

離婚請求棄却事由

——互責（同等の非行）と同意——

村 井 衡 平

明治民法第八一四条・二項に離婚訴訟不受理事由として宥

恕の規定が設けられるまでの事情については、別の機会に明らかにしたので、本稿では、同じ不受理事由として、第八一

四条・一項の同意および第八一五条の互責（同等の非行）に

関する規定の沿革をたづねることにする。互責はフランスの判例に由来し、明治二十年の民法草案人事編（第一草案）に

定められ、また同意はフランスの判例とドイツ民法第一草案（一八八八年）および第二草案（一八九五年）にもとづき、

明治民法がはじめて取り入れたものである。両者を分けて検討してみよう。

互 責

明治二十年の民法草案人事編（第一草案）は第一三二条で和諧を離婚訴訟不受理事由としたのち、第一三三条において「①離婚ノ請求ヲ為ス者ニ対シ存スル離婚ノ原由ハ其請求不受理ノ原由ト為サス此場合ニ於テハ他ノ一方モ反訴ヲ以テ離婚ヲ請求スルコトヲ得。②然レトモ第百三十一条第三ニ規載スル重罪又ハ輕罪ノ処刑宣告ヲ受ケタル者ハ其配偶者ノ処刑宣告ヲ原由トシテ離婚ヲ請求スルコトヲ得ス」と規定する。同条について参考とされた外国法の条文は、一八〇四年のフラン

ス民法も含めて、何もかかげられておらず、前草案人事編の制定当ても異るところはない。

ここで人事編理由書をみれば、第一三三条の第一項について「仏国ニ於テハ夫婦双方ニ過失アルトキハ其過失相殺シ離婚ヲ弁許スヘカラストノ説ヲ為ス者アリ。蓋シ躬ヲ婚姻ノ義務ヲ犯スキハ其配偶者ノ過失ヲ咎ム可ラストノ意ナル可シ。然レトモ此相殺ノ説ハ甚タ道理ニ違ヘリ。夫姦通ヲ為セハ婦モ亦姦通シテ可ナリト云フハ其法理ニ背キ徳義ニ悖ルモ亦太甚タシカラスヤ。双方ニ過失アルキハ双方共ニ離婚訴権ヲ有スヘシ。双方其義務ヲ犯スキハ法律ニ違背シ婚姻ヲ壊乱スルノ極度ニ達シタルモノニシテ豈ニ之ヲ婚姻維持ノ理由ト為スヲ得ンヤ」とのべながら、第二項に關し「然レトモ処刑ニ基ク離婚ノ原由ニ付テハ法律ハ一ノ例外ヲ設ケタリ。第一項ノ原則ハ殆ント其前置ニ過キス。双方共ニ刑余ノ身ナルトキハ離婚ヲ請求スルヲ許サス。是レ双方ノ過失相殺スル為メニ非ス。夫婦ノ一方処刑ヲ受ケタルトキハ其配偶者ノ処刑ニ因リ別ニ其名譽ヲ損スルニ非サレハナリ。……」⁽²⁾と説明している。

当時、フランスにおいては別居しか許されていないから、夫婦双方の非行を訴訟不受理事由とみるかどうかは、別居についてのみ問題になるにすぎない。これに關する学説の一つ

として、デュラントンによれば「自己自身の非行によって自己の口を封じられなければならない」とし、非行の相互性はつねに別居請求を阻止するとの結論を出していた。前理由書は第一項でかかる説には賛成しないことを明らかにし、ついで第二項では、処刑宣告を理由とする離婚の訴の場合のみ、例外として互責をみとめたわけである。かかる規定はフランスの判例の見解を範としたものと考えられる。

フランス民法は一八一六年（文化十三年）五月八日の改正によって離婚が廃止されるまで、第二七二条ないし第二七四条で和諧（Reconciliation）を離婚訴訟不受理事由と定めるにすぎない。その後、一八八四年（明治十七年）七月二十七日法によって離婚が再びみとめられ、一八八六年四月十八日法は和諧に關する規定を新たに第二四四条に移した。だが、かかる事情とは別に、多くの判例によって被告の側からする「言ふ訳」（Excuses）がみとめられ、これには非行の相互性（Reciprocity de Torts）つまり互責と黙認（Connivence）の二つがある。⁽³⁾民法二二二条の定める暴行（exces）、虐待（services）および重大な侮辱（injure graves）⁽⁴⁾について判例が裁量的な訴訟不受理事由とみとめる互責はまさに前者に當る。フランスの判例にそのままならば、わが民法草案人事編は

むしろ第一三二条の二号に規定される非行について互責を受理事由とするのが筋合いであるが、理由書ものべるように、かえって四号にいう処刑宣告についてこれをみとめる結果となっている。

右の第一草案に修正・削除が加えられた公布案たる明治二十三年の旧民法人事編は、第八一条に七つの離婚原因を列挙したのち、

第八二条 離婚ノ請求ヲ為ス一方ニ対シテ離婚ノ原因存スルトキハ他ノ一方モ反訴ヲ以テ離婚ヲ請求スルコトヲ得

然レトモ前条第三号及ヒ第四号ニ記載スル重罪又ハ輕罪ノ刑ニ処セラレタル一方ハ他ノ一方ノ処刑ヲ原因トシテ離婚ヲ請求スルコトヲ得ス⁽⁷⁾

とのべており、これは「重罪ニ因レル処刑」および「窃盜、詐欺取財又ハ猥褻ノ罪ニ因レル重禁錮一年以上ノ処刑」の場合にかぎって互責を適用すべきものとするにはかならない。「配偶者ノ双方共ニ重罪又ハ輕罪ヲ行ヒ其処刑ヲ受ケタル場合ノ如キ其一方ノ処刑カ他ノ一方ノ名誉ニ対スル莫大ノ損害ヲ及ボス可キ理由ハ毫モ之アルコト無キニ因リ本号ノ規定ヲ設ケタルモノ……」⁽⁸⁾とのべるのも、草案人事編第一三三条の

