

アメリカにおける離婚後の親権制度

山口亮子（京都産業大学教授）

はじめに

- I. アメリカの社会及び家族事情・概説
 - II. 監護権
 - III. 養育費
 - IV. 面会交流
 - V. 子の奪い合い紛争
 - VI. ドメスティック・バイオレンス（DV）への対応
- おわりに

はじめに

日本民法と体系を異にするアメリカ法では、家族法及び親権・監護権の概念が日本とは異なる。簡単にアメリカ法の親権・監護権の特徴の特徴を述べると、以下のことを指摘することができる。

まずアメリカは、50州及びコロンビア特別区において独自の家族法を持ち、その州法が合衆国憲法の審査を受けることで発達してきた。すなわち、合衆国憲法に基づき、合衆国最高裁判所において違憲とされる州法が書き換えられ進展してきているのである。

アメリカ法でいう“parental rights”とは、憲法上保障された親の権利であり、親であることにより有するものである。日本民法のように婚姻関係と連動するものではない。州法が規定する custody が子に対する権利義務の内容を示しており、離婚後に一部それが制限されたりするという意味では、日本法にいう親権に近いと思われる。“Custody”は「監護権」と訳される場合が多いが、これには法的監護と身上監護が含まれており、離婚後に joint custody（共同監護）とされても、必ずしも身上監護が共同される訳ではなく、主に法的監護権が継続していることを指す場合が多い。なお、養育費（child support）は、原則として血縁上の親に課されており、婚姻関係とも監護権とも連動はしていない。

アメリカの離婚は全て裁判事項であり、事前に合意があっても、裁判所を通す必要がある。特に子の問題は「パレンス・パトリエ（parentis patriae：国親主義）」の考えのもとに、州は子の利益の擁護者であるという立場を取っており、そのために各州は子の利益を定義し、子の利益に関する州の政策を立法で唱っている。したがって、州の政策に基づき、

離婚後の養育計画を詳細に立てなければならず、当事者間に争いがあれば、裁判所はその政策に基づき判断を下すことになる。今日多くの州では、婚姻外でも子は両親と交流をすることを子の最善の利益と認め、これを促進させるために裁判所内外で様々な政策を取って子の利益を保護しており、多大な費用をかけている。

本稿では、以上の要点を明らかにするために、アメリカの立法・判例のみならず、そこから明らかになる子の利益に関する考え方や、親の子に対する権利と責任について検討していくことにしたい¹。

I. アメリカの社会及び家族事情・概説

1. 子どもの環境

アメリカ国勢調査局によると、現在アメリカ合衆国（以下「アメリカ」とする）の人口は3億874万5,538人であり、10年間で10%増加している。人種構成比は、白人が72.4%でアフリカ系アメリカ人が12.6%であるが、州によりその構成比には特徴があり、カリフォルニア州で白人の比率は57.8%、メイン州では95.2%であり、州により偏りがある²。

2009年に人口1,000人当たり婚姻した人数は6.8人、離婚した人数は3.4人であるので、単純に計算すると離婚率は50%となり、毎年100万人の子が親の離婚を経験しているとされている³。現在夫婦世帯は48%であり、18歳未満の未成年子のいる家庭は20%である。約7,400万人いる未成年子が、ふたり親と生活している割合は再婚家庭・同居も含め69%であり、ひとり親と暮らしている子は27%、祖父母や親戚、あるいは里親等親以外の者と暮らす子は310万人で未成年子の4%にあたる⁴。第三者と暮らす理由の一つは親による虐待・ネグレクトである。

アメリカは、児童虐待・ネグレクトが多い国としても知られており⁵、2010年の通告件数は360万件あり、実際毎年75万人の子どもが犠牲になっているといわれている。犠牲の78%はネグレクトである。ただし、この社会問題に対して、数次の連邦法改正に基づき、現在では複雑な法制度が存在し、政府・司法・行政・民間・市民がこれに多数かかわっており、予算と人材を投じ国家を挙げて対処している。

ひとり親世帯が増加しているのも、現代アメリカの特徴である。ひとり親世帯の多くは

¹ 本稿は、筆者がこれまでに公表してきた論文に基づいている。

² US Census Bureau, National population, <http://www.census.gov/2010census/data/>

³ US Census Bureau, The 2012 Statistical Abstract, Births, Deaths, Marriages, & Divorces: Marriages and Divorces, http://www.census.gov/compendia/statab/cats/births_deaths_marriages_divorces/marriages_and_divorces.html 日本で同様に、1年間の婚姻率と離婚率の比は、35%である。

⁴ Detailed Living Arrangements of Children by Race, Hispanic Origin and Age: 2009, United States Census Bureau, <http://www.census.gov/hhes/socdemo/children/data/sipp/living2009/tables.html>.

⁵ 原田綾子『「虐待大国」アメリカの苦悩—児童虐待防止への取り組みと家族福祉政策』（ミネルヴァ書房、2008）参照。

母子家庭であり、その原因は離婚の増加と共に、未婚の母による子の出生の増加による。未婚の母から生まれる子の数は、1980年には全出生の18.4%、2000年は33.2%であったが、2010年には40.8%に上昇している⁶。アメリカの未婚の母による子の出産とは、ヨーロッパ等で見られる自立した成人男女の事実婚による子の誕生という状況とは異なり、必ずしも同棲や婚姻を前提にしているとは限らない。特に10代の女性の出産の増加が顕著であり、2011年に15歳から19歳の女性が子を出産した数は、前年より減少したものの、1,000人当たり34.3人であり、88%は未婚である⁷。未婚の子の出生は人種間の差も大きい。アフリカ系アメリカ人の子の出生のうち、73%は未婚の母から生まれている。ラテン系では53%であり、白人の婚外子は29%であるところからすると、婚外子のうち多くは有色人種である。

それに関連して、子どもの貧困率も高く、子どもの23.1%が貧困状態にある。これは、ユニセフの報告では世界最低第2位である⁸。母子世帯の子の47%が貧困層にある⁹。なお、貧困には人種の問題も大きく、アフリカ系アメリカ人の子の39%、ラテン系の子の35%は貧困世帯にある¹⁰。経済的な問題は、養育費支払いにも影響を及ぼす。離婚率が約5割、未婚率が約4割である状態で、養育費の制度は重要であり、実際に養育費支払不履行が裁判所で審理される割合は高く、子の監護権問題については多方面から検討する必要がある。

2. 家族観と家族の多様性

現在アメリカの政治は民主党と共和党の二大政党によっているが、その大統領選挙の候補者の違いが大きく現れる項目に、中絶禁止の是非、同性婚の是非がある。各州の議員、州知事及び大統領選挙戦においてはほとんどの候補者はこの項目に関して意見を表明しており、アメリカにおいて政治家の家族への関心が高いことが分かる。

共和党派は中絶の禁止、同性婚の禁止を唱っている。しかし、それを支持する共和党派の多い州—例えば、アイダホ州、ユタ州、テキサス州、コロラド州、ケンタッキー州、ワイオミング州等—では、伝統的な家族の価値を尊重し婚姻後の妊娠を重視しているにもかかわらず、現実には10代の妊娠や離婚率が高い。中絶は女性の自己決定権であり、同性婚にも積極的な民主党派の多い州—例えば、マサチューセッツ州、デラウェア州、ペンシル

⁶ 61 National Vital Statistical Reports, U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, http://www.cdc.gov/nchs/data/nvsr/nvsr61/nvsr61_01.pdf (2012.8)

⁷ Birth Rates for U.S. Teenagers Reach Historic Lows for All Age and Ethnic Groups, NCHS Data Brief, Number 89, April 2012. なお、日本における10代の出産率は2006年で1.46%である。

⁸ 日本ユニセフによると、先進35ヶ国を対象に、“等価可処分所得（世帯の可処分所得を世帯員数の平方根で割った値）の中央値の50%以下”と定義し、その国の「貧困ライン」以下で暮らす子どもたちの割合をもとに分析したものである。最貧国はルーマニアである。
http://www.unicef.or.jp/osirase/back2012/1205_03.html。なお、日本の子どもの貧困率は14.9%で先進国35カ国中下から9位である。

⁹ Child in Poverty, http://www.childtrendsdatabank.org/sites/default/files/04_Poverty.pdf

¹⁰ Id.

ベニア州、ロードアイランド州、コネチカット州、メリーランド州等一では、10代の子どもに避妊教育を行い、女性が婚姻後も働き続けるべきなど、リベラルな家族観を持ち、大学卒業進学率も高く、婚姻は大学卒業後にする者が多いため婚姻年齢が高く、10代の妊娠率や離婚率は低いというねじれ現象が起きている¹¹。

ただし、マスの的にではなく、ミクロ的に個々のアメリカの家族を見ていくと、非常に多様性に富んでいることが分かる。人種や性的指向、経済状態に関係なく離婚率が5割とされているなかで、紛争性の高い離婚ばかりではなく、親として子の養育の権利と責任を共有し、それを実行できる親が確実に存在する。その一方で、子どもから逃げて面会交流や養育費の責任を果たさない親や、子を虐待・ネグレクトする親もいる。また、妊娠後に子を自発的に養子縁組に出す親の先には、里親として子を養育していく親や、虐待されて実親との親権が終了された子を養子として受け入れ新たな家族を作っていく親がいる。また親と子の関係においても、親は子と自分の人生を同一視せず、離婚後には自らの恋愛を実現して再婚し新たな家族を作っていく親や、再婚後も他方の親と暮らす自分の子に対して養育費や面会交流の責任を果たして子を愛していく親がいる。また、家族の概念は団体としての関係ではなく、個人同士の関係と把握されているため、親と子との関係は親の離婚とは関連しておらず、子どもと離れて暮らしていても、子どもと会うことは当然の利益及び権利である。それは虐待・ネグレクトで子と引き離されていても、あるいは子どもとは関係ない罪で刑務所に入っている場合、親子の交流は必要とされ、立法上保障されている。その場合は、子に害が及ばないように監督付きの面会交流が裁判所で指定されて、子の利益に配慮されている。

これらのことが可能なのは、裁判所において個人の手續が保障されているからであり、かつ手續を進めるために各人を支援する裁判所内外の体制が整っているからである。子のために離婚後の取決めを考える親たちは自らの意思で、あるいは裁判所の命令により、離婚カウンセリングや親教育を受けている。そして、ファミリー・コーディネーター、メディエーター、親教育のクラス等を利用して、離婚後の子の養育計画や養育費等を取り決めることになる。今日では、ウェブサイト上における親教育や養育計画のプログラムサイトも活用されており、必要であれば面会交流時に監督者を活用する手段もある。また、裁判で必要があると判断されれば、心理学者や精神医学者等、精神保健の専門家による家族の鑑定・子の鑑定が行われ、子の代理人（guardian ad litem）や子の弁護士が指名されることもある。子の監護のみならず里親、養子縁組に関しても、その仲介施設・仲介者、弁護士による代理が整っている。また各分野で、裁判官・弁護士教育のために豊富なマニュアルが作成されており、シンポジウムや研究会も盛んである¹²。養育費履行については、福祉補助を提供する行政が父親探索の任務も行っており、履行義務については検察官あるい

¹¹ Naomi Cahn & June Carbone, RED FAMILIES V. BLUE FAMILIES, 22-23 (2010).

¹² 弁護士は、法教育の継続（continuing legal education）が義務づけられており、それに出席して毎年一定の単位を取得しなければならない。

は州の代理人 (state attorney) が義務者を追求して裁判を行う組織が全米で構築されている。虐待ネグレクトについては、州あるいは民間による子の非行・虐待・ドメスティック・バイオレンス (以下「DV」とする) 等に対するサービス、同様の DV のための施設・サービス等、人的・知的資源が豊かである。それを支えているのが、立法・行政・司法・政治、そして周辺の支援活動を支える膨大な資金や寄付金である。人的資源も、法律家・心理学・精神医学の専門家、DV や虐待等のソーシャルワークの専門家、一般のボランティア市民が活動している。なお、弁護士費用等が必要な場合は、当事者の経済状態に応じて、リーガルエイドや弁護士によるボランティアサービスである pro bono(無料弁護サービス)¹³も充実している。

これらの活動が立法に規定されて制度として確立しているのは、子どもの豊かな生育を守らなければ、国民は幸せになれず繁栄せず国家が存続しないという意識があるからである。政治家・検察官・裁判官の選挙には必ず家族に対する政策、思想、哲学が語られ、国家において家族の問題が中心の一つに据えられており、家族や子どもの問題は国家のとるべき政策の一つとなっている。

3. 法制度

アメリカは連邦制であり、家族法 (Family Law) は州法に属する。50 州及びコロンビア特別区においてそれぞれ家族法を持ち、独立している。各州の家族法に含まれる項目についても様々であり、少年問題 (delinquency) や子の虐待・ネグレクト手続 (dependency) を含む州、それを独立した体系として置いている州もあり、立法の名称も Family Law、Domestic Relations 等、様々である。多くの州で家族法典及びロー・スクールの家族法テキストに共通しているのは、婚姻、婚姻外関係、婚姻解消、財産分与、子の監護権、面会交流、養育費、監護権の管轄、養子縁組の項目である。近年は、生殖補助医療に関する親子関係も含める州もある。また、家族法の中で管轄、手続、裁判所判断基準、判例法等が含まれており、家族法だけで数百条に及び、大部な法典となっている。なお、日本民法と異なり、相続法は家族法には含まれていない。

通常州は、郡 (county) 単位で裁判所を持っている。離婚・財産分与・子の監護権等を地方裁判所 (district court 又は circuit court) で行い、少年問題、子の虐待・ネグレクト及び養子縁組を家庭裁判所 (family court) で扱う州、あるいは全てにおいて家庭裁判所で扱う州がある。今日ではどの裁判所もウェブサイト上で、離婚に際し知るべき知識、離婚時に必要な書類、提出すべき書類、法手続を掲載しており、self-help で書類を整えることができるようになっているが、特に子の監護に関する「養育計画 (parenting plan)」は、十数頁に及ぶ大部なものであり、全てを理解して相手と協議していくためには、裁判

¹³ アメリカ法律家協会のモデルルールは、1年に50時間の無料法活動を行うよう定めている。ABA Model Code 6.1

所に係属しているファミリー・コーディネーターや、ファシリテーター、裁判所から独立しているメディエーター、弁護士等により交渉・協議を行う必要がある。

離婚に関して子の監護問題が裁判になると、対審構造で行われるが、裁判所で争うのは少数である。これは後で見えていくことにする。

4. 連邦法

合衆国議会が制定する連邦法（United States Code）において、親子に関係する法律はいくつか存在する。例えば、児童虐待と親の権利終了及び養子縁組に関して規定する「Adoption and Safe Families Act=ASFA（養子縁組と安全な家族法）」、子の奪取について、「Parental Kidnapping Prevention Act=PKPA（親による子奪取防止法）」、社会保障関係の子の扶養に関し、「Temporary Assistance for Needy Families=TANF（貧困家庭への一時扶助法）」等の連邦法がある。各州は、この連邦法の規則を遵守して各州法を制定することが、連邦からの予算獲得のために求められているが、連邦法の規定がそのまま盛り込まれる訳ではなく、各州の中で独自性を生かして規定されている。

この他に、全米において支配的であるのが、統一法（Uniform Act）と呼ばれる立法である。これは、州知事あるいは議会の承認により選出された裁判官、弁護士、研究者等で構成される「統一州法委員会全国会議」により制定されるものである。これまで法の全分野において、210余の統一州法案が提示されている。家族法関係では、1968年成立した「Uniform Parentage Act=UPA（統一子監護事件管轄法）」が50州及びコロンビア特別区で採択されている。なお、2002年に改正されたUPAに関しては、採択州は必ずしも多くなく、州ごとに立法・判例は統一されていない。子の監護権の管轄に関する「Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act=UCCJEA（監護権の管轄と執行に関する統一法）」は、2009年時点で48州が採用している。他にも多数あるが、なかでも「Uniform Marriage and Divorce Act=UMDA（統一婚姻・離婚法）」、「Uniform Interstate Family Support Act=UIFSA（統一州際間家族扶養法）」等が、多くの州で受け入れられている。

他に、アメリカ法律家協会（American Bar Association=ABA）の出すガイドラインとして、「Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases 2003（監護事件における子の代理人の基準）」、「Standards of Practice for Lawyers Who Represent Children in Abuse and Neglect Cases 1996（子の虐待・ネグレクト事件で子を代理する弁護士の実務基準）」、アメリカ法協会（American Law Institute=ALI）の出す「Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations 2002（家族解消の法原則：その分析と提案）」が実務の参考にされている。

