

承認の理論的根拠について

——離婚請求棄却事由の一つとして——

村 井 衡 平

序

一 ローマ法

二 カノン法

三 イギリス法

1 コモン・ロー

2 立法離婚

3 教会裁判所

序

夫婦の一方が離婚原因に当る他方の非行を予め明示または黙示に承認していたならば、のちにその非行を理由に離婚の訴を提起しても、請求はみとめられない。アメリカの多くの州の離婚法は、最近にいたるまで、承認を互貴

承認の理論的根拠について（村井）

（三八九）

一八七

・宥恕および共謀と並べて離婚請求に対する棄却事由と定めていた。規定の内容として、たとえばカリフォルニア州民法は、一九七〇年の大改正によって廃止されるまで、第一一二条によれば、「承認とは配偶者が離婚原因に当る非行をなすのに対して与える不正な同意 (Corrupt consent) をいう」とし、ついで第一一三条に、「不正な同意は、当該非行を承認または積極的に誘発する意図をもつ受働的な許可によって表明される」と定めていた。カリフォルニア州民法の規定は、その制定当時、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に大きな影響を及ぼしている。⁽²⁾これを当面の承認についてみれば、モンタナ州は右のうち第一一二条のみをとり入れ、ノースダコタおよびサウスダコタ両州は、右の両条をそのまま採用した。⁽³⁾四つの請求棄却事由をみれば、アイダオ州は五責および共謀についてのみ、カリフォルニア州民法の規定を採用し、承認の規定はうけ入れておらず、ノースダコタおよびサウスダコタ両州は四つの棄却事由すべてについて、またモンタナ州は宥恕の規定の一部を除いてすべて、とり入れたこととなる。一方ニューヨーク州をみれば、一八三〇年の修正法第二部・八章・四二条⁽⁴⁾に由来する一八八〇年の民事訴訟法典第一七五八条によれば、「⁽¹⁾被告の姦通が原告による誘発または承認のもとになされたとき、……たとえ姦通の事実が立証されても、原告の離婚請求はみとめられない」とし、これは一六二〇年の民事手続法第一一五三条⁽⁶⁾から、一九六三年九月一日以降の家族関係法第一七一条⁽⁷⁾にうけつがれている。

このように、規定の仕方は州によってまちまちで、古く一九三二年当時、七つのタイプがあるといわれていたが、そのうち、アラバマ・アリゾナ・デラウエア・ペンシルバニア・テネシーおよびテキサスの六州では、承認は夫の側から妻の非行に対するもののみみとめられ、アラバマ・アラスカ・アリゾナ等の十六州においては、姦通のみが

対象とされていた⁽⁸⁾。前者は、離婚原因たる非行を夫婦について区別し、妻の非行を夫のそれと比較して格段と重視する伝統的な考え方に立ち、妻の非行をあえて承認した夫の態度を非難するのであるが、後者の諸州が姦通以外の離婚原因について承認の抗弁を許さないのは何故であろうか。これも実際問題として、承認が抗弁とされるのは被告の姦通に関連するのがほとんどといってよい実情が大きな要因をなしているのかも知れない。イギリスの一九五〇年の婚姻訴訟事件法第四条は、承認を離婚請求棄却事由の一つと規定し、一九五六年に提出された婚姻・離婚問題調査王立委員会の報告書では、「われわれにとつて、婚姻犯罪に関して救済が求められるとき、もし共謀・承認・または宥恕が存在するならば、救済はつねに拒否されるべきであるというのが正しいように思われる」とのべ、一九六三年の婚姻訴訟事件法でも修正を加えておらず、一般に配偶者の姦通を理由とする離婚請求に対する抗弁と理解されていた⁽¹⁰⁾。同じことがアメリカにおいてもいえるのではないか。ビショップによれば、「承認はすべての離婚事件において利用できる抗弁であるが、姦通を理由とする場合に最もしばしばあらわれるのを知ることができよう⁽¹¹⁾」という。判例を詳細に検討していけば、実情がある程度はつきりすると思われる。だが、これは一応、将来の課題としておき、本稿では、アメリカ諸州で離婚請求棄却事由の一つとみとめられた承認の理論的な根拠はどこにあるのか、起源をローマ法にさかのぼって検討してみよう。

(1) Deering The Civil Code of the state of California, p. 41.

(2) 村井「離婚請求棄却事由の研究—互責論(二)」神戸学院法学四巻四号六八頁。

(3) Vernier, American Family Laws, vol. II, p. 77.

- (4) The Revised Statutes of the state of New York. vol. III, p. 236.
- (5) Gilbert, The Law of Domestic Relations of the state of New York, p. 52.
- (6) Warren, Gilbert-Bliss Civil practice of the state of New York. vol. 6 A, p.271.
- (7) McKinney, The Consolidated Laws of New York Annotated. Book 14. § 1-199, p. 451.
- (8) Vernier, op. cit., pp. 77-78.
- (9) Royal Commission on Marriage and Divorce. Report 1951-1955.
- (10) Bromley, Family Law. p. 120.
- (11) Gilbert, op. cit., p. 52.

