

# 姦通・不貞行為論

岩 垂 肇

## はじめに

従来わがくにおいて、婚姻ないし夫婦生活についての性的研究も、法的研究も諸外国に比して著しく遅れていた。

ところが戦後、にわかに婚姻や夫婦生活についての性的研究が勃興し、それに関する著述もすでにおびただしい量に上っている。

そして、その法的研究もまた性的研究に劣らず盛んになったことも戦後の著しい現象といつてよいであろう。

このように婚姻や夫婦生活に関する性的ならびに法的研究の進んだのは、これまで比較的等閑に附されていたこの方面の生活関係が、われわれの社会生活においていかに重要な部分を構成するものであるかが知識人によつて認識されるにいたつたことにも一因があろうけれども、直接には、そしてとくにその性的研究については、表現の自由、学問の自由、婚姻の自由その他個人の幸福追求の権利などのような基本的人権の保障が大きな関係を有するものとおもわれる。

本稿における姦通・不貞行為論は、もとより純然たる法的研究にほかならぬ。この問題については、さきに「家族法大系」第3巻（有斐閣刊行・昭和34年10月）所収の拙稿において、すでに卑見の一部を公けにしたのであるが、その際は極端に紙数の制限をうけたため充分にその意を尽し得ず、判例の内容なども、ほとんどすべて、これを割愛せねばならなかつた。

本稿においても、充分な紙幅がゆるぎされているわけではないが、前稿に比してやや詳論することができるかとおもわれるので、ふたたび小論を草して前稿の補説としたい。

## 目次

- 1 相対的離婚原因と姦通・不貞行為
- 2 目的主義（厳格主義）と姦通・不貞行為
- 3 夫婦平等主義と姦通・不貞行為
- 4 「不貞な行為」(770条 1項1号)の意義
- 5 「不貞な行為」と新法下の判例
- 6 「不貞な行為」の認定
- 7 自らの不貞行為により離婚原因をつくつた者の離婚請求権

## 1 相対的離婚原因と姦通・不貞行為

離婚権は形成権の一種で、訴によつて離婚を請求しうる、制定法上の権利であつて、

それは離婚原因の成立によつて発生する<sup>(1)</sup>。しからば、わが民法における離婚原因とは何か、まずそれを明確にしておかなければならない。

民法 770 条 1 項は「左の場合に限り、離婚の訴を提起することができる」とし、配偶者の「不貞な行為」<sup>(同項 1号)</sup>・悪意の遺棄(2号)・三年以上の生死不明(3号)及び回復の見込がない強度の精神病(4号)など4箇の具体的・個別別な離婚事由を列記し、ついで第5号として、「その他婚姻を継続し難い重大な事由」という、それ自身抽象的・相対的離婚事由を掲げている。このような規定の仕方からみて、文理上1号ないし4号は相対的離婚事由たる5号の例示(「重大な事由」の例示)的意味をもつものと解することができる。

また本条2項が「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。」といつてゐるのは、1項1号乃至4号の離婚事由が決して絶対的離婚原因ではないこと、換言すればこれらの離婚事由が存在しても離婚を宣告することを要せず、それが「婚姻を継続し難い」<sup>(1項 5号)</sup>程度、すなわち、当事者に婚姻の継続を強制し得ない程度の婚姻破綻を招来していると認められる場合に、はじめて離婚を宣告すべきものであることを明かにしたものである<sup>(2)</sup>。

770 条を右のように解するとき、同条においては、結局「婚姻を継続し難い重大な事由」という包括的な離婚事由が単一の離婚原因として存するに他ならぬとみることができるのであつて、配偶者の「不貞な行為」も「悪意の遺棄」も「三年以上の生死不明」も「回復の見込がない強度の精神病」も、それが「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当するとき、離婚原因<sup>(離婚権の成立要件)</sup>となるのである。

されば、新法においては、四箇の絶対的離婚原因のほかに「その他婚姻を継続し難い重大な事由」という一箇の相対的離婚原因が附加されたとみるべきではなく、離婚原因が全体として相対化され、徹底した相対的離婚原因主義が採用されたものとみるべきである<sup>(3)(4)</sup>。

したがつて、裁判所は1号ないし4号のいずれによつて離婚が請求されても必ずそれらの事由が本条の実質的離婚原因たる「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当するかどうかについて、2項の判断をなさなければならない。そして、その判断において「一切の事情を考慮」した結果、「婚姻を継続し難い重大な事由」がない、すなわち、婚姻継続の期待可能性があると認めるときは、本条の離婚原因は存在せず、請求は理由のないものとして之を棄却しなければならない<sup>(5)</sup>。

されば、2項が「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」と規定したのは、1項の離婚原因が全体として相対化したことの当然の帰結であり、徹底した相対的離婚原因主義を採る離婚訴訟の極めて当然のことを言つたものであつて、いわば訓辭的もしくは注意的規定といえる<sup>(6)</sup>。

要するに、裁判所は離婚訴訟において、当事者の主張する事実が(イ)1号乃至4号の離婚事由に該当する場合は勿論、(ロ)それ以外の事由でこれらと同程度に婚姻生活の障害

となるべき「重大な事由」(5号)<sup>(8)</sup>(時にはそれらが複合して重大な事由となつていることもある)が存在すると認める場合はそれらの事由が当該婚姻生活を「継続し難い」程度に「重大な」ものになつているかどうかを具体的事実即して「一切の事情を考慮して」離婚の許否を決しなければならぬ。そして離婚は1号乃至4号の個別的離婚事由によると、5号の一般的離婚事由によるとにしたがつてその効果を異にするものではないから、例えば原告が或る具体的事実を「配偶者に不貞な行為」(1号)があつたと主張して離婚を請求した場合に、裁判所がその主張する具体的事実を「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」(5号)に該当するものと認定し、5号の離婚事由に基いて離婚請求を認容してもさしつかえなく、その逆もまた可能である(民訴186)<sup>(9)</sup>(条参照)。

判例も、はやくからかかる態度をとり、「以上の事情からすると原告主張の被告が、悪意を以て遺棄したとは云えないので、この理由のみでは原告は被告に離婚を求めることはできない。しかしながら、被告は既に原告に対する愛情を失い、原告との結婚生活を維持する意志は毛頭なくなり、むしろ原告に対し嫌悪と反感の念のみがその心を領するのであつて、原告もまた当初に抱いた被告との結婚生活に対する希望は今や捨て去るに至つた。斯くてこれまでの経過や当事者双方の性格からすると、原被告が将来再び円満な関係に復帰できる見込は全くない……こうした事情は民法770条1項5号の定める離婚原因、すなわち、婚姻を継続し難い重大な事由に当るものと云うべきである。従つて、原告の被告に対する本件離婚の請求はこれを認容する。」(長野地裁諏訪支部判・昭和26年6月25日)とし、或は「民法第770条によると一般的に婚姻を継続し難い重大な事由のあることを裁判上の離婚原因とし、配偶者が強度の精神病にかかり回復の見込がない事実はその一例をあげたにすぎないものと解すべきであるから、夫婦の一方が精神病にかかっているが、その回復の見込がないとはいえないため前段認定の如く第4号所定の離婚原因にあたらぬ場合でも直ちにその請求を棄却すべきではなく、反対の事情の認められない限り離婚を求める当事者は婚姻を継続し難い重大な事由があるものと主張しているものとして判断を加うべきである。現に本件においても控訴人は被控訴人の現状では家を守り子を育てることは到底望めないとして離婚の請求をしているのであるから、婚姻を継続し難い重大な事由があるかどうかについて判断する。……前記のような財政状態・家庭環境にある控訴人に対して入院以来4年を経過した今日なお将来何時退院できるかも予測のできない被控訴人と夫婦関係の継続を期待することは道義上はともかくとして法律上は不能なこととせねばならない。……そしてそれは正に民法第770条第1項第5号にいわゆる婚姻を継続しがたい重大な事由がある場合に当たるものというべきである」(広島高裁松江支部判・昭和32年7月5日 高裁民集10巻6号356頁、傍点は筆者)とする。

#### 相対的離婚原因と裁判所の責任

しかし学者の多くは、2項の規定は裁判所の広い自由裁量を認めたもので、不当に離婚を抑制する虞れあるものとしてはげしく非難する。かかる非難は結局、新法の離婚原因における相対化(裁判所の自由裁量の拡大)そのものに対する危惧とも見ることができるのであり、この点裁判所の自重が強く望まれる<sup>(10)</sup>。これらの非難や危惧は、直接には2項に向け

