

離婚請求棄却事由の研究—互責論(四)

—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(以上四卷四号)

第三章 有責性比較の原則(本号)

第四章 最近の事情(以下次号)

第五章 結び—破綻主義への道

離婚請求棄却事由の研究—互責論(四) (村井)

(二八五)

一一五

第三章 有責任比較の原則

第一節 互責に対する批判

離婚判決は夫婦としての義務に反する非行のあった一方に制裁を加える趣旨で言渡されるもので、それを請求できるのは無責の被害配偶者にかざられる。夫婦双方に離婚原因たる非行のあった事実が認定される場合、いずれにも離婚判決は与えられない。かかる見解は、アメリカにおいて、当初は少しも批判をうけることなく、社会的にもいわば当り前の事理として承認され、支持を得ていた。しかし、すでに一八四〇年頃からアメリカの経済は農業・商業から産業資本主義への移行を示しはじめ、一八六二年から六五年の南北戦争を経て、一八七〇年頃にはその速度を増し、一八九〇年にいたれば、ついに連邦国勢調査局が「未開拓地域は、開拓地があちこちらに多く作られたため、一つのフロンティア・ラインを引くことは不可能になってしまった」と発表し、ここにいわゆる辺境は姿を消すにいたっている。ロスコー・ハウンドの言葉を借りれば、同質的・開拓的・田園的社会から異質的・都会的・産業的社會へと進化・発展の第一歩をふみ出したわけであって、アメリカは新たな内部的変遷の時期を迎えることになる。かかる社会的背景のもとで、一九一四—一七年の第一次世界大戦を契機とし、いわゆる自由離婚の価値観の発生をみるにいたった。「離婚における愛情あるいは個人の幸福という要素を尊重し、また結婚は一生に一度の冒険あるいは commitment としてではなく、幸福を手に入れるまで何度でも試み、失敗したらまたやり直してよい、やり直すべきもの」試みと過ち (trial and error) として考える⁽³⁾のがそれである。このような考え方が

強まるにつれ、夫婦双方に非行があるかぎり絶対に離婚請求をみとめない互責の原則は、その妥当性が疑わしくなってくるのも自然の勢であって、はじめにかえて再検討すべき必要に迫られることになった。

もともと、互責が適用される事態は二つに分けられよう。一つは、被告配偶者が原告にも離婚原因たる非行があると抗弁して、その請求棄却を求めるときであり、互責といえばまずこれが想定され、前章にみたいくつかの判例もこれに属する。もう一つは、被告が同じ理由で積極的に離婚反訴を提起するときであり、原告の非行を抗弁にし、同時にそれが離婚請求の原因を成す。いずれにせよ、裁判所は互責の事実を認定するかぎり、離婚請求を絶対にとめない。これは夫婦双方の非行が互いに衝突して離婚原因たる効力を消し合い、いわば一マイナス一はゼロと考えるからにほかなるまい。だが、果して妥当な考え方であろうか。かつてイギリス離婚裁判所の *Hopp v. Hopp* (一八五八) 事件において、クレスウェル卿も「これは何んと奇妙な原則であろうか。一つの罪から他の罪を差し引くという一種異様な引き算であって、あとには双方の無責しか残らない」⁽⁴⁾とのべ、疑を投げかけていたが、当面の問題の焦点もここに集中される。被告たる妻が多くの子をかかえ、彼女一人では子を養育する経済的能力がないのに、夫は些細な事由を法律上の離婚原因と主張し、夫ないし親たる義務を免れようと企てるので、妻が夫の非行を互責の抗弁として請求棄却を求めような場合、夫の不都合を反省させ、妻および子の利益を保護するためであれば、そのかぎりにおいて、互責の妥当性もみとめられよう。だが、かかる事情は何もないのに、一般に双方の非行が互いに効力を消し合うと考えるのはおかしいのではないか。同じく離婚原因に当る非行であっても、種類を異にするかも知れないし、その程度を比較すれば、虐待を例にとってもわかるとおり、千差万別のはずである。かか

る事情を無視し、双方の非行を単に一個の離婚原因として同一に評価するのさえ不合理と思われるのに、まして互いに機械的にマイナスのはたらきをさすべき正当な理由が存在するとは、とうてい首肯できない。さきにみた後者の場合、離婚原因はむしろ一プラス一で、二個あるともいえよう。⁽⁵⁾ そうだとすれば、双方の非行は一応切りはなし、それぞれ別個の立場から判断を加えるべきではないか。そして、離婚原因としてはいずれがより強力で、実質的な説得力を具えているかを基準にし、場合に依じて妥当な結論を下すべきではないか。

また、互責の原則によれば、裁判所は夫婦の一方に離婚原因たる非行を認定したときにかぎり、他方に離婚判決を与える。そこで、被告が離婚に反対する場合、ポール・アレキサンダー判事もいうように「夫婦が復讐心・執念にみちて互いに誹謗し、悪口をいい合い、各自が最大限に自己の面目を立てて相手から権利を奪うため、とるに足らないことを大げさに主張し、気まぐれがあたかも事実であるかのようにねつ造される」⁽⁶⁾ 恐れさえ充分に存在する。また、夫婦双方が是非とも離婚判決を得たいと望むならば、実際には双方に非行があったとしても、いずれか一方のみが裁判所によって有責と認定されるように、共謀という法的茶番劇⁽⁷⁾ (legal parody) を演じることになる。つまり、夫婦は裁判所の裏をかく手段として、偽証とが共謀とくに訴え、目的を達成するわけである。かような事態が出現するのも、理論的にいえば、離婚訴訟において救済をうける資格をもつ「無責の被害配偶者」が実際にはほとんど存在しないことによるのではなからうか。ブラッドウェーも「互責の原則に関連し、無責の被害配偶者というものが現実にいるのかとの皮肉な疑問が浮んでくる。現在の状態では、無責配偶者は急速に「想像上の人物」⁽⁸⁾ になりつつあることが証明されよう」と指摘している。そうだとすれば、互責の原則をあくまで固持するのは、こ

の面からもすでに妥当性を失っている。たとえ夫婦双方に非行があつても、離婚判決を与える道を開くことこそ當面の急務ではないか。いわゆる有責任比較 (Comparative Rectitude or turpitude) の原則は、以上にみたような考へにもとづいて登場したと思われる。

(1) 中尾健一「アメリカ西部開拓史」二〇四頁。

(2) Pound, A symposium in the Law of Divorce, Selected Essays on Family Law, p. 874.

(3) 川島武宜「離婚と社会統制」家族問題と家族法Ⅲ離婚八五頁、同「離婚法と離婚思想との関係」戸籍二〇九号一一頁—一二頁。

(4) R. Silver, Divorce — Doctrine of comparative Rectitude as qualification of the defense of Recrimination. De Burch v. De Burch, Boston University L. R. vol. 33, p. 241.

(5) レウヘリンの興趣をめぐつて。Llewellyn, Behind the Law of divorce, Selected Essays on Family Law, p. 84.

(6) Alexander, The Follies of Divorce: Therapeutic approach to the problem, A. B. A. J. vol. 36, p. 108.

(7) Sirjanaki, The truth about Divorce, p. 183.

(8) Bradway, The Myth of the innocent spouse, Selected Essays on Family Law, p. 942.

エドモンド・カーンも「無責の被害配偶者が存在すると考へるのは、単に盲目的なセンチメンタルで、しかも救われがたい盲信にすぎない」とききあげてゐる。Cahn, The Moral decision, p. 121.

第二節 適用上の問題点

有責任比較の原則によれば、裁判所は夫婦双方の非行についてその程度を比較考量し、程度が少いと認定する側

からの離婚請求にかぎってみとめるべきであるとする。互責の適用は実際上いくつかの場合に分けられた。姦通を他の非行と区別して重視したり、双方の非行の種類が同じであるかどうか、それのみによって適用の有無をみとめたりした。しかし、ここではもはや、かかる画一的な扱いは行なわれない。双方の非行の種類が異るときはもとより、同種類であっても、さらにその程度の軽重を判断する。一方が有責で他方が無責の場合にのみ離婚判決を与え、有責主義の立場からすれば、大きな例外を設けるものであるが、あくまで夫婦双方の非行を比較評価するかぎりにおいて、有責主義の領域に留るものといわなければならない。¹⁾ところで、さきに互責の適用される事態を二つに分けたが、その一つ、被告配偶者が原告の非行を抗弁としてその請求棄却を求めめる場合、有責性比較の原則によればどうなるであろうか。裁判所は原告の非行が被告のそれより程度が少いと認定すれば、被告の抗弁を容れず、原告の請求をみとめる。反対に、原告の非行の方が程度が大きいと認定すれば、請求を棄却することになろう。これを原告の側からみると、互責のもとでは、自己にも非行のある事実が立証されれば、離婚請求を棄却される恐れが存したが、有責性比較の原則によると、その非行の程度が被告より少いと認定されさえすれば、離婚判決を得ることができる。また、被告の立場からすれば、互責のもとでは、原告の非行を立証しさえすれば、その離婚請求を完全に阻止できるが、有責性比較の原則によれば、自己の方が非行の程度の少い事実を是非とも立証しなければ、請求を阻止できない結果となる。互責を理由に離婚請求を画一的に棄却することから生じる不都合さは、有責性比較の原則の採用により、大いに是正されることになろう。

もう一つ、被告が原告の非行を理由に離婚反訴を提起している場合はどうであろうか。これまで互責を理由に双

方の請求を棄却されたときでも、有責性比較の原則によれば、非行の程度の少いと認定される側に離婚判決が与えられる。夫婦双方とも離婚を望んでいるのに、いずれの請求もみとめないという不合理はこれによって取り除かれることにならう。シャーマンが「公平にみて、いやしくもある原因で離婚判決を請求するからには、原因が二重に存在する場合は、つねに離婚判決を与えるべきであるといわなければならない」旨を強調するのも、かかる考えにもとづくものと思われる。また、エドモンド・カーンによれば「近代化された離婚法において、①離婚は法廷劇を伴わない、②被告配偶者が無責でも離婚請求をみとめる、③原告配偶者が有責でも離婚請求をみとめるとの三つが基本的な標準になる」という。有責性比較の原則は明らかに③への方向を指示するものであろう。もっとも、この原則について疑問がないわけではない。夫婦双方の非行の程度が全く同じと認定する場合に、裁判所はいかなる態度をとるかがそれである。非行の程度に差があつてこそはじめ、この原則の適用が可能になるから、程度が同じときはもとに帰り、互責によるしか道がないともいえよう。だが、実際問題として、夫婦の非行にはその種類をも含めてある程度の差がみられるのがつねであらうし、たとえその程度が同じと判断するときでも、互責の適用を回避しようとする裁判所は、なんらかの方法で両者に差をつけ、有責性比較の原則によって妥当な結論を出すことにならう。それも十分に可能であると推測される。前示の疑問にもかかわらず、とり立てて問題にならない理由もここに存するのではあるまいか。

右のように、互責に代るものとして有責性比較の原則が登場してきたが、不法行為法の分野においても同様の傾向にある事情を指摘しなければならない。これまで、不法行為を理由とする損害賠償請求事件において、原告が被

告の過失によって損害を蒙った事実が立証されたとしても、原告の過失もまた損害発生の一因を成したことが判明すれば、コモン・ローにいわゆる寄与過失⁽⁴⁾ (contributory Negligence) の原則を適用し、損害はすべて原告が負担すべきものとされてきた。これによると、原告の側に少しでも過失があれば、被告は損害賠償の責任をすべて免れるが、このようなことは正義・衡平の観点からとうてい是認できないとの非難が加えられるにいたり、イギリスではすでに一九四五年に法修正(寄与過失)⁽⁵⁾ 法 [The Law Reform (Contributory Negligence) Act] により、寄与過失の原則を廃棄し、いわゆる過失相殺 (Comparative Negligence) の原則が採用されている。同法第一条によれば「ある人が、一部は自己自身の過失により、一部は他人の過失により損害を蒙る場合、該損害に関する請求は、損害を蒙る人の過失を理由に斥けられることなく、回復できる損害賠償額は、損害発生 of 責任について原告が負うべき割合に関し、裁判所が妥当かつ衡平と判断する範囲まで減額される」。つまり、原・被告双方の過失の程度を比較し、場合に依りて各自が負担する損害額を決定するもので、被告が支払うべき賠償の額は、損害発生に寄与した原告の過失の割合に依りて減額されることになる。原告からみれば、自己に過失があったとしても、場合に依りて賠償を得ることが可能になる。

一方、アメリカにおいては、一九七四年現在、多数の州がいぜんとして寄与過失の原則を維持する反面、十七の州が過失相殺の原則を採用するにいたっている。だが、その内容は同じではなく、三つの類型に分けられる。

その一つは、純粹な (pure) 過失相殺の原則とよばれるものであり、これによれば、原告は自己の過失の割合に依りて減額された損害賠償を得ることができる⁽⁶⁾。たとえば、自己の過失が二十パーセントとすれば、うけた損害額

の八十パーセントの賠償をうけることができるし、たとえ自己の過失が九十パーセントであっても、損害額の十パーセントは賠償をうけられる。イギリスで採用された過失相殺の原則はこれに当るが、アメリカではデラウェア、ミシガン、ミシシッピ、ロードアイランド諸州が法律の規定によってこの原則を採用し、フロリダ州は判例がこれによっている。⁽⁷⁾

その二は、修正された (modified) 過失相殺の原則であり、これによれば、純粹な過失相殺の原則と異り、原告は自己の過失の割合が被告のそれより少ない場合にかぎり、減額された賠償を得ることができる。⁽⁸⁾ たとえば、原告の過失の割合が四十九パーセントであれば、蒙った損害額の五十一パーセントの賠償を得ることができるが、自己の過失が五十パーセントになれば、もはや賠償はうけられない。原告の過失の割合が被告のそれより少ないことを *not greater than* という言葉で示すものに、ニューハンプシャー、バーモント、ウイスコンシンおよびワシントン諸州⁽⁹⁾ があり、*not as greater as* との言葉を用いるものに、アーカンソー、コロラド、ジョージア、ハワイ、メイン、マサチューセッツ、ミネソタおよびオレゴン諸州がみられる。⁽¹⁰⁾

修正された過失相殺の原則として、もう一つある。これによれば、原告は自己の過失の割合が軽微 (*slight*) であり、かつ被告のそれが重大 (*gross*) な場合にかぎって損害賠償を得ることができる。⁽¹¹⁾ 具体的にいかなる割合が軽微であり、いかなる程度になれば重大なのか、裁判所の裁量にまたなければならぬが、ネブラスカおよびサウスダコタ両州がこれに当る。⁽¹²⁾

右のように、不法行為法の分野でも離婚法と似通った事情がみられるけれども、もともと過失相殺の原則は、当

面の問題たる有責性比較の原則と本質的な相違を示している。有責比較の原則は、原告配偶者に離婚判決を与えるかどうかを決定するため、原被告双方の非行の程度を比較考量するものであるから、不法行為を理由に原告に与えるべき損害賠償の額を具体的に決定するための過失相殺の概念がここに入り込む余地は、もとより存在しない。原告配偶者の非行の程度が被告のそれより大きいと認定されるか、少ないとみとめられるかに応じて、離婚請求は棄却されるか、認容されるか、いずれかであって、原告にとって二者択一的な結果となることはいうまでもない。かように、右の両原則は一方が不法行為法、他方が離婚法とその分野を異にしているが、いずれも原告に過失あるいは非行の存する場合は絶対に救済を与えないという従来の原則を捨て「損害の衡平な分担」または「自らにも非行のある原告配偶者の離婚請求の認容」という合理的な解決を計る点で、考え方を同じくしており、過失主義ないし有責主義が後退していく近代法発展の方向をはっきり指示していると思われる。

しかし、過失相殺の原則または有責性比較の原則を實際に適用するに当たり、一つ注意すべき点のあることを見逃してはならない。陪審との関係がそれである。まず過失相殺の原則をみよう。さきに第一章・四節の四に指摘したとおり、アメリカでは民事陪審がなお広く活用され、民事事件の約七十パーセントを占める自動車事故の場合は、ほとんど原告が陪審の関与を請求している。いろいろの理由から、素人である陪審の同情は自然に被害者たる原告に傾き、加害者たる被告の過失の認定にはゆるやかな態度をとる反面、たとえ原告にも過失をみとめても、寄与過失を理由にその請求権を否定するのを好まず、損害額も高額を認定しやす⁽¹³⁾い。すなわち、寄与過失の原則が厳存するにかかわらず、實際上、陪審は該原則に関する判事の説示を無視し、十三人目の陪審たる偏見 (Prejudice) をも

交えた是非善悪の立場から評決する傾きがあるが、⁽¹⁵⁾ ときには、それがかえって妥当かつ公正な結果をもたらすゆえんともなっている。⁽¹⁶⁾ ジェローム・フランクが判事制定法 (Judge-made-Law) と対照して陪審制定法 (Jury-made-Law) の名でよぶ理由もここに存しよう。⁽¹⁷⁾ 過失相殺の原則はかかる事態を是認したうえ、行き過ぎを是正し、陪審の評決に適切な基準を設ける趣旨も含んでいるとみてよいのではなからうか。だが、果して素人たる陪審に当事者双方の過失の程度を正確に判定することができるかどうか。疑なきを得ない。実際問題として、陪審は寄与過失の原則に対するように極端に走らないまでも、ある程度まで独自の判断にもとづいて評決してしまうのが真相ではないか。現にイリノイ州において、いちどは過失相殺の原則を採用したけれども、陪審にとって過失を比較することは實際上困難であったため、成績が悪く、ついに廃止されるにいたった。⁽¹⁸⁾

