

有責配偶者の離婚権一序説

——絶対的離婚原因または相対的離婚原因に
対する有責と離婚権——

岩 垂 肇

原告配偶者の過失が、離婚権もしくは離婚原因の消滅事由ないしは阻却原因になるかどうか。

絶対的離婚原因主義を採る旧法は、法定の離婚原因（旧民 813 条 4 号）と同種の犯罪（現行刑法の罪名に換言すれば「偽造・賄賂・猥褻・窃盗・恐喝・横領又ハ贓物ニ関スル罪若クハ刑法第 186 条第 2 項・第 262 条ニ掲ケタル罪」）による「処刑ノ宣告」に限り離婚原因の阻却事由とし、かかる阻却事由の存する配偶者は相手配偶者に「同一ノ事由（処刑）アルコトヲ理由トシテ」離婚の訴を提起し得ず、かかる限りにおいては、有責配偶者の離婚権は完全に否定されていた（旧民 815 条）。

有責主義の眼目は、相手配偶者の婚姻義務違反を理由として被害配偶者にその破綻した婚姻関係の解消請求権を与えるもので、その目的は、婚姻義務違反によつて生じた婚姻破綻から被害配偶者を解放し、その苦痛と化した結合関係から救済することにあつたと考えられる。婚姻が教会の干渉から離れて、国家の婚姻立法権が確立され（先ずオランダが1580年国家もまた婚姻事務を執るという一大新例を開き、国民は教会の代りに国家官庁の面前で締結行為をすることも可能とした——選択民事婚 *fakultative Zivilehe*。フランスは1787年即ち、大革命の前年選択民事婚制を布き、次いで革命後1792年教会の婚姻主権を完全に否定し、国民はすべて、国家官庁の面前で締結行為をしなければならないと定められた——これを必要的民事婚 *obligatorische Zivilehe* という。オランダ・ベルギー・イタリー・スイス・ドイツは19世紀中に、ポルトガルが1910年、ソヴィエトが1917年に、トルコが1926年に必要的民事婚主義をとつた。わがくに⁹もまた勿論である。）、離婚制度が認められ、愛情を失つた夫婦を終生法の鎖によつてつないでおくことの惨酷から婚姻当事者を救済したのである。かくて近代法の離婚制の出発点において既に離婚の目的は破綻から被害配偶者を救済することにあつたのである。即ち、救済離婚のみが離婚の真の姿である。ただ民事婚が有責主義を採り解放されるべき婚姻破綻は、当事者（加害者と被告）の婚姻義務違反によつて生じたものに限られ、その他の原因は許されなかつたのは、近代法の過失主義の思想に出るものに他ならない。従つて、目的主義が採用されるに至つたのは債権法上の民事責任における過失責任主義から無過失責任主義への移行と思潮的歩調を合わせるものとみられる。

このように、離婚法における有責主義は、相手の婚姻義務違反たる非行を理由として二人の婚姻的身分関係を解除せんとするものではあるが、それ自身は相手の違反行為（非行）に対する賠償の意味を含むものでなく（賠償の問題は離婚効果として財産法の問題として或は慰藉料・損害賠償の請求の形で行われる）純然たる身分行為であつて、相手の非行に対し離婚をもつて賠償せしめ、平衡を得させようとするものではない。離婚の目的は一つに婚姻破綻から婚姻当事者を救済することであり、この場合、婚姻義務の違反を理由とするときに限

り被害配偶者に離婚請求権を認めるものが有責主義又は過失主義に他ならない。されば元々制裁離婚などという観念は少くとも近代法の下では勿論古代法においても認められないことである。即ち周知の如く、キリスト教の影響を受けることがなかつたわが国の婚姻法は、古代以来宗教的要素はなく、始めから世俗的であつた。西洋で「婚姻が民事契約」であることが認められたのは1791年フランス革命憲法である。従つて、わが国はキリスト教が父権の離婚制度に対して挑んだごとき反抗は遂に現代迄みる事なく、男子の専権の離婚制度を長く持ち続けた。明治6年太政官布告第162号「人民自由の権理」により妻の離婚権が認められる迄はわが国離婚法は文字通り大宝令の「棄妻」法だつたのである。このようにわが国の離婚は、長い間「棄妻」であり妻は常に夫の離婚権の対象であつたことが離婚それ自体妻の非行に対する制裁の如き印象を与え、制裁離婚の観念を生むに至つたものと思われる。しかし、棄妻たる専権離婚に於てもやはり離婚は破綻した婚姻から夫を解放し、その自由を回復するものであると云う本来の意味を固有するものであることは論をまたぬ（なお後述参照）。この点はキリスト教以前の西洋においても同様であつた。即ちイスラエル民族（古代ユダヤ）では離婚が許容され、旧約聖書申命記第24章(1)に、モーゼの律法として「人妻を取りて之を娶れる後、恥ずべき所のこれにあるをみてこれを好まずなりたらば離婚縁状を書いてこれが手に交しこれをその家より出すべし」とある。この「恥ずべき所」の語意については、既にシウマイ派（School of Shommai）・ヒレル派（School of Hillel）と称する右ユダヤの二派の学者間に議論があつたが、とにかく「好まずなりたらば」妻を「その家より出す」ことが許された。「離婚許容が東洋的」と云えるならば、キリスト以前のユダヤ民族はその点において東洋的だつた」ところがこの「その家より出す」という離婚「repudium」は英語の repudiation（＝putting away）で、いわゆる「追出し」離婚である（今日の離婚 divorce はラテン語の divortium 英語の parting with で、夫婦対等に相分れることとは異なるのである）。しかし、この追出し離婚「repudium」即ち、棄妻でさえ前記モーゼ律法の文言の示す如く「好ま」ない妻から夫を解放する手段に他ならなかつた。決して妻に対する懲罰的な意味はなかつたことは「離婚縁状を書いて」とあるとあり（モーゼの離婚許容を否認した、新約聖書馬太伝第5章にも「凡そ人その妻を出さんとせば之に離婚縁状を与うべし……」とある）この離婚縁状は縁切状であると同時に他面また妻の再婚を予想しての婚姻許可状であり得たものであり、これによつてみても離婚が妻にとつて制裁や懲罰的なものでなかつたことを窺うことができる。わが国大宝律令から徳川時代にまで引続き勵行された夫から妻に対して手交された離婚縁状即ち「三行半」（「公事方御定書」下巻、即ち御定書百箇状に「1、離婚縁状不遣後妻を呼候もの所払」とあり、嚴重に勵行された）も「我等勝手に付」又は「不縁に付」又は「不叶心候に付」と云いモーゼの律法における「好まずなりたらば」に相当し一方的の追出し離婚であるが（此處に特に妻の悪事を記さず）、結局これは離婚縁状であると同時に再婚許可状であつて戸籍の不完全な時代において戸籍に代つて離婚の確定を証明するものであつたので、当然離別した妻の再婚を予想し、それに対して苦情のないことを保証する連帯責任をもつたものである。これは、離婚そのものの本質から来るものと思われる。モーゼに於ても、徳川幕府に於ても離婚の絶対要件とされたのはそのためであらう。更に右に関し注目されることは申命記22章13—19節には夫が妻を去るがために之に処女ではなかつたという悪名を誣いたときは其離婚は無効で且終生其の妻を去りえないものとされたことである。

註 申命記22章13—19節「人モシ妻を娶り、之トトモニ寝テ後之ヲ嫌ヒ、我コノ婦人ヲ娶

リシガ之ト寝タルトキニソノ処女ナルヲ見ザリシト云テ誹謗ノ辞柄ヲ設ケコレニ悪キ名ヲ負セナバ、ソノ女ノ父ト母、ソノ女ノ処女ナル証跡ヲ取り……」（穂積 237 頁）。

なお、われわれにとつて興味深いことは、わが国上世（603年—967年）において行われたいわゆる棄妻（夫による一方的離婚）が離婚事由たる七出一無子・淫洩・不事舅姑・口舌・窃盗・妬忌・悪疾の七つの中無子、悪疾以外は総て妻の責任とみられるに拘らず、なお、現存する妻の財産（持参財産）は、天然果実を含めて一切妻に返還しなければならなかつたことである（これはローマ法・ドイツ普通法・フランス民法等とは取扱を異にする⁸⁷⁾）。

