

講 演

オーストラリアにおける共同養育法の最近の展開

エサー・エアリングス

棚村政行 (監訳)

棚村英行 (訳)

講師の紹介

2019年12月19日13時から14時30分まで、早稲田大学 8号館 3階大会議室において、エサー・エアリングス (Esther Erlings) 氏の公開講演会「オーストラリアにおける共同養育法の最近の展開」が早稲田大学比較法研究所主催で行われた。本翻訳は、当日、エアリングス先生が報告された原稿及び配布された資料にもとづき、杏林大学総合政策学部非常勤講師・中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中の棚村英行が翻訳をし、早稲田大学法学学術院教授・比較法研究所研究員が監訳するとともに、講演者であるエアリングス先生の略歴や研究業績について紹介をするものである。

エアリングス先生は、2007年に、オランダのユトレヒト大学法学部を大変優秀な成績で卒業され、交換留学でフランスのエクスマルセイユ第3大学に行かれ、2009年にはオランダのマーストリヒト大学大学院において法及び言語学の修士号を取得された。2010年から2015年までは、香港中文大学において、エバ・ビルス教授及びアミー・バロー博士の指導のもとで研究を続けられ、「家族の中での宗教の自由と人権—いかに国家は親による強制的な宗教的啓示に対処すべきか?—フランス・イギリス・香港からの教訓」という博士学位論文で香港中文大学から法学博士号 (PhD (Laws)) の学位を授与された。その間に、エアリングス先生は、2006年にはユトレヒト大学在学中に、日本の筑波大学、また2013年には、イギリスのリーズ大学大学院に留学して研究を重ねている。

エアリングス先生は、2015年から香港中文大学で、リサーチアシスタント（研究助手）を務め、2016年から1年間、同じく香港中文大学でティーチング・アシスタント（教務補助）を務めた後、2017年からは、オーストラリアのフリンダース大学（Flinders University）法律政治経営学部講師（Lecturer in Law）を務めている。先生は、その教育研究歴からわかるように、じつに母国語であるオランダ語はもちろんのこと、英語、フランス語、ドイツ語など多言語を自由自在に操る文字通りの国際人といってよい。

ここで、エアリングス先生の主要な研究業績を紹介する。まず、著書としては、イギリスの Routledge で2020年に出版された『家族の中での宗教的権利：フランス、イギリス、香港での強制的宗教的啓示から紛争解決へ』がある。分担執筆としては、2015年の Springer の『子の安全、福祉、問題と争点』における「宗教的な男子割礼の法と慣行：再検討の時期か？」や2009年の『ヨーロッパ障がい法年鑑』の「ECの差別禁止立法の最前線としての障がい」などがある。また、2018年の Asian Journal of Law and Society 13巻掲載の「聞くな、言うな：香港での自宅学習」、2016年の International Journal of Children's Rights 24巻3号の「子どもの権利として何が残されているか：いかに親責任がイギリス法での子の権利を侵害しているか？」、また2019年の Flinders Law Journal の21巻2号では、「閉鎖病棟での不当な拘束・監禁」などの論稿もある。以上からもわかるように、エアリングス先生は、子ども法、家族法、紛争解決法、人権法の専門家であり、日本でも離婚後の共同親権・共同監護が問題になっているところから、今回、オーストラリアでの共同養育責任法の改革や運用についての動向を紹介していただき、日本法にも有益な示唆を頂戴する機会を得た。

（棚村 政行）

はじめに

1975年に、家族法が制定されて以来、オーストラリアは、子ども養育関連法において顕著な発展を見せてきた。最初はイギリス法を参考にしたいと思い、後には、児童虐待にしろ、父母間のDVにしろ、家庭内暴力に関する関心によって、これらの発展は相当程度に推し進められてきた。オーストラリア法では、従来は子の監護及び面会交流（custody and access）として、現在では親責任（parental responsibility）として知られているものと関係する5つの要素が存在する。これらの要素は、（1）親の法的定義、（2）親責任それ自体、（3）

平等な共同親責任、(4) 平等または実質的かつ意義ある時間、(5) 子のケア、福祉または発達のいかなるほかの側面である。本稿は、平等な共同親責任にとくに焦点を当てて、これらの問題を論じることにする。

オーストラリアは、多くの州レベル（ニューサウス・ウェールズ、クウィーンランド、サウス・オーストラリア、タスマニア、ビクトリア、西オーストラリア、オーストラリアン・キャピタル・テリトリー、ノーザン・テリトリー準州）で運営される統治機構をもつ連邦制を採用している。

1 親の法的定義

親責任を主張するために、その人は子の親でなければならない。家族法の趣旨では、子は父母のみをもちうる⁽¹⁾。多くの場合には、子の法的親は、子の出生証明書に記載されている父母である。父母は通常は子の生物学上の親である⁽²⁾。オーストラリアでは、日本のような戸籍制度（family register）は存在していない。その代わりに、全ての州と準州は、父母が子の出生から60日以内に登録しなければならない「出生、死亡、婚姻登録所（Registry of Birth, Death and Marriages）」を有している⁽³⁾。オーストラリアは、住民登録制度（government registration of residence）も有していない。したがって、出生登録は、市民権登録、国籍の手續にすぎない。家族法は、子が死亡、婚姻取り消し、離別から44週間以内に生まれたときは、婚姻及び同棲の場合の父性推定（presumptions of parentage）をおく⁽⁴⁾。これらの推定は、家族法68条Wのもとで裁判所により命じられた親子関係確定検査（parentage testing）により覆すことができる。親子関係確定検査は、家族法手續の状況においてのみ可能である。親子関係鑑定命令のみを独立に申し立てることはできない⁽⁵⁾。裁判所が考慮することの一つは、申立人が物理的に（physically）子の生物学上の親で

