

イギリス家族法原理

——離婚法の部 (1)

Bristol 大学教授 Stephen M. Cretney

松嶋 由紀子 訳

第 3 章

現代離婚法——序

法の発展過程

現代離婚法は、その歴史的発展についての若干の知識無くしては理解することは出来ない。宗教改革 (Reformation) 以前は、英法はカソリック教会の canon 法にならい (今日使われている意味での) 離婚を許さなかった。しかし18世紀までに国会私法 (Private Act of Parliament) によって離婚手続は発展を遂げてきた。 【3-01】

婚姻上の犯罪 (matrimonial offence) による離婚

1857年婚姻事件法 (The Matrimonial Causes Act 1857) は離婚並びに婚姻事件法廷 (the Court for Divorce and Matrimonial Causes) を創設し、原告 (petitioner)¹⁾ が以下のことを証明できれば婚姻を解消し得る権限を裁判所に与えた。即ち、相手方の姦通、自分が何ら婚姻上の犯罪を犯していないこと、

本稿は Cretney 氏の「Elements of Family Law」の離婚法並びに関連部分の翻訳である (訳者あとがき参照)。

本概説書の形式として、注はすべて本文中に挿入されているので、本稿の脚注は訳者注である。

1) petitioner 及び以下に出てくる respondent は、「申立人」「相手方」と訳すこともできるが、ここでは「原告」「被告」とした。

そして夫婦の間に何の不貞行為の宥恕 (connivance) も通謀もないことである。故に離婚は、被害者側の、法的に責任のない配偶者にもみ許された法的救済であった。離婚原因は1937年に若干広げられたが (少なくとも理論上は) 合意によって離婚をすることは未だ許されなかった。更に重要なのは、「無責の」 (innocent) 配偶者に対して離婚を求めることが許されなかった点である。故に、例えば、ある男が妻を20年も30年も遺棄し、別の女性との間に子供まであったとしても、最初の妻が離婚を拒否し、且つ妻自身が婚姻上の犯罪を犯さない限り、その男は別の女性と再婚することは出来ないのであった。 【3-02】

法改正への圧力

離婚法の執行には多くの不愉快さが付きまとった——例えば、原告は、自分自身姦通を犯していれば無責ではないわけで、自分に有利に法廷が裁量を行使するよう説得出来なければ、離婚を勝ち取ることは出来なかった。その為に原告は、彼自身の違反行為に関する詳細な説明を書き記した、いわゆる「裁量願い」 (discretion statement) を提出しなくてはならなかった。1969年、控訴院 (the Court of Appeal) は Pearson 対 Pearson 事件 [1971] P 16 で、事務弁護士 (solicitor) は依頼人に「姦通」 (adultery) という言葉の意味を理解させるのみならず、開審以前に犯した姦通の全てを告白するよう注意を促すべきであった、という判決を下した。かくして、法改正を求める圧力は、離婚と再婚を希望する者のみならず、当時の法を不服とする法曹関係者の間からも起こったのである。7年間の別居事実の証明に依って離婚を許すことを目的とした法案は、多数の支持を受けた。その決定的な突破口は、カンタベリー大僧正 (Archbishop of Canterbury) が設立した委員会が1966年に出した報告書、《Putting Asunder》であった。 【3-03】

《Putting Asunder》は、事実上、1969年離婚改正法 (the Divorce Reform Act 1969) に依って実施された離婚法改正のための触媒となった。それは、二つの悪 (evils) を比べ、よりましな方として、婚姻破綻主義 (doctrine of breakdown) を婚姻上の犯罪 (matrimonial offence) の代替とすることに賛意

を表したものであった。併し同時に、大僧正 (Archbishop) 委員会は、婚姻が真実破綻したかどうかという問いに答えるためには、裁判所は「婚姻関係の『死』(death)の申立て事実と原因」について詳細な調査を行うべきであると考へた。委員会はまた、判決を下すことが正義と婚姻制度を守るといふ公共の利益に反する場合は(たとへ婚姻破綻が証明されたとしても)離婚判決を下すべきではないと提案した。

【3-04】

The Field of Choice

大法官 (Lord Chancellor) は、直ちに、新しく設立された法律委員会 (Law Commission) にそのリポートを報告した。法律委員会は、まず出発点として、良い離婚法 (good divorce law) は以下のことを追求すべきであると考へた。即ち「(i)婚姻の安定性を崩すよりは支持すること、(ii)不幸にも婚姻が回復の見込みがない程破綻したときは、(婚姻という)空虚な法的貝殻 (the empty legal shell) が、最大限の公平さと最小限の苦痛、困惑、屈辱で済むように壊されるべきであること」である。法律委員会は、離婚法という本質的に婚姻を解消する為に設けられたものが、婚姻の継続に寄与することはあり得ないといふ見解を否定した。即ち、離婚法は「当事者が自分達の婚姻を成功に導く為、或は一時的な困難を乗り越える為にいざさかの努力もせずに離婚が勝ち取れるほど簡単なものではないといふ点をはっきりうち出すことが出来るし、またそうすべきである。また、和解 (reconciliation) を奨励し、離婚手続き自体が和解の成立を困難にするようなものであってはならないといふ点も明言出来るのである。」

【3-05】

職権主義 (inquisitorial approach) の否定

法律委員会は改革に賛成したが、大僧正のグループが出した提案である、離婚は完全な調査によって婚姻の破綻が証明された後でなければ認められないといふ点は受け入れなかった。即ち、当事者にとって、そのような調査は屈辱的で苦痛に満ちたものとなるに違いないと考へたからであり、更に、経費の支出と人員資源の大幅な増強が無くては、そういった調査を全てのケースに行うこ

とは実践不可能であろうと考えたからである。あらゆる代案が検討され、その後、法律委員会と大僧正のグループとの間で、1969年離婚改正法の中に具現化されることになる原理についての合意が成立した。その原理とは、婚姻の破綻こそが離婚の唯一の原因であるべきだが、その破綻を法廷による詳しい調査の対象とすべきではない、と云うものであった。その代わり、かつての婚姻上の犯罪に類似した、ある特定の事実の証明、或は (i) 被告 (respondent) が同意した場合は2年間の別居、(ii) 同意しない場合は5年間の別居の証明から、婚姻の破綻が推測されることになった。 【3-06】

現行法の原典

1969年離婚改正法 (the Divorce Reform Act 1969 : 1971年1月1日施行) は、大幅に離婚法を改正した。1969年法は、その後、実質的变化もないまま1973年婚姻事件法 (the Matrimonial Causes Act 1973) にまとめられた。1984年婚姻及び家庭訴訟手続法 (the Matrimonial and Family Proceedings Act 1984) は、多数の手続きその他の改正をしたが、離婚原因に関しては何ら変更を加えていない。 【3-07】

現行法の実体の概略

離婚を求める者は裁判所に申立てなければならないが、その申立てを婚姻後一年以内にするには許されない。その申立ての中で、婚姻が回復の見込みのない程破綻したことを主張する必要がある。即ち、原告は、裁判所が婚姻の破綻を推測する権限を付与されている五つの原因事実のうち、一つ以上を裁判所に示さなければならないのである。これに対し、他方配偶者 (「被告」と呼ぶ) が、婚姻がまだ回復の見込みがないほど破綻していないことを示すか、あるいは婚姻の解消が被告に財政上もしくは他の困難 (hardship) を引き起こすのを理由に離婚判決 (decree) を争って成功しない限り、裁判所は離婚判決を下すことになる。この離婚判決は第一審 (in the first instance) では仮判決

(decree nisi) である。婚姻は裁判所が本判決 (decree absolute)²⁾ を下すまで解消されないが、本判決は、原告の申請に依って、仮判決後6週間、またはそれ以降になされるのが通常である。 【3-08】

離婚手続こそ現代離婚の中核

特別手続 (the special procedure)

1973年以前は、全ての離婚ケースは公開法廷で行われており、裁判所は原告の口頭証言を経ずに離婚判決を下すことは許されなかった。併し、所謂、「特別手続」(1973年に簡易性と迅速性と経済性を達成するために導入されたもの：Latey 判事, R対 Nottingham County Court 事件 ex parte Byers [1985] 1 WLR 403) のもとでは、被告がその手続きに反対する措置を取らない限り、口頭による審理は全く無くなった。 【3-08】

「特別手続」の概略は、次の通りである。まず、原告は申立用の定型用紙に書き込み、それを宣誓供述書 (affidavit：定型質問用紙に対する自分の解答が真実であることをその宣誓供述書の中で確認する) と一緒に提出する。これらの書類は補助裁判官 (Registrar)³⁾ が非公開で検討し、もし補助裁判官が、原告が申立書の内容を十分証明し、判決を受ける権利があると評価すれば、その趣旨の証書を作り登録する。(ブース委員会 (the Booth Committee) ——1982年手続を検証する為、創設：para. 5-06——が指摘したように実際には補助裁判官は彼に提出された若干の書類を読む以外は出来ないし、又、微に入り細にうがつやり方や過度の技術的審理をしないよう要請されている；ex parte Byers. 上記)。その後、離婚判決は、公開法廷で、「ケース1から50までにつき離婚の仮判決を下す」(I pronounce decree nisi in cases 1 to 50) といったように宣言されるのが通常である。

大多数の離婚 (約97%) はこのやり方で行われる。実際、最後まで争うケースは殆んど無い——例えば1985年には、464件のみが裁判後に解決がもち越さ

2) 「絶対判決」という訳もある。

3) 身分登録官ともいうが、実体は州裁判所の民事審査官である。

れた。勿論、それらの中には裁判が形式のみになってしまうケースもあり、それは当事者が裁判の直前に合意に達するからである。争われるケースがこのように少ないのには幾つかの理由がある。第一に、今日、当事者の一方が離婚を望めば、実際遅かれ早かれ離婚することが出来るのであるから、離婚判決には反対せず、むしろ彼または彼女が反対すれば訴訟に件うであろう困難や余計な支出をかけない代わりに、十分な財政上その他の取り決めの交渉をするよう、事務弁護士は依頼人にアドバイスするであろう。第二に（ブース委員会が指摘したように； para. 2. 16）、多額の訴訟費用は、大部分の夫婦にとって、完全な審理を望むことを「不可能ではないまでも非現実的」にする（もし婚姻が回復の見込みがないほど破綻していることが明確であれば、法律扶助金（legal aid）は被告には降らない。但し、控訴院の最近の判決に依れば、もし被告から対抗すべき重大な訴答がなされれば、法律扶助金は降りるべきであるとする； McCarny 対 McCarny 事件 [1986] 1 FLR 312）。最後に、裁判所自身も「離婚に対する防禦訴訟を奨励しない。それは、一方が婚姻が回復の見込みがないほど破綻しているという確信を抱いているにも拘らず、他方が破綻してはいないといつてこれを争うことの不毛さばかりではなく、そのような離婚裁判が両者に与える感情的、財政的負担と、その家庭の子供に有害な影響を及ぼす危険性を考慮しているからである。」

「特別手続」の利用が広まった結果、離婚は、理論上は今だ法的問題であるにも拘らず、被告が離婚の申立てに反対しないケースでは、行政行為としての属性をより多く備えるようになった。これは法の運用にとっても重大な意味を持つ。即ち、判例法（case law）が、立法の際明らかにしてきた問題の多くは実際には起こらないし、従って法を比較的簡明に取り扱うことが可能となった。しかしながら、読者は実体法など無意味な存在であると見做しがちな誘惑に負けてはならない。何故なら、被告の反対にあった幾つかのケースでは、実体法は今まで通りに適用されているのだし、「特別手続」のもとでの無防禦訴訟においてさえも、原告はもし彼（又は彼のアドバイザー達）が既存の法律規則に無知であるならば困難な目に陥ることも稀ではないからである。 【3-09】

第 4 章

現代離婚法——実体法

婚姻後一年以内の離婚申立て禁止

1937年から1984年までは、被告によってひどい苦しみを受けているか、被告が極端な不道徳行為をしているかが証明されない限り、婚姻後3年以内に離婚の申立てをすることは許されなかった。1984年、国会は、多くの事件（1983年には1,604件）で少なからず気の滅入る屈辱的な訴えをしなければならない1937年法は不十分なものであるとする法律委員会の勧告を受け入れた。併し同時に、婚姻の安定性と権威を維持するための国家の関心を主張し、また、結婚式の日から数日内の離婚を禁止するために、婚姻後間もない時期における離婚に対して、何らかの制限を加える必要があるとも考えた。

故に現在の1973年婚姻事件法第3条は、婚姻後一年以内の離婚申立ては許されないと規定している。この規定は、単に離婚手続きを一年以内に始めることを禁止するだけであって、離婚の理由に影響を与えるものではない。また、この規定が婚姻後一年以内起こった事柄（例えば被告の姦通や離婚原因と見做される行為）に基づく離婚請求を妨げるものではないことも明記されている。逆に、結婚式から一年経過しただけで、離婚が出来るというものでもない。以下に述べるように、原告は離婚の理由を立証しなければならないのである。

