

# 子の共同監護の実情

——カナダ西部の四州について——

村井 衡平

## 目次

- 一 はじめに
- 二 子の共同監護——西部四州の実情
  - I ブリティッシュ・コロンビア州
  - II アルバータ州
  - III サスカチエワン州
  - IV マニトバ州
- 三 おわりに

## 一 は じ め に

カナダにおいて、幼い子をもつ親が別居または離婚するに当って、今後、子をどのような方法で監護し、子と面接していくかは、連邦離婚法または各州の法律によって処理される。方法について両親が合意できればそれによるし、合意できなければ、裁判所の判断を求めることになる。ところで、親が子を監護する方法を大きく分ければ、単独監護 (Sole custody) と共同監護 (Joint custody) の二つが考えられる。単独監護では、子の養育をめぐって必要な身上監護・世話および監督をする法律上の監護権をすべて当初より親の一方のみに与え、他方には合理的と判断される子との面接が認められる。これが厳格な意味での単独監護であるが、この変形として二つのものがみられる。分配監護 (Split custody) と分割監護 (Divided custody) がそれである。分配監護は単独監護の変形と考えられ、各親が一人また二人以上の子の世話および監督を引き受け、自分が監督しない子との面接を定める。子の年令が隔っているか、または他の特別な事情のあるときに限って適用される。たとえば、十六才・九才・十才の三人の子がいるとき、年長の子は父と住むことを望み、年下の二人の子は母を選ぶといわれる。<sup>(2)</sup> もう一つの分割監護によれば、子が一年または特定の期間、一方の親の許に、他の期間はもう一方の親の許で生活する。この方法は、両親が国内で遠く離れて住んでいるか、別々の国に住むときに適用されるが、子にとっては安定性を欠くことになるといわれる。<sup>(3)</sup>

右にみた単独監護と対比されるのがいわゆる共同監護である。実際に監護の仕事をどのような方法で行うかに関係なく、両親が意思決定の手順 (decision making process) を分担することを意味している。<sup>(4)</sup> だが、共同監護とはいいながら、両親が婚姻中に共同生活を営みながら子の監護も共同で行う完全な意味での共同監護とは実質

を異にしている。このちがいにについて、一つは共同監護を「親の責任分担」(Shared parental Responsibility または Shared parenting) と位置づける。一九九七年に設立された連邦の上下両院による「児童の監護および面接に関する特別合同委員会」(the Special Joint Committee on Child Custody and Access) は報告書の中で、「これまで用いられてきた監護・面接 (Custody・Access) との用語を、親の責任分担」という概念・表示で置き代えるべきこと<sup>(5)</sup>を結論していた。また、一九八六年の連邦離婚法は第十六条四項において、一人または複数の人への監護命令を裁判所に認めることにより、右のような親の責任分担の増加への扉を開いたという<sup>(6)</sup>。さらに、子が両親の各自と定められた基本的な期間を五十パーセントに達するまで過すこととし<sup>(7)</sup>たり、分担監護 (Shared Custody) または交換監護 (alternative custody) ともよばれている<sup>(8)</sup>。本稿では右のような事情を十分に理解したうえで、「親の責任分担」という意味で共同監護という名称を用いる。

ところで、カナダの総人口の約三十五パーセントを占めるオンタリオ州の一九七六年の統計によれば、一三・五〇〇件の離婚について、幼い子が二六・〇〇〇人含まれていた。そのうちで父に子の身上監護を認めているのは、わずか五パーセントにすぎない<sup>(9)</sup>。このような結論に達するために使用する要因は、いわゆる「幼弱年令の原則」<sup>(10)</sup> (Tender Year doctrine) によることはまちがいない。これをカナダ全土についてみると、一九八三年の統計では九十パーセントの子は彼等の母の監護に委ねられ、一九八八年には一般的な処置として、両親の間に異議がなければ、八十パーセントが母の単独監護とされ、父が反対したとき、六パーセントないし八パーセントが母の単独監護を認めるにすぎない<sup>(12)</sup>。さらに一九九〇年には母の単独監護が七十七パーセント、父が六パーセントないし八パーセント、一九九一年には母が七十三・六パーセント、父が十一・八パーセントであった<sup>(13)</sup>。また、一九九五年には母が八十六パーセントに対し、父は七パーセント、さらに一九九九年には母が六十二・二パーセ

ント、父は十パーセントを示すにすぎないが、他方で共同監護が二十七・六パーセントないし二十八パーセントと増加している。とはいえ、この当時、裁判所はどのような場合に子の共同監護を認めるのが適切かについて、見解が一致しているわけではなく、父母が合意している例外的な場合に限っていたのではなからうか。

また、別の説明として次のようなものがみられる。すなわち、慣例として共同監護は実際に余り意味をもたない。なぜならば、子を実際に監護しない一方の親は、自分は子の生活に関与しているが、現実にはそこで子が寝泊りしている他方の親がすべてを決定するのだと自らを慰める。それにもかかわらず、多くの父は共同監護を求める<sup>(15)</sup>という。

筆者はさきにオンタリオ州について、共同監護をめぐる裁判所の判断を考察したが、本稿ではカナダ西部の四州（ブリティッシュ・コロンビア州、アルバータ州、サスカチュワン州およびマニトバ州）について、両親の別居または離婚後に子の共同監護をめぐる争われた、一九八〇年代の後半から一九九〇年代の前半にかけての事例をとり上げてみよう。

- (1) 村井「子の共同監護の是非——カナダ・オンタリオ州について——」神戸学院法学第三三巻四号七〇頁。
- (2) A. Leonoff, R.J. Montague, *Guide to Custody and Access Assessments*, p. 34, 1996.
- (3) A. Leonoff, R.J. Montague *op. cit.* p. 35.
- (4) M. Cano, *Reference on Recent Trends in the Analysis of Custody and Parental Authority in Canada*, C.F.L.Q. vol. 10, p. 225, 1994.
- (5) C. Davis, *Report of the Special Joint Committee on Custody and the Concept of Shared Parenting*, C.F.L.Q. vol. 19, p. 366, 2001.

- (6) H. Irving and M. Benjamin. Shared Parenting in Canada: Questions, Answers and Implications. C. F. L. Q vol. 1 p. 83.
- (7) A. Lenoff. R. J. Montague. op. cit. p. 31. 1996.
- (8) A. D. Finberg. Joint Custody of Infants: Breakthrough or Fad? C. J. F. L. vol. 2. p. 433. 1979.
- (9) A. D. Finberg. op. cit. p. 419. 1979.
- (10) 村井「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めぐる——」神戸学院法学 第三四巻四号一頁以下参照。
- (11) H. Irving and M. Benjamin. op. cit. p. 82.
- (12) Nichola Bala. A Report from Canada's Gender war Zones: Reforming the Child related Provisions of the Divorce. C. J. F. L. vol. 16. p. 177. 1999.
- (13) A. Lenoff. R. J. Montague op. cit. p. 31. 1996.
- (14) C. Daris. op. cit. p. 330. 2001.
- (15) Mo Leod. Child custody Law and practice. pp. 24-34. 2006.
- (16) 村井「子の共同監護の是非・前掲註(1)六〇頁以下参照。

## 二 子の共同監護——西部四州の実情

### 1 ブリティッシュ・コロンビア州

B・C州では一九七八年の「家族関係法」(The Domestic Relations Act)により、「子を監護できる人」と題し、次のように規定している。

第三十四条 (1) 第二項に従い、子を監護できる人は、(a)父および母が同居しているときは、父および母が共同して、(b)父および母が別居しているときは、子が通常そこに居住する一方の親、(c)裁判所の命令のもとで監護が存在しているときは、これらの権利を有する人、さらに、(d)書面による合意のもとで監護が存在するときは、これらの権利が与えられている人である。

