

離婚請求棄却事由の研究——宥恕論（一）

——アメリカ諸州離婚法への展開——

村 井 衡 平

序 章 問題の提起

第一章 宥恕の沿革

第一節 原始キリスト教

第二節 ローマ法

第三節 カノン法

第四節 イギリス法

1 教会裁判所

2 立法離婚

第五節 アメリカへ継受

第二章 宥恕の本質

第三章 宥恕の種類

第一節 明示の宥恕

第二節 黙示の宥恕

離婚請求棄却事由の研究——宥恕論（一）

（四二二）

一

第四章 非行の認識

第一節 明示の宥恕

第二節 黙示の宥恕

1 完全な認識

2 充分な認識

3 蓋然的な認識

4 合理的な認識

第五章 宥恕の種々相

第一節 明示の宥恕

第二節 黙示の宥恕（以上、本号）

第六章 宥恕の効果

第一節 数個の非行と宥恕

第二節 宥恕の無効・取消

1 錯誤

2 詐欺

3 強迫

4 不当威圧

第三節 宥恕の撤回

第七章 宥恕の条件性

第一節 非行の復活

第二節 中間離婚判決

第三節 宥恕—和諧—調停

序 章 問 題 の 提 起

アメリカの多くの州は最近にいたるまで、有責主義を基調とする離婚法において、いわゆる離婚請求棄却事由として、互責・宥恕・承認および共謀に関する規定を設けていた。筆者はこれまでに、「過去からの亡霊」(a ghost from the past)と称される互責を手はじめとし、「三つ頭の怪物」(Triple-Headed Monster)の二つに数えられる共謀について、それぞれ、詳細な検討を試みてきた。⁽¹⁾今回は稿を新たに於て、三つ頭の怪物の一つである宥恕に関する諸問題を、これまでと同様の方法を用いて考察することにした。とはいえ、宥恕を離婚請求棄却事由とする趣旨は、夫婦の一方が他方の離婚原因に当る非行を認識しながら、その責を問わずに許す意思をいちど明示または黙示に表明するかぎり、かかる賞讃に価する行為を高く評価してそれに強力な効果を付与し、それ以降は、たとえさきの意思をひるがえし、非行を離婚請求の理由にしようとしても、みとめられないというにある。そのためか、宥恕については、夫婦双方の非行を問題とする互責、および夫婦間に予め意思の疎通があり、裁判所をあざむいて離婚判決を入手する不正な手段をとる共謀の場合とちがい、最近にいたるまで、離婚訴訟でこれを實際に請求棄却事由として適用すること自体をめぐって、可否がはげしく論じられたことはほとんどない。したがって、宥恕をめぐる問題を展開するに当たっても、さきの二者と比較し、自ら平面的なものにならざるをえない。ここで平面的とはいうものの、起伏が全然ないというわけではない。最近、離婚法の基本的な原則として破綻主義ないしはそれに近

い考え方を採用する州が増加しているが、これまで宥恕をめぐってとくに論じられることのなかった州でも、破綻主義を採用するにいたれば、改めて宥恕を離婚請求棄却事由としておくことの可否が問い直されて、その結果、互責ないし共謀の規定と同様の運命をたどっているのが実情のように思われる。本稿において、これらの事情は第七章以下に論じることとする。

- (1) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(一)—(七・完)」神戸学院法学第四卷二・三号—第六卷二号、「離婚請求棄却事由の研究—共謀論(一)—(四・完)」神戸学院法学第七卷一号—第八卷二号、

第一章 宥恕の沿革

第一節 原始キリスト教会

夫婦双方に離婚原因たる非行のある場合、いずれの離婚請求もみとめないとする互責が「罪の相殺」の觀念に起源したのに対し、宥恕は一口にいえば「罪の許し」を基本的な精神としている。配偶者の非行はできるかぎりそれを許すのが望ましく、いちど許したからには、もはや非難の対象にできない。沿革からみて宗教的・道徳的な色彩の強いことはいうまでもない。紀元一五〇年に出て当時の教会で大いに尊重された「ヘルマスの牧者」(Pastor Hermae)⁽¹⁾という書物は、キリストの使徒の手になった新約聖書中の四福音書Ⅱマルコ伝、マタイ伝、ルカ伝およびヨハネ伝Ⅱと区別されたいわゆる経典外文書の一つとして、啓示文学に属し、道徳的な教訓をたくさん含んでいるが、そのなかで妻の姦通に関連して、次のようにのべている。「君ヨ、モシ主ノ信者タル妻ヲ有スル者アランニ、⁽²⁾

其夫彼女が姦通ヲ為セシコトヲ見出サバ彼女ト共棲スルコトニ於テ罪ヲ犯セリヤ、彼曰ク、彼が之ヲ知ラザル限りハ夫ハ罪ナシ夫が彼女ノ罪ヲ知り、而シテ妻が悔ヒ改メズシテ其姦通ヲ継続シ、然カモ夫ガ彼女ト共棲セバ、彼女ハ彼女ノ罪ノ関与者タリ。……余曰ク、女が出サレタル後悔ヒ改メテ其夫ニ復歸スルコトヲ願フモ、彼女ハ召還セラレザルベキカ如何。彼曰ク、夫彼女ヲ召還セズンバ彼罪アリ、其身ニ大罪ヲ負ハシムルモノナリ。悔ヒ改メタル罪人ハ之ヲ召還セザルベカラザレバナリ⁽³⁾。すなわち、妻が姦通した場合、彼女と別居するのが夫の義務であるから、夫が妻のかかる非行を知らない間は格別、ひとたびそれを知ったならば、妻と生活を共にしてはいけない。だが、妻が自己の前非を悔い改めて夫に許しを求める場合、夫はその罪を許して温かく迎えなければならぬという趣旨である。配偶者の罪はできるかぎり許すのが望ましいとする思想がここにはつきりあらわれている。

この書物が出たのは、十二使徒たちによる原始キリスト教会の時代を⁽⁴⁾すぎ、キリスト教は伝道地域を次第に拡大しており、いわば教会の発展期に属していた。しかも、妻が姦通したときは、夫は別居する権利を有し義務を負うというのが通説となりつつあつたので、右の書物も、その形成ないし裏付けのために尊重されたといわれる。このことはワトキンが、「原始キリスト教の道徳的な指令は、あたかもはつきりした目的があるかのように、モーゼの十戒を避け、別の方法でとり決めている。『バルナバの書簡』に含まれる道徳律および『ヘルマスの牧者の十二の命令』のなかに、十ではなく、十二の戒律が存在する」とのべるのをみても、その影響力の大きかったことを容易に想像できよう。当時の教会はキリストの離婚観にもとづいて、妻の姦通を右のように処罰したが、もともとキリストの教えによれば、一般に罪と考えるものに対してつねにある程度の寛容を示し、普通の人間性をもってしては

その戒めを守り切れないことをみとめ、罪を犯した人が自己のあやまちを悔い改めるとき、それを許す用意をもっていた。⁽⁷⁾父なる神の愛をもっとも明瞭に示すものは罪の許しであるとし、いくつかのうるわしい譬喩でいいあらわしている。ルカ伝第十五章・一節ないし七節、八節ないし十節、十一節ないし三十二節にそれをみることができている。前示のように、妻が前非を悔い改めて夫に許しを求めるとき、夫はその罪を許すべきであるとするのも、キリスト教的倫理観たる仁慈愛のあらわれと知るべきであろう。宥恕という觀念はこのように、キリストの愛の教えにその源を発している。

(1) ヘルマス (Hermas) は二世紀初めのローマの信者で素朴な田舎者であり、多分ユダヤ人またはユダマ的教育をうけた者で民衆的ギリシャ語で幻視的な改心を勧める書をかいたが、そのなかの教理はしばしば不明確である。年代は一五〇年頃(聖書のローマ目録による。但し之にはヘルマスは除外されている。之はミラノの学者ムラトリ Muratori が発見し、一七四〇年公にした)。その内容は次の如くである。即ちヘルマスには芥子種として現われ、彼や他の信者に最後の改心を勧めている。少しの石(信者)より塔建築(教会の建立)には用いられない(第一部幻視)。牧者として改心を勧める天使(この故に本書はヘルマスの牧者とよばれる)も徳・改心・婚姻に関する掟を示す(第二部警告一—二二)。第三部の譬喩は信者生活の任務と改心の結果とを描いている。本書の約半分はシナイ発見の聖書、大部分はストア修道院の写本として約り、之に古代ラテン語訳もある。富山房「カトリック大辞典」第二卷四八九頁—四九〇頁。

(2) 石原謙「基督教史」一四頁—一五頁。

(3) 穂積重遠「クリスト教の婚姻非解消主義」離婚制度の研究二五七頁—二五八頁。

(4) 紀元一三〇年—一四〇年頃をもって時代的区分をし、それ以前を「キリスト教の原始時代」とよばれる。石原謙・前掲書一頁。

(5) Brissaud=Howell, A History of French Private Law, p. 143.

この間の事情については穂積重遠・前掲書二四三頁—二五六頁。なお、福地陽子「カトリック教婚姻不解消主義の生成と発展」法と政治二巻四号五八頁—五九頁もこれに触れられる。

(6) Box, The principle of Canon Law, p. 7.

(7) バートランド・ラッセル江上照彦訳「結婚と道徳」四六頁—四七頁。

(8) 波多野精一「原始キリスト教」九七頁。

第二節 ローマ法

有恕は、その後、ローマ法にとり入れられることになるが、それはキリスト教がローマ帝国の国教となり、帝国と結合したためと考えられるので、理解の必要上、その事情を簡単にみておこう。

ユダヤの民族宗教であったユダヤ教が宇宙の創造者エホバの神を畏怖の念をもって仰ぎ、偏狭な民族思想にとられていたのに対し、キリスト教が改革をさげび、エホバは人の子のすべてを救いたまう愛の神であるとし、使徒パウロはこれを普遍宗教として構成し、異邦人への布教に精力を注いだ⁽¹⁾。他方、ローマ帝国は、当初、キリスト教をユダヤ教の一分派とみなしていたので、とくに関心を払うことはなかったが、右のようにキリスト教の特色が次第に明らかとなり、帝国の存立と相容れず、それを根底からくつがえす危険性さえ感じられはじめた。つまり、皇帝を地上の唯一の支配者とし、ローマ人だけを国家の市民として外国人を蛮人視するローマ帝国にとって、キリスト教は必然的に、単に東方の邪宗たるに留まらず、政治的不逞思想でもあったわけである⁽²⁾。かくて、ローマ帝国はキ

リスト教に対し、ネロ帝(五四―六八)を最初として十度にわたって迫害を加えたが、帝政末期の混乱した社会にあって苦しんでいた下層階級の人々にとって、キリストの仁慈愛の教えは、まさに渴をいやす福音であり、迫害は伝道を妨げなかったばかりか、むしろそれが激化するにつれて、ますます強力な信仰と団結を促し、四世紀のはじめには、キリスト教を無視してローマ帝国の平和を期することはできない有様になった。⁽⁴⁾そこで、双方による妥協が考慮されるにいたったが、終局的に妥協が可能であった理由として、次の事情があげられる。すなわち、キリスト教の側からいえば、これは本来、中間層の宗教であって、極貧・奴隷層のものでなかったため、革命思想ではなかったこと、神の国の彼岸性を強調することにより、反対に此岸の現実、すなわち権力・階級・財産等を肯定できたこと、一方、ローマ帝国の側からすれば、キリスト教の基礎がすでにいかなる国家権力をもっても破りえないほど強力になっていたため、これを敵とする代りに味方とし、その援助によって帝国の安全を維持しようと企てたこと、およびこの普遍宗教を蛮人のローマ化に役立てようとしたこと、⁽⁵⁾等々がそれである。三一一年にマキシミヌス(三〇六―三一二)、コンスタンチヌス(三〇六―三三七)およびリキニウス(三〇六―三三四)の三帝連命で、「国家制度に反せざるかぎり信教は自由である」との勅令を出し、⁽⁶⁾さらに三一三年にコンスタンチヌスとリキニウスは連名で、「キリスト教徒とすべての人々は、つねに自己の慾する宗教に従うべき自由をもつ」というミラノのキリスト教公許令(Act of Toleration)を発している。⁽⁷⁾ついでグラチアヌス帝(三七五―三八二)はキリスト教以外の異教を禁止し、テオドシウス一世(三七五―三九五)はキリスト教を国教と定めた。

右のようにして、キリスト教がローマ帝国に結合し、国家によって支持と認可を与えられた結果、教会の慣習は

「魔術者の不思議の杖」⁽⁸⁾として、市民生活の些細な事柄にまで拘束力をもつことになる。一例として、断食期間中は刑事上の有罪判決はなされず、ある部門に属する犯罪者は、復活祭の期間中、仮出獄許可状を得て釈放された。死刑の判決は、法の殺人を防ぐため、三十日間を経てからでなければ執行されないし、日曜日の遵守は、コンスタンチヌス帝以来、法律上の問題となり、テオドシウス帝以降、教会暦が市民生活のなかで重要な役割を果すにいたっている。そして、ローマの古い家族ははつきりした族長制をもつものであったが、人間を一個の人格として理解する新しいキリスト教的な考え方に屈服しはじめた。⁽¹⁰⁾ 婚姻・離婚法もキリスト教によって影響をうけたが、さき

