

「絶対的離婚原因」に関する裁判上の諸問題

——最近のケースを中心として——

加藤 正男

まえがき

- 一、「不貞」について
 - 二、夫からの「悪意の遺棄」について
 - 三、「三年以上の生死不明」について
 - 四、妻の「強度精神病」について
- あとがき

まえがき

わが新民法は、よく知られているとおり、裁判離婚に関しては、破綻主義または抽象的相対主義をとるにいたつた。そして、同法七七〇条は、新しく、その一項五号で、相対的ないしは抽象的離婚原因を規定している。この一項五号に関する最近の判例については、わたくしは、前に、そのいくつかを紹介した(拙稿・同法三三三號)。だが、個々の絶対的または具体的離婚原因(七七〇條一項一號—四號)もまた、多くの裁判上の諸問題をふくんでいる。そこで、わたくしは、以下において、この絶対的離婚原因に関する諸判例につき、特に昭和二七年以後のものを中心として、これを離婚原因別に——「不貞」、「悪意の遺棄」などというふう——、また年次別に、整理し、それらに対して何ほどの研究を試みたい。もちろん、一つの判例のうちで、数個の離婚原因が問題になっているものもある(たとえば、後掲・大阪地裁・昭和二九年判決)。その

都度、このことを指摘することは、いうまでもない。なお、七七〇条二項では、「裁判官の自由裁量」が認められている。本稿は、絶対的離婚原因との關聯において、その二項についての判示をも取りあつかおうと思う。

ちなみに、絶対的離婚原因についての最近の判例のうちには、外国人を当事者（一方または双方の）とするものもかなり多くの件数を示している。ここでは、当然、日本の裁判所の管轄権の有無と準拠法との問題が起る。その研究は、国際私法学者にまかせるほかはないが、ここで、試みに、そうした判決の一つを引用しておこう（後掲・大阪地裁・昭和三〇年判決）

『法例一六條に依れば離婚は、其の原因たる事實の發生した時に於ける夫の本國法に依るべきものであるところ、現在大韓民國に於ては離婚に關する成文法はなく、舊朝鮮民事令に準ずる内容の慣習法が行われて居り、右慣習法に依れば配偶者の生死が三年をこえる期間明かでないときは、これを原因として離婚の訴を提起することが認められ、しかもかかる事實はわが民法上においても亦裁判上の離婚原因とせられるところである。』

一

まず第一に、「配偶者の不貞」（七七〇條一項一號）に關する判例が問題になる。「不貞」とは、貞操義務違反であつて、旧法上の「姦通」よりも、その範圍が広い。昭和二六年頃までの判例のうちには、太平洋戦争中または戦後の外地で、異性と不貞を仿いたことを問題にしたものが、少くなかつた。しかし、それ以後の最近の判例は、次のようなことで、ほとんどみんな、夫の不貞が問題となつてゐる。

一 はじめの三つの判決は、日本に在住する外国人（「日本の外国人」）夫婦の裁判離婚の準拠法に關するものである。三判例ともに、夫の愛人は、「大和撫子」である。

〔一〕 東京地裁・昭和二九年四月一〇日判決（下裁民集五卷四号四六五頁）

「原告〔妻〕、被告〔夫〕昭和一七年正式に婚姻した。被告〔は〕昭和二七年九月頃、單身で日本國に渡來し、爾來、永住の意思

を以て日本國に居住し、次いで昭和二八年五月、原告が二兒を伴つて日本國に渡來し、爾來、原・被告〔は〕同棲し來つた。……その後被告〔は〕Sなる日本婦人と關係を結ぶに至り、……昭和二八年一二月頃、家を出てSと同棲し、爾來原告の許には歸來しないで現在に至つて居る。……前記認定の被告の所爲は、民法七七〇條一號一號に該當する。』

