

# 離婚請求棄却事由の研究——共謀論（一）

——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 共謀の沿革

第一節 ローマ法

第二節 カノン法

第三節 イギリス法

1 立法離婚

2 教会裁判所

第四節 アメリカへ継受

第二章 共謀の本質

第三章 共謀の種々相（以上本号）

第一節 故意に非行（以下次号）

離婚請求棄却事由の研究——共謀論（一）（村井）

第二節 過去の非行を利用

第三節 虚偽の証拠を提出

第四節 有効な抗弁の隠蔽

第五節 その他の方法

第四章 離婚判決の取消

第五章 共謀を阻止する方法

第六章 結び—離婚手続の再検討と改正

## 序章 問題の提起

アメリカの多くの州の離婚法によれば、最近にいたるまで、離婚請求棄却事由の主要なものとして、「互責 (Recrimination)」、宥恕 (Condonation)」、承認 (Connivance)」、および共謀 (Collusion) の四つをみとめていた。このうち、互責については、中心的な眼目を「離婚法の規定と裁判の実際面との遊離を確証し、実情を究明すること」<sup>(1)</sup>におき、さきに詳細な展望を試み、一応の結論を得た。そこで今回は稿を新たにし、互責と並んで各種の問題を提示する「共謀」について、別の角度から考察を加えることにする。

一九三一年当時、ニューヨーク州を含めて二十八州が共謀に関する規定をもっていたが、降って一九五二年にいたれば、二十九州となり、そのうちフロリダおよびバーモント両州では、共謀が唯一の請求棄却事由とされた。<sup>(3)</sup>その他、法律上の規定はないが、判例によって適用する州もみられた。<sup>(4)</sup>ところが、その後、一九七〇年のカリフォル

ニア州民法の改正を含め、多くの州で破綻主義にもとづく離婚原因が相次いで採用されるにいたった。一九七四年現在で筆者の知り得たかぎりにおいて、従来どおり有責的な離婚原因のみみとめるのはわづかの五州と大巾に減少した反面で、「回復し難い婚姻の破綻」またはこれと同趣旨の文言を用い、そのみを唯一の離婚原因とする州が十四州を数えるし、従来の有責的な離婚原因と並べて破綻主義的なものを加えたのは十一州にのぼっており、両者でアメリカ全州の半数を占める。このように破綻主義が拡大するとき、これまで離婚請求棄却事由の一つとみとめられていた共謀に関する規定は、その存在理由を失うこととなり、一九七〇年以来、婚姻破綻を唯一の離婚原因とする州のうち、すでに六州が共謀の規定を廃止するにいたっている。従来、共謀をめぐって独特な現象をみせていたニューヨーク州でも、一九六六年法第二五四章の第二條により、家族関係法第一七〇條が改正されて離婚原因が大巾に拡大され、一九六七年九月一日から施行された結果、共謀の事情も現在では大きく変ったと考えられる。この点は今後の展開にまち、本稿では主として、多くの州で右のような改正が行われるまで、共謀が請求棄却事由とされるにかかわらず、離婚訴訟をめぐって夫婦の共謀が広範囲に行われていた現実を直視したうえで、目的を達成するため果していかなる方法がとられていたのか、そのような不正な企てを阻止すべき有効な手段はないのか、もしあるとすればどのようなものなのか、それが実際に効果を發揮できるのかどうか、その他、関連して問題となる種々の点を取り上げながら、これまでの事情を詳細にあとづけて検討することにしたい。

(1) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究」——互責論(一)——(七・完) 神戸学院法学第四卷二・三号、四号、第五卷一号、二・三号、四号、第六卷一号、二号。

- (2) Vernier, *American Family Laws*. Vol. II, pp. 73-74.
- (3) Jacobs and Goebel, *Cases and other materials on Domestic Relations*, pp. 1106-1108.
- (4) カンサス、マサチューセッツ、メリーランド、ネバダ、ノースカロライナ、ユタおよびバージニア諸州。
- (5) イリノイ、マサチューセッツ、ミシシッピ、ペンシルバニアおよびサウスカロライナ諸州。
- (6) アリゾナ、カリフォルニア、コロラド、デラウェア、フロリダ、アイオワ、ケンタッキー、ミシガン、ミネソタ、ミズリー、ネブラスカ、オレゴン、バージンアイランドおよびワシントン諸州。
- (7) アラバマ、コネティカット、ジョージア、ハワイ、アイダオ、インディアナ、メイン、モンタナ、ニューハンプシャー、ノースダコタおよびテキサス諸州。
- (8) アリゾナ、カリフォルニア、コロラド、デラウェア、フロリダおよびミシガン諸州。
- (9) Mckinney, *The Consolidated Laws of New York Annotated*. Book 14. Cumulative Annual pocket part. 1966. §1-199. pp. 28-29.

## 第一章 共謀の沿革

### 第一節 ローマ法

本論に入るに先立ち、互責の例にならない、共謀についてもその沿革を辿ってみよう。離婚請求棄却事由の一つたる共謀の沿革をたづねると、互責の場合がそうであったように、カノン法からイギリス教会法を経てアメリカの多くの州の離婚法にうつがれたことがわかる。だが、さらにローマ法へとさかのぼると、それに関する規定を見出せない。これは何故であるか。そもそも、共謀を離婚請求棄却事由とする目的は、法律が協議離婚をみとめない

場合、夫婦が共謀し、離婚訴訟の手續を通して協議離婚と同じ結果を入手しようと企てるのを防止するにある。協議離婚がみとめられているかぎり、共謀が現実の問題になる余地は少しもない。この点、ローマにおいては、互責の沿革を検討した際に指摘したとおり、帝政末期にいたるまで、厳格婚にせよ、自由婚にせよ、離婚について裁判所における手續をなら必要とせず、裁判外の一方的な離婚意思の通達で充分であり、協議離婚の場合も、その実行には一方的意思表示をもって足りた。紀元三一三年にコンスタンチヌス帝(三〇六―三三七)がキリスト教公許令を発して以来、ローマの婚姻・離婚法はキリスト教によって影響をうけたが、当面の問題たる協議離婚の存在を根底からゆるがすような事態は生じておらず、古来の伝統がなお維持されている。他方、ビザンチン帝国においては、ローマ・カトリック教会とちがつて別居を許さず絶対離婚をみとめるギリシャ教会の見解のもとで、協議離婚に對し、ときに制約を加えることはあつても、つねにこれを承認していた。四九七年のアナスタシウス二世(四九六―四九八)の勅法は、それまで自由であつた協議離婚に制限を加え、勅法彙纂五・一七・九によれば、「婚姻中に夫婦の協議にもとづいて離婚の意思が通達され、しかもテオドシウス帝(三七九―三九五)およびバレンチアヌス帝(三六四―三七五)の勅法に定められた離婚原因が何ものべていないとき、妻は五年間待つことなく、一年を経過すれば、自由に再婚できる」ものとした。当時、協議離婚以外の場合、正当な理由なしに離婚した人は五年間再婚が禁止されていたが、協議離婚後の再婚も一年間禁止されることになつたわけである。さらに、ユスティニアヌス帝(五二七―五六五)は法典編纂事業のうち各種の改革を加えたが、五三六年、新勅法一一七・一〇によれば、「これまで協議離婚が数多く行われたが、私は今後、夫婦双方が再婚を望まないときにかぎり、それをみとめる」

旨を明らかにし、違反者には種々の制裁を課した。<sup>(5)</sup>だが、この規定も、古来の伝統の力強い反対に抗することができず、帝の没した翌年、つまり五六六年、新勅法一四〇・一によれば、ユスティニアヌス二世(五六五—五七八)が、「協議離婚は古い法律にしたがって許されるべきである。父が協議離婚について定めた制裁は無効とする」旨を<sup>(6)</sup>発している。

このように、協議離婚は、一時、附随的な効果について制限を加えられたことはあっても、つねにみとめられたのが実情のようである。マックス・レイディンによれば、「ユスティニアヌス帝の後継者は、解消できない婚姻は殺人の誘因になるとして、協議離婚に関する制裁を廃止したが、その真の理由は、いかに完全な独裁政治および強力に組織された聖職さえも、根深くしみ込んだ社会的制度に打ち勝つことはできないからであった」<sup>(7)</sup>という。いずれにせよ、夫婦が離婚を望むとき、目的を達成するために共謀して訴訟手続を進める必要は少しもなかったわけであって、東西を問わず、ローマにおいて共謀に関する規定が見当らない理由もここにあると判断される。

- (1) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(一)」神戸学院法学第四卷一・三号一一二頁—一一三頁。
- (2) C. 5. 17. 9. Im Anastasius A. Theodoro. si constante matrimonio communi consense tam mariti quam mulieris repudium sit missum, quo nulla causa continetur, quae Consultissimae constitutioni divae memoriae Theodosii et Valentiniani inserta est, licebit mulieri non quinquennium expectare, sed post dnum ad secundas nuptias convolare.
- (3) 船田亨「羅馬法」第四卷私法(Ⅲ)九五頁—九六頁。
- (4) N. 117. 10. Quia vero et ex consensu aliqua usque ad praesens alterna matrimonia solvebant, hoc de cetero

ferri nullo sinimus modo. nisi forte quidam castitatis concupiscentia hoc fecerint.

