

# 西ドイツ離婚法における 苛酷条項について

武 田 政 明

## 目 次

1. はじめに
2. 苛酷条項の意義
3. 苛酷条項の適用状況
4. む す び

### 1. はじめに

西ドイツは、離婚法を「1976年6月14日の婚姻法および家族法改正のための第一法律」(Erstes Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts (1. Ehe RG) vom 14. Juni 1976, BGB 1. I. S. 1421 ff.)<sup>(1)</sup>によって、全面的に改正し、同時に離婚法の規定を特別法である婚姻法 (Ehegesetz) から民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch) に復帰させることとした。<sup>(2)</sup>その結果、今回の離婚法改正の最大の焦点となった離婚原因に関する規定は、BGBによって第1564条以下に規定されることとなった。この BGB の定める新たな離婚事由に関する規定の特徴は、以下に示すように3つの点に要約することのできるものである。第1は、離婚事由としては、婚姻の破綻という事由ただ一つに限定しているということである<sup>(3)</sup>(1565条1項)。第2は、その破綻の認定を、婚姻両当事者の合意の有無により期間に差異を設けた、一定期間の別居にかからしめているということである(1566条1項・2項)<sup>(4)</sup>。そして、第3は、夫婦が5年以上別居をしている場合を除いて、別居期間の経過によって婚姻の破綻が異議なく推定される場合であるとしても、離婚を認めることが離婚を拒否する配偶者にとって著しく苛酷とな

るときは、離婚は認められないとする、いわゆる苛酷条項 (Härteklausel) が設けられているということである (1568条1項・2項)<sup>(5)</sup>。

西ドイツが、新たに離婚原因に関する規定を制定するに際して最も腐心したことは、基本法 (Grundgesetz) 6条によって要請される立法者・裁判所の婚姻および家族の保護義務に反することなく、如何にして現在の西ドイツ社会の婚姻および家族生活の実態に調和する立法をなすかであった<sup>(6)</sup>。その結果、幾多の議論を経て立法の基本方針として採用されることとなったのが、破綻主義を徹底させたものとするということであった<sup>(7)</sup>。

ところで、離婚事由に関する規定を現実に徹底した破綻主義をもって具体化することに対しては、實際上2つの点で重大な問題が生じる。1つは、婚姻を如何なる状態になったときに客観的に破綻したものと認めるかという、婚姻の破綻の客観的認定方法についての問題である。もう1つは、徹底した破綻主義を貫く以上、離婚に反対する配偶者および子に離婚後に生じると予想される種々の困難は一切考慮されるべきではなく、それらの事情は離婚扶養 (Unterhalt des geschiedenen Ehegatten) の面で考慮すれば足り、婚姻が破綻したものと認められる限りすべて離婚は許されるものとするかという、いわゆる苛酷条項 (Härteklausel) を設ける必要があるか否かについての問題である<sup>(8)</sup>。

そして、この2つの問題は、互いに相反する方向ではあるが、いずれも破綻主義の内容・意義をどのようなものとして捉えるかという離婚法における根本問題と密切に結びついている。すなわち、一方では、婚姻の破綻の認定方法の問題は、その客観化との関係で、認定の基準を具体的にどのように規定するかによって、婚姻破綻の事実の実際の存在の有無にかかわらず、婚姻の解消を単純に一定期間の別居のみにかからしめるとする、いわゆる期間形式主義 (Fristenschematismus) と結びつき、破綻主義を超える可能性を有するものであり、これに対し、他方、苛酷条項の問題は、破綻していると認定される婚姻であっても離婚を許されないものとすることができることとの関係で、その苛酷の内容を具体的にどのように規定す

るか、また適用に一定の別居期間による制限を設けるか否かによって、離婚法が、有責主義によって規定される場合と事実上同じ効果を納められることとなるために、容易に破綻主義を潜脱することのできる可能性を有するものであるからである。

結局、西ドイツにおける新たな離婚原因に関する規定は、この2つの互いに相反する問題に対する結論と解せられるのであり、西ドイツにおいて現実の婚姻・家族との関係で、破綻主義がどのような内容・意義を有するものとして捉えられたかということを示しているものと言えるのである。

本論文は、離婚法における破綻主義の内容・意義を、主として苛酷条項<sup>(9)</sup>についての問題の側から研究するものであり、具体的には、離婚法における、いわゆる積極的破綻主義と苛酷条項との構造的関係を解明することを目的としている。そのために、本論文は、先ず、西ドイツ離婚法における苛酷条項の意義を明確化し、次いで、そのような意義を有するとされた苛酷条項が現実にとどのように適用されているのか、具体的適用状況を考察し、苛酷条項の機能の実態および問題点を指摘することとする。

注(1) 一般に、1. EheRG と略されて称されており、その氏名権 (Namensrecht) に関する規定の部分を除いて、1977年7月1日から施行されている。