この判決は、「日本のアメリカ人」夫妻の離婚の準拠法と、男の「不貞」に関するものである。

〔二〕 京都地裁・昭和三〇年九月一二日・判決（下裁民集六卷九号一九七六頁）

『被告〔夫〕は昭和二五年朝鮮戰爭勃發の頃より過度の疲勞と飲酒の爲、屢々、常軌を逸し粗暴な行爲に出るようになったが、原告〔妻〕は昭和二六年六月中旬T市の自宅の一室で、……看護婦……A〔日本人〕と被告との情交の現場を目撃し、その精神的打撃から被告宅を出でK市へ赴いたところ、被告も廳で同所に来り、原告に對しAを解雇して新生活に入る旨誓約したので、原告はその言を信じて九月一日自宅へ歸來したが、其の夜被告は原告に對し、綿々として……Aに對する未練の情をのべ、同人との關係の清算を主張する原告を罵詈雑笑した擧句、早朝原告に無斷で長男を連出し、Aの許に預けた上、同人等をN市へ赴かせ、自らもその翌日……其の跡を追い、原告が某ホテルへ長女と共に移つた後、單身歸家したことがあるのみで、暫くA等と共に諸所を轉々した後、肩書住所に居を構え、引續き長男を連れAと同棲中であることが明らかであり、……右被告の所爲は民法七七〇條一項一號所定の行爲に該當〔する〕。』

この判決は、「日本のイギリス人」を当事者とする裁判上の離婚の準拠法と、夫の「不貞」（および相對的離婚原因）に関するものである。

〔三〕 福岡地裁・昭和三〇年一月一九日・判決（下裁民集六卷一四四六頁）

『ニューヨーク州法……によると、離婚原因は姦通のみであるから、……被告〔妻〕が果して原告〔夫〕主張の如く姦通した事實があるかどうかについて検討する。……原告はアメリカ合衆國の國籍を有する者にして、「占領將校」としてドイツ國に駐在するうち、一九四五年秋ドイツ國籍を有する被告と……戀愛によつて同棲生活にはいり、二兒出産を迎えて、正式に婚姻した者であつて、子

供の生れるまでは家庭生活は圓滿順調であつた。被告は……その後は性格も變り、金錢に對する執着心が強くなつた。一九五一年八月原告が渡日するや、當時の渡日制限によつて被告は一まず二兒を伴つて生國ドイツ……に滞在した。その間原告はF町に借家を求め、……共に家庭生活を營むよう屢々督促したが、被告は容易に之に應じなかつた。その理由は、被告は原告が性粗暴であつて、教養も低く、その兩親姉妹に犯罪者あり、娼婦ありと思惟して、結婚當初……原告に對し抱いた憧憬の念の減退も著しかつたと考えられる。「被告は」ドイツ國において同國人たるF・S……と半々の出資で事業を共同經營するに至つた……。かくて被告は將來の伴侶として原告よりもむしろ右F・Sを選ぶ氣となり、右のことを原告にも知らせ、一九五二年九月渡日し原告の許に来たのは原告との婚姻生活を清算……することにあつた。右同居期間中、F・Sからは被告あて……原告を選ぶか、自己の許に来るか一月一日まで明示せよと迫る趣旨の同年一〇月二一日付手紙もある。被告は一九五一年一二月旬ドイツ國……に來り、F・Sと會つてみると、同人は既に他の婦人と結婚しており、共同事業の經營も香しくなく「な」つていた。被告は……自己の從前を行狀を後悔し、……翌一九五三年三月末原告の許に歸來した。しかし……原告がS子という日本女性と同所で同棲していた事實を目撃するや、……原告と喧嘩口論し、原告はいたたまれず、……爾來別居するに至つてゐる。

『ところで、被告とF・Sとの關係「は」原告主張の如く……姦通不倫の關係ありと認定するを相當とする。

『よつて次に、被告の原告にも姦通ありとの抗辯について検討するに、原告は……被告がドイツに歸國するや、直ちにその夜から〔前記〕日本女性を引入れて同棲し、同家のメイド達をしてS子を奥様と呼ばしめて……右關係は被告が歸來するまで續いたことが認定される。してみると、原告も被告を責める姦通行爲を自らしているものといわねばならない。

『ニューヨーク州法によれば、姦通を理由に離婚請求を受けた被告は、原告にも姦通の事實あることを以つて反對告訴（互責・リクリミネーション）を主張し得、かかる事實は離婚阻却原因となることを規定している。……右規定によれば、原告は自らの汚れた身を以つて、被告の姦通事實を責めることは出来ないものとされている。されば原告の本訴請求は遂に理由なきに歸する。』

このケースは、日本・アメリカ・ドイツにまたがる、いわば「國際離婚」訴訟事件である。戦争の生んだ悲劇の一つともいえよう。判決によれば、第一に、裁判権は、原則として夫の本国にあるが、例外的にわが国にあると解され、