そして、各州の判例及び合衆国最高裁判所による州家族法規定の違憲訴訟等により、各州は互いに影響しあっている。立法はそれぞれ異なるが、このようにして、アメリカ国内で一定の方向性を読み取ることができる。

II. 監護権

アメリカ法において、親権という用語には、“parental rights”と、“custody”とがある。日本語で訳すと、「親権」と「監護権」であるが、日本法のそれとは内容が異なる。

アメリカの家族法において“parental rights”という用語が主に現れるのは、子の虐待・ネグレクトに対して、裁判所がそれを終了させる裁判（termination of parental rights）においてである。子が生まれたときに基本的に親の権利が発生し、強制的に終了させられない限り、未成年の子に対し親がその権利を持つとされている。したがって、未婚や離婚によって、子に対する“parental rights”が消滅することはない。この点で、日本法の親権と意義を異にすることが分かる。“parental rights”が憲法上保障された権利であることは、判例法により認められている¹⁴ため、これが制限されることがあるならば、厳格な司法判断を経なければならない。ただし、離婚時に監護権（custody）の行使が父母間で争われ、一方の行使が制限される必要がある場合は、州の政策、手続、基準、権利・義務の内容が立法上明記されることになる。

親の権利を制限する州法が合憲であるか否かが審査され、違憲であると判断されれば、その立法は改正されていく。これまでに親の権利が問題となったもので代表的なものは、未婚の父の養子縁組同意権・拒否権である¹⁵。この権利は、監護権とは独立して親の権利に属するものとして把握されており、監護権の有無にかかわらず存在する。ただし、合衆国最高裁判所の判例¹⁶が示すように、その権利が一律に認められる訳ではなく、現在ではその判例をふまえて、個々具体的に各州法により定められている。例えば、未婚の父が子の出生前後の何日間その母親と同居していたとか、子の出生前後に経済的にも身的に関与していたとか、実質的か関係性を持ち得たか否かといった場合等の詳細な条件を規定し、子の養子縁組に対し関与することができない場合を規定している。

“custody”は、主に婚姻外や離婚後に、父母間で問題となる子に対する権利義務であり、多くは離婚の章に出てくる。そこで、子に対する養育を父母間でどのように負担するかが法的検討対象となる。法的なものは一般に“legal custody”（法的監護）といい、養育的なものは、“physical custody”（身上監護）という用語が当てられている。「監護」と訳されるが、内容は日本の親権に類似している。

そこで以後、“parental rights”を「親の権利」と訳し、“custody”を「監護」と訳すことにし、以下では主に監護権について検討していくことにしたい。

¹⁴ Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923), Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925). 米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣、1992）参照。

¹⁵ 石川稔「アメリカ養子法」ジュリスト 784号 97頁（1983）、早稲田大学英米判例研究会「事実上の家族をめぐる法的諸問題（1）（2）」比較法学 17号 1187頁（1983）、同 18号 147頁（1984）参照。

¹⁶ Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972); Quilloin v. Walcott, 434 U.S. 246 (1978); Caban v. Mohammed, 441 U.S. 380 (1979).

1. 監護権 (custody) の内容

主に離婚後に父母間で法的問題となるのは、監護権である。大きく分けて、単独監護と共同監護があるが、その取り決め方は後で見えていくことにして、以下では監護権の意義とその内容、単独監護権決定の多様な変遷と現状について見ていきたい。

(1) 監護権の意義

子に対する親の監護は、植民地時代には、父の所有権と観念されていた¹⁷が、今日ではそのような親の支配的な観念はなくなり、その用語も、監護責任 (custodial responsibility)、決定責任 (decision-making responsibility)、親の養育時間 (parenting time)、監護責任 (parenting responsibility) 等と州法により様々に規定されている。各州において、子の監護に関して包括的な定義が置かれているところは多くはない。そこでALIは、親の養育の機能 (caretaking functions) を次のとおり示している¹⁸。

- (a) 子の栄養の必要性を満たし、子の日々の就寝と起床を管理し、子の怪我や病気の世話、あるいは入浴、洗顔、歯磨き、着替え、遊び等での清潔管理、交通安全に配慮した移動時の保護を行うこと、
- (b) 歩行や言語能力、排せつ訓練、自信及び成熟といった子の様々な発達に応じ対応すること、
- (c) しつけ、行儀作法、家事の手伝いや指導、自律行動や節度等、子に必要なことを指導すること、
- (d) 子の利益のために必要な社会福祉、教師やカウンセラー、家庭教育の指導者と交渉することを含んだ、子の教育を管理すること、
- (e) 友達や仲間、家族や親戚等と子が適切な社会関係を保ち、発展させるよう手助けすること、
- (f) 医師や保健師、医療の関係者、及び家庭健康管理についての管理、
- (g) 道徳的、倫理的教育、
- (h) 提供者や監督者と交渉し、家族、ベビーシッター、又は保育士や監督機関等による代替りの養育の調整を行うこと。

(2) 監護者の決定要件¹⁹

婚姻中、家庭内で父母が平穏に子を養育している場合は、子の監護権は問題とはならない。第三者との関係で、子の不法行為や契約等については、別の法典に委ねられ、一般に家族法では扱われていない。

¹⁷ See, Marry Ann Mason, FROM FATHER'S PROPERTY TO CHILDREN'S RIGHTS (1996) .

¹⁸ ALI, Principle of Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations §2.03 (5) (2002) .

¹⁹ 山口亮子「アメリカにおける離婚後の単独監護者決定基準の変遷-子どもの最善の利益考察を基にして- (1) (2・完)」上智法学論集 40 (3) 114頁 (1996)、40 (4) 79頁 (1997)

父母の関係が平穏状態から不和へと移行し、別居・離婚をする場合に、法的監護権問題が生じる。そのときに、子の監護権は裁判所を通して決定されることを立法は定めている。多くの州では、父母間の協議に基づいて一定の書面を裁判所へ提出することを求めているが、我が国の協議離婚と異なるのは、全て裁判所が関与することである。子に関して定めることは多々あり、多くの州ではその書面をウェブサイト上で公開している。また、父母が当事者のみで、あるいは第三者を含めて協議する際に、子に対して親の責任や子の利益のために必要な両親の対応、子の健全な成長発達のために知っておくべき子の利益等、挿絵や写真を含めた PDF のパンフレットや音声を発するビデオ等がウェブサイトを通して提供されている。

今日では、法的共同監護を選択する機会が多いが、高葛藤になると単独監護権を争う場合もある。その際、立法及び裁判所による子の監護者指定において考慮されるのは、子の最善の利益 (best interests of the child) である。今日では、それは各種要件を比較考量することで相対的に監護者として有力な親を測っている。現在の日本の家庭裁判所でも同じような傾向にあるが、それはアメリカの実務が影響している部分も大きい。以下では、歴史的変遷も含めて、立法・判例・学説を見ていくことにしたい。

(i) 母親優先の原則

「幼い子の原則 (tender years doctrine)」と呼ばれる基準が立法上も存在していた。子が幼いときは、母親が監護者として優先されるというものである。しかし 1960 年代より徐々に立法・判例法により廃止されている。有名なケースは、1981 年のアラバマ州最高裁の判例²⁰であり、州最高裁は、この原則は反証可能な推定則ではあっても、ジェンダーに基づいた差別を生じさせるものであって、憲法違反であるとしている。

(ii) 主たる養育者の原則²¹

1981 年にウエストヴァージニア州最高裁で取り入れられたこの原則は、婚姻中からの監護の継続が重要とするものである。これは、どちらの親がこれまで主たる養育を行ってきたかの要件を監護者決定の唯一の判断としたものである。この監護者決定原則は当初好意を持って受け入れられたようであるが、これが原則となっていること、性別に基づく母親優先の原則が廃止されたとしても、実質上子の養育を行っているのは母親が多いことから、やはりジェンダーに基づくものであるとして、現在はこれを唯一の要件とするには批判が大きい。現在各州法においては、これを考慮要件の一つとしたり、監護者決定に推定される要件としている。

²⁰ Ex parte Devine, 398 So.2d 686 (Ala.1981) .

²¹ 五島京子「主たる養育者と監護権の決定--父母間における監護権の決定に主たる養育者優先の推定則を定立した Garska v. McCoy, 278 S.E. 2d 357 (W. Va. 1981) 判決とその後の判例の展開」判例タイムズ 38 (9) 135 頁 (1987)

(iii) 監護環境

州法の中には、監護の考慮要件として、子の生活環境を挙げている所もある。例えば、子の両親、きょうだい、その他重要な者との交流や関係、子が家庭、学校、地域に適応していることが挙げられている²²。州法に挙げられていなくとも、裁判所は事実上の監護親による監護の継続や、子が引っ越しをしないことや学校を変わらないことを考慮する傾向にあるとされる²³。

(iv) きょうだい不分離

裁判所はまた、きょうだいを分離させたくない。これは、半血のきょうだいであっても同様である²⁴。判例によっては、子の性別や年齢の差により例外はあるものの、子の精神発達上、考慮される一つである。

(v) 友好的な親

子と両親との関係を頻繁かつ継続した交流は、子の最善の利益にかなうとする立法を持つ州は多い。したがって、親子の交流を促進させるため、監護権者決定基準において、一方配偶者と子との親密かつ継続した関係を促進できる友好的な親 (friendly parent) を要件に挙げている州も多い。例えば、イリノイ州法 (750 Ill Comp Stat Ann § 5/602 (c)) は、「現在、虐待がない限り、裁判所は子の身体的、心理的、道徳的、及び感情的福祉に関し、双方の親の最大限のかかわりと協力は、子の最善の利益であることを裁判所は推定しなければならない。ただし、この推定則は、共同監護を支持する推定則としては解釈されない」と規定している。子に非監護親と頻繁かつ継続した交流を促進させる親が監護権者として考慮される要件であることを述べる州法もある。アイオワ州法 (Iowa Code Ann. § 598.41 (1)) は、「裁判所は、理由なく他の親との最大限の継続した交流の機会を否定することは、監護権決定の重要な要件として考慮しなければならない」と規定し、ウィスコンシン州法 (Wis. Stat. Ann. § 767.41 (5) (11)) も、一方の当事者が不合理に子と他の当事者との継続した関係を妨害するか否かを検討することを挙げている。

しかしこれに対し、DVに配慮する専門家は、DVの被害者となる可能性の高い母親は加害者である父親に対し寛容になることはできず²⁵、かつジェンダー的価値観からも、女性により寛容さを求めることになりがちとなる²⁶と批判している。

²² 例えば、Fla. Stat. Ann. § 61.13 (3) (d) は、「子が安定して満足した環境にいる時間の長さ、及びその状態を継続する望ましさ」とする。

²³ Ann M. Haralambie, HANDLING CHILD CUSTODY, ABUSE AND ADOPTION CASES, 3rd ed., Vol. 1, 464 (West, 2009) .

²⁴ Id. at 466.

²⁵ Schulman & Pitt, Second Thoughts on Joint Custody: Analysis of Legislation and its Implications for Women and Children, 12 GOLDEN GATE U. L. REV. 538, 554-56 (1982) .

²⁶ Joan Zorza, "Friendly Parent" Provisions in Custody Determinations, 1992 Clearinghouse Rev. 921, 923 (1992) .

(vi) 子の意思

ほとんどの州法は、子の意思を考慮要件としている。例えば、年齢を基準として考慮要件としているジョージア州法 (Ga. Code Ann. § 19-9-3 (a) (6)) は、14 歳の子は、監護権者を選択する権利を持ち、それは、その親が子の最善の利益にかなわないと判断されない限り推定される、と規定し、テキサス州法 (Tex. Fam. Code Ann. § 153.008) は、12 歳以上の子は裁判所の認可に従って監護権者を選択することができるかと規定する。しかし、多くの州は一定の年齢は設けておらず、例えばカリフォルニア州法 (Cal. Fam. Code § 3042) は、「監護権について常識的に選好を表明するに十分な年齢と能力」としており、メイン州法 (Me. Rev. Stat. Ann. tit 19-A, § 1653 (3) (C)) は、「意味のある選好を表明できる年齢」としている。

裁判所では、概ね 10 歳以上の子の選好を尊重しており、若い年齢であれば、その子の選好を取り入れても、その子の最善の利益を判断できないとしている²⁷。裁判所が子の表明した選好を考慮する際には、その理由を表明された言葉と同様、隠された気持ちも含めて調査する必要があり、例えば楽に暮らしたいからという理由で、しつけに厳しい親ではなく甘い親を選んでいるような場合、あるいはその理由が親による虐待や悲惨な状況に基づいている場合には、その選好の比重も異なってくる。

また、裁判所がどのような方法で子の意思を調査するかは、調査や調停、監護評価や精神医学的聞き取り等、様々な方法があり、裁判所により異なる。子に親とは別の代理人がつくこともあり、裁判所任命の擁護人 (court appointed special advocate=CASA) や、訴訟代理人 (guardian ad litem=GAL) がつく場合もある。また、インカメラ・インタビューが行われるところでは、弁護士と同席が求められる。しかし、子が自分の発言で監護者を決定したという重荷を負わせないために注意が必要であるし、他方、親に反論の機会も与えなければならない。裁判所が子の意思という証拠をどのようにとらえるか、またインカメラ・インタビューを採用するかは、裁判官の裁量に委ねられている。

(vii) 親の DV

全ての州で、監護権決定に際し、DV は考慮されるべき要件であるとするか、又は、行為者には監護権付与しないとする規定を置いている。例えば、ニュージャージー州法 (N. J. Stat. § 9:2-4.1) は、子の最善の利益にかなうとする明白かつ確信のある証拠により証明される場合を除き、性的暴行で生まれてきたか、暴行の被害者となった子に対して、加害者には子の監護権又は面会交流を否定すると規定している。ミネソタ州法 (Minn. Stat. Ann. § 518.17 (2) (d)) は、父母間に DV が生じていた場合は、法的共同監護又は身上共同監護は、子の最善の利益にならないとする反証可能な推定則があるとしている。フロリダ州法 (Fla. Stat. Ann. § 61.13 (2) (c) (2)) は、裁判所は配偶者への暴力は子に悪影

²⁷ Haralambie, supra note 23, at 472.

響のある証拠として考慮しなければならず、共同監護においてそれは反証可能な推定則となる、と規定している。

1990年に全米の家裁裁判官で構成される「全国少年家庭裁判所判事協議会（National Council of Juvenile and Family Court Judges=NCJFCJ）」は、監護権及び面会交流ケースにおいて全ての少年事件、家庭事件では、暴力行為に比重を置いて検討すべきという勧告書を出している²⁸。

また、多くの州ではDV法を成立させており、DVにより現に危険が生じている場合には、一方当事者の請求による差止命令（restraining order）又は保護命令（order of protection）を規定しており、ニューヨーク州法（N.Y. Dom. Rel. Law §240（3））のように、保護命令手続の一部として監護権又は面会交流を付与している所は多い。また多くの州で、住所秘匿プログラム（address confidentiality programs=ACP's）を採用している。

（viii） 片親疎外（parental alienation=PA）

監護権訴訟又は監護権変更訴訟において高葛藤ケースになると、精神保健の専門家はこの要件を持ち出す場合が少なからずある²⁹。リチャード・ガードナーの自費出版の本において、片親疎外症候群（Parental alienation syndrome=PAS）という用語が知られるようになった³⁰。彼によると、PASとは主に、親に疎外感を持たせる親自身が図るキャンペーンにより、子に「親を嫌いになる」ことが「プログラミング」されることにより、子が行うキャンペーンであるとされる³¹。このとき、しばしば虐待について嘘の主張が含まれることがある。子は「憎むべき親」を完全に悪者とみなし、疎外させる親を完璧に良い親とみなし、「憎むべき親」との面会交流も拒絶し、話もしたがらず、常に怒っており無礼にふるまう。

PASは、多くの出版物や司法、法、精神保健の分野で用いられてきたが、今日では精神医学的には、このようなシンドロームは実証研究では証明されておらず、裁判所においてもその信憑性を疑うケースが存在し、学説でも以下の批判が主張されるようになった。すなわち、子どもは離婚の反動で親を遠ざけたりするが、それは特に9歳から13歳までの子どもによく起こることで、それは単なる症状であり、病的なシンドローム（症候群）ではなく、アメリカ精神医学協会は症候群と診断してはいないというものである。親の一方が

²⁸ National Council of Juvenile and Family Court Judges, Family Violence Project, Family Violence: Improving Court Practice, 41 Juv. & Fam. Ct. J. at 19-20 (1990).

