

# オーストラリア家族法における 子どもの最善の利益

我妻 学

- 一 はじめに
- 二 子どもの最善の利益
- 三 家庭内暴力
- 四 おわりに

## 一 はじめに

離婚後の子の監護に関する事項、子の監護者、面会交流及び監護費用（養育費）の分担等子の監護に関する問題に関し、父母による協議で定めるが、その際に子の利益を最優先の課題とすることが平成 23 年の民法改正で規定されている（民 766 条 1 項）<sup>1)</sup>。ただし、子の最善の利益に関し、具体的にどのような要因を考えるべきかは、必ずしも明確とはいえない。

オーストラリアでは、1976 年に施行されている 1975 年家族法（Family Law Act 1975 (Cth)）<sup>2)</sup>に子の最善の利益を個別具体的に規定しており（60 条 CC）、子どもの最善の利益に関し、離婚・別居後の子どもと親との人的関係の維持・再構築と子どもを家庭内暴力から保護することをどのように調和させるかに関

---

1) 二宮周平編『新注釈民法 17 卷』（2017）320 頁など参照。

2) オーストラリアにおける家族法の概要に関し、リサ・ヤング（小川富之訳）「オーストラリア家族法（1）～（5）」戸籍時報 629 号 24 頁、630 号 50 頁、631 号 50 頁、635 号 27 頁、小川富之「オーストラリア」床谷文雄＝本山敦『親権法の比較研究』（2014）55 頁など参照。

し、議論がなされている。

現行家族法の基本は、1975年家族法である<sup>3)</sup>。社会の変化にともなう家族のニーズに部分改正により対応してきたが、施行から既に40年以上が経過し、1975年家族法の法文自体が不明確となっており、全面的な検証が必要となっていた。そこで、2017年9月にBrandis司法長官（Attorney General）は、家族法を全面改正するか否か、改正するとすればどのような点を改正すべきかを判断する前に、オーストラリア法改正委員会（Australian Law Reform Commission（ALRC））に包括的な検証作業を委託している。2018年3月に家族法制度全般に関する47の論点を広く公知し、意見を求める論点文書が公表され<sup>4)</sup>、論点文書に対する480件の個人及び団体からの意見書などを踏まえて、同年10月に協議文書<sup>5)</sup>が公刊されている。これらの手続を踏まえて、2019年3月に最終報告書が公刊されている<sup>6)</sup>。検証作業は多岐に渡っているが、子どもの最善の利益を優先することと子どもを家庭内暴力などから保護することが重要な課題の一つである。

オーストラリアにおける子の最善の利益に関する議論は、我が国における監護権、面会交流などを考察する際にも有益な示唆を与えると考える。

## 二 子どもの最善の利益

オーストラリアでは、児童に関する国連の権利条約の批准により、1996年の家族法改正で、最も尊重されるのが、子供の福祉から子どもの最善の利益に

---

3) オーストラリアの家族法に関し、主としてL Young et al, *Family Law in Australia*, 9th ed, 2016に依拠している。以下では、Youngと略記する。

4) Australian Law Reform Commission, *Review of the Family Law System, Issues Paper, Issues Paper 48*, 2018.

5) Australian Law Reform Commission, *Review of the Family Law System, Discussion Paper, Discussion Paper 86*, 2018.

6) Australian Law Reform Commission, *Family Law for the Future—An Inquiry into the Family Law System, Final Report, ALRC Report 135*, 2019.

改正されている。判例法上、このような用語の変更は法律上重要な意味を有しないとされている<sup>7)</sup>。あわせて、後見、監護及び面会交流に関する規定が削除され、新たに双方の親の別居、離婚後も子どもに対する権限及び責任が原則として、双方の親に帰属することが前提とされている<sup>8)</sup>。

子どもの利益とは、監護、福祉あるいは子どもの成長に関する事項も含まれる (4 条)。

子どもの最善の利益は、子どもの親権に関する命令を下す場合 (60 条 CA)、その他の子どもに関する権利を最大限 (paramount) に考慮されなければならない。「最大限」とは、唯一の基準あるいは最初に判断するのではなく、最優先という趣旨である<sup>9)</sup>。

2006 年 (共同親責任) (The Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006) 家族法改正により、子どもを虐待、家庭内暴力などから保護する必要がない限りは、原則として、子どもの長期にわたる問題に関し、父母が子どもの共同養育責任を平等に有することが子どもの最善の利益に合致する (61 条 DA) と推定される。

## 1 子どもへの関与

裁判所が共同養育責任 (equal shared parental responsibility (ESPR)) を定める場合は、各々の親と同等の時間を過ごすことが、子どもの最善の利益となり、かつ实际的 (practicable) であるのかを勧告しなければならない (65 条 DAA (1))<sup>10)</sup>。もし適切でなければ、両親と実質的かつ有意義な (substantial and

---

7) Re Z (1996) 20FamLR651;FLC92-694; B and B :Family Law Reform Act1995 (1997) 21FamLR676;FLC92-735.

8) 児童の権利に関する条約とオーストラリアの家族法に関し、小川・前掲注 2) 64 頁など参照。

9) Marriage of Kress (1976) 2FamLR11, 330;FLC90-126.