られたものであるが、およそ相対的離婚原因主義は、それ自体は具体的な内容を示さない抽象的なもので、その内容の充実は、もつぱら裁判所に委されておるか、または離婚原因たる法定事由が具体的なものであつても、なおそれが当該夫婦にとつて離婚に値する程度のものか否かの判断が裁判所の手に留保されているから、裁判所の自由裁量の範囲は広く、したがつて裁判所に負わされた責任と使命は頗る重い（770条は裁判所の手にあかつてはじめて、完成される法規の著しいものである）。それだけに、此の主義は離婚訴訟において最も具体的妥当を期待しえられるものである。

- (1) 末川編・日本評論社「法学辞典」952頁、離婚権の意義については、岩垂・「離婚法制における基本主義と離婚権」・信州大学紀要5号24頁、30頁。
- (2) 岩垂・「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—」前掲紀要6号16頁以下参照。  
770条2項は、とくに1号乃至4号の事由にかかり、5号については関係がない点に注意すべきである。5号は臨時法制審議会の立案にかかる親族法改正要綱（大正14年）16条1項6号の踏襲であるが、右要綱は旧法と同様、原則として絶対的離婚原因主義を採るものであつたが、新法の離婚原因は全体として相対化したものであるから、5号は1号乃至4号の補足ではなく、逆に1号乃至4号は5号の「重大な事由」の例示であるとみななければならない。  
しかし、昭和22年の改正に当り「民法改正要綱」が成立するまでの過程には、5号まで2項にかかわらしめたものが見られる。昭和21.7.2の幹事案・同21.7.27起草委員第1次案・同21.8.15審議会第2回総会決議・同21.9.11司法法制審議会決議など（「改正民法の成立するまで—民法改正要綱の成立」法律時報26巻3号47頁以下）
- (3) この点ドイツ民法が有責主義の下に1箇の相対的離婚原因（1568条・1938ナチス婚姻法Ehegesetz）49条・1946新婚姻法43条を規定しながら、なお数箇の（有責的な）絶対的離婚原因を残し、また目的主義に立つスイス民法も相対的離婚原因たる一般条項（Clausula Generalis）を142条に設けつつも、なおいくつかの絶対的離婚原因の残滓を留めているのとは大いに異なる（詳細は、岩垂・前掲6号22頁）。
- (4) このような離婚原因の相対化が離婚訴訟に対してどのような構造的変化をもたらしたかについては、山木戸・「離婚原因の相対化と離婚訴訟」・神戸経大創立50周年記念論文集法学編97頁以下参照。
- (5) すなわち、それらの事由が存する場合でも、なお裁判所は婚姻継続を相当と認めるべき事情があるかどうかについて審理をする義務があると解さねばならない。同趣旨・中川編・註釈親族法277頁（木村）。
- (6) したがつて、例えば、原告の主張する離婚理由たる事実が「悪意の遺棄」で、その行為のときから既に何年も経過しているとか、または離婚理由たる事実が「不貞な行為」で、既に原告が之を宥恕しているような場合、これらの事実が、現在もはや当該婚姻の継続を堪え難からしめるような苦痛のものになつていないと判断しながら裁判所が離婚請求を棄却しない判決は違法のそしりを免れない（岩垂・前掲16号17頁に詳論）  
同時にまた原告主張の具体的事実が、原告の理由とする離婚事由が前記4箇の離婚事由の何れにも該当しない場合にも、それが5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当すると認められるときは、裁判所は離婚の判決をすることは可能かつ必要である。
- (7) 岩垂・前掲紀要6号18頁、同趣旨、中川監修・註解親族法139頁以下。
- (8) 婚姻期間の長短、子の存否、子の状態、双方の性格、資産、教育程度、職業、夫婦疎隔の期間などや宥恕・同意・互責などいわゆる離婚訴訟の不受理原因その他。

- (9) 中川監修・註解親族法145頁，岩垂前掲紀要6号23頁。

なお人事訴訟においては，職権主義がとられ，裁判所は，当事者が提出しない事実を斟酌することができるけれども，それは「婚姻を維持するため」にだけ許されるのであり（人訴14条），原告が配偶者に「不貞な行為」があつたとして或る事実を主張している場合に，裁判所がその事実とは別個な事実を認定し，これを例えば「不貞な行為」または「その他婚姻を継続し難い重大な事由」に該当するとして離婚を宣告することはできない（山本戸・前掲106頁，岩垂・前掲紀要6号29頁註27）。

- (10) とくに妻の不貞な行為を理由として提起された妻の離婚訴訟が裁判官の男性的立場から不当に却けられる危険が指摘されている（晋山・家族法論132頁，柚木・親族法144頁，我妻=立石・コンメンタール120頁）。

しかし，不貞な行為は，いつも夫の側にもみ存するとは限らないから，妻が被告の場合には裁判所の裁量が適正であるかぎり，2項の判断は逆に妻に有利になることもありうるであろう（例えば，浦和地判・昭和26年10月26日）。

## 2 目的主義（破綻主義）と姦通・不貞行為

新法がただ一箇の包括的離婚原因を認めて相対的離婚原因主義に徹した上に，さらに従来の有責主義または過失主義の原則を排し高度の目的主義または破綻主義の原則を採用することにより一層離婚原因を拡大化した。

有責主義（Verschuldungsprinzip）または過失主義と目的主義または破綻主義とは離婚原因を決する根本基準を異にする。有責主義または過失主義は配偶者の非行（婚姻義務違反）をもつて離婚事由とし，これを理由として無責配偶者に離婚権を認めるものであるに対し，目的主義または破綻主義は，婚姻の目的を達し得ない事情の存する限り，換言すれば，当該夫婦に婚姻共同生活の継続を強制できない（継続の期待可能性がない）程度に婚姻共同生活が客観的に破綻した場合に，その原因の有責・無責いかんを問わず，つねに離婚権を当事者双方に認めるものである。

770条1項の「不貞な行為」（1号）と「悪意の遺棄」（2号）が沿革的には有責的の離婚事由の例示であるとすれば，「三年以上の生死不明」（3号）と回復の見込のない強度の精神病（4号）は無責の離婚事由の例示といえる。そして「不貞な行為」や「悪意の遺棄」のごとき有責行為も，本条の離婚原因となりうるのは，これら婚姻義務違反たる侵害行為そのものではなくて，それによつて惹起される「婚姻を継続し難い」重大な客観的事実である。「不貞な行為」「悪意の遺棄」という離婚事由が存することをもつて本条が未だ有責主義を脱却しないことの理由とすることはできない。けだし，これらの事由も亦た目的主義又は破綻主義の立場から離婚事由になりうるからであり，また本条の規定する「不貞な行為」「悪意の遺棄」の事実が離婚原因となるか否かは目的主義または破綻主義の立場から判断されなければならない。

相対的な規定を含み，かつ破綻主義に立つ外国の立法例はドイツ民法1568条・ナチス新婚姻法49条・1946年婚姻法43条の「婚姻関係の破綻」，スイス民法142条の「婚姻の破綻」，ノルウェー婚姻法43条の「不和」その他がある。例えばドイツ民法のごときは，その破綻につき相手方配偶者の過失を要件とするいわば「有責的破綻主義」であるに比し，わが民法は婚姻破綻につき過失を必ずしも要件とせず，離婚原因が全体として破綻

原因の有責・無責を問わないのであるから、徹底した破綻主義に立っているものといふことができる<sup>(2)</sup>。

また2項の「一切の事情を考慮」するに当つても、考慮される具体的事情の評価は目的主義的または破綻主義的になされることを必要とする。例えば、夫婦の一方の不貞行為についての他方の同意(Zustimmung)・宥恕(Verzeihung)や期間の経過(Zeitablauf)などいわゆる離婚訴訟の不受理原因<sup>(3)</sup>が考慮される場合にも、目的主義または破綻主義の立場からなされなければならない。旧法はこれらの場合には必ず離婚原因を阻却させ(旧814条1項同意・旧812条同一事由の存在)或は離婚権を消滅させて(旧814条2項宥恕)離婚請求を棄却したが、新法の下では、これらの事情はすべて裁判所の裁量において考慮すべき事情となり得るにすぎない<sup>(4)</sup>。従つて不貞な行為を理由とする離婚訴訟において原告の姦通も目的主義・破綻主義の立場からは必ずしも離婚原因の阻却事由となるものではない。時には、これを倍加することさえありうるのである。双方の姦通行為によつて、離婚請求が相殺的に禁止されるものではなく<sup>(5)</sup>、要は、離婚を認容するに足る十分な婚姻破綻が、原告の姦通にもかかわらず存するかどうか、換言すれば、原告自身にも姦通行為がある場合に被告の姦通が原告にとつて堪え難いものとなつているかどうか、約言すれば、原告の姦通が離婚原因たる婚姻破綻(被告の非行による)を緩和しているか否かによつて離婚権の有無は決せられなければならない<sup>(6)</sup>。

