

離婚法制に於ける基本主義と離婚権

岩 垂 肇*

(信州大学文理学部)

おことわり

本稿は、別に近く発表する予定の論考「有責配偶者の離婚権に関する研究」のはじめの一部を成すものである。本論文の所々に「後述参照」とあるのは右論考を指すものであることをお含みねがいたい。

離婚に関する諸国の法律を概観すれば、凡そ三種の基本主義がみとめられる。その一は離婚を禁止するもの（離婚禁止主義）であり、その二は一定の原因ある場合に限り、訴訟による離婚を許すもの（制限離婚主義）であり、その三は何等の原因がなくとも夫婦の一方又は双方の意思に基き離婚を許すもの（自由離婚主義）である。

ヨーロッパではカトリック教会が離婚禁止主義をとつてき、従つて、ヨーロッパの近代法も制限離婚主義をとるものであつた。

わが旧民法（明治三十一年七月一六日施行）は、制限離婚主義と夫婦双方の合意にもとづく自由離婚主義との両者を併用して¹⁾いた。

しかし、いわゆる自由離婚主義にも、さまざまなニュアンスがあり、古くは夫又は妻の一方的意思表示と共同生活の廃止をもつて足りるとしたローマ法の *repudium* から、一七九二年九月二〇日制定にかかるフランス離婚法の認めた協議離婚 (*divorce par consentement mutuel*) や「性に合わないこと」(*Incompatibilite d'uhumeur*) を理由とする単意無因離婚、同じく一八〇三年ナポレオン法典 (*Code Napoléon*) の採用した複雑な協議離婚、一九一七年一二月一九日のソ連離婚布告の単意無因離婚、わが国の上代に行われたいわゆる「七出三不去」の男子専権²⁾の自由離婚、中世以降に行われた純然たる棄妻、同じく中世に行われたといわれる和離³⁾即協議離婚、さては旧民法（明治三十一年）の認めた近代法典にその類例をみない極めて簡易な協議離婚、その他諸国の法制の認める協議離婚など、その時代の社会思想・組織・道徳・宗教・政治理念などの異なるによりその制度の基調は必ずしも単純同一ではない。例えば、フランス民法の協議離婚が自然法的契約説の洗礼によつて生れたものであるにかかわらず、その基調は自由主義的精神のほか⁴⁾に家族制度的契機が多分に働いていたとみられる。

旧民法の認めた無因協議離婚もその制度の形式にも似合わず、実は近代的自由離婚主義からは程遠いものであり、⁵⁾旧来の遺風たる家父長権的家族制を基調とする男子専権離婚のカモフラージュであつた。

* 信州大学教授

婚姻が民事契約として認められるところに於ては婚姻の自由の反面は、また離婚の自由でなければならない。⁴⁾

わが憲法第二四條は「婚姻は両性の合意のみに基いて成立し」(一項)「離婚並びに婚姻………に關しては、法律は、個人⁵⁾の尊嚴と両性の本質的平等に立脚して制定しなければならない」(二項)と規定する。憲法第二四條は婚姻の自由とともに離婚の自由を保障するものとみることができ⁶⁾る。

此規定をうけて改正民法が夫婦の合意による協議離婚(七六三條)を認めたのは極めて当然のことといえる。即ち、改正民法第七六三條は憲法上の離婚自由を確認し、之を具現せんとするものである。

婚姻の自由、離婚の自由というも、もとより婚姻が単に個人間の契約であるのみでなく社会の基礎をなす一制度である以上、これは絶対無制限であることは許されぬ⁷⁾。したがつて夫婦の合意により成立する協議離婚に対し、立法論としては婚姻におけると同様、公益的理由——例えば子供の保護のためとか、或は妻の自由意思の確保を図るため——から之に若干の制限⁸⁾を加えることは、それが離婚の自由を不当に制限するものではない限り、可能であろう。

又協議離婚に於ては各人は相手方との合意をもつて離婚をすと否との自由を有し、何人からも離婚を強制されないものであるが、同意権も濫用は許されないのであつて、破綻し切つた婚姻生活に相手をいつまでも結びつけておくことは公序良俗に反し、且つ、「個人の尊嚴」に適合しないがゆゑに、かかる場合一方の請求に基き他方の不同意にもかかわらず強制的に婚姻を解消せしめることにより当事者を解放せしめる制度が裁判離婚である。従つて、裁判離婚は、正当な離婚事由があるに拘わらず、一方が離婚に同意しない(違法)場合に相手方の不同意に拘らず、強制的に離婚の効果を生じさせるものである。そして果して正当な離婚事由があるか否かを裁判所の判定に一任したものである。裁判離婚を認めることは決して離婚自由と相矛盾するものではない。

されば、新民法の裁判離婚(七七〇條)(従つて又離婚訴権)は離婚自由主義と対立・相刺するものではなく、むしろその一環として把握し得られるものである。この点離婚禁止を前提とした制限離婚主義を採るヨーロッパ近代法の裁判離婚とはその基調において大きな隔りのあることを看逃してはならぬ¹⁰⁾。

離婚権の性質について右の如き考え方に対し、また之に反する立場がある。それは、離婚権は自然法的な天賦の人権、又は衡平法上の私権ではなく、離婚法、従つて亦その離婚原因は全く制定法にのみその法源を求むべきであるとする。例えば、アメリカ各州の判例は、離婚を求めるといふことは家庭を破壊し、社会の繁栄を阻害するものであるから、当然の権利(right)としては認めらるべきものではなく、それは自然権でも又、大憲章(Magna Carta)や米國憲法によつて存在を肯定される権利でもなく、唯だ各州の制定法によつてのみ創設される権利であると云つてゐるのはこれである¹¹⁾。

かかる考えは必ずしも婚姻を以て民事契約(contract)ではないとみるものではない(尤も、アメリカ各州の判例は婚姻を契約とはみない¹²⁾)が、その自由なる変更は、國家の繁栄の基礎を破壊するものであるから、婚姻は維持さるべきであり、これを解消す

ることは非常特別の場合に限られるとするものである。即ち、他の契約は之を変更し、制限し、又は拡張することが当事者の任意にできるのではあるが婚姻については、それが家庭と社会の基礎である限り、それを純潔な状態で維持してゆくことに国家は深く（積極的な）関心をもつ制度であるから、婚姻関係が一度形成されれば、法は直ちに之に干渉を始め、その夫婦をして種々な義務と責任とを負わしめるという考え方に立つものである。¹³⁾かかる考えから、西洋諸国及びアメリカ各州においては、離婚手続において国家は「利害関係を有する第三者」として必ず関与すべきであり（裁判離婚制）、且つ法律の適用は常に「公共の福祉」を離れることは許されないとの原理が支配する。

右の考え方は結局は、「神の合せ給える者は人これを離すべからず」というキリスト教的思想に根ざすものであり、この思想はイギリス・アメリカに限らず、広くキリスト教の影響を受ける欧米諸国に通ずる思想とみることが出来る。かかる思想の下においては、婚姻当事者に当然には離婚の自由はなく、従つて当事者の合意のみによる離婚、即ち、真正の協議離婚制は許さるべくもなく、西洋におけるいわゆる協議離婚は当事者の合意を要件とする一種の裁判離婚で甚だ制限的であり、わがくに於ける如く基本権たる離婚自由に基く真正の協議離婚ではない。また、かかる思想からは裁判上の離婚原因の法源は成文法に限るといふいわゆる法定離婚原因主義（離婚制限主義）が導かれるのみである。

