

主たる有責配偶者の離婚権とわが民法

岩 垂 肇

- 一 有責配偶者の責任と財産分与制
- 二 民法770条の解釈と主たる有責配偶者の離婚権（以上本号）
- 三 主たる有責配偶者の離婚権と新法下の判例批評 —私説の具体的適用—（以下次号）
- 四 むすび
- 五 離婚過失者の賠償責任

はじめに

わたくしは究極において主たる有責配偶者の離婚権の許否に関して民法770条の法意を明らかにする目的を以つて昭和30年（本誌5号）より連続7篇の論稿をすでに本紀要に寄せており、昭和34年（本誌9号）を以つて一応その基本的部分の叙述を終え、一昨年より（昭和35年本誌10号77頁以下、昭和36年本誌11号149頁以下）いよいよ問題の核心をなす主たる有責配偶者の離婚権に関する卑見の大様を明らかにした。

こんにち民法770条¹⁾を徹底した破綻主義にたつ規定と解釈しつつも、なお有責配偶者の離婚権を認めない学説の中には主たる有責配偶者の離婚請求は信義誠実に反する権利行使であり、これは権利濫用禁止の法理によりゆるされないとして、一律にこれを排斥するものがある。このように主たる有責配偶者の離婚権の信義則違反を抽象的、観念的にとらえて権利濫用禁止の法理を形式論的に適用しようとする覓¹⁾に対しては、とりわけ具体的妥当性を要求される離婚訴訟において疑問なきを得ない。

わたくしは、これまでいくつかの論拠にもとづいて民法770条は徹底した破綻主義に立脚する規定と解し、婚姻の客観的破綻が認められる限り離婚請求権は（婚姻の各当事者について）成立するものであり、ただその権利行使が具体的に信義誠実に反する場合は権利濫用禁止の法理により制限せらるべきで、もしそれが信義誠実に反しない場合、換言すればこの場合離婚請求を認めないこと—これを別の面から見れば被告が原告に対して婚姻の継続を主張し、婚姻義務（同居・協力・扶助）履行を求めること—が、かえつて信義則に反し不当であるとみとめられる場合には、離婚は許容せらるべきであるとの解釈を展開してきたのである。本稿はまたその続編である。本号には、はじめ「離婚過失者の賠償責任」について論述する予定であつたが、その順序を変更した。

本稿もまた前稿までと同様昭和29年暮までに書き上げたものである関係で執筆にあつて参照した諸家の論文は大体その頃までに発表されているものに限られたことをおことわりしておきたい。（昭和37.11.11）

1 太田氏（家族法研究136頁）も「現行民法第770条の規定は、規定それ自体としてはむしろ高度の破綻主義的な規定であると解する方がより自然な解釈ではないかと考える」と説き、消極説（有責配偶者の離婚請求を否認する説）の論拠は民法770条が完全な破綻主義に立脚した規定でないことに求めることの適当でないことを指摘される。

一 有責配偶者の責任と財産分与制

民法上有責配偶者の離婚権の行使が一概に否定さるべきものでないとの立場から、具体的にその行使が許容される場合、有責配偶者の責任が子の監護教育権の分配の面において参酌せらるべきことの可能性と必要性についてはすでに（前号）述べたので、本節では財産分与請求権のそれについて少しく考察をこころみたいとおもう。

わが新民法の定める「財産分与」の制度は、離婚した者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる（768条1項・771条）のみで、相手方というのは夫か妻か、またその趣旨は充分明らかでなく、学説は、この制度の根本思想は配偶者が他方配偶者の協力によつて得た一方的名義の財産に対する他方配偶者の潜在的持分の取戻しであるとか¹⁾或は、離婚後の生活を扶助する一種の無過失責任を法律上認めるものと解している²⁾。右の何れ³⁾の思想をも包含するものと解すべきであろう。即ち、婚姻中協力によつて得た各自名義の財産（ことにわが国では従来父権的家族制の結果として婚姻生活では財産は、多くの場合、ほとんど夫名義で取得・蓄積されていた）について、婚姻生活関係の清算に際し、その寄与した協力の程度を考慮して相互に持分の取戻しを認めることは信義公平の原則に適合し、また離婚後の経済的不安を除くことが協議離婚をして当事者対等の自由離婚たらしめるために不可欠の要件でこの要請にこたえるものが、財産分与の制度である⁴⁾。要するに新法の認める財産分与は、清算的性質と生活困窮に対する扶養的性質とを具有する。

旧民法に於ては協議離婚については勿論、裁判離婚の場合も、離婚後の扶養も財産分与も認められず、ただわずかに離婚原因を構成する配偶者の行為が他方配偶者に対し不法行為の要件を具備する場合に慰藉料その他の損害賠償請求（民法709条・710条参照）を許したにすぎなかつた⁵⁾。旧法親族編改正要綱第17が離婚配偶者の無過失扶養義務を認めようとしたが、この扶養は離婚による自活不能に対する恩恵的扶助で親族的道徳的なものと考えられていた（旧民法下では妻の地位は夫に対し完全に独立・対等が認められなかつたから、婚姻中の扶養の性質も多分に恩恵的な色彩のあるものであることは否定しえなかつた）が、新法は、右の離婚者の生活困窮に対する扶助を対等者関係にまで高め、夫婦平等の立場から婚姻中の対等協力関係を基礎とする財産分与請求を確認し、離婚自由の確保を目的とする⁶⁾。

註 元来慰藉料と財産分与とは理論的に別個の観念で、慰藉料は相手方の有責行為によつて生じた精神上の損害の賠償であるに対し、財産分与は夫婦間の財産の清算であつて、相手方の有責を必要としない（諸国の立法例も亦た然り）。

離婚による慰藉料は不法行為の理論によるから時効期間は3年（民法724条）であるが、財産分与は離婚のときから2年であり、訴訟手続も前者は訴えであるが後者は申立であるなど異なる。財産分与の請求は家庭裁判所に対する場合（民法768条）はもとより裁判所に対する場合（民法771条）であつても、その性質は申立であつて訴えではない。このことは訴訟金額の表示と貼用印紙の額に大きく影響する。申立の場合の印紙はきわめて低額である（印紙税法10条）が、慰藉料の請求は訴えであるから貼用印紙は高額である。

しかし、財産分与と相手方の有責行為に因る損害賠償（慰藉料）（個々の有責行為に因り、身体・自由・名誉の侵害に対する賠償のみでなく、その有責行為により離婚しなければならなくなつたこと自体に対する慰藉料を含む）とは相互に関係がある。慰藉料が多く支払われると、それだけ分与者の財産は減少し分与を受ける者の財産を増すことになるから、それが当然財産分与の額にも影響することになる。

財産分与の決定に相手方の有責を「考慮」さるべき事情として参酌することは可能であるし、実際にも今日家庭裁判所または地方裁判所の調停和解においては当事者も裁判所も、慰籍料と財産分与とを区別して考えていない。本来の財産分与・慰籍料などを合せて総額いくらということが問題であり、時には子の養育費を之に含ませることさえある。ゆえに調停和解に於ては名目が慰籍料であつても、實質は財産分与であり、名目が財産分与であつても、實質は慰籍料である場合もあり、又時には夫が慰籍料名義で金を支払うことを好まないのて子の扶養料の中に之を含めて支払う場合もある。また手続の上からも一方で家庭裁判所に財産分与の請求をしながら他方で通常の裁判所に慰籍料の請求をすることは實際上（理論上はともかく）適当でない⁷⁾とされる。

もつとも先述の如く財産分与と慰籍料とは元来全く別個の觀念であるから、たとえば、妻が夫の虐待・侮辱に堪えかねて離婚したようなときは、精神上的の苦痛に対する損害賠償（慰籍料）を独立に認めて差支えないであらう⁸⁾。

離婚の際の扶養請求権は、ドイツ普通法時代の判例にその源を發し（もつとも、当時は制裁的意味を具えた損害賠償としてのみ考えられていた）現今では、ドイツ・フランス・スイス・その他諸國の立法例がこれを認めている。かつて夫婦であつた者の一方が離婚後生活に困窮する他方を扶養することは道徳的に当然の要求であり、わがくに於ても、かかる規定を設くべしとする要望は早くから強く、既に大正14年（先述）並に昭和21年の改正要綱にも、かかる規定が現われていた（今回は、更に個人の尊嚴と両性の本質的平等という新憲法の基本理念に基いて、独立・対等者の権利概念としての請求権として認められた）ものである。清算的立場の財産分与だけでは、實質的な持分の取戻しとして、与える者受ける者は当然の義務の履行・当然の権利の実行であつて、分与額の決定は専ら協力の有無・多少を標準としてなさるべきで、協力がなにか、又はそれが僅少の場合には、その者が如何に生活に困窮していても、分与は問題とならない（しかし、たとえ協力がなかつたとしても、余裕のある一方は生活に困窮する他方を扶養さすのは適当である）。ここに新法の財産分与に、清算的性格のほか扶養的性格を認めざるを得ない理論的な根拠がある。そして、この2箇の性格（清算と扶養と）は、その目的・本質を異にし、その一を以て他に代えることのできないものである⁹⁾。

財産分与の請求は扶養義務的性格をも含ませることにより、経済力を持たない離婚後の妻の生活保障の強化を図るのでなければ協議離婚制¹⁰⁾や、破綻主義の裁判離婚制を採る現行離婚法との調和が得られないであらう。

現行民法における財産分与の性質に離婚後の無過失的扶養義務を含ましむべきものと解せられる理論的根拠については右に述べた一般的理論のほか必ずしも明確にされていないようであるが、現行民法においては特に離婚原因に関する立法主義が旧法の有責主義・絶対的離婚原因主義を棄て、目的主義（破綻主義）・相対的離婚原因主義に立つことに即応せんとする点に求むべきであるとおもう。

元来離婚は婚姻により生じた一切の関係を将来に向つて消滅し、当事者間には何らの関係も残さないものであるが、特に法律上の規定により、協議離婚によりその効果として財産分与の請求権が当然に発生するのであるから他方にとってはその責任は無過失的なものである。そして私見によれば、この無過失的扶養義務は裁判上の離婚原因について目的主義（破綻主義）を採る法制に於ては理論的に当然の帰結である。

しかし、離婚原因に対して有責な者が無責の相手方に扶養を請求するということは明らかに正義公平の觀念に反する。従つて、扶養請求に関する限り、絶対的無過失主義を採用するこ

とはできない。されば先に私が主張した如く扶養義務に関しては過失主義が併用されなければならない。即ち請求者側の無過失を条件として離婚後の扶養義務を認め（双方有責の場合も）、少くとも主たる有責配偶者には扶養請求権を認めるべきではないとおもう。もとより右は離婚後の扶養の義務に当る部分に関して云えるのみである。財産分与請求権の内容は単純でなく、死亡における配偶者の相続権に対応し、離婚の場合は協力で得た各自名義の財産の持分取戻権をも含むものであるから、この請求権については離婚原因を作つた者と雖もその有責（例えば不貞行為）の故に自己の持分取戻権を喪失するものでないことは理の当然である。けだし、離婚が有責者に対する制裁でない限り、有責行為があつたとしても、その時までになした（10年15年の）従来の協力の結果—経済的寄与—が全く無になるということは不合理・不公平であるからである。

我妻教授（親族法の解説—法律時報第19巻 652頁）もたとい妻の不貞行為が離婚原因となつたとしてもその時までの妻の共同生活における経済的な功績が零になるというべきではあるまい。また、夫の不貞行為が離婚原因となつたとしても、財産分与の制度が懲罰的意味をもつべきではあるまいとされている。我妻教授の云われるところは、財産分与請求権に含まれる持分取戻権に関する限りは正当である。しかし、財産分与請求権に含まれる扶養請求権の部分に関してまで過失責任主義を全く棄て去つてしまうことは正義・衡平の觀念に反するであろう。従つて、いかに無過失扶養義務を認めても、有責配偶者には扶養請求権を与えるべきでなく、また扶養義務を負わしめるべきである。そして、その結果、財産分与制度がいくらか「懲罰的意味」を帯びることになつても止むを得ないのである。

