効となり、また将来にむかって有効となった (Deceased Wife's Sister Marriage Act, 1880)。妻と死亡した夫の兄弟との婚姻は、イングランドよりも二一年はやく一九〇〇年に有効となった (Deceased Husbands' Brother Marriage Act, 1900)。また死亡した妻の姪または死亡した夫の甥との婚姻が有効となったのは、一九二九年婚姻法修正法 (Marriage Amendment Act, 1929) によってであった。またニュージーランドでは、禁婚親等の表にみられる「妻」とはかつての妻を意味し、その婚姻の終了が死亡によるか離婚その他によるかをとわない。「夫」もそれに対応する意味をもっている。そこで、ある男子とその離婚した妻の姉妹とのあいだの婚姻が、死亡した妻の姉妹のばあいにくらべて、よりながいあいだ禁止されていたということはない。さらに、イングランドではまだ実現されていないが、ニュージーランドでは一九五五年に導入されたある改革がある。それは、直系姻族間の婚姻はひきつづき無効であるが、当事者はかかる婚姻にたいする同意をシュプリーム・コートに申し立てることができる、というものである。同意がえられたなら、その婚姻は完全に有効となる。ただし、裁判所は、「意図された婚姻のいずれの当事者も、その行動により、他方当事者の先の婚姻の終了をみちびき、あるいは、その終了の原因に寄与していな

いことの心証をえ」なければならぬ」(Marriage Act, No. 92 of 1955, s. 15 (2))。

このように、ニュージーランドの禁婚親等の範囲は、イングランドおよびコモンウェルス諸国に先立ってせばめられてきた。しかし、それはニュージーランドに固有の現象ではなく、この問題にかんして北欧諸国その他に先例があったことはみとめなければならないであろう。⁽¹⁾

(1) First Report of the Commissioners Appointed to Inquire into the State and Operation of the Law of Marriage, Appendix No. 9 (1848), in IUP Series of British Parliamentary Papers: MARRIAGE AND DIVORCE I (1969)

2 離婚原因

ニュージーランドは、イギリスの伝統をまもって、裁判離婚制度を導入するについてはやくはなかつた。一八六七年に通過したニュージーランドにおける最初の離婚立法は、それより一〇年前にはじめて世俗の裁判所による完全離婚制度をみとめたイギリスの一八五七年婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act, 1857, 20 & 21 Vict. c. 85) とほとんどその文言を同じくしていた。単なる模写とさえいえるものであった。すなわち、一八六七年離婚および婚姻事件法 (Divorce and Matrimonial Causes Act, No. 94 of 1867) はじぎのばあいかぎり離婚をゆるしていた。妻については、その姦通、夫については、禁婚親等内の者との姦通、虐待をとまなう姦通、故意の遺棄をとまなう姦通、姦通をとまなう重婚、強姦、雞姦または猥姦をおかしていること、がそれである。このように極端に制限され、しかも男女不平等の事由はつぎのような経過をへて改正されていった。

一八九八年離婚法 (Divorce Act, 1898) は、夫の姦通それ自体(先の二重の要件をとまなわずに)が妻からの訴に

よる離婚の十分な理由であると規定した。(イングランドでそれが実現されるのは一九二二年のゴール報告書の勸告を立法化した一九二三年婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act, 1923, 13 & 14 Geo. 5, c. 19) によってであった。) 同法は、そのみならず、いくつかの新しい離婚原因を追加した。遺棄、常習的濫酒、扶養の懈怠、配偶権回復判決の不遵守、原告にたいする殺人の未遂(ただし七年以上の拘禁刑が科せられたばあいかぎる)、がそれである。一九〇七年法 (Divorce and Matrimonial Causes Act Amendment Act, 1907) はそれら二つの原因、被告が、原告または被告の子の殺人または殺人の未遂のことで有罪決定をうけたこと、被告が、過去一二年間のうち一〇年間精神異常者として監置されていたこと、をそれにくわえた。一九二二年における同法の修正法 (Divorce and Matrimonial Causes Amendment Act, No. 22 of 1912) は過去七年間のうち五年以上の監置と修正した。(イギリスにおいて、監護五年以上の不治の精神病が離婚原因としてみとめられたのは一九三七年婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act, 1937, 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, c. 57) によってである。) 一九二〇年法 (Divorce and Matrimonial Causes Amendment Act, No. 70 of 1920) は、さらに重大な追加をおこなった。三年間の別居、原告または原告もしくは被告の子を傷つけたりその者の身体に現実害をくわえたことのために七年以上の拘禁の判決をうけたこと、七年間精神異常者であった最後は精神異常者として監置のための場所において過したこと、がそれである。三年間の別居という新事由は、コモンウェルスにおいて離婚を許容する理由として別居を承認した最初のものとして特筆されるべきである。一九二〇年法によって、一九五三年にいたるまでの主要な改正は一段落することになる。

三年間の別居をめぐる諸規定をみておこう。まず、離婚原因として、(i)号「捺印証書もしくはその他の書面によって

なされたか、または口頭によってなされたかを問わず、原告と被告が別居合意 (agreement for separation) の当事者であること、および、右の合意が十分に効力を有しており、かつ三年以上のあいだ十分に効力を有してきたこと、」が掲げられる。(j)号は、裁判別居判決 (decree of judicial separation) または有給マジストレイトによってくだされた別居命令 (separation order) の当事者であつて、三年以上効力を有してきているばあいについて規定する。なお、(i)号(j)号の離婚原因について、つぎのような規定がおかれていたことに注意しなければならない。「それにもとづいて救済が求められている事由が、本法第一〇条(h)〔配偶権回復判決の不遵守〕(i)(j)号に定められたものの一つであり、かつ、原告がその主張を立証したところのあらゆるばあいにおいて、裁判所は、判決がくだされるべきかいなくについての裁量権を有するものとする。ただし、右の(i)号または(j)号において特定された事由にもとづいて救済が申し立てられている訴訟の審理にさいして、裁判所は、被告がその判決の付与に異議を申し立て、かつ、その別居が原告の不法な行為または行動によるものが裁判所の満足のいくまでに立証されるときには、その訴を棄却するものとする。」(一八条) その他の原因にもとづく訴訟においては、その主張が立証されさえすれば、裁判所は離婚判決をいわたさなければならぬ。それには、(h)(i)(j)の各号についてだけ、裁判所に裁量の余地がみとめられたのである。別居をみちびいた婚姻上の非行 (裁判別居についていえば、姦通、虐待、二年以上にわたる理由なき遺棄、配偶権回復判決の不遵守) について原告が有責であつたという事実は、それ自体では、裁判所が訴を棄却するように裁量権を行使する理由とはならない、といわれる。裁判所が考慮すべき事項は単なる有責無責の問題よりもずっと重い (more weighty) のであるとして、たとえば、つぎのような基準がいわれる。原告が離婚による再婚の自由を許与さ

れるべきでないほど悪い非行を行なったこと、被告が婚姻関係の再開を欲しているばあい、ひきつづき和解と婚姻生活の回復の障害として作用する行動をとること、原告が、別居合意にもとづくかれの義務を執拗に無視する（たとえばその合意にもとづく扶養料を支払わないというように）こと、が挙げられる。⁽¹⁾

離婚訴訟の被告が異議を申し立てるばあいは、事態は、まったく異なってくる。裁判所は、被告により、別居は原告の不法な行動によってもたらされたものであるとの心証をえたときには、訴を棄却する以外ないのである。

一九五三年法 (Divorce and Matrimonial Causes Amendment Act, No. 43 of 1953) はさらに重要な離婚原因を追加した。「原告と被告が別居しており、和解する見込みがなく、かつ七年以上のあいだ別居してきたこと」(七条一項)、というのがそれである。本条についても(i)号(j)号と同様第一八条の適用があることになった。その当時、世論は別居についてのいわゆる有責者が他方当事者の意思に反して離婚を獲得できるべきであるとの考えを、うけいれないものと感じられていた。しかし、その後無責者の異議権は判決のなかで批判され、一〇年を経過するころには、ロー・ンサイティも個人もそれに反対するようになったといわれる。⁽²⁾そこで、一九六三年婚姻訴訟手続法 (Matrimonial Proceedings Act, No. 71 of 1963) では、七年間の別居事由と結びついた絶対的阻却事由としての異議権の規定は削除され、その事由は裁量的事由であるにとどまることになった。ところで、反対意見との妥協の結果、かかる異議権は合意別居、判決別居、命令別居を理由とするばあいについては、いまなお存置されている(二九条二項)。(離婚原因については、さらに、第三章一を参照)

以上で、ニュージーランド離婚法は、多様な離婚原因を列挙しており、包括的な破綻主義規定をもたないが、一定

の精神病、一定の犯罪についての有罪決定のほか、別居という破綻主義的原因をもってゐることをみた。ニュージールランドにおける離婚原因としての別居は、一九三八年の西オーストラリア法を経て一九五九年のオーストラリア連邦離婚法⁽³⁾ (s. 28 (m))、一九六八年の最初のカナダ連邦離婚法⁽³⁾ (s. 3)、さらには一九六九年のイギリス離婚法⁽²⁾ (1) (d) (e)にまでなんらかの影響をおよぼしたとみうるものである。そこで、離婚原因としての別居は、こんにちコモンウェルス諸国、またはコモン・ロー系の離婚法の特徴の一つとなつてゐるといえるであらう。そして、それは、すでにイタリア⁽⁴⁾において採用され、近い将来西ドイツに波及するようにもみえる。離婚の代替物ではなく離婚に転換しうるものとなつた別居は、あるいは、婚姻破綻の危機を救うための「調整期間」⁽⁵⁾として、法廷における「プライバシー尊重」に資する原因として意義をみとめられ、あるいは、婚姻破綻という至難の判断を「時の流れのもつ力」⁽⁶⁾にまかせる方策として、評価されてゐる⁽⁷⁾。

(1) Mason v. Mason [1921] N. Z. L. R. 962 (C. A.); Davis v. Davis [1950] N. Z. L. R. 115 (C. A.).

(2) Webb, Patricia M., Breakdown versus Fault — Recent Changes in United Kingdom and New Zealand Divorce Law, 14 International and Comparative Law Quarterly 195 (1965); Holden, A. C., *op. cit.* 62.

(3) 鍛冶良堅「オーストラリアの離婚制度」ケース研究八三号(一九六四)、同「オーストラリア離婚法における破綻主義の展開」明治大学法学部創立八五周年記念論文集(一九六五)参照。

(4) 小池隆一・松浦千著「イタリア新離婚法」法学研究四四卷六号(一九七一)参照。

(5) 島津一郎「アメリカの離婚法——アメリカ法との比較検討——」ケース研究一二七号(一九七一)七ページ。

(6) 浅見公子「(論文紹介) Note, Divorce Reform in New York, 4 Harv. J. Legis. 149-60 (1965)」アメリカ法一九六八

一、一〇一ページ。

(7) 同じく別居を原因として挙げる諸国においても、そこには立法上多くの点においてパラエティがあり、別居原因をもつことだけで破綻主義の同じレベルにあるといえないことは、もちろんである。その間の比較をおこなうにあたっては、当然つぎのこと等に留意すべきであろう。すなわち、別居の起源（合意か裁判・命令か事実上か）によって離婚原因としてのその成否にかんし、なんらかの区別があるか。別居から離婚への転換（離婚の申立）にさいして、原告の有責はどのような影響を与えるか。とくに、無責配偶者の異議をどのように配慮するか。その配慮は経済的給付の場で見られるのか、あるいは、離婚原因としての別居期間に長短二種を設けることによって解決したことにするのか。別居を原因とする離婚訴訟において裁判所の離婚認容は任意的か義務的か、等がそれである。

3 既婚婦人のドミシル

コモン・ロー上夫と妻とは同一人格であるという封建時代の擬制（カヴァーチャーの法理）は、ドミシルについても妻のドミシルは夫のドミシルであるという帰結にみちびいた。婦人は婚姻によって自動的にあらゆる目的のために夫のドミシルを取得し、カヴァーチャーのあいだじゅうそれを保有する。これはもつとも批判の多いコモン・ロー原則の一つだといえよう。婚姻は一つの法によって支配されるべきであり、したがって夫婦は同じドミシルを共有すべきことは一般には妥当するが、この原則の結果としてつぎのように明白な不合理が生じる。妻は、合意によって別居しているばあいにも裁判上の別居判決によって別居しているばあいにも単独の選定住所（domicil of choice）を取得することができない。また、夫が妻を遺棄し、外国に永久居住の意思をもって新しいドミシルを取得しても、妻のド

ミシルは自動的に夫のドミシルにしたがうのである。妻がかつて一度も行ったことがなく、訪れる意思もない土地であつても妻のドミシルはそこにあるものとされる。したがつて、そのような状況における妻が遺棄を理由に離婚を訴えるばあい、コモン・ロー原則にもつげば妻はニュージールランドにおいて離婚をうることができなかった。裁判所は、原告がニュージールランドにドミシルを有するばあいかぎつて離婚管轄権をもつていたからである。このような妻が夫のドミシルのある地の裁判所に申し立てるといふことは、じつさい上ほとんど不可能にちかいことであつた。

かかるコモン・ローの原則は、アメリカにおいてはやくからおおはげに緩和される傾向がみられた。ニュージールランドにおいても一八九八年離婚法によつてまず遺棄を理由とする離婚のために緩和された。遺棄された妻は、遺棄のときニュージールランドにドミシルをもつていたのであれば、夫が外国でドミシルを取得しても、そのことにかかわりなく、同法の目的のためにはひきつづきニュージールランド内に単独のドミシルを有するものとみなされた。一九二八年には、合意別居、裁判別居または命令別居を理由に離婚を申し立てる妻は、夫がその合意、裁判または命令のときにニュージールランドにドミシルを有していたのであれば、その後夫がどこかほかでドミシルを取得したばあいであっても、その妻のドミシルはニュージールランドにあるとみなされることになつた (Divorce and Matrimonial Causes Act, 1928 (No. 16), s. 12 (2))。一九五三年には、事実上の別居という新離婚原因にもつてて申し立てる妻についても同様のことが規定された (Divorce and Matrimonial Causes Amendment Act, 1953 (No. 43), s. 9 (2))。なお、同法は、いかなる事由にもとづく離婚訴訟についても二年以上のドミシルを要件としていた一八九八年離婚法を修正し、その要件は遺棄および別居を理由とするばあいかぎることとした (*Ibid.* s. 9 (1))。あらゆる目的のため

めに妻は夫と別のドミシルを取得することが望ましいという派生的ドミシル (derivative domicile) 全廃説も主張されてきた。こんにち、一九六三年婚姻訴訟手続法はドミシルにかんしてつぎのような規定をおき事態をおおいに単純化している。同法の諸目的のために、第一に、既婚婦人のドミシルは、かの女がどこで婚姻したにせよ未婚者であるばあいと同様に決定される(三条一項)。第二に、離婚の訴は、申立の時に原告または被告のいずれかがニュージーランドにドミシルを有するのであれば、ニュージーランドの裁判所に提起することができる(二〇条)。

イングランドにおいてコモン・ローの原則が一部緩和されたのは一九三七年 (Matrimonial Causes Act, 1937, 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6, c. 57, s. 13) がはじめてであり、こんにちでさえ、イングランドの遺棄された妻の地位はニュージーランドのばあいよりもおいくぶん制限的である。一九五四年と六三年のある報告書は、⁽¹⁾裁判所の別居命令によって別居している妻は独自のドミシルを取得する自由を有すべきだと勧告したが、別居命令が存在しないばあいは、その妻が遺棄されているばあいであつても、なお夫のドミシルにしたがうべきであると報告した。⁽²⁾

(1) Private International Law Committee, Report on Domicile, Cmd. 9068 (1954), Cmd. 1955 (1962).

(2) イギリスでは一般議員提出法案として一九七一年十二月に Married Women (Domicile) Bill、七二年一月に Domicile and Matrimonial Proceedings Bill が下院で提出され、妻のドミシルがふたたび論議をめぐりつゝあるまゝである。

4 養子

養子制度は元来コモン・ローのしらないものであつて、制定法の産物である。コモン・ロー上親の子にたいする権利は不可譲であるので、事実上の養育者と実親とのあいだの子の監護と監督にかんする合意はパブリック・ポリシー

に反して無効とされる。あるばあいには、裁判所が、実親の権利主張が子の最善の利益に反するとして、それを拒むことはありえた。⁽²⁾そこで、おそらく子がなく、他人の子を自分の子として育てたいと切望する夫婦も、実親があらわれ子にたいする権利を主張してきたらこわされねばならないような不安定な関係をつくることにちゅうちょを感じ、そのことによって、子は正常な家庭生活の機会をうばわれ、孤児院その他の施設におかれたままになっていた。このような事態を救済するために、ニュージーランドは一八八一年に養子についての制定法上の規定を設けたが、それはコモンウェルスにおける最初の養子法であった。イギリスのそれ (Adoption of Children Act, 1926, 16 & 17 Geo. 5, c. 29) より四五年はやい制定であった。一八八一年養子法 (Adoption of Children Act, 1881) は一部「サッチェ」州における類似の制定法を基礎にしたようにみえるといわれる。⁽³⁾イギリス政府にたいする敵対感情がはげしく親米的風潮の色濃かった当時のことである。そこではすでに養子縁組が単なる届出によってでなく、養親たらんとする者の申請にもとづき裁判所のくだす養子決定によってはじめて成立するというたてまえが確立していた。同法は一二歳以下の子について養子命令をくだす権限を付与した。その命令は一八九五年には一五歳までひきあげられ、一九三九年には二一歳となった。現在では一九七〇年成人年齢法によって二〇歳にひきさげられている。

ニュージーランドにおける養子法の歴史は、養子が実子の地位に同化する歴史を示し、統合法である現行の一九五五年養子法 (Adoption Act, No. 93 of 1955) はいまやかかる同化を完成させたものとみられる。一九〇八年未成年者法 (Infants Act, No. 86 of 1908) は養子決定による効果をつぎのように規定していた。親族関係は養子と養親のあいだにだけ発生し、養親の親族のだれとも親族関係を発生させなかった(二二条)。司法上の解釈によれば養子は実親そ

の他実方の親族のすべてとひきつづき親族関係を有していた。無遺言死亡にさいして、相続は養子と養親相互間にだけ行なわれ、したがって、実親は養子の無遺言相続にさいし相続権を失ない、その権利はかわりに養親に帰属した。養子は、養親にくわえ、実親その他実方の親族の無遺言相続について権利をもっていた。遺言相続については、実親の「相続人」または「最近親」として権利を取得できないようにみえる、といわれた。⁽⁴⁾一九五〇年未成年者修正法 (Infants Amendment Act, No. 18 of 1950) は重大な変更をもたらした。養子は、養子決定によって、(婚姻能力と近親相姦にかんするばあいをのぞき) 実方のだれとも親族関係をもたず、養親と養親の親族のすべてと親族関係をもつようになった(二条)。相続権はこのように構成された親族関係を基礎にする。養子は、養親の子または子孫にたいする遺言による贈与(遺言が養子決定の前になされたと後になされたとを問わず)にもとづき取得することができる。ただし、養子決定が遺言者の生存中に行なわれたばあいかぎる。

イングランドでも、一九四九年養子法 (Adoption of Children Act, 1949, 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 98) により、実方の親族関係を継続しつつ、養方の祖父母、兄弟姉妹、伯叔父母とのあいだに親族関係が発生することになった。そして、相続についても、当初養子制度はもっぱら児童保護を目的とするのであって財産相続を目的とするのでないから、また、養親の配偶者と実子に不利益を与えぬためという理由から、権利を発生させないのが妥当であるとされた。ところが、同じく一九四九年法は、無遺言相続にかんし、実親子間にはこれを否定し、新たに養子は養親の子としてあつかわれると規定した(九条一項)。遺言相続については、一九四九年法は、遺言にいう「子」に養子をふくむとせずという原則に手をふれなかったが、一九五八年法 (Adoption Act, 1958, 7 & 8 Eliz. 2, c. 5) は養子をふくむと

改正した(二六条二項)。

したがって、ニュージーランドにおける実子への同化現象は、イギリスにおけるものと軌を一にしていたといえよう。

- (1) イギリス養子法の再三の変遷については、山本正憲「イギリスに於ける養子法の変遷(一・二)」岡山大学法経学会雑誌三、四号(一九五二)、「一九五〇年イギリス養子法(一・二)」民商法雑誌二七卷二、五号(一九五二)、「一九五八年イギリス養子法の邦訳(一・二)」民商法雑誌四一巻四号四二卷一号(一九六〇)他参照。
- (2) *In re Fynn* (1848), 2 De G. & Sm. 457; R. v. Gyngeall, [1893] 2 Q. B. 232 (C. A.).
- (3) Robson, S. L. & K. J. Scott, *Introduction*, in *NEW ZEALAND, Supra* 23 (1st ed.)
- (4) Inglis, *op. cit.* 402.

