

子の共同監護をめぐる諸問題

——カナダ・オンタリオ州に向けて——

村
井
衡
平

目次

- 一 はじめに——わが国の事情
- 二 ギリシャ神話
- 三 イギリスの法律・判例
- 四 幼弱年齢の原則
- 五 監護の類別
 - ① 分配監護
 - ② 交替監護
 - ③ 共同監護
- 六 おわりに——両親の協力

一 はじめに——わが国の事情

夫婦間に未成年の子がある場合に、離婚後、これまでのような共同親権をそのまま維持することは許されなくなり、その子をどのように保護するかが重要な問題になる。未成年の子を実際に世話し、保護・監督・教育する行為は、これまで父母の共同監護として行われていたが、親権と同様に、離婚後に共同監護を維持することはできない。多くの場合、子の親権者となった者が単独監護を行うけれども、現実にだれが監護者になるかは、親権者とは別個に考えなければならない。父母の一方が必ず監護者になる必要はなく、事情によっては第三者と定めても差支えない。親権者は父、監護者は母とか、親権者は母、監護者は祖母であってもよい。理論的にはこのようにいえるけれども、現実はどうであろうか。

平成八年度の未成年の子の監護を問題とする離婚紛争に関する統計によれば

事例総数 一四、七六二件について

父を親権者とするもの	一、六九〇件	一一・四%
父が監護者	一、四八七件	一〇%
母が監護者	一八〇件	〇・一%
母を親権者とするもの	一一、四四三件	八四%
母が監護者	一一、四三二件	九九・九%
父が監護者	六件	〇・〇%

といった数字が現われている。⁽¹⁾ これによってもわかるように、母が単独で親権者と監護者を兼ねる例が多数を占

めている。この場合、父は子の監護に関していかなる権能も保有しない。しかし、離婚後の未成年の子の福祉を考へるとき、父母の共同親権を維持することは無理としても、少くとも子の身上監護について、父母が共同でとり組むことができる体勢を作ることが重要ではないかと思われる。この問題については、すでに諸外国で行われている共同監護 (Joint Custody) に注目し、これを指向する主張もみられ、さらに民法第七六六条の解釈によっては、わが国で共同監護の行使も可能であろうとさえいわれている。⁽²⁾

本稿を進めるに先立って、わが国で父母が離婚したのちの未成年の子の監護の問題に簡単に触れたが、ここで考察の視点をカナダに移すことにしよう。筆者はこれまで、カナダにおける親子の關係については、子の監護と宗教の問題⁽³⁾、子の監護と面接の問題⁽⁴⁾、離婚扶養料の一時払いの問題⁽⁵⁾さらには子の扶養料決定の要因の問題⁽⁶⁾などをそれぞれ別の機会に検討を加えてきた。本稿ではこれらの成果を基礎にして、改めて、離婚後の父母による子の監護を別の視点から見直したうえで、共同監護の問題へと展開していくことにしたい。

- (1) 平成八年、司法統計年報 家事編 第一三二表。
- (2) 新判例コンメンタール 民法Ⅲ 親族 2 一三頁、島津一郎。久貴忠彦編ハンドブック 民法Ⅲ 親族・相続七 八頁―七九頁、林良平・佐藤義彦編 講座・家事審判法 2 夫婦・親子・扶養關係一六二頁―一六三頁。
- (3) 村井「カナダにおける子の監護と宗教」神戸学院法学二二巻二号一二三頁―一五〇頁。
- (4) 村井「カナダにおける子の監護と面接」神戸学院法学二四巻二号三三頁―六八頁、同三・四合併号一八三頁―二四四頁。
- (5) 村井「カナダにおける離婚扶養料の一時払い」神戸学院法学二六巻四号一頁―四〇頁。
- (6) 村井「カナダにおける子の扶養をめぐる一考察」神戸学院法学二七巻一・二号一五頁―三九頁。

二 ギリシャ神話

子の共同監護は大躍進 (Breakthrough) なのか、または一時的な流行 (Fad) なのか、というセンセーショナルな表題の論文は、その序説において、子の監護の問題と関連させながら、有名なギリシャ神話を紹介している。その内容は次のとおりである。

農業・婚姻そして社会秩序の女神であるデミター (Demeter) とオリンパス山の神々の主神であるゼウス (Zeus) との間に生まれた娘パーセファーニー (Persephone) は、甥である下界の神、ヘイデイス (Hades) にかどわかされて彼の妻となり、下界の女王になった。デミターはゼウスを説得して、娘をオリンパス山に帰させようとした。しかし、ひとたび下界の味を知った人は、そこに帰ることを余儀なくされることは明らかであった。そこでゼウスは、娘が毎年、六カ月は母と住み、その後は彼女の新しい夫と住むために下界に帰るべきものと定めた。このようなゼウスの決定は、同じような内容に直面してダイレンマにおち入ったソロモン (Solomon) 王によって採用された。すなわち、子の監護の問題については、「生きている子 (Living Child) を二つに分配し、半分を一方に、また半分を他方に与える」とする。つまり、一定の期間、子の監護を一方に委ね、また同じ期間、他の一方に監護させることを意味している。それ以来、ソロモンのダイレンマ (Solomon's dilemma) が子の監護についての合い言葉になっているといわれる。⁽¹⁾

ギリシャ神話に出てくるゼウスも、本稿で論じようとしている子の共同監護という問題を正面からとり上げたわけではない。ある問題を解釈するために二つの方法がある場合に、どの一方をとっても当事者に満足のいく解決にならないという板ばかみの状況に直面するとき、いわば双方に五分五分の満足を与えることによって当事者

を一応は満足させ、この窮地をのり切ろうとする。現在でいう調停あるいは仲裁の一つをこの神話のなかにみることもできるのではなからうか。

神話の時代をあとにして、ギリシャの有名な哲学者も子の監護の問題について考えていたことをここに付け加えておく必要があると思われる。ソクラテスの弟子のプラトン (Platon 前四二七年—前三四七年) は彼の理想国 (Ideal state) を理論づけながら、子は彼等の両親から遠ざけるべきであることを主張する。すなわち、適切な役人が善良な両親の子をある圍いのなかにとじ込め、そこで彼等は子を別の場所に住む保母に託し……いかなる親も彼等自身の子に示さないような最大に可能な世話をすることになるといっているのである。プラトンは両親以外の人による子の単独監護を考えていることはまちがいなからう。これに対して、同時代のギリシャ最大の哲学者アリストテレス (Aristotele 前三八四年—前三三二年) は、プラトンによる単独監護の考えを否定し、両親に彼等の子の監護についてより多くの権利を付与すべきものと主張⁽⁴⁾している。彼は明らかに両親による子の共同監護をめざしているものと思われる。

- (1) Anita D. Feinberg: Joint Custody of Infants: Breakthrough or Fad? C. J. F. L. vol. 1. p. 417. 1979.
- (2) A. D. Feinberg, op. cit. pp. 417-418.
- (3) William Lawrence: Divided custody of children after their parents' divorce. J. of Family Law. vol. 8. p. 58. 1968.
- (4) W. Lawrence. op. cit. p. 58. 1968.

