

## オーストラリアにおける離婚法の改革

小川富之

- 1 はじめに
- 2 Family Law Act 1975 (Cth) に至る歴史的経緯
- 3 オーストラリアにおける離婚手続
- 4 おわりに

### 1 はじめに

オーストラリアの代表的家族法学者である H. A. Finlay は、「離婚に関する法制度は、婚姻に対する考え方および婚姻自体の特性……から導き出されるものである。また、この法制度の中で、徐々にではあるが、女性の地位が改善されつつある。当面の目的としては、……離婚制度自体の改善が対象とされるが、それはまた、男女の結びつきに関連する社会制度の絶え間ない発展の一里塚をなすものである。社会制度の中で、婚姻制度は非常に重要なものであるが、それが唯一重要というものでは決してない<sup>(1)</sup>」と述べている。

現代のオーストラリアの離婚制度を理解するには、それを取り巻く社会構造および文化に対する考え方をふまえることが不可欠であると考えられる。文化に対する考え方および社会の変化、とりわけ、現代社会における女性の地位との関係での変化というものが、立法上および司法上の発展に大いに影響を及ぼしている。オーストラリアでは、離婚請求および婚姻財産に対する貢献に関して、妻にも夫と等しい権利が認められている。しかしながら、裁判所での離婚手続上、有責行為と離婚との因果関係に重点を置くことは否定され、立法者は、婚姻破綻の認定を裁判所の判断に委ねるべきでないと考えている。

本稿では、オーストラリアの離婚法の展開につき歴史的に考察し、検討を

試みたい。<sup>(2)</sup>

## 2 Family Law Act 1975 (Cth) に至る歴史的経緯

### (1) 1857年まで

オーストラリアの離婚制度の起源は、ユダヤ・キリスト教の概念である婚姻の非解消主義への挑戦であった。バートランド・ラッセルは、「一般に、プロテスタントおよびカソリックともに、離婚というものを家族という見地から生物学的に捉えるのではなく、罪という見地から神学的概念で捉えていた」と述べている。<sup>(3)</sup>

キリスト教の初期の段階では、婚姻を sacrament (秘蹟) として捉え、その道徳的側面を重視していた。宗教改革以前は、教会裁判所が存在しており、聖書の定めにしたがって、婚姻に関する問題を処理していたので、当然の事ながら、離婚原因というものは存在していなかった。当時の人々の婚姻に対する考え方の基礎にあったのは、「いみじくも、神が合わせたもうたものを、人がこれを分かつべからず。」という理念であった。<sup>(4)</sup>

1978年までに、唯一の離婚原因である不貞行為に関し、非常に費用のかかる手段ではあるが、議会制定法による離婚が、認められるようになってきた。しかしながら、これは夫にのみ認められる訴えで、当該不貞行為が裁判所により、刑事上の横領にあたりと立証されなければならないとの要件が課されていた。したがって、妻は制定法による離婚からは、実際上は除外されていた。<sup>(5)</sup>その後、1857になって初めて、司法判決による離婚が、“Divorce and Matrimonial Causes Act (UK)”<sup>(6)</sup>によって導入されることとなった。この法律の下でも夫のみが、妻の不貞行為という唯一の離婚原因を理由として離婚を認められることとなった。一方、妻の方は、夫が「可重的不貞行為」<sup>(7)</sup>を行った場合に限り離婚が認められるのみであった。

19世紀の後半までにオーストラリアに適用された離婚制度は、神学的概念である罪にその基礎を置くものであり、妻に対してはその制約が厳しく、また、扶養および子の監護に関する請求の手段からも、妻は実際上、除外されていた。

### (2) 1957年から1975年

1873年までには、ロンドンに設置されていたイギリス植民省の指導により、裁判上の離婚原因として、不貞行為を唯一の根拠とする、イギリス本国の Matrimonial Causes Act (UK)<sup>(8)</sup>に準拠した法律が、オーストラリアの全植民地で制定されることとなった。19世紀の終わりまでには、オーストラリアの各植民地で、離婚原因に関して独自の法改正が行われたが、なお、有責主義離婚原因がその主流を占めていた。<sup>(9)</sup>

