

《翻 訳》

英国の離婚

—法の展開とその社会的背景

The History of Divorce Law in England

Gwynn Clement Davis

松 嶋 由 紀 子 訳

訳者前置き

平成5年10月14日、本大学で法学部・国際交流センター共催により、上記邦題での G. C. Davis 氏の講演が行なわれた。氏は、英国ブリストル大学法学部法社会学研究所主任研究員で、その研究分野は法社会学、法律学等きわめて広汎におよび、殊に家族社会学、家族法学の分野に於いては優れた研究がある。英国の家族の実態と分析、家族問題、離婚紛争手続き等に関する多くの著作があり、1978年以来、多くの調査研究を通じて英国の家族の実態に精通するひとりでもある。その調査結果は常に英国家族法改正に重要なインパクトを与えてきた。今秋、ダイワ日英基金並びに日本家族〈社会と法〉学会（総括責任者磯野誠一氏）の招聘により来日され、龍谷大学で開催された私法学会での講演を初め、新潟大学、九州大学、神奈川大学、明治大学、青山学院大学等で精力的に講演活動をなさり、本学での講演もその一環として実現した次第である。鋭い観察眼と深い洞察力に基づく氏の英国離婚法に関する講演は、本学の学生達の興味を喚起し、講演後の質疑も非常に活発で、大変有益な機会が持てたことを氏に感謝している。以下は、氏の講演資料としていただいた優れた学術論文（近く公刊の予定）の翻訳であるが、聴講者向けに平易な日本語での翻訳に

努めたものであり、御批判を乞う次第である。この講演の実現に力をお借り下さった、法学部長平井一雄氏、国際交流センター所長琴野孝氏に深い謝意を表すると共に、以下の翻訳をもって講演の報告に代えさせていただきたい。

本 文

今日の法律婚の基となっているのは、キリスト教的思想であり、結婚を秘跡という聖なるもの、或いは神聖なる結合とする考え方です。社会歴史学者のマクレガー教授 (Mac Gregor) は、1957年に出版された彼の著書の中で次の様に述べています。「教会によって定められた法は、その原則をキリスト教の禁欲主義からとっている。即ち、性行為は結婚している夫婦の間で、生殖を目的とし、かつそれに享楽を伴なわないで行なわれる場合に限って許容されるものという考え方である。結婚という神聖なる枠組みのないところでは、性交渉は聖書で教える所の姦淫や姦通といった非常に重い罪であると考えられていた。」

ひとたび結婚すれば、それは一生続くものでした。結婚という制度は、やがてキリスト教徒のみならず、全ての人々の社会的美德と考えられるようになりました。結婚の解消は、それが人道的な理由から正当化されるような場合があったにせよ、社会的には受け入れられないものでした。何故なら、解消不可能な結婚という制度が、明らかに社会全体にとって良いことであったからです。また、結婚生活によって得る幸せは、結婚が解消不可能であるからこそ保障されているのだという説もありました。こういった考え方は、例えば1790年のストウエル卿判事 (Lord Stowell) による判決の中に、「保守的な」考え方の代表として次のように雄弁に述べられています。

「人々は、自分達が、法律で定められている例外的な場合を除き、一生を共にしなくてはならないのだということを理解して初めて、離れることのできないきずなの中で互いを許容し合うようになるのである。一生、夫婦でいなくてはならないという必然性がある初めて、人は良き夫となり、良き妻となるのである。もし、お互いに嫌気がさしたら法的に別れられるというのであれば、互いに慰め合い、子どもに愛情を注

ぎ、市民社会の秩序に従っている多くの夫婦が、今この瞬間にも、互いに薄情になり、子どもを疎外し、みだらで不道徳な状態に陥ってしまうであろう。即ち、個人の幸福は、より大きく一般的な美徳のために犠牲にされなければならないのである。」(Evans 対 Evans 事件 (1790) 1 Hag.Com. 35, 36-7)

1857年になると、イギリスでは、1857年婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act 1857) により、国会による個別立法 (Private Act of Parliament) がなくとも、一般に離婚できるようになりました。この1857年法は、姦通を実質的に唯一の離婚原因としており、今日の基準に比べると大変範囲の狭いものでした。その後、更なる法改正もゆっくりと進みましたが、先見の明のある人々は、離婚法が改正され始めれば、進歩的に自由な方向に向かっていくだろうと予想していました。ですから、1903年にジョージ・バーナード・ショー氏 (George Bernard Shaw) が著した、『人と超人 (Man and Superman)』という本の中には、『“イギリスとアメリカ”においては、結婚という契約の進歩的な変化は、それが通常の商業上の合弁契約と同程度の負担や解除性をもつ所まで必ずや進むだろう。』と述べられています。

