

離婚請求棄却事由の研究——共謀論（二）

——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

第二章 共謀の本質（以上七卷一号）

第三章 共謀の種々相

第一節 故意に非行をすること

第二節 過去の非行を利用すること

第三節 虚偽の証拠を提出すること

1 ホテルの証拠

2 精神的虐待

3 遺 棄

第四節 有効な抗弁を隠蔽すること

離婚請求棄却事由の研究——共謀論（二）（村井）

第五節 その他の方法(以上本号)

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 離婚手続の再検討と改正

第三章 共謀の種々相

第一節 故意に非行をすること

離婚すべく共謀した夫婦は、是非とも、一方が原告となって、他方の非行を理由に裁判所に離婚の訴を提起しなければならぬが、離婚原因とすべき非行が何もない場合はどうか。原告が訴状の文面である非行を離婚原因と主張しても、裁判所において、それが仮空のものにすぎず、裏付けとなる事実のないことが判明すれば、離婚請求はみとめられないから、目的が達せられるはずはない。そこで、確実に離婚判決を入手するため、当初から離婚原因とする目的で、夫婦の一方が現実に非行をするのも一つの方法となる。この方法は、ジェームス・ケントがニューヨーク州で判事の職にあった時代(一七八九—一八二三)からすでに行われていたよう⁽¹⁾で、「私も多くの離婚事件を審理してきたが、ときには離婚する目的で夫が姦通したにちがいないと信じる場合もあった」とのべている。こうなれば、非行は現実に存在するのであるから、夫婦が共謀している事実さえ裁判所に発見されなければ、離婚判決を得ることも可能であり、効果的な方法といえよう。だが、ひとたび共謀の事実が露見すれば、現実に非行を

してまで離婚原因を作り出した効果は何も得られない。たとえば、ニューヨーク州の *Huntley v. Huntley* (一八
一三) 事件⁽²⁾において、妻が姦通を理由に離婚の訴を提起したとき、夫婦が共謀のうえ夫が姦通した事実が明らかにな
ったため、裁判所は妻の請求をみとめていない。一九六七年にいたるまで、ニューヨーク州では姦通が唯一の離
婚原因であったため、本件のように、被告となる夫が姦通を実行する必要があったが、他州においては、同じ目的
のため、虐待もしくは遺棄といった方法を選ぶ余地のあることはいうまでもない。

(1) *Kent, Commentaries on American Law, vol. II, p. 106.*

(2) *A. L. R. vol. 2, p. 704.*

第二節 過去の非行を利用すること

夫婦の一方が他方の不知の間にした過去の非行を明るみに出し、他方がそれを離婚原因として利用することにな
れば、ちがった方法がとられる。一方の訴提起に先立ち、他方は、自分自身の過去にした非行についてできるかぎ
りの証拠を提供するとか、事情をよく知っている証人の名前を告げるとか、いろいろの方法で、立証が容易になる
ように力を貸す。被告は過去において現実に非行をしたのであるから、原告が被告から提供された証拠により、そ
の事実を充分に立証することができれば、離婚判決を入手するのも可能となろう。しかし、かかる合意を裁判所に
知られてしまえば、共謀とみとめられるから、慎重に事を運ぶのはいうまでもない。もっとも、正面からこれを扱
った判例は見当らず、問題はかえって、原告または被告の弁護士がかかる合意に関与することが職務上の倫理に違

反するかどうかの点に集中されており、職務倫理委員会の意見も数多く出ている。ここではそのうちのいくつかを参照してみよう。

ニューヨーク郡法律家協会職務倫理委員会の意見第一九二号(一九二一年)⁽¹⁾によれば、妻が正当な理由にもとづいて別居訴訟を提起したところ、夫の弁護士が夫の了承のもとに、妻の弁護士につきのような提案をした。もし妻の弁護士が別居訴訟を取り下げて、夫の姦通を理由に離婚の訴を提起してくれるならば、夫は以前にした姦通の事実をみとめ、書面で自認し、かつ非行について認識を得ている第三者たる証人の名前を告げることにしようというのである。依頼者たる夫および妻の同意のもとに、双方の弁護士が右のような合意をし、それを実行に移すのが職務上適切な行為かどうかの質問に対し、委員会は、「双方の弁護士は注意深く、過去の非行について証人を提供すべく約束する夫の申出を調査しなければならない。しかし、二人の弁護士が彼等の依頼者の同意のもとに、誠実に右の合意をなし、それを実行すること自体は、適切である」旨の回答をしている。もし、右の第三者が夫の非行を見分した唯一の証人であり、ほかに証拠方法が何もないとすれば、妻の側が自ら積極的に調査してかかる証人を発見できれば格別、そうでないかぎり、夫がその名前を知らせなければ、妻は訴訟を維持できないであろう。そこで、問題は原告の弁護士が証人を申請するにいたるまでの経過に絞られてくる。職務倫理規範第九条(相手方当事者との交渉)によれば、「弁護士は、弁護士によって代理されている当事者と、争いの主題に関して、いかなる方法においても、通信すべきではない。まして、相手方当事者と事件について交渉したり、妥協しようと企てるべきでなく、その弁護士とのみ交渉を持つべきである。……」⁽²⁾当面の場合、夫の弁護士が妻の弁護士を差しおいて、直接に

妻と前示の交渉をしたのであれば、その一事をもって職務倫理違反と認定されようが、依頼者たる夫婦の同意のもとに、双方の弁護士が合意に達しているから、この点で問題はない。しかし、夫は自己の非行を自認し、裏付けとなるべき証拠として証人を提供すべく申し出ている。倫理委員会はかかる事態を是認するけれども、果して公正なものといえようか。

もともと、自認には文書または口頭とする明示のものと、外部的な態度とする黙示のものがある。訴訟当事者が自らそうするのはもとより、弁護士によっても行われる。当面の問題たる共謀の場合、のちに第四節でみる「有効な抗弁を隠蔽すること」と並び、過去の非行を明るみに出すのも、夫婦あるいは双方の弁護士が右の目的を達成する手段として、自認を利用する一例と考えられる。けだし、夫婦が真正面から対立して争っているとき、特別な事情のないかぎり、被告が非行を自認して敗訴を招来することは想像できないからである。夫婦の一方が他方の不知の間に現実にした非行につき、それを理由に離婚されても仕方がないと観念し、自らの判断において自認するのはもちろん許されよう。だが、ときには、過去に非行は全くないのに、夫婦が共謀のうえ、あたかも一方にそれがあつたかのように装い、偽りの自認をし、因果を含めた第三者を証人に仕方する場合も予想しなければならぬ。かかる不正の行われる危険を少しでも含む方法は許すべきでなからう。当面の場合、のちに第五節でみるいくつかの例のように、「離婚訴訟に際して」なされるいわば附随的な合意とは本質を異にし、直接に離婚判決の入手を容易にする目的を明白に看取することができる。倫理委員会は、双方の弁護士のかかる行為を非倫理的なものと判断すべきであつたと思われる。

右と対比して、同じくニューヨーク郡倫理委員会の意見第一三二号⁽³⁾(一九一七年)および第一六三号⁽⁴⁾(一九一八年)は適切な結論を出している。ここでは後者をあげてみよう。妻が夫から離れて一年ほど経過する間に、彼女の甥とともに煙草店を営む夫が姦通した。妻は夫の非行の証拠を入手しようと努めたが、離婚の訴を提起するには充分でない。その後、夫はニューヨークを離れ、現在フロリダに住んでいる。彼は、もし妻が彼女および子供の将来の扶養請求権をすべて放棄するならば、彼の非行を知っている甥が彼に不利益な証言をするのを許してもよいと考える。妻が夫のかかる提案に同意しないかぎり、夫の指図にしたがう甥は証言しないであろう。夫の非行について、妻が同意・承認・関知あるいは画策した事実はない。かかる事情のもとで入手された証拠によって弁護士が離婚の訴を提起するのが適切であるかどうか、の質問に対し、委員会は、「必要な証言を得る目的でなされる取引に弁護士は賛成すべきでなく、そうすることは公益に反する」旨を回答している。

のちに第五節でのべるように、裁判所は原告たる妻の扶養請求をみとめるとき、夫に対し、妻の扶養に必要な処置を命じることになるし、これとは別個に財産分与 (Distribution of Property) の問題も生じる。当面の場合、妻がこれらすべての請求権を放棄したので、夫もはじめて離婚に合意するにいたった。もっとも、その過程において、妻の弁護士がどの程度まで関与したのか明らかでないが、彼の助言にもとづいて妻が右の提案に同意し、夫は自己に不利益な証拠を提供することにしたのであろう。

いずれにせよ、夫婦が離婚すべく合意している事実が明白である以上、弁護士としては、すでにあげた職務倫理規範第十五条および第三一条の趣旨からみて、かかる不正な企てを阻止すべき義務を負うはずである。まず、事件

の依頼を絶対に引き受けないことにより、不正な企てを排除しなければならない⁽⁵⁾。ある州においては、弁護士が離婚事件専門である旨を広告すること自体、一個の犯罪とされる⁽⁶⁾。一九六四年当時、ニューヨーク州刑法第一四五〇条は、これを重罪 (misdemeanor) としており、一九三五年当時、マサチューセッツ州の離婚法第四三条によれば、二百ドル以下の罰金または六カ月以内の監禁と定める⁽⁸⁾。これらを含めて十六州では、離婚判決を容易に入手できるように助言を提供する旨の広告をすることを刑事上の犯罪としており、他の十七州において、訴訟援助 (champerty) 訴訟幫助 (maintenance) および訴訟教唆 (barratry) が犯罪とみとめられている⁽⁹⁾。たとえ、これらと関係なく事件を引き受けたとしても、夫婦が共謀している事実を知ったならば、かかる手段は法律上許されないゆえんを忠告し、それにもかかわらず夫婦があくまで固執するとき、辞任によって不正な意図を挫折させる義務がある⁽¹⁰⁾。そうしたいで、夫婦の共謀に加担することはとうては許されない。この意味において、前示の回答は適切なものと考えられる。

- (1) Opinions of the committees on professional Ethics of the Association of the Bar of the city of New York and the New York county Lawyer's Association, p. 627.
- (2) 司法研修所「米国法曹協会弁護士倫理規範及びその解説」一九頁。
- (3) 原告たる妻 (白人) の弁護士が夫 (黒人) から姦通に関する証拠の提供をうけた場合について、かかる行為は非倫理的なものだと判断してらる。Drinker, Legal Ethics, p. 127.
- (4) Drinker, p. 127.
- (5) Drinker, p. 607.

- (6) Cheatham, Cases and other materials on the Legal Professions. p. 141.
- (7) McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated. Book 39. Part I, pp. 199-200.
- (8) Annotated Laws of Massachusetts. vol. VI. p. 385.
- (9) Bergeson, The Divorce Mill advertises. Law and contemporary problems. vol. II, pp. 354-355.
- (10) 倫理規範第四四条(弁護士又は代理人としての雇用を辞任すること)には、「弁護士又は代理人が一旦引受けた雇用を辞任する権利は、相当な理由のあるときのみ生じる。……もしも、依頼者が、事件の処理において不正な又は不道德な方針を強く主張したり、又は弁護士の忠告をきかずに取るに足らない抗弁を提出することを固執……するならば、弁護士は、依頼者に適当な通知をして他の弁護士に依頼する時間を与えた上で辞任することが許されるであろう。」司法研究所・前掲書 九二頁。

第三節 虚偽の証拠を提出すること

夫婦の一方が現実に非行をするか、過去の非行を明るみに出し、他方がそれを離婚原因に利用する方法とは対照的に、ここでは外部からみて非行があったかのように判断され得る状態を作り出す。夫婦が共謀していることに変わりはないが、現実には非行があるかどうかの点で両者は全くちがっている。いずれにせよ、夫婦がすべての事情を考慮合わせ、どのような方法で共謀を実行するのが最も有利かを判断した結果であることはいうまでもない。だが、非行があったような状態を作り出しても、裁判所がそれは離婚原因を構成するに充分でないと判断する程度のものであれば、何の効果もないし、その方法が拙ければ、かえって仮空の事実を露見さず結果にもなりかねない。それ

ゆえ、裁判所が共謀の疑をいだかないよう、しかも離婚原因として充分であると判断する程度に、あらゆる手段を用いて巧妙に右の状態を作り出す必要が存在する。これについても、多くの面で弁護士が大きな役割を果していると思われる。

1 ホテルの証拠

まずホテルの証拠⁽¹⁾(Hotel evidence)をあげることができる。これは姦通を離婚原因とするため、夫婦が共謀し、弁護士の意見にもとづいて予め作った筋書きにしたがい、ホテルを舞台に行われる芝居といつてよからう。筋書きを簡単にいえば、夫婦の一方が配偶者以外の人(のちに共同被告人となることもある)⁽²⁾とホテルに宿泊し、宿泊者名簿には夫婦として署名する。依頼をうけてこの事情を見分していた第三者の報告をもとに、夫または妻が姦通を理由に離婚の訴を提起する。そして、ホテルの宿泊者名簿および勘定書を証拠に提出し、さらに右の第三者を証人として、法廷で証言させることになる。かかる方法は、姦通が唯一の離婚原因であった当時、ニューヨーク州において広範囲に行われたと推測される。

ところで、ニューヨーク州の一八八〇年の民事訴訟法典は、第八三一条に次のような規定を設けている。「夫または妻は、姦通の主張にもとづいた訴の裁判もしくは特別訴訟手続の本案に関する審理において、他方に不利な証言をする資格をもたない。婚姻を立証し、姦通の主張を否認する場合はこのかぎりでない」と⁽³⁾いうのである。コモン・ローによれば、婚姻によって夫婦は一体となり、その一体は夫である。夫婦は一方が他方に対し暴行を加えた

場合を除き、一方は他方の有利または不利に証人となる資格をもたなかった。⁽⁴⁾ ニューヨーク州はかかるコモン・ローの原則を一八六七年法第八八条・一節で原則として排除したが、二節に例外を設けた。⁽⁵⁾ 一節はその後、民事訴訟法典第八二八条となり、二節はさきのみた第八三一条にうけつがれるにいたっている。一般に民事事件において、当事者が自己の供述によって証拠を提出しようとするときは、証人として証言することになり、⁽⁶⁾ 当面の離婚事件でも前同法第八二八条により、夫婦は互いに証人適格を有するにかかわらず、⁽⁷⁾ 原告配偶者は被告に不利な事実を自ら証言できないという制約をうける。一例として *Budd v. Budd* (一九〇〇) 事件が⁽⁸⁾ みられる。この事件において、妻が姦通を理由に離婚の訴を提起したのに対し、夫は、妻が家にきていた大工と不貞な関係をもったと主張し、離婚反訴を提起した。妻は、問題となっている日に大工を一度もみかけなかったこと、大工はすでに十日前に仕事を終え、家にはきていなかった旨をのべた。夫はこれに反論し、当日、大工は家の中で仕事をしており、その後も二週間は仕事をしていたと証言した。原審が夫に離婚判決を与えたので、妻は控訴した。裁判所は、「原審が夫にかかる証言を許したのは、手続の瑕疵である」とみとめ、⁽⁹⁾ 原判決を破棄・差戻している。これによっても明らかなおり、原告が被告の非行を見分したのが事実としても、原告自らそれを証言できないわけである。⁽⁹⁾ もっとも、原告が訴状のなかで申し立てた被告の非行は一応の証拠 (*prima facie Evidence*) とみとめられるが、原告は公判廷で自ら被告に不利な証言をすることができないので、是非とも第三者たる証人の存在が必要になる。