このように新法が離婚訴訟不受理原因の適用を全く裁判所の自由裁量に委せ、かつ不受理事由を限定せず抽象的・概括的に定めたこと(2項)は新法の離婚原因を一層相対的ならしめ、相対的離婚原因主義の立場をさらに徹底させる結果になつている(この点新法の革新的な性格を示すものといえる)。かくて、離婚訴訟における裁判所の自由裁量の範囲はいよいよ拡大され、裁判所が裁量権の濫用に陥らない限り<sup>(7)</sup>、判決の具体的妥当性は高度に期し得られることになつたのである<sup>(8)</sup>。

- (1) 目的主義のもとにおいては離婚原因を認める根拠は、国民の抱く婚姻の目的観や、各国各時代の政治的立場と深く関係する。子をうることを婚姻の重要目的とした社会において無子を離婚原因とし、また性愛を基礎とする共同生活を婚姻の本質的要素と考える現今社会が、夫婦の精神的交通を不能ならしめる精神病や、単なる不和も程度と事情によつては離婚原因としなければならぬのも当然である。

現在の離婚法制において目的主義・無責主義または破綻主義を採用する主要な国には、スイス・ナチス以後のドイツ・北欧諸国・ソヴィエト連邦・ソヴィエトの影響下にあるいわゆる人民民主主義国(Volksdemokratien)及び中華人民共和國(1950・5・1新婚姻法)などを数えうるのみである(岩垂・「民法770条の法意—とくに目的主義または破綻主義—」・前掲紀要7号79頁以下、谷口・「愛情消失・長期間同棲廃止と離婚」・民商法雑誌28巻5号11頁)。

- (2) 岩垂・前掲紀要7号78頁、太田・「離婚原因の研究」27—28頁。

- (3) 旧法は離婚原因の阻却事由として同意(814条1項)・同一事由の存在(815条)を、また、離婚訴訟消滅事由として宥恕(814条2項)・生死不明(817条)・離婚権の抛棄(81条)・期間の経過(815条)を規定し、いずれも絶対的な離婚訴訟不受理原因とされていた。新法にこのような規定を設けず、目的主義の立場からただ概括的な請求棄却事由(770条)を認めた。このように不受理原因の相対化は

新法の相対的離婚原因主義を一層完璧なものとしている。詳細は、岩垂・「民法第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——」前掲紀要8号79頁以下。

- (4) 旧法下では原告の宥恕は絶対的離婚権消滅事由であつたから、宥恕があれば、裁判所は必ず離婚請求を棄却しなければならなかつたが、新法下の宥恕は単に裁判所の裁量において考慮される一事情たりうるにすぎない。ゆえに、原告（夫）がたまたま被告（妻）が小屋の中で同村の男のと不義の行為をしているところを発見し「この度一回のみとの被告（妻）の言を信じてこれを宥恕した事実があつても、これにより原告と被告との間の愛情が復活し、将来円満なる婚姻が継続しえられるとは思われない」ときは、「同条二項により婚姻の継続を相当として離婚の請求を棄却することはできない」（津地判・昭和26年4月30日）。

- (5) 中川編・註釈親族法270頁（木村）。

- (6) 有責主義をとるイギリスにおいても、1920年の革新的判決は、軍務から帰還した原告が、妻の姦通を発見、その子の教育を親しい婦人に頼み、その婦人と姦通した事件に関し、原告（夫）は妻を相手どり離婚訴訟を起して離婚の仮判決を得、原告はその婦人と結婚しようと思つた。原告の姦通を知つた King's Proctor が仮判決に異議を申立てたが、裁判所は異議を却下して離婚の本判決を与えたと報告されている（Wilson v. Wilson, 1920. 田中和夫・「イギリスの離婚法」・比較法研究2号11頁）。

原告（夫）の妻の姦通を理由とする離婚原因（妻との婚姻継続を基えられないものにしては事情）は、原告（夫）の姦通によつて決して緩和されるものではないならば、破綻主義の立場からは離婚が認められるのは当然であろう（岩垂・前掲紀要8号87頁）。

わが新法下で、原告にも不貞行為があるにもかかわらず離婚請求が認容された事例として、最判・昭和31年12月11日民集9巻12号1550頁及び東京地判・昭和34.6.26がある。

- (7) 中川教授（法律時報・28巻4号52頁以下）が、「ある離婚判決への疑問」の中で取上げた離婚事件の棄却判決の妥当性に対して疑問を抱く者は、ひとり教授のみではないであろう。

この夫婦は昭和3年に結婚、夫は戦時中ある軍需会社の総務部長、「経済的活動能力に於て優れ」、羽振りがよく、ぜいたくな暮らしをしていたが、終戦とともに会社がつぶれると全く無為徒食の輩となり、売り食いの生活に沈滞する状態であつた。しかし、元来女癖が悪く、賭け事を好み、かつ短気粗暴の彼は、依然として、2人ばかりの女性と関係し、次々と新しい関係をつくつていた。そこで妻の方が愛想をつかし、昭和27年1月ついに妻は、夫を相手取り「離婚並に財産分与請求の訴」を提起した。請求額は120万円、離婚を求める原因は夫の不貞行為（770条1項1号）と「その他婚姻を継続し難い重大な事由」（同条同項5号）とである。之れに対し、裁判所は夫の所為は「不貞な行為であることは論を俟たない」と説示しながら、「被告が、依然として、原告に対し、愛情を持ち続け、現在に於ては、その過去に於ける一切の所業や原告に対する一切の仕打を後悔し、今後は従前の様な生活態度は、之を改め、原告と共に生活再建の為め努力することを決意し、ひたすら、原告が被告の許に復帰することを願つて居ること、また、女性の関係も既に一切清算し、原告が被告の許を出て後、一時身の廻りの世話をさせる為めに同居させていた訴外たけ子とも手を切つて居て、将来左様な関係を作らないことに決意していること、原告にも、妻として忍耐力の不足、夫と共に生活再建の為めに努力しようとする積極的意欲の不足、逆境に対する力の不足、我儘であること等の欠点もあつて、それが夫婦間の愛情その他に影響を及ぼしたと認められること……なお、原被告が婚姻してから現在に至るまでの夫婦関係の推移を総合的に考察すると、被告が、経済的に豊かな生活をしているときは、被告に前記のような所業がありながら、原被告間の夫婦関係には殆んど云うに足るべき程の風波も起らなかつたに拘らず、被告が経済的に行詰るや、忽ちにして、風波が立ち、遂には、その関係が破綻に瀕するに至つたと認められるのであるから、原被告間の関係が現在の状態に立ち到つた根本の原因は、被告の経済的行詰りであると云うべく、従つて、被告に於て、その経済的行詰りを打開し得れば、原被告の関係の円満なる回復は可能であると断じ得る事情にあるところ、

被告の優秀な経済的活動能力のあることは前記の通りであるから、機を得さえすれば、何時でも十分活動し得られるのであるし、経済界の事情も亦漸時被告の活動が得られる様な事情に動いていると認められるから、将来においては現在ある夫婦関係を継続し難い様な重大な事由も解消すると云い得るから、原被告は、婚姻を継続するのが相当であると認められる事情にあること」などの事情を参酌して、「770条2項を適用して、被告に右不貞行為のあることを理由とする原告の離婚請求は、之を棄却する」旨判示した（東京地判・昭和30年5月6日）。

右判示の妥当性に対して疑を抱く者は中川教授のみではないであろう。教授は、いくたの疑問を述べられた後、さらに次のように附言される。「被告は本当に『愛情を持ち続け』て原告の復帰を願っているのか、できたばかりの女を追出してまで何故『我儘』な妻を呼戻そうとするのか。妻が48万円相当の金品を持去つた上、改めて120万円の財産分与を請求している事実は夫が復帰を求めていることに無関係なのか。悪く邪推をまわせば、何とかして妻の訴を敗訴に終らせ、持ち出した48万円相当の金品を一応夫の家へ持ち戻らせた上、今度は慎重に財産保全もしくは隠匿の途を講じようとしているのじやないかとさえ思われる。……」（前掲）。

もとより、離婚はできるだけ避けなければならぬ。しかし、裁判所が離婚原因たる「婚姻を継続し難い重大な事由」（<sup>婚姻の</sup>破綻）を認定しながら、その恣意による離婚請求の棄却可能性を770条2項は肯認しているものではない。

