

資料

結婚の破綻と離婚に
關する最近の判例

加藤 正 男

わが明治民法は、裁判離婚については、絶対主義・有責主義ないしは制裁主義を採用していた（同法八）^{（一三條）}。しかし、太平洋戦争後の新民法七七〇條は、これをアウフ・ヘーベンして、相對主義・目的主義あるいは救済主義をとるにいたつた。そして、同條第一項第五號では、裁判上の離婚原因として、「その他婚姻を繼續し難い重大な事由があるとき」という規定が、あらたに設けられている。これは、普通は、相對的離婚原因とか、一般條項 (allgemeine Klausel) とか呼ばれるものであつて、結婚が客觀的に破綻してしまつた場合に、離婚を認めようとする、いわゆる破綻原因規定として解釋されている。ところが、この規定がひじょうに漠然としたことばを使つているために、そうした破綻原因を引き起した有責の配偶者自身のほうからの離婚請求が認められるかどうか、というきわめて重大な疑義がもたれることになつた。この點については、ほとんどすべての判例は

消極説（離婚請求を認めないという説）を採用しているように思われるのであるが、それとは別に、積極説をつらぬくことも決して不可能ではないと考えられるのである。

そもそも、配偶者の責任と結婚の破綻との關係は、これを次の六つの事態に分けることができる。(1)被告だけが有責である場合、(2)主に被告が有責である場合、(3)原・被告ともに無責である場合、(4)原・被告ともに有責である場合、(5)原告だけが有責である場合、(6)主として原告が有責である場合が、これである。わたくしは、すでに、これらの諸事態についての判例がある程度まで整理したのであるが、そのすべてを批判・検討することは、都合によつて、別の機會に企てることにしたい。ここでは、たゞ、右の(1)から(4)までの場合には、わが國の民法上でも離婚請求が許されるべきこと、および(5)(6)の場合には、大きな問題性があることを、指摘しておくのとどめる。本稿では、このような問題を中心として、民法のいわゆる「その他婚姻を繼續し難い重大な事由」に關する最近のいくつかの判例を紹介することにしたい。だから、この稿は、結婚の破綻と離婚原因をめぐるわたくしの綜合判例研究の資料的序説にすぎない。^{（註）}

（註） この問題に關する主な勞作は、次のとおりである。

門坂正人・破綻主義と有責配偶者の離婚請求・阪大法

學五號

谷口知平・愛情消失、長期同棲廢止と離婚・民商二八

はじめに、裁判離婚のうちでも、いくらかアップ・ツー・デートなケースを紹介しておこう。その場合、わたくしたちの頭にはすぐピンとくるのは、抑留未歸還者の離婚訴訟事件だろう。この問題は、日ソ・日中交渉という政府問題にもからんで、ジャーナリズムでも大きく取りあげられており、わたくしの整理したかぎりでも十數件、しかも實に種々雑多なケースがあるのだが、ここでは、「その他婚姻を繼續し難い重大な事由」が問題となつた一・二の事件をあげるのにとどめる。

〔一〕 東京地裁昭和二九年八月一三日判決（判例時報三三號

三頁）

『…原告〔妻〕、被告〔夫〕は、昭和十八年一月、婚姻の届出を了した。…翌十九年二月十四日、長女Y子出生。〔原被告は〕、同年五月頃、再び滿洲に渡つたが、ソ連の參戦があつた爲、軍の命令で、原告は、被告と別れ、Y子を伴つて…昭和二十一年六月中、被告の父母の居る長野縣松本市の被告の實家に歸つたのであるが、被告の母と折合が悪く、その爲め、原告は、昭和二十三年三月頃Y子を伴つて仙台市の

結婚の破綻と離婚に關する最近の判例

原告の實家に歸つた。その後、原告は進駐軍に雇人として勤務して居る中に、訴外Eと知り合つて…昭和二十六年四月頃、事實上の婚姻をした。そして同人との間に、昭和二十七年三月二日、女兒M子を出生し、被告と原告との間の子として届出〔でた〕。今後、原告はEと夫婦生活を送ることを固く決意して居て、被告と將來夫婦生活を送る意思が全然なくなつて居る。尙、Y子は、…被告の母が昭和二十六年八月頃、その手許に引取り、現在、その手で養育されている。