一例として *Miller v. Miller* (一九二五) 事件を⁽¹⁰⁾ あげてみよう。この事件において、夫婦が共謀のうえ、夫がある女性とホテルの一室に入ったのち、しばらくして妻の兄と私立探偵 (*Private detective*) が部屋のドアをノックし、

ボーイと称して入室し、二人の在室を確認した。ある女性というのは私立探偵に雇われており、彼の指図どおりに行動していることはいうまでもない。妻は姦通を理由に離婚の訴を提起し、兄と私立探偵の二人を証人としたが、原審が請求をみとめないのので、控訴した。裁判所はこれに対し、「原審は証拠不充分を理由に妻の請求を容れなかったが、すべての事情から考え、夫に非行がなかったとは結論できない」とし、原判決を破棄し、妻の請求を容認している。夫婦が共謀して偽りの証拠を作り出し、それを利用して離婚の目的を達成する典型的な事例をここにみることができよう。しかも、その場合、共謀した夫婦のために、私立探偵および彼の雇った人物が、第三者たる重要な証人としての役目を果たす。もともと、アメリカにおいて、私立探偵は自己の仕事の一つとして、「家族間のトラブルに関連するサービスの提供」を広告し、離婚事件では共謀している夫婦の一方または双方の依頼をうけ、離婚判決を入手するに必要な証拠の獲得に当る例がしばしばある。⁽¹¹⁾ 前示の場合もその例にもれず、彼の雇った女性および妻の兄の協力を得て、夫の姦通という架空の事実をあたかも真実であるかのように立証したことになる。

ところで、一九四八年十一月に召集されたニューヨーク郡大陪審 (Grand Jury) は、十四カ月程にわたり、継続して右のような詐欺的な離婚事件を調査した。その対象は、一九四六年から四八年にかけてニューヨーク郡控訴裁判所で云渡された約六百件に及び、千五百人の証人が喚問された。⁽¹²⁾ かかる大がかりな調査の結果を大陪審は次のように報告している。すなわち、「われわれの行った調査により、これまで長い間疑われていた―離婚事件におけるあらゆるタイプの広範囲な詐欺・偽証・共謀および承認が確認された……」⁽¹³⁾ というのである。また、これと時を同じくして、ニューヨーク郡地方検事 (district attorney) の事務所が公けにした報告書は、離婚事件において第三者

の役目を果たす、いわゆる「雇われた証人」(Hired witness) についての事例を明らかにしている。それによれば、三人の子供をもつ二十三才のサラ・エリス夫人がある私立探偵に雇われ、四年間に実に数百件の離婚事件において、控訴裁判所の判定官⁽¹⁴⁾(Referee) によって行われる尋問に当り、共謀した夫婦のために捏造された(trumped-up) 姦通の証拠を作り出す仕事をした事実を自らの口から暴露した。しかも、夫人がこの事実を明らかにしたのは、一回につき十ドルという報酬は余りにも安すぎると判断したことにあつたといつては、われわれの想像の域をはるかに越えている。職業的情報提供者⁽⁹¹⁾(Professional correspondent) とはこのような人をいうのであろうか。

夫婦が右のように、私立探偵または彼に雇われた人物を巧みに利用する方法でいわば一芝居を打ったとしても、裁判所の側が、姦通を立証するには最大限度に確実な証拠が必要であるとし、確実な証拠が提出されなにかぎり離婚請求をみとめないとの厳格な態度をとればどうであらうか。ここに確実な証拠とは、原告配偶者あるいは第三者が被告の姦通の現場を目撃したような、いわゆる直接証拠⁽¹⁷⁾(Direct evidence) にはかならない。しかし、夫婦の一方が姦通するとき、他方の知らない間に事を運ぶのが常態である。のちに他人が事実を認識しても、それを実際に見分した第三者を証人にできるような例外の場合を除き、間接証拠⁽¹⁸⁾(Circumstance evidence) によるのが精一ぱいであつて、ときにはこれさえ不可能な事態に追いやられよう。スコット卿もイギリスの例について、「直接証拠による立証可能な事件は、百件のうち一件もない⁽¹⁹⁾」と指摘していた。当面の場合、姦通が現実に行われるわけではなく、その外観のみが偽りの証拠として作り出されるにすぎない。ホテルを舞台とする姦通劇は、私立探偵その他の第三者の証言によりどころを与える情況証拠として、その価値を發揮する。

姦通の事実認定について、裁判所は直接証拠まで要求しない。一般に離婚原因たる非行の存在は、「明瞭で納得のいく」(Clear and convincing) 程度に立証されれば足り、「高度の蓋然的真实性」とよばれる。ところで、蓋然性の程度にはいくつかの段階が存在し、マックベインによれば、三つに分けられる。⁽²⁰⁾ 「蓋然的真实性」(Probably true)、「高度の蓋然的真实性」(Highly probably true) および 「ほとんど確実な蓋然的真实性」(Almost probably true) がそれであって、この三者は民事および刑事の事件について要求される立証責任 (Burden of proof) の程度と関連して用いられている。「蓋然的真实性」は普通の民事事件、たとえば契約違反を理由とする損害賠償請求事件において、原告が勝訴するため必要な、その全体の重さ・価値が相手方に対してよりも自己の側に一そう優勢な証拠 (preponderance of Evidence) のある場合に当り、「高度の蓋然的真实性」は、普通の民事事件でも詐欺の存在等問題になる場合に要求される「明瞭で納得のいく証拠」⁽²²⁾ と相對する。もう一つ、「ほとんど確実な蓋然的真实性」は、刑事事件における「合理的な疑を容れる余地のない (Beyond reasonable doubt) 証拠」⁽²³⁾ と関連をもつ。これは、当面の問題についてみれば、裁判所は姦通の事実を認定するに当り、「高度の蓋然的真实性」で満足し、直接証拠は必要でなく、情況証拠で充分であると考ええる。

Dempsey v. Dempsey (一九三四) 事件⁽²⁴⁾ によれば、「事実認定の基礎とされる情況証拠は、姦通の事実を単に公正な推理としてではなく、必然的な結論として立証するものであることを要する」。ここにいう必然的な結論に達するためには、姦通に対する精神的な傾向 (inclination) をもっていたとか、姦通の場所的な機会 (opportunity) のあったことのみでは足りないが、両者が並んで存在していた旨が立証されればよい。たとえば Hutchinson v.

Hutchinson (一九〇七) 事件⁽²⁵⁾において、「原告が情況証拠により被告の非行を主張する場合、非行の場所的機会と精神的傾向のあったことが充分に立証されなければならぬ」とし、Jacobstein v. Jacobstein (一九二二) 事件⁽²⁶⁾では、「精神的傾向と場所的機会が立証され、他の情況も当事者の有責を示すとき、姦通の事実が認定される」旨をのべ、Nottingham v. Nottingham (一九二四) 事件⁽²⁷⁾は、「非行が情況証拠によって裏書されるとき、場所的機会のみでは姦通を立証するに充分でない」と明言している。右の二つの要件のうち、場所的機会の立証は客観的にも容易と思われる。結局、姦通が認定されるかどうかは、精神的傾向の有無の判断にかかってくるのではあるまいか。やがて Miller v. Miller (一九二五) 事件の先例たる Kerr v. Kerr (一九〇四) 事件⁽²⁸⁾において、裁判所は、「ホテルの一室に人目をさけることは、精神的傾向のあった証拠で、駅とか車のなかで普通に行われる愛情こめた振舞いよりも一そう強力にそれを立証する」旨を明示しており、これがニューヨーク州の裁判所における支配的な見解と受けとってよい。そうだとすれば、夫婦が共謀して偽りの証拠を提出した場合でも、裁判所は共謀が余りにも歴然たるものでないかぎり、私立探偵その他の第三者の証言を合わせ考え、姦通の場所的機会と同時に精神的な傾向の存在をも認定するのがつねではなからうか。離婚を切望する夫婦はこの点を利用し、姦通のあったような外観を巧妙に作り出して証拠としさえすれば、不正な目的も比較的内容に達成できるのが実情と思われる。

ここで離婚事件への陪審の関与を問題としなければならない。ニューヨーク州では一八三〇年の修正法第二部・八章・四十条⁽²⁹⁾にはじめて規定が設けられ、民事訴訟法典第一七五七条⁽³⁰⁾を経て、民事手続法第一一四九条⁽³¹⁾にうけつがれた。通常の離婚事件であれば、すでにみたように、原告配偶者にとって姦通の事実を立証することは、証拠の面

で困難な業である。姦通の非難をうけた配偶者は余程の事情のないかぎり、かかる原告の主張を積極的に争うのが当り前で、自己に有利と判断すれば陪審による審理を求める。とくに被告が妻である場合は、陪審は証人の証言の信憑性に関する判事の判示 (credibility charge) を無視し、偏見をも加えた是非善悪の立場から評決する傾向にあることを利用し、弁護士による巧みな法廷技術と相まって、姦通の事実はなかったとの評決にもっていくことも可能となろう。裁判所が職権によって陪審の審理に付す場合も出てこよう。だが、共謀との関連において眺めれば、様相は一変する。

夫婦が共謀している場合、離婚の目的を達成するため、被告となった側が姦通の事実を積極的に否認することはなからうし、いずれかが進んで陪審の関与を求める事態は想像できない。けだし、姦通の事実の有無の判断が陪審に委ねられれば、夫婦の共謀が暴露される恐れが十分に存在し、かかる危険を自ら招くおろかな手段は決してとらないだろうからである。被告が事実を否認しないかぎり、裁判所があえて職権による陪審の関与を命じる事態も生じないため、陪審が関与する余地のないのが実情と思われる。それにしても、夫婦が弁護士の意見にもとづいて予め決めた筋書どおりの情況を作り出し、証人となるべき第三者もすでに待機している。外部的にみると、姦通を立証する証拠が余りにも整いすぎではおらないか。裁判所としては、むしろこの点にこそ疑をいだくべきであって、提出されたすべての証拠を慎重に検討すれば、共謀の事実はどこかに発見できるはずである。「ホテルの証拠」を伴う一個の型にはまった事件―ほとんどの場合に夫が被告となっている―は共謀の典型とみてよい。そうだとすれば、かかる証拠が提出されるとき、裁判所は夫婦および弁護士の不正な企てを阻止することこそ、正義の要求に合

致するゆえんではなからうか。

一九二四年七月九日にフィラデルフィアで開催されたアメリカ法曹協会の第四十七回年次総会において採択された三十四カ条から成る裁判官職務倫理規範⁽³³⁾(Canons of Judicial ethics)の第四条(不行跡を避けること)によれば、「裁判官の職務上の行為は、不行跡に流れ、または不行跡な外観を呈してはならない。裁判官は法律に違反することを避けなければならない……」⁽³⁴⁾。果して裁判所はこの規定を忠実に守っているか。現状は全くうらはらであり、「ニューヨーク州の離婚事件専門弁護士は皆、被告が原告の主張を争わない場合、自己の申請した証人の口から月並な質問に対する適切な答弁を得ることができれば、昼のつぎに夜がくると同様、離婚判決を確実に入手できることを知っている」という⁽³⁵⁾。

ニューヨーク州において、姦通をめぐる共謀が広範囲に行われた原因の一つは、事実認定の過程で裁判所が夫婦の共謀を促進しないまでも、暗黙のうちにとめるような態度をとる点に存するといつて過言ではあるまい。一方、弁護士はホテルを舞台とする姦通劇の演出家ともいふべき役割を果し、証拠の提出および証人訊問についても、それらが裁判所にうけ入れられるよう、予め十分な準備を整え共謀の実行に力を貸している。非行が発見された時点と離婚訴訟が提起された時点との間隔がきわめて短いことも特色の一つである⁽³⁶⁾。一事件では、ある月の二十二日と二十三日に夫が非行(外観のみ)をしたが、二十三日に早くも妻は夫に対し、彼の非行を非難する短い手紙を送り、彼女の弁護士に離婚訴訟の提起を準備するよう指示したという⁽³⁷⁾。これが弁護士の差し金によることはもちろんと思われる。正義の実現を任務とする裁判所の判断を誤らせ、法廷の威信を傷け、自らも弁護士たるの名譽を地に落と

す結果となるのは、火をみるよりも明らかであろう。裁判官倫理規範第一条（弁護士反職務的行為）によれば、「裁判官はその注意に触れた弁護士の反職務的行為を非難し是正する機会を利用しなければならない。そして、もし敵意ある非難をすることが是正のために充分でなければ、問題を直ちに適当な調査および懲戒機関に移さなければならぬ」⁽³⁸⁾。また、一方、ニューヨーク州裁判所法（Judicial Law）第九条によるも、「控訴裁判所の控訴部は、職務上の非行、不当な訴訟行為、詐欺、犯罪もしくは重罪、または正義の執行を損う他の行為を理由に、弁護士を譴責し、職務を停止させ、資格を剝奪することができ」⁽³⁹⁾はすである。

ここで少し古いけれども、Matter of Gale（一八七八）事件⁽⁴⁰⁾をあげてみよう。この事件において、離婚判決を得るため偽りの証拠を作り出すことで妻と共謀した夫の依頼により、弁護士は次のような方法をとった。すなわち、妻が彼と一緒にホテルにいき、夫婦として宿泊者名簿に署名し、一室で一夜をすごす。そして、弁護士が依頼した第三者に右の事実を目撃させ、その証言にもとづいて、裁判所で離婚判決を得る。この場合、弁護士は夫の提起した離婚訴訟において、妻と並んで共同被告人（co-respondent）をつとめたわけである。彼の行為は職業上の非行（professional misconduct）に該当するとの理由で、弁護士資格を剝奪されたので、彼が控訴した。これに対して裁判所は、「弁護士と妻は、夫が離婚判決を入手できるように証拠を作り出すことを共謀していた。妻は夫が勝訴することを望んでおり、しかも現実に非行が行われることなく、ある事情を作り出し、その事情から、夫が離婚判決を入手するのに欠くべからざる事実を推論できるよう、力を貸そうとした。事件をこのように考察するとき、弁護士は職業上の非行について責任を免れることはできない。彼の行為を最もゆるやかに解釈しても、彼は証拠の捏造

に助力し、その証拠は全部が全部、不実なものではなかったとしても、そして、たとえ彼はそうすることに、夫婦双方の希望と利益に奉仕していると考えていたとしても、弁護士のかかる業務 (practice) は甚だ不正であり、いいわけのできないものである」とし、弁護士資格の剝奪を認容している。夫婦の共謀に弁護士が一役買っている事実が明白なとき、裁判所がつねに右のような手段をとっているとは、とうてい考えられない。この意味において、右の事件はきわめてまれな例に属するとみてよいのではなからうか。

ところで、ニューヨーク州では一九六七年九月一日から施行された家族関係法の新第一七〇条により、姦通のほか、残酷かつ非人道的処遇、二年以上の遺棄、三年以上の拘禁、別居判決後の二年以上の別居、書面 (deed) による別居合意後の二年以上の別居 (一九七三年九月一日より別居期間は一年に短縮) が離婚原因とみとめられた。これまで姦通が唯一の離婚原因であったため、夫婦が離婚を切望するとき、姦通をめぐる共謀が広範囲に行われてきた。この状態は今後どのように変化するであろうか。現在では、夫婦が公証人の面前で別居証書を作成したうえ、三十日以内にいずれか一方の居住する郡の郡役所の書記課に登録し、一年間別居を継続すれば、それを離婚原因にできるから、離婚を望む夫婦はこの方法をとるのが一番確実にちがいない。だが、一年という期間の経過が必要とされ、しかも訴訟を開始した直後に、一、二〇日間を予定する調停手続が行われる。早期に離婚を望む夫婦はかかる手ぬるい方法をとるまい。二年以上の遺棄についても同じと考えられる。そうだとすれば、離婚原因と主張するのに時間的な経過を必要とせず、のちにみるように立証も比較的容易な「残酷かつ非人道的処遇」——とくに精神的虐待が偽りの原因として利用される事態が増加する結果になるのではあるまいか。「旧法のもとで姦通事件を特色づ

ける詐欺・共謀および偽証は、新法において多分、虐待事件の一部にならう」と指摘されるのも尤もと思われる。⁽⁴⁾

(1) 大森洪太「人事訴訟手続法」現代法学全集第三巻二五〇頁には、宿帳事件（ホテル・ビル・ケース）としてイギリスの場合を紹介される。

(2) ニューヨーク州民事手続法第一一五一条によれば、のちに共同被告人になることもある。Warren, Gilbert-Bliss Civil practice of the State of New York, pp. 269-270.

