

資 料

オーストラリア家族法における離婚後の
共同養育推進とリロケーション紛争への法的対応
—— MRR v GR [2010] HCA 4. ——

古賀（駒村）絢子

- I はじめに
- II 事案の概要
- III 判決
- IV 判決理由
- V 検討解説

I はじめに

本稿で紹介する *MRR v GR*⁽¹⁾ は、オーストラリア1975年連邦家族法（the Family Law Act 1975、以下「連邦家族法」とする）の2006年改正後初となる、オーストラリア連邦最高裁判所（High Court of Australia、以下「最高裁」とする）による子どもの監護養育事件の判決である⁽²⁾。連邦家族法は、離婚や子どもの監護養育等の家族問題を規律するオーストラリアの連邦統一法で

-
- (1) (2010) 263 ALR 368; 84 ALJR 220; [2010] HCA 4. 本判決の全文は、Australian Legal Information Institute (AustLII) のHPで入手可能である (<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/2010/4.html?stem=0&synonyms=0&query=title> (MRR%20and%20GR%20 [2012年10月1日現在])。)
 - (2) 以下、本稿中にて引用する条文は、別段の記載なき限り、連邦家族法の条文とする。なお、オーストラリアにおける子どもの監護法制を概観する文献として、パトリック・パーキンソン著・長田真理訳「別居後のペアレンティング (parenting) —オーストラリアにおける紛争解決プロセス—」立命館法学2010年2号(330号)110頁以下、及び、駒村絢子「離婚後の子の監護法制に関する一考察—オーストラリア連邦家族法における離別後の共同養育推進を手がかりに—」法学政治学論究84号(2010年)163頁以下等。

ある。その2006年改正法（2006年家族法改正＝共同親責任法，the *Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006 (Cth)*）は、父母の離婚・離別（以下、「離別」に統一する）後の共同養育を推進する2006年家族法制改革の一環として、同法「第7章 子ども」を中心に大々的な改正を行った⁽³⁾。特に、離別後の子どもの監護養育措置の取決めの手続について、裁判所が養育命令（parenting order）を行う際の判断枠組みを、共同養育推進の方向において大幅に組み替えた。つまり、連邦家族法第7章は、かねてより「子どもの最善の利益」の至高性を基本原則とし（旧第65条 E，現第60条 CA），裁判所に対しては、同原則に従う他は非常に広い裁量を認めていた。これに対し、2006年改正法は共同養育推進の規範の下で裁判所の裁量行使のプロセスを明確・精密化するべく、裁判所の判断の基準・手順を詳細に定めた。しかし、その内容は非常に複雑で分かりにくく、解釈上の問題を数多く抱えてしまっていた。そうした状況において、法改正から約3年半を経てようやく、最高裁が初めて同法の主要規定の解釈を行ったのが本判決である。

加えて、本判決は、いわゆる離別後の子連れリロケーション（relocation，転居⁽⁴⁾）を争点とするケース（以下、「リロケーション紛争」とする）であったことから、一層大きな学術的・社会的関心を引き込んだ。リロケーション紛争とは、講学上の概念であるが、「父母の離別後における子どもの場所的な住居地の変更の是非をめぐる紛争」，或いは、より限定的に「子どもの主たる世話者が新たな場所への子連れ転居を希望し，そのために子どもと他方親との面会交流が阻害されるという養育紛争」等を指す⁽⁵⁾。特にオーストラリアでは、広大な国土に都市が点在するという地理的条件，及び、海外移民が多いという人口学的特殊性⁽⁶⁾から、国内若しくは国際的な子どもの居所の再決定の

(3) 2006年法制改革の評価報告として、犬伏由子監修・駒村絢子訳「オーストラリア2006年家族法制改革評価報告書（要約版）」（オーストラリア連邦政府・オーストラリア家族問題研究所，2009年12月）法学研究第84巻3号（2011年）55頁以下等。

(4) 'relocation' の訳語としては、他にも様々な選択肢があり得るが、本稿では紛争類型としては、「リロケーション（紛争）」という言葉そのまま用いると共に、'relocate'（動詞）等の訳語として「転居（する）」という語も適宜用いるものとする。

(5) Family Law Council, *Relocation, A Report to the Attorney General prepared by FLC 2006*, Canberra, [2.1]; Lisa Young & Geoff Monahan, *Family Law in Australia* (2009, 7th ed), 437-8.

問題が頻繁に生じる。リロケーション紛争は、父母の離別後であっても、子どもが父母各々と共に過ごし、その世話を受ける権利・利益と、父母が離別後に自身の人生を各々自由に再構築し、自ら希望する場所に住む権利・利益という二つの重要な価値の対立の調整を伴う。故に、それはきわめて熾烈化しやすく、最も解決が困難な紛争類型であるとされている⁽⁷⁾。本判決は、2006年法改正による共同養育規範の強化を背景に、リロケーション紛争の新たな解決枠組みを示し、裁判所その他紛争解決の現場及び学術上の議論に大きなインパクトをもたらしたものである。

II 事案の概要

被上人（被控訴人・申立人）である父親と上人（控訴人・被申立人）である母親とは、1993年よりシドニーでパートナーとして共に暮らし、2000年には同地で婚姻関係を結んだ。2002年8月には子ども（娘）が誕生し、子どもの世話は主に母親が担っていた。その後、2007年1月に、父親が鉱山会社に機械技術者として就職するために、父母及び子どもの3名全員でアイサ山（北西クイーンズランド州の小規模鉱業都市、シドニーから約2500km）に転居した。しかし、同年8月に父母が離別し、母親は子どもを連れて、実家のあるシドニーへと戻った。これに対し、同年10月に父親は連邦治安判事裁判所（Federal Magistrates Court）に子どもの返還を申立てた。連邦治安判事裁判所は暫定命令（interim order）として子どもの返還を命じ、母親は子どもと共にアイサ山へ戻った。それ以降、本件第一審の審理時点まで、子どもはアイサ山で父母各々の家を週交替で行き来して暮らしていた。しかし、母親においては、アイサ山では就職状況も住宅事情もきわめて厳しく、就職できずに生活保護を受けながら、トレーラーパークで暮らしていた。

2008年3月に第一審（連邦治安判事裁判所）の審理が行われた。父母の主張は、親責任については父母の平等な共同親責任とする点で両者一致したものの、子どもが父母各々と過ごす時間の分担については主張が分かれた。父親

(6) Australian Bureau of Statistics, *International Migration, 2002*, <<http://www.abs.gov.au>>.

(7) Lisa Young & Geoff Monahan, *supra* note 5. Patrick Parkinson, Judy Cashmore & Judy Single, *The Need for Reality Testing in Relocation Cases* (2010) 44 Family Law Quarterly 1.

