

離婚の子の処遇

——イギリス法における實際をみて——

坂 本 圭 右

一 はじめに

二 イギリス法における離婚の子の処遇

(一) その展開と現状

(二) 現在の問題点

三 わが法における離婚の子の処遇

(一) その展開と現状

(二) わが国における問題点

四 あとがき

一 はじめに

離婚が夫婦関係そのものを解消させるばかりではなく、婚姻により生じたその他の家族関係、ことに親子関係に重大な影響を与えずにおかないものであることはいうまでもない。のみならず、親の離婚は、いわゆる婚姻家族から単親家族への移行にともなうさまざまな影響、たとえば離婚それ自体ばかりではなく離婚にいたる過程の子供に及ぼす

心理的・精神発達上の効果、あるいは離婚後の単親家族が子供に与える同様の影響、さらには、離婚の結果生ずると共に母子家庭における経済的な問題など、子供による個人差や性差はあるものの、多くの場合に、子供にとって否定的な側面をもつことが避け難いこともまた事実である。とはいえ、このような子供にたいする単純な同情論やいたずらな問題児視は決して建設的ではない。いまや親子法における最大の課題と目的とが、離婚の子の処遇を含めて子供ことに未成熟の子の幸福と福祉を追求することにあるかぎり、離婚が子供に与えるかかる否定的な側面を可能なかぎりとり除き、あるいはこれを最小限にとどめることは、少なくとも親子法学にとっての最大の目的の一つであることはいふをまたない。

たしかに近年における離婚率の上昇とそれにとまなう離婚の子の増加は、一方において子供の幸福と福祉という観点を強固にし、他方において、このような観点から、いかに離婚の子を処遇するかの問題を普遍化した。もとより子供の幸福と福祉のためとはいえ、親の離婚そのものを抑制することがもはや現実性をもたないものである以上、この問題はそれ自体の解決をせまられているといつてよい。しかしながら、問題の解決は、事柄の性質上、経済的援助の方途を含めて、法学ばかりではなく、児童心理学や精神医学、さらには家族社会学などの関連する諸科学の成果のうえに果たされなければならないはずである。また、この問題についてのいわば先進諸国の経験も、それぞれの国の家族生活の実体に照らしながら、換言すれば、わが国における家族生活の特殊性を考慮しながらとり入れる必要がある。もっとも、関連諸科学が、それぞれの分野でこの問題を完全に解決しているとはいいがたく、それゆえに法律的处理もまたかならずしも確立してはいない、というのが実情のようである。とはいえ、子供の福祉のあるべき姿を求めかつこれを実現することが、すくなくとも現代社会の重要な課題の一つとされるかぎり、法学の分野においても、

これを追求する不断の努力が求められていることはいうまでもない。

ところで、子供の幸福と福祉というとき、これがなにを意味するかはいまだ必ずしも判然とはしていないようである。しかし、漠然としたものであれこの意味するところを提示しておくことは、離婚の子をいかに処遇するかにかんして一応の指針を与えることとなろう。この意味において、ここでとりあえず、子供の幸福と福祉とは、子供の心理的に安定した生活をとうしての精神的・肉体的に健全な発達を指す、といっておいてよいように思われる。というのは、後述のように、イギリスにおいてもわが国においても、裁判所は、一方において、子供の心理的な安定や健全な発達を促進すると同時に、他方において、これらの阻害要因をとり除くよう努めているからである。親の離婚もしくは離婚にいたる経緯は、まさにこの阻害要因のもっとも重要なものということができる。もっとも、子供の心理的な安定といふ健全な発達といふながら、それらが具体的に意味するところや、双方の相互関係など、解明を待つ多くの事柄が残されていることもまた事実である。

さいわい私は、離婚の子の処遇につきイギリスで研究する機会に恵まれ、不十分ながらかの国の実情を見聞することができた。そこで本稿においては、まずイギリスにおける離婚の子の処遇の実際とその問題点を明らかにし、ついで、これをわが国の実際とその問題点とに対比して検討したいと思う。ちなみに、本稿において私は、もっぱら離婚の子の処遇をとりあげているが、この問題が、ひろく未成年者ことに未成熟の子の処遇の一部と観念せらるべきことはいうまでもない。

二 イギリス法における離婚の子の処遇

(一) その展開と現状

イギリス法において未成年ことに未成年の離婚の子の処遇の問題が本格化したのは、離婚の自由がいわば法的にも承認された一九六九年の離婚改革法(Divorce Reform Act 1969)以後のことであるといつてよい。同法が施行された一九七一年以後離婚が激増し、その結果、離婚の子の数もまた急増したからである。事実、統計資料によれば、同法の施行に先立つ一九六一年のイングランドとウェールズにおける離婚確定判決数は、⁽¹⁾ 二五、〇〇〇件、すなわち人口一、〇〇〇人あたりの離婚率約〇・五四、この離婚にまぎこまれた一六歳未満の子の数およそ七〇、〇〇〇人であったのに対し、同法施行後の一九七六年の離婚確定判決数は約五倍の一二七、〇〇〇件、一、〇〇〇人あたりの離婚率約二・五九、一六歳未満の子供の数およそ一五四、〇〇〇人、⁽²⁾ となっている。

ところで、つとに一九二五年には、未成年の離婚の子の法的な処遇にとつてもっとも基本的かつ重要な原理、すなわち子供の福祉は、監護事件(custody case)における「第一のかつ最高の考慮事項」(the first and paramount consideration)である旨が制定法上宣言されている(Guardianship of Infants Act 1925, s.1)⁽³⁾。しか、この一九二五年法は、たとえば離婚の子を処遇するについても、たんにそのいわば指導理念を示したにとどまり、子供の福祉の内容やそれを実現するための手段についてはとくに触れるところがなかったから、その具体的な適用は、結局、裁判所の自由裁量にゆだねられることとなつて、現在でも、基本的にはこれに変更はない。もとより、裁判所はこの自由裁量により、そのときどきの社会的・法的状況や当該子供をめぐる家族生活の実態などを考慮するはずであり、したがって、子供の福祉

自体もおのずからかかる状況や実態に影響されるであろうことは容易に想像されるところである。この点につき、離婚における有責配偶者からの監護請求と子供の福祉というもつとも困難な問題の一つが、すでに一九二五年法以前に一応の司法上の解決をみていたことは、同法の円滑な運用をはかるうえできわめて有用であった。すなわち、一九一〇年のスターク対スタークならびにヒッチンズ事件 (Stark v Stark and Hitchins) ⁽³⁾ において、「離婚を正当ならしめる婚姻上の非行は、いつでもまたあらゆる諸状況のもとで、母親がその娘と面接 (access) する権限を失わせあるいは監護の権限さえ失わせるのに十分なものとみなされるべきではない。……未成年者の利益は最高の考慮事項であって、有責配偶者の処罰ではない」と判示されていたのである。さらに、この判決のいわば延長線上にある一九二四年のB対B事件の判決は、たとえ墮落している母親といえども、「彼女は娘の母親である。……娘はその幼児期のすべてを母親の実質的かつ単独の責任と養育のもとにあったがゆえに、その年齢（一歳）で母親とのすべてのつながりを奪われることは娘の利益に合致しない」とのべて、監護事件において母親の優位を認めるいわゆる母性の推定もしくは愛顧 (maternal presumption/preference) の原理の適用のさきがけとなった。ここで母性の推定もしくは愛顧とは、のちの一九五〇年代から隆盛をみた母性剝奪 (maternal deprivation) の理論によって説明されるもので、ボウルビー (J. Bowlby) によれば、「乳幼児と母親またはそれに代わる母性的養育者との人間関係が、親密かつ持続的で、しかも両者が満足と幸福感によって満たされるような状態が精神的健康の基本である」とされ、⁽⁵⁾ このような母子関係を欠如した状態を母性剝奪と呼んだのである。かくて、一九五八年には、「一応の準則は、他の事情が同じであれば、このような未成年の子供はその母親とともにあるべし、ということである」⁽⁶⁾、とまで判示されるにいたった。もつとも、この分野の研究成果自体がまだ流動的であったこともあり、一九五八年の判決以後たとえば一九六二年のRe B事件で、

控訴院において、一応幼児は母親とともにいるべきであるとされながらも、これが法上の準則であることは否定されている。⁽⁷⁾

母性の推定もしくは愛顧がかくも司法上の支持をえたのは、多くの妻たちが子供の養育と監護のために家庭にとどまっているという現実を反映して、それが子供の福祉になかう「現状」(status quo)の維持、すなわち子供の養育監護における継続性と安定性の維持の要請と、とりあえず一致したからにはかならない。しかしながら、かかる要請に應える形で子供の福祉の実現は妻たちを家庭におしとどめる結果となり、彼女たちの職場への進出あるいは復帰の要求と正面から衝突することになるであろう。ここでとりあえずとは、本来、母性の推定もしくは愛顧と「現状」維持とのあいだには論理必然的なつながりはなく、母親にもまさって父親による養育と監護が日常行われている家庭においては、父性の推定もしくは愛顧がつまりは「現状」の維持にあたるはずだからである。かくして、ことは子供の福祉と妻たちの家庭や育児からの解放という、子供と母親の利害対立を生みだすこととなるが、今までのところ、直接この問題にたいする司法上の解答は示されてはいない。監護事件においては、子供の福祉が「第一のかつ最高の考慮事項」とされているためであるとともに、むしろこの問題は、子供の監護が親と親以外の第三者とのあいだで争われたときに、親の権利と「現状」維持との対立という形で生じているからでもある。⁽⁸⁾しかし、今後、これが子供の監護をめぐる新たな父母間の紛争のもととなることも予想されよう。ともあれ、母性の推定もしくは愛顧と「現状」維持とが、子供の福祉にとって同じことがらを意味しないとすれば、これらははたしていかなる関係にあるのであろうか。