ショー氏がこれを書いたのは、次の重大な変化である1923年の法改正の直前でした。それ以前は、妻が夫と離婚できる理由は、夫の姦通の場合のみで、しかもそれが他の一定の婚姻上の違法行為の事実を伴っている時に限られていましたが、夫にはその様な制限はありませんでした。1923年の婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act 1923) で、この妻に対する制限が廃止されました。1923年と言いますと、女性の権利が大衆の関心の的であり、政治的な関心事でもあった時代です。

次の大きな変化は、1937年婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act 1937) が制定された時に起こりました。この法律は1938年の1月1日に施行され、夫と妻の両方に対して急進的な変化をもたらしました。同法は、そのスポンサーであったハーバートの名を採って、ハーバート法 (Herbert Act) とも呼ばれています。この法律により、離婚事由が従来の姦通のみならず、遺棄、虐待、不治の精神病といったものにまで広がりました。

しかし、このハーバート法も、離婚法の目的が結婚している間の夫婦の行動の道徳的な善し悪しを判断するものであるという前提を覆すものではありませんでした。その点は、報奨や懲罰といったものが、離婚判決の獲得と共に行なわれるという明確なシステムにも反映されていました。無実であると証明された側への報奨は、子どもの養育権と金銭的な扶助（或いは夫にとってはそのような扶助をしなくてもよいという免責）といった形の利益として現われていました。しかし、1950年代までには、有責主義の法に対し、かなり疑問がもたれるようになりました。つまり、早く離婚をしたい時には、実際に姦通の事実があるがなかりながら、とりあえず姦通という事由を申立てるのが離婚獲得の一般的な方法であったからです。ハービー教授 (C. P. Harvey) は、1953年の彼の著書の中で次のように述べています。

「姦通を実際に行なう必要がないということは、もう長い間、わかっていたことである。大事なのは、姦通の事実が推測され得る様な行動をとることだった。これは、ある程度の労力とお金をかけて、ホテルの客室係や宿泊者名簿を利用し、また私立探偵を雇うなどして姦通があったかのように見せかけるとか、また（一部の人にとっては恥ずかしい方法ではあるが）異性である赤の他人に頼んで朝一緒に寝室にいてもらい、そこに早朝の紅茶を運ばせるなどの演出をしたりした。こういった手回しは、立証に三年もかかる遺棄に比べれば三カ月程度で済むし、十分気をつけて行なっていれば首尾良く離婚が成立するのである。」

次に画期的な進歩が起こったのは、1960年代の半ばでした。この頃には、離婚率が着実に増加しており、この事態に、教会側と非教会側の二つの立場による二つのレポートが発表され、その妥協案として成立したのが1969年離婚改正法 (Divorce Refcrm Act 1969) です。最初のレポートは、1966年にカンタベリー大司教により召集されたグループが発表した、『Putting Asunder』という名の別離に関するレポートです。これは当時としてはとても極端なもので、全ての婚姻上の犯罪 (matrimonial offence) は廃止され、婚姻の破綻の証明を唯一の離婚原因として採り入れるべきだという勧告を行なったものです。裁判所には、その婚姻が回復可能なものかどうかを知るために現状を調査する義務があ

り、離婚原因としての「有責性 (fault)」はこれを排除し、法は婚姻の過去にあった事実よりも現在の状態を判断の基準とすべきであると述べていました。

これより数カ月遅れて、法律委員会 (Law Commission) から出されたのが、非常に社会的な影響力の大きかった、『離婚原因の改正：選択の可能性(Reform of the Grounds of Divorce: The Field of Choice)』という報告書です(Report on a Reference Under Section 3 (1) (e) of the Law Commissions Act 1965, 1966, Cmnd. 3123)。法律委員会は、特に子どもがいる離婚の場合、国家は結婚を存続させる義務があるという大前提をとっていました。客観的な破綻の証明なしに成立するような「合意による」離婚 (divorce by consent) は婚姻を私的契約と化し、社会的な利益を無視するものであると考えたのです。

法律委員会は、大司教のグループが『Putting Asunder』で打ち出した、有責主義に対する批判には賛同していましたが、裁判所が中心になって婚姻の現在の状態を調べるという司法審理の方法には反対していました。それは、司法審理は費用がかかり過ぎ、主観的な解釈に偏るきらいがあるという理由からでした。法律委員会は、婚姻の「破綻 (breakdown)」という概念は裁判所の審判になじむものではないと考えました。その代わり、委員会はより実際のでシンプルな客観的基準を考え出したのです。

一定期間以上の別居が一番明確な方法であると考えられましたが、これはその当時の離婚法のもとですぐに離婚が成立する様な事由のある夫婦にとっては、却って離婚を長びかせるものとして問題がありました。そこで、委員会は、結論として有責主義の離婚原因も残しておく必要があると考えました。しかしながら、委員会は、大多数の夫婦が「公開の法廷でどちらが悪いという判断を下される」よりは、二年間の別居を選ぶであろうと予測していました。

