

《翻 訳》

シーモン・ファン・レーウエンの離婚論*

藤 田 貴 宏 (訳)

1. <婚姻は、配偶者何れかの死亡、寝台の別離、離婚、婚姻取消によって解消される *Matrimonium solvitur, morte alterutrius, aut thori separatione, per divortium, aut repudium.*> 婚姻は配偶者何れかの死亡によって当然に解消される【学説彙纂24巻2章「離婚及び婚姻取消について」第1法文】。しかし、離婚や婚姻取消によっても婚姻は解消され【上記第1法文】、寝台の別離も認められている。婚姻取消とは、正確には、婚姻が未だ完遂されていない場合に、婚約者間で行われるものであり、これについては本書第1巻11章「婚約について」において既に述べた。2. <離婚とは何か、そしてそれは如何にして行われるのか *Divortium quid, et quomodo fiat?*> 離婚は、完全に成就した婚姻関係が

* 以下は、シーモン・ファン・レーウエン Simon van Leeuwen (1626-1682年) の『法廷実務の理論的かつ実践的な査閲、すなわち、既に受容され通用しているローマ市民法全体の体系的集成、これによって、ローマ法上の論拠それ自身が、理性と真理による査閲に従って体系化されるだけでなく、実際の運用へと導かれ、その際には、勅令、判決、慣行、条例が、一般に通用しているもののみならず、キリスト教徒の個々の国、地域、属領のものに至るまで適宜参照される *Censura forensis theoretico-practica, id est totius juris civilis Romani, usque recepti, et practici methodica collatio, qua non tantum ipsa juris Romani fundamenta, ad rationis, et veritatis censuram, methodice transferuntur, interjectis constitutionibus, decisionibus, moribus, et statutis, non tantum generalioribus, verum etiam particularibus cujusque fere christianorum gentis, regionis, et provinciae*』第1部(1662年初版)の第1巻第15章「婚姻の解消、離婚、及び、婚姻取消について *De soluto matrimonio, divortiis, et repudiis*」の訳語である。訳出にあたっては、1678年にレイデン及びアムステルダムで公刊された版の62-68頁を底本とし、冒頭にまとめて掲げられている「概要 *summaria*」は各節に振り分けた。内容については、拙稿「別居から離婚へ—17世紀プロテスタント離婚法学—(2・完)」(獨協法学75号)のIVを参照されたい。

解消される仕方である【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第101及び191法文】。ただし、離婚は、一定の形式乃至方式に従って行われるのであって、単なる反対の合意や離婚希望者の意思によって成立するわけではなく【学説彙纂24巻2章第2、9、7法文】、しかも正当な原因が存在する限りにおいて認められる【勅法彙纂5巻17章「婚姻取消、及び、悪習懲戒訴訟の廃止について」第10及び11法文】。そして、現代の慣行もまた自らのやり方でこれを維持している。すなわち、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のである。

3. <正当な離婚原因とは何か Quae sint justae divertendi causae?> 正当な離婚原因は、1) 姦通、及び、2) 悪意の遺棄の二つに限られる【勅法彙纂5巻17章第7法文及び同第8法文2節】。市民法上離婚が許されるその他の原因は、勅法彙纂5巻17章第8法文及び新勅法第117勅法に列挙され、後者のものは前者の新勅法引用補足文に反映されているが、現代の慣行の下では認められていない。4. <寝台の別離は受け入れられるか否か、そしてそれは如何なる原因においてか Separatio thori, an, et ob quam causam recepta?> ただし、著しい虐待や耐え難い生活習慣を理由とする食卓と寝台の別離がしばしば認められているが、そこでは、和解への望みが常に保持され、婚姻の絆と権利が維持される【コワッルウィアス『婚姻論』第2部7章5節、サンチェス『婚姻論』第10巻17及び18章、グロティウス『ホラント法学入門』第1巻5章注解第26及び30番、ネオスタディウス『婚前合意論』考察7及び8、サンデ『フリースラント最高法院判決集』第2巻6章定義1、アンドレアス・ガイル『実務考察集』第1巻考察17第5番、ウルムセリウス『実務考察集』第47章考察21。更に詳しくは、カルプゾウィウス『宗教法院法学』第2巻12章定義212以下を参照】。

5. <不妊、性交不能、病気、不治の身体障害は、離婚や別居の原因となるか否か、なるとすればどの範囲においてか Sterilitas, impotentia, morbus, aut perpetuum corporis vitium, an, et quatenus divortii aut separationis causam praebeat?> 不妊、性交不能、治癒の見込みのない身体障害が離婚原因となり得るか否かも議論されている。これらは確かに真の離婚原因とは言えない。という