²⁹ Haralambie, supra note 23, at 484-485.

³⁰ PA及びPASについて、リチャード A. ウォーシャック [著]；青木聡訳『離婚毒：片親疎外という児童虐待』（誠信書房、2012）、青木聡「片親疎外」に関する最新情報」大正大学研究紀要 仏教学部・人間学部・文学部・表現学部 96号 176頁（2011）参照。

³¹ E.g., Richard Gardner, Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes? 30 (2) Am. J. of Fam. Therapy, 93 (2002); Ira Turkat, Parental Alienation Syndrome: A Review of Critical Issues, 18 J. Am. Acad. Matrimonial Law. 131 (2002); Kelly and Johnston, Alienated Children in Divorce: The Alienated Child: A Reformulation of Parental Alienation Syndrome, 39 Fam. Ct. Rev. 249, 251 (2001).

他方親に対する虐待を主張しても相手方からそれが PAS だと反論され裁判官がそれを信じれば、加害者の方へ監護権が付与される場合があり危険である。PAS には経験則による実証や調査が欠けており、実証された病質や治療の選択がなく、科学的基礎を欠いているというのが、現代の評価である。過去の判例でも当該専門分野で一般に承認されていないという理由でこれを採用していないケースも多く、精神医学者等も PAS を批判する者が少なくない。ガードナーの著作には自費出版が目立ち、大学等公的な図書館に所蔵するところが少ないといった反論もある³²。

2000 年ノースダコタ州最高裁判所での判例³³では、裁判所が「合衆国歴史上最悪の親子疎外症候群」と指摘したほど、監護親の母が非監護親と子どもとの関係を悪化させた事例において、父親に監護権が変更された。また事実審では母親に 1 年間の面会交流禁止が出されていたが、州最高裁では面会交流は単に非監護親の特権ではなく、子どもの権利であるとし、面会交流が拒否されるのは子どもの身体的あるいは心理的健康に有害であるときのみであるとして、母親に監督付きの面会交流を認めた。

(ix) 親としての適切さ

裁判所は、親の健康状態、心理的問題、精神的な病気、身体の障がい等を、子の最善の利益に照らして考察するが、必ずしも病気や障がいにより監護権が奪われるというわけではなく、子のニーズに応えられるか否かが検討対象となる。また、子の健康問題や学習問題に対処する親の適格さも考慮する。なお、よく報告される例は、子に対する優先性の問題であり、ハードな仕事や頻繁な外出のために、子と過ごす時間がなく、子のニーズを無視するようなことは、親としての適格に欠けるとされる。

2. 共同監護³⁴

共同監護が誕生した背景には、単独監護権が得られない父親たちの運動があった。特に、後に全米へ共同監護の広がりを勧めたカリフォルニア州の立法化には、ジェームス・クック氏率いる、監護権訴訟で監護権を失った父親団体のロビー活動があった。彼らはロビー活動を通し、1979 年に共同監護の法案を州議会に通過させた³⁵。

当初、カリフォルニア州での共同監護規定成立以前にも、オレゴン州、ノースカロライナ州、アイオワ州、ウィスコンシン州が共同監護の立法を持っていたが、これらの州法は共同監護を一つの選択肢 (option) として挙げていたのに比べ、カリフォルニア州では、

³² Carol S. Bruch, Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting it wrong in Child Custody Cases, 35 Fam. L. Q. 527, 530-534 (2001); Linda D. Elrod, Reform the System to Protect Children in High Conflict Custody Cases, 28 Wm. Mitchell L. Rev. 495, 511-512 (2001).

³³ Hendrickson v. Hendrickson, 603 N.W.2d 896 (2000).

³⁴ 山口亮子「アメリカにおける共同監護法と子どもの利益(1)(2・完)」上智法学論集 39(3)99 頁(1996)、40(1)133 頁(1996)

³⁵ 下村満子『男たちの意識革命』(朝日文庫、1986) 82-152 頁

離婚後も子が親と頻繁かつ継続して会うことを州の基本政策として取り入れたこと、共同監護を定義づけたこと及び付与基準について詳細な規定を挙げたことが特徴的であり、これを契機に共同監護は1980年以降全米へ広がっていった。

共同監護の定義を考える場合、次の三つのパターンが想定されている。①両親が子の心情、精神又は道徳の成長に対し、等しい責任を持つ、②両親が、子に直接影響する決定について権利を共有（share）する、③子が両親と実質的かつ継続的交流を持つ、というものである³⁶。共同監護を立法上及び判例法上否定する州はなく、その付与基準は、おおよそ次の三つのタイプに分けることができる。①共同監護が子の最善の利益にかなうという推定則（presumption）を持つ州、②父母が合意していれば子の利益にかなうと推定する州、③単独監護との優劣の差（preference）を設けないというレベルである³⁷。①の推定則は反証可能であるので、訴訟では、共同監護が子の最善の利益にかなわないことを証明しなければならず、裁判所が共同監護を付与しない場合は、その理由が述べられなければならない³⁸。①のタイプを取っている州は12州、②は5州であり³⁹、カリフォルニア州はこれにあたる。③がその他の州である。もっとも、いずれであっても面会交流等を通して親子の交流は強く勧められている。

（1） 法的共同監護（joint legal custody）

共同監護は、法的共同監護と身上共同監護に分けられるが、その定義は州によって簡潔なものから複雑なものまで多岐にわたっている。例えばカリフォルニア州法は、法的共同監護は双方の親が、「子の健康、教育及び福祉に関する決定に対し権利と責任を持つこと（Cal. Fam. Code §3003）」と規定し、身上共同監護とは、それぞれの親が「身上監護のかなりの期間を持つこと。身上共同監護は子が双方の親と頻繁かつ継続して交流することを確保するような方法で親により共有されなければならない（Cal. Fam. Code §3004）」と規定している。ミシシッピ州は、法的・身上共同監護のいずれにおいても、両親は情報を交換する義務があることを定めている。

法的共同監護は、子に関する決定権を離婚後も双方が持ち続けることであるから、子に関する法的な主要な決定については、双方が情報交換を行わなければならない。両親の意見が対立した場合にはどうするかは、実際の共同監護の取決めの過程で最終決定者をあらかじめ決められる場合が多い。あるいは、最終的には和解や調停で紛争を解決するかの手続についてもあらかじめ決めている。

³⁶ Haralambie, supra note 23, at 506.

³⁷ Chart 2: Custody Criteria, 46 Fam. L. Q, 524-527 (2013).

³⁸ Haralambie, supra note 23, at 505.

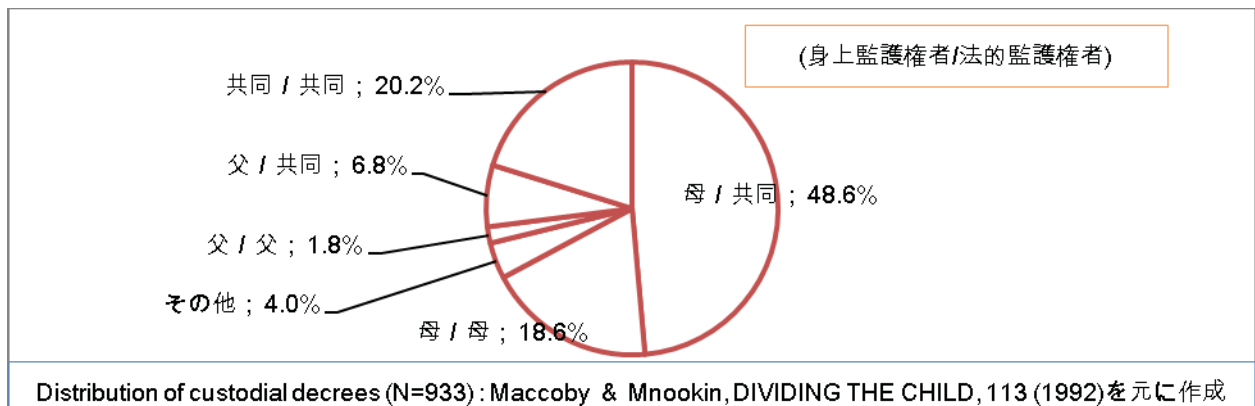
³⁹ 文献によっては、これを17州とする場合もある。Linda Elrod, Child custody practice and procedure, chapter 5, child custody, supra note 37. またこれによると、ニューヨーク、ノースダコタ、ロードアイランド州は、州法に共同監護の規定はないとする。しかし、判例法では認められており、裁判所の裁量により認めることはできる。

(2) 身上共同監護 (joint physical custody)

多くの判例で、子の住まい、あるいは子と共に過ごす時間が 50/50 であることだけが身上共同監護と定義される訳ではないことが示されている⁴⁰。重要なことは、子が充実した頻繁かつ継続した、あるいは実質的に等しい期間双方の親から養育されることであるとされている。身上単独監護にして、かなりの期間の面会交流をつけている場合もあるし、3割程度子の住居の交代を行っている場合もあり、その内容は父母の住居や子どもの年齢、州の裁判所の方針等により、かなりの多様性に富む。

1992 年に公表されたカリフォルニア州における調査⁴¹によると、85-89 年の間、カリフォルニア州では 75.6% が法的共同監護 (joint legal custody) をとっているとされている。離婚時に法的共同監護を望む母親は 60%、法的共同監護を望む父親は 75% である。他方、身上共同監護 (joint physical custody) の割合は 20.2% である。調査はその希望と結果の関係性を見ており、母親が身上共同監護を望み、父が自分に単独身上監護を望んでいる場合は、身上共同監護になる割合は 43% と高く、母が単独身上監護を望み、父が身上共同監護を望んでいる場合に身上共同監護になるのは 28% であった。双方とも単独身上監護を望んでいるとき、身上共同監護は 36% となっている。

身上監護と法的監護を父母間でいかに分担しているかを見た場合は、次のようになる。母親が身上監護を持ち双方が法的共同監護を持つ者が 48.6%、母親が身上監護、法的監護を持つ割合が 18.6%、父親が身上監護を持ち双方が法的共同監護を持つ割合が 6.8%、父親が身上監護、法的監護を持つ者が 1.8%、父母双方が身上共同監護、法的共同監護を持つ割合が 20.2%、その他が 4% である⁴²。



1989, 90 年に National Center for Health Statistics が 19 州の離婚後の監護権を調査したものによると、母親への単独監護は 72%、身上共同監護は 16%、父への単独監護は 9% であった⁴³。また、2007 年ネブラスカ州ダグラス郡の調査では、法的共同監護 53%、身上

⁴⁰ Haralambie, supra note 23, at 518.

⁴¹ Eleanor E. Maccoby and Robert H. Mnookin, DIVIDING THE CHILD, 74 (Harv. Univ. Press 1992).

⁴² Id. 113.

⁴³ National Center for Health Statistics, 43 Monthly Vital Statistics Report 5 (1995).

共同監護 17%であり⁴⁴、2002年ノースカロライナ州の調査でも、法的共同監護 69.7%、身上共同監護 16.7%となっている。ノースカロライナ州でも、母親の多くは身上単独監護を望んでいたということである⁴⁵。

(3) 共同監護合意のチェックリスト

このように、共同監護は家族の状態に応じ多様であるため、その定義について明確に定義している法域は多くはない。そこで、何を取り決めるかについて一般的なものは以下のとおりである。

- ① 子についての身上監護のパターンを決める（子はいつどこに住むか）、
- ② 一定の住居パターンを決める（例えば、両親間で身上監護が交互に行われる場合、日曜から水曜まで一方の親に、水曜から日曜まで他方の親に、又は9月から12月まで一方の親に、1月から5月まで他方の親にといった具合に）、
- ③ 身上監護が一方の親にある場合、他の親との特定の面会交流を決める、
 1. 週ごとの期間（隔週末と集の中日）；お互いにうまくいく親がこのスケジュールをより柔軟に続けることができる、
 2. 学校の休みの期間（例えば感謝祭、クリスマス、春休み等）；平日の特定の日も含む、
 3. 母の日、父の日や、各親の誕生日、
 4. 子の誕生日、
 5. 夏休み、
- ④ 各親は休暇で子を連れて州外へ旅行する場合に、他方の親に相応の通知をするという規定を置く、
- ⑤ 両親間で合意が必要なら、宗教教育等についての条項を入れる、
- ⑥ 医療、歯科治療の費用負担の割合を決める、
- ⑦ 身上監護を交代にする場合、さらに詳細な養育費を決める（一方が子と一緒に住んでいる場合はその親が養育費を出しているため、身上共同監護の場合は他方に渡す基本的な養育費は発生しない）、
- ⑧ 生命保険料の受取人、
- ⑨ どちらの親も文書により他方親から許可があるか、裁判所命令がない限り、子を連れて当法域から恒久的に移動することはできないという規定を入れ

⁴⁴ 渡部信吾「米国ネブラスカ州ダグラス郡における子どもを持つ夫婦の離婚手続（上）（下）」判例タイムズ 1308号 82頁（2009）、同 1310号 60頁（2010）によると、ネブラスカ州は2007年にペアレンティング・プランの提出が任意的なものから必要的なものに改められたとしている。自発的に作成するのが40%、調停などの裁判外紛争で解決するのが35%、裁判手続で検討するのが15%ほどということである。

⁴⁵ Suzanne Reynolds, Catherine T. Harris, and Ralph A. Peeples, Back to the Future, An Empirical Study of Child Custody Outcomes, 85 N.C. L. Rev. 1629 (2006-2007) .

る、

- ⑩ どちらかの親が当法域から移動する場合、監護及び面会交流の取決めについて両者が調停を行うという規定を入れる。

最終的合意には、養育費との関係も条件も含めるべきである。例えば、養育費が支払われない期間、身上監護を停止するか否かについての規定を入れる。養育費は、各親の収入に応じた各州の養育費計算の方式に従い、身上監護の日数割合に応じて割り出される。

ここで特徴的なことは、子を連れての無断の旅行・転居が制限されていることである。子は双方の親と交流を持ち続けるべきであり、双方の親も子に対する権利と責任を有するという観念が広がっている現在では、子を連れての転居は子の奪取事件を誘発してしまうことになるからである。

(4) 共同監護の基準

共同監護が付与されるためには、次の四つの基準があるといわれている。①両親とも適格 (fit) である、②両親とも子育てに積極にかかわり続けていく希望を持っている、③両親とも子の最善の利益に関し共に相当の決定を行っていくことができる、④共同監護の方が、別の監護権よりも親子関係を壊さない⁴⁶、というものであるが、立法・判例において、共同監護が子の最善の利益にかなうことがその要件とされている。したがって、両親が共同監護に対する見解を持ち、協力することが不可欠となる。

もっとも、州の規定は様々かつ大部であり、共同監護の有効性を直接明示している州や、共同監護にとらわれず、親子の交流を子の利益であると規定したり、無断の転居の制限により親子の交流の充実を図っている州もある。さらに判例法も見渡すと、優先基準の区別にはかかわらず父母間で子の養育を共同・分担することが全米の動きであることが分かる。

このような変化は、親が配偶者と離婚しても子と離別するわけではなく、子の生活にかかわり続けるべきという社会の理解と承認があるからである。しかし他方で、子どもには安定性が必要であるため、立法と裁判所が親のかかわりと行き詰まりとのバランスをうまくとるようにし続けており⁴⁷、その努力なしには、共同監護も進展していかない。

3. 監護権決定手続

アメリカ各州法が離婚及び子の監護が裁判所事項であるとしても、全て裁判所が決定するわけではなく、事前に両親間の合意に基づき、裁判所がそれをチェックすることになっている。日本と同様に、高葛藤により裁判手続に移行するのはそれほど多くはない。調査

⁴⁶ Haralambie, supra note 23, at 509, Folberg & Graham, Joint Custody of Children Following Divorce, 12 UC Davis L. Rev. 523 (1979).

⁴⁷ Haralambie, supra note 23, at 503.