(1) オーストラリア家族法（Family Law Act）60条B(1)参照。（翻訳では、以下「家族法」と略称する）。

(2) 家族法69条Rにこれに関する推定がある。同様に、69条Iでの承認（acknowledgement）にも適用される。

(3) たとえば、サウス・オーストラリア州政府の出生登録、司法長官局（2019年10月4日）（<https://www.sa.gov.au/topics/family-and-community/births-deaths-and-marriages/register-a-birth>）

(4) 家族法69条P及び69条Q参照。

(5) *In the Marriage of Lee and Tse* (2005) 33 Fam LR 167. 同事件判決を参照。

ありえたかどうか（たとえば、父が懐胎時期に国内にいなかったなど）と、子がこのことを認識しうる可能性である⁽⁶⁾。子に対して親子関係検査を課しうる⁽⁷⁾。しかしながら、法は純粋な親子関係の生物学的な理解を超えて判断してきた。たとえば、2008年に、家族法が体外受精（IVF）のような生殖補助医療手続、人工受胎手続（artificial conception procedures）が利用される（依頼した親が法的な親となる）ケースでの親子関係（parentagehood）を決定する規定を有している⁽⁸⁾。このほかに、州の代理懐胎法のもとで、ある者が親であるとみなされるときは、家族法の下での法的な親とみなされる⁽⁹⁾。家族法は、さらに子の親として行動する継親による養子縁組も規律する⁽¹⁰⁾。ここでの焦点は、社会的親子関係（social parenting）である。生物学的な親子関係ではなく、社会的親子関係を重視する新しい親子関係の捉え方については、最近の2019年6月19日のオーストラリア最高裁（High Court of Australia）の注目される *Masson v Parsons & Ors* 事件⁽¹¹⁾において確認されている。ニュー・サウスウェールズ州法のもとでは法的親になりえない精子提供者であるが⁽¹²⁾、子の出生証明書に父と記載され子の生活において積極的な役割を果たしてきた事案であった。最高裁は、家族法が親の範囲を拡張した状況のなかで親の通常の意味は理解されるべきだと説示した⁽¹³⁾。最高裁は、そのうえで、以下のように、社会的親子関係に関するイギリスの従前の先例を採用するに至った。

「*In re G* 事件において、ヘイル裁判官（Baroness Hale of Richmond）は、個別事案での具体的事情によるが、少なくともある者が子の実親（natural parent）となるには、遺伝学的、妊娠上、心理的に3通りの方法が存在する。このことは、この国においての通常の承認されたイギリス流の親、当該人が家族法の下での通常の承認されたイギリス流の親の意義に従い、親に該当するかどうかの問題は、事実の問題であり、通常の現代的なオーストラリアにお

(6) *Brianna and Brianna* [2010] FamCAFC 97. 同事件参照。

(7) 同事件参照。

(8) たとえ、父母が子の懐胎時に夫婦関係が続いていたとしても、60条Hが適用される。*Crisp & Clarence* [2015] Fam CA 964. 同事件参照。

(9) 家族法60条HB参照。

(10) 家族法60条G参照。

(11) *Masson v Parsons & Ors* [2019] HCA 21.

(12) ニューサウス・ウェールズ州1996年子の地位法14条は、精子提供者を父子関係から排除する。

(13) *Masson v Parsons & Ors* [2019] HCA 21, at [28].

ける親理解及び本件事案の関係する諸事情に照らして決定される程度の問題である。」⁽¹⁴⁾

Masson v Parsons & Ors 事件において、父は単なる精子提供者ではなかった。少なくとも、彼が子の父となり、出生証明書に父と記載され、出生から実際になされ親として子の扶養や養育もすることについて黙示的な了解 (an implied understanding) が存在した⁽¹⁵⁾。

2 親責任 (parental responsibility)

オーストラリア法のもとでの親は、裁判所がたとえば養子収養や親決定 (parenting order) (家族法61条C) による決定がなされるときまで、当然に親責任を有することになる。親の親責任と、離別や離婚の際に命じられる平等な共同親責任 (equal shared parental responsibility) との相違点については、Goode and Goode 事件において説示された⁽¹⁶⁾。前者の親責任は、父母の関係性や関係性の欠如とは無関係に成立する。共同行使も単独行使もありうる⁽¹⁷⁾。この意味での親責任は、子や国家に対する一種の実質的な責任や義務として捉えられるべきものである⁽¹⁸⁾。61条Bに定められている、親責任とは親が子に関して法律上有しているすべての義務、権限及び責任とする属性を指す。これに対して、平等な共同親責任とは、親責任ごとに異なる離別の際の決定であり、父母にもはやどのように行使すべきか判断を許すものではない。親責任の内容は変わることはないが、父母は法の要件に従い親責任を行使しなければならない⁽¹⁹⁾。これについては、3節であらためて説明する。

親責任は、家族法を修正する1995年の家族法改正法に基づき、1995年にオーストラリアに導入された。1995年以前は、子どもに関連する法は、監護 (custody) (日常のケアと監督) と後見 (guardianship) (長期的な意思決定)

(14) 同判決 [29] 参照。

(15) The Secretary of the Department of Family and Community Services (DFaCS) and Krystal [2019] NSWChC 6 (14 August 2019). 家族地域サービス省及び引用されたクリスタル事件判決参照。

(16) Goode 事件 (Goode and Goode (2006) 36 Fam LR 422.)

