

フランスにおける夫婦の同居義務

仁平 先磨

- 一 はしがき
- 二 同居義務の意義
- 三 同居義務の変遷
- 四 同居義務違反の制裁
- 五 同居義務の限界
- 六 結語

一 はしがき

夫婦の同居義務 (*le devoir de cohabitation*) は、婚姻制度が認められる限り、必然的に要請されるのであるから、その本質はいずれの国においても大差はないと思われる。夫婦間の義務であっても、道徳的・倫理的性格が強く、規定を設ける必要のないような義務の如きものは条文上明らかにされることがないが、同居義務については多くの国で明文をもってこれを明示している。^① フランスにおける夫婦間の法的関係は、夫を家族の首長 (*le chef de la famille*) とみること (第二二三条第一項) に特色があり、故に、今日かなりその内容が減じられてきたとはいえ、

夫の優位的権能が今なお認められているのである。これは夫婦間の権利義務、殊に、同居義務についても影響を及ぼしているのであつて、この点においても、フランスの同居義務は注目される。また、フランスには多くのキリスト教国におけると同様に、離婚 (*le divorce*) に至らない別居 (*la séparation de corps, la séparation d'habitation*) の制度があつて、同居義務と別居制度との関係もまた注目されるのである。これらはいずれもわが国ではみられないのであるが、だが、極めて参考となるべき制度であると考ええる。フランスにおける別居制度については、既に論じられているので、⁽²⁾ここでは同居義務について、その意義、変遷、違反の制裁及び限界について論じる積もりである。なお、同居義務については、夫婦間の問題のみでなく、親と未成年子間においても問題となるが、これについては別の機会に譲りたいと考える。

注(1) ド民第一三五三条第一項、ス民第一六〇条、オ民第九二条・九三条、イ民第一四三条、日民第七五二条、韓民第八二六条第一項等。

(2) 石崎政一郎「フランスの別居制度」(家族制度全集史論編Ⅱ所収) 一〇一頁以下。

二 同居義務の意義

婚姻によって発生する夫婦間の法律関係は、婚姻の効果 (*des effets du mariage*) にはかならないが、それはいう迄もなく、身上 (*la personne*) 及び財産 (*les biens*) の双方に関係している。同居義務は身上に関する問題であるが、その違反は後述の如き扶養義務の消長に影響を及ぼすこと等によって、財産に関する問題とも密接に関係を有す

る。また、夫婦が恣意に同居をしないということは、不同居、即ち、別居の状態を生ぜしめるのであり、これは種々の婚姻上の義務 (*divers devoirs conjugals*) をことごとく履行不能ならしめるに至るときえ考えられよう。以上の点で、同居義務はこれ以外の婚姻上の諸義務の不履行よりも、極めて重大であるといわねばならない。婚姻の継続をなすには、何よりも同居乃至同棲が要請されるのである。同居拒否はそれが法の認めた正当なものでないときは、事実上の別居 (*la séparation de fait*) となるが、夫婦間の別居の合意 (*les conventions de séparation de fait*) であらえ無効 (*nullité*) となるのであるから⁽¹⁾、(第三〇七条第一項)、かかる夫婦の一方による別居も、後述する場合を除いて原則として無効となることはいう迄もない。それは同居義務に関する法規範が婚姻に関する多くの規定と同様に、公序 (*l'ordre public*) の規定であるからである⁽²⁾。だが、同居拒否は実際に存するのであって、それは婚姻破壊へ導く危険を有している。同居拒否に対しては、他方の配偶者はいつでも同居請求をなし得るが、これは夫婦には常に同居義務が存在していることから当然である⁽³⁾。現に夫婦が同棲中であるときは、夫は勝手に妻をそこから追い出すことは出来ず、また、夫が無理に住居に押入っても、妻は夫を住居侵入 (*une violation de domicile*) として告訴出来ない⁽⁴⁾。同居義務は婚姻の本質から要求されるものであって、夫婦の生活共同なくして婚姻の実体は存しないといわねばならない。かかる婚姻は契約 (*le contrat*) としてののではなく、制度 (*l'institution*) としてのそれをいうことは勿論であるが、前者の意味においてさえ、婚姻は男女が家庭を創設し、相互に援助及び扶助 (*assistance et secours*) をなすために結合するところの民事上の要式契約 (*le contrat solennel*) であると解されることによつて、夫婦の同居を婚姻契約の根本的内容としているのである。故に、同居をしないことを目的としてなされる婚姻契約は効力を生ぜしめ

られることはないのである。かつて、教会法 (le droit canonique) においては、婚姻の成立を同衾にかからしめるか否かが問題となったのも、また、今日、内縁 (l'union libre) を保護すべきものとみるのも、夫婦の同棲乃至肉体的結合が婚姻意思と共に最も重要な婚姻の要素 (une élément) であるからにはかならない。

