

離婚請求棄却事由の研究——互責論(一)

——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 互責の沿革

第一節 ローマ法

第二節 カノン法

第三節 イギリス法(本号)

第四節 アメリカへ継受(以下次号)

第二章 初期の立法と判例

第三章 有責性比較の原則

第四章 最近の事情

第五章 結び——破綻主義への道

離婚請求棄却事由の研究——互責論(一) (村井)

(一七二)

1011

序章 問題の提起

アメリカ合衆国においては、コロンビア特別区を唯一の例外として、五十の州それぞれの州議会が離婚法を制定する固有の権限をもっている。離婚法は州の法律であって、理論的にも実際的にも、「アメリカ離婚法」という名でよばれる連邦法は存しない。⁽²⁾多くの面で州に強力な権限を委ねるアメリカは、別の名で「合州国」⁽³⁾とも称されるが、各州はあたかも独立国であるかのように、細部に特色を備えた離婚法によって、問題を処理している。それゆえ、離婚法の考察には、州それぞれの規定およびそれらの間の比較法的な研究を是非とも必要とする。⁽⁴⁾現行法たる各州の離婚法によれば、大部分が、裁判上の手続を通じて行なわれる離婚と別居の二者について規定を設ける反面、裁判外の協議離婚は許されない。わが国で離婚といえ、裁判離婚と協議離婚のほか、家庭裁判所による調停離婚と審判離婚を含めて四種あり、別居はみとめられないのと対照的といえよう。

右の事情をまず前提におき、ここで離婚原因についてみれば、特徴的なものとして、サウスカロライナ州は一九四九年四月十五日の離婚法で約七十年ぶりに離婚を許すと同時に、四個の離婚原因をみとめ、一方、ニューヨーク州は一九六七年九月一日に施行された家族関係法の新规定で、姦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年ぶりに、離婚原因を六個に拡大した。さらに最近、カリフォルニア州では約一世紀を経た民法に改正を加え、一九七〇年一月一日より施行した。それによれば、離婚法の基調たる有責離婚主義 (Marinomial offense or fault theory) を捨てて破綻主義 (Marriage Breakdown theory) を採用し、「離婚」(Divorce) という文言をすべて

「婚姻の解消」(Dissolution of Marriage)でおき代えた上、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救済不能な崩壊」と「不治の精神病」の二つをみとめている。

これら三州に独特な事情を一応別とし、ほかの大多数の州は、数こそちがえ、離婚原因として、姦通、遺棄、虐待、重罪による有罪の評決、有罪判決の言渡ないし拘禁、性交不能、アルコール中毒、扶養義務不履行および精神病を主要なものとし、数年間の別居などを加え、限定的列挙主義を採用する点で共通している。⁽⁶⁾夫婦の一方の責に帰すべき非行を認定するときのみ、他方からの離婚請求を容認しようという有責離婚主義、ないし離婚判決は夫婦としての義務に反して非行をした一方に制裁を加える意味で、他方の有利に言渡すものとする制裁離婚主義の觀念を基調にしたといえよう。かかる觀念を基調とする離婚訴訟の手續において、裁判所は夫婦双方の主張および提出されたすべての証拠により、被告配偶者の側に果して右のような離婚原因があったかどうかを審理する。もし、被告に非行があったと認定されるならば、原告の離婚請求がみとめられる可能性が多分に生じてこよう。だが、裁判所はそれのみで離婚判決を与えることはできない。反面において、右の可能性を否定する効果をもつ要因についても、審理しなければならない。本稿で詳細に検討しようとする離婚請求棄却事由がこれである。

各州の離婚法によれば、裁判所は被告配偶者に離婚原因たる非行を認定しても、原告の側にある種の事由をみとめれば、その請求を棄却することになる。主な事由として、互責(Recrimination)、宥恕(condonation)、承認(cognivance)および共謀(collusion)の四つがある。これらを簡単に説明しよう。

互責 — 夫婦の双方に離婚原因に該当する非行のあった事実が明らかになれば、離婚請求は棄却される。

宥恕 — 夫婦の一方が他方の非行を認識したのち、その責を問わずに許す意思を明示または黙示に表明すれば、もはや右の非行を離婚請求の理由とすることはできない。

承認 — 夫婦の一方が他方の非行を予め明示または黙示に承認していたならば、その非行を離婚請求の理由とすることはできない。

共謀 — 離婚判決を入手するため夫婦が共謀している事実が明らかになれば、離婚請求は棄却される。

右の四つの事由のうち、宥恕はすでに発生している離婚請求権を消滅させるのに反し、承認は離婚請求権の発生それ自体を阻止してしまう。また、互責・宥恕および承認は、被告配偶者が自己に対する離婚請求を阻止するため、原告の側にかかる事実のあつた旨を抗弁 (Defence) として提出することになる。一般に抗弁という場合、本案に關するそれは、内容からみて二つに分けられる。一つは否認 (Traverse: denial) とよばれ、被告が原告の主張事実を単に否認するにすぎない。もう一つの積極的抗弁 (affirmative defence) は、被告が原告の明らかにしない新たな事実を進んで立証し、原告の請求を阻止する目的で提出する。⁽⁶⁾ 互責・宥恕および承認は、まさに後者に該当している。すなわち、被告の側から、原告にも離婚原因たる非行の存在すること、原告は被告の非行を明示・黙示に宥恕し、あるいは承認していたこと、を立証して離婚請求の棄却を求めるわけであつて、この点で共通の特色をもつものといえよう。

これに対し、共謀はその性格を全く異にしている。各州は離婚を望む夫または妻に対し、つねに裁判所での訴訟手続を経ることを要求し、たとえ夫婦が離婚すべく合意しても、協議離婚はみとめない。そこで、夫婦が共謀して

馴れ合いの上、離婚手続の仮面をかぶりながら、事実上は協議離婚と同じ結果を得ようとする企てがしばしば行なわれる。これを阻止するため、いくつかの特別な手段がとられ、裁判所は共謀の事実を発見するとき、離婚請求を棄却すべきものとされる。同じく請求棄却事由とはいいながら、互責・宥恕および承認については、たとえば被告が答弁書でそれらを抗弁として提出せず、のちに公判で初めて主張したとき、裁判所はかかる被告の主張をみとめてよいかどうか、といった問題が生じるけれども、共謀について、その事実の有無は専ら裁判所が自ら調査し、判断すべき事項に属するから、右のような問題は起らない。四つの離婚請求棄却事由はその性格上、二つに大別できるわけである。

ここでアメリカ各州の事情に観察の焦点を合わせるとき、裁判の実際面で請求棄却事由が現実に本来の役割を十分に果しているとの肯定的な解答が得られるであろうか。被告に離婚原因たる非行が存在するのは明白であるが、原告にも互責・宥恕もしくは承認という請求棄却事由が存するとみとめられる場合、または夫婦共謀の事実が看取される場合、裁判所はそれを理由に確実に離婚請求を棄却しているかどうか、問題となる。この問題との関連において現実の事態を眺めること、離婚の数がきわめて多いのを無視するわけにはいかない。訴訟係属中に生じた当事者一方の死亡、和諧による訴の取下を別とすれば、離婚訴訟の結果は三つに分けられる。一つは、被告に離婚原因たる非行がないとして原告の請求が棄却されるもの、二つは、被告の非行が明白であり、かつ原告には請求棄却事由がないため、その請求が認容されるもの、最後にもう一つ、被告の非行と並んで原告の側の互責・宥恕あるいは承認の事実が認定され、もしくは夫婦共謀の事実が暴露されたため、離婚判決の与えられないものがこれに当る。

離婚の訴はつねに請求棄却事由と無縁の夫または妻によって提起されるとの前提が是認されれば格別、そうでないかぎり、右にみた最後の場合について、裁判所が四つの請求棄却事由を正しい姿で評価し、実際に適用しておれば、離婚という結果の発生をある程度まで抑制できようし、棄却事由はかかるはたらきをするものとして、存在理由をもつはずである。

右のように考えるとき、本来ならば原告の離婚請求が棄却事由の存在によって斥けられるべきであるのに、その認容される事例も数多く含まれ、結果的に離婚の数がそれだけ増加しているのが真相といえるのではなからうか。その数がわづかにすぎなければ、とくに表立った問題にまで発展するはずはないが、現に宥恕・承認および共謀に対し、「三つ頭の怪物」(Triple-Headed Monster)という名前さえつけられている。これらが本来の役割を確実に果たしておれば、かかる名前でよばれるはずはない。互責が含まれていないが、これは別に、「過去からの亡霊」(a ghost from the past)と称される。そうだとすれば、離婚請求棄却事由が存在するにかかわらず、離婚判決が与えられる割合がきわめて大きく、もはやそれを無視できないほどになっており、法律の規定と裁判の実際面が喰いちがってきているのが現実ではないか。つまり、離婚の数が非常に多いという現象は、裁判所で請求棄却事由が実際に効果を發揮する度合いと密接な関連をもつのではないかと推測される。もっとも、四つの請求棄却事由がすべて同じ程度で本来の役割を失っているわけではなく、あるものは比較的正常なはたらきをしているが、あるものは全く予期されなかった効果さえ發揮しているという事情も存在するかも知れない。考察の中心的な眼目を「離婚法の規定と裁判の実際面との遊離の存否を確証し、実情を究明すること」におき、判例はもとより、参照できるかぎり多くの

資料にもとづいて検討してみたい。そうすることにより、離婚請求棄却事由が過去から現在にわたって果してきた役割はどうか、それに変化が生じたとすれば、原因はどこにあるのか、また現状に対していかなる批判が加えられ、いかなる改革が試みられつつあるか、等々の事情が自ら明らかとなる。四つの請求棄却事由のうち、まず「互責」について、これらの諸点を解明するのが本稿の目的である。

本論に入るに先立って沿革をたどれば、互責はイギリス教会裁判所の教会法ないし判例に由来しており、さらにカノン法からローマ法へとさかのぼる。また、教会法は母国イギリスからいかなる段階を経てアメリカの地に継受されるにいたったか、コモン・ローおよび衡平法との関係はどのように考えられているか、という離婚請求棄却事由のすべてを通じてその背景をなす法制史的な事情も、比較的詳しく触れておく必要がある。そして、とくに互責の問題については、他の三者と比較し、州毎に離婚法の規定ないし判例の見解が流動的な変遷の様相を呈している。ので、個別的に展開し、できるかぎり詳細に考察を加える方法をとる。とはいえ、それぞれの州の細かい規定の内容ないしその変遷を知るには、資料的に大きな制約をうけるし、判例も、ある州については数多くとり上げることも可能な反面、全く触れない州も生じるかも知れない。かかる障碍をのり越えながら、未開の荒野に鋏を入れ、法史的な面も合わせて少しでも開拓できれば、筆者の望みは一応達せられる。

(1) コロンビア特別区の離婚法は、連邦憲法第一条・八節・十七項の規定により、連邦議会が制定した。

(2) 離婚法を含め、一般にアメリカ法のもつ性格については、高柳賢三「アメリカ法入門」(一)法律タイムズ九号三七頁―三九頁。各州の法律の独自性と相互間の同族的類似性については、ローソン小堀―船越―真田訳「イギリス法の合理性」六頁。

- (3) 塚本重頼「アメリカ法入門」綜合法学二卷三頁七〇頁。
- (4) 「内在的比較法アプローチ」(a built-in comparative Law approach) の名ではばれている。クリズウオルト・藤倉皓一郎訳「現代のアメリカ法」六六頁、訳註八頁。
- (5) 各州の離婚原因については Jacobs and Goebel, *Cases and Materials on Domestic Relations*, pp. 1102-1107. 谷口知平「北米合衆国婚姻法」新比較婚姻法Ⅱ三二八頁附表(第二表①)。最近のものとして大出晃之「アメリカ各州における離婚原因」ケース研究一三六号四〇頁―五五頁。
- (6) 高柳―末延「英米法辞典」一九頁。
- (7) この問題をめぐる判例の見解については Annotation: *Necessity of pleading affirmative defense in divorce suits*, A. L. R. Vol. 76, pp. 990-1007.
- (8) 離婚数は一九三六年にはじまる第二次世界大戦、および、戦後を通じて急上昇し、一九四六年に六十万件となって最高を示した。その後は減少し、一九六〇年に三十九万三千件であったが、再び上昇をはじめ、一九七〇年には七十一万五千件となり、十年間にほぼ倍増している。これは三組の婚姻に対し、一組の離婚といえる。Ploscowe, *Truth about Divorce*, p. 3: *Annual survey of American Law*. 1971/72. p. 610.
- (9) (Note) *collusive and consensual divorce and the New York anomaly*, *Selected Essays on Family Law*, pp. 20-26.
- (10) Roberts, *Divorce: Recrimination — is it still a defense in California?* *Hastings J. Vol. 4*, p. 177.

第一章 互責の沿革

第一節 ローマ法

歴史をさかのぼれば、互責の起源はきわめて古く、ヘブライ人の経典たる旧約聖書の第一部を成す法律編、すな

わちモーゼの律法のうちの第五書—申命記 (Deuteronomy) 第二章・十三節ないし十九節にあらわれるとの説が⁽¹⁾みられる。そこには、ある人が妻を娶ったのち、これを嫌い、妻は処女でなかったと非難するのに対し、妻の父母がその処女のしるしを町の長老たちに提示するとき、彼等は夫をとらえてむち打ち、銀百シケルを妻に支払わせ、夫は妻を一生去ることを得なくなるとのべられている。もともと、ヘブライ民族は遊放民族であり、その家族は強大な家父長権によって統制された。定住がはじまり、小家族的な結合へと変化するにつれ、家父長権の厳格性は次第に緩和され、ダビデ王の時代(前一〇五五—一〇一五)以後になると、強大な家父長権はもはやみられなくなる。⁽²⁾それにしても、ヘブライにおける離婚の特色は、夫による専権的な離婚権の行使であった。⁽³⁾このことは、同じ申命記の第四章・一節にモーゼが、「人妻を取りてこれを娶れる後恥づべき所の之にあるを見て之を好まずなりなば離婚状を書きてその手に交しこれをその家より出すべし」とするによつてもわかる。だが、一方において、モーゼはかかる夫の専権的な離婚について、二つの場合に制限を加えようとした。その一つが、当面の問題となっている申命記第二章・十三節ないし十九節にみられる。それによれば、夫が事実にして妻を誹謗した犯罪的行為に対し、刑罰として、妻を離婚する権利を奪う結果となる。右の申命記の言葉をこのように、夫の専権離婚に加えられる制限という趣旨に理解することはできて、これが互責の思想を表明したものはうけとれない。けだし、互責は夫婦双方に非難すべき点の存することを前提として、はじめて問題になるはずだからである。⁽⁴⁾

一方、互責の起源として、同じ旧約の律法中の民数紀略第五章・十一節ないし三十一節も引き合いに出される。⁽⁵⁾これによれば、夫が妻に不貞があつたのではないかと疑うけれども、証拠がない場合、妻を祭司のもとにつれてい