(17) 同事件判決 [37] 参照。

(18) たとえば、B. Hoggett, *Parents and Children* (4th ed). London : Sweet & Maxwell, 1993, 11. 参照。

(19) Goode and Goode (2006) 36 Fam LR 422, at [39]. 同事件参照。

という概念を基礎にしていた⁽²⁰⁾。関連する規定が親の諸権利、親権（parental rights）に明示的に言及していたが、後見については、子の長期的な福祉のため親責任を果たすように行使されなければならないとしていた⁽²¹⁾。さらに、不可逆的効果をもつ一定の決定は、親の権限外の行為に該当し、裁判所の許可を要するものとしていた。たとえば、このことは女兒の不妊手術のケースなどに当てはまる⁽²²⁾。不妊手術の事案では、Gillick 判決の能力基準に基づいて年長の子には医療同意を得なければならないことは明らかにされた⁽²³⁾。もっとも、そのような能力基準は他の法領域で採られているわけではない⁽²⁴⁾。

3つの事情（理由）で、監護権（custody）から責任（responsibility）への改革に進んだ。第1の理由は、custody という文言が所有権概念を伴い、子が親の所有物であるという誤解を招きかねない点であった⁽²⁵⁾。監護権という用語は、子を独立の権利主体とみる現代思想ともそぐわなかった⁽²⁶⁾。もっとも、議会での審議では、議員の中には用語を変えても、多くの人々の態度や意識の変化に効果があるか疑問だとの声もあった⁽²⁷⁾。第2の理由としては、1990年にオーストラリアが子どもの権利条約、児童の権利に関する条約（CRC）を批准

(20) たとえば、Secretary, Department of Health and Community Services v J.W.B. and S.M.W. (Marion's Case) (1992) 175 CLR 218. 参照。

(21) 旧家族法63条E参照。

(22) Secretary, Department of Health and Community Services v J.W.B. and S.M.W. (Marion's Case) (1992) 175 CLR 218. マリオン事件は重度障がい児でありその親が断種を求めたケースである。

(23) Gillick 事件判決参照（Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Social Security [1986] AC 112, at 186.）。ギリック判決の能力は、子がかなり高い水準の判断能力を有しており、父母に代わり意思決定ができる成熟さに達している状態にあった。

(24) ギリック判決での能力は、一般的に適用しうる概念であるイギリスと比較されたい。たとえば、Sheffield City Council v Bradford MBC [2013] 1 FLR 1027; Re S (Child as Parent: Adoption: Consent) [2017] EWHC 2729. 事件判決参照。

(25) オーストラリア連邦議会下院の家族法改正案の立法理由書（1994年）参照。

(26) すでに判例法では承認されていた（Marriage of Hayman (1976) 14 ALR 216, at 239.）。

(27) 連邦議会審議録2955頁、下院、リチャード・エバンス議員発言1994年11月9日参照。

したことに関係する。親責任は、子どもがその十分な可能性を実現できるように援助し、かつ父母が子のケア、福祉、発達に関する義務を果たし責任を負えることを確保するため十分かつ適切な養育を受ける権利を有するとする、児童の権利条約に一層適合するものであった⁽²⁸⁾。しかし、議会での審議や法案の説明文書(Explanatory Memorandum)によると、CRCとの調和は親責任自体より、共同親責任に関しては多大の関心事であった⁽²⁹⁾。

第3の要因、実際上の最も重要な理由としては、イギリス(連合王国)が親責任という概念を導入した1989年の児童法による改正であった⁽³⁰⁾。多くの点で、オーストラリア政府は児童法を模倣しようとした⁽³¹⁾。このことは、オーストラリアが入植の結果としてイギリスのコモンロー・システムを継受しており、法における重大な分岐がイギリスの先例がもはや依拠されていないということの意味するという事実には照らしてみると、かなり微妙な決定であった。しかし、オーストラリアは、イギリスで行われた失敗から学ぼうとした⁽³²⁾。オーストラリアの立法が導入される時までには、イギリスでは、多くのケースで、親権が親責任に改められたにすぎず、親責任は、法によって子の親が子及び子の財産に関連し有するすべての権利、義務、権限や責任としてイギリス法が規定し⁽³³⁾、これにより権利と責任が緊密に結び付けられるために⁽³⁴⁾、実際に親の地位を強化したことは⁽³⁵⁾、イギリスでは自明のことであった。したがって、オーストラリア法は、権利に言及することなく、親が法によって、子に

(28) 1995年立法理由書2参照。

(29) 1995年連邦議会審議録、1994年11月9日下院議会審議参照。

(30) イギリス1989年児童法参照。

(31) この点については、995 Explanatory Memorandum, 1: B & B: Family Law Reform Act (1995) (1997) 21 Fam LR 676 at [3.3]; R. Chisholm, *Assessing the Impact of the Family Law Reform Act 1995*. (1996) 10 (3) *Australian Journal of Family Law* 177, 185. を参照。

(32) この点でも、L. Fox Harding, "Parental Responsibility" - A Dominant Theme in British Child and Family Policy for the 1990's. (1994) 14 (1-2) *International Journal of Sociology and Social Policy* 84, 85: 104. 参照。

(33) 1998年児童法3条(1)参照。

(34) さらに詳しくは、筆者の論文(E. Erlings, *Is Anything Left of Children's Rights? How Parental Responsibility Erodes Children's Rights Under English Law*. (2016) 24 (3) *International Journal of Children's Rights* 624.) 参照。

(35) J. Eekelaar, *Parental responsibility: State of Nature, or Nature of the State?* (1991a) 13 (1) *Journal of Social Welfare and Family Law* 37, 38. を参照。