は、①審理当時の措置（アイサ山で子どもが父母宅を週交替で行き来する措置）の継続を主張した。また、自身の職業上の理由から、子どもが母親と共にシドニーで暮らす場合も含め、自身のシドニーへの転居を固く拒否した。対して、母親は当初、②子どもは母親と共にシドニーに居を置き、父親とはアイサ山で一定の時間を共に過ごす措置を希望していたが、後に、③父母と子どもの3名全員でシドニーへ移り、子どもは母親と共に暮らしながら父親とは隔週末・休暇を過ごす措置、及び、④子どものシドニーへの転居が認められない場合には、母親もアイサ山に留まって子どもを主に世話する措置の提案も追加した。

同年4月、連邦治安判事裁判所は、父親の主張を全面的に認め、父母の平等な共同親責任を定めると共に、「子どもの最善の利益」（連邦家族法第60条CA、第60条CC）に適う措置として、①子どもがアイサ山に留まり、週交替で父母各々と平等な時間を共に過ごす措置を命令した（本件第一審）⁽⁸⁾。

そこで母親は、次の2点について連邦治安判事裁判所の法的な誤りを主張して控訴した。つまり、(i) 母親のアイサ山での生活における困難な状況として、心理的・物理的な孤独、経済的苦境、及び転居の自由を考慮しなかった点、並びに、(ii) 「アイサ山での平等な時間」措置の「合理的な実施可能性」の構成事由（第65条DAA（5））として、父母における意思疎通の困難、父母における子どもの養育に対する姿勢の隔たり、父親における母親の養育能力に対する尊重の欠如、及び、母親がこれまで子どもの世話を主に担ってきたことを考慮して、同基準の充足性を検討しなかった点、である。

2009年5月、オーストラリア家庭裁判所大法廷（Full Court of the Family Court of Australia, FINN 裁判官, MAY 裁判官及び BENJAMIN 裁判官）は全員一致で母親の控訴を棄却した（本件原審）⁽⁹⁾。まず (i) 母親のアイサ山での生活における物心両面での苦境及び転居の自由について、連邦治安判事裁判所は「子どもの最善の利益」の構成事由のうち「その他一切の関連事由」（第60条CC（3）(m)）として考慮しており、それらの事由自体は同措置の「子どもの最善の利益」の充足性を否定する決定的な理由にはならないとした。また、(ii) 同措置の「合理的な実施可能性」については、第一審はその充足性それ自体につき明示的に検討しなかったが、第65条DAA（5）規定の「合

(8) *Rosa & Rosa* [2008] FMCAfam 427.

(9) *Rosa & Rosa* [2009] FamCAFC 81.

理的な実施可能性」の検討義務は法的拘束力を持つものではないし、その構成事由について、「子どもの最善の利益」の構成事由（第60条 CC（2）（3））の包括的検討にあたり実質的に考慮していれば足りるとした。

そこで、母親は主に（ii）の点に関する家裁大法廷の判断の誤りを主張し、最高裁に上告した。2009年10月、最高裁は上告を受理し、上告審を行った。

III 判決

2009年12月3日、最高裁（FRENCH 首席裁判官、GUMMOW 裁判官、HAYNE 裁判官、KIEFEL 裁判官及び BELL 裁判官）は全員一致で、次の通り判決を行った（判決理由は翌2010年3月に公表された）。

1. 2009年5月15日にオーストラリア家庭裁判所大法廷により行われた判決及び命令の全部に対する上告を認容する。
2. 2009年5月15日にオーストラリア家庭裁判所大法廷により行われた命令を破棄し、替わりに次の通り命令を行う。
 - (a) 2008年4月1日にオーストラリア連邦治安判事裁判所により行われた命令に対する母親の控訴を認容する。
 - (b) 2008年4月1日にオーストラリア連邦治安判事裁判所により行われた命令を破棄する。
 - (c) 本事件をオーストラリア連邦治安判事裁判所に差し戻し、再審に付す。

IV 判決理由

以下では、判決理由全文のうち、既にIIで紹介した事案の経過を示す部分を除いて全訳する（段落番号は原文のままとし、第6段落以下を抜粋する）。

6. 連邦家族法第7章（第60条 A～70条 Q）は子どもに関する規定である。2006年には、2006年改正法により大幅な改正が行われた。2006年改正法第60条 B（1）は、とりわけ「子どもの最善の利益に適う限りにおいて、父母双方が子どもの生活に有意義な関わりを持つことの恩恵を子どもが享受すること」の確保によって子どもの最善の利益を実現することが、同法第7章の目的であることを規定する⁽¹⁰⁾。同法第60条 CA は、裁判所が、子

どもに関して特定の養育命令を行うか否かを決定するに際し、当該子どもの最善の利益を至高の事由として考慮しなければならないことを規定する。何が子どもの最善の利益に適うかを判断する際に考慮する必要のある事由については、第60条 CC に列挙されている⁽¹¹⁾。

7. 第65条 D (1) は、裁判所においては、第61条 DA 及び第65条 DAB に従って、自らが適当と考える養育命令を行うことができる旨を規定する。第61条 DA (1) は、裁判所においては、子どもの父母が平等な共同親責任を有すること⁽¹²⁾ は子どもの最善の利益に適うという推定を適用することを求める。推定は、裁判所において、当該推定が子どもの最善の利益に適うものではないことの証明により覆すことができる(第61条 DA (4))⁽¹³⁾。第65条 DAB は、裁判所において、当事者間で締結された一切の養育計画を考慮に入れることを求めるが、これは本件とは無関係である。
8. 第65条 DAA (1) は、「平等な時間 (Equal time)」と題して、次のよ

-
- (10) 第60条 B (1) の条文訳は次の通りである。
本章の目的は、子どもの最善の利益が以下に掲げる事由により充足されることの確保にある。
- (a) 子どもの最善の利益に適う限り最大限、父母双方が子どもの生活に有意義な関わりを持つことの恩恵を子どもが享受すること、
 - (b) 子どもを虐待、ネグレクト若しくは家庭内暴力を受ける、または目撃することによる心身の危害から保護すること、
 - (c) 子どもが最大限の発達可能性を発揮できるように、十分かつ適切な養育を受けることができるよう確保すること、
 - (d) 父母が子どもの世話、福祉及び成長発達に関する義務を果たし責任を負うことを確保すること。
- (11) 第60条 CC 既定のメニューリストの具体的内容については、本文後掲258頁を参照。
- (12) 父母の平等な共同親責任命令は、子どもの世話・福祉及び成長発達に関する「重要な長期的事項」について、父母が協議し共同で決定することを義務づける効果を有する(第65条 DAC)。「重要な長期的事項」とは、(a) 子どもの現在及び将来の教育、(b) 子どもの宗教・文化教育、(c) 子どもの健康、(d) 子どもの名前、(e) 子どもが一方の親と時間を共に過ごすことを非常に困難にするような、子どもの生活環境の変更等であるとされる(第4条(1))。
- (13) 一方親若しくはその同居者による、子ども等に対する虐待または家庭内暴力の存在を信じるべき合理的な理由がある場合は、例外的に推定適用が否定される。

うに規定する。

「もし、養育命令において、子どもの父母が平等な共同親責任を有する旨を定めている（若しくは定める予定である）場合には、裁判所は、次のことを行わなければならない。

- (a) 子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごすことが、子どもの最善の利益に適うか否かを検討する。
- (b) 子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごすことが、合理的に実施可能であるか否かを検討する。
- (c) もし、そうである場合は (if it is), 子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置を定める（若しくはその旨の条項を含む）命令を行うことを検討する。」

（斜字体部分は強調）

同条（2）は、養育命令により、子どもの父母が平等な共同親責任を有する旨を定めるものの（(a)）裁判所が、子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置の命令を行わない場合（(b)）について規定する。その場合、裁判所は次の義務を負う。

- (c) 子どもが父母各々と十分かつ重要な時間を共に過ごすことが、子どもの最善の利益に適うか否かを検討する。
- (d) 子どもが父母各々と十分かつ重要な時間を共に過ごすことが、合理的に実施可能か否かを検討する。
- (e) もし、そうである場合は、子どもが父母各々と十分かつ重要な時間を共に過ごす措置を定める（若しくはその旨の条項を含む）命令を行うことを検討する⁽¹⁴⁾。

同条（3）は、「十分かつ重要な時間」という語句の意味を説明する⁽¹⁵⁾。

(14) もし、検討の結果、十分かつ重要な時間措置の命令を行わない場合には、子どもの最善の利益等の基準に従って、その他の監護措置の命令を行うことになる。*Goode and Goode* (2006) FLC 93-286 at 80, 897-899, [65].