1 ローマ法

離婚請求棄却事由の一つたる承認がカノン法からイギリス教会法を経てきた事情は、互責および共謀の場合と異なるところはない。⁽¹⁾だが、ローマ法にさかのぼるとき、承認は互責と同じく離婚それ自体ではなく、妻の姦通を理由とする告訴との関係において問題となるし、一方では、他の棄却事由とちがって、不法行為法の領域にも発していることがわかる。

紀元前十八年頃の「姦通禁庄に関するユーリア法」が妻の姦通を告訴しない夫を媒介者として処罰したことは、さきに互責の沿革に関連してのべたところである。⁽²⁾これをさらに詳しくみれば、たとえば学説彙纂四八・五・二・二一(ウルピアヌス討議録第八卷)に、「姦通禁庄に関するユーリア法では、妻の姦通について金銭を受領し、また

は姦通した妻をそのままにした夫に対し、同様に罰を科する旨の規定がなされている⁽³⁾とのべ、さらに五には、「夫が公の手続で妻の姦通を告訴するとき、その告訴は、夫が媒介した旨の申述によって拒絶されるか。私は拒絶されたいと思う。なるほど、夫が媒介したことは彼を苦しめるけれども、妻はそれを言訳にできない⁽⁴⁾とする。つまり、夫が妻の姦通を告訴しなければ罰を科せられる一方、夫の告訴に対しては、妻が媒介⁽⁵⁾ (lenonium) を抗弁にしても、罰を免れることはできない。夫の側にも非行があれば告訴は容れられない互責の場合と対比し、単なる媒介は全くちがった扱いをうけることが明らかになる。妻の姦通を極度に重視し、他の処罰と並んで流刑が科せられていた結果、夫の側に非行はなく、媒介の事実が明らかとなるにすぎない場合、媒介に対しては、それを理由に告訴を斥けることなく、かつ姦通の処罰とは別個に罰を加えるのが適当であり、両者の均衡を保ち、衡平の要求に合致するゆえんと判断されたのではなからうか。右にいう媒介は承認の一様式に当るから、媒介の語を承認でおき代えれば、ローマ法において、承認は互責とちがひ、夫に刑罰を科する原因となつたに留まり、妻が夫の告訴に対してそれを抗弁とすることは許されないし、もとより離婚それ自体と何の関連もみとめられない。そうだとすれば、互責が告訴との関連で効果を發揮し、その後における別居ないし離婚請求棄却事由の起源をなすと考えられるのに反し、承認はかかる実効を少しも示さなかつたといわなければならない。

ところで、イギリスおよびアメリカの不法行為法は、「被害者の承認⁽⁶⁾」(leave and licence, consent: Assumption of Risk) を不法行為責任の免責事由の一つとする。被害者が危険の発生に対して承認を与えたとき、または自ら進んで危険にさらしたとき、その結果として蒙つた損害について、不法行為を理由に訴を提起することはでき

ない、というのがそれである。「これを愆するものに対しては、損害は加えられない」(volenti non fit injuria)との法諺がつねに引き合いに出されるが、その起源をたづねると、一般的常識から生じた公理にすぎない。ヘーベンによれば、「行為の準則として矛盾した原理をみとめることは、全社会を転覆させるに役立つにすぎず、ある人が他人を信用し、他人と協力して行為できるのは、行為の連続性と首尾一貫性を信頼することによってのみ可能であり、われわれは大古から前示の法諺に含まれた原理が人間関係の最たる核心を成していたことを発見する」⁽⁷⁾という。ついで彼は、ギリシヤ法最古の資料として「オデッセイ」と並ぶホーメロスの名作「イーリアス」の第四書第四三行でゼウスののべる「私だとして気に染まぬながら、進んで許してやったものだから」⁽⁹⁾との言葉を引用し、「ホーメロスはここで、自己自身の言葉または行為によって正当化され、または非難されなければならない人について⁽¹⁰⁾のべたものである」と説明している。

右の第四書の冒頭では、神々や女神たちがトロイ戦争に興味をもっていたことが示される。ゼウスが、戦いはギリシヤの将メラネオスのものに決ったから両者の間に和睦のよしみを送ろうとするのに対し、ヘラがあくまでトロイに禍いをもたらすことを主張する。そこで、ゼウスはヘラに対し、ヘラがあくまでトロイを滅ぼそうとするのであれば、私はあえて反対せずに許しておいてやろう。その結果について何も不平はいわない。だから、私が将来、ある都を滅ぼそうと企てるとき、お前は決して反対したり、不平をのべてはならないぞというわけである。⁽¹¹⁾ホメロスはゼウスの口を借りて、法律が道徳・習俗および宗教と混然として未分化の状態⁽¹²⁾を示し、法観念を意味するものとしてテミス・ゼウスの娘たる女神—という言葉はあっても、ノモスという言葉はまだあらわれていない、クレタ

