

## 民法第七七〇条の法意(続)

——とくに訴の不受理原因における相対主義について——

岩 垂 肇

民法が目的主義をとつた結果、相手配偶者の非行に対する同意(旧法八一三条一項・ドイツ民法一五六九条二項・スイス民法一三七条)・宥恕(旧法八一四条二項・ドイツ民法一五七〇条・一九三八年婚姻法五六条)その他一般に離婚原因阻却事由の法定を不必要にした。旧法の同意(旧法八一四条一項)・宥恕(旧法八一四条二項)・有責(旧法八一五条)アメリカ法のいわゆる“Defences”イギリス法の“bars”「離婚防止原因」などに相当する事由は、当然すべて新法では「考慮される」「一切の事情」(民七七〇条二項)の中に包含され、当該婚姻関係について相対的に評価されることになるからである。

ドイツ民法第一五七〇条は「第一五六五条乃至一五六八条の場合における離婚請求権は宥恕により消滅する」(Das Recht auf Scheidung erlischt in den Fällen der §§1565 bis 1568 durch Verzeihung)と規定する。即ち、精神病を離婚原因とする場合(一五六九条)を除き、姦通 Ehebruch 及びこれに類似の犯罪行為(一五六五条)・殺害の企図(一五六六条)・悪意の遺棄 Bösliche Verlassung(一五六七条)・虐待 Grobe Misshandlung などの重大なる婚姻義務違反及 Schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten または不名誉または背倫の行為 Ehrloses oder Unsittliches(一五六八条)をもつて離婚原因とする場合において離婚請求権者がこれらの非行を宥恕したときは、離婚請求権は消滅すべきものとする。そもそも、ドイツ民法の離婚原因は精神病の場合を除き、配偶者の一方の有責行為であり、而して、これらの有責行為を離婚原因とする所以は、これらの行為が婚姻関係の破綻を意味するものであることは、第一五六八条に「配偶者の一方に婚姻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り婚姻の継続を強い難い程度に婚姻関係に深刻な破綻に責ある場合には、他方は離婚を請求することを得」とあるによつても知ることができる。そして姦通其他の絶対的離婚原因については、法律は当然婚姻関係の破綻を認めるのである。然るに、婚姻が破綻されたか否かは、主として当事者の感覚上の問題であるが故に、配偶者の一方が相手の非行を宥恕——悪感情の放棄——したとすれば、彼はなお、婚姻関係の破綻を感じないか、又は之を感じてもなお且婚姻の継続に堪え難いほど重大なものでないことを推認しうるであろう。これが宥恕を離婚請求権の消滅原因とする立法理由と解される。ドイツ新婚姻法(Das neue deutsche Ehe recht, 1938)も離婚請求権の排除(Husschluss Scheidungsrechts)原因としての宥恕について「有責原因ニ基キ離婚ノ権利ハ、被害配偶者ノ行状ヨリシテ相手方ノ過誤ヲ宥恕シタルコト、又ハ之ヲ婚姻破壊ト感ゼザリシモノト認メラルベキハ成立セズ」(五六条)と云えるところか

らも之を窺うことができよう。しかし、目的主義に立つときは宥恕は必ずしも客観的破綻を緩和せしめるものでなく、時には之を増加させるものであるからこれを離婚権消滅事由として法定することは妥当でない。<sup>(2)</sup>

わが旧民法は、ドイツ民法草案に倣い有責主義をとつたから、宥恕を離婚権消滅事由として規定していたのであるが（旧法八一四條二項）、目的主義をとつた改正民法が、宥恕その他の離婚権消滅事由のみならず、同意の如き離婚原因阻却事由の規定を設けず、ただ概括的な請求棄却事由（七七〇條二項）を認めたのは当然である。

一般に「離婚訴訟不受理原因」又は「離婚阻却事由」と称せられているものには、厳密には離婚原因阻却事由及び離婚権消滅事由とがある。離婚権消滅事由は離婚原因が存し、従つて離婚訴権が成立したに拘らず、離婚権を消滅させる効果をもつのであるから、これを離婚権消滅事由と云うにふさわしく、例えば、旧法第八一六條は「第八一三條……離婚ノ訴ハ之ヲ提出スル権利ヲ有スル者カ離婚ノ……」といい、時間の経過が離婚権の消滅原因であることを明かに示している。又、ドイツ民法第一五七〇條は「……離婚請求の権利は宥恕により消滅す」といつて宥恕が離婚権の消滅事由であることを示している。

旧法の定める「離婚訴権消滅原因」としては (一) 宥恕 (Verzeihung, Pardon, Condone) (第八一四條第二項は「第八一三條第一号乃至第七号ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ他ノ一方又ハ其直系尊屬ノ行為ヲ宥恕シタルトキ」は離婚の訴を提起することを得ない旨規定する。ドイツ民法第一五七〇條・スイス民法第一三七條・第一三八條参照)・(二) 生死不明<sup>(3)</sup> (第八一七條) (三) 離婚権の拋棄 (第八一八條第二項は、「第八一三條第一〇号ノ事由ニ由ル離婚ノ訴ハ当事者カ離婚又ハ縁組ノ取消アリタルコトヲ知リタル後三箇月ヲ経過シ又ハ離婚請求ノ権利ヲ拋棄シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ス」ト規定スル) (四) 期間の経過 (zeitablauf, the extinctive prescription) (第八一六條は、「第八一三條第一号乃至第八号ノ事由ニ因ル離婚ノ訴ハ之ヲ提起スル権利ヲ有スル者カ離婚ノ原因タル事實ヲ知リタル時ヨリ一年ヲ経過シタル後ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス其事實發生ノ時ヨリ十年ヲ経過シタル後亦同シ」と規定する。ドイツ民法第一五七一條・第一五七二條・スイス民法第一三七條乃至第一四二條参照) であるが、以上諸消滅原因のほかに (五) 配偶者の一方の死亡も亦た当然離婚権消滅原因の一に数えることができる。離婚訴訟中、当事者の死亡は、離婚権の消滅を来すが、訴訟費用の負担については判断を必要とすべく、これについて中断に関する民事訴訟法の規定を適用すべきものと解されている（法曹会決議・大正九年七月三日・法曹記事第三〇卷第九号六六七頁）。

