

有責配偶者の離婚権・続

——とくに主たる有責配偶者の離婚権——

岩 垂 肇

- 一 序説（前号）
- 二 主たる有責配偶者の離婚権（本号）
- 三 離婚過失者の賠償責任（以下次号）
- 四 有責配偶者の離婚権とわが民法
- 五 主たる有責配偶者の離婚権と新法下のわが判例批評——私説の具体的適用——
- 六 むすび

はじめに

わたしは、民法770条の解釈論を試みたい意図をもつて、これまで本誌に「離婚法制における基本主義と離婚権」（5号21頁以下）、「民法の離婚原因に関する立法主義——とくに相対的離婚原因主義について——」（6号15頁以下）、「民法770条の法意」（7号77頁以下）、「民法770条の法意続——とくに訴の不受理原因における相対主義について——」（8号79頁以下）、「姦通、不貞行為論」（9号73頁以下）などの諸論稿を掲載してわが離婚法制に対する私の基本的立場を略明らかにし得たので、次いで、同条解釈上の最も重要且つ困難な問題たる有責配偶者の離婚権を追究すべく前号（77頁以下）にその序説をこころみただであるが、本号及び本号以下においては、この問題の核心ともいうべき主たる有責配偶者の離婚権について論究をすすめたい。

なお、本稿に引用し、もしくは参照した諸家の著書・論文および判例は執筆の都合で昭和30年頃までに発表されたものに限ったことをおことわりしておきたい。（昭和36.10.25）

スイス民法第142条は「配偶者に婚姻生活の継続を強いられ難い程度に (dass den Ehegaten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf; que la vie commune est devenue insupportable) 甚だしく婚姻関係が破綻した場合には (ist eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eintreten; lorsque le lien conjugal est si profondément atteint) 各配偶者は離婚を訴求することができる (同条1項)。」「この婚姻関係の破綻が主として一方の配偶者の過失による場合は、他方の配偶者のみ、離婚を請求することができる (同条2項)。」と規定する。

即ちドイツ民法 (1910年) 第1568条が、「配偶者の一方に……配偶者の他方に婚姻の継続を強いられ難い程度に甚だしく婚姻関係を破壊させた責任ある場合」に配偶者の他方は離婚の訴求が出来るに対し、前記スイス民法第142条は「配偶者に婚姻生活の継続が強いられ

難い程度に甚しく婚姻関係が破綻した場合に各配偶者は離婚を訴求することが出来るのである。このように両者の離婚原因は、ともに「婚姻の継続し難い程度の」、「婚姻関係が破綻」という相対的離婚原因に帰し、両規定はいわゆる相対的離婚原因主義を採用しつつも、他面ドイツ民法にあつては、破綻は被告配偶者の過失 (Verschulden) によつて生じたものに限られるに反し、スイス民法第 142 条にあつては、破綻は被告配偶者によつて生じたものであると第三者に依るもの、又は何人の責にも帰せられないものであることを問わない (とに角、客観的にかかる破綻が生じていれば足りる)。ただその「破綻が主として」原告配偶者の過失によらないことを必要とする——スイス民法第 142 II——だけである。これ、ドイツ民法第 1568 条が有責主義に立つに対し、スイス民法第 142 条は目的主義に立つものであることを示す。

元来目的主義に立つ限り、離婚原因の認定の判断に当つては、もつぱら婚姻生活の客観的破綻が存するか否かに重きをおき、その破綻の責任が何れの側に存するかを全く問うものではないから、主たる有責配偶者の離婚権を否認するスイス民法第 142 条第 2 項の規定は (離婚原因の阻却事由ではなく離婚原因の外にあつて離婚権の成立を否認するものであつて) 目的主義とは何らの関係のないものとみるべきである。又有責主義ならば原告の主たる有責は相対的離婚原因の認定に当つて、特に第 2 項の如き規定は理論上無意味のものとなる。従つて、離婚原因につき、主として過失 (vorwiegende Schuld) をもつ配偶者の離婚請求権を否認する第 2 項は、目的主義には直接関係がないばかりか、まして目的主義に立つ進歩的立法たる本条が既に抛てたはずの有責主義にも何らの関係をもつものではないことがうかがわれる。徹底した目的主義を採る限り、当事者双方の有責により婚姻破綻は必ずしも緩和されるべきではなく、むしろ却つて倍加されねばならないことがありうること先にのべた通りである。まして深刻な婚姻破綻が存するに拘らず、法定の離婚権消滅原因によらず、離婚権が否認されると云うことは離婚制度の目的に反する。されば同項の理論的根拠は他にこれを求めなければならない。目的主義・有責主義を越えたところに求めらるべきである。

およそ離婚法は破綻した婚姻生活から婚姻当事者を救済することを目的とするものである以上、いやしくも救い難い婚姻破綻たる離婚原因が存在する限り、当事者の有責・無責に拘りなく両当事者に離婚権を認めるべきは理論上当然である。これが目的主義の立場に他ならない。しかし、その離婚権の行使が、信義則に反する場合には、その権利の行使について制限が加えられることは、離婚権も私権である以上また止むを得ないであろう (民法 1 条参照)。主たる有責配偶者の離婚権を否認する立法の理論的根拠はここにあると思われる。

目的主義に立つ前記スイス民法第 142 条第 2 項は離婚原因たる客観的破綻が「主として一方の配偶者の過失によるとき」以外のあらゆる場合、各配偶者何れからも離婚を訴求することができる。即ち、法文は「甚だしい破綻が、主として一方の配偶者の過失によるとき」とあるから、仮令、原告に過失が存するときでもなお、双方の過失によるとき、双方同程度に有責であるとき、又は、その過失の軽重の比較が困難で、結局この「破綻が、主として」何れの配偶者の過失によるものか明かでないときは、当事者双方に離婚請求権は認められる。即ち、かかる場合は過失配偶者も離婚の訴求をなすことができるのである。裏返していえば、客観的破綻が原告のみの過失による場合及びそれが当事者双方の過失によるものであつてもその過失の程度に大きな差があり、結局「破綻が主として」原告配偶者の過失によると認められる場合には、原告の離婚権は否認される。

これは、目的主義・有責主義の問題には全然関係のない信義則の要求であると解すべきである。

目的主義に立つレトマニア法（1921年2月18日）第49条第2項が「婚姻生活の破綻について、一方のみ有責なるときは、他方のみ離婚訴権を有する。双方とも有責なるとき、もしくは、双方とも無責なるときは、おのおの離婚を請求することができる」と規定するのは、右の理をスイス民法より一層詳しく明言したものに他ならない。

チェコスロバキヤ法（1919年）は「婚姻生活の継続を配偶者に不当に要求することができない程度に深刻な破綻を生じたときは離婚することができる。但し、その破綻について、主として有責な配偶者の訴にもとづき離婚判決を下すことができない」とあり、主たる有責配偶者の離婚権を否認する点、スイス民法・レトマニア法と同趣旨であり、之は要するに離婚権に対する信義則の顕現と見るべきである。

スウェーデン婚姻法（1915年11月12日）第2条は「性格・考え方の相違により、或は、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、彼の事情あるいはその他の特別の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」とあるのみで、明文をもつて主たる有責配偶者の離婚権を否定しないけれども、その文言からして信義則によつて決すべきであるが、この場合は協議離婚を許す同国民法について、さらにわが民法とともに信義則の適用についてなお考慮すべきものが存する。

スカンディナビヤ諸国の中、デンマーク・アイスランド法も右のスウェーデン法と同じく無過失破綻主義を採っているが、不和が原告の過失を原因とするときは、裁判所は事情を審査の上、不和にもかかわらず衡平の見地から共同生活が継続せらるべきことを決することができる

と解されている。主たる有責配偶者の離婚請求を認めるべきか否かの問題は、法律の規定によると解釈によるとを問わず、有責主義・目的主義何れの場合も離婚原因の存在を前提として、その上の問題であることを注意すべきである。そして私見によれば右の場合、有責配偶者の離婚請求が否認されることのあるのは何れの場合にも離婚を認めることが公平の原則、もしくは信義則に反するという理由によるものである。

スイス民法第142条第2項の批判

されば、客観的破綻が認められるに拘らず、信義誠実の原則の適用により、当然に主たる有責配偶者の離婚請求は否認されるべきものとするスイス民法第142条第2項の規定は正当な立法といえるであろうか。

主たる有責配偶者の離婚請求は、信義誠実の原則により当然に排斥されるべきものとする考え方は、離婚は婚姻過失（有責行為）に対する制裁又は懲罰ないし不利益とみる、いわゆる制裁離婚（divorce-sanction）の思想をその中にしのばせているのであつて、かかる考えは目的主義・破綻主義のもとに於てのみでなく、有責主義の離婚原因についても理論的に首肯し難いのみでなく、実際に於ても主たる有責配偶者の離婚請求は必ずしも公序良俗に反し、または信義誠実に悖るものとは云いえないのである。例えば妻が一時の過失から非行（姦通）を犯し、夫は婚姻の破綻を感じつつ宗教的その他の事情からあえて離婚請求に及ばないのに拘らず、妻は右の罪過に対し、呵責の念に耐えかねて、そのため婚姻生活が実質的に破綻し

