

《論 説》

別居から離婚へ

——17世紀プロテスタント離婚法学——（2・完）

藤 田 貴 宏

Ⅲ

Ⅱでみた通り、プロテスタント離婚法学は、「絆に及ぶ離婚 *divortium ad vinculum*」、つまり、「婚姻関係そのものの解消 *ipsius matrimonii dissolutio*」としての離婚を認めたが、新勅法中に列举されたローマ法上の多種多様な離婚原因をそのまま受け入れたわけでも、合意による離婚に象徴されるような離婚の自由を肯定したわけでもない。離婚とは、「神が結びつけたもの *quod Deus coniunxit*」であるが故に本来解消不能であるはずの「夫婦の絆 *vinculum conjugii*」が断ち切られる極めて例外的な事態であり、それ故、そのような離婚をもたらす原因も、聖書の権威によって裏付けられるもの、具体的には、「姦通 *adulterium*」と「悪意の遺棄 *desertio malitiosa*」にさしあたり限定された。この内、「姦通」による離婚については、イエス自身の言葉に直接その根拠を見出すことができるが、「もし未信者が離れて行く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 est enim servituti subiectus frater aut soror in eiusmodi*」との使徒パウロの教えに由来する「悪意の遺棄」の意義や射程は必ずしも明らかではなかった。「悪意の遺棄によっても婚姻は解消され、無責配偶者には再婚が許される *Propter desertationem quoque malitiosam ita dissolvitur conjugium, ut novum liceat parti innocenti inire matrimonium*」との定義の下にカルプツォフもこの問題を論じている¹⁾。「夫がやむを得ない理由や正当な理由で不在では

- 1) “定義192：悪意の遺棄によっても婚姻は解消され、無責配偶者には再婚が許される
 〈1. 配偶者のやむを得ない不在を理由に再婚が許されることはない *Ob necessariam conjugis absentiam novum non licet inire conjugium.*〉 夫がやむを得ない理由や正当な理由で不在ではあるが生存している場合、たとえ長期に渡って不在であるとしても、妻は、〈2. 不在の夫の死が妻に知られるまで *Priusquam de absentis morte uxor fuerit certiorata.*〉 その死が知られるまでは、別の男と再婚することはできないという点については、我々〔プロテスタント〕の神学者とカノン法学者と一致している【別書4巻1章「婚約及び婚姻について」第19節、同21章「再婚について」第2節、ヨハネス・スクネイドウィヌス『法学提要1巻10章「婚姻について」注解』離婚の項第38及び41番、ヘニングウス・アルニサエウス『婚姻法論』第6章7節】。〈3. というのもやむを得ない原因が悪意を排除するから *Quia causa necessaria malitiam excludit.*〉 なぜなら、不在の原因がやむを得ないものであったり、少なくとも正当であるならば、離婚の口実となるような害意や悪意は排除され、不在が甘受されるべきことに疑いの余地はないからである【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7法文の新勅法引用補足文、新勅法第117勅法第11章】。〈4. 悪意の遺棄のあり方はこれとは全く異なる *Alia et diversa est ratio desertionis malitiosae.*〉 これに対して、悪意の遺棄のあり方は別である。すなわち、夫婦の一方が、何らかの正当な原因によって強いられたわけではなく、気紛れや、夫婦関係の煩わしさに対する忍耐不足その他、必然性のない理由で相手を遺棄するのである。〈5. 悪意の遺棄を理由に離婚が許される *Ob quam permittitur divortium.*〉 このような場合に離婚が正当であることを否定するのは困難である【ヘニングウス・アルニサエウス前掲箇所第4番、ヨハネス・スクネイドウィヌス前掲箇所第43番、ヨアキムス・ア・ベウスティウス『婚姻法論』第2部26章、パウルス・キューブラエウス『婚姻法論』第1部13章77節第10番、マルティヌス・ケムニトゥス『トリエント公会議の検討』第12部第8部会定律6及び7の検討、262頁以下、バシリウス・モネルス『婚姻論』第7章5節、ヨハネス・ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第623番、カスパルス・エラスムス・プロクマンドゥス『全神学体系』婚姻の項第4章問題58】。
- 〈6. そして遺棄された側には再婚が許される *Et parti desertae novum licet inire matrimonium.*〉 また更に、使徒〔パウロ〕の見解【第一コリント書7章15行】に従うならば、遺棄された側にとって再婚は当然のことであるとしてどうして言えないだろうか。「も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、兄弟や姉妹はもはや絆によって束縛されない」と、使徒はその箇所ですべている。この点は、アンドレアス・オシアンデルの当該箇所への注解によれば、配偶者の悪意の不在のために、遺棄された側が婚姻から永久に遠ざけられるいわれはないという趣旨に解される【法学提要1巻10章「婚姻について」第11節へのヨハネス・ハルブプレクトゥスの注釈第13番】。〈7. この点は聖書により裏付けられる *Quod probatur ex sacris.*〉 ところで、使徒は専ら未信者が信者の下を離れるような遺棄について述べているけれども、神学者たちは、全く正当にも、これをあらゆる種類の悪意の遺棄に拡張し、その際、「もしあ

る人が、同胞、とりわけ家族を顧みないならば、信仰を捨てたことになり、未信者よりも罪深い」というパウロの言葉【第一テモテ書5章8行】に依拠している。つまり、誠実な配偶者を遺棄する者は、自分の家族を顧みないものと解され、それ故、未信者よりも罪深く、その悪意の出奔により十分な離婚原因をもたらすのである【プロクマンドゥス前掲書婚姻の項第2章9節】。〈8. この主張の更なる論拠 *Alia hujus assertionis ratio.*〉また、もし無責配偶者に再婚権を認めないとすると、不法な行為は行為者自身を義務づけるものであるのに【勅法彙纂9巻47章「刑罰について」第22法文[2節]】、無責配偶者の良心が相手方の犯罪によって窮地に陥れられることになるという点を十分に考慮すべきである。〈9. 遺棄という離婚原因がキリストによって否認されているわけではない *Causa desertionis non improbata a Christo ad divortium.*〉更に、キリストが離婚原因として姦通のみを挙げている【マタイ書5巻32行及び19章9行】ことから、この悪意の遺棄という離婚原因がキリストによって否認されていると解する者がいるわけでもない。〈10. 同上〉というのも、キリストがその箇所で言及しているのは、理由なく配偶者を放置する者であり、そのような行いは決して許されない。これに対して、不当にも遺棄された者については別様に解する必要があり、当局は、この者が敬虔かつ平穩に生きることができるよう援助を与え、再婚を認めねばならない。これは、離婚を行う者についてキリストが説き、上に引用した箇所です使徒が離婚を惹起する者について述べている通りである【ヘミングウス『婚姻論』188頁】。

〈11. 遺棄に関する適法な裁判手続が予め行われることが常に求められる *Praecedere semper debet desertionis processus legitimus.*〉ただし、以上の点は、遺棄に関する適法な裁判手続が予め行われ、判決をもって婚姻が解消された場合にのみ是認される【フィリップス [=メランヒトン]『神学要論』婚姻の項「遺棄について」、ヨハンネス・スクネイドウィヌス前掲書離婚の章第46番、ヨアキムス・ア・ベウスティウス前掲書第2部27章】。〈12. 遺棄者の帰還によって再婚は無効となるのか *Redeunte desertore num rumpatur posterius conjugium?*〉また、その結果として、たとえ遺棄者が帰還しても再婚が無効となることはない【学説彙纂48巻5章「姦通者を処罰するユリウス法について」第11[12]法文12節】。〈13. 我々の神学者たちはこの点を肯定している *Affirmant hoc nostrates Theologi.*〉我々の立場が、イェナ版著作全集独語篇第5巻所収『婚姻事件論』250頁に見える偉大なルターの言葉に反するものではないことも確かである。そこには、「夫が、妻が死亡したものと信じ、それを示唆する強力な証拠や徴表によって説き伏せられた後に、その妻が帰還し、夫に別の妻がいるのを見出した場合はどうか。解答：夫は最初の妻を迎え入れ、後の妻を追い出すべきである。しかし、妻が夫の元に戻ることを全く望んでおらず、要するに、夫を受け入れることを望んでいない場合はどうか。この場合、当局は、そのような希望を認めるべきであって、汝夫の元に戻されることを妻が望んでいない以上、汝を罪に問うことなく、汝が別の妻と暮らすことを承認すべきである云々」、とある。〈14. 同上〉このように、当然、再婚は取り消されるべきものと解され、これは、メントゼルス『婚姻法論』その他の正統主義神学者、及び、カスパルス・エラスムス・プロクマンドゥス前

掲書第4章問題59の見解でもある。〈15. しかしこの見解はやむを得ない不在の場合に限定されるべきである *Sed restringenda haec sententia ad necessariam absentiam.*〉しかしながら、以上の点は、正当かつやむを得ない不在の場合、もしくは、遺棄された者が、遺棄をめぐる適法な裁判や遺棄者の公的召喚を予め経ることなく、再婚した場合にのみ当てはまる。〈16. 悪意の遺棄の場合は事情が異なる *Secus res se habet in casu malitiosae desertionis.*〉これに対して、不可避でもなく正当でもない理由で不在である悪意の遺棄者が適正に召喚されたにも関わらず出頭せず、しかも、当局の権威と同意の下に被遺棄者が再婚した場合は、後に帰還して自らが遺棄した配偶者を取り戻そうとする遺棄者の訴えを認めるべきではないし、〈17. 悪意の遺棄者は追放刑を課すに値する *Poenam exilii desertor malitiosus meretur.*〉「召喚された遺棄者が出頭しない場合、その者は以後出頭することは許されず、要するに、帰還権を奪われる」とのルターの言葉や、ヨハネス・ゲルハルドゥス前掲書婚姻の項第634節でのこの点の説明に従えば、むしろ、その者を処罰し、追放刑に処すべきである。

〈18. 最高宗教法院の判決 *Decretum Consistorii Supremi.*〉クリストフ・Wの妻であるロジーネを原告とし、上記夫を被告とする事件について、1619年10月20日付けで最高宗教法院はそうのように判断している（判決の文言：以上から、被告が、原告に対して邪険に振る舞った上に、妻である原告を悪意で遺棄したことは明らかである。従って、世俗当局に被告に対する処罰が委ねられる一方、原告は被告との婚姻関係から解放されるのが適切であるので、我々はここにそのように判示し、更に、キリスト教として再婚することも許可し是認する云々）。

〈19. 同決定 *eiusdem Sententia.*〉また、リンツのヨーブスト・Fの照会に対して、1610年8月16日付けで同様に解答している（決定の文言：1596年に結婚した汝の妻マルガレータは、1606年に至るまで、汝と共に婚姻生活を送り、その間に六人の子供が生まれ、その内の一名が存命である。ところが、マルガレータは、この子の出産のために床に入り、汝が公務で出張中であった時に、貴族の若者と駆け落ちして汝を悪意で遺棄し、しかも、汝の母親や汝自身が真摯な手紙を送り、再び汝と共に暮らすよう戒めたにも関わらず、この女はそれを無視した上、汝の元には二度と戻らつもりはなく、もし戻れば悪魔のような汝によって生まれた子が八つ裂きにされてしまう旨表明している（また、この女は、エンス側以北の上オーストリアの地理に精通し〔出張先で〕夫を射殺してくれる者に100フローリンを与えようとしたとも言っているようである）。以上に鑑みれば、汝は、汝の妻に対する遺棄の訴えを宗教法院に提起し、応訴させるために妻を召喚し、場合によっては当法院に連行することを求め、汝の妻が汝を悪意で遺棄した旨の判決と正義を手にするのを許される。その上で、汝の面前への連行がかなわない場合には、汝を妻との婚姻関係から完全に解放するのが適当である。そして、汝が独身のままでは良心の咎めなく自制することができないにもかかわらず、そのようなあからさまな怒りを避けるために立派に振る舞っている場合には、聖書の神の許しに基づき、無責者として、再び神聖な婚姻を結ぶ機会が与えられる。他方、汝の先の妻に対しては、世俗当局が刑罰を課すことであろう。法に基づき以上の通り判示する。〉（*Jurisprudentia*, 661-663.）

あるが生存している場合、たとえ長期に渡って不在であるとしても、妻は、その死が知らされるまでは、別の男と再婚することはできない *maritio ex necessaria vel probabili causa absente ac superstite, uxori non liceat alteri nuberi etiamsi longo tempore abfuerit maritus, priusquam de morte ejus sit certiorata*」が、「夫婦の一方が、何らかの正当な原因によって強いられたわけではなく、気紛れや、夫婦関係の煩わしさに対する忍耐不足その他、必然性のない理由で相手を遺棄する場合 *quando nulla coactus causa honesta, sed vel levitate, vel impatientia freni conjugalis injusta, aliisve non necessariis causis impulsus conjunx a conjuge discedit*」、すなわち、「悪意の遺棄」においては、「離婚が正当であることを誰も否定できない *juste divortium fieri non facile negat*」し、「遺棄された側にとって再婚は当然である *parti desertae novum inire matrimonium fas est*」。プロテスタント神学者及び法学者のこのような観方の最大の論拠として援用されたのが先のパウロの教えである。つまり、「遺棄された側 *pars desertae*」は、もはや「絆には束縛されない *non servituti subjectus est*」以上、「配偶者の悪意の不在のために婚姻から永久に遠ざけられるいわれはない *non teneatur propter malitiosam conjugis abstatiā perpetuo a matrimonio abstinere*」というのである。ただし、そこでパウロの念頭にあるのは、信者たる「兄弟や姉妹 *frater vel soror*」と「未信者 *infidelis*」との間の婚姻にすぎない。この点、「もしある人が、同胞、とりわけ家族を顧みないならば、信仰を捨てたことになり、未信者よりも罪深い *si quis suorum et maxime domesticorum curam non habet, fidem negavit, et est infideli deterior*」とのパウロの別の言葉²⁾に照らし、「誠実な配偶者を遺棄する者は、自分の家族を顧みないものと解され、それ故、未信者よりも罪深く、その悪意の出奔により十分な離婚原因をもたらす *curam domesticorum suorum nequitiam dicitur habere, qui deserit conjugem piam, ut hinc merito deterior sit infideli, causamque divortii praebeat sufficientem malitioso suo discessu*」という拡張的理解にカルプツォフは与している。また、「姦通のみがキリストによって離婚原因に挙げられている

2) 1 Tim 5, 8.

adulterium solummodo ab Christo ponitur divortii causa」点をふまえるならば、姦通以外の理由で離婚した被遺棄者の再婚それ自体が「姦淫」の罪にあたるようにもみえる。しかし、イエスは姦通者を例に「理由なく配偶者を放置する者 *persona temere conjugem abjiciens*」の再婚を戒めているのであって、「不当にも遺棄された者については別様に解する必要がある *aliud habendum est de persona injuste deserta*」。更に、「無責配偶者に再婚権を認めないと、無責配偶者の良心が相手方の犯罪によって窮地に陥れられることになる *si facultas novum ineundi conjugium denegetur innocentem, conscientiae ejus inicitur laqueus ex crimine alieno*」ので、「犯罪はその担い手を義務づける *peccata suos teneant auctores*」という原則³⁾にも矛盾することになる。それ故、「当局は、この者が敬虔かつ平穩に生きることができるよう援助を与え、再婚を認めるべきである *Magistratus opem ferre debet, quo pie et tranquille vivat, novas ei nuptias concedendo*」。とはいえ、悪意の遺棄による離婚と無責配偶者の再婚は、「遺棄に関する適法な裁判手続が予め行われ、判決をもって婚姻が解消された場合にのみ是認される *non aliter accipiendum est, quam si legitimum praecesserit desertionis iudicium, et conjugium per sententiam fuerit dissolutum*」のであって⁴⁾、「正当かつやむを得ない不在の場合 *casus absentiae probabilis et necessariae*」、もしくは、「遺棄された者が、遺棄をめぐる適法な裁判や遺棄者の公的召喚を予め経ることなく再婚した *persona deserta, haut praevisio desertionis processu legitimo, nec antegressa publica desertoris citatione, novas contraxit nuptias*」場合には、「再婚は取り消されるべきものと解される *posterius conjugium videtur rescindendum*」。しかし、遺棄者が裁判所の「召喚 *citatio*」に応じなければ、裁判による悪意の遺棄の認定それ自体が事実上不可能となる。そこで、カルプツォフは、「召喚」に応じない遺棄者の「帰還権 *redeundi potestas*」を否定するルターやゲアハルトの主張に従い、「不可避でもなく正当

3) C. 9, 47, 22, 2.

4) 「遺棄訴訟 *processus desertionis*」及び「召喚 *citatio*」については、『教会法学』第3部第5章で詳述されている。なお、そこでのカルプツォフの叙述は後に見るヨーハン・シルターの『カノン法提要』で手際よく要約された(Ⅲ注23の5-7参照)。

でもない理由で不在である悪意の遺棄者が適正に召喚されたにも関わらず出頭せず、しかも、当局の権威と同意の下に被遺棄者が再婚した場合は、後に帰還して自らが遺棄した配偶者を取り戻そうとする遺棄者の訴えを認めるべきではなく、むしろその者を処罰し追放刑に処すべきである *si desertor malitiosus ex causa non necessaria nec probabili absens, solenniter citatus non comparuerit, ac Magistratus autoritate et consensu persona deserta aliud inierit conjugium, tantum abest, desertorem postea redeuntem conjugemque desertam sibi restitui petentem audiendum fore, ut poenis potius sit subiiciendus et in exilium mittendus*」としている。

ところで、「未信者が離れるならば離れるがままにさせよ」とのパウロの教えは、旧約聖書上の幾つかの典拠⁵⁾と共に、「信仰の異なる者の間で既に婚姻が締結され、同衾によってそれが完遂された場合、もしくは、婚姻成立後に何れか一方が真の信仰から離れた場合 *si accidat, ut inter diversae religionis homines conjugium jam fuerit contractum et per nuptias consummatum, aut post initum matrimonium alterututra pars a vera fide defecerit*」について、カトリックの神学者や法学者が例外的に完全な離婚を認める際にも援用されており、I でふれたコバルビアスもこの点に言及していた⁶⁾。これに対して、プロテスタント側では一般に、「夫婦何れかの未信仰も、夫婦間の信仰の相違も、十分な離婚原因をもたらすことはない *nec infidelitas conjugis alterutrius, nec disparitas religionis sufficientem praebet causam divortio*」と解されていた。その聖書上の論拠として、カルプツォフはまず、「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 conjunxit, homo non separet*」とのキリストの教え⁷⁾が「神が差別なく結びつけた信仰の異なる人々や未信者 *diversae religionis homines aut infideles, quos Deus aequae conjunxit*」にも当然当てはまること、そして何よりも、「ある兄弟に未信者の妻があり、共に暮らすことに妻が同意している場合には、その妻を離縁してはならない。また、ある女に未信者の夫があ

5) Exod. 34, 16; Deut. 7, 3; Esr. 10, 10.

6) I 注12の9 参照。

7) Mt 19, 6.

り、共に暮らすことに夫が同意している場合には、その夫を離縁してはならない。というのも、未信者の夫は妻によって浄められ、未信者の妻は夫によって浄められているからである。そうでなければ、汝等の子供たちは汚れているはずであるが、実際には浄められている *si quis frater uxorem habet infidelem, et haec consentit habitare cum illo, ne dimittat illam : et si quae mulier virum habet infidelem, et hic consentit habitare cum illa, non dimittat virum. Sanctificatus est enim maritus incredulus per uxorem, et sanctificata est uxor incredula per maritum : alioqui filii vestri immundi essent, nunc autem sanctificati*」というパウロ自身の言葉⁸⁾を指示している。このように婚姻を「永続的で解消不可能な契約 *perpetuus et indissolubilis contractus*」と捉える限り、「信仰の相違 *diversitas religionis*」を理由とする「婚約取消 *repudium*」も許すべきではなく、またそうである以上、「離婚 *divortium*」、つまり、「同衾によって明白完全に完遂された婚姻 *matrimonium per nuptias plene et perfecte consummatum*」の「解消 *dissolutio*」は尚更認められるべきではない。このように「婚姻が一旦成立してしまった場合には、まさにそれ故に取り消されてはならない *si conjugium contractum jam esset, rescindi propterea non deberet*」との観方は、法一般において、「行ってはならないことでも、実際に行われてしまうと、決して取消が許されない場合がしばしばある *saepe quae fieri non debent, si facta fuerint, haud rescinduntur*」こと⁹⁾からも特に不都合はなく、実際、「婚姻締結の障害事由 *matorimonium contrahendum impeditia*」の全てが「既に結ばれた婚姻を解消させるわけではない *jam contractum matrimonium non dissolvunt*」。以上のような論証を試みた上で、カルプツォフは更に、カトリック側が援用する聖書上の論拠に反論を加えている¹⁰⁾。まず、「未信者との間で完遂された婚姻

8) 1 Cor 7, 12-14.

9) 典拠として引用されている法文は、D. 2, 12, 1, 1 ; 3, 2, 13, 7 ; 48, 19, 9, 11 ; 48, 22, 7, 4 ; 49, 4, 1, 5 ; 50, 17, 85, 1.。

10) “定義206：信仰の相違は、これに悪意の遺棄が付け加わらなければ、婚姻を解消しない。

〈1. 信仰の異なる者同士の婚姻は危険を伴う *Periculosum est matrimonium inter diversae Religionis homines.*〉 信者と未信者、あるいはまた、信仰の異なる者同士の婚姻

が以下に危険であるかは、士師記3章5[-7]行から十分に明らかである。そこには、「イスラエルの子孫たちは、カナン人、ヘテ人、アモリ人の中に住み、これらの人々の娘たちを妻に迎え、自分たちの娘を彼らの息子たちに与えるとともに、彼らの神々に仕えた。つまり、イスラエルの子孫たちは、主の面前で悪を行い、自分たちの神を忘れて、バアルに仕えたのである」とある。信仰を異にする者同士の婚姻が真の信仰から離反する危険をもたらすのは当然である。〈2.このことはソロモン王の例によって証明される *Quod probatur exemplo Regis Salomonis.*〉ソロモン王の例がこのことを証明している。すなわち、ソロモン王は、神にによって、先にも後にも並ぶ者がいない程に賢明で思慮深い心を与えられ”たにもかかわらず【列王紀上3章12行】、外国人の妻たちを愛したので、その妻たちがソロモン王の心を変えさせ、ソロモン王は他の神々に仕えるようになり、その心は主と一体ではなかった【列王紀上11章3[-4]行】。〈3.安易にそのような婚姻を結ぶべきではない *Non facile contrahendum ejusmodi conjugium.*〉それ故、既に本書第2部定義6で述べたとおり、この種の婚姻はそもそも結ぶべきではないし、結ぶとしても用心すべきである。〈4.市民法ではこのような婚姻を禁じている *Prohibitum hoc est in jure civili.*〉従ってまた、ワレンティニアヌス、テオドシウス、アルカディウスの三帝が立法によってそのような婚姻を禁じ、「ユダヤ人の男はキリスト教徒の女と婚姻してはならず、キリスト教徒の男はユダヤ人の妻を迎えてはならない」旨定め、「すなわち、もしこのようなことを行うならば、その者は姦通に匹敵する罪を犯すことになり、当局の命令をもってその特権を奪われ告発される」としているのは決して不当ではない【勅法彙纂1巻9章「ユダヤ人及び星占い師について」第6法文】。

〈5.既に結ばれたそのような婚姻もやはり解消されるべきか *Num vero contractum rursus dissolvandum?*〉ところで、信仰の異なる者の間で既に婚姻が締結され、同衾によってそれが完遂された場合、もしくは、婚姻成立後に何れか一方が真の信仰から離れた場合、そのような婚姻もやはり解消されるべきか、つまり、信仰の相違を理由とする離婚が認められるべきかどうか。〈6.カトリック司教たちはこれを肯定している *Affirmant id Pontificii.*〉カトリック司教たちはそのように主張しており、彼らの立場はベラルミヌス『婚姻論』第1巻12章2節及び14章5節において擁護されている。〈7.それは如何なる論拠によるのか *Ex quibus fundamentis?*〉彼らが論拠としているのは、イスラエル人とカナン人の婚姻を許さない旧約上の神の命令【出エジプト記34章16行、申命記7章3行】、及び、預言者エズラが未信者との間で完遂された婚姻を取り消すことも許される旨述べている点【エズラ書10章10行】、である。〈8.同上〉更に、彼らは、「未信者が離れるならば離れてもかまわない」というパウロの言葉【第一コリント書7章[15行]】に依拠して、新約聖書においても事情は異なる旨主張している。〈9.ルター派の人々の否定的見解の方が正しい *Verior decisio Lutheranorum negativa.*〉しかしながら、この点については、既に上記定義7において、ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第665節以下の成果に基づき詳しく述べたので、それをここに繰り返すことは差し控えたい。夫婦何れかが未信者であること、または、夫婦間の信仰の相違が十分な離婚原因をもたらすことはないという我々の立場に与する

主要な人々は次の通り。上記第一コリント書7章への偉大なルターの注解、ゲルハルドゥス前掲箇所599頁、フィリップス『神学要論』婚姻の項、バーザ『離婚論』99頁以下、バルタサル・メントゼルス『婚姻論』148頁以下、カスパルス・エラスムス・ブロクマンドゥス『全神学体系』婚姻の項第2章問題3、ヘミングウス『婚姻論』、ヨアキムス・ア・ベウスティウス『婚姻論』第2部37章、ヘニンギウス・アルニサエウス『婚姻論』第5章5節第40番。

〈10. この見解の理由と根拠 *Rationes et fundamenta hujus asseritionis.*〉1) 実際、「神が結びつけた者たちを人が引き離してはならない」というキリストの教え【マタイ書19章6行】は揺るぎのないものである。そうである以上、神が差別なく結びつけた信仰の異なる人々や未信者を引き離してしまうほど無謀で無分別な者がいるだろうか【ゲルハルドゥス前掲書婚姻の項第665節110頁】。また、ヤーヴェも、信者と未信者の婚姻の解消を命じているわけでは決してなく、ましてや、信仰を異にする者の間で結ばれた婚姻については言うまでもない【ベウスティウス前掲箇所、及び、アルニサエウス前掲箇所】。〈11. 使徒の明白な言葉の援用 *Adducuntur verba expressa D. Apostoli.*〉2) そればかりか、神はまさに反対のことを使徒を介して明白な言葉で命じている。すなわち、「ある兄弟に未信者の妻があり、共に暮らすことに妻が同意している場合には、その妻を離縁してはならない。また、ある女に未信者の夫があり、共に暮らすことに夫が同意している場合には、その夫を離縁してはならない。というのも、未信者の夫は妻によって浄められ、未信者の妻は夫によって浄められているからである。そうでなければ、汝等の子供たちは汚れているはずであるが、実際には浄められている」、と【第一コリント書7章12[-14]行】。ここで未信者について言われている事柄が信仰を異にする人々にもあてはまるのは明らかである。〈12. 婚約でさえ信仰の相違を理由に取り消されることはない *Ne quidem sponsalia ob Religionis diversitatem sunt rescindenda.*〉3) 上記定義7で既に述べた通り、婚約もまたこのような理由で解消され得ない以上、同衾によって明白完全に完遂された婚姻においては尚更離婚は不相当であることになる。〈13. 婚約取消よりも離婚の方が実現困難である *Difficilius impetratur divortium, quam repudium.*〉なぜなら、離婚、つまり、婚姻関係の解消は、婚約取消、つまり、婚約の破棄よりも遥かに実現困難であるから【別書2巻24章「宣誓について」第25節第2段、法学提要1巻10章へのヨハネス・ハルブレクトゥスの注解第139番】。〈14. 婚姻は永続的かつ解消不能の契約である *Conjugium est perpetuum et indissolubilis contractus.*〉そしてそれは決して理由のないことではない。すなわち、天国における仕組みやキリストの教えに従えば、婚姻とは永続的に解消不可能な契約なのであるから【マタイ書5及び19章、マルコ書10章、ルカ書16章】、婚約から結婚乃至婚姻へと否定的議論を拡げても問題はない。〈15. この見解の理由と根拠 *Rationes et fundamenta hujus asseritionis.*〉4) そもそも新たに未信者や信仰を異にする者と婚姻関係を結ぶことは容易に認められないとしても、婚姻が一旦成立してしまった場合には、まさにそれ故に取消を認めるべきではない。〈16. 行ってはならないことでも、実際に行われてしまった場合には、決して取消が許されないことはしばしばある *Saepe quae fieri non debent, si facta sunt, haut rescinduntur.*〉とい

うのも、行つてはならないことでも、実際に行われてしまうと、決して取消が許されない場合がしばしばあるから【学説彙纂 2 卷 12 章「祝祭日や猶予期間その他諸期日について」第 1 法文 1 節、同 3 卷 2 章「不名誉の宣言を受ける者について」第 13 法文 7 節、同 50 卷 17 章「古法の諸準則について」第 85 法文 1 節、同 48 卷 19 章「刑罰について」第 9 法文 11 節、同 48 卷 22 章「特示命令により追放された者について」第 7 法文 4 節、同 49 卷 4 章「上訴は如何なる場合にどれ程の期間内に行われるべきか」第 1 法文 5 節】。〈17. 婚姻締結を妨げる事由は多いが、それらは既に締結された婚姻を解消させるわけではない *Multa matrimonium impediunt contrahendum, at contractum non dissolvunt.*〉また、婚姻締結の障害事由は多いが、それらは既に結ばれた婚姻を解消させるわけではない【学説彙纂 1 卷 6 章「自権者及び他権者について」第 8 法文〔前書〕の「維持される」に対する標準注釈、アンドレアス・ファキネウス『法学論争集』第 3 卷論争 40、テオドルス・レインキングウス『俗界聖皇統治論』第 1 卷 1 章 5 節第 24 番】。

〈18. 教皇派の主張に対する反駁 *Refelluntur rationes Pontificiorum.*〉エズラの行いも、ユダヤ民族のみに向けられた神の命令の特殊性に鑑みれば、以上の主張の妨げとはならない。つまり、新約上、キリスト教徒はこの命令に全く拘束されないのである。〈19. 未信者との婚姻を取り消すエズラの行いの吟味 *Examinatur factum Esrae conjugia cum infidelibus rescindentis.*〉というのも、旧約では、神は、あらゆる民族から区別されたイスラエル人を特に自らのために選ばれたのに対して、新約では、ユダヤ民族が他の諸民族から区別された障壁が取り除かれているからである【エペソ書 2 章 14 行】。〈20. 「未信者が離れるならば、離れるがままにさせよ」という使徒の言葉の解明 *Explicatur dictum D. Apostoli: Si infidelis discedit, discedat.*〉「未信者が離れるならば、離れるがままにさせよ」という使徒の教え【第一コリント書 7 章】はこの点に関連しており、ゲルハルドゥス前掲書婚姻の項第 666 節はこの点を適格に解明している。すなわち、使徒は、その教えの中で、信者があたかも未信仰を理由に未信者と離縁しなければならないかのように、未信仰を離婚すべき理由とみなしたわけでは決してないが、無責配偶者には遺棄を理由とする離婚を認めており、これは、未信者が悪意の遺棄によって事実上離婚を企てているからである。ゲルハルドゥスは言う。

「信者との同居を望まない未信者が、〈離れるならば〉、すなわち、自らの遺棄行為によって不信心にも婚姻の絆を断ち切るならば、〈離れるがままにさせよ〉、すなわち、信者はそれを平静な心で甘受し、神に委ねるべきである。〈というのも、このような場合、兄弟も姉妹も絆に束縛されないからである〉、すなわち、そのような場合には、キリスト教徒たる夫や妻は、その配偶者による悪意の遺棄のために婚姻を永久に禁じられるべきではなく、状況に応じて再婚を求める自由を保持すべきである」、と。以上はゲルハルドゥス前掲箇所第 666 節の引用である。

〈21. 信仰の相違に遺棄が付け加わるならば離婚の余地がある *Si desertio ad divestitatem Religionis accedat, locum habet divortium.*〉以上の解釈に基づいて、我々は、未信仰自体が十分な離婚原因となることは決してないとしても、悪意の遺棄がこれに加わり、未信者が信者を遺棄する場合には、離婚を拒むべきではないと考える。〈22.

を取り消すこと *matrimonia cum infidelibus consummata rescindere*」を肯定す

なぜなら悪意の遺棄は十分な離婚原因であるから *Quia desertio malitiosa sufficiens est causa divortiiis.* > というのも、既に述べた通り、使徒の意図に従えば、そのような悪意の遺棄という原因もまた離婚に相応しいと見なされるからである【上記定義192、ヘニングウス・アルニサエウス『婚姻法論』第6章7節第4番、ヨハネス・スクネイドウィヌス『法学提要1巻10章「婚姻について」注解』離婚の項第43番、ヨアキムス・ア・ベウスティウス『婚姻法論』第2部26章、パウルス・キューブラエウス『婚姻法論』第2部1章13の77節第10番、カスパルス・エラスムス・ブロックマンドゥス『全神学体系』婚姻の項第4章問題58、マルティヌス・ケムニトゥス『トリエント公会議の検討』第12部、第8部会定律6及び7の検討262頁以下】。

〈最高宗教法院の決定 *Sententia Consistorii Supremi.*〉ツィッタウの牧師ヨアキムス・パスカエの照会に対して、最高宗教法院は、1608年2月12日付けでそのように答えている（決定の文言：「汝が書面において報告するところによれば、汝の元でパウル・Hと命名されたバン職人が、青年期の遍歴の際に、フッター兄弟団というメーレンのパウザランを拠点とする再洗礼派に加わり、彼らはこの者を自分たちのバン職人として迎えただけでなく、誤った信仰へと誘い込んだ結果、このバン職人は彼らのやり方に従って二人の女と婚姻したが、その内の最初の妻は出産時に死亡し、後の妻との同衾は七週間しか続かなかった。というのも、彼は自らの過ちに気づき、更には、この妻に関して、以前オーストリアで娼婦として生活していたということを聞き知ったからである。このような経緯で、彼は七年前にツィッタウの父親の元に帰郷し、上記のような誤った教えから、我々の正真正銘のキリスト教と聖餐の儀式へと完全に復帰した。そして現在、（妻が彼に付き従うことなく、生涯フッター兄弟団に留まりたい旨彼に申し述べたために）別の者との婚姻を企図しているとのことであり、この点について、汝は、上記パウル・Hにつき再婚が許可する旨の我々の法的教示を求めている。そこで、我々は法に照らして以下の通り判断し言明する。すなわち、上記Hは、単なる信仰の相違や妻の誤った信仰という理由だけでは、通常の適法な遺棄訴訟を通じてその妻から別れるまでは、離婚できず、別の女と再婚する資格もないというのが、法の命ずるところである」）。

〈24.同上〉また、A在住のダニエリス・Hの申立に対しても、1609年4月26日付けでそのように命じている（決定の文言：「汝の息子で馬具職人のアンドレアスは、ネーデルラントやイングランドに赴き、数年に渡り各地で仕事をしたが、帰国した途上でアンネ・Sと知り合い、この女に変わらぬ愛情を捧げ、最終的には、汝の許しも得て、婚姻を結び婚礼の儀式を行った。今になって、上記アンネがカルヴァン主義を信仰していることが発覚したけれども、汝の息子も汝もそれを知らなかったとの理由から、汝は、この女を離縁でき、汝の息子が他の女と再婚できると考えている。しかしながら、上に述べた通り、婚姻が公の婚礼乃至挙式によって一旦行われた以上、それを維持するのが適切であり、このような場合において離婚は許されない。法に従い以上の通り判断する」）。（*Jurisprudentia*, 686-689.）

る預言者エズラの言葉は、ユダヤ民族に対して他民族との婚姻を禁ずる「旧約の神の命令 *praeceptum divinum Veteris Testamenti*」をふまえたものであり、「新約上、キリスト教徒はこの禁令に全く拘束されない *ex qua prohibitione Christiani in Novo Testamento haut obligantur*」のであるから、プロテスタントの主張の妨げとはならない。また、使徒パウロも、既にみたように、未信者の「悪意の遺棄」を理由に「無責配偶者」に離婚を認めたにすぎず、「信者があたたかも未信仰を理由に未信者と離縁しなければならないかのように、未信仰を離婚すべき理由とみなしたわけでは決してない *causam faciendi divortii statuere infidelitatem, ac si fidelis propter infidelitatem debeat ab infideli discedere*」]。ここでカルプツォフはゲアハルトによる注釈を引用してその理解に全面的に依拠している。すなわち、「未信者が離れるならば、離れるがままにさせよ」というのは、「信者との同居を望まない未信者が、自らの遺棄行為によって不信心にも夫婦の絆を断ち切るならば、信者はそれを平静な心をもって甘受し、神に委ねるべきである *si infidelis nolens cohabitare, conjugale vinculum per desertionem suam nefarie dirumpit, aequo animo illud a fidei ferendum, ac Deo commendandum est*」という趣旨に解されるのである。

『教会法学』においてカルプツォフは、上にふれた「姦通」及び「悪意の遺棄」に加えて、「処女性の錯誤 *error in virginitate*」と「夫の性交不能 *impotentia mariti*」も離婚原因として挙げている。まず、前者、すなわち、「夫が処女であると信じていた妻が別の男によって汚され妊娠させられていた *uxor, quam maritus virginem esse credidit, ab alio corrupta et gravida est*」場合、「欺かれた側を救済すべきであり、婚姻関係は寝台のみならず絆に関しても解消され、別の妻を迎えることが許される *parti deceptae succurrendum, et matrimonium non solummodo quoad torum, sed etiam quoad vinculum sic dissolvendum esse, ut aliam ducere liceat*」とする見解が、「帝国のプロテスタント等族の教会や宗教法院において受け入れられている *in Ecclesiis ac Consistoriis Statuum Imperii reformatorum est recepta*」とされる。ただしここでは、聖書の記述それ自体による正当化の試みはみられない。「自分の元に正式に嫁いで来た妻が処女ではなく、既に別の男と同衾していたことを知った場合 *Wann einer seine*

ihme öffentlich vertraute nicht rein findet / sondern zuvor von einem andern beschlafen」、その者は、「独身を命ずる神の掟が存在しない以上、別の妻を迎えてもよいし、その汚れた妻をそのまま受け入れてもよい mag wol eine andere nehmen / und ist kein Gebot Gottes / daß ihme gebiete ohne Ehe zubleiben / oder die unreine zubehalten」とするルターの言葉も引用されているが、むしろ「婚約前に他の男によって汚されていた許嫁 sponsa ante sponsalia ap alio vitata」に対する「婚約取消 repudium」の場合と同様の純粋に法学的な議論¹¹⁾が実質的論拠として繰り返されている¹²⁾。それによれば、「処女性」の錯誤

11) Definitio CLXXXVII, Jurisprudentia, 651–653.