三 イギリスの法律・判例

イギリスのコモン・ローによれば、父は第三者に対して、彼の幼児にほとんど絶対的な単独の監護権 (Right of Custody) を有していて、この権利は彼の重大な非行が立証される場合に限り喪失することになるけれども、そうでない限り、たとえ子が乳飲み子であり、母が反対する場合でも、彼の生来の権利である。⁽¹⁾ このようなコモン・ローと対比的に、タルフォード法 (Talfourd's Act) として知られる一八三九年の幼児監護法⁽²⁾ (the Infants' Custody Act) は、母の権利および子の利益を認める自由な権限を大法官裁判所 (Court of chancery) に付与することになった。これによれば、大法官および記録長官 (master of roll) は、イングランドおよびアイルランド双方において、父または誰れかほかの後見人 (guardian) の監護のもとにある子の母の訴にもとづいて、かかる子に対する母の面接 (access) を命じることができ⁽³⁾る。そして、子が七才未満であれば、子が七才に達するまで母が監護すべく命じると定め⁽³⁾た。これはのちにみる幼弱年令の原則 (Tender Year doctrine) にほかならない。これにより、コモン・ローのもとでの父の子に対する絶対的な単独の監護権について、衡平法は大きな例外を認めることになった。

降つて、一八七三年の幼児監護法⁽⁴⁾は前示・一八三八年の法律を廃止し、改めて子に対する母の監護権を七才から十六才までに拡大し、すでに彼女が監護している子については、子が十六才に達するまで継続するものと定め⁽⁵⁾た。

右にみた二つの幼児監護法のもとで、母は新しい権利を取得した。両法によれば、大法官裁判所は母の単独の申立により、子の利益のために必要と判断するとき、子が十六才に達するまで彼女が子を監護すべきことを命じ

ることができる。一八七三年の裁判所法 (the Judicature Act) によって大法官裁判所は廃止され、高等法院の大法官部 (High court of Judicature, Chancery division) がそれをひき継ぎ、子の監護および教育について、子の最善の利益 (Best interest of the Child) を考慮すべきものと認められるようになったけれども、さきに見たコモン・ローの見解を完全に変更するまでには至らなかったようにみうけられる。

これを物語る一つの事例として、Agar Ellis v. Lascolles (一八七八) 事件⁽⁶⁾をあげてみよう。この事件において、一八六四年に婚姻した夫婦は、夫がプロテスタント、妻がカトリックであった。婚姻の際に夫婦の間で、すべての子はカトリックとして育てることを約束したが、最初の子が産れたのち、子はプロテスタントとして育てることに決定した。だが、妻は夫に知らせず、残り三人の子をカトリックの信仰のもとに育てた。子が九才、十一才、十二才になったとき、彼等は父とプロテスタント教会に行くことを拒否した。父は一八七八年に、彼の子を裁判所の被後見人 (wards of court) とすべく訴を提起したが、母は子をカトリックとして育てることを主張した。

裁判所はこれに対して、次のように判断している。すなわち、父は彼等の子が二十一才に達するまで、たとえ子が裁判所の被後見人であっても、子の教育および養育について監督し、命令する法律上の権利をもっている。裁判所は父が親の権利を行使するのに干渉しない。ただし、①彼の重大な道義的背徳により、彼の権利を喪失するとき、②彼の行動により、彼の親としての権限を放棄したとき、③国王の被後見人である彼の子を裁判所の同意なしに管轄外に移動させようとするときはこの限りでないというのである。

父は、裁判所の被後見人である十七才の娘と彼女の母が交信することを、母が娘の愛情を彼から奪ってしまうであろうという理由で制限したが、裁判所はこれに干渉することを拒否している。このような次第で、子の宗教的な養育をめぐる父母の見解の相違は、母の反対にもかかわらず、父の主張どおり、彼による単独監護が貫かれ

ている。イギリスではこの時点にいたるまで、父の権利は絶対的のものであり、彼は自分自身がその権利を行使するのに適していないことを自ら示したときにのみ、その権利を失った。そうでない限り、子の福祉とか最善の利益といったことは、副次的に考慮されたにすぎない。しかし、すでに子の養育に関する社会の見方は変わりつつあった⁽⁷⁾とかがえられている。

(1) Eversley's Law of Domestic Relations, 6ed. p.332.1951: W. Lawrence, Divided custody of children after their parents divorce. J. of Family Law. vol.8. p.58.1968.

(2) 2 & 3. Vict. c.54. Talfourd's Act と称されるこの法律の制定は、大法官部の R. V. Greenhill 事件によって促進されたといわれる。

(3) Eversley's. op. cit. p. 350.

(4) 30 & 37. vict. c.12.

(5) Eversley's. op. cit. p. 351.

(6) E.R. chancery division. vol. XXIV. p. 317. 1878.

(7) C. Davis, Custody and Adoption: Some interrelated problems. U. of Toronto L. J. vol. 23. p. 92. 1973.

四 幼弱年令の原則 (Tender Year doctrine)

アッパー・カナダの議会は、一七五三年十月二十五日に最初の法律として、「アッパー・カナダにイギリスの民法 (civil Law) を導入する法律」⁽¹⁾を制定した。これにより、一七九二年現在のイギリスのコモン・ローがアッ

パー・カナダの地に継受され、その後、カナダ自治領 (Dominion of Canada) の成立と同時に、オンタリオ州にうけ継がれることになった。⁽²⁾ 一七九二年といえ、イギリスにおいて前示の一八三九年の幼児監護法はもとより、一八七三年の幼児監護法もまだ制定されるに至っていない時代に属している。コモン・ローの原則にもとづき、父は彼の子に対してほとんど絶対的な単独の監護権を有していた。この権利は、父が子について責任を負うのが不適切であるか、不適当であることを示す証拠によって妨げられることができた。⁽³⁾ だが、時を経るにつれ、「子の最善の利益」(the Best interest of the child) が考慮されるべきであると認められるようになっていた。このような大法官裁判による衡平法の原則は、カナダのいくつかの州にも継受され、⁽⁴⁾ オンタリオ州もその例外ではなかった。Re. Scarth (一九一六)⁽⁵⁾ 事件において、裁判所は幼児 (Infant) の監護および教育に関して、子の最善の利益を考慮すべきことを明示していた。しかも、幼児の年令について、七才未満の幼児には「幼弱年令の原則」(tender year doctrine) を通用すべきであると主張されるようになった。

具体的な年令ではっきりと幼弱年令の原則とはいわないが、最初にこの趣旨を明言したのは Re. Orr (一九三二)⁽⁶⁾ 事件であるといわれる。すなわち、他の事情が同等であれば、父の世話よりも母の世話を必要とする養育期 (period of Nurture) とよばれる期間、子がほぼ七才に達するまでの間、母が子を監護および世話をする権利をもつのが一般的な原則であるという。その後、しばらくして、一九三七年の幼児法 (the Infant's Act) にては、第一条において、右の事件と同様に幼児の監護に関して、裁判所は幼児の福祉 (welfare) を考慮すべきことを要求するのと同様の趣旨と思われる。⁽⁷⁾

降って、一九八〇年に二部から成る児童法改正法 (the Children's Law Reform Act) が制定されていたが、一九八二年の「児童法改正法を改訂する法律」⁽⁹⁾ (An Act to amend the children's Law Reform Act) は前者に第三

部を付け加え、第二〇条および第二十四条で次のように規定している。

第二〇条・一項 本部において、別段の定めのある場合を除き、幼児の父および母は幼児の監護について同等の権利を与えられる。

第二十四条・一項 幼児に対する監護または面接に関する本部のもとでの申立の本案 (merits) は、幼児の最善の利益を基礎にして決定されるべきものである。

右と同様の趣旨は、連邦にとって最初の離婚法となった一九六八年の「離婚に関する法律」⁽¹⁰⁾ (An Act respecting Divorce: Loi concernant Le divorce) を改正する一九八六年の「離婚に関する法律」において、第十六条・一項で、「正当な管轄権をもつ裁判所は、夫婦の一方または双方もしくは他の人の人の申請により、婚姻による子の一人または全員の監護または面接もしくはは監護および面接について、命令をなすことができる」とし、さらに第八項では、「本条のもとで命令をなすとき、裁判所は、子の条件・資力・必要性および他の事情を参照して決定される婚姻による子の最善の利益のみを考慮に入れるものとする」旨を強調している⁽¹¹⁾。

右の二つの法律は、裁判所が子の監護の問題を決定するについて考慮すべき要因を指摘するけれども、一見してわかるように、裁判所のための莫然としたガイドラインを示すに留まっている。そこで、より具体的な要因として次に列挙するものが用意されている⁽¹²⁾。

- 一 幼少な子
- 二 子の見解および選択
- 三 子の将来のための計画
- 四 生物学上の親と心理学上の親

五 姦通、同性愛、性的・感情的な身体虐待および麻薬使用のような親の行状

裁判所の考慮すべき要因がこれらに限定されるものではないことを前提としたうえで、ここではまず、監護の対象となる子の年令について、「幼弱年令の原則」をR. OH (一九三二)事件以降の判例がどのように判断しているかを検討してみよう。

