

## 《翻 訳》

## ユルリク・ヒューベルの離婚論

藤 田 貴 宏 (訳)

1. 〈離婚と婚姻取消の違い〉「生まれしものは全て滅ぶ」と言われるように、人事は消え行く定めであり、一体的な生活態様をその内実とする婚姻も、あらゆる事柄の終点に位置する死という宿命に加え、離婚や婚姻取消と呼ばれるもののために、この法則を免れることはない。学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第101法文〔第1節〕の述べるところによれば、「離婚は夫婦間において為されるものと解されるのに対して、婚姻取消は婚約した女を相手に表明されるもののように見えるが、後者が妻に対して為されても不当とまでは言えない」。というのも、「妻が婚姻を取り消される」【同23巻2章「婚姻の成立について」第12法文前書】、あるいは、「婚姻取消が妻に通知される」【同48巻

---

\* 以下は、ユルリク・ヒューベル Ulrik Huber (1636-1694年) の『ユスティニアヌスの法学提要及び学説彙纂に即した市民法講解全三巻 Praelectionum juris civilis tomus III. secundum Institutiones et Digesta Justiniani』(1690年初版) 第三巻、学説彙纂24巻2章「離婚及び婚姻取消について De divortiis et repudiis」注釈の試訳である。訳出にあたっては、1749年にフランクフルト・アム・マイン及びライプチヒで公刊された第4版、1198—1209頁を底本とした。この版には、ヒューベルの『法学提要と学説彙纂に従ってまとめられた法の定理集 Positiones iuris contractae secundum Institutiones et Pandectas』(1682年)に加えられたクリスティアン・トマジウス Christian Thomasius (1655—1728年) の「所見 scholium」、これに対するヒューベルの「応答 responsio」及び「追記 nova additio」、リューダー・メンケ Luder Mencke (1658—1726年) の『フベルスによる法学提要及び学説彙纂講義の順序に従った普通法とザクセン法の相違集 Differentiae iuris communis et Saxonici secundum seriem Praelectionum Huberi ad Institutiones Digesta』(1707年)のテキストも併せて収録されているが、ここでは省略した。内容については、拙稿「別居から離婚へ—17世紀プロテスタント離婚法学—(2)」(獨協法学75号掲載予定)のIVを参照されたい。

5章「姦通処罰に関するユリウス法について」第43法文】といった表現がみられるからである。同じことは、本章〔学説彙纂24巻2章「離婚及び婚姻取消について」〕第2法文第1節からも明らかである。スエトニウスは、スッラの脅しによっても、既にユリアを産んでいたキンナの娘との「婚姻を取り消す」ようにカエサルに強いることはできなかったと書いている【『ローマ皇帝伝』第1巻「カエサル伝」第1節】。このように、「婚姻取消」や「婚姻を取り消す」といった語句は婚約した女と妻とに共通のもので、離婚という表現は婚約者ではなく妻との関係でのみ用いられると解することも確かに可能である【学説彙纂50巻16章第191法文】。また、婚約も婚姻も同じ名称の下に解消され得るからといって、婚約取消と離婚について同じ法が妥当するわけではない。それ故両者別々に検討する必要がある。

## 婚約取消について

2.〈ローマ法における婚約解消の容易さ〉婚約の解消に関しては、市民法とカノン法で考え方が異なっており、我々の下で通用しているのはむしろ後者の方である。ローマ法によれば、婚約は、当事者の合意のみで成立するのと同じく、合意によって解消されるだけでなく、何れか一方の意思表示によっても解消され得る。というのも、「一方の婚約相手との婚約を破棄し、もう一方の婚約相手と婚姻すること」は自由である旨、法の精通者たるディオクレティアヌス及びマキシミアヌスの両帝が、勅法彙纂5巻1章「婚約、婚約手付、及び、婚約仲介料について」第1法文で述べているからである。また、ウァレリアヌス及びガリエヌスの両帝も、パウリーナという女性に対して、「考えを変えようと望んでいるのであれば、婚約者に婚約解消の知らせを送るのは汝の娘の自由である」と述べている【勅法彙纂5巻17章第2法文】。そのような自由が同じように男にも与えられることに疑問の余地はない。このような場合、古代の人々は、例によって、決まり文句で全てを言い表すのが好みであり、「汝の申し出受け入れ難し」との文言が一般に用いられた【本章第2法文2節】。ただし、それは厳格な意味での定式ではなかった。というのも、そのようなや

りとりを隔地者間で行うことも可能である以上【同第2法文3節】、同じような趣旨の文言で事足りるのは明らかであるから【上記勅法彙纂5巻1章第1法文】。ところで、この婚約取消の効果に関する限り、婚約という名称には、合意によって締結された婚姻の契約それ自体も含まれると解すべきことは、先に婚約について論じた内容から明らかである。ただし、驚くべきことに、それは、後にみる通り、古代人の完遂された婚姻にも同様の離婚の自由をもたらしただけではなかった。このように、市民法上、未だ完遂されていない婚姻の契約が双方の合意もしくは一方の意思によって破棄され得るのは明らかだが、その一方で、たとえ稀であるにせよ、被った損害や利益の喪失を理由とした利害関係に対する訴権は留保されていたものと考えられる【論拠は勅法彙纂5巻1章第2法文】。その後、僅かながら制限が加えられた。すなわち、正当な理由なく婚約を解消する者は、男であれば婚約手付を失い、25歳以上の自権者たる女であれば手付の倍額を返還し、また、未成熟者たる女の場合には、本人は手付同額の返還で済むが、その親に倍額返還が義務づけられたのである【勅法彙纂5巻1章第5法文〔前書及び1節〕】。このような法定年齢に関わる弁明は男にも認められたに違いない。他方、正当な理由とされるのは、法律による婚姻の禁止、不品行、浪費癖、婚約した女のいかがわしい交友関係、宗教の相違、性交不能、である【同第5法文〔3節〕】。ローマ法については以上の通り。

3.〈カノン法における婚約解消の容易さ、特に、将来についての婚約の場合〉次に、カノン法上、婚約の解消に関して如何なる事柄が承認されているのかみることにする。まず注目すべきなのは、将来についての婚約と現在についての婚約の区別である。将来についての婚約の解消に関してはカノン法文も非常に好意的である。というのも、この場合、婚約は双方の合意によって破棄されるからである【別書4巻1章「婚約及び婚姻について」第2節。当法文は「如何なる条件も定めることなく単純に婚姻を約束した者たち」について述べている】。確かに、そのような者たちはあらゆる手段を尽くして約束を守るべく促されるけれども、お互いを受け入れることを敢えて望まないのであれば、「好まない女を娶ることのないように、組合の解散通告の場合と同じ」自由が付与されるのである。このことから更に、一方の翻意によっても婚約が破棄さ