12) “定義193：同様に、夫が処女であると信じていた妻が別の男によって汚され妊娠させられていた場合も、婚姻は解消され得る。

〈1. カノン法学者においてはこのような場合に離婚は認められていない Canonistae hoc casu non admittunt divortium.〉カノン法学者たちは、このような場合、婚姻の絆が破棄されるべきものとは決して考えていない。例えば、教皇は、グラティアヌス教令集2部事例29問題1末尾において明確な言葉で、汚れた婚約者は処女として迎えられた場合であってもそのまま妻として扱われるべき旨結論づけている。〈2. 同上〉すなわち、「娼婦や汚れた女を妻に迎えた者は、その女を貞潔で処女であると思い込んでいたとしても、離縁して別の妻を迎えることはできない」、というのである【ホステエンシス『婚姻論』第26番、ディダクス・コワッルウィアス『婚姻概略』第2部3章7節、パノルミタヌス『婚姻論』第2章、ベトルス・グレゴリウス『要論』第9巻2章4番】。〈3. それは如何なる理由乃至論拠によるのか Quibus ex causis et fundamentis?〉その論拠となっているのは恐らく、合意だけで締結された契約は、まさにそのようなものと考えられる婚姻も含めて、一旦完了されると効力を持続し、如何なる理由があっても取り消すことができないとの通俗的な原則であると思われる【勅法彙纂7巻16章「自由訴訟について」第10法文、同4巻44章「売買の取消について」第3法文、同2巻27章「売却物の原状回復について」の新勅法引用補足文】。〈4. 同上〉この原則はとりわけ婚姻に当てはまるとされる。というのも、そこでは、一体としての婚姻生活を始めた妻の素性を前もって正確かつ入念に調べなかったことについて婚約者たる男が非難されてしかるべきであり、本来やるべきこと【学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第19法文〔前書〕、同12巻1章「確定物として訴求される貸与物、及び、不当利得訴権について」第5法文】をやらなかった以上、自らの過失により損害を被っても致し方ないからである【学説彙纂50巻17章第103法文】。〈5. この見解のために市民法の法文を援用することもできる Adducuntur etiam pro hac opinione textus juris civilis.〉更に、この点は市民法とも整合的であるように思われる。というのも、市民法では、女奴隷を処女であると思い込んで購入した場合、たとえ悪意の買

主が売主から錯誤の主張を受けても、契約は有効とされるからである【学説集纂18巻1章「売買の締結、買主と売主の間で為される合意、売買不能の物について」第11法文1節、同19巻1章「売主訴権及び買主訴権について」第11法文5節】。

〈6. より賢明な神学者や法律家たちはカノン法学者とは見解を異にする A Canonistis dissentiunt Theologi et Icti saniores.〉しかしながら、より賢明な神学者や法律家は共にこの見解を退けている。すなわち、この場合、欺かれた側を救済すべきであり、婚姻関係は寝台のみならず絆に関しても解消され、別の妻を迎えることが許されるべきものと、彼らは解しているのである。〈7. 彼らの見解はプロテスタントの宗教法院において採用されている Quorum sententia in Consistorii Evangelicorum practicatur.〉彼らの見解は、帝国のプロテスタント等族の教会や宗教法院においても受け入れられている【アルベルトゥス・ゲンティリス『婚姻論』第6巻13章、パウルス・キューブラエウス『婚約論』第13章44節3番、ヨハネス・ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第111番、ピデンバキウス『婚姻事件論』87頁、レビ記17章及び申命記22章へのダウイド・キュートラエウスの注解、フィリップス・メランクトン『神学要論』婚姻の項、マタイ書19章へのアエギディウス・フニウスの注解、ニコラウス・ヘミングウス『婚姻論』、テオドルス・ベーザ『離婚論』100頁、カスパルス・エラスムス・プロクマンドゥス『全神学体系』婚姻の項第4章問題33、ヨハネス・ウィガンディウス『離婚論』婚約者姦淫の章162頁、グイリエルムス・ジッペリウス『モーゼ律法論』第20章522頁、ヨアキムス・ア・ベウスティウス『婚姻法論』第2部34章、ニコラウス・レウスネルス『判決集』第4巻判決5、ヨハネス・スクネイドウィヌス『法学提要1巻10章注解』第4部59番以下、法学提要1巻10章へのヨハネス・ハルブレクトゥスの注解第63番以下、フォルスティウス『婚姻論』第8章120頁以下】。〈8. この見解は偉大なルターによっても承認されている Est etiam probata a B Luthero.〉更に、偉大なルターも自らの判断に従いこの見解を是認し、次のように述べている。すなわち、「自分の元に正式に嫁いで来た妻が処女ではなく、既に別の男と同衾していたことを知った場合、それが婚姻の儀式の前であろうと後であろうと、その妻を離縁し別の妻を迎えることができるか。確かに、モーゼの律法の中では、そのような女を石で打ち焼き殺すことになっており、それ故、両者が完全に引き離されることは明白であるけれども、教皇は、夫がそのような妻と食卓と寝台を分かつことだけと許し、別の妻を娶ることを認めていない。しかしながら、引き離された以上、婚姻の絆は決して存続しないと我々は助言する（それでは、食卓と寝台の別離とは一体何か、それは白にひかれ夢想された婚姻にすぎない）。従って、その者は、独身を命ずる神の掟が存在しない以上、別の妻を迎えてもよいし、その汚れた妻をそのまま受け入れてもよい云々」と【イエナ版著作全集第5巻251頁】。

〈9. この見解の理由乃至論拠は一体何か Rationes et fundamenta huius sententiae quanam?〉このような見解が如何なる理由や論拠に支えられているのかは、既に詳細に検討したので【上記定義187、『刑事实務』第2部問題63第54番以下】、ここに繰り返すのは差し控える。〈10. 本質に関わる錯誤は婚姻を害する Error in substantia rumpit matrimonium.〉全く同じことを二度あるいはそれ以上に渡って繰り返すのを避

けるため、できるだけ簡潔に核心に触れようとする者は、万人の一致した見解に従って、本質に関する錯誤が婚姻を無効にする旨主張する【別書4巻1章「婚約及び婚姻について」第26節末尾、及び、同箇所の語句〈形式〉への標準注釈】。〈11. 処女に関する錯誤は一体如何なる錯誤か *Qualis nam error virginitatis?*〉しかも、処女性に関する錯誤は、婚姻の単なる性質乃至偶有性ではなく、その本質に関わるものであることは既に論じたし【上記定義187】、バルタサル・メントゼルス『婚姻論』90頁、ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第110節、キュプラエウス前掲書第13章39節もこの点を認めている。ゲルハルドゥスが上記箇所述べる通り、「処女の汚れは肉体の欠陥と見なすこともできる以上、処女性の錯誤はまさに肉体そのものに関わっている。ところで、夫婦の肉体は婚姻の質料に属し、質料は事物の本質に属する。従って、このような錯誤は婚姻の本質それ自体に関わっていることになる」のである。〈12. この見解の理由乃至論拠は一体何か *Rationes et fundamenta hujus sententiae quaenam?*〉更に、処女と婚約した者は、まさに処女であることについて同意したのであり、貞潔さという条件を黙示的に採り入れたことになる【別書2巻24章「宣誓について」第25節】。ところで、婚姻に一般に含まれているある条件が欠けるのであれば、婚姻の約束もまた効力を失うはずである。つまり、他の請求の場合と同じように、婚姻には「事情がそのまま変わらない限り」という条項が黙示に含まれるのである【学説彙纂46巻3章「弁済及び免除について」第38法文〔前書〕、同12巻4章「原因不存続故の不当利得返還請求訴権について」第8法文へのヤーソンの注釈、オクタウィアヌス・カケラヌス『ピエモンテ神聖顧問会判決集』判決9第2番、勅法彙纂8巻55章「贈与の撤回について」第8法文前書へのアンドレアス・ティラクエルの注解第130及び167番】。〈13. 悪意によって締結された契約は無価値である *Contractus dolo initi sunt nullius momenti*。〉また、悪意によってもたらされた合意や契約は無価値であり、欺かれた側はそれを遵守する必要はないとする周知の法原則から何人も逃れることはできない以上【学説彙纂2巻14章「合意について」第7法文7節、同4巻3章「悪意について」第7法文前書】、娼婦であるのに貞潔な女として振る舞ったり、汚れているのに処女を装う場合、この許嫁が詐欺を働いたということを否定する者などいるだろうか。〈14. 悪意は様々な仕方でも契約を失効させる *Diversimode dolus annihilat contractus*。〉この場合、悪意は、契約の原因となったわけではなく、単に契約に介在しているだけで、偶然の事情と解され、そのような悪意が契約を害することは通常あり得ないという点も上記主張を覆すに十分とは言えない。というのも、偶然の悪意が婚姻を当然に無効とすることはなく、訴権や抗弁によって契約が取り消されるということはあるからである【勅法彙纂4巻44章第5法文、学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第11法文5節】。〈15. 同上〉後者の法文においてウルピアヌスは次のように述べている。すなわち、「ある者が処女を購入したと思い込んでいたところ、実際に購入したのは成熟した女であったため、悪意の売主がその者から錯誤の主張を受けた場合、そのような理由による解除は許されないが、売買を取り消す買主訴権が付与され、代金の回復と引換に女を返還することができる」、と。

〈16. 市民法の法文への応答 *Respondetur ad textus juris civilis*。〉従って、上記第11

法文第5節は、当該法文そのものから反対の帰結が引き出される以上、カノン法学者たちの見解の支えとはなると考えるべきではないし、前掲学説彙纂18巻1章についても同じ解釈が許される。〈同上〉両法文とも売買について述べているが、このような場合には、売買から婚姻へと論を進めるのは不当である。というのは、汚れた女を処女として娶る者が、もしその女を受け入れるべく強いられるならば、成熟した女を処女として購入した者よりも遥かに甚大な損害を被ることになるからである。つまり、前者の場合、一旦娶った女を生涯に渡って受け入れ、神意と人法に適う伴侶として連れ添うよう義務づけられるのに対して、後者の場合には、もし望むならば、購入した女を更に処分することも可能なのである。〈18. 同上〉従って、このように婚姻において懸念される損害が極めて重大であるが故に、婚姻は購入よりも一層容易に妨げられ、契約は当然に解消されるべきなのである。この点については、先に引用した私の『新刑事実務』第2部問題63で詳しく述べた。〈19. カノン法学者の主張への反駁 *Refelluntur argumenta Canonistarum*.〉最後に、合意のみによって成立する契約の存在もカノン法学者の支えにはならない。なぜなら、先の一般的な原則は悪意を除外しているし、そもそも悪意は合意を排除し、信義誠実を欠いた契約の完了を決してもたらないからである【勅法彙纂3巻1章「裁判について」第8法文】。〈20. 同上〉更に、カノン法学者たちが、婚約相手が処女であるか否かについて慎重に調べなかった夫を責めようとしているのであるならば、それは尚更筋違いである。というのも、そもそも婚約相手の重大な不法がなければそのようなことにはならなかった上に、処女性の欠如は隠れた欠陥であって、発見や調査が容易ではないからである。

〈21. 最高宗教法院の判決 *Decreta Consistorii Supremi*.〉ウルバヌス・Fと原告としその妻マグダレーナを被告とする事件において、最高宗教法院は1629年7月3日付けでそのように判示した(判決の文言:「原告は(他の男の子供を身ごもっていることを打ち明け、その七週間後に出産した)妻を許すことなく、再び受け入れることを望んでいない。このような欺罔の故に、両者の間で結ばれた婚姻関係は解消するのが適当であり、我々はここにその旨宣言し、無責配偶者たる原告は別の者と再婚し、質素にキリスト教徒らしく婚姻の儀式を行うことを許可され容認されるものとする。法に基づき以上の通り判示する」)。

〈22. 同上〉また、Bのマルティン・Kを原告としその妻バルバラを被告とする事件においても、最高宗教法院は、1612年1月19日付けでそのように判示している(判決の文言:「被告の認めるところによれば、去る1611年1月19日に原告と婚姻し、その後12月11日に出産したが、その父親は原告ではなく別の男であり、被告はこれまでそれを否定していた。原告も、婚姻を完遂し夫婦として同衾することを望んでいない。従って、両者の間に結ばれた婚姻関係は上記の原因により解消され、無責の側は別の者と再度婚姻することが許されるものと、法に基づき判示する」)。

〈23. 同上〉更に、Rのクリストフ・Hを原告としその妻クリスティナを被告とする事件においても、最高宗教法院は、1612年4月22日付けでそのように判示している(判決の文言:「被告が認めたところによれば、被告は三年前の御公現の祝日に原告と婚姻する一方で、その頃父親の下僕の子供を身ごもり、洗礼者ヨハネの祝日の八日

が婚姻の単なる性質乃至偶有性ではなくその本質に関わっていること *errorem in virginitate non solam qualitatem et accidentalia matrimonii, sed ipsam conjugii substantiam concernere*」は明らかであるので、そのような「本質の錯誤 *error in substantia*」は他の合意や契約の場合と同様に「婚姻を無効にする *rumpat matrimonium*」とされ、また、「悪意によってもたらされた合意や契約は無価値であり、欺かれた側はそれを遵守する必要はないとする周知の法準則 *regula juris vulgata, quae vult, pacta et contarctus dolo initos nullius esse momenti, nec a parte decepta servandos*」は、「娼婦であるのに貞潔な女として振る舞ったり、汚れているのに処女を装う *pro meretrice se castam, pro gravida virginem gessit*」女との婚姻が完遂された後にその「悪意 *dolus*」が明らかとなった場合にも妥当するとされる。更に、カルプツォフは、「婚姻にはく事情がそのまま変わらない限り」という条項が黙示に含まれる *conjugium implicatur clausula<rebus sic stantibus>*」と解した上で、婚約後の姦淫によって「事情 *res*」の変更が生じた以上、「婚姻の約束もまた効力を失う *deficit quoque conjugii promissio*」との主張も付け加えている。これに対して、「娼婦や汚れた女を妻に迎えた者は、その女を貞潔で処女であると思い込んでいたとしても、離縁して別の妻を迎えることはできない *qui ducit in uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest eam dimittere et aliam ducere*」¹³⁾というのがカノン法の立場であり、婚姻相手の「処女性 *virginitas*」ではなく「自由 *libertas*」についての錯誤という文脈において、「ある男が解放された自由人である女とそうとは知らずに婚姻を締結した場合、その女が生来自由人で素性に問題がないと信じていたとしても、婚姻は有効である *si quis cum libera, quae liberta est, matrimonium ignoranter contraxerit, credens eam liberam, et ingenuam esse, nihilominus matrimonium tenet*」と主張するコバルビアス¹⁴⁾もカノン法学者の一人として引用されている。カルプツォフは、この

前に女兒を出産した。原告は、これを知り直ちに被告を遠ざけ、我々の勧告にも関わらず原告を許そうとは考えていない。従って、原告は被告との婚姻関係から解放されるものと、法に基づき我々は判示する。)。”(Jurisprudentia, 664-666.)

13) C. 29, q. 1.

ようなカトリック側の主張の論拠を推測し、次の二点を挙げている。第一に、「合意だけで締結された契約は、まさにそのようなものと解される婚姻も含めて、一旦完了されると効力を持続し、如何なる理由があっても取り消すことができないとの通俗的な原則 *regula illa vulgata, quod contractus, qui solo contrahuntur consensu, qualis etiam creditur esse conjugium, si semel fuerint perfecti, subsistant, nec amplius quacunque ex causa rescindi possint*」であり、この原則を前提とするならば、「一体としての婚姻生活を始めた妻の素性を前もって正確かつ入念に調べなかったことについて婚約者たる男が非難されてしかるべきであり、本来すべきことをしなかった以上、自らの過失により損害を被っても致し方ない *sponsio imputandum venit, quod non exactius ac diligentius in conditionem mulieris, cum qua individuum vitae consuetudinem initurus erat, inquisiverit, quod tamen facere debuisset, ut eo neglecto haud immerito damnum ex propria sentiat culpa*」ということになる。第二に、「女奴隷を処女であると思い込んで購入した場合、たとえ悪意の売主が買主から錯誤の主張を受けても契約は有効とする *contractus subsistit, si pro virgine quis emerit mulierem, quamvis venditor sciens passus fuerit errare emptorem*」趣旨のローマ法源¹⁵⁾である。これらの二つの論拠に対して、カルプツォフは、錯誤者の立場に配慮する利益衡量によって反論している。まず、「合意 *consensus*」の存在と錯誤者の「過失 *culpa*」を指摘する第一の論拠は、錯誤がそもそも「許嫁の重大な不法 *insignis sponsae injuria*」、つまり、「悪意」によって惹起されている点、及び、「処女性の欠如は隠れた欠陥であって、発見や調査が容易ではない *virginitas corrupta vitium adeo latens, ut non tam facile deprehendi et investigari queat*」点を看過している。また、女奴隷の処女性の錯誤は売買を害さないという第二の論拠は、奴隷の「購入 *emptio*」に関する議論をそのまま「婚姻 *nuptias*」に当てはめようとする自体が不当である。なぜなら、「成熟した女を処女として購入した者 *mulierem pro virgine emens*」は、「もし望むならば、購入した

14) *Opera omnia*, I, 146.

15) D. 18, 1, 11, 1; 19, 1, 11, 5.

女を更に処分することも可能である *quando velit, mulierem emtam rursus distrahere potest*」のに対して、「汚れた女を処女として娶る者 *vitiatam pro virgine ducens*」は、「一旦娶った女を生涯に渡って受け入れ、神意と人法に合う伴侶として連れ添うよう義務づけられている *quam semel duxit, per totam suam vitam retinere, sibique eam omnis fortunae divini et humani juris sociam habere cogitur*」ので、前者よりも「遥かに甚大な損害を被ることになる *multo gravius laeditur*」からである。確かに、上記法源においても、「売買を取り消す買主訴権 *actio ad resolvendam emptionem*」による救済が認められてはいるが、「婚姻において懸念される損害が極めて重大である以上、婚姻は購入よりも一層容易に妨げられ、契約は当然に解消されるべきなのである *quo majus damnum ex metuendum conjugio, eo facilius illud, quam emptio impeditur, aut jure contractus resolvitur*」。

このように婚姻後に妻が処女でなかったことが発覚した場合に、しかも聖書上の裏付け無くして離婚が容認されるのは一体何故か。その最大の理由は、「姦通」や「悪意の遺棄」が性交による婚姻完遂により夫婦が心身ともに一体となった後に生じた事情であるのに対して、婚姻相手の「処女性」の喪失は婚姻完遂前の事情であり、事後的に露見することが多いとはいえ、むしろ近親関係等の婚姻障害事由に類似するという点にあると考えられる。実際、処女性をめぐる夫の錯誤や妻の詐欺、あるいは、婚約後婚姻完遂前の事情変更といった婚姻の取消乃至無効を導く法学的な諸論拠は、理論的な曖昧さを多分に残しつつも、全てこの点を前提としている。聖書による直接の裏付けを要するような真の意味での離婚の原因はやはり姦通と悪意の遺棄に限られるのである。「夫の性交不能」の発生が婚姻前であるか婚姻後であるかに応じて離婚の可否を決するカルプツォフの叙述もまさにそのような文脈において理解できる。まず、婚姻以前に生じた夫の「性交不能 *impotentia*」が離婚原因となり得るか否かについては、妻の「不妊 *sterilitas*」と関連づけて論じられている¹⁶⁾。確かに、

16) “定義200：夫の性交不能を理由に婚姻を解消することは可能であり、その場合、妻には再婚の許可が与えられる。

① 不妊だけでは離婚の原因として十分ではない *Sola sterilitas non est causa suffici-*

ens divortii.〉妻が不妊というだけでは、夫が性交不能でない限り、たとえ不妊が婚姻の目的を著しく損ない、子供の望みなく行われる婚姻は無益とさえ見えし得るとしても【勅法彙纂5巻27章「非嫡出子、その父親、準正の原因について」第11法文】、婚姻以前から不妊である場合にそれが婚姻の障害となったり、婚姻以後に不妊となった場合に既に結ばれた婚姻が解消されたりすることはあり得ない【アルニサエウス『婚姻法論』第6章8節第3番、ヨハネ・ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第684節】。〈2. 夫婦の交わりは婚姻の原因であると同時に目的でもある *Societas conjugal* est etiam finis et causa conjugii.〉というのも、夫婦の交わりはそれだけで婚姻の十分な理由と解される以上、何か別の理由があったとしても、一方の身体的障害を理由に婚姻が破棄されては決してならない【論拠としては、法学提要1巻10章「婚姻について」第6節、学説彙纂42巻5章「債権者の特権について〔審判人の権威に基づく物の占有あるいは売却について〕」第24法文2節、同3巻2章「不名誉の宣告を受ける者について」第11法文前書へのバルトルスの注釈第1番、アンドレアス・ティラクエルス『理由喪失の原則について』第22章1番以下、セラフィヌス『特権論』第100章8番】。〈3. この問題に関するアウグスティヌスの見解 *Sententia Augustini hac de re.*〉アウグスティヌスは『善き婚姻について』第7章で適切にも、「そのような婚姻における夫婦の絆はそれ自体十分に有益であるので、たとえその婚姻が子づくりを理由に結ばれるとしても、子づくりそれ自体を理由に婚姻が解消されてはならない。確かに、かつて人は不妊の妻と離縁し、子を得ることのできる別の妻を娶ることができたが、今ではそれは許されない」と述べており、〈4. 同上〉同第15章では更に、「明らかな不妊のために、婚姻締結の目的であった子供が得られないとしても、婚姻の絆は依然として存続するのであるから、将来子を得られないことを既に知っていた夫婦の場合と同様に、そのような理由で離別し、別の者と婚姻することは許されない」とも述べている【グラティアヌス教令集第2部事例32問題7第27節】。〈5. 不妊だけでは離婚の原因として十分ではない *Sola sterilitas non est causa sufficiens divortii.*〉また、不妊を理由に離婚を為し得たというのが確かならば、夫婦の一方あるいは双方の高齢を理由とする場合にも離別が許されたはずである【ゲルハルドゥス前掲箇所】。〈6. 不妊は治癒可能である *Sterilitas corrigi potest.*〉しかも、婚姻後20年間に恵まれなかったが神の祝福により子を授かったイサクとリベカ【創世記25章[19] 26行】から明らかな通り、不妊は時間の経過によって治癒することもあり得るし、この点は、アブラハムとサラその他の人々の例によっても導くことができる。

〈7. しかし婚姻は夫の性交不能の故に解消できる *Dissolvitur tamen conjugium propter mariti impotentiam.*〉しかし、不妊が夫の明白な性交不能に由来する場合には事情は異なり、そのような夫の性交不能は離婚の原因となり、妻に再婚の資格をもたらしことになり【ヨアキムス・ア・ベウスティウス『婚姻法論』第2部14章、カスパルス・エラスムス・ブロクマンドゥス『全神学体系』婚姻の項第4章問題60、ヨハネ・ゲルハルドゥス『神学要論』第658節、ヨハネ・ハルプブレクトゥス『法学提要注解』1巻10章第11節注解第136番、アルニサエウス前掲箇所第8節17番以下】、これは偉大なルターの見解でもある【『婚姻生活論』イエナ版著作全集第2巻154

頁】。〈8.このような主張の論拠及び理由〉というのも、1) 婚姻に関する神の教えによれば夫婦は一体であり【創世記2章24行、マタイ書19章6行】、それ故、性交不能の故に婚姻が維持できない場合には、その婚姻が無益であることが明らかとなる。しかも、厳密に言えば、これは離婚ではなく、単に、婚姻が最初から直ちに無効であるとのと解される。〈なぜならこのような場合には背後に欺罔が見出されるから *Dolus enim hoc casu subest.*〉2) 以上から更に導かれるのは、夫の性交不能そのものよりはむしろ夫の欺罔や詐欺を理由に婚姻が無効とされるという点である。というのも、夫が性交能力の欠如を知っているにもかかわらず、婚約を結ぶ際に、自らが夫としての義務を果たし得る者である旨請け合う場合、許嫁を詐欺的手段で騙していることになり、〈10. この欺罔の故に婚姻の契約は無効となる *Ob quem contractus nuptialis redditur irritus.*〉まさにこれ故に、婚姻の契約は、悪意によって締結された場合と同様に、効力を失うからである【学説彙纂4巻3章「悪意について」第7法文1節、ハルトマヌス・ピストリス『普通法及びザクセン法の重要問題集』第1部問題23第2番、ヨハンネス・スクネイドウイヌス『法学提要注解』4巻6章「訴権について」前書注解第25番、ファベル・デ・アンナ【助言集】助言24第10番】。〈11. 肉欲を抑える手段を妻から奪うべきではない *Non adimenda sunt media coniugi ad extinguendam libidinem.*〉3) また、何人にも明らかなのは、夫の性交不能を理由とする離婚を否認すると、妻が肉欲に抗してこれを抑えるための手段を奪われてしまう結果、放蕩や姦通の危険が相当に高まるという点である。〈12. それどころか、そのような妻によって犯された姦淫や姦通への処罰は緩和されるべきである *Caeteroquin fornicatio et adulterium ab ea commissum mitius puniatur.*〉そのような妻に対して厳格な刑罰を課するべきではない。なぜなら、肉欲に抗う婚姻という助けと手段を奪われた妻は刑罰を免ぜられ、あるいは少なくとも非正規刑を以て罰せられるからである【論拠となるのは、学説彙纂48巻5章「姦通者の処罰に関するユリウス法について」第38法文8節、同38巻2章「被解放者の財産について」第14法文6節、別書2巻25章「抗弁について」第8節へのフェリヌスの注釈、ヒッポリトゥス・デ・マルシリウス『刑事実務』〈*quoniam*〉の節第62番】。〈13. 市民法からの法文の援用 *Adducitur textus ex iure civilis.*〉4) 勅法彙纂5巻17章「婚姻取消、及び、悪習譴責訴訟の廃止について」第10法文は以上の点の裏付けとなる。その箇所、ユスティニアヌスは次のような文言によって回答している。すなわち、「夫が婚姻当初から数えて二年間に渡って身体的な虚弱さの故に妻と全く性交できない場合には、妻あるいはその親は嫁資喪失の恐れずにその夫に離縁状を渡すことができる」、と。〈14. 教皇の決定の援用 *Nec non sanctiones Pontificum.*〉更に、カノン法も、グラティアヌス教令集第2部事例27問題2第28節【のグラティアヌスによる注釈第3節】によれば、同旨であり、そこには、「しかし、性交不能の故に妻に対して義務を果たし得ない者について、教皇グレゴリウスは、双方が親族による第七番手の証言と聖遺物触手による宣誓を以て、性交による夫婦の一体が未だ実現されていない旨申し立てる場合には、妻は再婚することができるが、虚弱な体質の夫は婚姻の望みを絶たれたままとなる旨定めている」、とある。〈15. 同上〉更に、同第29節には、「男と女が婚姻した後、夫と同衾できない旨妻が申し立て、真の証拠に

「不妊」それ自体が、「婚姻以前からそうである場合に婚姻の障害となったり、婚姻以後にそうなった場合に既に結ばれた婚姻を解消させたりすることはあり得ない *nec conjugium, si praecedat, impedire, nec si sequatur, contractum dissolvere potest*」]。その論拠として援用されているのは、「明らかな不妊のために、婚姻締結の目的であった子供が得られないとしても、婚姻の絆は依然として存続するのであるから、将来子を得られないことを既に知っていた夫婦の場合と同様に、そのような理由で離別し、別の者と婚姻することは許されない *manet vinculum nuptiarum, etiamsi proles, cujus causa initum est, manifesta sterilitate non subsequatur, ita ut jam scientibus conjugibus, non se filios habituros, separare se tamen ex hac causa, atque aliis copulare non liceat*」というアウグスティヌスの見解¹⁷⁾であり、更には、同じく離婚原因足り得ない「夫婦の一方あるいは双方の高齢 *aetas senilis vel alterutrius vel utriusque conjugis*」との類比、及び、「不妊が時間の経過によって治癒することもあり得る *fieri potest, ut progressu temporis sterilitas corrigatur*」ことが補足的に指摘されている。これに対して、「不妊が夫の明白な性交不能に由来する場合には事情は異なり、そのような夫の性交不能は離婚の原因となり、妻に再婚の資格をもたらず *secus res se habet, si sterilitas prodeat, ex notoria quadam viri impotentia,*

よってそれが真実であると証明できる場合には、別の夫を迎えてもよい」という一節も見える。

〈16. 最高宗教法院の判決 *Decreta Consistori Supremi*.〉Nのフィリップ・Uの妻アンナを原告とし上記夫を被告とする事件において、最高宗教法院は、1620年2月11日付けでそのように判示している（判決の文言：「以上あらゆる点から推察される通り、被告は哀れにも虚弱な体質であり、結婚生活と夫婦の同衾に不適である。それ故、原告は被告と離縁するのが適切であり、もし原告が良心の咎め無しに独身であることが不可能な場合には、キリスト教徒と再婚することも許され認められるが、その婚姻は華美を排して挙行されねばならない。法に基づき以上の通り判示する」）。

〈17. 同上〉また、ハンゼン・Mの妻マルタを原告とし上記夫を被告とする事件においても、最高宗教法院は、1613年1月24日付けでそのように判示している（判決の文言「被告は、自らの精力が減退し、13年も前に結婚した妻と夫婦として未だ同衾できないということを認めている。そのような事情の下では、原告は被告の意思に反して同衾する義務を負うことはない云々」）。（*Jurisprudnetia*, 676-678.）

17) C. 32, q. 7, c. 27. = *De bono conjugali*, 7/15.

quae causam divortio et conjugii licentiam novarum nuptiarum praebet」とされる。ただしここで注意すべきなのは、「夫の性交不能そのものよりはむしろ夫の欺罔や詐欺を理由に婚姻が無効とされる non tam ob ipsam mariti impotentiam, quam ob dolum et fraudem ejus conjugium annullari」という点である。つまり、「夫が性交能力の欠如を知っているにも関わらず、婚約を結ぶ際に、自らが夫としての義務を果たし得る者である旨請け合う場合、許嫁を詐欺的手段で騙していると言わざるを得ず、まさにそれ故に、婚姻の契約は、悪意によって締結された場合と同様に、効力を失う cum scit defectum coeundi maritus, et tamen sponsalia contrahendo talem se venditat, qui possit praestare debitum conjugale, fieri non potest, ut non decipiat fraudulentè sponsam, ex quo ipso contractus nuptialis ceu dolo initus corrui」のである。また、「夫の性交不能を理由とする離婚を否認すると、妻が肉欲に抗してこれを抑えるための手段を奪われてしまう結果、放蕩や姦通の危険が相当に高まる denegato ob impotentiam mariti divortio medium adimi, quo ustionibus carnalibus resistere potest uxor, easque extinguere, ut hinc non leve subsit scortationis et adulterii periculum」こと、及び、不妊とは異なり性交不能が神の命ずる夫婦の一体性、すなわち、「夫婦の交わり societas conjugalis」による婚姻完遂を妨げることもまた、論拠として挙げられているが、もし後者の論拠に示唆されるように婚姻完遂の有無に着目するならば、ここで容認されているのは離婚ではなくむしろ婚約取消ということになる。このように不妊による離婚は認めない一方で、婚姻前からの性交不能による離婚乃至婚約取消は容認するカルプツォフの立場は、ランチェロツティの『カノン法提要』で提示されたカトリックの主張と軌を一にしており¹⁸⁾、不妊に関してグラティアヌス教令集所収のアウグスティヌスの見解が援用されたように、性交不能についても、ユスティニアヌス帝の勅法¹⁹⁾

18) I 注30の8参照。ただし、「性交前の婚姻関係」にも「キリストと教会の結合」という玄義を見出し、教皇の「特免」による離婚に批判的なコバルビアスは、妻の「臆病さ」や「虚弱さ」と同様、夫の「性交不能」を離婚原因とみなすことについても消極的なはずである（同注18の25-26参照）。

19) C. 5, 17, 10.