近代の離婚法史はローマの離婚自由主義がキリスト教の婚姻非解消主義に打克つてきた歴史であると云えるのであり、そして、今や離婚法は殆んどローマ法の昔に帰りつつあるかの如くであるともいわれる。¹⁴⁾けれども未だ離婚原因の法源を制定法に限るとする法定離婚原因主義たる制限離婚主義を棄て得ず、イギリス法（The Matrimonial Causes Act, 1950）のごときも離婚原因（Grounds for petition for divorce）としてわずかに（1）姦通（adultery）（2）三年以上の遺棄（deserted）（3）虐待（cruelty）（4）不治の精神病（to be incurably of unsound mind）（以上四種は夫婦に共通）（5）夫の強姦（rape）・反自然的性交（sodomy）・獸姦（bestiality）が定められているにすぎず、¹⁵⁾しかも訴訟提起に時期的制限（婚姻後原則として三年の経過を必要とする）が附せられており、現今において不定離婚原因主義を採用する国は、わずかにソヴェット及びその影響下にある民主人民諸国家を除けばわが国（民法七七〇条も実質的には此の主義に属する）の如く、少くともキリスト教の影響を受けなかつた若干の国々に止まるに過ぎない。

キリスト教的思想が離婚法から完全に地を払わない限り、如何に離婚原因が拡大されても欧米の離婚法が不定原因主義や、我国の如き真正の協議離婚を採用することは困難であらう。

要するに、離婚法における右の二つの相反する基本態度の差異は、キリストの「神の合せ給える者は人これを離すべからず」（Z. B. Markus, 10, 9 ; Was denn Gott zusammengefügt hat, soll der Mensch nicht scheiden.）と「合せ物は離れ物」というわが国の俗諺によつてよく表現されるものである。そして、もし離婚自由主義が東洋的といえるならば、キリスト以前のユダヤ民族はその点において東洋的であ

つたと云われるゆえでもある。¹⁷⁾

以上にのべたところから、われわれは離婚法制の基本主義、従つて又離婚権に二通り存することを知る。第一の意義の離婚権は、婚姻の自由に対応する基本的人権としての自然法上の自由権で、憲法上にその存在を保障されるところのものである(婚姻の当事者は当然にこの権利を天賦の権として享有し、離婚すると否とは全く各当事者の自由な合意に委せられるところのものである)。かかる意義における離婚権は西洋諸国やアメリカ諸州においては認められていない。

もう一つの意義の離婚権は、離婚法たる制定法に基いて始めて認められるものであり、裁判所を通じて離婚を請求しうる形成権たる性質をもつ離婚訴権もしくは離婚請求権¹⁸⁾である。一般に離婚権とよばれるものはこれである。かかる意味の離婚権は、具体的には離婚原因の成立によつて発生する。

前者の意義の離婚権(基本権たる離婚権)を認める法制の下では、協議離婚制や離婚訴権はそれから当然に導き出されるものである。

西洋の離婚法は、教会において発達したもので、離婚は最初から極めて制限的であり、それはただ神の許諾に代る何らかの承認のある場合に限り例外的に許されるに過ぎないものであつた。したがつて、当初離婚原因は姦通と遺棄に限られていたが、その後姦通に準じて不自然性交が、また、悪意の遺棄に準じて虐待・侮辱・犯罪等々が加つた。そして一九世紀に入つてからは虐待・侮辱に限らず、一般に婚姻の継続を堪え難くするような直接侵害の行為が離婚原因となり、次いで犯罪ばかりでなく、一般に婚姻の継続を堪え難くするような間接侵害も加わり、更に相手方の過失(schwere Versehen)のみでなく偶然の事故(zufällige Umstände)ことに精神病や悪疾も亦た離婚原因とされるに至つたものである。

このように西洋においては離婚の認められる場合たる離婚原因は著しく拡大されたけれども、離婚は成文法が制限的に列举した場合でなければ許されない。裁判離婚は即ち制限離婚である。従つて、当事者の合意による離婚もまた決して裁判所の許諾を不必要とするものではない。

ここに我国のように自由離婚主義を採る——基本的な離婚権が保障される——国の離婚法制と、然らざる欧米のそれとの間に根本的な相違が存する。そしてこのことは又、離婚法の個々の規定の解釈に當つて全く無視することのできない点である。

1 近藤氏・親族法講義要綱一一一頁。宮本氏・婚姻の基調一三七頁。

わが国では、大体古くから離婚自由が認められてきたが、それは封建的な家父長権の家族制度のもとで、男子優位と、家の尊重の建前から女子の意思は無視される男子専権の離婚制であつた。明治維新後、自由民権思想に基いて妻からの離婚請求が認められ、又協議離婚も広く認められた。

旧民法は、夫婦の一方からの訴による裁判離婚制を認めると共に無因の協議離婚を認めていたから、制度としては自由な制度がとられていたと云うことができる。しかし、実際には協議離婚では妻の意思が全くかえりみられず、裁判離婚では、離婚原因が厳格に限定され、しかも、そのうちには妻の姦通や配偶者の直系尊属に対する重大な侮辱というようなものがあつて、結局古い

封建的な男子専権離婚制を温存することになつて来た。その上離婚後の妻の生活保障は考慮されず、また夫婦間の子の帰属など離婚後の妻に不利益であつた。

このように旧法の規定は、一応は自由であるかのようにみえても、そこには家族制度に根ざす男子専権の遺風が強く支配する余地を残していたのであつて、男女平等の立場で考えられる自由離婚制には程遠いものがあつた（末川氏・民法下一・九六頁以下、中川氏・離婚史概説・家族制度全集史論編Ⅱ・離婚一頁以下）。

要するに、封建的なわが国の社会のもとで旧民法が一方に自由な協議離婚を認めながら、他方において極めて厳格な裁判離婚制を採つたことは畢竟「男子には自由離婚を、又、女子には制限離婚を」というものであつた。これ、旧法の協議離婚の趣旨が近代的自由離婚の実現になつたことを示すものである。