(2) 第一項のもとで教人が監護について意見が一致しない場合において、(a) 裁判所の命令のもとで監護をする人、(b) (a)号を適用しないときは、合意により監護を委ねられた人、(c) (a)号および(b)号を適用しないときは、子が通常そこに居住し、監護を主張している人、(d) (c)号が適用され、そのもとで二人が等しく権利を有するとき、一般には日々、子の身上の世話をする人は、裁判所が別の命令をするときを除き、他の人々を除外して監護を行うことができる<sup>(1)</sup>——旨を定めている。

ところで、第一項の(a)は子の父母が正常な状態で婚姻を維持し、子を共同監護している場合であり、(b)は父母が別居し、現実的一方が子を単独で監護していることを指している。このような規定のもので、共同監護をめぐるB・C州にみられる事情をさぐってみよう。

(1) 村井「家族関係法 一九七〇年——ブリティッシュ・コロンビア州」神戸学院法学第三一巻三九五—二頁

#### ① Kamimura v. Kamimura (一九八八) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は 一九七七年に婚姻し、同八四年に別居した。婚姻後、父はフル・タイムで働くことはないが、婚姻前に相続した賃貸財産による収入で家族の生活を維持している。七才と五才の娘がいる。夫婦は子の養育に熱中し、父は二人の子を彼の帆船で帆走に連れていったりする。別居後、夫婦は合意のもとに子の

共同監護を引き受け、不和にもかかわらず、子の養育には協力した。その後、母は二人の子の監護および扶養料を請求し、父は共同監護を求めた。

裁判所はこれに対し、共同監護を認め、母には身上監護・世話および監督 (Care and control) を、父には子との面接および月に三〇〇ドルの扶養料の支払いを命じ、次のように判断している。すなわち、裁判所は監護同意に拘束されず、子の最善の利益にもとづいて決定しなければならぬ。彼等は子の養育について努力し、良き両親であった。共同監護は過去においてうまく働き、子の最善の利益は共同監護を認めることで達成されよう。子の主な居所は、冬季は母の許に、夏季および休日には父の許にすべきであるという。

ここでは夫婦が別居するまで、子の監護は順調に行われていた。カナダにおいて、教育に関する権限は各州および準州の州政府にある<sup>(2)</sup>。B・C州で五才から始まる義務教育をうける二人の子の養育費について、夫がフル・タイムで働く必要はなかった。彼の所有する帆船もその価値を十分に発揮していた。問題はその後生じた。彼等は合意で子の監護を引き受けたというが、父が自分の手で二人の子を現実養育し、扶養料を負担し、母は定期的に子と面接していたのが実情と推測される。これはまさに父による単独監護である。しかし、母はこのような方法に満足せず、これまでのように彼女による子の単独監護を請求し、扶養料の支払いを父に求めた。この場合、母に十分な資力があり、二人の幼い子の監護を彼女に委ねるのが適切と裁判所が判断すれば、母に単独監護を認める余地も存在しよう。だが、当面の場合、母には現実には右のような資力がなく、父の収入にたよらなければならぬときに、いわば次善の策として共同監護の方法を選ぶことになったものと考えられる。

(1) R.F.L. 3d, vol. 13, p. 31.

(2) 小川洋「学力調査にみるカナダ教育の特徴」カナダ研究年報第二号五頁。二〇〇一年。

② Me Neil v. Me Neil (一九八九)事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九七九年にオンタリオ州で婚姻し、同八六年に別居した。五才と三才の二人の子がいる。婚姻後、妻はキリスト教徒として再生し、夫はカトリック教徒であったが、信仰は未熟であり、妻の宗教に深くかかわり合うことはなかった。一時、夫が他女と関係をもつたため、妻は夫が子と面接するのに干渉したが、夫のライフ・スタイルのゆえに、不本意ながら協力した。最後に両者は離婚手続において、各自が子の監護を請求した。

裁判所はこれに対し、妻に子の単独監護を与え、夫には子との面接のみを認め、次のように判断している。すなわち、妻はいやいやながら夫と他女の関係を受け入れた。夫の過去の非行は最近の夫婦関係の健全な状態に照らせば、監護に関係はなかった。妻の宗教的慣例は何も重大な問題とならない。双方とも子を愛しており、子のニーズに答えることができた。しかし、宗教・教育およびレクリエーションに関する彼等の見解がちがっていることは、子の共同監護を実行不可能にするという。

ここでは子の父母が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教育している限り、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まい。だが、父母がそれぞれ信仰を異にし、子の監護をめぐる意見が対立することになれば、その荒波を幼い子がまともに受けてしまう。カナダにおいては、国の宗教とか州の宗教といったものは存在しない。子の監護に関連して、父母それぞれの信じる宗教が問題になる場合に、裁判所は宗教の問題について、あくまでも中立的な立場を堅持しなければならぬ。当面の場合、妻は厳正なプロテスタントであり、父は未熟なカトリック教徒である。<sup>(2)</sup>もし両者とも誠実な信者であれば、時として、各自の信仰をめぐるいさかいを



生じ、二人の子の監護にも悪い影響を及ぼす恐れがある。だが、夫の信仰が未熟であったため、婚姻中に宗教の問題をめぐっていさかきを生じなかったことは幸であった。だが、離婚後の子の監護の問題となると別である。厳正なプロテスタントである母の立場からみると、これまでも宗教的に未熟な父を信用できない点が多分にみうけられた。離婚後に母が監護親として子を養育することになれば、未熟な父の信仰は全く無視され、反対に父が監護親となれば、厳正な母の信仰による反撃をうけることは眼に見えている。裁判所がこのような事情のもとで子の共同監護は不可能と判断し、妻に子の単独監護を認めたのももつともと思われる。

(1) R.F.L. 3d, vol. 20, p. 12.

(2) Mclead, Child Custody Law-ard practice, p. 6-24, 2006.

③ Heyman v. Heyman (一九九〇) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九七九年に同居し、同八一年に婚姻した。一九七九年に娘、ついで同八三年に息子が生まれた。彼等は一九八六年に別居し、六才と三才の二人の子は父の許に留った。同年に夫婦は別居合意書を作成し、父が子を監護し、母には子との面接を認めた。翌年には合意で共同監護を定め、子が母と同居する時期を決め、合意は離婚判決に取り入れられた。一九八九年に父の申立により、さきの命令は月に三回の週末に面接を認めるべく変更された。父母の離婚後、子の養育に関して見解の相違が生じ、監護および面接に関するアセッサー (Assessor) によるアセスメント (Assessment) は共同監護の継続を勧告したが、その後、各週毎に子の居所を変えるものとした。彼等は監護命令の変更と各自の単独監護を請求した。

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、当初の合意にもとづいて、

子は父の許に留るのが最善の利益である。両親がそれぞれ単独監護を望んでいるが、裁判所が共同監護を命じるのを阻止しない。親の考え方のちがいは子に損害を加えるものではないという。

ここに登場するアセツサーは、裁判所が決定すべき特殊の問題（基礎事実）につき、特別の知識をもって裁判官を補佐する裁判所補佐人を指していて、一九七八年の家族関係法の第十五条一項(b)によれば、家族関係カウンセラー、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。アセツサーによる評価がアセスメントである。

