

監護・面接と子の最善の利益

——カナダ・オンタリオ州について——

村
井
衡
平

目次

- 一 はじめに
- 二 子の監護・面接をめぐる慈愛・愛情・感情の関連
- 三 合理的に探知できる子の見解・選択
- 四 子が健全な環境の中で生活している時間
- 五 子を監護する各自が提供する能力・意見
- 六 子の世話・養育のためのプラン
- 七 子が生活を共にする家族の永続性・安定性
- 七 子との間の血族関係または養親子関係
- 八 おわりに

一 はじめに

両親が共同生活を営みながら幼い子を監護・養育するのが一般的な家族の姿であろうが、なんらかの原因で両親が別居または離婚するときは、どちらの親が現実的に子を監護するか、また監護しない他方の親と子の面接をどうするかという問題が当然に生じてくる。カナダでは、二十世紀に入り、連邦最高裁の *Re. Searh* (一九一六) 事件⁽¹⁾において、幼児の監護および教育について、「子の最善の利益」(the Best interest of the child) を考慮すべきことを明確に打ち出してきた。だが、その反面では子の年令について、七才未満の幼児にはいぜんとして「幼弱年令の原則」(Tender year doctrine) を適用すべきであると主張する。このように、子の監護をめぐる問題の解決について、幼弱年令の原則と子の最善の利益という二つの原則が並存するかのよう思われた。だが、やがて一九六〇年代から七〇年代にかけて、夫にも妻にも片よらない、いわば中立的な意味をもつ「子の最善の利益」という原則がはじめて「幼弱年令の原則」⁽²⁾ にとって代わることになった。とはいえ、このような事情が直ちに立法上で明示の規定として実現されたわけではない。

オントリオ州において、一九七〇年の「児童福祉法」(the child welfare Act) が第二十一条一項に、「第二項の規定に従い、子が国王の後見 (crown award) に託されている場合に、子を世話する児童援助協会または子の一方の親は裁判官に対し、国王の後見を終了させる旨の命令を申し立てることができ、裁判官がその終了は子の最善の利益であると期待するとき、彼は国王の後見の終了を命じるものとする」⁽³⁾ と定めた。同じ趣旨は一九七二年法の第四条一項、一九七五年法の第二十七条七項へうけ継がれている⁽⁴⁾。この法律のもとで、*Re Moores and Feldstein* (一九七三) 事件⁽⁵⁾では、実の母が幼い子の監護を他人夫婦に託していた場合に、監護をめぐって争いが

生じたとき、裁判所は、「子の福祉が至上の争点であり、他の考慮はそれより下位におかれなければならない」と断言する。ここに子の福祉というのも、意味するところは子の最善の利益と理解してまちがいなからう。そして、*Re Brown et al* (一九七五) 事件⁽⁶⁾で裁判所は、普通の家族に対して社会が介入するのは、子を世話するレベルが、この国でいかなる子もうけるべきでないような低度のものであるときにのみ妥当とされるとしたうえで、「かかる介入に当り、子の生物学的、社会的、感情的、文化のおよび智的な発達に関して、子の最善の利益を考慮しなければならぬ」と明言している。

ここで設けられる子の最善の利益という標準は、その人に子の監護を託すことによって子の幸福が最大限に評価される可能性のあることを意味するものといつてよい。このように問題の解決のために有益なガイド・ラインを設定することは、多くの法律改正のための研究の中でも勧告されていた。とくに重要なものとして、親の権利よりも子の権利を、どちらの親が最善にふるまうかよりも、子の最善の利益を強調するように推移したことは、劇的なものであるとされる⁽⁷⁾。

一九七六年三月のカナダ法律改正委員会 (The Law Reform Commission of Canada) の「家族法に関する報告書」(Report of Family Law) も、「裁判が行われるとき、婚姻破綻について誰に責任があったか、また一方の親は扶養を請求する権利を失うかとの問題は含まれるべきでなく、それに代わる争点は、何が子にとって最善の利益となるかにおかれるべきである⁽⁸⁾」とし、他の二箇所でも同様に子の最善の利益を強調していた。また、それをうけ継ぐオンタリオ州の一九七八年の「児童福祉法」(the child welfare Act) では、「最善の利益」がはじめて文字どおり、子がひとたび保護をうける必要が生じるとき、処理方法の選択を決定するための指導的な要因と定められた⁽⁹⁾。しかし、一九八〇年当時には、いぜんとして、「法律上の指示のない場合に、子の最善の利益という概念を

導入することはきわめて困難であった⁽¹⁰⁾といわれていた。その後、連邦の一九八六年の「離婚法」(An Act respecting Divorce)は第十六条(監護命令)の八項で、「本条のもとの命令において、裁判所は子の条件・資力・必要条件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」旨を明示している⁽¹¹⁾。ついで、オンタリオ州の一九八七年の「児童法改正法」(the Children's Law Reform Act)の第二十四条によれば、「監護または面接を申し立てる実益」と題し、一項に、「子の監護または子との面接に関する本章のもとでの申立の実益は、子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。ついで二項に、「子の最善の利益」と題し、裁判所が子の最善の利益を認定するに当って考慮すべき事情を(a)から(g)まで具体的に列挙している⁽¹²⁾。

筆者はさきにこの問題に関連してオンタリオ州のいくつかの事例を検討したが、ここで改めて別個の立場から、前示第二十四条の(a)から(g)までの個別的な事情の一つ一つに焦点を当て、それをめぐって争われた最近の事情をとり上げることとする。なお、一九九〇年の「児童および家庭サービス法」(the child and Family service Act)もその第一条において、「本法の至上の目的は、子の最善の利益、保護および福祉を促進することにある」旨を明示すると共に、第三十七条の(3)に考慮すべき事情を十三項目にわたって列挙している。なお、一九九〇年当時の事情として、「過去二十年以上にわたって家族法の健全な発展のために、最善の利益」が強調されてきた⁽¹³⁾と指摘されていたことをここに付記しておく。

(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巻二号二九三頁。

(2) M. Laing, For the sake of the children: Preventing Reckless New Laws. C. J. F. L. vol. 16. p. 252. 1999.

- (3) Revised statutes of Ontario. 1970. vol. 1. p. 593.
- (4) J. Mac Kinnon. Best interests of the child in Protective Hearing: A More away from Parental Rights. R. F. L. 2d. vol. 14. p. 122. 1980.
- (5) R. F. L. vol. 12. p. 273. 1973.
- (6) R. F. L. vol. 21. p. 315. 1975.
- (7) E. D. Bayda. Procedure in child custody Adjudicate. A study in the importance of adjective Law. C. J. F. L. vol. 3. p. 13. 1980.
- (8) 村井「家族法に関する報告書 続」一九三六年三月・カナダ法律改正委員会。神戸学院法学第三二巻一号二五三頁。
- (9) Walter, Isenegger, Bala. Best interest in child Protection Proceedings: Implication and Alternatives. C. J. F. L. vol. 12. pp. 372-373. 1995.
- (10) J. Mac Kinnon. op. cit. p. 123.
- (11) 村井「カナダの新離婚法」神戸学院法学第一八巻一・二号二二六頁—二二七頁。
- (12) 村井「児童法改正法一九八七年——カナダ・オンタリオ州——」神戸学院法学第二九巻二号一一七頁—一一八頁。
- (13) 村井「子の監護と幼弱年令の原則をめぐって」神戸学院法学第三四巻四号三七頁—四五頁。
- (14) Consolidated Ontario Family Law statutes and Regulations. p. 31. 2002.
- (15) S. T. Toope. Riding the Fences: courts, charter Rights and Family Law. C. J. F. L. vol. 9. p. 67. 1990-91.