また、最高裁判所は精神病離婚について、「民法は単に夫婦の一方が不治の精神病にかつた一事をもつて直ちに離婚の訴訟を理由ありとするものと解すべきではなく、たとえかかる場合においても、諸般の事情を考慮し、病者の今後の療養、生活等についてできる限りの具体的方途を講じ、ある程度において、前途に、その方途の見込のついた上でなければ、ただちに婚姻関係を廃絶することは不相当と認めて、離婚の請求は許さない法意であると解すべきである」（昭和33年7月25日（<sup>判例時報156号8頁</sup>）と判示している。しかし、立法論としてはともかく（<sup>独民1583条参照</sup>）「離婚に当つて病者の病養生活の具体的方途まで講ずることを要求することは行きすぎであり、かくては精神病離婚をほとんど否定することになるおそれ」があり（<sup>青山・前掲書</sup>134—135頁）、まさに770条2項の裁量権の濫用というべきである。三淵・「不治の精神病を原因とする離婚の訴とその方法」・法律時報30巻11号1286頁、長谷部・「精神病にかつた配偶者に対する離婚請求の方法」・ジュリスト161号32頁参照。

(8) 岩垂・前掲紀要8号88—89頁。

### 3 夫婦平等主義と姦通・不貞行為

高度の破綻主義はまた当然に夫婦平等主義を要求する。けだし、破綻主義の立場からは、破綻の原因は夫婦何れの側にあつてもよいからである。新法は夫に対して離婚事由となる事情は、すべて妻に対しても離婚事由となるものとした。旧法は、一方に於て極めて自由な協議離婚制を、また地方に於ては頗る厳格な裁判離婚制を採用した結果、夫に対しては自由離婚を、妻に対しては制限離婚という夫婦不平等な離婚法制を構成していた。もし旧法が近代的な男女平等の自由離婚主義に立脚する協議離婚制を採用しようとするものであつたならば、裁判離婚においても、当然に離婚原因はできるだけ弾力性に富むものでなければならず、したがつて離婚原因について夫婦間に差別的取扱をなすべきではない。すなわち、旧法における裁判離婚は協議離婚とは甚だしく均衡を失した不調和なものであつた。これは旧法の立法趣旨が近代的自由離婚制の実現になく、伝統的な男子専権離婚の温存にあつたことを示すものである。



憲法24条の「個人の尊厳と両性の本質的平等」を基調とし、従来の家父長的家族制度思想を排除して近代的自由離婚制を実現せんとする新法が一方に於て旧法以来の協議離婚制を認めつつ、他面之との調和を図るべく裁判離婚においても、離婚原因について男女の差別を徹廃したことは、さきに述べた相対主義・破綻主義の二立法主義と相俟つて、離婚原因の拡大化をほとんど極致に達しさせたと言つても過言でない。

旧法の夫婦不平等主義は、とくに姦通について甚だしく、妻の姦通は夫にとり離婚原因となつた（旧813条<sup>2</sup>号）が、夫のそれは姦淫罪により処刑されたときに限り妻に対して離婚原因となるに止まつた（同条<sup>3</sup>号）。大正14年の親族法改正要綱も夫の甚だしき不行跡を離婚原因としようとしたが、未だ男女の無差別取扱には至らなかつた。従来わが国にあつては妻の姦通は、家の血統を紊すものであるが、夫の姦通にはそのおそれがないのみか、時には一定の血統維持の上に必要でさえあると考えられていた。よしんば、女の姦通との間にそういう相違があるとしても、それは結果の相違であるにすぎず、等しく夫婦間の誠実義務の違反であり（有責）一夫一婦の婚姻関係の破綻である点においては何ら変るところはない。したがつて有責主義の下においても、また目的主義または破綻主義の立場からも、夫婦いずれの姦通も当然離婚原因とならなければならない。されば旧法下の判例は、早くから、夫の著しい不行跡を「重大ナル侮辱」（旧813条<sup>5</sup>号）の離婚原因に該るものとして男女不平等主義の緩和につとめていた<sup>(2)</sup>。もつとも、離婚原因（妻については「姦通」、夫については、「重大ナル侮辱」）となる姦通の程度についてはなお、男女不平等の取扱を留めていた。いまや家の廃止・両性の本質的平等は、姦通を離婚原因とすることについての夫婦差別主義に対する一切の障害を排除した。

わが国に於て姦通についての夫婦平等が立法上実現されるに至つたのは、「日本国憲法の施行に伴う民法の応急措置に関する法律」（昭和22年4月18日・法律74号）中に「配偶者の一方に著しい不貞の行為があつたときは、他の一方は、これを原因として離婚の訴を提起することができる」（5条<sup>3</sup>項）旨の規定をもつて嚆矢とする（加藤博士の「姦通に就て」・法協26巻増刊、家族制度全集・法律）。ついで昭和23年1月1日施行の新法は離婚原因に関する立法主義において、相対主義、破綻主義を採るとともに、更に男女平等主義を確立して、配偶者の「不貞な行為」（770条<sup>1</sup>項1号）を離婚事由と規定するに至つたのである。

「不貞な行為」の中核をなすものは姦通であり、近世の立法例で姦通を離婚原因として規定しないものは、ほとんど見当たらない。アメリカに於ても離婚を許す50法域は例外なくこれを認めている。そして、姦通について今日なお、男女不平等主義をとる立法例はごく僅かである<sup>(4)</sup>。

わが民法770条1項1号の「配偶者の不貞な行為」は、姦通を包含するが（後述）、諸国の立法例と異つた点は、それが相対的離婚原因となつていることである（同条<sup>2</sup>項参照）。しかもポルトガルの判例（註<sup>4</sup>参照）のごとく夫の姦通の場合に限らず、夫婦いずれの姦通も相対的離婚原因であり、かつその判断は常に目的主義的に「婚姻を継続し難い重大な事由」に該るか否かを基準としてなされることを特徴とする。

- (1) 穂積・離婚制度の研究834頁以下。
- (2) 例えば、「夫が下婢ト私通シ男子ヲ分娩セシメ庶子トシテ入籍シ、又他ノ雇入レタル女ト私通シ女子ヲ分娩セシメタル事実(東京控判・大正13年10月29日・新聞2330号17号)」、「妻が夫トノ不和ノ為夫ノ家ヲ立出デ一時生家ニ立帰リタル後間モナク夫ハ先妻ヲ自宅ニ引入レ約2年間同棲ヲ継続セル場合」(長崎高判・大正14年10月10日・新聞2846号11頁)、「婚姻ノ存続中夫が妻以外ノモノヲ妾ニ為シ之ト私通関係ヲ継続シテ妻を顧ミザルガ如キ」(大判・昭和4年3月10日・新聞2976号)、「上告人(妻)ハ大正4・5年頃ヨリ被告人(妻)ト別居シ居リシガ、大正4年8月中訴外某ノ娘某女ト婚姻ノ式ヲ挙ゲテ内縁ノ夫婦関係ヲ結び、大正15年7月7日其ノ間ニ女子ヲ儲ケタル事実」(大判・昭和4年3月11日・新聞2976号14頁)などいずれも旧法813条5号の離婚原因たる「重大ナル侮辱」に該るものとしている。しかも、その情婦との姦通は前記数箇の事例からも窺われるように内縁関係を結びたと否と、また、家庭に引入れた場合たと否とを問わない。けれども、継続的のものであることを要する点に、未だ男女不平等が存していた。

この種判例(明治41年頃が初期)の摘録は、穂積・「夫の姦通」・家族制度全集法律編Ⅱ離婚160—162頁、その他太田・前掲書68頁以下に詳しい。

- (3) 姦通は、立法主義の有責・無責いずれたるを問わず、常に認められる典型的、且つ最もプリミチブな離婚原因として許容されたとみられるものであり、Lutherのような離婚原因を認めること甚だ吝であつた者でさえこれを離婚原因として認めたし、また、離婚を禁止したフランスの古法時代に於ても、夫婦別居制度(離婚に代るもの)のもとで夫が採用しえた唯一の別居請求原因であつた(またこれはフランス革命後、最初の離婚)(穂積・前掲876頁、岩垂・前掲紀要6号27頁)。

西洋の離婚法は教会において発展したもので、離婚原因は最初から極めて制限的であり、当初は、姦通と遺棄に限られていた。その後姦通に準じて不自然性交が、また遺棄に準じて虐待・侮辱・犯罪等等が加えられるようになった(詳細は、前掲紀要6号24頁)。

- (4) 姦通の最も原始的観念は夫の重要財産に対する侵害とみられた。今日ほとんど全世界的にみられる夫婦平等の姦通観念は実に数千年進化の文化的所産といわれる(中川・「姦通と離婚」・家族制度全集史論編Ⅱ離婚261頁以下参照)。