・ミケーネ文化の時代における生活規範たる行為の客観的な準則の一つを示したものとみてよいではなからうか。

一方、ウインフィールドも、さきの法諺の根拠をなす思想は古くアリストテレスの言葉にさかのぼるとして、エウデモス倫理学 (Eudemia Eudemia) 第五卷の「人は自らに不正をはたらくことができるか」と題する第十一章のなかの言葉を引用し⁽¹⁴⁾、また古典ローマ法学者の労作にも見出されると、学説彙纂四七・一〇・一・五(ウルピアヌス告示註解第五六卷)の規定を指摘する⁽¹⁵⁾。前者によれば、「もし、人が自分に対して不正をはたらくことができるとすれば、同一の事柄について、同時に加害者であり、被害者でもあることになる。さらに、その場合、人は意識的に不正をはたらかれることにならなければならない」⁽¹⁶⁾。アリストテレスが正義を形式的・分配的正義と具體的・均整的正義に分類し、後者は前者が実質的に不正義となる場合に救済を与える原理たる衡平にほかならないとしたのは、周知のとおりである。

ここでも衡平の原理に基礎をおき、他人が自分に対して不正をはたらくのを甘受するのは、単に不正を蒙るのとほつきり区別され、好んで不正をはたらかれていることとなるから、それが随意的かつ選択にもとづいている以上生じた結果について不平をいい、救済を求めるには当らない。それが倫理的な要請に合致するとの趣旨と考えられる。これについて、「問題は法律上のものではなく、より広く道德的なものであり、その重要性は人間が道德的な責任に目覚め、理智的に成長するにつれて増大する。法律が倫理と分れてそれ自身の規律を樹立するや否や、自由人は彼自身の行為または言葉と矛盾する主張をしても聞き入れられない、との原理が基本的な取得物と肩を並べにいたる。そして、人間が子供であることを止め、個人的な行為の自由を主張するようになると、それが影響する

領域も拡がってくる」⁽¹⁸⁾とのベーベンの言葉は、承認という法律・道徳ないし倫理面にまたがった問題を検討するに当り、予め有益な示唆を与えてくれるものと評価しなければならぬ。

また、後者すなわち学説彙纂四七・一〇・一・五によれば、「ある人が他人の息子をその同意をえて売った場合、息子に対する侵害によって父の名誉が損われるかぎり、侵害訴権 (actio injuriarum) は息子自身ではなく、父に帰する。なぜならば、それに同意した人にはなんらの侵害も生じないからである」⁽¹⁹⁾。侵害訴権は、さきに互責の沿革を検討した際にみた嫁資返還請求の訴権⁽²⁰⁾と同様に、これまで専ら身体の攻撃・侵害にかぎられていたものが、法務官の告示によってその適用を拡大し、言語による侮辱・誹毀の行為に対してもみとめられるにいたった訴権であつて、主なものとして四つ数えられるが、当面の場合、そのうちの「infamatio」に關する告示にもとづく名誉毀損⁽²²⁾が問題になっていると思われる。

告示によれば、「何人タリトモ他人ヲ infamare スル目的ヲ以テ行為ヲ為スベカラズ。若シスル行為ヲ為セルトキハ本職ハ当該ノ事件ニ從ヒ処罰スベシ」⁽²³⁾という。しかも、ガイウスの法学提要第三卷・二二二には、「吾人自身に対する侵害のみならず、吾人の権力に服する吾人の卑属観、又縦ヒ吾人の夫権に服せずとも吾人の妻に対するものも亦吾人に対する侵害と認められる」⁽²⁴⁾。当面の場合、侵害をうけたのは父および息子であるが、息子は彼が他人に売られることに同意し、それによって発生するすべての事態を是認していたから、いかに不利益な結果を蒙つても、自らはなんらの訴権も行使できない。これと別個に、父が父たる資格において、損われた社会的名誉を回復すべき訴権を行使することは可能である旨をのべたものと考えられる。なお、ベーベンは同時代のものとして、学説⁽²⁵⁾

彙纂五〇・七・二〇にみられるポンポニウスの言葉、「人は彼自身の過失によって損害を蒙ったとき、彼は損害を蒙ったものと理解され⁽²⁶⁾ない」というのを合わせて引用し、さらにそれ以前、スティックの哲学およびそれが説く人間の衡平と責任の原理がローマ法に影響を及ぼし、ウルピアヌスの言明が学説彙纂にとり入れられたとし、五〇・一七・三三二、すなわち、「自然法にしたがって主張するものは、すべての人々に衡平である⁽²⁸⁾」との規定を引き合いに出している⁽²⁹⁾。これらの規定のなかに、さきの法諺の根拠をなす思想がみられるというのも尤もであろう。

