

【資料】

離婚請求棄却事由(二・完)

——和解・和諧から宥恕への系譜——

村 井 衡 平

はしがき

一 フランス民法

九 ドイツ民法草案
一〇 明治民法

二 明法寮改删未定本民法

皇国民法仮規則

八 民法修正草案

三 民法第一人事編

四 算作訳民法書入本

五 左院婚姻法草案

六 民法草案人事案

七 明治十一年民法草案(以上四卷二・三号)

八 民法修正草案(以下本号)

旧民法は明治二十三年十月に法律として公布され、同二十六年一月一日より施行されることになっていたが、周知のよ
うに、法典論争の末、同二十五年十一月二十二日に民法商法
施行法延期案が公布された。⁽¹⁾翌二十六年三月二十五日に組織
された法典調査会の主査委員会および委員総会は、前者が修
正草案第九七条、後者が草案第九八条と、いずれも意思表示

に関する部分までを審議して幕を閉じている。⁽²⁾明治二十七年三月十七日に改正法典調査会規則が公布され、新たな審査機構として法典調査会委員三十五名が任命をうけ、同年四月六日に第一回調査会が開かれており、親族編の審議は翌二十八年十月十四日の第一二四回会議から行われることとなる。⁽³⁾ここで当面の問題たる離婚訴訟不受理事由を法典調査会議事速記録によってみよう。

明治二十九年一月八日の第一四九回法典調査会において、民法修正原案―甲第五十三号⁽⁴⁾として、第八百二十三条に、「夫婦ノ一方ハ、左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得」とし、九個の離婚原因が列挙されている。すなわち、

- 1 配偶者カ重婚ヲ為シタルトキ
- 2 妻カ姦通ヲ為シタルトキ
- 3 配偶者カ婚姻中姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレ又ハ他ノ罪ニ因リテ重禁錮一年以上ノ刑ニ処セラレタルトキ
- 4 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ
- 5 配偶者ヨリ悪意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ
- 6 配偶者カ婚姻中三年間心神ヲ喪失シ本心ニ復スル望ナキトキ

離婚請求棄却事由(二・完) (村井)

- 7 配偶者ノ生死カ三年間分明ナラサルトキ
- 8 配偶者ノ直系尊族ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

9 配偶者カ自己ノ直系尊族ニ対シテ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ為シタルトキ

がそれである。さきの民法草案人事編(第一草案)では、フランス民法第三〇条が妻の有利―夫婦平等―に改められたことを承知しないまま、結果的にはそれにならったと同じ規定を設けたが、ここで再び、明治初年のいくつかの民法草案と同じく、2および3で夫婦間に差別を設けたのが注目される。ついで修正案は、

- 第二百二十四条 前条第一号乃至第三号ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ行為ニ同意シタルトキハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス
- 同条第一号乃至第五号及ヒ第八号ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ他ノ一方又ハ其直系尊族ノ行為ヲ宥恕シタルトキ亦同シ⁽⁶⁾

のとべている。第一項は同意、第二項は宥恕についての規定である。わが国の民法草案のなかにはじめて姿をみせた「宥恕」について考案しよう。

(四九一) 一三五

前示第八二四条の起草に当って参照された外国法の規定が列挙されているので、まずその内容を一つ一つ明らかにする必要がある。

① フランス民法第二四四条というのは、一八一六年五月八日法で廃止されたのち、一八八四年(明治十七年)七月二十七日法で復原された民法第二七二条および第二七三条が、一八八六年(明治十九年)四月十八日法によって新しく第二四四条と改められたものであり、条文はさきに記載したので、ここではくり返ささない。もっとも、旧新両者を対比すると、旧第二七二条に「…其訴訟ヲ起サシタル事故」— *Les faits qui auraient pu autoriser cette action* —とあったのが、第二四四条には、「…訴ニ於テ申立テラレタル事実」— *Les faits allégués dans la demande* —とされ、文法的にみれば、旧両条で *sera éteinte, sera déclaré* とて直接法前未来を用いたものが、新たに *s'éteint, est déclaré* とて現在形に、また *il pourra* と単純未来のものが *il peut* と現在形に変わっているのに注意しておきたい。

② オランダ民法(一八二九年・文政十二年)第二百七十一条は、すでにのべたとおり、第二項を付加されたフランス民法第二七二条を内容としている。筆者はこの規定が「眞作

訳民法書入本」に参考にされたのではないかと推測した。

③ イタリア民法(一八六五年・慶応元年)第一五三条
和諧は別居請求権を消滅させる。それはまた、すでに提起されている請求を放棄させることになる。
(フランス民法第二七二条)⁽⁹⁾

アルプスを越えたナポレオンのイタリア遠征の結果、シリイおよびサルジニア両王国を例外とし、離婚をみとめるナポレオン法典は、一八〇四年三月二十日のピエモンテ王国を最初に、一八〇九年十二月二十六日のナポリ王国まで、十一王公国で行われるにいたった⁽¹⁰⁾。しかし、一八一四年、フランス帝国の崩壊とともに、ナポレオン法典も、ルッカ王国を除いて廃止される⁽¹¹⁾。一八一六年にいたり、ロンバルジア、およびベネチア両王国は、一八一一年七月一日に公布され、翌一二年一月一日から施行されたオーストリア一般法典 (*Allgemeines Gesetz Buch für die gesamten Erbländer der Österreichischen Monarchie*) にしたがった。同法典の第一一五条および第一一六条では、夫婦双方が非カトリック教徒の場合、および婚姻後に一方がカトリック教徒となった場合に離婚を許し、国民の大多数を占めるカトリック教徒夫婦には第九三条以下によって別居しかみとめず、第一二三条ない

し第一三六条にはユダヤ教徒の婚姻・離婚について定めており、フランス民法の和諧に該当する規定は見当たらない。⁽¹²⁾

また、トスカナ大公国および法王領はローマ法およびカノン法に復帰した。他の諸王公国では、地方的な法学者によって編纂された民法典があらわれた。両シシリ王国（ナポリ王国）は一八一九年五月二十一日公布、同年九月一日から施行。サルマ、プレイザンスおよびガスタラ諸公国は一八二〇年一月四日公布、同年七月一日から施行。サルジニア王国およびピエモンテ王国は一八三七年六月二十日公布、翌三年一月一日から施行。モデナ公国は一八五一年十月二十五日公布、翌五二年二月一日から施行している。⁽¹³⁾ これらの法典は少しも獨創性がなく、フランス民法の規定を広範囲に再現しながら、カノン法およびローマ法に示唆され、いくつかの章を修正し、詳細な規定を付加したにすぎなかった。当面の問題たる和諧についてみれば、別居しかみとめない一八一九年の両シシリ王国民法のみが、第二二三条ないし第二二五条でフランス民法第二七二条ないし第二七四条と同じ趣旨の規定を設けているにすぎない。他方、非カトリック教徒にのみ離婚をみとめ、カトリック教徒には教会裁判所による別居しか許されないサルジニア王国民法（Codice Albertino）⁽¹⁵⁾ が他