てしまった場合、主たる有責者たる妻自身が離婚請求に出ることのありうべきことは想像しえられることである。この場合、有責者たる妻は婚姻の破綻を欲し、または意識して非行をなしたものでないから、その離婚請求を認め、当事者を婚姻生活の破綻の苦痛から解放させることは、あながち公序良俗に反し（良俗のたい廃を招くなど）、または信義誠実に違反するともいい切れないであろう。クリンクもドイツ民法第 1568 条の修正意見に関して引かれた例に於て、夫が犯罪を犯し服役し、妻は夫の非行を宥恕し得ないに拘らず、宗教的顧慮から離婚請求をせず、一方夫は、妻が自分に対する愛情・信頼・尊敬の念を失つたと感じて離婚を欲する場合、離婚を認めないのは、不当であり、原告に酷であるとしている¹⁰⁾。こう考えると、前記スイス民法第 142 条第 2 項の規定の理論的根拠を信義則に求めることは不適當である。

しからば、スイス民法第 142 条第 2 項の規定する主たる有責事情が離婚原因阻却事由とされる理由は、離婚に対して主として有責な配偶者はいかなる場合にも婚姻破綻を感じないか、もし、之を感じてもそれは耐え難きものではない（婚姻継続の期待可能性がある）、即ち解放さるべき客観的破綻が存しないとの擬制に基くものであるうか。

しかし、婚姻生活の客観的破綻が存する場合には、常に主たる有責配偶者は婚姻破綻を感じないか、もしくは之を感じても耐え難い程のものではない、換言すれば、彼には解放さるべき婚姻生活の客観的破綻が存しないと期待可能性の理論を根拠とする右の擬制は明に事実¹¹⁾に反し、完全なものということとはできない。ゆえに、スイス民法第 142 条第 2 項の規定の理論的根拠が、もし期待可能性の理論に基くものであるとすれば、われわれは、この規定の妥当性を疑わざるを得ない。

以上、要するに、主たる有責配偶者の離婚請求権を一概に全面的に否認するスイス民法第 142 条第 2 項は、いかに婚姻の倫理性を重視しても、決して、理論的にも実際的にも妥当な立法ということとはできないであろう。

この意味に於て、わが民法が、此問題の解決を立法の外に留保し、専ら、解釈論に一任している態度は賢明といわざるを得ない。

スイス民法第 142 条第 2 項が、原告の主たる有責事情を離婚権成立の消極的要件としているに反し、かかる規定を有しないわが民法に於ては、後に詳論するであろう如く原告の主たる有責事情を、離婚権行使の消極的要件となしているものと解する。即ち、スイス民法に於ては、本問題に対する信義誠実の原則の適用は、離婚権成立についてみられるに反し、わが民法にあつては、それは、離婚権の行使についてみらるべきものと解される。

すなわち、離婚原因が存在し、離婚権たる権利そのものは適法のものとして認められていても、その権利の内容を現実化する権利者の行為たる権利の行使については適法な場合と違法な場合とがありうる。ゆえに民法第 770 条の離婚原因があつて、離婚権が成立し、且つ（法定の消滅原因もなく）存在しても、その権利の行使を認められぬ——その行使が違法なものとなる——場合が離婚権の濫用である。

身分権の濫用は財産権の濫用よりも一層判然と認められるわけであるにもかかわらず、従来権利濫用禁止の法理の適用は財産権についてのみ問題とされ、身分権については極めて「怯懦」で、ただ僅かに親権（民法 834 条、旧民法 896 条、ドイツ民法 1666 条、スイス民法 283 条・284 条・285 条・288 条・289 条、フランス民法 389 条・444 条～449 条）および戸主権¹²⁾に関してのみその適用をみるにすぎなかつた。

ところで、濫用というべき違法な行為の標識をどこに求めらるべきかに関して、従来学説・判例ならびに立法例において様々な表現がなされており、民法においては公共の福祉・公序良俗(民1条1項)に反するとか信義誠実(同条2項)(社会共同生活における実践倫理規範の理念)に背反するとか云うこと(ドイツ民法及びオーストリア民法が他人を害する目的という主観的な標識を認めるに対し、わが民法はスイス民法及びロシア民法と同じく客観的標識)になるが、要するに権利の本質的な性格ないし要請に鑑み、歴史的社会的な制約を考へて決定すべきものと解せられる。¹⁴⁾

わがくに上代に行われたいわゆる「三不去」の規定(太宝令戸令)も今日のいわゆる権利濫用禁止の思想に似たものがあり、之を法定したものであるとみることはできないであろう。即ち、太宝令戸令はいわゆる「七出」の棄妻原因(1無子、2姤妣、3不事舅姑、4口舌、5窃盜、6妬忌、7悪疾)を規定し、そのいずれかの原因があるときは、夫は棄妻権を取得したのであるが、もし、いわゆる「三不去」の事由——即ち、1経持舅姑之喪(舅姑の喪をよくつとめたこと)、2娶時賤後貴(娶る時には貧賤で、出世したからと離縁)、3有_レ所_レ受_レ無_レ所_レ歸(実家がなくなっているとき)のいずれかの事由が存するときは、棄妻権の行使は許されなかつた。この「三不去」の制度の趣旨は必ずしも明かでないが、察するに於ける事由の存する場合は妻との婚姻生活の継続を苦痛と感ぜない(近代法のいわゆる離婚原因は阻却される)からではなく(何故ならばかかる事由が存する場合には夫の苦痛——従つて棄妻の意思——が緩和されるとも考えられないからである)、いかに「七出」の原因が妻の側に存するとはいえ、一、妻が舅姑の喪をよくつとめたとか、二、娶る時には貧賤であつたが、出世したから離婚するとか、三、妻の実家がなくなつていて之を扶養する者のいないときに妻を「去る」ことは、当時の社会思想においても、倫理・道徳に反するものであり、今日のいわゆる公序良俗又は信義誠実に反し、権利の濫用に該るとの思想に基くものであり、即ち、権利濫用に該る場合を法定したものであると推考される。このことは令戸令に「雖_レ有_レ三不去_レ有_レ義絶_レ時得_レ去_レ妻」とあつて、三不去の事由が存するときでも尊属親殺打等の重大な背倫・不道徳の行為があるときは棄妻は許されたことによつてもこれを推測し得られるであろう。

果して然らばスイス民法第142条第2項は、第1項により、客観的破綻たる離婚原因の存在にもかかわらず主たる有責配偶者に離婚権を認めることが、一概に離婚権の濫用であり、信義則の違背であると云えるかどうかは問題であることもすでに一言した。

1938年のドイツ婚姻法第49条は「配偶者は他方の配偶者が其他の重大なる婚姻上の過誤又は破廉恥若くは不道徳の行状により、過失に基き婚姻を深刻に破壊し、為に婚姻の本質に適応する生活共同關係の回復を期待し得ざるに至らしめたときは、離婚を請求することを得」(同条前段)(Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere durch eine sonstigen schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, dass die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann)と有責主義に立つ相対的離婚原因を規定するが、有責配偶者の離婚権について「自ら婚姻上の過誤を犯した者はその過誤の程度に従い、特に自己固有の過失が他方の配偶者の過誤との関連上婚姻の本質を正当に理解する場合に離婚の請求を道徳的に正当ならしめ得ざる事情あるときは離婚を請求し得ざるものとす。」(同条後段)(Wer selbst eine Verfehlung begangen hat, kann die Scheidung nicht begehren,

wenn nach der Art seiner Verfehlung, insbesondere wegen des Zusammenhangs der Verfehlung des anderen Ehegatten mit seinem eigenen Verschulden sein Scheidungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist.)と規定し、更に同法第54条は「第50条乃至第53条——筆者註・精神障碍(50条)・精神病(51条)・伝染病又は嫌悪性疾患(52条)・生殖不能(53条)何れも無責離婚原因——の場合と雖も離婚の請求が道徳的に不当とせられるときは離婚をなすことを得ない」(In den Fällen der §§ 50 bis 53 darf die Ehe nicht geschieden werden, wenn das Scheidungsbegehren sittlich nicht gerechtfertigt ist.)と規定し、「婚姻の解消が他方配偶者に対し著しく苦痛を与えるときは道徳的に不当なものと推定され、道徳的に不当であるか否かは各場合の事情、特に婚姻の継続期間・配偶者の年齢・疾患又は生殖不能を生ずるに至つた原因を考慮して決すべきもの」としている(同条後段)のは、有責配偶者の離婚権は必ずしも否定せられず信義則によつて解決せられるべきであることを示すものと解せられる。

更に同法第55条においては一層明白である。即ち、同条第1項は「夫婦の家族共同生活が3年以上廃止され、婚姻関係の深刻且つ治療し難い破綻の結果婚姻の本質に適応した生活共同関係の回復が期待され得ない場合には、各配偶者は離婚を請求することができる」(Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten, so kann jeder Ehegatte die Scheidung begehren.)として一定期間の別居生活を条件とする破綻主義の原則を示し、第2項に「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に異議を申立てることができる。但しこの異議は婚姻の本質と配偶者双方の全体の行状とを正当に評価すれば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斟酌されない。」(Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so kann der andere der Scheidung widersprechen. Der Widerspruch ist nicht zu heachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.)といつて、破綻が主として一方の配偶者の責に帰すべき場合この主たる有責配偶者の離婚権を認め、ただ被告配偶者から異議のあつた場合に限り公平の原理もしくは、信義則に従つて裁判されるにすぎないものとされるのである。この規定については、これが前記の他の列举的離婚原因をも含むのか、他の離婚原因のない場合にのみ適用があるかが問題となつたが、後者の見解をとる政府の説明に対し学説(Scanzoni, Das grossdeutsche Ehegesetz 2 Aufl. 1939, s. 132)は前者の見解を支持した。¹⁵⁾なおこの条文の解釈について第2項の異議は原則として斟酌すべきか否かが問題となつたが、ナチス時代の判例は、人口政策上から離婚の自由を広く認めるために、異議は原則として斟酌すべきでないとされた(Lehman, a. a. o. s. 141-2)。