にみた仁慈愛の教えにもとづく宥恕の觀念も例外ではなかったと考えられる。

ローマ法の発展に大きな感化を与えた有力な外部の力として、初期帝政時代におけるギリシャ哲学、とくにストア哲学と、後期帝政時代のキリスト教があげられることは、さきに互責の沿革を論じたときに指摘したとおりである。⁽¹¹⁾ 罪の相殺Ⅱ互責の理論的根拠として前者がはたらいたのと対照的に、宥恕はキリスト教の倫理的な教えが強力に作用しているといわなければならない。学説彙纂四八・五・一三・九（ウルピアヌスⅡ姦通論第二卷）は、宥恕について次のように規定する。すなわち、「夫は非行のあつた妻との共同生活を再びはじめた場合、妻の非行を理由に離婚して他の女性と再婚したときと同じく、妻の非行を訴えることができるかどうか問題になる。私の見解では、共同生活の再開によって妻の非行は宥恕されたのだから、それはできない⁽¹²⁾」。ウルピアヌスはローマにおける偉大な法律家の一人として、つとに法は衡平および善の術であるとの見地から、明確に秩序立った解釈を行っていた。当面の宥恕についても、この見地に立ったのはもとよりとしても、コンスタンチヌス帝のキリスト教公許

令に先立ち、キリスト教的倫理観が社会生活のうえに实际的に大きな影響を及ぼしており、ウルピアヌスもその例外ではなかつたろう。彼はアレキサンデル・セベルス帝(二二二—二三五)のもとで、二二二年に、パピニアスが民事・刑事に関する最高の司法権を行使する裁判所の陪席判事となつた。⁽¹³⁾それ以前、二〇二年から約四十年間はキリスト教に対する迫害もなく、明け暮れている。当時はあたかも宗教的困惑の時代であつて、どの宗教でも、よいと思われるものは人々から迎えられ、尊敬をうける。現にアレキサンデル・セベルス帝の私用礼拝堂は、当時流行した不可知論者の立場をよく出しており、ギリシャの神オルフェウスの像もあれば、旧約聖書のアブラハムもましまし、道徳哲学者アポロニウスの像も安置されれば、イエス・キリストも祭られたといふ。⁽¹⁴⁾ウルピアヌスは実にこの時代の中に陪席判事をつとめていたわけである。かような事情を考え合わせるとき、衡平の觀念にもとづく罪の相殺と並んで、仁慈^{II}愛の教えによる宥恕をも具体的事例に適用するに支障はなかつたと推測できるのではなからうか。

夫が非行のあつた妻を離婚して他の女性と再婚したのち、かつての非行を理由に彼女を告訴できるが、婚姻を解消することなく、夫が妻をつれ戻した場合、その行為はまさに宥恕を構成するから、夫はもはや妻の非行を訴えることはできなくなるといふ。紀元前十八年頃のアウグツツスの姦通禁圧法が、夫は姦通を知つたならば妻を離婚すべきであり、もし六十日を経ても婚姻を継続しているか、たとえ離婚したとしても、その後六十日以内に告訴しなければ、まず夫が媒合者として処罰されたのち、妻も弾劾される旨を定めていたの⁽¹⁵⁾と対比するとき、キリスト教の倫理観ができるかぎり宥恕を強調した事情をここに看取できよう。なお、ローマ法はすべての時代を通じ、離婚に

なんら特別の訴訟手続を要求しなかったから、宥恕によって夫が妻の非行を訴えることができなくなるのも、離婚請求棄却事由を意味するものではなく、互責の場合と同じく、刑事上の告訴に関するものにすぎない。

降って、ビザンチン帝国において、ユスティニアヌス帝(五二七―五六五)は、キリスト教の婚姻不解消主義に対し、絶対離婚をみとめるギリシャ教会の見解のもとに、およそ締結されたものは人間界において皆解消しうべきものとし、「合わせ物は離れ物」の原則をみとめた。⁽¹⁶⁾ 五二九年から五三四年にかけて遂行した驚異的な法典編纂事業ののち、帝は五四二年以降、前代の皇帝および自己の規定した正当な原因について改革を進めた。離婚原因を制限的に規定するけれども、種類は相当に多く、離婚原因のない離婚も、離婚それ自体は有効であるし、さらに協議離婚も、夫婦が再婚を望まない場合にかぎって、これまでどおり承認する。⁽¹⁷⁾ このような改革のなかで、姦通を理由に夫が妻を離婚した場合、姦婦を僧院に入れることにしながら、夫が二年以内に宥恕して再び妻とするのをみとめている。⁽¹⁸⁾ 婚姻不解消主義には左祖しないでも、キリスト教的仁慈⁽¹⁹⁾愛の思想の影響を強くうけ、ここで宥恕の觀念をとり入れた事情がよくわかる。なお、ローマの法律家は宥恕を示すのに *Remissio injuria* との言葉を用いていたが、これは互責を *Compensatio criminum* としたのと軌を一にしよう。

- (1) 千葉正士「法思想史要説」四一頁。
- (2) 気賀重躬「教会と文化」一三頁。
- (3) 千葉正士・前掲書四二頁。
- (4) 八代欽一「教会の歴史」一〇頁―一六頁、石原謙「基督教史」一三四頁―一四〇頁。
- (5) 千葉正士・前掲書四二頁、石原謙・前掲書一四〇頁―一四二頁。

- (6) 勅令の詳細な内容はギボン村山勇三訳「ローマ帝国衰亡史」(一)三五六頁—三五七頁。
- (7) 井上智勇「西洋古典世界」京大世界史2二二六頁。
- (8) 栗生武夫「婚姻立法における二主義の抗争」一二頁—一三頁。
- (9) シュライ、ヴァルトツ、ホワイトハウス 西田・戸村共訳「聖書における法と正義」一九九頁。
- (10) シュライ外・前掲書一九九頁—二〇〇頁。
- (11) 拙稿「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—一四頁。
- (12) D. 48. 5. 13. 9 (Ulpianus) ‘Severi, quod Supra relatum est. Seb et si qua repudata, mox reducta sit quasi eodem matrimonio durante, srd quasi alio interposit, videndum, est, an ex delicto, quod in priore matrimonio admisi, accusari possit, et puto posse: abolevit enim prioris matrimonii delicta reducendo eam.’
- (13) 戸倉広「羅馬法制史概説」一〇四頁—一〇五頁、一一一頁—一二二頁。
- (14) 八代欽一・前掲書一四頁。
- (15) 拙稿・前掲論文一一三頁。
- (16) 船田享二「羅馬法」第四卷二〇一頁。
- (17) 船田享二・前掲書九八頁—九九頁、栗生武夫「ビザンチン期における親族法の発達」一一九頁—一二〇頁。
- (18) 船田享二・前掲書九九頁。
- (19) McQueen, Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and Legitimacy, as administered in the Divorce court and in the House of Lords, p. 48.

第三節 カノン法

人の罪を許すのは賞讃すべき態度であり、道徳的にみて高く評価しなければならぬ。ローマ・カトリック教会がローマ帝国の後継者として登場したとき、キリストの倫理観にもとづく宥恕の観念をカノン法にとり入れたのも、自然の成り行きといつてよいであろう。そして、中世に入って婚姻不解消主義が確立されたとき、カノン法は宥恕を姦通または重大な虐待を理由とする別居請求につき、罪の相殺・共謀および承認と並べて、請求棄却事由の一つとみとめた。旧教会法典の第一部を成すグラチアナス教令集 (Decretum Gratiani 一一四〇年頃) の第二部・三二例・第一論点(姦通は適当な方法で、妻として引き取られるべきなかどうか) の第八条によれば、「姦通がなされたが、罪が償われたのち、夫婦が和諧するのは、恥づべきことでも困難なことでもなからう。それによって、天上界にある鍵は、替罪羊(みがわりひつじ)を与えることにちゆうちよしない。夫が(妻と)別れていた場合、姦通がよび戻されなければならないのではなく、彼女はキリストとの和諧ののち、もはや姦通の名ではよばれなくなる」と説明している。かくて、妻の姦通を理由に夫が別居判決を求めるとき、妻が夫は彼女の姦通を宥恕してくれた旨を申し立て、その事実が認定されるならば、夫の請求は容れられない結果となる。

降つて、一九一七年の現行教会法典 (Codex Juris Canonici) の第一二二九条は、さきに互責の沿革を論じたときに指摘したとおり、その第一項において、承認および互責と並べて宥恕を永久別居の請求に対する棄却事由と定めたが、さらに第二項に、「黙示的宥恕は、無罪の配偶者が姦通の犯罪を確知した後、その配偶者と自ら進んで夫婦の情愛をもって交つた場合に存在する。その確知後、六ヶ月以内に、姦通した配偶者を放逐するか、もしくは

自らそこを立ち去らない場合、または合法的な告訴をしなかった場合には、同様の有恕が存在するものと推定される⁽³⁾とのべている。この後段はローマ法の規定と関連をもつてくる。紀元前十八年頃のアウグツスの姦通禁圧法によれば、妻の姦通は他の罪と並んで流刑に処せられた。夫は姦通を知ったならば、妻を離婚すべきであり、もし六十日を経ても婚姻を継続しているか、たとえ離婚したとしても、妻がなお独り身でいれば、非行のときから六十日以内に、もし再婚したならば、離婚のときから六十日以内に告訴しなければ、まず夫が媒合者として処罰されたのち、妻も弾劾されるが、非行から五年を経過すれば、もはや妻は告訴されない旨を定めている⁽³⁾。ここには六十日というけれども、実際には六ヶ月間、夫は妻を告訴することが許されていた⁽⁴⁾。現行教会法典の第一二九条・二項・後段はかかる慣習を採用したものであると説明されている⁽⁵⁾。一般にカノン法がローマ法と密接な関係にあり、前者が後者を広範囲にとり入れた事情は周知のとおりである。当面の問題たる有恕はすでに中世以来、カノン法によって別居請求棄却事由とみとめられてきたが、現行教会法典の制定に当っても、ローマ法の規定ないし実際上の慣習を範とし、黙示の有恕の立証を容易にするためのみならず⁽⁶⁾または推定規定をおいたこととくに注目しなければならない。

これに対し、一九四九年五月二日に施行された東方教会の婚姻法典(De sacramento matrimonii)によれば、第一一八条の第一項で現行教会法典の第一二九条・一項に全く同じ規定によって、承認・有恕および互責を別居請求棄却事由とした⁽⁷⁾。だが、黙示の有恕に関する第二項と少しちがっている。黙示の有恕が存在するとみなす前段の規定は異ならないが、後段のはじめ、現行教会法典に Praesumptur vero とあるところを maritalis autem affe-

cio praesumitur でおき代えている。⁽⁸⁾ かくて、第二項は、「また、その確知後、六ヶ月以内に、姦通した配偶者を放逐するか、もしくは自らそこを立ち去らない場合、または合法的な告訴をしなかった場合には、夫婦の情愛が存在するものと推定される」とよまれる。現行教会法典とちがひ、被害配偶者がとつた右のような態度から直ちに黙示の宥恕を推定するのではなく、黙示の宥恕がなされるには夫婦の愛情がいぜんとして失われていないことが前提になると考え、非行にもかかわらず夫婦の愛情が存在するとまず推定し、ついで黙示の宥恕の存在に及ぼうというわけであろう。配偶者を放逐せず、自ら立ち去りもせず、合法的な告訴の手續をとらなくとも、夫婦の愛情はすでに失われており、形骸だけの夫婦となつてゐる事態も充分に考えられる。この場合には被害配偶者が反証をあげて右の推定をくつがえせば、次の段階として黙示の宥恕が問題にされる危険性ないし可能性を無にすることができ。一度うけた黙示の宥恕の推定をくつがえすのに比較すれば、夫婦間の愛情がすでに失われていることの立証は容易の業であろう。被害配偶者の利益を保護する立場からみると、東方教会の婚姻法典が現行教会法典の規定に前示のような修正を加えてとり入れたのは、妥当な判断にもとづいたものと許してよい。

(1) Schilling-Sintenis, *Das Corpus Juris Canonici*. Erster Band, S. 80.

(2) ルイジ・チヴィスカ訳「カトリック教会法典」四一七頁。

Can. 1129. §. 2. *Tacta condonatio habetur, si coniux innocens, postquam de crimine adulterii certior factus est, cum altero coniuge sponte, maritali affectu, conversatus fuerit: Praesumitur vero, nisi sex intra menses coniugem adulterum expulerit. Vel, dereliquerit, aut legitiman accusationem fecerit.*

(3) D. 48. 5. 30.

- (4) Augustine, A commentary on the new code of canon Law. Vol. 5, p. 373.
- (5) Augustine, op. cit., p. 373.
- (6) 久保正幡・阿南成一「教会婚姻法」宮崎考治郎編 新比較婚姻法 Ⅲ 八八二頁。
- (7) *Litterae Apostolicae. Motu proprio Datae. De disciplina sacramenti Matrimonii pro ecclesia orientali*, p. 36.
- (8) *Litterae Apostolicae. op. cit.*, p. 36.

第四節 イギリス法

アングロ・サクソン時代、六六八年から六九八年までカンタベリー大司教としてイギリスの宗教的統一に努力を傾けたテオドルスの悔罪規則書 (*Liber poenitentialis*) 第二卷・十二節・十一條に、有恕と似て非なる和諧に関する規定が設けられていた。同条によれば、「⁽¹⁾どこで妻が姦通しようとして、姦通した妻と和諧する (*reconciliare*) ことを愆ずるかどうかは、夫の権力内にある。もし和諧したならば、教会においてその解放をえられないし、かつこの特色は夫にも及ぶ」という。夫婦の一方が姦通した他方と和諧するかぎり、離婚は許されないわけである。終局的な効果からみて、和諧 (*Reconciliatio*) は有恕 (*Condonatio*) と異ならないが、その本質は、前者が双方行為であるのに対し、後者は一方的な行為と理解されるため、両者をはっきり区別しなければならぬ。それゆえ、右の規定をアングロ・サクソン時代に現われた有恕に関するものとみるのはまちがっている。⁽²⁾ 同時代に婚姻不解消主義はまだ確立されるにいたらず、離婚がみとめられており、和諧が離婚への障碍を成した。有恕はさらに降って教会裁判所ではじめて、互責・共謀・承認と並んで別居請求棄却事由に数えられることになる。

(1) "Quaecunq̄ue mulier adulterium perpetravit, in potestate viri est, si velit reconciliare mulieri adulterae, si reconciliavit, in clero non proficit." Haddan and Stubbs, Councils and Ecclesiastical Documents, relating to Great Britain and Ireland. Vol. III. p. 200.