れ得るとも言われている。すなわち、将来についてのみ婚約できる者だけではなく【そのような婚約〔の破棄〕については別書4巻2章「未成熟者の婚約について」第8節参照】、婚姻について無条件で合意した者であっても【前掲別書4巻1章第2節】、婚約を一方的に破棄できるというのである。そればかりか、ある男と婚姻することを誓約した女が、婚姻を拒む場合には、婚姻を強いるよりはむしろ説得すべきとされている【同4巻1章第17節】。ただし、同第10節によれば、ある女を娶ることを誓約した男は、合理的な理由がない限り、その女を妻として迎え、夫婦としての愛情をもって扱うべく義務づけられる。このような制限があるいは上記第17節にも加えられるべきでなのであろうか、少なくとも私自身はそのような仕方での制限を推奨することはできない。そもそも合理的な理由とは何であろうか。全くの恣意的なものなのであろうか。むしろそれは、別書2巻24章「宣誓について」第25節に言及されている類の理由、すなわち、婚約後の姦淫、らい病、身体不随、聾啞、何らかの不品行であろう。以上からすると、誓約を欠いた婚約に関しては、カノン法上、婚約者の双方あるいは一方が約束を履行すべく強制されることはなく、婚約解消が甘受されるべきものと解される【前掲別書4巻1章第2及び17節】。従ってまた、将来についての婚約がこれほどまでに容易に無に帰する以上、ある男が、他人と将来について婚約した女と現在に関わる文言で婚約した場合、この現在についての婚約によって従前の将来についての婚約が破棄されることになるとしても【同第22及び31節】、何ら驚くには値しない。他方、将来に関わる文言に加えて現に同衾が生じた場合には、将来についての婚約は完遂された婚姻へと移行し、それ以降は決して解消できない【別書同章第15、30、32節】。

4.〈後者の特徴は何か〉現在についての婚約と呼ばれるものが婚姻それ自体であることは、別書4巻1章第25節に述べられており、本書の学説彙纂23巻1章「婚約について」への注釈〔第8番〕でも既にふれた。この現在についての婚約は、双方の合意によっても解消できないどころか【別書4巻1章第31節】、後にふれるような婚姻の取消を許容する理由以外には解消不能である。従って、例えば、ある女と現在について婚約を結んだ後に、別の女と婚約した場合には、たとえ後の婚約が性交によって成就されたとしても、先行する婚約

が優先されるべきものとされている【別書4巻4章「重複婚約者について」第3節、ウィッセンバキウス『学説彙纂演習』本章注釈[=討論48]定理5には多く文献が引用されている】。離婚そのものに議論を進めるに先立って、以上に述べた事柄の有用性について少しばかり解説を加え、先に述べた点との異同を確認しておくべきであろう。学説彙纂23巻1章への注釈第9及び10番で既に詳しく述べた通り、婚約を締結する際の「将来」あるいは「現在」という用語の違いは認めるとしても、教皇たちがそれを強調しているからといって、その違いだけを重視すべきではなく、ある男が「妻に迎える」と言わずに、「妻に迎えることを誓う」、つまり、「汝を妻に迎えることを約束する」と言った場合であっても、そのような無条件の婚姻の約束は婚姻の締結にあたる。従ってまた、法の趣旨に従う限り、我々の実務においては次のように解されるべきである。すなわち、ある女に対して「我は汝を将来妻に迎えることを約束する」と述べた後に、別の女に対して「汝を妻に迎える」と言う者は、カノン法が如何に寛大であるにせよ、重複者となり、それ故、二重に婚姻を結んだものとして処罰される、と【学説彙纂3巻2章「破廉恥を宣告された者について」第1法文及び第13法文1節】。それどころか、ある女に「我は汝を妻に迎えることを約束する」と述べる一方で、別の女には「妻に迎える」と言う場合には、たとえ後者と同衾するに至ったとしても、依然として前者が婚姻への訴権を保持することになろう。我が【フリースラントの】卓越せる顧問会議の書記官の例は記憶に新しい。書記官は、ある女と将来という文言を用いて婚約を結んでいたが、その時点では未だ婚姻を履行できる状況にはなかった。その後成人に達した青年は別の裕福な娘と婚約し妻に迎え、その娘から子も生まれた。ところが、先に婚約した女は、自らの権利を主張して訴え、裁判所の判決によって、後に婚姻した妻を離縁し自らを妻に迎えるよう男に強制したのである。その結果、離縁された女は後に別の男と再婚することになった。

5.〈履行期が不確定な婚約について特別な考慮が必要か否か〉そういうわけであるから、そもそも我々は、直ちに履行する権利を有する者たちによって結ばれた婚約を、たとえ不確定な履行期に至るまで未履行の場合があるにせよ、婚姻の契約そのものから区別すべきなのか大いに疑問である。例えば、あ

る男がこう言ったとしよう。「私は、博士（あるいは、どこかの教会の牧師）になった（あるいは、インドから帰還した）ときに、あなたを妻に迎えることを誓い、約束する」、と。男がその間に別の女を妻に迎えた場合、重婚の罪に問われ、他の女との結んだ最初の婚姻を理由に異議申立を受ける可能性があるとの判断が、我々の下では一般的であるように思われ、実際、牧師がそのような罪の故にその地位を追われた例もないわけではない。しかし、少なくとも法の趣旨からすれば、そのような婚約が別の無条件の婚約によって破棄されないと解することに躊躇するのは、先に婚約について論じた内容に鑑みるとやむを得ない面もある。というのも、そのような事例における婚約とは、将来の婚姻の約束、つまり、それ以後何時でも成立し得る将来の婚姻契約の約束である旨我々は主張したからである。そこで貴方はこう言うかもしれない。債務とは約束の期日に直ちに発生するものであり、仮に期日が不確定で債務が条件付きであるとしても、期限あるいは条件付きで約束した者は、条件が不成就とならない限り、債務への期待が相続人に移転し得る以上、約束を撤回することはできない【法学提要3巻15章「言語債務について」第6節、学説彙纂45巻1章「言語債務について」第57法文】が、しかしそれは行為の性質が許す場合に限られる、と。これに対しては次のように答えることができる。すなわち、そのような場合、実際に問題となるのは利害関係への訴権であり、約束を果たさない者はこの利害関係の支払を義務づけられ【学説彙纂45巻1章第72法文前書】、婚約についても確かに同様のことが言えるのである。たとえ二重に婚約した者に刑罰乃至罰金が課され、あるいは、一方の婚約が条件付であるためにそのような約束によって婚姻が成立するわけではない場合であっても、事情は変わらない。従って、婚約後に無条件で婚姻が結ばれた場合、とりわけそれが完遂された場合には、尚更この理が当てはまると言わねばならず、そのもう一つの婚姻について、利害関係、あるいは、刑罰乃至懲戒が問題となる。他方、条件が既に成就され、不確定な履行期が既に到来していた場合には、約束は当然に効力を発生し、条件の不成就が既に確定していたならば、約束は無効となる。また、約束者が債務負担能力を有していない場合も、条件成就後にそのような能力を取得する可能性があるにせよ、約束は無効である。例えば、家男が「もし

父が既に死んでいるならば」との条件で婚姻を約束した場合、父が生きているならば約束は無効であり、別の婚約相手を選ぶことは可能である【法学提要1巻10章第12節】。父が既に死亡している場合には、条件は成就していることになり、約束は無条件となり、約束者は約束を果たすべく義務づけられる【論拠は法学提要3巻15章第6節】。同様に、婚姻不適齢の者にも債務負担能力が否定され、そのような者に対する婚姻取消は自由であり、それどころかむしろ不要である。