また中世（967年—1437年）になつては、棄妻主義は先代より一層徹底し、一定の原因なくとも、ただ離縁状たる「去状」を渡すのみで夫の一方的意志による離婚が認められる絶対無条件の棄妻も「持参金諸道具相返へスニ於テハ離別ノ儀ハ夫ノ心次第」とあり、妻が持参財産および婚姻中妻が他人から取得し、もしくは夫から譲与を受けた財産とくに所領は「離別」後も原則として、これを保持し得、なお動産については離別された妻は、夫の家にある物を何でも手にもてるだけ実家に持返ることを得るという慣習が鎌倉時代から近代初期まで広く行われたといわれる。さらに、近世（1467—1858年）に入つて上代からも引続き行われた夫の専権離婚制のもとに妻の衣類鏡台などの諸道具は、それが持参財産であると婚姻中に得たものであるとを問わず、「離別」後も妻の特有財産として、妻に完全に処分権があり、妻の持参金および持参田は、原則として夫の所有に帰したが、これも妻に過失がないのに夫から離婚する場合には妻に返還しなければならなかつた。

これらの事実からも、わが国の棄妻ですらそれ自身は妻に対する制裁的・懲罰的意味を固有しなかつたことが推測される。

相手方の婚姻義務違反に対し、離婚をもつて報応し、制裁を加えるということは、前述の離婚の本質からは、全く不合理なことである。即ち、離婚は財産法における損害に対する賠償、又は応報刑における犯罪に対する刑罰の関係ではない。事実また自ら好んで婚姻義務に違反して姦通を敢えてするような配偶者に対して離婚は何の制裁たる効果もないのである。ただ、わずかに相姦婚を禁止する法制の下においてはこの面から間接に離婚は制裁たる効果を与えたであろう。しかし、相姦婚の禁止は、姦通の予防を目的としたものではあるがこのことをもつて離婚そのものを制裁であるとみることは誤りである¹¹⁾。

1884年法による改正まで1804年のフランス民法原典においては、離婚原因如何を問わず離婚者同志は婚姻をなし得ないと定められていた（フランス民法 255 条参照）

しかし、これは有責配偶者に対する制裁を目的とするものではなく、かくすることによつて離婚の考慮を慎重ならしめ、もつて離婚を減少させようとするためであつた。しかしこれは幼稚な考であつて、配偶者は離婚を行うにあたり、和解することなど考慮するものでなく、かえつてかかる禁止は子の利益に反するものとして非難された¹²⁾。

ゆえに、離婚権においては相殺の法理の適用は考えられない。即ち、双方の過失（婚姻義務違反行為）相殺により離婚権を消滅せしめるということはいふまでもない。例えば、双方に姦通があつたとき、一方は他方の姦通により婚姻生活の破綻をそれほど感じないに反し、他方は相手の姦通により耐えられない婚姻生活の破綻を感じることはありうる。この場合、過失相殺によつて、離婚権を当然に消滅させることは離婚の本来の目的からはまことに不合理である。この場合に一応双方に離婚権を認め、之を行使して離婚の訴求をなす与否とを各人の自由に委せておくときは、相手の姦通により耐えられない婚姻破綻を感じている配偶者は

自己の離婚権を行使して離婚を求め、裁判所は原告の姦通にもかかわらず離婚を許容すべきである。もしこの場合、他方（被告）も離婚を求めんとすれば、自己の離婚権に基き反訴を提起すればよいのである。過失相殺の法理を適用すべからずとしても決して不公平なことにはならないであろう。ただ離婚原因が相対的離婚原因であるときは、被害者（原告）の過失が離婚原因を緩和させることはありうる。例えば、姦通の疑のある妻（原告）が夫の「重大ナル侮辱」を理由とする離婚訴訟において、妻に過失があることが事実上夫の行為を「重大ナル侮辱」の離婚原因を緩和させ、離婚原因に該らぬとして妻の請求が斥けられることはありうるであろう。しかし、原告に過失（離婚義務違反）があるとの故を以て当然に離婚権が相殺的に消滅するものではない。わが判例にも、原告（妻）に姦通の事実があるとしても、夫の「重大ナル侮辱」を離婚原因とする妻の離婚請求は否定されぬと判示したものがある。（大正4年3月1日大判・新聞2976号14頁）。

相対的離婚原因の評価に当つて、原告の過失が事実上離婚原因を緩和することがあるのは、原告の過失によつて、婚姻破綻が事実上緩和されている場合であるから離婚を認めないのは当然である。たとえば自分自身にも過失（姦通）があるので相手の侮辱行為も「重大ナル侮辱」と判断され得ない場合である。

要するに原告の過失（婚姻義務違反）は法定の離婚事由に該当する事実の有無の判断に当つて考慮される資料となりうるに過ぎなく、離婚事由が存在する（と判断された）以上、もはや離婚権の消長に影響するものではない。離婚原因が認められ一従つて離婚権が成立してから、離婚権の行使が否認される場合は法定の離婚権消滅原因（離婚訴訟不受理原因）が存在するか、又は権利の濫用にあたる場合にかぎられるであろう。

有責主義においては原告の過失（有責）は当然に離婚原因の成立を阻却する一したがつて離婚権の発生を妨げる一ものと見る考方は有責主義の誤解に基くものである。されば、アメリカ法においても互責（Recrimination）は「離婚原因に有責主義をとる限り………¹³⁷⁾制定法の有無に拘らず、離婚阻却原因（Defenses）として適用すべきである」といえるかどうか疑わしいとせねばならぬ（もつとも有責主義をとる限り、原告のみ有責である場合に離婚訴権が成立しないことは理の当然である）。

しかし、右の法定の離婚原因阻却事由（例えば、旧民815条）に該当しない原告の有責行為は必ずしも離婚原因（従つて離婚権）の成立を妨げるものではない。この点ドイツ民法に於ては原告の有責が離婚原因の阻却事由となりうるか否かについて特に規定は存しない。¹⁴⁾

アメリカにおいて原告配偶者の有責は、互責（Recrimination）として離婚阻却原因（Defenses）の一種として規定されている。互責が阻却事由とはなりうる理由はいわゆる清き手を以て法廷にくる者に対してのみ救済をという衡平法上の原則に基くものと説明されているが、離婚がたとえ有責主義の下においても非行（過失）に対する報償または「制裁」と見ることの妥当性が疑わしいのであるから、この説には俄かに賛同しがたい（離婚制度の目的は破壊された婚姻の苦痛から被害配偶者を救済することにありと考うべきである。それが有責主義においては、婚姻破綻が婚姻義務違反一過失一に依り生じたものに限るに對し、目的主義の下では婚姻違反一過失一の有無を問わないものであつて、両者ともに救済離婚とみるべきである。したがつて一律に互責を離婚阻却原因とする理論的な根拠は薄弱といわなければならない）。

アメリカの32法域が互責を離婚阻却原因（厳密には離婚原因阻却原因）とする規定を有し

ており、残余の19法域（コネチカット Connecticut・コロンビア Columbia・アイオワ Iowa・ケンタッキー Kentucky・ルイジアナ Louisiana・メリーランド Maryland・マサチューセッツ Massachusetts・ミシシッピ Mississippi・ネヴァダ Nevada・ニューハンプシャー New Hampshire・ニューメキシコ New Mexico・ノースカロライナ North Carolina・オハイオ Ohio・ロードアイランド Rhode Island・サウスカロライナ South Carolina・ユター Utah・ヴァーモント Vermont・ヴァージニア Virginia・ワシントン Washington）には、この規定を有しないけれども、裁判所は一般原則として互責の場合を離婚阻却原因として離婚訴訟を棄却しているようであるが¹⁵⁾実際にどのようにこの原則が適用されているかの状況は明かでない。即ち、原告の過失（有責）が被告配偶者にとって、耐え難き婚姻破綻を感じしめているかどうかを問題にせずに一律に原告の過失（有責）は必ず、離婚阻却原因として扱っているかどうかについては資料を欠くので、これは将来の研究にまたねばならない。Recriminationに関する制定法の内容は各法域により様々で、その原因は理論的根拠によるよりはむしろ主として法文の単なる模倣によるものとみられる。その規定の仕方は大体次の如く分けられる。