すでにみたところを整理すると、コモン・ローによれば、父は彼の子について絶対的な単独の監護権を有するものとする。「児童法を改正する法律」によれば、児童の監護については父母が同等の権利を有するとする。また、幼弱年令の原則では、ほぼ七才に達するまでの乳幼児については母が監護すべきものとする。広く子の監護については、このように三つの見解が共存することになる。

このTalky v. Talky (一九七三)⁽¹³⁾事件が重要な意味をもって登場する。この事件において、夫婦は一九六三年に婚姻し、二人の子が産まれた。夫は勤勉な若い歯科医であり、知的な風采で、子を深く愛する父親であつた。しだいに収入を増した。一方、妻は非常に魅力的な女性で、夫と同様に子にやさしく、愛情に満ちた母親であつた。しかし、一九七〇年十月に母は二人の子を伴って婚姻住居を出た。その際、彼女は短い手紙を残し、夫が彼女の弁護士に会うように伝えた。双方の弁護士が協議したが、妻には和諧する意思はなく、離婚の訴を提起した。裁判所はこれに対し、二つの理由で、二人の子を母の許におくのが子のための最善の利益であると認めた。一つは、子が幼弱である事実を指摘し、かかる子を母の手から奪うには、それを正当とする強力な理由がなければならぬとし、もう一つは、母はすべての点ですぐれた母であること示すきわめて強力な証拠があると判断した。そのうえで、裁判所は婚姻による二人の子の監護を母に与えたので、父が控訴した。

これに対して裁判所は次のように判断している。すなわち、幼弱児の監護について、母が一応の (prima facie)

権利をもつという規則は、原審によって誤って論じられたように、一つの法則 (rule of Law) ではなく、むしろ人間の常識のなかの一つの規則にすぎない。子の年齢は、何が子にとって最善の利益であるかを決定するために裁判所が考慮しなければならぬ事情の一つにすぎないというのである。かくして、幼児の監護が父に許されたので、母はカナダ最高裁判所に上告した。

裁判所によれば、幼弱年齢の原則は監護における法律問題として決定的なものであるべきではなく、一つの常識として適用されることができると認め、母の上告を容れ、原審と反対に彼女に子の監護を与えた。⁽¹⁴⁾ オンタリオ州の裁判所はこれ以来、この概念をしっかりとつかんでいるといわれる。⁽¹⁵⁾ 果してそのとおりであろうか。その後、の事例を探ってみることにしよう。

適切な事例として *Bardle v. Bardle* (一九八五)⁽¹⁶⁾ 事件をみることができる。この事件において、八年間の婚姻生活ののち、一九八五年に夫婦は離婚した。そのとき、二人の間には六才、四才および一才になる三人の娘がいたが、現に父が監護している。父が子の監護・養育について積極的な役目を果していたが、母が他の男と関係して婚姻住居を離れたため、夫婦の関係が完全に破綻してしまっただけである。子は父と共に住みなれた住居で生活している。父は立派に子の世話をし、従来の婚姻住居にひき継いで留まる計画をしている。一方、母は、もし子の監護を得たならば、彼女の両親の住居の一部に子と共に住むつもりである。祖父母は母の新しい関係を認めず、一年に限って共に住むことを許すが、その後は別個の住居を手に入れるために祖父が母の手助けをするつもりである。このような事情のもとで父が子の監護を請求した。

ここで母は幼弱年齢の原則をもち出し、年若い子、とくに四才の娘については、裁判所が、彼女の母によって養育されるべきであるという常識的な原理を適用するように主張した。これに対し、父は、幼弱年齢の原則

を排除するアルバータ州の R. v. R (一九八三) 事件⁽¹⁷⁾の判決をよりどころとする。それによれば、たとえ幼弱年齢の原則が法律問題としてではなく、事実的問題として適用されることも排除されるべきであるとする。裁判所はこのような父の反論に対し、他州の判決には拘束されないとしながら、最終的に、彼が父として、親であることに熟練していること等々を含む多くの要因にもとづいて、子の監護を父に認めた。そこにみる限り、オンタリオ州の裁判所が果してアルバータ州と同様に、常識としての幼弱年齢の原則を排除しているのかどうか、明らかではなかった。⁽¹⁸⁾

オンタリオ州において、裁判所が幼弱年齢の原則を適用するのか、それとも排除するのか、はっきりしない状態がいぜんとして続いていることは、Jane Doe v. John Doe (一九九〇) 事件⁽¹⁹⁾によってもわかる。この事件において、一九七九年より同八七年の間に、当事者は未婚のままモントリオールで同居していた。ところが、妻と他男との関係で子が産まれ、生物学上の父性の問題は解決されないうままであった。彼等は夫が子の精神上の父であることに合意した。彼等は一九八七年三月に別居したが、そのとき母と子はオンタリオ州のステュー・スプリングスに移り、彼女の母の農場で生活していた。別居するまでの六カ月間、父はしばしばその後産まれた二人の子と面接していた。一九八七年十一月に母は子の監護を求めて訴を提起したが、心理学者は父に監護を認めることを勧告した。

原審は父に対する母の態度が母子関係に悪い影響を及ぼすにちがいないとの理由で、父に子の監護を認めただけで母が控訴した。母は原審が常識的な原則および監護を与えるに当って考慮すべき一つの要因として幼弱年齢の原則に適切な評価を与えていないと主張した。一方、父は^{つぎ}にみた Bender v. Bender (一九八五) 事件の判決を引用し、「常識的な原則」を支える効力を問題とした。これらに対して、裁判所は、大多数の学令前の子の世話

は第一次的に母によって行われており、酌量すべき事情がない限り、この取り決めはひっくり返されるべきではないとし、子の監護を母に認めている。

ここでも明らかのように、裁判所は正面から幼弱年令の原則をもち出すことはしないが、それによつたと同様の結論に導いているわけであり、このような事情は一年後の *S. (B.A.) v. S. (M.S.)* (一九九一) 事件²⁰でもみられた。この事件において、夫婦は一九八六年に婚姻した。夫は三十四才、妻は二十七才であり、翌年一月に子が産まれた。しかし、夫婦間にトラブルが発生し、妻は子をつれて婚姻同居を離れ、彼女の父の許で生活している。妻は離婚の訴を提起し、三才の子の監護を請求した。夫も反訴で子の監護を請求し、予備的に子との面接を求めた。

別居を理由とする離婚請求が認められ、子の監護と面接の問題が争点となった。監護について専門証人は、母が余りにも子を保護しすぎるけれども、このことが子に危険を及ぼすことはない²¹と判断した。しかし、原審はこのような専門証人の証言を、もし子が母の世話のもとにあれば危険が存在する趣旨と解釈し、父に子の監護を与えたので、母が控訴した。

裁判所はこれに対し、次のように判断する。すなわち、幼弱年令の原則は常識的な原則であり、一つの法則または法律上の推定ではない。この原則のもとで子が母の世話および監督のもとにあるときは、裁判所が幼い子の監護を母から奪うためには、きわめて強制的な理由が存在しなければならぬ。しかし、原審はかかる幼弱年令の原則を見すごしてしまった。母は父と別居以来、子を立派に監護しており、子の要求に適切に応じているとし、子の監護を求める母の控訴を容れて、再審 (*new trial*) を命じている。

ここで考えなければならぬのは、果して原審が幼弱年令の原則を見すごしていたのかどうかの点である。一

言でいえば、決して見すごしてはいない。見すごすとは、全く考慮の外におかれていたことを意味しよう。しかし、原審は幼弱年令の原則を念頭におきながら、当面の場合、子が母の監護のもとにあるのは危険だとする。きわめて強制的な理由があると誤認して、右の原則の適用を排除したのが実情であり、この点に関する限り、控訴審の判断はまちがっているのではなからうか。

- (1) An introducing the English civil Law into upper Canada. 32. Geo. II. ch. I.
- (2) 村井「カナダにおける子の扶養に関する一考察」神戸学院法学二七卷一・二号一八頁参照。
- (3) D. K. Klein, Family Law Awards In Canada. p. 190. 1987.
- (4) D. K. Klein, opcit. p. 190.
- (5) 村井・前掲論文一九頁。
- (6) O. R. [1933] p. 217.
- (7) Revised statutes of Ontario. 1950. vol. 2. p. 527.
- (8) The statutes of the province of Ontario. 1982. p. 309.
- (9) The statute of the province of Ontario. 1982. p. 309.
- (10) 村井「カナダの離婚法」神戸学院法学九卷二・三号一七七頁以下。
- (11) 村井「カナダの新離婚法」神戸学院法学十八卷一・二号一三〇頁一三三頁。
- (12) R. K. Allen, A survey of child custody Law in Ontario : C. F. L. Q. vol. 9. pp. 14-15. 1992.
- (13) R. F. L. vol. 11. p. 226.
- (14) R. F. L. vol. 21. p. 27.
- (15) R. K. Allen, op. cit. p. 14.