(2) 上野雅和「イングリランドのキリスト教化と婚姻法—イングリランドにおける近代的婚姻の成立過程Ⅱ—」松山商大論集十三卷二号一一九頁には、この規定を宥恕と考えられる。

1 教会裁判所

カンン法が別居請求棄却事由の一つとして確立した宥恕は、ついでイギリス教会裁判所によって採用されるようになった。罪の許しが基本的な精神となっていることはもちろんと思われる。しかし、当初の判例はこの点を明示していない。一例としてカンタベリー大司教に属するアーチ裁判所 (Arches court) の *Worsley v. Worsley* (一七三〇) 事件⁽¹⁾がみられる。この事件において、妻は夫の姦通および虐待をいちどは宥恕したが、数年後、夫が再び虐待をくり返えたので、当初の姦通および虐待を理由に離婚の訴を提起した。夫はこれに対し、宥恕ののち虐待をくり返えたから、以前の虐待が復活することになっても仕方がないが、姦通は復活しないはずであると主張した。裁判所は、「姦通および虐待が宥恕されたのち、再び夫が非行をする場合、宥恕された非行はすべて復活する」とのべ、のちに第七節に論じる宥恕の条件性を明示するにすぎない⁽²⁾。思うに、別居請求に対して宥恕が抗弁とされるいわば単純な事件はきわめて少く、ほとんどの場合、宥恕ののちに非行がくり返えされており、したがって、かような場合にいかなる効果が生じるかという問題をめぐって争われたため、判決のなかでも、宥恕の条件性について

ての説明が大きな比重を占め、本質的なことはとくに表面に出てこなかったのではなからうか。

降って、同じアーチ裁判所の *Durant v. Durant* (一八二八) 事件⁽³⁾ では、宥恕の本質がはっきりのべられている。この事件において、妻が姦通を理由に別居判決を求めたのに対し、夫は宥恕を抗弁とした。審理の結果、妻はいちど夫の姦通を宥恕したが、その後、夫は妻を家から閉め出し、数年の間、事実無根の妻の不貞を責めつづけた事実が明らかになった。妻の請求をみとめる判決のなかでニコール卿は、「宥恕とは、非行をくり返えさず、被害配偶者を夫婦の愛情をもつと処遇するならば、その罪を許そうという黙示の条件で行われるものであって、この条件に違反する場合、以前の非行を理由とする離婚請求権が復活する」とし、さきの事件と同様、宥恕の条件性を指摘しながら、それが罪の許しの精神にもとづく旨を明らかにしている。もともと、宥恕は宗教的・道徳的な起源をもつ事実を照らすとき、カノン法をうけついでイギリス教会裁判所がその本質を罪の許しと理解するのは自然であり、たとえ判決のなかでその旨が明言されていなかったとしても、宥恕の底を流れる事明の理としていたことに疑の余地はない。

その後、一八五七年の婚姻訴訟事件法で離婚訴訟の管轄権が教会裁判所から新設の離婚裁判所に移され、同法第二八条により、陪審の関与がみとめられた。そして、*Keatz v. Keatz and Montezma* (一八五八) 事件⁽⁴⁾ において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したとき、妻は宥恕を抗弁とした。この争点は常任判事 (Judge ordinary) と特別陪審による審理に委ねられたが、常任判事は陪審に宥恕の意味を説示するに当り、「教会裁判所が言渡した判決のなかに、宥恕という用語が何を意味しているのか、正確な定義は何も発見できなかった」とし、進んで、

「有恕とは、非行をした配偶者を以前の地位に回復させるべく、同人に課せられた責任を抹消することであつて、これこそ有恕について最良の定義である」とのべている。有恕はいくつかの属性を具えているが、その本質を一言でいえば罪の許しであり、他の属性はそこから派生することを明らかにしたうえ、教会裁判所がこの点を短力直入に指摘しなかつたと批判するのであるか。ビショップも、「イギリスの書物のなかで有恕の定義をのべた最初の例は、一八五八年に審理された事件の報告書に見出される」とて、前示の説示を引用している。⁽⁵⁾だが、さきにもたように教会裁判所は有恕が罪の許しを本質とすることをはっきり理解し、言明しているから、この点からすれば、右の批判ないし引用は当たっていないと思われる。

(1) Kee and Cowper-Coles, Divorce cases Book, p. 226.

(2) イギリス教会裁判所においては、すでに十八世紀に「非行の復活の原則が確立されていたが、Ayliffe's Parergon (一七二六) または Oughton's Ordo Fudiciorum (一七三七) のような權威ある著者のなかにかかる言葉はみられないという。Hodson, Some Aspects on Divorce Law and practice, Current Legal problems, 1957, p. 10.

(3) Haggard's English Ecclesiastical Reports, vol. I, p. 733.

(4) L. T. vol. 32, p. 321.

翌年の Peacock v. peacock (一八五八) 事件において、裁判所は有恕とは非行の事実を充分に認識したのち、それを許すことであるを説明し、さらに、「私の見解によれば、有恕は陪審によつて認定されるべき事実問題である」とのべている。McQueen, Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and Legitimacy, as administered in the Divorce court and in the House of Lords, p. 66.

(5) (Note) *Condonation, American Law Register*. vol. 5, 246p. 5,

2 立法離婚

立法離婚に当って貴族院が宥恕に関していかなる見解を示したか。二つの事例—「Perry 氏の離婚に関する件」と「Worall 少佐の離婚に関する件」⁽¹⁾を参照できたけれども、いずれも事案の一部が簡単に示されるにすぎない。すなわち、前者においては、夫が妻に向い、もし彼女が不貞を止めるならば一年に二百ポンド与えようとのべ、後者では、妻の非行を理由に別居するに当り、夫は、もし妻が正しく身を処するならば生活費を充分に支払う旨を約束したことを知るのみである。そして、右の両件とも夫の請願は容れられておらず、教会裁判所に比較して貴族院が宥恕の認定にゆるやかであったといわれるに留まる。教会裁判所が被告配偶者の宥恕の抗弁を認定して別居請求を棄却すれば、原告が貴族院に離婚を請願する道は閉ざされてしまうから、そのかぎりにおいて、貴族院で宥恕の問題になる事例そのものが少なかった。また、たとえ教会裁判所で宥恕の抗弁がみとめられず、原告が別居判決をえたらえ、貴族院に離婚を請願しても、さきに互責に関連してのべたとおり、貴族院はカノン法⁽²⁾による請求棄却事由よりもむしろ公益を基準にしたから、教会裁判所が宥恕を認定しなかった場合でも、それとは別個の立場で判断を加えたため、宥恕の事実を容易に認定すると同じ結果をきたしたとみてよいのではなからうか。貴族院は教会裁判所とちがった見解をとったことをここに指摘しておく。

(1) *Mc Queen, Practical treatise on the Law to Marriage, Divorce and legitimacy, as administered in the Divorce*

(2) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(一)」神戸学院法学四卷二・三号一五四頁。

第五節 アメリカへ継受

海を渡ったアメリカにおいて、多くの州の離婚法が宥恕を請求棄却事由の一つと規定したが、その間の事情は互責の場合と軌を一にしているし、罪の許しを基本的な精神としてうけついでたことはいうまでもない。チエスター・バーニアーによれば、一九三六年当時、法律で宥恕について完全に規定しているのは、カリフォルニア州とそれにならったモンタナ、ノースダコタおよびサウスダコタの三州⁽¹⁾といわれていた。カリフォルニア州民法は第一一五条ないし第一二一条⁽²⁾に規定を設けており、他の三州がとり入れたわけである。これはあたかも、互責に関するカリフォルニア州民法の規定をアイダホ、モンタナ、ノースダコタおよびサウスダコタの四州が採用したのと似ていよう⁽³⁾。ほかに何も定めないのでが十五州⁽⁴⁾、また一九三八年当時、不完全ではあるが規定をもつのが二十五州といわれていた⁽⁵⁾。そのうち、ルイジアナ州においては、和諧(Reconciliation)が唯一の離婚請求棄却事由とされており、アメリカ諸州のなかでフランス民法が大きく影響を及ぼした只一つの州として、独特の様相を帯びている。この間の事情はさきに互責ないし有責性比較の原則に関連して詳細にのべた⁽⁶⁾とおりである。同州民法第一五二条によれば、「別居請求の訴訟は、その原因たる事実があったのち、または訴訟開始後に、当事者間でなされた和諧によって阻止される⁽⁷⁾」ことになり、これは第一五四条で離婚訴訟に準用される。右の規定はフランス民法旧第二七二条ひいては最近

一九七五年七月十一日の離婚法の改正で削除される前の第二七四条・一項に該当している。⁽⁸⁾

フランス民法において、和諧というのは、有責配偶者 (*l'epoux coupable*) が共同生活の回復または非行の停止によって罪の許し (*Pardon*) をうけ入れ、かつ被害配偶者 (*l'epoux offense*) が右の非行を理由とする離婚請求権を放棄 (*renonciation*) したことを予想しており、明示・黙示のいずれでもよい。⁽¹⁰⁾ 和諧が成立するためには、夫婦双方に共通の意思 (*l'intention commune des parties: la volonte reciproque*) が必要であって、被害配偶者の一方的 (*unilateral*) な請求権の放棄のみでは充分でない。⁽¹²⁾ それゆえ、和諧の本質は双方行為 (*l'act reciproque ou bilaterale*) または合意 (*accord: Consentement*) と考えられる。かかる合意は無条件 (*pur et simple*) でなければならぬ。⁽¹⁵⁾ 条件付の和諧は当事者を拘束しないし、条件が満たされないかぎり、不受理事由にできないものでも決してない。⁽¹⁶⁾ もっとも、フランス民法旧第三七三条ひいては最近の改正前の第二四四条・二項およびそれに由来するルイジアナ州民法第一五三条には、「原告は和諧後に生じた原因にもとづいて自由に訴を提起し、新たな訴を確証するため、以前の原因を利用することができる」と規定している。⁽¹⁷⁾ 和諧は宥恕とちがって双方行為ないし合意であるから、有責配偶者の前非を悔い改める意思がはつきりしている。とはいえ、将来、非行をくり返えず恐れなしとしない。もし非行がなされた場合、それをさきに和諧の対象となった非行と結びつけて考えるべきかどうか、疑問の余地を残さないため、なんらかの手当をしておく必要がある。右の規定は宥恕が黙示の条件付とされるのと同じ趣旨で、明文をもって、新たな事実が古いそれを復活させ、被害配偶者はあたかも和諧がなかったと同様に、⁽¹⁹⁾ 別居または離婚請求をめぐり、和諧の前後の非行を理由に自由な訴訟活動ができるものとしたのではな

かろうか。宥恕が黙示の条件付であるのところが、和譜成立後に非行がくり返えされた場合、被害配偶者の側に立てば、實際上の効果からみて、条件性がはたらくのと異るところはない。⁽²⁰⁾

フランス民法にいう和譜は右のような本質を具えており、これを離婚請求棄却事由にとり入れたルイジアナ州民法第一五二条のもとで、非行のくり返えしが問題となった適例として、*Martin v. Martin* (一九二二)事件⁽²¹⁾がみられる。この事件において、夫が妻に極端な虐待を加え、妻にとって共同生活が不可能になったため、彼女は五人の子をつれて両親のもとに赴いた。しかし、夫が、私は態度を改め、妻を正しく処遇する旨を約束したので、妻は夫のもとに帰ったが、夫は約束を守るどころか、虐待を継続したので、妻は再び両親のもとに去り、ついで極端な虐待を理由に別居判決を求めた。夫はこれに対し和譜を抗弁とし、原審はそれを容れて妻の請求を棄却したので、妻が控訴した。裁判所は民法第一五三条を適用し、原判決を破棄・差戻している。ルイジアナ州民法における和譜は、厳密には他州の宥恕とその本質を異にしながら、結局、同じ効果を發揮しているとみてよいのではなからうか。バーニアが、「ルイジアナ州では宥恕を示すのに *reconciliation* を用いる⁽²²⁾」というにすぎないのも、右の事情を理解したうえのことと思われる。なお、同州で民法上に明示の規定はないが、判例により承認が請求棄却事由とされる⁽²³⁾のも、フランスの場合と軌を一にしている。稿を進めるに当たり、ルイジアナ州に特異な右の諸事情を再びここに指摘しておく。

(1) Reader, *The Meaning of Condonation in the Law of Divorce*, Dickinson L. R. vol. 40, p. 92.

(2) Deering, *The Civil Code of the State of California*, pp. 42—43.

- (3) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(一)」神戸学院法学四卷四号六八頁。
- (4) Reader, op. cit., p. 92.
- (5) Vernier, *American Family Laws*, vol. II, pp. 79—81 : 1938 Supplement, p. 48.
- (6) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(四)」神戸学院法学五卷一・三号一三九頁以下。
- (7) Merrick, *The Revised Civil Code of the State of Louisiana*, p. 37.
- (8) Dalloz, *Code Civil*, pp. 134, 143.
- (9) Marty et Raynaud, *Droit Civil*, Tome I, n° 595 : Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, Tome I, n° 1208.
- (10) Huc, *Commentaire théorique et Pratique du Code Civil*, Tome II, n° 362 : Laurent, *Principes de droit civil Français*, Tome 3, p. 250.
- (11) Huc, ci-dessus, n° 362 : Carbonnier, *Droit Civil*, Tome I, p. 404.
- (12) Huc, ci-dessus, n° 362.
- (13) Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tome II, n° 534.
- (14) 中村菊男「旧民法と其の性格」法学研究二六卷三二号二頁。
- (15) Planiol et Ripert, ci-dessus, n° 534.
- (16) Huc, ci-dessus, n° 362.
Laurent, ci-dessus, p. 251 以下、特に「結婚の性質上、条件せらるべきもの」。
- (17) Merrick, op. cit., p. 37 : Dalloz, *Code Civil*, p. 142.
- (18) Planiol et Ripert, ci-dessus, n° 534.
- (19) Huc, ci-dessus, n° 367.