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、不適當である。私がさきに離婚配偶者の扶養義務について絶対的完全無過失責任主義を採りえない（これは国家の公的扶助—生活保護—においてのみ可能である）と主張した理由もここにあつた。従つて、私は福島教授（家族制度全集Ⅱ 239頁）が「請求者側の無過失を条件として離婚権の扶養を認むべき」ものとしたことは、財産分与請求についても亦た扶養義務に当る部分に関する限りは依然正しいのであり、教授（註釈親族法上 263頁）が前者に対し、「しかし、新法の財産分与が性格を異にしている以上、同一に論じえないことはいうまでもなからう」と云われることは財産分与請求権の性質が多岐で、その内容に少くとも扶養請求権を包含すると解しえられるのであることを考慮すれば必ずしも必要ではないとおもわれる。第 768 条の財産分与が取戻請求と扶養との二つの目的を包含するものと解する以上、必ずしも、その決定について損害賠償的、もしくは制裁的な意味を加味することを許さないと解する必要はないであろう（もつとも本条の本質が損害賠償もしくは有責配偶者の制裁とする学説には反対である）。

ローマ法やドイツ普通法の離婚給付は制裁的な性格をもつていたが、その後諸国の近代的立法においても離婚給付には人道主義的思想を基調としつつも、なお、離婚原因に対する有責者の責任を無視しえず、或は扶養請求権の發生に権利者の無過失を必要とし、或は主たる有責配偶者の扶養義務を加重させているなどは離婚給付に制裁的な性質を全く棄てえないことを示すものである。また離婚そのものが制裁でない—少くとも近時においては離婚を制裁とみる思想が次第に後退しつつある—限り、離婚過失者の責任を離婚給付において無視することは衡平の觀念に反することになるであろう。されば離婚原因に対する有責は、新民法における財産分与の請求という離婚効果の面において充分斟酌されるべき理由があると解すべき

である。

私は既述のように主たる有責配偶者に対しても必ずしも離婚請求権を認否しない。けだし、離婚原因が主として一方によつて作られたということは離婚権の消長に影響せしめるべきではない。これが離婚制度本来の目的に合致するゆえんである。しかし、これによつて失われた正義・衡平は、またこの有責をして財産分与の請求権の消長、その他離婚効果の面に影響せしめることによつて充分回復せしめ得られるものと信ずるからである。

註 離婚後の扶養義務を重くし、離婚配偶者の生活保障を厚くすることは、離婚自由の実現の上から又人道上からも好ましいことであるけれども、これが他方にとつてあまり酷であるときは、却つて離婚の自由を妨げる結果となりかねない。ことに分与すべきほどの財産を持たないわが国の多くの中流家庭にとつては、尙更であり、強いて分与を命ずるときは、離婚後の生活困窮のため、結局離婚の目的を達しえないか、若しくはそれを著しく制限する結果になり、人々は敢て離婚を求めず事実上の別居生活を多からしめることになるであろう。これ一弊害である。

別居生活は事実上のものにせよ、法律上のものにせよ（イギリス・アメリカ・フランス・その他の諸国の法制の認めるスペイン・イタリア・ブラジル・メキシコ・チリ・アルゼンチンでは離婚を認めず別居の制を認めている）、結局は離婚を回避し、離婚を制限する目的のために行われるものであつて、その弊害の点は大差ない。即ち、イギリス離婚法の認める別居は、ほとんど総ての点に於て離婚と同様の効果を生ずる一夫婦間の同居義務は消滅し、夫婦財産関係は解除され、妻は独身婦人（feme sole）たる全能力を回復する一けれども、再婚能力を回復し得ない—即ち、別居はいわゆる「卓床離婚」（divorce a mensa et thoro）である。かかる別居は元来、離婚禁止と「婚姻の鎖」（a vinculo matrimonii）からの解放との妥協の産物であるから婚姻生活の不幸を救済する所以ではなく却つてその不幸を助長するものであつて、その害悪はすでに名裁判官 Lord Stowell（1745～1836）の「夫なき妻・妻なき夫」（a wife without a husband and a husband without a wife）の危険状態との一言によつて、語り尽されている。¹²⁾

されば、わが国の裁判所が財産分与の請求事件において、分与を命じている例は比較的少く、過失相殺等により（之のみによることは不適當であるが）その分与額が僅少であり、又分与を認めない事例が多いのは、止むをえないものと云えよう。こう考えると財産分与制の機能にも自ずと限界が存するのであり、之に離婚後の扶養の多くを期待することは困難であるとおもわれる。それにも拘らず、諸国の法制が（いかに國家の公的扶助が発達したところにも）離婚扶養の制度を高く評価しているのは、これが社会正義・衡平の觀念に適合するからであろう。この衡平は協力財産の持分の取戻しという点についても云えるのであるが、そのほかに、離婚原因に対する責任を（離婚自体は制裁ではないから離婚効果たる）扶養義務を通じて調整しうることがこれ又衡平の觀念の要求するところである。ことに目的主義の離婚法のもとでは離婚原因の所在、責任の有無・大小などには全然無関係に離婚を認容するものである（そして私見によれば、たとえ離婚原因が主として原告配偶者に存する場合と雖も必ずしも離婚は許されざるべきものではないのである）以上、離婚原因に対する責任は扶養義務の面において調整するものでなければ、婚姻の倫理性に基くわれわれの正義観が満足しないであろう。各国の立法が離婚後の扶養義務から、全然、損害賠償的・制裁的要素を除去し得ない理由もここにあると思われるし、又、わが国新法の財産分与に含まれていると見られる扶養義務についても、その額の決定に当り、当事者の過失を全く無視することは許されないと解すべき理由もまたここにあるのである。

二 民法の解釈と主たる有責配偶者の離婚権

離婚後における経済生活の保障をえて、始めて妻も餓死の覚悟なしに、破綻し、死骸と化した婚姻よりは、離婚を選び得ることになるであろう。従つて、立法又は、解釈により、とにかく離婚後の妻の生活保障が可能となれば（今日の如く）既に破綻し切つた形式的意味しかもたぬ婚姻を、単に「夫婦間の扶養請求権を失いたくないという理由」から死守しようとする妻も減少することであろう。そしてその後に残る客観的破綻の事案は、「相手方配偶者に対する憎悪」から、相手方配偶者が新しい生活を建設するのを妨害せんとするもののみとなるであろう。この種の事案はいかに裁判所が離婚判決に抑制的であつても、事実はその棄却判決にも拘らず破綻の回復は困難となりますます夫婦間の疎隔は深まるのみである。この様な場合、国家は相手配偶者を苦しめること以外に利益をもたぬ婚姻の維持を計るよりは、むしろ客観的破綻に相当期間の継続を要件として「婚姻を破壊し婚姻上の過失を犯した者にも、内面的内容を失つてしまつた婚姻を解消し、新婚を締結する権利を与えること」の方がより道徳の要求に合致することとなるのではあるまいか。¹³⁾

なお、私がこの場合の客観的破綻に相当期間の継続を要件としたのは、その認定に一層の慎重を期する目的に他ならない。

外国には一定期間の任意別居を離婚原因とする立法例があるが、例えばアメリカでは性格の不一致 (incompatibility of temperament; incompatibilit'e d'humeur reciproque; incompatibilite' d'humeur et de caractere) などは二法域 (アラスカ・ニューメキシコ) 以外現在では殆んど離婚原因として認められないのに反し、当事者による一定期間の別居が離婚原因として認められる理由は前者にあつては、相互の誠実な努力が足りないに反し、後者¹⁴⁾においてはその努力の結果が考慮せらるべきであるとの配慮に出ずるものとみられている。

嘗てドイツ離婚法修正運動に表われた諸意見及びそれを刺激したスイス民法其他の諸立法と新民法との比較・考察が参考となるであろう。

ドイツにおける離婚法改革運動は、ドイツ民法第1568条から有責主義を追放し、無責主義又は破綻主義の¹⁵⁾導入を目指して展開されたものであるが、そこに表明された諸意見は大体次の如きものである。

第1は積極的破綻主義であり、最も目的主義 (破綻主義) に徹した意見であるから、これを積極的破綻主義と呼ばれているのは適当であろう。目的主義 (破綻主義) をつきつめて行けば、主たる有責配偶者にも離婚訴権を認めざるをえなくなる。この意見を代表するものには、マリーエ・ムンク (M. Munk)・ローゼンベルク (Curt Rosenberg) その他の意見がある。第2は消極的破綻主義と呼ばれるものであつて、目的主義 (破綻主義) に立ちつつも、訴権について、主たる有責配偶者には離婚権を認めることができずとする。この主義に立つ者には、ハーネルマン・ミイッタイス (Mitteis)・コッホ・エルラーなどがある。ハーネルマンは「離婚権は無責配偶者にのみ認められる原則は維持すべきである……それ故に、原告が、破廉恥・不道徳な行状により破綻を招来したときは、離婚は認められるべきでない」とする。コッホの意見は「婚姻の継続を配偶者に強いることができない程度に深刻な破綻を生じたときにも、各配偶者は離婚の請求をなすことができる。ただし、当該配偶者自身が離婚原因を考え、もしくは、主として彼自身の有責な行状により、婚姻の破綻を招来したときは、離婚訴権は成立しない」とし、大体、スイス民法・第142条に近い。第3は、折衷主義

であつて、この主義に立つクリンク (Klink) の修正意見は、「第1568条の要件を欠く場合でも、婚姻の本質に即した婚姻生活の回復を期待することができない程度に婚姻関係に深刻な破綻が生じたときは、各配偶者は離婚を訴求することができる。ただし離婚訴訟当時少くとも1年以上別居したことを要する。当該破綻を故意に招来した配偶者は、離婚を訴求することができない……」と主張する。即ち、主たる有無配偶者の離婚権について、前二者（積極主義と消極主義）の中間をとり、その破綻が原告配偶者の「故意」即ち自分の行状が婚姻を破綻させるであろうとの意識により導かれた場合にのみ離婚を認めないとする。換言すれば此の説は、一応積極説をとり、主たる有責配偶者の離婚権を認めるが、これを認めることが信義則に反する場合には離婚権は否定される趣旨と解される。

要するに積極的破綻主義も消極的破綻主義も共に婚姻の本質に即した婚姻生活の回復が客観的にみて期待されない（不可能な）程度に破綻したこと—客観的破綻—を前提として前者はその破綻が主として自己の有責行為によつて招来された場合にもその者に離婚訴権を認めるとする主義であるに対し、後者はその場合に⁶⁾、客観的破綻の存在にも拘らず主たる有責配偶者に離婚訴権を認めないとする主義である。従つて婚姻生活の客観的破綻が存在しない場合には、主たる有責配偶者の離婚権の問題に関係なく、破綻主義としては離婚原因が存在しないのであるから離婚は認められないのは当然である。

ドイツのいわゆる期待可能性理論は——婚姻生活の破綻の回復が過失ある原告配偶者に期待される可能性がある場合に、その有責配偶者の離婚権を排斥するものであるから——積極的破綻主義・消極的破綻主義の問題前¹⁷⁾の問題である。

さて、わが民法第770条は、主たる有責配偶者の離婚訴権について、積極説、消極説、折衷説何れの主義をとるものであろうか。

スイス民法第142条（チェコスロバキヤ法——1919年——その他）のように明文をもつて主たる有責配偶者の離婚訴権を否定しないわが民法としては、もつぱら解釈によつて之を決しなければならない。