10) Young, para 8.63.

significant) 面会交流を認めるのかに関し同様に勘案しなければならない(同条(2))。

したがって、裁判所は、共同養育権を認めるのか、あるいは面会交流を認めるのかに関し、子どもにどのような影響があるのかをカウンセラーあるいは専門家証人の意見を聴取した上で、積極的に判断しなければならない<sup>11)</sup>。

## 2 子どもの最善の利益の判断基準

子どもへの関与を定める際に子どもの最善の利益を判断する要件として、2006年の家族法改正以後、条文上は、主要な要件と付加的要件に分けて、規定している(60条CC)。しかし、両者の関係をどのように考慮するかに関し、法文上明確な規定はない<sup>12)</sup>。

### (1) 主要な要件

主要な要件として、①双方の親との有意義な関係によって、子どもに利益を与えること、および②子どもを肉体的又は精神的危害及び家庭内暴力から保護する必要があるか否かが規定されている。両者の関係に関し、法文上はもともと規定していなかった。しかし、2012年家族法改正により、裁判所は②を①よりも優先して考慮しなければならないと規定されている(同条(2A))。

#### ①子どもと双方の親との有意義な関係

---

11) 婚姻関係が破綻し、母親(シンハリ族)が子ども(当時6ヶ月)をドバイに連れ去ったのに対し、父親(オーストラリア国籍でブリスベンに居住)が子どもをオーストラリアに戻すことを求めた事案に関し、裁判所は、両親に共同養育責任を認めただが、子どもが母親と暮らすことが、両親と有意義な関係を形成する見込みが最も高く、父親がドバイに移住すれば、面会交流の時間を増やすことを命じている。母親と暮らすのか、あるいは父親と暮らすのかなど子どもに対する影響を子どもから聴取しないで、共同養育責任を定めたとして、父親からの上訴を認めている(McCall v Clark (2009) 41FamLR483;FLC93-405)。

12) Young, para8.57

子どもと双方の親との有意義な関係に関し、判例は、トライアルでの証拠を子どもの最善の利益の観点から勘案し、子どもにとって、重要で貴重なものとして定めるのが望ましいとされている<sup>13)</sup>。

子どもと双方の親との有意義な関係に関し、双方の親が子どもに関与する時間は重要であるが、形式的な回数あるいは総時間ではなく、子どもの日常生活及び重要な行事に携わることによって、両親と有意義な関係を築き、子どもにとって最善の利益を最大限保障するものでなければならない (60 条 B (1) (a))<sup>14)</sup>。

したがって、親と子どもとの接触を単に維持するのではなく、親が子どもの活動や行事に積極的に参加し、両者の関係が日常的かつ継続的に続くことだとされている<sup>15)</sup>。

子どもと双方の親との関係は、合理的に実現できるものでなければならない (65 条 DAA (1) (b))。具体的には、両親がどのくらい離れて生活しているのか、子どもと現在および将来、同等ないし有意義に面会交流の取り決めが可能であるのか、面会交流の取り決めが子どもに与えるであろう影響、その他裁判所が関連すると勘案することを考慮して決めなければならない (同条 (5))。

なお、子どもが父親と暮らしている場所がへんぴな場所で、母親に同等の面会交流を認めても、就業および宿泊施設がきわめて限定される場合には、実際的ではないとされている<sup>16)</sup>。

裁判所が子どもの共同養育責任を定める際には、子どもの最大の利益を勘案する必要があるが、裁判所には、広範な裁量権が認められているので、あくま

---

13) 前掲注 11) の *McCall v Clark* 判決など参照。

14) *P v P* (2006) *FMCAfam518* (256) も参照。

15) *Keyush v Dhupam* (2011) *FamCA 259* at [29].

16) 父親はアイザ山 (クイーンズランド州の鉱山都市) に居住している事件で、もともと母親が子どもをシドニーに移住することを求めている事案 (*MRR v GR* (2010) 240CLR461) である。事案の詳細は、古賀 (駒村) 洵子「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] *HCA4*] 比較法 46 巻 3 号 243 頁参照。

でも子どもの最善の利益を保護する観点から個別事件の事案を解決することに意味があるとされ、厳格な意味での先例拘束主義はとられていないとされる<sup>17)</sup>。

子どもの最善の利益は、現在の社会的基準という客観的なものであり、個別の親の社交生活あるいは道徳観によるものではないとされている<sup>18)</sup>。

オーストラリアにおいても、子ども、特に女の子が幼いときは、生物学的母親に親権を付与することが相応しいという推定が働いていたとされる。オーストラリアにおいても、ほとんどの母親は、専業主婦であったのに対し、父親は外で働いており、家事をしておらず、子どもを養育するのにふさわしくないとされていたからである。しかし、オーストラリアにおいても共働世帯が増加していること、一概に母親が家事に向いており、父親が仕事に向いているとはいえなくなっていることなどから、1970年代後半の判例によって、そのような推定が破棄され<sup>19)</sup>、現在では子どもの最善の利益という観点から裁判所は、親権を定めている<sup>20)21)</sup>。

しかし、子どもに対する掃除、洗濯および食事などに深く関われば、子どもの意思、親との関係および親から引き離される場合の影響など付加的要件（60条CC (a) ~ (c)）を考慮する際には、その後の判例においても、結果的に母親に単独親権を認めていると考えられている。母親に単独親権を認められたことに対し、父親が性差別等を理由に争うことは、裁判所に広範な裁量が認めら

---

17) Young, para 8.63, para 9.23.