では、紛争性のない離婚が 50.4%、争いはあったが解決したのが 29.3%、メディエーションで解決したのが 11.1%、調査後解決が 5.2%、裁判中解決が 2.2%、裁判官による判決が 1.5%となっている⁴⁸

協議する主な内容は、監護権をいかに分担するかであり、それは単に法的共同監護(joint legal custody)、身上共同監護(joint physical custody)という画一的な内容ではなく、以下に見るように養育計画として個々具体的に取決めていくようになっており、今日ほとんどの子は双方の親との交流を続けている⁴⁹とされている。

(1) 養育計画 (parenting plan)

今日多くの州では、従来の“custody”や“visitation”という旧来の法的用語ではなく、より詳細かつ機能的に離婚後の法律関係と生活環境を把握するため、養育計画 (parenting plan)、養育時間 (parenting time⁵⁰)、養育責任 (parenting responsibility) などという言葉を用いて、取り決める内容を詳細に文書化している。各州、各郡において独自にフォーマットが作成されており、十数枚のボリュームとなっている。ALI によると、“parenting plan”とは、「子どもに関する監護の責任と決定責任の分担について、及び両親間の将来の紛争の解決についての取決め規定」とされている⁵¹。ニューメキシコ州法は次のように規定する。

- (1) 子の宗教、教育、子の世話、課外活動及び医療と歯科治療に関する取決め、
- (2) 特別な決定に関する責任の配分、
- (3) 子について、子の引渡し、子の世話の交代についての情報交換の方法と、親子の電話やメールでの交流の維持について、
- (4) 将来における決定の手續、例えば解決決定のための手續、
- (5) 子の福祉に関する他の取決め、又は共同監護下での親の役割の明確化と促進化⁵²。

その具体的内容は、先に見た共同監護の合意チェックと同様であり、子どもに対する法的主要な決定権と責任の共有、電話によるアクセス、e-mail やカードによるやりとり、子どもの住居、夏休み・冬休みの過ごし方、子どもの学校や医療情報へのアクセス⁵³、今後問題が生じた場合の解決方法、子どもの養育費、宗教教育等が含まれている。別居時には暫定的養育計画書 (temporary parenting plan) が、離婚時は最終的な養育計画書を両親

⁴⁸ 1989 年 9 月に離婚した父母 933 ケースのうち、裁判所記録で身上監護権に関する情報のあったものの内訳。 Maccoby & Mnookin, supra note 41, at 137.

⁴⁹ Linda D. Elrod and Milfred D. Dale, Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: the Interests of Children in the Balance, 42 Fam. L. Q. 381, 381 (2008) .

⁵⁰ Colo. Rev. Stat. Ann 14-10.5 Parenting Time Enforcement; Connecting Children - Important Information on Parenting Time in Colorado.

⁵¹ ALI, Principles of the Law of Family Dissolution (2002) , 2.03.

⁵² NM Stat. Ann. §40-4-9 (F) .

⁵³ 子の情報へのアクセスについては、監護権に関係なく両親にあると立法上明示している州が多い。これは、監護権に基づくものではなく、親の権利に基づくものと理解されているからである。

が協議して作成し、裁判所へ提出することが求められている。

フロリダ州では、離婚に先立ち両親は子どもや両親に対する離婚の影響について学習をする親教育（parenting course）を最低4時間受けなければならない。現在はウェブサイトにより受講が可能となっており、修了証明書が出される。そこでは、子どもと両親との関係の法的側面、子どもに対して与える心理的側面、子どもに対する経済的責任等を学ぶことになる⁵⁴。このコースに参加しなかった場合には、裁判所侮辱罪に問われるか、分担親責任や面会交流が否定され得る。また、立法で州の認可するペアレンティング・コーディネーター（parenting coordinator）を活用することが掲げられており、その支援のもとで養育計画を完成させることもできる⁵⁵。オレゴン州では養育計画書を作成するに当たり、低料金のリーガルサービスを受けるか、教育プログラムに参加してメディエーション⁵⁶を受けるか、あるいは裁判所の家族法問題進行役（family law facilitator）に相談するとしている⁵⁷。コロラド州も同様である。これらの親教育では、年齢別における子ども期の特徴や、離婚後いかに子ども期において親の愛情と養育が必要か、子どもが捨てられたという感情を抱かないために、親はどのように子どもにかかわっていくべきか、親以外の祖父母やきょうだいの交流が子どもにどのような効果をもたらすか、子どもに対して親は養育と扶養の責任があること等が教えられる。

そこで用意されている養育計画のパンフレットには、親子のかかわりあう時間について年齢別にサンプルが提示されてある。ここでは毎週末から水曜日の朝にかけて一方の親の家で過ごしたり、隔週の金曜日の夜から日曜日の昼間で過ごしたりするというかなり詳細な計画が示されている。この養育計画が裁判所で審理され、認定されたら、それが命令として下される⁵⁸。ただし、DVや夫婦間の力関係に差があるときなど、当事者間の合意が子の利益に害になる場合があることには注意が払われている。

親は離婚しても、子との関係は別のものであり、親が不適格でない限り、多くの親は養育計画において双方が親としての権利と義務を保持し続ける計画書を作成する。そして、子が両親と交流することは子の権利であり利益であるという観念は浸透しており、相当な面会交流が認められている。必ずしも身上共同監護ではなくとも、十分な親子の交流は確保されており、協議にて作成する養育計画のほとんどは、法的共同監護と頻繁な面会交流である。しかし、紛争性が高い場合には、次の司法手続へ進むことになる。

⁵⁴ Fla. Stat. Ann. § 61.21.

⁵⁵ Fla. Stat. Ann. § 61.125 (1). オーランド市のある 9th Circuit court では、ウェブサイト上で1家族500ドルとの料金を示している。

⁵⁶ 石川亨「アメリカ合衆国カリフォルニア州及びオレゴン州における子の監護に関する事件の処理の実情について」家裁月報55巻6号145頁（2003）によると、メディエーションで合意できない場合、訴訟へ移行するが、その場合、メディエーションで取り扱われた情報が裁判に影響することはないという。一方、カリフォルニア州サクラメントでは、メディエーターが勧告書を作成し、勧告の内容が裁判で利用される可能性があるとする。

⁵⁷ Ore. Rev. Stat. § 107.102. Parenting Plan Information:

<http://www.ojd.state.or.us/osca/cpsd/courtimprovement/familylaw/parentingplan.htm#BPPG>

⁵⁸ Ore. Rev. Stat. § 107.105.

(2) 裁判手続

紛争が激化し、紛争が裁判に持ち込まれた場合、対審構造により審査される。この場合、一般に親双方には弁護士がつき、家庭環境や子の状況、子の意思を調査するために、裁判所により鑑定人 (evaluator) が任命される場合がある。これは主に心理学者や精神医学者が担当し、その費用は親により負担される。費用は法域、事件によって変わるものの、おおよそ 2,000 ドルから 6,000 ドルとされている⁵⁹。カリフォルニア州ロサンゼルス郡の事実審裁判所のウェブサイトには、鑑定料が 1 時間あたり 200 ドルから 375 ドルとする法定鑑定医である精神科医のリストが挙げられている⁶⁰。親の希望や裁判所の判断で、子の代理人が指名される場合もある。なお、鑑定が要請されても経済状態で困難であれば、法律扶助か無料弁護制度 (pro bono) を利用することができる。

裁判では、先に見た州の推定則に従い共同監護が子の利益にかなうか否かの証明がなされるので、多様な証拠の提示が必要になる。

(3) 子の代理人⁶¹

1980 年代に監護権紛争で子どもに代理人を選任することを規定している州は 24 州程度しかなかったが、2004 年には 41 州が何からの形で子どもの代理人を認めている⁶²。基本的に監護権訴訟でそれを義務づけている州は少なく、多くの州は裁判官の裁量に任せられている。調査では、対立の激しいケースでは、裁判官の 44% が子どもに弁護士をつけ、58% が訴訟後見人 (guardian ad litem=GAL) をつけ、85% が監護評価 (custody evaluation) をつけているとされている⁶³。州によっては、親の要求に従って裁判所が任命すると規定しているところもある (Colo. Rev. Stat. Ann. § 14-10-116)。

各州が規定する代理人には様々なタイプがあり、弁護士 (attorney) を選任することを規定している州もあれば、訴訟後見人 (guardian ad litem=GAL) の選任を求めている州もある⁶⁴。一般に訴訟後見人弁護士が子どもの代理人となる。代理人の任務については州により、また学説により異なる。弁護士は子どもの代理人であり、子どもの意思を代弁する者とされているのに対し、GAL は子どもの最善の利益を代理すべきであると考えられている。

⁵⁹ Philip M. Stahl, Anatomy of a Child Custody Evaluation, 22 Family Advocate, 1999.

⁶⁰ <https://www.lasuperiorcourt.org/FLResource/UI/rptFLPanel.aspx?Referer=Index&panelType=Evaluator>

⁶¹ 山口亮子「アメリカにおける子どもの代理人制度--監護権訴訟と子どもの保護手続の場合」判例タイムズ 57 (17) 33 頁 (2006)、同「アメリカにおける監護権手続の子どもの代理人」比較法研究 73 号 136 頁 (2011)。

⁶² Linda D. Elrod and Robert G. Spector, A Review of the Year in Family Law: Children's Issues Remain the Focus, 37 Fam. L. Q. 527, 578 (2004) .

⁶³ Barbara A. Atwood, Hearing Children's Voices: The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions For Reform, 45 Ariz. L. Rev. 629, 637 n.36 (2003) .

⁶⁴ Martin Guggenheim, The Right to be Represented but not Heard: Reflections on Legal Representation for Children, 59 N.Y.U.L. Rev. 76, 100-109 (1984) .

訴訟後見人弁護士は子どもを代理するにあたり、まず事実の調査を行い、子ども本人はもとより父母、第三者とも面接を重ね、情報を収集する。また、心理学者、精神科医、ソーシャルワーカーに子どもの心理の調査を依頼することもでき、そして最終的にこれらの調査結果を裁判所に報告する場合もある。子どもの選好と訴訟後見人弁護士の意見が異なる場合、子どもの選好をどれほど重視すべきか、という問題があるが、学説は一般に代理人は子どもの選好に拘束されるものではないとしており、子どもの成熟度や年齢を基準として相当な判断ができると思われる子どもの選好であればそれを重視するとする⁶⁵。ただし、子どもは最終的決定を下す者ではない。

これに対し、2003年に発表されたアメリカ法律家協会（ABA）の子どもの代理人基準⁶⁶によると、子どもの代理人は裁判所からは独立しており、裁判所で証言をすることを否定する。ABAが掲げる子どもの法律家には二つのタイプがある。一つは子どもの代理人であり、その者は監護権紛争において何が起きているかを子どもに説明し、子どもの主張を代理しなくてはならない。弁護士は子どもの弁護士として、子どもが何を知り、子どもの決定にどのような要因が影響しているかを理解し、ケースの評価や最良の方法を子どもに伝える必要がある。そして基本的に子どもの表明した目的を追求すべきである。子どもが目的を表明しない場合は、子どもの意思を判断するよう誠実に努力しなければならない。子どもが意思を表明できない場合は、子どもの法的利益を代理しなければならない。「法的利益」とは、子どもの目的及び「最善の利益」とは異なり、適切な教育、医療、あるいは精神保健サービスに参加する子どもの権利に関する特別な必要性、子どもに必要な住居を確保すること、子どもの養育費あるいは他の経済的利益、きょうだい、家族又は子どもが会いたい人との交流、子どもの他の手続上の権利やデュー・プロセスなどである。しかし、最終的に子どもの表明する意見が子どもの最善の利益に適わないと判断される場合には、別に子どもの利益の代理人を選任してもらるか、あるいは代理人が子どもの最善の利益と子どもの意見を一致させるよう子どもに助言を与えたり、アドバイスを行う必要がある⁶⁷。

二つ目のタイプは最善の利益代理人であり、各種資料に当たったり、関係者にインタビューして子どもの利益の調査を行う。子どもの希望は決定要因の一つとなる。そして裁判所はいずれかの弁護士を選任しなければならないとする。

今日では特に子どもの権利確保のために子どもの代理人制度は重視されており、地域の弁護士協会やロー・スクールでは子どもの代理人としての独自の専門性を学習・講習をしている。一般に、各州のロー・スクールと弁護士会が提携して、Continuing Legal Educationとして各種シンポジウムが開かれている。また、裁判所主催でもGALの講習会を開いてい

⁶⁵ Robyn Marie Lyon, *Speaking for a Child: The Role of Independent Counsel for Minors*, 75 Cal. L. Rev. 681, 695-700 (1987).

⁶⁶ American Bar Association Section of Family Law, *Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases 2003*, 37 Fam. L. Q. 126 (2003).

⁶⁷ See, Marvin R. Ventrell, *Rights and Duties: An Overview of the Attorney-Child Client Relationship*, 26 Loy. U. Chil L. J. 259, 278-279 (1995).

るところもあり、ミネソタ州では GAL に最低 40 時間の研修を義務づけている⁶⁸。訴訟後見人弁護士費用については、裁判所が親の収入、経済状態等の状況を考慮して、一方又は双方に支払いを命じることになる⁶⁹。

III. 養育費⁷⁰

別居・離婚後には当然に、双方の親に子の養育費支払義務が生じ、婚姻を経ずに子が生まれ場合も当然に、生物学上の親に子の養育費支払の責任が課せられる。全米において、司法だけでなく、社会保障、行政が一体となって養育費制度を整えている。1975 年に連邦により「養育費履行強制制度 (Child Support Enforcement Program)」が創設され、1996 年に社会保障の「貧困家庭への一時扶助 (Temporary Assistance for Needy Families: TANF)」が成立している。

養育費に関する 2009 年の国勢調査⁷¹を見てみると、養育費の決定率は母子世帯では 54.9% しかなく、決して高くはないことにより、改めて様々な家族のタイプが存在していることがわかる。全て裁判離婚であるにもかかわらず決定率が低い理由として考えられるのは、母子世帯になっているのが離婚だけとは限らないからであろう。また、決定を得ない理由として挙げられているのは、他方親の代わりに提供者がいた 34.4%、法的に取り決める必要を感じなかった 32.1%、他方親が経済的に支払えなかった 29.2%、他方親に支払ってもらいたくなかった 21.1%、子が他方親と部分的に生活している 17.7%、他方親の居場所がわからなかった 16.8%、他方親と接触を取りたくなかった 16.7% となっている。

原則的には、親の再婚が子との交流に影響を与えないのと同じように、養育費にも基本的に影響を与えないが、監護者の経済状況の変化により減額されるか、支払停止になる可能性はある。しかし、共同監護か頻繁な面会交流があると 8 割以上は受給しているとされており、カリフォルニア州の調査では、法的共同監護であれば 96% が裁判所から養育費支払い命令を受けている⁷²。また、身上共同監護の場合は、それぞれにおいて子の養育費を負担しているため、養育費を相手へ渡す必要はなく、養育費は発生しないか、極めて限られた金額となる。

養育費の決定は、離婚時であればそのときに決定される。この場合、各州はすでに養育費ガイドラインを設けており、各州は主に所得シェア方式 (Income Share) と所得パーセ

⁶⁸ Guardian Ad Litem System Program Standards VI (2005) .

⁶⁹ Wis. Stat. § 767.045 (6) ; Hawaii Rev. Stat. § 572-46 (8) . その費用は 2 万ドルを超えることもまれではないとされる。Richard Ducote, Guardians Ad Litem in Private Custody Litigation: The Case for Abolition, 3 Loy. J. Pub. Int. L. 106, 149 (2002) .

⁷⁰ 下夷美幸『養育費政策にみる国家と家族—母子世帯の社会学—』(勁草書房、2008) 149 頁、山口亮子「アメリカの養育費制度についての一考察」産大法学 46 巻 3 号 450 頁 (2012) 参照。

⁷¹ United States Census, Custodial Mothers and Fathers and Their Child Support: 2009. 2004 年は決定率 64.2% であったが 2009 年には減少している。

⁷² Maccoby & Mnookin, supra note 41, at 117.

