

## 研究ノート

# 子の監護権決定における親子関係 —英米判例の意義†

南野佳代

## 要約

離婚において子どもの監護権を両親が争うとき、どのような判断基準によって裁判所は片方の親に監護権を認定するのだろうか。本稿でとりあげる判例は、それぞれ、アメリカ合衆国と英国において、幼児の監護権につき、母親優先という単純な原則を適用しなかった判例‡である。それでは裁判所は何を基準として、子どもの福祉に決定的な意味をもつ監護権者を決定したのであろうか。それは端的に言えば、離婚交渉中、あるいは別居中にも渡って、形成されてきた親子関係である。合衆国ではその基準は、ジェンダー中立的な「主たる養育者」優先原則と表現される。もちろん、基準の中立性は、必ずしも現実のジェンダー役割を修正し、父と母の実質的平等を実現することを確約するものではないし、基準が中立であるためにかえって現実の不平等性が正当化されることもあるのは否めない。しかし、少なくとも、決定基準自体がジェンダー役割を直接に正当化し、固定化するようなことは回避しようという立法府あるいは裁判所の企図は評価されねばならない。母親優先原則に替わるべき、子どもの利益とジェンダー平等という観点からの基準を採用しているという点で、これらの判決は日本の裁判基準に対してなお示唆するところが大きいと思われる。本稿では、まず判例の事実関係を要約し、次に判断基準について若干の考察を試みることにする。

キーワード 家族と法、ジェンダーと法、親子

## I 監護権判例紹介

## 1 Garska v. McCoy

ウェストヴァージニア州で祖父母に養育されて

いたグウェンドリン・マッコイ(母)は1978年2

月、ノースカロライナ州の母と同居した。母親は

† この研究ノートは、日本の親権訴訟における母親優先原則という決定基準の差別性を問題とした裁判の原告側意見書として作成されたものが中核をなしている。したがって、ここで検討対象とするのは、当該裁判に関連する基準を示した判例であり、英米における最新の判例紹介を意図してはいないということをお断りしておく。

‡ Garska v. McCoy W.Va., 278 S.E.2d 357 (1981); Re W (A Minor) (Cusody) 4 FLR 492 (1983) 全文の日本語訳を資料として××ページ以下に掲載した。これらについては既に判例紹介があるので参考にされたい。Garskaについては、五島京子「主たる養育者と監護権の決定」『判例タイムズ』628号(1987)、Re Wについては、許末恵「未成熟子の監護権決定における『母親優先』の考慮」『判例タイムズ』635号(1987)。後者の判例紹介は、本稿の親子関係重視という立場からの解釈とは異なるということをつけ加えておく。

マイケル・ガースカと同居していた。1979年3月、グウェンドリンはガースカの子を妊娠し、6月に祖父母のもとへ戻り、男児を出産した。男児は出生数ヵ月後に呼吸器系疾患をえて、治療が必要となった。祖父の医療保険によって医療費を賄おうとして、受給資格取得のために男児を祖父の養子にすることにグウェンドリンは同意する。養子縁組のことを知った父ガースカは出生後始めて面会に訪れ、週15ドルを養育費として送金し始めた。祖父母がローガン郡巡回区裁判所に養子収養の申し立てを1979年11月に行い、1980年1月にガースカが息子の監護権を得るために人身保護請求を申し立てた。原審はこれらの訴訟を併合して審理した。裁判所は養子収養申し立てを却下し、監護権を以下の理由でガースカに与えた。すなわち、ガースカは実父であり、教育程度、知性、経済的条件、英語力、身なりなどにおいて、実母よりも優れている。実母は息子の養子収養に同意したのに対して、ガースカは監護権を強く求めていると認定できると。

グウェンドリンの上訴理由は、原審は幼児の監護権付与についての母親優先原則を適用していない。監護権者としての適格性認定基準は恣意的であり、不当な基準を示した。養子収養申し立てを却下しておきながら、母の同意撤回を認めなかったのは誤りである、という三点である。

ウェストヴァージニア州最高裁判所は、母親優先原則は立法によって破棄されたとして適用せず、新たに、子の最善の利益を確定するために、幼児についての監護権者決定基準を「主たる養育者優先原則」として定立し、主たる養育者は母であるグウェンドリンであったと認定し、監護権を付与した。

## 2 Re W

本件女兒(1980年5月出生)が9ヶ月のとき(1981年2月末)に両親は別居し、母は女兒を引き取ることを望んだが、父が拒否したため、以来女兒は父宅で養育されてきた。実際の養育にあたったのは、当初は父の親類縁者、後に父の同居人であるCと、仕事時間以外には父本人も育児にあっていた。一方、控訴院判決までの期間、母はMと同居し、Mの娘たち3人とも良好な関係をつくっていたが、継続的に女兒と面接し、自主的に、または下記のような裁判所の決定に従って養育を続けていた。1981年2月から5月までの母の面接頻度については、事実上争いがあるが、控訴院裁判官は時々面接していたのは確かであると認定した。

父は女兒の監護権を申し立てた。1981年5月、裁判所は父に監護権を認める仮決定を下し、母には日曜日以外の毎日の面接を認めた。1981年7月、この間の親子についての福祉官の報告書に基づき、裁判所は父に監護権を、母に相当な面接を認め、福祉官の指導監督の下においた。母が上訴し、高等法院が1981年12月に審理し、福祉官は現状維持を勧告したが、一般的には、母の元にいることが子の最善の利益に反しない場合は、母に養育されるべきであり、長期的に見ても、今は母の元で暮らすべきであるとして、母に監護権を認め、父に相当な面接を認めた。

これに対して父側が上訴したが、後述のように、高等法院は上訴を棄却、原審を認容した。高等法院は、また、監護権訴訟における福祉官による家庭調査報告書は、両当事者と子の関係の公平な観察に基づかなければならない。すなわち、各当事者の家庭に当該子が滞在している日に、十分な時間をかけて子の様子と、子が取り結んでいる各家族との関係を観察しなければ、福祉官は裁判所へ

の義務を十分に果たしたとはいえないと強調したことは、特に裁判実務において、重要な意味をもつといえよう。

## II 監護権決定における親子関係

合衆国では離婚法が無責任化(破綻主義の採用)されたのに続き、監護権者の決定についても改革が行われた。1970年までは、とくに幼年期(概ね6歳まで)においては母親優先の推定則が確立していた。母親への監護権認定は父親の面接交渉権および養育費支払義務とセットであった。この推定則は母親の不適格性(unfitness)を立証することによって覆すことができた。これに対し、両性の平等を基礎とした、ジェンダー中立な基準が確立され、現在にいたっては、性別のみを明示的な理由として監護権者を決定するような基準を採用している州はなくなり、母と父は法の前で等しい立場にあるといわれている。(MacCoby and Mnookin)つまり、ジェンダーによる性別役割分担というステレオタイプが少なくとも形式的には排除され、ジェンダー中立性が確立されているのである。

このような改革のなかで採用されてきた新たな基準は、子の最善の利益の名のもとに、さまざまな条件をケースバイケースで判断していくというものであった。しかし、それによって、裁判結果

の予測可能性が低下し、主として父親が離婚の経済的条件を有利にするために、いわば交渉の切り札として監護権つまり子どもを争うことを示唆し、実行するという弊害をもたらすこともあった。しかも、子の最善の利益の名のもとに、依然として母親優先を判決理由とするような下級または家庭裁判所があるという事態も起こったのである。それに対して、州議会または州最高裁判所が両性の平等に基づくジェンダー中立な基準を明示し、裁判基準とすべきことを示し、法的にはジェンダーを理由とする優先則は消滅してきた。

合衆国では、家庭裁判所はもはや「母親優先」に言及することはなく、多くの場合、育児能力(caregiving skills)につき最善の実証をした当事者を優先すると述べるといわれる。(Rhode188)子どもの利益確保と性差別禁止という二つの政策目的を実現するものとしていくつかの州が採用しているのが、主たる養育者(primary caretaker/caregiver)優先原則である。<sup>1)2)</sup>

この原則において確保することが目指されているのは、第一に、主たる養育者との関係の安定性

1)もちろん、両親の関係と、子と父/母とのそれぞれの関係が良好であり、十分な配慮と協議が可能であって、離婚後も養育責任を両親が引き受けることができる場合には、共同監護権(joint custody)や育児計画表(parenting plan)などの基準が適用される場合もある。

