

離婚請求棄却事由の研究——共謀論(四・完)

——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、七卷二号)

第三章 共謀の種々相(七卷二号)

第四章 離婚判決取消請求(八卷一号)

第五章 共謀を阻止する方法(以下、本号)

第一節 離婚関与官

第二節 宣 誓

第三節 補強証拠

第四節 弁護士の双方代理禁止

第六章 結び——共謀の規定と破綻主義

離婚請求棄却事由の研究——共謀論(四・完)

第五章 共謀を阻止する方法

離婚を切望する夫婦が共謀し、訴訟手続を通して合法的に協議離婚と同じ結果を達成する企てが広範囲に行われ、その方法も多岐にわたっている。夫婦は共謀の事実を発見されないよう周到に注意を払うのがつねであるし、弁護士も裁判所に疑をいだかせないよう慎重に手続を進める。だが、立場を変えて、協議離婚を絶対にみとめない各州の側からすれば、「これはたとえ愚かな喜劇であるにしても、荘重な儀式—気短かで、表面的に、かつできるかぎり早く演じられる—に裁判所が参加させられる」ことを意味する⁽¹⁾。それを阻止すべく自衛手段を講じる必要があるのはいうまでもない。もともと、コモン・ローによれば、裁判所は州の利益を保護する義務を負うはずであり、インディアナ州の *Yeager v. Yeager* (一九〇九) 事件⁽²⁾が共謀との関係でこの趣旨を表明する。すなわち、「離婚事件における州の利益は、裁判所によって保護される。審理中に、事件が夫婦の共謀または第三者の教唆にもとづいた事実があらわれるとき、双方の申立書にかかわらず、裁判所は州の代表者として、職権によってかかる事実を充分に調査し、明らかになった事実にもとづいて判決する義務がある」という。それにもかかわらず、個々の判決のなかには、裁判所が共謀を是認するのではないかとの疑をいだかせるものさえみられる。ニューヨーク州においては、とくにこの感を深くした。これは同州の特殊な事情に由来すると思われるが、一般的にいつて、共謀が広範囲かつ巧妙な手段で遂行されていくとき、裁判所がいかに努力してもそれを暴露できない場合が出てくるのが真相ではなからうか。共謀を完全に阻止するのは不可能としても、できるかぎり排除しなければならない。そこで、離婚事件の

特殊性を考慮し、一般の事件とちがった独特の機関ないし手続を設け、夫婦の共謀を訴提起のとき、またはその後の手続中に発見し、取り除こうとする。主なものとして、以下に展開する四つをあげることができる。もちろん、これらも州によって規定の内容ないし実際の作用を異にしているであろう。参照できる範囲で事情を明らかにしながら検討を加え、とくに三の補強証拠については自認と関連してすでに触れたが、改めてここで詳しく論じてみよう。

(1) *Virtue, Family cases in Court*, p. 229.

(2) *N. E. vol. 87, p. 144.*

第一節 離婚関与官

夫婦の共謀は公益 (Public Policy) に真向から反している。各州の裁判所は婚姻関係を解消するについて正当な理由がある場合を除き、それを積極的に維持する態度をとり、もし共謀の事実が明らかになれば、かかる不正な企てを阻止すべきはいうまでもない。もとより、離婚事件も民事訴訟の一つとして、当事者たる夫婦間の訟争にはちがいないが、公益を代表する州がその過程において密接な利害関係をもつ点に大きな特色を有している。ニューヨーク州の *McIntyre v. McIntyre* (一八九四) 事件⁽¹⁾はこの点を指摘し、「すべての離婚訴訟において、当事者は三人いる。記録上の当事者双方のみでなく、州もその一人に数えられる。……表面上は夫婦間の論争であるけれども、事実上、特異な三面訴訟 (Triangular Proceedings) といえる」旨を明らかにしている。ここで州が当事者であるとはいえ、原告でも被告でもなく、利害関係をもつ第三者として準当事者 (Quasi-Party) たる立場におか

れる⁽²⁾。このかぎりでも州も離婚訴訟の当事者ということになれば、原告・被告たる夫婦がそれぞれ弁護士によって代理されるのと均衡を保つため、一般の民事事件と異り、州の公益を代表して訴訟に参加する機関が必要となるわけであつて、この要求に応えて設けられたのが離婚関与官にほかならない。

ところで、ある夫婦の離婚事件に利害関係をもち、事件に介入することを希望するかも知れないものとして、三種類が考えられる。①夫婦間の子、②共同被告 (Co-respondent)、③利害関係を有する一般人 (Public) がそれに当る⁽³⁾。このうち、夫婦間の子について、いくつかの州では、彼等自身の財産を保護するはつきりした目的のためにかぎって、訴訟に関与することを判例がみとめている。また、共同被告は、従来、彼の人格について攻撃が加えられている場合でも、訴訟に関与することはみとめられなかったが、最近ではインディアナ、マサチューセッツおよびニューヨーク諸州が関与を許す規定を設けるにいたつて⁽⁴⁾いる。これらと比較するとき、離婚関与官は離婚事件に最も大きな利害関係をもつ第三者といわなければならない。

アメリカ諸州の離婚関与官は、イギリスにおいて一八六〇年の婚姻訴訟事件法第七条⁽⁵⁾によつてはじめて任命された女王代訴人 (Her majesty's Proctor) に由来する。もつとも、同年にかかる官職が新設されたわけではなく、一六五五年頃からあつた大蔵省法務局 (Treasury solicitor) に女王代訴人の職務が与えられたようである⁽⁶⁾。前示第七条によれば、離婚判決はまず仮判決 (decree nisi) として言渡し、三カ月を下らない期間の経過後に終局判決となる旨を定める。さらに、右の期間内は何びとでも、該判決が夫婦の共謀にもとづいて得られた事情を代訴人に通知することができ、代訴人は調査のうえ、右の疑があると判断すれば、法務長官 (Attorney-General) の指示に

したが、裁判所の許可を得て、訴訟に参加し、必要な処置をとることができる。⁽⁸⁾ この規定は一八六六年法第三条によつて仮判決後の期間が六カ月に延長された以外に変更なく、一九五〇年の婚姻訴訟事件法第十条にうけつがれた。⁽⁹⁾ 降つて、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によれば、委員会において女王代訴人の廃止が提案されたけれども、「詐欺または共謀の疑がある事件を調査する義務を負う裁判所の役人が存在する」という事実が、われわれの意見によれば、きわめて有用な妨害物・保護物として役立つと同時に、裁判所がその任務を果すについて大きな手助けとなる⁽¹¹⁾ものとみとめ、かかる提案を斥けている。現に一九六四年には女王代訴人が四十六件に関与し、うち三十七件について離婚仮判決が爾後に裁判所で取り消されたことによつても、共謀を排除する面で有用なはたらきをすることがわかる。現行法たる一九六五年の婚姻訴訟事件法第六條⁽¹³⁾が一九五〇年法の第十條をほとんどそのままうけつぐのも、前示報告書の趣旨に沿つたものであらう。なお、スコットランドでは女王代訴人は存在せず、一八六一年の夫婦同居権法^(Conjugal Right Act)第八條により、法務長官^(Lord Advocate)が離婚事件に關与する点⁽¹⁴⁾にちがいをみせる。

これをアメリカについてみればどうであらうか。一九三二年現在で二十一州⁽¹⁵⁾が女王代訴人にならつて離婚関与官を設けており、その後、一九五四年には二十七州⁽¹⁶⁾を数えている。裁判所によつて任命され、その名称は County attorney, Prosecuting attorney, District attorney, Divorce Commissioner, Divorce proctor, Divorce counsel, Eguity Court proctor, Probation officer, Standing master, State attorney 等いろいろである。⁽¹⁷⁾ 一九〇七年の「統一婚姻無効および離婚法」の第十三條には、「被告が争わないすべての事件および裁判所がそれを必要ま

たは適當と考ふる何か他の事件において、事件を積極的に防禦すべく、裁判所は利害関係のない関与官 (Uninterested attorney) を選任することができると定めた。⁽¹⁸⁾ 同法を州の離婚法の原則として採用したデラウェア、ニュージャージーおよびウイスコンシン三州のうち、デラウェア州のみが Uninterested attorney をそのまま用い、ニュージャージー州は Uninterested Solicitor、ウイスコンシン州は Divorce Counsel の名でよんでいるのに注意しておこう。なお、のちに第三節で「補強証拠」についてのべる際、カリフォルニアおよびニューヨーク両州の「判定官」(Referee) が問題になるが、両州ではここにとり上げる離婚関与官は設けられていないことを考え合わせれば、共謀を阻止するため、他州で離婚関与官が果している職務に類似したことを、両州では判定官が行うとみてよいと思われる。

ここで職務内容を考察するとき、女王代訴人と離婚関与官の間に一つはっきりしたちがいがみられる。前者が離婚判決の言渡後にはじめて訴訟に参加するのに反し、後者は離婚の訴が提起される当初から関与する点である。その主要な任務の一つをなす夫婦の共謀の阻止ということから考えれば、関与する時期が早ければ早いほど、効果が發揮できよう。アメリカのいくつかの州で、イギリスの仮判決に相当するものとして中間離婚判決 (Interlocutory decree of Divorce) の制度を採用する事情は、さきに第四章に明らかにした。中間判決の言渡があったのは、夫婦が共謀していた場合、その目的を一応達成したことを意味する。たとえ関与官がその後になって関与しても、時すでにおそく、共謀の事実を暴露したようにも困難が増し、不可能となる例さえ生じてこよう。共謀を阻止するためには、すべからず訴訟開始の当初から関与して、手続の進行をいわば監視するのが最も賢明な策と判断

される。アメリカの諸州がイギリスとちがってこの方法を採用するのは、長年にわたる実際上の経験からする切実な要求に発しているのではなからうか。

婚姻関与官の職務に関する規定をみれば、州によってさまざまである。ここで二、三の例をあげてみよう。インディアナ州の一九四九年法第三章・一二二五条は、「離婚訴訟において被告が自己の利益を防禦しない場合、Prosecutor は審理に出廷し、訴訟を争う義務がある。被告が出廷しない場合、裁判所がその旨を Prosecutor に通知するならば、彼は出廷し、防禦しなければならない。離婚訴訟で被告を代理する弁護士は委任状を提出する必要がある、もし判事が者事者は共謀しているのではないかと疑うならば、Prosecutor に対し、出廷して判決の言渡を阻止するよう要請する」と定めており、一九六六年法第一二二二条にうけついでいる。もっとも、同州では当初、一八八一年法第一〇三八条⁽²²⁾の規定では Prosecuting Attorney となっており、それがいづれ Prosecutor に変わったのか明らかでない。また、ミシガン州では当初、一八八七年法において、「すべて離婚訴訟には、婚姻より出生した子の氏名および年令を記載し、十四才未満の子がある場合は、呼出状が Prosecuting attorney に送達され、彼は出廷し、子の利益または公益のために必要であると判断すれば、離婚判決の言渡に反対する」と定めたが、その後、一九一五年法第一四三三条により、「十六才未満の子のある場合、離婚事件の呼出状の写しは、訴訟が開始された郡の Prosecuting attorney に送達される。彼は応訴登録し⁽²⁴⁾、子または公の利益のため必要と判断すれば、自ら証拠を提出し、審理に出廷し、離婚判決が与えられるのを阻止する義務がある」とし、これは一九四八年法第五二二条の四二にうけつがれている。一方、テネシー州で、一九一七年法第四三三〇条(a)が、「人口十万人以上の各

郡に *divorce proctor* ⁽²⁷⁾ を任命し、すべての離婚事件の訴状は彼に送達されなければならない」旨を規定し、さらに「離婚関与官は自己のもとに提出されたすべての訴状に送達を承認する旨の裏書をする必要がある。裏書のない訴状を裁判所が受理することは禁止される。また、関与官は訴状の送達を承認するについてなんらの裁量権もたない。もしそれを拒否すれば、職務執行命令 (*mandamus*) を求めることができるし、それにも従わなければ職を免ぜられる」⁽²⁸⁾とのべている。

さて、離婚関与官が夫婦の共謀を阻止する任務を負う諸州において、訴状または呼出状の写しの送達をうけたとき、事件の具体的事情を調査したうえ、それに積極的に関与するかどうかを決定する必要がある。訴訟手続が適正に行われ、夫婦が共謀している様子はなく、子の利益が害される恐れもないと判断すれば、事件に関与することはない。だが、被告が出廷しておらず、たとえ出廷しても自己の利益を少しも防禦しようとせず、または事情を知らない第三者がみれば防禦しているようであっても、実はみせかけにすぎず、共謀が行われている可能性が大いにあると判断すれば、離婚関与官は当該事件に積極的に関与し、共謀を阻止するための適切な手段をとることになると思われる。次に二、三の具体的な例をあげてみよう。

- (1) A. L. R. vol. 2, p. 207.
- (2) A. J. vol. 17, p. 155.
- (3) Connolly, *Divorce Proctors*, Boston U. L. R. vol. XXXIV, p. 10.
- (4) Connolly, *op. cit.*, p. 10.
- (5) Lacey, *The Law and practice in Divorce and Matrimonial Causes*, p. 1135.