一 姦通を離婚原因とする訴求に対しては姦通を離婚阻却事由とすることができる。この場合、姦通以上の重い非行（婚姻義務違反）は阻却原因となし得ないのは不合理である。15法域（アリゾナ Arizona・アラバマ Alabama・アラスカ Alaska・フロリダ Florida・イリノイ Illinois・インディアナ Indiana・メイン Maine・ミネソタ Minnesota・ミズリー Missouri・ニュージャージー New Jersey・ニューヨーク New York・オレゴン Oregon・ペンシルバニア Pennsylvania・テキサス Texas・テネシー Tennessee）が之を採用する。

二 すべての離婚原因と同一の犯罪又は不行跡（same crime or misconduct）。被告は之を立証して訴訟阻却事由とすることができる。

ここでは、原告の有責がいかに重大であつても離婚原因と異なるものであれば互責とならない不合理がある。三法域（ミシガン Michigan・ネブラスカ Nebraska・ワイオミング Wyoming）が之を採用する。

三 離婚原因と同じ程度の有責（the plaintiff is guilty of a cause of equal wrong）は、被告は、これを立証して互責とすることができる。この方法は前者よりも弾力性があり、裁判所の自由裁量の範囲が広いが、他面、実際にはその軽重の比較が困難であるとされる。

四 姦通を離婚原因とする訴求に対し、原告のすべての離婚原因たる事実を阻却事由とすることができる。1法域（ハワイ Hawaii）の採用する互責である。第一と同様姦通以外の離婚原因に対しては、互責の方法がないことになる。

五 これは第四と正反対で、すべて離婚に対し姦通をもつて阻却事由とすることができる。3法域（デラウェア Delaware・ウェストバージニア West Virginia・ウィスコンシン Wisconsin）が之を採用する。

姦通は重大なる婚姻義務違反であるから、之を特に阻却事由とするのは（第一・第五・第七など）理解できないこともないが、逆に第四の如く離婚原因（被告の側の）を姦通に限るというものもあり、論理的に一貫した説明は不可能である。思うに、離婚原因及び阻却原因に姦通が比較的多く規定されているのは、姦通がブリミチブ且最も典型的な離婚原因である沿革上の理由になるものであろうか。

六 姦通・遺棄・虐待・酩酊を離婚原因とする訴求に対し、同様の行為をもつて阻却事由

となし得るもので、ジョージヤ Georgia 1 法域のみがこれを採用する。これは実際には「同様の行為」(like conduct)の判定が困難とされる。

七 各種の離婚原因に対し、姦通又は、同種の離婚原因を訴訟阻却事由となしうる。一法域(アーカンサス Arkansas)が之を採用する。なお注意すべきは、この法域では酩酊(intoxication)を離婚原因とする訴訟において、被告が原告の虐待を立証しても(酩酊と虐待とは「同種」ではないが)裁判所において被告の酩酊は原告の虐待に基因するものであることが認められる場合は離婚阻却事由と認められることである。即ち離婚事由と原告の有責との間に因果関係がある場合には離婚原因は阻却されるというのである。その根拠は、かかる事情の存する場合には原告さえ非行(虐待)をやめれば、被告の非行(酩酊)は起り得ないことが期待される場合であるから、未だ客観的破綻が生じていないのであるとし、離婚権は成立しないというドイツ民法(1568条)の解決に現われた期待可能性の理論に立つのか、それとも単にいわゆる「有責(制裁)離婚の相殺主義」—公平の観念即ち、相手も悪いのであるからとか、ことに相手がその元をつくつたのだからと云うような—によるものかは判明しないが、とに角離婚原因と原告の過失との因果関係を認めた点は、アメリカ法としては異色あることとせねばならない。

八 すべての離婚原因に対し、被告は何らかの離婚原因たる事実を(主張して)離婚阻却事由とすることができる。之は6法域(カリフォルニア California・コロラド Colorado・アイダホ Idaho・モンタナ Montana・ノースダコタ North Dakota・サウスダコタ South Dakota)が採用する。これは阻却事由が最も広汎に認められているものであり、互責の規定を欠く法域においても一般原則として適用されているようである。

以上のように互責(原・被告の過失)に関するアメリカ制定法の法文は法域により区々であり、その規定の根拠を一貫した理論によつて説明することは困難であるけれども、アメリカ法を一貫して観られる特色としては、

第一に離婚訴訟において、被告が訴訟棄却原因として主張し得る原告の有責は離婚原因たる事実に限られることである。このことは、互責が最も広い範囲に認められている—あらゆる離婚原因に対し被告は原告のあらゆる離婚原因たる事実を互責として主張しうる—一法域カリフォルニア California・コロラド Colorado・アイダホ Idaho・モンタナ Montana・ノースダコタ North Dakota・サウスダコタ South Dakota などでは成文規定で、その他互責の規定のない法域では一般原則として)においてさえ然りである。そして、細部については一貫した理論根拠を欠くけれども、此制度そのものは学者のいわれるように衡平法上の原則によるものであろうか。然し、離婚訴訟においては有責主義の離婚原因についても、また破綻主義の離婚原因についても衡平法上の原則の適用があるかどうか沿革的にはともかく、現時的意味においては多分に疑問の存するところである(離婚制度の目的からして)。おもうに離婚原因に相当するような重大な婚姻義務違反が原告に存するときには、被告の非行な原告にとつて耐えがたい苦痛ではないとの擬制に基くものと解すべきであらう。

第二の特色は、アメリカに於ては互責が認められる(被告の立証により)ときは、裁判所は必ず離婚訴訟を棄却すべきことを義務づけられている。イギリス法のいわゆる絶対的阻却事由(absolutely bars)となつていることである。したがつて、アメリカに於ては、互責事由たる事実が立証されても、之を適用すると否との自由裁量権は裁判所に認められていない。これは最も具体的妥当性を必要とされる離婚判決において適当でなく、離婚制度の目的

が破綻主義にあつてはもとよりのこと、有責主義においても、被害配偶者をして破綻した婚姻生活から救済せしめることにあつてとみる立場からは、理論的に正しいものであるとすることはできない。例えば原告たる妻が夫の虐待を理由として離婚訴訟を提起した場合に、被告たる夫が自分自身苦痛を感じていない（さればこそ自ら敢て離婚請求にでない）妻の非行（姦通）を離婚原因阻却事由（互責）として主張することにより原告の請求が棄却されるとすれば、原告たる妻は終生夫の虐待から逃れることができない結果になり、離婚制度を認める趣旨に反するであろう。この場合、被告の主張する原告の非行（過失）が実際婚姻破綻を緩和している場合に限り、原告の非行（過失）を離婚原因阻却事由として離婚訴訟を棄却することが合理的である。

しかし、相対主義の離婚原因については、原告の過失（有責）事由は、離婚原因の存否の判断の上にもつと広汎（アメリカ法における如く離婚原因たる事実に限らず、また、わが旧法815条の如く同種の犯罪や処刑に限らずそれ以外の過失について）に、且つ自由（離婚原因の成立を阻却するか否かは裁判所の自由な判断に委す）に考慮されなければならない。