(2) 離婚法は、かつて、ナチスドイツが第2次世界大戦直前の1938年3月にオーストリー地方を併合したために、この地方にも統一的にドイツの婚姻締結法および離婚法を適用することを直接の動機として、同年7月6日に、いわゆる1938年婚姻法と呼ばれる特別法を制定して以来、実に38年ぶりに BGB のなかに戻ったわけである。但し、この法律によって婚姻法は完全に廃止されたわけではなく、婚姻の締結・無効・取消に関する法は、改正はなされているが、従来どおり1946年婚姻法に規定されている。この点については今後の立法テーマとして残されている。

(3) BGB 1565条1項は、破綻主義を宣言し、また婚姻の破綻とは如何なる状態を言うのかについて次のとおり規定している。

婚姻が失敗した場合、婚姻は解消することができる。夫婦の共同生活がもはや存在せず、かつ夫婦が共同生活を回復することを期待されない場合に、婚姻は失敗したもとする。

Eine Ehe Kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe

ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, daß die Ehegatten sie wiederherstellen.

なお、原文が、一般に破綻を意味する言葉として慣例上用いられている *Zerrüttung* という語を用いることなく、敢えて失敗を意味する言葉である *Scheitern* という語を用いたのは、すべての破綻ではなく、特に終局的な破綻のみが離婚に値するとされるということ、および破綻に至った原因についての夫婦の責任は一切問題とされないという破綻の意味の一層の明確化をはかったという点で格別の意義があるとされている。すなわち、*Zerrüttung* という語が意味する破綻の概念が、夫婦の一方または双方が、自らの意思によって婚姻を破壊させるといふ観念と結びついているのに対して、*Scheitern* という語が意味する破綻の概念は、そのような婚姻の破壊のみならず、夫婦が何ら関与することのできない、いわば運命的とも言うべき出来事によって、あるいは夫婦の性格の不一致によって婚姻が破壊された場合をも含むものとされているからである。Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 40 Afl., S. 1380. 門坂正人「1976年西ドイツ 第1婚姻法改正法と積極的破綻主義」(大阪経大論集・第117・118号) 348頁。

- (4) BGB 1566条1・2項の邦訳および原文については、後述6頁参照。
- (5) BGB 1568条1・2項の邦訳および原文については、後述5頁参照。
- (6) 離婚法改正前の西ドイツの離婚の実態を指摘するものとして、宮井忠夫「西ドイツにおける家族法の改正」(ジュリスト559号) 90頁以下。Oleg de LOUSANOFF・西澤宗英訳「ほぼ二年の試練を経た西独の新家族法」(慶応大学・法学研究52巻9号) 26頁以下。
- (7) 破綻主義を徹底させるという基本方針を採用するに至った経緯については、門坂「前掲論文」338頁以下、および右近健男「婚姻法および家族法改正のための第一法律草案理由仮訳(一)・(二)」(大阪市立大学・法学雑誌19巻2号・20巻1号)に詳しい。
- (8) この点を明瞭に指摘するものとして、榊原豊「西ドイツ離婚法における破綻主義規定の評価をめぐって(その一)」(中京法学14巻1号) 77頁。
- (9) 婚姻の破綻の客観的認定方法についての問題の側から、離婚法における破綻主義の内容・意義を研究したものとしては、拙稿「オーストラリア家族法における破綻主義の徹底」(明治大学短期大学紀要30号) 29頁以下。

## 2. 苛酷条項の意義

西ドイツ離婚法において、BGB 1568条によって規定されている、いわゆる苛酷条項 (Härteklausel) の邦訳および原文は以下に示す通りである。

第1項 婚姻が失敗している場合であっても、婚姻の維持が婚姻によって生まれた未成年の子の利益のために特別な理由から例外的に不可欠であるとされるとき、かつその限りにおいて、また離婚が離婚を拒否する申し立ての相手方にとって、異常な事情に基づいて、申し立て人の利害を考慮に入れても婚姻の維持が例外的に必要とされるほど著しい苛酷を示すこととなるとき、かつその限りにおいて、婚姻は解消されてはならない。

第2項 第1項は、夫婦が5年以上別居しているときは、適用されない。

1) Die Ehe soll nicht geschieden werden, obwohl sie gescheitert ist, wenn und solange die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse der aus der Ehe hervorgegangenen minderjährigen Kinder ausnahmsweise notwendig ist oder wenn und solange die Scheidung für den Antragsgegner, der sie ablehnt, aufgrund außergewöhnlicher Umstände eine so schwere Härte darstellen würde, daß die Aufrechterhaltung der Ehe auch unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers ausnahmsweise geboten erscheint.

2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Ehegatten länger als fünf Jahre getrenntleben.