ント方式 (Percent of Income) のいずれかを取っている⁷³。前者の所得シェア方式は、一つの家庭で生活していたら得られる生活水準を、互いの両親が同じ割合であるいは分担して支払う計算方式である。例えば、父母の合計収入のうち各自の割合を計算し、毎月の子に係る費用を出し、各親の割合に応じて子の養育費の費用をはじき出す。所得パーセント方式は、監護権者の収入にかかわらず、非監護権者の所得から一定の割合を養育費とする。

養育費の徴収は、当事者間で取決めるほか、非監護親の給与から引き落とされるようになっており、2010年の徴収のうち67%は給与引き落としである。事業主は雇用から20日以内にその者を州に登録しなければならず、これは連邦に登録され、それにより非監護親の収入源が特定される。その他、連邦や州の所得税還付金からの相殺、失業給付からの相殺、財産への先取特権などがある。

養育費について当事者間で合意した金額又は裁判所で命じられた金額の養育費が他方親から支払われない場合は、未婚の母、又は離婚後の監護親は、州の養育費履行強制局で履行手続を行う。未婚監護親はTANFを申請することもできる。貧困な未婚の母は子の父が明らかでない場合、当局による父親探索、父性確認のために父親の情報を提供しなければならない。そして当局により父が搜索され、州法が計算する方法で養育費が決定される。事業主が非監護親の雇用を州に登録すると自動的に連邦に登録され、全国網において非監護親の収入源が特定され、非監護親に養育費が請求される。養育費の徴収は非監護親の給与から引き落とされ、局から監護親へ養育費が給付される。義務者が養育費を履行しない場合、裁判所に召還され、審理が行われる。このとき、義務者を追求するのは公益の代表者である州の検察官 (Attorney general) である。子の養育費は公的な監視のもとにおかれるため、多くの州では検察官の任務となっている。それでも不履行の場合は、運転免許証、州の職業若しくは商業免許差止又は取消、パスポート発行の拒絶又は取消しがなされる。最終的には民事的裁判所侮辱罪 (civil contempt) として、支払うまで刑務所 (jail) に収監される。例えばフロリダ州検察局は、2007年1月から2010年6月まで、16万7千件を申し立て、25万3千件の審理が開かれ、13万5千件の履行命令を行っている⁷⁴としている。

アメリカ法では、婚姻外の共同監護を勧めているが、それは同時に、婚姻外でも子に対して親の責任を負担することを勧めているのであり、面会交流により子の精神的生育を育む責務と共に、養育費により経済的責任を果たすことを課しているのである。未婚による出生率が高いこと、離婚率が高いこと、養育費不払いによる収監も後を絶たないことから、アメリカの家族は様々なレベルで国家による援助を必要としている。

⁷³ Jo Michelle Beld & Len Biernat, Federal Intent for State Child Support Guidelines: Income Shares, Cost Shares, and the Realities of Shared Parenting, 37Fam. L. Q. 165 (2003). この他に、メルソン方式というものもある (下夷美幸「アメリカにおける児童扶養履行強制制度」海外社会保障情報100号80頁(1992))。

⁷⁴ Attorney General, Child Support Enforcement Bureau, <http://myfloridalegal.com/pages.nsf/main/f33243fec3e04a6e85256ccb006d06b7>

IV. 面会交流⁷⁵

アメリカの面会交流の特徴として、子どもの利益の確保、親の権利の保障、家族の自律性 (autonomy) の尊重、そして家族の多様性の認容という点を挙げるができる。以下では、婚姻解消後の親子の交流の原則と、それが制限されるその例外について考察する。

1. 親子の交流の原則

(1) 面会交流の権利性

アメリカで、面会交流は一般に訪問 (visitation) と呼ばれるが、その他にも、“access”、“possession”、“partial custody”、“parent-child contact”、“period of physical placement” と呼ばれることから、非監護親が単に外で子どもと会うことではなく、子どもと会う期間に養育を行うことも含まれていることが分かる。一般に、隔週末に泊まりがけで子どもが一方の親の元を訪れるパターンが多い。例えば、金曜日と土曜日を父親の家で過ごして日曜日に帰るか、月曜日の朝に父親が学校まで連れて行き、下校時に母親の家へ帰るパターンである。父母の家が離れている場合は、長期の夏休み、冬休みに非監護権者の家に住む場合もあり、身上共同監護と変わらない。

合衆国最高裁判所において、親には子を養育する自由があること、子の教育を管理する権限があることが示されてきた。Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923) では、婚姻し、家庭を設け、子を養育することが合衆国憲法第 14 修正の自由に当たることが宣言され、Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925) は、「子を養育し、その運命を決定する者は、子自身が将来になうべき義務を認識させ、その準備をさせる義務を伴う権利を有している」としている。直接に婚姻外の面会交流が指摘されたことはないが、学説は、非監護親の面会交流の性質について、婚姻し生物学的繋がりもあり、なおかつ養育を通して精神的繋がりのある親子は、離婚によっても親子の血縁関係及び心理的結びつき、扶養、法的監護権が消失するはずはないのであるから、両親とも離婚後においても子どもと会い、子どもを育てる権利と義務を憲法上保障される権利として依然として持ち続けていると主張している⁷⁶。

また、1970 年代より発達した子どもの心理学や行動科学の研究・調査により⁷⁷、子ども期における親との愛着は子どもの成長のために必要であり、離婚後も子どもが両親から愛され、大事にされていることを確信するために、両親が共により一層子どもとかわり養

⁷⁵ 山口亮子「面接交渉権と子どもの利益-日米の比較」上智法学論集 42 (3・4) 299 頁 (1999)、同「アメリカにおける訪問権」比較法研究 67 号 158 頁 (2005)。

⁷⁶ Ellen Canacakos, Joint Custody as a Fundamental Right, in J. Folberg (ed.) Joint Custody and Shared Parenting, 223; Novinson, Post Divorce Visitation, U. Ill. L. Rev. 121 (1983)。

⁷⁷ Judith S. Wallerstein and Joan B. Kelly, SURVIVING THE BREAKUP (1979)。

育していくことが重要であるということが明らかになった。離婚により半数の子どもは親から捨てられたと感じており、3分の2の子どもは父親を思慕し、2分の1の子どもは特にそれが激しいという。これらの研究は、離婚後初期の面会交流は、その怖れを和らげるために特に重要であるとしている。一方、40%の子どもは親と会うことを楽しみにしているが、不満を持っている子どもも実際には多い。その原因は、面会交流が予定どおりに行われなかったり、期間が空きすぎるために期待を外されることによる。これらの調査・研究により、離婚後の親子の交流は子どもの最善の利益にかなうというコンセンサスが形成された。そこでアメリカ各州法では一般に、離婚後、子どもと両親との頻繁かつ継続した交流を確保することを州の公的政策としており、離婚後の親子の交流を積極的に認めている⁷⁸。そして、全ての州において別居時及び離婚時に非監護親には相当な面会交流が付与される旨規定されており、離婚後の親子の交流は当然のこととされている。

(2) 決定基準

(i) 両親間の対立

両親間に対立がある場合、親子の交流が上手く機能するか否かについて、1973年に出版されたGoldsteinらによる“Beyond the Best Interests of the Child”の書籍⁷⁹において、心理学上の親（psychological parent）という概念が示されたことが画期的であった。同書は、離婚後の親子の交流について、「非監護親が面会交流を行うことが子どもにとってふさわしいか否か、監護親が決めるべきである」と主張し、センセーションを巻き起こしたが、結局アメリカでは受け入れられず、今日では少なくとも離婚後の監護権について、監護親の反対が面会交流拒否の要件となるという考えは取り入れられていない。

離婚後の親子の交流は親の権利であると共に、子どもの利益にもかなうとの前提から、裁判所あるいはメディエーションにおいても、一般的な両親間の対立は面会交流否定の要件にはなっていない。子の監護養育をめぐり、父母の話し合いがつかないケースは10%から20%とされている⁸⁰が、裁判所で非監護親の面会交流が争われる場合、両親間の対立が面会交流を否定する理由とはならない。裁判では、面会交流を拒否する親は、非監護権者の面会交流が精神的、身体的、道徳的又は心理的健康を危険にさらすことにより、子どもに深刻な被害を与えるとの証明を行わなければならない⁸¹。監護親がこういった有害性の証明をしない限り、面会交流は拒絶されないため、親の面会交流は基本的に認められている。

カリフォルニア州における1980年代後半の調査では、離婚後約68%の子どもが母親と住み、父親と住んでいるのが約10%、共同監護として双方と共に住んでいる子どもは約

⁷⁸ Cal. Fam. Code §3020 (b) ; Pa. Con. Stat. §5301.

⁷⁹ Joseph Goldstein, Anna Freud, Albert J. Solnit, BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD, (Free Press, 1973) .

⁸⁰ 棚村政行「子の監護調停における父母教育プログラム」ケース研究 243号 24頁（1995）

⁸¹ Martin Guggenheim, Alexandra Dylan Lowe and Diane Cutis, THE RIGHTS OF FAMILIES, 8（1996）.

15%である⁸²。離婚後すぐは、約7割の子と一緒に暮らしていない親と会っている。3年半後の調査では、父親と会っていない子は39%ほどいるが、母親との交流は80%以上の子どもが行っていた。これらの面会交流のある家庭は一般的に、隔週末に泊まりがけで子どもが一方の親の元に訪れるパターンが多い。例えば、金曜日と土曜日を父親の家で過ごして日曜日に帰るか、月曜日の朝に父親が学校まで連れて行き、その後母親の家へ帰るというパターンである。

(ii) 子の意思

子どもの利益に配慮することも今日のアメリカの特徴である。多くの州法では、監護権・面会交流取決めにおいて子どもの意思を聞くことをその要件に挙げている。しかしそのほとんどは子どもの意向は聞くが、それのみには拘束されないと規定しており⁸³、子どもが監護者を決定するわけではない。この場合、子どもは判事室で裁判官によりインタビューされる。調査によると、14歳から17歳までの子どもの意思については裁判官の8割がその意思を極めて重要と考えており、11歳から13歳の子どもではその割合は4割となる⁸⁴。この場合、子どもに直接父母を選択する意見を求めることは子どもの真の心情を引き出すものにはならず、そのような負担を負わせることも子どもの利益にはならないと考えられている。

ネブラスカ州において、監護者である母親が15歳と10歳の子どもたちの意思に基づき非監護者の面会交流終了を申し立てた裁判⁸⁵で、子どもは法廷で父親との面接拒否の意思を述べ、裁判官室では裁判官により聴聞されていたが、裁判所は子どもの最善の利益を害していると確信しない限り面会交流は否定されないとし、父親との健全かつ適切な関係を形成する機会が与えられることが彼らにとっての最善の利益であるとして、父親の面会交流終了を認めなかった⁸⁶。

ジョージア州では当初、子どもが14歳に達している全てのケースにおいて、子どもは共に暮らしたい親を選ぶ権利を有するものとする。選ばれた親が子どもの監護権を持つ親として不適格者と認められない限り、子どもの選択が支持されるものとするという規定⁸⁷があったが、面会交流の選択についてもこの条項が妥当するかが1984年のPrater v. Wheeler, 322 S. E. 2d 892 (1984)で問題となった。本件では、最終的な判断は裁判所が行うとしな

⁸² MaCoby & Mnookin, supra note 41. 残る割合は、きょうだい分離監護 (split residence) 2.2%, 親が未だ共に住んでいる5%, 親以外の者と住んでいる0.7%である。また調査は、必ずしも法的監護権と事実上の住まいが同一であるわけではないことも明らかにしている。

⁸³ 2013年現在では、マサチューセッツ州以外、全州が監護者決定において子の意思を要件とすることを明記している。Chart 2: Custody Criteria, 46 Fam. L. Q., 514 (2013) .

⁸⁴ Barbara A. Atwood, Hearing Children's Voices: The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions For Reform, 45 Ariz. L. Rev. 629, 634 (2003) .

⁸⁵ Koch v. Koch, 361 N.W.2d 548 (1985) .

⁸⁶ E.g., Hagler v. Hagler, 460 So.2d 187 (Ala.Civ.App. 1984) ; Reynolds v. Reynolds, 426 S.E.2d 102 (N.C.App. 1993) .

⁸⁷ GA. CODE ANN. § 19-9-1 (a) , § 19-9-1 (3) (A) .

がらも、14歳以上の子どもに非監護者との交流を拒否する権利があることを認めたことを契機に、立法府は当該条文に、「当条項は、裁判所によって決定された非監護者の相当の面会交流を否定（deny）すると解するものではない」とする文言を付加した。しかしこれについては Prater ケースを指示する内容なのか、あるいは否定するものかとして問題を生じた。1990年に出された Worley ケースの控訴審（Worley v. Whiddon, 398 S.E.2d 401 (1990)）はこの部分を、「子どもに必要とされる愛情と指導が失われなければならない」という趣旨で立法されたものであると解し、追加部分を子どもは親の面会交流については拒否できないものと解釈して、親の面会交流を認めたが、1991年の州最高裁判所⁸⁸は、14歳以上の子どもには監護権同様、面会交流も拒絶する権限が与えられているとして、14歳以上の子どもの拒絶意思を重視し、子どもが非監護者の面会交流を拒否することも例外ではないと判断した。

（3） 面会交流執行—監護親による面会交流の妨害に対する法的対応

（i） 裁判所侮辱罪（contempt）⁸⁹

非監護親の面会交流は原則として認められ、そしてその取決めは実現されなければならないが、子どもに会わせなかったり、子どもを帰さない場合も生じるため⁹⁰、その確保については様々な法的対応が用意されている。

取り決められた面会交流計画について監護親が違反した場合にまず用いられるのが、裁判所侮辱罪の申立てである。アメリカの裁判所侮辱罪は、現にある命令に従うために科す civil contempt（民事上の裁判所侮辱罪）と、過去の命令違反に対して科す criminal contempt（刑事上の裁判所侮辱罪）とがある。いずれにおいても、制裁金か拘禁のどちらか、あるいは双方が科されることがある。拘禁の場合は刑務所（jail）へ入ることになる。

非監護権者が、監護権者は面会交流に協力的でなかったとか、面会交流を妨害したということを裁判所へ訴えると、裁判所はまず召喚状を送達し、なぜ裁判所命令に違反したのかの「理由開示命令（order of show cause）」を求める。被申立人が可能な裁判命令であるにもかかわらず故意に命令に従わなかったことが認められれば、制裁金か拘禁が科される。ウィスコンシン州では、1日2,000ドル以下の制裁金か6ヶ月以下の拘禁と規定している。しかし、多くの州はその罰則について上限を持たない⁹¹。民事上の裁判所侮辱罪では罰則の期間は不明確で、命令に従うまでとされる場合が多いからである⁹²。アラスカ州

⁸⁸ Worley v. Whiddon, 403 S.E.2d 799 (Ga. 1991) .

⁸⁹ 山口亮子「子どもの引渡に関する人身保護請求—アメリカのヘイピアス・コーパスの変遷からの考察—」上智法学論集 45 卷 4 号 99 頁 (2002)

⁹⁰ 全米で年間 35 万件の違反、子どもの奪取・誘拐が行われているとされている。

⁹¹ David J. Harmer, Limiting Incarceration for Civil Contempt in Child Custody Cases, 4 BYU Journal of Public Law 239, 239 (1990) . 1990 年の時点では 48 州が上限を設けていないとされていた。

⁹² Hugh H. Maloney, Enforcement of Shared Parental Responsibility and Visitation, § 71.12 FLORIDA FAMILY LAW.

は、一つの不履行に対して 200 ドルの賠償を認めていた⁹³。

面会交流問題で裁判所侮辱罪が適用された著名なケースに、1988 年のモーガンケース⁹⁴がある。形成外科医の母親が、父親の性的虐待を疑い子との面会交流を拒絶し、子どもを隠したことで、裁判所による面会交流命令に従うまで 25 ヶ月間拘禁された。

1983 年のコロラド州のケースでは、相当な面会交流を持っている父親に無断で子どもを連れてニュージャージー州へ転居した母親に対し、裁判所侮辱罪が適用され、父親が 1 年半子どもと交流できなかったことに対する 446.75 ドルの損害賠償と 2,000 ドルの弁護士費用支払いが命じられている⁹⁵。カリフォルニア州の判例⁹⁶では、父親の面会交流を拒否した母親に裁判所侮辱罪が適用され、500 ドルの制裁金と 5 日間の拘禁が科されている。

メイン州最高裁判所⁹⁷では、同棲解消後、裁判所で 4 歳の子の非監護権者の父に最低 1 週間に 2 回と休日と休暇を加えた面会交流が認められていたにもかかわらず、母は無断で転居し、父が何度も電話したにもかかわらず電話に出ず、2 ヶ月も子どもと会わせなかったことで、立法に従い母親に最低 100 ドル支払う裁判所侮辱罪が認められた。

子どもが非監護親に会うのを嫌がるため会わせなかったために裁判所侮辱罪に問われるケースもある。1979 年のジョージア州の判例では、「5 歳と 8 歳の子どもは独自に面会交流否定を決定できない。母親は協力的に子どもに面会交流を勧めるべきだった」として監護親に裁判所侮辱罪が認められた⁹⁸。これに対し、子どもが父親と会うのを嫌がった理由に、母親に故意の姿勢はなかったとされたケース⁹⁹がある。

(ii) 監護権変更

裁判所侮辱罪の手續に乗じて監護権変更を申し立てることもあるが、監護権変更を懲罰的手段で用いることに対して裁判所は消極的である¹⁰⁰。しかし、子どもの最善の利益にかなう場合には、非監護権者から監護権変更が申立てに対して認められることもある。

(iii) 養育費の停止

前記のように、アメリカでは離婚手續は全て裁判所を通して行うにもかかわらず、養育費の取決め割合は決して高くはない。統計によると、2009 年は母子世帯で 54.9%であった。なお、2001 年は、何らかの（臨時・定期的含めて）養育費を受け取っているのは 73.9%で、

⁹³ Alaska Stat. Ann § 25.20.140.

