

オーストラリア家族法 (1)

リサ・ヤング

(マードック大学ロースクール准教授)

訳・監修 小川富之 (近畿大学法学部教授)

目次

一	はじめに
二	婚姻
1	意義
2	婚姻の無効原因
(1)	重婚
(2)	近親婚の禁止
(3)	婚姻の儀式
(4)	婚姻意思
(5)	婚姻適齢
(6)	同性婚
三	婚姻の成立
(1)	意義
(2)	婚姻の実質的要件
(3)	婚姻の形式的要件 (以上本号)
三	離婚
1	意義
2	離婚の要件
(1)	破綻主義離婚
(2)	法定別居制度
(3)	二年以内の離婚
(4)	未成年の子を持つ夫婦 の離婚
四	親子
1	意義
2	親子関係の成立
(1)	親子関係の推定
(2)	生殖補助医療と親子 DNA鑑定
(3)	DNA鑑定
3	子どもの監護
(1)	子どもの権利条約
(2)	監護の内容
(3)	離婚と子の監護
(4)	家庭内暴力
(5)	子どもの移住
(6)	子どもの養育費
五	相続
1	意義
2	法定相続
3	遺言相続
(1)	遺言能力
(2)	遺言要件
(3)	遺言の効力
六	おわりに

1 はじめに (INTRODUCTION)

オーストラリア家族法の法源は多岐にわたっている。これは、オーストラリアが連邦国家であることから、その管轄権が複雑であるという理由のみによるものではない。もちろん、連邦制を採用していることで、立法権が連邦政府と州政府に分かれていることは事実である。連邦政府の立法権の及ぶ範囲については、オーストラリア憲法に列挙されており、その範囲内の制限的なものとされている。ただし、本来は州政府の有する立法権限の範囲であつても、州政府から連邦政府にその権限を委ねることが認められている。憲法では、家族法の主要な二つの領域に関する連邦立法権限に関して次のように規定している。

オーストラリア憲法第五一条 連邦議会の立法権の及ぶ範囲は……次のとおりである。

(中略)

第二項 婚姻

第二二項 離婚および婚姻事件…これらに関連して、子どもの親権、監護権および後見。

(以下略)

(しかしながら)連邦政府は、一九五九年まで、家族法に関しては何らの立法も行つてこなかった。(オーストラリア憲法

に関して、「婚姻」および「離婚」と規定されており、その文言の厳格な解釈から、婚姻関係に無い両親の間に生まれた子ども(婚外子)に関する法律を制定する権限は制限されている。この結果、異なる二つのカテゴリーを子どもに認めることとなり、それぞれ異なる法律が適用されることとなった。このような不都合を回避するために、西オーストラリア州を除く全ての州は、一九八六年から一九九〇年にかけて、自州が有する子どもに関する立法権限を連邦に対して提供した^②。この結果、今日では、婚外子を含めたこれらの事件は「オーストラリア連邦家庭裁判所」において連邦家族法により審理することとなった^③。ただし「連邦家族法」では、各州が独自の家庭裁判所を設けることを認めており、現在のところ、西オーストラリア州が唯一、州として、この家庭裁判所を有している。「西オーストラリア州家庭裁判所」は、「オーストラリア連邦家庭裁判所」の創設と時を同じくして創設され、家族に関する全ての連邦法および州法の事件に関して管轄権を持つこととなった。オーストラリア全体としての統一性を図るため、西オーストラリア州は、婚外子に関して「連邦家族法」と同様の内容を有する州法を規定しており、実質的には、オーストラリアには統一家族法が存在するといえる。

連邦家族法の領域の外に置かれているものの中では特に、婚姻関係のない男女の財産と扶養の問題が重要である。これらのデファクト・カップル (De Facto Couple) に関しては、つい最近まで、財産法の一般原則に従った扱いがなされてお

上)連邦法が存在しない領域については、州政府が独自に法律を制定することが認められている。したがって、一九五九年までは、「家族法」に関する紛争は各州の最高裁判所が審理することとなり、州によって事件が異なった扱いを受けるという事態が生じていた。一九五九年に、それまで州によって区々であった離婚原因を統合する「連邦婚姻事件法」(The Matrimonial Causes Act 1959 (Ch)) 以下「婚姻事件法」という)が制定され、オーストラリアにおける初めての統一法が連邦法という形で制定されることとなった。これに続いて、一九六一年には、「連邦婚姻法」(The Marriage Act 1961 (Ch))が制定された。この法律は、その名の示すとおり、各州の婚姻法を統合するものである。一九七五年には、「連邦家族法」(現行法) (The Family Law Act 1975 (Ch))が制定され、(それまでの)「婚姻事件法」は廃止され、(従来の離婚原因が見直され)離婚法は抜本的に再編されることとなった。この「連邦家族法」では、子ども、扶養および離婚財産分与その他の規定の整備も行われた。また、この「連邦家族法」の制定の重要な成果として、家事に関する全ての事件を専門に扱う「オーストラリア連邦家庭裁判所」の創設をあげることができ。また、一九八〇年代になって、連邦議会によって子どもの養育費に関する立法^①が行われたことも注目される。

このように連邦による立法が行われてきたが、オーストラリア全土で家族法を真の意味で統一するには、更なる努力が必要とされた。オーストラリア憲法では、連邦議会の立法権

り、適切な処理がなされているとは言い難かった。事実婚(同性婚を含む)の増加にともない、扱いの不公平(不公平)が顕著な問題として浮上してきたことから、各州および準州では、「連邦家族法」の対象とされる婚姻関係にある夫婦に対して提供される救済と同様な救済を提供するための立法を行うようになってきた。ごく最近では、各州および準州は、連邦政府に対して(州の「デファクト・リレーションシップス・アクト」(事実婚保護法: De Facto Relationships Act))の統一を図るために、デファクト・カップルに関する立法を行うような要望を行うようになってきた。現在、いくつかの州においては、異性間のデファクト・カップルおよび同性間のデファクト・カップルを対象とする立法を行っているが^④、連邦政府はこのような方向性に対しては消極的な態度を示している。現段階では、いくつかの州および準州では、既に、連邦政府に対して、この領域の立法権限の行使を促す正式な手続を進めている。連邦政府が、同性間のデファクト・カップルに対して消極的な態度を示しているので、州政府としては、異性間のデファクト・カップルと同性間のデファクト・カップルを分けて、仮に、同性間のデファクト・カップルに関して、連邦の立法権限の行使が認められなかったとしても、異性間については、連邦の立法権を行使するよう、その要望を分離するようになってきた(この場合、同性間のデファクト・カップルについては州の立法によるということになる)。今のところ、デファクト・カップルに関する立法権限は、全て州の

権限とされるのか、連邦政府が、州の提言を受け入れて独自の立法権限を行使するのはまだ不透明のままである。

以下の各章で、それぞれ、オーストラリアにおける、「婚姻」「離婚」「親子」および「相続」について順に扱っていくこととする。これらの項目の中で、(特に)「親子」の問題は、「連邦家族法」制定以来、三〇年余り、多くの議論のある領域であり、法改正も頻繁に行われてきた。一九九六年には、「連邦家族法」の第七部「親子」の規定は、大幅な改正を受け、今もこの動きは続いている。この点に関しては、本稿の「四 親子」の中で扱い、オーストラリアにおける家族法改正の方向性についての視点を提供したいと考えている。

二 婚姻

1 意義

婚姻に対する社会の捉え方の変化(これは、家族形態の変化という形で現れている)にもかかわらず、オーストラリアでは、婚姻制度自体は、今日でもなお社会的に受け入れられた制度として存在している。二〇〇四年の、オーストラリア統計局(The Bureau of Statistics)の報告書によると、二〇一〇年間にわたり、婚姻率は減少を続けているが、婚姻件数は、ここ数年間は安定した増加を続けているというのである。外国との比較では、たとえば、オーストラリアの婚姻率はベトナムの半分以下という状況である。しかしながら、チリ、

南アフリカ、スウェーデンおよびイタリアと比べると、まだ、オーストラリアの婚姻率のほうが高率である。オーストラリアの平均初婚年齢を見ると、顕著な上昇を続けていることが伺われる。たとえば、二〇年前には、平均初婚年齢が女性で二三歳、男性で二五歳であったものが、現在では、それぞれ女性で二八歳、男性で二九歳となっている。しかしながら、この間の婚姻率には変化が見られない。ただ、一九九九年以来、婚姻前の同棲率が上昇を続けていることは指摘できる。二〇〇四年の数字では、婚姻した夫婦の七六パーセントの者が婚姻前に同棲をしていたことが報告されている^⑤。

婚姻に関しては確かに変化しているが、他の家族法の領域が非常に大きく変化しているのに比べると、オーストラリアの婚姻法はそれほど大きな変更も受けずに、従来のまま維持されているといえる。かつて、ワイルド判事(のちのペンサス卿)は、イギリスの有名な事件である、ハイド対ハイド事件(Hyde and Hyde)^⑥の判決の中で、婚姻の定義として、「キリスト教国では、婚姻とは、男性と女性の関係であり、他の全ての人を排除して、自発的に共同生活を開始することである」と述べている。オーストラリアでは、今日でも、この定義が法律婚の中核をなすものとして維持されている。婚姻の永続性を除いて(現在では、離婚によって簡単に婚姻が終了することになっているので)ワイルド判事の示した婚姻の定義は、今日でもオーストラリアの婚姻法の中につきかりとその地位を占めている。実際、オーストラリア家庭裁判

所が、オーストラリア連邦家族法の管轄権を行使するに際して、前述のような「婚姻」の概念の保護が法律上の要求として課せられている(連邦家族法四三条a号(§ 43(a)))。

これまで長期にわたり維持されてきたこの婚姻の定義は、オーストラリアの法律婚の試金石として、現在も機能し続けている。すなわち、婚姻とは異性間の関係で、一夫一婦制であり、自由意思にもとづくものであるとされている。これまで見てきたように、婚姻という文言は、オーストラリア憲法の中で用いられているものであり、連邦政府がその立法権を、婚姻自体も含めて、家族法の領域に排他的に行使する際にも、その基準とされている。憲法の中で用いられている婚姻という文言は、この定義に従った解釈しかできないかどうかという点については、これまでも論争があった。この問題は、憲法の起草者たちが、婚姻についてどのように解していたかということにも繋がるものである。アンソニー・ディックキー博士(Dr. Anthony Dickey、訳注:西オーストラリア州立大学ロー・スクールの家族法の教授を長期にわたる務められた方でオーストラリアの家族法学会および実務界に大きな影響力を有する学者である。現在は、クイーンズ・カウンセラーという称号のバリスターとして、実務家としても活躍している。)は、二〇〇二年にこの問題に関して、「司法の判断としては、この定義が定着しているように思われるが、まだ、最終的な解決には至っていない^⑦」と述べている。実際のところ、二〇〇四年に外国における同性間の婚姻をオーストラリアで承認する

かどうかが問題になった際に、連邦議会は、連邦婚姻法を改正し、ハイド対ハイド事件でのワイルド判事の定義の文言をそのまま婚姻を定義する条文として採用した(連邦婚姻法五条一項(Marriage Act s 5(1)))。このことにより、同性婚の問題も含めた婚姻の定義についてのこれまでの混乱は解消され、裁判所が、「婚姻」について解釈する場合には、従来の伝統的な婚姻の概念に従うべきことが確認された。つまり、オーストラリアでは、ヨーロッパのいくつかの国、アメリカ合衆国およびカナダのように、同性婚を承認するという考え方には従っていないのである。

婚姻の定義から必然的に導き出される関係だけが、法律上の婚姻として扱われることになり、それ以外の関係は婚姻とはされない。いうまでもなく、婚姻に該当しない関係は、当然、裁判所の扱いにおいても、婚姻からは除外されることになる。このような関係は、婚姻としては無効であり、はじめから何らの効果も生じないと解されている。オーストラリアの連邦婚姻法では、婚姻の定義に続いて、虚偽の婚姻の無効についての規定をおいている。これらの規定は、婚姻の定義のまったく逆の方法で明記されている。連邦婚姻法第二三条のBによると、次のような場合には、婚姻は無効であるとされている。

- ・ 婚姻の際に、当事者のいずれか一方が、既に婚姻関係にある場合(重婚)
- ・ 婚姻当事者が、「婚姻禁止親等」内にある場合(近親婚)

の禁止)

- ・ 婚姻が、婚姻成立の形式的要件（訳注…オーストラリアでは、婚姻の儀式的挙行が婚姻成立の形式的要件とされている）を欠く場合
- ・ 当事者のいずれか一方の婚姻に対する合意が、錯誤、詐欺または強迫によるもので、真意でない場合（当事者の同一性を誤ったり、婚姻の儀式的性質を誤っている場合）、または、判断能力を欠く場合
- ・ 当事者のいずれか一方が婚姻適齢に達していない場合

2 婚姻の無効原因

(1) 重婚

連邦婚姻法第二三条の B (Marriage Act s 23 B) で規定する、婚姻の無効原因から、後婚は重婚となり、その婚姻には何らの法的効果も生じないこととなる。実際、連邦婚姻法上、法律上有効な婚姻関係が存在するにもかかわらず、重ねて婚姻の儀式を挙行することは、オーストラリアでは犯罪を構成し、処罰の対象とされる（連邦婚姻法九四条）。しかしながら、この規定は、重婚を合法とする国や地域で婚姻した者には適用されていない。もし、これらの婚姻を認めないとすると、オーストラリアにおいて、裁判所がこれらの婚姻の解消をしたり、当事者間に扶養を命じたりすることができないという結果を招来することになってしまいうからである。このような不公平な結果を回避するため、連邦家族法第六条では、

でも（たとえば、相続、保険、社会福祉等の特定の目的のためといった）、先住民の慣習婚を承認すべきであるという意見が多く出されている^⑧。しかしながら、連邦議会によって、ごく最近になって、婚姻の伝統的定義が規定に盛り込まれた経緯から推察すると、連邦政府としては、慣習婚を法的に承認することに對しては前向きではないということが伺われる。

デファクト・マリッジ (De Facto Marriages) の領域では、近年になって立法化が進展しており、婚姻している当事者に保障されているような救済のうちのいくつか、たとえば、配偶者扶養や離婚財産分与といったような法的救済を、先住民の慣習婚に対しても提供することが、少なくとも法的に可能となってきた。前述のとおり、憲法の関連規定から見て、オーストラリア連邦議会では、婚姻することなく同居しているだけのカップルに関して、「家族」に関する法を制定する権限を有しないと解されている。既に指摘したとおり、オーストラリアでは、デファクト・カップルの数が急増しており、一般法では、デファクト・カップルの当事者が別居した際に適切な解決が得られない。この問題の解決のため、オーストラリアの各州および準州では、一般に「デファクト・リレーションシップス・ロー (De Facto Relationships Laws) ^⑨」と呼ばれている法律が制定されるようになってきている。各州や準州で制定された「事実婚法」では、それぞれの法で用いられている具体的な文言には違いがあるが、大方の部分では、連邦家族法が参考にとされており、事実婚のカップルに対して、

オーストラリア国外での重婚を認めているが、ただ、これは、オーストラリア連邦家族法のもとでの手続の目的に限定して認められているに過ぎないものである。連邦家族法のこの条項は、外国における婚姻の扱い一般について規定する連邦婚姻法第五章の A に列挙されている規定と併せて解釈されなければならぬものである。連邦婚姻法第八八条の D 第二項第 a 号 (Marriage Act s 88 D(2)(a)) の規定の文言上は、外国における重婚の承認を許容していない。しかしながら、同法第八八条の E 第四項 (Marriage Act s 88 E(4)) では、州法や連邦法が限られた目的で、この第五章の A (Marriage Act Part V A) では認められていない男女関係の承認（特に連邦家族法六条 (6) のような）をすることについて、それを許容する規定を置いている。

重婚を認めるかどうかといった問題は、外国における婚姻の場合だけに限らない。オーストラリアの先住民の伝統的な婚姻形態の場合にもまた、問題となる。彼らの婚姻は、オーストラリアで一般に要求されている婚姻成立のための形式的要件である儀式的挙行を欠くものであり、また、重婚も認められている。オーストラリアの先住民の婚姻は、外国の管轄のもとでの婚姻といった問題ではないので、連邦家族法六条 (6) の適用範囲からは除外されてしまう。これまでの、数多くの法改正の議論の際に、オーストラリア先住民の婚姻をオーストラリア国内で法的に承認をしないことから生じる不公平が強調されてきた。少なくとも、ある一定の制限付

