

民法第七七〇条の法意

岩 垂 肇

民法第七七〇条の法意を明らかにするためには、先ず同条の根底にある諸立法主義を瞭かにしなければならぬ。本稿は、特に男女平等主義、目的主義または破綻主義、相対的不受理原因主義および離婚事由不特定主義または不定原因主義についてその沿革、概念ならびに意義等について論究を試みる目的で執筆したのであるが、紙面の都合で、ここにはただ目的主義に関する論述のみを掲載するに止めざるを得なかつた。残余の部分については、近く別の機会に発表することにした。

目的主義または破綻主義

新離婚法において相対的離婚原因主義につぐ顕著な立法主義は無責主義もしくは目的主義または破綻主義である。新婚姻法が徹底した相対的離婚原因主義に拠つた結果、離婚訴訟に於ける裁判所の自由裁量の余地を広めたことは既に述べたが（本誌第6号15頁以下）、新法は更に立法主義として旧法の有責主義（「生死不明」などは例外）を改めて、無責主義又は目的主義を採つたことは、離婚訴訟に於て裁判所の自由裁量の範囲を一層拡大することになつた。

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では離婚原因を決する根本基準を異にする。前者は配偶者の一方の非行（婚姻義務の違反）をもつて離婚事由とし、婚姻の破綻に対し夫婦の一方に帰すべき責あるが故に離婚を宣告するものである。このように有責主義は相手配偶者の婚姻義務違反による婚姻破綻を離婚原因として被害配偶者に離婚請求権を取得させ、これによつて婚姻破綻から無責者を解放させようとするものである。

学者或は有責主義を制裁主義と呼び又、有責的な離婚原因を認める趣旨を「制裁」であるとするのであるが、これは正当ではない。⁽¹⁾制裁離婚主義は、その用語法としては適切を欠くものであることは、後述するところによつて、明かになるであらう。

有責主義は、その道義的な点において長く諸国の離婚法の基調をなしていたのである。ここに道義的と言う意味は、過失配偶者に対する制裁としての離婚、婚姻義務違反による被害に対する離婚という害悪を以て応報する一悪に対しては、それ相応の応報たる悪が加えられなければ人間の正義感は満足しない—という意味においてではないことは後述するように有責主義の目的・趣旨の究明によつて明かである。従つてここに道義的という意味は、婚姻義務違反により破綻した婚姻生活の苦痛から被害配偶者を救済するため被害配偶者に離婚解消請求権を与え、しかも自ら婚姻義務に違背して婚姻関係を

破壊した配偶者に離婚権を認めないという意味に解すべきである。有責主義は離婚を過失者に対する制裁とするものではない。有責主義の根柢を離婚という害悪を以て過責配偶者の道義的責任を追求することに求める一般の考え方に対して私は少からず疑をもっている（なおこれについては、後述するところを参照）。

婚姻の破綻は道徳的非行以外に、何人の責にも帰することのできない事由によつても生ずるものである。交通不能や、不治の精神病の如く、その人の責に帰することのできない事由により婚姻生活を破綻させるものである事実は何人も否定し得ない。

かくて離婚原因に関し従来の有責主義に対し、目的主義・破綻主義の立法が現われ、これによつてこれまでの離婚法に原理的修正を加えたのである。目的主義は、婚姻当事者に責あると否とに拘りなく、とにかく広く婚姻の目的を達しえない程度に婚姻生活が破綻した場合に離婚を許すものである。即ち、目的主義は、離婚の認否について、当事者の責任を論ぜず、専ら、婚姻の目的を達し得ない客観的破綻状態の発生を離婚原因とする。

相対的離婚原因たるドイツ民法第一五六八条の「婚姻関係の破壊」は、配偶者の一方の義務違反又は不行跡によることを要するので、過失主義による主観的要件を含んでいるが、後述のスイス民法第一四二条の相対的離婚原因「婚姻の破綻」及びノルウェー婚姻法（一九一八年五月三十一日改正 一九二九年・一九三七年）第四三条の相対的離婚原因たる「不和」は客観的状态であり、その状態の発生原因を問わない。即ち、その離婚原因の評価において前者即ちドイツ法は主観主義に立つに対し、後者即ちスイス法やノルウェー法は客観主義に立つものである。

現代の離婚法は、離婚原因の評価において主観主義から客観主義へ、有責主義から無責主義即ち、目的主義・破綻主義の方向へ進む傾向を示している。

しかし古代社会にも既に目的主義の離婚法が存在した事実が認められる。中国及び我国古代の離婚原因たる「七出」即ち、一無子・二淫佚・三不事舅姑・四口舌・五窃盜・六妬忌・七惡疾、中の「無子」や「惡疾」の如きは婚姻の目的を達しえないが故の離婚事由である。また西洋では、ローマ法が夫婦いずれの責にも帰することのできない事由で婚姻の目的を達しえない場合一夫の性交不能・妻の貞操の宣誓・捕獲後五年以上生死不明等を法定理由の離婚（*divortium bona gratia*）としており、新教会は有責の侵害行為を離婚原因とした⁽³⁾だけで無責の事情を離婚原因としなかつたが、プロシヤの州法は無責離婚原因として精神病（他のドイツ立法もプロシヤに倣つて続々精神病を離婚原因として規定した⁽⁴⁾）・婚姻中に生じた難治の性交不能症・嫌悪すべき疾病・制し難い嫌厭（*unüberwindliche Abneigung*）即ち「和合の見込なきまでに強烈な相手方嫌悪の情」などを規定した。

またわが旧民法第八一三条は、有責主義を採るものと言われているが、舅姑より受けた虐待・侮辱・三年以上の生死不明（同条九号）及び養子縁組の破綻（同条一〇号）を離婚原因としているなどは目的主義の立場からのみ理解し得られるものである。

離婚は決して制裁ではなく破綻した婚姻の法的拘束から当事者を解放することを目的とするものであるから目的主義が正しいと云うべきである。近時の離婚法が再び目的主

義への傾向を示しているのは畢竟第一九世紀的近代法の原則たる「自己責任」の原則が緩和された現れで、「債権法に於ける無過失責任への傾向と同一の思潮」とみられる。⁽⁹⁾