- (6) 穂積重遠「イギリス離婚法略史」離婚制度の研究、三四頁には「監事、ハヤレハル」。
- (7) Plucknett, *A concise History of the common Law*. p. 218.
- (8) Lacey, *op. cit.*, p. 1135.
- (9) The Matrimonial Causes Act. 1950, p. 11.
- (10) The Matrimonial Causes Act. 1950, p. 11.
- (11) Royal Commission on Marriage and Divorce. Reports. 1951-1959. pp. 249-251.
- (12) Hall, *Sources of Family Law*, p. 493.
- (13) Hall, *op. cit.*, p. 492.
- (14) Erskine, *An institute of the Law of Scotland*, p. 174. : Bell, *Principles of the Law of Scotland*, p. 596.
- (15) Vernier, *American Family Laws*. vol. II, pp. 94-97.
- (16) Connolly, *op. cit.*, pp. 10-12.
- (17) Vernier, *op. cit.*, pp. 95-97. Supplement, p. 49 : (Note) The right of third parties to intervene in divorce proceedings, *Harvard L. R. vol. 39*, pp. 1090-1091 : Connolly, *op. cit.*, p. 1.
- (18) Uniform Annulment of Marriage and Divorce Act, *Uniform State Law in the U. S.*, p. 302.
- (19) Vernier, *op. cit.*, pp. 95-97.
- (20) *Virtue, Family Cases in Court*, p. 118.
- (21) Martindale-Hubbell, *Law Directory*. vol. IV. p. 610.
- (22) *N. E. vol. 22* p. 332.
- (23) *N. W. vol. 47*. p. 29.

(24) 'Entering an appearance'——本来は訴状の送達をうけた被告が、その訴に対して争うべき旨を裁判所および原告に通告する訴訟上の手続である。

(25) A. L. R. vol. 22, p. 1131: (Note) op. cit., p. 1090.

(26) Connolly, op. cit., p. 22.

(27) イギリスと同じ Proctor の名称を用いるのは、テネシー州に設けられたもののみである。

(28) Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology, vol. 7, p. 787: Vernier, op. cit., p. 96.

この法律が制定された直後、Wilson v. Wilson (一九一六) 事件において、離婚関与官に支払うべき費用五ドルが原告の負担とされたことから、法律の合憲性が問題となった。裁判所はその合憲法をみとめている。S. W. vol. 185, p. 718.

ワシントン州においては、当初、一八五四年法により、夫婦の共謀を阻止して州の利益を保護するため、離婚関与官 (Prosecuting attorney) は被告配偶者が防禦しない離婚事件に関与すべく定め⁽¹⁾た。その後、関与官の権限をめぐって争われることになる。⁽²⁾ Lee v. Lee (一八九八) 事件⁽³⁾がそれである。この事件において、妻が夫の非行を理由に離婚の訴を提起したとき、原審は夫が欠席のまま妻に勝訴判決を与えた。そこで、州は離婚関与官により原判決の破棄を求めたため、妻は州の請求棄却を主張した。裁判所はこれに対し、「われわれは妻の請求を支持すべきであると考える。……法律によれば、離婚請求が防禦されないままの場合はいつでも、離婚関与官がそれを防禦する義務を負う。私人間の争いに関与官が干渉すべく命ずる法律の目的は、当事者が共謀し裁判所を欺いて判決を得るのを阻止するにある。原審に関与官が出廷することによって法律の目的は満たされ、州はもはや事件について利害関係を有しない。州はいかなる意味でも訴訟当事者ではなく、たとえ裁判所が夫婦共謀の事実を知りながら故意

に妻に離婚判決を与えたとしても、該判決によって利益を害されることはない。州が本裁判所に訴を提起する権限は存しないから、妻の主張をみとめてよい」とのべ、原判決を容認している。ここでは、夫が審理に出廷しないので、関与官は夫婦の共謀を排除すべく活動したが、原審はもともと共謀は存しないとみとめたのか、またはその事実を知りながら眼をつぶったのか、いずれにせよ、妻に離婚判決を与えた。関与官が控訴したのは、あくまで夫婦間に共謀の存することを確信しており、かかる不正な企てを阻止するにあつたと思われる。だが、本裁判所は、関与官が離婚事件の当事者でなく、上訴権をもたないとの理由で、その請求を斥けたわけである。離婚訴訟が特異な三面訴訟であるとはいへ、州は準当事者にすぎず、関与官はその利益を代表するに留まる以上は、是非もなかる。関与官の活動により、事件の審理中に夫婦の共謀の事実を裁判所に暴露できれば、離婚判決が与えられるはずはなく、そのかぎりにおいて関与官の役割は果される。しかし、その努力にもかかわらず、存在すると確信される共謀の事実を口頭弁論終結時までに充分に明らかにできないとか、裁判所が共謀についてはつきりした証拠を入手しながら、あえて離婚判決を与える事態を出現しないとはかぎらない。その場合、ひとたび離婚判決が言渡され、被告配偶者が控訴を提起しないかぎり、もはや関与官のタッチする余地は絶対にとめられないというのは、何としても片手落ちの感が強い。

ワシントン州で一九四九年に離婚法が改正された事情はすでに明らかにしたが、⁽⁴⁾当面の問題たる離婚関与官の職務権限も関連している。改正に先立って、離婚法調査委員会において、関与官の権限について議論がたたかわされたが、最後に次のような結論に達した。すなわち、「被告配偶者が出廷せず、または出廷しても争わない事件にお

いて、離婚関与官の注意を喚起し、訴訟に参加させるほどに州が利害関係をもっているならば、州は公益に関する問題を最高裁判所までもち込む権限を有しなければならない⁽⁵⁾というのである。委員会は一九四七年度の州法曹協会の総会に離婚事件に対する関与官の権限および義務を規定する一九二二年法第九九五条について、「関与官を離婚訴訟の当事者とし、被告配偶者が出廷しない事件において、行使するのが適切と考えられる処置をとる権限を彼に付与すべく改めるよう」⁽⁶⁾提案した。この提案が是認されたのか、一九四九年の離婚法は第八条において、「…被告が出廷せず、出廷しても争わない離婚または婚姻取消事件および裁判長が命ずる他の離婚事件において、該訴訟の当事者として出廷…」するものが離婚関与官の義務である。関与官は他の訴訟当事者と同じく上訴の権利をも⁽⁷⁾旨を規定している。さきの Lee v. Lee (一八八九) 事件では、離婚関与官は訴訟当事者ではなく、上訴の権限をもたないとの理由で州の控訴を斥けた。しかし、右の改正の結果、離婚関与官は上訴権を正式に取得し、今後はあくまで夫婦間に共謀が存すると信ずるとき、上訴によって共謀の事実を明らかにし、原離婚判決の取消を求めすることも可能なわけである。これはあたかも、カトリック教会の第一審たる司教裁判所に属する「絆の保護官」(Defensor Vinculi) が婚姻事件において、あらゆる点から婚姻の有効性を主張する義務を負い、もし裁判所が再度の無効判決を与えたならば、上訴審の保護官も、原告に該判決をうける権利のあることが明白な場合を除き、十日以内に控訴を提起すべきものとされるのに対比することができよう。一審で阻止できなかった夫婦の共謀を終局的に排除するため、離婚関与官にこれまで閉ざっていた上訴の道を開いたことになり、その実効は期して待つべきものがあると思われる。

- (1) Kaiser, Divorce Law of 1949, Washington L. R. vol. 24, p. 127.
- (2) Revised Statute of Washington Annotated. 1951. p. 95: Remington Compiled Statutes of Washington. 1922. vol. I. p. 662.
- (3) P. vol. 53, p. 349.
- (4) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(七)」神戸学院法学六卷二号一五二頁。
- (5) Kaiser, op. cit., p. 127.
- (6) Kaiser, Report of Committee on Divorce Laws, Washington L. R. vol. 23, p. 322.
- (7) Revised Statute of Washington Annotated. 1951. p. 95.

離婚関与官がすべての州に設けられ、つねに共謀を阻止する任務を負うのが理想ではある。だが、それが設けられるのは半数足らずの州にすぎず、残りの諸州において、共謀を阻止する仕事はすべて裁判所が負うことになるが、諸般の事情を考慮するとき、充分な効果はとうてい望めない。そこで、いわば次善の策として、州の司法部の長である法務局長官 (Attorney-general) は公の利益を代表する立場から、共謀阻止のため離婚訴訟に関与できるのではないかとの問題が提起されてくる。彼は果してそのような権限をもっているのであろうか。もともと、連邦および各州の法務長官の職は、その名も同じイギリスの法務長官に由来して⁽¹⁾おり、その権限はコモン・ローおよび各州の制定法にもとづいて⁽²⁾いる。当面の問題も、コモン・ローが法務長官に離婚訴訟に関与する権限をみとめていたかどうか、みとめていないとすれば、州の制定法のなかにそれをみとめる特別な規定があるかどうか、に帰することになる。コネティカット州においては法務長官が立法離婚事件に、⁽²⁾ジョージア州では法務次官 (Solicitor-general) が一方的離婚事件に、⁽³⁾さらにバーモント州で州所屬弁護士 (State's attorney) は被告が精神病のときに、⁽⁴⁾それぞれ

れ関与する旨を定めるので、一応問題は解決される。だが、これ以外の州の場合はどうかであるか。

もともと、植民時代における法務長官の権限および義務は、広範囲に慣習・しきたりに委ねられていたため、その機能の内容の大部分について、それを解説した印刷物はない。たとえあったとしても、現在それを参照することができないし、できたとしても、索引が余りにも不十分であるため、資料を集めるのは骨の折れる単調な仕事になるとさえいわれている。⁽⁵⁾ここでネバダ州の例をとり上げてみよう。同州では離婚関与官が設けられていないため、*State ex rel Fowler v. Moore* (一九二二)事件⁽⁶⁾において、法務長官の職務権限をめぐって争われた。すなわち、*Moore v. Moore* (年度不明)事件で妻に離婚判決が与えられたとき、州の法務長官フアウラーは州の利益を代表し、夫婦を被告として州決の取消を求め、次のように主張した。法務長官はコモン・ローおよび制定法にもとづいて離婚訴訟に関与する権限を与えられており、判決の取消を求めるといふのである。裁判所はこれに対し、「当州における法務長官は制定法によって付与された権限に加え、コモン・ローのもとで自己に帰属している権限を行使するとの主張は尤もと思われる。だが、われわれの見解によると、コモン・ローのもとで法務長官が州の利益を代表して離婚訴訟に関与したり、離婚判決取消の訴を提起する権限は何もない。また、制定法上もかかる趣旨を明示する規定は見当らない」とし、右の主張を斥けている。

イギリスにおいて、法務長官という名称がはじめて設けられ、ウイリアム・ヒューシーがそれに任命されたのは一四七二年⁽⁷⁾であるが、当時、すでに宗教改革を経てイギリス教会はローマからの独立を完了し、離婚管轄権は国王を終審として、教会裁判所において行使されていた。そして、広範囲な調査にもかかわらず、法務長官が教会裁判

所で離婚事件に關与する権限をもっていた証拠は何も発見できなかったといわれる⁽⁸⁾。他方、さきに第一章・三節にのべたとおり、イギリス教会裁判所において、カノン法による婚姻保護官と同様の機關を設けていたかどうか、明らかでないし、たとえ設けられていても、夫婦の共謀を阻止する役割を負ったかどうか、疑わしい。百歩をゆづつて、仮に法務長官がコモン・ローのもとで離婚事件に關与する権限をもっておりながら、教会裁判所の存在する間にはなんらかの理由でそれを行使できなかったのが事実としても、一八五七年に離婚管轄権が新設のコモン・ロー裁判所たる離婚裁判所に移されたのちは、その行使を妨げるものは何もないはずである。だが、一八六〇年の婚姻訴訟事件法第七条によつてはじめて女王代訴人 (Queen's Proctor) が設けられ、法務長官の監督のもとに、裁判所から独立して、夫婦の共謀を阻止するため離婚訴訟に關与すべき任務を与えられた⁽⁹⁾。法務長官は従来かかる権限をもっていたが、離婚裁判所の新設を契機に、女王代訴人にその権限を譲渡したのが事実であれば、なんらかその趣旨が説明されてしかるべきであると思われる。しかし、これは少しもみられない。以上の諸事情を考え合わせるとき、法務長官はコモン・ローのもとで離婚事件に關与する権限をもつていなかったと判断してよからう。イギリスのコモン・ローを継受したアメリカ諸州においては、離婚関与官が設けられない場合、制定法にはつきりした規定がなければ法務長官は離婚訴訟に關与できないとされる背景には、簡単にみてこのような事情が存在している。

さて、当面の事件では、次に制所法上の規定が問題になるわけである。ネバダ州では当時の州法第四一三三条に、「州知事が自らの判断または法務長官の意見にもとづいて、州の利益を保護すべきことを命ずる場合、法務長官は裁判所において訴訟を開始し、またはすでに係属している訴訟を防禦しなければならぬ⁽¹⁰⁾」旨の規定がみられる。

