

離婚請求棄却事由の研究——互責論(五)

——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・五卷一号)

第三章 有責性比較の原則(五卷二・三号)

第四章 最近の事情(本号)

第五章 結び——破綻主義への道

第四章 最近の事情

Ⅱ 互責から破綻主義までⅡ

互責に代わるべく登場した有責性比較の原則も、有責主義の領域に留まり、夫婦双方の非行の程度を比較考量し、程度の少い方に離婚判決を与えようとする。離婚請求の認否はあくまで夫婦双方の非行の程度にもとづいて行われる。そこには、婚姻関係が破綻しているかどうかの判断はまだ含まれない。これまで双方に離婚原因たる非行のある夫婦に全く閉ざっていた離婚への道をはじめて開いたことでは、たしかに意義があったが、右の点に歩を止めるかぎり、有責性比較の原則も限定的な効果しか発揮しないのではなからうか。もともと、離婚原因たる非行と婚姻関係の破綻の間には、因果の関係が存在している。夫婦の一方が非行をなし、それに起因して他方に非行が生じ、両方相まって婚姻関係が破綻する場合もある。夫婦双方の非行がいわば同時に、原因となり結果となって破綻をもたらすことも考えられる。あるいは反対に、婚姻関係はすでになんらか別個の理由にもとづいて破綻しており、その兆候として双方の非行があらわれたとみるべき場合もある。エドモンド・カーンもつぎのようにいう。

「夫婦を裁判所に出頭させることはできるが、破綻した婚姻をここに連れてくることは不可能である。裁判所では、婚姻破綻の単なる兆候―平手打ち、酩酊あるいは姦通―のみが明らかにされるにすぎず、それは証言によって確実に脚色されても、婚姻が失敗した実際の原因は、いぜんとして裁判所のそとにかくされている⁽¹⁾」。そうだとすれば、離婚原因に当る非行という目前の現象のみをとらえるのは、原因を究明するに結果を論じ、本末を顛倒させる

ことにもなりかねない。有責性比較の原則はこの点において、まだ事態を片側からしかみていないと評しても過言ではないと思われる。

有責性比較の原則のもつ右のような欠点を正し、妥当な面を積極的に生かすにはどうすればよいか。これまでとちがひ、大局的な見地から婚姻関係が破綻しているかどうかを判断する必要はいうまでもないが、その判断に当って、双方の非行の程度を重要な一要因として付け加え、もし破綻の事実を認定すれば、非行の程度の少い方に離婚判決を与える。そうすることにより、離婚原因たる双方の非行と婚姻関係破綻の事実が結びつけられ、一そう合理的な解決が得られるのではなからうか。これも一つの方法と考えられるが、これを含め、果して実際にいかなる見解が示されているか。つぎに約三十の州について、それぞれ最近の事情を検討してみよう。それによれば、ある州はいぜんとして互責の規定を厳格に適用し、ある州は有責性比較の原則を法律。判例で新設または排除しており、ある州は判例で破綻主義を導入し、ある州は破綻主義的な見地にもとづく規定を採用し、またある州はその方向へと法律を改正すべく歩を進めているようである。ここでも、それぞれの州がちがった道をとる事情をさらにはっきり理解できる。

(1) Cahn, The moral decision, p. 117

第一節 ユタ州

ユタ州の *Hendricks v. Hendricks* (一九五三) 事件は、⁽¹⁾ 有責性比較の原則と破綻主義を結びつけた数少いうちの

一つである。もともと、同州はカリフォルニア州等と同じく、一八四八年のグワダルペ・イダリゴ条約によってメキシコから割譲をうけた土地であるが、それより約半年前、モルモン教徒が信教の自由を守るため西進して開拓をはじめており、その戒律によれば、婚姻は神聖な制度と考えられ、「死が二人を離すまで」どころか、「永遠に」継続すべきものとみる。彼等にとつて姦通は、殺人と同様に嫌悪すべき罪であつて、教会における唯一の離婚原因とされ、他の離婚原因——殺人および極端な虐待——は通常裁判所によつてみとめられていたといわれる。⁽⁴⁾ 離婚法には当初から互責に関する規定は存しないが、⁽⁵⁾ 判例によつて適用されていたようである。ここで Hartwell v. Hartwell (一九〇二) 事件をあげてみよう。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とき、妻はその事実を否認し、かえつて夫が酒に酔つてはしばしば彼女を殴打したと主張した。原審は双方の非行を認定して夫の請求を斥けたので、彼が控訴した。裁判所はこれに対し、「夫の提起した離婚の訴において、夫の側の甚だしい虐待が立証されるとき、妻の非行がいかに強度のものであつても、彼の離婚請求を阻止することになる」とのべ、原判決を容認し、夫の控訴を斥けている。互責の通用を双方の姦通にかぎることなく、離婚原因たる他の非行にも及ぼす見解を示すものといえよう。

では、降つて Hendricks v. Hendricks (一九五三) 事件にいたればどうであろうか。この事件において、夫婦の関係はすでに破綻している事実が明白であるにかかわらず、原審は双方の虐待を理由に離婚請求を棄却した。一方からの控訴申立に対し、裁判所は、「有責配偶者に離婚判決を絶対に与えないとの理論を実生活に適用するのはむづかしい。文字どおり誠実な人が完全に有責な配偶者を相手に離婚の訴を起す事態はめつたになく、多分あり得な

いだろう。……夫婦双方に非行のある本件のような場合、われわれは非行の程度の少い方に離婚判決を与える緊急の必要性が存在すると考える」とのべ、原判決を破棄・差戻している。婚姻関係の破綻が明らかであり、しかも双方に非行がみとめられるとき、非行の程度の少い方に離婚判決を与えなければならないというのである。

これまで有責性比較の原則がとってきた見解のように、婚姻関係の破綻の有無とは関係なく、非行の程度が少いというだけの理由で離婚判決を与えるのではない。婚姻関係の破綻が認定されるがゆえに、それを前提としてはじめて、非行の程度の少い方に離婚判決を与える。したがって、原告配偶者の非行の程度が被告のそれより大と認定されれば、離婚請求は容れられない。また、破綻の事実が明らかにならなければ、離婚への道は開かれるはずがない。このように、離婚請求をみとめるかどうかの判断の基準に注目するとき、重点が夫婦双方の非行の程度から、婚姻関係破綻の事実へと移行している。すでに二、三度触れたように、これは有責性比較の原則に破綻主義をプラスした見解といつてよからう。しかし、破綻主義への方向に歩を進めたことはたしかであるとしても、最終的には、夫婦双方の非行の程度を比較考量して結論を出すかぎり、この見解もまだ有責主義の域を脱するにいたっていないと思われる。

ところで、六年後の *Graziano v. Graziano* (一九五八) 事件⁽⁷⁾によれば、完全な破綻主義がとられているのが注目される。この事件において、妻が精神的虐待を理由に離婚判決を請求し、夫も理由は明らかでないが反訴を起した。原審は妻の請求をみとめたので、夫が控訴した。裁判所はこれに対し、「婚姻関係は、各自がそれを継続するのは愚かなことだと考えるほどに悪化しており、本件で双方が離婚判決を求め、離婚原因が認定されるから、裁判所と

しては、離婚判決を与えるよりほかとるべき道はない」とのべ、原判決を容認している。ちよの *Hendricks v. Hendricks* (一九五二) 事件にしたがえば、婚姻破綻の事実をみとめたとしても、双方の非行の程度を比較して結論を出すべきはずのところ、かかる判断はなされていらない。婚姻関係破綻の事実が離婚判決の云渡しに直結しているから、有責主義の域を脱し、破綻主義が採用されたことは疑問の余地はなからう。

(1) *Poscove, The truth about Divorce, p. 142.*

(2) *Kirkwood, Historical Background and objectives of the Law of community property in the Pacific Coast State, Selected Essays on Family Law, p. 518.*

(3) ヌタは一八四八年に準州になったが、モルモン教会が一夫多妻制を堅持するため、連邦議会との間に争がつづいた。一八八二年に連邦議会はエドムンズ法を制定して一夫多妻に罰金・禁錮をもつてのぞみ、一八九〇年にはさらに嚴重な法律を制定し、これが連邦最高裁判所で合憲の判決をうけたため、モルモン教会もつい屈し、同年九月二十五日の命令で、一夫多妻制を廃止することになった。詳細は中屋建「アメリカ西部開拓史」四六頁—四八頁。平良「アメリカにおける連邦と州の法律問題」一〇二頁。

(5) *Vernier, American Family Laws, vol. II, p. 83.*

(9) *P (Pacific Reporter), vol. 69, p. 266.*

(7) *P. 2d, vol. 321, p. 931.*

第二節 ネバダ州

有責性比較の原則を採用する州において、破綻主義は全く問題にならないのであらうか。決してそうではない。

もし離婚原因の一つとして「数年間の別居」がみとめられているならば、それが現実に離婚請求の理由とされるま
れた場合に、破綻主義が姿をみせることになる。もともと一九七二年三月一日現在において、一般に数年間の別居
が離婚原因の一つとされる場合でも、規定の仕方は州によってちがっている。単に夫婦が数年間別居したことを要
求し、それで充分とするものが最も多い。アリゾナ（一九五六年法—二年）、アーカンソー（一九六九年法—三年）、
アイダオ（一九六三年法—五年）、ルイジアナ（一九六五年法—二年）、ノースカロライナ（一九六六年法—一
年）およびテキサス（一九七〇年法—三年）諸州がこれに当る。⁽²⁾ これら諸州は、数年間の別居という離婚原因に関
するかぎり、互責を排除するのはもとより、完全な破綻主義をその基礎としているのはいうまでもなからう。しか
し、右以外の州は事情を異にしている。バーモント州は婚姻関係回復の十分な見込がないと裁判所が判断すること
を要求し（一九七一年法—二年）、ワシントン州は別居責任のいかに関係なしと明記し（一九七〇年法—二年）、
ワイオミング州は原告に重大な有責原因のないことを必要とする（一九五九年法—二年）。⁽³⁾ 最後にみたワイオミン
グ州では、原告の非行が原因となって別居しているかぎり、数年間の別居を離婚請求の理由としてもみとめられな
いから、破綻主義にもとづくものとはいえない。ネバダ州（一九六八年法—一年）およびロードアイランド州（一
九七〇年法—一年）では、原告が別居について有責であった事実は、判事の裁量に委ねられるにすぎない。⁽⁴⁾ コロン
ビア区（一九六六年法—一年）、メリーランド州（一九六九年法—八月）およびウイコンシン州（一九七二年
法—二年と五年）は、別居が自発的なことであったことを要求し、ミネソタ州（一九七一年法—二年）およびユタ
州（一九七一年法—三年）では、別居が別居判決または別居扶助料判決にもとずいていなければならぬ。⁽⁵⁾ このよ

うに、たとえ数年間の別居が離婚原因とされていても、その意味内容はちがっていることにまず注意しておく必要がある。

こゝで当面の問題として、ネバダ州の *George v. George* (一九三五) 事件^(c)をあげてみよう。この事件において、原告は五年以上の別居を理由に離婚の訴を提起した。そこで被告は、さきに原告がオハイオ州で起した別居手当 (separate maintenance) 請求の訴訟において、裁判所が被告に非行はなく、原告に極端な虐待のあった事実を認定していたことを立証し、有責性比較の原則によって原告の請求を棄却するように求めた。だが、原審は被告の主張を斥けたので、被告が控訴した。裁判所はこれに対し、「夫婦双方の非行の程度を比較するよりも、むしろ夫婦が共同生活を継続していくことが双方および社会にとって最善の利益であるかどうかを基礎にして、裁判所はその自由裁量権を行使すべきである」とのべ、かかる線に沿って原告の請求をみとめた原判決を容認している。

さきに第三章・三節でのべたように、ネバダ州においては、一九三一年法第九四六七条がはじめて有責性比較の原則を採用したが、同条の六は「五年以上の別居」を離婚原因の一つに追加している。「夫婦が引つづいて五年以上別居していた場合、裁判所は自由なる裁量にもとづいて、一方の請求により、離婚判決を与えることができる」というのがそれである。これはまさに破綻主義的な離婚原因に当る。夫婦の一方または双方の非行が原因となって別居したのか、非行は何もないのに合意のうえでそうしたのか、いずれにせよ、裁判所はすべての事情を考慮し、長年の別居のために婚姻関係は事実上解消し、あとに法律上の絆が残っているにすぎないと判断すれば、離婚判決を与えるのが最善の方策とみとめる趣旨であらう。したがって、たとえ双方の非行が原因となって別居した場合で

