

承認に関する諸問題

—離婚請求棄却事由の一つとして—

村 井 衡 平

第一章 承認の本質

第二章 承認の種々相

第一節 配偶者の非行を招来

第二節 第三者が介入

1 証拠の入手

2 非行の招来

第三章 承認の効果

第一節 承認の無効・取消・撤回

第二節 他の非行との関係

第四章 結び—承認と破綻主義

承認に関する諸問題

第一章 承認の本質

離婚請求棄却事由の一つとしての承認は、アメリカ諸州の多くの離婚法が最近にいたるまでみとめていたし、現在でもいぜんとして存続させている州もみられる。その理論的根拠についてはさきに明らかにしておいたので、本稿はそれに引き続き、承認の本質、種々相、効力についてさらに考察を加えようとするものである。まず承認の本質から入っていこう。

配偶者の非行を予め明示または黙示に承認することは、非行が現実になされたときに蒙るべき苦痛を甘受したものと判断され、法諺もいうように、「これを愆するものに対して侵害は加えられない」⁽²⁾。他方、かかる反道徳的な態度をとれば自己の手を汚す結果となるから、クリーン・ハンズの原則からみても、のちに右の非行を理由に訴を提起することは許されない。ところで、承認の方法としては、宥恕の場合と同様に、文書または口頭ではっきりその旨を表明する明示のもの、および自己の外部的な態度によって暗黙のうちに表明する黙示のもの⁽¹⁾の二つがある。このうち前者の方法で非行に承認を与えたときは、のちに該非行を理由に離婚の訴を提起しても、配偶者は直ちに自己の非行が承認されていた事実を抗弁とし、裁判所もその事実を容易に認定するであろうから、離婚判決を入手できる可能性はほとんど存在しない。この場合はむしろ、自己の側の態度が原因となって引き起された配偶者の非行を問題にしないつもりであり、のちに非行を理由に離婚の訴を提起しようとの「不正な意思」(corrupt intention)はないのがつねではないかと考えられる。明示に承認する意味もここにあろう。参照できたかぎりにおいて、明示

の承認の有無をめぐって争われた判例は余り見当らず、大部分の場合、黙示の承認が問題になっている。本稿でも主としてこれを検討することになる。

客観的にはある人が外部的な態度によって配偶者の非行を予め黙示に承認しているようにみえても、本人の側に立てば三つの場合に分けられよう。一つは、配偶者が非行をしようとし、または現にしつつあるのを少しも知らないため、それを阻止する手段に及ばず、結局、外部からみれば非行を黙示に承認したと受けとられる場合である。もし、非行を知ったならば阻止したであろうが、知らなかったためできなかった。この場合は非行がなされた事実を合理的に認識したとき、それを理由に離婚の訴を提起するか、宥恕するか、いずれかの態度をとることになる。承認が問題にならないのはいうまでもない。次に考えられるのは、配偶者がいかなる非行をしようとする場合でももちろんそれを離婚請求の理由にはしないというはっきりした意思をもっている場合である。これも裁判上の争いを生じない。そこで、黙示の承認が現実の問題になるのは次の場合にかぎられてくる。配偶者が非行をしようとするのを知りながら、阻止すべきなら手段もとらず、ときには自ら策略 (trap) をしかけて非行を誘発ないし促進し、のちにその非行を離婚請求の理由にしようとの不正な意思をもっているときがこれに当る。マック・クイーがローマでなされた解説としてのべるところによれば、「承認する人は姿をみせず³に配偶者に非行の機会を与える。彼は天井のうえから、または窓の外からみている。彼は酒に深く酔ったか、熟睡しているふりをし、好んでいびきをかく。その間に彼の不名誉が完成される」。つまり、配偶者の非行を見逃したり促進したりしておきながら、のちにそれを離婚原因に利用する。ウォルトンが承認を示すのに *Connivance* または *Lenocinium* という言葉を

用い、「その当初の意味は他人の墮落によって利益をうるにあつた」⁽⁴⁾とのべるのに照らすまでもなく、道徳的な見地からまさに許すことのできない態度といわなければならない。かくて、承認の本質は明示・黙示を問わず、一応右のような「不正な意思」にあるとみてよい。

ここで注意しなければならないのは、互責・共謀および宥恕がそうであったように、承認についても、アメリカ諸州はイギリス教会裁判所の判例を参考にした結果、裁判の実際面において、教会法の法理が積極的かつ広範囲にとり入れられるにいたったけれども、細かに検討を加えると、州によって、教会裁判所の判例の見解のうけ入れ方がちがいがみられるということである。まず、承認の本質に関する教会裁判所の見解をさぐってみよう。カンタベリ―大司教に属するアーチ裁判所 (Archdeacon's court) の *Rogers v. Rogers* (一八三〇) 事件⁽⁵⁾にその一つがはっきり示されている。この事件において、姦通を理由に夫が別居判決を求めたのに対し、妻は夫の態度が承認を構成する旨の抗弁を提出したが、容れられなかったので、控訴した。ニコール卿も次のような理由で控訴をみとめていない。すなわち、「妻の主張事実からは夫が彼女の非行を認識していたとの結論は必ずしも出てこないし、姦通がなされたとか、まさになされようとしていた疑いさえもない。全体からみて、夫が妻の姦通に同意しそれを望んでいたと非難することは許されず、夫の態度は承認を構成しない。承認であるためには意識的な黙認 (intentional concurrence) を必要とする」旨をのべている。

もともと、承認は明示・黙示のそれとは別の見地からこれを二つに類別することができる。一つは、配偶者が非行をしようとするのを知りながら、これを単にだまってみすにすぎないものであって、消極的承認 (passive

connivance) または黙認 (acquiescence) とよばれる⁽⁶⁾。もう一つは、配偶者が非行をするように、自ら機会を作り出し、それを促進するためのなんらかの手段をとるものであって、「積極的承認 (active connivance) または促進 (promotion) とよばれている⁽⁷⁾。当面の問題は、承認があったと認定されるためには前者、つまり消極的な承認の意思があったことが立証されれば足りるのか、そうではなく、後者、つまり積極的な承認または促進に該当するなんらかの手段がとられたことの立証まで必要とされるのか、ということである。さきの Rogers v. Rogers (一八三〇) 事件が意識的な黙認を必要とするのべるのは、明らかに前者の見解に立っており、消極的な承認で充分とするわけである。

一方、これに先立つ Timming v. Timming (一七九二) 事件⁽⁸⁾は別の考え方を示している。この事件において、妻の姦通を理由に夫が別居判決を請求したのに対し、スコット卿 (のちのストウエル卿) は、「夫は姦通の機会を単に許容したというだけで請求を阻止されることのないのはたしかである。彼の側には、彼から救済を奪ってしまう程度の怠慢は何も存しない。しかし、許容すること (to permit) と招来すること (to invite) とは全く別である。妻に放蕩させるのは夫にとって完全に自由なことである。しかし、彼はその機会を作り出していること、姦夫を招来し自分はその場をはずして彼にその機会を与えていること、私はこれらの事情が一つになって法律上の挑発 (prostitution) に該当すると考える」旨をのべている。つまり、消極的な承認または黙認では足りず、積極的な承認または促進に当るなんらかの手段がとられることまで必要とされており、この点において、さきの Rogers v. Rogers (一八三〇) 事件と全く反対の見解に立つことになる。ブロムレーが、「原告から被告の姦通に承認を与え、

故意にその原因を作り、または他のなんらかの方法で促進したことを必要とする。……それではなければ承認はありえない」とする⁽⁹⁾のは、この趣旨を肯定するものといえよう。

右にみたように、別居請求に対する棄却事由たる承認を認定するに当って、イギリス教会裁判所の判例は相反する二つの見解に分れていた。では、同裁判所の判例を参照したアメリカ諸州ではどのような事情を示しているであろうか。大西洋岸の諸州についてみれば、コネティカット、ニューハンプシャー両州が消極的承認でよいとするのに対し、マサチューセッツ州は積極的な促進まで必要としている。まず、コネティカット州の *Dennis v. Dennis* (一八九六)⁽¹⁰⁾ 事件において、「承認は、夫婦の一方がのちにそれを非難する他方の行為に対して悪意に同意を与えること (*corrupt consenting*) である。それは離婚請求権を阻止する。なぜならば、彼は損害を何も蒙っていないからである。彼が同意を与えたことについて、彼は損害を蒙ったと申し立てることはできない。承認は心の中に存在する一種の意思である。それは同意することである。しかし、承認は姦通その他の非行を消極的に許容することでもよいし、積極的に誘発することでもよい」旨を明示している。また、ニューハンプシャー州の *Bailey v. Bailey* (一八九二)⁽¹¹⁾ 事件も、「夫は妻の行為に同意を与えており、たとえ積極的ではなくとも、消極的にその遂行に手助けをしている」とし、夫による承認を認定するに充分と判断している。これらはいずれもイギリス教会裁判所の *Rogers v. Rogers* (一八三〇) 事件の示した見解をうけつぐものといつてよからう。さらに降って、一九二九年⁽¹²⁾ 法第一三五七条で互責および共謀と並べて承認を請求棄却事由と定めるミズリー州の *Marville v. Marville* (一九三五)⁽¹³⁾ 事件において、「離婚法で承認というのは、離婚原因と主張されている非行に対する原告の明示または黙

示の同意である。他方は非行をなすにちがいないとの一方の心中に存する不正な意思—これが承認の本質的な要素を成す」とのべ、一九二二年法第二二二〇条⁽¹⁴⁾で宥恕のみ規定するにすぎないケンタッキー州の *Pierce v. Crisp* (一九三五) 事件では、「承認は見て見ぬふりをする⁽¹⁵⁾こと、意識的な盲目、非行の発見または阻止を故意に怠ること、寛大または消極的な同意である」旨を明示するのも、その趣旨を同じくしている。

