

第8章 豪州

京都大学教授 西谷祐子

I. はじめに

豪州（オーストラリア）は、かつての英国植民地であり、1901年に6つの英国植民地の請願を受けて憲法が制定されたことで、豪州連邦が成立した。豪州連邦は、1942年には英国のウェストミンスター法を受諾し、英国議会から独立した立法機能を取得した。その後、1975年には、豪州連邦控訴裁判所の英国枢密院への上訴権を放棄し、1986年にはオーストラリア法を制定して州裁判判断の上訴権を放棄した結果、英国から完全に独立した司法制度を整備するに至っている。

豪州は、英米法系に属するが、刑事法に関する立法権限は、基本的に連邦ではなく6つの州及び2つの準州に属している。そのうち、5つの州・準州は当初から成文法主義によっていた（クイーンズランド州〔1899年に豪州で最初の刑法典を制定、1995年改正〕、ウェスタン・オーストラリア州〔クイーンズランドと同じ刑法典を1902年に制定、1913年改正〕、タスマニア州〔両州をモデルとした刑法典を1924年に制定〕、オーストラリア首府特別区、北部準州）。他方、他の3つの州（ニュー・サウス・ウェールズ州、サウス・オーストラリア州、ヴィクトリア州）においては、英国（イングランド・ウェールズ）の強い影響を受けており、当初は判例法主義によっていたが、次第に制定法上の準則が主たる法源となり、様々な制定法に刑罰規定が置かれるようになった。近時は、重大犯罪に関する規定を整備する形で、一つの法律に規定をまとめる傾向が見られる¹。

豪州の刑法は、形式面だけではなく内容面でも、州・準州ごとに区々に分かれてきた。近時は、次第に連邦刑法が規律する領域も拡大し、重要性を増しているため（ただし豪州憲法²51条が定める事項として租税、国家の安全保障、関税等に限定されている）、豪州全土で刑法を統一すべきであると議論されてきた。1995年には、豪州連邦法として「刑法典」(Criminal Code Act 1995)が制定されている。もっとも、これは包括的な法典というよりは、それに向けた第一歩として、刑罰規定をもつ様々な連邦法（最も重要なのは1914年の犯罪法〔Crimes Act 1914〕）の解釈適用を平準化することを目的としたものととどまっている³。

¹ Crimes Act 1958 (Vic); Crimes Act 1990 (NSW); Criminal Law Consolidation Act 1935 (SA). 詳細は、Louis Waller/Bob Williams, *Criminal Law. Text and Cases* (11th ed., LexisNexis Butterworths 2009), para. 1.9 参照。

² Commonwealth of Australia Constitution Act [9 July 1900] s. 51.

³ Waller/Williams, *supra* note 1, para. 1.9. 豪州における法統一を推進するため、刑法専門家委員会（現在は、モデル刑法専門家委員会）は、モデル法として刑事責任の基本原則について定める「刑法典」(Criminal Code)を採択した。もっとも、このモデル刑法典は解釈及び運用に関する一般原則を定めるにとどまっているうえ、現時点でこのモデル刑法典を採用しているのは、オーストラリア首府特別区のほか、北部準州がその一部を取り込んでいるに過ぎない。クイーンズランド州、タスマニア州、及びウェスタン・オーストラリア州も、各々独自の各々体系的な成文法をもつものの、内容的にモデル刑法典とは異なっている。このように当初の楽観的な見方に反して、近い将来、すべての州・準州がこのモデル刑法典を採用する可能性はきわめて低いとされている。Thomas Crofts/Kelley Burton/Ross Martin/Toby Nisbet/Stella Tarrant, *The criminal codes: commentary and materials* (7th ed., Thomson Reuters 2018), para.1.20.

このような状況から、子の連れ去りに関する処罰についても、基本的には各々の州・準州の刑法によって規律されている。それゆえ、以下では、最初にクイーンズランド州の制定法を中心に子の連れ去りに関する犯罪類型について検討を行い、他の州・準州の制定法及び判例等も踏まえながら、州法・準州法上の拐取罪及び奪取罪について論ずることとする（II）。

その一方で、注目すべきことに、豪州では、連邦法としての1975年家族法（Family Law Act 1975）が2018年に改正されており（Civil Law and Justice Legislation Amendment Act 2018）、同65Y～65ZB条において、子の豪州国外への連れ去りのみならず、子を豪州国外において留置する行為も処罰の対象（3年以下の拘禁）とされるに至っている。これは、特に1980年「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」（以下、「子奪取条約」という）のアウトゴーイング事案について重要な意味をもつ。豪州は、子の豪州国外への連れ去り又は豪州国外での留置について刑事責任を科すことで、このような行為を予防し、子どもの権利条約、自由権規約等の人権条約及び子奪取条約上の義務を果たすことを目的としている。また、実効的に刑事責任を科すことができるように、豪州連邦法上の措置を整備しても、州法又は準州法に基づく子の連れ去りの予防措置、又は連れ去り行為に対する処罰を何ら妨げないことを明記している（65ZD条）（III）。

以上の州法・準州法及び連邦上の刑罰規定を踏まえて、子奪取条約との関係でどのような問題が生じているかについて、検討を加えることとする（IV）。

なお、本報告書の執筆にあたって、オーストラリア家庭裁判所・元主席裁判官として高い見識をもち、国際家族法にも造詣の深いジョン・パスコー氏に貴重な情報提供をしていただいた。記して御礼申し上げる。

