

離婚請求棄却事由の研究——互責論（三）

——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 アメリカへ継受

第二章 初期の立法と判例

第一節 オハイオ州

第二節 カリフォルニア州（以上四卷四号）

第三節 ないし第二十節（本号）

第三章 有責性比較の原則

離婚請求棄却事由の研究——互責論（三）（村井）

第四章 最近の事情

第五章 結び—破綻主義への道

第三節 コロラド州

ミシシッピ—河以西の広大な土地は、もともとフランスの植民地であつたが、一七二二年にルイ十四世（一六四三—一七一五）の特許状により、すでにルイ十二世（一四九八—一五一五）の一五一五年に編纂され、その後非常に手のこんだ手続を経てアンリー三世（一五七四—一五八九）の一五八〇年に改正をうけたパリ慣習法⁽¹⁾ (*coutume de paris*) が適用されることになった。一七六三年スペインに譲渡され、一八〇〇年にスペインからの再譲渡でフランスの領土となる。ついで、一八〇三年八月十一日のナポレオンの売却提議に応じ、同年十二月二十日アメリカが購買 (*Louisiana Purchase*) し、一八〇四年三月二十六日の連邦議会の法律により、ルイジアナ地方 (*District of Louisiana*) とオルレアン準州 (*Territory of Orleans*) に二分された。後者がルイジアナ州となつてフランス民法をうけついだのに対し、前者は、当面のコロラド州のほか、アーカンソー、ミズリー、アイオワ、ミネソタ、オクラホマ、カンサス、ネブラスカ、ノースダコタ、サウスダコタ、モンタナ、およびワイオミング諸州を生んだ。本稿ではこれら諸州の事情についても検討していくから、いずれもコモン・ロー・ステートであることを、ここではつきり念頭におく必要があると思われる。

さて、カリフォルニア州の *Conant v. Conant* (一八五八) 事件の趣旨がコロラド州にうけつがれた事実はさき

指摘したが、当初からそうであったわけではない。同州で一八七七年に制定された離婚法の第四条によると、「原告が姦通を離婚原因と主張するとき、双方に姦通のあった事実が明らかになれば、離婚判決は与えられない」という⁽³⁾。夫婦双方の姦通にかぎって互責の適用をみとめる点では、カリフォルニア州の最初の離婚法第四条・三号と異なるところはなない。しかし、この規定にもかかわらず、裁判所は別側の判断を下しており、カリフォルニア州とちがって、離婚事件にはつねに陪審が関与することも合わせて注目しなければならぬ。

Redington v. Redington (一八九二)事件⁽⁴⁾がコロラド州でのリーディング・ケースとされる。この事件において、妻が遺棄・扶養義務不履行および姦通を理由に離婚の訴を提起したのに対し、夫は反訴で妻の姦通を立証した。原審の陪審は、夫について遺棄および扶養義務不履行の事実のみ認定したが、妻の姦通は夫による遺棄が離婚原因を構成したのちになされた事実にもとづいて、妻勝訴の評決を答申し、原審はそのとおり判決した。前示離婚法の規定によれば、当面の場合に互責の適用はないから、この点に関するかぎり、原判決はまちがっていないと思われる。しかし、夫の控訴に対し、裁判所はつぎのようにのべ、原判決を破棄・差戻し、双方の請求を棄却するように命じている。すなわち、「裁判所に救済を求める人は、誰でも、自己自身なんらの過失や非行もなくやってこなければならぬ。これがすべての裁判所でみとめられ、あらゆる訴訟に適用される法則である。これはクリーン・ハンズノ原則として是認されるにいたっている。妻が虐待を理由に提起した離婚訴訟において、夫は姦通または他の非行を互責の抗弁にできる。もし双方の非行が認定されるならば、いずれにも救済は与えられない」というのである。

コロラド州において一九二一年法第五六〇一条および第五六〇三条によれば、離婚事件には三人の陪審の関与が

つねに必要であり、夫婦の双方または一方の請求によって三人以上、十二人以上とすることができる。夫婦が三人の陪審による公開の法廷での審理に合意しなければ、裁判所は六人の陪審を関与させることになる。⁽⁶⁾右の事件当時の法律は明らかでないが、略々同じ事情にあったと推測される。ところで、原審の陪審は、夫婦双方の種類のちがった非行を認定しながら、互責を適用していない。裁判所が陪審に対する説示 (instruction) のなかで、互責の原則に触れなかったはずはない。夫婦双方に姦通がある場合にのみ互責が適用されると説示したのか、法律の規定にかかわらずその種類を問わないと説示したのか、判決の文面からは明らかでない。しかし、原審が妻勝訴の評決にもとづいて判決を与えた点から考えれば、裁判所は陪審に対し、後者のような説示を与えて一般評決を求めたようである。また、夫の控訴に対し、裁判所がクリーン・ハンズの原則を理由に、夫婦双方の非行の種類の異同を問わず互責の適用をみとめたことも注目しなければならない。

その後も *Ward v. Ward* (一八九五) 事件⁽⁶⁾において、姦通を理由とする妻の離婚請求に対し、夫が虐待を抗弁としたとき、裁判所は、「われわれの法律のもとで、妻の虐待は夫の非行を理由とする救済を阻止する結果になる」とのべ、妻の請求を容れていない。これまた、さきの事件と同趣旨を表明するものと思われる。カリフォルニア州では、夫婦双方の非行のいかんを問わずに互責の抗弁とするのをみとめる判例の見解を、のちに民法の規定で是認したのに対し、コロラド州においては、夫婦双方の非行が姦通の場合にかぎる規定にかかわらず、判例は当初から別個の判断を下した。法律が判例の趣旨をうけ入れるべく改められたのは、一九一七年のことに属する。⁽⁷⁾これについては第四章・二十六節で再び触れる。

(1) Tisset et Ourliac, *Manuel d'Histoire du Droit Français*, pp. 206-207; Foignet, *Manuel élémentaire d'Histoire du Droit Français*, pp. 376-377. 野田良之「フランス法概論」上巻②二八〇頁。

起草当時は一八〇条から成る短いものであったが、最終的には約二倍の三七二条となっている。Foignet, *ci-dessus*, pp. 376-377.

稲本洋之助「近代相続法の研究」四四頁では、一五二〇年に採択されたものを「第一次編纂慣習法典」、一五八〇年のものを「第二次編纂慣習法典」とよばれる。

(2) 上の間の事情は *Travaux de la semaine internationale de Droit*, Paris, 1950. *L'influence du code civil dans le monde*, pp. 778-779. 水田義雄「アメリカにおける大陸法的遺跡」比較法研究九・一〇号三二頁—三三二頁、三六頁—三七七頁。

(3) Scott, *The doctrine of Recrimination in Divorce proceedings*, Rocky Mountain L. R. Vol. 21, p. 413.

(4) P. (*Pacific Reporter*) Vol. 29, p. 811.

(5) Vernier, *American Family Laws*. Vol. II, p. 134.

(6) Scott, *op. cit.*, p. 413.

(7) Scott, *op. cit.*, p. 413.

第四節 カンサス州

コロラド州の東隣にあるカンサス州にはちがった事情がみられる。当初、同州の一八六八年法第六四三条によれば、「当事者が同等の非行をしたことが明らかなる場合、裁判所は裁量にもとづいて、離婚判決の言渡しを拒否することができる (may deny)」と規定した。⁽¹⁾ 互責を裁量的な棄却事由とする趣旨であって、すでにみたカリフォルニア

州、およびコロラド州の法律が命令的とみるのところがっており、あたかもイギリスの一八五七年の婚姻訴訟事件法第三一条で、原告側の非行—互責を裁量的棄却事由と定めたのと似ていよう。かかる法律のもとで、裁判所はどのような見解を示すであろうか。初期の判例は⁽²⁾いずれも、裁量権の行使に消極的な態度を示している。⁽³⁾

Van Brunt v. Van Brunt (一八九三)⁽⁴⁾事件において、妻が遺棄・虐待、および重大な義務違反を理由に離婚の訴を提起したが、夫は妻の主張を否認し、かえって極端な虐待と遺棄を反訴請求の理由とした。原審は特別事実認定⁽⁵⁾(special finding)によって、夫婦双方の遺棄を認定し、虐待の事実はいずれも離婚原因に及ばないとしたうえ、双方に同等の非行があるから、離婚判決は与えられないとし、双方の請求を斥けた。妻の控訴に対し、裁判所は、「われわれが慎重に審理した結果、原審の事実認定を支持する十分な証拠が存する」とのべ、原判決を容認している。ついで、Raper v. Raper (一八九七)⁽⁶⁾事件において、夫は極端な虐待、および重大な義務違反を理由に離婚判決を求め、妻は反訴で同じ非行を主張した。原審が夫婦双方の非行に関する多くの証拠にもとづいて、双方の請求を棄却したとき、妻の控訴に対し、裁判所は原審の判断に誤りはないとのべ、控訴を斥けている。

ここにみた二つの事件で、裁判所はいずれも、夫および妻にいかなる非行があったか、それが離婚原因を構成するに充分なものかどうか、について判断し、ひとたび双方に離婚原因たる非行を認定するとき、それを理由に双方の請求をみとめないわけであって、互責を裁量的棄却事由とする離婚法の規定にかかわらず、これを命令的なものと解するのは結果的には少しも変らない。双方に非行が認定されるため、互責を適用できる前提要件は一応具備しているけれども、離婚判決の言渡を拒否するのを妥当ならしめるような別個の事情が夫婦双方または一方に存して

はいないか、といった判断にまで及んでいない。その後、一九〇〇年代に入ってはじめて、右の点に関する裁判所の見解が変化し、裁量の余地をみとめる離婚法の規定の趣旨が現実に活かされることになる。

- (1) P. Vol. 34, p. 1117.
- (2) Lacey, The Law and Practice in Divorce and Matrimonial causes, pp. 1132-1133.
- (3) (Note) The "Reasons" for the Doctrine of Recrimination in Divorce, Col. L. R. Vol. 26, p. 87; Basye, Retreat from Recrimination-De Burgh v. De Burgh, California L. R. Vol. 41, p. 325.
- (4) P. Vol. 34, p. 1117.
- (5) カンサス州では離婚事件に、陪審は関与しないから、ここにいう特別事実認定も陪審によるものではなく、裁判所の個々の争点事実についての事実認定をなしていよう。
- (6) P. Vol. 50, p. 502.

第五節 テキサス州

テキサスもカリフォルニアと同じく、もとはメキシコの領土である。一八二一年にメキシコがスペインから独立したとき、テキサスは最初、メキシコのタマウリパスおよびコアウイラ両州、のちにはコアウイラ州に当る地域のみを加えたメキシコの一州にすぎなかった。⁽¹⁾一八二七年三月十一日に州憲法 (Constitution of Coahuila and Texas) を公布し、コアウイラに州政府をおいたが、立法者の大部分はメキシコ人である結果、ほとんどの法律は州に住むメキシコ人のために制定された。⁽²⁾かかる事情に加え、法律がスペイン語を使用するため、州住民の多数を占めるア

メリカからの移住者には通じない⁽³⁾。スペイン語、およびスペイン・メキシコの法制に精通する時間も便宜も有しなかつたし、そうしたとも思わなかつた。あたかもカリフォルニアにおいて、東部からの移住者が多数を占め、コモン・ローが継受されるにいたつたと同様の事情が存したようである。彼等はいかにアメリカ人の仮政府を作つたが、一八三六年三月二日にメキシコからの独立を宣言し、同三月十七日にテキサス共和国として憲法を制定した⁽⁴⁾。その第四条・十三節によれば、「共和国議会は法律により、イギリスのコモン・ローを、われわれの事情がそれを要求すると判断する修正を加えて、導入しなければならない。また、すべての刑事事件において、コモン・ローが判決の基準とされる」⁽⁵⁾。コモン・ローをテキサスの基本的な法律とすべき方針がここに宣明されたわけである。

右憲法は一八三六年十月一日に採択され⁽⁶⁾、ついで一八四〇年一月二十日、第四回議会において、「いくつかのメキシコの法律を廃止し……イギリスのコモン・ローを採用する法律」(An Act to adopt the common Law of England — to repeal certain Mexican Laws, …) は第一条および第二条により、「一八三六年十月一日以前に本共和国で施行中のすべての法律」つまりスペイン・メキシコ法を廃止し、「イギリスのコモン・ローは (現在効力を有する憲法あるいは議会制定法と両立するかぎりにおいて)、かかる法律とともに、本共和国の判決の基準とされる」旨を明記するにいたつた。ここでコモン・ローが正式にテキサス共和国の基本的な法律として継受されている。

当面の問題たる離婚法についてみれば、テキサスはローマ・カトリック教団たるメキシコのみならず、プロテスタントの島を形成して⁽⁸⁾、離婚の世俗化は大西洋岸における初期のイギリス植民地と同じ方法で行われた。さきにかリフォルニア州との関連でのべたとおり、スペインおよびメキシコを支配したカノン法は、有効に締結された婚

姻の解消をみとめなかったが、メキシコから独立後、テキサス共和国の裁判所は離婚判決を言渡しはじめた。⁽⁹⁾一八三四年四月十七日の私室陪審法 (Chambers Jury Law) により、すべての民事および刑事事件は特殊の陪審を使用する旨を定め⁽¹⁰⁾、一八三七年には地方裁判所 (district court) に離婚事件の管轄権が付与され⁽¹¹⁾、ついで一八四一年の法律により、離婚原因が定められるにいたっている。⁽¹²⁾その内容は明らかでないので、互責を含む四つの棄却事由の規定の有無は知れない。

