

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——

岩 垂 肇*

(信州大学文理学部)

改正民法が協議離婚ならびに裁判離婚を認めたことは、形式的には旧法と同一であるが、両法の基調をなす立法主義において、根本的な差異が認められることについては、すでに本誌において述べたことがある（紀要第五号二一頁以下参照）。即ち、新法における協議離婚も裁判離婚もともに近代的離婚自由主義の基調に立つものであり、新民法の離婚訴権は憲法上の離婚自由の基本権から当然に抽出されるものとして理解されるべきものである。

その結果は、離婚原因に関する旧来の立法主義を大きく変転せしめずにはおかなかつた。

即ち、絶対的離婚原因主義から相対的離婚原因主義へ、有責主義又は過失主義から目的主義又は破綻主義へ、男女不平等主義から男女平等主義へ、絶対的不受理原因主義から相対的不受理原因主義へ、限定離婚原因主義から包括的離婚原因主義へと、離婚原因に関する改正民法の立法主義は離婚原因拡大史に於て数世紀の発展を一日にとび越えたような変革をとげたといつても余り過言ではない。

私は以下に於て、民法第七七〇条の拠つてたつ此等諸主義の概念や意義を明確にすることによつて同条解釈上の疑点、殊に主たる有責配偶者の離婚権の問題を究明し、次に同問題に対する卑見の立場から判例に現われた諸見解を検討・批判し、最後に民法第七七〇条の「婚姻を継続し難い重大な事由」を離婚原因とする新法施行後の全判例（昭和二三年 — 三〇年二月）を批評することにより、より具体的な現行離婚法の把握を試みようと思う。

民法第七七〇条第一項は「左の場合に限り、離婚の訴を提起することができる」として、配偶者の不貞な行為(同項一号)・悪意の遺棄(同項二号)・三年以上の生死不明(同項三号)・及び回復の見込がない強度の精神病(同項四号)の四箇の離婚事由を列記し、ついで第五号として、「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・相対的な離婚事由を掲げている。この規定の仕方からみて文理上第一号乃至第四号は、相対的離婚事由たる第五号の例示(重大な事由の)的意味を持つものと解する事ができる。また同条第二項が「前項第一号乃至第四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」といつているのは、第一項第一号乃至第四号の離婚事由が決して絶対的離婚原因ではない

* 信州大学教授

こと、換言せば、これらの離婚事由が存在しても離婚を宣告するを要せず、それが「婚姻を継続し難い」（一項五号）程度、即ち当事者に「婚姻の継続を期待し得ない」程度の婚姻破綻を招来していると認められる場合に、始めて離婚を宣告すべきものであることを明らかにしたものである。

第七七〇条を右の如く解するとき、新法に於ては結局、「婚姻を継続し難い重大な事由」という包括的な一箇の離婚事由が離婚原因として存するに他ならぬものとみることができるのであり、従つて、「配偶者の不貞の行為」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」であるの故をもつて始めて離婚原因となるのである。

されば新法に於ては、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」と云う単に一箇の相対的離婚事由（一項五号）が附加されている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見るべきである。

従つて、離婚訴訟に於て原告が主張する具体的事実が、配偶者の「不貞な行為」・「悪意の遺棄」・「三年以上の生死不明」・「回復の見込がない強度の精神病」の何れであつても、裁判所は必ずそれらの事由が民法の離婚原因たる「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第二項の判断をしなければならない。即ちそれらの事由が存する場合でも、なお裁判所は婚姻の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つくす義務があると解さねばならない。

そして、その判断において一切の事情を考慮した結果「婚姻の継続を相当」と認める一「婚姻を継続し難い重大な事由」がないと認めるときは、離婚原因は存在せず、離婚請求は理由のないものとして離婚の訴を棄却する判決をしなければならない。第二項は「裁判所は、前項第一号乃至第四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」とあるけれども、当然かく解しなければ不合理である。

したがつて、裁判所が「婚姻の継続を相当」と認めながら、離婚の請求を棄却しないことは許されない。例えば、原告の主張する離婚理由たる事実が虐待で、その行為のあつた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の行為で既に原告が之を宥恕しているような場合、時間の経過や宥恕のため、虐待なり、不貞の行為が、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場合、言換れば、「婚姻の継続を相当」と認められる場合は、裁判所が之を認めながら離婚の請求を棄却しなかつた判決は違法のそしりを免れない。けだし、離婚は後述する如く破綻し切つた婚姻関係の苦痛から婚姻当事者を解放することを目的とするものであつて、既に婚姻関係の実質が失われ去り、これ以上婚姻の継続を強制することは「個人の尊厳」と両立せず、公序良俗に反することになり、それは又被告をして相手方配偶者に対して、婚姻義務に基く権利一同居請求権・協力請求権など一の不当な行使を許す結果となつて、これは信義誠実の原則（民法一条二項）から許されないところに其の（離婚の）理論的根拠があると考えられるからである。したがつて、離婚原因たる婚姻の継続を強制し

難い重大な事由の存すると認められる限り離婚請求は認容しなければならないと同時に、婚姻の継続を強制し難い程の重大な事由が存しない、従つて「婚姻の継続を相当」と認められる以上裁判所は常に離婚請求を棄却しなければならぬのは当然である。

同時にまた、離婚訴訟において、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四箇の離婚事由の何れにも該当しない場合といえども、それが「婚姻を継続し難い重大な事由」（一項五号）に該当すると認め得られるときは、裁判所は離婚の判決をすることができる。しかも、この場合裁判所は当事者の申立てない事項について判決したことにはならない（民訴一八六条参照）。

第一項第五号に包含される婚姻生活の障害となるべき事由は、旧法の離婚原因であつた配偶者の破廉恥罪による処刑、配偶者又は直系姻族・尊属からの虐待・侮辱、直系姻族又は尊属への虐待・侮辱、或は、婿養子や家女と結婚した養子についての離縁又は縁組取消（旧法・八一三条四号・五号・七号・八号）其他配偶者の性病、性的不能、狂信、愛情の欠如、性格の不一致、子に対する虐待又は監護教育の甚しい懈怠など、およそ当該夫婦によつて、「婚姻を継続し難いほど重大な事由」となるべき一切の事情である。又時にはこれら幾つかの事由が複合して本号の離婚原因と認められることもありうるであろう。

第一項第五号が相対的離婚原因とか、一般条項（Clausula Generalis）とか呼ばれる意味は、一般には第一号乃至第四号を補足するものであると解されているようである。それは、第五号が臨時法制審議会の立案にかかる親族法改正要綱第一六条第一項第六号の踏襲であることに基因するものと思われるのであるが、それは改正法の正しい解釈ではない。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、新法は全体として相対的離婚原因主義をとつたのであるから、第五号は第一号乃至第四号の補足ではなく、逆に第一号乃至第四号は第五号の例示であるとみなければならない。