2 中世において、和離すなわち、協議離婚が少くとも法律上認められたことは戸婚律に「凡家₁₁ 終₁₂ 終₁₃ 終₁₄ 終₁₅ 終₁₆ 終₁₇ 終₁₈ 終₁₉ 終₂₀ 終₂₁ 終₂₂ 終₂₃ 終₂₄ 終₂₅ 終₂₆ 終₂₇ 終₂₈ 終₂₉ 終₃₀ 終₃₁ 終₃₂ 終₃₃ 終₃₄ 終₃₅ 終₃₆ 終₃₇ 終₃₈ 終₃₉ 終₄₀ 終₄₁ 終₄₂ 終₄₃ 終₄₄ 終₄₅ 終₄₆ 終₄₇ 終₄₈ 終₄₉ 終₅₀ 終₅₁ 終₅₂ 終₅₃ 終₅₄ 終₅₅ 終₅₆ 終₅₇ 終₅₈ 終₅₉ 終₆₀ 終₆₁ 終₆₂ 終₆₃ 終₆₄ 終₆₅ 終₆₆ 終₆₇ 終₆₈ 終₆₉ 終₇₀ 終₇₁ 終₇₂ 終₇₃ 終₇₄ 終₇₅ 終₇₆ 終₇₇ 終₇₈ 終₇₉ 終₈₀ 終₈₁ 終₈₂ 終₈₃ 終₈₄ 終₈₅ 終₈₆ 終₈₇ 終₈₈ 終₈₉ 終₉₀ 終₉₁ 終₉₂ 終₉₃ 終₉₄ 終₉₅ 終₉₆ 終₉₇ 終₉₈ 終₉₉ 終₁₀₀ 終₁₀₁ 終₁₀₂ 終₁₀₃ 終₁₀₄ 終₁₀₅ 終₁₀₆ 終₁₀₇ 終₁₀₈ 終₁₀₉ 終₁₁₀ 終₁₁₁ 終₁₁₂ 終₁₁₃ 終₁₁₄ 終₁₁₅ 終₁₁₆ 終₁₁₇ 終₁₁₈ 終₁₁₉ 終₁₂₀ 終₁₂₁ 終₁₂₂ 終₁₂₃ 終₁₂₄ 終₁₂₅ 終₁₂₆ 終₁₂₇ 終₁₂₈ 終₁₂₉ 終₁₃₀ 終₁₃₁ 終₁₃₂ 終₁₃₃ 終₁₃₄ 終₁₃₅ 終₁₃₆ 終₁₃₇ 終₁₃₈ 終₁₃₉ 終₁₄₀ 終₁₄₁ 終₁₄₂ 終₁₄₃ 終₁₄₄ 終₁₄₅ 終₁₄₆ 終₁₄₇ 終₁₄₈ 終₁₄₉ 終₁₅₀ 終₁₅₁ 終₁₅₂ 終₁₅₃ 終₁₅₄ 終₁₅₅ 終₁₅₆ 終₁₅₇ 終₁₅₈ 終₁₅₉ 終₁₆₀ 終₁₆₁ 終₁₆₂ 終₁₆₃ 終₁₆₄ 終₁₆₅ 終₁₆₆ 終₁₆₇ 終₁₆₈ 終₁₆₉ 終₁₇₀ 終₁₇₁ 終₁₇₂ 終₁₇₃ 終₁₇₄ 終₁₇₅ 終₁₇₆ 終₁₇₇ 終₁₇₈ 終₁₇₉ 終₁₈₀ 終₁₈₁ 終₁₈₂ 終₁₈₃ 終₁₈₄ 終₁₈₅ 終₁₈₆ 終₁₈₇ 終₁₈₈ 終₁₈₉ 終₁₉₀ 終₁₉₁ 終₁₉₂ 終₁₉₃ 終₁₉₄ 終₁₉₅ 終₁₉₆ 終₁₉₇ 終₁₉₈ 終₁₉₉ 終₂₀₀ 終₂₀₁ 終₂₀₂ 終₂₀₃ 終₂₀₄ 終₂₀₅ 終₂₀₆ 終₂₀₇ 終₂₀₈ 終₂₀₉ 終₂₁₀ 終₂₁₁ 終₂₁₂ 終₂₁₃ 終₂₁₄ 終₂₁₅ 終₂₁₆ 終₂₁₇ 終₂₁₈ 終₂₁₉ 終₂₂₀ 終₂₂₁ 終₂₂₂ 終₂₂₃ 終₂₂₄ 終₂₂₅ 終₂₂₆ 終₂₂₇ 終₂₂₈ 終₂₂₉ 終₂₃₀ 終₂₃₁ 終₂₃₂ 終₂₃₃ 終₂₃₄ 終₂₃₅ 終₂₃₆ 終₂₃₇ 終₂₃₈ 終₂₃₉ 終₂₄₀ 終₂₄₁ 終₂₄₂ 終₂₄₃ 終₂₄₄ 終₂₄₅ 終₂₄₆ 終₂₄₇ 終₂₄₈ 終₂₄₉ 終₂₅₀ 終₂₅₁ 終₂₅₂ 終₂₅₃ 終₂₅₄ 終₂₅₅ 終₂₅₆ 終₂₅₇ 終₂₅₈ 終₂₅₉ 終₂₆₀ 終₂₆₁ 終₂₆₂ 終₂₆₃ 終₂₆₄ 終₂₆₅ 終₂₆₆ 終₂₆₇ 終₂₆₈ 終₂₆₉ 終₂₇₀ 終₂₇₁ 終₂₇₂ 終₂₇₃ 終₂₇₄ 終₂₇₅ 終₂₇₆ 終₂₇₇ 終₂₇₈ 終₂₇₉ 終₂₈₀ 終₂₈₁ 終₂₈₂ 終₂₈₃ 終₂₈₄ 終₂₈₅ 終₂₈₆ 終₂₈₇ 終₂₈₈ 終₂₈₉ 終₂₉₀ 終₂₉₁ 終₂₉₂ 終₂₉₃ 終₂₉₄ 終₂₉₅ 終₂₉₆ 終₂₉₇ 終₂₉₈ 終₂₉₉ 終₃₀₀ 終₃₀₁ 終₃₀₂ 終₃₀₃ 終₃₀₄ 終₃₀₅ 終₃₀₆ 終₃₀₇ 終₃₀₈ 終₃₀₉ 終₃₁₀ 終₃₁₁ 終₃₁₂ 終₃₁₃ 終₃₁₄ 終₃₁₅ 終₃₁₆ 終₃₁₇ 終₃₁₈ 終₃₁₉ 終₃₂₀ 終₃₂₁ 終₃₂₂ 終₃₂₃ 終₃₂₄ 終₃₂₅ 終₃₂₆ 終₃₂₇ 終₃₂₈ 終₃₂₉ 終₃₃₀ 終₃₃₁ 終₃₃₂ 終₃₃₃ 終₃₃₄ 終₃₃₅ 終₃₃₆ 終₃₃₇ 終₃₃₈ 終₃₃₉ 終₃₄₀ 終₃₄₁ 終₃₄₂ 終₃₄₃ 終₃₄₄ 終₃₄₅ 終₃₄₆ 終₃₄₇ 終₃₄₈ 終₃₄₉ 終₃₅₀ 終₃₅₁ 終₃₅₂ 終₃₅₃ 終₃₅₄ 終₃₅₅ 終₃₅₆ 終₃₅₇ 終₃₅₈ 終₃₅₉ 終₃₆₀ 終₃₆₁ 終₃₆₂ 終₃₆₃ 終₃₆₄ 終₃₆₅ 終₃₆₆ 終₃₆₇ 終₃₆₈ 終₃₆₉ 終₃₇₀ 終₃₇₁ 終₃₇₂ 終₃₇₃ 終₃₇₄ 終₃₇₅ 終₃₇₆ 終₃₇₇ 終₃₇₈ 終₃₇₉ 終₃₈₀ 終₃₈₁ 終₃₈₂ 終₃₈₃ 終₃₈₄ 終₃₈₅ 終₃₈₆ 終₃₈₇ 終₃₈₈ 終₃₈₉ 終₃₉₀ 終₃₉₁ 終₃₉₂ 終₃₉₃ 終₃₉₄ 終₃₉₅ 終₃₉₆ 終₃₉₇ 終₃₉₈ 終₃₉₉ 終₄₀₀ 終₄₀₁ 終₄₀₂ 終₄₀₃ 終₄₀₄ 終₄₀₅ 終₄₀₆ 終₄₀₇ 終₄₀₈ 終₄₀₉ 終₄₁₀ 終₄₁₁ 終₄₁₂ 終₄₁₃ 終₄₁₄ 終₄₁₅ 終₄₁₆ 終₄₁₇ 終₄₁₈ 終₄₁₉ 終₄₂₀ 終₄₂₁ 終₄₂₂ 終₄₂₃ 終₄₂₄ 終₄₂₅ 終₄₂₆ 終₄₂₇ 終₄₂₈ 終₄₂₉ 終₄₃₀ 終₄₃₁ 終₄₃₂ 終₄₃₃ 終₄₃₄ 終₄₃₅ 終₄₃₆ 終₄₃₇ 終₄₃₈ 終₄₃₉ 終₄₄₀ 終₄₄₁ 終₄₄₂ 終₄₄₃ 終₄₄₄ 終₄₄₅ 終₄₄₆ 終₄₄₇ 終₄₄₈ 終₄₄₉ 終₄₅₀ 終₄₅₁ 終₄₅₂ 終₄₅₃ 終₄₅₄ 終₄₅₅ 終₄₅₆ 終₄₅₇ 終₄₅₈ 終₄₅₉ 終₄₆₀ 終₄₆₁ 終₄₆₂ 終₄₆₃ 終₄₆₄ 終₄₆₅ 終₄₆₆ 終₄₆₇ 終₄₆₈ 終₄₆₉ 終₄₇₀ 終₄₇₁ 終₄₇₂ 終₄₇₃ 終₄₇₄ 終₄₇₅ 終₄₇₆ 終₄₇₇ 終₄₇₈ 終₄₇₉ 終₄₈₀ 終₄₈₁ 終₄₈₂ 終₄₈₃ 終₄₈₄ 終₄₈₅ 終₄₈₆ 終₄₈₇ 終₄₈₈ 終₄₈₉ 終₄₉₀ 終₄₉₁ 終₄₉₂ 終₄₉₃ 終₄₉₄ 終₄₉₅ 終₄₉₆ 終₄₉₇ 終₄₉₈ 終₄₉₉ 終₅₀₀ 終₅₀₁ 終₅₀₂ 終₅₀₃ 終₅₀₄ 終₅₀₅ 終₅₀₆ 終₅₀₇ 終₅₀₈ 終₅₀₉ 終₅₁₀ 終₅₁₁ 終₅₁₂ 終₅₁₃ 終₅₁₄ 終₅₁₅ 終₅₁₆ 終₅₁₇ 終₅₁₈ 終₅₁₉ 終₅₂₀ 終₅₂₁ 終₅₂₂ 終₅₂₃ 終₅₂₄ 終₅₂₅ 終₅₂₆ 終₅₂₇ 終₅₂₈ 終₅₂₉ 終₅₃₀ 終₅₃₁ 終₅₃₂ 終₅₃₃ 終₅₃₄ 終₅₃₅ 終₅₃₆ 終₅₃₇ 終₅₃₈ 終₅₃₉ 終₅₄₀ 終₅₄₁ 終₅₄₂ 終₅₄₃ 終₅₄₄ 終₅₄₅ 終₅₄₆ 終₅₄₇ 終₅₄₈ 終₅₄₉ 終₅₅₀ 終₅₅₁ 終₅₅₂ 終₅₅₃ 終₅₅₄ 終₅₅₅ 終₅₅₆ 終₅₅₇ 終₅₅₈ 終₅₅₉ 終₅₆₀ 終₅₆₁ 終₅₆₂ 終₅₆₃ 