旧法は、右の四個の「離婚訴権の消滅原因」を定めるほか、「離婚原因の阻却事由」を二個定めている。その(一)は「同意」(Zustimmung; Consentement; Consent; ドイツ民法第一五六五條・スイス民法第一三七條・旧民法第八一四條第一項—配偶者の重婚・妻の姦通・姦淫罪に因る夫の処刑及び夫の破廉恥罪に因る罰金以上の処刑又は其他の罪に因る懲役三年以上の処刑の場合における他方配偶者の同意) であり、他は(二)同一事由の存在 (旧民法第八一五條—配偶者の一方が第八一三條第四号の処罰の宣告を受けた

とき、即ち、破廉恥罪に因り罰金以上の刑に処せられ又は其他の罪に因り懲役三年以上の刑に処せられたときは相手配偶者に同一事由の存在することを理由として離婚の訴を提起することができない)である。蓋し、後者は自己自身に此の不名誉ある以上は他方の配偶者に同一事由の存在することは、自己の名誉上なんらの苦痛を与えられるものでない——従つて、離婚原因は存在しないことになる——からであつて、決していわゆる権利相殺 (Compensatio, Aufrechnung, Kompensation) の法理に基くものではない<sup>(4)</sup>。特定の離婚原因と同種の非行が原告にも存するときは実質的に離婚原因は構成されず——離婚を正当ならしめる理由なく——したがつて、離婚権は発生しない趣旨である。

「同意」もまた相手方配偶者の非行に対して予め同意を与えることであるから、これによる婚姻破綻の苦痛を感じないとの理由に基き離婚原因の成立を阻止する原因をなすものであるから、之を「離婚原因の阻却事由」と呼ぶことができる。

西洋においても古く教会法や国法<sup>(6)</sup>において、姦通の幫助・教唆を離婚原因阻却事由とし、かかる行為のある原告に初めから離婚権を取得せしめなかつたのは、配偶者の姦通を「幫助したり教唆したりするのは、配偶者の姦通を初めから苦痛とせぬ証拠である」と説明されている。

注 以上二種の離婚訴訟不受理原因——離婚権消滅事由及び離婚原因阻却事由——はそれぞれ一旦発生した離婚権を消滅させ、または離婚原因の成立を妨げる(したがつて離婚権は最初から発生しない)ものである。それ故にかかる事由が存在すれば必ず画一的に離婚権の消滅又は不発生の効果を生じさせること(絶対主義)は、其趣旨に照して妥当なものではない。離婚原因について絶対的離婚原因に比して相対的離婚原因が一層具体的妥当性があるように、離婚訴訟不受理原因についても亦た一定の事実の存在を以て必ず離婚権の消滅又は不成立を決する絶対主義よりは、各具体的場合に依じて離婚原因たる婚姻破綻の事実の消滅又は不成立を個々に判断して、之を適用する相対主義もしくは裁量主義(例えばイギリス法の discretionary bars)の方が遙かに妥当なものである。

旧民法の訴訟不受理原因は(離婚権消滅原因も、離婚原因阻却原因も)何れも絶対的不受理原因と解されていたから、此の制度の目的趣旨からは、まことに不都合な結果を生じた。例えば、旧民法第八一五条の「同一の事由」は罪刑の程度の同一を要せず、時日の間隔の長短を問わないと解釈されていたから、以前に破廉恥罪で罰金に処せられたことのある者が結婚したところ、其配偶者が其後無期懲役に処せられた場合、「同一事由」の故に離婚請求ができない(離婚原因は成立せぬ)とすることは不都合である。不都合というのは「相殺」に不適という意味ではなく、此制度の趣旨に照して不合理という意である。同じく第八一六条における時間の経過、「離婚原因タル事実ヲ知りタルトキヨリ一年」又は「其事実発生ノ時ヨリ十年」は悪意の遺棄(旧民法八一四条六号)については不都合甚だしく、即ち、悪意で遺棄されたと気がついてから更に二年も三年も待つてたが帰つてこない。或は家出し

てから既に十年以上に及ぶのであるならば、離婚を正当ならしめるべき事情（離婚理由）は益々加重するはずなのに、かかる場合、離婚原因がないとして離婚の請求を許さないことは不合理である。されば、かかる場合実際には裁判所は遺棄の時期或は、原告の悪意の遺棄に気がついた時点を可及的に後にずらせて認定し（最近一年内に初めて遺棄されたと気付いて驚いたとか、或は家出したのは十年以上前だが、他の女と内縁関係を結んだのが悪意の遺棄で、それからまた十年経過しないなど）で離婚の訴を認めることに苦心している<sup>(8)</sup>。

また、「同意」についても同様なことが云える。同意のあつた場合は常に婚姻の破綻を感じないとは限らないであろう。したがつて、之を絶対的な阻却事由と法定することは具体的妥当性を欠く。ドイツ民法第一五六五条は同意を絶対的の離婚原因阻却事由と規定したが、一九三八年の離婚法は之を削除し、その第四九条後段は有責原因に関し、「自ら婚姻上の過失を犯した者は……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、離婚を請求しえない」、又第五五条第二項は破綻主義の離婚原因に対し「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……婚姻の継続を道徳的に正当化されない場合には斟酌されない」と規定したのは妥当な立法と云える。

わが国上代の大宝令戸令にはいわゆる「七出三不去」の制度があつて、「七出」の原因があつても、「三不去」即ち、「一 経時持舅姑、二 娶時賤後貴、三 有所受無所帰」——妻が舅姑の喪をよくつとめたとか、妻を娶る時貧賤であつたが、出世したからとか、妻の実家がなくなつて扶養する者がいないとか——の事由が存する場合は、妻を去る（棄妻）ことは許されなかつた。おもうに、かかる事由の存するときは妻との婚姻生活を継続することの夫の苦痛、したがつて夫の棄妻意思が緩和され、結局離婚原因（正確には棄妻原因）の成立が阻却されるものとも思はず、したがつて離婚原因（棄妻原因）は存在しても、かかる場合にあつて棄妻権を行使することは、倫理・道義に悖り近代法のいわゆる公序良俗に反するとして、之を許さない趣旨（即ち、権利濫用の場合を法定したもの）と解されるから「三不去」は棄妻権の消滅事由、近代法のいわゆる離婚権の消滅事由の法定とみることができよう。

しかし、我国の学者は「離婚訴権の消滅原因」と「離婚原因の阻却原因」とを区別せず、「離婚訴訟不受理原因」（例えば川島氏・民法四六一頁）と総称しており、之を区別して論ずる学者は殆ど見当らない。わずかに一・二の学者が旧法の解釈に於て「離婚訴権の消滅原因」として、死亡・宥恕・生死分明・期間の経過・離婚権の抛棄を挙げ、「離婚訴訟発生防止原因」として同意（旧八一四一条一項）・同一事由の存在（旧八一五）<sup>(9)</sup>を挙げているなどを知るのみである。

アメリカ法の認める離婚阻却原因（defenses）は通謀（collusion）・承認（同意）（connivance）・宥恕（condonation）・互責（recrimination）・遅延（laches）又は期間経過（limitation of time）の五種で、離婚を認めないサウスカロライナ州（St. S.

