

# オーストラリアにおける 子どもの手続上の代理人

小川富之

## 一 はじめに

——オーストラリアの  
法制度と家族法

### 1 オーストラリアの法制度

オーストラリアはエリザベス二世を  
国家元首とする、旧英連邦（現在はブ  
リティッシュコモンウェルスと呼ばれ  
る）の一員であり、法体系的には、コ  
モン・ロー（Common Law）とエク  
イティー（Equity）というイギリス法  
を継受する判例法の国であるが、連邦  
および州議会により成文法（Act）も  
多く制定されている。

オーストラリアは連邦制をとってお  
り、六つの州と、首都キャンベラのあ  
るキャピタル・テリトリーを含めた二  
つの準州から構成されている。連邦政  
府と州政府があり、それぞれが独立し

た司法、立法および行政権を有してい  
る。

連邦の立法権限は専属の権限と州と  
の競合的権限に分けられ、家族法に関  
する連邦の競合的立法権限に関しては  
憲法で次のように規定されている。

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。

第二一号 婚姻

第二二号 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。

### 2 オーストラリアの離婚制度

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  
年で、離婚原因は不貞行為のみであつ  
た。その後、離婚原因の範囲は拡大さ  
れ、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、そ  
の中の一つに、有責任を必要としない  
離婚原因として、五年間の別居が含ま  
れていた。この法律は一五年で改正さ  
れ、現行法である、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）  
では徹底した破綻主義が採用された。

回復の見込みのない婚姻破綻が唯一の  
離婚原因として採用され、その破綻認  
定を、一二月間の別居という客観的  
事実により行っている。別居に至る理  
由は問われないし、どちらに婚姻破綻  
の責任があるかも問題とはされず、仮  
に場所的に同一の住居で生活してい  
ても、婚姻の共同生活が存在しなけれ  
ば、やはり別居と認定される。このよ  
うに、婚姻破綻の認定については、一  
二月間の別居の証明のみとなり、破

綻についての実質的な判断を家庭裁判  
所は行わない、いわゆる実質審理抜き  
の破綻主義が採用されることとなつ  
た。これに伴って、離婚慰謝料の概念  
も明確に否定され、裁判上、婚姻破綻  
の責任を追究する必要性がなくなつ  
た。したがって、家庭裁判所の役割  
は、財産分与の問題と、子どもの養育  
に係わる問題の処理に集中すること  
となった。

### 二 離婚手続と子どもの問題

#### 1 子どもの監護をめぐる紛争

オーストラリアでは、原則として共  
同監護の制度が採用されており、二〇  
〇六年連邦家族法改正（共同監護者の  
責任）法（The Family Law Amend-  
ment (Shared Parental Responsibility

ity) Act 2006 (Ch)) が成立したことにより、子どもの共同監護の可能性をより高めることが目指されている。しかしながら、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も指摘されている。

父母の別居の時点で、同居する一八歳未満の子(じも)がいる場合には、その子(じも)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。この子(じも)の保護のための規定の及ぶ範囲は、夫婦の妻や養子に限られず、「その家族の子(じも)として」夫婦によって育てられているすべての子(じも)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))。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。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認められており、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。

子どもの監護・教育をめぐる紛争に関して、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・立証させることが必要な場合がある。しかし、それは(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これまで指摘されてきた。連邦家族法第一〇〇条のA (s 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(s 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 (s 68L) は、子ども独自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、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表現していない。

## 2 家庭裁判所の機能

現行家族法の制定により、オースト

ラリア家庭裁判所(Family Court of Australia)以下では連邦家庭裁判所というが創設された。この連邦家庭裁判所は、それまで州および準州の最高裁判所により行使されていた家族法に関する裁判権を引き継いだ。連邦家庭裁判所の創設は、家族問題を処理するためのカウンセリングやコンシリエイション等の法律以外の専門家による手続を連邦家庭裁判所に統合し、家族の安定のために当事者の意思を尊重し、和合を促し、最終的に訴訟裁判所として連邦家庭裁判所が司法権を行使するというのがそのねらいである。

この連邦家庭裁判所は、連邦系列の第一審レベルの裁判所と位置づけられている。裁判所における審理に関しては、各当事者の弁護士によって審問された証拠によって示された事実に基づいて紛争を解決するという、対審構造をとる裁判手続が原則である。

連邦家庭裁判所は、一般部(General Division)と上訴部(Appeal Division)とで構成されている。一般部は、単独の裁判官が、連邦家族法に関する第一審としての事件を扱うとともに、各州の治安判事裁判所等(Magistrates Courts, Courts of Petty Sessions & Local Courts)の裁判官(Magistrate)および家庭裁判所のレジストラー(Registrar)の判決の上訴事件を扱う。上訴部は、通常は三名、場合によってはそれ以上の数の裁判官で構成される大法廷(Full Court)で、連邦家庭裁判所の一般部からの上訴事件を扱う。さらに、重要な法律問題を含む事件や公益に関する事項に限って、連邦家庭裁判所の上訴部審である大法廷または連邦最高裁判所(High Court of Australia)の許可に基づき、連邦最高裁判所への上告が認められる。