この規定が法務長官に離婚事件に関与する権限を与えたものかどうか、裁判所は否定的に解釈している。もともと、アメリカ諸州において、法務長官は州が原告または被告となつてゐる事件につき、連邦・自州または他州の最高裁判所で州を代表する権限をもつ⁽¹¹⁾。ネバダ州は前示の規定によつてこの趣旨を明らかにしたと考えられるが、そうだとすれば、法務長官が州の利益を代表して訴訟活動を行うのは、州が原告または被告となる事件にかぎる旨を言外に含むのはもとよりであろう。一方、当面の問題たる離婚事件は特異な三面訴訟といふものの、州は原告でも被告でもなく、利害関係をもつ第三者として準当事者たる立場にあるにすぎない。わが国において検察官が離婚事件に関与する場合と同じに考えてよい。州の利益へ保護する必要は他の事件と同じでも、州が事件の一方当事者かどうかにより、事情を異にする。これらを考え合わせるとき、離婚事件は前示の規定の対象に含まれないと理解せざるを得ない。これは次の一事によつても肯定されよう。すなわち、州の制定法が法務長官に付与している権限は、多かれ少なかれ、コモン・ロー上のそれを明文化したものにすぎず、この点でネバダ州も例外ではない⁽¹²⁾といふのである。コモン・ローが法務長官に離婚事件に関与する権限をみとめない事情はすでに明らかにした。前示の規定がコモン・ロー上の権限以外の特別なものを付加していないとすれば、必然的に法務長官は離婚事件に関与できず、夫婦の共謀を阻止することもできないとの結論に到達しよう。

離婚関与官は存しないが、法務長官ないし法務次官が離婚事件に関与する一、二の州においてさえ、彼が夫婦の共謀を阻止する役割を負うかどうか疑わしい。まして、右にみたネバタ州と同じ事情にある諸州では、共謀を阻止する仕事はあげて裁判所に一任されるから、離婚関与官またはそれに代つて法務長官が関与する場合と対比すれば、

裁判所の眼をかすめて共謀が行われる可能性も大きいと推測される。なお、ネバダ州については、互責に有責性比較の問題に関連し、Blankenship v. Blankenship (一九二九) 事件を検討したときに明らかにした同州の離婚政策を思い出す必要がある。あたかも一九二七年から三一年にかけて、ネバダ州はその政策として、他州からの移住離婚を積極的に行う旨を決定した。訴提起の前提要件たる居住期間を短縮したのも、うけ入れ体勢を作るためであった。たとえ夫婦が共謀して離婚の訴を提起したとしても、州の政策からすれば、それを阻止する必要は少しも存在しない。それゆえ、共謀を阻止する役割を果す離婚関与官を設置する必要はなかったし、まして法務長官に離婚事件に関する権限を与える特別な規定など設けなかったというのが真相ではないかと思われる。

(1) イギリスにおいて、法務長官は国王の法律顧問であり、国王の委任を受けてすべての法律事務を処理し、国王が利害関係をもつすべての民事・刑事事件を遂行した。彼は公共のための贈与 (Public Charities) を行う権利、心神喪失者の財産を管理する権利を有したし、また地方では、公共の安全ないし便益に影響を及ぼし、それを危険ならしめる公的ニューゼンヌ (Public Nuisance) を除去するため、衡平法上の手続を開始することができたという。A. J. vol. 5, pp. 234-235.

なお、アメリカの連邦司法省の長としての法務長官は、一七八九年の裁判所法 (Judiciary Act) によって設けられたものであって、イギリスのそれと同様の職務内容を有している。彼は大統領および各省長官のための法律顧問であり、国が利害関係をもち事件につき、最高裁判所において連邦政府を代表する。Munro, The Government of the U. S. p. 1222; Kelly and Harbison, The American Constitution: its origin and development, p. 172; Jonsson, Government in the U. S. p. 541.

(2) Vernier, American Family Laws, vol. II, p. 95.

(3) Vernier, op. cit., p. 95.

離婚請求棄却事由の研究—共謀論(四・完)

- (4) Vernier, *op. cit.*, Supplement, p. 49.
- (5) Hammonds, *The Attorney General in the American Colonies, Anglo-American Legal History series*, p. 1.
- (6) A. L. R. vol. 22, p. 1101.
- (7) Plucknett, *A concise History of the common Law*, p. 216.
- (8) A. L. R. vol. 22, p. 1106.
- (9) *Matrimonial causes Act. 1860. §7. Lacey, The Law and practice in Divorce and Matrimonial Causes*, p. 1135.
- (10) A. L. R. vol. 22, pp. 1107-1108.
- (11) Holloway, *State and Local government in the U. S.* p. 189.
- (12) A. J. vol. 5, p. 235.
- (13) 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・三号一六九頁—一七〇頁。

州の法律によって設けられた離婚関与官が夫婦の共謀を現実にかなる程度まで阻止できたか、参考となる資料は見当たらないが、これとは別に、ミズリー州のカンサス・シテイに独特の例がみられる。同州では今日にいたるまで離婚関与官を設ける法律はない。ところが同州カンサス・シテイでは一九一一年まで、一年に四、五件の婚姻に対し一件の離婚であったが、同年は三件に一件の割合に増加したので、翌年、市当局はライト氏を離婚関与官(Divorce proctor)に任命するにいたった。同氏は裁判所に提起されたすべての離婚訴訟をできるかぎり詳細に調査するのを仕事とした結果、共謀は姿を消してしまい、訴状で申し立てられた離婚原因はいつも現実に存在するという成果を収めることができた。かくて、同市で一九二一年に言渡された離婚判決の数は二十八パーセント減少したといわれる。⁽¹⁾離婚関与官は州の法律にもとづいて任命されるものとはかぎらない。当面のように、州が離婚関与

官を設けていない場合、増加する離婚に苦慮する市当局が、それに対応して独自の判断で関与官を任命する事態も現われるわけであるが、このような例がほかにあるかどうか、参照し得た範囲の資料からは明らかでない。

(1) Elwood, The courts and the divorce Laws, Journal of the American institute of Criminal and criminology. Vol. 3, pp. 828-829.

第二節 宣 誓

訴訟手続は一時的な激情や憤怒にもとづいて開始されるべきではなく、冷静にあらゆる事情を慎重に考慮したのち行われるのが望ましいのであり、離婚訴訟もこの点で例外ではない。だが、いくら慎重な考慮が必要とはいへ、夫婦が熟慮のうえ、共謀して訴を提起する事態はとうてい許せない。それはまさに裁判所を愚弄するものであり、訴訟手続のはじめの段階において可能なかぎり排除できれば、これに越したことはない。そこで、一つの方法として、夫または妻が離婚の訴を提起するとき、「この訴は共謀にもとづくものでない」旨を宣誓 (Oath) させ、または宣誓供述書 (affidavit) を提出させるものとし、一九三一年当時、ペンシルバニア、テネシーを含む十四州がこれに関する規定を設けていた。⁽¹⁾その後、一九五四年当時ではミシガン、ミシシッピおよびニュージャーシー諸州もこれを採用している。⁽²⁾このうち、ペンシルバニア州では古く一八五七年当時、「……訴状に記載された事實は、彼または彼女の知っているかぎり、真実であること、申立は夫婦の間で軽はずみにしたものでなく、また共謀によるものでない旨を……宣誓または確証のうえ (on Oath or affirmation) 宣誓供述書を提出すべき」⁽³⁾ものと定めてお

り、一九三〇年法第二章・二五条から、約一世紀を経た一九五三年法第一二二六条も同趣旨である。

また、ミシガン州の一九四八年法第五二条の十によれば、夫婦の共謀が明らかになれば離婚判決は与えられない旨をのべたのち、「……他のあらゆる法定条件に加え、原告が離婚の申請または訴状についてなすべき宣誓ないし確証は、左記のようにのべるものとする。すなわち、私は、私の離婚申立に関連し、私自身と被告との間にいかなる共謀・了解ないし合意も存しないことを厳粛に宣誓（ないし確証）する」と定めており、一九六六年法第五二条の十にうけつがれている。ノースカロライナ州の一九四三年法第五十章・八条では、「離婚原因として申し立てた事実は訴提起に先立つ少くとも六カ月以来、私が認識しているところである」旨を訴状に記載し、それが真実であることを宣誓すべきものとし、一九六七年法第五十章・八条がうけついでいる。また、テネシー州の一九五六年法第三章・八〇五条の六によれば、原告は、「訴状に記載した事実がすべて真実であると認識し、そう信じている。私は軽卒に訴状を作成したのではなく、被告との間に共謀はない」旨を宣誓すべきものと定める。

宣誓は、それが形式的証拠方法の一つとしてはじめて姿をみせたゲルマン古法の時代から今日にいたるまで、訴訟手続において大きな役割を果してきた。もっとも、大陸法と英米法では宣誓に対する法律家の態度がちがっている。前者では書証を尊重し、人証に対しては心理学的に不信の念をいだくため、宣誓についてもいわゆる裁量宣誓の原則がとられるのに反し、後者においては、人証とくに公判における反対尋問を経た証言を、最も重要かつ信用しうる事実認定の資料とみなすため、尋問前の宣誓と証言は不可分の一体として必要的宣誓の原則が維持される。いずれを問わず、宣誓を形式的証拠方法の一つとする理論的根拠に注目するとき、時代を追ってはつきり移り変っ

ているのがわかる。人間の思考作用がまだきわめて幼稚・素朴であり、加えて自然現象が厳しく対決を迫っていた当時、人々は日常生活において生起する諸現象すべてを『人間の力の及ばない絶対的な存在としての神のなせる業である』とみなす宗教的な確信を強くいだいており、もし偽りの証言をすれば、それに対して神が真ちに罰を与え、命を奪うか啞にしてみましょうと信じて疑わなかった。ジエローム・フランクが宣誓を神判 (cordeal) の最後の形態とみ、その本質を詛い (Imprecation: urse) とするのにも右の趣旨であろうか。しかし、文明の進化、科学の発達にともなうて、人間が自然現象をはっきり理解し、それを克服すること⁽¹³⁾も可能となれば、偽りの証言に対して神が直ちに罰を加えるという確信が次第に崩れるのも当り前であって、宣誓の果す役割について、神の罰という面を重視する考え方は後退し、むしろそれによって直接人々の良心に訴え、偽りの証言を阻止し、真実をのべさせる手段へと変ってきた。ウイグモアはかかる事情を指して、「宣誓の理論が客観的なものから主観的なものへと移行した」という。⁽¹⁴⁾つまり、偽証に対する客観的な罰のみを重視するよりも、それを含めて主観的に人の心に喰い入り、偽証を阻止する積極的な役目を負うべきものと考えられるにいたったわけである。

共謀と宥恕が離婚請求に対する棄却事由とされるミシシッピ州⁽¹⁵⁾の *Atwood v. State of Mississippi* (一九二七) 事件⁽¹⁶⁾において、裁判所は次のようにのべている。「宣誓の本質について多くの人々がいろいろの言葉でのべているが、以下の点で原則的に一致する。宣誓とは自己の証言について神に対し責任をとるという趣旨でなされる対外的な誓約であって、宣誓する人は、もし自分が偽りをのべれば神によって罰せられるであろうと信じている」。つまり、私は絶対に偽りを申しませんと神に誓ったうえで証言するのであるから、良心のはたらきが正常であるかぎり、

真実をのべるにちがいない。それによって証言の真実性を担保する点に宣誓の本質が存するとみている。ところで、宣誓という場合、直ちに思い浮かぶのは証人の宣誓である。第三者たる証人は自己が見聞した客觀的事実をそのまま裁判所に提供し、事件の争点を解明する有効な手がかりを与える役割を負うものであって、証言の内容はつねに真実に合致することが必要とされる。もし、証人が自己の見聞しない全くの作り事をあたかも事実であるかのようのべるのを許すならば、実体的真実の発見を目的とする訴訟手続を收拾し難い混乱におとし入れ、裁判所が正義に合致する判決を言渡すことも不可能になってしまう。かかる不都合な事態の発生を阻止するため、証人は証言に当ってつねに宣誓を要求されるわけである。⁽¹⁷⁾離婚訴訟の提起に当って原告に求められる宣誓も、裁判所に虚偽が入り込むのを許さないという点では、証人の宣誓とその趣旨を同じくするが、手続の最初の段階で、爾後くりひろげられる審理から夫婦の共謀を排除するのを目的とする点で大きくちがっている。もし、夫婦が共謀していたとすれば、宣誓をちゆうちよするかも知れないし、その後共謀するつもりでいたとすれば、それを思い留まることもあり得るといふ有効な心理的效果をねらったものではなからうか。日常生活が宗教的な信仰とほとんど関係のないわが国において、証人の宣誓は国民の代表者たる裁判官に対してなされるの⁽¹⁸⁾と比較し、神の眼を恐れる人々が絶対者たる神に対してなす宣誓は、全くちがった効果をあらわし、共謀を阻止する有効な方法と思われる。

宣誓があくまで真実に合致しておれば別に問題はないが、ときとして偽りの宣誓がなされる場合が出てくる。最近、多くの心理学者や実務家が宣誓の効用について強い懷疑を表明し、とくに破廉恥な嘘言者ほど宣誓のうえ平然と偽証し、逆に真面目な証人が宣誓のゆえに不当に畏縮したり、証言を差控えたりする傾向のあることを指摘し、

宣誓の意義を過大評価するのは不当であるとの説さえみられる。マックス・ラインシュタインが、「いつわりの誓いをするのは、つくりごとの姦通・虐待・遺棄等々の行為を証言する証人たちだけでなく、宣誓したうえで、自分がいかによき忠実な夫として―また事件によっては妻として―行動したこと……を証言する原告たちもそうだ」とのべるのに照らせば、訴の提起に当り共謀しているにかかわらず、偽りの宣誓をする事態を容易に想像できよう。では、審理の過程においてその事実が暴露されたとき、いかなる効果を生じることになるのであるうか。モンタナ州の *Rosenfeld v. Rosenfeld* (一八九六) 事件⁽²⁰⁾において、裁判所は、「原告はその訴が共謀にもとづいて提起されたものでないことを宣誓する義務を負うのであるから、訴提起の日に共謀していた事実が立証されるならば、請求はみとめられない」とのべている。原告は神の名において夫婦間に共謀はない旨を宣誓したからには、偽りであったことが判明すれば離婚請求棄却の判決が与えられるが、それに留まらず、偽証 (perjury) の罪も問われる結果になると思われる。なお、弁護士が依頼者たる夫または妻を説いて、夫婦間に離婚をめぐる共謀は何もない旨の偽りの宣誓をさせた事実が明らかになれば、偽証教唆 (Subornation of perjury) の罪に該当する⁽²¹⁾。アメリカにおいて、偽証または偽証教唆は「公の正義および国家機関に対する犯罪」の一つであって、叛逆罪 (treason) あるいは重罪 (felony) の程度に及ばない軽罪 (misdemeanor) に該当⁽²²⁾していることを付け加えておこう。

(1) *Vernier, American Family Laws*, vol. II, p. 131.

