

離婚過失者の賠償責任・続

岩 垂 肇

1 有責配偶者の離婚権と私の立場

婚姻生活の客観的破綻があつても、それに主として原因を与えた者の離婚請求権を認めるべきかどうかにつき判例は一部下級裁判所の判決を除き終始否定的態度を示しており、学説も積極、消極両説が対立している。私の立場はこれまでに本誌その他に明らかにした如く判例の消極的破綻説に賛成することはできないが、いわゆる積極的破綻説とも完全に一致するものではない。私は民法770条は完全な破綻主義にたつものとみており（その理論的根拠は本誌13号までに詳述）、いやしくも客観的破綻が存し円満な婚姻生活への復歸の期待可能性がない場合には婚姻の各当事者に離婚権が発生するものと解すべきであるとする立場をとるものであり、この点に関する限りいわゆる積極的破綻説といえよう。しかし成立した離婚権の行使も決して無制限であることは許されず、それが具体的に権利濫用に当たるとみ得られる場合にはその請求は排斥せられるのは当然である。したがつて主たる有責配偶者の離婚請求の事案は、その多くの場合権利濫用の法理によりその請求は認容されないであろう。しかし有責配偶者の離婚請求のすべての事案において、その請求が常に必ずしも信義に反し、権利濫用に該るとは限らないとおもう。換言すれば、その離婚請求を棄却して、すでに実質を失い形骸と化した婚姻の継続を当事者に強制することが反つて個人の尊厳、婚姻の倫理性に反し権利の濫用に該るとみられる場合には主たる有責配偶者の離婚の請求も認容せらるべきであると考え（この点か積極的破綻説の立場とことなる）。要するに主たる有責配偶者の離婚訴権の行使が具体的に権利濫用に該らない限り裁判所はその者の離婚請求を認容すべきである（岩垂・家族法大系第3巻150—150頁、同・文理学部紀要11.12.13号参照）。例えば被告（夫）は自己の責に帰すべからざる事由により外地に抑留生活を続けて帰還の時期も不明、婚家も実家も頼りにならず幼子をかかえて生活と苦闘する妻が、職を求めれば不安定で誘惑の多い進駐軍勤務しか得られない情况下で已むを得ずなした事実上の再婚により被告（夫）との婚姻生活の実質が完全に破壊されているような事案（東京地判・昭和29.8.13は有責配偶者による離婚請求として棄却）において、原告（妻）の行為は法律上婚姻義務の違反であり婚姻道徳にも悖るものであるから、主たる有責配偶者が原告であるがこの請求を権利の濫用とみることはできないであろう。もつともこの場合当該婚姻の破綻は不可抗力によるものであつて本権は無責配偶者による離婚請求という法律構成によつて離婚を認容することも或いは可能であろう（中川善之助教授・「ソ連抑留中の夫への離婚請求事件」ジュリスト 68号2頁以下はそれか）。しかし私は本件を有責配偶者の離婚請求という理論構成をとりつつ、しかもこの請求を認容すべきものとする（岩垂・本誌13号103頁以下、同・契約法大系第3巻前掲論文参照）

2 離婚の許否と離婚給付

とにかく私は有責配偶者の離婚請求を必ずしも排斥すべきものではないという解釈論をとるものであり、その場合原告の有責は離婚権成立の消長にかかわらしむべきではなく、離婚効果の面において斟酌せらるべき事項とする立場（岩垂・本誌10.11.12.13号参照）から前号に

において離婚給付と離婚原因の有責性との関係について若干の実証的考察をこころみたのであるが、本稿は前号につづくものである。(昭和40. 8. 12記)

イギリスに於ては、離婚(又は婚姻無効)に際し、裁判所は相当と認めるときは、夫に付し、夫婦各々の財産収入・社会的地位・双方の行動及び何れが子を監護するか等緒般の事情を考慮し、その適当(reasonable)と認める金額を一時金(gross sum)又は妻の生涯を越えない期間の年収(annuity)を妻(夫の精神病を離婚原因とする場合は夫)のために保全(secure)すべきことを命ずる(order)ことができ(イギリス婚姻事件法—The Matrimonial Causes Act, 1950 § 19ⅢⅣ)又裁判所はこの保全命令に代え、又はこれに附加して夫婦の生存中その適当と認める金額を妻の扶養及び扶助(maintenance and support)のための週払又は月払すべきことを命ずることもできる(同法 § 19Ⅱ)³³⁾。これが、いわゆる離婚扶養—永久扶養料—(permanent maintenance³⁴⁾である。

右のほか、離婚の訴が提起された場合、裁判所は正当(just)と認める扶助料(alimony pendente lite, alimony pending suit)を訴訟継続中妻のために支払うべき中間命令(interim order)を夫に対して発することができる(同法 § 19Ⅰ)³⁵⁾。なお裁判所は、当事者双方の収入の増減・妻の不貞、その他総ての事情を考慮して(同法 § 28Ⅲ参照)これら扶助料・扶養料に関する命令を取消し、変更し、一時的にその条項を留保し、又はこのように留保された条項に効力を復活をさせることができる(同法 § 28Ⅰ)。

離婚扶養(permanent maintenance)や別居扶養(permanent alimony)は普通法上の責任に基いて、妻の扶養のために夫により支払われるべき一身専属的の給付であるから、これが権利の譲渡・放棄は許されず、またこれらは妻の free property でないから、妻の債権者による差押もゆるされない。

扶養命令の決定に当つては当事者の収入・資力・能力(働いて収入を得べき)其他諸般の事情を参酌すべきこと前述の通りであつて、妻が独立した職業を有し、生活に充分な収入があるか、又は夫が無収入、又は収入が僅かであるときは扶養命令は発せられない。³⁶⁾

しかし、イギリスに於ける婦人の経済的地位の著しい向上にも拘らず、特別の例外を除いては、原則として有責の夫は扶養料の軽減又は免責のため妻に働いて自己の収入を得べきであることを主張することはできないとされる。³⁷⁾又、妻が離婚原因に対し有責(不貞)である場合は、妻を扶養すべき普通法上の夫の義務は終了する。³⁸⁾したがつて離婚扶養(permanent maintenance)又は別居扶助(permanent alimony)の申立以前における妻の不貞事実が明かにされたときは、原則として裁判所はその申立を却下しなければならない。しかし、夫が離婚(又は別居)訴訟の原告である場合には(夫の主張する妻の不貞の事実が認められて離婚又は別居が許されるときでも)裁判所は夫が有責(不貞・扶養懈怠・虐待)であるときは、夫に対して扶養命令を発することができる。即ち、原告(夫)の過失—裁量の棄却原因 discretionary bars—が被告(妻)に対する離婚請求権の消長に影響を及ぼさない場合においても、それは離婚の効果たる扶養義務の点に影響する。この場合、双方の過失は相殺されて、結局普通法上の夫の扶養義務が残ることになる。