母性の推定もしくは愛顧を支えたポウルビーの母性剝奪の理論は、その後の加速度的な核家族の崩壊現象と情報処

理能力の飛躍的向上とを背景とする多くの研究により、一九六〇年代後半から急速にその内容を修正しつつある。そこで明らかにされたことは、たとえば母親の就労について、ボウルビーと異なりこれを一概に否定せず、子供の健全な精神発達にとって大切なのは、物理的に母親が一日中子供と共にいることではなく、精神的に満ちたりた幸せな母親との安定したきずなが形成されることであり、さらには、親と分離した幼児の成長後の反社会的行動についても、その直接的原因は分離そのものではなく、分離に先立つ家庭不和や家族葛藤などの家族病理である、などであった。⁽⁹⁾母性の推定もしくは愛顧のいわば絶対性がゆるがされたといえようが、司法上も、従来の母性の推定もしくは愛顧より「現状」維持を優先させ、それまで実質的に子供の監護を引き受けていた父親のそれを認めるものが現われた。⁽¹⁰⁾もっと具体的には、親の離婚後の子供の住まいにかんして、監護者たる親に夫婦の住まい (matrimonial home) の使用を認めることにより、子供の住まいの継続性をはかるというのが、現在の裁判実務の主流をなしている。もっとも、この「現状」維持の理論にたいしては、これをことさら重視しなくともよいとする研究成果もあり、たとえばマッコービー (E. E. Macoby) の研究によれば、「子供の以後の適合は、もっぱら新しく世話をする者との間の関係の質によるのであって、分離の経験 (もしくは混乱の程度) によるのではない」⁽¹²⁾とされる。ことに Re Thain 事件において、イブ判事 (Eve J.) が分離の「慈悲深くも一時的でしかない」効果とのべたのは、まさにこれであった。したがって、「現状」維持も、子供の福祉のための絶対的な指標たりえず、結局、子供の福祉の現実はいまだ、もっぱら子供自身と子供をとりかこむあらゆる状況に照らした裁判所の自由裁量による判断に期待するほかはないが、ここで注意を要することは、裁判実務の動向と各専門分野における研究成果とが連動しているようで、その実、表面的には、裁判所はかかる研究成果にたいして一見冷淡な態度をとっていることである。⁽¹⁴⁾それは、一九二五年法では、自由裁量の行

使による「第一のかつ最高の考慮事項」としての子供の福祉を実現していくうえで、その具体的な方途や手続の指針が明示されていなかったことにもよるのである。

この点につき、離婚改革法のあとをうけて制定された一九七三年の婚姻関係事件訴訟手続法 (Matrimonial Causes Act 1973) は、離婚当事者の間に一六歳に満たない子供がいるとき、または勉学中もしくは職業訓練中の未成年者 (一八歳未満の子) がいるときは、「おのおの子供の福祉のための計画 (arrangement) が作成されており、かつ、それが満足⁽¹⁵⁾のいくものであるかあるいは当該の諸状況において考えられうる最良のものである」と決定をもって宣言していなければ、裁判所は離婚の確定判決を付与することができない、と定めた (s. 41(1))。ここにいう子供の福祉には、子供の監護と教育、および子供のための財政的用意 (financial provision) が含まれ (s. 41(6))、監護には面接 (access) が含まれる (s. 50(1))。また、一九七七年には、離婚のための特別訴訟手続 (special procedure) において、この計画を熟慮するため、私室の裁判官による離婚申立人との面談 (appointment) という制度も導入されている (Matrimonial Causes Rules 1977, r. 48(4))。これらは、裁判所が子供の利益の名のもとに、離婚にさいしその後見的機能を發揮して、積極的に家族生活に介入せんとするものであって、この意味において、子供の福祉の維持は親の私的な責任にとどまらず、国家とのいわば連帯責任であることを明らかにしたものと解されよう。それはまた、子供の福祉はもはや離婚をする親の自治にはゆだねられないというにひとしく、ひいては離婚の子はつねに「危機にある」という認識と容易に結びつきかねない⁽¹⁷⁾。かくて、離婚の子の処遇にかんして裁判所がこのように関与することは、子供の福祉が親の恣意に流されることを防止する反面、一方において、子供をもっともよく知る立場にある親の子供にたいする知識や愛情がこれにより阻害されるおそれがあるとともに、他方において、子供の福祉が社会の常識的かつ一般的な基準にしたがって決

定される可能性を認めたということができる。たとえば、裁判所によるこの手続をとうして、子供の福祉すなわちその心身ともに健全な発達が、とりもなおさず「社会化」⁽¹⁸⁾に他ならないと単純に観念されるときには、子供の福祉は画一化におちいつて、おのずから個性的な子供の発達を妨げるおそれすらある。

裁判所がおちいりかねない右のような危険を回避するためには、これを補助する専門機関によるきめの細かい調査・助言と親子の指導とを要するであろう。この点で、子供の福祉はなにかを決定する手続において裁判所が利用しうるものとして、まず第一に福祉報告(welfare report)がある。すなわち、裁判所は、「随時、裁判所の福祉官(welfare officer)にたいして、婚姻関係事件訴訟手続中に生ずる子供の福祉にかんする事項につき、調査と報告を求める照会をすることができる」(Matrimonial Causes Rules 1977, r.35(1))⁽¹⁹⁾。この福祉官はもともソシアル・ワーカーたる保護観察官(probation officer)であって、裁判所の記録を閲覧し、子供を含めたすべての当事者と面談・聞き取りをすることができる⁽²⁰⁾とされ、また、調査の結果適当と考えるときには、裁判所にたいして、子供の当座の後見人としての公益事務弁護士(Official Solicitor)⁽²⁰⁾の任命を裁判所に勧告することができる⁽²¹⁾。この場合の公益事務弁護士は、子供のための独立した人格代表(separate representation)⁽²²⁾として、子供の利益がいずれの親のそれとも合致しないときには、もっぱら子供をして独立の立場で当該手続に参加せしめるために、子供を手続のいわば客体から主体の地位にまで高め、よってその福祉をはからんとする者にほかならない。もともと、これらの報告や勧告を採用するか否かは依然として裁判所の自由裁量に属し、ある調査によれば、裁判所により福祉報告が利用されたのは、子供の監護や面接につき争いがある事件でおよそ五〇%、争いが無い事件で八%程度⁽²⁴⁾、また、婚姻関係事件において、裁判所が独立した人格代表を命じたのは、一九七七年で一三七件、一九七九年で九六件であった⁽²⁵⁾という。ちなみに、福祉官が児童心理学や精神医学

の専門家の見解を質すことはできても、このような者を福祉官に任ずる途はなく、また裁判所が直接彼らに報告を求めることもできない。ただ証人としてのみ喚問しうるにすぎないとされている。次に、裁判官自身による子供との面談・聞き取りがある。これは、制定法によらず裁判実務において確立されているものであって、おもに子供の希望を聞き取るのが狙いのであるが、子供の希望を聞き入れるかどうか完全に裁判官の自由である。けだし、親の影響力や子供の親へのおもねりを考慮すれば、子供の希望が必ずしも独立した自由な意思にもつくとはいかぎらないばかりでなく、子供の希望がその福祉と一致するともかぎらないからである。しかしながら、子供の福祉が子供自身の問題であつてみれば、細心かつ入念なこの面談・聞き取りには期するところが大きいはずである。⁽²⁶⁾このほか、離婚当事者が福祉官の報告に対抗して、独自にソーシャル・ワーカーに依頼し作成される報告も、裁判所が証拠として利用しうることはいうまでもない。

ところで、離婚にさいして作成された子供の福祉のための計画が確実に履行されているか、あるいは計画そのものが子供にとって最善であつたかに関し、場合によっては、裁判所が特段の処置をなしうるとしておくことは、子供の福祉にとって必要不可欠である。計画の適切さは、それが作成された親の離婚当時においてではなく、離婚の効果が子供にあらわれる離婚後において判定されうるものだからである。かかる趣旨から、監護決定をなす管轄権を有する裁判所は、「当該子供を独立の者の監督下におくことが望ましいとするような例外的な状況があると思料するときは、……子供を……福祉官あるいは地方当局(local authority)の監督下におく旨の決定をすることができ」(Matrimonial Causes Act 1977, s.44(1))と定められた。これがいわゆる監督決定(supervision order)であつて、ここで例外的な状況とは、監護者による世話の不適切さ、親の不安定性、生活環境の劣悪など子供の福祉をはなだしく阻害する状

況をいうと解され、また、この決定の目的は不適當な監護者に適切な助言と助力を与え、あるいは有効な面接を確立することにあるとされている。⁽²⁷⁾

(二) 現在の問題点

離婚の子の処遇におけるイギリス法の展開は、前節から明らかなように、子供の福祉そのものの内容を明らかにするというより、むしろこれを実現するための諸条件の整備と密接にかかわってきている。それは、事柄の性質上、子供の福祉が一律かつ普遍的な基準になじみにくいからであり、とりあえず今のところ、たとえば母性の推定もしくは愛顧ないしは「現状」維持がその一応の指針となっている、といいうるにすぎないからである。したがって、当面する現在の問題点もまた、該当する子供にとって最良の福祉たるものを発見するための手続や制度、ことに子供の心理や精神的発達あるいは環境などにかんする諸科学の発展に即応しうるところの、あるいはまた、これらの成果を助長しうるところのもの、を整えることにあるといつてよいであろう。そのためには、子供の福祉にとって重要と考えられるいくつかの点を検討しておく必要がある。

まず、里親のようないわゆる「心理的な親」と実親との間の監護紛争をいかに処理するかにかんし、現在の心理学上の解釈は、乳幼児が日々の相互作用や接触、および分かちあえる経験をともにすることなどをとうして、実親以外の成人すなわち「心理的な親」にたいしても愛着をもつことを明らかにして、⁽²⁸⁾間接的ながら離婚の子のための「現状」維持の理論を裏づけている。もっとも、「現状」維持理論は、監護を望む親が、事件が裁判所に来る以前に、好ましからざる手段であらかじめ「現状」を作りだしておくという弊害をうみだす、との指摘があることは注目されてよいであろう。⁽²⁹⁾

ところで、親の離婚の結果は、現実には離婚の子を一方のみの親の手にゆだねることとなるのが普通である。したがって、この場合に、他方の親が子供におよぼしうる良好な影響や効果をいかに確保するかが問題となる。それでは、そもそも不在の親が子供に与える影響は何であろうか。これを父親不在という一般的な場合についてみれば、成人男性のモデルとして、心理的・性的発達における父親の男子にたいする独自の役割はつねに強調されてきたところである。そのほか、父親不在は、女子より男子の教育達成に影響することや、女子の異性関係を困難にすることなどが明らかにされている。⁽³⁰⁾ただし、子供にとって、父親不在がつねに埋めることのできない決定的な心理的・精神発達上の欠如をもたらすとはかぎらないということもまた示唆されている。すなわち、父子関係を欠くことは子供の認識機能、情緒的ならびに社会的な発達にほとんど影響せず、⁽³⁰⁾また、母親やたとえば継父のような成人男性たるほかの家族の態度や対応、子供の祖父母や伯叔父母等のいわゆる拡大家族による支援体制、近隣の人々や学校の先生・仲間のような子供をめぐる家族外の生活環境の質、子供自身の年齢や性別あるいはまた兄弟姉妹の存在、さらには親による離婚にいたる過程の処理方法など、複雑にからみあっている欠如の緩和要因もまた存在するとみられている。⁽³¹⁾もとより、これらの、かえって欠如の加重要因となりうることはいうまでもなく、とくに、離婚にいたる過程は子供の発達にもっとも大きな影響力をもつようである。母親不在についても、父親不在の場合と類似の問題を生ずると思われるが、この場合にも、欠如の緩和要因があることのできるから、結局、親不在による心理的・精神発達上の悪影響は、完全とはいえないまでも、条件次第では、少なくとも長期的には補完されうるということができよう。ただ、そのメカニズムはいまだ完全には解明されていないようである。また、父親不在は往々にして母子の家庭に経済的困窮をもたらし、母親をして就労を余儀なくさせ、子供の世話やしつけに遺漏をきたすと考えられる。母親不在の父子

