

カナダの離婚法と和諧・調停

村 井 衡 平

序 論

- 一 和諧に関する弁護士の義務
- 二 和諧に関する裁判所の義務
- 三 和諧よりも離婚調停へ

序 論

カナダの連邦議会は一九六八年にいたり、その専属管轄権をはじめて完全に行使し、カナダ全土に一般的な効力をもつ離婚法を制定することになった。同年七月一日に可決され、翌二日より施行された「離婚に関する法律」(An Act respecting Divorce: Loi Concernant le Divorce)がこれである。この頃、アメリカではニューヨーク州が一九六七年九月一日に施行された「家族関係法」(The Domestic Relations Law)の新規定により、姦

カナダの離婚法と和諧・調停 村井

通を唯一の離婚原因とする一七八七年の離婚法から約一八〇ぶりに離婚原因を六個に拡大した。さらに、カリフォルニア州では約一世紀を経た民法典に改正を加え、一九七〇年一月一日より施行している。それによれば、離婚法の基調をなす有責離婚主義を捨てて破綻主義を採用し、「離婚」(Divorce)という文言をすべて「婚姻の解消」(Dissolution of Marriage)でおき代えたうえ、これまで七個の離婚原因を規定したのを改め、婚姻解消の原因として、「和諧できない不和による婚姻の回復しがたい破綻」と「不治の精神病」の二つを認めた⁽²⁾。カナダの離婚法は時期的にみて、丁度、アメリカの二州の中間に位するものである。その第二条および第四条において、これまで各州の離婚法によって認められてきた姦通・虐待などの有責的な離婚原因と並べて、いくつかの条件のもとで「婚姻が永久的に破綻(Permanent Breakdown)したことを付加的な離婚原因として採用したことが、まず大きな特色といえよう⁽³⁾。さらにもう一つの特色としては、第七条および第八条に「和諧」(Reconciliation)に関する弁護士および裁判所の義務を定める和諧条項を新しく導入したことが注目される。もともと、家庭生活の中でなんらかの原因にもとづいて、紛争が生じるのは避けがたいことであって、現にしばしば生じている。その際に、家族の一人一人の力で彼等の紛争を解決するのが困難な場合には、誰れか第三者が介入することによって、解決のため大きな手助けとなるはずである。和諧条項はまさにこれを目的としているわけであって、全国統一の法律の中で、裁判所および弁護士が家庭の維持のためにつくすべき機能をもっていることを認めるのは、ほとんどの州においてこれまで行われていなかったことについて、第一步を踏み出したことになる⁽⁵⁾として、一応の評価が与えられている。では、このような評価が果して実際にどの程度まで事実となって現われているであろうか。本稿ではこの和

諸条項に焦点を絞り、それをめぐって生じる種々の問題を検討してみたいと思う。

- (1) R. W. Reville, Q. C. *The Divorce Act Annotated*. PP. 1—94. 1973. 村井「カナダの離婚法」神戸学院法学九巻二〇三号一七七頁—一九二頁。
- (2) 両州の事情については、村井「アメリカにおける離婚原因の変化」ジュリスト六五五号五九頁—六二頁。
- (3) R. W. Reville, *op. cit.* PP. 12—13.
- (4) R. W. Reville, *op. cit.* PP. 50—51.
- (5) Bodenheimer, *The New Canadian Divorce Law*. Family L. Q. vol. 2. P. 224. 1968.

一 和諧に関する弁護士義務

離婚法の第十七条・一項によれば、事件の事情からみて、それが明らかに適当でないときは別として、離婚の原告または被告の利益のために行動するのは、すべての弁護士の義務であるとされる。そのための具体的な仕事の内容として、次の三つをあげる。

- (a) 婚姻当事者の和諧の可能性に影響を及ぼすことを目的とする本法の規定に、彼等の依頼者の注意を向けさせること。
- (b) 和諧を可能にさせる目的で、依頼者とその配偶者に援助を与えるよう努力してくれると彼に知れているマリッジ・カウンセリングまたはガイダンス施設についての情報を依頼者に伝えること。
- (c) 依頼者と配偶者との和諧の可能性について、依頼者と話し合う (discuss) こと。

それに続いて第二項では、原告のために弁護士によって提出されるすべての離婚申立書は、それが本条の要件を満たしていることを証明する弁護士の供述によって裏書されていることを要求している。⁽¹⁾

このような規定を一読して感じることは、離婚の訴が裁判所に提起される前の段階で夫婦間に和諧をもたらすことができるあらゆる可能な機会を探ろうとする点では、これまでみられなかった革新的な規定といえよう。和諧による相互の合意は、当事者がいずれも「敗者」でなく、またいずれにとっても有利なものではなかったことを意味しており、それによって双方の「責任」を排除することは、その後に復讐の要因がふき出し、法律上の戦いを永びかせることになる可能性を少くする⁽²⁾ことは眼にみえてゐる。和諧に関する規定は、これまで弁護士にとって道徳的な義務でなかったことを、法律上の義務として課しているわけであって、特定の婚姻が上品に埋葬される必要があるか、またはある種の訓練をうけた人の仲介によって継続できるか、そのいずれであるかを決定することになる。⁽³⁾しかし、この規定が果してどの程度まで実効を収めることができるかについては、大きな疑問が感じられる。