末川博士が最近、不法行為について述べられたところは、婚姻関係にも妥当するものである。即ち、離婚は他のあらゆる人間関係と同じく最初は、「我と汝」といつた個対個の関係として発生したもので、それが、だんだんに「彼」を含めた社会全体と関連する問題として意識されるに至った。すでに離婚制度とか離婚法とか呼ばれて社会的意味を有しているところからも明かなように、そこには、常に全体の立場からの制約が加っている。未だ全体における秩序が確立していなかつた時代には、個対個の関係の方が強く意識されていたが、全体における秩序が強化されるにつれて次第に全体との関連に於ける意味に重さが加わつて来るのである。即ち、はじめ離婚は、婚姻義務の違反者と相手方（加害者と被害者）とが「汝と我」という個対個の関係で、被害者を当該婚姻（から生ずる）義務から解放する一破綻した婚姻関係から救済する一ため^{(11) (12)}（目的）に生れたものであると考えられるが、婚姻ないし離婚が、当事者以外の者を包容する社会全体と関係する意味（婚姻の社会的機能・婚姻の社会的影響など）の重大性が意識されるに及んで、離婚は、あたかも不法行為に於ける民事責任におけると同様に、加害者や被害者の個の立場に重きを置いて処理することから、次第に、かゝる個を包容する全体の立場に重きをおいて個対個の関係を律しようとする傾向が強くなつて来たのである。即ち、離婚制度や離婚法は破綻しきつた婚姻から（個たる）被害者を解放させることを目的とするものであるが、それがやがて、かゝる個を包容する全体の立場に重きをおいて個対個の関係を律しようとすることになれば、婚姻破綻が、当事者（汝）の婚姻義務違反（故意過失）に因り生じたものばかりでなく、もつと広く、当事者の義務違反（過失）に関係のない原因によつて惹起された場合にも、離婚を認め、当事者を破綻した婚姻から解放させることになつてくる。こゝに何をもちつて婚姻の破綻とみるかは、その時代における当事者のほかに、彼をも包容した社会全体において、婚姻の本質として考えられているものによつて決せられる。即ち、かゝる婚姻の本質に適合した婚姻生活が不可能な程度の婚姻破綻が存在する場合に、法は当事者を当該婚姻関係から解放せしめる。かくして、元来「我と汝」と云つた個対個の関係である婚姻の破綻や離婚が彼を含めた社会（全体）の婚姻観によつて評価され律せられることになる。

離婚に関する立法主義が、有責主義より、目的主義への移行は近時の顕著な傾向であるが、目的主義的な離婚原因が（離婚制の当初から存したかどうかは別として）早くから認められたのは、婚姻乃至離婚が、わずかながらも社会的な意味を有していた（婚姻が社会性を有するものである以上、婚姻の効果の消滅を目的とする行為たる離婚が、これまた社会性を有するのは当然である）からであり、従つてまたそれは（離婚原因とか、離婚効果の点に於て）その時代・社会の婚姻の本質観（目的観）により制約をうけていたことも当然である。

目的主義の下で何が離婚原因として採用されるかは、その時代・社会における婚姻の目的観によつて決せられる。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、精神的共同生活を婚姻の本質的要素と考える現今社会が、夫婦間

の精神的交通を不能ならしめる不治の精神病や、単なる不和合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。従つて目的主義のもとにおいては離婚原因を認める根拠は婚姻の目的観や、各国各時代の政治的立場に深く関連する。⁽¹⁴⁾

現在の離婚法制において目的主義・無責主義もしくは破綻主義を採る主要な国々は、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諸国 (Volksdemokratien) (ポーランド・チェコスラバキヤ・ユーゴスラヴィア・ブルガリアなど) 及び中華人民共和国 (1950. 5. 1. 新婚姻法) 等である。旧教の影響の大きいイタリーは、今日なお離婚を認めていないし、フランスも有責主義の立場から離婚原因を制限的に列举し、イギリス (The Matrimonial Causes Act, 1950) も離婚原因を制限し (別項参照)、アメリカ諸州もまた大体同様である (もつとも、コロンビア・ルキジャナ・ネヴァダ・ノースカロライナ・テキサス・ユター・ワシントン・ウィスコンシン・ワイオミングなどの諸州は二年ないし五年の別居を離婚原因とする)。かくて目的主義・無責主義もしくは破綻主義を認める諸法制は今日進歩的傾向に属するものといふことができる。⁽¹⁵⁾

新憲法は両性の本質的平等を宣言し「婚姻は両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」(同条一項) と云つて現代法における婚姻の本質をこゝに明かにしている。今日における婚姻の目的は、男女が同等の権利をもつて、即ち、テニースのいわゆる本質意思 (Wesenswille) により、全人格的に結びついた Gemeinschaft 的な共同生活を営むことであるといえる。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

かゝる実質を具えた男女が一定の形式的要件 (届出) をみたしたとき、法は之を婚姻関係として、婚姻の効果を与える。法が之を婚姻として、認めるのは、これが公序良俗に反しないものであることを当然の前提とするものである。その実質が失われ、婚姻の目的を達し得ないまでに婚姻生活が破綻して、これ以上婚姻の継続を当事者に強いることが、公序良俗一道徳に反するに至つた場合には、法は之に婚姻の効果を引續いて与えておくことを差控えざるをえなくなり、即ち、離婚を許容せざるをえなくなるであろう。⁽¹⁹⁾

婚姻が性愛による倫理的協同体であるとするならば、愛情がなくなつて、もはや人格の向上及び完成に何ら役立たず却つて、人間の自由と尊厳とを害するようになった場合、換言すれば、婚姻の継続が不道徳と認められるときは、解消されなければならない。⁽²⁰⁾ したがつて離婚原因について配偶者の一方の責に帰すべき事由のあることを必要とする有責主義は、この点において不当であり、離婚原因について一方配偶者の有責・無責を論ぜず、性愛による倫理的協同体 (たる婚姻) の破綻を離婚事由とする目的主義ないし破綻主義が、この点から正当とされる。

新法においては、婚姻の目的を達しえない事情の存する限り、換言せば、当該夫婦に婚姻生活の継続を強制することができない一継続の期待可能性のない一場合には、その原因の有責・無責の如何を問わず、法は常に離婚権を当事者双方に認め、離婚を許容すべきものとする。

第七七〇条第一項の「不貞な行為」(一号)及び「悪意の遺棄」(二号)が沿革的には有責的の離婚事由の例示であるとすれば「回復の見込のない精神病」(四号)及び「三年以上の生死不明」(三号)は無責の離婚事由の例示である。そして「不貞な行為」や「悪意の遺棄」の如き沿革上有責の離婚事由も、本条の離婚原因となりうるものは、これら婚姻義務違反たる侵害行為そのものではなくて、その侵害行為によつて発生した「婚姻を継続し難い」重大な客観的事情である。

「不貞な行為」「悪意の遺棄」という離婚事由が存在するを以て本条が有責主義を未だ脱しないことの理由となすことはできない。けだし、これらの離婚事由と雖も、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、又本条の規定する「不貞な行為」も「悪意の遺棄」も、目的主義の立場から離婚事由となるか否かを判断しなければならぬ。

しかして、いかなる客観的事情をもつて、民法のいわゆる「婚姻を継続し難い重大な事由」に該ると判断すべきかは、離婚の目的ないし機能に対する民法の基本的な立場と、それに対し国民の抱く婚姻観により規制されるものである。