- (16) R.F.L. 2d. vol. 48. p.120.
- (17) R.F.L. 2d. vol. 34. p.272.
- (18) R.K.Allen, op. cit. p.14.
- (19) R.F.L. 3d. vol.29. p.450.
- (20) R.F.L. 3d. vol.35. p.450.

五 監護の類別

離婚後に父母による子の監護をどのように行っていくかにつき、前節まではいわゆる単独監護 (sole custody) を中心に据えていた。ここにいう単独監護は簡単にいえば、父母の一方のみが子の監護について決定する権限を有し、しかも監護者として子の身上監護・世話および監督 (care and control) を行い、他方はこれについていかなる機能も認められないという事態を意味している。幼児の監護に関する幼弱年令の原則も、子の最善の利益をはかるという立場から、これに付随して考えられる事柄の一つにほかならなかった。しかし、ここではつきり事情が変化していることが指摘されている。すなわち、裁判官の意見によれば、酌量すべき当事者の一方の要因または行状が親としての能力を反映しているというのがその理由であって、両当事者が「善き親」に見える場合においてさえも、裁判所は必然的に単独監護を正当づけるためにいくつかの欠点を発見しようとしてきたが、このような傾向はいまや変化しつつあるというのである。⁽¹⁾

かくして、子を監護する方法はなにも単独監護に限られるわけではない。一方の端にこの単独監護をおけば、もう一方の端には、最後の第六節において問題となる共同監護が位置することになる。この共同監護においては、

父母の双方が子の監護に関する決定について同等の権能を有し、事実上も協力して子の身上監護を行うことを意味している。そして、単独監護と共同監護の間にいくつかの種類の監護の方法を認めることができる。

大きく分けて、単独監護に対する意味では、とにかく父母の双方が子の監護に関与する点からみれば、これらも広い意味では共同監護に属するといえるかも知れない。ところで、イギリスの裁判所は、当初、共同監護に気ろりのしない傾向を示していたが、その理由として、このような命令は子の養育に関して親が争う場合に、さらなる訴訟を促進させることになるし、また「顔を立てる」(Face-Saving)方法とされるにちがいないというにあった。このような当初の共同監護に対する反感は、まもなく裁判所が共同監護を「例外的な事情」のある場合のみ適切なものと考えられる傾向になることでおき代えられた。そして、共同監護はひんぱんに行われるようになり、十七世紀の初期にイギリスの裁判所は、共同監護を特定の事件の事情を考慮し、子の最善の利益を基礎にして、許可したり、拒否するようになったといわれる。⁽²⁾

右のような事情を理解したうえで、単独監護と区別して認められる二つの方法、すなわち、一つは分配監護(split custody)または分別監護(divided custody)とよばれ、他の一つは交替監護(alternating custody)または分担監護(shared custody)といわれるものについて検討することにしよう。

(1) R. K. Allen, A Survey of child custody Law in Ontario. C. F. L. Q. vol. 19. p. 33.

(2) J. D. Payne, Co-parenting revised. F. L. R. vol. 2. p. 249. 1979.

① 分配監護（または分割監護）

イギリスにおける子の監護をめぐる事情については、さきに明らかにしたが、ここにいう分配監護という方法は、一九七九年当時の話として、過去数十年にわたってイギリスで用いられてきたといわれる。これによれば日常生活における具体的な子の身上の世話および監督 (care and control) は一方の親が行い、法律上の監護 (legal custody) は他方の親にゆだねる。いい方を変えれば、法律上の監護をする親は現実に子の身上の世話および監督はしないけれども、子の養育について重要な決定をする排他的な権利をもつことになる。たとえば、父が法律上の監護を命じられる場合に、母は子を現実に彼女の手許において身上の世話および監督をするとき、父には母の手許にある子と合理的な面接 (access) をすることが許される。⁽²⁾

ここで一例としてイギリス高等法院の大法官部の *In re W. (An Infant)* (一九六四) 事件⁽³⁾ をあげてみよう。この事件において、二才になる男子の両親は一九六二年に離婚し、父は彼の両親の許に帰り、母は子と共に従来の婚姻同居で生活している。同年三月、母は一九二五年の幼児後見法 (the Guardianship of Infant Act) のもとでマジストレート裁判所に子の監護を請求した。審理において、父は自分が通った公立学校 (public school) に子を通わせたいがため、子の養育について発言権 (say) を保持したいと主張した。裁判所はこれに対し、両親のいずれも子の世話および監督について不適格とする根拠は何も存在しないと認め、子の法律上の監護を父に認めたが、子は母による世話および監督から動かすべきではないと命じている。これによって、両親の一方に子の法律上の監護、他方に子の身上の世話および監督を認めており、分配監護または分割監護がはっきり姿を見せることになる。

また、控訴院 (Court of Appeal) の *Wakenham v. Wakenham* (一九五四) 事件⁽⁴⁾ によれば、このような分配

監護または分割監護の命令が合理的であることを次のように説明している。すなわち、有責な妻が彼女の夫を遺棄し、子を彼女の手許においているが、父には彼自身の生活手段も存在しない。このような事情のもとで、一般には、無責当事者である父には子の法律上の監護が与えられ、子の世話および監督は母の許に留められる。このような命令は完全に現実に則しているというのである。

しかし、この命令に対し、母が高等法院に控訴し、裁判所が治安判事にはこのような方法で子の監護を分配する管轄権がないことを理由に控訴を容認したので、父が異議を申し立てた。これに対して高等法院は、一八八六年の幼児後見法の第五条のもとでこの種の命令をする権限を有しており、またこれに関連し、同条で高等法院に与えられた権限と一九二五年の幼児後見法の第七条によってマジイストリート裁判所に与えられた権限との間にはいかなる区別も存在しなかったと判断し、父の異議を斥けている。つまり、原審の判断どおり、分配監護が認められているわけである。

その後、控訴院の *Cooper v. Cooper and Another* (一九六一) 事件⁽⁵⁾でも同様の考えが示されている。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起し、妻が欠席のまま、夫に離婚仮判決が言渡された。双方の事務弁護士は予め、婚姻による子——四才の娘——の監護の問題は裁判官の私室 (*chambers*) に付託されるべきことを合意していた。妻は審理に際して弁護人による代理はなく、夫は監護の問題は約束どおり裁判官の私室に付託されるべきであると主張した。しかし、裁判官はこの申立を拒否し、夫に子の法律上の監護を与えるが、子の世話および監督は母の手にゆだねるとした。つまり、ここでも分配監護が実現されている。

これまで見たのは、イギリスの裁判所の判例に現われた分配監護の事例であった。では、同じ問題についてカナダの裁判所はどのように判断しているのであろうか。参照できた限りではオンタリオ州とサスカチエワン州の