第二に、準拋法は、夫の住所のあるニューヨーク州の法律であると判断されている。そして、第三に、同州法によつて、妻は姦通しているが、夫もそうだから、というわけで、夫よ、あきらめろ、とこの裁判官はいうのである（この對しては、週刊朝日昭三一・一）。（判決） 二二の「法廷夜話」の紹介がある）。本事案では、この第三の点、および夫が原告であることなどに、特色がある。ところで、ニューヨーク州離婚法は、有責主義にたつてゐるのだろうか。わたくしは、ここで、この事案を日本法によつて解釈すればどうなるか、ということについてだけ、蛇足をつけ加えておこう。結婚の破綻と配偶者の責任との關係にはいろいろな形態があるということは、よく知られてゐるとおりである（門坂正人・破綻主義と有責配偶者）の離婚請求・阪大法學五號を見よ）。そうした諸形態のうちで、本件におけるように、おそらくは原告・被告ともに責任があるといったふうな場合には、有責主義法と違つて、救済主義ないし相對主義を採用するわが離婚法のもとでは、離婚の許されることがある。なぜなら元來、この主義自体は、結婚の破綻に関して、相手方の責任がなくても、離婚を認めるといふ目的をもつてゐるからである。

二 ところで、明治民法においては、配偶者の「姦通」といふ離婚原因につき、男女不平等であつた。それに関連して、新法のもとでの判例では、配偶者の「不貞」について、果して夫婦平等だろうか。これは、日本裁判史上の一つの大きな問題である。右に引用した三つの判決は、この点については肯定的なように見える。だが、離婚の当事者が日本人である場合は、どうだろうか。最近おおよけにされた次の二つの判決は、この点につき、まったく違つた結論をくだしてゐる。

〔四〕 大阪地裁・昭和二九年四月二八日判決（下裁民集五卷四号五五四頁）

『原告「妻」とMとKとは、ともに被告「夫」の妾であつたのが、そのうちの原告が、「亡妻の」死亡後被告の妻となつたもので、Mとの妾關係は承知の上で婚姻したものである。……そうすると、原告が妻の座になおつたとたんに、M等との妾關係を被告の不品行爲として非難することは、なにか急に開きなおつたやうで、割切れない感じを興えるかも知れない。しかし……そのいきさつ如何

にかかわらず妻は妻であつて、夫の不貞を許容しなければならぬ妻というようなものをみとめることは、嚴密に一夫一婦の性秩序を貫徹しようとする法の立場と相いれない。……右の妾關係が原告に對する不貞の行爲であることは明らかである。

『他方、被告が反訴で主張する離婚原因について考えると、……ここまで兩者の對立が深まつた以上正常な夫婦生活を續けてゆくのは困難だとも考えられる。……夫婦生活に破綻を來した結局の原因が被告の行爲にあり、その破綻をもとにかえす力と義務のある被告として、その破綻を理由に離婚を請求することはできないといわねばならない』。

この判決は、かつて妾であつた女性が、『妻の座に、なおつたとたんに』、夫とほかの妾との關係を不貞と『開きなおり、離婚を求めたのに対して、『そのいきさつ如何にかかわらず、妻は妻』として、その請求を認めたものである。

この判決の後段は、從來からの判例の立場——消極的破綻主義——の確認にほかならない(拙稿・前掲を見よ)。それはとにかくとしても、本判決は、男女平等という新法の精神を貫徹しているといえよう。しかし、次の判例は、これとまったく異なる。

〔五〕 東京地裁・昭和三〇年五月六日判決（判時昭和三〇年六年一五五号一二頁、下裁民集六卷五号八九六頁）

『原告〔妻〕、被告〔夫は昭和二年〕婚姻した。』『被告は、終戦前は、軍需會社の總務部長として、兼ねて、關係子會社たる數社の重役として、敏腕を振り、その収入も多額なものがあつた』。ところが、『被告は、訴外甲……乙〔ともに藝者〕と夫々關係を結び、孰れも〔昭和八年頃から〕數年に互つてその關係を繼續して居た。然るところ、終戦によつて……被告の關係會社は事業の遂行が不能となり、被告は……一切の職を辭し、爾後、職に就かず、無爲徒食の境涯に沈緬するに至つた。』それでも、『被告は昭和二五年中から銀座のママム……丙なる女性と關係を結び、昭和二六年初頃まで、その關係を繼續していた。……昭和二八年中から……丁〔家政婦〕と同様の關係を結び、その後暫く……關係を繼續していた。……右被告の所爲が妻たる原告に對し不貞な行爲であることは論を俟たない。……併しながら後記の通り、原被告は婚姻を繼續するのが相當であると認められるから、……原告の離婚請求は之を棄却する。』