2)ここで注意しておかねばならないのは、1970年代までの母親優先原則は、それ以前、すなわち19世紀の、子は父に一律に帰属するという監護権決定原則に対して、幼児は母の手による養育を必要としているという近代的育児理論や母性神話を背景に確立されてきたということである。(Mnookin & McCoby、拙稿「親子関係の法的規律—母親像を手がかりとして—」)したがって、母親優先原則はそもそも、概ね6歳未満の子の監護権決定において適用されてきたのである。年上の子については、14歳以上であれば法廷で自らの監護権者について意見を表明することが認められている。6歳以上14歳未満の子については、子が自らの意見を表明できる程度に成熟しているかどうかを個別に判断した上で、意見の陳述を認めるという手続がとられ、裁判所は子の意思を尊重した決定をすることが判例となっている。(Garska v. McCoy)また、子の最善の利益基準によっても、6歳以上であれば、親の経済力など他の要素の考慮がなされる。というのは、6歳未満の子の監護権者決定の背景にあるのは、第一に、

と継続性を必要とする子どもの利益である。第二に、主たる養育者が果たしてきた育児責任を重視することで、養育者の子どもとの関係を保全することである。これらが端的に示されている判例として、Garska v. McCoy が参照される。この判決は判例として継承され、1989年のウェストヴァージニア州最高裁判所判例(David M. v. Margaret M., 182 W.Va. 57)においても、再度「主たる養育者優先」基準が確認されている。裁判所は判決中で、母親優先基準は性別に基づき父親を差別するものであると断じ、もっとも監護権をもつ能力、すなわち育児能力があると裁判所が認定した親に監護権が授与されるのが現在の法準則であるとした。さらに、幼児は親密な相互作用の結果として主たる養育者と特別な絆を形成するという発達心理学などの知見を踏まえ、この絆を保持するという点で、主たる養育者基準は子の最善の利益に適うと述べている。親子の情緒的紐帯の保持をもっとも重視することが、子の最善の利益を判断する際に、第一に考慮されるべきであるということ、主たる養育者基準が導入される以前から、通説であった(Burchard v. Garay 42 Cal.3d 570 など)。主たる養育者基準は、特に6歳以下の幼児については、一般的基準となっているといえよう。

この基準に従って、監護権者を決定する手順は、以下に記す Garska 判決で示された「主たる養育者」認定基準をどちらの当事者がよりよく満たしているかを判断する。それによって、いずれの当

事者が監護権者すなわち親として「適格」であるかが認定されるのである。要するに、子の日常の養育を手ずから行ってきたという事実をもって、当該当事者と子との信頼関係・絆の形成と存在を推定するための基礎とするのである。その認定基準は、判例によれば以下のようなものである。

- (1) 食事の用意と計画。
- (2) 入浴、身だしなみ、服装を整える。
- (3) 衣服の購入、洗濯、手入れ。
- (4) 看病、通院を含む医療受診。
- (5) 放課後の仲間との付き合いの手配。たとえば、友達の家やガールスカウトまたはボーイスカウトの集会への送迎。
- (6) 他人に世話を依頼する。たとえば、ベビーシッターやデイケアの手配。
- (7) 子どもを寝かしつけ、夜中に様子を見、朝起こす。
- (8) 躾する。たとえば、マナー一般や排泄を教える。
- (9) 宗教、文化、社会などの教育。
- (10) 読み書き算数などの基本的技能を教える。

これらの基準によって、両親の間で世話が完全に平等に分担されていたと立証される場合にのみ、主たる養育者の推定則は働かず、個別にケアの質を判定することになるのである。

上記の基準により、Garska 判決では母親は出産以来主たる養育者として子どものケアを行ってきたのに対し、父親は週十数ドルの仕送りのみの関与に過ぎず、子どもとの関係形成には至っていない

---

幼児期は特別なケアを必要とするという認識であり、第二に、その法的具現化が古くは母親優先原則、現行は主たる養育者基準であるのだが、幼児のニーズへの配慮の科学的理論的根拠は、発達心理学における「アタッチメント理論」であるということが指摘されねばならない。アタッチメント理論とは、生後間もない子どもの「正常な」心理的発達には、特別な一人の人物への愛着が必要不可欠であるというものである。その人物は、近代家族のジェンダー役割分担のもとでは母親以外にはありえず、両性の法の下の平等が自明である現代では主たる養育者と呼ばれるのである。子どもの発達の「科学的」調査はもともと「伝統的家族」を対象として実施されてきたのであり、今後徹底的な見直しが必要となろう。したがって、6歳以上であれば、監護権決定にあたっては、子ども本人の意思を確認することがまず考慮されるべきであろう。

いと認定されたといえよう<sup>3)</sup>。ここで注意しておきたいのは、基準はあくまでもジェンダー中立的な育児能力であって、主たる養育者と認定されたのがこのケースでは母親であったということである。

次に、英国控訴院家事部判例である Re W (4 FLR 492 1983) について、その判決基準を見てみる。監護権決定の一般的な基準として裁判所が示したのは、以下である。

- (1) 事件の個別性・多様性を十分に考慮すること。
- (2) 監護権を認定するには、請求者の育児能力が極めて重要である。この能力をもって、子どもと愛情ある紐帯を形成する能力を証明するのである。
- (3) 育児能力がきちんと平衡状態にあると認定された場合には、幼児は実母に養育されることになるであろう。
- (4) 実母との離別が長期にわたり、その間に養育を引き受けていた人物と子どもとの間に安定的関係が形成されている場合には、子を養育者から引きはなし、実母のもとに帰すことの決定には慎重にならざるを得ない。

以上の基準が示していることは、第一に、監護権付与には請求者の養育能力が決定的な意味を持つということである。すなわち、結局養育能力によって子の安定的な情緒的発達にかかせない養育者との情緒的紐帯の形成能力を判定するのである。これは特に幼児については、後の人格形成にとって最重要な論点であるといえよう。本件のより具体的な決定基準は、結局、父のもとで養育されている間、子は多くの養育責任引き受け者により相次いで養育されていたが、一方実母は、生後9ヶ

月までは養育責任を一手に引き受けていただけでなく、別居後も継続的に面接交渉を行っていたということである。すなわち、本件女兒にとって、出生この方、もっとも継続的かつ安定的な紐帯を築いてきていたのは実母との間であったと認定されたことが決定基準であった。言い換えれば、監護権は実母であることを基準として認定されたのではなく、養育責任を一貫して分担してきたということが基準とされたのである。養育者との安定的かつ継続的な関係は幼児の発達にとってもっとも重要な要素であることを判決は小児科、社会科学、教育などの実証的資料からも認定している。一見、母親優先原則によるかのように見えるかもしれないが、本件は幼児の発達に関する諸科学の知見を基礎として、育児能力を中心に据え、慎重に事実認定を行った判決であり、その基準はジェンダーステレオタイプによる先験的な推定則とは相容れない、理性的かつ合理的な、事例の個別性に配慮した判断を要求するのである。

最後に、両判決から看取される監護権決定の現行基準について、考察しておく。主たる養育者であることの認定基準となっている「養育行為」は、伝統的には母親の役割であることが多かったであろうし、現在においても多くは母親が引き受けているとしても、それは母にしかできないということの意味するのではない。母にのみ母性能力があり、母性能力とは育児能力の別名であるかのような、ジェンダーステレオタイプの、かつ能力の性別還元という意味で性差別的な認識図式は、現代の法においてはもはや容認されるべきではない。男女共同参画社会政策に言及するまでもなく、養育能力とは、日常生活において現実に育児行為を

3) 母親が養子収養に同意したことは、子を遺棄する意図ではなく、子に十分な医療を受けさせるというケアの手段であったに過ぎないと裁判所は認定した。

責任を持って遂行する能力であり、遂行してきたという事実と継続する意思とによって認定されるべきものである。この意味での養育能力とは、まさに親たる能力・資格というべきであって、性別によって当然に具備されることが期待されるものではない。

