

離婚請求棄却事由の研究——互責論（二）

——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（以上四卷二・三号）

第四節 アメリカへの継受

第二章 初期の立法と判例（本号）

第三章 有責性比較の原則

第四章 最近の事情

第五章 結び——破綻主義への遠い道

離婚請求棄却事由の研究——互責論（二）（村井）

## 第四節 アメリカへの継受

十七世紀のはじめにアメリカの植民地が開かれた当時、イギリス本国では教会裁判所が離婚管轄権を行使し、互責を宥恕・承認および共謀と並べ、別居請求棄却事由として適用していた。これらがいかなる過程を経てアメリカに継受されるにいたったか。ひいてはイギリス教会法のアメリカへの継受の事情いかなるにつきに検討する必要がある<sup>(1)</sup>。じてくる。アメリカへの母国法の継受としては、その前にコモン・ローおよび衡平法の二つについて問題となる。

一般に新領土に適用する法律をいかに決定するか。スペイン、オランダ、フランス、イタリー、ドイツ等のローマ法系の国々は、植民地取得原因のいかんを問わず、自国法的に新領土の法制を築いていく政策をとった。<sup>(2)</sup> イギリスはこれと事情を異にする。ブラックストーンはつぎのようにのべている。すなわち、「もし無人の土地が発見され、イギリス国民によって植民が行われるならば、その当時効力をもつイギリスの全法律(すべての国民の生得権である)が、そこに直ちに施行される。しかし、このことは非常に多くかつ重要な制約のもとに理解しなければならぬ。

移住者達は、初期の植民地における彼等自身の境遇および諸条件に適用し得るイギリス法<sup>(3)</sup>たとえば相続および人的侵害からの保護に関する一般的な諸規則<sup>(4)</sup>のみを携えていく。だが、すでに固有の法律をもっている土地を征服あるいは割譲によって得た場合、国王がかかる法律に現実に修正を加え、変更することになるが、それまでは旧来の法律が、異教徒の地のものであれば神の法に反する部分を除いて、いぜんとして効力を有する<sup>(5)</sup>」というのである。

では、アメリカ太平洋岸の新領土は、右のいずれに該当することになるか。ブラックストーンによれば、アメリカ諸植民地は征服によって土着の住民を追放(いかなる自然的な正義をもってそうしたのか、ここでは問わない)

するか、あるいは交渉によって得たものであつて、原則として後者の種類に属するとみる。<sup>(4)</sup> そうだとすれば、国王によつて変更されるまで、いかなる法律が存したというのであろうか。これに関する説明はない。もともと、インディアンの部落の性格それ自体がたしかなものではなく、彼等の存在も確実に肯定されないから社会的な組織を欠くことからみて、この地は本質的に無人の地であつたと主張してもよい。<sup>(5)</sup> かかる事情から、一般にはブラックストンのいう前者の例つまり植民によつたものと考えられている。したがつて、各植民地のそれに対する態度について問題がないわけではないが、コモン・ローおよび衡平法の移入・継受は、一応自然のこととして承認されよう。

(1) コモン・ローの継受については、平良「アメリカにおけるコモン・ロー継受」法学研究二八卷三号二三頁以下、水田雄「アメリカ法学の出発点」早稲田法学二四卷一冊一頁以下、同「アメリカ法学の形成時代」早稲田法学二六卷一冊一頁以下。継受の仕方に三つの型のあつたことは伊藤正己「アメリカ法入門」二五頁―二七頁。

(2) 高柳賢三「英国公法の理論」英米法講義 第二卷四三七頁―四三九頁。

(3) Radin, *The Rivalry of common Law and civil Law ideas in the American colonies, Law-A century of Progress*, Vol. II, p. 414.

(4) Radin, *op. cit.*, p. 414.

(5) Radin, *op. cit.*, p. 414.

## 一 植民地とイギリス教会法

コモン・ローあるいは衡平法とは別に、当面の問題たるイギリス教会法に焦点をしなければどうであらうか。植民

時代、イギリス教会の裁判所で適用されていた教会法が無理なくアメリカに継受される事情にあったかどうか。バ  
ージニアのようにイギリスの国教が公にみとめられたところは格別<sup>(1)</sup>、ニューイングランドの清教徒植民地につい  
ては、否と答えるほかはない。主な理由は二つあるように思われる。宗教的な事情がその一つをなす。

イギリス(イングランド)において、ヘンリー八世の宗教改革およびエリザベス女王時代、一五五九年のイギリ  
ス教会の独立を経ても、婚姻不解消主義はいぜん固持された。だが、イギリス清教徒の祖といわれるジョン・フ  
ー(一四九五—一五五五)が教会の儀式礼典に痛烈な批判を加えて以来、改革を主張する清教徒はその数を増し<sup>(2)</sup>、  
エリザベス朝末期には、イギリスのプロテスタントの約四分の三は清教徒であった<sup>(3)</sup>。彼等は個人によってなされた  
「良心的信義に発する任意契約」(Willing covenant of conscious faith)を基本的な前提におき、個人の良心と判  
断を第一とした。いかなる権威も彼等を正当に強制することはできないが、各人は自己の選択した結果を引き受け、  
甘受しなければならぬと考える<sup>(4)</sup>。清教徒の個人主義的な概念とはまさにこれである。かくて、婚姻サクラメント  
主義・婚姻不解消主義を否認すると同時に、聖書を正当に解釈すれば離婚を許すべきであつて、別居制度はとるべ  
きでないと主張していた。ジェームス一世(一六〇三—一六二五)の治世、圧迫をうけた教徒はついに一六二〇年、  
オランダを経て新大陸に向つた。イギリス教会の婚姻不解消主義に対してつとに反対を唱え、しかもれっきとした  
プロテスタントであつた清教徒が、信仰の自由と安住の地を求めてアメリカに移住したのであるから、教会法を携  
えていくはずがないという事情が考えられる。ニューイングランドに移住した清教徒が、聖書の字義ではなく、そ  
の精神をなすものと解釈するところにより、姦通および遺棄に留めず、類似の非行を広く含めて離婚原因とみとめ

また必ずそうだったわけではないにせよ、夫と妻を法律上で同等に取扱っているのも自然の勢であろう。彼等が教会法に対してどのような態度をとったか、キッチンが引用するアメリカのある歴史学者の言葉からも容易に推測できる。それによると、「別居および婚姻契約の解消を伴わない別居扶助料は新教の立場においては異例のことに属し、有責配偶者よりも無責配偶者を強く罰する結果となり、清教徒のもっている主義と相容れないものであった」という。<sup>(6)</sup> 清教徒はコモン・ローに対して嫌悪の情をもっていたが、<sup>(7)</sup> 教会法については宗教的な見地から反感をいだいていた。まして、ロンドンの僧正がアメリカ各植民地の上に、名義だけにせよ、精神的管轄権をもつというのみで、<sup>(8)</sup> なんらか形だけの教会裁判所が設立されるのをみとめるのは、余りにも現実にくぐわぬことであつた。

婚姻はもはやサクラメントではなく、民事契約として、通常は総督 (Governor) の面前で締結されており、<sup>(9)</sup> 婚姻については、ニューヨークで一六六五年、ペンシルバニアで一六八二年にこれに関する法律が制定されたといわれる。<sup>(10)</sup> ペンシルバニアではロンドン市孤児裁判所 (Court of orphans of the city of London) にならつて検認裁判所 (Probate court) を設けはしたが、<sup>(11)</sup> 離婚管轄権をもつ裁判所は各植民地を通じてまだ存在せず、専ら総督と参事会 (Council) によつて許され、<sup>(12)</sup> 議会がその地位をうけついでからは、イギリスにならつて立法離婚が漸次に確立されていった。<sup>(13)</sup> かかる方法による離婚は、植民時代を経て一七七四年の独立宣言を契機にいわゆるアメリカ法形成時代に入つても、いくつかの州で行われていたといふ。<sup>(14)</sup> 一方、独立戦争 (一七七五—一七九三) の初め頃から「教会と国家を分離」すべき要求が次第に強まっていたが、一七七六年のバージニアの権利章典が宗教の自由を宣言し<sup>(15)</sup> たのを契機に急速に広まり、<sup>(16)</sup> 一七九一年の連邦憲法修正第一条において、「連邦議会は、国教の樹立を規定し、もし

くは宗教の自由な礼拝を禁止する法律を制定してはならない」ものとし、教会と国家は完全に分離されるにいたった。かような状態のもとで、離婚をいかに規定するかは、もはや教会の関与すべき事柄ではなく、純粹に国家法上の問題に移されていたはずである。

イギリス教会法がそのままアメリカに継受されなかった理由のもう一つとして、当時、本国の法律を植民地に継受するに当っては、<sup>(18)</sup>コモン・ローおよび衡平法のみがイギリスの法律であって、教会法は別個の法体系と考えられていた事情があげられる。教会法が右の両者と並んで継受される必然的な理由は少しもなく、アメリカ諸州の離婚法は全く独自の規定<sup>(19)</sup>(Original provision)ということになる。コモン・ローの継受において先駆的地位を示したニューヨーク州の一連の判例は、途中で見解を変えながらも、最後にはこの趣旨をのべるにいたっている。<sup>(20)</sup>

- (1) Radin, *Hand Book of Anglo-American Legal History*, p. 109.
- (2) 一般にイギリスにおける清教徒の興起については高木八尺「米國政治史序説」五三頁―七三頁。
- (3) 気賀重躬「教会と文化」六〇頁―六一頁。
- (4) Pound, *The spirit of common Law*, p. 42.
- (5) Calhoun, *A social History of the American Family, from colonial times to the present*. Vol. I, p. 146.
- (6) Kitchin, *A History of Divorce*, p. 216.
- (7) 水田義雄「アメリカ法学の出発点」早稲田法学二四卷一冊六頁―七頁。
- (8) Meckean, *Canon Law in the American Jurisdictions*, Dickinson L. R. Vol. 39, p. 92.
- (9) Kitchin, *op. cit.*, p. 212.

- (9) Jacobs and Goebel, *Cases and other materials on Domestic Relations*, p. 379.  
 ペンシルバニア州では降って一八一五年三月十三日法が互責・宥恕および承認を、姦通を理由とする離婚請求に対する棄却事由と定むべし。 Brightly, *A Digest of the Laws of Pennsylvania from the year 1700 to the 28th day of May 1853*, pp. 252-253.
- (11) McKean, *op. cit.*, p. 92.
- (12) 各植民地における総督と参事会との関係については高木八尺・前掲書一六五頁—一七〇頁。
- (13) この間の事情は Lichtenberger, *Divorce Legislation, Selected essay on Family Law*, p. 864; Jacobs and Goebel, *op. cit.*, p. 379; Madden, *Handbook of the Law of persons and domestic Relations*, p. 260; Kent, *Commentaries on American Law*. Vol. II, pp. 124-127.
- (14) Sweet, *The story of religion in America*, pp. 172-174, 189-192.  
 一例として、オハイオ州では一七八七年から一八〇二年にいたる北西部準州の時代に三件の立法離婚が行われ、その後一八四七年までの間に約一〇〇件を数えつゝる。裁判上の離婚原因に當らない事由による救済がこれに求められたようである。 Marshall and May, *The Divorce court*. Vol. 2. Ohio, pp. 130-133.
- (15) 高木末延「宮沢編」*人権宣言集*「一一二頁」。
- (16) 詳細な事情については Sweet, *op. cit.*, pp. 189-192.
- (17) 高木末延「宮沢編」前掲書一二〇頁。
- (18) 大阪谷公雄「アメリカ離婚原因の研究」*民商法雑誌*二二卷一〇号四三頁—四四頁。  
 イギリス教会法とロモン・ローの関係については Scrutton, *Roman Law influence in chancery, church courts, admiralty, and Law merchant, Selected essays in Anglo-American legal History*. Vol. I, pp. 225-226.

(9) *Beamer, The Doctrine of Recrimination in Divorce proceedings, University of Kansas city L. R. Vol. 10, p. 241.*

(20) (Note) *Recrimination and Alimony — Are they compatible? Syracuse L. R. Vol. 13, p. 563.*

## 二 ニューヨークの事情

ニューヨークはもともとオランダの植民地に属し、ニューネーデルラント (*Nieuw-Nederlands*) とよばれていた。同地の政府はオランダ本国の法律に準拠したというが、離婚については本国のそれはどうであったか。オランダはナポレオン法典を一八一〇年に継受したが、<sup>(1)</sup>それ以前、一五一七年以降の宗教改革時代にすでに離婚をみとめていた。<sup>(2)</sup>それまで婚姻はカノン法によって規制され、離婚は知られず、教会裁判所によって別居判決のみが言渡された<sup>(3)</sup>にすぎない。<sup>(3)</sup>本章・第二節にみたように、夫婦一方の姦通・精神的姦通および重大な虐待が別居原因になったと思われる。だが、宗教改革はオランダの地に二つの重要な変化をもたらす結果となる。離婚がみとめられ、婚姻事件の裁判管轄権が世俗裁判所に移されたこと<sup>(4)</sup>がそれである。かくて、一六五〇—一六〇年頃、オランダの植民地ニューネーデルラントでは、本国にならって姦通を理由に離婚判決を言渡し、現に一六五五年、五七年および六四年に一件づつ、計三件みられる。<sup>(5)</sup>ここでこれらの内容には触れない。その後、一六六四年にいたり、イギリス人がとって代り、ニューヨーク植民地となった。<sup>(6)</sup>同地の住民は当初からのオランダ移民、他の植民地からの移住者およびイギリス本国からきた人々と、多彩な様子を呈しており、マサチューセッツあるいはコネティカットにみられるような

住民相互の密接な関連は存しない。種々の利害関係を視制するために、これらの住民はコモン・ローの体系によることを切に求めた。<sup>(7)</sup> かかる事情と関連し、もしニューヨークが独立戦争（一七七五—一七七八）の頃まで引続いてオランダの手にあり、一方、ナポレオン法典がもう五〇年早く、必要な註釈と共に英語で出版されていたと仮定すれば、今日アメリカ全土で、修正されたイギリス法に代り、修正されたロー法が行われていることも充分ありそうに思える<sup>(8)</sup>との説明がみられる。国民的な連体感情と愛国心の増大にしたがって、アメリカ法の統一と調和が要求されるにいたったとき、ニューヨーク州がコモン・ローをアメリカの諸事情にうまく適合させ、アメリカ法の発展・発達における指導的な地位ないし役割を果たすことになる事情に照らし合わせ、<sup>(9)</sup> 当を得たものといわなければならないし、また注目の必要があろう。

ニューヨークにおいて、一六六五年に離婚に関する法律が制定されたといわれるが、これは「ヨーク公の法律」<sup>(10)</sup> (The Duke of York's Laws. 1665-75) を指すようである。同法は当時アメリカにあったイギリス諸植民地の制定法からよせ集めて編纂<sup>(11)</sup>されており、このことは「Laws」と題する最初の条項のなかで明示されている。<sup>(12)</sup> それより前、イギリス王チャールズ二世（一六四九—八五）は一六六四年三月二十六日に、弟ヨーク公をコネティカット河の西岸からデラウェア湾の東岸にいたり、ロングアイランドその他を含む地域の領主に封じた。ついで、公によって任命された最初の総督ニコルスは、ロングアイランド、ウェストチェスターおよびスターテンアイランドをもつてヨークシャー地方 (District of Yorkshire) を創設し、住月に告示を發し、各タウン (Town) から二名の代表者をへムステッドで開かれる集會に送るよう求めた。ニコルスは総督に就任後わづか四カ月で法典を完成したが、主