の諸法典に強力な影響を及ぼしており、やがてイタリア統一が実現してイタリア王国が成立するや、多数の規定が一八六五年六月二十五日に公布、一八六六年一月一日から施行されたイタリア民法にうけつがれたといわれる。⁽¹⁶⁾ このように、イタリア民法はフランス民法を母法とするけれども、民事婚主義をとる反面、離婚法の分野では、フランス民法とちがってカノン法の伝統にしたがった。民法第一四八条によれば、「婚姻は、配偶者のいづれか一方の死亡によってのみ解消する。しかしながら、彼等の別居は許される」とて、当初より離婚をみとめず、別居の道を開くにすぎない。そして、両シシリ王国の民法にならったのか、和諧を別居訴訟に関して規定している。

- (1) 星野通「明治民法編纂史研究」一五三頁。
- (2) 星野通・前掲書一八〇頁―一八二頁。
- (3) 星野通・前掲書一八三頁、民法成立過程研究会「明治民法の制定と穂積文書」一〇頁。
- (4) 民法本文についての「民法修正原案」には甲番号が付されたことは民法成立過程研究会・前掲書二〇頁。
- (5) 敝松堂古典部「第四百四十九回法典調査会議事速記録」三四丁裏―三五丁表。

- (6) 前掲速記録八五丁表裏。
- (7) 前掲速記録八五丁裏。譜法の年号は岩田新「日本民法史」四五頁以下。
- (8) Dalloz, Code civil, p. 134.
- (9) Code civil italien: Promulgué le 25 Juin. 1865 mis en Vigueur le 1 Jan. 1866. Tr par H. Prudhomme, p. 48.
 条文の末尾に参照資料として「フランス法第二七二条、ポルトガル法第一二〇八条、オランダ法第三〇八条、チリー一八八四年一月十日法第二五条、メキシコ法第三七条およびドイツ法草案第一四四五条をあげている。
- 邦訳として司法省蔵版、光明寺三郎訳「伊太利王国民法」がある。なお、河野義祐「一八六五年イタリア民法婚姻編の成立過程」上智法学論集十二巻一号一五五頁—一六一頁参照。
- (9) Arnimjon=Nolde=Wolff, Traité de Droit comparé, Tome I, p. 141: Travaux de la semaine internationale de Droit. L'influence du code civil dans le monde, pp. 617-618. 後者の紹介として野田良之「一九五〇年のスリにおける法の国際過問の記録—世界における民法典の影響—」法学協会雑誌七二巻五号七〇頁—八七頁。
- ナボレオン法典のイタリーへの導入に関連し、とくに離婚の条文についてナボレオンの示した見解は、宮崎孝次郎「ナボレオンとフランス民法」八〇頁—八二頁、八八頁—九〇頁。
- (11) Arnimjon=Nolde=Wolff, ci-dessus, p. 142: Travaux, ci-dessus, pp. 619-121.
- (12) Saint-Joseph (Antoine), Concordance entre les codes

civils Etrangers et le code Napoléon. Tome I, Tableau 22-24.

- (13) Annulation du Marriage en Droit comparé, N°2. Saint-Joseph (Antoine), ci-dessus. Tome I, CXLIII — CXLIV. Tome II, p. 597. Tome III, p. 21.
- (14) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome I, Tableau 22.
- (15) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome I, Tableau 22.
- (16) Arnimjon=Nolde=Wolff, ci-dessus, p. 142.
- (17) Code civil italien, ci-dessus, p. 46.
- ④ スイス一八七四年(明治七年)十二月二十四日法(戸籍上の身分の確定・登録および婚姻に関する連邦法) 第四七条

前記の離婚原因は何も存しないが、しかし婚姻関係がはなはだしく破壊されたと思われる場合、裁判所は絶対離婚または別居の判決を言渡すことができる。後者は二年より長く宣告されてはならない。その期間内に和諧(wiedervereinigung)が行われなかったことが明らかになれば、改めて絶対離婚の訴が可能であり、しかるのち、裁判所は自由裁量によってそれをみとめるものとする。⁽¹⁾

一八一五年十一月二十日、スイスは二十三の州から成る連邦として独立したが、連邦政府の権限は、軍隊に関する事項を除き、きわめて弱かった。民法の領域をみると、それぞれ

の州が独自のものをもっており、凡そつぎの三つに大別される。⁽²⁾一つは、ナポレオン法典を基礎とするもので、スイス東部のフランス語地域に属するジュネーブ、ボー、バレー、フリブール、ヌーシャテルおよびテサン諸州、ベルンおよびジュラ・ベルノワ両州のフランス語地域。二つには、一八一二年のオーストリー一般法典に示唆をうけたもので、ベルン、ルツェルン、ソルルールおよびアールガウ諸州がこれに当る。もう一つは、一八五四年にブルンチュリーの手で民法典を作ったチューリッヒ州およびそれにならった中・東部諸州である。

当面の問題たる和諧についてみれば、プロテスタント派の州たるジュネーブ州では、一八一六年五月八日法でフランスが離婚を廃止したのちも、廃止以前のフランス民法が、一九一二年一月一日のスイス民法⁽³⁾(Schweizerisches ziviles-Buch)の施行まで、効力を有していた。スイス諸州中の最古の法律として一八一二年七月一日に施行され、離婚のみ許すボー州民法は、第六卷「離婚」の第二章「特定原因による離婚」の第二節で「特定原因による離婚訴訟不受理事由」として第一三九条および第一四〇条⁽⁴⁾に、また一八五四年三月一日に施行され、離婚と別居をみとめるヌシャテル州(プロテ

スタント州)民法は、第六卷「離婚」の第三章「離婚訴訟不受理事由」に第一七九条および第一八〇条⁽⁵⁾として、フランス民法第二七二条および第二七三条と同じ規定を設けている。

ジュラ・ベルノワ州においては、一八一五年十一月十四日法でベルン州に併合されるまで、フランス民法が効力を有していた。⁽⁵⁾

一方、一八二六年四月一日に施行され、一八一二年のオーストリー一般法典に示唆をうけたというベルン州(プロテスタント州)は、カトリック教徒たる夫婦に離婚を許さないが、離婚または別居原因の一つに姦通をみとめつつ、第一一二条に「しかし、他方配偶者の姦通を許可し、または幫助したものは、その請求を受理されない」と定めるのみで、和諧には触れない。この規定はフランス民法とは異質のもので、ドイツ法の同意(zustimmung)に似ているが、オーストリー一般法典にかかる規定はなく、和諧についても同じである。カトリック派の州として別居しかみとめないルツェルン州の一八三二年一月一日に施行された民法では、第五六条に、「婚姻無効にもとづかないで別居した夫婦は、もし和諧を望むならば、彼等の和諧を文書によって、別居を宣告した当局(教会)に通知しなければならない」とするが、訴訟不受理事由