ところで本件は時あたかも、一九八六年に連邦離婚法が改定された直後のことに属している。同法は第十七条五項において、「監護命令のための要因」と題し、「裁判所は監護命令について変更命令をなすに先立ち、婚姻による子の条件・資力・必要性または他の事情に、監護命令または該命令について最後の変更命令がなされたのち、変化が生じたことを自身で納得するものとし、また場合にに応じて、変更命令をなすとき、かかる事情を参照して決定される子の最善の利益のみを考慮に入れるものとする」<sup>4</sup>旨を定めている。

当面の事件では子の監護をめぐる、別居から離婚へと進むうち、両親の考えが種々に変化したことが注目される。当初、彼等が別居したとき、母は子の許をはなれており、子は父の監護のもとにあった。別居合意書でも、子は父が監護し、母は子と面接することができるとするにすぎない。子の監護について父が主導権を握っている。だが、離婚へと事態が進むうちに子の共同監護が登場するが、問題はその内容であろう。離婚判決に取り入れられたところによれば、両者がそれぞれ時期を定め、交互に子と同居する方法がとられている。このような交替監護の方法が成功するためには、前提要件として父母が経済的に対等の条件のもとにあることがまず必要であろう。アセスメントが当初、父母の共同監護を勧告していたのも、この点を理解した上のことであつたにちがいない。

さらに両者がそれぞれ子の単独監護を主張するにいたったのは、とくに母の側で育児について財政的にも充分な自信ができたからであろうと推測される。

(1) R.F.L. 3d. vol. 24. p. 402.

(2) The Dictionary of Canadian Law. 3d. ed. p. 86. 2004.

(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——」神戸学院法学第三一巻三九五〇四頁。

(4) 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巻一・二号二二七頁—二二八頁。

④ Levesque v. Levesque (一九九三)事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九七七年に婚姻し、同八二年および八四年に子が生まれた。一九八〇年にB・C州に移り、夫は大学に入学したが卒業できず、夫婦とも同地で働いた。彼等是一九八五年に別居し、二年後に別居証書を作成し、五才と三才の子の共同監護を定めた。合意によれば、二人の子の通学中は母の許で生活し、夏休みおよび月二回の週末は父の許ですす。父母の一方が長期間不在のときは、右の協定を見直すという。一九九二年に母は再婚し、東隣りのアルバータ州に移ることを望んだが、父が移動を拒否したため、母は離婚法のもとで子と共にアルバータ州に移る許可を請求した。

裁判所はこれに対し、母の訴えを認め、次のように判断している。すなわち、裁判所は離婚法第十六条六項により、監護親の居所に制約を加えることができる。共同監護の約束は、両親が互いに近くで生活することを強制することはできない。裁判所が母の移動を許すかどうかは、子の最善の利益にもとづいて判断される。母はつねに子の主たる世話人であり、誠実に移動を希望し、子と父との関係を支持することを示している。二人の子にと

って、第一次的に彼等の世話をする親の許にるのが最善の利益である。したがって、母の請求は認められ、子と共に移動することができるという。

ここで一九八六年の連邦離婚法をみれば、第十六条を「監護命令」(Custody order)と題し、第一項に、「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は監護および面接について命令をなすことができる」と定め、第六項では、「制限および期間」として、「裁判所は本条のもとで、確定または不確定の期間もしくは特定の事件が生じるまで、命令をなすことができるし、またこれについて適切かつ正当と考える制限・条件または制約を課することができる」旨を定めている。<sup>(2)</sup>

当面の場合、一九八七年までは別居合意に定めたとおり、二人の子の監護は順調に進んでいた。だが、母が一九八八年に再婚したのち、二人の子を連れて東隣りのアルバータ州に移動することに父が反対するという事態が生じた。ここで考えなければならないのは、一般的な問題として、監護親である父または母は、子と共に他州に移動する権利 (a Right to remove: Mobility Rights) があるのかどうか、非監護親が反対するときはどうかということである。このような移動を考える動機はさまざまにちがいない。監護親が単に非監護親との間に相当の地理的な距離を置くことのみを考える場合もある<sup>(3)</sup>。また、他州に居住している新しい配偶者の許に居所を移したいと考えるとか、自分自身の職業を他州で発展させたいとか、または非監護親が余りにもしばしば子との面接を強要するため、それを回避する目的のみで他州への移動を考えるといった例もある<sup>(4)</sup>。

この問題についてはオンタリオ州の Carter v. Blown (一九九〇) 事件<sup>(5)</sup>での控訴審の判断が大いに参考になる。ここでは六才の男子を監護している母は引続いてその仕事を継続すべきであるが、従来、父と子が親密な関係を

示しているため、母が子連れてオンタリオ州の西岸に近いブランド・フォードから、時差が三時間もあるB・C州へ移動することは許されないとし、裁判所がこのような場合に考慮すべき要因を指摘している。

- 1 監護親による世話の継続
- 2 監護親が子の居所を定める権利
- 3 子と非監護親との関係の親密さの度合
- 4 企図された移動の理由
- 5 地理的な隔たりとそれによる面接への影響、および
- 6 子の意思——がそれである。

これらの要因を当面の事件に照らしみれば、主として3および5が関連をもつように思われる。

義務教育の過程にある二人の子の日常生活は母と密接に結びついており、反面で父との関係も順調に維持されている。また、ここでは母子はB・C州から東隣りのアルバータ州に移ろうとしており、たとえば一千キロ以上を隔てて時差が三時間もあるオンタリオ州へ移ると比較すれば、きわめて近い。子との面接のための時間や費用の増加も父にとっては大した負担にならず、従来どおり継続することができるのでないか。このように考えるとき、地理的には少し隔っているが、父が子との面接を継続することが子にとって最善の利益である点からみても、母子のアルバータ州への移動を阻止しなければならない理由は見当たらないと思われる。

- (1) R.F.L. 3d, vol. 44, p. 316.
- (2) 村井「カナダの新離婚法——一九九六年六月一日施行——」神戸学院法学第一八卷一・二号三二六頁。
- (3) Mc. Anne-France Gold water. "Long Distance" Custody Cases: Are the child's Best interests Kept at a Distance? C.

F. L. Q. vol. 16. p. 145. 1998-99.

(4) B. Hovins *Mobility of custodial parents: Guidance from the supreme courts.* R. F. L. 4th. vol. 19. p. 292.

(5) R. F. L. 3d. vol. 30. p. 53.

監護親の移動権の問題については、その後、同じオンタリオ州の Mac Gyver v. Richard (一九九五) 事件——R. F. L. 4th vol. 18. p. 432——や、カナダの最高裁の Gordon v. Goertz (一九九六) 事件——R. F. L. 4th. vol. 19. p. 177 による展開をめぐらさる。C. Davest. *Mobility Right and child custody: A Contradiction in Terms?* C. F. L. Q. vol. 15. p. 115. 1997.