このように規定される苛酷条項が、西ドイツ離婚法において、如何なる意義を持つものとして規定されたかについては、新たな離婚原因に関する規定の制定に際してなされた、本条の規定が必要とされるとする主張の背景のなかに明瞭に示されている。

新たな離婚原因に関する規定のなかに、破綻主義の徹底という観点からはきわめて疑義が多いとされるにもかかわらず、このような苛酷条項が設けられるべきであるという主張がなされた背景としては、破綻主義を徹底

させることを最も具体的に表現するために定められた、婚姻の破綻の客観的認定方法について定める1566条の規定をめぐる論争があげられる。

1566条は、婚姻の破綻の推定について次の通り規定している。

第1項 夫婦が1年以上別居しており、かつ夫婦双方が離婚を申し立て、あるいは申し立ての相手方が離婚に合意している場合には、婚姻は失敗したものであるということが異議なく推定される。

第2項 夫婦が3年以上別居している場合には、婚姻は失敗したものであるということが異議なく推定される。

1) Es wird unwiderlegbar vermutet, daß die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt.

2) Es wird unwiderlegbar vermutet, daß die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben.

このように、1566条は、婚姻の破綻の認定を一定期間の別居にかからしめて異議なく推定するという方法を採用しているわけであるが、この規定の仕方に対しては、特に2項との関係で、未だ草案の段階から猛烈な反対が加えられていた。

反対派の主たる主張は、例えば、ドイツカトリック中央委員会 (das Zentralkomitee der deutschen Katholiken) の声明のなかに典型的に認められる<sup>(1)</sup> 委員会は、「…異議なく推定される。」という規定の仕方は、裁判官に法の要求する1年ないし3年の別居期間が満たされているか否かの確定のみを要求することとなる。それは、裁判官から婚姻の維持を欲する配偶者の主張の審理を必要のないものとし、一切の破綻の実情についての吟味を奪うこととなるために、離婚判決は、1565条1項によって宣言される婚姻の破綻という原則基準に基づいてなされるのではなく、実際には、離婚を申し立てる配偶者の法が定める別居期間満了の一方向的な主張によってなされることを意味することとなる。その結果は、離婚が、破綻主義によって規律されるとした原則を超え、単なる一定期間の経過によって

自動的に離婚の効果が発生する、いわゆる自動的効果発生期間形式主義 (automatisch wirkender Fristenschematismus) とも言うべき原則によって規律されたとした場合と事実上同じこととなる。結局、このような結果に至ることは、離婚法が、もはや、婚姻は一生涯にわたるものであるという原理 (Grundsatz der Ehe auf Lebenszeit) をも放棄することとなるのであり、基本法6条によって要求される婚姻および家族の保護義務に違反する立法と言わざるを得ない<sup>(2)</sup>と述べているのである。

すなわち、反対派は、婚姻破綻の認定をこのような方法でもって規定することは、特に2項との関係で、配偶者の一方が離婚に反対している場合においても、離婚に反対する理由の如何を問わず、また離婚後の一切の事情も考慮されることなく、一定の別居期間の経過により、すべての場合に離婚を可能とすることとなるために、破綻主義の原則を超えるものであるとみなしていたわけである。

これに対して、本条の規定に賛成する側は、婚姻の破綻を一定期間の別居にかからしめ、「…異議なく推定される。」という方法で規定することこそ、むしろ、離婚法を徹底した破綻主義の原則のもとに規律するとした法案の基本方針に最も合致するものであるということを主張したのである。

すなわち、婚姻破綻の認定を一定期間の別居という外形的事実にかからしめないとするならば、とうてい破綻の認定の客観化ははかれないのであり、また、「…異議なく推定する。」という規定の仕方をとらず、単なる「…推定する。」という規定の仕方をとるならば、それは裁判官に、特に当事者間に離婚についての合意が存しない場合に、常に婚姻の破綻の認定について、別居以外の事実の徴憑をも要求することとなり、この面からも破綻の認定の客観化をはかることが困難となるのである。そして、このような結果は、離婚訴訟が再び夫婦の内面に立ち入って審理されることを要求することとなるために、離婚原因を有責主義によって規律する場合と同じこととなるのである。結局、「婚姻の客観的状态だけが裁判官にとって決定的な判断基準となる破綻主義から、離婚手続の実質化および訴訟における

真実性の回復が期待される。」<sup>(3)</sup> ということをも、ドイツにおける離婚法の歴史的発展<sup>(4)</sup>、および外国の離婚法の改正状況等<sup>(5)</sup>を詳細に示すことによって、主張されたのである。

このように、1566条の規定によって、離婚法における破綻主義の徹底の具体化をはかろうとすることに対しては、深刻な論争がなされていたのである。<sup>(6)</sup>