『仍つて案ずるに…諸種の事情からして、時期は不明であつても、やがて歸還することが確實である限り、やがて現實の結合關係の回復することが確實であるから、夫婦の實質が失われて居ると云うことは出来ない。何となれば、夫婦の結合關係は、…一時的の結合關係ではなく、終生の結合關係をその本質とするのであるから、その生涯の一時期に於てその現實の結合關係が、中斷されても、それがやがて回復する以上、その現實の結合關係は依然として、繼續していると云えるからである。従つて、本件の如きも、…婚姻の實質が失われていることを理由とする離婚原因とはならず、妻は夫に對し離婚請求權はないのであるから、妻として、誠實に夫の歸還を持つべき義務がある。…夫たる被告は、シベリヤの僻地に於て、日々、苦難の抑留生活を送つて居るのであるから、妻たる原告は、これを思い自ら苦難に耐えるのが夫たる

被告の苦難に答える道であつて、原告の耐うべき苦難は、主として、孤閨を守ることの苦しきであると認められるから（本人尋問や證言を綜合してみても、經濟的苦しき、その他生活上の困難で、耐うべき苦難のあることは認められない）前記の様に解したとて、原告に難きを強うると云うが如き性質のものではない。のみならず、被告がやがて歸還して原告と夫婦生活を送るべきことを、待ち望んでいることが、證人Tの證言によつて推知されるから、妻たる原告も之に應えて、被告の歸還を待つべきであ「る。」然るに、原告は、右義務を盡すことなく、自己の責任ある行爲によつて被告の母と折合を悪くし、その結果：：夫以外の男子と事實上の婚姻を爲し、：：被告と婚姻關係を繼續する意思を抛棄したのであると、：：婚姻の實質は、原告が自ら之を破壊し去つたものであると斷じなければならぬ。：：改正民法は、裁判上の離婚について、制裁主義、即ち婚姻當事者の一方がその責任ある行爲によつて婚姻關係の實質を破壊せしめた場合に、その制裁として、他の一方の當事者に離婚請求權を與えると云う主義をとらないで、救済主義、即ち實質上破壊されて仕舞つた婚姻關係から當事者を解放せしめる爲、婚姻當事者双方に離婚請求權を與えると言ふ主義をとつてゐるとは云え、離婚請求權が權利として構成されている以上、婚姻關係の實質破壊に原因を與えた者に、離婚請求權を與えて居るとは解し

得ない。：：尙、婚姻關係繼續中夫以外の男子と通ずることは、明かに不貞行爲であるから、被告において離婚請求權を取得こそすれ：：。原告は、よろしく、被告の歸還を待つて、然る後に本件婚姻關係の處置を爲すべきである。』

この判決は、結婚生活を破壊した者自身に離婚請求を許さないとしてゐる點では、消極的破綻主義によつてゐるともいえる。しかし、原告が「孤閨を守ることの苦しき」から不貞行爲をなしたという判示には、有責主義的色彩が強い。ともあれ、この事件などは、いまわしい帝國主義戰爭によつてもたらされた悲劇の一典型にほかならない。(註)

（註） なお、この判決に對しては、中川善之助・ジュリスト 六六號二頁の批評がある。

〔二〕 東京地裁昭和二五年一二月六日判決（下集一卷一二號 三頁）

『原告「妻」、被告「夫」は、昭和十五年十二月十一日朝鮮京城府で事實上婚姻し、：：昭和十六年二月四日婚姻の届出をした。被告は、昭和十七年「六月頃」北支に移つた。原告「もその」頃引揚げ、別居生活をする事とな「つた」昭和十八年三月頃原告は、陣中見舞のため：：被告を訪ね：：たが、當時被告は、他の女性と關係のある様子が見受けられた。：：被告は、終戦後も彼地にとどまり、機會があつたにも拘らず歸國せず、：：終戦後被告は、三十才餘りと思われる女