要するに裁判所は離婚訴訟に於て、当事者の主張する事実が第七七〇条第一項第一号乃至第四号の離婚事由に該当する場合は勿論、それ以外の事由でこれら第一号乃至第四号と同様程度に婚姻生活の障害となるべき重大な事由（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ろう）が存在するか否か、もし存在するとせば、それらの「重大な事由」が、当該婚姻生活を「継続し難い」程度に「重大」なものにしているかどうかを具体的事実即して「一切の事情（婚姻期間の長短・子の有無・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その他後述のいわゆる離婚原因阻却事由の有無など）を考慮して」判断しなければならない。尤もこの場合「一切の事情」は当事者の提出しない事実以外は、婚姻を継続するためのみ斟酌される（人訴一四条参照）。

かかる判断の結果その重大な事由を「婚姻を継続し難い重大な事由」と認定するときには裁判所は離婚の判決をなすべきであり、然らざるとき、即ち「婚姻の継続を相当と認めるとき」は、請求を棄却するよりほかないのである。そしてこの点は「重大な事由」が第一号乃至第四号の事由たると、はたまた第五号の事由たるとによつてことなるもの

ではない。

されば、第二項が「第一号乃至第四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云つたまでである。いわば訓示的もしくは注意的規定である。

しかし学者の多くは、この第二項の規定(裁判所の自由裁量権に関する)に対して不当に離婚を抑制する虞れある規定として激しく非難する。或いは「この規定の運用によつて、夫の不貞行為を理由として提起した妻の離婚訴訟が、裁判官の男性的立場から不当に却けられる虞れがある」とし、裁判所の厳正な態度を望み、ある者は同じく同様の事を述べた後「以上のような裁判所の広い裁量権を認めることは、当事者の離婚の自由を阻止する弊害を生ずるおそれが多分にある。……………これによつて当事者の軽卒な離婚を防ぐことになるという考えもあるが、それならば、協議離婚はどうなのか。民法は一方に自由な協議離婚を認めつつ、他方に離婚原因があるにも拘らず離婚を認めぬことは矛盾ではないか」と云う。¹⁰⁾

しかし旧法は、絶対的離婚原因主義をとつていたから、法定の離婚事由に該当する事実が認められる以上、更にその事実が離婚原因に該当するか否かの評価を必要としないで、直ちに離婚の宣告をなし得、また、なさなければならなく、法定の離婚事由の存する以上、ただ裁判所は、形式的に規定する「離婚原因阻却事由」又は「離婚請求権の消滅事由」ないし、「離婚訴訟不受理原因」の存する場合に限り、請求を棄却することができるに過ぎなかつたが、新法はかかる絶対主義の離婚法を抛て、完全に相対主義の離婚法を採用し、離婚原因は、「婚姻を継続し難い重大な事由の存すること」(婚姻生活の破綻)という一箇の包括的・抽象的な離婚原因を持つに過ぎないのであるから、離婚原因阻却事由を特に規定する要はなく、それだけ裁判所の自由裁量権は広汎なものとなるのは当然である。裁判所は第一号乃至第四号の事由及びそれらと同等に婚姻生活の破綻を招来する「重大な事由」が離婚原因に該当するか否かについて、提出された事実に基づくのみならず、その他一切の事情(当事者の提出しない事実については、婚姻の継続を相当と認めるために一人訴一四条)を参酌・考慮して判断しなければならない。

従つて、前記の非難は結局、相対的離婚原因主義を採る進歩的な新離婚法そのものに対する非難に他ならないこととなるであろう。第七七〇条第二項を強く非難する者の考は、第一項第一号乃至第四号の離婚事由を絶対的離婚事由と解したい意図が前提になつているように推測される。例えば、或人は、「第一項による立派な改正が、この第二項で有名無実になるおそれは少くない。大体裁判所は、前記離婚原因に該当する事実があり、そして原告に離婚意思がある以上、離婚の『請求を棄却することができ』ないはずである。裁判所としては、訴の取下をまつか、和解を勧めることができるだけで(人訴一三条)、該当事実の『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』ということが、ことがら自体矛盾しているのみならず、本条第二項をして、このような全く自由裁量的な離婚拒否権を裁判所に与えては、せつかく第一項が、夫にも、妻にも大幅な離婚権を許容したことが、悪くすると空文に帰する。……………こんにち

既に、離婚権は尊厳な、しかも、成年に達した男女にとつては、一つの人権であるといえよう。結婚生活の面に於ける人権が裁判所によつて容易に侵されることは黙視しがたい。¹¹⁾と述べ、或は又、先に引用した青山教授の言葉「裁判所の広い裁量権を認めることは、当事者の離婚の自由を阻止する弊害を生ずるおそれが多分にある。……民法が一方に自由な協議離婚を認めつつ、他方に離婚原因があるにもかかわらず、離婚を認めぬことは矛盾ではないか。」という言葉の裏には、原告の主張する事実が第一項第一号乃至第四号に離婚事由として掲げられた相手配偶者の不貞な行為なり、悪意の遺棄なり、三年以上の生死不明なり、或は回復の見込がない強度の精神病なりに該当すると認めるときは、裁判所は必ず離婚の判決をしなければならない、従つて、これらの事由が、当該夫婦にとつてはたして「婚姻を継続し難い重大な事由」であるか否か—換言すれば、これが現実¹²⁾に当該婚姻生活を破綻させているか否か—の評価判断について裁判所に自由裁量の余地を与えるべきでないとの考え方（すくなくとも第一項の四箇の離婚事由に関する限りは）のようである。

第一号乃至第四号が絶対的離婚原因に見られるのは、これらが（四号の精神病は別）旧法の絶対的離婚原因であつたこと、並びに新設の相対的離婚原因たる第五号が前述した如く、旧法時代（絶対主義）臨時法制審議会の立案にかかる親族法改正要綱第一六条第一項第六号の踏襲であると云う歴史的理由に基因するもののように思われる。そして尙、一箇の相対的離婚原因と数箇の絶対的離婚原因を認めるドイツ民法に於ける離婚法の解釈の影響によるものではないだろうか。ドイツ民法に於ては、数箇の絶対的離婚原因（一五六五条・一五六六条・一五六七条・一五六九条）は何れも一箇の相対的離婚原因（一五六八条）の例示とみられている（完全な意味の例示）が、わが民法第七七〇条第一項第一号乃至第四号が第五号の例示であるという意味はそれとは稍ことなり、第二項の規定と合せ考えることにより理解される。即ち、これら四箇の事由は何れも第五号における単に「重大な事由」の例示であつて、決して、「婚姻を継続し難い重大な事由」の例示ではないとみなれば不合理である。しかしこれらの人々といへども他面には、第一項第五号については離婚事由を限定せず、之をもつば裁判所の自由裁量に委ねた、いわゆる相対的離婚原因として之を支持し、又新法の目的主義・破綻主義を進歩的立法であるとして賞讃する。そこに矛盾・撞着はないであろうか。