扶養料の判決の修正・変更については、当該判決中に「独身の間」(“dum sola”)並に「貞潔の間」(“dum casta”)の句が挿入してあるか否かにより異なる。

夫に不行跡があり、妻が無責の場合には妻は絶対的に扶養料を与えられるのであり「独身にして貞潔の間」“*dum sola et casta vixerit*”の句は挿入されない。之に反して夫が無責で妻が有責(姦通)のために離婚をえたときは右の句を挿入することが必要であり、普通挿入する。右の句が挿入された場合に其後妻に不貞の行為があれば妻は扶養料を失う。

要するにイギリスに於ける離婚(又は別居)訴訟においても配偶者の有責は、扶養義務又は扶養請求権の消長に影響を及ぼし得るものである。しかし、親の有責は子供の扶養料についての命令に影響するものでない。従つて、妻の有責(不貞)による妻が離婚せられ、同時に妻の提起した扶養命令の申立が却下されたときでも、妻に子の監護権が与えられる場合は、子の扶養料(21才まで)についての命令を新に求めることができる。

扶養命令により支払われるべき扶養料の未払残金(arrears)は Debtors Act, 1869 における debt due であつて judgement summons 等の方法によつて取立てられるが、夫が未払残金を残して死亡したときには、妻は夫の遺産からその金額を回復しえない。⁴⁰⁾

アメリカに於ては、夫婦間の扶養義務は、婚姻中のみならず、離婚又は配偶者の死亡後にまで延長されるとの観点から、別居又は離婚に際してそれぞれ別居扶養(separate maintenance)又は離婚扶養(alimony)が、又夫の死亡により寡婦遺留産(dower)(夫の遺産に対する妻の終身用役権)が認められている。離婚扶養の本質は右のごとく婚姻中における夫の妻に対する扶養義務である(アメリカでは婚姻中は夫が妻を扶養する義務を負うことは、各州に於て認められた法理である。⁴¹⁾そしてその根拠を普通法(Common law)における夫婦財産関係の法理に求めるのが通説である。⁴²⁾が、何故に離婚後の妻に対してまで之を延長すべきであるか、それについては、妻が夫から扶養を受ける権利をいわれなく失われしめられたことに対する損害補償であるとする見解が一般に承認されている。したがつて、その根拠は、不法行為(tort)理論にも、⁴³⁾婚姻契約違反(breach of marriage contract)の理論にもよらない特殊なものとされている。⁴⁴⁾

alimony は古くイギリスの教会裁判所にその起源を有し、卓床離婚中(during a divorce a mensa et thoro)又は別居中(during separation)に妻を扶養するために裁判上与えられる手当(allowance)を意味したが、アメリカ法では、裁判離婚に際して定期的(permanent)又は一時的(temporary)に与えられる扶養料(provision or allowance)にまでその語義を拡張し、更に16法域に於ては男女平等の見地から扶養を要する貧困な夫(needy husband)に対して裕福な妻から支払われる場合にも alimony と呼んでいる。

一時的扶養料(temporary alimony; alimony pendente lite)は離婚訴訟繫属中夫が妻を扶養するため(少数の州では妻から夫に対して)支払うべきことを命ぜられる金額で妻の有責・無責(guilty or innocent)にかかわらず与えられるのであるが、時には妻の弁護士の費用(counsel fees)其他の訴訟費用(cost)も含まれる。一時的離婚扶養料はその目的からして、妻がその特有財産によつて生活を維持することができる場合には与えられぬ。またそれは訴訟係属中支払われるものであるが、裁判所の事情変更権により増減が認められる。

終身別居手当(離婚扶助料) permanent alimony の本質は先に述べた如く妻を扶養すべき普通法上の夫の婚姻上の義務の代償(substitute)又は変更で、一時的扶助料の場合と同様に裁判所の裁量により与えられる。その確定は必ず離婚判決の中に於てなされなければならないとされる。⁴⁵⁾イギリスの教会裁判所は有責(不行跡)の妻や、生活援助を必要としない妻に

対しては alimony を与えなかつた。アメリカで二三法域が有責の妻に対する alimony の規定を欠いているのは、寺院法に従つたものと思われる。なお、無責の配偶者に与える旨規定するもの（2法域）、妻が離婚をえたときに与えると規定するもの（6法域）、夫が有責の場合のみ（9法域）与えると規定するなどさまざまである。

制定法とは別に一般原則としては、婚姻上有責（非行又は不行跡）の妻には permanent alimony は与えられない。妻の姦通、夫に対する虐待（cruelty）、夫に対する遺棄（desertion）、妻の大酒（habitual drunken）、妻の淫乱などは扶養料を喪失するものとさる。

Permanent alimony の本質が扶養義務の代償又は変形であるが、一面において、それが、いわゆる夫の有責行為により消滅させられたことに対する妻の補償請求という観念が含まれていると解される以上妻が離婚原因に対して有責のときは、permanent alimony は拒否されるのは首肯されることであり、この一般原則はアメリカ各州の判例に於て認められている。

しかし、有責の妻にも alimony を与える正当な理由があると考えられる特別の事情があるときは、之を拒否すべきではないとされる。制定法で有責の妻にも alimony を与えることを許すものが七法域、妻の姦通の場合のみ拒否するものが二法域、離婚判決には常に之を認めるものが一法域。

一般に有責の妻でも彼女が離婚後生活困窮に陥ることが予見されるときは alimony を与うべきだとの見解が有力化しつつある。それは、偕老同穴の契を結んだ以上、困窮した一方に対する扶養義務を他方に負担させるべきで、仮令、有責であるにせよ、無資力な配偶者の餓死を傍観させておくべきではないとの観点から、離婚原因の有責の問題の穿さくを止揚して、一方配偶者の必要度と他方配偶者の扶養能力を比較考慮することにより alimony の問題を決しようと主張する。「離婚は決して刑罰や損害賠償の理論と結びつけてはならない」というのである。（かかる理論から妻に生活能力が充分あるときは、無責の者でも alimony を与えるを要しない旨を規定するものが7法域ある。）

しかし、「離婚（それ自体）は決して刑罰や損害賠償の理論と結びつけて考えてはならない」からこそ、離婚に対する有責の問題は離婚の効果（扶養もその一つ）において取上げざるを得ない。従つて右の主張と雖も、離婚原因の有責、無責を全然無視することは衡平の観念が之を許さないであろう。alimony は夫の扶養義務をその本質とするものであつて、純然たる債務不履行ないし不法行為（tort）⁵⁰⁾による損害賠償たる性質を有するものでないから妻の死亡により妻の離婚扶養料は消滅し、又夫の死亡により当然消滅し相続されぬ。alimony は妻の再婚については制定法に規定のない限り当然に消滅する理論的根拠はない（註・イギリスの離婚裁判所は条件として屢々妻が「独身にして貞潔なる間」“dum sola et casta vixerit” 或は単に「独身の間」“dum casta” なる句を判決に挿入する）。けだし再婚によつて妻が必ずしも新夫から充分な扶養を受けられるとは限らないからである。判例も当然には消滅しないとするのが大勢である。もつとも、判決された離婚の手当が夫の財産に対する妻の権利の代り（substitute for or in lieu of）として、即ち財産分与としてなされたときは妻の再婚は右扶養料に何等の影響も与えない。また判例は屢々離婚扶養料（permanent alimony）の額を総計払（a sum in gross）で与えられたときは、その性質は生活の扶養費というよりは、むしろ財産分与（division of property）とみなすことができるから、それが分割払の場合でも妻が死亡したときはその残額について権利は相続人によつて執行可能としている。⁵¹⁾

