

子の共同監護の是非

——カナダ・オンタリオ州について——

村
井
衡
平

目次

- 一 はじめに——単独監護より共同監護へ
- 二 共同監護の本質——法律上の規定
- 三 共同監護をめぐる裁判所の判断
 - I 共同監護を否定する事例
 - II 共同監護を承認する事例
- 四 おわりに

一 はじめに——単独監護より共同監護へ

両親が別居または離婚する場合に、幼い子を監護する方法について合意ができないとき、カナダの裁判所は大きく分けて、三つの選択枝をもっている。一つは単独監護 (sole custody) であり、二つ目は分割監護 (split custody) または分配監護 (divided custody) とよばれ、三つ目は交替監護 (alternative custody) または分担監護 (shared custody) に分れる。それぞれの具体的な内容をみれば、単独監護では子の養育をめぐって必要とされる最も広い意味での監護、つまり子の身上の世話および監督 (care and control) をする法律上の権利およびそれにもとづく具体的な仕事のすべてを一方の親に命じ、他方の親にはそれが合理的と判断される特定された面接のみしか許さない。面接を許される親は、子の養育に関する具体的な仕事は一切認められない点にその特色がある。ついで分配監護または分割監護によれば、一方の親に子の身上の世話および監督をする法律上の権利を与え、一方で、具体的な監護の仕事は他方の親に命じる。法律上の監護権をもつ一方の親は、合理的な範囲内で子との面接が認められることになる。⁽¹⁾ また、交替監護または分担監護によれば、日常生活における子の身上の世話および監督を含め、法律上の監護権を一方の親に特定の期間 (たとえば三月月とか一年)、完全に付託してしまい、期間が経過すれば他の一方と交替する。子が監護権をもつ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に責任を負うことになり、他方の親は一般的な面接が可能である。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担させるのではなく、完全に期間を限って、交替で負担させる。この点でさきに見た分配監護または分割監護と決定的にちがっているが、⁽²⁾ いずれも共同監護の名に価するものではないかと考えられる。もとより、完全な意味での共同監護とはちがっている。双方がいずれも子の監護者であり、日々

の養育・監督の仕事を文字どおり共同して行うから、一方の子との面接の許可といった問題が生じる余地は全く存在しない。

ここでまず、単独監護がどのように評価されているか、その移り変わりをみてみよう。二十世紀のなかばに現われた「幼弱年令の原則」(Tender Year doctrine)が子の監護をめぐる争いについて第一の原則となってきた⁽³⁾。これは文字どおり、母が不適格と認められるときは別として、そうでない限り、母による子の監護を指示している。だが、これも一九七〇年代半ばになると、「子の最善の利益」(the Best interest of the child)という標準によって置き代えられるにいたった。つまり、婚姻が破綻したとき、両親は子の監護を得るについて、平等の機会をもつということである。だが、実際にはいぜんとして母の単独監護が選択されていた。時代が変わり、現在では母に単独監護を認めるといふ伝統的な慣例をわれわれに再調査させる明白な傾向がみられるにいたった。その一つとして、女性運動が両親の平等を強調すると共に、より多くの女性が家庭の外で職業に従事し、他方で男性も従来以上に広範囲に子の養育および家事の仕事に参加している。このような社会的な事情の移り変わりのもとで、単独監護という考え方はもはや存在しない世界の産物にすぎないとさえいわれる⁽⁴⁾。かくして、本稿で改めて検討しようとする両親による子のための共同監護の概念が多くの注目をあびることになる。

(1) このような事情については、Nancy Zima: Custody. A Realistic Approach. Family Law Review. vol. 2, no. 1, 1979, p. 27.

(2) A. D. Feinberg: Joint Custody of Infants: Breakthrough or Fad? C. J. F. L. vol. 2, 1979, p. 428.

(3) これについては、村井「子の共同監護をめぐる諸問題」神戸学院法学第二八卷二号二八二頁参照。

(4) Landam. Childrens Rights in the practice of Family Law. 1986, pp. 187-188.

二 共同監護の本質——法律上の規定

裁判所が両親に子の共同監護を命じるに当って考慮しなければならないいくつかの要因がある。具体的にいえば、両親の適応性、彼等の親としての権利、二つの世帯に住む子に及ぶ可能性のある効果、子の年齢そして監護の期間が子の登校にどのように関係するか等々が含まれよう。⁽¹⁾さらに共同監護が成果をあげるためには、その前提要件として両親が彼等自身でそれに合意している必要があると考えられる。⁽²⁾親の支持がないにもかかわらず、裁判所が一方的に共同監護を命じて、決して効果は期待できない。ひとことでいえば、親の協力を必要とする。だが、多くの親は「互いに協力することができる」という言葉のもつ重要性を理解できなかったのが現実のようである。共同監護の命令が有効にはたらくために、親は協力し、しばしば連絡をとり合わなければならないが、不幸にも多くの別居・離婚した夫婦にはこれが見当らないと⁽³⁾苦言が呈されている。

では、オンタリオ州の法律は、子に対する両親による共同監護について、明白な規定を設けてきたであろうか。一九三八年法を引き継ぐ一九七〇年の未成年法 (The Infants Act) は第一条において、裁判所が未成年者の福祉、両親の行状、父の希望と同様に母の希望も考慮することを要求し、第二条では父のコモン・ロー上の権利を変更し、適切な場合に母もまた彼女の未成年の子の監護を得ることができるとし、その場合に、両親を未成年者の監護・監督および教育について同等の権利を与えられる共同後見人 (joint guardian) としている。⁽⁴⁾未成年者法は半世紀以上の間、大きな改正なしに効力をもってきた。それは子の最善の利益ということには触れているが、親の行状および親の意見が最も重要なものとされていた。

一九七〇年代の半ばは、家族および監護法の改正に先例のないほど大きな関心が示された時期であった。ゴー

ルドスタインが「子の最善の利益の向うに」(Beyond the Best interest of the child)を公刊したのは一九七三年であり、イギリスでは一九七五年に「児童法」(the childrens Act)、オーストラリアで同年に「家族法典」(the Family Law Act)がそれぞれ制定され、ブリティッシュ・コロンビア州では「王立家族法・児童法改正委員会」(Royal commission on Family and childrens Act)が子の監護および面接の規定に関する報告書を公にした。⁽¹⁰⁾

このような背景のもとで、⁽⁹⁾に制定された一九六八年の連邦の離婚法 (An Act respecting divorce) も社会
 状勢の変化に追いつくべく、再検討を加える必要が生じていた。かくして、一九七一年に任命された「法律改正
 委員会」(Law Reform commission of Canada)による検討の結果、一九七六年三月に「家族法に関する報告書」
 (Report of Family Law)として公表された。⁽⁹⁾この報告書は法律上の非嫡出性の概念を廃止するのに重点をおいて
 おり、子の監護についても、共同監護をはじめとする重要な問題について言及していない。⁽⁷⁾一九七四年のオンタ
 リオ州の裁判所法 (The Judicature Act) の第二十五条では、未成年者の監護および教育について衡平法の規則
 がコモン・ローの規則に優先することを要求するにすぎない。⁽⁸⁾また、一九七八年の「家族法改正法」(The
 Family Law Reform Act) は第二十五条に子の監護に関する唯一カ条の規定を設けていた。それによれば、裁判
 所は一方の親または誰れかが子の最善の利益 (Best interest of the child) に従って子を監護し、または子と面接
 することを命じることができると定めた。子の最善の利益ということがはじめて、オンタリオ州の立法で子の監
 護・面接を認定するに当って唯一考慮すべきものと認められたわけである。