そして、これについての論争は、やがて、1566条に賛成する側が、当初、離婚法を改正するための立法の基本としていた前提、つまり、離婚原因に関する規定を徹底した破綻主義でもって規律することに対して、そのことによって生ずる不都合は、特に離婚後に生ずる経済上の苛酷(wirtschaftliche Härten)について、扶養(Unterhalt)<sup>(7)</sup>、あるいは恩給等の年金給付の調整(Versorgungsausgleich)<sup>(8)</sup>等の離婚効果法(Scheidungsfolgenrecht)によって立法上の手当をなしておくならば、すべて解決されるという前提<sup>(9)</sup>をつき崩すこととなったのである。

すなわち、破綻主義を徹底するために、1566条の規定の仕方が不可欠であるとしても、1566条が、いわゆる自動的効果発生期間形式主義を採用した場合と同様の効果をもたらし、事実上、一定期間の別居の後には、すべての場合に離婚を可能とすることになることは否めないわけである。その場合、1566条に賛成する側は、その代わりに、離婚効果法において、特に離婚によって生じる経済上の苛酷に十分対処できるだけの立法上の措置が講じられているので、そのことによって著しい苛酷は生じないという前提に立っていたのであるが、離婚によって生じる著しい苛酷は経済上の苛酷のみとは限らないのであり、婚姻が破綻しているときであっても、なお一方配偶者が婚姻の法律上の存続に重要かつ正当な利益を有することがあるのであるという反対派の主張が、この1566条についての論争を通じて、より説得力を持つものとされたのである。<sup>(10)</sup>

結局、いわゆる苛酷条項は、1566条についてのこの論争を背景として、いわば反対派の主張をも一部受け入れざるを得なくなった結果として採用

されることとなった規定と言えるのである。

そして、このことから苛酷条項の基本的意義として次のことが認められる。すなわち、苛酷条項は、確かに離婚後の現実との妥協という意味で徹底した破綻主義の例外として位置づけられるものである。しかし、苛酷条項は、その制定の背景で述べられているように、離婚原因に関する規定を徹底した破綻主義でもって規律することの代償として用意された他の立法によっても取り除くことのできない、きわめて例外的な離婚後の苛酷のみを対象とするものとされており、また、5年以上別居して生活した後は、通常、離婚によっても激しい生活上の変化は生じないという社会経験上の原則に基づき<sup>(11)</sup>、適用されないこととなっている以上、単に婚姻が破綻しているにもかかわらず離婚させないという結果のみで、有責主義<sup>(12)</sup>に対する妥協までを意味するものとは必ずしも言い得ないということである。

注(1) Erklärung des Zentralkomitees der deutschen Katholiken zum Entwurf des Ersten Eherechtsreformgesetzes, FamRZ 1975, S. 680 ff. 門坂「前掲論文」350頁以下。なお、榊原「前掲論文(その1)」は、1566条に対して加えられた反対派および賛成派の代表的学者の主張を詳述している。

(2) なお、これに対して、基本法6条に反するものではないという主張については、榊原「前掲論文(その1)」82頁以下に詳しい。

(3) 右近「前掲論文(-)」146頁からの訳を引用させて頂いた。

(4) 右近「前掲論文(-)」150頁以下。

(5) 右近「前掲論文(-)」142頁以下。

(6) 西ドイツにおけるこのような主張は、オーストラリアが1975年家族法(Family Law Act 1975)を制定するときに、離婚法を徹底した破綻主義でもって規定するために、婚姻の破綻の認定方法を、その48条2項で、「…前項の申し立てにより提起される訴訟手続においては、両当事者が所居しかつその後婚姻解消を求める申し立てを提出した日の前日までに、継続して12ヶ月以上の期間分かれて別々に生活していたということを裁判所が認定し、かつその場合にのみ、その離婚事由が確定されたという判断が下され、婚姻解消の判決がなされなければならない。」と規定するに際して論じられた主張ときわめて類似している。拙稿「前掲論文」76頁以下。なお、オーストラリアと同様、西ドイツにおける本条の成立に対しては、イギリスの離婚改正法