これに対し、当面の問題たる有責性比較の原則はどうであらうか。すでにのべたとおり、離婚事件に陪審の関与する可能性があるにかかわらず、実際には余り行われていない。互責に代えて有責性比較の原則を採用するに当たっても、過失相殺の原則の場合のように、陪審との関係でそれがどの程度に効力を發揮するか、あるいは全く無視されてしまうかといった点を考慮する必要は余りないわけであって、実際の運用はあげて裁判所に一任される。裁判所は夫婦間のあらゆる事情を慎重に考慮し、妥当な結論を出すであろう。互責の不都合を見正しようとするこの原則の意図を充分に發揮させることができると思われる。ひるがえって、離婚事件につねに陪審が関与すると仮定すれば、ここで互責に代えて有責性比較の原則を採用しなくとも、もし陪審が互責を理由に離婚請求をみとめないのは不都合であると判断するとき、寄与過失の原則にみられたように、是非善悪の立場から法律上の規定を無視する

評決をし、有責任比較の原則と同趣旨の救済の道をすでに開いていたと推測される。「陪審がこのようにいくらか法を無視する役割を演じるときは、法を改正する必要がないかどうか調査すべき時期にきている」とのジョン・カプランの言葉は、ひとり互責のみならず、離婚請求棄却事由のすべてに当てはまらう。

もっとも、右は陪審が自己の認定した事実⁽¹⁹⁾に裁判所によって説示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一般評決を前提としており、裁判所が例外的に特別評決を命じるならば、事情はちがってくる。けだし、その場合、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からである。有責任比較の原則について、離婚訴訟に陪審が関与する事態を想像すれば以上のようなようになるが、実際上かかる事態は考慮の範囲外に属し、本稿でも問題にならない。「過失にもとづく不法行為事件を除き、陪審はまもなく民事事件から完全に姿を消すであらう」とのマックス・レイデインの推測は、離婚事件においてまさにそのとおりになりつつあるのではないかと思われる。⁽²⁰⁾

(1) Comparative Rectitude を「相対的有責主義」とよぶのはこの趣旨と思われる。なお、これと並んで Comparative turpitude あるいは Comparative Guilt という言葉も用いられ、訳語としては「比較的素行方正」とか「比較的公正な扱ひ」等、いろいろみられるが、本稿では「有責任比較」の原則とよぶ。

R・シルバーは有責任比較の原則の秀れていることを、ハムレットのせりふを借りて表明している。すなわち、「それこそ上もなう願はしい大終焉^{しゅえん}ぢやが」(‘tis a consummation devoutly to be wished) 坪内逍遙訳「ハムレット」第三幕一場。

R. Silver, Divorce — Doctrine of comparative Rectitude as qualification of the defense of Recrimination. De Burgh v. De Burgh, Boston U. L. R. Vol. 33, p. 243.

- (2) Sherman, The doctrine of Recrimination in Massachusetts (Recrimination Rejected), Boston U. L. R. Vol 33, p. 467.
- (3) Cahn, The Moral decision p. 116.
- (4) この原則はブブラナム・リンカーンが生れた年に、イギリスにおいて Butterfield v. Forrester (一八〇九) 事件でエーレンボロー卿がよって表明されたものであって、この事件がリーランド・ケースとなつた。Bress, Comparative Negligence — Let us Harken to the call of progress, A. B. A. J. Vol. 43, No. 2, p. 127. 小島武司「善与過失の法律の廢棄」比較法雜誌六卷三四号五八頁—五九頁。
- (5) Halsbury, The Statute of England. Vol. 23, pp. 789-792: Winfield, A Text-Book of the Law of Torts, p. 430.
- (6) Smith and Campbell, Comparative Negligence, Washington L. R. Vol. 49, p. 709.
- (7) Smith and Campbell, op. cit., p. 710.
- (8) Prosser, Comparative Negligence. Michigan L. R. Vol. 51, p. 494.
- (9) Smith and Campbell, op. cit., p. 710.
- (10) Prosser, op. cit., pp. 489-494: Smith and Campbell, op. cit., p. 710.
- (11) Prosser, op. cit., pp. 484-487: Smith and Campbell, op. cit., p. 710.
- (12) Smith and Campbell, op. cit., p. 710.
- (13) 伊藤正己「アメリカ法入門」二二四頁—二二五頁。
Kaplan, Trail by Jury, Talks on American Law, pp. 44-45. その事実を指摘して云ふ。
- (14) 判事が陪審に善与過失の原則をどのように説示するかについて、具体的な例としては、「ニューヨーク州」(フロンクス郡) 最高裁判所における不法行為に因る損害賠償請求事件に関する記録「法務資料第二九二号二八四頁—二八七頁。

- (15) エルマンがこの事実を描描している。Uman, A Judge takes the stand, p. 31.
 陪審の無法性 (Jury Lawlessness) あるいは法規範無視者 (legal-rule defier) とはかかる事実をいふものと思われる。一般に陪審は歴史的な過程のなかで、厳格な法律を捨て去り、それが形式的に変更されるに先立って、批判的かつ不規則に改正してきたことについては Kaplan, op. cit., pp. 52-53.
- (16) エルマンは自動車事故による損害賠償請求事件に例をとり、原・被告双方に過失があり、原告に二〇〇ドルの損害を生じた三つの事件において、陪審が両者の過失の程度を比較したうえ、原告の得べき賠償額をそれぞれ、一〇〇ドル、一五〇ドル、二五ドルと評決した事実を報告している。Uman, op. cit., p. 31.
- (17) Frank, Law and the modern mind, p. 174.
- (18) ローク高柳賢三訳「陪審裁判」法学協会雑誌四〇巻四号三頁。Friedman, A History of American Law, pp. 417-418.
- (19) Kaplan, op. cit., p. 53.
- (20) Radin, HandBook of Anglo-American legal History, p. 218.

第三節 採用した州

有責性比較の原則を採用するかどうかは州によって事情を異にしており、はっきり否認した州もあれば、法律には互責について規定がないので、判例によって自由に右の原則を採用した州もある。⁽²⁾ 離婚法に有責性比較の原則を明示した州が⁽³⁾みられるし、互責をいぜん離婚請求棄却事由の一つとしながら、裁判の実際面では右の原則により、合理的かつ妥当な結論を得ようとする州も存在している。⁽⁴⁾ 法律上に互責の規定があるという一事のみから、その州で有責性比較の原則が全く問題にならないと考えるのは早計であろう。また、不法行為法の分野において寄与過失

の原則に代へ過失相殺の原則を採用する州でも、離婚事件について互責の適用を排除し、有責性比較の原則をとり入れるとはかぎっていない。とはいへ、前者が「損害の衡平な分担」を求め、後者は離婚に関する価値観にもとづいて「自己にも非行のある原告配偶者の離婚請求を認容」する点で、大筋の考え方は似通っており、前者を採用すれば後者もみとめる州が多い⁽⁵⁾ことを指摘しておく。

(1) デラウエア、シネンタ、ネブラスカ、オハイオおよびオレゴン諸州。A. L. R. Vol. 159, p. 735: Annual Survey of American Law, 1954, p. 585; R. Silver, *Divorce-Docctrine of comparative Rectitude as qualification of Defense of Recrimination*. De Burgh v. De Burgh, Boston U. L. R. Vol. 33, p. 243; Sherman, *The Doctrine of Recrimination in Massachusetts (Recrimination Rejected)*, Boston U. L. R. Vol. 33, p. 463; Suffery, *Divorce-Docctrine of Recrimination*, University of Detroit L. J. Vol. 15, p. 157.

(2) アイオワ、ルイジアナ、リバーメキンコ、オハイオ、ペンシルバニア、ウィシコンシン諸州。A. L. R. Vol. 159, p. 736; R. Silver, op. cit., p. 242.

(3) カンサス、ネバダ、ウイシコンシン諸州。Hutchison, *The Status of Recrimination as a Defense to Divorce Action in Ohio*, Western Reserve L. R. Vol. 18, p. 1335; Moore, *A Critique of the Recrimination Doctrine*, Dickinson L. R. Vol. 68, p. 166.

(4) マーカンソー、ミシガン、ペンシルバニア、マキサス諸州のみならず。(Note) *The Reason for the doctrine of Recrimination in Divorce*, Columbia L. R. Vol. 20, p. 87; R. Silver, op. cit., p. 242. オハイオ、ペンシルバニア、マシケン州では、後に事情が変つてゐる。

(5) アーカンソー、コロロンビア、ミシガン、ネブラスカ、ネバダおよびワシントン諸州がこれに當る。

一 ミシガン州

互責に代えて有責性比較の原則を採用したいくつかの州についてみると、ミシガン州がその一つに数えられる。同州では当初、一八四二年法第八章のなかの一カ条で、互責を共謀と並べて離婚請求棄却事由の一つと定めた。それによれば「離婚請求が当事者双方の共謀のもとに提起され、または共謀によって遂行されていることが明らかになる場合、離婚判決は与えられない。……そして、原告当事者が被告を非難しているのと同じ犯罪または非行について責を負うべき場合、離婚判決は与えられない⁽²⁾」。この規定はさきに第一章・四節の二でのべたニューヨーク州の一八三〇年の修正法第八章・四二条にならったもの⁽³⁾のようである。降って、Hoff v. Hoff (一八八二) 事件において、互責はクリーン・ハンズの原則にもとづくことを明らかにし「離婚事件でも原告が清い手で裁判所にこなければならぬのは、他の事件の場合と同じである。裁判所は無責配偶者には救済を与えるが、有責配偶者にはこれを与えない」とのべ、夫婦双方の非行を理由に妻の離婚請求をみとめていない。州境を接するオハイオおよびウイスコンシン両州がクリーン・ハンズの原則を互責の根拠にしたのと事情を同じくする。

互責を宥恕・共謀および承認と並べて請求棄却事由の一つと規定する法律のもとで、裁判所はそれ以来、右の事件と同じ見解を持ってきた。Stiehr v. stiehr (一九〇六) 事件もその一つである⁽⁶⁾。この事件において、妻が極端な虐待を離婚請求の理由としたとき、夫は姦通を互責の抗弁としたが、離婚反訴は提起しなかった。原審は夫の非行を認定して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「われわれは、原告の非行が被告のそれと同等あるいはそれ以上に極悪なものである場合、救済は拒否される、との慣れ親しんだ法則を適用すべきであ

る」とのべ、原判決を破棄し、夫の控訴を斥けている。

クリーン・ハンズの原則を背景とする互責の適用がこのようにつづいたけれども、その後、Weiss v. Weiss (一九一九)事件⁽⁷⁾にいたり、有責性比較の原則が採用されることになった。この事件において、夫が妻の非行を理由に離婚の訴を提起したが、妻は夫の側にも離婚原因に当る非行のあることを理由に、離婚反訴を起した。裁判所はこれに対し「夫婦双方の非行が認定されるならば、いずれにも離婚判決は与えられない。しかし、ときには公益とか審理中の個々の事件における緊急の必要性などの理由でこの原則がゆるめられ、有責性比較の原則が採用される傾向にある。この傾向は、互責を理由に離婚請求を棄却するよりも、双方の非行の程度を比較し、被告に離婚判決を与える方が一そう合理的な場合のあることを示唆する」とのべ、妻に離婚判決を与えている。ここでは被告たる妻が離婚反訴を提起しており、まさに互責が適用される事態を二つに分けたうち、後者に該当していよう。本来ならば、夫婦のいずれにも離婚判決は支えられないはずである。だが、妻の請求がみとめられている。裁判所は互責よりも有責性比較の原則の方が合理的で妥当な結末が得られるものと考え、この原則を採用し、夫婦の非行の程度を比較したところ、妻の方が程度が少いと判断し、その離婚反訴を容認したわけであろう。

なお、右の判決のなかで、有責性比較の原則は被告に離婚判決を与える方が合理的な場合のあることを示唆するというが、これをすべての事例に妥当する一般的な説明とうけとってはならない。けだし、被告が互責を抗弁として離婚に反対する場合には、たとえ有責性比較の原則を採用し、被告の非行の程度が原告のそれより少いと認定しても、被告に離婚判決を与える余地はあり得ない。原告の方が非行の程度が少いと認定したときにかぎり、離婚請

求をみとめ得るにすぎない。それゆえ、この説明は右の事件のように、被告が離婚反訴を提起し、しかも夫婦双方の非行が認定される場合にのみ妥当するといわなければならない。

- (1) Gradwohl, *The Doctrine of Recrimination in Nebraska*, *Nebraska L. R.* Vol. 57, p. 413.
- (2) *The compiled Laws of the state of Michigan*. 1948. Vol. III, p. 11415.
- (3) Gradwohl, *op. cit.*, p. 413.
- (4) Clark, *Cases on Domestic Relations*, p. 65.
- (5) *The compiled Laws of the State of Michigan*. 1948. Vol. III, p. 11420.
- (6) N. W. (*Northwestern Reporter*) Vol. 108. p. 684.
- (7) A. L. R. Vol. 63, p. 1132.
- (8) Gradwohl, *op. cit.*, p. 424.

二 ネブラスカ州

さきのミシガン州では、互責を請求棄却事由の一つとする離婚法のもとで、有責性比較の原則を採用した。これと対比し、ネブラスカ州において、ミシガン州のそれにならった互責の規定を設けており、判例は一時、有責性比較の原則によるかのような傾向を示したことはあったが、その後、該原則の採用をはっきり拒否した。だが、最近では考え方が変わってきているようである。以下にこの間の事情を検討してみよう。

ネブラスカでは一八五五年に最初の準州議会が開かれ、同五五年—五六年法第二章・九条は⁽¹⁾つぎのように定め
ている。「離婚請求が当事者双方の共謀のもとに提起され、または共謀によって遂行されていること、原告当事者

が被告を非難しているのと同じ犯罪または非行について責を負うべきこと、が明らかになる場合、離婚判決は言渡されない」。共謀と並べ、互責を請求棄却事由とするわけである。立法の任に当った人々に獨創性がなかったためか、他地域の辿った経験をうまく利用しようとしたためか、ミシガン州の一八四二年法の規定をそっくりとり入れる結果⁽²⁾となっている。しかも、右の規定はその後、一八六六年法第四章・九条⁽³⁾、一九一三年法第一五七〇条、一九二二年法第一五一九条、一九二九年法および一九四三法の第二章・三〇四条を経て、一九六〇年法第二章・三〇四条⁽⁴⁾にいたるまで、変更はみられない⁽⁵⁾。

さて、前示の規定のもとで互責が問題にされたのは *Walton v. Walton* (一八九八) 事件⁽⁶⁾ である。この事件において、妻は極端な虐待を理由に離婚の訴を提起したが、夫は、彼の非行は妻が彼に対して虐待を加えた結果であると主張し、かえって虐待と姦通を離婚反訴の理由とした。原審は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「妻の不従順、不行跡または非行を理由に夫が妻に加えた罰とか荒々しい処遇は、妻の罪に対して余りにも不均衡で道理に合わないものであったかどうかは、当該事件における具体的な事実および事情から決定されるべき、法律問題と事実問題を含んでいる。そして、本件において、たとえ妻の不従順、非行または不行跡が原因となって、夫が彼女を荒々しく処遇したことがみとめられても、なお夫が妻に加えた罰は、彼女の罪とは全く不均合いなものであったから、夫に弁明の理由は与えられない」とのべ、夫の控訴を斥けている。

互責の適用される前提として、夫婦双方に離婚原因たる非行がなければならぬ。原審は妻の側の非行は離婚原因に当らないと判断し、この判断は是認されている。そうだとすれば、裁判所は夫の非行が離婚原因を充分に構成

すると認定するかぎり、そのみを理由に妻の請求を容れ、夫のそれを斥けてよいはずである。だが、当面の場合、夫の側の非行の程度を妻の非行と比較し、前者が後者に比すべくもなく、ひどいものであると判断したうえで、夫の請求を拒否する見解を表明している。かかる見解は皮相的には、有責性比較の原則の採用を思わせよう。しかし、夫婦双方の離婚原因たる非行の程度を比較し、程度の少い方の請求をみとめようとするのが有責性比較の原則であるから、妻の側にかかる非行のない当面の場合、該原則を文字どおり適用した例に数えることはできない。とはいえ、もし将来、右の前提要件をみたす例が裁判所で具体的問題になるとき、有責性比較の原則が適用されるにちがいないとの予測を与えるに充分と考えられる。果してどうであろうか。