と並んで教令集からの引用²⁰⁾がみられる。更に、カノン法から継承されたこのような原則、すなわち、「性交不能、あるいは、夫婦の交わりを妨げるような身体障害を理由に婚姻が解消され得る *dissolvi posse matrimonium ob impotentiam vel corporis vitium, quo congressus impeditur conjugalis*」という点には「二つの例外が存する *duplici modo limitatum est*」。一つは、「そうと知りつつ性交不能者と婚姻した *scienter nuptias cum impotente contraxit*」場合である。ここでも問題となるのは婚姻前からの性交不能であるが、「相手方の身体的欠陥を知っていた者 *persona alterius vitii conscia*」についてそもそも錯誤や詐欺は問題とならず、そのような者が婚姻後に「離婚を申し立てる *divortium petit*」ならば、逆に、「教会並びに国家を欺いている *Ecclesiam pariter, Rempublicam, semetipsam decipiens*」ことになり、いわばその制裁として離婚は否認されねばならない。これに対して、もう一つの例外、すなわち、「性交を妨げるような身体的障害や性交不能が婚姻が締結された後に生じた *vitium aliquod corporis congressum carnalem impediens, vel impotentia, post nuptias jam contractas supervenit*」場合においては、婚姻完遂によって夫婦の一体性が既にもたらされたという点が何よりも重視され、「既に婚姻が完遂された後では *postquam matrimonium jam consummatum est*」離婚はおろか「別居 *separatio*」さえも認められない。「性交不能や障害の発生が婚姻の絆を断ち切ることは決してなく、夫婦は互いに如何なる運命にも耐えるべく義務づけられる *supervenientia impotentiae vel inhabilitatis vinculum conjugale haut solvit, sed cogirent conjuges, ad fortunam quamcunque ferendam se esse obstrictos*」のである²¹⁾。それぞれの例外について指示される典拠²²⁾からも明らかな通り、

20) C. 27, q. 2, c. 28, Grat. 3; c. 29.

21) “定義202：婚姻後に発生した性交不能や身体障害を理由に婚姻が解消されることは決してない。

〈1.性交不能は離婚の原因となり、身体障害もまたそうである *Impotentia praebet causam separationi conjugum, ut et vitium corporis.*〉前述定義200及び201において、性交不能、あるいは、夫婦の交わりを妨げるような身体障害を理由に婚姻が解消され得る旨述べたが、この点について二つ例外を指摘しておきたい。〈2.ただし婚姻締結者がそれらの事情を知らなかった場合に限られる *Modo non contrahentibus nuptias fue-*

rit notum.〉1) まず、男あるいは女がそうと知りつつ性交不能者と婚姻した場合である。ただしこの場合、男は性交不能の女を本当の意味で妻に迎えることはできないし、女もまた性交不能の男を夫として迎えることはできないとしても、姉妹あるいは兄弟として扱うべく義務づけられる【別書4巻15章「頑なさ、邪心、及び、性交不能について」第4節】。〈3. なぜなら事情を知っている者はこの点について不服を申し立てることはできないから *Sciens enim persona de hoc conqueri nequit.*〉というのも、相手方の身体的欠陥を知っていた者は、明らかに欺罔を働いたのであり、教会並びに国家を欺いたことになる。それ故、離婚を申し立てたとしても、上記のような欺罔がこの者に有利に働き助けとなるべきではない【学説彙纂4巻3章「悪意について」第1法文前書及び第12法文、同47巻2章「窃盗について」第14法文3節、ヘミングウス『婚姻論』194頁、ヨアキムス・ア・ベウスティウス『婚姻法論』第2部14章、ヨハネ・ハルプブレクトゥス『法学提要注解』1巻10章「婚姻について」第11節注解142番】。〈4. 同上〉ビーデンバキウス『婚姻便覧』補遺7章問題6第557頁は、ダビデとシュナミ人アビシャグの例【列王紀上1章】によってこの見解を裏付けている。

〈5. 婚姻後の性交不能や障害の発生は離婚の原因とはならない *Supervenientia impotentiae vel inhabilitatis post nuptias causam praebet divortio.*〉次に、性交を妨げるような身体的障害や性交不能は、既に婚姻が締結された後にそれらが生じた場合にも、正当な離婚の原因とはならない。〈6. 性交不能は様々な仕方で生じ得る *Variis modis impotentia accidere potest.*〉確かに、既に婚約した者も様々な仕方で性交能力を失う可能性があり、自然的な原因による場合もあれば、バスク地方においてしばしば報告されているような魔術的な呪いによる場合もある。〈7. 魔術による呪いはフランスにおいてしばしば見られる *Ligatura magica frequens est in Gallia.*〉それどころか、フランス中でしばしば混乱が生じたために、婚約した者は、大抵、夜が明ける前に夜間の婚姻ミサで互いに結ばれ、白昼に魔術師に見出されないようにしている程である旨、ヘニンギウス・アルニサエウス『婚姻法論』第6章8節19番が述べている。〈8. ドイツにおいても同様である *Ut et in Germania.*〉同様の呪いはドイツにおいても頻繁に起こり、新婚夫婦に深刻な打撃を与え、多くの人々の嘆きの種になっていると報告されている。〈9. 婚姻後の性交不能や障害の発生は離婚の原因とはならない *Supervenientia impotentiae vel inhabilitatis post nuptias causam praebet divortio.*〉しかし、それが如何なる仕方であるとしても、そしてまた、別書4巻15章の表題及び同章全般へのパノルミタヌスやホステイエンシスの注釈、コラシウスの注解第2番、トルス・クリンギウス『婚姻事件論』が種々の態様を考慮しているにせよ、性交不能や障害の発生が婚姻の絆を断ち切ることは決してなく、夫婦は互いに如何なる運命にも耐えるべく義務づけられており、既に婚姻が完遂された後では、不幸な事情や病気を理由に別居することもできないと考えるべきである【ヨハネ・ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第685節、ヨハネ・ハルプブレクトゥス『法学提要注解』1巻10章第11節注解第136番】。というのも、「偶然の不幸に際しても夫が妻を支えあるいはまた妻が夫を支えること以上に人間らしい情愛に相応しいことはない」からである【学説彙纂24巻3章「婚姻が解消される場合、嫁資は如何にして返還請求されるか」第22法文7

ここでもやはりカノン法の影響は顕著である。

以上にみてきた通り、離婚原因をめぐるカルプツォフの主張には、『教会法

節】。〈11. 以上の主張はカノン法によって裏付けられる *Probatur haec assertio ex iure canonico*。〉教皇もまた適切にもこの点を認め、以下のように述べている。すなわち、「性交不能は、性交[による婚姻完遂]後に何者かにおいて発生した場合、婚姻を解消することはないが、それが性交前に発覚した場合には、別の夫を迎えるかどうかは妻の自由となる」、と【グラティアヌス教令集2部事例27問題2第29節[へのグラティアヌスによる注釈]】。〈12. 偉大なルターはこの点についてどのように考えているのか *Quid B. Lutherus de hac senserit?*〉更に、偉大なルターも、次のように述べることで敬虔な立場を表明している。すなわち、「ある女が病人の夫を迎えた後、その病のために夫としての務めを果たし得なくなった場合、別の夫を得ることができるか。それは断じて許されず、その病人たる夫の内にはいます神に仕え、夫の面倒を見て、夫の内にはいます神が汝の家に聖なる場をもたらされたことを想起せよ」、と【イエナ版著作全集独語篇第2巻所収『婚姻生活論』156頁b】。〈13. ある異論に対する反駁 *Refellitur quaedam objectio*。〉従ってまた、妻の不貞の可能性も以上の見解の妨げとなってはならない。というのも、ゲルハルドゥス前掲箇所第685番でルターその人に依拠して答えている通り、神は誰に対してもその資質以上のことを求めたりはしないからである。” (*Jurisprudentia*, 680-681.)

〈14. 最高宗教法院の回答 *Rescriptum Consistorii Supremi*。〉最高宗教法院は、ケムニッツの教区監督及び市参事会に対して、1626年1月2日付けでそのように答えている(回答の文言:「汝等ケムニッツ市民の一人ザムエル・Wがその娘バルバラと夫ヨーハン・Hに関わる事件について我々に照会した事件について、汝等は他の多くの点を含めて以下の通り理解せよ。我々は昨年11月7日付けの送付された汝等の報告書から、上記Hが不慮の外傷によって婚姻生活に不適となったとの事実を把握した。しかしながら、我々は、離婚を許可することには懸念を有しており、汝等もこの点を考慮されたい云々」)。

〈15. 同じく最高宗教法院の決定 *Eiusdem Sententia*。〉また、Wのマテウス・Gの照会に対しても、最高宗教法院は、1613年1月27日付けでそのように答えている(決定の文言:「汝は汝の娘がクリストフ・Iと婚姻することに同意する旨約束し、それに基づき両者は結婚し婚礼を挙げ、三年に渡って何事もなく同衾した。しかし、上記クリストフ・Iが不幸にも不慮の事故によって身体及び性器に今後妻である汝の娘と夫として同衾できなくなる程の外傷を負ったことから、両者の間に厄介な問題が生じた。汝はこの点を理由に離婚を求めているけれども、そのような不都合は著しい不幸から生じたのであるから、この場合、妻は夫から離れずに夫に従い、忍耐強く神意に身を委ねる義務がある。従って、離婚は認められない。法に基づき以上の通り判示する」)。

22) 第一の例外につき X. 4, 15, 4., 第二の例外につき C. 27, q. 2, c. 29, Grat.

学』全体がそうであるように、カノン法学に対抗して聖書そのものを典拠に離婚を正当化する批判的志向と、可能な限りカノン法源を利用援用しようとする妥協的志向とが見て取ることができ、しかも、両者は、婚姻完遂によってもたらされる夫婦の一体性というやはり聖書の教えを介して互いに矛盾なく結びついている。婚姻が窮極的には神意に基づくものである以上、離婚は本来許されるべきではないが、婚姻完遂後に犯される姦通や悪意の遺棄はまさに夫婦の一体性それ自体の否定であるが故に例外的に離婚が許される。これに対して、婚姻完遂前に発生した姦淫や性交不能は、夫婦の一体性がもたらされる前の事情であるから、聖書による裏付け無しにそれらを離婚原因と位置づけることが可能であり、しかも、錯誤や詐欺による婚姻の無効乃至取消という法学的論理に従えば、それらは離婚原因というよりもむしろ婚姻障害事由に類すると言える。カノン法源への学問的な検証が不十分なまま専ら実務的な要求に従い半ば無意識的に展開されたこのようなカルプツォフの試論は、しかし、その後のプロテスタント離婚法学に絶大な影響を与えることになる。ここでは、17世紀後半から18世紀後半にかけて版を重ね広く流布した二つの便覧によってその影響を辿っておくことにしたい。まず取り上げるのは、ヨーハン・シルター Johann Schilter (1632-1705年) の『初期及び現代の教会の状況に適応したカノン法提要 Institutiones iuris canonici ad ecclesiae veteris et hodiernae statum acomodatae』(1681年初版)である。この『提要』は、表題にも示唆されている通り、公会議で議決された定律を中心とする「初期の教会 *ecclesia vetus*」のカノン法を、「教皇法 *ius pontificium*」とは区別した上で、「現代の教会 *ecclesia hodierna*」の法、つまり、プロテスタントの教会法として積極的に評価継承する意図で書かれたものであり、グラティアヌス教令集に加えて、古代末期から中世初期にかけての公会議の定律が数多く援用されるところに特徴がある。『提要』出版後、シルターは、ルイ14世のいわゆる「併合(レユニオン *réunion*)」政策によってフランス領となった帝国都市シュトラスブルク(ストラスブール)の法律顧問を務め同地の大学でも教えることになるが、イエーナ大学で博士号を取得しザクセン＝ヴァイマル大公の宮廷及び宗教法院で顧問官を務めた経歴から明らかなように、シルターがプロテスタントの実務として念

頭に置いているのは、カルプツォフの『教会法学』に提示されたザクセンのそれであった。『提要』は二巻構成であり、第一巻では教会組織が第二巻では典礼がそれぞれ扱われ、離婚については後者の末尾近く第12章で論じられている²³⁾。その第3節において、シルターは、テオドシウス帝やユスティニアヌス

23) “第2巻第12章：離婚について(勅法彙纂5巻17章、グラティアヌス教令集2部事例24問題7、別書4巻19章、ランケロトゥス『カノン法提要』2巻16章、ヘンリクス・ハーニウス編『市民法カノン法相違集』第69節)

1. <死亡によって Morte> 夫婦関係は特に死亡及び離婚によって解消される【学説彙纂24巻2章「離婚及び婚姻取消について」第1法文】。死亡によって婚姻が終了した場合、残された者は、死亡した者に対して負っていた義務から解放され、他の者と婚姻する資格を得る。ただし、神法はこの資格を敬虔の掟によって制限している【第一コリント書7章39行】。これに対して、市民法は、「破廉恥」の制裁の下、一年の「服喪期間」によって制限している【勅法彙纂5巻9章「再婚について」第1法文】。しかし、ローマ教皇はこの制裁を不十分な理由で廃止した【別書4巻21章「再婚について」第4及び5節】。学説彙纂前掲箇所への私の注釈第105節を参照せよ。

2. <離婚によって Divortio> しかし、これ以外において夫婦関係は原則として解消不可能であり、神法の下でも同様である【第一コリント書7章10行】。〈事件の審理に基づいて *Caussa cognita*〉ただし、一定の理由に基づいて、しかも、当局の判断が下された場合はこの限りではない【プラトン『法律』第11巻 [929e-930b]、サンタガタ公会議定律第17条、第二アウレリア公会議定律第11条、西ゴートローマ法6巻2章第3法文、グラティアヌス教令集2部事例33問題2第1節、ユスティニアヌス帝の新勅法第117勅法8章以下及び第134法11章以下、…】。ローマ法の立場は異なる【勅法彙纂8巻38章「無効な問答契約について」第2法文、新勅法第22勅法4章以下及び第140勅法。ただしこれらは、同第117勅法9、10章、第134勅法11章によって修正されている】。

3. <離婚原因は何か *Causae quae*> ところで、テオドシウス帝【テオドシウス法典5巻17章「婚姻解消について」第8法文】、及び、ユスティニアヌス帝【勅法彙纂5巻17章「婚姻解消、及び、悪習譴責裁判の廃止について」第10法文、新勅法第117法8、9章】は離婚原因を以下の通り定めている。まず、皇帝大権に対する反逆、配偶者の殺害企図、[妻に対する]売春の勧奨といった罪を犯すことがこれにあたる。また、姦通の告訴もそうであるが、妻による姦通だけが対象で、しかも証明は不要である。更に、二度の警告を経た後の不健全な異性交際、そして特殊なものとして、妻が夫を避けて家の外に留まった場合も含まれている。しかし、マタイ書19章第9行で救世主は、「不品行を理由とする場合を除いて自分の妻と離縁し、別の女を娶る者は誰であれ皆姦通を犯している」と説いており、そのため、離婚原因は教会裁判所の実務において制限されてきた。ペーザ『婚姻取消及び離婚について』、ケムニトゥス『トリエント公会議の検証』第2部、マルクス・アントニウス・デ・ドミノ『教会国

家論』第5巻11章、フルセムス『便覧』第21及び26章を参照せよ。従ってまた、婚姻はまさにそのような「姦通」に匹敵する原因、すなわち、「婚姻の実質」と婚姻の合意を損なうような行為に由来する理由によって解消される（a：但し絆まで解消されるわけではない【ナンテール公会議定律第12項、レギノ『司教区事件及び教会内規について』第2巻131項。しかしルプス『書簡集』書簡29の54頁を参照せよ】）。例えば、「婚姻前の姦淫」【リクテルス『判決百選』判決87第30番】（b：初期のカノン法はそうではない【レギノ前掲書第2巻128項】）や性交不能【勅法彙纂5巻17章第10法文、学説彙纂36巻2章「遺贈及び信託遺贈の効力発生日はいつか」第30法文、グラティアヌス教令集2部事例27問題2第28節及び事例33問題1第2節、レギノ前掲書第2巻242項、バイエルン【ヴィッテルスバッハ家出身】の皇帝ルートヴィヒによる1343年の勅令、ステファヌス・バルジウス『アゴバルドゥスについて』127頁、カルプゾウィウス『教会法学』第2巻定義200以下】、そして、悪意の遺棄【勅法彙纂5巻9章第7法文、学説彙纂24巻2章第6法文、新勅法第22勅法14章、カルプゾウィウス『教会法学』第2巻定義192及び第3巻定義56】がそれにあたる（c：たとえ罪の名目で性交を忌避した場合であっても【レギノ『司教区事件及び教会内規について』第2巻5項補遺1】）。

4. <遺棄訴訟 Processus desertionis> 遺棄訴訟を申し立てた者は、一定期間に渡って継続している遺棄それ自体、及び、悪意の原因を明らかにせねばならず、その証明は少なくとも推定もしくは書証によって為し得る。例えば、遺棄者が悪意によらず出征したのであれば、多くの場合、死亡が推定される【コンスタンティノーブル公会議定律第93項、カルプゾウィウス『教会法学』第3巻定義59以下】。ローマ法では、捕虜となった時より「五年」経過すれば、他の男と婚姻する資格が妻に与えられる【学説彙纂24巻2章第6法文】。コンスタンティヌス帝は、夫が出征した妻について、「四年」の経過で再婚を許した【勅法彙纂5巻17章第7法文】。ユスティニアヌス帝は「十年」と定めたが【新勅法第22法文14章】、更にそれを修正している【新勅法第117勅法11章】（a：ただし、遺棄者について定めているわけではない。つまり、期間の長さから悪意の遺棄が推定される場合は別である。別書4巻1章第19節には「七年」とあり、そこでは法の推定さえもが上記学説彙纂第6法文に反して否定されているように見える。パノルミタヌスの上記別書第19節への注釈も参照せよ。この点については次のように答えることができる。すなわち、第19節は一般市民に関する準則を規定しているのに対して、第6法文は悪意なしに従軍した者に関する例外を定めているのである、と）。今日では、「半年の期間」というものが認められたこともあったが【カルプゾウィウス『教会法学』第3部定義60第8番】、特定の期間は定められていない【学説彙纂24巻2章への私の注釈第112節以下を参照せよ。そこでは、夫婦としての<愛情（エウノイア）>を示すことを拒んでいる「現在者に対する」同種の訴訟手続についてもふれている。更に、セルデヌス『ヘブライ人の妻』第3巻6章以下、及び、プーフENDORFius『自然法及び万民法について』第6巻1章21節も参照せよ】。

5. <召喚 Citatio> 被告である遺棄者は「三つの」異なる場所における公告によって

「三度にわたって」召喚される。召喚が行われない場合には、再婚は無効であり、妻は、帰還した夫の下に戻される【カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義192第15番、同第3部定義61以下及び定義70第5番】。第一の召喚は公告に応答するために、第二の召喚は帰還拒否者が正当な拒否理由を陳述するために、第三の召喚は確定判決を受けるために、それぞれ行われ、中間判決は不要である。それぞれの召喚には、我々がザクセン的と形容するところの職権的期日指定が含まれる【同第3部定義62以下】。また、判決が下されるに先立って、召喚執行の正当性が担当裁判官の発する令状により明らかにされねばならず、そこには担当裁判官の署名及び捺印が求められる【同第3部定義63以下】。妻が召喚される場合、妻本人が出頭してもよいし、保佐人が代わりに出頭してもよいが、弁護人の出頭は許されない【同定義65】。

6. 判決前に遺棄された側が婚約や婚姻を結んだ場合、その者は国外追放か重婚の嚴罰に処され【カルプゾウィウス『教会法学』第3部定義67】、婚約は無効乃至解消される【同定義68】。

7. 遺棄に加えて、遺棄者による姦通が証明された場合、婚姻は、遺棄訴訟及び三度の召喚公告無しに、判決をもって解消される【カルプゾウィウス『教会法学』第3部定義69】(a: オットー『カールV世刑事裁判令注解』第1巻236頁第120条注解5番)。姦通の疑いのある遺棄者が出頭した場合、自らの潔白を宣誓をもって証明しなければ帰還を認められず【カルプゾウィウス『教会法学』第3部定義70】、あるいは少なくとも、不在中に如何に改心したかを、信頼に足る証拠に基づいて陳述せねばならない【同第2部定義209】。姦通の疑いのない遺棄者が期日に出頭し、正当な不在理由を証明した場合には、帰還が認められ、また処罰されることもない一方、再婚は解消される【同第3部定義70】。

8. <遺棄者をめぐる法 *Ius circa desertorem*> 離婚の許可が得られた場合、遺棄者の側に生じる離婚の効果は、鞭打ち及び永久追放をもって処罰され【ザクセン宗教規則「離婚」の章】、教会裁判所によって恩赦が与えられない限り【カルプゾウィウス『教会法学』第3部定義71第3番】、カノン法上の破門されるというものである【エルピラ公会議定律第8項、第十二トレド公会議定律第8項】。通常、再婚することも禁じられる【カルプゾウィウス『教会法学』第3部定義70第6番】。ただし、年齢の若さ、あるいは、悔悛や自制不能を理由に特免を得た場合は別である【同上】(a: 遺棄者は、遺棄した妻の第二の夫死亡後に、その妻と再婚できるか否か。タボール『使徒教令集注解』離婚の項末尾、申命記24章4行、エレミヤ書3章1行はこれを否定し、市民法は肯定する【学説彙纂23巻3章「嫁資の権利について」第64法文、及び、同24巻1章「夫婦間贈与について」第64法文。プーフェンドルフイウス『自然法及び万民法について』第6巻1章22節も参照せよ】。また同様に、ある者が、妾を見捨てて他の女と適法に婚姻した後、その妻が死亡した場合に、見捨てた妾を娶ることはできるか、更には、死亡した妻が産んだ子等をさしおいて、その妾が既に身ごもっていた非嫡出子に長子権を与えることはできるか。後者は否定すべきである。というのも、正当な婚姻関係から生まれた子が直ちに長子権を取得するのであり、事後的な婚姻による準正によってその子から長子権が奪われるということはある得ないからであ

る)。最後に、遺棄者は配偶者の財産に関する相続権を失う【カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義215第1番】。また従って、被遺棄者から遺棄訴訟を提起されていない遺棄者は被遺棄者を相続し、被遺棄者の相続人や最近親者がこれを避ける目的で遺棄訴訟を申し立てることもできない。1622年にライプチヒの宗教法院がプラウエンのE・Tの照会に対してその旨回答している。

9. <被遺棄者をめぐる法 *Ius circa desertum*> 無責配偶者の側に生じる効果は、夫婦の絆に基づく義務からの解放、及び、再婚の資格である【マタイ書5章32行及び19章9行、グラティアヌス教令集2部事例28問題2第2節、同事例32問題7第19節及び第23節以下、学説彙纂24巻2章第1及び6法文、プーフェンドルフイウス『自然法及び万民法について』第6巻1章21節、カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義191、カリクストゥス『教会和合の希求と努力』第5巻21章、】。教皇法の立場は異なる【別書2巻23章「推定について」第12節(a: この教皇令は姦通について述べている。下記の教令集第8節もそうである。これに対して、事例28最終教令[問題2第2節]は、別書4巻17章「如何なる子が準正を受けるのか」第12節と同様、我々の見解にとって有利である【バルジウス『ルプスについて』499頁を参照せよ】。しかし、トリエント公会議第24部会定律第5項「婚姻制度の改革について」はこれを禁じている)、グラティアヌス教令集2部事例32問題7第8節、同事例28問題2[第2節]末尾、パツラウキヌス『トリエント公会議史』第22章4節。なお、学説彙纂24巻2章への私の注解第116節以下も参照せよ】。

10. <寝台と食卓の別離 *Separatio a thoro et mensa*> 離婚にはもう一つ別の形態が存在するが、それは、婚姻の絆が断ち切られることなくただ単に停止されるされる場合に不当にも離婚と称されるもので、「寝台と食卓の別離」とも呼ばれる【学説彙纂24巻1章「夫婦間の贈与について」第32法文13節を参照せよ】。それはそれまでの「悪習譴責裁判」に代えて導入されたもののようである【この点については、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」、及び同表題へのゴトフレドゥスの注釈、プーフェンドルフイウス『自然法及び万民法』6巻1章第22節を参照せよ】。ところで、この「寝台と食卓の別離」は、永久の別居として行われるものではない。というのも、もしそうであれば、離婚よりも負担が大きく、無責配偶者にとって極めて不利となるからである。そうではなく、夫婦としての「一時的に」停止されるだけであり、生活習慣の改善や和解が推奨され、伝染病の看護についても依然義務づけられる【グレゴリウス教皇令集4巻19章「離婚について」第7節、『聖書用語辞典』「離縁」の項、カルプゾウィウス『ザクセン重要判決集』判決291及び180、リクテルス『助言集』第2巻助言515、ハインリッヒ・ミュラー『不幸な婚姻について』353頁を参照せよ】。また他方で、夫は、生活物資の提供や、妻や子の債務の返済から解放されるわけではない【カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義213及び『裁判法学』第3部勅令26定義18】。というのも、夫は妻の財産について用益権を保持するからである【同『教会法学』第2部定義214】。ただし、妻の過責により別居が生じた場合【同定義213の8番】や、夫が妻の持参財産を自発的に返還し、しかもそれが扶養に十分である場合【同定義214】はその限りではない。同様にまた、法定

帝によって定められた市民法上の広範な離婚原因が「教会裁判所の実務において制限されてきた *usu fori ecclesiasticae restrictae fuerunt*」ことを、「不品行を理由とする場合を除いて自分の妻と離縁し、別の女を娶る者は誰であれ皆姦通を犯している *quicumque repudiaverit uxorem suam, nisi ob stuprum, et aliam duxerit, is committat adulterium*」とのイエスの教え²⁴⁾に照らして正当化した上で、「婚姻はまさにそのような姦通に匹敵する原因、すなわち、婚姻の実質と婚姻の合意を損なうような行為に由来する理由によって解消される *matrimonium dissolvitur ex tali demum causa, qualis est adulterium h. e. quae oritur ex tali facto, quod tollit essentialia matrimonii et consensum nuptialem*」と述べる。そこで、「姦通 *adulterium*」そのもの以外に、「姦通に匹敵する原因 *talis causa, qualis est adulterium*」として挙げられているのは、順に、「婚姻前の姦淫 *stuprum ante nuptias*」、「性交不能 *impotentia*」、そして、「悪意の遺棄 *desertio malitiosa*」である。婚姻前の姦淫については、『教会法学』ではなく、イエーナ大学教授であったクリストフ・フィリップ・リヒター *Christoph Philipp Richter* (1602-1673年) の『判決百選 *Centuria variarum juris decisionum*』(1647年初版) が引用されているが、カルプツォフもこれを「処女性の錯誤」として離婚原因の一つに数えたのは既に見た通りであるし、性交不能と悪意の遺棄については『教会法学』の該当箇所が指示されている。グラティアヌス教令集を中心とするカノン法源を積極的に援用し、四つの原因を特に区別することなく列挙する点において、『提要』での叙述が『教会法学』の妥協的志向の延長線上にあることは明らかである。

これに対して、同じく『教会法学』に依拠しつつも、カトリック離婚法への

の相続分における相続権もまた維持されねばならず【同定義215】、有責配偶者についてもそうである【カルプゾウィウスはベルリキウス『実務解決集』第3部解決36及び25に反対している】。後の悔悛や和解によって再度の同居を義務づけられる【同定義216】。夫婦が永久の禁欲を誓約する風習については、ステファヌス・バルジウス『サルウィアヌスについて』375及び399頁を参照せよ。”(Institutiones iuris canonici, 392-394. 引用は1728年フランクフルト刊第8版のテキストによる)

24) Mt 19, 9. なおウルガータ版のテキストは <quicumque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem et aliam duxerit moechatur> である。

批判的志向に与するものとしてみておきたいのは、テュービンゲン大学法学部の筆頭教授 professor primarius 及びヴェルテンベルク大公領の宗教法院長 director consistorii ecclesiastici を務めたヴォルフガング・アーダム・ラウターバッハ Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678年) の『法学便覧 Compendium juris』(1679年初版)での主張である。この『便覧』は、ラウターバッハによる学説彙纂の講義録に由来し、ラウターバッハの下で修士号を取得し帝国都市フランクフルト・アム・マインで弁護士となっていたヨーハン・ヤーコブ・シュッツ Johann Jakob Schütz の手で、本人の生前に許諾を得て編集された。その内容は法文単位の注釈ではなく、「定義 definitio」、「区分 divisio」、「目的 finis」、「作用因 causa efficiens」、「要件 requisita」、「効果 effectus」、「主体 subjectum」、「客体 objectum」、「反対事由 contraria」といったトピカ的枠組みの下に様々な記号を駆使して章単位で概説する文字通りの便覧であり、離婚についても、学説彙纂の編別通り、第24巻第2章「離婚及び婚姻取消について De divortii et repudiis」との表題の下に論じられている²⁵⁾。それによれば、離婚

25) “学説彙纂24巻2章「離婚及び婚姻取消について」、勅法彙纂5巻17及び24章

婚姻は、1) 一方配偶者の死亡によって【第一コリント書7章39行、本章第一法文。ゲルハルドゥス『神学要論』第7巻601節、カルプゾウィウス『教会法学』第2巻定義166以下を参照せよ】、また、市民法上、2) 捕虜となること【本章第1法文、学説彙纂49巻15章「捕虜、帰還権、敵方によって買い戻された者について」第12法文4節。但しこの点は変更された：新勅法第117勅法第11章】、及び、3) 他人の奴隷となることによって【本章第1法文。カノン法ではそうではない】、解消される。

更に、婚姻は、4) 「離婚」によっても解消される【本章第1法文。本章第2法文、学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第191法文、同12巻4章「原因不存続による不当利得返還請求訴権について」第8法文を参照せよ】。〈同音異義語 Homonymia〉厳格な意味における離婚は夫婦間においてのみ行われる。そして、この場合、本来は、夫婦の絆それ自体が解消されるが、不十分ながら、寝台と食卓に関する夫婦の別離に留まることがあり【カルプゾウィウス『ザクセン重要判決集』第3部判決291第7番】、更には、裁判官によって婚姻が法律上無効と判示されることもある。

〈定義 Definitio〉離婚乃至婚姻取消とは、正当な原因に基づき、当局の公的権威の下に為される生存夫婦間の婚姻関係の解消である。〈作用因 Causa efficiens〉市民法も【本章第1法文、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8法文2及び3節】、旧約及び新約も【マタイ書5章32行、19章9行、第一コリント書7章、ゲルハルドゥス『神学要論』第7巻74節、カルプゾウィウス『教会法

学』第2巻定義189】、離婚を認めている。離婚は、市民法上、七人の証人の面前における夫婦双方あるいは一方の意思表示によって為されたが【本章第9法文、新勅法第22勅法4章】、今日では、当局の意思表示、つまり、宗教法院における【ゲルハルドゥス『神学要論』第7巻692節、カルプゾウィウス『教会法学』第2巻定義1及び第3巻定義240第25番】当局の判断が、離婚の最も近接した作用因である【ゲルハルドゥス『神学要論』第7巻671節、カルプゾウィウス『教会法学』第2巻定義190、バコウィウス『トレウトレルス市民法討論選注解』第2巻討論6命題8注Fへの注解f、カルプゾウィウス『新刑事実務』問題57第15及び16番、問題58第19番】。〈要件 Requisita〉その際に要求されるのは、1) 当事者の訴え【学説彙纂39巻2章「未発生損害、家屋の軒先及び張り出しについて」第4法文8節】であり、これは裁判官の職権に対する請願によって為され、そのような請願は民事上のものである【カルプゾウィウス『教会法学』第2巻定義189第14番。但し、別書1巻38章「訴訟代理人について」第5節を参照せよ】。〈要件 Requisita〉またそれは、2) 正当な原因に基づくものでなければならない、そのような原因は、旧約の律法やローマ人の法律の下では多種多様であった【勅法彙纂5巻17章第8法文2及び3節、新勅法第22勅法15章、第117勅法8及び9章、ペーザ『離婚論』231頁を参照せよ】。今日では新約に認められた原因に限って承認される。それはすなわち、姦通であり【マタイ書5章32行】、我々の慣行の下ではあらゆる不法な性的関係がこれにあたる。ただし、姦通を理由に婚姻が解消されない次のような場合は例外である【別書4巻13章「妻あるいは許嫁が近親者であると知った者について」第6節】。1) 妻が暴行された場合【学説彙纂48巻5章「姦通者を処罰するユリウス法について」第13法文7節、グラティアヌス教令集2部事例32問題5】。2) 夫が自分の妻と思い込んで他の女と通じた場合【グラティアヌス教令集2部事例34問題1第6節】。3) 夫婦双方が姦通者である場合。というのも、この場合、不法は相殺されるからである【グラティアヌス教令集2部事例32問題6第1節、学説彙纂48巻5章第13法文5節】。4) 夫が不法を赦しその後も妻と同衾した場合【学説彙纂48巻5章第13法文10節、同24巻3章「婚姻解消時に如何にして嫁資は返還請求されるべきか」第47法文】。5) 夫自身が姦通の原因や機会を与えた場合【学説彙纂24巻3章第47法文。ベウスティウス『婚姻論』第2部23章を参照せよ】。

もう一つの正当な原因は悪意の遺棄である【第一コリント書7章15行、ゲルハルドゥス『神学要論』第7巻624節、カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義192。妨げとなるのはマタイ書5章32行。ゲルハルドゥス『神学要論』第7巻607節を参照せよ】。ある者が正当な理由で不在である場合には、帰還かあるいは死亡まで待たねばならない【新勅法第117勅法10及び11章、別書4巻1章「婚約及び婚姻について」第19節、カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義166】。今日、ある者が悪意の遺棄者として認定される為には、不在者が三度に渡る公的な出頭命令の発令によって召喚されたにも関わらず現れないこと【ハーニウス『ウェーセンベキウス彙纂注解に即した理論実務的考察』本章注解3への考察、ベウスティウス『婚姻論』第2部26章】、そして、待機期間が裁判官の判断の下に満了したこと【フィンケルトウシウス『実務考

は、「正当な原因に基づき、当局の公的権威の下に為される生存夫婦間の婚姻関係の解消 *dissolutio vinculi matrimonialis inter conjuges adhuc viventes, ex justa causa, publica Magistratus auctoritate facta*」と定義され、「宗教法院における当局の判断 *magistratus sententia in consistoriis*」を「最も近接した作用因 *causa efficiens proxima*」とし、当事者による「裁判官の職権への請願 *imploratio officii judicis*」、及び、「正当な原因 *justa causa*」という二つの「要件」の充足によって、婚姻関係からの解放、無責配偶者の再婚権、子の養育義務といった「効果」を生ずるとされる。ここで注目すべきなのは、「旧約の律法やローマ人の法律の下では多種多様であった *diversae fuerunt Jure Veteris Testamenti, et Legibus Romanis*」離婚原因が、「今日では新約に認められた原因に限って承認される *hodie non admittuntur, nisi quae Novo Testamento probatae*

察集】考察111第15番、カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義170第11節、勅法彙纂5巻1章「婚約、婚約手付、婚約仲介料について」第2法文、同5巻17章第2及び7法文、新勅法第22勅法第4章、同第117勅法第11章】が必要である。裁判官は概ね六ヶ月で出頭命令の発令を認めている。今日でもやはり、反対の合意【学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第35法文】[著しい虐待の場合は寝台と食卓の別離が認められる【カルプツォフ『教会法学』第2部定義210を参照せよ]や、らい病、狂乱【キューラエウス『婚姻論』第1章4番、ゲルハルドゥス『神学要論』第7巻687節】によって婚姻が解消されることはない。