離婚原因としての有責主義は、離婚請求手続に懲罰的機能を併せるものであった。したがって、婚姻上の義務違反につき、「有責」と判断された当事者は、扶養または財産分与の請求を行うことが認められなかった。婚姻により創設された配偶者相互の権利・義務は離婚後にも及ぶとする考え方から、「無責」の妻には、生涯にわたり扶養を受ける権利が認められたが、実際にこの義務の履行を強制することは困難であり、理論的な権利にすぎない場合が多かった。<sup>(10)</sup>

1959年に、オーストラリア連邦議会は、Matrimonial Causes Act (Cth) を制定し、従来の六つの州で規定されていた、全ての離婚原因を統合し、14の離婚原因に整理した。この14の離婚原因の多くは、有責主義に基づくものであったが、例外的に、5年以上継続して別居する場合に、これを理由に離婚を認める規定が制定された点は注目に値する。<sup>(11)</sup>5年間の別居を離婚原因とすることは、従来の法制度から考えると革命的なものであり、現行家族法である Family Law Act 1975 (Cth) の48条で規定する、唯一の離婚原因である12カ月間の別居の先駆をなすものであった。また、破綻主義離婚原因が取り入れられたことで、財産分与および扶養請求の基準も変更されることとなった。妻が不貞行為を行った場合でも、必ずしも、財産分与および扶養請求権を失うことにはならず、裁判所がこれらの問題につき判断をする上で考慮に入れるものの一つとされることとなった。<sup>(12)</sup>

### (3) The Family Law Act 1975 (Cth)

離婚手続において、配偶者の基本的尊厳を守るという考え方が、オーストラリアの法改正に影響を与え、1975年の Family Law Act (Cth) (以下、現行家族法と称する)の制定を促すこととなった。現行家族法は、離婚原因としての婚姻における義務違反という考え方を廃して、婚姻の回復不能な破綻

を唯一の離婚原因とし、婚姻関係を悪化させたことについての「相互性の原理」を承認した<sup>(13)</sup>。

従来の有責主義離婚法の下では、裁判所が、当事者のどちらが婚姻破綻につき責任を有するかを確定する必要があるため、高額な離婚費用、長期にわたる訴訟期間、および人間の尊厳を損なうような事態を生じていたが、現行家族法ではこれを「出来るだけ排除する」ということがその主たる目的とされた<sup>(14)</sup>。「……両当事者の行為を広範にわたって調査しなければならないので、夫婦の悪いことが一つづつ記憶の中から引っぱり出され、それらが全て宣誓供述書の中に具体的に記載され……例えば、Griffith v. Griffith 事件<sup>(15)</sup>では、訴答書面が66頁にもおよび、その審理が1カ月以上もかかり、裁判官の判決文に66頁にもおよぶ写しを添付しなければならなかった」と学者から批判されている<sup>(16)</sup>。

離婚に関する法令およびそれに付随する手続の両面から、不行跡という概念を取り去ることにより、従来は、有責性の主張をしないことに同意することを条件に用いて、相手方に金銭支払いでの譲歩を強要するカギとして、配偶者の一方が、離婚訴訟を自分に優利に導いたり、金銭を搾取することを減少させることにも、現行家族法は寄与することとなった。

オーストラリアで、採用された離婚実体法およびその手続法では、法律の現実の運用において、個人の自由と平等がある程度実現されることとなったようである。

### 3 オーストラリアにおける離婚手続

#### (1) 協議離婚

日本で採用されているような協議離婚の手続は、オーストラリアには存在しない。国会での現行家族法制定審議の中で、離婚を当事者の合意のみで認める制度を導入すると、婚姻制度および家族関係の安定が大いに損なわれることになるとの認識が一般に形成されてきた<sup>(17)</sup>。このような理由から、現行家族法では、当事者間の合意のみにより離婚を承認する制度の導入は見送られ、当事者の合意による12カ月間の別居が、婚姻破綻による離婚の合理的要件として、離婚原因として導入されることとなった<sup>(18)</sup>。しかしながら、多くの専門

