

《論 説》

別居から離婚へ

——17世紀プロテスタント離婚法学——（1）

藤 田 貴 宏

ユスティニアヌス帝の勅法¹⁾ではキリスト教の影響の下にかなりの制約を受けるようになったとはいえ、ローマ法上は依然として離婚は可能とされている。これに対して、ローマカトリック教会は、「姦淫 *fornicatio*」を理由とする場合に限って「妻と離縁すること *dimittere uxorem*」を許容するイエスの言葉²⁾にも関わらず、かなり早い時期から、そのような「姦通 *adulterium*」を理由とする婚姻関係の解消さえも認めない方向に向かう。グラティアヌス教令集に収録されたアウグスティヌスの見解にとりわけ明確に示されている通り、「姦淫を理由に妻と離縁することが許されたとしても従前の絆は存続する *licite dimittitur conjunx ob causam fornicationis, sed manet vinculum prioris*」³⁾とされたのである。このように「離婚が行われても既存の婚姻関係が解消されない *interveniente divortio non aboletur illa cofoederatio nuptialis*」⁴⁾とするならば、例えば、「夫が姦淫を理由に妻と離縁する *vir dimittit uxorem causa fornicationis*」場合、「妻が別れた夫の存命中に姦通相手の男と婚姻することは許されないし、夫が別れた妻の存命中に別の女を妻に迎えることも認められない *nec illi nubere conceditur, vivo viro, a quo recessit, neque huic alteram ducere viva*

1) Nov. 22, 15; 117, 8-9. なお、ユスティニアヌスを継いだユスティヌスⅡ世帝はユスティニアヌスが認めなかった合意による離婚(Nov. 117, 10.)を復活させた(Nov. 140.)。

2) Mt 5, 32. 本稿における聖書からの引用は各論者のラテン語訳に従ったため、ヒエロニムス訳のウルガータ版とは必ずしも一致しない箇所がある。

3) C. 32, q. 7, c. 2. = *De adulterinis conjuguiis*, 2, 4-5.

4) C. 32, q. 7, c. 1. = *De bono conjugali*, 7.

uxore, quam dimisit」ことになる⁵⁾。それ故、ここに言う「離婚 *divortium*」とは、「夫婦の絆 *vinculum conjugii*」の解消には及ばない「寝台と食卓に関わる離別 *separatio quoad thorum et mensam*」、つまり、「夫婦の別居 *matrimonii separatio*」に過ぎないのである。その後カノン法上の原則⁶⁾として確立されたカトリック教会の立場は、宗教改革を受けて開催されたトリエント公会議の定律 *Canones* においても再確認された⁷⁾。他方、プロテスタント神学者は、イエスや使徒パウロの言葉を根拠に、「姦通」と「悪意の遺棄 *desertio malitiosa*」を理由とする婚姻関係そのものの解消を認め、ザクセン及びブランデンブルク両選帝侯領を初めとする神聖ローマ帝国のプロテスタント諸領邦の宗教法院 *Consistotrium* ではそれに沿った実務が定着する。ベネディクト・カルプツォフ *Benedikt Carpzov* (1595-1666年) の『教会法学 *Iurisprudentia ecclesiastica*』(1649年) の公刊を起点とするプロテスタント教会法学確立期の離婚学説は、そのような宗教法院における実務の蓄積を受けて展開されたものに他ならない⁸⁾。また、同様の議論の展開は、改革派プロテスタントが優勢であったネーデルラント連邦共和国にもみられ、しかもそこでは、『教会法学』を中心に帝国での実務及び理論の動向が積極的に参照されている。そして、そのような問題意識の共有とカトリックに対する共闘の中、「配偶者殺害の企図 *insidiae vitae alterius conjugis structae*」を離婚原因と見なすべき旨主張して、その後の離婚法学の発展を方向づける役割を果たしたのが、ザムエル・シュトリューク *Samuel Stryk* (1640-1710年) であった。本稿では、カトリック離婚法学の概要にもふれた上で、カルプツォフとシュトリュークの見解を中心に、カトリック離婚法の批判、及び、離婚原因の拡大という二つの観点から、17世紀後半におけるプロテスタント離婚法学の展開を辿ることにしたい。

5) C. 32, q. 7, c. 4. = *De semone Domini in monte*, 1, 25.

6) 法源としては例えば、X. 4, 19, 4-5/8.

7) *Sessio 24, can. 8, cap. 7*.

8) 宗教改革以後、カルプツォフの『教会法学』に至る時期の離婚学説については、*Dieterich, Das protestantische Eherecht in Deutschland bis zur mitte des 17. Jahrhunderts* (1970), 234-245. を参照。

I

プロテスタントの離婚学説を検討する前提として、当然ながら、その批判克服の対象となったカトリック離婚法乃至学説の概要を、当時のカノン法文献に即して押さえておく必要がある。ここでまず、サラマンカ大学でカノン法を講じ、後にフェリーペⅡ世の顧問及びカトリック司教としてトリエント公会議にも参加したディエゴ・デ・コバルbias・イ・レイバ Diego de Covarubias y Leyva (1512-1577年) の『婚約及び婚姻の概略 De sponsalibus epitome et de matrimoniiis』(1545年初版)を取り上げることとする。この『概略』は、後に『著作全集 Opera omnia』(1568/1574年初版)に収録されヨーロッパ規模で流布し、カトリック婚姻法学を代表する文献の一つとなった。『概略』では、第1部で「婚約 sponsalia」が、第2部で「婚姻 matrimonium」がそれぞれ論じられており、後者第1章の冒頭に、「婚姻とは生涯に渡る不可分の交わりを維持する男女の結合である matrimonium est maris et foeminae coniunctio, individuum vitae consuetudinem retinens」との定義が提示されている⁹⁾。本稿で扱う離婚との関係で重要なのは、その内、「生涯に渡る分離不可能な交わりを維持する individuum vitae consuetudinem retinens」という部分であり、コバルbiasは、この部分を敷衍する形で、「婚姻は神の教えにより分離不可能な絆であるが故に人間の手では解消できない ex eo, quod matrimonium divina institutione individuum vinculum sit, quod ab homine dissolvi non potest」とするカトリック教会の婚姻観を簡潔に提示している¹⁰⁾。婚姻という「男女の結合 maris et foeminae coniunctio」が「分離不可能な絆 individuum vinculum」として一生涯永続するとされるのは、そのような「結合 coniunctio」が単に「合意 con-

9) Opera omnia, tomus 1, 129. 引用は1610年アントウェルペン刊のテキストによる。

10) “<8. 婚姻とは神の教えに基づき分離不可能な絆である Matrimonium est individuum vinculum ex institutione divina> 上記定義には続いて「生涯に渡る分離不可能な交わりを維持する」とある。婚姻が神の教えに基づき分離不可能な絆である以上、人間の

sensus」に基づくからではない。むしろそこには、「神が夫婦に対する恩寵を介して義務づける夫婦間の永続的愛情 *dilectio in ter ipsos conjuges futura, quam deus per gratiam ipsis coniugibus nectit*」、そして窮極的には、「キリスト

手では解消することはできない。これは、「神が結びつけられた者たちを人が引き離してはならない」[Mt 19, 6.]という点に基づく。それ故、婚姻に際しては、分離不可能な絆に向けた、少なくとも黙示の、神の教えに合致する合意が要求され、婚姻はこの合意の故に分離不可能な交わりを維持するという点は、我が同胞においてフォルトゥスの学説彙纂1巻1章「正義及び法について」第1法文への注釈第9欄が適切に教示している。また、性交前の婚姻の絆が正式の修道誓願によって解消されるという点も矛盾ではない。というのも、そのようなことが起こるのは、不変で永続的な結合を決意した者同士の合意が欠けている場合であり、本当に婚姻関係が存すると言えるためには契約者が上記の同意を前もって十分に示しておく必要があるからである【グラティアヌス教令集2部事例32問題2第6節、ホステイエンシス『スンマ』「婚姻について」第1節、聖堂参事会長「ヨアンネス・アントニウス・デ・サンクト・ゲオルギオ」の別書4巻1章「婚約及び婚姻について」表題への注釈】。従って、この婚姻の合意を生涯に渡る結合の約束と解しても不当ではない。法学提要のギリシャ人釈義者テオフィルスはこの点を非常に正確に指摘して【『法学提要釈義』1巻9章「父権について」釈義【第1節】、「婚姻とは生涯に渡る分離不可能な交わりを維持しあるいは約束する男女の結合である」と述べている。そして、[ペトルス・ロンバルドゥスの] 命題集4巻区別26問1への大ヨアンネスの注解は更に明確に次のように定義している。すなわち彼が言うには、「婚姻とは男女を予めの合意に基づいて永久に結びつける知覚可能な印しである」。〈9. 婚姻とは聖なる事柄の印しであり、その場合、それが何を示しているのかが解明される *Matrimonium est sacrae rei signum, ubi, quid significet, explicatur*〉。またここから、秘蹟の定義が婚姻に当てはまるということが明らかとなる。というのも、秘蹟とは、聖なる事柄の印し【グラティアヌス教令集3部区別2第32節】、つまり、知覚不能な聖なる事柄の知覚可能にする印しに他ならないからである。実際、婚姻は、神が夫婦に対する恩寵を介して義務づける夫婦間の永続的愛情を意味する。また同時に、婚姻は、キリストと教会の霊的な一体性、つまり、キリストと信徒の靈魂との一体性をも意味している。従って、婚姻は、キリストとその唯一の花嫁たる教会との受肉による結合を示しており、それ故また、「そして言葉は肉体となった」[Joh 1, 14.]とされる通り、神と人との結合を表示しているのである。ただし、婚姻がこの窮極の意味を備えるのは、肉体の結合が遂げられた時であって、性交の前ではない【グラティアヌス教令集2部事例27問題2第17節】。この点は別書1巻21章「重婚者の授品について」第5節に加えて、ケルン公会議における定律「婚姻の秘蹟について」の章〈*sed dices*〉の節において詳細に述べられている。”(Opera omnia, 130.)

と教会の霊的な結合 *spiritualis unio Christi et Ecclesiae*」が含意されている。婚姻は、そのような「知覚不能な聖なる事柄を知覚可能にする印し *signum visibile sacrae rei invisibilis*」、つまり、「秘蹟 *sacramentum*」の一つであるが故に、「分離不可能 *individuum*」なのである。ただし、婚姻がそのような性質を完全に備え、「キリストとその唯一の花嫁たる教会との受肉による結合 *coniunctio Christi cum unica sponsa Ecclesia per carnis assumptionem*」を表示するためには、「受肉 *carnis assumptio*」に対応する「肉体的結合 *carnis commixtio*」が要求される。秘蹟としての婚姻は、結局、「分離不可能な絆に向けた合意 *consensus ad individuum vinculum*」を前提とした「同衾 *coitus*」によって完遂されるのである。

離婚については、「婚姻の効果 *conjugal contractus effectus*」を扱う第2部第7章で、「離婚、すなわち、婚姻の解消について *De divortio, et Matrimonii dissolutione*」との表題の下、離婚を「絆に関わる離婚 *divortium ad vinculum*」と「同居に関わる離婚 *divortium quoad cohabitationem*」とに区別する見解に従い、二つの節(第5及び6節)に分けて論じられている。前者の「絆に関わる離婚」、つまり、婚姻関係の完全な解消に関してコバルビアスがまず触れているのは、古代にみられた夫から妻への「離縁状の交付 *missus libellus repudii*」乃至「通知 *nuncium*」による離縁である。例えば、古代ローマ人については、ゲッリウス、プルタルコス、マキシムス等が伝える「不妊 *sterilitas*」、外出時の「顔の露出 *caput apertum*」、「いかがわしい芝居 *ludi funebres*」の観劇を理由に「離縁状 *libellus repudii*」が渡された諸事例が紹介されているが、その一方で、「息子殺し *veneficium natorum*」や「姦通 *adulterium*」等の理由以外で離縁した夫に「その財産の一部は妻に与え、残りをケレス神に捧げるように命じる *eius copiarum partem uxori dari, partem Cereri sacram esse*」建国者ロムルス(Numa Pompilius)の命令、いわゆる「ロムルスの法 *Romuli lex*」を引き合いに、「古代ローマ人の間で離婚が如何に忌避されていたか *quantum apud veteres Romanos foedum visum fuerit divortium*」がむしろ強調されている。また、「より多くの理由から離縁状が渡された *libellus repudii pluribus ex causis mittelbatur*」とされるユダヤ人についても、「モーゼはあなた方の心が

頑なであるが故に妻を離縁することを許したのであって、初めからそうであったのではない *quoniam Moyses ob duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras: ab initio autem non fuit sic*」とのイエスの言葉¹¹⁾が示す通り、「彼らが妻との離縁を許されたのは、元々そうできたからではなく、彼らの心が頑なであるためにその意に反した婚姻関係からそれ以上の不都合が生じないようにするためであった *eis permissum fuisse, non quod liceret, sed ne maius malum ex invitis nuptiis contingeret ob duritiam cordis eorum*」とされている¹²⁾。このようにローマ人やユダヤ人が元来離婚に対して消極的であったという議論は、その文脈から明らかな通り、「絆に関わる離婚」を原則として認め

11) Mt 19, 8. なお Mk 10, 5. も同旨。

12) “1. 離婚は二種類ある *Divortium duplex est.*” 以上続いて論じられるべきは離婚である。離婚には三種類あるとバルドゥスはグレゴリウスⅨ世教皇令集[＝別書] 1巻4章「慣習法について」第10節への注釈で述べており、ヨアンネス・ルービも別書4巻20章「夫婦間贈与及び離婚後のその回復について」表題への注釈第34節においてバルドゥスを引用している。それはすなわち、軽率な離婚、病気による離婚、不名誉による離婚の三つであるが、それらはこの問題の適切な理解に全く相応しくない。別書4巻19章「離婚について」表題への大修道院長[パノルミタヌス]の注釈に従い、離婚は二種類と考えるのがむしろ正しい。一つは絆に関わる離婚であり、もう一つは同居に関わる離婚である。しかしまず、これらに先立って触れておきたいのは、ローマ人の下でしばしば妻が、離縁状の付与、あるいは、通知によって離婚され、絆から解放されたという点である。これは、ブルタルコスの『ローマ事情』第14章、及び、法律家[パウルス]の学説彙纂24巻2章「離婚及び婚姻解消について」第9法文に基づく。また、同じことは、ルドウィクス・カエルズ『古代文献読解』第15巻16章及びアルキアトゥスの学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第58法文1節注釈にある通り、ユウェナリスの諷刺詩第6番の次の箇所によっても明らかとなる。「被解放者が叫ぶ。『荷物をまとめて出て行け。お前はもう用無しだ』と。そうして鼻高々別の女がやって来る」。実際には、多くの場合、その簡便さ故に、ローマ人は離縁状を渡した。ローマ建国523[紀元前231]年にスプリウス・コルビリウスが初めて不妊を理由に妻を離縁した。この事件の証人はアウルス・ゲッリウスであり【『アッティカの夜』第4巻3章[2節]及び第17巻21章[44節]】、ワレリウス・マクシムスが書いている通り【『有名言行録』第2巻1章】、それはコルビリウスの不徳と見なされた。一方、ブルタルコスは、ロムルスとテセウスの対比列伝の中で、ローマ人最初の離婚に触れており、その箇所でセルウィリウス・スプリウスがそうであるとのべている。また、ヌマとリュクルゴスの対比列伝では、この者をスプリウス・コルウィヌスと呼ん

でいる（なおラテン語訳によれば、ブルタルコスには常にスプリウス・コルビリウスと呼んでいる）が、ブルタルコスは其の生きた時期がアウルス・ゲッリウスと一致しておらず、また、ゲッリウス自身もこの点について一貫しているわけではないし、ヘンリクス・グラレアヌスにも賛同できないので、この点は一通り触れるだけで十分であろう。ところで、テルトゥリアヌスは、『単婚論』及び『護教論』において、ローマにおいて初めて離婚が為されたのはローマ建国後600年頃であると述べており、ディオニュシウスは同500年頃、ゲッリウスは同523年としている。〈2. 不妊を理由に妻は離縁された *Sterilitatis causa, uxor repudiata.*〉そして、ブルタルコスその人は、ローマ人の離婚について、『ローマ事情』第13章で次のように述べている。すなわち、「というのも、スプリウス・コルビリウスが不妊を理由にローマ人で初めて離縁したということが記録に残されているからである。彼に倣ったスルピティウス・ガッルスは、頭のヴェールを外したと非難する離縁状を妻に渡した。更に、プブリウス・セムプロニウスは、妻はいかがわしい芝居を観劇したという理由で同じことをした」、というブルタルコスの言葉である。〈3. 婚姻取消の原因としての不品行 *Impudicitas repudii causa.*〉しかし、ワレリウス・マクシムスは、上記スルピティウス・ガッルスによる離縁を後者のセムプロニウスの場合と同じ仕方でも説明しており【『有名言行録』第6巻3章】、しかもそれは夫としてのガッルスによる厳格な処罰であったとされている。すなわち、ガッルスは、妻が顔を露出したまま外出したことに気付いたが故に離縁したのであり、「なぜなら、法は、お前がその姿を示し相応しくあることを望むように、私の目だけをお前に向けさせているからだ」とも言っている。これに対して、ディオニュシオス・ハリカルナッソスによれば、我々がブルタルコスその他の人々によって記憶に留めているかの最初の離婚は、自発的に為されたのではなく、監察官が不妊を理由に妻を離縁することをスプリウス・コルビリウスに強制したのであり、にもかかわらず、彼は人々から忌み嫌われたのだとされる。かのユスティニアヌスがそのような諸事例において離婚を認めたというのも正しくはない【勅法彙纂5巻17章「婚姻の解消、及び、生活習慣譴責訴訟の廃止について」第8法文】。確かに、アルキアトウス『パレルゴン』第6巻20章は、ユスティニアヌスの命令が時を経ても男に離婚する勇気を与えなかったと主張する一方で、その後それらのユスティニアヌスの法律は教皇の手で復活し正当化された可能性があると論じているけれども、決してそのように解することはできないし、両法に精通した人〔ユスティニアヌス〕によってそのような承認が与えられることなどあり得ない。このような理由から、カロルス・モリナエウスが『契約論』問題2第70番でアルキアトウスに反論しているのは全く正当である。〈4. ローマ人における離婚は法律上如何なる理由によって認められたか *Divortium Romanorum legibus, qua ratione fuerit permissum.*〉実際、ローマ人の間で離婚が如何に忌避されていたかは、かのロムルスが明らかにしてくれている。すなわち、ブルタルコスのロムルス伝によれば、この法が夫に妻の離縁を認めているのは、息子殺しや姦通が発覚した場合、あるいは、鍵を複製した場合であり、また同じくロムルスは、もし別の理由で離婚した場合、その財産の一部は妻に与え、一部はケレス神に捧げるように命じている。とはいえ、ロムルスが述べている離婚理由のうち

最後のものは軽微に過ぎ、この点についてはコラシウス『論文集』第5巻10章が詳しい。〈5. ユダヤ人において離縁状はどのように渡されたのか Repudii libellus apud Iudaeos quo pacto dabatur.〉以上に対して、ユダヤ人の間では、より多くの理由から離縁状が渡された。ヨセフス『ユダヤ古代誌』第4巻6章によれば、それはすなわち、夫が離縁した女と決して同居しない旨誓約したものである。ただし、ヨアンネス・エッキウス『離婚に関する説教』の説明によれば、妻を離縁しようとするユダヤ人は裁判官の面前で離婚の理由について誓言し、裁判官自身が、その理由を吟味した上で、妻に渡すべき離縁状を夫に交付したとされ、また、その離縁状の書式がオシアンデルが『総合福音書注解』第3巻23章で異なった形で引用されているのを私は知らないわけではないが、敢えてヨセフスの証言に与することにしたい。〈6. 離縁はユダヤ人において元来許されていたのか Repudium an fuerit licitum apud Iudaeos.〉この事柄に関して激しい議論となっているのは、離縁状が元々ユダヤ人に許されていたか否かである。というのも、離縁状の付与がユダヤ人に許されていたと確かに言われているけれども、神の許しに基づいてユダヤ人に認められたのは心の頑なさを理由とする場合だけであるから。実際、マラキヤ書2章には次のようにある。すなわち、「汝等が妻を憎むならばその妻を離縁せよと主は言われる」と。それ故、ユダヤ人は妻を離縁することを許されていたというのである。この点が是認されているのは、もし仮に離縁状が認められていなかったならば、離縁された女を別の男が妻に迎えることを古い掟は許さなかったはずであるところ、申命記24章はそれを認めているからである。ヘブライ語写本、及び、ヘブライ語に精通した人々によるヘブライ語からの的確な翻訳に従うならば、この点は当該箇所によって裏付けられる。また、ウルガタ版もこれと矛盾しないし、インノケンティウスⅢ世も別書4巻19章「離婚について」第8節でこの立場に与している。以上から、離婚は許されていたことになる。この見解を支持する人々の中には、[ペトルス・ロンバルドゥスの] 命題集4巻区別33問1第2節への注解におけるバルドゥス、同問2への注解における大ヨアンネス、マタイ書第19章注釈におけるカイエタヌス、そして、問題集第49番におけるアプレンスシスがいる。

〈7. 心の頑なさによる離婚は許されているけれども、元々許されていたわけではない Permittuntur quaedam ob durtiam cordis, quae tamen licita non sunt.〉反対に、元来ユダヤ人は妻と離縁できなかったと考える人々もいる。つまり、彼らが妻との離縁を許されたのは、元々そうできたからではなく、彼らの心が頑なであるためにその意に反した婚姻関係からそれ以上の不都合が生じないようにするためであったし、現在君主によって娼婦が許可されているのと同じ理由である、と。というのも、イエスが言うには、「モーゼはあなたの方の心が頑なであるが故に妻を離縁することを許したのであって、初めからそうであったのではない」とされているからである【マタイ書19章】。クリュソストムスもこの箇所に関連して同趣旨のことを述べている【説教集33番】。また彼はこれに加えて、セネカがローマ人の離婚について同じように書いている【『不運に対する対処について』末尾】とも言っている。我々も、古代人における婚姻の解消、更には、不幸にも離婚せざるを得ない者たちの極めて醜い争いについてすでに触れた。この後者の見解は、教会博士トマスが命題集4巻区別33問2第2節へ

の注解第3欄において主張しており、当該見解がより広く受け入れられている旨述べている。この見解が福音書の文言により忠実であるということは、パルドゥスが命題集4巻区別33問2第2節への前掲注解で主張し、別書4巻19章第8節の法文で証明している通りであり、当法文の注釈に際してパノルミタヌスも同じ見解に従っている。心の頑なさによるこのような離婚の許容に関しては、申命記24章に述べられている点も参照すべきである。確かに、キリスト教入信前に妻と離婚したユダヤ教徒は、入信によってその妻を受け入れるべく義務づけられ、別書4巻19章第8節<Qui autem>の段の法文に示されている通り、たとえ、その妻が離婚後に他の男と婚姻関係を結び、その妻自身、創造主を侮辱することなく、その男との同居を望んでいるとしても、そうであるとされる。そして、その文言は王国法4部2章8文に採り入れられている。しかしながら、キリスト教入信前にユダヤ人が妻と離縁することが許されていたのであるならば、入信したからといって、適法に離縁され偶然他の男に迎えられるところとなった妻を再び受け入れるべく義務づけられることはなかったはずである【別書4巻14章「血族関係及び姻族関係について」第4節】。この後者の見解を放棄するべきではないし、それどころか、アヴランシュの司教ロベルトゥス・セナリスがこの問題に関して小著において提示している他の権威や根拠からしても、むしろこの見解に従うべきである。アルフォンス・ア・カストロ『刑罰権について』第2巻11章2節や命題集4巻区別33問2第2節へのドミニクス・ソートの注解も同じ見解に与している。〈8. 未信者において婚姻が結ばれ、その一方がキリスト教に入信した場合、婚姻は解消されるべきか Apud infideles contracto matrimonio, si aliter eorum Christi fidem profiteatur, an matrimonium dissolvatur.〉ここで付言されるべきなのは、二人の未信者の内的一方がキリスト教に入信した場合、未信者が創造主を侮辱することなく入信者と生活することをたとえ望んでいるとしても、つまり、入信者がそのような同居を甘受できる場合であっても、他方との同居を義務づけられることはないという点である【命題集4巻区別39問1第3節へのトマスの注解、更に、同第3及び4節へのドミニクス・ソートの注解やシルウェステル『婚姻障害論』第8節も同旨。シルウェステルは、アウグスティヌス、クリュソストモス、ヨハanneス・アルボル『神知学』第6巻10章に依拠している】。〈9. 未信者が信者との共同生活を望まない場合、未信仰は婚姻解消の原因となり、この場合、信者は再婚することができる Infidelitas causa repudii est, si infidelis vitam communem cum fidei agere nolit, tum enim fidelis secundum matrimonium potest contrahere.〉しかも、未信者である相手が神を侮辱することなく共同生活を送ることを望んでいないならば、キリスト教信者は別の者を配偶者に迎えることができ、そうすることによって、最初の婚姻関係は解消されるというのが、とりわけ、シルウェステル前掲『婚姻障害論』第10節、命題集4巻区別39問2節へのパルドゥスの注解、フロレンティウス『スンマ』第3部1章6節、命題集4巻区別39問1第5節へのトマスの注解の立場である。別書4巻19章第7節の法文はこれらに即して理解されねばならない。その箇所ではインノケンティウスⅢ世は、二人の未信者の内、キリスト教に入信した者は、未信者が救世主を侮辱しないでこの者と生活することを望んでいないならば、別の配偶者を迎えることができる旨命じている。こ

ないカトリック教会の立場を裏付ける意図で展開されたものである。つまり、古代ローマ人やユダヤ人が維持しきれなかった「分離不可能な絆」としての婚姻をカトリック教会が回復したというのである。しかしまたそれ故に、この「分離不可能な絆」はキリスト教徒間の婚姻にのみ妥当するのであって、例えば、「キリスト教入信前に妻と離婚したユダヤ人 Iudaeus, qui ante susceptam Christi fidem repudiavit uxorem」が「入信によってその妻を受け入れるべく義務づけられる eam accipere, suscepta Christi fide, tenetur」ことはない。更に、「未信者 infidelis」同士の婚姻後、「その一方がキリスト教に入信した場合、未信者が創造主を侮辱することなく入信者と生活することをたとえ望んでいるとしても、つまり、入信者がそのような同居を甘受できる場合であっても、他方との同居を義務づけられることはない alterum Christi fidem professum non teneri ad cohabitandum cum altero, etiamsi velit infidelis cum fidei vitam agere absque Dei contumelia: licet possit cohabitationem hanc fidelis admittere」のに加えて更に、「未信者である相手が神を侮辱することなく共同生活を送ることを望んでいない場合には、キリスト教信者は別の者を配偶者に迎えることができ、そうすることによって、最初の婚姻関係は解消される si alter, qui infidelis est vitam communem agere nolit absque absque divini numinis contumelia, Christi fidem professus poterit alium coniugem accipere. quo accepto, primum coniugium dissolvitur」。その限りで、配偶者の「未信仰 infidelitas」、つまり、夫婦間の「異宗教 cultus dispatitas」が「絆に関わる離婚」の「原因 causa」となり得るわけであるが、それは、「秘蹟」としての信者間の婚姻関係を前提とする離婚とは次元を異にする問題である。

他方、秘蹟としての婚姻であっても、「性交によって未だ完遂されていない

れは第一コリント書7章で「未信者が離れていくならば離れていってもかまわない」と述べるパウロの権威の下に説かれていることでもある。この箇所について、カイエタヌスによれば、パウロの言葉はそうように解され、この見解が大多数の学識者及び教会によって受け入れられているとされている。ただし、カイエタヌス自身はこの考え方に完全に賛同しているわけではない。”(Opera omnia, I, 191-192.)

carnali copula non consummatum」婚姻は、「修道立願 religionis professio」によって解消される。この場合、あくまで自発的に「誓願 votum」を立てることが重要であり、たとえ「授品 sacri ordinis susceptio」や「司教任職 Episcopalis dignitas」があってもそれだけでは婚姻解消の原因とはなり得ない。しかもここに言う誓願とは、「単なる約束 sola promissio」にすぎない「略式誓願 votum simplex」ではなく、受領を要する「現実の献身 traditio realis」、すなわち、「正式誓願 votum solenne」でなければならない。ここでの「単なる約束」と「現実の献身」の対比は、「婚約」と「婚姻」の関係にも当てはまる。「将来についての婚約 sponsalia de futuro」が「単なる約束」に当たるのは当然であるが、ここではむしろ、「現在についての婚約 sponsalia de praesenti」、つまり、「合意」のみによる「有効ではあるが未完遂の婚姻 matrimonium ratum, non consummatum」に、「性交によって完遂された婚姻 matrimonium carnali copula consummatum」が同様の仕方で対比されている。「婚姻において既に現実の献身が為されている in matrimonio iam fuit praemissa realis traditio」後者においては、例えば、「現在について婚姻を約した妻と暴力によって通じた夫は罰せられるべきである erit puniendus sponsus, qui per vim sopsanam de praesenti cognoverit」にせよ、婚姻の絆そのものは正式誓願によっても解消されることはない。しかし、「性交前であれば、より強力な行為、つまり、貞潔の正式な立願とそれに続く霊的なものへの現実の献身によって婚姻は解消される ante copulam dirimitur fortiori actu, nempe professione solenni castitatis et sic traditione reali ad spiritualia subsequuta」のである。この婚姻解消は、「絆に関わる離婚」であるので、俗界に留まる離婚相手の再婚を許容する結果となるが、「正式誓願」を根拠としている以上、「人間ではなく神の権威の下に為される ex divina auctoritate fieri, non humana」ものと解され、「神が結びつけた者たちを人が引き離してはならない quos Deus coniunxit, homo non separet」というイエスの教え¹³⁾にも反しないとされる¹⁴⁾。