18) In Marriage of Horman (1976) 5Fam LR796;FLC90-024.

19) Mathieson and Mathieson (1980) 6Fam LR116; (1977) FLC 90-230, Gronow and Gronow (1979) 144CLR513.

20) Young, paras 9.12-9.14

21) McMillan v Jackson (1995) 19FamLR183;FLC92-610 [育児のため、定職に就かず、社会保障によって、生活をしている父親よりも母方の曾祖母に親権を付与した原審に対して、父親が性差別等を理由に上訴をした事案で、上訴審は、社会における男性と女性の役割に関する先入観を捨てて判断すべきであるとして、原審判断を批判し、独立に生計を立てている母親あるいは社会保障に依存しない父親に対し、子育てのために、仕事を辞めようとする父親に子の監護権を全く認めないことの方が、現在の一般常識に反するとして、原審判断を破棄している。]

れているため、結論を覆すことは困難なようである<sup>22)</sup>。

## ②子どもを危害及び家庭内暴力などから保護する必要

平等な共同養育を付与することが子どもの最善の利益であると推定するされている。ただし、当該子どもあるいは親の別の子どもに虐待している場合あるいは家庭内暴力の場合、その他の推認を妨げる証拠によって、推定が覆される(61 条 DA)。

家庭内暴力の事実(被害者が当該子どもであるかを問わない)(60 条 CC (3) (j))、過去あるいは現在、家庭内暴力に関する命令 (family violence order) が下されている場合(同条 (3) (k))には考慮される。

1991 年改正では、虐待、不当な取り扱い、遺棄及び心理的な危害から子どもを保護する必要性を勧案することは規定されているが、母親あるいは当該子ども以外の子どもに対する家庭内暴力に対して、保護する必要性を明確には規定していなかった。

裁判所は、子どもの利益を最大限尊重すること、子どもの最善の利益に関し、子ども以外の他の家庭内の者に対する暴力の危険に関し考慮しなければならず、家庭内暴力に関する甘受できない危険に当事者以外の者をさらすことがないように考慮しなければならない。家庭内暴力から子どもを保護するだけでなく、婦女子を家庭内暴力から保護することも包含されている。

甘受できない危険とは、性的虐待などが主張されている場合であり、子どもに対する家庭内暴力の危険と親との面会による子どもへの利益とを比較衡量しなければならない。

家庭内暴力は、オーストラリアでは多いとされているが、かつては夫が妻に家庭内暴力を働いても、子どもに直接行っていない場合は、親権、面接交流などは、刑事事件あるいは不法行為訴訟とは異なるので、子どもの福祉とは直接関係しないとして、子どもの親権を定める際に考慮する必要がないとされてい

---

22) Marriage of Pannell (1996) 19FamLR714;FLC92-658 [裁判官の自由な証拠の評価に基づいて判断しており、性差別は認められないとしている.]

た<sup>23)</sup>。

しかし、有責主義から破綻主義になったことを契機に、たしかに有責主義に基づいた法理を採用しないことになったが、裁判所は子どもの福祉を最大限考慮しなければならないので、子どもに関する訴訟において、子どもに直接危害を与えていなくても、子どもの福祉に影響を与える当事者の暴力行為の証拠を裁判所が認めなければならないのは自明であるとされている<sup>24)</sup>。

母親の家庭で家庭内暴力が行われたことに関する母親の姉による宣誓供述書を第一審裁判所は、子どもに影響を与えないとして、証拠として採用しなかったことに対し、父親から上訴が申し立てられ、上訴院は、上訴を認めた上で、子どもの生活上重要な家庭で、母親に対し同居中の男性から家庭内暴力がなされているとの宣誓供述書に関し、第一審裁判所が証拠調べを認めなかったのは、結論に影響を与える恐れがあり、再審理を命じている<sup>25)</sup>。

子どもの親権、共同養育及び面会交流に関する事件で、妻への身体的及び口頭での虐待が問題となった事案において、虐待が子どもに直接行われたり、虐待が繰り返し行われることが必要であるとしたり、過度に強調することは間違っており、いずれも子どもの福祉に関して評価する一つの要因に過ぎず、事案によっても異なると判示している<sup>26)</sup>。

### ③子どもに対する性的虐待と面会交流

子どもに対する性的虐待に関する直接的な証拠が存在しなくても、通常の民事事件と同様に父親の面会交流を認めることによって、子どもの身体的、性的および感情的に害される恐れがある場合には、父親の面会交流は認められない<sup>27)</sup>。

23) Marriage of Heidt (1976) 1FamLR11;FLC90-077;Chandler and Chandler (1981) 6FamLR736;FLC91-008.

24) Young, para 9.33

25) Marriage of Jaeger (1994) 18Fam LR126;FLC 92-492.

26) Marriage of JG andBG (1994) 18FamLR255, 261;FLC92-515.