もともと、ローマ法においては、不法行為に関する統一的な法体系が形成されるにいたらず、個々別々の不法行為について、それぞれがった訴権 (actio) が与えられていたにすぎない⁽³⁰⁾。ローマ人の実際的・現実的な実行主義が法学者の活動にあらわれた結果、①抽象帰納の仕事の欠缺、②理由づけの不足、③歴史的研究の欠缺、そして⑤法を訴権の側より観察し、権利の体系としてとり扱わなかった事情はつとに指摘されるところである⁽³¹⁾。このことは前示の規定についても例外ではなく、ある人が他人の息子を売ったという一個の場合を想定し、もし息子がそれに同意していたならば、なんらの訴権も与えられない旨をのべたにすぎず、それ自体で閉鎖的かつ完結的な意味をもつものではなからうか。そうだとすれば、ローマ法において「被害者の承諾」という一般的な原則が存在しており、その具体的な事例の一つとして前示の規定が設けられたと判断することはできないと思われる⁽³²⁾。

(1) 村井「離婚請求棄却事由の研究―互責論(一)」神戸学院法学四卷二・三号一一〇頁以下、および「共謀論(一)」神戸学院法学七卷一号四二頁以下参照。

(2) 村井「互責論(一)」前掲一・二三頁。

- (3) D. 48. 5. 2. 2: *Lenocium quidem crimen lege Julia de adulteris praescriptum est, Cum sit in eam maritum poena statuta, ...*
- (4) D. 48. 5. 2. 5: *si publico iudicio maritus uxorem ream faciat, an lenocini allegatio repellat maritum ab accusation? Et putem non repellere. Lenocinium igitur mariti ipsum onerat, non mulierem excusat.*
- (5) モムゼンは媒介の内容を六種に分けていふ。Mommesen, *Romisches Strafrecht*, S. 700.
- (6) アメリカにおいては「危険の引受」——*Voluntary assumption of Risk* が一般に用いられる。
- (7) Beven, “*Voluntary non fit injuria*” in the Light of recent labour legislation, *Journal of comparative legislation*, vol. 8, p. 185.
- (8) 一柳俊夫「ホメーロスの詩篇に現われた古代ギリシヤの法律思想について」早稲田法学会誌三卷一九〇頁。
- (9) ホメーロス。呉茂一訳「イーリアス」上 一一九頁。
- (10) Beven, *op. cit.*, p. 185: *Homer, The Iliad I (Loel classical Library)*, pp. 154-155.
- (11) ブルフィンチ。野上弥生子訳「ギリシヤ・ローマ神話」下 三四頁。
- (12) 一柳俊夫・前掲論文一九二頁。
- (13) Winfield, *A text-Book of the Law of Torts*, p. 24.
- (14) Beven, *op. cit.*, p. 185.
- (15) Winfield, *op. cit.*, p. 24.
- (16) Beven, *op. cit.*, p. 185.
- エウデモス倫理学の第四、五、六巻はニコマコス倫理学の第五、六、七巻と共通であると説明される。安藤孝行「アリストテレスの倫理学」十一頁。
- (17) 船田章二「法律思想史」九二頁—九四頁、和田小次郎「法哲学」上巻四三頁—四四頁。

- (81) Beven, op. cit., p. 185.
- (81) D. 47. 10. 1. 5 : Heredes exstitimus, laccessatur, usque adeo autem injuria, quae fit liberis, nostris nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis venderit, patri suo quidem nomine non competi, quia nulla injuria.
- (20) 村井「互責論(1)」神戸学院法学四卷一・三号一一八頁一一二〇頁。
- (21) 一般的告示(Edictum general)'罵詈(convicium)に関する告示、羞恥心の侵害(adtemptata pudicitia)に関する告示および名誉毀損(infamandi causa facere)に関する告示がそれである。小野清一郎「刑法における名誉の保護」一八頁一一二頁。
- (22) 名誉毀損に三種あったことについて、船田亨二「羅馬法」第三卷三三七頁。
- (23) 'Ne quid infamandi causa fiat: si adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam'. 石井茂樹「Injuriaの史的觀察」法学協会雑誌四二卷六号一三八頁一一三九頁。
- (24) 船田亨二訳「ガイウス法学提要」二五三頁。
- (25) マックス・レイディンによれば、一般に引用される例は、妻の蒙った侮辱に関するそれである。かかる侵害は妻、夫、父、息子、兄弟、あるいは妻を保護する義務あるものに侵害訴権を与えた。Radin, Hand Book of Roman Law, p. 141.
- (26) D. 50. 17. 20 : Quod quis ex culpa sua damnun sentit non intelligitur damnun sentire.
- (27) Beven, op. cit., p. 186.
- (28) D. 50. 16. 32 : Quod ad Jus naturale attinet omnes aequales sunt.
- (29) Beven, op. cit., p. 186.
- (30) 末川博「権利侵害論」三九頁一四一頁。
- (31) 原田慶吉「ローマの文化とローマ法—ローマ法における現実実利実際主義—」国家学会雑誌六三卷六号一六頁一一四頁。