(3) Gilbert, The Law of Domestic Relations of the State of New York, p. 47.

(4) 連邦裁判所では一九三三年までこの原則を刑事事件に適用していた。同年、連邦最高裁判所は Funk v. U. S. 事件において、「右の原則は現代の司法並びに立法上の思想と全く調和しないもので、たとえ議会がそれを変更するのを適当とみなくとも、それは廃止されなければならない」と宣言した。かくて、今日では、凡んどの州において、民事・刑事の事件で夫婦の一方は他方のために証人となる適格を有するにいたっているといわれる。モーガン「証拠法の基本問題 上」刑事裁判資料一二五号九八頁―九九頁、鶴田正三「英米における証人の供述義務の範囲」法務研究報告書三八集一一六頁―一九頁も参照。

(5) New York Supplement, vol. 142, pp. 129-130.

(6) 田中和夫「英米証拠法」民事訴訟法講座 第二巻六三―一頁。

(7) Warren, op. cit., vol. 6A, pp. 271-272.

(8) New York Supplement, vol. 67 p. 48.

(9) コールドシュタイン「家庭と法律」司法資料第二九七号一四五頁にもこの実例がみられる。

(10) Ploscowe, The truth about Divorce, p. 99.

(11) Encyclopedia of the social sciences, vol. V-VI, "detective agency," p. 109.

- (21) N. Y. Legislative Document. 1957. vol. 2. No. 32. Report of the legislative committee on Matrimonial and Family Laws. p. 36.
- (22) N. Y. Legislative Document, op. cit., p. 36.
- (23) 判例官報については、つぎに第五章・三節「補強証拠」において詳しく触れる。
- (24) N. Y. Legislative Document, op. cit., p. 36.
- (25) Lichtenberger, Divorce legislation, Selected Essays on Family Law, p. 869.
- (26) 訴訟において最終的に確定しなければならない主要事実(直接事実)の真否を直接に証明するために用いられる証拠を直接証拠という。間接証拠または情況証拠との関係をも含めて、田中和夫「新版証拠法」六五頁。
- (27) ウィグモアは情況証拠 (circumstantial evidence) と供述証拠 (testimonial evidence) を対立させ、両者の相違を説明している。すなわち、「供述証拠は、その名前によってたやすく定義される。それは、ある人が要証事実の真实性を立証するためにされるなんらかの主張である。情況証拠は右以外のすべての証拠をいう。科学的には“circumstantial”という言葉は適切でない。なぜならば、それは“testimonial”となんらの相関関係もないからである。それと同意義で、より正確な言葉は“non testimonial”であらう。しかし、まだ誰れも“circumstantial”に代る適切な言葉を考へ出していない」。
- Wigmore, A text-book of the Law of evidence, p. 38.
- (28) Madden, Handbook of the Law-of Persons and Domestic Relations. p. 265.
- (29) 山崎清「証拠法序説」九五頁。
- (30) これな greater weight of evidence あるいは greater weight of credible evidence と同意語とされる。A. J. vol. 20, p. 1100.
- (31) この程度の証拠が要求される民事事件としては、詐欺の存在の立証、動産・不動産上の口頭信託の立証、詐欺・錯誤を

理由とする証書の訂正命令・破棄あるいは契約解除の請求、詐欺を理由とする人的損害賠償請求権放棄の取消、無条件捺印証書は文面上は譲渡抵当なることの立証、認知取消請求、贈与の立証、禁反言を生ぜしめる原因たる事実の立証、特定履行の請求に対してなす財産権移転合意の立証、代理人のなした権限外の行為に対する本人の追認、等々があげられる。A. J. vol. 20, p. 1104.

- (23) 刑事事件において陪審がうへき心証は、「あらゆる合理的な疑を排除する程度の道徳的確実性」(a moral certainty to the exclusion of all reasonable doubt)でなければならぬといわれる。ウイグモア 平野・森岡訳「証拠法入門」三六七頁。
- (24) New York Supplement: vol. 281, p. 303.
- (25) Warren, op. cit., p. 268.
- (26) Warren, op. cit., p. 268.
- (27) Warren, op. cit., p. 268.
- (28) Clark, Cases Domestic Relations, p. 127.
- (29) The Revised Statutes of the State of New York. vol. III, p. 236.
- (30) Gilbert, The Law of Domestic Relations of the State of New York, pp. 44-45.
- (31) Warren, op. cit., pp. 263-264.
- (32) (Note and comment) Collusive in the Law of Divorce, United States L. R. vol. 71, p. 4.
- (33) その後に追加され、現在では三十六カ条となつてゐる。Drinker, Legal Ethics, pp. 327-337. 邦訳としては、江橋浩郎「陪審戦術」一七八頁—一九九頁がある。
- (34) Martindal-Hubbell, Law Directory. vol. III, p. 115A.
- (35) Ploscowe, op. cit., p. 130.

- (36) (Note and comment) op. cit., p. 3.
- (37) (Note and comment) op. cit., p. 3.
- (38) Martindale-Hubbell, op. cit., p. 115A.
- (39) Martindale-Hubbell, op. cit., vol. IV, p. 1270.
- (40) Drinker, Problems of professional ethics in Matrimonial litigation, Harvard L. R. vol. 66, p. 448; N. Y. Court of Appeal cases. 1878, p. 526.
- (41) (Note) Divorce Reform in New York, Harvard J. of legislation. vol. 4, p. 153.

2 精神的虐待

一九六七年九月一日以前のニューヨーク州を別とすれば、一般に偽りの離婚原因として虐待が最もよく利用されているようである。もともと、虐待は四十三州で離婚原因になるが、法律上、単に「虐待」とのみ規定している州は一つもなく、⁽¹⁾「極端な虐待」(extreme cruelty)との用語で示す七州を⁽²⁾はじめ、すべてのその程度が高いことを要求する文言を付加している。⁽³⁾しかも、虐待には身体的なもの⁽³⁾と精神的なもの⁽²⁾の二種が考えられる。当初、イギリス教会裁判所においては、姦通と並んで虐待が別居原因であったが、後者は身体的なものにかぎってみとめられた。ロンドンの司教裁判所 (Consistory court) の Evans v. Evans (一七九〇) 事件が⁽⁴⁾リーディング・ケースとされる。この事件において、妻が虐待を理由に別居判決を求めたのに対し、ストウエル卿は、「現実に身体的な傷害を伴わず、その恐れもない場合、単に精神的な感情を傷けられたという理由で虐待が認定された事件はほとんどない。敵

格な性格、短気、乱暴な言葉使い、一般的な注意や適応性の不足、あるいは、ときとして起る感情の突発などは、身体的な危険を伴わないかぎり、法律上の虐待を構成しない」旨を明示している。

しかし、アメリカにおいて、かかる厳格な見解を維持し、離婚法上はもとより判例も精神的な虐待をはっきり排除するのは、アラバマおよびサウスカロライナの二州のみである。⁽⁵⁾とくにサウスカロライナ州の一九四九年の離婚法は、第二条に四個の離婚原因を定め、その③として「身体的虐待」をあげ、精神的虐待をみとめず、同じ規定が一九六二年法にうけつがれている。⁽⁷⁾イリノイ州も判例が「極端かつ反復される虐待」に精神的なものを含めていない。⁽⁸⁾その他の多くの州は、法律または判例によって右の厳格な解釈を放棄し、精神的苦痛を与えるのみでも離婚原因たる虐待を認定するにいたった。たとえば、一九三二年当時、アラスカ、アーカンソーを含めた十一州では、「精神上の虐待」を身体に対する虐待と並べて法律上に明記し、⁽⁹⁾またインディアナ州では「極端かつ非人道処遇」が離婚原因であるが、Stephenson v. Stephenson (年度不明) 事件において、⁽¹⁰⁾裁判所は虐待が精神的なものでよいとみとめている。すなわち、「夫婦の一方の側の不当かつ不正な行為が他方に強度の苦悩を加え、その結果、心の平和を完全に破壊し、夫婦共同生活を耐え難くするならば、……身体的な虐待は何も蒙らなくとも、極端な虐待を理由に離婚判決を請求できる」。つまり、離婚原因たる虐待には身体的なもののみでなく、精神的なそれが包含されておき、前者はいかなる形をとるにせよ、夫婦の一方から他方の身体に対する直接的な行動をつねに伴うのに反し、後者はそれ以外のきわめて広い範囲にわたり、ときには精神的不調かさえ含めることが可能となる。荒々しい侮辱的な言葉使いもしくは態度、虚偽の不貞の責任を問うこと、合理的な夫婦関係の拒否、過度の夫婦関係の要求、

性病の感染またはその旨の強迫、遺棄もしくは無視、家族員が配偶者を酷使もしくは冷遇するのを許すこと、その他身体的暴行を伴わない諸事情が右の内容をなしている。⁽¹¹⁾

ここで、ひるがえって当面の問題たる共謀をみると、精神的な面での虐待がしばしば偽りの離婚原因として利用されている事実注目する必要がある。共謀した夫婦はできるかぎり真実らしく判断され、巧みに立証できる事由を利用したいと願う。この立場からすれば、身体的な虐待に比べて精神的のその方が広く、かつ立証の段階においても、比較的容易に裁判所を説得できると考えられる。もともと、精神的な虐待を認定するための法則とか客観的な物差しは何も存在せず、すべて裁判所の自由裁量に委ねられている。民法第九四条により、「極端な虐待：すなわち、重大な身体的侵害または重大な精神的苦痛」⁽¹²⁾を離婚原因とするカリフォルニア州において、Mengenach⁽¹³⁾ v. Mengenach (一九四三)事件も右の趣旨を明らかにし、「被害配偶者が重大な精神的苦痛を蒙ったと認定されるためにはいかなる事実が立証されなければならないかにつき、はつきりした法則を作ることはできない。かかる場合、裁判所は正義に関する健全な常識にしたがって正確な判断を下すのであり、それは被害者の知性、外見の上品さあるいはデリケートな感情など、個々の事件におけるあらゆる事情から推して決定すべき、純粹の事実問題である」とする。そうだとすれば、単なる気質の不調和ないし性格の不一致にもとづいて婚姻関係を維持できなくなったとき、それが離婚原因とされている州⁽¹⁴⁾であれば格別、それ以外の州では、夫婦が共謀のうへ「虐待」を名目上の離婚原因として訴を提起し、精神的な虐待について巧妙な証拠を作り出せば、離婚判決の入手など容易であろう。

統計上にあらわれた数字をみてみよう。オハイオ州において、一八九八年—一九九年当時、十個の離婚原因がみと

められていた⁽¹⁵⁾。同州クヤホガ郡で一八九八年七月一日以降の一年間に、三六六件の離婚判決が云渡されたが、故意の遺棄および重大な義務不履行を理由とするものが一五〇件、極端な虐待を理由とするのが一〇九件と、これらのみで全体の七十パーセントを越えており、常習的飲酒は八八件、姦通はわづか十四件にすぎない⁽¹⁶⁾。「極端な虐待」が故意の遺棄および重大な義務不履行と並び、いわゆる一括条項 (Omnibus clauses) として、偽りの離婚原因に利用された事情をはっきり物語っている。また、最近の例として、一九四七年および四八年に、カリフォルニア州における離婚は五一・三〇〇件および四二・八〇〇件を数え、いずれもアメリカ全州中の最高であり、テキサス、オハイオおよびネバダ諸州がこれについている。かようなカリフォルニア州の事情に関連し、離婚原因の一つたる「極端な虐待」を裁判所が相対自由に解釈することに基因するとの説明がみられる。アラメダ郡控訴裁判所の一職員の調査によれば、一九四六年に調査の対象となった五六件の離婚事件のうち、五一件で虐待が離婚原因とされていた⁽¹⁸⁾。最近の資料では、一九六六年中に提起された九五・五三八件の離婚訴訟および四・二二四件の別居扶養料請求訴訟において、実に九十五パーセントが極端な虐待をその理由としているのに注目しなければならない。スコリー・パウンドも、「アメリカの多くの地方で極端な虐待というものが、世間から尊敬される善良な市民とその妻との間に存在したとしても少しも不思議ではない単なる気質の不調和ということを蔽いかくすための便利な擬制 (fiction) となった⁽²⁰⁾」事実を指摘している。

右の事実を裏付ける他の例として、ある年、イリノイ州のシカゴで虐待を理由に云渡された離婚判決は一五六件であったが、詳細に調査したところ、そのうち四十五パーセントは経済上の緊張、二十八・六パーセントは過度の

