

離婚請求棄却事由の研究―互責論(六)

—アメリカ諸州離婚法への展開—

村 井 衡 平

序 章 問題の提起

第一章 互責の沿革

第一節 ローマ法

第二節 カノン法

第三節 イギリス法(以上四卷二・三号)

第四節 アメリカへ継受

第二章 初期の立法と判例(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(五卷四号、本号)

第五章 結び―破綻主義への道

第十七節 ニューヨーク州

ニューヨークが州となった翌年、一七八九年三月三十日に制定された最初の離婚法は、姦通を理由とする場合にかぎり、大法官裁判所が配偶者の請求にもとづいて離婚判決を言渡す権限をみとめた。その後、一八一三年四月十三日法および一八二四年四月十日法が互責を別居請求に対する棄却事由と定めたが、これら二つの規定は、その後一八三〇年の修正法に離婚請求棄却事由としてとり入れられ、一八八〇年の民事訴訟法典を経て、一九二〇年の民事手続法にうけつがれるにいたった。本稿はこれまで、右の諸規定のもとで、ニューヨーク州では姦通が唯一の離婚原因であり、互責をはじめとする請求棄却事由がみとめられ、とくに共謀をめぐって他州に比すべくもない独特の現象が存在することを指摘してきた。ニューヨーク州の離婚法は①古風であり、②適切な要求に答えておらず、③偽善的、④差別的、⑤不正、かつ、⑥実行不可能で、⑦法律および規則に対して不敬をはたらく機会を作り出し、⑧高度に不道徳で、人の不幸を引き起こし、⑨犯罪と暴力をそそのかし、⑩少年非行と非嫡出の一因となっている⁽¹⁾との痛烈な批判さえも加えられていたのが実情である。

(1) Foster, Jr. Divorce Reform, New York county Lawyer's Association, Bar Bulletin, vol. 22, No. 4, pp. 166-170.

一 家族関係法の改正

去る一九六二年に家族関係法について重要な改正が行われた。それにより、一九六〇年一月二日に知事および議会に提出された「訴訟手続諮問委員会」(Advisory committee on practice and procedure)の第四回予備報告

離婚請求棄却事由の研究—互責論(一六) (村井)

書 (Fourth pre-Iminary Report) の中に示された勧告が実行に移されている。⁽¹⁾ 具体的にいえば、これまで民事手続法と民事手続規則 (Rules of civil procedure) に含まれていた一般的な民事事件に関する諸規定は、一九六〇年法第三〇八章として新たに設けられた「民事手続法・規則」(civil practice Law and Rules) に、婚姻事件に関する諸規定はすでに一九六六年に制定されて現行法たる家族関係法 (Domestic Relations Law) に、他の諸規定は裁判所法 (Judiciary Law) 公民権法 (civil Right Law) 等にそれぞれ移されると同時に、民事手続法それ自体が廃止された。⁽²⁾ 本稿で問題となる規定を具体的にみれば、民事手続法の第六八章「離婚訴訟」の第一一四九条ないし第一一六〇条は、前示民事手続法・規則の第一〇〇〇一条によって廃止され、同法第三一三章・九条で家族関係法第十章に、多少の変更を加えられながら、第一九〇条ないし第一九九条として移され、一九六三年九月一日から施行されるにいたっている。家族関係法はそれまで九章・一四一条から成っていたが、十三章・二九二条へと増加したことに注意しなければならない。

民事手続法で姦通を唯一の離婚原因と定めた第一一四九条、互責を含む請求棄却事由に関する第一一五三条および陪審の関与をのべる第一一四九条はそれぞれ、家族関係法の第一九〇条、第一九一条および第一九三条となる。⁽⁴⁾ まず、第一九〇条をみれば、前示第一一四九条で表題が「絶対離婚訴訟」(action for absolute divorce) とあったのが、単に「離婚訴訟」(action for divorce) とされるほか、字句に二、三の修正はあっても、実質的な内容は同じである。⁽⁵⁾ 第一九一条は前示第一一五三条をそのまま移している。⁽⁶⁾ 第一九三条では、前示第一一四九条が「離婚訴訟における陪審裁判」(Jurymial in action for divorce) との表題のもとに、陪審が関与する場合の特別な手続を定

めていたのを、他の訴訟における一般法則によるべきものとするため、単に「陪審裁判」(jury trial)とされ、条文も、「離婚訴訟において、姦通に関する争点について陪審裁判をうける権利が存する」と改められて⁽⁷⁾いる。以上のような改正の結果、離婚訴訟は民事手続法に代って、家族関係法による規制をうけることとなったが、離婚法を貫く原則―ひいては各条文の内容に実質的な変更はみられないから、単に条文が場所的に移動したにすぎないといつてよいのではなからうか。かかる事情が一九六六年まで約三年間継続したのち、画期的な改正が行われるにいった。

一九六六年四月二十六日に公布された同年法第二五四章・一条は、姦通を唯一の離婚原因と定める家族関係法第一九〇条を廃止し、同第二条は六個の離婚原因をみとめる新たな条文を代置する⁽⁸⁾。すでにみたとおり、コロンビア区の新離婚法は一九三五年法ではじめて、姦通以外に三個の離婚原因を規定し、またサウスカロライナ州では、一九四九年四月十五日から施行された離婚法第二条で四個の離婚原因が設けられるまで、離婚それ自体が許されていなかった。当面のニューヨーク州も右の両者に優るとも劣らず、州になって最初に制定された一七八九年の離婚法からすれば、実には一九九年ぶりの大改正といわなければならない。一九六九年九月一日から施行された家族関係法の新第一九〇条によれば、①原告の肉体的または精神的福祉を危険ならしめるような被告の残酷かつ非人道的処遇、②二年以上の遺棄、③三年以上継続した刑務所への拘禁、④姦通―常軌を失した情交を含む、⑤別居判決を得たのち二年間別居し、該判決の定めるすべての条項および条件を忠実に履行した旨を原告が立証すること、⑥夫婦が適法な別居証書⁽¹¹⁾(Written agreement of separation)を作成し、三十日以内に夫婦いずれかの居住する郡役所の書記課に登録し、さらに証書作成後に二年間別居し、該証書の定めるすべての条項および条件を忠実に履行した旨を原告

が立証すること、の六個が離婚原因となる。このうち、⑤および⑥はいずれも二年間の別居を離婚原因とするのが注目される。

一九五六年に上下両院の「離婚・家族法調査合同立法委員会」(Joint Legislative committee on Matrimonial and Family Law)が設けられた事情は、のちに触れるけれども、同委員会が一九六六年三月三十一日に提出した報告書は次のようにのべている。「市民の福祉について州のもつ利害関係は、彼等の婚姻上の調整のなかでの利害関係の基礎を成すものである。もし、夫婦が州に対し、彼等の婚姻は死滅している旨を証明するならば、そのときこそ、州は適切な保護物を用いて……離婚の必要性をみとめなければならない。……婚姻死滅の事実を証明できる最も得心のいく方法の一つは、特定の夫婦が引き続き数年間別居していた旨を立証することである」⁽¹²⁾。前示①ないし④の有責離婚原因と対照し、⑤および⑥は無責―破綻主義的離婚原因といつてよい。一九六九年当時、二十六州が破綻主義的な見解から数年間の別居を離婚原因の一つに数えている。ニューヨーク州の右の規定もこれらと同じ考えに立つものと思われる。合同立法委員会の報告書に、「離婚原因を、夫および妻の有責な行動ではなく、当事者の相互的な保護および福祉のため終結されるべき婚姻―つまり、死滅した婚姻を明示するものとみとめるべき時期にきている」⁽¹⁴⁾とのべるのは、まさにこれを裏書していよう。

もっとも、二年間の別居でも、別居判決にもとづいたものと、合意によるものとを併記する点で他州とちがっている。婚姻・家族法合同委員会は、自発的な合意による別居のみを離婚原因とすべく提案していた。もし、この案が採用されたならば、婚姻は現実に死滅し、夫婦は別居したにかかわらず、一方が別居証書に署名することを頑固

に拒否するとき、①ないし④に該当する事実のないかぎり、他方に救済の道が閉される⁽¹⁵⁾不都合な結果となつたにちがいない。なお、⑤および⑥にいう二年の期間について、一九六六年法第二五四章十五條により、一九六九年九月一日以前は算入されないから、これらを理由とする離婚の訴が裁判所に提起されるのは、同年九月一日から二年を経過したのちに属しよう。

離婚原因は右のように大幅に拡大された。だが、当面の問題たる請求棄却事由をみれば、家族関係法第一九一條は少しも變つていない⁽¹⁷⁾。最初は第一九一條を廃止すべき旨をのべていたが、慎重な審議を経た最終草案がこれをはぶいたため⁽¹⁹⁾、互責・宥恕および承認はいぜんとして姦通についてののみとめられ、新たに離婚原因となつた残酷かつ非人道的処遇、遺棄、拘禁には及ばない⁽²⁰⁾。これまで離婚原因は姦通にかぎられたため、共謀を別とすれば、とくに困難な問題は発生せず、本稿でも余り触れなかつた。しかし、今後は新たな離婚原因について、家族関係法の規定にかかわらず、たとえば遺棄と姦通を互責の対象とするか、残酷かつ非人道的処遇の宥恕をみとめるか、等々、互責を含む請求棄却事由の適用の可否をめぐり、判例がいかなる見解を示すことになるか、興味ある問題が生じてくる。二年間の別居を理由とする離婚の訴に対するとき、互責・共謀および承認が効果を發揮する余地のないこと⁽²¹⁾はいうまでもなからう。Bigelow v. Bigelow (一九六九) 事件において、妻が家族関係法第一九〇條にもとづき、二年以上継続した遺棄を理由に離婚の訴を提起しながら、彼女自身、その間に姦通した事実を告白した場合、裁判所は、「原告の離婚請求を阻止しても、公益または道德的な主張を促進することにはならないであろう」とのべるも、右の趣旨にほかならない。

一方、陪審裁判に関する家族関係法第一九三条は、一九六六年法第二五四章・三条でつぎのように改められた。「離婚訴訟において、離婚判決言渡の原因たる争点について陪審裁判をうける権利が存する」⁽²³⁾というのである。離婚原因の拡大にともない、「姦通に関する争点」との文言が「離婚判決言渡の原因たる争点」で置き代えられた。これまで夫婦の一方の申立または裁判所の職権によって陪審が関与する場合でも、審理の対象は姦通の事実の有無一ひいては互責の問題にかぎられ、それ以外の争点一宥恕または承認については、特別開廷期による審理に委ねられなければならない。しかし、すでに第一章・四節の四にみたような事情から、陪審の関与する可能性はあっても、実際問題として余り行われていない。ここで姦通以外にいくつかの離婚原因がみとめられた結果、陪審の関与できる機会は大幅に増えたわけである。とはいえ、現実にとどのような事情が展開されていくか、すべて今後にまかななければならない。

- (1) Fourth preliminary Report of the Advisory Committee on practice and procedure, New York legislative Document, 1960. No. 20. p. 362.
- (2) McKinney, The Consolidated Laws of New York Annotated, Book 14. § 1-199, pp. 1. 340-341.
- (3) McKinney, op. cit., p. 410.
ニューヨーク州の上下両院がおこなつた法案提出から施行にいたるまでの手続については Glassman, New York state (and New York city) Geography. History. Government. pp. 91-93.
- (4) McKinney, op. cit., p. 343.
- (5) McKinney, op. cit., p. 431; New York legislative Document, op. cit., p. 375.

- (9) McKimney, op. cit., p. 451 : New York legislative Document, op. cit., pp. 375-376
- (7) McKimney, op. cit., p. 462 : New York Legislative Document, op. cit., pp. 362, 377.
- (8) McKimney, op. cit., Cumulative Annual pocket part, 1966, §1-1999, pp. 28-29.
- (6) Bucci, Procedure under the New Divorce Law, New York state Bar Journal, Vol. 38, p. 498.
 <ソリー・フォスター、野田愛子ほか訳「家族法の未来と展望—揺れ動くアメリカの離婚法Ⅱ」判例タイムズ二九五号五
 四頁、島津一郎「アメリカの離婚法—アメリカ法との比較検討」ケース研究一二七号六頁。>
- (9) McKimney, op. cit., pp. 28-29.
- (11) 別居証書は有怨および共謀との関係をめぐって問題となる。
- (12) (Note) Divorce Reform in New York, Harvard Journal of Legislation. Vol. 4, p. 151. [一九六八] アメリカ法—
 九六頁—一〇一頁に本論文が紹介されている。
- (13) 第四章・二節の註(一)参照。このうち、アラバマ、コロラド、コネティカット、コロンビア州、ルイジアナ、ミネソタ、
 ノースダコタ、テネシー、ユタ、バージニア、およびウイスクンシンの十一州では、定められた期間経過後、夫婦の一方ま
 たは双方から裁判所に対し、別居判決を離婚判決に転換するよう請求することができる。Foster, Jr. Divorce Reform, New
 York county Lawyer's Association. Bar Bulletin. Vol. 22. No. 4, p. 170.
- (14) (Note) op. cit., p. 153.
- (15) (Note) op. cit., p. 152.
- (16) McKimney, op. cit., p. 29.
- (17) McKimney, op. cit., p. 30.
- (18) Callahan, New York's New Divorce Law, p. 15.