ここで互責が問題となった *Trigg v. Trigg* (一八九一) 事件⁽¹³⁾をあげてみよう。この事件において、妻は婚姻の継続を不可能ならしめるような残酷な処遇、乱暴および暴行を理由に離婚の訴を提起したが、夫が虐待を互責の抗弁とした。陪審が関与するため、判事は陪審に対し、互責についてつぎのように説示している。「もし証拠にもとづき、あなた方が、原告は被告によって非難された非行について責を負うべきであること、そして該非行は被告たる夫から妻に対してなされた行為によって惹起され、それに対する報復であったこと、を確信するならば、夫の主張を真実と認定することはできません。ただし、かかる報復が挑発より以上に甚だしいため、それによって惹起されたものといえない場合は、このかぎりでありません」というのである。

一八四一年の離婚法の内容がわからないので、互責に関する規定があったかどうか、あったとして、それは夫婦双方の姦通にかぎって適用する狭いものであったかどうか。適用に当って裁判所が裁量権を有したか、あるいは絶対的な棄却事由と定められていたか、知ることができない。たとえ規定の上では、互責の適用が双方の姦通にかぎられていたとしても、それにかかわらず、姦通以外の非行にも適用の範囲を広げてよく、さらに被告の非行がまず

先在し、ついで原因結果の関連において原告の非行が行われ、その程度が報復の域を出ないときにかぎる趣旨を看取できよう。当面の場合、陪審は夫の非行を認定したが、妻の非行は離婚原因たる虐待に及ばないとみたため、互責の適用の可否は問題とならず、妻の有利に評決を与え、原審も妻の離婚請求を容認したので、夫が控訴した。裁判所はこれに対し、前示陪審の判断に誤りはないとし、原判決を容認したが、傍論として、「今日では、たとえ離婚の訴が審通以外の理由によって提起される場合でも、互責は有効な抗弁である」旨をのべている。

陪審に対する説示、および判決のなかで示された互責に関する裁判所の見解は、降って一九一二年法で完全に否定されたのが注目される。その第四六三五条によれば、「姦通を理由とするすべての離婚訴訟において、もし原告が同種の罪 (Like crime) について責あることが立証されるならば……それは該訴訟に対する有効かつ永久的な抗弁となる」⁽¹⁴⁾。つまり、夫婦双方に姦通の事実が認定される場合にのみ、互責を絶対的な棄却事由として適用するとうわけである。かかる趣旨の規定も *Mc Nabb v. Mc Nabb* (一九一八) 事件で無規された格好になっている。この事件において、妻が残酷な処遇を理由に離婚の訴を提起し、夫は虐待の事実を抗弁とした。原審は夫の主張事実をみとめず、妻に離婚判決を与えたので、夫が控訴した。裁判所はこれに対し、妻の虐待を認定したうえ、前示の規定に当たらないにかかわらず、互責を理由に原判決を破棄・差戻したが、判決のなかでつぎのようにのべている。すなわち、「互責の論争をひき起す非行の性格に関し、われわれの意見によれば、離婚請求権を打ち破るため、互責は被告のそれと同じ程度のものである必要はないが、同じ普遍的な性格 (The same general character) のものでなければならぬ」。ここで同じ普遍的な性格とは、種類はちがっていても離婚原因を構成するに十分な非行を意味

するものと考えられる。離婚法の規定によれば、双方の姦通についてのみ互責をつねに適用すべきはすでであるが、当面の事件で裁判所はかかる限定的な規定によらず、双方の非行が離婚原因に該当するものであるれば、種類の異同を問うことなく、互責を適用する見解を表明した。テキサス州に独特な事情をここにみるべきであろう。

- (1) Markham, *The Reception of the common Law of England in Texas and the judicial attitude toward that Reception*, 1840-1859, *Texas L. R. Vol. 29*, p. 905.
- (2) Markham, *op. cit.*, p. 905.
- (3) Markham, *op. cit.*, p. 905.
- (4) Butte, *Early development of Law and Equity in Texas*, *Yale L. J. Vol. 26*, p. 700; Markham, *op. cit.*, p. 908.
- (5) Butte, *op. cit.*, p. 700; Markham, *op. cit.*, p. 908.
- (6) Butte, *op. cit.*, p. 700; Markham, *op. cit.*, p. 908.
- (7) Butte, *op. cit.*, p. 700; Markham, *op. cit.*, p. 908.
- (8) Nye and Morpurgo, *A History of the U.S. Vol. 2. The growth of the U. S. A.* p. 419.
プロテスタントは教会を作ることが許されなかったけれども、カトリック教会に出席することは強制されないといふことと妥協した。中屋健一「アメリカ西部開拓史」三三三頁—三三三頁。
- (9) (comment) *Divorce Reform in Texas. The path of Reason*, *Southwestern L. J. Vol. 18*, p. 88.
- (10) Markham, *op. cit.*, p. 907
- (11) (comment) *op. cit.*, p. 89.
- (12) (comment) *op. cit.*, p. 89.
- (13) S. W. (*Southwestern Reports*) *Vol. 18*, p. 313.

- (14) Revised civil statutes of the state of Texas, 1921, p. 945.
(15) S. W. Vol. 207, p. 129.

第六節 マサチューセッツ州

なきにみたカリフォルニア州の *Conant v. Conant* (一八五八) 事件から二十五年を経過したとき、大西洋岸のニューイングランドに属するマサチューセッツ州で、互責を問題にした著名な *Cumming. v. Cumming* (一八八三) 事件があらわれる。もともと、同州においては、一六三六年から三八年にかけて、マサチューセッツ湾植民地総会 (*General court of Massachusetts Bay colony*) の立法によって、司法組織ができた。それによれば、各タウンにおかれた弁務官裁判所 (*Commissioner's court*)、ボストンを含む八カ所におかれた郡裁判所 (*county court*)、およびボストンの総督補助官裁判所 (*Court of Assistants*) の三段階⁽¹⁾とされる。かくて、メイフラワー号上の盟約⁽²⁾ (*The Mayflower compact*) に示された清教徒の宗教的情勢と法律的正義観が、漸次に具体的な形をとって広がっていった。⁽³⁾ 清教徒の植民地として神政的な特質は、⁽⁴⁾ 一六三六年三月二十五日の同総会による決議 (*Resolve of the general court of Massachusetts Bay*) にはっきり表明されている。すなわち、「政府に対し、本植民地の基本的な法律として聖書 (*The Words of God*) の趣旨に沿った法案を作成すべく要望する。この法案は次の総会に提出されるべきである。その間、治安判事 (*magistrate*) はすべての事件について、すでに制定されている法律、もし法律のない場合は、⁽⁵⁾ できうるかぎり神の法 (*The Law of God*) の趣旨にしたがい、裁判所において審理・決定すべきである」という。

婚姻サクラメント主義・婚姻不解消主義をとるイギリス教会の教義を否認し、聖書—新約聖書を、その字句ではなく、真意を正當に解釈すれば、姦通および遺棄にかぎらず、それらと同種類の非行を理由として離婚を許すべきであると考えていた清教徒たちが、教会による拘束からのがれ、個人によってなされた良心的信義に発する任意契約を基本的な前提としたからには、彼等の建設する植民地のための法律を制定するに当り、何よりも、聖書の趣旨に沿ったものを望むのも、けだし自然の勢といわなければならない。当州がバイブル・ステート (Bible state) とよばれる理由もここに発しよう。

モリスはアメリカ法発展の過程を一個の交響樂にたとえているが、その第一樂音において、十七世紀の互いに対応するいくつかのテーマが提示されるとし、「弦樂樂器が、すべての実定法は自然法の宣言であり、この理想法は聖書のなかに発見できるとの信念を表現する莊嚴なテーマを導入する」とのべるのは、マサチューセツツの事情にびつたり当てはまると思われる。

その後、一六三九年の法律は暗黙のうちに婚姻の解消をみとめながら、離婚原因に関しては何も触れず、一六五八年の改訂によって、「あらゆる離婚原因」を……審理し、判決する権限」を前示の総督補助官裁判所に付与し、しかも「あらゆる離婚原因」という文言は当初から規定されていたものとして扱われる。⁽⁷⁾だが、この当時の具体的な離婚原因の内容は明らかにできない。降って、一七八五年法・六九章・三条は姦通・性交不能・二年以上の完全な遺棄・アルコールまたは阿片その他の麻酔剤による強度の中毒・極端な虐待を離婚原因と定め、妻については夫の扶養義務不履行を付け加えている。⁽⁸⁾そして、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かったが、

裁判所は Hall v. Hall (一八六二)⁽⁹⁾、Clapp v. Clapp (一八六七) 等の事件で、互責の抗弁により原告の請求は棄却される旨を間接的にのべている。たとえ法律に規定はなくとも、判事達はそうすることが正義に合致するゆえんと判断したからであろうが、その前提として、イギリス教会裁判所の先例が参考にされたのはもとよりと思われる。当地に植民した清教徒たちがイギリス教会のやり方に深い憎しみをいだいていたことはたしかである。しかし、彼等がそれに慣れ親しんでいた制度すべてを放棄したわけではない。イギリスにある大多数の人々と同じく、彼等にとっても、教会が教会員に対して道徳的な規律を強行することはきわめて適切と考えられていた。⁽¹⁰⁾これを裁判上の規制に押し及ぼすとき、当州の裁判所が、イギリス教会裁判所で展開されてきたいわば道徳的な原理たる互責を採用し、それによったことも無理なく理解できる。Robbins v. Robbins (一八八六) 事件において、⁽¹¹⁾「本裁判所は、立法部が離婚管轄権を裁判所に付与するに当り、イギリスの教会裁判所で支配的であった一般的な諸原理を、それが適用可能であり、かつ合理的と判断されるかぎりにおいて、採用するつもりであったと推測してきた」というのも、これを裏書きするに充分であろう。

マサチューセッツ州では、その後一八七五年法において、「訴訟手続に關し別段の規定がない場合、裁判所は教会裁判所または衡平法裁判所の訴訟手続にしたがって審理し、⁽¹²⁾判決する」旨を規定した。これまで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なかったし、現在にいたるも事情は変わっていない。だが、右の法律以後、裁判所は衡平法上のクリーン・ハンズの原則による裏づけを得て、互責を適用できることとなり、最初にその名をあげておいた Cumming v. v. Cumming (一八八三) 事件は⁽¹³⁾この意味でとくに注目される。この事件において、妻

が姦通を理由に離婚の訴を提起したのに対し、夫は妻の姦通を立証して互責の抗弁とした。裁判所は妻の請求を棄却してつぎのようにいう。「原告の離婚請求に対して被告が互責を抗弁とするには、原告の非行が自己のそれと同じ種類である必要は少しもない。法律はいくつかの離婚原因を列挙しているが、それらはすべて婚姻上の義務違反として同じ基礎に立っている。それゆえ、原告の請求に対し、被告が原告にも離婚原因に当る非行があると抗弁するならば、離婚判決は与えられない」。すでに以前から、互責は判例によってみとめられていたが、前示の法律後にそれを再確認したものと見えよう。その場合、互責の抗弁にできる非行の種類について、カリフォルニア州の事件と同様の疑問が生じてくる。この点、本件では夫婦双方の非行が姦通であったため、別段に争いはなかったが、裁判所は離婚原因たる姦通を道徳的見地から他のいくつかの非行と軽重の差をつけて区別することはせず、しかも互責の抗弁にできる原告側の非行の種類を被告のそれと同じものに限定しない旨をのべ、将来に対する判断の基準を提示したのではなからうか。

果して、数年後の *Morrison v. Morrison* (一八八六) 事件⁽¹⁴⁾において、「互責の抗弁により、制定法が離婚原因と定めているいずれかの非行が立証されるならば、原告は勝訴できない。互責は訴状に記載された非行と同種類のものにかぎられるわけではない。離婚原因の一つであれば充分である」とされたのによつても、このことがはっきりわかる。かくて、マサチューセッツ州では、夫婦双方の非行が離婚原因として種類を異にしても互責を適用する、との原則が確立されるにいたつたわけである。

(1) *Howe, Readings in American Legal History*, pp. 108-110.

- (2) Commager, Documents of American History, pp. 15-16.
- (3) 水田義雄「アメリカ法学の出発点」早稲田法学二四卷一冊一〇頁—一一頁。
なお、マサチューセッツ州における初期の法律が、「イギリス本国のコモン・ローをががっており、むしろ本国の地方的慣習に類似しつつあった事情は Haskins, A problem in the Reception of the common Law in the colonial period, University of Pennsylvania L. R. Vol. 97, pp. 843-844.
- (4) 清教徒による植民地の特質については高木八尺「米國政治史序説」一〇六頁—一一頁。
- (5) Reinsch, The English common Law in the early American colonies, Selected essays in Anglo-American Legal History. Vol. I, p. 372.
同の趣旨はマサチューセッツ基本原則 (Fundamentals) のなかにも見られる。すなわち、「あらゆる刑事上の犯罪について法が刑罰を何も規定してゐない場合、¹ 判事は聖書 (God's Word) の定める法則にしたがつて刑罰を課する権限を有する」。² Reinsch, op. cit., p. 374. 註だ、¹ 一六四一年の「一〇〇条から成る自由体系 (The Body of Liberties) にも神政思想があらわれている」。³ Morris, Studies in the History of American Law, pp. 29-30.
別の説明によれば、「一面においてはコモン・ローを基礎とする法典であつて、この点では英国民の伝統に負うのであるが、一面にはまた明らかに聖書の伝うるイスラエルの律法に根拠する多数の規定を含んでいた」。高木八尺・前掲書一〇三頁。
- (6) Morris, Studies in the History of American Law, p. 9.
- (7) Spaletta, Divorce in colonial New York, The New York Historical society Quarterly. Vol. XXXIX, p. 427.
- (8) Annotated Laws of Massachusetts. Vol. VI, p. 456.
- (9) Sherman, The doctrine of Recrimination in Massachusetts (Recrimination Rejected), Boston University L. R. Vol. 33, pp. 458-459.