承認の理論的根拠について(村井)

(32) 被害者の承諾と対照的によく引き合いに出される寄与過失の原則についても同じ事情にあったことは、石本雅男「ローマ法における寄与過失の問題」比較法と私法の諸問題 二二九頁。

二一 カノン法

旧教会法典 (Corpus Juris Canonici) の第二部を成すグレゴリウス法令集 (decretales Gregorii. 1234) の第三篇・二四章・八条をみれば、グレゴリウス九世(一二二七—四一)の教令として、「なにびとも、自己の背徳を抗弁とすることはできない」⁽¹⁾旨が明示されている。カノン法は別居のみ許し、その原因として姦通・精神的姦通および重大な虐待の三つがあり、無責配偶者からの請求により、教会裁判所が別居を宣告した。右の教令を当面の問題に当てはめれば、承認を別居請求に対する棄却事由とすべき倫理的要請を表明したものと見えよう。そもそも、他人の行動が自己にとって有利な結果を招くと判断し、その判断にもとづいてある態度をとる場合でも、予期に反して不利な事態が起ることも考慮に入れておかなければならない。これと対比すれば、夫婦の一方が他方の非行を予め明示または黙示に承認するとき、非行の発生は略々確実に予測されており、それを期待しているのが実情であろう。発生すべき結果が予めわかっている、しかもそれを待ち望む態度をとる。そうだとすれば、非行が現実になされたのち、それを非難し、別居請求の理由にすることは、倫理的にもとうてい許せない。さきの教令はかかる倫理的な要請を含んでいる。その後、法王ボニファチウス八世(一二九四—一三〇三)の採録にかかり、旧教会法典の第三部を成す第六書 (Liber Sextus) の第五篇—(裁判規則について) 第二八条に、「知り、かつ同意するも

のは、なにびとも欺かない」旨を掲げるが、これは、「懲ずるものには、詐欺は決して生ぜしめられない」⁽³⁾と結論する勅法彙纂一・四・三四に示唆をうけたものといわれている。⁽⁴⁾

一九一八年五月十八日から施行された現行教会法典(Codex Juris Canonici)の第一二二九条が第一項において、「配偶者の姦通を理由とする場合には、他の配偶者は、絆が存続するままで、同居生活を永久にも解消する権利を有する。ただし、その犯罪に同意し、もしくはそれに原因を与え、明示的もしくは黙示的にそれを宥恕し、または同じ犯罪を自己も犯した場合はこのかぎりでない」と⁽⁵⁾て、互責および宥恕と並べて承認を永久別居の請求に対する棄却事由としており、最近では、一九四九年五月二日に施行された東方教会法典(Codici Juris Canonici Orientali)の婚姻法(De Sacramento Matrimoni)が第一一八条・一項に、前示第一二二九条・一項と同じ規定を設けた事情は、⁽⁶⁾やむぎに互責の問題を論じた際に明らかにしたところである。

- (1) "Nemo auditum turpitudinem suam allegans."
- (2) "Scienti et consentienti non fit injuria neque dolus."
- (3) C. 2. 4. 34: Nec unquam volentibus dolus inferatur.
- (4) Beven, "volenti non fit injuria" in the Light of Recent Labour Legislation, Journal of comparative Legislation, vol. 8, p. 186.
- (5) ルイジ・チヴィスカ訳「カトリック教会法典」四一五頁。
- (6) *Litterae Apostolicae. Motu proprio patae. De disciplina sacramenti matrimonii pro ecclesia orientali*, p. 36.

三 イギリス法

1 コモン・ロー

ウインフィールドによれば、「これを愆するものに対しては、侵害は加えられぬ」(volenti non fit injuria)の法諺それ自体、さきにもた学説彙纂四七・一〇・一・五のなかの「Nulla est quae in volentem fiat」との法文を基礎にして、後世イギリスのコモン・ローが作り場したものであつて、ブラックストン(一一二六八)が一二五〇年代に著わした英法積義—英国の法律および慣習について—(De legibus et consuetudinibus Angliae)において、「Cum volenti et scienti non fiat injuria」なる言葉で用いているといふ⁽²⁾。同書中の「何が令状(Breve)か、訴訟開始令状(originata)・特別令状(magistrata)とは何か」と題する一節をみれば、「訴訟に人的訴訟・物的訴訟のおよび混合訴訟の三種がある。なにびとも令状なしに訴訟を提起することはできないし、訴訟原因の数だけの令状の方式が存在するから、令状をもたない他人の請求に応じる義務は負わされないが、任意にそうするときとは別であつて、そこから何の損害も生じない。すなわち、愆し、かつ知っているとき、何も損害は与えられない」旨を指摘する。当時、イギリスにおいて、いわゆる令状体制は十三世紀に向つて固定化の道を辿つていた⁽⁴⁾。だが、特別令状つまり訴訟の提起に当つて、これまで定められた訴訟の方式に合致しない新しい事件がある場合、訴訟の提起を許すのが妥当と判断されるときに発行された令状—によって訴訟手続は弾力性を保有することができ、コモン・ローも急激に進展をとげるにいたつた。かかるときに当り、ブラックストンが国王ならびに裁判官に対し、