もつとも国民共同体の政治的世界観に立つナチスの政権が崩壊して民主化した後も婚姻に関する基本的思想は変化したにもかかわらず、立法上に大なる変更を加えられず、前記第55条第1項及び第2項は、1946年6月20日の新婚姻法第48条第1項及び第2項として継承され、わずかに第3項「離婚の請求はその婚姻より生まれた一人または多数の未成年の子の利益(wohlverstandene Interesse)が婚姻の維持を要求するときは、これを認めることができない」

を附加したのみである。しかし戦後の判例は第2項の異議は（ナチス時代の判例の態度を改めて）原則としてこれを斟酌すべきものと解しているから、右の第3項の追加とともに、この離婚原因を著しく制限することとなつた。¹⁶⁾

しかし子の利益のために叙上の配慮のほか、離婚効果として有責配偶者には原則として監護権を与えない(81条3項)など、次代を担う子供の幸福は国家の利益を促進させるために必要であるというナチスの政治世界観に由来するものと考えられないこともないが(Scanzoni, a. a. o. s. 199), 子供の幸福を第一にはかるといふことは比較法的にみて世界の大勢であるから、かかる点からも改正法はまた、充分近代的意義を持つものとされる。

民主主義下のドイツの離婚法(1946年)第48条第2項の解釈について、相手方の異議は離婚請求において裁判所に対し訴訟行為としてなされるべきで(相手方に対する意思表示でなく)異議がなければ、裁判所は破綻が主として原告の責に帰せらるべきことを確信しても離婚を許容すべきものと解される。異議があれば裁判所は全く破綻した婚姻の維持が道徳的に正当性があるかどうかを職権をもつて審理し、判断しなければならぬと解されている。¹⁷⁾¹⁸⁾

要するにナチス以後のドイツ法は客観的破綻——家庭的共同生活の廃止(Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, 1938 § § 55, 1946 § § 48)——の離婚原因については3年以上共同生活の廃止を条件として無責破綻主義が認められ、主たる有責配偶者の離婚請求についても、無責配偶者の異議が訴訟上提出された場合も、婚姻及びそれに基く家庭生活(子の利益について1946年法48条3項)の維持の倫理的正当法に反しない限り、即ち、広い意味において信義則に反しない限り、主たる有責配偶者の離婚権は認められるものである。¹⁹⁾

さらに、ドイツ婚姻法(1938年)は被告の有責原因に基く離婚判決には被告の有責なる旨を判決しなければならない(60条1項)とし、(i) 被告が反訴を起し、両配偶者の有責原因に基く判決にはその旨を宣告し、一方の有責が他方のそれに比し著しく大なるときはその旨を宣告するを要す(同条2項前段)べく、(ii) 両配偶者が有責でその一方の有責の程度が他方のそれより著しく大きいときはその旨を宣告すべく(60条2項後段)またこの場合、被告が反訴を提起し、被告の無責原因と原告の有責原因とを共に認めた場合も同様とすべく(61条1項)、(iii) 離婚判決が無責離婚原因(精神障碍・精神病・重病・その他50乃至53条)に基く場合にも原告に有責の事由あるときは、被告の申立により原告の有責なる旨を宣告すべきこと(61条2項)及び、この場合被告が反訴を起し、被告の無責原因と原告の有責原因とが共に認められた離婚判決がなされたときも同様である(61条1項)ことを規定する。

かくして、単独に有責な、又は主として有責な配偶者の扶養義務(66条・67条)、両配偶者が有責で、しかもいずれも主として有責でない場合の「扶養(生計)分担」義務(68条)、無責配偶者の扶養義務(69条)がそれぞれきまるのである。ドイツ婚姻法のこれらの規定は、離婚原因に対する原告・被告双方が有責の場合は勿論、原告が主として有責の場合、原告のみ有責の場合にも原告の離婚権の認められることのあるべきことを当然の前提とするものとみることができる。

目的主義に於て、双方有責の場合、例えば夫婦の双方に不貞行為がある場合(有責主義の下でも、過失相殺が行われるのではないが、相対的離婚原因の場合は苦痛が緩和されて離婚原因が成立しなくなるであろうし、又絶対的離婚原因の場合は、双方に離婚権は発生するが、多くは苦痛が減少しているから、事実上離婚の請求をしないことになるであろう。)その有責行為は、離婚原因としては目的主義的に評価されるから、離婚原因は消滅せずに存在

し（時には双方の過失は離婚原因の評価に当つては加重されることすらありうる）各当事者は、有責にも拘らず（どちらからでも）離婚の訴を提起しうると解せられるのは、この場合そうすること（各当事者に離婚権を認めること）が目的主義の趣旨に合致し、而も信義則に反しないからである。

スイス民法第142条第2項や、ドイツ婚姻法第49条第2項、同法55条第2項及び同国離婚法（1946年）第4条第2項及びチェコスロバキア法（1919年）（破綻主義をとりつつ主たる有責配偶者の離婚権を否認する²⁰⁾）のような明文をもたない我が民法はこの問題について如何に解釈さるべきか。

目的主義に立つ以上、夫婦の双方とも同程度に有責であるとき、及び双方とも無責であるとき、又は被告配偶者のみ有責及び被告配偶者が主として有責なるときは、ともかく、離婚原因たる客観的破綻が存すれば各配偶者に離婚訴権を認めるべきであることには何人も異論はないであろう（既述）。問題は原告配偶者が主として有責であるとき、及び原告配偶者のみ有責であるときに離婚訴権が成立するか否かである。この場合、離婚訴権の成立が否定されるとすれば、それは信義則の適用によるものに他ならぬ。

けだし、信義則の適用も一面的であつてはならぬ。もとより婚姻の倫理性（道義性）はみずから招いた破綻を理由に離婚を請求することを許さないが、しかし、内面的にも外面的にもすでに崩壊してしまつて、単に扶養と相続の権利のみを残すに止まり、それ以外は、原告に対する敵意と、相手方の新生活の建設を妨害しようとする意図を満足させる以外に実益をもたない婚姻の維持を固執する被告の態度もまた信義則に反するものと云わねばならない²¹⁾。そして又かく内面的にも外面的にも破綻して、回復の可能性のない婚姻を維持することにより、国家は固より何人も利益をえられないであろう。

この場合、もし、主たる有責配偶者の離婚請求を認めて、離婚を許容すべきであるとすれば、離婚原因を作つた過失に対する原告配偶者の責任はいかにして果さるべきか。これが解決されなければ、原告の過失が離婚権の消長に影響を与えないことによつて失われた正義・衡平は、遂に回復せられることがないであろう。この場合、原告の過失は被告配偶者に対する慰藉料や、離婚後の扶養・子の監護教育等、離婚の効果について斟酌されるべきであると考える。例えば、1938年のドイツ婚姻法（Das neue deutsche Eherecht, 1938, 1946年法も同様）は、有責配偶者の扶養義務について、各配偶者が離婚につき有責でしかも、いずれも主として、有責でないときは、自ら生活を維持しえない配偶者は、その生活を維持するための分担額（Beitrag zum seinem unterhalt）を他方に対して請求することができる（Sind beide Ehegatten schuld an der Scheidung, trägt aber keiner die überwiegende Schuld, so kann dem Ehegatten, der sich nicht selbst unterhalten kann, ein Beitrag zu seinem Unterhalt zugebilligt werden, ……）（同法68条）にすぎない。従つて、この場合、いわゆる「扶養義務」を負うことなく、ただ相手方の生計を維持すべき義務、即ち、「生計維持のため必要な分担額を支出する義務」を負う（但し、その者に対して扶養義務者である血族からの扶養を期待することが諸般の事情から衡平の原則に反する場合に限る）²⁴⁾に止まるに反し、主たる有責配偶者の扶養義務は特に加重され、即ち第66条（ドイツ民法1578条もほぼ同様であるが、ここでは、単独に有責な配偶者の扶養義務のみを規定する）は主たる有責配偶者の扶養義務について先