このMcKnight v. McKnight (一九〇四)事件が一方で有責性比較の原則そのものではないが、それに準じた考え方を含め、他方でクリーン・ハンズの原則によるのが、われわれの注目をひくことになる。この事件において、妻が二年以上の遺棄を理由に離婚の訴を提起したが、夫はその事実を否認した。原審は夫の否認にもかかわらず、右の事実を認定し、さらに妻の側も全く無責であったわけではなく、離婚原因とするには及ばない程度の非行はあったとし、妻に別居判決を与えたので、妻が控訴した。裁判所はこれに対し「婚姻の絆から解放を得るためには、原告に責むべき点が何もないことが要求される。被告がいかに有責であっても、もし原告に法律が同様の効果を付与するような非行がみとめられるならば、救済は拒絶されなければならない。もし原告にかかる非行はなくとも、完全に無責でないならば、与えられる救済は別居を限度とする必要がある」とのべ、原審のとった基本的な判断を是認しながらも、妻を無責とみとめたため、改めて彼女に離婚判決を与えている。

ネブラスカ州の一九一三年法第一五六八条によれば、極端な虐待または二年間の完全な遺棄が理由とされているとき、裁判所は離婚・別居いずれの判決を言渡すこともできると定めており、本件当時是一九〇一年法第二章・七条がその旨を規定していた。⁽⁹⁾ 後者の規定の内容は明らかにできないが、事実審裁判所は被告に極端な虐待または遺棄を認定するとき、原告に離婚判決を言渡すか、別居判決を与えるかについて、裁量権を有するわけである。もとより、裁量権の行使に当って恣意的な判断が許されるべくもなく、夫婦双方の品行を充分に検討しなければならぬ。この点に関して原審が判断の基準としたものは二つに分けられよう。一つは、配偶者の非行を理由に離婚判決を求める人自身が無責でなければ、請求は容れられないとするいわゆるクリーン・ハンズの原則である。もし、離婚法の規定が前示のようなものところが、裁判所は原告の請求どおり、離婚判決か別居判決のいずれかを言渡すべきものとしていたならば、そして妻が無責と認定されたならば、まさに右の原則が適用され、妻に離婚判決が与えられたと考えられる。だが、原審は妻の側に離婚原因にはならない程度の非行があり、無責でないとみとめたため、前示の規定のもとで、第二の考慮がはたらくことになった。これはつぎにみるように、有責性比較の原則そのものではないが、それに準じた考え方といつてよいのではあるまいか。

夫に離婚原因たる非行のあることに争ひの余地はないが、妻の側にはその程度にいたらない非行のみみとめられる。妻は離婚判決を求めている。しかも、離婚法の規定によれば、裁判所は離婚判決を与えるか、別居判決を言渡すかについて裁量権をもっている。そこで、数年前の *Walton v. Walton* (一八九八) 事件において示された見解——皮相的には有責性比較の原則の採用を思わせる——の流れをくんだ。当面の場合、夫婦双方の非行の程度からみて、

全く無責でない妻の離婚請求を容れるわけにはいかないが、その非行の程度を考慮すれば、別居判決を与えるべき理由は充分に存する。原審はかかる判断を経たのち、離婚判決を求める妻に別居判決を言渡したものと考えられる。なお、妻の控訴に対し、裁判所は原審とちがって妻を無責と認定したため、離婚判決を与えたが、ここにクリーン・ハンズの原則の適用をみることができよう。

右につづく *Judkins v. Judkins* (一九〇六) 事件⁽¹⁰⁾では、互責の原則がはじめて姿をみせることが注目される。この事件において、妻が虐待を離婚請求の理由としたとき、夫も同じ理由で離婚反訴を提起した。原審は「夫婦が互いに他方に対してなした所為からみて、夫婦はいずれも衡平裁判所で救済を得る資格はないこと、双方とも婚姻関係のもとで負わされる義務を果していなかったこと、お互いの不当な処遇を理由に、双方とも彼等が望んでいる救済をうけられない」旨を認定し、両者の請求を棄却し、控訴審もこれを容認している。夫婦の非行が離婚原因としてはいずれも証拠不充分との理由で、請求が斥けられているため、クリーン・ハンズの原則を基礎とする互責の原則が正面から適用されたとはいえないが、裁判所の判断の背景にこの原則がおかれていたことを推測するに充分であらう。有責性比較の原則はむしろ影をひそめるにいたっている。

さらに降って *Wilson v. Wilson* (一九一一)⁽¹¹⁾ 事件をみれば、互責の原則が疑問の余地なく適用されている。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したところ、妻は虐待を抗弁とするのみで、反訴は提起しない。原審は虐待の事実をみとめず、夫に離婚判決を与えたので、妻が控訴した。裁判所は夫婦に姦通と虐待のある事実を認定したうえ「離婚原因として列挙されているいくつかの非行のうちどれかについて、夫婦双方が責を負うべき

場合、裁判所はいずれの請求も斥けるべきである」とし、原判決を破棄し、妻の控訴を容れていない。最初にかがたとおり、当州の離婚法の規定によれば、原告配偶者が被告を非難しているのと同じ (the same) 犯罪または非行について、互責が適用される。ここにいう同じ犯罪または非行をどのように解釈するかにより、互責の適用範囲が広くもなれば、狭くもなる。このことは、すでにカリフォルニア州をはじめとするいくつかの州の判例を通じて論証済みである。そして、本件では、裁判所は夫婦双方の非行の種類が同一の場合にかぎって互責を適用する見解をとらず、いやしくも離婚原因とみられる非行ならば、種類がちがってもよいとの考えに立った。爾後の判例を検討するとき、本件が互責についてネブラスカ州でのリーディング・ケースになったと判断してよいのではなからうか。

Peyton v. Peyton (一九一五) 事件はまさに右の考え方をうけつぎ、⁽¹²⁾ しかも有責性比較の原則を排除する旨を表明する点に特色がある。この事件において、妻が極端な虐待を理由に離婚の訴を提起したとき、夫は姦通と常習的飲酒を離婚反訴の理由とした。原審は双方の非行を認定して、いずれの請求もみとめず、訴訟費用を被告の負担としたため、被告が控訴した。裁判所はこれに対し「夫婦の一方の非行が充分な離婚原因をなすならば、他方の行為が一そう甚だしく責むべきもの (grossly more culpable) であっても、衡平法裁判所は離婚判決を与えない」とのべ、原判決を容認している。さきの Walton v. Walton (一八九八) 事件、および McKnight v. McKnight (一九〇四) 事件では、夫婦の一方の非行が離婚原因を構成するにいたらなかったため、結果的には有責性比較の原則を適用するのと異らないにもかかわらず、該原則を正面から適用したものとはいえなかった。そこで、常識的に判断

し、もし前提要件さえそろえば、有責性比較の原則がネブラスカ州で正式に採用されるのではないかとの推測を下しておいた。だが、本件によって、かかる推測は完全にくつがえされたわけである。夫婦双方の非行が離婚原因を構成するかぎり、その種類の異同を問わず、互責の原則を適用し、有責性比較の原則によることはみとめない。これが当時、同州における支配的な見解をなしている。のちの *Studley v. Studley* (一九三五)⁽¹³⁾ 事件が右の *Peyton v. Peyton* (一九一五) 事件の判断をそのまま引用しているのにも注目しておきたい。

しかし、最近の判例をみれば、考え方が変わってきているようである。*Cowan v. Cowan* (一九五五)⁽¹⁴⁾ 事件にあらわれている。この事件において、妻が極端な虐待を理由に離婚の訴を提起し、夫も同じ理由で反訴を起した。原審は夫の主張を容れて離婚判決を言渡したので、妻が控訴した。裁判所はこれに対し「夫が妻に加えた肉体的な虐待は、妻の側からのものに比べてはるかにひどいものである」とみとめ、原判決を破棄し、妻の離婚請求を容認している。つまり、夫婦双方に離婚原因たる虐待の事実を認定するとき、一八五五年—五六年法このかた修正をうけていない離婚法の規定によれば、まさに互責に該当し、双方の請求を棄却すべきであるにかかわらず、そうしないどころか、従来のもちがって互責の問題には少しも触れず、かえって有責性比較の原則によったと同じ妥当な結論をひき出す見解をとった。有責性比較の原則による旨の言明がないので、裁判所が果してこの原則をどのように考えたのか、互責に代えて該原則を正式に採用する意図であったのか、はっきりわからない。だが、少くとも、ネブラスカ州において互責の原則が放棄される傾向を示したものとみてよいのではなからうか。

(1) *Session Laws of Nebraska, 1855-56, p. 154: Gradwohl, The Doctrine of Recrimination in Nebraska, Nebraska*

L. R. Vol. 37, p. 413.

- (2) Gradwohl, op. cit., p. 413.
- (3) The Revised Statutes of the territory of Nebraska. 1866, pp. 129-130.
- (4) Revised statutes of Nebraska, Reissue of Vol. III. 1960, p. 1020.
- (5) Gradwohl, op. cit., p. 413.
- (6) N. W. Vol. 77, p. 392.
- (7) N. W. Vol. 98, p. 62.
- (8) Revised statutes, op. cit., p. 1016,
- (9) N. W. Vol. 98, p. 62.
- (10) N. W. Vol. 107, p. 254.
- (11) N. W. Vol. 132, p. 401.
- (12) N. W. Vol. 151, p. 150.
- (13) N. W. Vol. 263, p. 140.
- (14) Gradwohl, op. cit., p. 437.

三 ルイジアナ州

Ⅰ フランス民法との関係

オハイオ、イリノイ、インディアナ、ミシガンおよびウイスクンシン諸州は、北西部条例にもとづき、州の基本的法律としてコモン・ローを継受し、他方において、ルイジアナ地方に属するアーカンソー、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、コロラド、モンタナおよびワイオミング諸州はコモン・ロー・ステイトを形成する。これに対し、当面のルイジアナ州では最終的に一八〇四年の「フランス人の民法」(Code Civil des Français)をうけついでおり、互責を含む請求棄却事由についても、右の諸州と事情を異にする。

もともと、フランスから購入されてオルレアン準州となった当時⁽¹⁾、同地には、さきに見たカリフォルニアの場合と同様、スペインの植民地統治に関する法律がいぜんとして行われており、それと並んで、ある程度フランス法も保有されている。⁽²⁾人口約七万二千のうち、過半数はいずれもカトリック教徒たるクレオール(Creole)およびケイジャン(Cajun)とよばれるフランス系住民で、残りはスペイン人で構成され、かかる住民構成が新新統治者によるコモン・ロー制度の確立に抵抗し、大陸法系の伝統を維持する内的要因となった。⁽⁴⁾カリフォルニアの場合は、住民の多数が東部からの移住者であり、土着の人口をはるかに凌駕し、しかもコモン・ローに馴れ親しんでおり、州の法律としてコモン・ローが採用されるべき基盤を形成していた点で、はっきり事情を異にしている。

ところで、当面のオルレアン準州では、当初、控訴裁判所によって「本準州の民法はスペイン民法である」との原則が確立されており、このことが判事に重い負担を課していた。⁽³⁾ここでスペイン民法というのも、成文法としての民法典ではなく、さきに第二章・二節の一に指摘したように、スペイン本国で一五二四年にカルロス一世(一五一六一—一五五六)が印度評議会(Consejo de Indias)を設けて以来、植民地統治のため同会議の制定した印度国法令集(Recopilación de las Leyes los reynos de las Indias)をはじめとする、⁽⁵⁾多くの法律・勅令に含まれる諸規定

を意味しよう。スペイン民法が制定されたのは一八八九年五月一日と、ずっとのちのことに属する。それにしても、判事は外国語で書かれた法律書を理解する必要があるし、法律書そのものが乏しいことも、仕事を必然的に困難にする。⁽⁷⁾かかる事態に対処し、明白な裁判上の規範を確立するため、一八〇四年十二月の立法評議會および一八〇六年四月に招集された第一回議會は、中世スペイン法にもとづいて早急に法典を作成すべく提案したが、いずれも、スペイン語、フランス語の知識を欠き、ローマ法に由来するあらゆる法制度に反対し、アメリカの他の植域に存するコモン・ローを直ちに採用すべく主張する初代準州知事クレイボーン⁽⁸⁾によって拒否された。彼が同年五月二十六日に州務長官に送った書簡のなかで、法案を拒否した理由の一部をのべている。「私は、問題になっている法案は不適当なものであり、したがってそれを拒否するのが私の義務であると考えた。もし議會の布告および法律によって大陸法が承認されるならば、該法案は無用であった。控訴裁判所の裁判官は、いずれの權威にしたがうべきかを決定することができる。この選択は、立法部がなしうるいかなるものよりも、一そう賢明なものであらう」とい⁽⁹⁾う。

そこで議會は、一八〇六年六月七日、弁護士であり、スペイン語・フランス語に通じるブラウンおよびリスレーを新たに法典作成委員に任命し「二人の法律学者は、それによって現在本準州が支配されている民法、該法典の根柢を作成すべきこと」⁽¹⁰⁾を決議した。クレイボーンもこれには反対できず、一八〇八年三月三十一日、第二回議會の第一会期において通過した法律の第二章⁽¹¹⁾として、フランス語と英語で書かれた民法が制定された。⁽¹²⁾「オルレアン準州に現在施行中の民法ダイジェスト」(Digest of the Civil Law Now in force in the territory of Orleans)と名付けられ、⁽¹³⁾二一七七カ条から成り、第一編「人事」は十一章、第二編「物、および財産に対する種々の制限」は

四章、第三編「物の所有を取得する種々の方法」は十二章に分れている。⁽¹⁴⁾だが、これは中世スペイン法のダイジュストではなく、実のところ、革命による新しい思想が盛り込まれたフランス民法の予備草案——とくに共和暦八年の草案(Le projet de l'an VIII)を基礎とし、⁽¹⁵⁾スペイン法の規定も含めたようである。⁽¹⁶⁾当面の問題について、両者の規定を対照してみよう。

民法ダイジュストは第一編・四章を「夫婦」と題し、第一節から第六節に分け、三一条の規定を設ける。⁽¹⁷⁾その第五節「離婚の解消」によれば、第三十条・一項として「婚姻の絆は、①夫または妻の死亡、②本章第三節に記載された諸原因の一つを理由に婚姻の無効が宣告されたか、法律によってみとめられるとき、不在のために他の婚姻が締結されることにより、解消される」と定め、第二項で「別居は婚姻の絆を解消しない。それゆえ、別居した夫婦は自由に再婚することはできないが、彼等の夫婦としての同居および彼等の間に存在する共通の関心事に終止符が打たれる」とする。⁽¹⁸⁾これは別居のみとめ、離婚を許さない趣旨を明示するものである。

一方、フランスでは一七九二年九月二十日—二十五日の「離婚の原因、形式および効力を確定するデクレ」(Décret qui détermine les causes, le mode et les effets du Divorce)が第一節「離婚原因」の第一条で「婚姻は離婚によって解消する」とて、はじめて離婚をみとめた。離婚原因としては、第二条および第三条で夫婦の合意および性格の不一致、第四条では、①夫婦の一方の発狂・精神錯乱、②一方が体刑または不名誉刑の宣告を受けたこと、③一方の他方に対する犯罪・虐待または重大な侮辱、④周知の乱行、⑤少くとも二年間、夫が妻を、または妻が夫を遺棄、⑥少くとも五年間、夫婦の一方が音信不通で不在、⑦法律とりわけ一七九二年四月九日のデクレによ

って規定される亡命、を列挙し、さらに第五条ないし第七条に別居の廃止を明記する。それ以来、一八〇四年の民法が別居を再立するまで、共和暦八年の草案も含めて、別居が許されなかったわけで、オルレアン準州の事情と好個の対照をなしていよう。

ローマ・カトリック教国たるスペインは婚姻・離婚に関する事項を教会の手に委ねており、教会は別居を許すにすぎない。⁽²⁰⁾ 民法ダイジェストが前示第二節の第六条において、司祭 (ministres du culte, minister of the gospel) が婚姻の挙式を主宰する趣旨を定めるのも、永らく行われてきたスペイン法にのっとり、革命時代に婚姻を世俗化したフランスにならわなかった事情の一端を物語っている。かくて、別居しか許さず、すでに一八〇五年にオルレオン準州議會のみとめた立法離婚を無視する結果になったのではあるまいか。⁽²²⁾

つづく第五章に「別居」と題し、第一節から第四節に分け、十六カ条の規定を置いている。⁽²³⁾ その第一条で「当地方の古い法律によって存在した別居は、下記の原因で行われる」と定めるのは、まさに前段で指摘した趣旨を宣明するにほかならない。⁽²⁴⁾ 第二条ないし第四条に、夫についての妻の姦通、妻については夫が情婦を共同の家にひき入れたこと、夫婦について重大な暴行、虐待、侮辱を別居原因とみとめるのは、フランス共和暦八年の草案ではなく、一八〇四年のフランス民法中、離婚原因を定める旧第二二九条ないし第二三一条にならつていゝ。⁽²⁶⁾ さらに第五条に「別居はまた、①夫婦の一方から他方に対する公然たる中傷、②妻による夫の遺棄、または夫による妻の遺棄、③夫婦の一方から他方に対する殺害の企図、の場合にも相互に請求できる」とて、⁽²⁸⁾ フランスに比べて別居原因を拡大しているのが注目される。最後の第四節は「別居訴訟不受理事由」として、第十五条にフランス文では「別居請求