⁹⁴ Morgan v. Foretich, 846 F.2d 941 (4th Cir. 1988) ; Morgan v. Foretich, 564 A.2d 1 (D.C. 1989) . この事件についての詳細は Jonathan Groner, HILARY'S TRIAL: THE ELIZABETH MORGAN CASE (1991) .

⁹⁵ In re Marriage of Harris, 670 P.2d 446 (Colo. App. 1983) .

⁹⁶ Coursey v. Coursey, 239 Cal.Rptr.365 (Cal. 1987) .

⁹⁷ Pratt v. Spaulding, 822 A. 2d 1183 (2003) . この場合の認定は、「明白かつ確信できる証拠」基準が必要となるとされた。

⁹⁸ Smith v. Smith, 259 S.E.2d 480 (1979) .

⁹⁹ Coursey v. Superior Court, 239 Cal. Rptr. 365 (1987) .

¹⁰⁰ In re Marriage of Fox, 548 N.E.2d 71, appeal denied, 553 N.E.2d 395 (1990) .

法的取決めをしているのは 59%であり、2004 年の取決め率は 64.2%であった¹⁰¹。

養育費の支払いと面会交流には深い関係があることは以前から指摘されており、監護権者は養育費を支払わない非監護権者には子どもを会わせたがらず、また面会交流を妨害された非監護権者は養育費支払いを渋るようになる¹⁰²とされている。2001 年の国勢調査によると、子どもの養育費について取り決めている 85.3%の監護親が非監護親との共同監護や面会交流を取り決めており、その 77%が養育費を受け取っている。共同監護や面会交流を取り決めていない監護親は 55.8%しか養育費を受け取っていない。裁判例では *Turner v. Turner*, 919 S.W.2d 340 (1995) は、非監護親が支払い能力があるのに子どもの養育費を支払わなかった場合、裁判所は親のネグレクトを理由として面会交流を拒否することができる¹⁰³と判断しており、*Dana v. Dana*, 789 P.2d 726 (Utah App. 1990) は、監護者である母親が、非監護親が面会交流しなかった代償として、より養育費を増やすか面会交流をするよう求めた裁判で、ユタ州控訴審裁判所は、面会交流の目的は子どもと非監護親との関係を促進させるためのものであるとした上で、慣習上面会交流することを強制することはできないとしている¹⁰⁴。

州法において、養育費と面会交流との関係を規定しているが、多くは養育費支払いは監護親の面会交流妨害に影響を受けないと規定している¹⁰⁵。しかし、1994 年の判例においてカリフォルニア州最高裁判所は、監護親から隠されている子どもに対して養育料の支払いを行わなかった非監護親にその遅滞の支払いを命じなかった事実審の決定を支持している¹⁰⁶。この場合裁判所は、「行方不明の人間に対する養育費支払いは発生しないため、隠匿は命令の目的を無効にさせる¹⁰⁴」という理由付けを行った。

他方、州法により養育費との関係を明示しているところもある。ニューヨーク州法¹⁰⁵では、養育費を受けている監護親が不当に面会交流を妨害した場合、裁判所はその裁量において、面会交流が侵害されている間、それらの支払いを停止するか、支払い遅滞を無効にすることができる¹⁰⁶と定めている。これに従って判例においても、ニューヨーク州控訴審裁判所は、監護権者の母親が父親に通知もなく突然ニューヨーク州からカリフォルニア州へ子どもを連れて転居したことは、父親の面会交流を妨害したものであるとして、その間、父親の養育費支払いの停止を認めた事実審の判断を認容した¹⁰⁶。養育費の支払いを終了させることはできないが、妨害されている最中に停止することはできるのである。オレゴン州法はより厳格で、監護権者が他方親の子どもと過ごす権利 (parenting time rights) を正当な理由なく妨害した場合に、裁判所は養育費の支払い命令を変更するか終了できると規定する¹⁰⁷。

¹⁰¹ United States Census, *Custodial Mothers and Fathers and Their Child Support*: 2009

¹⁰² Cal. Fam. Code § 3556.

¹⁰³ *In re Marriage of Damico*, 29 Cal Rptr. 2d 787 (1994) .

¹⁰⁴ *Id.* at 792.

¹⁰⁵ NY CLS.Dom.Rel. § 241.

¹⁰⁶ *Alexander v. Alexander*, 514 N.Y.S. 2d 148 (1987) .

¹⁰⁷ Ore. Rev. Stat. § 107.431.

養育費執行に関する統一法（Revised Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act）では、「義務者が負っている養育義務の決定あるいは執行は、裁判所により認められた監護権又は面会交流権の権利者による妨害に影響されない¹⁰⁸」と規定しており、連邦法の社会保障法に関する規定も養育費支払いと面会交流との関連性を明記していない。これは、子どもは面会交流命令を無視する監護親のために損害を被るべきではないという理論から来ている¹⁰⁹。

(iv) その他

その他、面会交流や監護権が執行されなかった場合、裁判所への再度調整の申立てを用意している州もある。コロラド州では、養育計画の変更を申し立てること、養育時間の執行を求めることを規定により詳細に規定している。そしてこのように他方の親が離婚後の取決めを守らなかった場合、再度なされる調整においてその裁判費用や弁護士費用を他方親へ課すことを定めている¹¹⁰。イリノイ州家族法の「面会交流命令の執行、面会交流濫用」規定¹¹¹は、非監護権者が監護権者からの面会交流を拒否されたり、妨害されたりした場合には、家庭裁判所に命令違反を訴えることができるとしている。なお、イリノイ州ではこの民事規定に加えて、刑法の誘拐罪の中にも面会交流侵害が規定されており、軽罪を構成している¹¹²。

また、裁判所侮辱罪の制裁金が裁判所へ納められるのに対し、bond という債務を課し、違反した場合に違反者が金銭を支払うことを定めることもできる。カリフォルニア州家族法では、相手の面会交流を妨害した場合、理由開示命令が認められたら金銭賠償として最低限 100 ドルの支払いが科せられると規定している¹¹³。ここでは賠償金として、相手方へ支払われることになる。

さらに法的には、相手へ不法行為の賠償請求をすることも可能である。特に、子どもに対し、他方の親の悪口を吹き込み疎外させ、親子乖離症候群にさせた場合、故意に面会交流を妨害した場合、相手に精神的苦痛を故意に与えた場合に訴えを提起でき、また面会交流を妨害した第三者にも請求した例もある¹¹⁴。

¹⁰⁸ Greg Geisman, Strengthening the Weak Link in the Family Law Chain: Child Support and Visitation as Complementary Activities, 38 S. D. L. Rev. 568, 583 (1993).

¹⁰⁹ Id. at 589.

¹¹⁰ Colo. Rev. Stat. Ann 14-10-129.5.

¹¹¹ 750 ILCS 5/601.1. (e).

¹¹² 720 ILCS 5/10-5.5

¹¹³ Cal. Fam. Code § 3028 (c) (1).

¹¹⁴ William L. Hill, Tort Recovery for Intentional Interference with Visitation Rights: A Necessary Alternative, 32 U. of Louisville J. of L. 657 (1994). Pankratz v. Willis, 744 P. 2d 1182 (Ariz. Ct. App. 1987) では、精神的苦痛に対し 125,000 ドルの支払いを命じた。

2. 親子の交流の例外一面会交流の制限

(1) 立法による制限

カリフォルニア州法が、「その面会交流が子どもの最善の利益に害であるとの証明がない限り、裁判所は親に相当な面会交流を付与しなければならない (Cal. Fam. Code §3100 (a))」と定めているように、別居後及び離婚後の親子の交流はいずれの州においても基本的に認められており、面会交流に反対する監護親は有害性の立証を行わなければならない。有害のタイプで問題になっている代表的なものである性的虐待、DVを次に見ていくことにする。

(2) 判例

(i) 性的虐待

1985年のメリーランド州判例¹¹⁵では、父親が子どもに性的虐待をしていることが明らかで、それが確実な証拠によって立証されたにもかかわらず父親の面会交流を終了させなかった事実審の判断について、控訴審裁判所は面会交流を重要でかつ当然な法的権利と位置づけ、児童虐待の認定があってもそれは全ての面会交流を不可能にするものではないと判示し、事実審裁判所が命じた制限付きの面会交流の決定を認容した。アラバマ州の判例¹¹⁶は、事実審裁判所が父親に性的虐待の疑いがあるにもかかわらず、監督なしの自由な面会交流を付与した事実審の判断に対し控訴審裁判所は性的虐待の事実を確認し、事実審の決定を破棄した。しかし宿泊を伴った面会交流は禁じたものの、子どもとの面会交流に厳重な監視をつけた別の面会交流計画を指示するよう差し戻し、面会交流自体は禁止しなかった。このように、親に性的虐待の認定がなされた場合においても、完全に面会交流を終了することは原則としてない。ましてや性的虐待が確認されなかったり、ただ単に疑いがある場合¹¹⁷、また過去に継子やその友達に対し性的虐待の事実はあるが実子にはない場合¹¹⁸など、面会交流を制限する理由にはなっていない。

ただし、虐待が証明された父親が集中的心理療法に行くまで面会交流を差し控えたものもある¹¹⁹。立法でも例えばルイジアナ州法が、「明確かつ確信ある証拠により親が子どもに性的虐待を行っていたと裁判所が認定した場合、裁判所は虐待親が治療プログラムを完了するまで、及び監督付きの面会交流が子どもの最善の利益にかなうと認定するまで、全ての面会交流と親子の交流を禁止するものとする¹²⁰」と規定しているように、虐待が証明された場合は治療が終わるまでは控えらる。

¹¹⁵ Arnold v. Naughton, 486 A.2d 1204 (Md. App. 1985) .

¹¹⁶ Y. A. M. v. M. R. M., 600 So.2d 1035 (Ala. Civ. App. 1992) .

¹¹⁷ Peterson v. Peterson, 818 P.2d 1305 (Utah App. 1991) .

¹¹⁸ Handrahan v. Handrahan, 547 N.E.2d 1141 (Mass. App. Ct. 1989) .

¹¹⁹ D. A. H. v. G. A. H., 371 N.W.2d 1 (Minn. Ct. App. 1985) .

¹²⁰ La. Rev. Stat. Ann. §9:364 (D) .

(ii) DV

ほとんどの州でDVは監護権及び面会交流付与の考慮要件となっており、子どもを保護するため監督付き面会交流(supervised visitation)を認めている。1983年のニューヨーク州判例は、子どもの前で母に暴力を働いたことは面会交流を終了させるには十分な証拠にはならないとして、監督付き面会交流を認めた¹²¹。なお、監護権関連訴訟以外でDVの暫定的保護命令の場合、面会交流は停止されることもある。

ルイジアナ州法では「家庭内暴力の履歴が認定された場合、裁判所は当該親の治療プログラムの参加及び終了に応じて監督付きの面会交流のみを許すものとする¹²²」と規定しているが、現在多くの州で裁判所が命じるDVの加害者に対してカウンセリングと治療を規定しており、1996年のウエストヴァージニア州の判例¹²³では、DVを行う父親が精神治療を行うまで監督付き面会交流を停止するよう命じた。

(3) 監督付きの面会交流(supervised visitation)

非監護権者の面会交流を全面的に否定するのは極めてまれなことであり、子どもに危険が及ぶ可能性がある場合には、誰かがその面会交流を監視する監督付き面会交流が取り入れられている。カリフォルニア州裁判所規則¹²⁴では supervised visitation¹²⁵について、監督者となる者の要件や監督時の行動等、次のような詳細な規定を置いている。カリフォルニア州北サンタクララ郡及び南サンメテオ郡には私立の supervised visitation services が1996年より設立されており、ここは当裁判所規則に従って専門家を派遣している。

【監督者】 監督者には一般人、専門家、治療専門家が想定されている。友人や親戚の者などの一般の者は、21歳以上、過去10年間プロベーションやパロールを受けていない、児童虐待や人身犯罪の有罪判決の前科がない、過去10年間に民事・刑事・少年拘束命令を受けていない、監督される者に経済的に依存していない等の条件が課せられている。

専門家には supervised visitation services から有給の者、supervised visitation center や機関を通して又はこれから独立したボランティアやインターンの者がこれにあたる。

専門家・治療専門家(精神保健専門家、精神科医、心理学者、臨床ケースワーカー、婚姻・家族カウンセラー等)は、専門家としての役割、児童虐待通告法、記録保持手続、面会交流のスクリーニング・モニタリング・面会交流の終了、子どもの発達ニーズ、監督者

¹²¹ Katz v. Katz, 467 N.Y.S.2d 223 (Sup.Ct. 1983) .

¹²² La. Rev. Stat. Ann. §9:364 (C) .

¹²³ Mary Ann P. v. William R. P, 475 S.E.2d 1 (W.Va. 1996) .

¹²⁴ Cal Rules of Court §26.2.

¹²⁵ また、国を越えて情報交換や研究会を行っているNPOの supervised visitation networkもある。
<http://www.svnetwork.net/index.html>

の法的責任と義務、文化的知識、利益の対立、秘密保持、薬物中毒・虐待・性的虐待・DVに関する問題等について研修を受けなければならない。監督者は最初の面会交流前に個々の当事者に会い、危険性の性質と程度について把握しなければならない。

【監督時に行うこと】

- ① 子どもの安全と福祉を確保するよう状況を監視する。
- ② 裁判所から命じられた面会交流の頻度と継続を実行する。
- ③ どちらかの味方にならない。
- ④ 裁判所による特別な命令のない限り、常時監督者の見聞きできる範囲で、また会話が監督者に聞こえる範囲で子と非監護者との交流が図れるようにする。
- ⑤ 子どもの非監護者の話す言語を話すこと。
- ⑥ 他方の親、家族、養育者、子ども又はきょうだいについての悪口を禁じる。
- ⑦ 裁判事件又はその結果の可能性についての会話を禁じる。
- ⑧ 監督者も子どもも他方当事者又は養育者の情報を集めたり、資料・情報・個人の所有物を伝えたりすることができない。
- ⑨ 子どもを叩く、打つ、脅すことを禁じる。
- ⑩ 当事者がアルコールや違法ドラッグを行いながら現れた場合は、子どもと会うことを禁じる。
- ⑪ 子どもに心理的・言葉による・身体的・性的虐待を禁じる。
- ⑫ 監督者や裁判所から加えられたルールに当事者が従うよう努める。

【性的虐待ケースの安全配慮】 贈り物・お金・カードの交換を禁じる。子どもの写真撮影・声の録音・ビデオ撮影を禁じる。子どもを膝の上に乗せること、髪をとかすこと、つけ回すこと、手を掴むこと、長く抱くこと、レスリングの格好をすること、くすぐること、馬乗りをさせること、おむつを変えること、子どもと一緒にトイレに行くこと等の身体的接触を禁じる。囁かくこと、手紙を送ること、手や身体で合図を送ることを禁じる。性的虐待が生じたとされる場所での監督付き面会交流を禁じる。

【一時的停止あるいは終了】 面会交流ルールが破られたり、子どもが極端に苦しんだり、又は子どもや監督者の安全が脅かされたりしたと監督者が判断した場合、面会交流は一時的に停止できるか、後日に変更できるか、あるいは終了することができる。これら全てのことはケースファイルに記録しなければならない。監督者は面会交流の中止や終了の理由を両当事者に通知しなければならない。

また州法では、監督者の費用について、面会交流を行使する親に支払わせるよう規定している¹²⁶。ニューヨーク州にある私立の Supervised Visitation Services では、通常 1 時間の面会交流監督が 55 ドル、治療的面会交流監督が 1 時間 75 ドルとされている¹²⁷。

¹²⁶ 19-A M.R.S. § 1653 (6) (B) ; Code of Ala. § 30-3-135 (b) (5) .