正義・衡平 (Justice and Equity) の觀念の必要なゆえんを鼓吹したことは周知のとおりであるが、ここでは前示の法諺を令状と関連させて用いたわけである。相手方の請求が令状にもとづいていないかぎり、その請求に応じる必要はないが、令状のないのを承知のうえで任意になした履行は有効であつて、のちに令状のなかつた事実を主張して、履行の返還ないし損害の賠償を求めることは許さないのが正義・衡平の要請に合致する旨を明らかにしたものと思われる。

ウインフィールドはまた、その後にはじめて右のブラックストンの言葉を引用した判例がエドワード一世(一二七二—一二一三〇七)の治世、一三〇五年のイヤー・ブック (Year Book) にみられるという。⁽⁷⁾これはウォルター・ランドルフという男が、彼の所有する多数の羊をジョン・ド・リッチモンドによつて不法に捕獲されたとの理由で訴えた事件である。原告は、自分が家畜を放牧するための入会権 (common) をもっていない被告所有の土地に羊の群れを放牧した事情が明らかにされ、被告の弁護士は、「いな、むしろ、それを懲する人に侵害はなされない」(Nay, volenti non fit injuria) と反論している。なお、中世には捺印証書 (deed) の神聖さを理由に、右の法諺に一つの例外がみとめられていた。一五〇六年のイヤー・ブックのなかのある事件において、フィニニューックス判事は次のようにのべる。「賃貸借契約が締結されたのち、たとえ地主が小作人に對し、お前が土地を荒らしても非難しない」旨をのべたとしても、地主は土地を荒らした小作人を告訴できる。小作人は許可のあつたことを抗弁にできない⁽⁹⁾。捺印契約によつて負う義務について、それと矛盾する内容をのべても問題にならないというのであらう。かかる例外は別として、今日にいたるまで、右の法諺はつねに問題解決の鍵として引用されてお⁽¹⁰⁾り、その意

味するところは、次の説明によって略々推測できよう。すなわち、「この法諺は民衆のなから発して彼等の自由を主張し、個人の自由な行動をすべての組立の中核とみるコモン・ローの個人主義的傾向を簡潔に表明している。各人は、彼自身の運命を自由に解き明かすに任される。彼は外部から干渉されるべきでなく、かかる干渉のないとき、自己自身を保護するに適している。それゆえ、コモン・ローは外部的な暴力・重荷そして強制から彼を保護しながらも、彼自身の人格から生じる効果および自発的な行為または不注意な非行の結果から彼を保護する役は引き受けない⁽¹¹⁾」というのである。スポーツ、外科手術などに伴う危険または労働災害に関連して、この法諺がつねに引用されるが、当面の問題たる承認を離婚請求棄却事由とすることも、まずこれによって理由づけられている⁽¹²⁾。承認の理論的根拠はコモン・ローのなかに芽ばえたことみてよい。

(1) 船田亨二「羅馬法」第二卷 私法(1)一二頁。

(2) Winfield, A text-Book of the Law of Torts, p. 24. Note (n).

(3) これらの令状については高柳賢三「英米法の基礎」八五頁―八七頁、ブラックストンの令状観については豊浦与七「英
国衡平法と信託制度」一五一頁―一五四頁。

ヘンリー三世(一二二六―一二七二)の当時、大法官府の事務官たちに知られた訴訟開始令状の目録(Register of original writ)は約六十の型を提供していたという。フイーノット・伊藤正己訳「イギリス法」八四頁。

(4) "Et quorum quaedam sunt personalia, quaedam realia, quaedam mixta, secundum quod sunt actiones diversae et variae, quia tot erunt formulae Brevium quot sunt genera actionum, quia non potest quis sine brevi agere, cum non teneatur alius sine brevi respondere nisi gratis volerit, et ex hoc ci non injuriatur, cum volenti et scienti non fiat injuria". De legibus et consuetudinibus Angliae. vol. 4, p. 286.