も、前示の別居期間経過後にそれを理由に離婚の訴が提起されるとき、裁判所は双方のかつての非行の程度のみを比較考量して判断を下す余地はない。まして、本件では、原告が被告に対し極端な虐待を加えたことが原因となつて両者が事実上別居し、すでに五年以上経過した。原告にのみ非行があつたにすぎないから、有責性比較の原則ははじめから問題にならないはずであつて、被告がこれをもち出したのは的をはずれている。被告は五年間の別居によつても婚姻関係が少しも破綻してない事実を反証すべきではなからうか。それによつてはじめて、原告の請求を阻止できる。破綻の事実を裁判所が認定した以上、もはや抗弁の方法はあるまい。別居の原因を一方的に作り出したのが原告であつたとしても、その離婚請求がみとめられる結果となる。破綻主義的な離婚原因の面目はここに躍如たるものがあらう。

ところで、その後、一九五七年法第一〇九章・一二五条の一二〇は、一九三二年法が採用した有責性比較の原則に関する規定をつぎのように改めた。すなわち、「夫婦双方に離婚原因たる非行のあることが明らかの場合、裁判所は、もし双方が離婚を望んでおれば、非行の程度の少く (least at fault) 方に、さもなれば、たとえ非行の程度が最も大きく (most at fault) とし、離婚を望む方に、離婚判決を言渡すことができる⁽⁹⁾」。一九三一年法と対比すれば、有責性比較の原則の適用について、「双方が離婚を望んでおれば」との条件を付加し、被告が離婚に反対する場合を除外する。この場合、原告の非行の程度が被告のそれに比べて大きくとも、裁判所は原告の請求を容れてよいから、程度の少ないときはいうまでもない。有責性比較の原則は、被告が離婚反訴を提起するときにかぎって、実際的な効果を發揮するにすぎない。適用範囲がきわめて狭められたわけである。かかる規定のもとで、

最近の *Napolitani v. Napolitani* (一九六二) 事件⁽¹⁰⁾において、夫が極端な虐待を理由に離婚の訴を提起したので、妻は同じ事由を抗弁とした。原審は夫の請求をみとめたので、妻が控訴した。裁判所はこれに対し、「有責任比較の原則は……原告配偶者の非行の程度が最も大きくとも、他人のみが離婚を望むにすぎなければ、離婚判決を得られるように改められた」とのべ、前示法律の規定にしたがって夫の請求をみとめた原判決を容認している。本来の意味での有責任比較の原則は、もはや適用の余地がない。原告の非行の程度がいかに大きくとも、また被告が離婚に反対しようとも、裁判所は原告の離婚請求をみとめてよいという。二つの規定を表面的にみれば、破綻主義的な見解にしたがったようにも解される。これを実際に適用した右の事件がいわゆる移住離婚ではないので、とくにその感を深くするわけであるが、当初、一九三一年法が移住離婚との関係において有責任比較の原則を採用したときとみるべきとき、一九五七年法の規定は、移住離婚をさらに容易にする目的で、破綻主義的な規定を導入したとみることができるとはなからうか。なお、右の規定はその後、一九六五年法第一二五条の一二〇⁽¹¹⁾にうけつがれている。

(1) 一九六八年当時、アラバマ、アリゾナ、アーカンソー、コロラド、デラウエア、コロンビア区、アイダオ、ケンタッキ、ルイジアナ、メリーランド、ミネソタ、ネバダ、ニューハンプシャー、ニューヨーク、ノースカロライナ、ノースダコタ、ペンシルバニア、ロードアイランド、テキサス、ユタ、バーモント、ワシントン、ワイオミング諸州が一年ないし十年の別居を離婚原因の一二に数えてきた。Kleinfeld and Moss, *A Divorce Reform Law*, *Harvard Journal of Legislation*, vol. 5, p. 566.

一九六八年から六九年にかけ、サウスカロライナ州は三年、ウエストバージニア州は五年間の別居を離婚原因に加え、デ

- ヲウエテ州は三年間の別居を十八カ月に短縮してゐる。The Book of the states. 1970-1971. p. 402.
- (2) Freed, Grounds for Divorce in the American Jurisdictions, Family L. Q. vol. VI, pp. 181-207.
- (3) Freed, op. cit., pp. 208-212.
- (4) Freed, op. cit., pp. 195-196, 204.
- (5) Freed, op. cit., pp. 184-185, 191-193, 208, 211.
- (6) A. L. R. vol. 97, p. 983.
- (7) 事実上別居している夫妻の一方が他方に対してなす扶養請求であつて、裁判上の別居とは関係ない。ちなみに、オハイオ州において Jones v. Jones (一八八二) 事件では別居判決が与えられたが、翌年の Hensley v. Hensley (一八八三) 事件でいたり、裁判所は「立法部が、われわれの知らない理由でかかる権限をとり上げてしまった」と指摘している。Vernier, American Family Laws. vol. II, p. 343.
- (8) 別居期間はその後、三年に短縮されている。また、本件よりのちに出た事件で年度は不明であるが、「別居判決が被告の有利に与えられたという事実は、三年以上の別居を理由とする離婚請求を阻止する事由にならない」旨をのべる判決がある。Martindale-Hubbell, Law Directory. vol. W. Law Digest, p. 1106.
- その後、一九六七年法第一二五条・〇一〇により、別居期間は三年から一年に縮められたのに注意する必要がある。
- Freed, op. cit., P. 196.
- (9) Nevada Revised Statute. 1957. vol. I, p. 239.
- (10) p. 2d. vol. 372, p. 206.
- (11) Comment, Judicial discretion and the doctrine of Recrimination, Journal of Family Law. vol. II, p. 740.

第三節 ウェストバージニア州

一九三一年法第四八章・二節・十四條によれば、原告が主張するいかなる離婚原因に対しても、被告は、訴が提起される以前三年以内に宥恕されていない姦通を互責の抗弁とすることができ、裁判所はそれを絶対的な棄却事由とみとめている。⁽¹⁾この規定のもとで Hartfield v. Hartfield (一九三二) 事件⁽²⁾がクリーン・ハンズの原則を基礎にしながら、他州にみられない独特の見解を示す。この事件において、夫は姦通を理由に離婚の訴を提起し、妻は反訴で虐待および姦通を主張した。原審は妻の姦通のみ認定して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、原審の事実認定を妥当と認め、妻の控訴を斥けたが、判決のなかで、「本裁判所は、原告の行為が互いに責め合う (Recriminatory) ものに当らず、単に不正なもの (inequitable) にすぎない場合でも、離婚判決の言渡しを拒否してきた」旨を指摘している。

原告の側に離婚原因たる非行がなくとも、それが不正な行為 (inequitable conduct) と判断されるならば、離婚請求を認めないという右の見解は、実のところ、すでに Hall v. Hall (一九一一) 事件⁽³⁾によって示されており、不正な行為の概念も、本件の事実関係から理解できるであろう。この事件において、夫は、妻が正当な理由もなく、夫の不在中に彼のもとを去り、彼女の父の家に赴き、現在まで留まつているとて、遺棄を理由に別居判決を求めた。妻はこれに対し、遺棄の事実を認めながら、つぎのような事情を明らかにした。それによれば、彼等夫婦は夫の所有する小さな家屋に居住し、未亡人たる夫の伯母が同居していた。ある日、妻は伯母とのトラブルがもとで家を出た。それ以前にも伯母との仲が不和で、夫も妻を軽視し、不親切な態度であった。妻はその後、夫に対し、

伯母とは一緒にやっていけないこと、他に住居を設けてくれるよう申し入れた。彼は住居を二、三軒も借りることはできないと答えた。その後、夫は妻に帰るよう求めることなく、妻のもとを訪ねもせず、手紙も出さなかったという。これらすべての事情を総合して検討するとき、夫の行為はそれ自体として、別居原因たる遺棄・虐待の⁽⁴⁾れを構成するにも充分でないから、互責の適用はできないが、かかる事情を無視して夫の別居請求をみとめるのも、妥当ではない。そこで、一般的に原告の側に存在する右のような事情を「不正な行為」と名付け、これを理由に原告の請求を阻止する道を開こうと考えたわけであろう。

原告に離婚原因たる非行が認定されないにかかわらず、その請求を斥ける点で、互責はもとより有責性比較の原則ともちがっている。キーズはこの事件を有責性比較の原則の適用された例の一つに数えるけれども、何らかの誤解があったのではなからうか。それはそれとして、Hall v. Hall (一九一一) 事件にあらわれた右の見解は、Maxwell v. Maxwell (一九一一) 事件⁽⁶⁾、Hamilton v. Hamilton (一九二二) 事件⁽⁷⁾、Murrin v. Murrin (一九二二) 事件⁽⁸⁾を経て、Hatfield v. Hatfield (一九三二) 事件にうけつがれてきた。ほかに互責に関する離婚法の規定が正面から適用された例は見当らない。

ところで、最近の Rohnbaugh v. Rohnbaugh (一九五二) 事件⁽⁹⁾では右の見解は否定され、不正な行為も離婚原因を構成するに充分でなければ、原告の請求を阻止することはできないと判断している。この事件において、妻は極端かつ非人道的処遇を理由に離婚判決を請求し、夫が反訴で姦通を主張し、二人の子の監護を求めた。原審は夫に勝訴判決を与えたので、妻が控訴した。裁判所はこれに対し、「夫の請求を阻止すべき不正な行為として妻が

主張する行為は、その本質を具えた行為とはいえない。クリーン・ハンズの原則は、離婚原因たる非行を立証する一方当事者の行為が離婚原因に当らず、他方の非行について実質的な原因を何も与えていない場合、一方の請求に対する抗弁としてはたらくことはない」とのべ、妻の主張する夫の非行が離婚原因に及ばないとみとめ、妻の控訴を斥け、原判決を容認している。

要するに、これまで原告の側の行為が不公正なものと判断されれば、それ自身で離婚原因に当らなくとも、請求を阻止する効果が存したけれども、もはやかかる見解はみとめられない。不公正な行為も、それが離婚原因たる非行を構成するに充分なときにかぎり、原告の請求を阻止するにすぎない。こうなれば、原告の行為を不公正な行為と名付け、特別な理論構成を用いるまでもなく、一般原則に引き戻し、互責によって問題が解決される結果となりう。それにより、従来、不公正な行為の理論で阻止された離婚請求でも、互責の原則ではその適用の範囲外となり、阻止されない場合も出てくるにちがいない。原告の離婚請求は、自身の行為が離婚原因に及ぶというまれな場合を除き、棄却される可能性が減少するのも、当然の成り行きではないかと予測される。なお、最初にあげた一九三一年法の規定は、一九四九年法第四七―四九条にうけつがれるが、この規定の適用された例は存しないようである。

(1) Vernier, *American Family Laws*, vol. II, p. 87.

(2) S. E. (Southeastern Reporter), vol. 167, p. 89.

(3) S. E. vol. 71, p. 103.

(4) Vernier, *op. cit.*, p. 346.

- (5) Keezer, *The Law of Marriage and Divorce*, p. 567.
- (6) S. E. vol. 71, P. 571.
- (7) S. E. vol. 105, P. 771.
- (8) S. E. vol. 119, P. 812.
- (9) Bigman, *Recrimination as a Defense to Divorce*, *Intramural L. R. of New York University*, vol. 6, p. 23.
- (10) Jacobs and Goebel, *Cases and other Materials on Domestic Relations*, p. 1109.