Carolina)を除き、五〇法域中この種の離婚阻却原因を認めない法域は僅か一二法域にすぎない。之を認める三八法域も右の defenses のすべてを認めるものではなく、その種類は必ずしも同一でなく、また同一離婚原因に対する defenses の種類や表現も各法域により区々であつて、各法域を比較すると甚だしく不揃いで、その検討には「当惑」bewilderment を感ずるほどである。

各法域にみられるこれらの差異は必ずしも深い理論的根拠に基くものではないようである。まず通謀 (Collusion, 二八法域がこれを規定する) もその表現は法域により異るが一般的にいえば、夫婦が奸手段で (corruptly) 裁判所を欺罔して離婚判決を得んとする合意である。俗にいう馴合いである。判例に現われた詐術の方法は凡そ三種がある。その一は離婚を得る目的で非行を行うこと (commission of an offense for purpose of obtaining a divorce), その二は実際には存在しなかつた離婚原因たる非行の虚偽の証拠を捏造 (introduction of false evidence of an offense not actually committed), その三は有効な離婚阻却事由の隠蔽 (suppression of a valid defence) である。これらはいずれも離婚原因の成立を阻却するものであるから離婚原因阻却事由である。

通謀を認める二八法域中右の三種をすべて包含した定義を規定するところはなく、二種を包含する定義をもつ五法域 (カリフォルニア・アイダオ・モンタナ・ノースダコタ・サウスダコタ) は「通謀とは、夫婦の一方が他方に離婚を得せしめる目的で離婚原因を構成する行為を行つたか、行つた如く装い、又は行つた如く裁判所で陳述すべき旨の夫婦間の合意である」 (Collusion is an agreement between husband and wife that one of them shall commit, or appear to have committed, or be represented in court as having committed, acts constituting a cause of divorce, for the purpose of enabling the other to obtain a divorce. — California §115, Idaho §4635, North Dakota §4389, South Dakota §146, Montana §5750) と規定する。

この阻却原因はすべての離婚原因に対し附しうるのであるが、或は姦通のみに対し (アラバマ・アリゾナ・フロリダ), 或は姦通・遺棄・虐待・酷罰に対してのみ離婚原因を阻却する。なお原告には通謀の存しないことを宣誓させる法域もある (ミシガン・ミシシッピ・ニュージャージー・ペンシルバニア・テネシー)。

承認 (Connivance) とは「一方配偶者が他方配偶者の離婚原因を構成する行為に対して行う不正の同意」であり、「不正の同意は主張する事実の実行を黙認し又は積極的に招来する目的をもつてする受動的許諾である」 (California § 112, 113, North Dakota, South Dakota も全く同じ) とされる。しかし、承認を離婚原因の阻却原因とする二八法域中には、或は、原告の招来並に承認 (procurement and connivance) (一五法域) を、或は夫が妻の売淫を黙認し、又は妻に淫猥な交際をさせて陥穽に陥れたとき (exposed the wife to lewd company, whereby she became ausuared) (二法域), 或は「夫が妻の売淫を許し、彼らから賃料を受け、又は不良社会に交らせ陥れたとき」 (二法域), 或は「妻の売淫の許容」又は「妻の姦通を知り又は黙認」 (各一法域) などその表現は一様でない。とにかく承認は少くとも受動的承認 (passive consent) たることが要求される。

宥恕 (Condonation) を規定するものは二九法域であるが、規定を欠く残余の二二法域も宥恕は裁判所の裁量に委せられていると解されている。完全な規定を有するのは四法域(カリフォルニア・モンタナ・ノースダコタ・サウスダコタ)<sup>(11)</sup>で、これらの法域においては宥恕はすべての離婚原因に対し阻却原因となり得るが、一八法域(アラバマ・アリゾナ・デラウェア・ハワイ・インディアナ・ルクジアナ・ミネソタ・ミシガン・ミシシッピ・ネブラスカ・ネヴァダ・ニュージャージー・ニューヨーク・オレゴン・ペンシルヴァニア・テキサス・テネシー・ワイオミング)では姦通の離婚原因の場合に限られる。ケンタッキー州では姦通と淫蕩の二離婚原因に、ヴァージニア州 (st. Virginia) では破廉恥罪の処罰 (Conviction of infamous crime)・姦通、その他婚姻当時妻が夫以外の男により妊娠していたとき及び当時売淫婦であつたときの四離婚原因に対して宥恕が離婚権消滅原因たり得る。

右の如く宥恕の規定は多様であるが、宥恕はイギリスの教会裁判所で発達したものであつて、その適用においては殆んど一致しており、且この阻却原因は favored defense であるから裁判所は規定の不備を無視して自由裁量を發揮しうることが認められているようである。

次に期間経過並に遅延 (Limitation and Laches) について、Limitation (出訴期間の経過) と Laches (一定期間を規定せず、不当な遅延)<sup>(12)</sup> はアメリカの一九法域で規定されている。その双方を規定するものが三法域 (カリフォルニア・アイダホ・モンタナ)、前者のみが一四法域 (アラスカ・アーカンサス・ハワイ・インディアナ・ケンタッキー・ミシガン・ミネソタ・ネブラスカ・ワイオミング・ニューヨーク・オレゴン・ペンシルヴァニア・ヴァージニア・ウエストヴァージニア)、後者のみが二法域 (ノースダコタ・サウスダコタ) である。期間経過をすべての離婚原因に対して規定しているのは二州 (アーカンサス・ケンタッキー) で、何れも期間は五年 (前者は実行又は発見より、後者は実行より) とする。他は何れも離婚原因別に規定しており、姦通のみに規定するものが九法域 (ハワイ・インディアナ・ミシガン・ミネソタ・ネブラスカ・ニューヨーク・ヴァージニア・ウエストヴァージニア・ワイオミング)・姦通および重罪決定並にその他の原因が三法域 (カリフォルニア・アイダホ・モンタナ) である。期間は六月より五年に至る間に区々である。<sup>(13)</sup> 判例は訴訟提起の期間に間する一般の規定は、離婚訴訟には適用がないとしている。