飲酒そして十四・六パーセントは嫉妬および不貞が真の原因であったという⁽²¹⁾。これらの場合にも弁護士が積極的な役割を果たすことが想像される。だが、これも程度の問題であって、余りひんばんに行われると次のような事態が生じる。すなわち、オクラホマ州においては、弁護士自身が「極端な虐待」を理由に離婚の訴を提起し、精神的な虐待を証拠とするのにうんざりしてしまい、州法曹協会も「性格の不一致」(Incompatibility)を離婚原因に加える案に賛成したので、一九五一年にその趣旨で離婚法が改正されている⁽²²⁾。これまで行われた共謀のうち、真の原因が性格の不一致にあるものは、もはや虐待を偽りの証拠とする必要はないから、そのかぎりにおいて、共謀は姿を消す結果になったと推測される。それはそれとして、前示の事情は夫婦間に不和が少しもないのに離婚を望むときでも同じであろう。姦通の内容が画一的であるため、それを偽りの証拠にしようとするとき、すでにみたような舞台装置による演出が必要となる。これと対比すれば、各目上の離婚原因として虐待がしばしば利用される理由も納得できるのではなからうか。

さきに互責の問題と関連し、ネバダ州は州の政策として移住離婚に門戸を広く開いた事情を明らかにしたが、これは当面の共謀にも関連してくる。一九二九年法によれば、同州では九個の離婚原因が規定されており、「極端な虐待」もその一つに数えられる⁽²⁴⁾。しかも、それを理由とする離婚の訴が最も多いといわれる⁽²⁵⁾。真実に合致するのはもちろんであろうが、それ以外に、夫婦が共謀のうえ、同州で離婚の目的を達成すべく六週間移住し、偽りの離婚原因としてとり早く、かつ立証の容易な「極端な虐待」——とくに「精神的虐待」——を利用してのならばただか

らではないかと想像される。最近の *Ormachea v. Ormachea* (一九五〇) 事件によれば、裁判所は被害配偶者の身

⁽²¹⁾

⁽²²⁾

⁽²³⁾

⁽²⁴⁾

⁽²⁵⁾

体的健康が損われた事実がはっきり示されるとき、精神的虐待を離婚原因とみとめている。つまり、虐待には身体的なもの⁽²⁷⁾と精神的なものを含め、前者が存在すれば後者もそれと並んで認定される。共謀した夫婦は巧みに仮装して、一方が他方に身体的虐待を加えた事実を立証すれば、移住離婚を欲迎する同州の政策からも、裁判所は極端な虐待を構成する事実をゆるやかに解釈するにちがいない⁽²⁷⁾、それを理由に離婚判決を得ることは容易であろう。ニューヨーク州においては姦通をめぐる共謀が広く行われるのに対し、ネバダ州では極端な虐待が移住離婚の口実たる役割を果している事情を看取できる。

ここでもう一つ、テネシー州がわれわれの注目をひくことになる。同州チャタヌガのある新聞は、長年の間、ハミルトン郡に恥づべき離婚騒ぎ (divorce racket) がみられることを嘆く記事を掲載し、とくにチャタヌガの離婚製造所 (divorce mill) はネバダ州・リノのそれと肩を並べている事実を指摘した⁽²⁸⁾。そこで、チャタヌガ法曹協会の会長は、実情を調査するための特別委員会を設けるにいたった。同委員会はハミルトン郡における離婚の状況を詳しく調査し、一九四七年に報告書を提出している⁽²⁹⁾。それによれば、一九四五年中に二・九〇六件の離婚訴訟が提起されたが、このうち手当り次第にとり出された一・〇〇〇件を検討したところ、六二五件で被告は何も争っておらない。ほかに三四八件で被告が答弁書を提出しているが、そのうち被告のために弁護士が出廷して抗争しているのは一七七件にすぎず、他の一七一件では、答弁書に被告が署名しているとはいえず、実は答弁書自体、原告の弁護士によって準備されたことが判明した⁽³⁰⁾。一・〇〇〇件のなかで、真に訴訟の名に値するのは一七七件にすぎず、残りの大多数は共謀の疑が濃厚である。

他方、離婚原因別にみると、一・〇〇〇件のうち、実に七〇パーセントに当る七〇一件が「同居を危険かつ不適当ならしめる残酷かつ非人道的処遇」を理由としており、一八四件の遺棄および扶養義務不履行、一一九件の遺棄、五二件の姦通、等々を大きく引き離している。⁽³¹⁾ 前示の数字と対照するとき、テネシー州・ハミルトン郡において、夫婦の共謀にもとづく離婚訴訟の割合がきわめて多く、しかも、「残酷かつ非人道的処遇」が偽りの離婚原因として、とくに利用されていると推測するに充分と思われる。

もう一つ、最近のニューヨーク州にみられる事情をここに明らかにしておく必要がある。というのも、ニューヨーク州では、一九六七年九月一日から施行された家族関係法の新第一七〇条により、姦通のほか、残酷かつ非人道的処遇、二年以上の遺棄、三年以上の拘禁、別居判決云渡後の二年以上の別居、書面 (Deed) による別居合意後の二年以上の別居が離婚原因とみとめられた。そして、当面の問題たる共謀に関してみれば、これらのうち、残酷かつ非人道的処遇——とくに精神的虐待が従来の姦通に代わって偽りの離婚原因として利用される事態が増加するのではないかと予想されていた。この予想が的中していたことを立証する数字が現われたわけである。離婚原因たる別居の期間は一九七二年九月一日以降、二年から一年に短縮されたが、エリー郡において、一九七三年一月一日から四月三十日までの四カ月間に云渡された「被告の争わない離婚事件」の判決につき、その離婚原因を調査したところ、次のような結果が得られている。⁽³²⁾

全離婚判決は九〇七件であるが、これを離婚原因別にみれば、残酷かつ非人道的処遇は四六一件であって、全体の五〇・八パーセントを占め、次に遺棄が二五二件で二七・八パーセント、拘禁が一件で〇・一パーセント、そし

て従来は多数を占めていたと考えられる姦通は九件で、わづか一パーセントにすぎない。なお、これらとは別に一年間の別居を理由とするものが一五七件で、十七・三パーセントある。つまり、離婚原因を利用度の高いものから順に並べると、残酷かつ非人道的処遇が半ば以上を占め、遺棄・別居がそれに続くことになる。予想は見事に的中しており、長年の間、ニューヨーク州においてみられた離婚事件をめぐる夫婦の共謀の実情も、現在では大きく変化している⁽³³⁾とみななければならぬ。

- (1) ハージニア州の一九五〇年法は虐待 (cruelty) を別居原因としてのみみとめている。Ramsey, *Mental cruelty as Ground for Divorce*, *Arkansas L. R.* vol. 5, p. 421.
- (2) カンサス、メリーランド、ネバダ、ニュージャージー、オハイオ、オクラホマおよびロードアイランド諸州がこれに当る。Ramsey, *op. cit.*, p. 421.
- (3) Ramsey, *op. cit.*, p. 421.
- (4) McCurdy, *Cases on the Law of persons and Domestic Relations*, p. 275.
- (5) Ramsey, *op. cit.*, pp. 422-423.
- (6) Sumner, *The South Carolina Divorce Act of 1949*, *South Carolina L. Q.* vol. 3, p. 261.
- (7) Code of Laws of South Carolina. 1962. vol. 5, p. 133.
- (8) Ramsey, *op. cit.*, p. 423.
- (9) アラスカ、アーカンソー、アイダオ、カリフォルニア、コロラド、モンタナ、ノースダコタ、オレゴン、ペンシルバニア、サウスダコタ、ワシントンおよびワイオミング諸州がこれに当る。Vernier, *American Family Laws*. vol. II, pp. 25-29.

- (9) Posowe, The truth about Divorce, pp. 105-106.
- (11) Madden, Hand Book of the Law of Persons and Domestic Relations, pp. 272-273.
- (12) Deering, The Civil Code of the State of California, p. 37.
- (13) Poscove, op. cit., p. 106.
- (14) アラスカ、ニューメキシコ、オクラホマ、バージンアイランド諸州。Poscove, op. cit., p. 294.
- (15) Page, Ohio general Code Annotated, vol. 9, p. 293.
- (16) Baker, Divorce Litigation in Ohio, Western Reserve L. J. vol. V, p. 129.
- (17) Elliott, Divorce Legislation and Family instability, Annals of A. P. of P. S. vol. 297, pp. 142-143.
- (18) Carver, Statutory abolition of Marital fault, California L. R. vol. 35, p. 106.
- (19) Kay, A Family court, The California proposals, California L. R. vol. 56, p. 1217.
家族問題調査委員会の報告書はその中で、「極端な虐待」を理由に提起され、十分なし十五分の間に、被告が争うことなく行われる離婚訴訟の「悲しく、お座なりな連禱」の典型的な例を示してゐる。Kay, op. cit., pp. 1218-1219.
- (20) ハウンド 未延三次訳「法の任務」九五頁。彼は A Symposium in the Law of divorce, Selected Essays on Family Law, pp. 876-877 でも同題旨をのべてゐる。
ハウンド 山口番蔵訳「英米法の精神」一七五頁以下では、マーク・トウエン「ハックルベリー・フィンの冒険」の第三六章の初めの部分の物語をとり上げながら、擬制の問題を論じている。
- (21) The Encyclopedia Americana, vol. 9, p. 206.
同様の事情は一九一四年の法律によりオハイオ州・ハンミルトン郡の民訴裁判所 (Court of common pleas) のなかにおかれた家族関係部 (Division of Domestic Relations) にもみられる。池田寅二郎「米国の家庭裁判所」(二・完) 法学協会三

九卷一二号一四四頁。

- (22) Kelly, Preventing Divorces: Oklahoma city's family clinic, A. B. A. J. vol. 45, p. 566.
- (23) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(四)」神戸学院法学五卷二・三号一七〇頁—一七二頁。
- (24) Ploscowe, op. cit., p. 298.
- (25) Barnes, Society in transition, p. 298.
- (26) Ramsey, op. cit., pp. 422-423.
- (27) ラインシュタイン教授も事情の一端を示している。司法研究所「比較離婚法の研究—ラインシュタイン教授セミナー記録」二九頁。
- (28) Garland, Chattanooga Divorce Report, Tennessee L. R. vol. 19, p. 944.
- (29) Garland, op. cit., p. 944.
- (30) Garland, op. cit., p. 945.
- (31) Garland, op. cit., pp. 945-946.
- (32) Teitelbaum, Cruelty divorce under New York's Reform Act: On Repeating ancient error, Buffalo L. R. vol. 24, pp. 39-40.
- (33) 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にもかかる事情を指摘されている。

3 遺 棄

離婚すべく共謀した夫婦は、その州で遺棄が離婚原因となる六カ月ないし五年の間、⁽¹⁾外部からみれば一方が他方

を遺棄していると判断されるような形をとる。真相は協議による別居と大差ない。だが、協議による別居は、いくつかの州を除いて、⁽²⁾それがいくら長年月継続しても、離婚の目的を達成する手段としては直接の役に立たない。そこで、協議による別居であることはあくまでかくしたまま、遺棄を離婚原因として利用するため、ここにもるような方法を取り、法定期間が経過したのち、それを理由に離婚の訴を提起すればよい。マードンによれば、「遺棄が離婚原因となるためには、①同居が停止され、②それが法定期間途切れず、③配偶者を遺棄する意思が存在し、④遺棄された配偶者が同意しておらず、⑤遺棄を正当ならしめる非行もなかったこと、が必要である」⁽³⁾。これを当面の場合についてみれば、③および④の要件を欠いているから、事実が暴露すれば共謀と認定され、離婚請求はもとよりみとめられない。それゆえ、これらの点で裁判所の判断に耐え得るよう巧みに情況を作り出しさえすれば、さきに見た虐待の場合と同じく、偽りの証拠として遺棄を利用するのも困難なことではなからう。コルコードも、「統計上にあらわれた離婚原因としての遺棄は決して真実を正確に指示するものではなく、多分、他の理由に代わる便宜な口実にされている」⁽⁴⁾という。

ここで、夫が妻をある期間遺棄する形をとる場合を考えてみよう。その間の妻の家計については予め十分に相談して必要な手を打っておき、夫はどこに居住するか、秘密のうちに連絡をとる方法は、どうするか、等を決めておくにちがいない。妻はあくまでもかかる事実にはほうかむりし、夫に遺棄されたような外観を巧みに作り出すけれども、その実、夫婦は離婚の目的を達成するために共謀している。この点において、さきに見た姦通および虐待の場合と異なるところはないが、六カ月から五年という法定期間の経過が必要とされるため、前二者とちがって、短時間

でてっとり早く偽りの証拠を作り出すことは不可能である。それゆえ、離婚の目的が達成できれば時間がかかってもよいという場合、真実の離婚原因をかくすため、この方法が利用されるのではなからうか。一例として、モウラーによれば、ある年、シカゴ市で遺棄を理由に云渡された離婚判決は二九五件であったが、詳細に調査したところ、真の遺棄は一三・二パーセントにすぎず、四〇・二パーセントが経済上の緊張、そして一〇・四パーセントは不貞が真の原因であったという⁽⁵⁾。これとは別に、一九六七年九月一日以前、ニューヨーク州では姦通が唯一の離婚原因とされるため、遺棄の事実が明白に存在しても、それを理由に離婚の訴を提起できない。かかる場合に、弁護士が遺棄されて離婚を切望している配偶者に対し、遺棄を離婚原因と規定している他州に住所を移すべきことを勧告する。これが職務倫理規範に違反するかどうか、問題を生じるときがあったようにみうけられる⁽⁶⁾。

- (1) *Vinier, American Family Laws, vol. II, pp. 32-35.*
- (2) アリゾナ、アーカンソー、アイダオ、ルイジアナ、ノースカロライナ、およびテキサス諸州がこれに当る。
- (3) *Madden, Handbook of the Law of persons and Domestic Relations, p. 276.*
- (4) *Encyclopedia of social science, vol. VI, Colcord: Family desertion and Non Support, p. 78.*
- (5) *The Encyclopedia Americana, vol. 9, p. 206.*
コルコードはまた *Journal of social forces, 1924, March, p. 388.* 以下においても、イリノイ州・クック郡巡回裁判所の訴訟で離婚原因とされていると実際上の原因との喰いちがいを指摘している。
- (6) ニューヨーク郡法曹協会職務倫理委員会の回答第一〇〇号にこれがあらわれている。 *Cheatham, Cases and other materials on the legal profession, pp. 295-296.*

第四節 有効な抗弁をかくすこと

夫婦の一方が現実に非行をするとか、あたかも非行があったかのように偽りの証拠を作り出す方法は、離婚訴訟を提起する前提としてとられるものであるが、これらとは別に、訴訟手続が開始されたのち、離婚判決の入手を容易にするための一方法として、有効な抗弁をかくすことがしばしば行われる。ネブラスカ州の *Winder v. Winder* (一九一〇) 事件⁽¹⁾では、離婚訴訟の当事者が重要な証拠をかくすこと、つまりそれが裁判所に明らかになれば、離婚判決を得られなくなるような具体的事実をかくしたままにすべく合意する場合、かかる合意は、その性質上、共謀である」と指摘している。一般に夫婦の関係が正常さを失っているとき、自己の非行を理由に離婚の訴を提起された人は、離婚の意思のないかぎり、あらゆる可能な手段をとってそれに対抗するのが当り前であろう。原告の請求を阻止する効果を発揮すべき互責・宥恕・承認その他の抗弁を提出できるにかかわらず、そうしないで、手を束ねて傍観するはずはない。この点からみると、被告が自己の利益を防禦しないのは、夫婦が共謀しているためと推測できる例が多かろう。

(1) A. L. R. vol. 2, p. 711.

