



Title	離婚原因小論
Author(s)	土屋, 四郎
Citation	北海道帝國大學法經會法經會論叢, 9, 279-293
Issue Date	1941-04
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/10704
Type	bulletin (article)
File Information	9_p279-293.pdf



[Instructions for use](#)

離婚原因小論

土屋 四郎

第一 前 言

偕老同穴は人生の幸福であり、家族の幸福であり、國家の福祉である。人類社會の根本組織たる觀點を婚姻に求めれば、婚姻は終生の共同生活を目的とする一男一女の正當なる結合關係である。而して眞に對等にして圓滿なる二配偶者の共同福祉を求めたいのが人生の理想の一であり、従つて各配偶者及び其家族は内に患なく外に奉公の誠を盡し得る。然しながら理想は完璧なる實現を見ることが難く屢々幾多の危難に遭遇する。夫婦同舟するも尚波高く、風雨或は故意過失の爲めに波に吞まれないとは限らない。國家目的の完全圓滿なる遂行の爲めには社會秩序の整備が要求せられ、社會秩序の整備の爲めには各家の秩序が保全せられねばならない。家の安泰は國家隆盛の基礎ではあるが、之を害すること著しき夫婦不和の繼續的事實は之を除去することの必要亦已むを得ざることである。離婚を前提として婚姻する者は詐偽結婚に他ならない。殊に法律婚（要式婚）に於て然りである。或は當初から失敗の結婚もあらうし、或は始は失敗だと思はれても後には最善の配偶關係ともならうし、又其反對の事實となつて顯はれてくるでもあらう。離婚は已むを得ざる惡である。

我が民法に於ける婚姻の成立には夫婦たるべき男女自身の自由意思に基く合意と其合意の法定形式たる婚姻の届出を要件とする（民法七五五條第一項戶籍）（法第一〇〇條第一〇一條）。離婚は第八七六條に規定する選擇離婚制度を除くと之を協議上の離

婚（任意離婚）と裁判上の離婚（強制離婚）とに分たれる。前者は婚姻當事者双方の合意を以てする離婚であつて、婚姻の場合と同様に届出の方式を履んで效力を生ずる。然し協議上の離婚は必ずしも當事者相互の任意に成るものではなく、離婚の意思が缺けてゐる場合即ち無効を主張し得る場合もある。知らぬ間に離婚届が受理されてしまつたといふが如き奇怪なる現象は其の例である。此の協議離婚は無因離婚主義又は自由離婚主義に屬する。勿論原因あればこそ婚姻を解消するのを常とするのであらうけれども、夫は一切問題とならない。固より家門の名譽の爲めに離婚原因を公表したくないといふ點に協議離婚制度の最も有力な根據があるのである。後者即ち裁判上の離婚は有因離婚主義又は制限離婚主義に屬するものであつて、法定の離婚原因に基いて離婚の訴を提起し離婚を宣告する判決の確定した場合に於て婚姻は解消する。離婚を言渡した判決は即ち形成判決であつて、職權を以て當事者に送達され、更に訴訟提起者は判決謄本を添付して戸籍吏に届出づることを要するが（人訴第十五條 戸籍法第一〇條）、之は判決の效力とは無關係であつて、判決確定の日を以て絶對的に離婚は成立する。此の裁判上の離婚訴權者は離婚訴權の發生を防止する原因事實なき限り之を行使し得るが、必ず離婚原因たる事實が存在することを要する。其の離婚原因に關する民法の改正要綱が示され、其點が離婚に就いて最も考へさせられる問題の一つであるので之が考察を纏めてみたいといふのが本稿の目的である。

第二 我が國に於ける離婚原因

我國に於ては大寶令戸令の「七出三不去」の制度が初めてであるとされてゐる。即ち「凡棄妻、須有七去之狀、一、無子、二、淫佚、三、不事舅姑、四、口舌、五、盜竊、六、妬忌、七、惡疾云々」とあり、棄狀ありと雖も舅姑の喪を勤め上げた妻を、娶る時賤しく後に貴き時の妻を、受くる所あつて歸するに實家無き妻を夫々離別し得ないとした。然しながら戰國時代を経て家風に合はぬとか男子一存で勝手に付離婚を爲し得るものとし、遙かに降つて徳川時