- (10) Howe, op. cit., p. 129.
- (11) Sherman, op. cit., p. 462.
- (12) Sherman, op. cit., p. 462.
- (13) Mc Curdy, Cases on the Law of Persons and Domestic Relations, p. 390.
- (14) (Note and Legislation) Recrimination as a Defense in Divorce Actions, Iowa L. R. Vol. 28, p. 342.

第七節 ロードアイランド州

いわゆるニューイングランド地方に属するものとして、さきに詳しくみたマサチューセッツ州のほかに、ロードアイランド、コネティカットおよびニューハンプシャー諸州がある。あとの三者のうち、コネティカット州については、説明の便宜上、第四章で触れることとし、ここでロードアイランドおよびニューハンプシャー両州の事情を検討してみたい。

マサチューセッツ州の南に接するロードアイランド州の離婚法には、共謀と承認のみが規定され、互責のそれを欠いているが、⁽¹⁾判例によって適用されている。最初に互責を扱ったのは Goodell v. Goodell (一八八六) 事件と推測されるが、これはどの判例集にも登載されていないので、ここでは Church v. Church (一八九〇) 事件⁽²⁾をあげてみよう。この事件において、夫が姦通を離婚請求の理由としたとき、妻は極端な虐待を互責の抗弁とした。裁判所はこれに対し、双方の非行を認定したうえ、「わが国において、互責の原則に関する判例の態度は完全に一致したものではないが、法律が同じ効果を付与している夫婦間の非行それぞれを、裁判所は区別して扱うことはできない、

というのが確定された有力な判例の見解であるとわれわれは考える。法はそれに従う人を助けるが、それを破る人は助けない。夫婦双方に非行があるとき、裁判所は「いずれにも救済を与えない」とのべ、夫の請求を斥けている。もし、裁判所が、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旨を宣言するならば、実際問題として、互責の適用はかぎられたものになってしまうであろう。ここでは、かかる見解に組せず、離婚原因たる非行の種類を問うことなく、互責の適用をみとめる趣旨であつて、さきのオハイオ州、カリフォルニア州等々の諸判例によつて示されたのと同じ判断といつてよからう。

つづく *Mathewson v. Mathewson* (一八九四) 事件⁽³⁾でも右の見解は變つていない。この事件において、夫が妻を遺棄してから十一年を経過し、妻は夫がすでに南北戦争で死亡したにちがいないと判断し、他男と再婚したところ、それから約十六年後、夫も再婚し、子を連れて帰來した。当時の州法第一六三章・五条によれば、「夫または妻が生存中に、一方が他の婚姻を締結したとき、または締結当時に一方が白痴・狂人であるとき、すべての婚姻は絶対的に無効 (absolutely void) である」。右の事実を知つた妻は、しばらくして他男との同居をやめ、遺棄・姦通および扶養義務不履行を理由に別居の訴を提起したところ、夫は姦通を抗弁とした。裁判所はこれに対し、「夫と同等の非行かどうかを問わず、妻には離婚原因たるに充分な非行がみとめられるから、彼女は訴によつて請求した救済をうける権利を有しない」とのべ、妻の請求を棄却している。

当面の場合、夫の死亡を信じて再婚していた妻は、夫の帰來を知つたとき、他男との同居を直ちにやめるべきであつた。そうするかぎり、夫婦それぞれの再婚が無効となるにすぎず、夫の側に遺棄および扶養義務不履行がみと

められても、妻に非行は何もなかったことになる。しかし、妻はしばらくの間にせよ、いぜんとして他男との同居を継続したため、これを非難する夫によって、姦通の抗弁が提出される結果となった。かかる事実を認定する裁判所は、さきの *Church v. Church* (一八九〇) 事件と同じく、双方の非行の種類の異同に関係なく、互責を適用する旨を明示するわけであるが、それにしても、結果的に婚姻が約二十七年という長年月にわたって中断し、その間に右にみたような事態が生じてしまった場合、婚姻関係はすでに死滅してしまっていると判断すべきではなからうか。双方の再婚を無効として前婚を継続させたところで、覆水が盆にもどるはずもなく、まして互責を適用して妻の請求を拒けることによって、いかなる実効を収めようとするのか、疑問が呈される。

(1) *Vernier, American Family Laws. Vol. II, p. 74.*

(2) *A. (Atlantic Reporter) Vol. 19, p. 244.*

(3) *A. Vol. 28, p. 802.*

第八節 ニューハンプシャー州

ロードアイランド州と異なり、離婚法に互責を含む請求棄却事由の規定は見当らない。⁽¹⁾ 判例はこれに関してどのような見解を示しているであろうか。まず、*Masten v. Masten* (一八四三) 事件をあげてみよう。この事件において妻が極端な虐待・遺棄および姦通を理由に離婚訴訟を起し、夫は抗弁としてそれらに先立つ妻の姦通を立証した。裁判所はこれに対し、「妻が姦通の告白を理由に教会を解任されたのち、数年間、夫はその事実を充分に認識しながら、共同生活を継続した。それゆえ、宥恕は最も完全に行われている」とのべ、夫の抗弁は理由がないとし、妻に

離婚判決を与えている。配偶者に離婚原因たる非行のあった事実を十分に認識したうえ、それを許す旨を明示または黙示に表明するとき、爾後、右の非行を離婚請求の理由とすることはできない。請求棄却事由の一つに当る宥恕は、一応このように説明される。この問題についての詳細な検討は別の機会に委ねることとし、当面の場合をみれば、夫の前示の態度が黙示の宥恕と認定されたわけである。宥恕に関する規定も離婚法に存しないが、判例によって、適用される事情はこれによってわかる。とはいえ、争点が宥恕に移ったため、ここで互責は正面から扱われるにいたらなかった。宥恕の事実が全くなかったか、あるいはあったとしても、棄却事由としては不充分と認定されたならば、互責が当然につきの問題として登場することになるが。裁判所は果してその適用にどのような判断をするであろうか。

右の問題を *Bailey v. Bailey* (一八九三)⁽³⁾ 事件がはじめて扱っている。この事件において、夫は姦通を離婚請求の理由とし、妻が極端な虐待を抗弁とした。裁判所はこれに対し、「夫は妻に向って不親切で意地が悪く、彼女の慰安と幸福に無関心であり、ときに身体的な暴力を加えることもあったが、かかる夫の所為は極端な虐待を構成するにいたらない」と認定し、妻の抗弁を斥け、夫の請求をみとめている。つまり、互責を抗弁としても、配偶者の非行が離婚原因たるに充分なものでなければならぬ旨を指摘する。では、その場合、双方の非行の種類がちがっていてもよいのであろうか。本件において、姦通に対し極端な虐待が抗弁とされているが、判決の趣旨からみて、もし極端な虐待の事実が立証されたならば、互責の適用がみとめられたと思われる。要するに、姦通の主張に対し、姦通にかぎらず、それ以外の非行をも互責の抗弁にできることはわかるが、さらに広く、夫婦双方に離婚原因たる非

行があれば、種類のいかんを問わず互責を適用するのかどうか、この段階では何んとも判断できない。

(1) Vernier, American Family Laws. Vol. II, p. 74.

(2) New Hampshire Reports. Vol. 15, p. 159.

(3) A. Vol. 29, p. 847.

第九節 バーモント州

互責を含む請求棄却事由について、離婚法は何も規定していない。⁽¹⁾ ここで二、三の判例を検討してみよう。参照できた最も古いものは *Shackett v. Shackett* (一八七六) 事件⁽²⁾ である。この事件において、妻は扶養義務不履行・姦通および耐えがたい厳格さを理由に離婚判決を求めたが、夫は妻に姦通の責があり、彼はまたそれを宥恕していない旨を抗弁とした。原審は双方の非行を認定し、夫の抗弁をみとめ、妻の請求を棄却したので、彼女が控訴した。裁判所はこれに対し、「本件において、妻の姦通は、彼女が離婚判決を得るのを阻止する効果をもつであろうか。該姦通が宥恕された事情は見当らない。宥恕されていなければ、いつでも、夫の姦通を理由に提起した離婚請求を有効に阻止することになる。……また、妻は、耐えがたい厳格さを理由とする離婚請求に対し姦通を抗弁にできない旨を主張するけれども、原告に姦通があるという事実は、いずれの非行を理由とする離婚請求に対しても、それを阻止する抗弁をなす」とのべ、原判決を容認している。つまり、一般原則として、原告の主張する離婚原因の種類を問うことなく、被告は原告の姦通を互責の抗弁としさえすれば、離婚請求を完全に阻止できるわけである。これ

までにみたくつかの州において、互責に関する規定のない場合、判例は夫婦双方の非行が離婚原因のいずれかに該当しているかぎり、種類の異同を問わず、互責を適用する見解を示すのが多かった。これに対し、パーメント州では、被告が原告の姦通を立証できれば、原告がいかなる非行を離婚請求の理由としていても、該請求を阻止するに充分と判断している。

当面の事件では、たまたま被告が姦通を抗弁としたため、右のような判断が示されたけれども、これが互責の抗弁として姦通しかみとめない制限的な意味をもつのかどうか。この点はまだ裁判所の判断の対象になっていないといわなければならない。

ここでもう一つ、*Tillison v. Tillison* (一八九一) 事件⁽³⁾をあげてみたい。妻はこれよりさき、耐えがたい厳格さおよび扶養義務不履行を理由に、離婚の訴を起したが、審理のうち、請求を斥られ、控訴しなかつたため、判決確定していた。夫がその後姦通を理由として提起したのが本件である。原審は夫の請求をみとめなかつたので、彼が控訴し、妻も耐えがたい厳格さおよび扶養義務不履行を理由に反訴を起した。裁判所はこれに対し、妻の反訴理由とする非行は既判事項 (*Res Judicata*) であるから、その主張はみとめられないとし、妻の姦通は証拠不十分であるとして、双方の請求を棄却した。だが、傍論として、「離婚訴訟において、原告が離婚判決を得る資格のないことを示すためには、原告の主張する非行と同じでなくとも、離婚原因たる非行であれば、いずれでもよい」旨を指摘している。さきにもた *Bailey v. Bailey* (一八九三) 事件では、互責の抗弁として姦通しかみとめないのかどうか、判断の対象にならなかったが、右の傍論により、姦通はもとより、他の非行であっても、互責を主張するに充分であ

ることが明らかにされたわけである。

(1) Vernier, American Family Laws Vol. II, p. 74.

(2) Vermont Reports, Vol. 49, p. 193.

(3) A. Vol. 22, p. 531.

第十節 ニュージャーシー州

一八七七年法の第三一九章・三十条によれば、「姦通を理由とする離婚訴訟において、もし当事者双方に姦通の責あることが明らかになれば、離婚判決を言渡してはならない」と定める。⁽¹⁾ 双方の姦通にのみ互責を適用するという趣旨である。離婚法の規定はこうだとしても、果して判例は規定どおりに適用するのかどうか、当州でも問題にしなればならない。

まず Fuller v. Fuller (一八八六)⁽²⁾ 事件をみよう。この事件において、夫が姦通を離婚判決請求の理由としたが、四カ月経過したのち、妻は、彼女が答弁書を出したのちに夫が姦通した旨を互責の抗弁とした。夫は訴訟の審理が四カ月もつづいた現在、妻がかかる新たな争点をもち出すのを許すべきではないと主張した。裁判所はこれに対し、「制定法は夫婦双方に姦通の責ある場合、離婚判決は与えられない旨を明示している。これこそ、制定法に規定を欠くときの法則であり、自然の正義から発する命令にはかならない。すべての人の正義観によれば、彼自身が不誠実な夫は、妻の不貞を非難する権利を有しない。また、離婚訴訟の被告は、終局判決が言渡される以前であれば、

いつでも、素早くなされる適切な申立により、原告が訴提起以後に姦通した旨を証明する権利を有する」とのべ、妻の抗弁をみとめている。

ここでは双方の姦通のみがあったため、離婚法の規定にびつたり該当し、文字どおり適用される結果となったけれども、それ以外の非行の存否が争われるとき、裁判所はどのように判断するのであるうか。さきにみたコロラド州では、離婚法が互責の適用を双方の姦通にかぎるにかかわらず、判例は広く離婚原因の種類を問わず適用しており、また互責の規定を有しないいくつかの州でも、同じ趣旨が示されていた。当面のニュージャージー州はどのような道をとるであろうか。