5 準正

イギリスで、私生子は、一九二六年準正法⁽¹⁾(Legitimacy Act, 1926, 16 & 17 Geo. 5, c. 60)が制定されるまで、国会の私法律によって嫡出子とされるべき、生涯私生子の身分にとどまった。後婚準正制度をみとめず、私生子は何人ノ子ニモ非ザル子とする法の擬制もまた、ニュージーランドが一八四〇年にイギリスからうけついだ法の一部であった。私生子にたいするそのような処遇はまもなく「人道的観点から」放置されえなくなり、不道徳を防止できるであろうとのその法理の前提がとるにたりないものであることも判明してきた。立法による後婚準正制度の導入は、イギリスにおけるよりも三二年はやく一八九四年における準正法(Legitimation Act, No. 28 of 1894)に

よつて実現された。私生子の保護に積極的であつたのはマオリの慣習と関係があつたとみられるかもしれない。マオリの相続法によれば、私生子であっても、被相続人の子であることが立証されれば、その父を相続する権利が与えられるからである。しかし、一八九四年法にたいしては、それよりも、古くから準正をみとめていたスコットランドの植民者のはたらかけの方が重視されている。それと同時に、ニュージーランドにおいて後婚準正をみとめた最初の制定法 (Half-Caste Disability Removal Act, 1860) が、ヨーロッパ人とマオリ人とのあいだの子について規定したものであり、その法律が一八九四年の包括的な準正立法の出現を容易ならしめたであろうことが首肯されている。⁽²⁾

一八九四年準正法によれば、父母の婚姻前に生まれた子は、登録にさいして、出生のときから嫡出子であつたとみなされ、婚姻中に生まれた子としての権利を有することになった。ただし、子の出生のとき父母の婚姻になんらかの障害事由が存在したときには準正化されなかつた。一九二二—二三年準正修正法 (Legitimation Amendment Act, No. 49 of 1921-22) はこの制限を一部とりのぞいた^(三)。したがつて、妻とその夫の嫡出子であると推定される子は、その推定がくつがえされ、のちに実父が母と婚姻するばあい、準正嫡出子とされることになった。イギリスにおいて、姦生子を準正化する途をひらき、さらに、無効婚から生まれた子も、実父母の「双方または一方がその婚姻は有効であると合理的に信じていたのであれば」、「嫡出子とあつかわれることにしたのは、一九五九年準正法 (Legitimacy Act, 1959, 7 & 8 Eliz. 2, c. 73, ss. 1, 2.) である。後者をニュージーランドがみとめたのは遅く一九六三年婚姻訴訟手続法 (Matrimonial Proceedings Act, 1963, s. 8) によつてであつた。それは、実父母ともに「その婚姻は無効であることをしつていたのでなければ」、「嫡出子となると規定した。

なお、ニュージーランドの一九三九年準正法 (Legitimation Act, No. 12 of 1939) は、準正が婚姻後における登録の成否によって左右されるのでなく、父母の婚姻によって自動的に準正がなされるように修正した(三条一項)。しかし、父母は子の出生を再登録する義務を負っている(五条)。準正は、非嫡出子が婚姻の日に生存するかいなか、子の出生または婚姻のときに父母がニュージーランドにドミシルを有するかいなかかわりなく適用がある(三条)。準正は溯及的ではあるが、他の者がすでに取得した権利には影響をおよぼさない(四条二項)。現在の準正法は、コモンウェルスにおける同種の立法の準正にかなするいずれの規定よりも制限がないといわれている。

(1) イギリスのばあいについては山本正憲「イギリス準正法」岡山大学法経学会雑誌一二卷一号(一九六二)参照。

(2) Robson, J. I. and K. J. Scott, *Introduction in New Zealand*, *supra* 25-26; Cameron, B. J., *Family Law in New Zealand*, *supra* 332.

6 生存家族の保護

イギリスの相続法の基本的特色は、遺言処分の権能が大きいことであるところとらえられてきている。人は、遺言をすれば、なんの制約もなしに、かれの財産の全部を「だれであろうと、すきな人に」、まったくの他人にたいしてさえも遺贈し、妻や子を遺産にたいする相続からしめだしてしまいう自由をもつ、というのがその内容である。遺留分の慣習は一七世紀末まではいくつかの地方にみられたとしても、一八世紀なかばには動産についての、一九世紀はじめには不動産をふくめての遺言自由の原則が確立していた。父または夫のいわゆる「復讐的な遺言」によって家族の相続権が剝奪されることを非難する感情がしだいに育ち、その弊害を立法的な措置によって救済しようとする社会的、政治

的運動がおこってくる。イングランドでは、無遺言死亡者の相続については相当はやくから妻の権利がわずかながら保護されてきたが、遺言相続のばあいには、遺言者の意思に重大な制限を課し家族の保護をはかったのは一九三八年相続(家族用意)法 (Inheritance (Family Provision) Act, 1938, 1 & 2 Geo. 6, c. 45) がはじめであった。⁽¹⁾ その一九三八年法が、ニュージーランドやオーストラリアですでに実現されていた立法例にならったものであることはよく知られている。

かかる法の分野では、ニュージーランド議会が制定した一九〇〇年遺言死亡者家族扶養法 (Testator's Family Maintenance Act, No. 20 of 1900) が先駆的法律である。同法を統合した一九〇八年家族保護法 (Family Protection Act, No. 60 of 1908) は、「法律学へのニュージーランドの偉大な貢献」⁽²⁾ であるとまでいわれてきている。その基本的構成はつぎの条文によくあらわれており、それは、イングランドにうけつがれ、両国においてこんにちもなお維持されているところである。

「だれであれ、遺言を残し、かつその遺言のなかでその者の妻、夫または子にたいしてしかるべき扶養 (proper maintenance and support) のために十分な用意をせず死亡したばあい、裁判所は、右の妻、夫または子による、またはその者の代理人による申立にもとづき、右の裁判所が適当とみるべき用意が、右の死亡者の遺産から、右の妻、夫または子のためになされるべきことを、その裁量によって命ずることができ。ただし、裁判所は、適当と考へるべき条件を、その命令に付することができ、あるいは、だれであれ、その性格または行動が、裁判所の意見によれば、本条にもとづく命令の利益を奪うようなものであるばあい、その者のために命令をくだすことを拒むことができ (Testator's Family Maintenance Act, No. 20 of 1900, s. 2)。」

家族保護法は遺言自由にたいして直接制限を課するものではない。遺言者は、この後もすぎないように遺言を作成することができ、そして、家族のために十分な用意をしなかったとしても、そのことによってなら法的義務違反をおかしたことはない。しかも、被扶養者は自動的に権利を取得するのではなく、シュプリム・コートへの申立、困窮状態やファミリー・ヒストリーの開陳をしなければならず、裁判所の命令には裁判官の自由裁量によるという不確実性がともなっている。しかし、同法は、シュプリム・コートにたいし遺言の文言を破棄する権能を付与することによって、形式ではなく実質において遺言の権能にたいする重大な制限となっている。このようにドラスティックな改革は、その推進者たちのつぎのような「控え目な主張」によって助けられたといわれている。人はその生存中妻と子の扶養のために支払をすることを命じられてしかるべきだが、かれの死後妻子が無一物で残されることが、なぜありえてよいのか。同法は「困窮者法が生前に供給するところのものを死後に供給するだけ」ということが強調された。したがって、同法は、はじめこのアナロジーにもとづいて解釈され、資格者も供与される額も困窮者の権利を類推して決定された。まもなくそれを排斥する判決があらわれ、その判決は枢密院によって認容された。⁽⁵⁾

「しかるべき扶養のために十分な用意」とはいかなるものであるかについては、サーモンド判事のつぎの意見がもっとも重大な指標を提供するものとして、しばしば引用されている。「同法は、遺言者が、その資産、請求者の資産と功績、およびその賜金にたいするさまざまな要求の相対的緊急性を考慮して、妻と子の扶養のために、かれの死後適当にして十分な用意をするという目的のために、かれの遺言の権能を用いるという道徳上の義務を強行することを意図している。遺言上の用意が欠けているばあいには裁判所がしかるべくすることのできる用意とは、公正であり、か

つ賢明な父が、関連あるすべての状況を十分にしていたとしたら、かれの寡婦と子のためにすることが、かれの道徳上の義務であると考えたであろうところのものである」⁽⁶⁾。

当初の法は、遺言者がその妻や子にたいして行なうかもしれないと考えられる不当を救済することにかぎられたが、その後、非嫡出子（しかし遺言者によってその生前子として承認されていたものにかぎる。Statute Amendment Act, No. 39 of 1939, ss. 22, 23）養子（Statute Amendment Act, No. 60 of 1947, s. 15）⁽⁷⁾ 一定の状況における孫（Statute Amendment Act, No. 60 of 1947, s. 15）をカンマーするまゝに拡大され、一定の状況においては父と母（Statute Amendment Act, No. 20 of 1943, s. 14）までも含むことになった。

一九三九年には、家族保護立法の分野としていっそう徹底した改革がなされた。それは、一九〇〇年法の法理を、人が全部または一部無遺言で死亡したばあいにも拡大するというものであった（Statute Amendment Act, No. 39 of 1939, s. 22）。その改革は、「ロー・リヴィジョン・コミッティ」の勧告を実現したものであるが、同コミッティは、前年におけるイングランドの相続（家族用意）法から学ぶべきなものもないことをしり、また、その法律を批判したイングランドの法曹団体の意見にはげまされて、そのような勧告をしたことがいわれている。イングランドにおけるそれにあたる法律は、一九五二年無遺言死亡者遺産法（Intestates' Estates Act, 1952, 15 & 16 Geo. 6 & 1 Eliz. 2, c. 64）である。

(1) この分野のイギリス法については内田力蔵「イギリスにおける遺言と相続」（一九五四）参照。

(2) Tyler, E. L. G., Family Provision v (1971).

- (c) *Re Kensington* [1949] N. Z. L. R. 382, 397.
- (4) *Cameron, B. J., Family Law, supra* 471-475. なお、スコットランドの制度にない「遺産のうち一定の割合を妻子のための遺留分として、遺言によつて譲渡できないものとする」「遺言処分の権能を制限するための法案」が議員提出法案として一八九六年に提出されたが、そのような制度がうけいれられず、けっきょく裁判所の裁量権をおおはばにみとめる法案がすすめられていく過程にすぎない。*Paterson, D. E., Family Protection Amendment Act 1967, 3 New Zealand Universities Law Review* 223 (1968) 参照。
- (5) *Allardice v. Allardice*, [1911] A. C. 20; (1911) N. Z. P. C. C. 156.
- (6) *Per Salmond J., Allen v. Manchester* [1922] N. Z. L. R. 218.
- (7) 孫が申立のできるばあいは、親が、③死亡している、④遺棄するか、または扶養していない、⑤行衛不明、⑥免責されない破産者である、⑦精神上欠陥がある、という五つのばあいに過ぎられ、かなり制限的であった (*Family Protection Act, 1955* (No. 88) s. 3 (c))。ところが、一九六七年家族保護法 (*No. 43*) は、死亡者の子 (嫡出非嫡出をとわず) の子 (嫡出非嫡出をとわず) は、死亡者の死亡時に生存しているかぎり、申し立てることができるように改正した (s. 3)。同法については、*Paterson, D. E., op. cit.* 参照。
- (8) *Paterson, D. E., op. cit.* 226-227.

7 合有ファミリー・ホーム

ニュージーランドにおける妻の財産上の権能は、当初イギリスと同じく、カヴァーチャーの法理のもとにきわめて制限的にみとめられたにすぎない。この領域においてニュージーランド立法府は、その他の家族関係の諸立法のなか

でみせたような進取の傾向を示さず、イギリス法にしたがっていた。そこで、妻が財産にかんして夫から解放され、未婚の女子と同様に財産を保有・取得・処分できるようになったのは、イギリスの一八八二年既婚婦人財産法 (Married Women's Property Act, 1882, 45 & 46 Vict. c. 75) をうけて制定された一八八四年の同名の制定法とその後の改正法によってであった。妻の法的解放が進展し、夫婦はそれぞれ他人であるかのごとく自分自身の財産を独立してもつようになった。夫婦は、そのむねの特別の合意をしないかぎり、財産を共有しない。別産制をたてまえとする法制のもとで、実質的衡平をはかるためには特別の考慮をばらう立法上の必要性が感じられた。夫婦の一方の名義による婚姻生活のための住居についてそれを実現するものが、合有ファミリー・ホームについてさだめる制定法である。その制度はコモン・ローのしらないものである。これに似たホームステッドは⁽¹⁾アメリカにおいてはやくも一八三九年にみとめられ、各州にひろまっていった。ニュージールランドの立法者がそれらの先例に気付いていたという証拠はないといわれる。⁽²⁾

家族の福祉と安定性を増進するためにはファミリー・ホームを一定程度保護することこそ有効であろう。一八九五年ファミリー・ホーム保護法 (Family Homes Protection Act, 1895) はニュージールランド立法者のこの目的にむかっているの第一歩であった。同法の要件にしたがって設定された住宅は、設定者の生存中ならびにその子が二一歳になるまでファミリー・ホームとしてある程度債権者の諸要求を免れることが規定された。しかし、そのように設定されたホームには譲渡抵当が設定されえなかつたことが一因で、その法律はほとんど空文であったという。⁽³⁾ こんにちの合有ファミリー・ホームにかんする法律は、一九五〇年法 (Joint Family Homes Act, No. 43 of 1950) によって新たに

かたちをととのえ、その後の度重なる改正を経て、一九六四年法 (Joint Family Homes Act, No. 45 of 1964) のなかに統合されている。その後も社会の実態や諸要求によりよく適合するために改正がくわえられている。⁽⁵⁾ じっさいその法律によって設定されたホームの数を見ると、住宅への愛着という国民性にくわえて、一九五九年以後設定者への一定の特典付与という政府の政策が作用して、その数は上昇し、年に一万ホームをこすようになった。⁽⁶⁾ 一九六四年までには一一五、〇〇〇ホームが設定され、それはその当時人の住む個人住宅総数の約七分の一にあたるものであった。⁽⁷⁾ 合有ファミリー・ホームにかんする立法は、この現実の利用状況からみても、「ニュージーランドの特色」の一つといつてよいであろう。

現行法上の合有ファミリー・ホーム制度の法的骨組みはおよそつぎのようなものである。夫婦またはその一方は、その上に住宅が建っているか、あるいは六ヵ月以内に建つであろう土地を所有しているばあい、その土地を合有ファミリー・ホームとして設定することができる。そのばあい、その住宅と土地は、その夫婦および当時そのホームに住するかれらの世帯のメンバーのためのホームとして「排他的にまたは主として」(exclusively or principally) 使用されているものでなければならぬ。その物件は譲渡抵当権が設定されたものであるかいか、あるいはその価格いかんはいままで問題はとされない。地区土地登録吏にたいして設定が申請され、債権者の保護のための一定の通知その他の手続がすむと、「合有ファミリー・ホーム証明書」が発行され、それが登録されるとホームが設定される。かかる設定によって生じる利益はつぎのとおりである。そのホームは夫婦の合有財産となる。すなわち、夫婦は生存するあいだ所有と占有にかんして平等の権利を有する。夫婦はいっしょに、または生存配偶者はいつでも、そのホーム

を売却、譲渡、賃貸したり、譲渡抵当を設定する等の処分をすることができる。ただし、かれらは自己の利益を単独に処分することはできない。設定にさいしては贈与税と印紙税の課税免除をうける。いずれか一方が死亡すると、その財産は自動的に生存配偶者に帰属する。そのさい相続税から八、〇〇〇ドルまでが課税免除となる。その不動産は、また、合有ファミリー・ホームとして設定されているあいだ、債権者または破産管財人の要求にたいして、八、〇〇〇ドルまで保護される。

合有ファミリー・ホームはその夫婦の離婚または別居のばあいにはどうなるのか。登録吏が合有ファミリー・ホーム証明書の登録を取り消すことのできるばあいについての規定をみると、申請、死亡、居住・使用の中止等のほか、つぎのように規定されている。裁判所は離婚、婚姻無効、別居、扶養、後見の判決または命令をくだすばあい、それと同時にまたはそのあとで、そのホームの占有について適当と考える命令、その登録の取消またはホームの売却、賃貸およびその結果えた金銭の処分のための命令をくだすことができる。しかし、和解の可能性を侵害しないために、裁判上、登録の取消や家屋の売却が命じられた例はないかのようである。⁽⁹⁾

イギリスでは、とくに、住宅の払底に苦しんだ大戦後、婚姻生活上の住宅を占有する権利 (right to occupy the matrimonial home)⁽¹⁰⁾、なかんづく遺棄なれた妻のその権利について、たちおくれが痛感されるようになった。⁽¹⁰⁾ 一九六六年婚姻生活のための住宅にかんする法案審議においては、ニュージーランドの法制ではなしにカナダおよび合衆国におけるホームステッドに言及がなされた。⁽¹¹⁾ 住宅の所有権をもたない配偶者にたいして、はじめて居住権をみとめたのは翌年の法律 (Matrimonial Homes Act 1967, c. 75) にちかっであつた。

- (1) 立石秀枝「アメリカの家庭制度」家族問題と家族法Ⅵ所収（一九六一）参照。
- (2) Cameron, B. J., *Family Law*, in *NEW ZEALAND, Supra* 459 (2nd ed.)。
- (3) *Ibid.*
- (4) No. 28 of 1951, No. 77 of 1952, No. 84 of 1955, No. 56 of 1957, No. 68 of 1959.
- (5) No. 22 of 1968.
- (6) N. Z. Official Yearbook 1969, p. 543.
- (7) Cameron, B. J., *ibid.*
- (8) Campbell, I. D., *Family Law*, in *NEW ZEALAND, Supra* 338 (1st ed.)。
- (9) Inglis, *op. cit.*, 559. なお、この点、夫婦の婚姻生活上の住居にかんする紛争については、含有ファミリー・ホームであるか否かを問わず、一九六三年婚姻訴訟手続法第八章および一九六八年家事訴訟手続法第五章に規定がおかれている。
- (10) Royal Commission on Marriage and Divorce: Report 1951-1955 §§ 663-686, Cmd. 9678; Milner, Alan, A Home-
stead Act for England, 22 *Modern Law Review* 458 (1959).
- (11) Hansard, Lords, 14 June, 1966 [25]-[26].