ところが、マサチューセッツ州の *Wilson v. Wilson* (一九九一) 事件⁽¹⁶⁾には別の見解がみられる。この事件において、夫は妻が不貞をはたらいたにちがいないと疑いをもち、妻の身边を監視していた。しばらくして、妻が再び不貞の機会をもった証拠を入手できたので、それを理由に離婚の訴を提起した。しかし、妻は承認を抗弁⁽¹⁷⁾とし、原審がこれを見とめたので、夫は控訴した。裁判所はこれに対し、「夫は妻の姦通を阻止できたであろうが、そうしなかったこと、妻の姦通が明らかになれば、それを理由に離婚判決を入手したいと考えていたことは事実である。しかし、自ら機会を作ったり、手助けを与えたりはしていない。妻の不貞の証拠を得た⁽¹⁸⁾と思って、警告するのをわざと差し控えたにすぎない。それゆえ、法律問題としてみる場合、夫が妻の姦通を承認していたとは思えない」とのべ、夫の請求を見とめている。つまり、さきにもたコネティカット、ニューハンプシャー両州が消極的黙認でよいとしたのに対し、マサチューセッツ州では積極的な促進まで必要とするわけである。

ここで夫はのちにそれを離婚原因として利用するつもりで妻の不貞を阻止しなかったのではなく、妻がすでに不貞をはたらいた形跡があるので、その証拠を入手しようと試みたにすぎまい。妻の貞節さを確証したいと思ったのみであろう。裁判所はこの点に注目し、不正な意思はないと認定する。だが、夫婦は互いに同居・協力・扶助し、

貞節を守る義務を負っているから、配偶者に非行があるのではないかと疑いをいだくとき、証拠を入手する手段をとるのも必要ではあるが、それよりもまず警告を発し、非行がくり返されないよう未然に阻止すべきであって、そうしなければ承認になるともいえるのではなからうか。イギリス離婚裁判所の *Gipps v. Gipps* (一八六四) 事件⁽¹⁸⁾において、ウエスバアリー卿は次のようにいう。「承認するという言葉は文字どおりの意味、つまり現に行われているか、まきに行われようとしていることをわざと見ないとか、見ないふりをするとか、または知ろうとしないといった狭い意味にかぎられない。夫が自己の眼前に展開されている事態から妻が姦通していると信じ、合理的な疑いをいだかざるを得ないにもかかわらず、それを阻止するためなんらの手段もとらないという場合も含めなければならぬ」。さきのマサチューセッツ州の事件では、証拠を入手するため再度の非行を招いているように思われ、承認の本質たる「不正な意思」がないとするには疑問が残らないでもない。この点に関連し、一般に夫婦の一方の行った態度が承認に当るか、単に証拠を入手しようとしたにすぎないのか、問題になるけれども、これは改めて第二章・二節・一に論じることとする。

(1) 村井「承認の理論的根拠について」神戸学院法学七卷三・四号 西原寛一教授追悼論文集一八七頁以下。

(2) マーシャルおよびメイによれば、*Volenti non fit injuria* なる諺は承認および宥怒の抗弁を説明するのに役立つという。Marshall and May, *The Divorce court*, vol. 2, Ohio, p. 169.

しかし、*volenti non fit injuria* について検討したとおり、宥怒をこの諺で説明した事例は見当りない。

(3) McQueen, *Practical treatise on the Law of Marriage, Divorce and Legitimacy, as administered in the Divorce court and in the House of Lords*, p. 77.

- (4) Walton, A Hand Book of Husband and Wife, p. 67.
- (5) Haggard English Ecclesiastical Reports. vol. 3, p. 57.
- (6) Annotation : What amounts to connivance by one spouse at other's adultery. A. L. R. 2d. vol. 17, p. 355.
- (7) Annotation, op. cit., p. 353.
- (8) Haggard, op. cit., p. 76.
- (9) Bromley, Family Law, p. 120.
- (10) A. vol. 36, p. 34.
- (11) A. vol. 29, p. 846.
- (12) Vernier, American Family Laws. vol. II, p. 78.
- (13) S. W. vol. 81, p. 382.
- (14) Vernier, op. cit., p. 81.
- (15) S. W. 2d. vol. 86, p. 393. (Note) Divorce—connivance as a Defense, N. Y. U. L. R. vol. 24, p. 926.
- (16) Law Reports Annotated (N. S.) vol. 12, p. 524.
- (17) マサチューセッツ州の離婚法は承認に関する規定をもたなり(互責・宥怒および共謀についても同)。
- (18) Kee・Cowper-Coles・Tyndal, Divorce case Book, pp. 189-190.

こゝで理解の便宜と必要上、他の三つの請求棄却事由との差異についてみよう。まず、互責と比較すればどうであらうか。離婚の訴を提起した人自身にもなんらかの非行があるという場合、非行の意味を広義に理解し、配偶者の非行を予め明示または黙示に承認することも一種の非行とすれば、承認は互責のなかに含めてしまつてよいかも

知れない。現に「互責の抗弁としての承認⁽¹⁾」という言葉さえ用いられている。しかし、互責は夫婦双方に離婚原因に当る非行のある事実を重視し、承認は夫婦の一方が他方の非行を予め明示または黙示にみとめる態度をとったことに注目する。これを原告配偶者の側からみると、自己もまた離婚原因に当る非行をしておれば互責の抗弁に直面し、かかる非行はないが、夫婦たる義務に違反する自己の反道徳な態度によって被告の非行が招来されたのであれば、承認の抗弁によって對抗される。つまり、互責と承認は請求棄却事由となる理由が全くちがっているから、後者を前者に含めて考えることはできず、はっきり区別する必要がある。

一方、承認は配偶者の非行を許すような外観を呈する点で宥恕と似ているが、決して同じではない。宥恕は配偶者が過去にある非行をし、それが離婚原因に当るという事実を合理的に認識したのちになされるのに反し、承認は非行に先立ち、またはそれと並行して存在する。宥恕は過去の非行についてなされ、承認は現在または将来の非行に対するものといえる。配偶者の非行を承認するのは、離婚請求権を発生させるはずの非行それ自体を許すことにはかならないから、非行を理由とする離婚請求権の発生を阻止してしまう。宥恕が過去になされた非行にもとづいてすでに発生している離婚請求権を消滅させるのと趣を異にしている。さらにもう一つ、宥恕は明示・黙示いずれの場合でも、配偶者の過去の非行を非難せず正常な夫婦共同生活を回復することを目的としており、沿革からみても、道徳的・倫理的にきわめて賞讃に価する態度といえることができる。これに反し、承認はほとんどの場合、配偶者が非行をしようとし、またはしつつあるのを知りながら、それを阻止せず、ときには非行を促進するような機会を作り出すことさえあって、本質的に不正な意思をもつ恥づべき反道徳的な態度を構成する。ビショップが、「宥恕

は非難されることなく行われ得るけれども、承認は必然的に罪を含んでいる。それゆえ、承認を立証するには、宥恕の立証に比較し、一そう高度かつ決定的な証拠が必要となる」と指摘するのは、右の趣旨であろう。宥恕と比較するとき、承認は全く相反する価値判断をうけることになる。

最後に共謀と対比してみよう。法律が協議離婚をみとめないため、離婚を望む夫婦があくまで裁判所における離婚訴訟という形式をとりながら、事実上、協議離婚と同じ結果を得る目的でいろいろの手段を弄するのが共謀である。一方、承認は配偶者の非行を予め明示または黙示にみとめる。一般的にみて、共謀は承認ときわめてよく似たものといえよう。しかし、離婚原因と主張される非行が現実にはなされていなかった場合、裁判所を詐欺にかけ、またはかけようとしたことは共謀になるが、非行が現実になされていなかった場合、裁判所を詐欺にかけ、かかる意味でビショップによる、「承認は共謀なくして存在できるが、しかし共謀は（一般に）特殊の目的のため

の承認である」⁽⁴⁾との説明は、当を得ていよう。ビショップはまた、ストウエル卿がロンドンの司教裁判所の *Crew v. Crewe* (二八〇〇) 事件において、「共謀は承認なくして存在できるが、しかし共謀は（一般に）特殊の目的のための承認である」旨をのべたと報告されるのは、疑いもなく報告書の誤写か、思いちがいであると指摘している。⁽⁵⁾これとは別に、共謀を夫婦が合意のもとに裁判所に向って示す態度とすれば、承認は夫婦の一方が他方の非行に関連して明示または黙示にとる態度ということになり、両者をはっきり区別できよう。共謀は馴れ合い訴訟といわれるように、夫婦が弁護士の助力を得て法律の網をくぐる巧みな手段により、しかもかかる企てを裁判所に発見されないよう、可能なかぎりかくそうとする。したがって、共謀の事実があるかどうかは、つねに裁判所が積極的に

調査する必要がある。承認はこれに反し、自己の非行を理由に離婚の訴を提起された夫または妻が、非行はすでに明示または黙示に承認されていた旨を主張することになる。つねに被告配偶者の側から原告の離婚請求を阻止すべき抗弁として提出されるものといえよう。

- (1) (Note) *Connivance as a Recriminatory Defense*, Col. L. R. vol. 29, p. 799.
- (2) *Bishop, Commentaries on the Law of Marriage and Divorce*, vol. II, p. 9.
- (3) *Bishop, op. cit.*, p. 19.
- (4) *Bishop, op. cit.*, p. 20.
- (5) *Haggard English Ecclesiastical Reports*, vol. 3, pp. 129-130.
- (6) *Bishop, op. cit.*, p. 20.