『民法七七〇條一項（但し五號を除く）と二項とはその規定の仕方にて、一見矛盾の存する様に見えるのであるが、その實質的

意味を探究すると、矛盾のないことが明白である。蓋し、一項（但し、五號を除く）は、過去の事實に基いて、離婚請求権が発生する場合を定めたものであるのに對し、二項は將來發生すべき事態を考慮した規定であつて、將來に於て婚姻關係の實質の圓滿なる回復の可能性がある場合は、既に、發生した離婚請求権を消滅させるという規定であるからである。……改正前の民法八一四條ないし八一七條と同趣旨の規定であるからである。」

この判決は、七七〇条一項一号（不貞による離婚請求権の發生）（および同項五號）と同条二項（離婚請求権の消滅との關係）を取りあつたものである。そして、いちおう夫の不貞を認めながらも、けつきよくは離婚を否認している。いわば、「私は二〇年以上奴隸だった」と訴える「斜陽族」の中年女に對して、「人形の家に帰れ」という裁判である。この判決に對しては、すでに、中川善之助氏が、「ある離婚判決への疑問」を書いて（註）（民法隨想法時二八卷四號） わたくしも、それとほぼ同じような立場から、次にいくつかの批判点をならべてみたい。従來の大多數の判例によれば、自分で結婚を破綻に陥しいれたほうではない配偶者には、離婚請求権があることになつている（註）（消極的破綻主義。拙稿・前掲を見よ）。この判決に對するわたくしの批判は、そういうところからも出發する。

（註）この判決については、サンデー毎日昭三〇・一〇・九の「法廷夜話」、週刊朝日昭三一・三・一一の「法廷だより」などによる、紹介もある。

批判の第一点は、明治民法上の離婚請求権の消滅（同法八一六條）に關するこの判例の解釈である。判決はいう、『右「被告と芸者甲乙との」關係は孰れも改正民法施行以前の關係である。……原告は……その關係の生じた後、間もなく了知して居た……に拘らず、「その」時から一年内に……訴を提起して居ない「から」之「旧法八一三条五号の虐待・侮辱」を理由として離婚の訴を提起することは出来ない』と。そうすると、夫は、三六六日目からは公然と虐待侮辱ないしは不貞ができるのだろうか。妻は、はじめの一年内に訴訟を起さなかつたら、あとは一生、泣き寝入りしなければならぬものなのか。わたくしも、中川氏と同じように、虐待侮辱や不貞行為が続くような場合には、その都度、新た

な離婚請求権が発生するだと解したい。そうでないとすれば、仮に妻が、旧法八一六条を意識しながらも、三六五日間、忍耐をかさねて夫の反省を求め、ついに三六六日目に意を決して訴を提起したような場合はどうなるのか、といったことまで考えてみたくはないか。

第二の批判点は、この判決が男に甘すぎ、逆に女には辛すぎはしないかということである。裁判官は『被告は、：その職務上、：外部との折衝その他のために、花柳界に出入することが多く、：花柳界に自由になる婦人のある方が便利であるため、前記の通り、訴外甲と関係を結んだ』とか、『昭和二五年中に至り、長女Aが米軍下士官と結婚することを熱望し、原告が之に同意したに拘らず、被告が反対したため、更に一層夫婦の対立が激化した』とか、『偶々、昭和二六年一月二九日に至り、原告が、被告所有の馬の競馬の売金の残額金五万円を、被告に無断で受取り、借財の返済、その他に費消したことについて、被告から叱責されるや、原被告の夫婦関係も之によつて極つたと思ひ詰めた』とか、とのべている。また、『原告が、年令満五〇才で、女性としては既に、その本来の使命を終り、今後に於ては云わば余生の如きもので、今後に於て花咲く人生は到底之を期待し得ないと考えられるのに反し、被告は、漸く齡四九才に達したばかり』だとも、判決はいう。これらは、亭主関白・女性奴隷視の思想でなくして、何だろうか。さらに、『被告が、依然として、原告に対し、愛情を持ち続け、現在に於ては、その過去に於ける一切の所業：：を後悔し、：：ひたすら、原告が被告の許に復歸する事を願つて居る』と、この判事はいう。しかし、そんな男に虫のいいことを認めるとは、何とおめでたいというか、頭の古くさい裁判官だろうか。少くとも、この判決には、夫が過去を反省し、将来を誓つて居るということについて、ほとんど説得力がないように思われてならない。