第6章で述べるように、婚姻後一年以内は、家庭内暴力及び婚姻訴訟手続に関する法（Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act）に基づく裁判上の別居（Judicial Separation）や、占有剝奪命令（Ouster Order）——婚姻住居からの退去命令——等の司法的救済を利用することができる。

スコットランド法にはこれに該当するような規定は今までに無く、統計的に比較しても、このような期間制限は離婚率に大した影響を与えないようである。実際には、この期間制限は、もともと1937年に離婚の実体法を改革するために反対派に支払わなければならない代償の一部として、導入されたものであった。そして、1984年の法改正の際に、この制度は、政治的な配慮から、短期間ではあるが残されることとなったのである。 【4-01】

離婚原因としての婚姻の回復し難いほどの破綻 (irretrievable breakdown)は誤解を招き易いこと

法理論上、現在では、婚姻が回復し難いほど破綻しているという理由によってのみ、裁判所は婚姻を解消させることができる(1973年婚姻事件法第1条第1項)。併し、回復し難いほどの破綻が離婚の唯一の原因であるということは、以下の二つの理由により誤解を招き易い。【4-02】

(i) 裁判所は、婚姻が回復し難いほど破綻していることがいかに明らかな場合でも、原告が以下に述べる5つの「事実」(facts)⁴⁾の内、一つ以上を証明できない限り、婚姻を解消し得ないであろう(それらの事実の内の3つは、かつての婚姻上の犯罪である姦通、虐待、遺棄と類似するものである)。

例えば、Richards 対 Richards 事件 [1972] 1 WLR 1073に於て、(精神病を患っている)夫は妻に暴行を加え、不機嫌で無口であった。遂に妻は夫のもとを去り、裁判所は、婚姻が回復し難いほど破綻していることを認めたが、それにも拘らず、離婚判決は拒否された。裁判所は、夫の精神病により彼との同居を期待するのが相当ではないという点を、妻は十分に明確にしていなと判示したのであった(para. 4-15参照)。【4-03】

(ii) 回復し難い婚姻の破綻が離婚の唯一の原因であるという点、あたかも裁判所がそのような回復し難い破綻が本当にあったかどうかを調査するような印象を与える。しかし実際には——裁判所は(1857年に制定された条文に基づき)当事者に依って「申立てられた事実を無理のない範囲で調査する」ことが義務づけられている事実にも拘らず、——調査は行われないのである(1973年婚姻事件法第1条第3項)。これは次の理由に依る。

(a)特定の事実は、理論的には、裁判所がそれに依って破綻を推測し得る必要な証拠を供給するに過ぎないにも拘らず、その事実の内の何れか一つを証明することにより、そこに回復し難いほどの破綻があるとの強力な推定が生まれてくるのである。婚姻事件法は、實際上、回復し難いほどの破綻がなかったとする立証責任を被告に負わせている。そして、今までに婚姻が回復し難いほど破

4) それが証明されることによって婚姻が破綻したと見做される事実。以下単に「事実」という。

綻していないからといって、原告に離婚判決を拒否したケースは一件しかない（しかもそれは完全に例外的なケースである）：Biggs 対 Biggs 事件 [1977] Fam 1。妻が自分達の婚姻は回復し難いほど破綻していることを否定し、自分はまだ夫を愛していると抗議したにも拘らず離婚判決が下された、Le Marchant 対 Le Marchant 事件 [1977] 1 WLR 559 のようなケースの方が（前の Biggs 対 Biggs のようなケースより）はるかに典型的で数も多いのである。ごく稀なケースではあるが、事実が立証されたにも拘らず、なお婚姻が回復し難いほど破綻しているかどうかについて疑いがあるケースに於て、裁判所が取り得る唯一の実際的な解決法は、訴訟を一時停止し、和解による解決を可能ならしめることである。

(b) 裁判所が、婚姻が回復し難いほど破綻しているかどうかを審理しない第二の理由は、para. 3-09 で説明した「特別手続」が広く一般的に使われている為である。確かに、理論上は、被告側が、婚姻が回復し難いほど破綻しているかという点に関してのみで、その訴訟を争ってくることもあり得る。しかし実際上は、この目的では法律扶助金 (legal aid) をもらうことは困難である (para. 3-09 参照) し、特別手続のもとで、現に必要とされることは、原告による宣誓供述書 (affidavit) の中の供述だけなのである。そして (ブース委員会が para. 2. 17 で述べたように) 「裁判所の調査権に関する制定法上の権限は、非常に制限されている」のである。 [4-04]

5 つ の 事 実

まず、1973年婚姻事件法第1条第2項に特定された5つの事実の内、一つ以上の「事実」が証明されねばならない。(i) 姦通 (adultery), (ii) 行為 (behaviour), (iii) 遺棄 (desertion), (iv) 2年間の別居と離婚に対する同意, (v) 5年間の別居がそれである。 [4-05]

1. 姦 通

単なる姦通では不十分であること

この事実を立証するためには、(i) 被告が実際姦通をした事実のみならず、(ii) 原告が被告との同居を耐え難く感じていることを裁判所に納得させる必要がある。 【4-06】

(a) <被告の姦通の事実>

姦通とは、既婚者と配偶者以外の他の一人の異性（既婚、未婚を問わない）との間の、自発的或は合意に基づく性行為のことである。 【4-07】

<性行為とは> ここでは、強姦罪で使われるのと同じ定義が用いられている——即ち、たとえ瞬時にしろ、男性による女性の性器への貫通が必要とされる。従って、夫の同意を得ずして人工授精をした妻は姦通したことにはならない。既婚の男性が、例えば性転換をし人工陰を作った男と性関係をもつこと（例えば相互に自慰行為をし合う等）が、姦通としては不十分なのは明らかである。しかしそういったケースでは、別の離婚原因である「行為」に基づく離婚請求が考えられよう (para. 4-15 参照)。 【4-08】

<性行為は自発的か、合意に基づくものでなくてはならない> これは、つまり、強姦された妻や、若すぎるとか精神障害者である等の理由で不十分な意思能力しか持たない妻は、姦通罪には問われ得ないということである。酩酊は、例えば自分の意思に反して酒入りの飲み物を飲まされた等の責めを問えない事情のある場合には、合意を否定されることになるであろう。 【4-09】

<姦通の証明>

姦通の証明というのは、かつては大変困難であった。それは証明の基準が極めて厳しいものとされていたからである。今日では、原告が身元不明の人物に対する被告の姦通を申立てることも稀ではなく、もしそのケースが被告によって争われなければ、それ以上の調査は行われぬのが常である。併し裁判所を欺くことは許されないから、もし姦通の相手がわかっている場合は、それは明らかにすべきであろう：Bradley 対 Bradley事件 [1986] 1 FLR 128参照。

【4-10】

(b) ≪原告が被告との同居を耐え難く感ずること≫

離婚改正法 (Divorce Reform Act) の方針では、姦通が意味を持つのは、それが婚姻の破綻を象徴する限りに於てであった。その法律は、「姦通行為が過度に屈辱的で深く彼 (又は彼女) を傷つける結果、原告は被告とそれ以降の結婚生活は考えられないということを裁判所に納得させる必要があり、姦通事実がそのまま破綻を表すものと見做されるべきではない」という原則に影響されていた。

実際には、その法律はこの目的を果たしていない。Cleary 対 Cleary 事件 [1974] 1 WLR 73 で控訴院が下した判決に依れば、たとえ姦通が婚姻の破綻に何ら重要な影響を与えていない場合でも、もし、原告が被告との同居を如何なる理由からであれ、耐え難いと純粹に感ずるならば、「事実」は立証されたことになる。控訴院はこの判決中で、姦通に関する条項について、「原告が被告との同居を耐え難く感ずる原因となった、被告の姦通」の証明は必ずしも必要ではないと解釈したのである。更に、原告が被告との同居を耐え難く思うかどうかという基準は主観的であって、客観的ではないことは明らかである。つまり、原告が実際被告と同居することを耐え難く思っているだけで十分なのであって、一般人が同じように感じるかは問題とならないのである。 【4-11】

各要素の間に何のつながりもないこと

その二つの要素(姦通の事実と耐え難い同居)の間に何のつながりも必要としないという見解は、理論上、明らかに奇妙な結果につながる (Roper 対 Roper 事件 [1972] 1 WLR 1314, 1317 で Faulks 判事が示唆したところに依ると、妻は、ただ一度だけ姦通を犯した夫に対し、実際には彼が鼻をかむ回数が多すぎるのが耐え難いといって離婚することが出来る結果になってしまう)。併しそれでも、この解釈は正しいように思われる。つまり、この解釈は、問題の条文中の言葉を全く文字通り読んだものであり、それは、婚姻の破綻が離婚の唯一の原因であるべきだとする立法の目的とも合致する。司法審査の対象となるのは、破綻ではなく姦通なのである。一旦姦通が明らかになりさえすれば、裁判所は反対の結論につながる証拠がない限り、回復し難い破綻の推定を下すの

である。その法律の文理解釈が奇異に見える唯一の理由は、それが、婚姻という地位を維持したいと望んでいる配偶者にとって不公平な結果を生むことになるという点である。しかし今、法律はそのような問題には関心を払っていない。たとえ離婚された配偶者が、婚姻の破綻に対して「全く無実」であり、原告に「全ての責任がある」としても、その事実をもって、実際破綻した婚姻という空虚な法的具殻を存在させ続ける理由にはならないからである。【4-12】

6 カ月以上の同居は阻却事由となること

もし一方の配偶者が、他方が姦通した事実を知りながら、6 カ月以上同居し続けた場合には、姦通の事実を根拠に離婚請求をすることは出来ない(1973年婚姻事件第2条第1項)。反対に、もしその夫婦の同居が6 カ月以内ならば、「原告が被告と同居するのを耐え難いと思うかどうかを決定する上で」その事実は考慮に入れない。この規則の目的は、同居によって、無責の当事者が、相手方の姦通の罪を宥恕した(許した)と見做された、かつての婚姻上の犯罪原理に内在した危険を犯さずに、当事者が和解をはかることができる点を明確にすることである。【4-13】

姦通を根拠にする離婚請求が多い理由

「姦通」という事実を立証しようとする原告は、単に、被告がある特定の人物、或は身元不明者と姦通したことを申立書の中で述べればよい。申立てを根拠づける宣誓供述書の中で、原告は被告が姦通をしたと信ずる理由と、被告の姦通を原告が知った最初の日付けと、姦通後、当該夫婦が同一世帯に住んだかどうかを尋ねられるだろう(最後の2つの質問は、上に述べた6 カ月以上夫婦が同居した場合についての条文に関連する)。原告はまた、被告との同居を耐え難く感ずるかどうかを尋ねられる。現実には(ブース委員会が認めたように) para. 4-9) 特別手続のもとでは、裁判所は、争われないケース(uncontested allegations)の場合には、申立てられた姦通の事実が真実か否かを調査する術を持たないし、「明らかな矛盾がない限り、裁判所は被告の姦通に対する容認を最終的なものとして常に受け入れるであろう」(para 4-13)。故に、現実には、

この姦通の「事実」は合意による即時の離婚を許すものであり、それが姦通の事実がこれほどまでによく使われる理由の一つであると思われる——1985年には、この「事実」に基づく離婚請求は 53,330 件あった（これは全ての離婚請求事件の28%を占める）。

【4-14】

2. 被告の行為(behaviour)⁵⁾

1973年婚姻事件法第1条第2項b号は、「原告に被告との同居を期待するのが相当でない行為を被告が行ってきた」という事実の証明があれば、婚姻の破綻を推測できる権限を裁判所に与えている。

【4-15】

最も一般的に使われている事実

この事実は他の如何なる原因事実よりもよく使われている。1985年には、(190,481件の離婚請求事件のうち)81,220件が、この事実を根拠としたものであった。困ったことに、そのような行為を証明する必要は、回復し難いほど破綻している婚姻を「最小限の苦痛、困惑、屈辱」で解消することを可能にするという方針と相容れないものである。ブース委員会 (para. 4-17) の結論に依れば、「この事実に基づいた離婚請求は、他の原因事実を理由とするものよりも困難が生じ易い。何故ならば、そのような離婚請求では、原告が自己の主張を裏付けるために都合のよい数多くの出来事を羅列するのは、疑いのない事実と思われるからである。」

【4-16】

申立ては時には些細なものであること

この行為に関する申立ては極端に些細なことが多い。

Livingstone-Stallard 対 Livingstone-Stallard 事件 [1974] Fam 47 では、裁判所は、当事者等の下着の洗い方まで審理しなくてはならなかった。