一 第二十四条二項 (a)

(i)子の監護または子との面接の権利を有する人またはそれを請求している各自、(ii)子と同居している子の家族の他のメンバー、(iii)子の世話および養育にかかわっている人々と子との間の慈愛・愛情および感情の関連

① C. C. A. S. Metro Toronto v. H. (K.) (一九八八) 事件⁽¹⁾

この事件において、一九八四年一月に母は五ヶ月になる男子を児童援助協会 (children's Aid society) に託し、子はある里親夫婦に引き取られた。一九八四年の年末、里親は子を養子にしたいと考えたので、協会は子を国王の被後見 (crown wardship) にすべく申請したが、裁判所は子と面接することなく請求を斥け、子を里親および母方の祖父による共同監護としながら、祖父母の許で生活すべく命じたので、里親が控訴した。

裁判所はこれに対し、次のように判断している。すなわち、百マイルも離れて居住している当事者は共同監護に必要な協力をするつもりはなく、それを不可能とする新しい証拠が認められた。子の心理的検査によれば、子の智的発育が低下している事実が明らかにされた。原審は誤った原則によって行動している。子は心理学的に監護親である里親に結びついており、生活の大部分を里親とすごしてきた。子にとっては彼の心理学的な親であった里親と共に生活するのが最善の利益である。子の福祉は里親によって養子とされるために国王の被後見人 (crown award) とされるにあるという。

ここでは五才の子を監護してきた母が自らの力の限界を感じて、適切な夫婦によって養子とされることを望みながら、児童援助協会に子を託したにちがいない。このような場合に養子縁組が成立するにはどのような順序で

手続が必要とされるのか。オンタリオ州では一九九四年の「児童および家庭サービス法」(The Child and Family Service Act)が第一条に「諸原則の宣言」と題し、「本法の目的は、(a)児童の最善の利益・保護および福祉を促進することを至上の目的」とする旨を明示している。⁽²⁾ そのうえで第七章を「養子縁組」と題し、第一三〇条以下に詳細な規定を設けている。⁽³⁾ それによれば、協会に託されている十六才未満の子を養子にしたいと望む夫婦がある場合、協会はまず子の母の書面による同意および裁判所の許可を得て、子を国王の被後見人とし、さらにディレクター (director) の書面による許可を得て、夫婦が裁判所に縁組命令を請求することになる。

当面の場合、協会が子を国王の被後見人とすべく申請したのに対する原審の判断が問題である。原審はこの請求を拒けることにより、養子縁組への道を阻止した。それのみでなく、里親と母方の祖父母による子の共同監護⁽⁴⁾ という思いもかけない方策を示した。子は九日間は里親のもとで、六日間は祖父母のもとで生活すべきとする。里親と祖父母の住居が近くにあり、つねに協力して子を監護できる状態にあれば別であろう。だが、ここでは、一〇〇マイル (約一二〇キロメートル) も離れているという。まさに遠隔地の監護 ("Long Distance" Custody)⁽⁵⁾ に該当する。不可能ではないにしても、手間と時間がかかり、生後五カ月の子を監護するに適切な方法とはいえない。これまで里親の許で監護されていた子にとつては、知的な発育のためにも、また心理的にみても、里親との養子縁組のもとで正式の養子として育てられることが子にとつて最善の利益であることはいうまでもない。原審は子を国王の被後見人としたうえで、養子縁組への道を開くべきであったと考えられる。

(1) F. L. R. 3d. vol. 21. p. 115.

(2) Ontario Annotated Family Law Service. p. 151. 1984.

- (3) Ontario Annotated Family Law Service. pp. 411-433.
 (4) 村井「子の共同監護の是非」神戸学院法学第三三巻四号六九頁以下参照。
 (5) Me. Anne - France Goldwater. "Long Distance" custody cases. C. F. L. Q. vol. 16. p. 145. 1998.

② Jarrett v. Jarrett (一九九四) 事件⁽¹⁾

この事件において、二人の子の父母は一九九四年に離婚した。母は婚姻中、子を世話するため家庭に留まり、別居後も同様であった。父は子を愛し、婚姻中は家族を養うために働いた。母は離婚後、彼女の家族が住むB・C州で仕事を得て、子の監護および同州に子連れていくことの許可を裁判所に請求した。

裁判所はこれに対し、母が子を監護し、子と共にB・C州に移ることを許可し、次のように判断している。すなわち、父は彼に子の監護が与えられたとき、どのように子を世話するか、何も計画していなかった。彼のこのような行動および子の生活の中で母の占める支配的な役割を基礎とするとき、母がいぜんとして子の世話をすることが子にとって最善の利益であろう。父が子との関係を維持するつもりならば、短期間のうちに定期的に面接を実行することが重要であった。もし母がオンタリオに留まることを強制するならば、彼女および子が終りのない衝突と貧困にさらされてしまうであろうという。

—ここでは離婚後に父母が二人の子をどちらがどのようにして監護するか、また他方は子との面接の具体的な方法をどのようにするか、本来ならば離婚するに当って前もって協議して決定しておくべきであろう。決定できなければ離婚訴訟において裁判所の判決にまつことになる。その場合でも、父母各自が子の監護を得たいと望むならば、それ相当に合理的な段取りを予め決めておくのが得策となろう。この点、当面の場合はどうであろうか。

母は彼女の家族の住む他州に子連れて移り、そこで仕事を得て子を監護する準備をととのえている。これに対し、父も離婚後に子を監護したいと望むならば、そのための主体的・実質的な準備ができていなければならぬ。だが、現実には父の方は自分の側より積極的に子の監護を求めることはなく、またそのための準備も全くしていない。さらに子の監護が母に与えられた場合に備えて、子との面接を求める意思もなさそうである。子の監護をめぐる最善の利益は何かを考えると、右のような事情のもとで子の監護を父に託すことはとうてい許されまい。

(一) R. F. L. 4th. vol. 10. p. 24.

③ Lynch v. Lynch (一九九五) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九七五年に婚姻した。彼等は婚姻後に夫が六十%、妻が四十%を出資し、畜殺場の仕事を始めた。彼等はまた六十七エーカーの農場と住宅を取得した。妻は夫と共に仕事に従事し、家事と四人の子の監護に当った。一九八八年、妻は夫を説得し、彼女が兄と共同する住宅建設のため銀行から三十万ドルのローンを得た。その後、妻は家族と過ごす時間が少なくなり、一九九一年に夫と別居し、子は父の許に残っていた。また夫婦財産の分割の訴を提起し、双方が子の監護を請求した。

裁判所はこれに対し、夫が五十万ドルを妻に支払うよう命じ、四人の子の監護を夫に、子との面接を妻に認め、次のように判断している。すなわち、母が子と共に婚姻住宅を去った短時間を除き、子はつねに父の許にいた。母は子の一人が自分の気持ちを制禦できないことを理由に監護を請求したが、この主張は斥けられた。彼は兄弟三人と共に婚姻住宅の近くの学校に通っており、家族が分れ分れにならないことが兄弟にとって最善の利益であ

る。母は自由に子と面接できるが、四十八時間前に予め通知し、子の意思を考慮に入れるべきであるという。

ここでは問題を子の監護・面接に絞ってみよう。妻は当初、夫と共に仕事に精を出し、四人の子の監護に当たっていたが、兄との共同事業が始まった頃から、家族と共に過ごす時間が少なくなった。このことは四人の子の監護のために母が過ごす時間が減少したことを意味すると同時に、監護の仕事をほとんど父が一手に引き受けたのが実情にちがいない。カナダにおいては、六才より十六才までの約十年間が子の義務教育の期間とされている。⁽²⁾ 年令からみて四人の男子はまさにこの時期に当る。彼等は父の許から近くの学校に揃って通学している。これについて母が口出しする余地は何もない。しかし、母は子のうちの一人が精神的に不安定な状況にあることを理由に、その子のみ彼女の監護に託すよう請求する。だが、これは裁判所の認めるところとならなかった。もしこの子が女子であり、しかも母の主張するような事情を示しているのであれば、母の監護のもとにおくことも妥当と思われる、結論はちがっていたかも知れない。三人の男子は父の許に、一人の女子は母の許での監護を認めることも考えられよう。だが、現実には四人の男子の一人である。他の三人の兄弟と共に父の監護の許で近くの学校に通っており、これについて何の問題もなさそうである。あとには、母による子との面接の問題が残される。裁判所は母に子との自由な面接を認めながら、四十八時間前に通知し、子の意思を考慮するよう求める。だが、果してこのような条件は必要であろうか。通知をうけた父が母による面接を子の意思に反して拒否する事態も生じるのではないか。そのためには、子の意思を確認するなんらかの手段を講じる必要があると思われる。

(1) R. F. L. 4th. vol. 12. p. 367.