13) Mt 19, 6; Mk 10, 9. 但しコヴァルビアスの引用はマタイ書のみに。

- 14) “10. 婚姻の絆は性交前であれば修道立願によって神の権威の下に解消される *Religionis professione matrimonii vinculum ante copulam dissolvitur, ex auctoritate divina.*” 以上から如何なる場合に婚姻の絆までが解消されるのか明らかとなる。それはすなわち最後に挙げた事例においてである。ただし、別の事例においても、性交前であれば、修道立願によって婚姻が解消される【別書3巻32章「配偶者の回心について」第2及び7節】。この第2節の規定するところによれば、この問題について、教会は、修道院入り、つまり、俗世の忌避をそのような婚姻解消の要件として要求している。なお、別書4巻6章「聖職者乃至修道誓願者で婚姻できるのは誰か」第7節から通常導かれる理由は全くその妨げとならない。というのも、この規定は、正式誓願に関わり、正当な法に基づきこの種の誓願に付加された事柄に属しているからである。ただし注意すべきなのは、このような離婚は人間ではなく神の権威に下に為されるという点である。なぜなら、「神が結びつけた者たちを人が引き離してはならない」[Mt. 19, 6.] という周知の教えはそのような趣旨と解されるからである。「聖なる教えの解釈」からそのように導かれると述べる前掲別書3巻32章第7節の法文にもこの点が示唆されているように思われる【最良の法文は別書3巻32章第2節とその標準注釈である】。更に、大修道院長も別書3巻32章第7節末尾への注釈で教父にも従いつつ同じ見解に与しており、グラティアヌス教令集2巻事例27問題2からも明らかである。命題集4巻区別31へのスコトゥス注解と同区別27問第2節への聖ボナウェントゥーラの注解も周知の通りこの点を説いていた。そればかりか、イエスその人が福音史家ヨハネを婚姻から貞潔の表明へと呼び覚ましたことは、ヨハネ書やヨハネ黙示録への序言でヒエロニムスや、ヨハネに関する著作の序言でアウグスティヌスがそれぞれ証言しているところである。ナタリス・ベードもヨハネ黙示録に関するファベルの誤謬を精査するに際して、これらの人々に基づき同じことを主張している。同じ見解を表明している人々には、命題集4巻区別27問2末尾へのバルドゥスの注解、同問2への大ヨアンネスの注解第2欄、ヤコブス・アルマイヌ『教会権能論』第15章がある。〈11. 福音の解釈については教会を信用すべきである *Interpretatione Evangelii Ecclesiae est credendum.*〉とにかく、聖なる福音の解釈に関しては教会を信用せねばならない。そして、このような婚姻の解消が伝承に由来する神の権威以外のものによっては為され得ないという点を決して看過してはならない。この点は、本書の第三版以後に、メルキオル・カーノ『神学要論』第3巻4章に教示され、クラウディウス・スペンカエウス『貞潔論』第5巻4章でも指摘されている。

〈12. 正式誓願は、その行為の性質上、略式誓願とは異なる *Votum solemne a simplici, ex ipsa actus natura differt.*〉以上から帰結するのは、婚姻は、人法ではなく、事物の本性に基づき、かつ、正式の修道誓願を条件に解消されるということである。略式の誓願によって解消されないのは、正式の誓願が現実の献身であるのに対して、略式の誓願は約束でしかないからである。このことは、トマスが命題集4巻区別38問1第2節の3への注解で述べており、彼の後には、同問2第7節へのリカルドゥスの注解や同問2第1及び2節へのドミニクス・ソートの注解もその旨主張している。同じくドミニクス『正義及び法について』第8巻問題2第5節でも聖トマス『神学大全』第2

部第2問題88第7節に倣ってそのように述べられている。同じ仕方で婚約それ自体も婚姻と区別されている。単純な約束による略式誓願によっても確かに義務づけられるけれども、そのような約束は、献身がその後に続かない限り、効力を生じない。他方、献身は受領されなければ為し得ない。献身、つまりここに言う正式誓願がなされた場合について、教会は受領の方式や形式を定めたのである。このような理由から、正式誓願は(正式の献身の方式乃至形式として)教会によって導入されたものと解される。これはバルドゥスが命題集4巻区別38問2第7節への注解において説明している通りである。〈13. 完遂された婚姻関係は誓願によっても解消されない。及び、第六書1章「誓願及びその受理について」第1節の法文の趣旨 *Matrimonium consummatum non solvit voto, et ibid. intellectus ad text. in c. 1. de voto in 6.*〉第六書1章第1節の法文もそのように解されるべきであり、そこから、正式誓願は人為的規律によって略式誓願から区別されるということが明らかとなる。ただし、カイエタヌスは当該法文に依拠して、正式誓願は人法故に略式誓願と区別されると述べている【『神学大全注解』第2部第2問題88第7節への注解】。以上の諸点から導かれるのは、性交によって完遂された婚姻関係は正式誓願によっても解消されないということである。なぜなら、そのような婚姻においては既に現実の献身が為されているからである【グラティアヌス教令集2巻事例27問題2第17節】。しかし、性交前であれば、より強力な行為、つまり、貞潔の正式な誓願とそれに続く霊的なものへの現実の引渡によって解消される。この点は、命題集4巻区別27問2末尾へのトマスの注解、同問3へのバルドゥスの注解、同区別38問1へのトマスの注解、別書1巻3章「合意について」第1節へのフォルトゥヌスの注釈第15番、アンブロシウス・カテルス『カイエタヌス論駁』第6巻3章から明らかである。

〈14. たとえ未完遂の婚姻であっても、授品によっては解消されない。*Matrimonium etiam non consummatum minime dissolvitur per sacri ordinis susceptionem. Nec item per Episcopi dignitatem.*〉ここで、この問題に関係する幾つかの点に注意する必要がある。まず、性交によって完遂されていない婚姻は授品によっては決して解消されない【ヨハネ22世非公認教皇令集第6章「修道誓願及び誓願の受理について」、第六書3巻15章第1節への通説的注釈】。また、この有効ではあるが未完遂の婚姻が司教任職によっても解消されないことも法文によって証明されているように思われる。別書3巻32法第9節へのアントニウスの注釈、同第1節へのヨアンネス・アンドレアエの注釈、アレティヌス『助言集』助言59第2欄、命題集4巻区分27問3へのバルドゥスの注解、フロレンティウス『スンマ』第3部1章21節第3番がそれぞれこのように指摘している。我々は、ホスティエンシス『スンマ』別書3巻32章への注釈第4及び5欄やセゴビアのヨアンネス・ルービ『婚姻論』第10欄以下に反対し、上記の人々に従うことにしたい。

〈15. 暴力的な性交によって完遂された婚姻は修道誓願によって解消されるか *Religionis professione an matrimonium violenta copula consummatum dissolvatur.*〉同様に、既に男と通じた婚約者についてはたとえそれが暴力によるものであったとしても修道誓願によって婚姻が解消されることはない【ホスティエンシス『スンマ』別書3巻32

章への注釈、命題集4巻区分28問3へのバルドゥスの注解第3欄、フロレンティウス『スンマ』第3部1章21節第3番、別書2巻19章「証明について」第14節へのバルドゥスの注釈、アエギディウス・デ・ギンデルベルティス『パウロ討論集後編』第3問、命題集4巻区分27問2へのデュラントゥスの注解】。ただし、学説彙纂3巻1章「訴訟申立について」第1法文6節へのアングエリスの注釈と同48巻18章「拷問について」第1法文24節へのヒッポリュトゥスの注釈は反対の立場を採っているけれども。

〈16. 暴力によって自らの婚約者と肉体的に通じた男は罰せられるべきか *Sponsus cognoscens carnaliter per vim propriam sopsanam, an sit puniendus*〉また、現在について婚姻を約した女と暴力によって通じ犯した者も罰せられるべきではない。ただし、修道生活に入ることを準備し計画していた婚約者と詐欺や強迫によって暴力的に通じた場合はこの限りではない【勅法彙纂9巻13章「処女、寡婦、修道女に対する陵辱について」第1法文へのバルドゥスの注釈最終欄及びサリケトの注釈第9番、別書5巻17章「略奪者、放火者、教会侮辱者について」第7節へのアナニウスの注釈】。ところで、確かに、この場合、勅法彙纂9巻13章第1法文所定のような刑罰が相応しいとはやはり思えないけれども、その者は、本法文についてヒッポリュトゥスが指摘するところに従い、より軽い刑罰によって罰せられるべきであろう。というのも、本法文は将来について婚約した者について述べているからである。このことは本書〔第2部〕第1章で既に述べたところから明らかであり、諸博士も本法文へ注釈でその旨述べているのに加えて、王国法第7部20章第3条もこの法文をそのように解釈している。従ってまた、将来について婚約した者についても、先行する交際及び婚姻の約束に鑑みれば、それほど厳格に当該第1法文を遵守する必要はないと言える。つまり、そのような予めの婚姻の約束を理由に、当該法文の峻厳さを緩和し、この者の振る舞いを関わるその他の事情も考慮すべきである。論拠となるのは、前掲別書5巻17章第7節に関して指摘されている内容である。またこのことは、学説彙纂42巻1章「既判事項、判決効、中間判決について」第6法文2節についてアレクサンデル・デ・イモラ、ヤーソン、リーバがそれぞれ指摘するところからも理解できる。彼らが言うには、夫が婚姻の完遂によって既に自分を通じていた妻を暴力によって犯した場合や、婚姻の完遂前に通じた場合には、その夫は罰せられるべきではないが、婚約した男が自らの婚約者を暴力で犯した場合には、その男は罰せられるべきとされる。実際、このような指摘は明瞭さを欠くわけではないし、既に述べたところからも理解可能である。

〈17. 修道誓願を行った婚約者はタウルス法に基づき接吻によって取得した婚約に伴う贈与を失うのか否か *Sponsa religionem professsa, an amittat sponsalitiā donationem, quam propter osculum lege Taurina acquirit.*〉更に、先に引用したタウルス法所収の王国法第52条についてもう一つ検討すべき点がある。その王国法によれば、現在について婚姻を約した男から婚約相手の女への贈与は、通常の婚姻生活以前に、つまり、婚姻が完遂されなかったとしても、女の接吻によってその半分が取得されるとされており、これは将来についての婚約においても認められている【4巻11章第3条】。そしてまた、接吻が為され、修道誓願によって受贈者たる婚約者から一旦結ばれた婚姻関

「合意に基づき有効ではあるが未だ性交によって完遂されていない婚姻 *coniugium ratum ex consensu, non dum tamen ex copula perfectum*」について例外的に「絆に関わる離婚」をもたらす原因として、「修道立願」以外に、「ローマ教皇の特免 *Romani Pontificis dispensatio*」を挙げる見解が、ニコラウス・デ・トゥデスキス *Nicolaus de Tudeschis* (通称「パノルミタヌス *Panormitanus*」:「新大修道院長 *Abbas modernus*」1386-1445年)、ヨアンネス・アントニウス・デ・サント・ゲオルギオ *Joannes Antonius de Sancto Georgio* (通称「聖堂参事会長 *Praepositus*」?-1509年)、フェリヌス・サンダエウス *Felinus*

係が解消され、婚姻が完遂され得ない場合にもやはり、そのような修道誓願を行った婚約者か、あるいは、修道院の元に、贈与の半分が保持させるのがその信仰心に相応しいように思われる。ここで依拠しているのは、バプティスタ・デ・サントゥス・セウエリヌスに従ってそのように解答しているコルネリウス『助言集』第1巻助言228である。同様に、ヨアンネス・ルービも、別書4巻20章「夫婦間贈与について」表題注釈第3節ではこの問題について異論を唱えてはいるが、上記第52条への注釈において、我々の主張する見解に与している。根拠とされているのはグラティアヌス教令集2巻事例19問題3第10節であり、そこでは、子が親から廃除される理由となるような忘恩行為は修道誓願によって帳消しになるとされており、グラティアヌスはこの点をユスティニアヌスの勅法【新勅法第123勅法「教会関連諸規定」】から導いている。〈18. 流布版たる公撰集の欠陥 *Authent., vulgata editio corrupta.*〉これは、グレゴリウス・ハロアンデルが学界に多大な便宜をもたらすために印刷公刊したギリシャ語及びラテン語によるユスティニアヌスの新勅法では明らかであり、公撰集という流布版の編者には憤りを感じる。というのも、この者は当該新勅法の法文を誤ってラテン語訳し、その結果、ユスティニアヌス帝の意図が完全に隠されてしまったからである。このことは、公撰集「聖なる司教、聖職者、修道士について」第41節、すなわち、少し前に我々がギリシャ語版新勅法から引用したものと同一節から明らかである。それ故、アルキアトゥス『パレルゴン』第4巻23章に反対し、グラティアヌスの権威が擁護される。我々も別書3巻26章「遺言及び終意処分について」第16節への注釈において、グラティアヌスが捏造の罪を免れていることを、コンスタンティヌス・ハルメノプーロスただ一人の権威に基づき証明した。ただし、我々はその箇所では上記のユスティニアヌスの新勅法を引用しなかった。なぜなら、(その著作の初版では)その勅法に気付かなかったからであり、その後、ハルメノプーロスによって援用された忘恩行為の原因を扱う一節が上記新勅法の一部であることに気付いたのである。ハルメノプーロス自身は、上記第123勅法からその一節を引用すると同時に、それを多くの判決に関連づけ、忘恩行為を扱う当該新勅法に依拠してそれらの判決を解説している。” (*Opera omnia*, I, 192-193.)

Sandaeus (?-1503年) フィリップス・デキウス Philippus Decius (1454-1536/37年) といった有力なカノン法学者の支持によって15世紀以降台頭していたが、コバルビアスは、「有効ではあるが肉体的結合が未だ達せられていない婚姻、つまり、その限りにおいて未完遂の婚姻はローマ教皇の特免によっても決して解消できない *matrimonium ratum nondum secuta commixione carnis: et sic non consummatum, minime posse dissolvi Romani Pontificis dispensatione*」とする「神学者たちの通説 *communis opinio Theologum*」が「より確実に正しい *tutior ac verior*」と解している。秘蹟としての婚姻が最終的には「性交 *copula carnalis*」乃至「肉体的結合 *commixio carnis*」を介して「受肉によるキリストと教会との結合 *coniunctio Christi et Ecclesiae per carnis assumptionem*」を表示することは確かであるとしても、「性交前の婚姻関係 *matrimonium ante carnalem copulam*」において既に、「尊敬と愛情によるキリストと教会の結合 *coniunctio Christi et Ecclesiae per charitatem et dilectionem*」が示されている以上、ローマ教皇と言えども意のままに婚姻の絆を断ち切ることはできないというのがその主たる論拠である。ただし、コバルビアスは、実務上の必要性和ローマ教皇の権威に鑑み、「特免 *dispensatio*」自体が「極めて重大な理由 *gravissima causa*」に基づく場合には婚姻の絆まで解消できる余地を認めている。他方、「有効でなおかつ性交によって完遂された婚姻についても教皇は婚姻の絆を解消すべく特免を与えることができる *Papa posse dispensare, ut matrimonium ratum, et carnali copula consummatum, dirimatur quoad vinculum*」との見解については、「神法及び自然法を解釈することはたとえ可能でも、それらの法によって禁じられている事柄をローマ教皇が許す理由を用意し提示することは不可能である *nulla causa constitui aut reddi potest, ex qua id, quod iure divino ac naturali prohibitum est, Romanus Pontifex permittere valeat: tametsi legem divinam et naturalem possit interpretari*」という理由から端的に否定されている¹⁵⁾。このようにローマ教皇の特免による「絆に関わる離婚」を極力認め

15) 「19. 未完遂の婚姻はローマ教皇の特免によって解消され得るか否か *Matrimonium non consummatum, an possit dissolvi ex Romani Pontificis dispensatione.*」我々同胞の

中には、合意に基づき有効ではあるが性交によって未だ完遂されていない婚姻は、ローマ教皇の特免によって、夫婦の絆をも解消することができると考える人々もいる。その主要な人々は別書3巻32章第7節の標準注釈によって承認された見解を保持している。例えば、パノルミタヌスの第7節の注釈及び『討論集』討論1第3欄、聖堂参事会長[ヨアンネス・アントニウス・デ・サンクト・ゲオルギオ]の別書4巻4章「二重婚約者について」第5節注釈末尾、デキウス『助言集』助言112、フェリヌスの別書1巻2章「教皇令について」第7節注釈第20番、ヒエロニウムス・グラトゥス『助言集』第2巻助言1の31番がそうであり、フェルディナンドゥス・ロアゼスも『婚姻論』論拠2疑義2で肯定側に立ち、同『異教徒改宗論』第33欄も同旨である。また、この見解に与する神学者もいないわけではない。シルウェステル『離婚論』問題4がこの見解に従っているのは確かであるし、カイエタヌスも『離婚論』問題25第27番以下においてこれに与している。〈20. 性交前の婚姻関係とは如何なるものか *Nuptialis societas quid, ante copulam.*〉グラティアヌス教令集2巻事例27問題2第17節の法文は、カイエタヌスがグラティアヌスから援用しているものであるが、そこには次のように書かれている。すなわち、「最初に性交を伴わないで結ばれた婚姻はキリストと教会による婚姻の秘蹟を内包しているわけではないので云々」、と。この法文を根拠に、カイエタヌス自身は神学者たちの通説を批判しているのである。それらの神学者たちは、命題集4巻区別26への神学教師[トマス]の注釈に従い、たとえ性交前の婚姻であってもキリストと教会との結びつきを示しており、それ故、分離不可能な絆となっていると主張する。ところで、教皇レオのものとしてされる上記法文の文言はその書簡集におけるそれとは異なっている。というのも、教皇レオⅠ世の書簡集にはナルボンヌの農夫に宛てられた第90書簡が存在し、そこでは以下のように書かれているからである【書簡集第1巻4章】。すなわち、「従って、性交に加えて合意が為されることで初めて婚姻はキリストと教会の秘蹟を内包するのであるから、婚姻の玄義が伴っていないと証明された妻が婚姻関係に属さないということに疑問の余地はない、と(彼の見解は同じ文言でイーヴォ『カノン三部集』第8部74章及びラバヌス『告解書』第8章にも見出される)。〈21. グラティアヌス教令集2巻事例27問題2第17節の理解 *Intellectus c. cum societas. 27. q. 2.*〉しかし、グラティアヌスの議論を考察してみるに、「性的結合が存しないと証明された妻が婚姻関係に属さないのは疑いない」としたアウグスティヌスを典拠とする本節及び第16節の文言からも明らかな通り、その議論の要求する理解とは、性交前の婚姻がキリストと教会との結びつきとを決して意味しないというものである。ただ、教皇レオの書簡の表現の方がグラティアヌスよりも遥かに正確であることは確かに認めざるを得ない。というのも、上記法文において〈…を伴わずに *praeter*〉は本来〈…に加えて *ultra*〉の趣旨で用いられねばならないからである。とはいえ、以上の諸点によってカイエタヌスの見解が裏付けられるわけではない。確かに、それらが、婚姻に関して、受肉によるキリストと教会との結合を指示していると解することはできるけれども、だからといって、性交前の婚姻関係が尊敬と愛情によるキリストと教会との結合、そしてまた、キリストと正しき靈魂との結びつき【前掲命題集4巻区分26への神学教師の注釈】を意味しないという

ない立場に対しては、コバルピアス自身が指摘している通り、教皇令に依拠した反論が幾つか予想される。一つは、未完遂の婚姻に相当する「現在に関する

ことにはならない。以上から、先の疑問に関するカイエタヌスの論証の説得力の欠如は明白である。従って、神学者たちの通説、すなわち、肉体的結合が未だ為されていないが故に未完遂の有効な婚姻はローマ教皇の特免によっても決して解消され得ないとする見解の方がより安全かつ正しい。パノルミタヌスも上記別書3巻32章第7節への注釈末尾においては反対の見解ではなくこの見解に与しており、セゴビアのヨアンネス・ルービ『婚姻論』第30章もこの見解に従っている。更に、ヤコブス・アルマイヌス『教会権能論』第15章も同旨であり、最良の典拠となるのは別書1巻36章「和解について」第11節である。カイエタヌス自身、この見解が神学者の「通説」であると述べている。同様に、ドミニクス・ソートが命題集4巻区分27問1第4節への注解においてカイエタヌスに反対してこの通説に指示している。また、カイエタヌスの著作を辛辣に批判するアンブロシウス・カタリヌスが、その『カイエタヌス論駁』第6巻3章に見出される通り、この問題についてカイエタヌスの見解に同意していることには全く驚かざるを得ない。この問題について私は結局以下のように解きたい。すなわち、仮にそのような問題が実務上生じたとしても、有効ではあるが未だ性交によって完遂されていない婚姻は、極めて重大な理由に基づく場合を除いて、教皇の特免や権威によって解消されることはない、と。なぜなら、この特免あるいは特免を与える権能を認める、私からすれば全く以て疑わしい見解を仮に認めるべきであるとしても、そのような特免は最高に重大な理由に基づいて与えられるのでない限り安全でも正当でもないからである。また、1558年に教皇パウルスⅣ世が、この教会の最高指導者によって極めて正当とみなされた理由に基づいてこの特免を用いたことを知らないわけでもない。その少し前にユリウスⅢ世が教会全体の指導者の地位にあった際に同じく婚姻に関して特免を行った。しかしながら、私は神学者たちの通説から敢えて離れようとは思わない。〈22. 性交によって完遂された婚姻はローマ教皇によって解消されることはない *Matrimonium canali copula consummatum, non dissolvitur a Romano Pontifice.*〉以上からすれば、『助言集』第1巻助言28でのソキヌスの主張、すなわち、有効でなおかつ性交によって完遂された婚姻についても教皇は婚姻の絆を解消すべく特免を与えることができるという主張は疑いなく排斥されるべきである。ソキヌスに追随しているのは、別書1巻2章第7節へのデキウスの注釈第5欄、ヒエロニムス・グラトゥス『助言集』第2巻助言1第31番、シギスムンドゥス・ロフレドゥス『助言集』助言50第41番であり、彼らの見解に正当にも対立するのが、別書3巻32章第7節への大修道院長の上記注釈末尾、別書2巻27章「判決及び既判事項」第7節へのバルドゥスの注釈、上記別書2巻第7節へのフェリヌスの注釈である。というのも、神法及び自然法を解釈することはたとえ可能でも、それらの法によって禁じられている事柄をローマ教皇が許す理由も用意し示すことは不可能であるから。” (Opera omnia, I, 193-194.)

婚約」の効力に関して、「たとえ妻が別の男と婚姻し、性交が遂げられたとしても、妻はその男と引き離され、最初の夫の元に戻るべく教会の命令によって強制されねばならない *et si mulier alii nupserit, etiamsi carnalis copula sit secuta, ab eo separari debet, ut ad primum redeat, Ecclesiastica districtione compelli*」とするアレクサンデル三世の教皇令¹⁶⁾に見出される、「我が先代の教皇たちの幾人かが別の判断を下したことがあったとしても *quamvis aliter a quibudam praedecessoribus nostris sit aliquando iudicatum*」との一節を引き合いに、「教皇は立法を通じて性交前の第一の婚姻が性交によって完遂された第二の婚姻によって解消される旨定めることができる *posse a summo Pontifice lege lata statui, quod matrimonium primum ante copulam dissolvatur per secundum copula consummatum*」と解する見解であり、もう一つは、「妻が臆して夫に対する務めを果たせない *mulier infirmitate correpta non valuit debitum viro reddere*」場合に夫は別の女と「更に婚姻してもよい *nubat magis*」とするグレゴリウス三世の教皇令¹⁷⁾に照らし、妻の「臆病さ *infirmitas*」や「虚弱さ *aegritudo*」にローマ教皇の特免を裏付ける理由を求めようとする見解である。しかし、コバルビアスは、典拠として引用される教皇令が何れも「教会規範一般の定立ではなく何らかの論争や訴訟の解決に属するもので、何らかの見解の裏付けとして引用できる代物ではないし、自然法や神法に基づくことが明らかな婚姻の絆が問題となる場合には特にそうである *non pertinent ad canonum universalium institutionem, sed ad quarumdam cotroversiarum et litium diffinitionem, et ideo non sunt adducenda ad probationem alicuius opinionis, praesertim cum agitur de vinculo, quod ex iure naturali et divino constare videtur*」との理由から、これらの見解を退けている¹⁸⁾。

16) X, 4, 4, 3.

17) C. 32, q. 7, c. 18.

18) 「23. 教皇の特別な答書は教会の一般規範の定立とは無関係である *Pontificum specialia rescripta non pertinent ad canonum universalium institutionem*」以上に述べたことに対してはまず次のように反論されるかもしれない。すなわち、別書4巻4章第3節でのアレクサンデル三世の証言によれば、複数の教皇は未だ性交によって完遂され

ていない第一の婚姻が肉体的結合によって完遂された第二の婚姻によって解消されると判断した、というのである。ホスティエンシスも別書3巻32章第7節への注釈でこの点を指摘し、教皇は立法を通じて性交前の第一の婚姻が性交によって完遂された第二の婚姻によって解消される旨定めることができると述べている。しかしながら、このホスティエンシスの見解には同調し難いし、ローマ教皇による上記のような判断も教会規範一般の定立ではなく何らかの論争や訴訟の解決に関わるもので、何らかの見解の裏付けとして引用できる代物ではないし、自然法や神法に基づくことが明らかな婚姻の絆が問題となる場合には特にそうである。上記のような反論はまた勅法彙纂1巻14章「法律、君主の勅法、告示について」第12法文にも矛盾する。というのも、当該勅法は、立法者たる君主が、私人間で生じた争訟を契機に、ある既存の法律の意味を明らかにしてその趣旨に従って解釈することで、その解釈が一般的法規としての効力を持つようにする場合に関するものと解すべきであって、王や皇帝自身あるいは法を定める教皇が単に私人に対して何らかの判決を下すだけで、その法の解釈が一般的になるように定めているわけではない場合に上記のような判断を認めるべきではないし、その上、そのような判決が法律としての効力を保持することを君主が望んでいたという趣旨に法文の文言を解釈できるかどうか不明であるから。〈24. <判断する Iudicare>は<sentire 考える>の意味で用いられている Iudicare, pro sentire> 更に付け加えるならば、上記別書4巻4章第3節の「判断した」という文言は「考える」や「思う」と同じ意味に解することが可能であり、メルキオル・カノヌス『神学要論』第6巻8章はこのような観点からこの問題を論じている。

〈25. 義務を果たすのに支障となるような相手方の臆病さや虚弱さは離婚の原因となるか否か *Infirmitas vel aegritudo impediens alteram partem debitum reddere, an causa divortii sit.*> また、もう一つ反論としてよく挙げられるのは、教皇グレゴリウスⅢ世が大司教ボニファキウスに宛てた書簡で次のように答えている点である。すなわち、夫は、臆病さや虚弱さの故に夫に対する義務を果たすことができない場合には、自らと適法に結ばれたその妻と離縁し、別の妻を迎えることができ、かの民族〔ゲルマン人〕がキリスト教を既に受け入れた以上、それは何らかの特免によって可能となる、と【グラティアヌス教令集2巻事例32問題7第18節、イーウォ『カノン三部集』第8部78章】。イーウォによれば、その答書には、臆病さに囚われた妻が夫への義務を全く果たすことができなかつたと書かれているので、当該答書は未だ性交によって完遂されていない婚姻に関するものと解するのが適切であり、またあるがままそのように解すべきであることはあらためて言うまでもない。〈26. 夫は離縁した身体の弱い妻を扶養する義務があり、この者を姉妹としてみなさねばならない *Maritus alere debet uxorem aegram dimissam, et eam ut sorerem habere.*> ところで、特にそのような虚弱さは婚姻以前から存在し元々その花嫁に備わっていたのである以上、婚姻法によれば婚姻の合意そのものを完全に妨げることになる。そのような理由から妻を離縁する夫はその者を扶養するとともに姉妹と見なさねばならないとグレゴリウスが書いた際、この点が前提とされていた可能性がある。これと一致するのがローマ教皇ルキウス〔Ⅲ世〕の答書である【別書4巻15章「心の頑なさ、悪意、及び、性的不能について」第

続いて論じられているのが、「婚姻が、夫婦の絆を保持しつつ、両者の同居に関して停止される *matrimonium, manente vinculo, dirimi quoad mutuum cohabitationem*」場合、すなわち、「寝台に関わる離別 *separatio quoad thorum*」である。そのような「別居 *separatio*」としての離婚の原因として、コバルビアスは、「虐待 *saevitia*」、「錯乱 *furor*」、「異端 *haeresis*」、「性的倒錯 *sodomia*」、「姦淫 *fornicatio*」の五つを挙げている。まず、「夫から過酷かつ不当な暴力を受けた妻 *uxor acriter et inique a marito verberata*」は、「もし夫が妻に暴力を振るわないという十分な保証を示さない場合には、虐待を理由に、同居に関して夫からの離別を訴求できる *saevitiae causa potest petere separationem a marito, quoad cohabitationem, si maritus non reddat sufficientem cautionem de non offendenda uxore*」¹⁹⁾。また、「夫が罰せられるべく事実訴権によって訴えること

4 節、及び、グラティアヌス教令集 2 部事例 33 問題 1 第 2 節】。ただし、夫がそのように義務づけられるのは、虚弱さという障害事由の存在を知らながらその女を妻に迎えた場合に限られる。あるいはまた、先のグレゴリウスの解答は承認ではなくむしろ黙認にあたるのかもしれない。しかし、この書簡を吟味する限りそのように考えるのはほとんど不可能である。以上に述べたような理解がもし読者にお気に召さないとするならば、結局のところ私は、教皇座の安泰のため、グレゴリウスの答書は特殊なもので一般的な決定とは無関係であり、決して解消できない婚姻の絆という前提を維持しながら、性交前であればそれ〔虚弱さを理由とする離婚〕を為し得ることに納得できるような何らかの根拠が、かの最高の司牧者によって考案されたと答える他ない。そのような根拠は我々には知られていない以上、それについて正確かつ詳細に論じることではできない。ただし、読者は、シルウェステル前掲書「婚姻」の項問題 8 第 16 節、命題集 4 巻区別 34 問 1 第 2 節へのドミニクス・ソートの注解最終欄、ペトルス・ソート『聖職者への指針』婚姻の章第 5 番、メルキオル・カーノ『神学要論』前掲第 6 巻 8 章を参照されたい” (Opera omnia, I, 194.)