註1 例えば近藤博士(親族法講義一一六頁)は「離婚原因を……認める趣旨を二種に大別することを得る。その一は非行をなした者に対する制裁であり(有責主義)、その二は婚姻の目的を達し難い事情の出現せるためである(目的主義)」といわれる(傍点は筆者)。

木村教授(中川氏編集・註釈親族法・上二七一頁)も旧法を制裁離婚(le divorce-sanction)、新法を救済離婚(le divorce-remède)とする。

Colin et Capitantも離婚原因の規定の思想的根拠について制裁離婚(le divorce-sanction)と救済離婚(le divorce-remède)の観念を認める(Planiol, Traité élémentaire de droit civil, revue et complété Ripert, 1948, T. I. P. 410) Planiol et Ripertも同様にこの区別を指摘する(op. cit. P.40)。これについて、山本氏「フランス離婚法」比較法研究第二号一九頁参照。

註2 精神病の夫に一生を捧げるような妻の行為は賞讃さるべきであるけれども法をもつて善行(宗教・道徳ないし感情の問題)を万人に強いるべきでもなく、また、強いうるものでもない。法の鎖で一生精神病者と結びつけておくことは、無益・有害であり、一般人にとつて惨酷でもある。精神病を離婚事由とする立法例は総て不治のものに限ることで一致している。わが新法もドイツ民法(一五六九条)スイス民法(一四八条)等にならつて回復の見込のない、強度の精神病(七七〇条一項四号)を目的主義的離婚原因(の最も典型的なものとして)に加えた、ただこの場合、被告は精神病者であつて、離婚に際して財産分与の請求権(民七七一一条・七六八条)を行使することは困難であるから裁判所はこの点に関する保護に特別の注意を払わなければならない。即ち、精神病配偶者に対する財産分与を条件として離婚は許容さるべきものである。ドイツ民法一五八三条やスイス民法一五二条は、精神病配偶者の扶養を相手方に負担せしめている。

(離婚の請求は普通裁判所に於て、又、離婚効果たる財産分与は家庭裁判所に於て、又、親権者の決定は普通裁判所が、監護者の決定は家庭裁判所がそれぞれ別に審理・判断することは妥当であるかどうかは疑わしい。中川氏監修・註釈親族法一四七頁)もつとも、当事者の申立があれば、離婚裁判所自身も財産分与や子の監護者を決定することができる(人訴・一五五条)。

穂積重遠博士は、精神病を法文に明記することの当否につき「法律も感情を無視してはならぬ。殊に婚姻問題はデリケートである。『配偶者の一方が不治の精神病に罹りたるときは其他方は離婚を請求することを得』と正面から露骨に規定することは、如何にも婚姻関係のデリカシーを害しはしまいか、我々の道徳的感情を傷けはしまいか」と述べられ、結局、旧法の制限

的列挙主義を斥け、包括的離婚原因主義の立法形式の採用により、之に右精神病を含ましめるのが穏当であることを示唆せられる。(穂積氏・研究八六六頁)

一九〇〇年制定のドイツ民法一五六九条は、「配偶者の一方が精神病 (Geisteskrankheit) に罹り、それが、婚姻中少くとも、三年間継続して夫婦間の精神的共同生活を不可能ならしめこれを回復する何らの見込のないときは、他方は、離婚を訴求することができる」と規定するが、この規定は制定の際随分問題となつたようで、第一草案にはなく第二草案から採用されたが、議会の委員会では削除された。それが、本会議にその復活が提案され第二読会で僅かの差で否決されたが、第三読会において可決されたものである (穂積氏・研究五四〇頁)。

アメリカに於ても精神病を離婚原因と認めるべきかどうかは人道上的見地から久しく論議され、州法によつて之を認めることの合憲性について、かつてインディアナ州で争われたが裁判所は之を合憲と判決した (State v. Brown—Ind. 一, 11N. E. (2d) 679.)。

かくてアメリカに於ては一八八六年には精神病を離婚原因とする州は一州にすぎなかつたが、一九三二年にはアラバマ州の他一五州及びハワイなど一七法域が之を認め (Vernier, American Family Law, 1932), 更に一九四九年には三一法域に達している (Martindale Hubbel, Law Dictionary, 1949)。しかし、アメリカに於ても未だ精神病を離婚原因として認めない法域は相当数残されていることを注意しなければならない (大江氏・米國における離婚制度一〇頁、宮崎氏・離婚原因としての精神病・穂積先生追悼論文集「家族の諸問題」一八五頁参照)。

また今日精神病を離婚原因とする立法例は前記ドイツ・スイス・アメリカの諸州のほか、イギリス・ハンガリー・デンマーク・ノルウェー・スウェーデン・モナコ・ポルトガル・ギリシャ・トルコ・ユーゴスラビアの諸國に及んでいるがなお未だ之を認めない國が必ずしも少いとはできない。殊にフランスはフランス大革命後の一七九二年九月二〇日法において瘋癲を離婚原因としたのにかかわらず、ナポレオン法典 (一八八四年七月一九日) においては之を認めず、今日なお精神病を離婚原因とすることを拒否しつづけており、Josserand の如きは、その民法要論第一卷九二四号に於て「精神病を離婚原因とするならば、結核病の如きものも、これと異なる取扱をなす理由はないのであり、恰も婚姻関係維持を必要とする時期に、その関係を断たせようとするもので不当である。フランスにおいては、人は配偶者の病氣の場合には、これを棄てるよりも看護することを義務であると考え」と云つており (宮崎氏・前掲論文一八五一年八六頁参照)、また最近 Morandière 教授の著も、「婚姻における性の結合を名誉あり道徳的である」とし、配偶者の病氣なども相手方配偶者に大いなる犠牲を強いることになるとはいえず、この時期こそ扶助義務が完全に果さるべきときであり、そこに婚姻の高尚性が存すると述べている (谷口氏・愛情喪失・長期間同棲廃止と離婚・民商法雑誌第二八巻第五号七頁—de la Morandière, Traité de droit civil, 1n° 754)。また宮崎教授は、昭和二年北海道における調査の結果は、不治の精神病を離婚原因とすることを是認する回答が優勢であつたが、反対論も相当多数を占めていたこと及び、北海道新聞社の調査は精神病を離婚原因とすることを是とするもの四二・三パーセント、否とするもの三八・五パーセント、不回答のもの一九・一パーセントで、之を否とする理由としては、道徳上の責任からが三四・三パーセント、義理人情の美を思ふというものが三二・八パーセント、夫婦愛は死ぬまでもが二八・四パーセントであつたと報告しているなどは注目されねばならぬとおもう (宮崎氏・前掲書一八六頁)。