- (20) Freed, Defenses against Divorce in French and American Law, Texas L. R. vol. 38, p. 314.
- (21) S. vol. 92, p. 46.
- (22) Vernier, op. cit., p. 81.
- (23) Merrick, op. cit., p. 38.

第二章 宥恕の本質

アメリカ諸州の離婚法は最近にいたるまで、有責主義かつ限定的列挙主義をとるものが多く、配偶者が離婚原因に当る非行をした事実を知ったのち、その責任を問わずに許す意思をなんらかの方法で表現すれば、もはや右の非行を離婚請求の理由にできなくなる。つまり、宥恕する本人がそれによって離婚請求権が消滅することを知っていたかどうかに関係なく、法律が一方的にその効果を付与してしまう。この点ではわが旧民法ないし明治民法における宥恕と異るところはない。

英米法において、意思表示が法律行為 (Juristic Act) の要素をなし、私法上の効果を発生せしめることを目的とするものである点で、⁽¹⁾大陸法ひいてはわが民法と異ならない。だが、判例法主義による英米における特色として、⁽²⁾厳密な概念構成は行われておらず、ドイツ民法の Willenserklärung またはフランス民法の Déclaration de volonté に該当する確定的な用語は存在しない。Declaration of Intention, Manifestation of Intention, Signification of Willingness, Expression of Willingness または Expression of Intention はいずれも意思表示の意

味で用いられているように思われる。⁽³⁾したがって、その本質が意思表示と理解されるものでも、いろいろの用語で定義されており、一例として契約の申込 (offer) をとってみても容易に看取できる。わが民法において、申込は承諾と相まって一定内容の契約を成立させることを目的とする意思表示とするのが通説であるが、英米契約法上もこれを意思表示と解されるのに変りはない。⁽⁴⁾しかし、いろいろな定義が行われている。「申込 [またはときに提案 (propose) とよばれる] は、ある人が他人に対し、彼とある約定のもとに、快く契約を締結してくれるよう表示 (signification) することを意味する」⁽⁵⁾と説明し、「申込は単なる意思の表示 (declaration of Intention) と区別されなければならない。申込は承諾され、合意 (agreement) へ導くよう意図される。単なる表示は承諾されることを意図していないし、契約の基礎とされることはできない」⁽⁶⁾と説き、「申込は、申込者が、もし申込のなかにべられた条件が充たされたならば、彼がそれについてコントロールを握っているある事柄 (something) をなし、生じさせ、あるいはなさず、生じさせない旨の合意を表示 (expression) することである」⁽⁷⁾とのべ、または、「申込は、それと交換に与えられるべき作為、不作為あるいは反対約束 (return promise) を条件とする約束 (promise) である。ある行為をなすべき単なる意思の表示 (expression of Intention) は約束ではなく、それゆえ、それをなすべき申込ではない」⁽⁸⁾としている。

申込の本質は意思表示と理解されるものの、右のようにいろいろの定義がなされており、まして意思表示と区別された感情の表示という概念ないし用語はもとより存しない。したがって、わが明治民法第八一四条・二項で離婚訴訟不受理事由の一つとされた宥恕の本質が、民法上の概念をもってすれば感情の表示に該当していても、英米法

ではこれを一語で適確に指摘することができない。英米法は予め抽象的な基本原理ないし概念を定めておき、具体的な事件が起るたびにそれを適用して問題を解決する方法をとらず、むしろ反対に、一つ一つの事件について具体的な正義に合致するように適切な判断を加えていく。⁽⁹⁾ 当面の問題たる有怨について、その本質を示す抽象的な法律上の概念が存しない理由もここにあるといつてよからう。なかには有怨を一個の精神状態 (State of mind) とする判例もみられるが、⁽¹⁰⁾ もとより正確なものとは思えない。

(1) 「法律行為 (Juristic Act) とは私法上の効果を発生せしむることを目的とする意思表示を要素とするものなること大陸法におけると異るところなし」とされる。宮本英雄「英法研究」二二七頁。

(2) 高柳賢三「英米法の基礎」一四二頁。

(3) 末延三次「条解米国契約法」一一頁および末包留三郎「英国民法総則 (法定能力・意思表示・条件)」法学六卷三二二頁には Declaration of Intention, Manifestation of Intention をいずれも「意思表示」と訳される。

(4) 宮本英雄・前掲書二二八頁—三〇頁において、「英法学者は一般に斯の如き犀利なる論議を用ひず且つ多くは申込の定義を下さざるを以て今俄かに申込の性質に関する英法学者の見解は斯々なりと断言せんことは予輩の躊躇する所なり」とされながら、Potts, Holand, Pollock 等の説明を引用したうえ、「申込は性質上意思表示なりと解すること至当なり」とのへられる。

谷口知平「英米契約法原理」七六頁、田中和夫「英米契約法」一三三頁においても、申込を意思表示とされる。

(5) Halsbury's Law of England, vol. 8, p. 69.

(6) Sutton and Shannon on Contracts, p. 23.

(7) Williston, A treatise on the Law of Contract, vol. 1, p. 49.

- (8) Whiney, The Law of Contracts, p. 7.
- (9) 英米法のもつかかる特色は、谷口知平「独・仏・米・英の私法解釈の比較考察」恒藤先生古稀祝賀記念一八一頁以下で詳しく展開される。
- (10) マサチューセッツ州の *Drew v. Drew* (一九二四) 事件。N. E. vol. 144, p. 763.

第三章 宥恕の種類

人が自己の意思ないし感情を發表するには、二つの方法をとることができる。明示または黙示のそれである。このことは意思表示と同様、当面の問題たる宥恕についても例外ではない。配偶者の非行を許す旨を文書または口頭で表示するのが明示の宥恕であり、非行を知ったのち、これまでどおり共同生活を継続するか、いちど中断した共同生活を再び始めるというように、自己の外部的な態度を通じて、暗黙のうちに表示するのが黙示の宥恕に当る。いずれも配偶者の非行を許す旨の感情の表示にvarietyはないが、方法において、明らかに対照的といえよう。当初、カノン法では、宥恕は配偶者の非行の事実を認識したうえ、慎重に言葉によってなされるべきこと、つまり明示のそれをつねに要求した⁽¹⁾。マッククイーンによれば、「この趣旨はスペインの神学者サンチェスののべるるところにあって明瞭である」というが、サンチェスはかえって、宥恕に明示と黙示の二種あることを指摘しており、矛盾した説明ではないかと困惑を覚える。宥恕がつねに明示になされることを要求するカノン法をうけついでイギリス教会裁判所は、かかる厳格な見解に変更を加えたようである。⁽²⁾⁽³⁾

立法離婚たる「George Saville 卿の離婚に関する件」(一七四〇)において、黙示の有恕の可能性が問題になったとき、ハードウィック大法官は、「この国の判例によれば、夫の離婚請求を阻止するため、妻の姦通が有恕されたことをいろいろの事実および情況から総合的に判断してよい旨をまだ確立しておらず、それをみとめるのは、將來に向つて大きな問題を提示する結果になる」との理由で拒否していた。だが、その後、ロンドンの司教裁判所(Consistory court)の *Beeby v. Beeby* (一七九九) 事件⁽⁵⁾において、ストウエル卿は、「有恕は明示でも黙示でもよい」と判断し、*Fairlie v. Fairlie* (年度不明) 事件⁽⁶⁾ではエルドン卿が、「もし夫が妻の非行を宥恕するのにお前が姦通した事実を確信したが、私はそれを許す」旨の明白な言葉による方法を選んでも、有恕の抗弁は支持される」とのべており、黙示の有恕の可能性を是認したのはもちろんと推測できる。この趣旨はアメリカ諸州の判例にうけつがれており、ビショップによれば、「宥恕は言葉でのべることができる。すなわち、言葉で表示してよく、またはとられた態度から推測されるときも存在する」という。有恕に明示のものと黙示のものとの二つがみとめられる事情をここに簡単にみたわけである。裁判所が宥恕の有無を認定する場合、非行を許す旨がはっきり表示されておれば、認定はたやすいが、それを欠くとき、外部的な態度から判断しなければならないことになる。

一般に人の態度が外部からは同じにみえる場合でも、本人がその態度に出た意思まで同じとはかぎらない。全くちがった意思のもとに同じ態度をとることも考えられる。宥恕の有無について、裁判所は、果して本人は宥恕の意思でそのような態度に出たのかどうか、真意を調査し、宥恕の意思ないし感情を表示したものとみとめる場合にのみ、黙示の有恕を認定することになる。したがって、外部からは同じ態度にみえても、あるときは宥恕が認定さ

れ、あるときは認定されないことになる。それが本人の真意に合致するかぎり、離婚請求権の消滅という効果が発生しても、問題にならない。だが、真意に反して認定されたとき、右の効果が一方的に課せられる不都合な結果を招来する。かように考えれば、裁判所は軽々しく黙示の宥恕を認定することは許されず、明示の宥恕と比較するとき、認定にはある程度の困難が伴うのが普通であるし、それだけに慎重な判断が要求される。

- (1) McQueen, *Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce, and legitimacy, as administered in the Divorce Court and in the House of Lords*, pp. 54—55.
- (2) McQueen, *op. cit.*, p. 55.
- (3) ‘Haec autem remissio (condonatio) est duplex, quaedam express, quando, Scilicet verbis expressis innocens conjux adulterium sibi reconciliat, condonans delictum. Alia autem est remissio tacita. Ut si conjux adulterii conscius, alium non exclusit à consortio maritali, Vel exclusum admisit. (Sanchez, de Divortio, lib. 10. disp. 5).’ Poynter, *A concise view of the Doctrine and Practice of the Ecclesiastical courts*, p. 81.
- (4) McQueen, *op. cit.*, p. 56.
- (5) E. R. vol. 162, p. 755.
- (6) McQueen, *op. cit.*, p. 56.
- (7) McQueen, *op. cit.*, p. 56.

第四章 非行の認識

夫婦の一方は他方が離婚原因に当る非行をした事実を知った場合、それを理由に離婚訴を提起するか、なんらか

の方法で宥恕するか、または全く黙殺するか、三つのうち一つを選ぶのがつねであろう。非行を許すことはできず、あくまで責任を追求するという厳格な態度をとる人は、宥恕を拒否する意味で第一の方法をとろう。これに反し、配偶者の非行は事実としても、その原因について自己の側にも反省すべき点があったと考えたり、または配偶者の非行は遺憾なことではあるが、それを許したうえ、これまでどおりの共同生活を維持したいと望む人は、非行を宥恕することになる。本稿では、この場合が問題の対象になってくる。

まず、配偶者の非行に少しも気付かなければ宥恕はありえないわけであるから、なんらかの方法で非行を宥恕する人は、ある程度まで非行についての認識⁽¹⁾ (Knowledge) を持っているのが普通であろう。具体的事件において被告が宥恕を抗弁とし、果して原告が被告の非行を宥恕したのかどうか争いになる場合、裁判所はまず、原告が被告の非行をどの程度まで認識していたかを明らかにしなければならない。つまり、原告の認識の程度を判断し、それを根拠として宥恕の存否を認定する。認識が少しもなければ、宥恕それ自体ありえないから、もとより宥恕の抗弁はみとめられない。たとえば、マサチューセッツ州の Clark v. Clark (一八六七) 事件⁽²⁾ において、夫は妻の姦通を十八年間も知らずにいたが、それを知って離婚の訴を提起したとき、妻が宥恕を抗弁とした。これに対し、裁判所は、「夫は十八年間、妻の姦通を少しも認識していないから、宥恕の抗弁は問題にならない」旨を明示している。同州では一七八五年に離婚法が制定されたが、請求棄却事由については規定を欠いていた⁽³⁾。しかし、裁判の実際面ではイギリス教会裁判所の判例が大いに参考にされており、互責と並んで当面の宥恕についても同じ事情にあったと推測される。訴訟手続について別段の規定がない場合、教会裁判所の訴訟手続によって審理・判決すべき旨が正式

に規定されたのは、⁽⁴⁾本件より十年たらずのことに属している。「認識がなければ有恕はない」というのが教会裁判所の法理ではなからうか。いずれにしても、有恕の抗弁をみとめる前提として、原告の認識の程度いかに問題になる。一体いかなる程度の認識を必要とするのか。有恕の方法が明示か黙示かにより事情がちがうと思われるので、分けて考えてみよう。

(1) ウィグモアは、認識を、ある人がある事実を知っている精神状態と定義している。Wigmore. A student textbook of the Law of Evidence, p. 96.

なお、Belief, Consciousness も同じ意味で用いられるが、判例はすべて Knowledge によつてゐるようである。

(2) McCurdy, Cases on the Law of Person and Domestic Relations, p. 369.

(3) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—互責論(二)—」神戸学院法学五卷一—三頁。

(4) Sherman, The doctrine of Recrimination in Massachusetts (Recrimination Rejected), Boston University L. R. vol. 33, p. 462.