また alimony の扶養的本質からして、夫の死亡により妻の離婚扶養料は消滅すると解さ

れる。⁵⁴⁾

定期的支払の alimony が夫又は妻の生存中に限られるとの原則に対する例外とし注意すべきは当事者の合意の存在である。もとより離婚を誘発するような離婚扶養料の合意は無効であるが離婚扶養料に関するすべての合意が無効ではない(例えば正当な離婚原因があり、なんらの圧迫、詐欺がなく夫婦間に将来離婚判決があつた場合の公正妥当な扶養料の額、支払方法の約定は有効とされる)⁵⁵⁾から、その有効な範囲で定期的支払の離婚扶養料の期間を夫の死亡後にまで延長する合意は有効である。もつともかかる有効な合意は裁判所に於て承認され、且離婚判決の中で示されることを要する。⁵⁷⁾

離婚扶養料が判決によつて確定された後に於て、事情の変更によつて裁判所は之に変更、修正を加えることができるかどうか。裁判所が離婚扶養料を決定する離婚判決の中にかかる留保がなされていなく、しかも州法に裁判所の変更権を認める規定の存しない場合が問題である。多数説は之を消極的に解している。⁵⁸⁾しかし、離婚後の妻の著しい非行が裁判所の裁量権発動の原因とならないか否かは問題であり、一般的には既に婚姻関係の完全に断絶した当事者の一方は社会に対しては模範的な生活を送るべき義務を負うのは格別、他方に対して特別このような義務を負うものではないとして、この場合にも裁判所に扶養料変更権はないと解されているが、⁵⁹⁾しかし、夫の扶養料支払がその肉体的、精神的労働による収益からなされている場合には、裁判所は衡平法上の権限を行使して、離婚扶養料の変更をなし得るべきものとした判例が注目される。(もつとも妻の非行が夫の過失が共同原因となつている場合には変更の申立は拒絶される。たとえば夫の財産が殆んど妻から得たものであるか、又は共同の労苦によつて得たものであるのに夫が離婚扶養料の支払を怠つたために妻の生活困難に陥り、ついに妻の不行跡となつた場合の如きである。)⁶¹⁾

まことに、いわれなき離婚によつて夫より扶養を受ける権利を奪われた妻に対して、その対価として、夫の額に汗する労働力による生活の保障を受けることを許容する衡平法の精神は、その反面妻に対しても放じうにして怠惰な生活を許さないのは、衡平法上の原則の一つ、⁶²⁾いわゆる清らかな手(clean hands)の法理の適用を示すものである。

別居手当は離婚をして gold-digger の機会を与え、離婚増加の傾向を強めるとの反対意見があるが、最近の調査では現在の離婚の90%以上は別居手当の請求をしていない。僅かに9%が之を請求し、6%がこれを与えられているにすぎない。⁶³⁾

以上述べた如く、アメリカの離婚扶養の本質は婚姻中の夫の妻に対する扶養義務の代償もしくは変形であるが、その決定に当つては、額および方法についてさまざまな問題があり、考慮せらるべき事項も多岐にわたるのである。妻の有責の有無、婚姻中妻が夫の財産の形成に寄与した程度その他が斟酌され、たとえ離婚原因に有責な妻に対しても、夫の財産の形成に与つて力あつた場合に離婚扶養料の請求が認められ、さらに又離婚扶養料支払の方法が定期払の方法(これは昔のイギリスの教会裁判所の別居の場合の alimony に影響をうけたものといわれる)を採りつつも、次第に特定財産の分与ないしは全額一時払の方法を認めるに至つたことは、離婚扶養料の性質が一面において財産分与(division of property)の傾向に変化しつつあるものとして注目されている。⁶⁴⁾しかし、いかに離婚扶養料の財産分与化が行われても alimony における扶養義務の代償という本質は今後も保有せらるべく、したがつて又離婚原因に対する婚姻当事者の過失の有無や大小はその決定に当つて斟酌される重要な要素たる地位を失わないであらう。

アメリカ法の財産分与と離婚過失の関係について一言附加する。

アメリカに於ては夫婦の婚姻中の財産関係は大體夫婦対等の別産制であるが各法域により必ずしも同一でなくかなり複雑である。即ち、現在11法域は (Community property (共同財産制)) を採つており、その他の法域では夫婦は Tenants in common (共有者) か joint tenants か、あるいは tenants by the entirety (含有者) として財産を保有する。また婚姻締結に際し、妻又は第三者が夫に対し、婚姻生活費用の軽減の目的をもつて嫁資 (dowry, dos, dot すなわち財産の出捐をなすことがある。

いずれにせよ、婚姻関係が円満に営まれている間は夫婦の財産関係がどうであろうとたいした問題ではないが、一旦婚姻関係が破壊され、離婚となると婚姻中の夫婦の財産関係の清算と調整、すなわち、財産分与 (division of property, distribution of property) が必要となる。裁判所が財産分与を命ずるに当り、「分与に関係する一切の事情が考慮せられるのであるが、⁶⁵⁾離婚原因に対する当事者の過失の有無と所在は考慮さるべき事項となるかどうか。

アメリカに於ては、有責の事情は財産分与の参考資料にはなりうるが、それ自体決定的意味をもつものではないようである。又裁判所は必ずしも離婚を得た勝訴の当事者を有利にすることを要求されない。ある州の制定法では当時者が婚姻中共同の努力や稼ぎで得た財産は一方配偶者の有責や離婚が何れの配偶者のために与えられたかの点に拘泥せず⁶⁶⁾に衡平に分与すべきであると規定している。かかることは、離婚扶養や、離婚過失に対する損害賠償と區別された意味における「財産分与」本来の性格からは正当というべきであろう。

しかし、或制定法では姦通又は重大な虐待以外の事由が離婚原因の場合は、夫婦共同財産 (community property) は衡平に分配すべく、離婚原因が姦通又は重大な虐待の場合は、無責の配偶者に右の財産の二分の一以上を分与すべきであるというのが原則となつている。また制定法の規定から有責配偶者は相手方の財産における総ての利害を失うとの判決も⁶⁵⁾適当とされる。これらのことは、離婚原因一特に重大なる婚姻道德の違反を離婚事由とする一に対する有責を離婚の認否においてではなく、離婚効果に於て調整せんとする考に基くものであつて、「財産分与」に本来の財産分与の性質のほか⁶⁶⁾に無責配偶者の慰籍・損害賠償・生活扶養などの性質をも含ませるとすればこれまた首肯されうることである。