のも、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からであり、この場合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【論拠となるのは勅法彙纂5巻17章第10法文以下及び第10法文の新勅法引用補足文、学説彙纂23巻3章「嫁資の権利について」第39法文1節。カルプツォフ『宗法院法学』第2巻9章定義200第7番及び同定義201第6番、クリスティナエウス『実務問題集』第1巻判決338及び第5巻判決192】。ホラントの裁判所においても、1592年4月29日、マリア・ベケステイン対テオドルス・フレイク事件で、他の何か偶然の出来事のために明らかとなった証拠に基づきそのように判示された。この訴訟については、ペトルス・ボッレ『ネーデルラント史』第29巻の私の手元にある版の15頁や、更に最近では、『パペガーイ』と呼ばれる通俗の実務便覧の私の手元にある版の51頁以下、最新版では57頁以下で言及されている。この問題に関する手続のあり方もそこに詳しく述べられている。この点については更に、アウトゥムヌス『市民法のフランス的査閲』勅法彙纂5巻17章第10法文への査閲、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章も参照せよ。

これに対して、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。既に婚約した者が性交能力を奪われたり、その種の身体的虚弱が生じるあり方は確かに様々ではあるが、それが自然的な原因によるものであれ、あるいは、フランスのほぼ全土で問題となり馬鹿げてはいるけれども頻繁に生じているような外部からもたらされる人為的な麻痺状態であれ、それを口実に夫婦としての義務を免れることは決してできない。なお、後者のような問題がドイツにおいても頻発している旨、カルプツォウィウス『宗法院法学』第2巻9章定義202第8番で指摘されている。また、経験上、ある時期不妊であったとしても、その後妊娠し出産することがあり得ることは明らかである。更に、婚姻成立後に配偶者に生じた錯乱その他の障害や疾病についても同様に解するべきであり、それらの障害や疾病は、夫婦の信頼と結合に照らせば、甘受されねばならない。というのも、学説彙纂1巻

6章「自権者及び他権者について」第8法文及び同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べきか」第22法文7節でウルピアヌスが述べている通り、夫婦が互いの運命や偶然の事変を等しく分かち合い、喜びと共に悲しみをも受け入れることほど、人間らしい情愛に溢れ、また、分離不可能な夫婦の結合にとって相応しいことはないからである。実際、前掲勅法彙纂5巻17章第8法文や新勅法第117勅法には、病気も錯乱も離婚原因として挙げられてない。そして、この点は、そのような原因による夫婦の別居をはっきりと否認しているカノン法とも一致する【グラティアヌス教令集2部事例33問題1第1及び2節、同事例32問題7第25及び26節、別書4巻8章「らい病者の婚姻について」第1及び2節、同箇所へのパノルミタヌス注釈】。なお、ベウスティウス『婚姻論』第2部9及び10章、ヘニングウス・アルニサエウス『婚姻法論』第6章9節6番も参照せよ。

6. <姦淫乃至姦通が主たる離婚原因である Fornicatio, sive sdulterium, praecipua divortii causa est.> 従って、姦淫乃至姦通が主たる離婚原因であり、夫は妻の姦通を理由に民事上の訴権に基づいて寝台の別離または婚姻関係の断絶を主張し求めることができる【別書1巻38章「訴訟代理人について」第5節、同4巻19章「離婚について」第4及び5節】。反対に、妻もまた姦通を犯した夫に対して同じ理由で、離婚、つまり、婚姻の解消を請求することができる【グラティアヌス教令集2部事例32問題1第3節及び4節末尾、別書4巻19章第2節、勅法彙纂5巻17章第8法文2節】。

7. <無責配偶者は他の者と再び婚姻を結ぶことができるか否か An pars innocens cum alio iterum nuptias contrahere possit? 教皇派は否定 Pontificii negant. ホラント、フランス、及び、ドイツにおけるプロテスタントは肯定 In Hollandia, Gallia, et Germania Reformati affirmant.> 姦通のために婚姻が解消された場合、無責配偶者が他の者と再び婚姻を締結できるか否かが問題となる。確かに、先のトリエント公会議ではそのようなことは罪であると定められ、教皇は今日でもこれを遵守している【サンチェス『婚姻秘蹟論争集』第10巻論争2、クリスティナエウス『実務問題集』第3巻判決138第3番、グデリヌス『最新法論』第1巻10章】。他方、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。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8及び9章、バーザ『離婚論』、アメシウス『良心事項論』第5巻38章問題2を参照せよ。なお、ジュネーヴ市教会規則第145及び146条もこの点を明確に規定しているし、ほとんどの離婚判決でその旨付言されている。ドイツにおいても同じであることは、スクネイデウィヌス『法学提要1巻10章「婚姻について」注釈』離婚の項第35番、ヨアキムス・ベウスティウス『婚姻論』第2部24章、カルプゾウィウス『宗法院法学』第2巻11章定義190に述べられている。ただし、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れ以降は離婚の申立が受理されることはない。論拠なる法文は勅法彙纂9巻9章「姦通と不品行に関するユリウス法について」第2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40法文及び第13法文10節である。なお、ア・サンデ『フリースラント最高法院判決集』第2巻6章判決1も参照せよ。