とは関係ない。

一八四二年四月一日に施行され、非カトリック教徒には離婚、カトリック教徒には別居のみを許すソール州(プロテスタント派)民法の第一五五条では「第一四五条(姦通)、第一四六条(暴行・虐待・侮辱)を理由とする離婚(別居)請求は、夫婦の和諧(reconciliation)によつて消滅する。離婚(別居)原因の生じたのち九十日を経て提起された請求の遅延は、和諧と看做される」⁽⁹⁾。この前段はフランス民法第二七二条と異るところはない。一八四八年一月一日に施行され、離婚と別居をみとめるアールガウ州(兩宗派)民法は第一三五条に「もし被害配偶者が姦通(一二四)、虐待(一二七)または身体刑の宣告(一二八)を認識したのち、一年以内に訴を提起せず、または訴提起前もしくは訴訟係属中に明示に容赦(pardone)したならば、もはや婚姻解消を請求する権利を有しない」とし、さらに第一三六条に「原告はそれにもかかわらず、和諧(reconciliation)ののち、または前条の規定後に生じた原因を理由に新たな訴を提起し、かつ該請求前二年以内に生じた原因を利用することができる」と定める⁽¹⁰⁾。第一三五条の規定はフランス民法と異質のものであり、のちにみるドイツ法の宥恕(verzeihung)に似ているが、オースト

リー一般法典にかかる規定は存しない。第一三六条はフランス民法第二七三条と同趣旨である。

最後に、一八五四年七月一日に施行され、離婚と別居をみとめるチューリッヒ州(プロテスタント派)民法によれば、第一八二条で姦通を離婚原因の一つとし、ついで「姦通を理由とする離婚訴訟は、①もし原告が姦通に同意したか、それを誘発したとき、②姦通がなされたのち、原告が有責配偶者を容赦(pardonne)したとき……効力を有しない」⁽¹¹⁾と定める。②の規定はさきのベルン州民法第一一二条と同趣旨であり、①はアールガウ州民法第一三五条にならったのではないかと思われるが、姦通についてみとめるにすぎない点で、適用の範囲が狭くなっている。

スイスではその後、一八四八年九月に採択された連邦憲法によつて中央集権化が進められ⁽¹²⁾、さらに一八七四年憲法で、連邦が立法権を獲得した。ここで最初に制定されたのが、これまで各州に留保されていた法領域の一つを統一した一八七四年十二月二十四日の「戸籍上の身分の確定・登録および婚姻に関する連邦法」にはかならない⁽¹³⁾。同法は離婚の抑制を主たる目的としてきた古い州の諸規定を廃止したため、離婚が再び盛んに行われるにいたったという⁽¹⁴⁾。さきに引用した同法

第四七条は、第四六条が五個の具体的離婚原因を列挙した⁽¹⁵⁾のをうけ、いわゆる相対的離婚原因主義ないし破綻主義にもとづく離婚または別居判決言渡の可能性をみとめたものである。そして、和諧は、フランス民法のように離婚訴訟不受理事由たることを直接に明言するものではなく、別居判決言渡後、二年以内の期間を経過して離婚の訴を提起する場合に關連してくる。右の規定の反対解釈により、別居期間内に夫婦が和諧すれば、もはや離婚訴訟を提起できない結果となる。

⑤ ベルギー民法草案（一八五五年・明治十八年）第二三六条および第二三七条

第二三六条 原告配偶者は、この訴訟の原因たる事実の生じたるのち、または訴訟開始後に、もし配偶者間に和諧が行われたならば、訴訟不受理を宣告される。彼是和諧後に生じた事由によって新たな訴を提起し、かつその請求を支持するため、以前の事由を利用できる。⁽¹⁶⁾

第二三七条 もし原告が和諧のあったことを否認するならば、被告は第二二三条ないし第二三五条の規定にしたがって、それを立証できる。⁽¹⁷⁾

一七九七年にベルギー地方はフランスに併合されており、一八〇四年以降、ナポレオン法典が効力をもっていた。⁽¹⁸⁾一八

離婚請求棄却事由（二・完）（村井）

〇六年にナポレオンは、ベルギーの地を含めてオランダを王国とした。オランダ王国が一八一〇年にナポレオン法典を継受したことはすでに述べたが、王国を構成する北部のオランダと南部のベルギーは民族・宗教・経済的な諸条件を異にするためもあってか、ギイヨーム一世は一八一四年―一五五年に、それぞれのための新たな法典を準備すべく、オランダ、ベルギー混成の委員会を設けた。⁽¹⁹⁾この委員会が仕事を終えたとき、一八三〇年三月、ベルギーはオランダから独立するにいたった。オランダでは一八三八年にナポレオン法典を基礎とする民法が施行されたけれども、ベルギーはこれとは別個に、降って一八八四年に民法改正委員会を設け、翌八五年に民法草案を作成している。⁽²⁰⁾さきにあげた第二三六条は、フランス民法第二七二条と第二七三条を、言葉使いを少し変えて一カ条にまとめたものにほかならず、わが明治二十年の民法草案人事編（第一草案）の第三百三十二条と似ており、第二三七条はフランス民法第二七四条と同趣旨の規定である。

⑥ ドイツ民法第一草案（一八八七年・明治二十年）第一四四六条

離婚および別居請求権は、被害配偶者が該権利の基礎となつた行為を宥恕（Verzeihung）したとき、消滅する。⁽²¹⁾

（四九七） 一四一

ドイツ民法第二草案(一八九五年・明治二十八年)第一四六五条

第一四六〇条ないし第一四六三条(姦通、生命侵害の企図、悪意の遺棄、婚姻関係の破壊)の場合における離婚請求権は、宥恕によって消滅する。⁽²²⁾

○ ○

以上のように①—④を並べてみると、オランダ民法、イタリー民法、スイス法およびベルギー民法草案の諸規定は、ほとんどフランス民法の和諧にならっており、ドイツ民法草案のみ宥恕についてのべている。明治二十九年一月八日の第一四九回法典調査会の民法修正原案第八二四条が、明治初年以來のいくつかの民法草案がつねに参考にしてきたフランス民法にいう和諧によらず、むしろドイツ民法草案の宥恕に基礎をおいたことをうかがうに充分であらう。わが民法修正原案の理解のために必要と考えられるため、ドイツにおいて民法草案が作成されるまでの事情に触れておこう。

(1) Amtliche sammlung der Bundesgesetz und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft. Neue folge. Erster Band. S. 522.