わが国の場合についてみれば、年間約十五万件を越す離婚の中で九割が協議離婚を占め、残りの一割が家庭裁判所による調停の門をくぐることになる。協議離婚ができないとき、離婚を望んで訴を提起しようとする者は、まず家庭裁判所に調停を申し立てなければならない。これを調停前置主義とよんでいる。調停は当事者の申立にもとづいて、調停委員が関与して行われ、当事者双方の合意を基礎として、非公開で行われる。これと対比するとき、さきにみたカナダの離婚法の定める和諧では、訴の提起に先立って、依頼をうけた弁護士が当事者にはたらきかけて和諧をすすめようというわけであって、その際に、裁判所外の機関の努力に期待しており、しかもその手続がつけ

に強制的に行われることにはなっていない。和諧条項が意図するような方法がとられたことは、法が、離婚原因たる非行の数を増加させることのみを求める保守的な人々と、離婚の根拠を「回復したい破綻」のみに求める人々との間の妥協を計ったことを示しているといわれるのもっともであって、実際に効果をあげようとするにはきわめて中途半端な規定といわなければなるまい。

このような批評があながち間違っているのではないことは、規定を細かく検討することによって、さらに明らかになろう。まず、第七条・一項は、婚姻の修繕屋⁽³⁾(Marriage-Mender)としての弁護士に、和諧に関して課せられる義務に大きな例外を認めている。「事件の事情からみて、それが明らかに適当でないときは別」とするものがそれである。では、どのような事情があれば右の規定に従わなくてもよいのか、規定それ自体の中にガイド・ラインとなるべき具体的な事情は何も示されていない。だが、常識的にみて、弁護士が当事者に和諧をすすめるというからには、夫婦が話し合うことができる状態になければならない。このような状態になれば、もともと和諧の前提条件を欠いている。この点からみれば、破綻主義にもとづく付加的な離婚原因を定める第四条・一項の中のcが参考になる⁽⁶⁾。原告が訴を提起する直前、少なくとも三年間、被告の居所を知らないか、またはそれについて消息を得ておらず、該期間を通じ、被告を探し出すことができなかったことがそれである⁽⁷⁾。つまり、原告が長年の間、被告と会わなかったし、会おうとしても会えなかったような状態の場合は、例外と考えてよいことになる。だが、これのみに限られるわけではなく、これまで何度も弁護士が和諧を試みたが、そのたびに実を結ばず、今回もそのような結末となることが予測される場合とか、原告自身の離婚意思がきわめて強固であって、当初から和諧に反対してお

り、弁護士がとりつく島もないような場合なども含めてよいのではなからうか。

では、ここで、右のような例外に当たらない場合として、第七条・一項の a、b、c で問題となるいくつかの点を指摘してみよう。まず、a にはとくに問題はなさそうである。「和諧の可能性に影響を及ぼすことを目的とする本法の規定」としては、第二条の中で、「九十日を越えない単一期間、同居が継続または回復され、かかる同居が和諧を主たる目的として、継続または回復されること」⁽⁸⁾は宥恕に含まれないとし、また第九条・三項の b に、「夫婦により、和諧を主たる目的として、九十日を越えない単一期間、同居が再開されたとき」⁽⁹⁾は、離婚原因としての別居期間がそれを理由に中断されたり、終了したとは考えられない旨の規定があることに注目するに留めよう。

では、第七条・一項の b についてはどうであろうか。ここで弁護士が情報を提供する義務を負わされている「マリッジ・カウンセリングおよびガイダンス施設」とは何を意味するのか。何の定義もされていない。実際にカウンセリングを行うのはカウンセラーであるが、マリッジ・カウンセラーとなることのできるのは、どのような人なのか。この点に関しては、第八条・一項・b に、「マリッジ・カウンセリングまたはガイダンスの経験をもつ人、もしくは訓練を受けた人、または特別な事情のもとで、他の適当な人」⁽¹⁰⁾を裁判所が指名できるとする以外に、明白な規定は存在していない⁽¹¹⁾。したがって、ここにいうカウンセラーとは職業的なものに限るのか、非職業的なものも含まれるのか、またガイダンス施設としては連邦または州政府の公的な機関に限るのか、それ以外の私的な機関でもよいのか、といった種々の疑問が湧いてくる⁽¹²⁾。これについては、当事者間に和諧をもたらすという大局的な見地に立てば、職業的なものに限る必要はないし、公的機関のみに委ねることでもないかと思われる。

さらにもう一点。弁護士は「彼に知れている (known to him)」マリッジ・カウンセリングまたはガイダンス施設に関する情報を提供する義務を負うとされるが、このことは彼の聞き及んでいるすべての情報を、たとえばカウンセラーや施設の中には信用のおけるものと、おけないものもあるにちがいないが、区別することなく、すべての情報を提供しなければならないのか、またはこれらの中で信用できると考えるもののみ提供すればよいのか。さらに極端な例として、弁護士がこれらの情報を何も知っていないければ、知る努力を払わず、何の情報も提供しなくとも、義務を怠ったことにならないとされるのか。⁽¹³⁾ 前者については、依頼者の利益に照らせば、すべての情報を提供するのが望ましいし、後者については、規定の目的を失敗に終らせないためにも、単に「知れている」情報に留まらないで、積極的に知るための努力が必要とされ、その結果として「合理的にみて知ることができると思われる」⁽¹⁴⁾ (there would so be compliance) 情報をも含めて解釈すべきではないかといわれるのももつともであろう。要するに、弁護士は可能な限り和諧について助力すべき彼等の義務をはっきり自覚しているけれども、彼等はマリッジ・カウンセリングの技術について訓練をうけているわけではなく、依頼者をそれについて訓練をうけた人のもとに送ることができるにすぎない。その前提として、彼等は多くのカウンセリングまたはガイダンス機関について詳細に精通していることが是非とも必要といわなければならない。⁽¹⁵⁾