く。祭司は「詛いを来らすところの苦き水」を手にとり、妻に誓わせたのち、これをのませる。もし妻に不貞があったならば、腹がふくれ、腿がやせるが、無責であればなら害をうけず、よく子を産むにいたるといふ。ユダヤの律法学者はこれに註釈を加え、もし夫自身も不貞をしていたならば、たとえ妻に同じ事情があっても、苦き水はその効果を生じないとのべている。⁽⁶⁾ヘブライ民族はアラビアの荒野を漂泊した時代にも、またエルサレムを都とする王国を建設してからも、神エホバの意思をもって裁判の基礎と考へ、事件ごとに神意がどこにあるかを明らかにすべく努めた。かかる神判は毒審の形をとって行なわれ、姦通の疑をうける妻の審判に関する右の規定は「猜疑の律法」として有名である。だが、前示の個所を仔細によんでも、モーゼは妻の不貞を疑う夫の立場から説くにすぎず、夫自身の不貞の有無は少しも考慮に入れていないから、前示の註釈にもかかわらず、さきの申命記の場合と同じく、ここに互責の趣旨をみとめるにはちゅうちよする。正確を期する意味では、むしろローマ法においてみとめられた「罪の相殺 (compensatio criminum) の原則」に源を發していると考えの方が妥当ではなからうか。

この原則の内容は「もし夫自身が夫婦としての義務に違反していたならば、妻の姦通を理由とする有罪宣告を得ることはできない。また、夫婦双方に非行があった場合、彼等は姦通に関するアウグツツスの法律によって無責配偶者に与えられる特権を得られない」との説明によって、まず推測できる。もともと、ローマ法において、離婚のための特別な訴訟手続は存在せず、厳格婚たると自由婚たるを問わず、夫婦の一方から他方に対する離婚意思の通達によってなされ、正当な理由のない離婚も、それに対する制裁は別として、離婚自体は有効とみとめられていた。⁽⁹⁾他方において、協議離婚 (divortium communni consensu) も裁判所あるいは教会の協力を必要とせず、つねに単な

る意思の合致によってなすことができ、その実行には一方的な意思表示をもって足るといふ⁽¹⁰⁾。そうだとすれば、前示の説明は、離婚とは別個に、夫が妻の姦通を刑事告訴した場合、夫自身にも非行のあった事実が明らかになれば、今日の諺で「自分のことは棚に上げて、他を批評する」(The pot calls the Kettle Black)という⁽¹¹⁾とあり、妻の非行を責めることは許されない旨をのべたものであろう。これをより具体的に、紀元前十八年—八年頃に制定された「姦通禁庄に関するユリア法」(Lex Iulia de adulteris coercenti)と名付けて、学説彙纂四八・五に納められた⁽¹³⁾。夫は姦通を知ったならば、妻を離婚すべきであり、もし六十日を経ても婚姻を継続しているか、たとえ離婚したとしても、妻がなお独身でいれば、非行のときから六十日以内、再婚したならば、離婚のときから六十日以内に告訴しなければ、まず夫が媒介者 (leno) として処罰されたのち、妻も弾劾されるが、非行のときから五年を経過すれば、もはや妻は告訴されない旨を定めている⁽¹⁴⁾。つまり、夫は姦通した妻を離婚し、かつ告訴する権利を有し、それによって不品行な妻に対するいわば懲戒権を行使することができた。かかる懲戒権は義務的なものと考えられる。互責に関連してこれが引用される事情を総合すると、夫は自己に非行がなければ、無責配偶者の立場で妻を離婚し、告訴する権利を有し義務を負うが、もし非行があれば、離婚はできても、告訴は不可能とされたのが真相ではなからうか。

互責の起源とみられる罪の相殺の観念は、一応右のように説明できるが、ロバート・ニューナーはさらに掘り下げて、判事の立場からする学説彙纂四八・五・一四・五(ウルピアヌス姦通論第二卷)の規定を対照させる。それ

によれば、「判事は姦通について審理するに当り、夫自身が道徳的に立派な生活をして妻に良い模範を示したかどうかを考慮しなければならない。なぜならば、夫は妻の貞節を守るよう要求でき、しかも彼自身は貞節を守る必要はないとするのは、最も不公平だからである。かような事情を理由に夫の告訴を斥けることができる。それにしても、夫婦間の非行が互いに帳消しにされることは決してない」と規定する。⁽¹⁵⁾すでにのべたように、夫は姦通を知ったとき、六十日以内に妻を離婚し、かつ告訴すべきものとされており、当面の規定は告訴に關している。そして、夫が妻を告訴したとき、裁判所は妻の姦通と同時に夫の側の生活態度も慎重に調査し、夫が模範的な生活を送っていたにかかわらず、妻が姦通したのであれば、夫の告訴をみとめてよいが、夫の側にも非行のあった事実が明らかとなれば、告訴を斥けてよいという。ときには、夫の非行が妻のそれを誘発した事情があらわれ、右の結果を来す場合もあろう。いずれにせよ、夫婦双方に非行があれば、いわば罪と罪とが衝突し、互いに他方を非難するのは許されない。罪の相殺の觀念がここにはっきり看取される。なお、規定の最後に、夫婦間の非行が互いに帳消しにならないとのべるのは、罪の相殺の觀念に反するようであるが、これは、自らに非行のある夫が夫婦の身分を維持しながら妻の姦通を告訴しても、みとめられないけれども、告訴とは別個に、姦通を理由に妻を離婚することは、罪の相殺とは關係なしに、可能である旨をのべたものと解しなければなるまい。

では、罪の相殺の觀念は社会的にみていかなる背景をもつものであろうか。もともと、ローマ古代の法の厳格性ないし形式性が第一次ポニエー戦役(前二六四—二四一)以来の社会事情の変化に適用できなくなり、衡平(aequitas)の要請と抵触するにいたつたので、その要求を充すため、「法文の拡張解釈」および「手続規定の新設」とい

う二つの方法が採用された。⁽¹⁶⁾ ついで、ギリシヤ思想との接触がはじまるに伴い、とくにストア哲学の影響をうけ、正義 (Justitia) が右にいう衡平の倫理的な基礎としてはっきり意識され、うけ入れられるにいたった。⁽¹⁷⁾ 他方、ローマ法の発展に感化を与えた有力な二つの外部の力として、一つにはギリシヤ哲学、ことにストア哲学と、二つにはキリスト教があげられ、前者は初期帝政時代に、後者は後期帝政時代に大きな影響を及ぼしている。⁽¹⁸⁾ 当面の問題たる罪の相殺については、とくに前者が、宥恕には後者が理論的な根拠を提供したように思われる。

かくて、右にみた衡平の観念は、まずキケロ (前一〇六—四三) によって新たな発展の局面を開かれたが、⁽¹⁹⁾ さらにそれを押し進めたウルピアヌス (一七〇—二二八) はローマにおける最大の法律家の一人として、ケルスス (一一二九) のいう「法は善と衡平の術である」(Ius est ars boni et aequi) との見地により、明確に秩序立った解釈を行ったという。⁽²⁰⁾ この点より考えれば、彼は当面の問題についても、姦通の責ある夫が妻のそれを告訴するのをもとめないのが、衡平の要求に合致するゆえんと判断したにちがいない。罪の相殺の原則が正義という倫理的な観念によって裏付けられた衡平の要求に発するものであることは、容易に推測されよう。

ニューナーはさらに学説彙纂二四・三・三九 (パピニアヌス質疑録第十一卷) の規定を対照させている。すなわち、「夫と妻とが互いに他方の非行を非難したので、双方が離婚原因を与えた事実が認定された。このことは、夫婦双方とも、彼等が軽んじた法律による処罰の対象にならないと理解しなければならぬ。なぜならば、同等の過失は互いに相殺されて、帳消しになるからである」。⁽²¹⁾ これは Titius and Maevia 事件について、パピニアヌス (一一二—一二二) が註釈を加えたものといわれる。⁽²²⁾ しかし、コンスタンチヌス帝 (三〇六—三三七) 以前には存しなかった

法律を前提とする点で、現実にパピニアヌスの註釈とは考えられないし、右の事件の真の問題点は、夫チチウスは妻マエビアの非行を宥恕した彼の父の行為に拘束されるか、あるいはそれに関係なく、妻を有責と扱い、離婚後も彼女の嫁資(Dos)をいぜん保持できるかどうかにあったとして、疑問が示されている。ここでかかる疑問はさておき、妻の非行による離婚と嫁資に関する夫の留保権についてはのちにのべるが、パピニアヌスも罪の相殺の觀念を明らかにしたことは、容易に推測できる。規定の文面からすれば、夫が妻の姦通を理由に離婚したのち、告訴を提起したが、夫にも非行のあった事実が明らかにされた場合、夫婦は互いの非行を非難することが罪の相殺によって許されない、その結果、夫婦はいずれも法律による処罰の対象にならないというわけであろう。パピニアヌスは紀元二〇三年に近衛都督(Praefectus Praetoris)となり、皇帝について民事・刑事に関する最高の裁判権を行使し、ウルピアヌスも一時は彼の陪席判事をつとめたという。⁽²⁴⁾この事情を考え合わせるとき、単にウルピアヌスおよびパピニアヌスがそれを表明したに留らず、一般に罪の相殺は、権威ある原則として具体的事例において強力に適用されてきたであろうことは、想像に難くない。

(1) Bishop, *New commentaries on Marriage, Divorce and separation*. Vol. 2, p. 166; Jacobs and Goebel, *Cases and Materials on Domestic Relations*, p. 493.

(2) かかる事情については青山道夫「離婚の史的諸形態とその背景」家族問題と家族法 Ⅲ 離婚三五頁―三八頁。

(3) 青山道夫・前掲論文三七頁、中川善之助「離婚史概説」家族制度全集 史論篇 第二卷離婚七頁。

(4) ビショップも申命記を引用しながら、関連性について何も説明していない。Divorce—Recrimination—The English Doctrine of Judicial discretion, *Virginia L. R. Vol. 19*, p. 400; Bishop, *op. cit.*, p. 166.

- (5) Purrington, Of matrimonial actions as equity suits and of the pleadings therein, Col. L. R. Vol. 9, p. 336.
- (6) Purrington, op. cit., p. 336.
- (7) 船田享二「法律思想史」五〇頁。
- (8) Neuner, Modern divorce Law, Selected Essays on Family Law, p. 898.
- (9) 栗生武夫「婚姻立法における二主義の抗争」六頁、船田享二「羅馬法」第四卷私法(Ⅲ)九一頁—九二頁、原田慶吉「ローマ法」下巻八四頁—八五頁、同「ローマ法の原理」六七頁—七一頁。
- (10) Girard, Geschichte und system des Römischen Rechtes, S. 179.
- (11) Zacharias, Recrimination in the Divorce Law of Illinois, Chicago-Kent L. R. Vol. XIV, p. 217.
- (12) これは恐らく同年の「婚姻当事者の階級に関する法律」(lex Julia de maritandis ordinibus) 中の一節と推定される。
- (13) Girard = Mayr, Geschichte und system des Römischen Rechtes, S. 185.
- (14) D. 48. 5. 30.
- (15) D. 48. 5. 14. 5.
- (16) 船田享二「羅馬に於ける衡平の觀念」(一)法協四一卷六号二六頁—二七頁、宮本英雄「英法研究」一二七頁—一二八頁。
- (17) かかる事情については船田享二・前掲論文二二頁—三三頁。戸倉広「羅馬法の世界史的使命」三一頁—三三頁。
- (18) 戸倉広・前掲書三一頁。
- (19) キケロが衡平に関していかなる見解をとったかは船田享二・前掲論文三四頁以下。
- (20) 船田享二・前掲論文(二)法協四一卷七号四五頁。戸倉広「羅馬法制史概説」一一三頁。
- (21) D. 24. 3. 39.
- (22) Bemer, The Doctrine of Recrimination in Divorce Proceedings, University of Kansas city L. R. Vol. 10, p.

216.

(23) Beamer, op. cit., p. 217.

(24) 戸倉広・前掲書一〇四頁—一〇五頁。

ローマにおいて、罪の相殺は、右にみた告訴とは別に、離婚後に財産関係を調整するについても適用されていたようであつて、嫁資との関連において現われてくる。すなわち、第二次ポエニ―戦役(前二一八—二〇一)後、これまで行なわれてきた厳格な婚姻形式(*conferratio, coemptio* および *usus*)とはちがった新たな自由婚(*matrimonium sine conventione in manu mariti*)が採用された⁽¹⁾。これによれば、妻は婚姻後もその財産を自己のために保有するはずであるが、夫はいぜんとして妻の財産の上に大きな支配を及ぼした⁽²⁾。また、離婚の際の夫の嫁資返還義務を担保するには、従来、嫁資の設定に当つて、問答契約の形式で嫁資返還保証(*cautiones rei uxoriae*)が締結されていたが⁽³⁾、自由婚が一般化するにつれ、かかる保証がない場合、嫁資は夫の財産と混同されてしまった⁽⁴⁾。だが、その後、離婚がしばしば行なわれるにいたり、捨てられた妻が苦難に直面するにつれ、嫁資の全部または一部を妻に回復させることにより、正当な原因なしに離婚した夫を処罰する傾向が生じ⁽⁵⁾、ついに、前示の保証がなくとも返還義務をみとめて妻を保護すべく、共和制末期の紀元二〇〇年頃⁽⁶⁾、法務官は嫁資返還請求の訴権(*actio rei uxoriae*)を承認するにいたつた⁽⁷⁾。ゲルリウス(一一三〇)はその著「アッチイカ夜話」(*Noctes Atticae*)の四・三・一において、「羅馬建国後、大約五〇〇年、一つの *actio rei uxoriae, cautio rei uxoriae* は羅馬市にも *latium* にも存在

せずと伝えらる。当時、離婚なかりしを以て必要ならざりしに基くこと疑を容れず⁽⁸⁾とのべている。ローマの建国は紀元前七五〇年頃と伝えられるから、紀元前一五〇年頃まで離婚はなかったが、その後ひんばんとなり、約五十年を経た紀元前二〇〇年頃に、嫁資返還請求の訴権がみとめられたことになるのであろうか。ところで、ガイウスは法学提要第四卷・六二において、嫁資の訴訟を売買・賃約・事務管理・委任・寄託・信託・組合・後見に關するものと並べ、誠意訴訟 (*Judicia bonae fidei*) の一つに属するとみる⁽⁹⁾。厳正訴訟 (*Judicia stricta*) の場合とちがいが、「誠意信実にしたがい、与えまたは為すことを要する所につき」(*quid ex fide bonae dare facere oportet*)、被告に責ある旨の判決をなすべきことを審判人に指示するものであつて、⁽¹⁰⁾ 衡平の要求にもとづくのはいうまでもない。

右のように、妻は嫁資の返還を請求できるが、これを夫の側からみると、返還義務にはいくつかの例外がみとめられた⁽¹¹⁾。当面の場合、子のための留保と妻の過失を理由とする留保の二つが問題となる。前者については、離婚が妻あるいは妻の父の過失による時、夫は総額において嫁資の半分を越えない程度で、子のため一人につき六分の一つづつを留保でき、「子のための留保」(*Retentio propter liberos*) の名でよばれた⁽¹²⁾。ウルピアヌスが、「此の場合に於ては其夫婦の間に生れたる子の各自のために嫁資中より六分の一を保留すればなり、但し三個の六分の一より多からざる数とす⁽¹³⁾」というのも、この趣旨である。一方、後者をみれば、妻の非行が姦通のように強度の過失 (*mores graviores*) であれば、夫はさらに自己のために、当初は嫁資の全部を留保できたが、のちには六分の一とされ、それ以外の軽度の過失 (*mores leviores*) であれば、夫は嫁資の八分の一を留保することがみとめられ、「妻の不