離婚請求棄却事由(村井)

場合と異るところはない。なお、さきに草案人事編が離婚原因を定めるに当って参考としたフランス民法第二九条ないし第二三二条は、一八一六年五月八日法で廃止されていたが、一八八四年(明治十七年)七月二十七日法で復活されたばかりのところであったことに注目しておこう。

旧民法の施行延期にともない、明治二十七年四月六日より法典調査会で親族編の審議が行われることになる。当面の問題たる互責を調査会議事連記録によってみよう。

明治二十九年一月十日の第一五〇回法典調査会において、第八百二十五条 第八百二十三号ニ掲ケタル処刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ其配偶者ノ処刑ヲ理由トシテ離婚ノ請求ヲ為スコトヲ得ス⁽⁹⁾

とする旨の民法修正原案が提出され、旧民法人事編第八二条を参照したと付加されている。両者を対比するとき、前者には後者の第一項に当る部分、つまり「離婚ノ請求ヲ為ス一方ニ対シテ離婚ノ原因存スルトキハ他ノ一方モ反訴ヲ以テ離婚ヲ請求スルコトヲ得」との規定を欠く。削除された理由を富井政章によれば「離婚ノ原因カ存シテ居レハ夫婦ノ執レノ一方ト雖モ請求ノ出来ルコトハ別段ノ規定ガナケレハ言フヲ俟タナイ唯タ『反訴ヲ以テ離婚ヲ請求スルコトヲ得』トアリマ

ス多分之ヲ言フ為メニ置カレタ規定テアラウト思ヒマスルカ
 是ハ全ク手続キノ事テアリマス手続法テ定ムヘキコトテアラ
 ウト思フ旁々削リマシタ⁽¹⁰⁾と説明している。この点について
 は他の委員も問題にしていない。

富井政章はついで旧民法人事編第八二条の第二項に関し、
 つぎのようにのべている。「第二項ノ規定ハ明文カナクテハ
 ナラス規定テアリマス我々ハ此規定ハアツタ方カ宜カラウト
 考ヘマス夫婦ノ一方カ刑ニ処セラレタト云フゴトカ離婚ノ原
 因ニ為ルノハ詰リ其配偶者ニ取ツテ甚タ不名誉ナコトテアリ
 マス然ルニ自分モ罪ヲ犯シテ刑ニ処セラレタト云フコトカア
 レハ自分モ不名誉ナコトヲシテ居ル両方ニ濁ツタコトカアル
 ノテアリマスカラ自分丈ケ不名誉ヲ蒙ツタト云フコトハ言ヘ
 ナイ夫レテ詰リ処刑ヲ以テ離婚ノ原因トシタ旨意カラ論スレ
 ハ離婚ハ許サナイカ至当テアラウト思ヒマシテ第二項丈ケヲ
 存スルコトニ致シマシタ⁽¹¹⁾」⁽¹¹⁾というのである。ここで条文の書
 き方をめぐって二つの点が問題になっている。議事速記録に
 よれば、一つは、

田部芳君 始メニ伺ヒタイノハ此本条ノ書キ方テアリマス
 カ「離婚ノ請求ヲ為スコトヲ得」トアリマスカ前ニハ
 「婚姻ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス」トアル是レハ書キ

方ヲ替ヘル程ノコトハナイヤウニ思ヒマスカ如何テア
 リマスカ
 富井政章君 是ハ全ク急イテ捨ヘタ為メニ違つたノテアリ
 マスドウカ之ハ矢張り「訴ヲ提起スルコトヲ得ス」ト
 御直シヲ願ヒマス⁽¹²⁾

とされる。さきの民法草案人事編第一三三条および旧民法第
 八二条はいずれも「：離婚ヲ請求スルコトヲ得ス」と規定し
 ていた。しかし、前回―第一四九回法典調査会に提出された
 修正原案第八二四条で、同意および宥恕に関連して「離婚ノ
 訴ヲ提起スルコトヲ得ス」との文言が使用されたので、これ
 との均衡を計る必要があつたものと思われる。

なお、もう一つ、

議長(箕作麟祥君) 私ハ既成法典カラ可笑シイト思ツテ
 居リマシタカ此配偶者ノ処刑ト云フノハドンナモノテ
 アリマセウカ

富井政章君 是レハ「第八百二十三条第三号ニ掲ケタル処
 刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ」ト云フテ一方ニ付テ言ツテ
 アルノテアリマスケレトモ無論離婚ノ原因ニ付イテノ
 コトテアリマスカラ恐ラクハ其配偶者ノ処刑モ第八百
 二十三条第三号ノ処刑テアルト言フコトハ疑ヒナカラ

ウト思フタノテアリマス⁽¹³⁾

とされる。夫婦双方に処刑の宣告という同種の離婚原因が存する場合に、いずれの側からの離婚の訴もみとめない趣旨であるから「配偶者ノ処刑」の種類も「第八百二十三条第三号ニ掲ケタル処刑ノ宣告」と同じでなければならぬ。単に「配偶者ノ処刑」では疑義を生じる恐れがあるため、右お趣旨を法文の上ではっきりさせておくことが必要と判断されたのであろう。規定の仕方に変更が加えられ、最終的に、明治民法は第八一五条で「第八百十三条四号ニ掲ケタル処刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ其配偶者ニ同一ノ事由アルコトヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス」と定めた。執行猶予も含め、原告配偶者自身かかる破廉恥罪その他の罪による処刑の宣告をうけていたならば、同一の理由にもとづく離婚請求はみとめられないわけである⁽¹⁵⁾。

明治民法第八一四条の定める同意および宥恕は、後者がドイツ民法第一草案および第二草案に、前者はドイツ民法草案と並んでフランスの判例によっている。これと対照的に第八一五条の互責は、一方において、処刑の宣告の場合にかぎりフランスの判例の流れをくんでこれを離婚訴訟不受理事由と定めた。しかし、この規定には疑問が呈されていた。すなわ