〈よく注意せよ *Nota bene*〉婚姻を解消することと、婚姻を無効とすることは、たとえ婚姻締結後であっても、全く別の事柄である。

〈効果 *Effectus*〉離婚が為されると、当事者は自由となり【カルプツォフ『ザクセン重要判決集』第3部判決291第7番】、無責配偶者は再婚することができる。この場合、夫は離婚後直ちに再婚できるが【マタイ書5巻32行、19章5及び6行】、妻は離婚から一年後に再婚できる【勅法彙纂5巻17章第8法文4節】。ただし、無責配偶者であっても再婚が許されるのは、1) 自制できない場合で、なおかつ、2) 当局の公的かつ特別の許可によって再婚が行われる場合に限られ、しかも、3) 多くの場合、居所を移転せねばならない【カルプゾウィウス『教会法学』第2巻定義193、ゲルハルドゥス『神学要論』第7巻622節】。子は、無責配偶者の下で、有責配偶者の費用によって養育される【裁判慣行あるいは実務上の先例、カルプゾウィウス『ザクセン重要判決集』第3部判決291第20番。勅法彙纂5巻24章「離婚が為された場合、子は誰の下に留め養育されるべきか」第1法文、及び、同法文の新勅法引用補足文】。

「婚約解消」については勅法彙纂5巻1章及び別書4巻1章を参照せよ”(Compendium juris, 452-454. 引用は1697年テュービンゲン刊のテキストによる)

sunt」と明言され、そのような「新約 Novum Testamentum」に裏付けられた「正当な原因」として、「姦通 adulterium」と「悪意の遺棄 malitiosa desertio」の二つのみが掲げられている点である。しかも、ラウターバッハは、「反対の合意 mutuus dissensus」、「虐待 saevitia」、「らい病 lepra」、「錯乱 furor」といったものを離婚原因から明示的に除外する一方で、シルターが離婚原因とみなした「婚姻前の姦淫」と「性交不能」については、そもそも離婚に関わる問題とは考えていない。まず、婚姻前の姦淫は、カルプツォフと同じく「処女性」の錯誤」と解された上で、婚姻の合意を害する「婚姻の反対事由 contraria matrimonii」として位置づけられている²⁶⁾。「婚姻の反対事由」は、婚姻不適

26) “<Contraria 反対事由> 婚姻の反対事由にはあらゆる場面で注意を払うべし。強迫によって締結された婚姻は当然に無効であり【カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義27及び第3部定義55第7番、ドウンテ第19章問題13、アメシウス『良心事項論』第5巻問題38、ベウスティウス『婚姻論』第2部44章】、その際必要なのは宣言的な判決だけである。なお、正常な男乃至女に対して為された強迫だけが考慮される【学説彙纂23巻2章「婚姻の方式について」第22法文。論拠となるのは同4巻2章「強迫によって行われたこと」第6法文。常に考慮されるとする立場については、別書4巻1章「婚約及び婚姻について」第28節、カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義28を参照せよ。論拠となるのは学説彙纂4巻2章第7法文1節、別書4巻1章第15節】。錯誤が婚姻を害するのは、人の錯誤【グラティアヌス教令集2部事例29問題1第1節】、あるいは、素性にめぐる錯誤に限られる。後者の例としては、そうとは知らずに女奴隷を娶った場合（実際この場合にはあらゆる婚姻の効果が欠けている）や、汚れた女を処女と思い込んで娶った場合【裁判慣行あるいは実務上の先例、カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義193（ウェーセンベキウスやバコウィウスは反対である）】が挙げられる。ただし、そのような素性について、たとえ世間の噂からであるにせよ、何らかの形で知っていた場合（夫は否認宣誓によって自分がそのような素性について全く知らなかったことを証明できる【カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義198】）、もしくは、例えば罪を知った上でその女と同食するといったように、そのような素性を是認した場合【カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義192。申命記22章19行を参照せよ】はその限りではない。また更に、名称の錯誤【学説彙纂18巻1章「売買の締結、買主売主間の特約、売買不能物について」第1法文】、健康に関する錯誤【グラティアヌス教令集2部事例29問題1第1節、ゲルハルドゥス『神学要論』第7巻105節】、資産に関する錯誤【グラティアヌス教令集2部事例29問題1第1節】も婚姻を害することはない。何人も期限付きで妻を迎えることはできない【別書4巻5章「婚約その他の契約において定められる条件について」第7節】。”（Compendium juris, 446）

齡、一定範囲の「血族関係 *cognatio*」や「姻族関係 *affinitas*」といったいわゆる婚姻障害事由と共に、婚姻の要件効果を扱う第23巻第2章「婚姻の方式について *De ritu Nuptiarum*」で論じられるものであり、離婚原因とは全く異なる。婚姻は一旦締結されても、「正常な男乃至女に対して為された強迫 *metus, qui in constantem virum et foeminam cadit*」、あるいは、「人の錯誤 *error personae*」や「素性の錯誤 *error circa statum*」によって「当然に無効となる *ipso jure nulum est*」ので、その旨確認する「宣言的な判決 *sententia declaratoria*」のみで婚姻の効果は失われるのである。「汚れた女を処女と思い込んで娶った *duxit defloratam pro virgine*」場合は、まさにそのような帰結をもたらす「素性の錯誤」の一例として言及されている。また、「性交不能」が離婚原因ではなく婚姻障害事由として解されていることは、「性交不能者 *spadones*」や「去勢者 *thlibiae*」が、「頑なさが婚姻後に発生した *frigidity supervenit postea*」場合を除いて、婚姻不適齢の「未成熟者 *impueres*」と同様に、婚姻を「妨げられる *impediuntur*」との説明²⁷⁾から明らかである。確かに、ラウターバハも、シルター同様、『教会法学』を繰り返し引用しており、ザクセン風の宗教法院実務が他のプロテスタント領邦にも盛んに受容された実態を示している。しかしむしろ重要なのは、聖書による裏付けを根拠に離婚原因が姦通と悪意の遺棄とに限定され、処女性の錯誤による婚姻無効や性交不能者の婚姻障害とも明確に区別されているという点である。そこには、『教会法学』では未だあいまいさを残していたカトリック離婚法学に対する批判的志向の純化を読み取ることができる。

IV

改革派プロテスタント（カルヴァン派）が大勢を占めていたネーデルラント連邦共和国においても、以上のような帝国のプロテスタント教会法学との相互の影響関係の下に、同様の議論の展開がみられる。カルプツォフの『教会法

27) *Compendium juris*, 443.

学』公刊当時の共和国での議論状況は、例えば、ホラント州デルフト市法律顧問シーモン・ファン・フルーネウェーヘン・ファン・デル・マーデ Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652年) の『ホラント及びその近隣地域において廃止され用いられていない法文に関する論考 Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus (廃止法文論)』(1649年初版)で確認することができる。『廃止法文論』は、法学提要、学説彙纂、勅法彙纂、新勅法(公撰集)、レオ帝勅法集、封建法書の各法文の現行法としての有効性を当時の「実務慣行 mores」に照らして吟味考察したいいわゆる「査閲 censura」文献の一つであり、離婚をめぐる考察の大半は、「婚姻取消、及び、悪習譴責裁判の廃止について De repudiis et iudicio de moribus sublato」と題された勅法彙纂5巻17章との関連で展開され、そこではローマ法源や固有法のみならず、グラティアヌス教令集や別書のようなカノン法源も検討の対象となっている。その冒頭において、個々の法文の「査閲」に先立ち概括的に論じられているのは離婚法の史的変遷である²⁸⁾。「夫婦の契りは極めて神聖で永久であると古代の人々は一致して考えていたので、彼らの間では妻と離縁することは

28) “1. 離婚の起源 Divortiorum origo. > 夫婦の契りは極めて神聖で永久であると古代の人々は一致して考えていたので、彼らの間では妻と離縁することは罪であった。ロムルスが初めて法を定め、姦通、子殺し、鍵の偽造が発覚した妻と離縁することを許し、それ以外に離婚した者についてはその財産の一部を妻に与え、残りをケレス神に捧げるように命じる一方で、妻には夫から離れることを決して認めなかった。<2. 変遷 progressus.> その後、子が産まれないこと、つまり、妻の不妊を理由に離婚が為されるようになった。ローマ人で初めてこの理由で妻と離婚したのはスプリウス・コルピリウスであり、この人は、別名、セルウィリウス・カルピリウス・ルーガとも呼ばれており、ワレリウス・マクシムス『有名言行録』第2巻1章によれば、その離婚をもって不徳とみなされたとされる。<3. 離婚の頻発と承認 frequentia atque licentia> ドミティアヌス帝が遂に婚姻取消及び離婚を承認し、その後、婚姻取消や離婚ほど頻繁に行われるものとはなほに広まった。ユウェナリス『諷刺詩』第6歌1行では、秋の間に八人の男と結婚した五人の女に言及されている。また、マルティアリスの詩では、あるガリア人の女は、一日に七人の夫を得て、その全てかた離縁されたとある。セネカ『善行について』第16章はこのような慣行を批判した。セネカは言う。上流の高貴な女性たちが執政官の年齢ではなく自分の夫の年齢を指折り数えながら、結婚するために離縁し、結婚しては離縁される状況を前にして、離婚を恥じる者などいるであろうか、と。テルトゥリアヌス『護教論』第6章も、当時、つまり、紀元200

年頃、女たちの間では離縁と再婚が婚姻の成果であるかのように受け取られていた旨述べている。〈4. テオドシウス及びワレンティニアヌス両帝による離婚の制限 *Restricta ab Impp. Theodos. et Valent.*〉勅法彙纂本章第8法文において、テオドシウス及びワレンティニアヌス両帝は、このような離婚の承認を取り消すことなく、ただ制限した〈5. 新勅法の法による離婚の復活 *In usum revocata jure Nevellam.*〉しかしその後、上記第8法文は廃止され旧法が復活し、しかも、新勅法第140勅法には合意によって婚姻を解消できる旨規定された。〈6. なぜユスティニアヌスは離婚を排斥しなかったのか *Cur Iustinianus ea non abrogavit.*〉ところで、神法及び福音の法において婚姻取消乃至離婚が許されていない以上【マタイ書19章8及び9行、第一コリント書7章11行】、キリストの聖なる教えの信奉者乃至擁護者を自任し、異教徒による儀式の排斥を度々公言したユスティニアヌスが【勅法彙纂1巻1章「至高の三位一体とカトリック信仰について、及び、何人もこれらを公に非難してはならないこと」、同1巻9章「ユダヤ人及び天空の神々を信仰する者について」、同1巻11章「異教徒、供犠、神殿について」】、なぜ離婚を完全に排斥しなかったのか奇妙に思う者もあった。

〈7. アルキアトゥスの説明 *ratio Alciati.*〉アルキアトゥス『パレルガ』第6巻20章によれば、福音書の上記二つの箇所は、ユスティニアヌスの時代において、後の時代とは異なる意味に理解されていたとされる。すなわち、古代の人々は、<人によって引き離す>ということ、を、人間の感情によって導かれた者が離婚する趣旨に理解し、管区の司教の下で申し立てた正当な原因に基づいて離婚する場合はその限りではないというのである。更に、サンタガタ公会議の定律第25章においてもそのように定められたとアルキアトゥスは述べている。サンチェス『婚姻秘蹟討論集』第10巻討論1第12番、及び、マエステルティウス『ローマ人の法律の正当性』第2巻8章はこのアルキアトゥスの見解に従っている。〈8. 反論 *Rejicitur.*〉しかしながら、このような説明は全く説得力がないように思われる。というのも、先に述べたサンタガタ公会議の定律には、グラティアヌス教令集2部事例33問題2第1節に収録されたその文言によれば、何が正当な離婚原因なのかについては何も言及はなく、離縁の理由について前もって教会の承認を得ずに妻と離縁することは罪であると定められているにすぎない。他方、既に322年にエルピラ公会議の定律の中で、姦通を犯した夫と離縁した妻に再婚は認められない旨定められている【同事例32問題7第9節】。また、402年にはミレウム公会議の定律第17条において、妻と別れた夫も夫と別れた妻も、キリストと使徒の教えに従い、別の者と婚姻してはならず、そのままであるか、もしくは、互いに和解するべきであり、これに不服を申し立てた場合には悔改させるべきものと定められた。まさにそのような状況の下で帝国法が求められ公布されたのである。当該定律の文言の前半部分は今なお確認できる【同事例32問題7第5節】。加えて、ベラルミヌス『キリスト教信仰論争に関する討論集』第3巻3章論点5第16節を参照せよ。

〈9. 離婚に関する諸法文は教会にとって全く受け入れ難いものであった *Leges de divortiis numquam ecclesiis placuerunt.*〉以上からすれば、離婚に関する皇帝法が教会にとって全く受け入れ難いものであったのは明らかである。従って、ユダヤ人たちに対して、最初からそうであったわけではないが【マタイ書19章8行】、彼らの<頑なさ

(スクレロカルディア) >を理由に妻と離縁することを許したモーゼ【申命記24章1行】にかつてみられたのと同じことがキリスト教に帰依する皇帝たちにも起こったと解するのがここではより適切であろう。ユスティニアヌス自身【正しくはユスティヌスⅡ世帝】もこの点について十分すぎるほど語っている【新勅令第140勅法前書】。すなわち、そこには、「合意によって婚姻を解消することを禁じる法律が存在する。無論、余は、この法律が依然として通用しその効力を維持しているものと考えている。しかしながら、余が聞き及ぶところによれば、互いを束縛している婚姻関係を憎み忌避し(これは憂慮すべきで、かつ、大いに憤り嘆くに足る事態である)、そのために家庭内の不和や中傷合戦を人目にさらすに及んで離婚を求めているが、法が確実に離婚を許容するような原因を何も申し立てることのできない人々が極めて多いという。これに対して、余は、彼らが互いにしかも正当な理由なく憎しみ合うことを止め、和解へと傾き、互いに安らかな気持ちを保つよう時には命令し時には威嚇することによって、彼らの要求や性急さを一時的に押しとどめてきたけれども、何も成果はなかった。というのも、激しい憎しみの感情に一旦襲われた者が和解することは極めて困難であるから。実際、それらの者の中には、互いの命を狙い、毒薬や致死量の薬物を用いる者もあり、それは、互いの間に生まれた子でさえ、そのような両親の心を一つに結びつけられないほどなのである」、とある。〈10. 著者の立場 *Ratio auctoris*.〉このようにキリスト教徒たる皇帝たちが、経験上、古くから根付いた慣行の威力がどれ程強いのかよく理解していた以上、彼らが、人間の弱さに鑑み、離婚について当時の放埒さにあれほど寛大な法律を定めたことも何ら驚くに値しない。この点については、グロティウス『戦争と平和の法』第1巻4章7番を参照せよ。〈11. この点はクリュソストムスの権威によっても裏付けられる *Comprobatur auctoritate Chrysostomi*.〉クリュソストムス『マタイ書説教集』19章8行に関する第32説も、この理由から、離縁状の付与を認めている。というのも、憎しみに駆り立てられて殺人が起こるよりも寛容な法の下に婚姻が解消される方がよいと考えたからであり、さらに悪い事態が生じないように過ちを許したのである。また、その少し後の箇所には、「許すことと命ずることは別である。というのも、命じられる事柄は常に喜ばしいのに対して、許される事柄は、人間の悪しき意志を完全に押し止めることはできないが故に、不本意ながら指示されるにすぎないからである」、とある。このクリュソストムスの見解は、グラティアヌス教令集2部事例31問題1第9節に部分的に収録されている。なおこの点については、ゲデリヌス『最新法論』第1巻10章末尾、サンチェス『婚姻秘蹟討論集』第10巻討論1第12番、及び、勅法彙纂1巻9章及び5巻26章「内縁者について」それぞれの表題について私の述べたところを参照せよ。〈12. 今日では如何なる原因によって離婚が認められるか *Quibus ex causis hodie divorti licet*.〉今日如何なる原因によって離婚が許されるかについては、本章第7及び8法文において述べた。〈13. 離婚の詳細については省略 *Et de divortiis remissive*.〉更に、この章に関わる問題については、ペーザ『婚姻取消及び離婚論』、グレゴリウス・トロサヌス『法学要論』第9巻15及び16章、サンチェス『婚姻秘蹟討論集』第10巻、ベラルミヌス『キリスト教討論集』第3巻3章論点5台12節以下、グロティウス『戦争と平和の法』第2

罪であった *conjugale foedus sanctissimum, perpetuum, et sine diffidio esse veteres voluerunt, apud quos uxorem dimittere nefas erat*」が、ドミティアヌス帝の頃には「婚姻取消や離婚以上に頻繁に行われるものはないほどに広まった *repudia atque divortia adeo percrebuerunt, ut nihil iis frequentius acciderit*」。その後、東ローマ皇帝テオドシウスⅡ世及び西ローマ皇帝ワレンティニアヌスⅢ世の勅法によって一定の制限が加えられ、その勅法はユスティニアヌス帝の勅法彙纂にも収録された。ここで問題となるのは、これら「キリスト教徒たる皇帝たち *Christiani imperatores*」、とりわけ、「キリストの聖なる教えの信奉者乃至擁護者を自任し、異教徒による儀式的排斥を度々公言したユスティニアヌス *Iustinianus, qui se toties Christianum et sacrorum canonum cultorem defensoremque esse, ritusque Paganorum damnare se profitetur*」が、離婚を「なぜ完全に排斥しなかったのか *cur non intotum sustulit*」という点である。ここでフルーネウエーヘンは、「神が結びつけたものを人が離してはならない *quod Deus coniunxit homo non separet*」というマタイ書の一節(19章6行)を念頭に、「古代の人々は、<人によって引き離す>ということを、人間の感情によって導かれた者が離婚する趣旨に理解し、管区の司教の下で申し立てた正当な原因に基づいて離婚する場合はその限りではない *veteres separari ab homine interpretabantur, qui humanis affectionibus ductus diverteat: secus si ex legitima causa, quam apud Episcopos provinciales dixerit*」とするアルチャートの見解を批判する。まず、離婚した者に再婚を認めない旨定める公会議の定律が上記勅法以前に既に存在している以上、「離婚に関する皇帝法が教会にとって全く受け入れ難いものであったのは明らかである *Caesareas de divortiis leges nunquam ecclesiis placuisse constat*」。しかしその一方で、「経験上、古くから根付いた慣行の威力がどれ程強いかわく理解していた *rerum experimentia*

巻7章4節以下、同『百花繚乱』学説彙纂24巻2章注解、コワツルウィアス『婚約及び婚姻論』第2部7章4節以下、コラシウス『小論集』第5巻10章、リッテルスフシウス『市民法カノン法相違集』第2巻8章、ポリュドルス・ウィルギリウス『事績録』第1巻4章を参照せよ。”(De legibus abrogatis, 579-581. 引用は1649年レイデン刊初版のテキストによる)

edocti erant quanta sit vis inveteratae atque inolitae consuetudinis」皇帝たちが「人間の弱さに鑑み、離婚について当時の放埒さにあれほど寛大な法律を定めたことも何ら驚くに値しない *nemini mirum videri potest quod temporum licentiae aliquantum indulgentes leas de repudiis tulerint cum sensu humanae imbecillitatis*」。結局、「ユダヤ人たちに対して彼らのく頑なさ（スクレロカルディア）>を理由に妻と離縁することを許したモーゼにかつてみられたのと同じことがキリスト教に帰依する皇帝たちにも起こったと解するのがここではより適切であろう *satius est dicere idem hic Christianis imperatoribus evenisse, quod olim evenit Mosi, qui Judaeis propter σκληροκαρδια, uxores dimittere permisit*」というのである。このような歴史的経緯を踏まえて離婚をやはり必要悪として位置づけるフルーネウエーヘンの立場は、ユスティニアヌス帝が後に離婚原因を更に限定し理由無き離婚に対する制裁を強化した点を看過して、「上記第8法文は廃止され旧法が復活した *postea abrogata dicta lex 8. jus antiquum in usum revocatum est*」と述べたり、「合意によって婚姻を解消できる *consensu matrimonia dissolvi possunt*」旨規定したユスティヌスⅡ世帝の新勅法第140勅法を「ユスティニアヌス自身 *ipse Justinianus*」のものと解する²⁹⁾など種々の誤解に基づいているとはいえ、「今日如何なる原因によって離婚が許されるか *quibus ex causis hodie divortia permittantur*」に関する以下の考察を間

29) 表記上は<Justin.>と略されているが、文脈からすると、これが<Justinus>ではなく<Justinianus>の趣旨である可能性が非常に高い。当該勅法がユスティニアヌス帝を継いだユスティヌスⅡ世帝によるものであることは、ゴドフロワ版市民法大全（1583年初版）の注解（「学説彙纂24巻3章「夫婦間贈与について」第60、61、62法文、及び、新勅法第22勅法4章にみえる旧法が復活し、新勅法第117勅法10章が廃止された。ただし、この新たな勅法はユスティニアヌス帝ではなくユスティヌス帝のものである。勅法彙纂5巻17章第8法文によれば不当あるいは極めて不当と解さざるを得ない内容がこのユスティヌス帝の勅法中に見受けられる」公撰集9巻23章＝新勅法第140勅法表題注解。引用は1720年刊ライプツヒ刊のテキスト [II, 631, n. 17.] による）を介して既に広く知られていたはずである。ただし、ゴドフロワ版の成果がネーデルラントにおいて実務家を含めより広く共有されるに至るのは、シモン・ファン・レーウェンによって編集されアムステルダムのエルゼビル社から出版された版（1663年初版）以後となる。

接的に方向づける役割を果たしている。

「姦通」が離婚原因となる点については上にふれた勅法彙纂5巻17章第8法文の考察の中で論じられている³⁰⁾。この勅法の第2節³¹⁾及び第3節³²⁾には、殺

30) “勅法彙纂5巻17章第8法文、同新勅法引用補足文、第9法文、同新勅法引用補足文について

〈1.姦通によって婚姻の絆が解消されるか否かは原始教会の下で争われた *An adulterio matrimonii vinculum solvitur, in primitiva ecclesia fuit controversum.*〉「姦淫を理由とする場合を除いて妻と離縁し別の妻を娶る者は誰であれ姦淫を犯すこととなり、離縁された妻を娶る者もまた姦淫を犯すことになる」【マタイ書5章32行及び19章9行】。この一節は難解である。アウグスティヌスが言うには【『信仰と善業について』第19章】、姦通を犯した妻を離縁することは確かに許されるとしても、その者が別の妻を娶れば姦通者とみなされることになるかどうか、神の御心は不明であり、それ故私のみ限り、ここで過ちを犯す者がいても致し方ない、と。原始教会にこの箇所の理解に関する一致した見解は存在しなかったと、リウエティウス『論争大全』第3論考第15問及びマルドナティウス前掲書第19章9番は述べている。〈2.教皇派は否定説に与している *Negativa placet pontificiis.*〉姦通によって婚姻の絆は解消されず、それ故、姦通を犯した妻を追い出し別の妻を娶ることは許されない旨トリエントでの最後の公会議において定められ、教皇派の人々はこの見解に従っている【ベラルミヌス『キリスト信仰論争』第3巻論争5第3章15、16、17節、サンチェス『婚姻秘蹟論』第10巻討論2、クリスティーナエウス『判決集』第3巻判決138第3番、グデリヌス『最新法論』第1巻10章】。〈3.宗教改革に賛同する人々は肯定説に与している *Affirmativa reformatae religionis professoribus.*〉宗教改革に与する人々は、市民法のように広範に及ぶのであればそのような定め の遵守を拒むことは確かにないけれども、その一方で、姦通により婚姻の絆が解消され、それ故また、姦通を犯した妻が存命中であっても神法上再婚が許される旨主張している【リウエティウス前掲箇所、アメシウス『良心事項論』第5巻問題2第38章、同『無力なベラルミヌス』第3巻最終問第7章2節、リッテルスフシウス『両法相違集』第2巻8及び9章、ペーザ『離婚論』】。

〈4.この見解は、和解が成立した場合を除いて、我々の慣行の下でも通用している *Eaque moribus nostris obtinet, nisi reconciliatio intervenerit.*〉更に、ジュネーヴの教会規則第145及び146条、ホラントの統治規則第18条、ゼーラントの統治規則第33条その他においてもその旨ははっきりと定められており、姦通が犯された後に夫婦が結局和解するに至った場合を除いて、我々の慣行の下でもそのように見なされている。この点については、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2法文について私が述べたところを参照せよ。〈5.有責配偶者に再婚が許されるべきかどうか *An pars nocens ad secundas nuptias est admittenda.*〉しかし一層困難な問題は、無責配偶者が再婚することで和解の望みが全く失われた後に、有責配偶者に再婚を認めるべきか否かである。実際、この問題については、宗教改革派自身の見解も全く一

致していない。肯定説に立っているのは、ペーザ『離婚論』、マタイ書第5章へのメランヒトンの注解、アメシウス『良心事項論』第5巻問題38第12節、ブカニウス『神学要論』論題12「婚姻について」問14、リッテルスフシウス『両法相違集』第2巻9章末尾であり、リッテルスフシウスはその箇所でルターも同じ見解であった旨述べている。更に、別書2巻23章「推定について」第12節の文言「婚姻の望み」への標準注釈、ウェーセンベキウス『学説彙纂パラティトラ』24巻2章「離婚及び婚姻取消について」第11番も参照せよ。私自身もかつてこの点について助言を求められ詳しく解答したことがある。その鑑定意見は『バタウィアの法律家による鑑定意見集』第1部に助言307番として収録されているので、読者には、勅法彙纂9巻9章第9法文について述べた点とともにそれを参照願う。〈6.これらの法文で言及されている他の原因では、今日、婚姻は解消されないが、寝台と食卓の別離に関してはこの限りではない Ob reliquas causas hic expressas non solvitur hodie matrimonium, nisi quoad thorum et mensam.〉ところで、以上に述べた点や、更には、本章表題について既に述べたところからも明らかな通り、我々の慣行の下で、これらの法文に言及された他の諸原因によって婚姻の絆が解消されることはない。ただし、それらの理由による場合であっても、寝台の別離としての離婚は今日もお認められている【グロティウス『ホラント法学入門』第1巻5章〔フルーネウエーヘンによる注解の〕第26及び30番、ネオスタディウス『婚前合意論』考察7及び8注解、サンデ『フリースラント最高法院判例集』第2巻6章定義1、コワッルウィアス『婚姻論』第2部7章5節第1番、サンチェス『婚姻論』第10巻討論17及び18】。本章第8法文の新勅法引用補足文については、新勅法第117勅法第14章について述べたところを参照せよ。”(De legibus abrogatis, 582-583.)

- 31) “そこでもし、夫が、姦通、殺人、毒殺を犯し、余の帝権に向かって何かを企て、偽証の罪に問われたことが知られ、あるいは、墓地を荒らし、聖堂から何かを持ち出し、追い剥ぎやその保護者となり、強盗、誘拐を犯し、家の中の目の前で未成熟の婦女といかがわしい関係を結び（しかもこのようなことは貞淑な婦女に悪い影響を与えることが多い）、毒物や剣その他の手段で妻の命を狙い、自由人には相応しかぬ鞭で妻を打擲したことが証明されたならば、余は、離縁という手段を訴える自由をその妻にとって不可欠のものとして認め、法をもって離婚原因を定めることとする”
- 32) “夫もまた同じ制約の内に留められ、理由を明示することなく妻と離縁することを許されることは許されず、妻が姦通、毒殺、殺人、誘拐を犯し、墓を荒らし、聖堂から何かを持ち去り、盜賊を匿い、夫の知らぬ間にあるいは夫の意に反して家族外の男と食事を共にし、正当あるいは信頼できる理由無しに夫の意に反して外泊し、いかがわしい競技や演劇、闘技場での見せ物、あるいは、それらが普段行われている場所へ夫が禁じたにも関わらず出かけ、毒物や刀剣その他の手段で夫の命を狙い、余の帝権に向かって何かを企む者たちと共謀し、偽証の罪に問われたことを知り、もしくは、夫に対して無謀な所業に及んだことを証明した場合にのみ妻を放逐することを許される。そのような場合、余は、離縁する権能をその夫にとって不可欠のものとして認め、法をもって離婚原因を定めることとする”

人や誘拐といった犯罪、配偶者殺害の企図、帝権に対する陰謀等が夫婦共通の離婚原因として、妻の外食、外泊、観劇が夫固有の離婚原因として列挙されているが、カトリック教会による離婚排斥とプロテスタントからの反駁という文脈において現行法としての有効性を吟味する場合に問題となり得るのは、ユリウス法によって処罰される犯罪であるが故に夫婦共通の離婚原因の一つとして数えられていた姦通だけである。フルーネウエーヘンは、マタイ書の一節（5章32行）に関して、「姦通を犯した妻を離縁することは確かに許されるとしても、その者が別の妻を娶れば姦通者とみなされることになるかどうか、神の御心は不明である *in diviniis sententiis obscurum est, utrum et iste cui quidem sine dubio adulteram licet dimittere, adulter tamen habeatur si alteram duxerit*」とするアウグスティヌスの見解を引用し、「原始教会にこの箇所の理解に関する一致した見解は存在しなかった *non omnium eandem de hujus loci intellectu in primitiva ecclesia sententiam fuisse*」との説に言及した上で、「姦通によって婚姻の絆は解消されず、それ故、姦通を犯した妻を追い出し別の妻を娶ることは罪である *adulterio non solvi matrimonii vinculum, ideoque dimissa adultera alteram ducere nefas esse*」とする「教皇派 Pontificii」の見解に、「姦通により婚姻の絆が解消され、それ故また、姦通を犯した妻が存命中であっても神法上再婚が許される *adulterio matrimonii vinculum solvi, adeoque et vivente adultera secundas nuptias jure divino permitti*」との「宗教改革派 *reformatae religionis professores*」の主張を対置し、ホラント州やゼーラント州の統治規則に加えてカルヴァン派の本拠ジュネーヴの教会規則も援用しつつ、「姦通が犯された後に夫婦が結局和解するに至った場合を除けば、我々の慣行の下でもそのように見なされている *ita moribus nostris observatur, nisi post commissum adulterum conjuges semel fuerint reconciliati*」と結論づけている。姦通によって離婚した無責配偶者の再婚の資格については当然視されているためか特に言及はないが、「無責配偶者が再婚することで和解の望みが全く失われた後であれば、有責配偶者に再婚を認めるのは可能か *an pars nocens ad secundas nuptias sit admittenda, scilicet postquam innocens ad secunda vota transmigravit, adeoque et omnem reconciliationis spem praescidit*」という問題については、「宗教改革派

自身の見解も全く一致していない *ne ipsi quidem Reformatae religionis professores conveniunt*」としながらも、肯定説のみを引用していることから、これを認めるのがフルーネウェーヘンの立場と解される。「種々の項目及び婚姻の解消について *Περί διαφορών κεφαλαίων και λύσεως λαμου*」と題された新勅法第117勅法（公撰集 *Authenticae* 第8巻第18章「子に法定相続分が遺された後であっても母や祖母その他女系尊属はその望むところに従って自らの余剰資産をその子らのために処分することが許されること、及び、その他種々の項目 *Ut liceat matri et aviae et aliis parentibus post legitimam partem liberis derelictam quo modo voluerint residuam facultatem disponere, et alia plura capitula*」）の第10章への考察の冒頭部分には、「今日では姦通以外に正当な離婚原因は存在しない *hodie nulla est justa divortii causa praeter adulterium*」とあり³³⁾、第8法文をめぐる以上の考察が参照指示される一方で、出征した夫が四年に渡って消息不明である妻について再婚を認める同じく勅法彙纂5巻17章の第7法文³⁴⁾、及び、後にそのような再婚を否定した新勅法第117勅法11章からの引用補足文 *Autenticum*³⁵⁾への考察では、姦通の場合のような聖書の教えとの整合

33) *De legibus abrogatis*, 827.

34) “夫が従軍し四年経過してもその消息について何も知らせがないために他の者との再婚を考えるに至ったが、自らの再婚について文書で夫の上官に伺いを立てた後に再婚した妻は、隠れて再婚したとは言えず、嫁資を喪失することも極刑をもって罰せられることもないと解され、むしろ、長期間に渡る忍耐の末に分別を持って隠れることなく公の弁明の下に再婚したものと認められる。従って、姦通の疑いがなく、密かな婚姻が発覚したわけでもない限り、婚姻を結んだ者が恐れるべき不利益は存在しない。というのも、規律の趣旨が処罰を望むのは、夫婦の信頼が密かに破られた場合であるから”

35) “今日では、夫が出征したままどれ程長い間帰らず、その夫から手紙や返信を全く受け取っていないとしても、妻は耐えて待たねばならない。これに対して、妻が夫の死を聞き及び、再婚前に、自らもしくは他人を介して夫の従軍先の上官を訪ね問い質し、夫が死亡したとすれば戦闘中に殺された旨の宣誓をもって夫の死が真実として確かめられた場合、その後一年経過すれば妻は再婚してもよい。これ以外の理由で再婚した場合には、その妻も再婚相手も姦通者として処罰されるものとする。ただし、宣誓が誤りであること、つまり、夫が兵役を退いたことが明らかとなった場合には、宣誓した者は、死亡を信じた者に対して金10リーブラを支払うものとし、夫は、もし望むならば、その妻を再び受け入れる許可を得ることができる”

性に関する議論は全くないまま、「悪意の遺棄」が離婚原因であることが明確に肯定されている。それによれば、「夫が、妻から離れ、しかも、正当で称賛すべき理由あるいは不可避の理由からやむを得ずというわけではなく、単なる気紛れや悪意、あるいは、夫婦の絆の煩わしさの故に長期間に渡って不在であったり、必要性も適切さも欠いた理由に促されて妻の元に戻るつもりもないまま浮浪している場合は、事情が異なる *aliud est quis a conjugē discedit, et longius abest nulla justa, honesta, aut necessaria causa coactus, sed tantum levitate et malitia quadam vel impatientia freni conjugalis, aliisve non necessariis neque probabilibus causis impulsus oberrat absque animo redeundi ad conjugem*」とされ、「このような悪意の遺棄によって婚姻関係が解消される *per huiusmodi malitiosam desertionem matrimonium solvi*」 手続に関してはジュネーヴの宗教規則が再度参照されている³⁶⁾。更に、「夫が身体上の障害故に婚姻当初から数え

36) “勅法彙纂5巻17章第7法文、同新勅法引用補足文について

〈1. 長期間に渡って夫の消息について知らせを受け取っていない妻は勅法彙纂の法文によれば別の男と婚姻可能とされる *Mulier per longum tempus nullum sospitatis maritii indicium accipiens alteri nubere potest Iure Codicis.*〉この法文によれば、妻は、不在中の夫の消息について四年間知らせを受け取らなかった場合、一定の要式を満たせば自由に婚姻できた。この四年の期間は後に十年間に延長された【新勅法第22勅法14章】。〈2. 最新の法によれば決してそうではない *Novissimo non utique.*〉しかし今日では、夫が出征したまま何年も経過し、しかも、夫から手紙や返信を全く受け取っていない場合であっても、妻は待ち続けるよう義務づけられる【新勅法第117勅法から抜粋された上記引用文、レオ帝勅法集第33勅法、別書4巻1章「婚約及び婚姻について」第19節、同21章「再婚について」第2節、リッテルスフシウス『両法相違集』第2巻14章、ブグノニウス『廃止法文論』第2巻41節、ブーヴォ『ブルゴーニュ慣習法注解』第2部問題1】。〈3. ただし夫が妻を悪意で遺棄した場合はその限りではない *Nisi maritus sit malitiosus uxoris desertor.*〉これに対して、夫が、妻から離れ、しかも、正当で称賛すべき理由あるいは不可避の理由からやむを得ずというわけではなく、単なる気紛れや悪意、あるいは、夫婦の絆の煩わしさの故に長期間に渡って不在であったり、必要性も適切さも欠いた理由に促されて妻の元に戻るつもりもないまま浮浪している場合は、事情が異なる。実際、宗教改革に賛同する人々は、そのような悪意の遺棄によって婚姻関係が解消される旨主張している【ペーザ『離婚論』、アメシウス『良心事項論』第5巻38章第6及び7番、ザンキウス『神の御業について』第4巻1章問題1定理1、リッテルスフシウス『両法相違集』第2巻14章。更に、グラティアヌス教令集2部事例28問題1第7節とその標準注釈、そしてまた、第一コリン

て二年に渡り妻と一度も性交できない *maritus uxori ab initio matrimonii usque ad duos annos continuos computandos coire minime propter naturalem imbecillitatem valet*」場合に離婚を許す同章第10法文³⁷⁾、及び、その期間を「三年間 *triennium*」に延長する新勅法第22勅法第6章からの引用補足文³⁸⁾の考察では、「性交不能が直ちに発覚すれば婚姻は解消されるが、そうでない場合は三年間待つべき *si de coeundi impotentia constet statim matrimonium dissolvitur, alias exspectatur per triennium*」とするカノン法³⁹⁾によって「これらの法文が

ト書7章15行も参照せよ】。〈4. その場合夫に対しては如何なる手続がとられるべきかについては省略 *Quomodo tunc contra eum procedendum, remissive.*〉なお、このような場合に、如何なる措置乃至手続がとられ、不在かつ悪意の遺棄者たる夫を如何にそしてまた何時召喚し、如何に処罰すべきかは、ジュネーヴ宗教条例第151、152、153条に定められている。なおベウスティウス『婚姻論』第27章以下も参照せよ。更に、当法文新勅法引用補足文の文言「一年後に婚姻する」については（同引用文の「しかし宣誓した者は云々」については、勅法彙纂5巻9章「再婚について」第1法文に関して既に述べたところを参照せよ）、勅法彙纂9巻22章「偽誓に関するコルネリウス法について」第7法文7節、法学提要4巻18章「刑事裁判について」、勅法彙纂4巻1章「貸与物及び宣誓について」第2法文に関して述べた点を参照されたい。” (*De legibus abrogatis*, 581-582.)