Richards 対 Richards 事件 [1984] AC 174 では、夫が妻の誕生日や結婚記念日を覚えていなかったこと、妻にクリスマスプレゼントを買わなかつ

5) 行動・ふるまいという訳もあるが、ここでは消極的不作為もその内容に含まれることと、その語感から「行為」という語を使った。

たこと、子供の出産に際して妻に花束を贈らなかつたこと、妻の両親に子供の誕生を知らせなかつたこと、妻を映画に連れて行かなかつたこと、そして、家に少なからぬ損害を与えていた犬を捨てるのを拒んだことが申立てられた。

しかしそのような申立てでさえ大変な精神的苦痛をひき起こす場合があるかも知れない——特に被告が自分には全く責任がないと信じている場合には、そして、原告の方こそ非難されるべきだと考えていればなおさらである。【4-17】

深刻な問題が頻繁に起こること

身体的暴力（例えば妻の目の回りに黒いあざを2回作り、別の機会に妻の顔を殴打したなど：Bergin 対 Bergin 事件 [1983] 1 WLR 279）は、よくある申立てである。時にはそのような申立てが、他の非行を含むこともある（例えば、飲酒とアルコール中毒：Ash 対 Ash 事件 [1972] Fam 135、或は、妻が夫の上司に理不尽な言葉を吐き、その結果夫の出世をだめにした：Bateman 対 Bateman 事件 [1979] Fam 250 など）。裁判所は又、当事者の性行為を詳細にわたって審理することもある。

Mason 対 Mason 事件 (1980) 11 Fam Law 143 では、妻が一週間に一回以上夫と性交渉をもつのを拒否した事実は、諸般の事情を考慮すると、婚姻の回復し難い破綻が推測される行為としては不十分であるとの判決が下された。

「行為」に対する申立ては頻繁に性的倒錯や過剰な性的要求をすることなどを含む。また、配偶者の悪行の長々とした行為目録が続くこともある。

Stevens 対 Stevens 事件 [1981] 1 WLR 885 では、夫が故意に妻の生活をあまりに不愉快ならしめようとした結果、妻が家を出ようとしたという事実が申立てられた。夫は、妻から照明と調理器具を奪い、妻の寝室に無断で侵入して妻の持ち物を調べたり、「ふしだらな女」と呼んで妻を恥づかしめようとしたり、妻の家族で以前自殺した者のことを妻に思い出させたり、妻に、お前は狂っているというようなことを言ったというのである。

時おり、被告側に精神的アンバランスが見られることもある。

O'Neill 対 O'Neill 事件 [1975] 1 WLR 1118 では、航空パイロットを定年退職した夫は、無口でそっけない性格で、結婚生活は決して満足の行くものではなかった。しかし妻にとってどうしても我慢が出来なくなった夫の行動は、彼が家の改装工事を2年間も長びかせ、その間にセメントを居間の床の上で混ぜたり、8カ月もトイレにドアを付けなかったりした事実であった。

【4-18】

解釈上の諸問題

この条項の解釈を巡っていくつかの問題が発生している。つまり、この行為「事実」を理由とする離婚請求は他の原因事実よりも抗弁を受け易く、必ずしもそれらの問題に対する議論が全て理論的なものだとは言いきれない性質をもつからである。確かに、ここしばらくの間、法律扶助給付機関は、婚姻が回復し難いほど破綻していると考えられるようなケースに対して抗弁を行う目的のために、法律扶助金を給付することを拒んできたし、それを根拠とする離婚判決は決して被告に経済的、或は他の問題において不利益を生じさせるものではなかったであろう。併し、もし、控訴院が *McCarney 対 McCarney 事件* [1986] 1 FLR 312 の中で示唆したように、被告には彼に対する重要で深刻な主張に抗弁するための、法律扶助金を受ける権利があるとしたら、被告側の抗弁件数は劇的に増える可能性がある。そこで判例法の中に見られる、幾つかの重要な教義上のポイントを、要約形式ではあるが、ここで述べておく必要がある。【4-19】

(a) ≪二つの明確な要件≫

原告は、必ず次の二つの要件を立証しなければならない。第一に、被告がある一定の行為をしたこと、第二に被告の行為について証明された事実に基づき、原告に配偶者との同居を期待するのが相当でないことである。【4-20】

(b) ≪「不合理な行為」(unreasonable behaviour)⁶⁾ は不正確であること≫

この「不合理な行為」という省略表現はよく使われるが、正確ではない。Eekelaar 教授⁷⁾ の言葉によれば「不合理であらねばならないのは被告の行為

6) 婚姻生活の継続を困難にし、同居を期待されるのが相当でない行為。

7) John Eekelaar: Oxford 大学 Pembroke College 教授。家族法並びに家族法社会学に関する多数の著書があり、国際的に著名な家族法学者である。

ではなく、被告と同居することへの期待なのである。」例えば、

Bannister 対 Bannister 事件 (1980) 10 Fam Law 240 では、妻は離婚請求において (夫はそれに対して抗弁しなかったが)、夫が2年間自分をどこへも連れて行かなかったこと、やむを得ない場合以外は自分と口を聞かなかったこと、行き先も告げずに出かけたまま何日も帰らなかったこと、自分とは全く独立した生活をして、自分を完全に無視し続けてきたことを申立てた。第一審においては、これらの事実は「不合理な行為」ではないとの理由で、彼女の申立ては退けられた。しかし控訴院は、夫の行為に照らして妻にこれ以上夫との同居を期待するのは相当でないとの理由で、妻の控訴を認容した。 【4-21】

(c) ≪判断基準は客観的であること≫

問題は「原告に被告との同居を期待するのが相当であり得るか？」ということであって、「被告の今までの行為が妥当か否か？」ということではない。即ち、裁判所は一方の配偶者の挑発をも含めた全ての状況を考慮に入れなければならない。

Stevens 対 Stevens 事件 [1979] 1 WLR 885 に於て、夫の行為を根拠とした妻の離婚請求は、裁判所が (婚姻が回復し難いほど破綻しているにも拘らず)、夫ではなく妻の側の行為がトラブルの原因であると判示したため、却下された。夫と妻はその後、同じ屋根の下に住み続けたが、夫は、冷酷にそして故意に、妻が家にとどまれなくなるほど妻の生活を不快なものにしようとし始めた (para. 4-18参照) ため、妻は改めて訴訟に踏み出し、今度は成功した。もし夫の行為が、責任は妻にあると判示された前訴の状況から予想し得る程度に敵対的で無情であったなら、妻の側に勝ち目はなかったであろう。しかし最初の訴訟以来、夫の行動が、その状況下で予想される程度を上回っていたという事実を鑑みて、妻はそれを耐え忍ぶ必要はないとされたのである。 【4-22】

(d) ≪当事者の目から見た相当性 (reasonableness)≫

裁判所は「通常の分別のある (reasonable) 配偶者達」ではなく、当該訴訟における当事者を考慮しなくてはならない。粗暴な原告には、粗暴な被告との

同居を相当とされるかも知れないし、酒飲みの原告は同じように酒飲みの被告と、無口で陰気な原告は同じような性格の被告と、浮気な夫は浮気な妻と、といったように、もし各自が何らかの点に於て等しく欠点があるならば、互いに同居することは相当であると見做されることもあろう。

Ash 対 Ash 事件 [1972] Fam 135 では、夫は自分が粗暴でアル中と酩酊の傾向があったことを認めた（彼はその原因を、銀行の支払口座を好みに利用できること、仕事からの必要性、及び妻の無理解のせいにした）。しかし裁判所は妻に夫との同居を期待するのは無理であるとの結論を下した。
他方；

Pheasant 対 Pheasant 事件 [1972] Fam. 202 に於ては、夫の述べた不平は、単に自分の自然の性情が要求し、また強く切望するところの、積極的であらわな愛情を妻が自分に与えられなかったというものであった。そして彼は、その事実は彼にとって妻との同居を不可能なものにしたと述べた。併し裁判所は、妻は婚姻における義務違反を何ら犯していないのだから、夫は行為「事実」を立証していない、という判決を下した。その夫婦は単にうまく歯車がかみ合わなくなった（ように思われる）だけであって、そのことだけでは十分ではなかったのである——もし離婚の唯一の原因が本当に婚姻が回復し難い程破綻していることであるとしたら、恐らくそれは奇妙な結果を招くであろう——。

【4-23】

(e)《分別ある一般人という基準》

夫（妻）の一定の行為のために、それ以上同居を続けることを妻（夫）に期待するのは相当かという判断を下す場合、即ちそのような評価をする際に、婚姻の本質についての価値判断が含まれることは明らかである。O'Neill 対 O'Neill 事件 [1975] 1WLR 1118 に於て、控訴院が選んだ方法は、問題を陪審員に対する説明のような形式にすることであった。即ち；

「全ての状況及び当事者の性質、性格を考慮した上で、分別のある一般人なら誰でも、夫がある一定の行為をした場合、妻に夫との同居を期待するのは無理であるという結論に達するか？」という問いを發することである。

こういった質問は多かれ少なかれ裁判所に婚姻に含まれる義務と行動の基準

についての見解を表明させることになるが、そういう仕事には、裁判所は必ずしも適していないと考える人もあろう。 [4-24]

(f) ≪被告は倫理的に非難されるべき必要はないこと≫

この点は、問題となっている行為が精神病による場合に特にあてはまる。あるケースでは、理由が何であれ、原告に被告との同居を期待するのが相当でないことは明らかである。

White 対 White 事件 [1983] Fam 54では、夫は、彼の説明に依ると、自分がバルコニーから飛び降りて自殺をしようと図った時に、自殺する代わりに妻を殺せという神の声を聞いた、ということを示した。彼は、自分は拳銃を手に入れ、妻の頭をふっとばし、そのあと妻の頭でフットボールをずるだろうと妻に話した。そういった事情のもとでは、夫が自己の行動について責任を問われないほど重い精神病に冒されていたという事実があったとしても、離婚判決は下されることになる。

Katz 対 Katz 事件 [1972] 1 WLR 955 では、夫は精神病院に入院していた躁鬱病患者であった。彼は絶えず妻を批判し、これと彼の他の異常行動とが相俟って、妻は、激しい不安にかられ、ついに自殺を企てるという結果になった。妻は離婚判決を勝ち取った。

しかしこれらのケースは、本質的な問題に対する何の明快な解答も出していない。その質問とは、配偶者に忍耐を強いることが妥当である行為とは一体どんなものなのかという問いである。

Thurlow 対 Thurlow 事件 [1976] Fam 32 では、夫に、てんかん性で寝たきりの妻に対する離婚判決が下されたが、その際、次のようなことが述べられた。裁判所は「家族の一員の精神的、身体的障害の結果、家族に課されることになった重荷を受け入れ、共にわかち合うという通常の婚姻義務」を含めた、婚姻生活のあらゆる義務を十分考慮に入れるべきであろうというのである。

しかし、そういった裁判所の任務は、両者のつり合いをとるべきものであって、原告自身の健康や、家族全体の健康に被害が及ぶといった事実があれば、裁判所は離婚判決を下す方向に傾くであろう。同様なことは、被告の行為が多

発性硬化症 (disseminated sclerosis) や脳血栓 (cerebral thrombosis) などの身体障害から生じたものである場合にも言えるであろう。裁判所は (例えば O'Neill 対 O'Neill 事件 [1975] 1WLR 1118 の中などで) 英国国教会制定の祈とう書 (Book of Common Prayer) の中の結婚式用の言葉 (即ち、「良い時も、悪しき時も、また病める時も、健やかなる時も」相手と共に生きるという義務も含む) に不賛成の意を表明してきた。しかし、「相当性」(reasonableness) の基準が、婚姻義務の性質に関するしかるべき見解を介在せずして判断され得るかどうかは明らかではない。

【4-25】

(g) <行為は積極的の作為もあるし、消極的不作為もあり得る>

しかし、事實は、行為がはっきりしたものである場合の方が立証し易い性質がある。Rees 判事が Thurlow 事件 (前掲) で述べたところに依ると、配偶者達はしばしば、暴言や暴力よりも、長い沈黙や完全な不作為の方を耐えるよう期待され易い。不当な性行為の拒絶や、妻の健康を害するような経済上のストレスをもたらす夫の救い難い、或は許し難い怠惰さは、旧法のもとでは虐待 (cruelty) という婚姻犯罪を構成すると判示されたが、現行法のもとでは同じように「行為」という「事実」を構成することになるであろう。しかしその場合、「行為」と呼べるものが介在しなくてはならない。これはまた、病に関するケースにもあてはまる。Thurlow 対 Thurlow 事件では、裁判所は仮定論として、交通事故により植物人間になり、病院で余生を過ごすことになった配偶者を例にとった。そのようなケースでは、原告は「自分に対する行為、或は自分に対する離婚原因に足る十分な積極的行為があったことを立証するのに非常に困難」に直面することが考えられる。