穂積重遠「相対的離婚原因論」家族制度全集 史論篇 第二卷 離婚一八四頁には、現行スイス民法第一四二条「配偶者ニ婚姻生

活ノ継続ガ強ヒラレ難キ程度ニ婚姻關係ガ甚シク破壊セラレタル場合ニハ各配偶者ハ離婚ヲ訴求スルコトヲ得」との規定の前身として、本条を指摘される。なお、同所には Wiedervereinigung を「和合」と訳れる。

- (2) Trauxaux de la semaine internationale de Droit. L'influence du code civil dans le monde, p. 689.
- (3) Trauxaux, ci-dessus, pp. 689-690.
- (4) Saint-Joseph. Concordance entre les codes civil étranger et code Napoléon. Tome I. Tableau 23.
- (5) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome IV, p. 420.
- (6) Trauxaux, ci-dessus, p. 692.
- (7) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome IV, p. 37. 邦訳として司法省蔵版玉置良造訳「瑞士国辺留奴邦民法」がき。
- (8) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome. IV, p. 213.
- (9) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome IV, p. 518.
- (10) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome III, p. 555.
- (11) Saint-Joseph, ci-dessus, dessus, Tome IV, p. 575.
- (12) 今来陸郎編「中欧史」一五二頁—一五四頁。
- (13) Ancel, Doyorce et separation de corps dans le monde contemporain. Tome I. Europe, p. 293.
- (14) Ancel, ci-dessus, p. 293.
- (15) ①姦通②生命侵害の企図③極端な虐待④重大な名誉毀損⑤不名誉刑の宣告⑥悪意の遺棄⑦精神病(つゞて三年以上継続し不治の場合)と判断される。
- (16) Laurant. Avant-Projet de Révision du code civil. Tome

II, p. pp. 40-41.

(17) Laurant, ci-dessus, p. 41.

(18) Piret, Le code Napoléon en Belgique, Revue internationale de Droit comparé, 1954, N°4, p. 753.

(19) Piret, ci-dessus, p. 753.

(20) Piret, ci-dessus, p. 753.

(21) Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Erste Lesung, S. 343.

邦訳として司法省「独逸民法草案第一卷」および今村研介訳「独逸民法草案第一卷」がある。

(22) Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Zweite Band, S. 463.

九 ドイツ民法草案

一九〇〇年一月一日に民法典(B. G. B.)が施行されるまで、一八七一年以降のドイツ帝国は二十五の主権国家から成る連邦であつて、プロイセン等四王国、バーデン等六大公国、プラインシュバイク等十二公・侯国およびリューベック等自由市を含んでおり、しかも大きく四つの法域に分けられていた。①プロイセン国一般ラント法、②ナポレオン法典、③ザクセン王国民法、④ドイツ普通法の領域がそれである。一八七五年二月六日に公布され、同七年一月一日から施行され

離婚請求棄却事由(二・完) (村井)

たライヒ戸籍法⁽²⁾ (Gesetz über die Beurkundung des personenenstandes und die Eheschliessung) はドイツ全域を民事婚主義によつて統一し、第二八条ないし第五五条に婚姻締結の要件・形式および登録に関して規定を設けた⁽³⁾。だが、離婚についてはわざわざ第七条において、カノン法に由来する別居制度の廃止と関連し「①従来の法律により永続的な別居がみとめられていた場合、今後は離婚を請求することができる。②本法施行の日まで、永続的な別居は許される。それゆえ、別居中の夫婦の和諧が行われなかつた場合、各自はすでに言渡された判決を理由として、正式な手続により離婚を⁽⁴⁾求めることができる」と定めるにすぎない。離婚法はいぜんとして諸王公侯国による規制に委ねられている⁽⁵⁾。そこで、当面の問題たる離婚請求棄却事由をみるとき、それぞれの法律が相殺(Kompensation)つまり互責についてちがつた見解をとつたことは、別の機会にのべるが、宥恕(Verzeihung)はいずれもこれを棄却事由とみとめていたようである。ここで簡単に触れておこう。

プロイセンにおいて、フリードリッヒ大王(一七四〇—一八六)の時代、一七八二年十一月十七日の勅令および一七八三年五月二十二日の閣令がはじめて、内容の不正確な多数の離

(四九九) 一四三

婚原因をみとめた。⁽⁶⁾ 降って、フリードリッヒ二世(一七八六—一九七)の治世、一七九四年六月一日のプロイセン国一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten) 第三部・第一章は、前示の勅令・閣令を基礎にして、第六七〇条ないし第七一八条で夫婦の一方の姦通、故意の遺棄を含む約三十の有責・無責の離婚原因を規定したのち、第七二〇条によれば、「いちど明示に宥恕された侮辱 (Beleidigung) は、将来もはや離婚原因として非難され得ない⁽⁸⁾」と定める。侮辱という特定の離婚原因は見当らないため、ここで宥恕の対象となる侮辱とは、姦通はもとより、不自然性交、故意の遺棄、性交拒否、虐待、殺害の企画、苛酷な懲役刑の宣告、誣告、無礼な行為、下賤な営業、扶養拒否、異教への改宗、等の有責離婚原因すべてを含むが、不治の疾病、精神錯乱といった無責離婚原因は関係ないと思われる。

一方、右の規定は宥恕が有責配偶者に対して直接に、明示の意思表示 (Aussdrückliche Willenserklärung) によって行われるべきことを必要としたものと解されている。いくら宥恕の意思があっても、その旨を明示しなければ、効果は生じないわけである。ここに明示とは文書または口頭による方法を指すと考えられるが、ついで第七二一条に、「侮辱された配

偶者が確信ある認識を得たのち、婚姻をさらに一年間継続した場合、明示の宥恕に同じものと評価する⁽¹⁰⁾」のは、婚姻継続という事実⁽¹¹⁾に黙示の宥恕をみとめたにほかならない。なお、第七二二条では宥恕と別個の概念たる離婚請求権の放棄に關連し、「訴の提起以前に夫婦双方が負っている婚姻上の義務を(訴提起後に)履行したというのみから、離婚請求権が放棄 (verzicht) された」と結論づけられるべきではない⁽¹²⁾。つまり配偶者の非行を宥恕せず、離婚の訴を提起しながら、原告がその後以前示のような態度をとったとしても、裁判所はその事実のみで離婚請求権の放棄と認定することなく、さらに慎重な判断を必要とする旨を付け加えるのが注目される。