代の三くだり半に至つては夫の我儘勝手に付の場合多く何等原因なくして大寶令の所謂棄妻を爲してゐた。民法施行前の離婚原因」と題する穂積重遠博士の論文に據ると、妻の姦通、夫の尊屬親に對する虐待侮辱、犯罪による處刑、行方不明、疾病、不熟即ち夫婦間の折合が悪いこと及び「不得意」即ち妻が夫の氣に入らぬこと等を擧げてゐられる。結論として離婚原因を限定せず相當な理由があれば離婚を許したことは注目すべき事實であるとされる。

今民法典に就いて見るに、先づ第四百四十九回法典調査會議事速記録第三四枚以降を参照したい。現行民法第八百十三條の規定は原案では第八百二十三條になつてゐる。相互の著しき差異は原案六の「配偶者ガ婚姻中三年間心神ヲ喪失シ本心ニ復スル望ナキトキ」といふ項が梅博士の理論整然たるに對し長谷川喬氏の人情論が勝を制して同氏の削除修正説が通過したのであることであり、第十の誓養子縁組の場合云々といふ項が附加されたことである。現行法を大體綱目的に列擧すれば(一)重婚、(二)妻の姦通、(三)夫の姦淫罪、(四)破廉恥罪(此用語の曖昧は條文を擧げて之を避けてはゐる)(五)同居に堪へざる虐待又は重大なる侮辱、(六)惡意の遺棄、(七)直系尊屬よりの虐待又は重大なる侮辱、(八)その自己の直系尊屬に對するもの、(九)生死三年以上不分明、(十)誓養子縁組の場合の離縁又は養子が家女と婚姻した場合の離縁若くは縁組の取消のあつたときが之である。

然るに既に立法當時穂積陳重博士は法典調査會に於て案第八百二十三條に「左ノ場合ニ限り」とあるを「左ノ場合ニ於テ」と改め第八百二十四條として「前條ノ場合ノ外夫婦ノ一方ハ共同生活ニ堪ヘサル不和ヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ將來和熟ノ望ナキモノト認メタルトキニ限り離婚ノ宣告ヲ爲コトヲ得」との原案を理由書と共に提出され「不幸にして此修正案が本會に採用されぬとしてもせめて自分の信ずる所でありますから死體なりと此處に残して置きたいと云ふ考であります」と前提され縷々陳述されたが、富井博士から慣習法上協議か列擧か何れに限定されるといふ反對論があつて、箕作麟祥議長が「大分永い間待つ

- 1) 穂積重遠「離婚制度の研究」第六九五頁以下
- 2) 舊民法人事編第八十一條との著しき差異は其第五に失踪の宣告を擧げ生死不明としなかつたことである。

て居りましたが別に賛成の聲も聞えませぬからは死骸にして仕舞ひます」とあつさり先に移つてしまつたのである。之が明治二十九年一月八日の事である。

斯て三十一年後臨時法制審議會は大正十四年我國古來の淳風美俗に基く改正の要綱の第十六に「離婚ノ原因及ビ子ノ監護」と題して次の内容を示した。

一、離婚ノ原因ハ大體ニ於テ左ノ如ク定ムルコト

(一) 妻ニ不貞ノ行爲アリタルトキ

(二) 夫カ著シク不行跡ナルトキ

(三) 配偶者ヨリ甚シク不當ノ待遇ヲ受ケタルトキ

(四) 配偶者カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ甚シク不當ノ待遇ヲ爲シ又ハ配偶者ノ直系尊屬ヨリ甚シク不當ノ待遇ヲ受ケタルトキ