- (19) Annual Survey of American Law, 1966, p. 387
- (20) Annual Survey of American Law, 1966, p. 387: *Marital Matters-Latest Developments under New York Divorce Law*, p. 147: Phillips, *Divorce Law Reform in New York*, *Catholic Lawyer's*, Vol. 13, p. 56
- (21) Foster, Jr. *Divorce Reform*, *New York county Lawyer's Association*, *Bar Bulletin*, Vol. 22, p. 171.
- (22) N. Y. Supplement, 2d. Vol. 308, p. 618.
- (23) McKinney, op. cit., p. 30.

二 キリスト教会の権威

ここで別の観点から、ニューヨーク州における離婚法の改正に対して宗教界の示した態度に注目しておく必要がある。第二次大戦後にかぎって指摘してみよう。一九五一年三月六日、ニューヨーク郡常設裁判所 (Court of general sessions) の第三大陪審は「婚姻・離婚・別居・婚姻無効に関する諸問題の検討・分析のため」州の委員会を設定すべく勧告する旨の決定をし、一九五三年から五五年にかけては、メソジストの牧師で民主党州上院議員であるピーターソンおよび共和党下院議員のゴードン女史が州議会に調査委員会を設立すべき法案を提出したところ、州カトリック福祉委員会 (Catholic welfare Commission) はこの法案が離婚法の厳格さを緩和するのを目的としているとの理由で強固に反対した。そのため、州教会会議 (Council of Churches)・ユダヤ教牧師団 (Board of Rabbins) およびニューヨーク市法曹協会の積極的な支持にもかかわらず、多数の賛成を得ることができなかった。⁽²⁾ また、それ以前、一九四五年二月八日、ニューヨーク市法曹協会の法律改正委員会は「同州において、離婚に関し、スキャ

ンダルとみとめられるべきものを排除し、広範囲な詐欺・偽証・共謀および承認から脱皮することを望みながら、適切な法約規制のもとで離婚法を自由化することを主張した。⁽³⁾とくに委員会は六個の離婚原因を付加すべく勧告する。極端な虐待および非人道的処遇、原告配偶者が被告と同居するのを危険かつ不適當ならしめる故意ある行為、夫が妻の扶養を怠るか拒絶すること、二年以上の現実的な拘禁および常習的な暴飲がそれである。⁽⁴⁾このうちには、一九六六年の改正でみとめられたものも含まれる。また、一九四九年一月にはロチェスター市法曹協会の立法部会が、二年を下らない期間の遺棄、一連の極端な虐待、被告と原告と同居するのを危険かつ不適當ならしめるような行為、の三つを姦通に加えて離婚原因にすべく提案している。⁽⁵⁾ニューヨーク市法曹協会の勧告に比べると、半ば後退がみられるが、議会で少しでも多く支持が得られるようにとの考慮がなされたのではなからうか、だが、かかる内容の法案も、同様に否決されてしまった。

一九五九年現在でニューヨーク州のカトリック教徒は五六二万二六〇六人で、ユダヤ教徒は二三九万九〇五〇人、そしてプロテスタントは四四万三九九九人を数える。⁽⁶⁾これを州の総人口からすれば、一九六〇年に一六九八万二三〇四人であるから、⁽⁷⁾カトリック教徒の数は三分の一を少しオーバーする。過半数とはいかないまでも、民主・共和の二大政党制の下で、ある候補者を支持し、あるいは反対するに充分な数であり、州議会の議員は誰れでも、もし彼が離婚を容易にするような法案に一票を投じるならば、次期の選挙で彼の選挙区のカトリック教徒全員の支持を失うことをよく承知しているため、かかる危険をあえて犯すはずはない。とくに民主党は都市のカトリック教徒の票に依存する度合いが高いため、同党に属する議員は、離婚法の改正に手をつけるのをちゅうちょする。⁽⁸⁾改正案を

容易に議会に提出できず、たとえ提出されても通過しない裏には、右のような諸事情が存在している。

ところで、一九五六年にいたり、これまでの行詰りが破られた。カトリック教徒のある団体の提案をうけ入れ、共和党のゴードン女史と民主党上院議員ローゼンブラットとは、上下両院の合同立法委員会 (Joint Legislative Committee) を設ける法案を一月二十四日に提出した。同委員会は上院議員三名、下院議員三名、計六名から成る。その任務は、①婚姻訴訟の手續に関する現行法および家族に関する訴訟の当否、②前示訴訟における多数の裁判所の管轄・規則・運営および手續、③司法を改善し、婚姻関係および家族の結合を保護するために計画すべき手續・管轄・規則・運営に関する法律の改訂について検討を加え、評価し、議会に勧告するにある。かかる内容の法案は同年三月二十二日、一四二対六で下院を、五九対一〇で上院を通過した。上院の仮議長および下院の議長によって指名された合同立法委員会のメンバーは、共和党四名、民主党二名で、宗派別にみれば、プロテスタント二名、カトリック二名、ユダヤ教二名という顔ぶれである。

一九六五年二月二十五日にニューヨーク市で公聴会が開かれ、その後、六月に報告書が議会に提出されたとき、ニューヨーク州カトリック福祉委員会は一九五五年当時と同じく、いち早く反対を表明した⁽¹⁰⁾。そして、一九六六年二月二日付のニューヨーク・タイムスの伝えるところによれば、ローマ・カトリック教会は州議会の議員全員に宛て、彼等が州離婚法の改正案について、即座に肯定的行動 (affirmative action) をすることのないよう要求する書簡を送ったといわれる⁽¹¹⁾。かかる教会側の態度を批判し、「われわれにとって重要であり、しかも最も奇妙なことは、何故、そしていかなる理由にもとづいて、ローマ・カトリック教会がその道徳法典を、カトリック教徒でない半数以

上のニューヨーク州の一般市民に押しつけようとするのか、という点である」と反論されるのも尤もではなからうか。これに符節を合わせるように、一方で、十八名の指導的なカトリック教徒は、離婚法の改正を支持するカトリック教市民委員会を組織し、今は亡きロバート・ケネディ上院議員も著名なカトリック信者の一人として、改正に賛意を表していた。⁽¹³⁾ かくして、最終的には一五九対九で下院を、六四対一で上院を通過し、⁽¹⁴⁾ 一九六九年九月一日から施行された離婚法―家族関係法の改正は、賛否両論を背景としながら、前示合同立法委員会の報告書にもとづくものにほかならない。

キリスト教はその発生以来、西欧文明の精神支柱として人々の日常生活を規制し、⁽¹⁵⁾ 法律文化についても例外ではないが、本稿の主題たる離婚法はとくにその感が深い。国家法的な規制の手段たる離婚法の改正が企てられても、その内容がキリスト教会の立場と矛盾するとき、実質的な成果を収めにくいのが現状ではなからうか。この点について、故ロスコー・パウンド教授は、「法律以外の社会的統制 (social control) の主たる機関として、教会は同質的・開拓者的・田園的の社会における社会的規範の権威的代表者であったが、現代社会においては、社会的統制という仕事を十分に果し得なくなっている」と指摘している。⁽¹⁶⁾ 法律が教会に代って政治的に組織された社会的統制の究極的手段になったのは事実としても、宗教的・道徳的な面において、教会がいぜんとして大きな発言力をもっていることは決して否定できないと思われる。わが国を振り返れば、各種の宗教はいわゆる実証的信仰心にもとづいて百花爛満の様相を呈するが、果して日常生活に道徳的な規範を与える役目をしているかとなると、大いに疑問がいだかれる。まして、離婚法の制定はもとより、その運用ないし改正に対し、宗教界がなんらかの影響力を及ぼすとい

った事態は、とうてい考えられない。⁽¹⁷⁾ これに対し、アメリカにおいて、キリスト教がすべての人々の共通の心の糧として、道徳的な面に留まらず、法律上にも大きな力を及ぼしている。憲法上、教会と国家との分離は存在するが、⁽¹⁸⁾ 宗教と社会との分離はみじんもない。

- (1) Jacobson, American Marriage and Divorce, p. 116.
- (2) Hogan and Ianni, American social Legislation, p. 210.
それ以前、一九一一年から一九三五年までの間に一五三件の離婚に関する法案が提出されたが、そのうち十四件のみが法律となった。残りの一三九件は、離婚法の自由化、離婚原因の拡大、立法委員会による訴訟の再審査を内容とするものであった。Spaletta, Divorce in colonial New York, The New York Historical society Quarterly. vol. xxxix. p. 440.
- (3) Blake, The Road to Reno, p. 212: New York-The poorman's Reno, Cornell L. Q. Vol. 35, p. 304.
- (4) Blake, op. cit., p. 212: Grossman, How can we make Divorce Realistic? New York state Bar Bulletin. vol. 23, p. 357.
- (5) Grossman, op. cit., p. 357.
- (6) Steinberg, The stateman's Year-Book. 1965-66. p. 713.
- (7) Dan Golenpaul Association, The New information please Almanac, Atlas and Year Book. 1967. p. 402.
- (8) Blake, op. cit., p. 203.
- (9) Blake, op. cit., p. 223.
- (10) Divorce. New York style, News week. Feb. 21. 1960. p. 48.
- (11) Catholic church opposed Divorce Reform. Christian century. vol. 83, p. 197.

- (12) Catholic church opposed Divorce Reform, op. cit., p. 197.
- (13) Divorce, New York style, op. cit., p. 48.
- (14) Rheinstejn, Marriage stability, Divorce, and the Law, p. 356.
- (15) 石崎政一郎「比較法と比較方法」比較法研究七号四六頁―四七頁。川島武宜「離婚と社会統制」家族問題と家族法 III 離婚九八頁、坪内良博・玲子「離婚」比較社会学的研究―十九頁。
- (16) Pound, Symposium in the Law of Divorce, Selected Essays on Family Law, p. 374.
- (17) 「国家の法律が、結婚に関するキリスト教の教えを取り入れうる程度は、その国の人々が、キリストの信仰を受け入れうる程度に依存する。もし、人々が全く非キリスト教的であったり、またはほとんどキリスト教信仰に影響されていないならば、教会側が結婚の不可分離性を国法の一部とするため努力するというようなことは、非人間的といわなければならない。」シュライ、ヴァルツ、ホワイトハウス著、西田・戸村共訳「聖書における法と正義」二五四頁。
- (18) ジーグフリード、鶴岡千仞訳「アメリカ（国土と国民）」一四六頁。

第十八節 カリフォルニア州

互責を適用することから生じる不都合をとり除く方法として、有責任比較の原則が採用される事情が明らかになったが、これを通してさらに独自の道を開いたものとして、カリフォルニア州がある。さきに第二章・二節の三にのべたとおり、同州では *Conant v. Conant* (一八五八) 事件ののち、一八九二年の民法第一一条において互責を離婚請求棄却事由の一つと規定し、第一二二条でそれを定義して以来、互責は絶対的かつ自動的な棄却事由として適用されてきた。第三章・三節の六で検討したネバタ州の事件のなかに被告によって引用された一九二七年の判

決もその一つである。翌年には *Brazell v. Brazell* (一九二八) 事件⁽¹⁾がみられる。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のに対し、夫は虐待の事実を否認しながら、理由もなく激しい言葉を妻にあびせたことをみとめた。原審は、夫婦が数年の間たえずけんかをくり返し、双方に非行と誤解があったと認定し、互責を理由に妻の請求を棄却した。裁判所は妻の控訴に対し、「本件で明らかにされた事実により離婚請求を棄却した原審は、裁量権を少しも濫用していない」とする。さらに、「そのあとを追う *Confort v. Confort* (一九四一) 事件⁽²⁾において、互責は衡平法上のクリーン・ハンズの原則にもとづくことを指摘し、「当州の裁判所は、互責の原則を法律の欠くべからざる一部とするのが適当と考えた。このように宣言された原則が果して正しいかまちがいつているかを決めるのは、裁判所ではなく、立法部の権限に属する」とのべている。離婚法が互責を請求棄却事由と規定している以上、実際に好ましくない結果をもたらすことが明らかであっても、裁判所としては、夫婦双方の非行を認定する場合、その規定を忠実に適用して、離婚請求を棄却すべきであるというのであろう。だが、カリフォルニア州においても、やがて転換期がおとづれることになった。

まず、第二区控訴裁判所⁽³⁾に *Brazell v. Brazell* (一九四二) 事件⁽⁴⁾があらわれる。この事件において、夫婦双方がアルコール中毒であること、妻は他の男と不倫な関係をもっていたことを認定しながら、原審は原告たる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、「互責の事実をも含め、被告に不利な判決を言渡すのが正当とする実質的な証拠がある」旨をのべ、原判決を容認している。従来⁽⁵⁾の判例からすれば、夫婦双方に非行のある事実が認定された以上、離婚請求を棄却すべきはずである。だが、当面の場合、夫の請求がみとめられている。

その理由はどこに存しようか。妻にアルコール中毒とは別の非行もあつたことを考えるとき、裁判所は有責性比較の原則という言葉は用いていなくとも、それによつたとみるのが当を得ていよう。「本判决は非行の程度の少い側を「無責」と認定し、互責を適用する必要性を回避したのである」⁽⁵⁾との批評もみられるが、一般問題として、夫婦の一方の非行を無とみてしまうには、その程度が他方の非行に比べてきわめて少い場合にかぎられよう。本件のように、双方にある程度の非行の存するとき、かかる考え方はもともと無理というべきではなからうか。判決が有責性比較の原則をよりどころにしたと指摘するのであれば格別、そうでない右の批評は的を射たものとは思えない。