にニューイングランドの清教徒植民地たるマサチューセッツおよびコネティカットの法律を基礎としている。<sup>(14)</sup> 具体的には、前者の一六四一年の百カ条から成る「自由体系」<sup>(15)</sup> (The Body of Liberties) 一六四八年の「法律と自由」<sup>(16)</sup> (The Laws and Liberties)、後者の一六五〇年の七十七カ条から成る「法律体系」<sup>(17)</sup> (A Body of Laws) がそれに当る。ニコルがこれらを基礎とした理由として、彼がアメリカ法はイギリス法よりも、アメリカの要請にこそ適合するものでなければならぬと考えたこと、および同法を主としてロングアイランドの清教徒タウンを目標に作成したことがあげられる。<sup>(18)</sup> 一六六五年三月十一日の集会で、ウエストチェスターとロングアイランドの十七のタウンから選ばれた三十四人の代表者によって、「ヨーク公の法律」が可決・公布され、ヨークシャー地方に施行された。マサチューセッツの一六四八年の「法律と自由」と同じ形式で、序数は付されていないが、アルファベット順に九十一の条項から成る。同法は当初、離婚について何も触れず、第六十六番目の条項で、「いかなる場合に再婚を罰してはならないか」との表題のもとに、四つの例をかかげるにすぎなかったが、原草案が採択された直後に、「……すべて離婚事件において、あらゆる訴訟手続は、もし訴を提起するならば、別居により、さもなければ体刑および罰金ないし拘留に処するイングランドの法律に従うこととする」旨が付加されるにいたっている。<sup>(19)</sup> その後、一六七三年夏にニューヨーク植民地は再びオランダにとり戻されたが、翌七四年二月、イギリスの手に帰り、さきのヨーク公の法律も、事実上、もとのまま再制定された。<sup>(20)</sup> このように、植民地時代のニューヨークでは、姦通を理由とする離婚をみとめるオランダの離婚法が先在したにもかかわらず、これをひき継ぐことなく、本国の法律にならって別居のみみとめていたわけであろう。とはいえ、イギリス本国とちがって、教会裁判所はもとより、離婚管轄権をも

つ裁判所もまだ存在するにいたっておらず、総督が専らその役を果たしたのが実情のようにみうけられる。

ところで、一六六五年のヨーク公の法律は第十四番目の条項を「巡回裁判」(Assizes)と題し、巡回裁判所(Court of Assizes)を設けたが<sup>(21)</sup>、一六八三年に植民地議会がはじめて召集されたとき、同議会によって廃止され、その代り、一六九一年の裁判所法(The Judicature Act)でイギリスの高等大法官裁判所(High court of chancery)にならうて大法官裁判所(Court of chancery)が新たに設けられた<sup>(22)</sup>。だが、本国の許可なく、植民地議会の議決にもよらず、総督がいわば独断的に設けたためもあってか、議会からのほげしい反対に直面しなければならなかった。かかる裁判所を置くこと自体が不必要と考えられたからではなく、総督が植民地に衡平法裁判所を設立する権限をもっていかどうか、総督および参事会によって同裁判所を構成するのが妥当かどうか、いずれも疑わしいし、加えて判決の内容が圧制的であり、時間と費用を必要としたため、裁判所への出頭がわづらわしいものとみなされたのも、理由の一つに数えられる<sup>(23)</sup>。そのためであろうと考えられるが、一七一二年にいたり、時の総督ハンターは米国の商務・植民委員会(Board of commissioners for Trade and plantation—八人の委員から成る)の許可を得て、正式に衡平法裁判所を開設すべき旨を宣言した。しかし、一七二七年に議会はその同意を得なかったことを理由に、右裁判所設置法案を否決してしまつた<sup>(24)</sup>。とはいえ、大法官裁判所はその間いぜんとして存在をつづけており、離婚管轄権がまだ付与されていないことに変わりはない。

一七七七年四月二十四日に採択されたニューヨーク州憲法は第三五条に、「……これまで共に植民地の法律を構成していたイングラントのコモン・ロー、イングラントおよびグレートブリテンの制定法、および植民地議会の法律

は、一七七五年四月十九日現在で効力を有する限度において、引き続き当州の法律となるものとする。ただし、立法部が随時、これに変更を加え、新たな規定を設けることを妨げられない」とて、<sup>(25)</sup>コモン・ローを正式に継受した。のちに第二章・二節の一でのべるが、カリフォルニア州は一八五〇年にコモン・ローを継受したから、それより一八五年以前のことには属している。植民地時代の法律が州の法律となつたけれども、離婚および婚姻訴訟事件に関するイングラントの法律、つまりイギリス教会法は、すでにのべたように、コモン・ローおよび衡平法とは別個の体系と考えられたため、植民地の法律の一部を構成することなく、したがって州の法律ともならなかった。一六八三年に植民地議会が成立して以来、イギリスにならって提出されたいわゆる立法離婚の請求は、すべて<sup>(26)</sup>斥けられたのが実情である。また、前示憲法によって大法官裁判所が正式に承認をうけ、ロバート・リビングストンが州としては初代の大法官に任命されるにいたつた。<sup>(27)</sup>

一七八七年三月三十日、州になって最初の離婚法が制定され、同年法第六十九章を成すが、その前文はつぎのようになる。「現在、当州において、姦通に関し施行されている法律はきわめて不完全なものである結果、申立は立法部に対し、その介入を求めて行われる。また、事実に関する公正にして合憲的な審理なしに、立法部が不公平な解釈にもとづいて個々人の救済を与えるよりも、かかる事件のため、なんらかの一般的な規定を設ける方が立法部にとつて一そう得策と考えられる。それゆえ……」<sup>(29)</sup>というのである。つねに請求が斥けられている立法離婚に代え、裁判離婚のための法規および諸制度の確立が急がれたことと思われる。前示離婚法は、姦通を理由とする場合にかぎり、同裁判所が被害配偶者の請求にもとづいて離婚判決を言渡す権限を<sup>(30)</sup>みとめ、離婚訴訟は衡平法上の手続とし

た。こと離婚に関し、さきにもたように、清教徒の植民地として比較的自由的な見解を示したニューイングランドに對するとき、ニューヨークは、当初からイギリス教会およびイギリス君主制の封建的な精神の影響が大きかったためもあつてか、自由はきわめて抑制されたのが真相のようである。<sup>(31)</sup>

右の離婚法には互責をはじめとする請求棄却事由に関する規定は、まだ存しなかつた。ニューヨーク州で請求棄却事由をはじめて姿をみせるのは、離婚ではなく、別居に関連している。すなわち、一八一三年四月十三日法の第十條は、妻は残酷かつ非人道的処遇、遺棄または扶養義務不履行を理由に、夫に對して別居を請求することを認め、<sup>(32)</sup>さらに第十三條では、夫が「彼の所為を正當ならしめるような原告の非行」を互責の抗弁として立証するのを許した。<sup>(33)</sup>互責は妻の別居請求に對する夫の抗弁としてはじめて登場したわけであるが、その後、一八二四年四月十日法の第十二條により、夫の側からの別居請求がみとめられたとき、妻の抗弁としても許されるにいたつた。<sup>(34)</sup>翌一八二五年の大法官裁判所規則第一六五号は、原告がかかる事由の不存在を宣誓供述書 (affidavit) でのべるべき旨を定める。さらに一八二七年十二月四日に議會を通過し、一八三〇年一月一日から施行された修正法 (Revised Statutes) は、前示一八一三年法および一八二四年法の規定を、文言を少し変えながらとり入れ、さらに互責のほか承認および宥をも離婚請求に對する棄却事由とみとめることになる。

修正法の第二部は、「動産および不動産の取得・享有および移転、家族関係、および私権と関係する他の諸事項に關する法律」と題し、第八章に「家族関係」を規定する。<sup>(37)</sup>同章・三八條で姦通を理由とする離婚管轄権を大法官裁判所から控訴裁判所 (Supreme court) に移したが、第四二條によれば、<sup>(39)</sup>「たとえ姦通の事実が立証されても、裁判

所は下記の場合、離婚請求を棄却することができる (may deny)。①非行が原告の周旋あるいは承認によってなされたことが明らかなきとき、②非行が被害配偶者によって容赦され、該容赦が明白な証拠により、あるいは非行の事実を認識したうえで行われる夫婦の自発的な同居により立証されるとき、……④もし被告が無責ならば離婚請求権を有するような事情のもとで、原告にもまた姦通のあったことが立証されるとき」と定めている。大法官裁判所は一八四六年の憲法第六條・三節によって廃止されるが、<sup>(40)</sup>離婚管轄権はそれに先立って一八三〇年に控訴裁判所に移し、承認・宥恕および互責を同裁判所の任意的な請求棄却事由としたわけである。

その後、一八四八年七月一日から施行された訴訟法典 (Code of procedure) は同四九年四月十一日に改正され、コモン・ロー訴訟と衡平法訴訟の対立を廃止し、すべての民事訴訟に共通の単一訴訟方式—法典体制 (Code system) ないし法典訴訟 (Code pleading) を採用したが、<sup>(41)</sup>三九一條から四九三條に増えた同法には、請求棄却事由に關する規定はみられない。前示一八三〇年の修正法の規定は、降って一八八〇年五月六日に、訴訟法典に代って施行された民事訴訟法典 (Code of civil procedure) の第一七五八條に<sup>(42)</sup>うけつがれた。同條によれば、言葉使いが少しちがひ、「以下にのべるそれぞれの場合、たとえ姦通の事実が立証されても、原告は離婚判決をうける権利を有しない (not entitled to divorce)。①非行が原告の周旋あるいは承認によってなされたとき、②非行が原告によって容赦されたとき。容赦は非行の事実を認識したうえ、肯定的に、または夫婦双方の自発的な同居によって立証されてよい。……④もし被告が無責ならば離婚請求権を有するような事実のもとで、原告もまた姦通の責を負うとき」と定める。条文の文言を字句どおりによむかぎり、修正法では任意的な請求棄却事由であったものが、絶対的なそれ

に変わったとみななければならぬ。

かか背景のもとで、ニューヨーク州の判例はコモン・ローとイギリス教会法の関係について、どのような見解を示したであろうか。当初、Williamson v. Williamson (一八一五) 事件<sup>(43)</sup>において、大法官ジェームス・ケントによれば、「この問題（離婚）に関するイギリスの諸判例の一般原則は、新設された衡平法管轄権の一分野に、制定法のもとで適用されるものと考えなければならない。……制定法が本裁判所に離婚管轄権を付与したとき、その権限を注意深くかつ制限的に行使するため、コモン・ローおよび衡平法の確立された諸原則が、ここに採用され適用されるべきものと意図していた」とのべる。彼は教会法がコモン・ローの一部をなすとみたのか、あるいはコモン・ローと別個のものと考えたのか、必ずしも明らかでない。しかも、一八一五年当時、離婚請求に対する棄却事由の規定は何も存しない。かかる場合、ケント大法官は、イギリス教会裁判所で連綿と適用されてきたいくつかの別居請求棄却事由を、同州の法官裁判所が離婚法を解釈・適用するに当り、姦通を理由とする離婚請求に対する棄却事由の指針にすべきものと考えたようである。

その後、Burtis v. Burtis (一八二五) 事件<sup>(44)</sup>において、「当州がまだ植民地であった当時<sup>(44)</sup>に存していた離婚および離婚原因に関するイギリス法は、主として教会法であり、コモン・ローではなかった。……植民地および州の法律としてコモン・ローを採用したわれわれの祖先は、教会法がコモン・ローの一部をなすものとは考えなかった。われわれの制定法は明らかに、以前には不可能とされた離婚を許す意図をもつ独創的な規定である」とはっきりした見解が打ち出された。しかし、ニューヨーク州ではじめて互責が問題になった Wood v. Wood (一八三〇) 事件<sup>(45)</sup>で

は夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したところ、妻はその事実を否認し、夫が彼女を恐怖におとし入れ虚偽の自認書を作成させたことを明らかにし、さらに夫の姦通の事実をも立証した。裁判所はこれに対し、ロンドンの司教裁判所の *Foster v. Foster* (一七九〇) 事件の判決を引用し、「該事件でストウエル卿は、アメリカ革命よりずっと以前の、確立されたイギリス法を示している。したがって、これこそ本件が提起されたときの法律であり、いまやわれわれの法律に具体化されている。……離婚判決は夫婦の一方の犯罪(姦通)を理由とし、無責配偶者のためのみに与えられる。もし双方が有責であれば、いずれも救済をうけられない」とのべ、さきのケント大法官と同じ趣旨を示した。だが、最後に控訴裁判所の *Erkenbraugh v. Erkenbraugh* (一八八四) 事件<sup>(46)</sup>にいたり、*Burtis v. Burtis* (一八二五) 事件の見解に立ち帰り、教会法はコモン・ローの一部を成すものでない旨を明示している。

離婚法をイギリス教会法と別個の独自の規定とするニューヨーク州の最終的な見解と並び、他の多くの州では、教会法がコモン・ローの一部としてアメリカに継受され、制定法によって変更をうけないかぎり、いぜんとしてその一部であるとみる<sup>(47)</sup>。ビンヨップもこの見解をとるが、彼は、「コモン・ローの一部をなしていた教会法は、それを適用する裁判所が存在しないため、二世紀ほどの間冬眠していたけれども、独立戦争後、離婚管轄権をもつ裁判所が設立されたとき、長い眠りから覚めた<sup>(48)</sup>」とのべている。休止理論<sup>(49)</sup>(*Abeyance theory*) とよばれるゆえんである。これによれば、教会法は眠りから覚めたのち、コモン・ローの一部として積極的なはたらきを開始し、離婚法に規定されたかどうかを問わず、互責をはじめとする請求棄却事由は適用可能であり、かつ合理的と判断されるかぎり、実際的な効果を發揮するにいたったと考えられよう。果して教会法はコモン・ローの一部を成していたのかどうか。

一部であったのが事実としても、アメリカに継受されたのち長い間眠っていたのかどうか。問題はさらに多くの資料による広範囲な検討を必要とするのはいうまでもないが、今日にいたるまで一致した見解は存在せず、いずれの説も多くの支持をうけているといわれる。<sup>(50)</sup> 諸般の事実からみて、ここでは一応、教会法とロモン・ローを別個のものとするニューヨーク州の見解によるのが妥当ではないかと考えられる。キッチンがビショップの説をおどろくべきものと批評する<sup>(51)</sup>のも、右の妥当性をある程度まで裏書してよい。

(1) Bras = Ancel, Divorce et separation de corps dans le monde contemporain. I. — Europa, p. 223.

(2) Bras = Ancel, ci-dessus, p. 223.

(3) Bras = Ancel, ci-dessus, p. 223.

(4) Bras = Ancel, ci-dessus, p. 223.

参考のため、現行オランダ民法 (Burgerlijk wetboek) によれば、離婚原因として①姦通、②四年以上の自由刑を伴う有罪判決、③五年以上の悪意の遺棄、④重大な侮辱あるいは致命的な虐待、⑤五年間の別居 (van tafel en Bed) の五つを規定している。Bras = Ancel, ci-dessus, pp. 223-226; Boschan, Europaisches Familienrecht (Australand) S. 195.

(5) Spaletta, Divorce in colonial New York, The New York Historical society Quarterly. Vol. XXXIX, pp. 422-425.

(6) Kocourek, Sources of Law in the U. S. of North America and their relation to each other, A. B. A. J. 1931 oct, pp. 676-677.

(7) Reinsch, The English common Law in the early American colonies, Selected essays in Anglo-American legal History. Vol. I, p. 390.