われわれは少くとも新法が進歩的立法形式であると云い得られる所以は、新離婚法たる第七七〇条が、徹底した相対的離婚原因主義を採用したこと、従つて、先に述べた如く新法は「婚姻を継続し難い重大な事由」という単一の包括的な相対的離婚原因をもち、且つ後述する男女平等の当事者主義に基く完全な目的主義乃至破綻主義を採用したことにあると理解している。新法が第一項第五号の包括的な相対的離婚事由を附加したことや、新たに目的主義、破綻主義に讃辞を惜しまない人々が第二項の裁判所の自由裁量権を非難するのは筋が通らないように思う。これは私の誤解によるものであろうか。そして、「一方に自由な協議離婚を認めつつ、他方に離婚原因があるにも拘らず離婚を認めぬことは矛盾ではないかと思う」という論も理解し難い。

第一号乃至第四号の事由に該る事実があつても、それが直ちに離婚原因を成立させる

ものではなく、それらの事実が婚姻を継続し難いほど重大なものである場合にはじめて離婚原因は成立する（従つて、離婚権は発生する）のであるから「離婚原因があるにも拘らず離婚を認めぬことは矛盾」といわれるのは理解できぬ。恐らく、第一号乃至第四号列挙の離婚事由はそれぞれ離婚原因を構成するもの（絶対的離婚原因）との考に立つ理論のように解せられる。なぜならば、「離婚原因があるにも拘らず離婚を認めぬことは」許されないのは当然のことであり、民法第七七〇条は、決してかかることを許しているのではないからである。即ち、民法第七七〇条は第一号乃至第四号の列挙の離婚事由があつても（協議離婚ならばそれだけで当事者の合意があれば離婚できる）裁判所は更に、その事由が果して本条の離婚事由たる「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当する程度の事態であるか否かを評価して、それに該当すると判断したとき、即ち、「離婚原因がある」と認定したときはじめて離婚請求を認容するのであり、又認容せねばならぬのである。従つて、「離婚原因があるにも拘らず離婚を認めぬ」ということはあり得ない。

また第一号乃至第四号の離婚事由があつても、更に第二項の判断を加えることにより、離婚を多少制約するような結果になるけれども、それが不当な制約でない限り、協議離婚を認めていることと決して矛盾するものではない。けだし、協議離婚と裁判離婚とは全く同じ目的をもつものではないからである。裁判離婚は一方が離婚を欲しない場合にその意思に反して裁判所の判決によつて行ふ強制離婚であるから、離婚によつて利益を失う者の保護—特に婦人と子供の保護—の目的を無視することはできないのである。かかる立場から時に裁判所の自由裁量が離婚の抑制という役割を演ずることになるのは止むをえないであろう。またそれは裁判離婚の一任務を果すことになる。もとより、後述するように、原告を苦しめること以外に何ら利益をもたない婚姻継続の主張は、いかに婚姻の倫理性からしても否定されなければならぬ。なるほど夫の「不貞な行為」を理由とする妻の離婚訴訟に対し、裁判所が男性的立場からのみ「一切の事情を考慮して」相手方は商売女であり、また、夫は扶養義務を果しているからとて、「婚姻の継続を相当」と認め、「離婚の請求を棄却」すること¹²⁾の許されないことはもとよりであるが、然し又、逆に妻の「不貞行為」を理由とする夫の離婚請求に対し、裁判所が、妻の行為に対する夫の同意又は宥恕その他の事情を全然考慮（目的論的・破綻主義的に）しないで、妻の「不貞行為」の事実だけで直ちに離婚を宣告するのも正当ではあるまい。

判例は、外地抑留の夫が妻以外の婦女と同棲した事実を民法第七七〇条にいう不貞な行為に当らないとして「被告が他の女性と同棲した事実があつたとしても、これを平常時における平常な環境のもとにあつたと同様に考えることはできない。もとより妻としては忍び難いところではあるが、これを不貞な行為があつたものとして、離婚の責を帰せしめることは酷であつて、同条第二項に裁判所は不貞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』と規定している趣旨よりしても、この事実だけとらえて被告に不貞な行為があるものとして離婚の判決をすることは適当でない」と判示している（昭和二五年一月六日東

京地判一下級裁判事裁判例集第一卷第一二号一九三二頁)。不貞な行為の事実だけをとらえて直ちに離婚原因ありとしない—この場合も第二項の考慮を必要とする一態度は正当である。

第五号を第一号乃至第四号の補足とみる考方は旧法の絶対的離婚原因主義から抜け切っていないものである。繰返し述べた如く、第一号乃至第四号は第五号の「重大な事由」の例示とみるべきで、即ち、新法は離婚原因が全体として相対化し、「婚姻を継続し難い重大な事由のあること」という一箇の包括的離婚原因をもつと解すべきである。然らば、新法は、何故立法形式の上からも、もつと思切つて「婚姻を継続し難い重大な事由のあること」という一箇の離婚原因にしなかつたであろうか。この点に関して私はその立法事情に詳かでないのであるが、察するに、主として沿革的理由によるものであろう(殊に「不貞な行為」とか「悪意の遺棄」といつたような有責的色彩のある離婚事由を残したのは、これらと同程度の婚姻関係破綻というような考え方に基因するのではないだろうか)。しかし、又相対的離婚原因における「重大な事由」も「第一号乃至第四号と同様な重大な事由」というように「重大な事由」の標準を示す効果は全くないとは云えないであろう。特に精神病を離婚事由とすることについては、その妥当性が或は疑われ、或は之を否とする国民感情が現在なお強く存する(もつとも、世論の多くはこれを支持するが)わが国の実情からすれば、単一の包括的・相対的離婚事由一箇条だけでは、精神病を之に含ませるか否かにつき解釈上疑問の起る余地が全くないと保証し難いことを思うと、本条の例示規定の中に個別的離婚事由として明規したことは、精神病を離婚事由とすることの妥当性の当否は別として将来本条解釈上の紛争を防止する意味においては確かに適切な立法であつたといえよう(なお後述参照)。