II. 州法上の犯罪類型

1. クイーンズランド州法

クイーンズランドは、前述のとおり、豪州の中で最も早く刑事法に関する制定法を整備した州である。子の連れ去りに関しては、クイーンズランド州刑法363条に児童盗取罪（child-stealing）、363A条に児童奪取罪の規定が置かれているほか、性交等の不道德な目的による児童の奪取については、219条の規定があり、刑罰が加重されている。一般的な犯罪類型として、354条に拐取罪、354A条に身代金目的の奪取の罪の規定が設けられている。そのほか364条に児童虐待罪、364A条に児童放置罪が規定されている。

以下では、特に重要であると思われる363条の児童盗取罪及び363A条の児童奪取罪について検討を加え、他の犯罪類型と比較検討することとする。

(a) 児童盗取罪

クイーンズランド州刑法363条は、児童盗取罪について次のように規定している。

363条 児童盗取の罪

(1) 親、後見人（guardian）、その他の16歳未満の児童について法的な監護養育もしくは責任を負う者から、児童の占有を奪うことを目的として、又は児童本人に関わるもしくは帰属するものを盗取することを目的として、

(a) 威力もしくは欺罔を用いて児童を連れ去り、誘い出し、又は留置する者、あるいは、

(b) 児童がそのように連れ去られ、誘い出され、又は留置されていることを知りながら、児童を引き取り、又はかくまう者

は、犯罪をするもので、7年以下の拘禁に処する。

(2) 被告人が子を占有する権利をもつと正当に (in good faith) 考えていたと証明しえた場合には、本条に定めるいずれの犯罪についても抗弁事由となる。また、父母が子の懐胎時にもその後も婚姻しておらず、子と養子縁組もしていないときには、被告人が母であること、又は父であると正当に考えていたことを証明し得た場合も同様である。

(3) 本条においては、

「同等の親子関係命令」とは、他邦の裁判所の命令であって、2010年代理懐胎法と同様に親子関係命令を含むものを指す。

「親」には、

(a) クイーンズランド又は他邦において法的に養子縁組がなされた子については、その子を養子とした親、又は

(b) 2010年代理懐胎法に基づく親子関係命令又は同等の親子関係命令によって、親の地位を移転された子⁴については、当該命令によってその子の親とされた者が含まれるが、子の実親は含まれない。

本条が対象とする実行行為は、親もしくは後見人等から16歳未満の児童の占有を奪うことを目的として、児童を威力もしくは欺罔を用いて連れ去り、誘い出し又は留置すること、及びそのような事情のある児童であると知りながら、その児童を引き取り又はかくまうことである。児童の場所的な移動を伴うことが前提とされている。本罪の実行行為の要素は、クイーンズランド刑法154条の拐取罪に準じて定められている⁵。威力もしくは欺罔の行使は、子に対してであっても、親又は後見人に対してであってもよい。また、親から児童の占有を奪うという意図は、継続して存在していなくてもよいとされている。ニュージーランドの古い裁判例においては、父が母を相手として、裁判所に人身保護請求をして子を引き渡すように求めたところ、棄却された後に、威力を用いて子を連れ去った場合には、違法であると判断された例があり⁶、クイーンズランド刑法の解説書でも引用されている⁷。

本条の客体については、16歳未満の児童に限定されている。他方、本条の主体については限定が付されていないため、児童の親や祖父母、親族その他の第三者も対象になると解されている。実際に、実務においても、別居している両親間での子の奪い合い事件について本罪の成立が問題となることが多い。しかし、裁判所も学説も、一般的な政策論として、子の監護養育及び監督に

⁴ 2010年クイーンズランド代理懐胎法 (Surrogacy Act 2010) 20条以下によれば、代理懐胎によって出生した子について、出生時には代理母 (及びその夫) を法律上の親としたうえで、依頼者親が子の出生後、28日以上6ヶ月未満の間に裁判所に親子関係命令を申し立て、それが認容されれば、依頼者親に親としての法的地位が移転する扱いとなっている。

⁵ Andreas Schloenhardt, *Queensland Criminal Law* (3rd ed., Oxford University Press, 2013), para. 9.3.2.2.

⁶ *R v Mikklesen* (1912) 31 NZLR 1261.

⁷ M J Shanahan/P E Smith/S Ryan, *Carter's Criminal Law of Queensland* (17th ed., LexisNexis Butterworth Australia, 2009), pp. 516 f.

関する裁判所の命令に違反して親同士の間で行われる子の奪い合いについては、刑事法上処罰するのではなく、民事法上の強制執行の手段としての法廷侮辱（contempt of court）によって対応するのが望ましいとしている。これは、刑事法上の処罰は、親と子の交流を保ち、その関係を尊重するとともに、親同士の関係を維持するのに不向きであるとの共通理解に基づいている⁸。そして、ごく例外的に、一方の親の行為の悪性があまりに強く、一般的な常識人が躊躇なく犯罪に当たると考えるような行為についてのみ、本罪の成立を認めるべきであるとされている⁹。

本罪の抗弁としては、被告人が児童を占有する権利をもつと正当に（in good faith）考えていたと証明しえた場合には成立する。被告人が、親又は後見人が同意していると誤認していた場合などがそれに該当する。他方、児童が自ら同意をしても、本罪の成立には影響しない¹⁰。

本罪が成立すれば、7年以下の拘禁に処される。1996年の*R v Butler*事件¹¹においては、被告人が11歳の少女を連れ去った後、性的暴行を加えたもので、原審が児童盗取罪に加えて6年の拘禁を命じたのを相当とし、控訴が棄却されている。なお、性交等の不道德な目的のために16歳未満の児童を連れ去った場合については、クイーンズランド刑法219条に規定があり、児童が12歳以上であれば10年以下の拘禁、児童が12歳未満であれば無期又は14年以下の拘禁に処され、刑罰が加重されている。