育児能力、すなわち親たる能力とは、各個人が親として、どのように子と関係を形成し、発展させていくことができるかという個人の能力である。育児能力は、人間社会においては、学習と誠実さと努力の賜物であって、本能つまり生物学的性に一元的に帰せしめうるような単純なものではない。むしろ、幼子を養育するという困難な任務に立ち向かい、成功をおさめているかは、子が養育者に愛着をもち、安定した情緒的紐帯を築きえているかに現れるということは、諸科学の知見からは常識というべきである。子の福祉とは、そのような関係に子が安住することを保障することによって叶えられるのである。日常の養育行為を通して、具体的に誰との間に情緒的紐帯が形成され安定しているかが問題であるべきである。子を守護しているそのような紐帯を切断することの重大な影響が、仮にも考慮されるならば、紐帯の保全こそが子の福祉の中核であるということは自明である。そのような紐帯がどちらの親とも形成され

ていると認定されて始めて、どちらかを選択する基準が必要になるのである。

Re W 判決は、両親ともに十分な誠実さと努力をもって子と良好な関係を築いている場合であって、裁判所の関心は親子の関係であり、その関係は日常の育児行為によってこそ築かれるのであり、それゆえ、裁判所は母の継続的な養育行為を重視したのだということを再度確認しておきたい。要するに、関係の安定性・継続性こそが親たる能力の認定根拠であり、性別が決め手ではなかったのである。仮に、父が安定的・継続的に育児行為を行い、子との間に愛情ある紐帯ができあがっているのに対し、母は別離期間中、積極的な育児行為または養育引き受け意思の表明手続をとっていなかった場合に、それでもなお母優先原則を適用するようなことを法が許すならば、それは第一に性還元主義的であるという意味において、女性差別である。第二に、子に愛情を持ち誠実に養育行為を引き受け、子と愛情ある関係を形成してきた父に対して、伝統的男性役割というジェンダーステレオタイプからの「逸脱」としてペナルティを与える行為であるといわざるを得ない。それは、法が男性にも女性にも、個人としての主体性を認めないという意味で、人格を否定することであることが認識されるべきである。

## 判例

David M. v. Margaret M., 182 W.Va. 57, 385 S.E.2d 912 (1989)

Garska v. McCoy W.Va., 278 S.E.2d 357 (1981)  
Re W (A Minor) (Custody) 4FLR492 (1983)

## 引用文献

Maccoby & Mnookin, *Dividing the Child*, Harvard University Press 1992  
Deborah Rhode, *Speaking of Sex: The Denial of Gender Inequality*, Harvard university Press 1997

南野佳代「親子関係の法的規律—母親像を手がかりに—」『法社会学』52号 日本法社会学会 有斐閣 2000年

## 資料——判決文日本語訳

## 1. GARSKA v. McCOY W. Va., 278 S. E.2d357 (1981)

ウェスト・ヴァージニア州最高上訴裁判所  
1981年5月26日判決

## 裁判所による判決要旨

1. ウェスト・ヴァージニア州法48-2-15 (W. Va. Code 48-2-15) [1980] は、監護権の決定について、子の最善の利益に基づく性中立的な基準を定めている。
2. とくに幼い子の監護権については、同法は、彼または彼女が適格であるならば、主たる養育者の監護のもとにおかれるのが子の最善の利益であると推定する。
3. 主たる養育者とは、離婚手続き開始までに子の養育について主として責任を負っていた実親または養親である。
4. どの実親または養親が主たる養育者であるかを確定するにあたっては、事実審裁判所が、誰が親としての養育の義務を主として引き受けていたかを決定する。
5. 事実審裁判所が、一方の親が、明らかに子の養育義務を主として引き受けていたと確定できない場合は、いずれの当事者も主たる養育者の推定を受けない。
6. 幼児の監護権を父母両者が求めている離婚訴訟においては、裁判所は、まず第一に、主たる養育者は適格であるかどうかを決定する。主たる養育者が、最低限の客観的行動基準を満たし、適格な親としての資格をもつ場合には、事実審裁判所は、主たる養育者に子の監護権をあたえなければならない。

7. 「幼児」という概念はやや弾力的であるが、乳児は明らかに幼年期にあるが、14歳以上の少年は、幼年期とはいえず、ヴァージニア州法44-10-4 (Code44-10-4) [1923] のもとで自らの後見人を指名する権利をもっている。14歳未満の子の場合であっても、分別をもって自発的に片方の親を選ぶ意見を表明できるほど成熟しているならば、事実審判事は子の選択に状況に応じて決定力を持たせることができる。さらに、成熟した子が主たる養育者ではない方の親を好ましいと意思表示した場合には、事実審判事は主たる養育者に有利な推定が覆されたと結論づけることができる。

## ニーリー裁判官

上訴人グウェンドリン・マッコイは、息子ジョナサン・コンウェイ・マッコイの監護権を、実父である被上訴人マイケル・ガースカに付与したローガン郡巡回裁判所の命令を不服として上訴した。父母は結婚していないので、多くの点で手続き的に混乱する事件ではあるが、監護権の認定につきいかなるジェンダーに基づく推定も排除した、立法府によるウェスト・ヴァージニア州法48-2-5の1980年修正と、幼児に関して強い母親優先の推定を確立した、当裁判所判決 J. B. v. A.B., 242S.E.2d248 (1978) との適切な相互作用という問題を正面から提示する。

1978年2月、上訴人は養育されていたローガン郡の祖父母宅からノースカロライナ州シャーロットへ移り、母親と同居した。当時上訴人は15歳であり、母親は被上訴人マイケル・ガースカとトレイラーに同居していた。3月、グウェンドリン・マッコイはマイケル・ガースカの子を妊娠し、6月、彼女はウェスト・ヴァージニアの祖父母宅へ

戻った。

上訴人は妊娠中、被上訴人からまったく援助をうけなかったが、ジョナサンを出産後、被上訴人はベビーフードとおむつの小包を送った。数ヶ月後、赤ちゃんは慢性的呼吸器感染症に罹り、入院と慎重な治療を要した。グウェンドリンの祖父スタージル・アルティザーは、元炭鉱夫であり、ひ孫の入院治療費を鉱山労働者連合(United Mine Worker)の健康保険で支払おうとしたが、ひ孫はアルティザー夫妻と法的に養子縁組しなければ、保険資格がないと通知された。

1979年10月、グウェンドリン・マッコイは祖母アルティザー夫妻とジョナサンの養子縁組に同意した。養子計画を知るや、被上訴人は初めて赤ちゃんを訪問し、毎週15ドルの為替を送り始めた。アルティザー夫妻は1979年11月9日にローガン郡巡回裁判所に養子収養を申し立て、1980年1月7日に被上訴人は息子の監護権をえるため、人身保護請求を申し立てた。

両訴訟は併合して審理され、巡回裁判所は、グウェンドリンが短期間祖父母宅を離れていたため、申し立てまでに6ヶ月養親と同居するという州法48-4-1の要件満たしていないと認定して養子収養申し立てを却下した。巡回裁判所は、子の監護権を求めた父親の申し立てについて3人の証言を審理し、判決を出さずに休廷とした。人身保護請求の審理は1980年5月27日に再開され、巡回裁判所は以下の事実認定に基づき、ジョナサン・マッコイの監護権を被上訴人に付与した。

- (a) 申立て人マイケル・ガースカは幼児ジョナサン・コンウェイ・マッコイの実父である。
- (b) 申立て人マイケル・ガースカは実母よりも教育的・金銭的に良好な状態にある。
- (c) 申立て人マイケル・ガースカは実母よりも知性がある。

(d) 申立て人マイケル・ガースカは実母よりも金銭的扶養の能力がある。

(e) 申立て人マイケル・ガースカは実母よりも良好な社会的・経済的環境を提供できる。

(f) 申立て人マイケル・ガースカは実母よりも幾分英語力が優れている。

(g) 申立て人マイケル・ガースカは実母よりも身なりと態度が良い。

(h) 申立て人マイケル・ガースカは、幼児の監護権をえることを強く望んでいるが、実母は以前に子の養子収養に同意していた。

上訴人は次の誤謬を主張する。(1)申し立て時に有効な法準則であったにもかかわらず、巡回裁判所は J. B. v. A. B. W. Va., 242 S. E.2d 248 (1978) と、それ以前の判例において言明されてきた幼年期の母親優先の推定則を適用しなかった。(2)巡回裁判所は監護にかんする両当事者の相対的な適格性を決定するのに、恣意的で不適当な基準を確立し、適用した。(3)巡回裁判所は養子収養の申し立て自体の却下にもかかわらず、上訴人の「養子の同意」撤回を認めないという誤りを犯した。