⑤ Fry v. Silkalns (一九九三) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八七年に婚姻し、同八五年に子が生まれたが同九一年に別居した。アセスメントによれば、三才になる子は両親とたのしく生活しているし、共同監護を勧告したが、もしそれが達成しないときは、母の単独監護を認めるのが妥当とする。母は父との間のコミュニケーションがほとんどないことを理由に共同監護の勧告を拒否し、子の単独監護、子の父との限定的な面接および扶養料を請求した。父は家族関係法のもとで子の共同監護および面接を請求した。

裁判所はこれに対し、共同監護を認め、父に対しアセスメントによる子との面接および子の扶養料として月に三〇〇ドルの支払いを命じ、次のように判断している。すなわち、共同監護は両親が慎重であり、子の世話について柔軟に議論し、大部分の事柄について合意に達する場合に企図されるべきである。両者の意見のちがいは解決できないとする母の主張よりも、むしろ両親の間の情報の伝達および協力の促進を強調すべきであるという。

ここでは一九八九年に生まれた子はまだ三才をすぎたばかりであり、日常生活のすべてについて母の世話を必要とするのが常態と思われる。アセスメントが両親の共同監護を勧告するのも、その内容は子の日常生活の世話

は母が責任を負い、父はそのための適切な費用を負担しながら、子との面接の機会をもつべきことを意味している。母もこれで納得するはずである。それにしても、裁判所が指摘するように、子の監護の問題について両者の間にコミュニケーションが全く欠けていたか、不十分であったことはまちがいない。双方が互いに相手の立場を十分に理解すれば、問題は氷解するのではあるまいか。なお、B・C州では、さきにもた一九八六年の連邦離婚法第十七条五項にならない、一九九六年の家族関係法の第二十四条一項に子の最善の利益に関する規定を設けるに<sup>(2)</sup>いたっていることを指摘しておく。

(1) R.F.L. 3d, vol. 44, p. 109.

(2) McLeod, *Child Custody Law-and Practice*, p. APP-7, 2001.

## II アルバータ州

B・C州の東にひろがる平原地域 (prairie) のうち、アルバータ州において、一九八〇年の家族関係法 (The Domestic Relations Act) によれば、第五十四条および第五十五条にそれぞれ、「子の監護」および「子の監護に関する合意」と題し、次のように規定している。

第五十四条(1) 裁判所は、(a)別居判決もしくは仮または終局の離婚判決を言渡すに当り、もしあるならば、本人の非行を理由に、婚姻による未成年の子を監護する権利を失う旨を宣告することができる。……(2) 婚姻による未成年の子の監護に不適任と宣告された親は、他方の親の死亡により、これらの子を監護または保護する権利を与えられない。

第五十五条(1) 両親が(a)同意していないか、もしくは(b)離婚または別居しているとき、いずれの親が婚姻によ

る未成年の子の監護・監督および教育をするかについて、書面による合意をすることができ<sup>(1)</sup>。

さらに一九八四年の「児童法修正法」(The child welfare Act)は第三条に「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ついて、そ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>」旨を定めている。このような規定のもとで、共同監護をめぐってみられる事例をさぐってみよう。

- (1) Alberta Family Law-statutes. p.122. 1993.
- (2) Alberta Family Law-statutes. p.29. 1993.

① Demchuk v Demchuk (一九八八) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、離婚した夫婦には九才と六才の二人の子があり、判決によって両親の共同監護を許され、子の主たる居所は父の許とされた。父は命令に従わず、子と母との接触を困難にし、命じられたカウンセリングをうけることも拒否した。子の通学についても母と情報のやりとりをしない。娘は学校での行動が下向きとなり、息子は医学的・情緒的な手助けを求めたが、父はいすれの場合も適切に対応できなかった。そこで母は彼女の許に子の居所を変更するよう請求した。

裁判所はこれに対し、母の申立を容認し、次のように判断している。すなわち、裁判所が子の居所を変更するに先立ち、母はそれが子の最善の利益であることを証拠で示さなければならぬ。父は共同監護について母の基本的な権利に関心を示さず、母との交渉を促進しようともせず、子の日常生活の完全な支配を引き受けてしまった。したがって、子の主たる居所は母の許にすべきであるという。



ここでは二人の子の父の態度が問題となっている。彼は義務教育の期間中の子を自己の許に引き取って生活の面倒をみるべく約束した。共同監護とされているから、子の日常の生活については母と具体的に協議して義務を果たすべきであるし、母と子の面接の仕方にも具体的に取り決める必要がある。だが、現実には母と相談のうえでこれらの問題を解決する機会をもつこともしない。裁判所が命じたカウンセリングをうけることも拒否する。日常生活をめぐる二人の子と問題が生じた原因は、正に一方的に父の側にあったと断じてまちがいない。父が子の教育についても当初から母と相談し、互いに接触を保ちながら仕事を続けたならば、当面のような問題は生じなかったであろう。母の出番を承認するのに異議をとねえる余地はあるまい。

(一) R.F.L. 3d. vol. 13. p. 346.

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

この事件において、三人の子の監護が問題となった。父は母との共同監護に合意しながら、その後も単独監護を続けた。原審は父母による共同監護が子の最善の利益であり、しかも両親は協力できると認定し、子の通学中の一年毎のペースで共同監護を命じたので、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、原審はすべての関連する要因を考慮し、法律上で誤りを犯してはいない。したがって、控訴は斥けられるという。

ここでは父母の離婚後、三人の子について一度は共同監護をすべきことが父母の間で合意されていた。その合意が実行されておれば、問題は生じなかったであろう。だが、父はこの合意をくつがえした。それによって、改めて単独監護としたのか、反対に母の単独監護を求めたのか、いずれとも明らかでない。当初の合意のとおり共

同監護とするためには、父母が子の監護について協力して仕事をすることが可能な事情が確認され、それが子の最善の利益であることが必要であろう。原審はかかる事情を積極的に認定したうえで、さらに具体的に踏み込んで、父母による一年毎のいわゆる交替監護を命じたものと考えられる。

(1) R.F.L. 3d. vol. 12. p. 331.

### ③ *Sichman v. Sichman* (一九八八) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八四年に婚姻し、同八六年に別居した。彼等は解決覚書を作成し、五才と三才の二人の子の監護を母に託し、この趣旨は離婚判決に取り入れられた。一九八七年に母は彼女自身の財政的再建のため、六カ月間、子の監護を父に託すことを求めた。すでに他女と同居している父はこれに同意し、子は父の許で生活した。母が不安定の間、父は安定し確実なライフ・スタイルを維持した。彼は一九八六年の離婚法のもとで彼に子の単独監護を与えるべく、命令の変更を求めた。

裁判所はこれに対し、父が子を世話し、監督する共同監護を認め、次のように判断している。すなわち、父母はそれぞれ正直であり、賢明であり、慎重であり、子の幸せに関心をもっている。かかる事情のもとでは、共同監護を許すのが適切であり、実際に父は子のニーズに答えるのに一番よい立場にあった。したがって、子の世話および監督は父に残すべきであるという。

ここでは当初、二人の幼い子の監護は母に託された。子の年令からみても、また父母の経済状態からいっても、母が子の監護を引き受け、父が子の費用を負担しながら、子と面接を続けるのが妥当な状況にあったと思われる。だが、これも長続きしなかった。母が彼女自身の財政的再建を理由に子の監護を六カ月間、父に託すことを求め

たからである。ここで母の財政的再建が何を意味するのか明らかでないが、子を監護する費用は父が負担しているので問題はないから、それ以外の彼女自身の経済的自立をなんらかの方法で六カ月以内に達成する意図であったにちがいない。一九八六年の離婚法の第十七条は、「変更・取消または延期命令」と題し、第一項に、「正当な管轄権のある裁判所は……(b)前夫婦の一方または双方もしくは他の人の申請により、監護命令またはそれに関する規定を将来に向って、または遡及的に変更し、取消し、または延期する命令をなすことができる」旨を定めている。この規定のもとで裁判所は、子を父母の共同監護に託すべきであると判断した。母の経済的自立の要請を妥当なものと認め、今後の二人の子の監護については、父の主張する単独監護ではなく、共同監護が子の最善の利益であることを認めたものといつてよからう。

(1) R.F.L. 3d, vol. 15, p. 307.