連邦の一九八六年の離婚法によれば、監護命令と題する第十六条では四項の欄外に「共同監護または面接」と
 註記し、「裁判所は、本条のもとで、婚姻による子の一人または全員の監護または面接を一人または複数の人に
 許す命令をすることができる」と定めている。⁽¹⁰⁾これにより、裁判所は共同監護の命令をする権限を与えられたと

みてよさそうである。だが、これに関連し、一九七〇年の連邦の解釈法 (the Interpretation Act) の第十三条が引き合いに出され、「欄外の註は……立法の一部をなすものではなく、参照のための便宜に投入されたものとみるべきである」⁽¹¹⁾とされる。欄外の註のこのような説明があるにしても、現在の連邦およびオンタリオ州の法律によるとき、子の共同監護および単独監護は裁判所が選定できる事項に属している。共同監護に有利な推定を裏付けるにはいたっていないが、いずれにするかは、結局、子の最善の利益という判断に帰着することになる。

ところで、一九七九年は国際児童年 (International Year of the child) に当たっていたが、同年十月に法案第二〇五号として、一九七八年の児童法改正法を修正する法案がオンタリオ州議会の第一読会に提出され、子の監護に関する法律の改正に向けて大きな第一歩をふみ出すことになった。⁽¹²⁾ やがて一九八七年の児童法改正法 (The Childrens Law-Reform Act) は、監護および面接の問題について第二十条で、「父および母は監護権を与えられる」とし、「(1) 本章において、別段の規定のない限り、子の父および母は、等しく子を監護する権利を与えられる。(2) 子を監護する権利を与えられた人は、子の身体に関して、親としての権利および責任をもち、かつ、これらの権利および責任を子の最善の利益のために行使しなければならぬ。(3) 複数の人が子の監護権を与えられているとき、その一人は、子に関する彼等の利益のために、彼の権利を行使し、かつ、責任を負担することができる」⁽¹³⁾旨を定めている。ここでも共同監護を推定してはいないが、具体的な事情および子の最善の利益に適合するように、共同監護を含む広範囲な監護命令を可能とし、それに向けた改革へのアプローチの機会を作り出したものと評価してよいと考えられる。

(1) Nancy Zima. custody: A Realistic Approach. Family Law Review. 1979. vol. 2. no. 1. p. 27.

(2) A. D. Feinberg. Joint custody of Infants. C. J. F. L. 1979. vol. 2. p. 434.

- (3) Nancy Zima. op. cit. p. 27.
- (4) Nancy Zima. op. cit. p. 28.
- (5) B. Landam. *Childrens Rights in the practice of Family Law*. 1986. p. 159.
- (6) 村井「家族法に関する報告書——一九七六年三月」神戸学院法学第三二卷一七七八頁。
- (7) B. Landam. op. cit. p. 153-154.
- (8) Nancy Zima. op. cit. p. 28.
- (9) R. S. O. 1980. vol. 3. p. 124.
- (10) 村井「カナダの離婚法——一九八六年」神戸学院法学第九卷一・二二二三六頁。
- (11) J. McDonald. A wiston. *The 1996 Annotatea Divorce Act*. p. 276.
- (12) B. Landam. op. cit. p. 154.
- (13) 村井「児童法改正法——一九八七年」神戸学院法学第二九卷二二二五頁。

三 共同監護をめぐる裁判所の判断

これまでみたところを整理すれば、別居または離婚に際して親が子を今後どのような方法で監護するかについて、大きく分けて共同監護と単独監護の二つになる。では、共同監護か単独監護か、現実¹⁾に争いになるとき、裁判所はどのような判断をするのであろうか。筆者はさきに、「子の共同監護をめぐる問題点」という小稿¹⁾の中ですでにいくつかの事例を引き合いに出し、監護の問題についての裁判所の見解をたづねてみた。それによって、オンタリオ州の裁判所が子の監護については単独監護から共同監護へと向っている傾向をおぼろげながら知ることができた。本稿ではこのような少なからぬ成果を足がかりとして、子の監護をめぐる実情をさらに深く探つて

みたい。その方法として、すでに参照したいくつかの事例も含め、一九七〇年代の後半より一九九〇年代の前半までにオンタリオ州の裁判所に現われた事例について、子の共同監護が認められなかったものと認められたものに大別し、そこでの裁判所の判断を検討することしよう。

(1) 村井「子の共同監護をめぐる問題点」神戸学院法学第二八巻二号一八頁以下参照。

1 共同監護を否定する事例

(1) Baker v. Baker (一九七九) 事件⁽¹⁾

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。その後、婚姻関係は急速に悪化した。妻(被告)は酒におぼれ、夫婦関係もなくなった。一九七五年に妻は子をつれて婚姻住宅を去った。夫(原告)は離婚の訴を提起し、妻も反訴を起した。双方とも子の共同監護を請求した。原告は妻の反訴を認容し、子の共同監護および扶養を命じたので、夫が控訴した。

裁判所はこれに対し、次のように判断し、再審を命じている。すなわち、共同監護は別居した両親のために限定的な範囲で留保された例外的な処置である。共同監護を命じることを支持する法律上の証拠も正当性の証明も存在しない。両親が子に関して協力する意思も可能性も存在するとの結論を支持する証拠はなかった。原審は監護の問題へのアプローチを誤っていた。同様に多くの事実問題が、離婚および付随的救済について未回答のまま残された。関連するすべての争点が再審理されるべきである。これらの事項をめぐるすべての争点を解決するために再審が必要であるという。

カナダにおいて、オンタリオ州も含めてどの州でも、これまで親が子を監護する取り決めについて、とくに共

同監護を優先させたり、または親の一方または双方が反対するにもかかわらず、共同監護を認める法律を制定することはなかった。この領域における考え方はオンタリオ州の控訴裁判所 (supreme court) における二つの事件、つまり本件ならびにあとにみる Kruger v. Kruger (一九七九) 事件でなされた論争によって支配されていて、一九八六年当時、カナダのどの州もこれに従っていたのが実情のようである。⁽²⁾

ところで、裁判所の考えていた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もつており、しかも両親が共同して現実に子の身上監護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ものも当り前といえよう。この要求を充しておれば、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のであろう。当面の場合、右の意味での共同監護は認められないため、子が長らく母と共に生活している現実の事態を評価する道を選ぶというのであろう。

だが、右のような判断に対して痛烈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とする。⁽³⁾ このような非難が肯定される限りにおいて、本件で裁判所は共同監護を「伝統的な監護および面接の概念」に対する対案 (Alternative) とするのみに反対するどころではなく、争いのある監護事件において単独監護に有利な推定をしたと評されるのも⁽⁴⁾ともと考えられる。

(一) R. F. L. 2d. vol. 8. p. 236.