(5) 船田享二・前掲書九八頁―九九頁。

(6) N. 140. 1. Haec igitur aliena nostria indicantes, temporibus in praesenti sacram constitimus legum, per quae sancimus licere ut antiquitus consensu coniugum solutiones nuptiarum fieri. <non> ultra vero optinere constitutus poenas in constitutione nostri patri adversus eos qui cum consensu conjugii faciunt solutionem.

宮崎孝次郎「協議離婚論」家族制度全集 法律篇Ⅱ 離婚 七〇頁―七一頁に指摘されるのは本条と思われる。

(7) Radin, HandBook of Roman Law. p. 117.

## 第二節 カノン法

離婚をみとめず別居のみ許すにすぎないローマ・カトリック教会のカノン法において、別居をめぐる夫婦の共謀がはじめて禁止されることになる。参照できた最も古い資料として、法王ケレスティヌス三世（一一九一―一一九六）の教令が、「夫婦は自認<sup>(1)</sup> (confessio) のみにもとづいて別居させられてはならない」旨をのべ、別居を切望する夫婦が共謀のうえ、一方の別居請求に対し、他方が自己の非行を自認するという方法をとるのを固く禁止していた。キッチンによれば、「法王は単に当事者の自認のみを証拠とするのは共謀か詐欺であると非難し、すべての事件において慎重な調査がなされるべきことを命じた<sup>(3)</sup>」といわれる。現実に非行のあった場合は別として、はじめから夫婦双方が別居を切望するとき、普通の方法では別居判決を得ることができないので、両者が共謀し、さきに見たような方法で目的を達成する事例が多くなったのではなからうか。かかる事態に対して、教会は、自認を裏付けるな

んらか確実な証拠を要求し、共謀の事実が明らかになれば、別居請求をみとめないことにより、不正な企てを阻止するにいたったと推測される。もっとも、ウイグモア<sup>1)</sup>はこの点に関し、「被告配偶者の自認に補強証拠を要求する法則は、一四〇〇年以前の法王の教令・教書を集めた旧教会法典(Corpus Juris Canonici)に存在しないし、一五三四年のヘンリー八世(一五〇九—一五四七)の宗教改革以後は、法王の教令または大陸におけるいかなる宣言もイギリスでは効力をもたず、一六〇〇年以前のイギリスにおける地方的な教会の教令・規則のなかにも見当らないから、イギリス教会法に固有の起源をもつものである」とし、のちにみる一六〇三年のイギリス教会規則(Canons of 1603)第一〇五条を引用している。彼は前示ケレスチヌス三世の教令を見落したのか、または見落さないまでも、補強証拠を要求する旨はつきりのべられていない点を強調しすぎたのか、いずれかであろう。しかし、キッチンの説明を併わせ考へるとき、前示教令において法王が自認に補強証拠を要求したものと判断される。該法制の萌芽ないし起源はここに発するといつてよからう。のちに第五章・三節に触れるように、ジェームス・ケントも同じ説をとっていることは、その妥当性をさらに裏付けるはたらきをする。

降つて、一九一七年の現行教会法典についてみれば、配偶者の自認に補強証拠を要求する明示の規定はない。しかし、第一七四七条に、「以下の場合には、証拠を要しない。……③訴訟当事者の一方が主張し、かつ、相手方が認めた事実、ただし、法律または裁判官が証拠を要求する場合を除く」と定め、第一七五一条で、「当事者の一方の裁判上の自白は、私的事項に関し、かつ、公益に関係ない場合には、自由に、かつ慎重になされた以上、他の当事者の挙証責任を免除する」とのべる。別居請求の理由たる姦通は、単なる夫婦の私的事項に留まるものでなく、公



益に重大な関係をもつことは明白であるから、姦通の自認のみにもとづいて別居判決が言渡されることはなからう。さらに第一七五三条には、「自白が書面によると口頭によるとを問わず、裁判外で相手方自身または他人に対してなされた場合には、……それが裁判所に提出されたときは、裁判所はすべての状況を考慮してこれを評価する」と定める。裁判外の自認の例と同じく、配偶者の自認のみが別居判決言渡の根拠とされることはなく、両々相まって、副次的に夫婦の共謀を排除する効果を示すのではあるまいか。理論的にはこのように判断されるが、夫婦双方または一方が洗礼をうけてカトリック教会における信者となつているとき、別居のために共謀する事態は、実際にはほとんど生じないのではないかと思われる。かつて法王ベネディクトゥス十四世（一七四〇—一七五八）は、婚姻結合を公式に防禦する役人として、一七四一年十一月三日の教令（*Dei miseratione*）第六条によつて婚姻保護官（*Defensor vinculi matrimonii*）を設け、婚姻取消請求事件に關与し、婚姻の有効性を主張する任務を付与して<sup>(9)</sup>いた。だが、別居訴訟には關与しないから、たとえその請求が夫婦の共謀にもとづくものであつたとしても、共謀を阻止する役割を果すことはなかつたと思われる。かかる事情は、現行教会法典のもとにおいても變つていない。同法第一五八九条<sup>(10)</sup>によれば、婚姻事件の第一審たる司教区裁判所の長をつとめる教区裁判権者（*ordinarius*）が、教会法の博士またはこれと同等の学力を有する者で、全く評判のよい、賢明かつ正義を守ることに於いてすぐれた司祭を「絆の保護官」（*defensor vinculi*）に任命する。保護官は第一九六七条および第一九六八条<sup>(11)</sup>により、婚姻無効に關する訴訟に關与し、あらゆる点から婚姻の有効性を主張する義務を負い、もし裁判所が無効判決を言渡した場合、第一九八六条および第一九八七条<sup>(12)</sup>により、法定の期間内に上訴を提起する義務がある。上訴審の「絆の保護官」

も、婚姻の無効を是認した再度の判決に対し、自己の良心によって上訴すべきでないと確信した場合を除き、十日以内に上訴すべきものとされる。しかし、それ以外に、夫婦の共謀を阻止するといった任務は何も負わされていない。第一一二九条に承認・宥恕および互責が姦通を理由とする永久別居の請求に対する棄却事由となる旨を定めながら、共謀については何も触れていない。

同じ問題を東方教会法典についてみれば、一九四九年五月二日に施行された婚姻法 (De sacramento Matrimoni) につづいて、五七六条から成る訴訟法 (De Processibus) が一九五〇年一月六日の法王自発教令 (Sollicitudinen Nostram) によって公布され、一九五一年一月六日に施行された<sup>(13)</sup>。現行教会法典と同じく、「紳の保護官」が設けられ、訴訟法の第四七五条、第四七六条、第四九三条および第四九五条は、それぞれ、現行教会法典の第一九六七条、第一九六八条、第一九八六条および第一九八七条に該当しており、保護官が夫婦の共謀を阻止すべき趣旨の規定のみられないことも変りはない。

(一) カノン法は英米法にいわゆる admission と confession を合わせて confessio という言葉で示す。峯岸治三「イギリス証法研究」五五頁。

英米法において admission とは、民事事件の当事者が争点となっている事実を自己の不利に承認すること、および刑事事件で被告人が犯罪事実の一部または犯罪事実の証明に役立つ得る間接事実を明示または黙示に承認することをいう。これに対し confession は、刑事被告人が当該犯罪について有罪 (guilty) である旨を明示に承認するものである。Mckelvey, Handbook of the Law of Evidence, pp. 174, 221. 江家義男「刑事訴訟法の基礎理論」二二頁。

Confession は自由で訳られるが、admission の訳語はいろいろで、自認・許諾・自白・事実の承認、等がそれである。本稿では最も一般的な「自認」を用いることにする。

- 前記の訳語については、峯岸治三・前掲書一五九頁―一六〇頁、鈴木勇「民刑新証拠論」一二五頁―一二七頁、フイブ  
ン「証拠法提要」司法資料第二〇三号一一九頁、江家義男・前掲書二二頁、田中和夫「新版証拠論」二二―二一頁。
- (2) (Note) Collusive and consensual divorce and the New York anomaly, Selected Essays on Family Law, p. 979.
- (3) Kitchin, A History of Divorce, p. 82.
- (4) Wignmore, Treatise on the Anglo-American system of Evidence., § 2067.
- (5) ルイジ・チヴィスカ訳「カトリック教会法典」六三九頁。
- (6) ルイジ・チヴィスカ訳・前掲書六三九頁。
- (7) ルイジ・チヴィスカ訳・前掲書六四一頁。
- (8) Augustine, A commentary on the New Code of Canon Law, vol. 7, p. 412; Koeniger-Giese, Grundzuge des  
Katholischen Kirchenrechts und des staats Kirchenrechts, S. 4041.
- (9) 栗生武夫「婚姻立法における主義の抗争」一七頁―一八頁。
- (10) ルイジ・チヴィスカ訳・前掲書五七七頁。
- (11) ルイジ・チヴィスカ訳・前掲書七一頁―七二頁。
- (12) ルイジ・チヴィスカ訳・前掲書七一七頁。
- (13) Roberts, Matrimonial Legislation in Latin and Oriental Canon Law. V. 1911, p. 107. 同書は、  
五七六カ条のうち、四四七カ条は現行教会法典の訴訟法と全く同じである。残り二一九カ条については、両者の差異が詳  
しに述べられてゐる。 Clercq, Un nouveau droit canonique oriental, Archives d' Histoire du droit oriental. Tome  
IV, pp. 237 ~ 239.