(2) 村井「カナダの新離婚法——一九八六年六月一日施行——」神戸学院法学第十八巻一・二号三七頁。

#### ④ Jones v. Jones (一九八九)事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九七二年に婚姻し、同八三年に別居した。一九八四年に子が四才と二才のとき、彼等は共同監護の合意をし、離婚判決に取り入れられた。二人の男子の居所はエドモントンで働く母の許に定め、父との面接が約束された。子はフランス系の学校に入り、共同監護に適合していた。一九八八年十月、母は新しい夫と共にオンタリオ州に移ることを一方的に決めて実行し、二人の子を同地の学校に登録した。そこで父は監護命令を変更し、子が彼の許に居住することを請求した。

裁判所はこれに対し、母が子を父の住むエドモントンに移すことを命じ、次のように判断している。すなわち、

裁判所は離婚法第十七条五項により、監護命令を変更する権限をもっている。母がオンタリオ州に移ることは、同条にいう重大な事情の変更であり、それが子の最善の利益であるという証拠は何もない。子は父の許に居住するのが最善の利益であった。母がエドモントンに残ることを認めれば、現存する監護命令を変更するに充分な事情は何も存在しないという。

ここで指摘される離婚法の第十七条五項の規定は、さきにもみた *Heyma v. Heyman* (一九九〇) 事件で明らかである。これを当面の場合についてみれば、義務教育をうける年令に達しない四才と二才の子は父母の共同監護とされ、離婚後もその通り継続されていた。医師である母はエドモントンで働き、弁護士である父が子と面接する。この事情がそのまま継続すれば、問題は生じなかつたはずである。だが、母が再婚し、アルバータ州からオンタリオ州に子を伴って移り、子を同地の学校に登録している。もともと、山岳部のアルバータ州と東部のオンタリオは一千キロ以上離れており、時差も二時間である。子と面接しようとする夫の立場を考えれば、時間的にも経済的にもきわめて不都合というほかはない。さきにもみた *B・C州の Levesque v. Levesque* (一九九七) 事件を検討した際に引き合いに出したオンタリオ州の *Carter v. Carter* (一九九〇) 事件で指摘された「地理的な隔たりとそれによる面接への影響」がここではつきりと見出される。母がこのようないきさつを十分に承知のうえで、あえて子を伴ってオンタリオ州に移るのは、父と子との面接を妨害する意図と判断されても仕方がない。母子の移動が子の最善の利益を害する結果をきたすことは眼に見えていたと考えられる。

(1) R.F.L. 3d. vol. 18. p. 385.

(2) C. Davies. *mobility. Right and child custody. A contradiction in terms?* C.F.L.Q. vol. 15. p. 115. 1999.

⑤ Colwell v. Colwell (一九九二)事件<sup>(1)</sup>

この事件において、両親の別居後、三才と十八カ月の二人の子は母の許に残された。父は子と定期的に接触せず、母は彼女自身で子を監護した。彼等は子のために共同で意思を決定すべきであり、それができるのに何もしなかった。監護の手續において、父は子が母の世話をうけることに満足しながら、暫定的な共同監護を請求した。母は父との間に意思の疎通がなく、父は子に関心がないという理由で、それに同意しなかった。

裁判所はこれに対し、母に暫定的な監護を認め、次のように判断している。すなわち、当面の場合、共同監護を支持する根拠は見当たらない。共同監護は親の一方が同意しなくとも決定できるが、それが子の最善の利益に合致する場合に限られる。母が子を監護し、父は合理的に子と面接すべきであるという。

ここでは父が子の共同監護を請求するが、現実に彼のとつた態度は、この目的を達成するために当を得たものではなかった。当初、彼等が別居したとき、子を今後どのように監護するか、予め相談すべきであった。二人の子を父母が一人ずつ別個に引き取って監護するとか、父母のいずれかが二人を単独監護するとか、共同で監護する方法を考えると、いくつかの選択肢があつたはずである。父が母との共同監護を希望するならば、その旨を母に伝え、両者が協力して子の監護・面接をする妥当な方法を探るべきであろう。だが、現実には協議は何も行われなかった。結果的に母が事実上、子の監護を継続する事態になつたと考えられる。

(1) R.F.L. 3d. vol. 38. p. 345.

III サスカチエワン州

サスカチエワン州において、一九七八年当時、「未成年者法修正法」(An Act amend the Infant's Act)の第三条

二項に、「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」とし、第三項には、「子の監護および面接に関して、裁判所は中間判決をすることができる」と定めている。<sup>(1)</sup>このような規定のもとで、共同監護をめぐる事例をさぐってみよう。

(1) McLeod: Child custody Laws and practice. p. APP-16-1. 2006.

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

この事件において、夫婦は一九八一年に婚姻し、同八三年に別居した。妻が家庭を離れたとき、夫は義務教育の年令に達しない五才と四才の二人の子の移動を阻止した。一九八三年十二月にいたり、未成年者法修正法のもとで夫に子の仮監護が与えられたが、彼の両親が現実には子を養育し、子も彼等になついていた。その後、夫が離婚の訴を提起したとき、原審は当事者による専門証人とは別の証人の証言にもとづき、子を父の祖父母および母に六カ月間の共同監護を認め、その後は母に監護を命じたので、祖父母が控訴した。

裁判所はこれに対し、控訴を容認し、再審を命じて次のように判断している。すなわち、原審の行為および判決理由は、いずれも満足のものではない。原審の命令は法律に違反しており、一九八六年の離婚法のもとで監護を変更する申立として審理されるべきであるという。

当面の場合、五才と四才の二人の子の監護が問題である。年令のみからみれば、監護については幼弱年令の原則を適用するのが一応妥当ではないかと考えられる。だが、一九七八年の未成年者法修正法はさきにとおり、子の最善の利益のみを重視する。この文言からみれば、これまで一九二五年の未成年者法 (The Infant's Act) のもとで適用されてきた幼弱年令の原則を、さきに見た *Harden v. Harden* (一九八七) 事件<sup>(2)</sup>に続いて、完全に廃止

したものともみてよからう。では当面の場合に誰れを子の監護者とすべきであろうか。母が要求するのは別に、父の祖父母が「事物の現状」<sup>(3)</sup> (Status Quo) を理由に子の監護を強く求めた。子の父母が離婚したのちの三年四カ月の間、祖父母が現実には二人の子を監護してきた実績を強調したとみてよからう。だが、裁判所はこれらの事情を考慮に入れながらも、祖父母と母のそれぞれの年令その他の具体的な事情からみて、最終的に母に二人の子の監護を委ねるのが子にとって最善の利益になると考えたのであろう。

(1) R.F.L. 3d. vol. 8. p. 2.

(2) 村井「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めぐって——」神戸学院法学第三十四卷四号三三頁—三三三頁参照。

(3) 増島六一郎編「英法辞典」二六六頁。昭和十八年。The Dictionary of Canadian Law. 3d. ed. p. 1241. 2004.