品行を理由とする留保」(Retentio propter mores) と称された⁽¹⁴⁾。ウルピアヌスが、「不品行の爲めの保留は次の如し、事情重きものに付ては各不品行毎に六分の一、稍々軽きものに付ては八分の一とす、重きものとは姦通のみを指し、其他は総て軽きものとす」⁽¹⁵⁾とのべるのは、これに当る。ここで各不品行毎に六分の一とされるため、数犯ある場合は各犯毎に留保できるかどうか、説が分れている⁽¹⁶⁾。

それはそれとして、離婚の原因が専ら妻の側に存したとき、夫は嫁資についてある程度の留保権を与えられたわけである⁽¹⁷⁾。妻の姦通を理由に離婚し、子が二人いたとすれば、夫は嫁資の六分の二プラス六分の一、つまり半分を留保できることになる。かかる趣旨はアウグツスの時代、紀元九年に法律に制定されるにいたった⁽¹⁸⁾。しかし、夫自身にも非行があつた場合はどうなるか、法律はこの点について何も規定しない⁽¹⁹⁾。そこで、裁判所はさきにもみたパピアヌスの註釈―同等の非行は互いに相殺され、双方とも処罰をうけない―の助けを借りた⁽²⁰⁾。妻は夫が彼女の嫁資の六分の一を留保するのを許す必要はなく、夫も嫁資を直ちに返還する義務を負わず、結果からみれば、夫婦とも非行がなかつた場合と同じになり、妻は離婚後一年以内に嫁資全部の返還をうけることになった⁽²¹⁾。夫に非行がなければ留保権が与えられるのに反し、もし非行があれば原則に立ちかえり、妻に対し嫁資をすべて返還する義務を負わなければならない。衡平の要求にもとづいて妻に嫁資返還の訴権を与えたと同様、非行のある夫には留保権をみとめないで、返還義務を課すのが衡平を実現するゆえんと判断されたのであろう。ジョン・ブラッドウェーが、「五責の原則は当初ローマ法のなかに現われたが、離婚それ自体よりは、夫婦間で財産関係の調整に争が生じる際に大いに適用された」⁽²²⁾とするのも、かかる事情を指摘したと思われる。

- (1) Beamer, The doctrine of Recrimination in Divorce proceedings, University of Kansas city L. R. Vo. 10, p. 217.
- (2) Beamer, op. cit., p. 217.
- (3) Kaser, Das Römische Privatrecht. Bd I. p. 287.
- (4) Beamer, op. cit., p. 218.
- (5) Sohn, The institutes of Roman Law, p. 375.
彼によれば、妻から夫への嫁資返還請求および夫の返還義務は三つの発展段階を経たという。返還請求の訴権がみとめられたのは、あたかも第二の段階に属する。
- (6) Sohn, op. cit., pp. 375-376.
- (7) 船田享二「羅馬法」第三卷私法(II)三六頁。
- (8) 原田慶吉「敝格市民法における羅馬法の研究」(4) 国家学会四三卷十二号一七頁。
- (9) 船田享二訳「法学提要」二八二頁。
- (10) 善心衡平の觀念(Bonum et aequum concepta) によつていふことの説明がなされる。Jolowicz, Historical introduction to the study of Roman Law, p. 246.
- (11) 子のため (propter liberos) 嫁資について支出した費用のため (propter impensas) 妻が何物かをすでに持ち去つたことを理由とするため (propter res amotas) または妻の過失を理由とするもの、がそれに当る。船田享二「羅馬法」二四二頁。
- (12) Maynz, Cours de Droit Romain. Tome III, p. 73; Kaser, a. a. O., S. 288.
- (13) ウルピアーヌス末松謙澄訳「ウルピアーヌス羅馬法範」二二頁。
- (14) Maynz, ci-dessus, p. 73; Kaser, a. a. O., S. 288.

- (15) ウルピアーヌス・前掲書二二頁。
- (16) ウルピアーヌス・前掲書二二頁。
- (17) 夫の姦通を理由とする離婚の場合、彼は嫁資の返還について期限の利益を失ったが、それ以外の軽度の過失のときは、最長六カ月間、右の利益を有したといふ。Maynz, *ci-dessus*, p. 73.
- (18) Beamer, *op. cit.*, p. 218.
- かかる留保は、恐らくアウグスツッスの姦通禁圧法と時間的に接近して規定されたが、そのときはじめて導入されたのではなく、すでに悪意の抗弁 (*exceptio doli*) によって主張されていた。Kaser, *a. a. O.*, S. 288-289.
- (19) Beamer, *op. cit.*, p. 218.
- (20) Beamer, *op. cit.*, p. 218.
- (21) Beamer, *op. cit.*, p. 218; Neuner, *Modern divorce Law, Selected Essays on Family Law*, p. 900.
- (22) Bradway, *The myth of the innocent spouse, Selected Essays on Family Law*, p. 939.

第二節 カノン法

ローマ法でまとめられた罪の相殺の原則は、ついでローマ・カトリック教会のカノン法に移されることになる。ローマ帝国の衰退に伴い、それにとって代るべく、法王を頭にいたたくローマ・カトリック教会は、帝国の政治組織をモデルにして自らを整備した⁽¹⁾。法王は多くの面でローマ皇帝の継承者であり、ホッブスのときは教会を「古代帝国の幻影」(*The ghost of the old Empire*)にたとえている⁽²⁾。また、教会は形式・用語・精神および多数の格言をローマ市民法からカノン法にとり入れ⁽³⁾、とくにカノン法の一つの法源である教令 (*decretum*) は、学説彙纂の一般的

な主義と用語を多く採用した。⁽⁴⁾ カノン法がローマ法を広範囲にとり入れた事實は、「ローマ市民法によく精通していなければ、カノン法を正確に理解するのは困難」⁽⁵⁾といわれることから、容易に推測できよう。罪の相殺の原則もそれに含まれていたと思われる。もっとも、カノン法はローマ法と異り、婚姻そのものを罪とみていたので、その成立をなるべく制限し、十二世紀以降、婚姻および離婚について完全な支配権を及ぼすと同時に、婚姻をサクラムントとして解消をみとめず、いわゆる別居—卓床離婚 (divorce thoro et mensa) のみ許した。⁽⁶⁾ 別居原因としては、夫婦の一方の姦通 (fornicatio carnalis)、⁽⁷⁾ 精神的姦通 (fornicatio spiritualis) および重大な虐待の三つがみとめられ、無責配偶者からの請求にもとづいて、教会裁判所が別居を宣告した。⁽⁸⁾ そこで、罪の相殺も、ローマ法におけるように、姦通の告訴、離婚の原因となった非行の問責あるいは嫁資返還義務に関連するものではない。専ら別居訴訟に当って適用され、「被告配偶者は、原告の側の非行を理由に自己の非行を相殺し、請求を阻止することができる」⁽⁹⁾にいたった。別居請求は無責配偶者が提起したときにのみ、みとめられる。夫が妻の姦通または重大な虐待を理由に別居判決を求めても、妻は夫にも別居原因たる非行の存在することを立証すれば、罪の相殺を理由に夫の申立は斥けられるわけである。一二〇八年に法王インノケンチウス三世 (一一九八—一二一六) がその教令のなかで、「夫婦が互いに婚姻上の権利を侵害し、しかもそれが互いに不法行為となる場合、双方の罪は相殺される」⁽¹⁰⁾と云うのは、間接に右の趣旨を表明したものである。

ローマ法王の権力はグレゴリウス七世 (一〇七三—一〇八五) の頃から盛んに上向線をたどり、アレキサンデル三世 (一一五八—一一八二) およびインノケンチウス三世にいたって頂点に達した⁽¹¹⁾事実からみて、当時はまさに婚

姻不解消主義の確立期に当たっている。さきのパピニアヌスの言葉―学説彙纂二四・三・三九の規定が、離婚後にその原因をなした他方の非行を非難する場合であったのに対し、ここでは離婚は問題にならず、別居請求がつねにその対象になるのも自然であろう。両者はこの点でちがっているけれども、非行のある配偶者が自ら他方の非行を非難するのを許さないとの意味において、罪の相殺の観念を表明することでは一致している。正義の思想によって倫理的に基礎づけられたローマの衡平の観念が、カノン法に大きな影響を及ぼしたといつてよからう。

ところで、偶像崇拜論争を端緒として、一〇五四に東方のギリシヤ教会(Greek orthodox)と西方のローマ・カトリック教会とは、総主教ケルラリウスと法王レオ九世(一〇四九―一〇五四)の使節ウンベルト枢機卿による相互の破門宣告で最終的に離教した。⁽¹³⁾ 東方において、婚姻不解消主義が採用される望みはもはやなくなった。⁽¹⁴⁾ すなわち、東方民族の固有法の影響をうけたギリシヤ教会の見解によれば、妻の姦通、夫婦の一方が他方の生命を奪うべく企てること、夫の性交不能、不在、夫が妾をもつこと、等々の限定された事由にもとづき、教会裁判所の判決によって、いわゆる絶対離婚を必要悪として許す。⁽¹⁵⁾ 不信者たる夫婦のうち一方がキリスト教に改宗するとき、他方は悪意の遺棄を理由に離婚できる。⁽¹⁶⁾ 妻に特有財産をみとめ、別居はときに離婚へと前提となるほかは、決して容認しない。⁽¹⁷⁾ そして、夫婦双方に等しく非行がある場合、離婚請求は容れられない。⁽¹⁸⁾ ギリシヤ教会においては、罪の相殺はローマ・カトリック教会とちがいで、別居ではなく、離婚しかも裁判上の離婚との関連で問題になったわけである。

三九五年にローマ帝国が東西に分裂して以来、東のビザンチン帝国では、婚姻事件の裁判権は次第に教会へ移ったが、立法の権はあくまで皇帝が握っていた。とはいえ、皇帝も実際には教会の見解にしたがって立法しており、⁽¹⁹⁾

偶像破壊者レオ三世（七一七—七四一）の法律は、とくにその趣旨に沿って転機を画したものと⁽²⁰⁾いわれる。同法は離婚原因を①妻の姦通、②夫の性交不能、③生命に危険ある迫害、④癩病の四つに制限し、これら法定の原因の存しない場合、離婚できないとした。⁽²¹⁾ また、夫婦は身分を一にすると共に財産も一にしなければならぬとのキリスト教主義徹底のため、夫婦財産について一般共産制—合有制（総括婚姻財）—を採用しながら、他方で特有財産をみとめ、夫婦は合意によって一定の財産を自己の単独所有に留保することを許した。⁽²²⁾ 教会が妻に特有財産をみとめるのと表裏の關係をなしていよう。その後、レオ四世（七七五—七八〇）は、レオ三世の法律が掲げた離婚原因を承認しながら、これにもとづかない不当離婚も有効とみとめている。⁽²³⁾ もし妻が不法に離婚されたならば、法律は夫を強制して妻に彼女の財産を返還させ、たとえ正当な原因による離婚の場合でも、夫に同じ非行があったならば、妻はそれを理由に彼女の財産を夫からとり戻すことができたという。⁽²⁴⁾ 夫婦双方に等しく非行のあった場合は離婚請求を容れない当初の見解が、その場合でも離婚はみとめる一方、妻の財産を保護すべく変ったのであろうか。ビザンチンの人々が厳格な婚姻不解消主義を守るに耐えなかったのみならず、制限離婚主義さえ素直には守れなかった⁽²⁵⁾といわれる事情の一端をここに看取できる。

しかし、西方において、事情は全くちがっている。妻を保護し、彼女の財産を享有させるため設けられていた綿密な⁽²⁶⁾ 妻—夫の嫁資返還義務—は、皇帝の権威が崩壊するとともに、姿を消してしまった。かかる状態のもとで、妻は皇帝に代わるべき保護者を必要としたが、アーサー王の伝説に出てくるような勇猛な騎士ではなく、ローマ・カトリック教会の司祭にそれを求めた。かくて、教会は婚姻不解消主義を確立し、夫が離婚を企てる主な誘因であ

る再婚の権利を否定してしまつたが、それに留まらない。ローマ法王グレゴリウス九世(一二二七—一二四一)によつて編纂され、旧教会法典(*corpus Juris canonici*)の第二部を成すグレゴリウス法令集(*Decretales Gregorin.* 一三三四)の第五篇・十六章「姦通および凌辱について」の第七条につきのような規定がみられる。「親愛なる兄弟よ。あなたはわれわれにつきのような問題を提示された。すなわち、姦通の現行中に捕えられた妻に対し、夫が夫婦としての義務の履行を拒絶しても、他日、彼自身が他女と通じた事実が明らかになるならば、いぜん妻を夫婦としての愛情をもつて遇すべきことになるのであらうか。この問題に対し、われわれは以下のように答える。(当面の場合)夫婦双方が同様に企てた非行は互いに相殺されるから、夫は妻の非行を理由に婚姻を継続する義務を免れることはできない」という。これはグレゴリウス九世が一三二三年にアミアンの司教に宛てた訓令であるが、姦通を理由に別居を請求された妻は、夫の同じ非行を立証して請求を阻止できる。かつてローマにおいてみとめられた罪の相殺が、ここでは別居請求それ自体との関連で登場する。さきにも述べた事情を考え合わせれば、経済的な理由から妻の立場を保護する点に主眼があるのはいうまでもないが、等しく非行をした夫婦は引続き夫婦としての生活を継続すべく強いられる旨をはじめて明示したわけである。

スペインの神学者サンチェスは、「カノン法によれば、姦通の事実にもかかわらず別居の許されない場合が七つ数えられるが、主要なものは三つの部分に帰せられる」とし、同じ非行・承認および宥恕をあげている。⁽²⁸⁾カノン法のかかる趣旨は、五卷・一〇七章・二四一四条から成る現行教会法典(*codex Juris canonici*)にうけつがれる。同法典は一九〇四年に法王ピウス十世(一九〇三—一九一四)が現行教会法の新編纂および公布を命じ、ベネディクトウ

ス十五世（一九一四—一九二二）の代になってその事業が完成し、一九一七年五月二十七日に公布され、一九一八年五月十九日（聖霊降臨祭）から施行されるにいたった。その第一二八条に、「配偶者双方は、正当な理由がないかぎり、夫婦生活をともにする義務を負う」として、同居義務を明示しながら、つづく第一二九条によれば、「①配偶者の姦通を理由とする場合には、他の配偶者は、絆が存続するままで、同居生活を永久にも解消する権利を有する。ただし、その犯罪に同意し、もしくはそれに原因を与え、明示的もしくは黙示的にそれを宥恕し、または同じ犯罪を自己も犯した場合はこのかぎりでない」と定める。配偶者の姦通のみが永久別居を請求する原因を成し、該請求は第一審たる司教裁判所に訴を提起することによって行なわれる。その際、承認および宥恕と並んで、同じ非行つまり互責が別居請求に対する棄却事由とみとめられるわけである。同等の非行は互いの相殺によって帳消しにされる⁽³⁴⁾ことが理由付けとなっている。のちに第三節の二でべるように、旧教会法典の規定の趣旨はすでにイギリス教会裁判所の諸事件にうけつがれ、互責の理由付けとして同じ説明が行なわれる。このことを念頭におきながら、現行教会法典に注目しておきたい。