(2) 六才より十六才までの八年—十年が義務教育の期間とされる。カナダ(ジエトロ貿易シリーズ二八二)一三五頁。

④ Alexander v. Creary (一九九五) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九九三年九月に同居したが、翌九四年に子が生まれたのち別居した。子が三ヵ月になった頃に母子は他男と同居を始めた。トロント大学大学院を卒業していた二十八才の母は、裁判上の和解により、同年九月に子の監護を認められた。父は母に対する虐待を理由に有罪とされ、保護観察命令 (probation order) による不接触条項 (Non contact order) にかかわらず、妻をなやませていた。彼は自分を尊敬しない子は殴打することが許されると主張する。子との面接は認められていたが、面接するのはまれであり、しばしば最後の瞬間に約束を取り消した。母は父の極端な気性を理由に子との面接に反対するが、父は納得のいかない言い訳をしながら、面接を請求する。

裁判所はこれに対し、父の請求を斥け、次のように判断している。すなわち、父は自分が責任を負わないことを不完全な言い訳で立証しようとしたが、彼の態度は責任回避である。彼の過去の暴力行為は面接と関連して、自分の怒りを制御できず、子との間には情緒的な結びつきは存在しない。このような情況のもとで、現実的に提案できるのは「監督付きの面接」(supervised access) であった。しかし、これも一時的なものにすぎないという。

ここにみるオンタリオ州では、二〇〇〇年に「家庭内暴力防止法」(Domestic Violence Protecting Act) が制定され、第三条には介入命令 (Intervention order) または第四条には緊急介入命令 (Emergency intervention order) に関する規定が設けられている⁽²⁾。だが、本件は時間的にそれ以前のことであり、一九八〇年法第一一〇章の若年犯罪者法 (Young offenders act)⁽³⁾ のもとで、保護観察命令がなされたものと思われる。この命令は特定の個人についてなされ、彼または彼女がどこに行くかに関係なく、いぜんとして効力を有するとされる⁽⁴⁾。それに

しても、父の取る態度は余りにも無責任である。前記の命令で母との接触が禁止されているにもかかわらず、それに違反して接触をこころみたり、正当な理由もなく子を殴打する。また、子との面接は認められながら、その権利をまともに行使しない。このような不誠実な父に対しては、子との面接を禁止しても不都合はないと考えられる。だが、裁判所は監督付きの面接を提案している。

本来、父子間の面接は、子を現実に監護している母と父が予め、またはそのたび毎に協議して、日時、場所等を取り決めて実行されるのが普通の状態であろう。だが、ここにいる監督付きの面接はその様相を異にする。次のような解説がこれを明確に物語ってくれる。すなわち、これは親子関係の最尖端において、その関係が終了するわずか間一発前の状態を示している。このような命令をする裁判所が最もしばしば拠り所とする理由は、①親子の実質の濫用、②子が直接に身体的・感情的虐待を経験し、または家庭内暴力を証言、③性虐待の申立、④誘拐の危険性、⑤精神健康問題・個性の不調および⑥長期間経過後の親子の再会または接触の皆無、等々にあるとされる。⁽⁵⁾

では、オンタリオ州において、このような監督付きの面接は、どこで、どのようにして行われるのであろうか。具体的には、州内を通じて州政府が監督付き面接の施設に資金を提供する。これらは私立の施設または個人との連絡を通じて設けられ、裁判所のためにすばらしく、またしばしば利用される面接センターと呼ばれる施設を提供することにある。家族は裁判所の命令のもとに、または両当事者が書面で合意すれば、この施設を利用できるという。⁽⁶⁾ 当面の事件において、父と子との間に裁判所が提案する右のような実算を具えた監督付きの面接が実行に移されるとき、果してどの程度の効果が期待できるのか。答えを出すにはその前提として、監督付きの面接という制度を詳細に知る必要がある、ここでは今後の課題としておく。

- (1) R. F. L. 4th. vol. 14. p. 311.
- (2) Consolidated Ontario Family Law statute and regulation. pp. 240-242. 2000.
- (3) the Dictionary of Canadian Law. 3d. ed. p. 1426.
- (4) the Dictionary of Canadian Law. p. 997.
- (5) Marie L. Gordon. Supervised Access: Why. When. How-Long? C. F. L. Q. vol. 22. pp. 185-186.
- (6) Marie L. Gordon. op. cit. p. 207.

⑤ Chapman v. Chapman (二〇〇一)事件⁽¹⁾

この事件において、子の父方の祖母は月毎の面接と週毎の電話による対話を請求した。裁判所では、祖父母による子との面接が子の両親の意思に反しても認められるべきかどうかが問題となった。両親は原則として面接に反対しないが、その回数は彼等が決定すべきであると主張した。祖母は児童法改正法第二十一条のもとで面接を請求した。祖母の請求が認められたので、両親が控訴した。

裁判所はこれに対し、控訴を是認し、次のように判断している。すなわち、面接の性質およびその目的は、子の最善の利益に合致すべく、子の希望を考慮して両親が決定すべきであり、祖母のそれによるべきではない。両親は子の最善の利益を保護し、いかにして彼等のニーズに最もよく適応できるかを決定する権利を有しているという。

ここで祖母が自分の主張の根拠とする児童法改正法の第二十一条によれば、「子の親 (a parent) またはそれ以外の人は、裁判所に子の監護もしくは子との面接、または子の監護の付帯条件の局面を決定する命令を申し立てることができる」⁽²⁾旨を定めている。果たして祖母はここにいう「親」に含まれるのであろうか。「元来は子の

父を指す言葉であるが、母を指すこともあり、または父母両者をもに指す言葉として用いられる。継父母 (step-parents)、祖父母 (grand-parents) などは含まない⁽³⁾との説明もあるが、ここでは、「父、母、祖父、祖母、義父、義母を含むとして考える方が妥当であろう。当面の場合、父母の一方が子を監護し、他方が子との面接を続けていて、何の不都合も生じていない。父方の祖母が孫との面接を求めたのが事の始まりである。子に親および祖父母がいるとき、子を監護する第一次の義務は親が負っている。父方の祖母が正当な理由もなく孫の監護を要求するのであれば、問題は別となるが、ここでは面接を請求するにすぎない。父母の一方が子と面接を継続して親子としての良好な関係を維持・継続しているとき、祖母との面接を許すことによって何の不都合も生じなければ、とり立てて問題はなからう。だが、子に祖母との面接を許した結果、これまでの父母との正常な関係が乱されるようなことが生じるならば、かかる面接を継続することは許されない。当面の場合に裁判所が両親の控訴を認めたのは、祖母が子と父母との関係を乱そうとしたため、子の最善の利益を保護する必要があると判断したからにちがいなからう。

(1) International Survey of Family Law. 2002. p. 126.

