

離婚請求棄却事由の研究——宥恕論（二・完）

——アメリカ諸州離婚法への展開——

村 井 衡 平

- 序 章 問題の提起
- 第一章 宥恕の沿革
- 第二章 宥恕の本質
- 第三章 宥恕の種類
- 第四章 非行の認識
- 第五章 宥恕の種々相（以上、八卷三号）
- 第六章 宥恕の効果（以下、本号）
- 第七章 宥恕の条件性
- 第八章 結び——破綻主義と宥恕

## 第六章 宥恕の効果

## 第一節 非行の数と宥恕

配偶者に一個の非行があつた事実を認識し、それを明示または黙示に宥恕したとき、または数個の非行を認識してすべてを明示に宥恕したとき、宥恕の効果がその対象たる一個または数個の非行すべてに及ぶことは明らかである。だが、数個の非行を認識したとき、そのうちのあるもののみを明示に宥恕し、または漠然と黙示に宥恕する態度をとつた場合、果して宥恕の効果はすべての非行に及ぶのかどうか、疑問が生じてくる。

まず、前者について考えてみよう。わが国の場合、かつて明治民法第八一六条は十個の離婚原因を限定的に列挙しており、それに当る具体的事実が発生するごとに、別個の離婚請求権が成立するとみななければならなかつた。裁判上の離婚を求めめるには、離婚請求の理由とすべき具体的な事実が、同条の列挙する離婚原因のいずれに当るかを主張しなければならぬ。そして、離婚請求が棄却された場合でも、人事訴訟手続法第九条により、該判決の既判力は離婚請求の原因となつた事実について生じる一方、現実には主張されなかつたにせよ、口頭弁論終結のときまでに請求の原因の変更または併合によつて主張できたはずの事実にもとづく別訴も禁止されるが、右以外の事由による新たな訴を提起するに妨げなかつた。<sup>(1)</sup>かかる事情はアメリカ諸州において、離婚法がわが明治民法と同じく、離婚原因について限定的列挙主義を採用する場合でも、そのまま妥当しない。被害配偶者の側からみると、姦通・遺棄等々の一つ一つを理由に離婚請求権を取得するのは同じであるが、ある非行を理由とする離婚請求が棄却さ

れたとしても、他の非行を離婚原因として新たな訴を提起できる点でちがってくる。わが国のような別訴禁止の法理は存在しない。アメリカ法律協会 (American Law Institute) によって刊行された裁判法リステイメント (Restatement of the Law of Judgement) の第七四条・例(d)には、「原告がある特定の離婚原因にもとづいて判決を得ることができなかった場合、該判決にかかわらず、他の離婚原因—それらが当初の訴提起以前に存在し、かつ原告がそれを知っていたとしても—にもとづいて、別訴を提起することができる」旨を明らかにしている。これに対応し、宥恕も前示の非行それぞれについて、各別に行なうことができるはずであり、その効果も各別に考えなければならぬ。

配偶者に離婚原因たる非行が数個あった事実を認識し、そのうち一個のみ明示に宥恕した場合は、それのみ宥恕の効果が生じ、他の非行は少しも影響をうけず、いぜんとして離婚請求の原因として残る。理論的には一応このようにいえるかも知れないが、つねにそのように扱うのが果して妥当であろうか。宥恕は現実に認識を得た非行につき、その責を問わない旨を表示し、婚姻関係を正常な状態に回復するのを目的とする。しかも、婚姻関係はもともと夫婦の全人格的な一個の結合であって、正常な状態にあるにせよ、悪化しているにせよ、つねに一体として推移すべきものと考えられる。かかる事情からすれば、宥恕の効果も、できるかぎりその線に沿うように解するのが望ましい。認識を得た数個の非行のうち一個のみ明示に宥恕した場合でも、非行を総括して宥恕し、婚姻関係を一体として正常な状態に回復するにあってと判断するのが妥当ではなからうか。この場合、宥恕の効果はすべての非行に及び、もはやそれらを離婚請求の理由にできなくなる。もっとも、ある非行は宥恕するが、他のものは絶対に

宥恕しない旨を言明していたのであれば、それにのみ効果をみとめなければならない。ただし、離婚原因についての限定的列挙主義が採用されている場合、現実が発生した離婚原因のそれぞれについて、各別に宥恕したり、しなかったりできるはずと考えられるからである。認識した数個の非行のうち、一個のみ宥恕し、または宥恕しない旨を言明することも許されよう。この場合は本人の意思が明白であるから、婚姻関係の一体性といった観念を借りる必要はない。

残されたもう一つの問題は、配偶者の数個の非行をすべて認識したうえ、外部からみれば宥恕があると推測されるような態度をとった場合、いかなる効果が生じるかというにある。ここでは黙示の宥恕が問題になる。もともと、宥恕の方法として、黙示の宥恕は明示のそれと対照的であり、数個の非行のうちのあるもののみを暗黙に宥恕するという態度をとることは不可能と考えられる。その効果を検討するに当っては、数個の非行につき、別段の留保をすることなく、明示に宥恕したときと同様、婚姻の一体性という観念を借りるのが妥当であろう。数個の非行に対して黙示の宥恕がなされたとき、非行を総括して宥恕し、婚姻関係を一体として正常な状態に回復するつもりであったと理解すべきであり、それが本人の真意にも合致するゆえんと判断される。

(1) 松岡正義「特別民事訴訟論」二二七頁—二二八頁、大森洪太「人事訴訟手続法」現代法学全集三一巻二四八頁、二二二頁—二二三頁、山本戸克己「離婚原因の相対化と離婚訴訟」民事訴訟理論の基礎的研究一四六頁—一四七頁。

相対的離婚原因主義をとる現行法のもとでは、明治民法におけると異なり、別訴禁止の法理によるまでもなく、「離婚請求を棄却する判決があった以上は、当事者は更に訴を提起して前訴において主張することができた事実にもとづいて離婚請求をなし得ないことは既判力の効果として当然であるといわなければならない」とされる。山本戸克己「前掲論文一四九頁。

なお、現行法のもとでも明治民法と同じ理論をとるものとして、中田淳一「形成訴訟の訴訟物」民事訴訟雑誌一三三五頁—一三七頁、兼子一「人事訴訟」家庭問題と家族法Ⅶ家事審判一八四頁—一八五頁、伊東乾「離婚訴訟の訴訟物」比較法と私法の諸問題二二八頁—三二九頁。

(2) Restatement of the Law of Judgement, p. 337.

(3) 中川善之助「身分法の基礎理論」三頁—七頁において、婚姻の本質たる一体性を社会関係から説き起して説明される。

## 第二節 宥恕の無効・取消

配偶者の非行を宥恕するに当り、非行をまちがいに認識し、あらゆる事情を考慮して自由な意思で宥恕する旨を表示した場合でも、さきに見たように、その効果について疑問の生じる場合がある。それとは別に、ときとして宥恕すべき決定またはその表示に当り、本人がなんらかの誤りを犯していたとか、外部から不当な影響をうけたとか、それを無視して宥恕に完全な効果を付与することが、はなはだしく正義に反すると考えられる場合が起る。非行の認識をも含めた過程において、錯誤 (mistake) ・詐欺 (fraud) ・強迫 (duress) または不当威圧 (undue influence) 等が介在したときがこれに当る。もともと、判例法主義によるイギリスおよびアメリカでは、個別的・具体的事件において表明される判決理由 (ratio decidendi) が先例たる一個の規範となり、のちの事件の法的判断の基礎たる重要事実 (material fact) が実質的に同一であれば、それに適用し、同一でなければ、その程度に応じて類推 (analogy) と比較 (comparison) の方法で、類似した先例から妥当な結論をひき出し、合理的な解決を計っていく<sup>(1)</sup>。当面の場合についても、最初は意思表示の無効・取消に関する先例たる規範が類推されたであろうが、

以後はかえってそれが先例となり、前示のように適用・類推ないし比較によって妥当な結論を出すという過程がくり返されていったと判断される。かくて、現在では判例法上の規範として、錯誤・詐欺・強迫または不当威圧を理由に宥恕の無効を主張し、または取り消すことがみとめられ、離婚法がその趣旨を明示するものもみられる。

(1) 判決理由と傍論 (obiter dicta) を区別すること、判決理由を決定するため当該事件の重要事実を発見しなければならぬこと、かくて発見された法の適用ないし類推の過程等々については、高柳賢三「法源理論」其法講義第一巻一〇六頁—一八八頁、大阪谷公雄「英米法における判例の限界」民商法四卷六号一七二頁—一八〇頁、平良「判例法における法の発見」法学研究二五卷二号二〇頁以下、内田力蔵「イギリス判例法における法規範確定の困難性について」法律時報一三卷一二号三三頁—三六頁。

なお、英米法においてはドイツの *entsprechende Anwendung* あるいはフランスの *application correspondante* に該当する用語は存しない。

## I 錯 誤

配偶者に非行は何もないのかかわらず、それがあったものと錯誤して宥恕を表示するとか、現実には非行のあった場合でも、第三者の非行を配偶者のそれと錯誤し、または配偶者の非行の種類を錯誤して宥恕するとか、非行が数個あるのに一個のみと錯誤して宥恕したような例が考えられる。いずれも宥恕者自身の一方的な錯誤といえるが、それについて彼自身に重大な過失はなかったと仮定しよう。最初の例で非行が存在すると錯誤したのは、いわゆる動機の錯誤<sup>(1)</sup> (*error in causa*) に該当するが、存在しない非行に対する宥恕は、全く無意味というのほかはない。

第二の例は、宥恕の対象たる人または非行の同一性について錯誤が存在し、宥恕の効果に影響を及ぼすべき重大な錯誤に該当するから、それを理由に宥恕の無効を主張することができよう。最後の例として、姦通と虐待があったのに、虐待のみ認識してそれを宥恕したが、姦通もあつたことを知つたとき、錯誤を理由に宥恕の無効を主張できるかどうか。すべての非行を認識しなかつた点において、動機の錯誤が存在するが、現に宥恕した虐待に関するかぎり、事実を認識し、宥恕する旨を表示したのであるから、重大な錯誤は少しもみられない。もっとも、お前の非行はこれのみと思うから、宥恕するけれども、ほかにもあることを知つたならば、決して宥恕しない旨を言明してする場合、非行の数が宥恕の重要な要素として表示されているから、姦通もあつたことを知つたときは、宥恕の無効を主張できるであろう。かかる事情のないかぎり、宥恕は虐待について完全に効果を生じており、姦通も認識しておれば宥恕しなかつたとの理由で、無効を主張するのは許されまい。姦通を宥恕するかどうかは、改めて考えてよいことになる。

この点について、イギリス高等法院の *Bernstein v. Bernstein* (二八九三)<sup>(3)</sup> 事件が参考になる。この事件において、夫は妻がTと姦通した事実を認識して宥恕したが、Sとの姦通ものちにはじめて知り、改めてTおよびSとの姦通を理由に離婚の訴を提起した。原審は後者を理由に離婚判決を与えたが、前者については宥恕を理由に請求を棄却した。これに対して夫が控訴を提起したところ、裁判所は、「妻とある人との姦通を認識すれば、他の人との姦通をすべて認識していなくとも、夫はそれを有効に宥恕できる」とし、原判決を容認している。つまり、夫は妻が二人の男と不貞をはたらいた事実を、時を前後して認識したのであるから、認識を得たそのたびに、それを離

婚請求の理由にするか、宥恕するか、個別的に判断してよいというわけである。妻とTとの姦通はすでに宥恕したのちにSとの姦通を認識したとき、夫は同様の判断を加えることができる。夫はそれを離婚請求の理由とした。このかぎりにおいて、夫の主張は当を得たものといえよう。だが、妻とTとの姦通を改めて離婚原因としてもち出している。これに対するさきの宥恕が詐欺・強迫または不当威圧にもとづいたと主張するのであれば格別、そうでないかぎり、もはや離婚請求の理由にはできないといわなければならない。

(1) Salmond and Winfield, Principles of the Law of Contracts, pp. 189—190.

同所においては、動機を示すのに Cause と並ぐ reason, inducement も用いられている。なお、ウィリントンには induce-ment to a contract とする。Williston, A treatise on the Laws of contract, vol. V, P. 4334.

(2) 契約法リステイメント第五〇二条(c)によれば、「錯誤には(1)行為の性質に関するもの、(2)契約の相手方の同一性に関するもの、(3)契約の目的物の同一性に関するもの、(4)附随的事項に関するもの、の四種がある。錯誤はすべて契約の基礎に重大な影響を及ぼす事項に関するものでなければならぬが、契約の目的である人または物の同一性はほとんど常に重大な意義を有する」。末延三次訳「条解米國契約法」三四九頁。

(3) Campbell, Ruling cases, vol. XII, P. 783.