- 19) <1. 虐待を理由に寝台に関して婚姻関係を切り離すことができる *Saevitiae causa potest, quoad thorum, matrimonium separari*.> 以上において我々は、夫婦の絆そのものに及ぶ婚姻の解消について論じた。次に扱われるべきなのは、婚姻を、夫婦の絆を保持しつつ、両者の同居に関して停止できるか否かという点である。多くの事例がこの問題に関わっており、それらの事例は、教皇権によって神法の解釈から導かれるが故に、そのような別居が認められている。第一に、妻は、もし夫が妻に暴力を振るわないという十分な保証を示さない場合には、虐待を理由に、同居に関して夫からの離別を訴求できる【別書 2 巻 6 章「争点未決ならば手続進行せず」第 1 節、及び、大修

道院長『カノン法学説宝典』が言及する同13章「奪取物の回復について」第13節。更に、別書4巻19章「離婚について」第1節への大修道院長及び聖堂参事会長の注釈、同4巻20章「夫婦間贈与、及び、離婚後の嫁資の返還について」第7節へのヨアンネス・ルービの注釈第3番、勅法彙纂9巻16章「暗殺に関するコルネリウス法」第8法文へのヒッポリュトウスの注釈最終欄。アレクサンデル『助言集』第5巻助言78は、勅法彙纂5巻17章「婚姻解消、及び、生活習慣譴責裁判の廃止について」第8法文に即して同じように説明している】。〈2. 夫から暴力を受けた妻は夫に対して事実訴権を行使できる *Uxor verberata a marito, actionem in factum contra illum instituere potest.*〉すなわち、夫から過酷かつ不当な暴力を受けた妻は、対人不法侵害訴権によって夫を訴え、夫に不名誉の宣言を受けさせることはできないとしても、夫が罰せられるべく事実訴権によって訴えることができる【ヨアンネス・アンドレアエ『グイレルムス・デュランティス著『裁判の鑑』補注』「犯罪について」の章、及び、学説彙纂24巻3章「婚姻が解消された場合如何にして嫁資は返還請求されるか」第10法文1節へのアレクサンデルの注釈第3欄。また、カテリアヌス・コッタ『要点集』「対人不法侵害訴権」の項においてそのように指摘している】。このような犯罪事件においては、過去の暴力だけを考慮するのではなく、将来の恐怖にも目を向けた上で、別居もまた認められるべきである。このことは前述別書2巻13章「侵奪物の回復について」第13節への諸注釈に拠る。また、アイモン・サウィリアヌス『助言集』助言31は最適の事例を挙げており、それは、夫と妻の間に資産の持分の割合について重大な争いが生じた場合である。というのも、この場合、人間の性格そのものを吟味するならば、将来における暴力が予測できるからである。〈3. 殺害を企図して為された毒物の準備は別居の正当な原因となる *Praeparatio veneni ad conatum occidendi deducta, erit iusta causa divortii.*〉従ってまた、夫婦の一方が他方を毒薬で殺害しようと企んだ場合も、別居の正当な原因となる。ゲラルドゥス『個別論集』第65番がそのように指摘し、大修道院長も別書2巻24章「宣誓について」第25節への注釈末尾や先ほど引用した箇所においてそのように考えている。また、勅法彙纂9巻13章「処女、寡婦、修道女への暴行について」第1法文へのヒッポリュトウスの注釈も上記勅法彙纂5巻17章第8法文を裏付けている。更に、バルドゥスも勅法彙纂6巻43章「遺贈と信託遺贈の共通点、及び、物の差押の廃止について」第1法文への注釈第2欄において、このような諸事例では夫が自宅の外の適当な場所で妻を扶養すべく義務づけられる旨述べている。〈4. 夫の虐待によって家を出た妻が犯した姦通を理由に嫁資が失われることはない *Dos non amittitur ob adulterium, quod uxor a marito per saevitiam expulsa commisit.*〉そして、アンカラヌス『助言集』助言408では、夫の虐待の故に逃げ出した妻がたとえ姦通を犯した場合であっても、夫は嫁資の喪失について妻を告訴することはできないとされている。この見解に与しているのは、別書4巻20章表題へのヨアンネス・ルービの注釈第20節2欄及び第64節2欄、同第7節への注釈第3番である。ただし、ルービは、夫が嫁資の喪失について妻を民事上訴える場合に、このアンカラヌスの見解に従うべきものと解しており、その結果、妻が夫によって刑事上告発された場合には恐らく別様に解すべきこととなる。本論考に相応しい事柄であったならば、我々はこの点

agere actione in factum, ut maritus puniatur」も可能であり、その際には、「過去の暴力だけを考慮するのではなく、将来の恐怖にも目を向けた上で、別居もまた認められるべき nec tantum est consideranda praeterita saevitia: sed et timor futurae est advertendus, ut etiam separationi locus sit」とされる。更に、このような「将来の恐怖 timor futurae」への配慮に鑑みれば、「夫婦の一方が他方を毒薬で殺害しようと企んだ alter tentavit veneno alterum conjugem occidere」場合を虐待の一事例として位置づけることも可能である。虐待を理由とする別居の効果に関しては、「夫は自宅の外の相応しい場所で妻を扶養すべく義務づけられる maritum cogendum esse extra propriam domum in loco honesto uxorem alere」とする学説、及び、一般に妻の姦通が「嫁資喪失 amissio dotis」をもたらすのに対して、「夫の虐待の故に逃げ出した妻自身がたとえ姦通を犯した場合であっても、夫は嫁資の喪失について妻を訴えることはできない maritus non posse accusare uxorem, quoad amissionem dotis, si uxor ipsa a marito ob eius saevitiam fugiens, adulterium commiserit」とする学説がそれぞれ好意的に紹介されている。夫の虐待を理由とする別居請求を認め、更には、別居中の妻の地位にも配慮するカノン法学の立場は、窮極的には、「自然 natura」や「理性 ratio」、そしてまた「神の言葉 divina oracula」たる聖書が求めている夫婦関係のあり方とそれに基づく夫の妻に対する義務によって裏付けられる。すなわち、「夫婦間の結合は親子間の結びつきのようなものであって、決して奴隷と主人の間のそれではない talis erit inter illos societas, qualis inter

を詳細に論証したであろう。〈5. 夫の妻に対する重要な務め Mariti officium in uxorem notabile〉要するに、夫は妻を丁寧に誠意をもって扱わねばならない。というのも、自然や理性、そして、神の言葉に示されている通り、夫が妻の魂であり父であり頭であるならば、夫婦間の結合は親子間のそれであって、奴隷と主人のそれではないからである。この点を典雅な言い回しで指摘しているのは、ルドウィクス・ウィウエスである【『夫の務めについて』『妻の選択』の章末尾】。つまり、夫は、自らが妻の同胞であって主人ではないことを自覚せねばならない。ただし、この問題について如何なる保証で十分と言えるかは、パノルミタヌスが前掲別書2巻13章第13節への注釈第7番において明らかにしている通り、分別ある裁判官が判断すべきである。パリシウス『助言集』4巻助言54第36番も彼に従っている。”(Opera omnia, I, 194-195.)

patrem et filium: non cujusmodi inter mancipium et herum」のであるから、「夫は妻を丁寧に誠意をもって扱わねばならない *caute et comiter oportet maritos tractare uxores*」のである。逆に言えば、そのような夫婦関係のあり方が実現されあるいは維持される見込みが全くない場合にのみ、別居請求は認められるべきことになる。コバルビアスが、別居の「第二の原因 *secunda causa*」として挙げる配偶者の「錯乱」について、「錯乱」一般を別居原因とみなす「通説 *communis sententia*」に反対し、「錯乱が程度が激しく錯乱した配偶者との同居が危険な場合 *quando furor esset ita ardens, ac vehemens, ut periculum esset cohabitare cum conjuge furioso*」に限って別居請求を認めているのも²⁰⁾、同じ論拠に基づくものと解される。

すでに触れた通り、婚姻の秘蹟による夫婦の結合が同時にキリストと教会の結合を表示しているとするならば、夫婦の一方が「異端」に陥ることは、配偶者以外の者を通じる「肉体的な姦淫 *fornicatio carnalis*」に対応するいわば「霊的な姦淫 *fornicatio spiritualis*」に相当し、それ自体「犯罪 *crimen*」として処罰されるだけでなく、同時に別居の「第三の原因 *tertia causa*」となり得る²¹⁾。

20) “<6. 相手配偶者の錯乱も離別の原因となる *Furor alterius conjugis praebet divortio causam.*> 寝台に関わる夫婦の離別の第二の原因は錯乱である。これは、学説彙纂24巻3章第22法文7節へのアレクサンデルの注釈最終欄が紹介している「通説」に基づく。ただし、アレクサンデル自身は標準注釈及びクマヌスに従ってこの見解に距離を置いている。以上に対して、私は、錯乱が程度が激しく錯乱した配偶者との同居が危険な程である場合には前者の見解に従うが、それ以外の場合にはアレクサンデルの見解の方が適切である。” (*Opera omnia*, 195.)

21) “<7. 異端の罪は寝台に関して夫婦を離別させ得る *Haeresis crimen quoad thorum potest coniugium separare.*> 第三の原因は霊的な姦淫によってもたらされる。すなわち、夫婦の一方が異端となり、あるいは、異端であると疑われる場合には、婚姻は寝台に関して切り離すことができる【別書4巻19章第7節、及び、同3巻32章「配偶者の回心について」第21節】。<8. 異端の妻の嫁資は夫と国庫の何れに帰属すべきか *Dos uxoris haereticae cui sit adjudicanda, marito, an fisco.*> その上、大修道院長は、同法文への注釈において、ヨアンネス・アンドレアエやアントニウスの注釈、更には、ブリクシエンシスの『問題集』問題86に従い、この霊的な姦淫の故に妻は嫁資を失う旨主張している。しかしながら、このような嫁資は、たとえ夫がカトリック教徒であってもその夫ではなく、国庫に帰属するものと解すべきである。前掲別書3巻32章第21

つまり、「夫婦の一方が異端となり、あるいは、異端であると疑われる場合には、婚姻は寢台に関して切り離すことができる *si alter ex coniugibus haereticus sit, vel in haeresim labatur, separari potest matrimonium quoad thorum*」のである。この「霊的な姦淫」を犯して別居した妻は「嫁資を失う *dotem amittere*」が、その嫁資は、「大逆罪を犯した妻の嫁資 *dos uxoris, laesae maiestatis crimen committentis*」の「国庫 *fiscus*」への帰属を定めるローマ法源²²⁾との類比により、「たとえ夫がカトリック教徒であってもその夫ではなく、国庫に帰属する *non viro etiam catholico adiudicandam fore, sed fisco*」ものと解されている。また、別居は通常その原因が失われれば解消されるのに対して、異端を理由とする別居の場合には、「カトリックの配偶者は、異端に墮落した相手方が告解に導かれ教会の内に帰正するとしても、この者との同居を強いられるべきではない *minime esse cogendum catholicum conjugem ad cohabitandum cum*

節への枢機卿〔フランキスクス・ザバレラ〕の注釈がそのように解しており、ゴンサルス・デ・ウィラディエゴ『異端論』問題15第9番は、大逆罪の場合にこの罪を犯した妻の嫁資は国庫に帰属するとしている学説彙纂48巻20章「有罪者の財産について」第3法文を典拠にこの点の論証している。つまり、異端の罪についても同様だということのである【別書5巻7章「異端者について」第10節】。この理由から、アルベリクスは上記学説彙纂48巻20章第3法文への注釈、及び、『異端審問概論』「嫁資」の項において同じ立場に立っている。ここでは全く以て次のように指摘することができる。すなわち、このような原因で婚姻関係が切り離される場合、カトリックの配偶者は、異端者に墮落した相手方が告解に導かれ教会の内に帰正するとしても、この者との同居を強いられるべきでは決してない。これは、大修道院長が、別書3巻32章第21節及び同4巻19章第6節への注釈において、標準注釈に反対し、法文に基づいて明確に指摘している通りである。この見解に対しては、アルフォンス・ア・カステリオーネ『異端者に対する正当な処罰について』第2巻7章が極めて有益な論拠を付け加えており、彼は、その者を異端者と判定する教会の判決が下された後にカトリック信者が異端者の元から離れた場合についてこの点を認めている。というのも、カトリック信者が自己の判断で異端者から離れた場合には、その者は悔悛した相手方に対する義務を果たし、その他婚姻上の権利を与えるべく要求されるからである。また、別書5巻7章第16節、及び、上記同4巻19章第6節と3巻32章第21節の法文によれば、ここで必要とされるのは離婚そのものに関する判決ではない。カノン法上の判決とは一体何なるものかは既に論じた通りに理解すべきである。” (Opera omnia, I, 195.)

22) D. 48,20, 3, Ulp. 33, ad ed.

altero in haeresim lapso, etiamsi is poenitentia ductus ad Ecclesiae gremium redierit」とする学説も紹介されているが、その際コバルビアスは、「その者を異端者と判定する教会の判決が下された後にカトリック信者が異端者の元から離れた場合 quando catholicus ab haeretico discessit, praemisso iudicio Ecclesiae, quae ipsum haeticum esse declaravit」にのみそのような永続的別居を認めるべきで、「カトリック信者が自己の判断で異端者から離れた場合には、その者は悔悛した相手方に対する義務を果たし、その他婚姻上の権利を与えるべく要求される si propria auctoritate catholicus ab haeretico diverterit, cogendus erit alteri poenitenti debitum reddere」とするより限定的な見解にも特に言及している。更に、「自然に対する冒瀆 scelus contra naturam」にあたる「性的倒錯 sodomia」も、「異端」と同様に、「流神の罪 nefandum crimen」の一種であり、それ故、別居の「第四の原因 quarta causa」として位置づけられる²³⁾。

23) <9.性的倒錯の罪は寝台に関する婚姻解消の正当な原因となる。続いて、グラティアヌス教令集2部事例32問題7第7節の趣旨について論じられる Sodomiae crimen iustam causam praebet dissolutionis matrimonii, quoad thorum: atque ibi tractatur intellectus c. omnes causationes. 32. q. 7.> 第四の原因を異端の罪に関連づけるのは不当ではない。というのも、それは流神の罪から生じるからである。すなわち、自然に対する冒瀆であるが故に、性的倒錯常習の罪を理由に寝台に関わる離婚を請求できる【グラティアヌス教令集2部事例32問題7第7節】。この法文は、グラティアヌスがヒエロニムスの書簡集第3巻所収のアマンドゥス宛書簡から抜粋したものであるが、ついでに読者に注意を促しておくならば、これは、ヒエロニムスから【教皇】ダマスに宛てて述べられた教理が教令集の流布本において誤って編纂されたものに他ならない。また、グラティアヌスにおいては法文の語句の真正さも欠けている。というのも、そこには「夫による保証」と書かれているが、校訂されたヒエロニムスの書簡には「夫による説得」とあるからである。そのため、標準注釈では、この箇所ので誤った表現が削除されている。とはいえ、この第四の原因は正当なものと主張するものには、別書5巻16章「姦通及び陵辱について」第4節へのカルデルス、アントニウス、大修道院長、アナニウスの注釈、シルウェステル前掲書「離婚」の項問題7があり、彼らの見解が通説であるのは、大修道院長の上記注釈、バルバトゥス『助言集』第1巻助言64、ランベルトゥス『保護権論』第1部2巻問題9第18節末尾が述べている通りであるし、カッサネウス『ブルゴーニュ慣習法論』第7章3節第6番もこの見解に与している。一方、上記別書5巻16章第4節へのインノケンティウスの注釈、上記グラティアヌス教令集事例32問題7第7節の標準注釈、アルワルス・ペラギ

ここでは、その根拠となる法文²⁴⁾の読みとの関連で、「性的倒錯の罪 *crimen sodomiae*」が「男相手 *cum viris*」のみならず「妻相手 *cum foeminis*」にも犯される可能性があることに鑑み、妻は、「夫によって自然に反した振る舞いを強要された *fuit a viro tentata ad usum contra naturam*」場合にも、「寝台に関わる別離を請求できる *posse petere separationem matrimonii, quoad thorum*」とする見解が詳しく紹介されている。

別居の原因として最後に挙げられているのか、「姦通 *adulterium*」、つまり、「肉体的な姦淫 *fornicatio carnalis*」である。これが別居の原因となることは、

ウス『教会の嘆き』第2章2節第2欄は異論を唱えている。しかし、上記書簡におけるヒエロニムスの意図はこれらの異論と矛盾するし、アンブロシウスも第一コリント書7章注解において極めて明確にその旨述べており、妻の振る舞いを堕落させることを嘆いている。これらの語句によってアンブロシウスが示唆しているのは、もし妻が夫によって自然に反した振る舞いを強要された場合、妻が寝台に関わる別離を請求できるという点である。この点は前掲バルバトゥス『助言集』第1巻助言64も指摘しており、勅法彙纂5巻9章「再婚について」第1法文へのデキウスの注釈第8番はこれに従っている。〈10. 性的倒錯の罪は妻との間にも生じ得る。その場合如何にして罰せられるべきか *Sodomiae vitium etiam cum foeminis committitur: et tunc qualiter puniatur.*〉というのも、よく知られているように、性的倒錯の罪は妻との間においてさえ恥知らずにも犯されることがあるからである。これはヒエロニムスが述べている通りであり、パウルス『ローマ聖庁尚書院実務論』49頁もグラティアヌス教令集2部事例32問題7第14節に拠りながらそのように指摘している。また、クレメンス集4巻1章「血族及び姻族について」第1節への注釈第13番や、前掲勅法彙纂5巻9章「再婚について」第1法文へのデキウスの注釈も極めて適切に述べている。なお、アルキアトゥス『パレルガ』第10巻11章は、この罪を、通常の刑罰、すなわち、男相手に犯された場合に課される刑罰で処罰すべきではない旨付言しているが、私自身は、夫が妻相手にこの罪を恐れぬ罪を犯す際に、その罪が男相手に倒錯者たちによって遂げられるような場合には、この見解は誤りであると考ええる。というのも、その場合、流神の程度は男色そのものと比べても決して劣らないからである。ところで、妻が夫への務めを果たすために別の女に姦淫させた場合は、アルキアトゥスの見解や彼が引用するマリヤヌスの見解を受け入れることも確かに可能である。ただし、勅法彙纂9巻9章「姦通に関するユリウス法、及び、陵辱について」第20法文へのサリケトの注釈、及び、ボエルス『助言集』助言316最終欄は、このような罪も本来の性的倒錯と同様に罰せられるべき旨論じている。” (Opera omnia, I, 195.)

24) C. 32, q. 7, c. 7.

関連する多くの教皇令を待つまでもなく、「姦淫以外の理由で妻と離縁し別の女を娶る者は誰であれ姦通を犯すことになる *quicunque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moecatur*」とのイエスの教えから明らかとされる。配偶者の「姦淫」を理由とする別居について、コバルビアスはまず、「夫は姦淫を理由に妻から離縁されることはないという慣習 *consuetudo, non posse maritum propter fornicationem ab uxore dimitti*」に明確に反対し、「双方の配偶者が等しい立場に置かれている *par est utriusque coniugis conditio*」という点を強調している。つまり、「妻は、夫が妻の姦通を理由とするのと同じく、夫の姦淫を理由に別居を申し立てることができる *uxor potest petere matrimonii separationem propter viri fornicationem: sicuti et vir ob uxoris adulterium*」のである。しかも、姦淫を理由に別居するためには「教会裁判所の判決が不可欠である *est necessarium iudicium Ecclesiae*」であり、夫といえども「姦通を犯した妻を自らの判断によって追い払うことはできない *maritum propria auctoritate uxorem adulteram dimittere non posse*」とされる。従って、判決によらず単に夫の判断で別居を強いられた妻は、互いに相手を占有し合う配偶者の地位の侵奪を理由に、「暴力的侵奪故の特示命令 *interdictum unde vi*」や「占有回復の特示命令 *interdictum recuperandae possessionis*」を教会裁判所に求め、自らの地位を回復できるはずである。逆に、このような「回復 *restitutio*」の請求が何らかの理由で退けられるならば、判決によらない別居を事実上許すことになる。この点、コバルビアスは、別居を強いられた妻について「姦通が明白である *adulterium est notorium*」場合に限り、夫からのその旨の抗弁を認め、妻の回復請求を退ける見解に与している²⁵⁾。つまり、

25) 「11.姦淫を理由に妻は離別され得るし、逆に夫もそうである。Fornicationis causa dimitti potest uxor, e converso maritus.」第五に、肉体的姦淫がこの形態の離婚に理由を与えることは、「姦淫以外の理由で妻と離縁し別の女を娶る者は誰であれ姦通を犯すことになる」とする全知全能の神の御言葉から明らかである。従って、姦淫を理由に妻と離別することは許されており、教会法も至る所でその旨言及している【別書4巻1章第9節、同4巻19章第4、5、8節、同5巻16章第6及び7節、同1巻38章「訴訟代理人について」第5節、勅法彙纂5巻17章第8法文】。この法では双方の配偶者が等しい立場に置かれている。というのも、妻は、夫が妻の姦通を理由とする場

婚姻において「奪われたものの回復を訴える者 *petens se spoliatum restitui*」に対しても、「権利の瑕疵の抗弁が、それが明白である限りにおいて、妨げとなる *obstat exceptio deficientis iuris, si notoria sit*」と解するのである。このような理解は、「聖職禄を奪われた者は、権原の明白な欠如の抗弁を受けると、決してその地位を回復されない *spoliatus ecclesiastico beneficio nequaquam est restituendus, si adversus eum notorius defectus tituli obiiciatur*」とする「聖職禄 *ecclesiasticum beneficium*」侵奪時の扱いとの類比²⁶⁾、そしてまた、「所有権

合と同じく、夫の姦淫を理由に別居を申し立てることができるからである。これが万人の一致の下に受け入れられているのは明らかであり、使徒教令集第9及び21教令への聖バシレイオスの注釈もこれが理性に適っている旨述べている。聖バシレイオスは、この立場が、夫は姦淫を理由に妻から離縁されることはないという慣習に矛盾すると指摘しているけれども、このような異論は、我々が端的に退けるところであるし、法的にも否定されねばならない。とはいえ、当該別居に関して教会裁判所の判決が下されることが不可欠である【別書4巻20章第4節、同19章第3節】。これらの法から明らかなように、夫は姦通を犯した妻を自らの判断によって追い払うことはできない。〈12. 公然と姦通を犯しそれ故に夫から追い出された妻は、暴力的侵奪故の特示命令によってその地位を回復することはできない *Uxor notorie adultera, et ob id a marite explusa, non restituitur ex interdicto, unde vi.*〉ただし、姦通が明白な場合には、追い払われた妻に「暴力的侵奪故の」特示命令や占有回復の特示命令が付与されることは決してないために、結果として夫は自らの判断で妻を自分の元から追い払うことができるとされる【別書4巻19章第4節、同5巻16章第7節への標準注釈、王国法第4部2章第8条】。この点は、婚姻における「暴力的侵奪故の」特示命令を請求する者、つまり、自らから奪われたものの回復を訴える者に対して、権利の瑕疵の抗弁が、それが明白である限りにおいて、妨げとなるというところからも裏付けられている。これは、聖堂参事会長『スンマ』第2章及び3章問題1、及び、別書2巻13章「奪取物の回復請求について」第7節へのイモラの注釈が指摘する通りである。最良の法文は同第13節であり、大修道院長はこの法文に基づき、近親関係の証明が直ちに示された場合には追い出された妻の地位は決して回復されるべきではないとしている。というのも、もし原状回復が為され、性交が遂げられでもしたならば、婚姻が無効であることを知りつつ義務を果たした者は大罪を犯したことになるからである。それ故、このような大罪を回避するため、婚姻障害事由の証明が直ちに為される限りは、肉体的交渉に関して原状回復を強制すべきではない。例えば、学説彙纂41巻2章「占有の取得及び喪失について」第12法文1節へのアレクサンデルの注釈第5番がその旨指摘している。”(Opera omnia, 195.)

26) “13. 聖職禄を奪われた者は、権原の明白な欠如という抗弁にも関わらずその地位

を回復されるべきか否か *Spoliatus beneficio, an sit restituendus obiecto sibi notorio tituli defectu.*〉この点は別に驚くべきことではない。というのも、第六書2巻5章「侵奪物の回復請求について」第2節によれば、聖職禄を奪われた者は、権原の明白な欠如の抗弁を受けると、決してその地位を回復されないとされるからである。この点を指摘しているのは、別書1巻17章「司祭の子息は叙品し得るか否か」第8節へのインノケンティウスの注釈、同5巻1章「告訴、審問、告発について」第12節への大修道院長とアレティウスの注釈、同2巻28章「上訴、疑義報告、異議申立」第51節へのアントニウスとフランキスクスの注釈、聖堂参事会長『スンマ』第2章及び3章問題1、別書2巻13章第5節へのヨアンネス・イモラの注釈第11番と大修道院長の同注釈第28番、同2巻12章「占有及び所有権に関わる事件について」第3節への同じく大修道院長の注釈、同3巻7章「聖職委任」第6節へのヘンリクスの注釈である。また、前掲カッサドルス『助言集』助言3は、これらの人々の見解が「通説」であるとし、これに従っているし、ルドウイクス・ゴメジウス『王国法注解』「年金占有者について」問題58もその旨指摘している。ところで、同じゴメジウスが『王国法注解』「手続に反した判決について」問題5において、自らが教皇庁控訴院の裁判長であった間、このインノケンティウスの見解が退けられていた旨指摘していることを私は知らないわけではない。それに、そのようにこの見解を退ける根拠となる法がないわけではない。というのも、聖職禄の侵奪者であっても原状回復を受けられるとされているからである【別書2巻13章第5節】。しかしこれに対しては次のように反論することができる。すなわち、奪われた本人が侵奪者であることが裁判手続において明らかとなった場合には、原状回復の手続は進行しない、と。なぜなら、そのような場合には、上記インノケンティウスやイモラ、更には、コルスス『国王優越論』問題72にある通り、原状回復は絶対に退けられねばならないからである。また、上記法文を「たとえ奪われた本人が略奪者であることが裁判手続において明らかとなったとしても」という趣旨に理解する大修道院長の解釈も妨げとはならない。なぜなら、オルドラドゥス『助言集』助言1がヨアンネス・デ・イモラの上記注釈について指摘している通り、そのような理解は別の事件には当てはまるとしても、聖職禄には相応しくないからである。ただし、奪われた者が原状回復を請求する他の世俗的事項について原状回復請求が退けられるのは、[奪われた本人が侵奪者であることだけではなく、]更に、奪った者がそれらの事項について権利を有するという、つまり、逆に言えば、奪われた者にそれらの事項が属していないということも明らかとなった場合ではあるけれども。これは、上記第5節へのアントニウス及び大修道院長の注釈、更には、前掲第六書2巻5章第2節への標準注釈や通説に従った同じイモラの上記注釈に基づく。またそれ故、上記第5節を引用して、聖職禄略奪事件においても、原状回復請求者における権利の欠如について適切な証明が直ちに為された場合に、聖職禄の回復請求が退けられる旨述べるパノルミタヌスの同節注釈第28番も私からすれば十分ではないように思われる。というのも、私の理解では、同節は、原状回復によって大罪が被告自身に降りかかるような場合に関するものであり、婚姻の場合と同様、裁判官が誰かに大罪を犯すこと強いることのないようにする趣旨である。それ故、同節へのアン

が問題となっている場合には、侵奪を理由に訴える者に対する明白な抗弁は認められるべきではないが、占有が問題となっている場合には、全く逆にそのような抗弁が訴えの妨げとなる *exceptionem notoriam non esse contra agentem ratione spoliationis, admittendam, si concernat ipsam proprietatem: sed tunc demum vere obstare quando concernit ipsam possessionem*」という論理²⁷⁾に

トニウスの注釈は、明らかに権利を欠く旨の異議が申し立てられない限り、たとえ遅滞なく直ちに適切な証明が提示されたとしても、聖職祿の回復請求は決して退けられるべきではない旨明確に述べている。”(Opera omnia, I, 195-196.)