やがて、大司教のグループと法律委員会との間で妥協案が生まれました (the Law Commission's 3rd Annual Report, No. 15, 1967-8, Appendix m, pp. 30-2 参照)。即ち、婚姻上の犯罪が廃止され、婚姻の「破綻」がそれによって代わるべき唯一かつ包括的な離婚原因であるとしたのです。但し、裁判所による審理の代わりに、特定の「婚姻上の事情」の存在を明らかにできれば、裁判所は婚姻の破綻を推定するという方法に変わったのです。

1969年離婚改正法は（これはその後、1973年婚姻事件法(Matrimonial Causes Act 1973)に統合されましたが）、これらの勧告を受け入れたものでした。この新しい法律は1971年1月1日に施行され、その後多少の改正はみましたが現在なお機能しており、新しい包括的な離婚事由として婚姻の回復し難い破綻を導入したものです。この法律のもとでは、申立人 (petitioner) が、以下に述べる五つの「事実」の内、一つ以上の事実を証明することによって婚姻の破綻を明らかにしなくてはなりません。

- (a) 第一に、相手方 (respondant) が姦通を犯し、申立人が相手方との同居を耐え難いと感じていることです。
- (b) 第二に、相手方が為した行動により、申立人にこれ以上、相手方との同居を期待するのは不合理であるという場合です。
- (c) 第三は、相手方が、申立時より溯って少なくとも二年以上、申立人を遺棄したという場合です。
- (d) 第四は、婚姻当事者が、申立時より溯って少なくとも二年以上継続して別居し、相手方が離婚判決に同意している場合です。
- (e) 第五は、婚姻当事者が、申立時より溯って少なくとも五年以上継続して別居している場合です。

御覧の通り、以上に述べた五つの「事実」の内、最初の三つは外観は新しくても、古い「有責」主義に基づいています。実際に「無責」主義であるのは最後の二つの別居の場合のみです。二年間の別居という条項は、イギリスで初めて合意による離婚を実質的に可能にしました。一方、最後の事由である五年間の別居は、法律ができた当初、大変な議論をかもしましたが、それは、これが初めて合意もなく、また有責性も問わずに離婚を認めたものであったからです。

家族法学者のイーケラー教授 (Eekelaar) が1984年に述べた所によれば、この1969年法は「破綻」主義の名をとりながら、その実、破綻主義と婚姻内犯罪をないまぜにしたような制度を成立させたに過ぎないということでした。高等法院の家族法部長であったサイモン卿判事 (Lord Simon) は更に批判的で（「破綻」主義を正式に打ち出したはずの）新法第一条は「法律的には何の意味もな

い」と述べています。何故なら、破綻の定義が第二条で言う五つの「事実」に限定されており、裁判所がそれ以外の「破綻」の事実を判定できないからでした。

しかしながら、実際の状況はこれより更に複雑なものでした。新法第三条で、裁判所には申立人から「申立てられた事実を合理的に可能な限り調査する」という義務があったのです。これに加えて、法律は、五つの事由の内、何れかが「立証された」場合であっても、裁判所がその婚姻は回復し難いほど破綻していないと判断した場合は、離婚を認めるべきではないと規定していたのです。その結果、この法律が制定された初めの苦しみの何年かは、裁判所が高度に技術的で専門的に過ぎる法律分析をした判決を生み出し、逆に、「回復し難い破綻」が明らかに証明された場合であっても、法定の五つの「事実」の何れもが立証されなければ離婚が拒否された場合すらありました。しかし、後年、裁判所は（結果的に弁護士等も）この1969年法のあまりにも厳格な法解釈から一歩退いた判断の仕方をするようになったと思われる。

この様に1969年離婚改正法が不満の残るものとなった原因は、二つの相反する考え方を妥協させたものであったからです。第一条で、離婚の唯一の原因は、婚姻が回復し難いほど破綻していることであると述べておきながら、他の条文によってその大前提が打ち消されてしまっていたのです。実質的には婚姻上の違法行為や別居の事実の申立てにより離婚が認められ、婚姻が真に破綻しているかどうかという法的判断を殆ど無意味なものにしてしまったのです。この技術は、何が為されたかという事実の確認の重要性を効果的に隠してしまいました。現実には、この法律によって、国家が、婚姻は解消不可能であるという概念を捨て去ったばかりでなく、離婚を認めるべきであるか否かという判断を為す責任をも放棄してしまったのです。と言うのも（法律委員会が1988年に指摘した様に）、「もし婚姻の破綻が裁判所の判断になじむものではなく、破綻を証明するために選ばれた如何なる事実も恣意的なものに過ぎないのであれば、婚姻の回復の可能性を真に判断できるのは当事者自身だけである（Law Com. No. 170, para. 4. 14.）」からなのです。

手続き上の変化 (Procedural Change) について

1970年代の半ばまでは、離婚の申立ては公開の法廷で「立証」されなくてはなりませんでした。実際、どう行なわれていたかと言うと、大部分のケースでは申立人は事務弁護士 (solicitor) か法廷弁護士に (barrister) によって代理され、彼らが証言台に立った申立人に破綻の申立てを証明するための事実の詳細を証言させていたのです。1969年法によってもたらされた大きな法律上の変化にも拘わらず、無防禦訴訟を扱う公開裁判での手続きは変わりませんでした。