離婚請求棄却事由（村井）

ち「自身がすでに前科者であれば配偶者が処刑されても名誉を害され得ない、所謂「鬼の女房に鬼神」で差支なからうと云う趣旨らしいが、果してそうであろうか。同一の事由とは罪刑の程度の同一を要せず、時日の遠隔を問わずと云う解釈になっているから、時には不都合な結果を生ぜぬとは云へぬ。以前に破廉恥罪で罰金に処せられたことのある者が結婚したところ、其配偶者が其後無期懲役に処せられたが、同一の事由の故に離婚の請求ができぬと云うことになってもよいのだろうか⁽¹⁶⁾」と指摘する。かかる疑問をはらみながら、原告が被告よりも先に処刑の宣告をうけていた場合、離婚請求権は発生せず、また被告よりのちに処刑の宣告をうけたとき、すでに発生していた離婚請求権が消滅すると解されていた⁽¹⁷⁾。とはいえ、明治民法のもとでこれが問題となったのは大正二年五月十日の東京控訴院判決⁽¹⁸⁾ただ一件のみにすぎない。

(1) 「民法草案人事編理由書」上巻一七丁裏—一八丁表。法例第一一条ないし氏法第一九五条は法律取調報告委員熊野敏三起稿とされる。

(2) 「民法草案人事編理由書」上巻一八丁表裏。

(3) Duranton, Cours de Droit Français — suivant le code civil. Tome II, n°574.

(4) Dalloz, Code civil, p. 143.

(一五七)

一五七

- (5) Marty et Raynaud, Droit civil. Tome I, n°596: Carbonnier, Droit civil. Tome I, n°129; Ripert et Boulanger, Traité de Droit civil. Tome I, n°1461-1483.
- (6) この判例については、別稿「離婚請求棄却事由—互責(四)」神戸学院法学五巻二号掲載予定一の中で触れる。
- (7) 仁井田益太郎解題「旧民法」二七〇頁。
元老院提出案から公布案にいたるまで条文の内容に加えられた削除・修正については、石井良助「旧民法人事編元老院提出案審査会案、議定案および内閣修正案(一)」国家学会雑誌七一巻五号一〇五頁。
- (8) 新法註釈会出版「民法正義人事編」巻一(上)三八四頁。
- (9) 敝南堂古典部「第百五十回法典調査会議事速記録」二丁表。
- (10) 前掲速記録二丁表。
- (11) 前掲速記録二丁裏。
- (12) 前掲速記録三丁表。
- (13) 前掲速記録三丁裏。
- (14) 明治民法第八一三条・四号に列举する罪名は、明治十三年太政官布告第三六号により明治十五年に施行された旧刑法によっている。これは明治三十一年に施行された刑法によって若干変更された。
- (15) 薬師寺志光「日本親族法論」上六〇五頁によれば、これを「離婚原因の相殺」と解されている。谷口知平「日本親族法」三〇五頁も同じ趣旨。
- これに対し、牧野菊之助「日本親族法論」二六九頁には、「若シ相殺ノ論旨ニ依ランカ、夫姦通セハ妻姦通シテ可ナリト云フモ得
- ヘク其道義ニ背キ法理ニ反スルノ太シク深ク論究スルノ要ナカル
トシ」云と反論される。
- (16) 穂積重遠「親族法」四〇五頁、薬師寺志光・前掲書六〇六頁も同じ。
- (17) 仁井田益太郎「親族法相続法論」全一九五頁、島田鉄吉「親族法」完二六九頁—二七〇頁、奥田義人「親族法」完三九六頁、薬師寺志光・前掲書六〇五頁、六一〇頁—六一一頁。
なお、互責は同意と並んで「離婚原因における有責主義の貫徹をはかるためのもの」であったと指摘される。阿部徹「離婚請求棄却事由について」熊本法学五号六五頁。
- (18) 法律新聞八八二号四頁、法律評論二巻民法二一六頁。
- 他方、明治民法第八一五条には、処刑の宣告以外の場合について、互責に関する規定を設けない趣旨をのべるドイツ民法草案理由書が参考にとされていると考えられる。ここでドイツの事情を明らかにしよう。
- ドイツ民法制定以前の諸王・公・候国の法律は、夫婦双方に非行があると、相殺(Kompensation)によって双方の離婚請求権が消滅することをみとめるかどうか、みとめるとしていかなる場合か、等について考え方を異にしていた。一七九四年のプロイセン国一般ラント法第六七〇条は「夫婦の一方がなした姦通は、無責の側に離婚請求権を与える」と規定

し、この規定は、もし離婚の訴を提起した配偶者が自ら姦通していたならば、適用されないものと理解すべきである⁽²⁾と説明された。夫婦双方が姦通の責を負うときにかぎり、相殺の適用をみとめるというわけであろう。だが、かかる原則に対し、第六七一条では「しかし、妻自身が姦通の真を負う場合、妻は夫に同等の責があるとの口実のもとに、離婚に反対することはできない⁽³⁾」とし、夫の有利に重大な例外を設けていた。夫婦についてこのような区別を設ける理由は、道徳的な考慮からではなく、姦通の結果に関する重大な差異に存するとのべられる⁽⁴⁾。

プロイセン国一般ラント法にならった一八〇三年のババリア王国—ニュールンベルク自由市離婚規則は、第八条で⁽⁵⁾夫婦について姦通を離婚原因とみとめながら、第九条において前示第六七一条と同じ趣旨を「妻自身が姦通の責を負うべき場合、彼女は夫も姦通したとの理由で夫の離婚請求に反対することはできない。かかる場合、夫の賠償請求も同様に許されない⁽⁶⁾」と明示している。

ドイツ連邦時代（一八一七—一六七）、草案のままで終った一八二八年—三一年のババリア王国ラント法の第六卷・六章・四三条は、姦通を別居原因としながら、それが夫婦に相互的

な場合、該原因は消滅する⁽⁷⁾として、夫婦の姦通について相殺の適用を許しており、プロイセン国一般ラント法ないしニュールンベルク自由市離婚規則と異り、夫に有利な例外をみとめない点に注目しておきたい。