(2) 村井「児童法改正法——一九八七年」神戸学院法学第二九巻二号一一六頁。

(3) 高柳・末延編「英米法辞典」二四三頁。

二 第二十四条 (b)

それらが合理的に探知できるとき、子の見解および選択

① Docherty v. Docherty (一九九五) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九七八年に婚姻し、五ヵ月後に別居した。一九八二年の離婚手続で母は五才の息子の監護を得た。子は引続いて母と生活し、父が子と面接していたが、父は子の監護を自分に変更するよう請求した。一人の専門家(アセツサー)のアセスメントによれば、当初、母が監護を継続するのに賛成したが、その後、母への通知なしに父と面接した結果、当初の判断を変更し、父に監護を託すように勧告した。他のアセツサーは父母と面接し、母が子を監護すべく勧告した。原審は母が新たに子を出産したため、子と過ごす時間が少なくなったことを認定し、父の請求を支持するアセツサーの説により、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、母の控訴を認め、次のように判断している。すなわち、監護親についての子の選択は首尾一貫しておらず、このような事情のもとでは子の希望に重点をおくべきではない。離婚法のもとで子の監護を定めることは、子の最善の利益に合致する正確な命令と推定された。父が母に代って子の監護を引き受けるためには、それを正当とする事情の変更が生じたことを立証する必要があるが、充分ではなかった。したがって、母の控訴は是認されるという。

ところで、オンタリオ州においては、一九七八年十月一日より施行された「児童法改正法」の第二十条に「子のニーズの評価」と題し、第一項に、「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」と定め、十五項目にわたって詳細な規定を設けている。⁽²⁾ 子の監護・面接をめぐ評価(アセスメント)についてはアセツサーの選定も含

めてすでに詳しく検討したところであり、これを土台として当面の事件をみるとき、裁判所は数名のアセツサーを指名してアセスメントを命じた。アセツサーが全員一致して妥当な結論をだしておれば問題は別であるが、ここではそのうちの一人は、当初、母による子の監護に賛成しながら、父と面接した結果、逆の結論を出す。アセツサーとしては当初より慎重に父母をそれぞれの意見を聞き、いずれの側に子の監護を託するのが子の最善の利益になるかを判断する責任を負っている。その場合、子自身が父母のいずれによる監護を望むのか、はっきりした意見をのべることができれば、その意見も尊重しなければなるまい。だが、当面の場合に子はまだ五才であり、それを期待するのは無理と思われる。ここではすべてがアセツサーの判断にかかっている。この点からみると、一人のアセツサーの判断は軽率のそしりを免れない。これに反して他の二人は、父母双方の立場を理解した上で、引続いて母が子を監護するのが子にとっての最善の利益と考えたことはまちがいないと思われる。

(1) R. F. L. 3d. vol. 21. p. 92.

(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一一〇頁。

(3) 村井「子の監護・面接をめぐる評価（アセスメント）」神戸学院法学第三五卷二号五三頁以下参照。

② *Boukena v. Boukena* (一九九七) 事件⁽¹⁾

この事件において、両親は一九九三年に離婚し、母の許にいる七才の娘を共同監護する旨の合意をしたが、現実には母が主に世話してきた。父はその後に他女と同居し、子が生まれた。一九九六年に母はニュージーシャーに住む男と再婚し、子を父の許に残してその地に移った。両親はこれまで続いた子の共同監護について合意書に

署名し、十一才の子の住居は従来どおりに父の住むトロントと定めた。この合意書によれば、当事者または子に重大な事情の変更が生じたとき、合意書の内容を変更できる旨を定めていた。母は子が彼女と共にニュージャージーに移ることを切望するのは重大な事情の変更であると主張し、この点に関する合意の変更を請求した。

裁判所はこれに対し、母の請求を斥け、子を父の単独監護とし、次のように判断している。すなわち、両親は彼等の娘を愛しており、彼女にとって良き両親であった。しかし、彼等の親としてのスタイルはちがっており、父は母よりも順応性に富んでいる。子の主たる住居についての一九九六年の合意を変更すべき理由は存在せず、父が単独で監護し、母に特定の面接を認めることが子にとっての最善の利益であるという。

ところで、両親が別居または離婚しようとするとき、今後、幼い子を監護する方法には三つの選択枝があらう。一つは単独監護 (Sole custody)、二つ目は分割監護 (split custody) であり、三つ目は交替監護 (alternative custody) になる。当面の場合、離婚当初は七才の娘の共同監護といいながら、現実には母による単独監護にはかならなかつた。事態がそのまま推移すれば別段の問題は生じないであらう。だが、事情の変更は父母の双方に発生した。母は他男と再婚し、子を父の許に残して他の地に移った。父も他女と同居して、すでに子が生れている。このような事情のもとで作成された合意書はいぜんとして子を共同監護とするが、実際にはすでに十一才に達した子の意思を重視し、この時点で、合意書の内容とはうらはらに、父による単独監護に移ってしまつてみるとみるのが妥当ではなからうか。娘は「母に比較して、いつそう順応性に富んでいる父」のもとでの生活を望んでいるというが、その背景には、母の側よりも、父の新しい家族との好ましい触れ合いが大きな契機になつていて、子の最善の利益がここに見出されると裁判所が判断したことはまちがいなからう。

(1) R. F. L. 3d. vol. 31. p. 329.

③ Worthington v. Worthington (11000) 事件⁽¹⁾

この事件において、二人の子のある夫婦が別居した。子の仮監護が母に与えられ、教会で二人の子を一週間毎に父と面接させることとなった。六週間後、ナイヤガラ児童養育センター (Niagara child Development center - N. C. D. C.) における面接が命令された。この命令に対し、センターは、父の行動、無礼さおよび子に対して不適切な質問をすることを理由に、父に手助けすることを拒否した。その結果、面接を休止する命令がなされた。母は子の監護を請求し、父も子の監護またはそれに代わる面接を請求した。

裁判所はこれに対し、母の請求を認め、次のように判断している。すなわち、子の最善の利益は母による監護で達成されよう。面接に関する父の請求は、いかなる方法でも支持されない。非監護親は面接に関する絶対的な権利を有するものではない。父との面接の命令は子に感情的な損害を生じさせよう。父は子の生活について有意義で積極的な力を示しておらず、子と直接または間接に接触すべきではないという。

もともと、子の両親は別居したこと自体によってすでに心身ともに深い傷をうけているが、子が自分の手許から離されることになれば、この傷はさらにひどくなる。そして、子の監護が一方の親に許されることは、他方の親が善良でないことを暗黙に示しているともいえる。子は監護権を失った他方の親により、面接を好機として、いわば人質として利用される危険が生じてくる。⁽²⁾ 面接の問題を考えると、子と面接するのが親の権利であるとか、親と面接するのが子の権利であるとか、一方の立場のみから判断するのではなく、両者の間の合理的な妥協をはかる必要がある。親が子と面接することが子の最善の利益を損う恐れのない限り、親が子と面接する権利を

否定することはできない。これと同様に、親と面接することが子の最善の利益にとって必要かつ有益である限り、子が親に向って面接してくれるよう要求する権利を有すると判断してよい。では、当面の場合はどうであろうか。母に二人の子の仮監護が認められ、一週間毎に父と面接することになった。通常であればここで父による子との面接が開始・継続されるはずであるが、ストンプがかかった。父の行動、無礼さおよび子に対する不適切な質問をすることがその理由とされる。父には子と面接する権利があるとしても、その権利を行使するに当っては、あくまでも子の最善の利益に適合するような方法で行われなければならない。当面の場合に父がどのような理由から前示のような態度をとったのか明らかではないが、彼は自分の行動によって子の側から面接を拒否され、自身で子との面接を求める権利を喪失したといつてよからう。

(1) R. F. L. 5th. vol. 3. p. 220.

(2) R. K. Allen, A survey of child custody in Ontario. C. F. L. Q. vol. 9. p. 11. 1992.