第三章 ニューゼーランド新家族法の概要

本章では、家族関係立法のうち、一九六八年一月二日に裁可された三つの法律、すなわち、「婚姻訴訟手続法修正法」「家事訴訟手続法」および「後見法」ならびに、一九六九年八月二日に裁可された「子の地位にかんする

法律」を個別的にとりあげ、その概要の紹介をおこなう。なお、右の四法はそれぞれ単行法ではあるが、すべて相互に関連しあっており、本来は照合して検討しなければならぬところであろう。

本章にはつぎのような限界がある。第一は、「新家族法」と題しながら、それらを網羅していないことである。とくに夫婦間の財産にかんする紛争について規定する夫婦財産法 (Matrimonial Property Act, No. 72 of 1963, Matrimonial Property Amendment Act, No. 61 of 1968) をふくんでいないことはひじょうな片手落である。第二は、マジストレイツ・コートにおける家事事件の統合法であってきわめて重要な一九六八年家事訴訟手続法にかんしてである。それは、同法中三つの事項にかかわる部分だけの紹介にとどまり、他を省略していることである。とりわけ、扶養にかんする部分をはぶいているのは重大である。マジストレイツ・コートにおける中心的な民事手続は、沿革的に、そしてまたおそらく現状においても、妻子のための扶養命令にあるとみることができようからである。これら二つの限界は、いずれその他の欠陥とともに、それを補完する機会をもちたいと考える。

一 離婚原因としての別居——Matrimonial Proceedings Amendment Act, No. 60 of 1968

一九六八年一月二日に裁可された本法(第八条は一九六九年一月一日、それ以外は即日施行)は「一九六三年婚姻訴訟手続法」(Matrimonial Proceedings Act, No. 71 of 1963)(一九六三年一月二三日裁可一九六五年一月一日施行)を修正するための法律であって、同法(主法とよぶ)とあわせて読み、またその一部とみなされるものとされる。そこで、まず、一九六三年婚姻訴訟手続法のうち少なくとも本法と直接関連ある部分について、ふりかえって

おかねばならない。同法は、一〇章九一カ条と附表からなる婚姻事件にかんする従前の法律の統合法であり、かつ若干の修正をほどこしたものである。

1 一九六三年婚姻訴訟手続法における関連規定

一九六八年法との関連で、離婚原因にかんする第二一条、および同居再開の効果にかんする第二六、二九、三四条をみておく必要がある。訳出を試みておこう。

第二一条〔離婚原因〕⁽¹⁾①ニュージールランド法によって支配される婚姻であるといなどをとわず、離婚の訴は、以下に掲げる諸原因の一つまたはそれ以上にもとづいて、これを裁判所に提起することができ、それ以外の原因によることをえない。

(a) 被告が、婚姻の挙式後、姦通をおかしたこと、

(b) 被告が、原告の妻であるばあい、婚姻の挙式後、原告の同意なしに、原告以外の他男による人工授精をうけたこと、⁽³⁾

(c) 被告が、正当な理由なく、故意に原告を遺棄し、かつ、三年またはそれ以上のあいだ、原告をひきつづきそのような遺棄の状態においたこと、

(d) 被告が、裁判所がくだした配偶権回復判決 (decree of restitution of conjugal rights) にしたがうことを、三年またはそれ以上のあいだ、しなかつたこと、

(e) 被告が、

(i) 原告の夫であるばあいは、三年またはそれ以上のあいだ、常習的濫酒家であるか、または麻薬常用者であり、かつ、常習的に妻を扶養の手段なしの状態で放置したか、または、常習的に妻にたいして虐待をおかしたこと、あるいは、

(ii) 原告の妻であるばあいは、同様の期間、常習的濫酒家であるか、または麻薬常用者であり、かつ、常習的に、家政上の義務

を怠り、その義務を行なうに適さないように自己をしていたか、または、常習的に夫にたいして虐待をおかしたこと、

(f) 被告が、婚姻の挙式後、原告または原告もしくは被告の子（何歳であれ）にたいする殺人未遂について有罪決定をうけ、あるいは、（傷害、火器の発砲、危険行為の遂行または腐敗物の投げ付けにかんする）一九六一年犯罪法（Crimes Act 1961）第一八八条第一九八条または第一九九条にもとづく、原告または右の子にたいするなんらかの犯罪について有罪決定をうけたこと、

(g) 被告が、婚姻の挙式後、原告または被告の子（何歳であれ）にたいする近親相姦、強姦未遂もしくは強姦する意思をもってする暴行について、または、一六歳以下の右の子との性的交渉もしくは性的交渉の未遂について、有罪決定をうけたこと、

(h) 被告が、原告の夫であるばあいには、婚姻の挙式後、強姦、強姦または強姦をおかしたこと、

(i) 被告が、婚姻の挙式後、殺人について有罪決定をうけたこと、

(j) 被告が精神異常（unsound mind）者であり、回復の見込みがなく、かつ、訴提起の直前一〇年間に通算七年以上のあいだ、患者であつたこと、

(k) 被告が精神異常者であり、回復の見込みがなく、かつ、訴提起の直前七年間ひきつづき精神異常者であり、かつ前記七年間のうち最後の三年の間、患者であつたこと、

(l) 被告が精神異常者であり、回復の見込みがなく、かつ、訴提起の直前五年間、患者であつたこと、

(m) 捺印証書またはその他の書面によってなされたか、口頭によってなされたかを問わず、原告と被告が別居合意（agreement for separation）の当事者であること、および、右の合意が十分な効力を有しており、かつ、三年以上のあいだ十分な効力を有してきたこと、

(n) (i) 原告および被告が、ニュージーランドでくだされた別居判決（decree of separation）または別居命令（separation order）

の当事者であること、あるいは、どこか他の国でくだされた判決、命令または判断の当事者であつて、右の判決、命令または判断が、右の国において、その当事者が同居する義務を負わないという効果をもつものであるばあいであること、さらに、(ii)右の別居判決、別居命令、またはその他の判決、命令もしくは判断が、十分な効力を有しており、かつ、三年以上のあいだ十分な効力を有してきたこと、

(o)原告および被告が別居しており、和解にいたる見込みがなく、かつ、七年以上のあいだ別居してきていること。

②被告が、本条第一項(h)号において特定された犯罪のいづれかについて、なんらかの裁判所によつて有罪決定をうけたという証拠は、同項の諸目的のために、その者がその犯罪をおかしたという決定的証拠 (conclusive proof) であるものとする。

第二六条〔同居再開の効果〕①婚姻の一方当事者が、故意に他方を遺棄するか、または、別居判決、別居命令もしくは別居のための合意にしたがつて、他方と別居しているばあい、当事者たちが、当事者間に性的交渉の行為があつたかいなかを問わず、一回に二ヵ月をこえない期間継続して同居を再開したという理由によつて、その遺棄は終了するとみなされないものとし、あるいは、右の判決、命令もしくは合意の存するばあいであれば、同様の理由によつて、それが十分な効力を維持することを止めたこととみなされないものとする。ただし、それは、裁判所が、同居再開のための唯一の、または主要な動機が和解であつたという心証を有するばあいにかぎる。

②当事者たちが、前条にいう同居をしていた期間は、本法の諸目的のために、遺棄または別居の期間の長さを決定するにあつて、考慮に入れられないものとする。

③本条は、なんらかの特別の状況において遺棄が終了したとみなされないとさだめるなんらかの法原則を制限し、またはそれに影響を与えるべく解釈されないものとする。

第二九条〔訴は一定の状況において棄却される〕①姦通を原因とする離婚の訴において、裁判所は、原告がその姦通を幫助または

懲罰していたときには、その訴を棄却するものとする。

②本法第二一条第一項(m)号および(n)号に特定された原因のいずれかを原因とする離婚の訴において、裁判所は、被告が判決の付与に異議を申し立て、かつ、その別居が原告の不法な行為または行動によることが立証されるときには、その訴を棄却するものとする。

③裁判所は、婚姻上の非行に基礎をおく離婚の訴を、訴えられているその非行が宥恕されているときには、これを棄却するものとする。

④本条第五項の諸規定を害しない範囲で、原告が、訴えられたならかの非行の遂行をした後で、その原告被告間に性的交渉の行為があったという事実は、そのことによってその非行が宥恕されたという推定をうむものとする。ただし、その推定は、反対を立証する証拠によって、くつがえされることができ。

⑤当事者間に性的交渉の行為があったかいかを問わず、原告が、訴えられたならかの非行の遂行をした後で、二ヵ月をこえない期間継続して、その当事者たちが同居をつづけたか、あるいは、再開のばあいであれば、一回に同様の期間継続して同居を再開したという事実は、裁判所が、同居の継続または再開のための唯一の、または主要な動機が和解であったという心証を有するのであれば、宥恕とならないものとする。

第三四条〔絶対判決〕①絶対判決の付与が制限される期間が満了してのち、かつ、(妻およびその婚姻による子の扶養と福利にかかわる)本法第四六条および第四九条の規定、ならびに、本法第七一条第五項および第六項にもとづいて介入する法務次長(Solicitor-General)およびその他の者の権利を害しない範囲で、

(a)裁判所は、原告の申立により、死亡の推定および婚姻の解消の仮判決 (decree nisi) を絶対的 (absolute) にすることができ、あるいは、

(b) 裁判所は、原告または被告の申立により、取り消しうる婚姻の解消または離婚の仮判決を絶対的にすることができ、あるいは、(c) レジストラは、原告の書面による申請により、かつ、その当時終局判決に異議を唱える事項が訴訟係属中でなく、かつ、裁判所が、仮判決をくだすにあたって、絶対判決の申立は裁判所によってとりあつかわれるものとすることを要求しなかつたばあ、死亡の推定および婚姻の解消の仮判決、取り消しうる婚姻の解消の仮判決または離婚の仮判決を絶対的にすることができらる。

② 離婚、または取り消しうる婚姻の解消の仮判決がくだされた後で、当事者間に性的交渉の行為があつたかいなかとわず、当事者たちが一回に二ヵ月をこえない期間継続して同居を再開するはあ、裁判所は、その理由のみにもとづいて、絶対判決を付与することを拒まないものとする。ただし、それは、その同居再開のための唯一の、または主要な動機が和解であつたという心証を有するはあにかぎられる。

(1) 一九六三年婚姻訴訟手続法が規定する離婚原因の多様さにもかかわらず、じつさいにきわめてひんばんにもちいられる原因は四つにとどまるといわれる。第一は三年間の合意別居であり、第二は三年間の命令別居、第三が姦通、第四が三年間の遺棄、そして一九六五年頃からさかんに申し立てられるようになってきた第五番目の原因は、当事者たちが七年間別居してゐて和解の見込みがないことであつた。(Ingis, B. D., *Divorce Reform in New Zealand*, 43 *Canadian Bar Review* 520 (1965)) 一九六七年六八年における離婚申立原因をみると、ひきつゞき圧倒的に多いのが三年間の合意別居であり、二位が姦通、三位が七年以上の別居である。(New Zealand Official Yearbook 1970, p. 130)

(2) 本法において「裁判所」(“Court”)とはジュブリーム・コートを意味する(二条)。

(3) イギリスのモートン委員会報告書 (Cmd. 9678, § 90 (1956)) の勧告にしたがったもので、一九六三年法による新設規定。

(4) 「患者」(“Patient”)とは、一九一一年精神衛生法 (Mental Health Act 1911) の意味に該当する施設、または、ニュー

ー ジーランド以外の国の類似の施設において、(任意患者 (voluntary patient) としてでなく) 入院者 (resident) として世話と治療をうけている者を意味し、さらに、同法第四章またはニュージーランド以外の国の法律のそれに該当する規定にもとづく施設に監置された者をふくむ (二条)。

(5) 離婚の仮判決は、付与の日から三ヶ月が満了するまで絶対判決とされない。三ヶ月という期間は、裁判所が特定のばあい
に特別の命令によって命じるばあいは、六週間以上に短縮される (三三条)。

(6) 「婚姻による子」 (“Child of the marriage”) とは、当該夫婦の子を意味し、さらに、(夫または妻の子であるといな
をとわず) その夫婦が同居を止めたとき、または訴訟手続を開始する直前に、その夫婦のファミリーの一員であった子を
ふくむ。

(7) 裁判所は、妻の扶養および福利のための取決めが、裁判所の満足のゆくまでになされるか、または婚姻上の住宅にかんす
るならんかの命令 (八章) が遵守されるまで、離婚の絶対判決をくだすことを停止することができるをむねを規定している。

(8) 裁判所は、当該婚姻による一六歳未満の子の監護、扶養および福利のための取決めがなされ、それが満足のゆくものであ
るか、またはその状況で企てられる最善のものであるとの心証をうるまで、取り消しうる婚姻の解消または離婚の終局判
決をすることができない (四九条(a)号)。

(9) 離婚の訴提起後であつて、その訴の棄却または絶対判決付与前に、人はだれでも法務次長にたいして、その事件の適正な
決定にとつて重要なならんかの事項についての情報を与えることができ、法務次長はそれにもとづいて必要または便宜にか
なうと思ふ処置をとることができる (七一条四項)。法務長官 (Attorney General) または法務次長は、右の情報またはそ
れ以外の理由により、(a) 離婚判決の付与に異議をのべることができ、あるいは、(b) 仮判決が、司法の悪用 (perver-
sion of justice) をもたらす意思をもつて共謀 (collusion) によつてえられたことを理由に、あるいは、仮判決がなされた

ときには裁判所の面前になかったか、またはそれ以後生じたその他ならかの重要な事実を理由に、仮判決を絶対判決にすることに反対する原因を示すことができる(同条五項)。法務長官または法務次長のそのような権利は、裁判所の許可をえれば、だれでも行使することのできるものである。ただし、裁判所は、そうしようとする人が、その主張のために合理的かつ蓋然的理由をもっているとの心証をうるのでなければ、そのような許可を与えないものとする(同条六項)。

2 一九六八年婚姻訴訟手続法の主なる改正点

(1) 主法第二一条「離婚原因」第一項の(c)、(d)、(e)、(i)、(m)、(n)、(ii)の各号から「三年」という語をはずし、「二年」という語とおきかえるものとする(二条(a)(b)(c)(d)(e)号)。すなわち、故意の遺棄、配偶権回復判決の不遵守、常習的濫酒または麻薬常用その他、合意別居、判決別居、命令別居が離婚原因となるために継続すべき期間は、三年から二年に短縮された。

衆議院の法案審議においてなされた報告によれば、制定法改正委員会では、遺棄のばあい、訴を提起しているのはむしろ被害配偶者であって、三年と二年ではほとんどちがいがありませんというので、ほとんど議論がなく、配偶権回復判決不遵守および常習的濫酒についても同様であったという。それに反して、別居のばあいについては若干の反対があったという。しかし、法案の方がより現代的考えと一致しているように感じられることがのべられ、さらに、当時イギリス下院の第二読会でひじょうな多数をもって通過した「離婚法案」に規定された期間と一致していることがつけくわえられた。⁽¹⁾

(2) 同第二一条第一項(0)号から「七年」という語をはずし、「四年」という語とおきかえるものとする(二条(f)号)。

原告と被告が別居しており、和解の見込みがないという理由は、七年のかわりに四年間別居しているばあいには適用があることになった。この点について、法案審議過程では、他のどれにたいするよりも反対が強かったようであるが、多数の意見は、四年たてば、婚姻が破綻してしまい回復の見込みのほとんどないことが十分立証されたとみただのである。⁽²⁾

このように期間が短縮されていることとともに、裁判所および法曹が和解の可能性を探究する義務が強調されていることについて注意をはらうべきであろう。一九六三年婚姻訴訟手続法は、一九五九年のオーストラリア法にならって、別居、配偶権回復および取り消しうる婚姻の解消のみならず、離婚訴訟のばあいにも裁判所にたいし和解について考慮する義務を課したはじめての法律であった(四条)。四年間別居規定については、将来における和解の見込みのなさを裁判所に納得させるという積極的要件が原告に存在することが注目される(二一条一項(0)号)。

(3) 主法第二六条第一項、第二九条第五項および第三四条第二項から「二カ月」という語をはずし、「三カ月」という語とおきかえるものとする(三条一項(c)号、二項および三項)。和解のためにする二カ月未満の同居再開は、遺棄、判決別居、命令別居、合意別居の期間算定について、有責行為の宥恕の成立について、また絶対判決の付与について、影響をおよぼさないとされていた。新法は、離婚の救済をはばまれることなく同居が再開できる期間を三カ月に延長したわけである。⁽³⁾

(4) 同法第二六条第一項中の「別居のための合意にしたがって、他方と別居していたばあい、」という語句のあとに、「あるいは婚姻当事者が「事実上」別居しているばあい、」(三条一項(a)号)、という語句が、同項中の「十分な効力

を維持することを止めた」という語句のあとに、「か、あるいは当事者が別居することを止めた」（三条一項(b)号）という語句が、また、同条第二項中の「別居」という語のあとに、「または別居中」（三条一項(d)号）という語が、それぞれ挿入されるものとする。すなわち、判決、命令および合意による別居にかぎられた第二六条の規定が、事実上の別居のばあいにも適用があることになった。したがって、かつては事実上の別居の当事者が和解のころみのために同居を再開しても、同条の範囲内になかったことから、ただちに離婚原因がとざされてしまっていた点が改正されることになった。(o)号(事実上の別居)が、この点で(m)号(合意別居)、(n)号(判決別居、命令別居)と同様の基盤のうえにおかれることになった。

(1) *Per* Mr. Riddiford, N. Z. Parliamentary Debates (Hansard), 9 Oct., 1968, 2183.

(2) N. Z. Parliamentary Debates (Hansard), *Ibid.*

(3) 同じく和解をすすめるという意味からおかれたといわれるが、よりゆるやかな期間をさだめているのがイギリスの一九六九年離婚法改正法である。婚姻破綻の証拠としての、被告の姦通および原告が被告との同居を耐えがたいと感じていること(二条(a)号)、ならびに、同居を合理的に期待されえないような被告の行動(同条(b)号)について、被告の姦通をしつてからの同居、および、右のさびごの行動のあとの同居は、それが六ヵ月以内であれば、原告の主張をする権利をうばわない。同じく破綻の証拠としての遺棄(同条(e)号)または別居(同条(d)(e)号)について、それが継続していたかどうかを考慮するにあたり、(六ヵ月をこえない)一回またはそれ以上の回数の同居の再開は、これを算入しないとされている(三条三項乃至五項)。イタリアの一九七〇年新離婚法は、同じく別居を離婚原因として挙げるが、「法律上の別居手続によった場合は、裁判所長の面前に夫婦で出頭したときから少なくとも五年間、別居生活は、中断なく継続していなければならない。」(三条二

項(b)号) (小池隆一・松浦千誉「イタリア新離婚法」法学研究四四卷六号 (一九七二) 七九ページ) と規定する。オーストラリア法における別居も、「訴の日の直前五年以上の期間継続して」(二八条(d)号) いなければならぬ。両者のあいだには相当のへだたりがあるといわざるをえないが、本文でみた諸規定はその中間に位することになる。同じく別居期定(四条一項(e)号)をもつカナダ法も、和解を主要な目的とする同居の継続または再開は一回に九〇日をこえないかぎり宥恕とならないとしている(二条(a)号)。

二 家事訴訟手続の諸側面——Domestic Proceedings Act, No. 62 of 1968.