西洋諸国のうち姦通について夫婦不平等主義をとる少数の立法例としては、ベルギー・ルクセンブルグ・モナコ・ポルトガル等を数えることができる。ベルギー・ルクセンブルグ法は「夫の姦通」は特に夫婦同居の場所へ妾を引入れた場合に限り離婚原因を構成し、妻については家庭外の姦通も離婚原因となる。モナコ法(1907年)は、妻が原告の場合は「夫の姦通」は夫婦同居の場所へ妾を引入れたことを立証すること、もしくは夫の姦通が婚姻義務(同居・協力・貞節・扶助など)の重大なる違反である事実を伴う場合に限り離婚原因となる。

また、ポルトガル婚姻法(1910年)は姦通については、夫婦平等を認めるが、判例は、妻の場合には厳格な原因とするに対し、夫の姦通はその結果の状況により夫婦愛の消滅を表示するものと認められる場合に限り、離婚原因となりうるものとして裁判所の裁量権を認めた。「妾をもつは男の働き、妾をもつても妻を見捨てない」限り姦通に当たらないというわが国従来の封建的な考方に一脈相通するものがあるとみられる(三田・離婚原因に関する欧州諸国の立法例とその考察・法学志林51巻1号1号73頁参照)。

フランス民法は制定当時離婚原因たる姦通について夫婦差別的取扱をしていた(229・230条)が、離婚制度が1816年2月19日に一旦廃止されて、1884年7月27日に復活された際夫の姦通についての但書(230条但書、妾を共同生活の場所へ引入れた場合に限るとした)が削除されて男女平等に、姦通を離婚原因とした(もつと判例は早くから夫の姦通も、それだけで重大なる侮辱として別居原因と認めていた)。フランス民法が夫及び妻について全く同じ形式の離婚原因

を別々に規定している(229条・230条)のは右の沿革上の理由によるものである。

比較的小くまで不平等主義をすてなかつたイギリスは、夫についてはいわゆる「犯罪的姦通(Criminal adultery)のみを離婚原因としていた(この点についてはわが旧法と同じ)が、1923年7月18日の法律(The Matrimonial

Causes Act, 1923)によつて夫の姦通も妻の姦通と同様に離婚原因とした。

アメリカ諸州のうち現在なお不平等主義を維持しているのはケンタッキー及びテキサスの二州である。ケンタッキー州では妻については、姦通の事実行為がなくとも、「不貞(の証拠たる淫奔)な行状」をもつて離婚原因となし得るに対し、夫については「姦通生活」すなわち蓄妾等の継続的姦通をもつて離婚原因とする。また、テキサス州では、「夫が妻を棄てて他女と姦通生活(living in adultery)をした場合、妻は離婚権を取得する。すなわち、夫の姦通は遺棄を伴わないと離婚原因にならない。かかる場合には、わが旧法においても、「悪意ノ遺棄」または「重大ナル侮辱」として離婚原因となり得たものであるから、結局、この二州の離婚法制はわが旧法と大差が認められない(大江・米国における離婚制度98頁、穂積・親族法389頁、大阪谷・民商法雑誌22巻1号52頁)。

#### 4 「不貞な行為」の意義

770条1項1号の「不貞な行為」とは夫婦間の性的信義誠実義務の違反すなわち貞操義務違反の行為をいい、それは姦通を含んで、より広い概念と解すべきである。その典型的なものは姦通であるが、姦通にはいたらぬが、夫婦間の性的信義誠実義務に違背する行為はすべてこれに含まれる。<sup>(1)</sup>

「不貞な行為」を狭く解する学説は、「不貞な行為」は肉体関係を必要とするとし、それに洩れた貞操義務違反の行為(姦通の未遂や、単に姦通を推測させる行状など)が離婚事由となるのは、

「5号の規定によるのであつて、1号の規定によるのではない」と説く。<sup>(2)</sup>

しかし、「不貞な行為」の意義を広狭いずれに解すると、離婚訴訟の消長には影響はないとおもう。けだし、或る事実が1号で処理されるにせよ、または5号で処理されるにせよ、それが「婚姻を継続し難い重大な事由」と判断されない限り、離婚判決を正当づける離婚原因とはなりえないからである。<sup>(3)</sup>

不貞な行為は夫婦いずれの場合にも離婚事由となりうる。したがつて、妻について不貞な行為となる程度の行為は、すべて夫についても同様不貞な行為となるのであつて、両者にとつての差別的取扱を認めない。したがつて、不貞な行為は単に一回限りの偶発的のもの(accidental adultery)であると、継続的な関係(continuous adultery)であるとを問わず夫婦いずれにとつても離婚原因となりうる。

不貞な行為それ自体は、婚姻義務違反のうち最も重大な非行であり、有責行為であることはいうまでもないが、破綻主義の新法のもとでは、不貞な行為が離婚原因となるのは、その有責性の故ではなく、その不貞な行為が惹起する婚姻生活の破綻を理由とするものである。したがつて、その不貞な行為たる事実が民法770条の離婚原因となるか否かは、その行為によつて生じた婚姻破綻の程度が当該夫婦にとつて「婚姻を継続し難い重大な事由」に該するか否かによつて決せられなければならない。

しかし、「不貞な行為」それ自体は明かに有責性を含む概念であるから、道徳的に非

難可能性のないものは、たとえ、外形的には不貞な行為に該る行為であつても、ここに謂わゆる「不貞な行為」には該らない。すなわち、不貞な行為は外形的には肉体関係、もしくは肉体関係を推測させる関係を、内心的には自由な意思を必要とする。

されば、善意の重婚<sup>(4)</sup>（例えば、夫の戦死公報後その生還前になされた妻の再婚）や、通常な社会環境においてでなく、戦後の外地というような異常な混乱にある状況下にあつて生活の保持上已むを得ず結んだ一時の夫婦関係のごときは、貞操保持の期待可能性の度が低く、夫についても、妻についても、離婚原因たる「不貞な行為」には該らないと解すべきである<sup>(5)</sup>。もつとも、善意の重婚も、それが婚姻生活の破綻を惹起している場合には、他の離婚事由<sup>(770条1項5号)</sup>によつて離婚原因となりうることはいうまでもない。

姦通の意義 「不貞な行為」の中核をなす「姦通」の意義については明文の規定なく、判例も亦これを明かにしていない。しかし、一般に、姦通とは配偶者ある者が配偶者以外の者と性交をなすことであると解されている<sup>(6)</sup>。姦通は有配偶者の行為であるが、その相手方は配偶者あると独身者たるとを問わず、また、売春を常習としていると否とを問わない。

姦通<sup>(または不貞行為)</sup>は、婚姻後の行為についていうのであるから、婚姻前の行為は、たとえ、婚約中の行為であつても、姦通<sup>(または不貞行為)</sup>とはいうことができない。しかし、婚姻前より行われていた妾関係であつても、引続き婚姻後に及ぶときは、たとえ原告がこの妾関係を承知の上の婚姻であつても姦通<sup>(または不貞行為)</sup>であることもちろんである<sup>(7)</sup>。

姦通はそれ自体有責的な行為であるから、その成立には、客観的<sup>(外形的)</sup>には肉体的関係を、主観的<sup>(内心的)</sup>には自由な意思の二要素を必要とする。ゆえに、心神喪失中の行為や強姦の被害者については姦通は成立しない。しかし、自らの過失により招いた酩酊状態中の行為については責任を負うべきものであろう<sup>(8)</sup>。

新法の「不貞な行為」は、すでに述べたごとく必ずしも肉体関係の存することを要しないが、これについても姦通に準じて、外形的行為と自由意思との二要素を必要とする。もつとも、新法下で、「不貞な行為」を理由として離婚を認めた判例は、すべて姦通に関するもの<sup>(9)</sup>のようである。

(1) 中川教授<sup>(民法大 第68頁)</sup>は、「不貞とは、一夫一婦制の貞操義務に忠実でない一切の行為を含み、

姦通より遙に広い概念である」とされ、青山教授<sup>(家法 第129頁)</sup>も「これは姦通を含んでより広いのであり、さらに肉体関係以外の不道德で姦通にはいたらぬが、夫婦の信頼義務に反する行為が含まれるであろう」と説かれる。末川博士<sup>(民法下ノ 1-103頁)</sup>も「不貞行為というのは、夫婦間の貞操義務に反する行為であつて、性的信義誠実義務の違反である」と説かれる。

姦通を推測させる行状や姦通未遂なども「不貞な行為」に含まれるであろう<sup>(反対一中川編・前掲註釈民法)</sup>

上<sup>272頁</sup>(木村)。<sup>272頁</sup>。しかし、学者の期待にもかかわらず新法下の判例で、そこまで「不貞な行為」を拡大したものは未だ見当らないようである(太田・前掲<sup>128頁</sup>)。