(demande) は、該訴訟 (action) を起せしめた事実の生じたのち (après)、もしくは訴訟が開始されたのち、夫婦の和諧があったとき、消滅させられる (est éteinte)、「⁽²⁹⁾第十六条に「前条の場合、原告はその訴訟を受理されない旨の宣言をうける。しかし、彼は和諧のうちに生じた事由によって新たな訴を提起し、その訴を支持するため、以前の事由を利用することができる」旨をのべている。両者は和諧を離婚訴訟不受理事由と定めるフランス共和暦八年の草案の第一編・六章の第三十九条と第四十条によっている。⁽³¹⁾ もっとも、前示第十五条では、フランスの草案で用いられる action に代えて demande を、depuis に代えて après を使っており、また sera éteinte という直接法未来形に代え、est éteinte と現在形を用いる一方、第十六条は元のままの表現であり、言葉使いのちがいがみられるため、フランスの規定どおりとはいえない。

ルイジアナが州になって最初の一八二二年の憲法第四章・十一節は、コモン・ローを一体として継受することを明白に禁止し、⁽³²⁾ 降って一八二五年にいたれば、フランス共和暦八年の草案を範とした一八〇八年の民法ダイジェスの場合と異り、このたびは、コモン・ローの採用に強く反対するエドワード・リビングストンが、一八〇四年のフランス民法を模写し、三五二条から成るルイジアナ州民法典 (Civil code of the state of Louisiana) を制定することになる。⁽³⁴⁾ フランスの法典のなかに古いルイジアナの法律が近代化され、整序されているとみたのが決定的な要因をなすと推測される。かくて、英語を話す人々によって主構成された立法部が、英語でフランス民法を採用しながら、彼等は同法典に関するフランスの註釈者のとった諸原理を採用する意思は多分もたなかったという。⁽³⁶⁾ これより前、一八二三年の民法修正案第一編・六章・三十条⁽³⁷⁾において、はじめて離婚をとり入れたが、同条の註

積はさきにみた一八〇八年民法ダイジェストの第三十条について「第三十条で列挙された婚姻解消の原因のなかに、離婚は、あたかもわれわれの間で知られていなかったかのよう、記載されていない」とのべていた。⁽³⁸⁾知られなかつたどころか、一八〇五年に準州議会がすでに立法離婚をみとめていた事実を指摘するのであろう。一八二五年の民法第一三三条にも規定が設けられた。⁽³⁹⁾同条には第一号から第三号までであるが、第三号を除けば、フランス民法第二二七条と変わらない。フランス民法第二二七条によれば「離婚は、①夫婦の一方の死亡、②適法に言渡された離婚、③夫婦の一方が公権剝奪の刑の言渡をうけ、判決確定したこと、によって解消する」。⁽⁴⁰⁾前示第一三三条はこの第三号を別の規定によっておき代えられているが、第一号および第二号はそのままとり入れている。つまり、第一三五条以下の別居に関する規定と並んで、離婚が正式に承認されたわけである。

別居に関する一八〇八年の民法ダイジェスト第五章の第一条、第二条ないし第四条、第五条、第八条、そして第十五条および第十六条がそれぞれ、一八二五年民法の第一三五条、第一三六条ないし第一三八条、第一三九条、第九五条、そして第一四九条および第一五〇条にうけつがれている。⁽⁴²⁾これに反し、離婚については、一八二五年民法の第一三三条以外に何の規定もなかったもので、一八二七年三月九日法により、前示第一三六条ないし第一三八条で別居が許されるほとんどの場合に、離婚の訴を提起できるとした。「夫婦の一方が不名誉刑の宣告をうけたこととは、他方にとって充分な離婚原因となる。夫婦の一方が他方を五年間遺棄し、しかも現在、別居の場合について規定されるように、訴提起に先立つ一年以内に、一方が共同の住居に復帰すべく求められたとき、夫または妻は同じ離婚判決を請求することができる」⁽⁴³⁾というのである。当時のフランスでは、一八一六年五月八日法が離婚を禁止

して以来、一八八四年七月二十七日法によって復活するまで、別居しか許されていなかったのと好個の対照をなしている。降って、南北戦争（一八六一—一八六五）後に英語のみで公布された一八七〇年民法によれば、第一三八条および第一三九条において、別居および離婚原因を規定したのち、第一五二条ないし第一五四条で、一八二五年民法の第一四九条および第一五〇条をうけつぎ、和諧を別居または離婚請求に対する不受理事由とするにいたっている。

- (一) この間の事情は *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—三三頁、三六頁—三七頁。
- (二) 寺田四郎「西班牙法の国外的発展」国家学会雑誌三五卷五号五〇頁。
- (三) 土井輝生「ルイシアナ民法史序説」早稲田大学比較法研究紀要一四号一四頁。
- (四) 土井輝生・前掲論文九頁。
- (五) *Dart, Influence of the Ancient Laws of Spain on the Jurisprudence of Louisiana, A. B. A. J. Vol. 18, p. 126.*
- (六) *Sherman, Roman Law in the modern world. Vol. I, p. 291.*
- (七) *Dart, op. cit., p. 126.*
- (八) *Openheimer, Louisiana's civil Law Heritage, Law Library J. Vol. 42, p. 251.*
- (九) *Broun, Legal Systems in conflict: Orleans Territory 1804-1812, American J. of Legal History. Vol. I, p. 49.*
- (一〇) *Brown, op. cit., p. 53.*
- (一一) *Dart, The place of the civil Law in Louisiana, Tulane L. R. Vol. IV, p. 168.*
- (一二) *Travaux, ci-dessus, p. 779.*

- (13) Stern, *The influence of foreign Law on American Law*, Law Library J. Vol. 33, pp. 200-201.
- (14) Brown, *op. cit.*, pp. 54-55.
- (15) Dart, *Influence of the Ancient Laws of Spain on the Jurisprudence of Louisiana*, A. B. A. J. Vol. 18, p. 126; Friedman, *Matrimonial Property Law*, p. 30.
- もつとも、それがカンセンレエスの第三章案によつたのか、共和暦八年の草案によつたのか、あるいは一八〇四年のフランス民法によつたのか、現在でも意見のまがいがみられる。Traux, *ci-dessus*, p. 779. 土井輝生・前掲論文二八頁—三一頁。
- (16) Dart, *The place of the civil Law in Louisiana*, *Tulane L. R. Vol. IV*, p. 169.
- (17) *Digest of civil Laws. Territory of Orleans*, pp. 24-29.
- (18) *Digest, op. cit.*, pp. 28-29.
- (19) *Collection complé des Lois, Décret, ordonnance, Réglemens, avis du conseil-D'État. Tome III*, pp. 476-482. 同法が広く離婚原因をみとめたことについては、野田良之「フランス法概論」上巻(六三七頁—六三九頁)。
- (20) *Florida statute. 1959. Vol. 5, p. 532.*
- (21) *Digest, op. cit.*, pp. 24-25.
- (22) Dart, *Adultery as a defense to a divorce action in Louisiana*, *Tulane L. R. Vol. 11*, p. 106. その後、一八四五年の憲法第一一七条は立法離婚を禁止するにわたつた。Dart, *op. cit.*, p. 106.
- (23) *Digest, op. cit.*, pp. 30-33.
- (24) *Digest, op. cit.*, pp. 30-31.
- (25) *Digest, op. cit.*, pp. 30-31.

- (26) Dalloz, Code Civil, pp. 122-123.
 - (27) Dart, op. cit., pp. 106-107.
 - (28) Digest, op. cit., pp. 30-31.
 - (29) Digest, op. cit., pp. 32-33.
 - (30) Digest, op. cit., pp. 32-33.
 - (31) Digest, op. cit., pp. 107-108.
 - (32) Friedman, op. cit., p. 30.
 - (33) 彼の経歴については、水田義雄「法の変動と理論」二五〇頁—二五二頁。
 - (34) Traux, ci-dessus, p. 336.
- (35) アメリカ州民法は世界で最初にナポレオン法典を模倣して作成された法典であって、サー・ヘンリー・メインは起草者たるホルフォード・リビングストンを「近代における最初の法律学の天才」と称讃し、また右の法典を「最も明白かつ詳細であり、最も哲学的であり、近代社会の要請に最も適合した……ローマ法の再版である」といふ。Sherman, op. cit., p. 202.
- (36) Dart, the place of the civil Law in Louisiana, Tulane L. R. Vol. IV, p. 173.
 - (37) Pope, How real is the difference today Between the Law of Louisiana and that of the other forty-seven states, George washington L. R. Vol. 17, p. 187.
 - (38) Dart, Adultery as a defense to a Divorce action in Louisiana, Tulane L. R. Vol. 11, p. 106.
 - (39) Dart, op. cit., p. 106.
 - (40) Dart, op. cit., p. 106: Anthoine (de saint-Joseph), Concordance entre Les codes civils étrangers et le code Napoléon. Tome II, p. 465. 本書からの邦訳として司法省蔵版「亜米利加東部州民法」がある。

- (40) Dalloz, code civil, p. 121.
- (41) Anthoine, ci-dessus, p. 465.
- (42) Anthoine, ci-dessus, p. 465.
- (43) Dart, op. cit., p. 106.
- (44) Merrick, The Revised civil code of the state of Louisiana, pp. 37-39.

2 フランスの学説・判例

オルレアン準州ないしレルイジアナ州の離婚法は、右にみたように、フランス共和暦八年の草案を範とした一八〇八年の民法ダイジェスト以来、和諧について規定を設けながら、本稿で問題とする互責について全く触れていない。そこで、判例はこれに関してどのような見解をとるかを調べなければならぬが、ここでも模範となっているフランスの学説および判例をまず検討しておく必要がある。

フランスではじめて離婚をみとめた一七九二年九月二十日—二十五日の「離婚の原因、形式および効力を確定するデクレ」は、第四条・④に周知の乱行 (*le déreglement de mœurs notoire*) を離婚原因の一つとしたが、⁽¹⁾和諧はもとより、互責についても触れるところはない。このデクレのもと、共和暦七年雪月 (*Nivose*) 七日の *Pison v. Deshonnais* 事件で、⁽²⁾破棄院 (*cour de cassation*) は互責の適用の可否を論じている。この事件において、夫が周知の乱行を理由に離婚の訴を提起したところ、妻は夫の不品行 (*inconduite*) を訴訟不受理事由と主張した。ノルマンディのカルバドス県民事裁判所は双方の主張事実を認定したうえ、夫の離婚請求を彼自身の不品行を理由に斥け

た。ここで不品行というのは、離婚原因のうちのいずれに該当するのか、したがって夫婦の非行が同種のものであったかどうか、判決の文面では明らかでないが、裁判所は互責の適用をみとめたわけである。夫の控訴に対し、マシユ県民事裁判所は原審と異り、妻の提出した不受理事由を少しも考慮せず、夫の主張事実を認定して離婚請求をみとめ、夫に非行のあったことは妻の周知の乱行の口実にはならないとして、互責を適用しなかった。そこで妻が上告したところ、破棄院はつぎのように判断している。すなわち、「一七九二年九月二十日のデクレの第一節・四条をみると、同条は婚姻が一個の契約であることをみとめ、夫婦双方に品行方正の義務を課し、周知の乱行を理由とする離婚請求権を与えた。それゆえ、周知の乱行を理由に離婚判決を請求する人自身の非行にもとづき、双方の事情を考慮して抗弁をみとめている。かくて、夫の離婚請求に対して妻の提出した不受理事由をみとめないと宣言することにより、マシユ県民事裁判所の判事たちは、一七九二年九月二十日のデクレの第一節・四条に違反する結果となる」。つまり、一七九二年のデクレに明示の規定はないが、暗黙のうちに互責を裁量的な不受理事由としたのは明らかだというわけである。デュラントンも「一七九二年のデクレは、有責配偶者がふしだらにも、他方の非行を理由に離婚の訴を提起する権能を禁止した。そこに相殺が存在した⁽³⁾」とのべている。

その後、共和暦八年の草案は右のような破棄院の判決の趣旨を文明化することなく、和諧について第一編・第六章の第三十九条と第四十条に規定を設けるにすぎなかった。草案が破棄院および全国の二十八の控訴院へ意見を求めるため送付された際、ガスコーニュのアジャン控訴院が互責に関する規定の採用について、意見書のなかでつぎのような見解を表明したのが注目される。それによれば「証拠によって支持されるとき、訴訟から結果する当然の例外

を抗弁としてみとめるべきである。しかし、この抗弁は少くとも、姦通を基礎とする離婚訴訟において、原告配偶者の姦通に由来すべきである。このことは学説彙纂二四・三・三九において、はっきり認定されている。賢明なパピニアヌスのこの立派な法律に注目しなければならない。該法律の理由が基礎をなすと同じ動機から、われわれはこの規定を採用すべきだと考える。ローマ人の間におけると同じく、婚姻はわれわれにとって一個の契約であり、夫婦双方に相互的な誠実さと厳格な道義および同等に非難の余地のない行為を義務づける。要するに、かかる契約の本質から、等しく契約に違反した配偶者の苦情は拒否される結果となる」⁽⁴⁾

ここで引用されている学説彙纂二四・三・三九は本稿第一章・一節ですでにとり上げたように、夫婦双方の同等の非行は互いに相殺されて帳消しになる趣旨の規定であった。大革命にいたるまで、ガスコーニュはいわゆる成文法地域 (Les pays de droit écrit) に属し、ローマ法が普通法たる効力をもっていた事情を考え合わせれば、アジヤン控訴院が夫婦双方の姦通について互責を適用すべく提唱するのも首肯されよう⁽⁵⁾。だが、かかる提唱も、一八八対三一の多数で可決された離婚法案に反映されることなく、同法は共和暦十一年芽月 (germinal) 三十日に公布されている。

降つて、一八一六年五月八日法 (Lois sur l'abolition du divorce) は離婚を禁止⁽⁶⁾し、一八八四年七月二十七日日法 (Lois qui rétablit le divorce) によって離婚が復活する⁽⁷⁾まで、別居しか許されなかった。その間、互責⁽⁸⁾非行の相互性 (Réciprocité de torts) を訴訟不受理事由とするかどうかは、別居についてのみ問題となってくる。一八五〇年頃、これに関して規定した法律がみられた⁽⁸⁾というが、内容は全く不明であるし、協議離婚を除いて離婚を復活さ

せた一八八四年法も、非行の相互性について何も付け加えなかった。⁽⁹⁾ ビショップによれば、フランスにおいて夫の単なる姦通が離婚原因にならないため、互責が法律上に規定されなかったと説明している。⁽¹⁰⁾ たしかに、一八一六年にいたるまで、フランス民法旧第二二九条において、夫について妻の姦通を離婚原因と定め、⁽¹¹⁾ 第三〇八条では「妻の姦通を理由に別居判決が言渡される場合、彼女は検察官の申立にもとづき、該判決により、三月以上二年以内の期間、懲治場 (maison de correction) に監置される」⁽¹²⁾ としながら、第二三〇条により「妻は夫が共同の家にその情婦をひき入れたとき」にかぎり、夫の姦通を離婚原因にできると規定するにすぎない。離婚原因たる姦通について夫と妻に重要な差を設ける右の諸規定からみると、被告たる妻が夫の単なる姦通を主張しても、請求を阻止する抗弁とはならないから、一般的な規定として、夫婦双方の姦通に対等の立場で互責をみとめることはできないわけである。ビショップの説明もここで一応理解できよう。

では、別居しか許されない一八一六年以降はどうであろうか。民法の規定とは別に、刑法第三三六条によれば、「妻の姦通は、夫でなければ告訴できない。夫が第三三九条に定められた例（夫が共同の家に情婦をひき入れ、妻の告訴によってその事実が明らかになるとき）に該当する場合、右の権能は消滅する」と規定する。⁽¹⁴⁾ デュテントンは主に右の刑法二カ条を理由に、自己自身の非行によって自己の口は封じられなければならないとし、非行の相互性はつねに別居請求を阻止するとの結論を出している。⁽¹⁵⁾ だが、かかる結論には疑問がある。というのも、右の規定は、自らに非行のある夫が妻の姦通を告訴できないとする趣旨であって、別居請求に關してのべたものではない。姦通の告訴の場合、夫が婚姻関係を継続しながら妻の姦通に刑罰を課されるよう求めるのに反し、別居請求は夫が

妻の姦通を理由に別居判決を求める。その性質は全くちがったものとみななければならない。そうだとすれば、右の規定が夫の立場からみたものにすぎないことは一応別として、姦通の告訴について生じる非行の相互性の効果を、そのまま別居訴訟の場合に当てはめるには、無理が存するのではなからうか。⁽¹⁶⁾

ローランはかかる事情をも判断に入れながら、つぎのようにのべている。すなわち、「原告の非行は、裁判所が別居請求をみとめるだけの重要性をもたないまでに被告のそれを弱めるという意味において、別居に関し相殺 (Compensation) が存するとされる。だが、これが真の相殺に関するものであり得ないことは明らかである。一つの犯罪が、他の犯罪のゆえに罰せられない。もし泥棒が反対に盗まれたとすれば、窃盗は少しも存しないのであろうか。二つの窃盗は相殺されるのか。配偶者双方の非行が互いに相殺され、なんらの行為も生じなかったというのは、余りにも非常識であり、道徳に反する。論理的には、これと反対に、双方に非行があったのだから、二つの行為が生じたとしなければならない。別居原因が全くないどころか、二つ存在する」。⁽¹⁷⁾ ドモロンブもローランと説を同じくし、「夫婦は互いにけしかけられ、双方の非行は彼等の間に二重の障壁を築いた。この過程において、最後に、別居原因は一つでなくて二つ生じるが、あなたはここから、別居判決を言渡すべきでないと思われるのか。私はこれと反対に、別居判決を二重に言渡すべきであると信ずる」⁽¹⁸⁾とのべている。いずれも、非行の相互性が別居請求を阻止することはないとみるわけである。