中国の新婚姻法 (1950年5月1日公布施行) は、離婚効果についての規定の眼目を、離婚婦と夫婦間に生れた子の保護においている。離婚のとき家庭財産は双方の協議によつて処分し、双方の協議で調わないときは人民法院の判決で決め (23条)、共同生活によつて負つた債務は共同生活中に得た財産で返済する。もし返済しきれないときは男が返済する (25条)。

離婚後の生活扶養については、協議が調わないときは人民法院が判決する (25条)。晋漂冀辺離婚条例においては判決によつて離婚 (これは、夫婦の感情意思の根本的不一致による婚姻破綻の無責原因のほか、重婚・姦通その他の有責の離婚原因を列挙していたが、中国新婚姻法は離婚原因を一切規定せず、無因の協議離婚及び無因の裁判離婚である) した妻の救済について、夫の側に離婚原因に対し有責事由があると否とを問わず無過失責任主義が採られている。しかしその無過失責任も「妻に過失のないこと」を要件とする。これは離婚原因に有責な場合のみでなく、無責な場合をも含むとした以上、扶養義務についても無過失責任主義を採つたのは当然であるが、さりとて相手方の過失の有無をも問わないまでに、絶対的過失主義を採るまでには至つていなかった。無因離婚を認めた新婚姻法も無過失責任主義を採用していること勿

論であるが、その場合相手方(妻)の無過失が要件であるか否かについて直接明記するところはないが、これを無視するものと解することは衡平の原則が許さないであろう。

以上述べた如く、諸外国の立法における離婚による無過失配偶者の救済につき、過失配偶者の扶養義務を(又ドイツ民法・スイス民法・ソヴィエト民法及び中華国民民法において一定の場合に無過失の扶養義務を)認め、その履行方法は原則的に定期金給付による。その扶養の法理は離婚による将来の期待利益(離婚がなかったならば相手配偶者から受けたであろう利益)の喪失の補償を本旨とされるようである(もつともフランスの判例の理論は少しく異つているようであることについては既に述べた)。

これに対しては或は離婚後にまで婚姻関係の存在を前提とする扶養義務を認めることの当否、或は、婚姻関係の消滅後なお扶養関係で永く結びつけ交渉をさせておくことは離婚の本旨に反し、当事者の紛争を継続せしめる禍根となり、又その程度如何によつては離婚の自由を阻む結果となる虞れがないとはいえないとの非難が可能であろう⁶⁷⁾。

しかし、諸国の立法傾向は右のごとくである以上、もはや問題は離婚後の扶養義務を認めるべきか否かではなく、配偶者の過失を扶養義務の絶対要件とすべきか否かである。

離婚原因について有責主義が緩和して目的主義又は破綻主義に立つ離婚原因が採用されるに及んで、後者の離婚原因に因る離婚については無過失的な扶養義務が認められている。

(例えば、前記ドイツ婚姻法第69条2項、その他スイス民法・ソヴィエト民法など)。離婚制度の目的が婚姻破綻から当事者を救済することにあるとされ、離婚原因が次第に拡大され完全なる無責離婚原因主義又は破綻主義が採用される現今の離婚法制に調和させるためには離婚配偶者の扶養義務についても扶養義務者の過失の有無を論ぜず、ある一定の制限のもとに無過失責任主義を採用すべきものと考えられる。かつて、わが民法親族編改正要綱第16が離婚原因において無責主義・相対主義を採用したのに対応して同改正要綱第17が離婚配偶者の扶養義務につき無過失責任主義を採用したのは極めて妥当であり、又現行民法における財産分与の請求に無過失の扶養義務を含ましめ得べきことは当然といわなければならない。もとより無過失の扶養義務を認めることは決して離婚原因に対する過失責任(不法行為を構成する場合はもちろんのこと)を排斥するものではない。否、むしろ離婚原因について無過失主義・破綻主義を採用すればこそ、離婚原因に対して有責な配偶者の過失を離婚効果たる扶養義務の面に於て有責主義は強調せられなければならない。離婚それ自身は決して過失(婚姻義務違反)に対する制裁ではない(たとえ離婚原因について有責主義を採る立法の下においても然り)。これに対する制裁は、離婚後の扶養義務において過失責任主義を採用すること、その他の離婚効果によつてのみ実現され得るものである。

従つて、離婚原因における無責主義・目的主義・破綻主義は離婚後の扶養における有責主義(過失責任主義)を決して不要ならしめるものではない。

されば離婚配偶者の扶養義務に関しては無過失責任主義と過失責任主義とを適当に併用すべきものと信ずる(離婚による窮乏者の救済方法として、その者に過失の有無も問わず、他方に扶養義務を負わせる絶対的無過失責任主義は認むべきでない。これは国家の行う公的扶助においてのみ可能なことである)。即ち、有責配偶者は離婚原因の如何に拘らず、相手方の離婚に因る損害を賠償・慰藉する責任を負うべく(双方有責の場合、主たる有責配偶者の責任を特に重くすべく)無過失を条件として扶養の義務に任ぜしむべきである。されば前者(過失責任主義)においてドイ

ツ法が、双方が有責で、しかも何れの一方も主として有責でないときは、自ら扶養し得ない配偶者に対し、其の扶養義務、厳格には「扶養の分担」義務を認めることができ（婚姻法68条）、更に、主として、又は単独に有責な配偶者には特に重い扶養義務を認めている（同法66条）のは正当である。後者（無過失の扶養責任主義）については、同法は精神病その他特殊な離婚原因（ドイツ民法1853条・婚姻法69条2項）のほか無過失責任主義が認められるに至っていないのは、同法の離婚法が、未だ無責主義・破綻主義を採用するに至っていないことに基因するものである（但し、1946年法第61条及び1952年親族法改正法案第1580条2項はすべての離婚原因について離婚請求者に無過失の扶養義務を認めている。これは目的主義・破綻主義の強化の傾向に依するものである）。その意味で、離婚原因につき完全に目的主義・破綻主義に立つソヴィエト法が離婚後の扶養についても、無過失責任主義を採っているのは当然である。しかもソヴィエト法に於ても、離婚過失者（相手の労働無能力に対し責任を有する配偶者）の不法行為による損害賠償義務を否認するものではないことは既に述べたとおりである。

要するに、離婚それ自体が制裁でない（特に目的主義・破綻主義において然り）以上離婚原因に対し、有責な配偶者の責任は離婚の認否（離婚権の存否）に拘らしむべきではなく、離婚の効果（離婚後の扶養の権利・義務や子の監護権など）において斟酌されるべきである。そしてこの事は主たる有責配偶者が離婚請求者であるときと雖もその取扱を別にする理由はないといわなければならない（離婚が認定される限り）。