現に旧法は、一般的には絶対的離婚原因主義を採っていたが、比較的相対的な離婚原因の色彩をもつ「悪意ノ遺棄」・「同居ニ堪エサル虐待」・「重大ナル侮辱」（旧民813条5号・6号・7号・8号）などの離婚原因については、原告の過失は離婚原因の認定に当り相当に考慮されて離婚原因を阻却している。判例は故なく妻を「虐待」して家出を止むなくさせ遂に娼妓を入れて妾とし、その上妻を殴打して負傷させた夫を告訴した妻の行為を「重大ナル侮辱」（旧民813条5号の離婚原因）に該当しないと（明治42年7月15日・宮城控判決）また妻に犯罪行為（文書偽造行使・詐欺取財罪）があると確信するに至つた相当の理由がある場合に之を告訴する夫の行為は「重大ナル侮辱」（旧民813条5号）に該当しないとして妻の離婚権を否認し（明治43年12月19日大判¹⁶⁾）、また、妻がしばしばその貞操を疑わせるような挙動をなし、夫をして妻が他の男性と情を通じていると確信させるに充分な理由が多々存在するような事情のある場合に、夫が妻の実父母に対し、その確信する事実を書面で知らせたのは「重大ナル侮辱」に該当しないと判示し（明治41年12月4日大阪控判・明治42年3月5日大判）、また、夫が一年間に四回にわたり妻を殴打した事実は認められるが、当時妻も亦た他の男性との間に穏当でない行為があつて、夫婦間の和合を欠いていたのであるから、未だこの殴打の一事のみをもつて、夫が妻に対し「同居ニ堪エサル虐待」（旧民813条5号）を為したというに該らないとした（大正3年3月30日東京地裁）。他にもこの種の判例は数多く見うけられる。

しかし、これら諸判例において、原告の過失（婚姻義務違反）が離婚原因阻却事由とされたのは、原被告双方の過失が相殺されて離婚原因（たる有責事由）が消滅した故であると解すべきではなく、原告にも過失があることによつて、原告の苦痛が緩和され、結局主観的破綻たる離婚原因が不成立となつたが故であると解するのでなければ、離婚制度の目的に照して合理的な解釈と云いえないであろう。

離婚原因を全体的に相対化した新法のもとでは、離婚原因たる婚姻生活の破綻の認定において、一切の事情が裁判所の自由裁量の資料となりうるのであるから、原告の過失についても、一切の過失が考慮の対象となりうべきである。

旧法は有責主義に立つていたから、前記の比較的相対的離婚原因については原告の過失はこれが離婚原因たる事実と関連が存する場合は必然的に離婚原因を阻却する原因としての方

向に考慮されたのである（前掲の諸判例がよく之を示している）が、新法は有責主義を排し、無責主義・目的主義を採っているから、原告の有責はどこまでも、目的主義の一原告の過失が、現実には婚姻破綻を深刻化しているかどうか、若くは反対に、之を緩和せしめているかどうか一に判断されるのであつて、有責主義に於けるように離婚原因の阻却原因としてのみ評価されるものとは限らない。従つて、前出諸判例にみられるように有責主義の下では妻の犯罪行為は、夫の妻に対する告訴行為をして離婚原因たる「重大ナル侮辱」を阻却せしめ、妻（原告）の離婚権を否認しているのであるが、目的主義の下では、一体であるべき夫婦間に於て、夫が妻を告訴する如き事態は、婚姻破綻の存在を示すものであり、この場合、妻（原告）の有責たる犯罪行為の存在は、当該婚姻の破綻を阻却する事由とはなりえないであろう。されば新法施行後の判例は「家庭内の秘事を摘発して被上告人（夫）を罪におとしたことは、それがもともと被上告人（夫）に罪責があるとはいへ、……いやしくもまだ夫婦である限り、まことに夫婦道に違反し、夫たる被上告人の名誉もしくは¹⁷⁾面目を著しく毀損するものであつて、改正前の民法第813条第5号の重大なる侮辱にあたる」（昭和27年6月27日最高裁第2小法廷判）ものとして、夫の離婚権を認めている。即ちこの場合、原告（夫）の過失は、何ら離婚原因の阻却事由とはなっていないのである。本件は旧法の規定の適用を受けてはいるが、その判決には相当に新法の目的主義による判断が影響しているとみられる。

また、相対主義的離婚原因としての「不貞な行為」を理由とする離婚訴訟に於て、原告にも不貞の行為のある場合、有責主義の立法のもとでは、その原告の不貞行為は離婚原因の阻却事由として被告の過失（有責性）を緩和し原告自身も不貞な行為をしているから被告の不貞は大した非行と感ぜないのが通常で、従つて被告の非行は、相対的には離婚原因たる「不貞な行為」に該らないとみるべきであろう。即ち双方の過失は婚姻破綻を緩和し、形式的には結局離婚原因は成立しないのであるが、目的主義・破綻主義の新法の下では、双方の不貞行為は、離婚原因（婚姻客観的破綻）としては反つて倍加されて評価され得る。従つて、この場合、離婚権は双方に生じ、何れの側からも離婚の訴を起し得ることになるであろう。原告は必ず「清き手」をもつて法廷に來なければならない（He who comes into equity must with clean hand.）という衡平法の主義は離婚訴訟に関しては、有責主義のもとでも（有責主義のもとでも、絶対的離婚原因については有責な当事者双方に離婚権を認める。又相対的離婚原因の場合にも原告の過失と離婚原因たる事実と何ら関係がない場合には離婚原因を阻却しない）また目的主義のもとでも、その妥当性は甚だ疑わしいといわねばならない。目的主義のもとでも夫婦の双方にそれぞれ離婚原因たるべき離婚事由が存する場合は、離婚の必要性—婚姻の持続を強制し難い事情—は必ずしも相殺され緩和されるものでなく、反つて倍加されることがあることは前述のとおりである。又、有責離婚原因についても原告の過失が離婚原因たる事実と何等の関連がなかつた場合は、原告の有責は離婚原因を阻却しない。けれど、かかる場合は原告の苦痛は緩和する可能性が存しないからである。

大審院は、妻は別居中の夫が他女と同棲している（いわゆる姦通生活）事実を「重大ナル侮辱」として離婚請求、夫は妻も又他の男と姦通している事実を述べ、妻に離婚訴権なしと抗弁、原審は右夫の抗弁は妻の本訴請求を阻止するに足らずと判示して妻の請求を容認、夫より上告した事件に対し、「然レドモ夫が妻ヲ顧ミズ、他ノ女ト内縁ノ契ヲ結ビ之ト同棲スルノ行為ハ、民法第813条第5号ニ所謂重大ナル侮辱ニ該当スルモノニシテ、他ノ女ト同棲ガ生活上ノ必要己ムヲ得ザルニ出デタルモノナリヤ否ヤニ依リ軒輊ナキコトハ本院判例ノ存

スル所ニシテ（大正7年・(オ)第946号・同年12月19日判決），而シテ原判決挙示ノ各証拠ヲ綜合考察スレバ原審認定の如ク上告人（夫）ハ大正4年・5年頃ヨリ被上告人（妻）ト別居シ居リシガ大正14年8月中，訴外，川島伝三郎ノ娘アキト婚姻ノ式ヲ挙ゲテ内縁ノ夫婦関係ヲ結び，以テ今日ニ及ビ，大正15年7月7日其ノ間ニ女子ヲ儲ケタル事実ヲ認メ得ベキガ故ニ原審ガ叙上ノ如キ上告人ノ行為ハ被上告人ニ採リテハ民法第813条第5号ニ所謂配偶者ヨリ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキニ該当シ，被上告人ニ於テ之ヲ原因トシテ上告人ニ対シ離婚ヲ請求シ得ベキモノト為シタルハ詢ニ正当ニシテ，仮令所謂上告人ノ抗弁ノ如キ事実アルモ被上告人ノ本訴請求ヲ阻止スルニ足ラザルガ故ニ所論ハ凡テ其ノ理由ナシ」（大判・昭和4年3月1日—法律新聞2976号（4頁）と判示した。