一八一六年以降は離婚原因が夫婦について不平等であったため、非行の相互性を法律上に規定しなかったのが事実としても、離婚原因を完全に夫婦平等に改めた一八八四年法以降は、それを規定するについて障壁は存しなかつ

たのではなからうか。とはいえ、他方において、ユックものべるように、「夫婦が互いに敵意を抱き、それが二人の生活に危険を及ぼす程度に重大なものである場合、つねに非行の相互性および相殺との口実のもとに請求を斥け、彼等の生活ないし健康を危くさせる」⁽¹⁹⁾必要もみとめられまい。要するに、一八八四年法がなんらの規定も設けなかったのは、非行の相互性を請求不受理事由としかどうかを具体的な場合に依りて裁判所の自由な判断に委ねる趣旨と思われる。その後の多数の学説は、さきのユックも含めて、非行の相互性を請求不受理事由とみない見解を示している。⁽²⁰⁾

では、判例の方はいかなる見解を示したであろうか。別居しか許されていない時代の *Dame et Sieur* (一八二〇) 事件をあげてみよう。⁽²¹⁾この事件において、妻は夫が情婦を共同の家にひき入れたとの理由で別居判決を請求したが、夫は妻自身にも姦通があると主張し、請求棄却を求めた。これに対し、第一審のオルレアン裁判所は妻の請求をみると、夫の抗弁については、非行の相互性を不受理事由とする法律上の規定のないことに触れながら、それを斥けたので、夫が控訴した。オルレアン王立裁判所 (*Cour Royal*) も原審と同じく夫の控訴をみると、事件は破棄院へもち込まれた。破棄院もまた、「妻の姦通という非難を請求不受理事由にするのを拒否した原判決は、いかなる法条にも違反してはいない」とのべ、上告を斥けている。本件では、夫が妻の姦通の事実を十分に立証できなかったのが実情のようである。裁判所は非行の相互性がいかなる場合にも請求不受理事由にならないと断言しているわけではない。もし夫が妻の姦通を十分に立証できたならば、その抗弁をみとめたかどうか、別個の判断に委ねられることにならう。デュラントンが本件は先例にならないと評するの⁽²²⁾も、判決の基礎となった事実関係からみて、妻の

姦通が充分に立証された場合に關する先例とみることはできないと判断したからであると思われる。

その後、離婚が再びみとめられた時代、*Crouan c. Crouan* (一八九四) 事件⁽²³⁾において、夫の非行を理由とする別居請求を棄却する原判決に対し、妻が控訴したとき、破棄院はつぎのようにのべて原判決を容認している。すなわち、「判事は裁量権にもとづいて、別居請求の原因とされる事實に重要性 (*Gravité*) を付することを拒否し、また原告の側の名状し難い、凶太く、よこしまな行為を理由にその請求を棄却できる」。ここでは、夫の非行は別居原因と認定されないから、そのみでも妻の請求はみとめられないが、まして彼女自身の非行が別居原因を構成するに充分な場合、原審の判断は当を得ているというわけであろう。夫婦双方に別居原因たる非行が認定される意味での非行の相互性は正面から問題になってはいないが、傍論として触れられたことに注目しておこう。

さらに数年後、*Desleau c. Desleau* (一八九七) 事件⁽²⁴⁾がみられる。この事件において、裁判所は、「夫婦の一方の別居請求に対し他方の主張した非行の相互性という事實は、判事の裁量に服するにしても、別居請求そのものを不受理ならしめる相殺の抗弁と解するのは、法律上正当な判断ではない」とのべている。夫婦双方の非行が認定されても、そのみで直ちに原告の請求が斥けられるのではなく、つねに判事の裁量にもとづいて認否が決定される旨を明らかにしたものと見える。さきにもたよように、学説は非行の相互性を不受理事由とするものと、しないものと二つにはっきり分れているが、判例はそのいずれとも趣を異にし、つねに判事の裁量に属する事項とみるわけである。

(1) *Duvergier, Collection complète des Lois, Décrets, ordonnances, Réglemens, avis du Conseil-D'État, Tome III,*

p. 477.

- (2) Sirey, Recueil général des Lois et des Arrêts, avec notes et commentaire. Tome IV. Part I, pp. 150-151.
- (3) Duranton, Cours de droit Français-suyvant le code civil. Tome II, n° 574.
- (4) Dart, Adultery as a Defense to a Divorce Action in Louisiana, Tulane L. R. Vol. 11, p. 103.
- (5) トミンヤン控訴院は相続法案をめぐって、ローマ法(新勅法一一五)の再編を目的として相続廢除(exherédation)の制度を設けるべき意見のをめぐらる。種本洋之助「近代相続法の研究」三二七頁。
- (6) Loaré, La legislation civile, commerciale et criminelle de la France. Tome V, p. 6.
- (7) Duvergier, ci-dessus. Tome 20, p. 379.
- (8) Duvergier, ci-dessus. Tome 84, p. 231.
- (9) Freed, Defenses against Divorce in French and American Law, Texas L. R. Vol. 38, p. 309.
- (10) Freed, op. cit., p. 309.
- (11) Freed, op. cit., p. 309.
- (12) Dalloz, Code civil, p. 122.
- (13) Dalloz, ci-dessus, p. 154.
- (14) Dalloz, ci-dessus, pp. 122-123.
- (15) Colin et capitant-Morandière, Traité de Droit civil. Tome I, n° 774.
- (16) Duranton, ci-dessus, n° 574.
- (17) Dart, op. cit., p. 101.
- (18) Laurant, Principes de Droit civil Français. Tome 3, pp. 252-253.

- (21) Demolombe, *Traité du Mariage et de la separation de corps*, Tome second, n° 415.
 Zachariae, *Le Droit civil Français*, Tome I, p. 253 に於ては、かかる場合、別居請求を棄却するべきか否かについて裁判所の裁量権を認めつつある。
- (22) Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, Tome II, n° 373.
- (23) Dart, *op. cit.*, p. 102.
 現在も非行の相互性を請求不受理事由とするところは争いが存し、大多数の学者はこれを否定的に解しているという。
 Colin et Capitant, *ci-dessus*, n° 774.
- (24) Sirey, *Recueil général des Lois et des Arrêts*, avec notes et commentaires. 3° Vol. An 1809-1811, p. 431.
- (25) Duranton, *ci-dessus*, n° 574.
- (26) Dalloz, *Requiel périodique et critique de Jurisprudence, législation et de doctrine en matière civil, commerciale, criminelle, administrative et de droit public (mensuel)*, 1^{re} partie: Cour decassation. 1895, p. 85.
 Dalloz, *ci-dessus*. 1898, p. 77.

3 当州の判例

ここで当面のルイジアナ州に眼を転じると、離婚法に互責に関する規定がないと同じく、判例もこれをみとめないであろうか。決してそうではない。この点では、民法に規定がなくとも、判例によって非行の相互性を請求棄却事由とするフランスの場合と似た事情を示している。互責についてフランスの学説・判例がどの程度、またいつ頃まで、ルイジアナ州に影響を及ぼしたか、軽々しく速断することはできない。だが、一般に独立戦争後も、大陸

法に対する高度の評価は一八七四年頃まで容易にすたれなかつたけれども、それは単になんらか伝統的な尊敬にすぎず、実際の理解にもとづくものではなかつたといわれる。⁽¹⁾現に一八三〇年以前の *Throwbridge v. Carlin* (年度不明) 事件⁽²⁾において、「……これはルイジアナ法の問題である。われわれの法典・判例および手続は、重要な部分がフランスのそれに由来しているけれども、多くの点でちがいをみせている」旨を指摘する。フランスで多数の学説⁽³⁾ ヌック、ドモロンブ、ローラン等⁽⁴⁾の立場に反し、非行の相互性はつねに離婚請求を阻止するとのデュラントンの説⁽⁵⁾により、互責を請求棄却事由とみとめているのも興味深い。

その後、ルイジアナ州の判例が互責を請求棄却事由とする場合、他州と同じく、これまでいくどものべた衡平法ないしコモン・ローの原則を柱としているように思われる。しかし、当初は、夫婦双方の非行が同種類かつ同程度のときにのみ適用し、種類が異れば適用の範囲外においた。さきにもたカリフォルニア、コロラド、カンサス、マサチューセッツ、インディアナ、ハワイ諸州が互責の抗弁にできる原告配偶者の非行の種類に制限を設けていないのと対照的であるが、最後には一転して同じ見解をとるにいたった点に注目しなければならない。なお、一八七〇年のルイジアナ州民法第一三九条によれば、不名誉刑あるいは姦通を理由とする場合は直ちに離婚判決を請求できるが、それ以外の非行のとき、まず別居を求め、爾後、一年内に和諧が不成立に終つてはじめて、離婚判決が言渡されることになる。⁽⁷⁾以下に参照する諸事件がすべて別居を問題にする理由はここに存する。

まず *Amy v. Beard* (一八九七)⁽⁸⁾ 事件⁽⁸⁾をあげてみよう。この事件において、妻が極端な虐待および扶養義務不履行を理由に別居判決を求めたのに対し、夫は虐待および身体傷害を主張して別居反訴を提起した。原審は夫婦双方

の非行を認定したが、夫の側に証拠の優越性 (Preponderance of evidence) をみとめて別居判決を与えたので、妻が控訴した。裁判所はつぎのようにのべて原判決を破棄し、妻の控訴も棄却している。すなわち「原審は夫婦双方の請求を斥けるべきで、これが当州における確立された判例である。……われわれは、別居判決に関する法律が被害配偶者の救済を規定しており、夫婦双方が互いに極端な虐待を行う場合に介入するものではない旨を表明した初期の判決を是認する」。これによってもわかるとおり、原審が抛りどころとしたと思われる有責性比較の原則は採用されておらず、はっきり互責をうたっている。同時代のフランスの判例はいずれも、非行の相互性を理由に別居請求を棄却するかどうかを判事の裁量に属する事項としたが、ルイジアナ州では、互責がいわば絶対的な請求棄却事由とみとめられる。同州がフランス民法をうけつぎながら、判例の面ではフランスのそれとちがった見解を展開していった事情をここに看取できる。

右につぎ、Gromley v. Gromley (一九二六)⁽⁹⁾ 事件があげられる。この事件において、妻が常習性暴飲および極端な虐待を理由に別居判決を請求するのに対し、夫も同じ虐待を主張して反訴を提起した。原審が双方の請求を棄却したので、夫が控訴した。裁判所は、「夫および妻の非行がほとんど釣合っており、しかも同種類である場合は、いずれも裁判所に救済を求めることはできない」とし、原判決を容認している。夫婦の非行が同種かつ同程度と認定して互責を適用したわけであろう。もし両者の程度がちがっていたとすれば、いずれも別居を望んでいるから、裁判所は有責性比較の原則により、非行の程度の少い方に別居判決を与えることになるのかどうか、判決の文面からは必ずしも明らかでない。この点は *Temperance v. Temperance* (一九三九)⁽¹⁰⁾ 事件がわづかに触れている。この

事件において、妻が口頭および文書による名誉毀損と極端な虐待を理由に別居判決を求めたので、夫はかかる事態を否認したが、原審が妻の請求をみとめたため、夫が控訴した。裁判所は、「証拠の示すところによれば、夫は短気でしばしば妻を虐待したが、それにもかかわらず、妻は夫に対して思いやりがなく、夫婦間の不和について同等の責を負うべきことが明らかにされる。たしかに、夫は非難される度合いが比較的に少いとはいえない」とし、原判決を破棄し、夫の請求をみとめている。夫婦が互いに虐待を加え合った事実が明らかになり、しかもその程度が同じと認定された結果、この事件でも互責が適用された。もっとも、判決の趣旨からみれば、夫は非行の程度が妻のそれと比較して少いから、有責性比較の原則により妻の請求を容れるべきでないと主張し、原判決の破棄を求めたのであろう。もし夫のかかる主張が事実合致すれば、裁判所は妻の請求を容れる原判決を破棄したのではないか。だが、現実には双方の非行の程度が同じであったので、有責性比較の原則は適用されるにいたっていない。原判決が破棄されたことに変わりはないが、夫の主張が容れられたからではない。

ルイジアナ州の判例がつねに互責を適用しながら、有責性比較の原則による可能性を次第に匂わせてきた事情は、右の諸事件で略々明らかになったが、これをさらにはっきりさせたのは、最近の *Fals v. Swan* (一九五二) 事件⁽¹⁾ である。この事件において、妻が極端な虐待を理由に別居判決を求めたのに対し、夫は遺棄を主張して別居反訴を提起した。原審は妻に別居判決を与えたが、訴訟中の扶養料の請求を容れられないので控訴し、夫も同じく控訴した。そこで裁判所は、「それぞれの場合に非行の程度を考慮し、その程度が同じ事実を認定したときにかぎり、請求を棄却するというのがルイジアナ州の法則である。有責性比較の原則が暗黙のうちに承認されている」とのべ、双

方の別居請求をみとめていない。これまで夫婦双方の非行が同種かつ同程度の場合にのみ互責を適用していたが、ここで非行の種類のこととを要求しなくなったとすれば、それだけ、互責の適用範囲は広がる結果となろう。だが、いぜんとして非行の程度の場合にかぎる点では、すでにみたくつかの州に比べ、独特の見解を維持している。なお、ルイジアナ州において、当初から有責性比較の原則の承認されていた事情がここにはじめて明らかにになったけれども、該原則を正面から適用した事例はこれまで存しなかったし、その後も見当らない。とはいえ、現実に夫婦双方に非行があり、しかもその程度を異にするとき、双方が別居ないし離婚判決を求めれば、非行の程度の少い側の請求を容れ、被告配偶者が有責性比較の原則を抗弁とするにすぎなければ、原告側の非行の程度が少いと判断される場合にのみ、その請求を認容することになると思われる。

- (1) Pound, *Formative era of American Law*, p. 148.
- (2) Dart, *Adultery as a defense to Divorce Action in Louisiana*, *Tulane L. R.* Vol. 11. p. 103.
- (3) Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, Tome II, n° 373.
- (4) Demolombe, *Traité du Mariage et de la separation de corps*. Tome second, n° 415.
- (5) Laurant, *Principes de Droit civil Français*. Tome 3, pp. 252-253.
- (6) Duranton, *Cours de droit Français-suyvant le code civil* Tome II, n° 574.
- (7) Merrick, *The Revised civil code of the state of Louisiana*. 1900, p. 35,
- (8) *So. (Southern Reporter)* Vol. 22, p. 48.
- (9) *So. Vol.* 108, p. 307.

(10) So. Vol. 180, p. 73.

(11) So. 2d. Vol. 59, p. 409.

(12) Gilbert v. Hutchinson (一九六〇) 事件において、妻が虐待を理由に別居判決を求めたので、夫も姦通を理由に同じく別居反訴を提起した。原審は双方の請求を斥けたので、妻が控訴した。裁判所は、「有責性比較の原則のもとで、夫婦双方に同種の非行があり、その程度が釣り合っておれば、別居ないし離婚請求は棄却されるけれども、原審は充分な証拠によって「いな」とし、原判決を破棄。差戻してゐる。So. 2d. Vol. 135, p. 283.