三 第二十四条 (c)

子が健全な家庭環境の中で生活していた時間

① Vootman v. Vootman (一九九四) 事件⁽¹⁾

この事件において、八才と六才の二人の男子の両親は一九八二年に婚姻し、同八六年に別居した。母は仮命令

により年下の子の監護、父は年長の子の監護をしている。二人の臨床心理学者によるアセスメント報告書によれば、父に二人の子の監護を与えるよう勧告する。母は「エホバの証人」(Jehovah's witness)、父は「オランダ改革協会」(Dutch Reformed church)と別々の宗教を信じており、子の教育および宗教的指導について意見を異にしている。原審は右の観告にもとづいて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、原審判事は証人・証拠および何が子にとって最善の利益かを評価するのに最適の地位にある。控訴裁判所は、もし原審がまちがっていなければ、干渉すべきでない。裁判所はいずれの親に子の監護を与えるべきかについて、一方の親の宗教を他方のそれに優先させるべきではないが、子が別々の宗教にさらされることによる効果を知らなければならぬ。本件において、子は両親が共同で監護するのが子の最善の利益であった。原審は関連する諸要因および証拠がその評価を支持すると考えていた。それに加えて、母は判事がまちがっていたことを立証できなかった。したがって、母の控訴は棄却されるべきだという。

もともと、両親が同じ宗教・宗派の信者であり、子にも自分達と同じ宗教的な雰囲気の中で監護・面接していくとき、子にとって何の障壁も生じまい。だが、父母が別々の宗教を信じ、各自がそれぞれ子に対し、自分の信じる宗教を強制するということになれば、もともと宗教について充分に判断できない六才から八才前後の二人の子は、父母のどちらにつけばよいのか、困った立場におかれることになる。このような事態が生じ、現実の子の監護・面接をめぐる裁判上の争いが生じるとき、裁判所としてはどのように判断すればよいのか。これまでも、子の監護と宗教の問題をめぐるいろいろな事例をとり上げてきた。双方がいずれもキリスト教であり、カトリックとプロテスタントに分れているとか、父がカトリック、母がアングリカンであるとか、またカトリック

クとユダヤ教とか、ギリシヤ正教とシク教徒とか、その他各種の事例が姿を見せたけれども、最も問題になるのは悪名の高い「エホバの証人」が介入する事例であった。

当面の場合も右の例にもれず、父がオランダ改革派教会に属し、他方で母はエホバの証人を信じている。父が監護者であれば、日常生活は父の信じる宗教のもとで行われ、母は面接の時に子に別の宗教の話をするようになる。立場が反対の場合も同様のことが生じよう。子はまさに父母による別々の宗教にさらされることになる。ここで何が子のための最善の利益かを考えれば、母が自分の信じるエホバの証人——いかなる場合にも輸血を認めない——の考えを子に押しつけるのを阻止することにつきよう。母に子の監護を託すとき、また反対に子との面接のみを認めるとき、いずれの場合でも、母が子に自分の宗教を強制することのないよう、適切な処置を講じるしかならう。

(1) R. F. L. 4th. vol. 4. p. 250.

(2) 村井「カナダにおける子の監護と宗教」神戸学院法学第二五卷二二二—二三頁以下、同「子の監護と宗教・再考」第三〇巻一号一頁以下参照。

② R. (M) v. M. (S) (一九九七) 事件⁽¹⁾

この事件において、十六才、十三才、十一才の三人の子を監護していた三十六才の母が死亡し、彼女の異母姉妹が監護者となった。彼女は子が別居中の父と接触することを認めず、子に対し、父は子供達に会うことを欲していないと告げ、また父が子供達に母の死亡の事実を知らせないようにした。彼女は児童援助協会 (Children's

Aid Society) に行き、父の子に対する過去の虐待を主張したが、認められず、反対に父に子の永続的な監護が与えられた。彼女の行為は、子の権利を無視して自分自身の利益を促進することを企図しているというのが理由である。そこで父は子の永続的な監護を請求し、アセスメント報告書も彼女に不利な趣旨を明示したので、彼女が控訴した。

裁判所はこれに対し、父に子の監護を認め、次のように判断している。すなわち、本件において最も重要な争点は、他の要因が相対的に同じであるとき、現状 (status quo) が進行してきた時間的な長さおよび一九九四年以来、子が明らかに長期間安定した生活を維持してきたという事実に存在する。多くの証拠により、子は現在おかれている状況——父による監護——に合理的に良く適合している。監護を変更する命令をすれば、彼等を「現状」から追い立てて、利益を害する結果となる。アセスメントの結果を考慮し、監護は父に課せられるべきであり、それが子の最善の利益に合致するという。

ここにいう現状とは、「ある事が現在そうであり、または過去にそうであった状況」といわれ、「団体的な協約のなかの規定であって、苦情を生じさせている行為または事情に先立って存在したものは、苦情が解決されるまで継続されるであろう」と説明される。⁽²⁾これを当面の場合についてみれば、父母の別居後に子を監護していた母の死亡が重要な事情の変更 (Material change) をもたらした。ここで母に代わって登場した異母姉妹が三人の子を客観的にみて合理的と判断される仕方では監護を継続しているならば、問題は別である。だが、現実にはこれとうらはらに、三人の子を自分の意のなかであやつっていた。裁判所はこのような態度を「現状を破壊するもの」と判断した。このような判断をふまえ、一時期の例外を除き、三人の子の父による監護が平穩のうちに実行されている「現状」を是認し、それが今後も継続することが、まさに子にとって最善の利益であると認めたものとい

- (1) R. F. L. 4th. vol. 32. p. 127.
 (2) Dictionary of Canadian law. 3d. ed. p. 1241. 2000.

③ N. (M) v. B (M) (11000) 事件⁽¹⁾

この事件において、中東戦争後、六才と二才の二人の子は、両親と共に政治的な圧迫をうけてイランを逃れ、イラクに設けられたキャンプに避難した。だが、湾岸戦争のためにキャンプが危険にさらされたため、親は回教のある機関から申出をうけ、二人の子を一九九〇年にカナダに送った。子は一九九一年にトロントのB夫妻のもとで生活を始めた。B夫妻もイランからトルコを経てオタワに定住し、カナダ市民権を得ていた。子の両親は一九九一年にデンマークで「難民」の資格を得たが、父はパスポートに不備があり、母のみ同九六年にカナダに入国を許された。母は同年七月より十二月の間、トロントで子と面接した。両親は二人の子と共にデンマークに帰るべく、子の監護を求めて控訴した。だが、子はB夫妻の許に留まる意思を表明していた。

裁判所はこれに対し、両親の請求を斥け、次のように判断している。すなわち、両親は子の監護を変更することが子の最善の利益であることを示す証拠を提出していなかった。子は現在の環境から「彼等にとって他人」である両親の監護と世話に移されるならば、重大な損害を蒙ることにならう。両親は面接が子にとって有益であることを立証できなかった。母は月に一度だけ監督付きの面接 (Supervised access) をすることが許されるという。ここでは戦争の惨禍が幼い子に及ぼした悲劇の一端を現わしている。二人の子は中東戦争から湾岸戦争へと時

代の波に流され、最後にカナダのB夫妻のもとではじめて安住の地を得ることができた。両親はデンマークで「難民」(Refugee)の資格を得たという。国際法上で難民を定義したのは、「難民および無国籍者の地位に関する国連全体会議」において一九五一年七月二十八日に採択された「難民の地位に関する条約」であった。それによれば、第一条で難民とは、「……人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であること、又は政治的意思を理由に迫害をうけるおそれのあるという十分の理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者であつてその国籍国の保護をうけることができないもの又はそのような恐怖を有するためにその国籍国の保護をうけることを望まないもの及びこれらの事件の結果として常居所を有していた国の外にいる無国籍者であつて、当該常居所を有していた国に帰ることができないもの又はそのような恐怖を有するために当該常居所を有していた国に帰ることを望まないもの」⁽²⁾をいうとする。

二人の子の父母は右にみた定義に該当する難民として、母のみカナダに入国が許された。この時すでに当初より五年余りの年月が経過していた。子はすでに十一才と七才に達していて、平和なカナダの地で養親ともいえるB夫妻の許で成長していた。彼等も子の父母と同様にイランから逃れてきた人達であった。母が子と面接して共にデンマークに帰ることを話したにちがいない。だが、母の意見とは別に、これまで約五年間二人の子を監護・養育してきたB夫妻の意見、さらには子自身の意見も尊重されなければならない。B夫妻は子の幸せを考え、ここで子を母の手に返すのをちゅうちよしたであろうし、子自身もB夫妻の許での平和な生活を満喫していたことは想像に難くない。子の最善の利益のためにはどの道を選ぶべきか。裁判所が最終的に子の意思を尊重し、子をB夫妻の許に留める道を選んだのも首肯できる。ただ、母に子との面接を認めながら、監督付きの面接とした理由が理解できない。母による単独の面接を認めたならば、これ幸いと母が子連れ去る恐れがあるとも考え

たのであろうか。

(1) R. F. L. 5th. vol. 9. p. 359.