第二章 承認の種々相

夫婦の一方が他方の非行を理由に離婚の訴を提起するのを分ければ、非行がなされたのちにはじめて認識を得て、離婚請求の理由にしたものと、当初からなんらかの程度で非行に関与し、明示または黙示に承認していたものの二つになろう。被告配偶者が承認を抗弁とするのはまさに後者の場合であるが、果して承認されていたかどうか、事実認定をめぐってつねに争われる。では、具体的な事例においてどのような態度ないし手段が問題になっているであろうか。すでにのべたように、配偶者の非行を予め許す旨の意思を文書または口頭で表明するとき、のちにその非行を離婚請求の理由にする不正な意思をもっていないのがほとんどであるため、またはその意思があっても、明

示の承認が抗弁とされれば離婚請求のみとめられる可能性はないと判断し、あえて訴を提起しないためか、これに關する判例は見当らない。以下に検討するものはすべて黙示の承認を問題にしており、承認の種々相も黙示のそれについてみられる結果になる。配偶者が非行をしようとしていること、または現にしつつあるのを知りながら、のちにそれを離婚原因とするつもりでこれ幸いと徒手傍觀するいわば消極的な場合もあり、それが承認を構成するとは第一章に指摘したけれども、実際にかような事例は余り問題になっていない。これらを一応別とすれば、夫婦の一方が自らなんらかの手段で他方の非行を招来するものと、証拠の入手ないし非行の招来に第三者が介入するものの二つに分けられる。

第一節 配偶者の非行を招来

最も一般的なのは配偶者に知られないように策略をしかけて非行に誘い込み、非行がなされるに當ってそれを阻止する手段をとらず、暗黙に承認する態度をとるものである。夫婦双方が離婚を望んでおれば、共謀して離婚判決を入手する可能性も存在する。これに反し、夫または妻のみがそれを切望するときは、なんらかの方法で他方の非行を招来し、それを離婚原因として訴を提起するのが最も手取り早い。しかし、かかる不正な意思を配偶者が知つてしまえば、非行をすることはあるまいし、たとえ気付かずに非行をしたとしても、のちにそれを理由に離婚の訴が提起されれば、不正な企てにのせられた事実を知つて承認を抗弁としよう。そうさせまいとすれば、終始、不正な企てを気付かれずに非行を促進する効果を収めるよう、慎重に事を選ばなければならない。では、実際にいかな

る方法が行われていようか。かつてストウエル卿はアーチ裁判所の *Timming v. Timming* (一七九二) 事件⁽¹⁾において、「許容することと招来することとは全く別である。妻に放蕩させるのは夫にとって完全に自由なことである。しかし、彼はその機会を作り出していること、姦夫を招来し自分はその場をはずして彼にその機会を与えていること、私はこれらの事情が一つになって法律上の排発に該当すると考える」と指摘したとおり、姦通をめぐって行われる場合もあるが、そのほかにもいろいろの策略が実行される。ときには遺棄または虐待という方法に訴えたりする。配偶者を遺棄または虐待すれば報復ないし反動として非行をするにちがいないとの判断のもとにその挙に出で、現実に非行がなされたとき、それを離婚請求の理由とするわけである。

まず、遺棄について考えれば、夫婦の一方が他方を遺棄する原因はさまざまであるから、遺棄という事実から直ちに、配偶者の将来の非行を承認する意思であったと考えることはできない。虐待に耐えかね、逃避する意味で他方を遺棄したときなどこれに当る。それゆえ、遺棄されている間に非行をした配偶者が、その非行を理由とする離婚請求に対して承認を抗弁とするとき、裁判所は遺棄の原因をよく調査する必要がある。原告が被告を遺棄すれば非行をするにちがいないと判断し、それを離婚原因にしよう⁽²⁾と意図して遺棄した事実が明らかになる場合のみ、承認の抗弁をみとめることができるのではなからうか。

ニューヨーク州の *Richard v. Richard* (一九〇六) 事件⁽²⁾は右の趣旨を明示している。この事件において、妻が夫を五年間遺棄した間に夫が姦通したので、妻はそれを理由に離婚の訴を提起したが、夫は承認を抗弁とした。裁判所はこれに対し、「妻は、彼女が夫を遺棄すれば夫はそれを機会に不貞をはたらくにちがいないと確信していた。

つまり、妻はその行動を通じて夫に対し、「どうぞ、したいことを自由にして下さい。これまでのように、あなたが貞節を守ったままでいるとは思いません」と表明したものと判断し、妻の請求をみとめていない。妻の真の目的は夫の非行を誘発するにあったとみてよからう。⁽³⁾当時、ニューヨーク州においては姦通が唯一の離婚原因であった。夫婦の一方がなんらかの方法で他方の非行を誘発し、それを理由に離婚の訴を提起しようと思えば、必ず姦通を目標におかなければならない。さきに共謀に関する諸問題を検討したとき、同州において離婚を切望する夫婦が姦通をめぐる巧みな手段をとる独特の現象を明らかにしたけれども、⁽⁴⁾当面の承認に関しても似通った事情にあることは、本件によって容易に推測できよう。ところで、すでにいくども指摘したとおり、当時の民事訴訟法典第一七五八条は承認を請求棄却事由の一つと定め、⁽⁵⁾同第八三一条は被告が承認を抗弁とするとき、原告が自らの証言により無責を主張することは許されていなかった。⁽⁶⁾承認の事実の有無はすべて裁判所によって判断される。たとえば、*Lutz v. Lutz* (一八九九) 事件⁽⁷⁾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、妻は夫による麻酔薬の使用の結果であると承認を抗弁としたとき、裁判所は妻の偽証を発見し、夫の請求を容れている。しかし、*O'Hara v. O'Hara* (一九一〇) 事件⁽⁸⁾では、被告たる妻の承認の抗弁をみとめ、夫の控訴を斥けて原判決を容認する。これら諸事件において、原告は承認の抗弁に対し何ものべないため、問題にならなかったが、もし裁判所が原告に承認に関する無責の証言を許し、それにもとづいて勝訴判決を与えたならば、被告の控訴により、手続の瑕疵を理由に該判決を破棄される可能性が生じよう。現実これに問題にした事件は見当たらないが、前示の規定が原告にとって不公正なものであることは、互責・宥恕または共謀に関する場合と同様、改めていうまでもない。その後、一九一

五年にいたって修正され、原告が自らの証言により承認の抗弁を争うことを可能にしている。⁽⁹⁾

さて、多くの州は遺棄および虐待を離婚原因に含めるが、遺棄の期間は六カ月から五年までいろいろであって、虐待についてもその程度が相当重大なものであることを要求している。⁽¹¹⁾ それゆえ、配偶者の非行を招来する目的で遺棄または虐待するという場合でも、それ自体で離婚原因になるものと、ならないものに区別できよう。もし、離婚原因として充分であれば、その報復ないし反動として配偶者がした非行を理由に離婚の訴を提起しても、承認を抗弁とされるのはもとより、互責を主張される結果になる。これに反し、離婚原因にならない程度のものであれば、互責を主張されても裁判所で見とめられる危険はなく、せいぜい承認が抗弁とされるに留まろう。このように考えれば、遺棄または虐待によって配偶者の非行を招来しようとするとき、自己の行為が離婚原因を構成しないよう、またのちの離婚訴訟に当って配偶者が承認を抗弁とするにも立証が困難であるよう、細心の注意を払わなければ目的を達成できまい。

承認は姦通を理由とする離婚の訴において最もしばしば抗弁とされるのが実情のようであって、さきにみた二つの事例はこれに該当している。だが、ときには遺棄または虐待を理由とする離婚請求に対し、承認の抗弁が提出されることもある。たとえば、カリフォルニア州の *Johnson v. Johnson* (年度不明) 事件⁽¹²⁾ 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、夫が承認を抗弁としたとき、裁判所は、「妻は充分な計画のもとに、夫が彼女を虐待する原因を与えた」とし、承認を理由に妻の請求をみとめていない。妻は、彼女が夫に向ってある態度をとれば、夫はなんらかの非行をするにちがいないと確信し、そうしたところ、彼女に虐待を加えてきたので、それを

離婚請求の理由にしたと推測される。一九七〇年の改正にいたるまで、同州の民法第一一二条および第一一三条は承認について規定していたが、それによれば当面の場合、妻は夫の非行に予め「不正な同意」を与えていたことにならう。

同様の例はカリフォルニア州民法第一一二条の規定をそのままとり入れたモンタナ州の *Gillenvaters v. Gillenvaters* (年度不明) 事件にもみられる。この事件において、夫が全財産を売却し、家庭に必要な物さえ残さなかったたので、妻は夫のもとを去った。夫が遺棄を理由に離婚の訴を提起したのに対し、妻は承認を抗弁とした。裁判所は、「夫が右のような行爲をした結果、妻が夫を遺棄したのであるから、それを理由に離婚判決を求めることは許されない」旨をのべ、夫の請求をみとめていない。ここでは、夫は妻を遺棄し、または虐待を加えるといった手段をとらず、その代り、妻がいや応なく夫のもとを去る原因を作り出した。これは扶養義務を履行する意思のないことを表明したものとみてよからう。もともと、同州では悪意の遺棄または悪意の扶養義務不履行は、いづれも一年間継続すれば離婚原因になる。⁽¹⁴⁾ 当面の場合、夫が遺棄を離婚請求の理由にする点からみれば、妻は夫が全財産を売却したのち彼のもとを去り、一年以上経過したのはたしかである。事情の詳細はわからないが、妻がそうすることについて悪意はないと思われるので、遺棄の状態が右の期間継続しても、夫がそれを離婚原因とするには要件を欠くことになる。たとえ一步をゆずり、妻が右の機会に夫を悪意で遺棄したのが事実としても、その原因が夫の側不正な企てに存するからには、承認の抗弁によって夫の請求は阻止されるであらう。

(1) (Note) *Connivance as a recriminatory defense*, Col. L. R. vol. 21, p. 803.

- (2) (Note) *op. cit.*, p. 802.
- (3) ノースカロライナ州の *Moss v. Moss* (年度不明) 事件において、夫が妻を遺棄した場合、夫は妻のちに姦通したことを理由に離婚の訴を提起できないとされている。また、*Foy v. Foy* (年度不明) 事件において、妻は正当な理由なしに夫のもとを去り、帰宅を拒んだが、その後、夫が姦通したので、それを理由に離婚の訴を提起した。裁判所はその請求をみるとしていない。理由は、妻が義務に違反した結果、夫が姦通するにいたったことというにある。 *American State Reports*, vol. 120, pp. 524-525.
- (4) 村井「離婚請求棄却事由の研究—共謀論(二)」神戸学院法学七卷二号八頁以下。
- (5) Gilbert, *The Law of Domestic Relations of the State of New York*, p. 52.
- (6) Gilbert, *op. cit.*, p. 47.
- (7) *N. Y. Supplement*, vol. 59, p. 972.
- (8) *N. Y. Supplement*, vol. 120, p. 982.
- (9) 村井「離婚請求棄却事由の研究—有怨論(一)」神戸学院法学八卷四号六〇頁。
- (10) 村井「共謀論(一)」神戸学院法学七卷二号二二頁。
- (11) 村井・前掲論文(二二頁以下)。
- (12) *American State Reports*, vol. 120, pp. 526-527.
- (13) 村井「承認の理論的根拠について」神戸学院法学七卷三・四号 西原寛一教授追悼論文集一八八頁。
- (14) *American State Reports*, vol. 120, pp. 526-527.
- (15) *Ploscowe, The truth about Divorce*, p. 280.