婚姻している当事者に与えられるような法的救済を提供する結果となっている。

(2) 近親婚の禁止

「近親婚の禁止」の規定に反する婚姻は、オーストラリアにおいては無効とされている。その範囲は、直系血族間（たとえば親と子の間、祖父母と孫の間）、全血であると半血であるとを問わず兄弟姉妹間で、この間の婚姻がそれぞれ近親婚として禁じられている。これらの近親婚が禁じられる関係は養子縁組による場合でも適用され、その養子縁組が無効または取り消された場合であっても同様とされる（連邦婚姻法二三条の B 第五項 (Marriage Act s 23 B(5))）。

(3) 婚姻の儀式

婚姻成立のための形式的要件を欠いているという理由のみで婚姻が無効とされる例は非常にまれである。連邦婚姻法第四八条第一項 (Marriage Act s 48(1)) では、ある一定の婚姻成立の形式的要件の具備を要求しているが、第二項 (Marriage Act s 48(2)) で、多くの例外について規定されており、さらに第三項 (Marriage Act s 48(3)) では、婚姻の儀式が権限を有しないマリッジ・セレブラント (Marriage Celebrant) によって挙行された場合であっても、当事者のいずれか一方がそのマリッジ・セレブラントが権限を有すると信じていたときには、その婚姻の有効性は維持されると規定されている。

したがって、婚姻が無効とされるのは、婚姻の儀式を挙行するマリッジ・セレブランチが権限を有しておらず、その事実を婚姻当事者双方が認識していた場合に限られる¹⁰。しかしながら、婚姻する当事者の立会いの下で儀式が挙行された場合であれば、必ずしも権限を有するマリッジ・セレブランチがその儀式を挙行する必要は無いという判決が最近になって下されていることには注意を要する¹¹。

(4) 婚姻意思

オーストラリアでは、当事者の自由意思にもとづいて婚姻の合意が形成されることが要求されており、いずれか一方の合意が自由意思を欠いている場合には、その婚姻は無効とされる。連邦婚姻法では、婚姻意思を欠く婚姻の無効について明文で規定をしている。たとえば、婚姻をしようとする当事者の一方が、精神上の理由から婚姻に関する合意をする能力を欠くとされるような場合には、無条件でその婚姻は無効とされている。婚姻の儀式を挙行するに際し、問題とされている当事者に対して、いま現実に行われている婚姻の儀式の意味を理解する能力があるかどうかを確かめるという手段により、その能力の有無を確認している。したがって、お酒やドラッグによって引き起こされる、一時的な判断能力の欠如の場合であっても、その婚姻は無効とされることになる。しかしながら、一般的には、この婚姻意思の問題は、永続的な判断能力の欠如の問題として捉えられている。あまりに高度の

判断能力を要求すると、多くの者が婚姻することができないという結果を招来することとなってしまふ。つまり、婚姻の意義は夫婦間の契約であるといった程度のことを理解できていれば十分とされ、それで婚姻契約を締結する能力を有していると解されている。たとえば、遺言能力を有する者は、一般に、婚姻についても理解できていると解され、婚姻の合意をする能力を有するとされている¹²。同様に、相手方の同一性を誤り、または詐欺を理由として、婚姻が無効とされることもそれほど多くはない。オーストラリアでは、婚姻する意図や本人の特性について、虚偽があったとしても、それだけでは婚姻の無効原因とはされていない。たとえば、当事者の一方が自分がオーストラリアに入国したいという意図で虚偽をしようとする場合や¹³、自分の身元や財産状況について虚偽がある場合が考えられるが、いずれの婚姻も無効とはされていない¹⁴。婚姻をしようとしている、本人の身元について虚偽があるとしても、現実には婚姻の儀式を挙行する祭壇の前に当事者が二人して並び、儀式が挙行されている限りにおいて、婚姻することについていかなる虚偽が存在しようとも、その二人の間に婚姻が成立することになる。当事者の身元に関する虚偽により婚姻が無効とされるのは、実際に婚姻の儀式の挙行の際に隣にいる当事者の一方が、婚姻相手でない人物である場合、たとえば、婚姻しようとしている人物の、双子の兄弟であったような場合である。

連邦婚姻法では、当事者の合意を欠く婚姻の例として、当

事者のいずれか一方が、自分たちの婚姻の儀式の性格（本質・意義）を理解していない場合を規定している。当事者が、婚姻の儀式に参加しているということを認識していない場合が、この規定の本来の対象であり、認識を欠く理由は、詐欺による場合であると否とを問わない¹⁵。しかしながら、当事者が、婚姻の儀式に参加していることを認識している場合で、誤って、その婚姻がオーストラリア国内では効力を有しないと認識していたときは、当事者の合意を欠く例に当たらないとされ、かつての判例でも、このような判断が下されている¹⁶。

当事者の合意の欠如が、強迫によるものであるか否かが争点とされる場合には、更に複雑な問題となる。そもそも、オーストラリアはイギリスの判例を継受しており、当事者の意思が、自分の生命、身体もしくは自由に対して直接的危険が生じるとの脅威による、恐怖心からのものか、または、純粹に威圧されたことによるものであるかという証拠を要求されている¹⁷。婚姻に対する、親や文化的強制力という観点から考えても、それらに従わないことにより、現実を受ける影響から、若者たちには、相当なプレッシャーがあると思われる。このような認識の下で、これまで、広範な判断基準が採用されてきたのである。

何らかの圧力により、当事者が自由意思にもとづいて婚姻の合意をしていない場合、婚姻の合意が強迫による場合またはその合意が真意に出たものでない場合は全て同様に、婚姻

は無効とされる。これは、圧力が存在する限り、動機の如何を問わず、また、それが誰か特定の者が単独で責任を負うかまたは部分的に責任を負うかにかかわらず¹⁸。形式的な問題ではなく、圧力が与える心理的な影響に焦点を当てるといふ、この審査基準を取り入れたことにより、若い女性が、それまで行われていた、本人の自由意思によらないで、他人の勧めによって婚姻するということを回避することが容易となった¹⁹。

(5) 婚姻適齢

婚姻の実質的要件として、最後に婚姻適齢について規定されており、婚姻の儀式を挙行する時点で、当事者のいずれか一方が、婚姻最低年齢に達していない場合には、当該婚姻は無効とされている。オーストラリアにおける婚姻最低年齢は、現在、男女ともに一八歳と定められている。しかしながら、「例外的かつ特別」な場合には、当事者の一方（のみに限る）が、一六歳以上であれば、裁判所は、その婚姻を許可することができるとされている（連邦婚姻法第一二条 (Marriage Act s. 12)）。「例外的かつ特別」な場合とされるのは、一八歳に満たない当事者である女性が妊娠している場合と、文化的伝統にもとづく場合の二つの事例である。しかしながら、今日のオーストラリアでは、若い女性の妊娠はもはや「例外的かつ特別」な場合には該当しなくなってきた。この点に関しては、法律の規定する婚姻最低年齢を回避する目的で未成

年者が妊娠をするという結果を助長することになることが更に重要な問題であるとの指摘がある。しばらくの間、単に妊娠しているというだけでは、婚姻最低年齢に達しない者の婚姻は認めないという裁判所の立場が支持されてきた²⁰。しかしながら、多少奇異に思われるかもしれないが、妊娠している場合も含めて、未成年者が円満な夫婦生活を送ることができるといふ見込みがあるときには、法律上の例外として承認されるといふ考え方が支持されるようになってきた²¹。一九七七年の事例では、妊娠していると、いうことに加えて、その他の要素も総合して、婚姻を認めるに足るか否かが判断された²²。この事例では、妊娠している女性の一八歳の誕生日が間近に迫っており、親からの支援もあり、婚姻の儀式も挙行されており、また、そのカップルは経済的にも安定しているというものであった。文化的伝統に関しては、その定義は、それぞれの文化によって異なるものであるから、裁判所が文化的伝統を理由に「例外的かつ特別」な場合に当たるか否かを判断するのは非常に困難である²³。

(6) 同性婚

連邦婚姻法第二三条のB (Marriage Act s 23 B) では、婚姻の無効原因として、同性間の婚姻を規定していないが、オーストラリアでは、婚姻は異性間のもので定義される。一九六一年に、連邦婚姻法が制定された当時には、生物学的に同性であるとされる者の間の婚姻の有効性を主張することが

生じるとは考えてもいないことであつたというのが、規定にこのことが盛り込まれなかつた理由である。医学の進歩と性転換手術の増加に伴って、何ををもって「男性」とするのか、また、何ををもって「女性」とするのかといった複雑な問題が生じ、仮に、問題自体は複雑ではないにしても、少なくとも一般の議論の対象とされるようになってきた。オーストラリア連邦家庭裁判所に係争した「ケビン事件」(The Re Kevin (性転換手術後の婚姻の有効性が争われた事件))²⁴で、同性婚の扱いが争点として正面から争われることになった²⁵。この事件の「夫」は、(女性として出生した後)性転換した者であつた。この事件で、裁判官は、「……その者が「男性」であるか否かは、(出生時点ではなく)婚姻時点で判断されるべき問題であり、「男性」という文言は専門用語としてではなく、一般的、現代的意味で捉える必要がある。これを、本件に適用すると(広範に証拠を検討した結果)、「ケビン」は男性と認められ、本件婚姻は有効である」と判示した。この判断に対して、連邦司法長官が上訴したが、その上訴は認められなかつた。その後、二〇〇四年に、連邦議会で、連邦婚姻法が改正され、婚姻の定義が規定に盛り込まれたが、「男性」および「女性」という文言自体の定義はなされなかつた。したがって、今日でもなお、この「ケビン事件」の判例は有効に機能していることになる。

婚姻の無効が認定されると、裁判所は、連邦家族法第五一条 (s 51) にもとづいて、婚姻無効判決 (Decree of Nullity)

を下すことになる。婚姻の有効性に関しては、同様に、連邦家族法第一一三条 (s 113) にもとづいて、婚姻有効宣言を請求することができる。婚姻無効判決を求める当事者は、その請求が認められなかつた場合のことを考慮して、同時に離婚の請求を行うのが一般である。このような事例においては、裁判所としては、理論的には、まず婚姻無効についての審理を行うことになる (連邦家族法五二条 (s 52))。

3 婚姻の成立

(1) 意義

婚姻が成立したか否かに関する、次の問題は、オーストラリアにおいては、どのようにして有効な婚姻の契約が締結されるかということである。既に述べてきたように、オーストラリアにおける婚姻の成立に関しては、連邦婚姻法で成文化されており、婚姻が有効に成立するためには、次のような三つの主要な要件を満たすことが要求される。第一に、当事者が婚姻をする能力を有すること、第二に、当該婚姻に対する両当事者の合意が存在すること、第三に、婚姻成立のために要求される要件を満たしていることである。当然のことながら、これらの問題は、前述の、婚姻の無効原因の説明と重複する部分が多くある。したがって、既に説明済みの点については、ここでは省略する。

(2) 婚姻の実質的要件

婚姻の要件としては、婚姻適齢に達していること、婚姻が

当事者の自由意思によること、および近親婚の範囲内でないことが規定されている。婚姻最低年齢に関しては、既に述べたとおり、未成年者の婚姻に対する裁判所の許可がある場合に限り、未成年者は婚姻をすることができる。未成年者の婚姻には、さらに、書面による父母の同意が要求される。しかしながら、父母が正当な理由なく、同意しない場合には、この要件は免除される (連邦家族法一三条、一六条 (s 13-16))。父母が、婚姻しようとする当事者の状況を考慮することなく同意を拒む場合や、当事者の状況を誤認している場合には、「正当事由」がないと判断される。(したがって) 父母による同意の拒絶が、衝動的、不適切または権利の濫用である場合 (婚姻に要する特定の宗教的または文化的条件を探して、あってそれを当該婚姻の拒絶にあてはめようとしている場合も含めて)、父母の同意は免除される²⁶。父母の同意および裁判所による父母の同意の免除は、その同意の対象とされた婚姻に限って、また、三か月間の期間内でのみ効力を有する。必要な同意を欠いていることを知りながら、未成年者と婚姻をすると、それは犯罪を構成する (連邦婚姻法九五条 (s 95)) (罰金五〇〇ドルまたは六か月間の禁固に処せられる)。

婚姻には、重婚の禁止という制約が存在する。したがって、既に婚姻関係にある者の婚姻は、前婚の配偶者が死亡するかまたは、離婚もしくは婚姻が当初から無効である場合に限り認められる。重婚—婚姻関係にある者が重ねて婚姻の契約をする場合は、オーストラリアにおいては犯罪とされ、最高五年期刑務所に収監される (連邦婚姻法九四条一項 (Marriage

Act s 94(1))。相手が既に婚姻関係にあることを知りながら、重ねて婚姻をする場合も同様に犯罪とされる。しかしながら、婚姻をしようとする者が、自分の前配偶者は既に死亡したものと誤信していた場合、七年以上にわたって前配偶者との連絡を欠いている場合および前配偶者の生存する見込みがない場合には、重婚の違法性は免責される(連邦婚姻法九四条二項および三項 (Marriage Act s 94(2)(3)))。最後の要件として、近親婚の禁止が規定されている。既に述べたとおり、オーストラリアでは、近親婚の禁止の範囲は比較的狭く、従兄弟姉妹同士、叔父・叔母と甥・姪とは、お互いに婚姻をすることができるとされている。

(3) 婚姻の形式的要件

オーストラリアにおける婚姻成立のための形式的要件については、連邦婚姻法第五章 (Marriage Act Part V) で規定されている。婚姻成立のための形式的要件として、最も重要なものは、婚姻の儀式が、資格を有する祭式執行者 (セレブラント (celebrant)) により挙行されるか、または、その面前で式が挙行されることが要求されている (連邦婚姻法四一条 (Marriage Act s 41))。資格を有する祭式執行者については、詳細に列挙されているが、まとめると、民間 (Civil) および宗教上の祭式執行者などが規定されている (連邦婚姻法五一条項 (Marriage Act s 5(1)))。祭式執行者の登録に関しても、連邦婚姻法で規定されている。連邦婚姻法四一条から四六条 (Marriage Act s 41-46) で、婚姻の形式的要件が定めら

れている。その手続的要件としては、婚姻の儀式の、少なくとも一か月前までに婚姻の公示をすること、婚姻をしようとする当事者の身元、および、前婚の配偶者との離婚または死亡による婚姻の解消を証明することが要求されている。婚姻の儀式には、二人の証人が要求され、前述のとおり、婚姻の儀式に際し、民間の祭式執行者は、婚姻をしようとする当事者に対して、婚姻の定義の文言を使って、法律上の婚姻の意義について説明しなければならぬ (連邦婚姻法四六条一項 (Marriage Act s 46(1)))。婚姻の儀式の終了後に、婚姻の当事者、祭式執行者および証人の全員が、所定の形式に従って婚姻証明書に署名しなければならない。在外オーストラリア人が、領事の立会いのもとで行う婚姻は、今日では認められていない。例外として、婚姻当事者のいずれか一方が自衛隊員である場合には、自衛隊の従軍牧師による婚姻が認められている。

オーストラリア国外での婚姻も、所定の要件を満たせば有効とされる。この問題に関する法律は、一九八六年四月七日に改正され、新しい規定は遡及適用されているので、オーストラリア国外での婚姻については、その時期を問わず、全てに適用されている。連邦婚姻法第五章の A (Marriage Act Part V A) に、一般原則が定められており、婚姻の有効性は婚姻の儀式が挙行された場所の法律により判断される (挙行地法) と規定されている。これは、オーストラリアが批准している「婚姻の挙行及びその有効性の承認に関するハーグ条約 (The Hague Convention on Celebration and Recognition of

the Validity of Marriage)」の内容と同様である。ハーグ条約の第九条の規定を受けて、オーストラリア国外で婚姻したときには有効とはされていないが、婚姻であったとしても、後にあって当該国の法律により有効とされるに至った場合には、オーストラリアにおいても有効となると規定されている (連邦婚姻法八八条の C 第二項 (Marriage Act s 88 C(2)))。