(2) 解説——条約集。小田・石本監修。一四七頁—一四八頁。二〇〇一年。

四 第二十四条二項 (d)

子の監護を申立てる各自が子に指導および教育・生活必需品、子の特別なニーズを提供する能力および意思

① Briton v. Briton (一九九二) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九七六年にB・C州で婚姻し、翌年にオンタリオ州に移った。母は家事および十才、七才、六才の三人の子の養育のために仕事を止めた。彼等は子の養育について意見が合わず、また宗教的信条を異にする。一九八九年に離婚したのち、父が三人の子を監護し、子と母との面接が問題となった。子を代理すべく任命された公的監護者 (official Guardian) はアセスメントを請求した。一九八九年のアセスメント報告書によれば、母は感情的であり、落ち着きがないと認定し、子の監護を父に認めるよう勧告した。母の弁護士はアセスメントに対して反対訊問をせず、父の監護が続いた。一九九〇年に提出された二度目の報告書によれば、母の方が注意深く、子の監護に適した個性を有しているとの理由で、改めて母が子を監護するように勧告した。そこで双方が児童法改正法にもとづいて監護を請求した。

裁判所はこれに対し、母に子の監護を与え、次のように判断している。すなわち、面接をめぐる事件では、子の最善の利益が唯一の基準となる。両親が別居したのち、母はつねに子との接触を保っており、従来、子を主として世話してきた。アセスメントは何か子にとって最善の利益かを決定するに当って判事が考慮すべき要因の一つにすぎない。しかも当初の報告書は三年前のものであり、それが基礎とした事実はすでに存在しないという。

ここに登場する公的監護者は、連邦の評議会における副総督が法務長官の観告にもとづいて、いずれかの州の弁護士会に十年以上所属していた弁護士のなかから任命される州の公務員であり、一九八四年の裁判所法 (The Courts of Judicature Act) の第一〇二条によれば、未成年者その他の人のための訴訟代理人となる旨が規定されている。⁽²⁾ 本件においては子を代理する公的監護者が任命され、アセスメントを請求した。ここで二度にわたるアセスメント報告書の内容が問題になる。当初は母に不利であった。母の現状がアセスメント報告書の内容に反していたならば、母の弁護士は当然に反対訊問を展開し、母に有利な結果を得べく努力するはずである。だが、彼はそれをしなかったという。母の行状からみて、とても子の監護に耐えられないと判断したにちがいない。少しでも可能性のある限り、母の利益をはかるのが弁護士の義務のほずだからである。ここで二度目の報告書をみれば、内容が一貫している。母は三年前の自分の態度を反省し、弁護士の忠告にもとづいて、可能な限り子の監護を得るため努力を重ねたのである。その努力が実を結ぶ結果となっている。

(1) R. F. L. 3d. vol. 37. p. 253.

(2) Ontario Annotated Family Law - service. p. 467. 1988.

② Jane Doe v. Jone Doe (一九九〇) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は一九七九年に同居を開始し、同八五年に子が生まれたが、八七年に別居した。別居後、母子は母方の祖父の許に移り、子は母が監護し、父は子と面接していた。一九九九年、父は子の単独監護を請求した。アセスメントの報告書は、子が父の許におかれることを勧告し、二度目の報告書も同じ趣旨であった。現実には父はフル・タイムで働いており、子の世話をするには援助が必要であった。一方母はフル・タイム子の世話が可能であり、彼女の家族も手助けができる。父母は子の共同監護を協定し、子は二週間ごとに一方ですぐすことにしたが、一九八九年に父が単独監護を与えられたので、母が控訴した。

裁判所はこれに対し、従来どおり、母に子の監護を与え、次のように判断している。すなわち、幼弱年令の原則という法律上の効果とは関係なく、就学前の子の世話の大部分は母が遂行している。母が主要な監護者であるとき、これに反対する理由の存在しない限り、それが子の最善の利益であろう。母はよろこんで面接命令に応じること示しており、これで充分であるという。

ここで一九八七年の児童法改正法第二十条によれば、第一項に、「本章において、別段の規定がない限り、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⁾と定めている。これは子の監護がつねに父母による共同監護であることを要求するものではない。父母がつねに子を共同で監護できる事情にあれば、面接の問題は生じない。だが、具体的な事情により、共同監護が不可能な場合もあろう。本件はまさにこれに該当しよう。父または母による単独監護か、交替監護の方法しかない。前示のような事情のもとで、父による単独監護を勧告した二度にわたるアセスメント報告書は、父母をめぐる具体的な事情を見誤っていたとしかいいようがない。もともと、父による単独監護は不可能であった。子の最善の利益を考えれば、母に単独監護を認め、父には面接への道を開

いておくのが妥当な解決ということになる。

(1) R. F. L. 3d. vol. 28. p. 356.

(2) 村井「児童法改正法——一九八七年」神戸学院法学第二九巻二号一一五頁。

五 第二十四条二項 (e)

子の世話および養育のために提案されているなんらかのプラン

① Gordon v. Gordon (一九八四) 事件⁽¹⁾

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生まれた。翌年の九月、母子は他男の許に移った。一九八〇年二月に父が仮判決により子の監護を得たが、母が出廷しておらず、弁護士も十分な活動をしていなかったことを理由に該判決は取消され、改めて離婚手続きにおいて、子の監護の問題を調査し、報告するよう、家族法コミッショナー (Family Law commissioner) に命じられた。コミッショナーは調査の結果、子の監護を父に託すよう勧告した。裁判所がこの勧告に従う命令をしたので、母が控訴した。

裁判所はこれに対し、コミッショナーの論拠は現実に父の監護プランの重要な論点に向けられていないとし、母の監護を認めている。

ここにいる家族法コミッショナーは、面接・監護または扶養に関する争点について調査し、報告するよう裁判

所が命じる人を指している。⁽²⁾これをさらに詳しく一九八四年当時の民事手続規則 (Rules of civil procedure) をみれば、離婚訴訟 (Divorce Act) と題する第七十条の二十一の一項に、「トロントまたはオタワで開廷する裁判官は、当事者の同意を得て、訴訟で発生する監護・扶養または面接に関する問題または争点を調査し、報告するため、家族法コミッションに指示することができる」とし、第二項に、「第一項で調査が命じられるとき、コミッションは命じられた問題または争点を調査し報告書を作成するものとする」⁽³⁾旨を定めている。本件において、コミッションはこの規定に従ってこの監護について勧告を行うことになったわけである。

ここでは三才の子の監護が問題になっている。父が母と協力して誠実に子の監護に努めておれば、なにも支障は生じなかつたと思われる。しかし、子の肉体的・情緒的な福祉に関する重要な争点が未解決のままに残されている。家族法コミッションは、母および彼女と同居した男の道徳的な欠陥について彼が調査した結果に決定的な重みを与えなかつた。この点は大きな手落ちであつた。簡単にいえば、子の監護に関する事件では、子の最善の利益が唯一の争点でなければならぬ。この点で通常の訴訟とちがっている。さらに三才の子はまさに幼弱年齢に属している。裁判所がそのつもりであれば、この原則の上に立ち、子の最善の利益を理由にし、母に子の監護を命じることも充分に可能であつたのではなからうか。

- (1) R. F. L. 2d. vol. 23. p. 266.
- (2) Dictionary of Canadian Law. p. 456.
- (3) Ontario Annotated Family Law Service. pp. 513-3. 1989.