わが民法の財産分与制度（民768条・771条）が、夫婦の協力による実質的共有財産の清算の思想を中核としつつも、なお離婚後の扶養をも含むものと解せられるのである（拙稿・本誌12号157頁以下に詳論）以上、その扶養義務については、右の原則が適用せらるべきは当然であると考える。すなわち財産分与請求権から全く過失責任主義を排斥してしまうことは、これに少くとも扶養請求権を含ませて解釈する限りは不当である（拙稿・前掲159頁参照）。

離婚配偶者の扶養義務について以上述べたところは裁判離婚の場合のみならず、わがくにの協議離婚についてもその理を異にすべきではない。既に旧法時代、形式上は協議無責離婚であつても、その実質が男性の専横的有責離婚の場合には、裁判上有責離婚の場合に準じて賠償請求を認めるべきであると有力な学者によつて強調されていた。

離婚給付の意義を広く解するとき、離婚過失（有責）が離婚効果たる離婚給付に影響を与えずにはおかないことは、わがくにの法制史についてもこれを窺うことができる。以下にその概観を試みよう。

わが離婚法における離婚給付の史的概観

わがくに上代においては大宝律令にいわゆる「七出三不去」の制度があつて、無子・淫泆（みだらなこと）・不事舅姑・口舌（おしやべり）・窃盜・妬忌（嫉妬深いこと）・悪疾のいずれかの事由があれば夫は一方的に棄妻できたのであるが、右の七箇の棄妻原因のうち、悪疾を除くほかはすべて妻の有責とみられるにかかわらず、なお妻に持参財産を返還すべきものとされていた（このことは、「三不出」のうち「無子・淫泆・口舌」即ち、実家がなくなつていて扶養すべきものがない場合は「7出」の事由が存しても棄妻できなかつたこととともに、当時の棄妻ですら制裁の意味を全く有しないものであつたことを窺う一資料となるであろう）。

中世に於ては、離婚の事を通例「離別」とよび、離別の権は夫にあり、妻を離婚することを妻を「去る」とか「暇をやる」とか「暇をくれる」・「棄捐」（御成敗式目第21条）などと云

つたのであつて、此時代には棄妻主義は一層強化され、夫は正当な理由がなくともただ「暇の印」として「去状」—これは再婚許可証でもあつた—を渡すのみで妻を「離婚」することができた⁷¹⁾。離婚に際して、夫は妻に「持参金諸道具相返」すと共に妻に与えた財産、特に所領を放棄(妻はそのまま保持しうる)せねばならなかつた。しかし、妻に重科(重大な過失⁷²⁾)がある場合は、妻は夫から譲られた所領を知行し得ない(夫が之を悔返し得る)ものとした。即ち、妻の過失の有無は、その財産関係に影響を与えたのである。

更にも、妻家将来の所領については、前夫離別の際、父より譲られた所領をもつて後夫に嫁しており、また婚姻前に養父より譲られた所領をもつて嫁した場合、離別された後においても、之を「知行」されるべき旨の判決がみえているところから、通例妻は離別の場合将来の所領を持返ることができたようである。ただ妻に重科があつて離別された場合については不明とされている⁷³⁾。

また、動産についても、離別された妻は、夫の家にあるものを何でも手に持てるだけ実家に持返ることの出来ると云う慣習が鎌倉時代より近世初頭まで汎く行われていたことは、さきにも述べたが、これも妻の無責を前提としたもので科(有責)をもつて離別された場合はかかる慣習は適用されなかつたものと推測される⁷⁴⁾。

近世に入つても、棄妻主義が行われ、離別に際し妻は衣類鏡台等の諸道具は持参財産たる婚姻中取得にかかるものたるを問わず、すべてこれを保持し得た。しかるに妻の持参金および、持参田畑は原則として夫の所有に帰したが、これも妻が無責の場合は夫は之を返還しなければならなかつた。

以上の概観を通じてわれわれが知りうることは、明治31年旧民法が施行されるまで、わが国の離婚は上代・中世・近世を通じて男子専権の離婚—棄妻—であり、夫が自己の一方的意思によつて「妻を去る」ことであつた。(そして此の棄妻は旧法以来廃止され、一応夫婦相互主義の離婚法となつたのであるけれども、実際には之は協議離婚の形式に拠つて残存し、現在なおかかる思想は、人々の意識の上に相当根強く行われていると云える)。

しかも、かかる棄妻は破綻した婚姻生活の苦痛(たとえそれが夫の恣意に因るものであるにせよ)から夫が解放されるためのものであつて、決してそれは妻の制裁や懲罰を意味するものでなかつたことは、「妻を去る」とか「暇をやる」・「暇をくれる」という言葉の示すとおりである。そして、もし離婚扶養が問題になるとすれば、当時の社会機構から当然それは妻の扶養についてであるが、それに関して、何等の規定なり、慣習の存した形跡のみられないのは、封建的思想に基く棄妻主義の結果であろうか。

しかし、当時の社会と雖も、離婚について妻の過失を全く無視するということは、社会正義に反するものとされたであろう。したがつて、妻の過失の有無が離婚の際の財産関係の上に影響を与えたものと考えられる。即ち、純然たる棄妻主義においては妻の過失の有無に拘りなく(もつとも、上世には「7出」の事由「三不出」の要件の制限はあつたが)離別されたのであるから、妻に過失(いわゆる「重科」)がある場合と、そうでない場合(いわゆる「賞新棄旧」)とを全く同一に取扱うことは公平の観念に適合しないと考へたのである。そこで、中世に於ては離婚によつて妻の財産関係に変動のないのが原則であつたが、妻に重科があるときは、夫から譲られた所領を「知行」し得ず、したがつて夫が之を「悔返」し得たし、又夫の家にある財家を何でも持てるだけは実家に持返る慣習も適用されなかつたようである。また近世に入つて妻の持参金および持参田は婚姻中は夫の所有に帰していたが妻に過失のない場合は

夫は之を妻に返さなければならぬとされた。

註

33 そのために裁判所は各当事者が捺印すべき証書 (deed) その他の文書 (instrument) の作成・認証を裁判所所属の不動産物権顧問 (Conveyancing council) に委託するよう命ずることができ、相当と認める場合はその判決の言渡を留保することができる (Matrimonial Causes Act, 1950, §19ⅢⅣ)。

山本正憲氏・「1950年イギリス婚姻訴訟事件法」・民商法雑誌第28巻第4号20頁参照

34 英法では扶養義務が強制履行されうるためには、その前提として高等裁判所 (High Court) 又は略式管轄裁判所 (Court of Summary Jurisdiction) の発する扶養命令を必要とする。扶養命令によって扶養義務ははじめて強制履行されうべきものとして具体化する。