[1] アルティザー夫妻による養子収養という争点は、実際、本件に溶解しているが、最終的分析において、紛争全体は実父と実母との監護権争いに収斂する。州法48-2-15[1980]は離婚訴訟における監護権にかかわるが、監護権認定について、ジェンダーに基づくいかなる推定則も廃止し、「子の最善の利益」基準を確立する点において、該項は実親間の監護権争いについての政策意図の顕著な立法表現である。最終命令はウェスト・ヴァージニア州法1980修正の施行日以後に出された。同法の関係部分は、以下のように規定する。



未成年子の監護権にかんするいかなる命令を出す場合でも、実親間では、父または母が該子の監護権を付与されるといういかなる法的推定もあってはならない。裁判所は各々の事件の本案に基づき、子の最善の利益のみを理由として監護権を付与せねばならない。

さらに、本件は以下、州法48-2-15[1980]1が、幼児は母親に監護されるべきという J. B. v. A. B. の推定則を削除する範囲で、本件に適用されるといふ理論に基づいて審理された。

この修正は当裁判所が判決要旨の2項において、以下のように判示した、J. B. v. A. B. への対応として立法された。

幼児の監護権を父母両者が求めている離婚訴訟においては、裁判所は、まず第一に、母は

適格であるかどうかを決定する。次に、母が最低限の客観的行動基準を満たし、適格な親としての資格をもつ場合には、事実審裁判所は、母に子の監護権をあたえなければならない。

本件において、父は子の養育費として週に15ドルを提供し、養子収養に異義を申し立てる当事者適格を得るに十分な親としての関心を、恐らく示したといえるであろう。しかし、母が親として不適格であるということを示す証拠は提出されていない。したがって、事実審裁判所が主たる養育者である親から監護権を剥奪し、これまでに子と情緒的な交流のなかった親に監護権をあたえる正当な理由はない。

## I

ここで、離婚と子の監護権処分の公正につき、J. B. v. A. B. において示された主たる養育者優先の強い推定がもつ効果を明確しておくべきである。この点について、裁判所は事実審裁判所判事が判決する紛争だけでなく、裁判所の示す法準則に依拠して裁判外で解決される紛争にも配慮せねばならない。

配慮と愛情をもつ親にとって、子を失うことは並々ならぬ恐怖である。しかし、それは主たる養育者たる親にとっては、殊に恐ろしいことである。なぜならば、離婚その他の手続き開始までに、世話をしていたことによって、子どもともっとも親しかったからである。主たる養育者たる親は、ウェスト・ヴァージニア州においては、ほとんどの場合まだ母親である。しかしながら、いまや性役割はさらに柔軟になってきており、女性にも高収

入の職業が開かれているのだから、主たる養育者たる親が父親である可能性も考えられる。もし主たる養育者が実際に父親である場合には、ウェスト・ヴァージニア州法典48-2-15 (West Virginia Code 48-2-15)[1980]により、女性が同様の状況にある場合とちょうど同じように、父親が扶助料と養育費の権利を付与される。Peters v. Narick, W. Va., 270 S. E. 2d 760 (1980)

主たる養育者ではない親は通常、経済的に優位な立場にあるため、離婚後の子の福祉はかなりの程度、離婚過程で認定される養育費の額に依存する。経験に学ぶならば、監護権紛争の結果が不確実であるために、子の監護権と、扶助料と養育費の引き下げとを取引することに抗えなくなるのである。事実審裁判所は一般に子の養育費についての合意を是認するため、和解の公正さに関する基

礎となる経済的データが、判決時に調査されることはほとんどない。州法48-2-15 (Code 48-2-15) [1980] は、それぞれの事件における「子の最善の利益」という文言を用いているが、法準則の非常に重要な機能のひとつは、裁判所の対審にとどかない事例の合理的で公平な解決を示唆することである。

社会で生じる個々の紛争がすべて裁判によって解決されねばならないとすれば、人員不足の司法は賭博場のようにごった返すであろう。司法がそもそも機能するには、刑法の自発的な遵守と、私法における私事の秩序ある解決がなければならない。それゆえ、新しい制定法が成立したり、コモン・ローの新準則が展開したときには必ず、立法者と裁判官は私的解決における公平と調和するよう、慎重に注意深く解釈せねばならない。

J. B. v. A. B. の判決要旨 2 は、たいていの月並みな離婚事件から、子の監護という問題全体を取り除こうとした。確かに、裁判所が経験から、適格な両親の間での監護権争いを十全に審理すれば、恣意的な準則によるよりも、賢明な子の処遇ができると信じるならば、恣意的な準則を適用しないであろう。しかし、審理すればより公正な結果になるわけではないというのが、強調されるべき事実である。というのも、とくに監護権争いは、子の情緒的健康を大きく害するからである。さらに、機械的な準則は膨大な証拠によってもどうしても解明されないであろう事件に限って適用されるよう、実に狭く設定されている。裁判所は機械的な準則を、幼すぎて自らの監護について意見を筋道立てて表明できない子の監護権に限定してきたのであり、そのうえ、母が現実に適格な親であるという第一の判断を下した事件に限ってきた。J. B. v. A. B. で、裁判所が伝統的な母親優先という文言で意見を表明したのに対して、立法府はそ

のようなジェンダーに基づく基準は容認できないと教示した。とはいえ、裁判所は、子の最善の利益は、性別にかかわらず主たる養育者たる親に子の監護を認めることで最良に実現されると確信する。

事実審裁判所はほとんどいつも監護権を主たる養育者たる親に認定するのだから、この点の確実性を確立することによって、扶助料と養育費という争点が、独立した問題として関連する経済的基準という本案に基づき訴訟や和解によって解決され、主たる養育者が、子を失うかもしれないという恐ろしい予測を計算に入れなくてもすむようになる。J. B. v. A. B. において注意したように、「難しい監護権訴訟の判決をだす判事が答えを必要とする問題に直接・間接に関係のある経験的証拠は、現実には存在しない。Okpaku, *Psychology: Impediment or Aid in Child Custody Cases?* 29 Rutgers L. R. 1117, 1114 (1976)」 州法48-2-15の1980年修正は、たいていの事例において、適格な両親の間の子の監護権争いは、訴訟になじまないという裁判所の判断を揺さぶることを意図していたのではない。修正の意図は、実際に主たる養育者であった父の正当な請求を無効にする虞のある、ジェンダーバイアスがかかった母親優先の推定則を確立することの、内在的な不公正を正すことであった。

## II

家族関係における子の監護権法を示すにあたり、裁判所は3つの実践的な配慮に関心をもつ。第一に、裁判所は監護権問題が、扶養料の水準や、離婚手続き上のその他の争点の帰結に影響を与えるための強制的武器として乱用されないよう努める。この不屈きな動機が監護権争いの原因であるとき、究極として大変皮肉なゲームになり、子どもはそのなかで捨て駒として犠牲になることが避けられない。第二に、平均的な離婚手続きにおいては、適格性の相対的な程度を理性的に判断するには精確な測定が必要になるが、判事の利用可能な道具を考慮すれば、それは可能とはいえない。確かに、判事が二人の適格な親の心理学的な能力の微細な濃淡を測定できないことを認めるのは、物理学者が電子の速度を測定することはできないと認めても咎められないのとどうように、咎められることではない。第三に、現代離婚法においては、離婚する夫婦が和解にたどりつくために準拠できるような法体系への緊急のニーズがある。

最近の制定法の改正によって、「和解不能な相違」という「無過失」の根拠に基づいて離婚の私的決定を奨励するが、ウェスト・ヴァージニア州法48-2-4(a)(10)[1977]、わが州の法体系は、同時に、離婚する夫婦が理性的に交渉できる確かな枠組みを提供するよう規整されてこなかった。子の監護権ほど確実性に欠ける分野はない。それほど遠くない過去には、裁判所は離婚の全側面に密接にかかわることが多かった。友好的な和解に達した別居夫婦も、離婚判決をえるために法廷で「演技」をしなければならなかった。しかし、今や離婚は非常に多く、容易で、裁判外で型どおりに決着する時代であり、法準則の定式化にあたっては、裁判外の交渉が依拠しうる、わかりやすく信頼で