(b) 児童奪取罪

クイーンズランド刑法 363A 条は、児童奪取罪について次のように規定している。

刑法363A条 16歳未満の児童の奪取の罪

- (1) 未婚の16歳未満の児童を、違法に児童の父もしくは母、又はその他の児童に対する法的な監護養育もしくは責任を負う者による監護もしくは保護の下から、父もしくは母又はその他の者の意図に反して連れ去る者は、犯罪をするもので、7年以下の拘禁に処する。
- (2) 行為者が、児童が16歳又はそれ以上であると信じていたことは関係しない。
- (3) 児童が、その同意又は提案に基づいて連れ去られたことは関係しない。

本条が対象とする実行行為は、父母もしくは児童に対する監護養育もしくは責任を負う者の意思に反して、父母その他の者の監護又は保護の下から、未婚の16歳未満の児童を違法に連れ去ることである。児童の場所的な移動を伴うこと、及び父母その他の下の占有を奪ったことが前提とされている。本罪は、児童が連れ去られた時点で、児童の物理的占有が他の者の下にあった場合（児童が母の占有下になかった場合）にも成立する¹²。具体的な児童の連れ去りの態様が本罪の実行行為に当たるか否かは、事実関係及び悪性の程度による¹³。児童の占有を奪ったというためには、被告人が、何らかの方法で児童を父又は母の下から引き離したこと、又は児童の引離しを計画し、もしくはそれに積極的に関与したことが必要とされる。親がもし事前に知っていたなら

⁸ Schloenhardt, *supra* note 5, para. 9.3.2.2.

⁹ *Carter's Criminal Law of Queensland*, *supra* note 7, p. 517.

¹⁰ Schloenhardt, *supra* note 5, para. 9.3.2.2.

¹¹ *R v Butler* [1996] QCA 264.

¹² *R v Beble* [1979] Qd R 278.

¹³ ニュージーランドの事件であるが、被告人が車内で十分な距離を取ったうえで少女を連れて行き、7日間にわたって同行させたものとして、*R v Smith* [1970] NZLR 1057 参照。

ば同意していなかったと想定される場合には、児童がその親の意思に反して連れ去られたものと推定される。被告人が児童を説得し、自宅から連れ去るまでの間に一定の時間が経過することもあるほか、被告人が自ら児童の引離しを実行していなくても本罪は成立する。また、本罪の連れ去りは、一時的なものでも足り（挙式や同居を目的とする場合など）、継続していなくてもよい。

本条の主体は限定されておらず、親その他の親族のほか、第三者も対象となる。本条の客体は、未婚の16歳未満の児童に限定されている。条文上は、男子も女子も含む文言となっており、実際に男児の連れ去りが問題となった事案もあるが、圧倒的に多いのは少女の連れ去りである。

本罪の抗弁については、行為者が、児童が16歳又はそれ以上であると信じていても、抗弁事由とならない。また、本条が対象とする16歳未満の児童は、判断能力が不十分であるため、児童が連れ去りに同意していても、また連れ去りが児童の提案に基づくものであっても、抗弁事由にならず、本罪は成立する。

本罪が成立すれば、7年以下の拘禁に処される。1997年の *R v Weldon* 事件¹⁴は、14歳の男児がその両親の監護から引き離されて連れ去られ、10ヶ月以上も両親との接触を断たれていた事件であった。控訴院は、この種の犯罪としては最も邪悪なものと思われると述べており、被告人を2年の拘禁に処するとした原審の判断を維持した。

2. ヴィクトリア州

ヴィクトリア刑法は、1958年9月30日に制定され、1959年4月1日に施行された¹⁵。ヴィクトリア州においては、2016年に性犯罪に関する大規模な法改正が行われており、児童に対する性犯罪、児童ポルノ、近親相姦などが厳罰化され、現代的技術にも対応した準則となっている¹⁶。

(a) 児童盗取罪

ヴィクトリア刑法63条は、児童盗取罪（child stealing）について定めている。本条は、1991年及び1997年に改正されており¹⁷、現在は次のように規定している。

(1) 親、後見人その他の子の法的監護をもつ者もしくは子に対する責任を負う者から子の占有を奪う意図をもって、又はその子の財産もしくは身体の自由を奪う意図をもって、威力もしくは偽計を用いて、16歳未満の子を誘導する、連れ去る、おびき出す、誘い出す、もしくは留置する者、あるいはこれらの意図をもって、その子が威力もしくは偽計を用いて誘導され、連れ去られ、おびき出され、もしくは誘い出されたことを知りながら、子を引き取る又は隠す者は、告発によって処罰され、第6段階の自由刑（5年以下の拘禁）に処される。

子を占有する権利をもつと主張する者、又は非嫡出子の母もしくは父であると主張する者は、子の法的監護をもつ者もしくは子に対する責任を負う者から子の占有を奪う又はその占有から子を連れ去ることで、本項又は次項に従って処罰されない。

¹⁴ *R v Weldon* (QCA, 30 October 1997, unreported); see *Carter's Criminal Law of Queensland*, supra note 7, p. 518.

¹⁵ ヴィクトリア州の刑法典（Crimes Act 1958, Government Gazette 18 March 1959 page 892）。現行ヴィクトリア州法については、www.legislation.vic.gov.au 参照。

¹⁶ 詳細は、<https://www.justice.vic.gov.au/justice-system/laws-and-regulation/criminal-law> 参照。

¹⁷ S. 63(1) amended by Nos 9576 s. 11(1), 49/1991 s. 119(1) (Sch. 2 item 30(a)(b)), 48/1997 s. 60(1)(Sch. 1 item 39(a)(b)); Pt 1 Div. 1 Subdiv. (9A) (Heading and s. 63A) inserted by No. 6731 s. 2(2).