第二節 第三者が介入

夫婦の一方が他方の非行を招来するために自らなんらかの手段をとるとは別に、当初から第三者に依頼して配偶者の非行を誘発させ、それを離婚請求の理由にする場合も想像できる。自己の不知の間になされた非行を理由とする通常の離婚訴訟とちがひ、承認の本質たる「不正な意思」を明白に看取できる。ただ、現実にその手段をとる人がちがっているにすぎない。それゆゑ、右の場合に事の真相が暴露されれば、裁判所は承認を理由に離婚請求をみとめないであろう。夫婦の一方と第三者の間に意思が疎通しており、そのうえで第三者が配偶者の非行を招来したことを必要とするのはもとよりであるから、夫婦の一方の不知の間にそれが行われても承認の問題にはならない。適切な例が見当たらないので、ここではイギリス離婚裁判所の *Sugg v. Sugg* (一八六一) 事件⁽¹⁾をあげてみよう。イギリスで離婚事件に陪審の関与がみとめられたのは一八五七年であつて、本件はそれより四年後のことに属している。この事件において、夫(原告)の従兄がXに五ポンドを与え、妻(被告)の姦通の証拠を入手するよう依頼したが、夫はそれに関知していない。Xはついで共同被告人Yに対し、"もしお前が被告とベッドを共にすれば半額与える"とのべたので、Yはそれを実行した。かくて夫は姦通を理由に離婚の訴を提起し、クレスウエル卿は陪審に対して次のように説示している。「もし、夫自身がYを誘つて妻と関係をもたせたのであれば、承認の抗弁をみとめてよろしい。しかし、夫がXとYとの間の合意に関与していなければ、承認をみとめてはいけない」。陪審は承認の事実のない旨を評決している。これによつてもわかるとおり、被告配偶者が承認の抗弁を提出するとき、それが容れられるためには、夫婦の一方と第三者の間に意思の疎通が存在していなければならぬ。その存在を前提と

するいくつかの判例を検討したところ、第三者の介入に関連し、二つのことが問題としてとり上げられている。

第一は、配偶者に非行があるのではないかと疑いをいだいたが、真偽のほどがわからないので、現実に非行があれば証拠を入手したいと思ひ、それを私立探偵に依頼する場合があるが、かかる方法で証拠を入手することは承認になるのではないか。第二は、探偵が証拠の入手のみ依頼されたにかかわらず、配偶者の非行まで招来してしまった場合、依頼した本人は自己が右の非行に関与していないとして離婚請求の理由にできるのかどうか。配偶者はそれに対して承認を抗弁とすることができようか。探偵が配偶者の非行を招来したことについて責任を負わされるとすれば、いつ、いかなる場合か。つまり、依頼した本人と探偵と配偶者の非行の三者は承認の存否をめぐってどのような関係にあるのか、という問題である。離婚を切望する夫婦が共謀して目的を達成すべく企てるときは、弁護士が助言ないし訴訟活動において大きな役割を果たすが、ここではそれと並び、またはそれに代って探偵が登場してくる。共謀の問題を検討したときに明らかにしたように、依頼者と弁護士の間には本人 (Principal)・代理人 (agent) の関係が存在するが、探偵は弁護士とちがひ、代理人には当らない。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て、秘密のうちに犯罪その他の調査をするものであって、依頼者に代って法律行為をするわけではない。⁽²⁾とはいへ、依頼された仕事を遂行するについて、なんらの指揮・監督をうけず、独自の判断にもとづいて適当と考へる手段をとることができるから、この点で弁護士と同じく、いわゆる「独立の契約者」(independent contractor) に該当している。独立の契約者には代理人とそうでないものの二種があるが、探偵は後者に含まれることになる。

(1) Lacey, *The Law and Practice in Divorce and Matrimonial causes*, p. 139.

(2) 村井「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・三号四八頁。

(3) 村井・前掲論文四七頁。

1 証拠の入手

夫婦の一方が他方の行跡について疑いをもつとき、まず真相をたしかめるための手段をとるのがつねであつて、探偵に依頼して証拠を集めるのも一つの方法と考えてよい。共謀した夫婦が偽りの離婚原因を作り出すため探偵に一役買わせる場合もあるが、ここでは専ら、夫婦の一方が探偵に配偶者の非行の証拠を集めることを依頼する。その結果、ある程度はつきりした証拠を入手できたならば、それにもとづいて離婚の訴を提起することもあろうし、かかる非行の程度ならば許してもよいと判断し、宥恕する場合も生じよう。さらに、証拠を全く入手できず、または入手できてもきわめてわずかであり、そのみでは離婚の訴を提起できないため、改めて非行を誘発する態度に出る事態も想像される。いずれにしても、配偶者の非行について証拠を入手する手段をとるのは、自己の態度を決定するために必要な前提要件とみることができ、それ自体は決して承認とはいえない。もし、それが承認に当るとすれば、非行がいくら歴然たる事実であり、証拠を容易に入手できるにかかわらず、その手段をとれない。したがって、離婚の訴を提起しても充分な証拠を提出できず、ひいては請求もみとめられないという不都合を結果することになる。

かつてスペインの神学者サンチェスは、「ある人が獲物の番をしているとき、密猟者が自由に獲物をもっているよう、その場をはずすならば、彼は罰せられる。密猟者が戻ってきたとき捕える目的でそうするならば、彼は許される。これと同様に、夫は彼の了解と是認のもとに妻のした非行を訴えることはできないが、それに同意を与えるつもりではなく、証拠を入手するため空とぼけていた場合は別の結論になる⁽¹⁾」とのべ、さらに次のようにいう。「妻の貞節を疑う夫は、事実を確認するため、適当な証人とともに妻を監視することが許される。妻の罪を承認するわけではないから、この方策は当を得ている。……悪しきことを求め、世話し、または命じることが、ときに大いなる善のために許されている悪しき機会を与え、またはそれを除去しないことは別である⁽²⁾」。さきに見たイギリス教会のアーチ裁判所の *Timming v. Timming* (一七九二) 事件において、ストウエル卿が右の言葉を引用していた⁽³⁾、アメリカの多数の判例も、夫婦の一方が探偵に依頼して配偶者の非行の証拠を入手したとき、非行を承認したことにはならないとの見解をとっているように思われる。

一、二の例をあげれば、ニューヨーク州の *Reiersen v. Reiersen* (一八九八) 事件⁽⁴⁾において、夫は妻の行跡に疑いをいだき、非行があれば証拠を入手する目的でそのことを探偵に依頼した。探偵が妻の不貞の現場をとらえたので、夫はそれを証拠に離婚の訴を提起したところ、妻は抗弁として、夫のとったかかる態度は承認になると主張した。裁判所はこの点につき、「妻がすでに姦通したと確信し、彼女は機会さえあれば不貞をはたらく性格をもっている事実を立証するため、証拠を入手する手段をとったとしても、妻が姦通するよう計画したことにはならない」⁽⁵⁾とのべ、妻の抗弁をみとめていない。また、一九四八年法第二章・五十節・五条において、共謀と並べ、「原告が

姦通に同意を与えていたとき、……離婚判決は与えられない⁽⁵⁾」とのみ定めるニュージャージー州の *Bingenheimer v. Bingenheimer* (一九四九) 事件⁽⁶⁾で裁判所が、「妻に姦通の疑いがあれば、その証拠を得るため、夫は妻の行動を用心深く観察するにちがいないが、妻の姦通を促進したという証拠がなければ、夫のかかる態度は承認に当らない。夫が離婚を望んでいるときでも、このことは妥当する」とのべるのも同趣旨を明らかにしたものと思われる。

(1) *Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations*, p. 519.

(2) “*Viro suspicanti adulterium uxoris licitum est illa observare, cum testibus idoneis, ut eam possit de adulterio convincere. Quoniam id non est ejus peccato connivere, set utriusque malitia ad proprium commodum. Secundo, quia alius est rogare, consulere, vel jubere malum, et aliud permittere seu non auterre mali occasionem, quod aliquando licet ob aliquod majus bonum.*” *Haggard English Ecclesiastical Reports*. vol. 3, p. 82.

(3) *Haggard, op. cit.*, p. 76.

(4) (Note) *Connivance as a recriminatory defense*, Col. L. R. vol. 21, p. 803.

本件直前の *Pette v. Pette* (一八九四) 事件および *Karger v. Karger* (一八九七) 事件も同趣旨である。Gilbert, *The Law of Domestic Relations of the State of New York*, p. 53.

(5) *Seltzer, Encyclopedia of New Jersey Law*. 1948. vol. 2. p. 30.

(6) *Clark, Cases on Domestic Relations*, p. 137.

2 非行の招来

独立の契約者としての探偵は、非行の証拠を入手するよう依頼されれば、目的を達成するため、独自の判断で適

当と考える方法を用いて仕事を行うが、通常的手段で証拠を入手できる場合、とくに複雑な問題は生じない。だが、ときには配偶者の非行がきわめて巧みなため、証拠の入手も通常的手段では不可能なことが出てこよう。かかる場合、夫婦の一方から他方の非行に関する証拠の入手を依頼された探偵が、目的達成のため、積極的に非行を誘うのに他方がいかなる反応を示すかを試みた結果、非行を招来したとか、または証拠の入手と全く無関係に故意または過失によって非行を招く事態も想像できる。それが一方で「契約違反」(Breach of Contract)を構成すると同時に、他方で「家族関係に対する侵害」(Injury to Family Relation)として不法行為に該当することになると考えられる。

ここで家族関係に対する不法行為とは、英米法においてみとめられる不法行為の一種である。コモン・ローによれば、夫は妻から交情と労務 (Consortium et servitium = Society and Service) をうける権利を有しており、もし第三者が妻を誘惑し (Enticing) かくまひ (Harboring) または愛情を移転 (Alienation of affections) するならば、夫は家族関係に対する侵害という不法行為を理由に、損害賠償の訴を提起することができる。⁽¹⁾ イギリスでは一八八二年の妻所有財産法 (The Married Women's Property Act) にいたるまで、妻は夫と共同しなければ、裁判所に訴え、または訴えられることができなかつたため、立場が右と反対の場合に、妻自身の名で救済を得られなかつたが、同法により、妻は自ら独立して提訴する権利がみとめられるにいたつた。⁽²⁾