(2) (Note) *Divorce procedure, Selected Essays on Family Law*, p. 979: *Connolly, Divorce Proctors*, Boston U. L. R. vol. XXXIV, p. 8.

(3) *Purdon, A Digest of the Law of Pennsylvania*, p. 252.

- (4) The Administration of Divorce: A Philadelphia study, U. of Pennsylvania L. R. vol. 101, p. 1208.
- (5) The Compiled Laws of the State of Michigan. 1948 vol. III. p. 11415.
- (6) Martindale-Hubbell, Law Directory. vol. IV, p. 978.
- (7) Purdon's Penna. statutes Annotated. Tit 21-23. p. 282.
- (8) General statutes of North Carolina. vol. 2. A. p. 625.
- (9) General statutes of North Carolina. vol. 2. A. p. 625.
- (10) Tennessee code Annotated. 1955. vol. 6, p. 668.
一九四七年法は第八四三一条を規定された。Garland, Chattanooga Divorce Report, Tennessee L. R. vol. 19, p. 963.
- (11) 証拠法においてもローマ法とゲルマン法とは、前者が自由心証主義、後者は形式的証拠主義と対立を示しており、宣誓も証拠方法の一つとしてゲルマン古法において重要なはたらきをしていた。田中和夫「証拠法の基礎理論」法学理論篇 147
一三三頁、三三七頁―四一頁。
- (12) 田辺公二「英米型事実審理と大陸型事実審理」民法曹時報十一卷七号六一頁―六二頁。
- (13) フランク 古賀正義訳「裁かれる裁判所」上 七〇頁。
- (14) ウィグモア 平野・森岡訳「証拠法入門」二二九頁。
- (15) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 1107.
- (16) A. L. R. vol. 51, p. 838.
- (17) 一般に宣誓の形式については、ウィグモア・前掲書二三〇頁。

なお、民事事件において当事者本人が自己の供述によって証拠を提出するときは証人として証言することになるが、その

場合、宣誓が要求されるのはいうまでもない。

- (18) 宣誓の文言ないし方式を問題にしたものとして、千種達夫「宣誓の文言と方式」法曹会雑誌十卷六号一〇頁―二八頁、下光軍「法廷におけるウン」法曹時報三三卷三三頁がある。
- (19) ラインシュェタイン 井出義光訳「離婚訴訟における手続の改正」アメリカーナ七卷八号二頁。
- (20) A. L. R. vol. 2, p. 713.
- (21) Miller, HandBook of criminal Law, p. 472.
- (22) Miller, op. cit., p. 458.

第三節 補強証拠

共謀した夫婦は各種の方法によって目的を達成しようとする。一つの方法として、夫婦の一方が事実にもとづかずに離婚原因の存在を主張するのに対し、他方は審理に出廷せず、または非行を自認する場合がみられる。ウイグモアによれば、「離婚裁判所は数世紀以前より、ある世間周知の事実―法律上の離婚原因は、それが事実でなくとも、夫婦双方がもはや従う意思のない婚姻契約を解消させるため、申立人によって主張され、かつ相手方によって承認されることがしばしばあるということ―に気付いている。したがって、このように法が回避されるのを防止するため、離婚は当事者の単なる主張・証言・承認にもとづくだけでは許されないとすることが、久しい以前からすべての州における証拠法則となっている。すなわち、主張された原因を補強する証拠がなくてはならない」という。英米法において、刑事事件では、被告人の自白は文書または口頭による明示のものにかぎってみとめられ、また裁判

上の自白には原則として補強証拠は要求されないが、裁判外の自白にはつねにそれが必要とされる。⁽²⁾これと対比するとき、当面の離婚事件において、被告配偶者の自認は明示でも黙示でもよいし、裁判上・裁判外のいずれであってもかまわないが、つねに補強証拠 (Corroborative Evidence) が要求されることになる。この補強証拠をマックス・レイデインは次のように説明している。「ある事件において、証人の証言を強固なものにするため要求される付加的な証拠であり、かかる補強証拠が要求される場合、それを欠けば証言を効力のないものにしてしまう。婚約違反事件、父性推定手続、強姦および偽証事件において要求される。ある人に不利益な唯一の証言が共犯者の補強されない証言であれば、有罪判決を言渡すことはできない」。⁽³⁾

当面の問題たる離婚事件で、もし離婚原因が現実に存在しており、夫婦が少しも共謀していなければ、原告の主張または被告の自認のみを理由に離婚請求をみとめても、不都合を招来することはなからう。しかし、共謀した夫婦が右の方法によって真実をかくし、偽りの証拠を提出するとき、裁判所が夫婦の巧妙な手段に巻き込まれるならば、実体的真実の発見はどうていおぼつかない。結果的には協議離婚をみとめるに等しい。かかる危険を回避するため、裁判所は被告が出廷しないとき、または非行を自認するとき、そのみを根拠に離婚判決を与えることなく、原告に対し、つねに補強証拠を要求するわけである。

歴史をさかのぼるとき、イギリス教会裁判所は大陸のローマ・カトリック教会の普通法たるカノン法および他の諸規則に準拠して裁判権を行使していたが、さらに加えて、イギリスに派遣されたローマ法王の使節による地方的な法規ならびにイギリス教会自身の手による他の教会規則も存在していた。⁽⁴⁾ところで、当面の問題たる自認に補強

証拠を要求するという原則は、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)を含む一般的な教会法のなかに見当たらないし、一六〇〇以前のイギリスにおける地方教会の教令・規則にも存在しない。また、ヘンリー八世の宗教改革(一五三二—三四)以降は、ローマ・カトリック教会の教令または宣言は、イギリス教会裁判所でもはやなんらの効力ももたない。⁽⁵⁾このような次第で、右の原則はイギリス教会に固有の起源をもつものと考えなければならなくなる。⁽⁶⁾では、具体的な起源は何かといえ、ウイグモア⁽⁷⁾はジェームス一世(一六〇三—一六二五)の初年、一六〇三年の教会規則第一〇五条をあげている。同条によれば、「婚姻訴訟事件はつねに最も重要なものと評価され、みなされてきたため、該事件が裁判所に係属し、判決をめぐって争われるときとくに教会において適法に挙式された婚姻について、その示唆または口実が何であるにせよ、解消または取消が請求されるとき、重大な注意を払うことが必要である。それゆえ、われわれは次のように厳格に要求し、かつ命令する。離婚および婚姻無効の訴訟は、十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って、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」⁽⁷⁾とされる。自認に補強証拠を要求するこの規則は、それ以来、教会裁判所で効力を有し、くり返し適用されてきた。

ところで、一八五七年にいたり、教会裁判所における離婚管轄権は終りを告げ、新設のコモン・ロー裁判所たる離婚裁判所(Court of Divorce and Matrimonial court)に移された。そこで、教会法に含まれていた証拠に関する規則も、他の新しい管轄権とともにこのコモン・ロー裁判所に移されたのかどうか、もし移されなかった

とすれば、もともとコモン・ローに証拠に関するかかる規則があったのかどうか、これが問題となる。これら二つの問いに対しては、いずれも否定的な答えしか返ってこない。⁽⁸⁾つまり、イギリス教会裁判所で見とめられていた証拠に関する規則はコモン・ロー裁判所に移されなかったし、他方、コモン・ローはもともとかかる規則を知らなかったというわけである。離婚裁判所の *Robinson v. Robinson* (一八五八) 事件⁽⁹⁾において、コックバーン裁判長はかかる事情を次のようにのべている。すなわち、「本裁判所は教会管轄権を行使する裁判所ではないから、絶対離婚事件について単なる教会当局の諸規則に拘束されることはなく、それによって姦通の事実が立証されるならば、法律上みとめられるいかなる証拠でも、自由にそれを基礎として判決することができる。そして、もしそれゆえに、被告本人による姦通の自認に、異議のない証拠があるならば、裁判所としては、自認を支持する他のあらゆる証拠を欠いているとしても、かかる自認にもとづいて判決する義務がある。たしかに、補強証拠によって支持されない妻の自認は、充分な慎重さと注意をもってうけ入れられなければならない。……だが、裁判所が証拠を吟味したのち、……第二に、その証拠は信用に価し、第三に、それは姦通をきわめて明白かつ卒直に自認するものであるとの結論に必然的に達するならば、われわれはちゅうちょすることなく、裁判所はかかる証拠にもとづいて判決し、被害配偶者が求めている救済を与えるべきであるといわなければならない」。

さて、アメリカ諸州において、当面の問題たる規則はどのように考えられたのであろうか。マサチューセツ・ミネソタおよび他のいくつかの州では、教会裁判所の管轄権がコモン・ロー裁判所たる離婚裁判所に移ったとき、証拠に関する規則もそれに含まれており、したがってコモン・ローの継受を通じ、それを自分たちが承継したもの

と黙示的に推測する。だが、他の多くの州では、前示のような事情とは関係なく、独自に法律の明文で右の教会法の規則と同じ内容のものを制定した⁽¹⁰⁾が実情のようである。とすれば、いずれにせよ、自認に補強証拠を要求する右の規則がアメリカ諸州にうけ継れるにいたったことは、まちがいない。

アラバマー州の Richardson v. Richardson (一八三七) 事件⁽¹¹⁾も次のように説明している。「離婚の問題に関する数多くの制定法はすべて、イギリス教会裁判所で得られた法則を正確に模写したように思われる。そして、多分、これらの法則についての説明は、われわれの制定法の解釈のため最善の物差しではないとしても、有益なものを与えた」と認められよう。自認それ自体で姦通の事実を立証できないというのは、教会裁判所において確立された法則であり、一六〇三年の教会規則のなかの一カ条をなしている。……そして、教会裁判所の判決は終始一貫、この法則をすべての離婚事件に適用してきた。教会規則はその第一〇五条に右の趣旨を定めていたが、これを要するに、原告の主張と被告の自認が真実に合致しておれば、裏付けとなる証拠は必ず存在するはずであって、その要求に応えられなければ、共謀と認定して差支えないとの考えにもとづいていよう。自由心証主義のもとにおいて、証拠の証明力（証拠価値・実質的証拠力）は、これを細分すると、証拠の信用性（信憑力・証拠が信用に価するものであるかどうかの問題）と純粹の証明力（純粹の証拠力・証拠が要証事実との関係でこれをどこまで証明することができるかどうかの問題）になるといわれる。⁽¹²⁾ 当面の場合、裁判所は補強証拠として提出されたものに証拠価値があるかどうか、つまり証拠が信用に価しており、かつ自認と相まって要証事実たる離婚原因の存在を立証できるかどうかを慎重に判断する必要があるのはいうまでもない。さきに第二節で論じた宣誓は訴の提起に当って共謀を阻止する方法

であるが、ここでみる補強証拠は主として、裁判所における立証の段階で夫婦の不正な企てを排除するのを目的とする。

- (1) Wigmore, A student's text-Book of the Law of Evidence, p. 304.
 - (2) 江家義男「刑事証拠法の基礎理論」二二頁—二四頁。
 - (3) Radin, Law Dictionary, p. 75.
- 参照せられたわが国の資料で離婚事件における補強証拠に触れたものは鈴木勇「民刑新証拠論」六〇二頁—六〇三頁のみである。
- (4) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(1)」神戸学院法学四卷1・3号—138頁。Wigmore, A treatise on the Anglo-American system of Evidence on trials at common Law, vol. 7, § 2067.
 - (5) 拙稿・前掲互責論(1)三九頁。Wigmore, op. cit., § 2067. 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—共謀論(1)」神戸学院法学七卷1号四六頁。
 - (6) Wigmore, op. cit., § 2067.
 - (7) Wigmore, op. cit., § 2067.
 - (8) Wigmore, op. cit., § 2067.
 - (9) Wigmore, op. cit., § 2067.
 - (10) Wigmore, op. cit., § 2067.
 - (11) Note: Granting of divorce on Un corroborated testimony of party or parties to suit, American Annotated cases, 1913 B. pp. 6-7.. American Decisions, vol. 30, p. 538.
 - (12) Poynter, Concise View of the Doctrine and Practice of the Ecclesiastical courts in Doctor's commons, on