右の第二点に關聯して、この判決は『被告は経済的活動能力に於て優れて居るのであるから、真に活動の機会さえ得れば、何時でも、十分に活動し得られるのであるし、経済界の事情も亦漸次被告の活動の機会が得られる様に動いて居ると認められる』から、原告は、この際、被告のところに帰るほうが身のためだぞ、というようにことをいつて

いる。だが、果して被告は、経済的活動能力が優れているかどうか。たとえ過去に優れていたとしても、それは、無謀な帝国主義戦争の下請けである軍需会社において、寄生虫的存在としてのことではなかったか。現に、経済的能力が優れているのなら、敗戦後一〇年以上にもなるというのに『無為徒食の境涯に沈緬』するはずはないのではないか。また経済事情が漸次、被告の活動に都合よくなりつつあるのだ、という「認定」はいつたいどういふことだろうか。フアツシヨ的戦争経済の復活というようなことを認めているのだろうか。仮にこの認定が正しいとしても、右翼職業軍人でもない斜陽実業家、現在ルンペン生活に墮落しきつた男が、すぐに仕けるようになるものかだろうか。——疑問は際限もなく続く。

要するに、わたくしは、この旧法意識さながらの男尊女卑の判決に対し、全面的に疑問を抱かざるをえない。こうした判決が次々にくだされるようでは、裁判官の自由裁量の規定(七七〇條二項)の存在理由を疑われても、しかたがないと考へる。

二

第二の問題は、「配偶者からの悪意の遺棄」(七七〇條一項二號)についてである。「悪意の遺棄」とは、同居、協力・扶助の義務(七五條)に継続的に違反することであるが、その「悪意」とは、ただ法上、事実を知っているというだけではなく、倫理的な意味をも含んでいる。最近の判例には次の二つがある。ともに、夫からの遺棄が問題になっており、また原告は妻である。

次の判決は、日本に在住する朝鮮人夫婦の離婚の準拠法と、夫からの遺棄とに関するものである。

〔六〕 名古屋地裁・半田支部・昭和二七年五月二〇日判決（下裁民集三卷五号六七六頁）

「絶對的離婚原因」に關する裁判上の諸問題

『被告・夫は』昭和二二年…四月頃、原告「妻」の當時の住居より就職口を探すと云つて家を出たまま、今日に至るまで一度の通信も一厘の仕送りもせず、爾來五年間全く行方不明である事が明であるから、被告は惡意を以つて遺棄したものと見るを相當とする』。

本判例は、まず準拠法については、離婚請求發生時の夫の本国法（朝鮮法）の内容を『明確にしえない』から、日本法で判断するのだ、という。これはどうかと思う。そうした点については前掲・大阪地裁昭和三〇年判決などを見よ。次に夫からの惡意の遺棄については、この判決は、いちおう「三年以上の生死不明」（七七〇條一項三號）に關するものとも思われるのであるが、本件における夫は、むしろ同居・協力扶助義務に違反したと解するほうがよいだろう。なお、このケースと同じような離婚原因に關するものとしては、大阪地裁・昭和二五年五月二九日判決、札幌地裁・昭和二五年二月二八日判決などがある。

〔七〕 前掲・大阪地裁・昭和二九年判決

『長男Tにおいても、被告「夫」の不行狀に對して義憤を感じ、被告に對し日本刀を振り廻したり、ガラスを破つたりして、亂暴することも再三に及び、…原告「妻」等に於いても、屋内より施錠して被告の入居を拒み、…被告は別居後も自宅の水道ガス電氣代を支拂う外、別に原告等の生活費として毎月金九千圓宛支給していたが、原告等は自宅にある相當多數の動産類を無斷で處分し、T名義の土地約一七〇坪を金一四、五萬圓で賣却して、生活費及びTの療養費に充てるに至り、被告またこれを知つた昭和二五年四月以降は、前記生活費の支給を停止し、今日に至つたものであることを認めることが出来る。』