(15) 「十分かつ重要な時間」とは、親が子どもの日常生活に関わり、かつ親子が双方にとり特に重要な行事に参加するために十分な時間を意味する。具体的には、「週末と休暇」だけでは足りず、「平日」も共に過ごすことが必要である

9. 第65条 DAA (1) (b) 及び (2) (d) は各々、裁判所において、子どもが父母各々と平等な時間若しくは十分かつ重要な時間を共に過ごす措置が合理的に実施可能か否かを検討することを求める。ここには、裁判所はこれらの問題について判断するものだという趣旨が明確に示されている。同条 (5) は、この点について、裁判所は、この決定を行う場合には、例えば、父母の住居地間の距離、父母の当該措置の実行能力、及び「その他、裁判所が関連性を認める事由」等の一定の事由について「考慮しなければならない」と規定する⁽¹⁶⁾。
10. Coker 連邦治安判事 (第一審裁判官、筆者追加) は、父母の平等な共同親責任の推定を適用すると述べた (第一審・段落番号95 (以下、段落番号を文中で引用する場合は、例えば【95】という形で示す))。そして、第65条 DAA に従い、「子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置が子どもの最善の利益に適うと共に、合理的に実施可能であるか否かを検討し、もし、平等な時間措置が適切でない場合には、次に、十分かつ重要な時間措置について、子どもの最善の利益に適うと共に合理的に実施可能であるか否かを検討する」義務がある、と述べた (第一審【98】)。
11. 父親はアイサ山から離れる意思がないと述べていたことから、平等な時間の養育措置は、両当事者がアイサ山に住む場合にのみ可能であった。その上で、判事は、両当事者はアイサ山で平等な時間措置を行うべきであるという意見を明確に示した。判事は次のように述べている。

「もし、父親の提案通りに両当事者がアイサ山に住むのであれば、両当事

(第65条 DAA (3))。

- (16) 第65条 DAA (5) の条文訳は次の通りである (本文後掲258頁も参照)。
- 前 (1)・(2) 項の規定に従って、子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごすこと、または、十分かつ重要な時間を共に過ごすことが合理的に実施可能であるかを決定するためには、裁判所は以下の点を検討しなければならない。
- (a) 父母の住居地間の距離、
 - (b) 子どもが父母各々と平等な時間または十分かつ重要な時間を共に過ごす措置を実施するための、父母の現在及び将来の能力、
 - (c) 父母が意思疎通を行い、当該措置の実施につき生じる諸問題を解決する現在及び将来の能力、
 - (d) 当該措置が子どもに及ぼす影響、
 - (e) その他、裁判所が関連性を認める事由。

者は同じ地域に住むことになる。両当事者は互いに近距離におり、平等な時間措置を行う適切な機会を確保することができる。私としては、当該措置は子どもの最善の利益に適うものであると評価する。」(第一審【98】)

判事は、家族コンサルタントが、当時の措置(アイサ山での平等な時間措置、筆者追加)の継続を推奨していたことに言及した(第一審【99】)。判事は、自身もまた、父母が「何千kmも離れて」暮らすことは子どもにとって好ましいこととは考えられない、つまり、平等な時間措置が子どもの利益に適うものであると述べた(第一審【100】)。

12. Coker 連邦治安判事は、父親の提案による、平等な共同親責任、及び、子どもはアイサ山に住むという措置が、子どもの最善の利益を最も適切に実現し、子どもの福祉を充足するものであるとの結論に至り、これに基づいて原命令を行った。
13. 第65条 DAA (1) は命令形で記されている。それは、裁判所において、子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置が子どもの最善の利益に適うか否かという問題 ((a)), 及び、子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置が合理的に実施可能か否かという問題 ((b)) について検討することを義務づける。両問題について肯定形で回答される場合のみ、同条 (c) に従って、当該措置命令を行うことを検討することができる。(c) は冒頭から、「もしそうであれば (if it is)」として前2点の問題に言及し、これらの点が認められた場合にのみ命令を行うことを検討できる旨を明らかにしている。事実の問題として、子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置が合理的に実施可能であるという認定がなされることは、裁判所が当該養育命令を行う権限を得る前提として充足しなければならない法定の条件である。それは、裁判権基礎事実 (jurisdictional fact) の存在を証明しなければならない場合と同様に、裁判所に対する権限付与の条件となっている。もしこの点の認定を行うことができない場合には、同条 (2) (a) 及び (b) は、次に、子どもが父母各々と十分かつ重要な時間を共に過ごす措置の見込みについて検討することを求める。同条 (2) は (1) と同じ構造になっており、子どもが父母各々と十分かつ重要な時間を共に過ごす措置をめぐって、子どもの最善の利益及び合理的な実施可能性に関する同じ問いを求めるものである。

14. Coker 連邦治安判事は、子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置が子どもの最善の利益に適うか否かという一つ目の問題に対する解答をもって、同措置命令を行うことの是非を決定づけるものと捉えていた。判事はその義務に従って、当該措置があらゆる事情に照らして合理的に実施可能か否かを検討しなかった。家庭裁判所大法廷（原審、筆者追加）は、Coker 連邦治安判事が「平等な時間措置が『合理的に実施可能か』否かという問題について明確に検討しなかった」ことを認めた（原審【96】）。しかしながら、家庭裁判所大法廷は、事実審判事においては、その上で、いかなる措置が子どもの最善の利益に適うかを決定するにあたり、第60条 CC 規定の諸事由を詳細に検討考慮していたと述べた（原審【97】）。しかし、第60条 CC 規定の諸事由は第65条 DAA（1）（a）規定の問題（つまり、子どもの最善の利益の問題、筆者追加）にのみ関連性を有するものであり、他の異なる事由の検討考慮を求める同条（b）の問題（つまり、合理的な実施可能性の問題、筆者追加）とは関連性を有しない。
15. 第65条 DAA（1）は、親子の状況の現実に関わる規定であり、子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置が望ましいか否かに関わる規定ではない。第61条 DA（1）の推定は、第65条 DAA（1）の下で生じる諸問題にとって決定的ではない。第65条 DAA（1）（b）は、平等な時間の養育措置が実行可能か否かに関する現実的な評価を求める規定である。このような平等養育は、父母共にアイサ山に留まる場合のみ可能であることから、Coker 連邦治安判事は、平等な時間措置が合理的に実施可能か否かを判断するにあたって、両当事者、とりわけ母親をとりまく事情を考慮する義務があった。
16. もし、Coker 連邦治安判事がこの問題について考慮していたのであれば、その結論はただ一つ、当該命令を行うことはできない、というものでしかあり得なかったと考えられる。母親は、アイサ山に戻ってから審理時点に至るまで、トレーラーパーク住まいを余儀なくされ、子どもも一週間置きにそこで暮らしていた。住居設備が限られているというだけでなく、そのような環境は通常、子どもにとって理想的なものとは言えない。替わりとなる住居も得られる見込みがなかった。アイサ山には賃貸住宅が殆どなく、希望者も多く滞留している。母親はいずれにせよ良質な住居を確保できず、より低価格の賃貸住宅は「荒れた」地域にあると述べていた。
17. 母親はアイサ山では就職の機会が限られていた。両当事者がシドニーに