これに対してアメリカ諸州の事情はどうであろうか。妻に右の権利を与えるかどうかについて、意見のちがいがあらわれた。当初、ウイスコンシン、メイン、ニュージャージー、マサチューセッツ諸州およびコロンビア区にお

いて、コモン・ロー上はもとより、特別の制定法のもとでも、妻に訴権を与えない⁽³⁾。これに反し、コネティカット、ニューヨーク、インディアナ、ニューハンプシャー諸州の多数の判例は、妻がコモン・ロー上の訴を提起する権利をみとめた⁽⁴⁾。「夫が妻の交情の喪失を理由に提訴する権利をもつかぎり、妻が法によって彼女に保証された夫の交情・交友・愛情および保護を喪失したとして訴えることを許さない聡明な理由づけは、何もあり得ない⁽⁵⁾」と説明されている。その後、右のウイスコンシン諸州でも妻の訴権が制定法によって明白に与えられることとなり、二、三の州を除いて、妻も救済をうけるについて夫と同じ立場におかれるにいたった⁽⁶⁾。不法行為法リステイトメントによれば、第六八三条ないし第六八五条に、ある人が妻の愛情を夫から移転したとき、妻を勧誘して夫から別居させ、または別居後に夫のもとに帰らせないとき、夫の同意なくして妻と姦通したとき、それぞれの場合に於いて、夫に損害賠償請求権を付与する一方、第六九〇条で同様の場合について、妻に夫と同じ救済を与えるのも、右の趣旨を明示するにはかならない。かくて、配偶者の非行の証拠を入手するよう依頼した夫または妻の立場から、さきにあがた探偵の行為が州の法律で契約違反と不法行為の二つの要件を具備することになれば、両者を理由とする損害賠償請求権が競合 (Concurrence of Causes of action) する状態をきたす。つまり、二個の賠償請求権が独立的に生じ、選択的に行使できるわけである⁽⁹⁾。ここで問題としている承認は不法行為の免責事由と密接な関連をもつから、ここでは探偵の行為を不法行為の面からみよう。

夫婦の一方と探偵の間には依頼者と独立契約者の関係が存在している。そして、コモン・ローによれば、依頼者は独立契約者の不法行為について代位責任 (Vicarious Liability) を負うことはない⁽¹⁰⁾が、この原則にも次第に例外

がみとめられ、依頼者自身の過失については責任を負い、最も重要なものとして二つあげられる。⁽¹¹⁾ すなわち、①法律によれば依頼者が独立契約者に当該の仕事を委託できないにもかかわらず、それを委託した場合、⁽¹²⁾ 委託する仕事の性質上、もし特別な予防処置をとらなければ必然的に他人に危険を及ぼし、または及ぼす恐れがあるのにその処置をとらなかった場合、⁽¹³⁾ よって生じた結果について責任を負わされることになる。証拠の入手を依頼された探偵が配偶者の非行を招来することも、右にいう危険の一種に含められよう。そして、探偵の不法行為について依頼者たる夫婦の一方が責任を負うとは、結局、配偶者の非行を理由に離婚の訴を提起しても、承認の抗弁によってみとめられないことを意味する。果していかなる場合にそうなるのか。なお、その前に探偵を選ぶについて過失がなかったかどうかも問題になるが、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。二十州では法律によって免許され、⁽¹⁴⁾ ウィスコンシン州では一九二五年法で登録を求めており、その他にも多くの法律が制定され、または提案されているという。免許・登録によって資格を具えた探偵に依頼した場合は、弁護士資格をもつ人に訴訟事務を委任したのと同様、選任について過失はなかったとみてよからう。

ところで、依頼者が自己の過失について責任を負う重要なものとして二つあげたが、その①は依頼者自身がその履行を他人に委託できない義務 (non-delegable duty) を負っている場合を指す。配偶者の行跡に不審の念をいだいても、非行の存否を明らかにすべく証拠を集める義務はないし、たとえ集めるとしても、それを他人に委託できないものでもない。当面の問題については、主に②を検討する必要がある。配偶者の非行の証拠を探偵に依頼して入手しようとするとき、探偵が目的達成の必要から非行を招来したり、それとは全く無関係に故意または過失で

同じ結果をきたすかも知れないことは、合理人にとって予見可能 (foreseeable) といわなければならない。依頼者たる夫婦の一方が離婚訴訟提起の前提要件として積極的にそれを望むならば格別、そうでないかぎり、探偵に依頼するに当って配偶者の新たな非行を招来することは絶対に許さない旨を言明する等、適当な方法を講じておく必要がある。そうだとすれば、問題は依頼者たる夫婦の一方が果して右の手段をとっていたかどうか。とっていないとすれば、前示の結果を予見しながら故意または過失によってそうしなかったのか、予見すべきであるのに予見せず、漫然となんらの手段も講じなかった点で過失があったのではないか。探偵は現実にかかざる態度をもって配偶者の非行を招来したのか。この両者の相間關係に帰するのではなからうか。

まず、依頼者は探偵が配偶者の新たな非行を招来するかも知れないと予見し、かかる事態を排除するため、余計なことをしないよう言明しておいた場合を考えてみよう。予防策をとるについて依頼者に過失のないことは明らかであるが、爾後に探偵のといった態度からみれば、二つに分けられる。一つは、配偶者の非行がきわめて巧みに行われていて、通常的手段では証拠の入手という目的を達成できないため、やむを得ず非行を誘う手段をとった場合である。イギリスの *Douglas v. Douglas* (一九五二)⁽¹⁵⁾ 事件において、裁判所がいうように、「すべての情況から判断して、姦通している妻が自らその事実を否認するのを夫がそのまま受けとめることは期待できない。真実はしばしば否定される。夫がかかる疑惑をいだいたまま経過することによって、彼の心と家庭の平和が荒廃したままにしておくよりも、妻にその機会を与えるという方法に訴えてでも、妻の姦通が事実かどうかははっきりできる方がよい」とし、プロムレーの言葉を借りれば、「すでに姦通が行われているかどうか発見するよう依頼された探偵は、事実上、

もし必要であれば、姦通を促進してその証拠を入手することが許されている⁽¹⁶⁾。証拠の入手のみのんだ依頼者も、新たな非行を宥恕する意思のないかぎり、配偶者の行跡を明らかにできた点で好都合と判断すれば、その時点で改めて右の非行を理由に離婚の訴を提起しよう。配偶者はこれに対し、探偵の不法行為について依頼者が責任を負うべきこと、つまり承認を抗弁とするにちがいない。だが、依頼者には配偶者の非行を誘発してそれを離婚原因とする意思はもともと存在しておらず、探偵が証拠入手の目的達成に必要と判断して、右の結果をきたしたにすぎない。配偶者が承認を抗弁としても、依頼者の不正な意思を立証することは不可能に近い。

探偵が証拠の入手という目的の範囲を完全に逸脱し、必要もないのに、それと無関係に故意または過失によって配偶者の非行を誘発した場合は、右と別である。依頼者は予めかかる結果を防止する手段をとっていた点で過失はないから、「家族関係に対する不法行為」を理由とする損害賠償請求権を取得⁽¹⁷⁾。他方、ここではじめて離婚を決定し、右の非行を証拠に訴を提起すれば、配偶者が承認を抗弁としても容れられまい。夫婦の一方が不知の間に他方のした非行を理由とする通常の離婚訴訟の場合と同じに考えてよからう。この趣旨を明らかにしたものとして、ニューヨーク州の *Tuck v. Tuck* (一九〇七)⁽¹⁸⁾ 事件がみられる。この事件において、妻は夫の行跡に不審の念をいだいて探偵に証拠の入手を依頼し、余計なことをしないように言明しておいた。だが、探偵が故意に夫の姦通を誘発したので、妻がそれを理由に離婚の訴を提起したところ、夫は承認を抗弁とした。裁判所はこれに対し、「明らかにしている事実から考えれば、妻が夫の姦通を承認していたとみとめることはできない」とし、夫の抗弁を斥け、妻に離婚判決を与えている。なお、本件も含め、参照できた事例はいずれも、夫婦の一方が探偵の誘発した

非行を理由に離婚判決を請求するのに対し、承認の抗弁をみとめるかどうかが問題となるにすぎず、これと並んで探偵に対する損害賠償請求の訴が提起された様子はない。

つぎに、探偵に依頼するに当り、依頼者たる夫婦の一方が前示の予防手段を何もとっていない場合が考えられる。依頼者の態度からみて、二つに分けられよう。一つは、配偶者の非行がきわめて巧みなため、証拠を入手するにも通常の方法では足りず、非行を誘うのにいかなる反応を示すか観察する必要があるし、それによって非行が誘発されれば、離婚の訴を提起したいと考へ、探偵に依頼するに当っても、あえて予防策をとらなかつたときがこれに当る。依頼者の希望的観測どおり、探偵によって非行が招来されれば、それを離婚請求の理由とすることになる。配偶者はこれに対し、夫または妻が探偵に依頼するに当ってかかる結果を防止する手段をとらなかつたのは承認になる旨の抗弁を提出するにちがいない、依頼者の真意が当初から非行の招来にあった事情を明らかにできれば、抗弁もみとめられると思われる。

もう一つ、探偵が証拠の入手という目的と無関係に配偶者の非行を招来する恐れがあることを予見しながら、または予見できるとはわからず予見せず、漫然とそれを阻止するなんらの手段もとらなかつた場合はどうかであろうか。かかる手段をとらなかつた点で明らかに過失があつたといえるから、探偵が証拠の入手と無関係に招来した非行について、依頼者も責任を負わなければならない。依頼者の態度からみて、探偵の不法行為の責任を問うことはあるまいが、たとえ問うてもみとめられないし、配偶者の右の非行を理由に離婚の訴を提起しても、承認の抗弁によつて請求される結果になる。ニュージャーシー州の *Rademacher v. Rademacher* (一九〇八) 事件⁽¹⁹⁾ において、

夫が探偵に妻の非行に関する証拠の入手を依頼したところ、探偵がそれとは無関係に妻の姦通を招来したので、彼はそれを理由に離婚の訴を提起した。これに対し裁判所が、「夫は探偵に妻を誘惑するよう依頼した事実はないけれども、妻の非行を理由に救済をうけることはできない」とし、夫の請求を斥けるのはまさにこの趣旨と思われる。