Rapp v. Rapp (一九〇四) 事件⁽³⁾では遺棄と姦通が問題となっている。この事件において、夫は姦通を理由に離婚の訴を提起したが、妻は、彼女が姦通する以前に夫が彼女を遺棄していた旨を抗弁とする。裁判所はこれに対し、双方の非行を認定し、「原告に姦通があれば、彼または彼女が被告の同じ非行を理由に離婚判決を入手するのを阻止する趣旨は、完全に確定されている。遺棄を理由とする請求が原告の姦通によって斥けられることも、同様に明らかである。本件はこれと逆の見解を示している。私の見解によれば、原告は離婚請求を阻止される」とのべ、夫の請求を棄却している。これを要するに、離婚法には双方の姦通にかぎって互責を適用すると規定しているが離婚原因として列挙される非行はそれぞれ同じ重要性を有して存在しており、それらを区別して扱うことは許されないから、姦通と遺棄についても互責を適用すべきだとの考え方を示したものとわなければならない。

その後、ニュージャージー州はデラウェア州およびウィスコンシン州とともに、一九〇二年の「統一婚姻無効お

よび離婚法」(Uniform annulment of Marriage and Divorce Act)を州の離婚法の原則として採用することになる。⁽⁴⁾統一離婚法制定の運動は、一八四八年に統一離婚法案が連邦議会で提出されたのが最初であったが、⁽⁵⁾一八七九年にはアメリカ法曹協会(American Bar Association)が「法理学および法律改正委員会」に対し、「合衆国のいくたの州の間で婚姻および離婚に関する法律をさらに優れたものにするために、得策と考える改正を勧告するよう」指令している。⁽⁶⁾だが、一八九二年に下院の司法委員会では、「議会が統一婚姻・離婚法を制定しようとするのは、人民の家庭内の権利に対する侵害であった」旨を宣明したので、⁽⁷⁾運動は中断された。とはいえ、改革への希望は捨て去られず、一九〇五年にいたれば、テオドア・ルーズベルト大統領は議会にメッセージを送り、「離婚法はいくたの州で危険なほど弛緩され、冷淡に施行されており、婚姻関係の神聖さを軽視する結果になっているとの確信が広がっている。もし州の間の協力が得られるならば、最後には、家族を保護するためのあらゆる可能な手段を含む、婚姻、および離婚に関する統一法が制定されるにちがいないと期待される」旨をのべている。⁽⁸⁾この期待を移行しつつの手がかりとして、ペンシルバニア州議会が知事に、合衆国における離婚の増大という害悪を排除する目的で、「全米離婚会議」(National Divorce congress)を招集する権限を与える法律を制定した。⁽⁹⁾そこで州知事ベニーパッカーが他州の知事に招請状を發し、統一法案作成のため代表者の派遣を求めたところ、ミシシッピー、ネバダ、およびサウスカロライナの三州を除く四十二州が招請に応じ、⁽¹⁰⁾一九〇六にワシントンにおいて法案を可決するにいたったのである。

かくて制定された「統一婚姻無効および離婚法」⁽¹¹⁾によれば、第三条に姦通、重婚、有罪決定と刑の宣告、極端な

虐待、二年間の悪意の遺棄および二年間の常習的酩酊の六個を離婚原因と定める⁽¹²⁾。さらに第五条に、「もし訴が共謀にもとづいて提起されたこと、原告は被告の非行を周旋・承認または宥恕したこと、あるいは自らに姦通の責があり、まだ宥恕されていないこと、が裁判所の満足のいく程度に明らかになれば、離婚判決は与えられない⁽¹³⁾として、共謀・承認および宥恕と並べ、互責を請求棄却事由とみとめていた。もっとも、互責についていえば、原告が離婚請求の理由とする非行の種類にかかわらず、被告は姦通にかぎって互責の抗弁とすることが出来る趣旨である。ニュージャーシー州が右の統一法を採用したと推測される一九一〇年法第二〇四〇部・二八条は、⁽¹⁴⁾一八七七年法と同じく双方の姦通のみを絶対的な棄却事由と定めている。したがって、互責に関するかぎり、ニュージャーシー州は統一法を採用しなかったといわなければならない。

- (1) Selzer, Encyclopedia of New Jersey Law . Vol. 2, p. 30.
- (2) A. Vol. 3, p. 409.
- (3) A. Vol. 38, p. 167.
- (4) Ploscowe, The truth about Divorce, p. 252.
- (5) Wels, New York: The poorman's Reno, Cornell L. Q. Vol. 35, p. 322.
- (6) Ploscowe, op. cit., p. 322.
- (7) Wels, op. cit., p. 251.
- (8) Ploscowe, op. cit., p. 251.
- (9) Ploscowe, op. cit., p. 251.
- (10) Wels, op. cit., p. 322.

- (11) Uniform state Law in the U. S. pp. 295-304.
- (12) Uniform state Law in the U. S. pp. 297-298.
- (13) Uniform state Law in the U. S. p. 297.
- (14) Verrier, American Family Laws. Vol. II, p. 86.

第十一節 デラウェア州

一九〇七年に「統一婚姻無効および離婚法」が制定された当時、デラウェア州では、「もし被告が原告に同様の罪 (the Like crime) ある旨を非難し、立証するならば、……離婚請求は棄却される」と定めていた。⁽¹⁾ かかる規定のもとで Bancroft v. Bancroft (一九一一) 事件⁽²⁾がみられる。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起し、妻は極端な虐待を抗弁とした。抗弁をうけた夫が、互責の対象は原告の主張するのと同様の非行でなければならぬいから、妻は姦通を理由とする請求に虐待を互責の抗弁にすることはできないと反駁したとき、裁判所はこれを見とめ、夫に離婚判決を与えている。つまり、前示の規定にいう「同様の罪」とは、原告が離婚原因と主張する非行と同じ種類の非行を意味する制限的なものと理解するわけであって、姦通に対しては姦通を、虐待に対しては虐待を抗弁としなければ、互責は適用されない。当面の場合も、妻は夫の姦通を立証できなければ、離婚請求を阻止できず、いくら極端な虐待を抗弁としても効果はないことになる。

ところで、デラウェア州はニュージャージーおよびウィスコンシン両州と並んで、「統一婚姻無効および離婚法」を州の離婚法の原則として採用した。当面の互責についていえば、さきのニュージャージー州の場合と事情を異に

し、一九一五年法第三〇〇八条は、原告の主張する離婚原因のいかんを問わず、被告は、まだ宥恕していない原告の姦通のみを互責の抗弁とみとめるにすぎない。つまり、統一法の第五条の規定をそのままとり入れ、最初にあげた規定を廃止したとみてよいと思われる。

(1) A. Vol. 85, p. 564.

(2) A. Vol. 85, p. 561.

(3) Vernier, American Family Laws, Vol. II, p. 85.

なお、一九五三年法第十一編の第十五章に「離婚と取消」と題し、第一五〇一条ないし第一五三条の規定をおいている。この邦訳として、池川良正「アメリカ合衆国の身分法規—デラウェア州の家族法」戸籍一二号十四頁—十九頁がある。

第十二節 ノースカロライナ州

離婚法には互責を含む請求棄却事由について、何も規定を設けていない。一方、初期の判例の一つとして Horne v. Horne (一八七五) 事件⁽¹⁾がみられる。この事件において、夫婦双方に姦通の責ある事実が認定されたとき、裁判所は夫の請求を斥ける判決のなかで、「彼等は二人の憐れむべき人 (two miserable wretches) であり、余りにも憎悪の情をいだかせるので、夫の請求をみとめるわけにはいかない」とのべている。互責の規定はなくとも、判例がこれを適用する趣旨は理解できるけれども、適用は双方の姦通にかぎるのかどうか、本件のみでは明らかでない。

その後の Setzer v. Setzer (一九〇一) 事件⁽²⁾はノースカロライナ州に特有の事情を示すことになる。この事件において、夫は極端な虐待を離婚請求の理由としたが、妻は、夫が彼女のもとを去ったのちに姦通したことを抗弁と

した。原審は陪審の認定にもとづき、夫に別居判決を与えたので、彼が控訴した。ところで、一八九九年法第二一章・一二八五条によれば、夫婦の一方が他方のもとを去り、姦通生活 (Life in adultery) をしたときにはじめて、離婚原因の一つとなる。裁判所は夫の控訴に対し、夫は妻からの虐待によって彼女のもとを去るのを余儀なくされ、別居後に姦通した事実を認定し、「妻は被害者ではなく、加害者である。彼女の抗弁を維持するためには、法律によってみとめられ、離婚原因となるような、婚姻関係に対する全く別個の非行を立証しなければならない。原告に対する訴訟で離婚判決を得られるようなものを必要とする。妻はこれを立証していない。われわれの法律によれば、夫によってなされた単なる姦通は離婚原因ではない。離婚原因たるには、夫が妻と別れ、姦通生活をしなければならぬ。右の二点とも、妻は立証していない」とのべ、夫の控訴を容れ、別居に代えて離婚判決を与えている。つまり、夫の非行は単なる姦通にすぎず、姦通生活をしたことが立証されないから、妻がそれを互責の抗弁としてもみとめられないというわけである。

当時、ケンタッキー、ノースカロライナおよびテキサスの三州では、離婚原因たる姦通について、他州とちがった規定をしていた。このうち、ケンタッキーおよびノースカロライナ両州では、夫が主張するのは妻の単なる姦通で充分であるが、妻は夫が姦通生活をしていることを立証しなければならず、テキサス州は双方について姦通生活が要件とな⁽⁴⁾っている。当面の事件において、妻の抗弁がみとめられなかった理由はこの一点に帰することになり、右のような姦通に関する特別の要件を設けていない州であれば、当然にみとめられるにちがいない互責の抗弁が、容れられない結果となった。離婚原因に関する独特な規定のもたらすところとして、特筆しなければならないと思

われる。なお、ノースカロライナ州では、その後一九一九年法第一六五九条⁽⁵⁾により、夫婦双方について単なる姦通で充分と改められるにいたったことを付け加えておく。

- (1) Bigman, Recrimination as a Defense to Divorce, *Intramural L. R. of New York university*, Vol. 6, p. 15.
- (2) S. E. (Southeastern Reporter) Vol. 38, p. 731.
- (3) S. E. Vol. 42, p. 546.
- (4) Vernier, *American Family Laws*, Vol. II, pp. 18-19.
- (5) Vernier, *op. cit.*, p. 22.

第十三節 テネシー州

一九三六年当時、これまでテネシー州で互責を問題とした判例としては *Ray1 v. Ray1* (一九〇〇)⁽¹⁾ 事件が唯一のものといわれていた。⁽²⁾ 一九〇〇年の現行法たる互責の規定の内容は明らかでないが、双方の姦通にかぎって互責を絶対的な棄却事由としていたようである。さて、この事件において、夫は彼等が婚姻したとき、妻に前婚が存在していたことを理由に婚姻の無効を主張し、さらにこの主張が容れられないときのため、妻の姦通を離婚請求の理由にした。これに対して妻は、婚姻は有効であるとし、夫の姦通を理由に離婚反訴を提起した。当時の州法第二四三八条によれば、「最初の婚姻が解消される以前に、第二の婚姻を締結することはできない。しかし、夫婦の一方が五年間不在であり、その生存が他方に知れない場合、最初の婚姻は、第二の婚姻のために解消されたものと看做される」旨を定めている。夫は、婚姻締結時に妻が先夫の生存する事実を知っていたため、最初の婚姻は解消されな

いとし、第二の婚姻の無効を主張するわけである。原審が夫の主張をみとめて婚姻の無効を宣し、反対請求を斥けたので、妻は控訴した。妻の言によれば、先夫は彼女を遺棄して五年以上行方不明であり、婚姻当時、彼はすでに死亡したと信じ、そう信じるについて正当な理由があったから、最初の婚姻は解消され、彼女は自由に再婚することができた。そうだとすれば、彼女が姦通したのは事実としても、夫も姦通の責があるから、夫の離婚請求をみとめるべきでない。このように主張して、妻は夫の姦通を互責の抗弁とするわけである。裁判所はこれに対し、原審の事実認定を正当とみとめ、婚姻の無効を宣言する原判決を容認し、妻の控訴を棄却している。婚姻が無効という結果からみれば、互責の原則の適用される余地は全くなかった事件に属するから、この事件が離婚法の互責の規定に真正当から該当したとみるのは、⁽⁴⁾ まちがいといわなければならない。

(1) S. W. (Southwestern Reporter) Vol. 64, p. 309.

(2) Zacharias, Recrimination in the Divorce Law of Illinois, Chicago-Kent L. R. Vol. XIV, p. 226.

(3) S. W. Vol. 64, p. 310.

(4) Zacharias, op. cit., p. 226.