次にもう一つ、第七条・一項のcによれば、弁護士は当事者間の和諧の可能性について、依頼者と「話し合う」(to discuss) 義務がある。ここで話し合うという言葉が用いられている点に注目し、弁護士が依頼者に何かを「助言したり、勧告したり」(to counsel) する役目を負わせるものではないとされる。⁽¹⁶⁾ もし、助言や勧告の役目

を負うことになれば、下手をすれば、弁護士自身がカウンセラーの仕事に巻き込まれる結果となる。このような危険を避けるため、話し合う義務に関する規定を設けることに反対する声が強い。具体的な理由として、次の四つが指摘される。すなわち、①弁護士はカウンセラーとしての訓練をうけていない。②弁護士にはカウンセリングの時間がない。③この時期に行われるどのようなカウンセリングも、夫婦間の論争に効果を発揮するには余りにも遅すぎる。④有効なカウンセリングのためには、当事者双方と面会する (interview) 必要があるが、このような会合は、弁護士にとって倫理的な問題をひき起すことになる⁽¹⁷⁾、というのがそれである。

ここで右の四つの反対理由が果して説得力のあるものかどうか、検討してみよう。まず、弁護士がカウンセラーとしての訓練をうけていないという主張に対しては、カナダの多くの地域において、訓練をうけたカウンセラーの絶対数が不足していること、弁護士は現実にカウンセリングをしている多くの人々と同様に、“資格をもって”いること、法律協会のメンバーは、数年の間、大学で訓練をうける便宜をもっていること、さらに多くの弁護士は、依頼者の個人的な問題を理解するについて十分な経験を積んでいること、等々をあげて反論することができ⁽¹⁸⁾る。

二番目として、弁護士にはカウンセリングのための時間が不足するとの理由に反論するのは困難のようである。困難を克服してカウンセリングの時間を確保するためには、離婚事件の受任について決められている報酬にカウンセリングの報酬をプラスするとか、具体的にカウンセリングに費した時間に応じて、別に報酬の支払いをうけることにしなければなるまい。また、費用の点からいえば、弁護士以外の人に委ねる方が経済的ではあるが、現実には、弁護士こそ依頼者から離婚に関して相談をうける唯一の専門家である点を考えれば、右の方法しか残されていない

のではなからうか。⁽¹⁹⁾

三番目の理由として、この時機にカウンセリングを行っても遅すぎるといわれるが、これには説得力が感じられる。ほとんどの場合、破綻の危機に直面した夫婦の一方は、離婚の道を選ぶかどうか、最終的な決意をするまでにある程度の時間的な経過を必要としており、この時期であれば、弁護士によるカウンセリングが効果を収めるかも知れない。だが、大多数の場合において、現実に弁護士に事件を依頼するのは、離婚の決意が固まってからのことに属している。この段階では、どのようなカウンセリングも耳に入らないわけであって、時機の早すぎるカウンセリングと同様に、遅すぎるカウンセリングといわなければならない。⁽²⁰⁾

さらに四番目の理由として、弁護士の倫理問題があげられるが、これについてはどうであろうか。民事事件において、利害相反する当事者の一方の側に立ち、自己の最善をつくして依頼者の利益を擁護するのが弁護士に課せられた職務上の義務である。ところで、当面の場合、夫婦の一方から離婚事件の依頼を受けた弁護士が和諧を目的としてカウンセリングを行うためには、夫婦双方と面談 (interview) する必要がある。それでなければ、カウンセリングは不可能である。そこで、たとえば、離婚の意思の強固な原告の依頼を受けた弁護士が和諧の目的で被告本人と面談するのは、依頼者である原告の利益と全く相反することになり、倫理問題はまさにこのような場合に生じてくる。また、依頼者の側では、弁護士をあくまでも彼の利益を擁護してくれる弁護士とみるのがつねであって、公平な立場に立つカウンセラーとしての仕事よりも、むしろ対立当事者の方法で彼の側に立つてくれる人であることを期待している。⁽²¹⁾ この意味において、弁護士は依頼者によって雇われた鉄砲 (hired Gun) であるともいわれる。⁽²²⁾

さらに、職務倫理規範 (Canons of legal Ethics) によれば、弁護士が直接に相手方 (依頼者の配偶者) と話し合
いをすることを禁止し、弁護士がカウンセラーとして機能することに反対の立場を明示している。⁽²³⁾ このような事情
を考え合わせるとき、弁護士が依頼者の配偶者と話し合うことを求める規定に反論が唱えられるのも十分に首肯さ
れよう。