27) M v M (2001) 28Fam LR 342;FLC93-08 の多数意見 (Baker 裁判官及び Maxwell 裁判官)。これに対し、民事ではなく刑事事件と同等の証明責任が課されるとする



判例は、子どもに対して、過去に父親が性的虐待を行ったことが否定できない場合にも、時間的間隔をある程度あけて、裁判所が、子どもに対してもはや甘受しがたい危険が存在しない、と判断すれば、父親と子どもの関係を再構築するために、一定期間において監督付の面会交流を命ずるが、身体的、感情的あるいは心理的な危害と判断した場合には、将来、性的虐待を行った親との面会を監督付で行うのはもはや適切ではないと判断しなければならない、と判示し、面会交流を重視する傾向にある。ただし、面会の監督者として父親の母を推薦しているが、あまり長期にわたって、監督付面会交流はふさわしくないとしている<sup>28)</sup>。父親が性的虐待を行ったことが否定できない場合には、監督付面会交流によって、子どもと親の関係を破壊することなく、虐待も防止することが出来るとして、監督付面会交流を積極的に認める判例もある<sup>29)</sup>。子どもが一方あるいは双方の親と別れた場合、子どもの最善の利益に反しない限りは、定期的に双方の親と良好な人的関係及び直接面会交流する、子どもの権利を尊重すべきこと（児童の権利に関する国連条約 9.3 条）から、子どもと双方の親との人的関係を維持することを適切に配慮し、性的虐待の事実が認められる場合に、監督を付けずに面会交流をすることは、性的虐待に関し甘受できない危険が認められるのに対し、監督付面会交流を積極的に認めることにより、子どもの安全が守られ、親との人的関係が維持できるからである<sup>30)</sup>。

---

Nicholson 裁判官の反対意見が付されている。

28) *Marriage of Bieganski (B v B)* (1993) 16FamLR353, 368; FLC92-357 (母親と同居している当時 6 歳半と 5 歳半の子どもに対して、父親が面会交流をしている間に性的虐待を行い、子どもの様子がおかしくなったとされるが、父親は性的虐待の事実を否定している事案である。第一審裁判所は、父親に監督を付けるか否かを問わず、子どもへの面会交流を認めるのは適切ではないとしたのに対して、父親が上訴している。).

29) *In the Marriage of N and S* (1995) 19FamLR837; (1996) FLC92-655.

30) *Koutalis and Bartlett* (1994) 17FamLR722; FLC92-478 (子ども (当時 5 歳) に対する面会交流が認められている父親が子どもに対する性的虐待の疑いがある場合 (父親は、性的虐待の事実を否定している) に、父親の面会交流の停止を母親が求めた事案で、第一審裁判所は、監督付の面会交流も認めなかったのに対し、父親が上

第一審裁判所が性的虐待をした父親に対する面会を認めなかったのに対し、子どもと両親との関係を絶つのは、最後の手段とすべきであり、監督付面会交流を認める方が、虐待の事実が実際にはない恐れもある以上、面会を全く認めないよりも適切であるとする判例もある<sup>31)</sup>。

性的虐待の事実が疑われる事件において、監督を付けることによって、面会交流を認める一連の判決に対し、学説は、批判的である。親と子どもの面会交流など両者の関係を重視するあまり、監督者がついているにしても、子どもが性的虐待をしたと思っている親と面会交流することによる心理的な影響を考慮していないこと、子どもとの面会ができない親の観点及び性的虐待が実際には認められない恐れといった点が強調され、子どもの利益を最優先に保護するという観点が見失われているからである<sup>32)</sup>。

裁判所に広範な裁量を付与しているので、監督付の面会交流も一つの方法であるが、適切な監督者を手当てすることが実際に可能か、監督者は、性的又はその他の虐待から子どもを保護することはできるかもしれないが、子どもが虐待をしている親と面会すること自体による心理的な影響に十分に対応できないとして、性的虐待をした父親に対する面会交流を認めなかった判例もある<sup>33)</sup>。

## (2) 付加的要件

付随的要件として、63条CC(3)に規定されているのは以下の通りである。

---

訴したが、上訴審の多数意見(Ellis裁判官及びBaker裁判官)は、適切な監督者を選任できないため、上訴を認めなかった。)におけるKay裁判官の反対意見。

31) Re W (Sex abuse: standard of proof) (2004) 32FamLR249;FLC93-192.

32) J Fogarty, *Unacceptable Risk—A Return to Basics* (2006) 20AJFL249, R Chisholm, *Child Abuse Allegations in the Family Law Cases: A Review of the Law* (2011) 25AJFL1, P Parkinson, *Family Law and Parent-Child Contact—Assessing the Risk of Sexual Abuse* (1992) 23MULR345.