四 アーカンソー州

互責についてみれば、当初、一八三八年法第五章・二条において、「第一条で規定された八個の離婚原因」すべての場合に、被害配偶者 (The injured party) は離婚判決を請求することができる。⁽¹⁾と規定した。構文上、被害者の前に「The」を置いたのは、それに対する「An uninjured party」を予定しており、もし双方が互いに他方に非行を加えたならば、「The」は「Two」となり、⁽²⁾いずれも離婚請求ができないと解するのが論理的であるとされていた。ついで第八条では「……夫婦双方が訴状のなかで非難されている姦通その他の非行について責を負うべきことが裁判所に明らかになるならば、離婚判決は言渡されない」と定める。⁽⁴⁾つまり、双方の同種の非行についてのみ、互責の適用をみとめるわけである。さらに降って、一八六九年民法第四五六条において、「扶養料または離婚請求の訴訟は、衡平法上の手続によって行われる」とのべるのは、クリーン・ハンズの原則ひいてはその一分派である互責の原則を是認したものと考えられる。

右のような規定のもとで、一九〇〇年頃より有責性比較の原則を指向する傾きをみせはじめたことが注目される。最初のは *Crew v. Crew* (一九〇〇) 事件⁽⁶⁾である。この事件において、夫が耐え難い侮辱を理由に離婚の訴を提起し、妻も同じ理由で離婚反訴を起した。原審は、「夫婦双方が程度の高い非行 (to a degree in fault) をなしており、いずれも離婚判決を得る資格はないが、別居判決が与えられるべきである」とみとめ、妻に別居判決を言渡したので、夫が控訴した。裁判所はこれに対し、「夫は、原審の事実認定は夫婦双方に等しく非行 (equally at fault) があり、いずれも離婚判決を得られないとするに等しい、と争っている。しかし、われわれは、原審が用いた言葉はかかる意味ではなく、かえって夫婦双方は無責でない一方、非行の程度に差があったことを示すものと考ええる」とのべ、離婚原因と別居原因が全く同じ法律の規定のもとで、原審の裁量に誤りはなしとし、原判決は容認している。

夫婦が互いに離婚原因たる耐え難い侮辱を加えたことが明らかな場合、互責の規定を忠実に適用すれば、いずれの離婚請求も容れられないはずである。原審の判断は一応これに沿っているが、妻に別居判決を与えた事実からみれば、非行の程度に差のあることを前提としている。妻の非行の程度は夫より少く、しかも離婚原因をなすに充分でない⁽⁷⁾と判断し、彼女に別居判決を言渡すに留まったのではなからうか。これを「比較的⁽⁷⁾に有責性比較」(Comparatively comparative Rectitude) の原則と名付けるのは、夫婦双方の離婚原因たる非行の程度を比較する本来の有責性比較の原則そのものではないが、同じ考えにもとづいて適用範囲を広げたことを指摘する意味と思われる。夫のいうように、原審が互責の原則によつたのであれば、双方に等しく非行があるとみとめるとき、離婚請求を斥けるのもとより、妻に別居判決を与えるはずもない。原審は、右のよび方を借れば、比較的⁽⁷⁾に有責性比較の原則を

暗黙のうちに予定しており、本裁判所はこれを表にあらわしたにすぎないと考えられる。

降つて、Longinotti v. Longinotti (一九二五) 事件が⁽⁸⁾ミシガン州より約十年おくれ、有責性比較の原則をはつきり採用するにいたっている。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したので、妻は虐待を主張して反訴を起した。裁判所は夫婦双方の非行を認定したうえ「妻の方が夫よりも非行の程度が大きく、しかも妻がさきに非行をしていた」とのべ、夫の請求をみとめていない。同州の一九二一年法第三四章・一二〇九条もさきにみた一八三八年法第五章・八条の規定と全く同じであり、夫婦双方の同種の非行にかぎって互責を適用すべく予定している。当面の場合、夫婦の非行の種類がちがうため、この規定の適用をみないことはいうまでもない。そして、裁判所は判決のなかで有責性比較の原則とはつきりいっていないが、この原則によつたことは明らかであろう。妻の方がさきに非行をしたこと、つまり妻は夫から虐待をうける以前すでに姦通していた事実をも認定する。妻の姦通を知つて夫が虐待を加えたのが真相と思われる。なお、当面の場合、裁判所は妻の姦通を夫の虐待より程度が大さきと判断しているが、一般に有責性比較の原則による時、夫婦双方の非行の程度を比較するのは、裁判所にとつて一つの難事ではなからうか。夫婦が互いに虐待を加え合つた場合に、双方の非行が類似のものであれば、同一の尺度によつて、程度の差も容易に判断できよう。しかし、非行の種類を異にする時、両者の比較には必然にある程度の困難を伴ってくる。姦通に対する虐待、虐待に対する遺棄のような場合、何を基準にして非行の程度を差別するのか。姦通を他の非行と区別して重視する古代からの伝統的な考え方もあろうが、これを別とすれば、右の役を果すべき明確な尺度があるわけではない。結居、姦通したのは夫か妻か、虐待は精神的か肉体的か、遺棄はい

かなる状態で何年間継続したか、等々、具体的な事例におけるすべての情況から判断せざるを得ないであろう。互責による時、裁判所は夫婦双方の非行を認定すれば、そのみで離婚請求を棄却できる。これに対し、有責性比較の原則は右のような慎重な判断による比較考量を要求する。結果的には妥当なものをもたらすこの原則も、ここに一つの困難な問題を含んでいることを念のため指摘しておかなければならない。

- (1) Davis, *Mutual misconduct in Arkansas Divorce*, Arkansas L. R. Vol. 3, p. 135.
- (2) Davis, *op. cit.*, p. 135.
- (3) Davis, *op. cit.*, p. 134.
- (4) Davis, *op. cit.*, p. 135.
- (5) Davis, *op. cit.*, p. 134.
- (6) S. W. (southwestern Reporter) Vol. 56, p. 778.
- (7) Davis, *op. cit.*, p. 140.
- (8) A. L. R. Vol. 159, p. 736.
- (9) Arkansas statute. 1947. p. 822.

五 アイオワ州

アーカンソー州からさらに北にのぼれば、アイオワ州が一八五〇年代に互責の厳格な適用を排除した事情を看取できる。同州の一八五一年法第一四八二条の八には、「夫婦が平和裡に互いに幸福に生活できず、彼等の福祉のために離別が必要な事情が充分に明らかにされる場合、たとえ双方に非行があっても、裁判所はその裁量にもとづいて

離婚判決を言渡すことができる」⁽¹⁾と規定していた。一八五一年といえ、オハイオ州の *Mattox v. Mattox* (一八二六) 事件がはじめてクリン・ハンズの原則を互責の裏付けにしてより約二十六年後であり、あたかもカリフォルニア州が最初の離婚法を制定した年に当たっている。他州がまだ互責の原則を法律にうけ入れるにもいたっておらず、たとえ規定はあっても、判例による展開にみるべきものがない時期に、アイオワ州において、破綻主義的な見地から互責の厳格さが修正されたことは、われわれの注意をひくに充分であるが、いかなる理由によったのか、その事情を知ることができず、また右の規定自体、四年後の一八五五年に早くも廃止されている。⁽²⁾ 廃止の理由も明らかでない。

ところで、そのすぐあとの *Inskcep v. Inskcep* (一八五七) 事件は珍らしくも、すでに廃止されたはずの前示の規定によって判断を下している。この事件において、妻が虐待および姦通を理由に離婚の訴を提起したが、夫はその事実を否認し、かえって妻の虐待を抗弁とした。原審は双方の虐待を認定し、彼等夫婦は平和裡に幸福な生活を営むことはや不可能であるとの理由で、妻に離婚判決を与えた。夫の控訴に対し、裁判所も原審の判断を支持している。さきにもた一八五一年法の規定が正当な理由のないままに廃止されたので、いぜんとして規定の趣旨を是とする裁判所は、積極的に判決の基礎としたのが真相かも知れない。また、一方で、本件はアイオワ州がいちど有責性比較の原則によったことを示すとの説明がみられる。⁽⁴⁾ これが事実とすれば、裁判所は夫婦双方の虐待を認定したうえ、妻のその方が程度が少いと判断し、共同生活継続の不可能なことも考え合わせ、妻の請求をみとめたのであろうか。これはむしろ、のちに第四章にのべるところの、ユタ州ないしカリフォルニア州が最近になって採

用した有責性比較の原則プラス破綻主義的見解ともいうべきものに当る。アイオワ州において、すでに一八五〇年代にこの見解が表明されていたことを銘記しておく必要がある。

なお、シルバーによれば、アイオワ州は *Smith v. Smith* (一八八〇) 事件を通じて有責性比較の原則を採用した⁽⁶⁾ というが、この事件においては夫が約十五年も行方不明であり、その死亡を信じた妻の再婚(重婚)が、彼女を原告とする離婚請求に対して棄却事由になるかどうかが争われ、最終的には妻の無責を理由にその請求が容られている。有責性比較の原則ではなく、互責の適用の有無が問題の焦点であるし、一步ゆづつて、この事件が有責性比較の原則によったとしても、アイオワ州では、さきに見たように、以前から同原則は採用されているから、シルバーの説は当たらないと思われる。

Inskeep v. Inskeep (一八五七) 事件の⁽⁸⁾ *Dupont v. Dupont* (一八五九) 事件、*Pierce v. Pierce* (一八七
一) 事件および *Wilson v. Wilson* (一八七五) 事件等々が互責の原則によった⁽⁷⁾ ことをうけ、*Marsh v. Marsh* (一
八八四) 事件は再び有責性比較の原則に戻っている。この事件において、妻は虐待・遺棄および姦通を理由に離婚
判決を求めたが、夫は反訴によって虐待および遺棄を立証した。妻の主張する姦通と遺棄は証拠による裏付けを得
なかったが、裁判所は彼女の請求をみとめている。すなわち、「妻が全く無責なわけでないことが証拠立てられた。
われわれのみるところでは、かえって彼女の品行は下劣であり、夫と好一对をなす。だが、離婚請求を棄却しても
良い結果は得られず、将来に向いぜんとして夫婦の身分を維持するよう強いるのは、害をもたらす以外の何物で
もない」という。これによってもわかるとおり、裁判所は妻の虐待および遺棄と夫の虐待の事実を認定したうえ、

双方の程度を比較考量し、妻の方が程度が少いとみとめ、共同生活の継続を強制できないとし、妻の請求を容れてやる。ゆかりの *Inskoop v. Inskoop* (一八五七) 事件と同じく、有責性比較の原則に破綻主義 (Marriage Breakdown theory) 的な見解を採らしたもののところについては、その後の *Prather v. Prather* (一八九六) 事件⁽⁹⁾ および *Caldwell v. Caldwell* (一九〇九) 事件⁽¹⁰⁾ もこの見解をうけついでいるから、その当時までアイオワ州が互責の原則に示した見解の略々一貫してゐる事情を理解するに充分であらう。

- (1) (Note and legislation), Recrimination as a defense in Divorce actions, Iowa L. R. Vol. 28, p. 343.
 - (2) (Note and legislation), op. cit., p. 347.
 - (3) (Note and legislation), op. cit., p. 347.
 - (4) (Note and legislation), op. cit., p. 347.
 - (5) N. W. (Northwestern Reporter) Vol. 21, p. 137.
 - (6) 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. 370; R. silver, Divorce-Doctrine of comparative Recitude as qualification of the Defense of Recrimination, Boston U. L. R. Vol. 33, p. 242.
- (Case notes), Divorce- Causes for denying Divorce — Recrimination, Southern California L. R. Vol. 27, p. 221.
- 是等問題については、
- (7) (Note and legislation), op. cit., p. 347.
 - (8) N. W. Vol. 21, p. 130.
 - (9) N. W. Vol. 68, p. 806.

六 ネバダ州

ミシガン、ネブラスカ、ルイジアナ、アーカンソーおよびアイオワ諸州の裁判所は、法律が互責を請求棄却事由としないため、あるいはその規定があるにかかわらず、有責性比較の原則を明示または承認し、ときには破綻主義的な見解さえプラスするにいたっている。互責をつねに厳格に適用することから生じる不都合さを可能なかぎりとり除くべく、⁽¹⁾ 妥当な解決を求めてかかる態度をとったことを看取できる。もっとも、ミシガン州はその後再び互責によっているが、アーカンソー州では最近の *Hensley v. Hensley* (一九四九) 事件⁽¹⁾ において、夫婦双方に非行があるが、⁽²⁾ 夫の方が非行の程度が大きい⁽²⁾ と認定し、妻に離婚判決を与えた事実からも、有責性比較の原則が引きつづき適用されていると考えられる。

ところで、右の五州と異り、法律のうえに有責性比較の原則を規定する州があらわれた。ネバタ州がそれである。この地は一八四九年のグワダルプ・イダルゴ条約で、アメリカがカリフォルニア等と同時にメキシコから割譲をうけた。⁽³⁾ 南北戦争勅発(一八六一年四月)の直後、一八六一年法により、カリフォルニア州の一八五〇年九月九日法⁽³⁾ にならって準州の裁判所および政治機構を創設し、さらにイギリスのコモン・ローを修正し、メキシコに由来する夫婦共通財産制 (Community Property System) をとり入れた婚姻・離婚法を制定している。⁽³⁾ 互責について何の規定もないが、当初から判例によって適用されていたようであって、*Blankenship v. Blankenship* (一九二九) 事件⁽⁴⁾

によってはっきりわかる。この事件において、夫が極端な虐待を理由に離婚の訴を提起したとき、妻は同じ非行を互責の抗弁として請求棄却を求め、カリフォルニア州最高裁判所の二つの判決を参考に引用した。一つは、夫の側のみ極端な虐待および姦通のあった事実をみると、妻の離婚請求を容認しており（一九二五年七月二十二日）、他の一つは夫婦双方が互いに極端な虐待をした場合、いづれにも救済を与えていない（一九二五年三月九日）。妻のかかる主張に対し、原審は夫の非行の方が程度が少いとの理由でその請求をみとめたので、妻が控訴した。そこで裁判所は「夫婦双方が離婚原因たる非行をしたとき、いづれも救済をうける資格はない。アメリカの判例はこの法則をはっきり確立している。だが、いくつかの裁判所は有責性比較の原則にもとづいて、非行の程度の少い方に救済を与えた。われわれはこれに賛意を表することはできない。夫婦双方に非行のあるとき、程度の少い方に離婚判決を与えるというのは、離婚法の原則ではない」とのべ、互責を適用しなかった原判決を破棄している。

その当時、ミシガン、アーカンソーおよびアイオワ諸州はすでに有責性比較の原則を採用しており、原審はこれを参考にしたのであろう。加えて、夫婦の非行が同種であるため、程度を比較するのも容易であったと思われる。しかし、裁判所はこの見解をうけ入れず、互責によるべき旨を明示した。これには別の面からの理由も存すると考えられる。移住離婚 (Migratory Divorce) との関係がそれである。

離婚事件の裁判管轄権を決定する基礎として、一般に夫婦いづれか一方の住所 (domicile) が用いられ、イギリス教会裁判所は被告配偶者の住所にしたがっていたが、⁽⁵⁾アメリカにおいて、多くの州の離婚法は住所という言葉によらず、一定期間の居所 (residence) をもっていたことの立証を要求する。⁽⁶⁾これは右の期間中そこを去らないとい

うはっきりした意思をもって、現実に所在する (physical presence) ことと理解されている。⁽⁷⁾ 裁判所は法律上の用語として、居所を住所と同等のものとして解し、単に離婚判決を得る目的で一時的に居住するのみでは要件をみたさないが、その目的で要件をみたして居所が変更された事実があれば、離婚管轄権を取得する。⁽⁸⁾ イギリスの場合と事情を異にする理由は、つぎのように説明される。すなわち、「アメリカは新しい国である。アメリカ人は代々うけついできた開拓者精神により、より良い生活を求めて転々移動することをいとわない。アメリカでは、人々の生活場所はよく変わる。それゆえ、法の上においても、住所の変動がたやすく行われるようにする必要がある。したがって、イギリス法のように、永住の意思をもって一定の土地に定住することをもち、住所とするというような観念は、アメリカ人の生活需要には適しない」という。⁽⁹⁾ しかも、妻が夫の住所にしたがうイギリスとちがひ、夫婦が別個の住所をもつことも可能である。⁽¹⁰⁾

これを当面のネバダ州についてみれば、一八六一年以来、離婚訴訟提起の前提として、夫婦いずれかが州内に居所を定めて居住すべき期間を六カ月とされていた。⁽¹¹⁾ 他州のそれが一年ないし五年であるのに比較し、短期間で離婚の訴を提起できる。離婚原因とみとめられる非行は他州と別段のちがひはないから、⁽¹³⁾ ひとえに居住期間の短くてよい点が人眼をひいたのであろう。一九〇九年にニューヨークからネバダ州に移ったある弁護士が、同州の離婚法を有利に利用できる可能性をみると、ニューヨーク州において広告をはじめたところ、好首尾であった。⁽¹⁴⁾ それ以来、速やかな離婚を望む夫または妻がネバダ州に移住し、六カ月の居住期間を経て訴を提起するという事態が生じはじめた。⁽¹⁵⁾ とくにニューヨーク州では居住期間の定めがなく、いつでも訴を提起できるに⁽¹⁶⁾ 夫妻わらず、姦通が唯一の離

婚原因とされるため、配偶者にかかる汚名を着せるにしのびない人は、弁護士にすすめにしたがってネバダ州に赴いたという。⁽¹⁷⁾かくて、次第に増加するにいたった移住離婚を阻止するために、ネバダ州の立法部は、離婚原因が州内で生じたものでない場合について、一九一三年に居住期間を倍にして一年としたが、二年後の一九一五年法には再び六カ月に縮め、さらに一九二七年法には半分の三カ月に減らしている。⁽¹⁸⁾

離婚に関する州の政策はここで大きく変り、移住離婚を迎える方向をとったのではなからうか。当初は移住離婚を望ましくないとみていた人々も、結局は、それが彼等にいろいろの面で利益をもたらすことを知り、是認すると同時に支持を与えるにいたったし、一二〇人を数える州の弁護士も、彼等の利益を打算し、積極的な要求をなした⁽²⁰⁾ことも大きな誘因と推測される。丁度この時期にあらわれたのが、さきの *Blankenship v. Blankenship* (一九二九)事件であった。原審は、判例がこれまでとってきた互責の原則は妥当性を失いつつあるし、また今後それを維持するのは移住離婚を誘致するにも適当でない⁽¹⁹⁾と判断し、なんらかの方法で修正しようとしたのであろう。当時、互責のもつ不都合を是正すべく有責性比較の原則が姿をみせていたので、積極的に採用し、夫婦双方に非行があっても離婚判決を与え得る前提を作ろうと試みたと推測される。これに対し、最高裁判所は前示のように、互責を維持している。純粹に理論的な立場から有責性比較の原則をとるべきでないと考えたのはもちろんとしても、その裏には、移住離婚を誘致する州の政策に反対する無言の態度も含まれていたとみてよいのではなからうか。