8. <姦通を犯した側に離婚後の再婚は許されるか *Utrum et parti adulterae novae post divortium concedantur nuptiae?* カノン法学者は否定 *Canonistae neg.* プロテスタントは区別の上で肯定 *Reformati affirmant distinguendo.*> 更に難しいのは、有責配偶者乃至姦通者にも同じように再婚が認められるべきか否かである。カノン法学者はこれを否定しており、姦通を理由に婚姻が解消された場合、有責配偶者に再婚する資格が与えられることは決してないというのが彼らの立場である【別書2巻23章「推定について」第12節、グラティアヌス教令集2部事例32問題7第19、20、21、23節】。しかし、宗教改革を支持する者は、[無責配偶者の場合との] 区別を前提に、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、姦通者にも再婚を認めている。この点については、バーザ『離婚論』、リッテルスフシウス『市民法カノン法相違集』第2巻9章末尾、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。また、ドイツの神学者や宗教法院判事によっても以上のよう
に解されている旨、カルプゾウィウス『宗教法院法学』第2巻11章定義191
は述べており、我が国においても同様の実務が定着していることは、グロエネ
ウエギウス『廃止法文論』勅法彙纂5巻17章第9法文への注解第5番で証明さ
れている。

9. <姦通の被害者に如何なる償いが為されるべきか Quae sit adulterii poena
parti laesae applicanda?> 夫婦関係の断絶によって、姦通を犯した妻の側に嫁
資の喪失が生じ、その嫁資は夫に帰属する【勅法彙纂5巻17章第8法文】。た
だし、夫が姦通者である場合【学説彙纂24巻3章第39法文】、あるいは、妻が
夫の同意や取り持ちで姦通を犯した場合【同第47法文】はその限りではない。
また、姦通を犯した夫は、婚姻故の贈与と、結納金についてはその三分の一を
喪失し、妻への嫁資の返還を義務づけられる【勅法彙纂5巻17章第8法文2節
の新勅法引用補足文】。他方、嫁資も婚姻故の贈与も行われていない場合、姦
通を犯した夫乃至妻は、全資産の四分の一を、子がない場合には被害者たる相
手方のために取り除け、子のある場合にはその子等のために維持し、償いとし
て引き渡すべく強制される【勅法彙纂5巻17章第11法文】。この点は現代の償
行によっても変更されていない【ウェーセンベキウス『法学提要注解』4巻18
章「刑事裁判について」第4節注解、ポエルス『判決集』判決338第2番、ダ
ムホウドゥス『刑事実務』第91章、ヨアンネス・クリスティネウス『婚姻法論
集』第5論文問題5】。また、コレルス『ドイツ判決集』第1部判決175末尾、
ダニエル・モレルス『ザクセン選帝侯勅令注解』第4部勅令21第3番、ベルリ
キウス『実務解決集』第4部結論19第19番の証言によれば、これはザクセン法
とも一致する。

10. <婚姻締結前に犯された不品行乃至姦淫によっても同じように離婚が認
められるか否か An propter stuprum sive fornicationem ante contractum matri-
monium commissum, aequè divortium admittatur? 区別の上で肯定 distinguendo
affirmant.> 婚姻中に犯された文字通りの姦通による離婚については以上の通
りである。それでは、婚姻完遂前に為された不品行や姦淫については如何に解
するべきであろうか。このような不品行や姦淫によっても婚姻は無効となるの

か否かが問題となる。この問いに対しては、[姦通との] 区別は当然として、以下の通り答えることができる。すなわち、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、と。この場合、婚姻は、寝台のみならず絆に関しても解消され、夫は別の妻を娶る資格が与えられ、汚れた妻も他の男、特に姦淫相手との婚姻を許される。以上については、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、ヨアキムス・ア・ベウスティウス『婚姻法論』第2部34章、カルプゾウィウス『裁判法学』第4部勅令20定義12、同『宗教法院法学』第2巻11章定義193以下に詳しく論じられている。なお学説彙纂48巻5章第13法文10節にも注意せよ。とはいえ、夫が、婚姻前に他の男によって汚されていた妻に、そのような姦淫について知りつつ、夫婦としての義務を果たした場合には、先に論じた姦通の黙示の許容の場合と同様に、妻の過ちを許したものと解され、カルプゾウィウス『宗教法院法学』第2巻11章定義197もまさにこの点を指摘している。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。なぜなら、悪意によって締結された契約は当然に無効となるからである【学説彙纂4巻3章「悪意について」第7法文1節】。他方、夫が夫婦の交わり以前に犯された姦淫について告発された場合には、妻がそれを理由に夫と別れる権利を取得することはない。というのも、女の不品行は男のそれよりも遥かに嫌悪に値し、また、女には男と比べ一層の貞潔さが求められており、しかも、妻が他人の子を身ごもるというような過ちは家族に著しい恥辱をもたらすからである【学説彙纂48巻5章第6法文1節及び第34法文1節、ウェーセンベキウス『学説彙纂パラティトラ』48巻5章注解第4番以下】。