つぎに互責 (Recrimination) とは、相互責任即ち離婚請求者たる原告自身にも離婚原因たる事実が存在する場合である。これについては有責配偶者の離婚の問題として別に述べるであろう。

目的主義の下では、これらの事由はすべて離婚原因の評価に先立つて——従つて、離婚権成立の消極的要件として——考慮されるべき事情であるから、離婚原因阻却原因と云う方が適当であろう。例えば、不貞行為に対する相手配偶者の宥恕や時間の経過 (行為の時から長年月経過) などの事情や三年以上の生死不明を事由とする離婚訴訟中に生死の判明した場合などは、旧法では離婚権の消滅の原因となり、又同意は離婚原因阻却事由になつたのである (旧法・八一四条・八一六条・八一七条) が、新法では、これら

の事情は裁判所の裁量（離婚原因認定につき）において考慮すべき事情となり得るにすぎぬ。

なお新法で考慮すべき事情は、旧法の規定する「離婚権消滅事由」や「離婚原因阻却原因」のみでなく、子供の有無・婚姻生活の長短その他一切の事情が離婚原因（婚姻を継続し難い重大な事由）の存否一婚姻継続の能否一を目的主義的に判断する資料となりうる。<sup>(14)</sup>

離婚訴訟に於て、絶対的離婚原因に対して附せられる棄却原因は絶対的棄却原因であるのが普通である（離婚原因に該当する事実の存在することが認定されても、法定の棄却原因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い）が、時には、絶対的離婚原因に対して裁量的棄却原因が附せられることがある。（離婚原因が存在すれば、離婚棄却原因があつても訴訟を棄却すると否とは裁判所の自由裁量に委せられている）しかし、この裁量的棄却原因によつて本来の絶対的離婚原因は、それだけ弾力性をもつことになり当該離婚原因を相対化することになる。従つて、裁量的棄却原因の範囲が拡大すればする程、本来絶対的離婚原因であるものが相対的離婚原因の性質をおび、裁量的棄却原因が最も広くなつたとき、即ち無制限に広げられたとき、右の絶対的離婚原因は化して相対的離婚原因となるのだと見ることができよう。そして、すべての離婚原因について裁量的棄却原因が無制限に認められたとき離婚法全体が徹底した相対的離婚原因主義となるであろう（民法第七七〇条第二項はこれを示す）。

イギリスの離婚法（一九三七年の婚姻事件法・一九五〇年の婚姻訴訟事件法）は、男女平等の立場から四種と、夫のみについて一種の離婚原因を認めている（一九五〇年法一条）。即ち、挙式後の姦通（adultery）・三年以上の遺棄（deserted）・虐待（cruelty）・不治の精神病にかかり（to be incurably of unsound mind）、少くとも五年間引続き監護・治療を受けている（under care and treatment）こと及び夫の強姦（rape）・反自然的性交（sodomy）または獣姦（bestiality）がこれである。これらは何れも有責主義に立つ絶対的離婚原因である。そして離婚訴訟の公益性から裁判所は調査義務を負い「できる限り、主張された事実・及び原告側に幫助（accessory）・承認（connivance）または宥恕（condonation）がなかつたか、当事者間に馴合（collusion）がなかつたかを調査し、且つ、原告に対してなされた反対非難（countercharge）を調査しなければならない」（四条一項）。そして、① 離婚原因として主張された事実について十分な証拠がなく、また、② 離婚原因が姦通である場合に姦通を幫助・承認・宥恕したとき、③ 虐待を理由とする場合に宥恕があり、もしくは、④ 離婚訴訟が馴合訴訟（いわゆる Hotel case）であることの心証を得た場合には、裁判所は訴を棄却（dismiss）しなければならないのであつて、これを絶対的棄却原因（absolute bars）といい（これらの原因のないことの立証責任は原告の負担である）、原告に対する反対非難（例えば後述原告側も姦通したとの非難）について心証を得た場合には、裁判所は裁量によつて訴を棄却し得るものであつて、之を裁量的棄却原因（discretionary bars）とよばれている。<sup>(15)</sup>

裁量的棄却原因は既に述べた如く原告に対する反対非難（countercharge）で何れも原告の有責行為である。それには次のものがある。（四条二項但）① 原告側の婚姻中

の姦通。② 訴の提起または続行が不相当に遅延したことにつき原告に責任があるとき。③ 原告が相手方配偶者を虐待したとき。④ 姦通・虐待以前に、正当な理由がなくて原告が相手方配偶者を遺棄し、もしくは正当な理由がなくて相手方配偶者と故意に別居したとき。⑤ 姦通・精神病・遺棄を離婚原因とする場合に、原告の故意の懈怠(neglect)・不行跡(misconduct)がかかる原因を誘発したとき。

即ち、イギリス離婚法は、右のような過失(有責行為)が原告にあると認められたときに限り裁判所は訴を棄却することができるものとする。即ち、これらの裁量的棄却原因は離婚原因の存否を認定するについて斟酌することを許される資料である。かかる裁量的棄却原因の存する場合にはその限りに於てその離婚原因は、相対的離婚原因と化している<sup>(16)</sup>と云える。

例えば、姦通を理由とする訴についていえば、原告側の幫助(accessory)・承認(connivance)・宥恕(condonation)は絶対的棄却原因であり、① 原告側の姦通。② 原告側に正当の理由なき遺棄・故意の別居のあること。③ 原告側の虐待。④ 原告の故意の懈怠(neglect)・不行跡(misconduct)が被告の姦通を誘発したことなどの原告の有責は裁量的棄却原因である。右の如くイギリス法に於ては原告の幫助・承認・宥恕を離婚原因阻却原因とするものである。

承認(connivance)は被告の非行(姦通)に対する同意で、積極的の同意・教唆のみでなく、知りつつ黙許看過する消極的同意を含む広義のものである。従つて、承認が離婚権消滅原因となる理由は、かかる場合被告の非行(姦通)は、原告にとつて堪え難きものでないことが明かであり、したがつて離婚原因は消滅すると見られるからである。