(2) 親、後見人その他の子の法的監護をもつ者もしくは子に対する責任を負う者の占有を奪い、その意思に反する形で、16歳未満の子を連れ去り、おびき出し、もしくは誘い出す者は、告発によって処罰され、第6段階の自由刑（5年以下の拘禁）に処される。

ヴィクトリア刑法 63 条 1 項 2 文は、子を占有する権利をもつと主張する者、非嫡出子の母又は父であると主張する者による子の連れ去り等は、児童盗取罪に当たらないことを明記している。これは、監護権の帰属を争っている両親の間でなされた子どもの連れ去り等は、処罰されないことを意味すると思われ、児童盗取罪が成立する範囲を相当限定する効果をもつと解される。

(b) 奪取罪

ヴィクトリア刑法 63A 条は、2016 年改正によって新たに置かれた規定である¹⁸。同条は、成年者も未成年者も対象とする形で、奪取罪（kidnapping）について次のように規定している。

被拘束者又は他の者から、返還又は解放のための身代金を取る目的で、又は被拘束者を留置することによって（その原因如何を問わず）利益を得る目的で、その被拘束者を連れ去り、誘い出し、又は留置する者は、現実にそのような要求又は威嚇がなされたか否かにかかわらず、告発によって第2段階の自由刑（25年以下の拘禁）に処される。

3. その他の州及び準州

クイーンズランド州及びヴィクトリア州のほか、ニュー・サウス・ウェールズ刑法 87 条にも、児童奪取罪に関する規定がある。それによれば、対象となる児童は 12 歳未満の子であり、他の州法が 16 歳未満の子とを対象としているのと比較して、基準年齢が低い。また、罰則は 10 年以下の拘禁となっている¹⁹。

また、ウェスタン・オーストラリア刑法 343 条～344 条においても、クリーンズランド州及びヴィクトリア州と同様の児童盗取罪に関する規定がある。しかもクイーンズランド州法上は罰則が 7 年以下の拘禁、ヴィクトリア州法上は 5 年以下の拘禁にとどまるのに対して、ウェスタン・

¹⁸ S. 63A inserted by No. 65/2016 s. 20(18).

¹⁹ ニュー・サウス・ウェールズ刑法（Crimes Act 1900）87 条は、次のように定めている。

【87 Child abduction】

“(1) A person who takes or detains a child with the intention of removing or keeping the child from the lawful control of any person having parental responsibility for the child, without the consent of that person, is liable to imprisonment for 10 years.

(2) A person who takes or detains a child with the intention of stealing from the child is liable to imprisonment for 10 years.

(3) In this section--

“child” means a child under the age of 12 years.

“detaining a child” includes causing the child to remain where he or she is.

“taking a child” includes causing the child to accompany a person and causing the child to be taken.

(4) In this section, a reference to a person who has parental responsibility for a child is a reference to--

(a) a person who has, in relation to a child, all the duties, powers, responsibilities and authority that, by law, parents have in relation to their children, or

(b) a person authorised to be the carer of the child under an Act relating to the care and protection of children.”

オーストラリア州刑法 343 条では 20 年以下の拘禁となっており、重い刑罰が科せられうることは特筆される²⁰。

Ⅲ. 1975 年家族法上の規定

1. 総説

豪州の連邦法としての 1975 年家族法 65Y 条～65ZAA 条は、子の豪州国外への連れ去り又は留置を処罰する規定を置いている。そのうち 65Y～65ZB 条は、2018 年に改正されている。2018

²⁰ ウェスタン・オーストラリア刑法（Criminal Code Act Compilation Act 1913）343～344 条は、次のように定めている。

【343. Child stealing】

“Any person who, with intent to deprive any parent, guardian, or other person who has the lawful care or charge of a child under the age of 16 years, of the possession of such child, or with intent to steal any article upon or about the person of any such child —

- (1) Forcibly or fraudulently takes or entices away, or detains the child; or
 - (2) Receives or harbours the child, knowing it to have been so taken or enticed away or detained;
- is guilty of a crime, and is liable to imprisonment for 20 years.

Alternative offence for a charge of an offence under paragraph (1): an offence under paragraph (2).

It is a defence to a charge of any of the offences defined in this section to prove that the accused person claimed a right to the possession of the child, or, in the case of an illegitimate child, is its mother or claimed to be its father or parent under section 6A of the Artificial Conception Act 1985.” [Section 343 amended: No. 25 of 1960 s. 3; No. 118 of 1981 s. 4; No. 51 of 1992 s. 16(2); No. 3 of 2002 s. 43; No. 70 of 2004 s. 36(7)].

【343A. Publication of report of child stealing unlawful unless approved】

“(1) Any person who —

- (a) prints or publishes any report of an offence committed or alleged to have been committed under section 343 of this Code in any newspaper or other periodical, radio broadcast or telecast; or
- (b) so prints or so publishes any matter that has reference to the commission of the offence or the allegation that the offence has been committed; or
- (c) transmits any such report or matter to any person for the purpose of it being so printed or so published, before the expiration of 7 days from the date on which the offence was committed or alleged to have been committed or before the child in respect of whom the offence was committed or alleged to have been committed, is returned to the parent, guardian, or other person who has the lawful care or charge of the child, whichever event first happens, without the report or matter being first approved by the Commissioner of Police of the State is guilty of an offence and is liable to imprisonment for 12 months and a fine of \$12 000.