ドイツに於ける離婚法修正意見に現われたものとしては、客観的破綻につき、主たる有責配偶者の離婚訴権を否認しないいわゆる積極的破綻主義が多いのに反し、この主義を採る立法例は一・二の立法例（例えばスウェーデン婚姻法）を除けばすべて消極的破綻主義を採っている。

スウェーデン婚姻法（1915年）（1920年に改正）第2条第2項は（前出）、「性格・考え方の相違により、或いは、その他の事由により深刻にして永続的な疎隔が夫婦間に生じ、夫婦の一方が離婚を欲するとき、彼の事情或は、その他の特別な事情を顧慮して婚姻の継続を正当に要求することができないときは、離婚することができる」（傍点は筆者）と定め、スイス民法のように明文をもつて、主たる有責配偶者の離婚権を一概に否定していない。原告の過失を離婚権認否の要件としないで、考慮される事情として「婚姻の継続を正当に要求することができないとき」は有責配偶者にも離婚権を認めるのであつて、これ正に信義則の適用を想わすものがある。¹⁸⁾

ドイツ婚姻法55条1項（1946年法48条1項）は有責配偶者の離婚権を必ずしも否定せず信義則によつて解決すべきことを示すものと解せられ、さらに同条2項（1946年法では48条2項）は「離婚を求める配偶者が破綻につき全面的に又は主として責を負うべきときは、相手

方配偶者は離婚の異議を申立てることができる。但し、………婚姻の継続を道徳的に正当化されない場合にはこの異議は参酌されない」と規定し、すなわち、主たる有責配偶者の離婚請求を排斥し得るのは、ただ婚姻の継続を道徳的に正当化される場合に限られることを明らかにしている。

要するに、ドイツ婚姻法55条2項（1946年法では48条2項）に於ては、婚姻及びそれに基づく家庭生活の維持の倫理的正当性に反しない限り、即ち広い意味において信義則に反しない限りは主たる有責配偶者の離婚権の行使は認められる。

わが民法第770条は目的主義（破綻主義）に立つと同時に、他方、徹底した相対的離婚原因主義を採用するものであること及び、第770条第1項第1号乃至第4号の個別的離婚原因については、絶対的離婚原因主義——すなわち、かかる事由に該する事実があるとき、更にその事実が、客観的破綻を招来しているか否かの価値評価を待たずに裁判所は離婚判決をなさねばならない——が残っていると見る見解の成立する余地が全然なく、裁判所は常に同条2項の判断を義務づけられており、これらの個別的離婚事由も、第5号の相対的離婚原因を目的主義（破綻主義）的判断の基準の例示とみるべきであることは先にも述べた。同じく目的主義に立つスイス民法も未だ完全に相対的離婚原因主義に拠っているとはいい難い。即ちスイス民法第142条は、目的主義（破綻主義）に立つ相対的離婚原因を示すものであるが、スイス民法は右の第142条の相対的離婚原因のほかに、姦通（137条）・生命の侵害・虐待・重大な侮辱（138条）・破廉恥罪及び不行跡（139条）・悪意の遺棄（140条）及び不治の精神病（141条）などの離婚原因を規定しており、そのうち、精神病を除けば、いずれも有責主義の離婚原因である。なお、不行跡はいわゆる不確定的離婚原因でその内容が頗る相対的であるけれども、それ以外のものは、絶対的離婚原因である。それに比べればわが民法第770条は一層相対主義に徹底したものである。このことは、本条がそれだけ一層目的主義（破綻主義）を強化したものであることを意味する。（従つて、たとえ本条の個別的な離婚事由、例えば「不貞な行為」があつたとしてもそのために婚姻の本質に即した婚姻生活の回復または継続が期待されない如き破綻が生じていないときは、離婚原因は成立せず、従つて離婚は認められないと解せられる。）

このように、スイス民法以上に目的主義・破綻主義を強めていることは、民法第770条の解釈をして一層積極的破綻主義に傾かしめる一理由となりうるように思われる。

も一つ民法第770条の解釈に當つて無視できないことは、わが民法が裁判離婚のほかに、スイス民法その他諸国の立法例の認めない協議離婚制を認めている点である。協議離婚は婚姻当事者の合意のみを要件とする婚姻解消の形式である。わが民法は、かかる自由意思による離婚の効力を認める。協議離婚は夫婦双方及び証人二人以上より口頭又は署名した書面で届出ることにより効力を生じ、特に国家による許諾を要しない簡易な離婚形式である。婚姻関係の当事者の一方に離婚意思が存し、他方の同意を得られないとき、法定の離婚原因（民法770条1項）がある場合に限り裁判離婚が認められるものである。即ち、わが民法は他の立法例にみられないほどの広範な離婚の自由を婚姻当事者（夫婦）に平等に与えている。従つて、各配偶者は夫々他方配偶者の離婚意思の申出に対し、離婚の同意権を有すると云える。この場合、相手方の離婚意思の申出に対して、同意を与えると否とは全く自由であり、且つ同意を与えて合意が成立すれば、それで離婚成立の実質的要件は具備され、形式的要件（戸籍法による届出）が具備されれば、それで離婚は効力を生ずるものであつて、別段離婚

の理由を必要としない無因離婚である。(そして離婚意思を欠く場合と形式的要件一届出一を欠く場合は離婚は「無効」(不成立)であるが、それ以外の場合は届出がもし誤つて受理されたときも、離婚は有効に成立するほどに自由と人格が尊重されている)²⁰⁾

要するに、わが民法の下では、夫婦は離婚の自由——離婚の申出又はそれに同意をすると否との自由——を有するが、法定の離婚原因(770条1項)が存在する場合に限り、それを理由として離婚を求める相手方の離婚の申出を拒否する自由を有しないということになる。即ち、夫婦の一方は他方の離婚の申出に対し有する同意権(その同意により直ちに離婚の実質要件は成立する)も、法定離婚原因(婚姻の客観的破綻)の存在する場合には、之を拒否する自由はない。この場合、敢えて、之を拒否することは違法であり、同意権の濫用となるわけである。この場合離婚を欲する当事者は、離婚訴権(之も離婚の自由に基く権利)の行使により、裁判所の判決によつて既に実質を失つてしまつた婚姻関係を解消する——離婚の自由を実現する——ことができるのである。このように、わがくにの裁判離婚は自由離婚制たる協議離婚に於ける同意権の濫用(離婚原因——「婚姻を継続し難い重大な事由」即ち救い難い婚姻生活の破綻——の存するに拘らず、相手の離婚申出に対し、正当な理由なく之に同意を拒否することは公序良俗又は信義誠実に反し、同意権の濫用と云うべきであるから)防止の働きをなすものである。このように、わがくにおける裁判離婚は、婚姻当事者が固有する離婚自由の保障たる意義・性質を有するに対し、協議離婚(自由離婚制)を認めない諸外国に於ける裁判離婚は一旦有効に成立した婚姻は解消すべきでないとする考を前提として、単に法定の原因ある場合に限り、特に国家が離婚を認め、それ以外の場合はいかに双方が離婚を欲してもただそれだけでは離婚を許さないとする性質のものである。^{21) 22)}

元来欧米の離婚法は制限離婚主義を採る教会法より発達したものであり、当初は離婚原因は極めて少く、わずかに姦通と遺棄の二つだけであつたが、漸次新規なものが加わり、姦通に準じて虐待・侮辱・犯罪等々が離婚原因となつた。そして19世紀に入つてからは、虐待・侮辱に限らず一般に婚姻の継続を堪え難くするような直接侵害の一定の行為が離婚原因となり、又犯罪ばかりでなく一般に婚姻の継続を堪え難く感じさせる直接侵害も加わり、相手方の過失(Schwere Verschulden)のみでなく偶然の事故(Zufällige Umstände)ことに精神病もまた離婚原因と認められるに至つた。しかし乍らかかる離婚原因の増大の傾向にも拘らず欧米の離婚法はなお「婚姻は維持さるべきもの、これを解消することは、非常特別の場合に限り許される」という考え方に立ち、之は結局「神の合せ給う者は人これを離す能はず」「姦淫の故ならで妻を出し、他に娶る者は姦淫を行うなり」(マタイ伝19章6—10)とするキリスト教的思想に根ざすものであるから、離婚原因の法源を成文法に限るという、いわゆる法定離婚原因主義を離れることはできないのであり、まして、当事者の合意のみにより効力を生ずる真正の協議離婚などは許されるべくもない。裁判上の離婚(judicial separation)のみが認められるにすぎないのである。

要するに欧米における裁判離婚は制限離婚主義に立つものであるに対し、わがくにの裁判離婚は、離婚自由の基本権(憲法24条)に根拠を有する自由離婚主義に立ち、合意自由離婚たる協議離婚を保障するものである。

また、わが国の協議離婚は、制限離婚たる裁判離婚に對立するものであるに対し、ヨーロッパのいわゆる協議離婚は、厳密には当事者双方の合意を離婚原因とする裁判上の離婚とみることができるところのものである。その点彼我の協議離婚には、性質上大きな差異が存す

る。例えば、ハンガリー法（1946年・基本法）は、婚姻後、2年以上経過した夫婦が、相互に離婚を合意したことを、ベルギー法は、夫は25才、妻は21才以上で且つ45才以下であること、及び婚姻期間が2年以上19年以下であることを要件として合意したことを、また、ブルガリア法（1945年）は当事者相互が執拗に合意したことを離婚原因として規定する。即ちこれらの諸国に於ては相当な制限（軽卒な離婚を防ぎ、又は老後の離婚婦の地位の安定を確保するために）のもとに当事者の合意による離婚が裁判上認められているにすぎない。

同じく協議離婚及び離婚訴権と云つても両者の間にはその性質に大きな差異が存する。

かかる観点からして、協議離婚（自由離婚制）を認めない諸外国の離婚法の解釈や立法（但し前記スウェーデン婚姻法—1919年—第2条第2項を除く）が主たる有責配偶者の訴求する離婚に対し抑制的傾向を示すのは想像できないことではない。かかる点の考慮は又、わが民法第770条の解釈を積極的破壊主義の方向に傾かしめる一つの根拠を提供するように思う。

以上の二点は本問題に関し、わが民法第770条を解するに当つて之を無視し得ないところのものである。

私はもはやこの問題に関する卑見の結びの用意をしなければならない段階に来ている。

自由離婚主義の基調に立つて、比類なきまでに徹底した目的主義を採るわが民法第770条はその目的主義の相対的離婚原因たる「婚姻を継続し難い重大な事由のあるとき」換言せば婚姻の本質に即した婚姻関係の回復を期待しえない破綻の存するとき、即ち、いわゆる客観的破綻の存する限り、主たる有責配偶者に対しての離婚訴権を否定しない趣旨と解してよいとおもう。蓋し、それが自由離婚主義を基調とする目的主義の本来の要請であり又先に述べた如く信義則に適合する解釈であると考えられるからである。従つて、また、スウェーデン婚姻法における如く、客観的破綻が存する（と認められる）ときと雖も、信義則に照して、原告配偶者（主たる有責者）に「婚姻の継続を正当に要求することができる」と判断される場合、裏返して云えば、主たる有責配偶者の離婚訴求を認めることが信義則に違背する場合は、離婚訴権の行使は許されず、請求は棄却されるべきである（第2条第2項の反面解釈）ことは当然である。例えば、私が先に述べた、夫の慫慂によつてなした妻の姦通が客観的破綻を招来している場合、夫の訴権が否定される如きはこれである。その立法例としては絶対的離婚原因たる姦通についてドイツ婚姻法第47条が「自己の行状により故意に姦通を不能又は容易ならしめた配偶者」の離婚訴権を否認（旧法は単に姦通に同意した配偶者の訴権のみを否認していた）しているが、その理由は、かかる行為は信義誠実に反するからである。旧法は単に同意を離婚原因阻却事由としたのは、同意がなされる場合には、姦通により婚姻の破壊を感じないこと明らかであるが故であり、新法が同意のほか、姦通を可能又は容易ならしめる行為を離婚権不成立事由とした理由は、原告に「姦通を可能又は容易ならしめる行為」の存するに拘らず離婚権の成立を許すことは、信義誠実、又は公序良俗に反する（もし、離婚権の行使が許されるとせば他の理由に基き、離婚を欲する配偶者が故意に相手方の姦通を慫慂する奸策が可能となるであろう）ことになるからである。更にドイツ婚姻法が無責離婚原因たる配偶者の精神障害・精神病・重病・不妊症（50条乃至53条）に基く離婚請求権の行使や、相手方に対して苛酷なる場合、(wenn die Auflösung der Ehe den anderen Ehegatten aussergewöhnlich hart treffen würde) の離婚請求権の行使を「道徳上正当ならざるもの」(wenn das Scheidungsbegehren sittlich nicht gerechtfertigt ist) として之を明文をもつて禁じている(婚姻法54条)のも同一趣旨によるものである。ただ、わが民法と異なる点は、これ