6. 〈無条件の婚約は、たとえ将来についてのものであっても、撤回不可能である〉以上から、無条件の約束について間違いなく言えるのは、たとえ将来という文言を用いている場合であっても、そこから現在の債務が発生し、しかも、それ自体の内に婚姻の契約が含まれ完了されているという点である。そもそも教皇たち自身もそのように理解していたのではないだろうか。例えば、インノケンティウスⅢ世はブリクセンの司教に対して、「汝は、単なる言葉だけで婚姻関係が結ばれるのか否か、結ばれるとすれば如何なる言葉によってか、と尋ねている。そこで余は汝の問いに次のように答えることにする。すなわち、婚姻は、男女の正当な合意によって真正に結ばれるが、教会に関わる限り、それが現在についての合意である旨表示する文言が不可欠である」と述べている【別書4巻1章第25節】。つまり、婚姻は無条件の合意によって成立し、たとえ将来を想定したものであっても、条件、つまり、不確定な履行期を付さずに行われた約束から発生する権利が要約者から奪われるということは本来あり得ないにもかかわらず、現在と将来の区別が教会の実定法によって導入されたものと考えられるのである。それ故、そのような婚約を相手方の意に反して撤回することは許されないし【別書4巻1章第31節】、同じ法文と別書4巻4章第1節から明らかな通り、双方の合意によってもまた撤回不可能である。この点についてはウィッセンバキウス『学説彙纂演習』本章注釈定理4を参照せよ。学説彙纂12巻2章「任意宣誓、強制宣誓、及び、裁判上の宣誓について」へ注釈第8番、本書874頁で既に説明した通り、市民法上も以上のように解される。更に、後悔の余地もない。特に、訴えた原告が婚姻締結の事実を証明している場合には、婚姻を否定する判決を得ることはできない。ただし、

この点については次のような事例を紹介しておくことにしよう。カイアはティティウスとの婚姻に同意し当該契約について誓約した。この約束に従いたくなかったティティウスは、外国へ行き消息不明となったので、出廷拒否によって敗訴するはずであった。しかし、敗訴判決が下されれば、自分の再婚の妨げとなると知ったカイアは訴訟手続を急ごうとはせず、訴訟は数年に渡って放置されていた。この場合、カイアは、後にある別の男から好ましい婚約の申し出を受ける可能性があり、この申し出を受け入れるためには、先の訴訟で敗訴することを望むであろう。というのも、その事件が審理されるならば、[ティティウスとの]婚姻を達成すると同時に他の婚約を永久に妨げられる可能性が非常に高いからである。そこで、カイアは、[ティティウスの]出廷拒否にも関わらず、裁判所が自らの訴えを確定判決によって退けることを求めたとしよう。婚姻の一方的破棄は認められない以上、このような要求を許すことが可能かどうか疑問とされるかもしれない。しかし、そのような望みは成就されるであろう。その理由は、まず第一に、婚姻について確かに主張されたけれども証明はされておらず、証明のための弁論がない限り、そのような判断が下されることはないからである。それ故、女が何も証明していない以上、訴えは退けられる。第二に、男が妻に迎える気の全くないまま女を捨てたことは明らかであり、そのような悪意の遺棄は婚姻を解消する十分な理由となる。ロリアー・ハルケスの異議申立書に対する1680年4月28日付けの[フリースラント最高法院の]決定では、更に、婚姻の奨励、つまり、子を産むに相応しい女性が無駄に放置されることを避けるという軽視できない理由も付け加えられた。

7.〈無条件の婚約は当事者の反対の合意によっても解消できないのか〉とここで、無条件の婚約、つまり、婚姻の契約が、万民法及び神法の下においても、双方の合意によって撤回できないのかどうかは、率直に言えば、それほど明確ではない。我々の理解するところによれば、市民法は、まさにキリストの法に基づいているかのように解され、それ故、婚姻が頻繁に行われ一旦結ばれた婚姻が撤回されないことほど、国家にとって重要な事柄はこの世に存在しないとされている【学説彙纂23巻3章「嫁資の権利について」第2法文】。しかし、キリストの法からこのような法を引き出す論拠となっているのは、夫と妻



が一体となり心をつににするという点であって、そこでは魂だけではなく肉体の結合も念頭に置かれているのは明らかである。「如何なるものもそれが結びつけられた仕方では解消され、従って、合意によって生じたものは反対の合意によって解消される」という自然の原則〔学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第35法文〕が婚姻に当てはまらないとするならば、何か別な主張は可能であろうか。実際、「婚姻をもたらすのは同衾ではなく合意である」という原則乃至教説も存在している。しかし、この原則の趣旨は、夫婦としての誠実義務と婚姻の絆が合意をもって発生し確定するからこそ、合意に基づく義務が反対の合意によって解消されることはないというものである。先の自然の原則はやはり妥当し得ない。人と人の間の肉と骨による一体性は、破棄が許されない一方で、双方の自発的意思だけでは形成されない。従ってまた、撤回不能という主張は、この自発的意思にのみ由来するものでは決してなく、使徒が教える通り【第一コリント書第7章〔4行〕】、肉体の結合に基づいている。それ故、そのような結合が生じていない限り、双方の心変わりが罰せられることはないように思われ、しばしば起こるように、私的な次元でそのような心変わりが生じて、罪とみなされることなく、寛大さをもって受け入れられている。ただし、教会による宣言と祝福の後に、同衾に至ることなく婚約が破棄された場合は、そういうわけにはいかない。というのも、公の規律という要請は、神聖な事項に対するこれほど明白な侵害行為を、黙認をもって見逃すわけには決していけないからである。

## 離婚について

8.〈離婚の起源、及び、友好的に行われる離婚の原因〉次に「離婚」について述べることにする。離婚法には、古代ローマの離婚法と、その後に成立し現代の慣行によっても支持されている神法上の離婚法とが存する。古代ローマ人においては500年以上に渡って離婚の例はみられず、スプリウス・カルウィリウスが宗教的理由から初めて離婚を行った。彼は、監察官の面前で、子を得るために妻を得ることを誓うよう強いられたが、一緒になった妻は、彼に非常

に愛されていたにもかかわらず、身体上の障害の故に子を産めなかったと、ゲッリウス『アッティカの夜』第4巻第3章は伝えている。この時以後徐々にこのような風習が広まり、離婚以上に頻繁なものは見られないほどになった。つまり、分離不可能な絆というそれまで当然であった事理が多くの人々にとって煩わしいものとなり、如何なる絆も永続的な結びつきではなく【学説彙纂17巻2章「組合訴権」第70法文】、不和の種として善き風習の妨げになるとさえ考えられたのである【同31巻「遺贈及び信託遺贈について」第77法文20節】。そして、そのような真理の実例は婚姻という絆においても決して欠けることはない。離婚の原因は二つに分けられる。すなわち、ある人々は「友好的に」離婚し、ある人々は「怒りと憎悪をもって」離婚したのである【同24巻1章「夫婦間贈与について」第32法文10節】。婚姻関係が友好的に解消される原因は、同章第60法文以下に言及されている。神官任官、不妊、身体虚弱、従軍、老年がそれであり、これらの原因の故に婚姻は維持不能になると解され、またそれ故に、婚姻関係は「友好的に」解消されたのである【同第62法文前書】。ただし、これらの原因が常に友好さを伴っていたというのはいさうもない。というのも、老人がその不快さ故に離縁されるということがしばしばあったからである。そのような離婚については、ユウエナリス『諷刺詩』第6番で以下のように歌われている。「被解放者が言い立てる。＜荷物をまとめて出て行け。お前はもう用無しだ。鼻ばかりかみやがって。出て行け。さあ早く、急げ＞。そうして別の女が鼻高々やってくる」。それどころか、妻も同じように自由に婚姻取消の理由を申し立てることができた【本章第6法文】。更に、家長たる女主人の奴隷や解放奴隷がいて、妻に嫌われている甲斐性のない夫を年老いた妻と変わらない無分別さで愚弄した。彼らは常日頃言ったものである。「妻の傲慢さに夫の奴隷的な従順さ！家庭内のいざこざ！あの衣服をまとったがつがつした奴、最も恥ずべき奴は、この家に来て一体何を得了？すべて女主人のものじゃないのか？」と【クリュソストムス『マタイ書説教集』第75番】。