## ② Bradford (Smith) v. Smith (一九八九) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、父が離婚の訴を提起し、原審は父の申立により彼の両親を子の共同監護者と定めたので、母が控訴した。裁判所はこれに対し、原判決を取消し、次のように判断している。すなわち、原審は原告(父)の両親を訴訟当事者として参加させるに当り、母に対してその命令の正当性を判断する機会を与えるべきであったが、それをしなかった。したがって、命令は効力を有しないという。

さきにもた Bzdel v. Bzdel (一九八七) 事件では触れられなかったが、ここでは訴訟参加 (Intervention) が正式に問題となっている。これは民事訴訟の当事者以外の第三者が、係争中の主題について、自分の権利や利益を主張することである。<sup>(2)</sup> 第三者が自ら進んで参加する場合と当事者が主導して第三者を訴訟に引き込む場合も考え

られる。当面の場合、幼い子の父が離婚後に自分が子の監護者となることのみを主張するのでなく、自分の両親も共同監護者 (Co-custodian) とするように請求する。その理由として、父が単独で子の監護をするには時間的にも経済的にも困難であるため、両親に手助けを求めることを強調する。当面の場合もこれに該当すると思われる。他方、これを母の側からみると、父が彼の両親を訴訟当事者とするについて裁判所より意見を求められるならば、自分が子の監護をするのが子にとって最善の利益である事実を主張して反対するにちがいない。だが、原審は母の意見を聞くこともしなかった。これのみを理由として父の請求は認められない。もしこのような手続上の瑕疵がなく、母の意見も十分に聞いていたならば、いずれの主張が妥当であるかは最終的に裁判所の判断に委ねられるはずであった。

(1) R.F.L. 3d. vol. 19. p. 225.

(2) The Dictionary of Canadian Law. 3d. ed. p. 660. 1019. 2004.

### ③ Talbot v. Henry (一九九〇) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八〇年に婚姻し、同九四年に別居した。十才と六才の二人の子がいる。翌八五年四月まで、子は母の許に留まり、その後、父の許に移った。父は母と共同監護の合意をし、当初、子の世話は父に託された。一九八六年の離婚後、母は再婚し、オンタリオ州の夫の許で、同八八年一月より四月まで子を監護した。父は同年の夏に子と面接したが、母は義務教育をうける子を同地の学校に登録し、父の許に返す計画はない。そこで父は子を連れ出し、現在、自分の許で養育している。両親はそれぞれ子の共同監護の合意を変更し、各自の単独監護とするよう請求した。原審は子の監護を母に託したので、父が控訴した。



裁判所はこれに対し、父の控訴を容認し、当初の命令を維持すべきものとして、次のように判断している。すなわち、原審は子をめぐる事情に重大な変更が生じたかどうか詳しく調査しておらず、当事者も事情の変更を立証していない。したがって、変更命令はなされないという。

ここでは再婚した母が二人の子を連れてオンタリオ州の新らしい夫の許に移り、現に子を監護していて、父の許に返えそうとしない。このような場合、命令の変更を求める父としては、子の監護をめぐる具体的な諸条件、監護の方法、子のニーズその他の事情の変更が生じたことを立証する責任がある。さきにB・C州の *Levesque v. Levesque* (一九九三)<sup>(2)</sup> 事件では東隣りのアルバータ州への移動、また、アルバータ州の *Jones v. Jones* (一九八九)<sup>(3)</sup> 事件ではアルバータ州よりオンタリオ州への移動が問題となったが、ここでも同様の事情がみられる。カナダ西部山岳部のサスカチュワン州とオンタリオ州でも二時間の時差があり、一千キロ近く離れている。このような事情のもとで、現在母の許で監護されている二人の子を自分の許に引取ることを主張する父には、「地理的に隔たつていても、それによる面接への影響がないこと等々」を立証する責任がある。それが立証されてはじめて、裁判所は次の段階として、かかる変更が子の最善の利益にもとづいて必要であるかどうか、決定することになる。当面の場合、裁判所が父の請求する変更命令を認めなかったのも、母が二人の子を監護している現状が子にとって最善の利益であると判断したからにはかなるまい。

(1) R.F.L. 3d. vol. 25. p. 415.

(2) R.F.L. 3d. vol. 44. p. 316.

(3) R.F.L. 3d. vol. 18. p. 385.

④ *Lapierre v. Lapierre* (一九九二) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八〇年に婚姻し、同八三年に別居した。同八一年より八四年に男子が生まれた。別居後、二人の子は母の許に留まり、母は一九九一年の離婚仮判決にもとづいて子を監護し、父は子と定期的に面接し、健全な仕事を続けた。その後、母は気分が不調でなやみ、父子の関係を破壊しようとして企てた。アセスメントはすべての事情を考慮し、子を父が監護し、母は子と面接することを勧告した。この勧告にもとづいて、父が監護の変更を請求した。裁判所はこれに対し、父に子の監護を命じ、次のように判断している。すなわち、子は彼等の希望が決定的であるほど年長でなく、母の行為は父子関係を破壊しつつある。母の病気は子のニーズに適切に答えることを阻止した。父はより良い安定を提供し、子は父と生活するのが最善の利益である。したがって、監護命令を変更し、父に子の監護が与えられるという。

ここでは義務教育をうける十才と七才の二人の子の監護をめぐる両親の間の対立が現われている。一九九一年の仮判決までは、協議のうえ、母が子を監護し、父は子と定期的に面接するという正常な状態が継続していた。だが、事情は一変した。母の精神面での不調という不測の事態である。単に精神的な不安定であれば、父の協力を得て対処することもできよう。だが、ここではより深刻である。具体的なことはわからないが、母は自ら子と父の関係を積極的に破壊しようとして企て、子も母のこのような事情を知ったようである。それにもかかわらず、二人の子は母の許に留まることを望み、父のことを良くいわない。このような場合に子の監護の問題をどのように考えるべきかが大きな課題として解決を迫ってくる。最終的には母の精神面での回復をまたなければならぬが、それまでの措置としては、子の意見も充分に考慮しながら、一応、父に子の監護を託すことが最善の方法として求められるのではあるまいか。

(一) R.F.L. 3d. vol. 34. p. 129.

⑤ Wilson v. Grassiok (一九九四) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八五年に婚姻し、同八六年に男子が生まれたが、同八八年に別居した。父は四十三才、母は十八才である。別居に当り、未成年の母は三才の子の監護を父に託し、それが子の最善の利益であると信じた。父母は一九八九年に離婚し、子の監護は父に委ねられた。一九九三年に母は再婚したが、父は失職して社会保障をうけていた。母が監護命令の変更を請求した。原審は父が子のニーズに答えることができると認定しながら、母に子の監護を与えたので、父が控訴した。

裁判所はこれに対し、父母による子の共同監護を命じ、次のように判断している。すなわち、原審は子の側の事情変更ではなく、両親の側のそれを基礎にした。しかも、父は子のニーズに答えることができると認定しながら、具体的な事情の変更を指摘できなかった。カウンセラーは共同監護を勧告しており、父も協力的であると判断されるゆえに、共同監護を認めるべきだという。

さきに B・C 州の *Heyman v. Heyman* (一九九〇) 事件で参照された一九八六年の離婚法第十七条五項の規定がここでも関連をもってくる。これによれば、裁判所が子の監護命令を変更するに当って重要なことは、最初に子の側の事情に重要な変更が生じたことを認定してはじめて、次に子の最善の利益のためにどのような命令が最適かを考えなければならない。当面の場合、どうであろうか。母は十八才の未成年であり、他方で父は職業に従事し、経済的にも子の監護を引き受けるに充分であった。だが、数年を経て、彼等が離婚したのち、父の職業が不安定となり、最終的には失職し、社会保障をうけなければ生活できなくなった。他方、母は二十三才で再婚し、

分別ある年令となり、経済的にも安定している。このような事情のもとで、もし父が子の監護に消極的であれば、母の単独監護に委ねられることはまちがいなからう。だが、カウンセラーは父が子の監護に意欲的であると認定し、父母による共同監護を勧告した。ここでは母が自分の手許で子の世話および監督を引き受け、扶養料を負担する一方で、父は子との定期的な面接を継続することを内容とする共同監護ということになる。子の最善の利益を考えると、納得のいく結論と考えられよう。

サスカチエワン州ではその後、一九九七年の児童法典 (The Children's Law Act) の第八条において、裁判所は児童の監護命令およびその変更または取り消しに当り、子の最善の利益を考慮するものと定めていることを付記しておく。

(1) R.F.L. 4th. vol.2. p.291.