の家庭も、経済的困窮こそないとしても、父親の社会的な活動のため、子供の世話やしつけに手がまわらない事態におちいりかねないことは、母子の家庭の場合と同様である。このような場合には、子供は親の離婚により、実質的に、両親を同時に失うこととなり、これが子供の福祉にとって重大な妨げとなることはいうまでもない。離婚の子の福祉のためにはまず人的・物的に完備した保育施設や生活保護のような制度の充実が不可欠とされるゆえんである。

かくて、経済的困窮それ自体を別にすれば、親不在による子供の心理的・精神発達上の欠如を一部補完すると期待される面接は、それゆえに、実際に監護を行っていない親の権利というよりむしろ子供のためのものと位置づけられるべきである。良質で安定した子供との接触の継続と、それをとうしての親の好ましい影響力の行使とは、親の離婚にともなう子供の不安をやわらげ、その健全な精神的発達をうながす機能を営むと考えられるからである。しかし、これを成功に導くためには、双方の親による面接の意義の正確な理解と認識、それぞれ他方にたいする感情を子供に向けることのないような親の自制心など、まず親みずからが克服すべき問題があり、この点を見過ごしにする面接の決定と実行は、かえって子供の不安を高め、その健全な精神的発達を阻害するものとなろう。したがって、いかなる形式によるにせよ、裁判所が面接を決定するさいには、あらかじめ子供だけではなくその両親についても充分な理解をえておくことが望ましいことはいうまでもない。また、あまりに稀で短時間の面接は子供に緊張を強いる結果となるにすぎないかもしれない。反対に、あまりに長期あるいは頻繁な面接も、子供の離婚後の「現状」維持からみて問題である。のみならず、監護者たる親が再婚した場合に、子供と継親との間に良好な関係が保たれているときには、面接そのものがむしろ子供の福祉にとって有害となる場合さえあろう。この意味において、前記の監督決定を効果的に活用することが必要とされるはずである。

しかしながら、面接の制定法上の位置づけはかならずしも明白ではなく、一九七三年の婚姻関係事件訴訟手続法においても、その解釈規定で、「監護は面接を含む」とのみ定められているにすぎない(§52(1))。もっとも、これにより、面接を支える指導原理も、監護におけるそれと同じく、子供の福祉にあることは明らかである。したがって、もとと面接は親の基本的な権利とされているにもかかわらず、⁽³²⁾「第一のかつ最高の考慮事項」としての子供の福祉がかかる親の権利に優先して、親の面接が拒まれるということは充分にありうることである。判例により確立されたところによれば、監護事件におけると同様、遺棄や姦通などの離婚のさいの親の有責行為は、もはや面接を拒絶する事由たりえない反面、⁽³³⁾たとえば子供の安定して平穩な生活を乱すおそれがあったり、親が面接の目的にとって全く不適当な人物であったり、⁽³⁵⁾あるいは子供の意思に明確に反するなど、⁽³⁶⁾面接が子供の利益に合致しないとみられるときには、面接は許されていない。ただし、親から面接を奪うのはあくまでも例外的な措置であり、親の面接の権利は、通常、子供の福祉と一致するというのが裁判所の原則的な立場のようである。⁽³⁷⁾しかし、離婚は婚姻関係を終了せしめるばかりでなく、親としての協力関係をも終わらせて、年月の経過にしたがい面接の頻度と定期性は漸減していくというのが実情である。その理由はさまざまあるが、グード(W.J. Goode)⁽³⁸⁾はこれを次の七つの要素に分類した。すなわち、(1)子供を楽しませるための出費、(2)訪問のために費やされる時間と、その結果としての親自身の社会的活動の喪失、(3)訪問のたびに生ずる前配偶者との間の緊張、(4)とくに母親が訪問をすることの意義は、母親と子供がそれぞれ新しい生活を築きあげていくにしたがって失われていくこと、(5)子供は、緊張のゆえと、たとえば仲間と遊ぶなど日常の生活を営みたいゆえに、親の訪問に興味を失うこと、(6)父親が訪問できないとしても、子供はその失望感をやらねることができ、回復が可能なこと、(7)子供の日常生活は、訪問する親への親近感を薄めるようになること。これ

ら諸要素が意味するところは、結局、面接の必要性と有用性とは、子供にとっても親にとっても、離婚による緊張と不安が強く残りながら、しかも新しい環境に適合していく過程の離婚直後においてもっぱら発揮される、ということであるように思われる。換言すれば、子供の福祉のための面接は、一面において、親の離婚前の良好な「現状」を維持する機能を有しながら、しかし他面において、離婚後新たに形成される「現状」にとっては次第に不用となり、さらにはときには有害にすらなる、という定めをもつものと観念される。この意味において、面接においてもまた、「現状」理論が裏づけられたということができよう。しかしながら、面接は、たんなる「現状」移行のための潤滑剤であるにとどまらず、より積極的には、不在の親と子供との間に強い心理的なきずなが存するとき、当然のことながらこのきずなを良好に維持するのに貢献する。このことは、かかる事情のもとで、かりに面接が欠ければ、子供の自己信頼をゆるがせ、親から拒絶されたという深い失望感の子供に味あわせることとなって、子供に回復しがたい損失をおよぼす結果となることを意味する。⁽³⁹⁾ また、すでにのべたように、面接が、とくに性を同じくする子供にとって、成人のモデルを提供する有効な場としての意義を失わないことはいうまでもない。したがって、少なくとも子供の幼児期から思春期にいたる過程において、面接の必要性和有用性が依然存在するにもかかわらず、現実には、安定しかつ効果的な面接を持続することは容易ではないということになるであろう。かくて、面接決定において裁判所が当面するもっとも困難な問題は、面接を比較的短期間で終了させることも、また長期間存続させることも、いずれも子供の福祉に合致するゆえに、二者択一をせまられるということである。結局、裁判所は子供にとってより害の少ない途を選択するという消極的な態度をとらざるをえないこととなり、そのためには、福祉報告などを充分に活用するほかはない。

面接自体に以上のような問題があるとすれば、離婚の子の福祉のために、不在の親と子供とを心理的に結びつけておく別段の方法が改めて問われなければならない。不在の親と子供をつないでおくことが子供の利益となる場合が少なくないこと前記のとおりだからである。これが「単独監護」(sole custody)にたいする「共同監護」(joint custody)の問題であるが、もともとイギリス法においては、「監護」の意味するところは必ずしも明らかではない。

通常、監護は、子供にたいする親の権利・義務、すなわち教育や健康あるいは宗教など子供の福祉にかんする事項を決定する権利・義務と、いわば身上監護としての子供の「世話とつけ」(care and control)の機能とを併せ含む概念であると解されるが、両者を区別して、前者を「法上監護」(legal custody)、後者を「現実の監護」(actual custody)と呼ぶことがある。しかし、いずれにせよ裁判所は、「裁判所が適当と考える」監護決定をなしうるのであるから(Matrimonial Causes Act 1973, s. 42(1))、⁽⁴⁰⁾ 実際には、それぞれの親につき二つの監護を組み合わせることが可能であり、このなかには「共同監護」も包含されることはいうまでもない。したがって、ここでの共同監護には、法上監護の共同、現実の監護の共同、ならびにこれら法上監護と現実の監護の両方の共同という三つの態様があることになるろう。もっとも、法上監護を共同することは、母親に現実の監護を押しつける結果になるとの批判がないわけではなく、また、子供の福祉のための不在の親の好ましい影響力や親子間の良好な相互作用という観点からすれば、少なくとも現実の監護の共同をともなう共同監護の方が、法上監護の共同よりはるかにまさるはずである。この意味において、共同監護の問題の中心は、実は、育児における親の役割分担の問題にほかならない、ということが出来る。そして、現実の監護の共同のもとにおけるこの役割分担が成功するときには、それは、面接よりはるかにすぐれて、離婚前の良好な婚姻家族の「現状」に近いそれを維持することができ、したがって子供に親から捨てられたという感情をもた

せるおそれもなく、離婚が子供に与える不安と混乱を最小限にとどめることができそうである。のみならず、それは、不在の親と会うのに、あらかじめ約束をしておいたり、日程や時間を調整するなど、面接にともなう不自然さがないから、子供に無用の緊張を強いることもない。さらに、かかる共同監護は、離婚をした両親の、子供にたいするたとえば経済的な責任の自覚をもうながすこととなる。

しかしながら、共同監護を成功に導くことが面接の場合よりいつそうの困難をともなうことは想像にかたくない。そのための必須条件として、離婚後の両親の住まいが地理的に近接していることが必要であるとともに、両親によるそれぞれ他方にたいする自己抑制がとりわけて求められるからである。さもなくば、共同監護が面接の弊害をたんに再現するにとどまり、あるいは、離婚のさいの子供の不安と混乱を固定することになり、かえって子供の福祉に反することとなる。とくに、離婚前の良好な「現状」を可能なかぎり維持することが、子供の福祉のための共同監護の目的であるとすれば、両親の住まいにかんするかかる条件は、共同監護の前提というべきものである。しかるに、もともと離婚をした両親は、その苦痛からはやく逃れるために、むしろそれぞれ遠隔の地に居を定めたいと願うのが普通であろう。したがって、子供の福祉のためとはいえ、それぞれの住まいを近接させることは、その経済的負担に耐えることばかりでなく、その心理的苦痛にも耐えるだけの精神的な強靱さが両親に要求される。それは、共同監護がもたらすところの、「近親婚」的關係とみる世間の目にたいする両親の心理的な負い目についても同様である。それゆえ、かくも両親に負担を強いる共同監護を効果あらしめるためには、裁判所があらかじめ親についての充分な理解と親自身の納得をえておく必要があることはいうまでもない。この意味において、裁判所は面接におけるより一層の困難に当面するはずである。

かくて、面接も共同監護も、それが子供の福祉にとって有効であるためには、いずれにせよ親にかなりの犠牲を強いることは明らかであるばかりでなく、そのみで成功するという保証もない。そこで、離婚の子の処遇をめぐっては、イギリスの裁判所もいましばらくは苦闘を強いられるとみるのが妥当であろう。

(1) Central Statistical Office, *Social Trends 16, 1986*. なお、一九六九年法施行以前に離婚にまぎこまれた一六歳未満の子供の数は一九七〇年のものであり、これは、一九七六年の子供の数と同様、グラフを読んだもののため必ずしも正確な数字ではない。また、これらの数字はいずれも一九八〇年にはピークに達し（イングランドとウェールズにおいて離婚確定判決数は一四八、〇〇〇件、一六歳未満の離婚の子の数一六五、〇〇〇人、その後はほぼ横ばいとなっている。ちなみに、スコットランドにおいても、一九七六年に成立し一九七七年に施行されたスコットランド離婚改革法（*Divorce Reform Act (Scotland) 1976*）の前後で同様の傾向がみられる。

