慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔民法〕二 配偶者の精神病を原因とする離婚請求の方法 (昭和三三年七月二五日最高裁判所第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	民法研究會(Minpō kenkyūkai) 田中, 實(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1958
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.31, No.11 (1958. 11) ,p.63- 71
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19581115-0063

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

〔民　法〕二

民法研究會

配偶者の精神病を原因とする離婚請求の方法

昭和三三年七月二五日最高裁判所第二小法廷判決
昭和二八年(オ)第一三八九號離婚請求事件
判例時報一五六號八頁――破棄差戻、原審東京高裁

〔事　實〕

原告X（夫）と被告Y（妻）とは夫婦であつたが、Yが精神病となつたので、Xから、これを理由として離婚を求めた。その手續上、まず前橋家庭裁判所（高崎支部）に、離婚の調停を申立てたが、Yが心神喪失の常況にあるという事情のため、右調停は、成立の見込なしとして、不調として處理された。ついでXは、前橋地方裁判所に離婚請求の本訴を提起したが、精神病院入院中のYは、もちろん口頭辯論期日に裁判所へ出頭しなかつた。數回の呼出にも應じなかつたので、民訴法五六條にもとづき、Xの「徒に訴訟が遲延し、損害を受ける虞れがある」との申請によつて、Yについて特別代理人が選任され、かくして、この離婚訴訟が遂行されたわけである。

被告補助參加人たるY′から、本件のような場合について民訴法五六條を準用することは不當であるとして爭つたが、裁判所は、民訴法五六條の準用によつて特別代理人が選任され、同代理人が應訴し、かつ代理人選任以前において訴訟能力のない者にたいしてなされた無効な

訴訟行爲も、同代理人の暗默の追認によつて、訴提起の當初にさかのぼり、その効力を生じ、本訴は適法となるにいたつた、とみとめた。

――Y′控訴。

第二審たる東京高等裁判所でも、第一審判決を支持して、Y′の主張を理由なしとした。Y′は、さらに、つぎのような理由によつて上告する。

〔上告理由〕

本訴は上告人（被告、控訴人）が心神喪失の常況にあり、且回復の見込がないことを請求原因としておるから、上告人は訴訟無能力者であり、被上告人と利益が相反するから後見監督人によつて應訴せしめる外適法な訴訟手續がないのにこの手續によらないで直に上告人を當事者として提起されている。……本訴の如く妻の現住所である東京代用精神病院に、訴訟無能力者を被告とした訴狀を送達し、數回の口頭辯論に出頭しないからといつて、民事訴訟法第五六條所定の法定代理人がない場合に準じて特別代理人の選任を認めるとするならば（この選任の決定に對しては何人も爭うことを許されていない）、精神病者の權利の擁護は何人によつてなされるのか甚だ疑問である。卽ち假に離婚訴訟はこの特別代理人によつて、手落ちなく遂行されるとしても、離婚となつた本件の妻の如きは財產の分與の請求にさえ甚しき困難を來す結果となるのである。心神喪失の常況にあり、且回復の見込がない場合に裁判上の離婚原因があるとしても、妻である身分を喪失する以前に、先ずこれを禁治產者とすべきか否かが審理せられることによつて權利が擁護され、又假に禁治產者となつたとしてもその者としての權利の擁護方法が法律の規定に從つて講ぜられるべきである。……現に東京地方裁判所の取扱實例は凡て禁治產宣告の手續を先行せしめている。……

上告人の病狀が被上告人の主張の通りとするならば、被上告人は先ず禁治產宣告の申立をなし、上告人の一切の權利と義務の執行の爲めの法定代理人が選任されるべきであり、禁治產宣告のためには精神鑑定は當然實施されてこの點による離婚原因の存否も明かとなるのである。であるから本件は法定代理人がない場合ではなく、當然法定代理人を選任すべきであるのに、これを怠つた場合であつて、民事訴訟法第五六條の準用を許さない。同法は未成年者であるか、既に禁治產の宣告のあつた者に對し訴訟行爲を爲さむとする者に許された手續であ

つて、未だ禁治産宣告のない上告人の爲めには許されないと信ずる。

〔判　旨〕

およそ心神喪失の常況に在るものは、離婚に關する訴訟能力を有しない、また、離婚のごとき本人の自由なる意思にもとづくことを必須の要件とする一身に專屬する身分行爲は代理に親しまないものであつて、法定代理人によつて、離婚訴訟を遂行することは人事訴訟法のみとめないところである。同法四條は、夫婦の一方が禁治産者であるときは、後見監督人又は後見人が禁治産者のために離婚につき訴え又は訴えられることができることを規定しているけれども、これは後見監督人又は後見人が禁治産者の法定代理人として訴訟を遂行することを認めたものではなく、その職務上の地位にもとづき禁治産者のため當事者として訴訟を遂行することをみとめた規定と解すべきである。……