第一節 明示の有恕

明示の有恕についてみれば、配偶者にいかなる非行があったのか、それをはっきり認識したうえで、有恕する旨を文書または口頭で表示するのが普通であろう。だが、これとは別に、とにかく正常な夫婦共同生活の維持・継続を切望するため、非行についてはっきり認識をえたわけではないが、たとえ非行のあったのが事実としても、それを許してよいと考え、その旨を右と同じ方法で表示することも想像される。いずれの場合も、有恕する旨の表示に

すべての意味が含まれているから、非行をどの程度に認識していたか、改めて問題にする必要はなからう。文書または口頭による表示を尊重して宥恕の効果を全面的に発生させてよく、またそうしなければならない。マサチューセッツ州の *Jefferson v. Jefferson* (年度不明) 事件⁽¹⁾において、妻が夫にその非行を宥恕する旨の手紙を送り、夫がそれにもとづいて行動したとき、宥恕の完全な証拠になるとみとめたのはこの趣旨と判断される。もっとも、すべての非行について明示および黙示の宥恕をみとめるかどうか、州によつて事情がちがうようであつて、たとえバオレゴン州では黙示の宥恕は姦通に対してのみみとめられ、それ以外の非行については必ず明示の方法によるべきものとされてゐる。⁽²⁾

(1) Annotated Laws of Massachusetts. vol. IV. p. 465.

(2) Keezer, *The Law of Marriage and Divorce*, p. 554.

第二節 黙示の宥恕

黙示の宥恕の場合、非行を宥恕する旨のはつきりした表示はなく、外部的な態度からみて、かかる態度をとつたからには宥恕するつもりであつたと推測されることになる。この場合、宥恕するつもりは全くなくとも、自己の態度により暗黙のうちに配偶者の非行を宥恕したものと推測される危険が多分に存する。かかる事情を充分に承知して右の態度をとつたことが明らかであれば、自らその結果を甘受したものとし、黙示の宥恕を認定して差支えなからう。だが、右の事情を知つていたかどうか不明な場合、裁判所は慎重に判断しなければならぬ。配偶者の非行

をどの程度に認識して右の態度に出たのかも調査し、それを根拠に宥恕の有無を認定する。その際、非行について単に疑惑をもっていたにすぎないと考えられるのに、外部的な態度を理由に直ちに黙示の宥恕を認定するのは、余りにも軽卒ではなからうか。かつてイギリス教会裁判所の *Fairlie v. Fairlie* (年度不明) 事件⁽¹⁾において、夫が妻の不貞を理由に別居判決を求めたのに対し、妻はその事実を否認したうえ、たとえ彼女に非行があったとしても、夫はすでに宥恕してくれたと抗弁した。裁判所は判決のなかで、「ある人が少しも確認していない非行を宥恕できると理解するには困難を感じる」とのべ、非行の認識と単なる疑惑を区別している。アメリカ諸州の判例もすべて、単なる疑惑では不充分とし、ニュージャーシー州の *Schackton v. Schackton* (一八九一) 事件⁽²⁾がリーディング・ケースとみなされている。

この事件において、夫は独身と偽ってある女性と結婚式をあげたが、一方で妻との共同生活も続け、八年を経過した。だが、妻は一女性が夫に対し姦通を理由に離婚の訴を提起したことを新聞紙上の公告によって知り、夫の行跡に疑惑をいだき、夫を非難した。夫はその非難がなんら根拠のない旨を説明して妻も納得させたが、その後、妻のもとをはなれて姿をみせない。事実を知った妻が姦通を理由に離婚の訴を提起したのに対し、夫は宥恕を⁽³⁾抗弁とした。かような事案について、裁判所は、「配偶者の非行を宥恕したとの推測は、本人が非行について認識をえていた場合にかざられる。これは健全な理性すなわち正義の命じるところにはかならない。……本件において、妻は夫に非行があったのかと疑惑をいだいたにすぎない」とし、夫の抗弁を斥けている。つまり、妻は新聞の公告をみて疑惑をいだいたが、夫の説明によって疑惑も晴れ、認識がなければ宥恕はないとの言葉どおり、宥恕の

前提として必要な非行の認識を欠いている。夫が最後に妻のもとを去ったのち、妻ははじめて夫の非行について認識をえたわけであるから、その後に宥恕すれば格別、そうでないかぎり、宥恕は全くなかったことに帰する。

(1) McQueen, Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and Legitimacy, as administered in the Divorce Court and in the House of Lords, p. 56.

(2) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 507.

(3) ニュージャージー州の当時の離婚法は互責・宥恕、および共謀を請求棄却事由としてゐる。Selzer, Encyclopedia of New Jersey, vol. 2, pp. 30—32.

1 完全な認識

裁判所が黙示の宥恕を認定する前提として、配偶者の非行に関する単なる疑惑ではなく、さらに高度の認識が要求される⁽¹⁾けれども、これには、二つの段階が考えられよう。一つは、配偶者に非行のあったことは略々まちがいないと判断する程度に事実を認識する場合であり、もう一つは、認識の程度が最も確実で、非行を構成する事実を詳細に知悉する場合がこれに当る。判例はいろいろ表現方法を異にしながらも、すべて前者の程度を必要としており、後者を要求するものは一つも見当らない。もっとも、現に完全な認識があったとみられる場合は別であって、参照できたものではペンシルバニア州の *Boden v. Boden* (一九四七) 事件⁽²⁾がこれに当る。この事件において、夫婦が三年間別居している間に音信がとだえたりえ、妻は友人から夫が死亡した旨を聞いたので、はっきりたしかめせず、ある男と婚約し、半年ほど夫婦として生活した。だが、夫の生存を知ってその生活を清算した。そして、別

居中にある女性と同棲していた夫が手紙で非行の許しを求めたとき、妻はこれを宥恕⁽³⁾し、同時に彼女の側の実情を夫に知らせた。夫はすべての事情を完全に認識して妻を迎えながら、のちに妻の以前の非行を理由に離婚の訴を提起したので、妻が宥恕を抗弁とした。原審は妻の抗弁をみとめたので、夫が控訴した。裁判所は、「夫が妻の非行を完全に認識したうえで妻と共同生活を再開したことにより、公の面における悪を私的な面で宥恕し、それを理由とする離婚請求権を無効ならしめたことは明らかであると思う。原審が宥恕を有効な抗弁とみとめたのは正当である」とし、夫の控訴を棄却している。ここでは、夫が妻の非行を完全に認識していた事実が明白なため、それを理由に宥恕を認定して差支えない。だが、裁判所がすべての場合にこれを一般的な標準として採用するならばどうであらうか。

完全なる認識とは、文字どおり事実の詳細を知悉することを意味する。虐待、常習的飲酒または遺棄のような場合、配偶者がかかる非行を直接にうける立場にあり、非行の認識が容易どころか、いや応なく、しかも完全に認識させられる。かかる非行を理由とする離婚の訴に対し、被告は原告が彼の非行を完全に認識していたことをたやすく立証できるであらうし、これに対する原告の側の反証には困難が伴おう。この場合、完全な認識を標準としても、別段不都合は生じないとも考えられる。だが、姦通については事情を少しく異にする。それが配偶者と第三者との関係であり、しかも秘密のうちに行われるのをつねとするから、詳細を完全に知悉するのは実際上きわめて困難であり、ほとんど不可能に近い。黙示の宥恕を認定する前提としてあくまでそれを要求すれば、姦通を理由とする離婚の訴に対し、被告が宥恕を抗弁とする場合に、彼の非行を原告が完全に認識していたことを立証しなければなら

ないが、とうてい及ばない。そうなれば、姦通に関するかぎり、宥恕は離婚請求棄却事由としての効力を失う結果とならう。

- (1) ニューヨーク州の *Merrill v. Merrill* (一八九八) 事件も、黙示の宥恕を認定する前掲要件として、「配偶者に非行があったと単に疑惑をいだいたのみでは充分ではなく、それを明瞭に認識していたことが必要である」とする。Ploscowe, *The truth about Divorce*, p. 144.
- (2) *Clark, Cases on Domestic Relations*, p. 176.
- (3) 当時ペンシルバニア州になつて、宥恕は互責および承認と並んで請求棄却事由の一つであつた。Purdon's *Penna. Statutes Annotated*, Tit. 21—23, p. 317.

2 充分な認識

さきに見たような理由のため、黙示の宥恕を認定する前提として非行の完全な認識を必要とした事例は見当らない。まず、*Farley v. Farley* (一九三〇) 事件⁽¹⁾をあげてみよう。この事件において、夫が極端な虐待および姦通を理由に離婚の訴を提起したが、原審はその請求をみとめたので、妻が控訴し、宥恕を抗弁とした。同州の一九二九年法は第一二七六〇条で姦通についてののみ宥恕の規定を設けており、妻はそれを抛りどころにしたわけである。裁判所は妻の抗弁に対し、「黙示の宥恕の場合は配偶者の非行を充分に認識しておればよい。ここで充分 (full) な認識とは、完全 (absolute) な認識を要求する意味ではない」とのべ、妻の抗弁をみとめている。つまり、原告たる夫は妻の非行を「充分に認識」していたから、それを前提にして宥恕を認定してよいというわけ

ある。認識の難易の点からすれば、すでにのべたように、姦通とその他の非行を区別し、後者について完全な認識を要求しても、不都合はほとんど生じないとも考えられる。しかし、ここで大局的な見地に立ち、配偶者の非行はできるかぎり許すことが望ましいとする寛容の精神からすれば、夫婦の一方が他方の非行を、たとえ完全にではなくとも、ある程度の確かさをもって認識していたと推測できる場合、それをもとにして黙示の宥恕を認定するのが理に適っているよう。そもそも、過去の事実について絶対的确实な認識をえることは、ほとんど不可能である。これを無視し、非行の安完全な認識をつねに要求するとき、寛容の精神が実を結ばないで踏みこじられる結果となる恐れさえ充分に存在する。そうだとすれば、認識の程度について姦通とその他の非行を区別すべきいわれはないし、また区別すべきではない。本件で裁判所が姦通について充分な認識でよいとしたのも、右のような理由からであると思われる。⁽³⁾なお、法律上は姦通のみが宥恕の対象とされるにすぎないが、裁判所はかかる規定にかかわらず、極端な虐待についても宥恕を認定したことが注目される。

(1) A. L. R. vol. 109, p. 678.

(2) Vernier, *American Family Laws*, vol. 2, pp. 80—81.

(3) 充分な認識を必要とする旨を明示するのは、このほかにイリノイ州の *phillips v. phillips* (一八七八) 事件がある。この事件において、裁判所は、「妻が夫の非行を宥恕するためには、宥恕のときに夫の非行を充分に認識していたことが必要であり、かかる認識を欠く場合、妻の行為が宥恕を構成すると推論することはできない」とのべている。A. L. R. vol. 109, p. 687.

3 蓋然的な認識

充分な認識と同じ趣旨で「蓋然的 (probable) な認識」を有恕の前提として要求する判例がみられる。コネティカット州の *Deliber v. Deliber* (一八三二) 事件⁽¹⁾はその一つである。この事件において、有罪判決をうけて拘禁中の夫に対し、その非行を理由に妻が離婚の訴を提起した。だが、夫は、判決言渡後に妻が面会にきたとき、一度ではあるが夫婦の関係をもったことにより、非行は有恕⁽³⁾されたと抗弁した。そこで、妻は、彼女が夫に面会したとき、まだ夫の非行を信じていなかったから、有恕するはずはないと反論した。その後にはじめて夫の非行は事実と認識したので、離婚請求の理由にするのであろうか。これに対し裁判所は、「配偶者に非行のあったことを蓋然的に認識しながら夫婦の関係をもった場合には、有恕の効果が発生する」とのべ、夫の主張をみとめている。単に罪を犯した嫌疑で逮捕され、取調をうけている段階にすぎなければ、妻が夫の無実を信じたとしても、尤もかも知れない。だが、当面のように、すでに訴訟手続が終了し、夫は有罪判決をうけて拘禁されている場合、夫の非行は百パーセント事実であると信じないまでも、単なる疑惑の域に留まるものではない。たとえ一方で、夫の無実を信じるといいながら、他方で、夫が罪を犯したのは多分事実がちがいないと、ある程度の確かさをもって判断せざるをえないのが自然の成り行きであり、その判断に無理なところは無い。蓋然的な認識とは、まさにこのような状態を指すものと思われる。

すでに別の機会に、離婚訴訟における夫婦の共謀を阻止する方法として「補強証拠」をとり上げたときに指摘した⁽⁴⁾ところであるが、右に蓋然的な認識という場合、蓋然性の程度にいくつかの段階が存在する。マックベインに

よれば、三つに分けられる。⁽⁵⁾蓋然的真实性 (probable 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 probly 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に必要な、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⁽⁶⁾ (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が問題になる場合に要求される「明瞭で納得のいく (Clear and convincing) 証拠」⁽⁷⁾ と相對する。もう一つの、「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」⁽⁸⁾ と関連をもつ。

これを当面の問題に当てはめれば、原告が被告の非行について要求される認識の程度も三つに分けることができよう。「ほとんど確実な蓋然的真实性」はさきにもた完全な認識と紙一重の蓋然性であろうし、前二者はそれに比べて程度の低いものとなる。判例は前示の事件を含めてほとんど「蓋然的な認識」という言葉で示すにすぎず、右の三者を含めた広い意味での「蓋然性」なのか、または最も程度の低い「蓋然的真实性」を指すのか明らかでない。しかし、原告が離婚原因たる被告の非行を立証するには、詐欺の存在等が問題になるときと同じく、普通の民事事件へり程度の高い、明瞭で納得のいく証拠が要求され、蓋然性⁽⁹⁾ といえば「高度の蓋然的真实性」にほかならない。これと対比すれば、当面の場合も、配偶者の非行が離婚原因に当る事実を認識しながら、それを離婚請求の理由とする代りに、宥恕する旨を外部的な態度で表明するものであるから、非行の認識も低度の蓋然性では足ら

ず、右と同じ高度の蓋然的真実性が要求されなければならない。参照できたかぎりでは、一九四六年現在で、アーカンソー州の *Phillips v. Phillips* (年度不明) 事件をはじめとする十五件の判例が「明瞭で納得のいく認識」(Clear and convincing knowledge) を標準としている。⁽⁹⁾ 前示の「蓋然的真実性」というのもこの意味に理解すべきであり、それによって、単なる疑惑ないし低度の蓋然性にもとづいて黙示の有恕が認定される危険を回避できるといふこととなる。

- (1) McCurdy, *Cases on the Law of Persons and Domestic Relations*, p. 307.
- (2) 同州においては、「州刑務所に拘禁されるべき終身刑の言渡または夫婦間の義務違反を含む破廉恥罪を犯すこと」が離婚原因の一つとされる。Ploscowe, *The truth about Divorce*, p. 269.
- (3) ロネライカッター州の離婚法に有恕に関する規定は存しない。
- (4) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—共謀論(一)」神戸学院法学七卷二号一三頁。
- (5) 山崎清「証拠法序説」五九頁。
- (6) *greater weight of evidence* または *greater weight of credible evidence* と同意語とされる。A. J. vol. 20, p. 1100.
- (7) 拙稿・前掲論文神戸学院法学七卷二号二〇頁—二二頁、註(28)。
- (8) 刑事事件において陪審がうき心証は、「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。ウイングモア 平野・森岡訳「証拠法入門」三六七頁。
- (9) 拙稿「離婚請求棄却事由の研究—共謀論(四・完)」神戸学院法学八卷二号三四頁。
- (10) Keezer, *The Law of Marriage and Divorce*, p. 556.