これまで検討したのは、証拠の入手を依頼された探偵が配偶者の非行を招来した場合に関していた。では、探偵が助手を使って仕事に当らせたところ、助手が右の結果を招来したときはどうかであろうか。探偵は依頼者に対して独立契約者たる地位に立つが、探偵と助手との間には使用者・被用者 (master and servant) の関係が存在している。使用者は被用者が職務の範囲内 (within the scope of the employment) で第三者に加えた不法行為につき、代位責任の原則にもとづいて責任を負わなければならない。しかも、職務の範囲内であったかどうかを決定するについて、当該行為が使用者によって禁じられていたとか、禁じられた方法でなされたという事実は、重要な要素になるが、決定的なものではない。⁽²⁰⁾ 他の要素も含めて判断し、もし当該行為が命じられた結果を達成する必要からやむなく、禁じられた方法によったことが明らかになれば、使用者は被用者に特別な指図を与えていた場合でも、責任を免れない。⁽²¹⁾ 代理法リステイトメント第三三〇条によれば、「ある行為は、それが禁じられたものであり、もしくは禁じられた方法でなされたものであっても、職務の範囲内とみとめて差支えない」とし、同条註(b)はさらに、「使用者は被用者に対し、注意して仕事をするよう命じても、被用者の過失について責任を免れることはできない。使用者は被用者の仕事を肉一ポンドに制限し、血を流さないよう命じることはできない。しかし、本条にのべる法

則はさらに広範囲に適用される。とくに禁じられた行為をしたとき、および結果を達成するため禁じられた方法をしたときも含む。使用者は被用者に対し結果の達成を命じ、しかも被用者はつねに彼が命じた方法でそれを行うだろうとか、そうするのが自然と見込まれる行為をそのときにかぎって差控えるだろうと期待することはできない⁽²²⁾」旨を説いている。

当面の問題についていえば、探偵が助手に対し非行の証拠の入手のみ命じたにすぎない場合はもとより、非行を招来しないようにとくに言明したにしても、助手が証拠の入手のためには是非とも必要と判断して非行を誘発する手段をとったとき、探偵はその結果についてつねに責任を負わされることになる。「他人の手によってなすものは、自らなすものである」(Qui facit per alium, facit perse)との言葉がこれに妥当しよう。依頼者たる夫または妻は、探偵に対し配偶者の非行を招来することのないよう言明していたかぎり、探偵が助手の仕事についてどのような指図をしていたかを問わず、配偶者の非行を離婚請求の理由にできるし、助手の家族関係侵害による不法行為について、探偵の責任を問うことも可能になる。また、配偶者は承認を抗弁としてもみとめられないが、助手の不法行為を理由に損害賠償請求権を取得しよう。探偵は助手と連帯(Joint and Several)して夫婦に対して責任を負い、夫婦は各別または共同で訴を提起できる。探偵が右の請求に応じて損害を賠償すれば、助手に対して求償権(Right to indemnity)を行使できるのはいうまでもない。これに反し、依頼者が前示の予防手段をとらなかった点で過失があるときとめられるならば、助手の招来した非行を理由に離婚の訴を提起しても、承認の抗弁によって阻止されようし、探偵および助手について不法行為の責任を問うこともできない結果とならう。

- (1) Madden, *HandBook of the Law of Persons and Domestic Relations*, p. 165.
- (2) Winfield, *A Text-Book of the Law of Torts*, p. 235.
- (3) Madden, *op. cit.*, p. 172.
- (4) Madden, *op. cit.*, p. 172.

愛情移転を理由とする訴は、最初一八六六年にニューヨークにおいてみとめられ、その後、マサチューセッツおよびルイジアナ両州を除いてすべての州でうけ入れられた。Prosser, *HandBook of the Law of Torts*, pp. 919-920.

ミネソタ州において、夫が妻の愛情移転を理由に探偵に損害賠償を請求した例として *Lillegren v. Burns International Detective Agency* (一九一六) 事件がある。この事件では、夫から妻の正確な特徴を名前・居所とともに教えられ、彼女の行動および習性についての情報を提供するように依頼された探偵が、不注意と軽そつきから、妻とは別人の、夫の知らない女性を尾行し、同人の不品行を夫に報告した。夫はそれを信じて妻を非難したため、身におぼえない妻は、夫は遺棄して帰来せず、妻の愛情は永久に移転されてしまった。かかる事実は愛情移転を立証するに充分でないとして、夫の請求は斥けられた。McCurdy, *Cases on the Law of Persons and Domestic Relations*, p. 725.

- (5) Madden, *op. cit.*, p. 172.
- (6) Madden, *op. cit.*, p. 173; Prosser, *op. cit.*, pp. 927-928.
- (7) *Restatement of the Law of Torts*, vol. II, pp. 469-478.
- (8) *Restatement of the Law of Torts*, vol. II, pp. 486-488.
- (9) Winfield, *op. cit.*, p. 670; Prosser, *op. cit.*, pp. 1123-1125.
- (10) 英米法において、ある人が他人の不法行為について責任を負う場合を代位責任とよぶ。被用者の不法行為に対する使用者の責任が最も重要なものであって、代理人の不法行為に対する本人の責任がこれにつぐ。

- (11) かかる責任を負う理由およびそれに対する反論については Prosser, op. cit., p. 484. イギリスの裁判所は例外を広範囲にみとめることによって独立契約者の立場を被用者のそれに近づけた。しかし、アメリカの裁判所はそこまできかないが、例外的にのみ責任を負うという原則の力を弱めたため、かかる原則がいぜんとして存在するといえるかどうか、疑問とされる。
- (12) Prosser, op. cit., p. 486.
- (13) Prosser, op. cit., p. 487-488.
- (14) Encyclopedia of the social science. vol. V-VI. "civil detective agency". p. 110.
- (15) Jacobs and Goebel, Cases and other materials on Domestic Relations, p. 519.
- (16) Bromley, Family Law, p. 125.
- (17) 愛情移転とか妻の姦通を理由とする民事上の訴権を廃止した州として、アラバマ、カリフォルニア、コロラド、フロリダ、イリノイ、インディアナ、メリーランド、ミシガン、ネブラスカ、ニュージャージー、ニューヨーク、ペンシルバニア、ワイオミング諸州が数えられる。Vernier, American Family Laws. 1938 Supplement. p. 85. McCurdy, op. cit., p. 1055.
- 廃止の理由については Prosser, op. cit., p. 937.
- (18) Divorce-Defense-Connivance, Mich. L. R. vol. 7, p. 172.
- (19) Divorce-Defense-Connivance, op. cit., p. 172.
- ペンシルバニア州の *Wother spoon v. Wotherspoon* (一九三三) 事件において、妻の姦通の証拠を入手する目的で夫が探偵を依頼したところ、探偵が妻の姦通を促進ないし手引きしたとき、「夫は探偵がそれに力を貸した妻の姦通を離婚請求の理由にできない」とされるのも、かような事情が存するからである。McCurdy, op. cit., p. 307.

(20) Prosser, op. cit., p. 476.

(21) Prosser, op. cit., p. 476.

これに関するリーディング・ケースとしては、イギリスの *Limpus v. London General Omnibus Co.* (一八六三) 事件が引用される。参考のためにあげておこう。この事件において、被告会社は運転手に、他の車と競争したり、それを妨害したりしないようプリントしたものを渡していたが、一運転手がその命に反して原告の車の進路を妨害して衝突し、損害を与えた。裁判所は陪審の評決にしたがい、被告会社が責を負うべきものとした。その理由は、「該運転手は多分それによってより多数の乗客を獲得し、会社に利益を帰せしめるつもりであつたにちがいない」というにある。Winfield, op. cit., p. 126.

(22) Restatement of the Law of agent. vol. I, p. 514.

第三章 承認の効果

夫婦の一方が他方の非行に対し、予め明示または黙示に承認を与えていた場合、その非行を理由とする離婚請求権それ自体が発生せず、離婚の訴を提起することはできない。承認は配偶者の過去の非行を問題とするものではなく、将来なされるかも知れない非行または現になされつつある非行を対象とするため、その効果については宥恕の場合とちがった事情を呈してくる。まず、配偶者のある種の非行は承認するが、他は承認しない旨を文書または口頭で明示したとき、のちになされた非行のうち承認の対象になったもののみ効果が及ぶのはいうまでもない。また、将来のいかなる非行をも承認する旨を明示したならば、そのとおりの効果のみとめるべきであろう。これに反

し、暗黙のうちに配偶者の非行を承認する態度をとる場合、明示のそれとちがって、対象となる非行の種類いかんを差別することは不可能に近い。非行が一個のみであれば問題は簡単であるけれども、種類を異にする数個について承認の効果を考えるに当り、黙示の宥恕と同じく婚姻の一体性を念頭におかなければならない。婚姻関係は夫婦についてつねに一体として存在する必要がある、配偶者の非行を暗黙に承認する態度をとる場合、承認の効果は非行の種類のかんを問わずに及ぶものと判断するのが当を得ていよう。

第一節 承認の無効・取消・撤回

承認も宥恕と同じくあくまで自由な意思でなされることが必要とされる。宥恕の場合には配偶者の非行の有無またはその種類・数という過去の事実が対象になるから、非行がなされたのち認識を得るまでの時間的経過が長ければ長いほど、錯誤をきたしたり、詐欺にかけられる可能性も増してこよう。これに対し、承認は明示・黙示のいずれを問わず、配偶者の非行に先立ち、またはそれと並行して行われる。いかなる非行がなされつつあるか、これからなされようとしているか、すべて現在ないし将来のことに属しており、宥恕のようにすでになされた非行に関する錯誤といった問題は生じる余地がない。考えられるのは、配偶者がするにちがいないと判断して承認したが、非行はついになかったとか、ある非行がなされると思いつつ承認したが、現実には別の非行であったというような場合のみとなる。前者はもともと裁判上の問題にならないし、後者も、承認の対象をなす非行を限定した明示のものは別とし、そうでない明示または黙示のものであるかぎり、承認の効果に影響はない。かくて、承認が詐欺・強迫