……

蹴つて、民訴五六條は、「法定代理人ナキ場合又ハ法定代理人カ代理權ヲ行フコト能ハサル場合ニ」未成年者又は禁治産者に對し訴訟行爲をしようとする者のため、未成年者又は禁治産者の「特別代理人」を選任することをみとめた規定であるが、この「特別代理人」は、その訴訟かぎりの臨時の法定代理人たる性質を有するものであつて、もともと代理に親しまない離婚訴訟のごとき訴訟については同條は、その適用を見ざる規定である。そしてこの理は心神喪失の常況に在つて未だ禁治産の宣告を受けないものについても同樣であつて、かかる者の離婚訴訟について民訴五六條を適用する餘地はないのである。……

離婚訴訟のごとき、人の一生に、生涯を通じて重大な影響を及ぼすべき身分訴訟においては、夫婦の一方のため訴訟の遂行をする者は、その訴訟の結果により夫婦の一方に及ぼすべき重大なる利害關係を十分に考慮して愼重に訴訟遂行の任務を行うべきであつて、その訴訟遂行の途上において、或は反訴を提起し、又は財産の分與、子の監護に關する人訴一五條の申立をする等の必要ある場合もあるのであつて、この點からいつても、民訴五六條のごときその訴訟かぎりの代理人――しかも、主として訴を提起せんとする原告の利益のために選任せられる特別代理人――をしてこれに當らしめることは適當でなく、夫婦の一方のため後見監督人又は後見人のごとき精神病者のための常置機關として、精神病者の病氣療養その他、財産上一身上萬般の監護をその任務とする者をして、その訴訟遂行の任に當らしめることを適當と

することは論を待たないところである。

さらに民法七七〇條は、あらたに「配偶者が強度の精神病にかかり回復の見込がないとき」を裁判上離婚請求の一事由としたけれども、同條二項は、右の事由があるときでも裁判所は一切の事情を考慮して婚姻の繼續を相當と認めるときは離婚の請求を棄却することができる旨を規定しているのであつて、民法は單に夫婦の一方が不治の精神病にかかつた一事をもつて直ちに離婚訴訟を理由ありとするものと解すべきでなく、たとえかかる場合においても、諸般の事情を考慮し、病者の今後の療養、生活等についてできるかぎりの具體的方途を講じ、ある程度において、前途に、その方途の見込のついた上でなければ、ただちに婚姻關係を廢絶することは不相當と認めて、離婚の請求は許さない法意であると解すべきである。

裁判官の全員一致で、破棄、第一審の前橋地方裁判所へ差戻（小谷勝重、藤田八郎、池田克）。

〔參照條文〕

民法七七〇條、民事訴訟法五六條、人事訴訟手續法四條

〔研　究〕

右の判旨は、二つの問題點をふくむ。その一は、手續上の民訴法五六條の問題であり、その二は、實體上の民法七七〇條の問題である。第一點については、判旨に贊成する。しかし、第二點については、判旨にふかい疑問をもつ。

一　まず、第一點の民訴法五六條の問題について——

一般に、民訴法五六條については、未成年者または禁治產者にたいして訴訟行爲をしようとする者が、その相手方に法定代理人がいなかつたり、あるいは、いても代理權を行使できない狀態にある場合には、有効に訴訟行爲をすることができな

いので、正式の手續で法定代理人が選任されるか、あるいは代理人が代理權を行えるようになるまで待つていると、損害を受けたり、その目的を達せられなくなる虞れのあるとき（たとえば、時効の中斷、證據保全のため等）は、とくに受訴裁判所の裁判長に、その訴訟行爲のための、無能力者の特別代理人を選任してもらうことができるようにしたものと解されている（兼子『民事訴訟法』（一）六四頁）。ふつうの財産上の訴訟にかんするかぎり、どこにも疑問はない。しかし、離婚その他の、いわゆる身分訴訟にかんする場合にも、そのまま右と同様の特別代理人の制度を用いて差支えないものかどうか。というのは、離婚のごとき身分上の行爲は、何よりも本人みずからの意思決定を要するものであり、周知のように、代理に親しまないものとされているからである。したがつて、かような場合には、民訴法五六條の特別代理人の制度に適しないものというべきである。のみならず、この特別代理人なるものは、その制度上、消極的に訴訟上の對立すべき相手方を補充するに止まるという、いわば原告の利益のためのものであり、被告の利益を保護するためには、必ずしも十分なものではない。離婚のごとき一身上・財産上に深刻な變動を生ずべきケースについては、ことにそうである。この意味において、離婚のごときケースにおいては、もつと積極的に被告の利益を保護するのに役立つような制度を利用するのが、本筋であろう。