数件にすぎなかった。

まず、オントリオ州の *Baker v. Baker* (一九七九) 事件⁽⁶⁾をあげてみよう。この事件において、夫婦は一九六四年に婚姻し、同七〇年に子が産まれた。だが、その後、夫婦関係は急激に悪化し、妻は過度に飲酒し、一九七五年には子をつれて婚姻住居を去った。夫が離婚の訴を提起し、妻も反訴でこれに応じ、双方とも子の監護を請求した。原審は妻の離婚反訴を認め、子の共同監護を命じたので、夫が控訴した。

裁判所はこれに対し、次のように判断した。すなわち、共同監護は親としての責任を分担するものである。共同監護は両親に法律上の監護を認め、一方に子の世話と監督、他方に自由な面接を与えることになる。共同監護を認められた両親はひき続き親として行動する権利を有し、同時に子の健康、教育的・精神のおよび一般的な福祉に関し、重要な決定をする責任を分担することになる。だが、これは限定された範囲で留保される例外的な処置である。証拠によれば、共同監護を与える基拠をなすものは何も存在しない。両親は子に関して協力できるし、子の意見もそれを肯定しているという結論を支持する証拠は何も見当たらないのである。かくして、妻が子の世話および監督をし、夫に子との自由な面接が許されるにいたっている。

つまり、ここで裁判所の考えている共同監護というのは、単独監護と正反対の位置にあつて、子の監護について決定する権限を両親が等しく有し、しかも共同して現実に子の身上監護——世話および監督——をすることを前提としている。この前提に立つ限り、子の監護の問題について両親がいずれも互いに協力して実行することを要求するのも当り前のことといえよう。この要求をみたしておれば、共同監護を認めるが、そうでない限り、認められないという意味で、例外的な処置という言葉を使用するのであろう。そして、当面の場合、右の意味での共同監護は認めないが、子が長らく母と生活を共にしているという現実の事態を評価し、いわゆる分配監護の方

法を選んだものと考えられる。

ところで、右の判決に対し痛裂な批判が加えられたことを見逃すことはできない。すなわち、この判決が共同監護の死を告げる鐘の音と考えられるならば、後の事件での死体検査の分析は、死体を掘り出すのみでなく、死亡証明書を取り消すことでもある。この判決は事実として価値があるけれども、少なくともかかる手続が争われている場合に、監護の手続において利用できる処分の一つとして、共同監護を徹底的に非難する方向へと危く近づいていった⁽⁷⁾というのである。しかし、さきにもたとおり、裁判所は、要件を具えておれば、例外とはいいながら、共同監護が認められる余地が十分に存在していることを承認しているわけであり、共同監護を徹底的に非難する方向へ近づいたとの批判は的はずれといふべきではなからうか。

もう一件、サスカチエワン州の *Huber v. Huber* (一九七五) 事件⁽⁸⁾をみよう。この事件において、一九七〇年および同七二年に産まれた二人の子の監護が争点になった。一九七四年八月に妻は婚姻同居に二人の子を残して夫の許を去り、教師である夫は学校の近くのデイ・ケア・センターに二人の子を託した。妻の主張によれば、婚姻関係が徐々に破綻しつつあるため、熟慮・苦悶のすえ、婚姻同居と二人の子を残して立ち去ったという。当時、婚姻後七年が経過し、夫は三十二才、妻は二十六才であった。しかし、本件では過度の飲酒、不貞、経済的な危機または虐待といった事実は何一つ存在していなかった。彼等は互いに口論することはなく、婚姻が道からはずれつつあると感じた妻はカウンセラーに相談し、定期的に面接しており、夫も数回それに参加していた。

右のような事情のもとで、裁判所は父母の態度を注意深く観察し、子の福祉と幸福を心に留めながら、本件は分配監護の命令をするのに最適であると結論できるとしている。父が子を法律上で監護するけれども、子の世話および監督は母の手に託され、その間、父は合理的な面接の権利をもつことになる。もともと、監護は面接の権

利を含んだ概念であるから、両親が子との面接について良識を示している当面の事件においては、裁判所が右のように命じることが、親子の間にさらに豊かな効果をもたらすにちがいないと思われる。

右と同じ時期にオンタリオ州では Young v. Young (一九八九) 事件⁹⁾がみられる。この事件において、夫婦は一九八五年に約十五年間の婚姻生活に終止符を打った。双方とも仕事に従事しており、子の世話については妻が責任をひき受けていた。十一才および十三才の子は、母が父による虐待を主張したにもかかわらず、父と生活することを望んでいる。仕事の都合で婚姻住居は共有の名義から母の名義に移された。このような事情のもとで、離婚手続において、双方が子の法律上の監護を主張した。

裁判所はこれに対し、次のように判断している。すなわち、夫が妻を散発的に虐待する行為は、彼の親としての能力および子の需要に応じることについて主要な関心をひき起こした。子からの意見を聞くことは両刃の剣である。これを要求することは、両親および子の双方にとって心理的な余波をひき起こすことを彼等に要求することになり、論争の中に子を巻き込んでしまう。監護を失う親は子によって裏切られたと思うであろうし、また子はその決定をするについて気がとがめるにちがいない。したがって、かかる事情のもとでは妻に法律上の監護を付託し、夫に子との面接を認めるのが子のための最善の利益に合致するとし、分配監護を実現させている。

また、右と同じ年の Kruger v. Kruger (一九七九) 事件¹⁰⁾でもオンタリオ州で共同監護が認められなかった。この事件において、夫婦は一九六四年三月に婚姻したが、約一年後から問題が生じた。夫は一九七三年七月にエホバの証人 (Jehovah's witness) を信仰するまで、良き夫でも良き父でもなかったことを自分で認めている。それまで、飲酒、女性関係にふり廻されたが、妻のすすめで信仰に入り、それ以来、彼は生活態度を完全に改め、良き夫、良き父となるべく、あらゆる努力を続けた。夫の姦通を理由とする離婚の訴えに対し、原審は九才および六

才の子の法律上の監護を妻に与えたので、夫は共同監護を求めて控訴した。

これに対し、裁判所は次のように判断して夫の控訴を斥けている。すなわち、監護の問題について両親は互いに他方が監護を与えられるに適切であると認めていた。子はいずれも、どちらの親を選ぶか、はっきり意見を示してはいない。原審は両親が監護に適していることを認めたくえで、母にこれを許している。夫から共同監護の問題が提起されたが、裁判所を説得するにはいたらないというのである。

もともと、妻の側に共同監護をうけ入れる意思は全くない。共同監護について両親の間で論争はなかったという事実は、共同監護を認めるかどうかを決定するについて、重要な要因である。裁判所はそれが子の最善の利益に合致すると判断すれば、たとえ審理のなかで当事者によって求められていなくとも、共同監護を認める権限を有している。だが、当面の事件において、裁判所は両親の合意なしに共同監護を認めても、効力を發揮できるとは判断しなかった。夫に面接を認めるに止まったのもこのためであると思われる。

- (1) A. P. Finberg: Joint Custody of Infants: Breakthrough or Fad? C. J. F. L. vol. 2. p. 425. 1979.
- (2) N. Zima, Custody: A Realistic Approach. F. L. R. vol. 2. p. 27. 1979.
- (3) All. E. R. vol. 3. p. 459. 1963.
- (4) All. E. R. vol. 1. p. 434. 1954.
- (5) All. E. R. vol. 3. p. 539. 1961.
- (6) R. F. L. 2d. vol. 8. p. 238.
- (7) J. D. Payne, Co-parenting Revised. F. L. R. vol. 2. p. 243. 1979.
- (8) R. F. L. vol. 18. p. 378.

(5) R. F. L. 3d. vol. 19. p. 227.

(6) R. F. L. 2d. vol. 11. p. 52.