本体における離婚原因は「重大ナル侮辱」であり（旧民813条5号），これは相対的な離婚原因であるから被告（夫）の不行跡なる事実が離婚原因たる「重大ナル侮辱」に該当する可否かの認定に当つては，通常原告の有責は離婚原因を緩和する方向に考慮されるべきであるが，しかし，この場合被告から提出された原告（妻）の有責行為たる原告の姦通と被告（夫）の姦通生活とは何らの関連が認められない（したがつて夫の非行に対する妻の苦痛は減少すべくもない）のであるから妻の姦通は本件の離婚原因を阻却せず，したがつて妻の離婚権の成立に何ら影響を与えるものではない。判決が妻の姦通にも関係なく専ら夫の非行事実が離婚原因に該当するかどうかを判断すべきであることを判示したのは正当である。本判決は一見如何にも不公平のようであるけれども，被告（夫）も又原告（妻）に対し姦通を理由として離婚を請求しうるのであるから公平を失するものではない。ただこの場合，敢て夫から妻の姦通を離婚原因として離婚請求の挙に出でないのは，未だ夫にとつて妻の姦通は事実上主観的破綻をしていないからであろうし，又妻自身姦通をしながら敢て夫の不行跡を「重大ナル侮辱」として離婚を訴求したのは，夫の不行跡が妻にとつてもはや堪えがたきもの（主観的破綻）になつてゐるからであろう。さればこの場合に妻の離婚権を認めた本判決は不公平どころか極めて妥当である。

しかし，本件の場合にもし仮りに原告（妻）の非行が被告（夫）の離婚原因たる事実を誘発しているものであつたならば，原告の有責は本件の相対的離婚原因「重大ナル侮辱」の成立を阻却し，原告（妻）の離婚権は否認されるであろう。

嘗てはドイツに於ても夫婦双方が姦通した場合について，1848年のドレスデン裁判所（O.A.G.）の判決（Seufferts Archive. Bd, II, Nr. 194）1861年のローストック裁判所（O.A.G.）の判決（Seufferts Archive. Bd. XVII, Nr. 54）等はいわゆる相殺主義（Kompensationsprinzip）をとり原告自身の姦通は被告の姦通に基いて取得した離婚権の消滅原因となるとし，プロシヤ・ザクセン等の民法も之れに倣つて相殺主義をとつた（Preuss. Ldr. II, 1670 fg-sächs. GB. 17 fg-altenb. Eheordn. 200C.）。しかし，1910年のドイツ民法（有責主義）も夫婦双方の姦通の場合には互に離婚権を取得させ，互に他を離婚することを得させている（BGB. 1674条2項）ことは先にものべた通りである。それは一方の姦通によつて惹起された夫婦関係の破綻は他方の姦通によつて増しこそすれ決して減ずるものではないとの理由に根拠するものと見るべきで，姦通が絶対的離婚原因（離婚事由に該当する事実があれば直ちに離婚原因ありとして相手方配偶者に離婚権を取得させる）であるから双方に離婚権を認めたものである。いわゆる「相殺主義」をとつて離婚原因たる主観的破綻の緩和を一律に擬制して双方の離婚権を形式的に消滅させることは適当ではない。けだし，離婚制度が破綻

した婚姻関係から当事者を救済することを目的とするものであるから、離婚原因の存否を実質的に判断していやくも離婚原因が存する以上離婚訴権を認める方が正しいといわねばならない。

要するに相対的離婚原因に関する限り、有責主義及び目的主義における原告配偶者の過失と離婚権との関係は有責主義の下では双方の有責に関連が存する場合は原告の過失は離婚原因を阻却する原因としての評価を受けるが、目的主義の下では必ずしもそうではないが、問題は、離婚原因（新法においては、「婚姻を継続し難い重大な事由」—客観的婚姻破綻—という単一の包括的な事由が離婚原因である）に対して主として過失を有する者—主たる有責配偶者—が原告である場合、原告に離婚権が認められるかどうかである。これ本稿が以下に取扱おうとする主題である。

目的主義に立つ限り、純理論的には離婚原因の存否は、過失が何れの側にあるか、即ち過失の所在や、過失の軽重などに拘らず、専ら、婚姻生活の破綻の存否であるから、離婚原因たる婚姻生活の破綻さえ存在すれば、理論上当然離婚権は一応生ずるものとみななければならない。しかし、有責主義のもとでは、相対的離婚原因—例えば「同居に堪えざる虐待」・「重大なる侮辱」・「悪意の遺棄」—について、主として原告が過失を有する（有責）場合には原告の過失は離婚原因阻却原因として働き、離婚原因は根本から消滅することになるから、原告に離婚権が生じないことは理の当然である。²⁰⁾

しかし、有責主義のものでも、絶対的離婚原因については、被告側の非行（例えば旧法における妻の姦通）は、それ自身、離婚原因を成立させるのであるから、此の場合、右離婚原因に対し、主として有責な原告に離婚権の主張が許されるかどうかは問題である。また前記目的主義のもとで、相対的離婚原因について離婚原因たる婚姻生活の破綻が存在する限り、その破綻に対して主として有責な配偶者（原告）に離婚権が果して上述の如く純粋理論的に認められるかどうか検討を要する問題である。

要するにこの問題は、離婚原因が存在する一従つて離婚権は一応成立する一場合にその離婚原因に対し主として責の帰せらるべき配偶者（原告）に離婚権の行使が許されるか否かに関する点にこの問題の特色がある。したがって、とにかく離婚原因の存在する場合に離婚権を否認しうるためには、特別明文の規定か、さもなければ法学上それに相当する明白な理由の存在を必要とする。旧法第814条第2項が「宥恕」を、また、第816条が、離婚原因の知又は発生後、夫々1年又は10年の時効期間を、又離縁又は縁組の取消の離婚原因（旧民 813 条 10号）に対する3ヶ月の時効期間を離婚権の消滅原因を規定したのや、ドイツ民法第1570条及び1571条が、同法第1565条乃至第1568条の離婚原因に対しそれぞれ宥恕、または時効²¹⁾を離婚権消滅原因と規定しているのは、前者即ち、明文の規定による例である。

目的主義に立つスイス民法第142条（相対的離婚原因）第2項が、離婚原因（深刻な婚姻破綻）に対し、主として有責な配偶者の離婚権を否認するのも前者（明文の規定）の例に属する。

同じく目的主義に立つわが新民法第770条には、かかる明文の規定するところがない。従つて、離婚原因たる婚姻破綻—「婚姻を継続し難い重大な事由」—の存在する場合、その離婚原因に対して主として責の帰せらるべき配偶者の離婚権が認められるか否か。同条第2項はこの問題を解決してくれないから、もし仮りにこれが否定されるとすれば、明文の規定に代るべき法学上の明白な理由に拠らなければならない。これが究明は、同条の解釈上の重大

な課題の一つたるを失わない。

絶対的離婚原因については離婚原因に該当する事実が存在すればそれだけで直ちに離婚原因は成立するのであつて、ただ法定の離婚原因阻却事由が存在する場合にだけ離婚原因そのものの成立が妨げられ、従つて離婚権は否定される。例えば離婚原因たる姦通 (Ehebruch; adultery) に対する相手配偶者の「同意」(Zustimmung; Consentment, Consent) (旧民 814 条 1 項・ドイツ民法 1565 条) は離婚原因を阻却する。

ドイツ民法第 1565 条第 2 項は、この点明白であつて「離婚請求権は、夫婦の一方が配偶者の姦通若くは前項の処罰せらるべき行為に付同意(筆者註一これは事前、事後を問わず、又一般的たると個別的たるとを問わないと解される)を与え又は之に加担したる場合には成立しない」(*Das Recht des Ehegatten auf Scheidung ist ausgeschlossen, wenn er dem Ehebruch oder der strafbaren Handlung zustimmt oder sich der Teilnahme schuldig macht.*)と云つているその理由は「何らの苦痛を蒙」らないからであると解される(離婚制度の目的は婚姻当事者をして主観的・有責主義一若しくは客観的・一目的主義一破綻から救済せしめるにある)。また離婚原因と同一事由の存在(旧民 815 条)についても同様であつて配偶者の離婚原因を構成する処刑宣告があつても、自己自身に同種の不名誉がある以上、「自己の名誉上何らの苦痛」²²⁾を受けるものでないとの趣旨に因るものである。