- (8) Kocourek, op. cit., p. 677.
- (9) Reinsch, op. cit., p. 300. 水田義雄「アメリカ法学の出発点」早稲田法学二四卷一冊九頁。
- (10) 民法の全文は Colonial Laws. 1664-1775. Vol. I, pp. 6-72. に掲載されている。一六九一年まで効力を有していた。
- (11) Colonial Laws, op. cit., p. 6.  
 別の説明によれば「ヨーク公の法律は多くの項目においてニューイングランドの伝統とかけはなれていたが、主としてニューイングランド諸植民地の法律から編集された」といわれる。 Goodwin, Dutch and English on the Hudson, The chronicles of American series. Vol. 7, p. 138.
- (12) Colonial Laws, op. cit., pp. 6-7.
- (13) Spalletta, op. cit., p. 426.
- (14) Hawke, Colonial Experiences, p. 223.
- (15) Howe, Readings in American Legal History, pp. 181-185. 以下の一節がみられる。
- (16) Howe, op. cit., pp. 219-232.
- (17) 水田義雄・前掲書一四頁。
- (18) Hawke, op. cit., p. 223.
- (19) Spalletta, op. cit., p. 426: Colonial Laws, op. cit., Vol. I 以下の規定がみられる。
- (20) Spalletta, op. cit., p. 427.  
 Howard, A History of Matrimonial institutions. Vol. II, p. 383 以下の理由として「ヨーク公の法律は当初より空文 (dead letter) でありたる標準である。」
- (21) Proctor, Origin of chancery court in New York, Albany L. J. Vol. LVI, p. 173: Colonial Laws, op. cit., pp.

- (22) Proctor, op. cit., p. 173.
- (23) Proctor, op. cit., p. 173.
- (24) Walsh, The growing functions of Equity in the development of the Law, Law-A century of progress. Vol. III, p. 149; Reinsch, The English common Law in the early American colonies, Selected essays in Anglo-American legal History. Vol. I, p. 394.
- (25) Burtis v. Burtis, Hopkins chancery (N. Y.) Vol. I, p. 637; Friedman, Matrimonial property Law, p. 315.
- (26) Levy, Jurisdiction of New York court in Divorce and separation actions, New York university L. Q. R. Vol. VII, p. 435.
- (27) Proctor op. cit. 438. 彼は一八〇一年五月一日迄の職を退した。
- (28) Spretta, op. cit., p. 438.
- (29) Spretta, op. cit., p. 438.
- (30) Purrington, Of matrimonial actions as equity suit and of the pleadings therein, Col. L. R. Vol. 9, p. 327; Kent, Commentaries on American Law, Vol. II, p. 116.
- (31) Calhoun, A social History of the American Family from colonial times to the present. Vol. 1, p. 183.
- (32) Helm, Recrimination and Alimony — Are they compatible? Syracuse L. R. Vol. 13, p. 564.
- (33) Helm, op. cit., p. 564.
- (34) Helm. op. cit., p. 564.
- (35) Purrington, op. cit., p. 327.

- (36) The Revised Statutes of the state of New York. Vol. II, p. 1105.
- (37) The Revised Statutes. op. cit., p. 236.
- (38) The Revised Statutes, op. cit., pp. 226-255.
- (39) The Revised Statutes, op. cit., p. 235.
- (40) 田中英夫「アメリカ的司法部觀の形成過程に関する一研究——一八四六年のニュー・ヨーク州憲法會議における司法部に關する論議」法学協會雜誌七八卷四号七八頁。
- (41) 田中和夫「アメリカにおける單一訴訟方式」訴訟法学と実体法学七七頁。  
同法が制定されるまでの経過については桜田勝義「アメリカ民事訴訟法典の成立と發展——フィールド民事訴訟法典を中心とした——」民商法雜誌五二卷四号二九頁—三五頁に詳し。
- (42) Gilbert, The Law of Domestic Relations of the state of New York, p. 52.
- (43) Johnson's chancery (N. Y.) Vol. I p. 488.
- (44) Hopkin's chancery (N. Y.) Vol. I. p. 628.
- (45) Paige's chancery (N. Y.) Vol. 2, p. 108; Helm, op. cit., p. 566.
- (46) New York (court of Appeals) Vol. 96. p. 456.
- (47) Beamer, The doctrine of Recrimination in Divorce proceedings, University of Kansas city L. R. Vol. 10. p. 241.
- (48) Kitchin, A History of Divorce, p. 216.
- (49) Beamer, op. cit., p. 242; Helm, op. cit., p. 563.
- (50) Beamer, op. cit., p. 241.

### 三 離婚法制定の背景

コモン・ローとイギリス教会法を別個の体系とみるかぎり、前者を継受したアメリカ大西洋岸の諸植民地ひいては諸州において、離婚法の立法者が後者をもそのまま採用すべき必然的ないわれは存しない。ここで再びビショップの言葉を借りると、「この国の離婚法は、離婚に関する不文法について余り知識をもっていない人々、あるいは知識があつても、かかる不文法を考慮に入れる価値はないと判断した人々によつて起草された」<sup>(1)</sup>。離婚に関する不文法とは、カノン法およびイギリス教会法でとられていた諸原理、そして教会裁判所の判例を貫く考え方を指しているよう。すでに独立戦争以前、イギリス教会は「アメリカの僧正」(American Bishop)を任命して、アメリカにおけるイギリス国教の監督を厳格にしようとしていたが、それを急速に実行に移そうとした。<sup>(2)</sup>イギリス教会に対する異端者が多数を占める各植民地がこれに反対し、宗教的自由を要求したのも、独立戦争の一要因をなしていた。武器をとつてまで独立を戦いつた相手イギリスの法律、とくに教会法に対し、立法者が感情的なわだかまりを示したとしても自然であろう。それにも増して、旧教ないしイギリス国教の教義による教会法をそのまま受け入れる社会的な基盤は、もはやアメリカに存在しなくなつていた。<sup>(3)</sup>かかる状態のもとで、離婚法の制定について、立法者が新教の教義を根本原理としたであろうことは想像に難くない。別居と並んで離婚をみると、その原因も、さき<sup>(4)</sup>にみたニューヨーク州は別として、旧教の別居原因たる姦通および虐待にかぎることなく、類似の非行をも含めて限定

的列挙主義により、裁判離婚のみで協議離婚を許さない。なお、新教も有責主義をとる点では教会法と同じであった。本稿に問題としている互責をはじめ、宥恕・承認および共謀は、別居しかみとめない教会法のもとで別居請求<sup>(5)</sup>棄却事由とされていたが、改めて離婚請求に対する棄却事由に採用されたのではなからうか。そうだとすれば、立法者が教会法を採用すべきいわれはないというのも、それを全面的に排除してしまったことを意味しない。離婚法の基本原理として有責主義をとる点で新教は教会法と同じであり、ほかに参考にできるものがなかったことと相まって、両者に共通する事項につき、立法者もある程度は教会法を参考にせざるを得なかったであろう。モリス・プロスコウイがニューヨーク州の例をあげ、「立法者達は夫婦のいずれか一方に重大な非行のあつた場合にのみ離婚の訴を提起できるとするイギリス教会法の概念を最も肝要なものとして採用した<sup>(6)</sup>」とのべるのも、事情を一端を示していよう。古びてはいるが決して老朽化していない「衡平と善こそは、法のなかの法である」(Equum et Bonum est lex legum)<sup>(7)</sup>との原則に改めて生命が吹き込まれたと考えられる。

また、当時すでに十三州は連邦国家へ統一の途上であり、離婚法を實際に運用する判事達も、植民時代とは一変し、専門の法律家が重要な役割を演じており、しかもイギリス本国で法律学を修めた人々であつた<sup>(8)</sup>。彼等は教会裁判所の法理に馴れ親しみ、充分に造詣を深めていたはずである。たとえ立法者は教会法に対し、感情的なわだかまりをもっていたとしても、判事達は法律家として、純粹に法律的な立場から考察をめぐらすことができたと推測される。近代的な離婚法は制定されたが、植民時代からの法律的遺産を除けば、實質的には白紙の状態であり、それいかなる内容を盛るかは、すべて判事のなすべき仕事として残されていた。ブライスもいのように、「すべて法は、

過去と現在、伝統と便宜との妥協である。それゆえ、法が現在のものを扱っていても、単なる分析のみでは、いかなる法体系をも完全に説明することは不可能である<sup>(9)</sup>。判事達は離婚法を解釈・適用するに当り、離婚原因あるいは請求棄却事由について、教会裁判所が長年月にわたって展開してきたほう大な判例を参考にした結果、裁判の実際面において、教会法の法理が積極的かつ広範囲にとり入れられることになった<sup>(10)</sup>。この事実を疑をさしはさむ余地は残されていない。キッチンもつぎのように説明している。すなわち、「判事は教会裁判所の判例のみならず、カノン法、バイブルの章節そしてイギリス教会の一般祈禱書<sup>(11)</sup> (common prayer) を併わせて参照した。独立戦争の時代から、彼等はイギリス教会裁判所の慣例・カノン法の多くの規定——たとえば、別居・婚姻無効・妻に対する夫の優先権——にしたがった。事実、配偶権回復を除くすべてのイギリスの法律は、アメリカの法制のなかに、立法機関によってではなく、判事による解釈を通じて、とり込まれるにいたった。アメリカの離婚法は他のいかなる国のそれにも増して判事制定法 (Judge-made Law) であり、しかもカノン法の多くの規定がアメリカで採用された事実は、宗教改革によって否認されたカノン法をその後プロテスタント諸国の判事が採用したことと対比できる<sup>(12)</sup>」というのである。アメリカ諸州の離婚法とイギリス教会法との関係は、以上にみたところによって明らかとなろう。

- (1) Kirchin, *A History of Divorce*, op. 218.
- (2) Sweet, *The Story of religion in America*, pp. 172-174. 高木八尺「米國政治史序説」一九四頁—一九五頁。
- (3) Sweet, op. cit., pp. 172-173.
- (4) Calhoun, *A social History of the American Family*. Vol. I, p. 146.
- (5) 穂積重遠「クリスト教の婚姻非解消主義」離婚制度の研究二八三頁—二八四頁。

- (6) Plosewe, Truth about Divorce, p. 95.
- (7) Mckean, Canon Law in American Jurisdictions, Dickinson L. R. Vol. 39, p. 93.
- (8) 水田義雄「アメリカ法学の出発点」早稲田法学二四卷一冊四三頁―四五頁。
- (9) Mckean, op. cit., p. 93.
- (10) 判例拘束制の原理からみて、イギリスの判例がアメリカにおいていかなる効力を有するかは、むづかしい問題である。そのうち、イギリス教会裁判所の判決は、制御力のある権威ではないけれども、大いに尊重されたという。楠本英隆「英米法における判例法の一考察」早稲田法学二五卷一冊一六〇頁。
- (11) ドーリー、八代欽一訳「教会の歴史」一五七頁―一五九頁、一六四頁―一六五頁、松田智雄「宗教改革」二〇七頁―二〇八頁。
- (12) Kirchin, op. cit., p. 217.

#### 四 離婚と陪審

イギリス教会裁判所からアメリカ大西洋岸の諸州へうけ継がれた互責をはじめとする請求棄却事由は、その後いかなる発展の道を進んだか、詳細は次章以下にゆづることとし、ここでは離婚訴訟の手續上、わが国とちがって陪審 (Jury) の関与が<sup>(1)</sup>みとめられ、現在にいたるまで<sup>(2)</sup>変わっていない点に注意しておく必要がある。もともと、イギリスにおいて、陪審制度はコモン・ロー裁判所のみが採用しており、離婚事件を審理した教会裁判所はカノン法の職権主義的な訴訟法によったため、陪審は用い<sup>(2)</sup>なかった。一七九一年のアメリカ連邦憲法修正第七条は、「係争金額が二十ドルを越えるコモン・ロー上の訴訟について、陪審による裁判を保存する」旨を規定したが、これは連邦裁判

所におけるコモン・ロー上の事件のみに関しており、<sup>(3)</sup> 衡平法上のそれはもとより、州が管轄権をもつ離婚事件も対象になっていない。その結果、離婚事件に陪審の関与をみとめるかどうかは、ひとえに各州の憲法あるいは法律の規定にまつことになるが、<sup>(4)</sup> イギリス教会裁判所の手続にならったかぎりでは、それをみとめるべき必然的な理由は少しも存在しない。イギリスでは、離婚訴訟の管轄権を教会裁判所から離婚裁判所へ移した一八五七年の婚姻訴訟事件法が第二八条ではじめて、「……夫婦双方または一方は、のちにのべるように、争ある事実問題について、陪審による審理をうけるべく主張することができると規定し、陪審の関与をみとめた。ハンベリーによれば、「いかなる人の徳性も、彼の同郷人十二人の評決がその喪失に賛成しないかぎり、失われることはないとの原則にもとづいている」<sup>(6)</sup>。その後、一九二五年の最高司法裁判所 [Supreme court of Judicature (consolidation) Act] の第九九条・(t)・(h)および第一七七条によって廃止され、現在では一九五〇年の婚姻訴訟事件規則 (Matrimonial causes rules) 第二九条により、陪審が関与しないのが原則とされる。<sup>(7)</sup> いかなる理由で廃止されたのか、事情は明らかでないが、それはそれとして、離婚事件への陪審の関与に関するかぎり、時間的にみて、むしろアメリカの方が先じている。

これをニューヨーク州についてみれば、陪審は最初の総督ニコルスがこれを導入し、ニューヨークおよびハドソン河沿いの住民によって黙認されたが、<sup>(8)</sup> きわめて非公式のもので、そのうえ簡単な仲裁裁判の方式によっており、評決 (verdict) はしばしば二者択一的に行われた。<sup>(9)</sup> そして、一六六五年のヨーク公の法律は第十六番目の項目を「陪審員および陪審」 (Jurors and Juries) と題し、陪審裁判をうける権利を保証したが、<sup>(10)</sup> 一六九一年の裁判所法

もこれを明記している<sup>(12)</sup>。陪審員たる資格要件は一六九九年法によつてはじめて規定された。それによれば、二十一才以上の自由人 (Freeman) で、立派な家屋 (good House) または十エーカーの自由土地保有者 (Freeholder) であることが基本となる。ニューヨーク市およびオールバニーでは、抵当権のついていない住宅または正味五十ポンドの動産があれば、充分とされる。外国人はみとめられない。未成年の白人男子の約三分の二は資格を有しなかった。郡部では農夫および職人が多数を占め、都市では商人および工員が多かつたといわれる<sup>(13)</sup>。その後、一八三〇年の修正法第三部・七章・四節・一の第十三条<sup>(14)</sup>は、前示の資格要件に変更を加えた。具体的には二十一才から六十一才までの、タウンに居住する男子で、二五〇ドル以上の動産または一五〇ドル以上の自由土地保有者であり、病身または老衰でなく、公正な性格、定評ある誠実さ、健全な判断力および充分な知識を具えることが要求される。

当面の問題たる離婚と陪審との関係についていえば、右の修正法第二部・八章・一節・四十条<sup>(15)</sup>にはじめて規定が設けられた。同条によれば、「もし非行の事実が否認されるならば、裁判所は、答弁書で争われている事実の審理のため、仮装争点<sup>(16)</sup> (Feigned issue) がいずれかの巡回裁判所 (Circuit court) において、該審理に当るべき陪審によつて作成されるべく命ずるものとする。さらに裁判所は特別陪審 (Special Jury) に該審理を命じ、陪審員の名簿の調達および名簿からの扶消のために必要な指示を与え、またそれを要求するのが正義に合致すると考えるかぎり、該争点の再審理あるいは続行審理を許すことができる」旨を定めている。一七八七年以来、離婚事件は大法官裁判所において衡平法上の手続として行われており、この手続を厳密に貫くかぎり、コモン・ローに由来する陪審を離婚訴訟の審理にとり入れる必然的なゆえんは存しないし、できないはずである。そうだとすれば、陪審制度について、