(2) In this section the term periodical includes any review, magazine, or other writing or print published periodically.

(3) A prosecution for any of the offences defined in this section shall not be commenced unless authorised by the Attorney General in writing.” [Section 343A inserted: No. 25 of 1960 s. 4; amended: No. 113 of 1965 s. 8; No. 73 of 1994 s. 4; No. 70 of 2004 s. 35(9).]

【344. Deserting child under 16】

“Any person who, being the parent of a child under the age of 16 years, and being able to maintain such child, wilfully and without lawful or reasonable cause deserts the child and leaves it without means of support, is guilty of a crime, and is liable to imprisonment for one year.” [Section 344 amended: No. 70 of 2004 s. 34(1).]

年改正前は、豪州から国外への子の奪取を処罰する規定は存在していたが（65Y条）²¹、豪州から子を外国に連れて行く権限をもつ親が外国において子を留置していることを処罰する規定はなく、民事上の返還義務を課せられるに過ぎなかった。この点を補うために、65YA条及び65ZAA条が新設されたほか、他の条文にも必要な修正が施されている（詳細は、以下の3参照）。罰則は、いずれも3年以下の拘禁である。

2. 家族法 65Y条～65ZAA条の内容

豪州の連邦法としての1975年家族法65Y条～65ZAA条は、子の豪州国外への連れ去り又は留置を処罰する規定を置いており、次のように定めている（65条ZA条及び65ZB条は、子の豪州国外への連れ去りを防止するための特則として、航空機又は船舶の所有者等に監督義務を課すもので、以下の本文中で紹介する）。

65Y条 養育命令が下された場合の義務：子を豪州国外に連れて行く又は送り出すこと

- (1) 以下の要件が満たされる場合には、その者は、犯罪をしたものとする。すなわち、
- (a) 本節の規定が適用される養育命令が、子について効力をもっていること、
 - (b) その者が子を豪州から豪州国外の場所に連れて行く又は送り出すこと、そして
 - (c) 子が豪州から豪州国外の場所に連れて行かれる又は送り出されるに際して、
 - (i) 養育命令によって監護権を得た者全員の書面（必要な認証を得たもの）による合意を得ていないこと
 - (ii) 養育命令と同時に又はその後の下された、本章又は州・準州の法律に基づく裁判所の命令に違反するものであること、そして、
 - (d) その者が、
 - (i) 養育命令が下された裁判手続の当事者であるもしくは当事者であったこと、又は
 - (ii) その者が、養育命令が下された裁判手続の当事者であるもしくは当事者であった者を代理して、又はその依頼で行為していること、である。

罰則は、3年以下の拘禁である。

- (2) 1項の規定は、次の場合には適用されない。すなわち、
- (a) その者（裁判手続の当事者である又はあったか否かを問わない）が、家族間の暴力を防ぐために必要であると信じているために、子を豪州から豪州国外の場所に連れて行った又は送り出したとき、又は、
 - (b) その行為が、本人が理解する状況の下では合理的なものであったとき、である。

65YA条 養育命令が下された場合の義務：子を豪州国外において留置すること

- (1) 以下の要件が満たされる場合には、その者は、犯罪をしたものとする。すなわち、
- (a) 本節の規定が適用される養育命令が、子について効力をもっていること、
 - (b) 養育命令が下された裁判手続の当事者であった者によって又はその代理人によって、子が豪州から豪州国外の場所に連れて行かれた又は送り出された場合であって、

²¹ 従前は、1975年家族法70A条として規定されていた。

- (i) 養育命令によって監護権を得た者全員の書面（必要な認証を得たもの）による合意を得ていたこと、又は
 - (ii) 養育命令と同時に又はその後の下された、本章又は州・準州の法律に基づく裁判所の命令を遵守していること、そして、
- (c) その者（b号にいう子連れで行った又は送り出した者であるか否かは問わない）がb号に定める合意又は裁判所の命令に違反して、子を豪州国外で留置していること、そして、
- (d) その者が、
- (i) 養育命令が下された裁判手続の当事者であったこと、又は
 - (ii) その者が、そのような当事者を代理して、又はその依頼で子を留置していること、である。

罰則は、3年以下の拘禁である。

(2) 1項の規定は、次の場合には適用されない。すなわち、

- (a) その者（裁判手続の当事者である又はあったか否かを問わない）が、家族間の暴力を防ぐために必要であると信じているために、1項c号が定めるように子を留置しているとき、又は、
- (b) その行為が、本人が理解する状況の下では合理的なものであるとき、である。

65Z 養育命令のための裁判手続が係属しているときの義務：子を豪州国外に連れて行く又は送り出すこと

(1) 以下の要件が満たされる場合には、その者は、犯罪をしたものとする。すなわち、

- (a) 本節の規定が適用される子に関する養育命令を下すための裁判手続（第7章の裁判手続）が係属していること、
- (b) その者が子を豪州から豪州国外の場所に連れて行く又は送り出すこと、
- (c) 子が豪州から豪州国外に連れて行かれる又は送り出されるに際して
 - (i) 第7章の裁判手続の当事者全員の書面（必要な認証を得たもの）による合意を得ていないこと、
 - (ii) 第7章の裁判手続開始後に裁判所が下した、本章又は州・準州の法律に基づく命令に違反するものであること、そして、
- (d) その者が、
 - (i) 第7章の裁判手続の当事者であること、又は
 - (ii) 第7章の裁判手続の当事者を代理して、もしくはその依頼で行為していること、である。