終₅₆₄ 終₅₆₅ 終₅₆₆ 終₅₆₇ 終₅₆₈ 終₅₆₉ 終₅₇₀ 終₅₇₁ 終₅₇₂ 終₅₇₃ 終₅₇₄ 終₅₇₅ 終₅₇₆ 終₅₇₇ 終₅₇₈ 終₅₇₉ 終₅₈₀ 終₅₈₁ 終₅₈₂ 終₅₈₃ 終₅₈₄ 終₅₈₅ 終₅₈₆ 終₅₈₇ 終₅₈₈ 終₅₈₉ 終₅₉₀ 終₅₉₁ 終₅₉₂ 終₅₉₃ 終₅₉₄ 終₅₉₅ 終₅₉₆ 終₅₉₇ 終₅₉₈ 終₅₉₉ 終₆₀₀ 終₆₀₁ 終₆₀₂ 終₆₀₃ 終₆₀₄ 終₆₀₅ 終₆₀₆ 終₆₀₇ 終₆₀₈ 終₆₀₉ 終₆₁₀ 終₆₁₁ 終₆₁₂ 終₆₁₃ 終₆₁₄ 終₆₁₅ 終₆₁₆ 終₆₁₇ 終₆₁₈ 終₆₁₉ 終₆₂₀ 終₆₂₁ 終₆₂₂ 終₆₂₃ 終₆₂₄ 終₆₂₅ 終₆₂₆ 終₆₂₇ 終₆₂₈ 終₆₂₉ 終₆₃₀ 終₆₃₁ 終₆₃₂ 終₆₃₃ 終₆₃₄ 終₆₃₅ 終₆₃₆ 終₆₃₇ 終₆₃₈ 終₆₃₉ 終₆₄₀ 終₆₄₁ 終₆₄₂ 終₆₄₃ 終₆₄₄ 終₆₄₅ 終₆₄₆ 終₆₄₇ 終₆₄₈ 終₆₄₉ 終₆₅₀ 終₆₅₁ 終₆₅₂ 終₆₅₃ 終₆₅₄ 終₆₅₅ 終₆₅₆ 終₆₅₇ 終₆₅₈ 終₆₅₉ 終₆₆₀ 終₆₆₁ 終₆₆₂ 終₆₆₃ 終₆₆₄ 終₆₆₅ 終₆₆₆ 終₆₆₇ 終₆₆₈ 終₆₆₉ 終₆₇₀ 終₆₇₁ 終₆₇₂ 終₆₇₃ 終₆₇₄ 終₆₇₅ 終₆₇₆ 終₆₇₇ 終₆₇₈ 終₆₇₉ 終₆₈₀ 終₆₈₁ 終₆₈₂ 終₆₈₃ 終₆₈₄ 終₆₈₅ 終₆₈₆ 終₆₈₇ 終₆₈₈ 終₆₈₉ 終₆₉₀ 終₆₉₁ 終₆₉₂ 終₆₉₃ 終₆₉₄ 終₆₉₅ 終₆₉₆ 終₆₉₇ 終₆₉₈ 終₆₉₉ 終₇₀₀ 終₇₀₁ 終₇₀₂ 終₇₀₃ 終₇₀₄ 終₇₀₅ 終₇₀₆ 終₇₀₇ 終₇₀₈ 終₇₀₉ 終₇₁₀ 終₇₁₁ 終₇₁₂ 終₇₁₃ 終₇₁₄ 終₇₁₅ 終₇₁₆ 終₇₁₇ 終₇₁₈ 終₇₁₉ 終₇₂₀ 終₇₂₁ 終₇₂₂ 終₇₂₃ 終₇₂₄ 終₇₂₅ 終₇₂₆ 終₇₂₇ 終₇₂₈ 終₇₂₉ 終₇₃₀ 終₇₃₁ 終₇₃₂ 終₇₃₃ 終₇₃₄ 終₇₃₅ 終₇₃₆ 終₇₃₇ 終₇₃₈ 終₇₃₉ 終₇₄₀ 終₇₄₁ 終₇₄₂ 終₇₄₃ 終₇₄₄ 終₇₄₅ 終₇₄₆ 終₇₄₇ 終₇₄₈ 終₇₄₉ 終₇₅₀ 終₇₅₁ 終₇₅₂ 終₇₅₃ 終₇₅₄ 終₇₅₅ 終₇₅₆ 終₇₅₇ 終₇₅₈ 終₇₅₉ 終₇₆₀ 終₇₆₁ 終₇₆₂ 終₇₆₃ 終₇₆₄ 終₇₆₅ 終₇₆₆ 終₇₆₇ 終₇₆₈ 終₇₆₉ 終₇₇₀ 終₇₇₁ 終₇₇₂ 終₇₇₃ 終₇₇₄ 終₇₇₅ 終₇₇₆ 終₇₇₇ 終₇₇₈ 終₇₇₉ 終₇₈₀ 終₇₈₁ 終₇₈₂ 終₇₈₃ 終₇₈₄ 終₇₈₅ 終₇₈₆ 終₇₈₇ 終₇₈₈ 終₇₈₉ 終₇₉₀ 終₇₉₁ 終₇₉₂ 終₇₉₃ 終₇₉₄ 終₇₉₅ 終₇₉₆ 終₇₉₇ 終₇₉₈ 終₇₉₉ 終₈₀₀ 終₈₀₁ 終₈₀₂ 終₈₀₃ 終₈₀₄ 終₈₀₅ 終₈₀₆ 終₈₀₇ 終₈₀₈ 終₈₀₉ 終₈₁₀ 終₈₁₁ 終₈₁₂ 終₈₁₃ 終₈₁₄ 終₈₁₅ 終₈₁₆ 終₈₁₇ 終₈₁₈ 終₈₁₉ 終₈₂₀ 終₈₂₁ 終₈₂₂ 終₈₂₃ 終₈₂₄ 終₈₂₅ 終₈₂₆ 終₈₂₇ 終₈₂₈ 終₈₂₉ 終₈₃₀ 終₈₃₁ 終₈₃₂ 終₈₃₃ 終₈₃₄ 終₈₃₅ 終₈₃₆ 終₈₃₇ 終₈₃₈ 終₈₃₉ 終₈₄₀ 終₈₄₁ 終₈₄₂ 終₈₄₃ 終₈₄₄ 終₈₄₅ 終₈₄₆ 終₈₄₇ 終₈₄₈ 終₈₄₉ 終₈₅₀ 終₈₅₁ 終₈₅₂ 終₈₅₃ 終₈₅₄ 終₈₅₅ 終₈₅₆ 終₈₅₇ 終₈₅₈ 終₈₅₉ 終₈₆₀ 終₈₆₁ 終₈₆₂ 終₈₆₃ 終₈₆₄ 終₈₆₅ 終₈₆₆ 終₈₆₇ 終₈₆₈ 終₈₆₉ 終₈₇₀ 終₈₇₁ 終₈₇₂ 終₈₇₃ 終₈₇₄ 終₈₇₅ 終₈₇₆ 終₈₇₇ 終₈₇₈ 終₈₇₉ 終₈₈₀ 終₈₈₁ 終₈₈₂ 終₈₈₃ 終₈₈₄ 終₈₈₅ 終₈₈₆ 終₈₈₇ 終₈₈₈ 終₈₈₉ 終₈₉₀ 終₈₉₁ 終₈₉₂ 終₈₉₃ 終₈₉₄ 終₈₉₅ 終₈₉₆ 終₈₉₇ 終₈₉₈ 終₈₉₉ 終₉₀₀ 終₉₀₁ 終₉₀₂ 終₉₀₃ 終₉₀₄ 終₉₀₅ 終₉₀₆ 終₉₀₇ 終₉₀₈ 終₉₀₉ 終₉₁₀ 終₉₁₁ 終₉₁₂ 終₉₁₃ 終₉₁₄ 終₉₁₅ 終₉₁₆ 終₉₁₇ 終₉₁₈ 終₉₁₉ 終₉₂₀ 終₉₂₁ 終₉₂₂ 終₉₂₃ 終₉₂₄ 終₉₂₅ 終₉₂₆ 終₉₂₇ 終₉₂₈ 終₉₂₉ 終₉₃₀ 終₉₃₁ 終₉₃₂ 終₉₃₃ 終₉₃₄ 終₉₃₅ 終₉₃₆ 終₉₃₇ 終₉₃₈ 終₉₃₉ 終₉₄₀ 終₉₄₁ 終₉₄₂ 終₉₄₃ 終₉₄₄ 終₉₄₅ 終₉₄₆ 終₉₄₇ 終₉₄₈ 終₉₄₉ 終₉₅₀ 終₉₅₁ 終₉₅₂ 終₉₅₃ 終₉₅₄ 終₉₅₅ 終₉₅₆ 終₉₅₇ 終₉₅₈ 終₉₅₉ 終₉₆₀ 終₉₆₁ 終₉₆₂ 終₉₆₃ 終₉₆₄ 終₉₆₅ 終₉₆₆ 終₉₆₇ 終₉₆₈ 終₉₆₉ 終₉₇₀ 終₉₇₁ 終₉₇₂ 終₉₇₃ 終₉₇₄ 終₉₇₅ 終₉₇₆ 終₉₇₇ 終₉₇₈ 終₉₇₉ 終₉₈₀ 終₉₈₁ 終₉₈₂ 終₉₈₃ 終₉₈₄ 終₉₈₅ 終₉₈₆ 終₉₈₇ 終₉₈₈ 終₉₈₉ 終₉₉₀ 終₉₉₁ 終₉₉₂ 終₉₉₃ 終₉₉₄ 終₉₉₅ 終₉₉₆ 終₉₉₇ 終₉₉₈ 終₉₉₉ 終₁₀₀₀ 終₁₀₀₁ 終₁₀₀₂ 終₁₀₀₃ 終₁₀₀₄ 終₁₀₀₅ 終₁₀₀₆ 終₁₀₀₇ 終₁₀₀₈ 終₁₀₀₉ 終₁₀₁₀ 終₁₀₁₁ 終₁₀₁₂ 終₁₀₁₃ 終₁₀₁₄ 終₁₀₁₅ 終₁₀₁₆ 終₁₀₁₇ 終₁₀₁₈ 終₁₀₁₉ 終₁₀₂₀ 終₁₀₂₁ 終₁₀₂₂ 終₁₀₂₃ 終₁₀₂₄ 終₁₀₂₅ 終₁₀₂₆ 終₁₀₂₇ 終₁₀₂₈ 終₁₀₂₉ 終₁₀₃₀ 終₁₀₃₁ 終₁₀₃₂ 終₁₀₃₃ 終₁₀₃₄ 終₁₀₃₅ 終₁₀₃₆ 終₁₀₃₇ 終₁₀₃₈ 終₁₀₃₉ 終₁₀₄₀ 終₁₀₄₁ 終₁₀₄₂ 終₁₀₄₃ 終₁₀₄₄ 終₁₀₄₅ 終₁₀₄₆ 終₁₀₄₇ 終₁₀₄₈ 終₁₀₄₉ 終₁₀₅₀ 終₁₀₅₁ 終₁₀₅₂ 終₁₀₅₃ 終₁₀₅₄ 終₁₀₅₅ 終₁₀₅₆ 終₁₀₅₇ 終₁₀₅₈ 終₁₀₅₉ 終₁₀₆₀ 終₁₀₆₁ 終₁₀₆₂ 終₁₀₆₃ 終₁₀₆₄ 終₁₀₆₅ 終₁₀₆₆ 終₁₀₆₇ 終₁₀₆₈ 終₁₀₆₉ 終₁₀₇₀ 終₁₀₇₁ 終₁₀₇₂ 終₁₀₇₃ 終₁₀₇₄ 終₁₀₇₅ 終₁₀₇₆ 終₁₀₇₇ 終₁₀₇₈ 終₁₀₇₉ 終₁₀₈₀ 終₁₀₈₁ 終₁₀₈₂ 終₁₀₈₃ 終₁₀₈₄ 終₁₀₈₅ 終₁₀₈₆ 終₁₀₈₇ 終₁₀₈₈ 終₁