(五) 配偶者ノ生死カ三年以上分明ナラサルトキ

(六) 其他婚姻關係ヲ繼續シ難キ重大ナル事情存スルトキ

二、前項第一號乃至第五號ノ場合ト雖モ總テノ關係ヲ綜合シテ婚姻關係ノ繼續ヲ相當ト認ムルトキハ離婚ヲ爲サシメザルコトヲ得ルモノトスルコト

之に就いては親族法學者は當時から種々論議を盡されてゐるが、穗積重遠博士は常に次の修正案を示されてゐる。

民法第八一三條ヲ左ノ如ク改メ第八一四條乃至第八一八條ヲ削除スルコト

第八一三條 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

一、配偶者カ重婚ヲ爲シタルトキ

二、配偶者カ姦通ヲ爲シタルトキ

三、配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ

四、配偶者ノ生死カ三年以上分明ナラザルトキ

五、其他婚姻ヲ繼續シ難キ重大ナル事情アルトキ

前第一號乃至第五號ノ事由アル場合ト雖モ離婚セシムルコトカ却ツテ甚シク不當ナル場合ニハ、裁判所ハ離婚ノ判決ヲ爲サザルコトヲ得。

即ち重婚の項を復活せしめ、刑法は民法の立場から姦通に就ても男女平等とせられ、¹⁾不當の待遇の曖昧さを惡意の遺棄に復活せしめ、直系尊屬の項を所謂不睦不和合即ち第五の中に包含せしめられたのである。

第三 外國法に於ける離婚原因

次に外國法に於ける離婚原因を通覽して見たい。

一、中華民國民法

中華民國の婚姻法に於ては從來の二家の婚姻たる觀念に基礎を置き夫權尊重男尊女卑の思想は妾制度を正當視し七去を以て離婚原因とした封建的の制度を是正し、我が民法と殆んど同様の離婚法を制定した。裁判上の離婚原因は第一〇五二條に列擧し、左の場合に限りとした點も我が民法と同様である。我が第八百十三條と異なる所は第六號に於て一方が相手方を殺害せんとしたるとき、第七號の不治の惡疾あるとき、第八號の重大なる不治の精神病あるときの三點を加へた事である。第六號はドイツ民法第一五六六條及びスイス民法第一三八條前段に相當し第八號もドイツ民法第一五六九條スイス民法第一四一條に法源を求め得る。不治の惡疾といふ原因は他の國法の規定せざる所であるが中華の衛生狀態を物語るかの如くであり、其病疾の原因が何人の責任に歸するやによつて

1) 刑法改正豫備草案第二四八條に於ては現行法第一八三條に「有夫ノ婦又ハ本夫ノ告訴」トアルヲ「配偶者アル者又ハ配偶者ノ告訴」と改正せんと企畫してゐたが、最近改正調査委員會の示した假案第三二五條はやはり差別的で夫の姦通を文字通りには表してゐない。

かなり不道徳な悲慘な事實を想像し得やう。尙全體的に見て離婚の効果の一として過失なくして裁判上の離婚を爲し生活が困難となつたときは相手方に對して相當なる生活費の補助を請求し得るものとした(中民第一〇五九條)。ドイツ民法第一五七八條には之と同様な而も稍々詳細な規定を置いたが、我が民法は大體離婚後は野となれ山となれ式である。單なる慰藉料の問題として取扱ひ得るが、此點に就いても改正法案は考慮すべきであると思ふ。