住んでいた頃は、母親はパートタイムの仕事に従事していた。シドニーに戻れば、以前の勤め先においてフレックスタイムの常勤職に就くことができた。アイサ山では、母親は生活保護を受給する他、単発的な仕事で得た収入で暮らしていた。父母間の収入格差について、審理当時までに対応されることはなかった。母親は、アイサ山には、自分のキャリアを活かせる仕事はなく、フレックスタイムの仕事も限られていると回答した。

18. 家族コンサルタントは、母親は、アイサ山では住環境が良好ではなく、家族から孤立していることから、アイサ山で暮らすことについて「明確に落ち込んで」いるという証拠を提出した。そして、母親は鬱状態にあるとし、カウンセリングを受けることを勧めた。Coker 連邦治安判事は「母親のアイサ山に在ることでの苦痛及び鬱は、カウンセリングによって、完全とまではいかずとも、相当程度対応できるだろう」と認めた（第一審【103】）。

19. Coker 連邦治安判事に提出された証拠を見るに、第65条 DAA（1）（b）規定の問題について肯定形で回答することは出来ない。つまり、判事は、平等な時間の養育措置を命令する権限はなかったということになる。判事は、その上で、続いて子どもが父母各々と十分かつ重要な時間を共に過ごす措置について、（平等な時間措置が不可能であるとして、その次に）子どもの最善の利益に適うか否か、及び、合理的に実施可能か否かを検討する必要があった。その際は、母親がシドニーで暮らすことの検討考慮も必要であった。しかし、措置の実施可能性に関する認定なくしては、これらの問題の結論に達することはできない。本件を再審に付し、両当事者のその時点での事情に照らして当該命令の実施可能性に関する証拠について必要な判断を行うことになる。

20. Coker 連邦治安判事が行った命令には、もし母親がアイサ山で暮らさない場合は、子どもは（アイサ山で、筆者追加）父親と共に暮らし、母親は父親との合意に基づいて、合理的な時間において子どもと共に過ごし通信を行う旨の条項が含まれていた。この命令に関しては何らの理由も示されていない。母親がアイサ山を離れるという万一の事態に備えて、裁判所が当事者の事情変更を踏まえて更なる検討を行うまでの状況に対応するための暫定命令としての意図で行われたものかもしれない。本命令は、法定の基準に対応していないことから、第65条に従った命令ではあり得なかった。

21. 以上の理由から、2009年12月3日に命令を行うにあたって、本法廷は、家裁大法廷は、(a) 連邦治安判事において、子どもが父母各々と平等な時間または十分かつ重要な時間を共に過ごす措置が連邦家族法第65条 DAA (1) (b) 規定の意味において合理的に実施可能であると認めることはできなかったこと、(b) 従って、連邦治安判事は、第65条 DAA (1) (c) 規定の命令を行うことを検討することはできなかった旨を、判示するべきであったのにしなかったという意見に立つことを明らかにする。

V 検討解説

1 第65条 DAA の解釈による養育命令時の判断枠組みの提示

(1) 本判決の要点

本判決は、原審（家庭裁判所大法廷）・第一審（連邦治安判事裁判所）について、連邦家族法第65条 DAA の解釈の誤りを理由に破棄・差し戻しとした。第65条 DAA は2006年改正法により新設された規定で、裁判所が養育命令を行う際の判断枠組みとして、特に本件のように第61条 DA の推定適用により父母の平等な共同親責任命令を行う場合における、子どもが父母各々と共に過ごす時間の分担の問題の検討手順を定める。それによれば、裁判所は、当事者の主張の如何にかかわらず、第一に、子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置（以下「平等な時間」措置、とする）の命令を行うことの是非を検討しなければならない。そして、同措置の命令を行うべきでないと判断した場合には、次に、子どもが父母各々と十分かつ重要な時間を共に過ごす措置（以下「十分・重要な時間」措置、とする）の是非を検討しなければならない。そして、「平等な時間」措置・「十分・重要な時間」措置（以下、両措置を一括で示す際は「平等/十分・重要な時間」措置、とする）を命令すべきか否かの判断は、同措置が子どもの最善の利益に適うか否か（以下「子どもの最善の利益」基準、とする）及び、同措置が合理的に実施可能か否か（以下「合理的な実施可能性」基準、とする）という二つの判断基準に基づいて行わなければならない。以上の判断枠組みについて、本判決は、「平等/十分・重要な時間」措置の命令を行う際は、特に同措置の「合理的な実施可能性」基準の充足性を検討し、その充足を確認していなければならないということを、次の【ア】・【イ】の2つの準則を示しつつ、確認した。

- 【ア】 裁判所は、「平等/十分・重要な時間」措置が「合理的な実施可能性」基準を充足しているという認定評価を行わない限り、同措置の命令を行うことが出来ない（本判決【13】）。
- 【イ】 措置の「合理的な実施可能性」基準の充足性の評価に際しては、（第60条CCが規定する「子どもの最善の利益」のメニューリストとは別に）第65条DAA（5）が規定する「合理的な実施可能性」のメニューリストを参照しなければならない（本判決【14】）。

そこで、以下、【ア】・【イ】の各準則について検討・分析を加える。

（2）【ア】「合理的な実施可能性」基準の検討義務の確認

（i）従来の裁判実務の否定

第65条DAAの趣旨について、立法資料は「同条は『平等な時間』措置の推定ではない。…裁判所は同措置が子どもの最善の利益に適うか否か、及び、合理的に実施可能か否かを検討しなければならない（must consider）」旨を定める規定と説明する⁽¹⁷⁾。本判決の準則【ア】は、この「合理的に実施可能か否かを検討しなければならない」という点について、裁判所の単なる検討の手順の問題としてではなく、「平等な時間措置」を命令するための必須の条件として位置づける。それは一見、同条の当然の文理解釈であるようにも思われる。しかし、本件第一審・原審を含む従来の裁判実務では、「平等/十分・重要な時間」措置について、その「合理的な実施可能性」を検討・評価せずに、専ら「子どもの最善の利益」基準の充足性のみをもって命令を行うケースがむしろ大勢を占めていた⁽¹⁸⁾。本判決はそれら先例に具体的に言及してはいないもの

(17) Parliament of the Commonwealth of Australia, Senate, *Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Bill 2005, Revised Explanatory Memorandum* (hereinafter '*Explanatory Memorandum*'), [195]・[196].

(18) *Taylor v Baker* (2007) 37 Fam LR 461; *McCall v Clark* [2009] Fam CAF 92. 等の家裁大法廷判決及び下級審判決多数。家裁大法廷は *Taylor v Baker* 事件判決において、「平等な時間（または十分・重要な時間）」措置が「子どもの最善の利益」基準を充足する場合、次にその「合理的な実施可能性」基準の充足性を判断すべきことを示しつつ、その判断プロセスは法的拘束力を伴う原則ではなく、判断の論理的順序の指針に過ぎないので、裁判所が異なる検討手順によって判断しても、控訴理由にはならないとした。また、学説上も、特に Richard Chisholm 元裁判官及び Patrick Parkinson シドニー大学教授は、第

の、準則【A】を示すことで、そうしたアプローチを否定し、もって、その後の裁判実務における統一的な判断枠組みを示したと言えよう⁽¹⁹⁾。

従って、本判決の結果として、これまでの裁判において「合理的な実施可能性」基準の検討・評価を経ずに行われた「平等/十分・重要な時間」措置命令の有効性が問題となった。そこで、これに対応する趣旨で、2010年連邦家族法改正法 (Family Law Amendment (Validation of Certain Parenting Orders and Other Measures) Act 2010) が定められ、そうした従来命令の有効性を遡及的に認めつつ、当事者の再審請求権も肯定した。更に、新たに同条(6)・(7)を設け、合意命令を行う際は「合理的な実施可能性」基準の検討義務の法的拘束力を免れるものの、同基準を指針として検討することが望ましい旨を明記した⁽²⁰⁾。

65条 DAA は「平等/十分・重要な時間」措置の合理的な実施可能性の「検討」それ自体を義務づけるものと捉え、もし当該措置の「合理的な実施可能性」が否定される場合でも、同措置を命令する必要がなくなるにとどまり、同措置の命令を行うことは依然可能であるとする。Richard Chisholm & Patrick Parkinson, *Recent Cases : Reasonable practicability as a requirement : The High Court's Decision in MRR v GR.* (2010) 24 AJFL 27.