## 2 詐 欺

夫が姦通および遺棄という二個の非行をしておきながら、虚偽の自認や巧みな陳述で姦通の事実を完全に隠匿すべく、悪意不真正表示 (fraudulent misrepresentation) を用いたため、妻は遺棄があったにすぎないと錯誤して



それを宥恕したところ、実は姦通もあったことを発見するような場合、または妻が夫に対し、彼女は麻酔をかけられて誘惑されたとか、妊娠させられていないと偽をのべ、夫が妻の言葉を信じて宥恕したような場合がこれに当る。かかる場合について、一九七〇年の改正にいたるまで、カリフォルニア州民法第一二〇条は、「被宥恕者が、離婚原因を構成する他の非行であって、宥恕のときに存在するものを、宥恕者に対して悪意に黙秘 (Fraudulent concealment) するとき、宥恕は無効となる」と規定していた。右にあげたいくつかの例は、いずれも、詐欺によって錯誤におち入り、宥恕する旨を表示したのであるから、かかる規定がなくとも、宥恕の無効を主張できるのはもとよりと思われる。非行の認識に関連してのべたように、離婚原因のうちでも、姦通は他の非行とちがって秘密のうちに行われるのをつねとする。巧妙な手段に訴えれば、その事実を配偶者に知られずにはすますことは容易であるろう。そこで、実際には他の非行とともに姦通があるにかかわらず、配偶者は姦通の事実にも少しも気付かず、他の非行のみと錯誤して宥恕する事態もあらわれる。それが自己の側の一方的な錯誤に原因するのではなく、非行をした配偶者の側からの詐欺的な手段が介入した結果である点を重視しなければならない。具体的な事例はいくつかみられるが、詳細な事情は不明である。ここではミネソタ州の *Clague v. Clague* (一八九一)<sup>(3)</sup> 事件をあげてみよう。この事件において、裁判所は、「妻が夫の虐待を宥恕した<sup>(4)</sup>場合、果して自由な意思でしたのか、または夫の詐欺にもとづいてそうしたのか、いずれであるかを決定するため、充分な考慮が払われなければならない」とのべている。宥恕が詐欺または詐欺にもとづく錯誤によってなされた事実を明らかにすれば、場合に依りて無効・取消の主張が可能であることを示したものと見えよう。

詐欺による宥恕にはもう一つ考えられる。宥恕者が自己の行為の性質について詐欺にかかった場合がこれに当る。つまり、自分自身では配偶者の非行を宥恕していると知らず、他のなんらかの行為と信じつつしたところ、現実には宥恕する旨を表示する結果になったときである。曲型的な例として、非行をした夫婦の一方が自ら非行を宥恕する趣旨を記載した文書を作成し、他方に対し、内容を全く別のものと偽って署名を求め<sup>(5)</sup>る。その際、後者が偽の説明を信じて文書の内容を少しも検討せず、署名したときはどうであらうか。一般に、人は自己が署名する文書の条項を読み、かつ理解する義務を負わされる<sup>(6)</sup>。ある契約をしたのち、その条件を守るよう請求されたとき、私は署名するに当って内容を読まなかつたとか、知らなかつたといつても、役に立たない<sup>(7)</sup>。義務を負う目的でする署名は単なる装飾ではない<sup>(8)</sup>。それゆえ、署名に先立って文書の内容を読まず、不注意にそうしたのであれば、詐欺を理由に宥恕を取り消すことはできない<sup>(9)</sup>。だが、署名者の無知を承知のうえで、だまして署名させ、またはそれを悪用した人に対し、右の原則は適用されない<sup>(10)</sup>。当面の場合、非行をした配偶者の詐欺に誘われ、宥恕する旨の文書に署名したのであるから、たとえ不注意で文書の内容を読まなかつたとしても、宥恕を取り消すことができよう<sup>(11)</sup>。もっとも、これは正常な五感を具えた人に関しており、文盲 (Illiterate) ・ 盲目 (Blind) またはなんらかの理由で文書を読むに耐えない人は、別の判断に服する。かかる人にとって、文書の内容を自ら読みかつ理解することは不可能であるから、読み聞かしてくるよう要求しなければならず<sup>(13)</sup>、それが宥恕の趣旨を表示するものと聞けば、その意思のないかぎり、署名するはずはない。もし、この手順を経なかつたならば、たとえ内容を錯誤して署名しても、無効を主張できない。しかし、事実を反し、文書の内容が全く別のものであるとの説明を信じて署名したときはどうか。

かかる場合は、法律上は行為者たる文盲または盲人の行為ではなく、コモン・ロー上の不作成の抗弁<sup>(14)</sup>—それは彼の行為ではない (this is not his deed: Non est factum) —により、宥恕の無効を主張することができよう。

右にみた詐欺はコモン・ロー上の法理であるが、衡平法においては善意不真正表示 (innocent misrepresentation) が意思表示の取消原因の一つとされている<sup>(15)</sup>。ある人が真実であると信じてなした表示に誘導され、相手方が意思表示をしたところ、右の事実の不真正が明らかになった場合がこれに当る。さきの例によれば、妻がそのような事実はないのに、彼女はたしかに麻酔にかけられて誘惑されたとか、妊娠させられていると信じたため、夫を欺く意思はもとよりなく、その旨を陳述したため、夫はそれに誘導されて、妻の非行を宥恕する事態が考えられる。この場合、妻ののべた事実の不存在が明らかになれば、夫は宥恕を取り消すことができよう。妻が夫を欺く意思で、ありもしないことをあたかも事実であるかのように偽って宥恕させるのところが、ここでは、妻は夫を欺く意思を少しももっておらずある事実が存在したと信じて、その旨を陳述する。理論的にはありそうに思えるが、実際にはほとんど生じないためか、これに関する判例は見当らない。

(1) 契約法リステイトメント第四七一条も隠匿を詐欺の一つとする。末延三次「条解米國契約法」三三三頁。

(2) Deering, the civil code of the state of New York, p. 42.

(3) A. L. R. vol. 14. p. 939.

(4) 同州の一九四一年法・五一八条の八によれば、「姦通を理由とする離婚請求は……(2)明示の容赦または姦通を認識したうえで自発的同居……により、棄却される」。Minnesota statutes Annotated. 1941. vol. 2, p. 3387.

当面の事件において、虐待の宥恕が問題になっている点からすれば、裁判所は法律の規定にかかわらず、虐待についても

請求棄却事由とみなされているよりである。

- (5) 今日では捺印契約においてさえ、署名の要件は非常に緩和され、もはや本来の厳格な意味のそれ—氏名を自署すること—と理解することはできない。Williston, *A treatise on the Law of Contracts*. vol. I, pp. 636—637.

契約法リステイトメント第九五条註(9)および第二二〇条にも同趣旨がのべられる。末延三次・前掲書四七頁、一一三頁。

- (6) Whitney, *The Law of Contracts*, p. 167.
- (7) Williston, *A treatise on the Laws of Contract*. vol. I, p. 90.
- (8) Williston, *op. cit.*, vol. I, pp. 90—91.
- (9) Williston, *op. cit.*, vol. I, p. 92.
- (10) Whitney, *op. cit.*, p. 167.
- (11) Halsbury, *The Laws of England*. vol. 8, p. 82.
- (12) Williston, *op. cit.*, vol. V, p. 4408.
- (13) Williston, *op. cit.*, vol. V, p. 4155.
- (14) 民訴部 (common pleas) の *Forster v. Forster* (一八六九) 事件がリーディング・ケースといわれる。この事件において、AはBの詐欺に誘われ、保証書 (guaranty) と信じて為替手形 (Bill of Exchange) に署名した。該手形はCの手にわたる、CはAに支払いを求めた。ハイルス判事はこれに対し、「Aは為替手形に署名する意思は少しももっておらず、全く別個の性質を有する契約に署名する意思であった」とみとめ、手形がたとえ善意の買手の手中にあっても無効である」としている。Williston, *op. cit.*, vol. V, p. 4155; *Salmond and Winfield, Principles of the Law of Contracts*, p. 183.
- (15) ローンンによれば、「イギリス法のみが詐欺と錯誤の間に、善意不実表示という名でよばれる第三の範疇を入れている。そして、この範疇がスコットランド法および南アフリカのローマ系オランダ法に完全に受け継がれていることは、イギリス

法の影響のまがうべくもない顛われである」。ローソン小堀<sub>II</sub>船越<sub>II</sub>真田訳「イギリス法の合理性」六七頁。

### 3 強 迫

非行をした夫婦の一方またはその依頼をうけた第三者により、他方が一室に閉じ込められ、宥恕する旨の文書に署名するまでは解放しないと強迫されたので、自由を回復するため署名したとか、または現実には身体的な強制をうけ、手をとられて右の文書に署名させられたような場合がこれに当る。前の例で、文書に署名したのはなるほど本人の行為にちがいない、宥恕は一応存在するけれども、自由な意思にもとづいたものではないから、被害配偶者は強迫を理由に宥恕を取り消すことができよう。これに対し、後の例では、文書への署名それ自体、本人の行為とはいえず、宥恕の意思はもとより存在しない。契約法リステイメント第四九四条は、強迫の効果として意思表示ないし契約が無効になる場合を規定している。すなわち、「ある者の強迫によって、他の者が行為に対する外見的同意を表示する肉体的行動 (physical acts) を強要 (compel) された場合に、強要をうけた当事者が……(a) 外見上承諾を推知せしむべき行動をなすに当り、誘導意思を有することなくして単なる機械的用具 (mechanical instrument) に随したときは、当該行為は右の当事者の契約関係に影響を及ぼさない<sup>(1)</sup>」。当面の場合、手をとって宥恕の趣旨を表示する文書に署名させられたのは、まさに機械的用具といつてよく、ウイリストンの言葉を借りれば「自動人形」(Automaton) であつて、被害配偶者は強迫を理由に宥恕の無効を主張できよう。

強迫による宥恕が問題になつた例として、バーモンド州の *Belville v. Belville* (一九四三) 事件<sup>(2)</sup>がみられる。

この事件において、夫は妻を殴打し、爾後、妻が夫のもとを去るまで、引き続きあらゆる方法で残酷な虐待を加えた。妻は夫とある女性との関係を知るに及んで夫のもとを去り、離婚の訴を提起し、原審はその請求をみとめた。そこで、夫は妻が彼のもとを去る前に一度夫婦の関係をもった事實は有恕を構成すると主張し、控訴した。裁判所はこれに対し、「有恕は詐欺・暴力または恐怖によらず、被害配偶者の自由な意思にもとづいてなされたときにのみ、有効である。……ここに問題になっている夫婦の関係は、恐怖にもとづいたものであって、妻が自発的に夫の非行を許す意思でそうしたものではないことははっきりしている」とのべ、夫の主張をみとめていない。配偶者に非行のあった事実を認識したのち、これまでどおりの生活を継続すれば、非行を黙示に宥恕したと認定される可能性が大きい。だが、それはあくまでも正常な夫婦共同生活の継続が前提となる。外部からはそう見えても、実質的には正常さの失われている場合が生じよう。一度だけ夫婦の関係がもたれた事実のみによって、黙示の宥恕を認定するのが早計にすぎるとされる理由もここにある。ときには、自己の非行を宥恕させるため、配偶者を虐待ないし強迫するという不正な手段を弄する事態も十分に想像できる。かような事態のもとで夫婦の関係がもたれたことが明白になれば、被害配偶者に有恕の意思があったとはみとめられない。<sup>(5)</sup> 非行をした夫が妻に虐待ないし強迫を加え、その結果として、一度だけ夫婦の関係がもたれた事実の明らかな場合、夫の側からする有恕の抗弁がみとめられないのは当然前であろう。

(1) 末延三次訳「条解米國契約法」三四四頁。

(2) Williston, A treatise on the Law of Contracts, vol. V, p. 4538.

(3) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 508.

(4) ハーモンド州の離婚法に宥恕に関する規定は存しない。互責・共謀も同じ。

(5) アイオワ州の *Schnektion v. Schnektion* (一九二九) 事件において、妻は夫から加えられる恐怖によって完全に支配されたまま共同生活をつづけており、非人道的処遇が止まらなかった場合、宥恕の効果はないとされている。A. L. R. vol. 98, p. 1359.

#### 4 不 当 威 圧

宥恕の効果に影響を及ぼすべき事由として、最後に衡平法上のいわゆる不当威圧が考えられる。契約法リストイメント第四九二条によれば、「一方当事者が、他方当事者の支配 (domination) の下にあるか、または当事者間の関係上、一方当事者が、他方当事者は自己の福祉 (welfare) と両立しないようには行動しないと想定するを正当とする場合には、他方当事者の不公正な説得 (unfair persuasion) によって誘致された行為は、不当威圧によって誘致されたものであって、取消しうべきものである」とし、夫婦の関係をその一つに数えている。<sup>(1)</sup> 宥恕が強迫にもとづいた場合はすでにのべたとおりであるが、たとえ恐怖を感じなくとも、精神的圧迫をうけ、不当威圧のもとでなされる危険も十分に予測できよう。もともと、夫婦は互いに信頼し合って共同生活を営んでおり、全人格的な信頼関係である点では特異なものといつてよい。かかる信頼関係が正常な状態で存在するかぎり、とくに問題は起らない。しかし、一般に妻は夫の権威のもとにあるとの事情を考え合わせれば、妻が夫の非行を宥恕しない態度をとるのに対し、夫は是非とも宥恕させようとする場合、右の信頼関係は、夫の側から妻に対する精神的圧迫と化

する危険性を内に蔵している。つまり、夫婦間には不当威圧の生じる基盤が潜在的に存在しており、宥恕をめぐってそれが現実化する恐れは充分あると云って過言ではなからう。一八七二年のカリフォルニア州民法第一一九条が同七四年に改訂されるまで、宥恕は不当威圧なしになされたことを要求していた理由もここに存しよう。自己の非行を宥恕させるため、強迫の手段をとるまでもなく、夫婦間の信頼関係を逆用して精神的圧迫を加え、それによって目的を達することが可能であり、実際にもしばしば行われているのではないかと推測される。いずれにせよ、不当威圧によってなされた宥恕は自由な意思活動の結果ではないから、それを理由に取り消すことが許されなければならぬ。

例として適切ではないが、テキサス州の *Mahrin v. Mahrin* (一九一九) 事件<sup>(3)</sup>において、「夫が最後に姦通したのち数日間、妻が夫と生活を共にしていた場合でも、幻想とか異常な状態のもとで、妻が自己の行動について責任をもち得なくなっていたならば、宥恕は存在しない」旨<sup>(4)</sup>のべられている。夫が妻に対して現実に身体的な強迫を加え、そのため妻が恐怖を感じたという事情は明らかにされていないが、精神的圧迫としての不当威圧が存在したことは充分に推測できよう。

(1) 末延三次「条解米国契約法」三四六頁。

わが民法第七五四条が夫婦間の契約はいつでも取り消し得るものとし、第七五五条および第七五八条において、夫婦財産契約は婚姻前に締結することを要し、婚姻届出ののちには変更をみとめず、また第八七二条では、未成年者が成年に達したのち、後見の計算の終了する前に、後見人との間にした契約は取り消すことができる<sup>(5)</sup>と規定する。これらはすべて、不当威圧の存在の可能性を表明したものとされる。



なお、鈴木勇「民刑新証拠論」四九二頁—四九三頁には、わが民法第九六条と不当威圧との関係について、次のようにいわれる。「わが民法第九六条に云う強迫ということは、英米法でいう不当なる影響よりもきわめて狭いものであることは一般周知のとおりである。……わが民法が、自由なる真意を、法律行為の基礎としながら、アンデウ・インフルエンスについて英米法と同一の態度をとらなかつたことは、立法主義の問題であるとしても、弱者保護の立場からは遺憾なことである。同じ封建関係の下にあつても、英米においては、弱者の利益にこれを利用したのは、わが国においては、実際、強者の有利にのみ利用せられたことは、今日なお反省の価値があるのではあるまいか。……しかし、幸にも、民法は、証拠法に余り触れていないから、裁判所は立証責任の活用により弱者の保護と、その真の自由なる意思を握むこともできる。殊に新憲法施行後の今日においては、尚更この点に留意する必要がある。」

(2) Deering, *The civil Code of the State of California*, p. 42.

(3) A. L. R. vol. 109, p. 688.

(4) 同州の一九二二年法第四六三五条によれば、有恕および承認は姦通を理由とする離婚請求に対する棄却事由である。  
*Revised Civil Statutes of the State of Texas*, 1912, p. 954.