一方、殆どの申立人が弁護士費用を公的扶助でまかなっていました。その結果、その制度にかかる莫大な費用と公開裁判の無意味さが契機となって、手続きの改正が行なわれるようになりました。1960年代と1970年代には離婚率が劇的に高まり (特に新法が施行された1971年には離婚率の増加が目ざましく)、法的処理が逼迫した結果、1970年代の半ば頃までには、いわゆる「特別手続き (Special Procedure)」が導入されるようになりました。これにより、結果的に公開裁判がほぼ全面的に廃止されることとなりました。離婚の申立ては、相手が抗弁をしない限り、当事者の証言ではなく、宣誓供述書 (affidavit) による証明で足りる様になったのです。そして、離婚の仮判決 (decrees nisi) が下される申立人の名前リストが、裁判官によって「公開の」(しかし大抵は誰も人の入っていない) 法廷で読み上げられるようになりました。この部分だけが、離婚訴訟の公開審理の最後の遺物となったのです。しかし、裁判官にとっては、空っぽの法廷で機械的に名前を読み上げる儀礼的作業が次第に耐え難いものとなり、今では、当事者の名前よりもそのケースの番号のみを読み上げるのが通常となっています。

研究者や法律家の間では、この特別手続きの導入は、立法を必要とせず、従って公に検討され議論される機会が乏しかったにも拘わらず、実際には1969年法自体よりずっと深遠な影響を離婚制度に与えたものと見ています。この点についてはマクレガー教授も1981年に「この特別手続は、かつて離婚をするのに国会の個別立法を要した制度を廃止した時以来の唯一の根本的な変化である。…これは、法手続きが実体法に与える強い影響の一例であり、メイン教授 (Maine) の有名な言葉を借りれば、実体法は『手続きのすき間に埋もれているかのよう

に見える』と述べています。

振り返って見ると、皮肉なことに、大司教のグループが『Putting Asunder』の中で勧告していたのは(裁判所による審理を伴う)破綻主義の導入でした。これは彼らが、このシステムにより「裁判所が外観的な事柄に惑わされずに婚姻関係の現状を見定めることができるようになる」と考えたからです。実際、1969年離婚改正法及びこの特別手続きの導入によって、離婚判決はもはや殆ど自動的に下されるものという傾向が生み出され、公に承認されることとなったのです。

正義と「行為」(Justice and 'Conduct') について

今まで我々は、結婚から脱出できる道を確保するという国家の責任の観点から見て、次第に自由な立場の考え方が勝利をおさめてきたという事実を目撃してきました。この点はまた、離婚判決獲得の方法が婚姻上の犯罪に重点を置く方向から、婚姻が真に破綻しているかどうかを判断する方向へと動き、更には殆ど完全な自由放任主義(laissez-faire)のような態度に変わってきたということにも反映されています。現在の問題の争点は、離婚給付や財産分与、とりわけ子どもの養育をどうするかといった離婚後に生じてくる不安材料に移っています。

これは考えてみるとかなり急激な変化です。1969年法以前は、婚姻上の犯罪で訴えられた相手方は、経済的な理由から自分の立場を防禦しなければならない強力な動機がありました。と言うのも、「敗者(loser)」には経済的に非常に重い懲罰が待っていたからです。それは、妻の側から言えば離婚給付を受けられないことであり、夫の側から言えばより多額のお金を妻に払わなければならない義務が生じることでした。額を決める際に基準となったのは、当事者がどれだけ経済的な必要性を有するかということよりも、むしろ婚姻期間中にどういう行為やふるまいをしたかということだったのです。

1969年法が制定されて以降、離婚にまつわる「付属事項(ancillaries)」(即ち、子どもや財産分与や離婚給付)に対する判決を、離婚の申立てとして訴えられた事実から切り離す傾向が出てきました。また、離婚そのものや上述の「付

隨事項」を判断するに際し、いずれの場合にも「行為」に重きを置く風潮が薄れてきたという傾向があります。この傾向は、有名なワクテル判決 (Wachtel judgment) に集約されています (Wachtel 対 Wachtel 事件 (1973) Fam. 72; 1 AER/829)。この判決の中でオムロッド判事 (Mr. Justice Ormrod) は、婚姻上の違法行為はそれが「明白かつあまりにひどい (obvious and gross)」場合を除き、配偶者の財産分割に影響を与えるべきではないとの判断を下しました。