らの事由を離婚阻却事由として、はじめから離婚原因の成立を認めない。従つて、離婚権の発生を認めないことである。

また、夫が過失により性病を感染せしめて妻を回復し難い程度の精神病に陥入れ（客観的破綻を生じ）た場合における夫の離婚訴権や、妻を明らかに飢餓の危険に陥れるような場合における夫の離婚訴権の行使は、いかに客観的破綻の存在する（したがつて離婚権は発生する）ときであつても許されないことは信義誠実・権利濫用禁止の法理から当然である。

近代離婚法の焦点は、社会的劣性たる妻と子の保護にあつた。従つて、立法も解釈もこの故にのみ離婚を制限し、もしくは逆に離婚を許容しなければならなかつた。自由離婚制の一形態である協議離婚制を欧米諸国が採用しないことや、逆にまた、スカンジナビア三国が之を認めたなどはかかる事情によるものである。もし「婚姻を継続し難い重大な事由」が存し離婚を許容せざるを得なくて、之を許容する場合には、離婚後の妻と子の生活を充分に考慮して後のみなすべきであるといわねばならない。かかることは民法第770条第2項に係る関係なく当然の事理である。相手方を餓死の危険に陥れるような離婚権の行使を許容することは、権利の濫用を許容することに他ならない。離婚権もその濫用は許されないことは他の私権と異なるところはない。

ドイツ民法第1568条に対するクリンクの修正意見にある原告配偶者が客観的破綻を「故意に招来」した場合、離婚権を認めない如きもまた離婚権の濫用を禁止する趣旨と解してよいであろう。

ここで問題になるのは、子の幸福に致命的な障害を与えるような離婚権の行使は、信義則に違背又は権利の濫用に該するかどうかである。子の利益は、政治世界観の如何を超えて保護されねばならぬことはもとよりであるが、ドイツ新婚姻法第48条第3項（未成年の子の利益の侵害は離婚阻却事由となつている。）や、ポーランド、チェコスロヴァキア法（破綻主義をとり、深刻永続的な破綻を離婚原因とするが、子の利益を害する離婚請求は認めない。）のような明文をもたないわが民法の解釈としては、これと同様に解することはできない。されば子の重大な利益を害する（たとえ、それが、子の幸福に致命的な障害となるようなものであつても）ような離婚であつても、これをもつて、離婚権の濫用又は信義則違反となり、離婚を許容しない、ことはできない。少くともわが民法のもとでは右の解釈以外にない。何となれば、わが法制のもとでは、かかる離婚（子の幸福に致命的な障害を与えるような）でも協議離婚ならば許されるからである。（子の利益の保護を強調する現代法の立場からは、かかる協議離婚の合法性が問題になりうると思うが、今はこれに触れないことにする。）即ち、もし、かかる離婚の請求が権利の濫用又は信義則違反の故をもつて許されないとすればかかる場合協議離婚のみが許されてよい筈がないからである。

なおこの問題に関してWestermarckが「子供の道徳的幸福にとつて両親の離婚ほど有害なものはない……しかし、家庭を破壊しようとする両親と一緒に暮すよりは、単独親権の方がまだ良い場合もある。また、もし子供の幸福を考慮することが合意離婚を禁止する真の理由であるならば、何ゆえ合意別居を許している多くの国々で離婚が禁止されねばならないか」と述べるところは傾聴すべきものがある。

もとより、子の有無は、客観的破綻を認定する上には考慮される資料にはなる。即ち、子の有ることは将来、夫婦生活の破綻を緩和させることを期待させること、子の無い場合に比して一般に大きいであろうし、又子の幸福に致命的な障害を与える場合は、そうでない場

合に比して婚姻関係に対する期待可能性が一層大きいであろう。そしてまた、子の保護は、離婚効果において充分考慮されるべき問題であることはもとよりである。けれども、子の利益に反するの故をもつて、(客観的破綻が認定される以上)権利濫用又は信義則違反として離婚を許さないことは、わが民法の下ではできないと解すべきではなからうか。

もつとも、立法論としては、協議離婚の規定(民法763条)について、子の幸福の絶対的侵害となるような離婚は、いかに離婚原因たる婚姻破綻が成立するときと雖も、之を許さないという制約を設けることは、協議離婚における不当な制限ではないのであるから、可能であると思う。²⁷⁾もしそうなれば裁判離婚たる第770条についても離婚原因たる客観的破綻が認定され——従つて離婚権は発生——するに拘らず、かかる離婚権の行使は権利濫用として許されないとの解釈論もなりたちうることになるであろう。

ここに改めて繰返すまでもなく、有責配偶者の離婚訴権認否の問題は、どこまでも、客観的破綻(の存在)を前提とするものであるから、民法第770条第2項とは直接関係がないことを注意すべきである。即ち、第2項には、「裁判所は、前項第1号乃至第4号の事由があるときでも、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる」とあり、第2項による「棄却」の可能性は、婚姻の継続を強いることが不可能でない——換言せば、未だ客観的破綻の存在しない——場合に認められるのであることは第2項の文理からも明白である。即ち、「前項第1号乃至第4号の事由があるときでも」と云い、第5号の事由を特に除いている(第5号は客観的破綻を示す)。したがつて、ここにいる「一切の事情の考慮」には、有責配偶者の訴権の問題は含まれない。従つて、「婚姻を継続し難い重大な事由の存するとき」即ち客観的破綻の存在が認定される限り、もはや第2項を適用する余地はなく、したがつて、此の場合、主たる有責配偶者の離婚権を認めるか否か(訴を棄却するか否か)の判断は専ら信義則若しくは権利濫用禁止の法理の適用によるものである。もとより、相対主義を採用する限り客観的破綻の認定の過程において、婚姻当事者の過失の有無が考慮される——もちろん目的主義的判断の下に——のは当然である。即ち、離婚原因たる婚姻の客観的破綻の評価については、双方の過失は或は之を緩和し(自分にも過失があるので婚姻破綻を感じる程度が低い)、或は之を倍加する(双方に非行があるため、婚姻共同生活の破綻は一層はげしくなる)。しかし、離婚訴訟において裁判所が客観的破綻——「婚姻を継続し難い重大な事由のあること」——を認定しながら、主たる有責配偶者による訴求なるの故をもつて之を棄却することは、わが民法のものでは許されないと解しなければならぬ。もし之を棄却するとすれば、明文の規定その他理論的根拠を俟つて始めて可能なことである。それに関する明文を欠く現行民法の下で有責配偶者の離婚訴権が否認されるとすれば、その根拠を信義則に求めるのが最も妥当である。²⁸⁾しかし、いかなる場合が信義則に違背し、もしくは衡平の原則に反するとすべきかは、いかなる場合をもつて、客観的破綻とするかと同じく、結局は、各人の抱く婚姻の本質観・この国の政治世界観と深く関連するものであつて、之を一概に論定することはできない。

わが民法における有責配偶者の訴権の問題について、信義則の適用の結果は一般的には右の如くなるのであるが、それにも拘らず、かかる結論に対する一般の危惧を防ぐためには、なお若干の附言を必要とするであろう。

第一に目的主義と雖も客観的破綻を招来した過失責任を全然無視するものではないことで

ある。目的主義のもとで離婚を許すか否かについて決定的なのは婚姻生活の客観的破綻の存否であり、それを招来したところの過失の存否とその所在如何ではないが、有責配偶者の過失の補償は免るべきでないことは、これまた信義則の要求するところである。従つて信義則は離婚の効果の面について充分適用せらるべきである。被告配偶者に対する賠償、特に原告の過失は、慰藉料・離婚後の扶養料・子の監護権の分配・子の養育費の分担などについて充分斟酌されるべきであり、それは又理論上も可能である。先に私が離婚それ自体は、いかなる場合にも（たとえ有責主義の離婚法の下においても）離婚過失に対する懲罰や制裁を意味するものではなく、又それ故にこそ諸国の立法例は離婚過失を離婚の認否にかかわらしめず、従つてそれによつて失われた衡平は、離婚効果たる離婚給付その他の面において回復されるように配慮されていることを論証したのも、実は民法第770条の解釈において有責配偶者の離婚権を認めるべきことの理論的根拠の一つを得たためであつた。

第二に積極的破綻主義は一部に危惧されているように、いわゆる婚姻アナキズムに通ずるかどうか。（積極的）破綻主義における破綻は、婚姻の本質に即した婚姻共同生活の回復または継続を期待しえない程度の破綻、換言せば——客観的破綻——を意味するものであり、裁判所は、かかる意味の破綻があると認めるとき始めて、婚姻を宣言し得るのであつて、一般的、軽微な破綻は目的主義・破綻主義における離婚原因たり得ないものである。多くの立法例が、客観的破綻は、相当期間の継続を要件とし、又、クリンクの提唱するドイツ民法修正意見が客観的破綻は「訴訟当時少くとも1年以上別居したことを要する」としているのは裁判所の認定を慎重ならしめるためである。とにかく裁判所の保守的伝統は有責配偶者の離婚権を認めることによつて婚姻アナキズムを防ぎうるものと考えられるのみならず、もし婚姻アナキズムを問題にするなら、わが国の協議離婚制そのものが問題とされなければならぬであろう。ことに、積極的破綻主義を採つて、有責配偶者の離婚権を認めても卑見のように具体的場合に、その離婚権の行使が明らかに信義誠実又は公序良俗に違反すると認められるときは権利濫用として離婚権を排斥すべきであるとの解釈に立つ限り、右の危惧は全く不要と云うべきであろう。第三にクリーンハンド(clean hand)の原理は、離婚法、ことに目的主義の離婚法には適用がないか、少くとも之が決定的標準とはならないことである³²⁾。第四に、婚姻は家庭および国家の原基細胞であり、国家は、その維持について重大な利益をもつ（例えばドイツ民法やソヴィエト離婚法の指導原理はこれである）が故に、³³⁾国法は婚姻の保護と離婚の制限に最大の努力をするという理由による積極的破綻主義の反対論は、自由離婚たる協議離婚制や、目的主義の裁判離婚を採用するわが民法の下ではもはや問題にはならないであろう。そして、事実また、客観的破綻を来した婚姻の維持によつて、国家は、何物をも利益するところはないであろうし、当事者も又かかる離婚を認めることによつて失うものは殆んどないであろう。もしかりに失うものがあつたとしてもこれは離婚の効果に於て充分補償されることの可能な性質のものである（相続権や扶養請求権など）。

最後に、附言すべきは、「離婚はそれ自体悪 (evil) である。悪は避けなければならぬ。しかしそれを避ける力は法律にはない。道徳の力をもつてしてもなお避けられなかつた、婚姻死亡の事実をどう処理するかだけが法律の果すべく、又果しうる任務である³⁴⁾」ということ、及び、われわれはその任務を果すべく最大の努力を惜しんではならないということである。