他面、精神病を離婚原因とする立法例においては、病状が一定期間存続することを要件とするのが通常であつて、アメリカでは、之を要件とするものが二七法域で、その期間は概ね二年乃至一〇年 (大抵は五年、ノースカロライナのみは一〇年以上とする。アラバマは以前二〇年を必要としていたが一九三六年—三七年の改正法で五年に短縮した) である。(大江氏・前掲書一二〇—一二一頁)。欧州諸國の立法例では、ハンガリー・デンマーク・ノルウェー・スウェーデン・スイス・ポルトガル・トルコは三年、ギリシャは四年の継続を要件としている。イギリスにおいても、一九三七年の Matrimonial Causes Act によつて五年以上引続き不治の精神病であることを要件とする。

さらに又離婚要件ではないが精神病を離婚原因とする離婚の効果において、特別の配慮が加えられていること、例えばドイツ民法第一五八三条が他方配偶者に対し、単独に有責と宣告せられた配偶者と同様の重い扶養義務を命じ、また、スイス民法に於ても同様に精神病の離婚について扶養義務における無過失責任が認められているなども注目される。

このように精神病を離婚原因として認めている各国の立法例も之を離婚原因とする場合には相当に慎重な態度を示していることが以上の立法事情や規定の上からうかがえる。

たゞ一九三八のドイツ婚姻法 (Ehegesetz) は、精神病を離婚原因とする要件を従前よりも大きく緩和し、「夫婦間ノ精神的共同生活が妨ゲラレ其ノ回復ヲ期待シ得サル程度」にて足りるとし、BGBの如く回復の見込みが全然ないほどになる必要はなく、また三年間の期間を必要としないことにしたこと、及びソヴィエト連邦とその影響下にある人民民主主義諸国が個別的離婚原因を認めず、不定原因主義をとる当然の結果として精神病を離婚事由とする離婚にも一定期間の継続を要件としないことなどは注目されるが、しかし、これらは夫々特殊な政治理念に基くものと見得られるものであり、別に異とするに足らない。

わが民法が従来の有責主義をすて、目的主義に立つて包括的な相対的離婚原因 (七七〇条一項五号参照) を採用した結果、当然精神病も離婚原因となし得ることになった (同条一項四号の規定を待つまでもなく。一もつとも民法が精神病を離婚事由の一として法定したことについては、国民感情としては或は異論の余地はありうるものであり、したがつて、これは第七七〇条第一項第五号の解釈上の義疑の余地を防止するとともに本条が目的主義を採ることを示す例証ともみることができると同旨、木村氏・中川氏編集、注釈離婚法二七六頁)。しかし、此の規定の適用に当つては他の諸立法例におけると同様、精神病を民法の離婚原因とするためには病状や継続期間などについて相当慎重な考慮が必要とされ、相当期間の継続によつて始めて「回復の見込みのない」「強度の精神病」 (同条一項四号) と判断され得るであろう。

註3 Preuss. Ldr. II 1, 698

これらに対して罪なき病人を見棄てるという非難があり、いくたびか改正が企てられたが、州法は固く当初の主張を維持した。

註4 Nürnberg Ehescheidungsordn 32—had Ldr 232a—goth Eheg. 113—sächs GB. 1743

註5 Preuss Ldr. 11, 1, 696—sächs. GB. 1742

註6 Preuss. Ldr. 11, 1, 697

註7 嫌悪を理由とする離婚においては、原告は、被告との婚姻生活を嫌悪しているという事実を立証することを要する。この点において、それは一方的任意離婚の如く離婚権者が一方的に離婚意思を表示すれば足り、何の理由を示すを要しないものとは異なる (粟生氏・前掲書一八三頁以下)。

同国その後の改正草案は、嫌悪そのものは離婚とならない、嫌悪を催させる相手方の一定の有責行為が離婚原因となるとみ、「嫌悪」 (unüberwindlich Abneigung) を離婚原因中から削除した。

註8 当時は絶対的離婚原因主義を採用していたから、法定の離婚事由に該当する事実の存在は、直ちに離婚原因を成立させ、特に目的主義に基く離婚事由だからとて、法の適用上、特別の問題は生じなかった。

註9 穂積氏・研究・八七六頁参照。

註10 末川氏・不法行為における倫理性・法律時報第二六卷一号三頁以下。

註11 離婚制度は有責原因 (理由) とするものも、はたまた、婚姻関係の破綻を原因 (理由) とするものも、即ち有責主義の離婚制度も、目的主義 (破綻主義) の離婚法も最初から婚姻関係から婚姻当事者 (前者にあつては被害者のみを、又後者にあつては両当事者) を当該婚姻より解放救済することを目的とするものと考えられる。

註12 婚姻の目的は時代的に推移する。一般に家父長制社会にあつては婚姻の目的を家の継承者たる子を生むこととされ、また、ナチス・ドイツでは、民族増殖の手段とした。かゝる法制の下では、妻の婚姻法上の地位は惨めであつたのは当然である。

註13 離婚を「制裁」とする思想と「救済」とする思想 (conception du divorce-sanktion et conception du divorce-remède) の区別は元来「観念的理論的なもので、実際にはあまり実益を示すものではなく、両者同一の離婚原因に関し累積的・併立的に発現を示すことがあり、即ち、離婚原因としての暴行・虐待の如き配偶者の過失であると同時に、その共同生活の継続を困難にする性質のものであるとなし得る。」 (山本桂一氏・フランスの離婚法・比較法研究第二号一九頁参照)。

註14 目的主義・破綻主義に立つ離婚原因として法文の上に具体的に掲げられるものには精神病・

長期の行方不明・他があるが、その中、最も典型的なものと思得られるものは夫婦の不和である。ドイツ・チェコスロバキヤ・ポーランド・ユーゴスラビア・ブルガリア・トルコの諸国の立法例に於て認められる離婚原因である。特に、トルコに於て最も多い離婚原因は不和であるといわれ、一九三二年より一九四一年までに不和を離婚原因とするものは五九・二パーセントで、次は、姦通で二一・二パーセントとなつている。(三田氏・前掲論文六四頁)

不和は夫婦間の性格の不一致のごとく、それだけでは未だ婚姻義務の違反にならないが、とにかく婚姻の本質に即した共同生活を期待しえない程度に婚姻関係が深刻に破壊された場合に、その不和は離婚原因とされる。(前記諸国の立法例を参照)そして、こゝにいう不和は、夫婦の何れの責にも帰し得ない、換言すれば、婚姻義務の違背とまで見られ得ない夫婦間の破綻と考えられるべきであるから、もし夫婦の不和が、配偶者の一方の責に帰すべき事由により招来された場合は(婚姻の義務違背であり、従つて、他方に対する重大な侮辱となるであろう)主たる有責の配偶者は離婚の請求を求め得べきでないとして、この趣旨を明白に示したものは、スイス(一四二条)・トルコ(一四三条)の立法例であるとされる。(三田氏・前掲八六頁)