旧法下では、姦通の立証ができない妻とその愛人の関係を重大な侮辱にあたるとした判例が少くない。例えば、「控訴人(妻)ハ商用ノ為大正14年頃ヨリ被控訴人(夫)方ニ出入シテイタル訴外野村直樹ト相識リ漸時昵近トナルニ及ビ……電話ニテ語り合ヒ情緒纏綿タル恋情ヲ披瀝シタル艶書ヲ交換シ……且ツメリヤス、ネクタイ、靴下等ノ物品ヲ贈与シ殊ニ大正15年9月中某日午後8時頃活動写真観覧ニ藉口シテ外出シ……飲食ヲ共ニシ更ニ昭和2年1月中某日午後8時頃……上野公園東照宮付近ヲ逍遙シ密語ヲ交ヘ尚同年3月中某日午後8時頃同様上野停車場前ニ落合ヒ当日同伴セル女中湯川ユキヲ浅草公園金竜館ニ行カシメタル後上野公園摺鉢山付近ヲ逍遙シ同所ニ於テ接吻ヲ交エタル事実ヲ認め得ベク……情交ヲ交エタル事実ニ付テハ本件挙証ヲ以テスルモ未ダ之ヲ確認スルニ定ラズト雖モ叙上認定ノ如キ控訴人ノ所為ハ妻タル婦女子トシテ夫……ニ対シ重大ナル侮辱ヲ与ヘタルモノト謂フ可ク之ヲ以テ離婚ノ原因ト為スヲ得ベキコト勿論ナリトス」(東京控訴判・昭和4年5月31日)。<sup>272頁</sup>。その他東京地判・昭和5年5月16日など。このような事例は新法下では「不貞な行為」にあたるものと思われる(青山・前掲<sup>133頁</sup>)。

- (2) 例えば、中川編・前掲書272頁(木村)。
- (3) しかし、「不貞な行為の意義を狭く解すると、それに洩れた貞操義務違反の行為は、結局『その他婚姻を継続し難い重大な事由』で処理され、したがって、裁判官の裁量でそのような行為があるにもかかわらず離婚を認めないことになるおそれが大となるから、やはり広く解すべきだ」と説く学者もある(中川=島津・綜合判例<sup>1</sup>・研究叢書・民法48頁)。
- (4) 中川編・註釈親族法上273頁(木村)、青山・前掲書133頁。
- (5) 中川=島津・前掲書51頁、千種・「未引揚者の不貞と離婚」・法律時報23巻3号65頁参照。判例も同趣旨一夫に関し、東京地判・昭和25年12月6日・下級民集1巻12号1923頁、妻に関し、大阪地判・昭和26年11月20日。
- (6) イギリスの婚姻事件法(The Matrimonial Causes Act, 1950)において離婚原因たる姦通(adultery)とは、婚姻継続中すなわち婚姻の挙式(cerebration)後配偶者以外の者との間に行う任意的性交であるとされる(田中・イギリス離婚法<sup>1</sup>・比較法研究2号8頁)。
- アメリカ離婚法においても、姦通(adultery)とは、「有配偶者が其夫又は妻以外の者と任意の性交を為すこと」(Voluntary sexual intercourse of a married person with a person other than the offender's husband and wife)と解している。もつとも、このような姦通の定義を掲げているものは、カリフォルニア・アイダオ・モンタナ・ノウスダコタ・サウスダコタの五州にすぎないという(穂積・法学協会雑誌50巻7号15頁、大阪谷・民商法雑誌22巻1号52頁、大江・「米国における離婚制度」司法研究報告書2輯7号<sup>1</sup>98頁、太田・前掲書105頁参照)。
- 欧米で姦通について男女不平等主義をとる少数立法例における姦通の意義が夫と妻により異なることに関しては、前出3の註(4)参照。
- (7) 「南浦仙子との妾関係は承知の上で婚姻したものであることは右に認定の通りである。そうすると原告が妻の座になおつたとたんに、南浦仙子等との妾関係を被告の不貞行為として非難することは、なにか急に開きなおつたようで割切れない感じを与えるかもしれない。しかし、妻以外の女との性的交渉が妻に対する不貞の行為であることは明かだし、一旦婚姻によつて妻となつた以上、そのいきさつ如何にかかわらず、妻は妻であつて、夫の不貞を許容しなければならぬ妻というようなものを認めることは厳密に一夫一婦の性秩序を貫徹しようとする法の立場と相容れない。……右妾関係が……不貞の行為であることは明かである」(大阪地判・昭和29年4月28日・下級民集5巻4号<sup>1</sup>554頁)。
- (8) 中川編・註釈親族法272頁(木村)。
- (9) 青山・前掲書133頁、太田・前掲書128頁、中川=島津・前掲書46頁。

## 5 「不貞な行為」と新法下の判例

旧法の離婚事由たる「姦通」(813条<sup>2</sup>号)はそれ自身絶対的離婚原因であつたから、裁判所は、ただ姦通の事実の有無を認定するのみで離婚の許否をなし得たのであるが、新法の離婚事由たる「不貞な行為」(770条<sup>1</sup>項<sup>1</sup>号)は、それ自身絶対的離婚原因ではないから、裁判所は不貞行為の事実を認定しても、さらにそれが新法の離婚原因たる婚姻破綻を惹起しているか否かについての判断を加えることを要し、しかる後離婚の許否を決しなければならないのである。

しかも、実際の離婚事件においては、不貞な行為が単一に破綻の原因となる場合もあるが770条1項例示の他の事由(2号<sup>4</sup>号~)やそれ以外の事由(5号)が複合して、同条の離婚原因たる「婚姻を継続し難い重大な事由」を形成している場合が多い。したがって、新法の下で不貞行為に関する離婚判例は1号の事由を単一理由とするものも少くないが或は1号と2号及び5号の離婚事由により、或は5号の離婚事由によつているものもかなり多くみられる。後の例としては、夫が収入を挙げて道楽に消費して、家庭を顧みず、女を替えること8回、情婦と同棲して時々帰来し、賃仕事で一家を支えている妻に賭博・競馬・競輪等遊びの為の金品を要求し、妻がそれに応じないと乱暴するような場合を1号・2号・5号のいずれの事由にも該当する旨判示し(東京地判・昭和25年5月13日・下級民集1巻<sup>5</sup>号<sup>5</sup>頁、279頁)、また夫が他女と関係して一子を儲けたのみでなく、その女を夫婦の住居に出入させて関係を結ぶなどの行為のある場合(徳島地判・昭和25年2月17日)や、夫が他に情婦と同棲、そのため妻と別居、二人の間には夫婦としての信頼も愛情もなく、将来夫婦として生活を続けゆく意思を全く喪失している場合(東京地判・昭和25年12月27日)及び妻が夫に無断で家出して他男と同棲するなどの行為があり、他方夫は妻以外の女性と屢々関係し、現に妾と同居生活を続けており夫婦間に真実婚姻生活を継続する意思が全く失われている場合(最判・昭和31年2月11日・民集<sup>9</sup>巻12号1150頁)を、それぞれ5号の事由に該ると判示しているなどである。

また裁判所は、被告(妻)が他男と数回関係した事実により1号の離婚事由を認定しながら、現在6人の子供(うち5人は<sup>1</sup>未成年者)のあること、および妻はその後「従来の素行を深く反省して現在夫と同居して、夫の愛情を取戻そうと努め、且つ自身も内職をしながら困難な家計をやりくりして懸命によき主婦となろうとしていて、妻の気持としては、夫及び6人の子供との健全な家庭生活の継続を強く希んでいた」事情を参酌して同条2項により離婚請求を棄却している(浦和地判・昭和26年10月26日)。この事件においては、770条の実質的離婚原因たる「婚姻を継続し難い重大な事由」(婚姻<sup>1</sup>破綻)が未だ存しないと判断されたのであろう。

## 6 「不貞な行為」の認定

元来姦通その他の不貞行為はつねに隠密に行われる性質のものであるから、その行為

の認定は、いわゆる情況証拠によらねばならぬ。したがって、「不貞な行為」(1号)を離婚事由とする事件においては、いかなる行為・事実が、これに該当するかの問題よりは、裁判所はいかなる情況証拠(間接<sup>(1)</sup>証拠)により、姦通その他の不貞行為を認定し、もしくは否認するか一層重要となる。