離婚後の統計 (Numbers Divorcing) について

1982年のハスキー教授 (Haskey) の調べによれば、現在、英国内での婚姻の三組に一组はいずれは離婚するであろうとの予測がなされています。戦後、離婚率は衝撃的な勢いで増え、上述の様に、現行法の施行後の1970年代には最も急激な増加をみました。具体的に比べてみると、1858年のイングランドとウェールズに於ける離婚数は244件でした。離婚数が1,000件を初めて超えたのは1914年のことです。それが1942年には10,000件を突破し、1971年には110,017件、そして1982年には173,452件という結果が、クレトニー教授 (Cretney) の著書に出ています。別の言い方をすれば、1966年には既婚者1,000人に対して離婚数は3.2件であったものが、1971年には6.0件になり、1981年には11.9件、そして1987年には12.7件まで増えました。かように、離婚改正法の導入以降、離婚数は倍増したのです。イングランドとウェールズに於ける離婚率はいまやヨーロッパ諸国の中でも最も高い国の一つであり、その増加のスピードは他の西欧諸国のどこよりも速かったのではないかと思います。また、ハスキー教授の調べによれば、二度、三度と離婚する人々の数も、それに伴って増えているとのことです。また、婚姻後、比較的短い期間で離婚する人々の割合も増えています。

しかしながら、一見矛盾する様には見えますが、実は、人々が婚姻制度に寄せる愛着はこの高い離婚率によって証明されているとも言えるのです。何故かと言うと、離婚する人々はその大部分が再婚するために離婚するからです。リート教授とアンソニー教授 (Leete and Anthony) が1979年に発表した所によれ

英国の離婚一法の展開とその社会的背景

ば、彼らが1973年に離婚した人々を対象として調査したところ、その内の半数以上が離婚後四年半以内に再婚していました。ハスキー教授の調べによれば、1981年に結婚した人々の四人に一人は離婚経験があるということでした。また、バーゴイン教授とクラーク教授の (Burgoyne and Clarke) 調べによれば、離婚した人々が再婚する場合、今度の結婚こそ一生のものであるという強い責任感を持っているという証査もあるのです。

将来の展望 (Future Prospects) について

1969年法は、大変重要な社会的利益をもたらしました。その中で特に顕著なのは、如何に大勢の人々が婚姻という法的な関係の重要性を認識し、結婚するようになったかということです。しかし、政治的に法改正が達成されるに十分な社会的コンセンサスを得るためには、大きな代償を払わねばなりませんでした。そしてその後の歴史が、その代償がいかに高くついたかをはっきりと示しています。

私と私の同僚のマーチ氏 (Murch) は、1988年に『離婚の理由 (Grounds for Divorce)』という本を出版しましたが、その研究に際し、私と同僚達は1980年代初めに六つの州裁判所 (County Court) で調査をしました。その結果、次の様なことが判明したのです。

- (1) まず第一点目は、婚姻を終わりにするという決断は一方的になされる傾向が強く、しかもそれは妻の側からなされる場合が多いということです。
- (2) 第二点目は、離婚する人々に少なからず後悔の念があるということです。しかし、これも一方的であることが多い様です。
- (3) 第三点目は、離婚する人々の中には、離婚の過程が「易し過ぎる」という声も聞かれるという点です。また、彼らは、自分達自身、婚姻関係を長続きさせようと何年もの間一生懸命努力したけれども、婚姻を軽々しく考えるのはいつでも「他人」の方であるとも言っています。
- (4) 第四点は、それにも拘わらず、しばしば離婚を初めに決意した側に自分の下した判断に対する迷いや不安があり、また、その迷いが何年も続く場合もあるということです。

- (5) 第五点は、その一方で、婚姻関係の危機が突然訪れる人々もいるということです。そういう人々は、何か問題が起こると、未だ婚姻が破綻していないのに事務弁護士に相談してしまふこともあり得ます。つまり、事務弁護士を最悪の場合の最後の手段としてではなく、まず最初の相談相手とする形が多いのです。
- (6) 第六点は、離婚に至るまでの法的手続の間に数々の急な決断を迫られるため、人々の中には、少し早まったことをしてしまったかのような感じが残る場合がある様です。
- (7) 第七点は、現在の有責主義に基づいた「事実」を証明する必要性が、当事者間の悪感情を増々募らせるということです。中でも一番ひどいのが、相手の為した「不合理な行為(unreasonable behaviour)」を事由として訴える場合です。この場合、訴えられた側も自分の立場を弁護する衝動にかられてしまい、しばしば婚姻を救済しようという見込みさえ遠いものとなってしまいます。
- (8) 第八点は、この「不合理な行為」は専ら労働者階級の人々によって使われるということです。事務弁護士は、自分達の顧客である中産階級の人々には、相手の有責性を問わない穏健なやり方、或いは細かい事情を色々暴露し合わなくていい(かつ汚名をきせ合う点でも比較的軽い)姦通を事由として勧めるケースが多いのです。
- (9) 第九点は、夫婦間に扶養すべき子どもがいる場合は、姦通や不合理な行為を理由に離婚を訴えるケースがとりわけ多いということです。何故かと言うと、子どもがいる場合は、金銭、財産、そして子どもといった諸問題を解決するために直ちに裁判所を利用する必要に迫られるからです。
- (10) 最後の第十点は、以前の法律の名残りである有責主義は、大部分のケースで見えすいた言い訳として働く場合が多いということです。それは、当事者が法律扶助を拒否されたり、予備審理(preliminary appointments)で足をとられたり、これでは理由が不十分であるといった弁護士の率直な意見をかいくぐるための抜け道として使われてしまうのです。