かくして、同居義務は夫婦が同じ屋根の下で生活する義務 (le devoir pour les deux époux de vivre sous le même toit) であるが、それは単に夫婦が同棲し、家の共同 (la communauté de toit) をなすというこのみを意味するのではなく、広く婚姻上の義務を他方に対して履行する義務を負担することをも意味するとするのが判例の傾向といえよう。⁽⁸⁾ それは同居義務の拡張 (l'étendu) と解し得るが、中でも、婚姻の性的結合 (l'union sexuelle) たることから、同居義務の中に性交の義務が包含されるものと考える。性交の義務は夫婦が相互に愛する義務の如きと同様に、これを明文で定める必要はないのである。正当の理由なき性交の拒否 (le refus d'avoir des relations sexuelles) は、単に婚姻義務違反としてのみでなく、広い意味において同居義務違反として考えてよいのである。⁽⁹⁾ この場合、判例が離婚或は別居請求を正当化する重大なる侮辱を構成し、更に、その拒否による被害者 (la victime) たる配偶者に損害賠償 (des dommages-intérêts) を許すものとしているのは、正にそのためといふべきであらう。

なお、夫婦の同居義務は、その前提として婚姻上の住居の選定を必然的に要請する訳であるが、この住居の選定に關しては次の三において述べることにする。

注 (1) Maury, La séparation de fait entre époux, Rev. trim. de droit civil, 1965, p. 515 et s.; civ. 14 juin 1882, D. 1883, 1. 248; civ. 2 janvier 1907, D. 1907, 1. 137; 21 novembre 1940, D. A. 1941, 13; Req. 22

octobre 1945, S. 1947, 1. 53.

- (2) H. et L. Mazeaud, et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. I, 1967, n° 1078
- (3) Pau, 20 juin 1894, D. 95. 2. 11, S. 94. 2. 232.
- (4) Cass. crim. 2 avril 1897, D. 1897, 1. 565.
- (5) 宮崎孝治郎編「新比較婚姻法」一四頁參照。
- (6) A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 1914, p. 112
- (7) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. I, 2^e vol., 1967, n° 194
- (8) Req. 19 janvier 1892, D. 93. 1. 149; Req. 12 novembre 1900, D. 1901, 1. 21, S. 1901, 1. 80; Req. 6 avril 1908, D. 1908, 1. 240, S. 1908, 1. 344 etc.
- (9) だが、ジャンクスによれば、ヘギリスでは同居は必しも性交を包含せず、ただ、正当理由なくそれを拒めば、他方は同居拒否をなす得るものとす (Jenks' English Civil Law, vol. II, 1947, p. 1031)
- (10) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, 1952, n° 362

三 同居義務の変遷

一八〇四年のナポレオン法典 (Code Napoléon) が、ナポレオン自身の要請によつて、妻の無能力 (*l'incapacité de la femme mariée*) 制度を認めたため、妻は夫権 (⁽¹⁾puissance maritale) に従ひ、種々の制約を受けたが、これは当然に同居義務についても明らかにあらわれたのである。このことは、同居義務に先行し、それと不可分の関係にある婚姻上の住居選定 (*le choix de la résidence conjugale*) についても同様である。もとの第二二四条は「妻は夫と同居する義務を負ひ、夫が居住するに適するとなす如何なる地へも夫に従うべき義務を負う。夫は妻を引取り、資力

フランスにおける夫婦の同居義務

と身分に応じて (*selon ses facultés et son état*) 生活の需要に必要なすべてを妻に供給する (*fournir*) 義務を負う」と規定した。本条前段は夫の住居選定を前提としており、妻が夫の定める住居に居住すべきことを要求していた。故に、夫は任意に適当とみられる地を住居と選定して、妻にそこに同居するよう請求し得たのである。これについては反対の特約や放棄はなし得なかった訳である。⁽²⁾ 妻の同居義務は裁判上の別居がなされた場合や、離婚或は別居の請求訴訟の提起があつて第一審裁判長が妻に対して独立住所を指定する命令を発したときから消滅したのである (旧第二三六条参照)。次に、本条後段は夫の妻に対する扶養義務を規定していたのである。夫が住所不定であつて、資力と身分に応じた適当な住所を供給しないときは、妻は夫に従う義務はなく、同時履行の抗弁 (*l'exception non adimpleti contractus*) をなし得る関係にあるとみられた。⁽³⁾ かかる規定は婚姻法、殊に配偶者相互の権利義務 (*des droits et des devoirs respectifs des époux*) に関する多くの規定の改廃が一九三八年二月一八日法によって行なわれるに伴つて、改められるに至り、同法第二一三条が旧第二一四条にかわつて次の如く制定された。第一項は「家族の首長たる夫は、家庭の住居 (*la résidence du ménage*) を選定する権利を有する。妻は夫と同居する義務を負い、夫は妻を引受ける義務を負う」と定めた。そして、第二項は夫の住居選定権について「夫が家庭の住居を乱りに定めたときは、妻はこれに対し第一審裁判所に訴えることが出来る。この場合裁判所は適法に夫を召喚し、検事の意見を聞いた後、非訟事件秘密審理部において判決をなす」と定めた。第一項前段は夫の住居選定権を明確に規定し、同項後段は従前の妻の同居義務をより夫婦平等的に接近せしめたといえるのであり、これは現行法に受け継がれている。第二項は、夫権の廃止に伴つて、夫の住居選定権の乱用 (*l'abus*) に対する規定を設けているが、だが、こ