¹²⁷ <http://www.svs-ct.org>

V. 子の奪い合い紛争

ここでは、具体的に子の奪い合い紛争が生じた場合の手續についてみていくことにする。立法・判例は、管轄権に留意した子の引渡請求の手續と、それを予防する意味で無断転居の制限を設けている。

1. 子の引渡請求¹²⁸

(1) 別居中の父母間における子どもの奪取—暫定的監護命令

アメリカでは、別居時にも裁判所による子どもの監護命令が必要とされているので、別居中に他方の親から子が奪取された場合、残された親は子の引渡しを求める権利を得るために、まず家庭裁判所で暫定的監護権を請求しなければならない。緊急の場合又は子どもの行方が知れないときは、暫定的監護権は必ずしも父母双方が家庭裁判所に出廷しなくとも、一方だけの出廷で得ることができる。虐待やDV等がない状態で、一方の親が両親間の合意がないまま無断で子どもを家庭から引き離すことは子どもにとって有害であり、他方の親の権利を侵害しているとみなされるので、残された親は暫定的監護権を得やすい立場にある。

(2) 裁判所侮辱罪

別居時の暫定的監護命令を含め、離婚後の監護命令が出された後の対処について、以下に一般的なものから一部の州の特殊なものまで順に概観する。

裁判所の監護命令に違反して子どもの返還がなされなかったり子が奪取された場合、アメリカで一般的には、裁判所侮辱罪 (contempt of court) が適用される。この場合、まず残された親は、多方親がなぜ命令に違反したのかについて「理由開示命令 (order of show cause)」を裁判所に求めることになる。裁判所は拘束者に弁護の機会を与えるために裁判所へ召喚し、この手續において拘束者が理由なく監護命令に従わなかったことが認められれば、裁判官は裁判所侮辱罪として制裁金か拘禁を命じる。例えばウィスコンシン州はこれを、1日2,000ドル以下の制裁金か6ヶ月以下の拘禁として規定している (Wis. Stat. Ann §785.04)。違反が続けばこの罰は重ねられ、制裁金と拘禁双方が科されることもある。この制裁金の金額と拘禁期間の上限については、州によっては立法上明示せず、裁判所の裁量に任せているところもある¹²⁹。

カリフォルニア州の判例では、父親が訪問権行使の後4歳の娘を拘束し、3年2ヶ月後

¹²⁸ 山口亮子「子の奪い合い紛争の法的解決をめざして—アメリカ法の視点から」日本家族<社会と法> 17号 (2002)

¹²⁹ David J. Harmer, Limiting Incarceration for Civil Contempt in Child Custody Cases, 4 BYU Journal of Public Law 239, 239 (1990). 1990年の時点では、48州が上限を設けていないとされている。

に子どもが母親の元に戻った事件で、子どもの帰宅後母親が父親の違反を訴えた。裁判所はこれに対して裁判所侮辱罪として、父親に1,000ドルの制裁金と5日間の拘禁を言い渡した¹³⁰。

裁判所侮辱罪で拘禁が命じられた場合は、当地区のシェリフ（保安官）が被告人を勾引し、そこにいる子どもは申立人の親のもとへ返還されることになる。しかしこれは、子どもが隠されている場合に、シェリフが子どもを探し出して返還することまでは意味しない。なお実際は、裁判所侮辱罪の適用は、現に違反している者が裁判所命令に従うように、制裁金を課して間接強制をする場合が多く、拘禁を命じるのは最終手段である。

（３） 家庭裁判所による監護命令の執行

この他の手段として、監護権者が家庭裁判所に監護命令を執行する訴えを申し立てることができる州もある。例えば、イリノイ州の「監護命令の執行」規定によると、裁判所は監護命令の執行を命じ、子どもを連れ戻す親を補佐するために、シェリフ又は法執行官（law enforcement officer）を任命することができる旨定めている（750 ILCS5/611（a））。ここで法執行官とは警察官を指す。家庭裁判所が子どもの監護決定のみならず、監護権の執行を含めて一連の問題に対処できることが立法により確保されているのである。ただし、この手続があっても、裁判所侮辱罪に訴えることを妨げるものではない。

（４） 人身保護手続（habeas corpus）

人身保護手続も、子どもの返還のためには有効な法的手段である。50州が独立した立法を持つアメリカでは、一方の親が子どもを連れて他州で子どもの監護権を得た場合、どこの裁判所の決定が有効であるかという州際間の管轄権に関する法的問題が生じる。そこで、この問題を解決するために1969年に「統一子どもの監護権管轄法」が、1980年に連邦「子どもの誘拐防止法」が制定された。これにより、子どもが他州へ行っている場合にも、子どもが6ヶ月間継続して居住していた州（home state）で決定された監護命令は、現在子どもがいる地区の裁判所で承認されなければならないとされた。そこで、監護権者は子どものいる州で監護権の執行命令を求めることになる。これについては州により、家庭裁判所による監護命令の執行手続によるのか、裁判所侮辱罪によるのか、あるいは人身保護令状請求（writ of habeas corpus）によるのか、州法又は州規則、あるいは郡裁判所規則により異なってくる。人身保護令状請求は従来、拘束の違法性に基づいて人を救出するために用いられてきた緊急性の高い手続であったが、非監護権者に拘束されている子どもに対しても用いられるようになってきた。ただしその場合、我が国のように一般的な人身保護規定を子どもの監護問題に用いる州と、テキサス州のように、子どもの監護権執行の手続

¹³⁰ People v. Derner, 227 Cal. Rptr. 344 (Cal. App. 2Dist. 1986). 裁判所侮辱罪は、実際は子どもを取戻すために訴えることが多いが、判例に現れるのは子どもが返還された後の場合が多いようである。

として、家族法に独自にその規定をおいている州とがある。

判例法では当初、子どもの監護権にかかわる人身保護令状請求は、監護権者へ子どもを返還する手続であった¹³¹が、次第に子どもの最善の利益考察に基づき、子どもの監護権と子どもの返還を決定する手続へとになっていった。しかし近年は再び、人身保護手続は子どもの法的監護権者にその監護権を執行させることのみを制限し、この手続で子どもの監護権を決定したり、変更することはできないとする判例が多く出されるようになってきている¹³²。このような場合、申立人である親に暫定的なものまで含めて監護権がなければ、別に訴えを提起して監護権を取得した後に人身保護手続を申し立てなければならない。テキサス州法は、人身保護手続は監護権者に子どもを返還することに限定する手続とし、子どもの監護決定には適用されないとしている (Tex. Fam. Code §157.372, §157.376 (b))。ただし、子どもを返還することで、子どもの福祉に関して緊急かつ深刻な疑問がある場合は、現に子どもを拘束している親に暫定的監護権を付与することも規定している (Tex. Fam. Code §157.373)。なお、テキサス州の人身保護令状発行は、被申立人に子どもを連れて裁判所へ出廷することを命じ、なぜ子どもを拘束しているのかの理由開示を命じるものである。被申立人が子どもを伴わずに現れたり、子どもと共に逃亡するようであれば、身柄確保令状 (writ of attachment) が出されることになる。通常、人身保護令状には身柄確保令状も添えられている。また、テキサス州の人身保護手続は監護権執行手続であるため上訴はできず、人身保護手続自体に制裁金や刑事罰はない。通常は、人身保護手続と同時に裁判所侮辱罪が申し立てられているので、これにより補完、強制されることになる¹³³。

(5) 検察官による監護命令の執行—カリフォルニア州

親による子どもの奪取が行われると、残された親は家庭裁判所に救済を求めるのが通常の方法であるが、民事手続を行っているうちに奪取者が子どもを連れて州外へ逃亡するおそれもあるため、警察へ届け出ることも多い。全ての州で、親による子の奪取は刑法上の罪に問われるため、アメリカでは親による奪取を民事・刑事の両面で対応することが可能である。例えばイリノイ州刑法 (720 ILCS 5/10-5 (b) (6)) では、一方の親が 15 日間子どもを隠し、他方の親に相当な通知をしない場合は児童誘拐にあたりと定義しているため、親による子どもの奪取に警察官が取り組む例も決して少なくない。そのような状況のなかで、カリフォルニア州は 1976 年から、子どもの監護命令の執行に、検察官が民事・刑事のあらゆる手段を用いて行動することを家族法で規定している (Cal. Fam.

¹³¹ Sanford N. Katz, CHILD SNATCHING: THE LEGAL RESPONSE TO THE ABDUSTION OF CHILDREN, 109 (ABA, 1981) .

¹³² Paula A. Monopoli, Habeas Corpus Proceedings, CHILD CUSTODY & VISITATION LAW AND PRACTICE § 7.03[2] (1998) .

¹³³ Robinson C. Ramsey, Chapter 30 Enforcement of Conservatorship Decree, TEXAS FAMILY LAW SERVICE, 50-55 (1997) .

Code §3131)。残された親が警察へ子どもの奪取を届け出ると、警察はカリフォルニア州の 58 郡のいずれかの「子どもの奪取専門の検察官事務所」に連絡を入れることになる。検察官は、子どもを奪取された親が婚姻中や未婚時など、特に裁判所による監護命令がない場合は、すぐに暫定的監護権を得るよう勧め (Cal. Fam. Code §3132)、そして可能であれば、子どもを奪取している親又はその弁護士とも連絡を取る。

子どもの捜査の初期の段階で、検察官は子どもの「保護監護令状 (protective custody warrant)」を家庭裁判所に求めて、子どもを連れ戻す令状を得る (Cal. Fam. Code §3134.5 (a))。しかし、奪取している親が他州で監護権を得ている場合など、管轄権が問題になることもあるため、その場合はカリフォルニア州の当地区の家裁で管轄権の問題を提起し、民事的解決を図ることになる。州際間の問題は、裁判官同士の電話による連絡・交渉が必要とされているが、カリフォルニア州では検察官が他州の裁判所や検察官との連絡・交渉を行う。調査によると、通告される奪取事件の 90% は、検察官が訴える親と奪取した親との双方に電話でアドバイスすることによって解決しているとされている。親が子どもを連れ去り、拘束し、あるいは隠していることが刑法上の行為を構成することが分かれば、多くの親は子どもを返還するという。ここでは一種の、検察官による調整が功を奏している結果と言えよう。

2. 監護親の転居の制限 (relocation) ¹³⁴

(1) 判例

全ての州法又は判例法により、別居・離婚後、同居親は他方の親に法的監護権が有る無しにかかわらず、非同居親の同意を得ずに子転居を制限することが制限されている。子の奪取を防止するためと、子が非同居親との継続かつ頻繁な交流を維持するためである。

これについてカリフォルニア州法は次のように規定する。「裁判所が監護権の命令を下すにあたり、その命令が不相当であるとみなされない限り、先に転居に関する適切な文書が存在しない限り、裁判所は一方の親が子どもの住居を 30 日間以上変更する計画をしている場合、あらかじめ転居に関する合意書がなければその親は他方の親に通知しなければならないことを条件とすることができる。この通知は、予定した転居に先立って、知らせを受ける親の最後の住所に、返信可能な切手を貼付の上手紙で郵送することを要する。この通知のコピーもまた、一方の親の代理人へ送付しなければならない。可能な範囲においてこの通知は監護権に関する新たな合意を行うメディエーションの時間を与えるため、予定している転居前最低 45 日以内に交付しなければならない (Cal. Fam. Code §3024)。」これにより、転居後の養育計画が調整され、監護親と子どもとの転居が調整されることになる。

¹³⁴ 山口亮子「離婚後の親子の交流の確保—アメリカの訪問権判例からの考察—」山梨大学教育学部研究報告 48 号 177 頁 (1997)、同「子の監護権と転居—アメリカにおける Relocation 問題—」産大法学 48 巻 3・4 号掲載予定。

なお、カリフォルニア州には、「転居 (removal) が子の権利又は福祉を害する場合に、裁判所がそれを制限する権限があることを前提として、監護権を付与されている親は、子の住居を変更する権利を有する (Cal. Fam. Code § 7501 (1))」とする規定があるため、転居する親に有効な州と位置づけられているが、今日その例外が認められることにより転居が制限されるに至り、規定のみでは計れない現状が明らかになった。

従来裁判所は、親の決定に介入することに謙抑的であったが、1991年の *In re Marriage of Carlson*, 280 Cal. Rept. 840 (Cal. Ct. App. 1991) において、転居時の証明責任について明らかにした。離婚時に父母双方に法的共同監護権、母に身上監護権、そして父に相当な面会交流権 (reasonable visitation) を持つことに合意した。離婚後しばらくして子と共に生活している母が、カリフォルニア州から故郷のペンシルベニア州へ子どもを連れて転居を計画したことに対し、父が転居差止めを求めた。控訴審裁判所は、両親の関係解消後に子が父母双方と頻繁かつ継続して交流することを子の利益としている規定から、子が父との交流を妨げられることは子の利益に反するとし、転居を制限した事実親の判断を認めた。そしてこの場合、転居が子にとって有害であるか否かの証明責任は残される親にはないと判断した。

続いて、1996年の *In re Marriage of Burgess*, 51 Cal. Rept. 2d. 444 (1996) も、離婚時に両親に法的共同監護権が、母に身上監護権が認められていた事案であり、約1年後に母が、就職と生活の便宜のため、離婚後子と暮らしている現在の住まいから50マイルほど離れた同州の地域へ転居を計画していた。父が転居に反対し、裁判所に差止めを申し立てたが、カリフォルニア州最高裁判所は、転居を計画している親に、その転居が監護のため「必要である」との証明責任は課されないとし、本件において50マイル離れた場所への転居により監護権を変更するまでもないと判断した。この判例は、カリフォルニア州家族法において、判断の指針となると明示されている¹³⁵。

しかし、2004年の *In re Marriage of LaMusga*, 12 Cal. Rept. 3d 356 (2004) が *Burgess* 基準をとりながらも、身上監護権者の転居を制限したことで注目された。本件は離婚時に4歳と6歳の2人の男児に対して、母が単独監護を求めていたが、父が共同監護を求めたため、裁判所は親に法的共同監護権を、母に身上監護権を付与した。父の面会交流の内容については父母双方で争いがあった末、心理学者による監護鑑定が行われたりして、毎週火曜と水曜に4時から7時半まで、隔週末の金曜日5時から日曜日の6時までとなった。離婚後数年して父母双方は互いに再婚し、子と同居している母は再婚後の夫との間に一児をもうけ、夫の自動車販売営業の仕事のオファーを理由として約4年後、母が子ども2人を連れてカリフォルニア州からオハイオ州へ転居することを希望し、面会交流の変更を求めた。裁判における心理学者による鑑定によると、子は両親間の高葛藤により精神的に不安定になっていること、父母に信頼関係はなく、母は子と父との交流に積極的ではなく、

¹³⁵ Cal. Fam. Code § 7501 (2) .