さらに翌年にいたつて注目すべき判例があらわれ、リーディング・ケースとされるにいたつた。最高裁判所の Hill v. Hill (一九四三) 事件⁽⁶⁾がそれである。互責を正面から扱つたものでなく、離婚を条件とした財産処分 (property settlement) の約束が共謀になるかどうかの問題にされたが、そのなかでつぎのようにのべている。「夫婦が重大なものと考える事項について調和できない不和が生じたため、婚姻が存在しなくなつたとき、法原則の例外として、われわれは公益の見地から離婚に異議を唱えるものではない」。カルフォルニア州にはさきに有責性比較の原則が姿をみせたけれども、本件はさらに破綻主義的な見解をとり入れ、互責の事実にもかかわらず、ときには離婚判決を与えることが妥当な場合のあるゆえんを明らかにした。つまり、互責の規定を裁判所にとつて完全に任意的な請求棄却事由と化しているわけである。さきに第三章・四節の二でミネソタ州の事情を検討したとき、同州における一九四九年法の規定が問題となり、「互責の事実が明らかになれば、裁判所は離婚請求を棄却することができる (may deny)」との文言は、むしろ棄却すべし (must deny) の意味に解釈されていることを指摘しておいた。これを当面

のカリフォルニア州と比較すれば、まさに反対の解釈であって、好個の対照をなしていよう。この問題のちに De Burgh v. DeBurgh (一九五〇) 事件で改めて論じられることになる。

- (1) Armstrong, California Family Laws, vol. II, pp. 127-128.
- (2) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 486.
- (3) カリフォルニア州憲法第六条・四節^aによれば、同州は第一区、第二区、第三区の控訴区に分けられ、サンフランシスコ、ロスアンゼルス、サクラメントに控訴裁判所がおかれる。衆議院法制局外「アメリカ州憲法集第二集カリフォルニア州憲法」五〇頁。
- (4) P. (Pacific Reporter) 2d, vol. 120, p. 117.
- (5) Comment : California Recrimination rule reappraised, Stanford L. R. vol. 5, pp. 542-543.
- (6) Armstrong, op. cit., p. 204.

一 イギリスの判例の影響

カルフォルニア州の Hill v. Hill (一九四三) 事件と同じ年、イギリスにおいて Brut v. Brunt (一九四三) 事件が重要な趣旨を表明しており、のちにカルフォルニアの裁判所に影響を及ぼすことになる。イギリスでは当初、一九五九年の婚姻訴訟事件法 (Matrimonial causes Act) の第六条⁽¹⁾により、離婚訴訟の管轄権が教会裁判所から新設の離婚裁判所に移され、卓床離婚に代わる裁判別居と並んで、離婚請求も可能となった。第二七条⁽²⁾は夫婦それぞれについて姦通を離婚原因とするが、夫の側からは妻の姦通を主張しさえすればよいのに反し、妻は夫の近親相姦、姦

通を伴う重婚、強姦、男色、猥姦、虐待あるいは遺棄を伴う姦通を立証する必要がある。また、第三一条本文は宥宥
・共謀および承認を絶対的な請求棄却事由とし、但書により、原告側の非行⁽³⁾互責を裁量的な棄却事由とみとめる。
すなわち、「原告が婚姻中に姦通したことを、訴の提起もしくは続行が不相当に遅延した責任が原告にあること、原
告が被告に虐待を加えたこと、被告の姦通より以前に原告が正当な理由なく被告を遺棄し、もしくは故意に別居し
たこと、被告の姦通を誘発するような故意の無視または不行跡のあったことを裁判所が認定するならば、離婚判決
を言渡す義務を負わされない」(Shall not be bound)⁽⁴⁾というのである。だが、この規定のもとで規実に裁判所の裁
量を求めたのは、Morgan v. Morgan (一八六九)事件⁽⁵⁾にいたるまでほとんどなかった。しかも、この事件によっ
てわかるとおり、裁量権の範囲は狭くかぎられていたのが実情のようである。

一九六三年から九二年にかけて離婚裁判所の判事をつとめたペンザンス卿は右の事件において、「かかる重大な
事項(互責)に関し、この種のルーズな、しかも拘束のない裁量権は、裁判所に託するに余りにも危険な武器であ
るが、単独の判事の場合にはなおさらである」とのべ、つぎの三つのうちのいずれかに該当するときのみ、裁判所
は有責配偶者の有利に裁量権を行使すべきことを提案する。すなわち、①配偶者が死亡したと信じて重婚したとき、
②原告たる妻が夫による脅威と威圧のもとで姦通を強いられたとき、③夫の非行が妻によってすでに宥宥されてい
るとき、がそれである。かかる提案が大きく支配力を及ぼし、一八〇〇年代の終りにいたるまで、裁判所の裁量権
は、有責配偶者の離婚請求をみとめないのが公德(Public Morality)に合致するとの確信によって制約されており、
例外的な事情のある場合にかぎって離婚判決を言渡してきた。⁽⁶⁾

だが、一八九五年の最高司法裁判所法 (The supreme court of Judicature Act) により、離婚管轄権が高等法院 (High court of Justice) のなかの検認・離婚・海事部 (probate, Divorce and Admiralty Division) に移った⁽⁷⁾のが、Constantidini v. Constantidini (一九〇三) 事件は新たな道を開くことになる。この事件において、裁判所は妻によって遺棄された有責の夫に離婚判決を与えつつ、「裁量権行使の理由を列挙したりリストは書き込みを許さない書物 (closed Book) ではなく、場合に依じて拡充しなければならない」とのべ、さらに数年後、同じ当事者間に生じた Constantidini v. Constantidini and Lanse (一九〇五) 事件⁽⁸⁾にいたり、「裁判所は被害・有責両配偶者の権利・義務をそれぞれ、彼等だけのこととして考えるのみでなく、社会の利益 (interest of society) および公徳にも配慮を加える必要がある」とした。離婚請求認否の判断に当り、重点が、夫婦双行をも含めて公徳へと移り、しかも公徳という言葉のもつ意味自体も、前世紀末とは変りつつあるとみてよい。原告の有責のみを理由に離婚判決の言渡を拒否することが、当事者たる夫婦はもとより社会の福祉にいかなる影響を及ぼすか、それが重要な問題として考慮されはじめたわけである。

一九一四年ないし一八年の第一次世界大戦中から、もはや共同生活を継続する可能性のなくなった夫婦が婚姻の絆を維持するのは望ましくないと考えが、一般の人々の心に広まってきた。これはあたかもアメリカにおいて、厳格な互責に代わるべく有責性比較の原則がはじめて登場したのは時期を同じくしている。かくて、Wilson v. Wilson (一九二〇) 事件⁽¹⁰⁾において、裁量権行使の範囲は「不動の原則」(iron-clad rule) によって支配されるべきではないとして、一きよに拡大し、一九三九年の婚姻訴訟事件法第四条のもとで、Blunt v. Blunt (一九四三) 事件⁽¹²⁾

はそれをさらに押し進める結果となった。この事件において、原告の姦通にもかかわらず離婚判決が与えられたので、被告が控訴し、控訴院は原審判事の裁量権濫用をみとめた。上告をうけた貴族院は第一審判決を支持し、シモン大法官がつぎのようにのべている。「Wilson v. Wilson 事件で四つの事情を考慮すべきものとされた。①子の地位および利益、②原告の非行の相手方となった者の利益、彼等が将来婚姻する見込の有無をとくに考慮、③離婚を許さなければ夫婦が和諧する見込みがあるかどうか、④原告の利益、とくに原告が再婚して立派に生活できるようにすべきであること・これらの四つの考慮のうえに、私は第五のより一般的な、しかも最も重要と思われるものを付け加えたい。すなわち、婚姻の拘束的な神聖さを尊重することと、完全に破壊されてしまった結合をあくまで維持するのは公益に反するという社会的考慮との間に、真のバランスを保ちながら判断すべき社会一般にとっての利益がそれである」。右のうち、①ないし④は当該夫婦をめぐる具体的な諸事情に留まるのに対し、⑤は離婚を一個の社会現象とし、対社会的な関係においてとらえ、果して具体的な場合に婚姻の実質が完全に失われているかどうかを慎重に判断し、もしそれが肯定され、婚姻の神聖さを尊重すべしとの要請を問題にしないでよい程度に達しおれば、離婚請求をみとめることこそ、社会一般の利益からみて妥当である旨を指摘したものと思われる。イギリスの場合、互責は当初から裁量的棄却事由であるため、裁量権の及ぶ範囲がつねに問題となり、社会状況の変化とも相まって、拡大の一途を辿った。その結果、右のように破綻主義的な見解が導入されるまでになった。かかる経過を対比すれば、アメリカ諸州の場合と事情を異にするといわなければならない。

ここで再びカリフォルニア州に眼を返せば、その後 *Weil v. Weil* (一九五二) 事件⁽¹³⁾がみられる。この事件に

において、夫が虐待を理由に離婚の訴を提起したのに対し、妻は同じ理由による反訴で別居手当を求めたが、改めて離婚判決を請求した。原審は双方の非行にもかかわらず、妻の請求をみとめたが、訴訟費用を妻の負担としたので、彼女が控訴した。裁判所はこれに対し、「完全に破壊された結合を維持すべく主張するのは公益に反するとの社会的考慮を無視できない」旨を表明し、原判決のうち妻の離婚請求をみとめた部分を容認している。リーディング・ケースたる *Hill v. Hill* (一九四三) 事件はもとより、イギリスの *Blunt v. Blunt* (一九四三) 事件の見解が影響を及ぼしたことを容易に看取できる。さらに翌年の *De Burgh v. De Burgh* (一九五二) 事件⁽¹⁴⁾ で裁判所は民法の解釈について、*Hill v. Hill* (一九四三) 事件がいわば傍論的のべていた事柄を、改めて正面から一そう明確な態度で是認し、一転機を画するにいたった。

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。原審は夫婦が互いに他方に対し虐待の責を負うべきこと、しかも双方の虐待はいずれも他方によって排発 (provocation) されたものであり、互責の原則が適用され、いずれも離婚判決を得ることはできないとした。妻は再審を申し立てたが、申立を却下する命令がさ出れたので、控訴を提起した。裁判所はこれに対し、合議裁判⁽¹⁵⁾ において、「夫は婚姻中の全期間にわたって虐待の責があるが、妻は別居直後にのみ責を負うにすぎない。しかも、夫の虐待は妻によって排発されたものでないが、妻の虐待は夫の排発によるものであるため、離婚原因とはならず、互責を適用する基礎を欠いている」と認定し、原判決を破棄した。原審の事実認定の誤りを指摘するわけであるが、それよりもむしろ、本件では、互責について定める民法第一二一条および第一二二条の規定の解釈をめぐり、*Conant v. Conant* (一九五八)

事件以来とられてきた見解と異つて、事實審裁判所に互責を適用するかどうかについての裁量権をみとめた点にこそ、注目しなければならない。

すでに第二章・二節の三で明らかにしたとおり、Conant v. Conant (一八五八) 事件において、夫婦双方に離婚原因たる非行を認定するとき、裁判所は非行の種類の間を問わず、互責を適用すべきであるとの見解が示された。一八九二年に制定された民法はそれをうけつぎ、第一一条に、「承認・共謀・宥恕・互責あるいは期限の経過が立証されるとき、離婚請求は棄却されなければならない (must be denied)」⁽¹⁷⁾とし、さらに第一二二条において、「互責とは、原告からの離婚請求を阻止する (to bar) ため、被告が原告の不利に、なんらかの離婚原因を申し立てる」(Showing) ことである⁽¹⁸⁾旨を規定する。第一二二条に関する法典委員の説明は、「この簡単な文言は、ある非行を互責の抗弁とするとき、それがいかなる程度の悪事であり、いかなる程度に立証する必要が存し、また異つた離婚原因を主張できるか等々、實際上、裁判所に広い裁量を委ねるならば、相容れない見解を生じる恐れのある問題に、予め解決を与えている」⁽¹⁹⁾とあり、従来、互責の事実が立証されるとき、非行の種類の間を問わず、絶対的な請求棄却事由になると解されてきた。だが、当面の De Burgh v. De Burgh (一五五二) 事件において裁判所は多数意見でかかる見解を否定し、新たな考え方を導入している。それは大略つぎのとおりである。立法部が離婚原因の種類の間を問わず、互責を絶対的な棄却事由とするつもりであったならば、端的に、「被告が原告に不利になんらかの離婚原因を申し立てるならば、離婚請求は棄却されなければならない」と規定すればよからう。そうしないで、前示第一二二条のように定めたのは、たとえ被告が原告に対して離婚原因を有していても、互

責が適用されるためには、それが原告の請求を阻止するに充分なものであることを要求するにほかならず、したがって、事実審裁判所に、果して被告の主張が右に該当するかどうかについて裁量権を与える趣旨であった。かくて、*Conant v. Conant* (一八五八) 事件の趣旨は一八九二年の民法にうけつがれなかった。ざつとこのように考えるわけである。⁽⁹⁾ その結果、第一一条にいう“must”も命令的なものではないとして、無視されてしまう。民法制定以来互責に関する規定について八十年以上にわたつて支配的であつた見解が、ここで完全に捨て去られてしまつた。⁽¹²⁾