これは、従来妻が訴によらずに夫の定めた住居に対し同居の拒否が出来たのを訴にすることに定めたのである。これは単に妻から訴えを提起する場合に限定されず、妻の同居拒否の場合に夫がそれを提起することも出来るとみられた。⁽⁴⁾ 旧第二一四条の如き同居義務と扶助義務との結合は本条には存しないが、新第二一四条一項が夫の扶助義務のみを定めているとはいえ、夫が身分相応の待遇をしないときには妻は同居を拒否し得るとする点は、なお残存するものと解された。⁽⁵⁾ 一九六五年七月一三日法は第二一四条以下の規定を大幅に改正したが、同居義務については第二一五条に規定をおくに至った。第一項後段は同居義務について改正前と同じく「妻は夫と同居する義務を負い、且つ、夫は妻を受け入れる義務を負う」と定めているが、夫婦の完全平等的規定とはいえない。だが、第二項は従来なかった新たな規定を設けて、夫の住居選定権の乱用に対する妻の救済規定をおいているのである。即ち、「夫により定められた住居が家族にとって肉体的、精神的分野で危険を呈するときは、妻は例外的に、自己及びその子供達のために、裁判官の定める他の住居 (une autre résidence que fixe le juge) を有することが認められる」と定めた。これは後述の如く妻の同居拒否を認める正当理由の法認と考えられるが、この場合でも、妻の住所は夫の住所を保有するものとみられるのである。⁽⁶⁾ なお、第三項は「夫婦は単独で家族の住居を保証する権利や、備えられた家具を処分することが出来ない。その行為に同意を与えなかった二人の中の一人は取消の請求をなし得る。無効の訴訟 (l'action en nullité) は彼がその行為を知った日から一年以内に開始される。夫婦財産制 (le régime matrimonial) が取消されてから一年以上たって訴が提起されることは出来ない」と定めているが、本項は直接的には同居義務についての規定とはいえない。現行の夫の住居選定権は同条第一項前段におかれており、「家族の住居の選定 (le choix de la résidence de

la famille) は夫に属する」と定めており、前述の第二項の如き場合を除いて、夫の優越 (une prépondérance maritale) をなお承認しているのである。しかしながら、夫の住居選定権がかように優越的に残存しているとしても、夫婦の同居義務が夫と妻とに同様に認められるべき相互的義務 (un devoir réciproque) であることから、⁽⁷⁾ 前述の第一項後段の如き夫婦を差別的にみる規定は好ましくないと考えられるに至った。かくて、民法改正委員会 (la Commission de réforme du Code Civil) の草案 (l'avant-projet) 第三二一条第一項はこれを改めて「夫婦は共に生活する義務がある (Les époux sont tenus de vivre ensemble)」と規定していることが注目される。同居義務を夫婦平等にみよとする動きとは別に、婚姻上の住居について家族的性格 (un caractère familial) が与えられるに至っていることは看過することが出来ない。殊に、その家屋が賃借家屋 (un logement loué) であるときは、夫婦財産制がどうであろうと、いかなる反対契約 (toute convention contraire) があろうと、また、その賃貸借 (le bail) が婚姻前に締結されたとしても、⁽⁸⁾ 第一七五一条によって、当該賃借家屋は夫婦の共同名義 (co-titulaires) となることは大いに注目されるべきであろう。

夫の首長たる地位については、例え第二二三条第二項の規定が設けられたとしても、それがやはり夫婦間の平等 (l'égalité entre les époux) の観点からみて妥当でないとみる向きがあった。そこで、民法改正委員会もこれを廃止したのであったが、その結果、裁判所によって解決してもらわねばならなくなり、これが家庭生活 (la vie familiale) の絶えざる侵入 (l'intrusion constante) となり、それが離婚をもたらすことになることを恐れて、改正を断念したのである。⁽⁹⁾ フランス民法が改正されるとしても、夫婦の同居義務、夫の住居選定権及び夫の首長に関する点の中で

は、単に夫婦の同居義務についてその定全なる対等性を明らかにしめるにとどまるものとみられるのであろう。

注 (1) *c.f.* G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.*, n° 199 宮崎「ナポレオンとフランス民法」六〇頁以下参照。

(2) 谷口知平「仏蘭西民法（人事法）」（現代外国法典叢書）二二二頁。

(3) 谷口、同書、二二二頁。

(4) 谷口、同書、二〇五頁。

(5) 谷口、同書、二〇五頁。

(6) *Civ. com.* 19 février 1952, *Gaz. Pal.* 1952, 1. 284, *Bull. civ.* 1952, 111. 83.