諸国の離婚制度ないし、離婚法においては立法主義や学説の対立にも拘らず、離婚は常に婚姻関係の破壊に原因を与えた者に対する制裁ではなくて、破壊された婚姻関係（夫婦間に

離婚などという問題が生ずるときには既に「愛の巢」は破壊されている)から、当事者を解放することにその存在理由があつた事実(有責主義の離婚法のもとでは配偶者の過失のみを離婚原因としたから、被害者のみが破壊された婚姻関係からの解放を求める結果になつたのは当然である)即ち、制裁離婚(le divorce-sanction)は事実³⁵⁾に反するものであり、離婚はすべて救済離婚(le divorce remède)であつた事実を改めて正視すべきである。

離婚は「已むを得ざる悪事(necessary evil)」ということと、離婚法ないし離婚制度の目的が婚姻当事者の解放であるということとは自ら別問題である。したがつて離婚は救済の手段であるという説は離婚は「已むを得ざる悪事」という考えと決して矛盾対立するものではない。³⁶⁾

有責配偶者の離婚権と有責主義・目的主義

先に一言した如く、有責配偶者の離婚権の問題は目的主義の婚姻法に限らず、有責主義の離婚法の下においても起りうべき問題である。そして何れの場合も衡平の原則もしくは信義則によつて決せらるべきである。有責主義は、被告配偶者の過失即ち、婚姻義務違反を離婚事由とするから、絶対的離婚原因主義を採る離婚法に於ては、その離婚事由に該当する事実の存在が認められれば、直ちに離婚権は成立し、又、相対的離婚原因主義の離婚法においては、その離婚事由に該当する事実の存在が認められ、しかも、その事実が、当該夫婦について離婚原因となりうることの評価を経て離婚権は成立する。何れにしても、有責主義の下で離婚原因が存在すれば、裁判所は離婚の判決をなし得、又なさねばならない。この点は目的主義においても同じであつて、絶対主義・相対主義何れの場合も離婚原因たる客観的破綻が存在するときは、裁判所は、離婚の宣告をなし得、またなさなければならぬ。したがつて有責主義・目的主義何れにあつても、離婚原因が存在するに拘らず離婚請求を棄却するには別の法的根拠を必要とする。絶対主義離婚法における棄却事由はその一例である(旧民法・814条——818条・但し、814条第1項・815条は厳密には離婚原因の阻却事由)。かかる明文の規定が存する場合を除き、いかに有責主義の下であつても、理論的には主たる有責配偶者の離婚権は成立しうる。たとえば、ドイツの学説・判例は有責主義に立つ第1568条の(相対的)離婚原因について一時之を認めたことがある。³⁷⁾之を否認しうるのは、かかる離婚権を認めることが信義則に反する場合に限られると解すべきである。

前記ドイツ民法第1568条(有責主義に立脚する相対的離婚原因)における、期待可能性の理論は、離婚原因に対して、婚姻の継続を期待し得られるとの理由に基いて、その離婚権は否認せらるべきものとするのであるが、期待可能性の存するうちは、まだ法定の破綻たる離婚原因の成立しない場合である。問題は期待可能性の存しない場合、即ち離婚原因が存在する場合に主たる有責配偶者の離婚権を認めるべきか否かである。(之は、明文の規定なき限り、信義則の適用によつてのみ解決が可能である。)

このように有責配偶者の離婚権の問題は、有責主義・目的主義に共通に存在する問題であつて、有責主義の下では離婚原因が存する以上、有責配偶者の離婚権は自明の理によつて否認されると解することはできぬ。有責主義・目的主義何れに於ても、有責配偶者の離婚権の否認は、特別の明文の規定又は信義則を俟つてはじめて決せられるべきものである。(尤も有責主義の下では、原告のみ有責であるときに、原告の離婚権の否定されるのは理の当然である。この場合は、最初から被告に離婚原因が存しないのであるから本問のらち外である。)

例えば、姦通した妻にも、その姦通を理由とする夫の「同居に堪えない虐待」を離婚事由とする離婚請求権を認めても有責主義に反するものではない。（法定の離婚原因が認められる限り——即ち、同居に堪えられぬ虐待の事実が存在する限り——尤も妻に期待可能性のある中は離婚原因は成立しない³⁸⁾。）この場合、妻の離婚権を否認するには、明文の規定が存するか、又は離婚権を認めることが信義則に反するとみられる場合でなければならぬ。しかし、ドイツ民法第1568条についての判例が、妻の過失（姦通）が夫の過失（虐待）を誘発した（後には双方に因果関係がなくとも何らかの関連性がある）場合に婚姻継続の可能性が存するとの理論をもつて、原告（妻）の離婚権を抑制したのは、原告が有責たるときには、未だ離婚原因たる婚姻破綻が存しないと認められるからである。従つて期待可能性のない場合、換言せば第1568条所定の破綻が被告の過失（虐待）により招来されている場合は離婚原因が存在するものである以上、有責原告（妻）の離婚権は認めらるべきは当然であり、之を敢えて否認しうるのは、明文の規定なき限りは、信義則に反する場合でなければならぬ。

されば、トルコ民法(1926年)は過失相殺の法理を認めず、離婚法に於て、過失相殺の法理を認め、これにより双方の離婚権を消滅せしめることができるとする考えは離婚は離婚過失——非行——に対する懲罰又は制裁であるとする思想に基くものである。配偶者双方に姦通行為があつた場合、各配偶者から離婚の請求をなしうるとしており（129条）、またオランダ民法（1838年制定・改正——1884年・1915年・1922年・1929年）も同様（264条）であつて、従つて、配偶者の一方（被告）の姦通が他方（原告）より助成され又は挑発されたときでも離婚権に消長を来たすことなしと考えられている³⁹⁾（然し最近の判例の傾向は右の考え方から離れてゆくようにみられる）などは、いかに有責主義の下においても離婚は相手方配偶者の婚姻義務違反（非行）に対する制裁ではなく、婚姻破綻（主観的又は客観的）から当事者を救済し解放するための形成権であることを考えればむしろ当然のことであり、又それが決して公平の原則に反するものでないことも明白である。

有責主義を制裁主義と呼んで離婚に婚姻義務違反に対する制裁の意味をもたせる学者の考え方は理論および事実⁴⁰⁾に反する。何れの離婚法に於ても——目的主義に立つものも、有責主義に立つものも共に——最初から離婚は、婚姻の当事者をして、破綻した婚姻共同生活関係から離脱させ、解放させ、救済することを目的とするものであつて、即ち、離婚には救済離婚以外にはありえないとみるべきであることは先にものべた。即ち一方は婚姻共同生活関係の主観的破綻から、又他方は、客観的破綻から婚姻当事者を救済することを目的とする。故に、私は、学者のいわゆる制裁主義（一般に目的主義・破綻主義に対し有責主義の意に用いられる）の概念に対して少からず疑をもつ。従つて、制裁主義の考え方から、有責主義の下では、原告のみ有責の場合（離婚原因は存在しない）は論外として、離婚原因が存在するとき有責配偶者の離婚権の否認は自明の理であるかの如くみることは正しくないといわなければならぬ（なお、有過主義と過失相殺について後出ノ連抑留事件の註を参照）。（未完）

1 我妻氏・改正親族相続法解説72頁以下、柚木氏・親族法148頁以下参照。

「法定夫婦財産制においては夫婦の一方が婚姻中、自己の名で得た財産はその特有財産とせられるが（民・762条1項）かかる財産は相手配偶者の協力（特に内助の功）によつて初めてかちえたものであり、従つて、相手方は婚姻中において既にかかる財産に対して実質的な持分を有するものと考えなければならない。ただ婚姻継続中にこの持分を法律的な持分権としてその財産を夫婦の共有財産と

なすことは、徒らに煩雑を来すに過ぎないから、新法は婚姻継続中は夫婦別産制をとつて各財産を夫婦各々の特有財産たらしめると共に、「死亡または離婚などによつて婚姻が終了するにあつては、各人の財産に対する相手方の持分を表面化して、死亡に於ては相続権の形で、又離婚に於ては財産分与請求権の形において、その持分の取戻を認めたものなのである。」(柚木氏・前掲書148—149頁)。

2 清算及び扶養を併せ目的とする説は、中川氏・民法大要—78頁以下、福島氏・註釈親族法—262頁。

生活に困窮する配偶者の扶養を目的とみる説は、青山氏・身分法概論—135頁、外岡氏・親族法—183頁、板木氏・立命館法学—第4・5合併号第73頁。板木教授は財産分与請求に関する学説として右の他に、相続説(配偶者の相続権を離婚の際に認めようとするもの)(島津氏・中川氏編集・註釈親族法—120頁)清算及び扶養のほか、有責配偶者の制裁をも目的とする説—制裁説(宮崎氏・新婚姻法—195頁)及び清算扶養のほか離婚による損害賠償を目的とみる説(穂積氏・川島氏・法律時報—第20巻第5号15頁。千種氏・法律時報—第23巻1号9頁)を挙げられる(前掲書)。

しかし、民法768条の財産分与に制裁的性質を含ませる説(前記の宮崎氏説はこれ)の正否は別としても一たとえ財産分与の本質が扶養義務であると解しても—離婚原因に対する当事者の過失を財産分与請求権の消長(権利の認否、額の決定など)にかかわらしめることは、正義衡平の觀念の当然の要請と云わなければならない(後述参照)。

3 中川教授は、財産分与に二つの契機があり、第一は、婚姻分業において消極面(消極経済)を担当した配偶者の協同に対する補償の意味であり、第二は経済的弱者たる配偶者に対する婚姻後の扶養であつて、第一と第二は相殺される場合もあるが、通常は同一配偶者(恐らくは妻)の上に重なるとする。なお、教授は、この場合夫の財産は妻が消極面を分担したことによつて夫の取得しえたものであり、親譲りの財産は除外して考えなければならないと特にことわつているけれども、夫が親譲りの財産を維持し得たのは妻の永年にわたる内助の功によるものであることも考え得られるから、この分だけを分与財産から除外して取扱うのは正当でないと思う。尤も教授も、生活費を獲得する途を失つた妻を扶養する面においては夫の親譲りの財産も考慮に入れてよいと云われる(中川氏・民法大要・70頁)。

谷口教授(親族法95—96頁)も、財産分与請求権の性質につき「配偶者の相続権に対応し協力で得た何れか一方名儀の財産の持分取戻を認める思想と、配偶者を慰藉し、且つ扶養の資を供する思想とを含んでいる」(傍点は筆者)と云われる。

4 福島氏・註釈親族法262頁参照。

板木教授(「離婚の際の財産分与の性質について」—立命館法学第4・5合併号65頁以下)は、財産分与が扶養的性質の他に少くとも清算的性質をもつとみられる説の根拠として次の点をあげられる。

(1) この説に強い合理性をもつている(ドイツ民法が契約財産制の典型の一として規定している所得共通制 Errungenschaftsgemeinschaft—(ドイツ民法1519条)以下や、ドイツで将来の夫婦財産制として提案されている剰余共同制 Zegewinsgemeinschaft 更に、フランスで提案されているSystème de participation aux acquêts 等はすべて同一思想に基くものとみられる)。殊にわがくにでは従来、夫婦財産制として別産制が認められ乍ら、家父長的婚姻生活においては、財産は多くは夫名義で取得・蓄積されることが多く、名義と実質との喰い違いが著しいのが常であるから離婚の際に、これを是正することが衡平で、実際上の需要が大き。 (2) 第768条が財産分与に「考慮」すべき事項の代表的なものとして「配偶者の協力によつて得た財産」をあげていること。(3) 本条が明らかに大正14年の臨時法制審議会の改正要綱第17及び戦後昭和21年末の臨時法制審議会の改正要綱を承継したものとみられているにも拘らず、同条が右両要綱にはつきりと示されていた扶養的表現を削り、単に「離婚した者の一方は相手方に対して財産分与を請求することができる」としたのは、清算的性格の財産分与と扶養的性格の財産分与とを一つの条文中に併せ規定せんことを意図した故であると解するの
でなければ、これを合理的に解釈することは困難である。