もつとも、身分上の訴訟について民訴法五六條の類推をみとめた大審院判例・昭和九年一月二三日（民集一三卷一號四七頁）もあるけれども、同判例の當否は、相當に疑問であろう（穗積博士は、「そこが少々苦しい所だ」という消極的な批評をしておられる。『判例民事法』昭和九年度一七頁）。のみならず、右判例は、家督相續回復ないし戸主權確認のための前提としての戸籍上の入籍・除籍の問題にかんするものであり、ひとしく身分上の訴訟といつても、離婚のごときものとは、同一に論じられないのではなかろうか。何故なら、身分訴訟としての特殊性は、後者のごとき、いわゆる「形成的身分行爲」（中川『親族法』（上）二一頁以下）についてのみ明瞭にみとめられるからである。そこでは、代理に親しまないという身分行爲の特殊性が、最も典型的な形であらわれる。この意味において、この事案について民訴法五六條の適用を排斥した本判旨は、全く正當である、と考える。

では、訴訟能力のない者を相手方とする離婚訴訟は、いかになさるべきであるか。判旨は、「まず他方に對する禁治産の宣告を申請し、その宣告を得て人訴四條により禁治産者の後見監督人又は後見人を被告として訴を起す」べきだとし、同時に、人訴法四條の趣旨に言及して、「これは後見監督人又は後見人が禁治産者の法定代理人として訴訟を遂行することを認めたものではなく、その職務上の地位にもとづき禁治産者のため當事者として訴訟を遂行することをみとめた規定と解す」べきだと論じている。禁治産制度の趣旨から考えて、これは妥當な見解といえよう。

人訴法四條の趣旨を、一種の法定代理であるかのごとくにみた大審院判例・昭和一〇年一〇月三一日（民集一四卷一〇號一八〇五頁）があり、多くの學說はこれをほとんど疑わなかつたが、かような從來の判例・學說は、身分行爲の特殊性にたいする無理解と、後見人および後見監督人の職務にたいする誤解とにもとづくものであろう。身分行爲の特殊性――ひいては身分訴訟ないし人事訴訟の特殊性――から考えれば、人訴法四條の趣旨は、むしろ職務上の立場によるものと解するのが正當である、と考える（兼子「人事訴訟」（『家事裁判』家族問題と家族法講座所收）一八三頁以下）。

したがつて、この事案においても、原告Xは、まず被告Yについて禁治産宣告の申立をなすべく、もしみずから後見人となつた場合には（民法八四〇條）、さらに後見監督人をもうけて（民法八四九條）、それを相手方とするか、または、みずから後見人とならないで別に後見人が選任された場合には（民法八四一條）、その後見人を相手方として、離婚訴訟をなすべきこととなる。

そこで、夫婦の一方が精神病になつた場合に、他の一方に禁治産宣告申立の手續をとるべき義務をみとめることが妥當であるかどうか。

いうまでもなく、夫婦の間には、相互的な協力扶助義務が存在している（民法七五二條）。したがつて、夫婦の間の共同關係が破綻なく繼續しているならば、配偶者の一方が精神病になつたとしても、この協力扶助義務の實行により、その保護が果される。必ずしも禁治産宣告の手續を經て後見人を附する手數をかけなくても、日常の一般の事務については、ほぼその者の保護に

欠けるところはあるまい。ただ、とくにその者をめぐる取引が行われるような場合にのみ、禁治産の制度が必要となるにすぎない。しかし、ひるがえつて夫婦の間に離婚の問題が生じた場合には、いわば夫婦の間に一種の對立狀態ないし戰鬪狀態が生じたわけで、その結果、もはや夫婦の間の協力扶助義務の——それは形式的にはなお存續するにせよ、實際的には——具體的な實行が、ほとんど期待できないこととなる。かような場合には、その配偶者の利益を保護するために、夫婦の間の協力扶助でなく、別の手段を講じなければならない。そして、かかる手段を講じるのは、むしろ從前からの協力扶助義務の延長的効果にほかならない、とも考えられよう。すなわち、心神喪失者の保護手段として現行法上もうけられているのは禁治産宣告＝後見人の制度なのであるから、けつきよく、夫婦は、破綻的狀態に立至つた場合には、精神病の配偶者のために、禁治産宣告の申立をなすべき義務を相互に負擔するものと解して妨げない。要するに、精神病を原因とする離婚訴訟提起にあたつて、相手方のために禁治産宣告の制度を利用すべきことを命じた本判旨は、妥當なものということができよう。