33) Re C and J (1996) 20FamLR930;FLC92-697 (双子(男女)の一方(女)に対して、性的虐待をしたとして、母親が父親の面会交流の停止を求めたのに対し、第一審裁判所は、性的虐待の事実を認めず、監督を付けないで父親の面会交流を認めたため、母親が上訴している)。

(a) 子どもが表明している意見 (view) および子どもの親として裁判所が関連すると考える事項 (子どもの成熟度あるいは理解の程度)

(b) 子どもとの関係の性質

(i) 子どもの双方の親

(ii) その他の者 (祖父母および子どものその他の親戚)

(c) 子どもの両親が以下の機会を利用としたことあるいは利用しようとして失敗したこと

(i) 子どもとの主要な長期の問題について判断しようとする事

(ii) 子どもと時間を過ごすこと

(iii) 子どもとコミュニケーションをとること

(ca) 双方の親が満たすあるいは満たすことを失敗した、子どもと維持するための義務

(d) 子どもの環境に変化を与えるような効果、子どもを分けることによって生じうる効果を含む。

(i) 親の一方

(ii) 子どもと同居していたその他の子どもまたはその他の者 (祖父母および子どものその他の親戚)

(e) 子どもが親と時間を過ごし、かつコミュニケーションをとることの困難さ及び損失および困難さ及び損失によって双方の親と日常的な人的関係及び直接の接触することの対する子どもの権利に対して実質的に影響を与えること

(f) 子どもが必要とする感情的及び知的な必要性を与える能力、

(i) 子どもの双方の親

(ii) その他の者 (祖父母および子どものその他の親戚)

(g) 子どもおよび子どもの双方の親の成熟度、性別、生活態度及び背景事情 (生活態度、文化及び伝統を含む) 及び裁判所が関連すると考える子どものいかなるその他の性格

(h) 略

(i) 子どもの態度、双方の親が示している親の責任

- (j) 子どもあるいは子どもの家族の構成員に対する家庭内暴力
- (k) 子どもあるいは子どもの家族の構成員に対する家庭内暴力に関する命令
  - (i) 命令の性質
  - (ii) 命令が下された状況
  - (iii) 手続で認められた証拠
  - (iv) 命令における裁判所が認めた事実
  - (v) その他の関連する事項
- (l) 子どもに関するさらなる手続が最低限必要とされる命令にとって望ましいか
  - (m) その他の裁判所が関連すると考える事項

#### ①主要な要件と付加的要件

主要な要件と付加的要件がどのような関係に立つのかが問題となる。判例上は、子どもと両親との有意義な関係を形成し、児童虐待から子どもを保護するなどの法の趣旨から、裁判所が子どもの権利の重要性及び子どもに着目した取組みを重視することを目的としており、主要な要件を他の付加的要件とを区別して、前者が後者よりも常に優先するというよりも子どもの権利を重視し、裁判所が子どもに焦点を当てて、他の付加的要件も勘案して、子どもの最善の利益を判断する<sup>34)</sup>。

したがって、主要な要件に関し、判断する際にも総合的に考慮して、子どもの最善の利益を判断する必要がある<sup>35)</sup>。

34) Marsden v Winch [No3] (2007) FamCA1364; Champness v Hanson (2009) FLC93-407; Aldrige v Keaton (2009) FLC93-42; Slater v Light (2011) 45Fam LR41.

35) 母親が子ども（当時5歳）と香港に移住することを希望したのに対し、父親がオーストラリアでの生活を求めた事案で、トライアル前に父親がDNA鑑定で、子どもの父親でないことが判明した事案で、第一審裁判所が子どもと母親との関係しか考慮しなかったのに対し、上訴審は、生物学的に子どもの父親ではないとされた者であっても、仮に養子とすれば実子と同様に考えられる以上、その他の付加的要件も斟酌して、子どもの最善の利益を判断すべきであったとしている（Molvany v Lane (2009) FamCAFC76.）。

付随的要件は、家庭内暴力に関する命令 (60 条 CG) および家庭内暴力に関する命令を下す際に、子どもの最善の利益に関し、最大限尊重すること (60 条 CC) とあわせて判断されなければならない。

②子どもの意見表明<sup>36)</sup>

1975 年家族法の制定当時は、特別の事情があると裁判所が認めない限りは、14 歳以上の子どもの希望 (wishes) に反して、裁判所は、命令を下すことはできなかった。しかし、年齢を基準にして、子どもの希望を認めるか否かを判断することは適切ではないと批判されている。そこで、1983 年の家族法の改正により、年齢による差異を廃止し、家族法における手続に関する子どもの希望を考慮し、裁判所が相当と認める範囲で重視することを認めている。ただし、子どもの希望を強制されないこともあわせて規定している。「希望」(結果に対する好みも包含している) という概念もより広範な「意見」(views) という概念に置き換えている。

現行法では、年齢ではなく、子どもの成熟度及び理解の程度に応じて判断されている。<sup>37)</sup>

どのように共同親権を判断するかに関して、Harrison and Woollard (1985) 18 FamLR788;FLC 92-598 が先例として重要である。

子どもが 2 人 (年齢が 8 歳、7 歳) の事案において、離婚した母親に単独の監護権を認めていたが、母親の事実上の配偶者から子どもが性的虐待および暴力を加えられたとの申し出があり、離婚した父親が監護権を申し立てた。第一審裁判所は、母親に単独の監護権を認めた。これに対し、父親が上訴し、上訴審裁判所は、第一審裁判所が子どもの意見を十分に考慮しなかったとして、子

---

36) Young, paras9.40-9.44.