ザクセン王国—ドレスデンの一八四八年の上級ラント裁判所判決によれば⁽⁸⁾、以前、夫が姦通を理由に離婚の訴を提起しながら、彼自身の姦通を自認した場合、裁判所は相殺主義 (Kompensationsprinzip) によって夫の請求を棄却した。その後、妻が新たな姦通をしたので、夫はそれを理由に再び離婚の訴を提起した場合、すでに前訴で相殺の対象とされた夫の姦通を、妻がここで抗弁にできるかどうかの問題となった。裁判所はこれに対し「夫婦の一方によってなされた姦通は、他方にあたかも、婚姻が継続するかぎり、つねに、夫婦としての誠実さを侵害してもよいという特許状 (Erlaubnis) を与えることになる」として、相殺の適用をみとめる見解のある点を指摘しながら、かかる見解はそれ自体から明らかになように、夫婦関係の倫理と本性に矛盾するとのべ、妻の抗弁を斥けている。

降って、一八六五年に制定されたザクセン王国民法によれば、草案で第一七五四条⁽⁹⁾にあったものが、第一七二二条と変

って「夫婦双方が姦通したならば、双方の非行が互いに相殺し、いずれの側も離婚を請求する権利はない」と規定し、双方の姦通に相殺の適用をみとめながら、第一七三〇条では「姦通および第一七二八条、第一七二九条にのべた犯罪は、姦通に対し、まさに相殺の用に供され得る」とのべ、姦通との相殺の適用範囲を、人または動物との反自然的な淫乱、十七才以下の子供との淫乱、故意の重婚、強姦、近親相姦にまで拡大したのが注目される。

これに対し、一八三四年八月十五日のゴータ(ザクセンツコーブルク)公国婚姻法第八三条・一項によれば「夫婦双方によってなされた姦通の相殺は、双方が互いに他方に対してなす民事上の請求に関してのみ、考慮される。夫婦の一方の離婚請求権は、彼自身が姦通したことによって、消滅することはない」と定め、一八四五年八月三十日のシュバルツブルク・ゾンデルセハウゼン侯国離婚法第三条・二項に「夫婦双方の非行を理由とする離婚請求権の相殺は行なわれない」とのべ、いずれも相殺をはっきり排除し、プロイセン法典修正案(Die vorschlag der Press. Gesetzrevision) 課題第十五・第二九六条以下もこの立場をとっている。

フランス民法にならって和諧の規定を設けた一八〇九年の

バーデンラント法は、相殺について何も言及していない。フランスル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よれば、夫婦の一方の姦通に関連してなされた和諧は、その後、他方によってなされた姦通に効力を及ぼさないとし、さらにつづけて「すでに非行を宥恕された一方が和諧後になした姦通と、他方が和諧以前になした姦通との相殺は、とくに妨げない」旨を定めている。

また、一八四〇年一五〇年代のヘッセン草案は和諧に関して規定を設けながら、相殺には触れていない。しかし、ダルムシュタット(ヘッセン)大公国上級ラント裁判所の一八六七年九月二十日の判決では「原告配偶者が被告によってなされた姦通を離婚原因と主張した場合にかぎり、原告自身が姦通について責を負うべき旨の抗弁が可能である」として、夫婦双方の姦通に相殺の適用をみとめている。

このように、王・公・侯国の法律・判例は相殺についてちがった見解を示していたが、ドイツ民法第一草案はこれに関する規定を設けることをしなかった。草案理由書は第一四四一条の説明のなかで、つぎのようにのべている。「草案はこの問題について、多数の新しい立法の仲間入りをした。相殺の原則は、主義として創設されない。……相殺の原則によ

れば、配偶者の姦通または同等の非行を理由に離婚請求権を取得した人は、彼の側で同等の非行を継続しながら、配偶者に対して負うべき婚姻上の義務を損うことができ、しかも配偶者が彼の義務違反を理由に離婚判決を得られない状態におくべき特許状を維持するという、一般原則に反し、実際上も疑わしい結果を招来する⁽¹⁹⁾。夫婦の一方に離婚原因たる非行のあった場合、それを理由に他方が婚姻の絆からの解放を得ることを可能ならしめるのが離婚請求権であり、一方の非行に対する罰として他方に与えられるものではない。それゆえ、夫婦双方に非行があったならば、双方に離婚請求権を与えて差支えなく、互責を適用して不合理な結果を生じさせる必要はないとの考えにもとづいていよう。

第二草案は第一草案と同じく、相殺について全く顧慮しておらない⁽²⁰⁾。デルンブルヒが、「普通法では、姦通を理由とする離婚の訴に対し、原告の姦通のゆえにいわゆる相殺の抗弁をもち出すことができた。また他の場合、不信 (Tutene) について、右に相当するものが認容された。民法典は、かつてのプロイセン法のような離婚原因の相殺をみとめない⁽²¹⁾」とのべ、マチイヤースは「配偶者自身が姦通その他の非行をなしたとき (相殺) 離婚請求は不可能であるとし、クロームが「以前

の相殺は廃止される⁽²³⁾」シュバルツは「双方の離婚原因 (姦通) の相殺は生じない⁽²⁴⁾」、ミッターイスも「離婚原因の相殺―その際に両者は互いに止揚される―さえ、今日では行われな⁽²⁵⁾」とのべたことを指摘しておこう。

明治民法第八一五条は右にみたようなドイツ民法草案理由書の趣旨にならない、処刑の宣告以外の場合に互責に関する規定を設けなかったのではないかと思われる。参照できた判例も互責を不受理事由と解していない。ここで大正八年五月十六日の東京地方裁判所判決をあげておこう⁽²⁶⁾。この事件において原告たる夫が肺患にかかって加療中、妻は看護の責を尽さず全く夫を放置し、かえって夫としばしば論争し、その結果「夫ニ於テ妻トノ同居ハ決シテ全治ヲ期スル所以ニ非サルコトヲ信セサルヲ得サラシムルニ至リタル事実」について、裁判所はこれを「妻カ夫ニ対シ同居ニ堪ヘサル虐待ヲ加ヘタルモノ」と認定する一方、妻の側からの反訴原因についても、夫カ妻ニ対シ其右眼險ヲ毆打シ為メニ全治一週間ヲ要スル創傷ヲ被ラシメタルトキハ仮令其レカ論争ノ末ニ出テタリトスルモ右ノ如キ毆打ハ其原因タル事由如何ニ拘ハラス夫ノ妻ニ対スル同居ニ堪ヘサル虐待ナリト謂フモ相当トス」とみとめる。つまり、本訴・反訴ともに「同居ニ堪ヘサル虐待」を離