イギリスにおける沿革にこだわることなく、それに関する全く独自の判断から離婚訴訟に結びつけたものといわなければならぬ。<sup>(17)</sup>

ところで、右にいう特別陪審は普通陪審 (Common Jury) に対するものである。イギリスでは一八二五年の陪審法 (Jurists Act) 第一条が普通陪審の年令・居所および財産的資格要件を定め、さらに第三十条は、一定の場合に設けられる特別陪審の社会的・財産的資格要件および選定方法を規定していた。<sup>(18)</sup> これに対比し、当面のニューヨーク州は一八三〇年の修正法第三部・七章・四節・三に、「特別陪審について」と題し、第四十条ないし第五二条に選定方法を明記したが、社会的・財産的な特別の資格要件には何も触れていないのが注目される。降って、一八八〇年の民事訴訟法典第一七五七条が前示修正法の規定をうけ継いで、つぎのようにのべる。「もし被告が答弁書で姦通の主張を争うとき、裁判所は当事者一方の申立にもとづき、該争点を陪審によって審理すべく命じなければならず、職権でそうすることもできる。そのため、審理される問題を準備し、決定しなければならぬ」<sup>(21)</sup> 一八四八年の訴訟法典によって、民事訴訟が単一の訴訟方式になったのちも、離婚訴訟は衡平法上の手続とされながら、モン・ローに由来する陪審をいぜんとしてこれに結びつけているわけであって、ニューヨーク州にみられる独特な方式といえよう。<sup>(22)</sup>

右のように、ニューヨーク州では離婚訴訟に陪審の関与をみとめている。離婚原因としては姦通が唯一のものであり、前示第一七五七条によれば、夫婦の一方の申立または裁判所の職権にもとづき、陪審の審理できる争点は姦通の事実の有無にかぎられる。もっとも、陪審の評決には二種類ある。一般評決 (General Verdict) では、陪審が

自己の認定した事実<sup>(23)</sup>に裁判所によって説示 (direction) された法律を自ら適用して、原告または被告勝訴の評決をなし、いかなる事実を認定したかについて何も答申しない。これに反し、特別評決 (Special Verdict) では、陪審は争点たる事実の存否のみを認定し、法律の適用ないし勝敗の決定は裁判所の仕事として残される<sup>(23)</sup>。かかる前提のもとに、当面の問題たる請求棄却事由を考へるとき、互責と宥恕および承認とは事情がちがってくる。

まず、互責についてみよう。被告配偶者が原告の主張を否認し、かえって原告の姦通を抗弁とするか、または反訴請求の理由とする場合、もし陪審が関与し、特別評決を命じられれば、夫婦の一方または双方に姦通の事実がある旨のみの評決を答申するにちがいないが、一般評決では、さらに互責に関する裁判所の説示にもとづき、場合に依りて原告または被告勝訴の評決、もしくは互責の適用による双方敗訴の評決を答申することになる。一例をあげれば、*Reiersen v. Reiersen* (一八九八)<sup>(24)</sup>事件において、夫の離婚請求に対し、妻が彼女の非行を否認し、夫の姦通を理由に離婚反訴を提起したとき、陪審が関与し、姦通の事実について夫の有利かつ妻の不利、つまり妻のみに姦通がある旨を評決した結果、裁判所は評決にもとづいて、夫に離婚判決を与えた。妻はこれに対し、陪審の評決は証拠の評価を誤り、法に違反しているとの理由で控訴したが、陪審の判断に誤りはないとて、原判決が容認されている。これによってもわかるとおり、互責の問題は陪審の関与のもとに審理をうけることが許されるといつてよい。

一方、宥恕または承認が問題になる場合はどうであろうか。原告の離婚請求に対し、被告が宥恕または承認を抗弁とするか、被告の互責の抗弁に原告が宥恕または承認を主張するとき、たとえ陪審が関与していても、宥恕また

は承認の問題は、申立にもとづき、また申立がなくとも互責と切りはなし、陪審の関与しない別個の開廷期 (term) による判断に付されることになる。Hulse v. Hulse (一九二〇) 事件<sup>(25)</sup>では宥恕が問題となっている。この事件において、夫に離婚請求に対し、妻が答弁書で夫の姦通つまり互責を主張したので、夫は進んで宥恕を抗弁とした。妻はすべての争点が陪審によって審理されることを望んだが、夫は宥恕の問題を特別開廷期 (Special term) で審理されるよう申し立てた。裁判所法 (Judiciary Law) 第一四八条<sup>(26)</sup>によれば、離婚事件につき管轄権を有する各郡の控訴裁判所では、特別開廷期と審理開廷期 (trial term) が、それぞれ少くとも前者が一年に一回、後者が二回、開かれなければならない。当面の場合、夫は審理開廷期において右の申立をしたわけである。妻はこれに異議をのべ、宥恕についても陪審で審理すべきであると主張した。判例所はこれに対し、「離婚訴訟において、陪審により審理されるべき唯一の争点が姦通であることは、法によって適切に決定されている。この規定は民事訴訟法典第一七五七条に含まれる。それゆえ、宥恕に関する争点を特別開廷期で審理すべく求める夫の申立はみとめられる」と判断している。要するに、同一事件で互責と宥恕または承認が重複して争われるとき、互責は陪審による審理が可能とされるが、宥恕または承認については、申立があれば、別個に控訴裁判所の特別開廷期で陪審の関与なく審理が行われるし、申立がなくとも当然にそうなる。もっとも、陪審による審理が絶対に許されないのではない。夫婦が姦通以外の争点についても陪審の審理をうけることに合意すれば、陪審の判断に付される例がみられる。

承認が抗弁とされた Hartmann v. Hartmann (一九四九) 事件<sup>(27)</sup>がそれに当る。この事件において、夫の離婚請求に対し、妻は承認を抗弁とし、双方の合意のもとに陪審が両争点について双方の主張をみとめた。そこで、妻は裁

判所に夫の請求を棄却する判決言渡を求めた。裁判所はこれに対し、「すべての争点の解決は、審理のための特別開廷期による判決をまたなければならぬ。姦通の争点に関する陪審は決定のみが裁判所を拘束する。夫婦が姦通以外の争点について陪審の審理をうけるのに合意しても、陪審の機能が勧告的なものにすぎないという事実を変えるものではない」とのべ、妻の申立を斥けている。つまり、宥恕または承認の問題は、夫婦の合意のもとに陪審の判断に付してもよいが、互責に関する場合と異り、陪審がいかなる判断を下しても、勧告的なものにすぎず、裁判所を拘束することはない。最終的には特別開廷期の審理にもち込まれるわけである。なお、前示の民事訴訟法典第一七五七条はその後、一九二〇年の民事手続法 (Civil practice Act) 第一一四九条<sup>(28)</sup>にうけ継がれている。

他の諸州は離婚法は陪審の関与について、いかに規定しているか。アラバマ、アーカンソー、カリフォルニア諸州を含め、二十三州は離婚事件に陪審の関与を排斥する<sup>(29)</sup>。サウスカロライナ州もこれに含まれるが、同州ではのちに第四章・十九節に指摘するとおり、一九四九年の離婚法によって約七十年ぶりに離婚をみとめた。同法第一条は、「婚姻の絆からの離婚の訴は、すべての事件について、民事訴訟裁判所の衡平法管轄権に属する」旨を定める<sup>(30)</sup>。これはニューヨーク州の場合と反対に、離婚訴訟を衡平法上の手続と定めることによって、コモン・ローに由来する陪審の関与を排除する結果となっている。本稿でこれらの州の判例が出てくるとき、陪審の関与はもともと問題になっていないことに注意すべきであろう。これに反し、ジョージア州では一八六一年法の第一六九条に、「離婚判決は上級裁判所 (Superior court) によって言渡され、離婚 (total) と別居の二種とする。絶対離婚のためには、同一または別個の開廷期における二つの特別陪審の一致した評決が必要とされる。別居判決は、一つの特別陪審の

評決にもとづいて与えられる」とて、他州にみられない、つねに特別陪審の関与を必要とする独特の規定を設けて以来、最近にいたるまで變つていない。<sup>(32)</sup>

ジョージア州を含めて十九州が陪審の関与をみとめている。<sup>(33)</sup> ある州では、被害配偶者が出廷して原告の主張を争うとき、必ず陪審が関与しなければならず、その評決が離婚判決の前提要件となる。<sup>(34)</sup> また、陪審の評決は、離婚請求の当否の判断に影響を及ぼすすべての争点につき、明らかに証拠法則に反するとの理由で取り消される場合のほか、つねに裁判所を拘束するけれども、別居手当および子の監護の問題については勧告的な効力しかない州もある。<sup>(35)</sup> 陪審が関与するのは夫婦双方または一方の請求によるか、裁判所の職権によるか、あるいは強制的なものか、州によつてちがつている。

このように、離婚訴訟に陪審の関与する余地がみとめられるにわかかわらず、本稿ではとくに請求棄却事由をめぐつて争われる判例に範圍を絞るためもあつてか、陪審が関与したものは余り見出せない。また、この問題に関する論文・資料も、参照できたかぎりではきわめて少い。わづかにイリノイ州・クック郡の事情を一見できたのみである。同州の一九五九年法によれば、「被告が審理に出廷し、原告の主張事実を否認するとき、いずれの側も陪審による裁判を請求できる」。<sup>(36)</sup> だが、クック郡のある判事の言葉によれば、被告が審理した数千件の離婚事件のうち、陪審の用いられたのはわづか三件に留まった。その一件は証拠提出に先立って和諧が成立し、一件は証拠提出後に和諧し、もう一件は新聞の第一面を数カ月にわたつて占め、数年間も裁判所を緊張させる地方的に有名な訴訟になつたといわれる。<sup>(37)</sup> もとより、これのみですべてを推測することはできないが、数からみると、一般に離婚訴訟に陪審



の問題をめぐって争う普通の民事事件と異り、いくら離婚の危機に直面しているとはいえ、これまで長い間生活を共にしてきた夫婦にとって、他人に知られたくないプライベートな諸事情を専門の裁判官でない素人たる十二人の陪審員の前に明らかにするが如きはとうてい耐えられない。さらに、前示のとおり、一般に陪審員は感情に走り易いから、離婚事件の原告が夫か妻かによって、事実認定に当って示す態度がちがってくとも考えられる。たとえば、夫の妻に対する虐待は離婚原因として容易に認定するが、反対の場合は厳格に解するといった風である。ここから、原告たる妻は陪審の関与を求めるのが有利となり、夫が原告であればその関与を辞退する例も想像できよう。夫婦それぞれの立場からみると、陪審の関与はある場合に有利となり、ときには不利ともなる。有利と判断されるかぎりその関与が求められてよさそうであるが、かかる事情は見当らない。これを裁判所の側からみれば、離婚訴訟における争点はしばしば複雑な様相を示すため、素人たる陪審員よりも訓練を経た裁判官の方がより良い事実認定ができると考え、夫婦の双方または一方から陪審関与の申出のないかぎり、陪審を関与させることなく手続を進めるのが実情ではなからうか。離婚事件に陪審を関与させること自体、そもそも疑問が存在するし、実際上も余り利用されない。陪審裁判には訴訟費用が高つくこと、その他、理由はいろいろあるにちがいない、またわが国に存在しない特異な制度として興味を引かれるが、ここでは稿を進めるに当って必要と思われる事情を明らかにするに留める。

(一) 一般に陪審裁判 (Trial by Jury) という言葉が用いられるが、カプランはこれについて、職業的な裁判官に指導されず、陪審が単独で事件を審理するという意味での陪審裁判は存在しない旨を注意的にのべている。Kaplan, Trial by Jury, Talks

- on American Law, p. 44.
- (2) 田中和夫「英米法の基礎」一〇三頁、同「証拠法の基礎理論」法学理論篇147八六頁。
- (3) ハミルトンの反対がかわらぬ、シモンソン等の主張が通り、この規定が設けられたことは Hamilton-Jay-Madison, The Federalist, pp. 538-548. 熊谷弘「英米陪審制度の運用とその批判」司法研究報告書十一輯三号五五頁—五七頁。
- (4) A. J. Vol. 12, p. 319.
- (5) Lacey, The Law and practice in divorce and Matrimonial causes, p. 1132.
- (6) Hanbury, English court of Law p. 119.
- (7) Lacey, op. cit., p. 675.
- (8) Goodwin, Dutch and English on the Hudson, p. 318.
- (9) Reinsch, The English common Law in the early American colonies, Selected essays in Anglo-American legal History. Vol. I, p. 393.
- (10) Colonial Laws. 1664-1775. Vol. I. pp. 42-43.
- (11) (Note) Law in colonial N. Y.: The Legal system of 1691. Harvard L. R. Vol. 80, pp. 1765-1766.
- (12) (Note) op. cit., p. 1776.
- (13) (Note) op. cit., p. 1776.
- (14) The Revised statutes of the state of N. Y., Vol. III, p. 695.
- (15) The Revised statutes, op. cit., p. 236.
- (16) 時間と費用の節約のため、通常の訴訟の提起または訴答 (pleadings) を受ける目的で、一定の事実の真偽をいって、当事者が賭 (wager, bet) をしたことをして、その点を陪審に簡単に決定してもらふための手続。イギリスの衡平法裁判所は

しばしばこの手続によつて事実問題をコモン・ロー裁判所の陪審に廻付したといわれる。高柳「末延」英米法辞典「一八〇頁、増島六一郎「英法辞典」一三二頁。

(17) 平良「アメリカにおける連邦と州の法律問題」一五〇頁によれば、「特にアメリカにおいて注目すべきことは、離婚訴訟に陪審を認めていることである。若干の州においては離婚に陪審をみとめていないことはたしかであるが、それは少数に止つてゐる。このことからアメリカにおいては、離婚の教会法的な起源に拘束されることなしに、世俗の問題として解決されつゝる」ことが明白にあらはれる」といふ。

(18) Stephen, *New commentaries on the Law of England*. Vol. III, pp. 625-626.

(19) Stephan, *op. cit.*, p. 617.

(20) *The Revised statutes*, *op. cit.*, pp. 716-717.

(21) Gilbert, *The Law of Domestic Relations of the state of N. Y.*, pp. 44-45.

(22) 本章・第四節・二参照。

(23) ニューヨーク州の一八三〇年の修正法は第三節・四章・二節・八の第二一五条に一般評決と特別評決を定義している。

(24) *N. Y. Supplement*. Vol. 52, p. 509.

(25) *N. Y. Supplement*. Vol. 180, p. 714.

(26) *N. Y. Consolidated Law service*. Vol. 6, p. 70.

その後、一九四五年法第六四九章により、第一四七条と變つてゐる。

(27) *N. Y. Supplement*. 2d. Vol. 91, p. 529.

(28) Warren, *Gilbert-Bliss civil practice of the state of N. Y.*, pp. 205-206.