第十四節 イリノイ州

イリノイ州もオハイオ州と同じくいわゆる北西部条例に基礎づけられ、一八一八年に州となった。最初の離婚法は翌一八一九年二月二日に制定されたが、それによると、離婚原因として①前婚が未解消、②性交不能、③婚姻後の姦通、④配偶者を遺棄して一年以上州外にあること、の四つをみとめている。⁽¹⁾ さらに虐待を理由とする別居を許

したが、別居および離婚請求棄却事由には何も触れておらず、離婚事件の管轄権は若干の巡回裁判所 (circuit court) に与えている。⁽²⁾ つづく一八二五年一月十七日法では、前示離婚原因の①を削除し、二年以上の常習的飲酒を別居原因に加えたが、⁽³⁾ それを理由に別居判決を請求する原告配偶者に対し、「自己自身が夫または妻としての義務を誠実に愛情をもって果していたことを立証すべきである」⁽⁴⁾と要求するにすぎない。離婚請求に対する棄却事由については、いぜんとして沈黙を守っている。なお、さきに巡回裁判所に与えられた離婚管轄権は、ここで衡平法裁判所たる巡回裁判所と特定されるにいたった。この点よりすれば、もし将来、法律が明確に互責を請求棄却事由とみとめるとき、クリーン・ハンズの原則によって裏付けされる潜在的な可能性が生じたと考えられるが、果して実状はどのように展開したであろうか。

互責に関する直接の規定のないまま、それを最初に問題にしたのは *Davis v. Davis* (一八五九) 事件⁽⁵⁾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たとき、夫は妻自身の姦通を抗弁とした。原審は夫の抗弁を不実とみとめ、妻の請求を容れたので、夫が控訴した。裁判所は原判決を容認してつぎのようにのべる。すなわち、「訴訟係属中でも原告が姦通したならば、姦通を理由とする離婚請求は棄却されるということ、われわれの意見は一致している。姦通を互責の抗弁とする被告は、この事実を充分な証拠によって立証しなければならぬ」。姦通を理由とする離婚請求に対し、被告が原告の姦通を抗弁にするのは、歴史的にみて互責の典型的な例に当る。当面の場合も、まだ離婚法に互責の規定はないが、裁判の実際面ではつきりみとめられている。もし妻が訴提起後に姦通したのが事実であり、夫がその事実を充分な証拠によって立証したならば、互責の抗弁は完全に目的を達成し

たであろう。だが、裁判所は夫の抗弁を不実とみとめた原判決を容認する。妻に何も姦通はなかつたのか、あつたとしても夫がそれを充分に立証できなかったのか、いずれにせよ、夫は妻からの離婚請求を阻止できなかった。ここで一步をゆづり、夫の姦通ではなく、それ以外のなんらかの非行を抗弁としたならば、果して裁判所は互責の適用をみとめるであろうか。カリフォルニア、コロラド、カンサス、テキサス、マサチューセツツおよび他の諸州で問題になったことがここでも解答を迫ってくる。

十七年後の *Past v. Past* (一八七六)⁽⁶⁾ 事件が右に対する解答を与えている。この事件において夫が姦通を理由に離婚判決を求めたが、妻は遺棄を抗弁とした。裁判所は夫の請求を容れ、「われわれは、夫が妻を遺棄したからといって、妻のより重大な姦通の責が許されるとは思わない。飲酒も虐待も、われわれの法律のもとでは、姦通に対する互責の抗弁として充分でない。もし夫が等しい非行をしていたならば、彼は離婚判決を得られなかつた」とのべている。ここに等しい非行とは姦通を意味する。妻が夫の姦通を立証できたならば、その場合にはじめて、互責の原則が実際の効力を發揮するというわけであろう。三つの離婚原因、すなわち性交不能・姦通および遺棄のうち、とくに姦通を他と区別して扱う見解をここに看取できる。姦通を理由とする訴に対しては、姦通のみが互責の抗弁となり、それ以外の非行を立証しても容れられない。では、夫婦双方の非行がいずれも姦通以外のときはどうであろうか。この場合にも、さきの「等しい非行」との趣旨を尊重し、双方の非行が種類を同じくするときのみ互責をみとめ、それ以外は排除するのだろうか、折よくつぎの *Duberstein v. Duberstein* (一八九八)⁽⁷⁾ 事件が半ば明らかにしてくれる。

この事件において、夫が虐待を理由に離婚の訴を提起したのに対し、妻は反訴で虐待を立証した。裁判所は夫婦双方の非行が同じことを認定し、いずれの請求も容れていない。つまり、虐待・遺棄等の場合について、双方の非行が同種のとぎ、互責を適用しているわけである。では、種類がちがうときはどうなるか。イリノイ州の判例がこれに答えるのは、約三十年を経たのちのことに属しており、その前後に、互責が離婚請求に対する棄却事由として法律上はじめて規定されるにいたる。

- (1) Zacharias, *Recrimination in the Divorce Law of Illinois*, Chicago-Kent L. R. Vol. XIV, p. 223.
- (2) Zacharias, *op. cit.*, p. 223.
- (3) Zacharias, *op. cit.*, p. 223.
- (4) Zacharias, *op. cit.*, p. 224.
- (5) Zacharias, *op. cit.*, p. 226.
- (6) Zacharias, *op. cit.*, p. 227.
- (7) N. E. Vol. 49, p. 316.
- (8) 現在イリノイ州で互責が完全な形において行なわれていることはラインシュタイン教授も指摘される。司法研究所「比較離婚法の研究—ラインシュタイン教授セミナー記録」一一頁。

第十五節 アラバマ州

一八五二年に最初の統一的な法典が制定され、第二部・五章・二節で第一九六一条ないし第一九六三条に六個の

離婚原因が列挙された。⁽¹⁾ 第一九六一条では、①婚姻締結当時、婚姻状態に入ることが肉体的に不能であったこと、②姦通、③二年間の悪意の遺棄、④七年またはそれ以上の期間の有罪拘禁、を夫婦双方について離婚原因とし、第一九六二条は夫のために、婚姻締結当時、彼の認識または媒介なしに妻が妊娠していたこと、第一九六三条は、妻のために、夫が彼女の身体に現実的な暴力を加え、生命・健康を危くするとき、または夫の行為からかかる暴力の加えられることが合理的に感知されるとき、を離婚原因とみとめている。これらのうち、第一九六一条の①および第一九六二条は、離婚原因ではなく、明らかに婚姻無効ないし取消原因を構成する。さきに本章・二節で触れたとおり、カリフォルニア州の一八五一年の離婚法が離婚原因のなかに婚姻取消原因を一緒に規定し、ほかにもいくつかの州が同じ事情を示していたが、当面のアラバマ州にもこれがみられるわけである。ついで、第一九六六条において、承認・共謀・宥恕と並べ、「……もし当事者が、姦通の責を負っている場合……離婚判決を言渡すことはできない⁽²⁾」と規定している。双方の姦通にのみ互責を適用するとの趣旨にはかならない。

右のような事情のもとで Ribet v. Ribet (一八六四) 事件⁽³⁾が互責についての見解を示すのが注目される。この事件において、妻は虐待を理由と離婚の訴を提起し、夫は反訴で姦通を離婚請求の理由にした。原審は双方の非行を認定し、いずれの請求も斥けたので、双方が控訴した。裁判所はこれに対し、「離婚に関するアラバマの法典中の規定および判例の一般的な動向にかんがみ、法律上の離婚原因のいずれか一つを、他の原因にもとづく離婚請求に対する抗弁として主張することができる。かくて、もし夫が妻の姦通を理由に離婚の訴を提起するとき、妻は、夫自身にそれがなければ離婚判決を得られるような虐待の責ある旨を主張かつ立証し、夫の請求を打破することができる

る。逆もまた同様であり、もし妻が夫の虐待を理由とするとき、抗弁として、夫は妻に姦通の責ある旨を答弁してよい」とのべ、双方の請求を斥けた原判決を容認している。

離婚法には双方の姦通についてのみ互責を適用すべく規定するにかかわらず、判例は、列挙された離婚原因それぞれの間になんらの区別を設けることなく、互責の適用をみとめる見解をとっているわけである。すでにみたくつかの州では、離婚法に規定のない場合はもとより、規定が互責の適用を狭くかぎっていても、判例によってその範囲を拡大する事情が多くあらわれた。だが、このことは年代的にみて本件より以降、つまり一八六四年以降の判例をも考慮に入れ、それらに重点をおいてみた場合にはじめてそういえるにすぎない。裁判所のいうとおり、一八六四年現在、当面のアラバマ州はもとより、他州の判例もすでに右のような傾向を示していたと明言できるまでに、裏付けとなる資料が不足しているように思われるが、この点、どうであろうか。なお、降って一九一三年法は第七四一三条に前記の第一九六条と同趣旨の規定をおいている。

(1) Alabama code. 1852. p. 378.

(2) Alabama code. 1852. p. 379.

(3) Alabama Reports. Vol. 39, p. 348.

(4) Vernier. American Family Laws. Vol. II, p. 85.

第十六節 ショーシア州

一七八四年にコモン・ローを継受した⁽¹⁾ショーシア州において、離婚に関する規定は一七八九年憲法の第三条・九

節にみられる。それによれば、「当事者が上級裁判所 (Superior court) の面前で公正な審理をうけ、かつ法律上の諸原則にもとづいて離婚を許す陪審の評決が獲得されるにいたるまで、離婚は立法部によって与えられない。かかる場合、立法部の各院は、三分の二の賛成を得て、事情により、離婚を許す法律を可決することができる」という。⁽²⁾離婚事件について裁判所が専属的な管轄権を有するわけではなく、上級裁判所の審理を経たのち、立法部の制定する法律によって離婚がはじめて許されることになるから、あたかも、イギリスで一八五七年の婚姻訴訟事件法にいたるまで、夫婦の一方がまず教会裁判所の別居判決を得たのち、貴族院に立法離婚を請願したのと似ているが、陪審を関与させる点は異るといわなければならない。

降って、一八五〇年二月二十二日に可決された州として最初の離婚法 (An Act in relation to Divorce) は、五カ条から成っている。第一条では、①レビ記のなかの律法に定められた血族または姻族親等にある人の間の近親婚、②婚姻締結当時の精神的無能力、③婚姻締結当時の性交不能、④婚姻を得るため暴力、脅迫または監禁の手段が用いられたこと、⑤婚姻締結当時に夫の認識なしに妻が妊娠していたこと、⑥姦通、⑦三年間の悪意かつ継続的な遺棄、⑧道徳的な背徳を含む罪により、二年またはそれ以上の期間の有罪拘禁、を離婚原因として列挙している。これらのうち、①ないし⑤は明らかに婚姻無効ないし取消原因に当たつていよう。また、第二条に離婚と別居の選択的な原因として、「当事者の一方から他方に対する極端な虐待、常習的酪酊を理由とする事件において、陪審は当該の事情に依りて、離婚と別居のうち、いずれを許すかを決定することができる」と定める。さらに第三条によれば、「……もし当事者双方が同等の非行 (Like conduct) について責あるとき、離婚判決は与えられない」とて、共謀

および承認と並べ、互責を請求棄却事由の一つとしている。

さきにもみた西隣りのアラバマ州と異り、双方の姦通にかぎることなく、離婚原因たる非行すべてを互責の対象とする趣旨にはかならない。なお、当面の一八五〇年法のもとにおいても、離婚が立法離婚であることに変りはない。降って、一八六一年憲法により、「上級裁判所は離婚および別居のすべての事件につき、排他的な管轄権を有する。しかし、離婚判決は二つの特別陪審の一致した評決によらなければ、与えられない」と定められ、⁽⁵⁾はじめて立法離婚が姿を消し、裁判離婚に移行したわけである。

一八五〇年法が制定された当時、ジョージア州にはまだ統一的な法典は存在せず、離婚法も五カ条から成る単行法にすぎない。ところが、一八五二年にアラバマ州が最初の統一的な法典を作成し、それが賞讃されていることを聞いた上院議員ゴードンは、現実に同法典を手にし、種々検討した結果、その計画と規定の方法に惚れ、是非とも同法典を模範としてジョージア州の統一法典を制定したいと考えた。⁽⁶⁾彼は一八五八年十一月二十九日にいたり、「ジョージア州の諸法律を一箇の法典に編纂すべく準備する」法案を議会に提出した。⁽⁷⁾法案によれば、三人の法典作成委員を任命し、委員はアラバマ州の一八五〇年法をひな型として採用するよう命じている。⁽⁸⁾同法案を採択した議会によって三人の委員が任命され、彼等の努力の結果として完成したのが一八六一年法である。一八五八年に法案が提出された当時、アメリカ全土を通じて、統一的な法典をもつのは、バージニア、アラバマ、テネシー、カリフォルニアおよびルイジアナの五州を数えるにすぎなかったから、⁽⁹⁾ジョージア州は六番目の州として仲間入りしたことになる。なお、すでにみたとおり、一八六二年にニューヨーク州では最初の民法草案が作成され、またこれを範と

してカリフォルニア州も民法草案を起草したわけであるが、両州の法典委員会とも、ジョージア州が一八六一年に
コモン・ローの法典化に成功していた事実を全く知らなかったという。⁽¹⁰⁾もしこの事実を知っていたならば、両州の
法典委員は、ジョージア州の一八六一年法、ひいてはアラバマ州の一八五二年法も大いに参考とし、先駆的な成果
をなんらかの形でとり入れることができたのではないかと思われる。

さて、アラバマ州の一八五二年法を模範とした一八六一年法をみれば、その第二部を成す民法の第一章・一節・
二項に、「離婚およびその獲得方法について」と題し、⁽¹²⁾第一六六九条ないし第一六八七条の規定を設けている。まず
第一六六九条では、さきに見た一八六一年憲法の規定をうけ、「離婚判決は上級裁判所によって言渡され、離婚と別
居の二種とする。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」⁽¹⁴⁾と定めている。アラバマ州の一八五二年法は、離
婚事件への陪審の関与について何ものべていないから、二つの特別陪審の一致した評決を要求する右の規定は、ジ
ョージア州ではじめて設けられ、しかも他州にみられない独特の内容といわなければならない。ついで、第一六七
〇条は八箇の離婚原因を列挙しているが、一八五〇年法の第一条と対比すれば、①に「レビ記のなかの律法に定め
られた」(Levitical)とあったのが、「禁止されている」(prohibited)に、⁽⁴⁾では詐欺 (fraud) が新たに加えられ、⁽⁸⁾
の罪 (an offence) の前の of が for と変えられたほか、異るところはない。⁽¹⁵⁾第一六七一条は、一八五〇年法の第二
条と同じである。第一六七三条では、⁽¹⁷⁾右の第三条に定めていた共謀・承認に加え、宥恕を請求棄却事由とし、互責
の規定は少しも変りはないが、さらにそのあとに、「すべての事件において、被告当事者は抗弁で原告の側の行為を