11. <姦通による離婚の場合と同じ罰が科されるべきか否か An eadem, quae divortii, ob adulterium poena? 区別される distinguent.> それでは、処女と思い込んで汚れた女を娶ったという性質の錯誤故に婚姻が終了した場合にも、妻は、姦通を犯した夫や妻に対して科される旨先に述べたものと同様の罰、すなわち嫁資の喪失という罰を受けるのであろうか。カルプゾウィウス『宗教法院

法学』第2巻11章定義199はこれを明確に否定する。その理由は、この場合、婚姻は、実際に存在しておらず、あたかも最初から成立していなかったかのように取り消されるのであるし、婚姻締結前の行為を理由に姦通の訴えが許されるということもあり得ないので、そのような罰が適用される余地もないというものである。その上で、カルプゾウィウスは、婚姻前の不品行を理由に婚姻が解消された事件で、持参した全資産を、婚姻故の贈与の二分の一と共に、妻に返還すべき旨主張し、ライプチヒの参審人たちもそのように判示した旨述べている。しかし、このような問題に関しては、夫との婚約前に他の男と通じて妊娠した後に、婚姻し婚礼を挙げた妻と、婚約を祝った後に汚され他の男と通じた妻とを区別すべきものと考ええる。つまり、前者の場合には、姦通について訴えることは決してできず、その意味で、カルプゾウィウスの上記判断は全く以て正当であると思われるが、後者の場合には、婚約者にも姦通が生ずる以上、先に姦通による嫁資の喪失について述べた点が全て当てはまると解すべきなのである【クラルス『通説集』第5巻姦通の節第9番】。ヨアキムス・シェブリッツ『ブランデンブルク選帝侯勅令注解』第1部2章問題1も、ヘニンギウス『離婚論』及びヨアキムス・ベウスティウス『婚姻論』に従って、この見解を詳しく論じている。

12. <悪意の遺棄を理由に婚姻は解消されるべきか否か、できるとすればそれは如何なる限度においてか *An et quatenus propter malitiosam desertionem, matrimonium solvatur.*> 離婚乃至婚姻取消の第二の原因は悪意の遺棄であり、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。実際、市民法によれば、婚約した女は婚約相手を旅行中の三年間待ち続けるべく義務づけられており、それが経過して初めて婚約から解放され、再度婚姻を結ぶことが許される【勅法彙纂5巻17章第7法文】。また、不在中の夫の消息について四年間知らせを受け取っていない妻は、一定の手続を経た上で自由に他の者と婚姻することができ、上記期間は最終的に十年に引き延ばされた【新勅法第22勅法14章】。これらの点は、意図的でしかも悪意に満ちた不在、すなわち、ある者が、正当な理由ややむを得ない理由によって配偶者の下を離れることを余儀

なくされたのではなく、怠惰や悪意その他の必要でも適切でもない理由に促されて、配偶者の下に帰る気もないまま放浪するというような場合にのみ当てはまると解すべきである。なぜなら、夫が従軍中であつたり、必要に基づいて長期の旅に赴いている場合には、それが何年に渡ろうとも、そしてまた、その夫から返信を受け取らなかったとしても、妻は耐え忍ばねばならない【学説彙纂23巻1章「婚約について」第17法文、上記勅法彙纂5巻17章第7法文の新勅法引用補足文、新勅法第117勅法11章、別書4巻1章第19章】。この点については、クヤキウス『考察と修正』第16巻考察35、スクネイドウィヌス『法学提要1巻10章』離婚の表題注解第38及び41番、アルニサエウス『婚姻法論』第6章7節を参照せよ。夫が仕事のために旅に出たりあるいは従軍して長期間不在で、既に死亡したものと思われ、しかもそれが妻によって何らかの仕方で証明されたために、遂に妻が再婚の許可を得たところ、最初の夫が帰還したというような事件がかつて起こったけれども、やはり上記のよう根拠に基づいて、妻は再婚相手の元を離れ、帰還した最初の夫と同居すべく判示された。ただし、『パベガーイ』60頁も参照せよ。