(Divorce Reform Act 1969) の制定経過が多大な影響を与えている。このことを指摘するものとして、門坂「前掲論文」340頁以下。

- (7) BGB 1569条以下。
- (8) 年金給付の調整, これは, 夫婦が婚姻生活中に得たそれぞれの年金およびその他の保障給付の受給資格 (Versorgungsanwartschaft) から, 婚姻継続年数に応じてその差額を計算し, いずれの配偶者の有責・無責と無関係に, その2分の1を多い方は少ない方へ分配しなくてはならないとするものである (1587条, 1587条a号)。なお, これについては, 飯塚晃「西独の婚姻・家族法の改革—離婚に際する妻の年金給付等の調整—」(日本労働協会雑誌216号)47頁以下に, その制定経緯, 具体的適用, 問題点について詳細に論じられている。
- (9) 右近「前掲論文(一)」147頁。1971年に発表された婚姻法および家族法改正のための第一法律草案理由は, 「この困難条項は極めて危急の場合にのみ適用することができる。経済的事情はこの意味での困難ではない。右事情は一本草案が予定するような—改善された扶養法, 社会扶助, 労働奨励による援助などによって解決されなければならない。」と述べていた。
- (10) Dieter Schwab, Familienrecht, S. 137.
- (11) 連邦法務省の婚姻法委員会において述べられている。Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz; Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts und des unterhaltsrechts nach der Ehescheidung, Giesecking Verlag, Bielefeld 1971, S. 52/53
- (12) 他に, 苛酷条項のこの例外的性格を強調するものとして, Erich Ambrock, Ehe und Ehescheidung, S. 121, D. Schwab, a. a. O., S. 139.

### 3. 苛酷条項の適用状況

苛酷条項の個々の事例への実際の適用に際しては, 現在のところ大別すると3つの点で問題となっている。

第1は, 1568条1項の前段についてであり, 婚姻が破綻しているときであっても離婚が許されない, 婚姻の維持が婚姻によって生まれた未成年の子の利益のために特別な理由から例外的に不可欠である場合とは, 具体的に如何なる場合を指すのであるかということである。すなわち, 婚姻の維持を不可欠とするような子の利益とは, 具体的に如何なる内容を有するも

のとして捉えられるべきかについての解釈の問題である。第2は、1568条1項の後段についてであり、婚姻が破綻しているときであっても離婚が許されない、離婚が、離婚を拒否する申し立ての相手方にとって、異常な事情に基づいて、申し立て人の利害を考慮に入れても婚姻の維持が例外的に必要とされるほど著しい苛酷を示すこととなるときは、具体的に如何なる場合を指すのであるかということである。すなわち、著しい苛酷とは、具体的に如何なる内容を有するものとして捉えられるべきかについての解釈の問題である。第3は、1568条2項についてであり、夫婦が5年以上別居しているときには、苛酷条項が適用されないとするは、基本法6条に反するのではないかということである。

先ず、第1の問題である子の利益について述べることにする。

婚姻の維持を不可欠とする、損なわれることがあってはならない子の利益として考慮されるべき事項としては、子の福祉の観点から、精神的、人格的あるいは教育上、子に影響を与えることとなるすべての事情であることは、判例・学説とも一致している。<sup>(1)</sup>また、その子に対する影響は、婚姻を維持することによってもたらされる影響と離婚をすることによってもたらされる影響の両面から判断されなくてはならないということについても一致している。<sup>(2)</sup>

しかし、実際に個々の事件に適用されるに際しては、精神的、人格的あるいは教育上子に影響を与えることとなる事情のうち、特に如何なる事情を考慮するかについては、施行直後において争いがみられた。具体的には、子にそれらの影響を与えることとなる事情としては、経済的事情を最も考慮すべきであるとする立場と、さらに子の両親との精神面における結びつきをも十分考慮しなくてはならないとする立場との対立であった。<sup>(3)</sup>

この点については、現在のところ次のように解されているようである。

離婚によって、離婚後の子の生活が脅かされることとなるような重大な経済的影響は常に考慮され、例えば、扶養料が危くなることが十分に予測される場合には、親との結びつきがきわめて希薄であっても、単なる経済

上の理由だけで、十分苛酷条項の適用は認められることとなっている。<sup>(4)</sup>なお、扶養料が危いことが十分に予測される場合とは、具体的には、離婚の申し立て時において、子に対して扶養料が支払われていない場合、訴の方法をもって子の扶養料が請求されている場合などをさすとされている。<sup>(5)</sup>

そして、子の両親との精神的な結びつきについては、離婚前に、子が両親と完全な親子結合関係を有している場合においては、子は離婚によって両親との物理的な結びつきのみならず、精神的にも重要な人的関係の一部を失うおそれを有することとなり、このおそれは一方の親に対して通常賦与されることとなる訪問権（Besuchsrecht）をもってしては取り除かれ得ない。それゆえ、離婚前に、子が両親と強固な精神的結合を有していると認定される場合には、苛酷条項の適用は認められることとなっている。但し、子の両親との強固な精神的結合の存在は、きわめて厳格に解されており、その精神的な結合が欠けても、一方の配偶者の再婚によって補われるような代替性のあるものであってはならないし、また子自身が、その消滅による痛手をもう一方の親との精神的および物理的結びつきによって乗り越えることができるとされるようなものであってはならないとされている。<sup>(6)</sup>