罰則は、3年以下の拘禁である。

(2) 1項の規定は、次の場合には適用されない。すなわち、

- (a) その者（第7章の裁判手続の当事者であるか否かを問わない）が、家族間の暴力を防ぐために必要であると信じているために、子を豪州から豪州国外の場所に連れて行くもしくは送り出すとき、又は、
- (b) その行為が、本人が理解する状況の下では合理的なものであるとき、である。

65ZAA 条 養育命令に関する裁判手続が係属中であるときの義務：子を豪州国外で留置すること

- (1) 以下の要件が満たされる場合には、その者は、犯罪をしたものとする。すなわち、
- (a) 本節の規定が適用される子に関する養育命令を下すための裁判手続（第7章の裁判手続）が係属していること、
 - (b) 第7章の裁判手続の当事者又はその代理人によって、子が豪州から豪州国外の場所に連れて行かれた又は送り出された場合であって、
 - (i) 第7章の裁判手続の当事者全員の書面（必要な認証を得たもの）による合意を得ていたこと、又は
 - (ii) 第7章の裁判手続開始後に裁判所が下した、本章又は州・準州の法律に基づく命令を遵守していること、そして、
 - (c) その者が（b号にいう子を連れて行った又は送り出した者であるか否かは問わない）、b号に定める合意又は裁判所の命令に違反して、子を豪州国外で留置していること、そして、
 - (d) その者が、第7章の裁判手続の当事者であること、又はその当事者を代理して、もしくはその依頼で子を留置していること、である。
- 罰則は、3年以下の拘禁である。
- (2) 1項の規定は、次の場合には適用されない。すなわち、
- (a) その者（第7章の裁判手続の当事者であるか否かを問わない）が、家族間の暴力を防ぐために必要であると信じているために、子を豪州国外の場所で留置していること、又は、
 - (b) その行為が、本人が理解する状況の下では合理的なものであるとき、である。

3. 家族法 65Y 条～65ZAA 条の意義

家族法 65Y 条～65ZB 条に定める犯罪行為については、場所的適用範囲が拡張されており（連邦刑法（Criminal Code Act 1995）15.4 条）、D 類型として国外犯も処罰の対象となる（家族法 65ZE 条）。また、連邦刑法（Criminal Code Act 1995）における補充的規定は、11.1 条（未遂）を含めて適用される。

家族法 65Y 条及び 65YA 条は、養育命令が下された場合に子を豪州国外に連れ去る行為又は豪州国外において留置する行為を対象とし、同 65Z 条及び 65ZAA 条は、養育命令に関する裁判手続が係属中に子を豪州国外に連れ去る行為又は豪州国外において留置する行為を対象としている。「連れ去り」は、子を豪州国外に連れ去る行為自体が、監護者の同意を得ておらず、また裁判所の養育命令その他の命令に反することを指す。他方、「留置」は、子を豪州国外に連れて行くこと自体は合法的であるが、その後子を返還せず、子を引き留めていることが監護者の同意又は裁判所の養育命令その他の命令に反することを指す。この「連れ去り」及び「留置」の概念は、基本的に子奪取条約 3 条に合致するといえよう²²。ただし、連邦家族法のこれらの規定が裁

²² 子奪取条約の解釈、並びに日本及び諸外国における運用については、西谷祐子「子奪取条約の運用に関する比較法的検討」ケース研究 329 号（2017 年）4-68 頁及び同「日本における子奪取条約の運用と近時の動向について」家庭の法と裁判 26 号（2020 年）48-61 頁ほか参照。

判所による命令を前提としているのに対して、子奪取条約上の「監護の権利」は、裁判所の命令によらずに法律上の原因に基づく親権者・監護者等の監護養育権も含んでいるため、射程が広いと思われる。

家族法 65Y 条・65YA 条・65Z 条・65ZAA 条の各 2 項における抗弁事由としては、被告人が家族間の暴力 (DV) を防ぐために必要であることと信じていること、及びその行為が、本人が理解する状況の下では合理的なものであることが挙げられている。この抗弁事由は、英国及びカナダよりも広く、ニュージーランド法上の権利者抗弁に比肩しうるものと解される (後述参照)。それに対して、子が自ら同意したことは、抗弁事由にならない。いずれも抗弁については、被告人が証明責任を負う (連邦刑法 13.3 条 3 項)。

家族法 65Y 条・65YA 条・65Z 条・65ZAA 条が成立すれば、法定刑はいずれも 3 年以下の拘禁とされている。

4. 2018 年改正

上述のとおり、家族法 65YA 条及び 65ZAA 条は 2018 年に新設されたもので、次の点が立法理由として挙げられている²³。

新家族法 65YA 条及び 65ZAA 条によれば、子を豪州国外で留置する行為であって、①すでに親責任決定が下されている場合に、その親責任決定に違反して、もしくは当事者全員の書面による合意を得ることなく留置する行為、又は②親責任事件が係属中である場合に、当事者全員の書面による合意を得ることなく、もしくは裁判所の決定に違反して留置する行為は、処罰される。これは、子を豪州から国外へと奪取する行為を処罰する現行規定を補うもので、子奪取条約上の返還申立権者——子奪取条約 6 条の意味での連邦、州又は準州の中央当局を含む——も所在確定命令を利用できるようになる利点があるという。