(7) G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.*, n° 194

(8) H. et L. Mazeaud, et J. Mazeaud, *op. cit.*, n° 1078

(9) H. et L. Mazeaud, et J. Mazeaud, *op. cit.*, n° 1065

四 同居義務違反の制裁

同居義務は正当な理由なくしてこれを拒めば種々の制裁を受けることになる。つまり、同居拒否が過失ある乃至有責な配偶者 (*le conjoint fautif ou capable*) によってなされる場合にのみ制裁が与えられるのである。かかる制裁は民事制裁 (*sanctions civiles*) と刑事制裁 (*sanctions pénales*) とに大別出来る。

一 民事制裁

民事制裁には、同居を強制するもの、即ち、強制的手段と、不履行の結果に対して償いをなすもの、即ち、賠償的手段とがある。

(a) 強制的手段 (mesures coercitives)

強制的手段には直接的方法 (un moyen direct) と間接的方法 (un moyen indirect) とがある。

(i) 直接的方法

直接的方法是公権力 (la force publique) に依頼してなされる強制手段であって、例えば、妻は夫が入ることを拒否した婚姻上の住居の扉を無理に開けてもらうことが出来、また、夫は遺棄された婚姻上の住居に妻を武力 (militari) によって連れ戻す (ramener) ことが出来る。⁽²⁾ だが、この方法については問題がなくもない。十九世紀の初めには、これが個人的自由に反するようにみられたため、裁判所は躊躇しながらこれを認めた。そして一八三三年以来夫が武力で妻を婚姻上の住居へ連れ戻し得るという判例が五十年間確立してきたのである。⁽³⁾ 妻についても同様に、夫の家を力で開けてもらうことが判例によって認められてきた。⁽⁴⁾ 学説は一般に判例を支持したが、それは婚姻が配偶者の自由を束縛することを目的とするものである点を根拠とする。だが、夫の妻に対する強制と妻の夫に対する強制とは必ずしも同様にみることは出来ず、前者の場合は妻の身体に対する事実上の効果的方法 (véritables voies de fait) が行われるのに対し、後者の場合は妻が夫の家へ無理に押し入る (forcer sa porte) ことに過ぎるのである。⁽⁵⁾ かくして、この両者の強制方法の違いを判例が注目するに至った。そして、殊に、妻に対する強制力の行使は乱暴 (la brutalité) であって、これは現代の良心 (la conscience moderne) に矛盾するとみられた。⁽⁶⁾ それ故に、一八八一年以来、夫の武力による強制を否定する判例があらわれたのである。⁽⁷⁾ しかし、妻の夫に対する強制については判例は公権力の行使を認めるのである。⁽⁸⁾

夫の妻に対する強制は、結局、今日の風習 (*mœurs d'aujourd'hui*) に合わず野蛮であり、實際的效果が期待出来ない訳であるが、特に、実効性の点では、夫の実力によって妻が婚姻上の住居に連れ戻されても、監禁罪 (*le délit pénal de séquestration*) を犯すことなしには、夫は妻が再び逃げるのを防ぎ得ないのである。⁽⁶⁾ 強制手段については、正当性 (*légitimité*) と実効性 (*efficacité*) の両面からその当否が検討されるが、強制手段の行使 (*l'emploi de mesures coercitives*) それ自体は、既に述べたように、婚姻から生じる義務履行が公序の性格を有していることから、その正当性を認め得るが、実効性については、同居義務のすべての外面的実行 (*une exécution toute extérieure du devoir de cohabitation*) に帰し得るに過ぎないのである。⁽¹⁰⁾

(四) 間接的方法

間接的方法は力による同居の強制ではなく、その不履行をなす配偶者に財産的損害を与えることによって同居の強制を間接的に促す金銭上の間接的強制である。これは直接的方法とは違って、夫も妻もこの方法を平等に利用し得るのであり、実効性も望めるので好ましいものとみられるのである。⁽¹¹⁾ 判例もこれを心よく (*volontiers*) 活用している。それは判例がこれを損害賠償理論の単なる適用 (*une simple application de la théorie des dommages-intérêts*) とみているからである。⁽¹²⁾ だが、損害賠償と間接的強制とを同じにみることは出来ない。損害が賠償的制裁 (*une sanction compensatoire*) であるのに対して、間接的強制は強制的性格 (*un caractère coercitif*) を有するからである。⁽¹³⁾ 間接的強制には同居義務を履行しない遅滞 (*retard*) の場合は、(イ) 一日について幾らかの金銭の支払いをなす場合、(ロ) 妻の収入の差押 (*saisie des revenus de la femme*) の場合、(ハ) 妻に対する生活費の支払拒否 (*refus de pension à la*

femme) の場合がある。

(イ) 金銭の支払いについては、一八二四年以来、判例によって認められるに至ったが、殊に、一八七五年以後その判決は増大した。⁽¹⁴⁾ そして、現在ではその強制は、夫に対して妻を引受けるように強制させ、或は妻に対して夫のもとへ帰らせるように強制する目的で用いられる最も普通の方法 (le moyen le plus normal) であるとみられる。⁽¹⁵⁾