なお、子の利益を考慮される対象となる子は、18歳未満の未成年の子であり、かつ当事者間の婚姻によって生まれたものでなくてはならず、一方配偶者のみの子は含まれない。<sup>(7)</sup>また、子の利益の考慮は、裁判所が職権によっても考慮に入れることができるものとされており、相手が離婚に同意している場合であっても、裁判所は子の利益を理由として離婚を認めないことができる<sup>(8)</sup>とされている。

次に、第2の問題である著しい苛酷についてである。

この著しい苛酷が意味するところについては、2つの点で争いがあった。1つは、異常な事情のために、婚姻の維持が例外的に必要とされるほど著しい苛酷が示されている場合とは、どの程度申し立て人の利害を超えていれば良いかの問題であった。もう1つは、著しい苛酷がどの程度の経済的事情を含むかの問題であった。

先ず、前者の問題については、現在のところ次のように解されている。

すなわち、婚姻が客観的に破綻している場合であっても、婚姻を堅持しようとする配偶者が、離婚の宣告によって、その配偶者としての地位の消滅から受ける社会的な衝撃と同じ程度に、精神的にも著しい衝撃を受けることは、法があらかじめ予定しているところであり、法は、原則としてそのような結果は受忍されるべきであるとの前提にたっている。それゆえ、申し立て人の利害を考慮しても、その利害を超えて婚姻の維持を例外的に必要とする著しい苛酷とは、離婚によって生ずる不都合な結果が、あまりにも異常な事情に基づくものであるために、法が受忍されるべきである<sup>(9)</sup>とあらかじめ予定している苛酷を超えている重い強度な苛酷のみを意味する。但し、その苛酷が、申し立て人との別居によって既に生じてしまっている<sup>(10)</sup>ものである場合には意味されない。

なお、その苛酷は、具体的には、通常は、特に離婚を拒否する配偶者が格別な犠牲をはらって、そのもとに幸福な婚姻生活を長期にわたっておく<sup>(11)</sup>てきたような事情が存在する場合に考慮されることとなる<sup>(11)</sup>とされている。例えば、夫の事業経営の維持のために、妻が、自分の父親から相続した財産を事業資金として醸出し、また自らも労務を提供して、文字通り心身ともに尽くしていたという事情が存在したにもかかわらず、事業が倒産したことを契機として、夫が他の女性と同棲生活を始め、夫から離婚を求められた<sup>(12)</sup>という事例において、苛酷条項が適用されている。

次に、後者の問題についてであるが、現在のところ次のように解されている。

離婚を拒否しているにもかかわらず離婚される配偶者のためには、離婚後の生活において、離婚前以上に、特に経済上困窮が生じないように、離婚効果法が用意されているが、その離婚効果法をもってしても補えないような経済上の苛酷が生じることが予想される。従って、経済上の苛酷は離婚効果法が予定していない面においてのみ考慮されることとされている<sup>(13)</sup>。

実際の事例においては、経済上の苛酷を生じることとなるか否かについ

ては、扶養額の減少という影響が十分予想されることから、特に夫が離婚後再婚することが確実視される場合において問題とされることが多かったが、判例は、離婚された配偶者は、確かに新配偶者より優位の立場にあるが、それをもって離婚された配偶者の扶養を過大評価してはならないという前提のもとに、夫の再婚の可能性が扶養の面に与える影響は、経済的苛酷を構成することはないという判断を下すに至っている<sup>(14)</sup>。例えば、妻が婚姻の維持に固執しているのは、ひとえに離婚されていない場合におけると同様な扶養額を受け取りたいがためであると認定した後、妻が離婚後に受け取ることとなる扶養額、あるいは夫の再婚後に受け取ることとなる扶養額は、離婚扶養法において正当に定められているところであるとして、これらの額を受け取れることが保障される限り、1568条1項によって保護される場所ではないという理由のもとに、妻の経済上の苛酷の申し立てを斥ける決定が下されている<sup>(15)</sup>。なお、これらの判例の背後には、何とてでも離婚を遂げようとする者は、苛酷条項の適用を避けようとして、しばしば全財産を他方配偶者に譲ってしまうために、そこから生じる再婚の機会の減少、再婚配偶者の生活苦からの実質的解放という、政策的配慮が存する<sup>(16)</sup>ということも言われている。

また、著しい苛酷は、子の利益のために婚姻が不可欠とされる場合と異なり、裁判所による破綻主義の潜脱となることを防止するために、著しい苛酷に見舞われている配偶者本人の申し立てに基づいてのみ考慮されるもの<sup>(17)</sup>であり、裁判所が職権によって考慮することは許されないとされている。

最後に、第3の問題である苛酷条項の適用制限に対する基本法上の疑義についてである。

先ず、この2項が規定されることとなった理由であるが、それは主として2つあった。1つは、破綻主義の徹底という離婚法理論に基づくものであり、1項の苛酷条項が、婚姻が破綻しているにもかかわらず離婚を延期させるものであり、永遠に離婚を奪うことにもなりかねない効果を有するものであることから、苛酷を生じさせることに対する制裁として離婚を拒