ず主たる有責配偶者が夫の場合には「単独ニ若クハ主トシテ有責ト宣告セラレタル夫ハ離婚シタル妻ニ対シテ配偶者ノ生活状態ニ相応スル扶養ヲナスコトヲ要ス。但シ妻ガ自己ノ財産ニヨル収入及其ノ時ノ事情ニヨリ期待セラレ得ベキ営業収益ヲ以テ生計ヲ営ミ得ザルトキニ限ル。」(1項) (Der allein oder überwiegend schuldige Mann hat der geschiedenen Frau den nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt zu gewähren, soweit die Einkünfte aus dem Vermögen der Frau und die Erträge einer Erwerbsträtigkeit, die von ihr den Umständen nach erwartet werden kann nicht ausreichen.) とし、次に妻が有責である場合には「単独ニ若クハ主トシテ有責ト宣告セラレタル妻ハ夫ガ自ラ生活シ能ハザルトキハ夫ニ相当ナ扶養ヲ為スコトヲ要ス。」(2項) (Die allein oder überwiegend schuldige Frau hat dem geschiedenen Mann angemessenen Unterhalt zu gewähren, soweit er ausserstande ist, sich selbst zu unterhalten.) と規定し、主として有責な夫又は妻に対して特に重い扶養義務を負わしている²⁵⁾ここに扶養義務者が夫であるか妻であるかにより法律の取扱を異にしている理由は明かでないが、男子は比較的就職の機会が多いこと、及び男子はできうる限り自活すべき責任があるとの思想に因るものと思われる。また離婚後夫の氏の使用につき、妻が単独に又は主として有責なときは、夫は身分取扱吏に対する意思表示をもつて妻に夫の氏を使用することを禁止することを得せしめ(同法64条1項)、以前の婚姻より生れた子のあるときは妻は前婚の氏を使用することができるが、単独に又は主として有責の妻は之を禁じられる(同法63条2項)、さらに、専ら又は主として有責と宣告された配偶者は特別の理由により子の幸福に適する場合のほか子の監護権者となることができないとされている(同法81条3項) (Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.)。尤も、ここに注意すべきは、離婚後の子の監護権者の決定については離婚原因に対する有責(単独に又は主として有責)の考慮はどこまでも子の幸福と矛盾しない限りに於てのみ許されるべきであるから、その監護は配偶者の一方の単なる感情や希望の満足の具に供されてはならないことは勿論、他方配偶者に対する制裁や賠償の目的のみで行われてはならないことである。²⁶⁾

さればドイツ民法(1900年)は第1565条乃至第1568条(何れも有責原因)に規定された理由により離婚した場合に配偶者の一方のみ有責を宣言せられたときは離婚した夫婦の生存する間は子の監護(die Sorge für die Person des Kindes)は他方の配偶者に属する。若し配偶者の両方が有責と宣告されたときは、6才未満の男の子又は女の子の監護は母に属し、6才以上の男の子の監護は父に属する。後見裁判所は子の利益上特別の理由により子の利益の為必要なるときは之と異つて命令をなすことができる。その必要がなくなつたときは之を取消することができる²⁷⁾と規定する(BGB § 1635)。

1938年のドイツ婚姻法は、従来専ら、無責配偶者に子の監護を委ね、有責配偶者から子を奪つて、その過責を罰しようとする態度を「これは少年を尊重する思想と相容れない」と云うので、専ら子の幸福を促進する適格性の有無により監護権者を定むべきものとし、少々改め、「単独に又はより大なる責ある配偶者には、子の幸福のため、特別の理由ある場合に限り、監護権を与うべきものとする」(婚姻法81条3項)とした。もとより、この規定の趣旨は、「離婚有責者は一応非教育的な手本を示すものと考えられ²⁷⁾」、したがつて、ナチスの政治世界観から、子の幸福を中心とする監護権を志向するものであろうけれども、それでも尚、

単独に、又は主として、有責な配偶者から子を奪うことによつて、その離婚過誤を罰しようとする思想を全く脱却しているものとは思われない。

スペインでは、離婚後の子の監護は無責の配偶者に限られ、ハンガリーでは7才未満の子は全て母の監護、それ以上は無責の配偶者が監護し、もし、父母ともに有責と宣告されたときは男の子は父、女の子は母が監護する（但し、裁判所は子の利益のため子の監護を第三者に托することができる）。

フランス民法（有責離婚）は、離婚訴訟に勝つた配偶者に子の監護権を取得させる点は恰も子の監護を有責配偶者に対する制裁又は賠償を意味する如くである。もつとも、裁判所はその子の利益のために親族又は検察官の請求により子の全部又は一部を他方配偶者の監護に変更することができることにしている（フランス民法302条）。尚、法定収益権は常に（監護権の有無と関係なく）有責配偶者から奪われ、他の配偶者に移るものとされる（同法386条）。

ユスチニアヌスの立法（Nov. 117.7）も有責な妻はその子の監護権を有しないとし、父が貧しく子を扶養することができず、而も母が裕福であるときに限り子を扶養する義務があるとした。²⁸⁷

アメリカの各法域は、例外なく離婚後の子の監護者の選定に対する裁判所の裁量方法につき規定を設けている。各州の規定は、その用語は「必要且適當」「合理的且適當」²⁸⁹「都合よく」等区々であるが、要は子の安定と幸福が選定の第一次の標準とされるが、両親の行状、離婚原因に対する無責（勝訴の当事者）などは、子の監護者選定につき裁判所が考慮すべき有力な基準とされている。

離婚後の子の監護者選定の基準が第一次的に子の幸福の上におかれることは当然であるが、それと矛盾しない範囲においては、離婚原因に対する著しい有責を斟酌することも亦公平の観念の要求といわなければならない。

わが国において、離婚後の子の監護者に関し、旧法では、裁判離婚の場合にも協議離婚におけると同様に協議を許し、協議が調わないときは、家に止まる配偶者を子の監護者とした（旧民819条本による812条の準用）。但し、裁判離婚にあつては、もしかかる処置が子の利益に伴なわない場合には、裁判所は独自の処分を命ずることができるとした（旧民819条但）³⁰¹（なお一般には裁判所の処分は離婚判決中において命ずべきものと解されていた）。しかし、裁判所が「子ノ利益ノ為メ」に為す処分に関しては明文の規定がなく、その内容は監護権者を一方より他方に変更し、又は第三者に変更するときものと考えられていたが、その変更にあつては、子の利益の為めの要請に反しない限りにおいて離婚原因に対する有責・無責をも考慮すべき事情とすることは必ずしも不可能ではなかつたであろう。³¹¹新法においては、離婚に際し子の監護をなすべき者その他監護に必要な事項は、離婚する父母の協議で定め、協議が調わないとき（例えば、双方ともに監護を主張する場合や、その反対の場合）又は協議をすることができないとき（精神病・生死不明を理由とする離婚の場合など）は家庭裁判所が定める（民766条1項）。裁判離婚の場合にも当事者の申立があれば、離婚裁判所が之を定めることができる（人訴15条）。また家庭裁判所または裁判所は、それぞれ協議離婚又は裁判離婚の場合「子の利益のため」必要であると認めるときは、「子の監護をすべき者を変更し、その他監護について相当な処分を命ずることができる」（民766条2項、771条）。右の監護者の変更その他監護について相当な処分（児童福祉施設その他第三者への養育委託、監護権なき者の面会に関する事項や、監護の期間・程度・費用の取極めなど）³²³を命ずるに当つては

旧法と同様子の利益に反しない限度において、規定は存しないが、離婚原因に対する有責・無責の事情をも考慮すべきものと解するのが妥当とおもわれる。このことは離婚自体が過失に対する応報でも賠償でもなく、また、ないが故にこそ正義・衡平の原則の要求に基くものであつて、離婚原因に有責主義を採ると、はたまた目的主義、破綻主義たるとによつて、その理を異にするものではない。したがつて、裁判所（旧民 819 条・民 771 条）または家庭裁判所（民 766 条）が子の監護者を定めるに当つて、離婚原因に対する有責・無責を考慮すべき事情となすべきことは、離婚原因に「有責主義の色彩の強い旧民法としては首尾一貫」³⁸⁵⁾してあり、目的主義・破綻主義としては首尾一貫しないと云うことはできないであろう。

有責配偶者の責任については、右に述べたもの（扶養義務については、さらに章を分つて詳述する）のほか、主たる有責配偶者に不法行為の要件（故意過失・権利侵害乃至違法性・損害の発生・その他一定の因果関係の存在など）を具備する場合、他方配偶者に対し有形無形の損害賠償義務を負わせること亦た当然である。

要するに、主たる有責配偶者の有責性に対する賠償は離婚（の許否）そのものとは別に、斟酌可能であり、また別個に斟酌されるべきものなのである。そして又そうすることが、離婚本来の目的に適合するゆえんである。

勿論このようにして認められる有責配偶者の離婚権はどこまでも離婚生活の回復が不可能な、いわゆる客観的破綻を前提とするものでなくてはならない。客観的破綻は、具体的には裁判所の価値判断によつて決まるものであるから、裁判所が破綻の認定に慎重であれば婚姻アナキズムのおそれはない。もとよりかかる場合にも相手方は、なお形式的には婚姻生活の継続を主張する権利——相手方に対し婚姻義務の履行を要求する権利——は存するであろうけれども、既に双方とも婚姻の意思を失い、ただ相手を苦しめること以外に目的を持たない権利の行使は、権利の正しい行使ということではできない。権利の濫用というべきである。³⁴⁾

かかる場合にも、若し主たる有責配偶者からの請求であることの故をもつて原告の離婚請求が否認されるとすれば、そのことは、かかる場合にも、相手配偶者（被告）の（原告に対する）同居・協力・扶助の請求権が認められることを意味することになる。しかし、およそ相手を苦しめる目的のみを有し、若しくは、相手の損害に対し些細な利益しか有しない権利の行使はいわゆる権利の濫用であり、これが許されるべきでないことは権利濫用の法理から明白である。してみれば結局、かかる場合離婚原因に対して主として責の帰せらるべき原告の離婚請求も許容されなければならないと云わなければならない。