では、事実審裁判所が裁量権を行使するとして、一体いかなる事情を考慮しなければならないのであらうか。裁判所は進んでつぎのように判断している。「離婚原因が原告に不利に暴露される時、その請求を棄却する事由とすべきかどうかについて、正確な方式があるわけではない。なぜならば、衡平法裁判所としての離婚裁判所は、具体的な場合に正義の要求を促進するため、広範囲の裁量権を与えられているからである。だが、一般に裁判所の判断は、いくつかの主要な要件によって支配される。①夫婦間に和諧の成立する可能性、②婚姻上の紛争がつづくことにより、夫婦の生活および健康状態が蒙る危険性、③紛争が子供あるいは他の第三者に及ぼす影響、④婚姻関係の破綻を招く原因となつた夫婦双方の非行の程度の大小、がそれに当る。ここに示す①ないし③の要因は、すでにみたイギリスの *Blunt v. Blunt* (一九四三) 事件の見解を採用したと考えられるし、④の要因はまさに有責性比較の原則にほかなるまい。とはいへ、①―④の要因を綜合すれば、単なる有責性比較の原則と異り、夫婦の非行の程度の大小のみが離婚請求の当否を判断する唯一の基準ではない。裁判所はリーディング・ケースたる *Hill v. Hill*

(一九四三) 事件の趣旨をうけ、はっきりと互責の規定を任意的な請求棄却事由と解してしまつたのはもとより、有責任比較の原則に破綻主義的な考え方をプラスしたものよりも、さらに一步を進め、あらゆる事情を考慮に入れる完全な破綻主義を採用するにいたっている。

一八五一年の離婚法が第四条の三・四・六号において、離婚原因として姦通・極端な虐待・常習的飲酒・三年間の故意かつ継続的な遺棄・夫の扶養義務不履行および二年以上の禁錮刑の有罪宣告を規定して以来、離婚原因は有責的なものにかざられていたが、一九四一年にいたり、九番目のものとして「不治の精神病」(incurable insanity)を加えた⁽²⁴⁾。これによって、カリフォルニア州で破綻主義は有責主義と並んですでにみとめられていたといわれるが、十一年後の De Burgh v. De Burgh (一九五二) 事件が明確に破綻主義の見解を採用すると同時に、その内容をなす具体的な考え方を説明したわけである。婚姻関係破綻の有無を判断するに当って、その要因の一つとして、夫婦双方の非行の程度が考慮されることはあつても、ひとたび破綻の事実が認定されるとき、離婚判決は非行の程度いかににかかわりなく、与えられる。原告の非行の程度が被告より大であっても、離婚請求はみとめるし、被告が反訴で離婚判決を求めるならば、双方の請求が容れられよう。互責の規定を厳格に適用する不都合をとり除く目的から、カリフォルニア州の裁判所は当初、Hill v. Hill (一九四三) 事件 — Weil v. Weil (一九五二) 事件 — De Burgh v. De Burgh (一九五二) 事件とつゞく一連の事件によって、巧みな考え方を導入し、最後には民法の規定の解釈について実質的な改革をなしたとげたわけである。

ところで、翌年、第三区控訴裁判所にあらわれた Philips v. Philips (一九五三) 事件は、右の(一九五二)事件

の考え方をそのままうけつぎ、同趣旨を表明している。この事件において、原審は夫婦が互いに極端な虐待を加えた事実を認定し、互責を理由にいずれの離婚請求もみとめなかった。だが、裁判所は、①夫婦が不和を解消し、協同して共同生活ができる可能性はほとんどない、②夫婦間の不和は夫の健康と事業にとって有害な影響を及ぼしつつある、との二つの理由から、婚姻が果すべき目的はすでに失われていると判断した。そして、かような事情が明らかなる場合、夫婦の一方または双方に離婚判決を与えるべきであるから、それを拒否するのは裁量権の濫用となる旨を明示している。De Burgh v. De Burgh (一九五二) 事件であげられた四つの要因のうち、①および②がここでとくに考慮されたとみてよからう。婚姻はすでに破綻しており、夫婦双方に非行が認定され、しかも双方とも離婚を望んでいる。かかる場合、離婚判決は双方の非行の程度いかんにかかわらずなく、与えられる。原告の非行の程度が被告より大であっても、離婚請求はみとめられるし、被告が反訴で離婚判決を求めるならば、その請求も容れるのが妥当な判断である。原審は、婚姻破綻の事実にかかわらず、互責を理由に双方の請求を斥けたが、このことはリーディング・ケースたる Hill v. Hill (一九四三) 事件に違反していよう。とはいえ、原審当時、時間的にみれば De Burgh v. De Burgh (一九五二) 事件の判決はまだ言渡されていないから、そこで示された見解によって原審の判断を云々するわけにはいかない。

ここでもう一つ、最近の例として同じ控訴裁判所の Barton v. Barton (一九六四) 事件²⁷⁾をあげておかねばならない。この事件において、妻は別居扶助料を求める訴を提起し、夫は反訴で極端な虐待を主張して、離婚判決を請求した。双方とも未成年の娘の監護を求めている。原審は、夫の姦通の責をみとめて妻に別居扶助料および扶養料を

与え、また妻には極端な虐待があるとして、夫に離婚判決を言渡した。子の監護は夫に許された。そこで、妻は夫に与えられた離婚判決および子の監護について控訴した。裁判所はこれに対し、「記録を検討した結果、われわれはつぎのように確信する。すなわち、当面の場合、双方に非行のあったこと、その責はほとんど同等とみとめられること、もし原審が極端な虐待を理由に夫に離婚判決を与えるのを拒否することによって、現存する婚姻をそのままにしておいたならば、婚姻を墮落させ、その目的を失敗に終らせるにちがひなかつた」とのべ、原判決を容認している。これを要するに、婚姻はすでに破綻し、夫婦双方に離婚原因たる非行が認定され、その程度はほとんど等しく、しかも、ここでは夫のみが離婚を望んでいる。De Burgh v. De Burgh (一九五二) 事件によって示された見解にもとづくかぎり、夫の離婚請求がみとめられるのは当然の成り行きといえようし、もし妻も離婚判決を請求しておれば、彼女の請求も問題なく容れられたと思われる。

- (1) Latey, *The Law and practice in Divorce and Matrimonial Causes*, p. 1130.
- (2) Latey, *op. cit.*, pp. 1131-1132.
- (3) Latey, *op. cit.*, pp. 1132-1133.
- (4) Latey, *op. cit.*, pp. 1133.
- (5) Mc Cornell, *Divorce-Recrimination-The English doctrine of Judicial discretion*, Virginia L. R. vol. 19, p. 402.
- (6) *McConnell v. McConnell* (一九三〇) 事件において、メルセル卿によれば、この間、裁判所は裁量権を行使するより、むしろ、禁反言の原則を適用したとされる。Mc Cornell, *op. cit.*, p. 403.
- (7) Latey, *op. cit.*, p. 3.

- (8) Mc Cornell, op. cit., p. 403.
- (9) Mc Cornell, op. cit., p. 403.
- (10) Laley, op. cit., p. 168.
- (11) Laley, op. cit., p. 1194.
- (12) Laley, op. cit., pp. 163-164.
- (13) P. 2d. vol. 236. p. 159 : Armstrong, California Family Law. vol. 1, p. 201.
- (14) P. 2d. vol. 250, p. 596.
- (15) カリフォルニア州憲法第六条・二節によれば、最高裁判所には第一部および第二部と両者の合議裁判 (in Bank) がある。合議裁判は、裁判所の長たる裁判官が裁判長となり、判決には七人の判事のうち四人の同意が必要とされる。衆議院法制局外「アメリカ州憲法第二集カリフォルニア州憲法」四六頁—四七頁。
- (16) この趣旨は *Truax v. Truax* (一九四九) 事件及び *Popescu v. Popescu* (一九四一) 事件で示されたところ。Roberts, *Divorce: Recrimination-Is it still a defense in California?* Hastings Journal. vol. 4, p. 199.
- (17) Deering, The civil code of the state of California, p. 41.
- (18) Deering, op. cit., p. 43.
- (19) Deering, op. cit., p. 43.
- (20) 本件に先立って *Johnson v. Yellow Cab Transit Co.* (一九四四) 事件でも、同裁判所は「きよらたのくぐり」た。「…汚う手の原則 (doctrine of unclean Hands) がその一部を成している互責の原則は、用語にこつたものでもなく、機械的なものでもなく、各場合の事情に応じて、かつ一般社会のすべての利益を適切に考慮して適用されるべき衡平法上の原理である。」 (case note), *Divorce-causes for denying Divorce-Recrimination*, Southern California L. R. vol. 27, p. 220.

トレイナー判事によれば、民法第一二二条の条文に対する註において、同条が Conant v. Conant (一八五八) 事件に基礎をおく旨が何も記載されていない事実がこれを裏書きしているところである。Armstrong, Family Law: Order out of Chaos. California L. R. vol. 53, pp. 122-123.

(21) Roberts, op. cit., p. 200.

法典とくに民法法のもの權威について、つぎのようにいわれるのに注意を要する。すなわち、「法典に記載された条文は、それ自体、絶対的な存在であるとは考えられない。特にカリフォルニアで、裁判所が、民法典の条文をしばしば軽視することが指摘される。これは、問題は、コモン・ロー上の問題なのであって、条文上の問題ではないと考えるからなのであって、あくまで法典の条文に最終的効力を認めようとはしないのである。また条文を引用する場合でも、これは単にコモン・ローの宣言たるにすぎないものとして取扱う傾向にある事を見逃し得ないところであった」。水田義雄「法の変動と理論」一九頁—二〇頁。

- (22) 事実審裁判官にある程度の裁量権を認めたる De Burgh v. De Burgh (一九五二) 事件は、イギリスの Blunt v. Blunt (一九四三) 事件と並んで、カナダのニュー・ブランズウィック州の Gracie v. Gracie (一九四三) 事件の示した見解にも無意識のうちにしたがっているところである。Raskin and Katz, The Dying doctrine of Recrimination in The United States of America. The Canadian Bar Journal, vol. XXXV, p. 1053.
- (23) Statute of California, second session 1851, pp. 186-187.
- (24) Deering op. cit., p. 39.
- (25) Kay, A Family court: The California proposal, California L. R. Vol. 56, p. 1216.
- (26) Baysie, Divorce-Recrimination: Scope of discretion to deny decree, California L. R. Vol. 42, p. 520.
- (27) California Reporter. Vol. 40, p. 676.

一一 離婚と共通財産

ちぎにみた *De Burgh v. De Burgh* (一九五二) 事件は、他方で離婚に伴う夫婦共通財産 (Community property) の分割についても、大きな影響を及ぼすにいたった。その内容に入る前に、理解の必要上、カリフォルニア州における夫婦財産制に関する規定を、当初にさかのぼって検討してみよう。スペイン||メキシコ法とコモン・ローがカリフォルニアの地で示した相互関係については、第二章・二節の一で詳しく展開したので、それを前提にして稿を進める。

一八四八年二月三日、アメリカとメキシコの間締結されたグワダルペ・イダルゴ条約の第八条と第九条には、「合衆国に譲渡された領域内において、住民たると否とを問わず、メキシコ人に属するあらゆる種類の財産は、不侵に尊重される」旨の規定が設けられた。⁽¹⁾ 国際法の原則によれば、ある国に属する土地が他国に征服または割譲された場合、そこに施行されている私法は、廃止または修正されるまで、その効力をもつ。⁽²⁾ 右の規定はこれを明文化し、両国の合意のもとに、カリフォルニアに住むメキシコ人の財産を保護したわけであろう。当時、カリフォルニアには、スペインの征服者 (conquistadores) によってもたらされた夫婦共通財産制 (El regimen de sociedad con-jugal) が慣習として行われていた。これはさらにさかのぼるとき、スペインにおける六九三年の西ゴート法典 (Lex wisigothorum: *Foro Judicium*) のなかに、成文の形で起源を見出すことができるという。⁽⁴⁾

同法典第四編・二章 (相続の法律について) の第十六条は、レケスピント王 (六四九―六九二) の法令中の一節

をとり、「夫婦が婚姻生活中に共同で蓄積した財産について」との題目のもとに、つぎのように規定する。「同じ身分に属する人が婚姻し、共同生活中、彼等の財産を増加し、あるいは消費した場合、もし一方が他方より裕福であるならば、各自が所有する財産の額に比例して、利得および損失を共同で分担する……」⁽⁵⁾これは離婚に当ってではなく、夫婦の一方が死亡した場合、死者の財産を生存配偶者および他の相続人にどのように分割するかの問題に關連している。そのうち、とくに夫婦共同の利得および損失の清算についてみれば、これを半々に分けるのではなく、夫婦がそれぞれの財産をもって関与した割合に応じて行われる。⁽⁶⁾その結果、死亡配偶者に帰属すべき部分が相続の対象になるわけである。ここで共通財産との名称は用いていないが、各自の特有財産と並んで、婚姻中の取得および収益、つまり利得財産 (Bienes Gananciales) にかざられた意味での共通財産の存在が当然の前提として承認されよう。⁽⁷⁾