ハーグ条約 (第一一条) と同様、連邦婚姻法第五章の A (Marriage Act Part V A) で、オーストラリア国外で有効な婚姻であっても、オーストラリアでは有効とされない場合が明記されている。これに該当するのは、オーストラリアの婚姻の定義の重要な要素を欠く場合である。一夫多妻婚、当事者の合意を欠く婚姻およびオーストラリアで禁止される近親者間の婚姻は、連邦婚姻法第五章の A (Marriage Act Part V A) で無効とされている。婚姻当事者のいずれか一方が、オーストラリアにドミナイルを有しない場合、および、婚姻の際に当事者のいずれか一方が婚姻最低年齢に達していない場合も、同様に、婚姻の有効性は承認されない。連邦婚姻法第八八条の D 第三項 (Marriage Act s 88 D(3)) では、婚姻当事者双方ともオーストラリアにドミナイルを有しない場合であっても、いずれか一方が一六歳未満であるときには、その婚姻は、外国人の婚姻としても承認されないと規定されている。さらに困難な問題は、連邦婚姻法第八八条の A (Marriage Act s 88 A) で、仮に、外国の婚姻が、オーストラリア法で承認されないとしても、国際私法の規定に従えば、その婚姻が承認されるのであれば、これは、オーストラリアにおいて

も承認されると規定されていることである。これは、ハーグ条約の第一三条に従ったものである。最後に、二〇〇四年に連邦婚姻法が改正され、「婚姻」の定義が規定に盛り込まれ、新たに、連邦婚姻法第八八条の E の A (Marriage Act s 88 E A) が、第五章の A (Marriage Act Part V A) に追加された。この条項では、明文で、「……オーストラリア国外で承認された同性ユニオンは、オーストラリア国内では承認されない」と規定されている。

* オーストラリア家族関連法については、連邦家族法 (The Family Law Act 1975) を主要法とし、条文の表示については (s xx(Y)Z) とのみ併記する。それ以外の法律については (Marriage Act s x(Y)Z) という併記方式とする。

注

- ① 一九八八年子どもの養育費 (登録および徴収) 法 (Child Support (Registration and Collection) Act 1988) 第 47 条 1 九八九年子どもの養育費 (算定) 法 (Child Support (Assessment) Act 1989)。
- ② ただし、養子法および子どもの福祉に関する法律が除外されていることには注意が必要がある。

③ 北部準州 (The Northern Territory) には家族問題について審理する専門の家庭裁判所裁判官が常駐していないので、準州最高裁判所に家族法に関する管轄権が付与されてい

- る。オーストラリア首都特別地域 (The Australian Capital Territory) と北部準州という二つ (いずれも準州とされる) については、憲法では多少異なる扱いが規定されているが、実際のところ、実質的な差異はほとんどないといえる。
- ④ たとえば、一九九四年家族関係法 (オーストラリア首都特別地域、Domestic Relationships Act 1994 (ACT))、一九九七年家庭裁判所法 (西オーストラリア州、Family Court Act 1997 (WA)) などがある。
- ⑤ Australian Bureau of Statistics, Marriages, Australia 2004, (cat. No.3306.055.001) , ABS at <http://www.abs.gov.au/AUSSTATS/abs@.nsf/Lookup/9025E35E5D062131CA256F6300711118?OpenDocument>.
- ⑥ (1866) LR 11 P&D 130.
- ⑦ A.Dickey, Family Law, 4th ed, 2002, Lawbook Co, Sydney, at 40-41.
- ⑧ Australian Law Reform Commission, The Recognition of Aboriginal Customary Laws, Report No 31, 1986.
- ⑨ Property (Relationships Act 1996 (NSW); Property Law Act 1974 (Qld) Pt 19; Relationships Act 2003 (SA); De Facto Relationships Act 1996 (Tas); Domestic Relationships Act 1994 (ACT); De Facto Relationships Act 1991 (NT) ; Family Court Act 1997 (WA) Pt 5A.
- ⑩ Rewal and Rewal [1991] FLC 92-225.
- ⑪ W and T [1998] FLC 92-808.
- ⑫ AK and NC [2004] FLC 93-178.
- ⑬ Al Soukmani and El Soukmani [1990] FLC 92-107, Osman and Mourrali [1990] FLC 92-111 および Najjarin and Houlayce [1991] FLC 92-246 等の例を参照。
- ⑭ Sullivan v Sullivan (1818) 2 Hag. Con. 238; 161 E.R. 728 および Moss and Moss [1897] p 263 を参照。
- ⑮ Najjarin and Houlayce [1991] FLC 92-246 を参照。
- ⑯ Official Trustee in Bankruptcy v Houlayce [1991] FLC 92-763.
- ⑰ Suria and Suria [1977] FLC 90-305 事件の判決の中の 76,614 の箇所を Szechter v Szechter [1971] P 286 事件のサイモン (Simon) 判事の意見を引用した、フェデリコ (Federico) 判事の意見を参照。
- ⑱ In the Marriage of S [1980] FLC 90-820 at 75, 179.
- ⑲ 前掲注⑱。
- ⑳ Re Z [1970] ALR 914.
- ㉑ 前掲注⑲ 九一五頁。
- ㉒ Ex parte Wills [1997] FLC 92-725.
- ㉓ 裁判所によるこの問題に関する解釈が分かれた事件として、Re GS (1968) 11 FLR 326 と判例集未掲載の事件であるが Re D 事件として Turner 判事が言及している事件の判断と Marriage of Minors (1968) 8 WAL Rev 319 がある。
- ㉔ [2000] FLC 93-087.
- ㉕ 例へば、Re an Infant [1970] WAR 139 および Re B (1972) 20 FLR 178 を参照。

(つづ)

オーストラリア家族法 (2)

リサ・ヤング

(マードック大学ロースクール准教授)

訳・監修 小川富之 (近畿大学法学部教授)

1 意義

オーストラリアで初めて離婚を承認する法律が制定されたのは、一八五八年²⁶のことであった。この当時、離婚原因とされていたのは、唯一、不貞行為のみであった。一九世紀の後半から、二〇世紀へと時代が進むにつれて、離婚原因の範囲は徐々に拡大されていき、一九七五年連邦家族法 (The Family Law Act 1975 (Ch)) 以下「連邦家族法」という) の前身である²⁷ 一九五九年連邦婚姻事件法 (The Matrimonial Causes Act 1959 (Ch)) では、一四の離婚原因が列挙されていた。この中には、有責性の要件を必要としない離婚原因として、唯一の離婚原因である五年間の別居が含まれていた。この離婚原因には、相手方の同意は要求されていなかった。この五年間の別居という離婚原因があれば、それだけで離婚が認められていたかという点、必ずしもそうではなかった。裁判所には、離婚請求を却却する権限と義務があり、たとえば、離婚を認めることが公共の利益に反するような場合や、相手方が過酷な状況に置かれるといったような場合には、離婚は認められていなかった²⁸。この五年間の別居という離婚原因は、再婚を希望する当事者にとっては、長期間にわたり再婚を待たなければならぬということになり、あまり歓迎されていなかったようである。早期に離婚を望む場合には、むしろ相手方の有責性を争うという選択が好まれ、また、別居についてもあまり好ましくない慣例を生じさせることにも

目次

- 一 はじめに
- 二 婚姻
 - 1 意義
 - 2 婚姻の無効原因
 - (1) 重婚
 - (2) 近親婚の禁止
 - (3) 婚姻の儀式
 - (4) 婚姻意思
 - (5) 婚姻適齢
 - (6) 同性婚
 - 3 婚姻の成立
 - (1) 意義
 - (2) 婚姻の実質的要件
 - (3) 婚姻の形式的要件
- 三 離婚
 - 1 意義
 - 2 離婚の要件
 - (1) 破綻主義離婚
 - (2) 法定別居制度
 - (3) 二年以内の離婚
 - (4) 未成年の子を持つ夫婦の離婚
 - 3 離婚の成立
- 四 破綻主義離婚の課題 (以上本号)
- 五 親子
 - 1 意義
 - 2 親子関係の成立
 - (1) 親子関係の推定
 - (2) 生殖補助医療と親子 DNA 鑑定
 - (3) 子どもの監護
 - 3 子どもの権利条約
 - (1) 子どもの権利条約
 - (2) 監護の内容
 - (3) 離婚と子の監護
 - (4) 家庭内暴力
 - (5) 子どもの移住
 - (6) 子どもの養育費
- 六 相統
 - 1 意義
 - 2 法定相統
 - 3 遺言相統
 - (1) 遺言能力
 - (2) 遺言要件
 - (3) 遺言の効力
- 七 おわりに

なっていた。たとえば、探偵を雇って相手方の不貞行為を探らせたり、相手方と共謀して、長期にわたり婚姻が破綻していること虚偽の証言をしたりすることを奨励する者も現れていた。

一九七三年に、当時の司法長官 (Attorney-General) ライオネル・マーフィー氏 (Lionel Murphy) は、有責主義的な離婚原因の全てを規定から除外することを含めて、家族法を全面的に見直す革新的な法案を国会に提出した²⁹。司法長官が改正を求めた根拠は、その当時、一般の人々も、また、法律実務家も「有責主義的離婚原因は『今日の基準』には適合しなくなっており、むしろ障害ですらあり、不必要に費用のかかるものとなっている」と考えているということであった。司法長官の改正案の意図するところは、「……回復の見込みのない程度にまで破綻した婚姻関係は、その内容を外部に公表することなく、また、より費用のかからないような手続で、威厳を保ちつつ簡易に解消することを可能とするべきである」ということであった³⁰。この改正に関しては、白熱した議論が戦わされ、離婚を承認するのに要求される別居期間がその中心の争点であった。「あまりに手軽で簡単な離婚を認めてしまうと婚姻制度の意義を失わせ、家族の安定を損なうことになるのではないか」という懸念³¹が改正に反対する人々の考え方であった。

2 離婚の要件

(1) 破綻主義離婚

前述のような懸念はあったものの、一九七六年一月六日に

連邦家族法は施行され、オーストラリアの離婚法は革新的に変更され、唯一の破綻主義的離婚原因として、回復の見込みのない婚姻破綻が規定されることとなった（連邦家族法四九条一項（s 48(1)）。離婚申立ての時点で現実に別居しており、その別居が一二か月間継続しているという事実によって、この婚姻破綻を立証することができることとなった（連邦家族法四八条一項（s 48(2)）。連邦家族法では、この別居に関して、明確に「片務的でも可である」と規定し、相手方の意思にかかわらず別居の認定がなされるという内容になっている（連邦家族法四九条一項（s 49(1)）。このように破綻主義を徹底する一方でできるだけ夫婦の和解を促進するために、一般に「キス・アンド・メイクアップ（Kiss and Make-up）」条項と呼ばれる規定も盛り込まれている。この規定により、三か月未満の期間に限ってではあるが、それまで継続した（離婚のために必要な）一二か月間の別居期間の算定に影響を及ぼすことなく、婚姻生活の再開を試みる事が認められている（連邦家族法五〇条（s 50）。この一二か月間の別居期間が経過すると、当事者の一方（または双方）は、離婚請求を申し立てることが認められ（連邦家族法四四条一項のA（s 44(A)）、当事者間に争いのない場合で、未成年の子がいないうときは、当事者が裁判所に出頭することなく、離婚の判決を求めることも可能とされている（これは、一般に「郵便」離婚と呼ばれている（連邦家族法九八条のA（s 98A）³⁰。離婚原因が立証され、他の手続的な要件も整っている場合には、同居を回復する合理的な可能性のない限り、裁判所としては

離婚の判決を下さなければならぬとされている（連邦家族法四八条三項（s 48(3)）。

(2) 法定別居制度

今日のオーストラリアでは、離婚が認められるかどうかの鍵を握っているのは、まさに、別居であるから、離婚事件では、何をもち別居の認定を行うかに議論が集中している³¹。これまでのところ、この別居を認定する基準として、（一方当事者の意思のみで可とされるが）別居をするという意思を有し、その意思に基づいて実際に別居をする行動をとることが要求されてきた。多くの場合、当事者の一方が、婚姻関係を終了させることを相手方に示して、それまで共同生活を送ってきた家庭を去り、別々に生活をしているという状態が継続しているという事例で、別居の事実が明確に示されていた。しかしながら、連邦家族法では、仮に、それまで共同生活とともにしてきた家庭に留まっていた場合であっても、別居の認定が可能である旨の規定をおいている（連邦家族法四九条二項（s 49(2)）。これは、従来から、イギリスおよびオーストラリアの家族法で、一般に「一つ屋根の下での別居（Separation under One Roof 以下「家庭内別居」という）」として知られている概念である。同棲を継続しつつ、夫婦の別居を認定するというこの考え方は、別居の本質としての「共同生活」または、「婚姻関係の破綻」という概念から、必然的に導き出されるものである。別居は、婚姻関係が破綻したときに開始するという考え方である。同棲しているという事実

は、重要ではあるが、婚姻関係の単なる一部を成すに過ぎないものであると考えられているのである。婚姻関係は多くの要素から成り立っているものであるから、別居の判断は、その夫婦の関係がどの程度変化したかをもとに行われることになるのである。このような状況の中で、（離婚の承認を得るために必要とされる）一二か月間の期間を回避する目的で）場合によっては、夫婦が共謀して、別居しているという事実を偽装することが可能となる。そこで、別居の事実を主張する夫婦に対しては、厳格な証明責任が課せられており、通常、明白な裏づけのある証拠を示して、別居の事実を証明することが要求されている³²。

別居の意思と実際に別居するという行為に加えて、配偶者の一方が他方に対して、その意思を伝達している必要性があるか否かについては、必ずしもはつきりとしていない³³。たとえば、後日、妻を呼び寄せるといふ約束で、表面的には仕事のためにシンガポールに出かけたという事例がある³⁴。実際には、夫にはその意思は全くなく、シンガポールに出かけた二か月後に、妻に対して、自分たちの婚姻関係は終了した旨の連絡を行った。夫の側は、妻に対して自分の意思を伝える前の二か月を、別居期間の一二か月に算入すべきであると主張し、裁判所もこれを認容した。相手方に別居の意思を伝えなかったという事実があったにもかかわらず、夫が家庭を立ち去った時点から別居期間が開始すると判断されたのである。遺棄された側の配偶者にとっては、不幸な結果をもたらすかもしれないが（つまり、離婚の申立てがなされて初めて別

居していたということを認識する者も出てくることになる）、この事件で、裁判所は別居の概念を適切に認定したとして、大方の支持を得ているようである。別居とは、夫婦関係が本質的に変化したことを意味すると解釈すれば、仮に、相手方がそれを認識していなかったという事実があったとしても、それによって、当該夫婦に本質的な変化が存在しなかったことにはならないということである。しかしながら、配偶者の一方が、意図的に、相手方に対して夫婦関係について誤認させるよう偽装していたような場合、——たとえば、妻（または夫）と会うためにたびたび家に帰り、本当はそんな気はないにもかかわらず、妻（または夫）と楽しそうに休暇を過ごしていたような場合——には、夫婦関係の破綻を裁判所に承認してもらうことはできないということである。いいかえると、このような場合には、別居の意思を持って行動していたという事実を裁判所が承認することはできないということである。

別居が一二か月間継続することにより、回復の見込みのない婚姻破綻が認定されるので、別居の事実が立証されると、離婚が承認されることとなる。現行法上、離婚の認定には、次の二つの場合を除いて、裁量の余地は存在しない。まず、必要とされるような手続的要件を欠いている場合、次に、再び同居を回復する可能性が十分認められる場合であり、これらの場合には、裁判所は離婚の請求を認めない（連邦家族法四八条三項（s 48(3)）。したがって、離婚を回避しようとする当事者は、この（同居回復の）可能性を立証することが要求されることとなる。ただし、このことは、離婚に何らかの合

意を要求するということを意味するわけではない。婚姻している夫婦の一方が、同居の回復（いいかえると、婚姻関係の回復）を望んでいないことが明白であれば、それにより、夫婦関係の回復の見込み⁵⁵は存在しないこととなり、その結果、離婚が容認されることとなる。

(3) 二年以内の離婚

夫婦が軽率に離婚をすることを避けるために、連邦家族法は、婚姻して二年未満の（者からの）離婚の請求については特別な手続的要件を課している。これに該当する者が離婚を求めるときには、カウンセラーまたはカウンセリング団体のカウンセリングを受けて、和解の可能性を十分に検討したという証明書の交付を得て、それを添付した上で離婚の申立てを行うことが要求されている（連邦家族法四四一条一項のBの4（1B））。特別な事情がある場合（たとえば、夫婦の一方が失踪している場合など）は、前述の証明書の添付がなくても、離婚についての審理を行うことを容認する規定が設けられている（連邦家族法四四一条一項のC（s 44（1C）））。

(4) 未成年の子を持つ夫婦の離婚

別居の時点で、夫婦と同居する一八歳未満の子（ども）がいる場合には、その子（ども）の監護、福祉および生育に関して、夫婦間で適切な取決めがなされていることを裁判所に提示しなければならぬとされている。裁判所は、これを受けて、その取決めの効力の発生を宣告することとなる。裁判