(2) McLeod. Child custody Law and practice. p. App-16-2. 2006.

#### IV マニトバ州

マニトバ州では一九八七年の「家族扶養法」(The Family Maintenance Act) の第三十九条一項において、「裁判所が別の命令をするまで、両親は彼等の子を共同で監護 (joint custody) する」旨を規定し、また同年の「児童監護強制法」(The Child Custody Enforcement Act) により、「裁判所の配慮」と題して次のように規定している。

第四条三項 本条のもとで命令するとき、裁判所は、(a) 命令を請求し、またはそれに反対するいかなる人の希望または利害関係をも無視して、最初に児童の福祉を考慮し、かつ、(b) 監護を最高度に重要な問題として扱い、

面接または訪問の問題は二次的に重要なものとして扱われるものとする<sup>(2)</sup>」旨を定めている。

右のような規定のもとで、共同監護をめぐる事例をさぐってみよう。

(1) *McLeod, child custody Law and practice*, p. APP-8.

(2) *McLeod*, op. cit. p. APP-8.

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

この事件において、夫婦は一九八七年に別居した。母は月曜から金曜までフル・タイムで働き、父はパート・タイムであった。子は義務教育期間中の八才と六才および年少の四才の三人である。母は三人の子の仮監護を請求し、父は反対に共同監護を求めた。

裁判所はこれに対し、「分担的な世話および監督 (Divided care and control)」を認め、次のように判断している。すなわち、両親はいずれも子を監護する資格を失っておらず、彼等から互いに進行中の関係を奪うことは、子の最善の利益にならない。両親の仕事の段どり、子の世話および監督は両親の間に分配される。母は金曜の午後四時より月曜の午前八時まで、父は月曜の午前八時から金曜の午後四時までとするという。

ここではいわゆる交替監護または分担監護がその姿をみせている。この方法によれば、日常生活における具体的な子の身上的世話および監督を含め、法律上の監督を一方の親に特定の期間、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。子が一方の親と生活する間、子の養育について完全な責任を負うこととなり、他方の親は一般的な面接権をもつにすぎない。このような取決めは、子を養育する責任を両親のいずれかに完全に分配または分割させてしまうわけではなく、期間を定めて分担させることになる。これを当面の場合について

みれば、母は月曜から金曜までフル・タイムで働いているため、仕事の終る金曜の午後四時より子の監護を引き受け、仕事の始まる月曜の午前八時まで継続する。その後、時間的に余裕のある父が監護の仕事を引き受け、月曜の午前八時より金曜の午後四時までとした。父母双方の仕事をめぐる時間的な問題をからめた合理的な解決方法といふべきであろう。

(1) R.F.L. 3d. vol. 8. p. 158.

② *Rezanoff v. Rezanoff* (一九九一) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八二年に婚姻したが、夫による虐待が原因で同八八年に別居した。子は義務教育期間中の七才と六才および年少の五才の三人であり、週末は母の許で、それ以外の日は父と生活している。家族に関する調査報告書 (Home story) によれば、母が子を監護することを勧告する。離婚手続において、母は三人の子の監護を請求した。

裁判所はこれに対し、父母に子の共同監護を命じ、三人の子の主要な世話と監督を母に与え、次のように判断している。すなわち、母は三人の幼い子の親として子に関心をもち、良い計画をしている。他方、父は暴力を好み、不健全な生活スタイルであり、このことは年少の子に範を示すものではない。子はこのような両親の生活スタイルに適合するには余りにも幼なすぎ、具体的な事情のもとでは、子を両親の共同監護とし、日常の世話と監督は母に委ねるのが適切であるという。

ここでは三人の子の父母それぞれの生活スタイルがきわめて対象的である。子はこれまで週末のみ母の許で過ごし、それ以外の日は父の許に在る。この父が暴力を好み、生活スタイルそのものが不健全であることが子にど

のような悪い影響を及ぼしているか。現在と反対に、このような父が週末のみ子を監護することさえ、子にとつてきわめて耐えがたいことにちがいない。子の最善の利益をはかるといふ見地からすれば、裁判所の判断とはうらはらに、母に三人の子の単独監護を認めるべきではなからうか。一步をゆづつて、共同監護を認めるとしても、父と子との面接については、子の最善の利益を考慮に入れ、ある制度の合理的な制約を加えるべきではないかと考えられる。

(一) R.F.L. 2d, vol. 22, p. 443.

③ *Sarka v. Sarka* (一九九三) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫はチェッコスロバキヤで医師をしており、カナダで医業に従事することを望んだ。妻の給料では生活を維持できないため、友人から総額一八・四〇〇ドルを借用し、医師の資格を得るために使用し、妻が家計を支えた。別居に当って夫婦は合意書を作成し、金銭関係を解決しようとした。婚姻の破綻後、彼等は互いの情報の伝達についていくらか困難な事態を経験したが、義務教育期間中の十二才の男子のために互いに譲歩し、子の共同監護を請求した。

裁判所はこれに対し、共同監護を認め、次のように判断している。すなわち、夫婦は双方とも子のニーズに答えるために努力することができる。子の発達に関する決定に父が関与することを認めない正当な理由は存在しない。結果として共同監護が認められ、妻は日常的な世話および監督を与えられたという。

ここでは夫がカナダに移住して医師として働くためには、自らの条件を整える必要があるであろう。そのためにはある程度の期間と費用を要することになる。費用の問題は友人からの借金で一応解決した。二年間の努力の結果カ

ナダでの医師としての資格を得たが、妻も夫の仕事を理解し、目的の達成のために協力しており、婚姻破綻後もこのことが変わらなかったことは、子のために幸であった。この時点で双方が離反し、互いに子の取り合いをはじめるならば、苦難の始まりになったと思われる。賢明にも両者は互いに譲歩した。父が共同監護を請求したのも、母の事前の了解にもとづくものである。問題は子の共同監護をどのようにして実行するかということになる。父は医師として仕事に専念するとき、子の日常的な世話・監督は母に委ねるのが最適にちがいない。両者は子をめぐる親としての役割の内容を充分に理解していた。母が子の身上の監護・養育を引き受けるのに対し、父は子をめぐる重要な事項についての決定権をもつことがその内容である。共同監護の真価はこれによって発揮されることになる。単に母が子を監護・養育し、父が子と面接するというのみでは共同監護とはいえない。ここでは父母双方の前示のような理解をもとにして、共同監護を認めるにいたったものと考えられる。

(1) R.F.L. 3d. vol. 40. p. 208.