る者が続出し、いわゆる「法文前の離婚」(divorce avant le lettre) が行われたほどである—Laurent, Ra Répudiation et le divorce par consentement mutuel, 1904. P 39; Martin. La Crise, du mariage dans la législation intermediaire, 1901. P 79)。

されば、Guadet 議員の如きは右憲法の規定がある以上は(婚姻が他の民事契約と同様に解除され得ることは自明であつて)特に離婚法の制定を必要としないとまで論じた。しかし議会は疑義をさけ細目を確定するために特別法制定の必要を認め、先ず「婚姻ハ離婚ニヨリテ解除セラレ得ヘキ一契約ナリ」(La mariage est un contract dissoluble par le divorce) という根本原則を確定宣言して、立法委員会に提出する離婚法案の報告中に「本委員会ハ夫婦ノ合意ヲ以テ主タル基礎トナス婚姻ノ性質ニ基キ、又個人ノ自由ハ如何ナル契約ヲ以テスルモ決して非解除的ニ譲渡セラレ得ベキモノニアラザルガ故ニ離婚ノ能力ニ最大自由範圍ヲ保存又ハ附与セザルベカラザルコトヲ信ズ」という。かくて、一七九二年九月二〇日離婚法は成立した。この法律の前文は離婚制度が契約思想及び個人意思不可譲の思想 (inaliénabilité de la volonté individuelle) に基くことを明言しており、此の思想は、フランス革命と同胎同根であつて、第一八世紀の自然法主義中に培養されたものである(穂積氏・離婚制度の研究四一五頁)。