主張することができ、陪審はあらゆる事実を調査し、離婚判決の言渡しを拒否することができる」とて、陪審が互責の問題について判断する必要のある事態を予想した規定を付け加えているのが注目される。

右にみた一八五〇年法および一八六一年法のもとの、判例は互責についてどのような見解を示すであろうか。参照できた判例として *Johns v. Johns* (一八六〇) 事件をあげてみよう。⁽¹⁸⁾ 時間的にみて、一八五〇年法の適用をうける事件に当っており、したがって立法離婚を得る以前の、裁判所での審理の過程に属している。この事件において、夫は妻が彼を毒殺しようとしたとて、極端な虐待を理由に離婚の訴を提起し、妻の姦通の事実も付け加えた。妻は訴提起後の夫の姦通を抗弁した。審理の結果、妻の姦通の事実は立証されなかった。そこで、妻の弁護士は、裁判所が陪審に対し、もし陪審が証拠により、原告たる夫が訴を提起したのち姦通したと信じるならば、夫は離婚判決を得られない旨を説示するよう求めた。一八五〇年法第三条により、離婚原因たる非行であれば、双方の種類がちがっていても、互責を適用するに差支えないというわけであろう。だが、裁判所は陪審に対し、「もしあなた方が、被告は原告の生命を奪うべく企てたと信じるならば、それは極端な虐待に当ります。そして、あなた方が離婚判決を言渡すに十分な極端な虐待と認定するならば、そのとき、原告の姦通は、離婚判決の言渡しを阻止することにはなりません」と説示した。同一の非行にかぎって互責が適用されるとの見解にもとづいていよう。妻はこの説示に異議を申し立てた。陪審は夫の有利に離婚判決を与えるべく事実認定をしたので、妻は抗議趣意書 (bill of exceptions) を州最高裁判所に提出した、裁判所はこれに対し、「もし各自の罪が同じものであれば、道徳的にどうであろうとも、法的には、一方が他方より以上に極悪であるということではできない。各罪は同様に婚姻の絆の完全な分離を

許す。そして、法律上は、数学と同じく、同一の事柄に対して等しいものは、お互いに相等しい。……法律は、離婚判決を請求する当事者が無責であることを要求している。当事者双方が、制定法のもとで等しい非行 (*in pari delicto*) にあるとき、裁判所は、いずれが有責でいずれが無責と、どのようにして決定できようか。双方が等しく他方によって権利を侵害されたとき、一方は他方を犠牲にして契約を破棄することができようか。われわれの理解するところによれば、本件でその点にまで及ぶ必要はないけれども、同一の非行 (*codem dicendum*) かどうかを問わず、被告は離婚原因のいずれかを理由に互責を主張することが許されるというのが、真正な法則である」とのべている。

要するに、離婚原因として規定されている非行は、法律上、同一の評価を与えられたものであるから、原告の離婚請求に対し、被告は離婚原因の一つたる非行であれば、それが原告の主張する非行とちがっていても、互責の抗弁とすることをみとめる趣旨にはかならない。この点、原審で妻の弁護士が裁判所に対し、陪審に説示するように求めた内容は当を得たものと考えられるから、もし裁判所がそのとおり説示しておれば、陪審も夫の有利に事実認定をする事態は生じなかつたはずである。夫が極端な虐待を主張するのに対し、妻は夫の訴提起後の姦通を互責の抗弁としているから、陪審がその事実を認定するかぎり、夫の請求は容れられない結果とならう。一八五〇年法の第三条によれば、双方の姦通にかぎることなく、離婚原因たる非行をすべて互責の対象としているが、裁判所は、他のいくつかの州にみられるように、これになんらか変更を加えるような見解は少しも示していない。ジョージア州において、互責に関する離婚法の規定と判例の見解は、完全に一致するわけである。

右にみた *Johns v. Johns* (一八六〇) 事件は一八五〇年法のもとであらわれた。同法は離婚事件に陪審の関与を要求するが、他になんらの規定もないから、いわゆる普通陪審が離婚を許すべき旨の評決を与えれば充分と解された。しかし、降って一八六一年法の第一六九条によれば、同一または別個の開廷期における二つの特別陪審(資格要件は明らかでない)の一致した評決がなければ、離婚判決は与えられないこととなった。さきに第一章・四節の四にのべたとおり、ニューヨーク州では一八三〇年の修正法第二部・八章・一節・四十条において、裁判所が特別陪審に離婚事件の審理を命ずる道を開いたが、特別陪審による審理を必ず要求するものではなかった。これと対比するとき、ジョージア州はつねに特別陪審の関与を必要とし、しかも二つの特別陪審の一致した評決を求めている。普通陪審でなく特別陪審を関与させるのさえ、離婚事件に慎重な態度で臨むものといえるのに、二つの陪審の一致した評決がなければ離婚判決を与えないのは、慎重のうえにも慎重に、離婚への道を手続的にきわめて厳格にし、それだけ当事者たる夫婦にも、容易な気持で離婚手続に入ることのないよう、警告的な意味を含めた規定と
いってよいのではなからうか。

- (1) Haar, *The Golden Age of American Law*, p. 441.
- (2) S. E. (Southeastern Reporter) Vol. 68, p. 596.
- (3) A Digest of the statute Laws of the state of Georgia, 1851, p. 226.
- (4) 旧約聖書中のレビ記第十八章・六節ないし十八節を指摘するものと思われる。
- (5) S. E. Vol. 68, p. 596.
- (6) Clark, *The History of the first George code, Georgia Bar Association Reports*, 1890, pp. 150-151.

- (7) Clark, *op. cit.*, p. 151.
- (8) Clark, *op. cit.*, p. 154.
- (9) Clark, *op. cit.*, p. 150.
- (10) Stern, *The influence of foreign Law in American Law*, *Law Library Journal*. Vol. 33, p. 203.
- (11) 一八六一年法は、「第一部行政法」「第二部民法」「第三部手続法」「第四部刑法から成っている」水田義雄「法の変動と理論」十七頁。
- (12) Clark, Cobb and Irwin, *The code of 1861 of the state of Georgia*. 1861. p. 333.
- (13) Clark, Cobb and Irwin, *op. cit.*, pp. 333-336.
- (14) Clark, Cobb and Irwin, *op. cit.*, p. 333.
- (15) Clark, Cobb and Irwin, *op. cit.*, pp. 333-334.
- (16) Clark, Cobb and Irwin, *op. cit.*, p. 334.
- (17) Clark, Cobb and Irwin, *op. cit.*, p. 334.
- (18) *Georgia Reports*. Vol. 29, p. 718.

第十七節 インディアナ州

イリノイ州の東隣、インディアナ州の一八八一年法第一〇三二条によれば、「離婚判決は被害配偶者の請求にもとづいて言渡すことができる」と定め、第一〇四〇条には、「答弁書に加え、被告は離婚反訴を提起することができる。」とされる。⁽¹⁾この被告が反訴を提起したとき、裁判所は法律上の権利を有する当事者に離婚判決を与えるべきである」とする。

両条は一八九四年法の第一〇四四条および第一〇五二条にうけつがれた。⁽²⁾かかる規定のもとで、夫婦双方に離婚原因たる非行が認定されるとき、つまり双方とも被害配偶者に当るとき、裁判所はいかなる判断を下せばよいのか。道は二つ考えられる。一つは、第一〇三二条が単に被害配偶者というにすぎないことから、たとえ双方に非行があつても、双方とも被害配偶者に該当し、したがって双方は離婚判決を請求する権利をもつと解する。もう一つは、同条を、夫婦のいずれか一方が被害配偶者、他方が有責配偶者であることを要求する趣旨と考え、双方に非行がみとめられるかぎり、一方のみ被害配偶者という事態ではないから、いずれの側の離婚請求も容れるべきではないと解する。判例は右のうちどちらによっているであろうか、もし後者によれば、双方の非行の種類いかに問うことなく、互責が適用される結果にならう。

一八九四年法のもとに Alexander v. Alexander (一八九四) 事件⁽³⁾がみられる。この事件において、夫が残酷かつ非人道処遇を理由に離婚の訴を提起したとき、妻は同じ理由で反訴を起した。夫婦の主張する虐待は、現実には単なる不気嫌および小言にすぎなかったが、原審は双方の主張をみとめ、「原・被告間に存する婚姻の絆はここに永久に解消され、彼等はこれによって離婚した」と言渡した。妻の控訴に対し、裁判所は「離婚判決を言渡すに先立つて、被害配偶者と有責配偶者を認定しなければならぬ。原告も被告も、自己に有利に事実認定および離婚判決を得るに充分な事実をのべていない。それにもかかわらず、原審の事実認定は夫婦それぞれに有利であり、いずれに不利なものでもない。かかる事実認定を判決の基礎にすることは許されない」とて、原判決を破棄、差戻している。つまり、裁判所はさきあげた二つの考え方のうち、後者によつた。夫婦のいずれか一方のみが被害配偶者であり、

かつ該配偶者が離婚判決を請求するときにかぎり、その請求をみとめるべきだというわけである。当面の場合、原
判決は事実関係について審理不_レ尽であつたため、破棄・差戻しとなつたが、たとえ夫婦双方の主張する残酷かつ非
人道的処遇が離婚原因を構成するに充分であり、原審がそれを認定したうえ、双方に離婚判決を与えたとしても、
裁判所は該判決を斥けたにちがいない。夫婦双方の姦通のみでなく、広く非行の種類い_レかんを問はず、裁量にもと
づいて互責を適用しようとする裁判所の見解をここに看取できよう。

その後、一九〇一年法第一〇四五条によれば、姦通について責ある夫婦の一方は、他方の姦通を理由に離婚判決
を得ることはできないと定めた。⁽⁴⁾これを厳格に解すれば、双方の姦通にかぎって互責の適用がみとめられ、それ以
外の場合は適用を許さないものといわなければならない。だが、裁判所はさき_レみたとおり、双方の非行の種類い_レ
かんを問わない見解を打ち出して_レいた。かかる見解は右の規定の新設によつて、その趣旨に沿うべく変化を示すこ
とになるか、あるいはい_レぜんとして、互責の適用を裁判所の自由な裁量に委ねようとするか。判例は後者の道をと
つていと判断される。

Eikenburg v. Eikenburg (一九〇四) 事件は⁽⁵⁾その適例といえよう。この事件において、妻が遺棄を理由に離婚判
決を求めたが、夫は審理に出廷しない。原審は妻の側に姦通の事実を認定し、その請求を斥けたので、彼女が控訴
した。裁判所はこれに対し、「夫婦のいずれもが離婚原因たる非行をした場合、一方が離婚判決を求めるならば、他
方も同じ権利を有しており、非行の種類_レの異同にかかわらず、裁判所はいずれの側にも救済を与えることはできな
い。……記録によれば、妻に離婚原因たる非行が認定されており、かかる場合、裁判所は自己の裁量にもとづいて、

互責の原則を適用すべきである」とのべ、原判決を容認している。ここでは夫が審理に出廷しないため、離婚関与官 (prosecuting attorney) が事件に関与して訴訟を防禦し、その結果、妻の非行が明らかにされた。そして離婚法は夫婦の姦通に互責を適用する旨を定めるにすぎないが、妻の姦通と夫の遺棄の事実が認定される当面の場合、右の規定を厳密に狭く解することなく、裁判所はこれに互責を適用している。さきの Alexander v. Alexander (一八九四) 事件では双方の残酷かつ非人道的処遇が互責の対象となっていたが、非行が種類を異にする場合にも互責の適用範囲を拡大しようとする判例の動向は、これによってますます明白になってきたとみてよからう。

- (1) N. E. Vol. 38, p. 855.
- (2) N. E. op. cit., p. 855.
- (3) N. E. op. cit., p. 855.
- (4) N. E. Vol. 70, p. 839.
- (5) N. E. op. cit., p. 837.
- (6) 離婚事件において、夫婦の一方が出廷しない場合、また出廷しても自己の利益を防禦しない場合、裁判所の通知にもとづいて prosecuting attorney が出廷することになる。本件当時の規定は不明であるが、一九二六年法第一一〇五条および第一一〇六条がその旨を定めている。
- (7) (Note and Comment) Divorce—The Doctrine of Recrimination, Indiana L. J. Vol. 58, pp. 53-53.