トルコ法(一九二六年)は、夫婦間の不和について「夫婦共同生活を堪え難い程度に深刻に婚姻関係が破壊された場合、各配偶者は離婚を求めることができる。但し、婚姻関係の破壊が配偶者の一方のみの責に帰すべき場合は、その者は離婚を求めることができない」(一四三条)。三田氏・六四頁

三田氏の資料は、Divorce et Séparation de corps dans le monde contemporain, (Travaux et recherches de l'Institute de droit comparé de l'université de Paris, VII) Recueil Sirey, 1952. による。

註15 例えば、「無子」が離婚原因になり得たのは、わがくに於ては婚姻は家の存続の手段であり、ナチス政権下のドイツにあつては婚姻は国家の原基細胞と考えられたからで、ともに全体主義の婚姻観に基くものである。ナチス政権は国家に有利なる婚姻の維持と、無益なる婚姻の破綻を意図する全体主義的指導理念にもとづき、破綻主義の導入による離婚法の大改正をもたらした。また「ソヴィエト連邦においては革命当時、保守的なものを保存し、過去のイデオロギーを次代国民に伝え、革命運動に好ましくない影響を与える「家族」の破綻を促進しようとする思想と、国家一法一を否定しようとする共産主義思想に適合する事実婚観念を尊重しようとする思想とによつて殆んど一方的意思に基く婚姻の解消(一方的離婚宣言)を認められることになつたが、一応旧来の家族が破綻されてしまつて、旧帝政時代の不自由な婚姻が解消され、自由な愛情が一般的となり、家族生活の安定と維持が国家の安定と社会主義の発展のために、こんどは自由な婚姻による家庭を保護する必要上、一九三六年頃から漸時離婚の自由が制限される傾向が顕著となつて、一九三六年六月二六日法では、離婚登録料は最初の離婚には五〇ルーブル、第二の離婚には一五〇ルーブル、第三の離婚には三〇〇ルーブルと増額され、もつて、軽率な離婚を防止することとなり、一九四四年七月八日法では、離婚は原則として公開裁判によつて認められ、当事者双方出頭の上真意と実情を明かにして先ず和解が試みられ、和解が成立しないとき始めて離婚判決がなされるべきものとして、裁判離婚制度に戻つた。しかし、離婚の許否は裁判所の自由裁量に一任され、別に離婚原因を定めない。(谷口知平氏・親族法八〇頁以下、同氏・愛情消失・長期間同棲廃止と離婚—民商法雑誌第二八巻五号—一頁)

註16 谷口氏・前掲論文七頁参照

註17 婚姻の本質については、超個人主義の立場と個人主義の立場とは鋭く対立する。超個人主義は全体主義であり、その立場からは、家族は一つの有機体とみられるから、夫婦も対等の両性の結合関係ではなく、家族単一体の中の身分的な肢体として把握され、従つて、夫の地位の妻の地位に対する優越は当然のことと考えられる。たゞに、家族が一つの有機的な全体とみられるばかりでなく、家族は、国家という、より大きな全体の部分である。したがつて、家族制度の目的は、国家の発展・繁栄に役立つということに求められる。その結果として婚姻もまた、民族の維持と増殖という点に重きをおいて規律されることになる。ワイマール憲法も、婚姻を全く国家目的に適合させて、婚姻は子女の生殖及び教育という二つの目的に仕えるものとして(同法二九条)、一九三八年ドイツ婚姻法が、「生殖の頑強な拒否」(Verweigerung der Fortpflanzung)(四八条)や懐胎不能(Uufruchtbarkeit)(五三条)などの離婚原因はかゝ

る婚姻観から出ずるものである。(一九四六年法はナチスの思想を排除し、子を産むことの拒否は離婚原因から削除された。)超個人主義的見解が婚姻の本質を生殖共同体とするに対して、個人主義の立場からは、婚姻の本質は愛の共同関係として特徴づけられる。(G. Radbruch, Rechtsphilosophie 田中耕太郎氏訳二二一頁)自由な意思によつて結合した両性の結合関係を法的に表現する婚姻は一つの契約であるとする。しかるに契約においては、各当事者の平等を根本前提とするゆえに婚姻の場合にも夫婦はあくまでも平等でなければならぬ。かくの如く個人主義の婚姻法は家族の中心をなす夫婦をば、自由独立の男女の対等・自由な結合とみる。

婚姻を夫婦間の契約関係として理論構成をした代表者はカント (Immanuel Kant 1724—1804) である。彼も婚姻を性的協同体 (commercium sexuelle) であると認めるけれども、それは本来の意味での協同体ではなく、「ある人間 (夫又は妻) が他の人間の性生殖器および性的能力についてなす交互使用 (usus membrorum et facultatem sexualium alterius) であつて、夫又は妻が相互に他を物 (Sache) として占有し且人格 (Person) として使用する権利をもつていうのである。彼によれば家族法上の権利 (Das Recht der häuslichen Gesellschaft) とは「物権としての外的対象の占有と、人格としてのその使用との権利」すなわち「対物的なしかたで対人間的な権利」 (das auf dingliche Art persönliche Recht ius realiter personale) である (Kant, Die Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe, S. 278)。この「対物的に對人的な権利」はカントによれば、人間が他の人間を直接に自分の享樂の客体とするのはたゞ性欲の場合に限られる (その他の場合、人間の労働やサービスが客体になるのみ)。要するにカントの婚姻理論においては、夫婦が互に相手方に対して、「対物的に對人間関係」をもつということが論理構成の核心である。そして「対物的」というのは、その権利が相手方の肉体の占有・使用を目的とすることを意味し、また「對人的」というのは、相手方の肉体の占有・使用が相手方の自由な意思を媒介とすることを意味する。即ち、人間の肉体の占有と人間の主体的人格との調和を契約に求め、この契約を通じて主体的人格は相互に相手方の自由意思に基く行為を請求しうる権利 (對人的) を取得し、それを通して相手方の肉体に対する占有・使用を基礎づける。

夫婦は自由な主体者として相互に對人権によつて拘束されるのは「債権的」であり、同時にまたそれを通して、「物権的」に拘束される。したがつてそこには、財産法上「對人権」におけるような「債権平等の原則」は存在しないで、夫婦は互に一夫一婦的に相手方を独占的に支配している。人格者を「物として所有する」という表現が用いられるのはこの故である。しかもその支配は相互に相手方の人格を全一体として支配しその反射効果として organa sexualia を占有・使用する権利を取得する。このようにカントは、まず、婚姻関係が主体的人格者間の自由契約であること、これによつて、近代市民的婚姻の「契約的性質と非権力的性質」とを明かにした。それと同時に近代市民的婚姻における一夫一婦制が、相手方に対する夫婦相互の「物権的」な支配関係—第三者を排除する独占排他的支配関係—であること、およびその支配の内容が客体たる配偶者の「人間の存在の包括的全体」であることをカントは明かにした。(この項については主として川島氏・近代婚姻法の法理・私法の理論—五頁以下参照) 要するに彼は、近代的—一夫一婦制の婚姻に於ては、夫婦がまさに近代的所有権の同一の型態において互に相手方を所有しえるのであることを明かにしたものである。(近代的所有権においては、所有権はすべての第三者に対する関係において絶対的なしかたで独占排他的であり、且客体の物理的存在の全体に対して包括的に支配を及ぼすものである—川島氏・前掲書—一七頁・川島氏「所有の理論」—一〇頁、Gierke, Das deutsche Genossenschaftrecht. Bd. 2. S. 59, 61f.)