婚姻の本質に即した婚姻生活の回復が不可能な程度に破綻し切つた婚姻の維持を主張——離婚を拒否——しうるためには、相手方配偶者（被告）において「婚姻継続を要求する」につき「重大な事由」が存しなければならぬ。ローゼンベルクが、かつてドイツ民法第1568条第2項の修正意見として提唱するところは、この点について大いに示唆するものがある。即ち、「素質および考え方の相違により、或はその他の事情から、深刻にして、永続的な婚姻関係の破綻が成立し、配偶者の一方がこれを理由に離婚を申立てたときは、相手方配偶者が重大な事由にもとづき婚姻の継続を要求することができない以上離婚することができる。」³⁵⁾

かかる場合（婚姻生活の客観的破綻）にもかかわらず、なお相手配偶者が婚姻の継続を主張する——婚姻義務の履行を請求する、即ち同居・協力・扶助の請求権を行使する——ためには相手配偶者（被告）において「重大な事由」にもとづくものでなければならず、かかる場合に限りその主張は権利濫用禁止の原則の適用から免れうることになる。被告にかかる

「重大な事由」（これは必ずしも被告自身の利益に限らず、広く公序良俗・信義誠実と云つたものをも包含すると解してよいであろう）がない限り、離婚を許容しても、国家も亦たかかる死亡した婚姻を死亡したものと宣告することによつて、何ものも失うところはなく却つて、かかる事態が永続することによつて、当然起るべき法律的混乱から人々を救う所以である。そして、又これこそが、法が離婚制度を認めた根本趣旨でもある。

そもそも近代的離婚論が、離婚を認める根本理由は婚姻の継続を強制し、期待することが公序良俗に反することにある。破綻した婚姻に対して離婚を許さないのは、恰も「死者を抱いて死亡診断書」を乞う者に対して死亡診断書の交附を拒むに等しく、「その禍は倍加」することになり、それはかえつて公序良俗に反する。しかし、勿論この場合と雖も離婚法の任務、特に（この場合）離婚後における妻の生活保障と離婚によつて精神的・物質的に影響をうける子の保護について万全の配慮がなされ、且つ、われわれの衡平の観点の要求が充足されるものでなければならぬ。

註

- (1) 1907年のスイス民法典におけるこの規定の先駆と見られるものには1525年チューリッヒの教会（新教）裁判所条例（Chorgerichtsordnung）が離婚原因につき一般的条項（clausula generalis）を設けたといわれ、その後チューリッヒ・バーゼル・ベルン等の諸カントン法及び1862年の異宗教徒間の婚姻の離婚に関する連邦法（Das Bundesgesetz betr. die Ehescheidung gemischer Ehen）にも同様の規定がみられるが、直接には1874年制定の「身分及び婚姻法」（Zivilstands-und Ehegesetz, 1874）における「配偶者双方が離婚ヲ請求スル場合ニ其夫婦ニソレ以上共同生活ヲ継続サセルコトガ婚姻ノ本質ニ適合シナイモノト事実上認メラレルトキハ裁判所ハ離婚ヲ宣告ス」（同法45条）「前掲ノ離婚原因ナキモ婚姻関係ガ甚シク破壊セラレタト認メラレルトキハ、裁判所ハ離婚又ハ別居ヲ宣告スルコトガデキル。別居ノ宣告ハ2年以下トスル。其期間内ニ和合シナイトキハ更ニ離婚ノ訴ヲ起スコトガデキル。裁判所ハ自由裁量ヲ以テ其許否ヲ決スル」（同条47条）の転化であるとみられている。ただスイス民法（1907年）第142条と1874年法とを比較して異なる点は後者においては夫婦が共同して離婚を請求するに反し、前者にあつてはそれをなしうるか否かが規定上明かでないことである。前者に離婚の共同請求を認めるか否かは議論のあるところであるが、それを排斥する趣旨ではないとみられている。しかし共同請求があれば、それ自身で離婚が行われるのでもなく、又離婚原因の範囲に変更拡大を来すものでもないから、共同請求の法律上の利益は何も存しない（穂積氏・前掲書 885頁以下、Briner, Die Ehescheidungsgründe im Zivilstandsund Ehegesetz von 1874 und im Zivilgesetzbuch, 1911）。
- (2) 本条は「配偶者の一方が婚姻に基く義務の重大なる違反により、若くは破廉恥又は不道徳なる行状によつて、配偶者の他方に婚姻の継続を強いられ難い程度に、著しく婚姻関係を破壊した責任ある（eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat）場合に配偶者の他方は離婚の請求をなすことを得る。重大なる虐待（grobe Misshandlung）は重大なる義務違反と看做す」という法文の示す如く、有責主義に立脚するものであつて、この離婚原因には配偶者の一方の故意又は過失（少くとも軽過失—デルンブルヒは重過失を主張した Das bürgerliche Recht, 3. Aufl. 1907, (Bd. IV. s. 82) を必要とするのが通説である（穂積氏・前掲書878頁）。したがつて、いかに「婚姻の継続が強いられ難き」状態であつても、それが過失（有責行為）によるものでない限り、離婚原因とはなり得ない。例えば夫が精神錯乱状態に於て妻の父母を殺害した場合にも夫に「責ある場合」でない故に妻に離婚権はないことになる。

なお本条に云う「婚姻の破壊」（Zerrüttung des ehelichen Verhältniss）は一般に被害配偶者に

全面的な心的疎遠を生じさせること (die gänzliche innere Entfremdung) と解されている (田島・近藤両氏・前掲書 228 頁)。

しからば、具体的に如何なる場合がこの「婚姻の継続を強いられ難い程度の婚姻破綻—即ち全面的な心的疎遠を生じさせること—に該るかは判例によらねばならぬ。穂積博士は *Tunica, Die Ehescheidungsgründe des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch die Rechtsprechung erläutert. Eine Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts und verschiedener Oberlandesgerichte, 1911* という書に蒐集された諸判例について、いかなる行状が本条の離婚原因たる「婚姻破壊」の有責行為であるかを項目別に摘録している (同氏・前掲書 879 頁以下)。

わが民法第 770 条はドイツ民法第 1568 条と同じく相対的離婚原因であるが、目的主義、又は破綻主義に立つからその離婚原因たる婚姻関係の破綻は、当事者の過失により生じたものであることを要しない (必ずしも被告の過失によるものに限らず、当事者双方の何れの過失にもよらないものであつてもよい) (民法 770 条の離婚事由はドイツ民法 1568 条の離婚事由を含んで更にそれより広汎な事由を含む) のであるが、前記ドイツ民法の判例の項目摘録は、わが民法第 770 条の解釈上の参考資料にもなり得るものと考えられるのでその一部をここに摘出する。

判例にあらわれたドイツ民法第 1568 条の範囲内として認められた離婚原因の主なもの。

- 1 虐待 (筆者註・夫の妻に対する虐待のみである)
 - 1 妊娠中の妻を虐待したこと。
 - 2 妻を屢々繰返して虐待したこと。
 - 3 妻が夫を侮辱し、夫が妻を虐待したこと (筆者註・かかる場合は恐らく——本条は相対的離婚原因であるから——原告の過失を考慮 (「相殺的」) に入れてもなお被告の行状「侮辱又は虐待」が本条の離婚原因に値する程度のものであつたと思われる。もつとも双方に婚姻関係破壊行為「離婚原因」がある場合は必ずしも相殺されない——双方に各独立の離婚権を認める——とした判例もないこともない)
 - 4 握拳を以て妻の頭部・面部を乱打したこと。
 - 5 妻の不貞行為に激したとはいえ、繰返し粗野な方法で妻を虐待したこと (筆者註・この場合の虐待は、相当程度の高いものと思われる。前註参照)。
- 2 侮辱
 - 1 妻を「淫売婦」と罵つたこと。
 - 2 書面で夫を極端に罵つたこと。
 - 3 妻の結婚前の品行の根柢なき批難を書面に記し、又公言したこと。
 - 4 雇人の前で夫が他の婦人と不義の関係ありと公言したこと (筆者註・夫の不義の事実の有無は不明であるが若し有つたとすれば侮辱は程度の高いものであつたであろう)。
 - 5 妻が夫に重大犯罪ありと根柢なく公言したこと。
 - 6 夫が不自然な性交を要求したと妻が医師に偽り告げたこと。
 - 7 夫が妻に対し繰返し姦通訴訟を起したこと。
 - 8 妻の母に対し重大な侮辱をしたこと。
 - 9 妻の父が 2,000 マークを盗んだと夫が他人へ書送つたこと (筆者註・ここに注目されるのは、相手の非行を公言したり、訴訟を起したり、書送つたりすることが侮辱となるのは、何れもみなその事実が根柢なき場合のみであることである。非行の事実あるとき多くはそれと相殺されて離婚原因は認められなかつたからであろう)。
- 3 犯罪
 - 1 横領罪及び偽警罪による長期禁獄。
 - 2 猥褻罪による処刑。