9.〈離婚時の家父権について〉更には、『ユスティニアヌス法余滴』第2部第1巻第18章で論じた通り、かつて家父は、適切に婚姻が結ばれた場合であっても、娘をその夫から取り戻し、家父権に基づき離婚を命じる権利を有してい

た。その後、マルクス〔・アウレリウス〕帝は、「善き婚姻の契りを家父権によって妨げる」ことを家父に許すべきではない旨定めた【学説彙纂43巻30章「子の提供と取戻について」第1法文5節、勅法彙纂5巻17章「婚姻取消、及び、悪習譴責裁判の廃止について」第5法文〔前書〕の「重大かつ正当な介入理由で家父がそうするのでない限り」。この箇所において、マルクス帝が新法の立法者として称賛されている】。それ故、娘が、臆病や恐怖、あるいは、夫への並外れた愛情故に、夫からありとあらゆる恥辱を加えられ続ける状態から逃れることなくこれに耐えている場合には、現代においても、上記の勅法彙纂の法に従い、家父は娘の意向とは無関係に婚姻を解消させ、娘を家に戻らせることができると言ってもよいし、以下に論じる法文によって離婚原因が承認されているならば、最終的に〔ユスティニアヌスによって〕定められた法の下でもまたそれは可能である。

10. 〈夫婦双方に共通の離婚原因〉最終的にユスティニアヌスによって定められた法で承認されている離婚原因には、夫婦双方に共通なものと一方に固有のものがある。共通の離婚原因は四つあり、一つ目は姦通である【勅法彙纂5巻17章第8法文2及び3節】。二つ目の共通原因は叛逆罪もしくはその隠匿、三つ目は相手方殺害の企図【新勅法第117勅法第8及び9章】、四つ目は当事者の合意である。ユスティニアヌスは新勅法第112勅法第10章においてこの最後の離婚原因を退けていたが、ユスティニアヌスの甥のユスティヌスⅡ世が新勅法第140勅法第1章においてこの離婚原因を復活させた。その箇所には、「古くからの慣行に基づき双方の合意による離婚が可能であることを余は認める」とあり、婚姻そのものが「双方の合意」によって行われるとの理由も付け加えられている。要するに、「その逆の原理が合意によって同じ婚姻を解消させる」のである。なお、トマシウスは第五の共通原因、つまり、死亡を以上に付け加えるべきであると指摘している【拙著『定理集』本章第9定理への所見f】。しかし、我々は離婚について述べているのであって、婚姻が終了する様子を論じているわけではない。いずれにせよ、私の考えでは、死亡は離婚原因とは言えない。

11. 〈妻あるいは夫に対してのみ主張可能な固有の離婚原因〉夫が妻に対し

て主張し得る固有の離婚原因もまた四つ存在する。すなわち、妻が、1) 夫の意に反して他の男たちを食事を共にし、あるいは、2) 他の男たちと入浴した場合、3) 両親の家以外で外泊した場合、4) いかがわしい競技や演劇を夫の同意なく見物した場合、である【前掲新勅法第117勅法第8章】。妻が夫に対して主張することを許された離婚原因も同じ数ある。すなわち、夫が、1) 妻に売春をさせあるいは妻の貞潔さを損なわせた場合、2) 根拠なく妻を姦通の罪で告発した場合、3) 妻の意に反して、一人あるいは複数の女を家に連れ込みそのまま滞在させている場合、4) 市内あるいは別の都市で繰り返し別の女と会い、それに対する警告も無視した場合、である。というのも、これらは妻にとって耐え難いからである【新勅法第117勅法第9章】。以上とは別の離婚原因を合意により予め定めることは決して許されない旨、前掲勅法彙纂5巻17章第8法文の第8節が述べている。上記の離婚理由の何れかが生じた場合には、夫は直ちに、妻は一年の後に、再婚することができる【同第4節末尾】。従って、これらを夫婦の絆の断絶ではなくむしろ食卓と寝台の別離の原因とみなすべきいわれはない。ただし、我々自身が適切と考えるのは後者の観点ではあるが。

12. <福音の法及びカノン法ではどうなっているのか>二つの離婚原因のみを認める神法とのこのような食い違いはキリスト教徒たる皇帝にとって恥ずべきことであるが、それは一体何に由来するのであろうか。このような離婚の許容に教皇たちが不満を表明したのは確かに適切ではあったが、彼ら自身もまた常に<正しさ>を保っていたわけではなく、背理を犯している。というのも、教皇は、頑なさや性交不能のような婚姻前から存在する原因によって婚姻が最初から無効であると解すべき場合を除いて【別書4巻15章「頑なさ、性格の悪さ、及び、性交不能について」第1節及び同章全体】、婚姻それ自体、つまり、夫婦の絆が解消されるような原因を一つたりとも認めていないからである。しかも、グラティアヌス教令集第2部事例32問題5第3節及び同問題7第2節は、姦通によっても夫婦の絆は決して解消されない旨定めている。後者の箇所には、「姦淫を理由に妻を離縁することが許されたとしても、従前の絆は依然存続する。それ故、離縁された女を娶る者は、それがくたとえ>姦淫を理

由とする場合であっても、姦通の罪を犯すことになる」とある。これは、「姦淫を理由とする場合を除いて」【マタイ書5章32行、19章9行】離縁された妻を娶る者を姦通の罪に問う主キリストの意図に明らかに反する。我々の神学者たちの多くは確かに教皇派の人々を非難しており、とりわけ、スパンヘミウス『福音書考』[第3部]第159節がそうである。しかも、主キリストは、それらの言葉によって、姦通を除くあらゆる原因を排除したのではなく、その他類似の原因を含めてその一例として姦通を挙げたと解する人々がいる。中でも、ブケルス『キリスト王国論』第36章がそうであり、法律家では、近時、ボケルマヌス氏の就任討論の省察4公理3がこの立場であるし、説明が不適切ながら、ストルウィウス『法学要論』演習30論題41もここに含まれる。すなわち、ストルウィウスは、キリストが述べているのは私的な離婚であって公的な離婚ではないとし、後者においては市民法の寛容さを排除するべきではないと主張するのである。しかし、キリストが、「姦淫を理由とする場合は除いて、妻を離縁する者は誰であれ妻に姦淫させることになる」というその言葉によって、指導者たちに向けて予め注意を与え、神の權威に基づく場合を除いて別の原因が許容されることのないようにあらゆる原因を排除したのは全く明らかであるとする通説の方が信頼できるし適切である。そのような神の權威に基づく別の原因と我々がみなしているのは悪意の遺棄である。パウロによれば、これについて言うのは「私であって主ではない」とされている【第一コリント書7章12行】。この違いに関しては、スパンヘミウス『福音書考』第147節末尾、及び、ウィッセンバキウス『学説彙纂演習』本章注釈定理13を参照せよ。ウィッセンバキウスによれば、パウロは、信者の配偶者を遺棄する未信者について述べてはいるが、その道理は全ての場合に当てはまり、「そのような場合には兄弟も姉妹も絆に束縛されない」【同15行】とされる。また更に、未信者から、悪意、つまり、決して配偶者の元に帰らずあるいは関係を結ばない意図で自らの配偶者を遺棄するあらゆる者へのこのような拡張は、カルプゾウィウス『教会法学』第3巻5章定義86第15番の証言によれば、プロテスタント教会で広く受け入れられている。

