

# 子の監護と幼弱年令の原則をめぐって

——イギリス、カナダ西部諸州の判例をさぐる——

村  
井  
衡  
平

## 目次

- 一 はじめに
- 二 イギリス
  - 一 一八三九年法
  - 二 一八七三年法
  - 三 一八八六年法
  - 四 一八九一年法
- 三 カナダ——西部諸州
  - ① ブリイティッシュ・コロンビア州
  - ② アルバータ州
  - ③ サスカチエワン州

- ④ マニトバ州  
 ⑤ オンタリオ州  
 四 おわりに

一 はじめに

イギリスのコモン・ローによれば、父は彼の幼児に対して、ほとんど絶対的な単独の監護権 (Right of Custody) を有しており、この権利は彼の重大な非行が立証される場合に限りて喪失することになるが、そうでない限り、子が乳飲み子であり、母がそれに反対する場合でも、彼の生来の権利であるとされていた<sup>(1)</sup>。また、別の説明によれば、子が未成熟の間、親は彼等の子に対して扶養の義務を負うことについては、社会的・道徳的に自明のことであり、コモン・ローもこのことを認めていたが、子が親からうける扶養の利益を子の権利として認めるのみであり、それが実現されていない場合、子にその権利の執行を認めたケースはかつてなかったという<sup>(2)</sup>。

父が子に対して絶対的な監護権をもつという万人の認める事実も、その後姿をみせる幼弱年令の原則 (Tender Year Doctrine) によって次第に制約をうけることになった。一九三九年の「未成年者監護法」(An Act to amend the Law relating to the Custody of the Infants) に始まるいくつかの法律がそれであった。本稿はまずこれらの法律の具体的な内容を明らかにしながら、その法律のもとに現われたいくつかの事例を参照することにより、幼弱年令の子に対する父の監護権が次々に制約され、それに反比例して母の権限が拡張していく過程をたどるところとする。さらに、時代を異にしながらも同じコモン・ローを継受したカナダの西部諸州について、法律・判例を検討しながら、幼弱年令の原則が各州にどの程度までとり入れられたか、またはそれに代わるならんかの考え

方が現われていないか、州の法律および判例を素材にして詳しく考察してみたいと思う。

(1) Eversley's Law of Domestic Relations. 6ed. p. 333. 1951.

(2) 東和敏「イギリス家族法と子の保護」二五頁、一九九六年。

## 二 イギリス

イギリスにおいて、父が子に対して有する絶対的な権限を明確に示すものとして、大法官裁判所の R. v. De Manneville (一八〇四) 事件<sup>(1)</sup>がみられる。この事件において、母と別居中の父が生後八カ月の子を計画的かつ力づくで、母から引き離し、悪天候のなかをほとんど裸のまま連れ去った。このような事情があるにもかかわらず、裁判所は、父に不利な結論を導くことができないとのべ、子に対する父の監護権を容認している。この当時、父は彼の子が二十一才(成年)に達するまで、絶対的に広範囲な権利を子の上に与えられていた。しかも、コモン・ロー上の権利については監護 (Custody) と後見 (Guardianship) とが二つの概念があるが、ここではまさに父が母を除外して自分の監護権を独占的に行使したものと見えよう。<sup>(2)</sup>

同じような事情は大法官裁判所の R. v. Greenhill (一八二六) 事件<sup>(4)</sup>にもみられる。この事件において、夫の姦通を理由に妻が彼のもとを去り、彼女と同居する五才、四才、二才の三人の娘の監護権を請求した。夫は妻がよき配偶者であり、よき母であることは認めるが、それでもなお、現実には他の女性と同居しながら、彼の子どもを養育するという父の伝統的な権利を主張した。裁判所は三人の子が父と同居する女性と接触をもつ可能性について関心を示したが、これまでかかる接触はなかったし、今後もないであろうと認め、子を自分の祖母に監護させたいという父の希望を容認している。

これまで、コモン・ローにより、子に対する父の権利は絶対的なものであるとされてきた。子に対する母の監護権および面接交渉権 (access) は、母による人身保護令状 (a writ of Habeas corpus) の申請を認容するかどうかの問題において、間接的または副次的に認められるにすぎなかった。<sup>(5)</sup> 年少の子について副次的ではあるにせよ、正面から母による監護を認めようとする幼弱年令の原則 (Tender year Doctrine) はまだ姿を現わすにいたっていなかった。だが、やがて大きな改革の波が押し寄せてくることになる。その結果、これまで父が有していた子に対する監護権には、幼弱年令の原則を取り入れた立法によって次第に制限が加えられ、反対に、母による子の監護の範囲がそれに応じて拡大される結果となってくる。

- (1) 三木妙子「イギリスにおける親の法的地位」判例タイムズ七五三号 三三三頁。
- (2) 黒木三郎監修「世界の家族法」一八頁、一九九一年。
- (3) Stephen M. Cretney, *Principle of Family Law*, 4th. ed. pp. 287-315. 1984.
- (4) 三木妙子・前掲論文三三三頁。
- (5) 川田昇「イギリスにおける親権法の発展」福島正夫編「家族と法」第四巻、一一九頁。

□ 一八三九年の「未成年者監護法」<sup>(1)</sup> (An Act to amend the Law relating to the Custody of Infants)

これはさきにみた大法官裁判所の *R. v. De Manneville* (一八〇四) 事件の直接的な産物として通過した法律といわれ、タルフォード卿法 (Talford's Act) とよまはれている。その第一条に、「……イギリスにおいての大法官および記録長官 (Master of the Rolls) はそれぞれ、父の単独監護または監督のもとにある未成年者の母の申立により、……七才未満の未成年者を申立人の監護に移し、かかる年令に達するまで、申立人のもとに留めるべきこと……を命じることができる」とし、<sup>(3)</sup> また第四条では、「……母について、夫による姦通の訴えまたは教

会裁判所の判決による姦通の事実が立証されないこと<sup>(4)</sup>をその条件としていた。つまり、これまでは子の年令のいかんを問わず、二十一才に達するまでは父が独占的に監護権を行使している子に対し、子が七才に達するまで、また母に姦通の事実が立証されなかったという条件のもとで、母に子に対する監護をはじめて認めたとの評価されよう。

前示の法律のもとで *Bazeley v. Fordar* (一八六八) 事件<sup>(5)</sup>がみられる。この事件において、原告(商人)は被告である母の要求により、七才未満の子のために衣服を売却した。母は正当な理由で夫と別居しており、子は母と同居している。父の意思に反して、記録長官の命令により、母に子の監護が認められていた。父はこれに対し、父の地位相応に母は子を扶養する適切な手段を有していないと反論し、子の監護を請求した。自分に子の監護が認められたならば、子の衣服の代金を商人に支払うというのであろうか。

裁判所はこれに対し、記録によれば、子は適切に母によつて監護されており、そのために母によつてなされる支出は、彼女の支出の一部分であり、支出について彼女は夫に信用を誓約させる権利があるという。

ここでは前示の法律のもとで、七才未満の子の母は正当な理由にもとづいて父と別居し、幼弱年令の原則のもとで現実の子を監護している。一般的にみて、子のための衣服はいわゆる生活必需品 (*Necessaries*) に属しており、妻は夫の地位に適する生活必需品につき、契約を行うことができ、その場合に夫はその契約上の責任を負わなければならない。<sup>(6)</sup> 本件において、商人が父に子の衣服の代金を請求するとき、父がそれを拒否する正当な理由は何も見当らない。

(1) *The Statute at Large*, 2&3 vict. C. 54, pp. 343-344.

(2) 三木妙子「イギリスにおける親の法的地位」判例タイムズ七五三号、三三頁。

- (3) The Statute at Large. op. cit. p. 344.
- (4) The Statute at Large. op. cit. p. 344.
- (5) L. R. Q. B. (1868) vol. 3. p. 559.
- (6) 高柳・未延編「英米法辞典」三二六頁―三二七頁、一九六七年。

□ 一八七三年の「未成年者監護法」<sup>(1)</sup> (An Act to amend the Law as to the Custody of Infants)

この法律は第一条において、「大法官高等裁判所は十六才未満の未成年者の母の代理人による申立を審理し、申立人は裁判所が適切と判断する時期および規則に従って未成年者と面接するよう命令し、またはかかる未成年者が母に引渡され、母の監護または監督のもとにあるならば、十六才を越えない年令に達するまでそこに留まるよう命令……」<sup>(2)</sup>するものと定めている。さらに第三条により一八三九年法を廃止し、<sup>(3)</sup>同法第四条にあった母の姦通を理由として子の監護に関する彼女の請求を棄却する規定が改めて設けられることはなかった。また、第二条では、これまで別居証書のなかで父が子の監護権を母のために放棄する旨の条項は公の政策に反して無効とされていたが、子の利益に反しない限り有効と認めている。<sup>(4)</sup>

さきに見た一八三九年法では対象となる子の年令を七才未満としていたが、一八七三年法では十六才未満にまで拡大するにいたっている。この間には実は一八五七年の婚姻訴訟事件法 (Matrimonial Causes Act) が介在していたことを見逃してはならない。同法はその第六条により、婚姻管轄権を従来の教会裁判所から新設の離婚裁判所に移したが、<sup>(5)</sup>さらに第三十五条において、裁判所は裁判別居、婚姻無効、離婚の訴訟で、「子の監護、扶養、教育に関し、正当かつ適当と思われる仮判決を、最終判決とする前にいつでもすることができるし、あるいは当該判決の中に同様の条項を設けることができる。また、適当と考える場合には、子を大法官裁判所の保護のもと