(13) 田中和夫「証拠法の基礎理論」法学理論篇 147 九頁。

アメリカにおいて、一九六〇年五月現在、離婚訴訟における立証の段階でなされる夫婦の不正な企てを排除するため、三十六州で補強証拠について規定を設けていた。⁽¹⁾古くはアラバマ州の一八二四年法第四条が、「当事者の共謀を阻止するため、離婚事件において、当事者の双方または一方の自認を証拠にしてはならない」と定めたが、自認の許容性 (admissibility) を頭から排除する意味ではなく、補強証拠が伴えば証拠価値を有するのであるから、疑をなくするために、その後、同条を廃止し、新たに第一九六六条で、「当事者双方または一方の自認にもとづいて判決を与えることはできない」旨に改められた。また、カリフォルニア州において、一八五七年四月二十日の「二八五一年三月二十五日に制定された離婚法への追加法」第一条は、「訴はどれでも、被告が出廷しないまま、または当事者一方の自認もしくは陳述にもとづいて離婚判決を言渡すことはできず、裁判所は離婚原因と主張された事実の立証を要求すべきであり、該立証は、もし判定官 (a referee) の面前で行われるならば、書面による尋問および答弁の方法により、証拠能力・許容性および充分性に関する法律上の例外に当たらないことを要する。どの裁判所も、判定官の陳述または事実認定にもとづいて離婚判決を与えるのは適法ではなく、訴訟原因についてなされた適法な証言のみによらなければならない」⁽⁴⁾との規定を設けた。

ここにみられる判定官の規定は、のちにのべるように、すでにニューヨーク州に存した衡平法裁判所補助官 (master in chancery) または同州の一八三〇年の修正法第二部・八章・一節・四一条の規定にならったのではないかと思

われる。同条によれば、「もし姦通の事実が答弁書で承認されるか、または訴状の内容が被告の不利に自認されるならば、裁判所は該事項を判定官 (Referee) に付託し、事実に関する証拠を検討したうえ、意見をそえて裁判所に提出すべく命ずる。そして、終局判決の言渡しに先立ち、事件は前示の証拠および報告にもとづいて審理される」旨を規定している。ニューヨーク州では、当初より姦通が唯一の離婚原因であるため、ここでも姦通のみが問題になっているが、カリフォルニア州はかかる事情をふまえたうえ、ニューヨーク州にならって判定官を設けたのである。前示の追加法第一条には“a referee”とあるから、一つの事件に一人の判定官が関与したことはわかるが、一八五一年当時におけるカリフォルニア州の判定官の人数・資格・職務内容などの詳細は明らかでない。それはそれとして、前示第一条の規定は、たとえ判定官が関与して事実認定をしても、さらに法廷での当事者自身による立証をも要求し、両者を合わせて共謀の可能性をできるかぎり排除しようという趣旨であろう。さらに、一八七〇年三月に改正された離婚法の第二条に、「当事者はいずれも、該訴訟の審理に当って、証人となることができる。しかし、他の証拠で補強されなければ、彼等の証言のみにもとづいて離婚判決を言渡しはならない」とする。離婚訴訟における夫婦相互の証人適格をみると同時に、さきの一八五一年法が実質的に求めていた補強証拠をここで改めて要求した。夫または妻が自己の供述によって有利な証拠を提出しようと思えば、証人として証言できるわけであるが、もし夫婦が共謀していたならば、その事実をかくし、露見すれば偽証罪に問われる危険を冒しながら双方の巧みな証言によって、最終的には原告の離婚請求がみとめられるようになっていく事態の生じることも予想される。かかる事態の発生を阻止するため、さらに補強証拠を要求するというのであろう。

ニューヨーク州が夫婦の証人適格について規定を設けたことは第三章・三節で明らかにしたが、当面のカリフォルニア州でも共謀と関連して問題になる。そして、前示二つの規定をうけ継いだ一八七二年の民法第一三〇条は少し言葉を変え、「被告不出廷のとき、当事者の陳述・自認もしくは証言が補強証拠を伴わないとき、または判定官 (a referee) が陳述もしくは事実認定をしたとき、そのみにもとづいて離婚判決を言渡すことはできず、裁判所は判定官の陳述もしくは事実認定に加えて、申し立てられている事実の立証を要求し、もしその立証が裁判所の面前で行われなければ、書面による尋問と答弁によらなければならない」と定め、さらに一八七二年の民事訴訟法典も第二〇七九条に、「姦通を理由とする離婚の訴において、姦通の自認は答弁書で行ったかどうかを問わず、それのみで離婚判決を言渡すに充分でない」と明示するにいたっている。一方、これらとは別に、一九〇七年の「統一婚姻無効および離婚法」は第十三条で関与官 (Uninterested attorney) について規定しながら、判定官には何も触れず、つづく第十四条に前示の諸規定と同じ補強証拠に関する規定を設けた。「訴訟原因が、被告の側の自認に加え、肯定的な証拠によって示されなければ、婚姻無効または離婚判決は与えられない」というのである。同法を州の離婚法の原則として採用したのはデラウェア、ニュージャージーおよびウイコンシンの三州にすぎないが、このうちデラウェアおよびウイコンシン両州では前示第十四条がそのまま、一九一五年法第三〇二三条⁽¹⁰⁾、一九二九年法第二四七条の十八⁽¹¹⁾にそれぞれとり入れられている。だが、ニュージャージー州に右の規定は見当らない。同州が前示統一法の第五条の互責に関する規定の採用について、デラウェアおよびウイコンシン両州とちがった見解をとったことは、すでに明らかにしたけれども、当面の問題たる補強証拠についても、一九一〇年法第二〇三四

章・十六条に、「もし被告が出廷しないとき、裁判所は原告に対し証言録取書 (deposition) その他の証拠を提出するよう命じ、一方的な審理 (Hearing ex parte) を行うことができる⁽¹⁷⁾」とて、ちがった規定の仕方をしたのが注目される。

夫婦の共謀による離婚を阻止するため、原告の主張または被告の自認に補強証拠が要求されるのは右のとおりであるが、ではいかなる程度の補強証拠が必要なのか。さきに第三章・三節のIにおいて、普通の民事事件と離婚事件とは、事実認定に当って要求される証拠の程度に差のあることを明らかにした。すなわち、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には、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) が必要であり、「蓋然的真実性」とよばれるのに対し、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) 程度に立証される必要がある、「高度の蓋然的真実性」とよばれる。ところで、これに関する表現の仕方は、州によってちがっている。一例として、テキサス州の一九二二年法第四六三条において、「充分かつ満足のいく」(full and Satisfactorily) ものが必要であり、イリノイ州の一九四九年法第四〇章・九条では、「信頼のおける証人による充分な立証」(fully proved by reliable Witness) とされ、アイオワ州の一九五七年法第五九八条の四には、「有効な証拠」(Competent evidence) とし、またネブラスカ州の一九二五年法第四二章・三三五条では、「満足のいく証拠」(Satisfactory evidence) を求めている。

一方、多数の州の判例の示すところをみれば、コロンビア区およびアイオワ、ユタ両州は Clear and Satisfactory

アイダオ、ニューヨーク、ペンシルバニア諸州は Clear and Convincing、ケンタッキー州は reasonably clear and Convincing、メリーランド州は Clear, Satisfactory and Convincing、ウエストバージニア州は Clear, strong and convincing、ウイスコンシン州は Clear and satisfactory preponderance とがうてはいるが、いずれもさきにみた「明瞭で納得のいく」証拠を要求する趣旨にはかならない。もっとも、アーカンソー、コネチカット両州は普通の民事事件と同じ「蓋然的真实性」つまり、自己の側に一そう優勢な証拠で満足し、反対にニュージャージー州のみ、刑事事件と同じ「ほとんど確実な蓋然的真实性」つまり、「合理的な疑を容れる余地のない」(beyond reasonable doubt) 証拠を求めている点にちがいがみられる。⁽¹⁹⁾

ここで、共謀との関連において補強証拠が問題となる代表的な場合をとり上げてみよう。一つは、原告が離婚原因の存在を主張するのに対し、被告が答弁書を提出せず、公判にも出廷しないときである。一般に民事事件においては、原告が裁判所に訴状を提出し、その請求にもとづいて被告に対する呼出状 (Summons) が発行され、それには「被告は原告から訴えられた。だから一定の日時までに出廷せよ。それを怠ると許状を真実とみなして判決をする」旨が記載されている。⁽²⁰⁾ もし、被告が一定の期間内に答弁書を提出しなければ、原告は自己の有利に欠席判決 (default Judgement) をうける権利を有し、損害賠償請求事件であれば、原告の請求にもとづいて裁判所が損害額の算定をしたのち、右判決を登録することになる。⁽²¹⁾ 被告が出廷しない場合も同様である。しかし、離婚事件にこの手続をそのまま適用すれば、夫婦の共謀はなんらの障碍もなく目的を達してしまう。共謀をできるかぎり阻止しようとする各州がかかる事態を見逃がすわけにはない。一九三一年当時、四十三州において欠席離婚判決を禁止し

ており、被告が一定の期間内に答弁書を提出しないとき、または審理に出廷しないとき、そのみを理由に直ちに離婚判決を言渡すことは許されない。コロラド州では当事者いづれかが出廷しないとき、必ず陪審の関与が求められた時代があった。⁽²³⁾ 共謀を排除するため、離婚事件は他の民事事件と手続の面で区別して取り扱い、一つの方法として、裁判所は原告の主張に必ず補強証拠を要求するわけである。

ここで姦通が問題になったメリーランド州の *Bowersox v. Bowersox* (一九二七) 事件⁽²⁴⁾ をあげておこう。この事件において、夫が虐待を理由に離婚の訴を提起したが、妻は審理に出廷せず、夫の側の四人の証人が彼に有利な証言をした。原審が夫の請求をみとめなかったので、彼が控訴し、そこで証人の証言が補強証拠として充分かどうか問題になった。裁判所は、「離婚訴訟において原告の主張を補強する証拠は、強力かつ実質的な内容をもつものでなければならぬ。……夫婦が活潑に争っているときは補強証拠もわづかでないが、本件のような場合、強力なものが必要である」とのべ、四人の証言は補強証拠として充分でないと認め、夫の控訴を斥けている。たとえ被告が出廷しなくとも、答弁書の提出その他の方法で原告の主張を争っているならば、離婚原因の存否も自ら明らかにならう。本件において、被告がかかる態度を少しも示さないで、原告たる夫の主張について、共謀の疑を霧散させるべき補強証拠が要求されたと考えられる。

ところで、メリーランド州の一九三九年法第三五章・四条では、「原告の申し立てた事実を立証する必要がある、その証言のみにもとづいて離婚判決を得ることはできない。ほかに少くとも一人の証人による補強証拠が必要」と⁽²⁵⁾ されるが、本件当時は一九二四年法第十六章・四二条および第三五章・四条により、単に、「被告の自認は決定的

なものではない。原告の証言には補強証拠を伴わなければならない⁽²⁶⁾と定められていた。そこで、夫は四人の証人を申請したわけであろう。歴史をさかのぼるとき、「一人の証人の証言は証拠とならない(何人の証言でもない)」(testis unus, testis nullus)との法則を作ったのはコンスタンティヌス帝(三〇六—三三七)であって、それが後世の法定証拠に関する基本原則たる「二人の信用し得る証人の証言が完全証拠をなす」との法則の基礎となったといわれる⁽²⁷⁾ように、補強証拠としての証人の数の史的考察も興味ある問題にはちがいない。だが、もともと、証人の数がいくら多くとも、そのみで決定的な効果があるわけではない。問題はむしろ、各証人の証言のもつ証拠としての信憑力いかにかかってくる。法廷において、証人はつねに主尋問につづいて相手方の反対尋問をうけ、それを無事に切り抜けてはじめて、証言に信憑力がみとめられる。そして、「ときには一人の証人の証言の方が、相手方の十二人の証人のそれにもまして、われわれを納得させるに充分かも知れない⁽²⁹⁾」とさえいわれる。格言による⁽³⁰⁾も、「証拠は評量(weight)せらるべきものであって、計数せられるべきものでない」。当面の場合、証人の証言が夫の主張と相まって妻の姦通を明瞭かつ納得のいく程度に立証できれば、補強証拠として充分な役割を果たさであろう。だが、結果的には証人等が妻の弁護士による反対尋問をうけていないという事情もあるにせよ、その証言に夫の主張を補強する証拠としての実質的な価値はみとめられなかった。証人の数よりも証言の実質的な内容がものをいうことは、これによってもわかる。

右にのべた事情は被告がなんらかの方法で非行を自認するときにも妥当である。もし、裁判所はそれのみで被告敗訴の判決を言渡してよいとすれば、共謀した夫婦の一方が他方の非行を理由に離婚の訴を提起し、他方がその非行