二、ドイツ民法

ドイツ民法に於ける離婚原因は第一に姦通を規定すると共に重婚罪又は不自然姦淫罪(乃至第一七五條)を犯すことを同一條に掲げた(下民第一五六五條)。勿論離婚訴權に就ては夫妻平等である。尙離婚訴權喪失の規定を第二項に設けた。第二に生命の危害を原因とし(下民第一五六六條)第三に惡意の遺棄を數へ第二項に推定規定を設けて大體一ケ年間の惡意の遺棄を以て足るものとした(下民第一五六七條)。第四に配偶者の一方に婚姻の繼續を絶ゆる能はざる程の義務違反及婚姻關係の紊亂を擧げてゐる。之即ち相對的離婚原因と稱せられるものである(下民第一五六八條)。第五に精神病が婚姻中三ケ年以上繼續し之が爲め共同生活の破綻を來し回復絶望の事由を認めた。(下民第一五六九條)即ち離婚原因を列擧してゐるが、我民法やフランス民法の如く制限的なものではなく例示的のものである。沿革的に見ると、一七四九年のフリードツヒ大王の民法草案中に配偶者の一方の他方に對する極度の敵意(völlige Feindschaft)を發見し得るし、夫れを繼受した一七九四年のプロイセン民法は第二部第一章第六七〇條乃至第七一八條に多數の離婚原因を列擧し、總意の遺棄の外に同棲の拒否・無精力・精神病・不行跡・扶養の拒否・子無き場合の夫婦の協議等を原因としたが、其前提として離婚に重大なる原因がなければ行はれ得ないといふ法文を置いて、列擧は重大なる原因(sehr erhebliche Ursachen)の例示と解し得る。現行法典に於ては四個の絶對的原因を擧ぐると共に相對的離婚原因を認め尙も同一ケ條に虐待を例示してゐる。其の第一五六八條の實際上の適用は如何に之を活用するか問題であるが大體有責主義而して輕過失主義を採つてゐるのである。本質的には刑罰離婚でなく破綻

離婚の精神を以つて解釋して初めて本來の妙味を發揮し得るとされてゐる。

三、スイス民法

スイス民法は、(一)姦通(ス民第一三三條) (二)生命の危害、虐待又は侮辱(後者には時效制を件) (ス民第一三八條) (三)破廉恥犯罪又は婚姻關係繼續が強ひられ難き程度の不名譽なる行狀(ス民第一三九條) (四)悪意の遺棄(ス民第一四〇條) (五)不治の精神病(ス民第一四一條)の外に第一四二條に於て配偶者に婚姻生活の繼續が耐へられ難き程度に婚姻關係が甚しく破壊せられた場合には各配偶者は離婚の訴求を爲すことを得るものとした。此規定のドイツ民法第一五六八條と根本的に異なる所は其の有責主義を棄て、夫婦の一方の責に歸し得ない事情によつても離婚を許し得る點にあつて、個々の場合に具體的妥當性を得ることによつて法律生活は安定を保ち得る。

三、フランス民法

フランス民法の離婚法制にはかなりの變遷があり宗教的意義に於ては婚姻不可解消主義であつたが、寺院法に於ては第十六世紀項別居制度を確立し、革命期に到り婚姻を以つて民事契約と看做し(一七九一年九月三日民法)更に法律上の離婚を認めた(一七九二年九月十日法)。民法典に於ては離婚制度濫用の防止をも考慮して再び離婚を認めたが、婚姻不解消を原則として離婚を例外とし、協議離婚に就いては極めて煩瑣な形式や嚴格な條件を設け、離婚原因を限定的に列擧した。更に一八一六年五月八日法により離婚禁止となり一八八四年四月十八日法により一八〇四年法の離婚原因の中配偶者相互の協議を除いて離婚制度を復活した。尙フランス法は離婚に到る一段階として別居制を採用したが(フ民三〇六條)其の原因は離婚の場合と同様である(フ民第二三九條)。即ち離婚原因は、(一)姦通(フ民第二二合と第二三〇條) (二)配偶者の一方からの重大なる暴行虐待侮辱(フ民第二三一條重大なる) (三)配偶者一方の體刑及不名譽刑の宣告(フ民第二二三條谷口氏譯佛蘭西) (四)三個に限定されてゐる。舊法に於ては相互の執拗なる合意(consentement mutuel et persévérant des époux)が法定の條件及檢證に依つて「共同生活が堪へ難きこと」及夫婦

間に離婚當然の原因ありとせられてゐたが（舊民法第一八八四年法によつて削除されたのである。即ちフランス法上の離婚は非常に限定された。離婚原因に基く離婚訴訟の判決を待つてのみ實現せられ得るのである。プラニオルの説によれば、姦通處刑暴行虐待なる特別の事實も全部重大なる侮辱に含むが故になくてもがなの感もするが裁判上の裁量に基準を與へるに役立つのみであるといつてゐる。事實に於て重大なる侮辱の項の適用が最も廣範圍たり得べきものであることは我が國の場合と同様であるが、而も之等の事實は一度其事實あれば其緣由と