そこには、妻が十年に渡る夫の不在を理由に再婚を許されたところ、間もなく帰還した最初の夫が、自らも別の妻を迎える目的で、ホラント州裁判所から最初の婚姻について取消の判決を得たとある。なお、ネーデルラント連邦共和国の諸州は、この部分に関しても新勅法における最後期の法から離れている【連邦及び連邦直轄領における婚姻令】。そこでは、五年間の不在期間について旧法が援用されており、オーフェルエイセルの慣行はこれを裏付けている【オーフェルエイセル州法第2部1章第18条】。なお、遺棄が十分な離婚原因となるという点はいずれにせよ受け入れられている。この点は、ヨアキムス・ベウスティウス『婚姻法論』第2部26章「しかし我々は云々」の行、パウルス・キューブラエウス『婚姻法論』第1部13章77節10番その他に続いて、カルプゾウィウス『宗法院法学』第2巻11章定義192、ベーザ『離婚論』遺棄の項、ヘンリクス・ブラウウェルス『婚姻法論』第2巻18章12番が述べている通りである。

13. 如何なる順序及び手続が遵守され、如何にして不在の遺棄者に判決が

下されるべきか *Quis ordo, qualis processus, et quomodo condemnandus absens desertor?* フランス、ドイツ、及び、ネーデルラントそれぞれの場合 *In Gallia, Germania, et Belgio remissive.*〉 といえ、あくまで遺棄に関する適法な裁判を経た場合に限り、判決をもって婚姻が解消され、無責配偶者に再婚が許可されるにすぎない【スクネイドウィヌス前掲書離婚の表題注解第46番、ヨアキムス・ベウスティウス前掲書第2部27章】。ところが、その場合に如何なる期間、順序、手続が遵守されるべきか、そしてまた、遺棄者が如何なる方法で何度召喚され、更には不在者に対して如何にして判決を下すべきかについて、見解の一致はほとんどみられない。この問題についてはジュネーヴ市教会規則の規定がよく知られており、フランスでは多くの場合これに従っている。ドイツの慣行については、カルプゾウィウス前掲定義192、ヨアキムス・ベウスティウス『婚姻論』第27章以下、バシリウス・モネルス『婚姻論』第8章に多少の言及がある。また、アンドレアス・リプスキウス『ポーランド王国実務考察集』第2集考察25第4番も参照せよ。しかし、この点に関する内容が最良最善の形で規定されているのは、プロイセン公国法第2巻4及び5条の以下の部分である。「まず現在者間において、互いを顧みず同居を避けていた夫婦の一方が和解と同居を求めているにもかかわらず、相手方が悪意をもって正当な理由無くそれを拒絶する場合、拒絶する者は判決をもって同居を義務づけられ、もしその者が強情にも判決に従わない場合には、富裕者乃至資産家であれば、まずは担保を提供させ、最終的には投獄その他の相応の刑罰をもって同居を強制されるものとする。これも不首尾に終わったならば、無責配偶者には通常の訴訟手続が許され、相手方が頑迷にも態度を変えない場合には、その手続の下、和解と同居を求めている無責の配偶者には再婚の資格が付与され、強情な相手方は公国外に追放されるものとする。他方、不在者間において、ある者が妻と子をその意に反して正当な理由無く遺棄し、彼らに対して長期に渡り全く音沙汰無く、自らの帰還について知らせない場合、あるいは、彼らに生活の援助を提供しない場合には、その者は、公に掲示されるか教会の祭壇前で告知される命令によって召喚され、予め定められた期間内に帰宅するか、もしくは、自らの不在について正当な理由を明らかにせねばならず、これら何れかが為されな

い場合には、その者は公国から追放され、遺棄された配偶者には再婚が許されるものとする云々」。ここから次のような明確な結論が引き出される。すなわち、適法な遺棄訴訟が提起された場合、配偶者に対する正当な召喚と告知が前もって行われている限り、判決をもって婚姻は解消されるとともに他の者との再婚が許され、たとえ遺棄者が帰還したとしても、その再婚が破棄されることは決してないし、必要でも正当でもない理由で不在である遺棄者が正式に召喚されたにも関わらず出頭せず、しかも、被遺棄者が当局の権威と同意の下に再婚した場合、帰還者が被遺棄者を取り戻すべく訴えたとしても、聞き入れる必要はなく、むしろ処罰され国外に追放されるべきなのである。カルプゾウイウス前掲定義192第17番もザクセンの法廷での同趣旨の判決について言及している。論拠となり得る法文は学説彙纂48巻5章第11法文12節である。ところで、帰還した遺棄者が自らの不在について何らかの理由を申し立て、しかも、遺棄訴訟や遺棄者に対する公的な召喚を予め経ることなく再婚が為されていた場合には、その再婚は取り消されねばならず、妻は再婚相手の下を離れて帰還した前の夫との同居を強いられ、その間に生まれた子からも離れて、父〔である再婚相手〕がその子等を引き取り養育すべく義務づけられる【上記プロイセン公国法第2巻5条45節】。ネーデルラントでは以上の問題について明白な定めはないが、同様乃至類似の仕方で行うのが最も道理に適っている。実際、ほぼ同様に仕方で、三乃至四回の命令を経て、1662年10月2日付けでレイデン当局によって、ヤン・コルネリス・ファン・アウドスホーム・エイスヘルと遺棄された妻カタリーナ・スハークの現在者間の婚姻が解消され、後者に再婚が許された。