(2) これはまた、それまでの判例法の展開の帰結でもあった。すなわち、コンモン・ローにおいては、父親は、家父長的権威のもとに、未成年の子供のうえにいわば絶対的な権利を有していたのを、子供自身の利益にそくしつつこれを発展させたのが主としてエクイティであった（*S. Maidment, Child Custody and Divorce, pp. 93-95*）。なお、本章は同書に負うところが多いことをここで付記しておく。ちなみに、一九二五年法第一条は、子供の監護事件において、「裁判所は、未成年者の福祉を第一のかつ最高の考慮事項とし、そのほかのなんらかの見地から、そのような監護……に堪して父親の請求権あるいはコンモン・ロー上父親により保有されているなんらかの権利が母親のそれにまさるかどうか、または、母親の請求権が父親のそれにまさるかどうか、を考慮すべきでない」とのべて、子供の福祉が実は父母の平等の問題と深くかかわってきたことを示している。なお、*custody* と *guardianship* の区別は、クレトニー（*S. M. Creney*）によれば、前者が権能の集合を意味し、後者がかかる権能を特定の個人に帰せしめるため用いられる形式を意味する（*S. M. Creney, Principles of Family Law, 1984, p. 296.*）。

- (3) Stark v Stark and Hitchins [1910] P 190.
- (4) B v B [1924] P 176.
- (5) 小此木啓吾「母性的養育の剝奪と家族(その一)」(講座 家族精神医学 三)六七ページ以下。
- (6) Re S [1958] 1 All ER 783.
- (7) Re B [1962] 1 All ER 875.
- (8) See eg, Re Gynall [1893] 2 QB 232; Re McGrath [1893] 1 Ch 143; Re Thain [1926] Ch 676; J v C [1970] AC 668.
- (9) 渡辺久子「母性的養育の剝奪と家族(その二)」(講座 家族精神医学 三)七九ページ参照。
- (10) Eg, Re O [1964] 1 All ER 789; H v H and C [1969] 1 All ER 262.
- (11) Eg, Smith v Smith [1975] 2 All ER 19. かついゝから実務は夫婦の住まいの保持のみを目的に子供の監護を争うという問題を残すことになる。
- (12) E. E. Maccoby, Social Development : Psychological Growth and the Parent-Child Relationship, p. 99.
- (13) Re Thain [1926], supra.
- (14) See, J v C [1970], supra.
- (15) 離婚申立人は、この計画のなかで、(1) 居所(住居を特定し、同居者の有無や子供の世話をする者を明記するとともに、子供が離婚申立人以外の者の直接の世話を受けるべきときは、その者が当該計画に同意しているか否かを明記する)。(2) 教育等(子供が登校する学校もしくはその他の教育施設を明記し、または、子供が就労中のときは、その仕事場所、仕事の性質ならびに子供が受ける訓練の詳細を明記する)。(3) 財政的留意(子供を現に扶養している者を明記し、子供の扶養にかんし裁判所に申し立てをする予定があるかどうか、また、そうであればどのような扶養を申し立てるのかを明記する)。(4) 面接(面接について成立している合意と面接の範囲を明記する)などを記載しなければならぬ(Atkins' Court Forms, 2nd ed., vol 16, pp. 271-272.)。
- (16) ここで離婚のための特別手続とは、当事者間に離婚についての争いがなく、かついわゆる「二年別居」事件であって(see

Matrimonial Causes Act 1973, s. 1 (2)(d)。(相手方が離婚判決の付与に同意する旨の通知を登録官 (registrar) に与えている場合において行われる訴訟手続をいう (see Matrimonial Causes Rules 1977, r. 33 (3)).

(17) もっとも、実際にも、離婚の子が一般的に「危機にある」かどうかは今のところ明確ではない。しかし、このような状況のなかで、ラッター (M. Rutter) は、離婚にともなう単親家族の子供の情緒的・行動的成長面における問題点につき、子供の不安定の決定的原因は他方の親との分離それ自体ではなく、むしろこの分離をめぐる好ましくない諸状況であると指摘している (M. Rutter, *Helping Troubled Children*, p. 162.)。

(18) ここで「社会化」(socialisation)とは、「ある社会集団に属する個人が、他者との相互作用の経験を通して、その集団の行動様式、思考、態度、動機、価値などを身につけることにより、集団の一員となっていく過程のことを」というとされる (水嶋秀夫監訳、「家族の変貌と子ども」(現代児童心理学 2) 一七二ページ)。

(19) なお、この手続は当事者自身のためにも開かれている (r. 35 (2))。

(20) この職務の正式の名称は「Official Solicitor to the Supreme Court」となり、一八七五年の大法官命令により創設された。

(21) See Matrimonial Causes Rules 1977, r. 115 (1)。

(22) ここで独立した人格代表は、理論的には法上の人格代表 (legal representation) とは区別されるが、実際上は、法上の人格代表と異ならないと解される (See, O. M. Stone, *The Child's Voice in the Court of Law*, p. 55.)。ちなみに、かかる制度は、子供の監護事件が対審制 (adversarial system) から審問制 (inquisitorial system) へと移行していることを示すものといえよう。この点につき、ファイナー・レポートは、「子供の監護や面接に影響をおよぼす事件においては、裁判所は、子供の最高の利益を考慮しなければならず、それは、(離婚) 当事者が合意しうる範囲内のことでさえ、彼らの見解が決定的ではないというほどの事柄なのである」(Finer Committee, *Report of the Committee on One Parent Families*, Cmd 5629, p. 214.) とのべている。このことは、監護事件においては、対審制のもとにおける厳格な証拠法則、たとえば伝聞証拠の禁止などがかならずしも適用されないことを示唆するものとして興味深い。

(23) この手続において、後述のような、離婚後の監護者にかんする子供の希望をかなえてやるのが比較的容易になると思われる。

- (72) J. Eekelaar, E. Clive, K. Clarke and S. Raikes, *Custody After Divorce*, Oxford : Center for Socio-Legal Studies, 1977, cited in S. Maidment, *supra*, p. 73. なお、この調査によれば、裁判所が福祉報告の提出を求めるのは監護事件の二割にすぎない。
- (73) See, O. M. Stone, *supra*, p. 71.
- (74) あるいは、この点については、この子供との接触方法についても訓練を経た者の面接をなれば実効を期しえなうとの批判があったが、これは採用されることになった（See, O. M. Stone, *supra*, p. 76.）。
- (75) See S. Maidman, *supra*, p. 86.
- (76) See, J. Goldstein, A. Freun and A. J. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, pp. 17-20.
- (77) See, M. P. M. Richards, 'Post-divorce Arrangements for Children : A Psychological Perspective', *Journal of Social Welfare Law* (1982), p. 135.
- (78) See, D. Pilling and M. Kellmer-Pringle, *Controversial Issues in Child Development*, pp. 218-219.
- (79) See, S. Maidment, *supra*, p. 188. See also, E. Herzog and C. E. Sudia, 'Children in Fatherless Families' in B. M. Cadwell and H. N. Ricciuti, ed., *Review of Child Development Research vol. 3* ; D. Marsden, *Mothers Alone* ; M. Wynn, *Fatherless Children* ; J. Walterstein and J. B. Kelly, *Surviving the Break Up : How Children and Parents Cope with Divorce*.
- (80) 一九七五年の「児童の権利」(right of access) についての調査によれば (s. 3 (1))。
- (81) See, *Stark v Stark and Hitchins* (1910), *supra*.
- (82) See, *C v C* (1971) *Times* 28 May.
- (83) See, *Anon* (1963) *Times* 24 October.
- (84) See, *B v B* (1971) 3 All ER 682.
- (85) See, *B v B*, *supra*.
- (86) See, W. J. Goode, *After Divorce*, p. 315.
- (87) なお、面接をいついつのきつた維持の意義は、非行少年中、親の離婚後父親に会ったことがない者が最大多数であると

いう調査結果にも示されている (See, S. M. Maidment, *supra*, p. 243)。

(40) もっとも、法律家の用語法にしたがえば、「共同監護」というとき、それは両親による法上監護の共同を指すとされているようにである。

三 わが法における離婚の子の処遇

(一) その展開と現状

わが国の離婚は、これを昭和三六年（一九六一年）と昭和五九年（一九八四年）の兩年について比較してみれば、昭和三六年の離婚総数が六九、四一〇件、すなわち人口一、〇〇〇人あたりの離婚率〇・七四、この離婚にまぎこまれた未成年の子の数四〇、四五二人であったのにたいし、昭和五九年の離婚総数は一七八、七四六件、一、〇〇〇人あたりの離婚率一・五、未成年の子の数一二四、五四〇人であった。⁽¹⁾一般に、先進諸国とくらべていまだ低い割合にとどまっているといわれるわが国の離婚も、このように漸次増加の傾向にあり、したがって離婚の子の数も増大しつつある。この意味において、離婚の子をいかに処遇するかはわが国においてもすでに切迫した問題となっているといつてよいであろう。もとより離婚の子をいかに処遇するかにおける基本原理が子供の幸福と福祉にあることは、明文規定を欠くとはいえず、イギリス同様わが国でも異なるところがないのはいうまでもない。しかし、もともとイギリスとわが国とでは、離婚の子の福祉の具体的な内容やこれを実現する手段のうえで、おのずから差異があるのもまた当然のことである。離婚の子の処遇を決定する制度や手続に相異があるのみならず、それらの基礎となる家庭生活の実態や家族観に違いがあるとみられるからである。したがって、離婚の子をいかに処遇するかというわが国固有の問題にと

つては、イギリスを含めた外国での経験がそのまま絶対的な指針とはなりえないのは当然であろう。それゆえに、前章でイギリスの例をとりあげた目的は、離婚の子の福祉を具体的に実現していくうえでの制度と手続における問題点を探りだすことにあった。もっとも、そこでえられたものは、いまだ問題点そのものすら必ずしも鮮明ではなく、制度と手続も充分には確立されるにいたっていないことである。とはいえ、外国での経験がわが国に示唆するところが大きいこともまた事実であろう。かくて、本章の目的は、イギリスでの経験をふまえつつ、わが国での問題点を探りだすことにある。