か結果とかを考慮することなく、又何等其事實の繼續を必要としないのである。然るに一九二八年三月十四日破毀院民事部が與へたデ・フェラリ氏とジャンスール（Grazzoli）夫人との間の離婚判決は劃期的なものであつた（Arrêt Ferrari）。²⁾夫人はフランス人で結婚によりイタリア人となつたが統令によつて國籍を回復した（一九二七年八月十日法前）。其離婚請求原因は國籍回復前にありイタリア民法に於ては婚姻不解消主義であつたが、重大なる侮辱を理由として離婚を訴求したのである。最高法院は之に對して、「離婚原因は原告の立證する具體的事實に在るのではなく、其事實が夫婦關係に於て和解によつてのみ消滅し得る障害として、共同生活をして堪へ難からしむるための深刻にして永續なる障害に基くのである。」と判旨を示したのである。此判決に於て注意すべき事實は國籍回復前の具體的侮辱の事實といふことよりも其法律上の結果が訴訟提起の時期に於ても尙繼續的に存在するが故に夫人を勝訴せしめたこと、個々の一時的具體的事實に捉はれず、全體的に見て共同生活堪へ難しの概念を基礎としたことである。以前は一八七五年のポフルモン事件（Affaire de Beaufremont）に就いての破毀院覆審部の判決に於ては、共同生活不可能の永續的狀態を顧慮することなく法に列擧せる原因に就いてのみ判決すべしとの見解を以つてした後之に倣つてゐたが、約五十年後にスイス法又はドイツ法の影響を受けたものでもあらうが、破毀院が斯る裁量を爲したことはフランス法の離婚原因の不備を克く補充し得たものといへる。他國法と比較して惡意の遺棄及び生死不明を原因として掲げてないが、之等は配偶者を顧慮せざることも重大なる

1) Pianiol, Traité élém. de dr. civ. fr. t. 1. no. 1158

2) Sirey, 1929. 1. 92.

3) Req., 3 févr. 1875. Sirey. 75. 1. 393.

侮辱なりと廣義に解釋し得るにしても精神病に就ては何等據り所がない。早く一九〇五年に Colin 一九〇七年に Violette の提案してゐるが未だ實現することなく、ジョスランは肺結核患者を例に採つて舊い文明人の偏見にせよ、尙我が國に於ては配偶者の病氣の時には棄てるよりも看病することが義務であると云つてゐる¹⁾。尙我が民法の宥恕に關する規定はないが、訴訟手續に於て裁判官は慎重審理離婚まで到達せぬやう努力すべきものとしてゐる。

四、イギリス法

イギリス法は亦著しい制限離婚主義であつたが、一九〇九年離婚法調査王立委員會ができて以來三十年、一九三七年に Matrimonial Causes Act が發布され其第二條に離婚原因として、(一)姦通、(二)正當の理由なき三年間の遺棄、(三)虐待、(四)不治の精神病に因り五年間繼續的に看護された時、(五)夫の強姦男色又は獸姦の罪を擧げた。尙依然として列舉制限主義である。

以上で大體外國法に於ける離婚原因を見たのである。

第四 離婚原因の綜合的考察

一、離婚原因の擴大

我國の離婚原因は家の概念と夫權の強大の歴史によつて支配され來り、妻の離婚權は顧みられなかつたが、明治六年五月十五日太政官布告第百六十二號に「夫婦ノ際已ムヲ得サルノ事故アリテ其婦離縁ヲ請フト雖モ夫之ヲ肯シセス之レカクメ數年ノ久ヲ經テ終ニ婚期ヲ失ヒ人民自由ノ權理ヲ妨害スルモノ不尠候。自今右様ノ事件於レ有レ之ハ婦ノ父兄弟或ハ親戚ノ内附添直ニ裁判所へ訴出不苦候事。」として妻から離婚を請求し得るとしたのは劃期的な改革であり、其後此の法律の適用が如何に行はれたかは前に概説した通りであるが、更に民法典成つて後