- 4 破廉恥・不道徳の行状。
 - 1 妻が夫を姦通に陥らしめんと図つたとき。
 - 2 妻が画家と恋愛関係を継続し艶書を交換し画室を訪問して裸体画のモデルになつたこと。
 - 3 刑事裁判所において夫を有罪に陥らしむべき不利の材料を妻が進んで提供したこと。
- 5 乱酒癖
健康上及び経済上の破滅と夫婦間の義務の全廃を来す程度の飲酒。
- 6 脅 迫
 - 1 夫が妻子を銃殺せんと脅迫したこと。
 - 2 妻が夫を獄に送らんと公言したこと。
- 7 共同生活の不当断絶
 - 1 悪意の遺棄（筆者註・これは絶対的離婚原因——1568条）の程度に達せしめ同居義務の違反。
 - 2 女優たる妻が数年引続きの外国出稼契約を為し、それを解除せぬこと。
 - 3 夫が妻を棄てて其の住宅を去り、之を他人に貸与したこと。
- 8 性 病
 - 1 自己の過失により性交不能となつたこと。
 - 2 夫が性病の治療前妻と性交したこと。
- 9 不貞の行為（筆者註・姦通は絶対的離婚原因——1568条）
 - 1 妻が夫によつて姦通を宥恕（筆者註——離婚訴権消滅事由——1570条）された後姦夫と交通を絶たぬこと
 - 2 妻が他人と数週間旅行したこと。
- 10 夫の扶養義務の継続的懈怠
- 11 子に対する義務違反
子を著しく虐待すること。
子の教育を甚だしく懈怠すること。
- 2 我妻・立石両氏・前掲書 150 頁。
- 3 過失配偶者は、婚姻義務に違反したわけであるから、若し当事者双方に過失があつたときは、双方に婚姻義務違反が存するわけである。この場合、目的主義に立つ限り離婚原因としてはむしろ倍加することがありうると考ふべきであり、又各当事者は離婚を訴求しうべきである。しかし、若しその破綻についての重大なる過失が一方の配偶者に帰せらるべきとき、その配偶者の離婚権の行使を制限すべきかどうかは、また別の見地から検討されなければならぬ。
- 4 有責主義の下においても最初は、夫婦双方の有責（例えば、双方の姦通）の場合は相互に離婚権を消滅させる（一方が取得した離婚権は、他方の離婚権と相殺されて当然に消滅する——相殺主義 Kompensations prinzip——ものとみただどうか疑わしいが）ものとされていた。例えば、新教会法は他方の姦通（絶対的離婚原因）に基いて離婚権を取得した者が自身もまた姦通すれば、一度取得した離婚権を失うとし、国法も大体これに倣つた（Preuss. Ldr. II, I 670fg. —sächs GB. 17fg. —altenb. 200c. —Seufferts' Arch, 2, 192; 17; 53; 20; 41; 21; 59; 23; 230; 31; 239.）。しかし後には夫婦双方に離婚権を与え、互に他を離婚しううようになった。例えばドイツ民法は有責主義を採りつつも、なお、有責配偶者にも離婚権を与え、互に他を離婚しううものとする（1574条）。即ち有責の配偶者も離婚権を失わない。この場合被告もまた自己の離婚権に基き反訴を提起しうるのであるから、公平の原則に反するものではない（原告配偶者に婚姻義務違反——非行——があつても主観的破綻を感じない被告は反訴——自己の離婚権の行使——を提起しないであろうのみ）。元来有責主義の離婚も離婚権者をば主観的破綻の婚姻生活から救済することを目的とする——結局は救済離婚——ものと考へ得られるのであるから、有責配偶者の離婚権を許容すること

は、決して有責主義に矛盾するものではない(註)。

註 ドイツ民法第1574条は「第1565条乃至1568条(1568条は相対的離婚原因)に定められた理由に基き離婚判決があつたときは、被告が離婚には過失の責を有すべき旨判決中に宣告しなければならない(1項)。被告が反訴を提起し、反訴も亦理由があると認められるときは、双方の有責を宣告することを要する。(2項)。」を規定する。此の第2項の双方向的過失宣言(Schuligerklärung)は有責配偶者の離婚権を認めたものと解することができる。ただ、特に離婚原因阻却事由が決定されている場合は、離婚原因は成立しないから、離婚権は否定される。即ち第1565条の離婚原因——姦通(Ehebruch)・重婚(Bigamie)・不自然な不貞行為(Wiedernatürliche Unzucht)などいずれも絶対的離婚原因——については特に規定をもつて、相手方配偶者の同意(Zustimmung)又は協力・関与(Teilnahme)の責ある場合には離婚請求権は成立しないとしている(同条2項)。同意は、事前又は事後、一般的、又は個別的何れでもよいと解されている(田島・近藤・ドイツ民法・親族法222頁)。

要するに本条の離婚原因(姦通その他)(絶対的離婚原因)は有責主義の立場から当事者の過失を前提要件とするが(一般説)過失排除の要件(Verschuldенаusschließungsgründe)がある場合には、姦通の相手配偶者は何らの苦痛を蒙るものでなく、結局離婚原因そのものが発生しないのであるから離婚請求権は成立しないとするものである。

有責主義を制裁離婚(le divorce-sanction)・目的主義を救済離婚(le divorce-remède)とみることは正確を欠く。有責主義と無責主義とは、ただ離婚原因を法定する標準に関する二主義である。一方は婚姻の義務違反(非行)による婚姻の破壊をもつて離婚原因とするものであるに反し、他は、必ずしも婚姻の義務違反を論ぜず婚姻の目的を達しえない破綻を離婚原因とするものである。一方は主観的破綻から他方は客観的破綻から婚姻の当事者を救済するものである。両者はともに婚姻破綻から、婚姻当事者を救済することを目的とする救済離婚であるといえる。されば、離婚原因が存在する以上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・無責主義(破綻主義)と直接関係を有するものではない。これは、離婚制度の目的と公平の原則又は信義誠実の原則によつて判断・決定せらるべき問題である。

- (6) レトマニア法(1921年2月18日)第49条は「婚姻生活に破綻を生じ、婚姻生活の継続が不可能なときは、配偶者は離婚権を有す(第1項)。右の場合において、離婚は配偶者の過失とは無関係になしうる(第2項)。」とあり、第2項は、本条が目的主義に立つことを宣言するものである。
- (7) スイス民法第142条第2項は、原告が破綻につき有責なる場合に、その離婚権を否認するから、これまた有責主義と呼ぶものがあるが、適当な用語法ということは出来ない(ハーマナン・Vgl. Rechtsausschusz, 124 Zizung, 大川氏論文・78頁)。
- (8) ローゼンベルクはこれを進歩的立法という——Rosenberg, Ehescheidung und Eheanfechtung 2 Aufl. (1931) s. 191 (大川氏・82頁)。
- (9) Arminjon, Nolde, Wolff, Traité, de droit comparé, 11, 1950, P. 459 (谷口氏・前掲論文7頁)。
- (10) Klink, Die Reformbestrebung in Ehescheidungsrecht (1928) s. 98. 大川氏・前掲90—91頁。

クリンクのドイツ民法第1568条に対する修正意見は、先にもあげた如く、「同条の要件を欠く場合でも、婚姻生活の回復を期待しえない程度に婚姻関係が深刻に破綻したときは、当事者は離婚を請求することができる……」「当該破綻を故意に招いた配偶者は、離婚を請求することはできない」とする。

- (11) 「濫用は存在する権利の具体的な動的発現形態についての法的価値判断にほかならぬとみてよい

であろう。」(末川氏・権利濫用の研究39頁)。

- (12) 中川教授(現代民法の基礎理論 216頁)は「身分権の濫用は財産上の権利におけるよりも一層判然と権利濫用が認められるわけである……にも拘らず、従来の学説は財産権について権利濫用を説くこと甚だ屢々であるに対し、身分権の濫用については至極怯懦なる態度を持しているが如くで…僅かに戸主権についてのみ、しかもその居所指定権に関してのみ、濫用の理論が高唱されるに止まる」と云われる。

戸主権濫用の判例研究に青山教授の「身分法研究」の著述がある。

- (13) 「たとえば、ただひとえに他人に損害を加える目的のみで権利を行使するとか、公序良俗に反する権利の行使とか、適法な利益の欠缺若くは相対する利益の均衡の破壊とか、権利の経済的並に社会的目的に反するとか、その他種々の形でいいあらわされているのであり、また、わが國の判例でも、社会通念とか吾人の権利感情とかいうようなものによつて決するといっているものもある。」

(末川氏・前掲書41—42頁)。

- (14) 末川氏・前掲書42頁。このことは権利の濫用の効果についても同様であつて、権利濫用によつて生ずる法律効果は、一律に論定し去ることを得ない。濫用された権利の種類、濫用の結果として現実に発生している状態によつて、それぞれ異なる。たとえば、(イ) 権利の濫用によつて他人が損害を被っているならば、不法行為が成立し、損害賠償の責任が生じ、(ロ) これを侵害する行為を排斥する力をもたず——例えば土地所有権も土地を利用するのに関係のない地や傾斜地にある他人の施設の除去を請求し得ない(大判・昭和10年10月5日・民1965頁・宇奈月温泉木管除去請求事件、大判・昭和11年7月10日・民1481頁・発電所用水路墜道除去事件)(ハ) 権利の行使としての積極的な法律効果を生じない(形成権にその例が多い。戸主権の濫用は家族離籍の効果を生じないし、また債務の履行に些細な欠陥のあることを理由とする契約の解除権の行使は解除の効果を生じない)。

(ニ) 親権の濫用があるときは親権の喪失が宣告されるという効果を生ずる(民・834条)など一律に云えぬのであつて、各個の場合について、一々具体的に判定されるほかない(末川氏・前掲書42頁)。我妻氏・民法大意上巻58頁)。このように権利の濫用の標識や、その法律上の効果は各個の場合に具体的に判定されるのであつて、「権利の濫用」に如何なる内容を盛るかは、その時・所における社会的な経験法則によつて決すべきものである(末川氏・前掲書40頁)。