なお、同教授（前掲論文89頁）は、(イ) 清算的財産分与は生活に困ると否とに関係なく分与しなければならないが、これに反し、扶養的財産分与は生活困窮を要件として、協力の存否に関係なく分与しなければならないこと、(ロ) 清算的財産分与請求権は純然たる財産権であり、譲渡性と相続性をもつに反し、扶養的請求権は一身専属的であつて、譲渡性・相続性をもたないこと、(ハ) 清算的財産分与は一般的性質のものであつて、離婚の時を基準として終局的に定まる。従つて、離婚後の事情の変化によつて、影響を受けることがないに反し、扶養的分与は、離婚の時から将来に亘つての継続的性質をもつものであるから、離婚後における事情の変化（就職・再婚その他要扶養状態の消滅や窮乏の激化等）に対応して財産分与関係に、変更を加える必要が起る可能性がある等の理由から第768条の解釈論（立法論としては勿論）としても、家庭裁判所が財産分与の協議に代る処分（同条3項）をするに当つては、少くともその理由の部に於て、（筆者註・性質の異なる）清算的部分と扶養的部分とを明確に区別して——その一方のみの場合は、その何れであるかを明示して——財産分与を命ずることが必要であり、これを明示しないときは理由不備の違法な処分（として抗告の理由となる）と解すべきものとされる。注目に値する見解と云わねばならない。

5 もつとも、旧法時代にも実質上は慰籍料の中には財産分与の考えを程度の差はあれ、多少加味されていた。永年夫婦共稼ぎで働いて財産を作つた妻に多額の慰籍料の支払を命じたのはその一例である（東京控訴大正15(ネ)148号昭和2新聞3087号、千種氏・第23巻2号53頁による）。

6 福島氏・前掲書262頁参照。

7 千種氏・離婚による慰籍料と財産分与・法律時報第23巻2号53頁参照。

また妻の有責行為（例えば姦通）が離婚原因であれば、妻が財産分与の申立をしても、夫は逆に妻に対し慰籍料請求の訴を起すことができるから、夫は分与すべき財産額から慰籍料額を相殺し得ることになる。そして慰籍料の額が分与さるべき財産の額より大であれば、財産分与の義務を免れ、又少なければその不足額を分与すれば足りる。

理論構成は右の如くであるが、実際に当つては、このような計算は余りに理論に走り過ぎ実際に適さないので、申立人（調停又は審判）たる妻の有責は考慮さるべき「一切の事情」（民法768条3項）として扱う方が妥当であろうとされる。

子の扶養料についてもまた同様である。離婚の場合には、離婚後親権又は監護を行う者を夫又は妻のいずれかに定めなければならない。妻が子を養うとすれば、相当の財産の裏付けを必要とする。家庭裁判所は、この場合「子の監護について必要な事項を定め」「子の扶養料その他の財産上の給付を命じることができる」（民法766・771条、家事審判法第53条）としているから、本来子の扶養料は財産分与とは別個の観念であつて、財産分与の請求には含まれないと解すべきである（中川氏編集・註釈親族法263頁その他）が、しかし、「妻が子を引取つて養育しながら、養育料を請求していないときは、事実上財産分与の中に、子の養育料を織込んで審判または判決をすることも、一概に不当であるとはいえないであろう。」

かくて、財産分与に当り考慮さるべき「一切の事情」（民法768条3項）としては、次のような各種の事情が挙げられる（千種氏・前掲論文参照）。

(イ) 当事者が協力によつて得た財産の額。(ロ) 当事者の協力の程度、妻の協力により減少せずすんだとすれば、その協力の価値も無視すべきではない。婚姻期間の長短、配偶者の勤怠なども。(ハ) 各自の特有財産の多少におけるお互の相続の期待性をも考慮するとすれば、各自の特有財産の多少も問題となる。また離婚後の生活扶養を考慮するとすれば、当然各自の特有財産が問題となろう。例えば、分与を受ける者の特有財産が多ければ扶養を要しないか、もしくはその額は少くてもよいことになる。(ニ) 当事者の財産取得能力、有形財産がなくとも、収入をあげうる経済的能力は無形の財産である。(ホ) 分与された者の生活上の必要と生活程度。

以上の諸事情のほか、(ヘ) 財産分与に扶養を含ましめるとすれば、扶養の必要、又(ト) 財産分与に

相手方の有責行為（虐待・侮辱・不貞など）に対する慰・養料及びそれらの有責行為の結果、離婚しなければならなくなったこと自体に対する慰・養料を含ましめるとすれば、その額はさらに（イ）子の扶養監護の費用をも之に含ましめるとすれば、子を引取つて養育する者が、その費用と別に請求しない場合その養育監護の費用などは考慮さるべき事情となり得るであろう。

8 青山氏・身分法概論136頁。

9 板木教授・前掲論文78頁以下参照。

10 ここに云う離婚後の扶養は対等独立の夫婦間の生活困窮に対する法認の扶養である。従つて財産分与の請求の中には、当事者が引取るべき子に対する扶養の費用を含まない。なお、財産分与請求権が少くとも離婚後の扶養請求権を含むものである以上、この請求権を行使するや否やは、権利者の意思のみによつて決定せらるべきもので、一身専属権と解せられるから予め之を処分することは許されない（民法881条参照）。もつとも基本的な身分請求権に基いて協議をなし、協議の成立（又は協議に代る家庭裁判所の処分）によつて一方が他方に対して取得した具体的な財産分与請求権は処分が可能である。但し、定期金給付の場合は問題であるが、一時給付に代る分割払と解すれば（持分取戻請求の部分は勿論、扶養請求についても）処分は許されないこともなさそうであるが、扶養請求の部分については、期限到来前の定期金の処分は其性質上許されないと解すべきではなからうか。

財産分与請求権の基本権は前述のように一身専属権であるから、他人——例えば妻の実父や債権者による代位行使は許されないのは当然であり、又、権利者の死亡・分与の必要消滅・分与不能事情の発生・当事者の合意解除によつて消滅する。しかし、一方が財産分与請求の意思表示をなし、調停又は協議に代る裁判所の処分を経て具体的な一定金銭又は財物の給付請求権と化した後には普通の財産権として相続される。もつとも協議が未だ成立せず、協議に代る裁判所の処分がないうちに死亡した場合にも、相続を認めうるかは疑問であると判例は、分与請求の意思表示がなされた後は、協議や裁判所の処分を経て一定の金銭又は財物の給付請求権の取得に至るべきものであるから、その性質は普通の財産権と化しているので一般の金銭債権と同様、相続されうべきだと解する。（昭和27年7月3日名古屋高裁判・高裁民事判例集第5巻6号265頁）。これに対し、谷口教授（親族法96頁）は、扶養料慰・養料に当る部分は問題だが、持分取戻財産に当る部分は相続を認めてよいであろうとされる。又、分与請求中、被請求者が死亡した場合についても、少くとも返還すべき持分に相当する部分は相続債務と解してよからうとされる。なお、教授は、定期金給付による財産分与の合意が成立した場合、之が扶養料の性質ありとすれば、権利者の死亡による消滅を認めるべき（民法896条但）だが、一時給付に代る分割払と解し、権利者生存を条件とする制限のない限りは、残存期間の権利は相続を認むべきであろうとされる。

なお、右に關しては、註4に述べた板木教授の提唱する第768条の解釈論がわれわれの参考となるであろう。

協議離婚不調・又は不能のときは、協議離婚の時から2年間（消滅時効であるから中断はありえぬ）に相手方の住所地を管轄する家庭裁判所に請求することができる（民法768条2項・家規56条・45条の準目）。家庭裁判所は、当事者双方がその協力によつて得た財産の額、その一切の事情を考慮して分与させるべきかどうか、又分与させるとすると、その額及び方法を定める（民法768条3項）。「考慮」されるべき事情としては、一般的には婚姻の長短、離婚原因に対する過失の有無・請求権者の要扶養状態・義務者の分与能力などが考えられている（福島氏・前掲書参照）が、精神病離婚の場合は、常に分与さるべきであろう（ドイツ民法1583条・ドイツ婚姻法69条2項・スイス民法152条）し、又不法行為に因る損害賠償を財産分与に含ましめるとすれば、それをも斟酌すべきであろう。その方法については一時払・分割払・動産・不動産・金銭等いずれであつてもよく、又、分割払の場合は、俸給その他将来の収入の中から支払うことも考えられる。要するに個々の場合について具体的妥当な額及び方法を定めるべきである。

財産分与と配偶者の相続権とは共に新憲法・新民法における配偶者（特に妻）の地位の独立を経済的に保障したもので何れも扶養の思想を中核とするものである。（私は、かねてから配偶者の相続に限らず、一般に相続の根拠は扶養（家族構成員の生活保障）に求むべきものとの見解を採っている—「相続の根拠と現代相続法の目標」民商法雑誌第26巻4号6号・27巻2号）。

妻の地位の独立を経済的に保障する財産分与の請求権と妻の相続権の二つの新制度は恐らく新民法において、日本社会に残存する家父長的な封建性の抵抗を受けることが最も強い部分であろう。昭和27年度から、日本和法学会に属する民法学者の行つた相続放棄の実態調査の結果によれば、妻の相続権は殆んどすべて放棄されていることが判明している。これは個々には種々の事情によるものであろうけれども、多くは夫の親・兄弟が、他処者に「家」の財産を渡すまいとする封建的な抵抗が妻の相続権の放棄の強制となつて現われている場合が少なくないようである。財産分与についても果してこれがどの程度実際に行われているであろうか、その実態調査はまだ今後に待たれるものであるが、当事者間において話が見つからない場合の家庭裁判所の調停や、裁判所の判決に現われた僅かな資料に基いてみても実際に分与されている財産の割合はそう多いものでないことが推測される（岩垂・「憲法」第4章・憲法と家族生活142—143頁参照）。

調停や審判の結果に事実上大きな指導力をもつ調停員や参与員の抱く社会規範意識に当局がもつと積極的に関心を払わねばならないと思う（同趣旨・中川氏監修・註解親族法120頁参照）。

- 11 板木教授（前掲論文83頁）は他の二・三の学者とともに（我妻・千種）財産分与には制裁的目的を加えてはならないともいわれる。教授は又、我妻・柚木教授が清算説を採り（従つて分与額の決定は専ら相互の協力の有無・多少を標準としてなさるべきであつて、離婚の責任の所在や被分与者が生活に困窮しないかどうか等は分与額の決定に影響せしむべきでない）ながら、「より高い衡平の理想」や「社会の正しい正義観」に適合させるために、結局これらの諸事情をも参酌して、分与額を決定すべきことを主張するのに対して、もしその必要があるのならば、むしろ卒直に財産分与は制裁的性質・損害賠償的性質・扶養的性質をも併存することを承認すべきだと非難される。なるほど、財産分与の性質に清算説をとり乍ら有責配偶者の過失を問題とするのは「筋道が通らない」であろう。しかし、清算的性質の他に扶養的性質を含ませることにより財産分与の決定に損害賠償ないし制裁的な要素を加味することは可能である。