ドイツ連邦(一八七一年—一八六七年)時代、一八六五年三月一日のザクセン王国民法 (Das B. G. B. für das Königreich Sachsen) によれば、一八六〇年の草案には第一七四⁽¹³⁾ 三条以下に規定されたものが、第一七二⁽¹⁴⁾ 条以下となって、夫婦の一方の姦通を含む離婚原因を列挙する。当面の問題たる宥恕については、草案の第一七五⁽¹⁵⁾ 二条が第一七二〇条と變り、「姦通を理由とする離婚は、もし他方配偶者が非行を明示または黙示に宥恕したならば、聞き届けられない。もし彼が姦通の認識を得たのち、一年内に離婚の訴を提起せず、また

は任意に婚姻上の義務を尽くし、あるいはすでになした告訴を取り下げるならば、とくに黙示の宥恕に価する⁽¹⁶⁾旨をのべる。さきのプロイセン国一般ラント法が宥恕に明示の意思表示を必要とするのと対照的である。なお、黙示の宥恕と認定されるのは右の場合にかぎるのかどうか、同条の理由書はつぎのように説明している。「本条において、姦通に対する黙示の宥恕の明白な事例を例示的に並べたにすぎない。それによって他の事例が排除されるべきではない。姦通を理由に中断した婚姻共同生活を無責配偶者が自発的に再び開始したとき、妻が離婚原因たる効力ある姦通によって産んだ子を夫が認知したとき、または夫の姦通の結果として産れた子を妻が引き取り、嫡出子と共に養育することを承認したとき、姦通に対する宥恕が含まれるかどうか、とくに具体的な事例に当っての判断に委ねられる余地が残る⁽¹⁷⁾」このように、姦通を黙示に宥恕したものと判断される例は、現実には数多く考えられるわけである。ついで、第一七二八条は姦通以外のいくつかの非行し不自然性交、十二才未満の子女との姦淫、故意の重婚しを、別段の規定のないかぎり、離婚原因として姦通と同等に扱おうとし⁽¹⁸⁾、第一七三七条および第一七四一条では、生命侵害の企図または虐待、故意の犯罪に対する宥恕について規定⁽¹⁹⁾

しており、宥恕の対象となる離婚原因の範囲の広いことは、プロイセン国一般ラント法の場合と似ている。

一方、一八〇九年にバーデン大公国において、これまで原文のままで行われていたフランス民法を翻訳し、ドイツ法的補充条項を加え、同年二月三日にバーデン・ラント法(Das Badische Landrecht)が施行された。同法はさきにもたプロイセンおよびザクセンの例と異り、第二二九条ないし第二三二条において、フランス民法と同じく姦通について夫と妻を区別して扱いながら、行方不明、国外亡命および三年以上継続する不治の精神病を離婚原因に追加し⁽²⁰⁾、協議離婚に関する規定を同じ第二七五条ないし第二九四条に設けており、それに先立つ和諧(versöhnung)に関する第二七二条および第二七三条は⁽²²⁾、これまでしばしば触れたフランス民法第二七二条および第二七三条と同趣旨と考えられる。ドイツ連邦時代ヘッセン大公国における一八四〇年—五〇年代のヘッセン草案(Hess. Entw.)第八四条および第八五条もこの流れをくんでいよう。また、ドイツ連邦のなかで法律が最も錯雑していた、ババリア王国では、一八二八年—三一年にかけてラント法(Bayr. L. R.)の草案が作成されたが、議会の批准を得られず、法律にならなかった⁽²⁵⁾。同草案の第六卷「別居」の第六章

は第四二条に、「離婚は許されない(一八一六年五月八日法)。別居に関しては、つぎの場合に行われる。①夫婦の一方が、生命または身体に重大な危険を感ずることなく他方と生活できないとき、②夫婦のいづれを問わず、姦通を理由に——しかし、この原因は、姦通が相互的のとき、または和諧が行われたとき、消滅する⁽²⁶⁾」と定めている。和諧に関する規定はフランス民法に由来するが、姦通を理由とする別居訴訟のみを対象とする点で、適用範囲が狭められている。なお、相互的な姦通⁽²⁶⁾互責については、改めて別の機会に触れる。

右以外のいわゆるドイツ普通法 (Gemeines Recht) の領域においてはどうか。普通法によれば、離婚はプロテスタントの教会法によってみとめられ、カトリック教徒は別居しか許されない。離婚ないし別居原因としては、姦通、悪意の遺棄、配偶者の生命・財産または尊厳をしばしば侵害する虐待または罵言、終身強制労働の宣告が教えられる⁽²⁷⁾。そして、姦通については、原告も同様に姦通したとき、被告の姦通を誘発または有恕したとき、請求は容れられない⁽²⁸⁾。相殺・同意および有恕を棄却事由とみとめるわけである。地方的な特別法のない場合は、右の普通法が適用されるが、現実には数多くの諸王公侯国ごとに地方的特別法によって排除され、

また裁判所の多彩な判例によって色どられて⁽²⁹⁾いる。一八〇三年十一月二十五日の南ドイツ⁽³⁰⁾、ババリア王国—ニュールンベルク自由市離婚規則は、第八条以下に姦通・獣姦および不自然性交、遺棄、殺害の企図、虐待、無礼な行為、誣告、下賤な職業、異教への改宗、頑固な反感、和解し難い憎悪、等々を離婚原因と定め、降って第四八条で宥恕について、つぎのように規定している。「すでに明示に、しかも留保なしに宥恕された侮辱 (Beleidigung) に関して、離婚請求は聞き届けられない。侮辱された配偶者が、侮辱について確信ある認識を得たのち、婚姻裁判官に依頼することなく、夫婦共同生活を三カ月以上継続した場合、明示の宥恕に等しいものとみとめる。……⁽³¹⁾」というのである。宥恕が黙示的に行われることをみとめ、宥恕の対象たる侮辱とは有責離婚原因すべてを指す広い意味と考えられる点で、プロイセン法の場合と事情を同じくしている。

さらに、ドイツ連邦時代、一八三四年八月十五日のゴータ (ザクセン・コールブルク) 公国婚姻法は第七五条ないし第一三七条まで、姦通・故意の遺棄を含む十個を離婚原因としているが、第七九条では、「提起された訴訟は、宥恕または時効によって消滅する。第七五条 (姦通) および第七六条 (性

怨の不自然な満足)を理由とする離婚請求権は、宥恕および時効の抗弁によって阻止され得る⁽³³⁾と定め、第八〇条⁽³⁴⁾に宥恕の概念を明示および黙示のものに分けて説明している。

一八三七年五月十二日のアルテンブルク(ザクセン)公国婚姻規則は、第一九四条ないし第二三〇条に姦通・不自然性交・完全な智能紊乱を含む九個の離婚原因を規定するが、第二〇〇条によれば、「姦通を理由とする離婚は、もし他方配偶者が、(a)非行を明示に宥恕し、または姦通について確実な認識を得たのち、六カ月以て訴を提起することなく、婚姻をそのすべての関係においてし(とくに夫婦の関係をもつこと、または妻の産んだ子の認知、等々がこれに属する)——継続したとき……聞き届けられない⁽³⁶⁾」と定め、姦通にかぎって宥恕を請求棄却事由とみとめている。