- 27) “14. 夫婦の共同関係が侵奪された場合に、明白な婚姻障害事由が抗弁として申し立てられても、原状回復請求は直ちに認められるべきか否か *Spoliato conjugali consortio, an sit statim danda restitutio, si opponatur notorium matrimonii impedimentum.*” とはいえ、別書4巻19章第3節の周知の法文が、我々が先に婚姻について述べたことの妨げとはなっている。そしてまた、同2巻13章第7節への標準注釈も、引き離された配偶者は、たとえ明白な近親関係の抗弁が提示されたとしても、夫婦の共同関係に引き戻されるべきであると述べている。この異論に対しては、上記別書4巻19章第3節への大修道院長の注釈、及び、上記別書2巻13章第7節へのイモラの注釈、そしてまた、別書2巻12章表題へのランフランクス²⁸⁾の注釈第5欄が、上記第3節に規定されているのは、近親関係が明白となっても原状回復が認められるべきということではなく、たとえ近親関係が明白となっても夫は自らの判断で妻を追い出すことを禁じているにすぎない旨反論している。しかしながら、この反論は適切ではない。というのも、先ほど我々が援用した同5巻16章第7節への標準注釈が指摘するような仕方では、夫は明白な姦淫を理由に自らの判断で妻を放逐することができるからである。更に、前掲学説彙纂41巻2章第12法文1節へのヤーソンの注釈第46番も、近時、上記別書4巻19章第3節の法文の解釈を試みて次のように述べている。すなわち、所有権が問題となっている場合には、侵奪を理由に訴える者に対する明白な抗弁は認められるべきではないが、占有が問題となっている場合には、全く逆にそのような抗弁が訴えの妨げとなり、これは、姦淫の抗弁に関する別書4巻19章第4章において、そのような抗弁が寝台に関わる同居、つまり、配偶者の占有を妨げるとされているのと同じである、と。我々がつい先ほど論じた事柄をヤーソンが適切に考慮しているのであれば、所有権それ自体の明白な欠如という抗弁が「暴力的侵奪故の」特示命令の請求者の妨げになり、霊的事物においても多くの場合そうであるということは、たとえ目を閉じていても、明白に意識していたはずである。しかも、ヤーソンがこのような対応関係の最初の主張者というわけでもない。というのも、ヤーソンよりも早く、聖堂参事会長が『スンマ』第3章問題1においてこれらの法を上記のように解しているのは明らかであるから。”(Opera omnia, I, 196.)

よって裏付けることができる。とはいえ、ここでは、「明白な姦淫を理由に教会裁判所の判決が無くとも妻を夫婦の同居関係から排除すること *absque iudicio Ecclesiae uxorem ab eius consortio expellere, etiam ob notoriam fornicationem*」それ自体が肯定されているのではなく、妻からの原状回復請求に対する抗弁として「明白な姦淫 *notoria fornicatio*」の事実が主張された場合に、「法の權威によって *iuris auctoritate*」既存の別居状態が承認されるにすぎない。しかも、そのような抗弁は立証を不要とする程に「明白な *notoria*」姦淫でなければならず、それ以外の場合は、「たとえ夫が姦淫の抗弁を提起し直ちにそれについて適切な証明を行ったとしても、原状回復を否定すべきではない *non esse uxori agenti ex spoliatione negandam restitutionem, etiamsi maritus fornicationem obiciat, et offerat eius probationes statim pratas*」とされる。結果として別居そのものが認められなかった場合、夫は「妻に対する婚姻上の務めを拒むことができる *potest coniugale debitum uxori negare*」に留まるのである²⁸⁾。なお、このような制約は「嫁資 *dos*」の返還請求に対する抗弁には及ばず、

28) 「15. 夫は、姦通を犯したことの明白な妻に対して自らの判断で婚姻上の務めを拒むことはできても、裁判所の判決無しにその妻を家から放逐することはできない *Maritus licet possit uxori notorie adulterae negare conjugale debitum propria auctoritate: non tamen potest eam a domo expellere absque sententia iudicis.*」上記の大修道院長とイモラの論法が好ましく思われるのはむしろ、夫婦相互の和合そのものに関する限りにおいてである。というのも、たとえ明白な近親関係や姦淫を理由とする場合であっても、教会裁判所の判決無しには、何人も妻を夫婦の同居関係から排除してはならないからである。ただし、そのような妻に対する婚姻上の務めを拒むことはでき、隠れた姦通においてもそれが認められる。これは、別書4巻19章第9節及び同4巻1章第9節への大修道院長の注釈、命題集4巻区別35問1第3節へのトマスの注解、同4巻区別27問4第2節及び区別35問1第4節へのバルドゥスの注解が教示する通りである。そういうわけで、明白な姦淫を理由に夫は自らの判断で妻を放逐することが許容される旨、大修道院長が、別書4巻19章第9節への上記標準注釈や彼が引用する他の人々に依拠して主張する見解は私からすれば不満である。というのも、大修道院長が援用する法からそのような許容が明らかになるとは言えず、それどころか、同じ別書4巻19章第9節へのアントニウスの注釈や、グラティアヌス教令集2部事例32問題1への標準注釈は反対の指摘をしているからである。トマスの前掲注解第3節も、夫が別居に関する権利を自ら主張することはできないと確かに述べているし、シルウェステル前掲書「離婚」の項問題8も同様の主張している。一方、妻が刑事裁判において

「明白な姦通」ではなくとも妻の「姦通」の事実が遅滞なく証明されさえすれば返還請求は退けられるとされる²⁹⁾。

自白した場合や、姦通相手と公然と同居している場合には、上記大修道院長の見解や標準注釈が妥当し得る。しかしだからといって、明白な近親関係もしくは姦淫が存する場合に、仮に夫が無分別にも教会裁判所の判決無しに妻を追い出してしまったとしても、原状回復を認めるべきということにはならない。また、原状回復がなされるべきなのは夫婦相互の和合に関してであって性交に関してはないというパノルミタヌスのもう一つ別の理解も既にふれた法と調和しない。というのも、権利の明白な欠如が存する限り、侵奪された配偶者が和合へと引き戻される必要もないということが別書4巻19章第4節から明らかであるから。ただし、前掲学説彙纂41巻2章第12法文1節へのフランキスクス・ア・リーバの注釈はつい先ほどの大修道院長と同じ理解に傾いてはいるけれども。それ故、つい最近コラシウスが『小論集』第2巻2章第10番において同じ学説彙纂41巻2章第12法文1節について書いたことも全く承認できない。彼が言うには、婚姻においても近親関係が明白であるにも関わらず侵奪された配偶者が回復されるべきであるというのである。〈16. 法の権威に基づき行われた事柄に関しては原状回復は為されない *Restitutio non fit, in iis, quae facta sunt iuris auctoritate.*〉確かに、この場合夫に自己の判断によって妻を放逐することが許されてはいない。しかし、明白な姦淫について抗弁が提起される限り、原状回復請求は却下されねばならない。なぜなら、明白な姦淫を理由に夫が自らの判断で妻を家から追い出すことが許されるこの場合、侵奪は法の権威によって為されるのであり、それ故原状回復は認められないからである。このような理解は既に述べたことによって確かに裏付けられている。ただし次の点を補足しておく必要がある。それはすなわち、侵奪を理由に訴え出ている妻に対しては、たとえ夫が姦淫の抗弁を提起し直ちにそれについて適切な証明を行ったとしても、原状回復を否定すべきではないという点である。というのも、この場合たとえ原状回復が為されても、夫自身が肉体的結合によって、先に我々がカイエタヌスに従って論じたように大罪を犯す危険には曝されないからである。ただし、命題集4巻区別35問1への聖トマスの注解第3節はこのような場合にも原状回復を認めるべきでないとしているけれども。”(Opera omnia, I, 196.)

- 29) “17. 姦通を犯した妻を自らの判断で家から追い出した夫はその妻の嫁資を取得できるかか *Maritus propria auctoritate uxorem adulteram expellens e domo, an acquirit dotem uxoris.*” ところで、不品行ではあるが罪を犯したことの明白ではない妻を自らの判断で追い払った場合であっても、妻は嫁資を喪失する。つまり、夫が妻の姦通を理由に嫁資を取得するのである。というのも、夫は、嫁資の返還を訴え出る妻に対して、放逐前に妻によって犯された姦淫を抗弁とすることができるからである。別書4巻20章第4節への大修道院長の注釈は、明白な姦通を理由に妻を追いつつ場合にこれを認めているが、姦通の抗弁による嫁資の保持に関しては、異なる理由づけが相応しいと思われる。というのも、夫は、妻に姦通の抗弁を提起することで、嫁資その他

カノン法文献としてもう一つ見ておきたいのは、ペルージャ大学教授を務めたジョヴァンニ・パオロ・ランチェロットティ Giovanni Paolo Lancelotti (1512-1591年) の『カノン法提要 Institutiones iuris canonici』(1560年初版)である。コバルピアスの『概略』が、通説異説を典拠の膨大な引用とともに併記考量し、時には人文主義的な関心から古代法に目を向け、典拠に遡りつつ法文の読みを吟味するといったように、その表題とは裏腹に典型的な「論考 tractatus」としての内容を備えているのに対して、ランチェロットティの『提要』は、その表題通り法学提要に倣い、「人 personae」、「物 res」、「訴権 actiones」という三つの主題に即して、四巻構成(「人について De personis」、「物について De rebus」、「民事手続について De iudiciis civilibus」、「刑事手続について De iudiciis criminalibus」)でカノン法全体の概要を提示している。しかも、『提要』は、17世紀に入ると、教皇庁の公認の下、いわゆる「カノン法大全 Corpus iuris canonici」の付録として繰返し印刷公刊され、カノン法教育及び実務両面において法源に匹敵する絶大な権威を発揮した。「離婚について De divortii」と題された『提要』第2巻第16章では、先にみた『概略』同様、例外的に「婚姻の絆」が解消され再婚が許される諸事例が、通常の離婚たる「寝台の離別 tori separatio」に先だって説明されている³⁰⁾。ただしそこでは、

これに類するものを求める他ないからである。これは、別書5巻16章「姦通及び姦淫について」第6節へのアナニウスの注釈、同4巻19章第4節への聖堂参事会長の注釈、パリシウス『助言集』第5巻助言4最終欄が指摘している通りである。”(Opera omnia, I, 196.)

- 30) “1. 離婚とは存命中の夫婦双方に生じる婚姻関係の解消である〔グラティアヌス教令集2部事例32問題7第1章及び同事例27問題2第2章の標準注釈〕。ただし、単なる寝台の離別を離婚と呼んでも差し支えない
2. 要するに、適法に結ばれた婚姻関係は解消できないと解すべきである。というのも、神によって結びつけられた者たちを人間が別れさせてはならないし、別れさせる権能もないからである。ただし、言葉を介して現在について婚姻関係を結んだ配偶者が、性交を遂げることなく、自らに修道生活に課することを望んでいる場合、その者はたとえ相手方が困惑したとしてもそれを実行することができる〔グレゴリウスIX世教皇令集=別書3巻32章「配偶者の回心について」第14節〕。他方、俗世に留まろうとするその相手方には他の者と婚姻関係を結ぶことが許される。しかしまた、修道生活を開始した者は、例えば、配偶者がらい病に冒されていると信じ込み、そのために忌

み嫌われながらも看病したといった誤った原因によって修道生活へと導かれた旨申し立てることはできない。というのも、そのこと自体は理由がなくとも為し得るからである。

3. これに対して、修道生活に入ることを望んでいる旨申し立てている者に対しては一定の期間を付与すべきであり、その期間内に修道生活に入るか配偶者の元に戻るかを決められるように配慮するのが正当である [別書3巻32章第7節]。
4. また、適法に現在についての婚姻の合意が為された後、性交が遂げられていないならば、配偶者の一方は相手方の意向にたとえ反しても修道生活に入ることができるというのも決して驚くべきことではない [別書3巻32章第2節]。というのも、未だ性交が遂げられていない以上、一方が神に仕えるのならば、他方は俗世に留まることができるというのが全く適切であるから。
5. もし何者かが、修道生活に入ることなく、言葉により現在について婚姻の約束をした後に、聖品を受けた場合は、別様に解される。というのも、授品によって裏付けられる誓願は、将来の婚姻を妨げ、事後に締結された婚姻を解消するためには有効であるが、たとえ未完遂であっても既に結ばれた婚姻関係を解消する効力はないからである。従って、その者が適切な修道立願に至らず、なおかつ、その婚約者が締結された婚姻の完遂を求める場合には、上記のような授品にも関わらず、教会の査閲に従って婚姻の完遂を義務づけられることになる。
6. ところで、未信者間で婚姻関係が結ばれ性交が遂げられたとしても、その後も未信者のままであった相手方が信者となった配偶者から離れたがり、あるいは、創造主への侮辱を伴うこと無しには配偶者との同居を望まない場合、キリスト教徒には婚姻の解消のみならず、(既に述べた通り [本書2巻12章「何が婚姻の障害となり得るか」] 第6及び7節) 他人との婚姻も許される [別書4巻19章「離婚について」第7節]。このような場合、婚姻は使徒及びローマ教皇座の権威の下に解消されるので、人間ではなく神の権能によって夫婦関係は解消されたと解される。
7. また同様に、妻になることが不可能なほど頑なであったり、医者の方では助けられないような生まれつきの障害を有する女をそうとは知らずに妻に迎えた場合、あるいは、女が、性交が不可能なほどに虚弱な体質の男と婚姻した場合には、互いに別れることができ、婚姻に適した方は自由に再婚できる。ただし、自らの性交不能を申し立てた男が離婚の後に別の妻を迎えたり、頑なであると思われた女がある男と出会い身体を許したならば、何れの場合も、悔悛させた上で、元の配偶者のところに戻るよう強制される [別書4巻15章「心の頑なな者や邪険な者、及び、性交不能について」第6節末尾]。
8. 周知の通り、男と性交する能力を有しない女と知りながら婚姻関係を結び、あるいは、配偶者の性交不能が発覚した後も共に暮らすことに同意した場合について、教会は、男は妻とすることができない女を姉妹とみなすべきものと常に判断している [別書4巻15章第4節]。" (Institutiones, 67-68. 引用は1746年バーゼル刊フライエスレーベン版『カノン法大全』所収のテキストによる)

「言葉を介して現在について婚姻関係を結んだ夫婦の一方が、性交を遂げることなく、自らに修道生活に課すことを望んでいる *alter conjugum, qui per verba contraxit, copula non secuta, sese ad observantiam regularem voluit astringere*」場合、及び、「未信者間で婚姻関係が結ばれ性交が遂げられたとしても、その後も未信者のままであった相手方が信者となった配偶者から離れたがり、あるいは、創造主への侮辱を伴うこと無しには配偶者との同居を望まない *et si inter infideles matrimonio contracto sequuta copula fuerit, alter, qui in infidelitate permanserit, vult a fidei disjungi, aut non nisi cum contumelia creatoris, cum altero commorari*」場合に加えて、コバルビアスが婚姻解消の理由とは認めなかった妻の「臆病さ」や「虚弱さ」、すなわち、「男が、妻になることが不可能なほど頑なであったり、医者の方では助けられないような生まれつきの障害を有する女をそうとは知らずに妻に迎えた *quis ignarus virginem in uxorem duxit, quae adeo arcta sit, ut mulier fieri non possit, vel simile vitium a natura contraxerit, ut ope Medicorum non possit adjuvari*」場合、及び、夫の「性交不能 *coeundi impotentia*」、すなわち、「女が、性交が不可能なほどに虚弱な体質の男と婚姻した *muleri virum accepit, qui adeo frigidae sit naturae, ut eidem carnaliter commisceri non possit*」場合も併せて列挙されており、教皇の「特免」の要否について特に言及はないものの、教皇庁寄りの叙述内容であることは明らかである。

続いて、「寝台の離別」については、最初に「姦淫」を理由とする場合が挙げられ、その際、「肉体的な姦淫」と「霊的な姦淫」がひとまとめに扱われている³¹⁾。ここでは特に、「精神的な姦淫を犯した夫が不実から立ち直った場

31) “9. しかしより頻繁に生じるのは、婚姻の秘蹟が保たれたまま、寝台の離別だけが為される場合である。例えば、夫婦の一方が肉体的あるいは霊的に姦淫を為した場合、婚姻関係は決して解消されず、たとえ別居しているとしてもこの者たちは依然として互いに夫婦である。

10. ただし、この離別は、[姦通の] 罪の告発だけでは為し得ず、罪の証明と有罪判決をまって為されるべきである [別書2巻16章「事件審理中は何も変更されるべきでないこと」第2節]。というのも、審理中は、夫婦の何れか一方が他方に対して有する権利を剥奪し得ないからである。

合、誠実を保った妻は、修道生活に入ることを希望しない限り、その夫を再び迎えるよう義務づけられる *si fornicatus spiritualiter, ab infidelitate revertatur, cogetur, quae in fide remansit, illum resumere, nisi et ipsa ad religionem transi-tum facere voluerit*』とされ、コバルビアスが引用するような異論には与することなく同居回復の可能性が原則通り認められている点が注目される。また、コバルビアスが詳細に論じた裁判によらないで別居を強いられた妻からの回復請求については言及はなく、婚姻完遂後に夫婦の何れかが修道立願し修道院に入ったり「聖地巡礼 *peregrinatio ad terram sanctam*」に出た場合等も含めて、「軽率にも離れ離れとなった夫婦には、正当な抗弁が存しない限り、一方が他方を取り戻す権利が常に完全に留保される *nisi legitima subsit exceptio, conjugibus temere disjunctis, alterum alterius repetendi semper integrum jus manet*」という点が確認されるに留まり³²⁾、「姦淫の抗弁が取戻請求者への妨げ

11. ところで、ここで非常に重要なのは、寝台の離別が、肉体的な姦淫と霊的な姦淫の何れを理由に為されるのかという点である。第一の場合、夫は、姦淫を犯した妻がたとえ更生したとしても、夫自らが姦淫によって汚れていない限りは、その妻を再び迎えるよう強いられることはなく[別書5巻16章「姦通及び陵辱について」第6及び7節]、姦淫を犯した妻は修道女とともに永久の悔悛を為すべく修道院に送られるべきである[別書3巻32章第19節]。しかし、第二の場合、つまり、精神的な姦淫を犯した夫が不実から立ち直った場合、誠実を保った妻は、修道生活に入ることを希望しない限り、その夫を再び迎えるよう義務づけられる。その場合、修道生活入りは、誠実さを取り戻した夫がそれを望まない場合であっても、自由に為し得る。”(*Institutiones*, 68-69.)

32) “12. 後者の例外的事例においては、夫婦の一方は、他方が俗世に留まるにもかかわらず、授品や修道生活入りを義務づけられることはない。ただし、俗世に留まろうとする者が、不品行を疑われることなく俗世に留まることができるほどの年齢に達していない場合、あるいは、貞潔を誓うことそれ自体を望まない場合は別である。また、妻の許しの下に夫が修道院に入り修道誓言を行ったとしても、妻は禁欲を強いられることなく、夫を妻の寝台に取り戻すことができる[別書3巻32章第1節]。ただし、夫が修道院に入った後に妻が姦淫を犯した場合や、夫婦が合意によって互いに貞潔から解放された場合はこの限りではない。

13. しかし、問題なのは、ある者が妻の意思に反して修道院に入り、再び妻の元に戻るよう強いられた場合、その妻の死によって、その者は、修道院に戻るべく義務づけられるのか、それとも、別の女を妻として迎えることができるのか、という点であ

る。この点については次のように答えられている。すなわち、修道誓願を未だ行っていないのならば、そうである以上、この者が修道院への帰還を義務づけられることはないが、修道院に入った以上は、自らの〔貞潔の〕義務が無期限である旨約したとみなされるので、その後に妻を迎えることはできない、と〔別書3巻32章第3節〕。というのも、この点に関する誓いが彼の誓願された意思の内に既に含まれていたと言えるからである。また、ある者が、それを知った妻に反対されることもなく、修道生活に入った後、妻が死亡した場合にも、一旦自らに引き受けた立場を放棄することはできないし、別の女と婚姻関係を結ぶこともできない〔同第10節〕。無分別に結ばれた婚姻関係もまた解消されるべきである。このことは、とりわけ、妻の同意の下に修道誓願を行った者について、たとえその者が未だ修道院に入っていないとしても、当てはまる〔同第9節〕。

14. それでは、夫の死亡を信じて修道生活に入った妻についてはどのように解すべきであろうか。つまり、仮に夫が帰還して、妻が修道院から連れ戻された場合、その妻は、夫の死後、修道生活を強いられるべきか否か。この場合、その妻が自ら修道院に戻るならば、より一層の救いをもたらすのは確かである。しかし、そうさせるべく説き伏せることができなければ、強制すべきではなかろう〔別書3巻32章第12節〕。
15. ただし、夫婦の一方が他方の反対のために修道誓願を行うことができないとしても、夫たちは、妻たちの同意なしに、聖地巡礼について誓いを立て、それを自由に実行できる。
16. そして、夫たちがかなりの長期に渡って巡礼に出たままであったり、あるいは、敵の捕虜となったと伝えられた場合であっても、夫の死について確実な知らせを妻が受け取らない限りは、他の男の妻となることはできない〔別書4巻1章「婚約及び婚姻関係について」第19章〕。たとえ、妻が最大限の誠実さを保ち、そうし続けることができないような年齢や体力にあるとしても、そうである。
17. 従って、正当な抗弁が存しない限り、軽率にも離れ離れとなった夫婦には、一方が他方を取り戻す権利が完全に留保される。しかし、近親関係について何らかの異議が申し立てられた場合は正当な抗弁が存する。この場合、たとえ取戻の訴えが既に係属中であるとしても、まずこの抗弁について審理されねばならない。とはいえ、何者かが、近親関係について吟味される前に、略式手続を開始した場合には、完全な回復が為されるべきである。ただし、被告が宣誓の上で抗弁についての的確な証拠を提示した場合は別である。その場合は、肉体関係を除き残りの事柄について、回復が図られるべきである〔別書2巻13章「奪われたものの取戻について」第13節〕。
18. とはいえ、回復された妻に対して夫が如何なる暴力も振るわないように十分な保証が提供されねばならない〔別書2巻13章第13節〕。そこで、夫による虐待が非常に激しかったり、夫が妻に過剰な憎しみを持つ結果、恐れおののく妻に十分な安全が確保できないような場合には、夫もしくはその関係者が妻に対して不法を働くことのないように、事件の解決まで誰か品行方正な女の元に厚く保護されるべくその妻を委ねるべきである〔同第8節〕。
19. なお当然ながら、これらが妥当するのは男女間に既に婚姻関係が結ばれている場

となる *fornicationis repententi obstat exceptio*」点にも言及はあるが、抗弁が「明白」であるか否かは問題とされていない。ここでの論述の中心となっているのはむしろ、「姦淫を理由として寝台の離別が行われても、別居された妻が生存中である限り、その男は更に別の女を娶ることも禁じられる *tori ob fornicationis causam sequuta separatione, separata vivente, aliam superinducere quis prohibetur*」という原則の下での「再婚 *secundae nuptiae*」の可否や要件である³³⁾。コバルビアスが挙げていた他の別居原因については、「回復さ

合である。これに対して、予めの婚約や適法な合意なしに先に夫の家へ連れ込まれた女が、その後逃げ出して別の男との婚姻を望んでいるような場合には、回復し得ない [別書 2 巻13章第14節]。” (*Institutiones*, 69-70.)

- 33) “20. 姦淫の抗弁もまた取戻請求者への妨げとなり、また、姦淫を理由として寝台の離別が行われても、別居された妻が生存中である限り、その男は更に別の女を娶ることも禁じられる。従って、仮に別の女を娶り、その女によって子ができたとしても、姦淫を犯した妻が亡くなったからといって、その女を妻として保持することはできない [別書 4 巻 7 章「姦淫によって辱めた女と婚姻した者について」第 4 節]。つまり、たとえ別の女を娶ることは禁じられていないとしても、最初の妻の生存が全く確認できない場合に限ってそのような地位を取得するのである。
21. ただし、これが当てはまるのは、ある夫が、別に妻が生存中であることを知らないわけではなくその妻の死に乗じることを目論んでいた女を妻に迎えるような場合である。従って逆に、そのように婚姻が既に行われていることを全く知らない女がある男と婚姻し、最初の妻が死亡したならば、その女が離婚を求めない限り、男の要求に応じて二人を別れさせる必要はない [別書 4 巻 7 章第 1 節]。というのも、意図的に法律を犯した者が自らの詐欺から利益を得ることを許すべきではないからである。
22. 他方、妻の生存中に婚姻を目的とせず知り合った女については、夫やその知り合った女が生存中の妻の殺害を企図することなく、また、婚姻について互いに約束することもしなかった場合には、その後締結された婚姻は適法なものと解すべきである。しかし、たとえ互いに誠実を誓い、あるいは、実際に婚姻したとしても、その前後において、正当な配偶者が生存中である間は肉関係を持たなかった場合には、双方が重大な罪を犯しそれ故に悔悟を命じられるべきだとしても、妻の死亡後に締結された婚姻については決して解消されるべきではない [別書 4 巻 7 章第 8 節]。
23. しかしながら、配偶者の死に向けられた企みは生き残った首謀者間の婚姻の期待をつぎのような仕方で排除する。すなわち、異教徒の男が妻との謀議に基づいて夫を殺害した場合は、仮にその男が生き残った妻の努力によってキリスト教に改宗したとしても、それ故にその妻との適法な婚姻関係を結べるわけでも、既に締結した婚姻を維持できるわけでもない [別書 3 巻33章「未信者の回心について」第 1 節]。という

れた妻に対して夫が如何なる暴力も振るわないように十分な保証が提供されねばならない *praestanda erit idonea cautio, quod nullam restitutae violentiam vir inferet*」という要請との関連において「虐待」が取り上げられ、「夫による虐待が非常に激しかったり、夫が妻に過剰な憎しみを持つ結果、恐れおののく妻に十分な安全が確保できないような場合には、夫もしくはその関係者が妻に対して不法を働くことのないように、事件の解決まで誰か品行方正な女の元に厚く保護されるべくその妻を委ねるべきである *si tanta sit viri saevitia, aut odio tam capitali uxorem prosequatur, ut trepidanti mulieri sufficiens securitas provideri nequeat, usque ad causae decisionem alicui probae et honestae mulieri studiosus custodienda committetur, in loco ubi vir, vel ejus conjuncti, mulieri nullam possint injuriam inferre*」とされるに留まり、「錯乱」や「性的倒錯」については言及はない。

のも、教会はそれほど重大な過ちをその程度の利益で償うことを許さないからである。

24. キリスト教に改宗した男が戦争に際して殺害した相手の妻を自らの妻とした場合や、同じ様に殺害した信仰をもたない男の改宗済みの妻を自らの妻に迎えた場合は扱いが異なる [別書3巻33章第1節]。というのも、彼らは、それらの夫たちの死を取り立てて求めたわけではないので、上記の者の間の婚姻は適法に締結でき、従って婚姻した者は離婚を申し立てることもできない。
25. 他方、配偶者殺害に向けられた計画が実現されずに、計画者が配偶者よりも生きながらえたとしても、婚姻の期待を永久に失い、再婚を望むことは許されない [別書4巻19章「離婚について」第1節]。これは、近親相姦を犯したり、司祭を殺害したりするなど他の多くの場合と同様である。
26. なお我々は、如何なる場合に、再婚の儀式が許されているのかにも注意を払うべきである。再婚者は、服喪期間中に再婚した場合に破廉恥の汚名を着せられるのではないかと心配する必要はない [別書4巻21章「再婚について」第4及び5節]。というのも、使徒 [パウロ] に従えば、妻は夫の死によって夫との契約から解放されると解され、しかも、この点について、世俗の法律は教会の教えの遵守を免れないからである。ただし、再婚しようとする男女は司祭によって祝福される必要はない [同第3節]。なぜなら、これらの者は一度祝福されている以上、そのような祝福を繰り返す必要はないからである。” (Institutiones, 70-71.)

II

I でみた通り、「絆に関わる離婚」に極めて消極的なカトリックの立場は、婚姻を「秘蹟」の一つと位置づけ、「神が結びつけた者たちを人が引き離してはならない *quos Deus coniunxit, homo non separet*」とのイエスの教え³⁴⁾そのままに、「永続的かつ解消不可能な契約 *perpetuus et indissolubilis contractus*」とみなすことの必然的帰結に他ならない。プロテスタント法学者に何よりもまず求められたのは、そのようなカトリック的婚姻観を批判的に吟味し、聖書の文言、すなわち、神法との整合性を保ちながら、「婚姻関係そのものの解消 *ipsius matrimonii dissolutio*」を正当化することであった。カルプツォフは、離婚について扱う『教会法学』第2巻第11章の冒頭、「夫婦何れか一方による姦通は真の離婚原因をもたらす *veram divortii causam praebebat adulterium alterutrius conjugis*」との「定義 *definitio*」の下に、カトリック離婚法への反論を試みている³⁵⁾。ここでカルプツォフが反論の対象として直接引用しているのは、既婚

34) Mt 19, 6; Mk 10, 9.