絶対的離婚原因については、このような法定の離婚原因に該当しない限り、原告の有責行為は離婚権の成立を妨げるものではない(もつとも離婚権の成立後に法定の離婚権の消滅事由により離婚権の消滅するのは別問題である)。

右以外に原告の有責は離婚の効果に影響することのあるのは格別(ドイツ民法 1574 条、婚姻法 60 条 1 項の過失宣告 Schuldigerklärung 参照)離婚訴権の消長には関係がない。

フランス民法(有責主義・絶対主義)のもとでも姦通を理由とする離婚請求者(原告)が姦通を煽動し、有利にしたとき、法の保護に値しないとして請求を棄却した判決を学説は非難している。²³⁾即ち、フランス民法においても姦通が絶対的離婚原因であり、而も、法定の離婚訴訟不受理原因の存しない限り、原告の有責(煽動その他)は離婚権の消長に影響を及ぼすべきものではないからである。しかし、原告が離婚原因に対し主として責任を有する場合は別であり、之は主たる有責配偶者の離婚権の問題として考察されなければならぬ。

以上述べたところは絶対的離婚原因ならびに相対的離婚原因について、その成立と原告配偶者の有責との関係である。一般に原告の有責は、それが偶々法定の離婚原因阻却事由に該当しない限り前者の場合には離婚原因一従つて、離婚権一の成立に影響なく、又後者の場合には影響がありうるものである。即ち原告の過失が離婚権に影響を及ぼす一離婚原因の成立を阻却し又は助成する一か否かは、離婚原因が絶対的離婚原因であるか、又は相対的離婚原因であるかに因るものであり、その離婚原因が有責的離婚原因(有責主義)であるか、それとも、無責離婚原因(目的主義)であるかに因るものではない。別言すれば、原告の過失が離婚原因存否の認定に斟酌されるのは相対的離婚原因についてである。個々の場合にどのように斟酌されるか(離婚原因の成立を阻却し緩和するか又は助成するか)は有責主義・目的主義によつて同一ではない。しかし、有責主義に立つから必ず原告の過失は被告の過失と相殺され離婚原因を阻却するものではない。要は離婚原因たる婚姻破綻が現実に存するかどうかを認定すべきである。

けだし、離婚制度の目的は婚姻生活の主観的破綻(有責主義)又は客観的破綻(目的主義)

から婚姻当事者を救済することにあるからである。かくて、いやしくも離婚原因たる主観的破綻又は客観的破綻が認定された以上、特に法定の離婚権消滅事由の存しない限り、離婚権に消長を来すものではない。これは有責主義たると目的主義たるとによつて理論を異にするものではない。

されば、離婚原因が認定されながら、もし仮りに離婚原因たる事実(被告の行為又は事態)が主として原告の責に帰することの故を以て離婚権が否認されるとすれば、その根拠は有責主義・目的主義の別にかかわらず之を他に求めなければならないであろう。

注

- 1 この規定の適用に当り、夫(被告)の過失が殺人罪による無期懲役の処刑であり、妻(原告)の有責が横領罪による懲役3ヶ月の処刑ある事件について妻(原告)の離婚請求を斥けている(大正2年5月10日・東京控判)が、本件のように、処刑の重軽に甚だしく差が存する場合には、いかにも不公平のように思われるのであるが、しかし第813条第4号が絶対的離婚原因である以上、離婚原因に該当する事由は、当然離婚権を生ぜさせるのであつて、離婚事由たる事実の重軽を論ずる余地はないのであるから、旧法の解決としては、本判決は正しいといわなければならぬ。穂積博士は、「本件の様に離婚請求者たる妻の罪科は、横領罪による懲役3月、離婚請求理由たる夫の罪科は殺人罪による無期懲役ということになると、過失相殺としても頗る不釣合であるし、妻の名誉は暫らく論ぜず夫の無期入獄によつて、共同生活復活の見込がないのに離婚を認めないのは甚だ不当ではあるまいか。立法論として再考を要する」といわれるごとく、相対的離婚原因・目的主義を採用しない限り、旧法の絶対主義・有責主義のもとでは止むを得ないものであつた。尤も本件に於て妻の処刑は、離婚訴訟提起後のものであつたが、裁判所はかかる場合も含まれるとの解釈をとつた。「本条の法文が『訴ヲ提起スルコトヲ得ズ』とあり、それは、畢竟離婚判決を受けえないという意味に他ならないと解したもので、この判決の解釈は誤りではないが双方の処刑が時間的に余り間隔がない場合はよいとして、原告の処刑が被告のそれより相当以前一時には婚姻前—のものである場合には、本条の適用はかなり不当な結果になる。従つて、博士は「解釈論としても『同一ノ事由アルコト』というのは、近接した時期に同程度の処刑を受けたことの意味という風に多少の縮少解釈は出来ないものであろうか」と述べていられる(離婚制度の研究740頁)。

私見によれば、婚姻はいかなる場合にも婚姻破綻に対する相手方配偶者の過失に対する制裁や応報ではないから、この規定の趣旨も過失相殺(従つて双方の罪過の軽重は「不釣合」とか「不公平」とかいうことは起つてこない)ではなく、自分にも相手方と同種の犯罪による処刑があるときは、相手方の処刑に対する苦痛を感じないか、もし感じてみてもごく軽微であると看做し、従つて離婚原因は不成立としたものと解すべきである(穂積博士も此規定の趣旨を「自身が既に前科者であれば、配偶者が処刑されても名誉を害され得ない所謂『鬼の女房に鬼神』で差支なかりと云う趣旨らしい」といわれる。一親族法405頁)が、かかる立場に立つても、双方の処刑の軽重や遠近にかかわりなく、一律に離婚原因たる婚姻の継続を堪え難く感ずることはないとして離婚請求を排斥するのは妥当な立法とはいえないものであつた。故に、右の立法趣旨に適合する具体的妥当な解釈を必要とすべきものであつたことについては私も博士と見解を同じうする。

- 2 栗生氏・婚姻法の近代化7頁以下。
- 3 婚姻の自由の反面が離婚の自由であり婚姻の自由が人間の人権であると同様離婚の自由も亦自由権の一つである。もつともかかる考方に対しては反対がある。例えばアメリカ各州の判例はかかる考えを強く排斥し、離婚は家庭生活の破壊で社会を毒し、国家の発展を阻害するものであるから当然の権判 right 天賦の人権として認むべきではない。即ち、大憲章 Magna Charta や米國憲法に

よつて肯定された権利ではなく、それはただ各州の成文法に認められたときに於てのみ始めて認められる権利であるというのである（大阪谷氏・アメリカ離婚法の研究・民商法雑誌第22巻第号45・50頁 Keezer, op. cit, P.168, American Jurisprudence, vol. 17 P.151参照）。しかし、また仮りに離婚権は天賦の人権（自然法上の）や衡平法的観念に基くものではないにしても、男女両性の自由なる合意により結ばれたものである以上、これは又その両性の自由な合意により解消できるものではないかとの考が成立するのであるが、アメリカ各州の判例は婚姻を契約 contract とはみないのであり（Bichop, Marriage S Divorce, vol. 1 §7—37）、またよしこれを契約とみても、その自由なる変更は、国家繁栄の基礎を破壊するものとして許すべきでないと考えるのである。かつて合衆国裁判所は、Maynard v. Bill 事件で「他の契約は変更し、制限し又は拡張することができるが、婚姻についてはそうではない。婚姻が一旦形成されたならば法は直ちに干渉を始める。そして夫婦をして種々の義務と責任とを負わしめる。婚姻という制度はそれを純潔な状態で維持してゆくことに国家が深く関心をもつところの制度である。ただし、それは家庭と社会の基礎であり、それなくしては社会の文明と発達とは存在しえないものだから」と云つたのは、かかる考を率直に表明したものとして注目される（125 U.S. 190, 31L. ed. 654, 8Sup ct. 723. 大阪谷氏・前掲論文・50頁）。かかる考方からアメリカ各州の裁判所は、離婚手続に於ては国家は「利害を有する第三者」として関与するのであり、法の適用は常に「社会公共の福祉」を離れることは許されないとの見解を表明している（Keezer, op.cit, P.172, n.25）。婚姻は維持されることが望ましいものであり、これを解消することは特別非常の場合に限られるというアメリカ法の考方は「神の合せ給える者は人これを離すべからず」「姦淫の故ならで妻を出すべからず」というキリスト教的思想に根ざすものと見られる（Max. Radin, the Common Law of the Family, National Law Library, vol. 4 P.231 大阪谷氏・前掲論文45・50頁）（これがキリスト教の影響下にある欧米諸国の離婚法が一その離婚原因拡大の傾向にも拘らず一未だ離婚原因の法源を成文法に限るとするいわゆる法定離婚原因主義を抛てえない理由であり、反対にソヴィエト其他の共産圏諸国及び吾が国が不定原因主義を採用し得たゆえんでもある）。