旧法下の判例は、妻が恣に愛人と料理店にて遊興を共にした事実により(東京控判・大正5年10月<sup>14)</sup>、また妻がたまたま、夫家に雇人として住込んでいた男と温泉旅行をこころみ、妻は男の姉と名乗って、同室にて投宿(もつとも、男から妻はたまたま月経時で、さらに別の旅館では一箇の寢床に就寝した事実、及びその後男が主人たる原告に死て自分の不心得よりかかる事件を起して自責の念にたえない旨をかけた謝罪状などにより(東京地判・昭和3年3月<sup>5)</sup>)姦通を推認しているが、時には妻が情夫と温泉旅行に出て旅館に一泊した事実を認定しておきながら「通常ノ事例ヨリ觀テ斯ノ如キ事実ノ存スル以上、此ノ時兩名間ニ情交アリタルコト推定スベキモノノ如クナリト雖モ、証人……ノ証言ニ依レバ却テ兩名ハ同泊シタルニモ拘ラズ情交ヲ為サザリシ事実ヲ認定セザルヲ得ザル情況ニ在ルヲ如何セン。又右熱海旅行以前……原告ガ郷里ニ赴キ或ル期間不在ナリシコトハ……之ヲ認ムベシトスルモ、此ノ間被告ト小西亮トノ間ニ情交関係アリタルコトハ、之亦原告提出援用ニ係ル全証拠ニ拠ルモノヲ認定スル能ハザルナリ」(東京地判・昭和11年3月16日<sup>(2)</sup>)としている。

英米法では一定の事実があれば、姦通が行われなかつた旨の説明が合理的になされなにかぎり、姦通を推認すべきものとされる。すなわち、イギリスでは、被告が異性と同室で一夜を過した場合(わが判例もほぼ同様)・妻が子を産み、夫が父であり得ないと証明された場合・被告が書面によつて姦通を自認した場合・被告が原告以外から性病を感染していることが証明された場合・被告が淫売宿を訪ねた事実・被告が重婚を結んだ場合<sup>(3)</sup>。またアメリカの判例も、被告が淫売宿その他醜名のある家に出入した事が立証された場合(Daily v. Daily, 64 I 11. 329)・婚姻後長期間を経た後において性病(veneral disease)に感染している事が発見された場合(North v. North, 5 Mass. 320)等には姦通の事実を推認しようとしている<sup>(4)</sup>。

新法下の判例においても、「不貞な行為」に該る離婚事件はすべていずれも姦通を伴うものであり、その姦通の認定はいわゆる情況証拠によつてなされている<sup>(5)</sup>。

(1) 太田・前掲書103頁。

(2) しかし、姦通ないし情交を認め、もしくは認めない情況証拠を具体的に示す証言内容などは判決に明かにされていない(太田・前掲書104頁)。

(3) Eversley's Law of Domestic Relations, 6th ed. 1951, P. 275f. 中川=島津・前掲書52—53頁より。

(4) しかし、「妻が不在中屢屢家を留守にし、又一時に数日間も継続して留守をしたことがあり、しかも近隣の者が彼女の浮気なことを評判としていた事実がある場合でも、ただそれだけの事実だけでは不十分であり(Thomas v. Thomas, 51 I 11. 162; Blake v. Blake, 70 I 11. 618); また男女が同一の家屋に居住しているという事実が認められる場合でも、その居住が正当な目的のためになされているものでないという事が証明されない限りは、姦通を認定するに不十分である(Crane v. Crane, 128 Md. 214; Wille v. Wille, 88N. J. Fq. 581)

としていた」(太田・前掲書107—8頁, 詳細は, 大阪谷・  
前掲民商法雑誌22巻1号54—5頁参照)。

この点につき「最も普通の場合, 姦通を立証する状況としては, 妻以外の女性を伴った夫の筆跡によるミスター・アンド・ミセスで始まる変名の宿帳記入と, 姦通を聯想させる振舞と, 服装と, 環境とが挙げられるようであるという(立石・家教月報)。

(5) かかる離婚判例は, 太田・前掲書128頁以下に詳しい。

## 7 自らの不貞行為により離婚原因をつくつた者の離婚請求権

離婚原因たる婚姻破綻に対して必ずしも, 被告のみが有責であることを要しないが,<sup>(1)</sup>原告が主として責任を負うべき場合に離婚請求が許されるかどうかの問題。新法下の判例は, 「自己の責に帰すべき事由によつて婚姻関係の破壊をもたらしながら, これを離婚の訴の原因とするようなことは信義誠実の原則によつて許されない」(大阪高判・昭和24年7月1日・民集6巻2号119頁) 「前記民法の規定は相手方に有責行為のあることを要件とするものではないことは認めるけれども, さりとて前記の様な不徳義・得手勝手の請求を許すものではない」(最判・昭和27年2月19日・民集6巻2号110頁) 民法770条1項5号にかかげる事由が, 配偶者の一方のみの行為によつて惹起されたものと認めるのが正当である場合には, その者は相手配偶者の意思に反して同号により離婚を求めることはできない」(最判・昭和29年11月5日・民集8巻11号2033頁) 「何人も自己の背徳行為により勝手に夫婦生活破綻の原因をつくりながら, それのみを理由として相手方がなお夫婦関係の継続を望むに拘らず, 右法条により離婚を強制するが如きことは吾人の道徳観念の到底許さない処であつて, かかる請求を許容することは法の認めない処」(最判・昭和29年12月1日・民集8巻12号343頁) と判示し, 自らの不貞行為により離婚原因(婚姻破綻)をつくつた者の離婚請求を棄却した。

要するに判例の立場は, 新離婚法における破綻主義も破綻に対して主として有責なる配偶者の離婚請求権を包含しないと解する消極的破綻主義をとるものであり, しかも, その根拠を婚姻における倫理的責任にもとづく信義誠実の原則に求めているようである。したがつて, 今日主たる有責配偶者の離婚権は否認すべきものとする判例法がすでに確立しているといつてよい。これに対して学説の多くは, その理由として説くところは必ずしも同一でないが判例の立場を支持する。<sup>(2)</sup>

しかし, すでに実質を失つて単に形骸と化した婚姻を法の強制によつて維持させることこそ「個人の尊厳」(憲24条)を基調とする婚姻の倫理性に反するものであるから。<sup>(3)</sup>新法の徹底した破綻主義のもとでは, 主たる有責配偶者の離婚請求をその有責の故に排斥することは許されず, 離婚原因たる婚姻の破綻が存するかぎり, 婚姻の各当事者は離婚請求権を取得するものであり, ただ離婚請求権の行使が婚姻の倫理性に基く信義則・公序良俗に反する場合に限り, その離婚権の行使は権利濫用の法理によつて制限されるに過ぎないと解すべきであろう。されば主たる有責配偶者の離婚請求が, 一概に信義則に反するとして, これを排斥する消極的破綻主義には賛成することはできない。主たる有責配偶者の離婚訴権の行使が具体的に権利濫用に該らない限り, 裁判所はその者の離婚請求を許容すべきである。離婚に応じない配偶者に正当の理由がない場合(たとえば, 婚姻意思は失つてい



るが、単に相手方を困らせるた<sup>(6)</sup>は離婚を認めても権利濫用を許すことにはならないであらう。しかして、それによつて失われる正義・衡平は離婚の効果たる財産分与<sup>(768)</sup>に離婚扶養<sup>(離婚原因に対する過失を参酌)</sup>の性質を含ませて無責配偶者の生活保障を講じ、或はまた子の監護者の決定について離婚過失を参酌するなど、この面において回復させるよう配慮すればよいのである。すなわち、立法論はさておき、現行民法の解釈としても、離婚原因に対する責任の有無及び所在いかんは民法768条3項の「その他一切の事情」に包含さるべき一つの事項と解するのが適当である。その結果決定される財産分与は、離婚過失に対する制裁的、もしくは懲罰的な意味をおびることになるのは当然であるが、離婚過失を離婚権の消長にかかわらしめることは、制裁離婚<sup>(le divorce-sonction)</sup>の観念を容れない離婚制度の目的に反する<sup>(8)</sup>。

すなわち、原告の有責事情は、離婚原因の阻却事由<sup>(離婚権成立の消極的要件)</sup>としてではなく、離婚権行使の消極的要件と解すべきである。

以上の見地から、私は回復の期待可能性の全くない婚姻破綻<sup>(770条の離婚原因たる「婚姻を継続し難い重大な事由」)</sup>を認定しながら、その婚姻破綻を生じた主たる原因が、原告の不貞行為<sup>(7)</sup>であるとの理由で、離婚請求を棄却した前記諸判例の態度には賛成することはできない。

同時にまた、被告(夫)は自己の責に帰すべからざる事由により外地に抑留生活を続けて帰還の時期も不明、婚家も実家も頼りにならず、幼子をかかえて生活と苦闘する妻が、職を求めれば不安定で誘惑の多い進駐軍労務しか得られない状況下で止むをえずなした事実上の再婚により被告(夫)との婚姻生活の実質が完全に破壊されている場合にも、婚姻破綻に自ら原因を与えた者の離婚請求を認めえないとの理由で之を棄却した判決<sup>(東京地判・昭和29年8月13日)</sup>の態度に対しても少からず疑を挟むものである。