37) イギリスにおける *Gillick v West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority* ((1985) 3 AllER402) において、示された基準である。16 歳未満の子どもの不妊手術を行うのに、親の同意も必要か否かが問題となっている (同判決に関し、長谷部由起子「家事調停における未成年の子の地位」稲田龍樹編著『東アジア家族法における当事者間の合意を考える』(2017) 183 頁)。

子どもの希望の強さおよびその持続期間、その根拠および子どもの成熟度、裁判における争点に関する子どもの理解を含めて、判断すべきである、と判示している。子どもの福祉が立法及び判例実務では、決定的な基準であるとされている。

さらに、Baker 裁判官は、子どもの望みを考慮しなければならないだけでなく、判決理由中に、子どもの望みを確認したことがわかるように示さなければならないこと、裁判官が子どもの望みを否定する場合には、明白で適切な理由付けを示さなければならないこと、子どもの望みを子どもが表明しているからといって、軽視することはできないこと、子どもの希望に重点を置くことは、個々の子どもに依拠し、子どもの希望に関する評価は裁判官が個別の事件ごとに評価しなければならないと判示している。目標は、子どもの希望を注意深く詳細に検討することである。子どもの希望を単に示すだけ、名ばかりにしか評価しない、または否定するのは、健全に希望を表明するとの子どもの能力に関する心理学者の見解と両立しないだけでなく、64 条 (1) (b) の要件を無視するものである。

しかし、子どもの意見は重要ではあるが、決定的なものではなく、以下の判例のように子どもが明確に示した意見を覆している判例も少なくない<sup>38)</sup>。

例えば、子ども（当時 7 歳半）の単独の親権者であった母親の死後の親権をめぐる、子どもが長年生活を共にしていた母親の現在の配偶者（ベンデイゴ在住）と生物学的父親（シドニー在住）とが子どもの親権をめぐる争っている事案において、Allen v Allen; Hargraves (1984) 9FamLR440FLC91-531 は、いずれの当事者にも親権を付与するに値するとした上で、結論として、子どもが現在の生活を継続することを望んでいても、成熟し、責任のある判断ができないこと、むしろ子どもの生物学的父親およびその家族と生活することの方が、互いに血縁関係のない母親の配偶者と生活するよりも、長期的には子どもの福祉により合致するとして、生物学的父親に単独親権を認めている。

---

38) Young, para9.43.

裁判所は、子どもの年齢とは関係なく、子どもの意見表明に関して考慮する必要がある。Marriage of Joannou (1985) FLC91-642 は、子どもの年齢が 8 歳、7 歳、5 歳及び 4 歳の事案で、原審が年齢を理由に子どもの意見表明を何ら考慮しないと判示したのに対し、控訴裁判所は、子どもの意見表明も考慮しなければならないとして、第一審判断を覆している。

R v R :Children's Wishes (2000) 25FamLR712 は、二人の子ども（当時 12 歳半、10 歳）の親権に関し、離婚後も母親が有していたが、父親から親権の付与を求める訴訟が提起された事案で、家庭カウンセラーは、当事者および利害関係人に対し、面談し、子どもたちが、母親ではなく、父親と暮らしたい希望を指摘しているが、裁判所は父親ではなく、母親に親権を認めている。裁判所は、子どもの希望を採用しなかった理由を示す必要があるとされている<sup>39)</sup>。

ZN v YH and Child Representative (2002) 29FamLR20; FLC93-101 は、3 人（14 歳、12 歳及び 9 歳の子ども）の子どもが母親と一緒に居住していたが、アメリカ人と結婚したので、現在の夫とアメリカに転居することを希望している。カウンセラーは子どもから聞き取り調査を行い、2 人の年長の兄弟は、アメリカに移住することを希望しているが、最年少の子どもの希望は不明であった。カウンセラーによる報告書が提出されてから、一年後にトライアルが開始されている。トライアル裁判官は、子どもが裁判官との面談を希望するか否かを子どもの代理人を通じて尋ねたところ、全員が面談を希望している。そこで、裁判官は、子どもの代理人を同席させた上で、別々に子どもと面会をしている。

裁判官は、子どもに直接面談をしたのは、報告書に子どもの真の見解を反映していないのではないか、報告書が作成されてから 1 年以上経過しているので、子どもの見解が代わっているかもしれないことを考慮して、面談をしている。

面談において、真ん中の子どもは、アメリカに行くことを希望したが、他の子どもは、アメリカに移住することを最早希望しなかった。そこで、裁判官は、既に証拠調べをしている報告書ではなく、あらたにカウンセラーに子どものカ

---

39) Young, para 9.43.

ウンセリングをした上で報告書の作成を命じている。結局、裁判所は、親の居住場所を変更することよりも子どもの意思を重視し、子ども全員がアメリカではなく、タスマニアにとどまるように命じている。

裁判所は、子どもが表明した意見に関し、カウンセラーの報告書（62条G(2)）、独立の子どもの代理人の選任（68条L）および子どもの両親などからの聞取など裁判所が適切と考慮するその他の方法を採用する（60条CD(2)(c)）。ただし、子どもは意見表明することを強制されない（60条CE）。

カウンセラーは子どもが意見表明することを希望しているか否かを判断し、希望すると考える場合には、報告書に記載しなければならない（62条G(3A)）。カウンセラーの報告書による子どもの意見表明が最も一般的とされている<sup>40)</sup>。