## 第三節 イギリス法

アングロ・サクソン時代、夫婦の合意による離婚が可能であったことは、互責の沿革を検討した際にのべた<sup>(1)</sup>通りである。ここでテオドルスの悔罪規則書によれば、ある場合に夫婦の合意による離婚をみとめていた。同書第二卷・十二節・七条によれば、まず、「適法な婚姻は、両者の合意 (Consensu amborum) がなければ、破ることは許されない<sup>(2)</sup>」としたのち、第八条前段に、「もし最初の婚姻であるか、二度目のものであっても、カノン法によるものでなければ、夫婦の一方は他方が僧院 (修道院) において神への奉仕に近づくのに同意を与え、彼は婚姻 (再婚) することができない。しかし、もしこれに反し、二度目のものであれば、夫または妻の生存中、(再婚は) 許されない。……」<sup>(3)</sup>とのべ、さらに第十二条では、「婚姻中の夫婦で、もし夫が神への奉仕を切望し、妻がそれを望まないか、または妻が望み、夫が望まないとき、もしくは夫が病弱であるか、妻が病弱であるとき、それにもかかわらず、ともかく両者の合意のもとに別れることになる<sup>(4)</sup>」と定めている。夫婦の合意による離婚が、理由のいかんを問わず、無制約に許されるものではなく、一方のみが神への奉仕を望むとき、または一方が病弱のときにかぎってみとめられたわけである。かかる事情のもとでは、合意が成立するかぎり、離婚が可能であるから、離婚の目的で夫婦が共謀する必要は少しも存しない。婚姻不解消主義が貫かれるにいたらなかったアングロ・サクソン時代に、共謀に関する規定がみられないのも尤もと思われる。

その後、カノン法をうけついでイギリス教会法は、はじめて共謀を別居請求に対する棄却事由とした。ジェーム

ス一世（一六〇三—一六二五）の初年、一六〇三年の教会規則の第一〇五条に、「…離婚および婚姻無効の訴訟は、充分な慎重さで審理する必要がある。証人の証言その他の合法的な証拠にもとづいて事件の真相を精査すべきであつて、法廷の内外を問わず、たとえ宣誓のうえでなされていても、当事者の自認のみを信じてはならない」旨の規定がみられる。ここに離婚というのが、その実質は別居であることはすでに指摘しておいたし、ウイグモア<sup>(5)</sup>が自認に補強証拠を要求する法則の起源として引用したのもこれである。なお、カノン法が婚姻保護官を設けていたことはすでにのべたが、イギリス教会裁判所においても同様の機関がおかれたかどうか、そして婚姻取消事件と並んで、夫婦の共謀による別居を阻止するために関与したかどうか、はっきりした事情はわからないが、参照した諸判例からすれば、かかる機関はなかつたと推測される。一八五七年に離婚管轄権が教会裁判所から新設の離婚裁判所に移されたのち、共謀を阻止する目的から、一八六〇年の婚姻訴訟事件法第七条により女王代訴人(Her Majesty's proctor)が設けられるにいたつたことは、のちに第五章・一節で触れる。

(1) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(一)」神戸学院法学第四卷二・三号一三二頁—一三五頁。

(2) "Legitimum Conjugium non Licet frangi sine consensu amborum". Hadden and Stubbs, Councils and Ecclesiastical Documents, relating to great Britain and Ireland. p. 199.

(3) "Potest tamen alter alteri Licentiam dare, accedere ad servituten Dei in monasterium, et sibi nubere, si in primo conubio erit. Secundum Grecos, et tamen non est canonicum: sin autem in secundo, non Licet vivente viro vel uxore". Hadden and stubbs, op. cit., p. 199.

(4) "Vir et mulier in matrimonio, si ille voluerit Deo servire et illa, aut illa voluerit et ille noluerit: vel ille

*infirmatus seu illa infirmata fuerit: tamen omnino cum consensu amborum spearentur.* Hadden and stubbs, op. cit., p. 200.

(45) Poynter, A concise views of the Doctrine and practice of the Ecclesiastical court, p. 121: Best, The principles of the Law of Evidence, §567.

(46) 拙稿・前掲論文一四二頁。

## I 立法離婚

マック・クイーンは共謀に関するイギリスの判例を二つに分類する。一つは、夫婦が合意のうへ、全く存しない偽りの事実を離婚原因として提出し、もう一つは、離婚原因とする目的で夫婦が故意に前もってなした非行を理由とする<sup>(47)</sup>。前者の適例としてしばしば引用され、のちの事件に判断の基準を与えるのが、立法離婚における「Duchess of Kingston の離婚に関する件 (一七七六)<sup>(48)</sup>」である。夫婦の共謀は、正確な意味で離婚訴訟ではなく、婚姻無効の訴をめぐって争われている。一般に共謀がいかなる手段ないし内容をもって実行されるかを知る重要な手がかりが得られると思うので、ここで本件の事情を明らかにしておこう。これによれば、丁女(のちの伯しゃく夫人)は他人の知らない間に日と教会において、正式ではあるが、秘密のうちに婚姻した。彼等は時々会うのみで共同生活を営まず、夫は妻をいぜんとして処女名でよんでいる。だが、一七四七年にいたり夫婦関係に不和をきたし、終に事実上、完全な別居に入った。その後、一七七八年に夫は、彼等にとってわづらわしく、憎悪の情さえ生じている婚姻から解放されることを望み、妻とある種の協定をしようと企てた。彼の提案した方法は、貴族院で立法離婚を得

る前提要件として妻の姦通を理由に教会裁判所に別居の訴を提起するというのである。妻に姦通の事実はないから、偽りの事実を別居請求の理由にもち出すにほかならない。もし、妻がこれに同意し、彼女が姦通したかのように装って別居手続を進めるならば、まさに共謀の典型的なものになったと思われるが、妻はかかる企てに賛成せず、その代り、司教裁判所 (consistory court) で H に対し、婚姻詐称 (Jactitation of Marriage) の訴を提起する方法をとった。彼等の間に法律上の婚姻関係はないにもかかわらず、H が彼女と婚姻したとの虚構の事実を公表し、それがため、該婚姻の事実が一般の評判になり、彼女は損害を蒙ったというのであろうか。

教会における婚姻締結の方式は、一七五三年に、ハードウィック卿の婚姻法 (Marriage Act. An act for the Better preventing of clandestine marriage) によつてはじめて決定され、<sup>(3)</sup> それ以後は、實際上、婚姻詐称の利用はみられない。<sup>(4)</sup> しかし、当面の場合は、時期的にみて同法より約十年前のことに属し、婚姻の方式はまだ定まっていない。婚姻当時およびその後の事情のみからすれば、妻の前示の主張が裁判所でみとめられる可能性も存しよう。そして、真の目的は婚姻無効判決を入手するにあつたようである。方式はどうであつたにせよ、教会で正式に婚姻したにもかかわらず、その事実をうしろにかくし、婚姻無効という偽りの主張を表に出したため、教会裁判所は疑を抱くことなく。該婚姻の無効判決を言渡した。別居判決であれば、さらに貴族院へ立法離婚を請願しなければ離婚の目的は達成できないが、婚姻が無効とされた場合、もはやその必要は存しない。そこで、T 女はキングストン公と婚姻した。しかし、彼女は重婚罪で起訴され、同輩裁判 (Judgement by Peers) をうける事態を生じた。彼女は教会裁判所の前示判決を抗弁に提出したが、該判決は偽りの事実にもとづき、夫婦が共謀して入手した実情が明らかに

され、法務次官ウエッダーバーンは次のようにのべている。すなわち、「判決の言渡しは、それぞれ真実に合致した権利・義務の関係、論争、訴訟手続遂行および抗弁を基礎とし、訴訟原因について裁判上の決定を下すことである。これらすべての要件に関していえば、詐欺的ないし共謀による訴の場合、一つとして具わっていない。裁判所の紋章をまもつたいかなる判事といえども、人間である以上、彼の前に提出された事件の審理に当り、偽りの事実によって誤った判断におち入らされる。きわめて常識的な市民の言葉を用いれば、『劇は裁判ではない。つまり、すべての物事が法廷ではなく、舞台において行われる』(Fabula non iudicium, hoc est, in scenâ, non in foro, res agitur)』。

この事件は離婚を望む夫婦が共謀して偽りの事実を証拠とし、教会裁判所において別居判決を得たうえ、貴族院に立法離婚を請願するという普通に考えられる方法によつていない。もっとも、立法離婚の前提要件として教会裁判所の別居判決を要求する貴族院の議事規則がはじめてできたのは、一七八九年であるから、それ以前のことに関する当面の場合、かかる要件が絶対的のものではなかった。だが、夫婦間の協定の事情からすれば、右の要件は慣例としてすでに存在したと推測される。そうだとすれば、なおさら、教会で正式に婚姻を締結したのであるから、妻は夫の提案どおり、偽りにせよ、彼女の姦通を理由にまず教会裁判所に別居の訴を提起してもらえばよいところかえつて、婚姻の無効を主張する。妻が夫の提案に賛成しなかった理由はよくわからないが、同じ共謀を実行するならば、婚姻無効判決によつて一度で離婚と同じ効果を得、教会裁判所から貴族院へというわづらわしく、金もかかる二重の手間をばぶこうとしたのが真相ではなからうか。教会裁判所における審理の経過が明らかでないとはい



え、夫婦が共謀している事實は、少し調査すればわかる程度のものであるのに、なにゆえ同裁判所がこれを見逃したのか、この点に疑問が残される。

立法離婚に當つて夫婦の共謀が明らかになり、請願が斥けられたものに、「Wilson 氏の離婚に関する件（一七九八）」、「Cope 氏の離婚に関する件（一八〇一）」、「George 氏の離婚に関する件（年度不明）」および「Dower 氏の離婚に関する件（年度不明）」等があげられており、いずれも偽りの事實が主張されたようであるが、事案の内容が簡単にしかわからないので、ここでは件名をあげるのみに留める。

(一) Mc Queen, Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and legitimacy as administered in the Divorce court and in the House of Lords, p. 70.