37) “離縁状を渡すのが適切な原因として既に特別に定めてあるものに余は次の通り付け加えることにする。すなわち、夫が身体上の欠陥の故に婚姻当初から数えて二年に渡り妻と一度も性交できない場合には、妻乃至その両親は嫁資喪失の危険を冒すことなく夫に離縁状を渡すことができる。ただしその場合、婚姻前の贈与はその夫に留保されるものとする”

38) “しかし、現在では、婚姻時から二年ではなく三年を数えるべきものとする”

39) “夫婦の交わりの遂行に際し身体的に頑なな者についてはどれほどの期間の猶予が与えられるべきかと汝は尋ねる。余はこの問いに対して次のように考える。すなわち、そのような頑なさが明らかとならなかった場合には、婚姻時から三年間同居し、その経過後に同居を望まなければ、グレゴリウスの教勅に従い、妻は、夫が性交不能であることを正当な裁判を通じて証明でき、別の夫を迎えてもよいが、別れた夫が別の妻を迎えた場合には、別れねばならない。夫婦双方が共にいることを望んでいるならば、夫はその女を、たとえ妻としてではなくとも、姉妹として扱わねばならない。他方、互いに決して通じ合ったことがない旨双方が申し立て、近親者または（近親者がいない場合には）名望ある隣人の聖書触七手の宣誓によって、性交によって一体となったことがない旨陳述した場合には、妻は再婚可能であると考えられる。しかし、別れた夫が別の妻を娶ったならば、宣誓した両者は偽誓について責任を問われ、悔悛の上、元の婚姻関係に戻るよう強制される” (X. 4, 15, 5.)

部分的に廃止された *hi textus ex parte abrogati sunt*」とされており、ホラント州最高法院による同趣旨の判決への言及もみられる⁴⁰⁾。以上のようなフルネウェーヘンの考察からすると、当時の共和国においては、カルプツォフが『教会法学』で挙げることになる離婚原因の内、少なくとも、姦通、悪意の遺棄、夫の性交不能の三つが実務上承認されていたことになる。

このような状況の下で公開された『教会法学』はネーデルラント共和国においても好意的に迎えられ盛んに援用参照された。フルネウェーヘンと同じくレイデン大学で学位取得後、弁護士として実務に従事し、後にレイデン市参事会員となったシーモン・ファン・レーウエン Simon van Leeuwen (1626-1682年) による『法廷実務の理論的かつ実践的な査閲 *Censura forensis theoretico-practica*』(1662/78年初版)にみられる議論はその典型である。フルネウェーヘンの『廃止法文論』と並んで17世紀ネーデルラントを代表する査閲文献である本書では、その副題に明示され「序論 *prolegomena*」でも詳論されている通り⁴¹⁾、「かの法学提要の体系に可能な限り依拠し、これほど大きな課題により一層相応しく適していると考えられた順序 *ordo, quem tantae rei magis*

40) “勅法彙纂 5 卷17章第10法文、同新勅法引用補足文について

〈1. 婚姻は性交不能の故に解消される *Matrimonium solvitur coeundi impotentia*.〉これらの法文はカノン法によって部分的に廃止されており、同法によれば、性交不能が直ちに発覚すれば婚姻は解消されるが、そうでない場合は三年間待つべきとされている【別書 4 卷15章「頑なな者や邪険な者、及び、性交不能について」第5節、グロティウス『ホラント法学入門』第1刊5章9番、詳しくは、サンチェス『婚姻秘蹟討論集』第7巻討論92以下、及び、グティエレス『婚姻論』第120章】。また、ホラント最高法院でも1592年4月28日付けでそのように判示されたことがあり、この判決についてはボッレ『ネーデルラント史』第29巻で言及されている。〈2. 性交不能は如何にして証明され、その場合如何なる手続が進められるべきかについては省略 *Quo modo ea probatur, et quo modo eo casu procedi debet, remissive*.〉また更に、性交不能が如何にして証明され、通常この問題について如何なる手続が進められているのかについては、最高法院の上記判決に加えて、クリスティナエウス『ネーデルラント判決集』第1巻判決338及び第5巻判決192、アウトゥムヌス『ローマ市民法のフランス的査閲』本法文注釈、マスカルドゥス『証明論』結論311、メノキウス『推定論』第6巻90章、アンナエウス・ロベルトゥス『判決考察集』第4巻10章を参照せよ”(De legibus abrogatis, 583.)

41) *Censura forensis, pars prima, prolegomena*, 9. r. 引用は1678年レイデン刊のテキスト

idoneum magisque accomodatum fore arbitrabamur, ut plurimum ipsarum Institutionum methdo innixi」に従って、「ネーデルラントのみならず、ドイツ、ハンガリー、ポーランド、フランス、イングランド、スペイン、イタリアその他ほとんど全てのキリスト教徒の民族、地域、公国、属領の慣行及び立法例がローマ市民法と比較され、両者の一致あるいは相違の有無や程度がそれらの慣行及び立法例の十分な吟味に従って論証されている non solum Belgicae, sed et totius fere Germaniae, Hungariae, Poloniae, Galliae, Angliae, Hispaniae, Italiae et plerarumque aliarum Christianarum Gentium, Regionum, Ducatumque et Provinciarum mores et Constitutiones, cum Jure Romano contulimus, et an aut quatenus cum eo conveniant, aut discrepent, juxta earundem probationes sufficientes demonstravimus」。離婚については、第1巻第1部第15章において、「婚姻の解消、離婚、及び、婚姻取消について De soluto, matrimonio, divortiis, et repudiis」との表題の下に論じられており⁴²⁾、法文順ではなく法学提要に倣った体系的構成、及び、より広範かつ豊富な外国法の参照という『査問』全体を貫く特徴以外に、先の『法文廃止論』との顕著な相違として注目されるのは、離婚それ自体や個々の離婚原因の正当化に関わる聖書や神学文献の援用が姿を消し、再婚の可否、有責配偶者への制裁、遺棄裁判、離婚後の子の養育、食卓と寝台の別離の運用等に関わる実務的な問題の吟味に専念している点である。

その表題からすると、同章では婚姻の解消一般が考察の対象となるような印象を与えるが、婚姻完遂前に婚約者間で行われる「婚姻取消 repudium」については「婚約 sponsalia」を論じる第11章に委ねられ、一方配偶者の「死亡 mors」についても、死亡後の「財産の分離乃至分割 bonorum separatio et divisio」が章末尾で論じられるに留まり、考察の中心となっているのはあくまで婚姻完遂後に生存夫婦間で行われる狭義の「離婚 divortium」である。ローマ法は、そのような離婚について、「一定の形式乃至方式 certa forma ac ritus」

による。

42) Censura forensis, 62-68. 全体の試訳は「シーモン・ファン・レーウエンの離婚論」(獨協法学75号)を参照。

と「正当な原因 *legitimae causae*」を要求しているが、「現代の慣行もまた自らのやり方でこれを維持している *quod et mores suo modo servant*」。というのも、「慣行上、離婚が許されるのは、正当な離婚理由があり、当事者の申立に対して裁判官の判決が下され、離婚が正当であると宣明された場合に限られる *moribus nullum divortium permittitur, nisi quod, legitima divertendi causa praesente, sententia judicis ad partium petitionem decernitur, et pro jusuto declaratur*」からである⁴³⁾。ファン・レーウエンによれば、「正当な離婚原因 *justae divortii causae*」とは「姦通 *adulterium*」と「悪意の遺棄 *malitiosa desertio*」であり、「市民法上離婚が許されていたその他の原因は、現代の慣行上、認められていない *reliquae causae propter quas jure civili divortia permittebantur, moribus incognitae sunt*」とされる⁴⁴⁾。夫婦何れも相手方の姦通を理由に「民事上の訴権 *civilis actio*」を通じて裁判所に「離婚判決 *separationis sententia*」を求めることができるが、「姦通が犯された後に和解した場合はその限りではなく、また、夫が姦通を知った後に妻と生活を共にしている場合にも和解が生じたと判断され、そのような黙示の和解が認定されるとその以降は離婚の申立が受理されることはない *nisi post commissum adulterium reconciliatio intercesserit, quae etiam intercessisse judicatur, si maritus cum uxore sua postquam adulteri gnarus fuerit consuetudinem habuerit, quod pro tacita reconciliatione accipitur, sic ut audiendus postea non sit divortium petens*」。再婚の可否については、まず無責配偶者について、「我が国では、ホラント統治規則第18条やゼーラント統治規則第33条の効力により、他の州も含めて、姦通で婚姻の絆が完全に解消される以上はたとえ姦通者が生存中であっても無責配偶者の再婚が許されるという慣行が定着している *apud nos vigore Politicarum. Ordinationum Hollandiae art. 18. Zelandiae art. 33. atque alias in perpetua observanda est, adulterio matrimonii vinculum solvi, sic ut pars innocens vivente adhuc adutero ad secundas cum alio nuptias admittatur*」とされ、その際、「ドイツにおいても同じ

43) *Censura forensis*, 62, num. 1.

44) *Censura forensis*, 63, num. 2.

である *idem in Germania obtinere*」との指摘とともに、その典拠として、ヨハネス・シュナイデヴァイン Johann Schneidewein (1519-1568年) の『皇帝の法学提要第1巻第10章「婚姻について」注解 *In Institutionum imperialium titulum X, de nuptiis libri primi commentarii*』(『市民法学提要全四巻注解 *In IV libros Institutionum iuris civilis commentarius*』の一部として1571年、独立の著作として1575年にそれぞれ初版) やヨアヒム・フォン・ボイスト Joachim von Beust (1522-1597年) 『裁判実務に対応した婚約及び婚姻に関する論考 *Tractatus de sponsalibus et matrimoniis ad praxin forensem accommodatus* (婚姻法論 *Tractatus de iure connubiorum*)』(1586年初版) と並んで、カルプツォフの『教会法学』が引用されている。また、ファン・レーウエンは、同じく『教会法学』に依拠して、「ドイツの神学者や宗教法院判事 *Germani Theologi et Consistoriales*」が姦通を犯した「有責配偶者 *pars nocens*」にも「無責配偶者が既に再婚したために和解の望みが全く失われた場合に限り *si pars innocens prius ad secunda vota transilierit, ac propterea omnis reconciliationis spes sublata sit*」再婚を認めている旨指摘し、「我が国においても同様の実務が定着している *ita usu apud nos obtinere*」としている⁴⁵⁾。なお、ここでは、フルーネウェーヘンの『廃止法文論』が典拠として引用されているが、離婚に関して同書が引用されるのはこの箇所だけである。次に、悪意の遺棄については、「これによって婚約のみならず婚姻それ自体も解消でき、遺棄された者は相手方が生存中であっても再婚を許されるという点ははっきりしている *qua non tantum sponsalia, sed et ipsum matrimonium dissolvi posse, personaeque desertae, altera adhuc vivente, novas nuptias permittendas esse constat*」とされ、その典拠の一つとしてやはり『教会法学』が引用されているし、「遺棄訴訟 *desertionis processus*」や「遺棄者に対する公的な召喚 *publica desertionis citatio*」の手續に関して「プロイセン公国法 *Jus Provinciale Ducatus Prussiae*」が詳しく紹介される際にも、『教会法学』に収録されたドレスデン最高宗教法院の判決例に従って、「ザクセンの法廷でも同様の判決が下された *quomodo in*

45) *Censura forensis*, 63-64, num. 6-8.

Foro Saxonico decretum quoque est」と言付け加えられている⁴⁶⁾。

ファン・レーウェンは、「性交不能」及び「処女性の錯誤」についてもかなり詳細に論じているが、これらが「真の離婚原因 *vera divortii causa*」であることははっきりと否定している。性交不能は、「不妊 *sterilitas*」や「治癒の見込みのない身体障害 *perpetuum corporis vitium*」と一括して扱われており、「そのような事情が婚姻以前から存在するのであれば、婚姻はいわば詐欺や悪意によって結ばれたものとして最初から無効であると判断される *si tale quid matrimonium praecesserit, ab initio nullum exstitisse matrimonium declaretur, tanquam fraude, et dolo initum*」ため、離婚訴訟を経ることなく「当然に夫婦は引き離され、騙された側は自由に再婚できる *quo ipso separantur conjuges, ut parti deceptae integrum sit transire ad novum conjugium*」が、「夫婦の信頼と絆 *fides, et societate conjugali*」に鑑みれば、「性交不能や何らかの障害が婚姻締結後に生じた場合には、それによって婚姻が解消されることはない *si impotentia, aut vitium aliquod post contractum matrimonium obvenerit, propterea matrimonium dissolvendum non est*」とされる⁴⁷⁾。ここでも『教会法学』が引用されているが、その所論の当否について特に言及はなく、不妊と性交不能を区別する議論も無視されている。これに対して、「ある男が、他の男によって汚された女を処女と思い込んで娶り、その後妊娠が発覚した場合、和解を試みた上で、最終的には、そのような欺罔を働いた妻と離縁することを許されるべきである *si quis ignorans pro virgine duxerit aliquam quae ex alio corrupta, et gravida reperta est; viro post reconciliationem tentatam tandem concedendum, mulierem quae eum sic decepit, a se dimittere*」と主張して、「婚姻完遂前に為された不品行や姦淫 *stuprum aut fornicatio, ante matrimonium consummatum perperatum*」を理由とする婚姻の無効を認める際には、『教会法学』の引用の直後に、「しかしながら、以上のような場合、婚姻が解消されるというよりもむしろその無効が宣言されるのである *sed hoc casu matrimonium non tam dis-*

46) *Censura forensis*, 65–66, num. 12–13.

47) *Censura forensis*, 63, num. 5.

solvitur quam nullum declaratur」と述べており、「悪意によって締結された契約は当然に無効となる contractus dolo initus ipso jure nullus est」という論拠においては一致するものの、そこにはカルプツォフの曖昧さへの批判を読み取ることができる⁴⁸⁾。

『教会法学』を中心に帝国のプロテスタント法学者たちの成果に支えられたファン・レーウエンの所説は、その後、ヨハネス・フート Johannes Voet (1647-1713年)によって継承される。17世紀半ばいわゆる「更なる宗教改革 Nadere Reformatie」を牽引したユトレヒト大学神学部教授ヘイスベルト Gijsbert (ヒスベルトゥス・フーティウス Gisbertus Voetius 1589-1676年)を祖父、同大学法学部教授パウルス Paulus (1619-1667年)を父とするヨハネスは、共和国諸州の総督を代々輩出していたオランニエ家 Oranjestad (1538年帝国のナッサウ伯がフランスのオランジュ公領を相続)の本拠地であり帝国の数少ない改革派プロテスタント領邦の一つであったナッサウ＝ディレンブルク伯領のヘルボルン大学、及び、故郷のユトレヒト大学を経て、1680年からレイデン大学法学部の学説彙纂講座を担当する。その主著『学説彙纂注解 Commentarius ad Pandectas』(1698/1704年初版)には、フートが1687年以降兼任していた「現代法 *jus hodiernum*」の講義の内容が盛り込まれており、フルネウェーヘンの『廃止法文論』やファン・レーウエンの『査閲』はその主要な典拠として参照されたのである。学説彙纂の編別に従う『注解』では、「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章の考察という形で全二十節に渡って離婚が論じられているが、古代ローマの離婚法については最初の四節で手早く概観されるに留まり、叙述の大半は現代法の解明に向けられている。「婚姻の絆そのものを断ち切る正当な離婚原因 *justae divortii causae ad dirimendum ipsum matrimonii vinculum*」としてフートが挙げているのもやはり「姦通」⁴⁹⁾と「悪意の遺棄」⁵⁰⁾の二つであり、ファン・レーウエンの場合と同様、そのような離婚それ自体を正当化する議論は見られず、

48) *Censura forensis*, 64, num. 10.

49) “5. 他方、今日の慣行によれば、婚姻の絆そのものを断ち切る正当な離婚原因は、神法に従い、二つ、すなわち、姦通【マタイ書5章32行及び19章9行、ルカ書16章18

行」と悪意の遺棄【第一コリント書7章】に限られる。前者の原因に関しては、宗教改革に与する人々の間に疑念はほとんどないし、様々な立法によって裏付けられている【1580年のホラント統治規則第18条、1584年のユトレヒト婚姻令第28条、フルネウェーヘン『廃止法文論』勅法彙纂5巻17章「婚姻取消、及び、悪習誹責裁判の廃止について」第8法文考察】。ただし、妻が意思に反して汚されあるいは暴力をもって犯された場合はこの限りではない【勅法彙纂9巻9章「姦通者及び不品行に関するユリウス法について」第20法文、学説彙纂48巻5章「姦通者を処罰するユリウス法について」第13[14]法文7節及び第39[40]法文】。また、姦通後に和解が成立したり、あるいは、無責配偶者の明白な同意や、姦通を知った上での同衾を介して事実や行為そのものによって、そのような和解が明らかとなった場合もそうである。というのも、誰であれ、自らの権利を放棄し、自分に損害を加えた者を許すのは自由であるから【学説彙纂48巻5章第13法文9及び10節、勅法彙纂9巻9章第30法文新勅法引用補足文「しかし今日では云々」、カルプゾウィウス『新刑事実務』第2部問題55第40番以下、サンデ『フリースラント最高法院判決集』第2巻6章定義2、ウェーセル『夫婦財産組合及び嫁資特約に関する論考』第2巻4章47番以下、フルネウェーヘン『廃止法文論』前掲箇所及び勅法彙纂9巻9章第2、11法文考察、レーウェン『法廷実務査閲』第1部1巻15章7番】。なお、ある箇所では、姦通が発覚した妻と離縁しなかった夫は売春仲介の罪を犯すことになる点とされている点は【勅法彙纂9巻9章第2法文】、ブルンネマヌス『勅法彙纂注解』上記第2法文注解が他の人々に従って述べているように、最新の法、つまり、前掲新勅法引用補足文によって修正されたと思われる、あるいはむしろ、姦通を犯したにもかかわらず悔いることなくそのような罪を犯し続けている妻との婚姻関係を、そうと知りつつ積極的に利益目当てで継続し、妻の容姿を売り物とするような夫についてのみ当てはまるものと解するべきであろう。勅法彙纂4巻7章「卑しい原因故の不当利得返還訴権について」第5法文、学説彙纂48巻5章第2及び3法文に従うならば、彼らはそのような理由故に婚姻の解消を請求できないというのが一層適切である。というのも、自らが既に良俗を損ないあるいは事後的にそれを承認した夫がそもそも悪習を非難し否認することなどできるであろうか【学説彙纂24巻3章「婚姻が解消された場合に嫁資は如何にして返還請求されるか」第47法文、ブラウウェル『婚姻法論』第2巻最終章13番冒頭】。(Commentarius, II, 135-136. 引用は1723年デン・ハーグ刊第4版による)

- 50) “9. もう一つの離婚原因は悪意の遺棄である。すなわち、正式な遺棄訴訟が提起され、多くの場合、配偶者の元に戻り同居を回復することを頑強に拒絶している遺棄者が召喚されることで、悪意の遺棄が明白となった場合には、姦通を理由とする場合と同様に、婚姻の絆が公的権威の下に断ち切れ、無責配偶者には再婚する資格が付与されるが、有責配偶者に対してはより厳格に、和解の望みが完全に失われた場合にのみ再婚資格が与えられる。そしてこれは、第一コリント書第7章パウロの教えと一致し、また、1656年3月18日の連邦議会婚姻令第91条【『ホラント法令集』第2巻2446頁】。これらの点は多くの人々によって受け入れられている【フレデリクス・スパンヘミウス『福音書考』第3部疑義148、今は亡き我が祖父ギスベルトゥス・ウォエ

例えば姦通による離婚において、「無責配偶者は、私的な判断で婚姻の絆を断ち切ることを許されているわけではなく、民事上の訴権によって婚姻の解消を申し立てる必要がある *insonti conjugii permissum non est matrimonii vinculum privata dirimere autoritate, sed actione civili ad nuptiarum dissolutionem contendendum est*」ことや、「無責配偶者には無条件に再婚する資格が当然与えられるけれども、有責配偶者には、和解や婚姻回復の望みが完全に絶たれた場合を除いて、無責配偶者が死亡するかあるいは再婚を遂げるまでは、再婚の資格はない *insonti conjugii quidem omnimodo licentia conceditur ad alia vota trans-eundi; nocenti vero non aliter, quam si omnis praeclusa sit reconciliationis ac matrimonii redintegrandi spes, dum conjunx insons in fata jam concessit, aut alias nuptias amplexus*」ことについては、「広く知られている以上多くを述べるのは不要である *uti vulgo notis plura dicere supervacuum est*」とされている⁵¹⁾。祖父ヘイスベルトの『教会統治論 *Politica ecclesiastica*』(1663/67年)も度々

ティウス『教会統治論』第1部3巻論考1第3章4節、レーウエン『法廷実務査閲』第1部1巻15章12、13、14、15番、ブラウウェル『婚姻法論』第2巻18章12番及び最終章16番以下、『ホラントの諸法律家による助言集』第4部助言151及び第5部助言46以下、156頁から183頁まで。ところで、裁判官の判決によって夫婦何れかが悪意の遺棄者と宣告された場合、遺棄者への制裁として、嫁資特約あるいは制定法の効力により遺棄された配偶者の財産から得られるはずであった利益を全て失い、更には、婚姻前に自分が受け取った贈物や婚姻時に無責配偶者から提供されたものを返還し、婚姻費用の二分の一を分担すべく義務づけられる。しかも、無責配偶者がその死によってこれらの請求権の行使を妨げられた場合には、全ての請求権は相続人に承継される【論拠となるのは学説彙纂1巻7章「他権者養子縁組、家父権免除、及び、家父権が消滅するその他の方式について」第22法文。レーウエン『法廷実務査閲』第1部1巻15章15番。】(Commentarius, II, 136-137.)

51) “8. ところで、姦通が犯されたとしても、無責配偶者は、自らの判断で婚姻の絆を断ち切ることを許されるわけではなく、民事上の訴権によって婚姻の解消を申し立てる必要があり、そこで証明されるべき事実が証明されたならば、裁判官自身がその判決をもって夫婦の絆の断絶を宣言するのである。そのような実務の概要は、ワッセナール『法廷実務論』第1章46番2節31頁及び95番5節に見ることができる。更に、実現された離婚の効果については、我々を含めて、この点について、カノン法や教皇派の信仰の教えるところに従わない人々の見解によれば、無責配偶者には確かに再婚する資格が与えられるけれども、有責配偶者には、和解や婚姻回復の望みが完全に絶

援用しているが、聖書解釈上の議論にはほとんど立ち入ることはなく、カルプトフやシュトリュークがゲアハルトの『神学要論』に依拠して聖書解釈を展開したのとは対照的である。また、参照される法学文献も、『廃止法文論』や『査閲』、あるいは、ヘンドリック・ブラウウェル Hendrik Brouwer (1612/25-1665/83年) の『バタウィアの人々に間で通用している婚姻法について De iure connubiorum apud Batavos recepto』(1665年初版) といった自国の法律家のものが優先され、『教会法学』に至っては一度も引用されていない⁵²⁾。

性交不能と処女性の錯誤は、「婚姻前から存在し婚姻を最初から無効にするような原因 *causae, quae matrimonium antecedentes, ab initio ullud efficiunt inutile*」として、離婚原因とは明確に区別されている。この場合、近親婚や「家父の同意 *parentum consensus*」を欠いた婚姻のように夫婦の意思とは無関係に第三者の申立によって無効になるということはないが、「相手方の意向に反

たれた場合を除いて、無責配偶者が死亡するかあるいは再婚を遂げるまでは、再婚の資格はない。これら点については、広く知られている以上多くを述べるのは不要である。今は亡き我が祖父ヒスベルトゥス・ウォエティウス『教会統治論』第1部3巻論考1第3章問題1以下、ブラウウェル『婚姻法論』第2巻18章8及び9番、『ホルントの諸法律家による助言集』第1部助言307、レーウェン『法廷実務査閲』第1部1巻15章7及び8番、フルーネウエーヘン『廃止法文論』勅法彙纂5巻17章第9法文の考察、及び、彼らによって引用されている他の人々の見解を参照せよ。有責配偶者が公に離婚した後に悔悟と改心を表明した場合、そのような有責配偶者を再び受け入れ犯された罪を許すように無責配偶者を促すことは確かに可能ではあるが、法の權威によってそれを強制すべきではない。なぜなら、何人も悔悟によって加害者でなくなるわけではなく、改心が罪過を取り除き犯罪を帳消しにするわけでもないし【学説彙纂23巻2章第43法文4節、同47巻2章「窃盜について」第65法文、47巻8章「物の略奪及び騷擾について」第5法文】、無責者のために確保された権利が有責者の悔悟によって奪われることなどあり得ないからである。姦通が他に如何なる罰金刑あるいは身体刑によって処罰されるかについては、姦通に関するユリウス法関連の章【学説彙纂48巻5章及び勅法彙纂9巻9章】から知ることができる。” (Commentarius, II, 136.)

52) 『帝国ザクセン新刑事実務 Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium』(1635年初版) や『ローマ＝ザクセン裁判法学 Jurisprudentia forensi Romano-Saxonica』(1638年初版) といった他の著作からの引用はわずかながらみられることからすると、フートは単なる偶然ではなく何らかの理由で意識的に『教会法学』を無視していた可能性がある。

する場合であっても一方の希望に従い、裁判官の判決によって遡求的に無効である旨宣告される *ad unius desiderium invito altero, per sententiam iudicis pronuntiatur retro nullum fuisse*⁵³⁾。性交不能に関しては、妻の不妊等も含めた「生殖不能 *impotentia generandi*」というより広い概念が用いた上で、「最初か

53) “15. 以上において我々は、最初から法律の命ずる所に従って締結され存続していた婚姻関係が、神法及び我々の慣行上、解消され得る原因について論じた。これに対して、婚姻前から存在し婚姻を最初から無効にするような諸原因が存在する。その場合、婚姻は、夫婦の何れか一方の請求によるか、あるいは、たとえ夫婦の意思に反し抵抗がみられても、裁判官の判決によって遡求的に無効であった旨宣告される。例えば、事情を知っていたにせよ知らなかったにせよ、禁止される親等内の者同士で婚姻が締結された場合、その婚姻は、両者の意向に反し抵抗を排してでも無効とされる【法学提要1巻10章「婚姻について」第12節、勅法彙纂5巻5章「近親婚及び無効な婚姻について」第4、8、9法文】。また、家子が、法律乃至慣行上必要とされる家父の同意を得ずに婚姻を結び、家父が頑強に当該婚姻の無効を主張し、無情にも家父権を行使しないようにとの説得にも応じない場合も、既に学説彙纂23巻2章「婚姻の成立について」の注解第11番で述べた通り、その婚姻は無効となる。以上に対して、最初から生殖不能の状態にあり、それが三年間に渡って継続している場合、あるいは、夫乃至妻の身体的障害によって婚姻生活が妨げられている場合には、一方の希望に従い、他方の意向に反するとしても婚姻の無効が宣言される【勅法彙纂5巻17章第10法文及び新勅法引用補足文、新勅法第22勅法6章及び第117勅法12章。また、学説彙纂23巻3章「嫁資の権利について」第39法文1節、グラティアヌス教令集2部事例33問題1第1及び2教令、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3、5、6節も論拠となる。更に、フルーネウエーヘン『廃止法文論』勅法彙纂5巻17章第10法文の考察、レーウエン『法廷実務査閲』第1部1巻15章5番、『ホラントの諸法律家による助言集』第3部2巻最終助言、同第3部1巻45頁末尾に付された判決例】。ただし、生殖不能が、原因不明の障害ではなく、診察により明らかでしかも治癒の見込みのない障害に由来する場合には、三年間待つ必要はなく、直ちに婚姻を解消できる旨、マスカルドゥス『証明論』結論311が他の人々に倣って主張している。なお、如何なる手段で生殖不能が証明され、どのような仕方で離婚が申し立てられるのかについては、アンナエウス・ロベルトゥス『判決考察集』第4巻10章、クリスティナエウス『ネーデルラント判決集』第1巻判決338及び第5巻判決192、メノキウス『推定論』第6巻推定90、メルキオル・クリンク『婚姻事件論』「性交不能について」私の所持する版で32頁から43頁、ファン・アルペン『パペガーイ』第1部1章私の所持する版で55頁以下を参照せよ。次に、他の男によって汚され妊娠している女をそうとは知らずに娶った者が、不品行を知った後、もはや夫婦としての務めを果たさず、あるいは、その他の仕方で不満を表明している場合には、その者の求めに従い、その婚姻は、公の権威の下、当然に無効と宣告されるべきである。カノ

ン法の中にこれを明白に否定する箇所が見受けられるとしても【グラティアヌス教令集2部事例29問題1第1節】、カノン法それ自体の枠内で合理的に裏付けることは可能である。というのも、カノン法上、自由人男性と女奴隷、あるいは、奴隷と自由人女性との間での婚姻締結は可能であるとしても、婚姻締結者が奴隷という境遇について全く知らなかった場合には、自由人であると思ひこみ、しかも、主人から買い戻すことも自由を与えることもできない他人の奴隷を錯誤によって娶った者には、その女と別れて別の妻を迎える許可が与えられているからであり【同事例29問題2第2、4、5節】、実際、錯誤によって娶った汚れた女と法に基づき別れることは、そのような女との婚姻について同意したとは決して言えない以上、首尾一貫している。つまり、自発的に、しかも、確実な認識の下に、女奴隷を娶った者は誰であれ、カノン法上、正当な婚姻を締結したことになり、汚れた女をそうと知りつつ妻を迎えたことになるが、錯誤によって奴隷を娶った者は、錯誤の発覚後、最初から婚姻関係が存在しなかったかのように、その者との絆を破棄でき、他の男によって汚された女と錯誤の故に婚姻した者もまたこれと同じなのである。というのも、最初の夫が亡くなった後に自ら望んで他の男の欲望に身を委ねた女を処女あるいは夫以外の男と通じたことのない未亡人と思ひ込んだ場合と比べて、(仮に奴隷であるとはっきりと知った上で婚姻することがあり得るとして) 奴隷の女を自由人と誤解した場合の方がより重大な錯誤であり婚姻に一層反するとは言えないからである。奴隷と自由人を区別するのは市民的理性にすぎず、自然的理性ははむしろ自らの同意の下に汚された女と清らかで罪を犯していない女とを区別する。また、以前の不品行や許すべからざる愛欲へと容易に繰り返す汚れた女よりも、たとえ卑しい奴隷の身分であっても正直な女の方が、愛情の喪失を恐れるはずである。その上、カノン法は、合意の瑕疵故に無効の売買に照らして婚姻の無効を導くべき旨主張している【同事例29問題1第1節】。そこには次のように述べられている。すなわち、「ある者が私に金製のものを売る旨約束したにもかかわらず、真鍮製のものを提供して私を騙した場合、私は真鍮製のものについて同意したと言えるか否か。私は真鍮製のものを買おうとしたわけではなく、従って、それについて同意したわけでもない。というのも、意思がなければ同意は存在しないからである。そしてまた、このような材質の錯誤が同意を妨げるのと同様に、婚姻における人の錯誤も同意を妨げる云々」、と。一方、市民法上では、処女を買ったと思ひ込んでいた買主に売主が成熟した女を悪意で売った場合、そのような買主に対して正當にも購入の取消を求めているのは全く明らかである。「ある者が処女を購入したと思ひ込んでいたが、実際には成熟した女が売却された場合、故意にその者を騙した売主は、それを理由に解除訴権を行使されることはないが、購入を取り消す買主訴権が発生し、代価の返還と引き換えに女は返還されることになる」【ウルピアヌスの手になる学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第11法文5節】。実際には既に人妻であったり他の男と通じているにもかかわらず自分はまだ処女であり他の男によって汚されていないと申し出るような花嫁、つまり、発覚するかもしれない事実を隠し通せるとみて意図的に自らの汚れの隠す女、アリストネトウス『書簡集』第1巻書簡6末尾に従えば、古い格言に言う「結婚前に男を経験していても結婚相手には

ら生殖不能の状態にあり、それが三年間に渡って継続している場合、あるいは、夫乃至妻の身体的障害によって婚姻生活が妨げられている場合には、一方の希望に従い、他方の意向に反するとしても婚姻の無効が宣言される *impotentia generandi ab initio adfuit, ac toto trienniosit continuata, sive ex viri, sive ex foeminae vitio impedimentum subest*」と解し、フルーネウエーヘンに倣って、三年の受忍期間を要求するカノン法源に言及している。同様に、処女性の錯誤、すなわち、「他の男によって汚され妊娠している女をそうとは知らずに娶った者が、不品行を知った後、もはや夫婦としての務めを果たそうとせず、

処女と言ひ張る女」こそ、花婿からの錯誤の主張を甘受すべきものと解し得るのである。加えて、婚約の前であれ後であれ許嫁が他の男と通じたことが証明されたならば、婚約は破棄できるとの主張を支える論拠は【学説彙纂23巻1章「婚約について」への本書注解第13番】、以上の見解をも裏付けている。というのも、この場合、汚れた女による悪意が婚姻の締結を惹起したものと解されるが、婚姻の締結に際しては如何なる場合にも常に信義を重んじるべきであって、細心の注意をもってしても詐欺を全く見抜けず回避できなかったような状況ではとりわけそう言えるからである。貧しい女を錯誤によって富裕と思い込んで娶った男がそれを根拠に婚姻の解消を申し立てることは、事情を知っていればそのような嫁資の用意のない女を娶ることはなかった可能性が高くあるいは確実であったとしても、確かに許されてはいないけれども、このような場合には、妻として求めた女の資産をも目当てにしていた以上、自ら責を負わねばならない。これは、費消され負債をかかえた遺産を軽率にも潤沢であると思ひ込んで相続した者が、自分を呪いつつ自らの資産によってそのような負債を引き受けねばならないとの同じである。反対に、密かに愛し合う恋人たちは密会の場所を求め、しかも、極めて慎重に事を運ぶので、人間は、たとえ百眼のアルグスよりも注意深いとしても、欺かれることがあり、それ自身としては全知全能である神でさえもそうである。従って、隠れて行われたことの調査が名誉や事柄の性質からして不可能である以上、汚れた女を娶る者に責められるべきいわれはない。例えば、処女であることを助産婦の助力やその他の手段で婚姻前に調べることは全く非常識なことであるので、恥ずべき処女喪失の調査は困難であることが多いし、再婚する未亡人に貞潔さや処女性を求めても無益であることは誰の目にも明らかである。神法上の明確な定義【申命記22章20及び21行】やレオ帝の卓越した考え【レオ帝新勅法第93勅法】は以上の所論を裏付けている。更に、ヘンリクス・ブラウウェル『婚姻法論』第1巻18章19番以下、カルプゾウィウス『裁判法学』第4部勅令20定義12及び13、我が祖父ギスベルトゥス・ウォエティウス『教会統治論』第1部3巻考察1第3章2節問題11、レーウェン『法廷実務査閲』第1部1巻15章10番も参照せよ。”(Commentarius, II, 138-139.)