周知のように、戦後の民法改正により、わが国の親子法は、その理念を「家」のため「親」のためから「子」のためへと転換して、もっぱら子供の利益と福祉をはかることをもって親子関係を規律せんとしている、といわれている。しかし、この理念が必ずしも明文のうえで徹底しているとはいいがたく、また、とくに未成熟の離婚の子の処遇にかぎっても、その福祉を具体化するための規定があまりに簡潔にすぎること事実である。もっとも、戦後の法改正は、民法のみならず家事審判法や家事審判規制の制定ならびに家庭裁判所の設置にまでおよんだため、離婚の子の福祉が、少なくとも手続的には、いわば専門の裁判所たる家庭裁判所によって具体的に実現されうることとなったのは、「子」のための親子法の目的にとって画期的なことといつてよい。ただ、たとえば協議離婚のさいの離婚当事者による親権者や監護者の決定のように、家庭裁判所がつねに離婚の子の処遇に関与できるとはかぎらず、このかぎりにおいて、イギリスと異なつてわが国では、離婚にさいしてもいわば家族自治が保障されることがある反面、それが親の恣意に流されるおそれもあるという意味で、家庭裁判所が果たしうべき役割にも限界があるといつてよいであろう。

まず現民法は、親権ならびに未成年者後見の制度において、未成年の子供を養育・監護すべきいわゆる身上監護をもつてもっぱら親権者たる親もしくは後見人の義務と定め（第八二〇条・第八五七条）、同時に、親権者や後見人に未成年の子供の財産管理権と財産上の法律行為に堪ふる法定代理権を与えている（第八二四条・第八五九条）。親権は、親の婚姻中は夫婦共同でこれを行使するのを原則とするが（第八一八条）、親の離婚にさいしては必ずいづれか一方のみを親権者と定めなければならない（第八一九条）。すなわち単独親権に移行する。ただし、離婚のさいには、親権者とは別に子の監護者を定めることもできるから（第七六六条）、そのときには、離婚の子の身上監護は実質的に監護者のみに帰属することになる。もっとも、親の離婚後、子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、親権者を他の一方に変更することができ（第八一九条六項）、また、監護者の変更も許されている（第七六六条）。これらのこととがらは、家庭裁判所が未成年の子供のために後見的役割をなうことを認めつつ、しかし、離婚の子の処遇にかんしては、イギリスのように子供の福祉「計画」にまで直接的には関与しないという点で、親による離婚の子にたいする独立の責任がなお強く存在することをも明示したとみることができる。⁽³⁾

次に、家事審判法は、一般に家庭にかんする事件について調停前置主義をとるから（第一八条）、たとえば離婚にともなう親権者や監護者の決定につき争いがあるときは、これを調停において解決することができ、さらには、審判をもつて決することもできる（第九条乙類第四号・第七号）。調停は、原則として一人の家事審判官と二人以上の家事調停委員からなる調停委員会がこれをおこなうが（第三条一項）、この家事調停委員会は、毎年家庭裁判所が前もって選任した者のなかから、各事件について家事審判官が指定した者である（第二二条⁽³⁾）。審判は、家事審判官が、参与員を立ち合わせ、又はその意見を聴いて、これを行うことができるが（第三条）、この参与員は、各事件につき一人以上で、

家庭裁判所が毎年前もって選任する者のなから、各事件について家庭裁判所が指定した者である（第一〇条⁽⁴⁾）。これら調停ならびに審判における各機関は、家庭事件の合理的・妥当な解決をめざすものであることはいうまでもなく、かかる目的のため、そのほか家庭裁判所に、いわば専門職としての家庭裁判所調査官や医師たる裁判所技官が付属機関として置かれる。家庭裁判所調査官は、医学・心理学・社会学・経済学などの専門的な知識をいかしての事実関係の調査と家庭裁判所へのその報告（家審規則第七条の二・第七条の三）、必要があると認められたときの調停又は審判への出席と意見の陳述（家審規則第七条の四）、必要があると認められたときの社会福祉機関との連絡その他の措置をとる（家審規則第七条の五）。一方、裁判所技官は、必要があると認められたときの、事件関係人の心身の状況についての診断と家庭裁判所へのその報告（家審規則第七条の六）、必要があると認められたときの調停又は審判への出席と意見の陳述をおこなう（家審規則第七条の七）。さらに、家庭裁判所は、必要な調査を官公署等に囑託し、あるいは、銀行等について関係人の預金等にかんする必要な報告を求めることができる（家審規則第八条）。なお、子が満一五歳以上であるときは、家庭裁判所は、監護者の指定その他子の監護に関する審判ならびに親権者の指定・変更に関する審判をする前に、その子の陳述を聴かなければならない（家審規則第五四条・第七〇条・第七二条）。これら家庭裁判所の諸機関や権限は、離婚の子の福祉のためにも適切に機能しうるはずであるが、ことに審判事件においては、最終的な決定権限が裁判所自体にあることはいうまでもない。

ところで、家庭裁判所は、離婚の子の処遇にかんする争いがあるとき、右の機関や権限をいかに活用しその結論を得るのであろうか。いうまでもなく、家庭裁判所の手続は非公開であるから（家審規則第六条）、家庭裁判所調査官や裁判所技官をかなり利用していることをうかがうことができるという点をのぞけば、その実状を知ることはいちじる

しく困難である。したがって、離婚の子の福祉に合致するものとして家庭裁判所をその結論に導くはずの、たとえばイギリスにおける母性の推定もしくは愛顧あるいは「現状」維持の理論が、家庭裁判所の決定に至る経緯にいかんにか作用しているかをさぐることもまた困難である。この意味において、家庭裁判所における手続非公開の原則は、しばしば問題にされる違憲性のそれとは別に、かえって家庭事件の合理的・妥当な解決を阻むこともあるという問題を含むといつてよいように思われる。ようやくわが国においても、離婚そのものが社会的に特殊な現象とみられなくなった現在、少なくとも離婚の子の処遇にかんしては、それが直接子供の福祉にかかわっているかぎりには、社会的な批判と検討の余地を残しておく必要があるであらう。⁽⁵⁾

手続の上ではともあれ、裁判所が子供の福祉にかなうとしてえた結論を、これまで公にされているものからみれば、まず離婚のさいの親権者の指定と、離婚を招いた親ことに母親の有責任との関連の問題がある。この点につき、両者を直接むすびつけて、有責な母親には親権を付与しない旨明言した例はないが、両親のいずれも親権者として欠けるところがない場合に、両者の離婚のさいの有責任の大小により親権者を決定したものがあ⁽⁶⁾る。しかし、とくに子供が幼いときの親権者指定事件においては、むしろ母性の推定もしくは愛顧、あるいは「現状」維持にしたがっているとみられるのがほとんどである。たとえば、はっきりと母性の推定もしくは愛顧を支持するものとして、昭和四〇年一月二七日の札幌高裁決定は、子供が「いまだ三歳の幼児でその肉体的、精神的発達のためには何ものにもまして母親の愛情としつけを必要とする」と判示し、出生以来父方で養育されている三歳の幼女の親権者を母親に指定した。⁽⁷⁾これにたいして、昭和三七年一〇月九日の神戸家裁審判は、「現状」維持にしたがって、別居後事実上の監護者として乳児を養育してきた父親を親権者に指定した。⁽⁸⁾なお、「現状」維持にとって重要と思われる未成年の兄弟姉

妹間での親権者の分配については、「これは特に止むを得ない事情の存する場合のみ許されることであって、特に幼児期においては兄弟が生活を共にすることによって互いに得る体験は人格形成の上で何ものにもかえがたい価値のあるもの」と判示するものがある。⁽⁹⁾ また、これら母性の推定もしくは愛顧、あるいは「現状」維持の理論に間接的であれしたがうとみられるものには、このほかに、他の考慮事項をも比較考量したうえでかかる結論にいたったものがある。すなわち、現に収入はないが保母の資格を有する母親を五歳と六歳の子供の親権者としたものがこれである。⁽¹⁰⁾ 反対に、他の考慮事項により、母性の推定もしくは愛顧、あるいは「現状」維持を修正したものもある。昭和四二年四月一日の東京高裁判決は、父親に子供の扶養能力があり母親にはこれがないとの理由から、父親を三人の子供の親権者に指定した。もっとも、本件の場合には、判決当時の子供の年齢は、それぞれ一五歳、一四歳、一二歳と比較的高く、また、子供たちは離婚までのほぼ五年にわたり父親方であったという事情をしんしゃくする必要がある。⁽¹¹⁾ また、昭和四〇年一月二五日の東京家裁審判は、父親には性格的に偏奇なところがあるのにたいして、母親には子供を養育監護する精神的環境、監護能力、親族の援助協力の可能性があるとして、施設に収容中の四歳の子供の親権者を母親に指定した。⁽¹²⁾ 以上わずかな例であるが、これからうかがえることは、親権者指定事件において、裁判所は、母性の推定もしくは愛顧とか「現状」維持という言葉をとりにて使うことはないとしても、いくつかの修正要素も考慮にいれながら、おおむねこれらの理論にしたがっている、ということであるように思われる。しかし、いずれかを原則とするという明確な流れはいまだ見いだされるにはいたっておらず、せいぜい、多くの母親が家庭にあって育児にたずさわっているわが国の現状に照らし、結果的に、母性の推定もしくは愛顧がすなわち「現状」維持にほかならない、となっているごとくである。

次に、親権者変更事件についてみると、ここでも親権者指定の場合と同様の傾向がみられるといつてよいが、親権者の変更という事柄の性質上、裁判実務は「現状」維持に傾いているように思われる。⁽¹³⁾ただ、ここでのやや特殊な問題は、親権者である父または母が再婚した場合の、継親の存在が親権者変更におよぼす影響である。継親と子供との関係が円満であるかぎり、「現状」を維持するのが子供の利益にかなうというのが、裁判所の基本的な態度のようである。⁽¹⁴⁾しかし、継親と子供とのあいだに不和やあつれきがあり、そのために「現状」の維持がかえって子供の不幸を支えるものとなっているときには、親権者の変更がむしろ子供の福祉に合致するということもありえよう。注目すべきは、親権者の変更を認める理由である。親権者たる親もしくはその実方で現に子供が養育・監護されているときに、親権者を変更することにより、裁判所は、はたして子供の福祉にとって何が「現状」維持にまさると判断するのであろうか。この点の実例としては、父子間の離反すら策しかねない親権者たる母親の偏狭な母性愛と、おそらくは子供が男子であることをも考慮して親権者を父親に変更した例、⁽¹⁵⁾八歳の少女の情操面を考慮して親権者を母親に変更し、その結果、姉弟を引きはなすこととなった例、⁽¹⁶⁾親権者である父親が子供との面接すら途絶えがちで、子供の情操その他人格形成面で不安定な要素がある場合に、子供にとっては妹とともに母親のもとで生活することに重要な意義があるとして、親権者を母親に変更した例、⁽¹⁷⁾三歳四か月という子供の年齢にかんがみ、幼児期から少年期にかけては母親の果たす役割が大きいことを考慮して、親権者を母親に変更した例、⁽¹⁸⁾二児がその年齢からみて兄弟としてともに肉親の母親の監護の手を要する大切な時期にあるという事情（幼少期の児童にとって、とくに母親との肌を接しての監護養育関係、いわゆるスキップ的関係が人格形成上極めて重要であること）を重視して、親権者を母親に変更した例、⁽¹⁹⁾一八歳の子供の意思を尊重して、親権者を変更した例、⁽²⁰⁾親権者たる父親にとくに不適當な事情がないとしても、特段の事情