川島教授は、財産における私的所有権と婚姻における肉体の「所有」との対応関係は、単なる論理上の対応関係にすぎないものではなく、むしろそれは現実的な対応関係であり、この点、婚姻法関係の哲学的解明をめざしたカントの「対物的・對人的な権利」の理論は、所有制度と婚姻制度との間の現実の対応関係を暗示している点で、社会科学にとつて意義深いものがあることについて論じられる (前掲書—一八頁)。

カントの婚姻契約説もまた個人を教会法から解放し、夫婦の法的平等や婚姻の解消可能性を実現するにもたらした功績の大きいことは認めなければならないのであるが、人格的な性愛を本質とする婚姻の倫理性を看過するものといわなければならない。婚姻に倫理性を導入したのはフィヒテである。フィヒテによれば「婚姻は両性の二人格者の性的衝動に基く完全な結合」

であつて、それ自身目的を有せず、自己目的たるものである。すなわち婚姻は、作り出されたものではなく、自然と理性とによつて必然的に且完全に規定された関係である。彼は婚姻を単に「法的共同体」(juridische Gesellschaft)たる法律制度(Rechtseinrichtung)ではなく、自然的且道徳的な制度であるとした。彼は、カントにおけるような相互的な献身の平等性という形式的な立場を排して、婚姻の各当事者は他方に対して後者のための手段、したがつて物となるものでなく、「婚姻はそれ自体その各構成員の異つた機能を有する一種の有機体(Organismus)をなすものである。」と考えた。(Fichte, Grundlage des Naturrechts, Sämtliche Werke, herausgegeben von J.H. Fichte, Bd. III, S. 315 ff.

Binder, Philosophie des Rechts. 1925, S. 451, 松坂氏・婚姻の本質・家族法の諸問題一三頁)

フィヒテは、婚姻を契約とみなす個人主義の見方から、これを協同体とみる超個人主義の見方への移行の端緒をひらいたものとみられ、それは、やがて、婚姻を倫理的愛の協同体とみなすヘーゲルの見解によつて完成された。ヘーゲルによれば、婚姻は、契約関係をその本質的基礎とするものではない。「婚姻は個別的に独立する人格の間に結ばれた契約の立場から出発して而もこの立場を止揚することである。」婚姻の締結は両性の自由な同意、しかも一個の人たらんことの同意である。そして、それは「両性の自然的・個別的な人格の放棄による統一・融合でその統一は自己制限ではあるが、自己制限の中に、実体的な自己意識を獲得するのであるから両性の眞の解放である。婚姻においてのみ合法的且道徳的愛があるとして、気紛破壊を否定する、(Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §. 162, 175 松坂氏・前掲論文八一―九頁, 谷口氏・愛情喪失・長期同棲廃止と離婚・民商法雑誌第二八巻五号二九頁)

解釈論は別として、実定法として夫婦間の協同体の成立を認めているのはスイス民法(第一五九条以下)だけで、これを eheliche Gemeinschaft と呼んでいる。その他の諸国の立法はすべて婚姻を夫婦の個人的関係として規定する。(松坂氏・前掲論文七三頁)(解釈論としては、ギールケ・エンデマン・他があり、また吾国にも中川教授をはじめ多くの学者がいる)

婚姻は夫と妻とが全人格的に結びついた、テニースのいわゆる本質意思(Wesenswille)によつて成立する Gemeinschaftlich な結合であつて、学者のいわゆる本質社会結合である(中川教授「身分法学への序論」身分法の基礎理論一頁以下・教授はこれを規律する法を個体法に対立させて統体法とよんでいられる)。それは当事者の合意によつて成立するが、組合のように単に個人的な目的を協力して達成するために、相互に債権・債務の関係―契約関係―によるものでないことは、もとより、また社団のように、いわゆる選択意思(Kürwille)に基いて成立する Gesellschaftlich な団体でもない。超打算的・非選択的な結合関係である。婚姻の本質は人格的な性愛による結合である(松坂氏・前掲論文七五頁参照)

(しかし、資本制社会においては、婚姻関係も社会的関係として物質的生活の生産の協働の様式―社会的生産力―によつて制約される結果、婚姻は純粹の姿を歪曲されているとして、エンゲルスは次のように云う。「結婚の完全な自由の実現されるのは資本主義的生産の除去と、それによつて作り出された所有関係の除去とが、いまなお配偶者の選択につよい影響を及ぼしている副次的な経済的顧慮を排除するときである。そのときには相互の愛情以外には、もはやどんな動機ものこらない。」)(エンゲルス「家族・私有財産及び国家の起源」・マルクス＝エンゲルス選集第一三巻下三四九頁以下)

近代的婚姻は、身分的従属から婚姻を解放し、当事者相互の性愛と眞に自由な合意とに基づかない婚姻はすべて不道徳であることを確立したものである。したがつて、婚姻を独立の人格者間の自由な合意による契約として理解した個人主義の見解はたしかに近代的婚姻の本質をつかんでいる。しかし婚姻の締結は単なる契約ではなく、夫婦協同体の創設(Gesellschaftlich 団体の設立ではなく、既に存在する婚姻の事実を承認する行為)を目的とする行為であつて、合同行為の性質を有するもので Gierke のいわゆる社会法的創設行為(sozialrechtlicher Konstitutivakt)の一種と解されている(松坂氏・前掲論文八三頁, 婚姻を協同行為と解する説は、薬師寺氏・日本親族法上巻三七四頁, 山中氏・市民社会と親族身分法二三七頁以下, などその他この説を支持する学者が少くない)。

かかる立場は契約の効力が相対的であるのに反し、婚姻の効力が絶対的であることや、婚姻の無効及び取消が契約のそれとは異つた法律上の取扱をうけるべきことは婚姻が契約でない

解することによつて理解しようとし、又婚姻は、団体的な社会法的行為であるから個人法的行為に関する法原理をそのまま適用することができないことはもちろん、また婚姻は *Gemeinschaftlich* な性質を有する団体であるから、*Gesellschaftlich* な団体に関する法原理の無条件な適用はゆるぎされないとする。(松坂氏・前掲論文八四頁、末弘氏・民法雑記帳七五頁)