### 第三節 有恕の撤回

有恕は慎重な考慮のもとに行われるのが普通としても、人間はもともと感情の動物であるから、有恕したのちに気が変わるかも知れず、または前後の見境もなく軽卒に有恕したとき、有恕を撤回 (Revocation) し、その効力を将来に向けて消滅させたいと望むときも生じよう。有恕の撤回をみとめてよいかどうか、問題となる。一般にある意思表示にもとづいて終局的な法律上の効果が発生しない間は、効果がそのまま発生しないように阻止するため、

なんら特別の理由を必要とせず、さきの意思表示を撤回できるのが原則とされる。一例として契約の申込をとれば、完全かつ有効になされた契約の申込は、これに対する承諾によってはじめて、契約成立という法律上の効果を生じる。そして、英米契約法によれば、申込に承諾期間を付しても、それは単に消極的に、かつ申込者の利益のために、その期間後の承諾は効力がないという相手方に対する警告としてはたらくにすぎず、いつでも撤回できる。<sup>(1)</sup> もっとも、わが民法はこれと事情を異にし、第五二一条・一項により、承諾期間を定めた申込は期間中は取り消すことができず、また第五二四条には、期間を定めなかった場合、承諾の通知をうけるに相当な期間は取り消せない<sup>(2)</sup>と定め、ここにいう取消は撤回を意味するものと理解されている。<sup>(2)</sup> これを対比し、当面の問題たる宥恕をみれば、それが明示になされた場合、配偶者の非行を宥恕すべき旨を文書または口頭で表示することにより、宥恕はそれのみで完全に終局的な法律上の効果を生じている。それゆえ、契約の申込の例と異り、明示の宥恕について、撤回の可否は問題にならないといわなければならない。

右の趣旨はアーカンソー州の *Bush v. Bush* (一九一八)<sup>(3)</sup> 事件に明らかである。この事件において、夫は妻の姦通を明示に宥恕したが、のちに気が変わり、それを撤回し、改めて離婚の訴を提起した。これに対して裁判所は、「本件において、夫が宥恕を撤回する正当な理由は何も存在しない」とし、夫の請求をみとめていない。夫は妻の非行を宥恕する旨を明示したのであるから、宥恕に当って詐欺・強迫または不当威圧といった事実が介在したのであれば、それを理由とする取消が可能となるが、そうでないかぎり、撤回はできないと判断されるからである。妻は夫の言葉を信じ、彼女の非行は完全に宥恕されたと確信すればこそ、再び共同生活をはじめ、将来に明るい希

望をいだいていた。妻のかかる確信をなんらの理由なく踏みじめることは許されない。妻が宥恕を抗弁とし、夫の請求を排除できたのも尤もであろう。なお、これとは別に、その例はほとんど想像できないが、撤回するかも知れない旨を予め付け加えて明示に宥恕するとき、かかる宥恕に効力はないとすべきか、または何も付加されていない単純な宥恕と解すべきか。せっかく表示された宥恕は、できるかぎり実現させるのが望ましいと考えられるので、後者の見解により、その効力をみとめる一方、撤回はもとより許されないと判断したい。

撤回ができないことは黙示の宥恕も変わりはなからう。夫婦の一方が配偶者の非行を宥恕する旨を自己の外部的な態度で表示するとき、明示の場合と同じく、詐欺・強迫または不当威圧といった事情の介在しないかぎり、黙示の宥恕はその効果が有効かつ終局的に生じており、他方は、自己の非行は宥恕されたとの確信にもとづいて、正常な夫婦共同生活の回復に努力しよう。かかる確信および努力を十分に保護すべき必要のあることは、いうまでもない。ジョージア州の *Davis v. Davis* (一九一〇) 事件は右の趣旨を表明している。この事件において、妻は夫の姦通・遺棄および極端な虐待を充分に認識したうえ、自発的に共同生活に戻り、夫も非行をくり返すことはなかった。だが、その後、妻は勝手に夫を三年以上も遺棄したので、夫がそれを理由に離婚の訴を提起した。これに対し、妻は以前の宥恕を撤回し、夫の非行を理由に反訴を提起したが、容れられないので、控訴に及んだ。裁判所は妻の控訴を棄却する判決のなかで、「配偶者の非行を宥恕して共同生活をはじめながら、他方において、その非行を理由に離婚の訴を提起する権利を留保しておくことは許されない。これを許すならば、宥恕は単に名ばかりのものになってしまふ。宥恕は勝手に撤回できない」とのべている。もし、右の事案とは逆に、夫が非行をくり返したので

あれば、次章にみるように宥恕の条件性がはたらき、夫の姦通・遺棄および虐待が離婚原因として復活し、妻はそれらを理由に離婚の訴を提起できよう。だが、本件においてかような事情は存在せず、黙示の宥恕は完全に終局的な効果を生じているから、撤回の可否はもはや問題にならない。妻のちに非行をし、夫がそれを離婚請求の理由としたことは、新しい別個の事態として処理しなければならず、妻の非行が立証されれば、夫に離婚判決を与えてしかるべきであると思われる。夫の請求をみとめた裁判所の判断は当を得ている。

(1) 田中和夫「英米契約法」一九頁。谷口知年「英米契約法原理」八二頁、宮本英雄「英法研究」二七二頁も同趣旨。

なお、契約法リステイメント第四七条には、わが民法と同趣旨が規定される。末延三次「条解米國契約法」二二頁―二二頁。

(2) わが民法上、契約の中込のほか、選択債権における選択(第四〇七条・二項)、解除の意思表示(第五四〇二条・二項)、相続の承認・放棄(第九一九条)等という取消も撤回の意味と解されている。

(3) A. L. R. vol. 6, p. 1163.

(4) アーカンソー州の離婚法は宥恕に関する規定をもたない。

(5) Law Report Annotated (N. S.) vol. 30, p. 73.

トサチューゼッツ州の Williamson v. Williamson (年度不明) 事件もこれと同趣旨である。McCurdy, Cases on the

Law of Persons and Domestic Relations, p. 368,

## 第七章 宥恕の条件性

### 第一節 非行の復活

宥恕された人が心から悔い改めて二度と非行をくり返さなければ、宥恕の効力がのちに問題になることはあるまいが、つねにかかる望ましい態度をとるとはかぎらない。そこで、現実には非行がくり返された場合、宥恕はそれにもかかわらず、いぜんとして有効なのか、またはなんらかの影響をうけるのか、といった疑問が浮んでくる。宥恕する人の側からみれば、配偶者は再び正常な夫婦共同生活に戻ってくれるにちがいないと確信しているのが普通であるから、それを裏切るような事態が生じた場合、宥恕の効力はなんらかの影響をうけるのが妥当と考えるであろう。マックス・ラインシュタインもいうように、「和諧が単にうわべだけのもので、一時的なものに終わってしまった場合、離婚に対する権利を宥恕という標目のもとに消滅させることが許されてはならない」<sup>(1)</sup>。もし、宥恕された人がのちにいかなる態度をとっても、一度なされた宥恕の効力は絶対的なものであるとすれば、期待を裏切られた人には救済の道が閉ざされてしまい、宥恕してよいと思いつながら、あとあとのことを考えて、ちゅうちょすることになりかねない。これでは余りにも不合理である。マック・クイーンによれば、「宥恕の条件性の源は、コークでもブラックストンでもチイテイでもなく、深く人間性に抛りどころをもつ」<sup>(2)</sup>といわれ、マタイ伝第十八章・二十一節以下に出てくる、慈悲深い主人と負債のある家来に逸話が好例として引用される<sup>(3)</sup>。

それによれば、一万タラントの負債のある家来に現金による弁済能力がないため、主人は家来に対し、妻子を合

めたすべてのものを売却して償うことを命じたが、家来がひれ伏して、「どうぞお待ち下さい。全部お返しいたしますから」というので、主人はあわれんで、その負債を免じた。ところが、家来は彼に百デナリ借りている同僚に合合い、つかまえて首をしめ、「借金を返せ」とおどしたうえ、同僚が、「どうか待ってくれ。返すから」と願うのもきかず、負債を償うまで獄に入れた。同僚どもがこの事情を主人に話した。主人は家来をよび出し、「悪い僕、わたしに願ったからこそ、あの負債を全部ゆるしてやったのだ。わたしがあわれんでやったように、あの仲間をあわれんでやるべきではなかったか」と怒り、負債をすべて償うまで彼を獄卒にわたしたというのである。主人から多額の負債を免除してもらいながら、同僚に対してわずかの額について苛酷なとり立てをした結果、主人への負債が復活する—つまり、主人が家来の負債を免除するのは、家来が同僚に対しても同様の情け深い態度をとるべきことを黙示の条件としているというわけであろう。イギリスの教会裁判所の判例の趣旨を是認し、宥恕された人がのちに非行をくり返すならば、宥恕はその効力を失い、該非行は新たな別居原因になる旨を明らかにする。これについては、<sup>(4)</sup> さきに第一章・四節の—にあげたアーチ裁判所の *Worsley v. Worsley* (一七三〇) 事件がリーダーズ・ケースとされるが、要するに、くり返された非行と同種のもののみならず、宥恕された非行がすべて復活し、くり返された非行と並んで別居—離婚請求の原因となる。宥恕は配偶者の非行を無条件で許すものではなく、非行のくり返しを解除条件 (*condition subsequent*) とする条件付<sup>(5)</sup> でなされる点に特色があるといつてよからう。

アメリカにおいて、ルイジアナ州のみフランス民法を継受したため、他州の宥恕に当る和諧は条件性を有しない。これと対照的に、イギリス教会裁判所の判例にならった多数の州において、宥恕は当然に条件付と考えられる。夫

婦の一方が他方の非行を宥恕すれば、非行のくり返しによって条件性が作用しないかぎり、もはや当初の非行を理由とする離婚請求はみとめられない。だが、非行のくり返されたとき、原告配偶者の離婚請求に対し、被告が宥恕を抗弁としても、原告は右の事実を立証してそれを排除することができる。この場合、裁判所は原告勝訴の判決を言渡すことになる。もつとも、ビショップによれば、一八七三年当時、ノースカロライナ州の法律は宥恕の条件性を破壊していたとして、*Collier v. Collier* (一八二九) 事件を引用している。<sup>(11)</sup>

この事件の示すところでは、ノースカロライナ州の一八一四年法第八六九章は、離婚事件の管轄権を立法部から裁判所に移し、性交不能および姦通を離婚または別居原因とみとめ、裁判所の裁量によっていずれかの判決を言渡すことを許した。そして、同章第三節に、夫が妻の犯罪事実を知ったのち、妻が婚姻外の関係をもつことをみとめた場合、それは離婚請求に対する永久的な抗弁 (*perpetual Bar*) となる<sup>(12)</sup> 旨を定めている。妻の姦通を夫が宥恕すれば、該宥恕はいわゆる条件付ではなく、永久的な効力をもつ。妻がのちに姦通をくり返しても、さきに宥恕された姦通が離婚原因として復活することはないというわけである。宥恕の条件性をみとめる他州と比較し、以前の姦通をも合わせ離婚原因と主張できない点、夫に不利と考えられるが、いかなる理由で条件性を排除したのか、明らかでない。なお、一九四三年法には請求棄却事由は何も見当らず、一八七三年以降のいつ、前示の規定が廃止されたのか、これも知る事ができない。

(1) ラインシュタイン「離婚訴訟における手続の改正」アメリカナ七卷八号三四頁—三五頁。

(2) McQueen, *Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and legitimacy, as administered in the Divorce*

court and in the House of Lords, p. 62.

(3) McQueen, *op. cit.*, p. 62.

シユライ、ヴァルツ、ホワイターハウス共著 西田・戸村共訳「聖書における法と正義」一六一頁—一六二頁には、イエスがいかにかその教え、ことに譬話において、裁判上の情況を利用されたかを注意するならば、人間の法と正義とが神の意志から起るという意見に、支持と保証を見いだすこととなる」として、無慈悲な召使の逸話をその一つに加えている。

(4) ハンチエス氏の事情を詳述する。Poynter A concise view of the Doctrine and Practice of the Ecclesiastical courts, p. 82.

(5) Poynter, *op. cit.*, p. 82.

(6) Halsbury's statutes of England. vol. 43, p. 437.

(7) Royal commission on Marriage and Divorce. Reports, 1951—1955. p. 70.

(8) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 513.

(9) Hodson, Some aspects of Divorce Law and Practice, Current Legal problems. 1957, p. 9.

(10) Hall, Sources of Family Law, p. 468.

(11) Bishop, Commentaries on the Law of Marriage and Divorce. vol. II. pp. 57—58.

(12) Equity cases Argued and determined in the Supreme court of North Carolina. vol. I, p. 353.

有恕の条件性に関連し、ここに問題が登場する。非行のくり返しによって、有恕された非行が復活するというとき、有恕の前後の非行を比較し、種類は同じでなければならぬのか、ちがっていてもよいのか、がそれである。



二つの場合が考えられる。一つは、ある非行が宥恕されたのち、再び同じ非行がくり返され、もう一つは、宥恕のち種類のちがった非行がなされる。もともと、宥恕は、配偶者が再び非行をすることなく、善良な夫または妻として正常な夫婦共同生活に戻ってくれると確信すればこそ、なされよう。宥恕された人はそれを心から感謝し、期待に沿うよう努力するのがつねであり、そうする義務がある。それゆえ、非行をくり返さないという場合、宥恕されたと同じ種類の非行はもとより、種類はちがっていても、離婚原因に当るものはすべて含めて理解すべきであり、両者をとさら区別して考えるのは許されないのではなからうか。イギリス離婚裁判所の Johnson v. Johnson (一八六一) 事件<sup>(1)</sup>において、一度は宥恕された姦通がその後の虐待・遺棄を理由に復活し、Hoffmire v. Hoffmire (年度不明) 事件<sup>(2)</sup>では、妻が夫の姦通を宥恕したところ、彼はのちに重罪を犯して刑務所に拘禁された場合、姦通の復活がみとめられている。この趣旨はアメリカ諸州も同じであって、たとえばカリフォルニア州では、一九七〇年の大改正で廃止されるまで、民法第一二二条に、「<sup>(1)</sup>被宥恕者が種類の異同を問わず、離婚原因に当る非行をした場合」宥恕は無効とされ、当初の離婚原因が復活する旨を規定していた。<sup>(3)</sup>くり返された非行が離婚原因に当るかぎり、夫婦としての義務違反は明らかであるし、さらに種類が同一の非行がなされるよりも、種類を異にするものが行なわれる可能性の方がはるかに大きいとも考えられるからであらう。

ここでミンシッペー州の Kreighbaum v. Kreighbaum (一九二二) 事件<sup>(4)</sup>をあげてみよう。この事件において、妻が夫の姦通を宥恕<sup>(5)</sup>したのち、夫はさらに妻を虐待し、一年間拘禁の判決をうけた。そこで、妻はさきに宥恕した姦通を理由に離婚の訴を提起した。裁判所はこれに対し、「妻は、夫が夫婦としての愛情をもって彼女を処遇してく