- (2) B. Landam, *Childrens Rights in the practice of Family Law*, 1986, p. 190.
- (3) J. P. Payne, *Co-parenting Revisited*, *Family Law Review*, vol. 2, p. 243, 1979.
- (4) B. Landam, *op. cit.*, p. 191.

② Kruger v. Kruger (一九七九) 事件⁽¹⁾

この事件において、離婚手続の中で生じた子の監護の問題について、両親はいずれも、子に対する愛情および養育についての関心をもっている他方が監護に適していることを認めた。子は誰れも、一方の親が他方より好きだとはいわなかった。原審は両親がいずれも子を監護する権利をもっているが、監護は母に与えられると結論した。共同監護の問題が提起されたが、遂求されなかったので夫が控訴した。

裁判所はこれに対し、控訴を斥け、次のように判断している。すなわち、妻は共同監護をうけ入れるつもりはなかった。夫婦間に共同監護の問題について合意がなかったという事実は、共同監護を許すかどうかの問題について重要な要因であった。裁判所はそれが子の最善の利益であれば、審理において求められなくとも、共同監護を命じる管轄権をもっていた。裁判所は、両親の間に合意が存在しないのに、命令が有効に与えられるべきだとは納得しなかったという。

この事件において、裁判所は、両親の間に合意がないことは、法律上の手続について争いがあるのと同じであると判断した。これにより、両親が子の監護・養育について努力することを望んでいないか、その能力がないものと推論した。事実、共同監護に関して妻がどのように考えているかについての唯一の証拠は、間接的に、控訴審における妻の弁護士を通して明らかになった。妻が共同監護の命令に同意するか、拒否するかと問われたとき、

弁護士は単に、彼の指示は事実審判決を支持すると答えたにすぎない。この点からみて裁判所は、彼女がかかる命令に従うことはできず、彼女自身の意思でそれを受け入れる準備がなかったと推測した。⁽²⁾

もともと、妻の側に共同監護を受け入れる意思は存在しない。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についての重要な要因である。裁判所はこれが子の最善の利益に合致すると判断すれば、たとえ審理の中で当事者によって求められなくても、共同監護を認める権限をもっている。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、効果を発揮できるとは判断しなかった。夫に面接を認めるに留まったのもこのためであると思われる。

右にみたように、オンタリオ州の控訴裁判所は Baker v. Baker (一九七九) 事件および Kruger v. Kruger (一九七九) 事件において、両親による共同監護に否定的な見解を表明した。これに連動するかのようには、オンタリオ州における共同監護の問題について、次のような予言が行われていた。具体的にみれば、①地区裁判所 (provincial court-Family division) では、Baker v. Baker 事件に従って共同監護の処分は衰退するであろう。②共同監護を賞讃する事実審の一律的な宣言は、控訴裁判所において疑の眼でみられることになる。③監護の手続において利用できる一つの選択枝としての共同監護は、有利または不利に、即座に推定されることはない。共同監護は下級審裁判所により、伝統的な単独監護および面接命令に対する対案として考慮されるべきである。④両親が彼等の子の養育および向上に影響を及ぼす意思決定に努力することができないか、もともとその気がない場合に、共同監護は許されるべきではあるまい。共同監護は、監護に関する問題が裁判所で争われているときに、考えられることは余りなさそうである、等々がこれに当る。⁽³⁾ このような予言が果して射たものであるかどうか、この時点で明言することはできない。

- (1) R. F. L. 2d. vol. 11. p. 52.
- (2) B. Landam. *Childrens Rights in the practice of Family Law*. 1986. p. 193.
- (3) J. D. Payne. *Co-parenting Revisited*. *Family Law Review*. vol. 2. p. 250. 1979.

③ Goslin v. Goslin (一九八六) 事件⁽¹⁾

この事件において、原審が両親の居住する別々の町を一年毎に子の居所と指定したのに対し、父が控訴した。裁判所はこれに対し、事件を原審に差し戻し、次のように判断している。すなわち、どちらの親も共同監護の方式を求めておらず、このような命令が子の最善の利益であるという根拠も存在しない。交替監護 (Alternating custody) は、このような事情のもとで命じられるべきではない。原審は両親がすぐれた親であると結論している。われわれは、原審が審理のとき、子が父と共にレントリユーで生活していた事実を不当に重要視しようとしたとは思わない。現に子の居所を一年毎にレントリユーとオタワを交互に変更するという異状な命令をした。両親はいずれもこのような共同監護を望んでいない。これが子の最善の利益であることを示す証拠はないし、家族アセスメントを試みた心理学者も心にとめていなかった。本件において交替監護が子の最善の利益であるかどうか、さらに考慮されるべき事項に属しているという。

ここで問題とされた交替監護は、当初に指摘したように、日常生活における子の身上の世話および監督を含め、法律上の監護権を特定の期間(ここでは一年間)一方の親に付託してしまい、期間が経過すれば他の一方と交替する。子が監護権をもつ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に責任を負うことになり、他方の親は一方的な面接が可能であるに留まる。これを当面の事件についてみれば、両親が別々で生活しており、

子は一年毎に自分の居所を変更しなければならない。子の性格にもよるところが大きいかも知れないが、このような事態をよろこんで受け入れる子であれば問題は少い。だが、当面の場合、このような事情は見当らないし、関与した心理学者もこの点に触れていない。子の移動が子にとってマイナスの要因となることが多いのはまちがひなからう。子の監護の問題は、子にとって何が最善の利益であるかを慎重に考慮して決定されなければならない。両親による一年毎の交替監護に疑問が呈されるのも当然であろう。

(一) R. F. L. 3d. vol. 4. p. 223.

④ Menage v. Hedges (一九八七) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は妻が最初の夫と離婚したのち、一九八〇年に婚姻した。両者とも婚姻前に医学博士の学位を取得していた。第一子の出産のために妻のインターンは中断され、一九八一年まで臨床の資格を得られなかった。夫は妻よりも半年早く医業に従事した。その後、両者は一九八五年に別居し、夫は婚姻住宅を離れ、妻も半年後に転居した。別居の直前まで夫は不在勝ちであり、彼はほとんどの時間と努力を彼の仕事に集中した。一方、妻は家庭外で仕事をしているが、子のニーズには迅速に応じることができのに反し、夫は病院に勤務しており、子の世話は充分にできない。子が母からうけているのと同じ暖かみと愛情を子に提供することは不可能である。離婚手続において、夫は子の監護を請求した。

裁判所はこれに対し、妻に子の監護を命じ、次のように判断している。すなわち、子の養育に関する両者の計画および妻が第一次的な子の世話人として行動するため非常によく用意を整えている事実からみて、監護は妻に与えられるのが子の最善の利益である。両者は協力できることを全く示していないから、共同監護は適切でない

という。

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になる。両者が同じような生活環境にあり、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権を認め、さらに子の世話および監督を双方に委ねるのが適切と判断されることになろう。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が少しも感じられず、反対に母は子の監護について充分に実績を積み重ねている。母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みえている。このような明白な事情のもとで、裁判所は父の請求にもかかわらず、母に子の監護を委ねたものと思われる。

(一) R. F. L. 3d. vol. 8. p. 236.