否する場合の手段として用いられる可能性があるために、有責主義によって離婚法を規律する場合と同様な効果をもたらされることとなるのを防ぐという理由である。<sup>(18)</sup> もう一つは、実質上の理由に基づくものであり、通常、5年の長期にわたって別居がなされた後には、その別居の間において、配偶者はそれぞれ経済的にも、また精神的にも独立した生活を営むに至っていることが充分予想されるのであり、離婚によって新たに苛酷が生じることはほとんどありえないという理由である。<sup>(19)</sup>

この2つの理由のために、1項の苛酷条項に対して無制限な適用を防ぐべく2項が規定されたのであるが、2項が前記の2つの理由を受けて、何らの条件も付されることなく、単に5年以上の別居が存在している場合には、苛酷条項は適用されないと規定されたために、2項に対しては、立法の当初から、基本法6条の要求する立法者および裁判所に要求される婚姻・家族の保護義務に反するのではないかという疑義が寄せられていたのである。

しかし、この疑義については、現在では、連邦憲法裁判所によって、2項の制定に際して述べられた前記2つの理由をそのまま受けて、2項が基本法6条に反することとなるということは認められないということが確定<sup>(20)</sup>されている。

但し、その後の連邦憲法裁判所は、5年の別居がなされている場合であっても、反対に離婚申し立て人の方に、より重い著しい苛酷が認められることとなった場合を除いて、訴訟手続の停止 (*Aussetzung des Verfahrens*) がなされている場合には、2項は適用されないという決定を下すようになっている。<sup>(21)</sup> すなわち、たとえ5年以上の別居がなされているときであっても、離婚を拒絶する配偶者あるいは子に1項の苛酷条項の適用を認容するに足る著しい苛酷あるいは重大な利益が存在する場合には、裁判所は、あまりにも状態が悪いときに離婚を宣告しなくてはならなくなることを避け、配偶者あるいは子に離婚後の新しい状況に適応するための準備を整えさせるために、それまでの間、訴訟手続の停止という方法をとることが許され

ることが認められるようになっているのである。結局、現在のところ、連邦憲法裁判所は、2項を基本法6条に反しないものと宣言はしたものの、訴訟手続の停止という方法を認めることによって、実質的に、場合によっては2項の定める5年間の別居によって苛酷条項が一切適用されなくなるという効果を回避することができることを宣言し、巧妙に2項の適用を制限することができるようにしていることが認められるのである。<sup>(22)</sup>

注(1) E. Ambrock, a. a. O., S. 129.

(2) Urteil des Bundesgerichtshof vom 2. 10. 1968—4 ZR 600/68, Fam RZ 1969, S. 26.

(3) この後者の立場を支持する者は、子の両親との精神面における結びつきが、子の成長にとって如何に重要であるかについて、破綻した家庭において養育される子と、少なくとも物質的条件においてより恵まれた環境にある施設に収容されている子とを比べてみた場合、施設に収容されている子の方が、その成長においてより多くのさまざまな危難につきまといられるものであるということをあげている。E. Ambrock, a. a. O., S. 128. なお、このような見解に対して、Böhmerは、婚姻が完全に破綻している家庭において育てられることの方がよほど子の福祉のためにならないと反論している。Böhmer, Juristische Rundschau 1977, S. 47.

(4) D. Schwab, a. a. O., S. 138.

(5) E. Ambrock, a. a. O., S. 129.

(6) D. Schwab, a. a. O., S. 139, Urteil des Oberlandesgericht Celle vom 11. 5. 1978—12 UF 214/77, Fam RZ 1978, S. 508 ff.

(7) E. Ambrock, a. a. O., S. 129.

(8) D. Schwab, a. a. O., S. 138.

(9) Urteil des Bundesgerichtshof vom 31. 1. 1979—4 ZR 72/78, Fam RZ 1979, S. 422/423.

(10) Urteil des Oberlandesgericht Köln vom 8. 5. 1981.—4 UF 114/80, Fam RZ 1981, S. 959.

(11) Urteil des Bundesgerichtshof vom 31. 1. 1979—4 ZR 72/78, Neue Juristische Wochenschrift 1979, S. 1042.

(12) 苛酷条項が適用された判例として, Urteil des Bundesgerichtshof vom 31. 1. 1979—4 ZR 72/78, Fam RZ 1979, S. 422, Urteil des Oberlandesgericht Karlsruhe vom 4. 1. 1979—2 UF 44/77, Fam RZ 1979, S. 512.