(ロ) 妻の収入の差押については、夫の援助拒否 (le refus de subsides) が妻に収入ある場合には何等の意味もないので、この方法がとられるのである。これは古くから判例によって認められてきたのであり、妻の収入に対して差押せざる (faire saisir) のみでなく、仮差押せざる (faire séquestrer) 場合もある。⁽¹⁶⁾ 判例の中には、収入 (les revenus) と給料 (les salaires) とを區別して、収入についてのみ差押を許すものもあった。⁽¹⁷⁾ かかる差押或は仮差押はあく迄夫のみを債権者 (le créancier) として認めている点で不平等的であり、また、同居義務違反という財産外的性格 (le caractère extra-patrimonial) を有するものについて行われる点でその必要性が問題となるのである。この方法は一時的な (provisoire) ものであるから、差押よりも仮差押として行われるが、妻に対して夫の収入の差押を認めず、裁判所が夫権の特権 (une prérogative de l'autorité maritale) から、かかる制裁を作り出したものとみられる。⁽¹⁸⁾

(ハ) 妻に対する生活費の支払拒否は、妻の同居義務不履行という事実上の別居の場合に認められるが、それは妻が有責 (coupable) の場合に限られる。妻の過失 (une faute) 乃至婦責事由によらないで事実上の別居をなしたときには、妻は夫に対して扶養定期金 (une pension alimentaire) の請求権を有するからである。夫が妻の非行 (inconduite)

により別居しなければならなかった場合は正にその拒否が出来る⁽¹⁹⁾。また、妻が正当理由なく (sans motif légitime) 婚姻上の家 (le foyer conjugal) から去った場合も勿論これに含まれる⁽²⁰⁾。かかる夫の支払拒否は、婚姻から生じた義務の相互関係 (la corrélation des obligations nées du mariage) の原則に結びつけられていることから認められる⁽²¹⁾のであり、これは同時履行的抗弁とみることも或は一種の報復的措施とみることも出来る訳である。

(b) 賠償的制裁 (sanctions compensatoires)

賠償的制裁は損害賠償 (dommages-intérêts) であるが、遺棄された夫婦 (l'époux abandonné) はその配偶者が生ぜしめた損害に対して、裏切られた夫婦と同じ (comme l'époux trompé) その賠償請求権を有する⁽²²⁾。配偶者の遺棄がそれによって他方配偶者の貧困 (la misère) をもたらすことから、[單なる精神的な遺棄は問題とならない筈であるが、判例は精神的要素 (l'élément moral) を常に考慮に入れるのである。婚姻義務の履行拒否 (le refus d'accomplir le devoir conjugal) は、それが正当でなく且つ永続的である (injustifié et persistant) 場合において損害賠償を生ぜしめるのである⁽²³⁾。ここで問題となる損害賠償は不法行為 (des délits) に関する第一三三二条によって認められると解され⁽²⁴⁾、違約罰的性格 (le caractère d'indemnité contractuelle) を有しないとみられるのである⁽²⁵⁾。それは婚姻から生じた義務が自然的基礎 (un fondement naturel) を有し、それは合意によるものでないからである⁽²⁶⁾。なお、同居義務を勿論含めた婚姻義務違反 (des manquements au devoir du mariage) に対する十分な制裁は、かかる損害賠償よりも、別居 (la séparation de corps) 或は離婚 (le divorce) であるには相違ないが、故に、近時、これを理由に賠償的制裁を与えるのを拒否した判例も存した⁽²⁷⁾。しかし、この判例は正に破棄されたのである。

二 刑事制裁

一九四二年七月二三日法は親族遺棄罰 (le délit d'abandon de famille) の名の下に、夫婦のいずれか一方による家庭遺棄となる犯罪を設けた。これは一九五八年一月二三日命令によって改められ、罰金が一〇〇〇フラン以上二万フラン以下であったのが後述のように引下げられたほか、一九七二年一月三日法によって一定の判決輕視をした場合にも、処罰する旨の規定が補強された。一九五八年命令では、子供のある正当家族 (un ménage légitime) の父或は母によって行われた場合⁽²⁸⁾、或はまた、妻が懐胎していることを知っている夫によって行われた場合にのみ処罰される。前者については、父或は母がその不在 (l'absence) であるために正当理由を持たず、また、親権或は後見から生ずる義務の全部または一部を負担していることを必要とする。その不在は二ヶ月以上継続しなければならぬ。その訴追 (la poursuite) は家庭に残された配偶者の訴 (la plainte) によつてのみなされ、司法警察員 (un officier de police judiciaire) による犯人の詰問 (une interpellation du délinquant) によって開始される。その後、その者に義務履行のために八日間の猶予が与えられる。もし、犯人が逃亡し、或は知れた住所を有しないときは、その詰問は知れた最後の住所に対する書留の方法によって代えられるのである。この制裁は三ヶ月以上一年以下の禁錮 (un emprisonnement)、或は三〇〇フラン以上六〇〇〇フラン以下の罰金 (une amende) である。