この法律は協議離婚(一章二条)及び裁判離婚(同章三条・四条)を認めた。もつともこの協議離婚の手續(二章一条乃至七条)は極めて繁雑なもので、到底わが協議離婚のそれの容易さに比すべきものではなかつた。されば、離婚法は、当時の思想上当然自明の理とされていた離婚権をむしろ制約する(もちろん離婚法は離婚を許容する規定であるが他面婚姻が個人間の契約であるのみでなく社会の基礎を為す制度であることから)規定とみられるものであつた。

かくてフランスの自由離婚主義は濫用され、その反動として、一八〇三年制定のナポレオン法典中の離婚制度は、著しく制限離婚主義に傾き、特に協議離婚の手續は一層煩雑化され(その実施期間中一回も適用をみなかつたという)、ナポレオンの敗北後は王政復古と共にカトリック教が再びフランスの国教となつて一八一六年遂に離婚制度は廃止となり、やがて再び復活された一八八四年法は協議離婚を削り法定離婚のみを認めた(有責主義に立ち精神病を離婚原因とせず)極めて制限的な離婚法となつた。その後数回の改正(一八八六年・一八九三年・一九〇四年・一九〇七年・一九〇八年・一九〇九年……一九四一年・一九四五年)により若干の修正を加えられたものが現行フランス民法の離婚制度である。

現在フランスの離婚制度に関しては、その許容の基本的な立場についてさまざまな学説が存立するのであり、又その抽象論においては、フランスの自由離婚論者の議論は極端・激越なものがあるに拘らず、立法においては極めて制限的である(例えば、Naquet, La loi du l'union libre, 1908; Coulon, Le divorce par consentement mutuel 1902; P. et V. Marqueritte, L'elargissement du divorce, 1902)のは、ひつきよう旧教の婚姻非解消主義及び新教の有責主義の影響によるものであることは否定しえない。

- 5 ローマ法の初期から婚姻は当事者間の無式の諾成契約であつた。わがくに於ても、婚姻を契約(たとえその当事者は家と家、又は親と親であつたにせよ)と見る考えは早くからあつたとみえ、中世(九六七年〜一四三七年)には婚姻に際して夫たるべきものが妻たるべき者を将来離別しない旨を約し(予め離婚権を制約する)、之を起請文を以つて、或は所領を差入れて担保することが行われ、しかも此種の契約は有効とされていたようである。

当時、離婚の権利は夫に属していたから、かかる不離婚の担保契約は、夫の不当なる権利の行使を防圧するために、多くは妻側において夫より優勢(或は主君の命により、或は妻の父親の権勢により)な立場にある場合になされたものである(なお石井氏・中世離婚法・法協第六〇巻一

二号一九五二頁参照)。

- 6 婚姻の自由が認められる法制の下に於ても、婚姻は身分関係の特質として公の秩序(一國の秩序)に関係するところが大きであるから、國家の干渉が必要とされ、それだけ私的自治は制約されざるをえない。

即ち、婚姻をすることは自由であるが、婚姻をすれば、当事者の意思とは無関係に婚姻の法律効果はすべて定型的・強行法的であり、個人の恣意による変更を許さない。婚姻成立要件も予め道徳的・優生学的その他公益的な立場から法定されていて、それに違反する婚姻、例えば不適合婚(民法七三一条・ドイツ民法一三〇三条・スイス民法九六条・フランス民法一四四条)・近親婚(民法七三四条・ドイツ民法一三一〇条・一三一一条・スイス民法一〇〇条・フランス民法一六四条・三四八八条)・重婚(民法七三二条・ドイツ民法一三〇九条・スイス民法一〇一条・フランス民法一四七条)・再婚制限期間違反の婚姻(民法七三三条・ドイツ民法一三一三条・スイス民法一〇三条・一〇四条・フランス民法二二八条)・悪疾婚(例えば ZGB. 97; ABGB. 48; Schweden, Eheg V. ¹¹/₆. 1920 2Kap. 5; Dänemark, Eheg, v. ³⁹/₆. 1922 10; Norwegen, Eheg, v. ¹⁵/₆. 1918. 5; などは何れも心神喪失者の婚姻を禁じ、ABGB. 48; Schweden 2 Kap. 5; は心神耗弱者の婚姻を禁ずる。Italien C. c 61; Portugal, Eheg, V. ²⁵/₁₂ 1910 4 Nr. 4 は心神喪失に基く禁治産者の婚姻を禁ずる。Dänemark, 11; Norwegen, 6 は性病患者の婚姻を禁じており、アメリカに於ても New York, New Jersey, Michigan その他かかる法域が少くない。)等は、その成立または存続を拒否され(民法七四〇条・七四四条・一七四六条)、その不法性の強いものは刑罰をもつてその存立を否定される(刑法一八四条)。このように婚姻自由の制限は各國の政策的立場の異なるにつれて同一でない。