家は、簡略化された行政手続による離婚法の採用は、オーストラリアの離婚法の改革上、避けることの出来ないものであると指摘している<sup>(19)</sup>。12カ月間の別居期間を離婚原因に導入することにより、国会は、婚姻破綻の認定は法的に裁判所で決着をつけるべき問題ではなく、また、裁判規範はその判断基準に適していないということを承認したことになる。現行家族法により、有責概念は廃止されることとなったが、裁判所による離婚手続では、なお、2人のかつての配偶者というよりもむしろ2人の対立当事者間の争いという、対審構造を要求している。

オーストラリアも含めて英米法の国では、伝統的に、対審手続と結びつく、対審の離婚原因の規定を有していた。しかしながら、現在では、対審手続と結びつく、非対審手続の離婚原因という形態となっている。学者からは、非対審手続と結びつく、非対審の離婚原因に統一する方が好ましいと指摘されている<sup>(20)</sup>。

1983年の改正で、「郵便離婚」と一般に呼ばれる手続が、現行家族法に導入されたが、これは、行政手続による離婚の方向へ向かう第一段階といえるであろう。この手続により、当事者間で争いのない離婚訴訟手続に関しては、本人が裁判所に出頭することなく、必要とされる書面を提出するだけで、判決を得ることが可能となった。しかしながら、この手続を利用できるのは、「当事者間に18歳未満の子どもがいない場合」に限られている<sup>(21)</sup>。この規定の基となったイギリスの「特別手続」<sup>(22)</sup>では、当事者間で争いのない離婚訴訟手続には、このような要件は存在していないので、将来的には、オーストラリアでもイギリスと同様に、制約のない手続となることが予想される<sup>(23)</sup>。

#### (2) 調停離婚

オーストラリアの現行家族法では、カウンセリングの一部として、調停についても規定をしている<sup>(24)</sup>。しかしながら、オーストラリアの調停制度は日本と異なり、必須のものでもないし、判決離婚に先行するものでもない。

離婚手続における調停の重要性を認めたということは、オーストラリア家庭裁判所を創設した重要な理由の一つであり、現行家族法により導入された2番目に大きな変革であった。当初、オーストラリア家庭裁判所は、「救済裁判所」を目指しており、書記官および裁判官の手助けをするために裁判所

に配属されたカウンセラーおよびソーシャルワーカーの補助的サービスの提供をともなうものであり、和解および紛争解決のための代替的手段を奨励するものであった。<sup>(26)</sup>

しかしながら、このような目的は未だ達成されていない。日本と異なり、オーストラリアの離婚手続においては、調停およびカウンセリングのサービスは、今のところあまり利用されていないようである。「おそらく、近い将来において、家庭裁判所の役割は、もっと進歩したものとなり、大きな変化を遂げることになるであろう。そして、オーストラリアにおいては、カウンセリングが、家庭裁判所の主要な機能となり、裁判官の役割は減少することとなるであろう」と予測されている。<sup>(27)</sup>しかしながら、このような家庭裁判所の変化は、制定法を変更しない限り実現しないという、司法判断が下されている。<sup>(28)</sup>

### (3) 判決離婚

オーストラリアの現行家族法では、有責主義離婚原因が全て取り除かれている。従来の離婚手続では、婚姻の相手方が法律で規定する婚姻の義務違反を犯したことを証明する必要があり、そのために、「苦痛、恥辱、偽善および偽証」をともなったが、これらを取り除くことが現行家族法の目的でもあった。

オーストラリアの離婚原因はただ一つで、申立前の12カ月間の別居によって証明される、回復の見込みのない婚姻破綻だけである。<sup>(29)</sup>永続的な婚姻関係には、夫婦の永続的な意見の一致が要求される。もしも、夫婦のいずれか一方により、これが否定されると、永続的な婚姻関係の基礎が失われることになるが、その際に、原因を作ったのがどちらで、何が基になったかはもはや問題ではないという考え方が、この離婚原因の基礎となっている。<sup>(30)</sup>