(二) McQueen, op. cit., p. 68: English Reports, vol. 168, p. 175.

(三) 同法によれば、婚姻予告の公表 (Publication of Banns) または婚姻許可 (License) を伴わずに挙式された婚姻は無効であること、予告が公表された教区教会または公立チャペル以外の場所で挙式された婚姻は、カンタベリー大司教の特別許可 (special license) がなければ無効であること、予告または許可なしに婚姻を締結した人は重罪の責を負い、十四年以内の追放刑 (transportation) に処せられること、を規定してゐる。Jowitz, The Dictionary of English Laws, p. 1146.

この法律はその後、一八三三年の婚姻法第七六条および一八三六年の婚姻法によつて廃止された。Radin, Handbook of Anglo-American legal History, p. 508.

なお、同法前後の婚姻成立に関する法律の状態は、内田力蔵「イギリス家族法の基本原理」法学理論篇 82 七一頁—七五頁。

(4) 高柳未延「英米法辞典」二四八頁。

離婚請求棄却事由の研究—共謀論(一) (村井)

(5) 二二二年のマグナカルタ第三九条によれば、「自由人は、その同輩の合法的裁判 (legal iudicium parium suorum, lawful judgment of His peers) によるか、または国法 (lex terrae, law of Land) によるのでなければ、逮捕、監禁、差押、法外放置、もしくは追放をうけ、またはその他の方法によって侵害されることはない。朕も彼の上に赴かず、また彼の上に派遣しない」と規定する。高木―末延―宮沢「人権宣言集」四五頁―四六頁。

イギリスにおける同輩裁判の沿革およびそれが貴族院の成立とともに貴族 (Lords) が貴族院の裁判をうける権利と義務を有する制度となったことについては、池田栄「英国刑事公民政治史序説」一七八頁―一八二頁。

同輩裁判の例として、ラスル伯しゃく事件 (一九〇二) とデイ・クイフォード卿の裁判 (一九三五) が紹介されている。末延三次「イギリスの最高裁判所」英米法の研究 下 六三三頁―六三四頁。

なお、反逆罪または重罪の責について同輩貴族による裁判をうける古来からの個人的な特権は一九四八年に廃止されている。Chimes, English constitutional History, p. 45.

## 2 教会裁判所

イギリス教会裁判所にあらわれた共謀に関する最も古い事例として引き合いに出されるのが、カンタベリー大司教に属するアーチ裁判 (Arches court) の *Crewe v. Crewe* (一八〇〇) 事件<sup>(1)</sup> である。この事件において、夫が姦通を理由に別居判決を求めたのに対し、妻は共謀の事実を主張し、さらに姦通の証拠不充分と抗弁した。夫婦が別居を切望するため、共謀のうえ、夫が原告として妻の姦通という偽りの証拠を提出したところ、妻が急に別居の意思をひるがえして共謀の事実を明らかにしたのであるうか。スコット卿 (のちのストウエル卿) はこれに対し、「裁判所をだまして別居しようという夫婦の合意を許すならば、婚姻締結の際の誓約を破り、不品行・放蕩を促進する

結果になる。それゆえ、法律は右の目的で夫婦が協力しないことを要求し、合意のもとに偽りの証拠が提出された場合には、救済は与えない」として、共謀が請求棄却事由になる旨をのべながら、すべての事情から判断して妻の主張を斥け、夫の請求を容れている。ストウエル卿は互責について、夫婦双方に非行があった場合、彼等は仲間として望ましく、適当でもあるという考えに立って、別居請求をみとめなかつたが、ここでは、夫婦が共謀して訴訟手続を進めることにおいて「等しき過失」(in pari delicto)にあり、しかも共謀は、裁判所に対する詐欺であるから、とうてい許されない旨を明らかにしたといえよう。もし、当面の場合、夫婦が共謀していたのが事実と認定すれば、夫の請求をみとめなかつたはずである。しかし、現実には共謀の事実はなく、また妻の姦通が認定されたため、夫に別居判決を与える結果になったと思われる。

夫婦双方が真正面から対立して抗争するとき、原告にも非行があれば、被告はその事実を明らかにして互責を抗弁とすることになる。非行がすでに宥恕されているならば、その旨を主張しようし、承認についても同じことができる。つまり、互責・宥恕あるいは承認の事實は、裁判所が調査するまでもなく、別居を望まない被告が積極的に主張するから、これらの事實の有無について裁判所が判断を誤る恐れは、それだけ少くなると思われる。しかし、夫婦が協力してその事実をかくす共謀の場合、共謀の事實に関する裁判所の判断は一層困難とならざるをえない。もっとも、被告が非行を自認する場合でも、共謀にもとづいてなされた疑が霧散されるならば、他の証拠と相まって、別居請求をみとめるに障碍はなからう。ロンドンの司教裁判所(Consistory court)の Mortimer v. Mortimer (一八二〇)<sup>(4)</sup>事件において、「妻の自認が誠実に行われたことに問題はない。共謀の疑は存在せず、夫は妻の自認の

みにたよっていない。第三者の証言によって支持される事実を証拠としている」とのべるのは、まさにこれに当る。だが、夫婦が共謀するとき、別居原因と主張される非行が現実にあったとはかぎらないし、共謀の事実を可能なきり露呈しないよう注意を払うであろう。もし、裁判所が迂闊であれば、夫婦によって詐欺にかけられる危険が多分に存在する。共謀を別居請求に対する棄却事由としておく必要性は、他の三者に比べてはるかに大きいといわなければならないまい。その後、Shedden v. patrick (一八五四)事件<sup>(5)</sup>において、ブローガム卿がその「Duckess of Kingston の離婚に関する件(一七七六)」を引用し、「劇は裁判ではなら」(fabula non iudicium)ことを強調するのは、貴族院の立法離婚に当ってなされた判断が教会裁判所に影響を及ぼした事情を示すものとして、われわれの注意を引くに充分であろう。

- (1) Haggard English Ecclesiastical Reports, vol. 3, p. 123.
- (2) Beeby v. Beeby (一九八九)事件。
- (3) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 528.
- (4) Note: Granting of Divorce on uncorroborated testimony of party or parties to suit, American Annotated cases, 1913 B. pp. 11-12.
- (5) Mc Queen, Practical treatise on the Law of Marriage Divorce and legitimacy as administered in the Divorce court and in the House, of Lords, p. 69.

マック・クインの分類による共謀の第二の例として、離婚原因とされる非行はたしかに事実合致するけれども、それは夫婦が予め相談のうえで行ったものである場合がみられる。これらはイングランドではなく、スコット

ランドの裁判所を通じて行われる点で独特の様相を呈する。この Goldney v. Goldney (一八三一頃) 事件<sup>(1)</sup>をあげてみよう。この事件において、離婚を望む夫婦がエジンバラに赴き、アパートの一室を借り、スコットランドの法律による住所を設定し、裁判管轄権を生じるのに必要な四十日間、そこに滞在した。ついで、妻は右の期間中に夫のした姦通を理由にエジンバラの控訴院<sup>(2)</sup>(Court of session)に離婚の訴を提起した。妻は訴の提起に当り、夫との間に共謀はない旨を宣誓している。かくて、妻は離婚判決をえたのである。互責の沿革を検討した際にのべたとおり、スコットランドにおいては一五七三年以降、姦通および四年間の悪意の遺棄の二つを理由に絶対離婚を許していた<sup>(3)</sup>。一七八九年の議事規則により、貴族院に立法離婚を請願するには、前提条件として教会裁判所の別居判決をえなければならぬイングランドにおいて、かかるわづらわしく、金もかかり、しかもその間に共謀の事実の暴露される危険の多分に存する手続を回避し、手っとり早く離婚しようと企てる夫婦は、スコットランドに赴いて前示のような方法をとったのではなからうか<sup>(4)</sup>。

離婚訴訟の提起に当り、原告配偶者は判事の面前で一定の方式にしたがって、共謀の不存在を宣誓する必要がある。これは「誹謗の宣誓」<sup>(5)</sup>(Oath of Calumny)と名付けられる。「私は本訴を提起する正当な理由をもっている。なぜならば、私は被告に姦通の責があると信じるから。訴状の内容は真実であり、夫婦間に離婚判決の入手について共謀は存在せず、またこの目的で私の利益のため、他のいかなる人との間に、いかなる合意もしていない」<sup>(6)</sup>旨を宣誓しなければならぬ。宣誓以前であれば、被告の債権者等、利害関係ある人は誰でも、また裁判所は職権により、夫婦間に共謀の存在する事実を立証することができる。だが、宣誓以後は、共謀の有無についてさらに調査す

るのはもとより、共謀を理由に離婚判決を取り消すことは許されないと(7)いう。ひとたび宣誓がなされ、かつ被告の姦通の事実を認定するかぎり、裁判所はもはや共謀の有無を詮索することなく、離婚判決を言渡したのではなからうか。