1 被告の一方的判断

被告配偶者が抗弁を提出できるにかかわらず、あえてそうしないで、共謀と少しも関係なく、被告が自ら、離婚

の訴を提起されても仕方がないと観念し、原告の主張を争わないのが真相であることが考えられる。一例として、バージニア州の *Dismore v. Dismore* (一九二〇) 事件⁽¹⁾をあげてみよう。この事件において、妻が遺棄を理由に離婚の訴を提起したのに対し、夫は審理に出廷せず、自己の利益になる証拠を何も提出しなかった。だが、裁判所は共謀の事実をみとめず、妻に離婚判決を与えている。正常な訴訟状態と対比するとき、夫が右の態度をとった裏には夫婦の共謀が存在するのではないかと一応の疑をもたれる。もし、妻の主張があいまいで共謀の疑が明らかになれば、裁判所はその請求を直ちに棄却するであろう。また、夫が防禦方法を少しも講じないため、のちに第五章・三節でみるように、裁判所は妻に強力な補強証拠を要求したにちががなく、その要求が充たされなければ、妻の請求をみとめるはずはない。夫婦間に共謀の疑はなく、妻は夫の非行を充分に立証したので、彼女に離婚判決が与えられたのが真相のようである。夫が前示のような態度をとったのは、自己の非をみとめ、それを理由に離婚されても仕方がないとあきらめ、妻の主張を争う意思がないため、審理に出廷したり、答弁書を提出する必要もないと考えたからではなからうか。あるいは妻が離婚を望んでいるのに、あえて反対するのをいさぎよしとしなかったのかも知れない。このように、夫婦が共謀していなくとも、被告自身がいろいろの事情を考慮して、原告の主張を争わない場合も存在する。被告が争っていないとの理由のみで共謀の事実を認定するのは早計としなければならない。

(1) A. L. R. vol. 109, p. 841.

2 夫婦の合意

夫婦が共謀して抗弁をかくす場合を考えてみよう。たとえば、妻が夫の非行を理由に離婚の訴を提起するとき、判決の入手を容易ならしめる目的で、夫は妻の請求を阻止する有効な抗弁—互責・宥恕・承認その他—をあえて提出しない旨を合意する。一列としてニューヨーク州の *Fuchs v. Fuchs* (一八四六) 事件⁽¹⁾において、夫婦間に不和を生じた結果、妻は子の監護が委ねられるならば離婚してもよいと考え、夫もそれに同意した。共謀のうえ、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したのに対し、妻はなんらの抗弁も提出していない。かように、共謀した夫婦の一方が他方の非行を離婚原因として主張し、他方はそれに対する抗弁をかくしたままにすると、馴れ合い訴訟がはつきり姿をみせるにいたる。

ここで立場を変え、裁判所の側からみると、被告が有効な抗弁をもっていないからそれを提出しない事実を発見すれば、夫婦間に共謀が存在しないかどうか、事件の真相を詳細に追求することになる。そうでなくとも、被告が少しも原告の主張を争わなければ、一応、共謀の疑をもつて調査するのが自然であろう。ニューヨーク州民事手続法第一一五〇条も、「離婚事件において、もし被告が答弁書で姦通の主張を争わないとき、あるいは出延せず答弁書も提出しないとき、原告は自己の申し立てた実質的主張を裁判所が満足する程度に立証⁽²⁾しなければならぬ旨を規定している。この要求が充たされるよう、原告が巧みに手続を進めることができるが、できれば、離婚判決の入手も困難ではない。だが、いづれにしても、共謀しているかぎり、その事実を発見される危険は存在するから、それをで

きるかぎり回避するには、より入念な態度で訴訟にのぞむ必要が生じる。そこで、原告の離婚請求に対して被告は一応抗弁を提出するけれども、事件の本質的な争点つまり離婚原因の存否をめぐる争えば、共謀は根底からくつがえされてしまうから、ヤコブスのいうように、「一寸した窓飾り」⁽³⁾の程度で抗争し、完全な証拠にもとづいて原告の請求を阻止できるのに、あえて消極的な態度をとり、結局、裁判所をして原告の請求をみとめさせる方法をとる場合がみられる。

ニエーヨーク州の *Galloway v. Galloway* (一九〇四) 事件⁽⁴⁾に右の例を看取できる。この事件において、妻は夫からの離婚請求に対し、答弁書で夫の主張を否認しながら、裏付けとしての立証を何もせず、また妻の弁護士は夫の側の証人を反対訊問 (cross-examination) しなかった。裁判所は、「かような事情は共謀のあったことをはっきり示しており、離婚判決を与えるのを拒否してよい」とし、原告の請求をみとめていない。もし、夫婦間に共謀がなく、妻の非行が事実でないならば、妻はあらゆる方法によって身の潔白を立証し、夫の離婚請求を阻止すべく努めるにちがいない。だが、本件において、妻はかかる態度をとっていない。その理由として二つ考えられる。夫の主張を否認したけれども、実際に非行をしているので、あくまで事実を曲げるのは良心が許せないため、結局、暗黙のうちに非行をみとめざるを得なかったのか、夫婦が共謀のうえ、妻が右のような方法でしか争わなかったのか、いずれかであろう。

ここで、妻の弁護士が夫の側の証人を反対訊問しなかった事実にも注目する必要がある。もともと、主訊問では、証人をよび出した側が自己に都合のよいことのみを訊問するのがつねであって、事件の真相の反面はかく

されたままにされる危険が多い。そこに現われなかった事実を引き出す必要が存在するし、証言の信用度も試さなければならぬ⁽⁵⁾。そこで、証人は彼を喚問した当事者のために証言したのち、相手方の弁護士の反対訊問をうけるべきものとされ、弁護士としても、反対訊問こそは腕のみせどころといつてよい。このことはフランシス・ウェルマンが引用するイギリスの有名な弁護士の言葉によっても理解できよう。すなわち、「訴訟の争点が弁護のいかんによって決まることはまれであるのみならず、その影響をうけることさえめつたにない。だが、争われている事件において、その結果が主に弁護士の行う反対訊問の技術の巧妙さに依存しないものはない⁽⁶⁾」という。当面の場合でも、事態が正常であるかぎり、弁護士が夫の側の証人を反対訊問する権利を放棄するとは考えられない。訊問技術が巧みであれば、証人の口から妻に有利な証言を引き出すことも可能はずである。妻の非行を打ち消すように仕向けるのもとより、たとえそれができなくとも、なんらかの言葉尻りをとらえて、反対に夫の非行を明るみに出すチャンスがこないともかぎらない。かかる期待にもかかわらず、弁護士が反対訊問しなかったのは、妻が共謀の目的を達成する一つの手段としてそうすべく要求したのか、あるいは夫妻共謀の事実を熟知している弁護士が、夫の側を勝訴に導くため、自らの判断でかかる態度をとったのか、いずれにせよ、結果的には夫に有利な証言のみ裁判所に現われるよう処置していたと推測するのが最も自然ではなからうか⁽⁷⁾。裁判所は右のような妻およびその弁護士の態度からみて、夫婦の共謀を認定したのであらうと思われる。

ここで参考のため、ウイスクンシン州にみられる共謀の事情をあげておきたい。同州のデーブ郡で一九二七年一月一日より同三年一月一日までの間に開始された離婚訴訟について、互責の原則が実際上いかなるはたらきをし

ているかを調査したところ、離婚関与官⁽⁹⁾ (Divorce counsellor) および三人の判事の意見によれば、九十パーセント近い事件において夫婦双方に非行があつた⁽⁹⁾にもかかわらず、現に被告が原告の非行を抗弁としたのは、五六七件のうち四四件にすぎない⁽¹⁰⁾。原告の姦通の事実が抗弁とされ、裁判所がそれを認定すれば、離婚請求はかならず棄却されるから、右の九十パーセント近い事件において、被告が事実に合致する抗弁を提出するかぎり、その全部とはいわないまでも、相当数が請求棄却の結果となるはずである。現にそうっていない理由として、被告あるいはその弁護士が互責を抗弁にできることを知らなかったこと、原告の非行を立証するのは当初より不可能であつたこと、被告が離婚を望んでいたこと、あるいは夫婦双方および弁護士の間で原告側が離婚判決を得べき合意がなされていたこと、等々があげられる⁽¹²⁾。最後の理由は、明らかに本稿に展開する共謀に該当しよう。夫婦双方が離婚を望むとき、原告配偶者の離婚請求に対し、被告が原告の非行を充分に立証して請求棄却を求めることができるにかかわらず、予めなされた合意のもとに、あえて抗弁せず、共謀の事実を巧みにかくしおうせるならば、目的の達成は容易となる。互責の原則も共謀した夫婦に対しては効力を發揮するにいたらない場合が生じる事情をはっきり知らされる。これは独りウイスクンシン州にとどまらず、互責を請求棄却事由とする他の多くの州において、同様にみられる現象ではないかと思われる。

- (1) Ploscowe, *The truth about Divorce*, p. 126.
- (2) Waroen, *Gilbert-Bliss Civil practice of the State of New York*, pp. 265-266.
- (3) Jacobs, *Attacks on decree of divorce, Selected Essays on Family Laws*, p. 989.

- (4) A. L. R. vol. 2, p. 706.
- (5) 反対訊問の目的については、田中和夫「英米証拠法」民事訴訟法講座第二卷六三〇頁。
- (6) Wellman, *The art of cross-examination*, p. 1.
- (7) 「巧妙な反対尋問者は、主尋問中の供述を深く聞かねばならぬ。而して彼の番となったり、彼に不利益な点についての証人を尋問すべきである。若し彼がこれを省略し、又は無視するとき、事実承認の一種ととられることがありうる。」鈴木勇「民刑新証拠論」六六五頁。
- (8) ウイスコンシン州の一九二九年法・二四七条の十四によれば、「婚姻の確認あるいは取消、または離婚訴訟において、原告および被告は相手方に訴状・答弁書（被告）・反訴状あるいは答弁書（原告）を送達してより一〇〇日以内に、それらの写しを、訴訟が開始された郡の離婚関与官に送付する。……関与官は、被告が答弁せず、あるいは審理開始前に答弁書を取り下げるとき、訴訟に出延しなければならぬ。また、被告が反訴を提起するのに対し、原告が彼の主張を維持せず、証拠によって反訴に抗争もしないとき、および争点についていずれか一方が誠実に争っていないと裁判所が確信するときも同くである。」N. W. vol. 233, pp. 552-553.
- (9) Feinsinger, *Wisconsin Law of Divorce, Selected Essays on Family Law*, p. 971.
- (10) Feinsinger, *op. cit.*, p. 970.
- (11) Vernier, *American Family Laws*, vol. II, p. 87.
- (12) Feinsinger, *op. cit.*, p. 971.

3 対価との関係

さきに検討したのは、夫婦が共謀のうえ被告となる側が抗弁をかくす場合であるが、原告から対価を得てそうす

ることも、もとより存在する。対価を伴うかどうかは、共謀の存否を認定するに当っての唯一の要因ではない。しかし、それを伴う場合は、より一そう、共謀の事実を物語ると判断してよからう。カリフォルニア州の *Beard v. Beard* (一八八四) 事件はその一例である。一八七二年に民法が制定されてから十二年後のことに属している。この事件において、妻が夫に約束手形 (promissory notes) を交付することを約因 (consideration) として、夫は彼の所有するある動産および不動産を妻に譲渡した。妻はまた、彼女が被告として係争中の離婚訴訟に抗弁を提出しない旨を約束した。離婚判決が云渡されたのち、夫は妻が手形債務を履行しないと理由で、支払を求める訴を提起した。これに対して裁判所は、「夫婦の合意は裁判所を欺くものであり、しかも約因の本質的かつ分離できない一部をなしていたから、すべての行為 (transaction) は詐欺の汚名を着せられる。それゆえ、夫は手形債務の履行を求める訴を提起できない」とのべ、夫の請求を斥けたうえ、原離婚判決を取り消している。第一章・四節にみたように、一九七〇年の改正にいたるまで、カリフォルニア州民法第一一四条は、共謀の定義について制限的な法則を採用し、被告の不出頭をその一つに数えていないが、第一三〇条により欠席判決を禁止している。⁽⁴⁾ 被告が有効な抗弁をかくす最も簡単な方法は、審理に出廷しないことと考えられるけれども、現実にこの方法をとるとき、右の規定により、夫婦は離婚の目的を達成できない。当面の場合も妻は審理に出廷したようで、この点についてはとくに問題はない。

ところで、同州民法は第一六一一条および第一六二条において、夫婦財産について共通財産制を採用し、夫婦各自の特有財産と並んで共通財産が存在する。これはさきに別稿で互責の問題を論じたときに指摘したところである。

さらに第一五八条により夫婦の一方は他方との間で、財産に關し、いかなる合意あるいは取引をすることも可能とされる。⁽⁵⁾ 夫婦は特有財産について使用・収益・処分⁽⁵⁾の権利をもっているから、それを売却することも自由なはずである。当面の事件において、夫から妻への財産譲渡は、不動産について証書 (instrument in writing) によつたと⁽⁶⁾思われるが、これを厳格な意味における捺印証書 (deed: sealed instrument) と解すれば、捺印証書が作成されるかぎり契約成立について約因は必要でないとのコモン・ローの原則により、約因が問題になるはずはない。ここで約因が問題になるのは何故であろうか。アメリカでは多くの州が制定法によつてコモン・ローの原則を変更し、捺印証書の要件それ自体を非常に緩和している。⁽⁷⁾ これをカリフォルニア州についてみれば、民法第一六二九条および民事訴訟法典第一九三二条により、捺印契約 (sealed written contract) と非捺印契約 (unsealed written contract) の区別を廃止し、⁽⁸⁾ さらに民法第一六一四条では、書面による契約は充分 (Sufficient) な約因をもつて作成された⁽⁹⁾と推定している。⁽⁹⁾ 推定にとどまるから、反証をもつてくつがえすことができるわけであつて、民法第一九六三条はその旨を明示する。⁽¹⁰⁾ 書面はもはや厳格な内容を具備する必要のない反面、いわゆる単純契約 (simple contract) の場合と同じく、つねに約因が要求される。不動産の譲渡も例外ではない。本件で約因が問題になる理由はここにあり、さらに共謀との関連において、約因の性質を検討しなければならない。

表面的にみれば、約束手形の振り出しと財産譲渡が互いに対価の関係をなす売買の形がとられている。財産譲渡の合意が成立すると同時に夫から妻にある財産を譲渡したのを約因として、妻が約束手形を振り出したことになる。いわゆる既行約因 (executed consideration) に該当する。だが、それは形のうえにすぎず、むしろ妻が離婚し抗弁

を提出しないと約束したことを約因として、夫が妻に財産を譲渡したと解するのが真実に合致しよう。財産譲渡は妻が離婚に合意した返約の⁽¹²⁾意味をもつから、妻が夫に約束手形を振り出す必要はないはずである。夫からの要求もとづき、妻が財産譲渡をうける条件で離婚に合意した事実をかくすべく、売買の形をとるための空手形であったのではなからうか。それにしても、約因が法律上価値をもつためには、適法であり、可能であり、かつ内容が確定していなければならない。⁽¹³⁾当面の場合、協議離婚を禁止する法律に違反するいわゆる不法約因⁽¹⁴⁾(illegal consideration)と判断され、その結果、夫婦間のすべての行為が無効とみとめられるわけである。もし、夫が原離婚判決に満足し、本訴に及ばなかったならば、共謀の事実を改めて暴露されずにすんだのではなからうか。

(1) Lindsey, Separation agreements and Ante-Nuptial contracts, p. 383: Armstrong, California Family Law, vol. 1, pp. 185-186.