⑤ Conan v. Conan (一九八七) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九六一年に婚姻し、一九八五年に別居した。婚姻住宅は、税金の関係および夫の債権者の手が届かないように、妻の名義で譲渡された。夫は婚姻中、多くの実際的でない投資をしたため、無残な結果となった。夫は一年間に二〇〇・〇〇〇ドル以上の収入があったが、高額の債務をかかえていた。双方とも満足のいく親であったが、互いに話し合いをすることができなかった。妻は家族法典のもとの子の監護および夫婦財産の分割を請求した。

裁判所はこれに対し、妻に子の単独監護を命じ、次のように判断している。すなわち、夫婦が互いに敵意をいだき、話し合いもない状況からみて、分配監護 (divided custody) を命じるのは妥当ではない。妻に子の監護を

委ねるのが子の最善の利益であるという。

ここでは子の分配監護が問題になっている。本稿の当初に説明したように、分配監護によれば、一方の親に子の身上的世話および監督をする法律上の権利を与えたうえで、具体的な監護の仕事は他方の親に命じる。法律上の監護権をもつ一方の親は合理的な範囲内で子との面接が認められることになる。これを当面の事件についてみればどうであろうか。分配監護を請求したのは父の側であったと判断されるけれども、もともと両親が子をどのような方法で監護するかについては、具体的な話し合いが行われることがすべての前提となる。父は分配監護を望んだかも知れないが、自分の希望について母と話し合ったことはない。父母が互いに敵意をいだいている状況のもとで、話し合いで問題を解決することは不可能である。分配監護は父の全くの独断であり、他方で母も子の監護を要求する。このような場合に裁判所のとるべき道としては、もともと父母の間で話し合いが不可能な事態も前提としたうえで、どうすれば子の最善の利益をもたすかを考える必要がある。ここで裁判所は父のおかれている経済的な状況をも重視し、母に単独監護を認めるのが最善の策と判断したものと思われる。

(一) R. F. L. 3d. vol. 9. p. 401.

⑥ Appleby v. Appleby (一九八九) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九七五年に婚姻し、一九八四年に永久に別居した。母は十一才と九才の二人の子を仮りに監護していた。一九八六年六月、父は母が子をつれてカリフォルニアへ行くのではないかと疑い、母が裁判管轄外に出るのを阻止する命令を請求したが、認められなかった。マリッジ・カウンセリングの専門家の証言は、母が引続いて子を監護することを支持した。母はオンタリオよりもカリフォルニアの方が仕事の機会が多

かった。離婚法のもとの監護の手續において、父は再度、母が子をつれてオンタリオを離れることを阻止する命令を請求した。

一 裁判所はこれに対し、母に子の監護を与え、母子がオンタリオに留るべきであるとし、次のように判断している。すなわち、カリフォルニアに移動することは子のための最善の利益ではない。したがって、監護は母に与えられるけれども、彼女は子と共にオンタリオに留るよう命じられるという。

一 ここではすでに別居して二人の子を仮りに監護している母が子をつれてオンタリオからカリフォルニアに移ろうとしている。父は母子がオンタリオに留まっていることをいわば当然の前提として、子の監護の問題をも含めて母と協議するつもりであったと思われる。争点の中心は、今後、誰れが子を監護するか、そして子を監護する場所はどうするかに焦られてくる。父は二人の監護を母に託すことに異議はなさそうであるが、それを認める前提として、母が子と共にオンタリオに留まることを要求する。もし子を監護する母がカリフォルニアに移るについて誠実な理由がある場合に、母に対してその計画を放棄するか、そうでなければ監護を失うことになるか、それが過酷であるのと同様に、子と面接する父に対して、子との接触を中断するか、終了するよう要求するのは、同様に残酷なことにはがいない。これを子の立場から見れば、自分を監護してくれる母のもとに留まってカリフォルニアに行くのと、父との面接を継続するのに便宜なオンタリオに留まると、いずれが有益であるかという均衡の問題になる。父母それぞれの事情および子のおかれている立場を含め、結局はどうすることが子の最善の利益になるかというのが判断の基準とされなければならない。母の仕事の都合よりも子の利益を優先させた結果、彼女はオンタリオに留まるべく命じられ、子も父との適切な面接の権利を奪われずにすんだのは幸であらう。

(一) R. F. L. 3d. vol. 21. p. 307.

⑦ Avcher v. Cornfoot (一九九〇) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九七二年に同居を開始し、一九八六年に別居した。一九八一年に子が産れたが、夫婦は親としての決定―監護・養育について、合意ができなかった。一九七三年より八六年までの間に、消防士である父は家政に関する肉体的な仕事のほとんどを引受けた。母は婚姻住宅を彼等共同の名義にするよう要求したが、父はこれを拒否した。そこで父母がそれぞれ子の単独監護を請求した。

裁判所はこれに対し、母に子の単独監護を認め、次のように判断している。すなわち、子を母の世話に委ねるのが子にとって最善の利益である。母は子にきわめて適応しているし、定期的な仕事にも従事し、経済的にも安定している。両親がそれについて話し合えないことが共同監護を不可能にしている。父は子と面接できるけれども、もし彼が監護親としての母の権利を侵害するならば、面接の可能性は再考されるであろうという。

ここでは子の出生後、子の監護・養育の問題について父母の間で何も合意することができなかったことが問題の発端となっている。父母双方とも相応な収入を得ているが、婚姻住宅をめぐる問題も両者の不和の原因と考えられる。両者が共同して子の監護に当るのが理想にはちがいないが、不和のためにそれが不可能な場合、父母のどちらに子を監護させるか。九才になる子の最善の利益は何かを判断すべきである。あらゆる事情からみて母に単独監護を認めるのが相当と考えた裁判所も、父が子と面接するについては、何か不測の事態が生じる危険を感じたのではなからうか。父が監護親としての母の権利を侵害することを、子との面接についていわば解除条件とする趣旨を明示する点は評価に値すると思われる。

(1) R. F. L. 3d. vol. 32. p. 299.

⑧ Brigante v. Brigante (一九九二) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九八三年に婚姻し、一九八九年に別居した。一九九〇年の離婚判決により妻は三才の子の暫定的監護を与えられ、夫は広範囲な面接を認められた。当時バーリントンに居住していた妻はオタワに住む男と深くかかわり、秋には男と同居することに決した。彼女は妊娠しており、男と婚姻する計画である。この時点で、妻は夫が彼女および子を虐待したと主張し、児童保護協会 (Child Aid Society) に調査を請求した。アセスメントを準備した心理学者は夫の話しを聞くことなく、虐待の事実を信用し、妻がオタワへ移動すること、および夫に制約された面接を認めるよう勧告した。夫は現実に子と密接に愛情のある関係を保持していた。妻は夫の面接を制限し、彼女が子と共にオタワに移ることを許可する命令を請求した。

裁判所はこれに対し、夫に大まかな面接を伴いながら妻に子の単独監護を与え、妻が子をつれてオタワに移動することを禁止し、次のように判断している。すなわち、配偶者または子に対する虐待を立証する証拠は存在しない。夫は子と良い関係を保っており、彼の面接はしばしば、また自由に継続されるべきであるという。

ここでまず問題となるのは、果して夫が妻を虐待する事実が現実に存在したのかということである。調査を依頼された児童保護協会は不覚にも夫から実情を全く聞いていない。妻による一方的な主張のみにもとづいて、虐待の事実を認定してしまう。全く片手落ちである。果して虐待の事実があったのかどうか、もしあったとすれば、その程度はどうであったか、保護協会は裁判所ではないけれども、双方から充分に実情を聞いたうえで判断しなければならぬ。現実に夫は子と密接に愛情のある関係を保持していたにもかかわらず、これを無視した結果、保護協会はオタワへ移るといふ妻の請求を許すような勧告をしている。このような処置は裁判所による判断に耐えられなかったのが現実であろう。ここでもう一つ疑問に思うのは、夫が子について共同監護も単独監護も主張

していないことである。夫は当初より子の監護はすべて妻に委ねるつもりであったのか、または自分の側から主張しても認められないと判断していたのか、どちらかであろう。もし夫がこの問題で争うならば、監護をめぐる裁判所の判断も別のものになったかも知れない。

(一) R. F. L. 3d. vol. 32. p. 299.