こうした「現実に機能している法律(law in action)」と「書物に書かれた

法律(law on the books)」との間の溝の深さは、イギリスでの離婚制度を考える上で顕著な特徴の一つであると言えます。1976年にフリーマン教授(Freeman)は、研究者の中でも初めて、この理論的な司法離婚と広く行政的に行なわれている現実の離婚との間のギャップを指摘した人の一人でした。彼は、1970年代に導入された特別手続きが浸透した結果、「我々のもつ教科書に書かれているような法律は、現実に機能している法からどんどん取り残されてしまうであろう。」と語っています。また、「本当に必要なのは、現在のような見せかけをなくすような離婚法改正であり、離婚が司法的色彩よりも行政的色彩を帯びてきたという事実を承認するような手続きなのである。」とも述べています。

しかしながら、離婚は「行政的機能」であるというこの見解が、次の主な離婚法改正の争点となるかどうかはまだわかりません。ある意味では、もしそうならば、驚くべきことと言わねばならないでしょう。何故なら、上述したストウエル卿判事の言葉にある様な「保守的な」考え方が、あれから二世紀経った今なお、結婚、離婚、同棲に関する現在の論争に強い影響力をもっているからなのです。例えば、婚姻という法的関係は、その他の契約上の関係などとは別なものとして扱われなければならないという点は今なお支持されています。ストウエル卿判事の中心的理論である、人々は婚姻という枠組の中で、夫と妻が一生を共にするのは当然であるというたがをはめられない限り、悪しき時をもあきらめずに乗り越えるような調和と相互扶助にたどりつくことはないという考え方は、現在の色々な分野での議論でも登場しているのです。

ある非常に重要な面では、この「保守的な」考え方は、ストウエル卿判事が判断を下した二世紀前より更に強まっています。と言うのも、今盛んに言われているのは、国家が何故、個人の結婚の安定に口を出すのかということ、一つには子どもを育てる確かな環境が大事だからです。即ち、子どもにとって感情豊かに成長するためには安定した環境が必要なのです。従って、将来の離婚法の改正は、その改正案が(核家族という意味での)家族にどのような影響を与えるかが問題の中心となるでしょう。まさにこの点がこれからの全ての議論の鍵となるように思われます。どのような改正手段であれ、これ以上の離婚の自由化

は家庭生活の安定を増々脅かすものに過ぎないと主張する人々を納得させるものでなければならぬからです。

法律委員会の1990年勧告 (The Law Commission's 1990 Proposals) について

法律委員会が『離婚原因 (The Ground for Divorce)』というリポート (Law Com No. 192) の中で法律の草案形式で詳細に説明している勧告を、このような短いコメントの中で十分に評釈するのは不可能です。しかし、端的に言えば、婚姻の回復し難い破綻が唯一の離婚原因としてとどまり、婚姻の破綻は一年間という最低限の特定期間の経過と同時にその期間の満了によって証明され、そしてその一年間という期間は当事者が離婚から派生する財産や子どもといった現実問題を考え、離婚が本当に避けられないものであるかどうかを深く考える時間として費されるべきだということ、また、カウンセリング (counseling) や和解 (conciliation) や調停 (mediation) の援助サービスがはかられ、婚姻の破綻の問題に前向きで建設的な態度で取り組むよう奨励する、というのが大筋です。

『離婚の理由』という著書の中で、マーチ氏と私は、人々が本当に必要としているのは、彼らが生きていく上で自分達の争いや困難が最悪の状態であるときに、すぐに裁判所に救済が求められる方法であると結論付けました。即ち、それは別居に追い込まれたのと同じにです。また、離婚判決そのものよりも、財産や子どもといった付随事項の方が問題であるとも述べました。しかし、そういった事柄について話を進めるには何らかの「きっかけ (trigger)」が必要です。それは当事者の一方 (または双方) が自ら離婚の意思があることを裁判所に通知することでも十分なきっかけとなり得ましょう。それにより裁判所は、すぐに子どもや金銭や財産の問題にとりかかれます。離婚判決そのものは司法的判断ではなくなり、純粹に行政手続き的なものになるでしょう。判決自体はすぐに下されるべきではなく、12カ月程度の適当な期間を置いて、和解の可能性を十分に追求した後で下されるべきです。その後で、当事者の一方がそれでもなお離婚を望んでいる場合には、彼 (または彼女) が離婚できるようにすべきです。つまり、一方が申立てる離婚、それに熟慮期間が備わったものが

理想的であると考えます。なお、判決自体に関して言えば、弁護士は関与すべきではないと思います。

一つ重要なことでぜひ理解していただきたいのは、この私案のもとでは、文字通り離婚に対して何の事由もないということです。殆どの人が離婚判決を得るのに今より長い間待たなくてはならないでしょうが、待っている間に本当に重要なこと、つまり住居や子どもや結婚自体についても、集中して話し合うことができるのです。現在、裁判所を満足させるためだけに苦勞してぐり抜けねばならない輪 (hoops) よりも、大事なものに集中できるのです。

では法律委員会の勧告は如何なる意味をもつのか (What, then, of the Law Commission Proposals?)