一八四五年八月三十日のシュバルツブルク・ゾンデルスハウゼンデルスハウゼン侯国離婚法は、第二条⁽³⁷⁾で姦通を含む十八個の離婚原因を列挙したのち、第三条・一項によれば、「離婚請求権は、被害配偶者が他方を無条件に明示または黙示に宥恕するか、離婚の訴の提起を放棄するとき、消滅する。しかし、無責配偶者が離婚原因について認識を得たのち、一年以内に離婚または審理の提起をしなかったとき、黙示の放

棄または黙示の宥恕と見做す⁽³⁸⁾」とのべている。前示両法と比較し、棄却事由としての宥恕の対象が、プロイセン国一般ラント法、ザクセン王国民法およびニュールンベルク自由市離婚規則の場合と同じく、有責離婚原因のすべてに及ぶ点に特色がみられよう。

普墺戦役によってプロイセンに併合(一八六六年)される以前、フランクフルト自由市の一八五〇年十一月十九日法第十五条に、「夫婦の一方の姦通についてなされた和諧(Aussöhnung)は、その後、他方によってなされた姦通に効力を及ぼさない⁽³⁹⁾」と定めるのは、明らかにフランス民法によるものと思われる。さらに、ドイツ帝国時代(一八七一年以降)にビュルテンベルク王国―シュツットガルト一八八四年十月二十四日の上級ラント裁判所判決⁽⁴⁰⁾によれば、「被害配偶者ががまん強く夫婦関係をもつとき、それ自体からではなく、宥恕がなされた確たる証拠を示すことによつてはじめて、事件に随伴する諸事情から、宥恕と推定される」とのべ、ブラウンシュバイク王国の上級ラント裁判所一八八三年十一月十六日の判決⁽⁴¹⁾は、さきに見たプロイセン国一般ラント法およびザクセン王国民法の諸規定を参考にあげながら、「ある特定の事実から生じた離婚原因を主張しても、宥恕(condonation)に

よって斥けられ得る」とし、いずれも有恕の抗弁をみとめて
いる。

ところで、ドイツ民法第一草案の第一四四六条は、右にみたプロイセン国一般ラント法、ザクセン王国民法、およびフランス民法によらなかつた諸王公侯国の離婚法ないし判例の流れをくみ、「離婚および別居請求権は、被害配偶者が該権利の基礎となつた行為を有恕したとき、消滅する」と規定したものと考えられる。草案理由書は同条について、有恕の規定がカトリックおよびプロテスタント婚姻法並びに最近の立法に一致するとし、前示諸法典を参考にあげたのち「有恕は離婚請求権を消滅させるとの規定の理由から考えれば、有恕者が有恕の対象となる配偶者の行為は離婚原因に当ることを知っており、しかも彼は有恕によって離婚請求権消滅の効果が生じることを望んでいたかどうかは、かかる効果の発生に少しも関係はない。それゆえ、草案の意味において、有恕は決して法律行為 (Rechtsgeschäft) ではない。しかし、なお有恕は単なる事実上の性質 (ediglich tatsächlichen Charakter) をもつてすぎないとするか、あるいはこれを一個の法律的行为 (Rechtshandlung) とあり、法律行為に関する規定を準用できると理解するかは、とくに法律で規定する必要は

なく、学説と判例に一任して差支えない」と説明する。

降って、別居の制度を設けることを拒否した第二草案では、第一四六五条に、「第一四六〇条ないし第一四六三条の場合における離婚請求権は、有恕によって消滅する」とて、第一草案と異り、フランスの一八八四年七月二十七日法の影響をうけて有責なものに限ってみとめられた離婚原因⁽⁴⁵⁾についてののみ、かつ第一四六四条で新たに加えられた不治の精神病は唯一の例外とし⁽⁴⁶⁾、有恕を請求権消滅事由と定めた。有恕の本質をめぐって、その後、判例・学説の展開をみることになるが、すでに明らかのように、フランス民法で離婚訴訟不受理事由たる和諧は、有責配偶者が罪の許しを受け入れ、被害配偶者が離婚請求権を放棄する双方行為と解されるのに対し、ドイツ民法の規定する有恕は、その本質を異にするものといわなければならない。

- (1) 林健太郎編「ドイツ史」二〇三頁、ジャック・ドローズ檢川一訳「ドイツ史」六二頁一六三頁。
- (2) Reichs Gesetzblatt. 1875, S. 23 f.
- (3) Reichs Gesetzblatt. a. a. O., S. 29-34.
- (4) Reichs Gesetzblatt. a. a. O., S. 38.
- (5) Hergenbahn, Das Eheschlussung- und Ehescheidungs-Recht. Zweite vermehrte Auflage. S. 2.

- (9) Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. 4. Deutsches Familienrecht. S. 82.
- (10) Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Drittel Theil, S. 84-90.
- (11) Allgemeines Landrecht, a. a. O., S. 90.
- (12) Hergenbahn, a. a. O., Zweiter Band, S. 54.
- (13) Allgemeines Landrecht, a. a. O., S. 90.
- (14) Hergenbahn, a. a. O., Zweiter Band, S. 55.
- (15) Allgemeines Landrecht, a. a. O., S. 90.
- (16) Entwurf eines B. G. B. für das Königreich Sachsen, S. 283.
- (17) Siebenhaar, Das B. G. B. für das Königreich Sachsen, S. 331.
- (18) Entwurf eines B. G. B. für das Königreich Sachsen, S. 284.
- (19) Siebenhaar, Das B. G. B. für das Königreich Sachsen, S. 332.
- (20) 邦訳として山脇家・今村研介共訳「サツナン國民法」第七章に
家族法及後嗣法を述べ°
- (21) Siebenhaar, Commentar zu dem B. G. B. für das Königreich Sachsen. Dritte Band, S. 98.
- (22) Siebenhaar, Das B. G. B. für das Königreich Sachsen, S. 333.
- (23) Siebenhaar, Das B. G. B. für das Königreich Sachsen, S. 335-335.