宥恕(condonation)とは、「離婚原因たる非行(姦通)<sup>(17)</sup>があつても、その非行(姦通)がなかつたと同様の感情を有する旨の感情の表示を謂う」のであつて、かかる場合被告の非行(姦通)は原告にとつてなお堪え難きものになつていないことが明かで、結局離婚原因は消滅し、従つて離婚権は消滅に帰するものである。宥恕は前述の如く相手の非行がなかつたと同様の感情の表示であつて、宥恕の意思表示をした上で従来通りの共同生活を回復継続するということがこの場合の宥恕の要件であるから、相手方の姦通の事実を知り乍ら、宥恕の意思表示はせずに唯だ共同生活をすることが宥恕であるかどうか、わが国の裁判所は夫の場合は之を宥恕と認め、妻の場合には必ずしも宥恕を認めない<sup>(18)</sup>ようである。

要するにイギリス法にあつては、承認・宥恕などが絶対的の離婚権消滅原因となるのは、これらの事由が存在することは離婚原因の消滅と看做され得るが故である。

また、原告側の有責行為たる、(1) 姦通、(2) 虐待、(3) 遺棄、(4) 訴訟の遅延、(5) 懈怠・不行跡が離婚原因阻却事由となりうるのは、これらの事由の存在する場合は被告の側の非行は原告にとつて未だ堪え難きものとなつておらず、換言せば、被告の非行は未だ離婚原因を成立せしめない可能性があるからである。従つて原告側の一定の有責行為を裁判所の自由裁量により阻却原因としたのは、かかる理由によるものであつて、決して単純な過失相殺の法理、即ち、いわゆる「clean hands」の原則に依るものではないと考えられる。蓋し、もし仮りにそれ(原告の有責—原告に対する非難 countercharge—



を離婚阻却原因とする制度)が一般にいわれる如く、無垢(無責)の被害者を救済せんとするためのもので有責者を利得せしめるものでないという理論に基くものであり、又それは、清き手を以て法廷に臨む者に対してのみ救済をという衡平法の原則に基くものであるとするならば、それは、絶対的なものとすべきであり、裁量的——原告の有責を離婚阻却原因とするか否かを裁判所の自由裁量に委す——のものとする事は離婚制度の目的趣旨に照して不合理である。従つて、私はこの制度が衡平法上の右原則に基くものであるとなす説に対しては少からず疑問をもっている。従つて、原告の有責を離婚阻却事由(イギリス法の countercharge, アメリカ法の defences)として適するか否かは主として、事実上右事由の存在が原告にとつて離婚事由たる主観的もしくは客観的破綻を緩和しているか否かを標準として決せられなければならないと考える。

イギリスに於けるこの制度の適用状態をみるに、今日迄相当の変遷があつたようであり、かかる場合(原告に姦通が存した場合)は原則として離婚原因は阻却され、原告の離婚訴訟は棄却され、ただ特別の事情がある場合に限り被告のために裁量権は行使されるべきものと解せられていた。そして第一九世紀末までは、原告が事実又は法律の不知による姦通(例えば妻の死亡と誤信し、もしくは仮判決のみで婚姻が解消し、再婚可能と誤信してなした再婚)及び被告の強迫による姦通の場合等の一定の場合に限り裁判所の裁量権は原告のために行使される(即ち、離婚は認められる)ものとされていた。

右の事実はこの制度の起源が或は衡平法上の「清き手」の原則に由来するものであるかの如くである。しかし、第二〇世紀に入つて、裁量権は原告のために広範囲に行使される(原告の非行一有責一は必ずしも離婚原因の成立に影響しない)に至つた。この点について革新的判決は一九二〇年の判決であつて、この事件は軍務から帰還した原告が妻の姦通を発見、その子の養育を親しい婦人に頼み、その婦人と姦通した事件である。原告(夫)は妻に対して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<sup>(19)</sup>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。

この場合、原告(夫)の妻の姦通を理由とする離婚原因(妻との離婚継続を堪えられないものにしてある事情)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から、離婚が認められるのは当然である。(この判決以前においては原告の姦通はすべて離婚阻却原因とされた。そして離婚訴訟提起後の姦通は「清き手」を持つていないとされるのであろう。殊に仮判決後は King's Proctor<sup>(20)</sup>の眼が光つているかも知れないので原告は特に慎重を要する。)

その後一九三〇年の判決で原告は自己の姦通を詳細に裁判所に陳情しなければならぬとされ、ついで離婚事件規則(Matrimonial Causes Rule 30(C))として規定され、これを裁量的陳情書(discretion statement)という。その趣旨について田中教授は、「自ら姦通をし乍ら特に裁判所に裁量権の行使を願ひ出るには、自分の醜いことをすつかりごんげして(衡平法裁判所へ救済を求める場合と同様に)、<sup>(21)</sup>「清き手」をもつて裁判所へ来なければならぬとするのである」と説明される。そして、近年は原告は自己の姦通を開陳したときは比較的容易に離婚が許されるということである(それにしても、

こんなことで clean hands となるとは一寸おかしなことのよう思う)。こうなると姦通事実の開陳は単なる形式であり、実質的に裁量権の行使に当つて考慮されるべき要素は又別に求められねばならないであろう。そして裁量権行使に当つて考慮されるべき主な事項として一九四三年大法官によつてのべられたところは次のようなものである。それは、(イ) 子供の地位及び利益、(ロ) 原告の姦通の相手方の利益、特に彼らが将来結婚する見込、(ハ) 離婚を許さないときの夫婦間の和諧の見込、(ニ) 原告の利益、殊に原告が再婚して尊敬すべき生活をするようにすべきであるとの利益、(ホ) 社会一般の利益、これは婚姻の義務的神聖に対する尊敬と、破綻した結合を維持することが公益に反するという社会的考慮との間の、<sup>(22)</sup> 眞の均衡をはかることによつて判断すべきものであるとされる。

結局、これらの諸事項は、何れも離婚原因が(原告の姦通にも拘らず)存するかどうか、換言せば、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の判断に当つて考慮されねばならない事項である。そうだとすれば、イギリス法における原告の有責(姦通)も亦た離婚棄却原因としては、その起源の如何に拘らず、本来あるべき適用を受けているものとみることができるのである。そして裁量的離婚棄却原因(discretionary bars)は、その限りにおいて、当該の絶対的離婚原因を相対的離婚原因と化しているものといふことができるであろう。

元来絶対的離婚原因に対して離婚訴訟不受理原因(離婚原因阻却原因又は離婚権消滅原因)が附せられるときは、離婚原因が存しても必ずしも常に離婚が行われぬから、それだけ右の離婚原因は相対的になると云えるのであるが、その離婚訴訟不受理原因が相対的のものであれば、即ち、裁量的棄却原因であれば絶対的離婚原因は更に一層相対的なものになる。わが旧法第八一三条所定の絶対的離婚原因に附せられた旧法第八一四条乃至第八一八条離婚訴訟不受理原因は何れも絶対的のものであつて、杓子定規的で箇々の場合につき具体的妥当を期しえないものであつた。