二　つぎに、第二點の民法七七〇條の問題について——

精神病を離婚原因としてみとめるべきかどうかについては、すでに民法の舊法制定當時から議論があつたといわれているが、現行法は、ともかく、精神病が「强度の」ものであり、かつ「回復の見込がない」という二つの要件のもとに、離婚原因として承認した。これは、要するに、夫婦の間の精神的交流の期待できない——いいかえれば、精神的な面から夫婦共同に堪えない——事情として、婚姻の一方的解消を許すという意味であり（中川前掲二九六頁以下、拙著『親族法・相續法』六七頁）、けつきよく、離婚における、いわゆる破綻主義の表明にほかならない。

ところが、本判旨は、七七〇條二項を指摘して、精神病配偶者の「今後の療養、生活等についてできるかぎりの具體的方途を講じ、ある程度において、前途に、その方途の見込のついた上でなければ、ただちに婚姻關係を廢絶することは不相當と認め」るという新しい解釋を示した。これは、いわば一種の信義則の適用をみとめたものとも考えられ、近時における最

も注目すべき判決のひとつといえよう。

しかし、かような解釋は、はたして合理的であろうか。というのは、七七〇條二項は、「一切の事情を考慮して婚姻の繼續を相當と認めるとき」に離婚の請求を棄却できる旨を定めているが、配偶者が不治の精神病であるのに、どうして婚姻の繼續が相當とみとめられるのであろうか。婚姻の繼續を相當とみとめるとする以上は、夫婦の間に何等かの形で精神的交流が可能となり、婚姻共同の實質が期待できる事情がなければなるまい。配偶者の不治の精神病のように、精神的交流の全く不可能な事情のもとで、いかにして婚姻の繼續が相當になりうるのか、どう考えても納得することはできない。

この判旨は、おそらく――理由の中で示唆しているように――離婚されるべき精神病配偶者の生活保護を考慮しているのであろう。そうだとしたら、それは、もちろん、きわめて人道的な考慮にちがいない。しかし、それがいかに人道的な考慮だからといつて、それだけで、本判旨が妥當な解決になりうるわけではない。何故なら、それは、國家の公共的責任たるべき社會保障の問題を、家族（夫婦の扶助）の私的責任にすりかえるにすぎないからであり、裁判としては、むしろ邪道だといわざるをえないのである（拙著前掲六八頁）。あるいは、獨立して生活のできない精神病者が最良の保護者たる配偶者から見捨てられるということには、人の情として忍びないところがあつたのかもしれない。そういう裁判官の感情は、解らないでもない。しかし、だからといつて、婚姻共同の實質の期待しえない形骸だけの夫婦關係を強制的につなぎとめても、それが何になるのだろうか。それは、かえつて別の弊害と罪惡とをもたらすことになりはしないだろうか。

もとより、私は、離婚訴訟について信義則の適用を全く否定しようとするものではない。裁判にあたつて、若干の倫理的考慮は必要不可缺なものと思つている。たとえば、離婚原因が主として原告側の事情から生じているような場合には、その離婚請求は拒否すべきであること、一般の正義感から考えて、當然の結果たるにちがいない（一例として、最高判・昭和二七年一二月一九日最高民集六巻一一〇頁）。したがつて、本事案においても、Yの精神病が、主としてXの側の事情――たとえば、Xの虐待・浮氣等――にもとづいて

いるような場合には、本判旨の結論に賛成してよいであろう。とはいえ、かような責任理論ないし正義感からする制限が、おそらく離婚請求にたいする最大限の制限であり、本判旨の説いているような主として經濟的配慮からする制限は、むしろ不當な擴大であり、あまりにも感情的——正義感ではなくて、お涙頂戴的——であり、またあまりにも政策的すぎる裁判だといわざるをえない。

もし、離婚後の生活保障を考えるべきものとするならば、事は何も精神病の場合のみに限らないわけである。生活困窮の問題は一般的にありうるのだから、あらゆる離婚原因について、本判旨の説くような配慮があらわれる結果となつてしまう。かくては、たとえ多少消極的ながらも破綻主義を採用した現行離婚法の理念に反することとなる。もともと、七七〇條二項は、濫用のおそれのある規定として批判の的となつていたものであるが、本事案のごときは、まさにその濫用の一事例ではあるまいか。

要するに、本事案については、前述のように禁治産宣告＝後見人選任の手續をとるべきことを指示すれば足りるものと考える。その後の問題は、禁治産者にたいする法定の保護者たる後見人の職務行爲に期待するのが正當であろう（たとえば、財産分與請求の手段等。なお、財産分與に離婚後の扶養をふくめて考えるべきだという私の主張については、別の機會に述べたことがある。拙稿「財産分與の一考察」法學研究二八卷六號一頁以下）。

なお、本判決については、長谷部茂吉氏の批評がある（ジュリスト一六一號三二頁以下）。

（田　中　實）