現行家族法は、配偶者の一方が、すでに形骸化してしまった婚姻を他方に強要するのは、社会にとって害を及ぼす行為であり、婚姻の理念を侵害することになるという考え方をとっている。<sup>(31)</sup>したがって、別居期間が12カ月間存在しないという点、または、同棲再会の合理的可能性があるという点を争う以外は、離婚訴訟を争うことが出来ないことになる。立法による唯一の制約は、扶養を要する配偶者、通常は妻の権利を守るために、公平なる財産分与

が求められるだけである。

### (4) 離婚財産分与

現行家族法の下での財産の調整に関しては、婚姻関係にある男女の平等という観点が強調されている。夫婦間での婚姻財産の再配分を行う場合には、「正義と公平」にかなう方法が要求されている。婚姻共同生活が続く場合には、夫婦の財産は原則として共有されるという考え方がとられているが、離婚に際しては、家庭裁判所は、必要に応じてこれに変更を加える広範な権限が与えられている。<sup>(32)</sup><sup>(33)</sup>

家庭裁判所は、離婚財産分与の命令に際し、婚姻中の各配偶者の過去の貢献を考慮に入れることになるが、この貢献は、直接的なものも間接的なものも含まれ、財産的なものも非財産的なものも含まれることになっている。また、家庭裁判所は、将来的要素も認定することが出来る。例えば、将来増加するような財産的資源、現在および将来の所得獲得能力、および、各配偶者の将来的必要性等である。これには、当該配偶者の所得能力に応じた将来の生活水準、住居および子どもの養育等も考慮に入れられる。また裁判所には、重要なものとして、別居および離婚によって経済的不平等を来すことの無いよう、女性を保護する権限が与えられている。<sup>(34)</sup>

現行家族法が施行された当初、家庭裁判所は、訴訟手続において、有責性の問題を財産配分の中で補助的に解決しようと努めていた。<sup>(35)</sup>今日では、有責性の有無は離婚が認められるか否かについても関係がなくなり、また、財産または財政的な問題に関しても影響を及ぼさなくなっている。<sup>(36)</sup>Law Reform Commission (法制審議会)では、婚姻財産に関する法の見直しの中で、配偶者の行為を婚姻破綻の原因であるかどうかという点につき審理するのは、表面的で、費用の無駄であり、また、無用なことである、と指摘し、さらに、婚姻の破綻の責任の有無を財産的な問題に反映させることは、現行家族法が制定される以前に存在していた悪弊を復活されることになるという立場をとっている。<sup>(37)</sup>

## 4 おわりに

オーストラリアにおける離婚法の根本的かつ最重要な変化は、有責主義か

ら破綻主義への移行であった。婚姻関係の現実に焦点を当てて、現行法は扶養を要する配偶者、一般的には妻の保護以外には、離婚につきなんらの法的制約も課していない。離婚財産分与および扶養の規定は、男性と比べて、特に女性が、別居後にこうむる経済的不利益を軽減するよう機能している。また、今後は、婚姻破綻を処理する手段として、裁判所の関与を要しない、行政手続きによる離婚制度の導入も検討されている。また、日本のような調停制度の導入も将来的には必要性が生じるとの指摘もある。今後のオーストラリアの法制度の進展に注目したい。