14. <遺棄者もまた他の者との再婚を許されるか否か An et deserens, ad secundas cum alio nuptias admittatur? 区別した上で肯定 distinguendo affirmant.> 遺棄された側については以上の通りであるが、遺棄者は他の者との再婚を許されるべきであろうか。この点、姦通者に再婚が許される場合について既に述べたのと同じ限度において許されるべきものと解される。それはすなわち、被遺棄者が既に再婚してしまった場合に限られるということである。これに対して、被遺棄者が依然として独身であって、和解の望みが残されている場

合には、婚姻の絆それ自体が解消されるとは決して解されない。この場合には、財産の共有が依然として継続し、その二分の一が被遺棄者によって取得される旨、セビアの最高法院によって判示されたと、ゴメジウス・レオニウス『スペイン王国判決集』第1巻が述べている。この事件では、ある男が、妻同然の外国人の女と長い放浪の後、一万五千ドゥカーテンを越える資産を築いたが、その二分の一が元々の妻に引き渡された。

15. <遺棄者に対する制裁は姦通者の場合と同じか否か An eadem desertionis quae adulterii poena?> 更に、悪意の遺棄による婚姻の解消が夫婦の絆にまで及ぶ場合には、悪意の遺棄者は配偶者の相続から廃除されるとともに、本来であれば制定法や慣習法あるいはまた嫁資に関する合意によって取得することになるもの全てを失う。なぜなら、婚姻を解消するに十分な理由は、嫁資や法律による留保分の喪失を導くにも十分であるから。この点は、学説彙纂24巻3章第10法文1節へのバルトルスの注釈の冒頭箇所を手掛かりに、ベルリキウス『実務解決集』第3部解決36第14番が正に指摘している通りである。しかも、配偶者に先立たれた者に財産の一部を分与する旨の制定法や嫁資合意には、ザクセン選帝侯アウグストの勅法第2部16条から明らかなように、「配偶者がその務めを果たし夫婦としての信頼を維持する限り」という黙示の条件が内在している。ペトルス・ヘイギウス『市民法及びザクセン法問題集』第2部問題33第42番は、この勅令を根拠に、上記のような扱いがザクセン法の下で承認されている旨主張している。また、アムステルダムの参審人も、1650年6月末日に判示されたマティア・ファン・ヘルウェンとアルノルト・ファン・エイクの事件において、これに従っている。そこでは、妻の悪意の遺棄を理由に、夫婦の絆の完全な断絶と再婚する資格が夫に認められた上で、妻は被遺棄者たる夫から受け取った婚姻上の贈与物や利益を、婚姻費用の二分の一とともに返還すべき旨宣告された。更に、ザクセン法【ザクセン選帝侯勅令第3部26条】によれば、それらのものは相続人に継承される。その勅令の文言によれば、夫婦の一方が他方を悪意で遺棄し、あるいは、重病で寝たきりの相手や瀕死の相手を放置し、裁判官が、事件の審理の結果、それらを十分な離婚原因と認定した場合には、死亡した側の資産の内、嫁資に関する合意、制定法や慣習法、あるい

は、市民法上、生存している側に付与されるべきははずのものは、その者ではなく、死亡者の相続人に、もちろん彼らがそれを申し立てる限りにおいてではあるが、帰属するものとされる。本勅令については、ダニエル・モレルス [『ザクセン選帝侯勅令注解』] を参照せよ。

16. <離婚によって婚姻が解消された場合、子の養育は誰が担い、誰の手に子を委ねるべきか *Dissoluto per divortium matrimonio, ad quem liberorum educatio pertineat, et cui committantur?*> 未だ生存中の夫婦において婚姻が解消された場合、子の養育は両親がその資質や能力に応じて担う【別書4巻7章「姦通によって汚した女を娶った者について」第5節、グロティウス『ホラント法学入門』第3巻35章20番、クリスティナエウス『メヘレン市法注解』第18章6条、スルドゥス『扶養論』第1章問題14第4番】。しかし実際のところ、子の家名や監督を誰の手に委ねられるべきかは裁判官の裁量である。裁判官は、子が男であれば父親に女であれば母親に委ねることは多いが、勅法彙纂5巻24章「離婚が為された場合に子は誰の下に引き取られ養育されるべきか」第1法文の標準注釈に依拠して、養育すべき全ての子を性別とは無関係に父親もしくは母親に委ねることもある【メノキウス『裁判官裁量論』事例168】。とはいえ、父親よりも母親の方が養育に相応しいのは確かである。というのも、母親の愛情は他のあらゆる影響に優っているし、法も母親以外の者に子の養育を委ねようとはしないはずであり【学説彙纂27巻2章「子はどこで養育されあるいは引き取られるべきか、及び、子に提供されるべき養育料について」第1法文】、その上、幼い子を実の母親から引き離すのは残酷で、子の養育から母親を排除する者は、人間の本性それ自体に反するものと考えられるからである【マイナルドゥス『判決集』第6巻判決50、アントニウス・ファベル『ファベルの勅法彙纂』5巻30章「子はどこで養育されるべきか」、ペレジウス『勅法彙纂講解』5巻49章注解】。また、アンナエウス・ロベルトゥス『判決考察集』第1巻9章、クリスティナエウス『メヘレン市法注解』第18章8条、サンデ『フリースラント最高法院判決集』第2巻6章判決1、コーレン『助言集』助言5及び17が、そのような趣旨の判決について言及している。