右にみたのはローマ・カトリック教会の教会法であった。これとは別に、一九四九年二月二十日の法王自発教令（*Crebrae allatae*）によって公布され、同年五月二日に施行された東方教会法典（*Codici Juris canonici orientali*）の婚姻法（*De sacramento Matrimoni*）を見逃すことはできない。もともと、東方教会の法律の状態は一九一七年以前のテテン教会のそれと類似し、諸教会はそれぞれ独自の法を具え、そこでは慣習がなお重要な役割を演じていた。⁽³⁵⁾そこで、各教会に固有の独自性を考慮しながら、ある程度の統一を実現する必要が痛感され、法王ピウス十一世

(一九二一—一九三五)の發議により、東方教会法典が編纂されることになった。⁽³⁷⁾ 東方教会聖省 (*sacra congregatio pro Ecclesia orientali*) は法王の命にもとづいて、一九二九年一月十五日に關係全司教に回状を發送し、法典編纂に着手した。最初に編纂を了したのが、当面の婚姻法である。⁽³⁸⁾ これは一九一七年の現行教会法典を範とし、ラテン語を用い、相応する事項がある場合には、前示法典の法文をそっくりそのまま採用するに留めている点に特色がみられる。

現行教会法典で婚姻法は第一〇一二条から第一一四三条までの一三二カ条⁽³⁹⁾であるのに対し、東方教会の婚姻法は第一条から第三十一条⁽⁴⁰⁾までとなっている。当面の問題たる互責についてみれば、前者の第一一二九条とほとんど同じ規定が、後者の第一一八条⁽⁴¹⁾として設けられている。その第一項は前示第一一二九条と全く同じである。すなわち、「①配偶者の姦通を理由とする場合には、他の配偶者は、絆が存続するままで、同居生活を永久に解消する権利を有する。ただし、その犯罪に同意し、もしくはそれに原因を与え、明示的もしくは黙示的にそれを宥恕し、または同じ犯罪を自己も犯した場合はこのかぎりでない」。承認・宥恕と並んで互責を別居請求に対する棄却事由とみとめる点で、ラテン教会の現行教会法典と異なるところはない。

- (1) Sherman, *Roman Law in the modern world*, Vol. 1, p. 218.
- (2) Sherman, *op. cit.*, p. 218.
- (3) Pollock and Maitland, *The History of English Law*, Vol. I, p. 116.
- (4) 戸倉広「羅馬法制史概論」二二四頁。
- (5) Halsbury, *Laws of England*, Vol. 13, p. 11. 戸倉広「英国と羅馬法」下 史林一九卷一号一七四頁。

- (9) Bryce, *Marriage and Divorce under Roman and English Law*, Selected Essays in Anglo-American legal History, Vol. III, p. 822.
- (7) 夫婦の一方が遺俗または異教に改宗する場合。
- (8) 福地陽子「カトリック婚姻非解消主義の生成と発展」法と政治七巻四号八九頁。
- (6) Neuner, *Modern divorce Law*, Selected Essays on Family Law, p. 900.
- (9) Neuner, *op. cit.*, p. 900.
- (11) 栗生武夫「教会法の法源」法の変動一九五頁。
- (12) キヤマン橋口倫介訳「中世教会史」五五頁—五九頁。
- (13) ヨハネス・ラウレンス長寿吉訳「キリスト教的ヨーロッパ史」一〇九頁。
- (14) Mahon, *The church and Divorce*, p. 40.
- (15) Brissand = Howell, *A History of French Private Law*, p. 143; Arminjon = Nolde, *Traité de Droit comparé*, Tome I, pp. 78-79.
- (16) Vering, *Lehrbuch des Katholischen, Orientalischen und Protestantischen Kirchenrecht*, SS. 939-940.
- (17) Beamer, *The doctrine of Recrimination in divorce Proceedings*, University of Kansas city L. R. Vol. 10, p. 221; Kitchin, *A History of Divorce*, p. 55.
- (18) Kitchin, *op. cit.*, p. 55; Vering, a. a. O., SS. 940-941.
- (19) 栗生武夫「ビザンチン期における親族法の発達」一六五頁。
- (20) 栗生武夫・前掲書一二〇頁。
- (21) 栗生武夫・前掲書一二〇頁。
- (22) 栗生武夫・前掲書一五五頁—一五六頁。

- (23) 栗生武夫・前掲書一二二頁。
- (24) Beamer, op. cit., p. 222.
- (25) 栗生武夫・前掲書一二二頁。
- (26) Beamer, op. cit., p. 221.
- (27) Beamer, op. cit., p. 222.
- (28) *Decretalium Gregorii ix. 5. tit 16, vii. E. R. Vol. CLXI, p. 750.*
(Sanchez. de Divortio, lib. 10. disp. 5). A concise view of the doctrine and practice of the Ecclesiastical courts, p. 76.
- (29) ルイジ・チヴィネカ訳「カトリック教会法典」四一五頁。
- (30) ルイジ・チヴィネカ訳・前掲書四一五頁。
- (31) 久保正幡・阿南成一「教会婚姻法」宮崎孝次郎編 新比較婚姻法Ⅲ八八二頁。
- (32) これは現行教会法典第一九七一条で明らかである。ルイジ・チヴィネカ訳・前掲書七一三頁。
- (33) 「いわゆるクリン・ハンドでないときは別居請求権はない」との説明がみられる。阿南成一「カトリック系婚姻法」
 教会婚姻法」比較法研究十八号十五頁。
- (34) Augustine, *A commentary on the code of canon law*. Vol. 5, p. 372.
- (35) 東方教会という名称については小林珍雄「法王庁」七六頁—七九頁。
- (36) ルネ・メッツ久保桑原訳「教会法」九〇頁。
- (37) ルネ・メッツ前掲書九〇頁—九二頁。
- (38) ルネ・メッツ前掲書九二頁—九三頁。
- (39) ルイジ・チヴィネカ訳・前掲書三七八頁—四二二頁。

(40) 東方教会法典の条文は *Litterae Apostolicae. Motu proprio patae. De disciplina sacramenti matrimonii pro ecclesia orientali*, pp. 4-40, 英訳として Pospishil, *Code of oriental canon Law. The Law of Marriage* が、²⁹⁰

Roberts, *Matrimonial legislation in Latin and oriental canon Law* は、ラテン教会と東方教会の婚姻法の条文を対照して掲載している。

(41) *Litterae Apostolicae*, op. cit., p. 36: Pospishil, op. cit., p. 207.

第三節 イギリス法

一 アングロ・サクソン法

カノン法のみとめる罪の相殺の原則は、ノルマン・コンクエスト後に設立されたイギリス教会裁判所 (*Ecclesiastical court*) で採用されることになる。では、それ以前のイギリスではどうであったか。法史の暗黒時代⁽¹⁾ (*The dark age in legal History*) とよばれるケルト民族期およびローマ支配期を一応別とし、ここでアングロ・サクソン時代の事情に触れておこう。

同時代の法源は純粹な家族法をほとんど含んでいないため、資料の不足が研究を困難にする主な理由に数えられ、家族の組織の概略を知るにも、大陸ゲルマン民族の血族組織に関する知識が必要とされる。⁽²⁾ このことは、当面の問題についても例外ではない。では、一体、ゲルマン民族において、離婚はいかなる形で行なわれたか。一つは協議上の離婚であり、もう一つは正当な理由による夫の側からの一方的離婚とよばれる。前者は協議離婚というものの、夫婦の合意ではなく、夫と妻の親族との間で約されたに留まっている。⁽³⁾ 例外として、妻の側からの一方的離婚も行

なわれ、さらに妻が正当な理由なしにそうした場合は、肉体的な罰をうけた。同様の場合、夫は財産的な罰を蒙るにすぎない。⁽⁴⁾なお、書面によって離婚を証明する慣習があったとしても、不可欠の型式ではなく、それ以外にも色の書式があったという。⁽⁵⁾離婚についてこのように説明されるが、成文法として明示の規定があったわけではない。ゲルマン民族の間では、成文法も、あらゆる領域をカバーすべき包括的な法典ではなく、大体において、特別な立法あるいは裁判所を仲介として導入された新たな原則を記録するにすぎない。⁽⁶⁾離婚に関する事項はすべて慣習の領域に属している。かかる事情は、アングロ・サクソン時代においても異なるところはないように思われる。

同時代の立法の先駆、しかもイギリス最古の成文法と信ぜられるケントの王エセルバート（五九六―六一六）が六〇〇年頃に制定した九十条から成る法律は、離婚に関連して次のように規定する。第七九条において、「もし妻が子供達をつれて去ることを望めば、彼女に（夫の）財産の半分をとらせよう」とのべ、第八十条には、「もし夫が子供達を自己のもとにおくことを望めば、妻に一人の子の分け前に等しい財産をとらせよう」とし、さらに第八一条に、「もし妻に子がなければ、妻の父方の血族に、彼女に属する結婚翌朝の賜物（*morgengifte*）と固有財産（*feh*）をとらせよう⁽⁷⁾」と定める。ホールズワースとヤングは、当時、夫婦の合意による離婚と妻の不貞あるいは遺棄を理由とする離婚が許されていたとして、右の第七九条および第八一条を引用するが、これら諸条は協議離婚ないし離婚原因に関する明示の規定ではなく、離婚によって妻ないし妻の父方の血族に帰属すべき財産に関してのべたにすぎない。また、グラツソンによれば、右のほか、夫婦一方のみの意思による離婚も許されており、夫がそうする場合は、贈物（*prix d'aicht* = *purchase price* = *weotuma*）の返還を請求できず、立場が反対のときは、妻が彼女の固有財産

を残していく義務があり、夫は贈物を返還させることができたとのべ、ほかにも、ノルマン・コンケスト以前、離婚は、それが夫の気まぐれの役に立った族長社会から、妻の意思のみで婚姻を解消できる段階へと進展したと説明し、前示第七九条ないし第八一条を引用するもの(10)がみられるが、果して事実合致するかどうか、明らかでない。

一般にアングロ・サクソン時代の法典(dooms)は、慣習を立法的に宣告したにすぎず、断片的な性質が強い。(11)今日いうところの実体法は、その当時、法典および不文ではあるが人々の記憶する慣習とから成っていた。(12)疑を解決し、紛争を予防するために慣習を確定し、立法化する必要はあったが、疑問の余地なくすべての人々に承認されている部分については、成文化の必要はみとめられなかった。同時代の王達は、慣習に改訂を加えるとか、すべての人々に承認された慣習を単に宣言するといったことより、むしろ慣習法が現に励行されているのを観察する方に関心をもっていた。もともと、立法という觀念が存したかどうか、きわめて疑わしいし、王自身も部族民のリーダーであって、領王ではなく、(15)いかなる意味においても、専制的な立法者とはみられていなかった。(16)それゆえ、根本的に重要と考えられ、今日われわれがもっている法律書において大きな部分を占めている事項も、アングロ・サクソン法には全く欠けているか、背後に追いやられている。(17)かかる事情は、今日の歴史家がアングロ・サクソン法について知りたいと思う大部分は、これら成文法の編纂者にとっては周知のこととして、とくに規定する必要性を感じなかったのであり、したがってこれらに関する直接の証拠は存在しないといわれるのからも、容易に看取できる。

これからすれば、夫婦の合意による離婚および妻の不貞あるいは遺棄を理由とする離婚自体について規定が見当たらないのも、それに関する慣習が疑もなく万人に承認されていたためと推測してまちがいはなからう。だが、一步を

進めて、民族固有の慣習として、罪の相殺の觀念が存したかどうかとなると、かかる觀念が万人に承認されていたため、規定の必要がなかったのが事実かも知れないし、またはこの觀念が全く存しなかったのかも知れない。そのいずれであるかを明言するのはもとより、推測を下すことさえ不可能な、漠々たる領域に属していよう。

その後、六六八年から六九八年までカンタベリー大司教として、イギリスの宗教的統一に努力を傾けたテオドルス(六〇二—六九〇)の悔罪規則書(Liber poenitentialis)第十九節の第十八条・二十条・二三条・二四条・三一条⁽¹⁹⁾および同書の第二卷・十二節の第七条・十二条⁽²⁰⁾によれば、姦通・性交不能・長期不在・俘囚・犯罪の告訴を理由とし、また兩者の合意によっても、婚姻を解消できる。該規則書は主として教会の内部的な規則に関する法規を個別に集めたものであるが、しばしば世俗法の領域に侵入しているといわれ、⁽²¹⁾前示の諸規定は正にこれに当るが、これには当時の慣習の明文化も含まれているのではなからうか。エセルバート王がセント・オーガスチンの影響で五九五年にキリスト教に改宗して以来、キリスト教はイギリスの地に広まったけれども、一方でその婚姻不解消主義はまだ確立されるにいたっておらず、他方で民族固有の慣習を無視しては、布教の目的を達成できない。たとえ婚姻不解消主義が確立されても、教会がその婚姻・離婚法をそのまま嚴格に実施するとは考えられない。教会の側の政策的な考慮も加わり、たやすく離婚を承認するアングロ・サクソン民族の慣習との妥協を計ったのではあるまいか。テオドルスの悔罪規則書が婚姻不解消主義を貫くにいたっておらず、またノーサンブリアが覇をとなえた時代、ヨークの大司教エグバート(——七六六)⁽²²⁾が七三五年に大司教に就任したのち、妻の姦通・性交不能・悪意の処遇および捕虜を理由とする離婚をみとめたのも、その現われと思われる。なお、罪の相殺について、何も触れていない。

夫婦の合意または妻の不貞・遺棄を理由とする離婚の際、子の存否あるいは妻が子を引き取るかどうかにより、妻の得る財産の内容がちがったけれども、これも罪の相殺とは関係がない。

降って、デーン王朝のクヌート王（一〇一六—一〇三五）がウインチェスターにおいて、一〇二七年から同三四年の間のある年のクリスマスに発布した法律の第二部・五四条によれば、妻の不貞を理由とする離婚に関し、「夫の生存中に、もし妻が他の男と寢床を共にし、そのことが世間に知れ渡ったならば、爾後、妻をして、彼女自身の行いに付き、自らの言葉で恥を知らしめよ。夫をして彼女の所有物をすべてとらしめよ。罰として彼女の鼻と耳をそげ⁽²³⁾……」と規定しているが、夫にも非行のあることが立証される場合にどうなるか、何ものべていない。もともと、この法律の内容は、エドガー王（九五九—九七五）およびエセルレッド王（九七八—一〇一六）の法律のくり返えしにすぎず、改訂は含まれていないし、離婚はもとより、当面の問題たる罪の相殺についても、さきのエセルバートの法律ないしテオドルスの宣言の当時と同じ事情にあったと推測してよからう。エセルレッド王およびクヌート王の治世当時、ヨークの大司教であったウルフスタン⁽²⁵⁾（一〇二三）が説教のなかで、しばしば教会の婚姻法が破られていることを嘆いており、彼の前任者は無法者に対して告訴の手続をとったとさえいわれるけれども、民族的な慣習と妥協をはかり、離婚が容易に行われるのを寛大に扱ったのも事実⁽²⁶⁾のようなのである。要するに、イギリスにおいて、罪の相殺の原則がアングロ・サクソン時代に姿をみせていたかどうか、推測することさえ不可能であり、宥恕・承認および共謀に関しても、異るところはない。

(一) Pollock and Maitland, *The History of English Law before the time of Edward I.* Vol. 1 の第一章を「*Wife and Husband*」を標