婚原因とし、いずれもその存在が認定されたわけである。かかる場合、裁判所はならに「本件ニ於ケルカ如キ本訴原告モ亦反訴原告モ原因タル事実ヲ異ニシ離婚ヲ求ムルカ如キ場合ニ於テハ兩者ノ原因トスルトコロヲ併セ調査シ彼ニ理由アルトキハ彼ノ請求ヲ容レ此ニ理由アルトキハ此請求ヲ認め彼我共ニ理由アルトキハ彼我ノ請求ヲ併セ認容スヘキモノトスルヲ相当トスル」と判断し、夫婦双方の離婚請求をみとめてゐる。双方に離婚原因たる非行の存在することが明らかな場合、互責によれば双方の請求を斥けることができるとはかわらず、この道をとらず、かえつて双方に離婚判決を与えたわけである。処刑の宣告についての互責の通用をみとめるにすぎない民法の規定に忠実にしたがうものごとくつてよからう。

- (一) Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Dritter theil, S. 84.
- (二) Hergenbahn, Das Eheschließungs — und Ehescheidungs-Recht, dargestellt nach der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgericht, zweiter Vermehrte Auflage, S. 56.
- (三) Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Dritter Theil, S. 84.
- (四) Hergenbahn, a. a. O., S. 57.
- (五) Eines Hochhollischen Ratus der Kaiserlichen freien Reichsstadt Nürnberg. Verordnung, die Ehescheidungen, S. 7.

- (六) Verordnung, die Ehescheidung, a. a. O., S. 7.
- (七) Saint-Joseph, Concordance, entre les codes civil étrangers et le Code Napoléon. Tome I. Tableau 22. CXLVI: Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, S. 894.
- (八) Seurler's Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. Bd. 2, S. 250. Nr. 194.
- (九) 栗生武夫「離婚原因の拡大史」法の変動三三三頁に本件を指摘せられたる。
- (一〇) Entwurf eines B. G. B. für das Königreich Sachsen, S. 284.
- (一一) Siebenhaar, Das B. G. B. für das Königreich Sachsen, nebst der Publikationsverordnung von 2. Januar 1863, S. 333.
- (一二) Siebenhaar, a. a. O., S. 334.
- (一三) Gesetzsammlung für das Herzogtum Gotha. 1834. Bd. 2, S. 638.
- (一四) Gesetzsammlung für das Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen. 1845, S. 105.
- (一五) 相殺の原則を控除しようとの修正案は否決せられたる。Hergenbahn, a. a. O., S. 56.
- (一六) フォイセンでは一八四四年、五四年、五九年の數回にわたり州法の離婚原因を縮小しようとする趣旨の改正草案が作られたが、どれも成法とはならなかった。栗生武夫「婚姻法の近代化」一五六頁—一五七頁。
- (一七) Motive, a. a. O., S. 585.
- (一八) Hergenbahn, a. a. O., S. 57. Zweiter Band, S. 47.
- (一九) Motive, a. a. O., S. 585.

- (18) Seuffert's Archiv, a. a. O., Bd. 21, S. 108, Nr. 59.
栗生武夫・前掲書三三三頁に本件を指摘せり。
- (19) Motive, a. a. O., S. 585-586.
- (20) Hubrich, Das Ehescheidungsrecht in Entwurf II eines B. G. B. für das Deutsche Reich, Archiv für das civilistische praxis, Bd. 85, S. 72.
- (21) Derenburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reich und Preussens, Bd. Deutsches Familienrecht, S. 95.
- (22) Mathias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, S. 611.
- (23) Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Vierter Band, Immaterialgüterrecht-Familienrecht, S. 223.
- (24) Schwarz, Grundriss des Bürgerlichen Rechtes, Familienrecht, S. 56.
- (25) Mittels, Bürgerliches Recht, Familienrecht, S. 62.
- (26) Motive, a. a. O., S. 585-586.

同 意

明治二十年の民法草案人事編(第一草案)はもとより、その公布案たる旧民法人事編も同意に関する規定をもたなかった。旧民法の施行延期後、法典調査会に提出された民法修正案にはじめてその姿をみせることになる。

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、民法修正原案で

離婚請求棄却事由(村井)

第八百二十四条(第一項) 前条第一号乃至第三号ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ他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⁽¹⁾

と定めた。第八二三条の第一号ないし第三号にいう離婚原因つまり配偶者の重婚、妻の姦通、配偶者の処刑について、同意を離婚訴訟不受理事由とするわけである。富井政章は提案理由をつぎのように説明する。「本条ハ既成法典ニハアリマセヌケレトモ殆ント説明ヲ要サナイコトテアラウト思ヒマス前条ノ第一号カラ第三号マテノ場合此場合ニ若シ他ノ一方カ貞操ヲ破ルトカ又ハ罪ヲ犯スコトニ同意致シ或ハ自分モ之ニ与シシテ一緒ニ行フト云フコトモアリマスサウ云フ場合ニハ離婚ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘキモノデナカラウト思ヒマス配偶者モ穢レテ居リ自分モ穢レテ居ルサウ云場合ニハ訴権ハナイト云フ方カ正シト思ヒマス⁽²⁾。これは従来フランス民法に規定はないが、判例によりみとめられる黙認(Connivence)⁽³⁾と、他方において、ドイツ民法第一草案第一四四一条・二項⁽⁴⁾ひいては第二草案第一四六〇条⁽⁵⁾にいう同意(Zustimmung)と両者を合わせて同意の名で離婚訴訟不受理事由にしたもの⁽⁶⁾と考えられる。