35) “定義189：夫婦何れか一方による姦通は真の離婚原因をもたらす。

〈1. 婚姻の結びつきは婚約のそれよりも緊密である *Arctius est vinculum nuptiarum quam sponsalium*.〉婚姻の絆が婚約のそれよりも遥かに強力であることを疑う者はいない。というのも、婚約によって少なくともその端緒が開かれた夫婦関係は、婚姻によって最終的に裏付けられ確定されるからである。〈2. 婚約解消よりも離婚の方が認められにくい *Difficilius conceditur divortium quam repudium*.〉このことから容易に判断できるのは、離婚、つまり、婚姻関係そのものの解消が、婚約解消、つまり、婚約の中止乃至破棄よりも実現しにくいという点である【別書集2巻24章「宣誓について」第25節2段、法学提要1巻10章「婚姻について」表題へのヨハネス・ハルプブレクトゥスの注釈】。〈3. 婚姻は永続的かつ解消不可能な契約である *Conjugium perpetuus et indissolubilis est contractus*.〉そしてこのことは不当ではない。というのも、神の国における婚姻の仕組みやキリストの教えによれば、婚姻とは永続的かつ解消不可能な契約であるから【マタイ書5章及び19章、マルコ書10章、ルカ書16章】。それ故、婚姻を無に帰することのないように注意すべきであり、インノケンティウスⅢ世は、別書4巻19章「離婚について」第8節において、離婚は決して許されない旨述べている【ディダクス・コワッルウィアス『婚姻論』第2部7章4節7番、パーザ『婚姻解消論』216頁】。

〈4. かつて離婚はモーゼによって許された *Quondam a Mose divortia fuerunt concessa*.〉しかし、教皇は誤っている。なぜなら、遙か昔既にモーゼが、ユダヤ人共同体において、その掟を是認し離婚を許していたからである【申命記24章1行、レビ記21章7行及び14行】。〈5. それは寛恕ではなく特免措置として許された *Non per coniventiam, sed per modum dispensationis*.〉しかも、単なる寛恕ではなく、殺害を避けるための特免措置として許したのである【マラキヤ書2章には「主曰く〈妻を嫌う者はその者を離縁すべし〉」とある。マタイ書19章に関するクリュソストモスの説教問1の31】。〈6. それは如何なる理由に基づくのか *Et qua ex causa* ?〉つまり、そのような特免をもって、神は、持続する反目から一層恥すべき事態が生ずることのないように、自ら定められた法を緩和して、離婚を認めたのである。〈7. 同上〉というのも、ヤーヴェは、一層醜い争い、奸計、毒殺、近親殺害に手段や機会を与えるよりは、夫婦の結びつきを解く方が適当と考えたからである【ベラルミヌス『婚姻論』第17章、ヨハanneス・ゲルハルドゥス『神学要論』「婚姻」の項第563番】。〈8. 軽率な離婚は新約聖書の中で排されている *Divortia temeraria in Novo Testamento sunt abrogata*.〉一方、新約聖書の中で、キリストは、婚姻に関する本来の教えをパリサイ人に想起させ、軽率な離婚を完全に排除しているけれども、〈9. 姦通を理由とする離婚は依然として認められる *Ob causam adulterii etiamnum permissa*.〉姦淫乃至姦通が婚姻の形式どころか夫婦関係それ自体をも無効にすることに鑑み、これを離婚に相応しい原因として例外視しているのは明らかである【マタイ書5章32行及び19章9行】。

〈10. 例外扱いの理由は何か *Quae causa exceptionis* ?〉というのも、姦淫乃至姦通は、肉体上の一体性を失わせ、夫婦間の信頼を損ない、婚姻の本質そのものを破壊するからである。要するに、神自身の教えによれば、夫婦は一体なのである【創世記2章24行、マタイ書19章6行】。〈11. 姦通を理由とする離婚は依然として認められる〉しかし、姦通を犯した妻は姦通相手と一体となる【第一コリント書6章16行】。それ故、夫が姦通を犯した妻と離縁し別の妻を迎えても、最初の妻の死の後に新たな妻を迎えるのと同様に、罪を犯すことには全くなりません。というのも、死別と同様に姦通によっても夫婦の一体性の絆は解消されるのであり、しかもそのような解消は、人間の手ではなく、婚姻の掟そのものによってもたらされる。姦通を犯した妻は、この婚姻の掟に不信心にも違背し、それによる義務を潜脱しているのである。この点については、『刑事実務』第2部問題63問8番以下において詳しく述べた。

〈12. 姦淫及び姦通は正当な離婚原因である *Fornicatio et adulterium justa divortii causa*.〉従って、今日もなお、姦淫乃至姦通が離婚の正当かつ十分な理由となることに疑問の余地はない。それ故、夫が姦通を犯した妻をそのまま家に置くことを望まない場合、民事上の訴権を通じて、寝台の別離、つまり、夫婦の別居を企ててもよいとされている【別書1巻38章「訴訟代理人について」第5節、同4巻19章「離婚について」4及び5節、同2巻23章「推定について」第12節、同4巻20章「夫婦間の贈与について」第4節】。〈13. 同上〉反対に、妻もまた、姦通を犯した夫に対して、同様の理由で、離婚、つまり、婚姻関係の解消を求めることができる【グラティアヌス教令集2部事例32問題1、別書4巻19章第2節、勅法彙纂5巻17章「婚姻解消、及び、

の「異教徒 *pegnus*」、つまり、「未信者 *infidelis*」がキリスト教に改宗した場合の処遇に関して、「手続に則り正式な妻を離縁した者は、福音書の真理がそのような離縁を排斥している以上、たとえキリスト教に改宗したとしても、改宗後に妻が同居を拒まない限り、妻の生存中は決して別の妻を得ることは許されない *qui autem secundum ritum suum legitimam repudiavit uxorem, cum tale*

生活習慣懲罰裁判の廃止について」第8法文2節】。〈14. 姦通の罪については、二重に、つまり、民事上も刑事上も訴えることができる *Dupliciter de crimine adulterii agere licet, criminaliter et civiliter.*〉周知のように、姦通の罪については二重に訴えることが許されている。すなわち、刑事上は、処罰を、民事上は、寝台の別離、そしてまた、嫁資あるいは婚姻故の贈与の喪失を、それぞれ求めることができるのである【ヘンリクス・ボケルス『姦通論』第3章19番】。〈15. 離婚は姦通に対する民事罰である *Divortium est poena adulterii civilis.*〉従って、離婚、すなわち、婚姻の解消とは姦通に対する民事罰に他ならない【ヨアキムス・ベウスティウス『婚姻論』第2部20章、フラミヌス・デ・ルプス『姦通論』第16章4番、マッタエウス・ウェーセンベキウス『学説彙纂パラティトラ』学説彙纂48巻5章「姦通を処罰するユリウス法について」注釈第19番、ルドウィクス・ギルハウセン『刑事裁判階梯』18章2節22番、ボケルス『姦通論』第5章冒頭】。

〈16. 最高宗法院の判決 *Decreta Consistorii Supremi.*〉ハンス・Pを原告とし妻マルタを被告とする事件において最高宗法院は1628年8月20日付けでそのように判示した（判決の文言：被告がアンドレアス・フィックラーとの間で犯した姦通が明白に証明されている。それ故、ここに我々が判断する通り、原告は被告との婚姻関係から解放され引き離されるのが正当である云々）。

〈17. 同上〉ダニエラ・Nの妻を原告とし上記夫を被告とする事件において最高宗法院は1628年8月27日付けでそのように判示した（判決の文言：あらゆる事情、とりわけ、被告が「自らの手で書いたことが確認されている」1626年4月21日付けの文書、及び、被告とマグダレーネ・Gが「書いたことが確認されている」1626年8月18日付けの同様の文書から、被告が原告に対して姦通を犯したことは十分に明白である。それ故、ここに我々が判断する通り、原告は被告との婚姻関係から「解放」され引き離される云々）。

〈18. 同上〉ゴットフリート・Mの妻を原告とし上記夫を被告とする事件において最高宗法院は1623年11月19日付けでそのように判示した（判決の文言：原告は、Bの区裁判官ハンゼン・ヤーコブ・E氏によって提供された情報によって、夫ゴットフリート・Mが原告に対して姦通を犯し、そのためにさらし者となりラントから永久に追放されたことを証明している。従って、ここに我々が判断する通り、原告は被告との婚姻関係から「解放」され引き離されるのが正当である云々）。”（*Jurisprudentia*, 655–657. 引用は1652年ハノーファー刊のテキストによる）

repudium veritas in Evangelio reprobaverit, numquam ea vivente licite poterit aliam, etiam ad fidem Christi conversus, habere, nisi post conversionem ipsius illa renuat cohabitare cum ipso」し、「夫がキリスト教に改宗したのに続いて離縁された妻も改宗したならば、夫はその妻を受け入れるべく義務づけられる si conversum ad fidem, et illa conversa sequatur, eam recipere compelletur」とするインノケンティウス三世の教皇令³⁶⁾であり、文献としては、カルヴァンの弟子テオドール・ドゥ・ベーズ Théodore de Bèze (1519-1605年)の『離婚論 Tractatio de repudiis et divortiis』(1569年初版)も挙げられてはいるが、カノン法学者のものとして参照されているのはコバルビアスの『概略』だけである。しかも、そこで指示されているのは、コバルビアスが、未信者間の婚姻は「洗礼以後に離別できない non est post baptismi lavacrum separandum」とする同じインノケンティウス三世の別の教皇令³⁷⁾に依拠して、改宗前の離縁は改宗後も有効である旨上記教皇令に反対している一節³⁸⁾であって、引用箇所としては適切とは言えない。とはいえ、カルプツォフの意図がカノン法(学)を批判し「婚姻関係そのものの解消」を正当化することにあるのは以下にみるその論旨から明らかである。宗教的教義の対立を前提にプロテスタントの婚姻法を論じるという文脈では、そのような批判乃至正当化の論拠を直接ローマ法源に求めることは難しい。プロテスタント固有の教会法が発展途上にある中で参照し得たのは、幾つかの断片的な法学文献を除けば、神法たる聖書それ自体の文言とプロテスタント神学者の著作に限られた。カルプツォフの議論の核心部分が、ルター派神学者ヨーハン・ゲアハルト Johann Gerhard (1582-1637年)の『神学要論 Loci theologici』(1610-1622年初版)を主たる典拠とする聖書解釈として展開されているのもそのために他ならない。

まず、「モーゼがユダヤ人共同体においてその掟を是認し離婚を許した Moses in Republica Judaica per legum suarum approbationem divortia toleravit」のは、「神が、持続する反目から一層恥ずべき事態が生じることのないよう

36) X. 4, 19, 8.

37) X. 4, 14, 4.

38) 注11 <7.> 参照。

に、自ら定めた法を緩和し離婚を認めた *Deus jus a se constitutum remisit, divortiumque concessit, ne deterius quid ex odio inveterato exoriretur*」からであり、それ故、ユダヤ人に対する離婚承認は「単なる寛恕 *sola conniventia*」ではなく「殺害を避けるための特免措置 *modus dispensationis ad vitandum homicidium*」と解されねばならない。つまり、「一層醜い争い、奸計、毒殺、近親殺害に手段や機会を与えるよりは、夫婦の絆を解く方が適当と考えた *satius putavit vinculum conjugii relaxari, quam foedioribus rexis, insidiis, veneficiis et parricidiis viam et occasionem aperiri*」神は、いわば必要悪として「ユダヤ人共同体の掟 *leges Reipublicae Judaicae*」、つまり、人の法を承認し、神の法が元々禁じていた離婚を許容したのである。ただし、このような古代ユダヤ人の離婚観の変遷は、コバルビアスの『概略』でも論じられていたものであり、プロテスタント側固有の論拠ではないし、キリスト教徒の離婚を正当化する根拠としてはそもそも十分とは言えない。離婚の正当化根拠として有効なのはむしろ、「パリサイ人 *Pharisaei*」に問われたイエスが創世記の記述³⁹⁾に基づいて説いた「婚姻本来のあり方 *prima conjugii institutio*」である⁴⁰⁾。「彼らはもはや二人ではなく一体である。それ故、神が結びつけたものを人が引き離してはならない *iam non sunt duo sed una caro quod ergo Deus coniunxit homo non separet*」というイエスの教えは、カトリック側の主張するように離婚一般を否定するものではなく、ただ「軽率な離婚 *temeraria divortia*」を禁じているだけで、マタイ書にみられる「姦淫以外の理由で *excepta fornicationis causa*」との留保⁴¹⁾に鑑みれば、イエスはむしろ「姦淫乃至姦通を離婚に相応しい原因として例外視している *causam fornicationis seu adulterii ad divortium sufficientem excepit*」と言える。このイエスによる離婚承認の趣旨をカルプツォフは婚姻の「本質 *substantialia*」乃至「法則 *lex*」という観点から更に敷衍している。すなわち、「姦淫乃至姦通 *fornicatio seu adulterium*」は、「肉体上の一体性を失わせ、夫婦間の信頼を損ない、婚姻の本質そのものを破壊する *solvit unita-*

39) Gn 2, 24.

40) Mt 19, 3-6; Mk 10, 2-9.

41) Mt 5, 32; 19, 9.

tem carnis, fidem conjugalem evertit, ipsaque matrimonii substantialia abolet」が故に、「死別と同様に pariter ac mortem」婚姻関係を解消させ、しかもそこでは、「夫婦の一体性の絆が、人間の手ではなく、婚姻の掟そのものによって解消される vinculum unitatis conjugalis dissolvitur, non ab homine, sed ipsa matrimonii lege」ので、姦通を理由に離婚を認めても「神が結びつけたもの quod Deus coniunxit」を「人 homo」が「引き離すこと separare」にはならないのである。以上のような論証によって、「今日もなお、姦淫乃至姦通が離婚の正当かつ十分な理由となることに疑問の余地はない dubium non est, quin etiamnum hodie fornicatio seu adulterium justa et sufficiens habeatur divortii causa」と結論づけたカルプツォフは、続けて、より実務的な説明を幾つか付け加えている。まず、離婚は、「夫が姦通を犯した妻をそのまま家に置くことを望まない場合、民事上の訴権を通じて、寝台の別離、つまり、夫婦の別居を企ててもよい si maritus uxorem adulteram retinere nolit, civili actione ad tori sive matrimonii separationem bene experiri potest」とされるカノン法上の取り扱いに倣い、「民事上の訴権 actio civilis」を介して行われ、「妻もまた、姦通を犯した夫に対して、同様の理由で、離婚、つまり、婚姻の解消を申し立てることができる uxor contra maritum adulterum parili ratione agere valet ad divortium et matrimonii dissolutionem」。また、姦通を理由とする「婚姻関係の解消 matrimonii dissolutio」は、「寝台の別離 tori separatio」や「嫁資及び婚姻故の贈与の喪失 dotis et donationis propter nuptias amissio」と並ぶ、「姦淫の罪 crimen adulterii」に対する「民事罰 poena civilis」の一つであり、刑事罰と共に「二重に dupliciter」課すことも可能である。そしてこれらの点は、妻を原告とする事件二件を含む計三件の事件について、被告による「姦通 Ehebruch」の事実が明白である限り原告は被告から「婚姻関係に関して解放され引き離されるのが正当である der Ehe halber billich entbunden und loßgezehlt wird」とした最高宗教法院の「判決 decretum」の実務的権威によって裏付けられている。

カルプツォフは、裁判離婚の原則や離婚申立における夫婦間の平等の論拠として、多くのカノン法文を援用しているが、それらは姦通を理由とする「寝台

の別離」乃至「夫婦の別居」に関わるものであって、先にその正当性が論証された「離婚」、つまり、「婚姻関係の解消」を前提としたものではない。ここには、カルプツォフの『教会法学』全体を貫く方針、すなわち、プロテスタント固有の教会法源の絶対的な不足を補うためにカノン法文を可能な限り利用援用しようとする方法的態度の一例を見て取ることができる。とはいえ、カルプツォフが「別居」と「離婚」を同一視しているわけではない。プロテスタント領邦の宗教法院では、姦通等による離婚に加えて、別居も認められており、両者の区別を明らかにすることもまたカルプツォフの課題の一つであった。「不和や虐待を原因とする夫婦の寝台及び食卓の別離 *separatio coniugum quoad torum et mensam ex causa discordiae atque saevitiae*」を扱う『教会法学』第2部第12章で、「寝台と食卓に関する夫婦の別離は真の離婚ではない *separatio coniugum quoad torum et mensam verum divortium non est*」との「定義」の下に論じられているのがこの問題である⁴²⁾。離婚について「正当な原因 *causa*

42) “定義210：寝台及び食卓に関する夫婦の別離は真の意味での離婚ではない。それは如何なる点で離婚と異なるのか。

〈1.離婚は容易軽率に認められるべきではない *Divortia non facile nec temere concedenda*.〉理由のない別居、あるいは、軽率な理由による別居を認めた神学者や法律家はこれまで一人もおらず、神の禁止に反して思慮を欠いた離婚を認めるなど思いもよらなかった。〈2.寝台及び食卓の別離は離婚よりも容易である *Facilius permittitur separatio quoad torum et mensam quam divortium*.〉その上、彼らは、姦淫や悪意の遺棄以外にも正当な原因が存するにせよ、真正の離婚ではなくむしろ寝台と食卓の別離が言い渡されるべきものと考えてきた。〈3.寝台と食卓の別離は教皇派の人々によって考案された *Separatio quoad torum et mensam a Pontificiis adinventum*.〉そして元々は、教皇令が、真正な離婚を認めなかった際に、聖書にもローマ人の法律にも見出されないこの寝台と食卓を別離をその代わりに据えたのである。〈4.それは真正な離婚ではない *Verum divortium non est*.〉ところで、ベラルミヌスが『婚姻論』第14章冒頭において、法律家は、離婚という語句を、寝台と食卓の別離の趣旨に解しており、別書4巻19章「離婚について」においてもそのように述べられている旨主張しているけれども、ヘニンギウス・アルニサエウス『婚姻法論』第6章2節8番は、これが誤りで、大学法学部においてもそのようには教えられていないと指摘している。この見解が全く正しい。というのも、法律家パウルスが学説彙纂24巻2章「離婚及び婚姻解消について」第3法文で述べている通り、不和を永続化させる意思で為されたわけではない離婚は真の離婚とは言えないからである。〈5.たとえそれが広義の離婚に含まれ

るとしても *Licet larga divortii appellatione contineatur.* 従って、語句を緩やかに解すれば、寝台と食卓に関する夫婦の別離を離婚と呼ぶことも可能ではあるが、<6. 真の離婚ではない *Verum divortium non est.*> 本当のところを言えばそのようなものではない【ヨハネ・ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第637節、ヨアキム・ア・ベウスティウス『婚姻論』第2部9章、マッタエウス・ウェーセンベキウス『パラティトラ』学説彙纂24巻2章注釈第11番、ヘニングウス・アルニサエウス前掲書第6章2節8番】。

<7. 離婚が成立すると無責配偶者に再婚権が与えられる *Divortio facto, innocenti datur facultas novum inire matrimonium.*> ここに言う別居は真正な離婚とは以下の点において全く異なっている。1) すなわち、離婚は無責配偶者に別の者と再婚する権能をもたらすが【学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第46法文、上記定義190及び192、ペーザ『離婚論』178頁、ヨハネ・スクネイデウィヌス『法学提要1巻10章「婚姻について」への注釈」「離婚について」の章第35番以下】、<8. 寝台と食卓の別離がなされても再婚権は付与されない *Non etiam facta separatione quoad torum et mensam.*> 寝台と食卓の別離がなされても再婚権は与えられない。これは、「婚姻によって結ばれた者たちに対して、妻は夫と別れてはならず、仮に別れてしまっている場合には、再婚せずにいるかあるいは夫と和解せよと、私ではなく主が命じている」との使徒の言葉から明らかな通りである【第一コリント書7章[10及び11行]、ヨアキム・ア・ベウスティウス前掲箇所】。

<9. 離婚によって夫婦の絆そのものが解消される *Per divortium ipsum dissolvitur coniugii vinculum.*> 2) そしてここから帰結するのは、真正な離婚が、婚姻の絆そのものを解消し、婚姻によって約束され裏付けられる一体の生活形態を解体するということであり【法学提要1巻10章「婚姻について」第1節、ヘニングウス・アルニサエウス前掲書第2部6章11番】、別居についてはそのような帰結を導くことはできない。

<10. しかし寝台と食卓の別離によっては解消されない *Sed non per separationem quoad torum et mensam.*> すなわち、別居によって婚姻の絆が解消されるのではなく、婚姻は依然として存続したまま、夫婦に対してただ寝台と食卓の別離が許されるにすぎないのである。というのも、たとえば夫と妻が別れて居住しているとしても【学説彙纂25巻2章「横領物訴権」第15法文】、周知のように執政官職にある人々においてそのようなことが時折起こるのであるが【同24巻1章「夫婦間贈与について」第32法文13節】、「互いを夫婦としての名誉を尊重する」限り、婚姻関係は依然として存続する。<11. 同衾ではなく婚姻の意思によって婚姻関係は形成される *Non coitus, sed maritalis affectio facit coniugium.*> というのも、「婚姻関係を成立させるのは同衾ではなく婚姻の意思である」から【上記第32法文13節、ヘニングウス・アルニサエウス前掲箇所、ヨハネ・スクネイデウィヌス『法学提要注釈』3巻1章「無遺言者によって遺された相続財産について」の表題「夫婦間贈与について」第23番へのマッタエウス・ウェーセンベキウスの注解b、ゲオルギウス・ロートシュッツ『嫁資論』第7節1番「第二に」の行へのヤコブス・スクルティウスの注解、ダニエル・モレルス『ザクセン選帝侯の規則及び勅令注釈』第3部26章2番】。

〈12. 離婚によって婚姻関係の解消は永続的となる *Perpetua fit dissolutio matrimonii per divortium.*〉3) 更に、離婚は、婚姻解消を永続化する意図で行われるので、その後の同居の望みは全くない。〈13. 寝台と食卓に関する別離では常にそうとは限らない *Non semper per separationem quoad torum et mensam.*〉これに対して、寝台と食卓に関わる夫婦間の家庭内別居は、和解を想定して一定の期間だけ行われるもので、その期間内において和解が期待できる以上【別書4巻19章第1及び2節、ヨアキムス・ア・ベウスティウス前掲書第9章、ヒエロニウムス・スクルフィウス『助言集』第3巻助言42】、真正な離婚とはなり得ない。法律家[パウルス]は、学説彙纂24巻2章「離婚及び婚姻解消について」第3法文において以下のように述べることでこのことを論証している。すなわち、「不和を永続化させる意図で為される離婚だけが真の離婚である。従って、怒りにまかせて為されあるいは表明された離婚は、不和の持続によってそれが心からの判断であったことが明らかとなるまでは効力を生じない。またそれ故、怒りにまかせた離縁状の送付された後、程なく妻が戻って来た場合、離婚したとはみなされない」、と【マッタエウス・ウェーセンベキウス『バラティトラ』同章注釈第1番、ヨハanneス・ゲルハルドゥス前掲書第637節、アルニサエウス前掲書第2節第8及び9番】。

〈14. 姦通と悪意の遺棄だけが離婚の原因となる *Solum adulterium et malitiosa desertio causantur divortium.*〉4) 最後に、両者はその原因に関しても異なっている。というのも、先に既に教示した通り、真の離婚は、姦淫乃至姦通、及び、悪意の遺棄を理由とする場合でなければ決して認められないからである【マタイ書5及び19章、第一コリント書7章15行、ヨハanneス・ゲルハルドゥス前掲書第37節冒頭、ヘニングウス・アルニサエウス『婚姻法論』第6章4節、マルティヌス・ケムニトゥス『トリエント公会議定律討』第12章262頁以下の第8部会定律6及び7】。〈15. 寝台及び食卓に関しては逆に別の理由からでも夫婦は離別できる *Aliis vero etiam ex causis coniuges separantur quoad torum et mensam.*〉他方、寝台と食卓に関しては、例えば、一方による虐待、殺害の企図、恒常的な反目や欺罔その他のような別の理由からでも夫婦は離別可能である。〈16. 真の離婚ではない *Verum divortium non est.*〉それ故、この点において、このような別居と真の離婚との相違は何人にとっても明白である【ヒエロニウムス・スクルフィウス前掲箇所、ゲルハルドゥス、アルニサエウス、ベウスティウスのそれぞれ前掲箇所】。

〈17. 最高宗教法院の決定 *Sententia Consistorii Supremi.*〉最高宗教法院はマルティヌス・Nの照会に対して1611年9月27日付けでそのように答えている〈決定の文言：汝の娘バルバラは数年前にトーマス・Bと婚姻し、この者との間に二人の子をもうけた。しかしその後、二人は不和となり、互いに何度も怒って口論している。その結果、夫が妻に対して威嚇的な言辭を吐き始め、妻は二度と夫の元に戻ろうとせず、とうとう二人はヴィッテンベルクの宗教法院の仲介で別居するに至った。そして現在、この汝の娘との婚姻を望む者が現れている。今や汝の娘はこの者との婚姻を望み、既に離婚が為された以上、そのように事態が進捗するであろうと考えているけれども、ここでの離婚は、食卓と寝台に関して行われたにすぎず、それ故、真の離婚とはみな

justa」が存する場合でも「真正の離婚ではなくむしろ寝台と食卓の別離が言い渡されるべきものと考えてきた separationem magis quoad torum et mensam, quam verum divortium decernendam judicarunt」カトリック神学者やカノン法学者は「離婚という語句を寝台と食卓の別離の趣旨に解している sub nomine divortii complecti dimissionem quoad torum et mensam」が、「元々は、教皇令が、真正な離婚を認めなかった際に、聖書にもローマ人の法律にも見出されないこの寝台と食卓を別離をその代わりに据えた eam primitus Canones pontificii, cum divortium verum nullum admitterent, in ejus locum substituerunt, tam sacris literis, quam legibus Romanorum」というだけで、両者は以下の通り「全く異なっている nec parum differt」。まず、「離婚が無責配偶者に別の者と再婚する権能をもたらず divortium facultatem tribuit innocentem novum inire matrimonium cum alia persona」のに対して、「寝台と食卓の別離」がなされても「再婚 novum matrimonium」は認められない。別居した者に「再婚権 facultas novum inire matrimonium」が付与されない論拠としてここで援用されているのは、「婚姻によって結ばれた者たちに対して、妻は夫と別れてはならず、仮に別れてしまっている場合には、再婚せずにいるかあるいは夫と和解せよと、私ではなく主が命じている his qui matrimonio juncti sunt, praecipio non ego, sed Dominus, uxorem a viro non discedere, quod si discesserit, manere innup-

されないで、それによって、夫婦の絆が完全に断ち切れ、婚姻が全て解消されたわけではない。従って、汝の娘が他の者と婚姻することは決して許され容認されるのではなく、むしろ、娘がその夫と和解し、両者が今後互いにキリスト教徒として振る舞い同居するように汝が取り計らい戒めるべきである。以上、法に基づき判示する。)

〈18. 同じく最高宗教法院の判決 Eiudem Decretum.〉最高宗教法院は、アンドレアエ・Nの妻バルバラを原告とし上記夫を被告とする事件において、1629年7月29日付けでそのような決定を下した(判決の文言: 被告が、今後妻の名誉を汚したり妻や子供を打擲したりしない旨、宣誓の下に表明し約束したので、原告が被告と和解し再び同居することを許された。それ故、被告は、そのような宣誓による約束を遵守すべく義務づけられ、懈怠した場合には、世俗当局の手で厳しい刑罰が課され、それ以後妻は食卓と寝台に関して被告から離別させられる。以上、法に基づき判示する。)" (Jurisprudentia, 695-698.)

tam, aut viro suo reconciliari]」との使徒パウロの言葉⁴³⁾である。カルプツォフは、この箇所を、これに続く「夫もまた妻と離婚してはならない et vir uxorem ne dimittat」という一節にも示唆されるような離婚それ自体の端的な否定ではなく、一旦婚姻によって結ばれた以上たとえ別れても再婚を禁じ和解を命ずる趣旨に解しているのである。そしてこの点は別居と離婚の更なる相違点として敷衍されている。すなわち、「真正な離婚は婚姻の絆そのものを解消し、婚姻によって約束され裏付けられる一体の生活形態を解体する *divortium verum ipsum dissolvere matrimonii vinculum, inviduamque vitae consuetudinem, quam promittit et firmat conjugium*」ので、「その後の同居の望みは全くない *spes ulterioris cohabitationis est nulla*」が、「別居」においては、「婚姻は依然存続しているため、夫婦に対してただ寝台と食卓の別離が許されるにすぎない *saltem conjugibus permittitur discessus a toro et mensa, ipso adhuc durante matrimonio*」のである。離婚の「原因 *causae*」が聖書に裏付けのある「姦通 *adulterium*」と「悪意の遺棄 *desertio malitiosa*」の二つに限定される一方で、別居の「原因」にはより広く、「一方による虐待 *unius vel alterius saevitia*」、「殺害の企図 *machinatio mortis*」、「恒常的な反目や欺罔 *continuae rixae et insidiae*」等が含まれるとされるのも、このような両者の根本的相違の反映に他ならない。「定義」の末尾には、夫が「妻に対して何か威嚇的な言辞を吐くこと *sich etlicher betraulicher reden gegen ihr vernehmen lassen*」や「妻の名誉を汚したり妻や子供を打擲すること *sein Weib an ihren Ehren zuschmähnen / sie und die Kindere mit schlägen zubeästigen*」をそれぞれ別居原因と位置づける二件の最高宗教法院の先例も援用されている。特に前者では、夫婦が「ヴィッテンベルクの宗教法院の仲介で別居するに至った *sein vermittels des geistlichen Consistorii zu Wittenberg von einander geschiede worden*」後に再婚を望む妻の父親からの「照会 *consultatio*」に対して、ドレスデンの最高宗教法院が、「ここでの離婚は、食卓と寝台に関して行われたにすぎず、それ故、真の離婚とはみなされないで、それによって、夫婦の絆が完全に断ち切れ、婚姻が全て解消さ

43) 1 Cor. 7, 10-11.