② Thorogood v. Thorogood (一九八七) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫婦は別居したが、夫の証言によれば、彼等の三才の子が父母と共に一つの屋根の下で生活できるように、全体として九〇〇日を越えて、たびたび帰宅していたという。幼い子には感情的・機能的な問題があり、彼のライフ・スタイル中の重要な分裂は黙認することができなかった。夫は子の監護を妻に託し、ハミルトンを出てアルバータ州に移った。彼は離婚の訴を提起し、さらに同地で子と面接することを請求した。

裁判所はこれに対し、父の離婚請求を拒けながら、子との面接について次のように判断している。すなわち、一時的な帰宅の間、夫婦は一つの屋根の下で別居しておらず、別居の十分な証拠は得られなかった。面接の問題は児童法改正法のもとで判断される。子にとって父との面接は精神的なトラウマ(外傷)にならう。したがって、父の子との面接はオンタリオ州のハミルトンで、母が責任をもって手助けすべきであらうという。

ところで、一九八五年の新離婚法は第八条において、「婚姻の破綻」を唯一の離婚原因と定め、少くとも一年間の別居により破綻が認定されるとした。別居期間の算定については、「夫婦が和諧を第一の目的として、引続き、または合計で九十日を越えない期間、同居を再開したという理由のみで、中断または終了されたものと考えられないものとする」⁽²⁾旨を定めた。これを当面の場合についてみれば、別居した夫は、全体として九十日を越えてたびたび帰宅しており、帰宅中は同じ屋根の下での別居という実態を認めることはできず、正常な夫婦であった。このような別居は、離婚原因としての別居とは認定されない。夫の離婚請求が認められないのも当然であろう。そこで問題は子との面接に移った。もともと、この子は精神病の治療を必要とする状態であり、小児精神医に託されている。子にとって父との面接がトラウマになるとはこのことを指している。父は自分の住むアルバータでの子との面接を希望するが、右のような実情にある三才の子に裁判所が父との面接を認めるべきかどうか

か、問題であろうし、認めるとしても、現に母のもとで精神病医の治療をうけているオンタリオ州で行うのが子の最善の利益に合致するのではなからうか。裁判所の判断はこの点で当を得たものといえよう。

(1) R. F. L. 3d. vol. 11, p. 82.

(2) 村井「カナダの新離婚法」神戸学院法学第十五巻一・二号二三〇頁—三二頁。

六 第二十四条二項 (f)

子が生活を共にすべく提案されている家族単位の永続性および安定性

① Sherrett v. Sherrett (一九八七) 事件⁽¹⁾

この事件において、一九八二年に夫婦が別居したのち、十二才、十才、八才、六才の四人の子は母の許に残された。母は他男の許に去り、一九八五年に双生児を生んだ。裁判所によりアセツサーとして任命された心理学者の報告書により、原審は双生児の出生は四人の子のニーズに対する母の能力を減少させ、家族の統合を破壊するという理由で、年少の二人の子の監護を父に託したので、母が控訴した。審理が永びく間に母の新しい関係は解消した。子は父の許でうまくやっている。

裁判所はこれに対し、母の訴訟を斥け、次のように判断している。すなわち、双生児が加わったことが家族の統合の破壊を正当化したと解する原審は、重大な誤りを犯している。すべての点で可成りうまく作用している取

決めが乱されることを避けるため、二人の年少の子は父の監護に託すのが合理的であるという。

ここでは父母の別居に伴い、母は四人の子の監護を引き受けながら、さらに加えて他男との二人の子を得た。つまり母は六人の子を現実には監護していることになるが、ある老婦人が彼女と同居し、彼女の留守中は子の世話をしているのが現実のようである。それにしても、六人の子を監護するには相当の費用を必要としようが、経済的なことは当初より少しも問題とされていない。このような事情のもとで、原審はアセツサーの報告書にもとづいて、双生児の出生によって母が既存の四人の子の監護まで全部の責任を引き受けることが家族の破壊につながるのではないかと心配した。そのため、すでに、十一才と九才に達している年少の二人の子の監護を父に託し、父もこれをうけ入れている。母はこのような事情のもとでも、あくまで年少の二人の子も自分が監護したいというのであろうか。経済的な問題はないにしても、母の負担が余りにも大きすぎるのではないかと心配される。現実の問題として、子一人一人の最善の利益のためには、原審の判断を妥当とすべきではないかと思われる。

(一) R. F. L. 3d. vol. 6. p. 112.

② K. A. T. v. J. T. (一九八九) 事件⁽¹⁾

この事件において、十才、八才、六才の三人の子は、一九八六年に両親が別居したのち、母の許で生活している。一九八九年六月に夫婦は解決覚書 (Minute of settlement) を作成し、母が子の監護を継続し、父は子との面接を認められた。両者は互いに他方に合理的な通知をすることなしに子を他方の手にゆだねないことも合意した。母は父による子の虐待を申し立てたが、立証できなかった。母は住宅を売却し、B・C州で新しい出発を

するために移動する準備をした。子は父および彼の家族と親しい関係にあり、規則的に面接していた。父は離婚法第十六条のもとで、母がB・C州に移ることを阻止する命令を請求した。

裁判所は父の請求を認容し、次のように判断している。すなわち、離婚法のもとでオンタリオ州から子が移動するのを阻止する監護命令が子の最善の利益を支配する。児童法改正法第二十四条に設けられた考えは、離婚法第十六条においてもガイド・ラインとして使用されよう。裁判所はそれが子の利益にならなければ、いかなる合意によっても拘束されることはない。裁判所は子を監護している親の許から子を勝手に移動させる企てを阻止する。子の住居が変りなく、母が子の移動を抑制すべきことが子の最善の利益であるという。

ここで一九八六年の離婚法第十六条によれば、「監護命令」と題し、第七項に、「……裁判所は、本条のもとでなされる命令に、婚姻による子の監護をする人およびその子の住居の場所の変更を望む人に対し、変更前、少くとも三十日または別に裁判所が特定する期間に、その変更、変更の時期および子の新しい住居の場所を、その子の面接を許されている人に通知することを要求する条項を含めることができる」旨を規定している。さらに加えて、「要因」と題して第八項では、「本条のもとで命令をなすとき、裁判所は、子の条件・資力・ニーズおよびその他の事情を参照して認定される婚姻による子の最善の利益のみを考慮するものとする」と定める⁽³⁾。

本件において、父母はすでに解決覚書によって右の規定に従う旨を合意していた。そこで問題は、果して母がオンタリオ州からB・C州へ移動する必要性が客観的に是認されるかどうかにかかってこよう。子は現に父および彼の家族と良好な関係を維持し、父との定期的な面接を楽しんでいる。さらに子はすでに地域社会に根をおろしている。それにもかかわらず、母が自分のみの都合で子の父との関係を疎遠なものにすることが許されるのか。子の最善の利益を判断の基礎とすると、父と子の良好な関係が継続されることが是非とも必要であろう。子が

母と共にB・C州に移るならば、父子はカナダの東西に引きさかれ、子の父との面接も従来のようにスムーズにはいかなくなる。このように考えるとき、子は現在の住居に留まり、母も移動を自発的に抑制するのが子にとって最善の利益をもたらすものというべきであろう。

- (1) R. F. L. 3d. vol. 23. p. 214.
- (2) 村井「カナダの新離婚法——一九八六年六月一日施行」神戸学院法学第一八卷一・二号三三六頁。
- (3) 村井・前掲資料二三七頁。

七 第二十四条二項 (g)