題下に於て。

- (2) Young, *The Anglo-Saxon Family Laws, Essays in Anglo-saxon Law*, p. 121.
- (3) 粟生武夫「ゲルマン古法のスケッチ」法の變動一四二頁—一四三頁。
- (4) Brissaud, *A History of French Private Law*, p. 142.
- (5) Brissaud, *op. cit.*, p. 143.
- (6) Young, *op. cit.*, p. 121.
- (7) Attenborough, *The Laws of the earliest English kings*, p. 14; Seebohm, *Tribal custom in Anglo-Saxon Law*, p. 466.
- Schmid, *Die Gesetz der Angelsachsen*, S. 6 に於れば同じ内容が七八条、七九条、および八〇条となつてゐる。
ヒヤルン、*ノット王法律制定年度について色々な説のあることは矢頭敏也*「アングロ・サクソン時代の諸法典研究・序」早稲田法學二五卷三・四号一六二頁—一六四頁。
- (8) Holdsworth, *A History of English Law*. Vol. I, p. 90; Young, *The Anglo-Saxon Family Laws, Essays in Anglo-saxon Law*, p. 179.
- (9) Glason, *Histoire du droit et des institutions, politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusque à nos jours*. Tome I. *Epoque Anglo-Saxon*, p. 119.
- (10) Foster, *Common Law Divorce, Minnesota L. R.* Vol. 46, p. 50.
- (11) 田中保太郎「アングロ・サクソン法とロモン・ロー」斎藤博士還曆記念「法と裁判六九四頁、冠木精喜「英法の起源」
法叢九卷二号四四頁、高柳賢三「イギリス法の誕生」法協六〇卷八号五頁。
- (12) Smith, *A constitution and legal History of England*, p. 27.
- (13) 冠木精喜・前掲論文四七頁—四八頁。

- (14) Potter, An Historical introduction of English Law and its institutions, p. 10.
- (15) Taswell-Langmead, English constitutional History, p. 36.
- (16) Chrimes. English constitutional History, pp. 73, 80.
- (17) Encyclopedia Britannica. Vol. I. 'Anglo-saxon Law' p. 948.
- (18) 田中保太郎・前掲論文六九四頁。
- (19) Kitchin, A History of Divorce, p. 171; Thorpe, Ancient Laws and institute of England. Vol. I. (Monumenta Ecclesiastica) pp. 19-20.
- (20) Hadden and stubbs, Councils and Ecclesiastical Documents, relating to great Britain and Ireland. Vol. III, pp. 199-200.
- (21) Stenton, Anglo-Saxon England, p. 140.
- (22) Glasson, ci-dessus, p. 119.
- (23) Thorpe, op. cit., pp. 406-407.
- (24) Encyclopedia Britannica. Vol. 4. 'Canute (cnuu)' p. 774.
- (25) Whitelock, The Beginnings of English society, The pelican History of England. 2, pp. 136-137.
- (26) Whitelock. op. cit., pp. 150-151.

二 教会裁判所

ウイリアム一世(一〇六六—一〇八七)は一〇六六年にイギリスを征服するに当り、将来イングランドの教会をローマの厳格な統制のもとに服せしめるべく改造することをほのめかし、⁽¹⁾ 当時、イングランドの宮廷からの貢金

(le denier de saint pierre) の支払いが悪く、教会の改革にいうことをきかない新参の司教および聖職者に不満をもっていたローマ法王アレキサンドル三世⁽²⁾(一一五八—一一八二)から、征服を神聖なものとして加護する旨の祝福をうけていた。そこで、イングランド征服後、さきの祝福に対する返礼の味も含め、教会裁判所を世俗裁判所から独立させるため、一〇七〇年にノルマン教会のランフランク(一〇〇五—一〇八五)を彼の腹心の人(Right Hand man)としてカンタベリー大司教に任命し、⁽³⁾協力を得た。一〇七二年もしくはそれから間もなく、同王は、「司教、および副監督が郡裁判所において宗教的規則に関する訴訟を行なうことを禁止し、かかる訴訟は、爾後、郡裁判所の法律によらず、カノン法によって審理されること、世俗的権力は教会の判事を助けるべきこと、しかし彼の許しを得なければ、いかなるカノン法も修正されず、貴族または聖職者も破門されない」旨の布告を出した。⁽⁴⁾これによって司教叙任権を確保するとともに、⁽⁵⁾教会裁判所を新設し、宗俗二つの裁判組織を確立させた⁽⁶⁾とみるのが、一般的な見解である。

教会裁判所は教会の組織・規則等の純粹に宗教上の事項に留まらず、婚姻・遺言をはじめ宗教的色彩の強い事項について、ランフランクがノルマンデイから伝えたローマ教会の普通法(Jus commune)たるカノン法に準拠し、法王庁との強い結びつきのもとで、裁判権を行使するにいたった。⁽⁶⁾カノン法による罪の相殺の原則は、ここにはじめてイギリス教会裁判所において、他の三者—宥恕・承認および共謀と並んで、別居請求に対する棄却事由として適用され始めた⁽⁷⁾とみてよからう。

その後、教会裁判所は国王の裁判所との間の管轄権をめぐる長い争いの過程のなかで、次第にその権限を狭めて

いく。とくにヘンリー二世（一一五四—一一八九）の治世、一一六四年一月に定められた十六ヶ条から成るクラレンドン法⁽⁷⁾ (constitution of clarendon) は、法王および教会の権限、僧侶の特権を制限し、これらとの関係で国王裁判所の管轄権を拡大した古法として、イギリス法制史上著名なものといわれるが、教会裁判所はその後、婚姻・離婚等に関する管轄権を保持していた⁽⁸⁾。しかし、降って、ヘンリー八世（一五〇九—一五四七）の離婚問題に契を発し、一五三二年から三四年にかけて行われた宗教改革において、ローマとの宗教的つながりは断たれた。一五三二年の「教会上訴令 (Ecclesiastical Appeal Act) はその第一条⁽⁹⁾により、いかなる場合にもイギリス教会裁判所からローマ法王への上訴を禁止し、第二条では違反者に法王尊信罪 (premunire)⁽¹⁰⁾をもって臨んだ。一五三二年の「僧侶附託令」(submission of the clergy Act) の第四条⁽¹¹⁾も同趣旨である。また、一五三四年の「首長令」(Act of Supremacy) で、国王をイギリス教会 (Ecclesiastica Anglicana) の地上における唯一至上な首長と宣言した⁽¹²⁾。しかし、ヘンリー八世の宗教改革の眼目とするところは、法王よりの分離、教会の国家への従属、英語の聖書・祈禱書の使用という点にかぎられ、教会の主権に関する形式上の改革にすぎず、信仰の内部には及んでいなかった⁽¹³⁾。宗教的な改革というよりも、むしろ政治的なそれであったとの批評もみられるほどである。その後、カトリック教徒たるメリー女王（一五五三—一五五八）がさきの「首長令」を廢して法王権を承認したが、エリザベス女王（一五五八—一六〇三）の治世、一五五八年の「首長令」の第一条および第二条により、再びローマから分離・独立し、監督教会制によるイギリス教会が創立されるにいたった⁽¹⁴⁾。だが、その教義は新旧両教の折衷主義をとり、婚姻および離婚に対する態度は全く旧教的であったため、婚姻不解消主義によるカノン法が引つづいて教会裁判所において適

用されたことに変わりはない。⁽¹⁹⁾とはいえ、旧来のカノン法も、コモン・ロー、制定法あるいは国王の大権と矛盾するものは効力をもち、⁽²⁰⁾ときに大司教および司教の布告によって修正・変更をうけ、「国王の教会法」(King's Ecclesiastical Law)と名付けられ、大陸のカノン法と庄別されるにいたっている。⁽²¹⁾

一方、ヘンリー八世が一五三四年に「首長令」を発した直後、三月に入り、僧侶附託令の第三条により、議会は教会法を調査するため、上下両院議員から僧侶各十六名、計三二名の委員を任命する権限を国王に与えた。⁽²²⁾かくて任命された調査委員会は迂路曲折を経ながらも、一五五二年の末に“*Reformatio Legum Ecclesiasticarum*”とよばれる「教会法典改正案」を作成した。⁽²³⁾この大部分はカンタベリー大司教克蘭マー(一四八九—一五五六)の意見にもとづき、オックスフォード大学の神学教授マルチルによって準備されたといわれる。ここには注目すべき見解が示されている。すなわち「姦通および離婚」(*De Adulteris et Divortis*)と題する一章において、第十九節は、これまでみとめられてきた別居を廃止し、⁽²⁵⁾第一、二、四、八、九、十の各節では、姦通・虐待・遺棄・長期間の不在あるいは夫婦が致命的な憎悪感をいだく場合に、絶対離婚を許すべき旨を提案する。⁽²⁶⁾さらに、当面の問題たる罪の相殺について、第十七節は、「夫婦双方の姦通を理由に罰をうけること。——姦通の責があると非難される人が、配偶者も同じ非行をした事実を立証することができ、かつ配偶者が新たな婚姻を企てる以前にそれを立証するならば、責任は夫婦双方に等しくふりかかり、続いて同等の処罰をうけ、以前のとおりに婚姻関係を強固に維持すべき結果となる」⁽²⁷⁾とのべる。

大古以来、ある程度文明の進んだ民族は、夫婦では妻の貞節義務を最も重要なものと考え、妻の姦通に対しては

きびしい罰をもって臨んでいた。イギリスにおいても、アングロ・サクソン時代以来、この例外ではない。そして、当面の教会法典改正案は、姦通を夫婦双方について離婚原因とみとめ、罪の相殺を規定するに当たっても、とくに双方の姦通を対象とし、他の諸原因とは区別して明記している。旧来の婚姻不解消主義を排しながら、非行のある夫婦双方の再婚を阻止するため、罪の相殺を離婚請求棄却事由にしようというわけであろう。もし、この提案どおりに教会法が改正されたならば、イギリスの離婚法に一大転機を画したと思われる。しかし、翌年ヘンリー八世が死亡し、エドワード六世（一五四七—一五五三）の裁可にもかかわらず、庶民院（House of commons）が、カトリックあるいはプロテスタントいずれの聖職者によるを問わず、いかなる靈的な管轄権にも反対することを理由に拒否し、⁽²⁸⁾やがてカトリック教を信奉するメリー女王が即位したため、日の目をみるにいたらなかった。克蘭マーの改革案が実施されないまま立ち消えとなったのは一つの悲劇であつたとの声がきかれるのも尤もと考えられる。ところで、教会裁判所は婚姻成立時に無効原因が存した事実を認定する場合、それを理由に婚姻無効（*marriage void ab initio*）判決を言渡し、夫婦は靈の健全のために⁽³⁰⁾（*prosalute animae*）婚姻の絆より解放（*divorce a vinculo matrimonii*）されるものといわれた。一方、婚姻が有効に成立している場合、別居のみみとめられ、離婚判決を言渡すことはできない。⁽³¹⁾それにもかかわらず、宗教改革後しばらくの間、さきにみた「教会法典改正案」の影響をうけたためか、婚姻および離婚に関するルーズな見解が有力となつた。⁽³²⁾教会裁判所には離婚判決を言渡す権限があると考えられ、現にそれが言渡されることもあつた。⁽³³⁾エドワード六世およびエリザベス女王の時代、姦通を理由とする離婚判決に關し、夫婦双方の再婚の権利を誰も疑問にしていな⁽³⁴⁾。だが、かかる見解はエリザベス女王の時、星座裁判所⁽³⁵⁾（*court*

of star chamber) の Rye v. Foliambe (一六〇二)⁽³⁶⁾ 事件によって一掃されることになる。この事件において、騷擾 (Riot) の罪を着せられた夫が、彼の侵入した土地は原告たる妻のものであると抗弁したけれども、バンクロフト大司教は、まず、「姦通は別居原因にすぎず、夫婦のいずれにも再婚の権利を与えるものでない」と断言し、当面の場合たとえさきに教会裁判所の離婚判決があったとしても、(先) 妻が生存しているかぎり、夫は再婚できないから、したがって原告は被告のいうように彼の妻ではないと認定し、抗弁を斥けてしまった。かくて、婚姻不解消の鉄則が再び確立されるが、これを明言するのが一六〇三年の「教会規則」第一〇七条である。

さきの教会法典改正案が立ち消えになったのち、一五七一年あたかもエリザベス女王の時代、カンタベリーおよびヨークの上院僧侶会議 (convocation) が一連の法規を制定したが、下院の署名がなく、女王の裁可もないので、拘束力をもたなかった。しかし、一五七五年にカンタベリーの上下両院僧侶会議は、十三ヶ条から成る法規を制定し、つづく一五八五年および九七年の法規も含めたすべてが改訂され、新たなものも加えられて一四一条から成り⁽³⁷⁾ ジェームス一世 (一六〇三—一六二五) の開封勅許状 (letters patent) による裁可をうけ「canons of 1603」として日の目をみるようになった。⁽³⁸⁾ その第一〇七条は次のようにいう。「離婚および別居を宣告するすべての判決には、そのなかに、別居した当事者が貞節を守り、自制的に生活すべきこと、両者が生存中は互いに第三者と婚姻を締結できない、旨の警告と制限を付け加えなければならない。前段の規定をより良く遵守するため、該離婚判決は、当事者の一方または双方が、彼等はいかなる方法によっても右の制限・禁止を破らないし、違反もしないとの十分な保証を提出するまで、言渡すべきでない」。⁽³⁹⁾ ここに用いられる離婚という文言の実質が別居を意味するものも

とよりであつて、婚姻不解消主義のもと、カノン法のみとめた罪の相殺の原則は、引続き教会裁判所において、有恕・承認および共謀と並に別居請求棄却事由の一として、⁽⁴⁶⁾適用・発展をみることとなる。

- (1) 大野真司「イギリス史」五三頁。
- (2) Léonard, *Histoire de la Normandie*, p. 39.
- (3) フーリー八代欽一訳「教会の歴史」一〇〇頁—一〇一頁。
- (4) Pollock and Maitland, *The History of English Law before the time of Edward I*, Vol. I, p. 88; Mortimer, *Western canon Law*, p. 56.
- (5) 鈴木敏和「英国における教会法と教会裁判所」愛知学院大学論叢法学研究二巻一・二号一三四頁。
- (6) Holdsworth, *The Ecclesiastical courts and their Jurisdiction*, *Selected Essays in Anglo-American legal History*, Vol. II, pp. 258-260; Scrutton, *Roman Law influence in chancery, church courts, admiralty and Law merchant*, *Selected Essays*, op. cit., pp. 224-225.
- (7) 十六カ条の条文は海原文雄「英国衡平法の渊源」ツラレンソン法と教会法一」金沢法学三巻一号八五頁—九二頁。Betterson, *Documents of christian church*, pp. 220-225.
- (8) 上の問の事情を Holdsworth, op. cit., pp. 260-263.
- (9) Halsbury, *Statutes of England*. Vol. 10, pp. 232-233.
- (10) Halsbury, op. cit., p. 234.
- (11) Halsbury, op. cit., p. 234.
- (12) Taswell-Langmead, *English constitutional History*, p. 334.
- (13) 今井登志喜「英国社会史」一七五頁—一七六頁。

- (14) Taswell-Langmead, *op. cit.*, p. 365.
- (15) Halsbury, *op. cit.*, p. 43.
- (16) Halsbury, *op. cit.*, pp. 42-43.
- (17) 松田智雄「宗教改革」二二二頁—二二二頁。
- (18) 穂積重遠「イギリス離婚法略史」離婚制度の研究三二三頁。
- (19) カノン法がイギリスの教会法以外の分野にも大きな影響を及ぼしたことは Radin, *Handbook of Anglo-American Legal History*, pp. 108-109.
- (20) Scrutton, *op. cit.*, p. 225.
- (21) Bishop, *Commentaries on the Law of Marriage and Divorce*. Vol. I, pp. 41-43.
- (22) Mortimer, *op. cit.*, p. 60; Halsbury, *op. cit.*, p. 23.
- (23) Mortimer, *op. cit.*, p. 60.
- (24) McGregor, *Divorce in England*, p. 7.
- (25) Cardwell, *The Reformation of the Ecclesiastical Laws, as attempted in the reigns of King Henry VIII, and Queen Elizabeth*, p. 19.
- (26) Cardwell, *op. cit.*, pp. 49-54; Hirschfeld, *The Law of Divorce in England and Germany*, L. Q. L. Vol. 13, p. 398.
- (27) Cardwell, *op. cit.*, p. 57.
- (28) Kitchin, *A History of Divorce*, pp. 176-177.
- (29) Mueller, *Inquiry into the state of a divorceless society*, University of Pittsburgh L. R. Vol. 18, p. 546.
- (30) Stephen, *New commentaries on the Laws of England*. Vol. II, p. 290.