れる旨の黙示の条件付でその非行を宥恕した。だが、その後、夫は妻に虐待を加えて有罪判決をうけた。これによって、夫が右の条件に違反したことは明らかであるから、妻の請求はみとめられる」とのべている。同州では「常習的な虐待および非人道的処遇」と「拘禁判決」が離婚原因に数えられる<sup>(6)</sup>。もし、のちの非行が種類を異にするかぎり、宥恕された非行は復活しないとすれば、本件において、姦通が宥恕されたのちに虐待が行なわれているため、姦通は復活せず、虐待が新たに離婚原因となるにすぎない。これを一般的な原則とすれば、極端な場合、あらゆる非行を重ねた配偶者も、ひとたび宥恕されたのちは、たとえ非行をくり返しても、その種類が以前のものと異なるかぎり、そのみが新たな離婚請求の理由とされる恐れしかない。よこしまな配偶者はこの点を悪用するかも知れないし、正義に合致するゆえんとは思えない。結局、宥恕の条件性は、宥恕の前後の非行の種類および個数とは関係なく、いやしくも離婚原因とするに充分な非行がくり返されたとき、当初の非行を復活させるはたらきをする<sup>(7)</sup>と理解すべきであろう。イリノイ州の *Young v. Young* (一九二六) 事件<sup>(8)</sup>において、「のちの非行が、宥恕されたそれと同じ種類のものである必要はない。被害配偶者は過去によって将来を判断する権利をもっており、裁判所は正当な結論に達するため、不誠実な配偶者のすべての行為を一括して考えてよい」とのべ、イギリス離婚裁判所の *Threwits v. Threwits* (年度不明) 事件<sup>(9)</sup>の判決中の一節をそのまま引用するのも、右の趣旨であろう。当時、同州では互責・共謀および承認を請求棄却事由としながら、宥恕について何の規定も設けていない<sup>(9)</sup>。だが、宥恕を排除したわけではなく、適用するかどうかを裁判所に一任したため、裁判所は具体的事例に当って宥恕の事実を認定するとき、原告の請求を棄却しており、宥恕の条件性も例外ではなかったと推測される。その後、一九四九年法

および一九五九年法にも宥恕に関する規定は見当らない。<sup>(10)</sup>

離婚原因としていくつかの非行を列挙している州では、宥恕の条件性について、すべてのべたとおりであるが、ニューヨーク州は一九六七年九月一日にいたるまで、姦通が唯一の離婚原因であった。宥恕のち再び姦通がくり返されたとき、条件性のはたらくことに疑問の余地はないが、虐待または遺棄のように、同州では離婚原因にならない非行がなされたときはどうなるのか。姦通をくり返さないかぎり、いかなる非行をしても宥恕は失効しないとするれば、虐待・遺棄等が離婚原因になる他州とちがひ、余りにも不都合と思われる。Kreighbaum v. Kreighbaum (一九二二)<sup>(11)</sup> 事件が非行の復活をみとめる理由もここにある。この事件において、妻が夫の姦通を宥恕したのち、夫は妻に対し一カ月以上にわたって虐待および非人道的な処遇を加え、ついに加重暴行 (vicious assault) を理由に一年の拘禁判決を言渡されたとき、当初の姦通が離婚原因として復活する旨をのべている。ここで夫のくり返した非行は刑法上の犯罪である。妻の側からみると、宥恕後は善良な夫になるにちがいないとの期待は、完全に裏切られる結果となった。それにもかかわらず、夫が再び姦通したのではないとの理由のみで、宥恕の条件性がはたらくのを否認すれば、妻は文字どおり踏んだりけったりといわなければならない。法律上、姦通以外は離婚原因にならないが、宥恕の条件性に関するかぎり、他州におけると同様に判断するのが妥当であるし、その必要が充分に存在しよう。

ある非行が宥恕されたのち、別の離婚原因に当る非行をしたとき、当初の非行が復活することになり、離婚原因が唯一つしかない州の場合も、宥恕の精神および他州との均衡からみれば、同趣旨に理解する必要がある。また、

宥恕の前後の非行が同じ種類であり、程度も同じであれば、非行のくり返しとして典型的なものであるから、改め  
て問題とするまでもない。そこで、最後に、宥恕の前後の非行を比較し、種類が同じにせよ、ちがっているにせよ、  
のちの非行の程度が離婚原因を構成するに充分でない場合が問題として残ることになる。これについてはっきり規  
定したのが、一九七〇年の大改正で廃止されるまでのカリフォルニア州民法第一二一条である。同条によれば、

「……②被宥恕者が夫婦としての愛情を大きく欠く場合、そのみでは離婚原因として充分でないとしても、宥恕  
の条件が誠実にうけとられず、または履行されなかったことを示しておれば」宥恕は無効となり、当初の離婚原因  
が復活する旨をのべている。<sup>(12)</sup>つまり、宥恕された非行よりも程度が軽く、それ自体で離婚原因にはならないが、宥  
恕の精神からみて、当初の非行を復活させるのが妥当と考えられるとき、宥恕の条件性がはたらく結果になる。だ  
が、少くとも妥当な条件に違反したことを示す程度のもものは必要なのであるから、とるに足らない冷淡さ、不親切  
または単なる口喧嘩といった程度のものでは不十分としなければならぬ。以上の趣旨はすべての州に普遍的なよ  
うであって、メリーランド州の *Hilbert v. Hilbert* (一九三六)<sup>(13)</sup> 事件によって明らかになる。この事件において、  
妻は夫の虐待を理由に帰宅を拒否したが、のちに宥恕<sup>(14)</sup>する旨を表示し、夫も悔い改める約束をした。だが、夫は再  
び妻に荒々しい言葉を浴びせ、以前のように飲酒の習慣をとりもどし、物を投げつけたりしたが、妻を殴打するこ  
とはなく、虐待の程度にまで及ばなかった。妻はこれを夫が再び虐待をはじめめる前兆と判断し、当初の虐待を理由  
に離婚判決を求めた。原審がそれを見とめたので、夫が控訴した。これに対して裁判所は、「夫がくり返した非行  
はそれ自体で離婚原因にはならないが、宥恕された非行を復活さすに充分である」とし、妻に離婚判決を与えてい

る。いずれにせよ、宥恕された非行を復活させる条件として、ある程度の非行は要求され、具体的事例においてその程度の非行がなされたかどうか、裁判所がすべての事情を考慮して判断することになる。非行の程度が離婚原因に足りないものであっても、場合によっては右のような結果を招来することに注目しなければならぬ。

- (1) McQueen, Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and Legitimacy, as administered in the Divorce court and in the House of Lords, p. 62.
- (2) McQueen, op. cit., p. 62.
- (3) Deering, The civil code of the State of California, p. 43.
- (4) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 507.
- (5) “シモンビュー州に於て” 宥恕は共謀と並んで請求棄却事由となり得。Jacobs and Goebel, op. cit., pp. 1107—1108.
- (6) Plosewe, The truth about Divorce, p. 279.
- (7) McCurdy, Cases on the Law of Persons and Domestic Relations, p. 373.
- (8) McQueen, op. cit., p. 64.
- (9) Vernier, American Family Laws, vol. II, pp. 24, 79; Supplement, p. 48.
- (10) Illinois Revised Statutes, 1949, vol. I, p. 1425; Martindale-Hubbell, Law Directory, vol. IV, p. 486.
- (11) Warren, Gilbert-Bliss civil practice of the State of New York, vol. 6 A, p. 274.
- (12) Deering, op. cit., p. 43.

法典準備委員は、「この点に關し、判事と法律家の意見がちがっている。本条は問題解消のための最善の策である」として云ふ。

(31) A. L. R. vol. 93, p. 1347.

(14) メリーランド州の離婚法に請求棄却事由に関する規定はない。

## 第二節 中間離婚判決

さきに別稿で互責をめぐるいろいろな問題を検討したとき、具体的な事例はあらわれなかったが、無責の被害配偶者たる原告の請求をみとめる中間判決が言渡されたのち、原告が中間期間内に非行をしたならば、被告は互責を抗弁として、中間判決の取消を求め、終局判決を登録しないよう申し立てよう。当面の宥恕についても、中間判決後に原告があらゆる事情を考慮して被告の非行を宥恕すれば、原告または被告が右と同じ手段をとることになる<sup>(1)</sup>。ニューヨーク州では民事訴訟法典第一七七四条および第一七七五条が婚姻取消または離婚を求める訴について、中間判決 (Interlocutory Judgement) の制度を設け、中間期間を三カ月と定めていた<sup>(2)</sup>が、この規定のもとで Cray v. Cray (一九一一) 事件<sup>(3)</sup>のように、中間判決の言渡後に原告が自発的に被告と夫婦共同生活をはじめた結果、裁判所が宥恕を理由に職権で終局判決を拒絶する場合もある。もし、中間期間内に被告が非行をくり返したならば、宥恕は効力を失い、原告は終局判決を請求するか、中間判決が自動的に終局判決となるに任せ<sup>(4)</sup>て、中間判決に関する規定は、その後、民事手続法第一一七五条<sup>(5)</sup>にうけつがれ、一九六三年九月一日以降は家族関係法第二四一条<sup>(6)</sup>となり、一九六七年の改正に当たってもそのまま存置<sup>(7)</sup>されている。

ところで、被告の側からみると、中間期間内に非行が宥恕されれば、終局判決は言渡されずにすむから、あく

まで離婚を望まなければ、原告に対し和諧すべくはたらきかけることになる。一方、原告はこの期に及んで被告の非行を宥恕し、和諧すれば、離婚の目的は達成できないから、被告からのほたらきかけには応じまい。また、一般に原告側の弁護士も、原告が中間期間内に被告と接触して宥恕の抗弁で対抗されることのないよう、忠告するのが実情のようである。したがって、被告の右の申出が誠実なものであっても、原告としては、離婚の目的を貫こうとするかぎり、かかる申出に対し、被告が宥恕の抗弁を提出して離婚を阻止すべく証拠を集めるためのトリックではないかとさえ考え<sup>(8)</sup>、軽々しく応じることはない。かような次第で、中間離婚判決が夫婦間に宥恕ないし和諧をもたらすため、現に有効な役割を果しているかとなると、大いに疑わしい。ニューヨーク州のニューヨーク郡において、一九五二年に開始された二〇三二件のうち、一四〇九件について中間離婚判決または婚姻取消判決が言渡されたが、前者について三件のみ、中間期間内に取り消され、しかもそのうち一件のみが和諧を理由としたにすぎない<sup>(10)</sup>。同州の家族関係法第八条は、修正法第二部・八章・四九条<sup>(11)</sup>に由来する民事訴訟法典第一七六一条の規定をうけつぎ、離婚判決において被告が有責とみとめられた場合、判決言渡後三年を経過し、しかもその間の善行が証明されたとき<sup>(12)</sup>のみ、再婚が許されるのであり、そうでないかぎり原告の生存中は再婚できない旨の制限を加えながら、原告はいつでも再婚が可能である旨をのべている<sup>(13)</sup>。中間判決を得た原告が被告の姦通を宥恕せず、和諧にも眼をつぶるかぎり、結局、該判決は原告の再婚を三カ月だけ先にのばす効力しか収めることができず、また現にそうならないとみてよいのではなからうか<sup>(14)</sup>。

これらと対照的に、中間期間内に宥恕が行なわれた例として、カリフォルニア州の *Angell v. Angell* (一九四九)

事件がある。<sup>(16)</sup>この事件において、妻が極端な虐待を理由に離婚の訴を提起し、請求をみとめる中間判決が言渡された。その後、妻は夫の非行を宥恕し、夫婦間で、「夫が爾後一年間禁酒する約束を守るならば、妻は離婚訴訟を取り下げる。守らなければ、妻が終局判決を請求するのに夫は異議をのべない」旨を合意した。だが、夫は再び酒を飲みはじめ、妻を虐待さえたので、妻は終局判決を請求したところ、夫は宥恕を抗弁とした。これに対して裁判所は、「夫の非行が条件付で宥恕されたことは明白であつて、一年間禁酒する約束を破り、さらに虐待をくり返した以上、宥恕はその効力を失う」とし、妻に終局判決を与えている。ここでは、中間判決の言渡後、夫の非行が宥恕されたわけであるが、もともと宥恕は条件性を具えている。一九七〇年の改正で廃止されるまで、カリフォルニア州民法第一一五条によれば、「宥恕とは、離婚原因を構成する婚姻上の非行を条件付で容赦すること<sup>(16)</sup>とし、さらに第一一七条に、「宥恕は解除条件を含む。宥恕者が夫婦としての愛情をもって処遇されるべきことがそれである」と規定する。夫婦間で前示のような約束をするまでもなく、夫が非行をくり返すならば、解除条件がはた<sup>(17)</sup>いて、宥恕はその効力を失ってしまう。しかも、同州において、一九〇三年に民法第一三一条および第一三二条で採用された<sup>(18)</sup>中間判決は、中間期間の経過によって自動的に終局判決にならず、第一三二条によれば、「中間離婚判決の登録後一年を経過したとき、夫婦いづれかの申請により、または職権で、裁判所が終局判決を登録することができる」と定める。当面の場合、夫が非行をくり返すならば、妻は宥恕の失効を理由に終局判決を請求し、非行がなければ、訴を取り下げよう。中間判決の目的はそれによって充分に達成される。では、夫婦がとくに前示の約束をしたのは何故か。一年の期限をつけたのは、同州で中間期間が一年とされているので、それに一致させるため



あろうし、禁酒の約束をさせたのは、これまで夫が飲酒のうえ妻に虐待を加えるのがつねであったため、虐待を有怨するために当り、その原因をできるかぎり取り除くつもりであったと思われる。二つの点を総合すれば、妻は中間判決後の一年間の夫の態度に宥恕の効力を条件付け、それに対する夫の同意をも得ることによって、一段と効果あるものにしたといえるのではなからうか。

中間判決後に夫婦の間で宥恕ないし和諧が行なわれるのも望ましいにちがいないが、一方では、訴訟手続の開始後または判決言渡前の和諧というのは、「大いなる幻影」であるとの批評も聞かれる<sup>(19)</sup>。中間判決後の和諧もこれに含まれよう。この点からすれば、離婚事件が裁判所に係属する以前またはおそくともその直後に、なんらかの手段をとるのが望ましい。ニュージャージー州の一九二四年法第六二条—六三条(a)が、「……極端な虐待を理由とする離婚の訴について、最後の虐待行為のときから六カ月を経過しなければ、提起できない<sup>(20)</sup>」とするのは、訴提起前にいわずに冷却期間を設けるものとして注目されよう。同年の *Coe v. Coe* (一九二四) 事件によれば、「離婚請求権の行使を六カ月先にのぼすのは、被害配偶者が冷静さをとり戻して熟考し、非行者を保護・監督のもとにおき、もし宥赦に価するならば、宥恕させるのを目的とする」旨を明らかにしている。右の規定は一九四八年にいたるまで変わらず<sup>(22)</sup>、ノースカロライナ州も一九五〇年法第五十章・八条で同じ規定を設けている<sup>(23)</sup>。