または不当威圧によってなされた場合が問題として残ることになる。

たびたび比較の対象としたように、宥恕についても同じことが論じられた。非行をした配偶者またはその意をうけた第三者から詐欺・強迫または不当威圧をうけ、自己の意に反して宥恕した人は、それを理由に宥恕を取り消すことができた。これを承認についてみればどうであろうか。夫婦のうち非行をしようとする一方が、自らまたは第三者を通じて配偶者に対し、宥恕についてみられたと同様の詐欺・強迫または不当威圧という手段に訴え、非行を承認させておくような事態が生じないともかぎらない。この場合、詐欺にかかり、強迫または不当威圧をうけた夫または妻が非行を承認する旨を文書または口頭で表明したり、暗黙のうちに承認の態度をとったとしても、のちに詐欺にかかったことを知ったとき、または不当威圧からのがれたとき、その事実を明らかにして承認を取り消し、すでに非行がなされておれば、該非行を理由に離婚の訴を提起することができるとしなければならぬ。もし、これをみとめなければ正義に反する結果が招来されることになる。

つぎに承認の撤回という問題が出てくる。これについても宥恕が比較の対象になる。宥恕は明示・黙示を問わず撤回できないと考えられたが、承認はどうであろうか。夫婦の一方が他方の非行を明示または黙示に承認するとき、夫婦の関係はすでに正常さを失っている。明示の場合は格別、暗黙のうちに他方の非行を利用して離婚判決を得ようとするとき、予めすべての事情を慎重に考慮しており、途中で思い留まることはほとんどあるまい。とはいえず、宥恕の例と同じく、感情の動物である人間にとって、ある時点における判断が永久のものとはかぎらない。一度は不正な意思をもって配偶者の非行を承認する態度をとったが、のちに自己の態度の軽卒さを反省するときも生じよ

う。しかも、承認は宥恕とちがって非行に先立ち、またはそれと並行してなされる。承認による終局的な効果がまだ生じていないかぎり、つまり非行がなされてしまう以前であれば、承認を撤回して直ちに非行を阻止する態度をとることは可能であり、そうするならば、夫婦が離婚をめぐる裁判所で争う不幸な事態を招かなくてすむ。承認という反道徳的な態度の撤回こそ、正義の要求に合致するゆえんである。明示・黙示のいずれを問わず、承認の撤回はつねにみとめてしかるべきであると思う。宥恕の撤回が許されないのと好個の対照をなしていよう。また、撤回するかも知れない旨を予め付け加えてなされた明示の承認について、承認の効力はないとすべきか、または何も付加されていない承認と解すべきか。宥恕の場合とは逆に、承認それ自体が正義にそむく反道徳な態度であるから、できるかぎり阻止するのが望ましく、この趣旨に沿い、右の承認は効力をみとめるべきではないし、撤回もとより問題にならないと判断したい。

第二節 他の非行との関係

いちど配偶者のある非行を承認したならば、将来の非行はすべて承認したものと看做されるのであろうか。「私はずべてのことに対してつねに眠っているとはかぎらない」(Non omnibus dormio)との法諺が存するが、当初イギリス教会裁判所はこれとちがった趣旨を表明していた。すなわち、カンタベリー大司教に属するアーチ裁判所の *Loving v. Loving* (一七九二) 事件⁽¹⁾において、夫が姦通を理由に別居判決を求めたのに対し、妻が承認を抗弁とした。ストウエル卿は、「もし、夫が妻とXとの姦通を承認したならば、妻がのちにYとした姦通を非難で

きない。夫が *non omnibus dormio* と主張することは許されない」とし、承認の効果は将来の別個の非行にも及ぶとの理由で妻の抗弁を容れ、夫の請求を斥けている。だが、その後、同じ裁判所の *Hodges v. Hodges* (一八〇一) 事件⁽²⁾において、姦通を理由とする別居請求に妻が互責および承認を抗弁としたとき、ワイン卿は互責の事実を認定せず、承認のみとめたが、その効果についてちがった見解をとり、「ある人との姦通を承認しても、のちに他人としたそれを理由に離婚判決を請求する権利を奪われることはない」とし、当該の非行にかぎり承認の効果が生じる旨を明示し、妻の抗弁をみとめていない。しかし、リーディング・ケースとしては、最初の見解にもどった離婚裁判所の *Gipps v. Gipps* (一八六四) 事件⁽³⁾がつねに引き合いに出される。この事件は一八五七年の婚姻訴訟事件法により離婚管轄権が新設の離婚裁判所に移された直後のことに属している。同法第二八条によれば、「夫は姦通を理由として提起する離婚の訴において、姦夫と目される男を共同被告人としなければならない。ただし、特別な理由にもとづいて裁判所の許しを得るならば、そうする必要はない⁽⁴⁾」。当面の場合、夫はこの規定にもとづき、妻および共同被告人たる男を相手として、離婚の訴を提起した。その後、夫は被告両者から三〇〇ポンドうけ取り、さらに四〇〇ポンドの支払いをうけることを約因として訴の取下 (*discontinuance*) にふみ切った。被告の側からみれば、離婚訴訟の取下をうけることを約因として、夫に三〇〇ポンドに加え四〇〇ポンドを支払うべき旨を約束したわけである。

ここでも、訴の取下が有効な約因になるかどうか問題になってくるが、これは訴提起の猶予 (*forbearance to sue*) と密接に関連する。初期のイギリス法によれば、訴の提起を現実に猶予し、または猶予する旨の約束は、請

求者が充分な権利をもつかどうかにかかわらず、約因となるとするが、根拠のない請求に関してはこれをみとめなかつた。⁽⁵⁾降つて、十九世紀初頭にいたれば、さらに進んで、すでに提起した訴の遂行を猶予することは、勝訴判決を入手できたかどうかを問わず、充分な約因⁽⁶⁾になるとみとめられ、現在に及んでいる。⁽⁷⁾いずれにせよ、請求者が善意で自己に権利があると信じ、そう信じるのが合理的であり、そのうえで訴の提起を猶予し、またはすでに提起した訴の遂行を猶予するのになければならない。⁽⁸⁾訴訟手続の進行を止めるのと訴を取り下げるとは、法律上別個の概念であるが、猶予の期間が一時的か永久的かでもがうにすぎないとみれば、約因として有効かどうかの点で區別する理由はなく、同列に考えてよからう。当面の場合をみれば、夫は妻に離婚原因たる非行があつたと確信し、それを理由にあくまで訴訟手続を進めるならば、離婚判決を入手できる可能性がある。かかる場合に訴を取り下げるのは、法律上価値ある権利の行使を完全に放棄し、明らかに不利益を負担するにほかならないから、四〇〇ポンドの支払約束に対する既行約因 (executed consideration) になると判断してよいわけである。ところで、妻は訴が取り下げられたのち、再び不貞をはたらいたので、夫はそれを理由に新たに離婚の訴を提起した。裁判所はこれに対し、「夫は最初の訴を取り下げる対価の一部である四〇〇ポンドをまだうけ取っていないが、妻の不貞を訴える権利を売却したもの」として請求をみとめず、貴族院においてもこの判決はウェストバリー卿によって支持された。すなわち、「夫は妻がある人と姦通するのをいちど承認したならば、のちに妻がほかの人と姦通したとの理由で離婚の訴を提起しても、それはみとめられない」とのべる。これを基礎にして、「いちど配偶者の非行を承認すれば、いつでも承認する」(Once connivance, always connivance) とする原則が確立された。

イギリスにおいて、承認は姦通を理由とする離婚請求に対する棄却事由であるが、アメリカ諸州では姦通にかぎられるわけではない。この点でちがっていても、右の原則はアメリカ諸州にそのままうけつがれているようであつて、代表的な事例としてニュージャーシー州の *Hedden v. Hedden* (一八七〇) 事件がみられる。⁽¹⁰⁾ この事件において、夫は妻を遺棄して三年ほど他州にいき、その間に妻が姦通するよう計り事をめぐらし、それを離婚原因として訴を提起するつもりであつた。しかし、妻は夫の手にのらず、夫が帰宅したのち、彼の策略と関係なしに姦通した。夫の離婚請求に対し妻が承認を抗弁としたとき、裁判所は、「夫は妻が姦通するよう計つたのであるから、その貞節を要求する権利をすでに放棄しており、その後の姦通を承認してたと推測される」とのべ、妻の抗弁を容れてよさそうに思える。だが、裁判所はこれと反対の見解を表明している。その見解に従うことが果して妥当であろうか。ある非行を承認する態度をとつたからといって、その後いつかなされるかも知れない非行まですべて承認するとはかぎっておらず、それに対していかなる態度をとるか、別の問題としなければならぬ。承認の効果はそれらにも及ぶとすれば、新たな非行を認識したとき、それを理由に離婚判決を求めようとしても果さず、宥恕したいと思つてもできないという不都合な事態の生じることさえ予想される。

宥恕の場合であれば、配偶者が非行をくり返さないという黙示の条件付で行われ、違反したときは以前の非行が離婚請求の理由として復活することになるから、配偶者が爾後にとる態度と宥恕の効果とは密接な関係をもっている。だが、承認についてこれと同様に考えることはできない。けだし、配偶者の非行になんらかの程度で関与して

いた場合は、その非行を理由とする離婚請求をみとめないとの趣旨からすれば、承認の効果は当該の非行にかぎるべきであつて、将来なされるかも知れないあらゆる非行にまで効果を及ぼす必要は少しもないと思われる。立場を変えて配偶者の側からみると、自己のある非行がいちど承認されれば、爾後いかなる非行をしようともすべて承認の効果をうけるわけであつて、極端にいえば、もはや離婚される恐れなしに非行のしほうだいとなる。これでは余りにも道徳に反し、夫婦間の秩序を乱し、ひいては公益にも反することになるから、とうてい承認できない。それゆゑ、承認の効果はある時点において対象とされた非行についてのみ生じ、のちのすべての非行にまで及ぶことはないとするのが妥当な結論と思われる。

- (1) Haggard English Ecclesiastical Reports. vol. 3, p. 85.
- (2) Haggard, op. cit., p. 118.
- (3) Laley, The Law and practice in divorce and Matrimonial causes, p. 139: (Note) Connivance as a recriminatory defense, Col. L. R. vol. 29, p. 804.
 又同じで *Gorst v. Gorst* (一九五二) 事件において、裁判所は、「*Gipps v. Gipps* (一八六四) 事件と同じ見解を表明している先例は互いに接触しているし、さらに高等法院の見解それ自体が付随的なものであるから、それに拘束されない」この *前註* (1) の事件におけるワイン卿の見解に賛意を表してゐる。Bromley, Family Law, p. 127.
- (4) Laley, op. cit., p. 1132.
- (5) Williston, A treatise on the Law of Contract. vol. 1, p. 471.
- (6) Williston, op. cit., p. 346.