- (16) Holdsworth, op. cit., pp. 622-623.
- (32) Holdsworth, op. cit., p. 623.
- (33) Encyclopedia Britanica. Vol. 17. "Divorce" p. 457.
- (34) Kiching, op. cit., pp. 179-180.
- (35) 星座裁判所は一四八七年に設けられ、一六四一年に廃止された。
- (36) Beman, The doctrine of Recrimination in divorce proceedings, University of Kansas city L. R. Vol. 10, p. 224.
- (37) このうち第六二条 第一〇〇条—第一〇七条の規定は Poynter, A concise view of the Doctrine and Practice of the Ecclesiastical courts in Doctor's commons on various points relative to the subject of Marriage and Divorce, pp. 120-122.
- (38) Mortimer, op. cit., p. 61; Halsbury, op. cit., p. 23.
- (39) Poynter, op. cit., pp. 121-122.
- (40) 末延三次「イギリスの別居制度」英米法の研究上三三五頁。

イギリス教会裁判所の扱った事件の判決録は一七五二年以前のものについて存在せず、ジョージ・リー卿によるリー判例集⁽¹⁾ Lee's Report (一七五二—一七五八)が最初であり、定期的な編纂は一八〇九年以降のことに属している。だが、リー判例集より約二十年前、カンタベリー大司教に属する控訴裁判所たるアーチ裁判所⁽²⁾ (Archdeaconry) の Lord and Lady Leicester (一七三三) 事件⁽³⁾において、バットレスウォース判事によれば「罪の相殺の原則はこの国のすべての離婚事件に適用すべき標準的なカノン法として、判事の全員一致をもって是認された」という。

当時、別居原因には姦通および虐待の二つがあったから、被告配偶者が別居請求を阻止するには、抗弁として原告の姦通または虐待を立証すれば充分であったと思われる。その後、Goodall v. Goodall (一七五七) 事件⁽⁵⁾において、夫が姦通を理由に別居の訴を提起したが、証人の証言によって夫の姦通も明らかにされた。しかし、判事は、証人が売笑婦で名うてのうそつきであることを理由に、夫の非行を立証する証拠として採用せず、そのため互責は認定されなかった。これを一応別とすれば、一七九〇年以前の事件としては、さきの Lord v. Lady Leicester (一七三二) 事件が唯一のものと推測される。

教会裁判所は王国における最も有能な法律家に属する人々によって構成されていた⁽⁶⁾。彼等は通常、海事裁判所の判事も兼ねており、以前は Doctor's common で職務を行なう弁護士のなかから任命されていたが、この方法は次第にすたれていったといわれる⁽⁷⁾。果して教会裁判所は互責の問題をいかに扱ったであろうか。さきにみた事件も参考になるが、それよりも、教会裁判所の判事として最も名声を博したストウエル卿 (一七四五—一八三六) の見解により端的に看取できる。彼は一七九〇年以降、四件の代表的な事件で罪の相殺を論じているが、判事のなかでもカノン法を最も重視した人と称されるとおり、その趣旨は、さかのぼってカノン法およびローマ法のみとめた原則を再び確認したものといつてよい。

ロンドンの司教裁判所 (consistory court) の Foxster v. Forster (一七九〇) 事件⁽⁸⁾が最初である。この事件において、夫が姦通を理由に別居判決を求めたのに対し、妻は夫の側の同じ非行を抗弁とした。すなわち、私は姦通していないが、たとえその事実があったとしても、夫も同種類の非行をしているから、彼の請求はその非行を理由に阻止さ

れるという。ストウエル卿はかかる妻の抗弁を是認し、「罪の相殺の原則を法とすべきでないとの説が聞かれるが、私にとって、かかる疑問はとるに足らない。私は法をそのまま行う義務を負っており、しかも右の原則が道徳的・社会的にみて立派なものであることに満足している。たとえ私が権限をもったとしても、この原則を改訂しようとは思わない」旨を明示している。罪の相殺という場合、夫婦双方の非行の種類が同じときと、それを異にするときと、二つが考えられる。「彼に対する非難それ自身を原告に投げ返えし、あるいは転嫁する」(9) *(crimen sibi illatum in accusatorem rejicere vel transferre)* との諺どおり、ストウエル卿は前者にかぎって罪の相殺をみとめたのか、あるいは後者についても是認したのか。果していかなる見解をとったのであろうか。右の事件はたまたま、双方の非行が種類を同じくしていたため、その種類を異にする場合に対する彼の見解を聞くことはできなかったが、この点のちに *Chamber v. Chamber* (一八一〇) 事件で明らかにして、*id.*

やう、右につづく *Beeby v. Beeby* (一七九九) 事件⁽¹⁰⁾ において、夫が姦通を理由に別居判決を求めたのに対し、妻は夫が彼女に加えた一連の非行―姦通・召使への誘惑―を抗弁としたとき、ストウエル卿は次のようにいう。「罪の相殺の原則の」根拠は合理的であり、妥当なものといえる。自己が契約に違反しながら、相手の契約違反を訴えることができるか、また自己がしたと同様な相手の名誉毀損を訴えることができるか、これは困難な問題である。しかし、自己の家庭を清浄に保たず、それを売春宿にしたとき、自ら導き入れた不潔さに対し、苦情をのべ得ないのは当然であらう。これと同様、婚姻締結の際の誓約を最初に破った人に救済を与えてはならない。その場合、夫婦双方は共同生活を継続しながら、互いに責を恥じ、互いに許し合う方法を発見しなければならない」。すなわ

ち、夫婦双方に非行があったとき、彼等は共同生活の仲間として望ましいし、適當でもあるという考えに立っている。さきにみた旧教会法典中の規定もこの趣旨をのべていたが、夫婦は互いに他方の非行を非難できず、その罪を許し合った上、婚姻関係がいかに耐え難いものになつていようと、ただ黙々とそれを維持していかなければならない。かつてローマにおいては、離婚それ自体を阻止することは問題にならず、離婚後に、その原因をなした非行を互いに非難するのを許さなかつた。だが、カノン法ないしイギリス教会裁判所では、夫婦双方に非行のあることを理由に、別居請求をみとめない。同じく罪の相殺の観念にもとづくとはいへ、現実に作用する局面は大きく変遷をとげたわけである。

右のあとを Chamber v. Chamber (一八一〇) 事件^(註)が追っている。この事件において、夫が姦通を理由に別居判決を求めたとき、妻が虐待を抗弁とした。ストウエル卿はこれに対し、「私の考えでは、妻は互責を主張できない。妻は夫に向い、もしあなたが私と同じく姦通しているならば、あなたは私の姦通を理由に別居判決を得ることはできない」という権利をもっている。罪の相殺の原則によれば、かかる効果を生じる。なぜならば、双方は同じ非行 (eodem delicto) をしているからである。しかし、夫の虐待を理由にそうすることはできない」とのべている。罪の相殺というのを、同じ種類の非行に関する罪と狭く理解するか、あるいは非行の種類の間は問わず、いやしくも自らになんらかの非行のあるかぎり、配偶者の非行を理由に別居判決を求めることを許さないとするか、大いに問題であろう。右にみたストウエル卿の見解によれば、夫婦双方が姦通した場合もとより、原告配偶者に姦通の責があれば、被告の非行のいかんを問わず、別居請求はみとめられない。原告が虐待の責を負うにすぎなければ、

被告の姦通を理由に救済をうけることができる。原告の非行の種類に依じてこのように区別するのは、姦通を義務違反の最たるものとし、虐待は程度が一段と低いから、原告の請求を容れないのが正義に合致すると考えたためであろうか。罪の相殺について、単に機械的に双方の非行の種類の同じことを要求してはいない。

かくて、最後の Proctor v. Proctor (一八一九) 事件⁽¹²⁾においても、夫が姦通を理由に別居の訴を提起しながら、訴訟係属中に自らも姦通したので、妻が互責を抗弁としたとき、ストウエル卿は、「たとえ互責の原則の適用によって悪影響が生じても、本裁判所は権限ある機関が別の定めをするまでは、これに従う法律上の義務を負う。該原則は現在、不都合な面をもちながら適用されているが、廃止されるべきかどうかについて、本裁判所が調査する権利もなければ義務もない」とのべ、妻の抗弁をみとめている。彼は当初の Forster v. Forster (一七九〇) 事件で同様の見解をのべていたが、ここでは旧教会法典中のグレゴリウス法令集五・十六・七および四・十九・四の規定をも引用しており、これらを考え合わせれば、一貫して罪の相殺ないし互責の原則を支持した事実をはっきり看取できる。だが、一方で、彼も当初の事件から三十年を経て、判事としての円熟期に入ったとき、これまで前示の原則を固持してきたことを大いに後悔したという。⁽¹³⁾これは時期的にみて、Proctor v. Proctor (一八一九) 事件の直後に属するのではなからうか。夫婦が互いに非行を難じ合うとき、別居請求はみとめない。理論的にはたしかにすつきりしている。だが、実際には極端な場合、互いに憎悪をいだく生身の夫婦が別居さえみとめられないため、いかなる不都合に直面するか、容易に想像できよう。彼もようやくその点に、気付いたのではなからうか。とはいえ、これも個人的な見解の移り変りにすぎず、大きな流れとしてみた場合、罪の相殺の原則は微動だもしていない。

右にみた教会裁判所の諸事件において、いずれも夫が原告である点に注目しなければならない。教会裁判所は別居訴訟に当り、訴訟の係属中、夫に対し、妻の必要とする弁護士費用の支払いを命じるのみでなく、妻の生活費用をも負担させ、妻が望みどおり攻撃・防禦の手段をとることを可能にし、もって正義を確保しようとした。⁽¹⁴⁾原告たる妻に非行がなければ、教会裁判所は別居判決を言渡すに当り、夫婦の社会的地位その他すべての事情を考慮し、夫が支払うべき扶養料の額を決定した。⁽¹⁵⁾これに反し、夫がひとたび別居判決を得たならば、妻は夫の土地に対する寡婦相続財産権 (Dower) および夫の動産上にもつ他の持分は別として、共通財産 (community property) に関する権利を完全に失う結果になった。⁽¹⁶⁾共通財産という言葉はコモン・ローの知らないものであるから、ここでこれを用いるのは適切と思えないが、当時、コモン・ローによれば、夫は婚姻のとき妻の所有する世襲的自由土地保有権 (Freehold estate) に対して生涯不動産権 (Life estate) を取得し、妻の保有権は夫婦が共同して占有 (Joint seisin) することになった。⁽¹⁷⁾便宜上、これを共通財産の名でよぶとしても、妻のかかる財産上の権利を奪うのは、多くの場合、あたかも生活手段なしに妻を社会に放り出すに等しかろう。⁽¹⁸⁾妻が非行をした当然の結果であり、身から出た錆といってしまうえばそれまでかも知れないが、余りにも妻の利益が無視される。そこで教会裁判所は原告たる夫の側に眼を転じ、彼にも非行があると判断するとき、罪の相殺ないし互責を理由に夫の別居請求を阻止し、ひいては妻の経済的利益を保護しようとの配慮もはたらいたと考えられるが、どうであろうか。

カンン法においては、ローマ法と同じく罪の相殺 (compensatio criminum) という言葉が一般的であったが、イギリス教会法ないし教会裁判所にうけ入れられたのち、いつの頃からか、それに代えて互責 (Recrimination) が用い

られるにいたった事実に注意する必要がある。根本的な精神を同じくしながら、それをいい現わす言葉として、
自国語たる英語を使用するようになった。かかる事實は、外来の思想ないし原則たる罪の相殺がイギリス教会裁判
所に確固たる根を下したと、夫婦が互いに他方の非行を責め合うとの意味では、むしろ自国語で「互責」とよ
方が理解し易いと考えられたことを推測するに充分ではないかと思われる。⁽⁶⁾かくて、教会裁判所における離婚管轄
権が一八五七年に終りを告げるにいたるまで、互責は意に満たない点はあっても、変更をうけることなく適用され
ていった。宥恕・承認および共謀についても同じである。

(1) Beamer, The doctrine of Recrimination in divorce proceedings, U. of Kansas city L. R. Vol. 10, p. 225.

ビショップによれば、教会裁判所の判例の定期的な報告は一八〇九まで存在しなるとし、それ以降の詳しい事情をのべて
よる。 Bishop, Commentaries on the Law of Marriage and Divorce. Vol. I, pp. 47-48.

(2) 正式の名称は court of the official principal of the Arch-Bishop といわれ、各管区の司教裁判所 (consistory court)
に対する控訴裁判所であると同時に、すべての教会法上の事件について第一審管轄権を行使した。 Holdsworth, A History
of English Law, Vol. I, p. 601.

なお、教会裁判所の組織については Potter, A short outline of English legal History. Preface の附表参照。

(3) E. R. Vol. CLXI, p. 506.

(4) Holdsworth, op. cit., p. 299.

カノン法とちがって、精神的姦通は別居原因とされていない。

(5) Beamer, op. cit., p. 226.

(6) Bishop, op. cit., p. 48.