- (19) 本判決は *Collu & Rinaldo* [2010] FamCAFC 53. 等をはじめ多数の下級審及び家裁大法廷判決で引用されている。
- (20) 2006年改正法上、合意命令(当事者の合意による取り決めを裁判所で文書化し、法的拘束力を持たせたもの)について、第65条 DAA の適用を免除する規定は存在せず、当事者の合意による取り決めにおいて、第65条 DAA の枠組みに則ることが推奨されていた(弁護士・メディエイター・カウンセラー等は当事者に対し、子どもの最善の利益に適い、合理的に実施可能である場合には、「平等/十分・重要な時間」措置を選択肢として検討できることを教える義務を負うものとされる(第63条 DA (2) (a))) 一方、実際の取り決め及び命令の場面で、そうした検討を担保する仕組みは存在していなかった。そこで、2010年改正法は、第65条 DAA の2基準の充足性を確認せずに行われた合意命令の効力を認めると共に、新たに、次の同条(6)(7)の規定を設けた(改正法規定の全文は、<http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010A00147>)に掲載されている [2012年9月現在]。
- (6) もし、
- (a) 裁判所が、訴訟手続当事者全員の合意の下で養育命令を行うか否かを検討していて、
 - (b) 当該命令が子どもの父母の平等な共同親責任を定める(定めるつもりである)場合には、

(ii) 「子どもの最善の利益」基準と「合理的な実施可能性」基準との別個
独立性

準則【ア】は、とりわけ「合理的な実施可能性」基準の、「子どもの最善の利益」基準からの別個独立性の確認という点で法体系的な重要性を帯びる。第65条 DAA における「子どもの最善の利益」基準は、連邦家族法第7章全体における至高の基準たる「子どもの最善の利益」（第60条 CA）と同一概念であるとされる⁽²¹⁾。しかし、準則【ア】に従えば、たとえ裁判官が「平等/十分・重要な時間」措置を「子どもの最善の利益」基準に適用すると評価していても、同措置が「合理的な実施可能性」基準を充足しないという理由で、当該措置を命令することができないという場合が生じ得る。このことは、連邦家族法を長らく支配してきた「子どもの最善の利益」の至高性の原則と相反するようにも思われる。「子どもの最善の利益」の至高性の原則は裁判実務にも深く浸透しており、そうであるからこそ、2006年改正法下の従来の裁判実務において、2006年法改正前と同様に、専ら「子どもの最善の利益」基準の検討・充足のみをもって「平等/十分・重要な時間」措置の命令を行っていたとも考えられる。これに対し、本判決は、第65条 DAA の枠組みの、「子どもの最善の利益」を頂点とする連邦家族法第7章全体との体系的整合性の再考を迫るものと言えよう⁽²²⁾。

それでは、具体的に「子どもの最善の利益」基準と「合理的な実施可能性」基準とはどのような緊張関係に立つのであろうか。次に、準則【イ】の検討もかねて、両基準の具体的な内容にも踏み込みつつ検討する。

裁判所は、(1) (a) - (c) または (2) (c) - (e) 規定の事由について検討することができる。ただし、本条項はその検討考慮を義務づけるものではない。

(7) (6) は、養育命令に関して第60条 CA の適用に影響を及ぼすものではないことを確認する。

(21) なお、2006年改正法は「子どもの最善の利益」の至高性の原則の規定を旧第65条 E から現第60条 CA へと移した。これは、章の冒頭部分に条文を設置することにより、「子どもの最善の利益」の重要性をより強調する意図によるものと説明されている。 *Explanatory Memorandum, supra* note 17, [45]。

(22) See Chris Turnbull, *Rosa: Reasonable Practicability and A Child's Best Interests*, (2010) 10 (2) Queensland University of Technology Law and Justice Journal 147.

(3) 【イ】「合理的な実施可能性」基準のメニューリスト (第65条 DAA (5)) の検討・評価

2006年改正法は、「子どもの最善の利益」・「合理的な実施可能性」の両基準について、各々の検討・評価の際に考慮すべき事由のメニューリストを、次の表の通り用意する。

【表：「子どもの最善の利益」・「合理的な実施可能性」基準の構成事由一覧】

「子どもの最善の利益」の構成事由 (s60CC(2)(3))	「合理的な実施可能性」の構成事由 (65DAA(5))
主：(2) (a) 子どもが父母双方との有意義な関係を有することによる恩恵	(a) 父母の住居地間の距離
主：(2) (b) 子どもを虐待、ネグレクト若しくは家庭内暴力を受ける、または目撃することによる心身の危害から保護する必要性	(b) 父母において、子どもが父母各々と平等な時間または十分かつ重要な時間を共に過ごす措置を実施する現在及び将来の能力
従：(3) (a) 子どもの意見	(c) 父母において、意思疎通を行い当該措置の実施につき生じる諸問題を解決する現在及び将来の能力
従：(3) (b) 子どもの父母・祖父母等との関係の実質	(d) 当該措置が子どもに及ぼす影響
従：(3) (c) 父母において、子どもと他方親との親密で継続的な関係を支援促進する意欲及び能力	(e) その他、裁判所が関連性を認める事由
従：(3) (d) 同居家族との別離等の環境変化が子どもに及ぼし得る影響	
従：(3) (e) 子どもが一方親と共に時間を過ごしたり通信を行ったりする現実的困難及び費用、並びに、それらが、子どもの父母と親密な関係及び定期的な直接の交流を維持する権利に影響を及ぼすか否か	
従：(3) (f) 子どもの父母その他第三者が、子どものニーズ (知的・心理的ニーズ含む) に応える能力	

従：（３）（g） 子ども及び父母の成熟度、性別、背景（ライフスタイル・文化・伝統）その他子どもの特徴	
従：（３）（h） アボリジニの文化を享受する権利	
従：（３）（i） 父母における、子ども、親としての責任に対する姿勢	
従：（３）（j） 子どもその他家族に関する家庭内暴力	
従：（３）（k） 家庭内暴力命令	
従：（３）（l） 更なる訴訟の可能性が最も低い命令を行うことの是非	
従：（３）（m） <u>その他、裁判所が関連性を認める事由</u>	

「子どもの最善の利益」基準のメニューリストは、2006年法改正により、2つの主要な考慮事由（primary considerations, 第60条 CC（2）（a）（b））及び、13の付加的な考慮事由（additional considerations, 同条 CC（3）（a）-（m））からなる二層構造とされた⁽²³⁾。事由の内容は子どもの事情を中心とし、特に2つの主要な考慮事由は、連邦家族法第7章全体の指導原理である第60条 B（1）（いわゆる目的条項）の内容⁽²⁴⁾と重ねられており、同章の解釈適用におけるこの2つの価値の重要性を高めるものと解されている⁽²⁵⁾。とりわけ（a）子どもの父母双方との有意義な関係による恩恵は、共同養育による子ど

(23) なお、裁判所が実際に養育命令を行う際の検討手順としては、まずは当該事案に関して、このリストの列挙事由一つひとつの事実認定・評価を行い、その上で、第61条 DA 及び第65条 DAA が規定する枠組みへと進み、諸措置の「子どもの最善の利益」基準の充足性を判断している。このこともまた、従来の裁判実務上、「子どもの最善の利益」基準の検討のみで命令を行っていた理由の一つと推察される。See *Taylor v Baker*, *supra* note 18.