或はまた嘗てドイツ民法典(一九一〇年)の起草編纂にあたり、相対的離婚原因(一五六八条)を認めながら、やはり、数箇の絶対的離婚原因として、姦通・重婚罪・不自然姦淫罪(一五六五条)・殺害の企図(一五六六条)・悪意の遺棄(一五六七条)・不治の精神病(一五六九条)を列挙—これらはフランス民法の如く限定的列挙ではなく、¹⁴⁾例示的列挙—した事情に相通ずるものがあつたのではないだろうか。ことに、民法第七七〇条第一項の「不貞な行為」は姦通を含み、それより広い概念であるが、姦通は配偶者の非行を理由とする離婚事由中最も典型的且つプリミチブなものであり、且つ諸国の立法例の殆ど総ては、姦通をもつて絶対的離婚原因とする¹⁵⁾(ただポルトガルの判例のみが夫の姦通に限り相対的離婚原因とする)。

わが民法第七七〇条第一項第一号乃至第四号は、決してドイツ民法の前記四箇の離婚原因のごとき絶対的離婚原因ではない。従つて第一号乃至第四号に該当する非行が存在するときでも必ず離婚の宣告をなさなければならないものではなく、なおそれが、新法の単一の離婚原因たる「婚姻を継続し難い重大な事由のあること」—婚姻生活の客観的破綻—に該当するか否かを「一切の事情を考慮」して決すべきである。そしてこれは、後述する目的主義(破綻主義)を採用した新法の趣旨にも適合するわけである。

ドイツ民法(一九一〇年)は有責主義の下に一箇の相対的離婚原因(一五六八条・一九三八年ナチス婚姻法 Ehegesetz 四九条・一九四六年新婚婚姻法 四三条)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、また目的主義に立ち進歩的立法といわれるスイス民法も、相対的離婚原因たる一般的条項（Clausula Generalis）を第一四二条に設けつつも、なお、いくつかの絶対主義的離婚原因の残滓を留めている。これらの進歩的立法に於てさえ諸種の事情により未だ払拭し得なかつた絶対的離婚原因を完全に抛て去り、離婚法全体を相対化し、ただ一箇の包括的離婚原因を認めて相対的原因主義に徹底した新民法は異常な進歩的革新立法といわねばならない。蓋し、ドイツ民法（一九一〇年）に於ける相対主義（Prinzip der Relativität）の採用に於てすら、第二〇回ドイツ法典会議（Deutsche Juristentag）は第一草案第一四四条に対し反対をし、配偶者の一方が他方配偶者に対して「虐待」・「侮辱」などの敵意を示した場合にそれが、其婚姻を堪えることのできないものにしたかどうかの判断を裁判官に任せるのみで、それ以外の離婚原因はすべて絶対的離婚原因にすべきであると決議し、「ドイツ国民は、立法者の離婚法を必要とし、裁判官の離婚法を必要としない」とし、また民法起草第二委員会及び帝国議会委員会に於ても、この制度は立法無能の自己告白で法的不安定（Rechtsunsicherheit）^{16) 17)}を招来するとして反対された。

とにかく、相対的離婚原因は、それ自身は具体的な内容を示さない抽象的なもので裁判所によつてその内容を充実されるものであるから、裁判所の自由裁量の範囲を広めることがその特色である。故に裁判所に対する国民の信頼と、之に応えるための裁判所の慎重な判断とが相俟つて始めて目的の達成は可能である。新離婚法に於て裁判所に対する期待は大きく、それだけ裁判所の責任も亦た重い。相対的離婚原因が裁判所の自由裁量の範囲を広める結果は自然、離婚法を比類なきほどに簡潔なものとならしめた。その簡潔で、抽象的な規定から成るわが新離婚法は、それ自体は未完成・不完全なものである。それに優れた内容を充実する仕事は専ら裁判所に負わされている。即ち第七七〇条に内容を与えるものは裁判所の判決である。即ち第七七〇条は、裁判所の手にかかつてはじめて完成すべき法規の著しいものである。¹⁸⁾果して裁判所がこの重い使命を果しているかどうか、われわれは後章の判例批評に於て明かにするであらう。

相対的離婚原因の概念規定については学説上必ずしも争がないわけではないが、要するに、離婚原因たる法定の事由が抽象的であつて、ある具体的事実が、それに該当するか否かの決定につき裁判所の自由裁量の余地が認められているか、又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の余地が裁判所の手に留保されていて、離婚の判決を宣告すると否とが裁判所の自由裁量に委されているものを相対的離婚原因と呼び、これに反し、離婚原因としての離婚事由を具体的に限定し、裁判所は原告の主張する具体的事実が、これらの事由に該当すると認めれば、それが離婚原因たるに値するかどうかの評価を要しないで、必ず離婚を命じなければならないものとされているときは、離婚原因たるこれらの離婚事由は絶対的離婚原因と称することができる。^{20) 21)}

法の適用たる裁判は一般的確実性と具体的妥当性とを兼ね備えなければならないが、離婚事件の裁判は財産関係のそれに比して特に具体的妥当性を必要とする。そしてこれを実現しうる立法主義は相対的離婚原因主義に如くものはない。しかるに論者或は相対

的離婚原因主義は法律生活の安定を害するとして之に反対する。しかし、財産関係のそれと異り、離婚を予期していたのに離婚が許されなかつたとか、離婚を予期していなかつたのに離婚が宣告されたということによつて、当事者が不測の損害を被るということの問題にする要なく、むしろ離婚が杓子定規的に許され、又は許されないことによつて法的安定は害されるのであり、離婚が具体的妥当に行われることによつて維持されると考へべきである。²²⁾

しかも、わが民法は裁判離婚の他に自由離婚たる協議離婚（民法七六三条以下）の制度を認めており、後者の利用度は前者のそれに比して圧倒的に高率である。この協議離婚との関係からしても、裁判離婚に相対的離婚原因を採入れて裁判所の裁量権を大きくし、離婚判決に具体的妥当性をもたせることは当然のことであると云わなければならぬ。いかなる制度にも濫用の弊は伴いやすいが、これは裁判所の適切な運用に期待することができる²³⁾と考えられる。

わが旧民法は勿論、相対的離婚原因たる包括的な離婚原因をもちつつも、なおそのほかにいくつかの具体的列挙の絶対的離婚原因たる離婚事由を規定するドイツ民法やスイス民法においても、それら具体的列挙の離婚事由ごとに（離婚原因が存在し）夫々独立の離婚権が成立するものであつて、わが新民法の採用する相対的離婚原因主義にはいまだ遠いものである。²⁴⁾

されば新民法における離婚原因の相対化は離婚訴訟の形態を大きく変容せしめずにはおかないであろう。即ち旧法の絶対離婚原因主義の下では、離婚原因として一〇箇の事由が制限的に列挙されていたのであるから、離婚訴訟の原告は、離婚の理由とすべき具体的事実関係を一〇箇の離婚原因たる事由の何れか一箇又は数箇に該当するかを特定して主張することを要するし、裁判所は又原告の主張する特定の離婚事由に拘束され、原告が主張しない他の離婚事由を職権により認定して離婚を宣告することは原則として許されなかつた。²⁵⁾