離婚裁判所 (High Court の Divorce Division) は離婚法上、別居・婚姻無効等の判決をなすにあたり、夫に対して妻子扶養のための一定額を週払その他の方法で支払うべきことを命ずる権限がある (Matrimonial Causes Act, 1950 §19~§27)。この命令は、permanent maintenance (離婚扶養) 命令のほか alimony pendente lite (訴訟継続中扶助料)・permanent alimony (別居中扶助料) 及び periodical payment (悪意で妻子の扶養を怠つたときの扶養給付) の4種に大別することができる。

離婚扶養たる permanent maintenance の申立は離婚 (又は婚姻無効) 訴訟提起後は何時でもなしうるが、判決確定後二ヶ月を経過すれば原則として受理されない。離婚扶養命令は仮判決後でなければ発せられず、また必要書類の準備・作成・認証の命令を除き仮判決が本判決となつた後でなければ効力を発生しない (同法§29但)。命令中「独身にして貞節なる間は」“dum sola et casta” 条項を挿入することができる。この条項は、衡平上離婚後の扶養給付を妻の独身且つ貞潔中に限定すべきことを扶養命令に附加される条件であり、扶養命令中に「貞潔の間」dum casta の文字が挿入されていないときは、裁判所は夫 (前夫) から申立られた妻 (前妻) の不節操を理由として命令を変更しえないのを原則とする (山本笑子氏・「英法上の扶養命令とその強制について」比較研究第8号14頁、大江氏・「米国における離婚制度」338頁参照。夫が有責 (不行跡で妻が無責の場合は、妻は絶対的に扶養料を与えられ “dum sola et casta vixerit” の句は挿入されない。) 最近では、妻にかかる虞れのない場合にはかかる条項は省略される傾向にある。

permanent alimony は、法上別居判決以後、夫婦が共存する間、又は婚姻が法律上解消するまで夫から妻に対して支払うべき定期金給付である。歴史的には普通法の夫婦一体の法理と教会法の婚姻非解消の法理に立つて家庭の領主たる夫の妻子扶養義務を前提として、夫をしてその非行により妻子を養う道徳的義務から解放すべきでないという自然的正義観より発したものであるとみられている (Bishop, On marriage, Divorce and Separation, 1891, Vol. II §§1052, 1053)。

periodical payment は、夫が悪意で妻子の扶養義務を怠つた場合及び、同居回復命令に従わない場合・離婚・別居の訴訟を提起せず従つて、法律上婚姻関係継続中に妻の申立により裁判上が夫に対して支払を命ずる妻子扶養の給付である。この命令は、離婚・別居訴訟とは別に独立して離婚裁判所より発せられる。命令後夫婦が同居を継続することにより効力は終了する。従つて、之の給付は、法上別居における permanent alimony に相当する (Eversley, The Law of Domestic Relations, 6th ed. 1951, p.288; Latey, On Divorce, 14th ed., 1952, pp.251—252) (山本笑子氏・前掲論文10頁以下参照)。

35 alimony pendente lite は離婚 (のみならず、法上別居・離婚無効等) の訴訟係属中、妻子扶養のために夫から給付される定期金であり、その目的は歴史的には裁判における法定正義を目的として (教会裁判は divorce a mensa et thoro の訴訟において妻子をして充分に攻撃防禦を可能ならしめるため、夫に対し、訴訟中妻の生活費用の支払と弁護士費用の負担を命ずるものであつて、実質的には

この給付は普通法における妻を扶養すべき夫の義務を具体化したものであるとみられている。

妻は離婚訴訟の提起と同時に、或は、其後判決するまで何時でも *alimony pendente lite* の申立をなしうる。支払われるべき金額は合意により定め、登録局の認証を得て、之に法的効果を附加することができるが、一般の場合に裁判所により命ぜられる金額は、原則として夫婦の収入合計の五分の一から妻の収入を控除した額である。但し、夫の収入が多い場合は、妻の収入額の控除はないが、比率が五分の一より引上げられる。なお、裁判所は子のある場合には、そのため扶養料の支払を命令し得る。

- 36 訴訟中扶助 (*alimony pendente lite*) については、夫の1年間の収入の平均が、別居扶助 *permanent alimony* や、離婚扶養 *permanent maintenance* については三年間の平均収入が算定の基礎となるから、夫の一時的の失業にかかわらず、命令は原則として発せられる。夫婦共に貧困の場合が最も困難である。かかる場合、夫婦の現実の所得のみでなく、その能力の有無が考慮されるべきであるとされる (*Goodheim V. Goodheim* (1861), 30L.J.162; *Nicholls v. Nichols* (1861), 36L.J.163. 山本笑子氏・前掲論文16頁参照)。
- 37 *Latey, on Divorce*, 14th ed. 1952, p.246. *Ward V. Ward*, 1948 62,64; *Rose V. Rose* (1951) 29. 山本笑子氏・前掲論文16頁。
- 38 *Lush, The Law of Husband and Wife*, 3rd. ed. 1910, p.20; *Eversley, We Law of Domestic Relations*, 6th ed, 1951, p.178; *Holt V. Fleeming* (1858), 28L. P & M.12 山本笑子氏・前掲論文16頁。
- 39 大江氏・米国における離婚制度338頁。
- 40 *Eversley, op. cit.*, p.288, *Woolgar V. Hopkins*, (1942) Ch,318; *Latey, op. cit.*, p.238—239, *Re Hedderwick*, *Morton V. Briniley*, (1933) Ch. 669; *Re Bidie, deceased*, (1948) Ch. 697. これは離婚裁判所のみならず、略式管轄裁判所の発した扶養命令についても適用される原則である。山本笑子氏・前掲論文16頁。
- 41 *Tiffany, Domestic relations* p.80 大阪谷氏・アメリカ離婚扶養料—民商24巻3号2頁, 18頁参照。
- 42 普通法は夫婦一体の原則に基いて婚姻により妻の財産を夫に帰属させるからその反対給付として夫に妻の扶養義務を負担させるというのである。(Story, *Equity Jurisprudence*, § 1413. *Bishop, Marriage, Divorce and Separation*, Vol.2 p.336)。しかし、Story のこの見解に対しては *Bishop* は疑問を提出している (*Bishop, op. cit.* Vol.2 p.337n.)。
- 43 *Keezer, Marriage and Divorce*, p.480; *Aubdum V. Schufeldt*, 181 U.S.A. 575; *Lemp V. Lemp*, 249 Mo.295, 155 S.W. 1057.
- 44 大阪谷氏・前掲論文18頁註7参照。
- 45 その理由としては、離婚訴訟において離婚扶養料の申立をしないのはその権利を放棄したものと認められるからとか、或は、離婚判決によつて夫婦の身分関係がすでに消滅するから、その後扶養義務と同質の *alimony* を求めることは不可能であるなどさまざまな理由が主張されている (*American Jurisprudence*, Vol.17. p.481—482) が、最も正確な理由は *alimony* の請求の離婚訴訟に対する従属性に求むべき(それ自体独立した存在を有しない)であるとされる(大阪谷氏・前掲論文7頁)。
- 次に *permanent alimony* の額ほどの程度をもつて相当とするかを決定するのも裁判所の自由なる裁量に属するとするのがアメリカの各州の判例の一致した見解で (*American Jurisprudence*, Vol. 17 p.467), その決定には各具体的事件について夫の収入能力、当事者の経済的社会的地位、妻の特有財産の有無(妻が特有財産を有していて、その収益によつて妻の社会的地位にふさわしい生活が可能ならば離婚扶養料は拒否される—*Keezer, Marriage and Divorce*, p.573), 夫の財産の形成に対する妻の貢献の大小その他が考慮される。そしてその額の一般的標準は夫の財産乃至収益の三分の一が普通で(各場合の具体的事情に従つて増減されることもろろん)これは、すでにイギリスの教会