西ゴート族がスペインに侵入を開始した三九五年よりずっと前、この地にあつたイベリヤ、ケルト、フェニキヤ、ギリシャおよびカルタゴ諸民族は共通財産制を知らなかつたし、ローマ帝国の支配下でローマ法が行われていた當時も、初期ローマ法にみられた共同財産—妻の財産が夫の所有に移転—(Communio honorum) は、学説彙纂の公布(五二九)以前にすでに不使用に帰していたため、夫婦共通財産について、もとより何の定めもなかつた。⁽⁸⁾共通財産制は西ゴート族によってスペインの地にもたらされたわけであろう。西ゴート族の侵入から三世紀を経た前示六九三年の法典制定にいたるまで、スペインにおける西ゴート族とローマ人とは別個の法律のもとにあり、前示法典が名目的にローマ法の適用を禁止したものの、実質はローマ法と西ゴート族の法律とを混合したものにすぎない。⁽¹⁰⁾

ローマの家資(Dot)制度が当面の問題たる共通財産制と並んでみとめられたのは、かかる事情の一端を示すものといえよう。

西ゴート法典に源を発するスペインの夫婦共通財産制は、その後、同国のアメリカ植民地統治のための法律の嚆矢たる一六八〇年の印度国法令集にうつがれ、⁽¹²⁾メキシコに行われることになる。⁽¹³⁾ さきに第二章・二節の一でのべたとおり、絶対離婚をみとめないメキシコにおいて、社会の単位は法律的にみて、個人(individual)ではなく、家族(Family)におかれる。⁽¹⁴⁾ 英米法において、アングロ・サクソンの昔から、法律上の単位をなすものが家族ではなく、個人であったのを⁽¹⁵⁾はつきりちがいをみせている。家族の財産は手をつけずに維持されるべきものであって、夫は事実上、全家族の利益のため、共通財産の受託者たる地位を占めていた。⁽¹⁶⁾ ここに共通財産という場合、離婚の可能性はないから、夫婦一方の死亡によってのみ、その帰属が問題にならうし、また妻の特有財産の増加分は共通財産に組み入れられた旨の説明もみられる。⁽¹⁷⁾ 細部の点でちがいを示したかも知れないが、メキシコの共通財産はさきの西ゴート法典の流れをくんでいる。そして、カリフォルニアにあるメキシコ人は、前示条約後も共通財産の制度を維持することになった。

(一) Armstrong, California Family Laws, Vol. I, p. 451; Commager, Documents of American History, Vol. I, p. 314; California Jurisprudence, 1930, Supplement, p. 14.

第八条の規定は Commager, op. cit., p. 314 でわかるが、第九条の規定の内容は明らかでない。

夫婦財産制の起源およびアメリカへの導入については Lay, Community property: its origin and Importance to the

Common Law Attorney, *Journal of Family Law*, Vol. 5, pp. 51-57. 鈴木喜久江「アメリカ法における夫婦共有財産制」
明治学院論叢法學研究一五一号四三頁以下。

(2) California Jurisprudence, op. cit., pp. 14-15.

(3) Jacobs and Goebel, *Cases and Materials on Domestic Relations*, p. 731.

(4) 同法典はエヒカ王(六八七—七〇〇)の治世中、トレード市において開かれた第十六回宗教会議によって編纂されたものであり、ユークリキ、レクスゴント、ヘルビング、およびエヒカ諸王の法令が含まれ、十二編・五四章・五七八条から成つてゐる。これについては Sherman, *Roman Law in the modern world*, Vol. 1, pp. 269-270. 戸倉広「羅馬法の世界史的使命」二四九頁—二五〇頁、寺田四郎「西班牙法の国外的発展」国家学会三五卷五号三七頁—三八頁。

(5) Scott, *The Visigothic Code (Form Judicium)*, p. 126.

(6) Schultze, *Über westgotisch ~ spanische Eherecht*, S. 84.

(7) 人見康子「米国における夫婦財産関係の検討」法學研究四十卷八号六九頁には、「所得のみの夫婦財産共有」として指摘されてゐる。

(8) Loewy, *The spanish Community of Acquests and Gains and its adoption and modification by the state of California*, California L. R. vol. I, p. 34.

(9) 西ゴートのローマ人のためには、アラリック二世(四八二—五〇七)の命分で、五〇六年にアラリック抄法(Breviarium Alaricanum)と称され、Lex Romana visigothorum が制定されている。戸倉広・前掲書二四八頁—二四九頁。ヴィノグラトフ。戸倉広訳「欧羅巴中世の法律思潮」一〇頁—二三頁。

(10) Loewy, op. cit., p. 34.

西ゴート法は嫁資についていろいろ規定するが、妻の側の出捐というより、むしろ夫による出捐の意味においてである。

離婚請求棄却事由の研究—互責論(一六)(村井)

(一一七) 一一七

りの点でローマ法上の嫁資と趣を異にして、売買婚の遺風が看板を掲げる。Lobinger, *The Form Judicium* (Fuero Juzgo), Illinois L. R. vol. VIII, p. 1.

(11) Loewy, *op. cit.*, p. 34.

(12) 印度国法令集の二つは、第二章・二節の一で触れた。

California Reports. vol. 17. pp. 531-535 だが、一八〇五年改訂法令全集 (Novissima Recopilación) の第十卷・四章「婚姻中に取得された利得 (Gananciales) あるいは財産について」の規定がみられる。

(13) もっとも、それより前、フズテムック族は「完全な夫婦共通財産制」を有してゐたところ。Gatherer, *Government and Jurisprudence of the Mexicans before the spanish conquest*. Virginia L. R. vol. 6, p. 437.

(14) Eder, *A Comparative survey of Anglo-American and Latin American Law*, p. 119; Eder, *Law and Justice in Latin America, A Century of progress*. vol. I, p. 53.

(15) 内田力蔵「英米家族法の概要」法律時報一九卷八号一六頁 Eder, *op. cit.*, p. 120.

(16) Eder, *op. cit.*, p. 120.

(17) Mc Murray, *The Beginning of the Community property system in California L. R.* vol. III, p. 377.

一方、東部からカリフォルニアに移住し、土着の住民の数をはるかに凌駕する多数の人人々が、コモン・ローを背負い、それに馴れ親しんでいるのは事実としても、妻を財産上の無能力者とする厳格なコモン・ローの原則は、夫婦が対等の立場で全面的に協力し合わなければ生活を維持できない開拓地のきびしい自然的条件のもとで、もはや適用すべくもなかった。男たちに財産的な利己心がなかったためか、あるいは当時、婦人の数が少なかったため、

妻の財産的能力をみとめないコモン・ローによるよりも、共通財産については妻の特有財産を承認するメキシコ法により、財産関係を彼女たちに有利なものに変更したいと望んだ事情もあつたらしい。かくて、一つの事項に関する法の二重性の招来を避ける目的も含め、カリフォルニア全域にわたり、共通財産制が一般的な慣習として行われた。⁽²⁾ 東部から移住した多数の人々も、まだ法律上に規定はないけれども、共通財産制によるわけである。

一八四九年から五〇年にかけての第一回州議會では、新しい州の夫婦財産制はカリフォルニアに現存する法律を基礎とすべき旨の希望が表明された。⁽³⁾ 慣習法たる共通財産制の採用を意味しよう。かかる希望にもとづき、一八四九年十一月十三日に批准された憲法第十一条・十四節は、「妻が婚姻前に所有し、あるいは婚姻によって権利を得た不動産と動産、およびその後贈与・遺贈または相続によって得たものは彼女の特有財産 (Separate property) とする。妻の特有財産と同じく妻が夫と共通に保有する財産上の権利について、一そう明確にする法律を可決しなければならぬ。⁽⁴⁾ また、妻の特有財産の登録に関しても規定を設けなければならない」と定めた。⁽⁵⁾ 妻の人格をみとめないコモン・ローの原則を修正して特有財産を設け、同時にスペイン・メキシコ法に由来する共通財産制を合わせて採用するものと考えられる。

右をうけた一八五〇年四月十九日の「夫および妻の権利を明確にする法律」⁽⁶⁾ は、第一条、第二条および第九条において、共通財産に関する定めを設けている。その第二条によれば、「夫または妻が婚姻後に取得した財産は、贈与・動産遺贈 (Bequest) ・不動産遺贈 (Devise) および不動産相続 (Descent) によるものを除き、共通財産 (Common property) とする」⁽⁷⁾。また、九条において、「夫または妻の特有財産から生じる賃料 (Rents) および収益 (profit) は、

共通財産とみなす」と定められた。⁽⁸⁾だが、後者の規定は *George v. Ransone* (一八六五) 事件によって遺憲と判断されたため、特有財産からの果実は共通財産に帰属せず、特有財産に残る趣旨に改められた。⁽⁹⁾スペイン・メキシコ法によれば、共通財産は三つの部分から成る。①夫婦が彼等自身の労働および支出によって取得したすべての財産は、種類のいかんを問わない。婚姻中、共通財産からの出費で取得した財産をこれを含める。②夫婦双方の名義により共同で取得した財産、③夫または妻の特有財産または共通財産からの収入、つまり利得財産 (*Bienes Gananciales*) がこれに当る。⁽¹¹⁾最後の③にあげたように、夫婦各自の特有財産による収益は共通財産に帰属するの⁽¹⁰⁾に対し、カリフォルニア州では特有財産に留まる点で重要なちがいをみせることになる。

降って、一八九二年のカリフォルニア州民法第一六二条および第一六三条は、右の諸規定をうけつぎ、夫婦各自の特有財産と並べて共通財産 (*community property*) について定めた。それによれば、「婚姻中、夫婦の一方または双方により取得された財産は、すべて共通財産とする。ただし、贈与・動産遺贈・不動産遺贈あるいは不動産相続で取得されたものは、各自の特有財産とする。婚姻の際に夫婦各自が所有したもの、および各自の特有財産を利用して取得されたものは、特有財産に帰属する」ことになる。⁽¹²⁾

ニューヨーク州の一八五六年の民法草案がカリフォルニア州民法の模範となったことは、第二章・二節の三に指⁽¹³⁾摘したけれども、夫婦の共通財産制はカリフォルニアに当初から存したものが民法にうけつがれたわけであって、⁽¹⁴⁾前示草案の影響はみられない。当面の問題たる離婚に当って共通財産をいかに分割するかについても、例外ではない。⁽¹⁴⁾最初、一八五〇年四月十九日の「夫および妻の権利を明確にする法律」の第十二条によれば、「管轄権をもつ

裁判所の判決による婚姻解消の場合、共通財産は当事者間に平等に分割 (equally divided) されなければならない。そして、判決を言渡す裁判所は、事件の性質が要求するところにしたがって、共通財産を分割するか、あるいは売却のうえ、売上金を平等に分配するかを命じなければならない」と規定し、さらに、「姦通または極端な虐待を理由に離婚判決が言渡されるとき、有責配偶者は、裁判所が当該事件の事情から自由裁量によって、公正と判断 (deem just) する割合についてのみ、共通財産に対する権利を有する」と定めている。⁽¹⁵⁾ だが、当初、離婚管轄権をもつ裁判所も離婚原因もまだ決っておらず、これらはすべて、翌一八五一年三月二十五日の離婚法をまたなければならぬ。同法の内容は第二章・二節の三で触れたけれども、婚姻取消原因と解されるものを除けば、姦通・極端な虐待・常習的飲酒・三年間の故意かつ継続的な遺棄・夫の扶養義務不履行および二年以上の禁錮刑の有罪宣告の六個を離婚原因とするから、前二者を理由に離婚判決を言渡す場合、共通財産の分割について、裁判所は有責配偶者に不利な判断を下すことになるが、それ以外の場合は、つねに平等に分割する結果となる。同じ離婚原因でも、通および極端な虐待は非行の程度が他のそれに比べて重いとみとめ、かかる非行の責を負うべき夫婦の一方は、共通財産の帰属についても、非行に対する財産的罰の一つとして、不利な結果を甘受すべきだといっているのである。

右の趣旨をうけついで民法第一四六条の(一)によると、「姦通または極端な虐待を理由に離婚判決が与えられるとき、共通財産は、当該事件のすべての事情および当事者双方がおかれている諸条件から、裁判所が公正と判断する割合で、双方に譲渡される」と規定し、さらに同条の(二)に、「もし離婚判決が姦通あるいは極端な虐待以外の原因によって与えられるとき、共通財産は夫婦間に平等に分割される」と定める。⁽¹⁷⁾ 離婚原因の種類によって、共通財産

分割の割合を区別する点で異なるところはない。このうち、当面の場合、とくに(一)が問題になる。判例によれば、この規定のもとで、無責配偶者に共通財産の半ば以上を与えるのが公正なものと解されてきた。⁽¹⁸⁾二、三の例をあげてみよう。

Tipton v. Tipton (一九三〇) 事件⁽¹⁹⁾において、被告たる夫を有責とみとめながら、彼に共通財産を全部与えた原判決を破棄し、「法律の規定を卒直に判断すれば、無責配偶者に与えられる共通財産の量は、有責配偶者のうける分より多くなければならない。一番および二審は公正の観念について判断が不足しており、極端に走り、法律の規定からはずれ、指針を欠き、十分な理由もない」とのべ、Quagelli v. Quagelli (一九二九) 事件⁽²⁰⁾でも、極端な虐待を理由に妻の離婚請求を容れ、「共通財産は妻にその半ば以上を与えるべきもの」と判断している。また Shapiro v. Shapiro (一九三二) 事件⁽²¹⁾において、原告たる妻に三四、八四九・二五ドル、夫に一九、四六八・二二ドルと分割し、「極端な虐待を理由に離婚判決をうける妻には、実質的に、夫より多くの財産が与えられなければならない」とのべるとの趣旨である。