定されている。「離婚オーダーは、そのオーダーが下されるから一か月が経過した時点、または第五五条のAで規定するオーダーが下された時点のうちの、いずれか遅い時点で効力が発生する。」一般に、第五五条のAで規定するオーダーは、離婚オーダーと同時に下されるので、離婚オーダーが下された後、一か月間は異議申立てが認められることとなり、この期間中は、再婚が禁止されることとなる。

離婚オーダーは、効力を生じる前であれば取消しが認められている。当事者が和解をした場合には、それを理由として離婚オーダーの取消しを求めることができる規定されている（連邦家族法第五七条（s 57））。また、「詐欺、偽証、証拠排除その他の事由」がある場合には、当事者または司法長官による取消しが認められている（連邦家族法五八条（s 58））。しかしながら、離婚オーダーが効力を生じた後は、原則としてこれを争うことはできないと規定されている（連邦家族法九三条（s 93））。手続違反または法律婚の不存在のような場合には、例外的に離婚オーダー発効後であってもこれを争うことが認められることがある⁵⁷。連邦家族法第一一三条の宣告を求めるという手段で、裁判所は、婚姻、離婚および婚姻無効・取消しに関して、必要と認める場合には、それを修正する宣告を発することができると規定されている（連邦家族法第一一三条（s 113））。

4 破綻主義離婚の課題

現行の連邦家族法の下では、離婚が比較的容易に認められ

所による、この効力発生宣言は、離婚オーダー（Divorce Order）の効力発生前提条件とされている（連邦家族法五五条のA（s 55A））。この子（ども）の保護のための規定の及ぶ範囲は、夫婦の実子や養子に限られず、「その家族の子（ども）」として「夫婦によって育てられている全ての子（ども）」にも拡張されている（連邦家族法五五条のA第三項（s 55A（3）））。この規定は、必ずしも、子（ども）の養育費の支払といったような、金銭の支払を、夫婦の一方が他方に対して請求することを容易にするためのものではないが、家庭裁判所は、この規定を非常に重要視しており、結果として、子（ども）の養育費について満足のいく取決め⁵⁶がなされるまで、連邦家族法第五五条のAで規定される宣告を留保することとなっている。

3 離婚の成立

二〇〇五年までは、離婚を表す法律用語としては「婚姻の解消（Disolution of Marriage）」という表現が用いられていた。婚姻解消の原因が承認されると、裁判所は、まず離婚の仮判決を下し、一か月が経過すると、その仮判決が本判決となり、婚姻が解消される。離婚の仮判決と本判決の間に一定の期間を設けるとい考え方は、イギリスの離婚法を継受するものであり、離婚の許可に対する異議申立てを容認することを考慮に入れたものである。今日の連邦家族法では、審判（Decree）という表現に変えて、「離婚オーダー」という表現が採用されている。連邦家族法第五五条では、次のように規

ると考えられており、このことが本法導入に際して、連邦議会の議員を悩ませた大きな問題であった。破綻主義離婚法導入に対して最も強硬に反対していた人々を納得させるために、法改正の最終段階になって、「家族問題研究所（Australian Institute of Family Studies）」が創設されることとなった。この研究所は、「社会を構成する、自然的かつ基本的要素としての家族の保護を促進すること」を目的とし、夫婦および家族の安定に関わりのある、さまざまな要因についての研究を行うために設けられたものである（連邦家族法一四一条のB（s 14B））⁵⁸。オーストラリア家族問題研究所は、離婚その他の家族法一般について、広範な調査・研究を行い、その成果を集積し、それを広く公表することを任務としている。近年の家族法改正の議論の活発化等が、まさにこの研究所の存在意義を示しているといわれている。

オーストラリアで破綻主義離婚法が採用されて以来、二・三年の間は、急激に離婚率が上昇した。オーストラリア統計局によると、法改正直後に離婚の申立てが急増し、改正前に比べて五倍も離婚率が上昇したと報告されている。一九七九年までには、その離婚率は安定化し、その後もほぼ横ばいで推移している。連邦家族法の制定までは、人口一、〇〇〇人あたり〇・八という離婚率であったが、今日では、二・四から二・九の間で推移している。この一方で、婚姻率は一九七〇年以降、平均初婚年齢の上昇傾向と相まって、一貫して下降傾向である。これとあわせて、一九九六年から二〇〇一年の間のデファクト・マリッジ（De Facto Marriage）が二八パーセ

ントも増加し、デファクト・マリッジが一般化してきている³⁹⁾。
 このような状況の中でオーストラリアでは、今日でもなお、
 破綻主義離婚法廃止の要求が続いている。父親の権利擁護団
 体の要求を包括的に検討し、彼らが繰り返して破綻主義離婚法
 の廃止を求めてきていることを、カヤ (Kaya) とトルミー
 (Tolmie) が指摘している⁴⁰⁾。しかしながら、彼らの陳情の
 活動はいまのところ成功していないようである。オーストラ
 リアでは、これまで、家族法の多くの領域で法改正を積極的
 の行ってきた (特に子どもの監護をめぐる紛争や⁴¹⁾、養育費の
 履行確保の問題⁴²⁾等)。しかしながら、破綻主義離婚法につい
 ての見直しの可能性はいまのところ何ら示されていないよう
 である。

注

- ³⁹⁾ このオーストラリアで初めての離婚法は南オーストラリア
 州で立法化された。
- ⁴⁰⁾ Matrimonial Causes Act 1959 (Cth) s 37
- ⁴¹⁾ Cabinet Submission No. 777, November 1973, at <http://naal2.naa.gov.au/scripts/Imagine.asp>.
- ⁴²⁾ 前掲注³⁹⁾。
- ⁴³⁾ 夫婦共同での離婚申立ておよび郵送による離婚申立ては、
 九八三年連邦家族法改正法 (The Family Law Amendment
 Act 1983 (Cth)) により導入されたものである。
- ⁴⁴⁾ Todd and Todd (no 2) [1976] FLC 90-008 at 75,079.
- ⁴⁵⁾ Pavey and Pavey [1976] FLC 90-051 at 75,213-75, 214.

- ³⁶⁾ See A Dickey, Family Law, 4th ed, Law Book Co, Sydney, at 205-6; G Monaghan and L Young, Family Law in Australia, 6th ed, 2006, Butterworths, Sydney, at para 4. 65.
- ³⁷⁾ Tye (No1) [1976] FLC 90-028.
- ³⁸⁾ Bates and Sawyer [1977] FLC90-319.
- ³⁹⁾ たとえば, Maunder and Maunder [1999] FLC 92-871. を参照のしよ。
- ⁴⁰⁾ Miller and Miller [1983] FLC 91-328.
- ⁴¹⁾ この「家族問題研究所 (Australian Institute of Family Studies)」の創設に関しては, C Rosenbrock, An Account of the Legislative Background to the Australian Institute of Family Studies', (2002) Family Matters, No 60, Spring/Summer, 71.を参照のしよ。
- ⁴²⁾ Australian Bureau of Statistics, 1301.0 Year Book Australia, No 87, 2005, ABS, Population: Marriages, Divorces and De Facto Relationships, 133-137.
- ⁴³⁾ M Kaye and J Tolmie, 'Fathers' Rights Groups in Australia and their Engagement with Issues in Family Law', (1998) 12 AJFL 19.
- ⁴⁴⁾ Family Law Amendment Bill 2005 (Cth) 参照。
- ⁴⁵⁾ Ministerial Taskforce, In the Best Interests of Children - Reforming the Child Support Scheme, 2005, AGPS. (のり〜)

オーストラリア家族法 (3)

リサ・ヤング

(マードック大学ロースクール准教授)

訳・監修 小川富之 (近畿大学法学部教授)

目次

一	はじめに	(以上六二九号)
二	婚姻	(以上六三〇号)
1	意義	
2	婚姻の無効原因	
(1)	重婚	
(2)	近親婚の禁止	
(3)	婚姻の儀式	
(4)	婚姻意思	
(5)	婚姻適齢	
(6)	同性婚	
3	婚姻の成立	
(1)	婚姻の実質的要件	
(2)	婚姻の形式的要件	
(3)	婚姻の形式要件	
(以上六二九号)		
三	離婚	
1	意義	
2	離婚の要件	
(1)	破綻主義離婚	
(2)	法定別居制度	
(3)	二年以内の離婚	
(4)	未成年の子を持つ夫婦の離婚	
3	離婚の成立	
4	破綻主義離婚の課題	
四	親子	(以上六三〇号)
1	意義	
2	親子関係の成立	
(1)	親子関係の推定	
(2)	生殖補助医療と親子	
(3)	DNA鑑定	
3	子どもの監護	
(1)	子どもの権利条約	
(2)	監護の内容	
(3)	離婚と子の監護	
(4)	家庭内暴力	
(5)	子どもの移住	
(6)	子どもの養育費	
(以上本号)		
五	相続	
1	意義	
2	法定相続	
3	遺言相続	
(1)	遺言能力	
(2)	遺言要件	
(3)	遺言の効力	
六	おわりに	
七	補遺	

四 親子関係

1 意義

近年オーストラリアでは、家族法の中でもとりわけ「親子」の問題が、一般の人々の関心を集め、また国会においての検討課題ともなっている。一九七五年に連邦家族法 (The Family Law Act 1975 (Ch)) 以下「連邦家族法」という) が制定されてから、すでに三〇年以上が経過しているが、この連邦家族法が制定されたことにより、男女平等の実現、子どもの養育費についての規定の整備、そして、特に一九九六年には、子どもの監護・教育 (parenting) をめぐる裁判手続の全面的改編が実現した。これらの、子どもの養育費および監護・教育の問題について、現在まさに再検討が行われているところである。オーストラリアでは、はたして子どもの監護・教育をめぐる紛争が公平に扱われているかどうか、また家族の安定に寄与するように制度が改善され状況が向上しているかどうかというのが、一般の議論の的となってきた。これらの問題は、法改正を求める運動を推進している、父親の権利擁護団体 (father's rights groups) の主張するところでもある。今後どのような法改正が望ましいかということに関して、政府および民間団体から数多くの報告書が提示されている。これまで、幾つかの重要な法改正が行われてきているが、家族法の中の子どもに関する部分についての議論の詳細は、本章の最後の部分で再度取り扱うこととする。

「一 はじめに」(本誌六二九号二六―二八頁)の部分です

にふれたが、オーストラリア憲法の規定上、連邦議会には、子どもに関する包括的な立法権限は付与されていない。しかし、憲法の規定する、婚姻および離婚とのかかわりで、子どもの父母が何らかの形で婚姻関係にある(またはあった)場合には、その子に関しては連邦の立法権限の範囲に含まれることとなる。これは、子どもの父母の婚姻関係の有無によって、子どもに適用される法律に違いが生じるという不都合を生じさせる結果を招来させることになりかねない。この問題を回避するために、西オーストラリア州を除く全ての州および準州では、それぞれの有する子どもに関する立法権限を連邦に対して全面的に委譲する方法を採用してきた。子どもにも関する州または準州の権限で、連邦に委譲されずに州または準州に留保されているものとしては子どもの監護および保護に関する手続(すなわち、州政府は、児童虐待および養育放棄といったような問題には介入する権限があるということである)ならびに養子縁組が重要である。西オーストラリア州は例外的に独自の州家庭裁判所を有しており、婚姻関係にある父母の子ども(連邦家族法の管轄)に対しては連邦の、また、婚姻関係のない父母の子ども(一九九七年西オーストラリア州家庭裁判所法 (The Family Court Act 1997 (WA))) に対しては州の管轄権を行使することが認められている。州法と連邦法には実質的な違いが存在しないので、結局のところ西オーストラリア州においても、全ての子どもに同様な法が適用されるという制度となっている。

オーストラリアのコモン・ロー (common law) は、もと

もとはイギリスのコモン・ローに由来し、嫡出子と非嫡出子とを区別し、非嫡出子に対して厳しい不平等扱いをするというのがその慣例であった。しかしながら、今日のオーストラリアでは、非嫡出子に対する、そのような差別的扱いを支持する考え方はもはや存在せず、(一九八六年から一九九〇年にかけて) 全ての州および準州では、法改正を行い、子の出自にかかわらず、全ての子どもを法の下で平等に扱うことが実現した。西オーストラリア州では、差別的扱いの残っていたさまざまな法律を全て改正することで、また、他の州および準州では「法的地位の平等 (equality of status)」に関する一連の立法により、これが実現された⁴³⁾。「法的地位の平等」という文言の示すように、この一連の立法により、非嫡出子という概念自体が払拭されたわけではなかった。これらの一連の立法により、非嫡出子という地位から生じる法的な不利益が生じる取扱いをなくすことが実現したというのが正確なところである。今日のオーストラリアでは、非嫡出子ということから生じる法律上の不利益は実質的には何ら存在していない。

2 親子関係の成立

(1) 親子関係の推定

父母の婚姻関係の有無は、子どもにとって重要性を失っているが、逆に、親子関係の推定は、子の法的な権利および義務の決定に関しては重要なカギとなってきた。コモン・ローでは、長期にわたって父性の推定という考え方を承認してきた。また、母性の推定の方は比較的容易であると考えら

れてきた。しかしながら、これらの推定に関しては、親子関係の推定に関する制定法上の規定により、大幅な変更が加えられることとなった。連邦家族法第七章第一二節第D款で、(母性および父性を含めて) 親子関係の推定について、次のように規定している⁴⁴⁾。

- ・ 父母の婚姻の場所 (六九条のP第一項 (s 69P(1)))
- ・ 子の懐胎の時期に父母が同棲していた場所 (六九条のQ (s 69Q))
- ・ 子の出生登録に父母として名を記載した場所 (六九条のR (s 69R))
- ・ 子の父母の認定を行った裁判所の場所 (六九条のS (s 69S))

父が自分の子を認知する場合の父性の推定に関する規定も設けられている (連邦家族法六九条のT (s 69T))。これらの推定は全て (裁判所により承認されたものを除いて) 反証が認められており、その際には、親子関係についてのより高度の可能性についての立証が求められている (連邦家族法六九条のU第一項 (s 69U(1)))。

(2) 生殖補助医療と親子

親子関係に関する問題は、生殖補助医療が進歩し、体外受精の登場で、より複雑なものとなってきた。体外受精が実施された場合には、生物学上の父母が生まれた子の法律上の父母であるということを用意していないことがむしろ一般である。したがって、体外受精に関しては、各州および準州

ならびに連邦家族法では、親子関係を推定する特別規定を設けている⁴⁵。これらの法律では、原則として、体外受精を受けた者およびそのパートナー（婚姻関係または事実婚を問わず）を、生まれた子の法律上の父母とすると規定している。州または準州の中には、この規定の適用範囲を、レズビアンのカップルが体外受精で子どもを出産した場合にまで拡張するところもある⁴⁶。一般の親子関係の推定とは異なり、体外受精に関しては、終局的・確定的なものとされ、反証が許されていない。

代理母（カップルが第三者の女性に自分たちに代わって子の出産を依頼すること）、これには人工授精型代理母と体外受精型代理母とがあるが、親子関係をめぐる問題をさらに複雑なものとしている。というのは、体外受精でない場合、すなわち人工授精型代理母の場合には、血統主義により生物学上の父母が生まれた子の父母とされるので、代理母契約の依頼者の意図と合致しない結果となるわけである。体外受精型代理母の場合には、前述したように、体外受精を受けた者およびそのパートナーが生まれた子の父母とされるというルールが適用になるので、やはり、依頼者の意図には合致しない結果となってしまう。法律の扱いとしては、依頼者の意図にかかわらず、親子関係に関する規定が適用されることとされている⁴⁷。親子関係の問題を解決する手段としては、唯一、養子縁組オーダーにより、法律上の親子関係を変更することになる。もちろん、依頼者が自分たちの意図を実現するために、（後述するような）子どもの養育に関するオーダー（parenting or-

der）を請求することが可能であるが、この場合、裁判所は、子どもの最善の利益を判断基準として、このオーダーについての決定を行うことになるので（連邦家族法六五条のEの(5)(b)、必ずしも、自分たちの希望する結果となる保障はない。とりわけ、紛争性のある事例で、複数の当事者が対立しているような場合には、それが顕著である。加えて、仮に自分たちの求めるようなオーダーが裁判所により決定されたとしても、必ずしもそれが終局的なものとなるとは限らないし、将来的にこのオーダーに不満のある者の弁護士により、異議申立てがされる可能性が残されている。代理母という考え自体、倫理的に対立する複雑な問題を孕んでおり、オーストラリアの州および準州の多くでは、代理母契約は強制できないと規定しており、このような契約を締結したり、仲介したりすることは犯罪を構成することになるとされているところもある⁴⁸。ただ、法律の規定で使われている表現にはそれほどかなり違いが見られる。