⑨ Courtney v. Courtney (一九九二) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九七九年に婚姻し、現在十一才と九才の二人の娘がいる。一九八九年に別居し、一九九一年五月に母は二人の子の単独監護を与えられ、父は子との面接を認められた。だが、その後、子は戸外で活動するようになり、そのことが父の面接に影響を及ぼした。父は子が通学する五日間は自分と生活を共にし、子と有意義な話しをすることを望み、監護命令の変更を請求した。

裁判所は父の請求を斥け、次のように判断している。すなわち、両親は彼等の子の日常生活が普通に営まれるよう敏感でなければならない。単なる事情の変更は、子の自然的な成長のためであり、父はそれに適応しなければならぬ。重大な事情の変更は何も生じていないから、裁判所が以前の命令を変更すべき理由は存在しないという。

ここでは当初に予期していた父と子との面接が、その後に子が戸外での活動を開始したことが原因となり、大巾に変更することを余儀なくされる状況になった。これが重大な事情の変更に当るのかどうか。具体的に言えば、父は当初、休日および特別な日に加え、毎週火曜および隔週の週末に子と面接していた。ところが、年長の娘の学校外での体育訓練が急増し、しかも優秀な成績を示している。彼女は体育クラブで日曜、水曜および木曜の夕

方、土曜の朝も練習する。さらに競技会が同様に週末に催される。このような事情のため、父は娘と過ごす時間を見出すのが困難な状況になってしまった。これを理由に父は監護命令の変更を請求するが、右にみたような娘の校外での活動が重要な事情の変更に当るのであるのか。父はそれが原因でたしかに子との面接の機会を得ることがむづかしくなったかも知れない。しかし、面接の問題については子の最善の利益を考慮することが何物にもまして要求される。この点からみると、母の監護のもとで子が精神的にも肉体的にも成長しつつある。これこそ、子にとって最善の利益であろう。それにもかかわらず、突如として母に代って父に監護を委ねるならば、子の直面する当惑は計り知れない。このように考えるとき、父の子との面接の機会を増し、できれば自分が母に代わって監護したいという希望は、子が母の監護のもとに順調に成長している現状に道をゆずるべきではなからうか。

(一) R. F. L. 3d. vol. 2. p. 450.

⑩ Low v. Low (一九九四) 事件⁽¹⁾

この事件において、婚姻前に夫は妻に対し、自分は子をもつことができない旨を告げた。彼等は対策について議論し、人工授精によることに決定した。夫は医学的な手順をふみ、すべての必要な書類に署名した。妻は妊娠し、一九九〇年四月に子が産まれた。夫はオンタリオ州の人口動態統計法のもとで、娘の父として子の出生を証明した。妊娠中に彼等の関係について問題が発生し、子の出生後、夫は妻の帰宅を拒否した。その後の離婚手続において、妻は離婚法のもとで夫が子の親であることは認めながら、子との面接を許さず、さらに児童法改正法のもとで、夫は子の父でない旨の宣言を求めた。これに対し、夫は子の共同監護または面接を請求し、さらに児

童法改正法のもとで、彼が子の父である旨の宣言を求めた。

裁判所はこれに対し、夫は子の父であると宣言しながら、共同監護は認めず、自由な面接を命じ、次のように判断している。すなわち、夫は和諧を拒否して妻子を遺棄したわけではない。彼は単に婚姻が終了したことを認めたにすぎない。夫は敏感であり、注意深く子との関係を維持しようと努めた。子の最善の利益は父と自由な面接を許されることにある。彼等の間に存在する敵意を含むすべての事情を考慮し、子の監護は妻に委ねるといふ。

ここでは人工授精による子の出生が問題となっている。一九八二年の児童法改正法の第十二条によれば、親子関係の法律上の宣言と題し、「(1)ある人は、規則によって定められた書式に従い、場合に応じて、彼または彼女が子の父または母であることを確認する法律上の宣言を主登記官の事務所に提出することができる。(2)二人の人は、規則に定められた書式に従い、彼等が子の父および母であることを共同で確認する法律上の宣言を主登記官の事務所に提出することができる」と定めている。当面の場合に夫は前記(1)の規定にもとづいて、自分が子の父であることを宣言したわけであろう。だが、その後、夫婦間に不和が生じた結果、離婚手続において、妻の側は夫と反対の趣旨の宣言を求めている。妻の根拠とする一九八五年の離婚法は第二条により、「第一項の『婚姻による子』を定義するため、夫婦または前夫婦の子には、(a)その子のために、彼等双方が親に代ってその地位にあるとき、(b)子にとって、一方が親であり、他方が親に代ってその地位にあるときを含む」と定めている。妻は(b)にもとづいて、夫は子の親ではなく、親に代ってその地位にあるにすぎないと主張するのである。だが、夫は子との父子関係を完全に承認し、それにもとづいて、妻の反対にもかかわらず共同監護を主張する。これに対して妻は、夫との間の一時的な仲たがいを原因に子との父子関係を否認しようとする。妻は自分の主張がとうてい認められないことを承知のうえで、夫へのうさ晴らしを試みたのではなからうか。そうだとすれば、子の監護の

問題は結局、何が子の最善の利益かを考慮して裁判所が決定すべき問題となる。これまでの経緯からみて、このような夫婦に子を共同監護させることが子の最善の利益であるとはとうてい思えない。

(1) R. F. L. 4th. vol. 4. p. 163.