- (7) Bishop. *op. cit.*, pp. 48-49.
- (8) E. R. Vol. CLXI, p. 504.
- (9) McQueen, Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and Legitimacy, as administered in the Divorce court and in the House of Lords, p. 94.
- (10) E. R. Vol. 162. p. 94.
- (11) The Law Reports-P. D. Vol. 13, p. 148.
- (12) E. R. Vol. CLXI, p. 747.
- (13) Divorce-Recrimination as a defense, Michigan L. R. Vol. 29, p. 233.
- (14) Laley, The Law and practice in Divorce and Matrimonial causes, p. 228; Muller, Inquiry into the state of a divorceless society, U. of Pittsburgh L. R. Vol. 18, p. 553.
- (15) Stephen, New commentaries on the Laws of England. Vol. II, pp. 290-291.
- (16) Bunkley Jr. The doctrine of Recrimination in Divorce Law, Mississippi L. J. Vol. XX, p. 332.
- (17) Eversley, Law of Domestic Relations, pp. 153-155.
- (18) Bunkley Jr. *op. cit.*, p. 332.
- (19) イギリスにおいて法律用語がラテン語からフランス語へ、さらには英語へと変っていった事情と関連しているかも知れない。法律用語の変遷については高柳賢三「法源理論」英法講義一巻三二九頁以下。ここでは教会裁判所について全く触れられていない。守屋善輝「ロモン・ローの誕生」中央大学七〇周年記念論文集六六七頁―六六九頁も同趣旨。

宗教改革にいたるまで、教会裁判所による別居とは別に、ローマ法王の特許による離婚が行われていたが、離婚とはいえず、その実体は婚姻の無効を理由とする取消⁽¹⁾にすぎなかった。ローマとのつながりが断たれたのち、十七世紀の後半頃から右に代り、手段は独特であるが、その効果からみて、イギリスではじめて、真に離婚の名に価するいわゆる立法離婚 (Legislative or parliamentary divorce) が姿をみせはじめた。詩聖ミルトン (一六〇八—一六七四) は一六三四年に “The Doctrine and discipline of Divorce related the good of Both Sexes” と題する小冊子によって大たんな自由離婚論を展開したが、⁽²⁾ あたかもその直後、スチュアート王朝のチャールズ二世 (一六六〇—一六八五) の時代に右の立法離婚が始まったわけである。⁽³⁾ そして、ハノーバー王朝の初期、ウィッグ党が政治の実権を握っていた時代、つまり一七一四年から一七二七年のジョージ一世および一七二七年から一七六〇年のジョージ二世の時代に、最もひんばんに行われたという。⁽⁴⁾ トーリー党が国内の革命に反対して秩序と平和を欲し、王に忠実で国教主義を奉じる保守派の人々であって、宮廷貴族・騎士の流れをくむ地方貴族および地主階級を地盤としたのに対し、ウィッグ党は革進的で王権を制限し、人民の自由を拡大し、宗教上は寛容を主張する進歩派の人々であって、民権的伝統をもつ貴族・近代的な地方貴族・急速に産をなして土地を購入し議席を得た経済界の要人・東南部諸州のヨーマン・自由思想家をその基盤とする。⁽⁵⁾ 絶対離婚を認めとめないイギリス教会に反対の立場をとるウィッグ党が政権の座にあるとき、教会裁判所で別居判決しか得られなかった人がさらに離婚を求めて議会に請願するのを、議会はゆるやかに是認する傾向を示したのが実情ではなからうか。この間の事情を説明したものは何もみうけられないが、右のように推測することも許されよう。

立法離婚は姦通を理由とするものにかぎられ、夫婦の一方が貴族院 (House of Lords) に対し、離婚を請願する。貴族院では、離婚法案について僧侶議員が実際上の支配力をもっており、⁽⁶⁾ まず請願を受理するかどうかを決定し、受理したならば、法案として正式に名称をつけ、さらに審理の上、理由があると判断すれば、国王の裁可を得て、一個の法律として離婚があった旨を公布する。⁽⁷⁾ 教会裁判所における別居訴訟が一篇の判決言渡によって終了し、該判決が判例集に輯録されるのに対し、貴族院の立法離婚は、ヘンリー八世の治世—一五〇九年に始まっていた貴族院日誌⁽⁸⁾ (The Journals of the House of Lords) に逐次、議事録の形で公表される点に特色をっている。その手続は該院の議事規則 (standing order) によったが、つねに不定かつ非公式のものであって、事実、最初のの案件はほとんど手続の名に俵せず、このことは実体法上の問題についても、異るところはない。請願をみとめるかどうかの判定に当り、わづらわしい判例とか慣例に拘束されることなく、カノン法およびイギリス教会法よりは、むしろ公益 (public policy) の概念を基礎にした。⁽⁹⁾

右という公益の概念はコモン・ローに由来し、きわめて漠然とした内容をもっている。これに定義を与えたとしても、その定義自体がつかみどころのないものになってしまう。「公益とは、社会において現在要求されていることを基本として行われる、判事による立法あるいは解釈の一原則である」とするウインフィールドの説明も例外ではない。彼によれば、「公益」という概念の内容は、ある世紀から次の世紀へ、ある世代から次の世代へと移るにつれて変化するのみでなく、同じ世代においても変りやすい。つまり、⁽¹¹⁾ 表現がすぐれて抽象的であるため、それぞれの時と所により、国家・社会の一般的利益に合致して妥当とされるものを適宜内容にもり込むことができる⁽¹²⁾」。イギ

リスにおいで、一四一三年の Dyre (染物師) 事件で、営業制限に関する捺印証書がロモン・ロー違反 (encounter common ley) を理由に無効とされて以来、新しい問題に直面して先例によるべきものがない場合、判事は具体的妥当な結論を得るため、右の公益という抽象的な概念を借用し、それを基準として判断するのがつねであった。コークも、「条理に合致しないものは、一つとして適法ではない」(Nihil quod inconvenientis est licitum) との法諺を引用している。⁽¹⁴⁾これを当面の問題たる互責についてみればどうであろうか。

最初に現われたのが「Norfolk 公の離婚に関する件」⁽¹⁵⁾(一六九一—一七〇〇)」といわれる。法案の正式な名称は“An Act to dissolve the Marriage of Henry Duke of Norfolk, Earl Marshall of England, with the Lady Marry Morrdant, and to enable the said Duke to marry again”である。本件において、夫が姦通を理由に離婚を請願したのに対し、妻は「この国の法律によれば、妻の姦通を理由に離婚を求める夫にも同じ非行のあることが立証されるとき、夫の請求はみとめられるべきでない。それゆえ、私は夫が姦通している事実を立証する準備を終わっている」とのべた。貴族院は最初、妻に非行があつてもすでに宥恕されていると判断したが、その後、妻の非行を立証するには証拠が不充分とみとめ、さらに反転して、妻の非行は完全に立証されると認定するにいたつた。夫の非行はもとより明らかである。かかる場合、罪の相殺ないし互責の原則によれば、夫の請願は容れられまい。だが、貴族院はこの原則を少しも考慮に入れず、夫自身の姦通にもかかわらず、その請願をみとめている。一部の議員は、夫が予め教会裁判所で別居判決を得ていないことを理由に、離婚を許すのに反対したけれども、決して互責を理由にしてはいない。

もともと、立法離婚を入手するまでには長期間と莫大な費用を必要とし⁽¹⁶⁾、いわば貴族階級の特権であり、その数も少く、しかもほとんど夫の側の請願により、一八〇一年の「Addison 夫人の離婚に関する件」にいたるまで、妻からのものは一件もなかったといわれる⁽¹⁷⁾。当面の事例も含め、本稿でとり上げる例がすべて夫の請願に発していることによつても、事情の一端を看取できる。夫婦双方の非行が認定されても、夫に充分な経済的能力のあるかぎり、離婚後の妻の経済的な危機を回避すべく適切な処置を命ずれば、公益に合致する結果を来し、互責を適用してまで夫の請願を阻止する必要は少しも感じられなかったのかも知れない。当面の場合も、かかる処置がとられたようである。いずれにせよ、立法離婚が始まった頃、教会裁判所で互責を適用した事例は時間的にみてまだ現われていないし、貴族院もその原則を重くみるまでにいたっていない。

なお、立法離婚において、法案が通過する前に、つねに「無責配偶者は再婚できない」旨の一項目が付け加えられながら、いつも削除されたといわれる⁽¹⁸⁾。夫婦の一方が他方の姦通を理由に離婚を請願するから、互責の事実がみとめられない以上、ここに無責配偶者とは請願者を意味する。当初、正式に法案の名称がつけられたとき、請願者に再婚を許すべき趣旨の文言を含んでいた。結果からみて、これが少しも変更をうけず、つねに再婚が許されたことになる。だが、いくら貴族院が再婚を許しても、教会の側がこれのみとめなければ、不可能に帰してしまふ。この点、教会はいかなる態度を示したであろうか。

ヴィクトリア女王（一八三八—一九〇一）の治世、一八五七年にいたるまで、夫婦が生存中は婚姻を解消できないものとし、別居をみとめるにすぎず、この大原則を貫くかぎり、一方の再婚の可否の如きは、問題にさえしない

はずである。しかし、教会は貴族院の立法離婚でみとめられた再婚を、決して拒否しなかつた。⁽¹⁹⁾ カンタベリー大司教によれば、教会はかかる場合に再婚を拒み得る立場になかつたと説明されるが、キッチンはこれを言葉の使用に迷つたものと評し、教会が現在と同様に再婚を拒む明白な権限をもっているからには、自由な判断でそれを拒まなかつたはずであるといふ。⁽²⁰⁾ 果していづれが事態の真相をついたものであろうか。

離婚事件で有責配偶者とされた人の再婚を許さない明文の規定としては、一八五七年の婚姻訴訟事件法 (Matrimonial causes Act) 第五七条がはじめに、「教会の僧侶は、前婚が自身の姦通を理由に解消された人の婚姻を挙式してはならぬ」と定め、一九二五年の裁判所法 (Judicature Act) 第一八四条・二項も同趣旨をのべて、一九三七年の婚姻訴訟事件法第八條・三項では、前婚が解消された理由のいかんを問わず、前配偶者の生存中の再婚の挙式を禁止し、⁽²¹⁾ これは一九五〇年の婚姻訴訟事件法第十三條・二項にうけつがれている。⁽²⁴⁾ だが、一八五七年以前には、かかる明文の規定がなくとも、立法離婚の有責配偶者に再婚が許されないのは自明のことと考えられていた。これと対比して無責配偶者についてみると、一八五七年以前、教会の僧侶が、貴族院における立法離婚によって再婚を許された人、つまり無責配偶者の再婚の挙式をしてはならない旨の規定はもとより、それを許す旨の定めも存しない。教会は再婚の挙式を許すかどうか、自由に決定する権限をもっておりながら、貴族院の権威の尊重という面からも、あえて拒否しなかつたのが実情ではないかと推測される。⁽²⁵⁾

かくて、離婚請願者の主張が容れられて法案が貴族院を通過するとき、請願者たる夫または妻にのみ再婚の道が開かれ、姦通を理由に離婚された側は、教会のみとめる原則どおり、前配偶者が生存するかぎり、再婚できなかつた。

たわけである。立法離婚が再婚に通じていればこそ、利用価値も存しよう。もしその道が通じていなければ、果して莫大な費用とわずらわしい手続と長時間をかけてまで、貴族階級がそれを利用したか、大いに疑わしい。

その後、大法官ロートボロー卿は、これまでぞんざいであった立法離婚の手続を整序する目的で一連の決議案を提出し、一七八九年頃に貴族院の議事規則として採用されるにいたった⁽²⁶⁾。それによれば、「すべての離婚法案は、その提出に先立ち、教会裁判所による別居判決を得なければならない⁽²⁷⁾」し、承認あるいは共謀の事実の有無、夫が妻を遺棄することによって彼女を墮落させたかどうかに関し、請願者自身が証人として証言するため出席すべく要求している⁽²⁸⁾。加えて、もし夫が請願者であれば、教会裁判所における手続に先立ち、妻の相姦者に対し、夫権の侵害を理由にコモン・ロー上の損害賠償の訴え (Action of criminal conversation) を提起することが慣習として要求され、該訴訟について、妻は当事者適格をもたなかったといわれる⁽²⁹⁾。さきに見た諸事件によって明らかなおり、当時すでに教会裁判所は、互責の事実、つまり原告配偶者にも姦通または虐待の責あることを認定するかぎり、別居請求をみとめていない。貴族院における立法離婚の手続の前提として教会裁判所の別居判決が必要でなければ、請求棄却事由は貴族院で当初から問題にならう。さきの Norfolk 卿の件は正にこれに当る。だが、いまや右の前提が要求されるにいたった。この前提を経るかぎり、被告が原告の非行を充分に立証するとき、原告は教会裁判所において救済を得られず、ひいては貴族院での手続をとる余地がなくなるはずである。もっとも、夫婦が共謀のうえ、原告の非行をかくしたまま、教会裁判所はそれに気付かず別居判決を言渡し、原告がさらに貴族院の手続に及んだが、審理中に被告が離婚の意思を失ったため、積極的に原告の非行を立証しないような場合には、貴族院において互責

がはじめて表面に出される可能性も生じよう。かかる事情を背景におきながら、参照できた範囲では、立法離婚で互責が問題になったものが、少くとも三件みられる。

「Campbell少佐の離婚に関する件（一七九九）⁽³⁰⁾」が最初といわれる⁽³¹⁾。本件では、夫がインドに駐屯中に妻が行った姦通を理由に国王顧問院⁽³²⁾（High court of Delegates）で別居判決を得たうえ、貴族院に離婚を請願した。妻は顧問院において夫の姦通を互責の抗弁としたが、容れられず、貴族院も彼等がかかる問題に論及することは許されないとし、妻の主張を斥けている。大司教裁判所（Arches court）からの上訴を管轄する国王顧問院は、各管区の教会裁判所と構成を異にし、とくに国王より指名された委員（commissioners）——ローマ法の専門家と判事——から成るため、カノン法の足枷に抵抗し、それを破ったであろうといわれる⁽³³⁾。したがって、互責について、下級の教会裁判所とはちがった見解を示したと推測され、貴族院もさきのNorfolk公の件と同様、公益の立場から判断を行ったとみてよからう。

だが、降って「Bland少佐の離婚に関する件（一八〇八）⁽³⁴⁾」において、立法離婚としてはじめて、夫の非行を理由にその請願を斥けている。本件では歩兵第四連隊に属する夫が司教裁判所で別居判決を得たのち、貴族院に対し、夫婦間に生れた子が病気で死亡した原因は妻の姦通にあるとして、離婚を請願したが、審理の結果、むしろ乳母の責任がみとめられた。また、妻の側の証人により、王座刑務所（King's Bench prison）に勤務する夫は十二年あるいはそれ以前から他の婦人と同棲していたが、妻が夫と同居するにいたり、該婦人は夫のもとを去った事実が明らかにされた。かかる事情のもとで、貴族院は離婚の請願をみとめることが公益に反すると判断し、夫の姦通は妻に

よってすでに宥恕されたことが明らかであるにかかわらず、その請願を容れていない。さきの Norfolk 公の件と對比するとき、宥恕の事実を無視してまで、夫の非行を重く考えた点で注目しよう。

もう一つの「*Simmon*」氏の離婚に関する件（一八四五）⁽³⁵⁾においては、夫が司教裁判所で別居判決を得たのち、貴族院に離婚を請願した。貴族院は、宿屋の主人として従業員には高額給料を支払っている夫が、妻に対する扶養義務を履行しなかったため、妻が余儀なく売春に走ったものと認定し、彼女が互責を抗弁としたかどうかを考慮することなく、これまた夫の請願をみとめていない。扶養義務不履行は別居原因ではないから、夫に姦通または虐待の事実がない以上、互責を適用する余地はない。当面の場合、貴族院は最終的な判断のよりどころとして、むしろ公益を念頭におき、一般に教会裁判所が妻の経済的な利益を保護する意味をも含めて互責を適用したのと軌を一にし、公益の立場から夫の請願を斥けたものと考えられる。