一九六八年家事訴訟手続法は、「マジストレイツ・コートの前におけるもろもろの家事訴訟手続を支配する家族法の全分野を、少なくとも再構成し、この法の分野を、二〇世紀後半におけるニュージーランド社会のもろもろの価値と必要に一致させる」⁽¹⁾ことを目的として立法された。同法は一九六八年一月二日に裁可され、七〇年一月一日から施行されている。それまで、マジストレイツ・コートにおける家事事件手続について行なわれていた法律は、一九一〇年困窮者法 (Destitute Persons Act, No. 38 of 1910)⁽²⁾と、それを主法とする一九三九年家事訴訟手続法 (Domestic Proceedings Act, No. 13 of 1939) であった。ここであつかう一九六八年家事訴訟手続法は、それらの法律を統合し、かつ修正するものであって、一二章一三四カ条および附表三からなるかなり長大な法律である。⁽³⁾ 家族関係事件における同法の重要性については、シュプリム・コートにおける婚姻事件手続を規定する統合法である一九六三年婚姻訴訟手続法⁽⁴⁾とくらべると、とくに国民の実生活の面からみれば、まさるともおとらないものがある。同法の規定する範囲は広大であるが、本稿では、そのうち、マジストレイツ・コートとその職員(第一章)、和解(第

二章)、別居命令と別居原因の修正(第三章)にかんする規定について、必要に応じて旧法と比較しながら、検討をくわえることにする。

(1) *Per Hon. J. R. Hanan, N. Z. Parliamentary Debates (Hansard), 22 Nov, 1968, 3361.*

(2) 一九六八年家事訴訟手続法案の提出者であったハン法務大臣は、一九一〇年困窮者法が「その時代としてはおどろくべく進歩した一片の立法」であったが、現代的観点からすれば、「それにもかかわらず、時代の子であった。本質的に、それは、その名が意味するところのもの——困窮状態の救済という概念が共同社会の責任であるとしてうけいられる前の時代におけるその救済のための一つの立法——である。」ことを指摘した。そして、改正にあたって配慮すべきことをつぎのうに述べた。「求められていることは、むしろ、過去の英知を無視せず、あるいは、きずきあげられてきた健全な諸概念から離れることなく、完全に新鮮なアプローチをすることである。われわれは、どのような種類の婚姻〔事件〕法 (matrimonial law) が、われわれの諸必要をもっともよく満足させ、われわれの社会における良きものを強化し、そして、人間の諸価値のもっとも完全な承認をわれわれに与えるであろうか、をとわなければならない。」*N. Z. Parliamentary Debates (Hansard), op. cit. 3361-62.*

(3) 第一章マジストレイツ・コートとその職員(七—一二条)、第二章和解(一三—一八条)、第三章別居(一九—二四条)、第四章扶養(二五—三九条)、第五章婚姻上の住宅(四〇—四四条)、第六章父性の立証(四五—五三条)、第七章扶養契約の登録(五四—六〇条)、第八章海外における扶養(六一—七六条)、第九章諸命令にかんする一般規定(七七—八八条)、第一〇章諸命令の強制(八九—一〇九条)、第十一章手続(一一〇—一二四条)、第十二章雜則(一二五—一三四条)、附表。

(4) 第一章和解(四—五条)、第二章〔婚姻の〕無効(六—八条)、第三章別居、配偶権回復その他の事件手続(九—一七条)、

第四章婚姻の解消（一八一—三五条）、第五章姦通を原因とする損害賠償（三六一—三八条）、第六章扶養および関連事項（三九—四八条）、第七章子の福祉と監護（四九—五四条）、第八章婚姻上の住宅（五五—六五条）、第九章手続（六六—七八条）、第一〇章雜則（七九—九一条）、附表。

1 家事事件手続の改革

本法の目的の第一は、「家事〔事件〕分野におけるコートの判決の質を改善し、当事者間においてより大なる正義を行なうことである。」⁽¹⁾といわれている。第一章「コートおよびその職員」⁽²⁾はこの目的にむけられたものである。ニユージーランドにおける家事手続は、「過去において、われわれの裁判所制度の放置された継子としてあつかわれ、傾向があった」といわれる。ハナン法相は、法案審議の段階で、家事手続の現状について、つぎのように報告している。「われわれのマジストレイトの多くのかたがたがこれらの事件の審理と処理にたいしてはらう熱烈な注意にもかかわらず——そして、そのかたがたはじっさいそうしておられるのでありますが——、家事手続は、いまなお、じつにしばしば同コートの刑事的側面にたいする一種のむさくるしい付随物（a sort of squalid appendage to the criminal side of the court）としてながめられており、また、若干の法律家によっては“misery day”⁽³⁾というあだ名をつけられさえもしているのであります」。そこで、法相はつぎのことを強調した。「家族紛争が、可能なもつとも満足のゆくやり方で処理されるべきことは、影響をうける個人にとって、また共同社会にとって、もつとも重要なことであり、そして、このことは、同コートが家族紛争にはらうことのできる最大の注意と留意を要求しているのであります。同コートにたいし、コートが必要とするもろもろの権能と財源を与えることは、われわれの責任でありま

す。人はすべて、家事事件が、尊厳さをもって、また、ヒューマニティと完璧な公正さをもって、審理され、とりあつかわれることを保証する義務を負っているのであります。」と。⁽³⁾

ハナン法相のかかる意向にそって制定された本法は、マジストレイツ・コートの権能にかんして以下の(1)(2)にみるような重要な改革を実現している。しかし、それは、「手続上の保守主義」をもまた同時に維持している。家事事件のために独立の家庭裁判所を導入する主張は、少数の人々によって熱心になされたところであつたが、それを固持するなら、提案された実体的諸改革をおそらく危うくしたほどであろうといわれる。法曹および社会の重要な部分は、離婚管轄権をシュプリーム・コートからとりはらうことを示唆するものにして、はげしく抵抗してきた。そこで、本法は、従来のシュプリーム・コートにおける伝統的な訴訟手続とファミリー・コートにおける手続との妥協(あるいは後者への移行の里程として)を画した。マジストレイトの専門化と、事実審理手続におけるマジストレイツ・コートの権限強化がそれである。

(1) マジストレイトの専門化 本法は、家事事件の管轄権が、この目的のために特別に任命されたマジストレイトによつて行使されることを、つぎのように規定している。

「①本法に別段のさだめがあるばあいをのぞき、本法にもとづく(刑事訴訟手続以外の)訴訟手続にかんする管轄権は、マジストレイツ・コートによつて行使されるものとし、同コートは、本条にもとつき同コートの家事管轄権を行使するために任命されたマジストレイトが、これを主宰するものとする。

②総督は、随時、その手になる嘱任状により、同コートの家事管轄権を行使するためのマジストレイトを任命することができる。

③前項により任命されたマジストレイトが義務を欠勤(その欠勤が生じた理由がなんであれ)しているばあい、または、さしあたり同コートの家事管轄権を行使するためにマジストレイトが任命されていないならかのばあいにおいて、その他いかなるマジストレイトであれ、その者が同コートの家事管轄権を行使することができる。本項にもとづきならかのマジストレイトが同コートの家事管轄権を行使しているという事実は、その者がそうする権限をもつという決定的証拠であるものとし、だれも、そのマジストレイトにたいしてそのような行動をとることを要求したり、もしくはそうする権限を与える原因が発生しているか、それが消滅しているかを調査することにはたずさわらないものとする。

④本法またはその他ならかの国会制定法にもとづく訴訟手続、および、かかる訴訟手続中の命令または判決は、本条にもとづき、当時同コートの家事管轄権を行使するために任命され、またはそのような権限を与えられていなかったマジストレイトによって審理され、または決定され、または付与されたという理由により、無効とされ、または問題とされることのないものとする。」(七条)

これらのマジストレイトが家事事件の業務をのぞいてはなにもすべきでないとは意図されていない。このような特別のマジストレイトの任命は重大な変更の種子をふくむが、じっさい上におけるアプローチはおく病なものであった。ニュージーランドにおける四二名の有給のマジストレイトのうちのおよそ三分の二は、家事事件担当として任命され、より関心のうすい少数のマジストレイトがのぞかれただけであった。しかし、その後、新しい任命がなされるにつれて、より高度の選択がひろくおこなわれることはありうることであろうと期待されている。⁽⁴⁾

(2) マジストレイツ・コートの権限強化 家事事件の手続は、しっかりと伝統的対審手続のうえに基礎をおいてきた。本法はこのことを原則として維持しつつ、しかも、事実審理の手続面でつぎのような新しい要素を導入し

た。

(i) マジストレイツ・コートは、左の規定により報告書の提出を求めることができる。

「①本条にもとづく、子にかんするなんらかの訴訟手続において、同コートは、適當と考えるならば、児童福祉吏 (Child Welfare Officer) にたいし、その子の福祉と扶養にかかわるなんらかの事項にかんして、同コートに、書面による報告をなすことを要求することができる。同職員は、適宜、報告するものとする。

②本法にもとづく扶養にかんするなんらかの訴訟手続において、同コートは、適當と考えるならば、社会保障省 (Social Security Department) の職員にたいし、右の訴訟手続のいずれかの当事者の資産、稼働能力および経済状況にかんして、同コートに、書面による報告をなすことを要求することができる。同職員は、適宜、報告するものとする。

③右の報告書の写しは、レジストラによって、その訴訟手続の各当事者のために出廷するソリシタまたはカウンセルにたいして、付与であるいは、なんらかの当事者がソリシタまたはカウンセルによって代理されていないならば、その当事者にたいして、付与されるものとする。

④その訴訟手続の当事者は、だれであれ、その者またはその者のソリシタもしくはカウンセルにたいして付与または提示された右の報告書のなかで言及されたなんらかの事項についての証拠を、提出することができる。同コートは、なんらかの当事者の要請にもとづき、適當と考えるならば、報告書を作成した者を証人としてよびだすことができる。」(八条)

(ii) マジストレイツ・コートは、その動議により、当事者をふくめだれでも証人としてよびだすことができる。

「①本法にもとづく(刑事訴訟手続でない)なんらかの訴訟手続において、同コートは、その意見によれば、ある者の証拠が同コートにとって役立つかもしれないばあい、みずからの動議により、その者を証人としてよびだすことができる。

②本法第一項によって付与された権能は、その訴訟手続のなんらかの当事者、またはその訴訟手続のなんらかの当事者の妻もしくは夫を、証人としてよびだす権能をふくむものとする。

③本法にもとづき同コートによってよびだされた証人は、だれであれ、その者がその訴訟手続の当事者によってよびだされたとしたら有するであろうなんらかの問題に返答することを拒む特権を、有するものとする。

④本法にもとづき同コートによってよびだされた証人は、だれであれ、同コート、または同コートを助けるなんらかのソリシタまたはカウンセルによって尋問および再尋問され、かつ、その訴訟手続のなんらかの当事者によって反対尋問されることができらる。」(九条)

(iii) マジストレイツ・コートは、同コートを助けるためにロイヤーを公費で任命することができる。

「①本法にもとづく(刑事訴訟手続でない)なんらかの訴訟手続において、同コートは、適当と考えるならば、その訴訟手続において同コートを助けるためのシュプリム・コートのバリスタまたはソリシタを、任命することができる。

②前項によって任命されたバリスタまたはソリシタは、だれであれ、その訴訟手続においてだれかを証人としてよびだすことができ、その訴訟手続の当事者によってよびだされた証人を反対尋問することができる。

③右のバリスタまたはソリシタの費用と出費は、併合収益勘定以外で国会によってその目的のために充てられた金銭から支払われるものとする。

ただし、同コートは、適当と考えるならば、右の費用と出費にかんして同コートが特定する金額を、国王に償却することを、なんらかの当事者に命じることができる。その金額は、国王に支払われるべき債務として回復されることができるものとする。」

(一〇条)

家事事件裁判の質を向上させ、当事者間に正義を行なうために付与されたマジストレイツ・コートの以上の諸権能は、ニュージーランドにおける法的発展のうへで画期的なものであるといわれる。このように、本法第一章は、きわめて重大な改変への道をひらいているが、しかし問題は、マジストレイトが新たにみとめられた権能をどの程度現実に行使しているかにあるであらう。

(1) *Per Hon. J. R. Hanan, op. cit. 3363.*

(2) 本法における「コート」(“Court”)とは民事管轄権を有するマジストレイツ・コートを意味する(二条)。

(3) *op. cit. 3367.*

(4) *Cameron, op. cit. 172.*

2 和解の拡充強化

(1) 一九三九年家事訴訟手続法のもとの和解とその批判

一九三九年家事訴訟手続法は、ニュージーランドにおいて、相争う婚姻当事者間の和解を確保するためにマジストレイトが一定の役割をはたすことをみとめた最初の立法である。同法は、一九一〇年困窮者法がさだめる別居、扶養または後見命令を求める訴訟が提起されたばあい、マジストレイトは、その夫婦間の和解を効果あらしめるころみをするために、この事件を和解援助者(*conciliator*)に付託しなければならぬを規定した。マジストレイトは、なにか特別の理由のためにそうすることが便宜にかなわないと考えるばあいには、そうすることを免除することができる(五条一項)。和解援助者は、プロベーション・オフィサー、扶養吏、児童福祉吏その他であつて、マジストレイ

トによって任命された（同条二項）。その紛争が和解援助者の手に渡されてからでなくては、別居、扶養または後見のための申立の審理が開始されない、という意味で強制和解前置主義を原則とするといえるものであった。なお、和解援助者は、その和解手続の過程で入手した情報、またはその過程でかれないたいなされた陳述や自白を公開してはならず、それに違反したばあいは略式有罪決定による罰金刑を科せられ（五条三項）、そのような陳述や自白はいかなる裁判所においても証拠としてみとめられない（五条四項）むねが規定されていた。和解援助者と当事者との交流は、もっとも厳格な意味における信頼関係に根ざさねば、その目的を達しえないことが、すでに理解されたうえでの規定であろう。さらに、和解援助者は、和解のころみが不成功に終わったばあいは、そのむねの報告書を、また、当事者間に合意が成立し、マジストレイトがそれに効果を与える命令をくだすことが望まれるばあいには、その合意および希望される命令をしるした報告書を提出することができると規定されていた（五条五項）。一九三九年法の和解にかんする規定はおよそ以上に尽きるものであった。

このような法的機構がじつさいどの程度機能したのであるか、その成功の度合をしるした報告書や統計は存在しないもようである。ある公的な評価によれば、和解援助者に付託された事件の約一五％において、当事者たちはかれらの意見の相違に決着をつけ、新たな出発をはじめた気になったということである、と報告するものもある。いかなる資料にもとづいてのことであるか、つきとめていない。⁽¹⁾ともあれ、一九三九年法の諸規定が和解を成功させるについでさほど効果的でなかったらしく、つぎのようにその原因が究明されている。

- ① 一九三九年法による和解は、コートにたいし一定の訴が提起されるまでころみられず、しかも、別居、扶養ま

たは後見にかんする訴にさいして行なわれるにすぎないこと。訴提起にいたつてからの和解の斡旋が、じっさいあまり希望のないものであることは、ニュージーランドのみならずさまざまなところでよくいわれるところである。

②和解を免除するについてのマジストレイトの裁量権は、(濫用ではないとしても)もつともふつうに行使されるようになってきたこと。じっさい上、マジストレイトは、和解は有効であるようにはみえないという申立人の弁護士⁽²⁾の言明に依拠することで通常満足してきたといわれる。

③しかるべき設備と必要な資質と訓練をうけた人を確保できないこと。⁽³⁾

第一の原因にこたえ、その障害を除去するために、後述一九六八年法第一四条の規定が新設されたわけである。第二点については、一九六八年法が、ひきつづきマジストレイトにたいし和解に付することを免除する権能をみとめている(一五条一項但書)ため、こんごも問題として残されることになった。「多くのことはマジストレイトと弁護士⁽⁴⁾の態度にかかることになる。和解がその任務をはたすための機会を与えられるべきだとしたら、その法をつかさどる人々が和解にたいして同情的である必要がある⁽⁴⁾」。第三の原因に関連して、ハナン法相のつぎの発言を引用しておく。「この「マリッジ・ガイダンス・オーガニゼーション」の助けは、あらゆる地区において、容易にかつスピーディーに利用されるべきであります。わたくしは、その機構を現在もっているとは申しません。しかし、われわれはそれをもたなければならぬ。夫婦は、かれらがどこで助けをうけることができるかをしるべきであります。宗派の牧師、医師、福祉吏、そして、その事項のために、市民は通常この問題について十分に情報を与えられるべきであります⁽⁵⁾」。そして、それらをコートが利用できるように、コートにたいして必要な権能と財源が与えられるべきことが強調

された。⁽⁶⁾このことは、少なくとも制定当初、事態は好転するのではないかという空気を一般化するのに十分な材料となった。

(2) ロイヤールの和解促進義務

まず、和解を促進すべき一般的義務がどのように規定されている。

「本法にもとづく夫婦間のすべての事件において、同コート、および夫または妻のために行動するあらゆるソリシタまたはカウセルが、随時、その当事者たちの和解の可能性にたいして考慮をほらい、かつ、その意見によれば、和解を効果あらしめるについて助けとなるかもしれないいっさいの適当な手段をこうじること、その義務であるものとする。」(一三条)

本条にたいしては、ロー・ソサイエティーその他から、弁護士にたいする義務と衝突するものであるとの批判がなされた。ある依頼者が別居命令を求めておとづれたばあい、弁護士は、依頼者にかわって必要な行動をとるといふかれの義務にこたえ、しかも同時に和解を促進するというかれの義務に、いかにして応じることができようか、というものである。それにたいして、弁護士は、依頼者の眼前の利益だけでなく、生涯におよぶであろう利益をも考慮するよりひろい見地に立つ責任を負っていることが強調された。⁽⁷⁾

(3) 訴訟提起前の和解

つきにかかげる第一四条は、「和解は、はやいうちの一縫いと同様、裂け目が大きくなる前にこそ、もっとも効果的である。」という前提に立って新設されたものであることあきらかである。

「だれであれ、既婚者が、申立人とその妻または夫とのあいだに不幸な違和 (unhappy differences) が生じていること、およ

び、申立人が和解を効果あらしめることを望んでいることをのべることによって、一方的に (*ex parte*) 申立をなすばあい、同コートは、その事件が、同コートによって任命された和解援助者、または和解を効果あらしめる努力をするための認可されたマリッジ・ガイダンス・オーガニゼーションによって指名されるべき和解援助者に付託されるべく、命令することができる。」(一四条)

本条は、また、別居や扶養命令の申立とは独立して和解だけを申し立てることを可能にするという点において、まったく新しい手続をさだめている。そこで意図されていることは、シュプリーム・コートに提起される年間およそ二、五〇〇件⁽⁸⁾の離婚事件を、そこにいたる以前に少しでもなんとか修補しようということなのであろうか。そして、また助けうる見込みのある時点で和解のころみをするにあたり、コートの命令という「権威」を利用することが有効であると考えられたのであろう。

(4) 訴訟提起後の和解

第一五条は、訴訟が提起されてからあとの和解について、つぎのように規定する。

「①別居命令の申立にさいして、同コートは、その事件を、同コートによって任命された和解援助者、または和解を効果あらしめる努力をするための認可されたマリッジ・ガイダンス・オーガニゼーションによって指名されるべき和解援助者に付託し、適宜、その訴訟手続を延期するものとする。

ただし、同コートは、本法にもとづいて制定されるなんらかの手續規則を害しない範囲で、別居命令の申立の基礎となる諸事実、当事者たちのなんらかの別居の期間、およびその状況、先になされたなんらかの和解のころみ、ならびに、その他同コートが適当と考える事項を考慮して、和解のころみを便宜にかなわないであろうという心証を有するばあいには、右の付託を免

除することができる。

②夫または妻のための扶養命令（扶養仮命令をのぞく）、本法第五章にもとづく命令、または一九六八年後見法（Guardianship Act 1968）にもとづく監護命令の申立にさいして、同コートは、そうすることが便宜にかなうと考えるときは、その事件を、同コートによって任命された和解援助者、または和解を効果あらしめる努力をするための認可されたマリッジ・ガイダンス・オーガニゼーションによって指名されるべき和解援助者に付託することができる。

③事件が、本条第一項または第二項にもとづき、すでに和解援助者に付託されたかもしれないばあいであっても、本法にもとづくなんらかの訴訟手続のなんらかの段階において、その事件の性質、訴訟手続中の証拠、または当事者の双方もしくは一方の態度からみて、同コートにとって、和解についての合理的可能性が存するようにみえるばあい、同コートは、右の当事者にたいして和解する機会をあたえるために、その訴訟手続を延期し、かつ、その事件が、同コートによって任命された和解援助者、または和解を効果あらしめる努力をするための認可されたマリッジ・ガイダンス・オーガニゼーションによって指名されるべき和解援助者に付託されるべく、命令することができる。

④ある事件が、本条第一項または第二項または第三項にもとづき、和解援助者に付託されてから二八日以上を経、その婚姻のいづれかの当事者が、審理の行なわれることを要求するばあい、同コートが別段の命令をなすのでなければ、審理が開始または再開されるものとする。

ただし、なんらかの事件において、同コートは、特別の状況が存すると思料するばあい、いづれかの当事者の申立にもとづき、前記二八日という期間の満了前に、審理を開始または再開することができる。」（一五条）