なお、後者の判例は、離婚を拒否している配偶者が癌に罹っており、医師から余命1年余りと宣告されていたという特別な事情があった事例である。

- (13) D. Schwab, a. a. O., S. 139.
- (14) Günther Beitzke, Familienrecht, S. 146.
- (15) Beschluß des Oberlandesgericht Düsseldorf vom 2. 5. 1980—6 UF 21/80, Fam RZ 1980, S. 780.
- (16) E. Ambrock, a. a. O., S. 129.
- (17) G. Beitzke, a. a. O., S. 146.
- (18) G. Beitzke, a. a. O., S. 146.
- (19) これは、連邦法務省の婚姻法委員会 (Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz) が主として採用した理由である。なお、10頁注(11)参照。
- (20) Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 28. 2. 1980—1 BvL 136/78 u. a., Fam RZ 1980, S. 319, Neue Juristische Wochenschrift 1980, S. 689.
- (21) Beschluß des Bundesverfassungsgericht vom 21. 10. 1980—1 BvR 1284 /79, Fam RZ 1981, S. 15.
- (22) Neue Juristische Wochenschrift 1981, S. 108.

#### 4. む す び

苛酷条項は、その規定の文言を文字どおり解釈するならば、5年の別居の後には適用されないという制限は付されているが、婚姻が既に破綻しているにもかかわらず、その婚姻の解消を許さないとするものであるという意味において、確かに、離婚原因に関する規定を徹底した破綻主義で規定するという離婚法の基本方針とは相容れないものであると言わざるを得ない。

しかし、婚姻・家族の安定、幸福に、より合致するものとして認められた離婚法における破綻主義の徹底という方針も、およそ法理論が単なる理想論であってはならないという意味において、現実の社会の離婚後の実態を踏まえた上で実施されなくてはならないのである。

西ドイツにおいて、この苛酷条項が規定されることとなった背景は、先にみたように、現在の西ドイツ社会の離婚後の実態において、離婚法が破

綻主義を徹底させるために離婚効果法等において用意した手段のみをもってしては十分に対処しえないところから、特に、婚姻の維持が必要とされるさまざまな苛酷が存在しているのが現実であるということが、説得力を有したからであった。

ところで、このような背景のもとに苛酷条項は規定されたのであるが、実際の適用においては、前述のように、破綻している婚姻を維持させるために考慮される苛酷として、離婚を拒否する配偶者の精神的あるいは倫理上の苛酷までもが含まれ得るとされている。そして、このことに対しては、用意された離婚効果法等をもってしては十分に対処し得ない、配偶者あるいは子に生ずる経済上の苛酷・不利益、また子の福祉の観点から特別な場合において、両親との物理的・精神的な結合の断絶という子の不利益以外に、このような苛酷が含まれ得るとされるのは、もはや、破綻主義の徹底と離婚後の現実とのかねあいという観点では捉えきれないものがあり、むしろ、有責主義によってもたらされるところの効果を実質的に残すこととなるという評価もなされ得るところである。

しかし、このような評価の可能性は、徹底した破綻主義をもって規律される離婚法における苛酷条項の西ドイツにおける実質的機能からみて、理由なきものと言わなければならない。前述した連邦憲法裁判所も、一定の制限は付しているが、5年間の別居が存在していても訴訟手続の停止という方法によって、2項に基づく苛酷条項の適用の自動的排除を回避することができるという決定を下した理由のなかで示しているように、苛酷条項の本質的機能は、単に破綻している婚姻を維持させる必要があるゆえに、永遠に離婚させないとするところではなく、離婚を拒否する配偶者が離婚後において、精神的にも経済的にも独立した生活を営むことができるようにするための、いわば準備期間とも言うべきものを与えることにあると解されているからである。

しかも、実際の適用においても、前述した判例が示しているように、このような離婚を拒否する配偶者の精神的あるいは倫理上の苛酷が考慮され

るのは、離婚を拒否する配偶者が格別な精神的および物質的な犠牲をはらって、そのもとに幸福な婚姻生活を長期にわたって築いてきていたというような特別な事情が存在するために、新たな独立した生活を営むために特別に準備期間が必要とされる場合のみであるとして、きわめて制限的に用いられているのである。ちなみに、このような苛酷が考慮されたために苛酷条項が適用された判例は、現在のところわずかに2件を認めるのみである<sup>(1)</sup>。

結局、西ドイツにおいて、苛酷条項は、西ドイツ社会における離婚後の現実と離婚法における破綻主義の徹底という方針の実施とを調和させるための規定として位置づけられるものであり、その西ドイツにおける実際の機能からみても、同条項は、離婚の拒否自体に意義が認められるのではなく、破綻した婚姻生活から離婚後の生活への移行を円滑ならしめることに意義と役割とが見い出されているのが現実である。以上の意味において、苛酷条項は、法文上破綻主義を徹底させることとの引き換えに定められた、単なる政治上の妥協の産物として位置づけられるものではないと言えることができるのである。

注(1) 16頁注(12)に掲げた2つの判例である。