然るに新法の下では、離婚訴訟に於ける「請求」は「婚姻を継続し難い重大な事由が存在する」という「婚姻の継続を期待し難い客観的破綻」の主張であり、配偶者に不貞な行為があつたことも、配偶者から悪意で遺棄されたことも、配偶者の生死が三年以上も明かでないことも、配偶者が回復の見込のない強度の精神病であることも、どれもこの請求を理由づけるための攻撃方法に過ぎない。個別的離婚事由はどこまでも一般的離婚事由の例示であり、また離婚が個別的離婚事由によると一般的離婚事由によるとに従つてその効果に差異のあるものではない。したがつて原告が或る具体的事実を「配偶者に不貞な行為」（七七〇条一項・一号）があつたとし、或は「配偶者から悪意で遺棄」（同条一項・二号）されたとして主張して離婚を請求した場合に、裁判所がそれ（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」（同条一項・五号）に該当するものと認定しても、それは、訴訟当事者の申立てない事項について判決したことにはならない。またその逆も許される（民訴一八六条参照）。²⁶⁾²⁷⁾²⁸⁾

また離婚訴訟において原告が「不貞な行為」（七七〇条一項・一号）・「悪意の遺棄」（同条一項・二号）又は「その他婚姻を継続し難い重大な事由の存在」（同項五号）な

どを数箇同時に請求する場合は、それは請求を理由づける攻撃方法を数箇提出するものであつて、請求の併合が存するものとは認められぬ。結局裁判所は、提出された数箇の事実(数箇提出された場合)を総合して、当該婚姻生活が一箇の相対的離婚原因たる「婚姻を継続し難い重大な事由あるとき」に該当するか否かを判断すべきである。かかる場合絶対的離婚原因主義のもとでは、列挙された離婚事由は夫々別個独立の離婚原因を成立させるのであるから、もし当事者が数箇の離婚原因を申立てた場合その一つをもつて、裁判所が離婚の原因ありと認めるときは、他の原因についての判断を不必要とされる(RGZ Bd 55S. 244)。もつとも、例えばドイツ民法における「姦通」と「精神病」の原因を同時に主張する場合の如く離婚の効果を夫々異にする場合に於ては、右と同一の取扱を不可能とすることももちろんである。

- (1) 第二項は、特に第一号乃至第四号の事由に関するものであり、第五号については関係がない。従つて、原告の主張する具体的事実が第一項第五号に該当しないとして、請求が棄却されるのは、第二項による判断の結果ではなく、第五号自身に当該する事由が存在しないからに他ならない。

しかし、昭和二二年の改正に当り、「民法改正要綱」が成立するまでには次のような経過をみせている(改正民法の成立するまで一その一民法改正要綱の成立・法律時報第二六卷三号四七頁以下)。

一 昭和二一年七月二日の幹事案。

(一) 裁判上の離婚原因を左の如く定めること。

(1) (甲) 妻に不貞の行為のありたる時。夫が著しく不行跡なるとき。

(乙) 配偶者に不貞の行為のありたる時。

(丙) 配偶者が姦通をなしたるとき。

(2) 配偶者又はその直系尊属より著しく不当の待遇を受けたとき。

(3) 自己の直系尊属が配偶者より著しく不当なる待遇を受けたとき。

(4) 配偶者の生死が三年以上分明ならざるとき。

(5) その他婚姻を継続し難い重大なる事由存する時。

(二) 裁判所は前項の事由あるときと雖も一切の事情を斟酌して相当と認めるときは離婚の請求を却下することを得るものとする(傍点は筆者、以下同じ)。

二 昭和二一年七月二七日起草委員第一次案。

(一) 裁判所の離婚原因を左の如く定めること。

(1) 配偶者に不貞の行為ありたる時。

(2) 配偶者又はその直系尊属より著しく不当の待遇を受けたとき。

(3) 自己の直系尊属が配偶者より著しく不当な待遇をうけたとき。

(4) 配偶者の生死が三年以上分明ならざるとき。

(5) その他婚姻を継続し難い重大な事由のあるとき。

(二) 裁判所は、前項の事由あるときと雖も一切の事情を斟酌して相当と認むるときは離婚の請求を却下することを得るものとする。

三 昭和二一年七月三〇日起草委員第二次案、昭和二一年七月三〇日第二小委員会決議、昭和二一年八月一五日審議会第二回総会決議、昭和二一年九月一日司法法制審議会決議は何れも、

前記起草委員第一次案と同じである。

要するに「民法改正要綱」と現行法とではまだ相当の隔りが見られる。従つて、改正案の成立までには委員会において相当に紆余曲折があつたものと想像される。

- (2) このような離婚原因の相対化が離婚訴訟に対してどういう構造的変化をもたらしたかについて山木戸氏「離婚原因の相対化と離婚訴訟」神戸経済大学創立五〇周年記念論文集法学編九七頁以下参照。
- (3) 第一項第一号乃至第四号列記の事由は絶対的離婚原因で第五号のみが相対的離婚原因であると見ることは出来ないからである。
- (4) 同旨・中川氏編集・註釈親族法・二七七頁。
- (5) 第二項が「裁判所は……請求を棄却しなければならない」と云わなかつたのは、第二項の目的が、第一項第一号乃至第四号の事由が絶対的離婚事由ではなく、かかる「事由があるときでも」という点に重点があるので、文章の調子の上から「……の請求を棄却することができる」としたものと推測される。

法文に「……スルコトヲ得」とあつても、之を「……ス」と論理解釈することはありうる。例えば、不法行為に基く損害賠償に於ける過失相殺の規定（民法七二二条二項）と、債務不履行に基く損害賠償に於ける過失相殺の規定（民法四一八条）の解釈について、前者即ち七七二条第二項は、裁判所が「損害賠償の額」を定めるについて被害者の過失を「斟酌スルコトヲ得」と定めていて、後者すなわち、債務不履行の四一八条が裁判所は「損害賠償ノ責任及び其金額」について債権者（被害者）の過失を「斟酌ス」と定めているところから債務不履行の場合には、裁判所は被害者の過失を斟酌しなければならないのだが、不法行為の場合には、裁判所の自由認定の余地が残されていると従来解されていた（大判・大正九年一月二六日民事判決録二六輯一九一三頁）が、債務不履行に於ける過失相殺と不法行為に於けるそれとは理論上その効果を異にすべき充分な理由がなく、適用上、両者を接近させるように努むべきであるとの説が次第に多くなつてきているが（我妻氏・債権総論七七頁）、特に末川博士は最近の論文に於て（末川氏・民商法雑誌第三〇巻一号一頁以下「過失相殺に於ける被害者の過失」）、不法行為の場合も債務不履行の場合と同様に、いやしくも被害者に過失があると認められたならば、裁判所は、賠償額の算定に當つてこれを無視することは許されないのであつて、被害者の過失を認めながらそれを斟酌しない判決は、民法第一条第二項の信義誠実の原則に反し、違法であると説いていられる。