- (24) Saint-Joseph (Antoine), Concordance entre Les codes civils étrangers et le code Napoléon. Tome I. XXI: Seng, Grundzüge des Französischen zivilrecht und das Badisches Landrecht, S. 123.
- (25) Muggdan, Die gesammten materialien zum G. B. G. für das Deutsche Reich. IV Band: Familienrecht, S. 1164.
- (26) Motive zu dem Entwurf eines B. G. Bd. 4. S. 602: Seng, a. a. O., S. 123.
- (27) 第二十二條に於てノリニシテ民法第二十二條に於て「無實配偶者が非行を認識したるも同居が行なわれた場合」和語を看做せられたる」を認めしむる。これをケリニシテ民法第二十二條の例を採りしむる。 Saint-Joseph (Antoine), ci-dessus, Tome II, p. 34.
- (28) ハンブニナー録木録法「邦訳法政」五五九頁°
- (29) Motive, a. a. O., S. 602.
- (30) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome I, CXLVI: Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, S. 894.
- (31) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome I, Tableau 22.
- (32) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome I, Tableau 22.
- (33) Saint-Joseph, ci-dessus, Tome I, Tableau 22: Dernburg, a. a. O., S. 95.
- (34) Hergenbahn a. a. O., Zweite Vermehrte Auflage, S. 1.
- (35) Eines Hochlöblichen Raths der Kaiserlichen freien Reichsstadt Nürnberg. Verordnung. die Ehescheidungen,

S. 7 ff.

- (12) Verordnung, die Ehescheidungen, a. a. O., S. 23.
 (13) Gesetzammlung für das Herzogtum Gotha. 1834. Bd. 2, S. 634-655, 同法は一九四條から成る。
 (14) Gesetzammlung, a. a. O., S. 636.
 (15) Gesetzammlung, a. a. O., S. 636-637.
 (16) Die Veröffentlichung: Eheordnung des Herzog zu Sachsen-Altenburg de dato Altenburg. 12 Mai 1837, S. 28-33. 同法は二八七條から成る。
 (17) Die Veröffentlichung, a. a. O., S. 29.
 (18) Gesetzammlung für das Fürstenthum Schwarzburg — Sondershausen. 1845, S. 101-105. 同法は四十六條から成る。
 (19) Gesetzammlung, a. a. O., S. 105.
 (20) Hergenhahn, a. a. O., Zweite Band, S. 47.
 (21) Seuffert's Archiv für Entscheidungen der Oberste Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 41, S. 178. Nr. 113.
 (22) Seuffert's Archiv, a. a. O., Bd. 43, S. 34, Nr. 25. 栗生武夫「離婚原因の拡大史」法の變動三三三頁にこの事件を指摘する。
 (23) Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Erste Lesung, S. 343.
 (24) Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. Bd. 4, S. 603.
 (25) Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich.

zweite Lesung, S. 463.

- (45) Mirteis, Bürgerliches Recht. Familienrecht, S. 56.
 (46) Hubrich, Das Ehescheidungsrecht im Entwurf II eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Archiv für das civilistische praxis Bd. 85, S. 73.
 一〇 明治民法

明治二十九年一月八日の第一四九回法典調査会で第八二四條・二項として提案された民法修正原案の有恕に関する規定は、明らかにドイツ民法草案を範としたと考えられるが、改めて調査会の議事速記録をみれば、第八二四條で有恕について富井政章が「つぎのように提案理由をのべている。」「本条ハ既成法典ニハアリマセスケレトモ殆ント説明ヲ要サナイコトデアラウト思ヒマス前条ノ……」号カラ五号マテ又八号ノ場合虐待ヲ受ケ侮辱ヲ受ケタケレトモ後ニ至ッテまま夫婦の間柄テアル前ハ腹カ立ツタカモウ勸弁ヲシヤウ是程結構ナコトハアリマセス夫レテサウ云フ場合ニハ矢張り離婚ノ訴権カ無ク為ルトシタ方カ宣カラウト思ヒマス斯フ云フ風ニさつぱり書テアルノハ独逸民法草案テアリマス明文ノ無い国テモ實際ハ矢張り斯ク云フ風ニ為ッテ居ルトラウト思ヒマス……」。(1)このように、ドイツ民法草案に存する一方行為たる有恕に関

する規定が立案の基礎となつたことを明らかにしながら、ついで、「加之ナラス仏蘭西、和蘭其他ノ民法ヲ見マストスフ云フ規定カアリマス離婚ノ訴ノ起ツタ後ニ離婚ノ訴訟中ニ夫婦和熟シタト云フ事実カアレハ其場合ニモ効力ヲ失フ即チ裁判所ハ離婚ヲ宣告ラシテハ為ナスト云フ規定カアル位デアリマス一旦ハ此規定モ置カウカトモ思ヒマシタケレトモ、ドウモ必要カナカラウ……」⁽²⁾とのべている。

フランス民法およびそれになつたオランダ民法、イタリ―民法、スイス法、ベルギー民法草案にみられる双方行為たる和諧(和解)の規定のとり入れられなかつたことは、これによつてわかる。その主な理由は、離婚訴訟の係属中に和諧が行われたならば、原告が訴を取り下げるにちがひなく、取下げがないかぎり、いぜんとして離婚請求が継続すると解すべきだから、これについてとくに規定を設ける必要はないというにある。すなわち、「仲直りヲシタト云フテモ矢張り離婚スル積リカモ知レヌ又協議上ノ離婚ヲスルノハ面倒タモウ此儘テ裁判上ノ離婚ヲシテ仕舞ウト云フヤウナ考ヘヲ持つテ居ルカモ知レヌ兎ニ角唯タ裁判官ノ認定テ当事者カ積極的ニ離婚ヲシナイト云フ意思ヲ顯ハサヌテ居ルノニ其離婚ノ訴カ効力ヲ失フト云フコトニスルノハ宣シクナイト思ヒマス訴訟ノ

事実カアル以上ハ矢張り其訴ハ効力ヲ持つト云フ方ニ致シタ方カ宜シイ」⁽³⁾とされている。

ところで、民法修正原案の第八二三条は第八号および第九号において、「配偶者ノ直系尊属ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ」と「配偶者カ自己ノ直系尊属ニ対シ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ為シタルトキ」を離婚原因に数えたが、⁽⁴⁾第八二四条・二項は前示第八号と関連し、「夫婦ノ一方カ他ノ一方又ハ其直系尊属ノ行為ヲ宥恕シ」たとき、離婚請求権は消滅すると規定した。これに対し、第九号については、配偶者を宥恕するのはもとより、被害者たる直系尊属が宥恕することにも触れていない。法典調査会がこの点が問題にされたのも尤もと思われる。ここで速記録から質疑の模様を引用してみよう。⁽⁵⁾