関して有するすべての権限、責任及び権威として究極のオーストラリアの親責任の定義に含まれる権限概念に依拠すべきであるということを決めた⁽³⁶⁾。

1995年以降の親責任の規定のさらなる改革はなされず、イギリスの状況を回避するオーストラリアの立法者の最善の努力にもかかわらず、オーストラリアにおける親責任は、2016年に Young らが言及したように、同じように展開した。「61条 B の定義は、ある意味で、親が子に関して有する特定の義務や権限への記述がなく、定義をしていないに等しい (non-definition)。同条文は、親責任の内容を明らかにするために、一般法 (コモン・ローや制定法) に言及するにすぎず、従前の家族法の下での監護権及び後見の理解がいまなお手助けになるう。」⁽³⁷⁾

最終的には、法における指針の欠如のために、法律の専門家やその他の者も従前の実務に頼らざるを得ず、監護権と責任の相違はそれほど大きなものではない⁽³⁸⁾。その結果、親責任は、今なお、新たな親子関係の理解というより、親が子に対して決定できるすべての事項を中心に行っている⁽³⁹⁾。したがって、親責任のさらなる改革は、親責任の明確な定義を提供し⁽⁴⁰⁾、子の権利に関わる目的の説明を含むべきである⁽⁴¹⁾。

3 平等な共同親責任

親責任を離別や離婚に際してどのように行使すべきかの問題は、親責任自体、すなわち内容の問題とははっきりと区別できる。1995年の改革は、離婚後の共同責任の重要性を強調した。説明文書は、児童の権利に関する条約の達成すべき 4 原則を列挙した。すなわち、

子どもは、出自を知る権利及び両親により養育される権利を有する。

子どもは、両親及びケア、福祉、成長発達に重要な他の者と定期的に交流す

(36) 1995年立法理由書24参照。

(37) 2016年ヤングらの前掲論文443、444頁参照。

(38) 同様のことがイギリスでも起こった (N. Lowe, The meaning and allocation of parental responsibility – a common lawyer's perspective. (1997) 11 International Journal of Law, Policy and the Family 192.)。

(39) この点での筆者の洞察は、家事調停者と現在行っている調査研究にもとづくものである。

(40) たとえば、香港の2015年児童訴訟 (親責任) 法案 5 条参照。

(41) たとえば、フランス民法典371-1条参照。

る権利を有する。

父母は、子の養育、福祉、成長発達に関する義務および責任を共同で行う。

父母は子の将来の養育について合意をすべきである⁽⁴²⁾。

これらの原則は、後で、改正法により家族法60条Bに含まれることになった。父母双方が子の人生に関わり、この問題について裁判をするより合意に達すべきだという理念に照らして、1995年改正は、第一次的な紛争解決（調停や和合）を強調し、養育計画（parenting plan）（事実上 informal）の活用、養育合意（parenting agreements）（登録 registered）を推奨し、子に関する問題についての父母間での相談を導入した。しかし、1995年法の下では、これらのいずれも義務的なものでなかった。別の主要な改正点は、用語法のみかもしれないが、子の福祉（welfare）に置き換え、子の利益を新たに強調した⁽⁴³⁾。もっとも、それと同時に、裁判所は、容認できない家庭内暴力の危険にさらす養育命令（parenting orders）を出すことがないようにとも言われていた⁽⁴⁴⁾。しかし、後に、容認しがたい侵害の危険（unacceptable risk of harm）として知られることになった⁽⁴⁵⁾。容認しがたいリスクのない面会交流の強調は、Parkinson が説くように、女性団体の人たちの不安や心配を引き起こしたものの、オーストラリアの裁判所はつねに面会交流に積極的であり⁽⁴⁶⁾、1995年改正は、事実上、親責任や父母と過ごす時間に関する決定について多くの変更をするものでないと指摘されてきた⁽⁴⁷⁾。

より重要な改正は、議論の余地はあるものの、2006年に行われた。2つの委

(42) 1995年立法理由書2 参照。

(43) B & B : Family Law Reform Act (1995) (1997) 21 Fam LR 676 at [3.35]. See also R. Chisholm, Assessing the Impact of the Family Law Reform Act 1995. (1996) 10 (3) Australian Journal of Family law 177, 183. の文献を参照。

(44) P. Parkinson, Editorial : The Family Law Reform Pendulum. (2009) 23 (3) Australian Journal of Family Law 155, 155. の文献を参照。

(45) 注 (44) 所掲論文参照。

(46) Chisholm (1996) 参照。

(47) Family Law Pathways Advisory Group, Out of the Maze : Pathways to the Future of Families Experiencing Separation (Commonwealth of Australia, 2001) : House of Representatives, Standing Committee on Family and Community Affairs, Every Picture Tells a Story : Report on the Inquiry into Child Custody Arrangements in the Event of Family Separation (Commonwealth of Australia, 2003). の文献参照。

員会の調査報告書では、家庭裁判所制度に対する不満が多く見られ、共同親責任の重視が家庭内暴力の事件を阻止するだけでなく⁽⁴⁸⁾、対立当事者構造によらない紛争解決 (less adversarial dispute resolution) の必要性も強調した。この点に照らして、提案された改正は、以下のようなことを目指した。つまり、「同法は、協調的な養育 (子育て) アプローチの必要性を承認している。改正法は、子どもが父母双方と意義ある関係を有し父母が離別後も子どもに対する責任を共同で負い続けることを確保する目的を促進しようとするものである。また、同法は、子どもが暴力や虐待から安全な環境のもとで生活することを確保する目的の主要な重要性を強化し、対立当事者構造の手続によらずに、人々が自ら紛争を解決できる責任をとれるように奨励する政府の長期的政策を推進している。」⁽⁴⁹⁾