第四節 バージニア州

バージニア州では当初、互責に関する規定はないが、すでに *Haynor v. Haynor* (年度不明) 事件がこれを適用していた。この事件において、妻が離婚の訴を提起したが、夫の非行とともに、妻は正当な理由なく夫を故意に遺棄した事情が明らかとなり、彼女の請求は容れられなかった。その後、*Kim v. Kim* (一九二四) 事件⁽²⁾では、妻が遺棄および虐待を理由に離婚判決を求めたので、夫が遺棄および姦通を主張して離婚反訴を提起した。原審は双方の非行を理由にいずれの請求も容れなかったため、夫が控訴した。裁判所はこれに対し、「バージニア州の法律中には、イギリスおよびアメリカで長らく確立されてきた離婚法における互責の原則を、裁判所が廃止するのを正当化するなものもない」と判断し、「夫婦双方の非行が明らかの場合、つねに互責を適用すべきであり、姦通を理由とする離婚請求に対し、離婚原因たる非行はもとより、別居原因も互責の抗弁とすることができる」旨を明示した。双方の非行が離婚原因たる非行であれば、その種類のいかんを問わず、互責の適用をみとめるし、もし姦通が

離婚原因と主張されておれば、それに対し、離婚原因たる非行はもとより、別居原因にすぎなくとも、互責の抗弁にできるというわけである。当時の離婚法の規定は明らかでないが、その後の事情から推測し、虐待は別居原因にすぎないし、遺棄は離婚・別居いずれの原因ともみとめられたと考えられる。かくて、当面の場合、妻の遺棄および姦通に対し、夫の虐待は別居原因ではあっても、遺棄と並んで互責の抗弁にできる。夫の控訴が斥けられたのはいうまでもない。

だが、降って一九三四年法第五〇四条において、「単に別居を正当ならしめるにすぎない原因は、法律により絶対離婚の理由に充分とされる原因にもとづく訴に対し、互責としての抗弁を構成しない」と規定し、これは一九四二年法第五一一二条・(a)にうけつがれている。⁽⁴⁾ さきの *Kim v. Kim* (一九二四) 事件では、姦通の主張に対してのみ、別居原因でも互責の抗弁にすることをみとめたが、ここではこの見解をはっきり否認し、離婚原因と別居原因を分けて扱い、離婚事件の被告は原告側の別居原因たる非行を互責の抗弁にできないとするわけである。一九三〇年法第五一〇四条によれば、コロンビア区をはじめとするいくつかの州と同じく、虐待は離婚原因に当らない。遺棄と並んで別居原因になるにすぎないが、⁽⁵⁾ 遺棄は離婚原因ともみとめられる。虐待を離婚または別居いずれの原因にでも主張できる他州と異なり、離婚請求に対して被告がたまたま原告の虐待を互責の抗弁とする場合、その抗弁をみとめてよいかどうか、疑問が生じるから、予め、別居原因にすぎない虐待は離婚請求に対する互責の抗弁にできないとの趣旨を明示しておく必要が感じられたのではないかと思われる。

その後、*Haskins v. Haskins* (一九四八) 事件⁽⁶⁾で右の点が間接的に問題になる。この事件において、夫が故意の

遺棄と精神的・肉体的虐待を理由に別居判決を求めたが、容れられなかったので、のちに改めて姦通を理由とする離婚の訴を提起した。妻はこれに対し、虐待・遺棄および姦通を離婚反訴の理由とした。原審は妻の姦通の事実のみ認定し、夫に離婚判決を言渡したので、妻が控訴した。だが、裁判所は同様の判断のもとに妻の控訴を斥けている。さきへのべたとおり、当州で虐待は離婚原因に当らないから、妻がそれを離婚反訴の理由の一つにしたのはまちがっている。また、妻の側には遺棄および姦通ともに認定されないため、結果的には、姦通の事実のみとめられた妻の敗訴にvarietyないとはいえ、もし妻が反訴を提起せず、虐待のみを互責の抗弁にしたと仮定しても、裁判所は前示一九四二年法の規定により、妻の抗弁を容れなかったと思われる。

なお、現在、一九七一年法・二十章・九一条の八によれば、二年間の別居が離婚原因の一つであるが、これを理由とする離婚請求に対して、他の離婚原因は互責の抗弁にできない旨を明示している。⁽⁷⁾

- (1) S. E. vol. 120, p. 852.
- (2) Pierce, Recrimination v. Comparative Rectitude in Divorce suits, *William and Mary Review of Virginia Law*, vol. 1, p. 122. S. E. vol. 120, p. 850.
- (3) S. E. 2d. vol. 50, p. 441.
- (4) S. E. 2d. op. cit., p. 437.
- (5) Venier, *American Family Laws*, vol. II, pp. 4, 346.
- (6) Pierce, op. cit., p. 122; S. E. 2d. vol. 50, p. 437.
- (7) Freed, *Grounds for Divorce in the American Jurisdiction*, *Family L. Q.* vol. VI, p. 210.

第五節 コロンビア区

コロンビア区の一九〇一年三月三日法によれば、「婚姻の絆からの離別は、婚姻中に夫婦いずれか一方が姦通した場合のみ許される」と定め、離婚原因を姦通にかぎっていたが、この規定は一九三五年八月七日法で廃止された。⁽¹⁾そして、同法第四五三章・一条により、離婚原因は①姦通、②二年間の遺棄、③背徳を含む有罪の最終答申、および二年以上の拘禁判決をうけ、服役中か服役済みであること、と並んで④同居を伴わない五年間継続せる自発的な別居、の四つが新たにみとめられ、一九四〇年法第十六章・四〇三条にうけつがれた。⁽²⁾互責について何の規定もない。かかる背景のもとに *Vanderhuff v. Vanderhuff* (一九四四)⁽³⁾ 事件があらわれる。この事件において、妻が前示④を理由に離婚の訴を提起したのに対し、夫は彼等の別居中に妻が姦通した事実をあげ、互責の抗弁とした。原審は妻の非行の有無を認定することなく、彼女に離婚判決を与えたので、夫が控訴した。もし妻の姦通が認定されれば、離婚請求に対する完全な障碍をなすから、その点について判断を加えないのは誤っているというわけである。裁判所はこれに対し、「離婚法を改訂して内容を寛大なものにするのは、事実上その存在をやめるにいたった婚姻に、法律上の終止符を打つのを許す目的にほかならない。③および④に定める離婚原因は、夫婦たる身分に向けられた非行がなくとも存在できる。かかる場合、互責の抗弁が離婚請求に対する絶対的な障碍とはなり得ない」とのべ、夫の主張を斥け、原判決を容認している。

すでに明らかなおり、ニューヨーク州では当初から姦通が唯一の離婚原因とみとめられたが、当面のコロンビ

ア区も一九三五年まで、これと同じ事情を示していた。しかし、同区の離婚法は他の諸州のそれとちがいで、蓮邦憲法第十八章・八節・十七項の規定にもとづき、連邦議会の制定にかかり、離婚訴訟も同区の連邦地方裁判所・控訴裁判所さらには最高裁判所の管轄に属する点ではっきり区別される。⁽⁴⁾とはいえ、離婚法の実体的な内容まで特色を具えるわけではない。一九三五年法が離婚原因を四つに増加し、五年間の別居をその一つに加えたのは、まさに破綻主義的な見解の採用にほかならないが、これも同区のみに見られる現象ではなく、他のいくつかの州もすでに同じ傾向を辿っている。かくて当面の事件において、破綻主義的な離婚原因に対し互責を抗弁にできるかどうかが問題になった。五年以上継続した自発的な別居によって、婚姻は事実上その存在を失っており、かかる事実を理由とする離婚請求に対し、夫は別居中の妻の姦通を抗弁とする。この抗弁の容れられない理由は、くり返えしてのべるまでもなく、ネバダ州の事件の場合と異なるところはなからう。もし妻が①または②を離婚原因としたのであれば、夫の互責の抗弁は有効にはたらいたかも知れないが、ここでその余地は存在せず、原審が妻の非行の有無を認定しなかつたのも、尤もと思われる。その後、*Buford v. Buford* (一九四六) 事件⁽⁵⁾も、「五年間の別居を離婚原因と定める法律の目的は、悪を罰するとか、善を賞めるとかではなく、事実上、存在しなくなっている婚姻を法律上も終らせるにある」と同じ趣旨を表明したことを指摘しておこう。なお、最近、一九六六年法・十六章・九〇四条の三によれば、別居期間は一年に短縮されている。⁽⁶⁾

(1) District of Columbia code. 1951. vol. 1, p. 520.

(2) District of Columbia code. op. cit., pp. 519—520.

(3) F. (Federal Reporter). 2d. vol. 144, p. 509.

(4) 序章・註(一)参照。

(5) F. 2d. vol. 156, P. 567.

(6) Freed Grounds for Divorce in the American Jurisdictions, Family L. Q. vol. VI, p. 184.

第六節 ペンシルバニア州

一九二九年法のうち離婚法に当る第二三章の第五二条によれば、「姦通を理由とするすべての離婚訴訟において、もし被告が原告に同様の罪 (the like crime) がある旨を主張かつ立証するか、証拠によって明らかになるならば……それは該訴訟に対する有効かつ永久的な抗弁となる⁽¹⁾」。これはさきに第二章・五節で触れたテキサス州の一九二二年法第四六三五条と同趣旨である。夫婦双方の姦通にかぎって互責を適用し、絶対的な棄却事由とみとめる。一九四九年法では同じ第二三章・五二条にうけつがれるが、この規定のもとで互責が問題になったとして引用される⁽²⁾ つぎの二つの事例は、いずれもそれを適用する前提要件を欠いている。

まず *Newman v. Newman* (一九五二)⁽³⁾ 事件において、妻は姦通を理由に離婚の訴を提起し、夫は同じく姦通を互責の抗弁とした。原審が双方の非行を認定して妻の請求を斥けたので、彼女は控訴した。裁判所はこれに対し、「姦通を理由とする離婚判決は有責配偶者の自認のみにもとづいて与えられないが、自認が十分に信頼でき、不承になされており、共謀の疑いの存しないものであれば、姦通に関する最も安全な証拠の部類に入れられる」として、一方で夫の姦通は認定したが、妻のそれについては証拠不十分とみとめた。そこで、「互責の原則は、法の知

っている最も重大な夫婦間の罪について責ある被告の有利に、比較してみると全く非行がないといえる原告に対して、作用させることはできない」とのべ、原判決を破棄・差戻している。離婚訴訟における夫婦間の共謀は姦通をめぐってしばしば行われており、共謀を阻止する一つの方法として、自認に補強証拠を要求することが数えられる。だが、当面の場合、妻には離婚原因たる姦通の事実が証拠不十分で認定されないため、互責の前提要件たる夫婦双方の姦通を欠くにかかわらず、原審が事実認定を誤って適用した結果、妻の控訴がみとめられたわけであって、疑問となる点はない。

前示の規定との関連では、むしろ *Henning v. Henning* (一九五二) 事件が重視されよう。この事件において、夫が二年間の遺棄を離婚請求の理由としたとき、妻は、彼女が夫を遺棄した間に夫のした姦通を互責の抗弁とする。原審は妻の抗弁をみとめ、夫の請求を棄却したので、彼が控訴した。裁判所はこれに対し、「遺棄を理由に離婚判決を求める夫が、二年間の遺棄の間に姦通し、現在まで継続しているならば、彼の離婚請求を阻止することになる」とのべたのち、夫の姦通は認定するが、遺棄は実際に二年に及んでいないとて、原審の事実認定の誤りを指摘し、夫の控訴を斥けている。離婚法の規定によれば、夫婦双方の姦通についてののみ、互責を適用すべきものとされるから、夫が二年間の遺棄を理由とする当面の場合、その事実が認定されるかぎり、妻は夫の姦通を主張して離婚請求を阻止することはできないはずである。しかるに、裁判所は、もし遺棄が一年以上に及んでおれば、妻は夫の姦通を互責の抗弁にできる旨をのべている。本件はこれに当てはまらないが、互責の適用範囲が双方の姦通にかぎられることなく、拡大される可能性をみとめたものとして注目に価しよう。

ところで、一九五九年にいたり、離婚法の改正案が州議会に提案され、司法委員会で審理されることになった。合同州政府委員会によって起草され、判事・弁護士・州議会議員および宗教家の意見を反映したものとされる。⁽⁵⁾これを当面の問題たる請求棄却事由についてみれば、「離婚原因・婚姻取消および抗弁の廃止」と題する第三章の一三〇四条は、つぎのように定めている。「抗弁の廃止、姦通に対する抗弁——本法において別段の規定ある場合を除き、互責・宥恕・承認および共謀の抗弁は、ここに廃止する。しかしながら、姦通の非難が加えられる場合、もしかかる非行を主張する当事者が自ら、非行がなされるようにたくらんだか、または非行を進んで許した事実が立証されるならば、裁判所はそれを理由に離婚請求を棄却することができる。だが、他に婚姻解消の原因が存するかどうかを決定するにつき、裁判所はかかる非行を考慮できる」というのである。⁽⁶⁾一九二九年法第三章の第二五条と第五二条は、互責と並べて宥恕・承認および共謀を、姦通を理由とする離婚請求に対する有効かつ永久的な抗弁——つまり絶対的な棄却事由と定めているから、もし改正案が採択されるならば、前示第三〇四条により、互責と共謀に関する規定はその姿を消し、承認と宥恕は裁量的な棄却事由へと変質をとげることになる。だが、現在までのところ、改正案が採択された事情はみられず、一九七三—七四年法でも第二三章・五二条に同じ規定がいぜんとして存在している。⁽⁷⁾