がないかぎり、学齡前の幼児にとっては生みの母親のこまやかな愛情と配慮とが父親のそれにもまして必要であるとして、親権者を母親に変更した例⁽²¹⁾、子供の年齢（二歳）にかんがみ、そのしつけ等養育の全般にわたり実母の強い愛情が最も適当であると通常いいうるとして、親権者を母親に変更した例⁽²²⁾、などがある⁽²³⁾。親権者の変更を認めたこれらの事例からは、おおよそ次のことがみてとれるように思われる。すなわち、いわば「現状」維持を修正する要素として考慮されたのは、第一に、子供が乳幼児である場合における母性の推定もしくは愛顧の理論の強い作用、第二に、子供の人格形成における男子のための父親、女子のための母親の有用性、第三に、幼い兄弟姉妹の同居生活の重要性、第四に、判断能力を有する子供についてのその意思にしたがうことの有意義性、である。このうちで、とくに第一点にかんしては、親権者たる父親の実生活に照らし、父親に子供の養育監護をとまなわせることが一般にいちじるしく困難である、という現実を反映しているとみられる。

いうまでもなく親権は、本来、子供の福祉のためのその身上監護を中核とする概念であり、それゆえに、もっぱら親の義務と観念されるはずのものである。しかるに、すでに明らかなように、民法第七六六条は、離婚にさいして親権者とは別に監護者を置くことができる旨定め、その変更も許して、親権者と監護者の分離を認めている。親権の本質からすれば、いうまでもなく両者は一致すべきものであるから、この監護者をいかに解するかが問題となろう。父親には子供にたいする権利を、母親には現実の養育監護の義務をとという父権的な解釈にとっては、この民法第七六六条が効果的であることは否定しがたく、この意味において、ことに当事者の協議により両者を分離する場合には、これが子供の福祉に反し、かえってもっぱら親の利己や親の間の対立の妥協をはかるためのものとして利用されるおそれすらある。裁判例のなかには、離婚のさいの監護者指定事件ではないけれども、別居中子供を奪いあっている両親

のあいだの共同監護を廃し、民法第七六条を準用し単独監護として妥協をはかったものもあるが、離婚後、非親権者たる親が監護者として子供を引き取り事実上養育・監護をしている場合には、親権者の方を変更して親権と監護とを一致させるというのが多くの裁判例である。⁽²⁵⁾ そもそも両親の間で親権と監護を分離することに批判的な底流があり、⁽²⁶⁾ 親権を監護の「現状」に合わせる事が子供の福祉にかなう、というのがその理由であらう。⁽²⁷⁾

親権ならびに監護との関連で問題となるのは、監護者でない親の子供との面接あるいは交渉である。この点につき明文の規定はないが、これを親のなんらかの法的な権利として承認するのが裁判実務の一般的な傾向であり、⁽²⁸⁾ 自然的なもの⁽²⁹⁾と解するものや、監護に関連ある権利と解するもの、⁽³⁰⁾ などがある。このように、子供との面接あるいは交渉が親の権利とされるにもかかわらず、それが子供の福祉のためのものであることはいうまでもない。子供の人格の健全な育成のために両親の愛情が必要であり、たとえ両親が離別するにいたってもできるかぎり両親の愛情に接するの⁽³²⁾が望ましいとして、年二回の面接を許した例や、⁽³¹⁾ 面接がかえって子供の利益にならないとしてこれを許さなかった例が、⁽³²⁾ このことを示している。また、面接交渉の方法や回数などにもまず子供の利益が考慮されるべきことも当然である。

(二) わが国における問題点

前節の概観からはっきりとみとれたことは、裁判実務におけるわが国の離婚の子の処遇が、子供の利益と福祉をいわば「第一のかつ最高の考慮事項」としてなされているということであった。しかも、制度上の相違などがありながら、この子供の利益と福祉を具体的に実現する方途において、わが国の実際はイギリスのそれにいちじるしく近似していることも明らかになったといえそうである。それはいいかえれば、イギリスにおける問題点はほぼそのままわ

が国にあてはまるということになる。

まず母性の推定もしくは愛顧と「現状」維持のいずれを優先させるかについては、おおまかにいって、わが国でもイギリスと同様の傾向をみることができるとなるはずである。すなわち、とくに乳幼児にかんしては、一種の経験則として、「現状」の維持をとおしての母性の推定もしくは愛顧が、わが国においても通常は子供の福祉にかなう、というのが一応の準則となっているようである。もっとも、イギリスにおけると異なり、わが国の特殊な事情として、親の子供にたいする盲愛・溺愛という最近の一般的傾向や、ことに監護者たる親が他方の親と子供の離反をはかるなど、もっぱら親の側に存する問題点が指摘されうる。それは、結果的には、親による子供の私物化や、前配偶者にたいする悪感情吐出の道具化につながるようになるにもかかわらず、そのような親にとっては、これがなお子供のためと意識されているところに問題の根の深さがある。離婚の子の福祉のためには、そもそも離婚の親の子供にたいする冷静かつ合理的な対応が望まれるゆえんであり、それゆえに、たとえば家庭裁判所の調停手続を利用する段階で、親にたいする適切な助言や指導が必要とされ、この意味でも、前記家庭裁判所調査官や裁判所技官の活用が期待される。

母性の推定もしくは愛顧、あるいは「現状」維持にかんするわが国裁判実務における前記動向を、さらに個別的にみれば、まず親権者と監護者が分離している場合には、両者を一致させることがもとより子供の福祉にかなうはずであり、多くの裁判例も、親権者あるいは監護者を変更することにより両者を一致させて、これを支持している。それが、もっぱら「現状」維持にしたがうものであることはいうまでもない。したがって、そもそも両者を分離する可能性を認めたこと自体に批判の余地はあろうが、すくなくとも離婚のさいの監護者の選定に誤りがないかぎり、両者を

分離しうるとしておくことは、ことに協議による離婚そのものを円滑にし、そのためにかえって子供の福祉にそう結果となる場合もあるはずである。かかる意味において、民法第七六六条は、子供のためというより親の間の妥協をはかる目的で利用されかねないという難点はあるながら、離婚の子の福祉のために現実的な役割もなっているといつてよい。⁽³³⁾ それゆえに、第七六六条については、次の離婚後の共同監護の問題とのかかわりからも、子供の福祉のためこれを現行のまま積極的に活用する方向が示されてもよいように思われる。

親権者と監護者の分離とは対照的に、離婚後の共同親権や共同監護の可否は、どうであらうか。もとより、このうちすくなくとも離婚後の共同親権については、今のところ許されてはおらず、⁽³⁴⁾したがって、残された問題は、現行法上、離婚後の共同監護が許されるかどうかである。この点につき、民法第七六六条は、その第一項において、父母の離婚にさいしては、「子の監護をすべき者その他監護について必要な事項は、その協議でこれを定める。協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所がこれを定める」と規定し、その第二項において、「子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の監護をすべき者を変更し、その他監護について相当地な処分を命ずることができる」と規定した。本条の適用にあたっては、離婚の父母以外の第三者たとえば子供の事実上の養親もしくは子供の祖父母を監護者に指定し、あるいはこれらの者に監護者を変更する旨命じた例があり、⁽³⁵⁾第七六六条にいう監護者が離婚の子の父母にかぎられていないことは明らかである。のみならず、第七六六条においては、子の監護をすべき者にかんする父母の協議内容や、監護者を家庭裁判所が定めもしくはこれを変更するについても、特段の制限がもうけられていないことにかんがみれば、子供の福祉のため必要と考えられるかぎり、両親を共同監護者に指定しあるいはこれに変更することも許されると解してもよいように思われる。⁽³⁶⁾とくに幼児のような未成年

の子供にかかわる事件において、こう解することは、子供に父母の婚姻中と同様の「現状」を維持してやることとなり、また、両親や家庭裁判所のために選択の幅をひろげてやることとなって、結局、「第一のかつ最高の考慮事項」としての子供の福祉に資することになると思われるからである。もっとも、共同監護が実現する場合には、単独親権でありながら共同監護という関係を生ずることになるから、それがひいては、離婚後の共同親権制度を選択しうる立法にまでいたる可能性を含むといえなくもない。ともあれ、共同監護の実があらるとき、それは、子供にたいする両親による安定した養育の継続を意味する。これが離婚の子の処遇として望ましいものであることはいうまでもないとしても、この共同監護は、その成功の前提に、節度ある自己抑制にもとづく親の協力や両親の住まいの地理的近接など、いちじるしく困難な条件が存することイギリスの例をひくまでもない。ことに住宅事情のきびしいわが国においては、両親によるかかる地理的条件の具備は、ほとんど不可能に近いといつてよい。したがって、共同監護は、制度的には存在しうるとしても、これに子供の福祉の実現を期待しうるところはごくわずかである、というのが実情であろう。

かくて、現実には、共同監護に代わる機能を期待されるのが面接である。前記のように、面接を親の権利として構成するのがわが国の実務のようでもあるが、それも子供の利益を害しないかぎりのものであるから、子供の利益に合致すると判断されるときには、積極的にこれを利用すべきことはいうをまたない。面接は、子供のために父母の婚姻中の「現状」を維持して、離婚にともなう子供の不安をやわらげる役割を期待できると同時に、子供の人格形成のうえで親の良好な影響をも期待できるという意味で、共同監護に代わりかつこれを補う機能を持つと思われるからである。すなわち、共同監護と面接とが離婚の子の福祉にとって相互補完的な作用を営むことはイギリスにおけると異なる。

らない。ただ、イギリスの例からも明らかなように、面接は、子供の新しい「現状」への適応を支える過渡的な意義をもつとともに、あまりに頻繁あるいは長期の面接は、かえって子供の不安を固定化しあるいは子供を混乱におとし入れる危険があることに注意する必要がある。したがって、面接を許すか否かあるいはその回数・方法を定めるにあたっては、まず子供自身にとっての面接の必要度を子供の年齢・性別・性格、さらには子供をとりかこむ現在の生活環境などにもとづいて詳細に検討し、次いで、面接する親の子供への愛情・性格・生活態度や環境あるいは経済状態、とりわけて子供への好影響の有無を充分に調査して、これを決定すべきであらう。この意味においても、面接はたんなる親の権利ではないといふべきである。