きる法準則を配慮することが重要である。

立法府が離婚する夫婦による私的決定が裁判所による決定よりも好ましいと結論したのであるから、裁判所は、裁判外交渉において配偶者が確実に、各々十分に保護されるようにしなければならない。結果の不確実性は主たる養育者たる親の立場にとって破滅的でありうる。というのも、彼または彼女は、予測不可能な訴訟過程で子どもを失うかもしれないという恐るべき見込みを回避するために、あらゆるものをすすんで犠牲にするだろうからである。

この現象を「ソロモン症候群」と名づけることができる。すなわち、子どもにもっとも愛着をもつ親は不利な交渉をもっともよく受け入れるだろうということである。ソロモンの法廷においては、子どもが平等に分けられるよう引き裂かれるのを助けようとして子どもをすすんで諦めた「娼婦」が自己犠牲の褒美を受け取ったが、この世間では、自己犠牲を払う親は一般に、必要な養育費や扶助料を失うのである。このような場合、「子の最善の利益」にも叶うように補償されねばならない。さらに、主たる養育者は主たる養育者ではない親よりも経済的に不安定であり、その結果、最近よくあるように、心理学専門家の証言に対する報酬が必要となる監護権訴訟の費用を支弁できないことがあるだろう。

[2] したがって、網羅的な証拠を要請する手続きが不可避免的に生成する、とげとげしく逆効果な種類の訴訟から子の監護権という争点を除去するために、裁判所は今日、J. B. v. A. B. において明示した適格な親たる最小限の客観的基準を満たせば、性別にかかわらず、主たる養育者である親を優先する推定則があると判断する。それゆえ、幼

児の監護権に関するいかなる紛争においても、巡回裁判所は端緒として、訴訟にいたる家庭内の争いが始まるまで、どちらの親が主たる養育者であったかを決定する義務を負う。

[3, 4] いずれの親が主たる養育者であったかの結論を導くだろうすべての要素を列挙することは困難であるが、しかし、裁判所がまず考慮すべき特定の明らかな基準がある。どの実親または養親が主たる養育者であるかを確定するには、事実審裁判所は、とりわけ、次のような親としての配慮と養育の義務の実行にどの親が責任を負っていたかを決定しなければならない。(1) 食事の用意と計画。(2) 入浴、身だしなみ、服装を整える。(3) 衣服の購入、洗濯、手入れ。(4) 看病と通院を含む医療。(5) 放課後に仲間とのつきあいの手配。たとえば、友達の家やガールスカウトまたはボーイスカウトの集会への送迎。(6) 他人に世話を依頼する。たとえば、ベビーシッターやデイ・ケアの手配。(7) 子どもを寝かしつけ、夜中に様子を見、朝起こす。(8) 躾。たとえば、マナー一般や排泄を教える。(9) 宗教、文化、社会などの教育。(10) 読み書き算数などの基本的技能を教える。

[5, 6] 子どもの世話と監護が完全に平等に分担されていたと事実が証明する監護権訴訟においては、現実に推定則は働かず、裁判所は親の能力の相対的程度についてさらに探求を続けねばならな

い。しかし、片方の親が、幼児の明らかな主たる養育者であると立証できない場合には、裁判所は主たる養育者である親が適格な親であるかどうかのみを決定しなければならない。主たる養育者である親が、適格性を承認するための最小限の客観的行動基準を満たす場合には、事実審裁判所は子を主たる養育者である親の監護に付さねばならない。

[7, 8] したがって、「母親」、「母親の」、または「母親優先」という文言が使用された箇所は、本件が認定したような「主たる養育者である親」という文言(とその語尾変化形)に置き換えられるということを除いて、J. B. v. A. B. において明示したすべての原則が今日再確認された。この点について、裁判所は、適格な主たる養育者である親の優先の絶対的な推定則は、幼児に限られるということを指摘しておかねばならない。子が自らの監護について意見を述べることができるほど成熟している場合には、事実審裁判所は子の意見を聞き、適当と思われる重要性を与えることができる。事実審裁判所の意見によれば、14歳未満でも意見を述べるができるほど成熟した子が主たる養育者ではない親と同居したいという正当な希望を示したときには、裁判所はその子を当該親の監護に付することができる。

### III

[9] 本件においては、審理中の訴訟手続開始前には、上訴人が主たる養育者である親であったことは明らかであり、事実審裁判所は彼女が不適格な親であるという認定をしていない。事実、彼女は、子どものために利用できる資源、つまり祖父母の気遣いと好意を総動員したこと、そして子ど

もに十分な医療と経済的援助を与えるために手段を選ばなかったということは、すべての証拠が示すところである。事実審裁判所が認定したように、母とくらべて、父のほうが教育も経済的にも優位にあるとはいえ、それらの要素だけでは、愛情、慈愛、配慮、寛容、自発的の自己犠牲とくらべれば、

見劣りする。——これらの要素については、過去の行為の経過に基づき、もっとも理性的に未来のための判定を下せるのである。少なくとも、主たる養育者である親については、裁判所が確認できる業績があるのであり、その親が適格であれば、彼または彼女が引き続き監護権をもつべきである。

間違いなく、本件の記録では、祖父母の養子収容を認めることで子どもを遺棄しようという母の意図は証明されない。貧窮状態の母親が、子どもが社会保障や組合の福利厚生を受けられるように、多くの場合養子という手段に訴えることはよく知られており、それはすべて子どもの人生における機会を顕著に向上させるのである。明示に遺棄の意図が認定されていない以上、子どもが最大限の恩恵を受けられるように福祉制度を操作することを、子どもの福祉への熱心な配慮以外のものと解釈することはできない。

したがって、上記の理由により、ローガン郡巡回裁判所の判決を、上訴人勝訴の判決の指示をつけて破棄し差戻す。

破棄差戻し。

## 2. RE W (A MINOR) (CUSTODY) 4 FLR 492 (1983)

控訴院家事部 カミング・ブルース主席裁判官、  
バトラー・スロス裁判官

1982年10月21日判決

カミング・ブルース首席裁判官

本件は、イッバンク裁判官による1982年7月1日判決にたいする控訴審である。原審は、2歳女兒が引き続き父の監護権および身体的監護のもと

におかれるべきかという争点について審理したのち、女兒を母の監護権および身体的監護に移すことを決定した。同裁判官は指導監督命令を解除し、父が合理的な面接交渉権をもつと決定したが、その範囲については、争いがあるかもしれないが、判断を差し控えた。

本件が申し立てられた背景は、1971年未成年者後見法に基づく治安判事の1981年5月決定以降であるが、その間に、治安判事は監護権の仮決定をだし、引き続いて1981年12月合議法廷で訴訟が追行されたが、合議法廷は身体的監護の問題は高等法院へ移送すると決定し、1982年7月1日に高等法院においてイッバンク裁判官によって7ヶ月ぶりに審理されることとなった。このブランクは非常に不運であった。このような司法上の失態の原因を調査してはいないが、同裁判官のように、その結果について考慮せねばならない。

経過の概要は以下のとおりである。1974年に、父は19歳、母は15歳で知り合い、婚約したときは22歳と18歳であった。1979年3月10日に結婚し、1980年5月13日、本件の対象である彼らの一人娘が誕生した。母は3ヶ月間母乳をあたえ、1981年2月26日まで育児を続けた。5日前に母は婚家を出たが、その日の夜または翌日に戻り、2月26日に最終的に家を出た。家を出るとき、母は娘を連れて行くことを希望したが、父が同意しなかったため、母は父の主張を容れて、娘は父と残った。父は技術者であるが、父[子の祖父]の経営する会社で働いており、たいていの男性よりも、労働時間を柔軟に調整できたという利点があった。さらに、大変な責任を手伝ってくれるたくさんの家族がいるという利点もあった。それゆえ、父は母が家をでたあと、わずか9ヶ月の娘を世話することを引き受けるだけでなく、言い張ったのである。