におく手続をとることができ<sup>(6)</sup>」と規定する。離婚、別居、婚姻無効という限定された訴訟事件においてではあるが、一八三九年法の規定した監護権についての子の年令制限および有責の母の監護請求からの排除を撤廃して<sup>(7)</sup>いる。つまり、この規定により、一八三九年法にいう七才未満という制約はすでになくなっていたわけである。そこで一九七三年法は七才未満という制約はやめにし、改めて十六才未満としたことになる。だが、なぜ七才未満から十六才未満に改めたのか、その理由については何の説明も見当たらない。このような事情を念頭におきながら、一八七三年法のもとで現われたいくつかの事件を探ってみることにしよう。

- (1) The Statute at Large. 36-37 vict. c. 12. p. 142.
- (2) The Statute at Large. op. cit. p. 142.
- (3) The Statute at Large. op. cit. p. 142.
- (4) The Statute at Large. op. cit. p. 142.
- (5) 村井「離婚と互責」五一頁。
- (6) 川田昇「イギリスにおける親権法の発展」福島正夫編「家族と法」第四卷一二〇頁。
- (7) 川田昇・前掲書一二〇頁。

1 In re Taylor (An Infant) (一八七六) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫は一八七五年六月に家族を遺棄し、妻が切望するにもかかわらず、帰来を拒否した。同年十月、彼は三才の男子を妻の許より誘拐し、妻はその後、子と会わず音信もない。子は夫によって完全に妻から引き離された。妻は離婚の訴を提起し、さらに子の引渡しを求めた。彼女は年間六十ポンドの収入があり、さらに親族よりの金銭的な援助により、子の養育は充分に可能である旨を主張した。夫は妻の暴力およびしつと深

さのために子の監護を託すのに適しないこと等々を反論した。

裁判所はこれに対し、妻の主張を全面的に肯定し、一八七三年法のもとで、夫が三才の男子を直ちに妻に引き渡すよう命じ、父および父方の祖父母による子との自由な面接を認め、さらに子が十六才に達するまで、子の扶養および教育・監護を母に認めている。

ここでは三才になる男子を夫婦のいずれが監護すべきかを考えなければならない。子の監護についての夫婦の態度は全く正反対である。夫は家族を遺棄し、妻による帰来の要請を拒否するのみでなく、四カ月後には三才の子を妻の手許から奪い去るという卑劣な手段に出た。彼が自分の非行を正当化するために主張する妻の暴力・しつと深さという事実は裁判所の認めるところではない。また、他方で一八三九年法には存在した妻の姦通に関連する規定は、一八七三年法では姿を消しているし、もともと、当面の場合にもかかる事情は最初から全く問題になっていない。しかも、彼女の主張によれば、子の監護のための費用は充分に確保されている事情が明白にされた。さらに夫とは対照的に、妻の父母双方は妻に対してきわめて好意的な態度を示していることも、妻にとつては強力な助け人といつてよからう。

ところで、この当時、コモン・ローも衡平法も、両親が子に彼等の子の地位にふさわしい教育をうけさせる義務は認めるけれども、それを強制する手段を何も設けていなかった。一八七六年の「初等教育法」(The Elementary Education Act)によつてはじめて、すべての親は彼等の子に読み、書き、計算のための効果のある初歩的な教育をうけるように保証する義務を負わされることになった。<sup>(2)</sup>だが、ここにいたつても、親が子のある宗教的な信条のもとに教育する権利とか義務といったことを法律上で明文をもって規定することはない。

(一) L. R. Ch. Div. 1876, vol. 4, p. 157.

(2) P. M. Bromley, Family Law, p. 273, 1987.

## 2 In re Besant (一八七九) 事件<sup>(1)</sup>

一八七三年法(四月二十四日施行)の施行後に作成された別居覚書により、イギリス国教の牧師である父は彼の娘を一年のうち七カ月は母の監護に委ねることに合意した。子は当時八才位であり、裁判所に一定の金額が支払われ、裁判所の被後見人(Ward of Court)とされている。ところで、母は無神経な主張をし、子がいかなる宗教的指示をうけることも拒否した。一八七四年に彼女はみだらな本を出版した。そこで父は母の不品行を理由に監護者の変更を請求した。

裁判所はこれに対し、子の監護者を父に変更し、次のように判断している。すなわち、父の信じる宗教のなかで子を育てることは、裁判所が被後見人に対して負っている義務の一つであり、このことは別居合意書によって影響をうけることはない。子に対する宗教的な指示を拒否し、不快な本を出版することは、それ自体、母から子の監護を奪うことを正当とするという。

ここでは子が裁判所の被後見人になっている。この当時、子の不動産、身体または特権に関して訴訟または他の手続が大法官部に提起されたとき、子は原告か被告かを問うことなく、直ちに、彼の父または遺産管理人が生存しているかどうかに関係なく、裁判所の被後見人となった。裁判所の被後見人は裁判所の許可なしに、管轄区域外に出たり、婚姻、就職等によって彼または彼女の地位を変更することはできないし、彼または彼女の教育および扶養に関する詳細な事項は裁判所、すなわち私室にある大法官部の判事によって規制され、裁判所のこのよ<sup>(2)</sup>うな支配は、子が成年に達するときに終了することになると説明される。当面の場合、八才になる子はここにみ

るような手続で裁判所の被後見人となっていた。母による監護の方法が幼弱な子の利益を保護する限り、問題は生じないはずである。だが、現実には母は父の希望を無視しており、みだらな本まで出版したとされている。これ以上、子の監護を母に託すことは絶望的であると大法官部の判事によって判断されたにちがいない。

(1) L. R. Ch. Div. 1879, vol. 11, p. 508.

(2) Earl. Jowitt. The Dictionary of English Law. p. 1851.

### 3 In re Clarke (一八八二) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、イギリス人でプロテスタントの夫とカトリックでドイツ人の妻が一八六九年十月にドイツで婚姻した。婚姻に先立つ合意書で、産まれる子はカトリックとして教育する旨を定めた。夫婦は婚姻後ドイツに住んでいた。夫はプロテスタントの礼拝所に出席することなく、しばしば妻とカトリックのミサに出席していた。彼等には十才、八才、五才(夫の死後に出生)の子がいる。年長の二人は父の了解のもとにカトリックとして洗礼をうけ、同じカトリックの母に養育された。ところが、父は無遺言で死亡し、子のための監護者を指定していなかった。父の唯一の財産はランカスターにある年収二・〇〇〇ポンド以上の不動産である。それは一八八一年に死亡した父方の祖父の所有であったが、父の法定相続人としての彼のものとなった。母に彼女自身の財産はない。母は一八八一年に最年少の五才の男子の最近親(Next Friend)として、監護者の指定および扶養・教育方法の決定を裁判所に請求した。母は子がカトリックで教育をうけることを希望するが、父方の親族は反対し、プロテスタントとしての教育を望んでいる。

裁判所はこれに対し、父は彼の行為によって、子が彼自身の宗教——プロテスタント——によって教育される

権利を放棄し、妻にカトリックによるよう指示した。また、本件の事情のもとで、子はカトリックの信条のもとに教育されるのが彼にとって最善の利益 (The most for benefit) であるという。

ここでは父母の信じる宗教がちがっている。幼い子の父母が同じ宗教の信者として子を養育している限り、宗教をめぐる問題がことさら正面からとり上げられる機会はほとんどないし、ましてそれが裁判上の問題として注目を引く事態はみられない。だが、父母がそれぞれ信仰を異にし、それをめぐって意見の対立をきたし、あげくの果ては離婚への道をたどるとき、父母の信仰のちがいがらくる荒波を幼い子がまともなうけてしまう。当面の事件では三人の子のうち、年長の二人はカトリックとして洗礼をうけ、同じカトリックである母の監護のもとにあった。父がプロテスタントであるのに、なぜこのような事態が生じたのか。疑問が生じるのも無理ではない。

この点について、次のような事情がみられる。すなわち、イギリス教会に属している父は婚姻前にカトリックである母と宗教について話し合い、互いの立場を理解し合ったうえで、まず前示のような合意書を作成し、フランクフルトのイギリス領事館、ついで翌日にはカトリック教会において挙式した。婚姻後も父はカトリックの信条に引かれ、年長の二人の子を監護していたが、彼の死後、最年少の男子が残された。このような事情のもとで、子を監護する母は当初よりカトリックであり、年長の二人の子も、すでにみたような事情のもとで、カトリックとして養育されている。事情を知らない父方の親族が反対するかも知れないが、この時点で母がプロテスタントに改宗するといった事態が生じない限り、男子は年長の二人の子と同じくカトリックとして養育されるのがベストというべきではなからうか。

(一) L. R. Ch. Div. 1882. vol. 21. p. 817.

4 Re Agar-Ellis (一八八三) 事件<sup>(1)</sup>

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。婚姻に当り、すべての子はカトリックとして育てる約束をしたが、最初の子が産まれたのち、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として育てた。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のを拒否した。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べく反論した。

裁判所はこれに対し、父の主張を認め、次のように判断している。すなわち、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、父は子の人格、教育および行動について監督し、命令する法律上の権利を有している。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、彼の親としての権利を放棄したとき、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<sup>(2)</sup>という。

ここでは裁判所は十六才になる娘の父に対する愛情が、母と会い交流をもつことによって母に移ってしまうかも知れないという理由から、その娘が二十一才に達するまで、自由に母に会ったり交流をもつことを禁止する程度にまで父の権利を容認していた<sup>(3)</sup>。その結果、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おいてもなお、ときにははいぜんとして父の権利は絶対的なものとされ、彼は自分自身がこ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のみ、その権利を失い、そうでない限り、子の福祉とか愛といったことは副次的に考慮されるにすぎなかったことを適確に示したものといつてよい。

この事件の翌年の *In re Elderton* (一八八三) 事件<sup>(4)</sup>では、父が夫婦間の義務に違反した事実を認定した裁判所は、婚姻による八才および七才の二人の子の監護を各自が十六才に達するまで、適切と判断する規制のもとに母に認めているのも右の事件と同趣旨であらう。

(1) *L. R. Ch. Div.* 1883, vol. 24, p. 317.