13. <悪意の遺棄を使徒が述べている通りに受け入れるべきか否か、そして

て、如何なる拡張が許されるのか〉使徒〔パウロ〕は、「未信者が離れるならば離れるがままにさせよ」と言っている。ここに言う離別とは単に居住に関わる離別なのか、それとも、肉体的結合に関わる離別として理解可能なのかについては、1657年の終わりにハイデルベルクにおいて非常に苦々しく回りくどいやり方で討論された。というのも、〔プファルツ〕選帝侯カロルス・ルドウィクスがまさにこの理由に基づいて妻と離婚しようと企てていたその時に、私はその地で討論を行ったからである。また、その頃から交友が始まったボケルマヌスの学位論文も間接的であるとはいえこの件に関連している。実際、婚姻上の義務の多くを妻が長い間頑強に拒絶している旨選帝侯が主張していることは、そしてそれが、別の女性を愛し妻の地位に迎えるための理由でもあったことは全く明かであった。期間の長さ、悪意、克服不能な頑なさが明らかな限り（確かにこれらは選帝侯妃側によって否認されたが、選帝侯は、それらが原因であることを証明するために、大聖堂において厳粛にミサ聖祭を執り行った）、法が真理の限界を踏み越えているとまでは言えないように思われる。というのも、婚姻の効力の源である肉体と魂の一体性をもたらし土台を悪意によって切り離すことは、単に居所を分かちよりも一層著しい婚姻関係の破壊であり、「離れる者は離れるがままにさせよ。そのような場合、兄弟や姉妹はもはや絆に束縛されない」という使徒の言葉がここで何故適用不可能であるのか説明は難しいからである。また更に、婚約した少女が、夫に身体を許すことを最初から頑強に拒絶し、それが夫に対する嫌惡の為である旨明言しているような極端な事例が生じた場合に、それが長期に渡るならば離婚を求めることもやむを得ないと考えた人々がいないわけではなく、死がそれを妨げなければ恐らくは離婚が申し立てられたはずである。今日我が国では、婚約が確認された上で、裁判所の決定により夫婦として結ばれたけれども、夫が妻を寝台や食卓を始め日常生活の如何なる場面においても受け入れることなく、そして、今後も決して受け入れまいと決心している、そのような夫婦が、裁判官への敬意の故に同居だけは甘受している例が見受けられる。このような悪意が十分に長く続くなれば、家の中にはもはや婚姻関係は見出されない。とにかくそのような者は悪意の遺棄の罪に問われるべきものと私は当時考えたのである。ただし、こ

の点については、他の人々の洞察や賢慮に喜んで委ねることにしたい。

14. <これらの離婚原因について法は夫婦の何れに対しても平等であること>次に、これらの離婚原因に関しては、夫婦何れにも平等な権利乃至資格が存する。つまり、妻も夫と同様に離婚を申し立てることができるのであり、市民法においてもそうである【勅法彙纂5巻17章第8法文2及び3節、新勅法第117勅法第9章】。使徒も、夫婦がそれぞれ「自らの身体を支配すること」を否定し、「互いに互いの支配の下にある」と述べるとき[第一コリント書7章4行]、同じことを強調している。離縁された女と関係を結んだ夫はたとえ市民法上は姦通者にならないとしても、上記の観点では、妻が独身の男と姦通を犯した場合と同様に、離婚の十分な理由となる。更に、夫が娼婦と関係を持った場合であっても、妻にとっては十分な離婚理由となる。というのも、使徒の教え[第一コリント書6章16行]によれば、その男は、他の女と一体になることによって婚姻の絆を引き裂くことになるからである。なお、妻が姦通に関する刑事裁判によって夫の責任を追及することはできない【勅法彙纂9巻9章「姦通及び姦淫に関するユリウス法について」第1法文】という点では、市民法上依然として、妻の地位が夫に劣後するとしても、夫は姦通を犯し得ないのであるからそれでもかまわない旨、トマシウスが私の『法の定理集』第10章への所見で述べているが、そのような理由づけは以上により徹底的に論破されたことになる。刑事訴追の利用そのものに関しては、確かに妻と夫の間に相違がある。なぜなら、姦通によって夫は妻よりも遥かに多くの危害を被る点において、まさに犯罪それ自体に関して明白な相違が存するからである。まずそれぞれが被る侮辱の受け取られ方が異なる。というのも、妻の不品行によって夫は嘲笑されるのに対して、妻は夫の姦淫の故にむしろ同情されるからである。更に、子がいる場合には、姦通を犯した妻が産んだ子である限り、夫は血縁のない子であっても父と見なされる。従って、このような相違の趣旨をトマシウスの誤った論拠によって裏付ける必要はない。この問題については、ウィッセンバキウス氏の『学説彙纂演習』本章注釈定理11が他にも多くのことを論じている。また、「夫は、姦通を犯した妻がたとえ改心したとしても、悔悛によってこの不法な行為が帳消しになるわけではない以上【学説彙纂23巻2章「婚姻の

成立について」第43法文4節】、その妻を寝台に迎える義務はない」という見解が多くなによって支持されているけれども、同じ観方によるならば、姦通を犯した夫から関係回復を求められた妻に関しても、そのように解されるべきことになる。ただし、姦通現場を押さえた妻をそのまま留め、姦通相手の男を追い払った者が姦通仲介の罪に問われ、ユリウス法に基づき処罰される【学説彙纂48巻5章「姦通の処罰に関するユリウス法について」第29法文前書】という点は、妻へと拡大適用されることはない。なお、このような理由以外であれば、夫が姦通について悔い改めた妻を再び受け入れ手元に置くことは禁じられていないものと考えられるし【新勅法第134勅法第10章】、姦通を犯した妻が立ち去るよりもこれに連れ添うことを敢えて望んでいる限り、夫が騙されるわけでもない。更に、明示的にせよ黙示的にせよ和解が行われた場合であれば、それは離婚に対する否認と解される。黙示的な和解と見なされるのは、サンディウス『フリースラント最高法院判決集』第2巻6章定義2でも支持され判示されている通り、姦通が発覚した後に無責配偶者が婚姻上の務めを姦通を犯した夫乃至妻と分かち合った場合である。