しかし、新法が制定される前でも、複数の学者による安全性に対する規定の修正提案の挿入についてかなりの批判も提起されていたが、平等養育 (equal parenting) のメッセージのほうが圧倒的に主張された⁽⁵⁰⁾。この当時は、この問題について、関連する考慮要素として家庭内暴力 (DV) を最初に導入したものの、DV の被害者となる子どもや主として女性の安全よりも、面会交流や接触 (contact) のほうが優先して扱われることになってしまった。これらの憂慮事項にもかかわらず、改正は、一部には新たに登場した「父親の権利団体 (father's rights groups)」により、主として裁判所の事件負担の軽減となる一括提案 (a package deal) として推し進められた⁽⁵¹⁾。

改革立法の下で、家事紛争解決 (FDR、通常は調停) は養育決定 (a

(48) オーストラリア連邦議会上院、家族法改正 (共同親責任) 法案2005年：立法理由書2005年。

(49) 多くの家族法研究者の提案への反応であった (C. Banks et al, Review of Exposure Draft of the Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Bill 2005. (2005) 19 Australian Journal of Family Law 79, 79.)。

(50) この調査研究は、虐待の元パートナーがテロリズムの手段として特定事項命令を出す裁判所を悪用し、訴訟を繰り返すことで訴訟率を上げ年の指摘もある (R. Graycar, M. Harrison and H. Rhoades, The Family Law Reform Act 1995 : The First Three Years (University of Sydney & Family Court of Australia, 1998).)。

(51) オーストラリアも、Parkinson は国際的潮流に従っただけだと主張する (P. Parkinson, 'Violence, Abuse and the Limits of Parental Responsibility'. (2013) 92 Family Matters 7, 11.)。

parenting order) が申し立てられる前の第一段階として義務化 (compulsory), 調停前置主義が採られた。もっとも, 裁判所が DV の懸念があるとか, 緊急事態や調停ができない事情があるなど例外も認められる (家族法61 I 条)。父母は, 自ら養育計画を作成することを奨励され, 養育計画が正式に承認されるための同意決定 (consent order) を申し立てることを促されたが⁽⁵²⁾, 合意に達しない場合には裁判をする前に FDR に出頭しなければならない。強制的 FDR は, 関係が濫用されているが, 虐待が要求されている立証まで証明されなるときは, 女性に著しく不利益になるとの多くの批判が寄せられた⁽⁵³⁾。さらに, FDR は, 年齢に関わりなく, 子の声を聴くとか, 最善の利益のための強制的な規定を置いていない⁽⁵⁴⁾。このことは, 2006年改正が手続における子どもの最善の利益が独立に擁護されるべきと認めるときに, 裁判所において子どもの利益を代表するため選任される「独立した子ども代理人 (the independent children's lawyer)」の役割を確立した⁽⁵⁵⁾ (たとえば, 父母が子どもの利益よりも自分たちの争いを優先する場合など)⁽⁵⁶⁾。

2006年改正で最も著名になったのは, 今日でも適用され, 家族法61条 DA にも規定されている「平等な共同親責任の推定 (a presumption of equal shared parenting responsibility)」であった。この共同責任は子の生活条件についての問題とは別なことであるという理解が重要である⁽⁵⁷⁾。親責任の問題は, 専ら

(52) 家族法60条 CC (5); 65条 DAA (6) 参照。

(53) たとえば, R. Field and J. Crowe, 'The Construction of Rationality in Australian Family Dispute Resolution: A feminist Analysis'. (2007) 27 *Australian Feminist Law Journal* 97などの文献参照。

(54) たとえば, R. Field and J. Crowe, 'The Construction of Rationality in Australian Family Dispute Resolution: A feminist Analysis'. (2007) 27 *Australian Feminist Law Journal* 97参照。

(55) 父母は子を参加させる調停に同意できる (J. McIntosh et al, 'Child-Focused and Child-Inclusive Mediation: Comparative Outcomes from a Prospective Study of Post-Separation Adjustments'. (2008) 46 (1) *Family Court Review* 105.)。

(56) 家族法68条 L (2) 参照。

(57) R Kaspiew et al, *Independent Children's Lawyers Study: Final Report* (Australian Institute of Family Studies, 2014), 5. In 2015-16, approximately 4800 cases have been said to have benefitted from an Independent Children's Lawyer: K. Beckhouse, 'Laying the Guideposts for Participatory Practice: Children's Participation in Children's Rights Matters'. (2016) 98 *Family Matters*

父母の一方又は双方が子に関する意思決定に関わることを許されるかどうかである。重要なことは、平等な共同親責任が認められると、父母はもはやお互いに話し合うことが求められるだけでなく、2006年法は、長期的な意思決定（健康、教育、宗教など）について話し合うことが義務付けられた⁽⁵⁸⁾。もっとも子が父母の一方に監護されているときは、短期的な意思決定について父母それぞれが（単独で）行えた⁽⁵⁹⁾。父母が短期的な意思決定を行えなかったり、2項で定める親責任の行使ができないときは、推定の例外が適用される限り、裁判所は単独親責任（sole parental responsibility）を認めることができる⁽⁶⁰⁾。この2つの例外は、家庭内暴力と子どもの利益である。家庭内暴力の場合には、平等な共同親責任の推定は適用されず、裁判所は子の最善の利益にかなうと考えられる命令を下す広範な裁量権を有する⁽⁶¹⁾。他のケースでは、平等な共同親責任が子の利益に反すると決定する場合（たとえば、話し合いの困難なケース）、推定は覆すことができる。推定が働くかどうかを決する際に、裁判所は、家族法60条 CC のチェックリストを考慮しなければならない。この規定は、考慮要素についての広範囲な一覧表であり、「福祉のチェックリスト」と呼ばれている。