性と同棲して……いた。

『そこで……考えるに、……原告は被告と別居以來今日まで八年にわたつて孤獨の生活を守り、終戦後は被告からの便りも簡単なはがきが一、二度来ただけで生活費の支給もなく、實家の援助によつて辛うじて生活を維持している。……被告が歸國してもその女性との關係が清算されることも斷言できない。……原被告が京城府で同棲した期間も僅か十ヶ月位にすぎなかつたため、夫婦の愛情を深めるまでに至らず、又その間には愛情のきずなである子もない。……内地にいる被告の弟妹一族の人々も擧げて原告の境遇に同情をよせ、その幸福のため離婚に賛意を表していることが認められる。できることなら被告の引揚げを待つて、その意向をたしかめた上で双方の幸福のために善處することが望ましいことではあるが、右の事情であつてみれば、原告が今日被告との離婚を求めることは、まことにやむをえないことであつて、右の事實は民法第七七〇條第一項第五號にいわゆる「婚姻を繼續し難い重大な事由があるとき」に該當する』

これは、前掲判決と同じく東京地裁にかかるものでありながら、まづたく反對の結論を下した判例である。この判決では、原・被告ともに無責という立場がとられているようにみえる（被告による不貞も悪意の遺棄もないと判示）。

次に、嫁と姑との對立・葛藤から生れた離婚を認めた判例を

結婚の破綻と離婚に關する最近の判例

二・三紹介しよう。

〔三〕 福岡高裁判決（婦人公論昭和三〇年八月號六六頁）

『被控訴人（原告・夫）と控訴人（被告・妻）とが昭和二十三年四月七日婚姻届をなし、昭和二十四年三月三日長女が生れたことは明かである。……被控訴人は昭和十九年九月某大學醫學部卒業後、軍醫になつていたが、昭和二十一年一月復員し、母校……において……研究中であり、控訴人は某大學英文科を卒業したものである……。被控訴人の母は、元來舊弊の持主で、……控訴人がラヂオをきき、新聞を讀むことまで、「嫁のすることではない」と禁じ、……昭和二十三年四月頃から被控訴人に對し控訴人との離婚を懇願するようになった。そして「同年八月」十三日頃被控訴人の兄を通じ、控訴人を「里歸りの名目で早く東京に歸せ、歸さねば仕送りを中止する」と強硬な申入れをするに至つたが、被控訴人は同年九月頃から約一ヶ月胸部疾患で臥床するようになったので、控訴人は身重で倦怠を覺ながら家事一切と看病を一人で引受け、生活費、療養費の不足は持參金や實家からの援助で補……つた。けれども姑はこの事情を無視し……同年九月から十月頃の間に、控訴人と「別れたら療養費をやる」と申向けたり、被控訴人の兄に五千圓を渡し控訴人を「東京に歸せ」などと追つた。控訴人の父も、一旦は……控訴人の至らぬ點を詫びる書面を送つ……たが、何の反響もないので、娘可愛さの一

念：：から、同年十一月三日頃姑に對し：：同人は「時代遅れで封建的で頑固である」ときめつけもし、離婚を強要する「金二百萬圓耳を揃えて出して貰いたい、そうすれば控訴人、被控訴人が納得することを條件に離婚に努力する」旨、極めて激越な文字を連ねた書面を送つ：：た。そこで被控訴人の父母はこれをもつて絶縁状であると痛憤し、事態は著しく悪化した：：。控訴人は同年七月中二回にわたり、被控訴人の兩親に對し自己並にその長女の生活費と出産費合計十八萬九千五百圓の送金を要求し、「應じないなら法定手續をとる」旨の内容證明郵便を突付けるなど、兩者間險惡な空氣を醸成し、被控訴人も：：離婚を強く求めている。

『以上認定の經過事實に徴すれば、本件婚姻の破壊をもたらしたのは、：：被控訴人の母の舊式な因習、思想に基く控訴人に對する失當な措置が動機となつたことは否み難く、これに對し、控訴人の父の執つた方法が直接の原因となつたもので、その目的動機はともあれ、被控訴人の母の人格に對する侮辱であり輕卒の讒を免れず、歸するところ重大である。轉じて控訴人の婚姻以來今日迄の一連の行動は、さして批難に値する點は認められず、ただ：：法定手段をとる云々の手紙はいささか穩當を缺く「が」、その一半の責任は被控訴人にもある。：：又被控訴人についてみるに、自己の母と控訴人の間に立ち母を啓蒙し兩者の融和を圖る努力が足りなかつた