これら諸判例を念頭におきながら、ここで再びさきの De Burgh v. De Burgh (一九五二) 事件に立ち帰ろう。夫婦いずれか一方の極端な虐待を理由に離婚判決が与えられたとすれば、共通財産は右の趣旨で無責配偶者に有利に分割されたはずである。だが、裁判所は、「離婚判決が双方に与えられるとき、いずれも無責配偶者ではないから、共通財産は平等に分割されなければならない」と判断している。破綻主義のもとで夫婦双方の非行を認定する場合、双方が離婚判決を求めておれば、双方の請求を容れるとともに、共通財産も正確に二分すべきものとし

た。あたかも、夫婦の一方の姦通または極端な虐待以外の理由による離婚の場合に等しい。その結果、いかなる事態が新たに展開をみせたであろうか。一例として、妻が極端な虐待を理由に離婚の訴を提起したが、彼女の側にも同じ非行があったと仮定しよう。これまで互責の原則が厳格に適用されるかぎり、たとえ夫も離婚を望んでおり、ただ共通財産が妻に有利に分割されるのを阻止したいと思っても、離婚反訴を提起すれば、互責を理由に離婚への道それ自体が完全に閉ざってしまう。そこで、最も無難な方法として、消極的に審理に出廷しないことがしばしば行われたという。⁽²²⁾ 自己の敗訴ではあっても、とにかく離婚への道は通じるし、共通財産が妻に有利に分割されても仕方がないとの考えからであろう。しかし、かかる方法はもはや意味がな^い。De Burgh v. De Burgh (一九五二)事件の示すところによれば、夫が離婚反訴を提起し、妻の極端な虐待を充分に立証しさえすれば、離婚判決は双方に与えられるし、共通財産も平等に分割される結果となる。さきのように、夫が審理に出廷せず、訴訟活動を行わないことは、立証次第で夫婦双方に離婚判決を言渡すよう、裁判所に心証を得させ、ひいては共通財産の半分を確実に保持できる機会を自ら放棄するに等しい。これは一例にすぎないが、本件が離婚に伴う夫婦共通財産の分割をめぐって、大きな影響を及ぼしたことを注目しなければならない。

- (1) Parra, The History of the adoption of the codes of California, Law Library Journal, vol. XXI, p. 12.
- (2) Armstrong, California Family Laws, vol. I, pp. 431-432.
- (3) California Jurisprudence, 1930, Supplement, p. 15.
- (4) Kirkwood, Historical Background and objectives of the Law of community property in the pacific coast states,

Selected essays on Family Law, p. 517.

これはテキサス共和国の一八四〇年一月二十日の法律たることである。“An Act to adopt the common Law of England, to Repeal certain Mexican Laws and to Regulate the Marital Rights of Parties” であることである。内容どおり De McMurray, The Beginnings of the community property system in California and the adoption of the common Law, California L. R. vol. III, pp. 377-379.

(5) イギリスに於いて、ロキン・ローの原則を修正し、妻のあらゆる財産を単独財産として妻に帰属させ、完全な支配を許し、同時に妻の単独責任をなとめたのは、一八八二年の妻所有財産法 (Married Woman's property Act) である。

(6) California Jurisprudence, op. cit., p. 14.

(7) Loewy, The spanish community of Acquests and Gains and its adoption and Modification by the state of California, California L. R. vol 1, p. 32.

(8) Loewy, op. cit., p. 40.

(9) Loewy, op. cit., p. 40.

よつと、テキサス・ルイジアナおよびアイダオ諸州では、スペイン・メキシコ法のとおり共通財産に帰属する。

(10) Loewy, op. cit., pp. 39-40.

小石侑子「カリフォルニア州における夫婦財産制」慶応義塾大学院法学研究科論文集昭和四三年度三頁以下は、カリフォルニア州の事情を俯瞰的にとり上げたものとして参考を働しよう。

(11) Charatz, Comparative studies in community property Law, p. 116.

(12) Deering, The Civil code of the state of California, pp. 52-53.

カリフォルニア州に於いて、民法典以前は“Common property”とされ、民法典以後は“Community property”が用

いられる。現在、アリゾナ、アイダオ、カリフォルニア、ルイジアナ、ネバダ、ニューメキシコ、テキサスおよびワシントン諸州が共通財産制を採用している。しかし、共通財産に対する夫婦それぞれの所有権の実質によって四種に分れる。夫の単独所有権 (Single ownership—カリフォルニア)、夫婦による単一所有権 (entity theory—ワシントン)、二重所有権 (Double ownership—アリゾナ、アイダオ、ネバダ、ニューメキシコ) および信託 (Trust theory—テキサス) がそれぞれある。Encyclopedia of the Social science. vol. "marital property", p. 121.

アイオワ、アーカンソー、フロリダ、ミシシッピ、およびミズリー諸州も、一度は共通財産制を採用したが、のちに廃止した。Kocurek, Sources of Law in the United States of North America and their relation to each other, A. B. A. J. 1931. oct. p. 679.

右のコモン・ロー諸州における共通財産制の採用が連邦所得税を軽減する目的であった事情について、鈴木喜久江「アメリカ法における夫婦共有財産則」比較法研究二六号八九頁—九〇頁。

(13) 民法制定以前、Packard v. Arellanes (二八六二) 事件において、裁判所は、「われわれが夫婦間の財産権を規制し、決定するため必要とするすべての方式は、大陸法およびスペイン法から借用したものである」旨をのべている。California Reports. vol. 17. p. 537.

(14) West's Annotated California codes. vol. 6, p. 9.

(15) Deering, op. cit., p. 50.

(16) Deering, op. cit., p. 49.

(17) Deering, op. cit., p. 50.

(18) P. 2d. vol. 250, p. 607.

(19) Daggett, Division of property upon dissolution of Marriage, Selected essays on Family Law, p. 1061.

- (20) Daggett, op. cit., p. 1061.
- (21) Daggett, op. cit., p. 1061.
- (22) Comment : California Recrimination Rule Reappraised, Stanford L. R. vol. 5. p. 544.

三 離婚法から婚姻解消法へ

民主党に属するブラウン前知事によって一九六六年五月十一日に任命された、サンタ・クララ大学のゴード教授を委員長とする二十二名から成る家族問題調査委員会 (Governor's commission on the Family) は同年十二月十五日にいたり、報告書を知事に提出した。報告書によれば、委員会はつぎのような内容を勧告している。⁽¹⁾ 個条書きにしてみよう。

- 一 家族に関するすべての事項について全州的な管轄権を有し、カウンセリングおよび評価を担当する専門的な職員をそろえた家庭裁判所 (Family court) を控訴裁判所の一部として設けること。
- 二 現在まとめられている有責的な離婚原因、および共通財産分割・扶養料の決定要素たる法律上の有責 (Fault) という概念を排除し、婚姻が回復できない程度にまで失敗に帰している (irreparably failed) 事実を認定することのみで離婚請求を容認するが、かかる事実認定の前提要件として、婚姻を存続させることができるかどうか、充分に調査すること。

三 手続としては、対立当事者主義の代わりに中立的な訴訟方式 (neutral petition) を採用し、家庭裁判所は当

事者が直面している現実の困難な事態に注意を集中すべきであること。

四 中間離婚判決 (Interlocutory divorce decree) の制度を廃止すること。

五 裁判上の別居は当事者双方がそれを希望し、かつ婚姻の適正な目的がすでに失われており、道理にかなった救済の見込みがない場合にかぎるべきこと。

六 取り消し得る婚姻の取消訴訟は、婚姻解消の訴訟のなかに吸収すること。

七 監護請求の訴訟および婚姻訴訟事件において、子を代理し、子の利益を保護すべき訴訟のための後见人 (Guardian ad litem) を任命する権限を裁判所に付与すること。

八 婚姻解消に当り、共通財産は夫婦間の非行を考慮することなく、平等に分割する。ただし、経済的な事情によつては、不平等な分割も許され、扶養料は実際の必要性と支払能力を基礎として決定すべきこと。

報告書は右にあげた八つの項目を内容としている。これらのうち、本章でとくに問題となるのは二および八である。一八五一年に制定された最初の離婚法第四条は、姦通、極端な虐待、常習的飲酒、遺棄、夫の扶養義務不履行、および禁錮刑の有罪宣告という六個の有責離婚原因を設け、さらに共謀・宥怒と並べ、双方の姦通について互責を請求棄却事由と定めた。その後、一八九二年の民法は第九二条ないし第一〇九条に離婚原因をうけつぎ、第一一一一条ないし第一三二条に請求棄却事由を定め、この時点にいたるまで変っていない。一方、判例は最近の *De Burch v De Burch* (一九五二) 事件で画期的な見解を示すにいたっている。それによれば、従来、互責の事実が立証されるるとき、非行の種類のいかんを問わず、絶対的かつ自動的な請求棄却事由になると解してきたのを改め、任意的

な棄却事由とみとめ、その際に判断すべき主要な要件を列挙する。それらの要件を総合すれば、有責性比較の原則に破綻主義的な考え方をプラスしたものよりさらに一步を進め、あらゆる事情を考慮に入れる完全な破綻主義を採用するにほかならない。Barton v. Barton (一九六四) 事件も同趣旨をのべている。今回の改正案の二は、最近のかかる判例の態度をそのまま是認し、離婚法の新たな法原則として明記することを目指すものである。そうならば、現在みとめられている有責主義的な離婚原因は、婚姻破綻の徴候として、裁判所が離婚請求の可否を判断するに当たっての資料の一つとなるにすぎないから、これと表裏の関係にある互責をはじめとする四つの請求棄却事由は、その存在理由を完全に失ってしまう。また、八にいう共通財産の平等な分割は、離婚法を貫いて破綻主義を採用する当然の成り行きにはちがいないが、De Burgh v. De Burgh (一九五二) 事件が分割について示した新たな見解を是認する趣旨を含んでいると思われる。

右のような内容の勧告を法制化する仕事は議会より付託された司法審議会(Judicial council)⁽²⁾では、上院司法委員会の議長であり、同時に司法審議会の会員でもあるヘイエスが主として改正案の作成に当った⁽³⁾。一九六九年にいたり、二つの法案(上院法案第八二六号と下院法案第一四二〇号)が、いずれも家族問題調査委員会の会員である二人の議員によって、上下両院に提出されている。一人はワトソンビル選出の上院議員グルンスキー、もう一人はサントバーバラ選出の下院議員シューメーカーである⁽⁴⁾。法案は一九六九年の議会で中間的な検討に付されたのち、翌六八年一月八日に召集された通常会期(Regular session)に再提出(上院法案第八三号と下院法案第二三〇号)された⁽⁵⁾。だが、州法曹協会がその家族法委員会によって内容をさらに詳細に検討したい旨を要求したためあって、法

案は撤回された。とはいへ、改正案の内容が妥当であることは、すでにカリフォルニア父母と教師の会 (Congress of parents and teachers)、サンフランシスコ精神衛生協会 (Mental Health Association)、全米黒人向上協会 (N. A. A. C. P.) 等々の諸団体、サクラメントのカトリック・ヘラルド紙 (一九六九年四月二十日)、サンフランシスコのローマ・カトリック大司教管区の公認新聞モニター紙 (一九六九年五月四日) 等々によって是認されており、サンフランシスコ法曹協会および州法曹協会家族法委員会も同じ結論となっている。⁽⁶⁾

ここでとくに注目すべきは、宗教界ことにカトリック教会の側からする反対表明が少しも出ていないことである。さきにニューヨーク州における離婚法の大改正についてのべたけれども、同州で全人口の約三十パーセントを占めるカトリック教会が、しつように離婚法の厳格さを緩和するのに反対の立場をとつた事情が明白にされた。離婚法の自由化はカトリック教会の見解と全く相容れないはずである。当面のカリフォルニア州は、カトリック教徒の数が一九六〇年現在で全人口一五九二〇四人のうち、三四一万八九四〇人と、約二十三パーセントを数え、プロテスタントはこれより少く、約十八・四パーセントとなっている。⁽⁷⁾ ニューターク州に比べてカトリック教徒の数が少いにせよ、相対的にはプロテスタントより多数であり、離婚法の自由化に反対の声が聞かれても少しも不思議ではなく、むしろそれが当り前ではないかとさえ考えられる。その声が少しも聞かれないのは、カリフォルニア州のカトリック教会に独特の理由でも存するのであるうか。奇異に感じるのは筆者ひとりではあるまい。このように、カトリック教会も離婚法の改正に賛成の立場をとっており、唯一の組織的な反対としては合衆国離婚改革協会 (U. S. Divorce Reform, Inc.) がみられるにすぎない。同協会が反対するのは、一方で、離婚事件を法廷で審理す

るのを止め、家族関係を処理する行政的な部局に移すべく主張するためのみでなく、他方で、二十二名の家族問題調査委員会には五名の弁護士、四名の判事、四名の議員および二名の法学教授を含んでいるから、かかる委員によって準備された法案はうけ入れ難い⁽⁸⁾と考えるためである。