17. <食卓と寝台の別離をもって婚姻が解消されると解するのは正当か否か

An per mensae et thori separationem conjugium dissolvi recte dicatur?〉次に扱うのは、教皇派の人々によって考案された寝台と食卓の別離である。これは広い意味での離婚には含まれるが、実際には離婚とは言えない。というのも、それによって婚姻が解消されるわけでは決してなく、寝台及び食卓の一時的な別離が和解の期待の下に行われるにすぎないからである。実際、夫婦が別居していても、その間婚姻関係は依然として存続するとされる【学説彙纂25巻2章「移動物訴権」第15法文】。そのような事態が執政官職に就いた者において生じた旨法文には書かれており【学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第32法文13節】、夫婦としての体面を保っている限り婚姻は存続するのである【同節】。また、不和を永続化する意図で為されたのではない限り真の意味での離婚とは言えない【学説彙纂24巻2章第3法文】。以上の点については、コワッルウィアス『婚約及び婚姻論』第2部7章5節1番、ネオスタディウス『婚姻前合意論』考察8、サンデ『フリースラント最高法院判決集』第2巻6章判決1を参照せよ。

18. 〈それは如何なる場合に認められるのか Quando admittatur?〉このような一時的な別居は、和解への持続的な期待の下に企図されるものであるから、離婚よりも容易であり、一般には、夫婦の双方あるいは一方による虐待、殺害の企図、絶え間ない争い、欺罔等を理由に言い渡される。そしてこれは、あらゆるカノン法学者の一致した見解でもある。例えば、著しい虐待や耐え難い習性に恐れおののく相手方に十分な安全が確保できないならば、同居に関してのみ婚姻が解消されるのである。典拠となるのは、別書2巻13章「奪取物の返還請求について」第13節末尾及び第8節、同2巻6章「争点未決定の場合には証人受入や確定判決へと手続を進めるべきではないこと」第1節、そして、最後の法文にみえる「妻が自ら夫の嫌疑を申し立てたのである以上」という一節に関する標準注釈及び諸博士の見解である。ドゥアレヌス『離婚論』やグデリヌス『最新法論』第1巻10章によれば、同様の事例において我々が依拠できるのも以上のようなカノン法に限られる。更に、如何なる虐待が正当な別居原因となるかについては、ザンキウス『婚姻秘蹟討論集』第10巻討論18が詳しく論じている。

19. <食卓と寝台の別離をもって婚姻が解消されると解するのは正当か否か An per mensae et thori separationem conjugium dissolvi recte dicatur?> このように食卓と寝台の別離が真の離婚ではないにも関わらず、それによって夫婦の絆それ自体を解消できるのであろうか。夫婦間において寝台と食卓の別離が為されても、夫は婚姻上の義務や妻に対する生活費の提供から解放されることはないというのが諸博士の一致した見解である。例えば、プロスベル・ファリナキウス『刑事実務』第4部16章問題143第136番、コワツルウィアス『婚約及び婚姻論』第2部7章5節第3番、カルプゾウィウス『裁判法学』第3部勅法26定義18がそのように詳しく述べている。ただし、そのような扱いは夫の過ち故に別居が行われた場合に限定されるべきである。なぜなら、もし妻が自らの過ち故に別居しているのならば、夫からの扶養を求めることはできないはずであるから。これは、ヨアキムス・ベウスティウス『婚姻法論』第2部9章が、勅法彙纂2巻18章「事務管理について」第13法文へのバルドゥスの注釈に従って、正に指摘している通りである。また、別居に際して夫が妻にその持参財産を返還したか、あるいは、妻が資産の分割によって生活に十分な財産を得られた場合にも、夫は何も義務づけられることはない。なぜなら、[別居において]夫が妻に対して義務づけられるのは扶養のみであるから【学説彙纂37巻9章「占有付与された子とその管理人について」第1法文19節、同37巻10章「カルボニウスの告示について」第5法文3節】。一方、そのような財産が存在しない場合や不十分な場合には、たとえ嫁資を持参しなかったとしても、妻を扶養するに十分なだけの援助を義務づけられる【学説彙纂11巻7章「宗教関連物、葬儀費用、及び、葬儀方式について」第28法文】。この点については、スルドゥス『扶養論』第1章問題12第11番を参照せよ。更に、ザクセン選帝侯領の最高宗教法院での同趣旨の判決について、カルプゾウィウス『宗教法院法学』第2巻12章定義214、同『裁判法学』第3部勅法26定義15及び16が言及している。