4 穂積氏・「離婚学原論」—中央公論昭和25年8月号118頁以下参照。

5 穂積氏・前掲誌119頁。

6 末広博士は「今までは離婚は必ず戸籍法上の届出がなされることになつてゐるから、もはや別に『離縁状』のやりとりをする必要は起らないのである。けれども内縁の夫婦については戸籍の記載がないから、いまなお『離縁状』のやりとりをする必要があり、実際上もその慣行が行われているようである。従つて裁判上も、もし請求があれば、裁判所は離婚せんとする事実婚夫婦の双方にこれを与える義務を認めてよいのだと思われる」と云われる（末広氏著・戒能氏改訂・民法講和上巻272頁、傍点は筆者）。

なお、長谷川如是閑・自由離婚論・家族制度全集・史論編Ⅱ離婚64—65頁参照。

7 穂積氏・前掲誌昭和25年9月号110頁以下参照。

かかる慣習が鎌倉時代に行われたことは、沙石集の次の文に拠つて推知される。

遠江にも或人の女房、さられて、既に馬に乗りて出けるを、「人の妻のさらる時は、家の中の物心に任せとる習にて侍なれば、何物もと給え」と夫申ける時、「殿ほどの大事の人を打捨ててゆく身の、何物がほしかるべき」とてうち笑て、憎にげもなくいひける気色まめやかにいとほしく覺て、やがてとどめて死の別れに成にけり……………下略（沙石集巻第7下第6無嫉妬心人事の条）（石井氏・中世婚姻法・法協第60巻12号1952頁参照）。

ユダヤの離婚状もわがくにの三下り半と同様離別状であると共に再婚許可状であつて、それは前半が離別文句、後半が再婚許可文から成つていた。今日伝わっているものの書式の英訳の主要部分を示すと次の通りである。

“……; and hereby I do release thee and send thee away and put thee aside that thou mayst have permission and control over thyself to go to be married to any man whom thou desirest, and no man shall hinder thee in my name from this day forever……”

二部分のうち後半の方がむしろ重要であるところから再婚許可の文句のみから成る三行半もあつたようで、次はその一例である（穂積氏・離縁状と縁切寺一家族制度全集・史論編Ⅱ離婚288—289頁参照）。

一札之事

此女何方え縁付候共此方ニ

而少茂構無御座候為後日

仍而一札如件

明治4年 利兵衛

亥ノ11月10日

- 8 板木氏・「離婚の際の財産分与の性質について」一立命館法学・昭和28年4・5月合併・末川博士還歴記念号70頁。石井氏・日本法制史概要63頁。

- 9 石井氏・前掲書141頁。板木氏・前掲論文71頁参照。

なお離別の際の夫婦財産関係については、主として妻の財産について問題となつたが、之を婚姻中夫から譲られた所領と、妻家将来の所領とに分つことができる。

- 10 石井氏・前掲書187頁。板木氏・前掲論文71頁参照。

- 11 相姦婚禁止の規定は沿革的には、古代の寺院法に於て姦通者に対し代償的にその終生間（如何なる人とも）絶対的に婚姻を禁止したが後に9世紀頃より相姦者相互間の婚姻のみを禁止する事になり一般に姦通配偶者の再婚を禁ずるものではなくなつた。結局姦通の予防にあつたようであるけれども相姦婚を禁止する法制の下においては離婚（少くとも姦通を離婚原因とする離婚）は確に婚姻違反に対する一種の制裁たる効果を有していた。

教会法は相姦者の結婚を厳禁し、違反の場合は各当事者、前配偶者・親族・検事等により取消しうるものとしていた（Friedberg, 451ff.）が、近代法は相姦婚の禁止を緩和することに努め、例えばプロシヤ州法は姦通そのものを理由に離婚判決をうけた者のみが相姦者との婚姻を禁ぜられるに止めた。フランス民法は1884年に相姦婚の禁止を規定した（298条）が1904年法（la loi du 15 dec. 1904）は之を削除した。ルーマニアが1906年に、ポルトガルが1910年に、スウェーデンが1918年に、ノルウェーが1918年、チェコスロバキアが1919年に、デンマークが1922年にそれぞれ之を廃止している。英米法、イタリー法、スイス法亦た同じである。ドイツ民法（1312条—1910年）は、なお、之を規定するが、同時に権限ある官庁の許可（Einwilligung）により適用を免除（Befreiung）し得ることを規定する（同条2項）。わが旧法は相姦婚を厳禁していた（768条・780条）が、新法は之を自由にした。このように近代法は相姦婚の禁止を殆どみな廃するに至つている。それは、直接には此の婚姻障害の規定の目的たる姦通の予防が婚姻立法上の失敗（Missgriff, Fehlgriff）に帰し（姦通が消滅しないのみか、婚姻外の子を増加させた）たからであるが、結局は、ローマ法の婚姻・離婚自由主義に対する教会法の婚姻・離婚制限主義の敗退を意味するものに他ならぬ。されば今日有責主義の離婚法を採る国においてすら、離婚を制裁とすることの片鱗をも止めていない。

- 12 山本氏・「フランスの離婚法」比較法研究第2巻28頁。

- 13 大江氏・前掲書145頁。

- 14 ドイツ民法においては離婚原因の成立につき双方の配偶者のうち、何れか的一方又は双方が過失を有するかの問題は、離婚配偶者の扶養義務（1578条）その他について法律上有意義な事項であるとされている。それ故婚姻上の過失（相手の非行）を理由とする離婚判決（1565条乃至1568条）には常に裁判所職権（von Amtswegen）をもつてする過失宣言（Schuldigerklärung）を包含するこ

とを要件とした。即ち、第1574条（193年婚姻法第60条も大体同趣旨）は「第1565条乃至第1568条（筆者注一何れも有責原因）ニ定メラレタル理由ニ基キ離婚判決アリタルトキハ被告ガ離婚ニ付過失ノ責ヲ有スベキ旨判決中ニ宣告スルコトヲ要ス。被告ガ反訴ヲ提起シ反訴モ亦理由アリト認メタルトキハ、両配偶者ノ有責ヲ宣告スルコトヲ要ス（1938年の婚姻法は更に「一方の有責原因が他方のそれに比し著しく重大なるときは、その旨を同時に宣告することを要す」と附加している）。反訴ノ提起ナキモ被告ガ離婚ノ訴ヲ提起シ得ベカクシ事情ノ存在スル場合若クハ被告ノ離婚請求権ガ宿怨又ハ期間ニヨリ消滅シタリトスルモ原告ノ主張ニヨル離婚原因ノ発生当時被告ニ於テ離婚訴訟ヲ為ス権利ヲ有シタル場合ニハ被告ノ申請ニヨリ原告モ亦有責ナルコトヲ宣告スルコトヲ要ス」と規定する。過失宣告は離婚の要件でなく（従つて、一般説は、過失宣告の欠缺は離婚判決の実質的有効性に影響しないとする）、その効果である。ドイツ民法の右規定は、絶対主義・有責主義を採る、ドイツ民法においては原告の有責は必ずしも離婚原因の成立（従つて又離婚権の発生）を防げるものでないこと及び、過失の問題は離婚効果の面において解決さるべきであることを示す。