- (1) Finlay, H. A., *Causation and Breakdown in the Anglo-Australian Law of Divorce*, 94 the Law Quarterly Review 129 (1978).
- (2) オーストラリアの離婚法についてはこれまでにいくつか論稿がある。例えば、鍛冶良堅「オーストラリアの離婚制度」ケ研83号(1964年)1頁、鍛冶良堅=鍛冶千鶴子「イギリスおよびオーストラリアにおけるマリッジ・ガイダンス活動」家月16巻12号(1964年)1頁、鍛冶良堅「オーストラリアの離婚法における破綻主義の展開」明治大学創立85周年記念論文集225頁、大原長和「オーストラリア家族法の概要—その沿革と特色—」法政42巻2-3合併号473頁、菰洲緑「オーストラリアにおける離婚とその社会的背景」社会問題研究(大阪府立大学社会福祉学部)35巻1号1頁、武田政明「オーストラリア家族法における破綻主義の徹底」明治大学短期大学紀要30号(1981年)29頁、森田三郎「オーストラリアの離婚」有地亨編・現代家族の機能障害とその対策(ミネルヴァ書房)289頁、金城秀樹「オーストラリアの家族法」黒木三郎監修・世界の家族法(敬文堂, 1991年)345頁、拙稿「オーストラリアの家族法」吉村徳重=牧山市治編・注解人事訴訟手続法(青林書院, 1993年)540頁等。
- (3) Russell, Bertrand, *Marriage and Morals*, Allen and Unwin (1961) at 145.
- (4) Dickey, Anthony, *Family Law (2nd Ed)*, Law Book Company Ltd, Sydney (1990) at 158, quoting Mark 10.9.
- (5) 妻からの離婚請求を認めるケースとして4件のみ記録に残されている。これらはいずれも夫の行為が加重的不貞行為の責任を課せられるべき状況で行われた事例である。詳しくは、Wolfram, S., *Divorce in England 1700-1858*, 5 Oxford Journal of Legal Studies 155, 174-175 (1985) 参照。
- (6) 20 & 2 Vict. c.85.

- (7) 「加重的不貞行為」という文言は、妻からの離婚請求を認める際の離婚原因を示すために用いられたものである。例えば、「近親相姦による不貞行為、重婚罪による不貞行為、強姦による不貞行為、同性愛による不貞行為、獣姦による不貞行為、正当理由のない2年以上の遺棄をともなう不貞行為、および、離婚を認めないと妻に対して非常に過酷な状況を強いることとなるような不貞行為等」である。詳しくは、Finlay, supra note 1, at 122. 参照。
- (8) オーストラリア植民地では、それまでは制度としての教会裁判所も存在していなかったし、婚姻訴訟事件について管轄権を有する、イギリスの帝国議会から承認された植民地裁判所も存在していなかった。オーストラリアにおける立法の経緯については、Dickey, supra note 4, at 162-163. 参照。
- (9) 例えば、ヴィクトリア植民地では、1889年に、3年以上の遺棄、常習的な飲酒、精神障害、および、一定範囲の収監を離婚原因に追加した(Divorce Act 1889 (vic) s.11.)。
- (10) Behrens, Juliet, *Domestic Violence and Property Adjustment: A Critique of "No Fault Divorce"*, 5 Australian Journal of Family Law 9, 12 (1989). 参照。
- (11) Matrimonial Causes Act 1959 (Cth) s. 28 (m). この離婚原因は、西オーストラリア州の規定に類似するものであった(Supreme Court Act Amendment Act 1945 (WA), s.2.)。
- (12) Behrens, supra note 10, at 12.
- (13) Finlay, supra note 1, at 125.
- (14) 当時の司法長官 Senator Mr. Lionel Murphy の連邦議会での発言である。*Commonwealth Parliamentary Debates Senate* 1974 vol. 60 754. 参照。
- (15) Griffith v. Griffith (1974) 1 WLR 641.
- (16) Cretney, Stephen, *Principles of Family Law (3rd Ed)*, Law Book Company Ltd. (1979), at 101.
- (17) Dickey, supra note 4, at 165.
- (18) 提出法案の議論の中で、1年ではなく2年の別居に賛成する意見もかなり多くあったが、この2年間の別居案は、60対59で否決された。これについては、*Commonwealth Parliament debates, House of Reprs., 29th Parliament*, May 19, 1975, pp. 2416-2441. 参照。
- (19) 例えば、Finlay, H. A., *Towards Non-Adversary Procedures in Family Law*, 10 Sydney Law Review 61 (1983).
- (20) Winks, *Divorce Mediation: A Non-Adversary Procedure for Non-Fault Divorce*, 19 Journal of Family Law 615 (1982).
- (21) Family Law Act 1975 (Cth), s.98A (1)(b).