あるいは、その他の仕方でも不満を表明している *quis vitiatam et ab alio impraegnata ignorans duxit, ac post compertum stuprum non de novo praestitit debitum conjugale, alioquemodo offensam remisit*」場合にも婚姻は無効とされる。

「娼婦や汚れた女を貞潔乃至処女と思い込んで娶った者がその女を離縁して別の女を娶ることはできない *qui ducit in uxorem meretricem, vel corruptam, quam putat esse castam, vel virginem, non potest eam dimittere, et aliam ducere*」⁵⁴⁾とするカノン法は、その一方で、「錯誤によって奴隷を娶った者 *ancillam per errorem ducens*」の無効主張は許しており⁵⁵⁾、「自然的理性 *naturalis ratio*」に従う限り両者を区別する理由はなく、また、処女性の錯誤による離縁を認めない上記法文中で売買における「材質の錯誤 *error materiae*」と婚姻における「人の錯誤 *error personae*」とが同視されている⁵⁶⁾ことを考慮するならば、処女性の錯誤を理由とする婚姻無効の主張を「カノン法それ自体の枠内で合理的に裏付けることが可能である *ratine ex ipsa juris canonici definitione firmari potest*」し、そのような売買と婚姻の類比が成り立つ限り、奴隷購入者の錯誤について「購入を取り消す訴権 *actio ad resolvendam emtionem*」を付与するローマ法源も論拠となり得る。更に、この場合、「汚れた女による悪意が婚姻の締結を惹起したものと解され、婚姻の締結に際しては常に信義を重んじるべきであり、細心の注意をもってしても詐欺を全く見抜けず回避できなかったような状況ではとりわけそう言える *dolus vitiatæ videtur causam dedisse contractui matrimonii, in quo, si uspiam alibi, bona fides exbuerare debet, illis potissimum in circumstantiis, in quibus saepe ne exactissima quidem diligentia fraudem detegere potest aut praecavere*」。しかも、「隠れて行われたことの調査が名誉や事柄の性質からして不可能である以上、汚れた女を娶る者に責められるべきいわれはない *nihil est, quod vitiatam ducenti posset imputari, cui clam gestorum indagatio aut per honestatem, aut per naturam ipsam possibilis non est*」。以上の論証の特に後半部分は恐らくカルプツォフの所論に示唆を受けた

54) C. 29, q. 1, c. 1, 5.

55) C. 29, q. 2, c. 2/4/5.

56) C. 29, q. 1, c. 1, 2.

ものと考えられる。ただし、フートが引用しているのは『教会法学』ではなく『ローマ＝ザクセン裁判法学 *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica*』(1638年初版)である⁵⁷⁾。一方、「婚姻中に生じた性交不能によって婚姻が無効となることはなく、婚姻中に罹患した病氣や錯乱乃至狂気も同様である *propter*

57) “定義12：妻が既に他の男によって汚されあるいは妊娠させられていたことが発覚した場合、婚姻は解消される

他の男によって辱められあるいは妊娠させられた女を、そうとは知らずに処女であると信じて娶った場合、その者は、そのような性質の錯誤を理由に婚姻を解消できるか否かについて、学識者たちは繰り返し論じている。カノン法学者たちは、グラティアヌス教令集2部事例29問題1第1節末尾を典拠として、明確にこれを否定している【ディダクス・コワルウィアス『婚姻略説』第2部3章7節】。すなわち、婚約した者は、共に一体としての人生を歩むことになる女の素性についてもっと詳細かつ慎重に調べなかった点について自ら責任を負うべきである。確かに、他人と契約を結ぶ者は誰であれ、契約を結ぶ相手の事情について慎重に調べる必要あるとされている【学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第19法文、同12巻1章「確定物が訴求される場合の貸与物、及び、不当利得返還訴権について」第5法文】。そして、この点は、学説彙纂18巻1章「売買の締結について」第11法文1節と同19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第11法文5節によれば、市民法とも一致する。そこでは、女が処女として購入されたとしても売買は存続するとされている。しかしながら、カノン法学者がこれによってどうして自らの見解を弁護できるのか私には理解できない。婚姻が当初は有効で存続していることは認めるとしても、存続中の売買が悪意の介在によって解消される【勅法彙纂4巻44章「売買の取消について」第5法文】のと同様に、婚姻の解消が禁じられているわけではない。それどころか、そもそも売買から婚約へと議論を進めること自体が適切とは言えない。というのも、汚れた女を処女と思い込んで娶った者が、もしその女をそのまま受け入れるべく強いられるならば、女を処女と思い込んで購入した者よりも遥かに大きな損害を被ることになるからである。つまり、前者は一旦そのような女を娶ってしまえば一生涯その女を手元に置くべく強いられることになるのに対して、後者は購入した女を処分することができるのである。この点は、『刑事実務』第2部問題63において、カノン法学者たちに対抗して詳しく論じた。彼らの見解を排して騙された夫を救済し、その際、婚姻を寝台に關してだけではなく絆まで解消すべきであると、賢明な神学者や法律家たちが考えているのは全く正しい【ルター『イエーナ版著作全集』独語篇第5巻250頁及び第6巻530頁、キューブラエウス『婚約論』第13章44節3番、ヨハanneス・ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第111番、フェルスティウス『婚姻論』第8章120頁以下、ニコラウス・レウスニウス『判決集』第4巻判決5、ヨハanneス・スクネイドウィヌス『法学提要』1巻10章「婚姻について」注解第4部「離婚について」表題注解61番以下、ヨアキムス・ア・ベウスティウス『婚姻論』第2部34及び35章】。それはすなわち、悪意に

supervenientem impotentiam nuptiae infirmandae non sunt; nec propter morbum contagiosum: aut furorem vel amentiam」が、「絶え間ない錯乱の激しさを理由に、それが緩和するまでの間、寝台と食卓の別離や錯乱者の拘禁を行う propter furoris continuati violentiam, donec remiserit, thori ac mensae separatio, et furiosi furiosaeve praecclusio impetrabitur」ことは可能とされる。その場合、「婚姻の絆それ自体 ipsum matrimonium vinculum」は損なわれることなく存続しているのであるから、「罪を犯したわけでも危害を加えたわけでもなくむしろ憐れむべき不幸な錯乱者が困窮することのないように ne afflicto magis ac commiseratione digno, quam scelerato aut nocenti, afflictio addatur」配慮する必要がある⁵⁸⁾。

ファン・レーウエンやフートの叙述からも明らかなように、17世紀後半に

よって締結された契約は無意味であり、騙された側の意に反してまで遵守されるべきではないからである【学説彙纂2巻14章「合意について」第7法文7節、同4巻3章「悪意について」第7法文前書】。更に、神法によれば、男に辱められ、その後処女と偽って他の男と結婚した女は、そのような理由で告発され、夫が離婚を求める限り、石で打ち殺されるものとされ【申命記22章】、前掲『刑事実務』問題63第54番で詳しく述べた通り、先の見解はこのような神法とも整合する。とはいえ、手続は慎重に進められるべきであり、何らかの方法でそれを避けることができる限り、軽々しく離婚を許してはならない。それどころかむしろ、和解に向けて最大限の努力が払われねばならず、そのような和解の実現成就が不可能な場合に初めて婚姻関係の解消に踏み切るべきである【ヨハネネス・ゲルハルドゥス『神学要論』前掲箇所、ヨハネネス・スクネイドウィヌス『法学提要1巻10章注解』第4部61番】。”(Jurisprudentia forensis, IV, Const. XX, def. XII. 引用は1684年ライプチヒ刊のテキスト1374-75頁による。なお、末尾に付された判決例、及び、フートが併せて引用している定義13(「しかし夫が婚姻前に犯した不品行や姦淫を理由に離婚が許されることはない」)は省略した。内容は『教会法学』第2巻定義193〔Ⅲ注12参照〕とほとんど変わらないが、叙述は『教会法学』よりも簡略である)

58) “16. 一方、婚姻中に生じた性交不能によって婚姻が無効となることはなく、婚姻中に罹患した病気や、錯乱乃至狂気も同様である。なぜなら、不測の事態に直面しても夫が妻を支えることこそ人間らしい情愛に相応しいと言えるからである【学説彙纂24巻3章第22法文7節との組み合わせで、同1巻6章「自権者及び他権者について」第8法文及び23巻2章第16法文2節】。ただし、錯乱が著しくかつ危険で、治癒の望みがなく、錯乱した者がその暴力の故に配偶者や付添人から恐れられている場合や、精神に障害のある妻を子をつくる希望で娶った場合には、婚姻の解消を求める

は、共和国の法律家の関心は、離婚それ自体の正当化ではなく、より実務的な問題に移っていた。しかし、三十年戦争終結直後の世紀半ば、つまり、『教会法学』の公刊前後の時期には、聖書解釈を中心とする詳細かつ原理的な議論が依然見られる。例えば、ナッサウ生まれのドイツ人でフラーネケル大学法学部筆頭教授を務めたヨハン・ヤーコプ・ヴィッセンバッハ Johann Jacob Wissenbach (1607-1665年) の『学説彙纂全五十巻演習 Exercitationes ad quinquaginta libros Pandectarum』(1661年)での議論などはその典型である。『演習』は、ヴィッセンバッハが指導者 *praeses* を務め、1651年から1658年にかけて個別に公刊された「討論 *Disputatio*」をまとめたものであり、離婚については、ケーニヒスベルク出身のクリストフ・パットン Christoph Patton を報告者 *respondens* として、学説彙纂第24巻第2章及び第3章について論じる第一部第48討論で扱われている。討論は、一般に、「主題 *thesis*」、「反論 *oppositio*」、「応答 *responsio*」によって構成され、離婚原因をやはり「姦通」と「悪意の遺棄」の二つに限定するヴィッセンバッハが、それらを理由とした絆に及ぶ婚

ことができるというのがローマ人の考えであった【上記第22法文7節】。また、レオ帝もその勅法集においてまさにこの点に賛同して、婚姻中に錯乱が生じた場合には、妻について三年経過、夫については五年経過後にそれぞれ婚姻を解消できる旨詳細に定めている【レオ帝新勅法第111及び112勅法】。しかしながら、神法はこのような原因を正当なものとは決して認めておらず、我々の慣行上もそのように解されているので、如何に激しい錯乱であろうと夫婦の絆は損なわれることなく存続する【フルネウェーヘン『廃止法文論』学説彙纂24巻3章第22法文7節への考察、レーウエン『法廷実務査閲』第1部1巻15章5番半ば】。配偶者に対する著しい虐待や過度に冷淡な態度、不和や反目状態の継続を理由として、あるいは、夫婦の一方が他方の命を狙う危険が差し迫っているために、一方の申立に従い公の權威の下に夫婦の同居を解消し、寝台と食卓の別離を為し得る場合であっても、その間婚姻の絆は損なわれることなく存続し、双方とも再婚を禁じられる【1656年3月18日の連邦議会婚姻令第92条、ホラント法令集第2巻2336頁、フーゴー・グロティウス『ホラント法学入門』第1巻5章30番、サンデ『フリースラント最高法院』第2巻6章判決1、レーウエン『法廷実務査閲』第1部1巻15章4、17、18番】のと全く同様に、絶え間ない錯乱の激しさを理由に、それが緩和するまでの間、寝台と食卓の別離や錯乱者の拘禁を行うことも決して困難ではないが、罪を犯したわけでも危害を加えたわけでもなくむしろ憐れむべき不幸な錯乱者が困窮することのないように、婚姻に基づくあらゆる効果が維持されねばならない。” (Commentarius, II, 139.)

婚姻解消と再婚の許容を「主題」として正当化する際に想定した「反論」、及び、それに対する「応答」として要求した内容は、ほとんど全て聖書解釈であり、その主たる典拠はカルヴァンの弟子ドゥ・ペーズの『離婚論』であった。姦通については、まず、配偶者生存中の再婚の許容をめぐる、「自分の妻と離縁して他の女を娶る者は誰であれ姦通を犯すことになる quisquis dimittit uxorem suam, et ducit alteram, moechatur」とするルカ書第16章第18行に依拠した反論、すなわち、たとえ姦通を理由に離婚しても「相手方が生きている限り再婚の余地はない secundo matrimonio non est locus, superstite altera parte」との主張が、「この箇所が主が述べているのは、当時ユダヤ人の下で行われていた婚姻取消についてであって、姦通者には律法に基づき極刑を科すべきとされている以上、そこには姦通を理由とする婚姻取消は含まれ得ない loquitur ibi Dominus de repudiis apud Judaeos usitatis, inter quae numerari non potest repudium ob adulterium, quum adulteros ex lege oporteret capitali poena plecti」として退けられている⁵⁹⁾。ただし、この応答はあくまでルカ書の上記箇所それ自体の理解に関するものであって、同時代のネーデルラントを含め、姦通が「死

59) “8.我々が認める婚姻解消の原因は、姦通（夫が未婚の女と通じた場合にも姦通を犯したことになる【グラティアヌス教令集2部事例32問題4第4節】）と悪意の遺棄の二つである。婚姻は、姦通によって、寝台と食卓に関してのみならず、その絆までも解消される【マタイ書5章32行及び19章9行】。従って、無責配偶者は再婚の資格を取得することになり【論拠となるのはグラティアヌス教令集2部事例32第5及び19節】、教皇法上の諸法文、すなわち、グラティアヌス教令集2部事例30問題5第4節、同事例32問題7第1、22、10、4節、別書4卷19章「離婚について」第5及び8節、同4卷17章「如何なる子に準正を認めるべきか」第13節、グラティアヌス教令集2部事例32問題1第2節は排除される。妨げとなるのは、「自分の妻と離縁して他の女を娶る者は誰であれ姦通を犯すことになる云々」というルカ書16章18行である。これによれば、相手方が生きている限り、再婚の余地はない。応答：この箇所が主が述べているのは、当時ユダヤ人の下で行われていた婚姻取消についてであって、姦通者には律法に基づき極刑を科すべきとされている以上、そこには姦通を理由とする婚姻取消は含まれ得ない。この点については、後述定理13、ペーザ『離婚論』156頁以下、ルター『婚姻論』、アメシウス『ベラルミヌス論駁』第3巻7章2節及び5章「良心について」38節、スパンヘミウス『福音書考』第3部150章、スクネイドウィヌス『法学提要1巻10「婚姻について」注解』離婚の項第44番、パウルス・マルトゥリウス『神学要論』2巻10章58番以下、リッテルスフシウス『カノン法市民法相連

罪 capitale」とならず単に「民事上の不法行為 civile delictum」として扱われる地域においては⁶⁰⁾、姦通を犯した配偶者が生存していることが常態であり、そのような前提の下で生じる問題として特に詳細に論じられているのが、姦通者の「悔悟 paenitentia」の扱いである⁶¹⁾。そこではまず、「姦通を犯した妻がたとえ心から後悔しているとしても夫にその妻を再び寝台に迎え入れる義務は

集】第4部9章4番、ウェーセンベキウス『学説彙纂パラティトラ』24巻2章注解第11番を参照せよ。ウェーセンベキウスの主張は、かつてドゥーエ大学において出版物の過誤担当検閲官の不正な企てによって修正され、ケルンの検閲官も1630年と1640年の版において彼らに従っている。”(Exercitationes, I, 489-490. 引用は1661年フラーネケル刊第三版[ただし一冊にまとめられたものとしては初版にあたる]による)

60) “9. 再婚が許されるか否かは有責配偶者についても問題となる。ザクセン選帝侯領、プファルツ選帝侯領、ヘッセン大公領、ナッサウ伯領のように、姦通が聖書の權威【レビ記20章20行、申命記22章22行、ヘブル書10章28行】に従って死罪となるとなる地域においては、この問いは無用かつ無益である。イタリア、フランス、イングランド、ネーデルラントその他の地域では、姦通は民事上の不法行為にあたる。ただしそれは国家にとって有害な行為の一例として扱われる。学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第40法文へのアルキアトウスの注解によれば、「今日、治安の良くない都市でも、死刑ではなく罰金刑が好まれるが、盗人は絞首刑に、姦通者は鞭打ち刑に処される」。更に、ユリウス法を採用する地域でも、有責配偶者にも五年経過後に再婚を認めたユスティニアヌス【新勅法第22法文第15及び18章（これにより学説彙纂48巻5章「姦通を処罰するユリウス法について」第29法文1節と勅法彙纂9巻9章「姦通及び不品行に関するユリウス法について」第9法文は廃止された）】に従っている。周囲に悪影響をもたらさないために別の場所に移住するとの条件で、これを認める人々が多い【ベウスティウス『婚姻論』第2部25章、ウェーセンベキウス前掲書学説彙纂24巻2章表題注解末尾、アメシウス前掲書第5巻「良心について」38章14節】。”(Exercitationes, I, 490.)

61) “10. 先に挙げた論拠から帰結するのは、姦通を犯した妻がたとえ心から後悔しているとしてもその妻を再び寝台に迎え入れる義務はないということである。悔悟が罪を帳消しにするわけではない【学説彙纂23巻2章「婚姻の成立について」第43法文4節、同47巻2章「窃盗について」第65法文、同16巻3章「寄託訴権及び反対訴権について」第1法文32節、無責配偶者が一旦取得した権利がその意に反して奪われてはならない【学説彙纂2巻14章「合意について」第61法文】。反論：ダビデは、サウルの娘で他の男と婚姻していた妻ミカルを再び迎えた【サムエル記上25章44行及び同下3章14行以下】。応答：ダビデがミカルを再び迎えたのは、ミカルと離縁したわけではなく、ミカルも自らの意思ではなく父親の脅しによってやむなく再婚したにすぎないからである。そうでなければ、ミカルを取り戻したダビデは、ミカルが既に他の者

と再婚していた以上、律法に反することになったはずである。しかし、それは正当で適法な仕方では婚姻が解消された場合に当てはまるものではなからうか。ただし、ダビデの例は法の裏付けを欠いている以上、我々がこれを真似る必要はない。反論：キリストは姦通を犯した女を許した【ヨハネ書8章11行】。それ故、夫も許すべきである。応答：まず前者について。主は、処罰を命ずる律法をその女に適用しなかったのではなく、「主自身」その女を罰しないと述べている。女の罪が処罰に値することを否定しているのではなく、自らそうするのを避けたのである。そのような処罰は主の領分ではないし、それを人類に求めているわけでもない。これに対して、姦通を犯した男や女に対して剣を抜くかどうかは、神が剣を用いることを許された者たちの意向次第であった。救い主が用いている＜罰すること（トー・カタクリネイン）＞という語には、我々の言葉で言えば、「倫理的な罰」と「政治乃至司法的な罰」という二つの意味があるという点も付け加えておきたい。すなわち、それは、「罪過」との関係では前者の＜性質（スケーシス）＞を持ち、行為の否認をもたらすが、外的で政治的な「刑罰」との関係では後者の＜性質＞を持ち、行為の懲罰をもたらすのである。主がその女を非難しなかったのは前者の意味においてであって、後者の意味においてではない。主は、犯罪者を処罰することを職務とする者たちの権利が奪われ無視されることを望んでいるわけではない。従って、その女は姦通を犯した罪人であり、キリストの言葉によって死罪を免れたが、そうなったのはあくまで偶然であると言うべきであろう。キリストが問題としてるのは別のことである。すなわち、そこに言う罪過とは、悔悛に関するキリストの教えを受け入れられなかった律法学者たちの罪過に他ならないのである。「一人一人と立ち去り、そこにはその女だけが残された」。キリストがパリサイ人に向かって、「姦淫を理由とする場合を除いて、妻と離縁する者、そしてまた、離縁された女を娶る者は全て姦通を犯すことになる」と述べた当時、姦通者に向けて定められた律法は無視されていた。というのも、モーゼの掟に基づく死刑によって婚姻が解消されていたならば、離縁などは本来不要であったはずであるから。この点については、マタイ書19章へのペーザの注解を参照せよ。ところで、[悔悛した姦通者との和解を認める] 以上のような主張はアウグスティヌスによるものでもあり【グラティアヌス教令集2部事例32問題1第7節】、ペーザは、エレミヤ書3章1行以下（神は道を誤った教会を再び迎えた）や第一コリント書7章11行（「妻は夫と和解すべし」）その他の典拠に基づき同じことを述べている【『離婚論』177頁以下】。少なくとも夫がそれを望んでいるならば、姦通を犯したが明らかに悔悛している妻を再び自分の元に迎えることは可能である【新勅法第117勅法第8章、同第134勅法第10章、別書5巻16章「姦通及び不品行について」第3節】。上記別書5巻16章第3節では、アルル公会議の定律から次のような一節が引用されている。すなわち、「姦通を犯した妻を再び迎える者はその罪の共犯となるが、その妻が悔悛した場合には、再び迎え入れてもよい」、と。反論：「姦淫を犯した妻をそのまま留め置くのは愚かで不信心である」【箴言18 [=?]】。応答：確かに七十人訳ではそのようになっているが、ヘブライ語原典はそうではない。この文はむしろ、怠慢さ故に妻の姦通に気付かない夫について述べているものと解される。反論：申命記24章4行の「既に汚れてい

ないこと *non cogi maritum in thorum recipere uxorem adulteratam, ut maxime resipuerit*」が論証される。「ダビデは、サウルの娘で他の男と婚姻していた妻ミカルを再び迎えた *David Saulis filiam Micalern, uxorem suam, alii nuptam, recipit*」というサムエル記を典拠とする反論に対しては、「ダビデがミカルを再び迎えたのは、ミカルと離縁したわけではなく、ミカルも自らの意思ではなく父親の脅しによってやむなく再婚したにすぎないからである *recepit, quoniam neque ipse eam dimiserat, neque illa ex sua voluntate, sed patris metu adacta, novas nuptias inierat*」との解答が示されているが、より大きな比重が置かれているのは、「キリストは姦通を犯した女を許した *Christus ignovit adulterae*」というヨハネ書第8章第11行に基づく反論への応答である。「わたしもあなたを罰しない *ουδε εγω σε κατακρινω*」というイエスの言葉に含まれるく罰するこ

る以上」という一節。応答：バーザ『離婚論』176頁によれば、この一節は、字句通りに、「自らを汚すように仕向けられたのであるから」、つまり、その女が自らを汚した原因は最初の夫にあるのだから、という趣旨に訳されるべきである。というのも、この文は、姦通を犯した妻ではなく、夫から離縁状を渡されて離縁され他の男と再婚した女について述べているからである。モーゼの律法は、このような女を再婚相手の死亡後に前夫の元に再び迎えることを禁じているのである【上記申命記24章4行】。この律法の趣旨は特殊である。つまり、妻と離縁した者は、他の男と再婚する資格を妻に与えることによって、妻たちを売り物にしたと言ってもよいのであるから、再婚解消後に前婚の復活を認めてしまうと、妻の貸し借りが行われたように見える（そのようなことは恥ずべき流神の罪に当たる）というのがその趣旨なのである。実際、健全で誠実な人は、かつて妻マルティアをホルテンシウスに貸し与えたカトーの行為を認めることはなかった。反論：神は姦通を犯した女を石で打ち殺すよう命じている【申命記22章22行】。それ故、そのような女が夫によって再び迎えられることを神は望んではいない。応答：そのような結論にはならない。確かに、死刑をもって姦通者を処罰する為政者は正しいことを行っていると言えるが、為政者がそのような処罰を行わない場合に、悔悟している妻をキリスト教的な愛の教えに基づいて再び迎えることまで夫の罪となるわけではない。この律法は、為政者が何を為すべきかについて定めているのであって、私人が為すべきことを定めているのではない。なお、夫が姦通を犯した妻と性交することに躊躇しなかった場合には、離婚を求めてもそもそも無駄である【論拠となるのは、学説彙纂48巻5章第13法文第10法文、別書5巻16章第7節の標準注釈、コワツルウィアス『婚姻論』第2部7章6節11番】。フリースラント最高法院もそのように判示している【サンデ『フリースラント最高法院判決集』第2巻判決6定義2】。”(Exercitationes, I, 490–492.)

と(トー・カタクリネイン) το κατακρινειν>には、「倫理的 ethicum」な罰と「政治乃至司法的 politicum et forense」な罰、つまり、「罪過 culpa」に基づく「行為の否認 improbatio facti」と「外的な刑罰 poena externa」としての「行為の懲罰 punitio facti」という二つの意味があり、ここでイエスは前者の意味で「私も罰しない ουδε εγω κατακρινω」と言ってるのであって、「犯罪者を処罰することを職務とする者たちの権利が奪われ無視されることを望んでいるわけではない non cupit praereptum et interversum illis jus suum, quibus ex officio incumbibat animadvertere in facinorosos」。しかも、「あなた方の中で罪のない者がまずこの女に石を投げつけるがよい ο αναμαρτητος υμων πρωτος επ' αυτην βαλετω λιθου」とイエスに言われた「律法学者 οι γραμματαις: Scribae」や「パリサイ人 οι Φαρισαιοι: Pharisei」が「一人一人と立ち去り、そこにはその女だけが残された singulatim alius post alium exibant, et eam ibi relinquebant」という文脈から示唆される通り、イエスは、姦通を犯したその女の「罪過」を許すことで、逆に、姦通者は石で打ち殺すべしとの「モーゼの掟 Mosis praescriptum」を無視する当時の風潮に棹さす律法学者やパリサイ人の「罪過」を問題としたのである。従って、イエスが寛大であるからといって「夫もまた寛大であるべき et maritus debet ignoscere」とまでは言えないとしても、「罪過」の次元では、「少なくとも夫がそれを望んでいる限り、姦通を犯したが明らかに悔悟している妻を再び自分の元に迎えることは可能である potest maritus, si velit, penes se retinere adulteram, vel poenitentem recipere」。そこで次に、古くはアウグスティヌス⁶²⁾が認めドゥ・ペーズも肯定するところの姦通者の悔悟を条件とする和解の可能性が更なる定理として論証されることになる。その中心は申命記の記述をめぐる二組の反論及び応答である。離縁され再婚した女は、更に離縁されるか再婚相手と死別したとしても、「既に汚れている以上 quia polluta est」、前夫と再び婚姻してはならないとする第24章第4行に基づく反論に対しては、この箇所を、「その女が自らを汚した原因は最初の夫にあるのだから quia in causa est prior maritus, cur illa se polluerit」という

62) C. 32, q. 1, c. 7. = Ad Pollentium de adulterinis conjugis, 2, 6.

趣旨に解するドゥ・ペーズの見解が援用されている。つまり、上記律法は、「姦通を犯した妻ではなく、夫から離縁状を渡されて離縁され他の男と再婚した女について述べている *non de muliere adultera est, sed de uxore a marito dimissa, dato ei libello repudii, quaeque iterum alii nupsit*」というのである。また、姦通を犯した女を石で打ち殺すよう命じる第22章第22行も、姦通を犯した妻との和解の可能性を否定する論拠となるように見える。しかし、倫理的な罰と政治的な罰、換言すれば、「私人は何を為すべきか *quid facere privatos oporteat*」という問いと「為政者は何を為すべきか *quid facere Magistratus oporteat*」という問いとの区別はここでも有効である。「死刑をもって姦通者を処罰する為政者 *Magistratus, qui capitali poena adulteros punit*」は確かに正しいが、「為政者がそのような処罰を行わない場合に、悔悟している妻をキリスト教的な愛の教えに基づいて再び迎えることが夫の罪となるわけではない *minime sequitur, nefas esse maritis, cessante Magistatu, uxores respicientes ex charitatis Christianae norma recipere*」のである。

次に、悪意の遺棄については、この問題について「未信者 *infidelis*」と「信者 *fidelis*」を区別することに合理性がない以上、パウロの教え（第一コリント書第7章第15行）を「未信者によって遺棄された信者たる配偶者 *conjunx fidelis, deserta ab infideli*」のみならず「共にキリスト教徒である夫婦にも類推するのが正しい *analogice ad conjuges quoque Christianos recte porrigitur*」とした上で、悪意の遺棄による絆の解消を認めるパウロと、「姦淫を理由とする場合を除いて *εἰ μὴ ἐπὶ πορνείᾳ*」離婚を認めていないように見えるイエス（マタイ書第5章及び第19章）との「矛盾 *ἐναντιοφάνες*」の解消が図られる⁶³⁾。つまり、パウロとイエスの教えをそれぞれ定理とその反論と位置づけて、解答を

63) “13. 婚姻解消のもう一つの原因は「悪意の遺棄」である【第一コリント書7章15行：「しかし未信者が離れるならば、離れるがままにさせよ。兄弟も姉妹もこの問題について義務に束縛されることはない】。この場合、使徒 [パウロ] が未信者によって遺棄された信者について述べているのは明らかだが、共にキリスト教徒である夫婦にもこの教えを類推するのが正しい。キリスト教徒の内のある男が妻を悪意で遺棄し、妻の元に戻るつもりが全くない場合、未信者とさほど変わらない以上、遺棄者の死を見込んで、遺棄された妻には直ちに再婚の資格が与えられるべきなのである【上

提示しているのである。矛盾解消の立脚点となるのは、「離婚を行う側 *con-junx faciens divortium*」と、「法と掟に反するだけでなく不本意な形で離婚を被る側 *conjunx divortium patiens, non tantum praeter jus et fas, sed et invite*」との区別である。イエスは、「姦淫以外の理由で、分別なく思うままに、軽微な原因により、好き勝手な理由で、妻を離縁する者は、妻が他の男を求め寝台を共にすることで姦通を犯すように仕向けたことになる *illum, qui dimiserit uxorem suam extra rationem fornicationis, ob levitatem ac libidinem animi, ob causas leves, ex quavis causa, facere, ut illa appetens et conscendens thorum alienum, moechetur*」という点に鑑みて、「自発的な離婚について能動的に言及している *loquitur active de divortio voluntario*」。つまり、イエスの言葉は、離婚原因を姦通に限定するのではなく、むしろ、「離婚の許されるべき場合 *quando liceat divortium facere*」にのみ離婚すべきとの趣旨で述べられたものである。これに対して、パウロは「不本意な離婚について受動的に言及し

記第一コリント諸7章15行】。このような使徒の教説に著しく反するように見えるのは、「姦淫を理由とする場合を除いて（＜エイ・メー・エビ・ボルネイアー＞）妻と離縁する者は誰であれ姦通を犯すことになる」というキリストの言葉である。我々の救い主は「姦淫という原因」以外に「離婚」の原因を認めてはいない。これに対して、使徒は姦通以外の原因、すなわち、「遺棄」を挙げている。主と使徒の間のこのように対立（エナンティオパネース）を福音書の注釈者たちは解消している。主の言葉は、ユダヤ人における離婚の容易さに向けられたものにすぎず、問題とされたのは全く別のことで、姦淫や遺棄の場合の離婚の許容についてではない。つまり、当時しばしば見られたように、姦淫以外の理由で、分別なく思うままに、軽微な原因により、＜好き勝手な理由で（カタ・パサン・アイティアーン）＞、妻を離縁する者は、妻が他の男を求め寝台を共にすることで姦通を犯すように仕向けたことになり、その結果、その女を娶った男も姦通を犯すことになるという趣旨に、我々の救い主の言葉を限定すべきなのである。他方、パウロは、主が言及していない事案について述べており、離婚を「行う」側と、法と掟に反するだけでなく不本意な形で離婚を「被る」側とを区別している。キリストは、「自発的な」離婚について「能動的に」言及しており、離婚はそうすることが許される場合に可能で、＜配偶者の品行の場合（エン・ロギー・ボルネイアース乃至エビ・ボルネイアー）＞のみ離婚は許されると説いている。これに対して、パウロは、相手方が被る「不本意な」離婚について「受動的に」言及しており、そのような場合には、遺棄された側は再び自由の身となり、それ以上絆には束縛されないのである。”（*Exercitationes*, I, 493-494.）

ている *loquitur passive de divortio involuntario*」のであって、悪意の遺棄を被った側からの離婚が「離婚の許されるべき場合」に含まれるのは当然である。

最後に、原理的議論と実務的議論の均衡を図った叙述の例として、ヴィッセンバッハの弟子で師と同じくフラーネケル大学法学部の筆頭教授を務めたユルリク・ヒューベル *Ulrik Huber* (1636-1694年) の『市民法講解 *Praelectiones iuris civilis*』(1678/89年初版) における離婚論を見ておきたい。『講解』は法学提要と学説彙纂の編別に従って叙述され、自らが指導した討論が一部取り込まれてはいるが、全体としては講義録の体裁が採られ、「ローマ法及び現代法講解 *Praelectiones juris Romani et hodierni*」という別表題にも見て取れるように、フートの『注解』と同様、現行法としてのローマ法が常に意識されている。ただし、立法や判決例、鑑定意見等に言及することはあっても、『廃止法文論』や『査閲』のような実務家の著作は全くと言ってよいほど引用されず、文献の引用自体もかなり控え目であり、学説彙纂24巻2章の注釈という形態をとったその離婚論⁶⁴⁾にもそのような叙述上の特徴がそのまま当てはまる。まず離婚原因について、ヒューベルは、ジュネーヴとレイデンで神学教授を務めたフリートリヒ・シュパンハイム *Friedrich Spanheim* (大シュパンハイム: 1600-1649年) の『福音書考 *Dubia evangelica*』(1631-39年) を後ろ盾に、「姦通」と「悪意の遺棄」の二つのみを認める「通説 *communis sententia*」に与する立場を表明している⁶⁵⁾。マタイ書において「<姦淫以外の理由で>離縁された妻を娶る者を姦通の罪に問うている主キリスト *Christus Dominus, qui reum adulterii facit eum, qui dimissam uxorem, εκτος λογου πορνειας*」が、その教えを通じて、「神の權威に基づく以外の原因が許容されることのないよう為政者に向けて予め注意を与え、他のあらゆる原因を排除した *praejudicasse Magistratibus et exclusisse omnes causas, ut alia non admittenda, nisi ex auctoritate divina*」のは明らかであり、悪意の遺棄を「そのような神に基づく別の原因

64) 引用は1749年ライプチヒ刊のテキストによる。なお、全体の試訳は「ユルリク・ヒューベルの離婚論」(獨協法学74号) 参照。

65) *Praelectiones*, III, num. 12, 1204.

alia causa ex auctoritate divina」とみなすことは第一コリント書のパウロの教えによって正当化できるというのである。しかし、そのようないわゆる「パウロの特例 Privilegium Paulinum」の射程について、ヒューベルは、信者への類推を肯定するヴィッセンバッハの見解や同様の実務に関するカルプツォフの証言⁶⁶⁾に言及しつつも、「単に居住に関して tantum respectu habitationis」のみならず「肉体的結合に関して ratione conjunctionis corporum」も拡張可能かという観点から、より慎重な吟味の必要性を訴えている⁶⁷⁾。しかも、この問題は、1657年にハイデルベルク大学で博士号を取得したヒューベルが報告者として臨んだ討論の主題であった。当時、「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悪の為である旨明言しているような極端な事例 notabile exemplum, quo puella sponsio juncta, cum pertinacissime inde ab initio corporis copiam viro, et quidem ejus, ut testabatur, odio, negaret」や「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が、裁判官への敬意の故に同居だけは甘受している夫婦 par hominum, e quibus vir nec ad lectum, nec ad mensam, nec ad ullam partem consuetudinis mulierem admittit, nec unquam se admissurum dejerat, etsi cohabitationem metu judicis tolerat」の例を念頭に、「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る major est perversio conjugii, ex malitia separare, quod solum facit unitatem carnis et ossium, in qua vis matrimonii consistit, quam si domibus separentur」との考慮から、「期間の長さ diuturnitas temporis」、「悪意 malignus animus」、「克服不能な頑なさ contumacia invincibilis」を要件として悪意の遺棄による離婚を肯定したヒューベルであったが、『講解』では、「他の人々の洞察や賢慮に喜んで委ねることにしたい aliorum iudicio prudentiaeque libenter

66) “15. 従って、ザクセンの慣行や我が国の神学者の一致した理解の下、不当な仕方では配偶者から遺棄される者は、信者であろうとなかろうと、パウロの許容の対象となるとされているのは全く適切である。” (Jurisprudentia, III, def. LVI, 1231.)