再び判例を検討すれば、最近の Smith v. Smith (一九六五) 事件⁽⁸⁾は *Henning v. Henning* (一九五二) 事件と類似の事実関係のもとで、互責を広く適用する趣旨を表明するのが注目される。この事件において、夫は遺棄と侮辱を理由に離婚の訴を提起し、審理ののち、補助官 (Master) は遺棄のみを理由に離婚判決を与えるよう勧告

する報告書を提出した。原審はこの勧告を拒否し、夫の請求を斥けたので、彼が控訴した。裁判所はこれに対し、妻が最初に夫を遺棄してから二年を経過しない間に夫が姦通したこと、夫は侮辱を立証できなかったこと、を認定したうえ、「夫は本件紛争の発生について、少くとも同等の責を負うべきであるから、たとえ紛争の事実を立証できたとしても、彼は離婚判決を得ることができない」とのべ、控訴を斥け、原判決を容認している。つまり、妻に遺棄、夫には姦通の責があるから、これには互責を適用すべきなというわけである。やがて *Henning v. Henning* (一九五二) 事件で互責の適用は離婚法のいう「双方の姦通」を越えて拡大される道が開かれたが、本件がこの道を歩きはじめてものごとくつひかたう。

- (1) Pardon's Pennsylvania statutes Annotated. 1930. p. 317.
- (2) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic relations, p. 1109.
- (3) A (Atlantic Reporter), 2d. vol. 85, p. 613.
- (4) A. 2d. vol. 85, p. 616.
- (5) Foster, Jr, Spadework for a Model Divorce code, *Journal of Family Law*, vol. 1, pp. 11-12.
- (6) Foster, Jr, op. cit., p. 61.
- (7) Pennsylvania statute Annotated. 21-23. Cumulative Pocket Part. 1973-74, P. 148.
- (8) A. 2d. vol. 208, P. 915.

互責に関する判例として最も年代の古いものと考えられる *Matrox v. Matrox* (一八二六) 事件は、その理論的根拠としてクリーン・ハンズの原則によっており、降って *Veler v. Veler* (一九三五) 事件も変りなかつた。このことは第二章・一節および第三章・四節の一にのべたとおりである。ところで、オハイオ州でのリーディング・ケースとされる *Opperman v. Opperman* (一九四五) 事件は⁽¹⁾ちがった見解を示している。この事件において、妻が二年間の遺棄を理由に離婚の訴を提起したとき、夫は妻がその間に他の男性と親密な関係にあった事実を明らかにした。原審は遺棄の事実を認定し、さらに妻にも重大な義務違反があったとみとめ、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、妻の義務違反は離婚原因にまでいたらないから、互責の適用はなく、したがって妻の請求を棄却した原判決は破棄されなければならないと判断した。互責の原則が適用される事例ではなかつたが、判決のなかでさらに、「当州に関するかぎり、本裁判所でこの原則を強行するのは、合理的にみて、衡平法上のクリーン・ハンズの原則よりも、むしろ、相互捺印契約の違反を理由に救済を求める人は、彼自身が義務を履行していなければならない」との概念にもとづいている」旨を付け加えるのが注目される。あたかもカリフォルニア州で民法が制定される以前の *Conant v. Conant* (二九五八) 事件と同じく、衡平法ではなく、コモン・ローの原則を基礎として互責を維持しようというわけであるが、その際に問題となつたように、婚姻の本質を単なる契約に留まらず、機能的に一個の制度として把握するとき、右の理論付けには疑問が呈される。互責によるかぎり、有責性比較の原則が採用される余地のないのはいうまでもないけれども、右につづく三つの事件でこのことが明らかになる。まず、*Keath v. Keath* (一九四六) 事件⁽²⁾において、妻の離婚請求に対し夫が反訴を提起したとき、原審は

夫婦双方に離婚原因たる非行を認定し、双方の請求を棄却した。双方が、「原裁判所は明らかに証拠にさからい、法に違反している」ことを理由に控訴した。夫婦の一方または双方から有責性比較の原則によるべく主張されたためかどうか、明らかでないが、裁判所は双方の控訴を斥け、つぎのようにのべている。「当事者にとって不幸なことであるが、当州は有責性比較の原則を採用していない。離婚訴訟の当事者双方の行為が離婚原因を与えるようなものであれば、いずれも救済を得られないとの法則に、厳格に従っている。この理論は、非行の量を計り、非行の少ない方 (one less guilty) に離婚判決を与えるのを決して許さない。なぜならば、そうすることは、離婚を無責者のための救済とみとめる原則を拒否する結果となるから」というのである。有責性比較の原則を適用しない旨がはっきりのべられている。

① Sandrene v. Sandrene (一九五二) 事件⁽³⁾では、「オハイオ州において、有責性比較の原則は力をもっておらず、互責の原則が優勢である。夫婦各自が離婚原因たる非行をしたとき、いずれも離婚判決を請求できない」とし、Sevi v. Sevi (一九五九) 事件⁽⁴⁾も、Keath v. Keath (一九四五) 事件の判決をそのまま拠りどころとして、有責性比較の原則を排除している。

右の三つの事件は互責を維持しながら、その理論的根拠がクリン・ハンズの原則なのか、相互捺印契約の理論なのか、はっきり示さないけれども、これらに先立つ Opperman v. Opperman (一九四五) 事件がオハイオ州でのリーディング・ケースとされる点からみれば、後者を当然の前提としているものと考えてよからう。一方、クリン・ハンズの原則と関連し、一九五一年に州法第三一〇五条の二十の一部分がつぎのように改められたことを見逃

してはならない。「家族関係についてのいかなる事件でも、裁判所はその完全な衡平法上の権限および管轄権を奪われているものとみなされるべきではない」というのである。Opperman v. Opperman (一九四五) 事件は、それまでクリーン・ハンズの原則が互責の理由づけとされたものを改め、コモン・ローの原則によるのを妥当としたけれども、右の法改正により、裁判所が離婚事件において衡平法の諸原則を適用する可能性がはじめて法律上に明記された結果、Mattox v. Mattox (一八二六) 事件ないし Veler v. Veler (一九三五) 事件の示した見解のつと、再びクリーン・ハンズの原則に復する道も開かれたはずと考えられる。だが、改正後の Sandrene v. Sandrene (一九五二) 事件および Sevi v. Sevi (一九五九) 事件がこの道をとった形跡は少しもみとめられな⁽⁵⁾。

ところで、最近、オハイオ州法曹協会の家族法委員会は一九六六年九月九日に、議会が離婚原因として「二年間の自発的な別居」を法律に付け加えるよう提案した。⁽⁶⁾ 具体的にいえば、州法第三一〇五条は(a)から(j)まで十個の離婚原因を規定しているが、そのあとに(k)として、「もし夫婦が二年間少しも同居することなく、別居を継続したならば、いずれか一方の請求にもとづき、本条の各条項に関する既判事項または互責の抗弁は、いずれか一方が、和諧の可能性を全く欠くこの理由(二年間の別居)で離婚判決を得るのを阻止することはない」旨⁽⁸⁾を付け加えようというのである。同年十一月十二日に州法曹協会の代議員会で議題としてとり上げられたが、もし提案どおり、二年間の別居が第一三〇五条の(k)に離婚原因の一つとしてみとめられることになれば、さきのネバダ州およびコロンビア区にみたと同じく、互責は破綻主義的な離婚原因たる二年間の別居を理由とする離婚訴訟において、本来の効果を発揮する余地を失うにいたると思われる。

- (1) N. E. (Northeastern Reporter) 2d. vol. 65, P. 655.
- (2) N. E. 2d. vol. 168, P. 440.
- (3) N. E. 2d. vol. 121, P. 324.
- (4) N. E. 2d. vol. 168, P. 440.
- (5) Hutchinson, The Status of Recrimination as a Defense to Divorce Action in Ohio, Western Reserve L. R. vol. 18, P. 1342.

- (6) Hutchinson, op. cit., P. 1343.
- (7) Hutchinson, op. cit., P. 1337.
- (8) Hutchinson, op. cit., P. 1344.
- (9) Hutchinson, op. cit., P. 1344.

第八節 イリノイ州

第二章・十四節で互責をめぐるイリノイ州の初期の事情を検討し、離婚法に直接の規定はないが、裁判所は離婚原因たる姦通を他の非行と区別しつつ、互責を適用することを明らかにした。かかる事情はその後も変わっていない。この *Decker v. Decker* (一九〇〇) 事件⁽¹⁾ をみよう。この事件において、妻が性交不能および虐待を理由に離婚の訴を提起したところ、夫は虐待の事実を否認し、さらに妻の姦通を抗弁とした。原審は夫婦双方の非行を認定したうえ、妻の請求を棄却した。そこで妻が控訴し、互責の抗弁としての姦通は姦通を理由とする訴に対してのみ主張できるにすぎないとのべ、原判決の破棄を求めた。裁判所はこれを斥け、原判決を容認している。すなわち、

「虐待を理由とする請求に対し、姦通は有効な抗弁であると考え。……道徳的見地からして、姦通は他のいずれの離婚原因よりも一そう重要性を有する」。妻の主張の趣旨は、夫婦双方の非行の種類が同じ場合にのみ互責の適用があり、本体ではその種類が異なるから適用すべきでないというのか、またはより狭く、互責は双方の非行が姦通であるときにのみ適用されるというのか、そこまで明らかでない。とはいえ、裁判所は当初の判例以来一貫してとってきた見解を当面の場合にも表明している。姦通を他の非行と区別して重視する見解に立ち、妻の姦通と夫の虐待を認定しながら、姦通のある妻の請求を斥けたわけである。もし立場を逆にし、妻に虐待、夫に姦通があったとすれば、妻の請求は充分にみとめられたと思われる。

イリノイ州において、夫婦のいずれか一方に姦通があり、他方はそれ以外の非行である場合、互責との関係は右のとおりとなるが、もし双方が姦通以外の非行のときはどうなるのか。非行の種類の場合には互責を適用することは、すでに *Duberstein v. Duberstein* (一八九八) 事件で明らかにされているから、種類を異にする場合が問題として残ってくる。この問題も、広く互責がクリーン・ハンズの原則によることを表明する *Grady v. Grady* (一九三二) 事件で間接的に解決された観がある。同州で互責が離婚法にはじめて明確に規定された年度はわからないが、本件当時に効力をもっていた一九二七年法第四十章・十一条によれば、双方の姦通についてのみ互責が適用される旨を規定するにすぎない。したがって、ここでクリーン・ハンズの原則をもってくるのは、右の規定以外の場合に、夫婦双方の非行の種類のかんを問わず、広く互責の適用を及ぼす趣旨とみてよからう。この事件において、夫が遺棄を理由に離婚判決を求めたが、妻は反訴で遺棄および虐待を主張した。そこで夫は訴状を訂正し、

妻の姦通の事実をも列挙した。原審は夫の主張をすべて不実としてその請求を棄却する一方、妻の反訴も、その主張事實はみとめられるが、彼女が共同被告人と恋愛遊技をしたことは、その請求を棄却するに充分と判断とした。双方からの控訴に対し、裁判所は妻の姦通と夫の遺棄および虐待を認定し、双方の控訴を斥けてつぎのようにいう。すなわち、「衡平法裁判所は良心裁判所である。本件のような場合、その力を減らされるべきではない。夫に離婚判決を与えることは、良心および正義感に反する。われわれは、制定法に規定のない場合、イリノイ州の大法官が衡平法の一般的諸法則および諸原理にもとづいて、当事者間の権利関係を解決する同等の権限をもつと考える」。

一八二五年以来、離婚事件の管轄権は衡平法裁判所たる巡回裁判所に与えられていることは、第二章・十四節にのべたとおりであるから、互責の原則をクリーン・ハンズ⁽⁴⁾の原則によって理論的に裏付ける潜在的可能性は終始存在していたはずである。それが本件によってはじめて表明されたとみてよいのではなからうか。清い手をもってこなければ、衡平法裁判所は離婚請求をみとめない。この大原則によるかぎり、未解決のまま残っているさきの問題も自ら氷解しよう。双方に離婚原因たる非行のあるかぎり、種類の異同を問題とするまでもなく、いずれの離婚請求も容れられない。離婚法の規定が互責の適用を夫婦双方の姦通にかぎるにかかわらず、判例によってその適用を拡大したものととして、大きな意義がみとめられよう。なお、一九二七年法の規定はそのまま一九三五年法第四十章・十条⁽⁴⁾から一九五一年法第四十章・九条⁽⁵⁾へとうけつがれ、互責が共謀および承認と並んで請求棄却事由とされている。そして、互責に関するかぎり、「特定の事項を表示するのは、他の事項を排除する意味である」⁽⁶⁾ (Expressio unius est exclusio alterius) との諺は、いくひかの州と同じく、ユニイリノイ州にも当てはまらない。

- (1) N. E. vol. 61, p. 1108.
- (2) Zacharias, Recrimination in the Divorce Law of Illinois, Chicago-Kent L. R. vol. XIV, pp. 228-229.
- (3) Vernier, American Family Laws. vol. II, p. 86.
- (4) Zacharias, op. cit., p. 225.
- (5) Illinois Revised statute. 1949. vol. I, p. 1425.
- (6) Zacharias, op. cit., p. 230.