- 12 穂積氏・前掲書340—341頁、重倉氏・アメリカに於ける別居の効果について、民商法雑誌第27巻5号16頁以下参照。

イギリスでは、古く、アングロサクソン時代に、離婚は、かなり広い範囲に認められていたようであるが、教会法は、一旦有効に成立した婚姻の解消を禁じた。しかし、婚姻生活の事実上の破綻は、これをある程度認めざるを得ないので、教会裁判所は一つの妥協として「婚姻の鎖からの」(a vinculo matrimonii) 解放、即ち、完全離婚 (absolute divorce) は之を認めない代り、「食卓及び寝台からの」(a mensa et thoro) 解放、即ち、「卓床離婚」、または制限離婚 (limited divorce) の制を認め、姦通又は虐待があつた場合に限りそれを許すことにした。「卓床離婚」では、夫婦たる法律上の身分は依然保持されるから再婚はできなく、ただ、同居の義務がなくなる（同居権 right of cohabitation の破壊）のみである（末延氏・イギリス離婚法における遺棄の一問題・穂積先生追悼論文集・家族法の諸問題202頁）。

アメリカに於ても、裁判上の別居 (judicial separation) 即ちいわゆる卓床離婚 (divorce a mensa et thoro; divorce bed and board; Separation of Bed and Board; Séparation de corps; Trennung von Tisch und Bett) 又は制限離婚 (limited divorce) は夫婦間の同居義務を解除するが、その他の関係では各州により差異はあつても、婚姻中の身分関係に何らの変動を及ぼすものでない。もちろん当事者は再婚の自由を与えられず、到底期待できないような貞操を要求される。そして他の者との性的交渉に姦通 (adultery) 又は重婚 (bigamy) の責を問われ、又それによつて生れた子は非

嫡出児である。かかる卓床離婚が、果して無責配偶者に対する救済といえるかどうか疑わしいとされ此の制度に対して Vernier(American Family Laws II. p.341. ff.)・James Kent(Commentaries on American Law II. p.128) 及び Joel Prentiss Bishop (New Commentaries on Marriage, Divorce and Separation vol. I. Sec. 68; On Marriage and Divorce, vol. 2. §726—741) 等によつて非難攻撃が加えられ、大勢は別居制度に反対である。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27巻5号4頁、大沢氏・前掲書396頁以下参照。

かくて、アメリカ法においては婚姻の破綻の救済として三つの対策がみとめられている。その一は離婚すなわち婚姻関係の完全解消である絶対離婚(absolute divorce)、その二は裁判上の別居(judicial separation)でこれは前述のように当事者の法律上の配偶関係(marital relation)以前の婚姻関係を解消させる教会裁判所(ecclesiastical court)において卓床離婚(divorce mensa et thoro)とよばれた一種の制限離婚(limited divorce)、その三は別居契約(separation agreement)であるこの最後の別居契約について、イギリスでは、1857年の婚姻事件法(Matrimonial Causes Act, 1857)により教会裁判所から離婚及び婚姻事件裁判所(Court for Divorce and Matrimonial Causes)に離婚および、認管轄権が移されるに及んで別居契約の効力が確認されるに至るまで約二百年間別居契約に関して賛否の議論がなされ、判例も動揺していた(R. J. Pearlce, Separation Agreement under English Law 15 Harv. L. Rev. 638—56, 1902)。アメリカに於ては判例は、現存する別居にかんがみて作成された扶養及び財産権の調整(adjustment)のため公正な別居契約は有効とされ十法域の制定法は別居契約を認めている(Vernier, American Family Law, vol. 2. §138, p. 468; Walker v. Walker, 9 Wall. (u.s.) 743, 19L. ed. 814. なお、重倉氏・前掲論文2頁参照)。

別居は配偶者としての人格を分離し、同居権(right of cohabitation)を解消するが、婚姻の存在(existence)には何らの影響がない。したがつて、同居の権利義務以外は婚姻に基くすべての権利義務に別居後も存続する。その効果は、common law においては、妻に対する夫の扶養義務は存続し、妻の財産を管理する権利は留保される。相続権を相互に保有し、財産権(property right)は変更されないから夫又は妻はそれぞれ curtesy または dower を喪失しない。妻はその住所(domicile)を設定する権利が与えられ(Barkr v. Barkr, 21 How. (u.s.) 582, 162L. ed. 226; Pixon v. Pixon, 107. Misc. 666, 177 N.Y.S.) また夫の死亡に婚姻関係は完全に消滅し寡婦となる。しかし、別居を認めるアメリカ各法域はほとんどすべて制定法をもつてその効果を規定する。これらの制定法の傾向は婚姻関係を解消しないと云う本質的特徴を保有しつつ、同時に絶対的離婚効果の或るものをこれに認めている(重倉氏・前掲論文8頁参照)。

別居手当(alimony)は裁判所の命令によつて別居中、夫から妻の生計維持のため支払われる給与(allowance)または、離婚後の妻であつた者の生計維持のために、夫であつた者から支払われる給与であつて、要するに婚姻関係の破壊によつて妻に対する扶養義務であるが、結局離婚は、配偶者としての法律関係を終了させるから、離婚後の扶養は離婚訴訟で別段の給付を命ぜられない限り離婚によつて終了するに反し、別居の場合は形式上の婚姻関係は存続するのであるが、夫の扶養義務は当然存続し、規定をまつまでもない。すなわち別居手当たる alimony は本来の扶養義務の延長とみられる(Reynolds v. Reynolds, 68w. Va. 15, 69.S.E. 381, Ann. Cas. 1912A. 889, Citing Stewart v. Stewart v. 27 W. Va. 167.) (重倉氏・前掲論文・民商法雑誌第28巻3号13頁以下参照)。

別居制度はイギリスの教会裁判所(Ecclesiastical Court)がキリスト教の婚姻非解消主義の立場から離婚に代る窮余の救済手段として之を認めたことに淵源する。

近代法は一般に一定条件の下に離婚を許している。しかも離婚の外に裁判上の別居制度を認める理由は当事者間に熟考を求めて、軽卒な離婚を戒め、時の経過による当事者の和諧に期待することにあるようである。今日離婚と別居制度とを併用している国には、イギリス・アメリカ・フランス・ドイツ・スイス・スコットランド・ベルギー・オランダ・ノルウェー・スウェーデン・ハンガリー・デンマ

- ーク・ギリシア等がある。その中アメリカでは、之を認めているのは Vernier の1938年の調査では27法域を報告しているが今日では31法域となり、上昇の傾向にあるといわれる（大江氏・前掲書398頁、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27巻5号5頁参照）。
- 13 Munk, Vorschläge zum Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung der alterlichen Gewalt nebst Gesetzentwurf (Denkschrift des Bundes Deutschen Frauenvereine) 1923 s. 60. 大川氏論文88頁参照。
- 14 大阪谷氏・「アメリカ離婚原因の研究」民商法雑誌第22巻第6号、大江氏・米国に於ける離婚制度122—123頁参照。
- Louisiana 法は破産犯罪の宣告又は姦通罪の事件を除き、別居は婚姻拘束を解消するための前提要件となつている。すなわち、別居判決取得の時から1年間和解がなされずに経過したときは、勝訴当事者 (successful party) は絶対離婚を請求し得、相手方当事者は2年後に同一の請求をなし得る (Louisiana, Marr. R.s. 1915, § 4475; C.C., Arts. 136, 150, 155, 156, 158)。Maryland では絶対離婚の要件として要求されているより短い期間の遺棄 (abandonment) に対して別居判決を取得した当事者は要件の所定期間の経過により、それに基いて絶対離婚を請求し得る (Maryland, e. 1939, Art. 16, § 40; Atkinson v. Atkinson 82 Fed. (2d) 847; Pattison v. Pattison, 132 Md, 362, 103 Atl. 977)。Virginia および West Virginia においては離婚配偶者 (injured party) は別居判決取得のときからそれぞれ3年又は2年経過した後、また遺棄のときから5年または3年後に、若しそれが離婚原因である場合には、和解 (reconciliation) が成立しなかつたこと及び期間中別居が継続したことを立証し得られる限り、裁判所に絶対離婚を訴求することができる (Virginia c. 1942, § 5115. West v., C. 1943, § 4704, 4720)。
- 15 大川氏・論文85頁以下参照。
- 16 積極的破綻主義・消極的破綻主義は婚姻生活の客観的破綻を前提としての問題である。即ち両者ともに離婚原因の存在を認めつつ、その前提に立つて、離婚訴権を認めるか、否かに関するものである。従つてこの問題は、離婚原因に関する絶対的離婚原因主義・相対的離婚原因主義の対立を越えた問題である。蓋し絶対主義は法定の離婚事由に該当する事実が存すれば、必ず離婚が宣告されるものであり、後者、即ち相対主義は離婚事由（多くは抽象的）に該当する事実が存して「それが離婚原因に相当する程度のものか否かについての評価が裁判所の自由裁量に委されているものである。かくして認定された離婚原因の存在にも拘らず、その離婚原因に対して主として有責な配偶者に離婚権を認めるべきか否かが、本稿の問題である。従つて理論的には、絶対的離婚原因主義の下においてもかかる問題は起りうる可能性がある。
- 17 客観的破綻の存否の時期について相対的離婚原因主義を採るドイツ民法第1568条の解釈は、婚姻破綻の存否を決定する時期は、その離婚訴訟において判決の基礎となる口頭弁論終結の時を標準とする。従つて、有責主義を採るドイツ民法としては、訴訟中に行われた婚姻上の過失及びその間に生じた改善の事実は裁判所により常に斟酌されることを当然とする。従つて、同法における期待可能性の存否は訴の提起又は当事者に責任を生ずる義務違反の行為の時ではなく、最後の口頭弁論終結の時を標準として決せられるべきものとされる (R.G. in Warm. 1908 Nr. 526; in Jw. 1920, s.141) (近藤・田島両氏前掲書ドイツ民法・親族法・(四)・299頁)。右の点は、有責主義と目的主義とによつて異なるべきではなく、目的主義の民法の下に於ても離婚原因たる客観的破綻を生じたか否かを決定する時期は、最後の口頭弁論終結の時をもつて標準とすべきものと解せられる。即ち通常の訴訟では時期に遅れて攻撃方法の提出することを得ないが (民訴・139条)、人事訴訟たる婚姻訴訟に於てはその制約はなく、事実審の口頭弁論の終結に至るまで随時に之を提出し得るのである (人訴・8条参照)。
- 18 ローゼンベルクはこれを最も進歩的立法として賞讃する。(大川氏・84頁・Rosenberg, Ehescheidung und Eheanfechtung 2 Aufl. (1931) s. 191)。