筆者はさきにアメリカのネバタ、フロリダ両州が移住離婚の招致を州の政策とした事情を、訴提起の前提たる居住期間と互責および有責性比較の原則との関連において眺めたが、(8)当面のスコットランドがイングランドに対して占める地位を外観的にみれば、あたかもアメリカのネバタおよびフロリダ両州の他州に対する関係に相当しよう。もつとも、共謀した夫婦がスコットランドの離婚を利用したのは、スコットランドがネバタ州のように移住離婚を歓迎したからではなく、イングランドに比べてきわめて早期に宗教改革を実現し、離婚を許していたのが大きな理由と考えられる。

(一) *Mc Queen, Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and legitimacy as administered in the Divorce court and in the House of Lords, p. 73.*

これと同じ事案で、本件以前に *Levett v. Levett* (一八一六) 事件がある。この事件において、第一審裁判所はイングランドの法律を適用して離婚請求を棄却したが、控訴裁判所はスコットランドの法律が適用されるべきであるとして原判決を被棄し、離婚判決を言渡しつづる。 *Stimson, Jurisdiction in divorce cases: The unsoundness of the domiciliary theory, A. B. A. J. Vol. 42 p. 222.*

(二) 一五三二年に開設されたスコットランドの最高民事裁判所である。Outer House, Inner House の二部に分れ、後者の事件はイングランドの貴族院に上告することができる。穂積重威「英国法政研究」七九頁―八〇頁。

- (3) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(一)」神戸学院法学第四卷二〇三号一六五頁。
- (4) スコットランドの裁判所で離婚の手續をとる場合、その費用は二十ポンドなりし三十ポンドときわめて小額ですむ。  
Mc Gregor, *Divorce in England*, p. 17.  
十五ポンド十七シリング六ペンスにすぎた事件 *McGregor v. Mueller*, *Inquiry into the state of a divorceless society*, university of Pittsburgh L. R. vol. 18, p. 560.
- (5) Bishop, *Commentaries on the Law of Marriage and Divorce*, p. 23.
- (6) Bell, *Principles of the Law of Scotland*, p. 596.
- (7) Bishop, *op. cit.*, p. 24.
- (8) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(四)」神戸学院法学第五卷四号一六九頁—一七五頁、一七七頁—一七九頁。

#### 第四節 アメリカへ継受

アメリカ諸州の離婚法は新教の教義を根本原理としたため、イギリス教会法とちがって離婚を許すことになるが、裁判離婚のみであつて、協議離婚はもとよりみとめない。そこで、離婚を望む夫婦が共謀する事態の必然的に生じてくることは、イギリス教会裁判所で別居をめぐつて共謀が行われるのと相通じている。共謀の本質は次節において論じるとおりであるが、かかる事態を阻止するため、諸州の離婚法は共謀を離婚請求に対する棄却事由の一つと規定した。一八七二年のカリフォルニア州民法第一一四条によれば、「共謀とは、夫婦間で、一方が他方に離婚原因を入手させる目的で離婚原因たる非行をするか、非行をしたような外観を呈し、または非行をした旨を法廷で陳述すべき合意をいう」<sup>(1)</sup>。互責の場合と同様に、これにならつてアイダオ、モンタナ、ノースダコタおよびサウスダコ

々の四州が同じ趣旨の規定を設けた。<sup>(2)</sup>しかし、これら以外の諸州では、その方法を問わず、広く夫婦が離婚を容易ならしめるため協力するのを共謀とみとめるのが大多数であるため、それと区別する意味で、前者は共謀について制限的な法則を採用したといわれる。<sup>(3)</sup>では他州に比較し、共謀がしばしば問題になるニューヨーク州についてみればどうであろうか。

一七八七年、離婚管轄権が大法官裁判所に与えられ、州として最初の離婚法が姦通を唯一の離婚原因と定め、さらに管轄権を控訴裁判所に移した一八三〇年の修正法は第三八条に同趣旨をうけつぎ、加えて第四二条に承認・有恕を請求棄却事由と定めたが、共謀については何も触れていない。一八八〇年の民事訴訟法典第一七五八条<sup>(4)</sup>、一八六五年の民法草案第六一条<sup>(7)</sup>、さらに降って一九二〇年の民事手続法第一一五三条<sup>(8)</sup>、それをうけついだ一九六三年九月一日以降の家族関係法第一七一条<sup>(9)</sup>も変りはない。しかし、一方で一八九六年の家族関係法は第五条に、「……夫婦は婚姻の内容を変更し、または婚姻を解消すべき契約を締結できない。……」<sup>(10)</sup>と定めるのは、夫婦が共謀して離婚判決を入手するのを許さない趣旨にはかならない。共謀を禁止する旨の規定としては、これが唯一のものである。家族関係法はその後、一九三七年にいたり、第七条(a)に、「不在を理由とする婚姻の解消。もし夫婦の一方が五年間音信不通であり、死亡したものと信ぜられ、適切な捜査の結果、生存の証拠を発見できなかった場合、他方の申請にもとづき、裁判所の死亡宣告により、婚姻は解消する」旨を付加した。<sup>(11)</sup>この規定は姦通と並べて遺棄を離婚原因に加えたものと解する向きもあるが、<sup>(12)</sup>離婚原因には当らない。離婚原因は姦通のみであり、これまで家族関係法第一五一条はあっても無きに等しく、夫婦の共謀は姦通をめぐって行われてきた。この点にニューヨーク州の独特な現



象がみられる。

- (1) Deering, The civil code of the state of California, p. 41.
- (2) Vernier, American Family Laws. Vol. IV. p. 76.
- (3) Armstrong, California Family Law. Vol. I. p. 184.
- (4) The Revised statutes of the state of New York. Vol. III. p. 235.
- (5) The Revised statutes of the state of New York. op. cit., p. 266.
- (6) Gilbert, The Law of the Domestic Relations of the state of New York, p. 52.
- (7) The civil code of the state of New York. p. 23.
- (8) Warren, Gilbert-Bliss civil practice of the state of New York. Vol. 6A, pp. 271-272.
- (9) McKinney, The consolidated Laws of New York Annotated. Book 14. § 1-199, p. 451.
- (10) Baldwins New York consolidated Laws. Vol. 2. Domestic Relations Law, p. 451.
- (11) Baldwins, op. cit., p. 4.
- (12) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 1103.

## 第二章 共謀の本質

共謀が離婚請求棄却事由の一つとしていかなる本質をもつかを検討するに当っては、他の三者—互責・宥恕および承認—とちがひ、とくに離婚訴訟の手續面に眼を向ける必要がある。アメリカにおいて、離婚訴訟の手續は一般の民事事件と同じく、原・被告たる夫婦が互いに相争う敵対者の立場で、離婚請求の認否という二者択一的な結果

について、利害関係を異にしながら、法廷で論争をくり広げるものとして行われる。これが対立当事者訴訟または敵対的訴訟<sup>(1)</sup> (adversary process) の名でよばれるのは周知のとおりである。わが国の場合、離婚の訴を提起しようとする夫または妻は、家事審判法第十七条により、まず家庭裁判所に調停の申立をしなければならず、調停が不成立に終り、かつ同法第二十四条による「調停に代る審判」が行われず、たとえ行われても、いずれかの異議申立によって失効したときにはじめて、地方裁判所で人事訴訟手続法によって行われる離婚訴訟へ移行することになる。しかも、統計によれば、判決離婚は離婚総数の一パーセント前後にすぎない<sup>(2)</sup>。これに対し、アメリカではすべての離婚が最初から訴訟手続を経るわけであって、マックス・ラインシュタインもこの事情を指摘している<sup>(3)</sup>。これを反面から比喩的にみれば、わが国で行われる離婚のうち約九十パーセントの協議離婚に当る部分が、アメリカで大きな問題を提起することになる。共謀を考察の対象とするに当り、まずこの事実を念頭におかなければならない。ところで、かかる訴訟手続の段階にあつて、原・被告が夫婦であるというのは、法律上いぜんとして夫婦たる身分を保有するからにすぎず、現実には夫婦たる立場をはなれ、互いに対立する抗争関係に入っている。離婚原因たる非行の存否をめぐる夫婦が真正面から対立して相争っているかぎり、共謀が問題になる余地は少しも存在しない。では、共謀が問題になるのはいかなる場合であろうか。現実には非行が何もないのに、婚姻関係がなんらかの原因で破綻を来してしまったため、夫婦双方が離婚を切望するようになったとか、あるいは婚姻関係は破綻していなくとも、夫婦双方が友好裡に離婚したいと考えるときがこれに当ると思われる。離婚するためには、夫婦の一方が是非とも他方の非行を理由に離婚の訴を提起する必要があるが、右の場合、現実には非行は何もないから、正常な手

続によるかぎり、離婚判決を入手することはとうていおぼつかない。しかも、協議離婚の道は閉ざされている。そこで、是非とも離婚したいと望む夫婦によって、なんらかの抜け道が必然的に考え出される結果になる。裁判所における離婚訴訟の手續を通じ、あくまで訴訟という形式を維持しながら、事実上、協議離婚を実現できればこれに越したことはない。かくて、夫婦のいずれにも非行はないにかかわらず、合意のうえ、あたかも一方にそれがあるかのように、他方が偽りの証拠をもとにして離婚の訴を提起するとか、あるいは一方が故意に非行をして、他方がそれを離婚請求の理由にする事態がしばしばあらわれる。