もとより親による国際的な子の奪取は、一般に両親の間での民事法上の問題である。しかし、豪州政府は、子が豪州から不法に連れて行かれた先の国が締約国であろうと非締約国であろうと、子どもの権利条約及び子奪取条約双方を遵守する義務を負っている。しかも、子の不法な連れ去りや留置は、誰がそれを行う場合でもどの国に連れて行かれる場合でも、子の福祉に重大かつ長期的な影響を与える。そこで、新規定は、子を豪州外において不法に留置する行為を抑止することを目的として、子を留置する者が誰であっても——豪州国籍者であるか否か、又は豪州居住者であるか否かを問わず——、その者を処罰すると定めている。また、子が連れ去られ又は留置されている先の国の如何を問わず、適用対象としている。

本改正によって、豪州は、子の利益を守り、子の権利を実効的に保護することができ、子どもの権利条約 11 条²⁴の義務を果たすことができる。また、豪州政府は、刑事責任に関する規定を整備し、子奪取条約上の運用上も所在確定命令を利用できるようにすることで、子奪取条約上の

²³ The Parliament of the Commonwealth of Australia – Senate, Civil Law and Justice Legislation Amendment Bill 2017: Explanatory Memorandum (available at: https://www.apf.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=s1057).

²⁴ 子どもの権利条約 11 条は、親による国際的な子の奪取を念頭に置いて、子どもの不法な国外への移送を防止し、国外から帰還できない事態を除去するための措置を講ずるよう定めている。

義務を果たすことができ、自由権規約 6・9 条（身体の自由・安全の権利）及び 7 条（拷問されない権利）、並びに拷問禁止条約にかなう措置をとることができる。また、本改正は、合理的で相当性の原則を満たすもので、逮捕権限も適切かつ相当な範囲に限定されている²⁵。それによって、必要最小限の範囲でのみ刑罰を科すという目的を達成できる（自由権規約 15 条）という。

なお、本改正によって、裁判所の決定に違反して又は当事者全員の書面による合意を得ることなく、子を豪州国外で留置する行為をする者は処罰される。この刑事責任は、本法の施行前に子を豪州外に連れて行った親にも適用され、その限りで遡及効をもつ。ただし、本法は、あくまでその施行日に又は施行日以後に開始された留置にのみ適用されるため、「刑罰不遡及の原則」には違反しないとされている。

5. 航空機及び船舶の所有者等に関する特則

家族法 65ZA 条及び 65ZB 条は、子の不法な連れ去りを防止するために、特に豪州国外へと運行する航空機又は船舶の所有者等（船長・機長、所有者、備船者・備機者）に対して一定の行為を義務付けており、それに違反した場合には処罰するとしている。すなわち、65ZA 条は、すでに養育命令が下されており、監護権を取得した者がいる場合を対象としている。そして、航空機又は船舶の所有者等が、①乗船日・搭乗日の 7 日以上前までに監護者の宣言を得ておらず、②子が監護者とともにもしくはその書面による同意を得て搭乗・乗船しているのでも、裁判所の命令に従って搭乗・乗船しているのでもないのに、③子が豪州国外に運行する航空機又は船舶に搭乗・乗船することを許可した場合には、60 処罰単位（penalty unit）によって処罰されると規定している。また、65ZB 条は、養育命令に関する裁判手続が係属中である場合を対象としている。そして、監護者が第 7 章の裁判手続について通知したにもかかわらず、①～③の行為を行った場合には、同じく 60 処罰単位によって処罰されると規定している。ただし、65ZA 条及び 65ZB 条のいずれの場合にも、航空機又は船舶の所有者等に合理的な免責事由（reasonable excuse）がある場合には、抗弁が認められる。65ZA 条及び 65ZB 条の場合にも免責事由に関する証明責任は被告が負う。

IV. 子奪取条約との関係

子奪取条約は、1987 年 1 月 1 日に豪州について発効した²⁶。豪州においては、子奪取条約の実施のために国内法が制定されており、1975 年家族法 111B 条（Section 111B Family Law Act 1975）及び 1986 年家族法（子奪取条約）規則に関連する規定が置かれている。豪州における運用の特徴

²⁵ すなわち、①1975 年家族法典によって権限を付与された者、たとえば警察官や家庭裁判所執行官（marshal）だけが逮捕権限をもつこととし、裁判所の通常の逮捕権限を大幅に制限していること、②逮捕権限をもつ者は、逮捕をしたり、又は被逮捕者の逃亡を防いだりするのに必要かつ合理的な範囲でしか権限を行使してはならないこと、③逮捕する者は、人の生命を守り、重大な傷害を防ぐのに必要であると信ずるのでないかぎり、人の死又は重大な身体への害悪をもたらす行為をしてはならないこと、④逮捕する者は、被逮捕者が所在していると合理的に信ずる場所のみ、しかも必要最低限の威力だけを用いて、立ち入ることとされている。逮捕する者が、これらの制限に従わず、必要以上の威力を用いた場合には、処罰される。

²⁶ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> 参照。

として、連邦中央当局が申立てを受理した後、各州の中央当局が（外国に残された親（left-behind parent [LBP]）の名においてではなく）自己の名において、裁判所に子の返還申立てをする扱いとなっている。これは、申立人の利益を代表するというよりも、豪州が締約国として子奪取条約上の義務を履行するために行うものである（もとより LBP は、中央当局への援助申請を行うことなく、自ら裁判所に子の返還を申し立ててもよい）。子の返還申立事件の職分管轄及び土地管轄は集中されており、全国でオーストラリア家庭裁判所（Family Court of Australia）及びウェスタン・オーストラリア家庭裁判所（Family Court of Western Australia）だけが扱っている。子の返還申立事件の担当裁判官は、上訴審も含めて、約 38 名である²⁷。