れたわけではない。従って、汝の娘が他の者と婚姻することは決して許され承認されることはなく、むしろ、娘がその夫と和解し、両者が今後互いにキリスト教徒らしく振る舞い同居するように汝が取り計らい戒めるべきである。Dieweil die ehescheidung weiter nicht als zu tische und bette geschehen / und also vor kein rechtes divortium und eigentliche ehescheidung zuachten / noch dadurch das vinculum conjugale oder band der Ehe gänzlichen getrennet / also daß die Ehe durchaus caßiret auffgehoben worden ; So mag dahero mehrerwehnter euer Tochter sich anderweit zuverehelichen keines weges verstattet und nachgelassen werden / Sondern sie wird vielmehr von euch dahin gehalten und vermahnet / daß sie mit ihrem Manne sich vereinige / und sie beyde Christlichen hinfüro sich bezeigen und beyeinander wohnen」旨答えている。パウルスが言うように⁴⁴⁾「不和を永続化する意図で行われる *animo perpetuam constituendi dissentionem fit*」離婚は、「和解を想定して一定の期間だけ行われる *fit saltem ad certum tempus propter reconciliationem*」別居から実務上截然と区別され、離婚者にのみ再婚が許されたのである。

このように、別居に対する離婚の独自性は、何よりもまず再婚の許容を通じて顕在化することになる。カルプツォフは、姦通を理由に離婚を申し立てた「無責配偶者 *pars innocens*」と自ら姦通を犯した「有責配偶者 *pars nocens*」とに分けて、「再婚権 *facultas novarum nuptiarum*」付与の可否及び要件を論じている。前者についてはまず、その「再婚権」の有無を論じることの「実益 *effectus*」が問題とされている。というのも、「ザクセン選帝侯領 *provinciae Electoratus Saxonici*」において実際にそうであるように、「姦通者にはほとんどの場合に等しく死刑が言い渡され、被告に対して刑が執行されるならば、死によって当然に婚姻関係が解消される以上、無責配偶者に再婚権が認められることにほとんど疑問の余地はない *cum in differenter fere mortis supplicium in adulteros sit constitutum, quod si Reis infligatur quin parti innocenti ad novas convolare liceat nuptias, dubium vix relinquitur, absque controversia conjugio*」

44) D. 24, 2, 3. Paul. 35, ad ed.

morte dissoluto」ようにも見えるからである。しかし、「当局が姦通の処罰に無関心で自らの職務を果たさない *negligens est Magistratus in adulterio puniendo, nec suum facit officium*」場合、更には、「当局が何か特別な理由や正当な原因に基づいて姦通者に恩赦を与え、死刑を免じ、投獄や罰金といったより軽く裁量の余地のある刑罰を代わりに課す *Magistratus ex speciali quadam ratione iustaque ex causa gratiam fecit adultero, mortisque supplicium remisit, poena mitiori et arbitraria carceris vel pecuniaria substituta*」場合には、「この問題を論じる余地が残されている *locus dabitur quaestioni huic*」。このように議論の実益を確認したカルプツォフは、「姦通を犯した配偶者が依然生存中であっても、無責配偶者に別の者と婚姻関係を結ぶ許可を与えるべしとする我々の神学者や宗教法院による解決がしっかりと地歩を固めている *firmis stat pe-dibus resolutio nostratium Theologorum et Consistorialium, quod licitum sit conjugii ino-centi, vivente adhuc parte adultera cum alia persona contrahere matrimonium*」と述べて、無責配偶者への再婚権付与を認める実務への支持を表明し、その正当化を図っている⁴⁵⁾。その際、離婚及び再婚の可能性を前提に離婚

45) “定義190：姦通を理由に婚姻が解消されると、無責配偶者は別の者と婚姻関係を結ぶことが許される。

〈1. この問題について議論するのは誤りかどうか *Frustra an non disputetur de hac quaestione?*〉ザクセン選帝侯領内で姦通を理由に離婚がなされた場合、再婚権の承認について議論するのは誤っていると貴方は言うかも知れない。というのも、姦通者にはほとんどの場合に等しく死刑が言い渡され、被告に対して刑が執行されるならば、死によって当然に婚姻関係が解消される以上、無責配偶者に再婚権を認めるべきことにほとんど疑問の余地はないからである。〈2. 同上〉従って、ヨアキムス・ア・ベウスティウスが、この問題について次のような言葉で自らの見解を表明しているのも確かに不当なことではない。すなわち、「しかしながら、神の恩寵の下、ザクセン大公領の統治者は姦通に対する全く正当かつ峻厳な処罰者であるが故に、このような問題が生じる余地は残されていない」、と【『婚姻論』第2部25章末尾】。〈3. 同上〉更に、姦通を犯した妻が依然生きていても無責の夫に別の妻を迎えることを許しているキリストに対して【マタイ書5及び19章】、パリサイ人は、姦通者を石で打ち殺すべく命じているモーゼの律法に基づいて【レビ記20章、申命記22章】、反論したし、姦淫を理由とする離婚によって再婚権を認めるキリストも、そのような再婚権の承認に根拠がなかったわけではないにせよ、上記の死刑を廃止できなかった【ヘニングウス・ア

ルニサエウス『婚姻法論』第2部6章24番】。〈4. この問題に実益がないわけではない *Nequaquam effectu destituitur quaestio haec.*〉しかしながら、キリストは、姦通を罰するモーセの法の欠点を予期する一方で、それを明確な言葉で非難したり統治者の職権を侵したりすることは望まず、ただ統治者の無為の背後にある良心に訴えているのであるから【アルベリクス・ゲンティリス『婚姻論』第6巻11章、アルニサエウス前掲書第25番】、この問いに全く実益がないということを暗に示唆しているわけではない。〈5. つまりこの問いは当局が姦通の処罰に怠慢である場合に実益がある *Quando scilicet negligens est Magistratus in puniendo adulterio.*〉従って、当局が姦通の処罰に無関心で自らの職務を果たさない場合、この問題を論じるのは無益ではない。また、偉大なルターも、イエナ版著作全集独語篇第2巻所収の「婚姻障害論」116頁でこの点に触れて、「当局が無頓着かつ怠慢で処刑しない場合は云々」と述べている。〈6. 正当な理由で姦通者に対する死刑が減免される場合もまた同じ *Aut si justa causa, mortis poenae adultero remittantur.*〉ましてや、当局が何か特別な理由や正当な原因に基づいて姦通者に恩赦を与え、死刑を免じ、投獄や罰金といったより軽く裁量の余地のある刑罰を代わりに課す場合には、このような問題が生じる余地がある。この点については、『刑事実務』第2部問題57、60、61で詳しく述べた。それでは、この問題について如何に判断すべきか。

〈7. それでは無責配偶者には再婚を認めるべきか *Num ergo innocentibus liceat ad alium convolare matrimonium?*〉前掲『刑事実務』第2部問題63第18番以下において、我々が、ベラルミヌス『婚姻論』第4章やカノン法学者に反論し、長々と援用した事柄については省略するが、〈8. 肯定的判断 *Decisio affirmativa.*〉姦通を犯した配偶者が依然生存中であっても、無責配偶者に別の者と婚姻関係を結ぶ許可を与えるべしとする我々の神学者や宗教法院による解決がしっかりと地歩を固めていることは、ネウイザヌス『婚姻の森』第1章106番、ペーザ『離婚論』178頁、マウセルス『婚姻論』、ヨアキムス・ア・ベウスティウス前掲書第2部24章、ヨハネネス・スクネイドウィヌス『法学提要1巻10章注釈』離婚の章第35番以下、ヘニンギウス・アルニサエウス前掲書第2部6章に明らかである。〈9. この判断は偉大なルターも認めている *Quae et placuit B. Luthero.*〉また、偉大なルターが、イエナ版全集独語篇第5巻所収の「婚姻事件論」第2部255頁で次のように述べているのも、以上の見解と無縁ではない。すなわち、「夫が婚姻を破り、なおかつ、それが公に証明され得るならば、配偶者たる妻が自由となり、夫と離婚して他の男と婚姻することに、私は反対できないし反対するつもりもない」、と。〈10. この判断は市民法によって裏付けられる *Non modo ea est fundata in jure civili.*〉更に、この見解は市民法上も異論はない【勅法彙纂5巻17章第8法文5及び7節】、〈11. 聖書においても然り *Sed etiam in sacris.*〉聖書においても十分に根拠付けられている。1) そもそも、キリストは、「姦淫以外の理由で妻と離縁し別の女を娶る者は誰であれ姦淫を犯すことになる」と言っている【マタイ書19章】。それ故、その反対解釈から、姦淫を理由に妻と離縁し別の女を娶る者は姦淫を犯していないことになる。要するに、モーゼの律法は如何なる理由であっても離婚を認めたが、キリストはこれを廃して、唯一つ姦淫の場合だけを例外としたのである。

このように原則に例外が存在する以上、上記のキリストの言葉は、姦通を犯した妻がたとえ生存中であっても無責の夫には別の妻を迎えることが許されるという趣旨に解さねばならない【ヨハネス・スクネイドウィヌス、及び、ベウスティウスの前掲引用箇所】。〈12. 神法に由来する論拠とは一体何か *Fundamenta ex jure divina quænam?*〉

2) また、姦淫の場合に離婚を認めるキリストの言葉【マタイ書5及び19章】は、空虚な言明ではなくむしろ当然に生じる解放に関わるものとして理解すべきである。つまりこの場合、使徒【パウロ】が信者について「未信者が信者の元を去るならば、信者は絆に縛られない」と述べている通り【第一コリント書第7章 [15行]】、無責の者は束縛されない。〈13. 同上〉更に、マルコ書10章 [11行] やルカ書16章 [18行] の文言も絆に及ぶ離婚について一般的に述べたものと解する他なく、例外に関わるマタイ書の文言を引き合いに別の意味を想定することはできない。というのも、何れの場合にも、同じ出来事、同じ返答について述べられているからである。〈14. 同上〉3) 更に、「受け入れられる者は受け入れよ」というキリストの言葉そのもの【マタイ書19章12行】だけでなく、「自制できないならば結婚すべきである。享樂よりは婚姻の方がまだましであるから」という使徒の言葉【第一コリント書7章9行】にも反して、離婚が為されても他の者と婚姻関係を結ぶことは許されず無責者は独身を強いられるとするならば、これに異を唱えない者などいるであろうか。

〈15. 別の者との婚姻関係を結ぶ権能を与えるに先だってまず和解が試みられるべきである *Praemittenda est reconciliatio, priusquam detur facultas cum alia persona inire matrimonium.*〉以上の通りであるとしても、再婚の承認を急ぐべきではなく、もちろん無責者側についてではあるが、むしろまずは和解が試みられるように節度をもって手続を進める必要がある。なぜなら、教会は家に帰り悔悛する者に対して入り口を閉ざしておらず【第六書5巻2章「異端者について」第4節】、そのような勧めに受け入れようとしない場合であっても、無責者が自制し貞潔に生きることができれば、姦通を犯した妻の生存中は再婚を思い止まるよう更に説得し、〈16. 同上〉それがいよいよ本当に不可能な場合に、別の者と婚姻関係を結ぶ権能を認めるべきあるから【ベウスティウス前掲書第24章、ヨハネス・スクネイドウィヌス前掲書離婚の章第35番】。〈17. 偉大なルターの見解によっても同じ *Etiam ex mente B. Lutheri.*〉これはまた偉大なルターの見解でもあった【前掲イエーナ版著作全集第5巻2部255頁】。そこには、「夫が妻と和解し互いを受け入れることができる限り、そちらの方が遥かに好ましいが、神の名の下に神の国において行われていることを無責者が望まない場合には云々」とある。

〈18. 最高宗教法院の判決 *Decreta Consistorii Supremi.*〉ハンス・Pを原告としその妻マルタを被告とする事件において1628年8月20日付けでそのように判示した(判決の文言: 被告がアンドレアス・Fとの間で犯した姦通が明白に証明されている。それ故、ここに我々が判断する通り、原告は被告との婚姻関係から解放され引き離されるのが正当であり、無責配偶者たる原告には、もう一度キリスト教徒として婚約し、華美に過ぎることなしに婚姻を完遂することを許可し容認する。以上、法に基づき判示する)。

後の「嫁資 dos」や「婚姻前の贈与 ante nuptias donatio」の帰属について定めるローマ法文⁴⁶⁾も引用されているが、主要な論拠となっているのは、「夫が婚姻を破り、なおかつ、それが公に証明され得るならば、配偶者たる妻が自由となり、夫と離婚して他の男と婚姻することに、私は反対できないし反対するつもりもない Ich kan und mag nicht wehren / wo ein Gemahl die Ehe bricht / und kan beweiset werden öffentlich / daß das andere theil frey sey / und sich scheiden möge / und mit einem andern vereheligen」とのルターの言葉、そして何よりも聖書の文言とその解釈である。すなわち、マタイ書第19章第9行にみえる、「姦淫以外の理由で妻と離縁し別の女を娶る者は誰であれ姦淫を犯すことになる quicunque dimiserit uxorem suam, excepta causa fornicationis, et aliam duxerit, moechatur」という一節の「反対解釈 contrarius sensus」からすれば、イエスは、夫による離縁を無制限に認める「モーゼの律法 lex Mosa-

〈19. 同上〉ダニエル・Nの妻を原告とし今述べた夫を被告とする事件において最高宗教法院は1628年8月27日付けでそのように判示した(判決の文言: 以上から、被告が原告に対して姦通を犯したことがあらゆる点において十分に明らかである。それ故、ここに我々が判断する通り、原告は被告から解放され引き離されるべきであり、また、無責配偶者たる原告にはもう一度キリスト教徒として婚姻することを許可し容認する。ただし、被告及びマグダレーナ・Gに対する処罰は世俗当局に留保される。以上法に基づき判示する)。

〈20. 同上〉カスパー・Hを原告としその妻を被告とする事件において最高宗教法院は1628年9月5日付けでそのように判示した(判決の文言: 以上から、被告が原告に対して姦通を犯したことがあらゆる点において十分に明らかである。それ故、ここに我々が判断する通り、原告は被告との婚姻関係から解放され引き離されるのが正当であり、また、無責配偶者たる原告にはもう一度キリスト教徒として婚姻することを許可し容認する。以上法に基づき判示する)。

〈21. 同上〉ゴットフリート・Mの妻を原告とし今述べた夫を被告とする事件において最高宗教法院は1623年11月19日付けでそのように判示した(判決の文言: 原告は、バンベルクの区裁判官ハンス・ヤーコプ・E氏によって提供された情報によって、夫ゴットフリート・Mが原告に対して姦通を犯し、そのためにさらし者となりラントから永久に追放されたことを証明している。従って、ここに我々が判断する通り、原告は被告との婚姻関係から「解放」され引き離されるのが正当である。また、無責配偶者たる原告にはもう一度キリスト教徒として婚姻することを許可し容認する。以上法に基づき判示する)。(Jurisprudentia, 657-659.)

46) C. 5, 17, 8, 5 et 7. Theodosius et Valentinianus

ica」を排して、「姦淫 fornicatio」を理由とする場合にのみ例外的に離婚を認めたことになり、婚姻関係が完全に解消される以上、上記の「キリストの言葉 verba Christi」は、「姦通を犯した妻がたとえ生存中であっても無責の夫は別の妻を迎えることが許されるという趣旨に解すべき sunt intelligenda, ut innocentium licitum sit aliam ducere uxorem, adulteram etiam vivente」なのである。確かに、このマタイ書の一節に対応するマルコ書第10章第11行やルカ書第16章第18行には、「姦淫以外の理由で *excepta causa fornicationis*」という文言が欠けているけれども、「何れの場合にも、同じ出来事、同じ返答について述べられている *utrobique eadem historia idemque narratur responsum*」からこそ、むしろ逆にマタイ書におけるそのような留保を無視することはできないし、「離婚が為されても他の者と婚姻関係を結ぶことは許されず無責者は独身を強いられる *facto divortio non licet cum alia persona inire matrimonium, partem innocentem cogi ad coelibatum*」という理想論は、「受け入れられる者は受け入れよ *qui potest capere capiat*」⁴⁷⁾あるいは「自制できないならば結婚すべきである *quod si non se continent nubant*」⁴⁸⁾と述べて、信者に「独身 *coelibatus*」を強制することを敢えて避けたイエスや使徒パウロの考えにも反している。ただし、無責配偶者に再婚を認めること自体は以上の通り正当であるとしても、「再婚の承認を急ぐべきではなく、もちろん無責者側についてではあるが、むしろまずは和解が試みられるように節度をもって手続を進めねばならない *properandum est ad concessionem novi conjugii, sed cum temperamento procedendum, ut nempe apud partem innocentem reconciliatio prius tentetur*」。つまり、「教会は家に戻り悔悛する者に対して入り口を閉ざしてはおらず、そのような悔悛の勧めに受け入れようとしない場合であっても、無責者が自制し貞潔に生きることができれば、姦通を犯した妻の生存中は再婚を思い止まるよう更に説得し、そのように生きることがいよいよ本当に不可能な場合に、別の者と婚姻関係を結ぶ権能を認めるべき *Ecclesia redeunti et resipienti gremium*

47) Mt 19, 12.

48) 1 Cor 7, 9.

non claudit, quam adhortationem si admittere nolit, rursus monenda, ut ab alio absteineat conjugio vivente adultera, si se continere casteque vivere queat; si vero non concedenda demum est facultas cum alia persona nuptias contrahere」なのである。最後に援用されている計四件の最高宗教法院の先例も、何らかの理由で姦通者が死刑に処せられない場合に、「無責配偶者にもう一度キリスト教徒として婚姻することを許可し容認する dem unschuldigen theil in andere wege sich hinwieder christlich zuvereheligen verstatten und nachlassen」ものであり、引用された個々の判決の文言からは必ずしも明らかではないが、何れも上記のような慎重な考慮を経て判示されたというのがカルプツォフの理解である。

姦通者が生存中であっても無責配偶者に再婚権を付与するプロテスタントの立場は、確かに「真正な離婚」の独自性を際立たせることになるが、別居のみを認めるカノン法も、姦通者が死亡すれば無責配偶者に再婚を許しているので、姦通者が世俗当局により処刑される場合のみならず、その他何らかの事情で死亡する場合にも、その実際上の結論に変わりはない。カトリックとプロテスタントの立場の相違がより一層明確になるのは、むしろ姦通者自身、つまり、「有責配偶者」の再婚をめぐることである。「ある女が夫の兄弟と同衾した quaedam cum fratre viri sui dormivit」場合、「姦通を犯した者たちは決して婚姻関係を結んではならないが、妻を汚された夫に対して婚姻の許しを拒むべきではない adulteri nunquam conjugio copulentur: illi vero, cujus uxor stuprata est, licita conjugia non negentur」とする法文⁴⁹⁾や、同じく妻の「姦淫 fornicatio」が「証人 testes」の目撃証言によって証明された場合に、「離婚の判決を下すことができ、その場合、夫は、妻の死後、別の妻を迎えることについて許可を得られるが、妻の方は婚姻の望みを絶たれたままとなる potest sententia divortii promulgari: ita quidem, ut vir licentiam habeat, mortua illa ducendi aliam, muliere sine ape conjugii remanente」⁵⁰⁾とする法文からも明らかな通

49) C. 32, q. 7, c. 19.

50) X. 2, 23, 12.

り、「姦通を理由に婚姻関係が解消されても有責配偶者には再婚権は決して付与されないというのがカノン法学者たちの一致した見解である *constans est Canonistarum sententia, quod dissoluto ob adulterium conjugio, parti nocenti potestas novum inire matrimonium haud competat*」。つまり、カノン法は、姦通者へのいわば制裁として、配偶者の死亡による婚姻関係の消滅を根拠に通常ならば付与されるはずの生存配偶者の「再婚権 *potestas novum inire matrimonium*」をも否定するのである。これに対して、カルプツォフは、ルターの説と宗教法院の実務に依拠しながら、「有責配偶者にも一定の条件の下に再婚が許される可能性がある *patri etiam nocenti certis conditionibus novae concedi possunt nuptiae*」旨主張している⁵¹⁾。すなわち、ルターは、「当局が無関心か

51) “定義191：有責配偶者、つまり、姦通を犯した側にも一定の条件の下に再婚を許すことができる。

〈1. カノン法学者によれば、有責配偶者に再婚が許されることは決してない *Ex sententia Canonistarum nocenti concedendae sunt novae nuptiae*.〉姦通を理由に婚姻関係が解消されても有責配偶者には再婚権は決して付与されないというのがカノン法学者たちの一致した見解である。〈2. その見解はカノン法のどの法文に依拠しているのか *Quibus in textibus juris canonici ea fundata?*〉別書2巻23章「推定について」第12節には、「そのように姦淫の疑いが強く確実である以上、離婚の判決が下すことができ、その場合、夫は（姦通を犯した）妻の死後別の妻を迎えることについて許可を得られるが、妻の方は婚姻の望みを絶たれたままとする」とあり、グラティアヌス教令集2部事例32問題7第19節には、「ある女が夫の兄弟と同衾した場合、姦通者は決して婚姻関係を結んではならないが、妻を汚された夫に対して婚姻の許可が拒まれることはない旨命じられた」とある。更に、同第20、21、23、24節でも同じことが定められている。〈3. この見解に理由がないわけではない *Non destituitur haec sententia ratione*.〉以上のような見解に理由がないわけではない。というのも、有責配偶者が自らの不法行為から利益を得たり、犯罪にきっかけを与えたりすることは本末転倒であるから。寛大さをもって再婚を認めるべきなのは確かだとしても、貞潔な夫への嫌悪故に姦通を犯す妻は、再婚を認められんがために、虚言を吐くのが常である。

〈4. 偉大なルターは別の見解である *Aliter sensit B. Lutherus*.〉それにもかかわらず、偉大なルターは、イエーナ版著作全集独語篇第3巻所収『婚姻障害論』166頁において以下のように書いて、これとは異なる立場に立っている。すなわち、「問い：相手方がもし貞潔を保てない場合にはどうなるのか。答え：神は法をもって姦通者を石打の刑に処すべき旨命じておられるので、この問いに答えることは許されない。それ故、世俗の剣、つまり、世俗当局も姦通者を死刑に処すべきものとされている。しか

し、当局が無頓着かつ怠慢で死刑を課さず、姦通者が自制できない場合には、姦通者は遠く離れた土地へ向かい自由の身となることを許される。とはいえ、悪い例となるが故に死刑に処する方が適切である」、と。〈5. ルターの見解が正当であり、広く受け入れられている *Cuius sententia vera et recepta*.〉そのように、当局の無為が刑罰の執行を妨げた場合には、ルターの所説は全く以て正当である。〈6. 同上〉しかし、正当かつ十分な理由から度々死刑が免除され、姦通への刑罰が緩和されることから、勤勉な当局でさえこの問題について思い悩むということがあり得る。この場合、偉大なルターは更に、有責者に対して再婚を完全に拒絶すべきではない旨適切にも忠告しており、ビーデンバッハ『婚姻詳説』の婚姻理由に関する補遺第2章問2、ペソルドゥス『婚姻論』第11章5番、メランヒトン『神学要論』婚姻の項もルターの見解に従っている。

〈7. ただし幾らかの慎重さをもってこの見解を受け入れねばならない *Cum mica salis tamen accipienda*.〉ただし、無差別の許可によって不品行に抜け道を与えたり、悪行が願ってもない利益をもたらすことのないように、幾らかの慎重さをもってこの見解を受け入れるべきである。〈8. まず和解が試みられるべきである *Prius tentetur reconciliatio*.〉1) それ故、その望みが残されている限り、和解が試みられるべきであって、有責配偶者には決して再婚を認めてはならない。〈9. 厳しい訓戒が前もって発せられるべきである *Praecedat severa admonitio*.〉2) 有責配偶者は、自らの不品行を認め、勤労と断食をもって肉欲を自制し、自らが再婚権を付与されるに値しないと考えるべく強く警告されねばならない。〈10. その上更に宗教法院の認可を要する *Consensus Consistorii accedat*.〉3) 更に、有責者が自らの判断で再婚に踏み切ることのないように注意すべきであり、有責者はまず宗教法院、つまり、教会当局の認可を求めるべきである。〈11. 加えて、罰金もしくは国外退去が命じられる〉しかも、有責者の良心が独身のままでは全く保たれないという場合に、次の条件、すなわち、有責配偶者が資産所在地と居所を変更し、自らの不品行がまだ知られていない場所へ向かうか、あるいは、罰金を支払い、婚姻の儀式を簡素にすると条件の下に再婚が許される。ヘミングウス『婚姻論』186頁、ヨハネス・ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第622節1048頁。

〈12. 選帝侯の答書 *Rescriptum Electorale*.〉ザクセン選帝侯陛下はツィーツェンの宗教法院に対して1626年6月7日付けでそのようにお答えになった。答書の文言：余は、汝等の上奏の聴取により、元々ヨハン・フリードリヒ・Cの妻であったユーディト・Sに何が起きたのか理解した。近隣の土地で犯した姦通の故に、この女の夫にもはや許しや和解を期待できず、女もまた汝等の訓戒にも関わらず良心を失うことなく独身でいることができない場合には、余は、女の若さその他の諸事情に鑑み、女が、50ターラーを当地の我が教会財産に支払うことと引き換えに、どこか別の土地でクリストフ・Sと婚約し、華美を排した婚姻の儀式を女の財産所在地であるS以外の土地で挙げることを許してもかまわない。この機会に慈悲深い汝等が請願者たる女を寛大に扱い、女から50ターラーを徴収した上で、余の最高宗教法院に事件を送付しようというのならば、当院において余の判断が下されるであろう云々。 (Jurisprudentia, 660)

つ怠慢で死刑を課さず、しかも、姦通者が自制できない場合には、その者は遠く離れた土地へ向かい自由の身となることを許される *wo aber die Obrigkeit seumig und nachlässig ist / und nicht tödtet / mag sich der Ehebrecher in ein ander fern Land machen und freyen / wo er sich nicht halten kan*』と述べて、「姦通者 Ehebrecher」の再婚を消極的ながら容認しただけでなく、「勤勉な当局 *diligens Magistratus*」の下でも「正当かつ十分な理由から度々死刑が免除され、姦通への刑罰が緩和されている *ex ratione justa ac sufficiente mortis supplicium saepe remittitur et poena adulterii mitigatur*」ことに鑑み、「有責者に対して再婚を完全に拒絶すべきではない旨忠告した *consuluit, novum conjugium nocenti haud fore denegandum*」し、宗教法院も、このルターの忠告に従い、「無差別の許可によって不品行に抜け道を与えたり、悪行が願ってもない利益をもたらすことのないように *ne indifferenti licentia aperitur fenestra ad nequitiam, nec malitia praemium consequatur exoptatum*」、幾つかの厳格な条件を課した上で有責配偶者の再婚を認めたのである。カルプツォフは、そのような要件として、「和解 *reconciliatio*」の「望み *spes*」がないこと、「自らの不品行を認め、勤労と断食をもって肉欲を自制し、自らが再婚権を付与されるに値しないと考えるべし *delictum suum agnoscat, laboribus et jejuniis concupiscentias carnales reprimat, seque indignam judicet, cui novi matrimonio potestas detur*」との「訓戒 *admonitio*」を受けること、再婚について「宗教法院の許可 *Consistorii consensus*」を得ること、「独身のままでは良心が全く保たれない *omnino conscientia in coelibatu periclitatur*」こと、そして、「資産所在地と居所を変更し、自らの不品行がまだ知れ渡っていない場所へ向かうか、あるいは、少なくとも罰金を支払い、婚姻の儀式を簡素にする *sedem fortunarum ac domicilii mutat, atque eo se confert, ubi eius turpitudine non innotuit, vel saltem mulctam luit pecuniariam, et nuptiae absque pompa celebrantur*」ことを挙げており、末尾に引用される「選帝侯の答書 *Rescriptum Electorale*」にもこれらの要件をはっきりと読み取ることができる。というのも、ザクセン選帝侯は、その答書の中で、

「近隣の土地で犯した姦通の故に、夫にもはや許しや和解を期待できず、この女もまた汝等の訓戒にも関わらず良心を失うことなく独身でいることができない場合には、余は、女の若さその他の諸事情に鑑み、女が、50ターラーを当地の我が教会財産に支払うことと引き換えに、どこか別の土地でクリストフ・Sと婚約し、華美を排した婚姻の儀式を女の財産所在地であるS以外の土地で挙げることを許してもかまわない Wofern nun wegen begangenen Ehebruchs nach erlangter Landes, sicherung bey ihrem gewesenen Ehemann die remission und Außsöhnung nicht zuerhalten / Sie auch auff euer zureden mit unverletzten Gewissen ausser der Ehe nicht bleiben kan, so können wir nach Gelegenheit ihrer Jugend und anderer Umstände geschehen lassen / daß sie gegen Erlegung 50. Thaler in unsren Kirchenkasten allhier / mit Christoff S. sich anderweit vereheligen / und die Ehe ohn alles Gpränge / auch an keinem andern Orte / als auff ihrem Gute zu S. vollziehen möge」と述べて「最高宗教法院に事件を送付する in Ober Consistorium übersenden」よう求めているからである。