を自認しさえすれば、非行が全く仮空のものであっても、離婚判決を容易に入手できよう。さきに第三章・五節の4でメキシコ諸州の離婚法の一面に触れたが、たとえばソノラ州において、夫婦が対立して離婚訴訟を争う場合でも、彼等の自認に補強証拠は要求されない。⁽³¹⁾ アメリカ市民たる夫婦が共謀してメキシコに赴き、協議離婚ではなく離婚訴訟の手續をふみ、被告が離婚原因とされている非行を自認しさえすればよいわけである。だが、ひるがえってアメリカの場合、ケント大法官によれば、「当事者の自認は他の証拠によって補強されないかぎり充分な価値をもたないという原則は、カノン法に由来し、その目的は離婚を達成する手段として自認が強要されたり、共謀のうへ自認が行われるのを厳に警戒するにある」⁽³²⁾ 旨を指摘している。彼が裁判官をつとめたニューヨーク州で姦通を唯一の離婚原因とする法律が制定されたのは一七八七年であるが、その当時から、共謀の一手段としての自認が問題になっていたように、被告の自認のみをもとに離婚判決が与えられる危険をさけるため、次のような方法がとられていた。すなわち、事件を衡平法裁判所補助官 (master in chancery)⁽³³⁾ に付託し、姦通の証拠を調査させ、彼の意見をそえて報告をさせる。補助官の報告または陪審の評決により、大法官が姦通は真実であると確信するならば、はじめて離婚判決を与える⁽³⁴⁾ というのである。

一七八八年五月以降、大法官は任命評議会 (Council of Appointment) の同意を得て知事によって任命され、前補助官は任命評議会が任命⁽³⁵⁾ しており、離婚事件における右のような手續は一八三〇年の修正法第二部・八章・一節・四一条⁽³⁶⁾ にもり込まれるにいたった。同条には、「姦通の事実が答弁書で承認されるか、または訴状の内容が被告の不利に自認されるならば、裁判所は該事項を判定官 (Referee)⁽³⁷⁾ に付託し、事実に関する証拠を検討したうえ、

意見をそえて裁判所に報告すべく命令する。そして、終局判決の言渡しに先立ち、事件は前示の証拠および報告にもとづいて審理される」旨を定めている。判定官は被告の自認がそれ自体で信頼に価すると判断すれば、あえて補強証拠を要求するまでもなからうが、なんらかの点で疑をいだくならば、それを求めることになる。被告の自認に必ず補強証拠が要求されるわけではない。なお、前示修正法の第三八条が離婚管轄権を大法官裁判所（一八四六年憲法第六条・三節により廃止）から控訴裁判所へ移したためであろうか、「*master in chancery*」は「*Referee*」に改められているのが注目される。

その後、一八八〇年の民事訴訟法典は第一七五七条に、「たとえ被告が答弁書において姦通の主張を争わなくとも、また審理に出廷しないか答弁書を提出しなくとも、原告はやはり勝訴判決を得る前に、訴状中の実質的主張を裁判所が満足する程度に立証しなければならぬ」と定めた⁽³⁸⁾。これによって欠席離婚判決の言渡しを禁止するけれども、前示修正法と同じく、被告の自認に必ず補強証拠を要求する趣旨はみられない。一八九六年の控訴裁判所規則第七二条および第七六条⁽³⁹⁾にも同趣旨を定め、さらに民事手続法第一一五〇条⁽⁴⁰⁾から家族関係法第一七四条⁽⁴¹⁾にうつがれたが、一九六六年法第二五七章・四条によって廃止⁽⁴²⁾されると同時に、同法第七条で付加された家族関係法第二二一条⁽⁴³⁾のなかに収められている。

自認に補強証拠を要求する目的は、ひとえに夫婦の共謀を排除するにある。裁判所がすべての事情から共謀の疑がないと判断し、自認が誠実になされたことについて充分な心証を得る場合、自認それ自体を証拠の一つと認定して差支えなく、さらに補強証拠を要求するまでもなからう。コロラド、メイン、ミシガンおよびモンタナ諸州にこ

の趣旨を肯定する判例がみられるが、⁽⁴⁴⁾ ニューヨーク州においても一例として Sigel v. Sigel (1891) 事件をあげることができる。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が、夫はいくども数人の人に彼の非行を自認しており、その内容が真実であることに疑の余地はなく、また夫婦間に共謀は全くみられなかった。だが、夫の弁護士は、被告の自認のみでは離婚判決を言渡すに充分でないと抗弁した。裁判所はこれに対し、「被告はすべて嘘つきで詐欺をはたらくものと想定してはいけない。被告の態度が誠実以外の何物でもない場合はとくにそうである。自認がすべての事情および被告の態度によって確証され、共謀のもとになされた形跡が少しも見当たらない場合、証拠として充分である」とのべ、妻の請求を容れている。

すでにいくども指摘したとおり、ニューヨーク州では民事訴訟法典第八二八条により夫婦は互いに証人資格をもち、同第八三一条のもとで被告は姦通の責を否認する権利を認められる。当面の場合、夫はすでに非行を自認したにせよ、それが架空のものであり、離婚を望まなければ、審理の開始と同時に右の権利を行使して非行の事実を積極的に否認することにより、妻の請求を阻止する可能性も生じよう。しかし、夫はかかる手段をとっていない。自認した事実を否認せず、ただ自認のみにもとづいて離婚判決が与えられるのに反対するにすぎない。夫婦が共謀のうえ、夫がいちど非行を自認しながら、審理に当って共謀の事実を暴露しないため、形式的のみ否認したとすれば問題は別であるが、共謀の不存在はすでに明らかにされている。共謀のないことが認められたからには、裁判所としては夫の自認から非行について満足のいく程度の心証を得たならば、妻の請求を容れてよからう。

このことは刑事事件の手続と対比するとき、一そうはつきりする。一般に刑事事件において、被告人は有罪の判

決をうけるまで無罪の推定 (presumption of innocence) をうけ、黙秘権の行使により不利益を結果しない。ニューヨーク州の刑事訴訟法典 (Code of criminal procedure) 第三九三条によれば、「……被告人が証言を怠り、またはそれを拒否することから、彼に不利益ないかなる推定も生じない⁽⁴⁶⁾」とされる。だが、民事事件において、当事者双方はそれぞれ自己に不利な事実をできるかぎりかくしたまま訴訟手続を進めなければ、勝訴を期することはできない。被告が自ら証人として有利な事実を証拠に提出できるにからず、そうしないとき、それによって蒙るかも知れない不利益な結果を甘受したものとみてよからう。さきの事件において、被告たる夫が非行を自認したと、そして自認の内容をのちになって否認しないことは、まさにこれに当たっている。

ところで、ニューヨーク州では姦通をめぐって共謀が当初からしばしば行われ、最近にいたるまで同じ事情を示していた。「ホテルの証拠」が重要な役割を果たす事実によってはっきりわかる。その場合、被告は出廷して姦通の事実を自認し、原告が私立探偵または他の証人の証言によりそれを補強する形をとっているのではなからうか。私立探偵は夫婦双方または一方の依頼をうけ、当初から共謀に加担している恐れが充分に存在するから、その証言にいかなる価値を与えるか、一つの問題である。これに関し *Elsworth v. Elsworth* (一九二七) 事件⁽⁴⁷⁾において、判官は私立探偵の証言にもとづいて離婚判決を言渡すべき旨を勧告したが、裁判所は特別開廷期 (special term) において、補強証拠を欠いているとの理由で判定官の報告の認容を求める原告の申立を斥けたため、原告が控訴した。裁判所は原判決を破棄し、「他のすべての信憑性に関する事件と同じく、証人たるにふさわしくない人が提出する証拠の価値を判断するのは、第一に判定官の仕事である。補強証拠のない私立探偵の証言にもとづいて離婚判

決を与えることはできないというのは、法律上の原則ではない」とのべている。また、*Braun v. Braun* (一九三九) 事件⁽⁴⁸⁾では、「離婚訴訟において私立探偵の提出する証拠に補強証拠は必要でないけれども、彼等は当事者の一方によって雇われており、それに有利な証拠を提出できれば名声と報酬が得られるという事実を照らし、どの程度の価値があるかを考慮されなければならない」旨を指摘する。

それまで夫婦と一面識もなく、たまたまその場に居合わせたにすぎない第三者たる証人の証言と比較すれば、当面の場合における私立探偵の証言は、一応、疑の眼をもってみられるのも道理である。だが、裁判所が意識的にそうするのかどうかは別として、終局的にはそれ自体で相当の評価を与えられているのが真相ではなからうか。さきに第三章・三節のIにあげた *Miller v. Miller* (一九二九) 事件を例にとれば、私立探偵の証言は原告たる妻の兄の証言によって補強され、さらに両者が合して夫の自認を補強する証拠になったと考えられる。

離婚をめぐる夫婦の共謀でニューヨーク州が独特の現象を示しているとはいえ、共謀に対処する各州の基本的な態度はいずれも同じであって、疑わしい場合、被告の自認のみを証拠として離婚判決を言渡すことなく、強力な補強証拠を要求し、その面から不正な企てを排除しようとする。たとえば、ニュージャージー州の *Kloman v. Kloman* (一九〇一) 事件⁽⁴⁹⁾では、姦通の自認とその補強証拠が問題とされている。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起し、証拠として妻が非行を自認した手紙を提出した。妻は審理に出廷しない。そこで、右の自認のみによって夫の請求をみとめてよいかどうか疑問とされた。裁判所は、「確立された法則によると、自認を裏付ける証拠が必要である。もっとも、それがいかなる性質をもつべきか、イギリスでもアメリカでも一定してい

ない。争点たる非行をはっきり立証するものが必要なのか、それとも、自認した人はそうするについて強制をうけておらず、共謀の意思もなかったことを立証するものでよいのか、見解が分れている。本裁判所ははっきり前者の見解をとっている」とのべ、かかる要件を具えた補強証拠がないとの理由で、夫の請求を棄却している。つまり、夫の訴提起に先立って妻が文書で彼女の非行を自認しており、かかる自認を補強する証拠はいかなる内容を具えるべきかが問題とされているわけである。

妻が自らの判断にもとづき、任意に (Voluntarily) 過去の非行を自認したことが立証されれば、共謀の疑を晴らすに充分であろうから、補強証拠は二つの要件を具備するものでなければなるまい。一つは自認の任意性の立証であり、これによって、夫婦の一方が他方の強迫または不当威圧のため意に反して偽りの自認を強いられたものでないことを明らかにできる。だが、これのみでは充分でない。もし、これで充分とすれば、任意に自認した事情はたしかに証明されたが、実は夫婦が共謀のうへ、一方が偽って架空の非行を自認していたという事態も起り得るわけであって、何のために、補強証拠を要求するのか、ナンセンスというのほかはあるまい。そこで、もう一つ、補強証拠は自認の内容が真実 (true: genuine) であることを明瞭で納得のいく程度に立証するものでなければならぬと考えられる。当面の事件についてみれば、夫の強迫または不当威圧は問題にされていないから、結局、夫は妻の自認の内容の真实性を立証すべき補強証拠を提出する必要がある、それで充分と思われる。もし、妻の姦通が事実であれば、夫がその証拠を入手・提出するのも困難ではなからう。しかし、夫は裁判所を満足させるに充分な補強証拠を提出できなかった。この点から推測すれば、妻の姦通は架空のものであり、夫婦が共謀のうへそれを証

拠に利用できないよう、妻が偽りの自認を手紙にしたためた形跡が濃厚に看取される。裁判所が夫の請求をみとめなかつたのもたゞであらう。

- (1) 谷口知平「北米合衆国婚姻法」宮崎孝次郎編 新比較婚姻法 Ⅱ 三二六頁第三表。
- (2) Note: Granting of divorce on Uncorroborated testimony of party or parties to suits, American Annotated Cases. 1913 B. p. 6.
- (3) Note, op. cit., p. 6.
- (4) Statutes of California. 1857, p. 240.
- (5) The Revised Statutes of the State of New York. vol. III. p. 236.
- (6) Statutes of California. 1869-70. p. 291.
- (7) Deering, The Civil Code of the State of California. p. 45.
一八七三—七四年の改正により、'a referee' は 'the referee' と改められた。
- (8) Armstrong, California Family Law. vol. I, p. 225.
- (9) Uniform State Law in the U. S. fully annotated by Charles Thoddeus Terry, p. 302.
- (10) Vernier, American Family Laws. vol. II, p. 142.
- (11) Vernier, op. cit., p. 147.
- (12) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(三)」神戸学院法学五卷一号五七頁。
- (13) Vernier, op. cit., p. 145.
- (14) Revised Civil Statutes of the State of Texas. 1912. p. 945.