67) Praelectiones, III, num. 13, 1204-1205.

submiserim」と述べて態度を保留している。悪意の遺棄の安易な拡張に対して懐疑的なヒューベルの立場は、「夫が自発的かつ頑強な禁欲、つまり、夫婦としての務めの拒絶を続ける *maritus in voluntaria ac pertinace abstinencia, seu debitu conjugalis denegatione perduret*」場合には、「妻を寡婦同然の状態に置いているその夫が不在であるか否かは重要ではない *parum interest, utrum absens an praesens maritus uxorem redigat ad viduitatem*」として、このような事例もまた「悪意の遺棄の一種 *malitiosae desertionis species*」とみなすフートとは対照的である⁶⁸⁾。

「離婚原因 *causae divortii*」と婚姻の「無効原因 *cusae nullitatis*」とはヒューベルにおいても明確に区別されており、婚姻前に既に生じていた「夫の性交不能 *mariti impotentia*」は、婚姻不適齢、暴力や詐欺、家父の不同意、血族乃至姻族関係といったものと並ぶ「無効原因」の一つに数えられている⁶⁹⁾。これに対して、「汚れた女がそうとは知らない男に処女として娶られた *corrupta pro virgine ab ignorante ducta est*」場合、つまり、処女性の錯誤については、「汚れなき処女と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のは明らかである *non esse nullitatem, quia cum vitiata*

68) “7. また、妻が、夫に虐待され命を狙われたために家を出てあらゆるものに困窮した揚げ句に耐え難い苦難の故に姦通を犯した旨主張したり、あるいは、夫の頑固で悪意ある禁欲のために家庭内で得られなかったものを外に求めた旨申し立てたりすることは、姦通を原因とする婚姻の解消にとって妨げとはならない。そのような家庭内の悪意が明らかであるとすれば妻は確かに不幸であると考えられるけれども、だからといって「姦通という」恥ずべき行いに逃げ込み、不運な苦痛を癒すために憎むべき不品行に救いや慰めを求めることによって、不幸を罪に変えることは許されず、むしろ、虐待その他夫の悪習に対して正当な手段で裁判官の助力を求めるべきである【論拠として、学説彙纂23巻2章第43法文5節、別書4巻19章「離婚について」第4節、ブラウウェル『婚姻法論』第2巻最終章12番】。そしてまた、夫が自発的かつ頑強な禁欲、つまり、夫婦としての務めの拒絶を続ける場合には、婚姻の絆それ自体の解消を求めるべきである。というのも、これは悪意の遺棄の一種に他ならず、妻を寡婦同然の状態に置き、婚姻の本質や条件に基づく義務の履行を頑なに拒んでいる夫が不在であるか否かは重要ではないからである【我が祖父ギスベルトゥス・ウォエティウス『婚姻統治論』第1部3巻論考1第3章4節問題8】。” (Commentarius, II, 136.)

69) Praelectiones, III, num. 17, 1207.

aeque imni ex parte quam cum integra, matrimonium consistere potest, haud dubie statunendum est」とされる。しかも、『法の定理集 Positiones iuris』(1682年初版)や『現代法学 Heedendaegse Rechts-Geleertheyt』(1686年初版)といった過去の著作、あるいは、その題材となった鑑定意見において、ヴィッセンバッハに倣い、「性交前あるいは性交後直ぐ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 esse locum divortio, si ante copulam, vel statim post eam detectum sit vitium, non aequè si conjugium sit inveteratum」と解していたヒューベルは、ここで、「同衾 concubitus」による婚姻完遂時あるいはその直後に姦淫の事実が発覚した場合については断言を避け、「婚前の過ち praecedentia stupra」を理由とする婚姻無効を認めないカノン法⁷⁰⁾上の扱いについて好意的に言及するなど、自説の修正を図っている⁷¹⁾。なお、婚姻後の性交不能は甘受されるべきであること、及び、処女性の錯誤を理由とする婚姻解消が実務上認められていることについて、それぞれ『教会法学』の関連箇所が参照されており、カルプツォフに依拠するファン・レーウエンを無視したヒューベルもカルプツォフその人の成果には一定の評価を与えていたことが分かる。

ヒューベルが離婚に関して最も詳細に論じているのは離婚の効力発生時は何時かという問題である⁷²⁾。この点について、ヴィッセンバッハは、「婚姻は姦通によって当然には解消されず、苦々しく思った夫が姦通を理由に離婚を行う場合に初めて解消される adulterio matrimonium dissolvitur, non ipso jure, sed ita si maritus, acetum habens in pectore, ex causa adulterii divortium faciat」と主張していた⁷³⁾。これに対して、「婚姻の本質が夫婦の信頼に存する以上、身

70) X. 2, 24, 25 ; C. 29, q. 1, c. 1.

71) Praelectiones, III, num. 18, 1207-1208.

72) Praelectiones, III, num. 15, 1205-1206.

73) “12. 婚姻は姦通によって当然には解消されず、苦々しく思った夫が姦通を理由に離婚を行う場合に初めて解消される【勅法彙纂5巻17章第8法文、新勅法第117勅法8章2節】。バコウィウス『トレウトレルス市民法討論選集注解』第2巻討論6論題2のF末尾注解は、多くの論拠によってこの点を裏付けている。”(Exercitationes, I, 493.)

体の結合が解かれ、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 *essentiam matrimonii consistere in fide conjugii, ac unione corporum rupta, alteroque ad unionem tertii segregato, matrimonium hoc ipso, ante declarationem judicalem rumpi*」と解するのがヒューベルの立場であり、聖書上の典拠としては、「娼婦と通じる者はこれと一体となる *ο δε κολλωμενος τη πορνη εν σωμα εστιν*」⁷⁴⁾というパウロの教えが指示されている。確かに、「事実に疑いがある場合には判決による宣言が必要である *si de factu dubitetur, judicis opus est declaratione*」が、「現場を押さえられ、あるいは、自白、更には、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、裁判官による宣告を待つ必要はない *si res certa et clara sit, detecta εν ερω, confessione, vel re ipsa utero, vel partu indubitata, non opus est expectare judicis declarationem*」し、「判決前に再婚した者 *qui ante sententiam nova vota contraheret*」が「重婚罪 *polygamie crimen*」に問われることもない。このような自説を提示した上で、ヒューベルは、異論への反駁を「討論」の形式に則って詳細に展開している。ただし、ヴィッセンバッハ自身は、離婚にあたって離縁状の送付を求めるローマ法源⁷⁵⁾を引用するに留まり、詳細については、三十年戦争の混乱期にハイデルベルク大学教授を務めたライナー・バホフ・アプ・エヒト *Reiner Bachoff ab Echt* (1575-1640? 年) の『トロイトラーの討論集への注解と所見 *Notae et animadversiones ad disputationes Treutleri*』(1617/19年初版) の参照を指示しているため、ヒューベルが応答を試みている議論も全てこのバホフのものである。まず、「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 *reputio misso, habere virum super ante nuptias donationem*」という主張に対しては、離縁状の機能が「裁判官の判決 *judicis decretum*」によって代替されている今日、再婚と同様に、「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を保持するため *ad obtinenda lucra dotis, aliaque parti innocenti ob adul-*

74) 1 Kor 6, 16.

75) C. 5, 17, 8, pr.; Nov. 117, 8, 2.

terium competentia」にも、「犯罪が明白ではない *crimen non est manifestum*」限りは「常に裁判が要求される *semper opus est iudicio*」との理解が表明されている。また、「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 *si in potestate foret sponsae peccando se liberare sponsaliorum nexu, mulier adulterando se a viro, cujus fatietas eam cepit, liberare posset*」との危惧については、「被後見人が単独で結んだ契約 *contractus cum solo pupillo initus*」⁷⁶⁾や「家男が脱漏された遺言 *testamentum, in quo filiusfamilias est prae-teritus*」⁷⁷⁾の無効の例を挙げつつ、「無効の実現はそれをもたらしことによって利益を受ける者の判断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 *executio nullitatis semper est in arbitrio ejus, in cujus favorem introducta est: qua si uti nolit, res manet in statu*」としてこれを退けている。姦通によって「当然に *ipso jure*」婚姻が解消されるとしても、その実現は無責配偶者の「判断 *arbitrium*」に委ねられ、必要に応じて裁判官の「判決 *sententia*」も要求される。「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、実務とも矛盾しない *vult ratio, nec usus abhorret, jus divortii per se existere, facto eesse opus ad executionem*」のである。次に、「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 *morbus incurabilis sponsalia vel nuptias ipso jure non tollit, ergo nec adulterium*」とのそれ自体不明確な主張に対しては、無効原因と離婚原因の区別ではなくむしろ、「時間とともに進行し終わりの全く不確かな病気 *morbus in tractu temporis haerens, et cujus exitus vix unquam certus est*」と「一過性の行為である姦通 *actus transitorius*」の相違が強調されている。というのも、「配偶者の慰めをまさに必要としている悲しむべき境遇 *malus triste, solatio conjugali maxime egens*」と「婚姻にとってこれ以上嫌悪すべきものはないほど邪悪な所業 *malum*

76) Inst. 1, 21, pr.

77) D. 28, 3, 17.

turpe, quo nil matrimonio inimicius」との間には、同一の扱いを正当化できるような共通点はそもそもないからである。更に、離婚原因を列挙したローマ法文⁷⁸⁾との関係では、「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 *adulterium cum aliis causis conjungitur, quae ipso jure vinculum non solvunt*」との指摘、あるいは、夫が妻の眼前で「未成熟の女 *impudicae mulieres*」と姦淫することを離婚原因とする法文⁷⁹⁾を念頭に、「夫が家の女と通じた場合妻は当然に離縁するものとされるが故に、この女との間で犯された不品行によって当然に婚姻が解消されるというのは、その女が婚姻中であるか既に離縁されていたかは問題となり得ない〔つまり、夫は既婚の女と通じた場合にのみ姦通者となり得る〕以上、不合理である *quia mulier jure divertit, si vir alita rem habeat, et cum nihil interesse possit, urtum haec nupta, an soluta fuerit, absurdum sit, per stuprum, quod cum hac committitur, ipso jure conjugium solvi*」といった見解も取り上げられているが、「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 *conjunctio cum caeteris causis ad exitum divrtiit pertinet; nullitas aut rescissio, a diversitate singularum*」し、後者の法文も夫の姦淫一般に関するものではないとして、法文理解の不十分さが指摘されている。パホフに対する以上のような詳細な反駁を伴うヒューベルの議論は、既にⅡでふれたように、シュトリュークの賛同を得るところとなった。

V

これまで見てきた通り、本来婚姻の無効原因と解されるべき性交不能と処女性の錯誤の扱いを度外視するならば、離婚原因を姦通と悪意の遺棄の二つに限定する見解が17世紀後半に至ってもなお通説的地位を占めていた。しかし、その一方で、離婚原因拡大の傾向もまた有力な法学者の著作を介して徐々に顕在

78) C. 5, 17, 8, 2-3.; Nov. 117, 9.

79) C. 5, 17, 8, 2.

化しつつあり、例えば、ザクセン＝ヴァイマル大公領のイエーナ大学で教えたゲオルク・アードム・シュトルーヴェ Georg Adam Struve (1619-1692年)の『法学要論 Syntagma jurisprudentiae』(1658/63?年初版)での議論はそのような動きの端緒と言える。『要論』は、ヴィッセンバッハの『演習』等と同様、討論を学説彙纂の編別に従って配列したものであり、離婚については、ツェレ出身のフリートリヒ・アンドレアス・エッグリンク Friedrich Andreas Eggeling を報告者として、学説彙纂第23巻第3章から第24巻第3章までの合計六つの章を扱う演習30の中で論じられている。そこでは、「生殖不能 impotentia generandi」や「重大な病氣 morbi sontici」等の「身体的障害 defectus」は婚姻の無効原因とされ、「婚約者が婚姻前に犯した不品行 stuprum a sponsa ante matrimonium commissum」は離婚原因の一つに数えられるというように、両原因の区別に依然曖昧さが残されているとはいえ、処女性の錯誤に対応するそのような婚前姦淫以外の離婚原因としては、「姦通」と「悪意の遺棄」が聖書上の典拠とともに挙げられており、通説と何ら変わらない印象を与える⁸⁰⁾。しかし、「性的倒錯 sodomia」を具体例として、「姦通と同様の仕方であ

80) “40. 今日では以下の通り。1) 婚姻は死亡によって終了する。2) 婚姻は、生殖不能【別書4巻16章「頑なさ、邪さ、及び、性交不能について」を参照】、あるいは、重大な病氣を理由に無効と宣告される。ただし、それは、この種の身体的障害が婚姻前に既にみられ、相手方がそのような者と知らずに婚姻した場合に限られ、婚姻後にそれが生じた場合は無効にはならない。この点については、キッツェリウス『理論的実務的な婚姻概説』第8章定理7、パウルス・ザッキアス『医学法学的問題集』第3巻問題6第4番、アルニサエウス『婚姻論』第6章9節7番、カルプゾウィウス氏『宗教法院法学』第2巻定義202を参照せよ。

41. 神が夫と妻を当初の構想に従って結びつけたのであるから、婚姻が人の手によって軽率に解消されることは決してあり得ない【マタイ書19章6行】。ただし場合によっては、特別な理由に基づいて、婚姻の解消乃至夫婦の離別が認められる。それは、完全に夫婦にまで及ぶ場合【マタイ書19章9行(グラティアヌス教令集2部事例32問題7第4、10、22節の諸定律に反するとしても)、カルプゾウィウス氏『宗教法院法学』第2巻定義189】と、単に食卓と寝台、つまり、同居にのみ関わる場合とがある。1) 前者は、たとえ相手方の意に反していても、無責配偶者の申立によって、しかも、明示乃至黙示の許しがなく、姦通【マタイ書19章4行、キッツェリウス前掲書第8章定理4、マッテウス『…討論集』討論5定理7以下、アメシウス『良心事項論』第5巻38章問題1及び2、ウィッセンバキウス『学説彙纂演習』第1部討論48

婦の信頼を破壊する類似の不法行為 *simile delictum, quo eodem modo fides conjugalis violatur*」を離婚原因に含めているだけでなく、より一般的に、「聖書による離婚の禁止は、私的かつ恣意的で理由を問わない離婚、とりわけ全く

定理9以下】、あるいは、性的倒錯は当然として【キツェリウス上記定理4のi】、姦通と同じように夫婦の信頼を破壊する不法行為を理由とする場合に限って許容される。2) 更に、相手方が不当に離れ去った場合、つまり、悪意の遺棄を理由とする場合にも認められる【第一コリント書7章15行、アントニウス・マッテウス前掲書討論5定理16以下、ウィッセンバキウス前掲箇所定理13】。離婚原因については、セルデヌス『ヘブライ人の習俗に従った自然法及び万民法』第5巻7章、同『ヘブライ人の妻』第3巻19章以下、マルクス・アントニウス・デ・ドミニス『教会国家論』第5巻1章6番以下、レンネマヌス『全ローマ=ゲルマン法学』第1部討論42定理28以下を参照せよ。なお、レンネマヌス前掲箇所定理36のc及びdでは以下のように付け加えられている。すなわち、「聖書による離婚の禁止は、私的かつ恣意的で理由を問わない離婚、とりわけ全く理由なく軽率に企図された離婚に関するものであって、正当で法による裏付けのある理由と当局の權威によって予め許容されている離婚に関するものではないと解することができる。従ってまた、先に定理32(我々の定理40)で言及した諸原因がキリスト教徒たる歴代皇帝(その治世の下で、ナジアンゼヌス、テオドレトゥス、アウグスティヌス、ヒエロニムス。アンブロシウスその他の極めて敬虔な神学者たちが台頭した)、誰一人反対することなく、定められ幾世紀にも渡って承認されてきた以上、今日、敬虔な為政者が、上に述べた制約の下、既に承認されている原因のみならず、他のより重大な原因あるいは同じ程度に重大な原因によっても、状況に応じて離婚を許容し得ることに疑問の余地はない【コナヌス『市民法注解』第8巻12章】。とはいえ、夫婦何れかが、婚姻成立後、自らの過失によらずに陥った錯乱、重病その他の不幸、あるいは、離婚そのものは許されない理由で科された追放刑にまで離婚原因を拡大することは原則としてできない。しかし、これらの原因によって家庭生活や夫婦の営みが不可能となっている場合はその限りではない。そのような場合、健康で若い配偶者がもはや自制不可能で、審理の結果、障害を負った側に看護と生活費について見通しが得られ、とりわけその者の同意が伴うならば、再婚を禁じるべきではない【バウスティウス『婚姻論』第11章】」、と。今のところ、我々はこの点について態度を保留する。3) 最後に、婚約者が婚姻前に犯した不品行によっても婚姻は解消される。前述演習29定理25を参照せよ。更に、カルプゾウィウス前掲書第2巻定義193以下も参照せよ。

42. 以上のような理由で婚姻が解消され、あるいはまた、上記定理40で述べたように婚姻が無効と宣告された場合、無責でなおかつそれが可能な配偶者には他人との再婚が許される【カルプゾウィウス氏前掲書第2巻定義190、192、200、201】。有責配偶者にも一定の条件の下に再婚が許される場合がある【同定義191第6番及び定義194】。”(Syntagma, II, 104-105. 引用は1692年イエーナ刊のテキストによる)

理由なく軽率に企図された離婚に関するものであって、正当で法による裏付けのある理由と当局の権威によって予め許容されている離婚に関するものではないと解される *Sacrae Scripturae prohibitio accipienda de divortio, privato cuiusque arbitrio, quavis causa; vel ex nulla omnino, temere concepto, non de illo, quod ex causa legitima et jure probata, magistratus auctoritate praevis est permisum*」とするなど、その主張は通説とは明らかに異質である。確かに、後者の一般論は、典拠として指示されたヘニク・レンネマン Henning Rennemann (1567-1646年) の『全ローマ=ゲルマン法学 *Jurisprudentia Romano-Germanica universa*』(1651-58年) からの引用にすぎず、「夫婦何れかが、婚姻成立後、自らの過失によらずに陥った錯乱、重病その他の不幸 *furor, morbus santicus, vel alias calamitates, in quas alteruter, sine culpa sua, post nuptias consummatas incidit*」、あるいは、「離婚そのものは許されない理由で追放刑が科された *exilium non ex causa divortium permittente est inflictum*」場合についても、「これらの原因によって家庭生活や夫婦の営みが不可能となっている *ob causas hujusmodi domestica conversatio et usus thori conjugal, omnimodo est praereptus*」ならば、特に「障害を負った側の看護と生活費について見通しがある *infirmas de cura et alimentis fuit prospectum*」ことを条件として離婚と再婚を認めるレンネマンの見解に積極的に賛同しているわけではないことは、「今のところ、我々はこの点について態度を保留する *haec nos in medio nunc relinquimus*」との断り書きからも明らかである⁸¹⁾。ところが、その後版を重ね多数の注解書も著された『要論』の影響力の大きさ故に、そのような急進的見解がシュトルーヴェその人の立場として受け取られることもあった。実際、ヒューベルはこれをシュトルーヴェの見解として批判したのである⁸²⁾。

ブランデンブルク選帝侯領のフランクフルト・アン・デア・オーダーの大学で法学部筆頭教授を務めたヨハネス・ブルンネマン Johannes Brunnemann

81) なお、「小シュトルーヴェ *der kleine Struv*」と呼ばれて愛好された便覧『ローマ=ゲルマン裁判法学 *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis*』(1670年初版) では通説通りの穏当な叙述になっている (lib. I, tit. IX.)

82) *Praelectiones*, III, num. 12, 1204.

(1608-1672年)の見解には更に注目すべき展開が見られる。ブルンネマンの名著で最も影響力のあった『ユスティニアヌスの勅法彙纂全12巻注解 *Commentarius in duodecim libros Codicis Justinianeus*』(1663年初版)は法文単位で注解を加える伝統的な叙述形式を採っており、その第5巻第17章第8法文前書、第1、2、3節、第10法文、及び、同法文の新勅法引用補足文への注解では、「福音主義の宗教法院の慣行 *consuetudo Consistoriorum Evangelicorum*」上認められている「正当な離婚原因 *iustae divortii causae*」として、「配偶者殺害の策謀や企み *machinatio mortis coniugis, et insidiae*」や「極端で容赦ない虐待 *nimia et immoderata saevitia*」、パウロの特例に対応する「未婚者である配偶者の出奔 *infidelis coniugis discessio*」、「身体的な性交不能 *impotentia naturalis*」、「姦通 *adulterium*」、「悪意の遺棄 *desertio malitiosa*」、そして、「既に他の男によって妊娠させられた女を娶った場合 *vir ducit uxorem ab alio prius impraegnatam*」が挙げられている⁸³⁾。ブルンネマンの叙述でまず目を引くの

83) “婚姻取消の原因はそれまで不明確であったが、当法文では、何れか一つを充足すれば妻が離縁され得る原因が全部で十四列挙されている。すなわち、1) 姦通、2) 毒殺、3) 殺人、4) 誘拐、5) 墳墓破壊の罪、6) 聖物窃盗、7) 強盗乃至強盗の隠匿、8) 夫以外の男との会食、9) 正当な原因によらない外泊、10) 観劇や観戦の繰り返し、11) 夫殺害の企図、12) 大逆罪、13) 偽証の罪、14) 夫に対する暴力、である。夫が離縁される原因もほぼ同じである。すなわち、1) 姦通、2) 殺人、3) 毒殺、4) 大逆罪、5) 偽証罪、6) 墳墓の破壊、7) 強盗、8) 聖物窃盗、9) 誘拐、10) 娼婦との乱れた行状、11) 妻殺害の企図、12) 虐待、そして、13) 第10法文にある通り、婚姻から数えて二年以上、ただし新勅法引用補足文によれば三年以上に渡る性交不能、である。カノン法文は、この最後の原因について、夫が最初から性交不能に苦しんでいたのか、それとも、婚姻後に苦しむようになったのか、また同様に、夫の頑なさが直ちに発覚したのか、それとも、不明であったのかを区別し、前者の場合にのみ別居を認め、後者の場合には認めていない【グラティアヌス教令集2部事例33問題1第2節、別書5巻16章「頑なさ、邪陰さ、性交不能について」第5節】。この点については、リッテルスフシウス『市民法カノン法相違集』第2巻12章、ベウスティウス『婚姻論』第2部4章、ゲルハルドゥス『神学要論』『婚姻』の項第658節、カルプゾウィウス氏『教会法学』第2巻定義200以下を参照せよ。その論拠を探るとしても、私は、性交不能者であっても誠実に婚姻を結び得る以上、悪意に根拠付けようとは思わない。そうではなくむしろ、処女を保つとの合意がある場合を除いて、普通法上、婚姻は、1) 子づくりと2) 姦淫の回避という二つの目的を有し

ており、それ故、それを実現することのない夫婦双方は、婚姻の本質的要件である合意に反しているという点に根拠を求めることにしたい。ところで、上記のような離婚原因は新勅令第117勅法第8章によって整理され、そこでは、妻が離婚され得る先の諸原因の内、六つだけが維持され、他は省かれた。すなわち、この新たな市民法によれば、離婚原因は、1) 大逆罪、2) 姦通、3) 夫殺害の企図、4) 夫以外の男との入浴や会食、5) 夫の意に反して親類以外の家に外泊した場合、6) 夫の同意なく観劇観戦した場合、である。夫が離婚され得る原因は、1) 大逆罪、2) 妻殺害の企図、3) 売春仲介、4) 姦通に関する虚偽の申立や告発、5) 他人の妻と通じた場合の五つが挙げられている。福音主義の宗教法院の慣行に従えば、以下のものが正当な離婚原因と認められる。1) 配偶者殺害の策謀や企み、そして、極端で容赦のない虐待【サンチェス『婚姻秘蹟討論集』第10巻討論18、コワッルウィアス『婚姻論』第2部7章5節1番、ファリナキウス『刑事問題集』問題143第129番】。この場合、[虐待者である] 夫は妻に生活費を与えるべく義務づけられる【カルプゾウィウス『教会法学』第2巻定義213、ペトルス・バルボサ『学説彙纂注解』第2部学説彙纂24巻3章「婚姻が解消されると嫁資は如何にして返還請求されるか」表題注解第43番、グティエレス『カノン法問題集』第3巻24章7番】。2) 未婚者である配偶者の出奔。カノン法学者は、第一コリント書7章15行の文がこの点のみを意味するものとして理解している。それはつまり、未婚者の一方が改宗したが、もう一方の未婚者が改宗者との同居を望まず、あるいは、神への冒瀆なしに同居できない上に、近い内に改宗する見込みもない場合である【コワッルウィアス前掲書第2部7章4節8及び9番、サンチェス前掲書第7巻討論74第4番、ゾエシウス『全カノン法注解』別書4巻19章「離婚について」表題注解4番】。3) 身体的な性交不能。4) 姦通。この原因は、カノン法上は、夫婦を寝台と食卓に関して離別させるにすぎないが、市民法及び神法上は、我々が教皇派に対抗して擁護し、我々の宗教法院も認める通り、絆をも断ち切り、無籍配偶者には再婚が認められることになる。これは、夫が妻を遺棄しあるいは放逐することで姦通のきっかけを与えた場合にも当てはまる。なぜなら、何人も大きな罪を自ら行うよりもむしろそれに耐えるべきであるから【別書4巻19章第4節、ファリナキウス前掲書問題143第12番、サンチェス前掲書第5巻討論5第6番、グティエレス『婚姻論』第129章8番】。また、無籍配偶者は、それが醜聞となる可能性がある場合には、宗教法廷における裁判官の判決を待つことなく離婚できるし【ファリナキウス前掲箇所第49番、グティエレス前掲箇所第9番、サンチェス前掲書第12巻討論12】、この資格について五年の待機を命じられることもない【サンチェス前掲書第10巻討論3第9番、ファリナキウス前掲書問題10第20番、グティエレス前掲箇所第6番】。5) 第五の離婚原因は悪意の遺棄であり、我々は上記第一コリント書7章15行をそのような趣旨に解する【ゲルハルドゥス『神学要論』「婚姻」の項第624節、パウステウス『婚姻論』第2部26章、スクネイデウィヌス『法学提要1巻10章「婚姻について」注解」「離婚」表題注解第4節37番、カルプツォフ前掲書第2巻定義192】。第六の離婚原因は、既に別の男によって妊娠させられた女を娶った場合であり、たとえ婚約前に既に妊娠していた場合も含まれる。ただし、この場合は、あらゆ

は、カルプツォフ以上に積極的なカノン法文献の援用である。中でも、コバルピアスの『概略』、トマス・サンチェス Thomas Sánchez (1550-1610年) の『婚姻秘蹟討論集 Disputationes de Sancto Matrimonii Sacramento』(1601/05年初版)、ホアン・グティエレス Juan Gutiérrez (1535-1618年) の『民刑事及び良心の法廷教理問題集 *Canonicarum utriusque forti tam exterioris quam interioris animae, quaestiones*』第三卷(=『将来についての婚約、婚姻、及び、婚姻障害に関する問題集 *Quaestiones tam ad sponsalia de futuro quam matrimonia earumque impedimenta pertinentes*』1617/18年初版)といったスペイン人の著作が繰り返し参照されている。その際、離婚と別居の相違、つまり、絆の解消の有無が度外視されることになるのは言うまでもない。また、カルプツォフの『教会法学』もかなりの頻度で引用されているが、ブルンネマンの著作一般がそうであるように、ここでもやはりカルプツォフに対する強い対抗意識を読み取ることができる。夫の性交不能による離婚を「悪意 *dolus*」によって根拠付けたカルプツォフに対して、ブルンネマンは、「性交不能者であっても誠実に婚姻を結び得る *matrimonium bona fide a impotente potest contrahi*」旨批判し、「婚姻が子づくりと姦淫の回避という二つの目的を有している以上、それを実現することのない夫婦双方は婚姻の本質的要件である合意に反している *matrimonium habet duos fines, procreationem sobolis, evitacionem fornicationis, qui uterque cessat; ergo deficit consensus, substantiale coniugii requisitum*」との別の論拠で提示しているし、カルプツォフも認めた処女性の錯誤による離婚に至っては、「良心にとってより安全で危険の少ないカノン法学者たちの見

る手段を尽くして和解に務めるべきであり、更に言えば、そもそもこのような離婚原因は大いに疑わしい。確かに、「性質の錯誤は婚姻を害するか否か」という問題は一般に知られており、キュブラエウス『婚姻論』第13章44節3番、ベウスティウス前掲書第2部34章、カルプゾウィウス『新刑事実務』問題63第54番、同『宗教法院法学』第2巻定義193、ウェーセンベキウス『学説彙纂バラティトラ』23巻2章「婚姻の成立について」注解がこの問題について論じている。しかし、[これを肯定する者が] どんなに多いにせよ、私は、良心にとってより安全で危険の少ないカノン法学者たちの見解が宗教法院において採用されるのを期待していた。”(Commentarius in Codicem, 291-292. 引用は1669年リヨン刊のテキストによる)

解が宗教法院において採用されるのを期待していた *mallem in Consistoriis ut introduceretur sententia Canonistarum, quae conscientiis esset tutior et minus scandalosa*」とまで言い切って、その態度はヒューベル以上に懐疑的である。しかし、更に注目に値するのは、「配偶者殺害の策謀 *machinatio mortis coniugis*」が、これと同視されるべき「著しい虐待」と共に、「正当な離婚原因」として位置づけられている点である。当時ブランデンブルクやプロイセンの宗教法院の実務においてそのような離婚が如何なる理由でどの程度認められていたのかについて記述はなく、これを正当化する論証も欠けているとはいえ、プロテスタント法学者の著作においてこの原因が明示されたことの意味は大きい。「配偶者殺害の企図 *insidiae vitae alterius conjugis structae*」を離婚原因の一つとして正当化するという課題は、ブルンネマンの弟子でありかつ義理の息子にあたるシュトリュークに委ねられたのである。

シュトリュークの『現代的慣用』も、ヴィッセンバッハの『演習』やシュトルヴェの『要論』と同様、学説彙纂の編別に従って整理された討論集であり、岳父と同じくフランクフルト大学で法学部筆頭教授を1690年まで務めた後、ザクセン選帝侯領のヴィッテンベルク大学を経て、1694年にブランデンブルク選帝侯フリードリヒⅢ世によって創立されたハレ大学に迎えられたその経歴に対応して、全五巻中、第一巻(1690年初版)はフランクフルト時代の討論を、それ以降はハレ時代の討論を収めている。生前出版された第一巻、第二巻(=『続編第一』1704年初版)、第三巻(=『続編第二』1710年初版)には慣例に従い報告者名のリストが付されているが、死後に息子でやはりハレ大学教授を務めていたヨーハン・ザムエル Johann Samuel Stryk (1668-1715年)によって編集公刊された第四巻(=『続編第三』1712年初版)と第五巻(=『続編第四』1712年初版)では報告者は明示されていない。シュトリュークは、ローマ普通法を網羅的に論じるのではなく、実務上の重要問題のみを集中的に採り上げており、叙述の形式に関しても、反論と応答から成る伝統的な図式に代えて、「問題 *quaestio*」、「事案の概要 *species facti*」、「疑問点 *ratio dubitandi*」、「判断理由 *ratio decidendi*」、「疑問点への応答 *responsio ad dubitandi rationes*」といった鑑定意見的な構成が好んで用られ、判決団名義で自ら著し

た実際の鑑定意見も多数補充収録されている。「配偶者の殺害企図もまた婚姻関係を解消すべき正当な理由となるか否か *annon etiam insidiae vitae alterius cinjugis structae jusatam causam praebenat pro dissolvendo vinculo matrimoniali*」という問題は、『続編第三』に収録された学説彙纂24巻2章に関する叙述の大半を占める形で論じられているが、以下ではその「判断理由」の部分に従ってシュトリュークの論証を辿ることにしたい。

シュトリューク自身が認めている通り⁸⁴⁾、カルプツォフ⁸⁵⁾を始めとする当時の通説は、「配偶者殺害の企図」やこれに匹敵する「激しい虐待 *nimia saevitia*」⁸⁶⁾を離婚原因ではなく「寝台と食卓の別離 *separatio quoad thorum et men-*

84) “9. この問題について正確に知られるようになり、同時にまた、我々の宗教法院が離婚に対してどの程度寛大であるべきかも一層明らかとなった今、何よりもまず根本的な問題について究明されるべきものと私は考える。そしてそれは、他の問題についてもより容易に判断する手段をもたらししてくれるであろう。その問題とは、今日、我々の宗教法院においてしばしば提起されているのものであり、要するに、配偶者の殺害企図もまた婚姻関係を解消すべき正当な理由となるか否か、というものである。諸学者の著作を繙くと、多くの人々がこの点を否定し、寝台と食卓の別離のみを認めていることがわかる【リンキウス氏『離婚慣行論』第5章d、カルプツォウィウス『宗教法院法学』第2巻定義217第2番、ベウスティウス『婚姻論』第2部9章、ワメシウス『教皇法助言集』助言549第9番以下、プロウウェルス『婚姻法論』第2巻29章11節、アルニサエウス『婚姻法論』第6章10節26番以下、ヨハンネス・ゲオルギウス・ニコライ『離婚論』第5章30及び31番、ゲルハルドゥス『神学要論』「離婚について」第683節、デデケムス『神学助言集』第3巻4章2節及び同8節3、4、5番、リクテルス『助言集』第1巻5章助言17第19番、スキルテルス編『シュトラスブルク助言集』助言81、偉大なジエグレルス氏の『ランケロトゥスのカノン法提要注解』第2巻16章9節への注解を参照せよ。また、ブルクネルス氏の『婚姻事件判決集』第25章9番に引用されているヘネンベルク宗教法院の先例も参照せよ】。” (Continuatio, 268-269.)