議長(箕作麟祥君) 此尊属親ノ行為ヲ宥恕シタルトキトアルノハ第八号ノ場合デアリマセウガ九号ノ場合ハドウデゴザイマセウカ

富井政章君 是ハ幾ラ自分カ宥恕シテモ矢張り尊属親カ親ヲ立ツテ居ッハドウモ

議長(箕作麟祥君) 尊属親ヘ失礼ナ事ヲシタ尊属親カ宥恕シテヤラウト言ッテモ夫レハ仕方ナイノテスカ

富井政章君 サウ云フ場合ニハ
本野一郎君 矢張り同シコトト思ヒマス

議長(箕作麟祥君) 其方カ尚更ト思ヒマス

穂積陳重君 おとっさんカ御許シニ為ッテモ己レハ嫌ヤタ

ト言フカモ知レマセヌ

議長(箕作麟祥君) サウ云フ理屈カアレハ免モ角何ソタ

カ少シ足ラヌヤウニ思ヒマス

富井政章 「第九号ノ場合ニ於テ直系尊属カ有恕シタルト

キ亦同シ」テモ可笑シイ

穂積陳重君 尊属カ有恕シテモ当人カ嫌ヤタト言ヘハ矢張

リ引込メナケレハナラヌ重モニ配偶者互ヒノ間ノコトテ

アルカラ

梅謙次郎君 双方カ有恕ラシナケレハナラヌ

議長(箕作麟祥君) 尊属親ヲ打ツタト云フニ其尊属親モ

有シ配偶者モ有スト云フトキテモ往ケスト云フヤウニ見

エハンナイカト云フ心配テアリマス夫レテ是ハドウカ能

ク考ヘテ貰フコトニシテハドウデゴサイマセウカ

穂積陳重君 尊属丈ケテハ困ルノテアリマス免ニ角少シ考

ヘテ見マセウ

議長(箕作麟祥君) 何ソタカ足ラヌヤウニ思ヒマス夫レ

テハ只今ノ事ハ御再考ヲ願フコトニシテ……

このように疑問を残しながら、修正原案は一応決定されている。原案どおり第九号と関連して宥恕には触れないか、あるいは改めてならんかの規定を設けるか、いずれかの道を選ばなければならぬ。その後の経過は明らかでないが、最終的には明治民法第八一四条は十個の離婚原因を列挙した第八一三条をうけ、第二項において、「前条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属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ものとした。

つまり、前示原案の第八二三条・二項と同じく、「自己の直系尊属への虐待または重大な侮辱」について、配偶者を宥恕するのはもとより、被害者たる直系尊属が宥恕することに何も触れなかった。この理由として、「之レ即チ自己ガ直接ニ非行ヲ加ヘラレタルニアラザルノ故ヲ以テ自己ノ直系尊属ニ対スル非行ヲ宥恕スルガ如キ不人情ヲ許スベカラズトノ趣旨ナルベシ」とか、「此場合は配偶者の一方ガ自ら直接に之れ等の非行を加へられたものでないから、自ら之れを宥恕するが如きは許すべきでないからである」とのべ、あるいは、「(第一)自己モ亦配偶者ノ非行ニ同意シタリトスルモ若シ後日之ヲ悔ユルトキハ其配偶者ト夫婦関係ヲ絶チ以テ将来ニ於テハ父母、

祖父母ニ対シ孝道ヲ尽サンコトヲ欲スルコトアルベシ(第二)直系尊族ニ対スル行為ニ対シ自己カ宥恕ヲ為スコトヲ得サルハ殆ト云フヲ俟タル所ナリ」と説明されていた。

明治民法の支柱をなした「家」制度によれば、身分関係はすべて縦の面における支配・服従の関係にある。そして、親族法は二つの点において儒教の思想を伝承したとされる。一つは尊属・卑属親間の関係、もう一つは夫婦間の関係がこれに当る。前者は孝道、後者は夫婦の道である。前示第八二三条はまさに孝道に関する規定にほかならない。配偶者が自己の直系尊属に対して虐待をなし、または重大な侮辱を加えたときは、直系尊属が自己の「家」にいない場合でも、夫婦の一方はそれを理由に離婚の訴を提起できるのに反し、夫婦の一方が他方から虐待または重大な侮辱をうけても、それが同居に耐えない程度のもでなければ、離婚の訴を提起できない。不孝の配偶者がいかに峻烈な制裁をうけるか、これによってもわかるとされる。⁽¹¹⁾ ひるがえって、かかる離婚原因を対象とする宥恕についてはどうであろうか。

夫婦の道からすれば、夫婦間の非行の場合、妻の非行を夫が支配的な立場から宥恕することであって、夫の非行を妻が宥恕するのは、いわば法律以前の当然の事柄と考えられよう。

他方、配偶者が自己の直系尊属に虐待または重大な侮辱を加えた場合、これも離婚原因の一つであるから、宥恕の対象とみとめてしかるべきと思われるが、何も触れない。その背後には、夫婦とその一方の直系尊属との間の三面関係における孝の觀念が強力にはたらいていよう。もし、直系尊属が自己に向けられた非行を許したならば、直系卑属たる夫婦の一方はもはやそれを離婚原因として問題にすべきではない。しかし、あくまで許そうとしなければ、直系卑属は家の秩序維持のため、配偶者と協議離婚するか、配偶者の非行を理由に離婚の訴を提起する。これこそ孝道に合致するものといえる。

この方法によらず、直系尊属の意に反し、自己に向けられたものでない配偶者の非行を勝手に宥恕するが如きは、孝道を尽すゆえんではなく、むしろ不孝の最たるものの一つと判断されたのではなからうか。⁽¹²⁾

- (1) 厳松堂古典部「第一四九回法典調査会議事速記録」八五丁裏—八六丁表。
- (2) 前掲速記録八六丁表。
- (3) 前掲速記録八六丁裏—八七丁表。
- (4) 前掲速記録三四丁裏—三五丁表。
- (5) 前掲速記録八七丁表—八九丁表。
- (6) 修正案理由書の内容の趣旨は、法典調査会の場合と異なる。

博文館蔵版「民法修正案理由書」九十四頁。

宥恕を棄却事由の一つとしたことについて、「旧法のもとでも有責主義から破綻主義への移行のきざしがあったことを示すものといえよう。ただし、それらの事実とは、婚姻破綻の不存在を象徴するがゆえに、離婚請求棄却事由として規定された、とみられるからである」と指摘されている。阿部徹「離婚請求棄却事由について」熊本法学五号六五頁。

(7) 穂積重遠「離婚原因ニ対スル宥恕」(承前完) 法学協会雑誌二七卷七号二五一頁。

(8) 和田干一「婚姻法論」六四一頁。

(9) 梅謙次郎「民法要義」卷四 親族論二三一頁。

(10) 山口弘一「親族法及国際親族法の研究」七頁―八頁。

わが国の「孝」の觀念が「恩」に条件づけられたものであることは川島武宣「日本社会の家族的構成」七七頁以下。

(11) 山口弘一・前掲書八頁―九頁。

(12) この点に関し、葉師寺志光「日本親族法論」上巻六〇九頁―六一〇頁に、「配偶者の直系尊属に対する虐待又は侮辱(八一三条八号)の場合にも、配偶者並に非行をうけた直系尊族の宥恕があれば、離婚権を消滅せしめて差支えないように思われるが、何故か、民法は之を離婚原因としなかった」とのべられる。