- (5) 高柳賢三・前掲書八五頁。
- (6) 豊浦与七・前掲書一六四頁—一七〇頁。
- (7) Winfield, *op. cit.*, p. 24.
- 同判例の掲載されるイヤー・ブックは ‘33-35 Edw. I (Rolls series), 9’ として指摘される。これはいわゆる旧版のなかには包含されていなかった。降って、一八〇〇年に下院が任命した「国家的記録の状況調査に関する特別委員会」の提言に *master of Rolls* の委嘱によって、Horwood が一八六三年にいたり、エドワード一世の治世第二〇年ないし一三三年および三〇年ないし三五年のイヤー・ブックを翻訳に付し、五巻にまとめて出版した。Master of Rolls の委嘱・監督のもとになされたので *Rolls Series* とよばれている。田中保太郎「英米の判決録」英米における判例遵守の原則 五三頁—六一頁。
- (8) YEAR Book. XXXIII Edward I. (Rolls series). vol. 2. 5, pp. 6-10.
- (9) Williams, *Joint torts and contributory Negligence*, pp. 295-296.
- (10) メートランドは、十七世紀に国王が主張した法令適用免除権および法令停止権との関連でのべている。メートランド・高田勇造訳「英国憲法史」三七六頁。
- (11) Bavan, “*volenti non fit injuria*” in the Light of Recent labour legislation, *Journal of comparative legislation*. vol. 8. p. 188.

2 立法離婚

イギリスにおいて、立法離婚⁽¹⁾は十七世紀の終り頃にはじまったが、当面の問題たる承認は「Macclesfield 伯の離婚に関する件 (一六九七)⁽²⁾」に登場し、しかもこれが立法離婚のさきがけをなす点で、われわれの注目を引く。

承認の理論的根拠について (村井)

(四〇五) 一〇三三

本件では夫が姦通を理由に離婚を請願したので、妻は承認を抗弁とした。貴族院はこれに対して次のように述べ、妻の抗弁を斥けている。「請願者たる夫にいぜんとしてその身分を維持することを要求するのは、正義および公益に關するすべての原則に反する。それゆえ、妻が夫の請願を阻止するためカノン法上の抗弁を主張しても、それはみとめられない」というのである。貴族院への請願に先立って教会裁判所による別居判決が要求されるにいたったのは一七八九年頃⁽³⁾であつて、百年以上のことに属している。それゆえ、本件では当初から貴族院で離婚請願の当否が問題とされたのであろう。それにしても、教会裁判所がカノン法の原則をうけつぎ、のちに3にみるように、コモン・ローの法諺をも理論的裏付けとして、承認を別居請求に対する棄却事由としたのと対照的に、貴族院は当面の場合、婚姻の継続は不可能と判断したためか、妻の側からするカノン法上の抗弁をみとめるのが正義ないし公益に反するとして斥け、夫の請求を容れたことに注目しなければならない。貴族院の議事規則は当初、非常識かつ手続の名に価しないものであつて、実体法上の問題についても、わづらわしい先例・慣例に拘束されず、カノン法およびイギリス教会法よりはむしろ、「公益」を判断の基準にしていた。⁽⁴⁾「Norfolk 卿の離婚に関する件（一六九二—一七〇〇）」において、妻の側が互責を抗弁とし、その事実が立証されたにかかわらず、貴族院は公益を理由に夫の請願を容れていたが、⁽⁵⁾当面の場合、承認の問題についても同様の見解を示した事情をここに看取できよう。その後、「Talbot 氏の離婚に関する件（一八五六）」⁽⁶⁾においても、請願者たる夫が男の召使を雇ったところ、彼は妻と姦通したが、実は夫がそう仕向けた事情が明らかになったにかかわらず、貴族議員は法案の議決を勧告しているのが注目される。

ところで、承認のあつた事実を教会裁判所が見逃したが、貴族院で明らかになつた例として、「Calcraft 氏の離婚に関する件（一八三二）^(?)」がある。本件において、夫が姦通を理由に別居の訴を提起し、教会裁判所はその請求をみとめた。しかし、夫は妻が某郷と姦通するのを知っていたらしい。夫が貴族院に離婚を請願したとき、貴族院は妻の母に出頭を命じたが、彼女は出頭しなかつた。次の会期に夫は再び請願を出したが、前回同様、妻の母は出頭命令に応じない。かかる事情が注意と疑惑を生じたようである。貴族院は最後に、該法案は六カ月後に第二議会にかける旨を決定している。法案がその後いかなる運命を辿つたか明らかでないが、いずれにせよ、当面の場合、妻の母は、娘と某卿の姦通およびそれに対し娘の夫が示した態度について、事の真相をよく知っていたのではなからうか。貴族院はそう断定しないまでも、大いに疑をもつたため、再三にわたつて出頭を命じ、事情をきこうとしたのであろう。だが、それは果されなかつた。もし、彼女が事件について何も知らなければ、たとえ出頭しても、訊問に対して不知と答えればすむ。出頭を肯じなかつたのは、彼女がよく事情を知っており、彼女の口からそれを明らかにすれば、誰れかを不利な立場に落とし入れる。つまり、娘の夫の離婚請願が容れられなくなる恐れが生じ、わづらわしい結果になると心配したためとしか考えられない。ここに、妻の姦通を夫が承認していた形跡が濃厚に示されているよう。貴族院が承認を理由に夫の請願を斥けたかどうか、はっきりしないが、互責について、ときとして教会裁判所とちがつた見解を示した事情からみれば、当面の場合、承認の事実が明らかになつても、それが公益に合致すると判断すれば、夫の請願を容れる可能性も存するのではなからうか。