- 7 わが憲法第二四條第二項の「個人の尊厳」という点から、両性の合意による離婚(協議離婚)は当然に導き出されるものである。従つてわが憲法のもとでは協議離婚を全面的に禁止するような離婚法は許されないであろう。もつとも、未だ旧思想の根強いわが國の社會の実情では父母が婚姻当事者たる夫妻の意に反して離婚を強制し、又夫が妻を威圧して離婚を承認させることなきを保し難く(元來離婚訴訟は夫からよりも妻から提起されるものの方が多いのが各國の通例であるが、わが國においては特にこの傾向が顕著である。これは妻が離婚を欲しても、夫が之を欲しない場合には、裁判離婚に出るより外ないが、反対の場合には夫は多く妻を圧迫して協議離婚をなしうるのであり、離婚訴訟を提起する必要が少いためでであるとみられる。)(穂積氏・前掲書五四八頁)協議離婚は自白離婚どころか、強制離婚となり易いところから、協議離婚にも何らかの制限を課すべしとの意見も可能であるが、かかる制限は、当事者をして右の強制から護り、その離婚の自由を確保するための制限であるから、本來の離婚自由権と矛盾するものではないと解すべきである(もつとも、右の制限が、現実に弊害を招来する一例えば事実上の別居を増加させるなど一か否かは別問題である)。

- 8 新民法の定める協議離婚制と裁判離婚制とは、ともに自由離婚主義(したがつて離婚自由の基本権)を基調とするものであるから、両者は統一の一体をなすものであつて、後者は前者における同意権の濫用に対する離婚自由の保障の意義を有するものである。その点旧民法における協議離婚と裁判離婚との関係とは稍ことなるものであつて、旧法の目的は夫の自由離婚の実現にあり、事實協議離婚は夫による強制離婚であつたから同意権の濫用は妻の側ではなく常に夫の側に存した。

したがつて、旧法の裁判離婚は、結局、妻の離婚自由の擁護たる役割を果すものであつた(もつとも、離婚原因において、男女不平等であつたから、それは充分とはいへなかつたが)。このよ

うに、旧法の協議離婚は男子の自由離婚を基調とするに対し、裁判離婚は男子の自由離婚を保障するどころか却つてそれを抑制することを目的とする一少くともそうした役割を果していた一ものであつた。即ち、旧法の協議離婚制と、裁判離婚制とは、互に相剋する関係に立つていた。これは、旧法の性格が近代化に不徹底だつたことにも因るが、わが国社会に残存する家父長権的封建思想に基因するところが一層大きい。

その意味で新民法の男女平等の自由離婚主義に基く協議離婚と裁判離婚が、事実においても男女平等の自由離婚を保障するものでありたいものである。

- 9 協議離婚と裁判離婚との関係を明かにし、わが国の裁判離婚の存在意義に論及される学者は少いようである。わずかに青山教授（身分法概論一二六頁）が、裁判離婚の説明に於て「夫婦の双方が合意するときは、協議離婚を行えばよいのであるから、裁判離婚は、離婚原因があるに拘らず、一方が離婚に合意しない場合に行われることになる」と述べられ、又、中川教授（民法大意・前編・親族法・相続法六五頁）が、近世の裁判離婚制について「近代離婚法は、正当な事由がある場合には、当事者間に合意はなくても、離婚を許すべきであるとし、その果して正当な事由があるか否かの判定を裁判所に一任することとした」といわれるのみである。
- 10 Keenzer. op. cit. P 168. American Jurisprudence. vol. 17 p 151.

アメリカの離婚法の法源は、州法が唯一のものであるから、州法が離婚を認めなくとも、離婚権は天賦の人権でも、又憲法によつて保障された権利でもないから、州の憲法に違反することにはならぬ。例えば South Carolina が一八七八年に離婚法を廃止したが、裁判所はこれを違憲とは認めなかつた（Grant v. Grant. 12 S. C. 32 Am. Rep. 506）。

アメリカ合衆国では、離婚は全く制定法の創造物であることは右の通りであるが、これらの制定法の内容の多くは、イギリスの教会裁判所に於て適用された原理・原則をそのまま取入れており、アメリカに於て離婚に関する問題の解釈ならびに適用についてもイギリスの教会裁判所が教会法の解釈ならびに適用に當つて採つた原理・原則がそのまま引用される場合が多い。特に離婚原因としての遺棄 desertion, 虐待 cruelty, 機能障害 impotency などの意味や、離婚阻却事由としての宥恕・承認その他に関して先例となり、道標となつた点が多すぎる。

とにかく、離婚はアメリカに於ては非常な増加率を示している。一八七〇年の離婚数は一〇九六二であつたのが、一九二六年には、一八〇八六八になつた。半世紀前の離婚数より一六・七倍増加した（その間人口は三倍の増加）。その後も離婚は増加の傾向を続け、一九二九年に離婚者一九九三三五、人口比一・三一が一九三二年は離婚者二一八〇〇〇、人口比一・七一となり、更に一九四五年の離婚数は約五〇二〇〇〇と計上されている（Groves and Ogbarn, American Marriage and Family Relationship, 1928, P 346~347. 立石氏「アメリカ法の離婚原因」家裁月報六卷四号一三~一四頁参照）。

かかる離婚の増加の傾向に対して、一部の者は離婚に全然反対であつて、離婚の認められる場合一離婚原因一を最少限度に狭めようとするが、大部分の者は、離婚の完全な自由を主張する。そして、結婚を相互の同意によつて終了することのできる一個の契約に基礎づけ、もしそれが許されなければ、それと同一の実際上の効果を本質的にもたらすように、広汎な離婚原因と、できるだけゆるやかな解釈とを要望する（Paund, A Symposium for the Law of Divorce—Foreward. 1943 28 La. L. R. 179. 立石氏・前掲誌一四頁参照）。

われわれは、ここにもまた、イギリス法学に対し、いかにアメリカ法学が「新鮮で爽かで自由で活気ある」かを見るのである（Gustav Radbruch, “Anglo-American Jurisprudence Through Continental Eyes”, The Law Quarterly Review vol. L II, No. 208 P 544.