では、右にみた和諧に関する離婚法の規定が現実には成果を収めているかということになると、消極的な答えしか
返ってこない。⁽²⁴⁾ 具体的な一例として、一九七三年にオンタリオ州の首都圏トロント (Metropolitan Toronto) に
あるカナダ最大の私的機関の一つである家庭奉仕協会 (Family service Association) にマリッジ・カウンセセリ
ングが三・五〇五件、請求されたが、その中で弁護士によって送られたのはわずか二パーセントにすぎなかった。
弁護士は依頼者をどこかほかのところに送ることができたし、多くの依頼者が弁護士の提案する職業的カウンセセリ
ングに従わなかったこともまた事実であるといわれる。⁽²⁵⁾ このように、夫婦間に和諧をもたらすことを目的として設
けられたマリッジ・カウンセセリングは、弁護士によってきわめてわずかし利用されていないが、これに反して
“離婚 (Divorce) カウンセリング” はしばしば要請されているといわれる。⁽²⁶⁾ つまり、婚姻を継続するように導く本
来の意味での和諧を指向するのではなく、離婚することを前提においたカウンセセリングということになる。具体的
には、依頼者が次第に個人的な感情を抱くように手助けすること。依頼者が婚姻に失敗したことをより良く理解す
るよう手助けし、また失敗をくり返さないように力を貸すこと。離婚手続にいぜんとして伴っている敵対的な
感情によって強められる敵意を減少させるように手をさし伸べること。依頼者が離婚の個人的・社会的な結末に直

面し、その結果として、独身の状態に立ち帰り、そしてしばしば、このような状態には珍らしい責任を負うことに手を貸すこと。子供の要求が認められるよう、また子供の世話・監護・面接および扶養に関する両親の争いと相互的な敵意を和諧をせるように手をだし伸べること、等々がそれである。⁽²⁷⁾ 本来の目標とは別の方向にカウンセリングが利用されているのは、なんとも皮肉な現象といわなければならない。

右にみたような種々の問題を含む第七条・一項に続いて、二項では、原告のために弁護士によって裁判所に提出されるすべての離婚申立書 (Petition for Divorce) は、それが本条の要件を満たしていることを証明する弁護士の供述によって裏書されることを要求している。⁽²⁸⁾ この規定について、別段の異議はみられない。

- (1) R. W. Reville, Q. C. The Divorce Act Annotated. P. 50. 1973.
- (2) H. Irving, Divorce Mediation. P. 23. 1981.
- (3) Green, The Divorce Act of 1968. U. T. L. J. vol. 19. P. 639. 1969.
- (4) H. H. Irving and B. G. Irving, Conciliation Counseling in Divorce litigation. R. F. L. vol. 16. P. 258. 1974.
- (5) Wuester, Some Comments in the Divorce Act. Saskatchewan L. R. vol. 34. P. 26. 1968—69.
- (6) D. Mendes Da. Costa, Q. C. Studies in Canadian Family Law. vol. 1. P. 376. 1972.
- (7) Reville, op. cit. P. 32. 1973.
- (8) Reville. op. cit. P. 9.
- (9) Reville, op. cit. PP. 52—53.
- (10) Reville, op. cit. P. 51.
- (11) Wuester. op. cit. P. 26.

- (12) Wuester, op. cit. p. 26.
- (13) D. Mendes Da Costa, op. cit. P. 377.
- (14) D. Mendes Da casta, op. cit. P. 377.
- (15) Payne, The Divorce Act (Canada) 1968. Chitty's L. J. vol. 17. P. 292.
- (16) D. Mendes Da Costa, op. cit. P. 377.
- (17) Wuester. op. cit. PP. 27—28.
- (18) Wuester, op. cit. P. 28.
- (19) Wuester, op. cit. P. 28.
- (20) Wuester, op. cit. P. 28.
- (21) H. H. Irving and B. G. Irving, op. cit. PP. 259—260.
- (22) Wuester, op. cit. P. 28.
- (23) H. H. Irving and B. G. Irving, op. cit. P. 260.
- (24) H. H. Irving and B. G. Irving, op. cit. P. 258.
- (25) H. H. Irving and B. G. Irving, op. cit. P. 259.
- (26) D. Mendes Da Costa, op. cit. P. 377.
- (27) D. Mendes Da Costa, op. cit. P. 378.
- (28) Reville, op. cit. P. 50.

二 和諧に関する裁判所の義務

離婚法の第八条・一項は、夫婦間に和諧の可能性があるかどうかを決定する義務を裁判所に負わせている。それによれば、離婚の訴にもとづいて、証拠の審理を開始するのに先立ち、彼等の和諧の可能性があるかどうか、確かめるため、裁判所が必要と考える調査を原告に命じ、また被告が出廷しているとき、それを被告に命じるのは裁判所の義務である。ただし、事件の事情からみて、そうすることが明らかに適当でないとき、および事件の各段階において、事件の種類からみて、裁判所が証拠または当事者の双方もしくは一方の態度から、かかる和諧の可能性があると考えるとき、裁判所は、

- ① 当事者にふさわしい和諧の機会を与えるために審理を延期し、かつ、
- ② 当事者の合意または裁判所の裁量にもとづき、①マリッジ・カウンセリングまたはガイダンスの経験をもつか、もしくは訓練をうけた人、または②特別な事情のもとで、他の適当な人を指定し、和諧を可能にする目的で、彼等に援助を与えるよう努める。

さらに第二項では、第一項のもとで審理が延期された日から十四日を経過し、当事者の一方が裁判所に審理の再開を申請したとき、裁判所は審理を再開するものとして^①いる。

さきに検討した弁護士^①の義務の内容は、離婚訴訟が裁判所に提起されるのに先立って行われるべきことであったが、本条の規定によって裁判所が行う和諧は、離婚訴訟が現実^②に裁判所に係属したのことに属している。訴提