1981年2月26日から1981年5月まで、母が娘に

面会していた頻度については証拠に争いがある。それが非常に重要だとは考えないが、面会についての事実を確定するに十分な知識がわたしにはないと、母が時々娘に面会していたのは疑いがなくない。しかし、頻度は明らかではない。上述のように、頻度はあまり重要ではないと考える。というのも、一定期間は、状況を治安判事の決定によって裁判所が規律していたからである。治安判事が子の監護権を父に限定したとき、仮決定によって、当初は母に日曜日以外の毎日の面接交渉を母に認めていた。1981年7月の治安判事の決定では、母は合理的な面接交渉権をもち、子は監督官の指導のもとにおかれた。1981年7月まで、すなわち2月26日から7月の期間、父の家族が平日は午前9時30分から午後3時まで、週末は必要に応じて子の世話をし、父を大いに援助した。父が技術者として仕事をしている昼間は子は親戚の家に預けられ、終業後、父が迎えに行き、家に連れ帰って世話をした。父の言葉でいえば、父は娘との関係では母の役割を果たしていた。朝、親戚の家に連れて行く前には、父は子の世話をしていた。したがって、朝の時間はたいていの若い父親たちとは非常にことなる立場にて、明らかに、父はきわめてうまくやっていた。父はあきらかに娘との間に非常に緊密な情緒的紐帯をきずいていたし、娘はこの期間、物理的にも情緒的にも生活の主たる支持者として、並外れて父を頼りにしていたのである。

次の大きな変化は、父の家にC夫人が来たことであった。C夫人が同居して以来、かれらの関係は幸福なものであった。彼らは関係する法的処理が片付けば、結婚するつもりであった。その時からイッバンク裁判官の決定の日まで、幼女は誕生以来住んでいた家庭、つまり父の家庭に住みつづけていた。父は娘のために多くのことをしつづけて

多くの世話をしていたが、C夫人が外の職業についておらず、母がいない隙間を埋める時間と意志があったために、事情はかなり変わっていた。母がその場にいないのだから、母の特権を侵しているという示唆を、C夫人も他の誰もすることもなく、実際には、C夫人は父の家庭での幼女の母となった。個人的理由から、彼女は喜んでその義務を引き受けた。それは大成功であって、裁判官の聴聞の日には、子は生まれてからの傷つくできごとにもかかわらず、安定した、活発な子どもであり、神経症の兆候もなく成長していることがわかった。不安を示すことはたまにあったものの、あまりはっきりしたものではなかった。

まず、子に責任をもっていた9ヶ月間については、実母は満点である。これまでの期間ずっと、とくに2月26日からC夫人が同居して子が実際の世話と愛情を彼女に頼るようになったときまでについて、父も満点である。そして実際の世話と愛情を上手にあたえたことについて、C夫人も満点である。

裁判官はすこし困難なものと認識する事態に直面した。9ヶ月であった1981年2月末から、1982年7月1日まで、この幼女は安心感を父によってあたえられてきたが、その後、父とC夫人によってあたえられた。幼女は他の場所で暮らしたことはなく、父の家庭こそが幼女にとって精神的故郷となっていた。母と父が別れると、(それはわれわれの社会生活のよくみられる病であるが)幼子にとっては慣れ親しんだものに囲まれた家にいること、知っているベビーベッドにはいること、いつもの場所でお風呂に入ることなど、ささいなことすべてが非常に重要であるということは良く知られている。それらから、子どもは大きな情緒的支援をえるのである。

裁判官の問題を通俗的な言葉でいえば、なぜう

まくいっているのに台無しにするのか？大人たちを聴聞し、ソーシャルワーカーから限られた手助けをえたのち、裁判官は関係する4人の大人は全員申し分なしと認定した。

成り行きを説明するためにM氏のことも紹介しておこう。母はM氏と同居を始めたが、M氏の妻はかなり悲惨な状況で、幼い娘3人を残して家出していた。したがって、原審の審理までに、母と弁護士が事務を終了すれば結婚する予定のM氏と、父と結婚する予定のC夫人という2組のカップルができていた。原審は二組とも安定しており、結婚市場の第一回戦は不成功だったが、安定した結婚生活を見込んでいると認定した。

母はかなり長期間M氏と同居して彼の3人の娘を育てていたが、母に合理的面接交渉権を認める決定により、母の実子が2週間に一度、金曜日の夕方または午後から日曜日の午後まで母の家(M氏宅)に滞在することになった。したがって、2週間に一度、娘は母の家でM氏の3人の娘と一緒に過ごした。この状態は、裁判所の決定によりM氏の3人の娘が父から引き離され母に渡されるまで、非常に長期にわたった。その後、M氏の娘たちが、わたしの理解では、2週間に一度訪問するとき以外は、母が面接するときには娘にかかりきりであった。裁判所の決定によれば、母は、子を家に宿泊させることができない週には、週一回訪問することができた。毎週母は娘と何らかの接触をもち、2週間に一度の宿泊時には、寝かしつけたりお風呂に入れたりというすべてのことをしていた。

原審は2、3回調査書作成任務を遂行したことのあるソーシャルワーカーから福祉調査書を受け取った。ソーシャルワーカーは明らかに、裁判所に調査書を提出する福祉官としては経験が浅かった。彼女は監督官としてこの家族にかかわり始め

たのであり、監督官としての彼女の能力をいささかも傷つけるものではない。彼女が認識していなかったとみられるのは、監護権訴訟で裁判官を手助けするには福祉官として、とりわけ、発見せねばならなかったのは、一方で少女と父とC夫人との間、他方で少女と母と(M氏がいるときは)M氏とM氏の子どもたちがいるときは)彼女たちとの間に存在し展開する人間関係であるということだ。ソーシャルワーカーは任務のうちのその側面の限らない重要性を理解していなかった。一時期彼女は保護監察官であったが、当時は間違いなく週単位で仕事していたが、監督官の間にソーシャルワーカーになっていたため監督官として雇用される非常に多くのソーシャルワーカーの例に倣って週5日働いていたと思われる。当該子は母のもとに来るのは週末、つまり金曜日の午後か夕方に来て日曜日の午後に父のもとへ帰っていた。それはつまり、福祉官は母といる少女が、母宅に滞在中くつろいで安心しているか、緊張して不安がっているかを観察したことがなかったということである。そして、明らかになったところによると、監督官になってからイッバンク裁判官の審理までの間に、少女が母といるところを福祉官が見た唯一の機会は、子がM氏の子どもたちと仲良くしているかを表面的に知ろうとしておこなった面接だけであった。福祉官が母娘関係を観察する機会をもった時間の長さについては証拠に争いがある。わずか10分であったという見解と、もっと長かったはずであるという見解とがあるが、表面的な観察の機会にすぎなかったことは間違いのないだろう。

これを機会として、この際、以下のことを申し述べておく。監護権訴訟において裁判官を援助するために福祉報告書を提出する任務に福祉官が当たっている場合、子が一方の親と同居し、裁判所

の決定による面接交渉権に基づいて、または両親の申し合わせによって、他方の親と面接している場合には、子が幼い場合にはとくに、福祉官が、両方の家庭にいるときの子の様子を知り、両方の家庭での子と大人たち、その他ひとりひとりとの関係を観察する方法を見つけ出すことがもっとも重要である。母の監護にある子と接触を持ちつづけようとする父の場合にとくに多いケースである、週末に面接している場合、福祉官は、以下のいずれかの調整をおこなわねばならない。すなわち、週末に子が監護権者でない親の家庭にいるときに家庭訪問を手配するか、または、福祉官の労働条件解釈によれば、週末の訪問が実行不可能であるならば、福祉官は、たとえ一週間のうち、福祉官が働いているいずれかの期間に決定を変更するよう裁判所に依頼することになっても、家庭訪問を手配すべきである。そうして、福祉官は子と監護権者でない親との関係のありようを観察する真の機会をもてるのである。

わたしは、ソーシャルワーカーが社会一般と同様に、週5日労働の権利をもつことを認識しているが、監護権者でない親の家庭で過ごす子を適切な長さまたは回数、観察する方法を見つけ出すことによってのみ、彼らの任務が適切に遂行されるとすれば、その目的を達成するために実行可能な手立てをとることは福祉官の重大な任務であるというのがわたしの見解である。これは多くの場合容易ではないが、意志があれば叶うこともまた多いのである。