【4-26】

(h) <問題となっている行為後の同居>

被告は果たして、妻が自分と一緒に住み続けた事實は、彼女が被告との同居に耐え得ると自ら示した証明であると主張し得るであろうか? 1973年婚姻事件法は第2条第3項という両者の和解を奨励するための条項を含んでいる。それは、両者が短期間一緒に住んだとしても、和解が失敗した時に訴訟を起こす権利はなくなるというものである。即ち、原告に被告との同居を無理なく期待し得るか否かを判断する際、裁判所は両者の6カ月以内の同居は考慮に入

れてはならない。6カ月以上同居したという事実も絶対的阻却事由を構成するわけではない。しかし、原告と被告との同居期間が長ければ長いほど、今後、被告との同居を期待できないと主張するのは難しくなる。但し、原告はそのような推測を否定する権利があるのである。

Bradley 対 Bradley 事件 [1973] 1 WLR 1291 では、一審の裁判官は、4 寝室の市営住宅に夫と 7 人の子供と一緒に住んでいた妻に、離婚判決を下すのを拒んだ。しかし、控訴院は、たとえ妻には現在夫と一緒に住んでいる事実があっても、それ以降の同居の継続を期待するのは無理であることを証明する余地が与えられるべきだとする判決を下した。Scarman 判事が指摘したように、妻が夫と同居し続けた事実の裏には、(特に子供の為といった) 現由があり得るからである。 [4-27]

行為事実をめぐるジレンマ

行為「事実」の存在は、ある種の問題を生じさせている。一方では、その存在は、婚姻の破綻につきまとう苦痛と困惑と屈辱を最小限に止めようとする離婚法の方針と相容れない。また他方、それが存在するからには、法律扶助給付機関 (legal aid authorities) が婚姻の回復し難い破綻のケースには法律扶助金 (legal aid) を出さないという従来のやり方のもとでは、(財政的困難のせいで) 抗弁することができない。行為事実を原因とする離婚請求の被告達は、「公共の面前で責めを受け、しかるべき応報手段も持つべきではない」というやり方は誤っているように思われる。ブース委員会 (Booth Committee) (para. 4. 26) はこの問題に対処するための革進的な提案を打ち出した。それは、特に「行為」に基づく離婚請求は、問題となる行為の詳細な説明を含むべきではなく、被告がその詳細な説明を要求しない限り、原告の申立ての内情を公けにすべきではないというものであった。疑いもなく、この改革は(ブース委員会が述べた通り)「行為の詳細に亘る説明とそれに係る有責性の争いから、婚姻の破綻自体の問題へと強調の鋒先を移すことになるであろう」。故にそれは「改正法案の精神と完全に一致したものとなるであろう」(para. 4. 25)。しかしながらそれは又、立法府が現在施行されている法の構成様式を採用したことが正

しかったのかどうかを改めて問う結果につながるかも知れない。即ち、もし一方が、婚姻が破綻したと主張し、他方が反論しなければ離婚判決が下されるとするならば、そもそも相手が同居を耐え難くするようなある行為をしたなどつけ加える必要が一体どこにあるのだろうかという問いである。 【4-28】

3. 遺 棄

遺棄事実（1973年婚姻事件第1条第2項C号）を立証するためには次の二つのことが証明されねばならない。第一に、被告が原告を遺棄したこと、第二にその遺棄は離婚請求の直前の2年間継続したことである。 【4-29】

遺棄を理由とする離婚請求は実際にはあまり重要でないこと

遺棄事実が離婚請求の理由とされるのは全体の5%に満たない（1985年には、190,480件の離婚請求のうち、8,000件）。遺棄は実際には使われることは稀であると言えよう。何故ならば、もし夫婦が2年間別居していて離婚に同意するならば、それ自身が婚姻の破綻を証明する「事実」となるからである。もし夫婦が5年間別居していれば、それもまた「事実」の一つになる。その結果、遺棄を理由とする離婚請求は次の二つの場合のみに限られる。第一に、夫婦が少なくとも2年以上（但し5年以下）別居していて、被告が離婚に賛成しない場合、第二に、夫婦が5年間別居しているが、原告が、para. 4-58 に述べる理由から、5年間別居の事実に基づく離婚判決に異議が唱えられるのではないかという懸念がある場合である。 【4-30】

法は極端に複雑であること

遺棄は伝統的な婚姻上の犯罪の一つである。離婚裁判所は長い間、遺棄という概念に制限的な態度をとってきた。何故なら、もし遺棄の定義が広過ぎれば、現在の制定法が事実上（厳格な法理論上ではないにしろ）認めている、一定期間の別居後の合意による離婚に通ずることが懸念されたからである。長年に亘り変革し続ける政策的配慮と裁判所との闘いは、Diplock 卿が（Hall 対 Hall 事件 [1962] 1 WLR 1246, 1254 で）言う、所謂、「形而上の精密さ」

(metaphysical niceties) を法の中に導入することになった。その結果、過度に単純化しなければ、その法を明確に説明することは難しくなった。それでも、その試みはここでなされなければならない。 [4-31]

第一の要件：被告が原告を遺棄したこと

遺棄の主たる要件は、(a)別居の事実、(b)遺棄をするという意思である。これには次のことが含まれる。(i)原告側に別居に同意する意思がないこと、(ii)別居について如何なる正当な理由もないこと、(iii)被告に遺棄をする意思を持つだけの精神的能力があること。 [4-32]

(a)《別居の事実》

事実上の別居 (factual separation) は、遺棄にとっての絶対的な必要条件である。その典型的な例は、一方の配偶者が家を出ることである。しかし Merri-
vale 卿が、Pulford 対 Pulford 事件 [1923] P. 18, 21 の中で述べたように、「遺棄とはある場所からの退去ではなく、ある状況からの退去である」。ここで求められるのは、家族構成員間の別居であり、家からの別居ではない。このことは二つの重要な結果を導く。 [4-33]

(i) 《事実上の別居は、当事者同士が同じ屋根の下に住んでいる場合でも立証され得る》 問題となるのは、通常的生活を(たとえどんなに僅かでも)共同して送っているかどうかということである。居間の共有、一つのテーブルで食事をする事等は、別居の程度を定める上で大変重要な要素であろう。

Le Brocq 対 Le Brocq 事件 [1964] 1 WLR 1085 では、妻がドアの内側に錠を取り付けて、夫を夫婦の寝室から閉め出した。2人の間には何のコミュニケーションもなかったが、妻は夫の食事を作り続け、夫は妻に家事を賄うための金を毎週渡していた。故に夫は遺棄の事実を立証できなかった。Harman 判事が述べたように、「寝室の別離と心の別離と会話の別離はあったにしろ、一つの家庭は営まれていた」と見做されたのである。 [4-34]

(ii) 《婚姻用住居 (matrimonial home) の存在は必要不可欠ではない》 正当な理由も無く、夫が婚姻生活の為の住居をもうけることを怠れば、それ自体遺棄の推測を促すもととなり得よう。もし、夫と妻が婚姻用住居を何処にも

うけるかで同意できない場合——例えば、夫は Penzance で仕事をしたいと思っているのに、妻は Newcastle に住み続けたいと思っているような場合——裁判所は、夫と妻のどちらの言い分が妥当であるかを判断しなくてはならないだろう。夫はもはや自分と妻がどこに住むかについて絶対的な決定権はもっていないのである：Dunn 対 Dunn 事件 [1949] P. 98。 【4-35】

(b) ≪遺棄をする意思——animus deserendi≫

遺棄に関して必要とされる精神的要素は、婚姻関係を永久に終了させようとする意思であり、それは、遺棄をしていると申立てられた方の配偶者の言動から推測される：Lang 対 Lang 事件 [1955] AC 402, PC。故に、全ての別居が遺棄を構成するものではない。何故なら、(a)別居は同意に基づく場合もあるし、(b)別居に対する正当な理由がある場合もある。或は(c)被告に遺棄をする意思を形成するのに必要な精神的能力が欠けている場合もあろう。これらの要件について若干述べる必要がある。 【4-36】

(i) ≪同意にもとづく別居≫ 遺棄は婚姻上の犯罪である。そして、当事者は自分の自由意思で別居に同意した場合は、遺棄を申立てることは出来ない。併し、自分の夫または妻が出て行った事を嬉しいと妻または夫が思ったとしても、それによって別居に合意したことにはならない。この点に関しては、状況に応じた感情的側面も考慮される。

Haviland 対 Haviland 事件 (1863) LJPM & A 65 では、妻は夫に向かって、「出て行きたければ出てってよ、でももし彼女に飽きたら私の元に帰って来て」と言ったが、それは別居に合意したことにはならないと判示された。

遺棄を否定する要素としての同意の重要性は、現在の離婚法が「別居」による離婚の規定を設けたことにより薄れてしまった。同意が関係してくるのは、当事者が2年間(但し5年以内)別居していて、被告が離婚に反対している場合に限られる。そのような状況では、原告は遺棄の「事実」の立証の方を望むかも知れないが、もしその別居が合意に基づくものであったなら、彼の遺棄を理由とする離婚請求は通らないであろう。 【4-37】

(ii) ≪正当な理由≫ 被告が原告の意思に反して原告と別れても、もしそれ

が(i)やむを得ない場合、或は(ii)原告の非行に起因するものであるならば、その行為は正当化され得るかも知れない。問題は、被告に「正当理由」があったかどうかである。G 対 G 事件 [1964] P. 133に於て、精神病のため、日常、自分の行動に責任を問われなかった夫が、子供たちを脅えさせた時、妻が夫を家に入れなかったことは正当化されると判示された。

Quoraishi 対 Quoraishi 事件 (1985) FLR 780 では、(彼個人の法⁸⁾が認めた通り) 夫が第二の妻を娶ったような場合に、妻が彼のもとを去ったとしてもそれは正当化されると控訴院は判示した。夫の離婚請求は拒否され、明らかに破綻があったと見られる婚姻は、なお法的に継続し、存在していると判断されたのである。 [4-38]

(iii)《意思無能力》 精神病は遺棄の意思の成立を妨げることがある。実際そうであったかどうかは事実の問題であり、それを立証する責任は原告の方にある。もし精神的異常の為に、一方が他方の行動に対して想像上の誤った考えを信じていた場合には、遺棄の責任についての両当事者の権利は、その妄想が実際真実であったものとして審理される。

Perry 対 Perry 事件 [1964] 1 WLR 91に於て、妻は夫が自分を殺そうとしていると信じ、彼のもとを去った。もしその思い込みが彼女にとって真実であったならば、彼のもとを去るという行為は正当化されることになる。故に妻は遺棄をしたことにはならないとされた。 [4-39]

《法定遺棄 (constructive desertion) — 配偶者を作法的に追い出すこと》 法定遺棄論についても述べておく必要がある。というのも、これが限られた範囲ではあるが問題になり得るからである。旧法のもとでは(枢密院 (the Privy Council) が Lang 対 Lang 事件 [1955] AC 402, 417 の中で説明したように) 以下のことが認められていた。即ち、

「家庭を崩壊した真の責任者は、必ずしも、常に先に家を出ていく方とは限らない。通常の自尊心、或は忍耐力のある妻が、夫の行動が原因でその同居を耐え難く思い、家を出たとすれば、婚姻の破綻に責任があるのは後に残った方(判事達は、それが夫の方であると推測するだろう)である。夫は妻

8) 人種・宗教に基づく固有の法。

を追い出すことによって、妻を遺棄した事になる：即ち、妻を出て行くように仕向けた作為的事実が遺棄を構成するのである。」【4-40】

現行法のもとでは、そのような状況におかれた当事者は、「行為」事実 (para. 4-15参照) の方を証明することが出来るであろうから、離婚請求に2年も待つ必要はないであろう。そのような状況下では、法定遺棄も関係はないであろう。併し、例えば夫が妻に単に出ていけと命じた場合はどうであろうか——Khan (Sajid) 対 Khan (Sajid) 事件 [1980] 1 WLR 355 に於て、夫が妻に、「君の父親の前で言うておுகが、二度と家には帰って来るな」と言った場合のように。また Morgan 対 Morgan 事件 (1973) 117 SJ 223 で判示されたところに依れば、そのような場合は、「行為」よりむしろ法定遺棄のケースとして引き続き扱われるべきであるという。実際は、別居後2年経ってからでないと離婚判決は得られない結果となる。勿論、その配偶者の追放を促すような（例えば暴力などの）行為が他方の側にあったならば、「行為」を理由とする離婚判決が、直ちに下され得るであろう。【4-41】