第十八節 ハワイ (王国・共和国・準州)

イリノイ州にみたと同じ問題について、王国・共和国ないし準州当時のハワイはちがった事情を呈している。そ

れをのべる前に、ハワイ王国において最初に民法が制定されるまでの経過に触れておくのが適當と思われる。

カメハメハ一世（一七九五—一八一九）が一七九五年にオアフ島を征服し、一八一〇年にハワイ王国を建設して以来、同王国は一八九三年にリリウオカラニ女王に対する叛乱によって倒れるまでつづいた。その間、一八三八年に合衆国組合教会の牧師であったウィリアム・リチャードがハワイ政府の招きによって来島し、カメハメハ三世（一八二五—五四）は彼の進言にもとづいて、一八三九年にハワイのマグナ・カルタと称される権利宣言（Declaration of Right）、寛容勅令（Edict of Toleration）をらに一八四〇年には最初の憲法を公布した。⁽¹⁾ 同憲法によって最高裁判所をはじめとする司法組織が確立されるにいたっている。一八四四年にニュージャーシー出身で有名な法律家ジョン・リコードがオレゴンからホノルルに到着し、大蔵総務委員の一人であったジュード博士の説得で、三月九日にカメハメハ三世によって検事総長に任命された。⁽²⁾ 彼の報告書にもとづいて、一八四六年—四七年に包括的な構成法（Organic Act）が制定される。また、一八四六年十月にはニューヨークの弁護士ウィリアム・リーがホノルルに着き、まもなく最高裁判所の首席裁判官に任命された。彼は一八五〇年の刑法と一八五二年の憲法の主たる起草者であったが、さらにカメハメハ四世（一八五四—六三）の時代、一八五九年五月十七日に王の承認をうけ、同年八月一日から施行されたハワイ諸島民法（The civil code of the Hawaiian islands）の編纂者となつてゐる。⁽⁴⁾

同民法の編纂について詳しい事情はわからないが、離婚法でリーが参照したと想像される主なもの、ニューヨーク州の一八四〇年の修正法および一八四八年の訴訟法典、一八五一年のカリフォルニア州の最初の離婚法およびピシヨップの著書 Commentaries on the Law of Marriage and Divorce and Evidence in Matrimonial suits の第

二版までではなかつたろうか。一八六五年のニューヨーク州民法草案、一八七二年のカリフォルニア州民法はまだ世に出していない。

ここでハワイ諸島民法第一三二五条によれば、「たとえ姦通または他の非行の事実が認定された場合でも……④もし被告が無責であれば離婚判決を得る権利があるような事情のもとで、原告にもまた姦通あるいは他の非行が立証されるならば、裁判所は離婚請求を棄却しなければならない」と定める。⁽⁵⁾①—③にいう承認・宥怒および期間の経過と並び、被告配偶者は離婚請求に対し、つねに原告側のいかなる種類の非行をも互責の抗弁にできわけである。

だが、この規定は一八七〇年法第十六章・六条によって廃止されることになる。さきの民法第一三二三条は姦通(二)年間の悪意の遺棄は姦通の証拠と考ふる)、外国に行き三年間不在から音信不通、終身または五年以上の重労働を伴う拘禁による有罪宣告等を離婚原因と定めたが、一八七〇年法はこの規定を廃止し、改めて姦通、三年間の悪意の遺棄、七年あるいはそれ以上の期間の拘禁、不治と宣告された癩病、常習的飲酒、夫の妻に対する扶養料支払いの怠慢あるいは拒絶を離婚原因とした。⁽⁷⁾そして、第六条において、「……④もし被告が無責ならば離婚判決を得るに充分ならぬ非行が原告側にあると信ずべき合理的な理由の存するとき、……姦通を理由とする離婚判決を言渡してはならない」⁽⁸⁾とのべる。前示民法の規定と異り、離婚請求の理由とされた非行のうち、姦通に対してのみ、被告は原告側のいかなる非行でも互責の抗弁にできるけれども、姦通以外の非行を理由とする離婚請求の場合、原告にいかなる非行があつても、それを抗弁にできないのかどうか。何も触れていない。この点は *Kalua v. Kamana* (一八七八) 事件で⁽⁹⁾一応の解答が与えられている。

この事件において、妻が三年間の悪意の遺棄を理由に離婚の訴を提起したので、夫は彼が妻を遺棄したのちに妻が姦通した事実を抗弁とした。裁判所はまずこれに対し、アメリカ本土諸州の事件にみられると同様に、「人は、もしそれについて彼自身が無責でなければ、不正を理由に救済をうけることはできない。彼は清い手で裁判所にやってこなければならぬ」との原則が互責の基礎をなすことをみとめる。ついで、かつてロンドンの司教裁判所の *Beeby v. Beeby* (一七九九) 事件でストウエル卿がのべた、「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の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。……夫婦双方が有責の場合、彼等は共同生活を継続しながら互いにその責を恥じ、互いに許し合う方法を発見しなければならぬ」との言葉を引用したうえ「立法部が互責の原則を採用したことは明らかである。姦通が離婚原因とされた場合でさえ、互責が有効な抗弁とみとめられるならば、まして被告の非行がより程度の軽いとき、同じ解答が許されないという理由を見出せない」とのべ、夫の抗弁を容れ、妻の控訴を斥けている。

一般に離婚原因たる非行について、姦通を最も程度の重いものとみとめ、他の非行と区別する考えが強いが、この考え方がここで互責との関係で顔をみせる。被告に姦通の事実が認定される場合に、互責の抗弁として原告側の姦通はもとより、他の非行をも立証できることは、前示一八七〇年法の承認するところである。姦通の主張に対し姦通が抗弁とされるとき、非行の程度の最も重いもの同志の互責で問題はないし、姦通の主張に対し、姦通以外の程度の低い非行を抗弁とすることも許される。しかし、それ以外の場合、つまり原告が姦通以外の非行を離婚原因とするとき、原告自身に姦通があるときはもとより、他のいかなる非行があっても、被告に互責の抗弁をみとめな

いとすればどうなるか。離婚の訴を提起するに当り、原告は、たとえ被告に姦通があつても、それを離婚原因と主張すれば、互責によって自己自身の非行が抗弁とされ、請求が容れられなくなる危険が多分に存するから、訴訟技術的に姦通には触れず、立証可能なかぎり、あえて他の非行を主張することにならう。極端にいえば、自己自身になんらかの非行のある人が姦通を理由とする離婚の訴を提起する事態は姿を消すかも知れない。だが、実際問題として、かかる事態は想像の域を出ない。それよりも、互責の抗弁の範囲を右のように狭くかぎるのは、法律が夫婦関係について真相をかくすことを命じるに等しいと思われ、とうてい是認できない。また、被告としても、姦通以外の非行を主張されたとき、原告側の姦通の事実を立証できるかも知れないし、あるいは姦通以外の非行についてそれが可能な場合もあろう。前者の場合、非行の程度はむしろ原告側が重く、その請求が斥けられても当り前と考えられるし、後者については、あたかも非行の程度の釣り合うものとして、互責の適例といえよう。悪意の遺棄を理由とする離婚請求に対し、姦通が抗弁とされた当面の事件はまさに前者に該当するけれども、夫の抗弁を容れた裁判所の見解は、以上のような諸事情を斟酌したものと考えられる。一八七〇年法は問題の解決を判例にゆづっていたが、本件はその点に指針を与えたものとして、高く評価しなければならない。

その後、一八七八年法は前示第六条に第二項として、つぎの規定を付け加えるにいたつた。「上記離婚請求棄却事由の第四は、姦通以外の原因による離婚請求に適用してはならないし、訴状に記載する必要のある離婚原因に関するいかなる申立にも適用できない⁽¹⁰⁾」⁽¹⁰⁾というのである。姦通を理由とする離婚請求に対し、被告が原告の姦通はもとより、他の非行をも互責の抗弁にできることは、これまで前示第六条に規定されており、姦通以外の非行を理由

とする場合についても、判例によってその可能性がみとめられていた。そうだとすれば、右に第二項を付け加えたのは、判例の見解を否定し、改めて互責の適用を姦通が離婚原因とされる場合にかぎる旨を明らかにするためであったのかどうか。翌年の *Pahoa v. Huiapu* (一八七九) 事件⁽¹¹⁾がこの問題を論じている。

この事件において、まず夫が極端な虐待および悪意かつ三年間の完全な遺棄を理由に離婚の訴を提起した。妻のかかる非行は立証されたけれども、夫が妻を虐待したため、妻が夫を遺棄した事実も明らかとなり、裁判所は、「夫の虐待によって妻の遺棄は正当化された」とし、夫の請求を斥けた。普通ならば、夫が控訴するところであるが、それは行われていない、代って、妻が遺棄を理由に離婚判決を求めたので、夫は彼が妻を遺棄する以前に妻に姦通の事実があったと主張した。裁判所が前事件で妻の姦通について証言した人を再び証人として訊問しようとしたため、妻の弁護士が異議を申し立てた。その理由は、一八七〇年法第十六章・六条およびのちに付加された同条・二項によれば、姦通以外の非行を理由とする離婚請求に対して互責の抗弁はみとめられず、当面の場合にはまさにこれに当るから、夫の抗弁を聞く必要はないというにある。果して、遺棄を離婚原因とされた被告は、原告の姦通が先行した事実を抗弁にできないのかどうか。裁判所はつぎのように判断している。「これは法律が禁止している『互責』ではない。なぜならば、われわれは、夫婦の一方が自己の非行をみとめるとともに、他方の同様の罪を非難するのが互責であると考えからである。『悪意の遺棄』という言葉は、正当な理由がなく道理に合わない遺棄を意味する。それゆえ、被告は抗弁として、自己の遺棄は原告の姦通によって引き起されたのであるから、右の意味での遺棄に当たらないと主張して差支えない。しかし、遺棄ののちに原告が姦通した事実を立証することは禁止される」。

つまり、当面の場合、妻がさきに姦通したため、夫が彼女を遺棄するにいたったのであるから、夫の遺棄はそれに先行する妻の姦通によって正当化され、悪意の遺棄つまり「正当な理由がなく、道理に合わない遺棄」には当たらない。いわば正当な理由を具備した遺棄は離婚原因を構成せず、このかぎりにおいて、妻の請求は失当というに帰着しよう。

妻の主張するように、互責の抗弁は姦通を離婚原因とする訴に対してのみみとめられるのではなく、それ以外の非行に対しても可能である。もっとも、その場合でも、自己の非行によって原告の非行を引き起した被告は、原告の該非行を互責の抗弁にすることは許されない。互責の適用の可否の限界をはっきりさせた点で、本件も注目に価しよう。なお、互責の問題のほか憲法との関連で未判断の事項があったらしく、判決は九カ月後の一八七九年十月の開廷期に付託されており、そこでいかなる判決が言渡されたのか、明らかにできない。

ハワイ王国は一八九二年法第五七章・五条によってコモン・ローを継受したが、翌七三年に倒れ、同九四年にサンドウィッチ共和国が建設された。一八九八年にはアメリカに合併され、一九〇〇年四月に準州となっている。一九三八年当時、バーニアーは、「ハワイ準州において、姦通を理由とする離婚訴訟にかぎり、いかなる非行でも互責の抗弁にできる。たとえば、虐待の主張に対し被告が虐待を抗弁にし、双方に等しく非行のある事実が明らかになっても、離婚判決の言渡しは阻止されない」とのべている⁽¹³⁾。しかし、互責に関する前示一八七八年法の規定は、一九二五年法第二九七一条⁽¹⁴⁾、一九三五年法第四四六条⁽¹⁵⁾、一九四五年法第一二二一六条⁽¹⁶⁾と変っても、内容はちがいをみせていない。規定の趣旨は判例によって明らかにされたとおりであり、バーニアーの説明とは喰いちがっている。

説明をその中にいひつゝ、誤解を生じざる恐れがあると思はれるので、念のため付け加えておく。

- (1) "Hawaii". Encyclopedia Britannica. Vol. 11, p. 269.
- (2) Kuykendall, A History of Hawaii pp. 167-168.
- (3) Dictionary of American Biography. Vol. 1, p. 135.
- (4) "Hawaii" op. cit., p. 269.
- (5) Hawaiian Reports. Vol. 4, p. 59: The civil code of the Hawaiian islands passed in the year of our Lord. 1859. pp. 320-321.
- (6) The civil code of the Hawaiian islands, op. cit., p. 320.
- (7) Hawaiian Reports, op. cit., p. 60.
- (8) Hawaiian Reports. op. cit., p. 60: Revised Laws of Hawaii. 1925. vol. 1, p. 1064.
- (9) Hawaiian Reports, op. cit., p. 58.
- (10) Hawaiian Reports, op. cit., p. 159: Revised Laws of Hawaii, op. cit., p. 1064.
- (11) Hawaiian Reports, op. cit., p. 158: Revised Laws of Hawaii, op. cit., p. 1064.
- (12) Revised Laws of Hawaii. 1955. v Vol. 1, p. 69.
一九五五年法第一章・一条では、「イギリスおよびアメリカの判決によつて確定されたイングランドのコモン・ローは、合衆国の憲法または法律もしくは当準州の法律によつてそれと異なる明白な規定が設けられたとき、またはハワイの判決によつて決定されるか、ハワイの慣習によつて確立された場合を除き、すべての事件においてハワイ準州のコモン・ローたるべきものと宣言せらるる」旨を規定してゐる。 Revised Laws of Hawaii. Vol. 1, p. 69.
- (13) Vernier, American Family Laws. Vol. II, p. 84: supplement, p. 48.