本件実母と実子とのあいだにある関係の性質を評価しようとしているとき、原審は不運にも福祉官の援助をほとんどえることができなかったため、母が証人席に立ち尋問と反対尋問をうけているときに、なにが起こっているかを発見すべく最善を尽くさねばならなかった。母の証言記録を読

めば、母が父との家庭を出た際に、子連れで行くことを承知しなかったことが原因であるさまざまな裁判所の決定によって余儀なくされた中断にもかかわらず、母は娘と良好な関係にあったとの原審の認定には十分な根拠があるということは、申し分なく明らかであり、わたしとしても満足の行くものである。

リオズ弁護士(父側弁護士)は、周到な鑑定書を本裁判所に提出し、イッバンク裁判官の、アキレス腱(という用語は使われていないが)と具申する点を示した。同裁判官は、背景の経過を具体的に述べた後、昨年のおいだに、幼女は父とC夫人の家庭に根付いたと認定すると明確に述べた。付け加えて、

「・・・一年が経ってしまったという事実によって、変化の可能性はより厳しくなるし、他の要素が時間という要素より重大でなければ、あきらかに変化を妨げる。」

判決で、彼は父側の主張をまとめるのに次のような言葉で始めた。(P. 496)

「当該子が、母ではなく父とC夫人のもとにおかれるべきであると示すといわれる事柄は以下のようなものである。」

次に彼は母の主張の要約を次のように始める。(P. 497)

「母側は、母は実母であり、誰も子の『真の母』の代わりにはなれない。」

続けて、

「双方の主張は力のある主張であり、この種の事件は困難でないと嘯いても無駄である・・・。」

そして、誰かの心を引き裂くことになるにつけ加え、判決を言い渡した。(P. 497)

「これらの事実についてわたしが達した結論は、長期的に見れば、子は母のもとにおかれるべきである。監護権の変更にはいくつか問題が伴うかも



しれないことは認識しているが、約16年あまりの処分をしなければならないということがわかっていて、長期的に考慮して、今は母と同居するのが子の利益であるという結論に達したのである。」

リオズ弁護士は雄弁に「なぜか。どのような理由か」と問う。裁判官は父の主張の強さを列挙し、母の主張の強さを列挙した。裁判官は両当事者の主張は強力であるといったが、父の主張よりも母の主張を優先する理由は述べていない。リオズ弁護士はこの点に関して、次のように主張を固めた。裁判官はすべての重要な事実を慎重に要約しようとしたが、幼女の精神的な故郷は父の家庭にあると何度も述べたにもかかわらず、明白に詳述しなかったのは、幼女と父の間に培われていたにちがいない人間の絆の強さについてであり、経過を顧慮すれば、その絆は、誕生から継続的に母がそばにいた2歳女兒と(乳児の世話にかかわる日常の義務を、通常大部分避けてとおっている)父の間に通常あるような絆よりも、確実に緊密であるに違いない。

リオズ弁護士の陳述によれば、その他の点では慎重なこの判決の欠陥のひとつである。しかし、弁護士は、さらにもうひとつの欠陥があると陳述する。実母は実母であるがゆえに、子を養育するのに最適な人物であるという趣旨の、長期間優位であった説は異端であるという見解を表明した福祉官の証言に、裁判官は明らかにかなり驚いていた。福祉官が証言台にいたとき、このようなやりとりがあった。ピアソン弁護士(母側)が質問した。

(質問)「裁判官は、人はときに強固な教育をうけていることがあることをご存知と思います。ディルノットさん、最終的に、本件についてのあなたの意見はいわゆる現状維持が、子が実母といることの利益を上回るというあなたの見解から真に

導けますか。」

(証言)「実母といても、子どもには何の利益もないと思います。」

イッバンク裁判官「もう一度いってください。」

(証言)「実母といても、子どもに大きな利益はないと思います。」

(質問)「大雑把に言って、あなたは本件について知っているのですか。」

(証言)「本件についてです。」

イッバンク裁判官「一般に、あなたはもっと広い意味の質問をしていたのですか。」

ピアソン弁護士「はいそのとおりです。」

つぎに、ピアソン弁護士は証人に問いかけた。

(質問)「一般的に、子が実親といることにとくに具体的な利点はないとおっしゃっているのですね。」

(証言)「かならずしも利点はありません。」

(質問)「そうすると、そのような一般的態度が本件にたいするあなたの勧告には反映されていますね。」

(証言)「わたしが思いますには……。」

そのあとに、「本件をそのように見えました」という証言が続くのだが、速記官その速記録が精確であるかどうか確信がなかった。

本件の子が実母といること何らの利点も認めないと福祉官が告げたとき、原審裁判官はあきらかに驚き、「もう一度いってください」といったので、彼女はいったことを弱めて、「実母といても、大きな利点はないと思います」と言いなおした。判決においてこの証言を取り扱う段になって、裁判官はこのように述べた。

「治安判事に証拠を提出した福祉官であるディルノットさんは、本法廷にも報告書を提出し、証言した。彼女の見解は、一般には、監護権者たり

うる他の人に対して、子の監護権者として母を優先する特別なものは母子の生物学的関係には存在しないというものである。このような観点をとる人々もいる。しかし、再度一般的にいて、これは裁判所が認容する見解ではない。一般的には、裁判所は他の条件が同じであり、子の最善の利益が母と別離することであるというべき何らかの強力な根拠がなければ、この年齢の子、およびかなり年上の子も、母といるべきであると考え。」

リオズ弁護士は、判例の引用がなく、裁判官は父に対してあまりに不利な衡量をしたと主張する。同裁判官は明示に、一般論を話しているとして、つぎのように言った。

「裁判所は他の条件が同じであり、子の最善の利益が母と別離することであるというべき何らかの強力な根拠がなければ、この年齢の子、およびかなり年上の子も、母といるべきであると考え。」

わたし自身は、裁判所の見解についてそのような一般化を行うことは賢明ではないと考える。わたしの考えではむしろ、小児科医、社会学者、社会科学者、ソーシャルワーカー、さまざまな教育関係者からの証拠を含む、裁判所に提出された証拠から抽出された一般的経験論として、見解は以下のような趣旨であるというべきである。

第一に、それぞれの事件の個別事情は非常に多様であって、いかなる一般化も、当該子と関係するさまざまな大人たちとの関係の実態を鋭敏に理解して考慮に入れて、限定付けされねばならない。

第二に、身体的監護の請求者として出てきた大人たちの能力は、子ども(たち)と愛情あふれる関係をつくる能力を証明するのに、限りなく重要である。

第三に、それらすべての要素がきちんと平衡状態であるならば、おそらく、幼児は実母に養育されるのが正しいであろう。

第四に、両親の別離の結果として、幼児の継続的な世話から母がかなりの期間はなれていて、父または父と別の女性はその代理を勤め、その間の数ヶ月から数年に、子が父ともう一人の女性、またはその女性に安心感をもつようになっている場合は、各々の事件において、子の利益のためには、実母が続けて養育するようにその子を引き離すという危険を冒すことが、現時点で正しいかどうかの決定は、非常に微妙な衡量となる。

原審裁判官に関しては、これを、たとえば、「他の条件が同じであり、子の最善の利益は母と離れていることであるという何らかの強力な根拠がなければ」、子は母のもとにいるべきであるということ方程式形式に表現することはあまり役に立たないのではないだろうか。仮に基準を定式化しようとするならば、「子の最善の利益は母と離れていることであるという何らかの強力な根拠がなければ」という文言を「子の最善の利益は母と離れていることであるという何らかの根拠がなければ」という文言に置き換える方が無難だろうと考える。とは言え、関連する要素の評価はそれぞれの事件において非常に多様であるため、弁護士がこのような定式化を理解しようとしても役に立たないだろう。しかし、当然、実際の法実務においては、とくに法廷においては、裁判官は基準を定式化するよう努力せねばならない。

リオズ弁護士の主張によれば、原審を公明正大にみれば、裁判官は基準を誤って表現し、誤った基準を適用した。すなわち、もし裁判官が正しい基準を適用していたならば、事実に基づいて反対の方向へ行っただろうし、そうすべきであった。というのは、7月までに、当該女児は、誕生以来

ずっと父の家で暮らし、うさぎを飼ったりその他のものをもっていき、父の家に根を下ろしていたのであり、母がこれまでの裁判所の決定を含む諸事情の犠牲者となるのは大変悲しむべきことであるとしても、実情は、女兒は父とC夫人に深く根付き、情緒的に固く結ばれていて、父から女兒を引き離すという危険を冒すことを正しいと言うことはできないからである。