(3) DNA鑑定

通常の子どもの懐胎の場合で、何らかの紛争（多くは子どもの養育費の支払）で親子関係が争点となっているときには、親子関係の鑑定（parentage test）（すなわち、DNA鑑定）の実施を求める手続が設けられている（連邦家族法六九条のW(6)(9W)）。仮に、DNA鑑定が拒否されたとしても、特に罰則が設けられていないわけではないが、裁判所としては、拒否することに正当事由があるか否かを考慮して、親子関係につ

いての判断を下すことになる（連邦家族法六九条のY(6)(9Y)）。DNA鑑定が拒否された事例では、これまで、拒否した者を親とする推定（もちろん、その者が父である蓋然性が高い場合であるが）がなされる場合が多く、その者を親とする確定判断が下されることとなる⁴⁹。

3 子どもの監護

(1) 子どもの権利条約

親子関係が確定すると、次は、その親子関係から生じる効果の問題となる。この問題の詳細に入る前に、オーストラリアが一九九〇年に批准した国連の「子どもの権利条約」(The United Nations Convention on the Rights of the Child)の意義について、まず検討したい。オーストラリアでは、国際条約の批准により、その内容がそのまま国内で効力を有するとする、直接適用主義は採用されていないので、「子どもの権利条約」の規定を反映させるためには、国内法を再検討し、法的、行政的その他の手段を講じる必要がある。また、オーストラリア人権および機会均等委員会は、この「子どもの権利条約」の内容が適切に実現されているかどうかについて、監視（モニター）する役割を担っている⁵⁰。

連邦家族法の子どもの関する規定の多くが、「子どもの権利条約」から大きな影響を受けていることは明白である。特に、連邦家族法の第七章は、一九九六年に、この条約の影響で重大な改正が実施され、規定によっては、条約の内容がそのまま取り込まれているものもかなり存在する⁵¹。さらに、

条約が連邦家族法の解釈や適用にどの程度の影響力を有するかという、難しい問題がある。この問題に関するリーディングケースとなった「B対B事件」⁵²で、連邦司法長官は、「子どもの権利条約」を連邦家族法の解釈基準とすることについて、否定的であるという考え方を明示した。連邦家庭裁判所の控訴審である大法廷（The Full Court of the Family Court of Australia 以下「連邦家裁控訴審」という）では、連邦司法長官から提示された、前述のような意見に対して、これを否定し、二国間または多国間の一般の条約とは異なり、「子どもの権利条約」は、世界的に承認されている人権規定として、その内容に対しては特別な考慮が要求されていると解すべきであるとの判断を下した⁵³。オーストラリア連邦最高裁判所も、最近の移民に関する問題で、この「B対B事件」と類似する事件を審理した⁵⁴。原審である連邦家裁控訴審は、オーストラリアの居住権を有しない子どもたちを拘留所（a mandatory detention centre）から開放（釈放）することについて、その判断を求められていた。連邦議会が一九九六年に連邦家族法の改正法を制定し、これによって、子どもの権利条約が連邦家族法に組み込まれたことにより、連邦議会はその権限を領域外に拡張したことになるというのが、連邦家裁控訴審の多数意見であった。連邦家庭裁判所は、結論として、本件に関する管轄権を承認するという判断を下した。オーストラリア最高裁判所は、原審の考え方には否定的であったが、結論としては、連邦家族法と子どもの権利条約との関係には言及することなく、原審と同様の結論を導いた。

最高裁判所の判事の一人は、連邦家族法と子どもの権利条約とのかわりについて言及したうえで、原審である連邦家裁控訴審の結論にも反対の意見を示した⁵⁵⁾。

(2) 監護の内容

親子関係に関する規定は、イギリスでも同様に改正されているが、これを受けて、一九九六年にオーストラリアでの改正があり、連邦家族法の親子に関する紛争を扱う第七章が改正された。この改正により、後見および面接交渉に関する従来の考え方が大幅に変更された。連邦家族法第七章は、第六〇条のB第一項 (s 60B(1)) から始まっており、本章の目的について次のように規定している。

「……本章の目的は、子どもが適切かつ十分に父母からの監護・教育を受けることを確保し、子どもが有する自己の能力を十分に発揮することを援助し、子どもの監護、福祉および発達に関し、父母がその義務を果たし、その責任に応えることを確保することにある。」

これらの目的（目標）の基礎をなす諸原則については連邦家族法第六〇条のB第二項 (s 60B(2)) で、次のように明確に規定されている。

- (a) 子どもは、父母の現在の婚姻関係もしくは同居・別居、または、これまでの婚姻関係もしくは同居・別居にかかわらず、自分の父母について知る権利を有し、また、自分の父母による監護・教育を受ける権利を有する。
- (b) 子どもは、自分の父母ならびに監護、福祉および成長

に重大なかわりを有するその他の者と定期的会う (contact) 権利を有する。

- (c) 父母はともに、子どもの監護、福祉および成長に関する義務と責任を有する。
- (d) 父母は、子どもの将来の監護・教育に関して合意を形成しなければならぬ。

連邦家族法第六一条のC (s 61C) では、未成年の子の父母は、それぞれ、自分の子どもに関して「親権 (parental responsibility)」を有することを定めている。父母の有する責任については、第六一条のB (s 61B) で規定されており、法律上、父母が子どもに関して有する全ての義務、責任および権限が含まれている。これは、父母が現在、同居しているか別居しているか、また、これまでに同居したことがあるか否かにかかわらず、認められる第一義的な責任である。しかしながら、連邦家族法第六一条のC (s 61C) で規定する責任を変更する必要がある場合には、子ども本人、父母、祖父母および子どもの監護、福祉および成長にかわりのあるその他の者は、子どもの監護に関するオーダーを請求することが認められている (連邦家族法六五条のC (s 65C))。この請求が為されると、裁判所は、監護に関して、適切と考えられるあらゆるオーダーを決定することが認められている (連邦家族法六五条のD (s 65D))。これに関し、連邦最高裁判所は、監護に関するオーダーは必ずしも当事者の要求に拘束される必要はなく、また、当事者の承認するものである必要もないということを確認した⁵⁶⁾。監護に関するオーダーには、居所

指定、子との面接交渉、子の扶養、その他のものが含まれる (連邦家族法六四条のB (s 64B))。しかしながら、連邦家族法第六一条のD (s 61D) によって、これらのオーダーで、父母の責任を変更することについては制限が加えられている。たとえば、旧制度での監護オーダー (Custody Order) では、子どもに関する日々の事柄について判断を下す責任が付与されていたが、居所指定オーダーには、そういった事柄までは含まれていない。したがって、子どもの日々の行動に関する判断については、連邦家族法第六一条のC (s 61C) との整合性のため、それぞれ個別にオーダーを得ることが必要とされる。このような変更に伴い、子どもが常時生活を共にする者に対して、子どもの日々の行動に関する判断権限を付与し、状況に応じて、子どもの長期の監護、福祉および成長に関する責任 (かつては後見 (guardianship) という表現が使用されていた) については、単独または共同での行使とするといったような慣例が定着してきた。

裁判所が、監護に関するオーダーを決定する際には、子どもの最善の利益が最優先に考慮されなければならないと規定されている (連邦家族法六五条のE (s 65E))。もちろん、考慮されるべきものはこれのみに限らないが、仮に、他に考慮すべき事項 (たとえば、父母の権利または利益など) があつたとしても、子どもの最善の利益を促進するという判断に対しては、他の考慮事項は譲歩を余儀なくされることはいうまでもない⁵⁷⁾。連邦家族法は、続けて、子どもの最善の利益の内容についての判断を裁判所が行う際の基準を、第六八条のF

第二項 (s 67F(2)) で列挙している (*内容については六六頁の抄訳を参照のこと)。ここに規定されている事項は、必要的考慮事項ではあるが、必ずしも網羅的なものではなく、列挙の最後の項目で、「その他、裁判所が適切と考える事実または状況。」という表現で包括的規定が置かれている。一九九五年連邦家族法改正法 (The Family Law Reform Act 1995 (FLRA)) の「B対B事件」⁵⁸⁾で、連邦家裁控訴審は、連邦家族法第六〇条のB (s 60B)、第六五条のE (s 65E) および第六八条のF第二項 (s 68F(2)) の規定の文言に拘束されることなく、最大限の考慮事項は、依然として子どもの最善の利益であるという判断を示した。したがって、裁判所としては、まず、連邦家族法第六〇条のF第二項 (s 60F(2)) に列挙されている事項について検討し、その上で、必要があれば、第六〇条のB第二項 (s 60B(2)) に規定されている問題を検討することになる。連邦家族法第六〇条のB第一項 (s 60B(1)) は、「最善の結果」ということが明示されているだけであるから、判断の際に必ずしも直接的に参考になるというわけではない。

(3) 離婚と子の監護

子どもの養育に関するオーダーを下す際には、何らの法律上の推定 (presumptions) も働かないという考え方が、長期にわたってオーストラリア家族法で採用されてきた原則である。これは、連邦家族法第六五条のD (s 65D) および第六五条のE (s 65E) の規定上、裁判官に非常に広範な裁量権が付与されているということを意味する。裁判官の役割とし

て、自分が判断を下す際に、関連するあらゆる証拠を比較衡量することが求められているわけである。したがって、母性優先主義、長期にわたる主たる監護者尊重の原則、または、子どもの意思尊重の原則といったことで、自動的に判断の際に有利になるという考え方は採用されていない。しかしながら、オーストラリアでは、一般に母親に好意的な傾向が存在するといわれている。統計的にみても、別居後の子どもの第一義的な監護者となるのは、父親よりはるかに母親の方が多いということがはつきりと示されている。ただ、このような結果となるのは、連邦家族法第六八条のF第二項(§ 68F(2))に列挙されている項目に、父母と子どもの関係の性質および子どもを父母から引き離すことにより生じる影響という二つの要件について裁判官が必ず考慮しなければならないということが、その理由であるのは明白である。オーストラリアでは、伝統的な男女の就労形態が変化しているにもかかわらず、いまだに、母親は父親と比べて、その就労機会を犠牲にして子どもの第一義的な監護提供者となる場合が多いということである。心理学の論文では、多くの場合、子どもには第一義的に愛情を注ぐ人物が存在し、その者から引き離されると、子どもは大きな喪失感を持つことになる指摘されている。家庭裁判所はこの考え方に注意を払っているのである。安定性と継続性が子どもの福祉の向上にとって有益であるという考え方が一般に受け入れられているのである⁶⁹⁾。したがって、第一義的な監護者であるということ、法律上の推定が働くわけではないが、これに対抗する他の有力な要因がない限り、

子どもの監護・教育に関する判断に際し重大な影響力を持つということである。

世界の他の国や地域と同様に、オーストラリアでも、父母の別居後の、子どもとの居住の継続性が、子どもの監護・教育に関する判断に有利に働くという法律上の明文規定の制定を求める声の一部の人々(主として父親の権利擁護団体)から提示されている。オーストラリアの政治家に対して、家族法制度に関する不満が殺到し、政府はその不満を和らげようとして、最近、この制度導入の可能性を探るべく調査を開始した。提示された調査報告書⁶⁰⁾によると、すぐに、そのような制度を導入することは、今のところ困難であるという点を指摘した上で、子どもをめぐる紛争に関しては、まず、父母による共同監護の責任を前提とするという視点が勧告された。しかしながら、連邦家族法には、すでに、これに関する規定があり、裁判所によるオーダーによって否定されない限り、父母が子どもに関する責任を共有するとされており、また、この報告書による勧告では、子どもの監護に関する機会均等を強調する(この点が、実は多くの関心事であるが)ことについては明確化されていなかったため、政府の対応は、批判者から寄せられた要望を沈静化することには繋がらなかったようである。実は、この問題に関連する法案が、国会に提案されており、今回の報告書の提言がどの程度実現されるかに注目が集まっている(この法案に関しては、「七補遺」でその後の状況について紹介する)⁶¹⁾。この報告書で示された内容の中で、より重要だと思われるのは、家族法制度全体を精査し

必要な改善を行うこと、および、新たな裁判所を創設することが勧告されているということである。新たな裁判所の創設は、予算の関係で、政府から拒否されたが、これに代えて、全国に六五の「家族センター(Family Relation Centres)」を新設し、家族問題に関する必要なサービスを提供し、家族に関する紛争解決について、対審構造をとる裁判手続での解決に代わる、代替的解決方法の確立を目指している。この試みは、連邦司法長官の説明によれば、オーストラリア家族法制度史上、最も大きな投資であるということである⁶²⁾。この政府の採ったイニシアチブで、家族法制度を利用する人々の満足が得られるかどうかは、時間が答えを出してくれることであろう。

子どもの監護・教育をめぐる紛争に関して、連邦家族法上指摘すべき点が、他にも幾つか存在する。まず、子どもの監護・教育に関する手続の中で、子ども自身の要求等を子ども自身によって直接、主張・立証させることが(不可能とまではいえないが)極めて困難であるということがあげられる。

連邦家族法第一〇〇条のA(§ 100A)は、証拠に関する一般規定を緩和し、子どもの代理人(children's representations)により、子どもの証言を代弁させることを裁判所に認め、第六二条のG第二項(§ 62G(2))は、家族や子どものカウンセラー(counselor)または福祉関係者の作成する、子どもに関する報告書を承認し、この報告書に子どもの要求を含めることを認めている。さらに、第六八条のL(§ 68L)は、子どもだけの代理人選任を命じることを認めている。子どもの代理人を必要とする場合は多くあるが⁶³⁾、実際のところ、財政

上の制約があり、必ずしも、必要とされる全ての事件で代理人が選任されるということとは実現していない。家庭裁判所のガイドラインによると、子どもに付けられる代理人である法律家は、子どもの側に立つ弁護士ということではなくて、子どもの最善の利益を実現するために、公平な立場で、裁判所のために貢献するという役割を担っているということである。

(4) 家庭内暴力

家庭内暴力の拡大と深刻化が社会的に認識されるにつれて、家庭裁判所の手続においても、家庭内暴力の存在——特に子どもがその直接的被害者にならないよう配慮すること——が、子どもの監護・教育をめぐる問題の解決に大きな影響を持つことが認識されるようになってきている。連邦家族法第六八条のF第二項(§ 68F(2))に規定されている、子どもの最善の利益に関する確認事項一覧の中の二つに、仮に第三者に向けられた暴力であっても、子どもがそれにより間接的な暴力の被害者とならないよう配慮することが裁判官に求められるという規定が新たに設けられている(連邦家族法六八条のF第二項§ 68F(2)(ii))。このような規定が連邦家族法に盛り込まれたのは、立法者および家庭裁判所の裁判官による家庭内暴力(連邦家族法では、家族暴力(Family Violence))という文言が使われている)の重大性の認識が一般に広まったこととの反映であるといえる。ただ、これに対しては、批判的な人々も存在しており、子どもを父親と会わせたくないと考えてる女性にとっては、この家庭内暴力というのは、非常に

有利に活用できる装置となつていくとの指摘がある⁶⁴⁾。また、一九九六年の改正により導入された共同監護の制度と家庭内暴力からの被害者保護という制度は、家庭内暴力の被害者の犠牲の上に成り立つ共同監護という否めない現実の存在を指摘する報告書も公表されている⁶⁵⁾。

(5) 子どもの移住

オーストラリアの有する広い国土と、オーストラリア人の移動性ということから、子どもが従来の居住の場所から他へ移転することに対して、どのような対応をとるかということだが、裁判所の重大な問題として提起され、最近、二つの事件で、連邦最高裁判所による判断が示されている。子どもに対して、第一義的な監護を提供している父母の一方が、居住する場所を他に移したいと希望する場合、他方にとって、子どもと会うことに重大な影響が生じるので、多くの場合、この要望は相手方から拒否されることとなる。理論的には、このような事例に適用される規定は、子どもの監護・教育をめぐる判断に際して適用されるものと異なるものではない。しかしながら、実際には、一般のルールとは異なる基準が採用されているようで、子どもを、それまで居住していた場所から移転させることを希望する側に、「正當または反論の余地のない理由」を示すことが、裁判所から要求されているようである。しかしながら、連邦最高裁判所は、「AMS対AIF事件」⁶⁶⁾で、このような要件を認めることに対して否定的な考えを示した。この判決は、「A対A事件」⁶⁷⁾に関する連邦