起に先立つ弁護士による和諧が効を奏して、当事者が裁判所に現われることなく終るならば、本条が適用される事態は生じないわけであって、適用されることなく終る事態こそ理想的ではないかと思われる。この点で両者をはっきり区別して扱わなければならない。

さて、ひとたび離婚の訴が提起されるとき、第八条を實際に適用するに当っていくつかの問題が生じることになる。具体的にあげてみよう。まず、裁判所が「証拠の審理を開始するに先立って」、原告または被告に対する調査を命ずることを要求しているが、裁判所の調査に対して原告または被告が行った陳述は、それ自体で審理の際に「証拠」とされるのであろうか。調査をうけなかった他方当事者は、右の陳述に対して反対尋問をする権利をもつのであろうか。和諧の可能性が存在するとか、存在しないとする裁判所の事実認定に対して、当事者に不服申立の方法が認められるのか。裁判所は「事件の事情からみて、明らかに適当でないとき」、例外として和諧の可能性に関する調査を省くことが許されるのか。それはどのような事情のある場合を意味するのであろうか。「裁判所の裁量」には命令的・強制的なカウンセリングをも含むのか、もし含むとすれば、それに従わない当事者に対して裁判所はいかなる処置をとることができるのか。手続は和諧を可能にする目的のためであれば、一回に限ることなく、何回でも延期されることができるのか。十四日という延期の期間は短かすぎるのではないか。審理が延期されてカウンセリングが継続されているけれども、いずれの当事者も手続の再開を申請しないとき、裁判所は職権で手続を再開できるのか、できるとして、いかなる期間、再開しないままにしておくことができるのか。これら種々の問題(2)の中のいくつかについて、判例に現われた裁判所の見解を探ってみることにしよう。

第八条の定める和諧手続で最も問題になるのは、どのような事情が存在する場合に裁判所は当事者間に和諧の可能性があると判断するのかということである。当事者の一方が和諧を希望し、他方もこれに同意するならば、審理を延期するのに問題はない。しかし、一方が積極的に和諧を望んでいるにもかかわらず、他方がかたくなにこれを拒むとき、裁判所としてはそれでも和諧の可能性があると認めて審理を延期するのか、反対にこのような場合は和諧の可能性がないとして手続を進行させるのか。つまり、一方が和諧を望んでいる限り、手続を延期しなければならぬとすれば、この規定は強制的なものと考えられるし、そうでないとすれば、裁量的なものとなる。

プリンス・エドワード・アイランド州の *Mackay v. Mackay* (一九七六年)⁽³⁾ 事件は右の規定を強制的なものとしている。この事件において、原告が精神的虐待を理由に離婚の訴を提起したとき、被告はその当時、自己が精神的無能力の状態にあった事実を抗弁とし、しかも原告との積極的な和諧の意思を表明した。マック・ケイド判事はこれに対し、次のように判示している。すなわち、事実審判事としての唯一の事実認定は、もし離婚手続のいずれか一方が和諧の可能性を示しているならば、彼は、たとえそれが無益であると個人的に考えるにしても、少くとも和諧の可能性が存在することを認定しなければならぬ (must) し、しかも事件を十四日間延期する以外に選択の道はない。“shall” という文言は、このような手続を強制的なものにする。つまり、原告または被告のいずれかが和諧の可能性を示している限り、他方の態度を考慮することなく、裁判所としては必ず手続を延期する必要がある。法文には“延期するものとする”(shall)と規定されているが、これは必ずしもしなければならない (must) という意味に理解せよというわけである。だが、果してつねにこの考え方を貫くのが妥当な方法であら

うか。

一方が和諧を希望するのに対し、他方がどのような態度をとっているかが実は問題なのではなからうか。本件で原告の離婚請求に対し、被告が和諧を望んでいる。原告としては一時の感情にかられて訴を提起したけれども、内心ではひそかに和諧を期待するにいたっているかも知れない。そうであれば、手続を強制的に延期することが、和諧のチャンスをもたらすことに結びついて、妥当な結果が得られるにちがいない。しかし、これに反し、原告には最初から和諧といった気持は全くなく、あくまで離婚への道を貫く意思が堅固な場合、つまり手続を延期しても効果は何も期待できないことが明白な場合、強制的に延期しても無駄の一言につきてしまう。この点から考えれば、一方に和諧の希望が認定されれば、そのみで強制的に手続を延期するとする説はどうも頂けない。

ここでノーバ・スコシア州の *Miller v. Miller* (一九七〇年) 事件⁽⁴⁾をみれば、別の考え方が現われている。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起した。審理が開始されたとき、妻は和諧を促進してもらうために手続の延期を申請した。ダビンスキー判事はこれに対し、次のように判示している。すなわち、夫婦双方に対して、和諧の可能性が存在するかどうかについて調査するよう命じたが、夫は妻ともう一度生活をやり直すつもりは全くない旨を言明した。妻はこれに対し、和諧を考慮してくれるように望み、手続の延期を求めた。裁判所として、婚姻の絆が維持される結果をきたすような提案をすることができれば、これ以上の幸はない。しかし、原告の態度は堅く、かつきわめて明白である。彼に関する限り、妻と手を切っている。このような事情のもとで、和諧の可能性の存在しないこと、そして審理を延期しても何の利益もないことが確信された。したがって、通常の方法で