子と申立当事者の各自との間の血族関係または養子縁組命令による関係

① Lusher v. Lusher (一九八八) 事件⁽¹⁾

この事件において、夫の母(子からみれば祖母)は彼の婚姻を認めず、阻止しようとした。母は婚姻前の夫を操ったため、夫婦は母が家族と接触し、彼等の関係に干渉することに困惑した。祖母のみが、一九八二年に生まれた四才半の孫とこれまで六回ほど面接していた。夫婦は祖母がこれ以上、夫婦の生活圏外で子と面接することを拒否したため、祖母が児童法改正法のもとで面接を求めて提訴した。

裁判所はこれに対し、面接を認めず、次のように判断している。すなわち、面接の権利は子の権利であり、祖

母または他の人の権利ではない。これが子の最善の利益であれば、その場合にのみ、面接が許される。敵対的な環境——子の安全性を損ったり、または他の方法で子の安全および安楽に害を示すとき、面接は許されない。祖母が子と面接することによって婚姻を破壊しようと企てる現実的な危険が存在した。したがって、面接は子にとって最善の利益ではないという。

一般に面接の問題は、子の父母が離婚または別居したとき、子を監護しない父母の一方と子の間に生じることになる。だが、ここでは様相が全くちがう。祖母は自分が子の婚姻を妨げるような行為をしながら、子が反対を押し切って婚姻したのちに生まれた孫との面接を要求し、現に数回実行していた。果たして祖母は孫と面接を求め、権利を有するのであろうか。一九八七年の児童法改正法の第二十一条には「命令の申立」と題し、「子の親またはそれ以外の人は、裁判所に、子の監護もしくは子との面接に関し、または子の監護の付帯条件の局面を解決する命令を申し立てることができる」と定めている⁽²⁾。祖母はこれを根拠に孫との面接を求めたのであろう。

オンタリオ州では、子と面接するのが親の権利であるとか、親と面接するのが子の権利であるとか、一方の立場のみから判断することはせず、両者の間の合理的な妥協をはかっている。たしかに、面接ということを法律的に考えるとき、子と面接することが子の福祉ないし最善の利益を損う恐れのない限り、親が子と面接する権利を否定することはできない。それと同時に、親と面接することが子の福祉ないし最善の利益にとって必要かつ有益である限り、子が親に向かって面接してくれるよう要求する権利をもつと判断してもよいと思われる。最近では、面接は親の権利であるというよりも、むしろ子の基本的な権利である旨を明言する事例がみられる⁽³⁾。その延長戦上に子と祖母の関係をおくとき、同様の理論が妥当しよう。子の最善の利益に合致する限りにおいて、祖母も子との面接を求めることができようが、本件ではその要件を満たしていなかったことになるのでなかろうか。

- (1) R. F. L. 3d. vol. 13. p. 201.
- (2) 村井「児童法改正法——一九八七年」神戸学院法学第二巻二号一一〇頁。
- (3) Weiss v. Weiss (一九八〇) 事件。R. F. L. 2d. vil. 18. p. 289.

② S. (E.A.) v. V. B. (K. M.) (一九八九) 事件⁽¹⁾

この事件において、二人の子の母と男性(原告)は一九八六年七月に同居したが、同年十二月に別居した。原告は母が前婚で設けた二人の子と良い関係を保っていた。母が妊娠したが、胎児の父は不明であった。子の出生後、母は血液検査をうけるべき命令を拒否した。一九八七年十二月。母は同年七月に生んだ子を養子にすることを望む第三の男と婚姻した。原告は父性の決定および子との面接を請求したが、母および彼女の夫はこれに反対した。

裁判所はこれに対し、原告を子の父と宣告し、子との面接を認め、次のように判断している。すなわち、父であるという単なる事実それ自身が面接権を与えることはない。子の監護または面接の問題は、子の最善の利益を基礎にして決定されるべきである。当面の場合、これに対する回答には、子の生活の中に申立人という“他人”を入れる危険と利益のバランスを考える必要がある。子は生物学上の父と心理学上の父のちがいを評価することができた。したがって、申立人には子との面接を認めるべきであったという。

ここで一九八七年の「児童法改正法」をみれば、第八条に「親子関係における承認」と題し、「蓋然性の場合について、反対の証拠のない限り、ある男性は、下記の事例のどれかにおいて、子の父であり、かつ、彼は子の父となるべく、法律で承認されるものとする」とし、その一つとして、「その人が、子の出生のとき、子の母と

いづらか家族的な関係で同居していたか、または彼等が同居を中止したのち、三〇〇日以内に子が生まれてい⁽²⁾る」ことを含めている。当面の事件において、原告は二人の子の母と同居したが、その間に母が妊娠して出生した子について、彼女は血液検査をうけるべき命令を拒否した。また、第十条には、「許可された血液検査」と題し、第三項に、「拒絶される推理。第一項のもとで許可を与える命令に指名された人が血液検査に従うことを拒絶するとき、裁判所はそれが適切と判断する推理を引き出すことができる⁽³⁾」と定めている。

これらの規定を統合して考えるとき、本件において、原告は二人の子の母と良い関係を保っている間に母が産んだ子の血液検査の命令を申請し、それが認められている。命令をうけた母はそれを拒否したが、具体的な事情のもとで原告は子の父と承認される結果となる。だが、このことから当然に子との面接が認められるわけではない。すでにみたとおり、最近では、面接は親の権利であるというよりも、むしろ子の側の基本的な権利である旨が明言されるようになってい⁽⁴⁾る。裁判所もいうように、父であるという単なる事実それ自身が面接権を与えるいわれはない。これはひとえに子の最善の利益の問題に帰着する。父に子との面接権を認めることが子の最善の利益につながると判断されるとき、父に子との面接が認められようが、反対にそれが子の最善の利益に反すると考えられるとき、子との面接は認められない結果となる。本件はこの問題に明確な解答を与えるものと評価してよ⁽⁵⁾からう。

- (1) R. F. L. 3d. vol. 24, p. 220.
- (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一一〇頁一一一一頁。
- (3) 村井・前掲資料一一二頁。
- (4) 村井「カナダにおける子の監護と面接」神戸学院法学第一四卷二号四六頁。

八 おわりに

二〇〇四年版の「カナダ法辞典」(the Dictionary of the Canadian Law)によれば、本稿の主題となった子の最善の利益¹⁾について、「競争相手の一方または他方の家庭で利用できる肉体的な慰安および物質的な便宜さ」と定義し、「子の福祉は一般的な心理的、精神のおよび情緒的な福祉を含むすべての要因を考慮して決定されなければならぬ」と指摘している。幼い子をめぐる親権・監護・面接等々の問題を合理的に解決するため、子の最善の利益を判断の基礎とすべきことは、わが国の家庭裁判における家事調停の場でも普遍的な効力を有するものと考えてよからう。筆者は約五年前にある夫婦の離婚を契機として、父と二人の幼い子との面接の問題に関与することになった。母の依頼をうけ、離婚調停の申立をし、第一回期日ののち、協議離婚が成立し、二人の子の親権者、監護者は母と定め、父には子との合理的な面接を認めた。だが、もともと、父は自分の稼いだ給料をすべて自分の母に渡してしまう。他方で多くの借金があり、土地、建物はすべて抵当に入っている。困ったことに、父は自分の意見を明らかにせず、すべて他人(主として母のいとこ)まかせである。このような事情のもとで母子が日常の生活にも困った末の離婚であった。母と共に生活の苦境を経験した二人の子が父との面接を望むはずがない。かくて最近にいたり、父の側から親権者の変更と子との面接を求めて調停が申し立てられた。これも母のいとこの差し金らしい。親権者の変更は論外としても、父と子の面接について、筆者は母子の側の代理人として、本稿で展前した「子の最善の利益」という考え方も問題解決のための抛り所一つとして採用されるべき趣旨の上申書を家裁に提出した。裁判官および調停委員がこの点についてどのような評価をされることになるか、大いに期待している。

(一) The Dictionary of Canadian Law. 3d. ed. p. 118. 2004.