家裁控訴審で、その判断基準が示された。すなわち、子どもが従来居住する場所から移転することについて当事者に争いのある場合には、裁判所は、父母それぞれの要求を検討し、どちらの主張が子どもの最善の利益を向上させることになるかによって決定するという考え方が示されたわけである。したがって、子どもが従来居住する場所から移転することにより、子どもの最善の利益の向上に繋がるか、または、それを損なうかという観点から、この問題についての判断を下すことになる。

連邦最高裁判所は、その後、「U対U事件」⁶⁸⁾で、父母が子どもの従来居住する場所を他に移すことについては、何らの制約もなく、一般原則に従って処理されるということを確認した。子どものも最善の利益が、当然、父母の利益より優先され、父母による主張の有無に拘束されることなく、裁判所は、子どもの監護・教育に関して調整をする権限を有するということが判示された。したがって、本件では、母親は、子どもとともにオーストラリアに留まることを希望したわけではないけれども（ただ、反対尋問の中で、これを受け入れる可能性は否定していなかった）、裁判所は、これを「代替的請求 (alternative proposal)」として採用した。同様に、連邦最高裁判所は、この事件とは別の事例でも、父親は、母親と子どもを伴って、オーストラリアを出国すること、という判断を示したが、父親側は、一度もこのような主張をしていたわけではなかった。これらの事例は、家族構成員の間での利益の対立が存在する場合における、非常に興味ある問題を提起することとなった⁶⁹⁾。オーストラリアが批准している多くの

人権条約で、成人の権利として認められているものであっても——たとえば、成人の居住移転の自由といったようなもの等——それを犠牲にしても、子どもが父母と会う権利の方を優先させるといふ考え方が、今日の連邦最高裁判所の考え方であると明確に示されたわけである。さらに、父母の間の利益衡量よりもむしろ、どちらの要望が子どもの最善の利益の向上に繋がるかという観点を、より優先させるといふことがはつきりと示されたのである。

子どもの監護に関するオーダーが適切であると考えられる場合に、次のステップとして、子どもを国外に連れ出すことを裁判所が承認することとなる⁷⁰⁾。オーストラリアは、また、子どもの奪取の民事面に関する条約 (The Convention on Civil Aspects of International Child Abduction 以下「子の奪取条約 (The Hague Convention)」と云う) の締約国であり、一九八六年連邦家族法 (子どもの奪取) 規則 (The Family Law (Child Abduction) Regulations 1986 (Ch)) を制定している。連邦司法長官庁 (The Commonwealth Attorney-General Department) が、奪取された子どもたちを本国に送還する責任を担う、オーストラリアにおけるこの条約の履行を担当する中央当局である。また、各州にはそれぞれ担当当局 (通常は、州の児童福祉局 (State Child Welfare Department)) が置かれている。これに関連した子どもの監護に関する事件の管轄は、その子が連れ去られた国にあると考へる方が、子の奪取条約の基本であり、奪取された子どもの送還に関しては、オーストラリア国内法の規定を適用して、子どもの最善の利

益の観点から判断を下すことが認められないことになっている。この場合、連邦家族法 (子どもの奪取) 規則第一六条第三項 (s 16(3)) を適用して、ここに制限的に列挙されている条項に該当しない限り、子どもを本国に送還することとなる規定の内容は次のとおりである。

- (ア) 子どもが成熟している場合で、その子が明確に本国への送還拒否を表明している場合。
- (イ) 子どもが本国に送還されると、その子の身体、精神に重大な危害が生じる恐れがある場合、または、送還されると、子どもが過酷な状況に置かれる恐れがある場合。
- (ウ) 子どもを本国に送還することが、オーストラリアにおける基本的人権および自由の保護といった大原則に反するような場合。

(6) 子どもの養育費

世界の他のロモン・ローの国々と同様、オーストラリアでも、裁判所が、子どもの扶養オーダーを下すという考え方が、規範から除外されるという方向性が選択されている。オーストラリアでは、「一九八八年子どもの養育費の履行確保に関する法律 (登録および求償) (The Child Support (Registration and Collection) Act 1988 (Ch))」および「一九八九年子どもの養育費の履行確保に関する法律 (算定) (The Child Support (Assessment) Act 1989 (Ch))」が制定されている。子どもの養育費に関する問題は、現在「子どもの養育費取扱機関 (Australia's Child Support Agency 以下「養育費機関」と云う)」

の担当となっている。オーストラリアでは、現在、子どもの養育費の金額については、養育費額算定表という形で定型化されている。この算定表に従って計算された養育費の金額に不満のある父母は、養育費機関に対して不服申立てをすることができる。ただ、養育費の金額の変更理由については限定的に一〇項目が規定されており、各項目とも、変更を求める者に「特別な事情」の立証責任が課せられている。子どもの養育費機関の決定に不満がある場合には、その決定を拒否することが可能である（行政手続の問題として）。この手続を経た上で、はじめて、父母は、養育費機関が算定表に従って計算した養育費の金額の変更を連邦家庭裁判所に申し立てることが認められている⁷⁶。養育費機関は、また、子どもの養育費の徴収および支払の役割を担っており、父母が各自で支払を受けることを希望しない場合には、子どもの養育費機関が関与することとなる。この制度は、子どもの養育をしていく母親を優遇するものであるという批判が、父親の権利擁護団体から提示され、子どもの養育費機関に対しても、また、批判がなされている。母親の側にもまた、この制度に対する懸念が幾つかあり、特に、父親が給与所得という方法を受け、現金支給を受けるという形をとることで、子どもの養育費の支払を回避することが可能となると、問題提起している。子どもの養育費の履行確保に関する立法が為されてからも、家族法改正の要望がこれまで提示されてきているが、今のところ、この制度自体には大きな変更が加えられていない。しかしながら、二〇〇五年五月に、連邦検討委員会 (Ministerial

Task force) が、現在施行されている子どもの養育費の履行確保制度（特にその算定）に関して大幅な変更が生じる可能性のある、提言について、検討し報告することを決定した⁷⁷。現在、オーストラリアでは自由党が政権を取っており、連邦議会の多数派も占めているので、近い将来、この報告を受けて、子どもの養育費の履行確保制度が大幅な変更を受ける可能性が出てきている。

注

- ⁷⁶ 一連の法律は次のとおりである。 Status of Children Act 1974 (Vic.); Status of Children Act 1974 (Tas); Family Relationships Act 1975 (SA); Children (Equality of Status) Act 1976 (NSW); Status of Children Act 1978 (Qld); Status of Children Act 1978 (NT); Parentage Act 2004 (ACT) (この法律は従前の The Birth (Equality of Status) Act 1988 に代わられることとなる)。
- ⁷⁷ オーストラリア州に関する一九九七年オーストラリア州家庭裁判所法 (The Family Court Act 1997 (WA)) を参照せよ。
- ⁷⁸ FLA, s 60H; Status of Children Act 1996 (NSW) s 14; Status of Children Act 1974 (Vic) Pt II; Status of Children Act 1978 (Qld) Pt 3, Div 2; Family Relationship Act 1975 (SA) Pt IIA; Artificial Conception Act (WA) 1985; Status of Children Act 1974 (Tas) Pt III; Parentage Act 2004 s 1I; Status of Children Act 1978 (NT) Pt IIIA.

- ⁴⁶ このための対応を講じているのは、西オーストラリア州、北西部州およびオーストラリア首都特別地域である。
- ⁴⁷ Births, Deaths and Marriages Registration Act 1997 [2000] FLC 93-021.
- ⁴⁸ Family Relationships Act 1975 (SA) Part IIB; Surrogate Parenthood Act 1988 (Qld); Surrogacy Contracts Act 1993 (Tas); Parentage Act 2004 (ACT); Infertility Treatment Act 1995 (Vic) Part 6.
- ⁴⁹ Re C (No 2) [1992] FLC 92-284; G and H [1994] FLC 92-504.
- ⁵⁰ 一九八六年オーストラリア人権委員会の機会均等委員会法 (the Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986 (Ch)) 第四七条一項は、人権委員会の権利条約に規定されている諸権利を自由に関連する国際的な機能の範囲に規定されている。
- ⁵¹ Family Law Reform Act 1995 (Ch).
- ⁵² [1997] FLC 92-755.
- ⁵³ At para 10.19.
- ⁵⁴ B and B and Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs [2003] FLC 93-141.
- ⁵⁵ Callinan J.
- ⁵⁶ U and U [2002] FLC 93-112.
- ⁵⁷ Ibid.
- ⁵⁸ [1997] FLC 92-755.

- ⁵⁹ J Goldstein, A Freund and J Solnit, Beyond the Best Interests of the Child, Free Press, 1973, New York の第六章を参照せよ。参照せよ。この法律は従前の House Standing Committee on Family and Community Affairs, Every picture tells a story: Inquiry into child custody arrangements in the event of family separation, 2003, AFPS, Canberra.
- ⁶⁰ Family Law Amendment Bill 2005 (Ch).
- ⁶¹ Rudduck, P, Opening Address, 2005 National Conference Family Services Australia, Adelaide, 25 September 2005, at http://www.ag.gov.au/agd/WWW/MinisterRuddockHome.nsf/Page/Speeches_2005_Speeches_29_September_2005_-_Speech_-_Opening_Address.
- ⁶² Re K [1994] 92-461.
- ⁶³ この法律は <http://www.certifiedmale.org/issue8/ectohm.htm> を参照せよ。
- ⁶⁴ R Kaspiew, 'Violence in contested children's cases: An empirical exploration', (2005) 19 AJFL 112.
- ⁶⁵ [1999] FLC 92-852.
- ⁶⁶ [2000] FLC 93-035.
- ⁶⁷ [2002] FLC 93-112.
- ⁶⁸ この問題に関する議論は <http://www.familylaw.com.au> の R Chisohn, 'The paramount consideration - Children's Interests in Family Law', (2002) 16 AJFL 87, を参照せよ。
- ⁶⁹ FLA s 65Y.

71 子どもの養育費の履行確保に関する法律(算定)第一一六条 (Child Support (Assessment) Act 1989 s 116.)
 72 Ministerial Taskforce, In the Best Interests of Children - Reforming the child support scheme, 2005, ACPs.

* 連邦家族法第六八条のF第二項(抄訳)

裁判所は、次の事項について考慮しなければならない。

- (a) 子どもにより表明された要望および裁判所が子どもの要望につき重視する必要があると考えるその他の要件(たとえば、子どもの成熟度または理解度といった要件)。
- (b) 子どもと父母それぞれとの関係性およびその他の者との関係性。
- (c) 子どもが、次の(i)および(ii)に規定されている者と分離された場合に子どもに生じると思われる影響を含めて、子どもの置かれている環境を変化させた場合に生じると思われる影響。
 - (i) 子どもの父母のいずれか一方。
 - (ii) 子どもが生活を共にしている、兄弟姉妹その他の者。
- (d) 子どもが父母と会うことで生じる実質的な困難性(difficulty)および犠牲(expense)ならびにその困難性および犠牲のために、定期的に父母と会う子どもの権利を維持することにより生じる実質的な影響。
- (e) 子どもが必要とする知的および情緒的な要求を含めて、父母その他の者が、子どもの必要とするものを提供することができる能力。

(f) 子どもの成熟度、性別および背景(Aボリジナル(Aboriginal)またはトレス・アイスランダーズ(Torres Strait Islanders)の子ども)の生活様式、文化および伝統との繋がりを維持する必要性を含む)ならびに裁判所が考慮することが適切であると考える子どものその他の特性。

- (g) 次の(i)および(ii)で規定することから現実に生じる、もしくは、生じる可能性のある、身体的または精神的危害から子どもの保護の必要性。
 - (i) 虐待(abuse)、不当な扱い(mis-treatment)、暴力(violence)その他の行動から受ける、または、それらの状況にさらされること。
 - (ii) 第三者に向けられた、もしくは、第三者に影響を及ぼす虐待、不当な扱い、暴力その他の行動に、直接的もしくは間接的にさらされること。
- (h) 子どもの父母によって提示された子どもに対する態度および親としての責任。
- (i) 子どもまたは子どもの家族構成員を含めた、家族暴力(Family Violence)。
- (j) 子どもまたは子どもの家族構成員に適用された家族暴力オーダー。
- (k) 裁判所による扱いが、子どもに関して、将来的な紛争が生じる可能性がより少ないと思われるようなものとなっているかどうかという点。
- (l) その他、裁判所が適切と考える事実または状況。

(つづく)

オーストラリア家族法 (4)

リサ・ヤング

(マードック大学ロースクール准教授)

訳・監修 小川富之 (近畿大学法学部教授)

目次

一 はじめに	(以上三〇号)
二 婚姻	
1 意義	
2 婚姻の無効原因	
(1) 重婚	
(2) 近親婚の禁止	
(3) 婚姻の儀式	
(4) 婚姻意思	
(5) 婚姻適齢	
(6) 同性婚	
3 婚姻の成立	
(1) 意義	
(2) 婚姻の実質的要件	
(3) 婚姻の形式的要件	(以上六二九号)
三 離婚	
1 意義	
2 離婚の要件	
(1) 破綻主義離婚	
(2) 法定別居制度	
(3) 二年以内の離婚	
(4) 未成年の子を持つ夫婦の離婚	
3 離婚の成立	
4 破綻主義離婚の課題	
四 親子	(以上六三〇号)
1 意義	
2 親子関係の成立	
(1) 親子関係の推定	
(2) 生殖補助医療と親子	
(3) DNA鑑定	
3 子どもの監護	
(1) 子どもの権利条約	
(2) 監護の内容	
(3) 離婚と子の監護	
(4) 家庭内暴力	
(5) 子どもの移住	
(6) 子どもの養育費	(以上六三二号)
五 相続	
1 意義	
2 法定相続	
3 遺言相続	
(1) 遺言能力	
(2) 遺言要件	
(3) 遺言の効力	(以上本号)
六 おわりに	
七 補遺	

五 相続

1 意義

相続に関する法律は、連邦の立法権限の範囲外の問題とされている。したがって、オーストラリアの各州および準州により、相続法の内容には多少の相違が存在する。これらの違いから生じる問題を解消するために、オーストラリア全土で採用すべき「統一相続法」の採用に向けた取組が、一九九一年に、司法長官局の常設委員会 (The Standing Committee of Attorneys General) で開始された。相続に関する現行の法規範を調査・検討し、統一法にまとめる作業には時間がかかっており、今も継続して、その作業が進められている。したがって、オーストラリアの相続法の正確な内容については、各州および準州の法令の全てについて参照する必要があるが、本章では、その詳細に立ち入ることなく、全体像を概観することに留めることとする⁷⁶⁾。

2 法定相続

有効な遺言を残すことなく死亡することを「無遺言 (Intestate)」で死亡するといいい、この「無遺言相続 (Intestacy)」の場合の財産の承継に関して、各州および準州は、それぞれ独自の制度を有している⁷⁷⁾。一般に、死亡した者の一定範囲の生存する親族が、残された財産を承継することとなる。親

族のうち、まず、生存する配偶者および子どもが優先的に財産を承継する。

「配偶者」という文言は、連邦婚姻法 (The Marriage Act 1961 (Ch.)) の規定に従って婚姻した法律上の配偶者で、離婚によってその関係が解消される者のことを意味する。連邦婚姻法第五章の A (Marriage Act Part VA) では、オーストラリアの国外で婚姻した者であっても、その婚姻がオーストラリアにおいて承認される場合であれば、相続法上の配偶関係が認められると規定されている。また、今日のオーストラリアでは、デファクト配偶者も無遺言相続における配偶者の範囲に含まれている。州によっては、このデファクト配偶者に、同性のカップルも含める明文規定を有するところもある⁷⁸⁾。

「一 婚姻」(本誌六二九号二五頁以下) のところで言及したように、オーストラリア先住民に対しては慣習法による婚姻が認められている。しかしながら、相続に関しては、西オーストラリア州と北部準州だけがこの慣習法によって婚姻した配偶者の相続を認めているだけである。これまで、オーストラリア先住民であるアボリジナルの家族に対して、無遺言相続の規定を適用するのは好ましくないという議論があった。無遺言相続の規定で定められている親族の範囲と、オーストラリア先住民であるアボリジナルの親族概念には相違が存在するというのがその根拠であった。今のところ、クイーンズ