これを反面からみれば、夫婦間に合意が存しなければ共謀はないことになる。一例としてペンシルバニア州の *Dodson v. Dodson* (一九二四) 事件<sup>(4)</sup> をあげておこう。この事件において、夫が妻に向い離婚訴訟を提起するよう要求したが、妻がそうしないので夫が提訴した事実が明らかになった。裁判所はこれに対し、「夫は妻に夫婦関係を回復しようとして返えし申し入れたが、妻はあくまで拒否した。夫はついに、妻が彼と一緒に生活しないならば離婚した方がましと考え、彼が提訴するよりも妻がそうした方がよいと思ったからであろう。夫は自己が責任を負うよりも妻に負わせたかったと推測される。われわれはこの事件において、共謀が存するとは思わない」とのべている。夫婦双方にすでに非行があり、妻も離婚を望めば、夫の離婚請求に対して自己の非行を自認する一方、夫の非行を不問に付すべく合意すれば充分のところ、離婚の意思が全くないため、夫の申出を拒否する結果となつていゝ。いずれにせよ、共謀と認定されるためには夫婦間の合意が不可欠の要件であつて、合意のもとに行われる離婚訴訟は「馴れ合い訴訟」の名でよばれる。これが「公益」(Public Policy) に違反することは明らかであるから、

州はこのような事態をとうてい見逃さない。

具体的な行為が果して公益に違反し、社会的妥当性のないものかどうかは、契約をめぐってしばしば問題になり、その結果、英米契約法において、不法契約 (illegal contract) の一種として「公益に反する契約」が数えられるにいたっている。アメリカでは、契約法リステイメント第五一二条が違法な取引 (illegal Bargain) との言葉を使つたうえ定義し、「取引はその成立または履行が犯罪または不法行為またはその他公益に反する (opposed to public policy) ものであるときは、すべて契約法のリステイメントにいわゆる違法なものである」旨を明らかにする。それに含まれる内容はきわめて広く、「公衆衛生、公の道徳、司法の清浄さに対する公衆の信頼を害し、あるいはすべての市民が抱く個人の権利 (人身の自由か私有財産か、いずれにせよ) に関する保証意識を損う恐れのあるあらゆる行為または契約を網羅する」ことになる。

カリフォルニア州の *Conant v. Conant* (一八五八) 事件に関連してのべた<sup>(8)</sup>とおり、婚姻の本質は単なる「契約」に留まるものではなく、むしろ機能的に一個の「制度」として理解されるため、州はこれに密接な利害関係をもつ。ここで当面の問題たる共謀についてみれば、婚姻の絆は法律上の要件を充す場合にのみ解消されるから、法律に規定された手続を短縮しようと企てる約束は、婚姻の盟約について州が有する利害関係を詐欺にかけるものであり、離婚訴訟の手続という仮面のもとで、その実、協議離婚を達成するのは、これこそまさに公益に対する挑戦といわなければならない。契約法リステイメントが「違法な取引」を十個に分類し、その一つに「家庭関係に関する取引」を含め、第五八六条において、「離婚を獲得する旨の取引、または離婚を容易ならしめる効果を生ずる取引は

違法である<sup>(10)</sup>」と規定するのも、右の趣旨にはかならない。法律の許さない事項を別の許された方法で実現するのに対し、公益違反の烙印を押し、共謀を理由にそれを阻止しようというわけである。州が自己のもつ利害関係ひいては公益保護の見地から離婚訴訟に介入する点で、共謀は、被告配偶者の側からの積極的抗弁たる他の三者―互責・宥恕および承認―とちがった本質をもち独特の様相を呈することになる。

離婚請求棄却事由の一つとして共謀がいかなる本質をもつものか、右によって略々明らかになったと思う。これが具体的な事例において完全なはたらきをすれば、夫婦の不正な企ても実現不可能になるろうが、これはあくまでも理論的にそういえるというにすぎない。ヤコブスによれば、「共謀によって得られた判決において、理論と現実とは真向から対立している。理論上は、もし判決言渡以前に共謀が発見されれば、離婚判決は与えられない。だが、實際上、かような共謀を阻止する有効な方法は何もない。大多数の離婚事件において共謀が行われている。被告が争っている場合でも仮装にすぎない<sup>(11)</sup>」という。また、ゴルバンが四人の法律家に、離婚訴訟において何パーセントが共謀であるかと聞いたところ、①七十五パーセント、②被告が争わない事件において、共謀がなく清浄なのは、象牙の石けんのように全く存在しない。③九十パーセント、④三人目の意見に賛成するが、自分の経験では百パーセント、との回答を得ている。<sup>(12)</sup>これは一例としてあげたにすぎず、同趣旨をのべたものは他にいくつもみられる。それによっても、離婚訴訟の実際面において共謀がいかに広範囲に行われているか、容易に推測できるのであって、判例を通じて実情を検討していけば、いろいろ複雑にして興味ある現象を知ることができる<sup>(13)</sup>。

なお、さきに互責の問題に関連し、ルイジアナ州が他州とちがってフランス民法を継受した事情を明らかにした<sup>(13)</sup>。

これを当面の問題たる共謀についてみればどうであらうか。同州民法第八六条に、「法律は婚姻を民事契約にすぎないものとみとめる」<sup>(14)</sup>と規定するのは、明らかにフランスの一七九一年十月七日憲法第二章・七条—《La Loi ne considère le mariage que comme un contrat civil》<sup>(15)</sup>—によつてゐる。契約自由の原則にもとづいて婚姻を民事契約とみとめるならば、その解消たる離婚も夫婦の自由な意思によつて可能としなければならぬ。一八〇八年の同州民法制定に當つて範とされた一八〇四年のフランス民法は「離婚」と題する一章のもとで、第二七五条ないし第二九四条において、「夫婦の合意による離婚」(divorce par consentement mutuel)を許してゐた。<sup>(16)</sup>だが、協議離婚といつても、複雑かつ厳格な要件ないし手続が設けられてあり、しかも最終的には協議離婚の判決が言渡される。ルイジアナ州民法はフランス民法を模写したといわれるにかかわらず、協議離婚に関する規定は一つもうけていない。立法の経過を明らかにできないので、法典作成委員会が当初から協議離婚を全く問題にしなかつたか、あるいは裁判離婚と並んで協議離婚をみとめる意思を有してゐたが、手続が余りにも面倒なので、実際に利用価値が少ないと判断し、それを規定しなかつたのか、はっきりしたことはわからない。いずれにせよ、フランス民法を無批判に継受したわけではなく、あらゆる事情を考慮しつつ、修正を加えながらとり入れていったのが実情であり、協議離婚についても例外ではなからう。フランスにおいては一八一六年に離婚が廃止され、協議離婚に関する諸規定も無用に帰したが、<sup>(18)</sup>ルイジアナ州民法は当初から今日にいたるまで、一貫して離婚をみとめており、<sup>(19)</sup>一八二五年の司法修正に當つてならぬ修正をみなかたのも、事情の一端を示していよう。もし、フランス民法にならつて協議離婚を採用し、爾後もそのままの状態であつたとすれば、ルイジアナ州はアメリカにおいて協議離婚をみと

める唯一の州になったであろうことは、想像に難くない。

- (1) パウンドによれば、争鬪的訴訟の手續には寄与過失や危険負担と同じく、ゲルマン人の賭博の仕方にもみられるような嚴格法の精髓たる精神のあるものとみとめられるという。パウンド山口喬蔵訳「英米法の精神」二二頁。
- (2) 湯沢雅彦「図説家族問題」一八〇頁—一八一頁。
- (3) ラインシュタイン井出義光訳「離婚訴訟における手續の改正」アメリカーナ 七卷八号四八頁。
- (4) A. L. R. vol. 109, p. 834.
- (5) 英米法におおづば contract, Promise, undertaking, engagement, Bargain, transaction 等の言葉が用いられる。ウィリントンによれば、「取引(Bargain)の概念はすべての合意に適用できない点で合意(agreement)よりも狭いけれども、不十分な約因と交換に与えられる約束(Promise)をも含む点において、契約よりも広い」といふ。Williston, A treatise on the Law of contracts. vol. I, p. 6.
- (6) 第五一二条註(a)は、「違法な取引といつて違法な契約といわないのは、契約というは英米人には有効な契約という意味に聞えて困るからである。違法な取引には全然無効なものが多いが、中には、少なくとも一方の当事者だけは強行しようものもある。だから取引という中立的な言葉を使ったのである」と説明している。末延三次訳「条解米国契約法」三五六頁。
- (7) A. L. R. vol. 12, p. 666.
- (8) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(一)」神戸学院法学第四卷四号五五頁—五七頁。
- (9) 末延三次・前掲書三五六頁—三九六頁。
- (10) 末延三次・前掲書三九五頁。  
ウィリントンも、離婚を容易ならしめる取引(Bargains facilitating divorce)との言葉を使つてゐる。Williston, op. cit., vol. VI, p. 4933.