連邦家庭裁判所の扱う事件としては、原則として、連邦家族法が規定する、離婚および婚姻関係事件、子の監護・後見、配偶者および子の扶養、婚姻財産の清算ならびに保全処分が含まれる。さらに、連邦法で規定されている子どもの養育費の履行確保に関しても管轄を有している。ただし、各州法で規定される養子縁組、相続、事実婚、婚外子に関しては原則として連邦家庭裁判所は管轄を有しない。

連邦家庭裁判所創設当初より、家事紛争の解決に果たすカウンセリングの役割の重要性が認識され、家族法にその手続が規定されている。また、一九九一年に調停および仲裁法(The Mediation and Arbitration Act 1991 (Ch))が制定され、それまでのカウンセリングに加えて、メディエイショ

ンの制度が導入された。従来のカウンセリングの制度は、訴訟提起の前後を通じて、子どもの問題に関するカウンセリングや訴訟提起後の当事者間の財産等の話し合いのためのカウンセリングが中心であった。しかしながら、新たにメディエーションの制度が創設され、従来の期間と費用のかかる訴訟による紛争解決に代えて、当事者の合意をコンセント・オーダーという形で文章化し、それに法的拘束力を与えるという紛争解決が可能となり、判決という形式によらずに、紛争を解決するための制度として機能している。

### 三 子どもの手続上の代理人

#### 1 子どもの手続上の代理人制度の導入

子どもの利益のために選任される代理人に関しては、連邦家族法第六八条のLで規定され、二〇〇六年連邦家族法改正（共同監護者の責任）法以前には、このような子どもの利益のために選任された法律家（Lawyer(s)）は、「個別代理人（Separate Representatives）」（それよりもさらに前では「子どもの代理人（Child Representatives）」と呼ばれていたが、改正法

により新たに「Independent Children's Lawyers」と規定され、本稿では「従来からのものも含めて」「子どもの手続上の代理人」と称することとする。

オーストラリアにおいては、以前から、子どもの意思をできるだけ尊重し、子の監護の問題を含めた子どもに係わりのある家族紛争の解決を図る必要性が指摘されていた。一九七五年に連邦家族法が制定されて、初めて、親とは別に子どもの代理人を選任することが定められ、その当時は、子どもの代理人である弁護士に子どもの意見についての報告書を作成させていた時期もあるが、すぐに廃止された。その後、子どもの意見は主として、裁判所カウンセラーの作成する「家族報告書（Family Report）」に盛り込まれるという形で裁判所に提示されている。連邦家族法では、子どもが裁判手続の当事者となることを希望する場合以外に、裁判所の事前の許可なしに子どもが宣誓供述することを禁じており、裁判官によっては、直接子どもからの意見聴取を希望する者もいるようであるが、裁判官執務室での子どもの意見聴取は慣例とはなっていないし、他に適切な場所も用意されているわけではない。対審構造をとっている連邦家庭裁判所の機能上、公平性、公開性および

透明性等の要求から困難が伴うといえる。そこで、改正法による「子どもの手続上の代理人」の中立・公平な立場での子どもの最善の利益の実現の役割が期待されることとなったわけである。

#### 2 裁判所による子どもの手続上の代理人の選任

子どもの手続上の代理人選任については規定する連邦家族法第六八条のLは、子どもの最善の利益や子どもの福祉が最大限にまた適切に考慮される必要のある手続を対象としている（第六八条のL第一項（s 67L(1)）。第六八条のL第二項（s 68L(2)）は、裁判所

に対して広範な裁量権を付与しており、裁判所が必要と認める場合に、子どもの手続上の代理人の選任を命ずることができると規定されている。このような子どもの手続上の代理人の選任は、子どもからの請求、子どもの福祉に係わる団体（組織）、その他関係者の請求または裁判所自身のイニシアティブにより、選任できるとされている（第六八条のL第四項（s 68L(4)）。連邦家族法第四条第一項（s 4（1））は、子どもの手続上の代理人とは、第六八条のL第二項（s 68L(2)）の規定に従って選任される者のことという

定義している。

子どもの手続上の代理人の候補者となるための法律実務家を対象とした「子どもの手続上の代理人研修プログラム」を、オーストラリア弁護士会家族法部会（The Family Law Section of the Law Council of Australia）、法律扶助協会（All Legal Aid Commissions）およびオーストラリア連邦家庭裁判所が共同して実施しており、研修修了者には修了証が授与される。子どもの手続上の代理人の候補者となるためには、この研修を受けた上で、家事事件の実務経験、人物紹介、面接等を経て、リストに登録されることとなる。

どのような場合に、子どもの手続上の代理人の選任が適切であるかという点に関しては、幾つかの異なる見解が示され、激しい論争が行われている。この問題に関しては、家族法評議会（The Family Law Council）がその報告書の中で、子どもをの監護をめぐる全ての事件で、原則として子どもの手続上の代理人を選任すべきであると提言を行ってきたが、「共同選定委員会（The Joint Select Committee）」は、このような広範圏にわたる選任基準に対しては否定的な考え方をとっており、裁判所による裁量に委ねるべき