裁判所時代からの法則で今日イギリス及びアメリカ各州に於ける標準とされる (Bishop, Marriage, Divorce & Separation, Vol. 7. p.408-409, American Jurisprudence, Vol. 17 p.469)。その理由とするところは妻は夫の死亡によりその財産の三分の一を dower として取得し得るから、もし妻の離婚扶養料がそれ以下とすれば、有責の夫が妻を離婚しながら dower の負担を免れて不当に利得することとなり不合理であるというにあるようである。(Bishop, op. cit. Vol.2 p.407, American Jurisprudence, Vol. 17 p.470) (なお大阪谷氏・前掲論文9頁参照)。

なお離婚判決により妻が子の監護・養育に当る場合にも純理論的には離婚扶養料に離婚後に子の扶養料を含ましむべきではないか、屢々離婚扶養料の名において両者の額が混同されている (Bishop, op. cit. Vol.2 p.405,406)。

46 Bates V. Badie, 245 U.S. 520,62L. Cd.444.385. Ct.182 L.R.A.1918 C. 355, Phinnery V. Phinnery, 77. Fla. 850,82 So.357.

Ex Parte Spencer, 83 Cal. 460,23 p.395, 17Am. St. Rep.266

Mutter V. Mutter, 123 Ky. 754,97 S.W. 393.124 Am, St. Rep. 381

Tobin V. Tobin, 89. Okla, 12,213 p.884, citing R.C.L.

その他 (大江氏・前掲書324頁, 重倉氏・アメリカ法に於ける別居の効果, 民商法雑誌第28巻3号16頁参照)。

47 American Jurisprudence, Vol.17 p.479-480.

48 Keezer, op. cit. p.571 n.25,26, American Jurisprudence, Vol.17 p.478 n.3

49 大江氏・前掲書322頁以下

かかる見解の根底にはキリスト教の「神の合せ給える者、人これを離すべからず」の婚姻非解消主義の思想がひそんでいると思われる。

夫の財産の性質を決定するにつき裁判所は妻がその蓄積に対する協力の程度を考慮すべきであるとする判例がある (Blair V. Blair, 40 Utah 306)。また夫の財産の外、夫の所得能力 (earning capacity)、将来の見込 (future prospect) その他を参酌すべきものとされている。

50 Stilman V. Stilman, 29 III, 196,39Am. Rep. 21.

51 Bishop, op. cit. Vol.2 P.339, Keezer, op. cit. p.579 n. 20,American Jurisprudence, Vol.17 p.473 n.19.

52 American Jurisprudence, Vol. 17. p.474.n8.

しかし、妻の再婚の離婚扶養料の額を引下ぐべき一応の証明資料と解され (Morgan V. Morgan, 203 Ala. 516,84 So,574) ており、また新夫の扶養能力の如何にかかわらず再婚は前夫の離婚扶養義務を消滅させるとの判例も現われており、なお、離婚扶養料を決定する判決自体において離婚扶養料が妻の再婚により消滅することを明示されることもある (Keezer, op. cit. p.580 n.26) (大阪谷氏・前掲論文13頁)。

なお、判例が前夫の再婚は離婚扶養料に影響しないとするのは、離婚された妻が前夫に対する権利は第二の妻及びその子孫の権利に優先するとみられるからである (Brown V. Brown, 31 Wash. 397, 72 P.86)。

53 大阪谷氏・前掲論文12頁, 大江氏・前掲書335-336頁, Coffman V. Finney, 65 Ohio st. 61,61 N.E.155.

54

55 American Jurisprudence, Voe. 17 p.415

56 American Jurisprudence, V. 17 p.409

57 American Jurisprudence, Vol. 17 p.476

58 American Jurisprudence, Vol. 17 p.493

- 59 Cole V. Cole, 142 III 19, 31N.E. 109
- 60 Cole V. Cole (op. cit.), Sloan V. Cox, 4 Hayw (Jenn) 75, Weber V. Weber, 15c Wis. 132, 140 N.W. 1052
- 61 Cole V. Cole (op. cit.)
- 62 大阪谷氏・前掲論文17頁。
- 63 Jacobs, Cases and Materials on Domestic Relations, p.789, Note; Cahen, Statistical Analysis of American Divorce, 1932 によると1887年より1906年までにおいては13%が請求して9%が与えられ, 最近の表によれば, 9%が請求して, 6%が与えられているにすぎぬ(重倉氏・アメリカ法に於ける別居の効果について, 民商法雑誌第28巻3号32頁参照)。
- 64 大阪谷氏・前掲論文16頁参照。
- 65 裁判所が財産分与に当り, 考慮すべき要素 (factors) として一般に挙げられるものは, 次の諸点である(大江氏・前掲書24頁以下参照)。
- (イ) 分与の対象となるべき財産の種類及びその価格。
 - (ロ) 各当事者の経済的事情(各当事者の収入並に将来の見通し, 各当事者の生計の資を稼ぐ能力並にその機会, 各当事者の負担等)
 - (ハ) 各当事者の婚姻時の年齢
 - (ニ) 恋愛結婚であつたか政策的結婚であつたか (Marriage of affection or of convenience)
 - (ホ) 婚姻期間及び離婚時の当事者の年齢
 - (ヘ) 各当事者の教育程度
 - (ト) 各当事者の性格・行状
 - (ケ) 各当事者の生活上の需要並に生活程度
 - (コ) 子の監護及び扶養
 - (ク) alimony の額又は扶養料
 - (カ) 財産に対する各当事者の衡平法上の権利
 - (キ) 財産取得の方法及び事情
 - (ク) 特有財産又は婚姻前から一方が所有していた財産よりも, むしろ夫婦共同財産あるいは共同して蓄積した財産の性格
 - (カ) 妻の訴訟費用並に弁護士費用
 - (ク) その他分与に関係ある一切の事情。ただし, 制定法に於て, 裁判所が財産の適正且つ公平な処分につき考慮すべき事項—例えば離婚原因に対する過失の有無など—として規定する場合は, 之を無視すべきではない。
- かくて, 妻に全財産, 少くとも全部の共同財産の分与を命じた判決は支持され, 原則として離婚当事者に財産を平等に分与することは, community property 或は, 双方が共同して蓄積した財産又は夫婦共同物権 (property held by the entirety) についてすら要求されていないし, 又一般に夫の財産の三分の一の分与を命ずる判決は偏見のない手当 (liberal allowance) とされている。また, 或る制定法では離婚を得た当事者(無責配偶者)に他方配偶者の物権財産の三分の一の分与を命じ判決はそれを強行法規 (imperative) であるとしている。
- 66 大江氏・前掲書251頁以下参照。
- 67 福島氏・前掲書235頁, 木村氏・前掲論文30頁以下参照。
- 例えば, アメリカ法に於ては夫婦間の扶養義務は離婚又は配偶者の死亡後にも延長さ(夫の扶養義務の代償 substitute として)れるとの観点から, alimony (permanent or temporary) や dower (寡婦遺留産) が認められている。
- 68 同旨・福島氏・前掲書239頁。