(2) 村井「児童法改正法——一九八七年」神戸学院法学第二九卷二号二二頁—二二三頁。

(3) 村井「カナダの新離婚法——一九八六年」神戸学院法学第十八卷一・二号二二八頁。

⑩ Loughheed v. Loughheed (一九九四) 事件⁽¹⁾

この事件において、母は一九九一年に婚姻住宅を去った。それ以来、九才と七才の二人の子は父と同居していた。両親は一九九二年の別居合意に当って用意された共同監護の取り決めがもはや維持できなくなったことを覚った。各自は単独監護の命令を請求した。審理中、父は二人の子が父と生活を共にすることを望んでいる旨の宣誓供述書を提出した。一方で母も、子が彼女と同居することを希望していると主張した。

原審は当時九才と六才の子の証言は役に立たないとし、父に子の単独監護を認めた。イヌイット (Inuit) である母はこれに対し、父の単独監護に反対し、親子問題についてのイヌイットの伝統による方法に関する新しい証拠を提出した。彼女は別居合意に従った共同監護の方法を実行させることができるとし、また子の意思がより充分に確認されるべきであると主張した。

裁判所はこれに対し、新しい証拠の提出は拒否し、妻の控訴を斥け、次のように判断している。すなわち、両親は彼等が合意した共同監護の方法がもはや実行不可能であると認めた。それゆえ、別居合意に従った共同監護の命令は是認されたとする母の主張は支持できないという。

ここでは当初に両親の間でなされた子の共同監護の取り決めを含む別居合意が問題とされ、現実にはそれが実行不可能な事情となっていることは双方ともに認めている。そのうえで、双方とも子の単独監護を主張する。裁判所としてはこのような場合、子の最善の利益を考慮し、父母のいずれかに単独監護を認めるのが常道であろう。だが、当面の場合、問題をむつかしくしたのは、イヌイットである母の主張にはかならない。カナダにおける少数民族であるイヌイットが独特の風俗習慣ないし生活様式を具えていることはまちがいない。このような文化的・民族的な伝統は、当面に問題とされる子の最善の利益を裁判所が判断するに当って考慮されるべき重要な要因であろう。母がこれに関する具体的な資料を裁判所に提出し、イヌイットの慣習によれば、このような場合に母の単独監護が最適であることを立証したならば、結論はちがっているかも知れない。しかし、母はこれに関する資料を裁判所に提出しておらず、したがって争点とならなかった。当初の別居合意も問題となったが、ここでは、「イヌイットの文化的伝統およびカナダの文化的伝統が子によって受け継がれており、子の日常生活の中でこのような伝統が育成されることに合意する」と定めていた。母は原審で父と同じく単独監護を要求したが、父の主張のみ認められたため、控訴審では一転して、イヌイットの伝統¹¹多分、共同監護を主張したと考えられる。この点をより強力に主張・立証したとすれば、裁判所の判断も変わったのではなからうか。

(一) R. F. L. 4th. vol. 6. p. 10.

II 共同監護を承認する事例

① Rodway v. Rodway (一九七八) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九六九年にイギリスよりカナダに移住し、一九七〇年に婚姻し、一九七四年に娘

が産れた。双方とも印象の強い人であり、魅力があり、身ぎれいで、立派な英語を話し、知能も高い。ところが、一九七六年に妻が婚姻住宅のあるベエリーから娘をつれてトロントに移ってしまった。夫が姦通を理由に離婚の訴を提起し、妻は反訴で虐待を理由とした。双方とも二才半の娘の共同監護を請求した。それぞれ子の福祉に関心をよせ、精神的・物質的な幸福を充たすことができるかと自負している。唯一の争いは子の学校のことに関する。妻は共同被告とコモン・ロー上の夫婦であり、彼等は子が私立学校で教育をうけることを望み、夫および彼のガール・フレンドは子が引続いて公立学校での教育を希望している。

裁判所はこれに対し、離婚仮判決を言渡し、子の共同監護を命じ、次のように判断している。すなわち、両親が共同の行為と決定により、子のための最善の利益となることを行うために共通の関心をもって協力することができる。子のための最善の利益は、両親に共同監護を命じることによって達せられるであろう。したがって、かかる事実にもとづいて、子は引続き公立学校に通うという条件で、共同監護を命じるといふ。

ここでは夫が妻の不貞を理由に離婚の訴を提起するが、夫自身にもガール・フレンドがいる。客観的にみて婚姻関係を継続することは不可能に近い現状といえよう。だが、他方において、娘を監護する方法について、双方に大きな意見の相違はない。双方ともに共同監護を望んでいる。しかも、裁判所もみるとおり、双方は娘の親として非の打ちどころがない。このような事情のもとで、他にとくに共同監護を困難にするような特別な事情が存在しない限り、裁判所としては、双方の希望に沿った判断をするのが、子のための最善の利益であると考えられる。ただ一点、子の学校問題がネックとなっている。夫はこれまで通りの公立学校を主張し、妻は私立学校に変わることを望んでいる。両校の教育内容の具体的なちがいは明らかにされていないが、人種問題とか日常語のちがいが等々が考えられる。裁判所も子の最善の利益を基準として公立学校を選んだにちがいないし、これを条件に

して共同監護を認められた両親は、賢明な判断と愛情をもって子を養育していくにちがいないと期待される。

(一) R. F. L. 2d. vol. 3. p. 295.

② Field v. Field (一九七八) 事件⁽¹⁾

この事件において、離婚判決後に夫婦は子の共同監護を認められた。夫は子を毎日監護し、妻は子と面接することになった。夫は仕事の都合で一年間アメリカに移り、子をつけていくことを望んだ。妻は夫が子をオンタリオよりつれ出すのを阻止する命令を請求した。

裁判所はこれに対し、妻の請求を斥け、次のように判断している。すなわち、特別な事情のない限り、婚姻による子を監護する親は、他方の許可なしに子を移転させる権利をもっている。仮判決は技術的に両親に共同監護を与えたけれども、日常生活における子の世話および養育の責任は夫が負っており、それには居住の場所を選定する責任およびその事項に関して決定する権利が含まれるという。

ここでは子の共同監護が夫婦に認められたというが、完全な意味での共同監護ではない。夫が法律上の監護権を与えられ、子を実際に養育・監督しており、妻は子との面接が認められる。面接を許された妻は子の養育に関する具体的な仕事は行わない。これのみからみると、実際は夫による単独監護にほかなるまい。これと異なり、妻が法律上の監護権を与えられたが、具体的な日常生活での子の養育・監督の仕事は父が負担し、妻は合理的な範囲内で子との面接が認められるというのであれば、分担監護または分割監護に該当することになる。このような事情を前提とするとき、夫が子をオンタリオよりつれ出すのを阻止する妻の請求が認められなかった点を考え合わせれば、現実には夫による子の単独監護であったとの感を深くする。

(1) R. F. L. 2d. vol. 6. p. 278.

③ Nicholson v. Nicholson (一九七九) 事件⁽¹⁾

この事件において、数度にわたる監護に関する尋問の結果、夫婦は調停サービスを受け入れる合意をした。調停報告書 (Conciliation Report) によれば、共同監護を勧告しており、その内容は次のとおりである。すなわち、「十一才の娘は月曜より金曜までは母、他の日は父と生活する。十二才の息子は二度目の週末を除き、土曜から月曜まで父と生活し、彼が母の許にいるとき、二人の子は毎週水曜の夕方、父を訪問する」というのである。夫婦は自発的に右の取り決めに同意した。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は共同の責任でなされるべきことを合意した。

裁判所はこれに対し、子の共同監護を命じ、次のように判断している。すなわち、両親は適任かつ合理的な成人であり、理解力があり、順応性に富んでいる。二人の子はいずれの親とも密接な関係を切断したいとは考えていない。子のためには、調停報告書の通りに共同監護を認めるのが最善の利益に合致するという。

ここで二人の子がそれぞれ父母と生活する日を見れば、娘は月曜より金曜までの五日間、息子は火曜より金曜までの四日間、いずれも母の許にあり、他の日は父の許にすることになる。幼弱年令の原則 (Tender Year doctrine) によれば、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)⁽²⁾、子がほほ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であるといわれる。ここで娘は十一才、息子は十二才であるから、この原則が緩和され、右のように父にも監護の責任が認められたのではないかと考えられる。父母の双方が二人の子の監護について責任を負うけれども、具体的に一週間のうちでそ

れぞれが子を監護する日はちがっている。父母の双方が時間的にも並行して同時に子を監護するという厳格な意味での共同監護には該当しないが、幼弱年令をはずれた子の監護の一型式として当を得たものといえよう。

(1) R. F. L. 2d. vol. 3. p. 265.