- 19 第139条「配偶者の一方が破廉恥罪 (ein entehrendes Verbrechen, un déit infamant) を犯し、又は配偶者の他方に婚姻関係の継続が強いられ難き程度の不名誉なる行状 (eive unehrenhaften Lebenswandel, une Conduite déhonorante) をなすときは、配偶者の他方は、何時でも離婚を請求することができる。」
- 20 この自由離婚たる協議離婚が不可能な場合に、離婚を欲する配偶者から、離婚を欲しない配偶者に対し、法定離婚原因(770条1項)を理由として離婚を訴求し得る。この離婚権は、形成権——新たな法律関係を形成することを作用とする私権——であるが、裁判所の判決によつてはじめて効力を生ずるものである。
- 21 西洋における離婚法は新教会で発達した。新教会は離婚を許したというものの、之がみだりに行われぬように充分警戒した。離婚権の発生と離婚権の行使の双方について制限した。即ち離婚権は法定の原因に基いてのみ発生を許し、さらに離婚権の行使は通常の形成権のように単なる意思表示をもつて行うことを得ず、必ず訴の提起によることを必要とした。そして離婚の訴においては原因の有無権利の存否を実行的真実において突きとめようと試みたのであつて、その目的から、或は検事を弁論に立会わせて意思を述べさせ或は裁判官をして職権斟酌をなさしめた。どこまでも婚姻の維持、離婚の防止を眼目とした。(栗生氏・前掲書157頁)
- 22 例えばドイツ民法は、私人の協議上の離婚及び離婚に対する牧師の権限を剝奪したものといわねばならぬ。(近藤・田島両氏前掲書220頁)
- 23 例えば、協議離婚を認めるノルウェー婚姻法は「配偶者双方及び子に取つて婚姻生活の継続を強い難い程度の不和が配偶者間に存する場合には配偶者の一方の申請によつて(国王は)別居許可書を与え得る」(第42条)配偶者が別居許可書を受けて後1年間別居し、其後も婚姻生活を回復しないときは、その双方の申請(筆者註・双方の合意)に基き国王又はその委任を受けた者から与えられる離婚許可書によつて離婚(筆者註・協議離婚)が行われる。別居が2年以上継続した場合には、配偶者の一方から離婚を申請し得る」(第43条)。したがつて第42条によつて別居している夫婦がその後円満な婚姻同居生活に入れば、それでよいが、そうでない場合は、永く別居生活を続けさせることは無益であり又不自然であるので、別居1年にして協議離婚を許し、2年にして一方のみの請求による離婚を許している(これ1909年以来の法律が之を認めているところである)。
なお五十嵐清氏・ドイツ法における離婚原因の変遷・比較法第2号第33頁参照。
- 24 西村教授(新ドイツ婚姻法・法協第57巻9号1690—1691頁)も、ドイツ婚姻法第47条について「本法が姦通に同意せる配偶者の離婚請求権を否認せるのみならず(旧法同じ)、更に自己の行状により故意に姦通を可能又は容易ならしめた配偶者の訴権をも否認せるは誠実を重視するところによりして当然と云わなければならぬ」と云われ、「同意」の場合も信義則に反するが故に離婚請求が否認されるかのように受取れるが、「同意」(47条)が阻却事由とされる理由は、むしろ「有責原因に基く離婚の権利は、被害配偶者の行状よりして、配偶者が相手方の過誤を宥恕したこと又は之を婚姻破綻と感ぜざりしこと明かなときは成立しない。」(婚姻法56条)の一場合と見るべきではなからうか。
- 25 中川氏・岩波76頁参照。
- 26 「子供の道徳的幸福にとつて、両親の離婚ほど有害なものはないといわれることは真実である。しかし離婚否認の效果的議論にはならぬ。なぜならば子供の利益は、その結婚に子供がなかつた場合には問題にならないし、そうでない場合でも、一致しえない両親やいろいろの理由で家庭の破壊を欲している両親と一緒に暮らすよりは、一人の親と平和に暮らす方が子供にとつては悪いどころか、むしろよいと信ずべき理由がないことはない。のみならずもしも子供の幸福ということを考慮することが、合意により成立する離婚を禁ずる真の理由であるならば、何故に合意による別居を許しているおびたしい多くの國々で離婚が禁じられねばならないか」(Westermarch, The History of the Human Marriage, 1921 iii p. 378. 立石芳枝・「アメリカ法の離婚原因」家裁月報・第6巻4号12頁参照)。

- 27 市川判事は、子供の幸福と妻の生活の安定の立場から協議離婚に対する制限の必要を示唆され次のように説かれる。「現状においては、妻の立場、子供の幸福を無視し、子供は全部妻に引取られた上離婚し、財産分与はもとより、子供の養育費すら与えない無責任な夫の事例が極めて多数をしめていることは否定することはできない。またこれら子供を抱えた生活能力のない妻達が自ら生きていくために、子供を養うためにどのような道を選ぶことになるであろうかということも想像に難くはないのである。このような事例が多いということは、畢竟離婚が届出一本を戸籍の役場に出せば容易にできるという制度とわが国の多くが極めて貧困であるという事実と原因があるように思われる。従つて、この事態を改善するためには、離婚は全部といわないが、少くとも子供のある場合には必ず家庭裁判所が関与して子供の幸福が充分考慮されるような制度に改めるとともに、社会保障制度を確立することによつて、離婚する妻の生活を安定させ、子供については適当な養育施設を完備し、母子がともに社会的に劣等感を抱くことなく正しく生活できる方法を考える以外にはないのではないか」（「家庭裁判所からみた離婚の生態」・法律時報第25巻7号16—17頁、傍点は筆者）。
- 28 ここに特にわれわれの注意を喚ぶものは、主たる有責配偶者の離婚権を原則として認める民主主義下のドイツ婚姻法（1946年）第48条第2項の解釈である（既述）。同項は、「離婚を求める配偶者が、破綻につき全面的に、又は主として責を負うべきときは、相手方は離婚に異議を申立てることができる。この異議は婚姻の本質と配偶者双方の全体の態度とを正当に評価すれば、「その婚姻の維持が道徳的に理由がない場合には之を認めることができない」と規定し、結局、被告の異議（破綻の責任が主として原告に帰せられるべき旨の）が訴訟上提出された場合訴訟上異議がなければ、裁判所は、原告の主たる過失を確信しても離婚を許すべきものと解される。K. E. Meyer, Die Rechtsnatur des Widerspruchs nach § 48 II des Bd. 152, 4. Heft, s. 322 ff. 谷口氏論文294頁）主たる有責配偶者の離婚権が否定されるのは客観的破綻（同条第1項）を来した婚姻の維持が道徳的なお意味を有すると認められるときに限られる。換言すれば、広義に於ける信義則もしくは、平衡の原則に反しない限り、主たる有責配偶者の離婚請求は認めらるべきものとされる（註 参照）。
- 29 婦人の完全な解放と、男女関係の厳粛な確立を目指す中華人民共和国新婚姻法（1950年5月）の適用において、上海法院も最高人民法院も、社会国家建設のための次代の相手たる子の健全な養育という婚姻ならびに離婚法の目的から、相愛の仲となり結婚し10年の間に2人も子供をもうけた男が他女に愛情を移し妻を離婚しようとした事件に対し離婚を許さなかつた（仁田氏・婚姻法・季刊法学第17号40頁以下、谷口氏・297頁）。
- 30 民法第770条は「婚姻を継続し難い重大な事由」が存する場合、有責・無責に関係なく夫婦の何れからでも婚姻の請求を許容する。この「婚姻を継続し難い重大な事由」における「婚姻の継続」とは婚姻の本質に即した共同生活関係の継続を意味する。しかも「婚姻の本質」は国家の政治世界観とも関連するもので一定不変のものではなく歴史的・社会的の制約を受けるものである。
- しかし又「婚姻を継続し難い重大な事由」が存在し、従つて、離婚権が双方に存しても、その離婚権の行使たる離婚の請求が権利の濫用に亘る場合には離婚請求は許容されない。ところが「権利の濫用」の標識として掲げた信義誠実とか公平とか公共の福祉とか、公序良俗とかは又、時空の関係において制約される相対的なものである。
- かく「婚姻を継続し難い」とか「権利の濫用」とか云つても、それ自身内容的には何ものも示されていない。かかる抽象的・相対的・無内容なものに、具体的な内容を盛るものは裁判所の判決である。されば民法第770条の解釈は裁判所の判例を待つて始めて確定するものであつて、同条の法文は、それ自身極めて不完全なものであり、これを完全な法規とする任務は裁判所に負わされている。されば民法第770条が判例と併せ読んで始めて意味をなす法規であることは到底旧法第813条のそれの比ではない。
- 31 大川氏（論文99頁）は「一方の恣意的要求に基いて離婚を許すべきでないということは、一種の法律関係としての婚姻の性質からして明白である」というエルラーの言葉をもつて積極的破綻主義に対

するアナキズムの警鐘とみている。Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozess s. 86. Traumann, Das Ehescheidungsrecht der Zukunft. (1920) s. 48.

32 穂積氏・離婚制度の研究

Clean hands (「汚れない手の原則」)とは、衡平法の法諺(maxim)に He who comes into equity must come with clean hands. (「エキティ裁判所に来る者は清き手にて来ることを要す」)とあり、道徳的色彩の強い裁判所の救済を求める以上、自分にうしろ暗いところ(被告に対し公正でない。或は、苛酷なことをしたこと)があつてはならない意味と解されている。例えば、未成年者と偽つて受託者から株の引渡を受けた未成年の受益者は、その引渡が未成年者に対してなされたものだから無効であるとして株の再引渡を請求することはできない(我妻氏編集・新法律辞典 203 頁, 高柳・末延氏編集・Anglo-American Law Dictionary 78頁参照)。

英法にいわれる汚れた手(dirty hands)で提訴した訴が、原告勝訴で終結して、被告が訴訟費用を負担することになるのはいかにも不公平のようであるが、「それは、その点を更に改めればよい」であろう(立石氏・150—151頁)。

33 大川氏・99—100頁, Traumann, a. a. o. s. 9. § 2.

34 中川氏・岩波全書・民法Ⅲ64—65頁。

35 Arthur Piérard, Divorte et séparation de Corps. t. I. p. 13.

36 宮崎教授(「協議離婚」・家族制度全集・法律編Ⅱ・離婚50頁)が「『已むを得ざる悪事(Necessary evil)であるというのが離婚に対する民法学者の一般的な考え方である。然し他方には、離婚そのものは悪ではないので、夫婦間に離婚などという問題が生ずる時には、既に『愛の巢』は破壊せられているのであつて、此の時不幸な配偶者やその間に生れた子供達を救済する手段が離婚であると考えられる学者もある」(傍点筆者)と言つていられるところは、離婚と離婚制度とを混同した叙述のようにおもわれる。

37 有責主義に立つドイツ民法第1568条に関し、当初は学説・判例ともに原告の過失が被告の過失を誘発した場合は別として、(例えば、原告が被告を長期に亘つて侮辱してきたため、被告が遂に原告に虐待をもつて報いたときは、法定の破綻と被告の有責行為との間には因果関係は存在しない。当該破綻は、むしろ原告配偶者の産物である。— Opet=Blume, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche IV. (1906) § 1569. 7. s. 402. 判例も同趣旨・大川氏・80頁—従つて、此の場合原告に離婚訴権を認めることは信義則に反する。)もつばら、被告の過失が法定の婚姻破綻を招来したかどうかを認定すればよく、そうと認定されれば離婚原因は成立するのであるから、もはや原告の過失を考慮せずに離婚を宣告すべきであるとした(Urth. d. Reichsger. v. 2. Juli 1900 u. v. 29. Oktober 1091, Eentsch. Bd. 46s. 159 Nr 42. Jur. Woch=Schr. Bd. 30 s. 832 Opet=Blume, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche IV. (1906) s. 401. ff. 大川氏・前掲論文79—80頁)。

38 この例では、夫にももとより、妻の姦通(過失)を離婚事由とする離婚訴権は発生するのであるが夫が敢て離婚の訴に出ないのは、未だ夫に主観的な破綻が生じてないか、若しくは、之が生じても離婚よりはむしろ虐待という報復手段による満足を選んでいっているものであろう。

39 三田氏・前掲論文・法学志林第51巻第1号51・63頁参照。

40 ただ有責主義は被告配偶者の過失、即ち、婚姻義務の違反を離婚原因として法定し、これを理由に離婚を宣告する立法主義であるに対し、目的主義又は破綻主義は、過失の有無に拘らず、婚姻関係の客観的破綻の事由を離婚原因として、離婚を宣告するものであるに止まり、それ以上のものではない。即ち、一方が婚姻共同生活関係の主観的破綻を離婚原因とするに対し、後者は客観的破綻を離婚原因として、それぞれ婚姻当事者を共同生活の破綻から救済することを目的とするものである。従つて、有責配偶者の離婚権を認めるべきか否かの問題は、有責主義・目的主義に直接関係のない別の法的根拠——私見によれば明文の規定または信義誠実の原則——によつてのみ決し得られるべき問題である。