(29) 後註(33)に列挙する以外の州。谷口知平「北米合衆国婚姻法」新比較婚姻法Ⅱ三二六頁・第三表。

- (30) Sumner, *The South Carolina Divorce Act of 1949*, *South Carolina L. Q.* Vol. 3, p. 260.
- (31) *The code of the state of Georgia*. 1861, p. 333.
- (32) *Martindale-Hubbell, Law Dictionary*. Vol. IV, p. 433.
- (33) アラスカ、アリゾナ、コロラド、ジョージア、アイダオ、イリノイ、ルイジアナ、メイン、ミネソタ、ネバダ、ニューヨーク、ノースカロライナ、オレゴン、ペンシルバニア、テネシー、テキサス、ユタ、ウイスコンシン、ワイオミング諸州。
- (34) A. J. Vol. 17, p. 329.
- (35) A. J. Vol. 17, p. 329.
- (36) *Martindale-Hubbell, op. cit.*, p. 489.
- (37) *Virtue, Family cases in court*. p. 38.
- (38) 田辺公二「英米型事実審理と大陸型事実審理(三)」*法曹時報*十一卷六号二二頁、伊藤正己「アメリカ法入門」一二三頁—一二四頁。
- (39) *Shulman, Jury trial in civil cases — A study in judicial administration*, *Yale L. J.* Vol. XLIII, p. 870.
- (40) *Holds worth, A History of English Law*. Vol. I, p. 349.
- (41) 大森洪水「陪審法」*現代法学全集*二四卷二九八頁—三二〇頁。

## 第二章 初期の立法と判例

アメリカにおいて、一体いつ頃から、互責をはじめとする請求棄却事由が裁判所で問題にされるようになったのであろうか。植民時代には清教徒概念にもとづいて、婚姻はもはやサクラメントではなく、民事上の契約と理解さ

れ離婚の可能性も認められていた。しかし、離婚は可能であるというに留まり、実際それがひんぱんに行なわれたわけではない。当時の世論によれば、離婚は社会に対すると同じく、当該夫婦にも道德的な不幸をもたらすものであって、望ましくないとされていた。<sup>(1)</sup> 余程の事情のないかぎり、離婚を決意しなかつたであろう。ニューヨーク州の *Burris v. Burris* (一八一二) 事件<sup>(2)</sup> におけるサンドフォード大法官の言葉によれば、一七七五年以前のいわゆるニューヨーク植民地 (*colony of N. Y.*) 時代に行なわれた離婚は、一六七〇年から七二年にかけ、ラブレリス総督によって許された四件にすぎない。<sup>(3)</sup> また、マサチューセツツでは、一六三九年から九二年にかけて四十件の離婚が問題になったが、請求のみとめられたのは二十五件であつて、年平均して一件にも足りない。<sup>(4)</sup> これによつても当時の事情の一端は略々推測できるし、各州における裁判所が離婚管轄権を行使するにいたつたのちも、余り変化はみられない。大自然に直面する生活のきびしさが夫婦の結合を強固なものとし、そのため離婚の數も少なかったのではなからうか。離婚請求棄却事由が裁判上の問題として注目を惹きはじめてのは一八〇〇年代に入つてからのことで、それ以前、かかる事由の存在が争われた事件があつたとしても、わずかにすぎないし、資料の面でも何も見当らない。<sup>(5)</sup> そこで、本稿においては、参照し得た主要な判例を通して、裁判所が示した見解を詳しくあとづけてみたい。諸州の裁判所が請求棄却事由を適用するに当り、イギリス教会裁判所の判例が全面的に参考にされたことは、すでに指摘したところであるが、果してその見解をそっくりうけ継いでいったのか、あるいはなんらかの修正をほどこして適用していったのか、また新たな理論的裏付けがなされたとすれば、どの州の事件のなかにどのようなあらわれているか、参照し得た判例の數がかぎられているので、そのみから断定的な結論は下せないが、事情をあ

る程度は明らかにすることができると思われる。

- (1) Sirjamaeki, *The American Family in the twentieth century.* p. 34.
- (2) *Hopkin's chancery* (N. Y.) Vol. I. p. 628.
- (3) もっとも、別の説明によれば、一六九六年から七五年にかけて五件あったともいふ。Spaletta, *Divorce in colonial N. Y., The N. Y. Historical society Quarterly*, Vol. XXXIX, pp. 248-431.
- (4) *Queen and Adams, The Family in various culture*, p. 249.
- (5) アメリカ全土における離婚数について、信頼できる資料は一八六七年までしかさかのほれないといわれる。Sirjamaeki, *op. cit.*, p. 164.

### 第一節 オハイオ州

互責について参照し得た判例のうち、年代の最も古いものは、オハイオ州の *Mattox v. Mattox* (一八二六) 事件<sup>(1)</sup>である。この事件において、妻が姦通を理由に離婚の訴を提起し、その事実を充分に立証した。だが、妻の側の証人に対する反対訊問により、妻がほかの男と同棲し、子供までもうけている事実が明らかになった。裁判所はこれに対し、「原告たる妻は清い手と純潔な性格をたづさえ、夫と同じ破廉恥や非行で汚れずにやってこなければならぬ。当面の場合、夫婦双方に同様の非行がある。夫婦のいずれかに救済を与えるのは、罪に対する賜物をするに等しく」とのべ、妻の請求をみとめていない。

ここでは明らかに、「衡平法裁判所に救済を求める人は、清い手をもってこなければならぬ」(He who comes

into equity must come with clean Hands)とするクリーン・ハンズの原則にもとづいている。イギリスの衡平法がいわゆる大法官裁判所において、衡平を根本的な原理として展開されたことは、周知のとおりである。<sup>(2)</sup> 衡平法の諸原則は、大法官裁判所で衡平法の事件―特定履行 (specific performance)、差止命令 (injunction) を求め、詐欺 (fraud) あるいは不法契約 (illegal contract) を理由とする救済の請求―に適用されたにすぎない。離婚事件は教会裁判所の専属管轄に属し、そこで衡平法の原則が適用されることはなかった。<sup>(3)</sup> また、すでに明らかのように、イギリス教会法は正式にアメリカ諸州に継受されたわけではなく、教会裁判所も設けられるにいたらない。だからといって、離婚管轄権それ自体がコモン・ローあるいは衡平法に吸収されてしまったわけではない。<sup>(4)</sup> あくまでこれらと別個のものと考えられていた。そこで、立法部が離婚法を制定するに当っては、管轄権を行使する裁判所および手続の方法を明白にしなければならなかった。管轄権を衡平法裁判所に与えるか、コモン・ロー裁判所における衡平法上の手続とするか、その他の方法によるかは州によってちがうが、<sup>(5)</sup> 多くの州では、新たにそれを衡平法の手続とみとめた。教会裁判所の存在しないアメリカでは、衡平法裁判所がその精神において教会裁判所に最も親しいものと考え、離婚事件を該裁判所の管轄に属せしめたのだと説明されるが、<sup>(6)</sup> いずれにせよ、離婚事件の手続に衡平法の原則を適用する可能性がここではじめて開かれたとみてよいのではなからうか。

衡平法はもともと、人々の良心にはたらきかけて倫理的な要請を表明する特色を有したが、かかる倫理観が十八世紀に入ってクリーン・ハンズの原則に結集されることになった。チェーフイーによれば、「裁判所はクリーン・ハンズの原則を白髪の人 (Hoary with age) として尊敬しているが、現実にはシェックスピアの時代に発達した

「衡平法は普通法にしたがう」(Equity follows the Law)といった他のいくつかの格言と比較すれば、全くの子供にすぎない。クリーン・ハンズの原則は正確にはアメリカ合衆国憲法と同じ年令であり、たとえわれわれがこの原則を別の言葉であらわしたものを採しても、せいぜいジョージ・ワシントンの誕生直前にさかのぼり得るにすぎない」とされる。かかる事情を考慮に入れるとき、アメリカ諸州において、互責の理論的正当性が、当時すではつきりした姿をとるクリーン・ハンズの原則によって裏付けられたことを容易に推測できる。ポマロイもいうように、「衡平法裁判所は被告の側の正義・誠実・正直および良心的な態度を促進し、強行するが、原告として該裁判所にあらわれる人についても、同じくそれを厳格に要求する」これを当面の問題についてみれば、自己の側に非行のないときにかぎって離婚請求がみとめられる。もし、原告配偶者も非行をしておれば、「両当事者の情状ともに咎むべきものあるとき、被告が優る」(In pari delicto potior est conditio defendentis)との法諺どおり、すでに清い手を失っている原告の離婚請求は容れられないことになる。

オハイオ州は連邦憲法と同じ一七八七年のいわゆる北西部条例<sup>(8)</sup>(The ordinance for the territory Northwest of the River Ohio)に基礎づけられ、一八〇二年に州憲法を制定し、翌一八〇三年に北西部準州から分れて州に昇格し、「英米法の西部への伝達」(Westward transmission of the Anglo-American Law)のやぎがけとなった<sup>(9)</sup>。州憲法第三条・一節によれば、「コモン・ローおよび衡平法の両者に関する州の司法権は、最高裁判所および各郡の民訴訟判所(Court of common Pleas)に与えられる」<sup>(10)</sup>。それより前、一七九五年に北西部準州のクレアー知事とシンムスおよびターナー両判事によって、シンシナターにおいて制定された法律(Maxwell's codeとも称される)のなかに、

七月十五日に公布され十月一日から施行された離婚法<sup>(13)</sup> (A Law respecting Divorce) が含まれていた。六ヶ条からなる同法は、約十年前、一七八五年にマサチューセッツ州が定めた離婚法<sup>(14)</sup>をほとんどそのまま取り入れたものよりである。<sup>(15)</sup> のちにみるとおり、マサチューセッツ州の離婚法には、互責をはじめとする請求棄却事由に関する規定は何もなく、これにならった前示の離婚法も、第一条において、①再婚の挙式の時先夫(妻)が生存していること、②性交不能、③姦通の三つを離婚原因としながら、棄却事由には触れず、州になったのちはじめて独創的に制定された一八〇四年法<sup>(16)</sup>も変りはない。民訴裁判所における離婚訴訟が衡平法上の手続で行なわれたかどうか、明らかでない。あたかもその当時に Mattox v. Mattox (一八二二) 事件が問題になったわけである。

クリーン・ハンズの原則は、衡平法のもつ倫理観が十八世紀に入ってこれに結集した点からすれば、当時すでに確固たるものになっていたであろう。果せるかな、裁判所はこの原則にもとづいて、妻の請求を棄却する旨をのべている。チェーフイーによれば、「太西洋側で『清い手』なる言葉が裁判上に用いられたのは、私の知るかぎり、この事件が最初」であるという。<sup>(17)</sup> 妻の不貞が明白な事実である以上、夫は離婚法に規定がなくとも、妻の請求を棄却するため互責を抗弁にするだろうし、裁判所も互責の事実を認定できるかぎり、それを理由に妻の請求を棄却すれば、必要かつ充分なはずである。ここで裁判所がとくにクリーン・ハンズの原則をもち出したのは、すでに指摘したとおり、互責を請求棄却事由とすることの妥当性を、それによってさらに理論付けようとの目的であったと推測せざるを得ない。もとより、その前提として教会裁判所における理論が是認され、うけ入れられていることはいうまでもない。教会裁判所は夫婦双方に非行があると認定したとき、カノン法から得た罪の相殺の観念ないし互責

を理由に、別居請求をみとめなかった。第一章・三節の二にあげたロンドンの司法裁判所の *Beby v. Beby* (一七八九) 事件ほかの諸事件は、これを明白に物語っていたが、当面の事件においても同じ趣旨が表明されている。

夫婦双方が姦通している場合、妻の離婚請求を容れるのは罪に対して賜物をするに等しいという。罪に対する賜物とは離婚判決を意味しよう。それを与えないとは、ひっきょう、自らの非行によってすでに清い手を失っている夫婦は、互いに他方の非行を非難するのを許さない旨を示したものとわなければならない。なお、当面の場合、夫婦の非行はいずれも姦通であるため、互責の適用される典型的な例に当る。だが、双方の非行が種類を異にするとき、たとえば一方の姦通に対し他方が虐待ないし遺棄を抗弁とし、また双方とも姦通以外の非行であるとき、果して裁判所が互責を適用するかどうか。この点は、以下いくつかの州について検討するうち、離婚法の規定との関係で注目すべき問題となる。クリン・ハンズという大原則からすれば、いずれの場合にも互責を適用するのが妥当と考えられるけれども、各州はそれぞれが判断を下しているようである。

- (1) *American Decisions*, Vol. 15, p. 547.
- (2) 宮本英雄「英法研究」二二三頁—二三一頁、一六六頁—一七〇頁。
- (3) *Bunkley Jr. The Doctrine of Recrimination in Divorce Law*, Mississippi L. J. Vol. 20, p. 328.
- (4) *Kimnane, A First Book on Anglo-American Law*, pp. 514-515.
- (5) *Vernier, American Family Laws*, Vol. II, pp. 130-131.
- (6) *Zacharias, Recrimination in the Divorce Law of Illinois*, Chicago-Kent L. R. Vol. XIV, p. 223.
- (7) *Chafee, Coming into equity with clean Hands*, Michigan L. R. Vol. 47, p. 880.

一七二八年に『ドゥルテンブンの法廷弁護士フランシスがその著 Maxims of Equity のなかで、"He, that hath committed inequity shall not have equity"』と表現したのが最初であつて、現在われわれが用いてゐるものはフィラデルフィア・コンベンションの行われた一七八七年にはじめて生れた。大法官裁判所ではなく財務裁判所 (Exchequer) で *Dering v. Earl of Winchelsea* 事件であつて、首席判事ヘイル卿によつて使用されたのがそれであつて、"A man must come into a court of equity with clean Hands" とつて、Chafe, op. cit., pp. 880-882.

なお、クリーン・ハンズの原則については小林規威「英米におけるクリーン・ハンズ原則の展開過程」法律時報三四卷二号一八頁—一九頁。

(80) Pomeroy, A treatise on equity Jurisprudence. Vol. I, p. 434.

(9) Story, Commentaries on equity Jurisprudence. Vol. I, p. 296.

(10) 最初一七八四年にシモンマンソンが大陸会議 (continental congress) に提出した案をもとにして制定された。オハイオとペンシルベニア両河の間に十個の州を創設すべく、マサチューセツトとペンシルベニアの管轄権をもつ三人の判事を任命し、準州から段階を辿つて州に昇格せよとなす。内容の一部は Howe, Readings in American Legal History, pp. 419-420. モン・ローがこの地方の基本的な法律となつた事情については pp. 419-426.

一八四七年のウイスコンシン州の連邦加入を最後として、オハイオ河北西部にはオハイオ、インディアナ、イリノイ、ミシガンの五州が作られた。

(11) Howe, op. cit., p. 430.

(12) Howe, op. cit., p. 429.

(13) Marshall and May, The Divorce court. Vol. 2. Ohio, p. 129; Northwest territory, Laws adopted and made by governour and Judges, pp. 182-184; Fiorette, Factors inducing Ex parte Divorces, Western Reserve L. R. vol.

18, p. 1190.

(14) Annotated Laws of Massachusetts. Vol. VI, p. 456.

(15) Marshall and May, op. cit., p. 129.

(16) Marshall and May, op. cit., p. 129.

一九二六年法第一一九七九条および一九四九年法第八〇〇三条が十個の離婚原因を規定するが、ここにも請求棄却事由の規定はな<sup>ら</sup>ず。Vernier, op. cit., p. 27: Page's OHIO general code Annotated. Vol. 9, pp. 293-302; Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, pp. 1102-1109.

(17) Chafee, op. cit., p. 884.

なお、*Mattox v. Mattox* (一八二六) 事件以前に、一八二四年にも互責を適用した事件があるといわれるが、詳しいことはわからな<sup>ら</sup>ず。*Marshall and May*, op. cit., p. 131.