(2) これはウイリアム・ブレット卿の名言とされる。東和敏「イギリス家族法と子の保護」十二頁、一九八六年。

(3) 三木妙子「イギリスにおける親の法的地位」判例タイムズ七五三号 三三二頁。

(4) *L. R. Ch. Div.* 1883, vol. 25, p. 220.

【三】 一八八六年「未成年者後見および監護法」<sup>(1)</sup> (*An Act to amend the Law relating to the Guardianship and Custody of Infants*)

この法律は第二条において、「未成年の子の父が死亡し、しかもそれが本法施行前であるとき、本法施行後に生存している母は、かかる子の後見人となり、父によって指名された後見人がなければ単独で、指名されておれば同人と共同で、後見人となる」<sup>(2)</sup>と定める。また、第三条では、「子の福祉に影響を及ぼす問題について監護者の間で合意が不可能である場合、彼等のうちの誰れかが裁判所にその指令を請求し、かつ、意見の相違する事項に関して裁判所が適切と判断する命令をすることができる」<sup>(3)</sup>とする。さらに第五条では、「裁判所は未成年者の母の申立により、かかる未成年者の監護および一方の子との面接の権利について、適切と判断する命令」<sup>(4)</sup>をすることができる<sup>(5)</sup>と定めていた。

すでにみたように、一八三九年の未成年者監護法ははじめて幼弱年令の原則をとり入れ、七才未満の子の監護を母に認める裁量権を裁判所に与えたが、さらに一八七三年法ではこれまでの七才未満という上限を十六才未満

に引き上げており、ここにみる一八八六年法では裁量権の範囲を二十一才未満のすべての子にまで拡張した点に注目しなければならない。

ところで、一八八六年法のもとで、幼弱年令の子の宗教教育に関連して、*In re Sagan* (一八八八) 事件<sup>(5)</sup>がみられる。この事件において、プロテスタントである父は十五才、十四才および八才の三人の子を残して死亡した。母はカトリックであるが、三人の子は父の意思のもとにプロテスタントとして育てられていた。父の死亡により子の監護者となった母はいかなる宗教のもとで子を養育すべきかが問題となった。

裁判所はこれに対し、父は彼の一生涯、彼の子がいかなる宗教教育をうけるべきかを決定する絶対的な権利をもち、彼の死後、子の監護者は子の父の宗教的信条にもとづいて子を養育すべきであるという法則は、一八八六年の法律によって影響をうけないと判断している。

さきにもたように、一八八六年法の第五条によれば、裁判所は未成年の子の母の申立により、子の監護および面接について適切と判断する命令をすることができるとしている。この規定よりすれば、三人の子について父の定めた宗教的な教育の方針についても、それが絶対的なものではなく、裁判所は父の死後に新しく監護者となる母のため、幼弱年令の子の福祉を充分に考慮し、その方が適切と判断されるならば、たとえば父の定めたプロテスタントをカトリックに改め、または反対にカトリックをプロテスタントにする等、父の生前の方針とは異なることを母に許すことも可能になった<sup>(6)</sup>と考えるのが妥当ではなからうか。とはいえ、母の恣意的な判断が許されるべきでないことはいままでもない。

(1) *The Statute at Large*, 1886, *vict.* 49-50, *c.* 27, *pp.* 55-56.

(2) *The Statute at Large*, *op. cit.*, *pp.* 55-56.

- (3) The Statute at Large. op. cit. p. 56.
- (4) The Statute at Large. op. cit. p. 56.
- (5) L. R. ch. Div. 1889. vol. 40. p. 200.
- (6) 青木勢津「イギリス親子法における親権」家裁月報第二五卷 九号 四六頁。

四 一八九一年の「児童監護法」<sup>(1)</sup> (An Act to amend the Law relating to the Custody of Children)

この法律は第三条において、「a) 一方の親が彼の子を遺棄したか、またはb) 彼の子が他人により同人の費用で、または救貧法ユニオンの監護者により養育されるとき、裁判所が彼の親としての義務にむとんじやくであったと認定するような期間および事情のもとで、彼の子が養育されるのを許すとき、裁判所は子を親に引渡す命令をしないものとする。ただし、子の福祉を考慮し、彼は子を監護するに適していると裁判所が認定するときは、この限りでない」と定めていた。

○ In re A and B (Infants) (一八九七) 事件<sup>(2)</sup>

この事件において、夫婦は一八八五年に婚姻し、三才、二才、〇才の三人の子がいる。彼等は一八九五年に別居し、それ以降、母は最年少の子を監護して両親の許にいる。年長の二人の子は父の両親により世話されている。母は彼女の婚姻セトルメントで充分な収入があるが、父には彼自身の独立した資産はない。このような事情のもとで、母は一八八六年法により、現に父の両親の許にいる二人の子も自分の監護のもとにおくことを請求した。裁判所はこれに対し、母の請求を認め、つぎのように判断している。すなわち、一八八六年法によれば、幼い子を監護する父の権利はあらゆる面で制約されている。第三条はその適例であるが、ここでは第五条が重要である。本条は子の監護および面接について裁判所に広範囲な裁量の余地を与えている。子の福祉、両親の行動およ

び彼等双方の希望がそれである。幼弱年令の子にとっては、裁判所が母に幼児の監護を命じるのが最適であろうという。

さきに見たように、一八八六年の「未成年者後見および監護法」は幼弱年令の原則を二十一才未満のすべての子に拡張した。当面の事件では三才、二才および〇才の三人の子のうち、〇才児は母が監護するが、年長の二人は父ではなく、父の両親が世話をしている。母はこの二人も〇才児と共に自分が監護することを望むが、この望みを裁判所がどのように判断するか。最初の一八三九年法は七才未満の子の監護は母に託すのが適切としたが、当面の年長の二人も正にこれに該当しよう。しかも二人の子は父による監護ではなく、父の両親がその任に当たっている。その理由として父自身の独立した収入のない点が指摘される。父が子の監護を望むとき、自分自身に独立した資産がなくとも、別個の方法による収入でそれが可能であれば、子の監護が認められる可能性もある。ここではその可能性も認められなかったにちがいない。もともと、幼弱年令の原則により、子の監護については母が優先している現状からみると、母よりも条件の面で大きく引き離されている父の請求が認められないのも仕方あるまい。

(1) The Statute at Large. 1891. vict. 54. c. 3. p. 11.

(2) The Statute at Large. op. cit. p. 12.

(3) L. R. ch. Div. 1897. vol. 1. p. 786.

### 三 カナダ——西部諸州

一七九一年に創設されたアッパー・カナダの議会は、翌一七九二年十月二十五日に最初の法律を制定した。同

年法第一章の「アッパー・カナダにイギリスの私法を導入する法律」(An Act introducing the English civil Law into Upper Canada) がそれである。「財産権および市民権、証言および裁判上の証拠に関して紛争のある事項については、同日現在のイギリスの法律が拘束力を有する。ただし、アッパー・カナダにおいて効力を有する王国議会の法律により、またはアッパー・カナダの法律によって廃止されたものは、この限りでない」という。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)の成立後、時を異にしながら西部諸州にうけ継がれることになった。一七九三年といえ、イギリスにおいてさきに見た一八三九年の「未成年者監護法」さえもまだ制定されていない時代に属している。コモン・ローの原則により、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なかった。だが、やがて時を経るにつれ、カナダにおいてもイギリスの法律・判例にいう幼弱年令の原則による考え方が姿をみせることになったが、それに留まることなく、さらに歩を進めて、「子の最善の利益」(Best interest of the Child) が考慮されるべきであるとされるようになった。西部諸州でもこのような考え方が発展をとげるが、以下にみるように州毎にその事情を異にしている。本稿では西部の五州(ブライティッシュ・コロンビア州、アルバータ州、サスカチュワン州、マニトバ州およびオンタリオ州)について、主として一九八〇年代から同九〇年代の初めにかけての法律・判例を手がかりに、当面の問題についての裁判所の判断をたどってみることにしよう。

(1) Falcombridge, *Law and Equity in Upper Canada*. U. of Penn. L. R. vol. 63. pp. 2-3. 1914.