次にみておきたいのは、カルプツォフの『教会法学』公刊の半世紀後に、シュトリュークが『学説彙纂の現代的慣用 Usus modernus pandectarum』(1690-1712年)の中で展開した議論である。同書は学説彙纂の編別に従っており、「離婚及び婚姻取消について De divortiis et repudiis」と題された第24巻第2章に関わる内容は『続篇第三 Continuatio tertia』(1712年初版)に収められている。その冒頭においてまず試みられているのは離婚の定義である⁵²⁾。「離婚

52) “1. <離婚とはしばしばみられる慣行である Divortiorum usus frequens.> 離婚の慣行は、古代に目を向けるならば、大半の民族において頻繁にみられ、それ故、ここで万民法というものを諸民族の習俗にとらえる限り、ほとんど万民法に相当するといっても過言ではない。大洪水以前の人類にも既に同じ慣行が見出される旨、セルデヌスは、『ヘブライ人の教えに基づく自然法及び万民法』5巻9章で述べている。実際、ユダヤ人の離婚については聖書に裏付けがある。ブクストルフィウス『婚約及び離婚論』全体、セルデヌス『ヘブライ人の妻』、偉大なリンクウス氏『離婚実務論』第2節を参照せよ。また、この部分について、ユダヤ人を真似ているのがイスラム教徒である。アントニウス・ゲウフラエウス『トルコ人の風俗及び祭礼に関する論考』第2巻を参照せよ。エジプト人の習慣はこれらユダヤ人のものとそれほど異なっていないので、諸学者は、ユダヤ人がこの習慣をおそらくエジプト人から知り学んだものと

解している。ブクストルフィウス前掲書111頁を参照せよ。あらためて言うまでもなく、これらの事柄はギリシャ人にもよく知られていた。アレクサンドリアのアレクサンデル『愉しき日々』第4巻8章、ヨセフス・スカリゲル『エウセビオスに対する批判的検討』第29番を参照せよ。そして最後に、ローマ人の習慣については本章に十分に述べられている。ローマ人は離婚に対して寛大であり、友好的な離婚や極めて軽微な原因による離婚までもが許された【学説彙纂24巻1章「夫婦間の贈与について」第32法文10節】。アウルス・ゲッリウス『アッティカの夜』第4巻3章、偉大なリンクウス前掲箇所第4番、ペトルス・グレゴリウス・トロサヌス『要論』第9巻15章、アルニサエウス『婚姻法論』第6章3節も参照せよ。離婚をめぐる個々の民族の法が多種多様であるように、現代の法も離婚を完全に排斥しているわけでは確かにないが、これに制限を加えている。つまり、一定の場合に限って離婚を承認しているのである。しかも、この点については学識者間に著しい見解の相違がみられ、そのような相違は、婚姻に関する事柄に非常にしばしばみられるのと同様に、離婚の原因に関しても極めて大きい。

2. <離婚とは何か Divortium quid ?> ところで、「離婚」の語源はその窮極の本質を明らかにしてくれる。すなわち、離婚は「離れること」に由来し、この語は、本来、正しい道筋から離脱することを意味しており、また、ある人が示唆する通り、「気質の相違」をも含意する【パルナビタ・ボッシウス『離婚語義論』】。それ故、離婚し婚姻関係を解消する者は、法の上でも互いに離れるものと解される。つまり、それらの者は、離別し、あるいは、別々の方向へと退き互いにいわば切り離されるのである【キッツェルス『婚姻概説』第8章命題2、ゲルハルドゥス『神学要論』「婚姻について」第561節、法学提要1巻10章「婚姻について」第4節へのスクネイデウィヌスの注解第3番】。それ故、ローマ法によれば、離婚は婚姻の絆そのものを断ち切ったのであり、離婚に付随する効果、そして、ヘンリクス・プロウウェルス『婚姻法論』第31章に述べられている離婚に関する様々な法が、この点を十二分に明らかにしている。〈市民法には寝台と食卓に関わる別離は見られない Jure Civili incognita est separatio quoad thorum et mensam.〉また、後述する通り、その後、教皇法の諸原理に従い、「寝台と食卓に関わる別離」なるものが現れることになるのは確かだが、当時はまだそのようなものは認められていなかった。ユダヤ人の離婚についてもこの点は疑う余地はなく、そのような離婚とは異なる何らかの別離が認められていたとは思われない。これに対して、今日、離婚は「公的な権威の下に」行われるので、少なくともこの点については、我々はローマ人やユダヤ人の習慣を真似ていない。従って、この観点からは、離婚とは、「正当な原因に基づき、宗教法院の公的な権威の下に為される生存夫婦間の婚姻関係の解消」に他ならない【ラウテルバキウス『法学便覧』24巻2章「離婚及び婚姻解消について」、プロウウェルス『婚姻法論』最終章第2番、キッツェルス『婚姻概説』第8章命題2、学説彙纂24巻2章「離婚及び婚姻解消について」に関する諸博士の通説】。(Continuatio tertia, 261-262.引用は1717年ハレ刊第3版のテキストによる)

の慣行 *divortiorum usus*」は、古来、「エジプト人 *Aegyptii*」、「ユダヤ人 *Judaei*」、「ギリシャ人 *Graeci*」、「ローマ人 *Romani*」、そして、「イスラム教徒 *Muhammedani*」も含めて、「大半の民族に頻繁にみられるので、ほとんど万民法に相当するといっても過言ではない *frequenter apud plerasque gentes fuisse cernitur, ut fere Juris Gentium dici mereatur*」。他方、「離婚をめぐる個々の民族の法が多種多様であるように見える *singularum Gentium jura circa divortia diversa deprehenduntur*」のは当然であって、「離婚に対して寛大で、友好的な離婚や極めて軽微な原因による離婚までもが許された *adeo indulgebatur divortiis, ut etiam bona gratia, vel ob levissimam causam, admissa fuerunt*」古代ローマの離婚法がそのまま「現代の法 *jura nostrorum temporum*」として通用するわけでもない。というのも、「現代の法は離婚を一定の場合に限って承認している *jura nostrorum temporum sub certis tantum causis eadem admiserunt*」からである。離婚の「語源 *derivatio*」である＜離れる *divertere*＞が、「正しい道筋から離脱すること *secessionem a recta via facere*」を意味し、更には「気質の相違 *diversitas mentium*」をも含意するとされている点に照らすならば、離婚の「窮極の本質 *intima indoles*」が「婚姻の絆それ自体を断ち切る *tollit ipsum vinculum matrimoniale*」ところにあるのは明らかであり、その限りでは確かに、シュトリュークの言う「現代の法」、つまり、プロテスタントの離婚法はユダヤ人やローマ人のそれを継承していると言える。しかし、「離婚が公的な権威の下に行われる *divortia publica fiunt auctoritate*」点において、前者は、離縁状の付与等による私的な離婚を許した後者とは大きく異なる。以上のような考察を経て、結局、シュトリュークは、自身が講義用教材として愛用し注解書（『卓越せる法律家 W. A. ラウテルバキウス氏による学説彙纂便覧への注解集 *Succinctae annotationes ad W. A. Lauterbachii, Jcti Cereberrimi, compendium Digestorum*』1700年初版）も著していたヴォルフガンク・アードム・ラウターバッハ Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678年) の『法学便覧 *Compendium juris*』（1679年初版）の一節⁵³⁾をほぼそのまま引用して、「離婚とは、正当な原

53) “離婚乃至婚姻取消とは正当な原因に基づき、当局の公的な権威の下に為される生

因に基づき、宗教法院の公的な権威の下に為される生存夫婦間の婚姻関係の解消に他ならない *divortia sunt nihil aliud, quam dissolutiones vinculi matrimonialis inter conjuges adhuc viventes, ex justa causa, publica Consistorii auctoritate factae*」との定義を提示している。

ところで、このような離婚の定義には、同時に、離婚法を議論することそれ自体の特殊性が示唆されている。というのも、ここでは、裁判実務や地域固有法に照らしたローマ法源の取捨選択や修正という「学説彙纂の現代的慣用」本来の趣旨よりもむしろ、カノン法との相違や聖書の文言との整合性が議論の中心とならざるを得ないからである。実際、シュトリュークは、「夫婦の絆の完全な解消 *totalis dissolutio vinculi matrimonialis*」としての離婚を正当化するにあたって、カルプツォフと同じくゲアハルトの『神学要論』を主たる典拠に詳細な聖書解釈を展開している⁵⁴⁾。まず論じられているのは、マタイ書第5章第

存夫婦間の婚姻関係の解消である”(Compendium, 453.引用は1697年テュービンゲン刊のテキストによる)。ラウターバッハの見解についてはⅢを参照されたい。

- 54) “3. <離婚とは夫婦の絆の完全な解消を意味する *Divortium totalem dissolutionem vinculi conjugalis denotat.*> このように、プロテスタントの実務において、夫婦の絆の完全な解消が離婚の本質として求められている以上、「離婚」という概念にそのような意味での婚姻の解消を含めない教皇派の人々に我々は強く反対せざるを得ない。ベラルミヌス『婚姻論』第1巻10章以下がこれを公に弁護しているが、教皇派に対して多く我が同胞が既に戦いの喇叭を吹き鳴らしている。例えば、ベウスティウス『婚姻論』第2部16、20章、及び、23章以下、スケルゼルス『神学体系』第26巻18章、スキルテルス『アウグスティヌス離婚論注解』、ゲルハルドゥス『神学要論』「婚姻について」第563節以下がそうである。ともかく、真実は不変であり、それは以下のような明白な根拠に基づいている。〈この見解の論拠 *Fundamenta hujus sententiae.*〉典拠となるのはマタイ書5章32行であり、そこで我々の救世主は次のように述べている。すなわち、「しかし、私はあなた方に言う。姦淫を理由とする場合を除いて、自分の妻を離縁する者は全て、その女に姦淫をさせることになり、また、離縁された女を娶る者は全て、自ら姦淫することになる」、と。なおマタイ書19章9行も参照せよ。〈マタイ書第5章の解釈 *Explicatio loci Matth. V.*〉上記典拠を適切に理解するためには、そこでのキリストの非難が、パリサイ人の律法解釈や、より軽微な理由で離婚を認めていたユダヤ人の習慣に向けられているという点を知る必要がある。というのも、スカマエウス派に従う人々が厳密な意味での不品行のみを離婚原因と認めていたのに対して、ヒレリウス派に属する人々は如何なる理由も正当と見なしたという具合に、この点をめぐってユダヤ人の中で激しい論争があり、セルデヌス『ヘブライ人の妻』第3

卷20章329頁によれば、後者の見解が民衆にも大いに歓迎され、一般にほぼ受け入れられていたからである。前掲マタイ書19章においてパリサイ人は、キリストが対立する両派の一体どちら側に与するのか見極めようとして問い質したのである。このことから、キリストが「絆にまで及ぶ」婚姻の解消について尋ねられているのは明らかである。というのも、ユダヤ人の間ではこの意味での婚姻解消だけが知られていたからである。従って、キリストが、離婚の自由を、唯一つの理由、つまり、「姦通」の場合に限定しているのであるならば、そのような返答もまた「完全な解消」に関するものと解されねばならない。仮に別の解釈を認めるとするならば、(全く馬鹿げたことではあるが)キリストが、「しかし私はあなた方に言う」という言葉によって、パリサイ人の誘惑や誤った解釈ではなく、まさに「真の婚姻解消」について述べたモーゼに異論を唱えていることになる。この点については、ゲルハルドゥス『神学要論』「婚姻について」第564節、ヨハanneス・ブクストルフィウス『婚約及び離婚論』第2部5番116頁、ジエグレルス『ランケロトゥス注解』2巻16章第9節「もし他方配偶者が」への注解を参照せよ。また、前掲箇所[マタイ書19章]で付言されている「人は神が結びつけた者たちを離してはならない」とのキリストの言葉をもって、婚姻関係の完全な解消がキリスト自身によって禁じられたかのように解するべきではない。なぜなら、キリストへの問いかけが最終的なものでなかったように、キリストもまた最終的な答えを示したわけではなく、それらの言葉に完全な解決が含まれていると考えていたわけでもないということは、その後に続くキリスト自身の言明から明らかであるから【ブクストルフィウス前掲箇所】。同じことは、この議論に際してキリストが提示した判断理由【マタイ書19章】からも全く自明である。その箇所で、キリストは、婚姻は解消不能でなければならないとする婚姻に関する本来の教えに言及し、そこから、あらゆる婚姻は道德の掟に基づいて解消不能であるとしつつも、婚姻の本性に直接反する「姦通」という原因については、このような一般的禁止から除外すべき旨主張しているのである。そしてまた、キリストによって示された原則が「婚姻の絆の解消不可能性」について言明している以上、上記例外は「完全な婚姻解消」に関するものと解されねばならない。この点についてはゲルハルドゥス前掲箇所を参照せよ。救世主が、本来の教えに則ってこの議論全体を判断し、承認されていない理由で離婚し他の女を娶った者をまさに姦通を犯したものとして断罪したのは当然のことであった。以上から、承認された理由によって離婚した後に別の女を娶った者は姦通者ではないという結論を確実に導くことができる。ライトフット『マタイ書第5及び19章へのヘブライ学的覚書』278頁、卓越せるトマシウス氏の『重婚罪論』第40節を参照せよ。

4. <上記見解は第一コリント書第7章10行によって裏付けられる Probatur ulterius sententia ex 1 Cor. VII, 10.> パウロは、「信者が、未信者の配偶者と共に、良心を失うことなく平穩に婚姻関係に留まることは可能か」という問題に答えるとき、まさに以上のような前提に立っているのである【第一コリント書7章10行】。というのも、その箇所でパウロは我らの救世主の判断に従っているからである。つまり、パウロは、キリストがパリサイ人に抗して全力で擁護した婚姻の解消不可能性に鑑み、例えば未

32行、すなわち、「しかし、あなた方に言う。姦淫を理由とする場合を除いて、自分の妻を離縁する者は全て、その女に姦淫をさせることになり、また、離縁された女を娶る者は全て、自ら姦淫することになる Ego vero dico vobis, quod omnis, qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam moechari, et qui dimissam duxerit, moechatur」という一節である。イエスのこ

信者の夫が妻と同居することに同意している場合がそうであるように、たとえ著しい信仰上の不一致が存するとしても、妻は夫から離れてはならないと訴えているのである。しかも、ここでパウロは、キリストによって与えられた原則を承認しているにすぎないのであって、例外を排除しているわけではなく【リンキウス氏の『離婚実務論』第4章4節】、むしろそれを前提としている【ゲルハルドゥス氏の前掲書第570節】。実際、「しかし未信者が離れるならば離れるがままにさせよ。この場合、兄弟も姉妹ももはや絆には束縛されない」と続けるとき、パウロ自身の言葉がその旨示唆している。というのも、もし遺棄された者が遺棄者である夫との契約から自由であるとするならば、その者は、姦通を犯すことにはならない以上、良心を汚すことなく他の者と婚姻することができるのであり、それ故、パウロ自身による判断理由が、キリストによる例外を明示するマタイ書5章を前提としていると言えるからである。この点についてはゲルハルドゥス氏の前掲書第570節を参照せよ。また、ここでパウロが、悪意の遺棄をも完全な離婚の正当な原因に加えているからといって、キリストと見解を異にするというわけでもない。これは、既に我が同胞の神学者や法律家たちが明らかにしている通りである。ブクストルフィウス『婚約及び離婚論』第2章9番126頁、ブルネマヌス氏の『教会法論』第2巻17章26節及び同節注、ゲルハルドゥス前掲書第624節、プロウウェルス『婚姻法論』第2巻18章12番。

5. <我々の見解と原始教会の一致 Consensus primitivae Ecclesiae cum nostra sententia.> 以上のような教説が原始教会の実務と矛盾するものではなかったということは、テルトゥリアヌス『一夫一婦制論』第9章によって裏付けられ、そこには、「姦淫を理由とする場合を除いて、妻を離縁するは全て、その女に姦淫をさせることになるからである」というようにキリストの言葉が繰り返されている。スキルテルス氏の『絆に及ぶ婚姻解消に関する教会の教説をめぐる法学説史』第6節以下を参照せよ。殉教者ユスティノスは、『キリスト教徒弁護』の中で、キリスト教徒の妻が、信仰を理由に、未信者で恥知らずの夫を信仰心を拒絶し離婚することを認めている。そして、かのグラティアヌスも、教令集2部事例32問題7第19節において、「ある女が自分の夫の兄弟と同衾した場合、姦通を犯した者たちは決して婚姻関係を結んではならないが、妻を汚された夫に対しては婚姻の許しを拒むべきではないとの判断が下された」と述べているところからすれば、この点を無視できなかった。同じことはトレポール公会議の決定からも確認できる【グラティアヌス教令集2部事例32問題7第24節】。”
(Continuatio tertia, 262-266.)

の言葉は、いわゆる山上の説教の一部として、離縁状の交付を命じる律法⁵⁵⁾を前提に弟子たちに向けて語られたものであるが、その趣旨を「適切に recte」理解するためには、同じ律法をめぐるパリサイ人とイエスの問答に際してほぼ同趣旨の教え⁵⁶⁾が繰り返されていることに着目せねばならない。当時、「厳密な意味での不品行のみを離婚原因と認めた *solam turpitudinem stricte dictam admittebant*」人々と「如何なる理由も正当と見なした *quamlibet causam iustam reputabant*」人々との間で「激しい論争 *controversia insignis*」があり、後者の見解が「民衆にも大いに歓迎され一般にほぼ受け入れられていた *etiam populo admodum grata, imo fere recepta erat*」。そのような背景の下で、「パリサイ人はキリストが対立する両派の一体どちらの側に与するのか見極めようと問い質した *Christum tentare voluerunt Pharisei, ut animadverterent, cuinam parti inter dissentientes faveret*」のであり、ユダヤ人にとっての離婚とは「夫婦の絆に及ぶ婚姻解消 *dissolutio matrimonii quoad vinculum*」に他ならない以上、イエスは、「婚姻関係の完全な解消」の原因を「姦通 *adulterium*」に限定する上記の教えを通じて、前者に与することを示唆し、「パリサイ人の律法解釈 *Phariseorum interpretationes*」や「より軽微な理由で離婚を認めていたユダヤ人の慣行 *Judaeorum mores, qui divortia ex levioribus admittebant causis*」を非難したものと解されるのである。先にパリサイ人に離婚そのものの是非を問われて、「人は神が結びつけた者たちを引き離してはならない *quos Deus conjunxit, homo ne separet*」と答えている⁵⁷⁾こともこのような解釈の妨げにはならない。なぜなら、そのような離婚の単純な否認に留まるべきではないと考えたからこそ、例外的な離婚原因たる「姦淫 *fornicatio*」に特に言及したと考えられるからである。つまり、イエスは「あらゆる婚姻が道德の掟に基づいて解消不能である *ex lege morali omne matrimonium esse indissolubile*」としつつも、「婚姻の本性に直接反する姦通という原因については、そのような一般的禁止から除外すべき *ab hac generali prohibitione excipiendam esse causam adul-*

55) Deut. 24, 1.

56) Mt 19, 9.

57) Mt 19, 6.

terii. Quod directocum natura conjugii pugnaret」旨主張しているのである。次に、このような理解を使徒パウロの言葉で裏付けることが試みられ、典拠として第一コリント書第7章第10行が指示されている。「続いて既婚者に命じる。命じるのは私ではなく主であるが、妻は夫と別れてはならない his autem qui matrimonio iuncti sunt praecipio non ego sed Dominus uxorem a viro non discedere」というこの一節の趣旨は、配偶者の一方が「未信者 infidelis」である場合の離婚の可否を論じるその文脈に照らして初めて明らかとなる。つまり、ここでパウロは、「信者が、未信者の配偶者と共に、良心を失うことなく平穩に婚姻関係に留まることは可能か *utrum fidelis cum infideli secure et salva conscientia possit in matrimonio subsistere?*」という問いに対して、「信仰上の不一致 *disparitas religionis*」も、「キリストがパリサイ人に抗して全力で擁護した婚姻の解消不可能性 *indissolubilitas a Christo tantopere contra Pharisaeos defensa*」に照らせば「正当な離婚理由 *legitima causa divortii*」になり得ない旨答えているのである。そして、「未信者が離れるならば離れるがままにさせよ。この場合、兄弟も姉妹ももはや絆には束縛されない *quod si infidelis discedit, discedat, non enim servituti subjectus est frater aut soror in huiusmodi casu*」と述べて、未信者による「悪意の遺棄 *desertio malitiosa*」を離婚原因とみなす同章第15行との関連でみる限り、パウロは「姦通」による離婚の許容という「例外 *exceptio*」をも含めてイエスの教え全体を継承していることになる。というのも、「もし遺棄された者が遺棄者である夫との契約から自由であるとするならば、その者は、姦通を犯すことにはならない以上、良心を汚すことなく他の者と婚姻することができる *si persona deserta libera est a lege viri desertoris, potest salva conscientia alii nubere, ut non adulterium committant*」からである。その上で、シュトリュークは、テルトゥリアヌスやユスティノスといった教父の見解を援用しつつ、「夫婦の絆の完全な解消」としての離婚を許容するイエス及びパウロの見解が「原始教会の実務 *praxis primitivae Ecclesiae*」の内にも定着していた事実を指摘し、最後にグラティアヌス教令集から、「姦通を犯した者たちは決して婚姻関係を結んではならないが、妻を汚された夫に対して婚姻の許しを拒むべきではない *adulteri nunquam conjugio copulentur: illi*

vero, cujus uxor stuprata est, licita conjugia non negentur」とする法文⁵⁸⁾、及び、ある者が「継母 *noverca*」や「継娘 *filiatra*」あるいは「妻の姉妹 *soror suae uxoris*」と「同衾した *dormivit*」場合、「双方とも婚姻を達成することはできないが、それらの女の夫はもし望むならば自制が不可能な場合に限り別の女を娶ることができる *neuter ad conjugium potest pervenire: sed vir ejus potest, si vult, aliam accipere, si se continere non potest*」との法文⁵⁹⁾を引用して論証を締めくくっている。前者は、既にみた通り、離婚ではなく別居を前提とした生存配偶者の再婚権の典拠としてカルプツォフが引用したものであるが、シュトリュークにおいては、何れも、離婚に代わって別居という仕組みが確立される以前の教令として援用されているのである。

姦通を原因とする離婚を認めるプロテスタントの立場が、イエスからパウロを経て「原始教会 *primitiva Ecclesia*」へと継承されたキリスト教会本来の立場であるとの主張は、その後離婚を否定するに至ったカトリックへの批判でもあった⁶⁰⁾。カトリック教会では、まず、「ウーディネ公会議 *Concilium Foro-*

58) C. 32, q. 7, c. 19.

59) C. 32, q. 7, c. 24.

60) “6. <どういうきっかけでこの教説が疑われ始めたのか *Qua occasione coeperit de hac doctorina dubitari?*>” しかしながら、後に続く時代には、このような教えに疑いの目が向けられるようになった。それはとりわけ、アウグスティヌスがマタイ書第5章への注解の中でそのような疑念を再び取り上げ、婚姻解消に関する先の例外と再婚の権利とを断固認めなかったことによる。とはいえ、スキルテルス前掲書第13及び14節が指摘する通り、そのような見解は一般に受け入れられていたわけでもなかった。グラティアヌスによって引用された教皇ザカリアスの教勅【グラティアヌス教令集2部事例32問題7第23節】はこの指摘を裏付けている。というのも、教皇はそこで、「もし汝が妻の姉妹と同衾した場合はどうか。もし汝が妻を迎えながらその妻に無関心で、しかも、汝の妻である女がこの不品行について何も知らず、自制することも望まない場合には、その女は自ら望めば婚姻できる」と述べているからである。以上の点については更にリンキウス『離婚慣行論』第3章7番も参照せよ。しかし同時にまた、先の教えに対する疑いは徐々に強まり、ウーディネ公会議において【第8部定律10末尾】、姦淫を理由に婚姻が解消された後もなお婚姻の自由が制限されることになった。つまり、姦通者が存命中である限り再婚は許され難いと解されたのであり、この立場はナンテル公会議においても確認された。別書4巻19章「離婚について」第1節へのゴンザレス・テレスの注解を参照せよ。〈司教の下での離婚の自由の廃棄

Sublata divortiorum libertas apud Pontificios.〉そして結局、司教たちの間で、婚姻は秘蹟であるとの誤った前提が定着し、それが公会議による公的承認が加わることで裏付けられた結果、「絆に関わる」あらゆる離婚の自由が無差別に否定されるに至った。そして、彼らは、この見解を飾り立てるために、「人は神が結びつけた者たちを引き離してはならない」という救世主その人の言葉さえも援用するようになった。更にそこに、トリエント公会議における承認【第24部会婚姻に関する定律8第7節】も加わった。すなわち、トリエント公会議は、婚姻の絆が一方の姦通によって解消されることはあり得ないと教える点において教会は誤っている旨主張する人々に対して破門を言い渡したのである。ただし、この問題についてトリエント公会議の列席者たちは非常に慎重であった。というのも、彼らはただ単純に破門を命ずることを望んだのではなく、スアウイス『トリエント公会議事録』第8巻と、それに依拠するジエグレルス『ランケロトゥスのカノン法提要注解』2巻16章第9節の注解が詳しく伝えている理由に基づいて反論しているからである。

7. 〈離婚に関する教皇派の馬鹿げた見解 Pontificiorum sententia de divortio inanis.〉しかし、教皇派の二つの論拠は全く馬鹿げている。なぜなら、婚姻が秘蹟であることは未だ証明されていないし【ジエグレルス『ランケロトゥスのカノン法提要注解』2巻2章第1節注解301頁を参照せよ】、先のキリストの言葉も「不当な原因に基づく」離婚の自由をめぐる論争に関係するものにすぎず、文脈そのものにそれが示唆されているからである。この点についてはブクストルフィウス前掲書116頁以下を参照せよ。ところが、キリストならば完全な離婚を認めたであろう場面で今や教皇派が持ち出している「寝台と食卓の別離」とは、まさにそのような論拠に基づいているのである。ルターが正当にもそのような別居を「虚無であり、全くの妄想に他ならない」【イエーナ版著作全集独語篇252頁】と呼んでいる通り、それが教皇派によって導入されたものであるが故にまさに矛盾を内包するである。〈寝台と食卓に関する別離はなぜ維持されているのか Separatio quoad thorum et mensam quomodo retenta.〉そういうわけで、宗教改革以後、我々の教会においては、適切にも、「絆に関わる」完全な離婚というキリストの教えが復活したが、ある一定の場合には「寝台と食卓の別離」が維持され、教皇派に対抗して擁護されている。その結果、離婚を「完全な離婚」と「部分的な離婚」とに区別することが全く一般的になっている。そのような別居が維持された最大の目的は、もちろん、夫婦間にこれ以上大きな反目が生じないようにするため、あるいは、最終的に和解できるように夫婦を促すための一時的な措置とするためである【この点については、ブルンネマヌス『教会法論』第2巻17章31節への私の注解、リンクウス前掲書第5章6節、ブラウウェルス『婚姻法論』第1巻29章、スキルテルス『カノン法提要』第2巻12章10節、カルプゾウィウス『教会法学』第2部判決180第5番以下、ヨハンネス・ゲオルギウス・ニコライ『離婚及び婚姻解消論』第2部5章5番、リクテリウス『助言集』助言515第5及び7番を参照せよ】。

8. 〈離婚と寝台及び食卓の別離との違い Differentia divortii et separationis quoad thorum et mensam.〉これら二つの離婚の相違がとりわけ著しいのは、その原因に関してである。というのも、あるものは「完全な」離婚の原因であり、あるものは「部分的

Juliense」(791年)の定律、及び、それを再確認した「ナンテール公会議 Concilium Nannetense」(895?年)を経て、「姦淫を理由に婚姻が解消された後もなお婚姻の自由が制限されるようになった *libertas nubenti etiam post resolutum ex fornicationis causa matrimonium fuit restricta*」とされ、そのような実務が、その後、「離婚は秘蹟であるとの前提 hypothesis, quod matrimonium sit sacramentum」と、「<神が結びつけた者たちを人が引き離してはならない>という救世主その人の言葉 *verba ipsius Salvatoris: Quos Deus conjunxit, homo ne separet*」とを根拠に一般化された結果、「姦通者が存命中である限り再婚は許され難いと解されていた *vivente adultero secundae nuptiae minus licitae judicabantur*」段階から更に進んで、「終には絆に関わるありとあらゆる離婚の自由が無差別に否定されるに至った *tandem sublata est penitus omnis divortiorum libertas quoad vinculum absque distinctione*」]。その過程でいわば代替措置として導入されたのが「寝台と食卓の別離」に他ならない。しかし、「婚姻が秘蹟であることは未だ証明されてはいない *hactenus non evictum est, matrimonium esse sacramentum*」し、「先のキリストの言葉も不当な原因に基づいた離婚の自由をめぐる論争に関わるものにすぎない *assertum Christi solum respicit controversiam de libertate divortiorum ex injusta causa*」]のであるから、カトリック側の主張に根拠はなく、それ故、「宗教改革以後、我々の教会においては、

な」離婚の原因であるから。完全な離婚の原因として大抵挙げられているのは、二つ、すなわち、「姦通」と「悪意の遺棄」である【キッツェリウス『婚姻要論』第8章論題4、ニコライ『離婚論』第2部1章24番、カルプゾウィウス『教会法学』第2巻11章判決203以下】。ただし、これ以外の同じように重大な原因を色々と挙げる人々もないわけではなく、ブルクネリウス『婚姻事件判決集』第16章1番はそれらを長々と列挙している。また、ヨハンネス・ミルトヌス『離婚論』もここに付け加えることができよう。彼は、プーフェンドルフィウス『自然法及び万民法』第6巻1章24節が指摘する通り、たまたま自身が家庭の不幸によって悩まされたために、耐え難い生活態度、あるいは、夫婦間の性格の相違や不一致もまた正当な離婚原因となる旨主張しようとしている。レンネマヌス氏も『ローマ＝ゲルマン法学』第1部討論42論題36のc及びdにおいてこの見解に与しており、ストルウィウス氏の『法学要論』演習30定理41ではレンネマヌス氏の主張全体が引用されている。”(Continuatio tertia, 266-268.)