最近カンサス州の Saint v. Saint (一九六六) 事件では、「宥恕は「自己の側に一そう優勢な証拠」(preponderance of Evidence) によって立証される積極的抗弁である」とのべてゐる。P. 2d. vol. 411, p. 683.

4 合理的な認識

配偶者の非行の十分な認識または蓋然的な認識を要求するのと並んで、別の標準を用いるものがみられる。「合理的 (Reasonable) な認識」⁽¹⁾ がそれである。一例としてニューハンプシャー州の Marsh v. Marsh (一八六一) 事件をあげてみよう。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したのに対し、妻は抗弁として、夫は彼女が姦通した事実を合理的に認識したうえで宥恕⁽²⁾ してくれたとのべた。裁判所はこれに対し、「夫が妻の行跡について疑惑をもったならば、いろいろの人から話を聞き、事実を詳しく知ったにちがいない」とし、妻の抗弁をみとめている。ここで合理的な認識とは何を指すのであろうか。周知のとおり、英米法においては法律の各分野での行為の標準として、「抽象的な合理人」⁽⁴⁾ (Reasonable man) が設定される。通常の慎重さを具え、世人が一般にこれこそが合理的な行動と判断することをつねに彼自身の行動として行くと想像される仮定の人物がそれである。「クラップムのバスにのり合わせる人」とか、「家庭で雑誌を手にし、夕方にはワイシャツの袖をまくり上げて芝刈り器を押す人」⁽⁵⁾ は、一個の抽象人としての合理人を比喩的に説明している。当面の問題たる宥恕について、配偶者の非行を合理的に認識するとは、かかる合理人を原告の立場におき、原告がその程度の認識をえたならば被告に非行が存在したと無理なく判断すると思われる程度の認識を指す。右の事件で夫は妻の行跡に疑惑をもち、さ

らに調査して事情をある程度まで認識した。合理人は、かかる場合に夫がとつたと同じ方法によれば、疑惑を越えたある程度まで非行の認識をえるものであることが、経験則からは認められる。裁判所はこの意味において、夫は妻の非行を合理的に認識したと判断したのであろう。果して何が合理的かは、具体的な事例においてあらゆる事情を考慮して判断すべき問題であつて、一定の確たる尺度があるわけではない。参考のため合理的な認識がないとされた例をあげておこう。

ニュージャージー州の *Stevens v. Stevens* (一八〇二)⁽⁶⁾ 事件において、妻の不貞のうわさを耳にした夫が探偵に妻の行動の調査を依頼した。探偵は妻がみない家に入り一時間余り留まっていた事実を報告し、夫はそれを証拠に、姦通を理由とする離婚の訴を提起した。だが、裁判所は、「夫が妻の不貞について合理的な認識をもっていたことを証立するのに、これでは足りない」と指摘している。合理人であれば、かかる証拠によっては単に疑惑か低度の蓋然的認識をえるにすぎず、さらに詳しく調査を進めるのが普通であるから、その手段をとつていないかぎり、合理的な認識をえたとはいえないとされるのであろう。

(1) 'Reasonable' という言葉は、後出の注(4)の *Reasonable man* のほか、次の各場合に適用される標準として用いられる。すなわち、受託者の行為、営業制限に関する契約、慣習、河岸所有者の権利行使、期間、取得時効、商品の売買価格、土地の所有者とニューサンス、磨滅、悪意訴追、権利排毀 (*slader of title*)、競業などがそれである。 *Winfide, Ethics in English case Law, Select Legal Essays, p. 278.*

(2) *A. L. R. vol. 109, p. 687.*

(3) ニューハンブシャー州の離婚法に宥恕に関する規定はない。

(4) 通常人(とまろむた) 'reasonable man of ordinary Prudence, Prudent man. man of average prudence, man of ordinary sense using ordinary care and skill 等(ら)同(ら)意味(ら)使用(ら)れて(ら)る。Prosser, Handbook of the Law of Torts, p. 225.

最近の論稿として、加藤一郎「過失判断の基準としての合理人」私法学の新たな展開、我妻先生追悼論文集四三三頁以下。
(45) Winfield, A text-Book of the Law of Torts, pp. 21—22.

(9) A. L. R. vol. 109, p. 68.

これまで検討した三つの標準、つまり「充分な認識」「蓋然的な認識」そして「合理的な認識」を対比するとき、認識の程度にはっきりした差のあることを前提として、裁判所がこれらを使い分けているとは思えない。いずれも、配偶者の非行は略々まちがいないと信じる程度の認識を意味しており、単なる疑惑ないし低度の蓋然性では足りないが、完全な認識がなくとも黙示の宥恕を認定できる旨を明示したものと違ってよい。異った用語を使っているが、意味するところは一つである。とくにあと二者 Probable と Reasonable という概念は、他の分野で使われる場合も同様に理解されていることに注意しておきたい。たとえば「不法行為の一種である悪意訴追」(malicious prosecution) は、「合理的かつ蓋然的な理由」(Reasonable and probable cause) を欠いていることが成立要件の一つになる。この場合の「合理的」と「蓋然的」とは単なる同意語(2)であって、両者を併せて「合理的」な理由を意味して(3)おり、ウインフィールドによれば、「二つの形容詞を接続させるのは、かつて訴答作成弁護士(4) (pleader) が過剰事項(5) (redundancy) のなかで好んで用いたのがうけつがれ、現在にいたったものである。……合理的な理由とは慎重な人の心中に作用するもので、蓋然的な理由は合理人の胸中にはたらくものといわれるが、かかる見

解はわれわれにとって余り役に立たない。慎重でない合理人を想像するのは困難なことだからである⁽⁶⁾と指摘している。もし、それぞれの用語が固有の意味をもち、それによって示される概念の範囲もちがっているならば、場合に依じて使い分けることができるし、是非そうしなければならぬ。これに反し、一つの意味を表現する手段としていくつかの用語があり、いずれを使っても大差ないならば、使い分けるべき必然的な要求はない。このことは悪意訴追の成立要件についてもみられるが、当面の問題たる宥恕の認定をめぐる、原告が被告の非行を認識していた必要のある程度を示すのに、判例が三つの用語を使う場合にも妥当すると思われる。

(1) 合理的な理由にもとづく確信がないものにもかかわらず、故意に他人に対して刑事訴追を開始することをいう。

(2) Salmund, *The Law of Torts*, p. 741.

(3) Blackburn and George, *The elements of the Law of Torts*, p. 208.

Probable は当初 Provable という意味で用いられたが、その後 reliable を意味するようになったものともいわれる。

リーディング・ケースとされる *Hicks v. Hicks* (一八八二) 事件において、ホーキンス判事は次のようにのべている。「私は、合理的かつ蓋然的な理由とは、その事情を真実と仮定した場合、通常の慎重かつ注意深い人を告訴者の立場におけば、被疑者が非難されている罪を犯したであろうとの蓋然的な結論に導くにちがいない合理的な根拠にもとづき、充分な確信をもつて被告が罪を犯したと正直に信じていることであると定義した」。Underhill. *A summary of the Law of Torts*, p. 293.

(4) 「訴答 (Pleading) を作成することを業とする弁護士。コモン・ローにおける訴答が非常に専門的で困難な技術であった時代には special pleader not at the Bar として知られる階級の弁護士がいて、事務弁護士 (Solicitor) と法廷弁護士 (Counsel) との中間に位していた。現在はこの階級がない。現在では、一般にコモン・ローの若い弁護士を指すのにこの

語を用いている。高柳¹¹末延「英米法辞典」三六〇頁。

(15) 「訴答に記載された訴訟原因 (Cause of Action) または抗弁に関係のない、または不必要な事項」。高柳¹¹末延・前掲書四五〇頁。

(16) Winfield, A text-Book of the Law of Torts, p. 628.

第五章 宥恕の種々相

配偶者の非行を宥恕するとき、人はその趣旨を文書または口頭ではっきり表示するか、または自己の外部的な態度を通じて暗黙のうちに表示することになる。それにはいろいろの方法が考えられるが、宥恕があったかどうか問題になる具体的事例において、どのような方法がとられ、裁判所はそれに対していかなる判断を下しているであろうか。

第一節 明示の宥恕

非行を宥恕する旨はっきり表示されているとき、宥恕のあったことは容易に認定される。一例としてネバダ州の Thompson v. Thompson (一九二六)⁽¹⁾ 事件は口頭による場合を扱っている。この事件において、妻は夫の非行を知って家を出たが、のちに宥恕する旨を口頭で表示した。夫は妻を迎える準備を整えたが、彼女が一向に帰宅しないので、遺棄を理由に離婚の訴を提起した。妻は、宥恕する約束はしたが、まだ夫婦の関係を回復していないから、

宥恕の効力はないと主張し、かえって互責を抗弁とした。原審はそれをみとめず、夫に離婚判決を与えたので、妻が控訴した。裁判所はこれに対し、「妻は夫の非行を宥恕する意思をはっきり表示している。それゆえ、夫婦関係が回復されなくとも、宥恕は有効である」旨をのべ、妻の請求をみとめていない。ここで問題は、まだ夫婦の関係が回復されていないことを理由に妻が宥恕の効力を否定する点にある。もし、妻のかかる主張をみとめるならば、明示の宥恕を黙示のそれと区別する実益は失われてしまう。たとえ文書または口頭で宥恕する旨を明示しても、黙示のそのように、なんらか具体的な態度が伴わなければまだ充分でないということになるが、余りにも不合理な理由づけと思われる。裁判所も、「現実には夫婦関係が回復されなければ黙示の宥恕は完全でない」と主張する人は多いが、明示の宥恕については、誰れもそれを要求しない」旨を指摘している。当面の場合、妻は夫の非行を口頭ではっきり宥恕したのであるから、その効力は同時に完全に生じており、もし彼女がいぜんとして帰宅しなければ、以後はかえって夫を遺棄する事態となる。本件当時、同州では一年以上の悪意の遺棄が離婚原因の一つに数えられている。⁽²⁾遺棄を理由に夫が離婚判決を請求するとき、妻が互責を抗弁とするのは、遺棄の事実を自認するにほかならないし、夫の非行はすでに宥恕済みであるから、いまになってそれを抗弁としても、みとめられないのはいうまでもない。

明示の宥恕は文書ですることもできる。その型式にはいろいろあるが、宥恕との関係では別居証書 (Separation deed) がとくに問題となる。一八五八年にいたるまで、イギリス教会裁判所は別居合意 (Separation agreement) を絶対にもとめなかったが、貴族院は一八四八年の *Wilson v. Wilson* 事件において、別居合意を承認し、その

強行を許した。⁽³⁾ アメリカでもイギリスと同じく協離離婚はみとめられないが、一九三一年当時、三十八州で裁判別居が可能であり、⁽⁴⁾ そのうち十五州は別居合意を、合意のときすでに別居し、または直後に別居するかぎり、有効とみなしていた。共同生活がすでに耐え難くなっている夫婦間で、自発的な合意にもとづいて別居することにより、ときには公益が促進されるとの見解のようである。⁽⁶⁾ そこで、当面の問題は、別居証書のなかの文言が宥恕を構成するかどうかの点に絞られることになる。⁽⁷⁾ 「本書作成の日以前に夫（または妻）のした非行は宥恕する」旨の規定が設けられている場合、疑問の生じる余地はなからう。また、かかる明示の文言が使用されていなくとも、その趣旨と理解できるならば、同じ効果をみとめてよい。

代表的な例として、イギリス高等法院の *Rose v. Rose* (一八八三) 事件⁽⁸⁾ をあげることができる。この事件において、夫が妻を虐待したが、別居に当って書面を作成し、そのなかで、「本書作成の日以前になされた非行について、妻は夫に対し訴を提起しないこと。もし将来に非行がなされ、それを理由に一方が他方を訴えるとき、本書作成の日以前の非行を主張しないし、証拠にも利用しないこと」を約束した。夫がのちに姦通したとき、妻は約束に反し、さきの虐待と並べて姦通を離婚請求の理由とした。夫は右の約束を楯にとり、虐待が離婚原因とされるのに異議を申し立てた。裁判所はこれに対し、「夫がのちに姦通しても、妻は別居証書作成以前の夫の虐待を主張できない。右の文言は宥恕の効果を絶対的なものにする」とのべ、夫の異議をみとめている。ここで裁判所が、夫の虐待の事実を対象とする別居証書のなかの文言に全体として宥恕の効力をみとめたのは、たしかに当をえている。しかし、宥恕の効果が絶対的であるというのが、宥恕の条件性まで排除する意味でのべられるのはまちがっている。