15. <姦通は当然に婚姻を解消させるものと解される> 自らの権利を行使するかしないかは夫婦の自由であるからといって、ウィッセンバキウス氏の『学説彙纂演習』本章注釈定理12が、『トレウトレルス市民法討論選集への注解』第2巻討論6定理2のFにおけるバコウィウスの見解を支持して主張しているように、婚姻が姦通によって当然には解消されない、というわけではない。婚姻の本質が夫婦の信頼に存する以上、身体結合が解かれ、一方が第三者との結合に及ぶならば、むしろ、判決による宣言を待たずに直ちに婚姻は解消されるものと解すべきなのである。「娼婦と通じる者はこれと一体となる」【第一コリント書6章16行】が故に、一体性の絆、つまり、婚姻の絆は断ち切られる。事実には疑いがある場合には確かに判決による宣言が必要であり、何かが「当然に」成立しあるいは生じると解される他の全ての場面と同様に、この点は自明かつ不可避である。しかしながら、自白によって露見し、あるいは、妊娠や出産によって事実そのものが疑い得ないものとなるなど、事実が確実かつ明白ならば、裁判官による宣告は不要となる。この場合、予め再婚を公に申し立てる



べきで、裁判官の判決を得ることが有益であるとしても、直ちに離縁することは可能であるし、無責配偶者が新たな婚姻関係を結んだからといって重婚の罪に問われることもない。離婚の権利は自ずと発生するが、その行使に当たっては一定の行為を要するというのが理性の要請であり、実務とも矛盾はない。もし姦通が当然に婚姻を解消させることを否定するならば、判決の前に再婚した者は重婚者になってしまう。ここでもやはり異論に答えておく必要があるだろう。ウィッセンバキウスは、「婚姻は離縁状の送付がなければ解消されない」とする勅法彙纂本章〔5巻17章〕第8法文前書に依拠して、これとは異なるの立場を支持している。そしてそれは元々バコウィウスの主張であった。しかし、既に述べた通り、当然に生じる権利もその行使に当たっては一定の行為が欠かせないのであり、夫は、姦淫を犯した妻に離縁状を渡さなければ、その妻を維持することになり、妻から解放されることはない。新勅法第117勅法第8章に基づく〔バコウィウスの〕第一の異論：「夫が妻の姦通について確証を得た場合には、妻かあるいはその姦通相手の男に離縁状を書き送る必要がある。従ってまた、そのような告発が真実であることが〔裁判を通じて〕明らかとなったとしても、離縁状が送付されて初めて、夫は婚姻前の贈与を回復できる云々」。応答：このような行為は、当然に生ずるとされる事柄全般においてそうであるように、犯罪が明白ではない場合に常に求められ、別のあり方などそもそも考えられない。従って、ここで問題になっているような、嫁資の利益やその他姦通故に無責配偶者に帰属すべき利得の保持に関しては常に判決が必要である。同じ討論6の定理2への注解末尾には別の論拠が示されており、そこでは婚約した女に関して論じられている。すなわち、婚約者の姦淫によって婚約が当然に無効となり、「過ちを犯して婚約の束縛を逃れることが婚約者の権利であるとするならば、妻は姦通を犯すことによって嫌気のさした夫から逃げ出せることになるが、そのような主張は明らかに馬鹿げている」とこの人〔バコウィウス〕は言う。同時にその罪深い女に刑罰が課され、婚約や婚姻の解消それ自体が有責者に対する処罰を伴うとしても、それが全く不当でないとはまでは確かに言えない。しかし、バコウィウスの主張は退けねばならない。なぜなら、無効の実現は自らの利益のためにそれを主張する者の意思に常に委ねられており、

この者が敢えてそれを望まないのであれば、事態はそのまま変わらないからである。従って例えば、被後見人が単独で結んだ契約が当然に無効であるからといって、その被後見人と契約した者が無効を主張できるわけではない【法学提要1巻21章「後見人の同意について」前書】。また、家男が脱漏された遺言は当然に無効ではあるが【同2巻13章「子の廃除について」前書】、その家男が黙っているならば遺言は有効となる【学説彙纂28巻3章】。婚姻についても同じように考えるべきである。婚姻は姦通によって当然に無効となり、夫が直ちに別の女を娶っても重婚者にはならない。しかし、もし妻をそのまま家に置くことを望んでいる場合には、婚姻が無効で離婚が為されるべきであるとは言えない。バコウィウスが挙げている他の薄弱な論拠については、読者において容易に論破されるであろう。バコウィウスの第一の異論については以上の通りである。第二の異論：「不治の病が婚約や婚姻を当然に解消させるわけではない以上、姦通もまた同じである」。読者の貴方はこのような主張も退けるはずである。時間とともに進行し終わりの全く不確かな病氣と、一過性の行為である姦通との間に一体如何なる共通点があるのだろうか。不幸と犯罪、つまり、配偶者の慰めをまさに必要としている悲しむべき境遇と、婚姻にとってこれ以上嫌悪すべきものばないほど邪悪な所業との間に共通点などあるわけがない。第三の異論：「勅法彙纂5巻17章第8法文や新勅法第117法文第9章では、姦通が、当然には婚姻の絆を解消することのない他の離婚原因と関連づけられている」とバコウィウスは言う。応答：それぞれの原因の性質に注意すべきであり、残りの離婚原因は、姦通のように一体性の絆を直接破壊するわけではない。他の原因との結びつきは離婚という結果に関するものであって、無効乃至取消の趣旨は個々の原因毎に異なるのである。第四の異論：上記第8法文では「夫が養女と通じた場合妻は当然に夫と別れるものとされている」だけで、「この妻が離縁されたか否かは問題となっておらず、そうである以上、妻の不品行によって婚姻が当然解消されるという主張は不合理であろう」とされる。応答：婚姻の本質、そしてまた、使徒の法に照らせば、淫行、すなわち、処女や娼婦との性交もまた当然に婚姻を解消させるということは既に述べた。しかし、市民法上は、バコウィウスが想定するような点、すなわち、夫が妻以外の

女と通じたという事実一般から離婚原因が生ずるということは否定されている。これは上記第8法文に関しても明らかであり、そこではただ、夫が妻の目の前で未成熟の少女と性交すると離婚の原因となる旨述べられているにすぎない。

16. 〈有責配偶者にも再婚が認められるべきである〉姦通を理由に婚姻が解消された場合、元々は、夫婦双方に再婚が許され、有責配偶者についてそれが否定されるということはなかったし、ましてや姦通者が死刑に処されるということもなかった。ただし、法律によって姦通罪に問われた女を妻に迎えることは、ユリウス法に基づく刑罰として、禁止されていた。この罰は、法学提要4巻18章「刑事手続について」への本書注釈第6番で既に述べた通り、国外追放ほど重いものではなかった【学説彙纂48巻5章第29法文1節、勅法彙纂9巻9章第9法文】。その後、ユスティニアヌスは、正当な理由で離縁された女に対しても、五年経過すれば再婚を認めた【新勅法第22勅法第15章1節及び第18章】。そして、この仕組みは、「離婚原因が正当と認められると無責配偶者は当局から新たな妻を迎え娶ることが許される」とする我が国の法律のように、無責配偶者にのみ再婚権を付与する諸法規によっても廃されたことにはならないと考えられる。というのも、それらの立法は、直ちに再婚が為される場合、つまり、有責配偶者が法律に規定された禁止期間に違反した場合に関するものと解されるからである。ところで、そのような諸法規は、我々が先に述べたこと、つまり、婚姻は姦通によって当然に解消されるという点に矛盾しないであろうか。私には矛盾はないように思われる。それらの法律の文言は再婚の公法上の効果を規定しているにすぎない。というのも、既にみた通り、当局は再婚の公告に当たって事件につき改めて特別な取り調べを行わねばならないからである。他方、妻の姦通について明白な証明に現に従事する者が、他の女と婚約あるいは婚姻を結んだ場合、そうする前に予め裁判官の許可を求めなかったという理由で重婚罪に問われることもないであろう。実際、実務でもしばしばそのような解されているし、同趣旨の「鑑定意見」も多い。これに対して、悪意の遺棄については、当然に婚姻が解消されると解すべきではない。悪意の遺棄は、一定期間に渡って継続することがほとんどで、しかも、遺棄者の意思から