(2) 本件より十二年後、一八九六年に一八九条よりなる統一流通証券法 (Uniform Negotiable instrument Act) が成立し、カリフォルニア州もこれを実質的に採用している。

イギリスでは、約束手形は約因を必要とする単純契約 (simple contract) であるが、アメリカにおいては、契約法リストメント⁽¹⁵⁾第七条はこれを要式契約としている。谷口知平「英米契約法原理」一四一頁、末延三次訳「条解米國契約法」二頁—三頁。

(3) 契約法リストメント第四七〇条註(C)によれば、「契約法リストメントにおける『行為』(transaction)という言葉は、契約の成立、履行または解消、契約上の権利の譲渡、および錯誤または当事者の一方の何等かの違法行為がなかったとすれば以上の効果を生ずべきはずであった事実を包含する」。末延三次訳・前掲書三三三頁。

(4) Deering, The Civil Code of the State of California, p. 45

- (8) Deering, op. cit., p. 52.
- (9) 民法第一〇九一条によれば、不動産の譲渡は、任意不動産権 (Estate of will) あるいは一年を越えない期間のものとは別として、法の効力により、または譲渡者もしくは彼によって証書作成の権限を与えられたものによって署名された証書 (instrument in Writing) によつてのみ行つたが、Deering, op. cit., p. 407.
- (7) 一般的な事情によつては、砂田卓士「アメリカ契約法上の consideration」専修大学論集一九号四頁―五頁。
- (8) Deering, op. cit., p. 531: Deering's Code of civil procedure of the State of California. 1949. p. 732.
- (9) Deering, op. cit., p. 430.
- ここで充分な約因とは、約束者にとつてそれを履行することが損失ないし不利益を意味し、受約者にとつて利益となる約因である。これは相當な (adequate) 約因と對比される。Williston, A treatise on the Law of contract. vol. 1, p. 346: Whitney, The Law of contract pp. 117-118.
- (9) Deering, op. cit., p. 584.
- (11) 既行約因 (executed consideration) と未行約因 (executory consideration) の區別によつては Salmond and Winfield, Principles of the Law of contracts, pp. 76-77.
- 一八六五年のニューヨーク州民法草案は、第七八〇条ないし第七八八条に「約因」に関して規定しているが、そのうち第七八四条および第七八五条が既行約因・未行約因をのべている。一方、同民法草案によつたジョージア州民法によれば、第七二〇五条が前草案にはみられない有効 (Good) 約因と有価 (Valuable) 約因の區別を明らかにしている。Howe, Reactions in American Legal History, pp. 505-506.
- (12) 契約法リステイメント第七五条によれば、「(一)約束に対する約因とは、取引の目的とされ、かつその約束と交換的に

提供される(イ)約束以外の行為(ロ)不作為(ハ)法律関係の設定、変更または破壊、または(ニ)返約である。……」末延三次訳・前掲書三三頁。

(13) 田中和夫「英米契約法」四一頁、谷口知平・前掲書一三八頁—一四〇頁。

(14) Unlawful consideration とよばれる。Salmond and Winfield, op. cit., p. 83.

○ ○ ○

有効な抗弁をかくし、訴訟を争わない方法で離婚の目的を達成しようとする場合、弁護士の見解ないし助力が重視されるのはいうまでもない。第三節にみた「偽りの証拠を作り出す」ときと同じく、各種の手段に訴え、夫婦の共謀を暴露されずに離婚判決を容易に入手できるよう、あらゆる面で考えをめぐらす。やぎの Galloway v. Gal-
loway (一九〇四) 事件で被告の弁護士が原告側の証人を反対訊問しなかったのも一例にあげられよう。それが弁護士としての正常な職務行為の範囲内とみとめられれば問題はないが、もともと夫婦の共謀に参与しているのであるから、自己の助言または訴訟行為が倫理規範に違反する危険性は大いに存在する。正常な行為と非倫理的なそれを区別すべき線をどこに引くか、ときとして問題になり、ニューヨーク市および郡法曹協会の職務倫理委員会もこれに関連して、いくつかの意見を発表している。

参考のため、まずニューヨーク市法曹協会倫理委員会の意見第七二号⁽¹⁾(一九二六—二七年)をあげてみよう。夫が離婚の訴を提起し、三人の子の監護を求めた。妻の弁護士は答弁書のなかで妻の非行の事実を否認しながら、積

極的な抗弁は主張せず、子の監護も求めない。答弁書が夫のもとに送達されたのち、妻の弁護士は夫の弁護士と、妻の要求する扶養料および訴訟費用について協議し、証拠に関する互いの見解を交換したのち、もし夫が合理的な訴訟費用を負担するならば、妻は扶養料および訴訟費用を請求せず、さきの答弁書を取り下げ、審理に出廷することなく、夫が求める子の監護にも反対せず、夫が離婚判決を得られようとする旨の合意をした。かかる事情のもとで、弁護士が合意に加わるのが適切かどうかの質問に対し、倫理委員会は、夫婦が扶養料・弁護士費用および子の監護について合意するのをみとめながら、弁護士は訴訟を防禦しない合意に賛成すべきではない旨を回答している。

離婚を予想する夫婦が扶養料を含む将来の財産関係を合理的かつ公正な内容で調整するにとどまるのであれば、のちに第五章・二節でみるように、共謀には当たらない。弁護士がこの範囲内で夫婦に助言するのは、正常な職務行為とみてよい。しかし、夫婦間でいずれか一方が自己の利益を防禦せず、離婚判決の入手を容易ならしめる合意をするのは、まさに共謀の一手段である。弁護士がかかる手段に賛意を表し、積極的に実行するのは、正常な職務の範囲を逸脱した非倫理的なものと考えられる。前示の意見はかかる趣旨を表明したものであって、倫理規範第十五条（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）および第三条（訴訟に対する責任）からみて、適切な判断といわなければならない。ニューヨーク郡法律家協会倫理委員会の意見第二〇五号⁽²⁾（一九二二年）も、「離婚訴訟を防禦しない旨の合意は公益に反し、弁護士がかかる合意をするのはもとより、夫婦がそうするのに賛成すべきでない」と同趣旨をのべている。

ニューヨーク市法曹協会倫理委員会は意見第二四一号⁽³⁾（一九三二年）で、新たな見解を表明した。それによれ

ば、妻が姦通を理由に離婚の訴を提起したので、夫の弁護士は答弁書により、非行の事実を否認し、たとえあつたとしても、妻はそれを承認していたと抗弁した。夫婦はすでに長年にわたって別居しており、妻の弁護士は、もし夫が答弁書を取り下げ、審理に出廷せず、争わずに訴訟を進めるならば、妻は扶養料および訴訟費用の請求をすべからざるであらうとのべた。夫の弁護士は夫と協議し、夫は原告たる妻が夫欠席のまま離婚判決を入手し、扶養料および訴訟費用を請求しないことに心から同意する旨を回答した。そこで、妻の弁護士は、夫が答弁書を取り下げ、妻は扶養料および訴訟費用を請求しない旨を書面に作成するよう提案する。かかる合意に加わることが職務倫理からみて適切かどうかの質問に対し、委員会は、「詐欺あるいは共謀がなければ、被告の弁護士は原告側とかかる合意をしても、職務上不適当な点はない」旨を回答している。いちど提出した抗弁をひっこめたとしても、自由な判断にもとづく防禦方法の変更にすぎないのであれば、共謀はもとより問題にならない。また、妻が扶養料および弁護士費用の請求を放棄するのも、一方的に行われるかぎり妥当であろう。問題は当面の場合に両者が対価の関係をなしており、しかも双方の弁護士の合意で行われた点に存する⁽⁴⁾。かかる手段がとられるとき、だれがみても、共謀した夫婦の意向に沿って弁護士が離婚判決の入手を容易ならしめたと判断するにちがひなく、それが最もよく真相に合致しよう。夫婦間に共謀がないにかかわらず、弁護士がかかる合意をする事態は常識では考えられない。もし、そうしたとすれば、まさに背任行為といわなければならない。結局、前示の意見は当り前のことをのべたにすぎないと考えられる。

(1) Opinions of the committees on professional Ethics of the Association of the Bar of the city of New York and

the New York county Lawyer's Association, p. 31.

(2) Dinker, Legal Ethics, p. 126.

(3) Opinions, op. cit., pp. 120-121.

(4) この点で偏理規範第九条(相手方当事者との交渉)は守られている。

第五節 その他の方法

1 訴訟費用を負担すること

夫婦が共謀していなければ、一方が他方の非行を理由に離婚の訴を提起するのに対し、他方は離婚の意思がないかぎり、直ちにこれに応訴し、弁護士を依頼して自己の利益を擁護しようとする。その前提として、弁護士費用をはじめ一切の訴訟費用を支出する財政的能力が必要と考えられる。この能力が充分にあれば、有能な弁護士を依頼することも可能であるが、これを欠くとき、極端な場合には、自己が法廷に出る費用さえ思うにまかせない事態も想像される。この一事をもって被告の敗訴は火を見るよりも明らかである。かかる場合、訴訟係属後に当事者間の話し合いの結果、夫婦の一方とくに妻の弁護士が他方から訴訟費用の支払いをうける旨を裁判所に通知したうえ、手続を進めることがしばしば行われる。それによってはじめて、夫婦は訴訟経済的に対等の地位に立ち、互いに攻撃防禦の方法を充分につくしたうえ、裁判所の公正な判断を期待できよう。訴訟費用を支出する側も受け取る側も、ひとえに法廷における正々堂々たる争いを望んでおり、それを可能にするため、右の方法を選ぶ。夫婦が共

謀していないのはもとより、反面よりみれば、被告が経済的な理由で十分に争えないとき、共謀の疑をうけるのを排除する効果があるとも考えられる。

ニューヨーク郡法律家協会職務倫理委員会の意見第二二九号⁽¹⁾(一九二四年)に右の事情があらわれている。ここでは妻が離婚の訴を提起し、夫が争わずに中間判決が言渡された。中間期間内に夫婦が妻の弁護士をよび、夫は妻と彼女の弁護士の間で予め合意されていた訴訟費用について、妻に対する債務額を差し引いて支払うべく申し入れた。妻の弁護士はかねてからの調査により、夫の非行が共謀にもとづくものでなかったことを確信しており、また夫が支払うべく申し出た金額が、妻および子のための扶養料支払いの能力に少しも影響を及ぼすものでないと考えた。弁護士が妻の承諾を得ずに夫の申し入れに応じ、終局判決をえるよう処置するのが職務上適切な行為かどうかとの質問に対し、倫理委員会が、「弁護士のかかる行為は非倫理的でなく、共謀に加担するものでもない」と回答するのも、さきにもべたような趣旨であろう。

訴訟費用の支払いについて夫婦間で話し合いがつかない場合のため、多くの州の法律が規定を設けている。一例としてニューヨーク州では、一八三〇年の修正法第二部・八章・五節・五八条が、「離婚または別居を求めて提起されたすべて訴訟において、裁判所は自由裁量により、夫に対し、訴訟係属中、妻の手續進行を可能ならしめるために必要な金額の支払いを命ずることができる。……」⁽²⁾と定め、一八八〇年の民事訴訟法典第一七六七条も同趣旨をのべ、一八六五年の民法草案第七一条には、「離婚訴訟の係属中、裁判所は自由裁量により、夫に対し、妻が彼女自身もしくは子供の扶養、または訴訟手續の遂行もしくは防禦を可能ならしめるに必要な金額の支払いを命ずる

ことができる」⁽⁴⁾と規定する。そして、一九二〇年の民事手続法第一一六九条により、「裁判所は夫に対し、妻が別居もしくは離婚手続を遂行し、または防禦するに必要な費用の支払いを要求することができる」⁽⁵⁾。夫婦間に共謀はなく、妻が経済面できわめて不利であると判断すれば、裁判所は妻の申請または自己の職権により、夫に妥当な金額の支払いを命ずることになろう。この規定は一九六三年九月一日以降は家族関係法第二三七条となり、一九六七年の改正でも、そのまま存置されている。⁽⁶⁾

ところで、右の事情は、夫婦の一方が他方と共謀しようとする場合に、ちがった意味であらわれる。もし、被告となるべき配偶者―たとえば妻―に財政的能力がなければ、他のすべての事情から夫と同じく離婚を望んでも、外觀的にせよ自己の利益を擁護するためには相当の費用が必要であることを考え、共謀するにちゅうちょしよう。かかるちゅうちょを一掃するため、夫が妻に対し、彼女に必要な一切の訴訟費用を負担する旨の約束をする。それによって、妻は訴訟費用を考慮する必要がなくなり、はじめて共謀に組し、夫の側から離婚の訴を提起する。つまり、妻を共謀に誘うための手段として、訴訟費用の負担が利用されるわけである。これと逆の立場で、財政的能力のある妻が夫の必要とする一切の費用を負担したうえ、彼女に対して離婚の訴を提起させる場合も同じと思われる。ここでペンシルバニア州の *Karras v. Karras* (一九二二) 事件⁽⁸⁾をみよう。この事件において、裁判所は、「被告たる妻が弁護士に敗訴する責任を負わせ、しかも夫が離婚判決を得たならば、彼の支出した一切の費用に加え、一定の金額を支払うべく約束している。本裁判所は、現行法のもとで絶対に離婚判決を与えない」とのべ、共謀を理由に離婚請求を棄却している。たとえ妻が弁護士に敗訴するよう望んだとしても、あらゆる事情を考慮した個人的な判

断の結果にすぎなければ、問題とするに当るまい。また、妻が夫の訴訟費用を負担したとしても、それが法廷における公正な争いを可能ならしめることを目的とするものであったならば、もとより許されよう。だが、当面の場合、かような事情は存在しなかった。妻が弁護士に敗訴を望んだのと、夫の側の訴訟費用等を負担する旨を約束したのは、両々相まって離婚判決の入手を容易にし、共謀の事実を明るみに出したにほかならない。なお、同州の一九二九年法第四六条によれば、「離婚訴訟において、妻の申請にもとづき、裁判所は合理的と判断される額の弁護士費用および他の支出の負担を夫に命じることができ⁽⁹⁾」と規定されており、本件当時もかかる規定があったと推測されるが、これは夫が妻の費用を負担する場合に關してあり、立場が逆の本件で妻が該規定を利用することはできなかったわけである。