一九七二年法では、民法第二一四条第四項に反したためなされた判決や、配偶者、直系尊属、直系卑属に対して扶養定期金を支払うよう命じた命令や判決、更には、同第三四二条によって子に対して支払いをなすよう命じた判決が、二ヶ月以上全額支払いなく放置される場合に、上述の場合と同様の処罰がなされるのである。この第二一四条第

四項の夫婦の義務には、勿論、同居の義務も含まれるので、その不履行は処罰の対象となるのである。

- 社 (一) Lyon, 14 mai 1920, D. 1920, 2. 128, S. 1920, 2. 122.
- (二) Paris, 31 mars 1855, S. 1855, 2. 494; Chambéry, 27 octobre 1931, D. H. 1931, 579, S. 1932, 2. 14.
- (三) Paris, 29 mai 1808 et Pau, 12 avril 1810, D. Jur. gén., *v*° Mariage, *n*° 762; Req. 9 août 1826, D. Jur. gén., eod. *v*°, S. 1827, 1. 88; Dijon, 25 juillet 1840, D. eod. *v*° S. 1840, 2. 291; Paris, 31 mars 1855, S. 1855, 2. 494 etc.
- (四) Paris, 7 décembre 1824, D. Jur. gén., *v*° Mariage, *n*° 748, note 3; Cass. 20 janvier 1830, S. 1830, 1. 99; Paris, 7 janvier 1903, D. 1903, 2. 16; Lyon, 14 mai 1920, D. 1920, 2. 128, S. 1920, 2. 122.
- (五) M. Planiol et G. Ripert, op. cit., *n*° 372
- (六) M. Planiol et G. Ripert, op. cit., *n*° 372
- (七) Aix, 22 mars 1881, S. 84, 2. 93.
- (八) Paris, 7 janvier 1903, D. 1903, 2. 16; Lyon, 14 mai 1920, D. 1920, 2. 128, S. 1920, 2. 122
- (九) G. Marty et P. Raynaud, op. cit., *n*° 196
- (十) M. Planiol et G. Ripert, op. cit., *n*° 373
- (十一) G. Marty et P. Raynaud, op. cit., *n*° 196
- (十二) M. Planiol et G. Ripert, op. cit., *n*° 371
- (十三) M. Planiol et G. Ripert, op. cit., *n*° 371
- (十四) Req. 27 mai 1878, D. 79, 1. 80; Req. 26 juin 1878, S. 79, 1. 176; Liège, 16 juin 1897, S. 98, 4. 15; Trib. Bourgneuf, 2 février 1900, Gaz. Pal., 1900, 1. 450; Lyon, 24 février 1909, D. 1910, 2. 172, S. 1909, 2. 283; Trib. Seine, 6 mars 1911, D. 1911, 5. 28

- (15) M. Planiol et G. Ripert, op. cit., n° 371
- (16) Paris, 14 mars 1834, S. 1834, 2. 159; Aix, 23 mars 1840, S. 1840, 1. 474; Caen, 14 août 1848, D. 1850, 2. 185; Paris, 27 janvier 1855, D. 1855, 2. 208; Nîmes, 20 février 1862, D. 1863, 2. 194; Trib. Lyon, 19 mars 1870, D. 71. 5. 258
- (17) Trib. Nantes, 18 mars 1896, Rec. Angers, 1896, p. 225
- (18) M. Planiol et G. Ripert, op. cit., n° 370
- (19) Paris, 29 août 1857, D. 58. 2. 27, S. 57. 2. 768
- (20) Montpellier, 4 mai 1847, D. 47. 2. 81, S. 47. 2. 418; Trib. Angoulême, 30 mai 1864, D. 64. 3. 45; Trib. paix Vendôme, 26 octobre 1910, D. 1913, 2. 247; Trib. Seine, 3 mai 1915, Gaz. Trib., 29 octobre 1915; Trib. Seine, 14 décembre 1923, Gaz. Trib., 9 novembre 1924; Trib. paix Ecouen, 16 juillet 1943, D. 1944. Som. 3.
- (21) M. Planiol et G. Ripert, op. cit., n° 369 各々『東洋雑誌』「米露間の條約の reciprocity」(第111号) 1011頁以下、殊に 107頁以下參照
- (22) Cass. 21 juin 1878, D. 79. 1. 480, S. 79. 1. 175; Bourges, 17 mai 1808, D. Jur. gén., v° Mariage, n° 755; Nîmes, 20 février 1862, D. 1863, 2. 194, S. 1863, 2. 161; Cass. belge, 18 mai 1899, D. 1901, 2. 161.
- (23) Montpellier, 20 novembre 1897, D. 1899, 2. 15, S. 1901, 2. 137; Trib. Clermont-Ferrand, 9 août 1900, Gaz. Pal., 1900, 2. 620; Dijon, 27 février 1907, S. 1907, 2. 64.
- (24) だが 一八九九年五月一八日の破毀院判決は不法行為として一四二条を援用してゐるのを
- (25) M. Planiol et G. Ripert, op. cit., n° 368
- (26) Paris, 27 juin 1963, J. C. P. 1963. II. 13360
- (27) Civ. 1^{re} sect. civ., 9 novembre 1965, D. 1966. 80.