第二の要件：被告が離婚請求直前の2年間、継続して原告を遺棄したこと

遺棄の必要期間の計算をするには2つのポイントがある。【4-42】

(a) ≪遺棄が未終結の犯罪 (inchoate offence) であること≫

遺棄は、離婚提訴以前のいつ何時でも終了され得る（例えば、遺棄をしている当事者が帰宅の申し入れをし、従って自分が今後、遺棄を続ける意思のないことを表明した場合）。もし遺棄が止めば、遺棄「事実」は立証され得ないことになる。また、遺棄はそれに対する合意が成立した時にも終了する（例えば、当事者同士が別居に同意した場合）。また、遺棄が始まった後、何らかの事情によって夫婦の間に同居の義務がなくなった場合にも遺棄は終了する（例えば、裁判上の別居 (Judicial Separation) 判決がなされた場合）。【4-43】

(b) ≪継続的とはその文字どおりではないこと≫

制定法 (1973年婚姻事件法) は被告が原告を2年間継続して遺棄したことを証明しなければならぬと明記しているが、同時に次のようにも規定している。遺棄の事実を判断する上で、「(6カ月を超えない) 一期間、或は (総計6

カ月を超えない) 複数の期間中, 当事者同士が同居したとしても, それは考慮に入れない。それらの同居期間は, 遺棄の期間を計算する上では除かれる……」(1973年婚姻事件法第2条第5項)。それでも猶, 全体として2年間の遺棄の事情を証明することが必要である。2人が同居生活に戻っていた期間(複数の期間であるかも知れない)は, 遺棄の期間には入らない。例えば, 夫が妻を1986年の1月に遺棄し, その後彼らが6カ月間, 途中で同居生活に戻ったとすると, 妻は1988年の7月には離婚請求を開始できるが1988年の1月には離婚請求を開始することはできないのである。 【4-44】

4. 別居 (Living Apart)

真の破綻の事実とは

1973年婚姻事件法の第1条第2項d号並びに第1条第2項e号は離婚法を真の意味で新しく改正した。第1条第2項d号は, 両当事者が離婚請求直前に少なくとも2年間継続して別居していたという事実, 並びに被告が判決に同意をするという証明を必要とする。第1条第2項e号は, 単に, 両当事者が離婚請求直前に少なくとも5年間継続して別居していた事実の証明を要求する。故に, これらの条項は, 合意による離婚を認め, 更に無責の配偶者に対しても是非を問わず離婚を認める結果となった。これらの条項の存在こそ, 現在の離婚法が婚姻の回復し難い破綻を唯一の離婚原因とすると言われる所以である。Pheasant 対 Pheasant 事件 [1972] Fam 202, 207 の中で Ormrod 判事が述べたように, 「別居は疑うまでもなく, 最も確実な破綻の証拠であるし, 別居期間の経過はその破綻が取り返しのつかないものであることを最もよく推量させる」。更に又(ブース委員会が報告書の para. 2.9 で述べたように), 「非行(wrongdoing)と可責性という観点から考える」ことを離婚手続過程に於て当事者に要求しないのは, 別居事実に基づく離婚のケースのみである。併しこれらの倫理的に中立な「事実」が, 実際には, 比較的少ししか使われていないのは, 婚姻事件法の責任であるという考えもある。1985年には, 2年間の別居に基づく離婚請求が約19% (190, 480件の離婚請求のうち36, 460件)のみ, 5年間の別居に基づく離婚請求は6% (10, 210件)のみであった。 【4-45】

必要な期間

1973年婚姻事件法によれば、2年、5年の別居事実とも、その期間は「継続的」であることが要求される。しかし和解を奨励するという方針に依り、6カ月を超えない期間、または総計6カ月を超えない複数期間の範囲で夫婦が同居生活に戻ったとしても、その事実は考慮されず、その同居期間は、別居期間の計算上、除かれる。 【4-46】

「別居」の意味

裁判所の判決によれば、別居とは(a)物理的、(b)精神的要素の双方を含むとされる。 【4-47】

(a)≪物理的別居≫

遺棄と同じように、夫婦は、たとえ同じ屋根の下に住んでいる場合でも、別居していると思われることもあり得る。1973年婚姻事件法第2条第6項によれば、「夫と妻は、同じ世帯 (household)⁹⁾ に同居しているのでない限り、別居しているものと扱われる。そして、この条項における同居とは、同じ世帯に於て夫婦として生活をしているものを指すと解釈されるべきである。」 【4-48】

≪一つの世帯 (household) という基準≫ この条項から夫と妻は同じ屋根の下に住んでいても、夫婦として同じ世帯を営んでいると言えない限り、別居していると思われる結果を生ずる。問題は、両者の間に共同生活があるかどうかということである。それは即ち、一方が他方に婚姻生活上のサービスを供給し続けているかどうか、そして、両者の間に家庭生活上の分担があるかどうかである。もし両者が、居間を共有し、同じテーブルで食事をし、同じ暖炉の側に座り（或は一緒にテレビを見る）などといった行為をしている限り、それは同じ世帯を営んでいると思われる。

Mouncer 対 Mouncer 事件 [1972] 1 WLR 321 では、夫と妻は暫く前から仲が悪く、妻は1969年に虐待 (cruelty) を根拠に離婚請求した。和解の試みが為されたが、全く成功したとは言えなかった。離婚訴訟は進展した

9) 家庭・所帯・世帯等の訳があるが、ここでは家計を一にし、共同生活を営んでいるという意味で「世帯」という語を使った。

かったが、それにも拘らず、(寝室は別々であったが)両者は同じ屋根の下に住み続けた。両者は食事を一緒にし、妻が家庭の掃除の殆どをした。1971年、夫は家を出、離婚請求を開始した。妻もそれに同意したが、裁判所は、2年間の別居は未だ達成されていないとの判決を下した。両者は、子供達の面倒を見るという全く称賛されるべき動機のみで、一つの世帯に同居し続けたのであるが、だからといって、夫婦としての世帯の分離が不十分であったという結論を左右するには至らなかったのである。 【4-49】

《夫と妻として同居すること》 当事者同士が同じ屋根の下に住み、一方が他方に何らかのサービスを供給している場合でも、そのサービスは配偶者としてのそれとは違うものであると扱われた例外的ケースもある。

Fuller 対 Fuller 事件 [1973] 1 WLR 730 では、夫と妻は1964年に別居、妻は第三者と共にその事実上の妻として暮らし、彼の名字を自分の姓として名乗っていた。1968年、夫が深刻な心臓発作を起こした。医学的に、夫は二度と自分一人で生活することは出来ないと診断された。故に彼は、妻がその愛人と暮らす家へ引っ越し、下宿人として暮らし、裏手の寝室で寝ており、毎週生活費を支払う代わりに妻に食事と洗濯の世話をしてもらっていた。控訴院はこの事実に基づき、両者は一つの世帯に住んでいたのではないとの判決を下した。「相手と一緒に住む」とは、単に一つの世帯に住むこと以上の意味を持つのであると判示した。即ち、同居とは、夫と妻として互いに一緒に住むことを意味し、単に下宿人と下宿屋のおかみという関係では足りないというのであった。 【4-50】

(b)《別居における精神的要素》

Santos 対 Santos 事件 [1972] Fam 247 に於て控訴院が下した判決に依ると、この「事実」を審理する上で、別居とは当事者の一方が婚姻が終わったと認知した時から始まるものとされる——即ち、当事者同士が何らかのやむを得ない事情によって離されるといふより、むしろ俗に言う「別れた時」から始まるのである。(控訴院の判決に依れば)その日までは両者はたとえ「離れて」いたとしても「別居」しているのではない。この精神的要素の要件とは、例えば以下のような場合には離婚判決が下されないであろうということである。

例えば夫が10年の禁固刑を受けたとする。5年間の入獄後、妻（その時までには夫に誠実であったが）はXと恋に陥り、すぐにも結婚したいと思う。しかし夫は離婚を望まない。妻は、自分で婚姻が終わったと判断した時から5年間は離婚請求をすることが出来ない。

夫は、妻との合意に基づき、1984年に海外任務につき、それ以来妻に会っていない。夫は現在、別の女性に出会い、結婚したいと思っている。妻は、自分達の結婚が回復し難い程破綻したことを悟り、離婚に同意する意思がある。しかし、もし夫が姦通の事実を認めたなら、妻は婚姻事件法第1条第2項a号に依って離婚請求が出来るにも拘らず、妻の破綻認知後2年を経っていない場合は第1条第2項d号の別居に依っては離婚請求をすることが出来ないのである。

【4-51】

《しかし別居の意思は通じている必要はないこと》原告はいかにして必要な意思を証明するのであろうか？ Santos 対 Santos 事件で控訴院は、一方の配偶者は必ずしも婚姻が終了したとする自分の決意を相手に伝える必要はないとの判決を下した。例えば：

夫は精神病院に10年以上入院している。妻は5年以上前に夫との婚姻生活を再び始めることはないかと決意した。併し、妻はその時点では自分の決意を夫に告げなかった。何故ならそれは夫を動転させるであろうし、又自分にも再婚の意思は無かったからである。妻は、今、再婚したいと思う相手に巡り会ったが、夫が十分回復し、退院する見込みは全くない。夫が自分達の婚姻が窮地にあることを全く知らないにも拘らず、妻は第1条第2項e号によって離婚請求をすることが出来るのである。妻は勿論、自分の申立てを証明しなければならない。即ち Santos 判決は、長期に亘ると予想される全ての別居に於て、婚姻を終了するとの決意を記録しておくことを奨励することになり、それは1973年婚姻事件法の公然の目的である和解の推進に反するとの抗議を受けることになるのである。

【4-52】

《特別手続 (special procedure) とは相容れない方針であること》控訴院の Santos 判決は、別居を理由とする協議離婚は、裁判所の詳細な司法審査が必要であるという推定に基づいていた。しかし、この理由付けは特別手続の

採用によって完全に無意味なものとなった。確かに 特別手続に於て、原告は宣誓供述書 (affidavit) の中で、「婚姻が終了したとの結論に達した日付と事情」を述べるよう要求されている。故に、補助裁判官は、Santos 理論が遵守されていると納得できるような、宣誓供述を手に入れることになる。しかし、その日付と事情とが真実であったかどうかを厳密に調べる手だては全く持たない。Santos 理論は事実上、法律を複雑にし、しかも専門家のアドバイスを受けられない為、自分が婚姻終了の結論に達したのが2年、或は5年以上前である点を述べることの重要性に気付かない多数の原告達を、却って混乱させる結果となっている。 [4-53]

2年と5年の差異

二つの別居事実には二つの主要な差異がある。第一に、離婚請求が2年間の別居に基づいている場合には、被告の離婚に対する同意がなければならない。第二に、離婚請求が5年間の別居に基づく場合でも、裁判所は、もし婚姻の解消が被告に重大な財政上 (financial) の、あるいは他のハードシップ (hardship)¹⁰⁾ をひき起こすと考えるならば、ある一定の状況下では離婚判決を見合わせる場合もある。 [4-54]

被告の同意

裁判所規則 (Rules of Court) は、被告の離婚に対する同意によって生ずるであろう、あらゆる結果 (consequences) に対する情報を、被告に知らしめるように努力している。即ち、

- (i) 原告が無遺言で死んだ場合、被告の相続権は離婚の本判決によって失われること。
- (ii) 婚姻の継続を条件とする年金の権利、国から支給される寡婦年金の権利、そして1983年婚姻住居法 (Matrimonial Homes Act 1983) に基づく居住の権利 (裁判所の特別命令が下されない限り) は、全て無くなるこ

10) 苛酷条項で、離婚により被告の生活が著しい苦境に立たされる場合、それを守るセイフガードとなっている。困難、苛酷等の訳があるが、以下単に「ハードシップ」と呼ぶ。

と。

- (iii) 被告が置かれている特別な状況に適用される別の結果があり得るので、それに関して事務弁護士 (solicitor) のアドバイスを求めるべきであるということ。 【4-55】

同意はどのようにして与えられるか

同意は通常、送達受領書という形で (in the form of acknowledgment of service), 適当な質問に被告が回答することによって与えられる。しかし同意の有無は仮判決 (decree nisi) の時が基準となるから、被告は仮判決が下されるまでは何時でも、理由の有無を問わず、同意を撤回する絶対的な権利を持っている。若し被告が同意を撤回すれば、離婚手続は中断する。そこで、これを回避するため、実際には同意は条件付で——例えば原告が被告に訴訟費用を請求しない、等の条件付で与えられる場合もあろう。 【4-56】