(24) 条文訳は前掲注（10）参照。

(25) *Explanatory Memorandum*, *supra* note 17, [49], [52]; Dessau J, M and S (2007) 37 Fam LR 32 ; FLC pp93-313, [33] - [34] 参照。但し、主要な事由と付加的な事由との相関関係をめぐっては様々な議論がある。詳細は Patrick Parkinson, *Decision-making about the Best Interests of the Child: The Impact of the Two Tiers* (2006) 20 AJFL 179参照。

もの利益と実質的に同義であるところ⁽²⁶⁾、子どもが暴力から守られる限りに
 おいて離別後の共同養育を促進するという2006年改正法の立法者意図が、こ
 こに強く表現されていると言える⁽²⁷⁾。

他方、「合理的な実施可能性」基準のメニューリストは父母側の事情を中心
 に並列的に構成されている(第65条 DAA (5) (a) - (e))。立法資料によれ
 ば、その内容は判例法に由来し、やはり子どもの利益の観点から共同養育が有
 効に機能し得るための要素を示す趣旨であると解される⁽²⁸⁾。つまり、同条項
 は沿革的には、子どもの利益の評価規範としての性格を有する規定とも位置付
 けられよう。

そして確かに、本表が示す通り、そのリストの構成事由は「子どもの最善の
 利益」のリストの付加的な事由の一部と実質重複している(第60条 CC (3)
 (c) (d) (e) (m) 等、表中の下線部参照)。

この点に関して、原審は、「合理的な実施可能性」基準の構成事由について
 は、「子どもの最善の利益」基準の構成事由と重複する部分において、「子ども
 の最善の利益」基準の評価の問題として実質的に検討すれば足りるとし
 た⁽²⁹⁾。しかし、これに対して本判決は、「合理的な実施可能性」基準の評価

(26) 但し、「子どもの父母双方との有意義な関係による恩恵」の具体的な意味内
 容をめぐっては、2006年改正法上に明確な定義規定や評価指針を欠くため、議
 論が重ねられている。立法資料は、父母が子どもに関する重要な決定に参加す
 ること(すなわち共同親責任)、及び、子どもが父母と「十分かつ重要な時間」
 を共に過ごすことは、子どもの父母との有意義な関係を構成し、その恩恵を強
 化するものであると説明する(*Explanatory Memorandum, supra note 17*,
[52], [128], [199], [207], [279])。また、家裁大法廷は、前掲 *McCall v Clark*
 事件判決にて、「有意義な親子関係の恩恵」の価値の評価手順として、審理当
 時における子どもの父母との関係の内容・質を評価・認定した上で、有意義な
 親子関係の将来的な実現を目指して命令の内容を定めることが望ましいという
 アプローチを採用する。そして、「有意義な親子関係の恩恵」の意義をめぐっ
 ては、学説上も様々な理解が唱えられており、例えば、いわゆる「権威と信頼
 を備えた養育(authoritative parenting)」の重要性を主張する立場等がある。
 Patrick Parkinson et al, *supra note 7*, 184.

(27) *Goode & Goode, supra note 14*, **[72]**.

(28) *Explanatory Memorandum, supra note 17*, **[200]**. See *T v N* (2001)
 FMCAfam 222, **[93]**. See Chris Turnbull, *supra note 22*.

(29) 前掲 *Taylor v Baker* 事件判決, *McCall v Clark* 事件判決をはじめとする先
 例の多くがこの解釈を採用していた。

は、当該措置が「望ましい（desirable）か否か」の問題とは別の、「親子の状況の現実（傍点筆者）」に関する「実的な（practical）」評価の問題であるとしながら（本判決【15】）、準則【イ】として、同基準のリストの具体的事由については、「子どもの最善の利益」のリストの事由とはあくまで別個独立に検討しなければならないとした。

以上の両判決の判断枠組みの違いは、特に「アイサ山に留まる場合の母親の心理的・経済的苦境」に対する評価の違いとなり、それはそのまま両判決における結論の違いへと結びついたように思われる。つまり、第一審・原審は、アイサ山における「平等な時間」措置について、特に「子どもが父母双方との有意義な関係を有することによる恩恵」を確保する点を重視して「子どもの最善の利益」に適う措置と評価した上で⁽³⁰⁾、母親の苛酷な状況についても、「子どもの最善の利益」のリストのうち「その他関連事由」（第60条 CC（3）（n））として把握しつつ、それは同措置の「子どもの最善の利益」適合性を否定するものではないと評価した。つまり、母親の状況を、「子どもの最善の利益」基準の枠内における、「子どもが父母双方との有意義な関係を有することによる恩恵」も含めた比較衡量に取り込んで評価したものである。これに対して、本判決は、母親自身の事情として、母親がアイサ山で暮らすことの物理的・経済的・心理的苦境を詳細に指摘しながら、それらをもって「平等な時間」措置の「合理的な実施可能性」の否定を決定づけるものと評価した。つまり、母親の事情は、「子どもの最善の利益」とは別個独立の「合理的な実施可能性」の問題として位置づけられることによって、命令の内容に決定的な意味を持つことになったのである⁽³¹⁾。

そこで、「合理的な実施可能性」基準の充足性は、具体的にどのような事情をもって肯定／否定されるかが問題となるが、本判決はその具体的な評価指針までは示していない。また、例えば、母親は第一審の控訴理由として、第65条 DAA（5）のメニューリストに則る形で、第一審が、父母における意思疎通の困難、父母の子どもの養育に対する姿勢の隔たり、父親における母親の養育能力に対する尊重の欠如、及び、母親がこれまで子どもの世話を主に担ってき

(30) 第一審【94】～【121】。

(31) なお、本判決は【6】において「子どもの最善の利益」の至高性の原則（第60条 CA）及び「父母双方が子どもの生活に有意義な関わりを持つことによる恩恵」の価値（第60条 B（1））を確認した上で、こうした論理を展開していることに留意する。

たこと等の考慮を行っていなかった点を指摘しているが、本判決はこれら事由については特に触れていない（なお、本件の差戻し審は未だ行われていない⁽³²⁾⁽³³⁾）。

この点について、本件事案における、母親がトレーラーパーク住まいを余儀なくされ生活保護を受けていたという状況は、きわめて苛酷で特殊なものであったとも思われる。しかも、そもそも第65条 DAA は、父母の平等・共同養育について、子どもが父母各々と共に過ごす時間の問題においても、その検討の出発点として位置づけることで、離別後の共同養育推進の規範を2006年改正法上最も強烈かつ実際に表現した規定であるとされている⁽³⁴⁾。その枠組みの中で、共同養育に対する制約・留保としての「合理的な実施可能性」基準がどう機能していくことになるか。それが本問題の本質であるとも言えよう。とすれば、父母側の事情の受け皿としての「合理的な実施可能性」基準の働きについては、判例の蓄積を待って慎重に評価すべきようにも思われる。

また、本判決は他方で、特に母子がトレーラーパークで暮らさなければならない点について、「そのような環境は通常、子どもにとって理想的なものとは言えない」（本判決【16】）との評価も行っている。前述の第65条 DAA（5）の沿革に照らせば、そもそも、子どもの利益の問題と完全に切り離された「合理的な実施可能性」の評価は可能であるのかという問いも生じよう。そしてそ

(32) なお、差戻し審が未だ行われていない理由として、本判決後、父親は鉱山会社との雇用契約が終了してアイサ山からシドニーへ戻り、母親はアイサ山にて別の男性と新たなパートナー関係を結んだという事情変更が指摘されている。Patrick Parkinson, *Australian Family Law in Context Commentary and Materials* (2012, 5th ed), 823.