訴訟提起後の和解の諸規定を、一九三九年法とくらべると、とくに下記の点が注意される。第一に、コートが和解

を免除できるばあいについて、旧法は「なにか特別の理由のために」としていたにとどまるが、本条は、別居にかんして考慮事項を例示している。このことは、和解援助をはじめる前に、マジストレイトを「より厳格」(more stringent) であるようにするかもしれないが、⁽⁹⁾ 他方、マジストレイトが、さきにみたように、弁護士のままにうごかされるが多かったとしても、こんご和解へのかれの自覚を高まらしめる意味もちえよう。第二に、和解援助者への付託は、別居のばあいはひきつづき義務的であり、扶養および監護については裁量にまかされることになった。おそらく実態にそくした規定であると同時に、別居事件における和解への集中的努力が強調されているようにもとれる。第三に、訴訟手続開始後、再度、和解援助者に付託され、訴訟手続が延期されうることがあきらかになった。さいごのさいごまで、和解に希望をつなぐ方途が用意されることになった。第四に、和解援助者への付託期間について一九三九年法には明文がなかったが、本法は原則として二八日以上とした。以上の点からも、本法が旧法にくらべて、いずれも和解へのより真しなとりくみをしめしている立法であるとみることができよう。

(5) 和解手続

和解についての一般規定はつぎのとおりである。

「①なんらかの事件が本法第一四条または第一五条にもとづき和解援助者に付託されるばあいには、本条の左に掲げる諸規定の適用があるものとする。

②和解援助者は、マリッジ・カウンセリングもしくは和解援助についての経験を有するか、もしくはその訓練を受けた者、または、特別の状況においては、それ以外の者、であるものとする。

③和解援助者は、その者が適当と考える時間と場所（なんらかの当事者の家庭をふくむ）において当事者たちに会うための取決めをすることができる。和解援助者は、なんらかの当事者にたいし、いかなる段階においてであれ、書面による通知により、和解援助者がさだめた時間と場所に、その者の面前に出頭する (attend) ことを、要請する (request) ことができる。

④前項により、当事者の出頭のためにさだめられた時間と場所において、または当事者と和解援助者とのあいだで取り決められるその他の時間もしくは場所において、その当事者が出頭しないのであれば、マジストレイトは、和解援助者の要請にもとづき、令状中に特定された時間と場所において、その当事者が和解援助者の面前に出頭することを要請する召換状を発行することができる。一九五七年略式訴訟手続法 (Summary Proceedings Act 1957) 第二〇条は、適宜、右の召換状が同条にもとづいて発行される証人召換状であるべきと同様に、適用があるものとする。

⑤前項により召換されただれかの出費の支払にかんする規則、および、その出費がだれによって支払われるものとするかをさだめる規則は、本法第一三一条にもとづき、これを制定することができる。

⑥和解援助者は、合理的となると、ただちに、同コートにたいし、和解を効果あらしめるための努力が成功であったようにみえるむねの報告書、または、不成功であったようにみえるべきであれば、そのむねの報告書を、和解援助者が適当と考える勧告（もしあるとすれば）をそえて、提出するものとする。

⑦和解援助者は、和解を効果あらしめるための努力が不成功であったようにみえると報告するのであれば、その報告書中で、その者の意見によれば、当事者たちには和解する見込みがあるかどうかをのべることができる。

⑧右のあらゆる報告書の写しは、レジストラによって、各当事者またはそのソリシタもしくはカウンセルに付与されるものとする。（一六条）

裁判所によって任命されるべき和解援助者の資格については、「経験」「訓練」が明記され、一九三九年法とくら

べ、法文の上からも、和解援助者の側における専門性が必要とされていることがわかる。

和解援助者の面前への出頭にかかる規定は一九三九年法になかったものである。出頭を求めるばあいの「要請」をめぐって、つぎのようなことがいわれている。それはこうである。ある者は、もつとも個人的な事件に強制的・官僚的な厚かましさが入りこむことに不快をおぼえ、和解への努力を敬遠するかもしれない。また、ある者は、内心和解を望んでいても、プライドや主義その他のために出席できないかもしれない。そのようなタイプの者にとつては、「少々の刺激」が必要とされよう。そこで、「微妙な言いまわしをした書簡で十分であろう」とされる。すなわち、夫婦は、その「要請」がじっさいには裁判所のうしろおしをともなった命令であると推察するままにおかれる。そのことが、いずれのタイプの当事者にも好ましい結果をもたらすであろう。このような配慮が第三項を設けさせたのだとみるのである。⁽¹⁰⁾ところで、かかる「要請」に応じることが拒む者にたいしてだけ、第四項により強制力のはたらくばあいのあることが規定された。その強制力さえも、「用いられるべき道具であるよりは、かくしもつたおどしである見込みの方が大であるようにみえ、また、夫婦間の情宜を復旧するにあたって、力またはその威嚇の有効性について懐疑的な議論がひろく行なわれているのである」⁽¹¹⁾。

和解手続に関連する規定として、和解のころみの過程で和解援助者にたいしてなされた陳述の特典にかんするものがある。これは、すでに一九三九年法にあった規定であるが、訳出しておこう。

「①本法第一四条または第一五条にしたがって任命された者が、同条のいずれかにもとづき和解を効果あらしめるための努力の過程において入手したなんらかの情報、その者にたいしてのべられたなんらかのこと、またはその者にたいしてなされたなんら

かの自由についての証拠は、なんらかの裁判所、または司法的行動を行なうなんらかの者の面前において、許容されえ (admissible) ないものとする。

②本法第一四条または第一五条にしたがって任命されたあらゆる者が、同条のいずれかにもとづき、その者の任務をしかるべくはたすためにそうすることが必要である範囲をのぞき、だれかにたいし、同条のいずれかにもとづき和解を効果あらしめるための努力の過程において、その者が入手したなんらかの情報、その者にたいしてなされたなんらかの陳述もしくは自由を開示するばあい、その者は犯罪をおかしており、略式有罪決定により四〇〇ドル以下の罰金を科せられるものとする。〔一八条〕

(6) 和解の効力

和解手続において合意に達したばあいについて、第一七条がづぎのように規定している。

「本法第一四条または第一五条にもとづき、なんらかの事件の付託をうけた和解援助者が、当事者たちは和解したようにみえるということ、および、当事者たちは同コートが承認す (approve) べき合意 (an agreement) に達したことを報告するばあい、同コートは、適当と思うならば、合意は法律上拘束力を有しえないにかかわらず、それを承認することができる。そのような承認は、右のなんらかの合意にたいし法律上の拘束力を与えないものとし、かつ、承認を求めたりまたはそれをうることのなかったことは、その合意がさもなければもったかもしれないなんらかの法律上の効果を毀損しないものとする。〔一七条〕

合意にたいしてコートが承認を与えても、その合意は法律上拘束力あるものとはならない。また、当事者がその合意内容を遵守しないばあいにも、なんらの制裁も科せられない。このようなコートの裁量権の行使は奇妙にみえるかもしれないが、その立法趣旨はこうである、とある解説者はのべている。すなわち、「その条文〔第一七条〕が意図

していることは、当事者たちが永続性のある和解をなしとげる努力をする手助けとなるその合意にたいして、ある厳粛さ (solemnity) を付与するための一手段ということである。承認は、ゆきわたった法的効果をもたない。それは、このようにもっとも親密な人間関係においては、司法的強制が避けられるべきだからである。その条文は、私的事項にたいする最少限度の介入と、十分な刺激とのあいだにバランスを保つことをこころみている。」と。つづけてつぎのようにもいう。「しかし、コートの承認という行為が法的効果を十分もたないということはないであろう。その合意について違約がなされると、違約した配偶者は、のちの訴訟において不利益をうけるかもしれない。たとえば、のちの監護権にかんする紛争において、コートは、未成年者の福祉は、司法上承認された合意に違反する親によっては十分に満たされないであろうと考えるかもしれないのである」⁽¹²⁾。

右にみたとおりの合意書の効力は、かなりの成功をおさめているとして有名なロスアンゼルス和解裁判所 (Conciliation Court of Los Angeles County) の「夫婦間合意書」(“Husband and Wife Agreement”) をおもいださせるものである。

- (1) Campbell, I. D., *Family Law*, *supra* 330.
- (2) Inglis, B. D., *Family Law* 241 (1960).
- (3) Curry, G. P., *Marital Conciliation and Separation: The Domestic Proceedings Act 1968*, 5 *Victoria University of Wellington Law Review* 369 (1969).
- (4) Curry, G. P., *op. cit.* 371.
- (5) N. Z. *Parliamentary Debates*, 22 Nov., 1968, 3363.

- (6) *Op. cit.* 3367.
 (7) *Per Hon. J. R. Hanan, N. Z. Parliamentary Debates, op. cit.* 3364; Curry, G. P., *op. cit.* 370.
 (8)

離婚—訴と判決

年次	婚姻解消		婚姻無効		
	訴提起 件数	仮判決 付与	絶対判決		
			付与され た判決	年度中の 婚姻100 に対する 割合	人口 10,000 に対する 割合
1960	2,058	1,627	1,648	8.72	6.93
1961	2,223	1,824	1,733	8.92	7.14
1962	2,186	1,790	1,755	8.97	7.06
1963	2,138	1,842	1,905	9.59	7.51
1964	2,234	1,916	1,894	9.14	7.32
1965	2,440	2,050	1,814	8.36	6.88
1966	2,351	2,097	2,064	8.99	7.69
1967	2,554	2,263	2,047	8.71	7.50
1968	2,688	2,381	2,172	9.03	7.88

Department of Statistics, New Zealand Statistics of Justice, 1968, Table 65, p. 68.

- (9) Curry, G. P., *op. cit.* 371.
 (10) *Ibid.*
 (11) Cameron, *op. cit.* 174.
 (12) Curry, G. P., *op. cit.* 372.

右にみてきたように、本法は、一九三九年法の和解にかんする規定を拡充強化している。ところで、ニュージーランドは、ここでもイギリスと同様、二つの別居法をもち、別居と関連して、二つの和解法をもっている。それはいうまでもなく、一九六三年婚姻訴訟手続法第一章の規定するものと、ここで検討した一九六八年家事訴訟手続法第二章である。両者のあいだにはつぎのような差異がある。第一に、一九六三年法によれば、別居のほか配偶権回復、取り消しうる婚姻の解消および離婚の訴の提起があつたばあいにも和解が考慮されるが、和解の可能性について考慮をほらう義務を負うのはシュプリム・コートだけである（四一条一項）。それにたいして、一九六八年法によれば、当事者の弁護士もまた同様の義務を負っている（一三条）。第二に、一九六三年法は、和解を効果あらしめるためにしかるべきあらゆる手段をこうじることを命じてはいないが、一九六八年法はそうすることを義務づけている（一三条）。第三に、一九六三年法によれば、和解のためにする訴訟手続の延期の最短期間二八日が経過し、当事者が審理の開始または再開を要求してきたばあい、シュプリム・コートはそれを拒絶する裁量権をもたない（四一条二項）。このばあいについて一九六八年法は、裁量によって開始または再開を拒むことができるものとした（一五條四項）。このような相違が存在するところから、マジストレイツ・コートにおけるより強化された和解促進義務を回避するため、シュプリム・コートの方に判決別居を申し立てる弁護士がふえるのではないかと考えられる。しかし、本法と一九六三年法とでは、別居原因について次節にみるような寛厳がある。しかも、マジストレイツ・コートは、よりスピーディに審理し、より少額の訴訟費用でたりる「専門化されたコート」である。したがって、弁護士は、厳格化された和解要件をうけいれつつ、ひきつづきマジストレイツ・コートに事件をもちだすであろうことが予想されている。⁽²⁾

(1) シュプリム・コートにおける別居判決の件数は、一九五九年から一九六八年までのあいだで一年一〇件をこした年はない。六五、六六、六七年はそれぞれ一件づつ、六八年は二件にすぎない。Department of Statistics, *New Zealand Statistics of Justice*, 1968, Table 65, p. 68.

(2) Curry, G. P., *op. cit.* 376.

3 破綻主義的別居原因の採用

すでにみたように、離婚法の分野では、はやくも一九二〇年に、合意、または判決・命令による三年間の別居が離婚原因としてみとめられ、そこには破綻主義原理をうかがうことができた。一九六八年家事訴訟手続法第三章は、同様の原理はじめてマジストレイツ・コートによる別居命令にかんする法にも浸透することを規定したものと注目されるべきである。

そもそも、ニュージーランドの別居制度には二種類ある。一つは、イギリスの教会裁判所による卓床離婚に起源をもち、一八五七年に世俗の裁判所による裁判別居に発展し、一八六七年離婚および婚姻訴訟事件法によってニュージーランドに承継された制度である。一九六三年婚姻訴訟手続法第三章が規定するシュプリム・コートによる判決別居が、こんにちのそれにあたる。同法がさだめる別居原因は、姦通、虐待、理由なき二年以上の遺棄、および配偶権回復判決の不遵守(一〇条)である。いま一つは、イギリスの一八七八年婚姻訴訟事件法 (Matrimonial Causes Act, 1878, 41 & 42 Vict. c. 19) に端を発し、一八九五年略式管轄権(既婚婦人)法 (Summary Jurisdiction (Married Women) Act, 1895, 58 & 59 Vict. c. 39) によって本格的にみとめられたものと同じの系列に属するマジストレイ

ツ・コートによる命令別居である。その制度のニュージールランドにおける生成は、一八九四年困窮者法 (Destitute Persons Act, 1894) にはじまった。同法は、夫が妻にたいする加重的暴行 (aggravated assault) について有罪決定を受けたばあい、妻をその夫との同居から解放しようとした。一八九六年以後、妻の同居義務はさらに一定のばあいに免じられるようになった。合理的扶養の提供を故意に懈怠したという理由、およびより重大でない暴行がそれであった (Married Persons Summary Separation Act, No. 15 of 1896, s. 3)。一九一〇年困窮者法の制定とともに、別居命令にかんする法はかたちをととのえ、それからほぼ七〇年間命脈を保ったわけである。

そこにおける別居命令は、つぎのばあいに利用されうるものであった。すなわち、(a) 妻にたいする十分な扶養の懈怠、(b) 妻または妻の子にたいする執拗な虐待、(c) 常習的濫酒、(d) 別居申立前六カ月以内に、妻または妻の子にたいするなんらかの暴行その他暴力犯について有罪決定をうけ、その犯罪のことで拘禁または五ポンド以上の罰金を言い渡されたこと (第一七条)、である。別居命令の目的は、夫による有形の暴力にたいして妻を保護することにあつたが、一九三九年家事訴訟手続法によって、別居命令は、上記事由にもとづき、夫によつてもまた利用されうるものとなつた (八条)。

以上のべたところから、別居命令が、歴史的にみて、一方配偶者により他方の婚姻上の過失 (fault) が立証されたばあにかぎり、利用されうるものであつたことがあきらかである。

(1) 新別居原因

一九六八年法第三章は、つぎにみるように、それとは異なる新しい考え方を強調したものである。

「①コートは、だれであれ既婚者の申立にさいして、左に掲げる事由のいずれかにもとづき、その裁量によって、別居命令をくだすことができる。

(a) 婚姻の当事者間に、申立人になりたいし、相手方との同居を継続するか、または、ばあいによれば、かかる同居を再開することを要求することが不合理である性質を有する重大な不調和 (serious disharmony) 状態が存在し、かつその当事者たちが和解に達する見込みのないこと、あるいは、

(b) 申立の直前六ヶ月以内のうちに、相手方が、

(i) 申立人またはその家族の子にたいするなんらかの暴行またはその他の暴力犯、または、

(ii) 申立人が妻であるばあいには、その家族の子にたいしてなされたなんらかの性犯罪について有罪決定をうけ、かつ、その犯罪のかどで、拘禁その他の (断続的拘束でない) 形式の拘束または五〇ドル以上の罰金を言い渡されたこと、あるいは、

(c) 婚姻後における相手方の申立人に対するなんらかの行為または態度が、あらゆる状況において、申立人が相手方との同居を継続、または、ばあいによれば、かかる同居を再開することを合理的に要求されえないようなものであったこと。

②別居命令の基礎となる理由は、あらゆるばあいにおいて、その命令中に特定されるものとする。」(一九条)

(a)号、(c)号に共通する考えは、有責無責を排除し、婚姻自体の実相を熟視するということである。(c)号の表現も、相手方の行動が非難すべきであることを申立人が立証する必要があるというのではなく、そのような行動が申立人に影響をあたえている点を問題にするのである。あるいは、(c)号は余計なようにみえるかもしれない。申立人が相手方との同居を合理的に要求されえないことが立証されると、そのときにはたしかに、その事件は

(a)号の範疇にもちこまれるべき当事者間における「重大な不調和状態」が存在するといえるからである。しかし、両者の相異点についてはつぎのように指摘されている。第一に、(a)号は、(c)号と異なり、当事者間に和解に達する見込みのないことを要件とする。和解援助者が、その意見のなかで、両当事者は和解する見込みがあると報告したとすると、そのばあいには、別居命令は(c)号にもとづいて求められるのであって、(a)号によってはなされえない。第二に、(c)号は、相手方の「なんらかの行為」を基礎として主張しうる。このことは、コートが、(a)号は重大な不調和という「状態」(これは継続性を意味する)が存するばあいにのみ利用しうるのにたいして、単一の事例(たとえば一回の姦通行為)を事由として別居をみとめることを許すことになる。

このような破綻主義的別居事由の採用は、一つの改正として承認される反面、あきらかに有責な当事者が訴を提起することができ、「重大な不調和」の状態を立証することによって別居命令をうることができる点が問題とされよう。むしろ、コートは裁量権を有する。しかし、みずからまねいた破綻が適正な事由を構成することができるのがたてまえである。おそらくそれは生活の実相において一方当事者が全面的に非難されるべきことはまれであることを前提としたものであろう。

(b)号は、二つの有責主義的原因を存続させており、(ii)はかつてニュージーランド法に先例をみないものである。立法者が破綻原理にだけ依存しなかったことについては批判がなされている。⁽¹⁾

(2) その他の規定

(i)別居命令の効果と別居の取消の規定はつぎのとおりである。

「別居命令が効力を有しているかぎり、その婚姻の当事者は、いずれも、他方当事者と同居する義務を負わないものとする。ただし、本法またはその他なんらかの制定法規によってさだめられたばあいをのぞき、その命令は、婚姻または身分、その婚姻の当事者たちの権利および義務に影響をおよぼさないものとする。」(二〇条)

「①(和解の観点をもってする同居の再開の効果にかんする)一九六三年婚姻訴訟手続法第二六条を害しない範囲で、別居命令は、

(a) 夫婦が、両当事者の自由な合意によって、夫婦としての同居を再開したばあい、または、

(b) その命令が、本法第二二条にもとづき、同コートによって取り消されたならば、効力を有することを止めるものとする。

②本条第一項(a)号の諸規定を制限することなしに、妻または夫は、その別居命令が同号にしたがい効力を有することを止めたという理由により、同コートにたいし、その命令の取消を申し立てることができ、かつ、同コートは、その命令がそのようにして効力を有することを止めたという証拠にもとづき、その命令を取り消すものとする。」(二二条)

「同コートは、いずれかの当事者の申立にもとづき、いつであれ、なんらかの別居命令の付与のち状況がおおいに変更したの、その命令が取り消されることが合理的であるとの心証をえるのであれば、その命令を取り消すことができる。

ただし、同コートは、別居命令に基礎をおくか、おかないかをとわず、いずれかの当事者により離婚の訴が提起され、係属中であるのであれば、その命令を取り消さないものとする。」(二二条)

(ii)妨害禁止命令　マジストレイツ・コートは、別居命令に関連してつぎの規定により妨害禁止命令をくだすことができる。

「①コートが別居命令をくだすばあい、同コートは、それと同時に、または、別居命令が効力を有するあいだであればその後いつであっても、いづれかの当事者の申立にもとづき、申立人、またはその家族のなんらかの子の保護のために、妨害禁止命令(non-molestation order)をくだすことが必要であるとの心証をうるのであれば、その命令をくだすことができる。

②夫と妻が(別居合意によるとそれによらざるとを問わず)別居しているばあい、いづれかの当事者は、同コートにたいし、妨害禁止命令を申し立てることができ、かつ、同コートは、申立人、またはその家族のなんらかの子の保護のために、その命令をくだすことが必要であるとの心証をうるならば、妨害禁止命令をくだすことができる。

③妨害禁止命令が効力を有するばあい、その命令をくだされた者は、

(a) 申立人が占有するか、または申立人、もしくは申立人の監護下にあるその家族のなんらかの子が居住するか、あるいは居るところのなんらかの土地または建物に、トレスパスを構成する状況において、入ったり、または留まったりしてはならず、(b) 申立人を、その住居、または事業、就業もしくは居住の場所を見張ったり、またはつきまとったり、あるいは、一九二七年警察犯罪法(Police Offences Act 1927) 第二条の意味に該当するなんらかの公けの場所において申立人のあとを追うか、または待ち伏せしたり、あるいは、申立人の住居、または事業、就業もしくは居住の場所にいる申立人に執拗に電話をかけることによつて、申立人を妨害してはならず、

(c) 原告の監護下にある家族の子を、その子の居住もしくは教育の場所を見張ったり、またはつきまとったり、あるいは右の公けの場所においてその子のあとを追うかまたは待ち伏せしたり、あるいは、その子の居住その他なんらかの場所にいるその子に執拗に電話をかけることによつて、その子を妨害してはならないものとする。

④本条にもとづくなんらかの妨害禁止命令に違反してなんらかの行為をなす者は、すべて、犯罪をおかすものであり、略式有罪決定にもとづき、三ヵ月をこえない期間の拘禁、または四〇〇ドルをこえない罰金、またはその両方について責を負うものとす

る。

⑤妨害禁止命令は、その命令がくだされるについて関係のあったならかの別居命令または別居合意が、効力を有することを止めるか、あるいは、ばあいによれば、その夫と妻が、両当事者の自由な合意により、夫婦としての同居を再開したか、あるいは、同コートが、いずれかの当事者の申立にもとづき、それが取り消されることを命令するのであれば、なんらかの効力 (force or effect) を有することを止めるものとする。」(二三条)

一九一〇年困窮者法も別居中の妨害を罰する規定をもっていた(一九条)。しかし、その規定を、右に訳出した第二三条とくらべると、つぎのような相異点が存する。第一に、一九一〇年法では、別居命令が効力を生ずると同時に、自動的に妨害禁止規定の適用があった。それについて、第二三条では、当事者の申立があつてはじめて妨害禁止命令がくだされうる。「準刑事的制裁の恥辱は、必要によつて要求されるばあいかぎり適用があるべきで、このことは正当であるようにみえる」と評されて⁽²⁾いる。第二に、一九一〇年法上妨害行爲が処罰の対象となるのは夫のみであつたが、第二三条は、夫婦いずれの側における妨害をも問題とする。第三に、一九一〇年法は別居命令にもとづいて別居しているばあいにしか適用がなく、ポリスの慣行上もそのばあにかぎられたのであるが、第二三条は、別居が命令によるか合意によるか事実上であるかをとわない。

(1) Curry, *op. cit.* 374.