思われる。のちに第七章に展開するとおり、宥恕は明示・黙示いずれの場合でも条件性を具備しており、それは夫婦の合意によって排除することはできないからである。当面の場合、別居証書作成後に夫が姦通したから、妻は証書中に前示のような約束をしたとしても、それにしぼられず、夫が非行をくり返えしたことを理由に、宥恕の対象となった虐待をも離婚原因と主張できる。裁判所は妻のかかる主張を容れるべきであつたと考えられる。結局、証書中の前段の部分、つまり妻は証書作成後は夫の虐待を理由とする独立の訴を提起しないこと、という部分のみが現実に効力を有し、後段の部分は無意味に帰することにならう。

別居証書のなかでいかなる文言を使っているにせよ、別居に當つて夫婦の一方が他方の非行を宥恕する趣旨を看取できるならば、のちにその趣旨を否定する主張がなされても、当否を比較的容易に判断できる。そこで、問題は、宥恕の趣旨を推測させる文言を少しも用いておらず、別居手当、子の監護または事態が離婚へ移るのを予想し、扶養料・財産協議⁹⁾ (Property Settlement) 等々、別居証書が内容とすべき諸事項のみ規定する場合について残るわけである。夫婦が合意のうへ別居するに當り、かかる内容を含む証書を作成したということ自体、それ以前になされた夫婦の一方の非行を宥恕する効果があるかどうか。一般には否定的に解されている。¹⁰⁾なるほど、夫婦の一方が非行をした事実を他方が認識し、その後別居が行われた場合でも、果して配偶者の非行を宥恕したうへで別居したのか、宥恕するかどうかを決めるための熟慮期間をもつためにそうしたのか、または最初から宥恕の意思は全くなかつたのか、軽々しく断定できない。もし、別居証書それ自体に宥恕の効果をもとめるとき、それが被害配偶者の真意に合致すれば問題はないが、つねにそうとはかぎらず、不都合の生じる事態も予想される。他方におい

て、別居証書作成当時、配偶者の非行に關しまだ何も認識をえておらず、ほかの原因で別居するにいたつた場合もあろう。それは宥恕以前の段階に属している。これらも考え合わせれば、別居証書のなかに宥恕を推測させる文言が何もないとき、たとえそれ以前に夫婦の一方に非行があつた事実が明らかでも、一応、宥恕の効果はないと解するのが當をえていよう。しかし、つねに右の効果を否定し去るわけではないから、充分な証拠さえ整えば、裁判所によって宥恕が認定される可能性の存在するのほもとよりである。

明示の宥恕は右にみた別居証書のほか、手紙の内容をめぐつて争われたり、⁽¹¹⁾ 裁判上の書面が問題になるときもある。後者の一例として、カリフォルニア州の *Theilman v. Superior court* (一八九〇) 事件⁽¹²⁾ をあげてみよう。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が、訴訟手続の進行中に宣誓供述書 (affidavit) を提出し、「私は離婚請求が棄却されることを希望する」旨をのべてた。そこで、夫は訴の取下を求めたが、妻の弁護士は訴訟費用の支払いをうけておらず、異議を申し立てたので、妻は取下を拒否した。かくて、夫は控訴裁判所に、妻の弁護士に訴の取下命令を發するよう求めた。裁判所はこれを見とめず、「妻の宣誓供述書は宥恕を構成し、夫はそれを理由に妻の請求をいつでも阻止できる」旨をのべている。なるほど、離婚訴訟の進行中に原告たる妻が宥恕を表示する一つの方法として、訴の取下が考えられよう。だが、訴の取下が直ちに明示の宥恕に結びつくとはかぎらない。その一つ、夫の非行を宥恕する目的で訴を取り下げる旨を書面のなかに明記しておれば、そのかぎりにおいて、争の生じる余地は存在しない。だが、もう一つ、かかる趣旨をなら表示することなく、訴を取り下げる場合が想像される。果して夫の非行を宥恕するつもりであつたのかどうか、そのみでは明らかでない。他の事情

と相まって黙示の宥恕を推測させることが多いのではなからうか。

妻が訴を取り下げたと仮定すれば、宥恕との関係は右のように考えられる。だが、本件において、妻は訴を取り下げることなく、前示の趣旨の宣誓供述書を提出した。これが宥恕を表示したものと解してよいかどうか。もともと、離婚事件の原告が自己の請求の棄却されるのを望むがごときは、普通の抗争状態ではとうてい考えられない。手続の進行中に心境の変化を生じたことは明らかであって、離婚訴訟を争う意思はもはやもっていない。請求棄却は自己の敗訴を意味する。それを望むのは、被告の非行を宥恕するのと、結果において異なるところはない。けだし、被告たる夫の非行が離婚原因を構成しないとみとめられて請求が棄却されるのも、離婚原因たる非行はあるが宥恕されたとして請求が斥けられるのも、結果的には同じだからである。かように考えれば、前示の書面は、妻が夫に向って宥恕する旨を伝えたのち、またはそうすることなく、最初から裁判所に対し、「私は夫の非行を宥恕したから、請求棄却の判決をしてくれるよう」求めたものと理解するのが当をえていよう。夫も宥恕を理由に訴の取下を求めたと考えられる。ところで、宥恕はいわゆる積極的抗弁の一つである。しかも、カリフォルニア州の判例によれば、被告が答弁書で提出しなかつた積極的抗弁は、公判で主張する権利はないが、現にその抗弁がなされ、事実が立証されれば、裁判所は離婚請求を棄却する義務を課せられる。¹³⁾そこで、当面の場合、妻が訴を取り下げれば格別、そうしないかぎり、夫は自己の側から進んで宥恕の事実を抗弁として提出し、原告の請求を棄却するよう求めれば充分であり、それが可能はずである。訴の取下に固執するのは適切な防禦示方法とは思えない。

(一) A. I. R. vol. 47. p. 569.

(2) 同州の一九二九年法・九四〇六条によれば、一年間の悪意の遺棄が離婚原因の一つに数えられており、一九二六年当時も同じであつたこと推測される。

(3) この間の事情は未延三次「イギリスの別居制度」英米法の研究 三四二頁—三四三頁。

なお、アメリカの裁判所はイギリスほど徹底しておらず、協議別居による財産的な面についてのみ強行を許すにすぎない。別居それ自体の強行はみとめなからうである。Vernier, *American Family Laws*, vol. II, p. 469; Mason, *The Paradoxical separation Agreement, Rocky Mountain L. R.* vol. 21, p. 434.

(4) Madden, *Handbook of the Law of Persons and Domestic Relations*, pp. 331—333.

(5) 協議別居をみとめるのは、アーカンソー・カリフォルニア、コロラド、インディアナ、ケンタツキー、ルイジアナ、モンタナ、ネバダ、ニューメキシコ、ニューヨーク、ノースカロライナ、ノースダコタ、オハイオ、オクオホマ、サウスダコタの十五州と推測される。Jacobs and Goebel, *Cases and other materials on Domestic Relations* pp. 1120—1121.

(6) (Notes) *Marriage, Contract, and Public Policy*, Harvard L. R. vol. 54, p. 479.

(7) 協議別居は口頭または文書で行われる。当面の場合は文書によるものが問題になっているけれども、アメリカにおいて捺印契約をも含め、文書と約因 (consideration) の関係はイギリスのそれと事情を異にしている。拙稿「離婚請求棄却事由の研究—共謀論(一)」神戸学院法学七卷二号四一頁—四二頁。

協議別居の約因については、次のようにいわれる。「他の契約と同じく、約因はその要素をなすが、ほかの点で有効であれば、裁判所は一般に充分な (sufficient) 約因を見出すであろう。当事者間の相互的な約束のなかに充分な約因が存するところである」。Keezer, *The Law of Marriage and Divorce*, p. 317.

(8) Lacey, *The Law and Practice in Divorce and Matrimonial causes*, p. 431.

(9) これについては、拙稿・前掲論文五六頁—六一頁。

(10) Lindey, Separation agreement and Anti-Nuptial contract, p. 380.

(11) たとえば、カリフォルニア州の Hunter v. Hunter (一九〇一) 事件において、妻の夫に対する愛情こめた挨拶の手紙および「あなたのリリー」という署名が問題になったが、裁判所は有恕の効果はないとしてゐる。Armstrong, California Family Law, vol. I, p. 193.

(12) Armstrong, op. cit., pp. 190—191.

(13) Hunter v. Hunter (一九〇一) 事件がこの趣旨を表明している。この事件において、裁判所は、「有恕は離婚請求に対する特別抗弁 (special defense) の一つであり、他の抗弁と同じく答弁書のなかで主張しなければならぬ。離婚判決は被告の自認または補強されない証拠のみにもとづいて与えられない点で、普通の訴訟手続とちがっていることは事実である。それゆえ、もし証拠によつて有恕が立証されるならば、たとえ答弁書のなかで主張されていなくとも、それを認定するのが裁判所の義務であろうに……」とのべ、被告が何も立証しなかったことを理由に、原告の請求をみとめている。Annotation: Necessity of Pleading affirmative defense in divorce suite, A. L. R. vol. 76, p. 1001.

第二節 黙示の有恕

配偶者の非行を有恕する旨を自己の外部的な態度で表示するには、いろいろの方法が考えられる。非行を認識したのち、これまでどおりの共同生活を継続する場合があろう。また、非行を知つたので別居していたが、再び共同生活をはじめるときも想像できる。ニューヨーク州において、一八八〇年の民事訴訟法典第一七五八条・二号に、「有恕は、明示の表示または事実を認識したうえで自発的に行われる同居によつて立証される」と規定し、一八三〇年の修正法第二部・八章・四二条を改めた一八六五年の民法草案第六一条・三号に、「被害配偶者が……事実を

十分に認識したうえ、夫または妻たる有責配偶者と自発的に同居したとき……」離婚判決は与えられないとする。⁽²⁾

前示民事訴訟法典の規定を民事手続法第一一五三条・三号⁽³⁾から、一九六二年には家族関係法第一七一条・二号⁽⁴⁾にうつぎ、一九六七年九月一日に施行された家族関係法の改正でもそのまま存置するのは、黙示の有恕を例示ないし推定した規定と思われる。だが、この例示ないし推定を積極的に押し進めると、場合により、配偶者の非行を認識したのち、いちどでも夫婦の関係をもてば、黙示の有恕と判断されることになりかねない。妻が自由な判断でそうしたとみとめられるような場合であればよいが、そうでないかぎり、直ちに有恕を認識するのは早計ではなからうか。のちに第六章・二節にのべるように、詐欺・強迫または不当威圧にもとづき、自由な判断を奪われ、意に反して右の事態を生じることであろう。この点、カリフォルニア州では一八七二年の民法第一一六条が有恕の要件として、①配偶者が離婚原因に当る非行をした事実を認識すること、②そのうえで和諧し、③配偶者の婚姻上の権利をすべて回復させること、の三つを規定する。⁽⁷⁾これにより、単にいちどだけ夫婦の関係がもたれた事実のみでは、有恕を認定する証拠として充分でない⁽⁸⁾と解されている。

一例として、カリフォルニア州で右の民法上の規定がもたれたすぐあとの *Bohnert v. Bohnert* (一八九二) 事件⁽⁹⁾をあげてみよう。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したが、妻は、夫が彼女の非行を認識したのち夫婦の関係をもった事実を宥恕の抗弁とした。原審がこれをみとめず、夫に離婚判決を与えたので、妻が控訴した。裁判所は原判決を容認し、「われわれの法律によれば、非行のあった配偶者に婚姻上の権利をすべて回復させることが有恕の要件の一つである。そして、この要件は、単に夫婦の関係のあった事実のみでは立証されない。

妻の主張が事実としても、そのことは必ずしも、夫が妻を許し、または妻をつれ戻して婚姻上の権利をすべて回復させることを意味するとはかぎらない」とのべている。その後、*Hawkins v. Hawkins* (一九三〇) 事件⁽¹⁰⁾において、夫に虐待を加えられた妻がしばらく別居していたが、ある日、夫婦が和諧の可能性について話し合った際に、いちど夫婦の関係がもたれた事実が明らかにされた。果してそれが有恕を構成するかどうかにつき、裁判所は前示の見解にもとづいてそれを否定的に解し、妻の離婚請求をみとめている。もし、共同生活が再開され、しかもある程度の時間が経過しておれば、その状態から推して、黙示の有恕を認定することができよう。だが、右のように、夫の虐待が原因で別居中にいちど夫婦の関係をもったにすぎない場合、しかも和諧はついに達成されなかった事情を考え合わせれば、そのみで、妻が夫の非行を有恕したと認定することはできないと判断されたのであろう。

一般に共同生活が回復されたからといって、つねに黙示の有恕があるとはかぎらない。ときには、外部からみれば共同生活が回復されたようでも、夫婦間ではその実質は少しも伴っておらず、有恕はもとより問題にならない場合⁽¹¹⁾もある。共同生活が回復されなくとも、別居を継続しながら、有恕すべき旨を暗黙のうちに表示する場合も考えられる⁽¹²⁾。それゆえ、裁判所は事件を審理するに当り、本人の態度から黙示の有恕を認定してよいかどうか、慎重に調査することになる。