この判決に対し批判的な学者は、かかる異常な環境における妻の不貞行為は責任を問われえないものであり、この場合婚姻は無過失的に破綻したとみるべきであるとし、かかる立場から本件は、無責配偶者による離婚請求事件と解して、本件請求は容認せらるべきであると主張する<sup>(8)</sup>。

しかし、原告(妻)のおかれた当時の社会と環境が、原告の主体性を維持する余地の全くない程厳しいものであつたかどうか、換言すれば、原告の行為が全然法律上婚姻義務違反といえない性質のものであると云い得られるものかどうか。例えば、妻と夫と立場は入替わるのであるが、自己の責に帰し得ない事由によつて抑留生活を送っているような「特殊な環境の下にあつて被告(夫)が他の女性と同棲した事実があつたとしても……これを不貞な行為があるものと……することはできない」<sup>(前出・東京地判・昭和25年12月6日)</sup>という見解に対しては、何人も異論がないであらう。しかし、あれと、これとではその事情において、なお相当の隔りが感ぜられてならない<sup>(9)</sup>。

わたくしは、やはり、本件は主たる有責配偶者の離婚請求と見るべきだとおもう。しかして、主たる有責配偶者の離婚権を必ずしも否定しない、わたくしの立場からは、原告の離婚権を認むべきだとするものであり、しかも、この有責配偶者たる原告の離婚権の行使<sup>(離婚請求)</sup>は原告が婚姻義務違反<sup>(不貞行為)</sup>を犯すに至つた事情にかんがみて、つよく

責むべきでなく、したがってその離婚請求を許すことが公序良俗に反するとも思えないから、それはいわゆる権利の濫用に亘る行使には該らないとの理由で、本件離婚請求は<sup>(10)</sup>認容さるべきであるとするのである。

(1) (イ) 婚姻破綻に対し、原・被告が同等程度に有責の場合について、離婚請求は認められる(大判・昭和4年3月1日・新聞2976号14頁, 前出最判昭和31年12月11日)。後の事件における当事者の不貞行為は、夫が夫なら、妻も妻と云つたように、婚姻破綻の責任は双方に存すると認定された。旧法は、相互責任を規定し<sup>(815)</sup>、外国法は recrimination (互責) の制度を設けているものがあるが、双方の過失は、いわゆる過失相殺をゆるすべきでない。なお、岩垂・前掲紀要8号77頁以下。(ロ) 原告にも多少の責任がある場合には、それを理由に離婚請求は棄却されない。東京高判・昭和30年4月27日・高裁民集9巻12号1850頁は、「被控訴人(原告妻)が20数年前に起きた控訴人(夫)の婦人関係を根に持つてことある度にこれを言い立て控訴人の古傷に触れるようなことをして徒らに控訴人の感情を刺戟する態度のあつたことも察せられるのであるが、控訴人側では……些細のことに暴力を振り……婚姻を継続し難い事由があるものとして、……本件請求は正当」とし、また本件の上告審たる最判・昭和30年11月24日・民集9巻12号1837頁は、「被上告人(妻)側にもいくらかの落度は認められるが上告人(夫)側にはより多大の落度があると認められる……場合に被上告人(妻)側の離婚請求を認めても違法とはいえない」とする。<sup>(なお東京地判昭和34.8.7)</sup>

(2) 同趣旨の下級審の判決としては、横浜地判・昭和25年11月7日、前橋地判・昭和27年7月5日、広島高岡山支部判・昭和29年1月13日など数多い。

(3) 判例に賛成するもの——尾高・法学協会雑誌72巻3号306頁、沼・法新61巻8号57頁、赤崎・民商法雑誌32巻4号69頁、福地・民商法雑誌23巻4号152頁、福島・民商法雑誌32巻5号48頁、中川・法学セミナー1号36頁、太田・前掲書192頁、中川・親族法(上)261・305・306頁、中川=島津・前掲書4—6頁・29頁。

判例に反対するもの——高梨・日本婚姻法論246—250頁、中川淳・立命館法学10巻27頁以下、大川・阪大法学5号71頁以下、高橋・専大論集10号43頁、加藤・同志社法学33号60頁。

青山教授<sup>(前掲書131頁)</sup>も「婚姻における倫理的責任を強調する立場からいえば、いちおううなずけるが、もはや婚姻の名に値しない破綻し切つた婚姻を強いて形式的に継続させることがつねに妥当かどうかは問題の余地がある」と説かれる。

(4) 大川・「破綻主義と有責配偶者の離婚請求」・阪大法学5号76頁参照。

(5) 岩垂・「身分権の濫用について」・民商法雑誌35巻2号156頁参照。

(6) なお770条は主たる有責配偶者の離婚請求権を必ずしも排斥する趣旨に解すべきでないことについての論拠の詳細は、岩垂・前掲紀要6・7・8号及び10号以下参照。

比較法的には、ドイツ婚姻法<sup>(1938年)</sup>55条<sup>(1946年法では48条)</sup>(破綻主義の相対的離婚原因)の規定と解釈とがこの問題に関する民法770条の解釈の上に示唆するところ大である。55条1項は、「夫婦の家族共同生活が3年以上廃止され、婚姻の本質に即した共同生活関係の回復が期待され得ないときは、各配偶者は離婚を請求することができる」という破綻主義の相対的離婚原因を示し、その後をうけて、2項は「離婚訴訟の原告が婚姻生活の破綻につき全面的に、又は主として有責であるときは、被告は離婚に異議の申立ができる。但しこの異議は婚姻の本質と配偶者双方の全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ときは、斟酌されない」旨を規定し、有責配偶者の離婚請求は必ずしも排斥せられず、ただ、被告から異議があつたときに限り、原告の主たる有責事情は婚姻の倫理的正当性又は公平の原理に遵つて判断されるにすぎないとされる。

同条の解釈は、ナチス時代と戦後の民主主義下のドイツ<sup>(1946年法48条2項)</sup>のもとでは、政治的理念

の変遷に伴い、若干の差異がみられるけれども、戦後では大体被告からの異議がなければ原告の有責事情は参酌されず、異議があれば裁判所は、全く破壊された婚姻の継続が道徳的に正当性があるかを職権をもつて判断しなければならないと解されている。

ドイツ婚姻法においては、原告の主たる有責事情は、離婚権行使の消極的要件として考慮されるものであり、その判断の基準は婚姻の倫理性に基く信義則であるとみられる。しかし、婚姻維持の倫理的正当性に反するとき即ち、広い意味で信義則に悖るときに離婚権の行使が許されないことは権利濫用の法理上当然の事理というべく、あえて法律の規定を俟つまでもないことである。

されば、わが民法770条の解釈としても、裁判所は離婚の許否に当り、同条2項の考慮を経て、さらに右の判断を要求される。

有責配偶者の離婚権を認めるべきか否かの問題は、同条1項の離婚原因たる婚姻破綻が存在し、認定されていることを前提とするものであるから、本問題は同条2項とは無関係である。

- (7) それら諸判例の事案はいずれも、もし裁判所が原告の離婚請求を容れても、決して権利の濫用を許したことにはならないであろうものばかりである。またその方がむしろ離婚訴訟の具体的妥当性を目ざす相対的離婚原因主義にもよく適合するものと考ええる。
- (8) 例えば、中川・「ソ連抑留中の夫との離婚訴訟事件」・ジュリスト68号2頁以下、中川=島津・前掲書34—35頁、高梨・日本法学20巻3号89頁、また青山・前掲書134頁註8も同旨か。
- (9) この点に関し、太田・前掲書215頁は大体同様の見解をとりつつ、結局は判決に賛成する。
- (10) 詳論は、岩垂・紀要10号以下にゆづる。結論は、たまたま中川教授（前掲ジュリスト<sup>6</sup>巻8号2頁以下）と同じであるが、教授は本件を無責配偶者による離婚請求とみていられるようであるのに反し、私は主たる有責配偶者の離婚請求という理論構成をとる点がことなる。本件においては、結局教授と私とが結論を同じくしたのは、判決に認定された事実の評価なり、それをみる視角が同一であつたことに基因するのであるが、一般的には、私説の具体的適用の結果がつねに教授のそれと一致するものとは限らない。すなわち、積極的破綻主義の立場をとる私の方が概して離婚自由の範囲をより広く認めることになるのではなかろうか。

### Summary

#### Adultery or Unfaithfulness of Spouse

Hajime Iwadare

(Department of Law)

In this treatise I shall discuss adultery or unfaithfulness as relative causes of divorce, that in objectivism of divorce causes, that without distinction of sex, the meaning of unfaithfulness of spouse in art. 770 of our civil code, unfaithfulness in our new case law, presumption of adulterous or faithless behaviours and divorce suit by the guilty spouse who has committed unfaithful deeds.