さて、右の事件から二年後の一九三一年法第九四六七条の一において、「裁判所は離婚事件を審理するに当り、夫婦双方に離婚原因に当る非行があると認定しても、それを理由に離婚請求を棄却せず、自由な裁量にもとづいて、

非行の程度の少い (least in fault) 方に離婚判決を与えることができる⁽²¹⁾旨を明示するにいたった。これが有責性比較の原則の採用を意味することはいうまでもない。さらに二年後の *Herick v. Herick* (一九三三) 事件⁽²²⁾において、裁判所は右の規定に触れ、「この法律の趣旨ははっきりしている。ここでは、夫婦の一方が無責であるべきことを少しも要求していない。したがって、原審判事は、原告が被告よりさきに非行をしていたと認定しても、特別の事情がある場合、原告に離婚判決を与えることが社会にとって最善の利益をもたらすものとみとめて差支えない」とする。原告の方が非行の程度が少いから、有責性比較の原則により、その請求を容認した原判決はまちがっていないというのであろう。

その後、*Lamb v. Lamb* (一九三七) 事件⁽²³⁾も右と同じ趣旨を示している。この事件において、夫勝訴の原審判決に妻が控訴したのに対し、裁判所は原審判事の陪審への説示、すなわち、「夫婦双方に離婚原因たる非行があっても、裁判所はそれを理由に原告の離婚請求を棄却すべきではなく、裁量にもとづいて、非行の程度の少い方に離婚判決を与えるべきである」というのは誤解に導くものであるとしながら、夫勝訴の陪審の答申どおりの原判決を容認している。右の説示は一九三一年法の内容を陪審に説明したものとと思われるが、説明の仕方が規定の趣旨と少し喰いちがっており、非行の程度の少い方に必ず離婚判決を与える必要があるように強くうけとられ、この点で誤解を生じを余地があると指摘するのであろう。しかし、原審の陪審が現実にかかる誤解のもとに夫勝訴の答申をしたというわけではなく、また夫の方が非行の程度の少いのは事実であるため、結果的に不都合は起らなかったと考えられる。

ネバダ州ではすでに一九一五年頃から移住離婚をうけ入れる態勢へと進んでいた事情を背景とするとき、互責による不合理を是正する目的のみならず、移住離婚に反対する最高裁判所の見解を変えさせる決定的な要因ともする目的を含め、一九三一年に前示の規定を設けたのではなからうか。他方、居住期間の要件についてみれば、アーカンソー州が一九三一年二月二十六日、アイダオ州が三月三日に三カ月に短縮したのに対し、ネバダ州は一九三一年法第九四六〇条により、五月一日からすばやく六週間に縮めた⁽²⁵⁾。すなわち、「原・被告配偶者の双方が現実に居住している郡内で離婚原因が生じ、そこで訴が提起されるのでない場合、裁判所は離婚管轄権を有しない。ただし、原告または被告のいずれかが、訴提起に先立つ少くとも六週間、当州の住民であった場合はこの限りでない。単にネバダ州に居所を設けるといふ意思のみでは充分でない。要求される期間内、現に物理的に在住し、信頼のおけるその土地の証人によって確証されることもまた必要である⁽²⁶⁾」とする。他州に住む夫婦がネバダ州で離婚しようと思ふとき、六週間内とかく同州内に居住していた事実を証明できさえすればよいわけであって、証人による確証を得るためにも、ホテルへの投宿がもっとも簡便な方法として利用される。それに附随する種々の遊興施設と相まって、離婚の商業化 (Commercialization) がはつきりあらわれてくる。有責性比較の原則は、夫婦の一方または双方が離婚の目的で一時的に移住してくる事態を頻発する契機となることを充分に承知しながら、離婚原因の追加および居住期間の要件の短縮と相まって、あらゆる面から移住離婚の可能性を大ならしめ、それに向って門を広く開く意味もあったのではなからうか。「良貨と悪貨が同時に流通している地域では、悪貨がつねに良貨を追い出す⁽²⁹⁾」という経済上のグレシャムの法則が移住離婚にも妥当することは、ラインシュタインの指摘するところであって、これ

からみれば、ネバダ州は自ら悪貨を作り出したと評されても仕方ない。しかも、互責から有責性比較の原則への移り変りが、移住離婚の招致という別の目的と結びついていったと推測される点、とくに注目する必要がある。

- (1) Bigman, Recrimination as a defense to divorce, *Intramural L. R. of N. Y. University*, Vol. 6, p. 19.
- (2) Kirkwood, Historical Background and objectives of the Law of community property in the pacific coast states, *Selected Essays on Family Law*, p. 517.
- (3) Ingram and Ballard, *The Business of Migratory divorce in Nevada, Law and contemporary problems*, Vol. II, p. 303.
- (4) A. L. R. Vol. 63, p. 1127.
- (5) 平良「州外における離婚」アメリカにおける連邦と州の法律問題一二二頁。
- (6) Vernier, *American Family Laws*, Vol. II, pp. 98-104; Jacobs and Goebel, *Cases and other Materials on Domestic Relations*, pp. 1110-1111.
- (7) (Note) *Migratory divorce: The Alabama experience*, *Harvard L. R.* Vol. 75, p. 568.
- (8) Vernier, *op. cit.*, p. 106.
- (9) 川上太郎「アメリカ国際私法の発展」神戸法学雑誌十一卷四号四六一頁。
- (10) Goodrich, *Handbook of the Conflict of Laws*, p. 51.
- (11) ハリウッド部分離婚 (divisible divorce) の問題が生じた。
- (12) Elliott, *Divorce legislation and Family Instability, The Annals of the American academy of political and social science*, Vol. 272, p. 136.
- (13) 当時のネバダ州の離婚原因は、姦通・遺棄・虐待・性交不能・有罪判決または監禁・アルコール中毒・扶養義務不履行

および精神病であった。

- (14) Ingran and Ballard, op. cit., p. 305.
 - (15) Ingran and Ballard, op. cit., p. 305.
 - (16) 同州では一九二五年の民事手続法 (Civil Practice Act) により、はじめて一年の居住期間が定められたが、別居訴訟にのみ適用されるにすぎない。
 - (17) Elliott, op. cit., p. 136.
 - (18) Ingran and Ballard, op. cit., p. 303.
 - (19) Ingran and Ballard, op. cit., p. 304.
 - (20) Ingran and Ballard, op. cit., p. 306.
 - (21) Ploscowe, The truth about Divorce, p. 141.
 - (22) Bigman, op. cit., p. 20.
 - (23) P. (Pacific Reporter) 2d. Vol. 65, p. 872.
 - (24) Bergeson, The divorce mill advertises, Law and contemporary problems, Vol. II, p. 348.
- アーカンソー州ではそれ以来、九十日の居住期間は単に原告が州内で一時的に居住するのみではならず、誠実住所を要求するものと解されてきた。しかし、住所について裁判上厳格な調査をすることは離婚業務 (divorce Business) に障碍を与える事情が明らかになったため、これに利害関係をもつ弁護士たちの提案により、一九五七年法・三四章・一二〇八条の一には、「離婚管轄権に関する法律で用いられる居所 (Residence) という言葉は、現実の居住を意味するものと定義する。かかる証拠にもとづき、該証拠を主張・提出する原告配偶者は、州内に居住していたものと考慮する」旨を規定した。Annual Survey of American Law. 1957. p. 45.

りの規定は *Wheat v. Wheat* (一九五八) 事件におつて、四対二で支持された。¹⁾ *Annual Survey of American Law*, 1959, p. 55.

(25) *Venier, op. cit.*, p. 51.

(26) *Martindale-Hubbell, Law Directory*, Vol. IV, *Law Digest*, p. 1106.

(27) ネバダ州において離婚の商業化が顕著なことは、つぎの数字によつてもわかる。すなわち、離婚数は人口千人に対する割合でみれば、一九四〇年、一九五〇年にそれぞれ四四・一および五五・七を示しているのに、それ以外の州ではフロリダの五・三および六・五を最高として、すべてそれ以下に留まつてゐる。Borges and Locke, *The Family*, p. 527.

別の説明によれば、ネバダ州における離婚事件の五分の三は、当事者夫婦がニューヨークおよびニュージャージー州からの短期間の滞在客であるといふ。Annual Survey of American Law, 1963, p. 408.

(28) 有責性比較の原則を採用し、居住期間を六週間に短縮した一九三一年法は第一一條の一により、「五年以上の別居」を離婚原因の一つに付け加えた。現在では三年に縮められてゐる。McCurdy, *Cases on the Law of persons and Domestic*

Relations, p. 404; *ploscowe, op. cit.*, p. 281.

(29) ラインシュタイン 唄・山本訳「離婚法と婚姻の安定性」家族と法(日本法社会学会編) 一一頁。

七 フロリダ州

ネバタ州と同じような事情はフロリダ州にもみられる。当初、アメリカがスペインよりフロリダの譲渡をうけ、一八二二年七月二十一日に同地域の主権を宣言した当時、スペイン法が効力を有し、現実に行われていた。⁽¹⁾ しかし、ローマ・カトリック教国であるスペインは、離婚に関する事項を教会の手に委ねていたため、⁽²⁾ 世俗的な離婚法は存しない。翌一八二二年三月三十日、連邦議会の承認を得て準州に昇格し、十三人からなる立法評議會を組織するに

いたつた。⁽³⁾ 同評議会が離婚法の作成に当り、その当時イギリスで行われていた制度ないし見解を採用した事情は、裁判所における離婚と並んで立法離婚をみとめたことからも推測できる。もっとも、イギリスでは教会裁判所が別居しか許さないため、絶対離婚の要求をみたすべく立法離婚が生じたのと異り、フロリダ準州において、立法評議会の手になる最初の離婚法たる一八二八年十月三十一日法により、⁽⁵⁾ 裁判所で別居はもとより離婚判決も得られるのに、それと並列的に立法離婚をみとめる必然的な理由はどこに存するののか、疑問がいだかれる。⁽⁶⁾ それはそれとして、離婚訴訟提起の前提をなす居住期間については、前示の法律第一条に「現実の居住者」(actual resident)であればよいとし、なんらの期間も要求しなかつた。⁽⁷⁾ その後、一八三五年二月十四日法ははじめて三カ月の期間を定め、一八四七年一月五日法は十二カ月、一八五二―五三年法第五二章・一条は二年を要求した。⁽⁸⁾ それ以来、約八十年間変らなかつたが、一九三三年法第一六〇〇九条にいたつて一年と改め、さらに一九三三年にはそれを九十日に短縮すべき法案が提出された。⁽⁹⁾ 四五対四二で下院を、十八対十四で上院を通過した同法案に署名したシヨルフ知事が、「フロリダ州は、合衆国の人々がここに観光客として訪れ、居住者として残るよう招待の手をさしのべる一時的滞在 (transient) の州である。もしこの法案が一そう多くの居住者あるいは観光客を当州にもたらすならば、右の招待の線に沿うことにならう」⁽¹¹⁾ とのべるのも、居住期間を短縮する目的が移住離婚の容易化にあったことをはっきり示している。

一方、さきの一八二八年十月三十一日法は第五条で、「被告の姦通が夫婦の共謀のもとに、離婚判決を入手する意図でなされたこと、または夫婦が姦通の責を負うべきことが裁判所に明らかになるならば、離婚判決は与えられな

い⁽¹²⁾と規定する。共謀と互責を請求棄却事由とみとめるわけである。一九四〇年法では第六五章・四条となつてい⁽¹³⁾る。ところが、Steward v. Steward (一九四五) 事件⁽¹⁴⁾において、互責の適用を現実的な立場から考え直した。すなわち「互責の原則はクリーン・ハンズのそれと同じように、公益・社会福祉また当該事件のもつ緊急の必要性等について健全な法律的判断ないし考慮を加えたうえで適用されるべきこと、この原則は絶対的なものでなく、条件付であること、そして多くの事件において夫婦はいずれも無責でないことからみて、もしこの原則を無差別に適用すれば、きわめて不衡平な結果をきたす」という。少数意見が有責性比較の原則を設定するのは立法部に委ねるべきであつて、裁判所は問題とすべきでない」と主張したが、互責の規定のもとに有責性比較を採用するにいたつて、その後、Stewart v. Steward (一九四七) 事件⁽¹⁵⁾においても、「互責の原則の適用はクリーン・ハンズの原則と同じく、公益・福祉および係争中の事件にみられる緊急の必要性により、裁判所が賢明に裁量すべき事項に属する」とし、絶対的な請求棄却事由でない旨をはっきりさせている⁽¹⁶⁾。問題を右の両原則の面に留めれば、他の諸州と対照してとくに眼新らしいことはないが、居住期間と関連させるとき、別の事情が浮び上ってくる。さきにネバダ州が一九二七年に居住期間を三カ月に減じ、一九三二年には有責性比較の原則を法律上に明規し、同時に離婚原因の数を増加したのは、すべて移住離婚への道を広く開くためであると考えられた。当面のフロリダ州においても、⁽¹⁷⁾さきの判決が互責のもつ不都合な面を有責性比較の原則により是正すべき意図はもとよりもつていたが、それと並行しながら、ネバダ州のあとを追ひ、居住期間の短いことと両々相まって、移住離婚の可能性を一そう容易にするという実際の効果をねらつたと判断してよいのではなからうか。

- (1) Florida Statute, 1959, p. 531.
 - (2) Florida Statute, op. cit., p. 532.
 - (3) Florida Statute, op. cit., p. 533.
 - (4) 一八二八年十月三十一日法が第一条で superior court に離婚管轄権を付与したにかかわらず、少くとも二件の立法離婚が行なわれたとし、一八三三年二月十一日の Mary Canady の件と、同三十九年二月二十八日の Esther Sparkman の件があげられる。Florida Statute, op. cit., p. 538.
 - (5) Florida Statute, op. cit., pp. 534-536.
 - (6) 果せるかな、その後、Ponder v. Graham (一八五一) 事件において、立法離婚の効力が問題とされ、離婚を言渡すのは裁判上の行為であること、立法評議会は裁判上の行為について権限を有しないこと、評議会の権限は連邦議会を通じて憲法に由来するから、連邦議会が裁判上の行為を有効に行ない得ないと同じく、評議会も裁判上の行為について権限をもたないとの理由で、前註(4)にあげた立法離婚は無効とされてゐる。Florida Statute, op. cit., p. 538.
- なお、それより前、連邦議会は一八二六年五月十五日法・四条において、フロリダ準州の知事および立法評議会による立法離婚は無効とみなすことゝした。Kent, Commentaries on American Law, Vol. II, p. 125.
- (7) Florida Statute, op. cit., p. 535.
 - (8) Florida Statute, op. cit., p. 534.
 - (9) Florida Statute, op. cit., pp. 540-541.
 - (10) Florida Statute, op. cit., p. 541.
 - (11) Bergeson, The divorce will advertises, Law and contemporary problems, Vol. II, p. 463.
 - (12) Florida Statute, op. cit., p. 535.

- (13) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, pp. 1106-1108.
- (14) Sherman, The doctrine of Recrimination in Massachusetts (Recrimination Rejected), Boston U. L. R. Vol. 33, p. 463; Basye, Retreat from Recrimination — De Burgh v. De Burgh, California L. R. Vol. 41, p. 325.
- (15) So. 2d Vol. 29, p. 247.
- (16) この趣旨は一九五八年の Benson v. Benson 事件でも變つてゐる。(Notes) Recrimination and Alimony — Are they compatible? Syracuse L. R. Vol. 13, p. 572.
- (17) 移住離婚に當りない最近の二つの事件、Brummitt v. Brummitt (一九五五) 事件および Harman v. Harman (一九六一) 事件において、原告たる妻は夫よりも非行の度が大きいとみとめ、その請求を斥けており、有責性比較の原則の適用をされてゐることを示してゐる。So. 2d. Vol. 115, p. 576; Vol. 128, p. 164.