(28) Trib. corr. Toulouse, 1^{er} juillet 1949, D. 1949, 528 (但し正当家族に限っていふ)

五 同居義務の限界

婚姻関係が継続する以上、夫婦は原則として同居義務を負うことはいふ迄もないが、しかし、一定の場合には婚姻中であるにも拘らず例外的に同居義務が消滅することがある。それらは離婚や配偶者の死亡の如く、絶対的にその義務が消滅するのではなく、当該事情の存在する一定期間に限って消滅するとみるべきであるから、相対的消滅といふと出来るが、より正確には同居義務の停止という方がよいであろう。だが、これは同居義務の限界(limite au devoir de cohabitation)の問題とみることも出来る。⁽¹⁾同居義務の限界はそれが如何なる場合にその範囲を越えるかによって明らかにされる必要がある。とにかく、同居義務が一応消滅する場合には、大別して(イ)別居のとき (ロ)正当理由の存するときとが考えられる。

(イ) 別居による同居義務の消滅

先ず、離婚或は別居の訴訟中 (pendant l'instance) において、裁判長の命令により夫婦の別居を認めた場合に同居義務は消滅する。

更に、別居判決 (un jugement de séparation de corps) が下された場合にも同様である。

事実上の別居の場合には、それが合意によるときには無効であるから、これによって同居義務を免れることはな

い。また、それが夫婦の一方の遺棄等の如く婚姻義務違反 (manquement au devoir conjugal) による場合には、婚姻から生ずる種々の義務の間に既述の如く相互關係が存するために、地方の配偶者は同居義務を免れると判例はみている。⁽²⁾ かかる場合はむしろ次に述べる正当理由の存するときであるとみることが出来る。

(四) 正当理由の存在による同居義務の消滅

如何なる場合に正当の理由ありとみるべきかについては、既述した第二一五条第二項の規定がその適例を与えている。これは夫の住居選定権の乱用的場合を予想していると雖も、妻の同居拒否が正当理由ある場合には認められ得ることを示しているものといえる。だが、判例は右条項が設けられる前から、夫が定めた住居が妻にとって肉体的・精神的な面において危険を生ぜしめる如き場合には、妻の同居義務を免除し、同居拒否権を認めているのである。例えば、夫が扶養義務 (l'obligation d'entretien) を懈怠した場合、⁽³⁾ 夫が妻を適当に (convenablement) 受け入れる義務を懈怠した場合、⁽⁴⁾ 夫が妾 (une concubine) との同居を妻に強要する場合、⁽⁶⁾ 習慣、性格、言語が異なるために妻の尊厳 (dignité) を傷つける危険のある人との同居を妻に強要する場合、⁽⁶⁾ 夫が妻の家事にもどる余地を与えず、夫の母の従属的役割を強要する場合等である。⁽⁷⁾ このほか、同居義務に包含される性的關係についても、やはり、正当理由あると考えられる場合には妻の同居拒否が認められると思われる。かかる場合には性的要求乃至婚姻上の義務を拒否し得ることが認められている。例えば、不自然な行為 (pratiques contre nature) を求めたり、⁽⁸⁾ 避妊の実行 (pratiques anti-conceptionnelles) を要求したり、⁽⁹⁾ 乱行 (inconduite) を働いたり、⁽¹⁰⁾ 年令が適当でなかったり、⁽¹¹⁾ 交接不能 (impuissance) や体の構造の欠缺 (un défaut de conformation) があつたりした場合等である。⁽¹²⁾

なお、正当理由のない同居拒否乃至事実上の別居は、夫婦の一方の他方に対する重大なる侮辱 (injures graves) となる場合が多く⁽¹³⁾、この場合は離婚原因となることはいふ迄もない(第二三二条)。