85) “確かに、寝台と食卓の別離の原因をもたらしのが常に夫であるというわけではなく、場合によっては妻も、恐らく夫でさえ行うのが極めて稀な鞭打ちではなくとも、例えば夫を毒殺しようと試みるなど、妻が夫殺害の企むならば、その企図によって、別居を申し立てるのに全く十分な原因をもたらしことになる【別書4巻19章「離婚について」第1節、ヒエロニムス・スクルフィウス『助言集』第1巻助言42第3番、アレクサンデル『助言集』第5巻助言78第1番以下、ヨアキムス・ベウスティウス『婚姻法論』第2部9章】。” (Jurisprudencia, II, def. CCXVII, num. 1-2, 708.)。なおII(注42の定義210第15番)も参照。

sam」の原因と位置づけていた。これに対して、シュトリュークは、姦通と悪意の遺棄それぞれとの比較衡量、別居による救済の実効性如何という三つの観点から反論を試みている。まず、姦通との関係において「殺害の企図 *insidiae vitae structae*」は、その帰結として「夫婦の絆の破壊 *laesio vinculi conjugalis*」をもたらす点で共通するばかりか、「単なる姦通よりも殺害の企図によって婚姻の絆を損なう者の方がより一層冷酷で暴力的に見える *adhuc durius et villentius videtur quis laedere vinculum matrimoniale per insidias vitae structas, quam per solum adulterium*」とされる⁸⁷⁾。確かに、「姦通を犯した妻は不誠

86) レンネマンを引用することで離婚原因拡大派とみなされることになるシュトルーヴェも、「激しい虐待」については、カルプツォフに依拠しつつ、別居の原因とみなしている（“他の手段で配偶者の安全を図ることができない場合に限り、激しい虐待を理由に、後者の仕方〔食卓と寝台の別離〕によって婚姻が解消される。この点については、ベウスティウス『婚姻法論』第2部9章、レウスネルス『助言集』第1巻助言8及び10、デデケメス『神学助言集』第3巻助言4第2節442頁、カルプゾウィウス『教会法学』第2部定義210及び215以下を参照せよ。ただしそのように婚姻が解消されても、妻が持参した財産を取り戻しそれが生活するに十分である場合を除いて、夫は妻に生活費を与えねばならない【カルプゾウィウス前掲書定義213及び214】” *Syntagma, II, exerc. XXX, num. XLIII, 106.*）。

87) “25. <判断理由 *Rat. Dec.*> ここで私が諸博士の権威だけで反論しようとしていると受け取られないために、我々の反論の論拠を明らかにしたい。なるほど、反対の人々も姦通を理由に離婚が許されることは認めている。それでは一体何故、夫や妻の殺害を企図するも同じように扱われないのであろうか。<姦通よりも夫殺害の企図の方がより重大な不法行為である *Gravius est delictum attentatum maritacidium, quam adulterium.*> 前者の場合よりも後者の場合の方が重大なのは明らかである。確かに、姦通を犯した妻は不誠実で、夫婦の信頼関係を損なっている。しかし、夫の生命を狙った妻は不誠実さのみならず殺人の企図についても非難されるのであり、そのような妻は、まさにこの殺害の企図によって、全力で婚姻の絆の解消しようと試みていると言える。そうであるとするれば、これほど親しくかつ緊密に結びつけられた者の間で、相手方の殺害を企図することほど酷い裏切りは果たして存在するであろうか。姦通の場合、姦婦は確かに愛人を欲しているはいるが、依然として自分の夫に従い、夫を愛することさえ可能であって、夫の殺害を企図する妻のように夫婦の絆を暴力的な仕方で断ち切ることなど望んでいない。このように配偶者殺害の企図は極めて重大な事態であるから、この場合にも、キリストが姦通を理由とする離婚を認めたのと同様に、離婚を認めるのが適切である【グティエレジウス『カノン法問題集』第1巻第24章】。

26. <何故キリストは姦通を理由とする離婚を認めたのか *Cur Christus concesserit di-*

実で夫婦の信頼関係を損なっている *adultera fit perfida, et fidem matrimonialem frangit*」が、「依然として自分の夫に従い夫を愛することさえ可能である *adhuc marito suod adhaeret, eumque nihilominus amare potest*」。一方、「夫の

vortium ob adulterium?」このような結論は、姦通の性質について、そしてまた、我々の救世主が特に姦通だけを例外視したのは何故かについて吟味することでより一層明らかとなる。神学者たちでさえ、この問題に取り組む際には、姦通の性質それ自体から論拠を引き出すのが通常であり、そうすることで、教皇派の人々に抗して婚姻の完全な解消を主張している。例えば、ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第564節が論じるには、神が姦通を例外視したのは、姦通を犯した妻が姦通相手の男と、姦通を犯された夫が娼婦とそれぞれ一体となる以上【第一コリント書6章16行】、姦通によって婚姻の絆が損なわれるためとされる。このことから明らかなように、姦通とは夫婦の絆を直接破壊する不法な行為であり、要するに、ある者が一人の人間にだけその身を捧げる夫婦の信頼関係が妻の姦淫によって完全に損なわれるのである。しかも、姦通相手の男あるいは女と一体となるということは、従前の結合を解消し、そこから新たな結合が生じるということに他ならない。〈姦通の玄義的解釈 *Mystica adulterii interpretatio*〉以上の点の理解を更に十分なものとするため、玄義的な解釈を援用しておくことにする。婚姻による結合がキリストとキリストと教会との神秘的結合を表示するのと同じく、神御自身が、人間の不誠実さや、万能の神との結合からの離脱を離婚によって神秘的に示唆しようと欲せられるということは決して稀ではなく、特にエゼキエル書第16章全体がこの点に言及している。そのような霊的な姦通は神との約束の違背以外の何ものでもなかろう。従って、真の姦通、つまり、本来の意味での姦通とは、夫婦の絆の破壊、すなわち、夫婦間の結合を断ち切る行為に他ならないのである。

27. 〈神は離婚原因を姦通のみに限定しようとはしなかった *Deus noluit causas divortii ad solum restringere adulterium*〉以上に解明された姦通の本質から明らかなように、救世主が姦通を婚姻の解消不可能性の例外としたのは、この不法行為が夫婦の絆そのものを直接かつ確実に断ち切るが故であるが、だからといって、神がその配慮を姦通にのみ限定しようとしたと考える必要はない。というのも、姦通という概念の背景にある考え方の射程は広く、姦通に限定されるものではないからである。〈姦通と殺害企図の同質性 *Par ratio in adulterio et attentato homicidio*〉そこで殺害企図の性格を姦通の本質と比較するならば、両者の間で異なる扱いをすることがそもそも可能な疑問である。なぜなら、単なる姦通よりも殺害の企図によって婚姻の絆を損なう方がより一層冷酷で暴力的であるように思われるからである。実際、配偶者の命を狙う者の目的は夫婦の絆の破壊以外にはあり得ない。逆に、姦淫を犯す妻は、そのような行為が婚姻の解消を含意するのは当然であるとしても、婚姻関係の解消を自ら望んでそうするのではなく、むしろ自らの情欲に溺れるにすぎない場合が多い。”(Continuatio, 283-286.)

命を狙った妻は、不誠実さのみならず殺人の企図についても非難に値し、そのような殺害の企図を通じて全力で婚姻の絆を解消しようと試みている *quae insidias vitae mariti struit, et perfidiae et homicidii attentati rea est, quo ipso vinculum matrimoniale dirimere totis annititur viribus*。ここで注目すべきなのは、このような比較衡量が、論証の冒頭において、聖書解釈はおろかローマ法やカノン法の法文解釈ともさしあたり無関係な形で提示されているという点である。イエスは姦通が「夫婦の絆を直接破壊する不法な行為 *delictum, per quod immediate vinculum conjugale dirimitur*」である故に姦通による離婚を認めたのだとするゲアハルト等プロテスタント神学者による「姦通の本性 *natura adulterii*」論や、「婚姻による結合がキリストと教会との神秘的結合を表示するのと同じく、神自身が、人間の不誠実さや、万能の神との結合からの離脱を離婚によって神秘的に示唆しようと欲している *quemadmodum unio matrimonialis repraesentat unionem mysticam Christi cum ecclesia; ita ipse Deus sub divortio adumbrare mystice voluit hominum perfidiam, et discessionem ab unione cum summo Deo*」という「玄義的な解釈 *mystica interpretatio*」への言及もここでは副次的補充的な役割しか果たしていない。

このように「夫婦の絆の破壊」という姦通との共通性から殺害企図による離婚を正当化しようと試みるシュトリュークからすれば、「姦通と同じ性質を有していない別種の離婚原因 *divortiorum causae diversi generis, quae non eandem cum adulterio habent rationem*」は議論の射程外であり、それ故、レンネマン等の見解に対しては積極的な賛意は示されておらず⁸⁸⁾、むしろ、聖書で用

88) 本来の意味での離婚原因を、「姦通」、「悪意の遺棄」、「殺害の企図」の三つに限定するのがシュトリューク自身の立場であることは次の箇所からも明らかである。

“52. 以上の通りであるから、今日、プロテスタントの下で離婚を許可するにあたっては、夫婦の絆それ自体を断ち切り解消するような三つの原因、すなわち、「姦通」、「悪意の遺棄」、「殺害の企図」が容認されるべきであり、その限りで、より多くの正当な離婚原因を認めている市民法【新勅法第117勅法10章、第141勅法】から我々は離れている。確かに、先にも既にふれた通り、錯乱、梅毒その他婚姻の目的の妨げとなるような感染症、婚姻後に生じた性交不能等、これとは別種の多くの離婚原因を認める人々も少なくなく、その先頭に立っているのがレンネマヌスとブルクネルスであ

いられた<ポルネイアース πορνείας>という語句をめぐる議論によって自説を裏付けることに意を用いている⁸⁹⁾。イエスは、当時のユダヤ人における論争

る。しかも、彼らの見解が全く論拠を欠いているというわけではないということは、『婚姻不成立論』第5章12節で既に述べた。しかしながら、実務は依然としてこれに反対であって、極めて重大な理由によって君主の特免が発せられない限り、この実務を無視することはほとんど不可能である。”(Continuatio, 306-307.)

- 89) “28. <姦通以外に一体如何なる理由がここで認められるべきなのか Quenam praeterea causae praeter adulterium hic admittendae.> 更に別の論拠として挙げられるのは、姦通と同程度に重大な原因や同種のより重大な原因だけではなく、全く別の種類の原因も認めるべき旨主張する人々が多く、しかもその主張が荒唐無稽とまでは言えないという点であり、例えばレンネマヌス『ローマ=ゲルマン法学』第1部42章定理36のC及びDにそのような主張を見て取れる。その箇所ではレンネマヌスは次のように述べて姦通との異なる原因を認めている。すなわち、「今日、敬虔な当局ならば、既に述べたような仕方では、従来承認されてきた原因のみならず、別のより重大な原因や同程度に重大な原因によっても、状況に応じて離婚を認めるはずであり、婚姻の完遂後に自らの過失によらずに夫婦何れかに生じた錯乱や重病その他の不幸による場合がそうである」、と。ブルクネルス『婚姻事件判決集』第16章もこの見解に与しているものと思われる。そこでは正当な離婚原因について説明され、同様に多くの原因がみとめられているが、それらが姦通と同じ種類の原因なのか別なのかは特に区別されてはいない。このように、姦通と同じ性質を有していない別種の離婚原因を認めるか否かについては躊躇するのが常ではあるが、姦通と同種の原因についてそれをためらう者はいない。というのも、法学の基本原則や法文の趣旨から明らかな事柄は明文がなくとも承認されるべきであるから。また、キリストが「姦淫<ポルネイアース>」とのみ言明していることも我々にとって妨げにはならない。キリストは自らに向けられた異論に対して適切に答えようとしたのであり、既に述べたように、当時、以下に軽微であってもあらゆる離婚原因を認めるヒレリウス派と、姦通、つまり、夫婦の絆の完全な破壊をもたらすような重大な離婚原因のみを受け入れるスカマエウス派が存在していた。このようにスカマエウス派が不品行を正当な離婚原因と認めていたのであるから、キリストがこの見解を支持するが故に<ポルネイアース>に言及したのは明らかである【セルデヌス『ヘブライの妻について』第3巻第22章】。<何故キリストは姦通のみを除外したのか Cur Christus tantum exceperit adulterium?> 従って、キリストは、当時議論されていた主題、つまり、軽微な離婚原因について答えたのであって、離婚原因を特に姦通に制限しようとしたわけではない。確かに、当時のユダヤ人の間で殺害の企図が婚姻解消の原因とされていたわけではないけれども、そもそもそこで議論されていたのは、如何なる理由でも離婚できるのか、それとも、不品行だけが離婚をもたらすのかという点だけである。

29. <<ポルネイアース>という語の曖昧さ Ambiguitas vocis πορνείας.> <ポルネ

を背景に、「輕微であつてもあらゆる離婚原因を認めるヒレリウス派 *secta Hil-
leliana, quasvis, etiam levissimas, causas admittens*」に反対し、「夫婦の絆の完
全な破壊をもたらすような重大な離婚原因のみを受け入れるスカマエウス派
*secta Schammaeana, nonnisi graves et totalem dissolutionem vinculi conjugalis
inferentes causas respiciens*」に与する趣旨で、＜ボルネイアース＞に言及し
たのであって、「離婚原因を特に姦通に制限しようとしているわけではない
non unice divortia vult restringere ad adulterium」という離婚それ自体の正当化
に際して⁹⁰⁾提示された論拠がここでも繰り返され、更には、ジョン・セルデン
John Selden (1584-1654年) の『ユダヤの妻 *Uxor Ebraica*』(1646年) やヨハ
ネス・ブクストルフ Johannes Buxtorff (小ブクストルフ1599-1664年) の『婚
約及び離婚について *De sponsalibus et divortiis*』(1652年) といったヘブライ
学文献や、カノン法源上の対応語の一つ＜モエカティオー *moechatio*＞の用

イアース＞という語句の理解について、それが姦通乃至不法同衾という不法行為の
みを指すのか、聖書の他の箇所において不品行という用語で通常示されるような他の
重大な不法行為をも含意するのか、という点をめぐって依然として学識者に争いがある
という点も、上記のような見解を支える論拠として援用できるかも知れない。この
点については、セルデヌス『ヘブライ人の妻』第3巻第23、28、31章、ブクストル
フィウス『婚約及び離婚について』第2部128頁を参照せよ。教令集も＜ボルネイ
アース＞という語を非常に広く解しており、偶像崇拜をもそこに含めている程である。
グラティアヌス教令集第2部事例28問題1第5及び6節を参照せよ。しかし、私
はこの論争には触れることなく、喜んで文献学者の手に委ねることにしたい。特にゲ
ルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第606節を参照せよ。とはいえ、上記箇所で称賛
すべきゲルハルドゥスが述べている点、すなわち、ある罪は神法の規範や原則に反す
るが故に「神の掟の観点から見て」姦通よりも重大であるか少なくともこれと同等で
あり、また別の罪は婚姻の絆を断ち切るが故に「婚姻の観点から見て」姦通よりも重
大であるか同等であるという見解には賛同できる。しかし、ゲルハルドゥスによれば、
ここで問題となるのは、第一の意味での不法行為の重大性や同等性であつて、後
者の観点、つまり、婚姻生活との関係でのそれではないとされ、それ故、獣姦、男
色、近親相姦が例として言及されている。これに対して、我々は、先の区別を殺害企
図の場合に当てはめることにしたい。この場合、殺害の企図が婚姻生活という観点か
ら見て姦通と全く同様に重大な不法行為であり、婚姻の絆を必然的に破壊するもので
あることは先に述べたところからも明らかである。” (Continuatio, 286-288.)

90) II注54の3参照。

例⁹¹⁾に依拠して、＜ボルネイアース＞が、「姦通乃至不法な同衾 *adulterium vel concubitus illicitus*」のみならず、「聖書の他の箇所では不品行という用語で通常指示されるような他の重大な罪 *alia majora delicta, quae alias in scriptura Sacra vocabulo fornicationis denotari solent*」をも含意した可能性も併せて指摘されている。＜ボルネイアース＞の射程を測る基準として、「神の掟 *lex divina*」と「婚姻 *conjugium*」とを区別するゲアハルトの見解については、そのような視点の区別それ自体は評価しつつも、「神の掟の観点から見て姦通よりも重大であるか少なくともこれと同等な罪 *crimina adulterio graviora, vel saltim aequalia respectu legis divinae*」、例えば、「獣姦 *bestialitas*」、「男色 *sodomia*」、「近親相姦 *incestum*」等のみを姦通類似の離婚原因として認める結論には反対し、「婚姻の観点から見て姦通よりも重大な罪 *crimina adulterio graviora respectu conjugii*」に属する「殺害の企図」を離婚原因に加えるべき旨シュトリュークは主張する。ここには、聖書の教えと個々の信者の宗教生活との一致を標榜し当時ハレ大学神学部を拠点に台頭しつつあった敬虔主義の立場からのルター派正統主義の教理偏重に対する批判を読み取ることが可能である。

悪意の遺棄との比較衡量の視点も姦通の場合と同じく「夫婦の絆の破壊」に求められているが、ここでは、配偶者殺害の企図を悪意の遺棄の一類型をみならず既存の学説との接続が図られている⁹²⁾。まず、悪意の遺棄それ自体が正当な

91) C. 28, q. 1, c. 6.

92) “30. <姦通だけが婚姻の絆に反しているわけではないという主張が近時なされている *Ostenditur ulterius, non solum adulterium pugnare cum vinculo connubiali*.> 従ってまた、婚姻の絆に対する侵害は専ら姦通によってなされるかのように主張する人々の見解、ゲルハルドゥスもまたそのように限定しているように見えるが、そのような見解にも同調することはできない。むしろ婚姻の絆は別の仕方によっても侵害され解消される可能性があり、この点を適切に考慮したパウロは更に「悪意の遺棄」を認めている。キリストによって禁じられた姦通のために一般に主張されている論拠は全てパウロのために有効に援用することが可能である。従って、それらの論拠に何らかの誤りがあるとすれば、パウロが悪意の遺棄を理由とする離婚を認めたことも誤りであることになろう。しかし、師キリストにとって最大の代弁者たるパウロは言葉そのものよりもむしろその趣旨に着目していたので、＜ボルネイアース＞という語を婚姻に対して犯されるいわば主要な侵害行為のように解して、婚姻の絆を直接損なうような別の

侵害行為をもそこに含めることは容易であったし、「悪意の遺棄」もまた婚姻の目的に完全に反するが故にそのような侵害行為として挙げられたのである。〈殺害の企図は婚姻の目的に反する *Insidiae repugnant fini matrimonii*.〉そうであるとするならば、配偶者の生命を狙うことほど婚姻の目的に反することなどあるだろうか。神学者も法律家も、夫婦としての務めの頑なな拒絶が完全な婚姻解消をもたらし得ることを一致して認めている【ゲルハルドゥス前掲書第630節、ハウエマヌス『婚姻法概論』第3巻7章定理3、ニコライ『離婚論』第2部2章第53番、ブルクネルス、及び、この称賛すべき著者が『婚姻事件判決集』第17章18番で引用している人々】。このパウロの所説を殺害の企図には当てはめられない理由が何かあるだろうか。夫婦としての務めの拒絶と配偶者殺害の企図の何れがより重大だということか。

31. 〈殺害の企図は常に何らかの遺棄を伴うものと考えられる *Insidiae semper inferre videntur desertionem quandam*.〉以上のような考察によって私は「悪意の遺棄」から引き出されたもう一つの論拠へと導かれる。「悪意の遺棄」は、従来、婚姻の完全な解消の正当な原因と認められている。しかし、この悪意の遺棄を伴わずに配偶者殺害の企図が行われることなどあり得るだろうか。一方は「場所的」な遺棄を、他方は「場所的ではなく」むしろ心に由来する遺棄をそれぞれもたらす。夫婦としての務めの単なる拒絶のみならず、配偶者殺害の企図もまたこの悪意の遺棄に含まれることに疑問の余地はない。何れの場合にも同じ論拠が当てはまる。この論拠をブルクネルスが『婚姻事件判決集』において見事に論じている。彼が言うには、「パウルスは不信心ではなく婚姻の結びつきの軽率な放棄について論じている。従って、遺棄者とは、使徒が言うように、同居を受け入れない者、つまり、一体的な共同生活を根本的に破壊する者のことである」。そうであるとするならば、配偶者の殺害を企図する者以上に婚姻生活を忌み嫌う者がいるであろうか。毒薬を用意し与えることで夫の死を企図する妻以上に婚姻の絆を嫌う者などいるだろうか。この点については、私の『婚約不成立論』第5章第9節を参照せよ。その箇所では私は、グティエレジウス『カノン法問題集』第3巻24章がこのような論拠の有効性を認めている旨指摘しておいた。そのようなわけであるから、殺害の企図を悪意の遺棄と同視する法律家や神学者がまれではない。例えば、ブルクネルス前掲箇所第25節、フィリップス・メランクトン『神学要論』婚姻の項を参照せよ。ゲルハルドゥス『神学要論』婚姻の項第631節も確かにメランクトンの主張を援用してはいるが、それは留保付きで、同節末尾では、結局、「残忍さが全く矯正不能であり、遺棄と同視することも不当ではない場合」についてそのような必要性を不本意ながら認めている。称賛すべきゲルハルドゥスは、自らが引用するハルバルドゥス『婚姻論』93頁とほとんど変わらない仕方、この点について賢明な考察を巡らしているのである。彼は言う、「夫婦の一方が他方の殺害を企図し、あるいは、獅子の如く非人間的な残虐さで同様のことを計画し、警告にも従わない場合、愛情という当然の義務を否定する者は当局の権威に基づく処罰されるか、もしくは、更正と和解の時に至るまで別居を命じられるべきであり、また、頑強に非人間的振る舞いを続ける場合には、正当な怒りに促され憤怒にかられた相手方が、慈悲の心を打ち捨て、不当にもキリスト教徒としての使命に相応しくない行為に

離婚原因足り得ることについては、先の〈ボルネイアース〉の語義論がそのまま論拠となる。というのも、イエスの「最大の代弁者 *optimus interpres*」たるパウロにとって「〈ボルネイアース〉という語を婚姻に対して犯されるいわば主要な侵害行為のように解して、婚姻の絆を直接損なうような別の侵害行為をもそこに含めることは容易な業であった *facili negotio inferebat, sub voce πορνείας, tanquam delicto principaliori contra matrimonium commisso, contineri delicta alia, quibus directo et immediate vinculum matrimoniale laeditur*」からである。悪意の遺棄が正当な離婚原因である限り、「配偶者殺害の企図が悪意の遺棄に含まれる *ad desertionem malitiosam insidiae vitae alterius conjugis structae referuntur*」ことさえ論証できれば十分である。この点、シュトリュークは、「一体的な共同生活を根こそぎ破壊する者 *qui individuum vitae consuetudinem penitus abruptit*」を「遺棄者 *desertor*」とみなすヒエロニムス・ブルックナー *Hieronymus Bruckner* (1639-1693年) の見解に拠りつつ、配偶者殺害の企図は「場所的な遺棄 *localis desertio*」ではなく「心に由来する遺棄 *desertio, quae animorum est*」に当たり、しかも、同じ理由で一般に離婚原因と見なされている「夫婦の務めの頑なな拒絶 *pertinax debiti conjugalis denegatio*」よ

及ぶことのないように、そのような無責者をその耐え難い束縛から解放すべきである」、と。この点については、別書4巻19章「離婚について」第10節へのリンクウス氏の注解F、トマジウス氏の『神法学』第3巻3章64節以下、ブルクネルス『判決集』判決9問題10、ギスベルトゥス・ウォエティウス『教会統治論』第1部3巻論考1第3章3節問題10、ペーザ『婚姻取消及び離婚論』201頁を参照せよ。ペーザはその箇所と同様の振る舞いを、「ある者から離れ去ること、及び、強迫や暴力によってある者を追い払うこと」と表現している。以上の点を更に明白に指摘しているのはキッツェリウス『婚姻の理論的実務的概説』第8章定理6のI、249頁である。彼は言う、「これらの事例において、夫婦の全くの離別、つまり、完全な離婚を認めるべきと考えられるのは、例えば殺害の企図や虐待のような状況、それによって課される刑罰の内容、経過した時間等から、裁判官の裁量的判断に照らしても、当該の婚姻に和解や回復の望みがもはや残されてはならず、安心して生命の危険なく無責配偶者を有責配偶者の下に委ねておくことはできないように解される場合である。なぜなら、そのような場合、有責配偶者は、婚姻上の義務履行の拒絶、そして、身体の結合と一体的な共同生活の分離の故に、遺棄者と見なし得るからである」、と。(Continuatio, 288-290.)

りも遥かに重大である旨論じて、殺害の企図と悪意の遺棄とを同視する。ただし、悪意の遺棄の枠内で殺害の企図や虐待を考慮すること自体は、シュトリュークによる多数の文献引用からも明らかな通り、従来から行われていたことであり、シュトリュークの見解の目新しさは殺害の企図それ自体を離婚原因として位置づけたところにある。前述のブルンネマンの見解への言及が見られないのはその意味で非常に奇妙ではあるけれども、シュトリュークがブルンネマンと同じくグティエレスの見解、引いては、カノン法上の扱いに示唆を得たことは少なくとも確認できる。

最後に採り上げられているのは、通説が用意する「食卓と寝台の別離」という救済が配偶者殺害の企図という事態に相応しいか否かという点である⁹³⁾。カ

93) “32. <食卓と寝台の別離はこの場合無益な措置である *Separatio quoad thorum et mensam hoc casu est medium inidoneum*.> 「食卓と寝台の別離」という措置自体も、それがどれほど我々の教会において維持されているにせよ、むしろ完全な離婚を支える論拠となる。『婚約不成立論』第5章9節で既に述べた通り、妻に毒を盛られ命を狙われている夫は、この恩知らずな妻を扶養すべく義務づけられ、その間婚姻の支えなしに独り身のまま生きることを強いられることになる以上、そのような別居から利益を受けることはほとんどない。要するに、我々の教会の下では、一時的別居なるものは、有責配偶者が更生する望みが残されている場合にのみ維持され適用されるものなのである。〈担保の提供もこの場合不十分である *Cautio hoc casu insufficiens*.〉また、殺害が一旦企図されてしまった場合、果たして無責配偶者に元の配偶者の下に戻るよう勧めるべきかどうか大いに疑問である。それはとりわけ、担保の提供によっても無責配偶者が抱えている当然の畏怖を取り除くことはできず、人間は一方で主張しつつ他方で偽ることがよくあるからである。例えば、自分の夫に飽きて既に再婚を決意している妻が悔悛を装う結果、そのような偽りによって夫がその妻とよりを戻し元の同居を回復させられるということもあり得る。そのような場合、更なる殺害計画によって夫から逃れ、夫との食卓と寝台の別離中は望むべくもない再婚を達成する機会をその妻に与えることになるのは明らかである。それ故、別居はこの場合無益であり役に立たないというのは正しい。というのも、常に法律上の推定が殺害を企図する妻の妨げとなり、そのような推定によって一度有責となった妻は同種の不法行為について引き続き推定を受けるからである。被後見人を欺いて財産管理を行う後見人には、たとえ担保を提供するとしても、それ以後財産管理を委ねるべきではないとされるのも全く同じ理由である。というのも、法学提要1巻26章「疑わしい後見人及び保佐人について」第12節、学説彙纂26巻10章第5及び6法文、勅法彙纂2巻40章「如何なる事件において原状回復が不要か」第5法文によれば、そのような後見人の担保提

供は悪辣な企ての妨げにはならず、むしろ被後見人の財産に引き続き手を出す大義名分を与えることになるからである。我々が問題としているのが財産上の損失ではなく、そのような妻を依然婚姻関係を継続せねばならない夫が必ずや曝されることになる生命の危険である以上、担保の提供があったからといって、どうして夫に殺害を企図した妻との同居を強いることができようか。この点については、キッツェリウスが『婚姻の理論的実務的概説』第1巻8章定理6、250頁で次のようにはっきりと述べている。すなわち、「勅法彙纂9巻8章「大逆罪に関するユリウス法について」第5法文の文言を従えば、生が将来に渡る死罪にあたり死が救いとなるような婚姻関係の回復を、無責の者に強いるべきではない。なぜなら、有責配偶者によって殺害されてしまった無責配偶者を、有責配偶者によって提供されていった担保や、法的な補償乃至救済によって生き返らせることはできないし、欺罔や侮辱、更には無責配偶者に対する有責者の近親殺害の企てに鑑みれば、彼らに再婚を禁じて良心という落とし穴に押し込めることもできない云々」と。

33. <一般に殺人の計画だけでも罰せられていることを理由に犯罪それ自体から引き出されるもう一つの論拠 *Novum argumentum ex ipso delicto desumtum, quia etiam olim solum attentatum homicidium punitum.*> 更に、狡猾な妻によって犯された「罪それ自体」からもまた決して無視できない論拠を引き出すことができる。すなわち、配偶者殺害の企図を含む殺人の計画一般に正規刑が課されることは市民法上明らかである【勅法彙纂9巻16章「暗殺者に関するコルネリウス法」第7、8、9法文、学説彙纂48巻8章「暗殺者及び毒殺者に関するコルネリウス法」第1法文3節】。これは、配偶者の殺害を企図する者が、犯罪行為が遂げられなかったと認められる何らかの事情がない限り襲撃の準備や計画だけで略奪者と見なされる者ほとんど変わらないからである【ベトルス・ムレリウス『ストルウィウス法学要論注解』演習48定理50への注解C】。夫殺害を企む妻は、今日、非正規刑のみが適用されるようになっていても【カルプゾウィウス『新刑事実務』第1部問題2第54番】、殺人者そのものほとんど変わらないのであるから、婚姻の解消もまた認めるべきであろう。つまり、妻がそのような状況にある限り、婚姻の絆は既に断ち切られたと解されるのである。更に言えば、今日、非正規刑が課されても、鞭打ちの刑に留まる場合があり得ることに疑いの余地はない。そのような場合に、無責の夫が不誠実で悪辣な妻と共にいることを義務づけられるものとしても解すべきであろうか。あるいは、相手方の犯罪行為を理由に永久に独身のまま生きることを強いるべきであろうか。むしろこの場合は、刑罰が夫自身によって求められているのであり、夫の利益のために妻が罰せられるべきである。ブルクネルスは、『婚姻事件判決集』第15章21番において、妻が夫の殺害を企図した場合、及び、食事に毒を混入した場合の二つの事件についてこの点を認めている。つまり、そのような企みが成就されなかった場合には、毒を盛った者に対して永久の国外追放と鞭打ち刑が課され、夫との完全な離婚が命じられる一方で、夫には再婚が許されるのである。

34. <寝台と食卓の別離の適用範囲はあまり拡大すべきではない *Separatio quoad thorum et mensam non est dilatanda.*> 最後に次のような理由も付け加えることができ

トリック教会に由来するこの制度が、プロテスタント教会や宗教法院においても、絆の断絶に至らないいわゆる「部分的な離婚 *partiale divortium*」として存続し運用されていることは自明の事実であり、シュトリュークもその必要性を認めている⁹⁴⁾。しかし、この「部分的な離婚」は、「完全な離婚 *totale divortium*」に代替する永続的別居ではなく、「有責配偶者が更正する望みが依然残されている場合 *ubi adhuc spes superest, conjugem nocentem ad meliorem frugem rediturum*」にのみ適用されるべき「一時的別居 *separatio temporalis*」にすぎず、配偶者から命を狙われた者の救済手段としては不十分であった。というのも、「妻に毒を盛られ命を狙われている夫は、この恩知らずな妻を扶養すべく義務づけられ、その間婚姻の支えなしに独り身のまま生きを強いられることになる以上、そのような別居から利益を受けることはほとんどない *parum ex tali separatione commodi habere innocentem maritum, quem venenum praeparando propinandoque morti destinaverat uxor, si singratissimam adhuc alere teneretur, et ipse interim in coelibatu vivere sine ulla matrimonii adjunctrice compelleretur*」からである。また、それが「一時的別居」である以上、状況に応じて同居への復帰が促されることになり、同居回復時に無責配偶者の保護を目的に求められる「担保提供 *cautio*」も、殺害の企図という極端な事態の下では無益という他ない。ここで、シュトリュークは、後見人の財産管理との比較を通じて、担保提供の無益さを強調している。「被後見人を欺いて財産管理を行う後見人には、たとえ担保を提供するとしても、それ以後財産管理を委ね

る。すなわち、寝台及び食卓の別離は司教たちが空虚な論拠に基づいて考案したものにすぎない、と。そうである以上、そこから生じる不当な結果を回避するためにも、理由らしい理由に基づかないそのような措置は退けるべきである。教皇の創造物をルターがどのように解していたかは既に述べた。他の賢明な人々もこの点を見逃してはいない。裁判官は安易にこのような別居を許してはならないと解するのが全く適切であり、これは、ブラウウェルス『婚姻法論』第2巻29章第7番の表現を借りるならば、「キリストの身体たる夫婦が、断食と祈りに専心する以外に必要以上に長い間別れることで、誘惑する悪魔の企みに曝されないようにするため【第一コリント書7章5行】に他ならない。というのも、人間の本性は弱く、別居すれば情欲に陥るからである。」(Continuatio, 290-293.)

94) II 注61の64参照。

るべきではない *nequidem tutori, fraudulenter tutelam administranti, ulterior administratio concedenda est, etsi satis offerat*」とされるのは、担保の提供がcaえって「被後見人の財産に引き続き手を出す大義名分を与える *diutius grassandi in re familiari pupilli sui facultatem praestat*」との理由に基づくが⁹⁵⁾、「自分の夫に飽きて既に再婚を決意している妻 *uxor, quae pertaesa est sui mariti, et jam novas nuptias animo concepit*」の偽りの悔悛と担保の提供によって同居が回復された場合も、それが、「更なる殺害計画によって夫から逃れ、夫との食卓と寝台の別離中は望むべくもない再婚を達成する機会をその妻に与えることになるのは明らかである *certe nova occasio ipsi daretur, se per novas insidias liberandi a marito, et ita novas ambiendi nuptias, quas ambire non poterat, quamdiu tantum separata erat ab eo quoad thorum et mensam*」。しかも、ここでは単なる「財産上の損失 *dispendium fortunarum*」ではなく「生命の危険 *vitae periculum*」が迫っているのであるから、無責配偶者の救済は完全な離婚によって絆を断ち切ることで初めて達成できる。「夫殺害を企む妻 *insidiatrix uxor*」に対して裁判官の裁量に基づく「非正規刑 *extraordinaria poena*」として「鞭打ち *fustigatio*」や「国外追放 *relegatio*」を科す世俗裁判所の刑事実務も、以上の見解の妨げとはならない。そのような処罰によって、「不誠実で悪辣な妻と共にいること *sequi uxorem persidam et insidiatricem*」や「相手方の犯罪行為を理由に永久に独身のまま生きること *propter alterius delictum in perpetuo vivere coelibatu*」が「無責の夫 *maritus innocens*」に求められているわけではない。そうではなくてまさに「夫の利益のために妻が罰せられている *propter mariti favorem uxor punitur*」のであるから、宗教法院もまた、配偶者殺害を企図した者がたとえ生存中であっても、無責配偶者の利益のために完全な離婚と再婚を許容する必要がある。論証の末尾には、「教皇の創造物 *inventum Pontificium*」である別居の運用には慎重であるべき旨の指摘や、「人間の本性 *humana natura*」の弱さに鑑み夫婦の別居を戒めるパウロの教え⁹⁶⁾への言及も見

95) *Inst.* 1, 26, 12; *D.* 26, 10, 5-6; *C.* 2, 40, 5.

96) *1 Kor.* 7, 5.

られるが、これらは、別居一般に当てはまるものであって、殺害の企図を理由とする離婚を正当化する論拠としては弱い。離婚正当化における聖書解釈の役割はここに至って一層後退している。配偶者殺害の企図という離婚原因は、聖書を直接の典拠とすることなく、無責配偶者の利益保護という純粹に世俗的な観点からも論証可能であることがこうして示されたのである。

(完)