第四節 反対する州

夫婦双方に離婚原因たる非行があるとの理由でいずれの側からの離婚請決も棄却する、このことから必然的に生じる不都合な結果をさけるため、ある州は法律ないし判例によつて有責性比較の原則を採用するようになった。だが、イギリス教会裁判所の判例を参考にして展開された互責の原則は、すでにその基礎が固まっております、一朝一夕にして動揺するはずはなく、多くの州がこれを当り前の事理として、適用をつづける。かかる現象は、離婚を一種の制裁とする考え方、ひいては離婚を無責の被害配偶居のための救済とみる思想が強力なことを示すものといわなければならぬ。この立場からは、新たに登場してきた有責性比較の原則に対し、鋭い批判の眼が向けられるのも自然の勢であるが、ときには裁判所がこの原則を理解する仕方に疑問がもたれるのがみられるし、たとえ理解に

誤りがなくとも、この原則に左祖しないため、いぜんとして互責を固持するはつきりした根拠を示す必要が生じることになろう。また、互責を固持するの余り、有責性比較の原則には全く眼もくれない例も充分に想像される。これらの事情をいくつかの州について探ってみよう。

一 マサチューセッツ州

もし有責性比較の原則を採用すれば、夫婦双方に非行のある事実が認定されても、そのみを理由に離婚請求を棄却するわけにはいかず、双方の非行についてその程度を比較考量しなければならぬが、そこに判事の自由裁量の範囲が拡大し、法的安定性が損われる恐れが生じる。マサチューセッツ州の *Reddington v. Reddington* (一九四五) 事件はかかる危惧の念を示している。この事件において、妻が虐待および侮辱的処遇を理由に離婚の訴を提起したので、夫は姦通を互責の抗弁とした。これに対し、原審が夫の抗弁を容れ妻の請求を棄却したため、妻は有責性比較の原則によるべき旨を主張して控訴した。そこで裁判所は、「われわれは全くの自由裁量で離婚請求の当否を判断することはできない。必ず法律を唯一の海図およびコンパスにしなければならず、それによって画一的な正義 (Uniformity of Justice) という結果が得られる。……もし判事各自が自己のもつ離婚観にしたがって裁量権を自由に行使できるとするならば、離婚に関して法律の支配 (Government of Laws) は姿を消し、人間の支配するものとなろう」とのべ、有責性比較の原則を排し、原審と同じく互責を理由に妻の請求を棄却している。さきに第二章・六節に検討したとおり、マサチューセッツ州では離婚法上に互責に関する規定はないが、判例によって厳格に

適用されてきた。互責によるべき旨の判決の言葉は、判例法として確立している互責を維持すべく命じるものと理解しなければならぬ。

それにしても、前示のような裁判所の見解が果して当を得たものかどうか。なるほど、離婚事件において夫婦双方の非行が明らかになるとき、互責を忠実に適用してつねに離婚請求を棄却すれば、言葉どおりの意味において、法的安定性 (Legal Stability) なし、法的確実性 (Legal Certainty) を確保できると一応はいえよう。裁判所はこれを指して画一的正義とよぶのであろうが、法規範を画一的に適用することがつねに正義に合致するゆえんとはかぎらない。それはあくまでも、当該法規範が社会によって妥当なものとして承認され、社会的規範と一致するかぎりにおいて、いえることであって、そうでなくなれば、かえって正義に反する事態も生じてくる。カドローもいうように、「法の確実性を尊重するに当って『健全なる確実性』と『虚構の確実性』、金と金鍍金を区別しなければならず、さらに進んで一度確実性を獲得した暁においても、確実性のみが唯一の善ではなく、確実性を手に入れるために支払う代価が余りにも高価なことがあるし、不断の静には不断の動におけると同じく危険が存在している⁽²⁾」。互責についても、現に夫婦双方に非行がみとめられるとの理由のみで、ほかの事情には一切眼をつぶったまま、つねに離婚請求を棄却する結果、先例を遵守することによる法的安定性は保持できても、個々の事件における具体的妥当性 (definite propriety) は犠牲に供される例が数多く産れた。それによって維持される確実性はもはや『健全なる確実性』ではなく、『虚構の確実性』にすぎない。互責に頑迷固陋にしがみつくことから生じる不都合を是正する目的で案出されたのが有責性比較の原則である。これが虚構の確実性を排し、失われた具体的妥当性を再びとり

戻しながら、健全なる確実性を指向していることはいうまでもない。もともと、法的安定性・確実性と具体的妥当性とは、両者がうまく調和してはじめて正義を実現できる。離婚のような人情の機微に触れる問題につき、裁判所はとくに右の二つの要請をあらゆる角度から慎重に考えなければならない。互責を固持することによってのみ法的安定性を確保でき、有責性比較の原則はそれを損う恐れがあるとして排除するのは、虚構の確実性にわざわざされた、余りにも独断的な考え方と思われる。

また、前示判決では、裁判所が有責性比較の原則によるとき、互責の場合と比べて自由裁量の範囲が広がることを恐れている。たしかに、夫婦双方に非行を認定したならば、さらに進んでその非行の程度を比較考量する必要がある。しかし、判事各自の離婚観に照らし、全くの自由裁量で離婚請求の可否を判断するといったものではない。有責性比較の原則はあくまで破綻主義と区別する必要がある。非行の程度の少い方に離婚判決を与えるべきことは予め決っているから、被告が互責を抗弁とするときは、原告の非行の程度が少い場合にのみその請求をみとめ、また被告が反訴を提起しておれば、非行の程度の少い方に離婚判決を与えることになる。つまり、判事の裁量とはいっても、夫婦双方の非行の程度を比較するに留まり、有責性比較の原則がまだ有責主義の領域を脱するまでにいたっていないかぎり、それ以上の広い範囲に及ぶはずはない。このことは、破綻主義のもとで判事が行使する広範囲な裁量と比較すれば、容易に納得できるから、前示判決の示した危惧の念も相当に割引いて考えるべきであろう。

(1) A. L. R. Vol. 159, p. 1448.

(2) カドロー・守屋善輝訳「法の発達」一六頁。

二 ミネソタ州

裁判所が有責任比較の原則を理解する仕方に若干の疑問がいだかれるものとして、ミネソタ州の *Hove v. Hove* (一九四五) 事件⁽¹⁾がみられる。この事件において、夫が残酷かつ非人道的処遇を理由に離婚の訴を提起したのに対し、妻は同じ非行を抗弁とした。原審は有責任比較の原則を適用して夫の請求をみとめたので、妻は互責によるべき旨を主張し、原判決の破棄を求めて控訴した。裁判所はこれに対し、「少しばかりの裁判所が有責任比較の原則を採用し、互責に一つの例外を付け加えた。公益あるいは特別の緊急性からみて、ときには離婚判決を与える必要が存在し、もし夫婦共同生活が不可能になっているならば、離婚を阻止すべきでないというのが根本的な理由であるかかる理由づけによって、われわれは何の感銘もうけない。むしろ、有責任比較の原則の採用を拒絶しているミシガン⁽²⁾、ネバダ⁽³⁾およびオハイオ諸州の見解に賛成する」とのべ、夫婦双方の非行を理由に互責を適用し、原判決を破棄して妻の請求を容れている。

ミネソタ州では当初、一八七七年法第二章の第六条が六個の離婚原因を列挙し、さらに第九条に、「姦通を理由に提起された離婚訴訟において、姦通の事実が立証されたとしても、下記の場合、裁判所は離婚請求を棄却することができぬ (may deny)。……④もし被告が無責であるならば離婚判決を得ることができぬであろうような事情のもとで、原告にもまた姦通の責があったことが立証されるとき⁽⁴⁾と規定していた。双方に姦通が認定される場合にかぎって、互責を適用する趣旨である。だが、その後の判例はいずれも、離婚原因たる非行の種類を問わず、姦通を含めて広く適用している。Buerfering v. Buerfering (一八七七) 事件⁽⁵⁾、Jokela v. Jokela (一九一〇) 事件⁽⁶⁾を

らに *Thorem v. Thorem* (一九三三)⁽⁷⁾ 事件がこれに當る。そして、*当面の Howe v. Howe* (一九四五) 事件当時は、一九四一年法第五一八条の八が右と同趣旨を定めている。

ここで「棄却することができる」との文言は、むしろ「棄却しなければならない」(must deny) の意味であるといわれる⁽⁹⁾。たしかに、前示の規定をその文字どおり解釈するかぎり、双方の非行が姦通である場合にのみ、互責が適用され、それ以外については問題は別となろう。かかる場合にも互責を適用して離婚請求を棄却するか、有責性比較の原則により妥当な解決を計るかは、もはや法律の規定と関係なく、裁判所が自由に判断すべき問題に属しており、それが可能なはずであり、判例もこの道を進んでいる。本件において、裁判所が前者の見解をとったのは、従来判例の見解を踏襲する意図はもとよりとしても、有責性比較の原則をあたかも破綻主義かのように理解し、これを採用するのをちゆうちよしたことに起因するのではなからうか。すでに指摘したとおり、この原則はいざん有責主義の域に留まっている。互責を理由に離婚請求を絶対にみとめない不都合を是正するため、有責性つまり非行の程度の少い方に離婚判決を与える道を開くにすぎない。裁判所は夫婦双方の非行を判断の対象とし、婚姻関係が破綻しているかどうかについては、まだ立ち入らない。双方に非行があり、しかも婚姻関係が破綻していると認定するから、非行の程度の少い方の離婚請求をみとめるのであれば、有責性比較の原則に破綻主義的な見解をプラスしたものであるべきだけれども、単に有責性比較の原則というとき、これと趣を異にする。裁判所はこの点で誤解していたのではないかと思われる。

(一) A. L. R. vol. 159, p. 731.

(2) 前章・三節の一で明らかにしたとおり、同州では互責が請求棄却事由の一つと規定されているが、Weiss v. Weiss (一九二二) 事件で有責性比較の原則が採用され、その後 Legatski v. Legatski (一九二五) 事件で再び旧に復し、互責によるべき旨を明示するにいたった。一九四五年当時はこの状態にあつたものと思われる。

(3) 前章・三節の六での述べたように、同州では一九三一年の法律で有責性比較の原則を採用するにいたっている。それゆゑ Hove v. Hove (一九四五) 事件当時、この原則を拒否していたのが事実とすれば、その間に事情の変更がなければならぬが、何も見当らない。裁判所の誤解であらう。

(4) Minnesota Report. Vol. 23, p. 563.

(5) Minnesota Report. Vol. 23, p. 563.

(6) Minnesota Report. Vol. 111, p. 403.

(7) N. W. Vol. 246, p. 391.

(8) Minnesota Statutes Annotated. Vol. 2, 1941, p. 3387.

(9) Basye, Retort from Recrimination. De Burgh v. De Burgh, California L. R. Vol. 41, p. 325.

一九四一年法は一九四七年法にうけつがれていたが、一九六三年法五一八条・六(九)によれば、「夫婦双方がそれぞれ離婚原因を構成するような行為をしたにもかかわらず、離婚判決は夫または妻に与えることができる」として、裁判所に裁量権を付する旨を規定してゐる。Moore, A critique of the Recrimination Doctrine, Dickinson L. R. Vol. 68, p. 158.

三 オハイオ州

アメリカ全州のうち、有責性比較の原則を採用するのは約五分の一にすぎず、⁽¹⁾他の州は互責をいぜんとして適用する。その理論的背景の一つにいわゆるクリーン・ハンズの原則が大きな影響を及ぼしている事実を推測するに難

くない。さきのミネソタ州の事件で、有責性比較の原則を採用するのを拒絶した州としてオハイオ州の名があげられたが、同州の *Valer v. Valer* (一九三五)⁽²⁾ 事件によってもよくわかる。この事件において、原審は夫婦双方に極端な虐待の事実を認定し、いずれの離婚請求も斥けたので、一方が控訴し、有責性比較の原則によるべく主張した。これに対して裁判所は、「離婚事件の審理に当り、有責性比較の原則を考慮してはならない。つまり、夫婦双方に離婚原因たる非行があると認定し、ついで二人のうち非行の程度の少い方に離婚判決を与えることはできない。夫婦の一方が有責で他方で無責であるとき、裁判所ははじめて離婚請求をみとめる」とのべ、控訴を斥けている。

ここで思い出すのは、さきに第二章・一節で最初に参照した判例がくしくもオハイオ州の *Mattox v. Mattox* (一八二六) 事件であったことである。この事件では、法律に規定がなくとも、互責を離婚請求棄却事由とする妥当性がクリーン・ハンズの原則によってさらに強化された事情を明らかにしたが、一世紀以上も経過した本件でも、同じ理由によって互責を是認する。当初より今日にいたるまで、離婚訴訟は法律に規定がなくとも、衡平法上の手続として行われてきた。⁽³⁾ これと互責との関係をマッシュアルとメイが、「オハイオ州の見解によれば、互責の抗弁は離婚訴訟が衡平法上の手続であることにもつづいており、原告配偶居は「清い手」をもってこななければならず、彼自身に同様の非行 (*in pari delicto*)⁽⁴⁾ があってはならない」とのべている。クリーン・ハンズの原則を理由に有責性比較の原則の採用を拒否する。これは単にオハイオ州のみでなく、離婚訴訟を衡平法上の手続とするすべての州に通じていえることではなからうか。しかし、互責の原則も社会規範の一つであるから、人々のもつ規範意識に支えられてはじめて、真価を発揮できる。それが規範意識に合致するから多くの州で維持されているのであれば問題はな

いが、規範意識との間にずれが存し、ときを追ってずれが広がる傾向にでもあるとすれば、いかに裁判所が理論を駆使して互責を維持すべく努めても、所詮むなしの努力に終るのではなからうか。⁽⁵⁾ここに疑問がいだかれる。

(1) 第三章・三節註(2)(3)(4)。

(2) A. L. R. Vol. 159, p. 734; Hutchinson, The Statutes of Recrimination as a defense to Divorce Action in Ohio, Western Reserve L. R. Vol. 18, pp. 1337-1338.

(3) Vernier, American Family Laws, Vol. II, pp. 130-131; Supplement, p. 53.

(4) Marshall and May, The Divorce court, Vol. II, p. 170.

(5) 互責について一般の人々がいかなる規範意識をもっているかを示す一つの例として、シャーマンによると、夫婦双方に離婚原因があればいずれも離婚判決を得られないことを聞いた一〇〇人のうち、八十五人はそれを信じようとしなかったが、その中には法学生が二十人もいたと云ふ。Sherman, The Doctrine of Recrimination in Massachusetts (Recrimination Rejected), Boston U. L. R. Vol. 33, p. 467.

シャーマンがより狭い範囲でした別の調査では、三十人中、三人のみが互責の原則のあることを知っているにすぎず、三人のうち一人のみが、この原則が保持されるべきだと考えたという。(Notes) Recrimination and Alimony — Are they compatible? Syracuse L. R. Vol. 13, p. 573.

四 ミズリー州

有責性比較の原則を採用しない州の一つにミズリー州が数えられる。もともと、同州の離婚法は東隣のイリノイ州のそれと凡んど同じ言葉使用であり、後者を模写したものでらうといわれている。⁽¹⁾イリノイ州では第二節・十四

にのべたとおり、一八一九年二月二日に離婚法を制定したが、互責を含む請求棄却事由について何も規定せず、一八二五年一月十七日法がはじめて常習的飲酒を理由とする別居請求に關し、原告自身の誠実さを要求するにすぎなかった。互責の規定は降って一九二七年か、それより少し以前に設けられた。これに対し、イリノイ州の離婚法を模写したというミズリー州では、一八四五年法第三章・四二六条に「無責の被害配偶者」が離婚判決を得ることができると規定し、一八六五年法第一一四章・七条に、夫婦双方の姦通を絶対的な棄却事由と定めている。右の規定のもとで、*Nagel v. Nagel* (一八三八) 事件⁽⁴⁾および *Hoffman v. Hoffman* (一八六五) 事件⁽⁵⁾は双方の姦通にかざることなく、離婚原因たる他の非行についても広く互責を適用する見解を示し、その後も変更はみられなかった。なお、一九〇九年法第二三七〇条は離婚原因を列挙したのち、「上にあげた理由のいずれかにもとずき、被告配偶者は離婚判決を得ることができる」旨を付加しているのが注目される。⁽⁶⁾

ここで当面の問題たる有責任比較の原則はどうかといえは、ミズリー州はこの原則の採用を拒否している。Barth v. Barth (一九一三) 事件⁽⁷⁾ではっきりわかる。この事件において、夫は彼の境遇を耐えがたくする侮辱を理由に離婚の訴を提起し、妻が不作法な処遇を抗弁とした。原審は双方の非行をみとめながら、夫に離婚判決を与えたので、妻が控訴した。裁判所はこれに対し、双方の非行を認定し、原告が離婚法にいわゆる無責配偶者に当らないとし「婚姻の絆がいかに耐えがたいものになっていようと、もし夫婦がいずれも清い手で裁判所にやってきていないならば、絆を解くことができない。無責の被害配偶者に離婚判決を与えるという、これこそ、われわれの離婚法の本質をなしている。双方に非行のある場合、裁判所は、二人のうちのいずれの非行の程度が大きいか、または小さ

いかを適切に調整された秤で計量すべく企てることはせず、いずれにも救済を与えない」とのべ、原判決を破棄・差戻している。つまり、クリン・ハンズの原則を基礎におき、離婚法の規定する双方の姦通にかぎらず広く互責を適用しつつ、有責性比較の原則の採用には首肯しない。この点は、互責に関する規定をもたないオハイオ州の場合と軌を一にするものとして、*Coon v. Coon* (一九二二) 事件⁽⁶⁾および *Schumacher v. Schumacher* (一九二九) 事件⁽⁷⁾でも事情は変つてゐない。

- (1) Zacharias, *Recrimination in the Divorce Law of Illinois*, Chicago-Kent L. R. Vol. XIV, p. 224.
- (2) Missouri Report. Vol. 43, p. 549.
- (3) N. W. Vol. 151, p. 771.
- (4) Missouri Report. Vol. 12, p. 35.
- (5) Missouri Report. Vol. 43, p. 547.
- (6) S. W. Vol. 151, p. 771.
- (7) S. W. Vol. 151, p. 769.
- (8) S. W. Vol. 236, p. 358.
- (9) S. W. 2d, Vol. 14, p. 519.