## ① ブリイティッシュ・コロンビア州

一九七八年の「家族関係法」<sup>(1)</sup>(The Domestic Relations Act) は第二章の第二十四条において、「子の最善の利益が至上のものである」と題し、第一項で次のように定めている。すなわち、「本章のもとで命令し、それを變更または取消すとき、裁判所は子の最善の利益を至上のものと考え、かつ、これらの利益を評価するについて、(a)世話および処置のための特別なニーズを含む子の健康および感情的幸福感、(b)それが適切なときは子の見解、(c)子および他の人々の間に存在する慈愛、愛情および類似の結びつき、(d)子のための教育および訓練、さらに(e)保護、監護または面接の権利および義務が付与された各人のこれらの権利および義務を適切に行使する能力等の要因を考慮し、子のニーズおよび事情に従って、各要因を強調するものとする」という。<sup>(2)</sup>この法律のもとでの五つの事件を参照してみよう。

(1) 村井「家族関係法 一九七八年——ブリイティッシュ・コロンビア州——」神戸学院法学第三二巻 三九 四九七頁以下。

(2) 村井・前掲資料 五〇七頁。

① Spencer v. Spencer (一九八〇) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は双方とも二十一才であり、一九六七年に婚姻し、八才と七才の二人の子は父母の共同監護のもとにあった。だが、母が婚姻住宅を去った一九七九年十二月以降、二人の子は父の許に残り、適切に世話されている。雇傭を得ている母が二人の子の監護を請求するのに対し、原審が子を母に託したので父が控訴した。その理由は次のとおりである。①母が父よりも一層多くの時間を子と共に過すことができると認めたのは間違っている。②子は現在、父と共に確実に安定した環境のもとで生活している。③母が父の許をはなれたこと

により、子は分裂させられており、彼等の生活をもう一度破壊するような効果を及ぼすべきではない。④母の行動は子の情緒を不安定にし、自己本位にすぎるといふ。

裁判所はこれに対し、父の控訴を認め、次のように判断している。すなわち、原審は母が父より優勢であること、子を安全な環境から新しい環境に取り込むことによる予測される効果を全く無視したことで、その判断を誤っている。子は現状どおり父の許に留まるのが最善の利益であるといふ。

ここでは八才と七才の二人の子の監護が問題となっている。当初、父母が共同で監護していたが、母が父の許を去ったことが争いの始まりである。その原因が明らかにされていないが、母は父と別居するに当って子を父の許に残した。このような場合、母は幼い子連れていくのが通常ではないか。そうしなかつた理由として、母はまず経済的に父と独立することを望んでおり、望みがかなって雇傭を得ることができたので、改めて子を引き取りたいと考えたのであるうか。他方において、幼弱年令の子としては、母が何故に自分たちを残して別居してしまつたのか、理解に苦しむにちがいない。このような子を父が単独で適切に監護しているのが現状であり、父子の間には平穏な状態が作り出されている。母がもと通りの家庭に復帰して子の共同監護を望むのであれば問題は別になるが、そうではなく、単独で二人の子の監護を望むとき、身勝手な母の要求を素直に認めることはできない。裁判所もいう通り、子をすでに作り出されている安全な環境から連れ出して、予測できない母との新しい環境に取り込むことは、子の最善の利益に合致するとは思えない。

(一) R. F. L. 3d. vol. 3. p. 377.

② Bell v. Kivk (一九八六) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は長年、婚姻外で同居していたが、一九八四年十二月に別居した。同居中、母は二年前に産まれた娘を養育する責任を負っていたが、別居後も事実上、彼女の監護のもとにおかれた。父が子の監護を請求するのに対し、原審は母の他男との関係をほめかし、子の監護を父に与えたので、母が幼弱年令の原則を理由に控訴した。

裁判所はこれに対し、母の控訴を斥け、次のように判断している。すなわち、当事者双方が合理的に子の最善の利益のために行動したとき、事実上の監護は、最終的な監護命令に当って重視すべきことではない。さらに、幼弱年令の原則は法律上の規則ではない。だが、母の他男との関係は、提案されている将来の家族の安定に影響する重要な事実であった。原審は母に対する父の敵意を無視しないが、それを関連づけている。最後に、父が働いており、留守中の子守を必要としているという事実は、彼から監護の権利を奪うことにはならない。原審は原則において間違っておらず、重要な証拠を無視したり、ある要因を不当に強調することもないという。

ここでは四才の子の監護をめくり、母は幼弱年令の原則をかざして自分の主張を正当化しようとする。さきにもたように、当州の一九七八年の「家族関係法」の第二十四条は子の監護の問題については「子の最善の利益」を考慮すべきものとしており、幼弱年令の原則には全く触れていない。このような事情のもとで原審は幼弱年令の原則について、法律上の規範ではないとして、これを斥けてしまった。果してこれが妥当な判断であろうか。もともと、幼弱年令の原則も子の最善の利益を考慮するものであることに変わりはなく、両者は互いに拒否し合う関係ではなく、むしろ互いに補充し合うことによって、子の利益を擁護することができる関係にあるのではなからうか。この点で原審の判断は余りにもかたくなにすぎるところで、ここで問題となるのが母の非行であった。

母が子の監護を請求するのに対し、父は彼女と他男との関係をほのめかし、それを理由に母の請求を斥けようとする。幼弱年令の原則も絶対的なものではなく、子の最善の利益を考慮するとき、その適用が制約されることがあっても仕方がない。当面の場合は正にこれに該当しており、さきに見たイギリスの未成年者監護法にはこの趣旨が明記されたものがあつたことを考え合わせれば、母の控訴が斥けられたのも仕方あるまい。

(1) R. F. L. 3d, vol. 3, p. 377.

③ *Williams v. Williams* (一九八九) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九七七年に同居を開始し、一九八四年に婚姻するまでに五人の子が産まれた。一九八六年に父が婚姻住宅を去って別居した。同年九月、ここで問題となる八才と三才の二人の娘の監護を得た。ソーシャル・ワーカーは母の生活態度および子のニーズに応える能力について関心を示した。その結果、子は「家族・児童サービス施設」に収容され、母の許へ返されるまで四カ月間、里親の許におかれた。七日間の審理ののち、原審は二人の娘を父の監護に託したので、母が幼弱年令の原則を理由に控訴した。

裁判所はこれに対し、母の控訴を斥け、次のように判断している。すなわち、原審はその結論に達するために「ステイタス・クオ」(Status Quo)の効果を重視し、父の主張どおり子の最善の利益というテストを適用した。幼弱年令の原則も、娘は母に従うという主張も現在では効力はない。法律に誤りはなく、原審の結論を支持する証拠があつたという。ここでステイタス・クオ<sup>(2)</sup>原状・現状<sup>(2)</sup>とは、事物がかつてあつた状態または現にある状態のいずれの意味にも用いられる。

ここでは五人の子のうち四才と二才の娘の監護が問題となつている。まさに幼弱年令の原則によるべき場合と

考えられ、母もそれを主張した。だが、原審はこの原則も現在は効力がないと宣言してしまつた。さきにみた *Bell v. Kivk* (一九八六) 事件では幼弱年令の原則は法律上の規則ではないとするに留まつたが、ここではその効力を完全に否定し去つた点が注目される。結局、子の最善の利益は何かということが最大の焦点となつてくる。

裁判所はここで「現状」の効果を重視したという。具体的には、当初、父が別居したのち、母が子を監護していたが、ソーシャル・ワーカーによる調査の結果、母による監護に疑問が生じたため、母の手許から子を児童サーピイス施設に収容し、里親の許で適切に監護されている状態であることを示していよう。このような現状からみて、裁判所は二人の子の監護を母に認めることを否定し、父に許したものと考えられる。ここには子の最善の利益という判断がはたらいっていたことはいうまでもなからう。

(一) *R. F. L. 3d. vol. 24. p. 86.*

(二) *Earl Jowitt. The Dictionary of English Law. p. 1675. 1959. 田中英夫編「BASIC 英米法辞典一七七頁、一九九三年。*

#### ④ *Tyabji v. Sandand* (一九九四) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八八年に婚姻し、一九九二年に別居した。三人の子がおり、手続当時、すべて六才未満であつた。母は政治家であり、父はスーパー・マーケットに雇われていた。母は他の政治家に熱中し、双方とも婚姻を企てている。一九九三年九月に母は子の仮監護を得た。二通のアセスメント報告書によれば、理論的な原則にもとづいて、子は母の許に留まるべきことを勧告した。これに対して父が子の監護を請求した。

裁判所は父に子の監護を認め、次のように判断している。すなわち、何が子の最善の利益であるかにしたがって監護が与えられる。当面の場合、アセッサール (*Assessor*) の勧告に従うべきではない。両親とも子を愛してお

り、指導および安全を与えることができる。だが、これまで父は母よりも親としての役割を果し、安定した生活の場を提供してきた。彼は仕事に関する困惑は少なく、子のために母より多くの時間を当てることができた。子は母の政治家としての野心的な態度よりも、父の落ち着いた生活スタイルによつて利益を享受することができるであろうという。

ここでは裁判所の命をうけたアセツサーによる二通の報告書が提出されている。アセツサーというのは、裁判所の決定すべき特殊の問題につき、特別の知識をもつて裁判官を補佐する裁判所補佐人を指している。<sup>(2)</sup>一九七八年の州家族関係法の第十五条一項(b)によれば、家族カウンセラー、ソーシヤル・ワーカー、保護監察官と共に列挙されている「家族事項に関する専門証人」に該当しよう。<sup>(3)</sup>当面の事件でアセツサーは理論的な原則にもとづいて、母に子の監護を許すべきだとしている。アセツサーのいう理論的な根拠とはいうまでもなく、幼弱年令の原則を背景としていよう。三人の子がいずれも六才未満であるから、この原則を適用することも妥当であろう。しかし、すでにみたとおり、当州のいくつかの先例は幼弱年令の原則を遠ざけてしまっている。ここで考えなければならぬのは、父母それぞれの生活態度ということになる。母は政治家である。その職業からみて、母が一般的な家庭の主婦として父や子と落着いた生活を心がけることは期待できない。政治家特有の対外的な多くの仕事待ちかまえており、日々の生活の中で幼い子の世話をするために十分な時間を当てることはむずかしからう。これに反し、父はスーパー・マーケットの店員である。一定の労働時間がすめば子を世話するための時間は充分に期待できると考えてよからう。裁判所がこのような父母双方の事情を考慮したうえで、二人の子の監護を父に託したものとみられる。

(一) R. F. L. 4th, vol. 2, p. 265.