同様の事情は準州当時のハワイに *Palaunoku v. Makaneole* (一九〇八) 事件⁽¹⁰⁾としてあらわれている。この事件において、夫婦はカウアイ島に住んでいるが、故意かつ完全な三年間の遺棄を理由に妻が離婚の訴を提起した。第一審たる巡回裁判所は、「訴を提起する目的で夫婦が互いに承認かつ共謀している」とみとめ、請求を斥けたので、妻が控訴した。これに対し、夫は答弁書を提出せず、もとより抗弁もしない。そこで、原告たる妻の弁護士が夫を証人として喚問するにいたった。夫の証言によれば、「原告以外の女性(クア)と同居することによって、法律を無視する意思はない。離婚後、同女と婚姻するつもりである。私は離婚を目的として、本訴の提起に力を貸した。われわれは離婚し、私がクアと婚姻すべきことを、すでに妻と話し合つて了解済みである。妻が本訴を提起しようとしているのを知っていたし、もし提起したならば、金銭上の助力を与えるべく伝えていた」という。妻もま

た、「只今、夫がのべたように、もし私が離婚判決を得たならば、ある額の金銭を支払うと聞いており、それは事実である」と証言している。

かかる事情のもとで裁判所は、「もし訴訟が原告により、彼自身が救済を得ることを望んだからではなく、被告の利益のため、かつ被告の請求にもとづいて提起されるならば、かかる訴を斥けるに充分ないくつかの原則がある。みせかけではなく、本物の目的を達成するため、共謀して裁判所に訴えるのも、共謀の形式の一つに当る」とのビショップの言葉を引用し、本件において、「もし被告配偶者が、彼女を遺棄した夫から逃れるため、夫とならんの話し合いもなく、自身の費用で訴訟を提起するならば、それに異議をさしはさむことはない。しかし、本件のように、被告が費用を負担し、彼の扇動により、彼の利益のために訴が提起された場合、巡回判事は自己に課せられた義務を果たすため、請求を斥ける充分な理由がある」とのべ、妻の控訴をみとめず、原判決を容認している。

もともと、ハワイ諸島では離婚請求に対する棄却事由として、王国当時、一八五九年の民法第一三二五条が承認・宥恕・期間の経過および互責の四つを規定して以来、一八七〇年法第十六章・六条⁽¹²⁾ 準州になれば、一九二五年法第二七九一条⁽¹³⁾ 一九三五年法第四四六条⁽¹⁴⁾ として一九五五年法第三二四条の二六⁽¹⁵⁾と、章条は変っても、内容はほとんどちがいをみせていない。だが、共謀に関しては、一八五九年の民法は別に二カ条の規定を設けた。第一三二四条に、「たとえ被告が姦通または姦通と同等の非行を自認したとしても、裁判所は離婚判決を言渡す前に、被告の罪について、他の満足のいく (satisfactory) 証拠を要求しなければならぬ⁽¹⁶⁾」と定め、さらに第一三四一条では「離婚または別居請求を審理するに当り、裁判所は共謀を阻止するため、その裁量にもとづき、当事者の一方また

は双方を、宣誓のうえ、尋問する権限を有する⁽¹⁷⁾とした。両規定はその後に改められ、一八七〇年法第十六章・七条、一九〇三年法第二二章・七条⁽¹⁸⁾そして本件当時は一九〇五年法第二三四条となっている⁽¹⁹⁾。同条によれば、「共謀が存すると疑うべきならか正当な理由があるとき、または提出されなかつた重要な証言が得られたとき、かかる疑惑が継続するかぎり、事件の審理を延期するのが判事の義務であり、共謀の事実または提出されなかつた証言の存在を立証するため、検事総長または他の検察官および第三者 (parties not of record) の意見を聞かなければならない」と定めていた。共謀が請求棄却事由の一つであるとはつきりのべたものでなく、訴訟審理の技術面から、それを暗黙のうちにみとめたにすぎない。バーニアーが、「ハワイにおいて、共謀は明示の規定によるよりも、むしろ推測上の問題である⁽²⁰⁾」とするのも、この趣旨といえよう。いずれにせよ、当面の事件において、夫婦双方の証言から両者の共謀は明白に看取される。単に客観的にその疑が存するというに留まらず、公判廷で当事者が自らその事実を暴露したのである。離婚を目的に夫は妻の訴提起に力を貸し、金銭の支払いを約したとのべ、妻もそれを全面的に肯定する。これ以上たしかな共謀の証拠はなからう。それにしても、なぜ夫婦が口をそろえるように、彼の目的を完全に阻止される結果をきたす証言をしたのか。被告たる夫の証言が原告たる妻の側の弁護士によってひき出されたとすれば、妻にとってやぶへびの効果というほかはないし、妻の弁護士が彼女に前示の証言をさせたか、またはかかる証言を阻止することなく聞き流していたのが真相とすれば、その理由を理解するのに困難を覚える。

(1) Opinions of the committees on professional Ethics of the Association of the Bar of the city of New York and

the New York county Lawyer's Association, p. 653.

シシガノ州法曹協会倫理委員会意見第八四号' 第一二三号' ニテローヤ市倫理委員会意見第二十七号' 第四九五号' 同種倫理委員会意見第十三〇号 (一九二五年) 及び〇趣旨を表明する云々。 Drinker, Legal Ethics, p. 129.

- (2) Revised Statutes of the State of New York, vol. III, p. 239.
- (3) Gilbert, The Law of Domestic Relations of the State of New York, p. 78.
- (4) New York (state), The Civil Code of the State of New York. Reported completed by the commissioners of the code, p. 26.
- (5) Warren, Gilbert-Bliss Civil practice of the State of New York, pp. 310-311.
- (6) McKinney, The consolidated Laws of New York. annotated. Book 14. Domestic Relations Law. § 200-272, pp. 282-283.
- (7) McKinney, op. cit., Cumulative annual pocket part. 1966. § 200-272, p. 28.
- (8) A. L. R. vol. 109, p. 897.
- (9) Vernier, American Family Laws. vol. II, p. 318.
- (10) Hawaiian Reports. vol. 19, p. 68.
- (11) The Civil Code of the Hawaiian Islands passed in the year of our Lord. 1859. pp. 320-321.
- (12) Hawaiian Reports. vol. 4, p. 60; Revised Laws of Hawaii. 1925. vol. 1, p. 1064.
- (13) Revised Laws of Hawaii. 1925. vol. I, p. 1064.
- (14) Banner, The doctrine of Recrimination in Divorce Proceedings, University of Kansas city L. R. vol. 10, p. 247.
- (15) Revised Laws of Hawaii. 1955. vol. 2, p. 1584.

- (16) The Civil Code of the Hawaiian islands, p. 320.
- (17) The Civil Code of the Hawaiian islands, p. 324.
- (18) Revised Laws of Hawaii, 1925, vol. 1, p. 1065.
- (19) Hawaiian Reports, vol. 19, p. 69.
- (20) Vernier, op. cit., p. 76.

2 財産上の約束をすること

離婚訴訟をめぐる費用の提供または金銭の支払いの合意とは別個に、訴提起前またはその係属中に、離婚を予期し、夫婦間で将来の財産上の問題についてなんらかの約束を書面に作成する場合がみられる。扶養料 (Alimony) または財産協議 (Property settlement) に関するものがこれである。かかる約束が書面に作成されるとき、離婚という停止条件 (condition precedent) の成就によってはじめてその効力を生じ、厳格に解すれば、いわゆる条件付捺印証書 (Escrow) に該当しよう。だが、アメリカにおいて、捺印証書の要件それ自体が緩和され、捺印証書と単なる書面の区別を廃止した州さえ存在する事情はすでに指摘した。条件付捺印証書の要件たる引渡 (delivery) も本来の姿を失っている。⁽¹⁾ このことは、のちにみる扶養料または協議別居に関する証書についても同じと考えられる。また、約因の存在も必然的に問題になるはずであるが、参照した事例はすべて、かかる書面の内容が夫婦の共謀を物語るものではないか、という点に焦点を絞っているので、本稿でも考察の範囲には入ってこない。

(1) 引渡はもはや第三者に対してなされる必要はない。契約法リスティメント第一〇一条および第一〇三条・末延三次訳

「条解米国契約法」四九頁―五〇頁。

(一) 財 産 協 議

アメリカでは夫婦の財産関係についていかなる制度を採用するか、各州によってちがっている。コモン・ローの原則を修正した夫婦財産制を基調とするもの、いわゆる共通財産制を採用するもの、夫婦別産制によるもの、に大別できる⁽¹⁾。前二者の場合、離婚に当っては夫婦の全財産について、どれが各自の特有財産か、共通財産はどれか、さらにいろいろの形で保有される不動産があればそれも含めて、明確に区分したうえ、特有財産以外のものはそれぞれに単独所有に移すとか、その他の調整ないし清算を計る必要がある⁽²⁾。このため裁判所は離婚判決を言渡すに当り、法律の規定にしたがって財産協議を命ずることになるが、ときには離婚を予期する夫婦が訴提起前または訴訟係属中に、双方の弁護士と協議のうえ、ここにいう財産協議を行い、自主的に問題を解決する。その対象として動産・不動産はもとより、銀行当座預金、株式、社債、生命保険証券または自動車などがあげられる⁽⁴⁾。かかる約束が書面に作成されたとき、その内容は共謀との関連で一応問題になってくる。夫婦の一方が他方にとってきわめて有利な内容の財産協議を行って離婚に同意させ、共謀して訴訟手続を進める事態もあり得るからである。もし、裁判所がそれは離婚を促進する目的でなされたと判断すれば、訴訟費用の支払いに関する合意がそうであったように、共謀の存在を認定することになる。だが、ほとんどの場合、離婚を予期する夫婦が財産関係を調整しておく目的で行っている。裁判所としてもそれを頭から否認する理由は存在せず、むしろ時間のかかる割に困難で骨の折れる

調査をばういてくれるので、夫婦の自主的な財産協議を觀迎するのが実情(6)のようである。参照できたいくつかの判例も、財産協議の内容が合理的かつ公正であるかぎり、それ自体で共謀とはみとめていない。

その一つにカリフォルニア州の *Hill v. Hill* (一九四三) 事件(6)がみられる。この事件において、別居中の夫婦が離婚を条件とした財産協議を行い、離婚判決を得たのち、妻が約束にもとづいて、夫にある金額を支払った。だが、妻はその後に共謀を理由に財産協議の無効を主張し、離婚判決の取り消しを求めた。裁判所は妻の請求を棄却し、つぎのようにのべている。「妻は一度も離婚に合意しておらず、夫も訴訟を争わないとか、証拠をかくすとかの方法で、妻が離婚判決を入手するのを助ける合意をしたことはない。その後の離婚が共謀にもとづいていたと暗示するものは何も見当らない」。もし、夫が離婚に合意し、それを約因として妻が夫のために有利な財産協議をしたのであれば、離婚判決の入手を容易にする目的であったとの判断をうけ、共謀の存在が認定されよう。だが、かかる疑は少しも抱かれていない。もともと、カリフォルニア州では夫婦共通財産制を採用しており、姦通・精神病または極端な虐待を理由とする離婚に当っては、裁判所が適当と判断する割合で分割し、遺棄または常習的飲酒を理由とするときは、正確に二分すべきものとされていた。(8)当面の事件において、夫のいかなる非行が離婚原因になっており、共通財産をいかなる割合で分割すべき場合に当るのか明らかでないが、いずれにせよ、夫婦による自主的な財産協議の内容は公正なものであったと考えられる。しかし、そのみで共謀の疑が全く排除されるわけではない。ときには、一方で予め公正な内容の財産協議をしながら、他方、訴訟手続の面で巧みに共謀を実行する例も考えられる。それを発見されなければ、離婚の目的を達成することも可能であろう。だが、事実を少しでも露見すれば、

すべては徒勞に帰してしまふ。当面の場合、裁判所は夫婦による財産協議はもちろん、右の点でも共謀の疑はないと判断したので、妻の請求を棄却したわけである。

ここで財産協議が共謀の手段とみとめられた例をあげてみよう。オハイオ州の *Campbell v. Campbell* (一九四七) 事件がそれに当る。この事件において、原告たる夫は訴を提起したのみで、公判に出廷せず、妻が直ちに離婚反訴を提起し、いろいろの証拠を提出した。そのなかに夫婦の署名した財産協議の証書があり、しかも、「夫は訴を取り下げ、事件を争わずに進行させるのに同意する」旨の一項目がみられたので、かかる約束は共謀のしるしではないかが問題になった。もともと、同州ではコモン・ローの原則を修正した夫婦別産制を基調としているようであつて、離婚に当つては、夫婦が共有または合意の形で保有している不動産について、適切な分割ないし調整をする必要があるのはいうまでもない。かかる事情のもとで裁判所は、「夫婦が財産権についてのみならず、離婚することも合意し、一方が訴を取り下げて事件を争わない約束をしている。自己の利益を防禦しない旨の合意は、その本質からみて共謀である」とのべ、本訴・反訴ともに請求を棄却している。

すでにのべたように、予め財産協議がなされていても、内容が合理的かつ公正なものであれば、そのみで共謀が問題になるはずはない。たとえ内容が不公正であつても、訴訟手続が正常な姿で行われ、不正な企てが少しもなければ、共謀の疑いは起らず、右の内容は判決言渡のとき、裁判所によって修正されることにならう。結局、財産協議が共謀の手段と認定されるのは、内容の公正・不公正を問わず、それが手続における詐欺的な企てと結びつくためと考えられる。本件についてみれば、離婚を望む妻が夫にとって有利な内容をもつ財産協議をしたので、夫

も離婚に同意した。夫の側からまず離婚の訴を提起するのに続いて、妻が反訴を提起し、さらに夫は訴を取り下げ、終局的には妻が離婚判決を得られるよう申し合わせていた。⁽¹¹⁾これが真相ではなからうか。予め不公正な内容の財産協議をすることと、離婚の合意とが不可分に結びつき、夫が訴を取り下げなかったことを別とすれば、その合意は現に実行されていたので、前示の証書を提出した妻は、自ら共謀の事実を暴露する結果となっている。裁判所もこの点に注目するかぎり、共謀の認定には困難を感じなかったと思われる。