#### ④ Wilson v. Grassick (一九九四) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、夫婦は一九八五年に婚姻し、同八八年に別居した。二年前に生まれた男子がいる。母は父より若く、別居のとき、母は子を父に託するのが最善の利益と考え、それに同意した。その後、一九八九年の離婚判決により、父に子の監護が与えられた。一九九三年に母は再婚し、改めて子の監護を希望した。他方、父は審理の当時、失業して社会保障をうけていた。母は監護命令を請求した。原審はさきの命令を変更し、母にこの監護を与えたので、父が控訴した。

裁判所はこれに対し、当事者の事情が変更した事実を認定しながら、父はいぜんとして子のニーズに答えるこ



とができるとし、父の控訴を認め、原審の命令を取り消し、当初の命令を回復させた。一方において、カウンセラーが共同監護を勧告しており、父も協力的であったため、子の共同監護が認められるという。

ここでは幼少の子をめぐり、父母のいずれが監護するかについて、判断がゆれ動いている。すでに明らかかなように、一九八六年の離婚法は第十七条五項において、かかる場合に子の最善の利益のみを考慮に入れるべく命じている。では、当面の場合に具体的な推移はどうであったか。当初、父母が別居したとき、母が子の監護を父に託すのが最善と考えたにちがいない。また、翌年の離婚に当り、裁判所は改めて子を父が監護すべきものとした。父が経済的にも安定していて問題はなかったであろう。だが、一変して父の失業という状態のもとで、母は子の監護を父に託すのを危険と感じたにちがいない。母の判断はこの限りでまちがっておらず、子の監護を請求したのも首肯できる。だが、カウンセラーは母の抱いた危惧を承知のうえで、父が経済的に苦しい事情にあるにもかかわらず、監護に協力する意思を示したことを考慮し、父母による共同監護を勧告した。裁判所もこの勧告を重視したのであろう。このような経過をたどるとき、今後は母が子の監護について主体的に行動しながら、他方で父には子との合理的な面接を認めるという方針で進むものと思われる。

(一) R.F.L. 4th. vol. 2. p. 292.

⑤ *Ducas v. Varkony* (一九九五) 事件<sup>(1)</sup>

この事件において、一九九三年に夫婦が離婚したとき、二才の男子の共同監護が認められ、日常的な世話および監督がキリスト教徒である母に許された。精神病医である母は子を連れて再婚し、ユダヤ教徒である父はカリフォルニアに移った。父は合意にもとづき、同年の八月および十二月に、マニトバ州外で各四日間、子と面接し

た。だが、子が父との面接にストレスを示したため、母は面接の回数および期間のゆるやかな減少を提案した。だが、父は反対に子とのより長期間の面接を求めた。

裁判所はこれに対し、次のように判断している。すなわち、父はしばしば物事を合理的に議論する能力が不足している。面接を実行する彼の行動は乱暴であった。父は母が彼を子から引き離そうとする旨を主張するが、証拠は何もない。母は父と和解するつもりはない。一九九三年以降、子に直接に影響を及ぼす重大な事情の変更が生じている。母に子の監護を認めることが子にとって最善の利益であるという。

ここでは監護の対象が父母の離婚当時に二才の男子である。離婚判決は子の共同監護を父母に命じたというのみで、内容は明らかでない。多分、母に日常生活での子の監護権を与えて養育について責任を負わせ、父には子との面接を認める趣旨での共同監護であったにちがいない。だが、現実にはスムーズにいかなかった。その原因は主にユダヤ教徒である父の側にあったと推測される。ここに姿をみせるユダヤ教は古代オリエントに源を発し、キリスト教に対立し、現在も世界で約一五〇〇万人の信徒をもつ最古の宗教である。一九八一年のカナダの統計によれば、カトリックが四十六・五パーセント、プロテスタントが三十四・九パーセント、ユダヤ教が一・二パーセントになっている。<sup>(2)</sup> 当面的場合にユダヤ教徒である父がどのような態度で子との面接にのぞんだのか、詳しい事情はわからないが、キリスト教徒である母との日常生活では経験しなかったような、なんらかのストレスを幼い子に与えたにちがいない。この点に関連して次のような指摘がみられる。多くのカナダの裁判所は、宗教的な指示を含む子の養育のすべての面において、監護親が自動的に絶対的かつ排他的なコントロールを及ぼしたと推定する<sup>(3)</sup> というのである。当面的場合もこの例外ではない。監護親でない父はここで子との面接の方法を考え直すべきであったが、反対にその機会を増加するよう要求さえしている。精神医である母がこのような父の態度を

見逃すはずはない。彼女の専門的な立場から、父との面接が子にどのような悪い影響を及ぼすかを十分に検討したにちがいない。

裁判所も母に子の監護を認めるのが最善の利益と判断するが、父に子との面接も認めない最も厳格な意味での単独監護にまで踏み切れなかったようである。最終的に、三十日の予告期間による、月に四日の面接および六十日の予告期間による年に七日の面接を認めるのも、その方法が子の最善の利益に合致すると判断したからにほかなるまい。

(1) R.F.L. 4th. vol. 16. p. 91.

(2) 世界キリスト教百科辞典（一九八二年）二〇四頁。古代オリエント学会編・古代オリエント事典七九〇頁―七九二頁。二〇〇五年。ジエトロ貿易市場シリーズ二八二「カナダ」日本貿易振興会三頁。一九八八年。

(3) McLeod. Child custody Law and practice. p. 6-F. 2006.

なお村井「カナダにおける子の監護と定数——とくにオンタリオ州について——」神戸学院法学第二四卷二号一二三頁以下参照。

### 三 おわりに

幼い子をもつ父母が正常な婚姻生活を継続するとき、互いに協力して子の監護・養育に当たっている。父母はとくに意識することなく、共同監護を実行しているといえよう。父母は一個の独立した協同体として、個々に特色を示しながら子の監護に当る。したがって、一組の夫婦と子ごとにちがった特色を具えた共同監護を進めていると考えられる。だが、ひとたび別居・離婚へと向うとき、今後、子をどのように監護するか、ここに新しい局面

が展開されることになる。本稿の主題はまさにここにあったといえよう。

最初に一九八八年から同九五五年にかけて、カナダ全土での統計によれば、子の監護が争われる場合に裁判所が具体的にどのような判断を示したか、統計上の数字をあげてみよう。それによれば、最初に母の単独監護が六十二パーセント、父のそれは十パーセントを示すにすぎないが、他方で共同監護が二十七パーセントないし二十八パーセントに増加した事実を知ることができた。本稿ではとくに西部の四州について、各州ごとに五件ずつではあったが、具体的な事例をとり上げて、子の監護の方法についての裁判所の判断を調べてみた。

各州での子の数と年令は、B・C州で七才と五才、五才と三才、六才と三才、五才と三才、アルバータ州では九才と六才、年令不詳三人、五才と三才、四才と二才、二才と十八カ月、サスカチュワン州では五才と四才、年齢不詳一人、十才と六才、十才と七才、三才、マニトバ州では八才と六才と四才、七才と六才と五才、十二才、二才、二才となっている。このような年令の子について、B・C州では単独監護が二件、共同監護が三件、アルバータ州では単独監護が三件、共同監護が二件、サスカチュワン州では単独監護が四件、共同監護が一件さらにマニトバ州では単独監護が一件、共同監護が四件という結果を知ることができた。総合すれば、単独監護が十件、共同監護が十件と両者が併存している事実が明らかになる。本稿の最初にみた統計によれば、共同監護が二十七パーセントないし二十八パーセントとされていたが、ここでは五十パーセントを示している。共同監護をめぐる争われた事件を対象とした結果、このような数字を示すことになったのかも知れない。このような資料のみで断定することはできないが、西部の四州において共同監護を認める割合が少なからず増加したのが原因ではないか。監護の問題をめぐる子供の最善の利益を考慮する裁判所を含めた訴訟当事者の動向が大いに反映されているのが現実であろう。