新法は、離婚原因を全体として相対化した上に更に、離婚訴訟不受理原因を特に限定せず、またこれを強制せず、ただ第七七〇条第二項に、第一項に規定する具体的列举の離婚事由があるときでも、裁判所が一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときには、離婚の請求を棄却し得る旨を一般的・概括的に規定するに止めた。

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、且つ離婚訴訟不受理原因を限定せず最大限に相対化したことは、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趣旨を更に徹底せしめる結果になつている。即ち、新離婚法における離婚原因の相対化の徹底は、(一) 離婚原因が全体として相対化したこと——相対的離婚原因主義を採用したこと——及び、(二) 裁量的且つ概括的な離婚訴訟不受理原因主義を採つたことの結果である。もつとも、(一)の一般的・相対的離婚原因の採用(七七〇条一項五号)は(二)の裁量的且つ概括的な訴訟不受理原因(二項)を当然の帰結とするものであることは先きにも一言した。かくて離婚訴訟における裁判所の自由裁量

自由裁量の採下  
かよふ結果は  
生むかるかは  
裁判官の裁量  
次第  
の意味は  
今日、官憲と  
同様に、裁判官  
は、裁判に  
立たされている  
といふよう。

の余地はいよいよ拡大され、裁判所が裁量の濫用に陥入らない限り判決の具体的妥当性を遺憾なく確保することができるであろう。

註1 宥恕をもつて離婚請求権の消滅原因とする制度は、ドイツ民法以前の諸法により遅く認められ、その萌芽は姦通の宥恕に発したもので、ローマ古代の厳格な主義の下では姦通の宥恕は認められなかつたようであるが、ユスティニアン法典に於ては、既にその法律上の効力を認め、ウルピアヌスの説として離婚した前妻が婚姻中姦通のあつたことを知りながら、之と再婚した者は、此の再婚によつて妻の姦通行為を宥恕したものであるから爾後、更に妻に対する姦通の告訴をすることが出来ない旨を規定している。これは離婚請求権に関するものではないが（当時の思想としては、姦通の如き大罪を宥恕してなお婚姻関係を継続することは違法ではなくとも道徳上決して許容さるべき行為ではないとされていたものようである）ローマ法がドイツに継受されて、その普通法となるようになって、キリスト教の博愛主義の影響を受け、非行の宥恕ということは一つの美德として推奨されるようになり姦通の宥恕が離婚請求権の消滅原因として発達する基礎となつた。その上出来る限り離婚を困難にして婚姻関係の維持を図ろうとする宗教的社会的立法政策により宥恕制度は次第に拡大されて、宥恕しうべき離婚原因の範囲は姦通以外にも及び、又離婚関係以外にも諸々の宥恕制度を生み一七九四年の普国「ランドレヒト」・一八〇三年のフランス民法・一八六三年のザクセン民法等に採用され、ドイツ民法に至つて大成したものである。（Rehdans, Begriff, jurist, natur u. rechte. Behandlung, d. Verzeihung, Diss 1903, s. 3, 8; Freudenberg, Die Verzeihung, Diss 1903, s. 121 穂積氏・離婚原因に対する宥恕・法協二七卷六号一二四—一二五頁）

宥恕の法律上の性質に関するドイツの学説は分れているが、宥恕は相手方の非行の責任を問わない意思が外部に顕われ（感情の表示）（明示たるを要しない——昭和三・五・九大判第四民事部判決「民法第八一四条ニ所謂宥恕トハ相手方ノ非行ニ対スル要感情ヲ放棄スルコトヲ表示スル一方行為ニシテ、固ヨリ明示タルコトヲ要セスト雖、黙示ノ宥恕アリト為スニハ、右ノ表示（筆者註・悪感情放棄の表示）アリタルコトヲ確認シ得ベキ事実ナカルベカラズ。夫が同棲シ来レル妻ノ嘗テ姦通ヲ為シタル旨ヲ他人ヨリ聞知シタル後、或ル期間同棲ヲ継続シタル事実アリタル場合ハ、姦通ニ対スル黙示ノ宥恕アリト為スベキヤ否ヤ、各場合ノ事情ニ依リ決定ヲ異ニスヘク右事ノミニ依リ直ニ宥恕アリト認ムベキ実験上ノ法則ナシ」新聞ニ八八一号一五頁）、法律がこれに効力を附与する（当事者の意思いかんにかかわらず）ものであるから、準法律行為であると解せられる（Endemann, Bd II s. 679, opet, s. 405, Neumann, Bd. I s. 89）。

しかし、宥恕（Verzeihung）が新教会法や国法により認められた当時は、宥恕は離婚権の喪失を欲する意思表示を意味した（例えば、Preuss Ldr, 11, 1,720; nürnb, Nr. 48 は、明示の意思表示によることを必要と定めた）。したがつて、離婚権者がかかる意思表示をしない限り、例え相手と和合しても離婚権を喪わないとされていたが、今日の学説では宥恕をもつて感情の表現とされるから、事実上離婚相手の感情が和いでしまえば離婚権喪失の意思の有無を問うことなく、当然に離婚権を消滅させる。この点が離婚権の放棄とその性質を異にする。離婚権の放棄（例えば、わが旧法八一八条二項）は離婚訴権を有する権利者が失権の効果を欲するが故に法律が失権の効果を附与するものであるから、法律行為である。

また、宥恕と同意とのちがいは、前者は既に相手方の非行の事後に行われるものであるに反し、後者、即ち同意にあつては、それが事前に行われるところにある。なお、同意は離婚事由を構成する行為に対して与えられるに反し、宥恕は離婚原因自体に対して——離婚権消滅の法律行為として——なされる点も異なる。従つて、同意は「離婚原因阻却事由」たり得ても「離婚訴権の消滅原因」とはなり得ない（和田氏・婚姻法論六四〇頁）。

宥恕や同意は右のように相手方の非行（婚姻義務の違反）に対する被害配偶者の感情の表示であるが、それらが各国の離婚法制の上に離婚訴訟不受理原因となつている理由は（制裁離婚の観念を認め得ない私の立場からは）、宥恕や同意は元来相手方に対する悪感情の放棄である