豪州の 1975 年家族法においては、両親の婚姻如何にかかわらず（未婚及び離婚後も含めて）、ほぼ例外なく両親の共同親権となる。裁判所から養育命令（parenting order）が出されて、子の同居者の指定、子が各々の親と過ごす時間の配分、面会交流等が決定されている場合、又は裁判所において養育命令事件が係属中である場合には、一方の親が他方の親の書面による同意や裁判所の許可なく子を国外へ連れ去ったり、国外で留置したりする行為については、1975 年家族法 65Y 条以下によって奪取罪が成立する。実際にも、子を不法に国外に連れ去った親が居住国に再入国しようとしたところ、奪取罪の被疑者として逮捕されたり、国際刑事警察機構（ICPO）を通じて国際指名手配されたりする例もあるという。このような事態を防ぐために、在豪日本大使館・領事館は、子にかかる日本国旅券の発給の際に、両親の合意に基づく申請であることを確認している²⁸。このように豪州は、連邦法としての家族法 65Y 条以下の規定を整備し、子の不法に国外へ連れ去ったり国外で留置したりする行為を処罰の対象とすることで、これらの行為を予防するとともに、子どもの権利条約その他の人権条約及び子奪取条約上の義務を果たしている。

ただし、パスコー元裁判官によれば、一般に豪州の実務において、親族間での子の奪い合いについては、国外への連れ去りも含めて刑罰が科されることはほとんどなく、1975 年家族法上の民事上の規定に従い、必要な養育命令等の法的措置が取られるに過ぎないという。つまり、一方の親による申立てを受けて、裁判所が子の監護養育に関する養育命令を下したとき、他方の親がその命令に違反すれば、民事法の枠内で必要な措置がとられるのが通常であり、子の奪取について刑罰が科されるのは、ごく稀であるという。これは、豪州の共同親権制度が徹底しており、双方の親に子の監護養育の権利義務が帰属するとともに、いずれの親も単独で親権を行使し、重要事項についても単独で決定できるのが原則であることによる。それに対して、親ではない第三者（祖父母を含めて）が子を連れ去る場合には、全く事情が異なっており、刑事事件として処罰されるのが通常であるという。

実際に、筆者が調査しえたかぎりでも、パスコー裁判官が言うように、豪州では、国内事件においてもハーグ条約事件においても、両親の間での子の奪い合いについて刑事責任が問われる

²⁷ 豪州の制度の紹介は、<https://assets.hcch.net/docs/8c347f8e-e619-4ef0-a58b-bdee1a07b913.pdf> 参照。

²⁸ https://www.au.emb-japan.go.jp/itpr_ja/consulate_child_passport.html 参照。在外公館では、一方の親権者が日本国旅券の発給申請を行ったときに、他方の親権者が予め子の旅券申請に同意しない旨の意思表示がなされていた場合には、改めてその者が作成（自署）した「旅券申請同意書」を提出させている。また、予め不同意書が提出されていない場合にも、口頭で、旅券発給が両親の合意に基づくことを確認している。

ケースは限定的であるようである。たとえばニュー・サウス・ウェールズ州において、別居中の父親が母親の肩をナイフで刺したうえで子ども3人を連れ去ったことで、6年6ヶ月の拘禁を言い渡された裁判例などが散見されるに過ぎない²⁹。このような傷害罪と併合したケースであれば、併せて児童奪取罪についても起訴されうるが、複数の州が監護権者その他の正当な権利者であると解される者による子の連れ去り等を免責していることにも見られるように、通常の状態による両親間での子の奪い合いについては、一般に刑事責任は問われまいと見てよいであろう。

なお、連邦裁判所としての豪州家庭裁判所（Family Court of Australia）の比較的古い事件であるが、母親に監護権を付与した裁判所の監護命令に違反して、父親が4年にわたって子を留置していたところ、子を引き渡さなかったことが法廷侮辱に該当するとされ、2年6ヶ月の拘禁が命じられた例などは散見される³⁰。

V. おわりに

本稿で論じてきたように、豪州の法制度は複層的かつ多元的である。家族法 65Y 条～65ZB 条は、特に裁判所の養育命令その他の命令に違反する形での豪州国外への子の連れ去り又は豪州国外での子の留置について処罰規定を設けているほか、州法・準州法上の子の連れ去りに関する処罰規定も適用されうる。上記のとおり、豪州のこれまでの実務においては、両親の間での子の連れ去りについて刑事責任を問わないことが通常であると思われるが、豪州から日本などの国外への子の連れ去りについては刑事責任が問われうるとの注意も喚起されており、慎重に豪州の制度を把握する必要があると思われる。仮に刑事訴追が問題となる場合には、その根拠規定を精査しなければならず、子奪取条約の運用上も日本から豪州への子の返還の可否を判断する際には、刑事訴追の可能性に留意すべきであろう。日本の家庭裁判所での子の返還申立事件においては、豪州で TP に対して逮捕状が発付され、又は刑事訴追されていることで、TP が豪州に戻ったとたんに身柄を拘束されるおそれがあるという事情は、子に対する重大な危険として（実施法 28 条 1 項 4 号及び 2 項 3 号）、返還拒否事由となりうる³¹。もっとも、子奪取条約 13 条 1 項 b 号の解釈として、外国における TP に対する刑事訴追の可能性を子に対する重大な危険と認めてよいか否かについては、各国の立場が分かれており、さらに解釈論として詰める必要があると思われる。

²⁹ FDP v R [2008] NSWCCA 317.

³⁰ In the Marriage of G (1981) 7 FamLR 267.

³¹ 金子修編集代表『一問一答・国際的な子の連れ去りへの制度的対応——ハーグ条約及び関連法規の解説——』（商事法務、2015年）148頁参照。