ところで、これらとは別に、いくつかの州においては、離婚事件に関連して特別な調停もしくは和諧のための手続を設け、訴の提起前または提起後に、夫婦間に宥恕と和諧をもたらすべく努力を傾けてきたし、現在も努力を続けているのが実情である。ここでは、その独特な方法によって他州から注目を浴びるユタ、カリフォルニア、イリ

ノイおよびニューヨークの四州について、手続が新設されるまでの過程、手続の内容、それが実効を収めたかどうか、現在も継続して行なわれているかどうか、等々を詳しく検討してみよう。

- (1) ネブラスカ州の *Shin v. Shin* (一九四七) 事件において、中間判決が言渡されたのち、中間期間内に宥恕のうえ和諧が成立したにかかわらず、原告がその事実を裁判所に通知せず、該判決が自動的に終局判決になるに任せようとした場合、被告の申立により、裁判所は中間判決を取り消してゐる。A. L. R. vol. 109, p. 510.
- (2) Warren, *Gilbert-Bliss civil practice of the State of New York*, p. 377.
- (3) Warren, *op. cit.*, p. 273.
- (4) Lang, *A Cooling-off period in Divorce actions*, Brooklyn L. R. vol. 24, p. 318.
- (5) Warren, *op. cit.*, p. 377.
- (6) McKinney, *The Consolidated Laws of New York Annotated*, Book 14, § 200—272, p. 412.
- (7) McKinney, *op. cit.*, *Cummulative Annual pocket part*, 1966, § 200—272, p. 36.
- (8) Lang, *op. cit.*, p. 318.
- (9) Shapiro, *Interlocutory decree of Divorce*, Col. L. R. vol. 56, p. 249.
- (10) Shapiro, *op. cit.*, p. 250.
- (11) *The Revised Statutes of the state of New York*, vol. III, p. 237.
- (12) Gilbert, *The Law of Domestic Relations of the state of New York*, p. 58.
- (13) Baldwin, *New York consolidated Laws*, vol. 2, p. 5.

家族関係法第八条は「一九六六年法第二五四章の第一条により、「婚姻が離婚によつて解消されたときはいつでも、各当事者は再婚することができる」として、再婚に対する制限を廃止し、一九六七年九月一日から施行されてゐる。McKinney, *op.*

cit., Cumulative Annual pocket part. 1966. § 1—199. p. 9.

- (14) 一九四五年法第五七四章は民事手続法第一一七五条および第一一七六条を改正して、婚姻取消判決について中間判決を廃止したが、離婚については従来の *marriage*。Lang, op. cit., p. 317.
- (15) McCurdy Cases on the Law of persons and Domestic Relations, p. 380.
- (16) Deering, The civil code of the state of California, p. 41.
- (17) Deering, op. cit., p. 42.
- (18) Deering, op. cit., pp. 45—46.
- (19) Miner, Conciliation rather than Reconciliation, Illinois L. R. vol. 43, p. 467.
- (20) Vernier, American Family Laws. vol. II, p. 28.
- (21) Miner, op. cit., p. 468.
- (22) Selzer, Encyclopedia of New Jersey Law. 1948. vol. 2, p. 27; Lang, op. cit., p. 315.  
一九五七年九月一日の同州最高裁判所規則によれば、離婚事件において、未成年の子があるとき、または夫婦の一方がそれを望むとき、和諧手続が強制的に行なわれる。しかし、この計画はただ十の郡で実行されているにすぎない。最高裁判所の和諧マスター (Reconciliation master) の一人であるマーデン博士の言葉では、事件を処理する最大のハンディキャップは、この段階まで夫婦関係が破れているときに和諧させることの困難さ、つまり離婚訴訟が提起されてはじめて、マスターが事件に関するところにあることであることである。Lang, op. cit., pp. 315—316.
- (23) Lang, op. cit., p. 315.

## 第三節 宥恕Ⅱ和諧Ⅱ調停

## I ニ タ 州

他の多くの州と同様、ユタ州も一九四〇年頃より十年間、家族の崩壊する数が増大し、子供が生活に窮し、彼等を扶助するための費用もうなぎ上りとなり、その他、家族の崩壊にともなう種々の事柄に直面していた。<sup>(1)</sup>一九五四年にいたり、州は有効な解決方法を求め、厚生省が主になって調査を開始した。その手段として社会福祉団体、法曹、教会、婦人団体、新聞社、心理学者、社会学者および州議会議員によって構成される「離婚問題調査市民委員会」(Citizen's Committee on Divorce)が組織された。二十六名の委員中、四名は州地方裁判所判事、一名は最高裁判所判事、一名は法学部教授、二名は弁護士であった。そして、地方裁判所判事リス氏とスキードモア氏が共同議長(2)の席を占めた。

離婚に関していえば、委員会は次のような事実を発見した。すなわち、ユタ州の住民にとって、この州は迅速かつ確実に離婚判決を入手することの容易な州だということである。典型的な不出頭事件 (default case) において、手続は次のように進められる。まず、弁護士が精神的虐待を離婚原因として訴状を提出し、被告の署名した「送達請求放棄書」(waiver of service) を入手する。ついで原告は、地方裁判所判事の法廷に出廷し、彼の弁護士によって証人として尋問され、さらに判事が二、三の尋問を付加するが、その時間はせいぜい十分間ぐらいにすぎない。

そして、離婚判決が即座に言渡される。離婚判決は、しばしば、原告がはじめて彼の弁護士を訪れたときから二、三日で入手することができる。ただ、法律により六カ月の中間期間 (interlocutory period) が定められているため、即時に再婚できないにすぎない。<sup>(3)</sup>

右のような事情が明らかにされたため、委員会はこれを放置するわけにいかず、有効な対策を求めて活動を開始することになった。そして、他の州の事情をいろいろ調査した結果、次の諸点で各委員の意見が一致した。すなわち、裁判所レベルでマリッジ・カウンセリングを用意すること、子供の監護を研究するため裁判官が熟練した補助者を利用できるようにすること、冷却期間が必要であること、そして法のかかる分野に関心のある判事は、自ら専門家になるべく努力すべきであること、<sup>(4)</sup> がそれである。迂路曲折を経たのち、かかる内容を盛り込んだ法案が一九五七年に上院法案第十八号として提出され、六十日の維持し、そして、それゆえに、婚姻を保護するための合理的な手段——とくに未成年の子が含まれている場合——をとることは、ユタ州の宣言する公の政策である。われわれの社会における家族生活の基盤を強化するため、そして家庭が崩壊する結果として州の負担となる経済的・社会的な費用を減少させるため、すべての家族関係において、子および配偶者の権利を保護し、離婚および他のすべての家族関係事件を審理する地方裁判所に、有能な力会期の五十九日目に、四二対十五で上院を通過し、クライド知事の署名を得て決律となった。<sup>(5)</sup> マリッジ・カウンセリング法 (Marriage Counseling Act) という名称で知られているが、これは一九五七年法第五章として、同章に第三十条—三十一ないし三十二を追加する形をとっている。<sup>(6)</sup>

まず、第三十条―三十一において、「立法政策および目的」と題し、次のように規定している。「望ましい婚姻および家族関係をカウンセリングおよび観察のサービスを利用させることが本法の目的である」という。<sup>①</sup>以下、この法律がユタ州の離婚法およびその手続に変化をもたらすにいたった主要な点を個条書にしてみよう。

- ① 訴状の提出と離婚事件の審理との間に九十日の待機期間が設けられる。
- ② 地方裁判所判事は家族関係カウンセラーを任命すること。州厚生省はカウンセラーの資格を定め、給料を支給し、彼等のための事務所および設備を用意し、この目的のため、適当な基金を利用することが許される。
- ③ カウンセラーは離婚事件において、当事者の一方の申立にもとづき、または未成年の子供があるとき、地方裁判所の判事によって命じられるとき、彼等に面会し、協議に加わり、助言をする。もし当事者の一方が面会に応じないとき、裁判所判事は日時を指定して、彼または彼女の出頭を命令し、この命令は他の裁判所の命令と同じく、強行することができる。
- ④ それが婚姻関係を破局へと導くかも知れない「夫婦間の難局」に直面した人は、離婚の訴状を提出することはもとより、費用を負担することもなく、自己の署名した依頼書にもとづいて、直接にカウンセラーを利用することができる。
- ⑤ カウンセリングのサービスをうけることは、離婚原因を構成する非行を宥恕するものとは解釈されない。というのである。

このように一九五七年の離婚法によって新しく設けられたマリッジ・カウンセリングは、当初の期待どおり有効

なはたらきをすることになつたであろうか。残念ながらノーと答えるほかはない。というのも、離婚の訴がすでに裁判所に係属している夫婦に関するかぎり、和諧をもたらそうとするマリッジ・カウンセリングの計画は完全に失敗に終り、その計画を継続して行なうことは時間と費用の無駄であるとみとめられ、早くも一九六一年法の第五章の二によって廃止されてしまつたからである。<sup>(8)</sup>この間の事情を説明してくれる具体的な数字をあげてみよう。一九五七年九月十五日から同五九年六月三十日までの間に、カウンセラーの関与した三、六四七件のうち、五一三件の和諧が成立したが、内訳は次のとおりである。裁判所に係属中の一、八七二事件については、一七一件の和諧をもたらし、九パーセントに当る。一方、裁判所の七七五件につき、三四二件の和諧を達成し、四十四パーセントを占める。その後、一九六一年五月九日までの分をも総合すれば、和諧に成功した率は、裁判上では十ないし十五パーセントであるのに対し、裁判外で四十ないし五十パーセントの多きを数える。<sup>(9)</sup>

また、一九六〇年六月三十日から一九六一年五月九日までの間に、裁判所に係属中の七九八件につき、九七件の和諧が成立し、十三・二パーセントに当たるが、裁判外では一、二六〇件のうち四三一件の和諧が達成され、三四・二パーセントを占めている。<sup>(10)</sup>ひとたび訴が提起されたのちの有怨ないし和諧がいかに困難であるかは、右にみた数字によつても略々推測できよう。訴の提起自体をおくらせ、その間になんらか適切な手段を講じる方が、実際上の効果を収める可能性がはるかに大きいのではなからうか。

マリッジ・カウンセリングが活動をはじめたのち、早くも一九五八年十一月にいたり、それまでの九カ月半の統計をもとにして、地方裁判所判事協会 (District Judges Association) は州の立法評議会 (Legislative Council)

に対し、次のような内容の見解を表明している。<sup>(11)</sup>

① マリッジ・カウンセリングの計画は、離婚の訴が裁判所にすでに提出されている夫婦の和諧に関するかぎり、不成功に終っており、それに要する時間と費用からみて、それを継続することは正当でない。

② 離婚の訴を提起していない夫婦について、マリッジ・カウンセラーの努力は実質的な成功を収めており、約二五パーセントの事件で和諧を達成している。この型の計画は実質的に有用である。マリッジ・カウンセラーは、この型のカウンセリングを最良のものとして使用しており、統計も、裁判外でいかに良く成功しているかを示している。

③ われわれ判事は、議会が……マリッジ・カウンセリング法に、勧誘にもとづく一般公衆のためのカウンセリングについて規定するため、なんらかの変更を加えるかどうかを決定すべきであると信ずる。われわれは、一般公衆のためにかかる費用のかかるソーシャル・サービスが必要であるか、望ましいか、そして主として離婚の段階におけるカウンセリングを定めている現行の法律を廃止すべきか、修正すべきか、またはより広範囲な研究を行うため、さらに継続すべきかどうか、に関する政策問題を議会に委ねることとする。

というのである。

かくして、離婚の訴が提起されたのちのマリッジ・カウンセリングを廃止する方向へと事態は急速に進展し、ついに一九六一年法の第五章の二により法典から姿を消したけれども、判事が夫婦に助言を与え、または外部の専門機関に委託できる旨を定める第三十条―三十七および九十日の待機関係についての同条―三十八の規定は廃止



われは「<sup>(2)</sup>」その中を維持せしむるのが注目される。

- (1) Bodenheimer, The Utah marriage counseling experiment: An account of changes in Divorce and procedure, Utah L. R. vol. 7. p. 443.
- (2) Bodenheimer, op. cit., p. 443.
- (3) Bodenheimer, op. cit., pp. 443—444.
- (4) Bodenheimer, op. cit., p. 444.
- (5) Bodenheimer, op. cit., p. 446.
- (6) Bodenheimer, op. cit., pp. 475—477.
- (7) Bodenheimer, op. cit., p. 475.
- (8) Utah Code Annotated. vol. 3. 1967 pocket supplement. p. 360.
- (9) Bodenheimer, op. cit., pp. 454—455.
- (10) Bodenheimer, op. cit., p. 455.
- (11) Bodenheimer, op. cit., p. 461.
- (12) Utah code Annotated. vol. 3. 1967 pocket supplement. p. 361.