共同生活が継続または再開されても、夫婦の関係がもたれなかったことが明らかになれば、有恕はなかったと判断されるのが普通のように思われる⁽¹³⁾。だが、これも夫婦の関係がなかったのは有恕の意思がないからと認定される場合であって、たとえ夫婦の関係はなくとも、黙示の有恕があったとみとめられるときがある。オハイオ州の *Huff-*

ine v. Huffine (一九四七)⁽¹⁴⁾事件はその一例に当る。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したが、妻は宥恕を抗弁とし、夫が彼女の不貞の事実を十分に認識しながら、共同生活を継続し、その間に夫婦の関係がもたれたことも明らかにした。裁判所はこれに対し、「夫婦の関係がもたれたかどうかわからないが、すべての事情から考え、夫は妻を宥恕する意思であった」とみとめ、離婚請求を棄却している。さきに互責について論じたときに指摘したとおり、オハイオ州では離婚法に請求棄却事由の規定はないが、判例が当初から互責をみとめており、⁽¹⁵⁾当面の宥恕についても同じ事情のようである。ところで、本件の場合、夫は妻の非行を認識したのち、その態度に少しも変化をみせていないという。妻の非行を許すのであれば、その旨を言明すればよい。許さないのであれば、いっせ自ら進んで別居するか、または一つ家においても、これまでとちがいで、非行を非難するなんらかの態度をとるのが普通ではなからうか。だが、かかる態度は全くあらわれていない。そうだとすれば、夫は妻の非行を暗黙のうち宥恕し、これまでどおりの生活を継続したとみるのが無理のない判断といえよう。裁判所の判断は当をえものと思われる。

黙示の宥恕の認定には、ときとして、それが被害配偶者の真意に反する危険性を必然的に伴っている。この点をつくプロスコウイは、「夫婦が同じ屋根の下に住むかぎり、夫または妻の非行が宥恕されたと裁判所が認定するにちがいないから、配偶者の非行を認識したときは、直ちに別居するのが賢明である」と指摘している。宥恕の意思のない人、または宥恕するかどうか決めかねている人がつねにこの方法をとれば、黙示の宥恕の認定も真意に合致することになる。とはいえ、被害配偶者が夫であるか妻であるかにより、事情を異にしようし、他にもいくたの

障碍が予想されるので、とうてい期待できない。結局、裁判所の慎重な判断に信頼するほかはない。

では、共同生活が再開されて夫婦の関係がもたれたことが明らかになれば、つねに宥恕が認定されているのであろうか。必ずしもそうとはかぎらない。このことはアイオワ州の *Hickman v. Hickman* (一九二〇) 事件⁽¹⁷⁾によって看取される。この事件において、妻が虐待を理由に離婚の訴を提起したのに対し、夫は、彼が妻を虐待したのは事実であるが、その後夫婦の関係がもたれたこと⁽¹⁸⁾によって宥恕された旨を抗弁とした。しかし、裁判所は、「夫婦の関係があったことが宥恕を意味するとはかぎっていない。妻に関する場合はとくにそうである。女性として妻はしばしば、ある程度の強制のもとにあると考へなければならぬ」とのべ、夫の抗弁を斥けている。ここでもそうであるが、一般に黙示の宥恕の有無は、夫よりも妻に有利に認定されている事実⁽¹⁹⁾に注意しなければならぬ。つまり、夫が宥恕を抗弁とするときは、妻がそうするときよりも、認定されにくい。理由はいろいろ考えられるが、事実上、妻は夫の権威のもとにあるということが大きく作用していると推測される。夫が妻の非行を認識したうえで夫婦の関係をもてば、黙示の宥恕になるが、⁽¹⁹⁾反対に、妻が夫のより良い処遇を期待して夫婦の関係をもち、それ以上忍耐すれば忍耐がもはや一つの美德でなくなるまで我慢していても、黙示の宥恕にはならない、⁽²⁰⁾という対照的なちがいを生じるのもこのためであろう。

かつてイギリス教会の司教裁判所 (consistory court) の *D'Aguilar v. D'Aguilar* (一七九四) 事件⁽²¹⁾において、妻が虐待および姦通を理由に別居判決を求めたのに対し、夫が宥恕を抗弁としたとき、ストウエル卿は、「夫のなす宥恕は、そう厳格に解すべきではない。婚姻契約を守るについて、妻は夫と同程度の強制手段をもっていない。

夫の非行によって妻のうける影響は、妻の非行によって夫のうけるそれと同じではない。それゆえ、宥恕は、妻に対する場合の方が、夫に対するときよりも、容易に認定される」とのべ、夫の抗弁を斥けている。これによってもわかるとおり、裁判所が黙示の宥恕の有無を認定するに当って、非行をしたのが妻であれば、とり立てて困難な問題は生じまいが、もし夫であれば、妻は夫の非行を認識したうえでそれに対していかなる態度をとったか、その間に夫の側から妻に向って、彼の非行を宥恕させる目的でなんらか強制的な手段がとられるようなことはなかったか、等々をとくに慎重に考慮しなければならない。夫の非行については、妻が非行をした場合と比較し、判断の基準はある程度厳格になるのも止むをえない。右の事件でも、立場が逆であったならば、宥恕は容易に認定されたと思われる。

ところで、さきにニューヨーク州における互責に関する事情をのべたとき、とくに問題にならないので触れなかったが、同州の民事訴訟法典第八三一条は、当初、次のような規定を設けた。「夫または妻は、姦通の主張にもとづいた訴の裁判また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」というのである。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、⁽²³⁾当面の離婚事件でも前示法典第八二八条により、夫婦は互いに証人資格を有するにかかわらず、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。原告が被告の非行を見分したのがたとえ事実としても、原告自らそれを証言できないわけである。⁽²⁵⁾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、無責の立証責任は被告に転換される。⁽²⁶⁾ 被告が身の潔白を立証できなければ、原告の請求が容れられよう。しかし、被告が宥恕を抗弁とするとき、右の規定がさらにはっきりした効果を示すにいたる。

宥恕との関連で問題になったものに *Biers v. Biers* (一九一三)⁽²⁷⁾ 事件がある。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したが、妻は宥恕を抗弁とし、夫が彼女の非行をすべて認識したうえ、自由な意思で宥恕してくれたとのべ、彼女の妹を証人に申請した。妹の証言によれば、姉の夫は彼女に向い、妻の不貞を知ったがそれを宥恕した旨を話したという。夫はこれに対し、妻の非行を宥恕したとのべた事実はなく、宥恕したこともないと反論した。原審は夫の反論にもとづいて離婚判決を与えたので、妻は控訴し、原審が夫に右の反論を許したのは民事訴訟法典第八三一条の規定に違反すると主張した。そこで、夫は、同規定によれば、離婚訴訟において、姦通の争点につき夫または妻が他方に不利な証言をするのを禁止するにすぎず、もし他方が別の争点、たとえば承認とか宥恕とかの抗弁を提出するならば、かかる事実の有無につき、制限なく証言できるはずである、とのべた。裁判所はこれに対し、「原審が夫に前示の証言を許したのは手続の瑕疵である」とみとめ、妻の控訴を容れて原判決を破棄するにいたっている。

もともと、*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、いずれも、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。⁽²⁸⁾ 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。⁽²⁹⁾ その後、前者は民事訴訟法典第八二八条となり、後者はさきにもた第八三一条にうけつがれるにいたっている。そ

の結果、姦通を理由とする離婚訴訟において、被告が宥恕の事実を抗弁とすれば、原告はかかる事実のなかった趣旨を証言することは許されない。コモン・ローの原則は、かざられた範囲内において、なお維持されているわけである。一般にある事実の不存在の立証は、逆の場合と比べてはるかにむづかしい。当面の場合、原告はそれさえも自ら証言できない不利な立場におかれる。配偶者の非行はなるべく宥恕するのが望ましく、被告が宥恕の事実を主張している以上、それを信頼しようというのかも知れないが、原告に反証の機会を与えないのが果して妥当かどうか。非行が宥恕された事実は全くなかったにかかわらず、被告が偽ってそれを抗弁とするとき、原告は真相をよく知っている第三者の証言によって反駁できれば格別、そうでないかぎり、事実を反し、宥恕が存在したと認定されてしまう。かかる不公正な結果をきたす恐れのある規定を維持することには疑問がいだかれていた。果して、一九一五年にいたり、前示第八三一条の後段は次のように改められた。⁽³⁰⁾「婚姻を立証し、姦通の事実を否認し、誘引・承認・宥恕または原告の姦通の抗弁を反証する場合は、このかぎりでない」。かくて、原告は宥恕の抗弁に対して、反証をあげて争うことができるにいたったわけである。この規定は文言を変えて、一九二〇年の民事手続法第三四九条から、一九六三年九月一日以降は「民事手続法・規則」の第四五〇二条・⁽³²⁾(2)にうけつがれている。

(1) Gilbert, *The Law of Domestic Relations of the State of New York*, p. 52.

一九二七年の修正法により離婚事件が控訴裁判所で審理されていた当時、*Smith v. Smith* (一八三四) 事件において、「終局判決前のいかなる段階にせよ、訴状のなかで主張されている姦通が現実には宥恕されており、爾後の非行によって復活しないことが明らかなる場合、離婚判決は与えられない。それゆえ、かかる抗弁が存在するのではないかと疑われるとき、大

- 法官は職権により、事実をたしかめるとも調査を命ずることがある」との語句がある。Paige (chancery). vo. 4. p. 432.
- (2) New York (state), The Civil Code of the State of New York. p. 23.
- (3) Warren, Gilbert-Bliss civil practice of the State of New York. vol. 6 A. pp. 271—272.
- (4) McKinney, The consolidated Laws of New York Annotated. Book 14. § 1—199. p. 451.
- (5) McKinney, op. cit., Cumulative Annual pocket part. 1966. § 1—199. p. 30.
- (6) pepin v. pepin (一九二四) 事件、pitts v. pitts (年度不明) 事件はこの趣旨を示す。Gilbert. op. cit. pp. 273—274.
- (7) Deering, The Civil Code of the State of California, p. 41.
- (8) Cromer. Divorce-condonation by cohabitation, Ohio State U. L. R. vol. 9, p. 356.
- (9) Armstrong, California Family Law, vol. 1, pp. 189—190.
- (10) A. L. R. vol 98, p. 1357.
- (11) ノルンバーク区 Marshall v. Marshall (一九二五) 事件においては事情がはっきりしている。参考のためあげておこう。この事件において、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起したのに対し、妻は宥恕を抗弁としたが、みとめられない。裁判所は判決のなかで次のように述べている。「妻は夫の宥恕を抗弁としている。ところで、記録によれば、十一月の七日から九日まで、夫婦の関係がなかったことは明らかである。また、夫婦が同じ家に住んでいたことはみとめられるが、彼等の証言によれば、互いの不和のため、別々の寢室を使っていたという。かかる事情のもとでは、夫は妻の非行を宥恕していないと結論すべきである」。A. L. R. vol 40, p. 626.
- (12) ニューヨーク州の Ryan v. Ryan (一九二八) 事件がこれに当ると思われる。この事件において、原告が姦通を理由に離婚の訴を提起したのに対し、被告は原告の五年前の姦通を抗弁とした。だが、裁判所は、「夫婦の一方が他方の非行を認識しながら長期間それについて何もいわずに、暗黙のうちに宥恕したと考えるべきである」としている。Columbia

L. R. vol 28, p. 1163.

(31) ローザ・マインランド州の *Matteo v. Matteo* (一九〇五) 事件は次のように述べらる。「記録によれば、妻が夫の非行を宥恕したことは何も示されていない。妻は、夫が婚姻上の権利を行使するのを拒否し、一つ家のなかで、別々の部屋を使って来た。かような事情のもとで、妻がだまって家に留まっていたのは夫の非行を宥恕したからであると理解してはいけない」。
A. L. R. vol. 6, pp. 1160—1161.

(14) *Cromer*, op. cit., pp. 355—356.

(15) *Page's Ohio General code of Annotated*, vol. 9, pp. 298—299.

(16) *Ploscowe, The truth about Divorce*, p. 145.

(17) A. L. R. vol. 14, p. 929.

(18) マイオワ州の離婚法は宥恕に関する規定をもたない(五責・共謀および承認も同じ)。

(19) A. L. R. vol. 109, p. 688.

(20) マンソントン州の *Wash v. Wash* (一九一九) 事件。McCurdy, *Cases on the Law of persons and Domestic Relations*, p. 378.

ミンネソッパ州の *Manning v. Manning* (一九三二) 事件も、「思ひやりのない処遇にもできるかぎり耐えようと努力するのは立派なことである。しかし、夫のかかる処遇にも妻が辛抱よく耐えることによって彼女の持つ離婚請求権が弱められざるべきである」(Ploscowe, op. cit., p. 148).

(21) *Haggard's English Ecclesiastical Reports*, vol. I, p. 773.

(22) *Gilbert*, op. cit., p. 47.

(23) 田中和夫「英米証拠法」民事訴訟法講座第二卷六三—一頁。

(24) Warren, *op. cit.*, p. 142.

同条はその後、民事手続法第三四六条にうけつがれている。

(25) ゴールドスタイン「家庭と法律」司法資料第二九七号一四五頁にこの実例がみられる。

(26) Farace v. Farace (一一八八一) 事件。Giffbert, *op. cit.*, p. 47.

(27) Blume, *American Civil Procedure*, p. 116.

(28) 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。だが、同年、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上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、ほとんどの州において、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」刑事裁判資料一一五号九八頁—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—一九頁も併わせて参照。

(29) *New York Supplement*, vol. 142, pp. 129—130.

(30) *New York Supplement* vol. 179, p. 618.

(31) Warren, *op. cit.*, p. 175.

(32) McKinney, *op. cit.*, Book 7 B, p. 301.