(2) 村井「子の共同監護をめぐる問題点」神戸学院法学第二八巻二九二頁―二九三頁。

④ *Boody v. Boody* (一九八三) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九七五年に婚姻し、一九八二年に別居した。妻は他男と交渉をもっていた。夫婦はそれぞれ仕事に従事し、一九八一年に子が産れた。父は彼に子の監護を与えることを勧告する裁判所命令によるアセスメントを請求した。この請求にもとづいて、一九八一年十二月に査定官 (assessor) が任命された。査定官には、(a) 監護する親各自の適応性、(b) 家族体系の評価および(c) 子の性格、彼のニーズおよび親各自が子に及ぼす効果等々について専門的な見解を示すよう求められ、しばらくして報告書が提出された。

裁判所は提出された報告書にもとづいて、父に子の監護を命じ、次のように判断している。すなわち、報告書の役割は最終的な判断をすることではなく、裁判所に対して専門的な手助けをすることである。ガイドラインが査定官のために設けられている。裁判所は報告書を慣例的に受け取るのではなく、アセスメントが審理において立証された事実と合致しているかどうかを充分に考慮すべきである。両親との触れ合いを保つことが子の最善の利益に合致するから、父に子の世話および監督を認めながら共同監護を与えるという。

ここで裁判所が査定官を任命することができる根拠となる規定が児童法改正法にみられる。同法第三十条は、「子のニーズの評価」と題し、「(1) 子の監護または子との面接に関する申立がその面前に提出された裁判所は、命

令により、技術的または専門的に熟練した人を任命し、子のニーズまたは子のニーズを満足させる当事者またはその中の誰れかの能力および積極性に関して、裁判所に報告させることができる」⁽²⁾ 旨を定めている。この規定にもとづいて任命された査定官による報告書に従い、裁判所は共同監護を認めた。だが、その実質は、夫婦が協力して子の監護・養育に当るという完全な意味での共同監護ではない。子の世話および監督を父に委ねるといのが単独監護でないとすれば、分配監護または分割監護を目指しているのであるうか。現実には母が法律上の監護権をもっており、日々の監護は夫が行い、母は日時を決めて子と面接することになると思われる。

(1) R. F. L. 2d. vol. 32. p. 296.

(2) 村井「児童法改正法——一九八七年」神戸学院法学一九巻三号二一〇頁。

⑤ Irwin v. Irwin (一九八六) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九八五年一月に別居し、別居合意書を作成した。それによれば八才と十才の息子を共同監護すること、子の当初の居所は父の住居とし、子はそこから通学するものと定めた。母の雇用の時間に適合させるため、双方はその後、口頭でさきの合意を変更し、母が週に三日連続して子を監護するとした。その結果、子は週のうち半分は父母の別々の住居から通学することになった。一九八六年五月に母が職を失ったため、父は母に、子の監護の内容を当初の合意のように戻すよう求めた。離婚手続において、母はさきの口頭の合意に従った子の監護を請求し、それが現在では子の最善の利益に合致すると主張した。

裁判所はこれに対し、当初の別居合意書の定めを支持し、次のように判断している。すなわち、一般的にみて、当事者間に合意の存在しないとき、学校に通う幼い子にとって、一つの決まった住居から通学するのが最善の利

益である。この点で母の主張は子の利益にかなっていない。書面による合意のもとでの取り決めは、子に害を及ぼすことはないし、変更を請求することは認められないという。

ここでは夫婦が別居後は二人の息子を共同監護することを定め、子の居所を父の住居としている。これにより二人の子は父の住居より学校に通うことになった。これも共同監護の一つの型式とみてよい。だが、その後、母の都合で二人の子は週の半分を父母それぞれの住居から通学しなければならなくなった。子は相当にとまどいを感じているにちがいないが、これをもう一度、当初のように戻そうとする。ここで二人の子の通学方法としては、三つの方法が考えられよう。父の住居からの通学、母の住居からの通学、もう一つは週の半分ずつを父母それぞれの住居から通学する方法である。父母それぞれの住居をめぐる地域的な環境、通学に要する時間、さらに加え子自身の希望も結論を出すために考慮すべき要因に数えられよう。裁判所はこれらすべての要因を考慮し、二人の子が元どおり父の住居から学校に通う方法を選んでいるが、子の側からの反対もなく、これが現状のもとでは子の最善の利益に合致しているとみてよからう。

(一) R. F. 1. 3d. vol. 3. p. 403.

⑥ Deroser v. Deroser (一九八七) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九八六年四月になされた共同監護の命令に合意した。命令によれば、一九八三年三月に産まれた子は月曜より金曜まで母の許に、他の日は父の許で生活する。母が他男と別の町に移った結果、分担監護が働かなくなり、父が事実上、子の監護を引き受けた。母は監護命令を変更し、彼女に単独監護を認めるよう請求した。

裁判所はこれに対し、共同監護を継続し、次のように判断している。すなわち、監護命令の変更を必要とする事情があったことを立証する責任は、変更を求める人にある。裁判所は合意が子の最善の利益に反しない限り、監護命令を変更すべきではない。母が居所を変えることは自己中心的で不合理なことであり、また父が事実上子の監護を引き受けたことにより、子が困難な立場におかれたという証拠も存在しない。したがって、母の申立は斥けられ、共同監護が継続されるという。

ここでは当初、裁判所の命令どおり、夫婦による子の共同監護が行われていた。その法律上の根拠として一九八六年の連邦離婚法第十六条が指摘される。同条は「監護命令」と題し、「(1)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監護および面接について命令をすることができる。……(4)共同の監護または面接。裁判所は本条のもとで、婚姻による子の一人または全員の監護または面接を一人または複数の人に許す命令をすることができる。……(8)要因。本条のもとでの命令をするとき、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」というのである。この規定にもとづいて命じられた共同監護とはいいいながら、子がつねに両親のもとで監護されるわけではなく、実質は分担監護にほかならない。この分担監護も母が子を残して他男と他の町に移ってからは、従来どおりの仕方での子の監護を実行できなくなり、事実上、父の単独監護となっている。このような状況のもとで母の単独監護の請求が認められるためには、父が監護している子を自分の手許に引き取るのが子の最善の利益となることを立証しなければならぬはずである。母が自分の身勝手な行動の結果、それまで順調に行われていた分担監護が実行不可能となったことを反省し、当初のとおり父と共同して子を監護できるような状況を作り出すべきであり、裁判所の判断もこの線に沿ったものと

考えられる。

(1) R. F. L. 3d. vol. 12. p. 235.