(2) 高柳・未延編「英米法辞典」一八三頁、一九六七年。

(3) 村井「家族関係法 一九七八年——ブリティッシュ・コロンビア州」神戸学院法学第三二巻 三号 五〇四頁。

② アルバータ州

一九八四年の「児童福祉法」<sup>(1)</sup> (The Child Welfare Act) は第二条を「考慮すべき事項」と題し、「裁判所およびすべての人々は、本法のもとで保護サービスを必要としている子に関して、子の最善の利益に権限を行使し、または判決する……ものとする」<sup>(2)</sup>と定めている。ここではこの法律の制定の前後にみられる三つの事件を参照してみよう。

(1) Alberta Family Law Statutes. p. 27. 1997.

(2) Alberta Family Law Statutes. p. 29.

① Singh v. Singh (一九八一) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九六八年に婚姻した。インド人で整形外科医である夫はシーク教徒 (Sikh) であり、看護婦でカナダ産れの妻はウクライナ人でギリシヤ正教 (Greek Orthodox) に属していたが、婚姻の際にシーク教に改定した。シーク教はヒンズー教とマホメット教の調和をめざして十六世紀にインドの Punjab に起った宗教である。ここでは十二才と十才の二人の男子がいる。夫婦は婚姻前に、産まれる子はシーク教のもとで育てる旨の合意をしていた。夫は一九七八年十二月に離婚の訴を提起し、妻の不出廷のまま離婚判決により、子の監護を得た。妻は手続の進行を全く知らなかったことを理由に、仮判決を変更し、子の監護を得べく控訴した。

四人の専門証人の意見は鋭くちがっていた。夫は彼のみが息子にシーク教徒として養育できると主張した。原審は妻に子の監護を与えたので、夫が控訴した。

裁判所はこれに対し、子の監護を妻に命じ、次のように判断している。すなわち、原審は少年の宗教および文化的同一性のみならず、関連する親としての熟練および親子関係をも正確に考慮に入れている。その判断に明白な誤りは何も存在しないという。

ここでは十二才と十才の二人の男子の監護が問題となっている。他の条件がそろえば幼弱年令の原則が効力を示すべき場合であろう。夫婦の信じる宗教がシーク教とギリシャ正教というようにちがっていたが、婚姻時に妻がシーク教に改宗したため、婚姻後に夫婦の信じる宗教が相違するという事態は無くなっている。婚姻後も両親が各自別々の宗教を信じ、各自が自分の宗教を子に押しつけるといった事態の生じなかったことは、子にとって幸せであった。さらに夫は医師であり、妻は看護婦という若い二人の子の成長発展にとつてめぐまれた境遇にあることも見逃せない。また、二人の子自身も学校での生活を通してきわめて賢明であったとされており、このような情況のもとでは裁判所が明白に幼弱年令の原則によるとはいわれないが、子の監護をめぐるとこの原則が効力を示すべき絶好の場合であったのではないかと考えられる。

(一) R. F. L. 2d. vol. 26. p. 76.

② R. v. R. (一九八三) 事件<sup>(一)</sup>

この事件において、両親は一九七四年に婚姻したが、子ができないため、一九七八年に四才の女子を養子にした。約三年後、一九八一年一月に母は子と共に別居した。仮の監護合意により彼女が子の監護を得た。離婚手続

において、原審は子の監護を父に与えたので、母が控訴した。

裁判所はこれに対し、母の控訴を斥け、次のように判断している。すなわち、原審は現状を充分に評価していないという母の主張には価値がない。まさに仮の監護を父に与えるべき時である。父は母よりも多くの自由なウイーク・デイの時間をもっている。彼等各自が子のために同等の時間を提供し、かつ、父の方が多いたとき、原審が父に子の監護を与える決定的な要因としたのは誤りではない。幼弱年令の原則に高い評価を与えるべきではない。多くの家族にとって、母は若い子の監護に本質的に良く適しているという考え方は呪詛（のろい）であるという。

ここでは夫婦間に子ができないため、三才の子を養女としたが、これがわだかまりとなり、四年後に母が子を連れて別居する結果となった。その後の父母それぞれの生活の実態は余り明らかにされていないが、実際に子を手許において養育するについて、父の方が母よりもはるかに時間的に余裕をもっていたことはまちがいない。裁判所がこの点を重視して、子の監護を父に託そうと考えたことは一応理解できよう。だが、そのために幼弱年令の原則そのものを頭から否定し、このような考え方は呪詛であるとまでいうのは、極言もはなだしいのではないか。理想的な家族の状況についての社会の態度が根本的に変化したこと等々を理由としているが、具体的な変化の内容についての説明はなく、右の原則を呪詛として否定し去る理由にはなるまい。

(一) R. F. L. 2d. vol. 34. p. 277.

③ K. M. v. U. K. (一九九〇) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八一年にアメリカで婚姻し、その直後、カルガリーに移った。夫は大学歯学部

に勤務したが、女性の助手との関係を妻に疑われたため、職を辞して開業した。四才半の娘と〇才の男子がいる。離婚手続において、妻が性的虐待を訴えたため、法廷助言者 (amicus curiae) が任命され、父の性的虐待を認定し、母は一応、子の監護を与えられた。その後、裁判所の命により、心理学者およびソーシヤル・ワーカーが家族の事情を調査した結果、母の親としての能力を否定的に考え、父の能力の方を積極的に評価した。原審はこのような評価にもとづき、最終的に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、母の控訴を容認し、子の監護を母に、父には面接を認め、次のように判断している。すなわち、証拠によれば、母の親としての能力を支持しており、子は彼女と密接に結びついている。物質的には父の方が子にとってベターかも知れないが、情緒的・心理学的には母の方が子のニーズにより良く適応している。したがって、母の控訴を容認し、彼女に子の監護を与えるという。

ここでは四才と〇才の二人の子の監護が問題となっている。さきにもた三つの事件において参照された法律としては、一八七〇年の連邦の離婚法および一九八〇年の州の夫婦財産法 (The Marital Property Act) のみであり、その後には一九八四年の児童福祉法 (The Child Welfare Act) が制定されている。この第二条にはさきみたように、「子の最善の利益」 (in the Best interest of the Child) を考慮すべき旨が定められた。当面の事件がこの法律の適用をうけることはまちがいない。ところで、母はもともと何事につけても疑い深い性格であったようにみうけられる。大学での父と助手との間の問題についても、現実には何の不都合も発見されなかった。この点を除けば、彼女が母として幼い子を監護することについて何の支障もない。経済的にみれば、歯科医である父の方が優位に立っていることはいまでもないが、子の監護という仕事は全く別の問題である。心理学者の判断を斥けた裁判所はこの点を重視したにちがいない。ところで、ここでは幼弱年令の原則は全く問題にされていない。

子の最善の利益が判断の基準とされるべきだという。幼弱年令の原則ももとより子の最善の利益を目指した考え方である点で異なるところはない。二人の子の監護を母に認めている点からみても、アルバータ州の裁判所が幼弱年令の原則を否定したとまで考える必要はあるまい。

(一) R. F. L. 3d. vol. 28. p. 189.

③ サスカチエワン州

一八七八年の「児童法修正法」<sup>(1)</sup>(An Act to amend the Infants Act)の第三条三項において、「裁判所は唯一の要因のみによって支配され、それは児童の最善の利益である」と定めている。

(一) D. A. Klein. Family Law award in Canada. p. 188. 1987.

① *Weise v. Weise* (一九八〇) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九七六年に婚姻した。六才の男子と四才の娘がいる。男子は妻が十八才のときに婚姻外で産んだのを夫が養子にし、娘は一九七五年に産まれた。妻は身体的虐待を理由に一九七九年十一月に二人の子と共にアルバータ州を去り、サスカチエワン州に移った。夫は妻の主張する行為は妻の姦通および不貞により促進されたと主張し、二人の子の監護を請求した。

裁判所はこれに対し、夫の請求を認め、次のように判断している。すなわち、児童法の第二条三項によれば、裁判所は一つの要因のみによって導かれるが、それは子の最善の利益ということである。幼弱年令の子は一般的に母の許におくのがベターであり、子を現在の環境から追い立てるのは気が進まないが、将来を見越して、子を

移動させるのが最善の利益であると判断した。子の監護は父に与えられ、母には面接が認められるという。

ここでは六才と四才の二人の子の監護が問題である。年令のみからみると、監護については幼弱年令の原則を適用するのが妥当と一応は考えられる。ところが、さきにも見た一九七八年の児童法は児童のための最善の利益のみを考慮すると定めた。この文言からみて、従来、一九二五年の児童法のもとで適用してきた幼弱年令の原則を廃止したものと推測される。この原則のみからすれば、六才と四才の二人の子の監護は当然に母に託されるべきであろう。だが、妻が夫による身体的虐待をうけるようになった原因は妻の姦通・不貞にあったとされる。この点を重視した裁判所は、すでに夫による虐待を避けて母と共にアルバータからマニトバに移った子について、その監護を父の許に返すように命じた。不貞な母よりも父のもとで監護されるのが子にとって最善の利益と判断されたであろう。幼弱年令の原則はここで完全に姿を消している。

(一) R. F. L. 2d. vol. 17. p. 150.