推認せざるを得ない以上、直接的な無効の通常の特徴を備えているとは言えないのである。確かに、遺棄された夫乃至妻が他の者と再婚した場合には、遺棄者自身にも再婚を拒むべきではないが、遺棄者が先に再婚すると重婚罪に問われることになる。なぜなら、周知の通り、悪意の遺棄が離婚原因となるのは、遺棄された者の利益のためであって、遺棄者を婚姻から解放するためでは決してないというのが通説であるから。

17. <離婚原因とは区別されるべき無効原因、及び、その一例としての性交不能>以上に述べたような離婚原因とは異なる無効原因も存在する。例えば、婚姻適齢前に婚姻関係が結ばれたり、暴力や詐欺が用いられたり、妻を迎える男や嫁入りする女が家父権に服しているにも関わらず家父の同意を得ていないといったように、婚姻の本質的要素に対する何らかの違背がみられる場合がそうである。更には、血縁乃至近親関係の故に婚姻が許されない場合もある。これらの場合には、夫も、妻も、嫁資も、そしてそもそも婚姻さえも存在しておらず、最初から如何なる行為も存在しないのであるから、それらを取り消す必要もない旨、ユスティニアヌスは法学提要1巻10章「婚姻について」第12節で定めている。これらの無効原因については、法学提要1巻10章への注釈の中で十分に詳しく述べた。それ故ここでは次の点だけ指摘しておくことにする。それはすなわち、このような無効の厳格さが、君主の命令によって、衡平や公共の利益という重大な理由の下に緩和される可能性があるという点である。その際、例えば学説彙纂23巻2章第57法文でマルクス帝とルキウス〔・ウェルス〕帝が明確に述べている通り、期間の長さや子の地位が特に考慮される。更に、夫の性交不能もこれらの無効原因の一つに数えるべきであることは、学説彙纂23巻2章への注釈において既に述べた。これらの無効原因に関してここでふれる必要があるのは、離婚に似たその実行方法に関する事柄だけである。ユスティニアヌスは、勅法彙纂5巻17章第10法文において、この性交不能という原因に基づく無効主張も婚姻取消と呼んでおり、そこでは、夫が婚姻当初から「二年に渡って全く妻と性交できなかった」場合に、この無効原因の主張が認められている。しかし今日では、同じユスティニアヌスの勅法である新勅法第22勅法第6章、及び、勅法彙纂5巻17章第8法文への新勅法引用補足文に基づ

き、三年間の忍耐が義務づけられる。婚姻後に生じた性交不能は甘受すべきであり、正当な別居原因にもならないというのは、広く主張されている通りであり、カルプゾウィウス『宗教法院法学』第2巻定義200及び203もその旨明らかにしている。最後に問題となるのは、もし女が、学説彙纂21巻1章「按察巻告示、解除、及び、減額訴権について」第14法文7節に述べられている通り、妻となり得ないほどに頑なである場合には、妻が三年間待つことを余儀なくされたように、夫にも同じ忍耐が求められるべきか否かという点である。私はそうではないと考える。

18. 〈処女を偽った女を妻に迎えた場合、如何なる法が妥当するのか〉処女を偽った女をそうとは知らずに男が娶った場合（事情を知っていたならばそもそも問題は生じない）、それは無効なのか、それとも、離婚の余地があるのか、あるいは、その何れでもないのか、というよく知られた問題もここに関連する。汚れなき処女と全く同様に、汚れた女と婚姻することもまた可能である以上、無効と解すべきではないなのは全く明らかであり、バコウィウス『トレウトレルス注解』第2巻討論6命題6注Eへの注解も、トレウトレルスその他の人々に反対して、その旨ははっきりと述べている。離婚についても非常に様々な議論がみられる。カルプゾウィウス『宗教法院法学』第2巻11章定義193以下の証言に拠れば、現在の実務はしばしば離婚を認めているとされる。また、この見解を支える論拠としては、神法【申命記22章21行】やカノン法【グレイシアヌス教令集第2部事例29問題1第1節末尾】の他に、「そのような事情を知っていればその女を娶ったとは考えられない」という理由が挙げられ、レオ帝もこの問題について、「真実ではなく思いこみが結びつけたという事情ほど婚姻に矛盾する事柄は存在しない」と述べている。我がウィッセンバキウスは、夫が婚約相手の欺瞞を直ちに暴いたならば、つまり、「性交時」乃至「初夜」にそれが発覚したならば、夫に婚姻を取り消す権利が付与されるが、後になって発覚した場合には妻を離縁する権利はないとするハルメノプーロスやギリシャ教父の区別に依拠している。申命記22章に書かれている内容もこの見解に有利である。『現代法学』第1巻6章第10番において紹介した鑑定意見において私もこの点を考慮した。あるフラーネケル市民が容姿、知性、性格におい

て人並み以上の妻を娶り、その妻が婚姻成立から「161」日後に五体満足で健康な子を出産した。妻、産婆、そして何よりも愛情が、善良な夫に、それが自然に反したことではないと思ひ込ませ、離縁を強く勧める親類たちからそうではないと知らされるまでは、夫は離婚に反対し、妻を手元に留め、子の認知を強要されなかったとしてむしろ感激していた。助言内容は以下の通り。まずその子が夫の子ではないことは全く疑いがない。というのも、学説彙纂1巻5章「人の地位について」への注釈第4番、すなわち、本書第2巻548頁で述べた点に従えば、法文が要求する日数に22日も不足しているからである。しかし、離婚については、かなりの期間が経過している以上成就できる見込みはほとんどないと考えられた。確かに、プロテスタント教会は、我々が既にみた二つの離婚原因、すなわち、姦通と悪意の遺棄を認めている。しかし、この種の不品行は姦通とはかなり異なっており、それ故、卓越せるハルメノプーロスも、「確かに婚姻が解消されることはあるけれども、婚姻前に過ちを犯したからといって妻が姦通に問われるわけではない」と述べている【『六巻書』第6巻37章末尾】。そして我々も、『法の定理集』本章最終節において、この見解に従い、性交前あるいは性交後直ちに過ちが露見した場合には離婚が認められるが、婚姻関係が継続安定している場合には認められないと述べた。婚約あるいは婚姻の締結については、それが完遂される以前に不品行が発覚する限り、それほど問題にはならなかったものと思われ、ヨセフも、「既に身ごもっていた」婚約者を密かに離縁しようと考えたという点で正しかったと讃えられている【マタイ書1章[19行]】。これに対して、公の挙式の後、同衾に際して、あるいは、その直後に不品行が発覚した場合に、我々が如何に解すべきかについては、ここで敢えて断言しようとは思わない。素性の分からぬ者を初めから迎えないよりも後から追いつく方が難しいのは確かである。婚姻前に父の家で犯された過ち故に妻を死刑に処すモーゼの法[申命記22章21行]は今日もはや通用しない。ハルメノプーロスが前掲箇所而言及するような「初夜に寝台から逃げ出す」行為が慎み深い人々の間には浸透しなかったとはいえ、処女の喪失の徴というものが確実にないのも全く明らかである。従ってむしろ、婚姻後に何かそのようなことが明らかになった場合には、その者は勇気をもって自らの不