- 但 (1) Cf. G. Marty et R. Raynaud, op. cit., n° 195
(2) G. Marty et R. Raynaud, op. cit., n° 195
(3) Req. 4 mars 1914, D. 1916, 1. 31.
(4) Rouen, 24 novembre 1812, D. Jur. gén., v° Contrat de Mariage, n° 1703; Pau, 15 février 1839, D. Jur. gén., v° Mariage, n° 749.
(5) Req. 2 janvier 1877, D. 77, 1. 162, S. 77, 1. 257; Pau, 8 mai 1890, S. 91, 2. 3; Paris, 21 mai 1897, S. 97, 2. 296.
(6) Pau, 8 mai 1890, précité.
(7) Douai, 26 mars 1901, D. 1902, 2. 188, S. 1902, 2. 309.
(8) Nîmes, 5 juin 1894, D. 1900, 2. 206, note, a. S. 96, 2. 142; Nancy, 10 mars 1894, D. 95, 2. 14, S. 94, 2. 112.
(9) Caen, 26 décembre 1899, D. 1900, 2. 206, S. 1900, 2. 143.
(10) Alger, 26 février 1895, D. 95, 2. 344.
(11) Trib. Lyon, 13 juin 1929, La Loi, 18 janvier 1930.
(12) M. Planiol et G. Ripert, op. cit., n° 362 など、その配偶者が婚姻について故意にかつしたときは、重大な侮辱となるのである。
(13) 例えは、夫による婚姻上の住居の放棄の場合(Req. 3 janvier 1893, D. P. 93, 1. 517)、妻によつて婚姻上の住居に住むことを拒絶された場合(Civ., 2e sect. civ., 9 janvier 1957, D. 1958, Somm. 21)等であり、これに対つて、妻がフランスにおける夫婦の同居義務

が婚姻上の住居を放棄し或はその復帰を拒否するのが夫の暴力行使 (une violence) に原因ある場合 (Req. 27 janvier 1908, D. P. 1908, 1, 154) 等は重大な侮辱とはならない。

六 結 語

フランスにおける夫婦の同居義務は、夫婦双方にとって一応平等的なものとみられるが、それは根本的には夫婦間の義務の間に相関的關係が存するためであるといえる。妻が正当理由ある場合に、同居拒否をなし得るのも、かかる場合に夫の婚姻上の義務違反があることによる。夫と妻とのかかる義務の対応的関連は、夫婦間に認められる義務の内容が必ずしも同等のものであることを意味するものではない。立法論はともかく、今日、依然として、夫が家族の首長とされ、夫に婚姻上の住居の選定権があり、同居義務の内容が妻は夫と同居する義務を負うとされるのに対し、夫は妻を受け入れる義務を負うとなすことのいずれをみても、表面上は、夫婦は勿論、平等的関係におかれているとはいえない。だが、これが果して封建的であり、早急に改められるべきものというべきかは問題であって、かかる制度の中にむしろ妥当な面が相当存在することは否定出来ない。婚姻乃至家族が運命共同的結合体であるならば、それを統率し、その責任を負担すべき所謂、首長の存在は必要であるからである。わが国においても、既に、末弘博士によって家団論が主張され、また、今日では世帯が一定の法的意味を与えられる等、家族を統一ある団体として法的に認めんとする必要性が大きいために、家族団体論を更に検討する必要があるように思われる（勿論、夫婦平等主義の上から大きな問題が存することは無い）。夫婦、更には親子の同居義務は正にここにその真なる意義を見出

すべきではないだろうか。かかる意味で、フランスの右制度は極めて参考となろう。

フランスにおける夫婦の同居義務をわが国のそれと比較すると、いくつかの点で顕著な差異を認め得る。その主たるものをあげると、先づ、婚姻上の住居選定についてである。わが民法ではこれについて直接の規定を欠くが、夫婦の氏の協定（第七五〇条参照）と同様に、夫婦の協議によって決められると解される。協議が成立しないときには家庭裁判所の審判で定めようことになる（家審法第九条第一項乙類第一号）。故に、わが国では住居選定についての乱用はみられないことになるが、フランスではその恐れが多分にあり、そのための救済措置として第二一五条第二項の如き規定があることは再説する迄もない。

次に、同居義務違反に対する制裁である。中でも間接強制はフランスでは今なおよく用いられているが、わが国ではそれは夫婦共同生活の本質に適さないとして学説及び多くの判例がこれに反対しているのである。

第三に別居制度についてである。フランスにおいてはそれは従来、婚姻不解消主義に対する離婚代用物として作用し、一九〇八年六月六日法によって別居の離婚への転換（conversion）が承認されてから、それは離婚の予備段階として存在するに至った。⁽¹⁾ わが国には別居制度はなく、単に正当理由ある場合に同居拒否、つまり、別居をなし得ることが認められるに過ぎない。⁽²⁾ だが、これは制度としての別居ではなく、また、その効果についても、フランスにおける婚姻関係の弛緩⁽³⁾（le relâchement du lien conjugal）としてみられる程のものは認められていないのである。

注（1） 谷口、前掲外国法典叢書、二六九頁。

（2） なお、夫婦間の別居の合意や別居調停の有効性については問題があるが、わが国でも別居制度の確立の必要性は次第に

高橋ついで氏の説である。

(3) Cf. H. et L. Mazeaud, et J. Mazeaud, op. cit., n° 1531 et s.