絆に関わる完全な離婚というキリストの教えが復活した *in nostris Ecclesiis post reformationem doctrina Christi de divortio pleno quoad vinculum restituta est*」のである。ただし、「夫婦間にこれ以上大きな反目が生じないようにするため、あるいは、最終的に和解できるように夫婦を促すための一時的な措置とするため *ut sit medium temporale, quo vel majora inter conjuges evitantur mala, vel adiguntur, ut tandem in gratiam redeant*」に有益である場合には、「我々の宗教法院 *nostra consistoria*」においても「寝台と食卓の別離」が依然として運用されており、それは「完全な離婚 *totale divortium*」との対比において「部分的な離婚 *partiale divortium*」と呼ばれている。両者の違いはまずその「原因 *causa*」に存する。後にVでみるように、シュトリュークは、聖書の文言によって裏付けられる「姦通 *adulterium*」や「悪意の遺棄 *desertio malitiosa*」に加えて、「殺害の企図 *insidiae vitae*」をも「完全な離婚」の原因とみなす一方、「部分的な離婚」たる別居の原因については、「直ちに和解することが不可能なほど深刻な諍いとそこから生じる反目 *rixae gravissimae et inde orta inimicitia*, ob quam non statim ad concordiam reduci possunt」や「夫による虐待 *mariti saevitia*」を例示した上で、ユスティニアヌスの勅令にも目を配りながら、「如何なる場合にこの予備的な救済に行き着くべきかはむしろ裁判官の裁量に委ねられる *judicis arbitrio relinquendum esse, ob quas causas ad hoc remedium subsidiarium de verni debeat*」と結論づけている。また、完全な離婚は文字通り夫婦の絆を断ち切り再婚を許容するのに対して、「寝台と食卓の離別が行われても、婚姻関係は依然として有効なままであり、ただ、同居に基づく効果だけが一時的に停止されるにすぎない *separatione facta quoad thorum et mensam, saluum adhuc manet vinculum conjugale, et tantum illi effectus ad tempus suspenduntur, qui ex cohabitatione dependent*」。具体的には、「別居中の妻は夫に対して如何なる労務も提供する必要はない *uxor separata nullas operas marito praestare debet*」し、「夫が妻に対して扶養を義務づけられる *maritus uxori ad alimenta tenetur*」のも「別居が夫の過失を理由に行われた *propter mariti culpam separatio facta est*」場合に限られる。しかし他方で、「夫は嫁資を保持し、別居した妻は、嫁資の散逸の危険が差し迫っていない限り、嫁資の返

還を求めることはできない *maritus dotem retinet, nec separata ad eam repetendam agere potest, nisi periculum dissipationis immineat*」というように、「同居 *cohabitatio*」の有無には直接関わらない夫婦の財産関係は従前通り維持されることになる⁶¹⁾。

61) “63.〈寝台と食卓の別離について *De separatione quoad thorum et mensam*.〉これまで「完全な」婚姻解消について述べてきたし、ローマ人の間にみられたのもこれであったが、寝台と食卓の別離についてもここで若干の説明を加えておくべきであろう。先に第2節で既に述べた通り、このような別離はローマ法に基づくものではないが、夫婦の私的な別居はローマにおいても確かに見られる。しかし、それはここに言う別離に相当するものではほとんどあり得ない。ローマ人における夫婦の私的な別居については、法律家〔ウルピアヌス〕が、学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第32法文13節で次のように述べている。すなわち、「妻と夫が長い間別居してはいるが、互いに夫婦としての名誉を尊重しているならば（このようなことは執政官職に就いた人々の間で時折みられる）、婚姻が存続している場合に準じて、贈与は効力を生じないものと解する。なぜなら、婚姻を形作るのは同衾ではなく婚姻の意思であるから」と。同じことは同25巻2章「横領物訴権について」第15法文〔前書〕によっても裏付けられる。この法文において法律家が言うには、横領物訴権に関して、「同居しているのかあるいは別居しているのか」はほとんど問題とならない。ブラウウェルス『婚姻法論』第29章第3番は、これらの法文に依拠して、寝台と食卓の離別が既にローマ人の間で行われていたと証明しようとしている。しかし、私は、上記第6節において、この別居のより真正な由来を見出し、同時にまた、それが婚姻の解消不能という前提を維持するためにアウグスティヌスによって考案されたということも明らかにした。実際、ローマ人において用いられていたそのような夫婦の私的で自発的な別居は、ここに言うような形態の別居ではなかった。というのも、ローマ人の別居は、双方の意思、便宜、私的な権威に基づいて為されたのであり、また、夫が職務のために妻をローマに残したまま別の場所に滞在することを余儀なくされるという事情のために否応なく行われたものであるから。従って、今日でも、そのような私的な別居とここに言う別居とは同じではあり得ず、それ故また、ローマ人の事例によってこの別居を論じるのは適切ではない。またローマ人における別居は寝台上の営みを決して妨げることはなく、それは彼らの意思に委ねられていた。他方、別々にしかも異なる場所に居住しているにもかかわらず、寝台と食卓の離別と呼ぶのは適当ではないような夫婦の例は今日みられないわけではないが、寝台と食卓の離別の方は、宗教法院の権威に基づき、多くの場合は相手方の意思に反して、虐待その他の理由で言い渡される別居である。以上につき、ブルネマヌス『教会法論』第2巻17章31節への私の注解、及び、アルニサエウス『婚姻法論』第6章2節、ニコライ『離婚論』第2部5章第1番を参照せよ。

64. <プロテスタントの法廷におけるその運用 *Usus ejus in foris protestantium*.> しかし、この寝台と食卓の離別が、姦通その他正当な理由によっても婚姻が解消されないようにすることを主たる目的として、カノン法に導入されたのだとしても、我々プロテスタントの宗教法院においては、そのような目的ではなく、より適切かつ有益な目的、つまり、互いに離れてしまった夫婦の心が和合と平穏へと再び導かれ、一層重大な不幸を回避するためのいわば一時的な救済として維持されている。従って、我々の下では、この別離は、永続的なものではなく一時的なものであり、たとえ宗教法院の意図に反してそのようになってしまう可能性があるとしても、少なくとも離別を永続させるといふ意図で言い渡されるものではない。従って、一般に、寝台と食卓の離別は、離婚を認めるべきではないような仕方で生じる原因、例えば、我々の下に送付されてきた事件に対して1699年7月に以下のように解答した通り、直ちに和解することは困難なほどに深刻な諍いとそこから生じる反目のような原因によって認められている。<判決案 *Sententia*.>「我々に向けて提出されたこれらの幾つもの不服申立とそれに反対する申立、それらについて行われた証明その他、ベッカー・H・N・Mのその妻に対する離婚事件に関する一連の書面が送付されてきたので云々。求められている完全な離婚は認められないが、互いに心から完全に和解するに至るまで当該夫婦が一定期間食卓と寝台を分かつことは許され、その上で、この者たちには、その教区担当の牧師がそれがなぜかを諄々と説いて聞かせ、たとえ何れかの者が最終的にそれを受け入れようとしない場合であっても、聖なる秘蹟の利用は許されるべきではない。更に、夫は全ての子供を引き取って扶養する義務を負うが、妻に対しては反抗的である間はそれ以上の扶養を提供する義務はない。法に基づき以上の通り判断する」.<判断理由 *Rat. Dec.*>「H・N・Mとその妻の事件において、婚姻をその絆に及ぶまで完全に解消できるほどに重大な事実が証明されても主張されてもいないのであるから、両当事者が申し立てている諍いや反目の故に夫婦の絆が断ち切られることはない。しかし、互いの相手に対する感情は非常に悪化し、和解の試みも今までのところ無駄に終わっており、その際、妻が新たな不和の原因をもたらす一方で、夫も妻に対して不当な応対をしていて、ある程度離れていれば互いの感情が和らぐ可能性もあるので、これ以上激しい怒りを避けるためにも、双方が一定期間別居することは許される。ただし、それは永続的なものとして認められるのではなく、最終的には教会の監督を介してキリストの教えに従った和解へと導かれねばならない。ところで、この離婚の責任が妻にある以上、夫は妻を扶養する義務はないが、父親として自らの子供たちを育てる義務は依然として負っている」。

65. <別居の原因 *Causa separationis*.> 更に、この離別は夫による虐待を理由に言い渡されることも非常に多い。ここに言う虐待とは、殺害の企図には確かに結びつかないがしかし他の手段ではほとんど矯正不可能な暴力のことであり、これについては裁判官が認定する【ニコライ『離婚論』第2部5章第21番】。何よりも先ず試みられるべきは確かに夫婦の和解であって、その目的のために、状況に応じて、妻に暴力を働く夫からそれ以上暴力を振るわない旨の担保を提供させることもあり、裁判官がそれが相応しいと考える場合には、質や保証約束も付される【カルプゾウィウス『教会法

学』第2部12章定義219及び220】。私はこの点をブルネマヌス『教会法論』第2巻17章31節への注解において先例を用いて説明しておいた。しかし他方で、そのような担保提供は、プロウウェルス『婚姻法論』第2巻29章19番が適切に指摘している通り、夫が生活態度の改善や暴力の放棄の証拠を提示する場合に認められるべき旨。というのも、もしそうでなければ、担保提供それ自体が、悪しき習慣を矯正することなく、むしろ妻に対する更なる暴力の機会をもたらすのは明らかであるから。これは、皇帝〔ユスティニアヌス〕が法学提要1巻26章で、信用に値しない後見人について述べていることと同じである。従って、妻もまた当局から事情を聴取されると同時に、妻が担保の受け入れを欲しているかどうか調査されねばならず、もしもっともらしい理由によって受け入れを拒絶する場合には、単に離別のみが承認されるべきである【ニコライ『離婚論』第2部5章第58番以下】。

66.〈新勅法第117勅法の有用性について De usu Nov. 117.〉最後に、皇帝が完全な離婚の正当な理由を列挙している新勅法117勅法第9章の方式が、この別居においても一般に通用している。それはすなわち、1) 皇帝に対して何らかの謀反を企てた場合、2) 夫が妻の命を狙った場合及びその逆、3) 夫が妻を姦通させるべく他の男の手に委ねようとした場合、4) 夫が妻の姦通について虚偽の告発をした場合、及び、その逆、5) 妻が夫の許しなく親族外の男と会食したり入浴した場合、6) 妻が夫の意に反して外泊した場合、7) 妻が夫の意に反して観劇した場合、8) 夫が妻を侮蔑し、他の女としばしば会食していることが証明された場合、である【プロウウェルス前掲書第29章30番】。確かに、幾つかの場合には、別居を認めることができると思われるし、それどころか第二の事例においては、先に明らかにした通り、完全な離婚も認められよう。しかし、第六及び七の事例については別居の理由としても十分ではないように思われるので、当該勅法がこの問題にそのまま通用することはなく、如何なる場合にこの予備的な救済に行き着くべきかはむしろ裁判官の裁量に委ねられるべきものと考ええる。

67.〈別居は婚姻を解消しない Separatio non tollit matorimonium.〉寝台と食卓の離別が行われても、婚姻関係は依然として有効なままであり、ただ、同居に基づく効果だけが一時的に停止されるだけである。先に学説彙纂23巻2章「婚姻の成立について」で既に述べたところからすれば、別居中の妻は夫に対して如何なる労務も提供する必要はない。他方、残りの諸権利は有効なまま存続し、また、特に当該離別が夫の過失を原因とする場合には、夫もまた妻に対して扶養を義務づけられる【カルプゾウィウス宗教法院法学第2巻定義213】。というのも、妻の過失の故に別居が認められた場合には、第64節で引用した判決から明らかな通り、そのような扶養を求めることはできないからである。同様にまた、夫は嫁資を保持し、別居した妻は、たとえ夫の過失が別居の原因となった場合であっても、嫁資の散逸の危険が差し迫っていない限り、嫁資の返還を求めることはできない。この点は1697年2月に我々判決団が判断した通りである。〈判決案 Sententia.〉「市長及び市参事会が申立を受理し、申立人妻 C・A 対申立人夫 H・A の事件に関する書類が提出された云々。そうすることが義務であるにもかかわらず、申立人妻が昨年12月から今年1月にかけて寝台の申立人夫の傍らに姿を

見せず、寝台上で自らに近づくことを許さなかったことが宣誓の下に明らかとなるならば、申立人夫は、妻の家を立ち退き、嫁資についてはその身分に相応しい生活に必要なだけ返還し、残りの嫁資については、決して処分されたり費消されたりすることなく維持するとの十分な保証を提供すべく義務づけられる。しかし、この事件では申立人妻は上記のような宣誓は為し得ないので、当該事件は宗教法院に差し戻され、そこで何が正しいかについて判断されるべきである。以上の通り法に基づき判断する。〈判断理由 Rat. Decid.〉「寝台と食卓の離別が宗教法院において確定的に承認された以上、とりわけ夫がそのような別居の原因をもたらした場合には、嫁資は全て返還されるべきものと申立人妻は主張している。しかし、この食卓と寝台の離別によって婚姻の絆が断ち切られることはなく、それ故、嫁資返還請求権や、その他婚姻が解消された場合に初めて取得するような諸権利を行使することはできず、しかも、別居は和解の達成によって何時でも解消され得るのであるから、福音主義の宗教法院では、別居後の夫は、別居した妻を扶養するか、あるいは、妻がその境遇に相応しい生活を送れるだけのものを嫁資の中から返還すること以上の義務を課せられることはない【カルプゾウィウス『教会法学』第2巻定義213第6番及び定義214第6番、ベウスティウス『婚姻法論』第2部9章末尾】。別居の原因をもたらした夫は無遺言相続の権利を失うという点【フェルステリウス『無遺言相続論』第9巻3章末尾、コーリウス『夫婦間相続論』第1部第40番】もこれに対する反論とはなり得ない。なぜなら、すでに上に述べた通り、別居中の当事者が生きている限り、両者の絆は存続しており、和解を通じて何時でも同居が回復され得る以上、無遺言相続の権利を失うからといって、夫がその存命中に直ちに妻に対して全ての財産を引き渡さねばならなくなるというわけではないからである。しかし、反目し合ったまま妻が死亡したならば、夫は妻の財産についてそれ以上の相続権を主張することはできない。というのも、夫の過失がそのような効果を生じられるのは、死亡時に夫婦の同居が回復されていない場合に限られるからである。とはいえ、申立人夫が浪費癖がある旨審理の中で度々主張されていることに鑑みれば、財産散逸の危険に対処する必要がある、夫から十分な担保提供が為されない場合には、婚姻継続中であっても妻は嫁資その他の返還を請求できる【勅法彙纂5巻12章「嫁資の権利について」第29法文】。それ故、判決に当たってはこの点をふまえた上で、家が妻自身の所有であるが故に居住が扶養に含まれるという点、そしてまた、同じ家に留まることが更なる諍いの原因をもたらすという点がとりわけ重視される。同時に特に考慮されねばならないのは、弁論開始後に受理され送付された文書の中で申立人夫が述べていることであり、12月も1月も申立人夫と同居したこと、申立人妻の良心も動揺している。そのような事実は、妻に強制されたものでない限り、申立を受理した宗教法院の本判決による法の宣明と、婚姻の回復を帰結することになろう。それ故、宗教法院の判決に際しては以上のような判決の要点が予め参照されるべきである。というのも、特に申立人夫が暴力を振るわない旨保証し、再同居が認められるならば、財産の回復をめぐるこれまでの争いは完全に不要となるからである」。カルプゾウィウス『教会法学』前掲定義215は、たとえ有責配偶者が生き残った場合にであっても、依然として夫婦の絆が存続するとの理由で、法定相

「完全な離婚」と「部分的な離婚」、つまり、離婚と別居の間にみられる以上のような相違を顕在化させたのは、前者における再婚の原則的許容であり、シュトリュークも離婚後の再婚をめぐる実務的論点に言及している。例えば、「有責配偶者 *pars nocens*」に対するいわゆる「独身刑 *poena coelibatus*」については、既にみたカルプツォフの見解に依拠しつつ、「離婚が命じられた場合、無責配偶者には確かに再婚が許されるが、有責配偶者には、宗教法院の特免が前もって与えられている場合を除いて、再婚が許されることは決してない *divortio decreto, parti innocenti quidem novae permittantur nuptiae, neutiquam vero nocenti, nisi praevia dispensatione consistorii*」とする「プロテスタントの法廷 *fora protestantium*」の実務がまず確認されている。しかし、そこで専ら検討の対象となっているのは、カルプツォフが触れることのなかった準拠法をめぐるより具体的な論点、すなわち、「国外追放 *abitus extra territorium*」に処されたり、「遺棄者 *desertor*」のように「自ら別の場所で暮らす *per se alibi degit*」有責配偶者は「その土地で特免を得て婚姻することを許されると、独身刑を課された土地においても罰することはできないのか *annon praevia dispensatione illius loci licite matrimonium inire queat, ut in loco priori, quo ipsi coelibatus impositus est, puniri haud possit?*」という問題である。ザクセンと同様、有責配偶者の減刑が認められていたブランデンブルクやプロイセンにおいても実務的に重要であったこの問いに対して、シュトリュークは、自ら作成した鑑定意見を引用して答えている。「法的行為の有効性について評価する際には常に、当該行為が遂行された場所における手続と要件を考慮せねばならない *man muß in aestimanda validitate negotii allezeit auf die solennitates et requisiti, ubi actus est gestus, reflectiren*」との原則⁶²⁾に照らせば、「婚姻地において

続についても同じように判断されるべき旨解しているが、このような見解は全く以て不可解である。というのも、自らの暴力によって別居のきっかけを作った者はこのような相続の利益を受け取る資格はなく、ブルンネマヌス『教会法論』第2巻17章32節への私の注解でも述べた通り、そのような利益は剥奪されるべきであるから。」(Continuatio tertia, 331-337.)

62) 法源としては、不動産売買の追奪担保責任に関して「取引が行われた地域の慣習 *consuetudo ejus regionis, in qua negotium gestum est*」を尊重することを求めるローマ

特免が付与されその地で正式に婚姻が行われた以上、当該婚姻は適法なものといみなされるべきであり、その効力は特免を与えた君主の所領外にも及ぶ *sintemal in loco contracti matrimonii die dispensation erfolgt, und die Ehe darauf ordentlich vollzogen worden, forglich solches matrimonium pro legitimo zu achten, dessen effectus sich auch ultra territorium Principis dispensantis beziehet*」と解されるのである⁶³⁾。また、離婚の効力発生時期との関連では、「妻の姦通が明

法文 (D. 21, 2, 6, Gai. ad ed. prov., 10.) が指示されている。

- 63) “59. <有責配偶者に課される独身刑について De poena coelibatus nocenti imposita.> 離婚が命じられた場合、無責配偶者には確かに再婚が許されるが、有責配偶者には、宗教法院の特免が前もって与えられている場合を除いて【同定義191】、再婚が許されることは決してないという点【カルプゾウィウス『宗教法院法学』第2巻定義190】においてもまた、我々の法はローマ法の態度に距離を置いている。ただし、このような独身刑は、ローマ法には見出されず、カノン法によって初めて導入され【別書2巻23章「推定について」第12節、グラティアヌス教令集2部事例32問題7第19節】、カノン法からプロテスタントの法廷にも受け継がれた。またプロイセンラント法第2巻4章第3条2節にも同じことが規定されている。すなわち、「敗訴して有責の判定を受けた側に関しては、他の者と同様に、自制することができない場合に限り、姦淫その他の悪習、罪、不品行を避けるために婚姻が許されるとする幾人かの高潔な法律家の見解もみられるが、余はそのような措置を一切認めず、敗訴し有罪判決を受けた者は、本ラント法に基づき、法の秩序の下に処刑されるものとする。ただし、人物や事情が考慮されて、有責者に通常の刑罰が課されず減刑された場合には、その有責者は国外追放に処されるものとする」、と。このように、多くの場合、有責配偶者は国外追放に処され、あるいは、遺棄者であれば自ら別の場所で暮らすことになる以上、その土地で特免を得て婚姻が許されると、独身刑を課された土地においても罰することはできないのかという疑念が生じる。この問題について照会を受けた我々は以下のように解答した。〈事案の概要 Facti Species.〉「汝は、17年前にシュヴァーネンブルク候領の宗教法院において、悪意の遺棄を理由に汝の妻との婚姻の絆が断ち切れ、汝は有責配偶者であるが故に再婚は許されなかった。その後、汝は性的欲求から未婚の女を家政婦として迎え、その女との間に三人の子をもうけたが、汝のそのような不品行が知られるに至ったためにこの女も追い出し、賢明な人々の助言に従って別の土地で、デンダースの上级宗教法院の特別許可を得た上で、アマンダと婚姻関係を結んだところ、レッツェルのラント当局が汝と内縁関係にあった女に対する審問を行い、この女を国外に追放した。そこで、汝が当地に今もなお一万ターラー相当額の不動産を所有し、方々に債務を負っており、どこでも見つけられ次第刑罰を課されるのではないかと懸念から、そのようなことが実際に起こり得るかどうか問われたのである。〈判断理由 Rat. Decid.〉一般には確かに、逃亡者は、独身の女と肉

らかとなって離婚手続が進行中に、無責配偶者が他の女と同棲した場合、単なる不品行者として罰せられるのか、それとも姦通者として処罰されるのか si pars innocens, objecta uxore adultera, pendere processu divortii, cum alia concubabat, an ut simplex stuprator, an vero ut adulter puniendus?」という論点が取り上げられている。「理由が明らかにされたからといって自らの意向で離婚することが無責配偶者に許されるのではなく、ただ宗教法院がその理由を承認し離婚を命ずる限りにおいて許されるにすぎない ob adductas causas parti innocententi integrum non sit, propria auctoritate divertere, sed demum causa cognita, et divortio per consistorium decreto」との理解がプロテスタントにおいて確かに一般化しており、それはまた、有責配偶者に対する「独身刑」と同様、

体関係を持った場合、姦通者として処罰されている【カルプゾウィウス『新刑事実務』問題58第61番】。しかしながら、そのように解すべきなのは、絆に及ぶ離婚が未だ認められていない場合であるが、ここではそのような絆に及ぶ離婚が行われているので、絆が解消された以上実際には姦通は生じる可能性はなく、ただ、汝に再婚が未だ許可されずむしろ禁じられているが故に、汝の乱れた生活態度、つまり、同棲が、事案に鑑み単なる不品行とはみなされず幾らか厳しく扱う必要があるとの理由で汝に刑罰が課されるにすぎない。再婚に関しては、アマンダが、汝に対して宗教法院が再婚を禁じた場所ではなく別のある場所に留まり、汝もまた、婚姻の許可を求めたデンダースの上級宗教法院において、レッツェルの宗教法院から離婚時に再婚を禁じられたために再婚は許されないということを隠さなかったとの事情を特に考慮するならば、婚姻地において特免が付与されその地で正式に婚姻が行われた以上、レッツェルの宗教法院が当該再婚を理由に汝に犯罪の責を負わせることはできず、当該婚姻は適法なものとみなされるべきであり、その効力は特免を与えた君主の所領外にも及ぶ。というのも、法的行為の有効性について評価する際には常に、当該行為が遂行された場所における手続と要件を考慮せねばならないからである【学説彙纂21巻2章「追奪、及び、二倍額の問答契約について」第6法文及び諸博士の注釈、シュトリューク『婚姻不成立論』第46節】。このように、婚姻地において汝は罪を犯してはおらず、かつまた、レッツェルの宗教法院で下された禁止処分は他の領邦君主の宗教法院を拘束し得ず、同地における婚姻に特免を与えることを妨げることはないし、更に、犯罪はそれを犯した土地の法律に従って認定されるべきであるから、レッツェルの宗教法院の下で汝に刑罰が課されることはない。〈結論 Decisio.〉以上から、汝が、レッツェルの宗教法院によって、同棲を理由に相応の罰金刑を課されるのは確かだとしても、再婚を理由に賞罰される可能性は恐らくないと思われる。以上法に基づき判断する。】(Continuatio tertia, 327-330.)

「ローマ法 *jus Romanum*」乃至「市民法 *jus civile*」ではなく「カノン法 *jus canonicum*」に由来する原則でもある。しかし、シュトリュークは、そのような離婚の効力発生時期について、「姦通は、たとえ判決による公示以前であっても、当然に婚姻を解消させるので、宗教法院の決定が出された時点から婚姻が無効とされあるいは解消されるわけではない *adulterium ipso jure tollit matrimonium, etiam ante judicalem declarationem, et ita non demum sublatum vel dissolutum censetur a tempore latae sententiae*」とするユルリク・ヒューベルの見解(Ⅳ参照)に与し、「無責配偶者の意思 *voluntas innocentis*」の確認という観点から、「離縁状 *literae repudii*」による私的な離婚を認めたローマ法との間に一定の整合性を認めている。この見解に従えば、「夫は、裁判所による判決の言渡以前であっても、姦通を犯したことが明らかな妻を放逐することができ、その帰結として、もはやその妻と同居することを義務づけられることはない *maritum adulteram manifestam ejicere posse, etiam ante sententiam judicalem, hoc effectu, ut ei cohabitare non teneatur*」ので、上記のような事例において夫が姦通罪に問われることはないし、たとえ他の女との婚姻に及んだとしても「重婚罪 *poena polygamiae*」に問われることはないのである⁶⁴⁾。

(未完)

64) “54. <今日、離婚は宗教法院の権威に基づいて言い渡される *Divortium hodie auctoritate consistorii decernendum*.> また我々は、次の点、すなわち、理由が明らかにされたからといって自らの意向で離婚することが無責配偶者に許されるのではなく、ただ宗教法院がその理由を承認し離婚を命ずる限りににおいて許されるにすぎないという点においても、市民法から離れている。この点はまた、多くの宗教法院規則において規定されている【ブランデンブルク辺境伯領宗教法院規則第63章、プロイセン公国法第2巻4章1条1項】。<ただし婚姻は当然に解消される *Ut tamen ipso jure tollatur matrimonium*.> ただし、私が思うに、この宗教法院による決定とは「権利を剥奪する」というよりはむしろ「公示する」ものである。というのも、フベルスが『市民法講義』学説彙纂24巻2章注釈第14節で適切に指摘している通り、姦通は、たとえ判決による公示以前であっても、「当然に」婚姻を解消させるので、宗教法院の決定が出された時点から婚姻が無効とされあるいは解消されるわけではないからである。このような考えの帰結は重大である。例えば、妻の姦通が明らかとなって離婚手続が係属中に、無責配偶者が他の女と同棲した場合、単なる不品行者として罰せられるのか、それとも姦通者として処罰されるのであろうか。姦通が当然に婚姻を解消させるので

あるならば、前者のように主張するのが全く以て正しい。二年前、我々が次のような事件においてこの見解に基づく判断を下したのもそのためである。その事件では、姦通を犯した妻を夫が追い出して離婚の訴訟を提起し、離婚の判決が下されない内に、婚約の履行として別の女を娶った場合に、夫に重婚刑を課すべきか否かが問題となった。我々が考えるに、その際、いわば先決事項としてまず審理されるべきなのは離婚原因であり、審理の上で離婚が命じられるならば、通常重婚刑は全く意味をなさない。確かに、勅法彙纂5巻17章「婚姻取消、及び、生活習慣譴責訴訟の廃止について」第8法文前書には、「婚姻は離縁状の送付がなければ解消されない」とあるけれども、無責配偶者の意思を確認するためにそのような離縁状が必要とされたのであり、我々の法廷ではその代わりに訴訟を提起すべきものとされている。同様に、新勅法第117勅法第8章〔2節〕でも、正当な告発がまず要求され、それが承認されて初めて、離縁状の送付が完全なものとなるとされているが、このようなことが必要とされたのは姦通が十分に確認されていないからであり、それは今日でも同種のあらゆる法規において要求されている。「当然に」効果が生じると言われているのはこういう趣旨である。以上の考察から次の点も明らかとなる。すなわち、夫は、裁判所による判決の言渡以前であっても、姦通を犯したことが明らかな妻を放逐することができ、その帰結として、もはやその妻と同居することを義務づけられることはない。ただし、その間も、離婚の判決が言い渡されるまでは妻に対して生活費と訴訟費用を援助する義務はあり、『裁判手続論』第1部2章第36節で述べた通り、それは暫定的判決によって夫に義務づけられる。…」(Continuatio tertia, 312-322.)