子どもを証人として呼び出すこともできるが、当事者対抗主義をとる裁判手続に子どもを関与させることは、子どもを害するとされている。

### ③現状の維持（status quo）<sup>41)</sup>

実務において従来から最も重視されているのは、現状維持であり、子どもの生活における安定（stability）を促進することが望ましいと推定される。親権における変更に関し、子どもが両親の一方から引き離されること、または一緒に生活している他の子ども、その他の者（祖父母または子どもの親戚を含む）から引き離されることなど子どもの環境が変化することの影響を考慮する必要がある（60条CC(3)(d)）。

児童心理学者間では、子どもの教育には、安定性、継続性が重要であるとされ、判例も現状を害する危険を重視して、すでに一方の親と暮らしており、子どもが現状に満足している場合にあって現状を変更しようとしないとされている<sup>42)</sup>。

しかし、2006年の改正により、面会交流を考慮することが必須となったが、現状に関する考慮はされておらず、実際にも子どもと親との関係は、子どもの

---

40) Young, para9.44

41) Young, paras9.46-9.49.

42) Young, para9.15, 9.46.



最善の利益に反しない限り、子どもと双方の親との関係を将来的にも維持することであり、現状を維持することとは必ずしも両立しないので、現状を維持することの重要性は以前よりも低下しているとされている<sup>43)</sup>。

#### ④兄弟姉妹を分けること<sup>44)</sup>

兄弟姉妹を分けることが子どもの家族の現在の関係及び相互の関係を害するものであるか否かを勘案する必要がある (60 条 CC (3) (d) (ii))。一般に兄弟姉妹<sup>45)</sup>を分けることはお互いに憎しみあったり、年齢が相互に離れている場合および親が兄弟姉妹全員を養育できない場合など特別な事情が存在しない限り、家族法制定以前から望ましいものではないとされている<sup>46)</sup>。

子どもと一方の親とのつながりの強さ<sup>47)</sup>、子どもの意見<sup>48)</sup>などによって、子どもを分けている。

### 三 家庭内暴力と家族法の改正

#### 1 1995 年法改正

1995 年家族法改正では、子どもに対する家庭内暴力を明確に勘案しなければならないと規定しているが、子どもと双方の親との継続的な面会 (60 条 B (2)) を重視しているので、実態調査では、子どもに対する虐待の恐れがある証拠があっても、暴力の程度が過度に高い例外的な事案を除いては、裁判所は、父親の子どもの面会時間を増加するように求めている事案などでは、認める傾向にある<sup>49)</sup>、家庭内暴力は面会を認めない重要な要因であることは認めながら、

43) Young, para 9.49.

44) Young, paras9.50-9.54.

45) 異母兄弟も同様であるとされている (Oakley v Cooper (2009) FamCAFC133)。

46) Barnett v Barnett (1973) 2ALR19.

47) Cattanach and Leavens (1977) 3FamLR11, 276;FLC90-246.

48) Fitzgerald and Robinson (1978) 3FamLN No78;FLC90-401.

49) R Kaspiewne, *Violence in contested Children's Cases: An Empirical Explora-*

性的虐待とは異なり、子どもに対する危害を与えるというよりは、夫婦間の問題であると評価する<sup>50)</sup>、子どもと面会交流するのは、父親の権利であると考えられる者が増加しており、子どもとの面会交流方法も監督付の面会交流、感情を抑制する講座への参加など多様化しているため、裁判所は、家庭内暴力の経歴があったとしても、子どもの面会交流を許可している事案が増加している、と指摘されている<sup>51)</sup>。

## 2 2006年改正

1995年法改正により、判例は、家庭内暴力が認められる事案であっても、子どもと双方の親との面会を重視する傾向にあるため、別居後の子どもに対する双方の親の共同責任を認める2006年改正法の審理過程において、子どもを家庭内暴力から保護する観点よりもさらに子どもと双方の親との面会交流が強調され、家庭内暴力を受けている一方の親が家庭内暴力の事実を明らかにしにくくなるのではないかと懸念が示されている<sup>52)</sup>。

2006年法改正後も家庭内暴力の事案は一般的であるにもかかわらず、当事者はメデイエーションなどを利用する際に家庭内暴力の事実を明らかにしない場合が多く、事件がメデイエーションにふさわしいか、争点は何かなどを判断するのとあわせて、子どもが家庭内暴力の被害になっているかなどを調査しな

---

tion (2005) AJFL LEXIS 5, 77.

50) H Rhoades, R Graycar, and M Harrison, *The Family Law Reform Act 1995: Can Changing Legislation Change Legal Culture, Legal Practice and Community Expectations?*, Interim Report, University of Sydney and Family Court of Australia, Melbourne, 1999, 57.

51) R Graycar and M Harrison, *The Family Law Reform Act 1995: The First Three Years*, Family Court of Australia and University of Sydney, Melbourne, 2001, 74.

52) B Fehlberg et al, *Review of Exposure Draft of the Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Bill 2005* (2005) 19AJFL97; Z Ratus, *Shifting the Gaze: Will Past Violence be Silenced by a Further Shift of the Gaze to the Future under the New Family Law System?* (2007) 21AJFL87.