幸を申告せねばならない。例えば、妻を気高く健康で慎み深いと思いこんでいた夫が、実際にはかなりあるいは全く異なることに気付いた場合のように。この分野に関してプロテスタントの下でもなおその權威の衰えることのないカノン法によれば、婚姻が婚前の過ちによって無効となることはなく、特に「現在について」と形容される婚約は決して無効にはならない【別書2巻24章「宣誓について」第25節、グラティアヌス教令集第2部事例29問題1第1節】。夫による婚前の過ちについては如何なる問題も生じないし、ウェーセンベキウス『パラティトラ』勅法彙纂5巻4章「婚姻について」への注釈第8番の論拠もこの場合には妥当しない。というのも、この点に関する限り、周知のように、男と女の立場は全く異なるからである。婚姻関係が持続した場合には、「妻の場合と同じ法が夫にも妥当する」ことにはなるけれども。

19. 〈食卓と寝台の別離について〉真の離婚については以上の通りである。これに対して、離婚と似て非なるものも存在しており、カノン法においてはそれが唯一の離婚にあたる【別書4巻19章「離婚について」第2節、及び、同章全体】。この離婚は食卓と寝台の別離と呼ばれている。その主たる原因とされているのは、粗暴な夫による虐待や、耐え難い妻の厚顔無恥、そして、妻による夫殺害の企図である。更にこれらに付け加えられることが多いのは、激しい憎悪や和解不能な反目につき夫婦双方に責任がある場合であるが【カルプゾウィウス『宗教法院法学』第2巻11章定義189及び192以下】、これは原因の認定に他ならず、まずは和解すべく説得し促すためにあらゆる方策が講じられる。プラウトウスの『メナエクムス兄弟』の中で、嫁いだ娘が「お父様、私もうここでは暮らせないわ。これ以上とても我慢できない。だからここから連れ出して」と懇願しているように、妻たちが別居を企てる例がしばしばみられるのは確かである。しかし、この場合がそうであるように、事件を吟味しても然るべき原因は見出されないこともあり得る。原因が確認されない限りは、たとえば夫婦双方が別居を求めているとしても、それを許してはならない。もはや互いに一緒に暮らせないので、食卓と寝台の別離が必要であり、そうするより他ない旨、最高法院に嘆願書をもって申し立てた夫婦の訴えが退けられたのもそのためであり、1680年7月、ターケ・エールケ及びアーフケ・フォルケルトの

嘆願に対してそのように解答された。ところで、反目が激しく、和解の試みも尽き、他に打開策がない場合には、別居を望むという点においてのみ一致している夫婦双方の申立に対して、我々の裁判所も、最後の手段として別居を許可し、そうすることで将来の和解に期待を繋ぐことにためらいはない。実際、我が国のある著名な夫婦が嘆願に対する裁判所の決定によって別居したのを我々は知っている。双方に対する国家及び教会の審問の努力と、和解の試みが全て失敗した後、この夫婦はまず別居について私的に同意証書に捺印した。これによって、その夫婦は、相手方の著しい危難や不幸に際しても決して再び一緒にならない旨誓い、孤独極まりない死を選んだのであるが、しかし実際には、全く逆に、元のさやに収まるに至った。生まれつきの性格というものはほとんどの場合「修正がきかない」ものである。事情がこのようなものである以上、恥ずべき人々と別居を増加させている事情を一つ一つ裁判所で吟味する必要はない。その昔、賢明なアルキビアデスは、家庭内の事情について公衆に嘘偽りを吹聴する妻の腕を引いて家に連れ帰ったものである。次のようなオウィディウスの詩の一節【『愛の処方箋』第2番】もここに引用するに相応しい。すなわち、「寝室から訴訟を起こすよりも穏便に別れる方が余程確実で好都合。離婚を望む理由など詮索するなかれ。何が不満なのか言っても無駄。不満は常に密かに漏らすべし」。なお、夫婦の一方が裁判所の許可無しに姿を消した場合に、収入や扶養は法律上どうなるのかについては、学説彙纂17巻2章「組合訴権について」への注釈[第13番]、すなわち、本書第2巻968頁で述べた。

20. <死亡及び生死不明について> 死亡によって婚姻関係が解消されるという点はあらためて指摘するまでもない。しかし、夫が遠く離れて長期間不在で、その生死が明らかでなく、妻が新たな縁談を強いられあるいは望んでいる場合には、それを許すべきか否かという厄介な問題が生じる。近隣の地域では、長期の航海の故にそのような事態がしばしば起こっている。皇帝たちにとってこの問題の解決が如何に困難であったかは、法文からも読み取れる。例えば、勅法彙纂5巻17章第7法文において、コンスタンティヌス帝は、四年間の不在の後、夫健在の知らせを受け取ることのできない妻に再婚を許しているが、それ以前は不在期間は五年と定められていた【学説彙纂24巻2章第6法



文】。そして最後に、ユスティニアヌス帝はその期間を十年に伸ばした【新勅令第22勅法第14章】。しかしその後、夫がどれ程長く不在であるとしても、夫の死が確実である旨その上官が答え、それが裁判手続で宣誓の下に申し立てられない限り、妻はそのまま待ち続けるよう義務づけられることとなった。この場合、宣誓するのは、夫が従軍した司令官ではなく、その司令官に問い質した者である【新勅法第117勅法第11章に由来する勅法彙纂5巻17章〔第7法文〕への新勅法引用補足文】。司令官の返答は、今日の船員組合で言えば、公的な安否記録の提示に相当する。我がウィッセンバキウスの『学説彙纂演習』本章注釈定理14が述べている点は彼ら船員に上手く当てはまらない。この箇所ではウィッセンバキウスは、上記の事柄を論じた上で次のように述べている。すなわち、「証明がなくても、一定の年数が経過し、公告、召喚、出頭命令の手続を踏んだ後に、夫が帰還しなければ、我々はためらうことなく、パウロに倣って<兄弟はもはや絆に束縛されない云々>と宣言する」、と。このような指摘は悪意の遺棄には相応しいが、証明が欠ける場合には決して役には立たない。というのも、そのような場合、「何年であろうと」必ず貞操を守るのが妻の務めとされているからである【上記新勅法引用補足文】。ただし、必要であれば、学説彙纂22巻3章「証明及び推定について」への注釈第19番で述べた内容を参照し、この場面に当てはめてもよい。