- (15) 谷口氏・前掲論文9頁参照

この第1項(全く過失を問題としない)と第2項(過失を問題とする)との関係について、公の註釈は「義務意識を欠く配偶者の一方が利己的理由から婚姻の拘束を免れるために國民共同体のために認められた第1項を濫用する危険を防止するために第2項がある」とせられ、結局、國家の利益に全く関係のない場合にだけ第2項が考慮されうることとなり、ライヒ裁判所は新法の目的は、もはや法的擬制にすぎない婚姻を維持することによつて過失者を罰することには存しない。かかる方法で罰することは婚姻の意義と本質に矛盾するとし、妻との間に子がなく、情婦との間に子が生まれ、その子が新しい婚姻により嫡出児となる場合、ライヒ裁判所は過失当事者の關係の合法化を形成的に存する現在の婚姻の維持よりも緊急だと考え(RG. April. 1939, DR. 1939, 1074)、破綻し切つた婚姻の維持は國民政策的に望ましくなく、むしろ國民政策的に望ましい婚姻を阻止するとし、長年他女と結んでいた原告の姦通關係を合法婚に移さしめることに於て國家の利益があるとして(RG. 5, 6, 1939, DR. 1939, 1572)ほとんど原告の過失を無視して、回復の見込なき客觀的破綻のみで離婚を認めるに至つていた(H. Silving, Divorce without fault, Selected essays on family law, 1950, p. 907 et sec., p. 931 et sec.) (谷口氏・前掲論文9—10頁)。

- (16) 五十嵐氏・ドイツ法における離婚原因の変遷・比較法研究第2号4頁, Lehman, a. a. o. s. 141-2。

- (17) K. E. Meyer, Die Rechtsnatur des Widerspruchs nach § 48 II des Ehegesetzes, Arch.

für civil. Praxis, Bd. 152, 4 Heft, s. 322 ff. 谷口氏・前掲論文10頁。

- (19) かくて「例えば、年令差の大なる婚姻、始めから妥当でなかつた婚姻の維持は正当性なく、円満な期間の長さに比し別居が短いものは、短期で破綻に至つたものよりも維持を正当とする。」長期の円満な婚姻の解消には特別の事情の存在が必要であり、「夫が他女との関係に入つた以前より絶望的に破綻していた場合の如きは離婚が認められる (BG. JW. 39, 291)。そして夫が去つた後における女の経済的自立能力の有無 (RGZ. 163, 380), 別居の継続の期間の長短 (10年以上も続いているときは、無過失配偶者も相手方に対する内面的共同感情が消失しているとみられる。RG. 160, 18) 別居中の関係の展開如何、婚姻を維持せしめた場合の見とおし、何の為に異議を述べているか、妻の年令、再婚の可能性、要扶養状態の有無などが審理され判断の諸規準とされねばならないと解されている。」Achilles-Greif, BGB. s. 716ff. 谷口氏・前掲論文10頁)。
- (19) ナチス以後のドイツ離婚法は叙上の如く破綻主義を大幅に取り入れているけれども、ドイツの離婚法は依然有責主義を原則とするものであることを注意すべきである。(von Scanzoni, Das grossdeutsche Ehegesetz, 1939, s. 83) もともとドイツ民法 (1910年) は精神病の離婚原因のほか有責主義を採用していたものであつて、破綻主義的離婚制を独法に導入する意見が高まつて来たのは、第1次大戦後で、北欧の同制度の影響によるものである。そして夫婦共同生活の客観的破綻が存する場合に、主たる有責配偶者の離婚権を認めるべきか否かについて、積極的破綻説・消極的破綻説 (別項参照) など、説が分れていたが、ナチス政権下になつて、「国家に有益な婚姻を促進維持し、無益な婚姻を破壊しようという全体主義的指導理念」に基き破綻主義の導入による離婚法の大改正が行われたものである (Das grossdeutsche Ehegesetz V. 6 Juli. 1938)。

この法案に資するところがあつたとみられるドイツ法学院親族法委員会の離婚法改正提案 (Mössmer, Neugestaltung, des deutschen Ehescheidungsrechtes, 1936) にも婚姻破綻に対し、主として有責なるべき配偶者の離婚請求が認められるか否かにつき論ぜられ、「かかる場合離婚を許すことは道徳的根拠に基く婚姻の觀念と相容れない。相手方配偶者に対する重大なる不公平とならない場合のみ離婚は許されるべきである。……かくて離婚や、その効果が無責の配偶者に特に重大な損害をもたらすときは、その婚姻を維持すべきである」とし、かかる場合 (重大なる不公平が存する場合) として「相手方が婚姻中、落ち度のない態度を採つて来たことを証明することができ、離婚が生存を危険ならしめ、又、その婚姻より生れた子の利益のため、又は老令の故を以て是認せられえない場合」を挙げ、これに反し、重大な不公平 (grosse Unbilligkeit) が存しない場合として「相手方にも多少、破綻につき責がある場合、その精神的肉体的欠陥により他方の過失を惹起した場合、卑しい動機 (例えば妻が夫の生活を苦しめるとか、他女との新生活を妨げるためなど) からのみ自からは離婚を求めないように見える場合、離婚請求者に対する夫婦らしい感情が全く死滅してしまつている場合」を挙げる。かくて離婚原因に関する提案第8条第2項に「婚姻関係の破綻がもつばら離婚請求者自身の過失に基く故に離婚しない旨を相手方が申立 (異議の申立) てるときは、離婚が相手方に対する重大なる不衡平を伴う場合は裁判所は離婚請求を認めてはならない」とした (Vgl. Mössmer, a. a. O. SS. 51, 52, 66 (谷口氏・前掲論文8—9頁))。

かくて1938年のドイツ婚姻法第55条が生れるに至つたものである。われわれはドイツ婚姻法 (1938年法55条・1946年法48条) の解釈に当つてはもとより、わが民法の破綻主義の解釈にもドイツ法学院親族法委員会の離婚法改正提案にかかる前記意見はわれわれに有力なる資料を供給するものと思われる。

- (20) Rosenberg, Ehescheidung und Eheanfechtung 2 Aufl. (1931) s. 172. 大川氏84頁。チェコスロバキアもソ連及びその影響下におけるいわゆる人民民主主義国 (Volksdemokratien) などと同じく、個別的離婚原因を認めず、もつばら深刻永続的な婚姻破綻を離婚原因とする。
- (21) 大川氏・論文88頁, Munk; Vorschläge zum Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung

und der elterlichen Gewalt nebst Gesetzentwurf (Denkschrift des Bundes Deutscher Frauenvereine) (1923) s. 60.

- 22) Munk のいわれるように「かかる場合には、むしろ婚姻を破壊し、婚姻上の過失を犯した者にも、内面的内容を失ってしまった婚姻を解消して、新婚を締結する権利を与えることこそ道徳の要求」に合致することになるであろう。
- 23) 一旦客観的に破綻してしまった婚姻関係は離婚棄却の判決にも拘らず、復活せず、反つて当事者間の疎遠はますます深刻化するという事実も認めなければならぬ。「自由意志、なかならず婚姻意思 (eheliche Gesinnung) を失ってしまった当事者を強制して継続せしめる婚姻生活こそ、かえつて道徳的基礎を失ってしまったものである」(大川氏・100頁)といえる。
- 24) 両配偶者が離婚につき有責で、しかも何れの一方も主として有責でないときは自ら生計を維持し得ざる配偶者は他方に対し事情によりその生計を維持するための分担額 (ein Beitrag zum seinem Unterhalt) を請求することができるにすぎない(同法68条・1946年法60条)。またこの点ドイツ民法 (B. G. B) においては、これに相当する規定がなかつたから双方過失の場合は、何れの当事者も扶養がないと説かれていた(田島・近藤両氏・ドイツ民法・親族法 238頁参照)(J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, Band IV (Familienrecht), 1913, s. 716)。

右の分担請求権 (Beitragsanspruch) の法的性質について、之は、扶養給付を内容とする点においては、一般扶養義務 (Unterhaltsanspruch) とかわりないが、請求権者の需要全部を充すものではなく、いわゆる「扶養の分担」(Unterhaltsbeitrag) であり、その発生と範囲 (Entstehung und Umfang) が衡平に適する (Billigkeit) か否かによつて定められる点が一般の (Unterhaltsanspruch) と異なる。それ故、それは真の扶養請求権でない (ist kein echter Unterhaltsanspruch) と解されている (Hoffmann, E., Stepban, W., Ehegesetz (Kommentar.) 1950, s. 298 大田氏・ドイツ法における扶養義務・比較法研究第8号43頁, 山田氏・ドイツ法に於ける離婚配偶者の扶養義務・法学協会雑誌第64巻11—12合併号—昭和21年—)。