これは、夫からの「惡意の遺棄」にはならないことを判示するものである。

なお、夫からの「惡意の遺棄」に關しては、現在、奈良家裁に調停中で、サンデー毎日昭和三一年四月八日號に、「一億八千萬圓の手切金——三二年間連添つた老妻の怒り」として紹介されている珍らしいケースがある。同誌によれば——

『夫婦は』昭和二年〔頃〕渡鮮、…夫婦一體となつて相當な産を作つた。…ところが、…終戦で…引揚…のころから、

「夫」の態度が、冷淡になり、「娘M子」の入院費も出さず、葬儀費用すら出さなかつた。その後「夫は妻に」別居を強要「妻は」あばら屋に引越した。この別居につけこんで、「夫」はク三下り半々を二回もつきつけ、「妻が」當然うけるべき保有米：：：すら渡さ「ない」ほどだつた。「妻は」しまいには、「娘Y子」の嫁ぎ先：：：に引取られたので、：：：「悪意で遺棄された」と最後の決意をしたわけだつた。「夫」の財産は：：：山林「等」約四億五千萬圓以上もある。この申立にもとづいて、：：：調停、：：：最近では三五〇萬圓程度：：：を分與する中間調停案が出されるようになった。」

慰藉料請求額の問題としては、恐らく前代未聞の話だろう。

三

第三に、「配偶者の三年以上の生死不明」(七七〇條一項三號)に関する判例が問題となる。「三年以上の生死不明」というようなことは、すでに結婚の破綻を意味している。昭和二六年頃までは、太平洋戦争関係の抑留未帰還者に関するケースの数が、三号関係判決の大部分をしめていたのだが、それ以後の最近の二判決は、次に紹介するとおり、朝鮮人を当事者とする離婚の準拠法と、「三年以上の生死不明」とに関するものである。両者とも、離婚請求が認容されている。わが国は、いまだに朝鮮と正式な外交関係を結んでいないから、日本国法上、同国を外国といえるかどうかは、疑問である。このことは、準拠法が問題になつてはいるほかの多くの離婚判例と、次の二判決との違いの一つである。

〔八〕 大阪地裁・昭和三〇年三月七日判決(判時三〇年七月一日号二〇頁)

『原告「妻・日本人」、被告「夫」兩名は婚姻後「大阪市内で」同棲していたが、原告主張の頃「?」、被告の「本籍地朝鮮に歸國して同地の農家である被告の生家で生活していたところ、原告は農業の手傳いは十分に出來ず、且つその生立ちは被告生家の風俗習慣に合わないので、被告はついに原告と離婚したい旨原告に申し出で、：：：昭和二一年一月頃日本に歸還したこと、原告は右歸還後被告に對し再三通信をしたにかかわらず、被告からは一回の通信すらなく今に至るも消息判らず、その生死が三年間明か

ないことが認められる。』

この判決は、南鮮人の夫を当事者とする離婚の準拋法と、その「三年以上の生死不明」とに關するものである。そして、管轄権については、それがわが国の裁判所にあると解し、準拋法に關しては、夫の本籍の屬する地方の慣習法が「本國法」(法例一)にあたるとして、夫の「三年以上の生死不明」にもとづく離婚請求を認めている。多くの準拋法についての離婚判例のうちで、妻が日本人であるという点に、本判決の一特色がある。

〔九〕 広島地裁・昭和三〇年九月二三日・判決(下裁民集六卷九号二〇四八頁)

『原告〔夫〕、被告〔妻〕は何れも朝鮮に本籍を有していた韓國人であつて、昭和四年一二月頃原告の本籍地朝鮮において結婚し〔た〕こと、原被告は何れも昭和一九年四月頃より〔日本〕H縣Y村に居住していたが、その後間もなく終戦となり、在日朝鮮人の多くは歸鮮する状態にあつたため、被告も……三名の子供を同伴して、昭和二年九月頃韓國船〔で〕原告の本籍地に向つたこと、原告は被告が出發した翌日颱風が襲來したため、その歸國の安否をきづかい再三原告の本籍地、被告の實家、警察その他に照會したが、被告等四名が今日に至るも歸國している様子がないこと、その後原告のあらゆる努力にも拘らず離別以來、一〇年餘を経過した今日に至るまでの間、遂に判明しないことを夫々認めることができる。右事實は我民法の生死が三年以上明らかでないときに該當する。』