② 交替監護（または分担監護）

この方法は、日常生活における具体的な子の身上の世話および監督を含め、法律上の監護を一方の親に特定機関（たとえば、三カ月とか一年）、完全に付託してしまい、期間が経過すれば、他の一方の親と交替する。子が一方の親と生活を共にする間、その親は子の養育について完全な責任を負うことになり、他方の親は一般的な面接権をもつにすぎない。このような取り決めは、子を養育する責任を両親のそれぞれに分配または分割させるのではなく、完全に分担 (divide) して、一方に付与してしまう。この点がさきにもた交替監護と決定的にちがっている⁽¹⁾。さらに分配監護が過去数十年にわたってイギリスで用いられてきた方法であるのに対し、交替監護はアメリカ諸州の裁判所において広範囲に経験されているという⁽²⁾。アメリカの事情は別の機会に検討することとし、ここではわずかにみられるカナダの判例をあげてみよう。これにより、カナダでは交替監護も認められるが、余り人気がないことがわかる。

オンタリオ州の *Mc Cahill v. Robertson* (一九七四)⁽³⁾ 事件で裁判所は交替監護を認めている。この事件において、一九七一年四月に仮離婚判決が言渡され、そのなかで子の監護・面接および扶養について、合意にもとづく条項が定められ、交替監護が現実に行われていた。しかし、その後、妻がハミルトンからセント・カトリンに移転することになり、一九七四年六月に条項の一部が改められた。また、夫も弁護士としてトロントの大法律事務所に雇われていたが、バンクーバーに移転することになった。このような事情の変化のもとで、夫はより大まか

な面接条項を求め、さらに加えて、一年の四分の一の間の子の単独監護を請求し、親が子と密接な関係を維持することがいかに望ましいかを主張した。これに対し、妻は反訴を提起し、夫に認められている面接権をすべて奪うことを求めた。

裁判所はこれに対し、次のように判断している。すなわち、交替監護はもともと、よくないこと (bad thing) である。子は自分の家族がどこにいるのか、そして誰れに指導および忠告を仰がなければならぬのかを知らなければならぬし、また子を監護し、その責任を負う人は、どこでも彼をみることができるといふ子の感情を待たずに、この仕事を行う機会をもたなければならぬ。子を監護しない親にとって、彼または彼女が大きな權威を失い、事実上、さもなければ得られたはずの子の愛情をある程度失うことは不幸なことだといふのである。

このような判断のもとに、裁判所は交替監護を維持しながらも、夫は子連れて三十日間、オンタリオ州の外へ合理的で適切な旅行をすることができ旨の条項を付け加えるにいたっている。

ところで、同じオンタリオ州でも *Goslin v. Goslin* (一九八六) 事件⁽⁴⁾では交替監護が認められなかった。この事件において、原審は両親が共に秀れた親であると断定していた。審理に当り、父母が別居しており、子が父の許で生活しているという事実にも過度の重要性を認めなかった。そして、子は一年毎に父母それぞれの住居に移るよう命じた。だが、両親はいずれもこのような方法を望んでいなかったし、それが子の最善の利益に役立つという証拠も存在しなかった。このような事情のもとで交替監護を命じるべきではないとの判断で、事件は原審に差し戻されている。

右の事件と反対に、交替監護が見事に実現された例として、*Buchko v. Buchko* (一九七三) 事件⁽⁵⁾がある。この事件において、詳細な事実関係は不明であるが、交替監護の問題が提起され、裁判所は次のように判断している。

すなわち、大多数の監護事件は困難な問題を含んでおり、本件も例外ではない。父の提供する家庭を選ぶか、母の提供する家庭を選ぶか。ある点では一方が勝っているが、別の点ではまさに反対になる。当面の事情から見る
とき、子の監護について父母が分担すべく命じるのが適切であり、しかも少なくとも現在、監護に関して母が支配的な役割を果すべきであると認めた。そして、次のように定めている。

- ① 父は一九七三年七月末日まで、子の監護および監督をするものとする。
- ② 母は一九七三年八月一日より十二月三十一日まで、子の監護および監督をするものとする。
- ③ それ以降は、毎年、母は一月より六月末日まで、さらに九月から十二月まで、また父は毎年、七月および

八月の二カ月間、子の監護および監督をするものとする。

つまり、一年のうち、七月および八月の二カ月間は子の監護・養育について父が責任を負い、母には面接権が認められるにすぎず、それ以外の期間は立場が全く逆になって、母のみが責任を負い、父は面接権のみをもつという交替監護がここに見事に実現されていることになる。このような事情に照らしたものと思われるが、カナダの裁判所にとって、破綻した婚姻の子には、両親との密接な関係を維持する必要があることを認めることにより、共同監護に対する彼等の「健康な冷笑主義」(Healthy cynicism)を捨てるときにきているとの適切な批評がみられる。⁽⁶⁾

このような批評にもかかわらず、オントリオ州でいぜんとして交替監護が認められなかった例をあげてみよう。Menage v. Hedge (一九八七)事件がそれである。⁽⁷⁾この事件において、夫婦は一九五〇年に婚姻したが、二人はすでに医学の学位を取得していた。妻のインターンは子の出生のために中断され、一九八四年まで医師としての仕事はできなかった。夫は一年早く医師の仕事を始めていた。しかし、夫婦は一九八五年に別居した。別居の少

し前、夫はほとんどの時間と努力を仕事に傾けていたが、ついに婚姻住居から立ち去り、いわゆる不在の父 (absented Father) となり、一方、妻は家庭の外での仕事と併わせて、日常生活での子の要求につねに即座に応じることができた。離婚訴訟において、夫は子の交替監護を請求したが、裁判所はかえって妻に子の単独監護を認めている。

もともと、離婚後に父母が子を監護するについて、監護の内容をどのようなものにするか、婚姻中と異なり、双方の経済的・時間的におかれている具体的な事情が重要な決め手となる。両者がほぼ同じような立場にあり、しかも子の監護についてきわめて意欲的であることが示されるならば、双方に法律上の監護を認め、さらに子の世話および監督も双方に委ねるのが適切と判断されることになろう。また、そこまでは無理としても、いわゆる分配監護ないし交替監護を認めるのが適切な場合も出てこよう。しかし、当面の事例では、不在の父といわれるように、父の側に子を監護する意欲は少しも感じられず、反対に妻は子の監護について充分に実績を積み重ねている。妻に子の監護を委ねることが子にとって最善の利益であることは眼に見えている。このような明白な事情のもとで、裁判所は、夫の請求にもかかわらず、分配監護も交替監護も認めることなく、妻に子の単独監護を委ねたものと思われる。

- (1) A. D. Feinberg, Joint custody of Infants: Breakthrough or Fad? C. J. F. L. vol. 2, p. 428, 1979.
- (2) A. D. Feinberg, op. cit. p. 429.
- (3) R. F. L. vol. 17, p. 24.
- (4) R. F. L. 3d. vol. 4, p. 224.
- (5) R. F. L. vol. 11, p. 252.

(9) J. D. Payne, Co-parenting Revised. F. L. R. vol. 2. p. 249. 1979.

(7) R. F. L. 3d. vol. 8. p. 225.

③ 共同監護

さきにもた分配監護によれば、日常生活での子の身上の世話および監督は父母の一方が行い、法律上の監護は他の一方に委ねられる。そして、法律上の監護をする親は、現実に子の身上の世話および監督はしないが、子の養育について重要な決定をする排他的な権利をもつことになる。また、交替監護によれば、日常生活での具体的な子の身上の世話および監督も含め、法律上の監護を父母の一方に三カ月とか一年といった特定の期間、完全に付託してしまい、期間の経過によって、他の一方が交代する。子が一方の親と共に生活する間、その親は子の養育について完全な責任を負うことになり、他方の親は一般的な面接権をもつにすぎない。このような分配監護および交替監護と対比すれば、共同監護の場合、子を養育するための法的責任を父母の双方がつねに留保する。離婚した両親が子の親としてできる限り衡平に、彼等の子の生活に重要な影響を及ぼす決定をするための権威と責任を共同でひき受けることになる。子の身上の世話および監督と法律上の監護が分離することはないし、特定の期間ごとに法律上の監護を交替するというものもない。

このような共同監護は具体的にどの程度まで実行されているのであろうか。一九七七年当時のイギリスについて、数字が報告されている。期間は明らかでないが、それによれば、監護について争いのある事件、三十八件のうち五件（十二・八％）で共同監護が命じられた。このうち三件は当事者の合意にもとづいている。残りの二件は裁判所による解決であった。他方、争いのない事件では、六〇七件のうち、共同監護が命じられたのは十八件