けれども、実際に家庭内暴力が存在したか否かを判断するのは困難であり、子どもに対して、一方の親の責任を認めるよりも大部分は、双方の親に共同責任が認められていること、子どもを家庭内暴力から保護することよりも子どもに対する双方の親の共同責任を認めることを重視する傾向にあることなどの問題点が指摘されている<sup>53)</sup>。

2006 年法改正後の判例においても、当時 7 歳の娘に対する父親の面会交流が認められるかが問題となった事案で、父親が大麻を常習し、子どもの母親およびほかの子どもの母親に対し、娘の前で暴力をふるっていたのに対し、母親は娘を連れて、タスマニアからシドニーに転居した事案において、Mills v Watson (2008) 39Fam LR52 は、父親による母親の虐待の事実を重視しないで、母親の転居行為によって、父親との面会交流を困難にし、子どもに心理的危害を与え、父親と娘の関係を害していると判断し父親にも母親と同等の親としての責任を認めている。

2012 年の家族法の改正で、家庭内暴力が争点となっている場合に子どもの安全及び保護は、子どもと双方の親との有意義な関係を築いてゆく場合にも配慮されなければならない。

虐待及び家庭内暴力に関する現代的な定義がなされているので、虐待を明らかにし、子どもを保護することが期待されている<sup>54)</sup>。しかし、実際には、子どもに対する性的虐待に関する証人など決定的な証拠が存在せず、性的虐待の事実を認めず、子どもを脅迫したりするため、実際に刑事訴追される事例はほとんど存在しない。他方、母親が子どもの福祉を考えて、性的虐待を主張する場合があるが、父親に対する親権などに関し、母親が手続を自己に有利に進める

---

53) D Higgins and R Kaspiew, *Child Protection and Family Law...Joining in the Dots*, National Child Protection Clearinghouse Issuers Paper No34, 2011, 8; R Kaspiew and M Gray et al, *Evaluation of the 2006 Family Law Reforms*, Australian Institute of Family Studies and Australian Government, Commonwealth of Australia, 2008, 190.

54) Young, para 9.38.

ため、性的虐待を主張する場合があるとされている<sup>55)</sup>。

### 3 近時の家族法改正の動向

2019年に公表されている最終報告書では、子どもの最善の利益として考慮すべき要因が、現行法（60条CC）では、主たる要件と付加的要件に分かれているが、総合的に考慮する必要があるとしている（para 5.45）。

子どもを危害から保護する方が両親と有意義な関係を形成することよりも強調されているが、子どもを危害から保護することに適切に重点がおかれているかに関して、法律専門家か否かを問わず、疑義があること、従来判例も親との面会交流による親と子の関係の維持・再構築をむしろ重視しているとしている（para 5.47）。

子どもの最善の利益として、多種多様な要件を考慮することは、かえって、事件における重要な事項を把握するとは限らず、判断するのに時間も費用がかかるとしている（para 5.51）。

これらの問題点をふまえて、子どもの最善の利益として考慮すべき要件を現行法よりも簡素化することを提案している（para 5.51）。

具体的には、子ども及び子どもの親権者の安全を最優先の要件としている（para 5.55）。次に子どもの意見を重視する。協議書では、裁判手続か裁判外手続であるかを問わず、子どもの意見表明する機会を保障し、子どもの意見を最優先の要件と位置づけていた<sup>56)</sup>。これに対し、最終報告書では、子どもの意見は、基本的に重要であるが、過度に強調することは妥当でないとの立場をとり、最優先ではなく、第2順位に位置づけている（para 5.57）。

現行法のように子どもと親との有意義な関係<sup>57)</sup>を維持するだけでなく（同

---

55) Young, para 9.101

56) Discussion Paper, Para 3.59（提言 3 - 5）. paras 7.31-7.42.

57) R Carson et al, *Children and Young People in Family Law System Experiences and Needs*（Australian Institute of Family Studies, 2018）29-43.

条 CC (2) (a)、祖父母及び兄弟などにも対象を拡げている (para5.61)。

子どもの発展的、心理学的及び感情的ニーズに対応できる親権者の資質も考慮する (para 5.62) ただし、障がい者が不当に差別されないように配慮する (para 5.63)。

最後に、子どもの最善の利益を柔軟に考慮するために関連する事情も考慮する (para 5.65)。

## 四 おわりに

子の最善の利益をめぐる、オーストラリアでは、子どもと親との人的関係を将来的にどのように維持・再構築してゆくかという観点と家庭内暴力事件から子どもをどのように保護するかという観点をどのように調和させるかをめぐって、議論がある。

家庭内暴力、特に子どもが幼少の場合における性的虐待が疑われる事例において、証拠が限られていることなどから極めて立証が困難であることから、面会交流を認めるか否かに関し、判例の立場も分れていることが注目される。積極説は、監督者を付けることにより、子どもを性的虐待の恐れから保護しうることから親と子どもの人的関係を継続して再構築する重要性を強調するのに対し、消極説は、性的虐待に関する決定的な証拠がなくても、子どもが性的虐待にさらされる危険、心理的・感情的な影響を重視している。

たしかに、親と子の人的関係を維持・再構築することは望ましいが、やはり子どもの最善の利益を考えた場合には、面会交流を認めることには慎重になるべきものと考えらる。