- (11) Jacobs, Attacks on decree of divorce, Selected Essays on Family Law, p. 1017.
- (12) (Note) Collusive and consensual divorce and New York anomaly, Selected Essays on Family Law, p. 986.
- (13) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(四)」神戸学院法学第五卷二・三号二二九頁—二四六頁。
- (14) Merrick, The Revised civil code of the state of Louisiana, p. 21.
- (15) Colin et Capitant, Traité de droit civil. Tome I, n° 748.
- (16) Dalloz, Code civil, pp. 144 ~ 146.  
ナポレオン法典を継受したベルギー、ルクセンブルグ、およびルーマニアにおいて、協議離婚はなお効力をもつ現行法であるといわれる。その内容を含め、中川善之助「協議離婚比較法」現代私法の諸問題 上 八頁—九頁。
- (17) Colin et Capitant, ci-dessus, n° 750.
- (18) 明示的には一八八四年七月二十七日法によって廃止される。
- (19) Travaux de la semaine internationale de Droit. Paris 1950. L'influence du code civil dans le monde, p. 781.

### 第三章 共謀の種々相

最近における多面的な改正が行われる以前、アメリカの多数の州の離婚法は、離婚原因についていわゆる限定的列挙主義を採用しており、離婚判決を得ようとする夫または妻は、そのうちのいずれかを理由に訴を提起しなければならぬ。その場合、離婚原因として規定されるものの数が多ければ多いほど、配偶者のいろいろな非行がカバーされ、訴訟を提起し得る機会も多くなるわけである。一九五五年当時、アラバマ、ジョージア、カンサス、ケンタッキーその他の諸州のように、離婚原因が十個以上も規定されている場合がこれに当る。反対に、その数が少く



なるにつれ右の機会も減少し、姦通が唯一の離婚原因であった一九六七年九月一日以前のニューヨーク州はその典型といつてよい。かかる事情を背景において、夫婦が共謀のうゑ離婚の訴を提起する場合を考えてみよう。是非とも夫が妻のなんかの非行を理由としなければならぬが、実際にどれを選んで離婚請求の理由にするかは、夫婦自らの判断によるよりも、むしろ弁護士の見にしたがい、共謀の事実を暴露しないよう、しかも所期の目的を最も容易に達成できるような離婚原因を利用するのがつねと推測される。ジョン・サージャマキによれば、「共謀が存在しない場合でも、夫婦の一方が離婚の訴を提起するに当り、依頼をうけた弁護士は、その州における離婚原因を細かに調査し、そのうちで具体的な事情によく似ており、容易に立証することができ、依頼者の面目を失わないよう、しかも社会の人々がそれを是認するような離婚原因を選ぶことになる。かかる離婚原因が現実に夫婦間の不和を引き起した原因と一致することは、めったにない」。これと対比すれば、夫婦が共謀しているとき、なおさらのこと、離婚原因とされる非行が現実のそれとちがつており、ときには全く仮空のものである例も充分に予想される。法律上の離婚原因の数が多い州では、このようにいえるが、ニューヨーク州をみると、事情は一変する。共謀した夫婦の一方は、是非とも他方の姦通を立証しなければ離婚判決を得られないため、共謀もつねに姦通をめぐって集中的に行われる現象を呈してくる。

右のように、夫婦が共謀のうゑ、ある離婚原因を表面に押し出して手続を進める場合、具体的にいかなる方法をとるかは、訴を提起する州および個々の夫婦間の事情によっても変わってくるが、それに関する弁護士の意見が最も大きな比重を占めるのではなからうか。互責を検討した際、夫婦がつねに真向から対立して争っているのが実情で

あるため、弁護士もつねに正常な役割を果しており、夫婦の不正な企てに関与するような事態は生じなかった。これに反し、当面の場合、夫婦は法律の許さない協議離婚を巧みな方法によって実現しようとするのであるから、弁護士に依頼し、その意見にしたがって目的の達成に努力を傾けるのが常態であろう。もっとも、裁判所で訴訟手続を遂行するについて弁護士強制主義をとるかどうかは、州によってちがっているが、その主義をとらない州の場合でも、実際上は弁護士を依頼して手続を進めるといわれる。<sup>(3)</sup> それゆえ、裁判外で夫婦に助力を与えるときも含め、共謀に関連して弁護士の果す役割が注目の的になる。社会正義の実現を任務とする弁護士がかかる不正な企てに関与するのは、職務上の義務からみて許されることであろうか。

アメリカ法曹協会 (American Bar Association) は一九〇八年に弁護士の義務に関する一般的な指針として、三十二カ条より成る「弁護士職務倫理規範」(Canons of Professional Ethics) を採択した。それよりさき、一九〇五年にいたり、当時の法曹協会の会長であったジョージ・R・ペック氏は、倫理規範を作成する目的で、バージニア州のヘンリー・タッカー氏を長とする委員会を任命して検討を依頼したところ、同委員会は翌一九〇六年に、かかる規範を作成するのが望ましく、また実際的でもある旨を報告したので、会長は委員会に対し、規範を作成しよう命じた。委員会は一九〇七年の法曹協会総会に、それ以前すでに各州で採択される倫理規範などを含んだ報告書を提出しながら、規範作成の仕事を続行した。翌一九〇八年八月二十七日、シャトルで開催された第三十一回総会に再度提出された報告書をめぐって討論が行われ、三十二カ条の規範は、一条づつ投票に付された結果、成功報酬に関する第十三条を除いて、すべて草案どおり是認された。<sup>(6)</sup> その後、一九二八年に第二十八条が改正され、第三

十三条ないし第四十五条が追加され、現在の<sup>(6)</sup>ような姿をとるにいたったわけである。

かくて、アメリカ法曹協会による弁護士職務倫理規範は完成したが、これより以前、アラバマ法曹協会はすでに一八八七年に、アメリカにおいてはじめて、トーマス・ジョンズ氏の手により、五十六カ条から成る職務倫理規範を作成して<sup>(7)</sup>おり、同年より一九〇六年にいたる間、それを範としてジョージア、バージニア、ミシガン、コロラド、ノースカロライナ、ウイスコンシン、ウエストバージニア、メリーランド、ケンタッキーおよびミズリー諸州が、内容に少しばかりの変更を加えながら、自州の倫理規範として採用した。他方、ワシントン、カリフォルニアおよびオレゴン諸州では、弁護士<sup>(8)</sup>の宣誓に関するスイスのジュネーブ州の法律から七カ条をとり出し、それを弁護士の義務と定めた。また、一八九九年のルイジアナ州法曹協会の憲章にも、同様の八カ条の規範が含まれており、フロリダ州でもジャクソンビル法曹協会は一九〇六年の年報のなかに、五十条から成る決定(Resolutions)を掲載している。<sup>(9)</sup>他方、アイダオ、インディアナ、アイオワ、ミネソタ、ミシシッピ、ネブラスカ、オクラホマ、サウスダコタおよびユタ諸州でも、一九〇八年頃には倫理規範が作成されていた。<sup>(10)</sup>また、アメリカ法曹協会が一九〇五年から一九〇八年にかけて倫理規範を採択すべく準備を進めている間、イリノイ、カンサス、マサチューセツ、モンタナ、ニューヨーク、オハイオ、ペンシルバニアおよびバーモント諸州の法曹協会は、各自の委員会に対し、アメリカ法曹協会の倫理規範に準拠し、問題が生じた場合は同協会の委員会と協議すべき義務を負わせていた<sup>(11)</sup>のが実情のようである。

ところで、アメリカ法曹協会の弁護士職務倫理規範を当面の共謀についてみれば、関連する条文の一つとして、

第十五条（弁護士は依頼者の訴訟を維持するためにいかなることまでなしてよいか）は、次のように規定する。

「……弁護士の職務は、いかなる依頼者のためにも、弁護士に法律の違反又はいかなる種類の詐欺又は詭計をも許すものでなく、ましてそれを要求するものでもない。弁護士は彼自身の良心に従わねばならず、依頼者のそれに従ってはならない」<sup>(12)</sup>。また、第三二条（訴訟に対する責任）によれば、「弁護士は、彼の依頼者となることを欲する凡ての人のために助言者又は弁護人として行動する義務を負うものではない。弁護士は依頼を拒絶する権利を有する。……疑わしい取引に関して助言し、疑わしい訴訟を提起し、疑わしい防禦を主張することに対する責任は、弁護士の責任である。弁護士は、依頼者の指示に従っているにすぎないという言訳を主張することによって、この責任を免れることはできない」<sup>(13)</sup>旨を明示する。すべての弁護士が右の趣旨を充分に認識し、まちがいなく実行しておれば、いくら夫婦が離婚すべく共謀しても、弁護士の助力が得られず、とうてい目的を達成することはできないはずと考えられる。

しかし、ここに一つ疑問が生じる。というのは、アメリカ法曹協会はいわゆる任意団体であるため、弁護士個人に対して実質的な権限は何ももっておらず、協会が制裁として会員資格を停止しても、弁護士としての業務を行うに支障はない<sup>(14)</sup>。一方、各州でも、一九六七年当時、約二十州で法律によるか、最高裁判所規則により、すべての弁護士は法曹協会への加入が強制されている。しかし、強制加入制に強い反対を示している州もある。かかる州の法曹協会は、アメリカ法曹協会と同じく任意団体にすぎないわけで、予護士に対する制裁についても、会から除名するほかは、なんら効果的な権限をもたない<sup>(15)</sup>という。法曹協会が強制団体である州では事情がちがうかも知れないが、

それが任意団体である州においては、倫理的にみて疑わしい行為をするような弁護士は最初から協会の会員にならないであろうから、たとえ立派な職務倫理規範が存在していても、当面の問題たる離婚訴訟をめぐる夫婦の共謀について、どの程度その効果を發揮できるのか、大いに疑問としなければなるまい。