(2) Curry, *op. cit.* 375.

一九六八年二月一二日に裁可され、七〇年一月一日より施行された後見法の長称は、「子の後見人としての親の権限、親が後見人を指定する権能、および子の監護と後見にかんする裁判所⁽¹⁾の権能を定義し、規制するための国会制定法」である。そして、同法は、明示的に別段の規定がなされるばあいをのぞき、子の後見と監護 (custody) にかんするコモン・ローとエクイティ上の諸原則にとつてかわる制定法典 (a statutory code) である (二三条一項) とされる。それは、制定直後、一六六〇年土地保有条件廃止法 (Tenures Abolition Act, 1660) にまでさかのぼる断片的諸立法およびそれと組み合わされた諸原則にたちむかわねばならないイギリスの法律家にとつて、うらやましいかぎりのものであると評された⁽²⁾⁽³⁾。同法は、「子の監護と後見にかんするコモン・ローと制定法の両方の法を改正し、それをリストイトする」ものだと紹介されたとおり、以下にのべるように、いくつかの革新的改正をおこない、また、従来規定がなく不明確であったものに新たな規定をもうけている。

- (1) 本法において「裁判所⁽¹⁾」とは、シュプリーム・コートとマネジストレイツ・コートの双方をふくむ (四条一項本文)。ただし、一定のばあいには、マジストレイツ・コートに管轄権がみとめられない (同条一項但書)。なお、マジストレイツがシュプリーム・コートに事件を付託することができるばあい (同条二項)、シュプリーム・コートがマジストレイツ・コートに係属中の事件の移送をうけることができるばあい (同条三項) について規定がある。
- (2) Annual Survey of Commonwealth Law 1969, 469.
- (3) ただし、*in the case of* Guardianship of Minors Act 1971, c. 3 という統合法がある。
- (4) *Per Hanan, N. Z. Parliamentary Debates (Hansard)*, 6 Aug. 1968, 1062.

1 後見・後見人

(1) 父母の共同後見 同法の制定まで、適法な婚姻中に生まれた子の後見人は父ひとりであり、母は父の死後その子の後見人となるのがふつうであった。非嫡出子の後見人は母ひとりであった。本法によれば、「本法の諸規定を害しない範囲で、子の父母はそれぞれその子の後見人であるものとする。」(六条一項)とあらためられた。ところで、この改正は、「じっさいにはほとんどちがいをもたらさない。しかし若干の象徴的に重大な変化をもたらした。」⁽¹⁾といわれる。では、それまでのじっさいはどうであったのか。この点において、ニュージーランドの歩みはイングラントを模するものであった。すなわち、コモン・ロー上父は母をふくめた第三者にたいし子の監護と監督につき排他的権利を有する。過去一〇〇年間はかかるコモン・ロー法理をエクイティー上の法理によって母のために修正してきた過程であった。⁽²⁾そして、制定法は、より確実に母の権利を父の権利と等しい重みをもつものとしてみとめてきた。すなわち、まず、いずれの親も、裁判所にたいし、子の監護および面接権についての命令を申し立てる権利を与えられ、裁判所は、「未成年者の福祉、両親の行動、および父と同じく母の希望をも考慮して」⁽³⁾「適当と考える命令をくだすことができるようになった」(Infants Act, No. 86 of 1908, s. 6)。さらに、裁判所は、未成年者の監護と養育その他にかんする問題を決定するにあたって、未成年者の福祉を第一にしてかつ至高の考慮事項とみなし、その他なんらかの見地から、父の主張、または父がコモン・ロー上有するなんらかの権利が母の主張に優越するか、母の主張が父のそれに優越するかどうかを考慮に入れられないものとする⁽⁴⁾こと(Guardianship of Infants Act, No. 32 of 1926, s. 2)。⁽⁵⁾そして、母は、「未成年者に影響を与えるなんらかの事項にかんし」父と平等に裁判所に訴える権能を有することが規定された

(*Ibid.* s. 3)。このように父母の権利は、エクイティの法理を媒介とし、個別的な制定法によってしだいに平等化されてきたのであったが、本法は、かかる経緯を伝える条文の文言を一掃し、正面から父母の共同後見 (joint guardianship) を宣言した点において注目に価しよう。イギリスの一九七一年未成年者後見法の採らないところである。

(2) 父母共同後見のテスト　一九六八年後見法のさらに重大な改変は、六条二項がさだめる共同後見のテストでといえよう。すなわち、それは両親の婚姻関係でなく同棲という事実であるとされていることである。同法の施行以後、父母ともに、かれらが婚姻しているか、または子の出生のとき夫婦として同居していたかのどちらかであれば、いずれも後見人となることになった。法文はそのことをつぎのように規定する。

「本法の諸規定を害しない範囲で、子の母は、

(a) その子の父と婚姻しておらず、かつ、

(i) その父と婚姻していたことがないか、あるいは、

(ii) その子の父とその母との婚姻が、その子の懐胎以前に解消したばあい、および、

(b) その子の母と父とが、その子の出生のとき、夫婦として同居していなかった

ばあい、その子の単独の後見人であるものとする。」(六条二項)

本条の制定過程について、キャメロンはつぎのように解説している。「このことは、いかなる反対をもひきおこさなかったようにみえるし、また、おそらく、それが婚姻の制度にたいする公然の攻撃であると誤って解釈されることもなかったことはおどろくべきである。」⁽³⁾と。

なお、国会の質疑において、自然的後見のうち、この「新しいカテゴリー」をめぐる、非嫡出子の血縁上の父が後見や面接権を付与されるためには、どのような前提条件が必要とされるのか、父の決定命令 (Paternity order) が必要なか、あるいは、父による一定の承認 (some admission by the father) であり得るのか、という質問がなされた。それについて、ハナン法務大臣は、あとで、非嫡出子をあつかう別の法案がだされるであろうと回答したにすぎなかった。⁽⁴⁾ (一九六九年子の地位にかんする法律参照。) 第六条第二項をめぐるのは、一九六九年一〇月二三日に、つぎのような規定 (Guardianship Amendment Act, No. 80 of 1969, s. 2) が六条の A として六条のあとに新設されたことがつけくわえられねばならない。

「本法第六条の諸規定により (同条第三項にもとづく命令によるばあいをのぞき) 子の後見人であると申し立てる男子は、だれであれ、その者がその子の後見人であることを宣言する命令を、裁判所に申し立てることができ、かつ、その申立が真実であり、その男子が後見人の地位 (guardianship) をうばわれていなかったことが裁判所の満足のゆくまでに立証されるなら、裁判所はその命令をくだすことができる。」

第六条第二項により、子の母が単独の後見人であるばあい、あるいは単独の後見人である母が死亡したばあい、その子の父は、母、もしくは母によって指定された後見人にくわえて、または、母、もしくは母によって指定された後見人のかわりに、その子の後見人として指定されるべく、裁判所に申し立てることができ、裁判所は、その申立にもとづき、その自由裁量によって適当と考える命令をくだすことができる (六条三項)。

(3) 遺言後見人・裁判所による指定後見人 右の自然的後見 (natural guardianship) とは別に、遺言後見人

(testamentary guardians) および裁判所による指定後見人 (Court-appointed guardians) のための規定がおかれている。すなわち、父または母は、捺印証書または遺言によって、その者の死後子（胎児をふくむ）の後見人となるべき者を指定することができ、その者が遺言後見人とよばれる（七条一項）。そのように後見人の指定をする父または母が、その死亡時に子の後見人であつたばあいには、そのことによつて遺言後見人は、能力があれば、単独または追加的に後見人となる（七条二項）。指定者が死亡時に自身後見人でなかつたばあいは、遺言後見人は裁判所に申し立て、裁判所は適当と考えるならその者を後見人として指定することができる（七条三項）。本条施行前に効力を有していた一九二六年未成年者後見法によれば、遺言後見人が後見人となる態様は生存親による異議の有無に影響されたのであつて、本条による基準とは異なつていた。すなわち、異議がなければただちに、異議があれば裁判所への申立とそれによる指定によつて後見人となつた（五条三項四項）。

裁判所は、後見人の解任（二〇条一項）の申立にもとづき、またはその命令をくだすにさいして、一般的または特別の目的のために、子が二〇歳に達するか、それより早く婚姻するまで、または、それよりも短かいなんらかの期間にかぎり、子の後見人を指定することができる（八条一項）。そこには、シュプリム・コートだけが指定・解任する権利を有する訴訟手続にかんする訴訟後見人 (guardian ad litem)（八条二項）がふくまれる。

(4) 裁判所の被後見人 裁判所の被後見人 (wards of court) について、さらにつぎのような新しい規定が設けられた。シュプリム・コートは、申立にもとづき、未婚の子を同裁判所の後見のもとにおくことができ、かつ、一般的またはなにか特別の目的のために、だれかを裁判所の代理人 (agent of the court) に指定することができる

(九条一項)。申立をすることができる者は、(a)子の親、後見人または近親、(b)児童福祉監督官、(c)子自身(訴訟後見人または近友によらずして申し立てることができる)、(d)同裁判所の許可をうれば、だれでも、であつて(九条二項)、その範囲はひろい。シュプリム・コートは、訴の提起後、および命令がくだされてからあとでも、子の身体と財産にかんして、本法施行の直前に同裁判所が裁判所の被後見人にかんして有していたと同一の権利と権能を有する(九条三項)。しかし、つぎのような二つの但書が注目される。すなわち、一つは、例外的な状況が存するばあいをのぞき、一六歳以上の子にたいし、だれかといつしよに暮らすことを命じないものとする。他は、シュプリム・コートは、裁判所の被後見人たる子が同裁判所の同意なしに婚姻するばあい、その子またはその配偶者を法廷侮辱のことで拘禁する権能をもたない、というものである。子は、裁判所を無視して婚姻することによって、拘禁刑の刑罰に服さないという消極面にとどまらず、そのことにより裁判所の後見を有効に終らしめることになる。裁判所の後見は、子が二〇歳に達するか、あるいはそれより早く婚姻することによって終了する(九条四項)からである。この点、イギリスにおいて、子を裁判所の被後見人に指定する制度が、子がふさわしくない婚姻を締結する意思をもっているか、または、もっていると信じられるばあいに、しばしば用いられるようにみえ、そして、裁判所の同意をえないで婚姻することが法廷侮辱を構成するのとは異なることがいわれている。

(5) 後見人の解任 親、遺言後見人および裁判所の指定による後見人をふくめての後見人の職務は、他方の親、後見人もしくは近親、または、裁判所の許可をうれば、だれか他の者、の申立にもとづき、裁判所によって剝奪または解任されうる(一〇条一項)。後見人が親であるばあいには、その子の後見人としてふさわしくない重大な理由があ

るか、または、その者に後見人の責任を行使する意思のないことの心証を裁判所がえたばあいにかぎられる（一〇条二項）。かかる一項は、本条施行前に効力のあった一九〇八年未成年者法にもとづく裁判所の解任権にかんする規定（七条）のなかにみられないものであった。

(6) 後見人間の紛争 複数の後見人のあいだで、後見の職務の行使にかんするなんらかの事項につき合意することができないばあいには、そのうちのだれかが、裁判所にたいし、その指示（direction）を申し立てることができ、裁判所は、その事項にかんし適当と考える命令をくだすことができる（二三条一項）。複数の監護権者が、子の福祉に影響するなんらかの事項について合意することができないばあいも同様である（二三条二項）。

(1) Cameron, *op. cit.* 179.

(2) イングランドとニュージールランドの重大な相違は、後者のシュプリーム・コートとエクイティを同時に行なう裁判所であり、エクイティ上の法理ははやくからひろく行なわれたことであろう。Judicature Act, 1908, s. 98 は、明文をもつて未成年者の監護と教育にかんする問題においてエクイティの諸原則が優先すると規定した。

(3) Cameron, *ibid.*

(4) N. Z. Parliamentary Debates, *op. cit.* 1064.

(5) 本法制定当時は「二一歳」とおれしたが、Age of Majority Act, No. 137 of 1970, s. 4 により二〇歳に引き下げられた。

(9) *In re H.'s Settlement*, [1909] 2 Ch. 260.

2 監護・面接

(1) 監護命令 第二の重大な変化は、同法が、裁判所^{コर्ट}にたいし、婚姻が破綻したばあいなどに監護権を後見のその他の付带的諸権利義務から分離し、その他の諸目的のためにはひきつづき両親とも後見人としてみとめておく反面、現実の監護権 (actual custody) を一方の親に与える権能を付与したことである。

本法は、制定法上はじめて監護と後見について定義規定をおいた。すなわち、

「『監護』(“custody”)とは、子を占有し世話する権利を意味する。

『後見』(“guardianship”)とは、(遺言後見人のばあいをのぞき、かつ裁判所^{コर्ट}がくだすならかの監護命令の制約をうけつ)子の監護および養育⁽¹⁾(upbringing)にたいする監督権 (right of control) を意味し、かつ、本法の施行時においてならかの制定法規もしくは法原則によって子の単独後見人に帰属した子の身体および養育にかんするすべての権利、権能および義務をふくむ。なお、『後見人』はこれに応じた意味を有する。」(三条)

この新設の定義は、両者の概念を明確化して、その分属の規定にそなえる一方、「監護」⁽²⁾の概念において、また「後見」に子の財産にかんするなんらの権利をもふくまない点において、イギリス法と異なる面のあることをあきらかにした。

監護命令はつぎのばあいにくだされる。すなわち、「本条第二四条および一九六八年家事訴訟手続法第一五条第二項を害しない範囲で、裁判所^{コर्ट}は、子の父もしくは母、継親、後見人、または、裁判所^{コर्ट}の許可をうればその他のだれかの申立にもとづき、随時、その子の監護にかんして同裁判所が適当と考える命令をくだすことができる」(二一条一項)。

なお、「本条第一項にもとづいてくだされたなんらかの命令は、同裁判所が適當と考える諸条件にしたがわされることができる」(同条二項)。さらにつぎのばあいがある。「本法第二四条および一九六八年家事訴訟手続法第一五条第二項を書ししない範囲で、裁判所は、無効、別居、配偶権回復、取り消しうる婚姻の解消、または離婚のためのなんらかの訴訟において、主たる判決もしくは命令の前、またはそれとともに、またはそのあとで、随時、当該婚姻によるなんらかの子の監護と養育にかんし、正当であると考ええる命令(仮命令であれ終局命令であれ)をくだすことができる」(二条一項)。なお、「右のなんらかのばあい、裁判所は、いっさいの状況において妥当と考えるならば、その子の単独の後見(sole guardianship)を父母の一方に帰属する後見命令をくだすか、あるいは、その子の後見にかんして裁判所が適當と考えるその他の命令をくだすことができる」(同条二項)。

(2) 面接命令 裁判所は、子の監護にかんする命令をくだすにあたって、監護権を与えられない親が子に面接するについて、適當と考える命令をくだすことができる(一五条一項)。監護権を与えられない親は、その者に面接権を付与されるための命令を裁判所に申し立てることができる(一五条二項)。なお、裁判所は、適當と考えるなら、子の親が死ぬと、死亡した親もしくは兄弟姉妹、または子の兄弟姉妹が、裁判所が適當と考える時間と場所において子と面接する権利を有するものと命じることができる(一六条。従来の規定によれば、親死亡のばあいに面接を申し立てうるのは、祖父母にかぎられた(Guardianship of Infants Amendment Act, 1927, s. 3)のが拡大されたわけである。

(3) 命令の変更・取消 子の監護、養育または面接にかんする命令については、それを随時変更または取り消す

ことができる(一七条)。このことは命令の性格からみて、裁判所^{コर्ट}に与えられた当然の権能であろう。それらの命令の変更または取消を申し立てることのできる者は、その命令によって影響をうけるものであれば、だれでも、あるいは、命令の対象となっている子のためにおこなうだけか、である(一七条三項)。

(4) 命令付与の指導原理 だれが監護、養育および面接の権利をもつべきかを決定するにあたって適用されるべき考慮事項を規定するのは、つぎの第二三条である。

「①子の監護もしくは後見もしくは子にたいする面接、または子に属する財産、もしくは子のために信託において保有されるならんかの財産の管理、または、そこからの収入の使用にかんするならんかの事項が問題となつてゐるならんかの訴訟手続において、裁判所^{コर्ट}は、子の福祉を第一にして至高の考慮事項とみるものとする。裁判所^{コर्ट}は、いずれかの親の行動にたいしては、その行動がその子の福祉に関係ある範囲においてだけ、それに考慮をはらうものとする。

②右のなんらかの訴訟手続において、裁判所^{コर्ट}は、子が希望を表明することができるのであれば、その希望を確認するものとし、本法第一九条第九項を書しない範囲で、その子の年齢および成熟にかんがみ、裁判所^{コर्ट}が適当と考える程度まで、その希望を参酌するものとする。

③本条は、一九五六年受託者法(Trustee Act 1956)第六四条および第六四条のAの諸規定を制限しないものとする。」(二三条)

前段は、イギリスの一九二五年未成年者後見法(Guardianship of Infants Act, 1925, 15 & 16 Geo. 5, c. 45, s. 1)に起源をもち、一九二六年のニュージールランドにおける同名の制定法にうけつがれた著名な原理である。なお、新法第二三条はその後段において、一方の親が有責配偶者であるという事実は、その有責性が子の福祉至高の原則の

見地から問題となりうるかぎりにおいて、裁判所の決定に影響をあたえるものであることをあきらかにした。このことは、有責配偶者にたいして監護権をあたえることをかならずしも拒まないむねを再三宣言してきた判例の集積のう⁽⁴⁾えにきざされたものである。

(1) 「養育」は教育と宗教をふくむ(二条)。

(2) イギリス法において、*notion of divided custody* は一八八六年以後かなり発展してきており、「*spid order*」はマジストレイツ・コートがそれをくだす権能をもつかどうかは不明確であったが、高等法院離婚部ではしばしば行なってきた。ただし、*legal custody (custody)* と *actual custody (care and control)* にわけ、前者は未成年者の教育と養育について指示をする権利であり、後者は未成年者の身体上の福利のために世話をする権利と解してきたようにみえる。

(3) 「本条の目的のために『当該婚姻による子』という語は、一九六三年婚姻訴訟手続法と同じ意味を有する。」(二条五項)

(4) *Low v. Low* [1951] N. Z. L. R. 206; *Other v. Other* [1951] N. Z. L. R. 739; *Norton v. Norton* [1951] N. Z. L. R. 678; *In re P.* [1954] N. Z. L. R. 93.