- (22) English Matrimonial Causes Rules 1973, Rule 33.
- (23) Finlay, H.A., *The Grounds for Divorce: The Australian Experience*, 6 Oxford Journal of Legal Studies 369 (1986).
- (24) Family Law Act 1975 (Cth), ss 14, 16, 16A.
- (25) オーストラリアの家庭裁判所に関しては、野田愛子「オーストラリアの家庭裁判所」野田愛子・家庭裁判所制度抄論(西神田編集室, 1985年)264頁, 同「家族法の世界的潮流と家庭裁判所」同『家族法実務研究』(判例タイムズ社)7頁, 同「世界の家庭裁判所制度」家月41巻1号(1989年)46頁等を参照のこと。
- (26) Finlay, supra note 23, at 379.
- (27) 当時、連邦司法長官であった、Mr. R. J. Elliott QCによる、1977年5月の、メルボルンでの家庭裁判所の開所式での講演で、このような予測がなされている。
- (28) Finlay, supra note 1, at 133. 参照。RV Watson, ex parte Armstrong (1979) 9 ALR 55. 事件におけるオーストラリア連邦最高裁判所の判断で、裁判所が、当事者の主張を待たず、また、その範囲を超えて、職権で調査を行うことは、現行家族法の解釈に違反する、との見解が示されている。
- (29) Family Law Act 1975 (Cth), s.48(1)(2)(3).
- (30) Finlay, H.A., *Fault and Violence in the Family Court of Australia*, 59 Australian Law Journal 559, 561 (1985).
- (31) Morton, Royal Commission on Marriage and Divorce, Report 1953-1955, Cmd 9678.
- (32) 一般論としては、例えば、Dickey, Anthony, *The Moral Justifications for Alteration of Property Interests Under the Family Law Act*, 11 University of New South Wales Law Review 158 (1988).
- (33) Family Law Act 1975 (Cth), s.79(1), (2), (4)(a).
- (34) 財産を厳格に2等分することが、結果的に不平等を生じさせることがある。多くの場合、夫の所得獲得能力は、重要な財産であると考えられる。どのような形で財産の分与が命じられても夫はその状態を維持できる。しかしながら、妻の所得獲得能力は、通常、婚姻によって減少させられることが多く、また、妻が子どもの監護にあたることが一般であるので、扶養と養育費の支払だけでは、離婚後の夫と妻との生活水準の差を埋めるに十分ではないようである。
- (35) 例えば、Willett (1976) FIC 90-022, Petterd (1976) FLC 90-065, Broun (1976) FLC 90-090等。詳しくは、Behrens, supra note 10, at 12. 参照。
- (36) 例えば、Soblusky (1976) FLC 90-124.
- (37) Law Reform Commission of Australia, *Laws of Matrimonial Property in Australia*, Discussion Paper No.22 (1985) (Abbreviated Ed) at 4.

せいき ぶんぽう  
21世紀の民法——小野幸二教授還暦記念論集——

1996年12月7日 初版第1刷発行 (定価はケースに  
表示してあります)

企 画 「小野幸二教授還暦記念論集」刊行委員会

発 行 者 北 原 暁 彦

発 行 所 株式 法 学 書 院  
会 社

〒 112 東京都文京区目白台1-8-3

電 話 東 京 03-3943-1721(代表)

東 京 03-3943-1221(編集)

F A X 東 京 03-3943-2030

振 替 00160-3-81699

印刷：大盛印刷株式会社／製本：山崎製本所

©1996 Printed in Japan

★乱丁・落丁本は本社にお送り下さい。お取り替え致します。

ISBN 4-587-03422-3

国〈日本複写権センター委託出版物〉

本書の全部または一部を無断で複写複製（コピー）することは、著作権法上での例外を除き、禁じられています。本書から複写する場合は日本複写権センター（03-3401-2382）に連絡してください。

# 21世紀の民法

小野幸二教授還暦記念論集

THE CIVIL LAW IN THE 21ST CENTURY

FESTSCHRIFT IN HONOR OF KOJI ONO  
ON THE OCCASION OF HIS 60TH BIRTHDAY

法学書院