② *Past v. Past* (一九八一) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九七五年に婚姻し、一九八一年に別居した。四才の子は母と暮っていたが、その後、父母が交替で均等な期間、子の監護をすべく合意し、実行した。だが、母の監護中に泊りがけの男性客があったことを知った父は、それ以降、母は彼の判断によってのみ子と面接すべく決定した。他方で父には他の女性との関係があった。母が子の監護を請求したのに対し、原審は、両親が双方とも有能な親であるが、母の方が父よりも子と過ごす時間が長いし、もし子が父の許に残っておれば、子が母から疎遠になるように父が企てる機会があるにちがいないと、これと反対の事態は考えられないとし、母に子の監護を与えた。そこで父が控訴した。

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、裁判所は監護を変更することが子の最善の利益であるとする原審の考え方を是認する。父は原審が誤った法原則にもとづいて行動したとか、実質的な証拠を無視したり、誤認していた事実を立証する責任を免れることはないが、原審の判断は持続されなければならぬという。

ここでは父母が合意のうえで四才の子の交替監護を決めていた。最終的に母が子の単独監護を請求したため、果して子にとって父母のいずれが監護するのが適切かが問題となった。子は四才である。幼弱年令の原則からすれば、まさに母による監護が適切といえよう。だが、すでにみたように、当州で幼弱年令の原則は廃止されたことと推測される。よるべき考え方としては、子の最善の利益は何かということにならう。父母のいずれが子の監護者として適当であるか。父は他の女性と関係をもっている事実が明らかになっている。裁判所は母の許に男性の客があったことのみを理由に、自分の非行を棚にあげて母を非難する父の態度を、子の監護との関係で否定的に考えたのである。父は自分が子を監護しているとき、なんらかの方法を用いて、子が母の許に帰るのをいやがるように仕向ける可能性のあることさえ肯定している。子を交替で監護する父母は、その期間、各自が誠実にその仕事を進めなければならぬ。一方が監護中の子が他方の許に帰らないように、悪意をもって行動するようなことは許されない。この点からみて、父に子を母と交替で監護させるのは適切でないと判断されたことはまちがいなからう。

(一) R. F. L. 2d. vol. 33. p. 337.

③ **Burgmaier v. Burgmaier** (一九八六) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九六八年に婚姻し、同八四年に別居した。十六才、十二才、十一才の三人の子は母が監護している。別居直後に母は若い男と短期間親密な関係にあったが、父の側でも同様の関係が作られていた。離婚手続において、原審は子の監護につき、父および彼の相手の女性の方が、母および若い男よりも、より良く安定した家庭を築くことができ、それが子にとって最善の利益であると判断し、父の側に子の監護を託したので、母が控訴した。

裁判所はこれに対し、母の控訴を容認し、次のように判断している。すなわち、原審が正確にのべたように、子の最善の利益が至上のものとして考慮された。監護事件における再審理の標準として、原審がまちがった原則にもとづいたり、重要な証拠を無視したことがない限り、それを阻止すべきでない。本件において、原審はいくつかの点でまちがっていたという。

ここでは十六才、十二才、十一才の三人の子の監護が問題である。そして、子の最善の利益の判断をめぐって、原審と控訴審とは全く反対の結論を示した。たしかに、母は別居後に無責任な行動をしたが、それは短期間で終了している。これに反し、父の方は他の女性と永続する関係を作り出した。両者を対比するとき、原審は母の側の事情に余りにもマイナスの評価を与えすぎたのではないか。これと反対に、長年の間、母とすごした町で現在も安定した境遇にある子をそこから追い立てることになるという、より大きなマイナスの効果を肯定すべきではなかった。当州では幼弱年令の原則は廃止されたと推定されるとはいえず、結論的にみれば、子のための最善の利益を考える場合でも、右の原則によるのと異なるところは無い。子を母の監護のもとにおくのが子にとって最善の利益であると結論すべきであったと考えられる。

(1) R. F. L. 2d. vol. 50. p. 1.

**Harden v. Harden (一九八七) 事件<sup>(1)</sup>**

この事件において、夫婦は一九七八年に婚姻し、同八五年に別居した。父は強制的に母を住宅より退去させ、六才と三才の二人の子は手許に残している。別居以前に、父は農場を営み、母が子の世話をしていた。別居後、父および二人の子は彼の両親と同居し、子は父が働いている間、祖父の許にいた。原審は子のニーズおよび幸せを考慮し、子の監護を母に与えた。父は控訴し、原審が不当に幼弱年令の原則に依存したと主張した。

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、法律問題として、幼い子は母の許に在るべきだと断言はできない。幼弱年令の原則はこの場合の支配的な要因ではない。ここでは事実上、二人の子は彼等の時間の大部分を母と過ごし、母の主要な機能は子を養育することであった。すべての他の要因は父母にとって同等のものであり、母と子の間のより密接な関係が原審の判断を正当なものとした。原審はまさに子の福祉を考慮しており、その考慮に介入すべき理由は全く存在しないという。

ここでは二人の子の監護をめぐって<sup>2</sup>にみた *Burghmaier v. Burghmaier* (一九八六) 事件によく似た事情を示しているが、同じではない。父母が別居後、二人の子は父の側で監護しているが、しかし実際に監護の仕事は父ではなく、祖父が当たっている。日常生活において、子が現実には父または母の監護をうけると比較し、祖父がそれに劣らない同質の監護をすることを期待するのは無理であろう。原審はこの点が子のニーズ・幸せに適合しないと考えたのはまちがいない。なにも幼弱年令の原則に従って断定的に母に子の監護を命じたわけではない。子の最善の利益ないし福祉を考慮するとき、二人の子はやはり母の監護に託すのが妥当と判断されたわけであり、

幼弱年令の原則によった結果では決してない。

最後にもう一件、具体的な事情は明らかでないが、*Mc Nab v. Haggerty* (一九九一) 事件<sup>②</sup>において、裁判所は幼弱年令の原則にどのような活力を残すか、残せないか、いずれにせよ、もし裁判所が父の方が子のためにより良い世話をすることができると満足するならば、父に監護を与えるであろうという。サスカチュワン州で幼弱年令の原則が絶対的なものでなくなっており、いわばそれをも包含した概念としての子の最善の利益という考え方が固まっている事情をはっきりと示している。

(1) *R. F. L.* 3d. vol. 6. p. 147.

(2) *Annual Review of Family Law.* 1992. p. 25.

#### ④ マニトバ州

一九七八年の「家族扶養法」<sup>(1)</sup> (*The Family Maintenance Act*) は第二条で子の監護・養育に関連し、「子の最善の利益が至上のものとして考慮されるべきもの」と定めている。

(1) *D. A. Klein.* *Family Law award in Canada.* p. 188. 1987.

#### ① *Racine v. Woods* (一九八三) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、生来のインディアンである妻は一九七六年九月に子を産んだが、夫の子ではなく、夫との間に離婚手続が進行中であった。彼女は生後わずか六週間の子を児童保護施設 (*Children aid Society*) の世話に託し、施設は子の養育をインディアンでない夫婦に委ねた。子は二年後に一度母に送り返されたが、いぜんとし

て感情的に不調な母は、子がさきの夫婦の監護に返されるのを許した。母はその後、子の監護を回復するために施設の協力を得ようとしたが、拒否された。さきの夫婦は子との養子縁組を請求し、母は子の監護を求めた。原审は母が子を遺棄したと認定し、母の同意なしに一九七八年の「児童福祉法」(The Child Welfare Act)の第一〇三条により、縁組を認めた。控訴裁判所は縁組命令をくつ返し、夫婦に子の監護を認めた。あくまでも縁組を望む夫婦はカナダ最高裁に上告し、母も反対上訴した。

裁判所はこれに対し、夫婦の上訴を認めて縁組命令を再宣告し、次のように判断している。すなわち、縁組命令を与えることが子の最善の利益に役立つであろうとの主張に誤りはなかった。さらに子の生来の地位よりも、夫婦が発展させたきずなの方がより重要であるという。

ここでは生来のインディアンである母の生後六カ月の子の監護の問題から端を発している。母は当初、自分ひとりで子を養育することが困難であるため、子を児童福祉施設の世話に委ねた。だが、その後、現に養育を引受けている夫婦が子との縁組を望むにいたって、母の考えが変わったのであろう。改めて自分の手で子を監護することを望んだが果さず、手続はカナダ最高裁にもち込まれた。問題は一人の子をめぐる、母はその監護を請求し、現に母に代って子を監護している夫婦は、子を養子にしたいと切望する。いずれの要望を裁判所が認めるか。判断の基準としては幼弱年令の原則が当然に考えられ、これによる限り、子の監護を要求する母の主張が認められ、子の縁組を目指す夫婦の主張は斥けられるにちがいない。だが、本件において、幼弱年令という文言はどこにも現われていない。むしろ、子の最善の利益を考慮することが要求されている。当州の一九七八年の児童福祉法の条文の内容が不明のため、正確なことはわからない。推測するに、原則として幼い子の養子縁組については親の同意が要求されるが、児童福祉施設等が介入する場合に、縁組を認めるのが子の最善の利益になると裁判所が判

断するとき、親の同意は不要とされるのであろう。当面の事件において、生来のインディアンである母による子の監護が余り期待できないのに反し、数年にわたって実際に子を監護してきた夫婦が、子の出自を明確に認識したうえで養子縁組を望むとき、縁組を成立させるのに母の同意はなくともよいとする。子の最善の利益を考慮した結果であることはまちがいなからう。

(1) R. F. L. 2d. vol. 31. p. 1.