## 2 カリフォルニア州

カリフォルニア州が中間離婚判決の制度を採用する事情は、すでにのべた<sup>(1)</sup>けれども、同州は一九三九年により、故リゼイ判事の提案にもとづいて<sup>(2)</sup>民事訴訟法典の第十一篇として「調停手続」(Conciliation Proceedings)を

加え、その第一章を「児童調停裁判所法」(Children's Court of Conciliation Law)と名付け、第一七三〇条ないし第一七七二条に詳細な規定を新設した。<sup>(3)</sup>もともと、近代的な調停制度は一七九七年に当時のノールウェー国王クリスチャン七世によって最初に創設されたが、デンマークにも古くから調停制度があり、スカンジナビアの移民とともにアメリカに移入された。<sup>(4)</sup>当面のカリフォルニア州では、一八八六年のフランス調停法、ウイスコンシン州の一九三二年法およびミシガン州の一九一九年法を模範にしたといわれる。<sup>(5)</sup>フランス調停法とは一八八六年四月十八日の「離婚および別居の手續に関する法律」— *Loi sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps* —を指すが、同法は八カ条から成っている。<sup>(6)</sup>他の両者の内容は明らかでない。

ところで、児童調停裁判所法の第一七三〇条をみれば、「本章の目的は、家庭生活および婚姻制度を維持・促進かつ保護し、夫婦に和諧の手段を提供し、家庭内の紛争を友好的に解決することにある」旨をのべ、第一七四〇条に、「各上級裁判所 (superior court) は本章によって与えられた管轄権を行使しなければならず、該管轄権を行使する間、児童調停裁判所として理解し、参照されなければならない」と定めている。離婚事件の第一審管轄権をもつ各部の上級裁判所に児童調停裁判所たる管轄権を付与し、未成年の子をもつ夫婦の離婚事件について、上級裁判所が子の福祉のために必要と判断するとき、または離婚の訴提起に先立つ夫婦の申立により、該調停裁判所で審理させようというわけである。第一七六九条および第一七七〇条によれば、前者の場合、訴訟手續の進行が三十日間停止され、後者については、申立後三十日間、訴を提起することができない。<sup>(7)</sup>

ここで調停手續の内容を具体的にみれば、次のとおりである。複数の判事をもつ郡の上級裁判所では、毎年一月

に彼等の間で一人またはそれ以上の判事を指名し、調停裁判所として、事件の審理に当らせる。人口九十万人以上の各郡の控訴裁判所は、調停裁判所の仕事に援助を与えるため、①一人のコミッションナー「調停ディレクターともいう）、②一人の調査官、③二人の下級裁判所書記を任命することができる。調停の手続はコミッションナーによって進められる。すなわち、コミッションナーは児童調停裁判所法にもとづくすべての申請を受理し、各種の令状の基礎をなす事実を調査し、当事者と調停協議 (Conciliation conference) をもち、審理 (Hearing) を行ない、調停裁判所の判事に必要な勧告をする。裁判所はそれにもとづいて、婚姻を維持し、夫婦の和諧を完成させるため、夫婦の行為および争いのある事柄について、必要と判断する命令を発することができる。だが、かかる命令も、三十日以内に夫婦間で和諧が成立しなければ効力を失う結果となる。

調停手続に関する右のような規定も、實際上、ロス・アンゼルス郡においてのみ適用されたにすぎない。<sup>(10)</sup> その他の郡で調停裁判所が設けられたのは、インピリアル (一九五八年)、サン・マテオ (一九六〇年)、サン・ベルナルジイ (一九六一年)、サクラメント (一九六二年)、サンジェゴ (一九六三年)、アラメダ (一九六四年)、サン・ルイ・オビスポ (一九六五年)、ヨロ (一九五六年)<sup>(11)</sup> であって、ロス・アンゼルス郡よりも相当おおくれている。カリフォルニア州には五十八の郡があるけれども、調停裁判所の設けられているのはわずか九郡にすぎない。なお、サンノゼ、およびサンフランシスコ郡でも設置の準備が進められていたようである。<sup>(12)</sup>

代表的な例として、ロス・アンゼルス郡の児童調停裁判所の実情についてみよう。同裁判所の設立後、裁判官も弁護士も調停手続を盛り立てていこうという熱意に欠け、一般的に不評判であり、かえって離婚手続の進行をおく

らせる武器として広く利用される予想外の状態を招来した。そのため、一九四一年には調停を廃止すべき法案さえも提出されたけれども、幸運にも議会を通過するにいたらなかった。<sup>(13)</sup>ところが、一九四六年以降、上級裁判所における唯一人の婦人判事バロック女史が調停手続を熱心に主宰したため、裁判所の仕事が増大し、職員の不足と相まって、事件の受理から審理の開始まで平均三〜四週間を要するにいたった。<sup>(14)</sup>だが、調停は大いにその効果を發揮した。一九五〇年に一、〇一二件が受理され、うち三一一件について和諧が成立し、未成年の子は五九二人含まれていた。一九五一年には一、〇八〇件のうち、三〇九件の和諧で六〇一人の子、一九五二年に六六三件のうち一七三件の和諧が成り、三六七人の子が含まれていた。<sup>(15)</sup>一カ月平均して八十件ないし一〇〇件の新件が審理されるが、別の数字によれば、一九五三年十二月には三十八件(児童八十二人)、同五四年一月には四十三件(児童九十人)、二月に四十件(児童一〇〇人)の和諧が成立している。<sup>(16)</sup>

降って、一九五五年に裁判所の名称は調停裁判所 (Conciliation court) と改められ、また未成年の子をもつ夫婦の離婚事件は必ず調停裁判所で審理され、判事は夫婦間に和諧をもたらすよう努めるべきものと定められている。<sup>(17)</sup>この規定からすれば、離婚事件がすべて調停裁判所を通るわけではなく、未成年の子がある場合にかぎられ、そうでなければ直ちに調停手続に入るのかとの疑問が生じよう。周到にこの場合を考慮し、第一七七二条において、たとえ未成年の子の福祉が問題にならなくとも、裁判所が適当と判断すれば、前示のそれと同様に処理できる旨を規定している。<sup>(18)</sup>かくて、夫婦の一方または双方は、未成年の子の有無に関係なく、離婚の訴の提起に前または以後に、調停裁判所の適切な介入を得て、不和を解決する道が開かれている。一九五五年中に三、六六一件の申立がロス・

アンゼルス調停裁判所で受理され、その四八・八パーセントが和諧にいたっており、一九六三年現在で、過去五年間の平均は四十三パーセントといわれる。<sup>(19)</sup>また、別の数字によれば、一九五九年中、六十三パーセントが訴訟係属中のものであり、そのうち約四十パーセントが和諧に達し、訴提起前になされた残りの三十七パーセントについては、うち五十七パーセントが和諧をもたらしている。<sup>(20)</sup>不和をきたした夫婦が調停裁判所に調停を申し立てる時期が早ければ早いほど、和諧の可能性も増大することは、カリフォルニア州でもはっきりあらわれていることが注目される。

ところで、一九六六年十二月十五日にいたり、家族問題調査委員会が離婚法の改正に関する最終的な報告書を提出したことは、この内容の大筋とともに紹介したとおりである。<sup>(21)</sup>報告書はそのなかで、中間離婚判決の制度を廃止すべく勧告していた。中間離婚判決の言渡しがあっても、一年間のいわゆる中間期間を経なければ、終局判決たる効力を生じない。そのため、カリフォルニア州の住民で早急な離婚を望む夫婦は、メキシコ諸州とかネバダ州に移住離婚を試みる傾向がみられた。中間判決を廃止することにより、かかる移住離婚の必要性をなくするのも、目的の一つようである。他方において、調停裁判所による早期の調停が、不和をきたした夫婦の和諧に有効なはたらきをしている事実も高く評価されているにちがいない。だが、右のような勧告にもかかわらず、一九七〇年一月一日から施行された民法の改正でも、中間離婚判決の制度は第四五二条ないし第四五一四条に<sup>(22)</sup>存続されており、ただ中間期間が一年から六カ月に短縮された点に注目しておかなければならない。

(1) 本稿第七章・二節。

- (2) Virtue, Family cases in court, p. 7.
- (3) Deering's code of civil procedure of the state of California. 1949. pp. 676—684. 児童調停裁判所という名称がつけられた由来について、最高裁判所家庭局「ロサンゼルス調停裁判所」家庭裁判月報十五卷三号一九五頁—一九六頁。
- (4) 大橋誠一「欧米の調停制度」一一頁—一六頁、日本調停協会連合会「調停読本」一八頁—一九頁。
- (5) Dalloz, Code Civil, pp. 128—129.
- (6) Virtue, op. cit., p. 256.
- (7) Deering, op. cit., p. 676.
- (8) Deering, op. cit., p. 677.
- (9) Deering, op. cit., p. 683.
- (10) Virtue, op. cit., p. 46.
- (11) Blume, Conciliation courts : Instruments of Peace, Journal of the state Bar of California, vol. 41, p. 35.
- (12) 最高裁判所家庭局「ロサンゼルス調停裁判所の近況」家庭裁判月報十六卷六号二四二頁。
- (13) Blume, op. cit., pp. 33—34. ハフ「ロサンゼルス調停裁判所の概要」家庭裁判月報十五卷十一号五頁。
- (14) Virtue, op. cit., p. 254.
- (15) Virtue, op. cit., p. 254.
- (16) Virtue, op. cit., p. 254.
- (17) ハーク判事は調停裁判所の和諧が効を奏したある事件を詳細に紹介している。Burk, An instrument of peace : The Conciliation court in Los Angeles, A. B. A. J. vol. 42, pp. 621—624.
- (18) Deering, op. cit., p. 684.

(19) パフ・前掲論文三頁。

(20) Burke, The Role of Conciliation in Divorce cases, Journal of Family Law. vol. 1, p. 209.

湯沢雅彦「家庭事件の法社会学」二九頁—四〇頁には、ロス・アンゼルス調停裁判所の調停手続とわが国のそれとを、手続面および原理上の差異に注目して比較検討されている。

(21) 村井「離婚請求棄却事由の研究—互責論(六〇)」神戸学院法学六卷一号一二六頁—一二七頁。

(22) West's California Legislative service. 1969. Regular Session. chapters 1117-1619. p. 3110.

### 3 イリノイ州

イリノイ州にもカルフォルニア州における調停裁判所と同様の趣旨をもつ手続が設けられたことが注目される。冷却離婚法 (Cooling-off Divorce Law) とよばれるのがそれである。<sup>(1)</sup> 最初、一九四九年五月に同州法曹協会、シカゴ法曹協会およびクック郡巡回裁判所のマイナー判事が州最高裁判所に対し、「離婚または別居訴訟を提起する六十日以前にかかる意思がある旨の陳述 (Declaration of intention) をすべきこと、陳述をうけた裁判所は当事者双方を非公式に招き、和諧の可能性を打診することができる」旨の規則を制定するよう勧告した。だが、最高裁判所はこの勧告にしたがわないので、立法部は一九五三年法第四十章・二三条ないし二九条に右の趣旨を内容とする規定を設けたが、最高裁判所は一九五四年三月の *Christiansen v. Connell* 事件<sup>(2)</sup>において、該法律を憲法違反と宣言した。その理由は二つある。一つは、六十日間の待機期間を設けること自体、州憲法第二条・十九節の規定に違反し、当事者が裁判所に即時に救済を求めるのを否定するものとみとめる。もう一つは、右の待機期間中、<sup>(3)</sup>

裁判官の関与のもとに自発的に和諧のため協議させるのは、州憲法第三条の権限分離 (Separation of Power) の規定に違反し、裁判官に非司法的な義務を課することになるといふ。後者については、訴訟がまだ裁判所に係属しておらず、当事者または証人も和諧協議 (Reconciliation Conference) に出席を強制されないし、該協議においていかなることが行なわれたかの記録も作成されず、そもそも司法的機能の中核をなすべき判決ないし決定を全く欠いている事情が右のような判断の基礎をなしている。

一九五三年法が憲法違反と認定されて失効したため、立法部は一九五五年法第四十章・七条(b)―(f)により、「離婚および別居手当請求の訴訟は、呼出状申請書 (praecipe for summons) によって開始されるが、訴状の提出と判決の登録は、緊急の場合を除き、呼出状の送達の日または公示送達の日から数えて六十日間、延期する」旨を定めるにいたった。<sup>(5)</sup> 一九五三年法の轍をふまないよう、改めて待期間を訴提起後に移し、さらに離婚意思の陳述および和諧協議に関する手続を廃止したものと思われる。

右の二つの法律が実際に効果を發揮したことは、次の事情によって看取できよう。一九五三年法のもとで、マイナー判事は同年七月一日から九月三十日まで六十八件の和諧協議を行なったが、うち五十九件は和諧が成立した。<sup>(6)</sup> また、クック郡において、同じ七月一日から翌一九五四年三月までに、離婚訴訟の提起自体が三七・五七パーセント低下し、離婚判決の言渡は三七・〇九パーセント少なくなった。<sup>(7)</sup> 別の数字によれば、一九五三年七月一日から十月三十日まで、三、二五二件の「意思陳述」がなされたが、およそ四八パーセントに当たる一、五六六件はそのまま立ち消えになっている。<sup>(8)</sup> 配偶者の非行を認識して性急に離婚の意思ある旨を裁判所に陳述したものの、六十日



の期間中にすべての事情を冷静に熟慮のうえ、その非行を宥恕した結果、離婚訴訟の提起にまで及ばなかった場合も多く含まれていたのである。さらに、一九五五年法のもとでは、同年七月十六日から翌五六年八月三十一日まで、訴の提起は直前の同じ期間より約一、〇〇〇件増加したが、離婚判決の言渡はついに約一、〇八〇件減少をみせている。<sup>(9)</sup>

憲法違反と宣言された一九五三年法とちがひ、一九五五年法は同五六年九月二十五日の *People v. Connell* (一九五六) 事件<sup>(10)</sup>により合憲性がみとめられた。この事件において、妻は前示一九五五年法の定める呼出状申請書の提出によって訴訟を開始する方法を憲法違反と主張し、離婚訴訟を裁判所に提出したところ、書記が受理しないので、それを受理すべき職務執行令状 (*Mandamus*) を求めたが、原審が拒否したので、控訴した。裁判所はこれに対し、該規定は原告が裁判所に近づく権利を少しも否定していないから、憲法違反ではないと判断し、妻の主張を斥けている。かくて、合憲とみとめられた一九五五年法のもとでは、訴訟開始そのものになんらの制約を加えないため、訴訟の数は増加したけれども、訴状の提出までの六十日間に宥恕が行なわれる事例も多く生じたのか、訴の取下、和諧などによって訴訟が終了したためか、判決言渡の件数が必然的に減少する結果となっている。

イリノイ州は中間離婚判決の制度を採用しないが、右にみた六十日の冷却期間がそれに代り、またはそれ以上に実際上の効果を發揮しているのではなからうか。さきにもたカリフォルニア州のように、中間判決後に一定期間をおき、その間に宥恕ないし和諧をもたらそうとするのも一計にはちがいないが、それよりも、イリノイ州のように、呼出状の送達後の段階で、可能なかぎり同じ効果を生ぜしめる方が夫婦にとって幸であり、裁判所にも訴訟経済的

に得策となることは、容易に推測できる。中間離婚判決のないイリノイ州において、前示のような冷却期間の設けられたことは大いに意義があると思われる。

その後、一九五五年のいわゆる冷却離婚法は新たに規定によって置き代えられるにいたった。一九六一年法第四十章・第二十一条の二によれば、「夫婦が和諧を試みることを望んでいる旨の当事者の書面による合意にもとづいて、訴訟係属中の裁判所は、当事者の権利を侵害することなく和諧を試みることを許すため、適当と定める期間、訴訟手続の停止を命ずることができ、当事者はこの期間中、夫婦として同居して差支えなく、彼等の行為が以前の非行を宥恕するものと看做されることはない」<sup>(11)</sup>。一九五五年法のもとでは、呼出状の申請によって訴訟が開始されたのち、訴状の提出以前に六十日の待機期間を設けていたが、これを改め、訴訟係属中ならば時機のいかんを問わず、夫婦の合意にもとづいて、裁判所が適当な期間、手続の進行を停止することがみとめられたわけである。また、従来であれば、ひとたび離婚訴訟の手続が開始されたならば、一つ屋根の下で共同生活を継続または回復したりすれば、黙示の宥恕があったと認定される危険が多分に存した。配偶者としては、他方の非行を宥恕する意思がないにかかわらず、右の態度をとるかぎり、宥恕が認定され、離婚請求権を失う危険が痛感されよう。この危険へ招かないためには、別居を継続するのが賢明と考えられた。その間に夫婦間で和諧が成立すればこれに越したことはないが、それ以外に積極的に和諧をもたらすべき手段は存しなかった。この隘路を打開すべく、前示のように、和諧をもたらす目的で、宥恕の問題とは切りはなし、同居を伴う一定の試験期間をみとめる方法が考え出されたとみてよいのではなからうか。

定められた期間中、訴訟手続は進行を止め、夫婦が共同生活を行ないながら、双方で和諧成立のためにあらゆる努力を試み、和諧できれば所期の目的は達成できる。だが、かかる努力にもかかわらず、和諧の可能性を発見できなかった場合、期間中に共同生活を行なったことは、これまでとちがって、黙示の宥恕とは全く無関係の事柄として扱われ、被害配偶者は再び離婚の手続を進行させる道が開かれる。訴訟手続開始後になって和諧を望みながらも前示のような制約のため、それを試みるのにちゅうちょしていた夫婦に対し、強力な援助を与える規定と評価してよからう。

(1) Miner, An Illinois innovation. The "Cooling-off" divorce Law, A. B. A. J. vol. 42, p. 1131. et seq : *Virtue, Family cases in courts*, pp. 66-69. フォスター J. 相原尚夫訳「アメリカにおける家事事件の調停とカウンセリング」家庭裁判月報十九卷八号二六頁—二七頁。

一九四〇月に一八、三二八件であった離婚数が一九四六件に三五、二七五件に増加したことが、同法制定の原因となったよびである。Miner, *Conciliation rather than Reconciliation*, Illinois L. R. vol. 43, p. 464.