- (6) 旧法においては絶対的離婚原因主義が採られ、離婚原因たる一〇箇の事由が制限的に列挙されていて各離婚事由ごとに独立の離婚権が成立するとみることができたのであるから、裁判上の離婚を求める者は離婚の訴において離婚の理由とすべき具体的事実関係を民法の定めるいずれの離婚原因たる事由に該当するかを特定して主張しなければならず一つとも、具体的事実が法定のある離婚事由に該当しないとすれば他の或る離婚事由に該当するというように仮定的に主張し得ることもちろんである—従つて、裁判所は原告の主張する離婚事由に拘束されるべきは理論上当然である。しかし、判例は夫から妻に対し「悪意ノ遺棄」（旧法・八一三条六号）を理由として離婚訴訟をなすときは、裁判所としては、その事実が「同居に堪へサル虐待」又は「重大ナ侮辱」（同条五号）に該当すべきか否かをも審理すべきものとした。判決に曰く「按ズルニ上告人（夫）ハ被上告人（妻）ガ上告人ノ眼病頗ル重態ナリシ際恣ニ家出シ看護ノ勞ヲトラザリシハ即チ悪意ノ遺棄ナル旨ヲ陳述シタルコトハ一件記録上明白ナリト雖モ、此事実ヲ以テ悪意ノ遺棄ナリト主張シタルハ自己ノ法律の見解ヲ陳ベタルニ過ギズシテ、其見解ノ如ク悪意ノ遺棄ト為ルニ非

レバ本訴ノ請求ヲ為サズト云フニ非ルヤ亦明カナリトス。今原院ノ引用シタル第一審判決ノ事實ニ徴シ上告人ノ請求原因タル事實ヲ摘示スレバ、(一)被上告人ハ明治三四年七、八月ノ交恣ニ家ヲ出テ眼病ニ罹リ重症ニ在ル上告人ヲ看護セザリシコト、(二)同年一二月三〇日夜突然上告人宅ニ入来リ暴行ヲ加ニ着用セル衣服ヲ破リタルコト、(三)明治三五年一月一四日上告人宅ヘ来リ器物ヲ毀壞シ且上告人ノ面部ヲ毆打シ、罵言悪口ヲナシタルコトアルト云フニ在リテ、原院ハ右第二・第三ノ事實ヲ否認シタルモ第一ノ事實ノアルコトヲ認メ「控訴人(夫)ガ眼病中口争ノ末怒リテ実家ニ適キ家ニ歸ラズ之ガ為メ夫ヲ看護スルノ義務ヲ欠クニ至リタルコトアル事實ハ認メ得ベキモ」ト判示シタルヲ以テ、所謂家ヲ出テ看護ノ義務ヲ欠キタル事實ハ上告人ノ見解ノ如ク悪意ノ遺棄ト為ラザルモ民法第八一三条ニ規定セル他ノ場合例ニモ虐待スルモノニ該當スベキ事實タラザリシヤ否ヤヲ審究シ断定ヲ下スニ非レバ本訴ノ請求ニ對スル裁断ヲナシタルモノト云フベカラズ。何トナレバ、当事者ノ主張セル事實ノ有無ヲ断定シ之ニ法律ヲ適用スルコトハ裁判所ノ職責ニシテ裁判所ハ当事者ノ主張セル法律見解ニ羈束セラルベキモノニ非ズ。而シテ重病ニ罹リ起居進退不自由ナル夫ヲミズ家ヲ出テ看護ヲ為サザル妻ノ行為ハ悪意ノ遺棄タラザルトキト雖モ夫ニ對シテハ同居ニ堪ヘザル虐待ノ場合ト為ルコトアルヲ妨ゲザルヲ以テ、原院ガ如上ノ事實ノ存在ヲ認メタル上ニ當事者ノ關係ニ於テハ所謂虐待ノ場合ト為ルベキ事實ナリシヤ否ヤヲモ判断セザルベカラザレバナリ。然ルニ原判決ノ趣旨此点ニ及バザリシコトハ其理由ニ徴シ明ナルヲ以テ原判決又ハ本論旨ニ因ル理由不備ノ不法アリト云ハザルヲ得ズ。」(大判・明治三六年一二月一二月一民録一四〇〇頁)。

- (9) 例えば大川氏、破綻主義と有責配偶者の離婚請求・阪大法学第五号七七頁。
- (8) 同趣旨一中川氏監修・註解親族法一三九頁以下「本条第二項の規定は、民法が一般的離婚原因(註・一項五号)を認めたことの当然の帰結であつて、一般的離婚原因が設けられた以上同趣旨の事が二項の明文なくして認めらるべく、従つて、二項は単なる訓辭の規定にすぎないものというべきである」(註及傍点は筆者)。
- 第二項の適用の結果、「婚姻の継続を相当と認め」られた事例としては、ソ連に抑留されて三年以上消息不明の夫に対する離婚請求を、無事に帰還しないとも限らぬ状態にあると考えられ、自己の責に歸しえない事由により抑留生活を送つているかもしれない夫の困苦を察せず、離婚を求めるのは許されないとして請求を棄却されたものがある(昭和二六年九月二六日・横地小田原支部・下裁判集二卷九号一一四頁)。
- (9) 我妻氏・改正親族・相統法七六頁(同趣旨・柚木氏・親族法一四四頁)。
- (10) 青山氏・身分法概論一三〇頁。
- (11) 我妻、立石両氏、親族法相統法一四七 — 一五〇頁。
- (12) 我妻・立石両氏・前掲書一五〇頁参照。
- (13) 中川・千種・市川・平賀各氏・親族・相統法九一頁。
- (14) ドイツ民法典(一九〇一年)の起草編纂に際し、プロイセン民法に対する離婚原因緊縮方針がとられ、離婚原因を絶対的・相対的の二種に區別すべきかということが問題となつた。もともと相対的離婚原因を設ける以上はそのほかに、絶対的離婚原因を設けても、畢竟これは亦た例示に過ぎないことになるのであるから、むしろ相対的離婚原因一箇条を設けて全てをそれに包含させる方がよいという論も一理あるのであつて、当初はそのような考案であつたが、後に議が變つて、やはり数箇の絶対的離婚原因を列挙することになつた。その理由について帝國議會委員会の報告中に述べられている所は次の如くであるが、有責主義(不治の精神病は別)を採用するドイツ法としては、尤もなことと首肯できる。「法典が一般民衆によつて運用せられるものなることを顧