訴訟手続を進めることを命じるというわけである。つまり、たとえ一方が和諧を希望していても、具体的な事情をよく考慮し、もし他方が離婚を強く求めて和諧の可能性がないと判断される場合は、手続を延期する必要はないとする。その Mackay v. Mackay (一九七六年) 事件のように “shall” を “must” と考えるのではなく、shall 本来の意味、つまり “手続を延期するものとする” よりむしろはつきりと can の意味に理解し、和諧の可能性があれば手続を延期できるけれども、可能性がなければ、延期することなく手続を進めてよいと判断する。いずれにせよ、本件においては原告たる夫に和諧の意思が全くないと認定されており、たとえこのような場合に手続を延期しても、時間の無駄というのほかになく、当を得た判断と思われる。

右と同様の趣旨が同じノーバ・スコシア州の *Chanolloner v. Chanolloner* (一九七三年) 事件⁽⁵⁾に現われている。この事件の原審において、夫が三年以上の別居を理由に離婚の訴を提起し、請求が認められたので、妻が控訴した。控訴理由の一つとして、原審判事が和諧の可能性がないと認定したのは誤っている旨が主張されている。控訴審のマッキンノン裁判長は、次のように判示している。すなわち、記録によれば、原審判事は手続の開始に先立って、原告および被告に対し、彼等に和諧の可能性があるかどうかを確かめるために調査するよう命じた。われわれのみるところでは、彼は和諧に反対する原告の態度を正しく解釈し、和諧の可能性はないと認定した。原告によって和諧のどのような可能性も完全に否定されるとき、裁判所は和諧の可能性がない旨を認定すべきであり、離婚法の規定によって付与された権限に従って延期を命ずべきではない。われわれの意見によれば、妻の控訴は棄却されるべきだというわけである。つまり、原審判事は離婚法の規定どおり、手続の開始に先立って原・被告双方に和

諧の可能性をめぐる調査を命じているし、その結果、原告の態度からみて和諧の可能性は存在しないと判断したため、手続の延期をしなかった。さきの *Mackay v. Mackay* (一九七六年) 事件でみたように、単に一方が和諧を望んでいるという事実のみを基礎にして手続を延期したのと対比し、延期するための前提条件を順を追って確実にふんでいる。これ以上のことを裁判所に求めるのは無理と思われる。

ところで、裁判所が審理の開始に先立って行う和諧の可能性に関する調査の命令それ自体を問題にしたものとして、サスカチェワン州の *Geransky v. Geransky* (一九八〇年) 事件⁽⁶⁾がみられる。この事件において、妻が三年間の別居を理由に離婚の訴を提起したのに対し、夫は妻が彼を少くとも五年間、遺棄していたとして、妻の請求棄却を求めた。審理が開始され、原・被告双方が法廷に出廷しているけれども、和諧の可能性について調査するように裁判所が命ずることはなかった。そこで、規定によればそれが裁判所の義務とされているにもかかわらず、かかる調査を命じなかったのは誤判 (*mistrial*) ではないかという点が争われた。デイクソン判事はこれについて、次のように判示している。すなわち、和諧をもたらしことができるであろう夫婦の一方が最も熱心かつ誠実に希望しているとしても、他方配偶者が和諧に反対であれば、“和諧の可能性”を作り出すことはできない。かかる事情のもとで和諧の可能性を調査することは無益である。もちろん、和諧に反対する配偶者が判事の質問に対し、訴状で示した態度と全く別の方法で返答した場合は、この限りではない。このように態度を逆転させるため、判事が調査を命ずることは賢明であるけれども、しかし強制的 (*mandatory*) なものではないというわけである。つまり、当事者の一方が当初は和諧を全く問題にしなかったとしても、裁判所によって和諧の可能性を調査するように命じ

られたならば、熟慮のうえ、和諧への気持を抱くようになるかも知れないから、調査を命ずることは、その点からみて望ましいことにちがいない。しかし、つねに裁判所が調査を命ずるように強制されるわけではなく、効果が期待できないと判断すれば、命じなくともよいということになる。これをさきにみた *Miller v. Miller* (一九七〇年) 事件と合わせて考えれば、審理に先立って和諧の可能性の存在について当事者に調査を命じるかどうか、そして和諧の可能性が存在すると認定される場合に手続を延期するかどうか、この二つはいずれも裁判所がその裁量にもとづいて自由に判断できる事項に属しており、具体的な事情のいかんに関係なく、強制的に行われるべきものではないといえよう。

ブリティッシュ・コロンビア州の *Paskiewich v. Paskiewich* (一九六九年) 事件⁽⁷⁾では前出の諸事件と少しちがった見解が示されている。この事件において、妻が虐待を理由に離婚の訴を提起したのに対し、夫はその事実を否認したが、審理の結果、離婚原因としての虐待の事実が認定された。しかし、夫の弁護士は裁判所に対し、和諧の可能性のあることを認め、手続を延期するか、またはマリッジ・カウセリングの経験のある人を任命すべきことを請求した。これに対してグレゴリー判事は、次のように判示している。すなわち、もし私がかかる和諧の可能性があると考えるならば、私は夫の弁護士に提案に快く同意しよう。不適當でないと思うならば、私は法律が特別に認めている事項よりもさらに進んで、十四日の期間が進行を開始するのを阻止するために、判決の云渡を延期し、それによって当事者に彼等の婚姻を回復させるべく無制限な時間を与えるであろうのである。つまり、審理の途中で当事者間に和諧の可能性があると裁判所が判断するとき、審理を延期して和諧をもたらす努力をすること