第九節 ミシシッピ州

ミシシッピ州の一九三〇年法第一四一四条および第一四一六条によれば、共謀と宥恕を請求棄却事由とするのみであつて、互責については何も規定していない。だが、判例はつねにこれを適用しているようで、Dunn v. Dunn⁽¹⁾ (一九三〇)事件によつてもわかる。この事件において、夫が姦通および遺棄を理由に離婚の訴を提起した。夫は、婚姻後四年にして妻が正当な理由なく彼を遺棄し、他男と同棲したので、彼は再婚が可能であるとの忠告にもとづいて他女と婚姻し、十八年を経過し、その間に孫も産れている事実を明らかにする。妻が姦通を抗弁としたのに対し、裁判所は互責を適用し、夫の請求を容れていない。事実上の離婚後二十年近くを経た現在、夫婦それぞれをめぐつていかなる事態が展開していかうとも、法律上、婚姻はいぜんとして継続しており、両者の行状が離婚原因に当るかぎり、互責の対象に充分と判断したにちがいない。しかし、当面の場合、離婚請求の棄却によつて果して正義が実現され、公正な結果が得られるであろうか。恐らく、何人も肯定するにはちゆうちょを感じよう。ここに互

責のもつ不合理な面が改めて大きく浮び上ってくる。「互責の原理は理性にもとづく論理的な成果ではなく、まず独断的な結論に達したのち、あとからそれを理由づけたにすぎない⁽³⁾」とのバンクレイの批判は、右の面を射ていると思われる。

かかる批判にもかかわらず、ミシシッピー州で互責は引きつづき適用される。Oberlin v. Oberlin (一九四七) 事件⁽⁴⁾において、裁判所はクリン・ハンズの原則の助けを借り、原告の離婚請求を棄却してつぎのようになる。すなわち、「互責の原則の合理的なことは、それが原告の主張に対し防禦的な効力をもつからではなく、直ちに訴訟当事者としての原告の資料を吟味する点にある。その合理性に関するわれわれの確信は、自由かつ実際的な見解にもとづく本件被告の主張に優るとも劣らない。……配偶者のわづかの非行を非難して裁判所にやってくる人は、彼自身の眼のうづばりをあらわさないよう注意する必要がある。彼の手は清くなければならぬ」。これまでオハイオ、コロラド、マサチューセッツ、イリノイ、ケンタッキー、ウイスコンシン、およびミシガン諸州がクリン・ハンズの原則を互責の理論的裏付けとした事実を明らかにしたが、当面のミシシッピー州もそれにならったわけである。一八三二年の州憲法は第一五九条において、「大法官裁判所は以下の諸事項および諸事件に完全な管轄権をもつ」とし、「(b)離婚および扶養料……」をその一つに数え、さらに離婚事件を衡平法上の手続と定めた⁽⁶⁾。この点からすれば、同州において、離婚事件にクリン・ハンズの原則が適用されるのも、一応尤もであろう。とはいえ、互責のもつ不合理な面はすでにさきの *Dunn v. Dunn* (一九三〇) 事件において明らかにされており、クリン・ハンズの原則をその裏付けにすることにも少なからぬ疑問が生じてくる。

バンクレイによれば、「離婚訴訟が提起されるとき、州は密接な利害関係をもっているから、等しく非行のある夫婦の一方または双方によって離婚判決が求められ、しかもそれによって公德 (Public good) が促進されるならば、判決を与えるのを拒否すべきでない。クリーン・ハンズの原則の適用には例外が存在し、離婚訴訟自体が例外に当る」という。これを是認すれば、互責の問題にクリーン・ハンズの原則をもつてくることができなくなる。だが、すでに第一章で明らかにしたとおり、イギリスにおいて離婚事件には衡平法上の権利を含まず、教会裁判所の管轄に属し、衡平法上の原則が適用されることはなかったが、アメリカの多くの州はそれと関係なく、法律によって新たに離婚事件を衡平法上の手続と定めたのであり、当面のミシシッピ州もその一つに数えられる。そうだとすれば、離婚事件にクリーン・ハンズの原則をもつてくること自体が不可能ではなく、可能であり、問題はむしろ夫婦双方の非行がみとめられるとき、その原則を適用して離婚請求を棄却してしまうのが果して妥当かどうかという点に帰着するといわなければならない。ストーリーも、「真実、当事者双方に等しく非行のある場合、クリーン・ハンズの原則の適用によって救済は与えられないが、それを与えることによって公益が促進される場合は別である」とのべている。

夫婦双方の非行を理由に離婚請求を棄却するよりも、むしろ請求をみとめる方が夫婦のため、ひいては社会の利益をも増進する結果になると判断すれば、クリーン・ハンズの原則を適用しない。つまり、互責の原則を排除することが望ましい。当面のミシシッピ州において、裁判所がいぜんとして互責を維持するため、問題を立法的な面から解決しようとの動きが出てきた。一九四二年法第二七三五条が離婚原因を列挙すると同時に、共謀および宥恕

を離婚請求棄却事由と規定するが、互責について何ものべない点で一九三〇年と変りはない。そこで、同条をつぎのように改めようと提唱される。「夫婦の一方または双方に下記の事由のうち一つまたはそれ以上の事由が認定される場合、裁判所は離婚判決を言渡すことができる」というのである。それから十二年を経たとき、一九五六年法第二七三五条は遺棄・不治の精神病および三年以上の懲役について、これを互責の抗弁とするかどうか、裁判所に裁量権をみとめるにいたった⁽⁹⁾。だが、これも他の離婚原因についてまで互責を完全に排除してしまふ強力な規定ではない。裁判所が互責をいぜん適用しつづける可能性も残されている。果して裁判所が前示の規定に対していかなる見解を示すであらうか。

最近の *Hinton v. Hinton* (一九六〇) 事件⁽¹²⁾のなかにそれをみる事ができる。明らかにされたところでは、まず夫婦が最終的に別居したのち、妻は常習的な残酷かつ非人道的処遇を理由に離婚の訴を提起した。扶養料並びに五人の子の監護を求め、さらに一二〇エーカーの住宅は夫の所有になっているが、夫婦共同の努力によって蓄積されたものであり、離婚後はそのまま彼女と子のための住いに供されるべく主張する。しかし、夫は妻の主張をすべて否認したうえ、残酷かつ非人道的処遇を理由に離婚反訴を提起した。裁判所は夫婦双方の離婚請求をみとめ、夫については三人の子の監護、妻には二人の子の監護を命じ、後者のため夫が毎月、一人当り五ドルの扶養料を負担すべきものとしたが、妻の扶養料は与えなかった。住宅をめぐる夫婦の権利関係について、裁判所は何も判断を下していない。この判決は一九五六年に言渡されたが、妻は控訴を提起しない。離婚後二年を経て、前夫が住宅の所有権を主張し、占有を要求して提起したのが *Hinton v. Hinton* (一九六〇) 事件であるが、当面の問題とは関係

がないから、ここでは前示のように、夫婦双方の残酷かつ非人道的処遇にもかかわらず、裁判所が双方に離婚判決を与えていたことに注目しなければならない。もし裁判所が以前のとおり、離婚法に規定がなくとも互責を適用する見解を続いてとるならば、双方の請求はいずれも斥けたはずである。そうしなかつた裁判所の判断は、さきの改正を他の離婚原因についても是認し、それを指向するものとみてよいのではなからうか。

- (1) Venier, *American Family Laws*, vol. II, pp. 74, 76, 81.
- (2) S. (Southern Reporter), vol. 125, p. 562.
- (3) Bunkley, Jr. *The doctrine of Recrimination in Divorce Law*, *Mississippi L. J.* vol. 20, p. 328.
- (4) S. 2d. vol. 29, p. 82.
- (5) Bunkley, *op. cit.*, p. 329.
- (6) Bunkley, *op. cit.*, p. 330.
- (7) Bunkley, *op. cit.*, p. 330.
- (8) Story, *Commentaries on equity Jurisprudence*, vol. I, p. 190.
- (9) Jacobs and Goebel, *Cases and other materials on Domestic Relations*, pp. 1103-1109.
- (10) Bunkley, *op. cit.*, p. 325.
- (11) Freed, *Grounds for Divorce in the American Jurisdictions*, *Family L. Q.* vol. VI, pp. 193-194.
- (12) S. 2d. vol. 124, p. 844.
- (13) “シシッピュー州は現在、夫妻別産制を採用して居る。”
- (14) Bunkley, *Amis on Divorce and separation in Mississippi*, *Supplement*, p. 18.

第十節 カンサス州

カンサス州では一八六八年法第六四三条に、「当事者が同等の非行をしたことが明らかになる場合、裁判所は、裁量にもとづいて、離婚判決の言渡しを拒否してもよい」と規定したが、これは互責を裁量的な棄却事由とする趣旨である。だが、初期の判例はいずれも、右の規定にかかわらず、結論からみて、互責を命令的なものと解するのと少しも異ならなかった。⁽²⁾かかる事情は第二章・四節に明らかにしておいた。

一九〇〇年代に入ると裁判所の見解が変ってくる。最初に *Roberts v. Roberts* (一九一八) 事件⁽³⁾をあげることができる。この事件において、夫が遺棄および重大な義務違反を理由に離婚の訴を提起したとき、妻は夫の主張を全面的に否認し、かえって夫の姦通の事実を抗弁とした。原審は夫の非行を認定せず、彼に離婚判決を与えたので、妻が控訴した。当時は一九一五年法第六八条⁽⁴⁾が、さきの一八六八年法第六四三条をそのままうけついでいる。裁判所はこの規定のもとで、原審と同じく、妻の非行のみ認定したため、彼女の控訴を斥けており、互責の適用の余地は存しなかったが、右の規定に関連し、つぎのようにのべている。「たとえ当事者間に同等の非行のある事実が認定されたとしても、裁判所は離婚判決を与えたかも知れない。なぜならば、離婚請求を斥ける裁量には、請求を容れる裁量を暗黙に含んでいるからである。……請求を斥けることが命令的な義務であるならば、裁量というものはあり得ない。請求を斥ける裁量には、その逆の、請求を容れる裁量が必然的に附随している」というのである。互責の事実が明らかかな場合、裁判所はそれを理由に離婚請求を必ず斥けなければならないのではなく、請求を棄却

するか、認容するかについて、裁量権を有する旨を明示するわけで、離婚法の規定をはじめて文言どおり素直に解釈し、互責を裁量的棄却事由とみとめる点に本件の意義が存しよう。

一九一五年法第六六条は一九二三年法第六十章・一五〇六条にうけつがれ、この規定のもの(Lassen v. Lassen (一九三二))事件も同じ趣旨をのべている。この事件において、夫が重大な義務違反および極端な虐待を理由に離婚判決を請求したとき、原審は夫の請求を容れて離婚判決を与え、三人の子の監護をみとめる一方、妻に対する扶養料支払を命じた。夫は扶養料支払について控訴し、妻も彼女の非行に関する証拠は不十分であると主張し、子の監護を求めて控訴した。裁判所はこれに対して、「われわれはこれまで、もし夫婦双方に同等の非行がある場合、裁判所はその裁量にもとづいて、離婚請求を棄却することもできるし、離婚判決を言渡してもよい旨をのべてきた。本件において、事実審裁判所がその裁量権を行使して達した結論をかき乱すべき理由は何も見出されない」として、原判決を容認している。