慮せざるべからず。民衆は従来姦通及び類似の重大非行が離婚原因として法律中に明言せられるを見るに慣れたり。もし此等の重大非行を離婚原因として民法典中に見出さざるときは、民衆は恐らく不安を感じべく、彼等の道徳的感情が之により攪乱せらるるのみなるべし」(穂積・離婚制度の研究八七四—八七五頁傍点は筆者)。

- (15) 悪意の遺棄も比較的多くの立法例に見られる離婚事由で(イギリス・スイス・オランダ・スペイン旧法・ポルトガル・ギリシャ・ユーゴスラビア・トルコなど)、通常一定期間の継続を要件とする。例えば、ポルトガル法の五年以上、スイス法、ギリシャ法の二年以上、ユーゴスラビア法の六箇月以上、トルコ法の三箇月以上などがそれである。又、これを離婚原因として主張するためには遺棄配偶者に対し、一定期間内に夫婦共同生活に復帰すべき旨の公示催告を行い、右期間内に復帰しないことを条件とする立法例(トルコ法)などがある。

わが、民法第七七〇条に於ける「悪意の遺棄」に、かかる要件や条件を定めないことから、それが絶対的離婚原因に適さないものと云えよう。

- (16) 民法第七七〇条は離婚原因を全体として相対化した結果、「不貞行為」特に姦通も裁判所の自由裁量の対象となる(七七〇条二項)。姦通と云う配偶者の非行は、立法主義の有責主義・無責主義の何れたるを問わず、常に認められる典型的且つ最もプリミティブな離婚原因として許容されたとみられるものであり、又離婚を禁止したフランス古法時代に於ても、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、最初の離婚法・一七九二年法に離婚原因として採用された)(穂積氏・研究・八七六頁)。

- (17) 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殆ど見当たらないが、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・ポルトガル等が存する。ベルギー・ルクセンブルグ法は、「夫の姦通」に特に夫婦同居の場所へ妾を導入し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。モナコ法は、妻が原告の場合は「夫の姦通」は夫婦同居の場所へ妾を導入し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・貞節・協力・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、ポルトガル法は、「夫の姦通」は、その結果の情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、離婚原因となるべきものとする。「妾をもつは男の働き、妾をもつても妻を妻として立て見捨てない」限り姦通に当たらないという吾国従来の封建的な考方に一脈相通ずる(三田氏・離婚原因に関する欧州諸国の立法例とその考察・法学志林五一巻一号・七三頁参照)。

姦通を離婚原因とする立法例は、その立法主義の有責主義たると無責主義たると、はた又、男女平等主義たると不平等主義たるとを問わず、殆ど総て、絶対的離婚原因(厳格な離婚原因)としている(わが旧民法・八一三条も姦通を男女不平等主義の絶対的離婚原因とした)。ドイツ婚姻法(Ehegesetz, 1938)は有責主義の立場から「姦通に同意を与え、又は自己の容態により故意に姦通を可能にさせ、若しくは容易にしたときは、離婚の請求をなすことができない」(Er hat kein Recht auf Scheidung, wenn er dem Ehebruch zugestimmt oder ihn durch sein Verhalten absichtlich ermöglicht oder erleichtert hat.)(四七条二項)また、目的主義の立場から、配偶者の一方が他方の姦通を宥恕するか、若しくは、その姦通が、婚姻関係を深刻に破壊すると認められない限りは、離婚原因とはならない(四九条)と規定しているけれども、ドイツの学説・判例は姦通をもつて絶対的離婚原因としているようである。しかるに、わが新民法が「不貞な行為」(姦通を含む)に裁判所の広い範囲の自由裁量を許す相対的離婚原因として学説・判例ともにこの立場をとっている(七七〇条一項一号の「配偶者の不貞な行為」の解釈について「姦通」を特に絶対的離婚原因とみる学説は未だ認められない。判例もま

た同様である)ことは、目的主義破綻主義に徹底したもとして注目せらるべきである(従つて姦通の事実があつても、裁判所は、同意宥恕などのいわゆる離婚阻却原因その他「一切の事情」(七七〇条二項)を考慮して離婚原因を判定すべきものとする)。

- (18) 旧法第八一三条は絶対的離婚原因主義を採り、離婚原因は制限的列挙であつたけれども、それでも中には、「虐待」とか「遺棄」とかいうその概念自身きわめて相対的なものである上に「同居=堪エサル」「重大ナル」「悪意ヲ以テ」という漠然たる形容詞がついていてその内容がきわめて不確実なものを含んでいた。従つて、かかる「空虚」な法文に内容を盛つて、その輪廓を明確にするものは即ち裁判所の判決であり、旧民法第八一三条は判例と併せ結んで、初めて意味をなすべきものとされていた(穂積氏・研究・七三四頁)。
- (19) 田島博士は「婚姻上の過誤としての配偶者の行為が相手方に対して堪え得ざる婚姻の破壊(Ehezerrüttung)たることの確認を俟つて始めて離婚原因と評価せられ得ることである」とされる。これは有責主義に立つ相対的離婚原因について述べたものである。(田島・近藤阿氏・外国法典叢書ドイツ民法・親族法・二二五—二二六頁)。
- (20) 従つて絶対的離婚原因の存する場合には裁判所は当事者の相互的關係から原告に婚姻關係の継続を期待しうるや否やに付何らの考慮を要せず直ちに離婚を命じることとされている(ドイツ民法一五六五條—一五六七條参照)。(田島・近藤阿氏・外国法典叢書ドイツ民法・親族法・二一九頁)
- (21) 木戸阿氏・前掲論文九五頁。
- (22) 穂積氏・前掲書八九三頁参照。
- (23) 同説、木村氏・中川氏編集・註釈親族法上二七八頁。
- (24) 従つて同じく抽象的、相対的離婚原因の例示としての役割をもつて規定された具体的離婚事由であつても、わが新民法第一号乃至第四号に規定する離婚事由は何れもそれ自身は独立した離婚原因ではなく、包括的な相対的離婚原因で「婚姻を継続し難い重大な事由」たる「重大な事由」の例示にすぎない。
- (25) 旧法も先に一言したように「同居=堪エサル虐待」又は「重大ナル侮辱」とか「悪意ノ遺棄」の如き裁判所の自由裁量の余地を存する離婚原因も含んでいたから厳格な絶対的離婚原因主義とはいえないものであつた。
- (26) 昭和二六年六月二五日・長野地裁諏訪支部判決

「以上の事情からすると、原告主張の被告が、原告を悪意を以つ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思は毛頭なくなり、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關係に復歸できる見込は全くない。……こうした事情は民法第七七〇条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。」