になるが、延期の期間は十四日と定められている。この期間を経過し、しかも和諧が達せられなければ、いずれか一方の申請にもとづいて、審理が再開されることになる。そうなれば、和諧はきわめて困難となる。そこで、これとは別の道として、審理が終了するときまでには和諧が達成されなかったため、裁判所としては原告の請求どおり離婚判決を云渡すほかはないが、最後の手段として判決の云渡を延期し、十四日というような期間に拘束されないで、もう一度、当事者間に和諧の試みをさせる方法をここで示したものといえよう。無制限な時間とはいっても、十四日間と比べて長期間という意味であろうが、この方法は、審理が延期されて和諧を試みても成功せず、審理が再開され、ついに判決云渡の段階にきたときでも利用できるため、少しでも和諧の可能性が残されていると判断される場合に効果を發揮するのではなからうか。とはいえ、この事件において、妻には和諧の気持が全く存在しないことが確認され、ついに離婚仮判決が云渡されるにいたっている。

これまでの諸事件は離婚法第八条・一項に関するものであったが、ここで同条・二項について、マニトバ州の *Nash v. Nash* (一九七六年) 事件⁽⁸⁾をあげておこう。この事件において、妻は夫よりうけた精神的・肉体的な虐待のため婚姻を継続するに耐えられなくなったことを理由に離婚の訴を提起した。裁判所は夫および彼の弁護士の主張にもとづいて、和諧の可能性があると判断したのであるうか、第八条・一項によって四月九日にマリッジ・カウンセラーを指名し、さらに四月十二日以降、手続を延期する旨を決定した。同月二十七日にいたり、裁判所は妻より手紙をうけ取ったが、それによれば和諧は行われておらず、手続の再開を求めている。また同月二十九日にうけ取った二十八日付の夫の弁護士よりの手紙では、手続の再開は早すぎる旨がのべられていた。それを追うように、

五月三日には妻の弁護士よりの手紙では、「私の依頼者はこれ以上、彼女の夫とのカウンセリングを望んでおらず、われわれは裁判所が離婚法第八条・二項に従って手続を再開してくれるよう要求する」とされた。これに対して、裁判所は、「それゆえに、手続は再開されなければならない (must be resumed)」旨を決定し、審理を続行し、最終的には離婚仮判決を示渡している。このような裁判所の判断は、第八条・二項のもので、審理が延期されて十四日を経過したのち、当事者の一方が審理の再開を申請したとき、裁判所は当然に審理を再開しなければならないのかどうかの疑問に答えたものといえよう。規定によれば「再開するものとする (shall resume)」が、その意味は再開されなければならない。つまり、裁判所には手続を再開する義務があるということになる。すでに手続が延期されて十四日の間、当事者間に和諧をもたらすための努力が充分につくされたが、それにもかかわらず、和諧が生じなかったとき、いぜんとして離婚を望む一方が手続の再開を申請するとき、裁判所はもはや、その申請の当否を判断する余地は残されていないと考えられるからにはかなるまい。

- (1) Reville, *The Divorce Act Annotated*. PP. 50—51. 1973.
- (2) 同様の問題について D. Mendes Da Costa, Q. C. *Studies in Canadian Family Law*. vol. 1. PP. 379—380. 1972; Wuester, *Some Comments on the Divorce Act*. Saskatchewan L. R. vol. 34. PP. 29—30, 1968—69.
- (3) R. F. L. vol. 24. P. 216.
- (4) R. F. L. vol. 1. P. 314.
- (5) R. F. L. vol. 1. P. 311.
- (6) R. F. L. (2d) vol. 13. P. 202.

(7) D. L. R. (3d) vol. 2. P. 622.

(8) R. F. L. vol. 28. P. 41.

三 和諧よりも離婚調停へ

和諧手続をめぐるいくつかの問題についての裁判所の見解は、右にみた判例によって断片的ではあるが、うかがい知ることができたと思う。そして、このような和諧手続が現実には効果を収めているかということになると、疑問の余地が多分に生じてきた。そこで、さらに一步を進めて、和諧が困難であるか不可能な夫婦のためには、むしろ離婚調停 (Divorce Conciliation) の方法が有効ではないかということが考えられる。つまり、問題をかかえた夫婦の関係をもとどおり円満なものにとり戻すための和諧ではなく、裁判所またはこれに代わる機関による調停の間に、離婚することを前提として、それに伴う種々の条件、たとえば、子の監護者、扶養料、面接交渉権などについて、夫婦の自主的な合意をひき出すべく努力しようというわけである。ここで、裁判所による調停に限ってみるならば、周知のとおり、夫婦間の争いを解決するために従来はいわゆる対立当事者主義の手続は適切でなく、これに代わるなんらかの方法が要求されてきた。その一つとして提案されたのが調停カウンセリング・サービス (Conciliation Counseling service—CCS) にはかならない。

これは要するに、婚姻関係が現に危機に直面しているか、またはすでに破綻している人々のために、中立的な立場にある第三者が助言を与えることによって、可能な限り、新らしく立ち直る機会を産み出そうとするものである。