当面の場合も、さきの *Roberts v. Roberts* (一九一八) 事件と同じく、夫婦の一方にのみ離婚原因たる非行が認定されるにすぎないから、互責の適用が問題となる事例には当らない。にもかかわらず、互責が裁量的棄却事由である趣旨を明らかにするのは何故であろうか。この点に関連し、原審は傍論として、「本件の証拠によれば、夫婦双方が離婚の種をまいたようにみえる。たとえ双方が離婚を望んでいても、いずれか一方に離婚判決が与えられるか、双方の請求は斥けられることになろう」とのべていた。ここに双方が種をまいたとは、必ずしも双方に離婚原因たる非行があったことを意味しない。そこで、右の結論は、夫婦双方が離婚判決を請求していても、一方のみ

離婚原因が認定されれば、他方の離婚請求をみると、双方に非行があれば、双方の請求は斥けられる。つまり互責を命令的な棄却事由とする見解を示したものとみてよい。だが、かかる見解は、離婚法の規定をその文言どおりに理解し、互責をはじめて裁量的棄却事由と判断した先例たる *Roberts v. Roberts* (一九一八) 事件に違背しているため、誤りを正す意味で、判決のなかにとくに指摘したのではなからうか。なお、前示の一九二三年法の規定は、その後、一九三五年法第六十章・一五〇六条から、一九四九年法の同じ第一五〇六条を経て、一九六四年法第六十章・一六〇六条⁽⁶⁾に⁽⁷⁾うけつがれてゐる。

- (1) P. (Pacific Reporter), vol. 34, p. 118.
- (2) *Van Brunt v. Van Brunt* (一八九三) 事件 *see* Paper v. Paper (一八九七) 事件がこれに当る。
- (3) P. vol. 173, p. 537.
- (4) General statute of Kansas Annotated. 1949. p. 1663.
- (5) P. 2d. vol. 7, p. 120.
- (6) *Bigman*, *Recrimination as a Defense to Divorce*, *Intramural L. R. of New York university*. vol. 6. No. 1, p. 24.
- (7) General statute of Kansas Annotated. 1944. p. 1663.
- (8) *Kansas statute Annotated*. 1964. vol. 4, p. 570.

第十一節 オクラホマ州

カンサス州の南に位するオクラホマ州の一九二一年法第五〇五条によれば、「当事者双方に同等の非行のあるこ

とが明らかな場合、裁判所はその裁量にもとづいて、離婚判決の言渡しを拒否することができる (may refuse)⁽⁷⁾。同等の非行とは、種類の異同を問わず、離婚原因に該当する非行を意味するから、ここで互責の厳格な適用を排除したものといわなければならない。この規定のもとで Panther v. Panther (一九三二) 事件⁽⁸⁾があらわれる。この事件において、妻は重罪による十五年間の有罪判決言渡を理由に離婚判決を求めたが、夫は、彼の非行は妻によって宥恕されたと主張し、かえって訴提起後の姦通および常習的酩酊を抗弁とした。原審は宥恕の主張を斥け、あらゆる証拠を検討したのち、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、「一九二一年法第五〇五条のもとで、原審は当事者双方に等しく非行のある事実が明らかな場合、離婚判決を言渡すかどうかについて、裁量権を与えられている。かかる場合、原審がその健全な司法裁量権を濫用した事情のないかぎり、控訴をうけた本裁判所は原判決を取り消すことはしない」とのべ、夫の控訴を斥け、原判決を容認している。だが、ここで厳密にみれば、夫の非行は明白に立証されたが、妻の姦通について、一方でその事実を示すいくつかの証拠があるが、他方でかかる主張を強力に否定する証言もあっても、結局、裁判所は確実な証拠を認定できていない。つまり、離婚原因たる非行は夫の側にのみ存し、妻がそれを離婚請求の理由とし、裁判所がその請求をみとめるという、離婚訴訟としては典型的な場合に該当している。それゆえ、双方に非行のあることを前提とし、裁判所に裁量権をみとめる前示第五〇五条の適用をうける例に当らなかった、とするのが正しいのではなからうか。

その後、Cates v. Cates (一九四四) 事件⁽⁴⁾でも、前示の規定をうけついで一九四一年法第十二章・一二七五条の適用の可否が問題になる。この事件において、夫は極端な虐待を理由に離婚の訴を提起し、妻は彼女の非行を否認し

たうえ、極端な虐待、常習的な飲酒および重大な義務違反を理由に反訴を起した。原審が夫の請求をみとめたので、妻が控訴した。裁判所はこれに対し、「審理によって引き出された証拠によれば、事実および落度に関し相容れないものがあるけれども、当事者間の婚姻関係が意に満たないものとなり、婚姻関係の破綻に資する数々の行為について、双方に罪のあることは実質的に一致している。離婚判決の言渡しを確証するに充分であった」とのべ、原判決を容認している。果して原審は、夫婦双方に離婚原因たる非行を認定したうえ、前示のもとで夫の請求をみとめたのであらうか。判決の文面からみれば、むしろ双方の非行は離婚原因に当るとまではいえないが、両々相まって婚姻関係を破綻に追い込む原因をなしたと判断しているように思える。そうだとすれば、さきの Panther v. Panther (一九三一) 事件と同じく、互責に関する前示第一二七五条の適用される場合には当たらない。また、双方が離婚判決を請求しているから、夫の請求のみみとめたのは、有責性比較の原則によったかのようにみえるが、双方に離婚原因たる非行が認定されていないから、該原則を適用する前提をも欠いている。結局、裁判所は離婚原因を認定できず、互責に関する規定を適用できない場合に、破綻主義的な見解を導入し、妥当な解決を計ったものと推測するのはかはない。

降って、White v. White (一九五五) 事件⁽⁶⁾では一九五一年法第十二章・一二七五条⁽⁷⁾が関連してくる。同条によれば、「離婚訴訟の当事者双方に同等の非行のあることが明らかの場合、または証拠によって制定法上の離婚原因の一つを証明できない場合、裁判所は健全な裁量を行使して、離婚請求を棄却することができる」。従来と同じく互責の厳格な適用を排除するのはもとより、さらに離婚原因が存しなくとも離婚判決を言渡す道を開いているわけであ

るが、これはさきの *Cates v. Cates* (一九四四) 事件で推測された破綻主義的な見解の導入を間接的に是認したものと解してよいのではなからうか。さて、右の事件において、妻は遺棄を理由に離婚の訴を提起し、夫は極端な虐待と重大な義務違反を反訴請求の理由とした。原審は双方の非行がいずれも離婚原因に及ばないと、双方の請求を棄却したが、夫のみ控訴した。裁判所はこれに対し、「たとえ夫が充分な離婚原因を示したとしても、一九五一年法第一二七五条のもとで裁判所は、妻が無責でないときに、夫の離婚請求を棄却することができる。当面の場合、夫が無責でないことは十分に証明されており、したがって原審が夫に離婚判決言渡しを拒否しても、裁量権の濫用ではない」とのべ、原判決を容認している。夫婦双方に離婚原因たる非行は存しないが、双方とも無責ではないから、もし婚姻関係破綻の事実が認定されたならば、原審は双方に離婚判決を言渡すことも可能だったはずである。だが、破綻の事実の有無は少しも問題とされていないところからみると、当事者がかかる事実を主張せず、裁判所もそれを認定できなかったため、夫の控訴棄却という妥当な結論におちついたものと考えられる。

一九五九年法にいたれば、第十二章・一二七五条が改訂され、「同等の非行は離婚請求を棄却する根拠とならず、かかる事情のもとで離婚判決が言渡されるならば、それは双方に与えられるべきである」と定められた。⁽⁸⁾ これまで互責は裁量的な棄却事由であったのが、右の規定により、裁量的なものでさえなくなり、離婚法から、その姿を完全に消してしまったことになる。

(一) P. vol. 295, P. 221.

(二) Vernier, *American Family Laws* vol. II, P. 87.

- (3) P. vol. 295, P. 219.
- (4) P. vol. 152, P. 261.
- (5) Bigman, Recrimination as a Defense to Divorce, *Intramural L. R. of New York University*, vol. 6, No. 1, P. 24.
- (6) P. 2d. vol. 281, P. 745.
- (7) Jacobs and Goebel, *Cases and other materials on Domestic Relations*, P. 1109.
- (8) *Oklahoma Statutes*, 1961. vol. 1, P. 896.

第十二節 ニューメキシコ州

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存しない。当面の互責についてみれば、判例によって適用されている。まずリーディング・ケースといわれる *Chavez v. Chavez* (一九三五) 事件⁽¹⁾をあげてみよう。この事件において、妻は遺棄および扶養義務不履行を理由に離婚の訴を提起したが、夫は彼の非行を否認し、かえって姦通を抗弁とした。原審は遺棄の事実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、「制定法が互責について何ものべていない場合、裁判所は、立法部がイギリスの教会裁判所を支配してきた一般原則を、それが通用可能かつ合理的であるかぎり、採用するつもりであったと推測して差支えない。もし互責が離婚原因のうちのいずれかを理由とする請求に対し、有効な抗弁となるならば、列挙された他のいずれかを理由とする請求にも、同様の効力をもつはずである」とのべ、原判決を破棄し、双方の非行を認定して互責を適用し、夫の控訴を斥けている。

第一章・三節の二に展開したとおり、イギリス教会裁判所では姦通と虐待のみが別居原因とされ、罪の相殺の名のもとに互責が適用されていた。ニューメキシコ州も他の諸州と同じく、右の見解をうけつぎながら、離婚訴訟の場合、姦通・虐待にかぎらず、広く離婚原因たる非行の種類のかんを問うことなく、互責の適用をみとめるわけである。この趣旨を *Tenorio v. Tenorio* (一九四〇) 事件も間接に支持している。この事件において、夫が遺棄を離婚請求の理由としたとき、妻は夫の主張を否認し、夫から虐待をうけたため不本意ながら結果したものにすぎず、離婚原因たる遺棄には当たらない旨を立証した。原審は妻の主張を容れて夫の請求を斥けたので、夫が控訴した。裁判所はこれに対し、原審の事実認定どおり原判決を容認しており、互責の適用される事案ではなかったが、判決のなかでつぎのように触れている。すなわち、「当州で互責は離婚請求に対する抗弁にはならないとの説が聞かれる。しかし、裁判所が *Chavez v. Chavez* 事件の見解をくつがえしたいと望まないかぎり、互責は有効な抗弁であるし、現在のところ、くつがえされてもいない、とにかく、本件の事実関係において、妻の側の弁明を互責をよぶのは誤りである」。互責というからには、夫婦双方に離婚原因たる非行が存しなければならぬ。当面の場合、妻の側の行為は離婚原因たる遺棄に当たらないから、たとえ夫の虐待が離婚原因を構成するに充分としても、互責に該当することはない。かかる意味で妻の弁明は互責の抗弁にできないと指摘するわけであろう。それはそれとして、さきの *Chavez v. Chavez* (一九三五) 事件の示した見解つまり、離婚原因の種類のかんを問わず互責の適用をみとめる見解は、本件によって支持されていることが注目されよう。

ところで、六年後の *Pavlenich v. Pavlenich* (一九四六) 事件にいたれば、夫婦間に和諧の可能性がないとき、

互責の適用は排除されている。この事件において、夫は性格の不一致⁽⁴⁾を理由に離婚の訴を起し、妻は彼女が別居したのちの夫の姦通を互責の抗弁とした。原審は姦通の事実をみとめながら、夫の請求を斥けたので、妻が控訴した。裁判所はこれに対し、「もし大法官が当事者に和諧の可能性があると判断すれば、彼は疑もなく、和諧をもたらすべく努力するであろう。しかし、和諧の可能性がないとき、われわれは、立法部によって表明された当州の公の秩序が、互責の原則を理由に離婚請求を斥けるのに反対するにちがいないと信ずる。Chavez v. Chavez 事件の見解は、互責の事実が示されれば、離婚請求を斥けるのが大法官の不可避的な義務とみとめるかぎりにおいて、もはやこれに従うべきではない。それゆえ、夫の姦通は重要でないとする原審の判断は正しい」とのべ、妻の控訴を斥け、原判決を容認している。

これまで、離婚原因たる非行の種類いかんを問うことなく、互責を適用したが、これを改め、たとえ互責の事実を認定しても、それを理由に直ちに離婚請求を斥けることはしない。和諧不可能とみられるときにのみ、互責を適用するというわけである。リーディング・ケースたる Chavez v. Chavez (一九三五) 事件の趣旨は、将来、後者の場合にかぎってその効力を維持するにすぎないことになる。なお、ネバダ州、コロンビア区等では数年間の別居を理由とする離婚請求に対し、他の非行を互責の抗弁とするのをみとめなかったが、これは数年間の別居によって婚姻関係はすでに破綻していると判断されるからにほかならない。当面のニューメキシコ州が、夫婦間の和諧の可能性がない場合に互責の適用を斥けるのも、右と同じ考え方にもとづくものといつてよいのではなからうか。

(一) A. L. R. vol. 101, p. 635.