## 第二節 カリフォルニア州

### 一 メキシコ法とコモン・ロー

ここで眼を太平洋岸に向けるとき、カリフォルニア州においては *Conant v. Conant* (一八五八) 事件<sup>(17)</sup>ではじめて問題になっている。本件の内容に入るに先立ち、本稿でしばしば触れる同州の離婚法ないし民法の理解のため、ひいてはニューヨーク州と並んでアメリカ法の発展に指導的な役割を果すことになる同州において、コモン・ローが継受される以前、スペイン・メキシコ法とコモン・ローがいかなる相互関係を示したか、その間の事情を簡単に

示しておこう。

カリフォルニアは当初、スペインの植民地たるメキシコの伝導地域 (missionary territory) として、スペイン法が行なわれていた。<sup>(2)</sup>ここでスペイン法とは、スペイン本国で一五二四年にカルロス一世 (一五一六—一五五六) が印度評議會議 (Consejo de Indias) を置いて以来、同會議の制定した多くの法律・勅令を意味する。<sup>(3)</sup>一六八〇年カルロス二世 (一六六五—一七〇〇) が完成し、九卷・二一八章・六四四七条からなる有名な印度国法令集 (Recopilación de las Leyes los reynos de las Indias) は、スペイン・アメリカ植民地法の嚆矢といわれ、第二卷・一章・一条および二条には、もし将来発生し得べき事項に対して規定のない場合にはスペイン本国法が適用せられるべき旨が定められている。<sup>(4)</sup>ここで当面の問題たる離婚についてみれば、ローマ・カトリック教国たるスペインは、離婚に関する事項を教会の手に委ねており、<sup>(5)</sup>教会は別居を許すにすぎない。一五一九年にスペインがメキシコに住んでいた比較的文化的程度の高いアズテック族 (Aztec) <sup>(6)</sup>を征服し、その地を植民地としたのちも、右の事情は同じであったと推測される。

アズテック族は婚姻を死をもってのみ解消し得る厳格な結びつきと考えるが、<sup>(7)</sup>夫または妻が婚姻住居を遺棄することは離婚の原因となった。<sup>(8)</sup>家族関係について特別の裁判所が設けられ、<sup>(9)</sup>離婚はこの裁判所の判決によるのみ許される。<sup>(10)</sup>そして、夫が妻の不妊あるいは家事を法外に怠った事情を立証すれば、裁判所は夫に離婚判決を言い渡す<sup>(11)</sup>し、妻の側からは、夫が彼女を殴打し、扶養してくれないとか、子を遺棄した事実を立証すれば、勝訴判決を得ることができた。<sup>(12)</sup>夫が妻の姦通を宥恕すれば、罰として命をとられたため、かかることは行なわれるはずはなく、<sup>(13)</sup>妻

の姦通は離婚原因ではなく、死をもって罰せられた<sup>(14)</sup>。しかし、離婚に関するアズテック族の右のような法律は、その後のメキシコにほとんど影響を与えていないといわれる<sup>(15)</sup>。かくて、メキシコにおいて、スペイン大守が統治した時代(一八二一)、婚姻は本国と同じくカトリック教会によるサクラメントとして、不解消と考えられ、ただ①夫婦の一方が婚姻後にカトリック教徒になったとき、②婚姻完成前に、カトリック教徒たる夫婦の一方が牧師になったときのみ、婚姻の絆からの解放がみとめられ、別居は教会裁判所により、虐待あるいは妻の姦通を理由に許されていた<sup>(16)</sup>。

だが、伝導地域たる北部カリフォルニアの地は法律ないし政治の中心たるメキシコ・シティから遠くはなれ、通信連絡には一ヶ月余を要し、法律を公布する設備もなく、強制する手段もほとんどなかった。このため、人々は地方的な慣習に支配され、それがスペイン・メキシコ法に合致するときもあれば、全く別のこともあった。当面の問題たる離婚についていかなる慣習が行なわれていたかを知ることができないし、一八二一年にメキシコがスペインから独立するとともに、カリフォルニアは見捨てられ、無秩序と混乱のうちに荒廃したのが実情のようである。

- (1) McCurdy, Cases on the Law of persons and Domestic Relations, p. 420: Armstrong, California Family Law, Vol. I, p. 126.
- (2) Parma, The History of the adoption of the codes of California, Law Library Journal. Vol. XXI, pp. 8-9.
- (3) Sherman, Roman Law in the modern World. Vol. I, p. 291. 寺田四郎「西班牙法の国外的発展」国家学会雑誌三卷五号三四頁—三五頁。
- (4) Sherman, op. cit., p. 291. 寺田四郎・律掲論文三五頁。

- (5) Florida statute. 1959. Vol 5, p. 532.
- (6) アステック族の歴史「政治」宗教等については増田義郎「古代アステカ王国」七五頁―八二頁、モルガン荒畑寒村訳「古代社会」上巻二〇三頁―二三二頁。田中耕太郎「ラテン・アメリカ法学管見」法律時報十二巻七号四三頁。
- (7) ウェスターマーク中村正雄訳「人間の結婚の歴史」二六二頁。
- (8) Soustelle, The daily Life of the Aztecs, p. 191.
- (9) Gaither, Government and Jurisprudence of the Mexicans before the spanish conquest, Virginia L. R. Vol. 6, p. 438.
- アステック民族の指導者が Mexi とよばれ、このため同民族が当初 Mexicatis と名づけられた。これから Mexico 等よる Mexican とよむ言葉がとれた。Gaither, op. cit., p. 422.
- (10) Gaither, op. cit., p. 438.
- アズテック族の裁判所にいづれが Soustelle, op. cit., p. 45, 152.
- (11) Soustelle, op. cit., p. 191.
- (12) Soustelle, op. cit., p. 191.
- (13) Gaither, op. cit., p. 432.
- (14) Gaither, op. cit., p. 437.
- (15) Gaither, The Marriage and Divorce Laws of Mexico, American L. R. Vol. 57, p. 404.
- 中南米諸国は、日本と同様、法律を制定するに当り、それらの国々の固有の慣習に余り注意を払わないという。C・M・ビンショップ「中南米諸国における憲法および法典の発達」法律新法七三二号二七頁。
- (16) Vance, The Divorce Laws of Yucatan, Georgetown L. J. Vol. XIII, p. 227.

(17) Report on civil and common Law, California Reports, Vol. I, p. 600.

一八四六年に端を發した米・墨戦争の結果、同四八年二月二日にメキシコ・シティの近くで締結されたグワダルーペ・イダルゴ (Guadalupe-Hidalgo) 条約によつて、アメリカはメキシコからカリフォルニアの移讓をうけ、翌一八四九年十一月十三日、モンタレーに開かれた憲法制定會議は憲法草案を承認し、一八五〇年九月五日、準州の段階を経ることなく、合衆國に編入された。<sup>(2)</sup>そして、州の基本的な法律としてコモン・ローを採用するか、大陸法つまりスペイン・メキシコ法によるか、大いに論議が分れた。一八四九年十二月十五日から翌五〇年四月二十一日までサン・ホセ (Pueblo de San José) で開かれた第一回州議會において、バーネット初代知事は、ルイジアナの法典がカリフォルニアの事情によく合っているとの理由で、ルイジアナ州民法<sup>(4)</sup>および民事手続法の採用を強く勧告し、犯罪・証拠および商法上の諸事項はコモン・ローによるものとした。<sup>(5)</sup>だが、サンフランシスコ法曹協会の百人を越す会員中、八十人という多数が知事の勧告に反対し、アメリカにおいて修正をうけたコモン・ローによるべき旨を下院 (Assembly) に請願し、また十八人の会員は知事の勧告を支持する旨を上院 (Senate) に訴えている。<sup>(6)</sup>かくて、同議會において、「理論的には國際法上の確固たる原則により、征服された土地の法律は、制定法によつて廃止されるまで変らない。だが、實際上、大多数の住民は、彼等の法律関係がスペイン・メキシコ法より、むしろアメリカの慣習によつて修正をうけたイギリスのコモン・ローに拘束されると考へている」<sup>(7)</sup>事情が明らかになされた。これよりさき、一八四八年にはじまるゴールド・ラッシュのため多数の人々が一時にこの地を指して集中した。

一八四六年の夏に一人であった人口は、四八年の終りには二万六千人となり、翌四九年八月には五万人を越えたが、<sup>(8)</sup>移住者三十人のうち、二十九人までが東部のコモン・ロー・ステイトからやってきており、コモン・ローに馴れ親しんでいた。<sup>(9)</sup>理論的にはスペイン・メキシコ法がまだ生きていたわけであるが、コモン・ローと言語を異にしている。商業上の取引は迅速性を要求したが、洪水のように増加した人々は、彼等のまだ知らない、また知ることさえできないスペイン・メキシコ法よりも、すでによく理解している「アメリカで修正されたコモン・ロー」<sup>(10)</sup>に よっている。契約・捺印証書および遺言は従来の形式によって作成・執行され、婚姻はコモン・ローによって締結され、死後、彼等の財産はコモン・ローの法則にしたがって相続される。<sup>(11)</sup>これも自然の勢いといわなければならない。

また、当時、事実上の知事たる地位を占めたリレー大將は、一八四九年六月三日に宣言を發し、カリフォルニアに新たな政治・裁判組織を創設した。その一環として、第一審裁判所の判事を任命し、メキシコ法に関するパンフレットを配付し、メキシコの法律的遺産を公式に承認すべく努力した。<sup>(12)</sup>しかし、彼の努力とうらはらに、判事達はすべてコモン・ローによる訓練を経ており、スペイン・メキシコ法について知識をもたず、法廷の手續も英語により、彼等がそこからやってきた東部諸州の制定法あるいはコモン・ローにしたがって進め、コモン・ローを判決の基準としていた。<sup>(14)</sup>コモン・ローを適用することは、あたかも封印された書物(Sealed Book)の観を呈するスペインメキシコ法を直接に破棄する形で行なわれる。<sup>(16)</sup>一八四九年に設立された最高裁判所のベネット判事の言葉によれば、「裁判所は未知の言語と法体系のなかに先例を探し、スペインの法典、国王・大守の命令ないし布告、メキシコ帝 国および共和国議會による法律、大統領規則、執政官の命令および総督の条例のなかに法規を確認するという困難

な事態に直面した。法としての効力をもつと主張される多くの命令および布告は、メキシコにおいてさえまだ印刷に付されておらず、他のスペインおよびメキシコの法書と同じく、多くの困難と代価を払わなければ入手できず、實際上、はじめにはほとんど入手不可能であった<sup>(17)</sup>という。

右のような事情のもとで、コモン・ローはカリフォルニアが正式にアメリカの一州となる以前、すでに有効な活動を開始していたわけである。<sup>(18)</sup>バーネット知事はリレー大将の態度と異なり、ルイジアナの民法および民事手続法を採用することを勧告したが、一八〇三年にアメリカがルイジアナをフランスから購入した当時、同地にはあらゆる部門において正常な活動をしている政府が存在し、法体系も規則正しく効果的に施行されている。アメリカ人の植民者は数少く、その後もわずかず増していったにすぎない。<sup>(19)</sup>ルイジアナの事情については、のちに第三章・三節の三に詳しくのべるけれども、これと対比すれば、カリフォルニアがアメリカの領土になったとき、そこには政府も法律も裁判所も存在しない。東部から一、二年の間に流れ込んだ移住者は、荒廃の地に住居を作ることからはじめなければならなかった。商業上の取引を開始し、裁判所を創設し、法律を施行するための役人を選挙していったのである。ルイジアナとカリフォルニアは、アメリカの一部となったときの事情を全く異にしている。州の基本的な法律としてコモン・ローによるか、大陸法によるかを判断するに当たっても、カリフォルニアが一八〇八年のルイジアナの民法、ひいては一八〇四年のフランス民法にならうべき共通の社会的基盤といったようなものは、何も見当らない。バーネット知事の判断はこの点で当を失していよう。

第一回議会において指名された上院司法委員会は一八五〇年二月二十七日に、「……コモン・ローが当州の大部分

の取引を支配している。アメリカの人々は彼等のガイドとして、彼等の熟知している唯一の法体系たるコモン・ローにしたがっている。彼等の売買契約はそれによって行なわれた——彼等の契約書、証書、遺言はコモン・ローの一般的な形式によって作成され、執行された——彼等の婚姻はそのもとで挙式された——そして、死後、彼等の財産はコモン・ローの定めるところによって分配された。……合衆国に最初に植民した人々は、母国からコモン・ローをたづさえ、それを無人の地域に設定した。カリフォルニアへの移住者達は、彼等と共にこの体系を運んできて、ほとんど住民のいないところに、それを定住させた。それゆえ、もし変更を加えるものとすれば、コモン・ローに代えるに大陸法をもってしなければならない。……」との確信にもとづいて、「連邦憲法または当州憲法もしくは制定法に該当しない場合、裁判所は判断に当って、わが国に継受されたイギリスのコモン・ロー、いいかえれば「アメリカン・コモン・ロー」の支配をうける」べき旨を勧告するにいたった。<sup>(20)</sup>これが一八五〇年法第九五章として、四月十三日に議會を通過した。<sup>(21)</sup>これまで形式的にせよ存在を続けているスペイン・メキシコ法を斥け、コモン・ローを正式に継受したわけであり、最初の離婚法が制定されたのはその翌年のことに属する。

(一) Kirkwood, Historical Background and objective of the Law of community property in the pacific coast states, Selected Essays on Family Law, p. 516.

同条約の抜すは Commager, Documents of American History. Vol. I, pp. 313-314.

この条約によって、現在、アリゾナ、ニューメキシコ、ユタおよびネバダ諸州の存する地域もスペインからアメリカに譲られた。この広さはドイツ、フランスおよびスペインを合わせたと同じである。

(二) 衆議院法制局外「アメリカ州憲法集 第二集 カリフォルニア州憲法」一頁—三頁。

- (3) Statutes of California. First session, 1850. Title page.
- (4) ノーミンナ州憲法及びその歴史の論議集三冊・三冊と雜論への題名等。
- (5) Parma, The History of the Adoption of the codes of California, Law Library Journal. Vol. XXI, pp. 10-11.
- (6) Report on civil and Common Law, California Reports. Vol. I, pp. 588-590.
- (7) Parma, op. cit., p. 9.
- (8) 龍崎「カリフォルニア州憲法」一頁。
- (9) Kirkwood, op. cit., p. 516: Report on civil and common Law, op. cit., p. 602.
- (10) West, Annotated California codes. vol. Vol. 6, P. p. 1.
- (11) McMurray, The Beginning of the community property system in California and the adoption of the common Law, California L. R. Vol. III, p. 366.
- (12) The Alcalde system of California, California Reports. Vol. 1, I, Appendix, p. 577.
- (13) West, op. cit., p. 2.
- (14) West, op. cit., p. 3.
- (15) California Reports. Vol. II, p. 48.
- (16) McMurray, op. cit., p. 364.
- (17) Parma, op. cit., p. 9.
- (18) ノ州憲法及びその歴史の論議集三冊(一八五二)事件がその内容として出た事等。 California Reports. Voll II, p. 39.
- (19) Report on civil and common Law, op. cit., p. 601.

すでた一七〇五年頃、多くの植民地の法律はあらゆる共通の基盤をもっており、イギリスの商人あるいは植民地間の取引に従事する人々は、ロモン・ローの書物のなかに避難所を見出すことができず、植民地の法体系に注意を払わざるを得なかった。そして、同年ロンドンにおいて、バージニア、バルバドス、メリーランドおよびマサチューセツの法律の抄録 (Abridgment) がジャマイカ、ニューヨークおよびカロライナにみられるいくつかの項目のそれと共に印刷に付されたという。Morris, *Studies in the History of American Law*, p. 11.

(20) A. Silver, *Divorce-Defenses-whether or not the Recriminatory misconduct of plaintiff operates to bar a cause of Action for Divorce*, Chicago-Kent L. R. Vol. 31, p. 369.

パウンドはアメリカン・ロモン・ローを形成するに与った重要な要素を七つあげている。パウンド山口香蔵訳「英米法の精神」一六頁—一七頁。

(21) *Statutes of California First session*. 1850. p. 342.