(7) Williston, op. cit., pp. 471-472.

(8) Williston, op. cit., p. 472. 守屋善輝「英国契約法概説」三六頁。

アメリカにおいて、契約法リステイトメント第七六条(B)は、充分な約因にならない場合の一つとして、次のように規定する。「無効な請求権 (invalid claim) または防禦方法 (defence) の放棄 (surrender) またはこれが主張をなさないこと。但し、その者が右の請求権または防禦方法の有効であることについて、善意でかつ相当の理由のある信念をもたないことを要する」。末延三次訳「条解米國契約法」三四頁。

(9) Lacey, op. cit., p. 136.

(10) McCurdy, Cases on the Law of Persons and Domestic Relations, p. 355.

夫婦の一方が他方のある非行を承認していたところ、以前にも非行のあった事実を認識するならば、それを離婚請求の理由にできるかどうか。適例としてミズリー州の *Vierter v. Vierter* (一九〇三) 事件⁽¹⁾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、妻が承認を抗弁とし、裁判所もそれをみとめて夫の請求を棄却した。だが、その後になって、夫は前訴で問題にした非行以前にも妻の姦通があった事実をはじめて認識し、改めてそれを理由に離婚判決を求めた。原審が夫の請求を容れたので、妻は控訴した。裁判所はこれに対し、「前訴において夫の請求が承認を理由に棄却されたとしても、その当時、夫がまだ認識していなかった妻の別個の非行を離婚原因とする本訴の妨げにはならない」とのべ、夫の請求をみとめた原判決を容認している。ミズリー州では一九〇九年法第二三七七年、一九一九年法第一八〇八条さらに一九二九年法第一三五七条に共謀・承認および互責を請

求棄却事由⁽²⁾と定めており、本件当時も同様であったと推測される。

ところで、すでに明らかかとおり、承認は配偶者の非行に先立ち、またはそれと並行して存在しなければならぬ。過去になされた非行について、それを宥恕することは可能であっても、承認は絶対にあり得ない。また、非行はそれを認識してはじめて、宥恕するか離婚請求の理由にするか、または無視するかを態度を決定できる。認識のないかぎり宥恕はあり得ない。当面の場合、妻の非行のうち、あとのものは承認されていたから、それを理由とする離婚請求がみとめられないのは当り前としても、夫がまだ認識を得ていない非行にまでさかのぼって承認の効果⁽³⁾が及ぶ事態は考えられないし、許されもしない。それにも及ぶとすれば、あとの非行を理由とする離婚訴訟が裁判所に係属中はもとより、それが承認を理由にすでに棄却されたのちであっても、時間的には先になされた非行について認識を得ながら、宥恕は不可能であるし、それを理由に新たに離婚の訴を提起することもおぼつかないという不都合な結果となる。また認識を得ていない配偶者の非行は、他の非行を承認していたかどうかの問題とは全く無関係に、認識を得たときはいつでも、宥恕ないし離婚請求の対象にできるといわなければならない。

(1) Cooley, *Illustrative cases on Persons and Domestic Relations*, p. 137.

一個の非行のうち、のちになされたもののみ承認していた場合として、*ニージーヤージー州の Wood ward v. Wood ward* (一一八八六) 事件もみられる。この事件において、夫は妻がある男と姦通し、ついで彼の兄と姦通したとの理由で離婚の訴を提起した。だが、審理の途中で後者の請求を放棄した。その理由は、承認を理由として自己の請求が棄却されるであろうと考えたからである。裁判所はこれに対し、夫が兄と妻の姦通をとりもつたのは承認であると確信しながらも、それ以前に妻が他の男とした姦通を理由に離婚判決を与えていゝ。(Note) *Connivance as a recriminatory defense*, Col. L.

R. vol. 29, p. 804.

(c) Missouri Revised Statutes, vol. 3, 1959, p. 3949.

第四章 結び—承認と破綻主義

夫婦の関係が正常であるかぎり、互いに自己によせられる信頼を裏切る態度をとることはなからうし、たとえ一方が道を踏みはずして非行をしそうな気配をみせても、他方は直ちにそれを阻止する手段を講じるのがつねであろう。もっとも、配偶者の非行に少しも気付かなかったため阻止できなかったときは、いわば事後的な処置として、非行を宥恕し、正常な共同生活を維持する可能性が存在する。これに対し、本稿で検討した承認は全く事情を異にしている。配偶者が非行をしようとしていること、または現にしつつあることを知りながら、明示または黙示に承認する態度をとる。非行を結果しないよう未然に適切な処置をとることが百パーセント可能であるにかかわらず、あえてその処置をとらない。ときには暗黙のうち非行を誘発する。これは夫または妻として道徳的・倫理的な義務違反といわなければならない。離婚請求棄却事由たる承認はその義務に違反した夫または妻に対し、正当かつ有効なはたらきをするであらう。いくども比較の対象としたように、宥恕は道徳的・倫理的にきわめて賞讃に価する態度であるが、これに反し、承認はその本質上、不正な意思をもった恥づべき反道徳的な態度といえるから、宥恕とはちがった意味で、それを請求棄却事由とすることが正義に合致するゆえんと判断される。具体的な事例においても、原告たる夫または妻の義務違反がはっきりしており、承認を理由に離婚請求を棄却しても、とり立てていう

べき不都合はなかったと推測される。離婚請求棄却事由の全体を通してこれまでみてきたところでも、ポール・アレキサンダー、エドモンド・カーンそしてシャーマン、ヤコブス、バーチャー等は、互責・宥恕および共謀が不合理な結果をきたすことをきびしく非難する一方において、承認についてはほとんど触れていなかった。

一九四四年に故ルーズベルト大統領がホワイトハウスに招集した「全国家庭生活会議」(National Conference of Family Life)の法律部会の委任にもつき、アメリカ法曹協会のなかに設けられた特別委員会(Interprofessional Commission on Marriage and Divorce Law)が一九四八年五月に公にした報告書⁽¹⁾も右と同じ趣旨である。すなわち、報告書のなかで離婚請求棄却事由をとり上げ、互責・宥恕および共謀の規定を廃止すべきことを勧告⁽²⁾しながら、承認については何ものべていない。このような報告書が作成されたのは、承認を除く三者に対し、多くの学者・実務家が否定的な評価を加えている事実を物語っている。もともと、モリス・プロスコウイのように、承認について消極的な判断を下し、「妻が離婚を希望する余り、配偶者が離婚原因を構成する非行をしてくれるよう促進し、または非行を阻止するための手段を何もとらないという状態にある場合、承認を理由として離婚請求を棄却するよりも、それをみとめる方が望ましい⁽³⁾」との説もみられる。配偶者の非行を招来してまでそれを離婚原因に利用しようとするほどならば、婚姻関係はすでに破綻しているのが実情であろう。そうだとすれば、離婚法の原則としてひとたび完全な破綻主義が採用されるとき、もはや承認を請求棄却事由としておく必要は全くなくなってしまう。

カリフォルニア州では、家族問題調査委員会が一九六六年十二月に知事に提出した報告書によれば、離婚法の基

本原則たる有責主義を排除し、完全な破綻主義を採用すべく勧告⁽⁴⁾していたが、一九六九年九月六日に民法改正に関する上下両院の法案が議会を通過し、知事の署名を得て一九七〇年一月一日から施行された。改正法は「離婚」(Divorce)という文言をすべて婚姻解消(Dissolution of Marriage)でおき代えたが、解消原因として完全な破綻主義を採用する必然の成り行きとして、互責・宥恕・共謀と同じく、承認を請求棄却事由としておく必要は消滅し、これまで民法第一条ないし第一一三条にみられた承認に関する規定も廃止され、姿を消してしまった。これを含め、一九七七年八月一日現在において、婚姻関係破綻を唯一の離婚原因とする州が十五州⁽⁵⁾を数え、全体約三分の一を占めるにいたっている。これらの諸州では、たとえ最近まで承認が離婚請求棄却事由の一つとされていたとしても、現在では削除される運命を辿っている。一九七〇年八月六日に第一次草案の公表された「統一婚姻・離婚法」⁽⁶⁾は第三〇五条において、「回復し難い崩壊」を唯一の離婚原因としたが、この法案をその段階で採用し、自州の離婚法の原則としたアリゾナ、コロラド、ケンタッキー、ネブラスカおよびワシントンの五州⁽⁷⁾もこれに含まれる。しかし、一方では、破綻主義の影響をうけて従来 of 厳格な有責主義の内容を次第に緩和しながらも、それをなお離婚法の原則として維持する州も多数あるため、これらの諸州では承認の規定を積極的に廃止すべき要請はまだ存在しないのが実情ではないかと思われる。ニューヨーク州において、一九六七年九月一日より施行された家族関係法の改正により、第一七〇条⁽⁸⁾で離婚原因を大巾に拡大しながら、姦通に対する承認・宥恕および互責を請求棄却事由とする第一七一条の規定は変更を加えずそのまま存置しているのも、この点から理解できよう。さらに現在でも有責的な離婚原因しかみとめない州が三州ある。イリノイ、ペンシルバニアおよびサウスダコタ諸州がこれに当る⁽¹⁰⁾。

- (1) 報告書の要旨及び検討 Alexander, Family Life Conference Suggests Marriage and Divorce, *Journal of American Judicature Society*. Aug. 1948. pp. 38-48.
- (2) Alexander, *op. cit.*, pp. 42-43.
- (3) Ploscowe, The truth about Divorce, p. 149.
- (4) Annual Survey of American Law. 1966. pp. 373-374.
- (5) 村井「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五八頁。
- (6) 村井「統一婚姻・離婚法(案)」神戸学院法学五卷一一・三号一九二頁以下。
- (7) Foster and Freed, Divorce Reform: Brakes on Breakdown? *Journal of Family Law*. vol. 13, p. 450; Annual Survey of American Law. 1976. Issue 2, p. 360.
- (8) Mackinney, The Consolidated Laws of New York Annotated. Book 14. Domestic Relations Law. § 1-199. Cumulative Annual Pocket Part. 1966. pp. 28-29.
- (9) Mackinney, *op. cit.*, p. 30.
- (10) 村井「離婚請求棄却事由の研究—有恕論(一・完)」神戸学院法学九卷一号六五頁。