3 一八歳または一六歳以上の子の諸権利

一九六八年後見法について注意をほらうべき第三の側面は、未成年の子のうち、比較的長じた子 (*older children*) の権利と権能が拡大され、あるいは少なくともそれが明確化されたことであろう。多くのニュージーランド人のあいだには若い人になりたいする「権威的態度」があつて、かれらは親の権利の承認と親による子の保護が十分でないことに批判的であつたといふ⁽¹⁾。それになりたいして、ハナン法務大臣は、「法は、若い人の家庭を牢獄にし、父母を看守にする

ことはできない」こと、そして、長じた子を深く反目してしまっているかもしれない父母のもとにとどめておく意味の少ないことを強調した。その反面、一定のばあいには親の権利について保障をあたえ、両立場の融和をはかった⁽²⁾ (後出一九条九項参照)。

(1) 後見人の同意またはその拒絶をめぐって 後見は子が二〇歳に達するか、または二〇歳未満で婚姻するまで継続する(二二条)。その間に後見人が監護養育にたいする監督権にもとづいて行なう子の行為にたいする同意またはその拒絶について、それが子自身の申立によりマジストレイトの審査をうけるばあいのあることが新たに規定された。

「①重要な事項 (an important matter) にかんする親または後見人による決定または同意の拒絶によって影響をうける一八歳以上の子は、(その子がシュプリム・コートの後見のもとにあるのでなければ) マジストレイトにたいして申立をなすことができ、マジストレイトは、いっさいの状況において、そうすることが合理的であると考えるならば、右の決定または拒絶を審査し、それにかんしてマジストレイトが適当と考える命令をくだすことができる。

②本条にしたがい、マジストレイトによって与えられたならかの同意は、それが親または後見人によって与えられたばあいと同一の効果を有するものとする。」(二四条)

本条は、子の婚姻にたいする親の同意に関連しない。三項はそのことをつぎのように明言している。

「③本条は、未成年者の婚姻にたいする同意にかんする一九五五年婚姻法 (Marriage Act 1955) の諸規定を制限したり、それに影響をおよぼしたりしないものとする。」(二四条)

一九五五年婚姻法第一九条第一項は、婚姻同意権者が同意を拒むばあい、マジストレイトが当該婚姻に同意を与え

ることができ、それは同意権者の同意と同一の効力を有することをさだめている。

どのような種類の事項が、裁判所が親の決定や法律上の後見人の決定をくつがえすためにその権能を行使するに十分なほど「重大」であるとみられるかは、こんごの判例をまたなければならぬ。解説者によれば、旅券の発行への同意、子が軍隊に入ることの許可、または職業につくことの許可を拒絶することが例として考えられている。⁽³⁾

(2) 監護権をめぐる (i) 子の監護にかんし、裁判所は、一定の者からの申立にもとづき適当と考える命令をくだすことができる(一一条一項)ことは、すでにみたとおりである。しかし、一六歳以上の子にかんしてはつぎのよう

な規定がおかれている。

「①一六歳以上の子の監護にかんする命令は、特別の状況が存するものでなければ、くだされないものとする。

②一六歳未満の子にかんする命令は、それが監護にかんするかぎり、裁判所は、その命令をくだしたとき、またはそれ以後に、特別の状況において、別段の命令をくだしているものでなければ、その子が一六歳に達するときに終了するものとする。

③本条は、裁判所が、子の養育にかんする命令をくだす権能、または後見人を指定もしくは解任する権能を制限したり、あるいは、その権能に影響をおよぼさないものとする。

④本条は、シュプリム・コートの後見のもとにある子については、適用がないものとする。」(二四条)

(ii) 子の監護権者の申立があると、裁判所は、警察官、児童福祉吏または令状中に名を掲げられたその他の者にたいして、その子の占有を保持し、その子を監護権者にひき渡す権限を授与する令状を発行することができる(一九条一項)。裁判所の命令により面接権を有する者の申立にもとづき、その者に子をひき渡す令状についても同様の規定(一九条

二項)が存する。⁽⁴⁾そして、同条九項はつぎのように規定する。

「本法第九条第三項の最初の但書を書しない範囲で、裁判所は、本条第一項もしくは第二項にもとづく申立、または監護もしくは面接の権利を強行するためのその他なんらかの申立を考慮するにあたって、その子が一六歳以上であれば、その子の希望に反してその申立を認容しないものとする。ただし、その子が一八歳未満であり、かつ、裁判所が、その子の道徳上の福祉 (moral welfare) がそうすることが必要としているとの心証をうるばあいは、このかぎりでない。」(一九条九項)

従来、裁判所は、一九二五年児童福祉法にもとづくばあいをのぞき、子が「分別年齢」(いっばんには一六歳とされる)に達していれば、その子が裁判所の被後見人でないかぎり、監護権を強行することがなかったといわれる。本規定はその慣行を成文化し、長じた子が家庭を離れ親と別れてくらす自由を明確化したものである。しかし、但書の部分において、裁判所にふたたび自由な裁量権が残されたことが注意される。それは、少なくとも最悪のタイプの事件——子が犯罪者や麻薬の常用者とつきあっているようなばあい——のための救済方法として利用されうるであろう、と解説されている。⁽⁵⁾そして、また、この箇所は、ハナン法務大臣によって、「多くの者の目からみておそらくもっとも重大な規定」であると、つぎのようにいわれた。

「多年、わたくしは、この種の若干の規定が設けられることを要求する親からの申入れをうけてきております。本法案は、極めて重要な法案であります。これは、妻または母そして未婚の母の地位を強化することにおいて、ある程度新天地を開墾しております。それは、また、コートが過去におけるよりもなおひろい範囲まできわめて若い人たちの福祉を守ることを可能にする諸規定をふくむものであります。」⁽⁶⁾

(3) 医療行為にたいする同意 子にたいする医療行為の同意権者についてつぎのように規定される。

「③子にたいしてほどこされるべきなんらかの内科的、外科的または歯科的処置（輸血をふくむ）にたいして、だれか他の者の同意が必要であるか、またはそれだけで十分であるばあい、同意は、

(a) その子の後見人によって、または、

(b) ニュージールランド内に後見人がおらず、あるいは、合理的精励をもつてもかかる後見人を発見できないか、あるいは、その者が同意を与えることができないときは、親の地位に立つて行動してきているニュージールランド内にある者によって、または、

(c) 前項のように行動してきている者がニュージールランド内におらず、あるいは、合理的精励をもつてもかかる者を発見できないか、あるいは、その者が同意を与えることができないときは、マジストレイトまたは児童福祉監督官 (Superintendent of Child Welfare) によって、
与えられることができる。

④子が、養子の目的のために適法にだれかの家庭におかれてきているばあいには、その者が、本条第三項の諸目的のために、その子の後見人であるときみなされるものとする。

⑤本条は、なんらかの状況において、

(a) 同意もしくは明示の同意が必要でないか、または、

(b) だれか他の者の同意にくわえて、子の同意が必要であるか、または、

(c) 本条第二項を書しなない範囲で、子の同意のかわりにだれか他の者の同意で十分である、

とするなんらかの制定法規または法原則を制限したり、またはそれに影響をおよぼさないものとする。」(二五条)

一六歳以上の子またはそれ以前に婚姻した子についてはつぎのような規定がおかれた。

「①本条第六項を書しない範囲で、一六歳以上の子による、なんらかの供血、または、その子のために、職業上それを行なう資格のある者によって、その子にたいしてほどこされるなんらかの内科的、外科的または齒科的処置（輸血をふくむ）にたいする同意は、その子が成年に達しているばあいと同様の効力を生じるものとする。

②子による、なんらかの供血、または、その子にたいしてほどこされるとだれか他の者にたいしてほどこされるとをわす、なんらかの内科的、外科的もしくは齒科的処置（輸血をふくむ）にたいする同意または同意の拒絶は、その子が婚姻しているか、あるいは、かつて婚姻していたのであれば、その者が成年であるばあいと同様の効力を生じるものとする。」（二五条）

右の二項は、おそらく、イギリスにおいてそうであったと同じように、未成年者の医療行為にたいする同意能力についての不明解さを解消しようとするものか、あるいはそれを防止しようとの意図にでたものであろう。⁽⁷⁾

(4) 未成年者の婚姻の効果 本法はつぎのことをはっきりさせた。すなわち、後見は婚姻によって止む（二一条）であり、婚姻した未成年者のドミシルは、成年者であるばあいと同様に決定される（二二条）のである。

(1) Cameron, *op. cit.* 180.

(2) N. Z. Parliamentary Debates, *op. cit.* 1063.

(3) Cameron, *op. cit.* 181.

(4) 九条一項および二項にもついで発行される令状を施行する目的のために権限を授与された者は、令状を携帯し、要求があればそれを提出しなければならず（五項）、また、助力をえて、もしくはえずして、また必要とあれば力によって建物、航空機、船舶その他の場所にたち入り、捜査することができる（四項）。そのさい故意に抵抗または妨害することは犯罪を

構成し、略式有罪決定にもつき四〇〇ドル以下の罰金に処せられる（六項）。

(5) Cameron, *op. cit.* 180.

(6) N. Z. Parliamentary Debates, *ibid.*

(7) Report of the Committee on the Age of Majority, Cmnd. 3342, §§ 474-484 (1967) および一九六九年家族法改正法
第八条参照。

四 非嫡出子の地位の消滅——Status of Children Act, No. 18 of 1969

さきにもた家事訴訟手続法が、いくつかの急進的改革を実現したといえるのにたいして、一九六九年の「子の地位にかんする法律」⁽¹⁾(Status of Children Act 1969)はより大胆に伝統的法概念を脱したものとされる。それは、「婚姻外に生まれた子の法的無能力を除去するための国会制定法」であって、「世界人権宣言の第七条（「すべての人は、法の前に平等であり、また、いかなる差別も与けることなく、法の平等な保護をうける権利を有する。」）²、あるいは、第二五条第二項（「すべての児童は、嫡出であるといふことにかかわらず、同一の社会的保護を享有する。」）³にのっとった立法であるといえよう。ニュージーランドは、この法律によって完全に法的地位としての非嫡出子を廃止したことになる。子の父母の結合の態様は管轄権、手続そして証拠上の差等をひきおこすにとどまることになった。この内容の法律は、一九六八年にも一度法案として提出されたが、「国会の委員会によって研究のためにもちこされ」、最終的に制定されたのは一九六九年八月二二日であり、翌年一月一日から施行されている。

(1) 本法について解説するものとして、Cameron, *op. cit.* 6ほか、Angelo, A. H., *Who's Legitimate Now? Status of*

Children 1969, 5 Victoria University of Wellington Law Review 365(1969) があろ。

1 嫡出子非嫡出子平等の原則

ニュージーランドにおける非嫡出子は、イギリス法の影響のもとに当初きわめて劣悪な地位にあったが、その後の制定法によって嫡出子と同様の権利を与えられるばあい⁽¹⁾がふえてきた。父母の事故死⁽²⁾、労働者災害⁽³⁾その他のばあいに⁽⁴⁾おける補償、あるいは軍人恩給⁽⁴⁾にかんするもの、がそれである。また、非嫡出子は、無遺言で死亡した者が母であるばあいに相続することができるようになった。⁽⁵⁾なお、すでにみたように、一九〇八年家族保護法にもとづく請求のため、死亡者の生前その子として承認されたは立証されていた非嫡出子は同法にいう「子」にふくまれていた。しかし、なお、非嫡出子にくわえられる重大な差別があった。それは、非嫡出子は、マオリ族⁽⁶⁾でないかぎり、遺言その他の証書に記載された「子」のうちにくまれず、また、父の無遺言死亡にさいして相続することができない、というものであった。ハナン法相は、本法案の提案理由の説明にあたり、非嫡出子の父が、その子の母と婚姻しないまま多年家族単位 (family unit) として生活しているのは、「きわめてありふれた状態」 (a situation that is all too common) ⁽⁷⁾であることをのべて、相続の望ましさはかかるばあいにとくに重大であることを強調した。⁽⁸⁾

新法の眼目はよく第三条にあらわれている。残りの規定はすべてそこから派生する結果であるといえる。第三条について、ハナン法相は、つぎのようにのべている。

「同条は、ある意味で、コモン・ロー世界の多く、および、じつにその外においてすすめられてきているあるプロセス、単に子の出生という偶然のできごと⁽⁹⁾のうえに根ざしたもろもろの差別を除去するというあるプロセス、の極地なのであります。長年に

わたって、われわれは婚姻外に生まれた子の法的権利を、その他の子の権利により近づけてきており、ニュージーランドは、多くのコモン・ロー諸国をかかえる人道的方向にリードしてきております。本法案の通過により、われわれがその道の終りにいきついた最初であるとしたら、そのことはわたくしにひじょうな満足をあたえるでありましょう。」⁽⁸⁾

第三条はつぎのような規定である。

「①ニュージーランド法のすべての目的のために、あらゆる人とその父および母との関係は、父母がそれぞれ他方と婚姻しているか、または婚姻していたかどうかにかかわらず、決定され、かつ、その他すべての関係はそれにしたがって決定されるものとする。

②なんらかの証書において親族関係を示す語は、反対の意思が明示されなにかぎり、嫡出の親族関係のみを意味するという解釈原則は、これを廃止する。

③なんらかの証書を解釈する目的のために、親族関係に関連して、嫡出 (legitimate) または適法 (lawful) という語が用いられるばあい、そのこと自体は、その親族関係が本条第一項にしたがって決定されることを妨げないものとする。

④本条は、本法の施行日の前に生まれたると後に生まれたるとを問わず、ニュージーランドにおいて生まれたると、そうでないとを問わず、また、その父もしくは母がニュージーランドに居住したことがあると、ないとを問わず、あらゆる者にかんして、適用があるものとする。」(三条)

なお、本法施行前に作成された文書、および、本法施行前に無遺言で死亡した者の遺産は、本法が通過しなかつたばあいと同様に解釈され、そのようにとりあつかわれる(四条一、三項)。

ニュージーランドは、この第三条によって、子の保護に厚いスカンジナビアをおいこし、イギリスの一九六九年家

族法改正法⁽⁶⁾ (Part II) の先をいった。それは、アリゾナの一九五六年法、オレゴンの一九五七年法、そして、多数の東欧諸国のすすんだ道を踏むものである、とキャメロンは指摘する。さらに、かれは、「その法律自体とほとんど同じくらいおどろくべきことは、新聞においても国会の内部においても、ほとんど普遍的にその法律が好意的うけいれ方をしたということである」といい、それは、罪なき子の福祉の問題が、「ニュージーランドにおいて、その強い人道的伝統とともに、つねに応答を見出ししてきたところの心の琴線をうったのである。」と解説している⁽¹⁰⁾。

- (1) Deaths by Accidents Compensation Act, 1952. この権利は一八八〇年以來とめられている。
- (2) Worker's Compensation Act, 1922.
- (3) Carriage by Air Act, 1940.
- (4) War Pensions Act, 1943; War Pensions and Allowances (Mercantile Marine) Act, 1940.
- (5) Statutes Amendment Act, 1946.
- (6) マオリ族の非嫡出の子と孫はマオリ人の遺産にたいする相続にかんして嫡出の子と孫と同じ地位にある。Maori Affairs Act 1953, s. 116.
- (7) 「安定的不正式結合」から生まれた非嫡出子の数または非嫡出子総数におけるその割合はしりえない。しかし、出生総数にたいする非嫡出出生子の百分率は、一九六五年以後一〇%をこえている。一九六五年一〇、八九%、六六年一一、五六%、六七年一二、七二%、六八年一三、〇〇%、六九年一二、九九%である。その割合は、オーストラリア、カナダ、連合王国および合衆国より高いが、スウェーデンよりは低いとある。(New Zealand Official Yearbook 1970, p. 97.)
- (8) *Per Hanan*, N. Z. Parliamentary Debates, 3 Sep., 1968, 1453.

(9) 非嫡出子とその父母は、無遺言相続にさいして嫡出子であれば取得することができた権利を取得することができる(一四
条一、二項)。ただし、ニュージーランドとくらべてその他の面で若干の相違が存在する。非嫡出子の無遺言相続にさいし
て取得する権利は、非嫡出子の兄弟姉妹およびその子、または祖父母およびその子にはおよばない。また、イギリスでは、
非嫡出父子関係の発生のために特別の認知制度を設けず、またその間の相続権の発生のために生前におけるなんらかの承認
を要件とすることもないので、嫡出でない子の父は反対が立証されるのでなければ、その子の死後生存したと推定されない
ものとする(一四条四項)。その他一五条二項。

(10) Cameron, *op. cit.* 178.