以上のように、イギリスにおいて、いわゆる卓床離婚は教会裁判所が審理し、立法離婚は貴族院が扱うため、互責の問題も両者に現われるという二元的な状態は、ヴィクトリア女王の時代、一八五七年八月二十八日の婚姻訴訟事件法第六条により、離婚管轄権が教会裁判所から新設の離婚裁判所（*court of Divorce and Matrimonial causes*）に移され⁽³⁶⁾、卓床離婚に代わる裁判別居（*Judicial separation*）と並んで、離婚訴訟も可能となり、立法離婚が姿を消すにいたるまでつづく。ところで、同法第二七条は夫婦それぞれについて姦通を離婚原因と規定するが、夫の側からは妻の姦通を主張すればよいのに反し、妻は夫の近親相姦、姦通を伴う重婚、強姦、男色、獣姦、虐待あるいは遺棄を伴う姦通を立証する必要があった。離婚原因について夫婦は不平等な扱いをうけている⁽³⁷⁾。これまで、立法離

婚によれば、妻からの請願は夫の単なる姦通のみでは足らず、近親婚的姦通、再婚的姦通あるいは放蕩・遺棄・虐待を伴う姦通を理由として、はじめてみとめられた⁽³⁸⁾。かかる立法離婚の慣行がそのまま裁判離婚に引き継がれる結果となっている⁽³⁹⁾。また、第三一条本文は宥恕・共謀および承認を絶対的な請求棄却事由とし、但書により、「互責」という文言は使われないが、原告の姦通を七つの裁量的 (discretionary) な棄却事由の一つと定めた。すなわち「原告が婚姻中に姦通したこと、訴の提起もしくは続行が不相当に遅延した責任が原告にあること、原告が被告に虐待を加えたこと、被告の姦通より以前に原告が正当な理由もなく被告を遺棄し、または故意に別居したこと、被告の姦通を誘発するが如き故意の無視または不行跡のあったこと、を裁判所が認定するならば、離婚判決を言渡す義務を負わされない (shall not be bound)」⁽⁴¹⁾。

姦通が唯一の離婚原因であり、妻が原告の場合は、さらに前示のような付加的な事由を立証しなければならない。しかし、被告たる妻が提出する互責の抗弁としては、夫の単なる姦通のみで充分ということになる。なお、別居原因にすぎない虐待または遺棄⁽⁴²⁾を夫婦双方について抗弁の一つに教える。原告にも離婚原因たる非行があるとの意味での互責には当たらないが、姦通を理由とする離婚の訴に対し、被告は別居原因にすぎない虐待または遺棄をも請求棄却事由と主張できるわけである。一五五二年の教会法典改正案を別とすれば、互責はこのときをはじめ法律の上に規定されたわけで、これを問題とする判例の展開もそれ以後のことに属している。とはいえ、現実に裁判所の裁量を求めたものは、離婚裁判所の *Morgan v. Morgan* (一八六九) 事件にいたるまでほとんどなかったという⁽⁴³⁾。

(1) カノン法に婚姻取消原因は十一個あった。詳細は *Scott, Nullity of marriage in canon Law and English Law*,

Selected Essays on Family Law, p. 233.

(2) 穂積重遠「イギリス離婚法略史」離婚制度の研究三三頁—三三三頁。

(3) Bryce, Marriage and Divorce under Roman and English Law, Select Essays in Anglo-American legal History. Vol. III, p. 824; Kitchin, A History of Divorce, p. 180.

(4) Chrimes, English constitutional History, p. 172; Bryce, op. cit., p. 824.

(5) 今井登志雄「英國社会史」二六四頁。

(6) Kitchin, op. cit., p. 181.

(7) 一六六六年の「リース案 Lord de Roose の離婚問題」についての法律が最初のものといふので。維廉は Jackson, The Formation and Annulment of Marriage, p. 31.

(8) Ilbert and Carr, Parliament, p. 154; Mackenzie, The English Parliament, pp. 54—55.

(9) Bearnier, The doctrine of Recrimination in Divorce proceedings, University of Kansas city L. R. Vol. 10. p. 237.

(10) Winfield. Public Policy in the English common Law, Select legal Essays, p. 256.

(11) 凶面にならば「ヒールマン判事が公認する」の概念が「御し難う馬」(unruly horse) といふに比喩したもので、驍馬の危険性を含みつつあるといはれよう。

(12) Winfield, op. cit., p. 258.

(13) Knight, Public Policy in English Law, L. Q. R. Vol. 38, p. 207.

(14) Winfield, op. cit., p. 247.

(15) Bearnier, op. cit., p. 238; Journal of the House of Lords. Vol. 15, p. 20.

(16) 費用を多くした場合に七〇〇ポンドなら八〇〇ポンドを要したといふ。McGregor, Divorce in England, p. 17.

(17) McGregor, op. cit., p. 11; Mueller, Inquiry into the State of divorceless society, University of Pittsburgh L.

R. Vol. 18, p. 546.

- (18) Kitchin, op. cit., pp. 181-182.
- (19) McGregor, op. cit., p. 12.
- (20) McGregor, op. cit., p. 12.
- (21) Latry, *The Law and practice in Divorce and Matrimonial causes*, p. 22.
- (22) Laty, op. cit., p. 22.
- (23) Laty, op. cit., p. 22.
- (24) *The Matrimonial causes Act*, 1950, p. 13.
- (25) 一五五三年の教会離婚法 (*The Ecclesiastical Licence Act*) または一七五三年のノードヴィック郷の婚姻法 (*Lord Hardwick's Marriage Act*) が再婚の禁止を設けていたかどうか、明らかでない。
- (26) Madden, *HandBook of the Law of persons and Domestic Relations*, p. 259.
- (27) Bearer, op. cit., p. 240.
- (28) Madden, op. cit., p. 259.
- (29) Kitchin, op. cit., p. 181.
- (30) McQueen, *Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and legitimacy as administered in the Divorce court and in the House of Lords*, pp. 92-93; *Journal of the House of Lords*, Vol. 42, p. 141.
- (31) Bearer, op. cit., p. 240.
- (32) ヘンリー八世が一五五三年の「教会上訴令」によって教会裁判所からローマへの上訴を禁止したため、それに代るものとして一五三四年に設置した上訴教会裁判所である。一八三二年に廃止された。
- (33) McQueen, op. cit., p. 93.

- (33) *Beamer, op. cit.*, p. 240. *Journal of the House of Lords*. Vol. 46, p. 435.
- (35) *Beamer, op. cit.*, p. 240: *Journal of the House of Lords*. Vol. 77, p. 410.
- (36) *Latey, op. cit.*, p. 2: *McQueen, op. cit.*, pp. 32-33.
- (37) 夫の単なる姦通が離婚原因とされ、夫婦が平等になったのは一九二三年の婚姻訴訟事件法第一条による。*Latey, op. cit.*, p. 1154.
- (38) 穂種重遠「夫の姦通」家族制度全集第二卷一六五頁。
- (39) 妻からの請願がみとめられたのは、立法離婚の行われた一世紀半を通じて四、五件にすぎなかった。一八五九年から六三年の間に離婚裁判所に提起された訴は、夫によるもの六二パーセント、妻からのもの三八パーセントであった。*McQueen, op. cit.*, pp. 11, 40.
- (40) *Latey, op. cit.*, pp. 1132-1133.
- (41) *Latey, op. cit.*, p. 1133.
- (42) 一八五七年の婚姻訴訟事件法第十六条は別居請求原因として、姦通・虐待および二年以上の正当な理由のない遺棄の三つを規定している。教会裁判所のみとめた別居原因に遺棄が加わったわけである。
- (43) *Divorce-Recrimination-The English doctrine of Judicial discretion, Virginia L. R. Vol. 19, p. 402.*

右の二および三で教会裁判所と立法離婚に関連してのべたのは、イングランドの話であった。これと対比すると、スコットランドは事情を異にしている。

エドワード六世(一五四七—一五五三)の治世、一五五二年に「教会法典改正案」が作成された直後、メリー女

王（一五五三—一五五八）の一五五七年にローマとの宗教的なつながりが断たれたとき以来、スコットランドにおいては、ローマ教会の教会裁判所の管轄権を引きついで監督裁判所（*commissary court*）がキリストの教えにしたがい、夫婦双方について姦通を理由とする絶対離婚を許していた⁽¹⁾。長老派教会の牧師は離婚をみとめるのに最も熱心であったといわれている。それより前、スコットランド王ジェームス五世により、一五三二年に民事最高裁判所としてエジンバラに控訴院（*court of session*）が創設された⁽²⁾。同裁判所は一五六〇年八月二十四日の宗教改革を経て、一五七三年法第五五章により、姦通を理由とする離婚判決に加え、四年間の悪意の遺棄にもついで監督判事の言渡した復帰を命ずる判決を執行する権限を与えられた⁽³⁾。具体的には、「夫婦の一方が充分の理由なく、他方を避け、しかも悪意でその状態を四年間継続するならば、被害配偶者は他方の復帰を監督判事に告訴し、もし被告が復帰を命ずる判決を無視すれば、原告は控訴院に判決執行令状（*letters of horning*）を請求できる」というのである⁽⁴⁾。執行令状も効果がなければ、もう一度、教会の手に事件が移り、教会は最初に訓戒を与え、最終的には破門を言渡すことになり、悪意の遺棄を理由とする離婚の訴は、これをまっしてはじめて提起できる⁽⁵⁾。慣例によれば、監督判事は遺棄が一年継続すれば復帰を命ずる手続にとりかかれるが、離婚判決の言渡には、遺棄の開始から四年間経過する必要がある⁽⁶⁾。

イングランドでは一八五七年の婚姻訴訟事件法によってはじめて離婚がみとめられ、しかも離婚原因について、夫婦はなお不平等な扱いをうけているのと対比するとき、スコットランドの早期かつ徹底した宗教改革に思いをいたさなければならない。もともと、同地には早くから新教思想が急速に受け入れられており、ジョン・クノックス

はルーテルの見解にしたがい、次のようにのべている。「ひとたび合法的に締結された婚姻は、われわれの主イエス・キリストが証人であるから、人間が自由に解消することはできない。ただ、姦通がなされ、その事実が民事裁判所の面前で満足のいく程度に立証された場合、無責配偶者は婚姻からの自由を宣言され、有無配偶者は神の命のまま、死の苦しみをうけるべきだ⁽⁸⁾」というのである。これが同地方の宗教改革を促進し、早期に離婚を許す原因の一助となったことは想像に難くない。

ここで当面の問題たる互責の原則についてみれば、イングランドの例と同じく、ローマ法およびカノン法に由来するこの原則が永らく効力をもっていた。⁽⁹⁾バンクトン卿によれば、互責は「姦通を理由とする離婚請求に対し、有効な抗弁」となる。夫婦双方の姦通にかぎって互責を適用する意味と考えられる。しかし、一方において、かかる見解は妥当ではないと疑問を呈し、「夫婦の一方の不貞が充分な離婚原因となるのに対し、双方の不貞は婚姻関係を継続させる結果となるのは矛盾している」⁽¹⁰⁾と反論されている。一七八七年のある事件では、裁判所は妻が夫からの離婚請求に対し、互責を反訴の理由とするのをみとめたが、そのことは妻が離婚判決の言渡を完全に阻止するため、互責を抗弁するのを妨げるものではない旨を付加している。⁽¹¹⁾だが、降って Lockhart v. Henderson (一八七〇) 事件⁽¹²⁾において、「裁判所の見解によれば、互責は夫婦財産の結末に影響を及ぼすことはあっても、離婚請求を阻止すべき抗弁とはならない」と明言するにいたった。被告配偶者が離婚請求を阻止するため、原告の非行を立証することは許さないが、原告の非行を理由に離婚反訴を提起するのは差支えないわけである。反訴が提起された場合、双方の訴それぞれについて機が熟するまで、不必要な遅延が生じないかぎり、判決を言渡すことはできない。⁽¹³⁾スコット

ランドにおいて、互責が離婚請求に対する抗弁にならないことは、ここで確立されるにいたっている。

ところで、アードミラン卿はかかる見解に対し、*Brodie v. Brodie* (一八七〇年) 事件⁽¹⁴⁾において、次のようにのべることができる旨、すでに *Lockhart* 事件によって決定されている。だが、双方の離婚請求をみとめるか、一方にのみ離婚判決を言渡すかは、別個の問題である。私の見解によれば、婚姻契約には、該契約が当事者双方によって誠実に遵守されるべき、神と人の面前における義務が、本来的かつ奥深く加わっている。離婚は無責配偶者のために用意された救済であり、夫婦双方が有責の場合を予定していない。イングランドの法律にはこの趣旨で最高度の先例が存在し、スコットランドの古い法律も同趣旨であった。もしわれわれの先例が、これとちがった趣旨を争いの余地なく決定したのでなければ、私はスコットランドの法律が健全かつ有益なものであり、同じ原則がイングランドおよびスコットランドの離婚法に適用をみるべきであると考へたい。」アードミラン卿はさらに翌年の *Walker v. Walker* (一八七一年) 事件⁽¹⁵⁾でも、「婚姻の絆は余りにも神聖なものであるから、双方の非行を理由に解消されることはできない。これこそ宗教改革に当ってスコットランドの宗教改革者たちのとった婚姻観であり、同時にこれがスコットランドの古い法律を成していた」旨をくり返し強調するのが注目される。

離婚判決を無責配偶者にのみ与えられる救済とみる立場からする卿の右のような批判にもかかわらず、スコットランドにおいて、原告の離婚請求を阻止するため、被告は互責を抗弁にできないが、反訴請求の理由とすることは可能とされ、現行法たる一九六四年の離婚法 [*Divorce (Scotland) Act*] のもとにおいても変りはない⁽¹⁶⁾。これがイン

スウェーデンの離婚法と異なる重要な点の二つに数えられてゐる。⁽¹⁷⁾

- (1) Walton, A Handbook of Husband and wife according to the Law of Scotland, p. 54; McGregor, Divorce in England, p. 5.
- 上野雅和「イングランドにおける宗教改革と離婚」家族の法社会学二九三頁—二九四頁にもかかる事情に触れられる。
- (2) McQueen, A practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and legitimacy as administered in the Divorce court and in the House of Lord. p. 25.
- (3) 'Scotts Law,' Encyclopedia Britanica. Vol. 20. p. 178.
- (4) Bryce, Marriage and Divorce under Roman and English Law, Select Essays in Anglo-American legal History. Vol. III, p. 824; Erskine, The principles of the Law of Scotland, p. 76.
- (5) Erskine, op. cit., p. 76.
- (6) Erskine, op. cit., p. 76.
- (7) Erskine, op. cit., p. 76.
- (8) McGregor, op. cit., p. 3.
スウェーデンの宗教改革については松田智雄「宗教改革」一七一頁—一八〇頁、ベイントン出村彰訳「宗教改革史」一九六頁—二〇一頁。
- (9) Bishop, Commentaries on the Law of Marriage and Divorce. Vol. II, fifth ed. p. 62; Bishop, New commentaries on Marriage, Divorce and separation, Vol. 2, p. 165.
なかでスウェーデン法と大陸法との関係については水田義雄「英法学序説」四〇頁—四六頁。
- (10) Erskine, An institute of the Law of Scelaud, pp. 174—175.

- (11) Erskine, op. cit., p. 175.
- (12) Erskine, op. cit., p. 175.
- (13) Bishop, Commentaries, op. cit., p. 62; New-commentaries, op. cit., p. 165.
- (14) Cases decided in the court of session, 3d series. Vol. VIII, p. 856.
- (15) Cases decided, op. cit., Vol. IX, p. 1095.
- (16) Martindale-Hubbell, Law Dictionary. Vol. IV. p. 3269.
- (17) Bell, Principles on the Law of Scotland, p. 597.