(2) 村井「カナダの新離婚法——一九八六年」神戸学院法学第十八卷一・二号二三六頁—二三七頁。

⑦ Lewis v. Lewis (一九八八) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦間に三才、八才、十二才の三人の子がいる。彼等は一九八七年に父が家族の許を離れて以来、母と生活を共にしている。婚姻住宅は二人の年長の子が通う学校の近くにある。子らは引続いて母と生活することを望みながら、定期的な父との面接も期待している。父はアパートで女性の友人と住んでおり、子が生活する環境には適さない。母による離婚の訴において、原審は母に子の単独監護を認めたので、父が控訴した。裁判所はこれに対し、父の控訴を斥け、次のように判断している。すなわち、歴史的にみて、子をめぐる監護の争いは「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、子を彼または彼女の子として扱い、いつ他方が面接できるかを指図し始める。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。このような事情にもかかわらず、監護をめぐる争いを継続したのは、父が子と面接するのを母が極端に困難にしたことが原因であると認め、父母による共同監護を命じている。

ここでは父が婚姻住宅を離れ、アパートで女性の友人と生活していることが大きな障害といえよう。これを除けば、父母ともに子の監護に好適であるとされる。かかる事情のもとにある父母に子の共同監護を認めるとしても、一般に考えられる正常な父母による共同監護とはいえない。父母双方に法律上の監護権を認めただけで、現実には母が二人の子を監護・養育し、父とは協議のうえで面接の方法を決定することになる。これは実質的には

分配監護または分担監護に該当しよう。父と三人の子の面接については、父のパート以外の場所が要求されよう。その場合に、これまでのように母は子と父との面接を困難にすることは許されない。監護を「勝者がすべてを手に入れる」手段とすることなく、あくまでも子の最善の利益をはかるためのものとして、父母による賢明な配慮が要求されよう。

(1) R. F. L. 3d. vol. 18. p. 97.

⑧ Crawford v. Crawford (一九九一) 事件¹⁾

この事件において、夫婦は一九七九年に婚姻し、一九八八年に別居した。妻は十三才、十才、七才、六才の四人の子の世話をしていた。一九八九年の命令により夫婦は共同監護を与えられ、夫は合理的な通知による面接が認められた。妻は一時期キッチナーからストラトフォードに移ったが、現在では元の住居に帰来している。子は両親に会うことを希望しており、最年長の子は父と同居することを望んでいた。父が子の仮りの監護を請求したとき、調査報告書によれば、父は自ら進んで面接をより容易にするつもりであるため、彼が子を監護することを勧告した。

裁判所はこれに対し、両親に共同監護を与え、次のように判断している。すなわち、両親とも子を愛しており、子のニーズに応じることができる。もし監護親を選ぶ必要があれば、父とすべきである。母の行動は、子のニーズよりも彼女自身のニーズを優先させている。それにもかかわらず、両親は子の生活のために重要な役割をこなっており、子のニーズは共同監護を認めることにより、さらに良く達成することができるという。

ここでは妻が一時期、子と共に住居を変えたことはあるが、夫婦による共同監護はいぜんとして継続されてい

る。最年長の子は父と同居することを望んでいるが、子の成長に伴ってみられる傾向の一つかも知れない。調査委員会は父による監護を勧告するが、これが四人の子全部という意味であれば、これまでの経過からみて、荷が重すぎるのではなからうか。そうではなく、最年長の子のみというのであれば、一応納得のいく処置かも知れない。裁判所は父母それぞれの子の監護に直面する態度について、少しばかり差のあることを認めている。両親にみられるこの差が余りにも大きいならば、子の共同監護を認めることはできないであろうが、結局は子の最善の利益という大局的な見地に立つて考えるとき、無視することが許されると判断したのである。

(一) R. F. L. 3d. vol. 36. p. 337.

⑨ Ysebart v. Ysebart (一九九二) 事件^(一)

この事件において、夫婦は一九八二年に婚姻し、一九八九年に別居した。一九八七年に産まれた現在八才の子は精神的・肉体的に問題をかかえていた。両親はいずれも失職して社会保障をうけており、母はまた労働者保障協会より部分的な療疾年金を受けていた。父は彼等の別居後、息子達の仮りの監護を認められ、母は自由に面接を許されていた。父は勤勉で世話すきであるが、限られた教育しかうけておらず、読み書きが十分にできない。

母は父の親としての能力に関心があり、また子の健康管理に気を配っている。二つの調査報告書は父が子の監護を引き受けることを勧告したので、双方が監護を請求した。

裁判所はこれに対し、双方に子の監護を認め、次のように判断している。すなわち、両親は子の世話に専念しており、限られた収入にもかかわらず、彼等の息子のニーズに応じている。各自は子の世話および養育に力をつけている。双方は親として適切であるので、共同監護を命じるといふ。

ここで十八才の子はもとより、子を監護する両親も平均的な家庭と比較するとき、困難な情況のもとにおかれている。まず、子は学習能力がなく、注意力が不足し、眼の視野が狭く、両足の長さに差がある。建設業で働いていた父は現在、職を失って社会保障をうけており、母も工場で働いていたが、肩に傷をうけ、正常な労働ができない状況であり、部分的な失業保険をうけている。このような困難な事情にもかかわらず、父は能力の欠けた子の日常の世話をよりよく果しており、母は子を助けて、彼の保健の管理、生活態度および教育への手助けの方法を充分に身につけている。母はまた子の医学的な処置が適切に行われるよう注意を払っている。このような子の親としての役割を両親が巧みに利用できることが、ここでは重要な意味をもつといってよからう。このようにみると、両親に子の共同監護を命じるのはきわめて適切な判断と評価してよいと思われる。

(一) R. F. L. 3d. vol. 47. p. 69.

四 おわりに

オンタリオ州において、両親が別居または離婚するに当って、自分達の子をどのように監護すればよいのか、合意ができていないとき、親の一方または双方の請求にもとづいて、裁判所がどのように判断しているか、単独監護と共同監護に分けて検討してみた。もともと、監護の問題について両親の間で意見が合わない場合でも、裁判所が双方または一方に子の監護を命じるまで、両親は完全に平等な立場におかれているはずである。すでにみたように、一九七〇年の未成年者法も、裁判所によって別のことが命じられるのでなければ、子の父および母は子の監護・監督および教育について平等の権利を与えられる共同後見人であるとしていた。これを土台とする限り、両者による子の監護は、共同監護が一応の原則といえないこともない。だが、両親が子の監護をめぐる裁判所

で争うとき、この原則は効力を失ってしまう。ここで裁判所は「子の最善の利益は何か」を判断の基準にしなければならぬ。つまり、子の福祉が他のすべての要因に優先するにほかならない。精神的にも物質的にも充分に用意を整えた両親がそろって子の監護を望むとき、共同監護の請求を認めるのにちゅうちょすることはない。しかし、子を監護する用意が一方の親のみにあり、他方がこれを欠くとき、共同監護の請求を認める余地はなく、また前者からの単独請求は認めるが、後者からの請求は認めない。

本稿でとり上げた事例も含めて、母の方が父よりも単独監護を認められる例が多いように思われる。その理由として、父が職場で働いているが、母は家事・育児に専念しているとき、子がきわめて幼少であるとき、父が子の監護を望まないとき、反対に父が監護を望んでいるが、実際に子を世話することができるとは思わないとき、このような場合には、通常、母が合意により子の単独監護を得ているの実情ではないかと思われる。