(1) 村井「離婚請求棄却事由の研究―互責論へ―」神戸学院法学四卷二・三号一五二頁以下参照。

承認の理論的根拠について（村井）

- (2) Seamer, The Doctrine of Recrimination in Divorce proceedings, University of Kansas city L. R. vol. 10, p. 237, 上野雅和「イングランドにおける宗教改革と離婚」(『青山道夫教授還暦記念』二九九頁)には、本件が妻の姦通を主として相続財産との関連でとらえたものとする別の見方から扱われる。
- (3) 村井「互責論(一)」前掲一五八頁。
- (4) 村井「互責論(一)」前掲一五四頁。
- (5) 村井「互責論(一)」前掲一五五頁。
- (6) McQueen, practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and Legitimacy as administered in the Divorce court and in the House of Lords, p. 80.
- (7) Mc Queen, op. cit., pp. 80-81.

3 教会裁判所

ストウエル卿がロンドンの司教裁判所 (consistory court) の Forster v. Forster (一七九〇) 事件において互責の原則を再確認したことは、すでに明らかにしたところである。⁽¹⁾ 同卿はその後、被告たる妻が、夫は彼自身の不名誉を承認し、誘発かつ促進したとの理由で承認を抗弁としたのに対し、「volenti non fiat injuria」がこの場合の一般原則である。損害は少しも加えられていないから、救済は何も与えられない⁽²⁾旨を明示している。離婚事件について教会裁判所が管轄権を行使していた当時の事情から考えれば、コモン・ローにおいて確立された右の法諺が、法系を異にするとはいえ、倫理的な要請を含んでいる点で妥当なものと判断し、それを積極的にとり入れたと推測される。ストウエル卿はその後、walker v. walker (一八三〇) 事件⁽³⁾において、承認を次のように定義し

ている。「積極的な同意があれば充分である。しかし、自ら進んで同意し、承諾するものでなければならぬ。単なる不注意・無頓着または高度の信用では充分でない。夫は妻の非行に積極的に関与したこと、妻が非行を準備するのをだまってみていたこと、それをみてよろこび、ある程度まで積極的に関与したことを立証する必要がある」。ここでは夫の妻に対する態度をのべているが、立場が反対の場合も同じはずであって、これを懲ずるものに対して侵害は加えられないとの法諺の面目躍如たるものがある。なお、互責を修正する有責任比較の原則に関連していわゆる寄与過失の原則についてのべた⁽⁴⁾ときには触れなかったが、パウンドによれば、当面の問題たる被害者の承諾ないし危険の引受も、「寄与過失の原則と同じく、自己の良心と判断にもとづいて選んだことから生じた結果は自ら甘受しなければならぬ、との清教徒の個人主義的な概念に属する⁽⁵⁾」という。彼は危険の引受も使用者・被使用者の関係、とくに危険な仕事によって労働者の蒙る傷害に絞って、次のように論じている。「被用者は、彼自らの良心および聖書を自ら解釈する趣旨とによって導かれる自由人である。彼は傷害をうけるかも知れない冒険をおかして仕事を選んだ。彼は他の人々も彼とともに雇われていることを知っている。彼等は過失を犯すであろうし、もしそうならば、彼は傷害をうけることも知っている。よろしい。彼は自由人である。彼に損失を甘受させよ。主人は何も不正をしていない⁽⁶⁾」。この理論は離婚請求棄却事由としての承認にも、もとより妥当しよう。自ら選んで配偶者の非行を積極的または消極的に招来したのであるから、自らの良心に照らしても、結果を甘受しなければならず、それを離婚請求の理由とするには許されない。この点において清教徒の個人主義的概念は、すでにみたコモンローの個人主義的傾向と軌を一にしており、承認の理論のない思想的な根拠として重要な作用を及ぼしたのである。

う事情を容易に想像することができた。

- (1) 村井「離婚請求棄却事由の研究—互責論(一)」神戸学院法学四卷二・三号一四六頁—一四七頁。
- (2) F. R. vol. CLJ. p. 505.
- (3) (Note) Conivance as a recriminatory defence, Columbia L. R. vol. 29, p. 799.
- (4) 村井「互責論(四)」神戸学院法学五卷二・三号一二二頁。
- (5) Pound, *The spirit of common Law*, pp. 42-43.
* ウェット、細野武男訳「社会学的法学」一五頁—一六頁でもこれに触れる。
- (7) Pound, *op. cit.*, pp. 47-48.