一九六六年十二月に調査委員会が報告書を知事に提出した当時、民主党のブラウン知事のもとに上下両院で民主党が辛うじて多数を占めていた⁽⁹⁾。そこで、「州の政策が反革命(Counter-Revolution)的であるため、報告書による勧告が立法の基礎とされるか、または古い映画の台本のように捨てられるか、予測不可能⁽¹⁰⁾」との声もあったが、一九六八年の州議会議員の選挙の結果、これまでの形勢が逆転し、共和党リーガン知事のもとで同党が上下両院で過半数の席を奪ったため、右の声も打ち消されたようにみうけられる。かくて、各方面からの支持を得た改正案は、一九六九年一月六日に召集された州議会の通常会期に三たび法案(上院法案第二五二号と下院法案第五三〇号⁽¹¹⁾)として提出された。両法案とも三十九条から成るが、改正の主要部分は上院法案に含まれ、下院法案はそれに部分的な修正を加える形をとっている。通常会期閉会の直前、九月四日に法案は上下両院を通過し、リーガン知事の署名を待て、一九九〇年一月一日から施行されることとなった⁽¹²⁾。

ここで当面の問題に関連する改正の内容を上院の法案についてみれば、まず第三条に、「民法典第一編・三章・一章(第五五条ではじまる)は廃止する⁽¹³⁾」と規定する。第一編・三章は「人的関係(Personal relation)」と題し、その第一章で第五五条ないし第八一条に「婚姻」(Marriage)の規定を置いている⁽¹⁴⁾。本稿でしばしば論じ、これからも論じることになる離婚原因に関する第九二条、互責を含む請求棄却事由に関する第一一一一条ないし第一二三条、

共通財産の分割を定める第一四六条、等々はこれによって完全に廃止されてしまふ。ついで、法案の第八条は、「第四編に、その第五部(第四〇〇〇条ではじまる)として、下記を加える」⁽¹⁷⁾とする。前示第三条で廃止した部分を、新たな内容のもとに民法典の最後尾にもつてこようというわけである。

民法第四編中に新しく加わつた第五部は、「家族法」(The Family Law Act)と題し、第四〇〇〇条ないし第五一三八条を八部に区分し、⁽¹⁸⁾第一部「婚姻」、第二部「無効または取り消し得る婚姻の裁判上の決定」(Judicial Determination of void or voidable Marriage)と⁽¹⁹⁾、第三部を「婚姻の解消」(Dissolution of Marriage)と各付け、第四五〇〇条ないし第四五四〇条を収めている。まず、第四五〇〇条によれば、「婚姻は、①夫婦の一方の死亡、②管轄権を有する裁判所による婚姻の解消判決の言渡し、または③婚姻無効判決によつてのみ、解消される」⁽²⁰⁾といふ。注目すべきこととして、前示第三部の表題および本条を含め、今回の改正では、民法はもとより、民事訴訟法の規定からも、これまで用いられてきた「離婚」(Divorce)という文言はすべて扶消し、「婚姻の解消」で置き代へたが、判例の示した見解ならびに調査委員会の勧告にしたがい、有責主義を完全に捨てて、破綻主義を基本原則とする趣旨を規定の上で明確にしたものといわなければなるまい。ついで、第四五〇三条によれば、「婚姻解消または裁判上の別居の訴訟手続は、控訴裁判所(Superior court)に、何某の婚姻に関する件」(In Re the Marriage of ...and...)と表題を付し、婚姻解消か裁判上の別居の訴かを明示し、訴を提起することによって開始される⁽²¹⁾と定める。さきに調査委員会が家庭裁判所の新設を勧告していたが、この件は今回の改正では採用されるにいたつておらず、従来どおりの控訴裁判所に婚姻解消事件の管轄権がみとめられている。これに対し、有責主義を排し、中立

的な訴訟手続によるべきものとする勧告は、いわば破綻主義の採用と表裏をなして、ここに実現されたわけである。破綻主義の採用を離婚原因の面からみれば、第四五〇六条で調査委員会の勧告をうけ入れ、一九四一年に付加された「不治の精神病」(Incurable insanity) 以外の有責主義による六個の離婚原因をすべて廃止し、つぎのように定めている。「裁判所は、一般的に主張される①和諧したがい不和 (Irreconcilable differences) による婚姻の救済不能な破綻 (Irremediable Breakdown of marriage)」、②不治の精神病、のいずれかを理由に、婚姻解消または裁判上の別居判決を言渡すことができる」(may decree) とするのである。本条で示された①および②に関して、さらに詳しい規定がこれにつづくことになる。

① 婚姻の破綻について

第四五〇七条―「和諧しがたい不和とは、裁判所によって婚姻を継続できない根本的な理由と認定され、婚姻は解消されるべきことを明らかにする諸原因である」⁽²³⁾。

第四五〇八条(a)―「もし審理に提出された証拠および秘密の質問 (confidential questionnaire) に含まれた証拠により、裁判所が、和諧しがたい不和が存在し、婚姻の救済不能な破綻をきたしたと認定するならば、婚姻の解消または裁判上の別居判決を言渡さなければならない (shall order)」⁽²⁴⁾。

第四五〇九条―「第三部の規定のもとで、裁判上の別居または婚姻の解消に関するいかなる答弁書 (Pleadings) または訴訟手続 (proceedings) においても、供述録取書 (deposition) および開示 (discovery) 手続を含め、非行

に關する特定の行為についての証拠は、不適當であり、許容されない。ただし、子供の監護が争点となつており、かかる証拠が争点に關連性を有する場合、または審理において、裁判所により、和譜できない不和の存在を立証するのに必要と認定された場合は、別である」⁽²⁵⁾。

改正前の民法第九二条⁽²⁶⁾によれば、姦通・遺棄・虐待、等々の特定の離婚原因たる非行が立証されることを、離婚判決言渡の前提とする限定的列举主義によつていたが、新法でかかる形式はもはや維持されない。裁判所は破綻主義の旗のもとに、婚姻関係を統合的かつ合理的に考慮しなければならず、有責的な特定の非行それ自体を証拠とするのが許されるのは、例外的な場合にかぎられる点で、大きなちがいをみせている⁽²⁷⁾。そして、将来は、婚姻解消事件の九十九パーセントがこれを理由にするであらうと予想されている。

㊦ 不治の精神病について

第四五一〇条・一項「婚姻は、有能な医師または精神病医の証言を含め、精神異状の配偶者が、訴提起のとき、不治の精神異状であつたし、現在でもそうであるという証拠にもとづいて、不治の精神病を理由に解消される⁽²⁸⁾」
ことができぬ (may be dissolved) 』⁽²⁹⁾

同じく破綻主義にもとづく解消原因であるが、婚姻破綻を生ぜしめるについて、自分自身に精神能力 (mental capacity) は全く存しないから、夫婦の和譜し難い不和に起因する破綻と區別し、規定を設けたわけである⁽³⁰⁾。一九四一年以来、民法第一〇八条⁽³¹⁾で離婚原因の一つとみられていたが、ここでは精神異状の配偶者が、訴提起に先立つて

少くとも三年間、施設に収容されていたことが前提要件となっていた。新法はかかる要件を排している。したがって、実際の適用範囲は拡大される結果となる。

右の①および②を綜合するとき、正確にいえば、もはや離婚法・離婚原因は存在せず、婚姻解消法で破綻主義にもとづく二個の婚姻解消原因がみとめられるとしなければならない。かくて、有責主義の離婚法で存在意義を有した請求棄却事由がはたらく余地を失うのも自然の成り行きであって、廃止以前の民法第一一条ないし第一三三條の規定は、新法では全く姿を消すにいたっている。さらに、第四八〇条によれば、婚姻解消の中間判決または裁判上の別居判決を言渡すに当り、裁判所は共通財産および準共通財産を原則として平等に分割すべき旨を定めるが、これも調査委員会の勧告にしたがったものといえよう。勧告では、中間判決の制度の廃止をうたっていたが、第四五二条ないし第四五一四條⁽³⁴⁾に従来どおり残されており、ただ中間期間が一年から六ヶ月に短縮された点にちがいをみせるにすぎない。

カリフォルニア州民法の離婚に関する規定は、かくして一八七二年から約一世紀を経て、大きな転回期を迎えることになった。離婚法から婚姻解消法へ。判例の見解ひいては家族問題調査委員会の勧告をそのまま受け入れ、有責主義を完全に捨て去り、破綻主義を基本的な大原則として打ち立てた最初の州たる榮譽を担うわけである。なお、改正はひとりカリフォルニア州の内部的な問題に留まるものではない。互責に関する同州民法の規定をそのままとり入れたアイダオ、モンタナ、ノースダコタおよびサウスダコタの四州の判例は、のちにみるようにカリフォルニア州の *De Burgh v. De Burgh* (一九五三) 事件を範とし、互責を裁量的棄却事由と解釈するのが実情であるが、

これら諸州にカリフォルニア州における今回の民法改正がどのような影響を及ぼすことになるか、興味ある問題といわなければならぬ。

- (1) 内務省の調査 Annual survey of American Law. 1966. pp. 373-375; Foster, The Future of Family Law, The Annals of the American Academy of political and social science. vol. 383, p. 133-135.
- (2) Hayes, California Divorce Reform: parting is sweeter Sorrow, A. B. A. J. vol. 56, p. 663.
- (3) Hayes, op. cit., p. 662.
- (4) Kay, A Family Court: The california proposal, California L. R. vol. 56, p. 1226.
- (5) Kay, op. cit., p. 1226.
- (6) Kay. op.cit., pp. 1241-1242.
- (7) Rosten, Religion in America. pp. 238-240.
坪内良博・坪内玲子「離婚—比較社会的的研究—」四八頁—五十頁には、各州の離婚率を、カトリックの占める割合と宗教婚の占める割合との関係をもつて分析されており、参考の要がある。
- (8) Kay, op. cit., p. 1242.
- (9) Encyclopedia Americana. vol. 5. "California" p. 207.
- (10) Annual survey of American Law. 1966, p. 373.
- (11) Republican national committee. The 1968 Election, pp. 158-160.
- (12) West's California Legislative service. 1969 Regular session. Chapters 1117-1619. pp. 3099-3130.
- (13) West's, op. cit., pp. 3130-3137.

- (14) The Book of the states, 1970-1971, p. 405.
浅見公子「カリフォルニア州における離婚法改正について」ケース研究一三六号二頁―八頁。島津一郎「最近における離婚法の動向」判例タイムズ二八九号五八頁。同「アメリカの離婚法―アメリカ法との比較検討―」ケース研究一二七号六頁。
- (15) West's, op. cit., p. 3100.
- (16) Deering, Civil code of the state of California, pp. 24-36.
- (17) West's, op. cit., p. 3100.
- (18) West's, op. cit., pp. 3108-3124.
- (19) West's, op. cit., pp. 3108-3113.
- (20) West's, op. cit., pp. 3108, 3132.
- (21) West's, op. cit., p. 3108.
- (22) West's, op. cit., p. 3108.
- (23) West's, op. cit., p. 3109.
- (24) West's, op. cit., p. 3109.
- (25) West's, op. cit., pp. 3109, 3133.
- (26) Deering, op. cit., p. 39.
- (27) Hayes, op. cit., p. 661.
- (28) Hayes, op. cit., p. 661.
- (29) West's, op. cit., p. 3109.
- (30) Hayes, op. cit., p. 3109.

(31) Deering, op. cit., pp. 42-43.

不治の精神病をはじめ離婚原因の一つと規定したのは、ワシントン州の一八八五年法である。Carver. Divorce : Statutory abolition of marital fault, California L. R. vol. 35. p. 1885.

(32) Deering, op. cit., pp. 44-46.

(33) West's, op. cit., p. 3115.

(34) West's, op. cit., p. 3110.

第十九節 アイダオ州

カリフォルニア州の裁判所の示した見解は、州境を越えて他州へ影響を及ぼすにいたった。アイダオ州にそれがみられる。第二章・二節の三に指摘したとおり、アイダオ州は一八九二年のカリフォルニア州民法をそのままとり入れた結果、互責に関する規定も同民法第一一条および第一二二条と全く同じであり、夫婦双方の非行が明らかになれば、つねに厳格に適用していた。だが、*Howay v. Howay* (一九五三) 事件⁽¹⁾で大きな転回を行っている。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、妻は夫の姦通を互責の抗弁とした。原審が夫の請求をみとめたので、妻は控訴した。裁判所はこれに対し、「互責は衡平法上のクリーン・ハンズの原則にもとづいている。しかし、衡平法は結果のいかんにより、また具体的な場合における他の諸事情をも適切に考慮に入れ、この原則を適用するかどうかを自由に決定してきた」とのべ、妻の不利な証拠による原判決を容認している。

一九四八年法によれば、第三二章の第六一一条および第六一三条⁽²⁾におかれている互責に関する法律の規定を、さ

きのカリフォルニア州の *De Burgh v. De Burgh* (一九五二) 事件ないし *Philips v. Philips* (一九五三) 事件が示した方向に解釈し、互責が自動的に請求棄却事由になるとするこれまでの見解を捨てたとみてよからう。最近の *Farmer v. Farmer* (一九五九) 事件⁽³⁾ においては、夫婦双方が離婚判決を請求したとき、互責の適用を放棄し、双方の請求を容れている。カリフォルニア州の法律ないし判例は西部の六州における指導的な立場にあることは、すでに指摘したが、事情の一端をここイダオ州にうかがうことができる。さらに、一九七一年にいたり、州法第三章・六一六章に「和譜し難い不和」(*Irreconcilable differences*) を離婚原因の一つとして新たに付け加え、これは「裁判所によって婚姻を継続できない根本的な理由と認定され、婚姻は解消されるべきことを明らかにする諸原因である」と規定⁽⁴⁾したが、これもカリフォルニア州で一九七〇年一月一日より施行された新しい離婚法のなかの第四五〇六条および第四五〇九条をそのまま採用したものにほかならない。

(1) Idaho code, 1948, p. 270.