20. <死亡によって婚姻が解消された場合、財産の分離乃至分割は如何にして為されるべきか Matrimonio per mortem dissoluto, quomodo separatio et divisio bonorum facienda? 慣行上遵守されるべき事柄は何か Et quid moribus

obtainat.> 以上に対して、死亡によって婚姻が解消された場合は、如何にして財産の分離乃至分割が為されるべきか見ておく必要がある。周知の通りローマ法によれば、財産であれ行為であれ家父から提供される自家由来の嫁資は婚姻の解消によって再び家父に復帰するものとされており【学説彙纂24巻3章第4法文】、贈与ではなく一時的な貸与と見なすべきである。コワツルウィアス『問題解決集』第3巻19章3番、グティエレス『婚姻実務問題集』第2巻問題125第2番が適切にもそのように述べている。ただし、特約によって妻に帰属すべき場合や嫁資を相続する子が存在する場合はこの限りではない。後者の場合、夫に嫁資を提供した者が夫から子へと嫁資が移転されるよう望んでいるものと擬制乃至想定するか（このように解しているのは、ウェーセンベキウス『学説彙纂パラティトラ』24巻3章注解第5番、ブロンホルスト『エナンティオパノイ』第3集11章、アントニウス・ファベル『市民法推測集』第1巻16章であり、テサウルス『ピエモンテ神聖顧問会新判決集』判決190はこのような観方が実務に受け入れられている旨述べているし、学説彙纂36巻3章「遺贈や信託遺贈の維持の為に担保が提供されるべきこと」第18法文1節もそのような趣旨に理解することもできる）、もしくは単純に、その子らを母親の権利や遺産の相続人とみなすかの何れかであるが、後者の見解が正当である。なぜなら、孫たちは祖父を相続しようとするならば取得した嫁資を持ち戻す義務があるから【勅法彙纂6巻20章「財産持戻について」第19法文】。また、この見解は慣行にも一致する。つまり、自家由来の嫁資が、子があるにも関わらず、その子らを排して家父に復帰するというようなことは今日の慣行に明らかに反しており、たとえそのような特約があったとしても自然的衡平に反するが故に効力を失うのである。

一方、外来の嫁資は、家父が自らに返還されるとの間答契約を結んでいた場合と同じく、家父に帰属するとされる【勅法彙纂5巻13章「妻の財産訴権と問答契約訴権の融合について」第1法文13節、同5巻18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べきか」第11法文】。しかし、我々の慣行や慣習法によれば、夫婦のあらゆる財産は婚姻によって両者の共有となる。つまり、何か婚姻前の合意によって別の者に要約されていたか、あるいは、

家父自身のものとして留保されていた場合を除いて、婚姻時に持参されまたは婚姻後に生じたものが嫁資の権利に基づいて家父に移転することはないし、また、合意によって要約されているものを除いて何かが家父の相続人に移転することもなく(移転する場合については上記参照)、全ての財産は、特約があるならばそれに従い、そうでない場合には等しく二分の一に分割される。その結果、婚姻解消時の妻の財産は婚姻の実態に応じて確保され、嫁資の保証を要約されていた妻は、財産が豊かであれば利得をともなった十分な嫁資を取り戻し、財産が無ければ嫁資も取り戻せないということになる。このように、学説彙纂24巻3章第6及び7法文に基づき取得されあるいはされ得る利得をめぐって学識者の間で様々に議論されている点は無益であり、そうである以上、嫁資として提供された財産からの支出分あるいは浪費分を妻やその相続人に返還する必要はなく、夫が婚姻中に嫁資から支出したものは全て、たとえそれが妻の意に反しているとしても、その有益無益を問わず、夫婦双方のために支出されたものと見なされるべきであり、夫婦双方の損害として消失するのである【ネオスタディウス『婚姻前合意論』考察20末尾】。ただし、何らかの有益な支出があり、婚姻解消の時点でその支出による嫁資の増加が明らかな場合はこの限りではない【論拠となるのは学説彙纂30章「遺贈及び信託遺贈について」第58法文】。アントウェルペン市条例第41章67条にはその旨明確に規定されている。

ところで、約束された嫁資や婚姻故の贈与が婚姻に際して提供されなかった場合であっても、それらに基づく利益を婚姻中に得られなかった場合と同様に、財産の分割乃至分離に際して考慮され、その全ての額を利息や利益と共に共有物として持ち戻さねばならない【ペキウス『夫婦間遺言論』第2巻4章、グロティウス『ホラント法学入門』第2巻12章、ネオスタディウス『婚姻前合意論』考察11及び14】。