② *Klachefsky v. Brown* (一九八八) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、八才と五才の二人の子は、一九八二年の両親の別居後も共同監護が続き、両親の許を交互に行ききした。母は健全な一人住いであるが、父の住宅には数人の女性がいる。母は彼女の仕事を遂行するためバンクーバーに移動し、子を彼女の許に引取ることを請求した。父はすでに再婚し、子は彼の妻となじんでいた。原審は子が母の許で生活するのが最善の利益ではあるが、母の計画に従って他に移動し保育所に入れられるのは子の利益に反すると判断し、子は六才から始まる通学中は父と生活すべく命令した。そこで母が控訴した。

裁判所はこれに対し、母の請求を認め、子の身体的な世話および監護を母に託し、次のように判断している。

すなわち、原則として控訴裁判所は原審の判決にきわめて明白な誤りが存在する場合でなければ、それに干渉すべきでない。ここでは母の方が子にとってより良い親であるとする原審の結論を支持する証拠があった。母の控訴は認められ、子の身体的な世話および監督を与えられるという。

ここでは父母が別居したのち、八才と五才の二人の子を交互に監護している。だが、父母それぞれの生活水準ないし態度に大きなちがいがあつた。父の再婚相手の女性に子が親しんでいるとはいへ、実の母による監護には及

ぶまい。あるいは母は子はその女性の世話をうけることにならなかの不都合、危険を感じとったのかも知れない。母が子と共にバンクーバーに移動することにした原因がここにみられよう。母のこのような判断とはうらはらに、原審は子が学校に通う間は父にその監護も委ねた。もはや父母による交替の監護は認めず、父に単独監護を与える。そうならば、子は母から完全に離され、父およびその再婚相手の女性の監護をうけることになる。母の感じたる危惧が現実のものとなりかねなかったが、この危惧が消滅したのは子にとって幸せといふべきであろう。

(一) R. F. L. 3d. vol. 12. p. 386.

### ③ Shaw v. Shaw (一九九一) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八八年に離婚し、十一才と九才の二人の子の共同監護を認められた。母が第一次的に子の世話および監督の責任を負い、子は父母それぞれと同じ位の時間をすごしていた。だが、母は当初の合意に不満をいだき、父は彼女を虐待し、また子を不安定な状況においと主張し、単独監護を請求した。原審は子が母よりも父と多くの時間をすごしたいと希望している事実を認定したが、両親の間の緊張により事態が複雑化していることを理由に、一週間毎の交代監護を命じたので、双方が単独監護を請求した。

裁判所はこれに対し、子の監護を母に与え、父には特定の面接を認め、次のように判断している。すなわち、証拠によれば、母の主張どおり、父は彼女に感情的および心理学的な虐待を与えていたことが認められる。母に単独監護を与えることにより、両者の間に生じたまさつは減少されるであろうという。

ここでは十一才と九才の二人の子の監護が問題である。方法として当初、共同監護が合意された。共同監護による場合、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ある限

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引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も交替するという<sup>(2)</sup>こともない。当面の場合、当初に共同監護が合意されたといえながら、子の第一次的な世話および監護の責任は母が負っていた点からみれば、現実には母による単独監護に近かったのではなからうか。これを父の側からみれば、母と共同監護の合意をしたけれども、事実上、母が子の監護について実権を握ってしまったことに反感を抱き、それが母への精神的な虐待となつて現われたのではないか。母はこの事実を自分に有利に利用して単独監護を請求したにちがいない。問題を解決するための焦点は、子の最善の利益に当てる必要がある。子が十一才と九才という幼弱である点からみれば、母の監護が妥当と一応は考えられる。反面で、子は母よりも父と多くの時間をすごしたいと希望する<sup>(1)</sup>というので、可能な限り父との面接の機会を増す方法も一つの策ではないか。子の最善の利益という要請からすれば、この両者をうまく結びつけるのがベストであろう。

(1) R. F. L. 3d. vol. 38, p. 32.

(2) 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 三二二頁。

#### ⑤ オンタリオ州

オンタリオ州では子の監護に関する法律の規定は、まず一九一四年法の第一五三章の「児童保護法」<sup>(1)</sup> (The Children's Protection Act) に見出される。その第二条によれば、「控訴裁判所は……子の福祉、両親の行動および意見を考慮して、子の監護および父母それぞれの子との面接の権利に関し、適切と判断する命令をすることができ<sup>(2)</sup>」と定め、子の福祉に関してそれが明示される限りにおいて、「子の利益を最高に重要なもの一つに高める

こと」を目的としている。以下にいくつかの事件を参照してみよう。

(1) R. S. O. 1914. C. 153.

(2) O. L. R. [1916], vol. 35, p. 319.

① Re Scarth (一九一六) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、原審は母が正当な理由なしに父と別居することを選ぶとき、十才の娘の監護を父に与えたので、母が控訴した。裁判所はこれに対し、子の監護を父に与え、次のように判断している。すなわち、一九一四年法はそれが子の福祉に明白な関心を示している限り、子の利益を最高に重要なものにまで高めようとしている。両親の行為のような他の事柄が同等である場合に、両親の希望が相反するとき、裁判所は父が実際に行使する支配権を考慮しながら、両親のいずれが子を監護すべきかを決定しなければならない。ただし、父が彼の権利を自分の非行によって喪失しているときは、この限りでない。父に非行はなく、妻および子を扶養することが可能であるとき、裁判所は単に妻が彼と別居することを望んでいるという理由のみで、子の監護を彼から奪うことはないであろうという。

ここでは十才の娘の監護が問題である。父母は離婚しておらず、単に母が正当な理由なしに別居を企てているにすぎない。このような状況のもとで、父母のいずれに子の監護を認めるのが妥当なのか。子の利益を最高に重要なものとする法律のもとで、幼い子の監護は原則として母に認めようとする幼弱年令の原則はもはや原則として作用する余地はほとんどなくなったとみてよいのではあるまいか。この問題は次の事件に引きつがれていく。

(1) O. L. R. [1916] vol. 35, p. 312.

② Re Ore (一九三三) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、一九二九年四月に子が産まれた。翌年に父母および子は母の両親の許に居所を定め、一九三一年三月に祖母が死亡するまでそこにいた。数日後、父は子と共に彼の両親の許に移り、ついで娘の監護を自分の父母に託した。その後、一九三一年四月一日付の書面で、娘の養育および教育を子の母方の祖父に託す旨の合意をした。この合意のもとに、子は一九三二年八月末まで祖父の許にいた。同日、娘が外で友人と遊んでいるとき、父は勝手に子を彼の両親の許につれて行った。母方の祖父は人身保護令状により、娘の回復を求めた。祖父の請求が認められたので父が控訴した。

裁判所はこれに対し、父と母方の祖父の間の合意は公の秩序に反しており、父は幼弱年令の子が二十一才に達するまで、親として子を監護する権利を放棄することは許されないという。

ここでは四才の娘の監護が問題になっている。具体的にどのような方法で子を監護するか。場合によってちがってくるのは当然であろう。父母が共同で監護するか、監護を一方に委ねるか、いずれにしても父母のどちらかがその責任を引きうけなければならぬ。だが、ここでは、なんらかの事情で母が子を監護することができないため、必然的に父がその仕事を引きうけたのであろう。父は当初、子の監護を母方の祖父に託したが、最終的には子を勝手に自分の手許に連れ去り、監護を自分の父母に委ねてしまった。このように、子の監護をめぐる権利の行使および義務の履行を恣意的に放棄した父の行為が公の秩序に反すると断じられたのもっともである。

(1) O. R. [1935], p. 212.

オンタリオ州では当初、一九一四年に制定された児童保護法 (The Children Protection Act) はその後、それ

を受け継いだ一九六〇年の未成者法 (The Infants Act)、一九七八年および同八〇年の児童法修正法 (The Children's Law Reform Act)。一九八二年および同八四年の「児童法改正法を修正する法律」(An Act to amend the Children Law Reform Act) へと受け継がれた。そして、一九八〇年法の第三十五条一項ははじめ、<sup>(1)</sup>「子にとって最善の利益」(Best interest of the Child) を監護および面接を決定する唯一の考慮すべき問題として認め、<sup>(2)</sup>ついで一九八二年法の第二十四条に取り入れた。すなわち、「監護または面接に関する本章のもとの訴えの是非は、子にとっての最善の利益を基礎として決定されるものとする」と定める。<sup>(3)</sup>

一九八四年の「児童法改正法を修正する法律」によれば第二十四条二項において、「子に対する監護または面接に関する第一部の規定のもとで適用する目的で、子の最善の利益を認定するに当り、裁判所は問題となつていゝる子のすべての必要性および諸事情を考慮するものとする」と定め<sup>(4)</sup>ている。この規定は、ときには子の最善の利益という標準にもとづいて、裁判所が親の側の事情よりも子の希望ないし見解の方を優先させることができる旨を明示したものと受け取るべきであろう。

一九八四年法に続き、一九八七年の「児童法改正法」<sup>(5)</sup> (The Children's Law Reform Act) が制定されているが、子の最善の利益を判断の中心としており、この趣旨は現在では二〇〇〇年法第二十三章の「児童法改正法」の第二十四条一項および二項<sup>(6)</sup>に受け継がれている。

- (1) D. M. Ford, Ontario Annotated Law Service, P. 431-21-22.
- (2) Blandam, Children's Right in practice of Family Law, p. 154, 1986.
- (3) The Statutes of the Province of Ontario, p. 309, 1982.
- (4) Consolidated Ontario Family Law Statute and Regulations, p. 189, 2000.

(5) 村井「児童法改正法——一九八九年」神戸学院法学第二九卷 二一四頁以下。

(6) Consolidated Ontario Family Law Statute and Regulations, p. 189, 2000.