(2) P. 2d. vol. 98, p. 838.

(3) P. 2d. vol. 174, p. 826.

(4) ニューメキシコ州は一九三三年法で性格の不一致を離婚原因の一つに付け加えた。なお、一九七二年三月一日現在でアラバマ、アラスカ、カンサス、ネバダ、ニューメキシコ、オクラホマ、バージンアイランド諸州が同じ事情にある。Feed, Grounds for Divorce in the American Jurisdictions, Family L. Q. vol. W, pp. 179-212.

第十三節 サウスカロライナ州

アメリカ南部では一般的な保守主義が離婚の導入をおくらせたというが、サウスカロライナ州にその典型的なものをみることが出来る。同州は一六六三年にはじまる植民時代以来、一七二二年のコモン・ロー継受を経て、南北戦争(一八六一―六五)にいたるまで、離婚をみとめなかった。では、一体いかなる理由でみとめなかったのか。

Boyce v. Owen (一八八三) 事件では、⁽³⁾「当州における婚姻契約はいかなる人間的手段によっても不解消のものとみなされる」旨をのべていたが、Mc Carty v. Mc Carty (一八四七) 事件において、⁽⁴⁾オーニオール判事は、「立法部・裁判所・弁護士および一般の人々が離婚に眉をしかめ、神の合わせたまえるもの、人これを離すべからず」との禁止命令を理由に、雄々しくも離婚を拒絶した」と考える。これはあたかもローマ・カトリック教会のカノン法の信条およびノルマン・コンケストから一八五七年にいたるイギリスに支配的であった見解に一致している。もともと、翌年、同判事は City council of charleston v. Benjamin (一八四八) 事件で、⁽⁵⁾「婚姻結合を不解消に保つ法律は全く新約聖書の教えからきたものである」とのべている。ここで彼のいう新約聖書の教えとは、マタイ伝

第十九章・六節にみられる前示の禁止命令と考えられるが、新約聖書の他の言葉―マタイ伝第百章・三十二節、同十九章・九節、コリント前書第七章・十五節、等々を解釈するとき、一般的な見解として、姦通および遺棄が離婚原因とみとめられる。⁽⁶⁾ サウスカロライナ州の法律が離婚を許さない根拠として、同判事が後者の事件でかかる広い意味で新約聖書の教えを指摘したのであれば、当を得たものとは思えない。当時、同州の住民が大多数はプロテスタントであつた事情からすれば、なおさらのことである。⁽⁷⁾

南北戦争後、連邦憲法修正第十三条ないし第十五条が、奴隷の廃止、黒人の市民としての特典および参政権の確保を定めたのに端を発し、ついに同条の承認をめぐって州の政治的指導者が排斥され、一八六八年、機会に乗じて北部からきた山師たちによる政府 (Carpenter-Beggars' government) が設立された。同年の州憲法第十四条・五節において、「離婚は、法律によって規定される裁判所の判決のみによって許される」とし、第四条・十五節により、民事訴訟裁判所 (Court of common Pleas) に離婚管轄権を与えている。⁽⁸⁾ さらに四年後の一八七二年一月三十一日法は、姦通または二年間の悪意の遺棄を離婚原因と定めたが、一八七八年には土着の白人が支配を回復し、十二月二十日に右の一八七二年法の規定を廃止した。⁽⁹⁾ 一八六八年の憲法の規定は維持されたが、実際には無用のものとし、一八九五年の州憲法では姿を消している。⁽¹⁰⁾ 同憲法第十七条・三節によれば、「当州において、婚姻の絆からの離別は許されない」⁽¹¹⁾。かくて、一八七八年十二月以降、約七十年間は、婚姻取消 (Annulment of Marriage) がみとめられるにすぎず、加えて裁判所は教会法上の取消原因を厳格に守っており、全世界のプロテスタント社会のなかで、離婚を許さない唯一のものと称されていた。⁽¹²⁾

だが、ようやく一九四七年にいたり、上下両院は、憲法から前示の離婚禁止条項を削除して離婚に関する法律を制定すべき共同決議案を可決し、翌四九年の通常選挙における投票も修正を是認した。⁽¹⁴⁾そこで、議会は一九四九年の憲法に、「婚姻の絆からの離婚は姦通、遺棄、身体的虐待あるいは常習的酩酊を理由に許される」⁽¹⁵⁾旨を規定し、同年三月三十一日に制定—四月十五日から施行された離婚法の第二条がこれをうけ、「婚姻の絆からの離婚は下記の原因、すなわち、①姦通、②一年間の遺棄、③身体的虐待、④常習的酩酊のうちの一つまたはそれ以上を理由としてのみ許される」⁽¹⁶⁾と定めた。さらに第十三条に、「該離婚訴訟の当事者が共謀していること、または訴えられている非行は、離婚判決を入手する目的で原告の了解または同意のもとになされたこと、が裁判所の満足のいく程度に明らかになれば、裁判所はかかる離婚を許さない」⁽¹⁷⁾とのべる。共謀および承認を離婚請求棄却事由とみとめたわけである。だが、互責および宥恕について何も触れておらない。この両者を棄却事由から除く趣旨なのか、あるいは棄却事由とすることがどうかを裁判所に一任するつもりなのか、第十三条の規定のみでは明らかでない。

最近の *Jeffords v. Jeffords* (一九五〇)⁽¹⁸⁾事件が右の問題に触れているので、ここでとり上げてみよう。はじめ妻が別居扶助料請求の訴を提起したところ、かえって彼女自身が正当な理由なく約二年間、夫を遺棄していた事実が明らかとなって、請求を斥けられ、控訴も棄却された。そこで、本件において、夫の側が遺棄を理由に離婚の訴を提起したわけである。妻が夫を遺棄した事実が離婚原因に当ることは充分に立証されている。妻は答弁書を提出したのち、それにつきのような付加をすべく訂正申立を行った。すなわち、「私の得た情報および確信によれば、夫が彼の法律上の妻以外の女性とした行為は、彼から彼自身の意思にもとづく離婚を奪ってしまう如きものであった」。

一九四九年の離婚法第二条に照らせば、夫の行為は姦通に当るから、彼の離婚請求を容れるべきでないというであろう。離婚法に互責の規定はなく、妻も互責との言葉を用いていないが、これを抗弁としたもの理解される。原审は妻の申立を容れたため、夫が控訴した。これに対し裁判所は、「一般に遺棄または虐待を理由に離婚の訴を提起された夫婦の一方は、他方に離婚判決を与えられるのを阻止するため、前示の非行後に他方に姦通の責がある旨を互責によって主張することができ」旨をみとめる。もし本件において、夫の行為が現実姦通を構成し、しかも妻が彼を遺棄したのちにされたことを妻が明確に互責の抗弁とするならば、夫の請求を阻止する効果を發揮したはずであると推測される。だが、裁判所は、原审における妻の申立は、「互責の抗弁を提出するには不適切であった」から、原审はかかる申立を容れるべきでなかったとのべ、原判決を破棄・差戻している。妻は答弁書に付加するに当って、夫の姦通がいつなされたのかを明確に立証していないというのである。差戻審において、妻がこの趣旨に沿い、夫の姦通は彼女が夫を遺棄したのちにされた事実を立証できれば、夫の請求は棄却されることになったと思われるが、その間の事情はわからない。

他州と比べて離婚法の制定はきわめて最近のことに属しているが、その根本原理は他州と異るところはない。離婚原因について有責かつ限定的列挙主義を採用する。一九四九年当時、ニューヨーク州が姦通を唯一の離婚原因とし、ケンタッキー州が十五の離婚原因をみとめるのと対照的に、サウスカロライナ州はそれを四つの主要なものにかぎるのが特色である。さらに、カノン法からイギリス教会法に由来する共謀および承認を請求棄却事由としながら、互責および有怨については何も触れない。とはいえ、互責はさきの事件でみたところから、その事実が立証さ

れるならば、離婚法に規定はなくとも、裁判所が請求棄却事由として適用するであろうことは充分に考えられる。しかし、互責が適用された事例はまだ見当らないし、まして有責性比較の原則の適用の可否といったことも問題とされていない。

ところで、最近一九六八年から六九年にかけ、離婚原因を規定する州法第二十章・一〇一条に既存の四つの離婚原因と並べ、新たに「三年間継続した別居」が付け加えられ、しかも、「他の離婚原因に関する既判事項または互責は、この原因を理由とする離婚に対する抗弁にはならない」旨が明示された。⁽¹⁹⁾つまり、三年間の別居を理由とする離婚請求に対しては、既存の有責離婚原因は互責の抗弁にできないというわけである。一九六八年当時、二十三州が破綻主義的な離婚原因として一年ないし十年の別居をみとめていたことはすでに指摘したが、⁽²⁰⁾サウスカロライナ州もこれらの仲間入りをしたことに注目しなければならない。

- (1) Calboun, A Social History of American Family from Colonial times to the present. vol. I, p. 49.
- (2) Reinsch, The English Common Law in the early American Colonies. Selected essays in Anglo-American Legal History. vol. I, pp. 407-408.
- (3) Frierson, Divorce in South Carolina, North Carolina L. R. vol. IX, p. 269.
- (4) Sumner, The South Carolina Divorce Act of 1949, South Carolina L. Q. vol. 3, p. 258. 事案の内容は Frierson, op. cit., pp. 268-269.
- (5) Sumner, op. cit., p. 258.
- (6) 栗生武夫「離婚原因の拡大史」法の變動 三二八頁—三三〇頁。

- (7) Sumner, op. cit., p. 258.
- (8) アンடன்・タン 藤岩睦郎訳「アメリカ法」二七頁には carpet Beggers を「火事場泥棒的人間ども」とされる。
- (9) Frierson, op. cit., p. 266.
- (10) Bryce, Marriage and Divorce under Roman and English Law, Selected essays in Anglo-American legal History. vol. III, p. 827.
- (11) Sumner, op. cit., pp. 257-258.
- (12) その間の事情は South Carolina-Aguide to the palmetto state. pp. 38-39 : Frierson, op. cit., pp. 265-266.
- (13) Bryce, op. cit., p. 827 : Jacobson, American Marriage and Divorce, pp. 109-110.
- (14) Jacobson, op. cit., p. 110.
- (15) Sumner, op. cit., p. 259.
- (16) Sumner, op. cit., p. 261.
- (17) Sumner, op. cit., p. 294.
- (18) S. E. 2d. vol. 58, p. 731.
- (19) Freed, Grounds for Divorce in the American Jurisdictions, Family L. Q. vol. VI, pp. 204-205.
- (20) 前出第一節・註(1)参照。

第十四節 ワイオミング州

一八八二年法第四十章・七条の規定が少しも修正をうけることなく、一九二〇年法第四九九二条から一九四五年法の第三章・五九〇八条を経て、一九五七年法第二十章・五五条にうけつがれ、離婚原因たる非行の種類を問わず、