嫌いはあるけれども、元來勝氣な母であり、將來病院經營をなさねばならぬ立場上、又經濟上の理由もあつて、その兩親を振捨ててまで婚姻を繼續することは、到底求め得ない：：。かようにみても、本件婚姻當事者双方の責に歸せられない事由、即ち被控訴人の兩親（殊に母）と控訴人の兩親との互に相容れない性格思想から出で、今日では兩者は全く融和し得ない状態であり、たとえ兩者に婚姻の繼續を強制しても、到底圓滿幸福な夫婦生活を續けさせることは望み得ないものである。かような事情である以上、控訴人には氣の毒であるが、婚姻關係を解消し、被控訴人に對しては、控訴人との婚姻を繼續し難い重大な理由なるものとして、本件離婚の請求を認容する外はない。：：そこで、終局の判断において右と同趣旨に出た原判決は相當であり、控訴は理由がなく：：。』

右の判決は、「この嫁に罪ありや」という副題でジャーナリズムにとりあげられ、數名の學者および實務家によつて検討されてゐる（前掲・婦公中の川島武宜氏等による座談會、中川善之助氏の論文等）。これは、有責の原告側に離婚請求を許したという點では、珍らしくも、積極的破綻主義を採用しているようにみえる。そつだとすれば、ほとんど責任のない被告は、家族制度的追出し離婚の犠牲者だともいえよう。この判例は、あるいは、原告・被告とも無責という見解をとるのだろうか。なお、この事件では、その後、被告からさらに最高裁に上告したが、最高裁はこれを東京家裁の

調停に付したところ、協議離婚が成立したという。

〔四〕 昭和二六年二月五日横濱地裁小田原支部判決（下集二

卷二號一二三頁）

『被告〔妻〕は、生來強情で我儘であり、これに對して原告〔夫〕の母及び叔母は、勝氣で負けず嫌いで、いわゆる舊弊の持主であり、被告と原告の母、叔母等との間の衝突は免れなかつた。…原告は昭和二十二年に現住する建物を買い求め、一同ここに移つた。右建物の内金は被告の兄、被告の義兄から夫々借り受けたものであつた。被告は右の事實を鼻にかけ、「この家は私がいたからこそ買ったのだ、半分は自分のものだから壊して持つて行く」など放言するとともに、態度は著しく不遜になつた。昭和二十三年三月頃からは、…原被告と原告の母、叔母とは…カマドまで別にすると云う状態になり、原告は家庭〔が〕面白くなく、…外泊するやうなこともあつた。一方、被告も外出勝で、實家や姉の婚家先などを訪問して歩くことが多くなつた。その間、原告は家庭内の不和を除きたいとの考えから、昭和二十三年中に數回、仲人や被告の親族に集つて貰つて話し合つたが、被告側は原告の母に親らしい態度を要求し、母は嫁らしくすることを求め、容易に話がまとまらず、結局被告は長く仕えるよう諭されるのであつたが、永續きはしなかつた。かくて同年十

結婚の破綻と離婚に關する最近の判例

一月叔母と被告とが魚を買う金のこと、争いをしたことがあつたが、原告も遂に意を決し、これを機會に被告を實家に歸してしまつたのである。被告の言動は妻としての協力義務に著しく反するものと云わなければならぬが、…被告の悪口雜言は賣言葉に買言葉として發せられ、各種の暴行も亦その結果として行われたものが多いことを窺知することができる。従つて、事をここに至らしめた責任を被告のみに負はしめることは相當でなく、その根本の原因は、…原被告及び原告の母と叔母の互に相容れない性格と思想から來た對立相克にあるものと判断する。…原告は、母親の手一つで成人したものであり、感情の上からも又經濟的な理由からも母との別居を望まず、一方被告…の行動に對してむしろ無批判に不満・憤を感じ、強く離婚を求めている…以上、原告と被告との間には、婚姻を繼續し難い重大な事由がある…』。