まず、フランスについてみれば、すでに明らかのように、

一八〇四年の民法は第二七二条および第二七三条に和諧を唯一の離婚訴訟不受理事由とするのみで、互責と同じく黙認について何も規定しない。だが、判例によって被告の側からする「言い訳」として、非行の相互性と並んで黙認が不受理事由とみとめられていた。ここで参考のため、フランス民法施行後しばらくして出た *Les Sieur et Dame C* (一八一) 事件⁽⁶⁾をあげてみよう。この事件において、妻が離婚の訴を提起し、父のもとに去ったが、請求が棄却されたため、父との間が疎遠になり、また夫との和諧もならず、ひとりて生活するを余儀なくされ、不品行な人々と付き合うようになった。夫はかかる事情を知らながら、大目にみており、その後、妻が出産したので、姦通を理由に離婚の訴を提起した。パリ帝国法院 (*Cour imperial de Paris*) はこれに対し「妻の姦通は充分に立証されているけれども、夫は妻が共同の住居に帰ることを許す判決(妻の離婚請求を棄却した事件)の趣旨を実行に移すことなく、妻が父母の監督の及ばない、かつ妻にとって明らかに有害と思われる場所にひとりて住むことを黙認したならば、妻の不品行に不平を申し立てる権利を失うことになる」とのべ、夫の請求を斥けている。つまり、民法に規定はないが、黙認は訴訟不受理事由になるというわけである。

その後、一八一六年(文化十三年)五月八日以降、一八八四年(明治十七年)七月二十七日にいたるまで離婚は許されないから、黙認は別居請求との関連のみで問題になる。同じく民法に規定のない非行の相互性について、さきへのべたが、黙認にも同じ事情がみられる。非行の相互性を不受理事由とみとめないドウモロンブは黙認について何も触れないけれども、他方、ローランによれば「裁判所は自らを、原告が申し立てた原因が、法律によって婚姻解消のために要求される重要性を有するものかどうかを決定するため召集された陪審の一種と考える。もし夫婦の一方の行為が、それによって他方になんらか永続的な刺戟を生ぜしめたようなものであれば、他方の非行はそれによって軽減され、かかる軽減の事情がなければ有したところの重要性を失うことになる。……このように解するとき、判例は法にかなっている。判例が不受理事由を作り出したと非難することはできない」旨をのべている。その後、一八八四年七月二十七日法によって離婚が再びみとめられ、黙認は離婚訴訟不受理事由として作用するにいたっている。前示のわが民法修正原案第八二四条一項は一方においてこの流れをくんだものと考えられる。

他方、互責ならびに宥恕の場合と同じく、ドイツ民法草案

が模範となっている。その第一草案第一四四一条によれば、第一項で「配偶者の一方は、他方が姦通または刑法第一七一条、第一七五条に規定する犯罪行為をした場合、離婚を請求することができる」とし、ついで第二項には「配偶者が、第一項に規定する離婚請求権を基礎づける行為に同意し、または自ら加担した場合、該権利は排除される」と規定し、同意を離婚請求権不発生事由とみとめた。草案理由書は同条について、すでにみた宥恕の例と同じく、同意の規定がカトリックおよびプロテスタント婚姻法に一致するとのべる。そして「離婚を切望する夫婦の一方が、婚姻の継続を望む他方を、自身の反道徳的な挙動を通じて、離婚の訴の基礎となる非行に誘った場合、離婚請求権は発生しない」と定める一七四九年のプロイセン国一般ラント法第七一九条、また「もし他方配偶者が……(b)周旋、故意に惹起された過失、さもなければ自己の所為によって姦通に誘因を与えた……ならば、姦通を理由とする離婚請求は聞き届けられない」とのべる一八三七年五月十二日のアルテンブルク(ザクセン)公国婚姻規則第二〇〇条・(b)項、さらには「夫婦の一方が他方の姦通を惹起したならば、消滅するいかなる離婚請求権もない」——つまり、離婚請求権それ自体が最初から生じていないとする一八〇九

離婚請求棄却事由(村井)

年のザクセン王国民法第一七一八条(草案では第一七五〇条)の規定、等々を参考にあげている。

右の諸規定と同じ趣旨は諸公侯国のいくつかの事例にもみられる。ホルシュタイン公園ーキール上級ラント裁判所の一八四五年十二月六日の判決によれば「原告(夫)は……自己の名誉を損うべき(被告の)姦通を阻止しないのみでなく、かえって離婚原因として根拠のない理由を得るため、暗黙のうちにも同意していた。原告のかかる不道徳かつ不公正な挙動は、何びとも自己の不道徳な行為からいかなる訴権もみとめられない、との法原則を考慮するとき、該姦通を根拠とする離婚または別居の訴権を適法に証明することと矛盾するよう「原告(妻)が彼女の陳述のなかで、彼女は夫が将来それについて責を負うことになるであらうすべての姦通を宥恕し、したがって離婚の訴の提起を、少くとも彼女の許可を取り消すまで、放棄する旨を表示した」との被告(夫)の主張をみるとめ、いずれの場合も原告の離婚請求を斥けている。

一方、前示ドイツ民法草案の理由書は、フランスで民法に規定はないけれども、判例によって是認されている事情にも

触れながら「ここにいう同意は、第七〇六条の意味において承諾 (Erwilligung) と同じく、法律行為たる特色をもっていない。配偶者の一方がなんらかの方法で、問題の行為について自己の有する理解 (Verständnis) を実際にはのめかすならば、それで充分である」旨を説明している。同意を法律行為でないとするところは、宥恕の場合と異るところはない。また、宥恕について、その本質を法律的行為とみるか、単なる事実上の行為とみるかを学説・判例に委ねたと等しく、同意の本質も法律行為ではないとするだけで、はっきり断定はしていない。