2 父性の事実の決定

父性の事実はいかにして決定されるのか。妻が生んだ子についてはつぎのとおり規定されている。

「婦人が婚姻中に生んだ子、または、婚姻が死亡もしくはその他によつて解消されてから一〇ヵ月以内に生んだ子は、反対の証
拠がないかぎり、その子の母とその夫または夫たりし者の子であると推定されるものとする。」(五条)

第五条の推定をうけない婚姻外における子の父性の証拠と立証にかんしては、つぎの四つのばあいがある。

(i) 父の承認によるばあい

「一九五一年出生死亡登録法 (Births and Deaths Registration Act 1951) 第一八条第一項、または、なんであれそれに先だ
つ制定法規の同条項に該当する規定にしたがい、その登録がかかわる子の父の名が(本法の施行期日の前後を問わず)出生簿に
記入されているのであれば、同法第四二条にしたがい、作成または付与され、かつ、「登録長官またはその他の登録官によつて」

署名または捺印されるべく意図している登録の証明をうけた謄本は、父として名を掲げられた者が子の父であるといういちおうの証拠 (*prima facie evidence*) であるものとする。」(八条一項)

ニュージーランド内で生まれた子の出生にかんして登録の義務を負うのは父母である (Births and Deaths Registration Act, No. 22 of 1951, s. 11 (1))。本法附表により「非嫡出子の父は、本法にもとづき、その子の出生にかんする情報を提供することを要求されないものとする」(一九五一年出生死亡登録法第一八条第一項) 規定が廃止され、第一一条一項につきのような但書がくわえられた。「ただし、父は、子の出生のときその母と婚姻しておらず、かつ、子の懐胎のときその母と婚姻していなかったのであれば、本項にもとづき「出生登録の」責任を負わないものとする」では、子の出生のときにも、懐胎のときにも、また懐胎後出生前のいかなる時点においても、子の父母のあいだに婚姻が存在しなければいかに、父の名または父にかんするなんらかの事項がどのようにして登録簿に記入されるのか。このことは、一九六九年子の地位にかんする法律の附表により改正された一九五一年出生死亡登録法第一八条が、つぎのようにさだめている。すなわち、(a) 母およびみずから父であることを承認する者が、登録の時に、そのような登録がなされることを共同して要請し、かつ、母とその者とがともにその登録簿に署名するばあい、ただし、母が死亡しているか、または行衛不明であるときには、その要請が父ひとりによってなされるだけで十分であり、かつ、出生について情報を与えることを要求されるその他だれかの署名が母の署名にかわって受容されることができ。あるいは、(b) 母または母の授権をうけた代理人が登録吏の役所に出頭し、かつ、みずから父であることを承認する者が署名した、そのような記入がなされることについての書面による同意を、登録の時に、提出し、かつ、登録吏

が、母とその者とが子の出生の時夫婦として同居していたとの心証をうるばあい、⁽¹⁾がそれである。

父による承認については、さらに、つぎのような規定がおかれている。

「子の母、および、だれであれ、その子の父であることを承認する者が署名した証書は、なにであれ、捺印証書として、あるいは、右の者のいずれかによってソリシタの面前において作成されたのであれば、父として名を掲げられた者がその子の父であるといういちおうの証拠であるものとする。」(八条二項)

八条二項にさだめられた文書またはその謄本または証明済み抄本のファイルと閲覧について、本法は別に規定をおいている。すなわち、右の文書は、登録長官の役所にとじまれることができ(九条一項)、登録長官は、しかるべき利益を有するとの意見を有する者にたいし、その申請にもとづき、かかる文書の索引の調査および文書の閲覧を許可することができる。なお、その件にかんするある者の利益について争いがあるばあいは、登録長官は、その者の申請にもとづき、その件をマジストレイトに付託するものとし、マジストレイトの決定は終局的であるものとされる(九条二項)。

(ii) マジストレイツ・コートにおける父性命令によるばあい

「一九六八年家事訴訟手続法の意味に該当する父性命令 (paternity order) は、同一の当事者間におけるといなにかかわらず、その後のなんらかの訴訟手続において、父性のいちおうの証拠であるものとする。」(八条三項)

一九六八年家事訴訟手続法第六章にいう「父性命令」とは、子の母が、父であると申し立てている男子と婚姻しておらず、かつて婚姻していたことがなく、あるいは、かつて婚姻していたことはあるが、その婚姻が子の懐胎前に解

消したばあいに、母が、その男子が子の父であるとの宣言を求め、マジストレイツ・コートが相手方が子の父であるとの心証をえたときにくだす命令のことである(四五条)。かかる父性命令は、同法にもとづく扶養命令またはそれにかんするなんらかの訴訟手続の申立のためには、命令をくだされた者が子の父であるとの決定的証拠であるものといれる(五二条)が、本法ではいちおうの証拠であるとされている。

(iii) シュプリーム・コートにおける父性の宣言

「本法第七条第一項を書ししない範囲で、本法第一〇条にもとづいてなされた宣言は、すべての目的のために、そこにふくまれた事項の決定的証拠であるものとする。」(八条四項)

父性の宣言について規定する第一〇条はつぎのとおりである。

「①だれであれ、

- (a) 女子であつて、名を挙げられた者が自分の子の父であると申し立てる者、または、
- (b) 父子関係が、自分自身とその他名を挙げられた者とのあいだに存在すると申し立てる者、または、
- (c) その結果についてしかるべき利益を有する者であつて、名を挙げられた二人の者のあいだに父子関係が存在するかどうかを決定せしめたいと願う者

は、シュプリーム・コートにたいして、父性の宣言 (a declaration of paternity) を申し立てることができる。なお、そのような関係の存在することが、同裁判所の満足のゆくまでに立証されるならば、同裁判所は、父もしくは子またはそのいずれもが生存しているか死亡しているかいなかをとわず、父性の宣言をなすことができる。

② 本条第一項にもとづく父性の宣言が父または子の死後になされるばあに、同裁判所は、それと同時に、またはいつであれそれ

より後に、本法第七条第一項(b)号の諸目的のために、同号の諸要件のいずれかが充足されたかどうかを決定する宣言を行なうことができる。

③一九〇八年宣言的判決法 (Declaratory Judgments Act 1908) の諸規定は、本条第一項にもとづくあらゆる申立にまでおよび、かつ、それに適用があるものとする。」(二〇条)

(iv) 外国における父性の宣言

「ある者を子の父であると宣言するニュージーランド以外のどこかの国においてくだされた命令は、本条第六項にしたがい本項の適用をうける命令であるかぎり、父と宣言された者が子の父であるといういちおうの証拠であるものとする。」(八条五項)

「総督は、枢密院令により、随時、本条第五項が、ニュージーランド以外のどこか特定の国におけるなんらかの裁判所もしくは公当局、または、どこかそのような国における特定の裁判所もしくは公当局によってくだされた命令にかんして適用がある、と宣言することができる。本項の諸目的のために、クック諸島、ニウーエおよびトケラウ諸島はニュージーランド以外の諸国であるとみなされるものとする。」(八条六項)

(1) なお同法によって改正された一九五一年出生死亡登録法によれば、父の名の記入のないまま出生登録がなされてから後であつても、つぎのばあいには、父の名が記入される。すなわち、登録長官が、制定法上の宣言、またはかれが十分であるとみなすことのできるその種のその他の証拠により、母およびみずから父であることを承認する者の双方が、父の名または父にかんするその他なんらかの事項が登録簿に記入されることを申請していると心証をうるときには、登録長官は、前記のとおり記入されるべく申請されている事項を登録簿に記入することを許可することができる。ただし、右のなんらかのばあい、みずから父であることを承認する者が登録簿に署名することは必要でない。また、ただし、母が死亡しているか、また

は行衛不明であるときには、その申請が父ひとりによってなされるだけで十分であるものとする（一八条二項）。ここまでのところは、一九五一年、五五年、六一年の出生死亡登録法または同修正法によってしだいに形成されてきていたところであった。ところで、一九六九年子の地位にかんする法律の制定によって、さらに、出生登録後父の名の記入がなされるも一つのはあい、つぎのとおりさだめられた。すなわち、登録長官が、子にかんする父性の宣言がシュプリーム・コートによってなされたこと、または、その父が一九六八年後見法第六条第三項にもとづき子の後見人に指定、れたとの心証をうるものでなれば、登録長官は、父の名およびその他同長官にたいして提供されているその父にかんする事項を、登録簿に記入することを許可することができる（一八条三項）。

3 父子間における相続権の発生

右にみた父性の証拠のうち、すべての状況にとって有効であるのは一つのばあいにかぎられる。それは第五条によって父性の推定をうけるばあいである。この規定だけが、第七条第一項の「いくぶん変則的であり、かつ差別的な原則の困難を免れるのである」。同条同項は、つぎのように相続の目的のために、一定の制約を設ける。すなわち、

「①父と子の関係、および、いかなる親等であれその関係をつうじるその他なんらかの関係は、財産の相続、なんらかの遺言もしくはその他の遺言処分解釈、または信託を創設するなんらかの証書の解釈に関連するなんらかの目的のため、あるいは一九五五年家族保護法 (Family Protection Act 1955) にもとづくなんらかの請求の目的のために、

- (a) 子の父母が、その子の懐胎の時、またはそれ以後の一定の時、それぞれ他方と婚姻していたか、または、
- (b) 父性が、父の生存中、その者によって（明示もしくは黙示によって）承認されていたか、またはその者にたいして（本法第八条によって特定された一つもしくはそれ以上の型の証拠によるか、それ以外のものによるかとわず）立証されており、

かつ、その目的が父のためであるのであれば、父性が、子の生存中、右のように承認されたか、または立証されたばあいにかぎり、承認されるものとする。

②本条第一項により、父子関係が、子の生まれる時、一定の目的のために承認されていないばあい、その関係、および、いかなる親等であれ、それをつうじるその他なんらかの關係が承認されることを可能にするなんらかの行為、事件または行動の生起は、無償であるといなどをとわず、その行為、事件または行動が生起する以前に、だれかが絶対的に権利を有していたなんらかの物的または人的財産についてのなんらかの財産権、権利または利益にたいして、影響をおよぼさないものとする。」(七条)

相続の目的のためには、父子関係は、子の父母がそれぞれ他方と婚姻しているばあいをのぞき、父性が、父によってその生存中承認されるか、またはその父にたいしてその生存中立証されたのでなければ、存在するとみなされないものとされる。子の父母の婚姻は、ニュージーランドにおいて、一九七〇年一月からは、証拠上の価値を有しうるにすぎなくなった。しかし、第七条は、第三条において宣言された一般原則をあきらかに損傷するものであり、廃止されたはずの差別を維持することに役立っているといえよう。親子関係から生ずる効果のうち相続と婚姻制度との深く強いきずながここに残滓をとどめている。イギリスでも、非嫡出子の相続問題をめぐって、父の生前における認知の要否が重大な論点となったが、⁽¹⁾けっきょく制定法上非嫡出子と父とのあいだの家族的關係の存在または父によるなんらかの承認を要件として掲げることをしなかった。この点ニュージーランドとイギリスとは制定法上異なるためえを選択したことになる。しかし、法の運用の面で、どの程度の相違が現実⁽²⁾に生じるかは、問題となしえよう。ニュージーランドのばあい、この点の将来について、つぎのよう⁽³⁾いうものがあつたという。

「第七条の諸目的のための承認は、行動によってなされることは疑いが無いようにみえる。裁判所がその要件について自由な解釈をとり、しかるべき事件においてほとんどなににごにたいしても承認の可能性を与える用意があるとすれば、その規定の異議の余地のある諸特徴は大いに克服される。」と。

なお、国会の審議過程において、本法の人道的動機を評価しつつも、それによって影響をうける法律上の妻と嫡出子にたいし注意を喚起する発言があつた。それによつてハナン法務大臣はつぎのような意見をのべた。

「わたくしの意見によれば、法律上の妻の地位は、通常の場合においては、不利な影響をうけないであらう。つまり、法律上の妻とかの女の適法な子は、いまでも家族保護法にもとづく要求をすることができますのであります。同法は、非嫡出子——そしてむしろ養子とされていらない子でなければならぬ——が、父の生存中父となんらかのアンシェーションをもっていないかたばあいにはとくに、そのばあい父性が承認されていたとしても、その非嫡出子の要求を十分うち破るかもしれないのであります。その子と父とのあいだにアンシェーションが存しないなら、そのときには家族保護法にもとづく要求が適法な妻を保護するであらうとわたくしは考えます。それについてなんらの疑いも存するように、わたくしは思わないのであります。」と。

婚外子の権利の伸張と法律上の妻と婚内子の利益保護をどのように調整するかは、つねにどこの立法者ももつとも腐心する問題の一つである。立法者が一定の結論をだしたあとでは、ハナン法相のこの発言からもわかるように、そのこの裁判例に特別の関心もたれることになる。

(1) たゞんび、Report of the Committee on the Law of Succession in Relation to Illegitimate Persons, Cmnd. 3051, 1966.

(2) Cameron, *The Twilight of Illegitimacy*, N. Z. L. J. [1969] 621, 624; in Angelo, *op. cit.* 366.

(3) 一九六九年二月に成立した第四次ホリオーク内閣において法務大臣となることになったリディフォード (Mr. Riddiford) の発言。

(4) *Per Hon. J. R. Hanan, N. Z. Parliamentary Debates, op. cit. p. 1455.*

む す び

以上でニュージーランドにおける一九六八―一九六九年の家族法の一部についての概観を終える。

1 新立法をつうじてその性格はどのようなものとして総括することができようか。キャメロンのいうところをきいてみよう。

「一九六八―一九六九年の家族法改正が一定の哲学的または社会的理論の所産であると結論づけるのは、たしかに早計であろう。ニュージーランド人は、そして、たしかにニュージーランドの政治家は、理論家や思想家であるより、経験主義者であり、そして、とわれるであろう問題は、一定の具体的事例においてなにかフェアなことであるかということである。他方、新立法は、いくつもの修正の偶然的よせあつめをはるかにこえたものであることは明瞭である。新立法は、少なくとも、アングロ・アメリカ世界をつうじてかなり広範にうけいれられてきた数多くの原理によって情報をえている。新立法の重大性は、その諸原理が立法府によつてうけいれられ、そして、若干の一貫性をもって適用されたということである。しかしながら、それらの原理は、しばしば、論理的帰結の極限にまでつきつめられることはなかった。」

つづけて、その原理を六点ほどつぎのようにのべている。便宜上番号を付して訳出しておこう。

「(一) 婚姻は制度であるというよりもパートナー・シップであること。それは、共同社会がそこに強い関心を有する一つのバ

ートナー・シップではあるが、婚姻制度観はニュージーランドでは多年にわたり有力ではなかったが、少なくとも一九二〇年以後の立法傾向はそれに逆らってきた。しかし、近年の諸改革はあきらかにそれを拒否するものであることを示している。

〔二〕 しかしながら、共同社会は、いきているものとしての婚姻の安定性にたいして強い関心をもってきていること。共同社会は婚姻の破綻を防止するために行動をとり、婚姻を修復するためになしうることを行なう積極的責任を負うものである。

〔三〕 婚姻の挫折にたいする救済は、離婚や別居を困難にすることでではないこと。新立法の背後には、離婚は破綻した婚姻と破綻した家庭の結果なのであって、その原因ではないという考えがある。立法者は、ニュージーランド国内においても海外においても、離婚法の寛大さと離婚の分量とのあいだにほとんど関係がないことを立証するのに役立つ多くの情報を目の前にもっている。

〔四〕 婦人にとって婚姻は、妻たるものがより露骨な意味における不行跡をしていないかぎり、その婚姻の運命およびかの女の自活能力に関係なく、望むかぎり夫に扶養を求めることができるといふ意味における「終身給食券」(“bread ticket for life”)とはみなされなくなるといふこと。扶養は、なによりもまず、三つの要素——妻の必要、かの女が世話をする若年の子にたいするその責任に留意しつつ、自己の必需品を供給する妻自身の能力、夫の資産(かれのその他の法的諸義務を考慮に入れつつ)——の決するところに依拠しなければならぬ、というのが新しい考えである。しかしながら、このことは、ここでのべるその他の諸原理のいくつかと同じ程度にためらいなくうけいれられてきているわけではない。そして、他のばあいにおけるよりもずっと多くが、裁判所によって発展させられる慣習に依拠することにならう。

〔五〕 法は、男女が夫婦としての関係および親としての関係のいずれにおいてもあらゆる点で、法の前に平等であることを承認すべきであること。このことは新しい考えではないが、しかし、いまやより完全なかたちで適用がなされた。夫婦財産の分野においてはおお完全ではないにしても。

〔六〕すべての子は、あらゆる点において法の前に平等であり、かついかなる方法においても差別の対象であってはならないこと。』(Cameron, *op. cit.* 181-182.)

2 キャメロンのいう原理(扶養法についての〔四〕をのぞいて)を基軸として、新立法をここに検討してきたかぎりでは、いちおうのまとめをしておこう。

〔二〕の原理は、一九六八年婚姻訴訟手続法修正法および一九六八年家事訴訟手続法第三章のなかにみることができた。前者については、一定の有責行為、および判決・命令・合意別居が離婚原因となるために継続すべき期間が三年から二年に、事実上の別居のばあい七年から四年に短縮されたこと、遺棄・別居の期間の算定、宥恕の成立その他にかんして不算入とする同居期間が二ヵ月から三ヵ月に延長されたこと、が挙げられる。このことはたしかに婚姻の制度観からパートナー・シップ観へのいっそうの接近を意味しよう。しかし、他面、ニュージーランドの婚姻制度がパートナー・シップの「極限」にほど遠いことも真実である。離婚原因は限定列挙され、それにたいしては阻却事由が用意されている。このような二当事者対立訴訟形式にたいして疑問がだされはしないだろうか。イギリスの一九六九年離婚法改正法のような妥協はさておき、「救治しえない婚姻の破綻をひきおこした和解不能の不一致」(Calif. Leg. H. 1959, Ch. 1603, § 4505)や「回復の見込みのない破綻」(Uniform Marriage and Divorce Act drafted by NCCUSL, 1970, s. 305)といった包括的な破綻主義的原因を採用する日がこないといえようか。とくに家庭裁判所構想が力をえてくるにつれて。なお、離婚原因としての別居についても、事実上の別居とそれ以外の別居との區別、およびそれぞれの期間のさだめをいつまでもちこたえうるであろうか。ニューヨーク州が一九六六年にさだめた

二年間の（判決・合意）別居を一九七〇年には一年に短縮したことがおもいあわされる。

家事訴訟手続法が新たに規定した破綻主義的別居原因について。この種の改正については、近年、有責主義的別居原因を廃止し、先に掲げた婚姻解消のための原因を別居についても援用したカリフォルニア法の類例もある。ところで、二一世紀までにはすたれるか廃止されてしまっているであろうとの予測さえなされる別居制度にたいして、あえて改正を企だて、またそれが歓迎されているらしいのはなぜか。破綻主義の勢力拡張にたいする理論的満足感からだけではあるまい。相手方の不同意により合意別居できない有責配偶者は、短縮されたとはいえ四年間の事実上の別居を経なければ離婚できないはずであった。今次の改正はそのばあい「重大な不調和」を立証すれば、有責者にたいしても四年を待たず二年で婚姻のきずなから解放される道をひらいた。これもまた婚姻制度観に背離することといえよう。

これらのパートナー・シップ観への接近が「三」の原理によって立つことは多言を要しないであろう。

「二」の原理は、一九六八年家事訴訟手続法第二章の諸規定のなかにみられた。訴訟のあらゆる段階においてマジストレイツ・コートのみならずロイヤーにも和解促進義務が明定されたこと、訴訟提起前において独立の和解制度が新設されたことは、その顕著なあらわれである。このような和解の拡充強化について、それが「一」の原理といかなる関係にたつか、つぎのように説明されている。両者は矛盾するものではなく、「相互補充的」なものである。婚姻に「生育力が存在するばあいには和解がささえとなるであろうし、生育力が存在しないばあいには別居が慈愛に満ちたものとなろう。ここにこそ法を人間の真相と一致させるためのこころみがあるのである。」(Curry, *op. cit.* 369)

と。和解の制度と手続については、かなり周到な用意がされているとみることができよう。オーストラリアの不成功のみならず、スウェーデンでの不人気、そしてまたイギリスの和解にかんする新規定も「空文」(121 N. L. J. 638, July 22, 1971)であると伝えられるなかで、ニュージーランドが婚姻の修復にたいして法文上示した意欲がどの程度成果を生んでいるか注目したいところである。

なお、婚姻と家族にたいする社会の関心がいっばんに強化されていることは、同法第一章における家事事件手続の改革をみても明白である。

〔五〕に関連するものとして、一九六八年後見法のなかで、親としての関係における男女の平等が正面から宣言されているのをみた。婚姻関係にある父母のあいだにおける平等をそのように規定することは、コモン・ロー法系では当時なお意義のあることであった。そのうえ、同法は、婚姻関係にない男女も、一定の生活事実関係を前提として、子にたいし平等の権利をもつものとした。非嫡出子の父にたいしては従来扶養料の支払義務が問題とされるにとどまり、その父の有すべき権利は配慮されなかった。非嫡出子にたいする母の監護教育権がその父にも拡張されたことは、「子の地位にかんする法律」の精神の反映であろうが、興味深いことである。

〔六〕の原理を体现したのは、非嫡出子の地位を消滅させた「一九六九年子の地位にかんする法律」であって、それは、おそらく新立法のなかでもっとも光彩をはなつものといえよう。嫡出子非嫡出子の平等は社会主義国の専有ではなくなりつつある。合衆国の少数の州が非嫡出子を廃止し、連邦最高裁は非嫡出子にたいする不当な差別をみとめる州法を違憲と判示した(Levy v. Louisiana, 391 U.S. 68 (1968))。イギリス、スウェーデンも差別撤廃の方向へ

と大きく歩を進めた。ニュージーランドもこの立法によってもっとも新しい資本主義家族法の流れの一つに身をおいたことになる。ところで、子はすべて平等であると謳う諸国の法を比較するにあたっては、親子関係から生じる効果の発生にかんするなんらかの留保はむろんのこと、婚姻外の父性の確定や、そこでの証拠の原則について、判例法をふくめ、いっそう精細な研究をおこなうべきことが痛感される。婚姻外の親子関係の効果発生の多少と父性の確定の難易とは、社会立法上の規定とともに、からみあい、婚姻外の子の法的運命を左右する。それぞれの社会におけるこれらの機構・運用をしらずにいずれが真に子の福祉をまもる法であるかは判断しがたい。

以上で、ニュージーランド家族法の改正が、本稿であつかったところの限られた範囲でもきわめて多方面にわたり、かつ、それらは一様でなくさまざまな段階に位置づけられるものであることをみた。いずれの改正点も時代の流れに遅滞なく応答しようとするその国の努力であることはまちがいないであろう。