1) Jossierand, Cours de dr. civ., t. 1, no. 624

民法第八一三條第五號乃至第八號の規定は虐待とか侮辱とか遺棄とか又同居に堪へざるとか重大なるとか惡意を以つてとかの形容の概念は、主張された事實に付て評價することを裁判所の任務に委ねられたのである。其適用を擴大することによつて法文の不備缺陷を補つてゐると同時に判例法は離婚原因を擴大しつゝある。例へば第八一三條第一號には重婚を原因にしてゐるが要式婚を前提として初めて重婚があり得る現在として殆んどあり得ない。夫が正妻を別にして内縁の妻と同棲するが如きは事實上の重婚であらうが、我民法上は之を惡意の遺棄と解するか、同居に堪へざる虐待とか重大なる侮辱とかと解することによつてのみ解決される。夫の姦通亦重大な侮辱として離婚を是認してゐる。然し若し民法が改正されて、事實婚乃ち法律婚となり、夫の姦通と妻の姦通とを同一視する時來らば敢て理由を他に求めることを要せずして其原因や確定的寧ろ既定的なりと云ひ得るであらう。其他一々其例を擧ぐるの煩を避けるが、この裁判所が離婚原因を認定することは結局相對的離婚原因の要を物語るものである。

外國法に於ても姦通及不信者のみをキリスト教上に認めたことから出發して、別居制を以て満足せず、離婚を認めるが爲めには遺棄を原因とし、更に遺棄の意義を擴張し、次で王許離婚制は原因増加に力を與へ漸次虐待・殺害企圖・性交不能及拒否・終身懲役等を擧げ、更に不行跡・扶養拒否・刑罰等を加ふると共に、十八世紀末のプロシヤ洲法に於ては不具及び精神病を加へた後、フランスの一七九二年九月二十日法に於ても精神病・五年以上の音信不通を加へ、姦通は著しき不行跡中に包含せしめてゐる。ナポレオン法典はかなり原因を縮少し一度夫婦間の不和合を加へたが後に廢止されたことは前述の如くである。やがてドイツ民法及スイス民法に於ては所謂相對的離婚原因を併記するに至つたのである。²⁾

二、離婚原因の分類

離婚原因は通常之を有責主義と目的主義に別つてゐる。即ち配偶者の一方の非行の事由に之を求めることのが

有責離婚原因であり婚姻の目的を達し難き事由に之を求めるとが目的離婚原因である。栗生氏は過責離婚原因と無責離婚原因とに別ち、更に過責離婚原因を配偶者に對する直接侵害として姦通・(重婚・不自然性行を含む)遺棄・扶養拒否殺害企圖虐待侮辱誣告、其他自由の侵害信教の制限性病感染を含ましめ、更に家計の不始末等を一般婚姻破壊の侵害行爲なりとし、之に對して配偶者に對する間接侵害として受刑其他として一方の下賤なる職業暴酒癡浪費癖賭博癖娘に對する性業勸誘等を擧げ、之を一般的のものなりとしてをられる。外に精神病性病制し難き嫌厭失踪(生死不明の意)を偶然の事情なりとされる。然しやはり一般的といふよりも婚姻の目的といふ見地から見て之を繼續し得ない事情の存する時は有責原因のみに限らず目的原因を考へる必要があらう。配偶者一方の精神病の如きは其の最も顯著な場合であり、而も之を文字に表すこと必ずしも穩當ではないのである。

我民法上婚姻が契約なりや否やは議論の効果はないが、フランス法では婚姻は契約と解してゐる。カルボニエは解約離婚(Divorce-Résolution)を擧ぐる外(尤もフランス法では協議離婚を認めない)刑罰離婚(Divorce-Peine)破綻離婚(Divorce-Faillite)として之を區別し、フランス現行法に於ては破綻離婚の概念を採用すべしとして前述フェラリ事件を引用し更にドイツ法スイス法の示唆を受けたものとして相對的離婚原因を判例法上肯定し得るものと考へた。精神病離婚の如きは法律制度としては已むを得ず之を認め得ることを妥當とする事は定論であるが、我國の現行法の如く目的主義に伴ふ例示的列舉主義ではなく、主として有責主義としての限定列舉主義なりと解すると益々其處に缺陷を發見し得るわけで、立法技術としては有責主義に踰越せず、進んで破綻主義目的主義に行かなければならない。