〔五〕 仙臺高裁昭和二九年二月二六日判決（下集五卷二號二五四頁）

『…被控訴人〔原告・夫〕と控訴人〔被告・妻〕とは、昭和二十二年十二月十五日婚姻の届出をした夫婦である。…』

家族として、父(昭和二十二年八月七日死亡)、母、被控訴人の先妻〔死亡〕との間の子である長男S(大正十四年四月二十日生)、三男、長女、二女、長男の妻、被控訴人の弟が同居していた。……被控訴人は……控訴人との仲も圓滿であつたが、同人等が同様して間もなく、……被控訴人の父が死亡するや、その頃から被控訴人の母、長男、その妻(控訴人が被控訴人と同棲する少し前に長男と婚姻)等の控訴人に對する態度が冷たくなり、……〔昭和二十四年七月控訴人の甥〕は、Sから、「嫁と控訴人との間が圓滿にゆかないから控訴人を引取つてくれ」との申出を受け、……控訴人の意中を確かめることなく、甥の獨斷で、被控訴人に對し控訴人を引取りたい旨申入れ、結局被控訴人と控訴人とは離婚することになつた。しかるに昭和二十四年十一月……「被控訴人からの依頼だから戻つてくれ」というので、控訴人もこれに應じ、被控訴人の方に復歸した。……昭和二十五年一月頃控訴人の衣類が紛失したことがあり、……このことから家内の風波は絶えず、一方控訴人も婚姻當初に比し次第に強情さを増し、……ために被控訴人は神經衰弱のようになり、控訴人に對する感情も極めて悪化するに至つた。

『以上によると……婚姻關係が圓滿を缺くに至つたのは、……同居の家族、殊に被控訴人の長男夫婦〔と控訴人〕との間の不和確執が端緒となつて、これによつて次第に助長され

たものであることが明である。……被控訴人は、その性格溫和であつたが、この點の配慮と努力に缺けることないよう十分注意を拂つた形跡はこれを認めることができず、却つて長男夫婦等の控訴人に對する感情悪化の赴くままにして、自己の婚姻關係にも龜裂を生ずるに至らしめ、しかもそのまま家政を長男に委ね、ついにその婚姻關係の平和維持を困難ならしめるに至つたものであることが認められる。……かような次第で、被控訴人と控訴人との婚姻關係が現在において繼續困難な事情にありとするも、その基因は結局被控訴人の責任に歸するものであり、かような場合は、被控訴人において婚姻繼續の困難な事情を主張して裁判上の離婚を求めることは、これを許さないものといふべきである……』

この事件は、いわばシュウトと姑との離婚が問題になつていふという點で、特色がある。そして、この判決は、消極的破綻主義を採用している。その場合、この事案の原告が、いわば「お父さんはお人好し」でありすぎたため、結婚の破綻をもたらしした點に責任がある、と判示されたことは、興味深い。

次に、妻と別居して愛人と同棲する夫は、妻を相手どつて離婚請求をすることができらるうか。この點については、ほとんどすべての判例は、消極説をとつて^(註)いる。次の二つの最高裁判決も、その例外をなすものではない。

(註) 最高裁昭和二十七年二月一九日判決(最集六卷二號一一

○頁)は、消極的破綻主義を最初に表明した最高裁判例である。この判決については、前掲・門坂、谷口氏のほか、西川達雄・法學二卷一號、沼正也・法新六一卷八號、尾高都茂子・法協七二卷三號、木南健二・週聞朝日昭三〇・一二・一一などの紹介、批評がある。

〔六〕 最高裁昭和二九年一月五日判決(最集八卷一一號二〇二三頁)

『…上告人「夫」は昭和二一年三月頃被上告人「妻」を嫌つてそのもとを立ち去り、爾後引續き同居を肯せず、その間昭和二六年一月頃には某女と事實上の婚姻をなし、現にこれと同棲しているものであり、…當事者間の婚姻關係の繼續が事實上困難になつているとしても、そのようなことになつたのは、もつぱら上告人の行爲に起因している。…民法七七〇條一項五號にかかげる事由が、配偶者の一方のみの行爲によつて惹起されたものと認めるのが相當である場合には、その者は相手方配偶者の意思に反して同號〔五號〕により離婚を求めるとはできない。』^(註)

(註) ここで、参考のために、この判決の上告理由を引用しておこう。

『一、民法第七七〇條第一項第五號…は、必ずしも離婚を訴える者に缺點なく、相手方の配偶者に缺點ある場合のみ限定されるのではなく、客觀的に見て婚姻を繼續し難

結婚の破綻と離婚に關する最近の判例

い重大な事由のあるときの一切を含むものと解すべきである。…假令當事者の主觀的方面で、被上告人に於て猶ほ未憐があり上告人の復歸を望んでいるとしても將來見込みの無い現状を永久に續けさせることが妥當と言えるであらうか。…原判決は人情に反し、客觀的にも不自然な状態であると云わねばならない。…上告人は原審に於ても出来る限り金錢的慰藉の用意あることを述べたのであるが、これこそ唯一の解決策である。