から、これらの行為の存在は、その当事者が婚姻関係の破綻を感じないか、又は之を感じてもなお婚姻の継続に耐えないほどの重大なものである——約言すれば、当事者間に婚姻破綻が生じていない——と看做することができるからであると解される。宥恕や同意が離婚訴訟不受理原因とされる根拠は右の点に求むべきで、決して相手の非行に対する制裁（悪に対する悪）としての離婚の免責という思想（制裁離婚の思想）に求むべきではない。

アメリカ法の離婚阻却原因（defences）の一種承認（同意）（connivance, consent）はイギリスの教会裁判所（English ecclesiastical courts）の規則たる「同意しながら権利侵害を主張できない」という原則 “Volenti non fit injuria”（no injury is done to a consenting party; He who consents cannot receive an injury; That to which a man consents cannot to be considered an injury）からきていと云われる（大江氏・前掲書一四〇頁）が俄かに賛し得ない。（沿革上はともかくとして、現代法の解釈としては適当ではあるまい。）

- 註 2 目的主義に立つスイス民法の如きは、ドイツ民法第一五六八条に対応する規定、その他「婚姻関係の継続が強いられ難き程度に………」という字句を含む規定（一四二条・一三九条）換言せば、相対的離婚原因の規定には特に宥恕による離婚訴権消滅を附記してない（Erlcr, Erscheidungsrecht 1900 s. 119; Nadler, s. 24~26）（穂積氏・法協二七卷六号一二九一—一三〇頁参照）。
- 註 3 旧法第八一三条第九号（旧法に於ける目的主義にたつもの）は「配偶者の生死不明」を離婚事由とするもので、「配偶者ノ生死カ分明ト為リタル後ハ」離婚の訴を提起し得ない（旧法・八一七条）のであるが之も一旦生じた離婚権が、配偶者の生死分明という事実（消滅原因）の発生によつて消滅すべきものと解すべきである（穂積研究四〇七頁）。しかし、本号の離婚原因は目的主義的な立場に立つものであるから、このような見方も可能であろう。蓋し、離婚原因成立のときは、最後の口頭弁論終結の時を標準として決せられるからである。（ドイツ民法一五六八条について、RG. in Warn. 1908・Nr. 526 in JW. 1920・s. 141）（田島氏・前掲二二九頁）
- 註 4 谷口教授（日本親族法三〇五頁）も旧民法第八一五条が「同一の処刑」を第八一四条第四号に対する説明において「相殺」の文字を用いていられる。「相殺」の文字を用いると否とを問わず、当然のこととしてその根拠を「相殺」におくのが従来的一般説である。かかる考えは、離婚（少くとも有責主義下の離婚）を、それ自体「制裁」とみる思想を前提とするものである。しかし、離婚は（たとえ有責主義の下においても）それ自体「制裁」ではない。制裁離婚なる観念は、理論にも事実にも反するものであること後述するとおりである。
- 栗生教授（婚姻法の近代化一六四頁）は、夫婦双方が姦通した場合について、新教会は他方の姦通に基いて離婚権を取得した者が自身姦通すれば、一旦取得した離婚権を失うとし、国法（Seuffert's Arch. 2; 194; 17, 53; 20, 41）もまた、これに倣つたが、現今は夫婦双方に離婚権を与え、互に他を離婚しようとする。その理由は、離婚権は離婚権者を婚姻継続の苦痛から救出するため有責者処罰のためではない。処罰のためなら、権利の附与につき権利者の身の潔白を前提ともしようがそうでないのだから、自身姦通した者にも離婚権を与えて差支えない旨と述べられるのはそれ自身正当であるが、ただ前者即ち双方に離婚権を認めない立場の根拠を相殺主義（kompensationsprinzip）と断定していられる点については俄かに賛同し得ない。
- 註 5 同意を離婚訴訟不受理事由とした理由については学者のこれを説明されるところが少いが、「配偶者の姦通を初めから苦痛とせぬ証拠である」（栗生氏・前掲書一六一頁）として、婚姻破綻の不存在を擬制したものとみるべきか、それとも、相手方の過誤（非行）に同意を与えた者にその過誤に因り生じた婚姻破綻を理由に離婚の請求を許すことは信義誠実に反するとして信義誠実を擬制して離婚権の発生を防止したものとみるべきか問題である。しかし、この点についてはなお将来の研究に留保する。
- 註 6 Seuffert's Arch 7, 192; 20, 41—Preuss. Ldr. 11, 1,719—altenb. 200d—sächs, G. B. 1718
- 註 7 栗生氏・婚姻法の近代化一六一頁以下参照。なお、姦通の「同意」については、之を離婚原因阻却事由としてかかる行為の原告に離婚権を取得せしむべきでないか否かにつき議論が岐れ

た。(Seuffert's Arch, 8, 268; 27, 139)

註8 穂積氏・前掲書四〇五一四〇六頁参照。大正二年九月二六日・東京控判(新聞・第九〇三号二二頁), 大正三年八月二一日・東京地判(新聞・第九八七号二三頁), 大正五年二月二九日・大民判(民事判決録・第22輯四二四頁)などの諸判例は苦心のあとと顯著である。

註9 和田宇一氏・婚姻法論六三八頁以下

註10 Vernier, American Family Laws vol. 1~5 (1931—1938), Supplement (1938)

大江氏・前掲論文一三六頁以下参照。なお Defense に関する資料は主として同書による。

五種全部を認めるもの一法域, 四種のもの一四法域, 三種のもの二種のもの一種のもの各三法域, 原因別にみると通謀及び承認(同意)が各二八法域, 宥恕が二九法域, 互責が三三法域(ネヴァダ州の comparative rectitude を含む), 遅延又は期間経過が一九法域。

しかもその表現方法がまちまちであり, 承認の如きは七種の表現方法を用いたり, 互責の原則を規定するのに八種の異つた表現形式を用いているがそれらは特に深い意図に出るものではないらしく, またその差異も必ずしも明確でない。また離婚原因に対する前記の阻却原因の種類も区々雑多を極め, 例えば, 宥恕は之を採用する二九法域中一七法域は姦通を離婚原因とするものに限っており, また, 承認(同意)は, 五法域(アラバマ・アリゾナ・ペンシルヴァニア・テネシー・テキサス)では夫に対してのみ之を規定し, 一六法域(アラバマ・アラスカ・アリゾナ・ハワイ・インディアナ・ミシガン・ミネソタ・ネブラスカ・ニュージャージー・ニューヨーク・オレゴン・ペンシルバニア・テネシー・テキサス・ヴァージニア・ワイオミング)では, 姦通の離婚原因に対してのみ之を認め, ジョージアナでは遺棄・姦通・虐待・酩酊の四個の離婚原因に対して規定している(理論上は夫婦を差別待遇し, 離婚原因によつて区別する理由は認められぬ)。これは, 理論的根拠に基くものではなく, 或は, 他の州の規定の単なる模倣にすぎないか, 非論理的に変更したもので, その内容は不完全であると非難され(Vernier ib.), 或は, 立法で下手に規定するよりも裁判所に一任する方が賢明であるかも知れないと云われ, 事実かかる規定を有しない法域でも裁判所によつて公平に処理(離婚を調停)されているようである(大江氏・前掲書一三六頁以下)。