それはそれとして、離婚事件を依頼されたとき、弁護士がいかなる態度を示すかも問題になる。すでに明らかのように、離婚訴訟は夫婦の一方の非行をめぐる対立当事者間の手続として行われる。婚姻関係はすでに破綻しているが、夫婦いづれにも離婚原因として主張すべき非行の見当らないような場合、離婚の訴を提起すること自体、不可能なはずである。それにもかかわらず、夫婦の強い要請に抗しきれず、あえて事件を引き受けるか、弁護士はきわめてむづかしい立場におかれよう。果して、具体的にいかなる態度を示すか、ここに興味ある例がみられる。

これは一九六四年にノースウェスタン大学の一社会学者が、いろいろな環境のもとでの弁護士の職務倫理を、百名を越すイリノイ州の弁護士について調査したものである。<sup>16)</sup> そのうち、離婚訴訟に関連し、次のような事例が示された。すなわち、「A夫人がX弁護士に離婚訴訟を依頼しにやってきた。彼女の夫は肉体的虐待(physical cruelty)を離婚原因とすることに同意しているが、かかる非行は現実にも行われていない。弁護士Xもこの事実を承知している」という。かかる事例について弁護士各位がいかなる態度をとるかを回答されたいというわけである。寄せられた回答は三種に分類された。第一は、依頼をうけたのがロー・ファーム(Law Firm)である場合は、事件の依頼を拒絶し、より小さいロー・ファームまたは個人開業の弁護士に依頼者を紹介する。つまり、大きなロー・ファームの有能な弁護士は、倫理規範に違反する結果となることを恐れ、共謀まがいの離婚訴訟などに関与して自己

の手を汚さないため、事件を引き受けない傾向を示している。<sup>(18)</sup> ときには、ロー・ファーム自体で、それに所属する弁護士が離婚事件に出廷するのを禁止する規則を作っていることさえもある。<sup>(19)</sup> 第二は、事件の依頼はとにかく引き受けるけれども、自分の方から積極的にごまかしは行わないという態度をとる。たとえば、イリノイ州でいかなる非行が離婚原因とされているか、訴訟には二人の証人が必要であることを依頼者に説明するけれども、訴の提起に必要な離婚原因が現実にあるのかないのか、はっきり問わないで、暗に、離婚原因とすべき非行がなければ依頼者の側でそれを作り出すように、示唆を与えるにすぎない。<sup>(20)</sup> いわば慎重な態度で事にのぞむわけである。第三は、依頼者の話しを充分に聞き、彼等夫婦が共謀している事実を承知しながら、あえて事件を引き受ける。これは離婚事件を専門にしている弁護士のとる態度ではないかと考えられるが、回答のうち、約四十パーセントがこれに属しているという。<sup>(21)</sup> 弁護士が倫理規範に違反するような態度をとる動機はいろいろ示されるが、一がい非難するには当たらない場合も含まれているようである。たとえば、姦通とか性病とかが現実の離婚原因である場合、それをそのまま主張するには依頼者が当惑しており、その面目を失わせる結果となると判断するならば、むしろ虐待という別個の原因を主張させるような場合がこれに当たると思われる。

当面の問題として、右の第一の場合は一応別として、第二および第三の場合をとり上げなければなるまいが、いずれにせよ、離婚訴訟をめぐる共謀は、以下に展開するように、きわめて広く行われ、それに関連して弁護士の行った行為が、倫理規範のなかのいくつかの条文に該当する非倫理的なものかどうか、しばしば問題とされる。<sup>(22)</sup> 疑問の生じた場合、それに関して権威ある判断を下す機関が存在しなければ、せっかくの倫理規範も実効を収めること

ができない。アメリカ法曹協会は一九〇八年に弁護士職務倫理規範を採決したのち、一九一四年に常任の職務倫理委員会を組織した<sup>(23)</sup>。その職務内容として、「職務倫理委員会は、弁護士の職務上の倫理に関する州および各地の法曹協会の活動について収集した情報を協会に通達するものとし、さらにこの問題に関し、ときに応じて勧告することができると定めた。この時点では、倫理規範をめぐる問題について、積極的な判断を下す権限はまだみとめられていない。だが、その後、一九一九年にいたり、職務倫理委員会は、その名称が「職務倫理および苦情処理委員会」(Committee on professional Ethics and Grievances)と改められ、さらに一九二二年には、「協会の会員により、または州もしくは各地の法曹協会の役員・委員会より相談をうけた場合、適切な職務行為に関する意見 (opinion) をのべる」権限を与えられるにいたった。一九二四年一月十五日に第一回の意見が発表されて以来、一九六五年当時までには、二八六回にのぼっている<sup>(24)</sup>。一方、アメリカ法曹協会とは別に、ニューヨーク法律家協会 (Lawyer's Association) の倫理委員会は、一九一二年に第一回の意見をのべ、一九五二年当時までには四一八回にのぼっており、またニューヨーク市法曹協会の委員会も、一九二三年以来、一一六七回にわたって意見を発表している。この両者の倫理委員会は、倫理規範に関する意見および質疑回答を通じて大きく貢献をしているといわれ、本稿でもそのいくつかを参照することになる。なお、アメリカ法曹協会の委員会の意見は、州ないし各地の法曹協会の委員会を拘束するものではないが、それにもかかわらず、高度に説得的 (persuasive) な権威をもつものとみなされているようである。

さて、共謀のうえ離婚しようとする夫婦は、弁護士の助けを借りて各種の手段に訴え、所期の目的を達成すべく

努める。これを外部的にみれば、単純なものから複雑なものまで、多種多様であることはいうまでもない。すでにのべたとおり、イギリスにおいて、マック・クイーンは共謀に関する判例を二つに分折した。一つは、夫婦が離婚判決の基礎を構成すべく偽りの事実を提出し、もう一つは、故意に前もって協定してなした現実の非行を理由にするという。<sup>(28)</sup>これに対し、チェスター・バーナーによれば、アメリカにおいて、具体的事例にあらわれたところで、少くとも三つの方法がある<sup>(29)</sup>としている。

一 夫婦の一方が非行をして、それを離婚原因とするもの。<sup>(30)</sup>

二 非行があつたかのような虚偽の証拠を作り出すもの。

三 有効な抗弁をかくすもの。<sup>(31)</sup>

がそれである。しかし、現実には右にかぎられるわけではなく、ほかにいろいろ行われている。以下、共謀の種々相を代表的な事例をとり上げながら考察を進めることにしよう。

- (1) plescowe, The truth about Divorce, pp. 265-294.
- (2) Srijamaki, The American Family in the twentieth century, p. 182.
- (3) 「渡米法曹の婦朝講演—アメリカの民事訴訟並に行政手続について」裁判官特別研究叢書第五号三三一頁。
- (4) 司法研修所「米国法曹協会弁護士倫理規範及びその解説」司法研究所調査叢書第四号による。
- (5) かかる事情で引く Drinker, Legal Ethics, pp. 24-25.
- (6) Drinker, op. cit., p. 25.
- (7) その内容は Drinker, op. cit., pp. 338-363.



- (8) Drinker, op. cit., p. 23.
- (9) Drinker, op. cit. p. 23.
- (10) Drinker, op. cit., p. 23.
- (11) Drinker, op. cit., p. 23.
- (12) 司法研修所・前掲書三〇頁。
- (13) 司法研修所・前掲書六五頁。
- (14) グリズウォールド・藤倉皓一郎訳「現代のアメリカ法」二二三頁。
- (15) グリズウォールド・前掲書二七頁。
- (16) グリズウォールド・前掲書二二頁。
- (17) Walker, *Beyond Fault: An Examination of patterns of Behavior in Divorce Laws*, J. of Family Law, vol. 10, p. 288.
- (18) Walker, op. cit., pp. 288-289.
- (19) Miller, *Practice of Law*, p. 140.
- (20) Walker, op. cit., pp. 289-290.
- (21) Walker, op. cit., p. 290.
- (22) 倫理規範第二三条には、弁護士と陪審員との関係について規定しているが、ここでは問題の範囲外としてよからう。
- (23) Drinker, op. cit., p. 30.
- (24) Drinker, op. cit., p. 31.
- (25) Drinker, op. cit., p. 31.
- (26) Drinker, op. cit. pp. 30-31.

- (27) 藤井一雄「米国弁護士倫理と懲戒制度」司法研究報告書第三輯一号二二頁。
- (28) McQueen, Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and legitimacy, as administered in the Divorce court and in the House of Lords, p. 67.
- (29) Vernier, American Family Laws, vol. II, p. 75.  
ブラッドウエイに於ける「かみ三〇の方法をよむる」の commission, invention, omission の各ひんびん。Bradway, Collusion and the public interest in the Law of Divorce, Cornell. L. Q. vol. 47, pp. 382-383.
- (30) フリヅナ、アーカンソー、コロラド、フロリダ、ジョージア、イリノイ、モンタナ、ヒュージャシー、ロードアイランドおよびテキサスの十州は、これのみを共謀と定義しよう。 (Note) Collusive and consensual divorce and the New York anomaly, Selected Essays on Family Law, p. 986.
- (31) アイダオ、カリフォルニア、モンタナ、ノースダコタおよびサウスダコタ諸州は、「抗弁をかくすこと」を共謀に含めよう。 (Note) op. cit., p. 977.