## 二 離 婚 法

一八五一年にサン・ホセで開かれた第二回議会で三月十五日に通過したカリフォルニア州最初の離婚法<sup>(1)</sup> (An Act concerning Divorce) によれば、第一条において、いくつかの地方裁判所 (district court) に専属的な離婚管轄権を与え、さらに第四条に別居および離婚原因をまとめて規定するが、婚姻取消原因と解されるものも含まれる。第一号に婚姻締結時に存在する生来の性交不能、第二号に妻が婚姻のとき十四才未満であり、該婚姻が彼女の両親・監護者または他の法律上の監護ないし保護の責を負う人の同意を欠いており、しかも彼女が十四才に達したのち、該婚姻が彼女の側で自発的に追認されなかったとき、と規定するのは正にこれに当る。アメリカ各州が離婚法を制定

するに際し、離婚と婚姻の無効および取消の根本的な区別を混同する傾向の存したことは、つとに指摘されており、<sup>(2)</sup>のちにみるいくつかの州もかかる事情を示しているが、当面のカリフォルニア州では、最初の離婚法にこれがあらわれているわけである。<sup>(3)</sup>

ついで、第四条の三・四・六号に規定される六個の離婚原因—姦通、極端な虐待、常習的飲酒、三年間の故意かつ継続的な遺棄、夫の扶養義務不履行および二年以上の禁錮刑の有罪宣告—は、遺棄および禁錮刑の期間が長く、精神病を欠く<sup>(4)</sup>ほかは、一九七〇年一月一日の大改正にいたるまで変りない。また、同条・三号は夫婦の一方の姦通を離婚原因としながら、「姦通の責ある配偶者の請求にもとづく場合、姦通が夫婦の共謀によったものであることが裁判所に明らかになる場合、あるいは一方が他方の姦通を認識したのちも、夫婦としての共同生活を続けたことが明白な場合、離婚判決は与えられない (no divorce shall be granted)」と規定する。共謀および宥恕と並べ、互責を離婚請求棄却事由とする旨が示されたわけである。それより前、一八三〇年のニューヨーク州の修正法第八章・四二条が、承認・宥恕とともに互責を請求棄却事由の一つとする。<sup>(6)</sup>カリフォルニア州もこれにない、最初の離婚法のなかに互責をとり入れたと考えられる。第十八回議会で一八七〇年三月十二日に通過した離婚法の改正によ<sup>(7)</sup>っても、右の規定は変わっていない。

ゴールド・ラッシュの間、無法の諸要素がカリフォルニアに殺到したため、一八五一年にいくつかの警保委員会 (Vigilance committees) が創設され、法律執行の任に当<sup>(8)</sup>った。当時のカリフォルニアの離婚率は世界最高であったが、一八五三年を頂点として下り坂となり、同五六年には有名なサンフランシスコ警保委員会が組織され、法律秩<sup>(9)</sup>

序の正常さをとり戻すにいたっている。<sup>(10)</sup> かような背景のもとに、互責を問題とする Conant v. Conant (一八五八) 事件があらわれたわけであり、同州民法制定以前、かつ最初の離婚法ができてから七年後のことに属している。

この事件において、妻が姦通および虐待を理由に離婚の訴を提起したが、夫はその事実を否認し、かえって故意かつ正当な理由のない一年以上の遺棄を抗弁とした。原審は夫婦双方の非行を認定しながら妻に離婚判決を与えたので、夫が控訴した。これに対し裁判所は原判決を破棄し、まづつぎのようになる。すなわち、「相手方が相互捺印契約に違反したことを理由に救済を求める人は、勝訴するために、彼自身がその義務を果していなければならぬ。これがコモン・ローの原則である。互責のなかにこれと類似したものが見出される。…互責によれば、被告は彼自身の婚姻契約違反を理由とする原告の請求に対し、原告の同等の非行によって相殺することが許される」というのである。かつてロンドンの司法裁判所の *Beeby v. Beeby* (一七八九) 事件でストウエル卿が互責の説明に右の原則を用いており、ニューヨーク州のケント大法官も、「互責は離婚問題についてイギリスの標準的なカノン法であり、人は彼自身が重大な違反をした契約に関し、他方の違約を申し立てても聞き容れられない」との原則にもとづいており、これは合衆国において説得力があると考える<sup>(11)</sup> 旨を表明している。カリフォルニア州は一八五〇年にコモン・ローを継受しており、一八五一年の離婚法はニューヨーク州の修正法 (一八三〇) を通じ、イギリス教会裁判所の判例の影響を大きくうけたと推測される。当面の事件において、かかる事情が渾然一体となって互責の理解の仕方にはつきりした方向を与えたとみてよからう。しかし、婚姻の本質を単なる契約と理解し、互責の原則の理由づけとしてコモン・ローにいう相互捺印契約違反の法理をもってくることは、果して正しいであろうか。

アメリカにおいて、婚姻は一個の契約たる婚姻契約<sup>(12)</sup> (marriage contract) として、債権契約とはちがった特色をもつ独特の契約 (Contract sui generis) と理解されている。債権契約であれば、契約自由の原則により、契約を締結するかどうか、誰れを契約の相手方とするか、また契約の内容も自由に定めることができる。当事者の合意によって、法律上、債権・債務の関係が創設され、その内容も定められる点に特色をもつ<sup>(14)</sup>。これに対し、婚姻は夫婦という身分 (Status) を発生させるものであって、その効果たる当事者双方の権利・義務は予め法律によって定められている。婚姻するかどうか、誰れを夫あるいは妻にするかは、もとより自由である。だが、ひとたび夫婦たる身分の取得に合意すると、一定の内容ないし効果を具えた身分関係にくみ入れられてしまう。合意のときに焦点を絞れば、債権契約では合意後にその内容たる債権・債務がはじめて実行に移されることになるから、未履行的<sup>(15)</sup> (executory) であるが、婚姻の合意は、拳式されるや否や履行済み (executed) となり、婚姻に伴う夫婦間の権利・義務 (Blanket obligation)<sup>(16)</sup> は法律によって課せられる点で、はっきりちがっている。かくて、婚姻の本質を機能的に一個の制度 (Institution) とする考え方が支配的であって、家族関係 (Domestic Relation)、身分 (Status)、人的関係 (Personal Relation) との言葉も同じ意味で用いられる<sup>(17)</sup>。

一六五六年のニューヨーク州民法草案が第三四条において、「婚姻は、民事契約から生じる一個の人的関係であり、締結能力を有する両当事者の合意が専ら要求される<sup>(18)</sup>」と規定したが、その後、連邦最高裁判所の *Maynard v. Hill* (一八八八)<sup>(19)</sup> 事件において、フィールド判事も同じ趣旨を表明している。それによれば、「婚姻契約が成立するためには、両当事者の合意がもちろん必要である。しかし、契約が履行されたならば、当事者間に形成された関係は変

更されない。他の契約ならば、当事者の合意で契約内容が修正・制限あるいは拡大されてもよい。だが、婚姻については、そうはできない。婚姻関係がひとたび創設されたならば、法がそれに干渉をはじめ、双方に多くの権利を与え、義務を負わせる。婚姻は一個の制度であり、それを清浄に保つについて、社会が深い関心をもっている。けだし、婚姻は家族および社会の基礎をなしており、これがなければ文明も進歩もあり得ないからである」。このように、婚姻の本質を契約ではなく、一個の制度とみるかぎり、互責の原則を相互捺印契約の法理で理由づけるのは妥当性を欠くとも考えられるが、当時、この点について、まだ深い検討がなされるにいたっていなかったのではなからうか。

前示の *Conant v. Conant* (一八五八) 事件で裁判所はまた、数種の離婚原因のうちの一つを理由とする請求に対し、被告が互責を抗弁とするには、原告側の同じ非行を立証しなければならぬのか、別のものでもかまわないのか、という重要な問題につき、つぎのようにのべる。「法律は数種の非行を離婚原因として同列に規定しているので、……道徳的にみればちがいはあるにせよ、裁判所はそれらを同一に扱わなければならない。それゆえ、数種の非行は相互に、互責の原則のもとで、離婚請求に対して棄却事由とすることができる」。一八五一年の離婚法は、離婚原因について有責主義かつ限定的列挙主義をとっている。一般にかかる原則のもとで、互責は三つの場合に問題になろう。一つは、姦通を理由とする離婚の訴に対し、被告が原告の姦通を抗弁とし、二つは、姦通の訴に対し、虐待・遺棄のように姦通以外の非行を抗弁とし、もう一つは、虐待・棄却その他を理由とする訴に対し、姦通またはそれ以外の非行を抗弁とするときがこれに当る。このうち、最初にあげたものは、罪の相殺ないし互責の歴史的

変遷からみて典型的な例であり、一八五一年の離婚法第四条・三号も互責をこれにかぎっていたので、疑問は生じなかつた。だが、かかる制限を設けない法律のもとでは、双方の非行が種類を異にする場合にも互責の適用をみとめるかどうか問題になる。

シュリーラーは原告配偶者の勝訴する前提要件として、彼自身に責のないこと (Clean of Blame) を要求し、「①非難をうけるべき実質的な非行がなく、②離婚法のもとで同様に離婚原因と理解される他の種類の非行もないこと」がその内容を成す<sup>(21)</sup>という。かかる見解によれば、非行の種類いかなを問わず、原告に離婚原因たるなんらかの非行があれば、その請求はみとめられない。被告はつねに同種の非行を抗弁としなければ、離婚請求を阻止できないとすれば、實際上、互責の適用はきわめてかぎられたものになってしまふ<sup>(22)</sup>。離婚原因について、姦通を他のいくつかの非行と区別して重視する伝統的な考え方からすれば、これも尤もであろう。だが、裁判所はかかる考え方によつていない。離婚原因たる非行には程度において軽重の差はなく、すべて同じ重要性をもつというわけである。かくて、夫婦双方に離婚原因たるなんらかの非行があれば、種類の異同を問わず、つねに離婚請求はみとめない。さきにオハイオ州が互責の理論的裏付けとしてクリーン・ハンズの原則を用いた事情を明らかにした。この原則によつても同じ結論に達したであろうことは容易に想像されるが、当面の事件では考慮に入れていない。いずれにせよ、互責についてカリフォルニア州の裁判所が最初に示した見解をここに看取することができるであろう。

(1) Statute of California, second session, 1851, pp. 186-187.

(2) 重倉珉祐「アメリカ法における婚姻の無効及び取消原因の研究」法学二二巻二二六頁—二七頁、二九頁、同「アメリ

大法における婚姻取消訴訟」法学二七卷二号一三五頁。

(3) もっとも、一八七二年のカリフォルニア州民法にいたれば、離婚原因と取消原因をはっきり分けて規定している。

(4) 精神病は一九四一年にはじめて離婚原因に加えられた。

(5) Blume, American civil procedure, p. 40.

(6) Gilbert, The Law of Domestic Relations of the State of N. Y., p. 52.

共謀はこれらと別に、一八九六年の家族関係法 (Domestic Relations Law) の第五十一条に定められる。

(7) Statute of California. session 18. 1869-1870, p. 291.

(8) Commager, Documents of American History, p. 338.

(9) 一八五六年五月十五日に十ヶ条から成るサンフランシスコ警保委員会規約が作られている。内容は Commager, op. cit., p. pp. 338-339.

(10) McMilliams, California-The greater exeptions, pp. 80-81.

(11) Kent, Commentaries on American Law Vol. II, p. 119.

(12) Madden, HandBook of the persons and Domestic Relations, p. 2.

(13) 普通の契約と比較していくつかの特色が明らかになつてゐる。A. J. Vol. 15, pp. 183-185.

(14) 谷口和平「英米契約法原理」三七頁。

(15) 契約の既行 (executed) ・未行 (executory) を区別する点については Williston, A treatise on the Law of contracts. Vol. I, p. pp. 21-22.

(16) 谷口和平・前掲書四八頁。

(17) A. J. Vol. 35, p. 185; Madden, op. cit., pp. 4-5.; Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic

Relations, pp. 68-69.

(31) N. Y. (State). The civil code of the state of N. Y. Reported completed by the commissions of the code, p. 14.

(32) McCurdy, Cases on the Law of persons and Domestic Relations, p. 60.

(33) Moore, A critique of the Recriminations Doctrine, Dickinson L. R. Vol. 68, pp. 163-164.

(34) Warren, Schouler Divorce Manual, p. 251.

(35) 一八九六年当時、アリゾナ、ミシガン、ネブラスカ、およびワイオミング諸州の法律が、互責の適用を原告の Like conduct の場合にみとめていたため、これを厳格に解するかぎり、かかる結果になるけれども、果してそう解すべきかどうか、疑問とされていた。Tiffany, Handbook on the Law of persons and Domestic Relations p. 207.

### 三 民法ニニューヨーク州民法草案との関係

一八七二年三月二十一日に公布され、翌七三年一月一日の正午から施行されたカリフォルニア州民法典 (Civil code) の制定に当り、法典委員はコモン・ローの法典化に貢献したディビッド・フィールド<sup>(1)</sup>の手になる一八六五年のニューヨーク州民法草案 (draft code) を模範としながら、既存の法律との矛盾を生じないため、自由に修正を加えたという。当面の問題たる請求棄却事由の規定について、ニューヨーク州民法草案が現実に影響を及ぼしているであろうか。

ニューヨーク州において、離婚法の規定は一八三〇年の修正法、一八四八年の訴訟法典さらに一八八〇年の民事訴訟法典へと受け継がれるが、その途中、草案のままで終わったけれども、民法草案が姿をみせたことを忘れてはな

らない。さきに第一章・四節の二に触れたとおり、一六六五年に「ヨーク公の法律」が公布され、同九一年まで効力をもっていた。一六八三年十月十七日に第一回州議会が開かれたが、降って一七七五年憲法第三五条によれば、<sup>(3)</sup>「これまで、ともにニューヨークの法律を構成していたイングランドのコモン・ロー、イングランドとグレート・ブリテンの制定法およびニューヨーク植民地議会制定法は、一七七五年四月十九日当時に効力を有した限度において、いぜん当州の法律たる効力をもつ、ただし、当州の立法部は随時これに改正変更を加えることを妨げられない<sup>(4)</sup>」と規定する。コモン・ローの継受はこれによって正式に宣言されたわけであり、カリフォルニア州における継受（一八五〇年四月二十七日）より約七十年も先んじている。しかし、以前から存在した法律状態の冗長さと複雑さはさらに度を加え、一七七八年十月の第二回議会の冒頭以来、反撻を生じるにいたった。<sup>(5)</sup>クリントン知事は法律を明瞭にするための改正を勧告し、一七八六年四月十五日には、さきの一七七七年憲法第三五条のもとで効力ある諸法律を「蒐集し、適当な形式に改める」べく、ジョンズとバリックの二人の委員を任命している。<sup>(6)</sup>両委員は仕事を進め、イギリスの諸法律を改作して議会に提出し、採択された。<sup>(7)</sup>かくて、一七八八年二月二十七日の法律により、同年五月一日以降、「イングランドあるいはグレート・ブリテンのいかなる制定法も、当州の法律たる効力なく、当州の法律とは考えられない<sup>(8)</sup>」と明示されることになった。だが、この改作には独立戦争（一七七五―一八三）以後の州議会の法律が含まれていなかったため、目的を完全に達成できなかった。州議会の記録がきわめて不正確であったことがその原因を成しているようである。

ニューヨーク州の法律を明確にするための努力はその後もつづけられる。一八三〇年の修正法ののち、一八四六

年の憲法第六條・二四節に、「立法部は最初の会期において委員会を任命すべきであり、該委員会の任務は、当州の記録裁判所の規則および慣例、答弁書、書式および手続を修正・改訂・簡略化し、抄録することにある」と定めた。<sup>(9)</sup> フィールドがその一員に加わる委員会によって作成され、一八四八年に施行されたのが訴訟法典である。一方、同じ憲法の第一條・十七節に、「本憲法が採択されたのち最初に開かれる議会において、三人の委員を任命すべきこと、該委員の任務は、当州における法律全体、あるいは委員が実行でき、しかも得策と考える諸事項を、明文で組織立った法典に作成することにある」と規定した。<sup>(10)</sup> 最初に任命された委員ワルウォース、ウォールドンおよびコリヤーの三人<sup>(11)</sup>による仕事は、適任者を欠くことと二年間にかぎられた時間的な短かき、加えて途中における委員の辞職・交代などのため、はかばかしくなかった。<sup>(12)</sup> フィールドの提案にもとづく一八五七年四月六日の法律すなわち、「民法典の準備のため、憲法第十七条のもとで委員を任命するための法律」<sup>(13)</sup>により、議会はフィールド、ノーエスおよびブラッドフォードの三人を新たに任命し、五年の間に公法典 (political code)、民法典および刑法典の三部に分けられた一個の法典を立法部に提出する準備をすべく命じた。かくて、委員会は一八五八年二月二十七日に右の三法典の概略を示す最初の報告書を完成し、四月十三日に議会に提出したが、<sup>(14)</sup> ついで一八六〇年に公法典、一八六二年に民法典および刑法典の草案を完成するにいたったのである。<sup>(15)</sup>