(三・〇%)であり、このうち八件では原告によって解決方法が提案され、当事者間で合意されている。残りの十件では裁判所から解決方法が示されたことになる。⁽¹⁾

共同監護が命じられたイギリスの事例の一つとして、*Jusa v. Jusa* (一九七二)事件をあげてみよう。この事件において、夫は四十一才のアフリカ出身の黒人であり、一九五九年以来、イギリスに居住している。教師をしており、イスラム教徒である。カトリックを信仰する二十八才の妻との間に宗教をめぐる問題は何もない。彼等は一九六四年に婚姻し、三人の子——七才、五才・二才——がある。夫婦は婚姻以来、イギリスに住んでいたが、不幸にも金銭をめぐるトラブルが生じ、一九七一年に母は三人の子を伴って父の許を去った。父は母に自分の許しを得るように求めたことはなく、彼女の帰りを待っている。父母は互いに自由かつ率直に、彼等が尊敬すべき親であることを認めている。彼等が愛している子の利益のために互いに努力することができる状態におかれている。彼等は共同監護の命令に対して何の異議もない。子の福祉こそ最大に考慮されるべきであることをよく承知しておればこそ、共同監護が有効にはたらくことになる。

本件で裁判所による共同監護の命令は一九七一年の未成年者後見法 (*The Guardianship of Minors Act*) の第九条にもとづいており、そこでは父母双方の共同法定監護 (*joint legal custody*) を定めているが、子の世話および監督は裁判所の別の命令がない限り、母からとり上げられることはできないとされている。

ところで、もともと共同監護について、一つのモデルを定め、これのみが共同監護であると定義することはできない相談である。たとえば、子の住居、子がそれぞれの親と過ごす時間、子の生活の実質的な内容、子に対しそれぞれの親が負うべき財政上の責任といった問題を解決することは、そのなかで共同監護が特定の個人の必要性とその他の財源を満足させるために最も良く機能すると思われる判断わく組 (*Frame work*) をどのように設

定するかにかかっているといえるからである。⁽³⁾

このように考えるとき、裁判所が共同監護を命じる場合も、その方法は唯一つに限られるわけではなく、両親および子がおかれている具体的な事情に適応しながら、大きく二つに類別することができる。その一つは、両親の双方が法律上の監護の責任を共同で負担し、具体的な子の身上の世話および監督の仕事も双方がひき受けることとなり、他の一つは、法律上の監護は両親が共同で負担し、子の世話および監督の仕事は両親が一定期間ごとに交代して行うか、または一方のみが行う。この類別に照らしてみると、*Juss v. Juss* (一九七二)事件における裁判所の判断は後者に属していることになろう。

ここでカナダ・オンタリオ州の事情に眼を転じることにする。もともと、子の監護に関する問題が裁判所で争われるとき、裁判官は彼等がこれまで直面しなかつたような、いくつかの最もむづかしい判断をしなければならぬ。監護の問題は法律問題であるというよりも、それ以前に、まさに人間そのものに関係する問題なのである。一人の子の身体を物理的に二つに分けることはできない。だが、現実には、ときとして、裁判官にそれが要求される。⁽⁴⁾ 単独監護の場合には別として、さきにもた分配監護ないし交替監護はこの問題を適切に解決するために考えられた巧みな方法にはかならない。

かくして、現在では法律の条文のうえでも一九八二年の「児童法を修正する法律」(An Act to amend the children's Law Reform Act)の第十九条・一項⁽⁵⁾において、「子の最善の利益」(the Best interest of the child)を監護についての判断の基礎とすべきことを明示している。両親による子の共同監護という方法は、まさにこれを基礎として、幼児法 (the Infants Act)の第一条・一項⁽⁶⁾にいう「子の福祉」(the welfare of the Infant)の実現を旨とするものといえよう。

ここで参考のために統計に現われた数字を示してみよう。一九七六年にオンタリオ州で一三・五〇〇件の離婚があり、約二六・〇〇〇人の子が含まれていたが、子の監護を父に委ねたのはわずか五%にすぎず、大部分は母による単独監護であった。⁽⁷⁾ このような事情は両親による共同監護の方向へと転回を見せることになる。

まず *Nicholson v. Nicholson* (一九七九) 事件⁽⁸⁾ をあげることができる。この事件において、十一才と十二才の二人の子の監護が問題となった。何回かの審理ののち、当事者は裁判所の提案にもとづいて、調停サービイス (Conciliation Service) の手続に付されることに同意した。手続が終了し、報告書が公にされた。それによれば、子の共同監護を勧告し、さらに具体的に娘は日曜から金曜まで母の許で生活し、他の日は父と生活する。息子は、例外的に第二週目の土曜から月曜までは母の許にいますが、それ以外は父と生活を共にする。二人の子は毎水曜の夕方に父を訪れることを予定している。当事者双方は自発的にこの提案をうけ入れた。各自は互いに他方の能力を承知しており、子に関する意思決定 (decision making) について共同して責任を負うべきことを合意している。かくして、共同監護が命じられたわけである。

ところで、一九八〇年代の後半以来、オンタリオ州について次のようにいわれている。すなわち、同州の裁判所は監護をめぐる争いについて、はっきりした勝者がいない場合に、つまり父母のいずれが子の監護の仕事を引き受けるのに適しているか、あらゆる事情を考慮して、はっきり優劣をつけることができない場合、一九八二年の「児童法を修正する法律」および一九八六年の離婚法 (An Act respecting Divorce: Loi concernant le divorce) のなかの共同監護に関する規定を移行に移しはじめた。共同監護は一般に両親が彼等の子について法律上の支配を保持することを暗示している。子は身体的な意味で一方の親と生活するであろうが、しかし教育・健康・宗教などに関する事柄は父母が共同で決定する。これが離婚または別居に伴うロスを生じることなしに、親

と子の双方をその状態で残すための「手ざわりのよい」(feel good) 解決方法であるといわれる。⁽⁹⁾

では、このような手ざわりのよい解決方法は、それが原則なのか、または例外として認められるのか。ここで *Nurmi v. Nurmi* (一九八八) 事件⁽¹⁰⁾をあげてみよう。この事件において、夫婦は一九八二年十二月に婚姻し、同八七年に別居した。一九八三年に子が産まれた。妻は婚姻直後、これまでの彼女の仕事をやめ、一九八六年九月までパート・タイムで働いた。その後、彼女は婚姻前の有利な仕事に復帰することができた。一方、夫は婚姻前より働いていた職場が閉鎖された。このような状況のもとで、妻は子を夫と共同監護することを望んでいないが、両親は親としての決定に合意できるように思われ、またいずれも子の福祉の向上に関心をもっている。妻が離婚の訴を提起し、子の単独監護を請求した。

裁判所はこれに対し、次のように判断して共同監護を命じている。すなわち、当事者間に合意が存在しなくとも、一九八六の離婚法第十六条⁽¹¹⁾のもとで、裁判所は共同監護を命じることができる。当事者は子を監護することについて努力できるし、それを望んでおり、またそれが子の最善の利益を保証することになるといのである。

さきに分配監護について論じたときに参照した *Baker v. Baker* (一九七九) 事件が当面の事件に顔を出すことになった。そこでは、共同監護を認められる両親は、ひき続いて両親として行動する権利を有し、同時に子の健康・教育、精神のおよび一般的な福祉に関して重要な決定をする責任を分担することになる。だが、これは限定された範囲で留保される例外的な処置であるとされていた。⁽¹²⁾ 裁判所によれば、当面の事件において問題となった夫婦は *Baker v. Baker* (一九七九) 事件の法則にいう「限定された範囲で留保された例外的な処置」に該当すると考えている。