- (14) Revised Laws of Hawaii, op. cit., p. 1064.
(15) Beamer, The doctrine of Recrimination in Divorce proceedings, University of Kansas city L. R. Vol. 10, p. 247.
(16) 民事裁判資料第六一号・家庭裁判資料第五二号「涉外事件関係資料(実体法関係)」一三五頁。

第十九節 ニューヨーク州

カリフォルニア、コロラド、カンサスを含む諸州およびハワイ王国ないし準州で互責の適用をめぐる種々の問題が提起されたのは、離婚原因として数個の非行がみとめられることによる。これらと対照的なのがニューヨーク州である。同州では一七八七年に離婚管轄権が大法官裁判所に与えられて以来、實際上、姦通が唯一の離婚原因であるため、同様の疑問の生じる余地はないように思われる。もつとも、すでに指摘したとおり、ニューヨーク州において、当初、イギリス教会法がコモン・ローの一部を成すかどうか、ひいては互責をはじめとする請求棄却事由が離婚法に規定なくとも適用可能かどうかについて、判例の変遷があった。その後、一八一三年四月十三日法および一八二四年四月十日法が互責を別居請求棄却事由と定めたが、一八三〇年の修正法第二部・四二条はこれをうけつぎ、承認および宥恕も加えて離婚請求に対する棄却事由とし、さらに一八八〇年の民事訴訟法典は第一七五八条に同趣旨の規定を設けた。⁽¹⁾これら一連の法律に互責はその根拠を得たわけであつて、Pack v. Pack (一八八七) 事件⁽²⁾において、「妻の姦通を理由に夫が提起した離婚の訴で、もし両者が姦通しているならば、いずれも離婚判決を得ることはできない」旨を明示している。だが、一八四八年の民事訴訟法典第六九条がコモン・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を採用した結果、これまで衡平法上の手続とされてきた離婚訴訟の手続の性格が明確さを欠くことになったらしく、控訴裁判所特別控訴部 (Appellate term of the supreme court) の Thompson v. Thompson (一九〇八) 事件、Stokes v. Stokes (一九〇八) 事件および Berry v. Berry (一九〇九) 事件⁽³⁾で二つの点が問題とされた。

一つは、婚姻事件は衡平法の管轄するところであり、したがって衡平法の法諺が適用されるのか、あるいはそうでなく、一般の民事事件に属するから、原告は法律の条文に正確に合致しておれば、彼自身にいかなる不法な行為があっても、請求がみとめられるのか。もう一つは、裁判所は当事者双方の答弁書の内容に厳格に拘束されるのか、つまり被告が答弁書で原告側に存する請求棄却事由を何ものべておらず、公判ではじめて主張したとき、あるいは公判でも主張しなかったとき該事由存否の判断および適用について、裁判所に自由裁量の余地があるのかどうか。

第一の事件では三対三で原告の離婚請求が棄却され、第二は六対一、第三は五対二の多数で婚姻取消請求が認められた。これらの多数意見によれば、「清い手をもっていない」(Unclean Hands) 当事者は不利益をうけるべきであり、裁判所は、たとえ答弁書でのべられていなくとも、証拠のなかにあらわれている請求棄却事由を、自由意思で (sua sponte) 考慮に入れてよい⁽⁴⁾とする。つまり、離婚訴訟も含め、婚姻事件は衡平法上の手続であることが確認され、もちろんクリーン・ハンズの原則の適用もみとめられるわけである。その後、民事訴訟法典の規定は一九二〇年の民事手続法 (civil practice Act) 第一一五三条にうけつがれている⁽⁵⁾。

右にのべたのは、被告配偶者が離婚に反対するときのことであって、もし夫婦双方が離婚を望むならば、被告が

互責を主張するはずがない。その場合、夫婦は共謀して原告の姦通の事実を裁判所にかくしたままで手続を進めれば、離婚判決を容易に入手できよう。事実、ニューヨーク州においては、離婚事件との関係で姦通をめぐる共謀が広範囲に行われてきた。互責についてはほとんど問題を提起しない同州では、われわれの考察の重点もむしろ共謀に向けるのが適當であるし、その必要も痛感される。なお、同州において、婚姻の無効および取消訴訟が、姦通を唯一の原因とする離婚訴訟に代るべき救済方法として大いに利用されている事実が指摘されるが、本稿ではこれには触れなご。

- (1) Gilbert, *The Law of Domestic Relations of the state of New York*, p. 52.
- (2) Hun's supreme court (N. Y.) Vol. 44, p. 290.
- (3) Purrington, *Of the Matrimonial actions as equity suits and of the pleadings therein*, Columbia L. R. Vol. 9, p. 321.
- (4) Purrington, *op. cit.*, p. 321.
- (5) Warren, *Gilbert-Bliss civil practice of the state of New York*. Vol. 6 A, pp. 271-272.
- (6) 重倉瑛祐「アメリカ法における婚姻の無効及び取消原因の研究」法学二二卷二九頁。

第二十節 ウィスコンシン州

イリノイ州の北に位するウィスコンシン州では、互責に関して *Pease v. Pease* (一八五八) 事件がみられる。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したのに対し、妻はその事実を否認し、夫の残酷かつ非人道的

処遇を立証して、別居反訴を起した。原審は夫婦双方の非行を認定のうえ、互責を適用して双方の請求を棄却したので、夫が控訴した。夫婦の非行は種類がちがっているから互責を適用すべきではないというのである。裁判所はこれに対し、「夫婦の非行は種類こそちがっているが、いずれも離婚原因に当るから、この場合には互責の原則が適用され、双方とも救済をうける権利はない」との理由で、原判決を容認している。この事件は互責の問題についてウイスコンシン州のリーデング・ケースとされる。⁽²⁾もともと、同州もさきのオハイオ州およびイリノイ州と同じく、北西部条例に基礎づけられて一八四七年に連邦に加入した。一八四九年法第十三条は承認および宥恕を請求棄却事由としながら、互責について何も触れておらず、⁽³⁾本件当時の州法第二三六〇条も同じである。⁽⁴⁾

互責は共謀とともに、その後、一九〇九年法第三二三章・二三六〇条によってはじめて規定された。⁽⁵⁾「もし離婚の訴が夫婦の共謀によって提起されたこと、原告が被告の非行を周旋・承認または宥恕したこと、あるいは原告自身に姦通があり、宥恕されていないこと、が裁判所の満足のいく程度に立証されるならば、離婚判決は与えられない」という。この規定は一九〇七年の「統一婚姻無効および離婚法」⁽⁶⁾の第五条を、多少の付け加えをしながら略々逐語的に採用したものと⁽⁷⁾いわれる。統一法第五条によれば、原告のまだ宥恕されていない姦通のみを互責の抗弁と⁽⁸⁾みとめている。ウイスコンシン州の前示第二三六〇条が、*わざの Pease v. Pease* (一八五八)事件の見解と⁽⁹⁾うらはらに、いかなる非行を理由とする離婚請求に対しても、被告は姦通にかぎって互責の抗弁にできるにすぎないとした点に、統一法によつた趣旨がはっきりあらわれていよう。すでにみたとおり、同じく統一法を採用しながら、ニュージャージー州はいぜんとして、双方の姦通のみを絶対的な棄却事由と定めたのと事情を異にするのが注目される。

それはそれとして、当面のウイスコンシン州ではちぎの Pease v. Pease (一八五八) 事件より以前、Skinner v. Skinner (一八五六) 事件⁽⁹⁾において、夫婦双方に離婚原因たる非行のあること、妻の非行が夫の虐待を引き起したと、原告たる妻に非行があるからクリーン・ハンズの原則により救済はみとめられない旨を明らかにし、またすぐあとの Hubbard v. Hubbard (一八五九) 事件⁽¹⁰⁾でも同趣旨を表明している。法律に規定がないにかかわらず、裁判所が互責を請求棄却事由とみとめる点では、オハイオ、マサチューセッツ、ロードアイランドその他の諸州と事情を同じくし、夫婦双方の非行の種類いかんと問わず互責を適用することは、カリフォルニア、コロラド、カンサスその他の諸州と同じ見解である。

かような事情があらわれた原因の一つとして、つぎのことが考えられるのではなからうか。ロードアイランド、バーモントをはじめとする太西洋ないしそれに近い諸州は地理的にきわめて接近しているため、もとよりとして、オハイオ、イリノイ、ウイスコンシン、コロラドおよびカリフォルニア諸州も含め、ある州の判例を他州の裁判所がなんらかの方法で参考にできた。それには判例集の編纂が大いに役立つのではないか。独立戦争の終り頃、十三州において判例集はまだ発行されておらず、したがって、ある州の判事制定法が他州のそれに影きようを及ぼすことはなかった。⁽¹¹⁾だが、その後、一七八九年にコネティカット州にあらわれたカービー判例集 (Kirby's Reports) を最初とし⁽¹²⁾、ペンシルバニア州では一七九〇年にダラス判例集 (Dallas Reports) の公刊⁽¹³⁾がはじまり、マサチューセッツ州は一八〇三年にその準備をととのえた⁽¹⁴⁾。オハイオ州において、一八一七年当時、タッパン判例集 (Tappan's Reports)⁽¹⁵⁾ 一一三巻に達し⁽¹⁶⁾、マサチューセッツ州では一八二四年に二十巻を数えるにいたっている。これらの事情を

合わせ考えれば判例集の巻数累積 (Voluminousness) が相当の程度まで進んでいたその当時、各州の判例集は自州内に留まらず、他州のそれと互いに交流され、説得的 (Persuasive) な権威のあるものとして参考に供される状態にあったと想像される。一つの問題に関し、自州ではよるべき先例がなく未解決であっても、他州ではすでに妥当な判断を下した事件がみられる場合、判事はそれを大いに参考にしたであろう。そうだとすれば、当面のウイスコンシン州でも互責について前示のような問題が生じたとき、全く同じ事情のもとですでに他州にあらわれた判例が影きようを及ぼしたことは容易に推測できる。

なお、さきの一九〇九年法によれば、被告は原告の姦通にかぎり互責の抗弁にできるにすぎないが、*Voss v. Voss* (一九一四) 事件は互責の適用範囲を広げている。この事件において、夫が虐待および非人道的処遇を理由に離婚の訴を提起した。妻は夫に同様の非行のあった事実を互責の抗弁としたのに対し、裁判所は、「夫婦双方に非行がある本件において、夫の請求はみとめられない」とし、妻の抗弁をみとめている。その後、一九〇九年法は一九二九年法第二四七条の十にそのままうけつがれたが、互責は原告の姦通にかぎらず広く適用され、*Roberts v. Roberts* (一九三二) 事件でも変化をみせている。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

- (1) Feinsinger, Wisconsin Law of divorce, Selected essays on Family Law, p. 964.
- (2) Feinsinger, op. cit., p. 964.
- (3) Feinsinger, op. cit., pp. 962-963.
- (4) N. W. (Northwestern Reporter) Vol. 39, p. 134.
- (5) Feinsinger, op. cit., p. 963

- (9) Uniform state Law in the United states, fully annotated by Charles Rhoddeus Terry, pp. 296-304.
- (7) Feinsinger, op. cit., p. 963.
- (8) Uniform state Law, op. cit., p. 299,
- (6) Feinsinger, op. cit., pp. 962-963.
- (10) N. W. Vol. 43, p. 655.
- (11) 水田義雄「アメリカ法学の出版史」早稲田法学「四卷一冊三三頁—三四頁。
- (12) Radin, Handbook of Anglo-American legal History. p. 319.
- (13) Radin, op. cit., p. 319.
- (14) Radin, op. cit., p. 319.
- (15) Howe, Readings in American legal History, p. 426.
 一八一七年の民訴裁判所 (court of common pleas) が言渡された Ohio v. Lafferty 事件がここにあげられ、それがタ
 ッハン判例集一一三巻中の「この事柄」が付記される。
- (16) 水田義雄・前掲論文三九頁。
- (17) N. W. Vol. 147, p. 634.
- (18) Vernier, American Family Laws. Vol. II, p. 87.
- (19) Feinsinger. op. cit., pp. 967-968.

本章において、以上のように二十ばかりの州について、互責に関する初期の立法および判例を検討したところ、ある州では法律上それを離婚請求棄却事由と規定し、判例も是認しており、ある州では規定がなくとも判例によっ

て同趣旨をまとめ、相互捺印契約違反の法理またはクリーン・ハンズの原則によって理論的裏付を得た事情もあらわれてきた。また、互責の適用の対象となる夫婦双方の非行の種類いかんの問題はあるにしても、その原則自体の妥当性については、疑は少しもさしはさまれていない。もっとも、シャーマンのように、さきのマサチューセッツ州の諸事件を考察し、「裁判所は余りにも無分別に互責を適用しているが、いずれの事件でも、互責を発動すべき必要性を少しもべていない」旨を指摘するものもある。だが、これも約七十年を経たのち、批判的な眼をもってすればそういえるにすぎず、諸事件当時かような批判はあらわれていない。夫婦双方に離婚原因たる非行が認定される場合、裁判所は互責に関する規定の有無にかわりなく、イギリス教会裁判所の判例も参照しながら、適用の範囲においてちがいをみせつつ、強力に展開していった。各州の判例が、判例集を仲介にして互いに他州に影きよを及ぼしたことも想像され、この時期は互責が判例のうえではっきり固定しつつあった段階とみるのが適當ではなからうか。これはあたかも、アメリカが当初の十三州から出発して四十八州へと成長する発展期に一致している。

(1) Sherman, *The doctrine of Recrimination in Massachusetts (Recrimination Rejected)*, Boston University L. R. Vol. 33, pp. 458-459.