2006年改正法は、子の最善の利益を決定するために利用された福祉チェックリストに極めて重大な変更を加えた。従前は、チェックリストは単一の一覧表にたくさんの考慮要素が記載されていたが、2006年改正法では、主要な考慮事項（primary considerations）と副次的考慮事項（additional considerations）に分けられ、その区分は今もお維持されている。主要な考慮事項は、(1) 子にとって両親との意義ある関係を有する利益（子の父母を知る権利、両親により養育される権利、定期的に父母と時間を過ごし、両親と話をする権利）⁽⁶²⁾、(2) 直接にしろ、間接的に晒されるせよ、家庭内暴力により引き起こされる侵害から子を保護することである⁽⁶³⁾。後者の子の保護は、子が父母の間のDVを目撃することで被害を被る事実、虐待親が平等な共同親責任に反対するため

26, 27.

(58) Goode and Goode (2006) 36 Fam LR 422, at [40]. 事件参照。

(59) 家族法65条 DAC 及び 4 条。

(60) 家族法65条 DAE。

(61) Mellick & Mellick [2014] FamCAFC 236, at [69]. 判決参照。

(62) Sharma and Sharma [2006] FamCA 1363. 判決参照。

(63) Champness & Hanson [2009] FamCAFC 96, at [27]. 判決参照。

にこの規定に訴えることを許すという事実の主張がなされた⁽⁶⁴⁾。しかしながら、2006年法の下では、子を危害から保護することと、両親との意味ある関係を維持することでは、同等のウエイトが置かれ、いずれも他方より重要だとはされなかった。この問題が激しく批判され、2012年に改正がなされた⁽⁶⁵⁾。主要な考慮事項のほかに、チェックリストには、子どもの文化的な背景、子どもの意向、父母の子のニーズを充足する能力などの副次的な考慮事項もある。副次的な考慮事項は主要な考慮事項より重視されないかもしれないが、オーストラリア人権委員会 (Australian Human Rights Commission) は、子の意向を軽視すること (relegation of the views of the child) は望ましいことではないと指摘し、政府がそのような区分を維持するのであれば、子の意向は第三の主要な考慮事項にすべきであると勧告している⁽⁶⁶⁾。今のところ、この勧告は無視されている。

最後の2006年法の下での重大な問題は、改正法で法に導入された「友好的な親規定 (friendly parent' provision)」であった。この規定は、裁判所に対して、子の父母それぞれが子と他方の親との緊密で継続的な関係を促進し奨励することに積極的であり、その能力があるかどうか考慮するように求めた⁽⁶⁷⁾。子が両親との接触を維持することを許すという視点からは不当とは言えないし、親からの引き離し (parental alienation) に関わるさらなる懸念に触れる点で役に立たないわけではないが、子の安全に重大な不利益が生じ、家庭内暴力が主張されるケースで、裁判所で暴力が立証できなかつたり、敵対的な親とみなされたくないために、DVの主張をしないなどの問題が生じていることが判明した⁽⁶⁸⁾。

Nelson が説くように、2006年法は、大量の検討や調査 (a plethora of reviews and inquiries) の対象となっており、その多くは発展にとってある分野では重

(64) What "We Now Understand" : Exposure to Domestic Violence as a Form of Child Abuse. (2016) 8 Hong Kong Lawyer 36. の文献参照。

(65) この点に関しては Parkinson (2009), 157. 参照。

(66) この点に関しては (Australian Human Rights Commission, Shared Parental Responsibility : Senate Legal and Constitutional Committee's Inquiry into the Provisions of the Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Bill 2005 (02 March 2006) <<https://www.humanrights.gov.au/our-work/legal/shared-parental-responsibility>> ; Banks et al (2005), 88.) 参照。

(67) 同上参照。

(68) たとえば, R. Chisholm, Family Courts Violence Review (2009), 103. 参照。

要であるが、他の分野では展開の不十分な点もみられる⁽⁶⁹⁾。研究者の間での主要な懸念は、家庭内暴力の問題であった。このことは、家庭裁判所における家庭内暴力事件の発生によって説明された。2006年以降、父母はまず養育についての合意を締結するよう努力し、もしうまくいかないときは、ADR（調停）に出席し、それでも合意ができないとか、暴力などで合意するのにふさわしくないときは、当事者は裁判に進める。このことは、裁判になる事案は高葛藤ケースであり、広い意味での暴力事案ともいえる。このような懸念に鑑みて、最終ラウンドの改正は、とくに、家族法立法修正（家庭暴力及び他の問題）法案 2011（Family Law Legislation（Family Violence and Other Matters）Bill 2011（Cth）が特に焦点を当てた。

Parkinson は、今回の最終ラウンドの改革は不安を引き起こす比較的少数の規定を削除したもので、2006年の改正の実質は大きく変わっていないと論じている⁽⁷⁰⁾。しかし、かなり重要な改正も加わった。とくに、2012年の改正は、福祉のチェックリストとの関係で、危害からの保護という主要な考慮事項は、暴力的な親との関係の維持という主要な考慮事項より重視されることを明らかにした（60条 CC(2A)）。また、2012年改正は、すべての利害関係当事者にとって手続上での危害に関する通知要件を挿入し、児童福祉機関（child welfare authorities）による介入の公表義務を当事者に課している⁽⁷¹⁾。さらには、裁判所が職権で、家庭内暴力の危険性について調査することが義務づけられた（家族法69条 ZQ(I)(aa)）。多くの批判のあった友好的な親規定は、削除された（もっとも、裁判所は子の利益を決定する際に、関連する事情のひとつとして、親の姿勢を考慮することはできる。）。さらに、家族法60条 B(4)の目的として、児童の権利条約に効果を与える改正も加わった。もっともその予想できる影響はむしろ以下の説明文書にもとづき限定的である。