その後、第二草案にいたれば、言葉使いが少し変り、第一四六〇条・一項で「配偶者の一方は、他方が姦通または刑法第一七一条、第一七五条に規定する犯罪をした場合、離婚の訴を提起することができる」とし、第二項において「離婚の訴を提起する夫婦の権利は、姦通に同意し、または自ら加担した場合、排除される」と定めた。これはその後、民法旧第一五六条となった。

同意の本質をどのように解するか、宥恕の場合にならって、参考のため学説のいくつかをあげておこう。エンデマンは民法旧規定について、宥恕を準法律行為たる意思通知としなが

ら「同意は一般原則からみて、善良の風俗に違反し、無効であり、せいぜい *Volenti non fit injuria* (これを愆するものに対して、侵害は加えられない) との格言によって是認されるにすぎない」⁽¹⁸⁾とのべる。キップとポルフは宥恕を離婚請求権の放棄と解し、クローメは法律的行為とみたが、同意の本質には触れていない。また、宥恕を法律的行為と考えたオベエトとブルームによれば「同意は法律行為上の特質を具えていない。それは一たとえ法律上重要なものであっても一個の純粹な事実上の行為 (*ein rein faktischer Akt*) にすぎない」⁽¹⁹⁾としている。

フランスにおいて、民法で離婚訴訟不受理事由とされる和諧の本質を、学説は双方行為 (*Faet reciproque ou bilateral*) と解釈するが、判例のみとめる黙認の本質論は展開されていない。これに反し、ドイツでは宥恕および同意について、両者とも民法に規定が存するためもあってか、法律上の性質をめぐって種々に論ぜられる。当面の問題たる同意も、民法草案理由書がこれを法律行為ではないとしたのをうけ、学説は法律的行為、事実上の行為ないし単純な行為といろいろの見方をしており興味深い。

明治二十九年一月八日の第一四九回法典調査会に提出され

た民法修正原案第八二四条・一項は、右のようにフランスの判例およびドイツ民法草案理由書の流れをくんでおり、最終的に明治民法第八一四条・一項に収められた⁽²⁰⁾ところで、明治民法のもので、同意が問題になった事例は見当らず、学説も余り触れておらない。最も詳しいものでも「同意は即ち離婚原因の発生を事前に承認することである。配偶者の一方より離婚原因を作る他の配偶者又は其の相手方(重婚・姦通等の相手方)に対する意思の通知である。同意は離婚権の事前の抛棄と内容とする法律行為ではない。配偶者の非行を非難せざる旨の意思通知である⁽²¹⁾」と説明するにすぎない。もともと、同意は宥恕とちがって、離婚請求権を発生させるはずの非行それ自体を許すことにはかならないから、離婚請求権の放棄とはいえない。それによって離婚請求権の不発生という法律効果が発生するのを承知し、なおかつ、かかる効果の発生を慾して非行を非難せざる旨を表示するならば、宥恕の場合と似て、法律行為と解してよい。しかし、現実には離婚請求権の不発生という法律上の効果意思まで伴ってはいない。それにもかかわらず、右の表示がなされるとき、離婚請求権は法律上の効果として発生しない結果となる。法律行為ではなく、準法律行為に当る。しかも、一定の意識内容の表現と

関連して一定の効力をみとめられる表現行為として、同意は、宥恕が感情の表示と目されるのと趣を異にしよう。同意の本質を意思の通知と理解するのが妥当である⁽²²⁾と思う。ところで、現行憲法の施行および民法の改正に伴って廃止されたが、かつて刑法第一八三条・二項は姦通罪について、「：前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効ナシ」と定め、縦容によって告訴権が消滅する旨を明らかにしていた。大審院大正十五年三月十九日判決は「夫カ妻ノ姦通ヲ宥恕シタルトキハ刑法第百八十三条ノ罪ニ付テハ本夫ノ告訴権ハ其ノ宥恕ト同時ニ当然消滅ニ帰ス⁽²⁴⁾」べきものと判示する。明治民法第八一三条および第八一四条によれば、妻の姦通に夫が同意を与え、または宥恕すれば、離婚請求権は発生しないか、または該請求権が消滅する旨を定めるけれども、他面、刑事上の責任については、右のように、縦容または宥恕によって夫の告訴権が消滅に掃することになる。宥恕および同意の本質はすでに明らかであるが、ここに夫の縦容とは何を意味するか。

宥恕の規定の沿革を検討したとき、明治二十年の民法草案人事編(第一草案)第一三二条が和諧を離婚訴訟不受理事由と定めており、理由書のなかに縦容という言葉が用いられる

のをみた。すなわち「…離婚ノ原由タル事実ハ婚姻義務ノ違背ニシテ其罪ヲ縦容シタルキハ最早離婚ノ原由ナキモノナリ故ニ和諧ハ其罪ヲ縦容スルノ意思ヲ要ス從テ本人其事実ヲ了知セルコトヲ要ス⁽²⁵⁾」とのべる。配偶者の非行を了知したのち、その罪を縦容する意思で和諧云々というのであるから、宥恕と等しく、非行に対する事後的なものを指すことがはっきりわかる。しかし、当面の刑法上に用いられている縦容の意味について、旧刑法第三五三条では「…但本夫先ニ姦通ヲ縦容…」としたので、事前のものであることを了解できたが、刑法第一八三条・二項では「先ニ」という言葉が用いられていない結果、広狭二説に分れる。前者は縦容に事前・事後の双方を含むと考える。「事前ノ縦容ハ同意テアツテ違法性ヲ阻却スル(謂ル美人局ノ場合)事後ノ縦容ハ告訴権ノ放棄⁽²⁶⁾」とのべ「縦容ハ事前ニ於ケル犯罪ノ許可ト事後ニ於ケル告訴権ノ放棄トヲ含ム⁽²⁷⁾」とするのがこれに当る。しかし、右の二つはもともその本質を異にするものといわなければならぬ。事前の縦容とは、さきにみた離婚訴訟不受理事由たる同意と等しく「夫が破婚行為に因る夫権の侵害に対して同意することであって、その実質は自己の法益に対する処分的意思の表現⁽²⁸⁾」、つまり意思の通知と解されるのに反し、事後