ランド州、西オーストラリア州および北部準州の三つが、それぞれオーストラリア先住民のための、特別な財産承継制度の規定を設けている。

配偶者または親族の間で、どちらが先に死亡したかが明確でない場合には、困難な問題が生じることとなる。このような場合、最終的には裁判所のオーダーにより財産の承継が決定されることとなる。そこで採用されている基準としては、たとえば、死亡の時期の特定が困難な場合には、年長者が先に死亡したものと推定するといった取扱いがなされている州もある⁷⁶。しかしながら、オーストラリア全体を通じて統一的な取扱いはまだ確立されていない。

オーストラリアの州および準州を含めた八つのうちの六つにおいて、「直系卑属 (issues) がいない場合には、配偶者が被相続人の全ての財産を承継する」と規定されている。残りの二つでは、直系卑属がいない場合で「生存する父母、兄弟姉妹、またはその兄弟姉妹の子どもが全くいないときに限り、配偶者が全ての財産を承継する」と規定されている。これとは逆に、配偶者がいない場合には、直系卑属が全ての財産を承継するというのが、オーストラリア全体を通じて共通の基準である。相続人となるべき者が、既に死亡している場合の「代襲相続 (stirpital division)」についての規定に関しては、オーストラリア全体を通じて同じ内容となっている。たとえば、二人の孫が、自分たちの既に死亡した親に代わって被相

続人の財産を承継する場合には、被代襲者である自分たちの親の相続すべきであった財産を、それぞれ半分ずつ承継することとされ、他に相続人があったとしても、その者の相続分と同じになるというわけではない。

「直系卑属」には、血縁関係が直下する子孫が全て含まれる。また、養子は自然血族と同様に扱われることとされている。「四 親子」(本誌六三二号五三頁以下)において既に言及したとおり、オーストラリアにおいては、非嫡出子に対する何らの異なる取扱いも存在せず、相続法上の取扱いにおいても何らの相違も存在しない。生殖補助医療により生まれた子どもに関しても、既に「四 親子」のところで言及したとおりで、親子関係の推定規定が設けられており、それに従って無遺言相続の規定が適用されることとなる。

被相続人が無遺言で死亡した場合で、相続人として、配偶者および直系卑属がいるときには、その相続分に関して、各州および準州で多少の違いがあり、住居、動産その他について個別に規定されている場合が多い。相続人として、配偶者および直系卑属ともいない場合には、父母、兄弟姉妹および祖父母といった順で親族相続人としての相続順位が定められている。相続人となるべき者が全く存在しない場合には、残された財産は、まず国王に帰属することとなり、その上で、裁量により、たとえば、被相続人から扶養を受けていた者といったように、残された財産から何らかの利益を得ることを

期待すべき立場にある者に対して、財産の承継をさせることが認められている。

3 遺言相続

(1) 遺言能力

オーストラリア人のうちで遺言を残すことなく死亡する者は、約六パーセント程度であるといわれており、遺言に関する法律の重要性がより高いといえる。「遺言能力 (testamentary capacity)」を有する者は誰でも、遺言によって自分の財産を処分することが認められている。一八歳に達しており、判断能力に問題のない者は、原則として遺言能力が認められる。遺言能力に関して要求される判断能力は、事理弁識能力のことを指し、自分の行動の結果を認識することができる能力のことを意味する。遺言書作成の際に、その署名をした時点で、遺言能力を備えていればそれで足りるとされている。すなわち、自分が作成した遺言により、自分の残した財産がどのように処分されるかということ、認識できる能力が要求されるといえる。当然のことであるが、遺言者による遺言の作成が、不当な影響 (undue influence) や詐欺によるものでないことも要求されている。この不当な影響とは、遺言書に署名することを単に説得されたという程度ではなく、それが強制によるものであったことが要求されている。したがって、作成された遺言書の効力を否定するためには、被相

続人が第三者の強迫を受けて遺言をしたことを立証しなければならぬ⁷⁷。これに対して、詐欺というのは、受益者が、自分自身のことまたは他の受益者のことに関して、遺言者を欺罔して遺言をさせることをいう。

(2) 遺言要件

遺言書の作成に際しては、厳格な方式が定められており、有効な遺言をするには、その方式に従い、そこで定められている形式的要件を満たすことが要求されている。オーストラリアにおける遺言作成の要件としては、文書であること、遺言者による署名がなされていること、およびその署名にあたり二人の証人の立会いがあることが要求されている。遺言者自身による署名が困難である場合には、本人の指示に従って第三者が署名をすることを容認する規定が設けられている。また、大抵の州および準州では、証人自身または証人の配偶者が受益者となる遺言を無効としている。遺言が形式的要件を満たしている場合には、その遺言は有効なものと推定される。

遺言が形式的要件を満たさない場合であっても、例外的にその効力が承認されることがある。オーストラリアの半数以上の州および準州では、一定範囲の遺言者に対して、形式的要件を緩和する規定を設けている⁷⁸。例外を認める範囲については、それぞれ多少の差異はあるが、いずれも、通常の様

態で遺言をすることができない者、たとえば、軍隊に所属している者、戦争捕虜、航海中の船員および戦闘地域にいる慈善活動団体のメンバーといったような場合がその対象とされている。オーストラリアのいずれの州および準州においても、裁判所による「遺言検認状交付」の制度が設けられており、遺言書の作成上、何らかの軽微な過誤があった場合であっても、その効力を認める余地が残されている。遺言に関する詳細については、各州および準州で規定に差異が存在するが、死亡した被相続人により遺言の目的で作成された文書であると認められ、被相続人の意思が他の証拠（たとえば、死亡した被相続人の残した他の文書）等から推認される場合であれば、裁判所としては、できるだけその効力を承認するという取扱いが一般である。作成された遺言書の最終草稿に、仮に署名が欠けていたとしても、それを有効とする規定等がその例である。

遺言書が、当該婚姻を想定して作成されたものであることを明示していない限り、遺言書作成後に婚姻した場合、その遺言は撤回されたものとみなされる。西オーストラリア州を除くオーストラリアの全ての州および準州では、遺言全部の撤回とみなされるのか、または部分的な撤回とみなされるのかといった違いはあるが、離婚の場合も同様とされている。遺言者は、撤回の意思を明記する文書の作成、前の遺言を撤回する意思を明記する新たな遺言書の作成、または当該遺言

書の補正」の範囲がさらに広範で、たとえば、遺言者が自分の想定していないような状況で死亡したような場合には、その意思を推認して、遺言書の内容自体を変更する権限を裁判所に与えている。

遺言の解釈に際して問題となるのは、何が証拠能力を有する証拠とされるかという点である。遺言書作成の状況や判断能力といったような問題が審査の対象とされ、その際には在外的証拠 (extrinsic evidence) が要求されることから、遺言の検認においても、在外的証拠がより重要なものと考えられている。純粹にその解釈が争点の一つとなるような場合には、遺言書の文言自体に曖昧さがあり、そのため、裁判所としては、遺言者の意図を明確にすることができないときに限り、在外的証拠の採用が認められることとなる。遺言の文言自体は明確であるが、遺言者の意図するところとは異なるといったような形で争われる場合には、在外的証拠の採用は認めないのが原則である。遺言に関し、法律上の推定を認めるべきか否かが問題となる場合には、在外的証拠がその推定を基礎付ける、またはそれを覆す根拠として機能する。オーストラリアの四つの州または準州では、遺言の全部または一部が、見かけ上、不確定、不確実または不明瞭である場合に、遺言者の意思を推認するために、在外的証拠を採用することを承認する規定が設けられている。

遺言の解釈に際し、裁判所は、遺言の文脈に反しない限り、

の発効を阻止する意図で遺言書を破棄することにより、任意に遺言を撤回することが認められている。後の時点で作成された遺言書で、前の時点で作成された遺言書の内容を撤回することが明示されていない場合には、検認裁判所 (probate court) が、前の遺言書の内容の全部または一部についての黙示の撤回があったかどうかについて審理することとなる。遺言書の記載内容の訂正については、各州および準州でそれぞれ規定が設けられており、訂正が効力を有するためには、その規定に従うことが求められている。遺言訂正の形式的要件は、多くの場合に遺言書作成の際に要求される形式的要件と同様で、署名について証明する二人の証人の立会いで、遺言者が署名を行うといったような要件が列記されている。

(3) 遺言の効力

オーストラリアでは、遺言および無遺言相続に関する管轄権は、各州および準州の最高裁判所にあり、遺言の検認 (有効な遺言の存在) および遺言の解釈について審理するとされている。西オーストラリア州を除くオーストラリアの全ての州と準州では、遺言の文言の文理解釈では遺言者の意思が解明できない場合に、一定の制限内で「遺言書の補正 (rectification)」をする権限を裁判所に与えている。たとえば、明らかなタイプ・ミスと考えられるような場合には、その補正が認められている。オーストラリア首都特別地域では、「遺言

遺言書で用いられた一般用語については、それを社会で一般に承認されている文法に従い、その通常の意味で捉えることとされている。これに対して、法律用語については、遺言者が法律家でないとしても、法律用語の一般的な意味で捉えることとされている。一般用語に関する解釈が複数存在する場合 (たとえば、「マネー (money)」といったような用語の場合) には、在外的証拠の採用が承認される。裁判所としては、遺言の内容が不確定とされることにより、無遺言となるのを回避する必要から、在外的証拠の採用を必要とするのである。紙幅の関係上、遺言についてはその概要を紹介するに留める。周知のとおり、遺贈は「公序良俗」に反する場合には無効とされる。財産没収に関する規定で、遺言者を「故意に (feloniously) 殺害した者は、その遺言者の遺言から、または無遺言相続から利益を得ることが認められない」とされている。遺贈に「解除条件 (conditions subsequent)」(遺贈が効果を生じ、いったん権利を取得した後生じる何らかの事情を理由として受益者からその権利を奪うこと) を付けること、たとえば、受益者が婚姻をすることを禁止するといったような条件を付けることは認められない。このような解除条件付遺贈は、無条件の遺贈とみなされる。また、父母が自分の子どもと接触することを制限するような内容を遺贈に設定することも認められない。たとえば、子どもに遺贈をする条件として、生存する父母の一方と同居することを制限する内容の遺贈は、

その部分の効力が否定され、無条件で子どもに遺贈がなされたものとみなされる。その他、遺贈に関する条件で、その効力が否定されるものとして、受け取った財産の処分制限がある。遺贈によって完全な所有権を与えられた受益者が、その財産の売買を禁じられるというのは、贈与という概念に反することであり、このような制限は認められない。遺言者の死亡後に、遺贈を受けた財産の破棄を条件に付けることも認められない。遺言の目的は、本来、財産の移転であり、遺言の名を借りて他の目的を達成することを認めるべきでないからである。最後に、「財産権不当引延処分禁止則 (the rule against perpetuities)」として、相当な期間内に、いずれかの受益者に対して贈与が実現されることが要求されている。オーストラリアでは、各州または準州によって違いはあるが、この期間を八〇年と定めているところもあり、また、「人の一生に二二年を加算した期間 (a life in being plus 21 years)」として計算された期間としているところもある。このような規定を設ける理由は、被相続人の死亡後、余り長期にわたりその財産に対する支配を継続させることを避けることにあり、残された財産を社会の中で流通させることが目的とされる。

有効な遺言書が作成され、遺贈がなされたとしても、その相続により、利益を得るべき立場にあると思われる者がある場合には、その遺言に対して異議申立てをする余地が残されている。これは「遺言者の家族の扶養」または「遺族遺産分

与 (family provision)」の制度と呼ばれるもので、オーストラリアの全ての州および準州において採用されている。これら一連の法律は、夫または父親の死亡により、遺棄される妻または子どもを保護することを要求する、女性運動の賜物であるとされる⁷⁹。遺言者が、自分の家族関係上で負っている責任を考慮して、一定範囲の受益者に対して、所定の財産の分与を認めるために、遺言の内容を部分的に否定する裁量権を裁判所に認めるものである。この請求に際しては、原則として、法定の要件を満たす者であることが要求され、また、本来受けるべき扶養、教育または将来の生活のための財産分与を受けていないことを示すことが求められる。

ヴィクトリア州では、一九九七年に、遺族遺産分与の請求権者の範囲を改め、「死亡した者が扶養をする義務を有する者⁸⁰」と規定した。これ以外の州または準州では、法定の申請要件が、より具体的に規定されており、配偶者、子ども、父母および孫が一般にこの範囲に含まれており、州または準州によっては、死亡した者と生計を共にしていた被扶養者と規定されているところもある。この範囲に関しては、単に遺言者との親族関係によって（それ以外の要件を課すことなく）申請権者の法定要件を認める場合と、それに加えて、遺言者に実際に依存していることを要求する場合とがある。概して、配偶者と子どもは前者で、それ以外の親族は後者である場合が多い。

二つを除く、オーストラリアの全ての州または準州では、再婚であるか否かにかかわらず、配偶者の「遺族遺産分与請求」を認めている。ただ、再婚しているという点については、前婚または後婚の配偶者のいずれに対してより多くの分与をなすべきであるかという裁判所の裁量権行使の際の考慮事項とされる。死亡の時点で、既に離婚している配偶者にも「遺族遺産分与請求」の権利が認められるが、この場合には、死亡した者が死亡時に、その離婚した配偶者を扶養する法律上の義務を負っていることを示すことが要求される。たとえば、配偶者扶養のオーダーが下されているような場合がこれに該当する。この配偶者の範囲は、ディファクトにも拡大されており、三つの州または準州では同性のディファクトもその範囲に含まれている。この場合、ディファクト配偶者は死亡時点まで同棲が継続していることが要件として規定されているが一般である。

遺族遺産分与請求が認められるためには、単に法律上の要件を満たすだけでは必ずしも十分とはいえない。裁判所によって、遺言または無遺言相続により実際に取得した財産分与では、その者にとっての扶養に必要とされる「適切な財産分与」でないということが認定されなければならない。ここでいうところの、「適切な財産分与」とは、単に最低限度の必要性を満足させるということを意味しない。裁判所は、道義的見地から考察し、死亡した者の残した財産の額、対立す

る要求がある場合はその性質、申請者の必要度および資力、遺言者から受けるべき給付に対して有する申請者の道義的貢献度等から、総合的に判断がなされることとなる。したがって、死亡するまでの間の療養・看護、収入への貢献度等が考慮の対象となる⁸¹。これは、配偶者として相手の世話をしたことで、何らかの報酬が与えられるという考えではなく、配偶者が本来有すべき必要性を十分に満たしているかどうかという点での考慮が問題とされるということである。申請者が、前婚の配偶者である場合には、その年齢、養育する子ども⁸²の存在、婚姻継続期間といった点も考慮される。

裁判所としては、全ての申請者に対して、同一の原則を適用することになるが、考慮される対象となるのは、まず配偶者と子どもであることが一般である。裁判所により、十分な財産分与がなされていないかと判断された場合でも、さらに、遺言の内容を変更することが不適切でないかという点が検討される。たとえば、申請者が資格廃除の対象となるような行為を行ったかどうかといった点につき審査される。遺言の受益者の範囲から除外されるような行為を行った場合のことであるが、たとえば、重大な犯罪行為や遺言者に対する不当な扱いなどがあると、廃除が行われることとなる。遺言者に対する不当な扱いを理由とする廃除には、単に遺言者がそれに該当するような主張をしていたというのみでは不十分で（これは単なる伝聞証拠ではない）、そのことを証明す

る明白な証拠の提示が要求されている⁷⁶。申請者の必要度が高いほど、その廃除には高度の非難性が要求されることとなる。

これまで見てきたように、オーストラリアでは、裁判所に広範な裁量権が付与されているといえる。しかしながら、裁判所が遺言者の意図に反する「遺族遺産分与」を行うに際しては、より慎重を期して、公平の観点からの、十分な検討が必要であることをここで強調しておきたい。

注

- 76 オーストラリアの相続法に関し、詳しくは R Atherton and P Vines, *Succession: Families, Property and Death*, 2nd ed, LexisNexis Butterworths, Chatswood, 2003, を参照のこと。本稿はあくまで筆者が相続法の概観をなす上での「」の著書から多くの示唆を受けた。
- 77 オーストラリアの各州および準州の規定は次のとおりである。 *Administration and Probate Act* 1929 (ACT) Pt 3A; *Wills, Probate and Administration Act* 1898 (NSW) Pt 2, Div 2A; *Administration and Probate Act* 1969 (NT) Pt 3, Divs 4-5; *Succession Act* 1981 (Qld) Pt 3; *Administration and Probate Act* 1919 (SA) Pt 3a; *Administration and Probate Act* 1935 (Tas) Pt 5; *Administration and Probate Act* 1958 (Vic) Pt I, Div 6; *Administration Act* 1903 (WA)