(69) たとえば、the Australian Human Rights Commission on the underreported nature and difficulty to prove family violence. Australian Human Rights Commission, Shared Parental Responsibility : Senate Legal and Constitutional Committee's Inquiry into the Provisions of the Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Bill 2005 (02 March 2006) < <https://www.humanrights.gov.au/our-work/legal/shared-parental-responsibility> >. 参照。

(70) M. Neilson, Family Law Legislation Amendment (Family Violence and Other Matters) Bill 2011. Parliament of Australia Bills Digest no. 126 2010-11 (25 May 2011). 参照。

(71) Parkinson (2013), 12. 参照。

「児童の権利条約に効果を付与するこの目的の趣旨は、不明確な場合に、同法のⅣ部を解釈する判断者に、文言が許す限りで、同条約の下でのオーストラリアの義務と一致する限りで、解釈すべき義務を再確認するものである。同条約は、同法パートⅣの解釈の指針としてみることができる。同法が条約から逸脱する限りにおいて、同法が優先的に適用される。この規定は、条約を国内法化するに等しいものではない。」⁽⁷²⁾

2011年改正法は、2006年法での法を実質的に変更するものではないが、この改正は、家庭内暴力や児童虐待の事案に効果的に対応する家族法制度の対応力について提起された疑義に対処したものであった⁽⁷³⁾。同改正は、子どもや親（一般的には母親）に対する保護措置を加えたが、革新的な概念は、平等な共同親責任であることに変わりはない。さらには、現在、法は明示的に児童の権利条約に言及するが、条約の直接効果を与える方法については選択的なままである。たとえば、子の意見や声については、児童の権利条約では意見表明権が強調されているにもかかわらず、親責任の問題の副次的な考慮事項にとどまっている⁽⁷⁴⁾。

2011年以来、いくつかの家族法の手続的な改正がなされたが（最も最近のものは、家庭内暴力のケースでの自らのパートナーの反対尋問についての本人訴訟の可能性を制限するもの）、実質的に家族法は、親責任に関する限り内容は変わらない。法のさらなる展開は裁判所の運用能力に任されている⁽⁷⁵⁾。最近、たとえば、裁判所は容認しがたい危害の危険があるケースで本人確認の手続やルール、裁判所での社会科学の資料の活用の手続やルールに関心を払ってきた⁽⁷⁶⁾。にもかかわらず、最近提出された国家の報告書に対する児童の権利委員会の総括所見（Concluding Observations）は、子どもの権利擁護（advocacy）

(72) 家族法67条 ZBA, 67条, 60条 CI。

(73) The Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, Family Law Legislation Amendment (Family Violence and Other Matters) Bill 2011 : Explanatory Memorandum, para 23.

(74) R. Carson et al, 'Identifying and Responding to Family Violence and Child Safety Concerns : Findings from the AIFS Evaluation of the 2012 Family Violence Amendments'. (2016) 98 Family Matters 7, 7. 参照。

(75) Family Law Amendment (Family Violence and Cross-examination of Parties) Act 2018 (Cth).

(76) Maluka & Maluka [2011] FamCAFC 72.

について議論を再燃させる可能性はある(77)。もっとも、今回は、いずれかの親に役立つものではなく、紛争解決での子どもの地位の強化のためのものである(78)。一般的にみて、現在のところ、裁判所は厳格な特段の事情がない限り、通常は平等な共同親責任を認めている(79)。裁判所は、両親と子どもとの絆を保護する手段としてだけでなく、共同の子育て(joint parenting)の実際の効果を緩和する子のケアや福祉に関する他の問題や時間に関する決定をなす知識としても、共同親責任を実施している。

4 平等又は実質的で重要な時間 (Equal or Substantial and Significant Time)

時間に関する取り決め(time arrangements)は、親責任と密接に関連している。もっとも両者は同じものではない。親責任は、誰が子についての意思決定をする際に関与すべきかという問題であるのに対して、時間に関する取り決めは、誰が効果的に子のケアをし、いつ、どのくらい養育するかを決める。1995年改正はかつて使われていた「面会交流(access)」という財産的観念(proprietary notions)からの転換を図るために、時間に関連する術語に改めた。時間をめぐる決定方法を実質的に変えたのは2006年改正であったが、最終的な文言は今日でも使われている。2006年に導入された家族法は、裁判所が平等な共同親責任を認めたときは、時間の取り決めのための特定の手続を定めており、家族法65条DAAでの規定された手続を用いなければならない。平等な共同親責任が認められないときは、裁判所は、子の最善の利益になると思料する時間に関するいずれかの決定をする(80)(たとえば、一方の親が事実上すべての時間を過ごして、他方の親は監視付面会交流や間接面会交流、あるいは面会交流や接触をしないなど)。家族法65条DAAが適用される場合、裁判所はまず父母双方と平等に時間を過ごす(ほぼ50%ずつ)命令を検討する(81)。この

(77) Blinko & Blinko [2015] FamCAFC 146 ; Janssen & Janssen (No. 2) [2016] FamCA 796.

(78) for the report : Committee on the Rights of the Child, Combined Fifth and Sixth Periodic Reports Submitted by Australia under Article 44 of the Convention. UN Doc CRC/C/AUS/5-6 (22 November 2018).