の縦容は、告訴権の放棄という一個の法律行為または感情の表示たる宥恕に当らう。本質を異にする二つの概念を同じ縦容という文字であらわすことは、適切とは思えない。

では、後者の説はどうか。これによれば、縦容は事前の許容のみを意味し、事後のそれは宥恕または告訴権の放棄と理解する。たとえば「縦容とは事前に於て妻の姦通を承諾するをいふ。事後に於ける宥恕と混同してはならぬ⁽²⁹⁾」とし「縦容ト云フハ猶ホ承認ト謂フニ同シ旧刑法ニハ姦通前ノ縦容タル可キコトヲ明示シタルニ反シ現行法ニハ之ヲ明示セスト雖モ趣意ニ於テハ同一ナリト解ス從テ姦通後ノ承認ハ所謂縦容ニ該当スルモノニ非ス⁽³⁰⁾」、「姦通後ノ承認ハ告訴ノ放棄ト為ルニ止マル⁽³¹⁾」といい、あるいは「被害者ノ同意ノ場合ノ一ナリ⁽³²⁾」、「縦容トハ予メ姦通ヲ許容シ又ハ之アルヲ知リテ容赦シ置クヲ謂フ。事後始メテ覚知シ其犯行ヲ宥恕スルハ縦容ニアラズシテ告訴ノ放棄ナリ⁽³³⁾」とし「縦容は事前の承諾である⁽³⁴⁾」とか「縦容は姦通以前に於ける許容にして其以後に於て為す許容を包含せず⁽³⁵⁾」とのべるのがこれに当る。要するに、刑法にいう縦容の意義を違法性阻却事由たる承認ないし同意に等しいものと理解し、時間的に配偶者の姦通以前にかぎるわけであって、事後になされる宥恕ないし告訴権の放棄とはっきり区

別する。この点で、後者の説の方が当をえたものと考えられる。

離婚訴訟不受理事由たる宥恕または同意が、夫婦のいづれか一方から他方の非行に対するものであるのに反し、縦容は違法性阻却事由として、夫から妻の姦通に対するものにかゝるとの趣旨で、刑法は夫の告訴権の消滅についてこの言葉を使ったものかも知れないが、姦通罪の廃止された現在、刑法の条文から姿を消し、問題になる余地はない。明治民法のもとにおける縦容と宥恕ないし同意との本質の差異を理解するための便宜上、簡単に考察を加えたわけである。

- (1) 嶺南堂古典部「第四百十九回法典調査会議事速記録八四丁裏—八五丁表。
- (2) 前掲議事速記録八五丁表—裏。
- (3) Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Erste Lesung, S. 432.
- (4) Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Zweite Lesung, S. 461.
- (5) 英語の *connivance* あるいは *connivence* は承認・黙認とか見逃すとの意味を有し、同意を示す言葉として用ひて *consent* または *consentement* が常用される。
- (6) *Sirey, Recueil général des lois et des Arrêts, avec Notes et commentaires.* 3^e Vol.-An 1809-1811, p. 470.

離婚請求棄却事由 (村井)

- (7) Demolombe, *Traité du Mariage et de la separation de corps.* Tome second, n^o415: Laurent, *Principes de Droit civil Français.* Tome III, pp. 255-256.
- (8) Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Erste Lesung, S. 342.
- (9) Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Dritter Theil, S. 90.
- (10) Die Veröffentlichung: Eheordnung des Herzogs zu Sachsen-Altenburg de dato Altenburg. 12. Mai 1837, S. 29.
- (11) Siebenhaar, Das B. G. B. für das Königreich Sachsen, nebst der Publikationsordnung vom 2. Januar 1863, S. 332.
- (12) Entwurf eines B. G. B. für das Königreich Sachsen, S. 283.
- (13) Seuffert's Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen staaten. Bd. 7, S. 225, Nr. 192.
- (14) Seuffert's Archiv, a. a. O., Bd. S. 371, Nr. 268.
- (15) Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Band IV. S. 586-587.
- (16) Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Zweite Lesung, S. 463.
- (17) Beck'sche, B. G. B., S. 381.
- (18) Erdeman, Lehrbuch des Bürgerlichen Recht. Zweite Band, S. 242.
- (19) *Opel und Blume, Das Familienrecht des B. G. B.* S. 392.
- (20) 博文館蔵版「民法修正案理由書」九四頁以下に於て、法典調査会の場合と同趣旨の理由が述べられてゐる。

- (21) 裏師寺志光「日本親族法論」上巻六〇四頁。
- (22) 川名兼四郎「日本民法総論」一六七頁。
- (23) それ以前、旧刑法第三二一条は、「本夫其妻ノ姦通ヲ覚知シ、姦所ニ於テ直チニ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ、其罪ヲ宥恕ス、但、本夫先ニ姦通ヲ縦容シタル者ハ此限ニ在ラス」と定めており、これは明治四十一年まで施行されていた。
- (24) 刑集五卷一一一頁。
- (25) 「民法草案人事編理由書」上巻十七丁表。
- (26) 瀧川幸辰「刑法各論」八〇頁。
- (27) 岡田朝太郎「刑法分論」一一一頁。
- (28) 宮本英脩「破婚行為に對する宥恕と縦容」法学論叢三四卷五号八七七頁、齊藤金作「刑法各論講義」二七七頁も同旨。
- (29) 小野清一郎「刑法講義」五二八頁。
- (30) 泉二新熊「日本刑法論各論」四一八頁。
- (31) 泉二新熊「改正日本刑法論」七一九頁。
- (32) 宮本英脩「刑法学粹」七四二頁。
- (33) 山岡万之助「刑法原理」六二二頁。
- (34) 木村龜二「刑法各論」二一四頁。
- (35) 平井彦三郎「刑事訴訟法に所謂姦通罪ノ告訴条件たる離婚の訴の提起の意義」法学新報四一卷二号八〇頁。