- (15) Illinois Revised Statutes. 1949. vol. I. p. 1425.
- (16) Code of Iowa. 1959. vol. II, p. 1952.
- (17) Wigmore, A treatise on the Anglo-American system of Evidence in Trials at common Law. vol. 7, § 2067.
- (18) Groom, Proof of crime in a civil proceeding, Minnesota L. R. vol. XIII, p. 580.
- (19) Groom, op. cit., pp. 580-581.
- (20) 古閑敏正「アメリカの民事訴訟について」裁判官特別研究業書二五号四頁—七頁。
- (21) 欠席判決には判事は関与せず、したがって言渡は行われず、登録までの手続はすべて書記 (clerk) によつてなされる。この手続については「米國裁判所の組織および訴訟手続」司法資料第一三〇号—一〇四頁—一〇五頁。
- (22) Vernier, op. cit., pp. 140-147.
 つれに關する規定を欠くのはアラバマ、アラスカ、ネンダ、ニューハンプシャー、ニュージャーシー、ニューヨーク、ペンシルベニアおよびバーモント諸州である。
- (23) Kinney, Divorce practice in Colorado, Rocky Mountain L. R. vol. 21, p. 361.
- (24) A. L. R. vol. 65, p. 166.
- (25) Martindale-Hubbell, Law Directory. vol. IV, p. 558.
- (26) Vernier, op. cit., p. 144.
- (27) 田中和夫「証拠法の基礎理論」法学理論篇 147 一四七頁—一三五頁。
- (28) Wigmore, Required Numbers of witness—A Brief History of the Numerical system in England, Harvard L. R. vol. XV, pp. 84-108; Wigmore, op. cit., § 2032.
- (29) Wigmore, A student's text-Book of the Law of Evidence, p. 446.

- (30) 鈴木勇「民刑新証拠法」六〇一頁。
- (31) Bates, *The Divorce of Americans in Mexico*, A. B. A. J. vol. 15, p. 710.
- (32) Kent, *Commentaries on American Law*, vol. II, p. 116.
- (33) “Master in chancery” はイギリスにおける正式の名称であつて、シエームス・ケントの時代にはアメリカでもこれを使用したのであるが、現在では単に master とよばれる。
- イギリスの大法官裁判所たる master 史的研究は Holdsworth, *A History of Early English Law*. vol. 1, pp. 416-421.
- 豊浦与一「英国衡平法と信託制度」五〇五頁—五一一頁、湯浅恭三「英国衡平法裁判所の組織とマスターの制度」法学新報三九卷四号九五頁—一一六頁。
- (34) Kent, *op. cit.*, p. 117.
- (35) Proctor, *Origin of chancery courts in New York*, Albany L. J. Vol. LVI, p. 173.
- (36) *The Revised Statutes of the State of New York*. vol. III, p. 236.
- (37) 裁判所法 (Judiciary Law) の第四節・Aが“Official Referees”と題して第一一五条ないし第一二五条に詳細に規定する。²⁸ *New York Consolidated Law service*. vol. 6, pp. 55-65.
- (38) Gilbert, *The Law of Domestic Relations of the State of New York*, p. 44.
- (39) Gilbert, *op. cit.*, pp. 46-47.
- (40) Warren, *Gilbert-Bliss Civil practice of the State of New York*. vol. 6A. pp. 265-266.
- (41) McKinney, *The Consolidated Law of New York annotated*. Book 14. *Domestic Relations Law*. § 1-199. p. 466.

- (42) Mckinney, op. cit., Annual pocket part. 1966. § 1-199. p. 31.
- (43) Mckinney, op. cit., § 200-272. p. 11.
- (44) Note, op. cit., pp. 10-11.
- (45) New York Supplement, vol. 20, p. 377.
- (46) Mckinney, op. cit., Book 66. part 2, § 393.
- (47) New York Supplement. vol. 224, p. 620 : Borg, Corroboration of the Unworthy witness in Divorce Actions, Brooklyn L. R. vol. 20. p. 82.
- (48) New York Supplement. vol. 281. p. 25.
- (49) McCurdy, Cases on the Law of Persons and Domestic Relations, p. 264.

第四節 弁護士の方代理禁止

一般の民事事件において、利害相反する当事者の一方の側に立ち、自己の最善をつくして依頼者の利益を擁護するのが弁護士に課せられた職務上の義務である。もともと、依頼者と弁護士との間には本人 (principal)・代理人 (Agent) の関係が存在するが、⁽¹⁾ 弁護士は依頼された訴訟事件を遂行するについて、依頼者の指揮・監督をうけず、独自の判断にもとづいて適当と考える手段をとることが出来る。この点で弁護士はいわゆる「独立の契約者」⁽²⁾ (Independent contractor) に該当している。ところが、独立の契約者には、代理人とそうでないものとの二種がある。⁽³⁾ 弁護士は代理人たる独立の契約者であるが、本稿でしばしば登場した私立探偵は独立の契約者にはちがいない

いが、代理人ではない。一般にアメリカにおいて、私立探偵の仕事は法律にもとづく免許または登録が必要とされる。すなわち、一九四八年現在、二十州では法律によって免許され、ウイスコンシン州では一九二五年法で登録を求めており、その他にも多数の法律が制定され、または提案されているという。⁽⁴⁾ 免許・登録によって資格を具えた私立探偵にある仕事を委託した場合は、弁護士資格をもつ人に訴訟事務を委任したときと同様に考えてよい。とはいえ、私立探偵は依頼者の求めに応じ、独自の判断で法律の許す範囲内の手段を用い、秘密のうちに犯罪その他の調査をするものであって、依頼者に代わって法律行為をするわけではない。⁽⁵⁾ 本稿にみた例では、夫婦の一方の依頼をうけ、配偶者の非行の証拠を集めるという事実上の行為をするにすぎないから、代理人には当たらない。

弁護士と私立探偵を対比すれば、右のようにちがっているが、一方、弁護士と依頼者の関係は最高度の誠実さを要求される信頼関係の一つに数えられる。⁽⁶⁾ もし、両者の利害相反する事態があらわれるならば、信頼関係を危くする恐れが存する。それには四つの事態が指摘される。①ある事項について利害相反する二人またはそれ以上の依頼者を代理するとき、②前の依頼者の利益に反し、同一事項について他の人を代理するとき、③弁護士の個人的な利益が依頼者のそれと相反するとき、および④前の依頼者のためにしたサービスに関連のある事項について、その利益を傷つけ、弁護士の個人的な利益のために行ふときがそれである。⁽⁷⁾ 弁護士の個人的な利益は一応別とし、当面の場合、①および②を問題としなければならない。もし、一人の弁護士が利害相反する当事者双方を代理するのを見とめれば、あたかも弁護士にシキル博士とハイド氏の二重人格をもつことを要求するものといつて過言ではない。原告の利益を主張しながら、同時に被告の立場からそれに攻撃を加えるのは、正に神わざに近く、双方に対し

完全な誠実さをもってする適切な訴訟活動はとうてい期待できないし、期待するのはそもそもまちがっている。

弁護士職務倫理規範が第六条（相反する利害関係）・一項において、「弁護士は、弁護士契約に際して、依頼者に向い両当事者との関係についての凡ての事情及び争訟における利害関係又は争訟との関連で依頼者が弁護士を選択するに当って影響を及ぼすほどのものを打明けける義務がある」とし、ついで第二項で、「相反する利益を代理することとは弁護士としての義務に反する。……」⁽⁸⁾とのべ、弁護士の双方代理禁止を明言するのもこの趣旨にはかならない。同一の弁護士組合（Law Firm）に属する弁護士が同一事件の当事者双方について弁護を引き受けることを禁止する法律もある。⁽⁹⁾

ところで、この原則には例外がみられる。前条・但書によれば、「事実を完全に打開けた後、全関係者の明示の同意を得た場合はこの限りでない。本条の意味において、弁護士が相反する利益を代理しているとされるのは、弁護士が一人の依頼者のためにあることを主張する義務を負いながら、しかも、もう一人の依頼者に対する義務からはそれに反対することを要するという場合である」⁽¹⁰⁾とする。民事事件において、一方当事者たる多数者の利害関係が同一である場合⁽¹¹⁾（複数の相続人が訴訟当事者となる事件、多くの債権者が破産した債務者の隠匿財産を見付け出すとうとするとき等がこれに当る）、または多数者双方の利害関係が相反していても、それがうまく調整できる場合⁽¹²⁾（抵当物その他の担保物件が提供された場合に、同一の弁護士が貸主・借主双方の諒解にもとづいて両者を代理すること、債権者から手形債権の回収をたのまれた弁護士が、同時に債務者からもその債権について請求を認諾することを依頼される場所、複数の相続人が相続した土地の分割を裁判所に申請する場合、等々がこれに当る）、弁

護士は右の多数者全員または当事者双方を代理して差支えない旨をのべたものと理解されている。果してかかる例外は離婚事件にも適用されるのであろうか。

離婚事件において、夫婦は全く相反する利害関係をもつのが普通の状態であり、離婚判決が言渡されるかどうか、二者択一的な結果について妥協の余地が存在するはずはない。別々の弁護士に依頼して訴訟手続を進めるのが当り前であって、一人の弁護士が夫婦双方の依頼をうけて代理するという事態は常識では考えられない。もっとも、夫婦が離婚に合意し、共謀のうえ訴訟手続をとるときは別である。この場合、夫婦としては、一人の弁護士が双方を代理してくれば好都合にちがいない。もし、双方代理をみとめるならば、弁護士は凡ゆる事情からみて何を離婚原因とするのが最も有利かを考慮したうえ、それを理由に一方から他方に対する離婚の訴を提起し、同時に他方も代理し、法廷で夫婦双方および証人に対してなされると予想できる尋問事項につき、それぞれのように答弁すればよいか等々の十分な準備をしておけば、離婚判決を容易に入手できる結果となる。だが、これはあくまでも仮定の話であって、実際にかかる事態をみとめるならば、共謀を阻止するため他にどのような手段をつくしても、その努力は一挙に水の泡と化してしまう。かくて、離婚訴訟はあくまでも対立当事者の争訟であるとの原則を堅持し、一般の民事事件とはちがって弁護士の双方代理禁止に例外をみとめず、この面からも夫婦の共謀を阻止しようと万全の態勢を布くことになる。

いかに練達の弁護士でも、夫婦共謀の事実および自己が双方代理をしている事実をかくしたまま手続を進めるのは不可能に近い。あえてそれを行っていることが発見されるならば、職務倫理違反を理由に懲戒処分をうける結果

になりかねない。それゆえ、夫婦から相談をうけても、余程の事情のないかぎり、直ちに双方代理を承認する事態は起らないのではなからうか。疑問をいだくならば、倫理委員会に質問を發し、その意見をまっしてはじめて態度を決定するという慎重さが要求される。ここでニューヨーク市法曹協会職務倫理委員会の意見第九号⁽¹³⁾(一九二四年七月二日)をあげてみよう。これによれば、夫の非行を理由とする離婚訴訟において、夫が妻に対し、彼の弁護士が妻も代理するとの条件で非行に関する証拠を提供する旨を申し出で、妻が快くこれに応じたとしても、弁護士は夫の提案にもとづいて妻をも適切に代理することはできない旨を回答している。もともと、共謀の手段として被告配偶者が自己の非行の証拠を提供し、原告の立証を容易ならしめ、しかもかかる証拠が真実に合致しないものである例の多いことは想像に難くない。当面の場合、さらに弁護士の双方代理を企図し、それを自己の非行に関する証拠を提供する条件としている。倫理規範に照らすとき、依頼者の不正な企てを見逃すのはもとより、双方代理の許されないことも、倫理委員会の意見を聞くまでもなく申明の理といてよく、弁護士はかかる提案を言下に拒否すべき立場にある。そうしなかったのは、これまでの行きがかりから直ちに拒否し難いため、有力な口実として前示の意見を求めたのではないかと察せられる。

一方―弁護士が依頼者の提案に少しも異議を留めず、双方代理によって訴訟手続を進めようとする例がみられ、ノースカロライナ州の Johnson v. Johnson (一九〇六)事件⁽¹⁴⁾で問題になっている。この事件において、裁判所は「われわれの見解では、一人の弁護士が夫婦双方を代理することはできない。令名ある弁護士が双方を代理する場合をとくに例外として考えるつもりもない。本件において、利害関係の衝突は何もないから、夫婦双方を適切に代

理できると主張されている。いかながら、われわれはそれと見解を異にする」とのべ、離婚事件における弁護士
の双方代理禁止を理由に原告の請求を棄却している。アメリカ法曹協会が職務倫理規範を採択したのは一九〇八年
であるから、本件はその直前の事件としてとくに注目される。それにしても、離婚訴訟において、離婚という結果
の発生をめぐって夫婦双方の利害が相反するのがつねであるから、右のように夫婦間に利害関係の衝突は何もない
と主張するのは、あたかも夫婦双方が離婚を望み、その目的を達成すべく共謀している事実を自らみとめるものと
いわなければならぬ。かような場合、裁判所がその主張を容れるならば、結果において協議離婚を絶対に承認し
ない離婚法の大原則を根底からくつがえし、夫婦の共謀を是認ないし促進するに等しい。右の大原則の是非を論じ
ることになれば、問題は別であるが、これを維持するかぎり、裁判所もいうように、双方代理の禁止はあくまで貫
く必要が存しよう。

現状のもとで一人の弁護士が夫婦双方を代理して離婚判決を入手するのはほとんど不可能と思われるにかかわら
ず、いかなる巧妙な手段によるのか、まれにその事例がみられる。ここでは、判決言渡のちになんらかの事情で
当事者の一方が弁護士の双方代理の事実を暴露し、該判決の取消を求めた例として、カンサス州の *Todd v. Rhodes*
(一九二〇)¹⁵⁾ 事件をあげておこう。この事件において、夫は妻の同意を得てある弁護士に夫婦双方を代理させたが、
妻が離婚判決を得たのち死亡したのを機会に、双方代理の事実を明らかにして判決の取消を求めた。裁判所はこれ
に対し、「夫はのちにかかる主張をすることはできないとの原審の見解に賛成する。夫は苦情の原因を自ら作り出
し、自らの希望する結果が得られるよう事を運んだからである」とみとめ、他方、「訴訟当事者が同じ弁護士によ