なお、婚姻は愛の倫理的協同体であり、したがつて愛を失つた婚姻の継続は不道徳であることはもとよりであるが、また家族態の存在理由は単に性と生殖にのみ求められるべきでなく、子の養育・保護の機能にあることは凡ゆる社会を通じて実証される所であり(青山氏訳ウエスターマルク「婚姻と離婚」)、社会制度としての一夫一婦制家族を法が尊重、保護することも亦実はこの点に在ると考えられている(青山氏・離婚と子の監護—家族制度全集—Ⅱ離婚二四六頁以下・三木清氏・一夫一婦制論—家族制度全集—Ⅰ史論編—三三頁以下、末弘氏・民法講話上二八八頁以下)。したがつて、婚姻における右の目的を度外視した離婚は人間性に反するのみでなく、道徳的でもない。社会主義社会(生産手段が共有化した社会—エンゲルスはかゝる社会においては「子供の扶養や教育は公共の仕事になる」といつている—エンゲルス・前掲訳三四二頁)たるソヴィエトにおいてすら、家庭は「正常にして健全な子供の教育を基礎、ソヴィエト市民の行動規範に対して子供の性格を啓発すべき場所」とみられ法律は「幼い者を世話し保護し、有用な市民として育て、訓練することを両親の義務とし、そのために家庭に留めておくことを両親に保障している(山内氏・「ソヴィエト家族法の特質」・社会主義国家の法下巻三四〇頁・三四八頁)。

「ラーダブルフの指摘しているごとく近代資本主義社会における家族の崩解の傾向が両親の教育権に及ぼす深刻な影響即ち、教育権が漸次両親の手より離れて一層大なる社会である国家に移行しつつある現象を否定するものではない」が、この事実は「既にヴァイマル憲法も宣言しているところの、両親に属する自然法的な教育の権利義務(*aberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern*)を否定することはできない。」「教育はその根本において両親の任務に属し、教育権は如何なる場合においても両親の手許に残存するのである。」国家その他の教育担当者が有する教育権は、両親の有する本質的な教育権から派生する伝来的なものにすぎない(教育権の自然法的考察・田中耕太郎氏・法学協会雑誌第六九巻二号一頁以下参照)。

たゞ親の子供に対する愛情の喪失または経済的その他の理由で親に子供を養育させることが、子供の福祉に反するようになった場合にだけ、国家は親から養育権をとりあげて、親以外の者に養育を委託する事が許される。児童福祉法もかゝる趣旨に基くものと解すべきである。養育権が本質的に社会に属し、家庭教育は究極において社会から委託されたものに過ぎないとする見方は正当でない(田中氏・前掲論文二六頁、松坂氏・前掲論文一四頁参照)

離婚はたゞに夫婦関係を解消させるのみではなく、家族態すなわち父母と子との共同生活態を分離し子の養育保護の機能を破綻するものであるから、かゝる観点より子を有する父母の離婚を許容すべきでないとの主張が生れる。沿革的には未開民族の間には、かゝる慣行がかなりの程度に行われていたといわれ(青山氏訳・ウエスターマルク前掲書一八八頁以下)、キリスト教の婚姻の非解消主義にも多分にこの目的があつたと考え得られる(田中氏・前掲論文)。そして、現在においても道徳論としてかゝる思想はかなり根深いことは否定しえないのであり、また事実子の存在が父母の離婚の障壁となることは統計の示すところである。(以上、青山氏・前掲論文一四七—一八頁・北アメリカ合衆国では、子供のない夫婦より生ずる離婚率指数100に対し、子のある夫婦より生ずる離婚率指数は23.3である。戸田氏・婚姻と家族九八頁以下、また子の数が増えるにつれて離婚率は低下するのが一般の傾向で、例えば、一九五四年長野家庭裁判所松本支部で扱つた調停離婚数六三件の中六人以上の子持の離婚は皆無である)

(しかし、右の議論は、父母が常に子の養育保護に適すると的前提に立つものである、したがつて、父母の離婚の子に及ぼす害悪よりも、むしろ破綻した婚姻関係が子の精神に与える悪影響が憂慮せらるべきであり、この意味からむしろ或場合には子の監護保護を父母の適当な一方又は第三者に託することができれば、却つて離婚は子にとつて幸福となるとの議論も近時見られる—R. Reed, *The Modern Family*, 1929, 青山氏・前掲論文二四七—二四八頁、なお、アメリカ学者のかかる主張については後述参照)

要するに婚姻の目的ないし性質、機能に対する婚姻観の異なるに対応して、離婚原因に対する評価も同一ではない。たとえ、「夫が妻を差し置いて他に情婦をもち、それがもとで妻との婚

姻関係の継続が困難となつた場合」(昭和二七・二・一九・最高裁判決)すなわち、夫が妻以外の女に愛情を移したため、妻との間に婚姻の基礎たる愛情が消失し、同棲が廃止され一婚姻の道徳的基礎を失うに至つた場合に夫の離婚請求権を認めるべきかどうか、或は子の存在や子の幸福の致命的侵害が離婚阻却事由となるかどうかなどの判断は各人の抱く婚姻観・世界観によつて同一でないであらう。そして、また、これが各国の離婚法制に異同の存するゆえんである。

註18 ローマ法においては妻は結婚により氏を變じなかつたがゲルマン諸法は教会の「二人のもの一体となるべし」の教に従い妻に夫の姓を名乗らせ、夫婦同氏とさせた。近代法の大多数も同様である。

近代婚姻法 (Preuss, Ldr. 11, 1, 192, 193—sächs, GB. 1632—ABGB. 92—BGB 1355—ZGB. 30—Cod Jur Can C. 1112.)において夫婦が同一の氏を称えるのは夫婦一体性ないし夫婦の近親性 (Innigkeit) の当然の結果であり、(わが旧法も夫婦の同氏を定めていたが、その根拠は、夫・妻が戸主に統卒される「家」の構成員たることに基くものであつた。旧民法七四六条・七八八条参照) ドイツにおいてもまた夫婦同氏は夫婦共同体 (Eheliggemeinschaft) が婚姻関係の両当事者の全生涯を傾投した重要なものであることの当然の結果であると理解されている。(ドイツ法に於ける夫婦同氏の原則について、スタウディンガー教授, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, Bd. I, Teil. I, 1913, S. 153.)。エンデマン教授もかつては父系の親族として (als Agnatin) 父家に入った結果であると考えられていたが、現在では、共同体の理論から説明すべき意味のことを述べていられる (Endemann, F, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1908, S. 312. 太田武男氏・婚姻・離婚と氏の問題・身分法と戸籍一二三頁以下参照)。