旧法では絶対的離婚原因主義が採られ、離婚原因たる数箇の事由が制限的に列記されていたから裁判上の離婚を求める者は離婚の訴において離婚理由となるべき具体的事実を民法所定の離婚原因たる事由に該当するかを特定して主張しなければならなかつた。しかし、旧法時代の離婚訴訟においても、第八一三条に限定列記される離婚事由中、ある特定の離婚事由を離婚理由とする場合、裁判所は原告の主張する事実が、当該離婚事由に該当しないと判断されるときは、右事実

が同条に規定する他の離婚事由に該当するか否かをも判断する義務を有し、もし右事実がそれに該当すると判断するときは離婚の宣告をなすべきものとされた。(もとより原告は最初から自己の主張する具体的事実が第八一三条の規定する或る特定の離婚事由に該当しないとすれば、他のある特定の離婚事由に該当するというように、仮定的に主張し得るのであるから、かかる場合、上に述べたことがらは当然のことである。)

大判一明治三六年一月二日(民録一四〇〇頁)一夫から妻に対し「悪意の遺棄」(旧民法八一三条六号)を理由として起した離婚訴訟において、裁判所は、その事実が「同居ニ堪エサル虐待」又は「重大ナル侮辱」(同条五号)に該当するか否かをも審理すべしとする。

「按ズルニ上告人(夫)ハ原審ニ於テ被上告人(妻)ガ上告人(夫)ノ眼病頗ル重態ナリシ際ニ家出シ看護ヲ勞ラ採ラザリシハ即チ悪意ノ遺棄ナル旨ヲ陳述シタルコトハ一件記録上明白ナリト雖モ、此事実ヲ以テ悪意ノ遺棄ナリト主張シタルハ法律的自己ノ見解ヲ陳ベタルニ過ギズシテ、其見解ノ如ク悪意ノ遺棄ト為ルニ非ザレバ本訴ヲ為サズト云フニ非ザルヤ亦明白ナリトス。今原院ノ引用シタル第一審判決ノ事実ニ徴シ上告人(夫)ノ請求原因タル事実ヲ摘示スレバ、(1)被上告人(妻)ハ明治三四年六・七月頃ノ交際ニ家ヲ出テ眼病ニ罹リ重症ニ在ル上告人(夫)ヲ看護セザリシコト、(2)同年一二月三〇日夜、突然上告人(夫)室ニ入来リ暴行ヲ加ヘ着用セル其衣服ヲ破リタルコト、(3)明治三五年一月一四日上告人(夫)宅へ来リ器物ヲ毀壞シ且上告人(夫)ノ面部ヲ殴打シ罵言・悪口ヲ為シタルコトアリト云フニ在リテ、原院ハ右第二・第三ノ事実ヲ否認シタルモ第一ノ事実アルコトヲ認メ「控訴人が眼病中口争ノ末怒リテ実家ニ適キ家ニ歸ラズ之ガ為メ上告人ヲ看護スル義務ヲ欠クニ至リタルコトアル事実ハ認メ得ベキモ」ト判示シタルヲ以テ、所謂家ヲ出テ看護ノ義務ヲ欠キタル事実ハ上告人(夫)ノ見解ノ如ク悪意ノ遺棄ト為ラザルモ民法第八一三条ニ規定セル他ノ場合例ヘバ虐待ナルモノニ該当スベキ事実タラザリシヤ否ヲ審究シ断定ヲ下スニ非ザレバ本訴ノ請求ニ対スル裁判ヲ為シタルモノト云フベカラズ。何トナレバ当事者ノ主張セル事実ノ有無ヲ断定シ之ニ法律ヲ適用スルコトハ裁判所ノ職責ニシテ裁判所ハ当事者ノ主張セル法律の見解ニ羈束セラルベキモノニ非ズ。而シテ重病ニ罹リ起居進退不自由ナル夫ヲ顧ミズ家ヲ出テ看護ヲ為サザル妻ノ行為ハ悪意ノ遺棄タラザルトキト雖モ夫ニ対シテハ同居ニ堪エザル虐待ノ場合ト為ルコトアルヲ妨ゲザルヲ以テ、原院ガ如上事実ノ存在ヲ認メタル上ハ当事者ノ関係ニ於テハ虐待ノ場合ト為ルベキ事実ナリシヤ否ヤヲ判断セザルベカラザレバナリ。然ルニ原判決ノ趣旨此点ニ及バザリシコトハ其理由ニ徴シ明ナルヲ以テ原判決ニハ本論旨ニ因ル理由不備ノ不法アリト言ハザルヲ得ズ」

もつとも、右判決は、裁判所は当事者の申立てない事項について判決することを得ないという処分権主義(民訴一八六条)の適用と矛盾するものではない。何となれば右判決は当事者の主張しない他の離婚事由に該当する事実を職権により認定して離婚を宣告することを許容したものである決してなく、ただ当事者が提出した事実が当事者が離婚理由として主張する離婚事由に該当しないと判断される場合に、裁判所は、その認定した事実が法定の他の離婚事由に該当しないか否かをも判断すべきであることを示したものである。もつとも離婚効果を異にする離婚原因の間においては右のことは不可能である。

- (27) なお人事訴訟に於ては、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・一四条)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」又は「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(山木戸氏・前掲論文一〇六頁)。

28 同見解・中川氏編集・註釈親族法一四五頁。

29 田島・近藤両氏・外国法典叢書ドイツ民法・親族法二二〇頁。

ドイツ民法は「配偶者の一方が精神病を理由に離婚のあつたときは他方の配偶者は単独に有責と宣告された配偶者と同様に相手方を扶養することを要する」とし（一五八三条）、また、単独に有責と宣告された夫又は妻は離婚した夫又は妻に対し、其身分に相応ずる扶養をなすことを要するものとする（一五七八条）。

従つて「既判力もまた当該請求の原因たる離婚事由に基く離婚権の存否についてのみ生ずるのであるから、離婚訴訟において、請求棄却の判決があつても（判決の）、既判力は、その訴において主張された離婚事由とは異なる事由に基く離婚権の存否には及ばないのである」（山木戸氏・前掲論文一〇七頁）。

離婚原因の相対化がもたらした離婚訴訟の構造的変化については以上のほか、山木戸氏の前掲論文が詳論している。

Summary

On Principles in the Causes of Our New Divorce Law

Hajime IWADARE*

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

In this treatise I shall discuss the principles in legislation of the new divorce law in Japanese Civil Code, especially the principle of relative causes of divorce. This is a part of the treatise, I am going to write, in which the divorce suit by the spouse who is mainly responsible for the causes of divorce will be discussed

* Professor of Shinshu University