(2) P. 2d. vol. 264, p. 691.

(3) Annual survey of American Law, 1959, p. 470.

(4) Annual survey of American Law, 1971/72, p. 612.

第二十節 ノースダコタ州

一八三四年に組織されたダコタ準州では、一八六五年二月十三日にニューヨーク州議会に提出された民法草案を、他にさきがけて最初に法典化⁽¹⁾し、一八六六年一月十二日から施行⁽²⁾していた。すでにみたとおり、ニューヨーク州民

法草案は第六一条に離婚請求棄却事由として、つぎのように規定する。「姦通の事実が立証されたとしても、……
②姦通が、離婚判決を求める当事者の周旋あるいは承認によってなされたことが明らかなきとき、③被害配偶者が事実を充分に認識したうえ、姦通を明示に容赦し、あるいは有責配偶者と夫または妻として自発的に同居し、しかもそれ以来、夫婦の愛情をもって処遇しているとき、④申立人もまた、他方の周旋あるいは承認なしに姦通したことが明らかなきとき、裁判所は離婚判決の言渡しを拒否することができる」というのである。一八九二年のカリフォルニア州民法第一一条ないし第一二二条が右の草案第六一条を範とした事情は、すでに指摘した。その後、一八八九年にダコタ準州が南北両ダコタ州に分れたとき、ノースダコタ州のみ、互責に関するカリフォルニア州民法の規定をそのままとり入れたというが、実際にはサウスダコタ州も同じ道を辿っており、結果的にはアイダオおよびモンタナ両州と同じである。⁽⁴⁾ノースダコタ州の一九四三年法によれば、第十四部・五章の第十条と第十五条にカリフォルニア州民法第一一条および第一二二条と同一の規定がおかれ、最近にいたるも変らなかつた。

つぎにアイダオ州をみたとき、*Howay v. Howay* (一九五三) 事件がカリフォルニア州の *De Burgh v. De Burgh* (一九五二) 事件および *Philips v. Philips* (一九五三) 事件の示した解釈にならない、互責を絶対的な棄却事由とする規定にもかかわらず、それを嚴格に適用することをやめた事情が明らかになつた。当面のノースダコタ州もアイダオ州と同じく、カリフォルニア州民法の互責に関する規定をそのままとり入れていたけれども、果して判例はどのような見解をとるであろうか。アイダオ州のような事情がみられるかどうか、最近の二、三の例を検討しよう。一九四三年法のもつて出た *Albrecht v. Albrecht* (一九五八)⁽⁶⁾ 事件において、妻が極端かつ非人道的処遇を理由

に離婚の訴を提起し、未成年の子の監護を求め、週二十ドルの割で監護・扶養料の支払を請求した。夫はこれに対し、虐待の事実を否認し、かえって訴訟開始前の十五ヶ月間に、妻が彼に極端な虐待を加え、彼の健康を甚だしく傷つけた旨を主張し、妻の請求を棄却するよう求めた。その後、夫は答弁書を修正し、極端な虐待を理由に反訴を起し、子の監護を求めた。原審が妻に離婚判決を与え、子の監護を許し、週二十ドルの支払を命じたので、夫が控訴した。裁判所はこれに対し、「妻による互責の事實は、彼女自身の証言によって立証されており、彼女の離婚訴訟の原因を阻止する結果になると信ずる」とのべ、「証拠およびすべての記録を注意深く検討したのち、われわれは妻に与えられた離婚判決が破棄されなければならないと結論」している。夫婦双方に離婚原因たる非行が認定される時、州法第十四部・五章の第十五条により、非行の種類を問うことなく、第十条にいう「互責……」が認定される場合、離婚請求は棄却されなければならない (must be denied) との規定を忠実に適用しているわけであつて、カリフォルニア州ないしアイダホ州の判例にみられたような転回は、それから六年後の当面の事件にさえ何も現われていない。

つゞく Azar v. Azar (一九六一) 事件⁽⁷⁾において、妻は極端な虐待を理由に離婚判決を求めたとき、夫が同じ理由で反訴を提起し、子の監護を要求した。原審は夫に離婚判決を与えたので、妻が控訴した。裁判所は夫婦双方の非行を認定したうえ、まず、「婚姻の適正な目的が完全に破壊されている本件において、われわれは当事者・子および公の利益のために、抗弁としての互責をみとめるかどうかについて裁判所に裁量権が与えられ他の多くの州の例のように、一方または双方に離婚判決を与えるのが最善の方策であろうとの見解をもっている」とのべる。あた

かも破綻主義的な考え方を採用するかのような口振りではあるけれども、離婚法が互責を裁量的な棄却事由と定める場合を仮定したことなのか、あるいは互責が絶対的な棄却事由であっても、あえて破綻主義をとるというのか。もし後者とすれば、さきにもたカリフォルニア州ないしアイダオ州の判例の示したと同じ方向を指すものといわなければならない。

だが、裁判所はつづけてつぎのようにのべ、原判決を破棄・差戻している。「われわれはいやいやながら、本件において離婚請求は棄却されなければならないとの結論に達した。制定法の用語は命令的である。それは互責が認定される場合、離婚請求が棄却されることを要求しているし、離婚事件において、本裁判所は、制定法の厳格さを緩和できる固有の衡平法上の権限を何も有していない。……裁判所は法律を作ること、作らないこともできない。裁判所は法律を現在あるままに理解すべきであって、こうあるのが望ましいと取ってはならない。たとえ法律が悪くとも、立法議会が代表者を通じてそれを変更・修正または廃止するのは、裁判所ではなく、人民自身の仕事に属する」。これを要するに、破綻主義的な考え方は、離婚法が互責を裁量的な棄却事由と定める場合にはじめて採用できるにすぎず、それが絶対的な棄却事由とされるかぎり、裁判官がたとえ個人的には破綻主義が望ましいと判断しても、具体的な事例に当って積極的に適用することは許されないというわけである。カリフォルニア州ないしアイダオ州と対比し、互責の規定の厳格な適用を回避すべき企てがみられないどころか、裁判所が自らその仕事を放棄したといつてよからう。

もう一つ、*Kucera v. Kucera* (一九六二)⁽⁸⁾ 事件でも右の見解が維持されている。この事件において、妻は極端な精

神的虐待を理由に離婚の訴を提起し、夫が反訴で妻の姦通と極端な虐待を主張した。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、「本件のように互責が立証されるとき、当事者双方の離婚請求は斥けられなければならない。このことは、たとえわれわれが婚姻の目的はすでに破壊されており、当事者の当面する難局の解決には離婚した方がよいと信ずる場合でも妥当する。互責に関するわれわれの制定法の規定は命令的なものであり、互責が証明されれば、離婚請求は棄却されなければならない。裁判所は事件について裁量権をもっておらず、法律の命令的な文言にしたがう必要がある」とのべ、原判決を破棄して原審に差戻している。

要するに、ノースダコタ州の判例は、カリフォルニア州ないしアイダオ州のそれと異なり、互責を裁量的な棄却事由とみる転回をとげることなく、現在にいたった。夫婦双方の非行の種類いかんを問わず、互責はつねに絶対的な棄却事由として作用するわけであって、最初アメリカにおいて互責に関するリーデンガ・ケイスとされたカリフォルニア州の *Conant v. Conant* (一八五八) 事件⁽⁹⁾の見解をなお維持するものといつてよからう。Kucera v. Kucera (一九六三) 事件の翌年、ノースダコタ州は一九六三年法第一二九章の第一条および第二条で互責に関する規定を廃止⁽¹⁰⁾したが、判例もこれを適用しなくなったかどうか、明らかでない。

なお、最近一九七一年にいたり、さきのアイダオ州と同じく、州法第十四章・〇五節・〇三条に「和諧し難い不和」を離婚原因の一つとして新たに付加し、これは「裁判所によって婚姻を維持できない根本的な理由と認定され、婚姻は解消されるべきことを明らかにする諸原因である」と規定⁽¹¹⁾したが、これもさきのアイダオ州の場合と同じく、カリフォルニア州で一九〇七年一月一日より施行された新しい離婚法のなかの第四五〇六条および第四五〇九条

をそのまま採用したものである。

ここで比較対照のため、サウスダコタ州の事情に触れておこう。同州はアイダオ、モンタナおよびノースダコタ諸州と同じく、一八九二年のカリフォルニア州民法より互責に関する規定をとり入れた。これは一九一九年法第一四四条および第一五〇条から一九三九年法第十四部の第九章・十三条および十八条にうけつがれている。しかし、一九四二年当時まで、互責に関する判例はみられなかったという。⁽¹⁴⁾この点では、のちにみるフラスカ(準)州およびワイオミング州も同じ事情を示している。

- (1) Riesenfeld, Law-making and Legislative precedent in American Legal History, Minnesota L. R. vol. 33, p. 143; Muus, The origin of the North Dakota civil code, Dakota L. R. vol. VI, p. 104.
- (2) Muus, op.cit., p. 104; South Dakota code of 1939, vol. I, pp. 3-4.
- (3) New York (state). The civil code of the state of New York. Reported completed by the commissioners of the code, p. 23.
- (4) Basye, Retreat from Recrimination-De Burgh v. De Burgh, California L. R. vol. 41, p. 320.
- (5) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 1109.
- (6) N. W. (Northwestern Reporter) 2d. vol. 92, p. 726.
- (7) N. W. 2d, vol. 112, p. 1.
- (8) Clark, Cases and problems on Domestic Relations, p. 566.
- (9) McCurdy, Cases on the Law of persons and Domestic Relations, p. 420.
- (10) Hutchison, The status of Recrimination as a Defense to Divorce Actions in Ohio, Western Reserve L. R. vol.

18, p. 1336.

- (11) Grounds for Divorce in the American Jurisdictions, Family L. Q. vol. II, p. 200: Annual survey of American Law, 1971/72, p. 612.
- (12) (Notes) The "Reasons" for the Doctrine of Recrimination in Divorce, Cal. L. R. vol. 26, p. 84: South Dakota code of 1939, vol. I, pp. 610-611.
- (13) Bigman, Recrimination as a Defense to Divorce, Intramural L. R. of New York University vol. 6, p. 22.
- (14) Beamer, The Doctrine of Recrimination in Divorce proceedings, The University of Kansas city L. R. vol. 10, p. 247.

第二十一節 モンタナ州

モンタナ州がアイダオ、ノースダコタおよびサウスダコタ諸州と同じく、早くからカリフォルニア州民法の規定をそのまま取り入れていたことは、すでに指摘したところである。アイダオ州は *Howay v. Howay* (一九五三) 事件で大きな転回を行い、カリフォルニア州の *De Burgh v. De Burgh* (一九五三) 事件および *Phillips v. Phillips* (一九五三) 事件が示した見解にしたがい、互責が自動的に請求棄却事由になるとするこれまでの見解を捨てた。モンタナ州もこれと歩調を合わせるかのように、やっと最近になって *Burns v. Burns* (一九六五) 事件⁽¹⁾ が現われた。この事件において、妻が別居扶助料を請求する訴を提起したところ、夫は反訴で離婚判決を求めたので、妻は訴状を訂正し、離婚の訴とした。原審は双方の非行(内容不明)を認定し、双方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、さらにあげたカンフォルニア州の二つの事件を詳細に引用したのち、「これらの先例に照ら

すとき、われわれは、原審が夫婦双方は離婚原因を立証しており、さらに婚姻の適正な目的はすでに破壊されていると認定するとき、その裁量にもとづいて、双方に離婚判決を与えることができるとの見解をとるのを余儀なくされる」とのべ、原判決を容認している。

本件当時の現行法たる一九四九年法第二章の第一一八条および第一二八条⁽²⁾の規定は、カリフォルニア州民法の第一一一条および第一二二条と同じであって、夫婦双方の非行が明らかになれば、互責が絶対的な棄却事由となる旨を示している。かかる規定のもとで、カルフォルニア州の例にならない、アイダオ州の *Howay v. Howay* (一九五三) 事件と同一の道歩んだことに注目する必要がある。

その後、一九六九年法まで変化はみられなかったが、最近⁽³⁾にいたり、一九七三年法は新たに八番目の離婚原因として、「訴訟の開始される以前、六カ月間、継続して存在し、婚姻の救済不能な破綻 (Irremediable breakdown) を引き起した和諧しがたい不和 (Irreconcilable differences)」を付け加えることになった。⁽⁴⁾ これも、さきにみたアイダオおよびノースダコタ州の場合と同じく、カリフォルニア州における一九七〇年の新しい離婚法を範とし、有責的なものと並べて、破綻主義にもとづく離婚原因を導入したものとみてよい。

- (一) P. 2d. vol. 400, p. 642.
- (二) Revised code of Montana. 1947. vol. 2, pp. 99, 102.
- (三) Grounds for Divorce in the American Jurisdictions, Family L. Q. vol. VI, pp. 194-195.
- (四) Freed, Grounds for Divorce in the American Jurisdictions (as of June 1974), Family L. Q. vol. VIII, p. 411.