夫婦同氏は夫婦一体性の結果であることから、ドイツにおいては、婚姻生活において同一の氏を称えることは、妻の権利 (Recht) であると同時に義務 (Pflicht) と解せられるのが通常であり、その義務はドイツ民法第一三五三条に、いわゆる「婚姻上の生活共同体」(eheliche Lebens-gemeinschaft) に対する妻の一般的義務から発生した具体的義務の一つと考えられている (Staudingers Kommentar, a. a. O, S. 153. Endemann. F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1908, S. 312)。それ故、夫が妻に夫の氏の称用を肯んじないときは、妻から婚姻生活回復の訴 (Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens) により、その妨害排除の請求をなすことができ、また、反対に妻が夫の氏を称することを肯んじない場合は、婚姻生活回復の訴によりその履行を確保することができると解されている。のみならず、ドイツ大審院の見解によれば、本条による妻の氏名権は一般的に人格権としての保護を与えられるべく、したがつて夫が誤つて他の女性にこれを許した場合には、妻は不法行為に関するドイツ民法第八二三条にもとづき不作为の訴 (Klage auf Unterlassung) をなすべきものとされている。(田島・近藤氏・現代外国法典叢書・ドイツ民法 (親族法) 八〇頁、太田氏・前掲論文一三三頁参照)

夫婦同氏は夫婦一体性の結果であること右の如くであるとすれば、離婚は婚姻関係の解消であるから、離婚は当然に婚姻前の氏に復する(民法七六七条・七七一条)と規定する(旧法においても此点は同一であるが、旧法における婚姻は配偶者の一方—通常は妻—が他方の家に入る関係であつたから、離婚は家を去ることを意味し、その結果として復氏が行われたものであつて、個人を本位とする近代的な婚姻法における復氏とはその理論的根拠をことにする)。しかし、ドイツにおいては婚姻により、夫の氏を取得 (erhalten) するに至つた妻は、離婚しても依然としてその婚姻中の氏を保有 (behalten) するのが原則 (例外の第一は、妻に復氏の許されることがあることであり、第二に夫は妻に対し自己の氏の称用拒絶—直接または後見裁判所を通して—を許されることである。この第二の例外的場合について、ドイツ民法第一五七七条第四項及びナチス婚姻法第六四条を承けた新婚姻法第五六条は、離婚原因に対し妻のみ (allein) もしくは、主として (überwiegend) 妻のみが有責であり、その旨が離婚の判決に宣告された場合に限り、夫はその妻に対して、所轄官庁 (戸籍吏) に対する意思表示により、爾後夫の氏の称用を拒絶する (untersagen) ことができる、そして、夫の氏の喪失と同時に妻は自己の氏を再び取得する」ことになる。そして、爾後夫の氏の称用を拒絶する旨の通知を戸籍吏から受けた妻が依然として夫の氏を称用する場合には、その夫は、その妻に対し氏名権に関するドイ

ツ民法第一二条の保護をうけるべく、妨害排除の訴を提起し得、場合によつては、不法行為に關するドイツ民法第八二三条に基き損害賠償の請求をなし得るとされている。第三の例外たる後見裁判所による夫の氏の称用禁止とは、妻が離婚後—nach der Scheidung—その夫に対して何らかの重大なる過失—eine schwere Verfehlung—を犯かし、もしくは、妻がその夫の意に反して破廉恥な若くは不道徳な行為—ein-ehroloser oder unsittlicher Lebenswandel—をなしたときは、後見裁判所(Vormundgericht)が夫の申請に基き、その夫の氏を爾後称用することを禁ずることである。この規定はドイツ民法にはなく、一九三八年のナチス婚姻法が創設し、戦後の新婚姻法が継承したものである。)であつて、この原則は、ドイツ民法(一五七七条一項)により確立され、ナチス婚姻法(六二条)を経て戦後の新婚姻法(五四条)に受継されたものである。ドイツのこの原則の理論的根拠は明かでないが、キリスト教の婚姻非解消主義に基き、夫婦一体観の思想的影響も否定しえられないものゝようであることは、ドイツにおいて(他の国においてもそうであるが)離婚した配偶者の扶養義務の本質を婚姻中の相手方に対する扶養義務の延長とみてゐることによつても明に窺いえられる。(Lehmann, H. Deutschers Familienrecht, 1948, S. 148. 大田氏・前掲論文一七頁参照)

要するに「夫婦同氏」の原則は、ドイツにおいても、わが国においても婚姻共同乃至夫婦共同体の理念に立つと否とにかゝらず、(旧法は「家の理念」によつて支えられていたが、新法もドイツの如く夫婦共同体の理念によつて支えられているかどうかは、にわかには断定できない。)夫婦一体性の結果であるといえる。たゞ、わが民法では「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚しているから、同氏の原則も夫の氏によつて統一されるものとは限らず、婚姻の際に定めるところに従い、夫または妻の氏によつて統一されることになつており、また、改氏したものは離婚によつて、当然に復氏することになつてゐるのは西洋のようなキリスト教による障害がないことによる。

註19 改正前(一九一七年一月一九日の離婚布告)のソヴィエトの単独離婚制が特殊な政治的立場を離れては一般には不道徳であるように、完全な婚姻不解消ということも同様に不道徳である。かゝる不道徳と認むべき婚姻を支持せねばならない正当な合理性を、国家は持たない。されば婚姻の目的から考えて一目的主義の立場に立つて判断して一婚姻を永続させることが不道徳である場合は、離婚を許容すべきであるという意味の語がたゞ一箇条あればよいともいえる。(坂本哲夫氏・日本婚姻法原論七四頁参照)

したがつて、新民法における一個の包括的離婚原因「婚姻を継続し難い重大な事由のあるとき」も結局、「その婚姻の継続を強制することが不道徳であるとき」ということになる。

かゝる考え方はつきり現われている判決として次のものがある。「およそ夫婦は愛情により結合されるものであるゆゑ、その間に不和や失望や嫌悪が生じたときは、道徳はこの不自然な従つて不徳となつたところの結合の解消を命ずるのであつて、しかも夫婦関係に破綻をきたした原告が、真に離婚を求めている場合に於て裁判所が法律上の離婚原因が認められないとして敗訴させて強制的に夫婦として同じ屋根の下に同棲させることは、かえつて人倫に反することになるのであるから、こうした事情は民法第七七〇条第一項第五号の定める離婚原因、すなわち、婚姻を継続し難い重大なる事由に当るものというべきである。」(昭和二六年六月二五日長野地裁諏訪支部判決・下級裁判所民事裁判例集第二巻第六号八一五頁)

註20 Binder Philosophie der Rechts, 1925. S. 461 ff. エンゲルス・前掲訳三五〇頁以下、松坂氏前掲論文七六頁。

Summary

The Interpretation of Art. 770 in Our Civil Code

Hajime IWADARE

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

In order to interpretate Art. 770 in our new civil code, we should know first the fundamental principles in legislation of the same article. In this treatise, I am going to discuss some of these principles.