って代理されることを充分に認識し、それに同意している場合は、双方代理禁止の一般原則に対する一つの例外と考えてよいが、離婚事件においては、夫婦が心から離婚を望んでいることを理由に、双方代理を許すのは公益に反する旨を明らかにしながら結局、夫の請求を棄却している。さきに第四章で明らかにしたように、夫婦の一方が他方から詐欺・強迫または不当威圧による不正な手段で共謀にかり立てられた事実が明らかにされるならば、離婚判決取消請求もみとめられ易いが、自由な意思で共謀した夫婦が自ら取消を求める場合、裁判所はあらゆる事情を慎重に考慮したうえ、認否の判断を下すことになる。これは当面の場合にも妥当しよう。共謀した夫婦が一人の弁護士によって訴訟手続を行ったのが真相であるとしても、離婚判決後ある期間を経過しており、夫の妻に対する詐欺・強迫または不当威圧の事情は存在しなかつたし、しかも妻はすでに死亡している。いまになって夫が弁護士の双方代理の事実を暴露し、判決の効力を攻撃するのを許せば、妻の残した財産の帰属をも含め、社会の秩序に混乱を生じるのは明らかである。裁判所はかような場合、あくまで共謀をみとめない立場から、弁護士の双方代理を理由にその結果を排除するよりも、判決の効力をそのまま維持する方がかえって公益に合致し、正義・衡平を実現するゆえんと判断したのではないかと思われる。

以上にみたのは、一人の弁護士が離婚訴訟において文字どおり夫婦双方の代理人となる場合であった。それが許されないことは改めていうまでもない。そこで、次に倫理規範との関係で一般に弁護士に許される行為の範囲いかに問題になる。離婚事件において、一人で夫婦双方の代理人にはなれないが、ほかの方法で双方の訴訟手続に關与することは許されるのか、またはそれさえみとめられないのか。アメリカ法曹協会の職務倫理委員会をはじめ、

いくつかの州または郡の倫理委員会が意見を發表している。それによれば、夫婦の一方の弁護士は他方のために弁護士を推薦してはいけない⁽¹⁷⁾。他方のために訴状・訴訟書類または証言の準備をしてはいけない⁽¹⁷⁾。いかなる点に關しても、他方のために行爲し、または法律上の助言をすることはできない⁽¹⁸⁾。たとえ判決言渡前にすべての事情が裁判所に明らかにされても、かかる行爲は許されない⁽¹⁹⁾。これらの意見によってもわかるとおり、弁護士は夫婦の一方のため離婚事件の弁護を引き受けたならば、爾後、その事件について他方の代理人を兼ねるのもとより、前者との間の信頼關係を少しでも損う恐れのある行爲は堅く禁止されるわけである。

夫婦双方が真向から争っている通常の場合、別々の弁護士によって訴訟手続を進めるから、右の禁止が破られる事態はほとんど想像できない。しかし、夫婦が共謀するとき、相談をうけた弁護士がいずれか一方についてのみ事件を引き受けたうえ、共謀の事実を暴露しないためには、形式だけでも他方が別の弁護士に代理してもらおうよう進んで説得し、さきにもた種々の方法をとる例は充分ありそうに思われる。もし、夫婦がそのとおり実行するならば、裁判所に共謀を発見される恐れはたしかに半減しよう。だが、夫婦の共謀は事実であるし、弁護士がこれに加担していることも否定できない。明白な双方代理のみ禁止し、他方でかかる事態を放任するのは全く片手落ちのそしりを免れまい。弁護士が倫理規範を忠実に守って職務を行うかぎり、夫婦がいくら共謀しても、現実に裁判所において離婚判決を入手する可能性は存しないはずである。それにもかかわらず、倫理委員会が質問に応じていろいろ意見を發表する必要に迫られるのは、實際上、さきにもたような方法がしばしば行われ、それを見逃せば、共謀を離婚請求棄却事由とする法律の規定が骨抜きにされる恐れが充分に感じられるからではなからうか。

(1) Restatement of the Law of agency. vol. I, p. 10; Miller, practice of Law, p. 203.

(2) 'Independent Contractor' の訳には二つある。宗官信次「不法行為論」一三二頁、塚本重頼「英国不法行為法要論」上二〇〇頁には「独立契約者」とされ、田中和夫「其米私法概論」三六〇頁、松坂佐一「履行補助者の研究」一二二頁には「請負人」とよばれる。わが民法では請負人と委任がはつきり庄別して規定されるが、Independent Contractor はのちの定義からも明らかないように、これら兩者を含もめた広い概念と考えられるので、独立契約者という用語を使うのが妥当であらう。

「独立の契約者は、自立して事業を営み、彼自身の方法によってある仕事をなすことを契約し、仕事の結果については例外であるが、それ以外には注文者のいかなる指揮・監督にも服さない」と定義される。A. J. vol. 27, p. 487.

具体的な例として、弁護士、ブローカー、問屋 (factor)、競売業者 (auctioneer)、請負師、タクシー運転手などは独立契約者に当る。

(3) Restatement of the Law of agency. vol. I, pp. 12-13.

(4) Encyclopedia of social science, vol. V-VI. "Civil detectives agency", p. 110.

(5) アメリカにおいて、私立探偵が犯罪防止・調査、政界・産業界でのスパイ活動、銀行・ホテル・事務所などでの盗難防止、等社会面で広範囲な活動をしているが、反面で、アルコール密売業者と強要して金銭を提供させることもしばしば行つてゐる。Encyclopedia of the social science, op cit., pp. 108-110.

(6) Miller, Practice of Law, p. 198.

(7) Note: Sanctions for attorney's representation of conflicting interest, Columbia L. R. vol. 57, p. 994.

(8) 司法研究所「米国法曹協会弁護士倫理規範及びその解説」九頁。

(9) Miller, op. cit., p. 199.

- (10) 司法研修所。前掲書九頁。
- (11) 藤井一雄「米國弁護士倫理と懲役制度」司法研究報告書第三輯一號六〇頁。
- (12) 藤井一雄・前掲書六一頁。
- (13) Drinker, Legal Ethics, p. 128.
- (14) A. L. R. vol. 16, p. 428.
- (15) A. L. R. vol. 16. p. 423.
- (16) アメリカ法曹協会職務倫理委員会意見二四五號、ニューヨーク郡委員会意見一七一號(一九一九年)、二八九號(一九三一年)。Drinker, op. cit., p. 128.
- (17) ミシガン州倫理委員会意見五號。Drinker, op. cit., p. 128.
- (18) アメリカ法曹協会倫理委員会意見五八號。Drinker, op. cit., p. 128.
- (19) ニューヨーク郡倫理委員会意見二六五號(一九二八年)。Drinker, op. cit., p. 128.

第六章 結び—共謀の規定と破綻主義

アメリカ各州の離婚法は協議離婚をみとめず、最近にいたるまで、夫婦の共謀は離婚法または判例によって請求棄却事由の一つに数えられてきた。だが、離婚を切望する夫婦は共謀していろいろの手段に訴え、あくまで利害相反する当事者たる外観を呈しながら訴訟手続を進め、離婚判決を得ようと努力する。そこには弁護士が大きな役割を買わされる余地もあり、倫理規範に照らして許されないようなことさえ行われた。実際問題として、夫婦の不正

な企てを阻止しようにも不可能に近い。かかる現実の事態を認識し、その上に立って考えるのでなければ、問題はいつまでも解決できず、ついには法律ないし裁判に対する人々の信頼を著しく低下させる危険が存在していたわけである。夫婦の合意による離婚は公益に反するとの理由でみとめなかったが、現在では、事実として協議離婚が広範に行われているのを無視することこそ、かえって公益の要請に合致しないのではないかと考えられる。

さきに第二章で指摘したとおり、公益の観念は決して一義的のものではない。その表現が抽象的であるだけに、それぞれの時と所により、国家・社会の一般的利益に合致して妥当とみとめる内容を盛り込む可能性が存在するし、当然のこととして予定されている。当面の場合、各州はかかる見地から、これまで長い間、共謀という手段で事実上行われてきた協議離婚を法律によって認知し、なんらかの形でみとめてはどうかということが、切実な課題として登場してくることになる。その前提として、離婚訴訟を敵対的訴訟 (adversary process) とする立前こそ検討し直す必要が痛感された。夫婦は離婚訴訟の原告・被告として、利害相反する立場から法廷で訟争をくりひろげる。この原則も夫婦の一方が他方の非行を理由に離婚の訴を提起し、他方がこれに真向から反対する場合は妥当しよう。しかし、非行の有無と関係なく、夫婦が離婚に合意するとき、協議離婚はもとより許されないから、訴訟手続のうえであたかも両者の間に相反する利害関係が存在しているかのように行動することが是非とも必要になる。つまり、夫婦がいくら円満に離婚したいと思ってもみとめられず、形式だけでも争わざるを得ないわけであって、道徳的にみてきわめて不都合な要求といわなければならない。ポール・アレキサンダーもこの点を鋭くついで、次のようにいう。「実際の事件において解釈・適用されている共謀の原則は、立派な成果を収めるよりも、むしろ

大きな害をもたらすようにみえる。とくに合法的に仲たがいすること自体、必然的に有害ではなからうか。もし、夫婦が離婚の必要性をみとめるならば、敵対しながらよりも、気持よくそうさせる方が賢明である⁽¹⁾。これはひとり彼のみの主張に留まらず、一般化した社会的な要請といって決して過言ではなからう。

かかる要請に答えるものとして、一九七〇年一月一日よう施行されたカリフォルニア州民法の改正に注目しなければならぬ。改正法によれば、有責的な離婚原因を廃止すると同時に、民法第四五〇六条⁽²⁾に新たに完全な破綻主義ののつとる二個の婚姻解消原因を定め、手続としては第四五〇三条⁽³⁾に対立当事者主義の代わりに、「何某と何某の婚姻に関する件」(In re the Marriage of …… and ……)と表題をつける訴状によって象徴される中立的な訴訟方式 (neutral petition) を採用している。夫婦が婚姻解消を望むとき、婚姻関係破綻の事実を双方から積極的に主張・立証し、裁判所に心証を得させれば、目的を達成することができる。有責的な離婚原因を口実に夫婦が共謀して訴訟手続を進める事態は、もはや出現しない。民法で請求棄却事由の一つに数えられていた共謀に関する規定は、存在理由を失ったため、姿を消すにいたっている。対立当事者主義の放棄—中立的訴訟方式の採用—請求棄却事由の廃止という一連の改革を通じ、カリフォルニア州は先駆的な役割を果すことになったわけである。

本稿の最初に指摘したとおり、一九七六年現在でみれば、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にすぎず、その反面、「回復し難い婚姻の破綻」またはこれと同趣旨のものを唯一の離婚原因とするのが十五州を数え、このほかに有責的な離婚原因と並べて破綻主義的なものを加えるのが十二州となって、両者でアメリカ全州の半分を数えることになる。もともと、離婚請求棄却事由としての共謀は、離婚手続が対立当事者主義によ

って行われ、しかも離婚原因が有責的なものに限定されている事情のもとにおいてのみ、存在理由があった。さき
にみたカリフォルニア州のように、対立当事者主義を放棄し、離婚に代えて婚姻解消という中立的訴訟方式を採用
するとき、または対立当事者主義のもとでも、婚姻関係の破綻を唯一の離婚原因とするとき、破綻の事実が認定さ
れるかぎり、離婚請求はみとめられるのであるから、これまでのように、共謀を請求棄却事由としておく必要はも
はやない。かくて、一九七〇年以来、すでに六州が共謀に関する規定を廃止するにいたっており、今後も破綻主義
を採用する州が増加するにつれ、この規定は州の法律から次第に姿を消すことになる。それに伴って、「離婚関
与官」、「宣誓」、「補強証拠」等々、共謀を阻止するための方法も一応その役目を終ることになる。もちろん、他方
において、有責的な離婚法をそのまま維持する諸州では、共謀は請求棄却事由としての役目をいぜんとして果しつ
づけるにちがいない。これはあたかも、さきに詳細に論じた互責に関する規定と同様の運命をたどるものといえよ
う。

とにもかくにも、共謀が請求棄却事由とされるにいかかわらず、離婚訴訟をめぐって夫婦が目的を達成するため具
体的にどのような方法をとってきたか、これに対し、かかる不正な企てを阻止するためにどのような手段が考え出
され、実行されてきたか。「過去からの亡霊」(a ghost from the past)と称される互責にひき続き、「三つ頭の怪
物」(Triple-Headed Monster)の一つである共謀について、できるかぎりの広範囲な資料を用い実情を詳細にあ
とづけるべく当初に予定していた目的は、これで達成されたものと考え、筆をおくことにする。

(1) Alexander, *The follies of Divorce: A therapeutic approach to the problem*, A. B. A. J. vol. 36, p. 108.

- (2) West's California Legislative Service. 1969. Regular session, chapter 1117-1619, p. 3108.
- (3) West's, op. cit., p. 3108,