拙著・ラードブルッフ「大陸の見地より観たる英米法学」一八頁)。

- 11 Bishop, *Marriage & Divorce*, vol. 1 § 7~37. アメリカ各州が離婚法を制定することが、合衆国憲法の「各州は……契約を害するような法律を制定……することを得ず」の趣旨に反しないと解せられるのも、かかる解釈からであるとされる(Bishop, *op. cit.*, vol. I. P 594)。大阪谷氏・アメリカ離婚原因の研究—民法雑誌第二二巻第一号五〇頁参照。
- 12 かかる考えは、かつて合衆国裁判所が *Maynard v. Hill* 事件で表明せる見解である (Kenner, *op. cit.* P 172. n. 25)。なお、大阪谷氏・前掲論文四五・五〇頁参照。
- 13 青山教授は、イギリス留学中(一九五四年一月~一九五五年二月)会われたソリスターで一九四六年に婚姻法改革協会 *Marriage Law Reform Society* の創立者・会長であるポラード (Robert S. W. Pollard) が協議離婚制の採用を熱情をこめて主張していたが、多くのイギリス人及びイギリスの学者達が離婚に対してキリスト教会の影響を脱し切れず、保守的伝統を続けていることを、控訴裁判所の裁判官のデニング卿 (Sir Alfred Denning, *The Changing Law*, 1953) 及びオックスフォードのグッドハート教授 (A. L. Goodhart, *English Law and the Moral Law*, 1953) の離婚及び協議離婚に対する諸見解や、教授が会われたロンドン・スクール・オブ・エコノミクスで家族法担任のカーン・フロイント教授 (O. Kahn Freund) 及び一般市民の之に対する意見などを引用して報告してられる。

なお、教授が紹介する前記ポラード氏が王立委員会 (Royal Commission on Marriage and Divorce) の議事録 (Minutes of Evidence) 第九号に示された基本的立場は「婚姻はわれわれにとつては、二人の責任ある人間によつて生物学のおよび社会学的目的をもつて自由に結ばれた契約或は共同関係である。この共同関係は、その安定性を助長し、また統計のような別の目的のために国家に登録する。共同生活の本質は夫婦相互の愛情である」「婚姻の目的が失敗したときは、国家は簡単な急速な救済を与え、当事者が離婚をうるためには法を破り、欺瞞を犯すことのないよう予め配慮せねばならない」「もし二人の責任ある当事者が共に自由に且つ思慮深く自分等の婚姻の終了を決意するならば、国家は、若干の注意をはらう事は必要であるが、この同意を認めるべきである」などである (イギリス雑誌・有斐閣発行・書齋の窓一九号一〇頁以下)。

- 14 ローマに於ては、婚姻は夫または妻の一方的意思表示と共同生活の廃止により解消される単意離婚である。divortium を協議離婚、repudium を単意離婚と解するのは旧説で、divortium は合意的なると単意的なるとを問わず離婚全体の表示語である。repudium により総ての離婚は可能となる。たとえ協議が調うとも、その実行には一方的意思表示 (repudium) をもつて充分である (原田氏・ローマ法下巻八四頁)。
- 15 栗生氏・婚姻法の近代化一五頁参照。なおローマ主義と教会主義の抗争過程については栗生氏・婚姻立法における二主義の抗争一頁以下を参照。
- 16 (1) 姦通 (adultery) とは婚姻継続中即ち、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。(2) 三年以上の遺棄 (desertion) とは、離婚訴訟提起の直前、三年以上正当の理由なき同居義務の違反で、放棄する (forsake) 意思をもつて任意に棄てる (abandon) ことである。性交の拒否だけでは不十分である (後述を参照)。夫が妻の不行跡を発見して家を出て行つた場合には正当な理由があるものとされる。遺棄する当事者が家庭から出て行くことは遺棄の成立に必要でなく、相手方の同居を不可能にした者に遺棄の責任がある (田中氏・「イギリスの離婚法」比較法研究第二巻八頁) (尙、後述参照)。

遺棄後の和解の申込には応じなければならないが、将来性交はことわるとか、子供のためのみ

同棲するのど等の不当な条件を附することは許されない。(3) 虐待 (cruelty) は、肉体的なもののほか精神的なものを含む。(4) 不治の精神病 (to be incurably of unsound mind) は、離婚訴訟提起直前に五年以上引続いて「監護・治療を受けている」(under care and treatment) ことを要する。どの程度をもつて不治の精神病と見るかは事実問題である。

右のうち、最も困難なのは、正当な理由のない「性交拒否」(refusal of sexual intercourse) が、イギリス離婚事件法における離婚原因たる「遺棄」(desertion) (Matrimonial Causes Act, 1950 § 1; 1938 § 2) を成立せしめるかどうか、性交拒否と遺棄の関係の問題である。

一八世紀末のフォースタ対フォースタの事件 (Forster v. Forster, 1790. I Hag Caus, Cas, 144, 161 E.R. 504) 以来、多くの判例を重ねた (Ridley, Refusal of Sexual Intercourse and the law of Desertion. 64. L.Q.R. 243) 結果、イギリスの判例は現行法として大体次の原則が樹立しているようである (末延氏・イギリス離婚法における遺棄の一問題、穂積先生追悼論文集二四三頁以下)。(1) 遺棄配偶者が性交をしない条件で婚姻生活の復帰を申入れても、相手方はそれに応ずる義務なく、従つて相手方が応じない限り遺棄は中断されぬ。(2) 性交拒否の配偶者との共同生活を廃止しても遺棄にはならない。(3) 進んで相当強い事情のある場合には、相手方の性交拒否を理由として家出した者は、相手方を遺棄 (いわゆる法定遺棄 constructive desertion の場合) を理由として離婚訴訟を提起しうる。これは現在性交拒否の法的効果について裁判所の認める極限であるが、被害者が自ら退去しなければならないところに不便があるとされる。最後に、(4) 単なる性交の拒否は遺棄とはならない。という原則がある。これは最も議論のあるところであり、イギリス連邦内にも違った結果をとるところがある (Ridley, Refusal of Sexual Intercourse and the Law of Desertion, 164 L.Q.R. 243, 251. 末延氏・前掲二三四頁)。判例は性交拒否に他の事情が加われば共同生活 (同一家屋内に居住) の廃止がなくとも、遺棄の成立は可能であるとしているが、問題は、どの程度の事情が加われば遺棄となるかであり、これは、具体的に周到な総合判断によつて決せられる。「遺棄の成立には、分離と云う事実 (factum of separation) と遺棄の意思 (animus deserendi) とが必要」とされるが、「性交拒否がその二点、ことに後の点について如何なる比重を占めるかは個々の場合の具体的事実が、その事実を判断する裁判官の教養・人格・識見等によつて定まることである」(末延氏・前掲二三五頁)。

わが国に於ても遺棄 (民法七七〇条一項二号) は「同居の義務の継続的不履行」または、同居・協力・扶助の義務 (民法七五二条) の違反であるが、「同居していても、夫婦生活を行わない意思があるとき」は遺棄にはならないと解されている (かかる場合は、婚姻を継続し難い重大な事由あるときに該る。同条一項五号) (青山氏・身分法概論一二八頁参照)。

しかし、イギリスの保守的伝統は、にわかには革まるようにも思われぬ。イギリスはこれ迄離婚原因を漸次拡大し、そして、一九三七年法以来、離婚事件は激増しているとは云え、夫婦生活が完全に破綻して、双方とも離婚を欲し、多くの事件に於ては被告は全然防訴していないのにかかわらず、離婚原因を厳格に解して離婚を抑制しているのは、公益その他の点の考慮があるとしても、その根底にはやはり婚姻非解消の思想があり、それに基づく離婚制限主義が支配していることは否定しえない。

17 穂積氏・「離婚原論上」中央公論昭和二五年八月号一一八頁。

18 離婚請求権—「離婚の訴によつて離婚を請求しうる権利。離婚原因の成立によつて発生する。」(末川博編・日本評論社「法学辞典」九五二頁)。

Summary

On Principles in Legislation of the Divorce

Law and Divorce Suit

Hajime IWADARE*

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

This is a part of the treatise, I am going to write, in which I shall discuss (1) the principles in legislation of the new divorce law in Japanese civil code, (2) the divorce suit by the spouse who is mainly responsible for the causes of divorce and (3) some other questions concerning the above problems.

* Professor of Shinshu University.