(2) S. E. 2 d. vol. 50, p. 437.

(3) イリノイ州が憲法第一条・十九節、「救済および裁判をうける権利。すべての人は、彼がうけるかも知れない身体、財産あるいは名誉に関する侵害および不正について、法律中になんらかの救済を見出すことができるべきである。彼は、法律により、自由かつ無償で、完全しかも拒絶されることなく、即時にして遅滞なく、権利および裁判をうけることができるべきである」。Constitution of the U. S. National and state. vol. 1, Illinois. pp. 8-9.

(4) イリノイ州憲法第三条。当州政府の権限は三つの別個の部門—立法・行政および司法に分れる。そして、これらの部門の一つに属する人あるいは人々の集団は、適切に他のいずれかの部門に属するいかなる権限も行使できない。ただし、以下

に明白に命令するいは許可された場合は「このかたひびなく」。Constitution of the U. S. op. cit., p. 9.

(5) Miner, An Illinois innovation. The "Cooling-off" divorce Law. A. B. A. J. vol. 42, p. 1132.

この規定は一九六一年法によるものであつた。Illinois Revised statute, 1961. vol. 1, p. 1935.

(6) Miner, op. cit., p. 1132.

(7) Miner, op. cit., p. 1132.

(8) Miner, op. cit., p. 1132.

(9) Miner, op. cit., p. 1132.

(10) N. E. 2d. vol. 137. p. 849; Stephen, A Cooling-off period in Divorce Actions, Brooklyn L. R. vol. 24, p. 313.

(11) Clark, Cases and problems on Domestic Relations, p. 590; Martindale-Hubbell, Law Directory. vol. IV. p. 559.

#### 4 ニューヨーク州

ニューヨーク州においては、カリフォルニア州に先立って、離婚法に重要な改正が行なわれた。一九六六年法第二五・二条によって付加され、一九六七年九月一日から施行された家族関係法の改正の一部として、第一七〇条が姦通を含む六個の離婚原因を新たにみとめたことは、さきに互責をめぐる問題を検討した際に指摘しておいた<sup>(1)</sup>。それにも増して注目すべきは、一九六六年第二五・二条で、家族関係法の第十一條(B)に「調停局」(Conciliator on Bureau)と題して新設された第二二五・二条ないし第二二五・二条(G)の諸規定<sup>(2)</sup>である。この内容を説明するに先立ち、理解の便宜上、ここで改正前の手続を簡単にみてみよう。

原告配偶者が被告に対し、呼出状および訴状を送達することによって、控訴裁判所における離婚訴訟が開始され、被告は訴状の送達を受けた日から二十日以内に答弁書を提出する。ついで裁判所は当該事件を訴訟事件表 (calendar) に登載したのち、陪審が関与し、または関与せずに事実審の審理が開始される。審理には早ければ一カ月、おそければ一年位もかかる。裁判所が原告の請求に理由があると判断すれば、中間離婚判決を言渡し、三カ月の間期間を経て自動的に終局判決となる。<sup>(3)</sup>かかる訴訟手続と並んで、一九六二年九月一日以降は、ニューヨーク市家族関係裁判所<sup>(4)</sup> (Domestic Relations court of the city of N. Y.) に代って新たに設けられ、州全域に管轄権をもつ家庭裁判所 (Family court) において、<sup>(5)</sup>任意的な調停手続がみとめられていたことを忘れてはならない。

ニューヨーク州憲法第六条「司法部」(Judiciary)のうち、第十三節「検認・後見裁判所」(Surrogate's court) に関する規定は、一九六二年九月一日に廃止され、それに代えて「家庭裁判所の創設、機構、判事の選挙および任命、管轄権」について新たな規定が置かれ、同日施行された。<sup>(5)</sup>第十三節(b)・(6)は家庭裁判所の管轄権の一つとして、「夫婦の調停のための手続」<sup>(6)</sup>をみとめたが、同じ日に施行された家庭裁判所法 (Family court Act) の第九章に、第九一一条ないし第九二六条として、「調停手続」(Conciliation Proceedings)に関する規定<sup>(7)</sup>が設けられた。第九一一条<sup>(8)</sup>によれば、本章の目的は婚姻が困難な事態に立ちいたった夫婦に非公式な調停手続を利用させるにあるという。では、具体的にどのような手続で行なわれるのか。手続を定める第九二一条以下の規定によれば、大略つぎのとおりである。夫婦の一方は、婚姻が困難な事態に立ちいたったため、家庭裁判所の調停サービスが必要である旨の申請書を提出し、調停手続を開始することができる。申請書が提出されれば、各郡におかれたプロベシヨン係は

申請者と相談し、夫婦の調停のために有益と考えられる協議 (Conference) に配偶者が出席するよう勧告する。プロベーション係は申請者およびその配偶者に対し、彼等が篤志家の手で行なわれる社会事業または宗教団体に相談すべく勧告でき、彼等がそれに同意すれば、かかる機関に付託することになる。もし、配偶者が協議に出席しなければ、申請者は裁判所に出席命令を発してくれるように求め、裁判所は審理の結果、それが手続の目的に役立つと結論すれば、命令を発することができる。申請者の配偶者が裁判所の勧誘または命令によって一度は協議に出席したが、爾後、全く調停協議に出席しなければ、裁判所は手続をさらに継続するかどうかを決定するため、審理を行なう。裁判所がさらに調停のため努力すべきであると判断すれば、夫婦に対し、別の調停協議に出席すべく命令することもできる。そして、夫婦が調停協議に同意しなければ、申請書の受理から九十日を経過したとき、手続は終了することになる。<sup>(9)</sup>

困難な事態に直面した夫婦の一方が調停手続を利用して、円満・妥当な解決を計ろうとしても、他方がこれに応じなければ、実効を取めることはできない。また、調停の対象として直接に離婚に結びつく事態のみが予想されているわけではなく、たとえそのような事態が生じている場合でも、家庭裁判所の調停手続が、控訴裁判所に離婚の訴を提起する前提要件をなすものではない。一九六二年にかかる調停手続が設けられたのち、どの程度利用され、具体的にどのような成果をあげることができたのか。その間の事情は明らかでないが、家庭裁判所の機能が充分に發揮される暇なく、離婚訴訟と関連する範囲では、次にみる一九六七年の改正で家族関係法による手続へと移行されてしまったのが実情ではなからうか。

改正前の手続と対比し、一九六七年法による家族関係法の新规定の特色を一言でいえば、原告が被告に呼出状のみ送達して離婚手続を開始した直後、調停局で州の費用による強制的な調停手続に付されることとなり、調停が不成立に帰したときはじめて、訴状の被告への送達が許され、事実審理に移行する点にある。一方で離婚原因が拡大されたとはいえ、事実審理に入る前に必ず調停手続を経なければならず、離婚判決を入手するまでの手続は、従来と比較して一段と困難かつ複雑化されたといわなければならない。さきにくつかの州で行なわれる和諧ないし調停について、比較的簡単に触れたけれども、ニューヨーク州における離婚法の改正は画期的なことに属し、他州の手続との比較の必要もあるため、少しく詳細に説明する。まず、調停局の構成からみよう。

家族関係法の第二一五条<sup>(10)</sup>によれば、控訴裁判所の十一の裁判管轄区のそれぞれに調停局を設け四つの上訴部<sup>(11)</sup>のうち各管轄区の属する部の判事の多数決で選ばれた控訴裁判所の判事が局長となる。第二一五条<sup>(a)</sup><sup>(12)</sup>は、調停局が離婚訴訟の開始後、調停手続のすべてを行なう権限を有するものとする。そして、第二一五条<sup>(b)</sup><sup>(13)</sup>により、調停局長たる判事が監督判事であり、実際に調停の手続にたずさわる調停コミッショナー、調停カウンセラーおよび特別後見人を任命する。調停コミッショナーおよび特別後見人は五年以上弁護士<sup>(14)</sup>の職にあったことが必要であるが、調停カウンセラーにはソーシャル・ワーカーまたは心理学者が当てられる。

右のような構成のもとで調停手続が行なわれるわけであるが、手続は調停協議 (Conciliation Conference) と調停審問 (Conciliation Hearing) の二段階から成る。家族関係法第二一五条<sup>(c)</sup><sup>(14)</sup>が前者について定めている。それによれば、原告は被告に呼出状を送達したのち、十日以内に調停局に、呼出状とそれが送達された証拠を提出し、

離婚訴訟を開始した旨を通知する。調停局の監督判事は事件を調停コミッションナーに割り当てて、コミッションナーの要請にもとづき、監督判事が未成年者・身体障害者・無能力な子供のため、特別後見人を任命する。コミッションナーは事件の割り当てをうけてから五日以内に、調停協議の期日を指定する。協議は調停コミッションナーの面前で、夫婦および双方の弁護士、特別後見人が出席して行なわれる。協議の結果、さらに協議を続けられれば調停が成立すると判断すれば、コミッションナーは当事者を調停カウンセラーのもとに送る旨を決定する。反対に、協議を続けても得るところがないと判断すれば、「協議継続不必要証明書」を発行し、手続を終結する。他方、移送をうけた調停カウンセラーは、夫婦を和譜させ、事件の争点を調整・解決するため必要と判断するあらゆる手段をとる。その結果、和譜をもたらすことができなければ、移送をうけた日から三十日以内に、調停コミッションナーに報告書を提出し、争点について調停審問を開くべく要求する。調停協議の手続はこれによって終了し、ついで調停審問が行なわれることになる。

家族関係法第二一五条(d)<sup>(15)</sup>の規定のもとで、調停コミッションナーは、カウンセラーからの前示報告書をうけてから二十日以内に、審問の期日を指定する。審問はコミッションナーの面前で、関係者全員が出席し、人証および書証の提出、証人の反対訊問が民事訴訟の手続および証拠法則にしたがって行なわれる。さきの調停協議がかなり略式であったのと対照的に、調停審問は法律上の手続にしたがって行なわれるのを特色としよう。かくて、コミッションナーが和譜が可能であると判断すれば、六十日を越えない期間を定めて夫婦が和譜のために努力すべく命ぜられるよう、監督判事に勧告する。和譜は不可能であるか、当事者または子供の利益に役立たないと判断すれば、その旨を



監督判事に報告し、調停手続は終りを告げる。

以上にみた調停協議および調停審問の手続によっても和諧が成立しなかった場合、家族関係法第二一条<sup>(16)</sup>により、はじめて原告が被告に宣誓付訴状 (Verified Complaint) を送達し、事実審の手続が開始される。なお、家族関係法第二一五条<sup>(17)</sup>によれば、調停コミッションから監督判事に最終的な報告書が提出されるまで、または原告が最初、調停局に離婚訴訟を開始した旨を通告してから、少くとも一二〇日を経過しなければ、事実審の審理に入ることとはできない。

ニューヨーク州の家族関係法の新规定による調停手続の内容は、右のとおりである。一九六七年の改正当時、これと類似の手続をもち、またはかつてもったユタ、カリフォルニアおよびイリノイ諸州の例と比較してみよう。まず、手続に入る時期として、ユタ州は現在、離婚事件の訴状が裁判所に提出される以前にかぎり、家族関係カウンセラーが関与する。カルフォルニア州では訴の提起以前または以後に、調停裁判所が適切に介入し、イリノイ州は一時、原告による呼出状の送達後に和諧協議を行なっていた。この点、ニューヨーク州は、和諧協議を廃止する以前のイリノイ州と同じである。つぎに、手続のためにとられる特別の期間として、カルフォルニア州は訴提起以前の場合、調停申立後の三十日間は訴を提起できず、訴提起後であれば、三十日間、訴訟手続の進行が停止される。イリノイ州は和諧協議を廃止する以前、呼出状の送達から六十日間を協議に当てていた。ニューヨーク州が呼出状の送達と訴状の提出の間に調停のため一二〇日の期間を置くのは最も長い、改正前のイリノイ州の例に酷似しているよう。もう一つ、手続は任意的か強制的かの問題がある。ユタ州では裁判外で夫婦の双方または一方の依頼によ

る。カリフォルニア州で、訴提起前の場合は夫婦の申立によるが、訴提起後は、未成年の子があれば強制的、子がなくとも裁判所が適当と判断すれば、同じ結果になる。イリノイ州の和諧協議は任意的なものであった。これに対し、ニューヨーク州の調停手続はつねに強制的に行なわれることになる。