互責を絶対的な棄却事由とみとめるが、最近にいたるまで判例は現われなかった。⁽⁴⁾ 判例のない理由として、ワイオミング州の場合、つぎのように指摘されている。すなわち、同州は、原告側に重大な非行なく二年間別居したことを離婚原因とするため、双方が婚姻の誓約を破った当事者は、婚姻を終了させるため、いくらか容易な道を選ぶという事実によって、一部分は説明できるといふのである。⁽⁵⁾ 双方に非行のある夫婦が離婚の目的を達成する方法としては、夫婦が共謀して互責の事実をたくみにかくしたまま、離婚訴訟の手续をとるか、ここにいう二年間の別居を利用することが考えられる。ワイオミング州も例外ではなからう。それにしても、当州は一九四五年法第三章・五九〇六条によつてはじめて、二年間の別居を離婚原因とみとめたにすぎないから、このときまで互責の判例のなかつた事情をこれによつて理由づけることはできない。また、ワイオミング州以外についてみれば、ケンタッキー州は一八五〇年、ウイスコンシン州は一八六六年、ロードアイランド州は一八九三年に、それぞれ五年ないし十年の別居を離婚原因としており、⁽⁷⁾ 一九三二年当時、ルイジアナおよびノースカロライナ両州が、さらに一九三八年にいたればアリゾナ、アーカンソーを含む九州がこれに加わっている。⁽⁸⁾ すでに詳細に検討したとおり、これら諸州では互責をめぐる判例が豊富にみられることを考え合わせるとき、右の理由づけはその根拠がますます乏しくなるのではあるまいか。

ところで、最近にいたり、前示の一九五七年法のもとで互責を問題とする判例がはじめて出た。Logan v. Logan (一九六四) 事件がそれである。この事件において、妻は耐えがたい侮辱を理由に離婚の訴を提起し、夫は妻の主張を否認し、反訴で侮辱および極端な虐待を離婚判決請求の理由とした。双方の非行を認定した原審が双方に離婚

判決を与えたので、夫が控訴した。裁判所はこれに対し、ある州では互責の厳格な適用を緩和するため、その適用について事実審裁判所に裁量権を与えるとか、あるいは有責性比較の原則を採用するけれども、当州はかかる策をとらない旨を明示したうえ、「互責—つまり同等の非行について責ある当事者は、離婚判決を得る権利を有しない」とのべ、原判決を破棄している。ワイオミング州の判例が離婚法の規定の適用に当たってどのような見解をとるか、本件によってはじめて示されたわけであって、互責の規定とおり厳格に適用する州の一つに数えることができよう。なお、すでに指摘したとおり、アラスカ(準)州もワイオミング州と同様の事情を示している。一九一三年法第一三〇二条が夫婦双方の姦通を絶対的な棄却事由と定めており、その後は一九四九年法第五部・五章の第十一條から一九六二年法第九部・五五章の第一八〇条にうけつがれたが、一九四二年当時まで判例は現われていない。

- (1) Vernier, *American Family Laws*, vol. II, p. 87.
- (2) Beamer, *The Doctrine of Recrimination in Divorce proceedings*, *The university of Kansas city L. R.* vol. 10, p. 247.
- (3) Hutchinson, *The status of Recrimination as a Defense to Divorce Actions in Ohio*, *Western Reserve L. R.* Vol. 18, p. 1335; *Wyoming statutes*, 1957, vol. 6, p. 274.
- (4) Gradwohl, *The Doctrine of Recrimination in Nebraska*, *Nebraska L. R.* vol. 37, p. 425.
- (5) Gradwohl, *op. cit.*, p. 425.
- (6) Gradwohl, *op. cit.*, p. 425.
- (7) Foster, *Divorce Reform*, *New York Lawyer's Association. Bar Bulletin*, vol. 22, No. 4, p. 170.
- (8) Vernier, *op. cit.*, p. 70; *Supplement*, pp. 46-47.

- (9) P. 2d. vol. 396, p. 198.
- (10) Vernier, op. cit., p. 85.
- (11) Bigman, Recrimination as a Defense to Divorce, *Intramural L. R. of New York university*, vol. 6, p. 22.
- (12) Alaska statutes, 1962, vol. 2, p. 121.
- (13) Beamer, op. cit., p. 247.

第十五節 ウィスコンシン州

一九〇九年法第三二三章・二三六〇条によつてはじめて、「……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明らかになるならば、離婚判決を与えられない」と規定され、一九二九年法第二四七条の十がこれをそのままうけついでいた。つまり、被告は原告の姦通にかぎり、互責の抗弁にできるとの趣旨である。⁽²⁾しかし、判例は *Voss v. Voss* (一九一四) 事件⁽³⁾から *Roberts v. Roberts* (一九三一) 事件⁽⁴⁾において、原告の姦通にかぎらず、広く互責を適用するのが注目された。これらの事情はさきに第二章・二十節で詳しくのべておいたところで、最近にいたり、一九六〇年法は第二四七条の一〇一において、「裁判所は加害者に手助けしないという衡平法上の原則は、第二四七条の〇七の①ないし⑤を理由に離婚の訴を提起するいずれの当事者にも適用される。ただし、証拠により、当事者双方が離婚原因を構成するに充分な非行について有責であることが明らかになれば、裁判所は裁量により、その人の方が全体としての公正さ (equity) において優れているとみとめる側に、法律上の別居判決を与えることができる」旨を規定している。⁽⁵⁾第二四七条の〇七の①ないし⑤には姦通、有罪拘禁、虐待お

よび酌訂を離婚原因を定めるから、このいずれかを理由とする離婚の訴に対し、被告配偶者は非行の種類を問わず、互責の抗弁にできる。これを一九二九年法と比較すれば、互責は姦通にかぎらず広く適用されるわけであり、判例によって展開されてきた見解を法律上で是認する形になっている。さらに、但書の規定に注意しなければならない。ここでは明らかに有責性比較の原則が採用されている。もっとも、裁判所がこの原則にもとづいて言渡すのは別居判決にすぎないから、絶対離婚という意味での離婚法の原則としてみとめられたわけではない。だが、第二四七条の〇七の⑦には、別居判決後に五年間別居が継続したとき、その事実が離婚原因の一つに規定されているから、公正において優れているとして別居判決を与えられた夫婦の一方はもとより、他方も、右の事実にもとづいて離婚判決を得ることができる。別居訴訟に勝訴した一方がさらに離婚判決を得るかぎりにおいて、結果的には、有責性比較の原則が離婚判決の基礎になったのと異なると思われる。

さきに第三章・三節の六にみたとおり、ネバダ州は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」とて、有責性比較の原則を離婚法にはじめて規定したが、ウイスクンシン州はこれより約三十年を経て、二番目の名乗りをあげたわけである。これまで、互責に関する規定の有無にかかわらず、判例で有責性比較の原則を採用した州はいくつか数えられたが、この規定を離婚法に明記したのは、いぜんとしてネバダ州と当面のウイスクンシン州の二州に留まっている。なお、カンサス州も有責性比較の原則を採用したとして、一九六四年法第六十章・一六〇六条の規定が

指摘されている。⁽⁸⁾ だが、同条によれば、「当事者双方に等しく非行があると認定されるとき、裁判所は離婚判決を言渡し、またはそれを拒否することができる⁽⁹⁾」として、いくつかの州にみられたと同じく、互責を裁量的な棄却事由と定められているにすぎない。有責性比較の原則を離婚法では認じたものとはとうてい理解できない。

- (1) N. W. (Northwestern Reporter) vol. 39, p. 134.
- (2) Verrier, American Family Laws, vol. II, p. 87.
- (3) N. W. vol. 147, p. 634.
- (4) Feinsinger, Wisconsin Law of Divorce, Selected Essays on Family Law, p. 964 : N. W. vol. 39, p. 133.
- (5) Clark, Cases and problems on Domestic Relations, p. 577 : Martindale-Hubbell, Law Directory, vol. IV, p. 2256.
- (6) Martindale-Hubbell, op. cit., p. 2225.
- (7) Ploscowe, Truth about Divorce, p. 141.
- (8) Hutchinson, The status of Recrimination as a Defense to Divorce actions in Ohio, Western Reserve L. R. vol. 18, p. 1335.
- (9) Kansas statutes Annotated, 1964, vol. 4, p. 570.

第十六節 メリーランド州

誠実性比較の原則を排し、いぜんとして互責を守る州でも、破綻主義的な離婚原因に対するとき、互責は本来の効果を發揮するにいたらない。メリーランド州はその一つに数えられる。同州で互責は法律上に規定はないが、当

初から判例によって承認されていた。この事情は *Geisselman v. Geisselman* (一九一九) 事件⁽²⁾において、裁判所が、「互責の原則にもとづいて配偶者から非難をうける充分な理由のある人に、離婚判決は与えられない。なぜならば、離婚判決は無責の被害配偶者のみに与えられる救済であるから、もし夫婦の一方がなんらかの理由で有責とされるならば、他方の非行を理由に離婚判決を請求できない」とのべ、さらに降つて *Shaler v. Shaler* (一九三〇) 事件⁽³⁾で夫婦双方の姦通の事実が明らかになったとき、離婚請求が容れられていないことによつてもわかる。しかも、現在にいたるまで、誠実性比較の原則は採用されていない。被告が原告の非行を抗弁とするとき、つねに互責が適用され、原告の請求はみとめられないはずである。

ところで、一九三七年法第三九六章により、「自発的に五年以上継続し、和諧の見込みのない別居」が離婚原因の一つに加えられた。⁽⁴⁾その直後、*Campbell v. Campbell* (一九三八) 事件⁽⁵⁾があらわれる。この事件において、夫は五年間の別居を理由に離婚の訴を提起したが、妻は抗弁として、右別居の原因をなした夫の姦通を主張した。原審は別居をめぐる事実を認定しながら、夫の姦通は満足のいく証拠によつて支持されていないとし、妻の抗弁を斥け、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、「かかる夫の非行が一九三七年法のもとで彼の請求を阻止するかどうかを決定する必要はない。なぜならば、その事実が満足のいく証拠によつて支持されていないからである。数人の証人が夫に不利益な証言をするが、その証言は争点を決定する基礎にできない」とて、原審と同じ判断を下し、原判決を容認している。もし妻が夫の姦通の事実を充分に立証できれば、夫の請求を阻止する有効な抗弁とみとめる趣旨を言外に含んでいるように思われる。しかし、別居が自発的に行われ、五年以上継続し、

和諧の見込みがなければ、その事実のみで、破綻主義にもとづく離婚原因としては充分なはずであり、別居の原因がいずれの非行に存したか、問題にすべきではなからう。この点で裁判所の判断はいずれも誤っているといわなければならぬ。

離婚原因たる別居の期間は、その後、五年から三年に短縮されたが、*Matysek v. Matysek* (一九五六) 事件は⁽⁶⁾さきの事件と同じ事情のもとで、全く別個の判断を下しているのが注目される。この事件において、妻が合意にもとづく三年間の別居を理由に離婚の訴を提起したとき、裁判所は夫が姦通を抗弁とするのをみとめていない。「互責の抗弁は離婚に関する有責主義と結びついているが、離婚原因が被告の非行を含んでいない本件のような場合、これを適用することはできない」という。なんらかの非行を理由に離婚の訴を提起された夫婦の一方が、他方に存する非行をいわば武器に利用し、請求を阻止するのが互責である。当初から非行の有無を問題にしない破綻主義的な離婚原因——三年間継続し、和諧の見込みのない別居——に対する意味での互責ということは考えられない。互責は衡平法上のクリーン・ハンズの原告に由来するから、被告の汚れた手 (Unclean Hands) を問題にしない場合、原告が清い手であることは重要でない⁽⁷⁾との説明もみられる。それゆえ、たとえ妻の姦通が原因で別居し、あるいは別居中に妻が姦通したのが事実としても、三年間の別居を理由とする離婚請求に対し、夫が互責を主張するのは筋がちがっている。さきのネバダ州において、五年以上の別居を理由とする離婚の訴に対し、有責性比較の原則のはたらく余地がなかったのと同じ趣旨と解してよからう。なお、その後、一九六九年法によれば別居は十八カ月間に短縮⁽⁸⁾されている。

- (1) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 1108.
- (2) Mc Curdy, Cases on the Law of persons and Domestic Relations, p. 390.
- (3) A. vol. 148, p. 264.
- (4) Verrier, American Family Laws. Supplement, p. 46.
- (5) A. vol. 198, p. 414 : Comments and Casenotes, Five years voluntary separation as new Ground for absolute Divorce-Campbell v. Campbell, Maryland L. R. vol. 2, p. 357.
- (6) Annual Survey of American Law. 1957, p. 407.
- (7) Comments and Casenotes, op. cit., p. 361.
- (8) Freed. Grounds for Divorce in the American Jurisdictions, Family L. Q. vol. VI, p. 192.