リオンズ弁護士の主張は大変力強いが、熟慮すれば、主張はこの理由を弁護するものではない。より深い知識に照らして、原審裁判官が、結論に達した理由を説明していたならば、よりよかっただろうと考える。裁判官はまったく理由を述べなかった。が、理由を知っているとわたしは完全に確信している。証拠を考慮したあとに、原審が判決中に理由を明示して明白にしていたならば、このような上訴はきわめて起こりにくかっただろうということがひとつの良い結果だっただろう。出された判決については、リオンズ弁護士が指摘する欠陥があったのだから、上訴すべきか助言を求める父に対して、勝訴の見込みは十分であると助言することはほぼ避けられなくなった。しかし、原審の結論の理由は以下のようにであると確信している。子が父の家庭に継続的に根を下ろしていて、子は、他の誰よりも父とC夫人とに緊密に結びついていたということを、原審は確信していた。そういえるのは、裁判官が、子が父の家庭に根を下ろしていることに繰り返し言及するからである。裁判官はそのことに気づいていないわけではなかったからこそ、本件が難題であると認識していたのである。しかし、経歴をみれば、本件は長期にわたり子が実母と別離していた事件ではないことがわかる。というのは、面接交渉があったからである。まず第一に、最初の別離期のあと、毎日赤ちゃんに面接していた。裁判所が毎日の面接を止

めて、頻度を大幅に減らしたときは、それでもやはり週に一度は母は娘と何らかの接触をもっていった。滞在つき面接が実施されてからは、二週間に一度、子は母と二晩過ごしていた。母の証拠を考慮すれば、原審はあきらかにそれを容認しているが、原審はその証拠をもとに母が子とうまく良い関係を保っていたと確信したのである。女兒は滞在面接に行っているのであるから、われわれが熟知している、暴れて泣き叫ぶ子を家庭から引きずり出して他方の親へ引き渡すという事件ではない。状況はまったく異なっており、子は明らかに、母の家庭でM氏の子どもたちがいるときには彼女らと仲良くしていると思われた。M氏は証言したが、彼は子どもたちとあまり深い人間関係をもっておらず、どちらかといえば暗い性格である印象をうけた。しかし、その家庭で子が安定したバランスのよい世帯で成長しないだろうと推測する根拠はない。したがって、原審が行わねばならなかった衡量ということについては、わたしは、原審は以下に述べる実情を確信して結論に達したと確信している。すなわち、子は生まれてから母の世話を受けており、母は娘を養育しつづける意志と用意があり、娘と継続的に関係を維持してきた。子は父と父の家庭に根を下ろしているが、母との接触の不連続性は母に娘のフルタイムの養育を再会させないことが理性的であるほどではなかった。これが原審の判決理由であったというのが私見である。裁判官が審理していた資料を熟知すれば、これは原審判決に黙示されていたと考える。

以上が原審の見解であるから、当裁判所が干渉するのは正しくないだろうことは明白であると考ええる。原審裁判官は証人が証言するのを見聞しており、その結論は本件の人間関係についての裁判官の評価を反映している。

繰り返しておきたいのは、福祉官からもっと助

力があつたら、と惜まれるということだけである。どちらの親にも落ち度はない。裁判官の実母優先の提示方法にはわたしは全面的に同意するわけではない。

以上の理由で、上訴を棄却する。

バトラー・スロス裁判官

本件上訴棄却に同意する。付け加えるのは以下のこのみである。女兒は誕生以来、世話をしてくれる人が幾度も変わってきた。最初は母が9ヶ月間、次に2月から1981年7月までの期間は父、父のおば、父の姉妹、ときどき父の母と、さまざまなひとびとが世話をした。1981年7月からは父の同居人であるC夫人が主として世話をし、もちろん、仕事に行っていないときは父自身も手伝った。したがって、原審が本件を審理するときまでに、子の日常の世話にはこのような変化があつた。その間、母は、父または裁判所の決定が認める頻度の面接交渉権にしがたい、接触した。

われわれは両親各々にたいする子の愛着度の重要性を顧慮するよう要請され、父の弁護士であるリオンズ弁護士は、原審でまさにそのように主張した。それは、明らかに原審が考慮せねばならない最重要事実であつた。父、そしてとくに、C夫人に関する証拠は、両人の証言から、そしてとくに監督官であるソーシャルワーカーの証言と報告書(この重要度は前者より低い)の両方からも得られ、実に充実していた。子がC夫人と父と暮らしていた間、夫人はまさに母代わりであつて、母の代理を務めていたことは明らかであつた。もっとも不運であつたのは、子の母に対する愛着の位置付けについて原審が手にした唯一の証拠が、福祉官の報告書であつたことだ。報告書は、母については「4人の子どもたち(つまり母の実子とM氏

の3人の子)全員とうまくやっている」と記述し、子の生活において父がもっとも安定した人物であるとして、

「もっとも安定した場所は[父の]家庭である・・・したがって、父の監護のもとで、子が留まるに最適の場所がここだろう。」

と記述した。両当事者それぞれの位置づけと、同居人たちについて、それ以上の洞察をソーシャルワーカーはしなかつた。実際、ソーシャルワーカーはM氏の子どもたちが実母のもとへ帰ってからの、母子の様子を観察していなかつたのであり、それは少々驚くべき怠慢であるとわたしは考える。実際に、ソーシャルワーカーは治安判事の聴聞以来、子とM氏がいっしょにいるのを観察したことがなく、母子の関係について、そして重要度は劣るものの、例を挙げるならば、子とM氏の関係について、なんらの価値ある見解もまったく述べることができなかつたように見受けられる。証言において、このような質問がなされた。

(質問)「子は母と生き生きとした自由な関係にありますか。」

(証言)「そうですね。わたしは母子いっしょの様子を、C夫人といっしょの様子ほどには観察していません。というのは、婚姻家庭(父の家庭：訳者注)の指導監督決定をうけており、わたしの勤務時間中、子はほとんどC夫人といっしょで、そこでわたしは子を観察していました。」

ソーシャルワーカーは続けて、4人の大人たちについて留保条件はないので、どちらの家庭も適していると述べた。

この少々表面的な報告は、ほとんど裁判官の役に立たなかつたにちがひなく、したがって、現実には、母子関係についての裁判官の心証は、母の証言と、一部分はM氏の証言とにたいする裁判官自身の見解によって形成されざるをえなかつた

う。したがって、本件においてはその心証がもっとも重要となる。本件においては、裁判官の母に対する心証があきらかに、最重要点のひとつであった。

このような状況での福祉官の任務と、子が同居していない親という様子を観察するために、たとえ通常の面接時間外であっても時間の都合しをつけ、これらの非常に困難な事件における全当事者の関係についてもっともっと詳細な評価をえるために、なされるべき努力とについてのカミング・ブルース主席裁判官の意見をことごとく支持する。さらに、母と幼児について一般的な提案を考慮するさいには、経験と常識の問題として、幼児の世話をするのは父よりも母の割合が大きい、各事件は本案とその時点での状況によって考慮せねばならない。私見では、本件においては、裁判官が、9ヶ月までの世話と、父とC夫人が立派に世話していた期間の定期的な面接交渉、そしてあきらかに聴聞でえられた母にたいする心証の両方から、長期的に見て、母が子を養育するに適した親であるという見解にいたったことは優れて正当

であった。

裁判官は、本件は非常に困難なケースであると述べた。あきらかに、本件はすべての要素を考量し尽くしたうえで、裁判官が一方に決断せねばならないケースであった。わたしには、裁判官が明白に誤審したとはだれにもいえないケースであると思われる。原審判決はいくつかの点で少々そっけなかったし、心証や、実際の認定事実の詳細をすべて一字一句述べたわけではなかったが、到達した結論が正当ではないということは不可能だろう。

以上の理由で、わたしはカミング・ブルース主席裁判官に同意する。

上訴棄却。訴訟費用に関する命令は両当事者に法律扶助料徴収を除いてなし。

事務弁護士：父側はカーペンター・コスタート  
ン法律事務所

母側はウッドハウス-スミス法律事務所