ところで、わが国では、離婚にともなう親権者もしくは監護者の指定もしくは変更、あるいは、面接の可否もしくはその回数・方法等の決定につき、子供の意思をことさらには重視しない傾向にあるように思われる。たしかに、子供が満一五歳以上のときは、「家庭裁判所は、子の監護者の指定その他子の監護に関する審判をする前に、その子の陳述を聴かなければならない」と定められているが（家審規則第五四条）、子供の心理的安定や健全な人格形成が問題となるのは、むしろこれよりもっと低い年齢の子供であり、このような子供の意思に反しないことは、しばしばその福祉と一致するはずである。もとより、かかる未成熟の子供の意思そのものが一方の親による強制やその親にたいする子供のこびにより形成されることがありうるし、また、子供の意思にしたがうことがそのままならず子供の福祉につながることもかぎらない。しかし、正確な子供の意思の実体ないしは希望は、これを意思と呼ぶのかどうかは別としても、子供にたいする心理テストや面接調査によりこれを発見することが可能ならずであり、しかも、子供の意思の実体ないしは希望を正確に把握しようとすれば、これにそわないことがむしろ子供の福祉に合致すると認定する

ためには、極端に細心かつ慎重な検討を要すべきである。正確に認定されている子供の意思の実体ないしは希望に反することは、いたずらに子供に不安を与え、心理的な混乱をまねくこととなるばかりでなく、すでにのべたように、子供の福祉はまさに子供自身の問題であり、それは本来、成人ことに親の立場から判断されるべきことではないからである。とはいえ、事柄の性質上、なにが子供の福祉に合致するかを判断するのは成人であり、子供の立場にたつて子供自身の利益をはかるということは、いうほどに容易ではない。それにもかかわらず、問題の本質が子供の福祉の具体的な実現を目指すことにあるかぎり、伝統的な意思能力論に固執して、子供の意思の実体ないしは希望を意思能力の枠のなかでのみ見いだそうとしたり、安易に子供の意思の実体ないしは希望を無視したりすることが許されるべきでないのは当然である。⁽³⁷⁾この点につき、裁判所は、かかる意思の存否を子供の意思能力の有無により判断して、おおむね一〇歳未満の子供については意思能力を欠くとし、⁽³⁸⁾一〇歳と一一歳の子供ではこれを肯定あるいは否定し、⁽³⁹⁾一三歳の子供ではこれを肯定している。⁽⁴⁰⁾また、裁判所は、子供の希望が「父子離間を策するような偏狭な思考言動のため禍されているのではないか」と疑ってこれを排除し、⁽⁴¹⁾あるいは、一〇歳の子供が「他人の言動に影響されやすく、自主的能力に乏しい性格である」と認定して、子供の意思能力を否定した。⁽⁴²⁾以上の裁判例はすべてが親権者や監護者の指定もしくは変更事件におけるそれではないにせよ、これらは、子供の意思の存在を認定しあるいはそれを評価するさいの、裁判所における一応の判断基準を示すものと解してよいであろう。なお、意思能力の程度は、子供が「自己の境遇を認識し、かつ将来を予測して適切な判断」をする能力、⁽⁴³⁾あるいは「誰によって監護養育されることが、自己にとって最も幸福であるか」というような重大な事項」について適確な判断をする能力があれば、⁽⁴⁴⁾それで足りるとされているようである。もとより、これとてもかなりの判断能力が子供に要求されるものであることに変わりはなく、

かかる基準にしたがえば、ことに幼児の意思の実体ないしは希望を認定しかつこれにそつてやることはほとんど不可能であるといつてよい。この意味において、裁判所の態度はかなり硬直的であるということが出来るが、すでに明らかのように、裁判所はまた「現状」維持にも傾いているから、この「現状」のなかに子供の意思の実体ないしは希望が存するとみれば、結局、多くの場合に、子供の意思の実体ないしは希望は事実上尊重されているといつてよさそうである。⁽⁴⁵⁾ 親権者変更事件において、一歳余の子供につき、「十分自己の意見を定めることは無理」であるとしながら、子供の希望を考慮した例もある。⁽⁴⁶⁾ したがつて、今のところ裁判所は、厳密には子供の意思とは呼ばないまでも、子供の意思の実体ないしは希望に一応そつており、しかも、これを正確に把握しようとしてゐることは十分にうかがうことができる。そこで、子供の意思の実体ないしは希望をよりいっそう科学的・合理的に認定してやること、子供の福祉のための今後の課題となるであらう。そのためには、家庭裁判所調査官を含めたいわゆるソーシャル・ワーカー、心理学や精神医学等の専門家の効果的な活用が望まれるばかりでなく、このような人々の活動を制度的にも保証してやる必要がある。たとえば、前記家事審判規則第七条の二第一項が「家庭裁判所は、家庭裁判所調査官に事実の調査をさせることができる」とあるのを、子供の意思の実体ないしは希望を認定するさいのみならず、一般に、子供の福祉に直接かわる一定の場合には、必ず事実を調査させるよう改めるなどが必要であらう。さらに、将来の課題として、子供の福祉事件においては、子供の福祉にそう解決をもつと容易に見いだすために、たとえば、制度的に裁判官の自由裁量を制限して、裁判官をして家庭裁判所調査官などの専門家との合議体の一員たらしめ、これを代表させるにとどめることも必要になるかもしれない、この意味において、現行制度の抜本的な見直しが必要と要請される。

最後に、離婚の子の処遇の経済的側面として、イギリスにおけると同様、子供のいる単親家族ことに母子家庭の生活困窮の問題がある。主婦専業であった母親は、通常離婚と同時に経済生活の支えを失い、しかも、親は離婚を契機に必然的に世帯を異にするため、父親による子供の扶養料の支払いにもさほど期待することはできないのが一般だからである。住宅などの環境の悪化をともしないがちなこの問題は、それゆえに、子供の福祉と密接に関連するが、とくに母子家庭のための各種の社会保障制度が存することは周知のとおりである。しかし、人的・物的にそのいっその充実が望まれることはいうまでもない。ことに、たとえば母子家庭の生活をささえるため母親が働きにでるときの子供のための保育施設につき、物的施設の充実はもとより、かりに父親と置きかえることが完全にはできないとしても、子供にとって成人男性のモデルとなりうるような人の配置は必要不可欠である。これにたいして、近時問題となりつつある父子家庭においては、経済的困窮こそ母子家庭ほど深刻ではないとしても、多くの場合に、父親が社会的な活動に従事していることから、保育施設のようなものを必要とすることは母子家庭におけるとなんら異なるところはない。この場合に、人的施設として成人女性のモデルとなりうるような人の配置を要することはいうまでもない。

(1) 昭和五九年 人口動態統計 上巻参照。

(2) この点につき、昭和六〇年二月一日に公表された厚生省離婚制度研究会の報告書は、「離婚手続における子の権利の確保」と題して、少なくとも未成年の子を有する夫婦の協議離婚に際しては、「子の監護養育……に関する取決めについても、何らかのチェック機能を働かせること」を提言している(判タ五七五・九六、八三ページ)。

(3) 家事調停委員は、「弁護士となる資格を有する者、……家事の紛争の解決に有用な専門的知識経験を有する者又は社会生活の上で豊富な知識経験を有する者で、人格識見の高い年齢四〇年以上七〇年末満のものの中から」、最高裁判所により任命される(昭和四九年最高裁判所規則第五号、第一条)。

(4) 参与員は、「徳望良識のある者の中から」選任される(昭和三年最高裁判所規則第一三号、第一条)。

(5) ちなみに、前記厚生省離婚制度等研究会報告書は、「家庭裁判所の調整機能の強化」と題して、「家庭裁判所における調停の過程に子の幸福の確保という観点をよりよく反映させる」ことを提言している(前掲判タ八三ページ)。

(6) 横浜地川崎支判昭四六・六・七(判時六七八・七七)。もっとも、夫と別居後他の男性と親密な関係に陥ったことが不倫の非難を免れないとしながら、養育を続けてきた二児の親権者を妻に指定した例もある(東京高判昭五四・三・二七(判タ三八四・一五五))。

(7) 家月一八・七・四一、判タ二〇四・一九五。ほぼ同旨、静岡家沼津支審昭四〇・一〇・七(家月一八・三・八一、判タ一九八・一九九)。そのほか、この母性の推定もしくは愛顧に、「現状」維持を加味したものととして、東京高判昭五六・四・二七(判タ四七七・一二七)がある。

(8) 家月一五・一・一五一、判タ一四五・八一。同旨、静岡家浜松支審昭四二・一一・一一(家月二〇・六・四九、判タ二二・二四四)。そのほか、心理テストまでおこなった同旨の例に大阪家審昭四七・九・七(家月二五・九・九一)がある。

(9) 仙台家審昭四五・一二・二五(家月二三・八・四五、判タ二七〇・三七四)。

(10) 東京高判昭五三・一一・二(東高民報二九・一一・二四五、判タ三八〇・一五〇)。本件は、母性の推定もしくは愛顧にしたがったものと解されるが、三年余にわたる母子生活の「現状」も考慮されている。

(11) 判時四八五・四四。

(12) 家月一八・七・五六、判時二〇四・一九八。

(13) これにしたがうと考えられるものに以下のものがある。東京高決昭三一・九・二一(家月八・一一・三七)、高松高決昭四六・一二・二四(家月二四・一二・四〇、判タ二八八・四〇四)、東京高決昭四九・六・二五(判時七五〇・五五)、松江家木次支審昭三七・六・一五(家月一四・一一・一三七、判タ一四二・七六)、鳥取家米子支審昭四三・九・一七(家月二一・一・一二、判タ二二九・三〇六)、岡山家審昭四四・七・一四(家月二二・四・五六、判タ二四九・二九九)、東京家審昭四五・一・二八(家月二三・一〇・八一)、秋田家花輪出支審昭四八・一一・一四(家月二六・六・四〇)。