この判決は、講和条約發効前に夫の「三年以上の生死不明」が発生した、在日朝鮮人夫婦の離婚の準拋法に關するものである。最近における離婚判決のうちで、夫が原告となつた数少いケースの一つである。

四

第四は、「配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込がないとき」(七七〇條)(一四四號)〔「強度精神病原因論」〕に關する判例である。この強度精神病の問題は、法律問題というよりも、むしろ医学または心理学上の問題だともいえよう。最

近では次のような一判決がある。

〔一〇〕 大阪地裁・昭和三〇年八月三十一日判決（判時昭和三〇年三月一五日号一八九三頁）

『被告〔妻〕の病状は精神分裂症（破爪型）の欠陥状態にあり、幻覺妄想を有し、……完全な治癒は勿論のこと、これ以上症状の輕快も到底望み得られない状況にあり、現在及び將來に互つて婚姻生活を繼續することは、不可能な状態にある。

『被告の立場からみれば、その精神分裂病は終戦末期の混亂時代である昭和二〇年、原告〔夫〕の應召後唯一人異郷の地〔上海〕に暮っていた事による心身の過勞も一因となつたと推案出來ないではな……いのであるが、右病因につき他に原告の責に歸すべき事由の存在する事は認められず、むしろ被告の父親が……鬱病のため約三年間療養していた事實に徴するならば、元來被告にその様な素因のあつた事も考えられ、結婚後二年位して既に被告の前記の如き症状に悩まされて來た上、更に自らも病にある原告に對し……配偶者の終生の看護を強制することは些か酷に過ぎるものと言わねばならない。加うるに原被告は六年前より別居して、その婚姻生活は實質的に完全に破綻しており、被告には前記、M病院に於て國民健康保險の負擔に於て、不足を母親の援助を受けることによつて一應經濟的に憂いなく加療中であり、現在右離婚により路頭に迷う事情も存在しない。

『以上を綜合するなら、前記離婚事由を排斥して尙婚姻を繼續するに相當な事情が存しない本件に於て、原告の離婚の請求は相當である。』

この判決は、妻が強度の精神病で回復の見こみがないから、という夫の離婚請求を認めたものである。そこでは、「裁判官の自由裁量」の規定（七七〇條二項）を適用してはならないことが、議論されている。「強度精神病」が問題になっている本件ではあるが、「不貞」に関する前掲東京地裁判決とくらべて、その立場は正しいと思われる。

あとがき

以上、わたくしは、最近の判例を中心として、絶対的離婚原因を原因別に紹介し、それらをめぐりいくつかの問題を

考えてきた。それによると、本稿で問題にした判決の大多数においては、妻が原告であり、また、けつきよくは離婚が認められたというのが、その大部分であつた。わたくしは、引用した多くの判例に賛成する。しかし、隨所で指摘したとおり、中には、どうかと思うような判示もなかつた。最近、「裁判批判」ということが法学界で問題をまき起し、それが社会問題としても大きく発展していることは、衆知のとおりだが、わたくしとしては、ごく一般的にいつて、どんなに厳しい「批判」(「雑音」)にもたえうるようなりつばな裁判を期待してやまない。

(註) たとえば、三鷹事件、松川事件、八海橋事件、五番町事件等々、および「田中暴言」など。これらの事件に對する敬服すべき諸氏の「批判」のキビにふして、わたくしも、「教育と裁判との一焦點——旭丘中學事件第一審判決の批判を中心として」(同法三〇號・三一號)などを書いている。

なお「裁判官の自由裁量」の規定(七七〇條二項)が問題になつた二つの判決が、互いに違つた答をだしていることも、それぞれで個所で引用したとおりである。この規定の直接の研究に関しては、別稿にゆずるほかはないが、わたくしは、立法政策の結論としては、同項の削除を考えている。

ちなみに、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。その共同研究については、竹之内治美(同大 大學院・法一)、藤倉皓一郎(法四)などの諸君の協力はことに大きい。また、この稿は、太田武男・離婚をめぐる判例上の諸問題・法曹時報六卷四號その他に教えられるところも多かつた。