原告の誤導の結果、被告が離婚に同意した場合の判決取消について

1973年婚姻事件法第10条第1項は被告が離婚に同意するか否かを定める上で考慮に入れた事項について (意識的にであれ、無意識的にであれ) 原告が誤解を招くようなことをしたと裁判所が判断すれば、本判決 (decree absolute) の前であればいつでもその判決を取り消す権限を裁判所に認めている。問題は、「(一般の常識ある被告ではなく) この特定の被告が実際 その事柄を考慮に入れたか?」ということであり、この質問は全く主観的なものである。故に、もし夫が (実際はそのような意思はないのだが) 自分は離婚してXと結婚したいと思っているのだと妻に誤って思わせたとか、夫は (実際はXと結婚したいのに) 妻と離婚してXではなくYと結婚したいと誤信させたとか、自分の愛人が (実際にはしていないのに) 妊娠しているとか、自分の愛人は (実際にはしていないのに) 妊娠していないとか誤って思わせたとか場合には、被告は離婚判決の取り消しを請求することができるのである。重要なことは、原告が被告を誤導したということであり、もし、原告が何も言ったり行なったりしていないのに被告が勝手に誤解した場合には、この条項の要件は、満たされていないことにな

る。更に、裁判所の権限は裁量的なものである。例えば、被告が些細な理由で同意を取り消すという心変わりを起こしたような場合に、裁判所は同意の取り消し権を制限することもあり得る。実際には、この条項に基づき離婚判決を取り消す請求は殆どない。 【4-57】

被告側のハードシップによる離婚判決の拒否

1969年の法改正の際には、旧法の下では離婚され得なかったであろう「無責の」妻の立場を懸念する声が多かった。1973年婚姻事件法第5条はそのようなケースに若干の保護を与えることを意図している。しかし法自体としては制限的な起草のされ方しかしておらず、この条項に対して裁判所が行ってきた解釈も制限的なものになっている。 【4-58】

抗弁が出来るのは何時か

5年間の別居に基づく離婚請求は、次の二つの条件が満たされれば却下され得ると、婚姻事件法は規定している。即ち(a)婚姻の解消が被告に重大な経済的或は他のハードシップを引き起こすこと、(b)一切の状況に鑑みて、婚姻を解消するのが誤りであること。 【4-59】

(a) <ハードシップ>

これには二つの要件がある。第一にそのハードシップは(経済的なものであろうと他のものであろうと)「重大な」(grave)ものでなくてはならない。第二にそのハードシップは、婚姻の破綻の事実からではなく、婚姻の解消そのものから生じなくてはならない。 【4-60】

(i) <ハードシップは重大なものではなくてはならない> Reiterbund 対 Reiterbund 事件 [1975] Fam 99 に於て、この「重大な」という言葉はその文字通り解釈されると言われた。ハードシップとは極めて重要なものか、或は大変深刻なものではなくてはならない。被告が何かを失うということだけでは十分ではないが、逆に妻は離婚によって失うものを何から何まで賠償してもらい権利はない。

Reiterbund 夫人は52才であり、もし自分が60才になる前に現在54才の

夫が死ねば、国民寡婦年金を受け取る権利を失うことになるが、それを理由に夫からの離婚請求を妨げることは出来なかった。まず、夫が不慮の事故に会うという確率は低いという理由から。次に不慮の事故が起こったとしても、Reiterbund 夫人は、社会保障上の補足給付金制度 (supplementary benefit system) のもとで全く同額の補助金を得ることになるからであった。【4-61】

(ii) ≪ハードシップは経済的なものには限らない≫ 理論上は、自分が財政的困難以外のハードシップにぶつかるかどうかを証明するのは被告次第である。しかし、実際には、そのような抗弁が成功した報告は一件もない。特に裁判所は宗教的信仰に基づく抗弁に対しては強行な姿勢を取っている。被告が、離婚は自分の信仰に反し、不幸と恥辱をもたらすと示すだけでは不十分なのである。被告は、離婚に起因する、ある特定のハードシップを表明し得なければならない。【4-62】

Rukat 対 Rukat 事件 [1975] Fam 63 では、シンリー人の妻は、夫と1946年に結婚したが、1947年、妻は子供と共にシンリーに帰り、その後そこで両親と共に暮らした。和解に対する試みは何度も為されたが失敗し、妻はそれから25年間以上も別居中の女性としてシンリーで暮らした。妻は申立ての中で、シンリーの社会構造にあっては離婚は自分と子供に深刻な影響を与えるであろうこと、もし離婚をすれば彼女はその社会に受け入れてもらえなくなるであろうこと、そして彼女が二度と、自分の財産があり子供と両親のいる所に帰れなくなるだろうと主張した。それにも拘らず離婚判決は下されたが、その理由は、シンリーで彼等の離婚の件を知り得る人の有無、或は、離婚によって(別居によってとは別に)如何なる不利益な結果が生じるかということに妻が十分に立証できなかったからである。【4-63】

(iii) ≪ハードシップは婚姻の破綻からではなく、離婚自体から生じなければならない≫ 被告は、離婚した女性の立場が、別居中の女性のそれよりも悪くなる点を証明しなければならない。これは困難な作業である。離婚に関わる大部分の人は深刻な経済的問題を抱えている。離婚裁判所は経済上の問

題に関する命令 (financial order) を下す広範な権限を与えられている。問題は、大抵の場合、婚姻が離婚によって法的に解消されたという事実からよりも、むしろ婚姻が破綻し、しかも別居によって生ずる二つの家庭を維持するだけの十分な資力がないという事実から起こって来るのである。【4-64】

(iv) ≪年金の問題について≫ 離婚裁判所は、離婚の際、条件付き年金 (contingent pension) に対する権利を再配分する権限は殆どない。被告のハードシップの抗弁が成功した大部分のケースでは、そのような年金権の喪失が理由として含まれていることが多い——1973年婚姻事件法の定義によれば、「ハードシップ」とは、被告にとって婚姻が解消されなければ得られたであろう、あらゆる給付金を得るチャンスを喪失することを「含む」。例えば、Parker 対 Parker 事件 [1972] Fam 116 では、47才の妻は、夫より長生きする条件で、警察官年金制度 (police pension scheme) 上の年金を給付される権利があった。そして、夫の死後の生活保障の可能性を失うことは、妻のその時の経済上の逼迫を想定すると、重大なハードシップであるとの判決が下された。より一般的な例としては、Le Marchant 対 Le Marchant 事件 [1977] 1 WLR 559 で、控訴院が下した判決があるが、それによれば、物価スライド制年金 (index-linked pension: 即ち、インフレに対して高度な保護を付与する年金) に対する条件付権利を失うことは妻にとって重大な経済的困難であるとされた。【4-65】

(v) ≪被告の困難に対し、相応な代替財源を供給する義務≫ こういったケースでは実際には夫が妻にその失われた権利を賠償することがしばしばあり得るであろう。例えば:

Le Marchant 対 Le Marchant 事件 (前述) では、夫は家をそっくりそのまま妻に譲り、かつ、自分の間近い退職の際に5,000ポンドの支払いをすることに同意した。夫は又、妻が夫より長生きすれば支払われる5,000ポンドの生命保険に加入することも承諾した。それによって、もし妻が夫より長生きすれば、妻に10,000ポンドの収入があることになり、その金を妻は国公債や株式の投資に充てたり、私的年金 (annuity) を買ったりに使うことができるであろうとされた。それは年額1,300ポ

Dの物価スライド制年金の喪失を補填するのに十分であると判示された。

【4-66】

(b) 「一切の状況に鑑みて離婚させることが誤りであること」

裁判所は、そのような困難が生じることを確信できた場合にのみ、次の段階として、婚姻を解消することが「一切の状況に鑑みて」誤っているかどうか判断することになる。婚姻事件法は、特に考慮されなければならない多くの事柄について注意を払っている。その中には、婚姻生活における当事者の行為も含まれる。

Brickell 対 Brickell 事件 [1974] Fam 31 では、裁判所は「無責の」妻が過去に夫を遺棄し、彼の仕事に損害を与えたことを考慮に入れて、離婚が妻に重大な経済的ハードシップをもたらすことになるにも拘らず、夫の離婚請求を認めた。

婚姻事件法は又、当事者の利益にも注意を払っている（故に大抵、原告が再婚を希望している等の事柄は考慮に入れられるであろう）。また、子供の利益（原告が再婚を望んでいる女性との間にできた子供も含まれる）や、当該第三者——例えば、夫が再婚を望んでいる相手の女性——にも法は注意を払っている。

【4-67】

《法律上の政策とハードシップに対する配慮の釣り合いをとること》 これら諸般の状況を考慮した上で裁判所は次の二つのバランスを取らなくてはならない。つまり、現代離婚法に具現化される政策方針——即ち（Finer 判事が Reiterbund 対 Reiterbund 事件 [1974] 1 WLR 788, 798 で述べたように）「例外的な場合を除く全ての状況下で、死んでしまった婚姻の空虚な貝殻を打ち砕くことを目的とする」政策方針と、被告に生じる「重大な経済的或は他のハードシップ」との二つのバランスである。裁判所が、婚姻を解消することは一切の状況に鑑みて誤りである（「相当でない」あるいは「正しくない」という判断を下した場合に於てのみ、その限りにおいて離婚請求を却下しなければならない。反対に、空虚な法的貝殻を壊すことは、万一妻に重大なハードシップを与えるとしても、「誤り」ではないとされる場合も十分あり得るであろう。

【4-68】

これ等の要因に照らして考えると、今までに離婚判決が拒否されたケースは殆どないというのも驚くにはあたらない。Julian 対 Julian 事件 (1972) 116 SJ 763 は、夫の離婚請求につき離婚判決が拒否された稀なケースの一つである。

夫は61才、妻は58才であり、どちらもあまり健康ではなかった。妻は夫から、定期的に支払いを受けており、それは年間946ポンドにまで増額することが可能であった。その支払いは、夫が妻より先に死んだ場合は終了することになっていた。また、離婚をすれば年間790ポンドの警察寡婦年金の権利も失ってしまうことになる。夫が死後、妻に残せるものは、私的年金215ポンドのみであった。従って、夫からの定期的支払を失うことは重大な財政上のハードシップとなるとの判決が下された。裁判所は又、婚姻を解消することは一切の状況に鑑みて誤りであるとも判示した。夫の年令、健康状態、諸般の事情を考慮して、夫から再婚のチャンスを奪ったとしても彼にとって酷とは言えないと判断したからである。

【4-69】

結 論——ハードシップ抗弁の範囲は限られているが、それはおそらく妥当といえよう

実際には、この制定法上のハードシップ抗弁は、主として中年或は老年の妻が年金に対する権利を喪失しないよう保護するという目的で使われているが、使われる件数自体は非常に僅かなものである。現実には、離婚による損害の範囲は、この条項が意図したものより狭かったように思われる。ここで心配されるのは、5年間の別居を理由に離婚を許すことは、「カサノバ特権」(Casanova's charter) (夫が無責の妻を、肉体的な魅力の衰えという理由だけで「捨てる」こと) を確立することになるのではないかということである。しかしこの懸念は、大げさに言われ過ぎていることが証明されてきた。例えば1984年の5年間の別居事実に基づく離婚請求10,780件の内、妻からの離婚請求は5,810件で、夫からの4,970件を上回っているし、全離婚女性のうち45才以上であるのはたった17%にしか過ぎないのである。このような事情のもとでは1973年婚姻事件法第5条が付与しているその問題に対する解答は妥当なものと言えるかも知れない。

【4-70】

別居事件における被告に対するその他の保護

1973年婚姻事件法第10条第2項は、二種類の「別居事実」を理由に離婚された配偶者を経済的に保護する条項を含んでいる。それに依れば、離婚に伴う経済的な取り決めが、「妥当で公平」か、或いは「その状況において最善のものである」ことを裁判所が納得するまで、妻は離婚仮判決が本判決に移行するのを妨げることが出来る。この条項は当初、裁判所が現在享受している範囲より少ない権限しか付与されていなかった時に制定されたものであって、今日では比較的稀にしか使われていない。 【4-71】

第 5 章

現代離婚法——将来の法改正への動向 実体法について

離婚率とその意義

イングランド並びにウェールズの離婚率は、ヨーロッパでも最も高い国の一つであり、他の大多数の国々よりも急速にその比率が増加して来ている。1966年には1,000組の夫婦につき、3.2組の離婚があったが、1971年には6.0組、1981年には11.9組、そして1984年には（最新の統計に依れば）12組にまで増えている。離婚率は新離婚法が施行されてから2倍に、ここ20年間に4倍にも増加している。果たしてこの現象は現行法に起因しているのであろうか。1986年、Simon of Glaisdale 判事（1969年の法改正の際の家事部部长判事）は1969年法を「破滅的なもの」(disastrous)と説明し、婚姻が直ちに崩壊するようになったのはこの法のせいだと主張した：Hansard (HL) Vol. 471 col. 889（貴族院の議事録より）。彼の言い分は果たして正しいのであろうか？ 【5-01】