(14) 大阪高決昭二七・九・二七(家月五・四・五三)、大阪高決昭三〇・四・二二(家月七・五・四二)、長崎家佐世保支審昭

四二・八・一六（家月二〇・三七五、判タ二九・三三八）、名古屋家半田支審昭四三・七・二九（家月二〇・一一・一六五、判タ二七・三三三）など。

(15) 東京高決昭三二・二・二七（法曹新聞四四・七）。

(16) 東京高決昭五一・一〇・一九（判タ三五〇・三一）。

(17) 東京家審昭三九・二・二八（家月一六・八・一二、判タ一七四・一七七）。

(18) 函館家審昭四三・四・二三（家月二〇・一〇・七六、判タ二三五・二九五）。

(19) 大阪家審昭四六・四・二七（家月二四・四・一九九、判タ二七八・三九七）。

(20) 東京高決昭三九・五・三〇（家月一六・六・一二五、判タ一七二・二五一）。

(21) 名古屋高決昭五〇・三・七（家月二八・一・六八）。

(22) 札幌家滝川支審昭四六・七・一〇（家月二四・一二・四六、判タ二八八・四〇三）。

(23) ちなみに、親権者たる親が子供の養育監護を第三者に委託し、子供をかえりみない場合にも、親権者の変更が許されているのが一般であり、そのほとんどは父親から母親への変更であった（東京高決昭三〇・九・六（高民八・七・四六七、家月八・一一・六〇）、名古屋高決昭三一・七・一八（下民七・七・一九五五、家月八・八・三一、判時八五・一七）、大阪高決昭四五・四・七（家月二二・九・一七三、判タ二九五・三三三）、東京高決昭四九・八・二三（判時七五九・四二）、京都家審昭三〇・七・二六（家月七・一〇・二二）、釧路家審昭四一・一一・二九（家月一九・七・八九、判タ二一九・二〇〇）、大阪家審昭四九・二・一三（家月二六・一〇・六八））。もっとも、これらの事案中には、たとえば大阪高決昭四五・四・七のように、子供が他人の事実上の養子となつて幸福に生活しているものもあり、実親のゆえをもつて直ちに母親の手に引き渡すことが子供の福祉に合致するかは疑問である。この意味において、親権者の変更を認めないものもある。青森家五所川原支審昭三九・三・二七（家月一六・六・一七八）は、子供が他人の事実上の養子として幸福に暮らしていること、実母の境遇からは子供を養育することが至難と考えられることを考慮して、母親からの親権者変更の申立を却下した。熊本家天草支審昭四〇・一一・一一（家月一八・五・五〇、判タ二〇〇・一八九）もほぼ同旨である。やや特殊な例としては、母親に親権者を変更することにより、他人の事実上の養子となつている子供の正式な縁組手続きを果たさせようとするものがある（仙台家古川支審

昭四一・一一・四(家月一九・六・九〇、判タ二八・二七九)。

(24) 東京家審昭四九・三・一(家月二六・九・八〇)。同旨、東京家審昭四九・三・二九(家月二八・六・五九)、東京高決昭四九・六・一九(判時七四七・五九)。

(25) たとえば、広島家審昭三一・五・四(家月八・五・五七)、松山家審昭三三・一〇・二七(家月一一・三・一四三)、高松家土佐出審昭四六・四・三(家月二四・三・七三)、判タ二七六・三七六)、東京家審昭三三・一一・一〇(家月一一・二・八二)、大阪高決昭三五・一二・一(家月二三・四・八五)、福岡家審昭四一・七・二九(家月一九・二・一〇〇、判タ二二〇・二五六)、青森家審昭四八・二・九(家月二五・一一・一〇四)、大阪家審昭五〇・一・一六(家月二七・一一・五六)など。

(26) 前出大阪家審昭五〇・一・一六参照。

(27) これにたいして、仙台高秋田支決昭三八・一一・二二(家月一六・三・一〇一、判タ一六五・一七六)は、親権者を事実上の監護者である母親に変更する必要がないとした。その理由は必ずしも明白ではないが、父母双方とも子供にたいする愛情や子供を養育する資力に欠けるところがないことから、親権と監護をむしろ分属させることにより妥協をはかったとみられなくもない。

(28) もっとも、これを法律上の権利と解することを否定する大阪高決昭四三・一二・二四(家月二一・六・三八、判タ二四一・二六四)の例もある。

(29) 東京高決昭四二・八・一四(家月二〇・三・六四)は、「親権者とならなかった親はその子と面接することは、親子という身分関係から当然認められる自然権的な権利」であるとしている。

(30) 東京家審昭三九・一二・一四(家月一七・四・五五、判時四〇一・五三、判タ一七三・二二六、同一八五・九五)は、「父母の離婚という不幸な出来事によって父母が共同で親権もしくは監護権を行使することが事実上不可能なために、一方の親が親権者もしくは監護者と定められ、単独で未成熟子を監護養育することになっても、他方の親権もしくは監護権を有しない親は、未成熟子と面接ないし交渉する権利を有し、この権利は、未成熟子の福祉を害することがない限り、制限されまたは奪われることはない」としている。

(31) 東京家審昭四二・六・九(家月二〇・三・六七)。同旨東京家審昭四四・五・二二(家月二二・三・七七、判タ二四九・

二九七)。

(32) 東京高決昭四〇・一二・八(家月一八・七・三一、判タ二〇四・一九三)。

(33) 同旨、野田愛子「子の監護に関する処分の基準について」(現代家族法大系 2) 二二二—二二三ページ。

(34) ちなみに、佐藤隆夫「親権の本質」(離婚後の共同親権) — 現代家族法理への一提言 — (判時一〇七八、一三三ページ)、および、同「離婚と親権の接点」 — 共同親権論 — (ひろば三九・三、五二ページ) が立法論ならびに解釈論としての離婚後の共同親権を主張しているのは注目される。

(35) 大阪家審昭五七・四・一二(家月三五・八・一一八)。なお、東京高決昭五二・一二・九(家月三〇・八・四二、判時八八五・一二七)は、「親権者の意思に反して子の親でない第三者を監護者と定めることは、親権者が親権をその本来の趣旨に沿って行使するのに著しく欠けるところがあり、親権者にそのまま親権を行使させると子の福祉を不当に阻害することになると認められるような特段の事情がある場合に限って許される」としている。

(36) 同旨、佐藤隆夫、前掲「離婚と親権の接点」五五ページ。

(37) 同旨、野田愛子「子の監護をめぐる紛争と子の意思ないし選択」(現代家族法の課題と展望 太田武男先生還暦記念) 二〇二ページ。

(38) 最判昭四六・二・九(裁判集民事一〇二・一五七)、東京地判昭四八・五・二二(判時七一九・五九)、東京地判昭四六・一一・一一(判時六五一・八四)。

(39) 高松高決昭四六・一二・二四(家月二四・一二・四〇、判タ二八八・四〇四)、大阪地判昭四八・七・四(判時七二八・七三)、東京高決昭三一・九・二二(家月八・一一・三七)、東京地判昭四八・六・一四(判時七〇五・三一)。

(40) 大判昭一三・三・九(民集一七・四・三七八)。

(41) 東京高決昭三二・二・二七(法曹新聞四四・七)。

(42) 前出大阪地判昭四八・七・四。

(43) 前出最判昭四六・二・九。

(44) 最判昭三五・三・一五(民集一四・三・四三〇)。

離婚の子の処遇(坂本)

(45) 野田愛子、前掲「子の監護をめぐる紛争と子の意思ないし選択」一九九一(〇〇)ページにおいて、「転校したくないという表現や、逃げ帰るという態度にもその意思を付度すべき場合がある」といつているのはこの意味であらうか。

(46) 前出東京高決昭三二・九・二二。

四 あとがき

離婚の増加にともなう離婚の子の処遇確立の要請は、いまや社会的な緊急性を帯びているといつてよいにもかかわらず、この問題にかんしては、その理念を子供の福祉におくといういわば自明のことをのぞけば、それを具体的に実現するための指針自体すらいまだ摸索中であり、それゆえに、日常の具体的な処理をせまられる裁判所は苦闘を強いられているというのが実状のようである。もつとも、すでに明らかなように、イギリスにおいてもわが国においても、それぞれこの問題にたいする態度と解決方法はほぼその軌を一にし、しかも一応は現在の関連諸科学の成果にその形になっていることはとくに注目してよいように思われる。この問題を最終的に処理する機関、すなわち現在のところ裁判所が、自由裁量的であるにせよまた制度的であるにせよ、関連諸科学の成果に注目しかつこれを実質的にとりいれているとみられるからである。したがって、この意味においては、わが国における現行制度の改革はとりあえずはその必要性がないともいえようが、すでにのべたように、関連諸科学の成果自体がいまだ流動的であるのみならず、今後見込まれる子供のための人的・物的な諸施設の改善・新設あるいは各種の調査・研究方法の確立等、変動する様々な要因に対応しうるためには、根本的な制度的改革を早急に検討しておくことが必要であらう。そのなかには、子供の処遇にかんする裁判所の役割の再検討も含まれるべきである。けだし、子供の福祉は、たんに親子法にお

ける指導原理であるにとどまらず、離婚の子の処遇を含めたとくに未成熟の子の処遇全般に通ずる指導原理のほずであり、これを具体的に実現する機関がつねにかならず裁判所であるとはかぎらないからである。すなわち、裁判所は、さまざまな他の福祉機関とならんで子供の福祉実現の役割を分担しているにすぎない。また、現在のところ紛争の処理という形で子供の福祉を実現する役割をになっている裁判所が、かりにそのような役割をにないつづけるとしても、伝統的な紛争解決の方法にとらわれることなく、付属の機関を含めて他の諸機関でえられる成果を積極的にとりいれることができるような形態をとることが必要であろう。前章で、「裁判官をして家庭裁判所調査官などの専門家との合議体の一員たらしめ、これを代表させるにとどめる」ことが考慮されてよいとのべたのも、かかる意味においてであった。

今後の展開に対応しうるこのような制度改革とならんで、子供の福祉にとって重要な鍵となるものの一つに、親や成人の側の意識や認識の変革の問題がある。たしかに、ことに子供が幼い場合には、たとえばそのしつけの面で親や成人の側に確固たる信念が求められるのは当然のことといつてよい。しかしながら、離婚の増加は、離婚の子の福祉という観点を強固にしたと思われる反面、かかる観点それ自体がもとと親や成人の立場からでたものであり、したがって、子供の福祉の内容決定が親や成人の子供にたいする意識や認識に基礎をおかざるをえないのが一般であつてみれば、親や成人が子供を私物視し、あるいはそれゆゑに子供の人格をはなだしく無視するような家族生活の実態のもとにおいては、子供の福祉そのものの内容がゆがめられ、ひいてはその実現が損なわれる危険すら生じかねないといえよう。さらに、親や成人の側のかかる意識や認識にもとづきあらわれる子供にたいする態度が、その相互作用の結果、子供の親や成人にたいする意識や認識に影響を与えることも予想され、それは、当然に子供の親や成人にた

いする態度となつてあらわれるはずであるから、たとえば子供の自立心の低下や社会性の欠如、親と子供のもたれあいなど子供の福祉の実現をいっそうはばむ要因になる、とも考えられる。親や成人の側の冷静かつ合理的な子供にたいする対応が求められるゆえんである。しかし、親や成人の側の意識や認識の变革が、いうほどにたやすいものではないことはいうまでもない。かくて、これらの問題を克服し子供の福祉を実現していくためには、とりあえずは、親や子供にたいする適切なカウンセリングに期待するほかはないとしても、長期的には、成人教育を含む家庭や学校などにおける教育をつうじて、親や成人の側の意識や認識の变革を求めていくことが必要であらう。したがって、離婚の子の処遇という問題はそれだけにとどまらず、おおげさにいえば、ひろく社会变革の問題をとまうものと観念すべきである。離婚と再婚が個人のいわゆるライフサイクルのなかに組込まれるようになるとき、離婚の子の家族内での地位はいっそう微妙なものとなり、心理的な影響や環境の変化が加重されることとなるであらう。そのような時代にも対応しうる親や成人の側の自覚が望まれるからである。