一八六二年のニューヨーク州民法草案は一五八二条<sup>(16)</sup>であったが、委員会による再審査と改訂を経たのち、第九次<sup>(17)</sup>から最終草案 (Proposed civil code) とし二〇三四条から成り、人 (Person)、財産 (property)、義務 (Obligation) および通則 (general provisions) の四篇に分れ、一八六五年二月十三日に議会に提出され、印刷に付されている。<sup>(17)</sup>

婚姻および離婚に関する規定は、第一篇の第三部「人的関係」(Personal relations)のなかに、第一目「婚姻」と題し、第一章および第二章―第三四條ないし第八五條―として含まれる。<sup>(18)</sup>そして、離婚請求棄却事由は、一八三〇年の修正法第二部・八章・一節・四二條を改めて、第六一條にとり入れて<sup>(19)</sup>いる。同條によれば、「姦通の事實が立証されたとしても、つぎの場合、裁判所は離婚判決の言い渡しを拒否することができる。……②姦通が、離婚判決を求める当事者の周旋あるいは承認によってなされたことが明らかなきとき、③被害配偶者が事實を十分に認識したうへ、姦通を明示に容赦し、あるいは有責配偶者を夫または妻として自発的に同居し、しかもそれ以来、夫婦の愛情をもつて処遇しているとき、④申立人もまた、他方の周旋あるいは承認なしに姦通したことが明らかなきとき」と定める。さきの修正法の規定は、一八八〇年の民事訴訟法典第一七五八條に受け継がれたけれども、民法草案第六一條とは言葉遣いを少し異にするにすぎない。民法草案が早期に法律として施行されれば、民事訴訟法典に重複してかかる規定を設ける必要はないはずである。民法草案が法典化される見込みが当初から薄かったため、それに代わるものとして民事訴訟法典を利用したのではなからうか。

一八五一年にカリフォルニア州が最初の離婚法を制定したとき、ニューヨーク州の修正法に明記されている請求棄却事由をとり入れたとの推測は、すでに指摘したとおりである。一八七二年のカリフォルニア州民法の制定に当り、ディビッド・フィールドの弟で、当時、同州の上院議員であり、のちに州最高裁判所判事を経て連邦最高裁判所判事となったステファン・フィールドが個人的に強力な援助を及ぼした事實を忘れることはできない。<sup>(21)</sup> さぎにみた Conant v. Conant (一八五八) 事件のフィールド判事はこの人にほかならず、兄弟そろって、アメリカの東西

に位する兩州の法典編纂に貢献したわけである。

ここで眼を転じてカリフォルニア州に向ければ、同州では一八六〇年に「一個の法典を準備するための法案」が上院に提出されたが、通過するにいたらなかった。<sup>(22)</sup> ついで一八六三年にスタンフォード知事は、議会に対するメッセージのなかで、つぎのようにのべている。「カリフォルニア州の制定法を調査する機会をもった人は誰でも、それがおち入っている気狂いじみた混乱さを深く印象づけられないわけにはいかない。法律に精通していない人は、何が法であるかを知るため、法律書の頁を正しくめくることができないのが実情である。法の内容を知りたいという実際のな目的にもかかわらず、ローマの専政君主の例を追うことになる。彼は帝国の法令を公布することを要求する規則を作りながら、法令を、普通の視力でははるかに及ばない高所の掲示板に掲示し、それによって、一方では法にしたがい、他方では人民に対し、彼等が規制をうけるべき諸規則について不知のままにしておくという二重の目的を達していた。同州の弁護士会および裁判所は、制定法が混乱し、混沌としている荒々しい状況のなかから秩序ある事態を引き出すのは、右と同様に困難であると判断する。われわれの法律を完全な一個の法典にする必要のあることは、法律専門家にとって明白であり、これまでもしばしば議会の注意を喚起すべく強調されてきた。過去十三年來、合衆国のすべての州は、カリフォルニアを除いて、この重要な義務に注意を向けてきたが、私も、われわれがこの賢明かつ妥当な実例にしたがうことを勧告する」というのである。

一八六七年にはヘイト知事も右と同趣旨を表明し、かくて翌一八六八年三月二十八日に、「カリフォルニア州の法律を改訂・編纂し、その公布を準備するための法律」が議会を通過するにいたった。<sup>(24)</sup> ハーモン、カレーおよびパー

バーが最初の法典委員に任命され、「現在、当州で効力を有し、または第十七回議會で可決されるべきすべての法律を改訂・編纂する義務」を負わされた。彼等は主題をアルファベット順に検討し、一八七〇年には仕事の進み工合を議會に報告し、彼等が廃止または改訂すべきであると判断した法律の目録を提出した。<sup>(25)</sup>そして、一八七〇年の議會では、彼等に代わって新たにリンドレイ、バーチおよびヘイモンドが委員に任命され、旧委員の業績をひき継いで一八七一年十一月一日までに仕事を完成すべきものとされた。時期は不明であるが、一八七一年にヘイト知事は法典委員の仕事に論評を加え、「彼等によって整序された法律は四つの法典に分けられている。刑法典、民事訴訟法典(この両者はすでに完成)、民法典(これも完成)そして公法典は多分一月中にでき上るであろう。……民法典でなされた変更の大部分は、ニューヨーク州民法典からひき出されたものであり、思慮と苦心のあとが印象づけられ、もし採択されるならば、立法における重要な前進となる。ニューヨークの法典からとられた諸規定は、注意深く吟味されている」旨を指摘している。<sup>(26)</sup>

一八七一年のカリフォルニア州民法草案が完成するまでの概略は以上のとおりであるが、草案の前文は右の論評の正しいことを確認するかのようになり、ニューヨーク州民法草案を、「法律的知恵と忍耐つよい努力の記念すべき業績——われわれ自身のもと同じく、制定法の統一を伴ったコモン・ローの諸規則および諸原則の蒐集——であって、すべての事項が正確にのべられ、論理的かつ釣合いを保って整理されている」と<sup>(27)</sup>て、高く評価する。草案は印刷に付されたのち、州議會および弁護士会に提出され、徹底的な批判をうけることになった。タイトルおよびジョンソン両弁護士に前知事ヘイトと現知事ブラスが加わって、特別顧問委員会を構成し、法典委員の仕事を審査した結果、

草案に多数の修正が加えられている。そして、最終的には上下両院合同立法委員会が右草案に無条件の賛成と支持を与え、その採択を勧告するにいたった。<sup>(28)</sup>

かくて制定された一八七二年のカリフォルニア州民法は、ニューヨーク州民法草案と同じく四篇から成る編別立法をとり、<sup>(29)</sup>内容も種々の事項について同草案の影響を強くうけ、それを模範としたことがはっきりわかる。<sup>(30)</sup>だが当面の問題たる離婚についてみれば、ニューヨーク州の一八三〇年の修正法中の規定をカリフォルニア州の一八五一年の離婚法がとり入れたと推測されるほかは、ほとんど何もみとめられない。ニューヨーク州の民法草案は、修正法第二部・八章・三八条ひいては民事訴訟法典第一七五六条と同じく、第六十条で姦通を唯一の離婚原因と定める<sup>(32)</sup>が、カリフォルニア州民法は、一八五一年の離婚法に規定された六個の離婚原因を、第九二条ないし第一〇七条としてそのまま受け継いでいる。<sup>(33)</sup>請求棄却事由に関する第一一条ないし第一二三条の規定も、ニューヨーク州民法草案とは関係なく、前示離婚法が第四条・三号<sup>(34)</sup>でのべたことを、ニューヨーク出身で一八五〇年当時、家族法の分野で最も権威ある法律家といわれたビショップの著書 *Commentaries on the Law of Marriage and Divorce and Evidence in Matrimonial Suit*. 1st ed, 4th ed. にもとづいて、詳細にふえんしたもののようである。

なお、ニューヨーク州民法草案は一八六五年に公にされたけれども、同七年のカリフォルニア州民法草案の前文で示された高い評価とうらはらに、自州では各方面からの強い反対、とくにニューヨーク市法曹協会の会員による、「該法典は大体において危険であり、構成が科学的でなく、用語に混乱がみられ、現行法を表示するものとして<sup>(36)</sup>は不正確である」との異議にさらされた。一八六五年以降、一八九〇年までの四分の一世紀の間、州議会が再度に

わたって賛成の議決をしたにかかわらず、そのたびに、急進的な改革にすぎると判断する知事の拒否権にあり、ついに法典化の見込みは失われるにいたったが、<sup>(37)</sup>他方で、一八三四年に組織されたダコタ準州が、ニューヨーク州民法草案を最初に法典化し、一八六六年一月十二日から施行したことをここに指摘しておこう。<sup>(38)</sup>

主題にもどり請求棄却事由をみれば、カリフォルニア州民法は第一一条に、「承認・共謀・宥恕・互責あるいは期限の経過が立証されるとき、離婚請求は棄却されなければならない」(must be denied)<sup>(39)</sup>とし、さらに第一二一条において、「互責とは、原告からの離婚請求を阻止 (in Bar) するため、被告が原告に不利に、なんらかの離婚原因を申し立てる (Showing) ことである」旨を規定する。<sup>(40)</sup>後者の規定は、*Conant v. Conant* (一八五八) 事件が示した見解を十四年後に明文のうえで是認したものと考えられる。法典委員の説明によれば、「この簡単な文言は、ある非行を互責の抗弁とするとき、それがいかなる程度の悪事であり、いかなる程度に立証する必要があるか、また異った離婚原因を主張できるか、等々、實際上、裁判所に広い裁量権を委ねるならば相容れない見解を生じる恐れのある問題に、予め解決を与えている」とのべ、<sup>(41)</sup>ネルソンもこの規定を評し、「被告は原告になんらかの非行のあることを理由に互責を主張できる。当面の問題について制定法をもたない州におけると同じ法則である。離婚請求の棄却は命令的 (mandatory) である」とする。<sup>(42)</sup>それ以来、のちに第四章・二十一節に姿をみせる *De Burgh v. De Burgh* (一九五二) 事件にいたるまで、裁判所は夫婦双方の非行の種類いかんと問わず、互責の事実が立証される<sup>(43)</sup>とき、民法第一一条および第一二二条により、絶対的かつ自動的な請求棄却事由になると解するにいたった。<sup>(44)</sup>  
*Conant v. Conant* (一八五八) 事件がアメリカにおいて互責に関するリーディング・ケースとされるのは、<sup>(44)</sup>前示の

趣旨を最初に明確にしたことも高く評価されるためであらう。もっとも、リーディング・ケースとはいっても、爾後すべての州の裁判所がこの見解にしたがったのではない。アイダオ、モンタナ、ノースダコタおよびサウスダコタの四州が前示カリフォルニア州民法の規定をそのままとり入れ<sup>(46)</sup>、コロラド州も加えた五州において、右の事件の見解が受け継がれたにすぎない。この点よりすれば、西部の六部を通じてのリーディング・ケースであるという方が実情に合致すると思われぬ。

- (1) 彼の略歴については水田義雄「法の変動と理論」二五四頁—二五六頁。
- (2) West's Annotated California codes. Vol. 6, p. 10.
- (3) Muus, The origin of the North Dakota civil code, Dakota L. R. Vol. IV, p. 107.
- (4) Muus, op. cit., p. 107.
- (5) Muus, op. cit., p. 108.
- (6) Muus, op. cit., p. 108.
- (7) Muus, op. cit., p. 108.
- (8) Muus, op. cit., p. 108.
- (9) Howe, Readings in American Legal History, pp. 492—493.
- (10) Howe, op. cit., p. 493.
- (11) Muus, op. cit., p. 109.
- (12) Muus, op. cit., pp. 110—113.
- (13) Muus, op. cit., p. 113.

民法は如何なる成りしんぞ。 The Revised statutes of the state of N. Y. Vol. III, pp. 1110-1111.

(14) Muus, op. cit., p. 114.

(15) Howe, op. cit., p. 493.

シエーシア州はすでに一八六三年にロモン・ローの法典化に成功していたが、ニューヨークおよびカリフォルニア両州の法典委員などの事実を全く知らなかつたといふ。 Stern, 'The influence of foreign Law in American Law, Law Library Journal. Vol. 33, p. 203.

(16) Muus, op. cit., p. 115.

(17) West, op. cit., p. 4.

(18) N. Y. (state) The civil code of the state of N. Y. Reported compe by the commissioners of the code, pp. 13-30.

(19) The Revised statute of the state of N. Y. Vol. III, p. 236.

(20) N. Y. (state) op. cit., p. 23.

(21) West, op. cit., p. 8.

(22) West, op. cit., p. 13.

(23) West, op. cit., p. 13.

(24) West, op. cit., p. 14.

(25) West, op. cit., p. 14.

(26) West, op. cit., p. 14.

(27) West, op. cit., p. 10.

- (32) Parma, *The History of the adoption of the codes of California*, Law Library Journal, Vol. XXI, p. 13.
- (33) West, op. cit., p. 6.
- (34) West, op. cit., pp. 9-10, 23.
- (35) *The Revised statute*, op. cit., p. 236; Gilbert, *The Law of Domestic Relations of the State of N. Y.*, p. 37.
- (36) N. Y. (State) op. cit., 22-23.
- (37) Deering, *The civil code of the state of California* pp. 37-40.
- (38) *Statute of California*, 1851, p. 186.
- (39) Deering op. cit., 41-43.
- (40) West, op. cit. p. 4.
- (41) 上の註の事情は Muus, op. cit., pp. 116-119.
- (42) Muus, op. cit., p. 104.
- (43) 一八七二年当初は、離婚原因として第九二条が六個を列挙し、そのいずれかを理由に離婚判決の言渡をうけることができた (may be granted) としたが、一八七三—七四年の改正により、言渡さなければならぬ (must be granted) と改められた。Deering op. cit., p. 37.
- (44) Deering, op. cit., p. 43.
- (45) カリフォルニア州民法のうち「第二章 離婚」の部の邦訳として、岩本英夫「米国加州親族法積義」日本法政新誌二三卷二号—四号がある。
- (46) Deering, op. cit., p. 43.
- (47) A Silver, *Divorce-Defenses-Whether or not the Recriminatory misconduct of plaintiff operates to Bar a cause*

- of Action for divorce, Chicago-Kent L. R. Vol. 31, p. 371.
- (㉓) Basye, Retreat from Recrimination-De Burgh v. De Burgh, California L. R. Vol 41, p. 320: Roberts, Divorce. Recrimination-is it still a defense in California, Hastings J. vol. 4, p. 198.
- (㉔) Black, Law Dictionary, pp. 1080-1081.
- (㉕) R. Silver, Divorce-Doctrine of comparative Rectitude as qualification of the Defense of Recrimination, Boston university L. R. vol. 33, p. 241.
- (㉖) Basye, op. cit., p. 321.
- Howard, A History of Matrimonial institution. vol. III, pp. 138-142 ヲハシテ事ヲ察スルニ及ビテ之ヲ示ス。