婚姻の破綻と離婚との関係

長年に亘って、離婚率の増加は、必ずしも婚姻の破綻の増加を意味するものではないと言われてきた。全ての離婚は婚姻の破綻を意味するが、全ての破綻が離婚という形になって現れるわけではないからである。妻を捨て、愛人と

「安定した共同生活 (stable illicit union) を送っている男は、社会的に見れば、離婚し再婚した男と同様である。しかし離婚率の統計に現れてくるのは後者のケースだけである。故に離婚率の増加は Rheinstejn 教授が言うように、婚姻の破綻がインフォーマルな形からフォーマルな形へと移動したのだという表現で、ある程度、説明がつくかも知れない。また、この離婚率の増加は、離婚が「他の形で現れる婚姻の破綻よりも望ましい」との見方がされつつある現実を、ある程度反映しているのかも知れない。しかしながら、最近発表された人口統計学の研究結果に依れば、婚姻の破綻の割合自体に増加が見られ、その増加は離婚という形をとって現れるそれとは正確には比例していないということである。

【5-02】

婚姻の破綻の増加と婚姻制度

以上のような事実に照らしても、伝統的な婚姻の数が減ったわけではない。離婚した人の多くは再婚する。1973年に離婚し、調査の対象となった人の半数以上は、4年半以内に再婚しており、離婚後再婚した人には、今度の結婚こそ永続的なものにしようという少なからぬ覚悟が見られるという調査結果もある。故に、離婚統計は、「死せる婚姻を長く続けることは拒否するが、婚姻制度そのものは否定しないという現代の道德」を反映するものと言えらる。社会的、経済的、人口統計的事情の変化によって、婚姻は現在では全く個人的な関係として見られるようになり、配偶者同士の感情的つながりがなくなれば、婚姻は何の意味も持たなくなりつつある。今では（おそらくかつては必要であったであろう）経済的な理由ですら婚姻を維持する要では無くなってきた。婚姻は幸福の源であるべきであり、最初の婚姻が幸福なものでないならば、幸福感は合法的に第二の婚姻に求められるようになるであろう。このような見解を持つ人は（Mary Ann Glendon が言ったように）より簡素化された離婚法をほぼ穏当なものと思っている。即ち、そのような法律は、インフォーマルな共同体の合法化を奨励し、単に相手を遺棄することに依って生ずる事実上の婚姻解消の数を減らし、扶養家族に対する経済的責任を正式に決定し得るようにするというのである。何れにしろ、大切なことは、離婚は法律上の救済手段で

あり、婚姻に於ける法的側面にしか手が届かないことである。Wilkinson が述べたように、「離婚は感情的病いに対して何の責任も持たない。その病は離婚の過程でハイライトを浴び悪化するが、離婚によっては何の治療も施されはしないのである：Children and Divorce, 1981, P. 18」。

【5-03】

離婚と子供

他方、離婚が簡単にできるという認識は、離婚が不幸な結婚に対して適切な救済策を持っているかのように信じさせる恐れがある。離婚を簡単にすべきかどうかを検討する上で重要なのは、離婚が（不幸であっても未だ多少は機能している婚姻を続けることと比較して）子供に与える影響である。最近の調査は（Eekelaar, 1982）、いがみ合う親が離婚するより一緒に暮らし続ける方が子供は被害を被るのだという、離婚自由主義を唱える人々の中によくみられる見解に、疑問を投げかけている。

【5-04】

苦痛を最小限に止めること

何れにせよ、今日では離婚法を一層、制限的にしようという考えの支持者は殆どないであろう。《The Field of Choice》報告書（para. 17）の中で、法律委員会により表明された、良い離婚法（good divorce law）を目指す第一の目的が達成されたことは、疑問の余地がない。現在では、極端なケースを除く全ての事件に於て、「事実上、一旦回復し難い程破綻した婚姻について法律上のつながりを解消するのは可能」となったからである。そして今や第二の目的に関心が移っている。即ち、離婚法は現在、破綻した婚姻を「当該配偶者のみならず子供を含めた全ての関係者にとって、妥当であり、且つ困惑と屈辱を最小限に止めるようなやり方で」解消することができるのか。離婚法は「夫と妻の間の過熱した紛争を冷却しているか、当事者間の、或は子供との間の関係を悪化させるようなことはないか」。離婚法は「単に婚姻を埋葬するだけでなく、そのやり方は良識と気品をもって取り行なわれているか、そして又、将来における夫婦と子供の関係が調和のとれたものになるような配慮がなされているか」？ といった諸点である。

【5-05】

手続を改善することで十分か？

近年、離婚法は上記の諸目的を達成していないのではないかという意見が出され始めてきた。1981年の法律委員会 (Law Com. no. 112, para. 13) の報告発表当時は、「大部分の婚姻訴訟手続に伴う避けようのない不幸」は明らかに「裁判所の手続きと、それに伴う予備折衝の対立的な性格によって非常に増幅されてきている」と、考えられていた。それに答えて、大法官 (the Lord Chancellor) は、Booth 判事を議長とする委員会を設立し、「手続を調査し、そして(a)紛争の過熱を和らげ；(b)解決を促し、(c)子供の福祉に対する規定を更に設けるような法改正案を提示すること」を求めたのであった。【5-06】

ブース委員会の意見

ブース委員会は多数の手続上の改正を提案したが、同時に実体法にもその責任の一端があるとの見解を示した。「我々に提示された証拠に依れば、離婚する夫婦の苦しみと不幸は離婚法における基本的欠陥によって悪化し、長びかされている。それが特に顕著に見られるのは、(防禦訴訟であろうとなかろうと)離婚の根拠を行為 (behaviour) においたケースであるということを我々は確信している。」(para. 2. 10) 【5-07】

一年の別居を唯一の原因とすること

従って「婚姻上の犯罪」理論に基づく「事実」の残骸こそが諸悪の根源であるように思われる。事務弁護士会 (The Law Society) などの諸団体は (A Better Way Out, 及び A Better Way Out (再版) の中で)、離婚法は1975年オーストラリア家族法 (Australian Family Law Act 1975) に倣って改正されるべきであると提案している。即ち、一年以上の別居によって証明された婚姻の破綻を唯一の離婚原因としようというのである。しかし、この解決策を英国で適用するのは難しいであろう。妻にとって——というのは例えば「行為」を理由とした離婚請求では妻からの申立てが88%を占めるように、夫より妻の側が離婚を請求する数が多いからであるが——別居の要件を満たす期間を過ごせるような家がそう簡単に見付かるだろうか？ 夫を家から立退かせるための差

止請求 (injunction) を裁判所に求める妻の数は既に非常に多いが、その故に更に増加がみられるのではないか？ 或は一年後に離婚請求が出来るように、一つの夫婦の住まいに別の世帯を作っておくようアドバイスされる妻の数が増加するのではないか？ そのような別居は——恐らく子供の為にすら夫婦が互いに何の関わりもなくなることを意味するが；Mouncer 対 Mouncer 事件 [1972] 1 WLR 321, para. 4-49 参照——夫婦のみならず子供にも潜在的に害を及ぼすのではないか？ これらの諸点は、検討されなければならない問題である。

【5-08】

よりラディカルな解決策は？

一方の配偶者が、自分達の婚姻は回復し難い程破綻しているという熟考の上で為した判断こそ、現実には最も良い破綻の証拠であるということを法律は認めるべきだと考える人々もいる。この見解に依れば、離婚に必要なのは、婚姻の解消を求める旨の通知を裁判所に登録することだけであるという。離婚は、一定期間を経た後、自動的に言い渡され、その期間中に恐らく子供についての取り決めを始め、離婚後の諸々の問題について当事者が合意に達するような合意援助サービスが受けられるというものである。

そのような制度は明らかに論理的魅力がある。併し世論はどのように反応するだろうか？ 1984年婚姻及び家庭訴訟手続法 (Matrimonial and Family Proceeding Act 1984) は、婚姻後一年を経過した後一定の方法で破綻を証明すれば離婚が出来るようにしたが、その際の討議に依れば、Talak 離婚制度 (夫が、離婚という言葉や3度唱えるだけで妻を離婚できるという) と同じような離婚法は強い反対を受けるだろうと予想している。そして現在、そういった法改正に対する一般的要求が現実が高まっているかどうかは明らかではない。

【5-09】

実体法改正の見通しは未定

実体法改正の見通しを立てることは難しい。法律委員会は1980年という遙か以前に現行離婚法の運用状況を分析し、法改正に対する報告書 (a field of

choice) を提出して、離婚法の再検討を行う意図を発表したが、その成果はいつになったら公表されるのか今だもって明らかではない。【5-10】

第二の方法(another way)? ——和解援助と合意援助

法が目指す和解援助 (reconciliation)

離婚改正法は(その数多い目的の中でも特に)「婚姻事件に於て和解を促進する」ための法であると言われ、婚姻訴訟の制度化された特色として初めて和解という概念を導入したものである。しかし実際には、法典の中に含まれた条項には極端に限られた効果しかなく、一旦離婚訴訟が始まってしまうと、「疎遠になった二人の縊りを戻す」という意味での)和解は殆ど成功する見込みはないと次第に思われるようになった。【5-11】

合意援助 (conciliation)

その後、視点は合意援助のための機関の設置へと移っていった(合意援助とは「不和の結果を処理する上で、常識と妥当性と合意を生じさせる過程」である)。専門家は、婚姻自体を救済することはできないかも知れないが、最小限の苦悩で経済上の問題並びに子供の監護(custody)に関する問題を解決する一助には、応々にしてなり得るのである。もし失敗したとしても、専門家は、夫婦の間で意見が深刻に違い違っている事柄の正体は何なのかといった、訴訟の争点を絞ることは出来るかも知れない。つまり、合意援助の当面の目的は「事件に巻き込まれた子供と大人の要求を配慮した上で有益な解決策に到達するよう夫婦を助けることである」と言われ、その長期的目的は、「(a)子供との関係を維持する、(b)子供の福祉の為に協力的な計画を立てるという二点で、その両親を助ける」ことだと言われてきている(国立家事合意援助執行委員会(the National Family Conciliation Council's Executive Committee)発行の家事合意援助サービスに関する実務要綱(Extended Code of Practice for Family Conciliation Services): (1985) 15 Fam Law 274 ——及び L. Parkinson の「別居と離婚における合意援助 (Conciliation in Separation and

Divorce) (1986)」Appendix A 参照)。

[5-12]

当事者に問題をコントロールさせること

従って合意援助の当面の目的は、論戦の応酬である訴訟が果たしていた役割を減らし、それによって離婚に付随する苦悩を最小限に止めることである。ブース委員会が指摘したように (para. 3. 10), 合意援助に於て最も「重要な事」は、責任は常に当事者自身にあるべきで、中立な合意援助者の役割は、当事者を支援することのみである。この見解に於いては、争いの激しい訴訟は、合意援助の対象とは見られない。そういった訴訟は、「夫婦が合意援助者によって合意に達するためのあらゆる援助と激励を与えられた後も、なおかつ合意に致らない場合にのみ適当なもの」と思われている。ブース委員会は合意援助制度を強く支持しており (para. 3. 11), 合意援助は、婚姻破綻の結果に対して合意に達するという責任を夫婦自身に課す制度であり、夫婦は問題を法律家に一任すれば済むと期待すべきではないと主張した。また、合意援助制度がなければ潜在化し、後日、争いの種となって顕在化するかも知れない諸困難に、現段階で立ち向かうよう当事者を勇気づけることが合意援助の役割であるとも考えた。

[5-13]

合意援助の種類

合意援助に対する関心は高まって来ており、合意援助制度は司法手続の中で正当に位置付けられるべきであるとのブース委員会の勧告 (para. 3. 11) に依り、その傾向は増々高まることが予想される。合意援助制度はその種類によって大きな違いがある。本書の中ではブース委員会が (おそらく独断的にであろうが) 名付けた「裁判所内」(in court) と「裁判所外 (out of court)」(para. 3. 12) の制度について簡単に説明するに止める。詳細については Parkinson, 1986 (para. 5-12) を参照のこと。

[5-14]

◀裁判所内合意援助 (in court conciliation) ▶

この制度の発達は、法廷での苦々しい争いの結果、裁判所によって課される解決策よりも和解の方が望ましいと当事者に悟らせることを目的とする「裁判

前の審理」(pre-trial review)に、主に焦点を置いている。この裁判前の審理(他の訴訟に於いても争点を明らかにし裁判の進行を促進するために一般的に使われているが)は、当初は離婚請求が抗弁を受けたケースで、和解をはかるための合意援助を促進する意図から特別に採用されたものであった。補助裁判官は審査の時に、「そのケースの本当の事情」を明らかにし、問題点の「妥当で迅速、且つ経済的な解決」のために必要な指示を与えるよう努力したものであった。(Practice Direction [1979] 1 WLR 2 に依れば)以下の事が経験上言えるであろう。