Pt II

- 76 たゞせば、西オーストラリア州の *Interpretation Act* 1984 (WA) s 13A; *Administration Act* 1903 s 15, を参照される。
- 77 キーレンズランド州の *Succession Act* 1981 (Qld) s 65, がその例である。
- 78 *Wingrove v Wingrove* (1886) 11 PD 81.
- 79 ニュー・サウス・ウェールズ州、北部準州およびザイムントリー州のみが、」の特例を認めている。
- 80 R F Atherton, 'New Zealand's Testator's Family Maintenance Act: The Stouts, the Women's Movement and Political Compromise', (1990) 7 *Otago Law Review* 202 at 205.
- 81 *Administration and Probate Act* 1958 s 91 (1) .
- 82 *Goodman v Windleyer* (1980) CLR 490, 31 ALR 23.
- 83 *Re Cutts* [1969] VR 254.
- 84 *Hughes v National Trustees, Executors and Agency Company of Australasia Limited* (1979) CLR 134, 23 ALR 231. (1979)

六 おわりに

世界の他の国々同様、オーストラリアでも、家族法に対する批判が多く寄せられ、また、これまで継続的に法改正も実施されてきた。とりわけ、従来の対審構造をとる判決による紛争解決方法から、家族を解放する必要性が強く認識されるようになってきた。家庭裁判所もその構造と手続に修正が加えられ、家族間の「紛争」を解決するというよりもむしろ、当事者自身が自分たちの抱える問題を解決するための「手助け」をするという役割を演じることが求められるようになってきた。このような努力にもかかわらず、裁判所の仕組みは必ずしも家事紛争の解決に最適とはいえないと批判され、とくに、紛争解決に要する時間と経費が大きな問題であると指摘されてきた⁸⁴⁾。

結果として、紛争を抱える家族が、公判手続によらないで、問題を解決することを助長する多くのイニシアチブが近年採用されてきた。メディエイションをはじめとする代替的紛争解決手段（これは、連邦家族法 (The Family Law Act 1975 (CFLA)) における「ブライマリー」紛争解決手段として知られている）が、これまでに、当事者の利用に供されてきた。しかしながら、紛争を抱える父母による、このような手続の利用度は余り芳しくないようである。二〇〇四年に、新しい家族法規則 (Family Law Rules) が導入され、家事紛争のうちで、

を占めているようである。父母の自発的な要望に基づいて、このプログラムでは、まず、家族や子どもの問題の専門家と法律の専門家が協力をして、事例の検討・評価を行い、報告書が作成され、当事者を合意形成へと促すという手続がとられる。家族の紛争に子どもが含まれている場合に、子どもの最善の利益となるような結論を導くため、証拠法の原則を緩和し、裁判所による裁量の幅を広げることで、代替的に紛争解決を図ることがその目的である⁸⁵⁾。西オーストラリア州でも、同様の試みが州裁判所において実施されている⁸⁶⁾。

これまで述べてきた変更に加えて、他にも幾つか検討中のもものもあり、それらの中には、近々、法改正される可能性が高いものもある。また、社会福祉の領域でも、重要な法改正が提案されている。最近、連邦政府によりなされた一連の、「就労を目的とする福祉の向上 (welfare to work)」に関連する改正法は、家族法とのかかわりで、単親家族、とくに、子どもの養育費の問題に大きなインパクトを与えられると思われる。これらの法改正が、家族の安定にとって好ましい結果をもたらすか否かは、時間の経過を待つほかかないであろう。家族構成員の要求は、必ずしも一定したものではないのであるから、どのような支援がより好ましい結果を導くかは興味のあるところである。

子どもの監護および財産をめぐる争いについては、「審理前手続」が必須とされることとなった⁸⁵⁾。このことにより、紛争当事者は、家庭裁判所に訴えを提起する前に、(メディエイションやカウンセリングなどにより) 自分たちの紛争を合意により解決する試みが義務付けられることとなった。当事者がこれに応じない場合には、一定額の金銭支払命令が下されることとなる⁸⁶⁾。近年、共同監護についての見直しが行なわれる中で、多様な家族問題について調査・研究し、これに対応する目的で、連邦政府は、「家族センター (Family Relation Centres)」を創設した。このセンターは、家族に対して、あらゆる面で広汎な支援を提供することを目的とするものであるが、とりわけ別居している夫婦を、裁判外で和合させることをその任務とするものでもある。当事者が別居した状況を固定化してしまいう前に、話し合いの席に着かせ、子どもの監護をめぐる争いについて合意を形成することを目的として、様々なサービスを無料で提供することが、このセンターの重要な役割である⁸⁷⁾。このセンターは、二〇〇六年半ばから二〇〇八年の間に活動を開始することとされている。

他に重要なものとして、連邦家族法による、「子どもをめぐる紛争対応専門プログラム (The Children's Cases Program)」の導入が挙げられる。このプログラムは、試験的に導入されたもので、その効果についての評価がなされているところであるが、いまのところ、かなり肯定的な意見が多く

七 補遺

1 オーストラリア家族法における離婚の際の財産の配分

本稿の冒頭「一 はじめに」(本誌六二九号二五頁以下)の部分で述べたように、憲法上の制約から、連邦家族法は婚姻関係にある(あった)夫婦の財産問題についてのみ、その対象とすることができる。したがって、ディファクト・カップルの財産紛争は、従来から財産法およびエクイティを適用して、州裁判所で扱われてきた。しかしながら、ディファクトの関係が次第に一般的となり、関係解消の際の当事者の不利益が強く認識されるようになるにつれ、州および準州では連邦家族法と同様の救済を提供するため、各州および準州それぞれで立法を行うようになってきた。これらの立法は、州および準州のものであるから、事件の管轄は州および準州の裁判所に帰属することとなる。「一 はじめに」でも述べたとおり、この問題について、どのようにして全国的な一貫性を維持するかについて、多くの議論がなされ、その結果、連邦議会では(各州および準州からの権限委譲により)全てのディファクト・カップル(同性間も含めて)を連邦家族法の管轄下に置くための立法を進めている(二〇〇八年連邦家族法改正(ディファクトの財産問題その他の救済)法案(The Family Law Amendment (De Facto Financial Matters and Other Measures) Bill 2008))。

離婚の際の財産配分について、連邦家族法は、裁量の幅の広い規定を置いている（連邦家族法第八章）。具体的には、連邦家族法第七九条第一項で、「（裁判所が）適切と認める場合には、婚姻関係にある夫婦の財産について、その分与を命じることができる。」と規定しているのみである。連邦家族法では、当事者の有する財産は、この規定に従って分与されると規定されているのみである。これまで裁判所は、財産の分配について、信託や組合といった形での財産の分与については扱いが消極的であった。当事者による財産の管理が効果的に行われている場合や、分与の対象とされることを避けるため意図的に何らかの策を労しているような場合には、裁判所は、それらの財産について管轄権を行使することが一般であった⁹⁰。しかしながら、これでもなお、連邦家族法の手の届かない財産が存在していた。それは、老齢年金（Superannuation）基金で、一般には信託という形態がとられていることが多く、当事者の管理が直接的には及ばないものであった。この老齢年金を財産分与の対象にできないことが、重大な問題であると指摘されるようになり、連邦家族法に新しく規定が設けられ、今日では、その配分に明文の根拠が与えられることとなった（第八章のB）⁹¹。

夫婦間の財産分与の基準としては、第七九条第四項で、裁判所の必要の考慮事項が明記されている。それによると、

- ・ 財産に対する、直接または間接の、財産的または非財産

に対する顕著な関与が存在したりするような場合）がないときには、当事者双方の貢献（度）は均等であるとされるのが原則である⁹²。続いて、裁判所は、「将来的必要性の要件（Future needs consideration）」と一般に称される、連邦家族法第七五条第二項の要件について、当事者の将来的な必要性を考慮して、財産分与の割合を調整する必要があるかを検討する。当事者に子どもがあり、そのことで父母のいずれか一方が稼働能力に影響を受けており、実際にその子の養育の責任を担っているような場合には、その当事者のために、一〇～三〇パーセントの範囲で、財産分与の割合が修正されるのが一般である。もちろん、これはあくまでも一般論であり、事例ごとに事実関係は異なるのであるが、子どもがいる場合の典型例としては、子の養育責任を担っている当事者（通常は女性であることが多い）は、財産全体の六〇～七〇パーセントの財産の配分を得ることが慣例となっていることは否定できない事実である。最後に、裁判所は、オーダーが当該事件において正義・公平を満足するものであるかについて判断する（連邦家族法七九条二項）。

もちろん、様々な要素が存在し、財産の配分に影響を与えることとなる。前述のように、相続により取得した財産（原則として、その財産を相続した当事者の固有の取り分となる）や、財産取得に主要で顕著な貢献（度）が存在する場合（ただし、婚姻期間が長期にわたる場合には、その影響は減少する）には、

的な貢献（度）（その財産が現時点で当事者の所有であると否とを問わない）。

- ・ 家族の福祉の向上に対する過去の貢献（度）。
- ・ いずれか一方の稼働能力に対する何らかの影響（力）。
- ・ 当事者の負っている、または負う可能性のある、子どもの養育費支払義務。

・ 第七五条第二項に列挙されている事項。

連邦家族法第七五条第二項では、配偶者扶養の義務についての考慮事項について列挙されており、具体的には、当事者の健康、収入、稼働能力、子どもの養育、親族扶養の義務、生活水準、相手方当事者の収入への貢献（度）、婚姻の期間、第三者との同棲の有無、その他の考慮すべき事項が規定されている。

いったん、財産が確定され、責任の範囲が決まれば、次に公判開始時までの各当事者の貢献（度）を評価する手続が開始することとなる（評価の始期は同棲開始時である）。この貢献（度）の評価は包括的に行われるのが一般であるが、特別の事情が認められる場合には（たとえば、婚姻の期間が短期であるといったような理由）、特定の財産ごとに貢献（度）の評価が行われることもある。裁判所は、まず、それぞれの貢献（度）に応じた割合で財産の分与を決定する。一般の婚姻で、婚姻継続期間が長期にわたるような場合で、特別の貢献（度）（たとえば、当事者が相続により財産を取得したり、特定の財産

異なる扱いを受けることとなる。別居期間の終了時点で、残された財産がほとんどない場合で、当事者の一方が子の養育責任を担っているときには、将来的必要性を考慮して、その者がより多くの割合で財産を取得することとなる。莫大な財産が対象となる場合（たとえば、八〇〇万ドル以上の財産）には、貢献（度）に対する考慮が多少異なってくる。たとえば、当事者の一方が自己の事業で莫大な財産を形成したといったような場合には、それは「特別な貢献（度）」として扱われ、財産の少ない場合に比べて、その者の取得する割合をかなり多めに算定する。しかしながら、このような扱いに対しては批判的な考え方も強く主張されており、連邦家庭裁判所控訴審の判断も分かれている⁹³。

離婚財産分与の決定は、いったん決まると、原則として確定的なものとなる。このオーダーに対する異議申立ては、非常に限定的な場合にのみ認められている（たとえば、詐欺、証拠の捏造、当事者の一方が自己の債務の履行を怠った場合などには、公平の観点から、そのオーダーの変更が認められる）（連邦家族法七九条のA）。

オーストラリア家族法では、財産の問題も含めて、これまでに当事者間の合意形成の促進に努めてきた。近年、この考え方は、婚姻前の合意にまで拡張されてきた。当事者は、所定の手続的要件を満足させる必要があるが、原則として、「当事者の最終的合意」には拘束力があり（連邦家族法第八章の

A)、それは裁判所の関与を排除するものとされている。裁判所が、この当事者の合意に介入できる場合は限定されており(同法九〇条のK)、子どもにかかわる状況に変更があった場合で、当事者の合意に従うと、子どもまたは子どもを養育する当事者の一方が過酷な状況に置かれるといったようなとき等に限定されている(同法九〇条のK第一項d号)。余りに早い時期に合意が形成されると、それが将来的に拘束力を有するかどうかが不安定であり、この時期が早いほど、そのリスクが高いと想定される。

2 最近の動向

ここでは、二〇〇八年一〇月時点でのオーストラリア家族法の動きのうち重要なものを幾つか紹介する。ディファクト・カップルの財産問題について連邦法の立法化が進んでいることについては、「一 はじめに」で既に紹介した。ここでは、それ以外のものについて概観する。

(1) 親子関係の推定

二〇〇八年連邦家族法改正(ディファクトの財産問題その他の救済)法案(The Family Law Amendment (De Facto Financial Matters and Other Measures) Bill 2008)の成立の見込みが高くなってきたように思われる。この法律が成立することで、親子関係の推定が、生殖補助医療により子どもを持つ同

性パートナーにも及ぶことになるようである。

(2) 代理母

オーストラリアには、代理母により子を持つことを希望する者が、自分(たち)にとつて、より有利な州や準州の代理母に関する法を求めるといった現状が存在している。この弊害を避けるため、連邦政府は、代理母をめぐる問題の扱いに一貫性を持たせるため、全国一律の枠組み作り着手することが明らかにされた。既にオーストラリアの各州および準州では、それぞれ代理母に関する法律の見直し作業を開始した。近い将来、商業的代理母を禁止し、利他的(altruistic)代理母を一定の規制の下で実施し、子どもが生まれた場合には、代理母を依頼をした者を法律上の親とするといった方向で、全国統一の法律となる可能性が高くなってきた。

(3) 子どもの監護をめぐる争い

予想通り、二〇〇六年連邦家族法改正(共同監護者の責任)法(The Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006)が成立したことにより、子どもの監護に関する規定の変更が行われた。子どもの最善の利益といったような大原則には変更はないが、子どもの監護についての判定の際の考慮事項等が若干変更された。また、対審構造をとる公判手続をより緩和し、訴えの提起前の必要的手続が新しく導入された。この改正の方向性は、共同監護の可能性をより高

めることを目指すものであるが、父母間の争いが存在する場合には、かえって子どもの利益を損なう可能性があることについては、既に指摘がなされている⁹⁵⁾。

(4) 子どもの養育費

予想通り、子どもの養育費に関する法律が改正され、二〇〇八年七月一日に新しい養育費の算定方式が導入された。この新方式では、子どもの年齢といたったような要素が考慮すべき範囲に加えられることとなり、これまでも増して(より)複雑なものとなった。その影響は必ずしも一律ではないが、子どもの養育費支払の対象となるものの半数以上が、その額を減じられることとなる見込みである(しかしながら、それほど大きな額の変更は生じないと思われる)。

注

⁹⁵⁾ Australian Law Reform Commission, Report No 84, *Seen and Heard: Priority for Children in the Legal Process*, 1997, ch 16.

⁹⁶⁾ *Family Law Rules* r 1.05.

⁹⁷⁾ *Family Law Rules* r 1.10 (d).

⁹⁸⁾ 誰と「べき」Families Relationships Centres-Information Paper at <http://www.ag.gov.au/family> を参照せよ。

⁹⁹⁾ Family Court of Australia, *Practice Direction for the Mel-*

bourne Implementation of the Children's Cases Program Incorporating the Child Responsive Pilot, No 2 of 2005.

⁹⁵⁾ 「これは一般に『Case Assessment Conferences』と呼ばれる」云々。

⁹⁶⁾ 「たぶん、Ascot Investments Pty Ltd v Harper (1981) 148 CLR 337 and FLA, s 106B を参照せよ。議論の詳細については『For further discussion see G Monaghan and L Young, *Family Law in Australia*, 6th ed, 2006, LexisNexis, Australia, at paras 11. 26ff and 13. 40ff.』を参照せよ。」

⁹⁷⁾ FLA, Pt VIIIAA, which gives the court further powers to make property orders where third parties are involved. 参照せよ。

⁹⁸⁾ 「これは一般論であって、結論は事例ごとに異なる。具体的事例については *Mallet v Mallet* (1954) 156 CLR 605, 9 Fam LR 449; FLC 91-507 を参照せよ。」

⁹⁹⁾ 「たぶん、Figgins and Figgins (2002) FLC 93-122 や JEL and DDF (2001) FLC 93-075 を参照せよ。また、Figgins and Figgins (2002) FLC 93-122 を参照せよ。」

⁹⁹⁾ J McIntosh and R Chisholm, "Shared care and children's best interests in conflicted separation: A cautionary tale" (2008) 20/1 *Australian Family Lawyer* 1.