ところで、父母に子の共同監護を命じるに当って、離婚法ではなく、一九八二年の「児童法を修正する法律」

の第二十條をよりどころにするものとして、Lewis v. Lewis (一九八八) 事件⁽¹³⁾がみられる。この事件において、夫婦間に三才、八才、九才の三人の子がいる。彼等は一九八七年二月に父が家庭を離れて以来、母とひき続いて生活している。婚姻住居は二人の年上の子が通う学校の近くに位置する。子らはひき続き母と生活を共にすることを望んでいる。しかし、定期的に父と面接することも望んでいる。父はアパートに女性の友人と住んでおり、アパートは子が生活する環境には適していない。母による離婚の訴において、原審は母に子の監護を与えたので、父が控訴した。

これに対し、裁判所は次のように判断している。すなわち、歴史的に見て監護の争いは、勝者がすべてを手に入れる。〃 手続である。勝者は子の監護を得ながら、子を彼また彼女の子として扱いはじめ、いつ他方が面接できるかを指図しはじめる。本件において、原審は当事者双方が子の監護に適切であることを認めていた。幸運にもこのような両親の態度は一九八二年の「児童法を修正する法律」の第二十條・一項によって是認されよう。すなわち、同条によれば、「本部において、別段の規定のない限り、子の父および母は、子を監護する権利を等しく与えられる⁽¹⁴⁾」と定めている。しかし、このような期待に反し、監護をめぐる争いを促進したのは、父が子と面接するのを母が極端に困難にしたことに原因があったというのである。

さきにみた Nurumi v. Nurumi (一九八八) 事件では Baker v. Baker (一九七九) 事件における裁判所の判断が参考にされたが、当面の Lewis v. Lewis (一九八八) 事件では Nurumi v. Nurumi 事件の理由づけの線に沿っているのが注目される。すなわち、両親の間の少しばかりの意見のちがいは、裁判所が共同監護を命じるのを阻止することができない。共同監護を認めることは、また両親に心理的な利益を供給するものでもある。両親が協力できないことは、共同監護のとり決めを実行できないものにしてしまう。したがって、両親が等しく有能

である限り、少しばかり意見がちがっても、共同監護が認められる余地がオンタリオ州には残されていると思われる。

ところで、ときには、子の監護をめぐる子め協定書が作成されている例がある。Marchand v. Marchand (一九八九) 事件⁽¹⁵⁾にこれがみられる。この事件において、夫婦は一九八二年に婚姻し、同八七年に別居した。彼等は別居するに当って協定書 (settlement agreement) を作成し、そこで子の共同監護および宗教・養育・健康問題に関して合意している。それによれば、「当事者間に合意ができないとき、母の決定が優先する」旨を定めている。母は子がひき続いてフランス語による教育をうけることを望み、そのような学校に登録しようとしている。だが、父はこれに反対である。両親は彼等の意見のちがいを解決することができない。母が入院し、子は一時的に父と生活している。父は母が子をフランス語の学校に登録することに賛成しない旨を表示している。そして、英語による学校に登録し、母がフランス語による学校に登録することを拒否するように請求した。

裁判所はこれに対し、子はいぜんとしてフランス語による学校を継続すべきであり、父が母との間で協定した合意を変更することはでないし、変更すべき理由もないとして、父の請求を斥けている。

ここで問題になるのは、別居するに当り、協定書のなかで、子の監護をめぐる当事者で合意ができないとき、母の決定が優先するものと定め、母にキャストング・ボートを与えてしまっていることである。共同監護が目的とするのは、子を監護する方法についての具体的な対応で意見が一致しないことがあっても、あくまでも何が子にとって最善の利益となるかを考慮し、適切な道を発見することにある。つまり、両親にはこのように対応する責任が負わされている。それにもかかわらず、当初より、意見が不一致のときは一方の決定に委ねてしまうというの、子を共同監護する親として義務・責任を放棄するに等しいし、これでは共同監護とはいいながら、現

実には単独監護と異なるところがないのではあるまいか。

共同監護について合意書が作成されていた例として、もう一つ、Templeman v. Templeman (一九九〇)事件¹⁶⁾がみられる。この事件において、一九八九年に夫婦は別居合意書を作成し、彼らの三人の子について共同監護を定め、第一次的な世話および監督を夫に委ねた。彼は子がフランス語による選択プログラムを有する学校へ登録すべきことを合意した。その後、父は二人の子のある女性と再婚し、すべての子がキリスト教の学校へいくことを望み、母の同意なしに前婚の子もキリスト教の学校に登録した。そこで母は、子がフランス語による学校で教育をうけることを請求した。

裁判所はこれに対し、子を以前の学校へ転校させるべきことを父に命じた。共同監護の合意書によって第一次的に子の世話および監督をすることになった親は、日常的な子の身上の世話をする権利を有するけれども、教育および宗教といった本質的な事柄については、共同の意思決定手続が必要とされる。父には一方的に子の学校を移す権利はないというわけである。

ここでも、さきにもた Marchand v. Marchand (一九八九)事件と同様に、子の監護について合意書が作成されている。その内容について裁判所の理解することと父の理解とは全く反対であった。父の理解している内容をそのまま認めるならば、共同監護の合意は全く無意味なものとなるからである。裁判所は当面の場合を、一方の親が子を単独で監護し、子に関するすべての意思決定権をもつ場合とはつきり区別している。このような理解のもとで、裁判所は、子の通う学校について現状を変更する必要があるとすれば、それについてのいはば立証責任を父に負わせ、子にとっての最善の利益をめざそうとする。このように現状を変えたいと思う親に立証責任を負わせることは、きわめて論理的であるし、共同監護の趣旨に照らしても合理的であると思われる。

- (1) A. D. Feinberg, Joint Custody of Infants: Breakthrough or Fad? C. J. F. L. vol. 2. pp. 434-435. 1997.
- (2) R. F. L. vol. 10. p. 263.
- (3) A. D. Feinberg. op. cit. p. 434.
- (4) A. D. Feinberg. op. cit. p. 418.
- (5) The Statutes of the province of Ontario. 1982. vol. 2. p. 310.
- (6) Revised statutes of Ontario. 1980. vol. 2. p. 887.
- (7) A. D. Feinberg. op. cit. p. 419.
- (8) R. F. L. 2d. vol. 9. p. 205.
- (9) R. K. Allen, A Survey of child custody Law in Ontario. C. F. L. Q. vol. 9. p. 33. 1992.
- (10) R. F. L. 3d. vol. 16. p. 201.
- (11) 村井「カナタの新離婚法」神戸学院法学十八卷一・二号三三六頁。
- (12) R. F. L. 2d. vol. 8. p. 238.
- (13) R. F. L. 3d. vol. 18. p. 97.
- (14) Statutes of the province of Ontario. 1982. p. 310.
- (15) R. F. L. 3d. vol. 22. p. 177.
- (16) R. F. L. 3d. vol. 29. p. 71.

六 おわりに——両親の協力

離婚後に両親が彼等の子をどのような方法で監護していくか。単独監護にはじまり分配監護および交替監護が

姿を現わし、最終的には両親の双方が子の監護に関する意思決定をする権能を保有する共同監護という方式を指向することになった。このような共同監護のもつ長所および短所について、さまざまな意見があるにちがいない。それにもかかわらず、共同監護という方式が成功するために一番大切なこととして、両親が彼等の監護に影響を及ぼす意思決定を積極的に押し進めていき、子の最善の利益をめざして互いに協力しようとい合意が予めでき上っていることが必要であると思われる。裁判所の関与した結果として共同監護の合意が成立する場合もあろうが、それよりも、両親が子の最善の利益をめざして自発的に合意していることが最も望ましい。子の共同監護に関して両親の合意が存在しないのに、裁判所がいくらかそれを命じたところで、実効を収めることはとても期待できない。期待できないどころか、悪くすれば、くすぶっていた紛争を再発させる火種ともなりかねない。

もう一方では、両親によって監護される子自身の意思も大切にしなければならぬ。ある程度まで年を重ね、自分の意思をもち、それを表示できるようになった子が、なんらかの原因で両親の一方に対して敵意や反感を抱いているとき、そのような子の意思を軽々しく無視して共同監護を命じたとしても、何も実効を収めることはできない。子が自発的に両親による共同監護をよろこんでうけ入れる雰囲気を作り出すこともまた肝要であろうと思われる。