オハイオ州で最初に離婚法が制定されたのは北西部準州時代の一七九五年であるが、*Harter v. Harter* (一八三二)⁽¹²⁾事件によれば、当時から共謀の行われていたことがわかる。「恐らくオハイオ州で離婚および扶養に関する法律ほど濫用されたものはあるまい。裁判所にこれ以上の重荷を負わせ、個人に対してこれ以上の不正をもたらす法律はなからう。……審理は普通、一方的に行われる。証人は原告を有利にするように尋問をうける。そして、全く不可能ではないにしても、大部分の裁判所にとって、事件の真相に到達することができない。……本裁判所にやってくる大多数の事件について、その大部分が審理をうけるに価しないものであると信ずる」というのである。離婚法に規定はなくとも、互責が判例によって請求棄却事由とみとめられる事情は、すでに明らかにしたが、⁽¹⁴⁾当面の問題たる共謀についても例外ではないことがはっきりわかる。⁽¹⁵⁾

(1) 夫婦は一体で、その一体は夫であるという厳格な法律により夫婦財産を規律するものは姿を消し、夫婦すべての財産は、夫または妻がそれぞれ特有財産として所有するか、共同土地保有者 (Tenant in common)、共同保有者 (Joint tenant)、夫婦全部保有不動産権 (Tenancy by entireties) 等の形で所有されているようである。

- (2) 共通財産制をとる諸州のうち、カリフォルニア、アイダオおよびネバダ諸州では、姦通または極端な虐待を理由とする離婚判決において、裁判所はそれが妥当と判断する割合で共通財産を分割するけれども、右以外の理由による場合、正確に二分しなければならぬ。Ploscowe, 「Truth about Divorce, p. 197.
- (3) シンガン州においては、裁判所規則により、離婚判決のなかに「財産協議」と題する項目のもとで記載すべきものとされる。Jacobs and Goebel, *Cases and other Materials on Domestic Relations*, p. 866.
- (4) Ploscowe, *op. cit.*, p. 197.
- (5) Ploscowe, *op. cit.*, p. 198.
- 島津一郎教授は次のように指摘される。「筆者は長年にわたって、わが国の調停(法的解決)にあたるものは外国ではなにかに深い関心をいだいてきた。そして、今、対象や機能の点でそれにもっとも近いものが、無防禦事件の場合に行なわれる財産協議ではないかと考えるようになった」。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十三頁。
- (6) P. 2d. vol. 142, p. 417; *Armstrong, California Family Law*. vol. II. pp. 184-185.
モンタナ州の *Welsh v. Welsh* (一九三六) 事件も、離婚を予期して夫婦間でなされた財産協議は有効であるとし、さらに、「離婚訴訟当事者が財産協議の内容が公正かつ衡平であるかどうか、それが離婚を促進する目的でなされたかどうか、を裁判所の判断に委ねるのは一般に行われているところである」とのべる。A. L. R. vol. 109, p. 845.
- (7) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(五)」神戸学院法学五巻四号—一四頁以下参照。
- (8) Kuchler, *Law of Support*, p. 26.
- (9) Clark, *Cases on Domestic Relations*, p. 173.
- (10) 前註(1)参照。

- (11) 立場が反対の場合として、イリノイ州の *Pressney v. Pressney* (一九五〇) 事件がみられる。Virtue, Family cases in court, p. 59.
- (12) 拙稿・前出—互責論 (11) 神戸学院法学四卷四号四〇頁—四一頁。
- (13) Alexander, The Follies of Divorce: A Therapeutic Approach to the problem. A. B. A. J. vol. 36, p. 105.
- (14) 拙稿・前出—互責論 (11) 神戸学院法学四卷四号三八頁以下参照。
- (15) Page's Ohio General Code Annotated. vol. 9, pp. 299-300.

(二) 扶養料支払の約束

扶養料支払の約束が書面に作成された場合、共謀と関連してよく問題になるが、これについても財産協議のときと同じ理論が妥当しよう。たとえば、ニューヨーク州の *Doern v. Doern* (一九〇四) 事件⁽¹⁾において、裁判所は、「離婚判決を予期し、夫婦間で財産上の約束をするのは共謀の疑があるとの主張をいまだ開いたことはない。裁判所が離婚判決を与えるほとんどの場合、妻の扶養に関する条項を含めるのが普通であるが、夫が自発的にそうしたからといって、共謀の証拠にはならない」旨を明示し、夫のした扶養料支払の約束を共謀の証拠とみとめて妻の離婚請求を棄却した原判決を破棄している。もともと、非行のあった妻に扶養料を与えないとのイギリスの教会裁判所の法理をうけついでアメリカにおいて、原告たる夫の離婚請求がみとめられる場合、特別の規定がないかぎり、妻は扶養料請求権をもたない⁽²⁾。これに反し、妻が原告の場合、裁判所はその請求をみとめるに当って、婚姻中の扶養義務の延長として、夫に対し、妻の扶養に必要な処置を命ずることになる。当面のニューヨーク州では、当

初、一八三〇年の修正法第二部・八章・三節・四五条が、「もし妻が原告であり、離婚判決を言渡すべき場合、裁判所は該当事者の事情を考慮し、それが公正と判断するところにより、被告に対し、婚姻から生れた子の養育費および原告の扶養料の支払いを強要する別個の判決を言渡し、または命令を下すことができる⁽³⁾」と規定し、民事訴訟法典第一七五九条には、「妻が訴を提起するとき、手続には以下の規則を適用する。……②裁判所は終局判決において、子の養育・監護および原告の扶養のため、正義の要求にしたがい、当事者のおかれたあらゆる事情を考慮し、被告が適切な費用を支払うよう命ずることができる⁽⁴⁾」とし、民法草案第七三条も同趣旨を定めた。その後、民事手続法第一一五五条にうけつがれ、一九六三年九月一日以降は家族関係法第二三六条となり、被告たる妻の扶養に関する特別の規定はない⁽⁵⁾。

かかる事情を背景として当面の事件をみれば、妻が夫の非行を理由とする離婚請求が控訴審でみとめられているから、本来ならば、裁判所があらゆる事情を考慮して、妻のための扶養料を定め、妻もそれを請求できよう。だが、判決言渡以前、すでに夫は自発的に妻に対し、離婚後の扶養料を提案して妻の承諾を得ていた⁽⁹⁾。その内容が公正なものであったかどうか、明らかでないが、いずれにせよ、右の一事をもって共謀を認定するのは早計といわなければならない。けだし、さきにもた財産協議の場合と同様、ここでも、扶養料の内容が公正なものであれば、訴訟手続が正常な姿で行われているかぎり、共謀はみとめられない⁽¹⁰⁾。たとえ、不公正であっても、訴訟手続が正常に運ばれるかぎり、その内容のちに判決言渡のとき、裁判所によって是正されよう。一例をあげれば、Goetz v. Goetz (一九二六) 事件において、被告が約三十八万ドルの財産をもっているとき、原告に年額一万二千ドルを扶養料と

して支払う約束は過多であるとみとめ、裁判所はそれを八千ドルに減額している。⁽¹¹⁾ 結局、扶養料に関する約束も、内容の公正・不公正を問わず、手続面で離婚の合意または不正な企てと結びつくときにのみ、共謀の一手段とみとめられることになる。⁽¹²⁾ 当面の事件において、離婚の合意または不正な企ては少しもあらわれていない。この点からすれば、夫はすでに自己の敗訴を予想し、いずれ判決により扶養料支払いの義務が生じるのならば、問題の解決をあとに残すよりも、いわば事務的なこととして早く決めておきたいと思ったのではなからうか。妻の承諾を得てそうしておく方が、裁判所によって命じられるよりも少額ですむとの打算的な考慮も加わっていたかも知れない。

右と対照的に、同じニューヨーク州で扶養料支払いの約束が共謀と認定された例として、*Yalkut v. Yalkut* (一九三三) 事件がみられる。この事件において、妻が離婚の訴を提起したのに対し、夫は審理に出廷しなかった。判事は妻に向い、扶養料の支払いをうけることを望むかどうかを尋ねた。妻は夫婦間ですでにそれに関する合意ができていたと答え、弁護士は彼女の署名した書面の写しを提出した。内容は次のとおりである。「あなた(夫)が私および私の証人に離婚判決の入手に必要な証拠を提供してくれることを考慮し、私は扶養料および弁護士費用を要求せず、ただ子の監護のため週五ドル請求する。さらに、あなたの訴訟費用はすべて私が負担することを約束する。あなたがこの約束を信頼し、離婚に合意する気持を起すよう、本書を作成する」。裁判所はこの書面から夫婦の共謀を認定している。妻の側からみて、夫がなんらか非行をしたのはたしかであるが、その証拠を充分に入手できない。それがなければ、訴の提起しても離婚判決の入手はおぼつかない。離婚の決意は固いので、それへの最短距離として夫と共謀するにしくはない。そこで、妻は夫にとってきわめて有利な条件をもち出し、共謀してくれるよう

申し入れた。夫の訴訟費用を全部負担し、扶養料・弁護士費用を請求しない代わりに、夫の非行に関する証拠を提出してもらうことを求めている。扶養料支払いについて合意が成立したというからには、夫は右の諸条件をうけ入れて共謀することにし、その結果、審理に出廷しなかったと考えられる。それにしても、妻はかかる書面を提出すべきではなかったろう。文面を一読すれば、判事でなくとも夫婦が共謀している事実は直ちに看取できる。夫が出廷してその事実を否認すれば格別、彼は現に出廷していない。扶養料支払または弁護士費用負担の約束にかぎられておれば、すでに検討したように、共謀が認定される危険は少なくなろう。だが、ここでは、われわれ夫婦は共謀していませんといわんばかりである。妻の弁護士の手からかかる書面が提出されたことも、おどろくのほかはない。職務倫理規範を一応別とすれば、弁護士として妻を勝訴させるためには、たとえかかる書面があったとしても、かくしたまま、巧みに手続を進めるべきであって、いやしくも夫婦共謀の事実を積極的に暴露するが如きは、常識にも反しよう。

扶養料支払いの約束が共謀の証拠とされた他の例に、イリノイ州の *Ehlers v. Ehlers* (一九三〇) 事件⁽¹⁴⁾がみられる。この事件において、夫が妻の扶養のために設定した信託証書⁽¹⁵⁾ (Trust agreement) のなかで、「もし夫婦のいずれかが離婚または別居訴訟を開始したならば、受託者は信託財産を妻に引渡さなければならぬ」旨を記載していた。裁判所はかかる条項は公益に違反するとの理由で、無効と判断している。ここで公益に反するとは、夫婦間に共謀が存在する事実を指摘したにほかなるまい⁽¹⁶⁾。もともと、夫婦が離婚するとき、離婚後の扶養について双方が協議し、また裁判所が適当と判断する内容を定める。一つの方法として、夫婦の一方が他方を受益者 (Beneficiary)

として、ある財産を信託に設定することもあろう。その内容が合理的かつ公正なものであるかぎり、裁判所も是認すると考えられる。当面の場合、設定された信託の内容が、夫婦の離婚後、受託者が夫による信託財産からの収益で妻の扶養料を定期的に支払つていくにあり、しかもその額が当事者双方の経済状態に照らして妥当と判断されるものであつたならば、そのみで共謀と判断されるはずはない。だが、現実には、夫または妻が訴を提起することにより、信託財産は後者の所有に帰してしまふ。訴提起の時期がきわめて近い将来であれば、信託とは有名無実で、現実には、夫から受託者たる第三者を経て、妻に財産を引き渡すのと同様と選ぶところはない。かかる内容の信託が妻の扶養を目的とした公正なものとは、とうてい考えられない。妻の扶養が真の目的であれば、信託はむしろ離婚判決後にその効果を發揮すべきであつて、離婚の訴の提起と同時に終了させるのでは意味がない。この点からすれば、夫婦はすでに離婚に合意し、妻の側から訴を提起することも約束済みであつて、妻の扶養のためと称して信託を設定したのは、それによって共謀の事実がある程度までかくすことができるかと軽信したからではなからうか。

(一) A. L. R. vol. 2, p. 708; Madden, *Hand Book of the Law of persons and Domestic Relations*, p. 325; *Piscowe*, *The truth about Divorce*, p. 189.

(二) ギルバートは夫の扶養義務を説明して次のようにいう。「婚姻中、夫は妻を扶養する義務がある。これに反し、妻はかかる意味ではなんらの義務も負わない。離婚後も、附随条件たる扶養料の支払いという方法で夫の扶養義務は引続き存続し、それを履行する義務を負う。しかし、義務の本質が変わるわけではない。離婚は夫自ら提起した訴の結果であるから、引続き妻を扶養すべき義務を免除することにはならない。債務の形式および支払方法は變つても、本質はいぜんとして同じである」⁹ Gilbert, *The Law of Domestic Relations of the State of New York*, p. 56.

- (3) The Revised statutes of the State of New York, vol. III, p. 236.
- (4) Gilbert, op. cit., p. 55.
- (5) New York (state). The Civil Code of the State of New York. Reported completed by the commissioners of the code, p. 27.
- (6) Warren, Gilbert-Bliss Civil practice of the State of New York, p. 275.
- (7) McKinney, The Consolidated Laws of New York Annotated. Book 14. Domestic Relations. § 200-272. pp. 133-134.
- (8) 民事訴訟法典第一七六〇条は、夫が原告の場合の手續について第一七五九条と同様の規定をおいていたが、そのなかには、妻の扶養に関する規定はなく、これさえも、民事手続法第一一五八条にうけつがれたのち、一九二九年にいたって廃止されてゐる。
- (9) ニューヨーク州において、夫婦間で離婚後の扶養料を予め合意しておくことは一般に許されている。本件以前の判例は見当たらないが、以後のものとして Hamlin v. Hamlin (一九二九) 事件、Schnitzer v. Schnitzer (一九三三) 事件、Zatz v. Zatz (一九四〇) 事件がこの趣旨を表明してゐる。Warren, op. cit., p. 276.
- (10) ウイリス-ton はかかる夫婦間の合意を有効とする意味で、それを Contract であるとする。Williston, A treatise on the Law of Contracts. vol. VI. p. 4934.
- (11) Warren, op. cit., p. 277.
- (12) 契約法リステイメントも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」と規定しながら、例の(4)・(5)で次のようにのべる。「(4)甲は乙に対して離婚訴訟を起す。甲・乙は離婚成立の場合の子の扶養について取引する。これは離婚を奨励したり容易にしたりする目的でない限り違法ではない。(5)(4)

の場合に甲・乙は離婚成立の場合の離婚手当の額を定める。これは離婚判決を容易ならしめる目的でない限り違法ではない。末延三次訳「条解米國契約法」三九五頁。

(13) Lindsey, Separation agreement and Ante-Nuptial contract, p. 382.

(14) Lindsey. op. cit., p. 381.

(15) イリノイ州では、土地について信託を宣言し、または設定するには遺言書も含めて書面に作成しなければならない。し

かし、推定信託 (Resulting trust) または認定信託 (Constructive trust) は口頭で証明できる。Martindale-Hubbell. Law Directory. vol. IV. Law Digest, p. 516.

(16) 同州の一九五一年法によれば、「離婚原因と主張された非行が当事者の共謀によって引き起されたとか、離婚判決を得る目的で原告の同意のもとになされたこと……について、裁判所が満足する程度に明らかになるとき……離婚判決を与えないならばならぬ」。Virtue, Family cases in court, p. 58.