法律委員会の勧告が立法化され実行されれば、社会に対し確実な利益をもたらすでしょう。少なくとも「不合理な行為」という離婚事由の廃止は、訴えに付きものだった当事者間の悪感情や精神的打撃をなくすからです。しかし、そういった利益を達成するために払わねばならない代償が大きい為、今まで述べた様な歴史がまた繰り返されるのではないかという危険が現実のものとしてあります。

まず第一に、法律がわかりにくく紛らわしいままであるという結論は避け難いかも知れません。つまり、離婚原因は理論上は回復し難い婚姻の破綻であるにも拘わらず、現実には一方が離婚を望めば（他方の意思に関わらず）正式な通知の申立てから一年を経過した後には必ず離婚できるという点です。確かに一定の状況においては離婚が一年より遅れることはあり得ますが、しかし、離婚を拒否できるのは、離婚を反対する側にとってあまりにも重大な財政上その他の困難 (hardship) を引き起こすため、全ての状況に鑑みてその婚姻を解消するのは誤りであると裁判所が判断した場合に限られています。始末の悪いことに、事実上、法律委員会の勧告は、離婚は結婚を放棄することによって与えられると言っているに過ぎません。しかしながら、勧告書はそのような書き方はしていないのです。

第二に、法律委員会は「建設的な」話し合いをもつ場として一年間の「熟慮

と熟考」期間をもうけ、裁判所中心の入念な手続きを編み出したわけですが、果してこの目論見が現実のものとなるかどうか疑問が残るところです。これは、裁判所が当事者間の深い溝を解消するのに現実的に言って適当な場所であるだろうかという基本的な疑問があるのみならず、どんな手続きにもありがちな巧妙なごまかしや戦術上の利用といった手続きの濫用の危険性があります。例えば、一年間の期間を延長するための申請や、一年間の期間中に仮決定 (interim orders) を求める申請、相手方の財産的な情報などを求めるための申請など、悪用されそうなものをあげたら枚挙にいとまがありません。また、夫婦が同居を続けながら、離婚を目的として財産の分割を話し合い、それと同時に離婚が避けられないものかどうかを深刻に話し合うなどということが本当に可能なのでしょうか。

法律委員会の勧告は、結婚が当事者の一方の意志によっていつでも終止符を打たれるようなものになってしまうという現実を (いつもの様に独自の言回しで) 隠しており、その代わり、裁判所が主体となった財産分割や和解の勧めといった手続き上の入念なシステムを前面に打ち出しているのです。しかしながら、このシステムは、裁判所が結婚ガイダンスを務め得ることを前提としており、歴史的経験から見て明らかな様に、裁判所にそういった役割りを期待しても決して満足に果たしてはくれないのです。

(参考文献略。なお、注はすべて本文中に挿入してあります。)

The Mediation on Divorce in The Japanese Family Court

—My Impressions and Recommendations Based
on My Court Practice

Yukiko Matsushima

This short report is based on my experience in mediation practice in the Tokyo Family Court as one of the mediators. There are three types of divorce systems in Japan ; divorce by mutual consent, divorce by mediation in the Family Court and divorce by judgement under the Civil Code Article 770 in the Civil Court. Statistically, about 90% of divorce cases in Japan are decided by mutual consent, 9 % of divorce agreements are made through mediations. in the Family Court and the remaining 1% of divorce cases are solved by judgement at the Civil Court.

In Japan, we have a mediation system whereby every matrimonial case is initially assigned to mediators in the Family Court rather than to the Civil Court. The mediation proceedings are conducted by a mediation committee composed of one judge and

本稿は、平成5年10月14日、本大学で行なわれた G. C. Davis 氏の学術講演の後に催されたスタッフミーティングの際に、東京家庭裁判所に於ける離婚調停の運用に関する報告として提示したものである。20年に亘る東京家裁の参与・調停委員としての私の全く個人的な経験に基づく研究の一端である。家裁関係者が個別の事件について語ることは禁止されているが、世界的に“mediation”に対する関心が増大している際でもあり、運用の一端を極めて抽象的に開示することは許されないわけではあるまい。本稿は極めて短時間の報告のために概要の骨子を述べたに過ぎないので、いずれ稿を改めて発表したいと思っている。

two mediators, one of these mediators is always a woman. The mediation committees change depends on a case, but the same committee follows a case from beginning to end. As far as divorce cases are concerned, I believe they can be categorized into 5 groups when they first come to the mediators.