父はこの転居は自分を遠ざけるために計画していると思っていること、子と父との愛着関係は強く、このまま子と父との交流が阻害されれば、子は精神的に思い葛藤を抱えるようになること、今の状況を改善するためには、精神医学の研究に基づけば面会交流を増やすか身上監護権を変更することが子の精神状態のために望ましいことであるとの報告書を裁判所へ提出した。事実審裁判所は、母がオハイオ州へ転居するならば、学期中は身上監護を父へ変更するよう命じたが、控訴審はこれを破棄した。カリフォルニア州最高裁は控訴審の判断を破棄・差し戻した。判断において、先例である *Burgess* を踏襲し、監護親は、計画している転居が「必要」である事を証明する必要はないことを明示して、非監護親に子の住居の移動が子にとって有害となることを証明する責任があるとしている。なお本件は、どちらの親が子に対して適格かの問題ではなく、子が転居することが子の最善の利益にかなうかが問われるものであり、母が父を遠ざけようとしてきた過去の行為が問われているのではなく、今後子が非監護親（法的監護はあるが共に生活をしていない親）との交流できないことが、子の最善の利益にかなうか否かが問題であるとした。結果として、*LaMusga* ケースは、事実審裁判所の判断を支持し、非監護親と子との関係を重視した。

ニュージャージー州も詳細な判例法の変遷により、監護権者の転居の基準について一定の要件を定めてきた。当初 1976 年の *D'Onofrio* ケースは、転居が認容されるか否かの判断において、①監護親と子との一般的な生活の質が転居によって向上するという期待利益、②転居について監護親の動機の誠実さ（面会交流を取りやめたり妨げたりするつもりはないか否か、代替の面会交流命令に応じるつもりがあるか否か）、③転居を反対している非監護親の高潔さ、及び継続している養育費に関して経済的に有利に立とうとしていないか否かの程度、④転居が認められた場合、非監護親と子との関係を保護し見守る基本的なことを提供できるか、といった面会交流の現実的機会という基準を掲げ、転居を希望する監護親がこれらの証明責任を負うとしていた。この考慮基準は各州の裁判所の判断基準として採用されている。

同州の 1984 年の *Cooper* ケースも監護親による証明責任を踏襲したが、1988 年の州最高裁 *Holder* ケースにおいて、監護者が動機の誠実さ（*sincere, good-faith reason*）を証明した後で、非監護親が転居は子の最善の利益に害になる証明をすべきことと変更された。

これらの判例は、監護者の移転の自由と非監護者が子どもと会う権利及び子どもの最善の利益の 3 点の調整を求めて、監護者に移転が認められる基準を確立してきたのである。今日では各州とも州法において、これらの基準、証明責任の負担をどちらが負うかについて明らかにしている。

（２） 規定

アメリカの *relocation* ルールは、これらの判例の進展により 1990 年より制定法が整ってきたとされている。転居が争われるのは事実審（*trial*）であり、対審構造による訴訟が行われることとなる。非監護親は転居の差止めを求めるか、転居を理由に監護権の変更を

求める。裁判所が転居の是非を審査するにあたって、各州は、転居を希望する同居親に転居が子の利益にかなうとする証明責任を課すか、残される親に転居が子に有害になるとする証明責任を課すか、あるいは前記のニュージャージー州のように、はじめに同居親が証明した後で非同居親に証明責任を課すかに分けられる¹³⁶。そこにおける考慮要件は州によって様々であるが、アメリカ婚姻法弁護士アカデミー（American Academy of Matrimonial Lawyer）が各州の判例法を検討した上で、モデル法（Model Relocation Act）を1997年に出しており、そこでは次のような考慮要件を挙げている¹³⁷。

- ① 転居を希望している者と子どもとの関係の性質、質、関係の範囲、及びその長さ、そして転居しない親、きょうだい、その他子の生活に重要な関係のある者との同様の関係、
- ② 子の年齢、生育段階、必要性、及び子の特別の必要性を考慮した上で、転居が子の身体的、教育的、心理的発達に与える影響、
- ③ 両当事者の経済的環境を考慮して、適用可能な面会交流の取決めを通して転居しない者と十分な関係を保っていける可能性、
- ④ 子の年齢と成熟度を考慮にいれた上での子の希望、
- ⑤ 子と転居しない者との関係を促進したり脅かしたりするかといった、転居を希望する者に一定の行動パターンがあるか否か、
- ⑥ 経済的利益、精神的利益、又は教育の機会に関し（ただしこれだけに限らない）、子の転居が転居を希望する監護親と子との双方に一般的な生活の質を向上させるか否か、
- ⑦ 転居を求める者、反対する者各自の理由、
- ⑧ 子の最善の利益に影響するその他の要件。

なお、国際的な移動に関しても、アメリカは1988年にハーグ条約を批准しており、子の渡航に関し厳格な方針をとっており、16歳以下の子のパスポートチェックがなされ、両親のサインがなければ出国できない。

VI. ドメスティック・バイオレンス（DV）への対応¹³⁸

1. 保護命令

現在、全米において15秒ごとに女性が暴力を受けており、女性4人に1人は生涯のうち

¹³⁶ 全米の州法の動向を表したものとして、Linda D. Elrod, A Move in the Right Direction? Best interests of the Child Emerging as the Standard for Relocation Cases, Philip M. Stahl, Leslie M. Drozd ed., RELOCATION ISSUES IN CHILD CUSTODY CASES, 63 (2006) ; David M. Cotter, Relocation of the Custodial Parent: A State-By-State Survey, Vol.18 Divorce Litigation, 89 (2006) .

¹³⁷ AAML Model Relocation Act, §405.

¹³⁸ 山口亮子「ドメスティック・バイオレンスと離婚後の子どもの監護に関する取り決め」民商法雑誌129巻4・5号 534頁（2004）

でDVの被害にあっており、殺害された女性の3人に1人は、かつての又は現在のパートナーによる被害である。このような状況は、1970年代にDVが社会問題化し始めて以来、悪化の一途をたどっている。そのような中、家事・民事・刑事的にもそして社会的にもDVへの対応が進んでいる。

全米で暴力の禁止と接近禁止を命じる民事保護命令(civil protection order、以下「CPO」とする)に関する立法が制定されており、州によりその詳細な規定は異なるが、主として、初めには一方当事者の申立てだけでなされる暫定的保護命令(temporary protection order、以下「TPO」とする)が出されるのが一般的である。これは7日間から14日間有効なものであり、この間加害者は被害者や子どもへの接近禁止、暴力禁止が裁判所より命令される。そして通常、被害者が子どもと共に逃れるよう、被害者には子どもの暫定的監護権が付与される。その後被害者は、1年から5年程有効なCPOを求めるために再び裁判所に出廷しなければならない。ここでは被告も出廷して反論する機会が与えられる。CPOでは、TPOの命令に加え、加害者に対し子どもを訪問することの制限、住居退去、被害者及び子どもへの養育費支払い¹³⁹、共有住居の放棄命令、DVカウンセリング受講命令等が出される¹⁴⁰。そしてこのCPOは通常、加害者である配偶者はもとより、元配偶者、親、継父母、きょうだい、おじおば、祖父母、(暴力をふるう青少年・成人の)子どもに対しても発効され得る¹⁴¹。しかし、これらの命令は過去の暴力行為を罰するものではなく、将来の暴力を禁止するものであるため、実効性には乏しい。加害者が裁判所命令に違反した場合は、通常、裁判所侮辱罪に問われ、それは罰金のみ民事法廷侮辱罪か、罰金又は懲役刑の刑事法廷侮辱罪であるが、多くは前者を適用するため、執行力に欠ける。そこで近年は、警察官による逮捕が政策として進められるようになってきた。アメリカも警察は民事不介入の原則により、これまで家庭内の事件に対しては消極的な姿勢をとってきたが、DVの防止と抑止に関しては、警察が介入することが効果的であることが分かってきたからである。各州では警察官の関する教育や訓練プログラムを開発したり、警察官による加害者逮捕システム等を取り入れたりしている¹⁴²。

以上の保護命令は、我が国のDV防止法に対応するものであるが、我が国と異なり、当命令が発効される加害者には元配偶者やその他の親族等含まれており、幅が広い。また、保護される被害者に子どもも含まれており、保護命令と同時に被害者に子どもの暫定的監護権が付与される。

DVからの直接の逃避はこのような保護命令が助けとなるが、それでDVとの戦いが終わ

¹³⁹ Catherine F. Klein & Leslye E. Orloff, Providing Legal Protection for Battered Women: An Analysis of State Statutes and Case Law, 21 Hofstra L. Rev. 801, 959 (1993). しかしその当時、子の養育費が命令されたのは、わずか4.9%しかなかった。

¹⁴⁰ Developments in the Law: Legal Responses to Domestic Violence, 106 Harv. L. Rev. 1505, 1510 n27 (1993).

¹⁴¹ Klein & Orloff, supra note, at 814-819. 調査によると、強姦や暴行の加害者で多いのが元配偶者(34.5%)、恋人(31.8%)であり、その他親類(9.6%)となっている。

¹⁴² Developments in the Law, supra note 143, at 1535-1541.

るわけではない。その後被害者は離婚や離婚後の取決めに向けて行動を起こすことになる。したがってDVは離婚後の取決めにおいて考慮されなければならない要件となる。

2. 監護権とDV

DVの問題性及びDVが子どもに与える影響についての調査・研究が進むにつれて、監護権法にDVは裁判所が考慮すべき要件として取り入れられ、各州で法改正が行われている。これについて指導的役割を果たしたのが、全国少年・家庭裁判所裁判官協議会（National Council of Juvenile and Family Court Judges; NCJDCJ）¹⁴³である。ここは1994年に、刑事罰、民事保護命令、家族と子ども、及び防止と対応からなるDVに関する模範法（Model Code）を発表し、各州の法改正に影響を与えている。

模範法は、裁判所がDVを認定したら、まず子どもとDV被害者の親の安全と健康を第一に考慮しなければならないと定める¹⁴⁴。そして、DVの加害者に単独監護権、法的共同監護、身上共同監護を付与することは子どもの最善の利益にはならないとする「反証可能な推定則（rebuttable presumption）」を定める¹⁴⁵。DVに関する各州の家族法の対応としては、監護権決定において子どもの最善の利益を決定する場合の要件としてDVを考慮事項に列挙するタイプと、模範法を採用するタイプとがあるが、模範法の採る「反証可能な推定則」の場合、加害者が監護権を得るためには、加害者に暴力が子どもにとって有害でないことの証明責任が課されるため、加害者は監護権を得にくくなる。立法としては、後者の法がDVに対して強固な姿勢をとるものである。しかし、まず監護権訴訟においてDVを証明することが第一の難関となる¹⁴⁶。DVが裁判所に認定されるためには、DVを主張する被害者はそのための証拠を提出しなければならないが、病院の診断書、警察への通報記録等の証拠書類が必要となる。

離婚の増加による裁判の遅滞、離婚紛争の子どもにもたらす悪影響、そして家族の自律性を高めるためとの理由から、アメリカではメディエーションと呼ばれる調停による合意が多く法域で採用されている。我が国の調停と類似しているが、アメリカでは両当事者が同席し、弁護士等のメディエーターを交えて協議を行う点が異なる。しかし、DVの存在する家庭では当初からこのメディエーションは不適當とされている。なぜなら、メディエーションは力関係の対等な当事者が話し合うことによって初めて成立するものであるが、DVの被害者はメディエーション後の暴力を恐れて対等な話し合いができないため加害者の要求に従わざるを得ず、また弁護士を雇う経済的能力も不均衡であるため有効な交渉が

¹⁴³ <http://www.ncjfcj.org>

¹⁴⁴ Model Code on Domestic and Family Violence, Sec 402.

¹⁴⁵ Id. Sec 401.

¹⁴⁶ Family Violence Project of NCJFCJ, Family Violence in Child Custody Statutes: An Analysis of State Codes and Legal Practice, 29 Fam. L. Q. 197, 221 (1995).

できないからである¹⁴⁷。そこで今日、DVが存在する場合にはメディエーションを行わないと立法する州が増えてきている。

3. 社会のDVへの対応

DVについては我が国より遙かに調査研究が進み、法制度も整備されているアメリカであるが、1995年の時点では、それでも裁判所においては未だ意識改革は進んでいないことが指摘されていた¹⁴⁸。しかし今日では多くのロー・スクールでDVに関する法教育が行われ、裁判官も弁護士もDVについての講習を受けるようになってきている。従来法律家は、加害者の暴力が及ぼす被害者や子どもへの影響や、DVと子への虐待との関係について理解できておらず、弁護士は審理においてDVの証拠や情報を提示できず、子どもに害の及ばない監護権決定ができなかった。裁判官も、例えば加害者が妊娠中の妻の腹部を何度も蹴り流産させたり、妻を殴って目の縁に黒あざを作ったり歯を折ったという被害者から具体的なDVの主張があるにもかかわらず、カウンセリングを勧め、夫婦間で乗り越えていくことを期待して、加害者に共同監護を付与したケースや、単独監護さえも付与してしまったケースもあった¹⁴⁹。あるいは、DVの影響で無気力になった母親を監護者として不適格としたり、子どもを父親の暴力から保護できなかったとして母親に監護権を付与しない裁判官も多かった¹⁵⁰。しかし、現在では全米各州、各法域で膨大な予算を投じてDVの対策を行っている。

フロリダ州¹⁵¹では、「ドメスティック・バイオレンスに対するフロリダ連合 (Florida Coalitions against Domestic Violence)¹⁵²」という組織のもと、42ヶ所のセンターがあり、1942床の避難シェルター施設がある。このセンターでは、24時間ホットラインの他、児童家庭局や検察官事務所と提携して子の保護プロジェクトを運営したり、親の就職活動支援、接近禁止命令や子の養育費請求等の法手続支援、啓発活動等を行っている。また、監督付き面会交流の立法¹⁵³により、各郡に施設が設けられることが義務づけられており、一定のガイドラインのもと、監督者や受け渡し場所を提供している。なお、全米でDVのために要する医療費は41億ドルとされており、フロリダ州でDV防止や対応に係る予算は3,100万ドル(1ドル110円として、約34億1,000万円)である。

被害者が裁判所へ申請に行く場合には、各区管轄内の事務所において、インテーク事務

¹⁴⁷ Alison E. Gerencser, Family Mediation: Screening for Domestic Abuse, 23 Fla. St. U. L. Rev. 43, 55 (1995). 実際、審理後よりメディエーションの後が暴力が激しくなるという調査がある。

¹⁴⁸ Family Violence Project, *supra* note 146, at 212-218.

¹⁴⁹ Leigh Goodmark, From Property to Parenthood: What the Legal System Should Do for Children in Family Violence Cases, 102 W. Va. L. Rev. 237, 264-269 (1999).

¹⁵⁰ *Id.* at 262.

¹⁵¹ 2010年に113,378件のDV被害が報告されており、2013年にはDVにより187名が死亡している。これは全殺人件数の20%を占めている。

¹⁵² <http://www.fcadv.org>

¹⁵³ Fla. Stat. Ann. § 753.

所又は DV Case Management Unit が対応する。ここでは弁護士資格を有する専門家が支援し、DV の情報は家族事件、少年事件、虐待ネグレクト事件裁判所でも共有されることとなっている。申立て費用は無料である。

DV、性的虐待、児童虐待、遺棄、ネグレクト等が存在する場合に、離婚後の子の監護については、当事者間で養育計画書作成が合意できなければ、それぞれが養育計画を提出することになるが、フロリダ州では、養育計画書の様式は通常のものとは異なり、通常の親の責任分担の方法に加え、面会交流の制限、監督付きの面会交流の時間・方法・場所、子の引渡しの方法・場所、この安全のための留意事項等が設けられている¹⁵⁴。この場合、DV 等の証明をする必要がある。代理人がなくとも訴訟は可能であるが、代理人が必要な場合に経済的に困難であれば、リーガルエイドや弁護士によるボランティアの pro bono サービスを利用することになる。

おわりに

アメリカは 1776 年の建国以来、多様な人種と文化を受け入れることにより発展してきた。そのなかで、秩序を維持するのは法律であり司法である。特に家族法に関しては合衆国憲法第 14 修正により定められている平等保護と適正手続に基づき親の権利が保障されており、親の権利に関する制度は整ってきた。子の権利について合衆国最高裁判所はまだ憲法上の権利としては認めていないが、代理人制度の充実を目指して、子の手続保護や子の意思の尊重を整備している。また、州が子の利益の擁護者となって、各種の子の利益の尊重や保護のための規定が確立している。

判例法の蓄積及び立法の膨大により法規定及び手続が複雑化することにより、一般の市民には対応が困難になってくるが、弁護士や司法・行政サービスを利用することにより、人々は州の定める政策を理解し制度を活用することになる。

離婚時に子には他方の親は必要ないと考えていても、あるいは養育費を請求する必要はないと思っても、州の政策はそれを認めない。子の精神的不安定や公的資金による子の費用の抛出は、州や国にとっても大きなマイナスとなるからであり、法に基づく親の権利と子の精神に関する科学的に証明された根拠に基づき、親の権利と責任が継続することが州の政策とされている。したがって、人々は一定の州法の定める手続の中で、子どもにとって最善の利益となる方策を取決めていくことになるのである。

また、様々な手続は、紛争性の低い家族から高い家族まで活用可能であり、特に子の利益が危機に瀕しやすい高葛藤ケースに対しては、さらに子の代理人や子の心理的鑑定等が裁判所で認められている。

¹⁵⁴ INSTRUCTIONS FOR FLORIDA SUPREME COURT APPROVED FAMILY LAW FORM 12.995 (b) ,
SUPERVISED/SAFETY-FOCUSED PARENTING PLAN (10/11)
<http://www.flcourts.org/core/fileparse.php/293/urlt/995b.pdf>

このような手続は当事者にとっては面倒なことであろうし、自分を抑えて葛藤と戦うことが強いられることは負担になるであろう。しかし、このような手続やルールを定め、法が支配しなければ、個人の権利は保障されず、多種多様な価値観が存するアメリカの中では無法状態となり、子が一番の被害者になってしまう。裁判で主張が受け入れられない当事者は現在の制度に反対するであろうが、一般に現在の制度は受け入れられており、親が子に対する権利と義務を共有する共同監護が今後も衰退することはない。多様な家族がある中で、それぞれの紛争レベルに応じて多様な取決めが可能なのである。

さらに今日では、虐待やDVの犠牲になる子をいかに保護していくかがアメリカの課題である。すでにその政策や手続が進展しているにもかかわらず、年々犠牲者は生じている。しかし別の見方をすれば、従来存していた犠牲者が、法が介入することにより顕在化しているのであり、政策を進めなければ、それが見過ごされることになってしまうのである。人々や国家の安定のために、家族に対し予算を充て政策を立てることが国家に求められているのである。