絶對的離婚原因と相對的離婚原因の區別に就いても同様のことが云へる。絶對的といふも尙宥恕あり共謀ありして離婚請求權の消滅を來す場合もあり得る。而して離婚原因の多くは單に其一事項のみの適用を求めらるゝ場合を寧ろ少ないであらうと考へられるし、又固より一時的のもものでは理由にならないから、多く其原因にして重

疊的反覆的繼續的なる作爲不作爲があつて婚姻の生存中の終局を是として認めらるゝ場合に離婚は宣告せらるべしとせば離婚原因規定としては相對的原因を挿入せざるを得ないのである。

尙制裁離婚 (Divorce-Sanction) と救濟離婚 (Divorce-Remède) との區別をなすことを得ないではないけれども、配偶者一方の婚姻義務違反あつてそれが爲めの制裁であつても他方配偶者に對しても制裁でありやうがない。已むを得ざる外科手術はしても豫後の安靜なる状態こそ期待すべきあつて、結果は救濟とならざるを得ないが、原因そのものゝ分類としては制裁及救濟の概念を其儘引用することは適當でないと思ふ。

三、判例法の發達

西歐の離婚原因史から考へても離婚禁止から漸次寺院法に依る判例により發達し上記の諸原因まで擴大しフランス法に於ても民法典は假令限定的列擧にせよ重大なる侮辱の概念を發展せしめて法の缺陷を補正し、既にして堪へ難き生活なりと客觀的にも認め得る場合を肯定してゐる。ドイツ民法亦離婚原因緊縮方針を採つたとはいへ其の第一五六條に於て相對主義を採つた以上立法者のみの離婚に非ずして裁判官の離婚法であり従つて一般民衆の離婚法であつて、而も其内容乃至輪廓はかなり漠然たるものであるが故に、學說判例に於て具體的事件に基いて其處に例示された虐待に付ても或は他の原因に付ても發展的妥當的に補充し、不節制なる行動、子に對する義務違反をも離婚理由として是認するまで進んだ。我國に於ても、裁判上示された離婚原因は同時に内縁の妻の事實上の離婚に關する所謂婚姻豫約不履行損害賠償の原因は密接な關係を有するが、限定的列擧中「配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱」の適用に際しては實際上相對的離婚原因の作用を果し、更に夫の貞操義務を認めた大審院刑事部判決は劃期的な衝動を與へたのである²⁾。然し我國の民法にせよフランスの民法にせよ虐待乃至侮辱の名稱の下に全部的に相對的なるものを求むることは理論上故意又は輕過失の概念から遊離し得ないものであつて、どうしても堪へ得ざる生活とか、婚姻を繼續し難き事由とかを抽象的に規定せねば法目的を達成し

1) Capitaint, Cours élémentaire de dr. civ. t. I. no. 182 et s.

2) 大正十五年七月二十日大審院第一刑事部決定昭和二年五月十七日判決

得ないといふべきである。此事を強調するが爲めには尙各個の判例事象に就いて検討することも必要とすらであらうが、かなり従來の著書又は論文にも引用せられ、又裁判例も裁判離婚の性質上さう數の多いものでもなく又新鮮なものもないので、今は法の缺陷補正の任務ありとする判例法一般の概念を注目すべしとするに止める。