(79) たとえば, Carson et al (2016), 13. 参照。

(80) Sharma and Sharma [2006] FamCA 1363. 参照。

問題を決定するにあたり、当該取り決めが(1)子の最善の利益になるかどうか、(2)合理的に実行できるかを決定しなければならない。(1)の決定をするために、裁判所は福祉のチェックリストに依拠し⁽⁸²⁾、(2)の点を決定するにあたっては、立法自体が指針を示し、たとえば、親がどれくらい離れて暮らしているか、取り決めを実施できる能力に触れている⁽⁸³⁾。平等な時間(a equal time)は、父母が離れて暮らしているときは、合理的に実行できるものではないことが明らかである場合には、裁判所は子の最善の利益を検討する必要はない⁽⁸⁴⁾。平等な時間が可能でないときは、裁判所は、「実質的で意義ある時間」、つまり、数量的には少ないかもしれないが、より高い質的な基準で認められる時間を認めることを検討しなければならない⁽⁸⁵⁾。2016年のUlster & Viney事件で、Strickland裁判官は、以下のように述べて、一般的に先例とみられる説示をした。

「実質的で意味ある時間とは、多様な状況で父母と接していることから生ずる子どもたちが父母と養育の全ての側面に関っていると感じられるような十分な時間である。そのような場面は、家庭学習を監督したり、就寝時間を共にしたり、日常のしつけをすとか、学校やスポーツトレーニングへの送り迎え、とくに平凡な状況で親と過ごす時間、子どもの生活の日常的な現実だけでなく、祝祭日や週末の活動などを含む。」⁽⁸⁶⁾

65条DAA自体は、ウィークデイ、祝祭日、子や親にとっての特別の機会となる日だけでなく、週末に言及し、何が実質的で意味ある時間になるかを指針を提供している。裁判所は、第二段階で、子の最善の利益となるか、相当な実行可能性があるかを検討する。もし、そうであれば、そのような時間を認めることを検討する。そうでない場合には、最後の手段として、裁判官はどのような取り決めが子の最善の利益になるかを決定する。家庭内暴力の主張があるときに、関係の維持と時間を過ごすことが子の最善の利益となるとの結論に至ることもあり得る⁽⁸⁷⁾。

(81) Goode and Goode (2006) 36 Fam LR 422, at [64]. 参照。

(82) 家族法60条CC参照。

(83) 家族法65条DDA(5)参照。

(84) MMR v GR (2010) 240 CLR 461. 参照。

(85) See Ulster & Viney [2016] FamCA 133.

(86) 同判決[6]参照。

(87) パーキンソンは、過去の暴力が容易に立証されても、将来の暴力の立証は

5 子のケア、福祉及び発達のその他の側面

ひとたび親責任及び時間の取り決めが決められると、裁判所は、どのような葛藤が存在するかを考慮しながら、子の養育の特定の側面について決定することができる。ここでの裁判所の権限は、子どものケア、福祉、発達に関する限り、決定の話題の観点からは制約がない。1995年改正法では「特定事項命令 (specific issue orders)」とされていた命令は、現在では、責任や時間と同様に「一般的養育命令の亜種 (a subspecies of general parenting orders)」となっている。これらには重要な2つの理由がある。第1には、父母が一般的には共同で意思決定ができるが、激しい対立が存在する1つあるいは2つの問題があるため、平等な共同親責任の行使が難しい場合である。たとえば、教育に関して、一方の親が子どもを私立の寄宿舎学校に入れたいのに、他方は全時間を世話し家から通学をさせたいと譲らないケースがある⁽⁸⁸⁾。裁判所は、教育に関する最終決定を下し、父母はそれ以外の子の養育面では責任を負うことができる。第2に、これらの命令は、子どもの将来の危害の危険から救ってくれる。たとえば、父母の一方が輸血など医療を受けさせないという宗教を信奉し入信する場合に、他方は医療同意を強制するか、医療に関して、他方の単独親責任行使を認めてもらうしかない⁽⁸⁹⁾。いずれの場合も、裁判所は主要な考慮事項としての子の最善の利益に従い命令をくだす。最終的に下される命令は、一般準則として、オーストラリア家庭裁判所は、命令をするに際して、当事者の申立に拘束されるものでないから、いずれの当事者の申立とも異なることもある。

結論

子の養育に関するオーストラリア法は、もともとはイギリス型の親責任概念を導入することによりイギリスに倣おうとした一方で、平等で永続的な養育と関係者の安全の調和を図ろうとし、きわめて独自の発展もしてきた。法は、原

容易ではないという点に焦点を当てた (Parkinson (2013), 12-15)。

(88) *Worstell v Worstell* [2015] FamCA 999. 参照。

(89) *Bell & Bell* [2013] FMCAfam 6, この事件で、裁判所はいかなる命令も出さなかった。

理原則の問題としてますます明確化されているのみならず、父母が現在家族制度を通じて、自ら代理人をつけずに（unrepresented）解決を見つけられるという理由では平等に定義されている。また、家庭内暴力の問題がますます世間の注目を集めており、家庭内暴力は広範な定義がなされ、他方の家庭内暴力に子どもが晒されることも含むようになっている。しかしながら、平等化（equation）から取り残されたのは、主として子ども自身である。親責任の概念の不明確さは、それが専ら親の意思決定の問題とみなされ、手続においても、子の声や意思（the voice of the child）は主要な考慮事項ではない。もし政府が直ちに家族法の見直しをするのであれば（現在そのような兆しはないが）、子どもが法改正の中で表舞台に立たされるべきである（中心的存在になるべきである）。

（棚村 英行）