これを具体的にみれば、次の六つを目標としている。⁽¹⁾

- ① 夫婦間に現実に生じており、または生じそうだと認識されている紛争の程度を減少させること。
- ② 一般的な関係において、または彼等の間で問題となっている特別な争点について、夫婦の対話を容易にすること。

③ 形のない問題を、解決できる争点へと変えること。

④ 訴訟に代わる問題解決の計略を提示すること。

⑤ 法体系を最も有効に利用できるように用意すること。

⑥ 夫婦に手助けをして、議論の余地のある一つまたはそれ以上の争点または問題点について、書面による合意ができるようにすること。

右のような目標のもとに、オンタリオ州トロントの調停プロジェクト (Conciliation Project) がカナダ連邦厚生省とオンタリオ州法務長官の主催と保護のもとに、トロントの地区裁判所 (Provincial court) の家事部におかれた。⁽²⁾そして、興味ある研究として、裁判所に所属させられた二種類のサービイスのいずれかが有効であるかを比較する実態調査が行われた。一つは、さきにみた調停カウンセリング・サービイス (CCS) であり、もう一つは、従来からの伝統的なインテーク・サービイス⁽³⁾ (Intake service—TIS) の方法である。ある人が問題を持ち、その解決のため援助をうける必要を意識して、ある社会機関に援助を求めるとき、その人を申請者 (applicant) とよび、申請者にその機関として最初にかかわりを生じるのがインテークにはかならない。言葉の意味は「吞み込む

こと」「うけ入れること」であって、普通には面接とか受理面接とよばれている。インタークを専門にするのがケース・ワーカー (case worker) であって、その仕事の内容は要するに、申請者に存在する危機について助言を与え、手におえなければ適切な機関に移送することを目的としているが、それと同時に当事者が裁判所に救済を求めることなしに、彼等の間の問題をよく理解し、自ら解決しようとするのに手助けを与えるものといえよう。

一九七七年の二月一日より十月三十一日までの九カ月間に、裁判所の調停プロジェクトへの依頼者の中から、このサービスをはじめて利用する人であって、この調査に参加することに同意した二二八名が、一二二名はTISグループに、一〇六名はCCSグループに準無作為的に指定された。⁽⁴⁾そして、実際に別々のサービスが行われ、その結果を集計したところ、次のような事情が明らかにされるにいたっている。

① CCSによるカウンセリングは、TISの場合よりも、夫婦の参加が多くみられ、面接の回数も多く、面接時間も長くなることが多かった。

② CCSの大部分において、TISよりも、依頼者が、彼等はカウンセリング後に「大変よい状態になった」と報告しており、さらに多くの依頼者は配偶者と合意に達している。

③ CCSの場合の方が、多くの問題に関して、合意が「真面目」であり、または「大変に真面目」であって、専門家によるサービス、とくに弁護士に依託されるにいたっている。

④ CCSの場合は、TISに比較して、合意の達成が面接時間の積み重ねおよび依頼者の生活状況の改善を理解することと密接に関連を有していた。

⑤ 最後に、CCSの依頼者の間においてのみ、報告された生活の満足度と実際の生活状態の間、およびカウンセリング・サービイスの回数と期間との間に、直線的な関係が存在した。⁽⁵⁾

また、これとは別の資料によれば、救済を求めて裁判所の調停プロジェクトにインテーク・サービイスをおとずれた人々のうち、三十五パーセントないし四十パーセントは、もしそれが利用できるならば、形式的な裁判所の手続に先立って、またはその代りに、調停カウンセリングを利用することに関心があり、またよるこんで利用したにちがいないといわれる。その理由としては、①公平な人が彼等を助けて、配偶者との合意を達成させることが重要である。②長期間の不和は子供に拒否的な影響を与える。③裁判所における手続が不愉快で、困難であるという点が指摘されている。⁽⁶⁾ また、他方において、離婚法第七条の規定にもかかわらず、弁護士はきわめてわずかの依頼者しか和諧カウンセリングに送っていないし、それにも増して注目すべきは、依頼者が弁護士に接近するか、裁判所に現われた時期は、和諧をもたらすに余りにも遅きに失するとさえいわれることである。⁽⁷⁾

調査によって明らかのように、調停カウンセリング・サービイスは、危機に直面した夫婦を最終的な合意に導くために、早く出番を迎えるほど、有効な役割を果たすことができるし、現実にも果している。このことから、離婚法に規定されている和諧手続はたしかにある程度の効果があるが、それと並んで右にみた調停カウンセリングも重要な手段として要求されるのではなからうか。とはいうものの、ここではオンタリオ州のトロントで行われる調停カウンセリングのみをかいまきたにすぎない。同じ問題に関連して他の諸州でどのような手段・方法がとられているかについても、調査・研究する必要のあることはいうまでもない。

- (1) H. Irving, *Family Law. An Interdisciplinary Perspective*. P. 42. 1981.
- (2) H. Irving, *op. cit.* P. 43.
- (3) イングレーン・グランド、大塚達雄「ソーシャル・ケースワーク」七二頁—七五頁参照。
- (4) H. Irving, *op. cit.* P. 44.
- (5) H. Irving, *op. cit.* P. 46.
- (6) H. Irving and Grandy, *Family Court Conciliation Project: An Experiment in Support Services*. R. F. L. vol. 25. P. 48. 1979.
- (7) H. Irving, *op. cit.* P. 48.