The first group consists of cases in which the parties have already agreed on virtually every important issues, including the decision to divorce. All they require is to finalize their agreement through the enforcement power of the court. However, these cases are few in numbers.

The second group is the opposite of the first, in the sense that the parties cannot agree on anything and that they wish to resolve the matters by legislation, rather than wasting their time on mediation. For these two categories of cases, the mediation process is very simple. They only have to go to mediation once to convey their wishes, or if they desire the case is transferred to the Civil Court.

The third group is where the parties have not yet decided to end their marriage and come to a mediation with a hope for reconciliation. For this group of cases, the resolution of the matters can take a very long time. Mediators either try to provide a forum for discussion for the parties, or sometimes send them to a marriage counsel. The problem with the latter approach, however, is the severe lack of marriage counselling services in or out of the court. For example there is no public marriage counselling, and there are only one or two private ones available at the moment. Because of

the lack of public or private professionals, it is expected that in most cases relatives are performing the function of marriage counsellors.

The next two categories, the fourth and fifth groups, occupy about 80% of the whole divorce cases in the Family Court. They are also most problematic. The first of the two is the case where one spouse wants to divorce and the other does not. The last group consists of cases in which both parties have decided to divorce, but have not agreed upon the vital issues such as who gets the custody of the children, or how to divide marital assets. This group includes cases where one spouse pretends that she or he does not want to divorce, but in fact, is prepared to end the marriage provided that the important issues such as children or money can be resolved to her or his satisfaction.

For these two categories of cases, mediators usually spend the first meetings listening to both sides of the story. Generally speaking, on the third or fourth time they meet, the mediators try to determine whether their marriage can be saved or is irretrievably broken down, and whether various issues can be resolved through mediation. In doing so, mediators take into account factors such as any real reasons for the breakdown of the marriage, their personalities, the parties' financial conditions, the surroundings and so on.

Having ascertained the areas of disagreement, mediators then seek a mutually agreeable solution. This process may require a few meetings for the mediation. During that time, mediators may

advise the parties to seek public assistance for their children, or may make a temporary arrangement for child support. Mediators can even apply for a withdrawal of the case, if the parties reach an agreement and wish to withdraw the suit. As a matter of procedure, Judges are generally not involved at all until the last stage of the process or until the areas of disputes are identified by the mediators. However, a mediator may informally Consult the judge about the case at any time.

Speaking from my own experience as a mediator, I have seen many cases where the parties are acknowledging the fact that their marriage has broken down, but are persistently clinging to their marriage simply because they cannot agree on issues involving children or the distribution of property. There are also problems about the present system. For instance, there are cases where the parties are forced into compromise because they cannot afford to litigate, or where the parties divorce without really resolving important issues. Although some people argue that mediators tend to make the parties accept the mediators' own sense of traditional values, in reality that does not happen so frequently.

On the whole, I think that the system of mediation in Japan is working considerably well and it is said to be popular among Japanese people. The family court provides various services such as medical facilities and nursing rooms for clients' babies, where the Civil courts provide none of this. Two crucial differences between the Civil and the family court systems are the fees that are charged, and the process by which each court reaches its' decisions. Only a 900 yen fee is charged at the family court. The family court assists

couples in their decision-making by themselves, and most importantly the family court does this when the couple and the mediators are all present. At present, no public marriage counselling system exists in Japan as I described previously, and the nuclear family often lives quite far from close relatives particularly in big cities, and thus there is an absence of the "family marriage consultant". As a result, every family court provides initial consulting services before the mediation.

In my point of view, there are several areas in the family court system which could be strengthened or improved;

- 1) A full training program which provides better projects for newly appointed mediators.
- 2) A comprehensive treatment which includes the family division and the juvenile division in one court. The current system addresses each as individual entities, whereas it would be much more beneficial to have these divisions connected in same way. In addition, a comprehensive system could be further strengthened by having strong ties to the welfare administration office, and to child protection institutes in the local districts.
- 3) An effective enforcement system to ensure that child and spouse support is paid before and during the mediation process, and after the divorce is finalized.

Above all, mediators face particular difficulties in settling property division. Under the Japanese matrimonial separate property system, the husband does not typically accept the idea of granting his wife half of the property. Therefore, family law should provide an article that clearly states the wife's half ownership of any property acqui-

red during the marriage. Most importantly, we need a strong method for ensuring that the wife receives her property.

Concerning contemporary divorce affairs, following point may be added. A real danger lies in “divorce by consent”; an economically weak wife may not get a fair settlement concerning property or custody of the children. Poverty of divorced women who are raising up their children is becoming an important social issue.

Lastly, for future divorce law reform, I think, that in cases of “divorce by consent” there should be some involvement by a public authority. They would ensure that divorces are truly based on the parties’ consent, and that each party member is treated fairly, in particular the wife and children.