この分担額 (Beitrag) の規定は、ナチス婚姻法第68条及び1946年法第60条とともに「双方の配偶者が離婚につき何れも有責で、何れの配偶者も主として有責でないときは、自ら生計を維持しえない配偶者には、他方の配偶者及び71条の規定により扶養義務を負う権利者の血族の需要・財産並に生業関係を考慮した際、そうすることが、衡平の原則に適する場合及びその限度においてそのものの生計を維持するための分担額 (Beitrag zu seinem Unterhalt) の請求が許される」となつていたため、第一義的に扶養義務を負うものが、当該離婚配偶者であるか、その血族であるかにつき解釈上疑義があり、当時の通説は血族をもつて第一義的の義務者としていた (Hoffmann, E., Stepban, W., Ehegesetz (Kommentar). 1950, s. 299.)。しかるに1952年のドイツ親族法改正草案には、「当該離婚につき、何れも有責ではあるが、何れの配偶者にも主たる責任がない場合には、自ら生計を維持することのできない配偶者は、他方配偶者に対して自己が生計を維持するために必要な分担額 (Beitrag zum seinem Unterhalt) を請求することができる。但し、自己に対して扶養義務がある血族からの扶養を期待することができない場合 (wenn), 又は血族に請求することが血族並に他方の配偶者の需要・財産・並びに生業関係及びその他の義務を考慮したとき衡平に反する場合 (wenn) に限る。しかし、他方の配偶者は、その分担額を支出することにより、そのもの自身の適当なる扶養並にそのものその他の義務の履行が危険に瀕する限度において (soweit) その分担額支出義務 (Beitragspflicht) をまぬがれ、又はその分担額支出義務を一定期間に限ることができ」(草案・1579条)と規定し、解釈上疑義の起る余地をなくし、かねての問題を立法的に解決している(山田氏・前掲論文14頁, 太田氏・前掲論文43頁)。

- 25) この規定は、最近 (1952年) のドイツ親族法改正草案においては、生活困窮 (Bedürftigkeit)

が、妻の側に存するか、夫の側に存するかによる差別がなくなり、又権利者が夫の場合にも妻の場合にもそのものの財産収入並に生業収入をもつてしても、自ら扶養し得ないという事実があれば、*Bedürftigkeit* があると認められる（従前は、夫が権利者の場合には、夫が自ら扶養しえない程度に達していることが必要であるにかかわらず、妻が権利者の場合には、その *Bedürftigkeit* は妻が自ら扶養しえない程度に達していることは必要でなく、妻の収入及び生業活動からの収益が不十分な程度でよいとされていた）ことになったのは、西ドイツに於ては所謂「ボン憲法」（1949年）が制定され、両性の本質的平等（*Gleichberechtigung von Mann und Frau*）の理念に反する法律は、一定期日後効力をもちえないことが明示されたことに因るものとおもわれるが、離婚につき主たる有責配偶者に特に重い扶養義務を負わせている点は草案に於ても同一である。

26) 同説・大江氏・前掲書 168 条。

27) 谷口氏・「ドイツの新婚姻法」・民商法雑誌第 8 巻 946 頁参照。

なお、婚姻法（1938年）においては、監護権を有しない親と子との交通権は従来と殆んど変わりなく（82条 1 項）、ただ、交通が濫用に陥らぬように子の幸福のため 後見人裁判所が一時停止することを得る旨定めている（同条 2 項）。

また、血族意識、民族感情を障害しないように、兄弟姉妹は特別の理由のない限り同一の父又は母の監護に委ねられる（81条 2 項）としているのはナチスの政策の反映とみられる。

28) Hunter's Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code. P. 693.

ローマ法で離婚後の子の監護につき規定した最古のものはデオクレチアヌスおよびマクレミアタナスの勅令（C. 5, 2, 1）であるといわれる。これには男の子は父に、女の子は母に監護を命ずるよう裁判官を強制する法は存せず、裁判官はその自由裁量によつて裁判できるとされた。大江氏・前掲書 172 頁参照。

29) これについての資料は主として大江氏・前掲書 168 頁以下による。「子が選択するに十分な年齢に達していなければ子の為す選択」とするものが三法域ある。即ち、オハイオでは、10才以上の子は親が悖狂漢・常習的酩酊者・勤務無能力者の場合を除き子の選択が許される。ウォターでは子が10才以上で健全な精神をもつているときは子の選択を許す。テキサスでは子が16才以下のときは、子の環境並に諸事情・親の経済的能力等を考慮して、子の最善の利益のため裁判所は子の監護者を決定する。したがって17才以上の場合、子の選択がゆるされると解されている。

一般には裁判所が監護者を判定しなかつたときは、制定法に別段の規定のない限り、離婚当時現に監護中の当事者が監護権を保有する。判決後に生れた子で判決中に別段の定めなかつた子の監護権は母にある。裁判所は少年裁判所の管轄に服する監護については命令権がない。

アメリカの49法域の制定法の中、普通法の定める父を監護者とする原則を無視して選定を裁判所の裁量に任せるものが6法域。父母を監護者とするものが16法域、母を監護者とするものが11法域、子の扶養中の母を指定するものが6法域、無責配偶者を選定するもの5法域、離婚当時現に子を監護していた者とするもの1法域、父母ともに不適当で第三者を選定するもの3法域、かかる場合一定の施設に送るところが3法域である。メーンでは、裁判所は未成年の子の監護を州の保健福祉省（department of health and welfare）に委嘱できるとしているが、離婚訴訟で紛糾したときは、何れの親に監護を命ずるのが適当であるかにつき、州の社会福祉局（State bureau of social welfare）に調査を求めることができるとしている。その他幼児は母に、教育を要する時期になると父に監護させるとするもの（カリフォルニア）、子が16才未満で両親が不適当である場合は、孤児院（Orphan's home）に送るとするもの（インディアナ）、或は、監護を父又は母、又は父母交互に行わせる（Father or Mother, or custody to each alternately）とするもの（ノースカロライナ）など異色あるものが存する。これらは何れも子の幸福を主眼とするものにはかならないが、

最後の父母が交互に監護を行うなどは子の利益となるか否か甚だ疑わしい（大江氏・170頁参照）。

- ③① 青山氏・離婚と子の監護一家族制度全集・法律編Ⅱ離婚 268 頁，和田氏・婚姻法論 686 頁。
 旧親族法改正要綱第15ノ2及び第16ノ3は家事審判所が協議離婚の場合にも子の監護に干渉し得ることとしようとした（穂積氏・親族法 412 頁，法協46巻 825 頁・829 頁）。
- ③② 青山教授も「かかる規定をおかなかつたので，尤もかかる規定が必ずしも必要ではなからうが，離婚原因に有責主義的色彩の強い民法として首尾一貫しなかつた」といわれる（前掲論文 268 頁）
- ③③ 谷口氏・親族法92頁，福島氏・註釈親族法 255—6 頁参照。
- ③④ 反対か。青山氏・前掲論文 268 頁。
- ③⑤ 相手を苦しめることのみを目的として離婚を拒み続けることは，それ自身もはや離婚に対する信義則に反するものであり同意権の濫用である。
- ③⑥ （傍点は筆者・以下同じ）（大川氏・88頁，Rosenberg; Ehescheidung und Eheanfechtung 2 Aufl. 1931 s.10）
- ③⑦ 中川氏・岩波全書・民法・65頁。
- ③⑧ 離婚によつて生活不能の危険にさらされる者は殆んど女である。旧法には離婚後の扶養に関して規定を欠いていたから，無責配偶者が不法行為を原因として損害賠償を求めうる他は，単に夫婦であつたことを理由として離婚後の生活不能の救済を求める方法はなかつた。従つて，離婚は妻にとつて屢々「屈恥より餓死への選択」に他ならなかつた（中川氏・岩波版・76頁）。
- ③⑨ 子の保護の目的の立場から父母の離婚を禁じようとする見解も生じ，かつてのプロイセンの国法（ランドレヒト）が無子の夫婦に限り協議離婚を認め，又現在，ポーランド（1950年）及びチェコスロヴァギア家族法（1949年）やドイツ婚姻法（1946年）が未成年の子の利益に反する離婚を許さず，更にキリスト教の婚姻非解消主義にもこの目的が多分にあつた（青山氏・身分法概論122頁）。子の監護については，わが旧法は，親権者は子と家を同じくする親で（878条），母は離婚により原則として去家する者であり（旧 739 条），また親族扶養も家を同じくすると否とにより影響をうけた（旧 956条但・958条但）のであるから，離婚は多くの場合子を母の手から引き離す結果となつた。しかし，新法は，離婚の際父母の協議で親権者及び監護者を定め，協議が整わないか，又は協議することができないとき（従つて不治の精神病・生死不明を離婚理由とする場合など）には家庭裁判所（裁判離婚のときは裁判所）がこれを定める（766条1項・819条・771条）こと，親権者と監護者とは必ずしも一致することを要しないこと，及び父母の離婚によつて親子間の相続権・扶養義務に影響がないことなどにより，子に対する保護は，旧法に比べ著しく改善された。けれども父母の離婚が子に与える物質的・精神的影響は決して解消されうべくもない。従つて，子の利益は目的主義・破綻主義の下においても，事実上離婚の許容（離婚原因の認定—離婚権の行使）を制約することになる。破綻主義をとる1946年ドイツ新婚姻法第48条第3項が明文をもつて「未成年の子の利益が婚姻の維持を要求するときは，これを認めることを得ない」旨を定め，また，前記ポーランド家族法（1950年）及びチェコスロヴァギアの家族法（1946年）が，未成年の子の利益に反する離婚を許さないとしているのも，必ずしも特殊の政治世界観にのみ因るものと見ることはできない。
- 離婚婦を保護するためには憲法の保障する最低限度の生存権の社会施設による確保のほか，少くとも現実の問題としては，離婚婦の生活の保障を夫に負担させることが合理的である。