註11 これらは, カリフォルニア民法を模倣したものとみられている。同民法の関係規定は次の如きものである。

第一五条, 宥恕の要件は次の通りである。一 宥恕者が離婚原因を構成する事実を知ること(A knowledge on the part of the condoner of the facts constituting the cause of divorce), 二 被害者が非行につき和諧して容赦すること(Reconciliation and remission on the offense by the injured party), 三 加害者のすべての婚姻上の権利の回復(Restration of the offending party to all marital rights)。

第一一七条・第一一八条は省略。

第一一九条, 宥恕は主張された行為につき離婚原因が完成した後にのみ為されたこと(Condonation can be made only after the cause of divorce has become, as to the acts complained of)。これ宥恕が離婚権の消滅事由たることを明かにする規定である。宥恕と同意との差異が明かにされる。離婚「原因が完成した」ので離婚権は一旦発生し, それが宥恕によつて消滅するものであるから, 宥恕は離婚権消滅原因であるに対し, 同意は離婚権の成立そのものを阻却するものであるから, 離婚原因阻却事由と云えるわけである。

第一二〇条省略。

第一二一条は宥恕の取消と離婚権従つて又離婚原因の復活に関する二つの立場につき規定する。即ち, (1) 被宥恕者が同種又は他の離婚原因を構成する行為をしたとき (when the condoner commits acts constituting a like or other cause of divorce), (2) 被宥恕者が離婚原因とまでは至らなくても宥恕の条件が誠実に受領又は履行されないことを示すに充分な習慣的且つ重大に夫婦の愛情を欠くことに有責であること (When the condoner is guilty of great conjugal unkindness, not amounting to a cause of divorce, but sufficiently habitual and gross to show that the condition had not been acceptea in good faith, or not fulfilled.)。

(1)の規定(一二一条)はやや問題である。蓋し, 宥恕により既に消滅に歸した離婚権が, 後

の離婚原因により復活するということは理論的におかしい。また後発の離婚原因により新たに離婚権は発生するのであるから、かかる規定の実益は殆んどないと考えられるからである。(2)の方は宥恕に条件がつけられている場合と考えられる。その条件の履行により始めて宥恕が完成するもの——その条件の受領又は履行されるまでは完全に悪感情を抛て去っていないのである。即ち、離婚原因は消失していない——と見得られるのであるから、条件の不履行が認められ、したがって宥恕は当然不成立に終り、効力の発生を見ない場合と考え得られるからこの規定は理論的にも首肯できる。

註12 大江氏・前掲書一四八頁以下。

不相当な遅延(Laches)の定義につき四法域(カリフォルニア・モンタナ・ノースダコタ・サウスダコタ)の制定法に規定するところは次の通りである。

「非行の実行があつたのに拘らず婚姻関係を継続する目的をもつて為されたとみられる非行の通謀・承認又は宥恕或は同上の黙認ありと推定を下し得べき出訴の遅延(such delay in commencing the action as establishes the presumption that there has been connivance, collusion, or condonation of the offense, or full acquiescence in the same, with intent to continue the marriage relation notwithstanding the commission of such offenses)をいう。『期間経過に基く推定は出訴の遅延に対する相当な理由を立証することにより之を覆すことができる』(the presumption arising from lapse of time, may be rebutted by showing reasonable grounds for the delay in commencing the action.)

註13 大江氏・前掲書一五〇頁。

註14 中川氏・註釈親族法二七七頁。

註15 裁判所は、前記、絶対的棄却原因または、裁量的棄却原因がありそうなことを示す如何なる事情をも調査する義務を負っているのであつて、裁判所にこの義務を充分に果たさせるために、離婚判決をするには先ず仮判決(decree nisi)を言渡し、この仮判決に対して何人からでも異議の申立(show cause)をすることを許し、また仮判決の謄本を king's Proctor という役人に送附して、これに怪しいと思われる事件について調査させ、却下原因があると思われる訴訟に参加して、仮判決に異議の申立をなすことを義務づけている。King's Proctor は主として無防禦事件(undefended case)——被告が争わない事件——の中に馴合事件(Hotel case)があるかどうかについて調査活動をする。これは馴合で離婚判決を得て離婚をすることができると思ふとすれば、事実上協議離婚を許すことに等しくなるから之を防止しようとするためである。イギリス法が仮判決の制度を認める(取消の事由なく六ヶ月の経過を待つて、裁判所に確定判決(decree absolute)の申請をし、何等の反対事由の提示なき場合に確定判決の宣告が与えられる)のは離婚判決を慎重にするためであり、特に法の禁ずる馴合離婚を防止するためである。(田中和夫氏・親族・イギリスの離婚法・比較法研究第二号八頁以下・山本氏論文一六頁以下)

註16 従つて、イギリス離婚法の裁量的棄却原因(discretionary bars)は、私のいわゆる離婚原因阻却原因であり、前記絶対的棄却原因(absolute bars)は離婚権消滅原因であるとみることができらるであらう。

註17 近藤英吉氏・親族法講義要綱一一四頁。

註18 穂積氏・前掲書三三三頁、博士は、これを「微妙な区別であるが、道理ある区別」と云われる。

註19 Wilson v. Wilson, (1920) p.20 田中氏「イギリスの離婚法」比較法研究第二号一一頁。

註20 田中氏・前掲論文一一頁。

註21 田中氏・前掲論文一一頁。

註22 これに関する資料は、すべて田中教授の前掲論文による。

**Summary**

**The Interpretation of Art. 770 in Our Civil Code(Continued)**

**Hajime IWADARE**

(Department of Law, Faculty of Liberal Arts and Science)

I have discussed some legal principles of the divorce causes for the purpose of interpreting art. 770 in our civil code. In this treatise also, I am going to discuss one more principle.