第五 終 論

結局裁判所が離婚原因に付て評價するとせば何の爲めの婚姻か何が故の離婚か其目的に準據して考ふべきである。現代の婚姻は種族の保存とか家の存続とか両親の恩惑とか經濟目的とかの目的もあるが、中心は一男一女が終生夫婦共同生活を営むことを目的とする。従つて夫婦間の義務として誠實の義務即ち貞操の義務、同居の義務、扶養の義務、人格尊重の義務の諸義務に甚しく違反するときこそ、夫婦共同生活を終生共にし得ざること已むを得ないのであつて、離婚原因も亦大體之に對應すべきものであらう。即ち貞操の義務に反するものが重婚であり姦通であり、同居扶養の義務に反するもの悪意の遺棄であり、生死不明が其最も顯著なものであり場合によつては同居に堪へざる虐待である。人格尊重の義務に對しても同居に堪へる虐待が義務違反とも考へられるし、重大なる侮辱に至つては即ち夫であらう。義務の方から考へてみると人格尊重の義務違反が如何なる程度に於て考へらるべきかは夫々の夫婦關係の状態によつてかなり微妙な點がありと考へる。茲に至つて離婚原因としてはどうしても相對的な原因を認めざるを得ない。ソヴィエツトロシア民法の如く原因如何を問はざる離婚請求を認むるまでの極端まで行き得ぬことは當然として、裁判に委ぬべき離婚原因としては穂積陳重博士の云はれた「夫婦ノ一方が共同生活ニ堪ヘサル不和」之と大同小異たる要綱の示した「婚姻ヲ繼續シ難キ重大ナル事情」に總括することを可なりとすれば、結局總くは婚姻の義務違反により共同生活の存続を不適當とするときに於て離婚を許すべきものとなつて確定的原因を列擧するにも當らないことにもなる。然し之は夫婦間の義務を法律上高唱す

る上に於ても又離婚には重大なる内容を持つ理由を必要とすることを例示して従來の否新しき道德否真正なる道德的感情を以て生活規範を示す上に於ても、重婚姦通等の原因を明記することは亦民法の任務であらう。然し列舉の原因は或る程度に止めて他は相對的離婚原因に總括し、賢明なる裁判官諸公の判斷に俟つべきことを立法技術としては探るべきであらう。

然し離婚原因ばかり考へて離婚が妥當だとは云へない事情も存することもあらう。例へば相互に有責原因があれば宥恕を勸解することも可能性があらう。又家の爲め親の爲め家族の爲め殊に子供の爲めに而して國家の爲めに離婚せしむることが却つて甚しく不當なる時もあらう。其場合には「裁判所ハ離婚ノ判決ヲ爲サザルコトヲ得」べきものである。而してどうしても離婚せしめざるを得ないとしたら破綻離婚は、やがて救済離婚でなければならぬ。離婚後夫は獨身獨立生活力あるを常としやうが婦は經濟的に非常な不利な地位に置かれることが多い。離婚は刑罰であつてはならないし然も冤罪であつてはならない。法律乃至裁判上或程度の經濟的保障と更に愛兒の所屬を最も適當に考慮せねばならない。離婚判決に於て職權を以て之等の事項を裁判所は加へ得る程度の規定が望ましい。更に離婚の如きは公開公判を原則とする現在の法廷に持出すには甚だ不適當な事件である。離婚を奨勵するものでもなく又濫用を恐れるものでもない。唯お互に暗闇の恥を明るみに出し度くないといふ氣持、そして夫權の專横を抑制する意味、そして請求上の負擔を軽減せしむるなどの爲めはどうしても家事審判所の設置が望ましい。勿論人事調停法は類似の役目を果しつゝあるかと考へられるけれども、實體法の改正と共に職權を以て公正なる判定を爲し、當事者及び其家族をしておちつく所におちつかせたい。

離婚は不幸である、だが外により善き術のない場合がある。眞に幸福な人は斯の如き法律無きかの如く生活する人である。

主要参考文献 (脚註以外のもの)

- 穂積重遠氏 親族法
岡 氏 「離婚制度の研究」中の諸論文
薬師寺志光氏 日本親族法論
家庭制度全集 第二卷 「離婚」中の諸論文
A. Piéraud, Divorce et séparation de corps, t. 1, no. 80 et s.
J. Carbonnier, La notion de cause de divorce. Revue trim. de dr civ. 1937, p.282 et s.