「補助裁判官の指導によって当事者達はしばしば自分達の不和を解決するか、或は重要でない主張や抗弁を打ち切るかして、紛争の主たる問題だけに集中することができる。経験上、裁判前の審理が先行する場合は、経済上の取り決め、子供に対する監護権、面接交渉権等に関する合意命令 (consent orders)を伴う特別手続き (special procedure) のもとで、多くのケースが抗弁を受けずに速やかに進行していると言える。問題が未解決の場合でも、補助裁判官は、その後行なわれる裁判官による審理の際、当事者が速やかに決定を下し得る助けとなるような指示を与えることが出来る。」 【5-15】

その後の経緯——特に Bristol での試験的実施計画に於て——に依れば、指導を受けるための出頭命令を行使することが出来るようになり、その結果は、当事者の間に意見の相違、特に子供に関する意見のくい違いが見られる多くのケースに於て、望ましいものとなっている。Bristol 計画の特に重要な点は、離婚裁判所福祉担当官 (Divorce Court Welfare Officers) による専門家のチームを、裁判所と当事者が利用出来るようになったことである。これに依り、補助裁判官は上級福祉担当官 (Senior Welfare Officer) の助けを借りて、離婚請求の中で福祉報告書の提出が要求されそうなものを、早い時期に見極めることが出来るようになっただけでなく、紛糾している問題の合意援助を測るためにその専門家チームのサービスを提供することも出来るようになった。 【5-16】

《当事者登録制度 (the Principal Registry Scheme)》

多くの裁判所が、今では指導のための出頭命令を同じ目的のために使ってい

る。1983年には家事部当事者登録所 (Principal Registry of the Family Division) に於て、試験的に、裁判所内合意援助制度が導入された。当初はこの制度は婚姻訴訟における子供の監護、面接交渉及びそれに付随する諸問題の申請に関して夫婦が争っている場合に使われたが、その後次第に子供を巡る他の多くの申立てについても使われるようになって来ている。出頭命令が出される度に合意援助の予約がなされ、合意援助に際しては夫婦とそのアドバイザーだけでなく、夫婦の一方と同居しており、その監護等が問題になっている8才以上の子供も全て出席するよう求められる。合意援助は補助裁判官の面前で行われ、裁判所の福祉担当官 (welfare officer) も出席する。次に、当事者又はアドバイザーが合意援助申立ての性質と紛争の的になっている事柄を簡単に説明する。もし紛争が続けば、当事者と彼らのアドバイザー達は、福祉担当官と共に私室に退出し、合意に達するための試みをなす機会が与えられるであろう。取扱要綱 (Practice Direction) [1982] 1 WLR 1420 に依れば、もし合意援助が成功すれば「補助裁判官は両当事者間の合意に基づく命令を下す」と述べられている。——これは、子供の養育に関して、裁判所は調査や質問を行うべきではなく、現実には夫婦が自分達で取り決めをすべきであるとの原則を明確に受け入れたものである。【5-17】

《取扱要綱》はまた、合意援助で両当事者が合意に達しなかった場合の安全策 (safeguard) も含んでいる。例えば、ある条項が規定するところに依れば、不調後の審理は通常、別の補助裁判官と福祉担当官によって取り扱われる。合意援助の際、交わされた論議と供述は内密にされ、後の訴訟では利用出来ないようになっている。もし合意援助が失敗に終われば、補助裁判官は再度、福祉担当官の報告書や、当事者の証拠を提出させる等の事柄に関して指示を出すことになるであろう。【5-18】

《危険性——当事者にプレッシャーをかけること》

この裁判所内合意援助を変形して応用したものは他の地域でも試みられているが、その殆どに共通するのは、補助裁判官と福祉担当官の存在である。補助裁判官は裁判所の権威の象徴として見られ易いので、補助裁判官の存在によって当事者を合意に導く効果的な方法となるのである (尤も補助裁判官は合意援

助の際に当事者に解決法を強いる権限はないし、合意援助が失敗した場合に於いては以後そのケースで個人的に合意援助をすることはないのであるが)。しかし当事者に和解をさせるためのプレッシャーを——その場で或はその後——かけるのは適切であるか否かという問題は議論を呼ぶであろう。 【5-19】

《別の危険性——福祉担当官の役割を間違えて考えること》

裁判所内合意援助には、福祉担当官の役割が誤解される危険性が含まれている。合意援助と報告 (reporting) (para. 16-12 参照) とは全く異なった機能であり、異なった人物によって遂行されるべきである。併し、合意援助に失敗した福祉担当官が、福祉報告書を書いたと称せらるるケースが今までに報告されてきている——福祉担当官がそのようなことをするのは全くの誤りである：Re H (合意援助；福祉報告書) [1986] 1 FLR 476；並びに Scott 対 Scott 事件 [1986] 2 FLR 320, CA 参照。合意援助に携わる福祉担当官が、合意援助の際 (又はその後も) 当事者に対して何の権限をも有しないことは、明白な原則である。しかし福祉担当官がいかに慎重にその役割上の区別を守っていたとしても、当事者側で、福祉担当官は彼の意に適った解決法に裁判所を誘導する力があるのではないかと誤解し易い明らかな危険性が残っている。 【5-20】

《裁判所外合意援助 (out of court conciliation)》

上述の裁判所内合意援助は、訴訟手続を既に始めた当事者のみが利用できる制度である。しかし、一般に認められているように、(ブース委員会の言葉を借りて言えば：para. 3. 12)「早い時期での介入こそ、積極的且つ和解による解決の方向へ導く大切な要素であり」、従って合意援助成功の見込みは婚姻破綻の早期段階に於て最も高いのである。最近では、夫婦の関係が訴訟に依って一層悪化する前に、合意援助を利用出来るような多くの制度が、自発的な努力によって設立されている。——その中で最もよく知られているものの一つが Bristol 裁判所家事合意援助サービス (Bristol Courts Family Conciliation Service) である。事務弁護士や他の代理機関 (例えば市民アドバイス事務局 (Citizens Advice Bureaux) から、或は当事者本人から直接離婚請求が申立てられる前に、合意援助への委託がしばしば行われる。種々の合意援助サービス機関により用いられるテクニックも多種多様であるが、合意援助者は通常訓

練されたソーシャルワーカーである。そして夫婦同時の、或は別々の面接が（時には子供も含めて）何週間にも亘って行われるのである。【5-21】

合意援助の未来

合意援助サービスは運営資金の不足に悩まされてきた。1983年には委員会が設置され、合意援助サービスの性質と範囲について、特にそのようなサービスが「当事者個人と公共の財源にとって節約及びその他の利益」をもたらすかどうかが諮問された。委員会の結論は、婚姻紛争上、確かに合意援助の果たす役割は存在し、それは裁判所制度の補助としては最も効果があるが、裁判所外合意援助は全体的に経費の節約とはならず、裁判所内合意援助より経済的ではないというものであった。従って中央政府の裁判所外合意援助制度に必要な資金は正当化されないとするのが委員会の意見であった。しかしこの結論は激しい批判を受けている。政府は、Newcastle-upon-Tyne 大学のスタッフチームによる1988年9月完成予定の意欲的な調査計画に資金を出している。この調査計画の一環には、多種類の合意援助制度に関する費用と効率をモニターし、評価するための独立した研究班の設立が含まれている。【5-22】

手 続 の 改 正

1982年 (para. 5-06 に記されたように)、政府は、ブース委員会の名で知られている、婚姻事件訴訟手続委員会 (Matrimonial Causes Procedure Committee) を創設した。1985年のブース委員会のレポートは、手続上の大幅な変革を提案している。中でも重要な点の一つは、多くのケースに「予備審理」(initial hearing) が導入されたことである。この予備審理は、当事者が合意した事柄について命令を出すこと、適切な時期に当事者を合意援助に付託すること、当事者間に残された問題を明らかにし、指示を与えること等のために使われるであろう (para. 3.5)。この提案は、判決 (adjudication) から合意へと重点が移るべきであり、判決が必要なケースのためにのみ、裁判所の統制権を残しておくべきであるというブース委員会の意見を反映している。委員会の考えに依れ

ば、当事者は前述の措置を通して訴訟に参加し、訴訟を自ら遂行しようという、より強い意識を持つことになり、その結果その後の訴訟手続の遅延に対して無関心ではいられなくなるであろう (para. 3. 9)。

この本では、ブース委員会の提案を全てに亘って解説し、評価することは不可能である。併しある意味で、提案の最も興味深い点は、現行法での訴訟手続に付随する苦痛を最小限に止めることを目的として生み出された詳細な諸項目にある。例えば、委員会の提案の中には、全ての「事実」(「行為」すら含む)に関して夫婦共同の離婚申立てを認めるべきであること、もし姦通の申立てが被告の抗弁を受けなければ、姦通の相手方の名前を公表する必要がないこと (para. 4-10 参照)、「行為」を理由とする申立てに於ては、特定の行為の詳述は必要でないこと等が見られる。委員会は又、離婚判決は中立的な形 (neutral form) で言い渡され、単に婚姻が破綻したことを記録するに止めるべきであって、(現在のように)原告が、自分の配偶者が例えば斯く斯くしかじかの行為をしたので彼との同居をこれ以上期待するのは無理であると証明したなどという形をとるのは改めるべきであると提案した。

政府は以上の提案について協議を重ねている所である。この本が出版される頃にこれらの提案の内、幾つが採択され、履行されるようになるかは、明らかではない。費用の問題は別にして、委員会の提案は法的擬制 (legal fiction) に増々依存し、実質的には国会の承認なしに実体法を変えようとするものであると批判する人も必ず出て来るであろう。例えば、理論上「行為」は「事実」としては止まるかも知れないが、現実には原告は申立時に単にそれを理由とする主張を述べるだけで、裁判所はそれが真実かどうかについて、おそらく大雑把にすら検討できないであろうし、その結果、事実上、司法手続に依る離婚と言うよりも寧ろ当事者の合意による離婚と化すであろう。この批判的見解に基づけば、むしろ離婚の実体法を変えることによって、その事実を認定した方がいいということになる。併しそのためには、主要な立法が必要とされるし、当然、そこには議論の沸騰が予想されるのである。 【5-23】

訳者あとがき

本稿は、Stephen M. Cretney 氏の「Elements of Family Law」の離婚法並びに関連部分の翻訳である。

Cretney 氏は、現在、英国 Bristol 大学の法学部長の要職にある。氏は、家族法に関する、前 Law Commissioner であり、Solicitor (事務弁護士) として実務にも明るく、名実共に現代英国家族法研究の第一人者である。また、英国で評価の高い「Principles of Family Law」(Sweet & Maxwell) の著者でもある。

本書は、著者のまえがきにもあるように、英国家族法の原理と問題の核心を抽出して、平易簡明に論ずることにより、新しい視点から読者に家族法の全貌を示そうと意図されたものである。

通例、イギリス家族法に関する概説書には、判例の記述に詳しく、1000ページを超える膨大なものが多い。本書は主要な判例を抽出し、かつ最小限に要約することで、家族法の構造が把握し易く書かれている。従って、非判例法国の研究者にも理解し易い特色があるように思われる。また、単に家族法のみならず、社会保障・家族政策等の関連部分にも触れている所に、著者の並々ならぬ造形の深さが窺われる。まさに、その道のベテランでなくては、なし得ない仕事であろう。

私は、長らく、日本のような制定法と判例法諸国との間の法に対する認識には、何か超え難い壁があるのではないかとの疑問を持ち続けてきた。多数の外国人研究者と接した、エセックス大学での交換教授の経験で、その思いを一層強くしている。特に、研究目標に対する方法論、思考の違いなどは、形に見えにくい、しかし、外国法の正しい理解の為には極めて重要な事柄で、今後、解明を待たれる問題である。といっても、具体的にはそれを体系的に解明することは極めて難しいことであろう。一つの試みとして、原著の展開を忠実に追うことも、一助となるかも知れない。

本稿の直接のきっかけとなったのは、新版注釈民法の英国離婚法の部をまとめるために、英国家族法に関する多数の資料を検討する内に、本書に遭遇したことである。全訳をする時間的余裕もないので、離婚法並びにその関連部分だ

けを翻訳することとした。法律文の訳し方の問題については種々議論があるが、英語と日本語の構造の違いをふまえて、原著の文調を生かしつつ、できる限り簡明な日本語に近付けたいというのが訳者の基本的態度である。紀要の編集事情もあって、数回に分けて掲載することとなるが、著者 Cretney 教授のご好意並びに出版社 Sweet & Maxwell の了解を戴いたことをここに感謝申し上げます。

1990年7月13日