『二、…夫婦關係は一方的の愛着のみで成立、繼續するものではないことは多言をまたぬところである。上告人は被上告人に對し現在全く愛情を冷却しているし、他の女と事實上婚姻をしていて、將來も心境の變化を來す見込みのないものとされているのである。…』

『三、…夫婦間の事は感情極めて微妙で、同棲する當事者には局外者が取り立てて云う程でない相互の多少の缺陷が、甚だ堪え難いものである場合も少なしとしない。…』

この判決は、上告人の主張する事實だけでは、結婚の客觀的破綻があつたかどうか、その點あまりハッキリしないが、だいたい消極的破綻主義をとつていえるといえるだろう。

〔七〕 最高裁昭和二九年一月二四日(最集八卷一二號二一四三頁)

『…上告人「夫」は、何等相當の事情もないに拘らず、他

に情婦を持ち、妻たる被上告人を遺棄し「た」ものである。民法第七七〇一項五號は相手方の有責行為を必要とするものではないけれども、何人も自己の背徳行為により勝手に夫婦生活破綻の原因をつくりながら、そのみを理由として相手方がなお夫婦関係の繼續を望むに拘わらず、右法條により離婚を強制するが如きことは、吾人の道德觀念の到底許さない處であつて……」^(註)

(註) この判決の上告理由は、次のとおりである。

『一、省略。二、「其の他婚姻を繼續し難い重大なる理由があるとき」と云う趣旨は、……各場合に應じ、最も適切妥當な融通性のある解決を爲し得る爲めの規定……であり、第七七〇條第一項第一號乃至四號の離婚原因も、結局は右第五號の例示に過ぎないのである。……占有制度、時効制度は論ずる迄もなく、又、戸籍上より云うも戸籍簿への登載は事實上の親族関係を明確にするが目的であつて……』

『三、要之、原審判決は誠に空想判決であり、天國に於ける人倫判決である。原審判決は……二十年に垂とする長年月營々として築いた社會的、經濟的、親族的秩序乃至基盤と平和な家庭を根本から破壊し、昭和初期の舊秩序に復元しようとして居り、其の害惡の波及する處絶大にして、益する處絶無である。……』

この判決も、事實關係などがあきらかではないが、「吾人の

道德觀念云々」というような「道德」論をもちだしている點からいつて、最高裁としては、ここで、消極的破綻主義の立場をだいたい固めたものとみることが出来る。

このような消極的破綻主義の見解に對しては、いろいろな觀點からの批判がなされる。そうした諸觀點のうち、ここではただ一つ、結婚および離婚の道德性という觀點についてだけ、整理しておこう。わが國の判例のうちにも、「道德」論を展開することによつて、消極的破綻主義を説くものが多い。右の〔七〕はそのホンの一例にすぎない。「清い手」の持主だけが、離婚を請求しようという、Clean Hand 理論も、このような基礎の上に立つている。しかし、何が「道德」であるかについては、別の考えかたをすることも可能なのであつて、いわば「神のわかちたまひし」不幸な結婚生活に苦しむ者を、結婚という名の鐵鎖に無理やりにしばりつけておくことは、かえつて不道德だとさえいえる。積極的破綻主義は、このようなところから出發している。わが民法七七〇條一項五號の解釋論として、消極的破綻主義をとるべきか、あるいは積極的破綻主義を採用すべきか。わたくしとしては、以上のわずかな判例紹介だけからは、結論を急ぐことはさげたいと思う。ただ、積極的破綻主義を徹底するとすれば、結婚の破綻の認定をよほど慎重にしなければならぬこと、および離婚後の相手方の保護という問題、つまり無責配偶者に對する財産分與・慰籍料・子の扶養そのほかの保護

を十二分にすべきことを、ここでは一言するにとどめておきたい。もし現在の日本で、それらが十全に果されるとするならば、積極的破綻主義もまた、正當にみずから貫徹することができるであらう。

なお、本稿は、わたくしのゼミナールにおける共同研究の
一成果にすぎない。堀江和宏その他の諸君の協力をえることができた。