ところで、ニューヨーク州の新たな調停手続について、二、三の点を問題にしなければならない。第一は調停手続が訴訟開始後にはじめて行なわれる点である。すでにのべたとおり、呼出状の送達によって訴訟が開始され、調停局にその旨が通告されなければ、調停手続は始まらない。しかし、現実には訴訟が開始される以前の段階にも、この手続をみとめる必要が存在するのではなからうか。夫婦が自ら和諧への道を求めて調停の申立をする場合、すでに訴が裁判所に係属しているときと比較し、不和がいわばプライベートなものである間に解消させる潜在的な可能性は一そう大きいと考えられる。<sup>17)</sup> これまでの実情からみても、かつてユタ州では、離婚の訴がすでに裁判所に係属している夫婦に関するかぎり、和諧をもたらそうとするマリッジ・カウンセリングの計画は失敗に帰し、裁判外のみで行なうことになったが、和諧成立の率は、裁判上のものが十ないし十五パーセントに対し、裁判外では四十ないし五十パーセントの多きを数えていた。イリノイ州で訴提起前の和諧協議に関する規定が失効したのは、憲法違反と認定された特別の事情が存在する。カリフォルニア州では訴提起以前にも、夫婦の一方または双方の申立て調停裁判所が関与し、現に実効を収めている。これらの事情を参考にしたにちがいないニューヨーク州が、調停手続を訴訟開始後のみにかぎった理由を理解するのに困難を覚える。

第二の問題は、調停手続を強制的なものにする必要が存するかということである。外部からみて和諧はとうてい

不可能と判断される夫婦間の不和でさえ、強制的な調停によってはじめて氷解できる場合も出てこよう。調停手続を夫婦いずれかの申請にまつものとするかぎり、双方とも弱みをみせたくないため、たとえ和諧の意思があっても調停を申請しない事態が考えられる。強制的手続はこの場合、親切に双方の面目を立てる (face-saving) 方策となる<sup>(18)</sup>。一例として、ウイスクンシン州のミルウォォーキー家庭裁判所 (Family court) において、一九三五年から一九六〇年にいたるまで、離婚関与官 (Divorce counsel) が夫婦の側からの申立または判事の提案によるのみ、調停を行なっていたが、一九六〇年法第二四七条の十四および十五はこれを全州的かつ強制的なものとして採用し、それ以降、可成りの成果を収めているようである<sup>(22)</sup>。だが、強制的な手続で和諧が成立するのは、不和の間にも、和諧を可能ならしめるならかの余地が残っていたからにはかならない。原告の離婚意思がきわめて固く、いかなる話し合いにも応じなければ、たとえ有能なスタッフを揃え、強制的に調停を試みたところで、時間と費用は全く無駄となる<sup>(23)</sup>。ひとたび訴が提起されれば、お互いのプライドと自信にとり返しのつかない傷を与え、この傷はいかなる裁判所も癒やすことはめったにできない<sup>(24)</sup>とさえいわれる。それゆえ、たとえ強制的に調停手続に入っても和諧の可能性が全くないと判断されれば、その時点で手続を打ち切るのが賢明であろう。この点、ニューヨーク州の新規定は、「協議継続不必要証明書」の発行によって協議手続を終結するものと定めており、慎重な判断を経て発行されるかぎり、妥当な配慮と考えられる。

最後にもう一つ、家族関係法第一七〇条・五号および六号の規定との関係が問題となる。同号によれば、夫婦が別居判決の言渡後、または別居証書の作成後、一年間別居すれば、それが離婚原因を構成する。これを当面の調停

手続と関連させて考えればどうであろうか。前条・一号ないし四号の定める離婚原因については、それを理由とする訴訟の開始に、五号および六号のような一年間のいわば待機期間を必要としない。しかも、訴訟開始によって直ちに調停手続に入るから、すでにみたような欠点はあるにせよ、ある程度、効果を發揮できるかも知れない。これに反し、夫婦の一方的な意思を基礎とする別居判決の場合のもとより、双方が予め離婚の意思で別居証書を作成したときは、なおのこと、それに続く一年間の別居の結果、すでに事実上の離婚状態に入っていると考えられる。この期に及んで調停手続を始めたところで、おそきに失し、實際上どれほどの効果を期待できようか。和諧はほとんど不可能であろう。一年間の別居を理由とする離婚訴訟に関するかぎり、調停手続に大きな意味を付することはできないと思われる。

ニューヨーク州で一九六六年四月二十六日に公布され、一九六七年九月一日より施行された家族関係法の新たな規定による調停手続を、すでに他の諸州で行なわれている類位の手続と対照しながら、いくつかの問題点を指摘してみた。では、この手続は現実にとどのようなはたらきをしているのであろうか。具体的な数字をあげてみよう。ある調停局において、一九六七年九月一日から一九六九年十一月一日までの間に、一〇、二五八件の訴訟開始通知が受理され、二、八四二件について第一回調停協議が行なわれ、そのうち二三八件について協議を継続すべきものとされた。全体の約二パーセントにすぎない。また、ある調停局では一九六七年九月一日から一九六九年九月一日までの間に、三、三四七件の訴訟開始通知が受理され、一、〇四九件について第一回協議が行なわれ、そのうち二二六件について協議が継続された。全体の約六パーセントである。<sup>(25)</sup>

これとは別に、州全体としてみれば、一九六八年九月一日から一九六九年十一月一日までの間に、三二、七五九件の訴訟開始通知が調停局によって受理された。そして、同じ期間に二八、〇一八件の「協議継続不必要証明書」が発行されている。<sup>(26)</sup>このような数字によっても推測できるように、ひとたび離婚の訴が裁判所に係属したのちに行なわれる調停協議はその効力を發揮する余地なく、失敗に終る場合がきわめて多数にのぼる事実をはっきりと浮きぼりにしてくれる。ニューヨーク州はかかる事実を素直にうけとめ、一九七三年法の第一〇三四章により、家族関係法第二二五条を廃止し、<sup>(27)</sup>一九七三年七月一日以降、これまで約五年間存在した調停局はその姿を消すにいたつてゐる。

- (1) McKinney, *The Consolidated Laws of N. Y. Annotated*, Book 14. *Domestic Relations Law*. *Cumulative Annual Pocket Part*, 1966. § 200-272. pp. 12-16.
- (2) Callahan, *New York's new Divorce Law*, p. 17.
- (3) 一九三三年法第四八二章「ニューヨーク市家事裁判所法」によって設けられ、同年十月一日から施行された。この法律の邦訳はゴールドスタイン「家庭と法律」司法資料第二九七号の一三三頁—三三二頁にある。
- (4) McKinney, *op. cit.*, Book 2. Part 2, p. 144: *Amendments and Annotation*, p. 41: *Lawless Compulsory Conciliation for N. Y.*, Buffalo L. R. vol. 14, p. 458.
- (5) McKinney, *op. cit.*, p. 41.
- (6) McKinney, *op. cit.*, Book 29 A. pp. 353-356.
- (7) McKinney, *op. cit.*, p. 353.

- ( 8 ) Mckinney, op. cit., pp. 354-356.
- ( 9 ) Mckinney, op. cit., Cumulative Annual pocket part. 1966. § 200-272. p. 13.
- ( 10 ) ニューヨーク市控訴裁判所上訴部は四つの部から成つてゐる。第一部ペンシタメン、第二部ブルックリン、第三部オー  
ルズニー、第四部ロチェスターにそれぞれの庁舎がある。Callahan, op. cit., p. 16.
- ( 11 ) Mckinney, op. cit., p. 13.
- ( 12 ) Mckinney, op. cit., p. 13.
- ( 13 ) Mckinney, op. cit., pp. 13-15.
- ( 14 ) Mckinney, op. cit., p. 15.
- ( 15 ) Mckinney, op. cit., p. 11.
- ( 16 ) Mckinney, op. cit., p. 16.
- ( 17 ) (Note)-Divorce Reform in New York, Harvard J. of Legislation, vol. 4, p. 157.
- ( 18 ) (Note) op. cit., p. 156.
- ( 19 ) Virtue, Family cases in court, p. 204.
- ( 20 ) Martindale-Hubbell, Law Directory, vol. IV, p. 2256.
- ( 21 ) Zuckerman, The Family court-Evolving concepts, The Annals of A. C. of p. 5, vol. 383, p. 122.
- ( 22 ) (Nate) op. cit., p. 156.
- ( 23 ) (Note) op. cit., p. 156.
- ( 24 ) Lang, A Cooling-off period in Divorce actions, Brooklyn L. R. vol. 24, p. 315; Miner, Conciliation rather than  
Reconciliation, Illinois L. R. vol. 43, p. 465.

- (25) McLaughlin, Court connected Marriage Counseling and Divorce—The New York Experience. *Journal of Family Law*, vol. VI, p. 526.
- (26) McLaughlin, *op. cit.*, p. 524.
- (27) West' Annotated Laws of New York. 1973 Regular Session, p. 1889.

## 第八章 結び—破綻主義と宥恕

宥恕はその基本的な精神として、配偶者の非行をできるかぎり許すのが望ましいと「罪の許し」を掲げており、離婚という不幸な事態を起さないことを目的としている。宥恕された人が心から悔い改め、非行をくり返すことなく、文字どおり模範的な夫または妻になるならば、その目的は完全に達成されることになる。だが、本稿で検討したところでは、かかる、成果をつねに収めるのは不可能のように思われる。非行がくり返され、宥恕が条件性のはたらきで効力を失うならば、当初の非行および新たなそれを理由に離婚の訴を提起できるから、夫婦双方にとって問題はむしろ簡単であろう。これとうらはらに、非行をした配偶者と心から和諧できると信じて宥恕し、共同生活に戻ったにもかかわらず、配偶者には和諧の気持など毛頭なく、だからといって非行をくり返すでもないという、深刻な状態におち入る例がしばしば生じてくる。そのままでは和諧することもできず、宥恕の条件性が満たされないかぎり、離婚判決を請求しようにも不可能であって、非行を許すことにより夫婦の和諧を促進するという当初の目的とはちがったマイナスの効果を発揮する結果となる。離婚請求棄却事由の一つたる宥恕に対する批判は、まさにこの点に集中されるわけである。

オハイオ州・トレド市家庭裁判所のポール・アレキサンダー判事も批判的な態度をとる一人に数えられ、宥恕のもつ不合理な面をその本質たる罪の許しとの関連において、次のようにいう。すなわち、「離婚法が慈悲の性格をもつことは禁ぜられており、訴訟手続のいかなる段階においても、これに類することは許されない。もし原告が被告に対して慈悲を及ぼすとき、法律はそれを理由に原告を罰することになるが、これは当を得ていない」<sup>(1)</sup>。配偶者の非行をひとたび宥恕すれば、それを離婚請求の理由にできなくなる事実を指して慈悲に対する罰とするのであれば、宥恕した人がかような結果の生じることを充分に承知している場合、罰というには当るまい。これとは反対に、充分な考慮を払わず軽々しく宥恕したようなとき、その無効または取消を主張するについて正当な理由があれば格別、そうでないかぎり撤回はもとより許されないから、これこそ軽率な宥恕に対する罰にちがいない。だが、かような事情はここで改めていうまでもないことであって、結局、アレキサンダー判事も、さきに指摘したように、宥恕のちに生じる恐れのある状態を批判の対象としてとり上げ、宥恕した人がきわめて不利な立場におとし入れられる―慈悲に対して罰が与えられる―のをそのまま放置しておくのは余りにも不当であると非難しているものと思われる。

ところで、最近にいたりアメリカ諸州の離婚法に破綻主義的な考え方が浸透してきた事情は、さきに互責および共謀の問題を論じた際に明らかに became したとおりである。新しい資料によれば一九七七年八月一日現在において、離婚法の大原則として完全な破綻主義を採用し、「回復し難い婚姻の破綻」またはこれと同趣旨のものを唯一の婚姻解消原因とするのがアリゾナ、カリフォルニアを含めて十六州<sup>(2)</sup>を数える。これらの諸州では、従来、有責主義のもの



とで宥恕を離婚請求棄却事由とする規定があったとしても、完全な破綻主義が採用された現在ではもはやそれと両立するはずはなく、カルフォルニア、デラウエア、フロリダ、ケンタッキー、ミシガン諸州では存在理由を失つて廃止<sup>(3)</sup>されている。また一方、現在でも有責的な離婚原因しかみとめない州が三州ある。イリノイ、ペンシルバニアおよびサウスダコタ諸州<sup>(4)</sup>がこれに当る。このうちイリノイ州は当初から離婚法に宥恕の規定はなく、サウスダコタ州は一九五三年に宥恕の規定を廃止<sup>(5)</sup>しているから、現在ではペンシルバニア州のみが維持していることになる。そして、右の兩者の中間に、有責的な離婚原因に破綻主義的なそれを付加するものが十六州を数えるが、このうちニュージャージー州では宥恕を削除した<sup>(7)</sup>。これらの諸州でも、将来、さきに見た完全な破綻主義へ移行するものが現われることは想像に難くない。

宥恕の規定はこれまで、単に離婚の発生を阻止する消極的な役割しか果しておらず、しかも配偶者の非行の原因などにはもとより関知しなかったため、防止できる非行もしばしばくり返され、たとえ一度は宥恕が行なわれても、のちにその条件性が問題になる事態を数多く生ぜしめていた。有責的な離婚原因のみ採用し、宥恕の規定をいぜんとして維持するいくつかの州では、今後もこのような事態が継続されるかも知れない、しかし、唯一の婚姻解消原因として婚姻関係の完全な破綻を採用し、宥恕の規定を過去に押しやった諸州では、二つの方向に道が開けよう。一つは、婚姻関係の完全な破綻が認定されるかぎり、夫婦の双方または一方の非行の有無、程度に関係なく、離婚判決が言渡される。もう一つは、婚姻関係はまだ破綻するにいたっておらず、救済の余地が残っているとみとめられるとき、これまでの経験からみて、離婚訴訟が裁判所に提起される前の段階において、離婚の危機に直面した夫

婦の双方または一方の自主的な判断にもとづいて、外部からの援助によるいろいろの手段を活用し、もしならぬか  
の非行が原因で危機を招いたのであれば、それを詳らかにし、できるかぎり非行がくり返されないよう適切な処置  
をとり、いわば積極的に夫婦の共同生活をもとの軌道にのせるような役割を果す仕組を完備することである。これ  
により離婚の危機から夫婦を救済することが可能になろう。かかる期待を裏面で強力に押し進めることが当面の  
課題の一つと考へられる。

- (1) Alexander, Follies on Divorce, A. B. A. J. vol. 36, p. 168.
- (2) Freed and Foster, Jr. Divorce in the Fifty states: An Outline, Family L. Q. vol. XI, pp. 300-301.
- (3) Freed Grounds for Divorce in the American Jurisdictions (as of June 1, 1974), Family L. Q. vol. VIII, pp. 402-421.
- (4) Freed and Foster, Jr. op. cit., p. 300.
- (5) Freed, op. cit., p. 417.
- (6) Freed and Foster, Jr. op. cit., p. 301.
- (7) Freed, op. cit., p. 417.