15 大江氏・前掲書 146 頁。Recrimination に関する資料は主として同書に依る。

16 夫が妻を文書偽造行使詐欺取財罪の告訴をしたが、不起訴になつた。そこで妻から夫の右の告訴を妻に対する「重大ナル侮辱」であるとして夫に対し離婚訴訟を起し 1 2 審とも不起訴処分となつたのは右告訴が事実と吻合しないものであつて、夫の軽挙の結果であるから妻に対する重大なる侮辱に当るとして妻の勝訴となつた。しかし夫より上告し、大審院は次の理由で原判決を破棄した。
「按ズルニ夫ガ其妻ニ犯罪行為アルト確信シ且之ヲ確信スベキ相当ノ理由アル場合ニ於テ之ヲ告訴スルガ如キハ必ズシモ不当ナル行為ニアラザレバ単に検事が告訴事件ニ付不起訴ノ処分ヲ為シ又ハ告訴ノ事実ガ真実ニ吻合セザルノ事由ノミニ依リ直ニ告訴ノ行為ヲ以テ民法第 813 条第 5 号ニ所謂重大ナル侮辱ニ該当スルモノト謂フヲ得ズ。原審口頭弁論調書ヲ査閲スルニ上告人ニ犯罪行為アリト信ズベキ相当ノ事情アリシガ為メ告訴ヲ為シタル旨主張シタルコトハ……ノ立証趣旨ニ徴シ推知スルニ足ル。然ルニ原院ハ単ニ其告訴事件ニ付不起訴ノ処分アリタルノ一事ヲ根拠トシテ其告訴ハ真ノ事実ニ吻合セズ上告人（夫）ノ輕率ナル行為ニ出デタルモノト認メ其之ヲ為スニ至リタル相当ノ事情アリシヤヲ審査セズシテ直ニ之ヲ以テ民法第 813 条第 5 号ノ重大ナル侮辱ニ該当スルモノト断定シタルハ理由不備ノ違法アルヲ免レズ」（大判・明治43年12月19日一民録 963 頁）

17 「原判決の確定した事実によれば、上告人は……被上告人方へ赴き、被上告人に対して離婚を申入れて衣類等の引渡を求め、且つ向う15年間の生活費の要求その他の条件を持出し被上告人が離婚の責任は上告人にあるとて右要求を拒絶したので、それではかねて被上告人に於て所持していた刀剣類のことを占領軍に告発するとおどして被上告人の応供を強い、はては、同日電話をもつて右の旨を占領軍に通報し同夜以来被上告人方に泊り込んで当局の家宅探索を待ち翌日被上告人は所轄警察署に呼出されて取調をうけ同夜は同署に留め置かれ、その翌日の家宅探索に際しては上告人自ら係員を案内して被上告人不在中の家宅内を隈なく物色させ、その結果上告人の予期していた日本刀 2 振は発見できなかったものの（これは上告人の家出後被上告人において供出ずみのものであつて上告人としては右供出のことは知らなかつたものである）長力の穂先一振と米一俵の摘発に所期の目的を達したのであつた。このため被上告人は銃砲所持禁止令及び食糧管理法違反として略式命令一万円に処せられ、正式裁判の結果、罰金四千元となつたというのであつて右のように上告人が被上告人の家庭内の秘事を摘発して被上告人を罪におとしたことは、それがもともと被上告人に罪責があるとはいえ、また夫婦の仲が破綻の最後の段階に達している際であるとはいえ、いやしくもまだ夫婦である限り、まことに夫婦道に反し、夫たる被上告人の名誉もしくは面目を著しく毀損するものであつて、改正前の民法第813条第5号の重大なる侮辱にあたるものと解すべきである。」（最高裁判所判例集・第六卷第六号603—604頁）本判決は配偶者（上告人）の告訴が、旧法第813条第五号のいわゆる「重大ナル侮辱」に該当するか否かについてなされたものであるが、他方配偶

者(被上告人)にも過失(犯罪行為)が存するのであるから従来の判例によれば、かかる告訴は結局、「重大ナル侮辱」に該らないとされていたものである。然るに本件においては、従来の判例を破つて配偶者の告訴行為を「重大ナル侮辱」と判断して(原審の離婚判決を容認し)たのは新法の目的主義・破綻主義の立場からの判断がかなり強く働いているように感ぜられる。

18 穂積・法協第50巻12号92頁

19 「有責主義に立却していた旧法では、被告の責任と原告の責任と結局プラス・マイナス・ゼロだから、離婚は阻却すべきものという考方であつた。しかし(目的主義のもとで…筆者註)要は、その夫妻の結婚生活がすでに破綻しているかどうか重大であると、事態を破綻主義的にみるなら、そこには一マイナスでなく、一プラスの離婚原因であるとせねばならぬ場合もありうる。この見地からすれば、従来の「宥恕」や「同意」の扱い方も問題であろう」「英法にいわゆる汚れた手(dirty hands)で訴を提起したにも拘わらず、訴訟は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不公平だが、それはその点を更に改めればよい」と云われるのは正にその通りであるが、有責主義の旧法のもとでも原告の有責の場合に離婚が阻却されたのは、かかる場合には多くは離婚原因たる主観的な婚姻破綻が生じない(自己に過責があるから相手の過責を耐え難いものに感じない)が故であつて単に双方の過失が形式的にプラス・マイナス・ゼロ式に消滅するのだと考うべきではない(立石・我妻・親族・相続法150頁)。

20 もつとも、有責主義に立つドイツ民法第1568条(相対的離婚原因)について、ドイツの学説・判例は嘗て、原告配偶者の過失が、被告配偶者の過失を誘発した場合のほか、原告配偶者の過失に拘らず、専ら被告配偶者の過失が、法定の破綻を招来したかどうかを認定すればよく、それが認定される限り、原告の離婚権は認められるとしたことがある。しかし、後に原告配偶者の過失が被告配偶者の過失を誘発した場合(後には双方の過失の間に相当因果関係が存しなくとも、何らかの関連があれば)婚姻継続の期待可能性があるとのいわゆる期待可能性(zumutbarkeit)の理論を展開して原告の離婚権を否定し、更に、1922年9月21日の判決(JW.1923 S.372/8)は双方の過失に何ら関連がなくとも原告配偶者の離婚権の否定される場合のあるべきことを明らかにした。要するにドイツ民法に於ても離婚原因(婚姻破綻)に対し、主として有責なる配偶者の離婚権は認められぬ(大川氏・論文79—80頁)。

これは期待可能性の理論によるものであるが、離婚原因に対し、主として有責なる原告に婚姻の継続を強いられる期待不能性のない場合のある(この場合は、期待可能性の理論をもつては解決されない)こと(この点について、ドイツでも双方向的過失の比較考慮に当つてどちらの過失がより重大であるかの問題を決定することは、もとより必要であるも、一方の過失のより重大なること(Überwiegendes Verschulden)が其者に向つて常に必ずしも婚姻継続の期待を成立させるものでなく、その事は寧ろ個々の場合の全体の事情を慎重に考慮して決すべきものであると論ぜられている。)(田島・近藤・現代外国法典叢書・ドイツ民法229頁)、および、期待可能性の存する中は未だ離婚原因たる客観的破綻が存在しない場合である。

21 Die Scheidungsklage muss in den Fällen der §§ 1565 bis 1568 binnen sechs Monaten von dem Zeitpunkt an erhoben werden, in dem der Ehegatte von dem Scheidungsgrunde Kenntnis erlangt. Die Klage ist ausgeschlossen, wenn seit dem Eintritte des Scheidungsgrundes zehn Jahre verstrichen sind.

22 和田宇一氏・婚姻法論637頁以下。

23 Josserand 1, no° 941谷口氏・現代外国法典叢書・フランス法 235 頁。