③ Talky v. Talky (一九七三) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九六三年に婚姻し、二人の子がある。夫は歯科医であり、収入も多く、妻も子にやさしく愛情に満ちている。だが、一九七〇年十月に妻は二人の子を伴って別居し、離婚の訴を提起し、子の監護を求めた。原審はこれに対し、子が幼弱である事実を指摘し、子を母の手から奪うには正当な理由が必要であるが、母はすべての点ですぐれていることを示す証拠があると判断し、二人の子の監護を母に認めたので、夫が控訴した。

控訴裁判所は子の監護を夫に認め、次のように判断している。すなわち、幼弱年令の原則は一つの法則ではなく、人間の常識の中の一つの規則にすぎない。子の年令は、何が子にとって最善の利益であるかを決定するため裁判所が考慮すべき事情の一つにすぎないという。原審と反対に子の監護が父に許されたので、母がカナダ最高法院に上告した。

最高裁はこれに対し、幼弱年令の原則は監護における法律問題として決定的なものではなく、一つの常識として適用されることができるとして母の上告を容認し、母に子の監護を与えている。

ここでは四才未満の子の監護が問題である。収入の多い父と愛情に満ちた母によって育てられているが、父の職業とも関連して、母の方が二人の子の監護に適していると原審は判断した。この判断の基礎として幼弱年令の原則が主として考慮されたことはまちがいない。だが、控訴裁判所は子の監護の問題を検討するに当り、何が子

の最善の利益であるかが最重要な課題であり、それについて幼弱年令の原則は、それ自体で絶対的なものではなく、人間の常識の中の一つの規則として考慮すべき事柄の一つにすぎないとしてしまった。原審と控訴審では幼弱年令の原則の評価が全く相反している。では、最高裁はどうか。この原則について、ひとまず控訴審と同じ判断をしながらも、それを直ちに結論に導くことはせず、子の最善の利益を考慮するとき、ここでは幼弱年令の原則を重く評価し、やはり母の監護を認めたものと推測される。子の最善の利益と幼弱年令の原則は決して二者択一のものではない。この趣旨を表明するカナダ最高裁の判決として、本件を評価する必要がある。

(一) R. F. L. vol. 11. p. 226.

④ Gordon v. Gordon (一九八〇) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九七四年に婚姻し、同七七年九月に子が産まれた。翌年九月に母と子は父の許を離れ、知り合いの男の住居に引越した。一九八〇年に母の欠席のまま行われた離婚手続のなかで子の監護の問題が家族法委員に付託された。付託をうけた委員は子の監護を父に与える旨を勧告し、原審がこの勧告にもとづいて、仮判決で子の監護を父に命じたので、母が控訴した。

裁判所はこれに対し、母の控訴を容認し、再審を命じ、次のように判断している。すなわち、委員の専門的な勧告それ自体が父による子の監護計画の重要な争点に向けられていない。また、勧告は幼弱年令の原則を考慮に入れていない。子の身体的および感情的福祉に関する重要な未解決の争点があり、かつ、委員は母および彼女と同居する男の道徳的な欠陥に関する事実認定に重要性を認めなかった点で誤っていたという。

ここではまだ三才に達しない子の監護が問題となっている。父が母と協力して誠実に子の監護に努めておれば、

何も支障もなかったのではないか。この点の事実関係がはっきりしないが、当初は父が単独で子を監護していたようである。子の監護について父は経済的に無責任であり、離婚手続以前の裁判所による命令にもかかわらず、責任を果していなかった。そこで母が子と共に知り合いの男性の許にいったのであろう。この男性は誠実な人であったため、妻の非行などは問題になっていない。裁判所が家族法委員に調査を命じたのは、これらの事情を明確にする目的であったと考えられる。

子は三才未満であり、まさに幼弱年令に属している。裁判所は家族法委員の勧告が幼弱年令の原則を考慮に入っていないと指摘するが、もとよりこの原則を厳格に適用すべきだとする趣旨ではなからう。裁判所がそのつもりであれば、この原則のみを理由にして、母に子の監護を命じることも充分に可能であった。すでにみたいくつかの事件と同様に、本件でも裁判所は子の監護の問題については子の最善の利益を判断の基礎としたにちがいないと思われる。

(1) R. F. L. 2d. vol. 23. p. 260.

⑤ **Bendle v. Bendle** (一九八五) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八五年に離婚した。母が他の男の許に去ったのが原因である。六才、四才、一才になる三人の娘は父が監護している。父は住みなれた住宅で子の世話をし、将来も行う計画である。他方で母は子の監護を得れば、両親の住居の一部に子と共に住むつもりでいる。だが、両親は母の新しい関係を認めておらず、一年に限って共に住むことを許すにすぎない。このような事情のもとで、父が子の監護を請求した。母は幼弱年令の原則により、三人の子の監護を求めた。父はこれに対し、さきにみたアルバータ州の R. v. R. (1)

九八三) 事件の判決をよりどころとして反論した。

裁判所は父の反論に対し、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、親として、熟練していること等々を含む要因にもとづき、子の監護を父に認めている。

ここでは六才、四才、一才の三人の子の監護が問題である。幼弱年令の原則によるならば、三人の子の監護は母に認められて当然といえよう。だが、父がよりどころとしたアルバータ州の事件では、幼弱年令の原則に高い評価を与えるべきではなく、多くの家族にとって母は幼い子の監護に本質的に良く適しているという考え方は呪詛(のろい)であると言え明言していた。本件において、父は自分の主張を貫くためとはいえ、幼弱年令の原則を一つの呪詛とみる他州の判決をよりどころとする。だが、父としてはさらに冷静に、父と母のいずれが今後の子の監護に適しているかを主張すべきであつたと思われる。今後の子の住居の問題に注目し、父母それぞれのおかれている立場を比較すれば、母よりも父の方が優位にあることは明らかであろう。この問題も含めて、裁判所は子の最善の利益を重要なものと考えたことを看取できるが、幼弱年令の原則を排除しているかどうかは明らかでない。

(一) R. F. L. 2d. vol. 48. p. 120.

⑥ S (B.A.) v. S (M.S.) (一九九一) 事件<sup>(1)</sup>

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、妻は二十七才であつた。翌年一月に子が産まれた。だが、夫婦間にトラブルが発生し、妻は子連れて別居し、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および面接を求めた。別居を理由とする妻の離婚

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が、これが子に危険を及ぼすことはない判断した。原審はこのような証人の証言を、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、母による子の監護を認め、次のように判断している。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、裁判所が幼い子の監護を母の手から奪うためには、強制的な理由を必要とする。だが、原審はかかる幼弱年令の原則を見すごしてしまった。母は父と別居して以来、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認し、再審を命じている。

ここでは三才の子の監護が問題である。幼弱年令の原則からすれば、母に子の監護を認めるのが筋道ということになる。この点に関連して、原審は幼弱年令の原則を見すごしてしまったというが、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状態を意味しよう。原審はあくまでも幼弱年令の原則を念頭におきながら、当面の場合に子が母の監護のもとにあるのは危険だと誤った認識をしたため、父に子の監護を認める結果をきたしたのである。監護の問題をめぐって裁判所は子の最善の利益を考慮することが要求されるが、幼弱年令の原則も横眼でにらみながら、しかもそれを頭から排除することなく考慮に入れつつ、妥当な結論を得べく努めるべきだといわなければならぬ。

(一) R. F. L. 3d. vol. 35. p. 450.

## 四 おわりに

夫婦が幼い子を監護する方法として、単独監護と共同監護を両端におき、その間に分配監護（分割監護）と交替監護（分担監護）があることは、イギリスおよびカナダ諸州における子の監護の問題と関連して、すでに指摘したところである。<sup>(1)</sup>このような監護の具体的な方法はさておき、本稿では幼い子の監護を父または母のいずれが担当するのが妥当であるかの問題に注目した。そこにみられたのが幼弱年令の原則にはかならない。もともと、父が子に対して単独の伝統的な監護権を有するというのがコモン・ローの原則であった。本稿では順序として、幼い子の監護をめぐるイギリスにおいて展開された事情を一八〇〇年代の法律および判例によって追ってみた。そこではコモン・ローによって父のみに認められていた幼い子の監護が幼弱年令の原則が取り入れられることによって制約が加えられ、反面で母による監護の範囲が次第に拡大されていく過程を看取ることができた。幼い子の監護を母に委ねるとして、監護の範囲を法律で最初は七才未満の子に限っていたが、それを十六才未満に改め、最終的には二十一才未満のすべての子にまで拡大されるにいたっていることを知った。イギリスにおける幼弱年令の原則の面目はここに躍如たるものがあるといつてよからう。

では、カナダではどうか。コモン・ローを継受した西部諸州での幼い子の監護について、一九七〇年代から九〇年代にかけての州の法律および判例を参照してみた。それによれば、州毎に事情を異にしているけれども、イギリスより受け継いだ幼弱年令の原則をめぐることは、同じような方向に進んでいる事情をはっきり知ることができた。ブリティッシュ・コロンビア州では幼弱年令の原則はすでに遠ざけられ、むしろ子の最善の利益は何かということに眼が向けられており、アルバータ州、サスカチュワン州およびマニトバ州も同様の事情を示

している。また、オンタリオ州でも幼弱年令の原則を絶対的な原則とすることなく、子の最善の利益を至上のものとして判断の基礎におこうとしている。つまり、これら諸州において、幼弱年令の原則を積極的に排除するという明白な意図は示されていないが、それよりもむしろ子の最善の利益は何かということに焦点がおかれるに至っているとみてよい。それにしても、アルバータ州の一事件において、幼弱年令の原則が呪詛（のろい）であるとして排斥されたことは特筆しておく必要がある。いずれにせよ、カナダの西部諸州において幼弱年令の原則はもはや往年のような力をすでに失っており、バトンの子の最善の利益は何かの判断にゆずったとみてよいと思われる。

(1) 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 二一号 三〇〇頁以下参照。