(33) 他にも例えば、前掲注(28)で紹介の立法資料中にて、同条の由来として引用されている *T v N* 事件判決は、(当時で言うところの) 共同居所の申立てを検討する際に考慮すべき事由として、父母の能力及び協力の他、子どもの世話・監護をめぐる前歴、当事者が子どもの日常生活に関連する諸事項、例えば、しつけの方法、宿題に対する姿勢、健康・歯のケア、食事、就寝パターン等について合意しているか否か、そして、父母が子どもに対して同様の願望を共有しているか否か、等を列挙している。但し、この *T v N* 事件判決については、最高裁の上告審において、母親側の弁護士が引用しているものの、本判決は判決理由中にてこれに触れていない。従って、本判決において、第65条 DAA（5）のリストがこれらの事由をどう射程に含み評価するかは明らかではない。

(34) *Explanatory Memorandum, supra* note 17, 【199】等。

それは、そもそも「子どもの最善の利益」の至高性の原則とは何か、という問いをめぐる議論⁽³⁵⁾の材料としても有意義なものと思われる。

いずれにせよ、このような「子どもの最善の利益」の至高性の原則の下での子ども及び父母間の利益の調整の問題をめぐっては、かねてより議論が活発に展開されてきたところ、本判決を得て議論は新たな局面へと向かうであろう。そして、従来、その議論の主たる舞台となっていたのが、まさに本件と同じリロケーション紛争であった。そこで、次に、本判決がリロケーション紛争の解決において有する意義を眺め、その上で、最後に、本判決がわが国の議論に授ける示唆を若干示したい。

2 リロケーション紛争の解決枠組みとして

(1) 2006年法改正前の判断枠組み

本件紛争は、離別父母が共同養育を行っている中で、母親が子どもを連れて遠方へ転居することを望み、父親がこれに反対したという文脈で生じた、いわゆるリロケーション紛争である。リロケーション紛争は連邦家族法上、特別の紛争類型として定められている訳ではなく⁽³⁶⁾、あくまで通常の養育紛争一般と同じ条文の適用を受ける。しかし、リロケーション紛争が数多く発生する中で、家裁大法廷を中心とする裁判所は、相次ぐ法改正の度にリロケーション紛争の判断枠組みを示してきた。それを追って行くと、1995年法改正 (1995年連邦家族法改革法 (the *Family Law Reform Act 1995*)) 及び2006年法改正に

(35) 特に、「至高性」と「唯一性」との違いに着目して議論を精緻に展開するものとして、Richard Chisholm, *The Paramount Consideration: Children's Interests in Family Law* (2002) 16 AJFL 87.

(36) リロケーション紛争は裁判への現れ方には様々な手続パターンがある。例えば、父母の平等な共同親責任命令が行われている場合、子どもの遠方への転居については父母の共同決定が必要であることから (第4条 (1)), 子連れ転居を希望する親がその許可を求めて申し立てを行うケースがある。また、最も一般的なパターンとして、特定の形態の養育措置を定める裁判所の命令が行われていたところ、子どもの同居親が転居のための命令の変更申し立てを行うか、或いは、既に転居してしまった場合に、別居親が命令違反・面会交流の強制執行の申し立てを行うケースがある (第68条 B, 第114条 (3) 等)。また、子どもをオーストラリア国外に連れ出す場合には、別途裁判所の許可申し立てを行わなければならない (第65条 Y (2))。但し、裁判所の養育命令は、親自身の移動それ自体を制限するものではないことに注意を要する。Patrick Parkinson et al, *supra* note 7, 893.

より離別後の共同養育推進が進むにつれ、特に転居を希望する親側の利益の価値が後退していったことが分かる。

1995年法改正前は、転居を認めるか否かの判断基準は、当該転居申立が転居の「真摯な (bona fide) 理由」を欠く場合には転居を許可しないというものであった⁽³⁷⁾。そして、その評価においては、子どもの福祉に反する場合を除いて、基本的には親の移動の自由・利益や転居不許可が転居親に及ぼす影響等が考慮され、転居不許可となることは少なかった。こうしたアプローチの基礎には、監護親の移動の自由を非合理的に制限することは子どもの長期的な福祉のためにならないという思想があったとされる⁽³⁸⁾。

しかし、1995年法改正以降、判断の焦点は親の転居理由から子どもの利益へと移っていった。子連れ転居の是非の検討は、新設された共同養育条項を踏まえつつも⁽³⁹⁾、「子どもの最善の利益」の至高性の原則の下、転居措置案を含む各養育措置案の総合的な比較衡量によって行われていた⁽⁴⁰⁾。この時、親の転居理由は「子どもの最善の利益」と関連性を有する場合には考慮事由の1つとなり、親の転居の自由の権利（憲法92条）も重要なものとして考慮し得るが、

(37) 転居の真摯な理由とは、例えば、就職・再婚・実家への帰省等であり、他方、単に子どもから非監護親を切り離す目論みでの転居は許されないとされていた。See *Marriage of Craven* (1976) 1 Fam LR 11, 276; *Marriage of Holmes* (1988) 12 Fam LR 103; FLC pp 91-918; *Marriage of Fragomeli* (1993) 16 Fam LR 698; FLC pp 92-393.

(38) Lisa Young & Geoff Monahan, *supra* note 5, 437-8.

(39) 1995年改正法は、第7章全体を規律する原則規定として、子どもが父母双方による教育を受ける権利及び面会交流権を定め、離別父母の継続的・共同的な養育責任を明確化した（第60条B（2））。

(40) 本文にて紹介のリロケーション紛争における判断枠組みを提示した1995年法改正後の主な判例として、*B and B: Family Law Reform Act 1995* (1997) Fam LR 676; *AMS v AIF* (1999) 24 Fam LR 756; *A v A: Relocation Approach* (2000) 26 FLC 93-035等。特に *A v A* 事件判決は、リロケーション紛争における裁判所の判断手順を、次の通り3段階にわたるものとして示した。①当事者による子どもの養育措置の提案内容を特定する。②各措置案の長所と短所に関する証拠を、「子どもの最善の利益」の考慮事由のリスト及び目的・原則条項を参照しながら、認定及び比較衡量する、③比較衡量の結果に基づき、至高（≠唯一）の基準としての「子どもの最善の利益」に照らして、ある措置を採用して命令することに決めると共に、その理由を決定し、これを説明する。