69 alimony (アメリカに於ける離婚扶養料 — permanent alimony) の履行を確保する方法としては、担保 (security) の供与の外先取分 (lien) 現状維持のための受取人の指定 (appointment of receiver) ・差止命令 (injunction) ・差押手続 (attachment) ・国外逃亡禁止命令 (writ of no exeat) ・裁判所侮辱手続 (contempt of court) ・暫定強制管理令状 (sequestration) ・信託手続 (trustee process) ・債権差押 (garnishment) その他特別の執行方法等周到な用意がなされており、大都市には、扶養料局 (Alimony Bureau) が設けられている。また alimony は一般債権と異り、その不履行に対しては、逮捕・拘留を許している。右は permanent alimony の性質に基くものである。

permanent alimony の性質に関する判例の見解は必ずしも一致していない (F. Granville Munson, "Some Aspects of the nature of Permanent Alimony", 1916, 16Cal. Rev. 217~30) が、通説は alimony は夫の婚姻上の扶養義務の代償 (substitute) ではあるが、単なる equity の産物としての personal claim ではなく alimony の支払が判決によつて確定した後は、既得 (Vested) の実体的財産権を構成し、特別の事由ある場合を除いて爾後立法上・司法上の支配に服さない (Livingston v. Livingston, 11903. 173. N.Y. 337. 66. N.E.123)。したがつて、alimony の延滞金については、死亡した夫の財産 (estate) に対して、死亡した妻の人格代表者からの支配請求も可能である。(Van Ness v. Penson, 1915. 215 N.Y. 557, 109 N.E. 593) (尾高氏・「アメリカ法における扶養義務」—比較法研究第8号24頁以下、同氏・家庭裁判月報第5巻第11号51頁以下参照)。

70 福島氏・前掲書 240 頁、なお扶養をなすべき順位は、他の義務者の最後において、又、これを受くべき順位は、他の権利者の最後に於て認めらるべきことは扶養の性質上当然とされる (民法 877 条以下参照)。

71 中世においては、妻には離別権はなかつたのであるが、裁判所が妻の申立により夫の不当な行為が離別に値すると認められるときは、夫を領内より追放することによつて、事実上離婚と同様の効果を与えるようなことが行われたといわれ、また特殊の例外として、夫に重科 (大犯 3ヶ条) のようなものが存した場合、妻に離別請求権があつたとおもわれる形跡が中世法の影響を多分にうけている。吉川広家法度に見えている (石井氏・近代離婚法・法協第60巻12号1946—1947頁参照)。

72 即ち御成敗式目第21条に次の規定が存した。

妻妾得夫議、被離別後、領知彼所領否事、右其妻依有重科、於被棄捐者、縱雖有往日之契狀、雖知行前夫之所領、若又彼妻有功無過、賞新棄旧者、所議之所領不能悔返矣。

しかし、実際には予め夫が婚姻に際し、将来離別しないこと、また妻に譲渡する際、将来離別する際においても之を悔返さない旨を契約することが少なくなく、しかも之を有効とされていたようである。

例えば、田代文書 1、正安 2 年 7 月 18 日覚阿讓状に「さい女みなものうちの女に、なかくゆつりわたすところなり、このちたといりへつの事ありとも、またくいかへすへからず」とあるはその一例である。

なお、前記御成敗式目第21条の規定にもかかわらず、幕府が、かかる契約を有効と認めていたことは、田代文書 1、元享 4 年 8 月 13 日関東下知状に、離別が「重科」によるかそれとも「賞新棄旧」によるかを区別せず、単に讓与の文言 (不可悔返との文言) に拠つて判決している事実の見えること、その他の事実によつて窺うことができる (石井氏・前掲論文・1950頁以下参照)。

73 前者については吾妻鏡文治元年 2 月 19 日条に「其後熊野山領參伊団竹谷、蒲形両庄事有其沙汰、当庄根本者、開發領主散位俊成奉寄彼山之間、別當湛快令領掌之、讓附女子、伴女子始為行快僧都之妻後嫁蔭摩守平忠度朝臣、忠度於一谷被誅戮之後、(夫の罪科により) 為設官領、武衛令拜領之地也」とあり、後者については、相良家文書 1、第 5 号寛元元年 12 月 23 日 関東下知状に「一高橋内作田參町早瀬小中嶋南所島拾余町事、右如頼重 (訴人) 申者、蓮仏娘者自幼少、頼重令養育之処、父定頼死去之後、為蓮仏之計、宗頼勲功所領高橋内、割分之、令讓後娘畢、而蓮仏取返件娘之上、管領所領、不及

公事沙汰之條，甚自由也。早頼重母堂可領知之由欲被仰下云々，如蓮仏申者（中略）次取返娘由事，処言也，嫁干夫罷出之處離別之間成尼畢（中略）云々者，蓮仏不取返娘之由令申之上者，早可返属件娘於頼重母堂也，於所領者停止蓮仏之知行，件娘可領掌之矣。」石井氏前掲論文・1951—1952頁参照）。

- 74 それは、吉川広家法度（前出）に「（中略）女房嫁入之節，金銀諸財持来ト云共，以咎令離別者，其財少モ女ニ不可遣，若又女久年遂辛勞，令勤忍候処，男企他犯敷，不謂儀申懸，於離別者女持来之財宝不及申，家内諸財已下何程モ女納（得）次第ニ持運不退出候（下略）」とあるのが資料とされている（石井氏・前掲論文1952—1953頁）。

Summary**The Compensation of the Guilty Spouse -2**

by Hajime IWADARE

I have discussed the divorce suit by the guilty spouse in the preceeding articles and have showed my own opinion that divorce suit by the guilty spouse mainly responsible for the causes of divorce should not be always inadmissible, and now in this and the last I am going to study the compensation by the guilty spouse.