必要に応じて「子どもの最善の利益」に劣後するものと位置付けられていた⁽⁴¹⁾。

(2) 本判決の意義

2006年法改正によるリロケーション紛争への影響をめぐっては、とりわけ第60条 CC 及び第65条 DAA の創設による強烈な共同養育規範の明文化を受けて、共同養育を困難にするような子連れ転居は、裁判では認められにくくなる⁽⁴²⁾と推測され、実際にもその傾向が現れ始めていた⁽⁴³⁾。離別後の共同養育は、父母間の距離が離れる程、現実的に困難なものとなる⁽⁴³⁾。この点について、第65条 DAA は、「合理的な実施可能性」基準のメニューリストとして、裁判所は父母の居所の近隣性を考慮すべきことを規定する ((a))。しかし、2006年法改正以後本判決以前の下級審の多くは、既に見た通り、そもそも「合理的な実施可能性」基準を検討していなかった。また、同基準を検討するとしても、一たび「平等/十分・重要な時間」措置が「子どもの最善の利益」に適合すると評価された場合、一方親の転居の希望を叶えるために、父母間の距離を離れたものとし、その評価の結果、同措置を合理的に実施不可能なものとして、その命令の妥当性を否定することには消極的であったとされる⁽⁴⁴⁾。

そのような中で、本判決は、既に実際に「平等な時間」措置が行われている

(41) *A v A*, *supra* note 40; Gummow and Callinan JJ in *U v U* (2002) FLC 93-112 at 89, 090.

(42) 幾つかの調査によれば、2006年法改正後～2008年頃までの裁判所の審理におけるリロケーションの許可率は約50%強で、改正前の約60-70%から大幅に低下したとされる。Patrick Parkinson, *The Realities of Relocation: Messages from Judicial Decisions* (2008) 22 AJFL 35; Patricia Easteal & Kate Harkins, *Are We There Yet? An Analysis of Relocation Judgments in Light of Changes to the Family Law Act* (2008) 22 AJFL 259, 263. See Juliet Behrens & Bruce Smyth, *Australian Family Law Court Decisions About Relocation: Parents' Experiences and Some Implications for Law and Policy* (2010) 38 Fd. L. Rev., 2.

(43) *Parent-child contact and post-separation parenting arrangements*, Research report No. 9, 2004, Bruce Smyth (eds), Australian Institute of Family Studies, 2.

(44) See FMCA fam 187. *Blair and Blair* [2007] FamCA 253; *Eltham and Eltham* [2007] Fam CA 657; *Ryan and Ryan* [2008] FMCA fam 92; *Ruston and Byford* [2007] 406. P Parkinson et al, *supra* note 7, 179.

にもかかわらず、母親において転居せずに現住地に留まることの不利の観点から「平等な時間」措置の見直しを命じ、結果的に母親の子連れ転居の余地を示唆した。この判断は、最高裁が2006年改正法下におけるリロケーション紛争の判断枠組みをようやく明確に示したという点以上に、子連れ転居に対する最高裁の寛容な姿勢を示唆し、今後の実務に対して、特に子連れの転居を容易化する方向で大きなインパクトを与えるものとして、とりわけ実務家らに大きな関心をもって迎えられたようである⁽⁴⁵⁾。

但し、1(3)でも検討した通り、「子どもの最善の利益」を頂点に掲げる2006年改正法の下、本判決の判断枠組みにおいて、「合理的な実施可能性」基準が、転居を求める親側の事情の受け皿としてどこまで機能するかについては、事案の蓄積を持って評価する必要があるであろう。本件事情を振り返っても、現住地のアイサ山に留まった場合の母親の状況は特別に過酷なものとも言える。「合理的な実施可能性」基準の射程は、とりあえず「親の転居しないことによる不利」を捉えるものであり、「親の転居による利益」—例えば再婚等といった積極的な転居の理由をどこまで捉えることができるかは、微妙なようにも思われる。また、本件は、既に実際に「平等な時間」措置が行われていたとはいえ、現住地での子どもの生活歴が短い。固定化された養育環境を離れる形での子連れ転居が問題となる通常のケースとは、事情が異なる部分もあることにも留意が必要である⁽⁴⁶⁾。

いずれにせよ、離別後の共同養育が推し進められる中で、リロケーション紛争は、「父母は離婚・離別してもなお、子どものために互いに傍で暮らさなければならないのか」という離婚・離別後の自由の意味の見直しを迫り、「離別家族における子どもの最善の利益の重要性をめぐる本質的問題を突きつける」⁽⁴⁷⁾。その中で、「合理的な実施可能性」基準は父母及び子どもの利益をめ

(45) See Chris Turnbull, *supra* note 22; Mieke Brandon & Tom Stodulka, *Relocation and the best interests of the child—can it be determined?* (2012) 12 (4) ADR Bulletin, 1.

(46) 家裁大法廷は2007年、既に *Sampson & Hartnett* (No. 10) FamCA 1365. にて、本件と同じパターンの事案で、本判決同様の判断枠組み及び結論を示している。大法廷は傍論にて、本件のような、かつての住居地への帰還ケースでは、その土地に既に馴染みがあり、住居・学校・職業などの生活条件が整っていることが多く、逆に、現住地においてそれらを欠いていることは、実施可能性基準の充足性の検討において考慮されることになることと指摘している。

(47) Patrick Parkinson et al, *supra* note 7, 179.

ぐってどのような役割を果たして行くのか。2006年改正法の条文の複雑さ、及び、余りに急進的な共同養育推進には批判もあるところ、それらも踏まえつつ、この問いに立法がいかに答えて行くのか、法改正の頻繁さでも知られる連邦家族法の動向を今後も追って行きたい。

3 わが国への示唆

以上、本稿は、オーストラリア最高裁の判決について、オーストラリアの2006年改正法独特の条文構造に関するテクニカルな解釈論を中心に検討してきた。しかし、その根底にある、共同養育を背景とする子ども及び父母間の利益の本質的緊張関係の調和をめぐる議論は、わが国における離婚後の共同養育の法制化への試みにとっても有益な視角を提供するものと考えられる。

特にリロケーション紛争、或いは子どもの居所の再決定をめぐる争いは、確かにわが国においては未だ紛争類型として十分に顕在化しておらず、議論も殆ど進んでいない。子どもの居所指定を親権の一内容とし、離婚後の単独親権制を採用するわが国では、離婚後の親権者は子どもの居所指定を独りで行うことができる（民法821条、819条）。実際には多くの場合母親が親権者となるところ、母子家庭を取り巻く状況の厳しさから、母親が実家の傍へ戻り、祖父母ら親族の支援を得て暮らすことも多い。わが国の社会は従来、そのような母親の子連れでの帰郷を、母子にとって有益なことと捉えこそすれ、これを「連れ去り」として非難する発想を基本的に持って来なかったとされる。

しかし、2011年の民法改正による離婚後の面会交流権の明文化（民法766条）及び、いわゆるハーグ条約批准へ向けた動きの本格化、そして何より、わが国の社会における離婚後の共同養育の理念及び実践の、緩やかながらも確実な普及浸透の中では、父母の離婚・別居後の子どもの居所の調整は、これまでよりも重要な問題になるものと思われる⁽⁴⁸⁾。子どもの居所の決定・調整の枠組みを、子どもが父母双方との関係を維持して行くべきという規範の中で設けて行く必要が生ずるとすれば、本稿にて紹介したオーストラリア法の動向も示唆に富むものになるであろう。

【付記】 本判決の評釈に関しては、2012年5月に第273回英米家族法判例研究会

(48) 大谷美紀子「別居・離婚に伴う子の親権・監護をめぐる実務上の課題」ジュリスト1430号（2011）19頁以下等参照。

にて報告を行い、参加者から貴重な指導を頂戴したことを、改めてお礼申し上げます。