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

Title	〔民法一四〕有責配偶者からする離婚の訴と婚姻を継續しがたい重大な事由 (昭和三四年十一月三十日東京地裁民一部判決)
Sub Title	
Author	宮崎, 俊行(Miyazaki, Toshiyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.7 (1960. 7) ,p.83- 89
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=AN00224504-19600715-0083

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　一四〕有責配偶者からする離婚の訴と婚姻を繼續しがたい重大な事由

（昭和三四年十一月三十日東京地裁民一部判決　昭和三三年（タ）一六一號離婚請求事件　判例時報二一一號五頁）

【判示事項】婚姻の破綻につき主に責任を負うべき配偶者は、みずから離婚を求めることができない。

【參照條文】民法七七〇條

【事實】一、原告（夫）Yは、被告（妻）Yと昭和十八年五月に法律上の婚姻をなし、翌年五月兩人の間に長女Hが出生した。

二、昭和十八年秋頃より、Yは、X家の家風になじみ難く、またXの兩親との間の感情のもつれ等のため、しばしば實家に歸り、その都度Xが迎えに行つてX方に歸るようであつた。その後Yは、Xの兩親と別居することを條件として、X方に復歸することを申入れ、Xもこれを承知したが、X家の事情でそれが實現しないうちに、昭和二十年四月Xの家は空襲で燒かれた。この當時においては、まだXY本人同志は、愛情を持ちつづけていたと思われる事實がある。

Yは間もなく實家の兩親とともに疎開し、別居生活がつづいた。やがてXは協議離婚を申出たが、Yはこれを拒絕し、かえつてX方に無條件で復歸することを申出た。

三、Xは、昭和二二年、Yに對し、惡意の遺棄および婚姻を繼續しがたい重大な事由の存在を原因として、離婚の訴を提起した（東京地裁昭和二二年（タ）一二二號離婚請求事件）。これに對する裁判の趣旨は次のようなものである。まずYの行爲が惡意の遺棄に該當するか否かについては、Yの側にも落度がなかつたとはいえないが、しかしYがX方に歸らなかつたのは、Y本來の意思であるというよりもその母の意思によるものであり、一方Xの態度もYが歸りやすい狀態ではなかつたし、しかも現在はXの兩親と同居してもよいからX方へ歸ることを懇請しているのであるから、惡意の遺棄にはな

らないと判示した。次に婚姻を繼續しがたい重大な事由があるか否かについては、一旦はYが妻としての責務の自覺と實行にやや缺けるものがあつたとしても、既にその非を悟り、將來夫婦として協力扶助するため無條件でX方に同棲しようと決意しているのであるから、愛情の舊に復することも可能である。從つて婚姻を繼續しがたい重大な事由があるとはいえないとして、Xの請求を棄却している（昭和二四年三月一四日判決、判例時報二一一號九頁）。

四、その後における兩者は、右の判決の懇切極まる說示にもかかわらず、引續き別居を繼續するのみならず、昭和二五年三月頃よりXは訴外Fと同棲しその間に二人の子供が出生している。

右の判決後、昭和二五年三月Xが訴外Fと同棲をはじめるまでの約一年間におけるXとYとの關係については、Yは會社勤務および美容師營業をなして長女Hとともに自活しており、一方Xは病父を擁して孤獨かつ不自由な生活をおくつていたことは明らかである。しかしその間において、XYのいずれが同棲を希望しかつそのための工作を行つたか否かについては、本判決の認定したところと、原告Xの主張するところでは、かなりのひらきがある。すなわちXの主張するところによれば、Yは、XがYの復歸を希求していることを知りつつ、しかもXに對して一回の挨拶もせず一片の音信も寄せることなく、Xを放置したことになるが、本判決の認定したところによると、Yは、依然としてXに對して夫婦の愛情を抱き續け、しかも數回にわたりX方に出向きXまたはその父母等に面會して復歸を懇請したが、いつでも不當にあしらわれたので、漸次積極的な行動に出なくなつたのである。

五、Yは、Xと訴外Fとの同棲に對して、抗議その他の意思表示等をしていない。

六、Yは、昭和二九年、Xを相手方として生活費請求の調停を申立て、同年七月、XはYに對して長女Hの養育費として毎月金六千圓ずつ支拂う旨の調停が成立した。Xはその後數ヶ月間はこの調停條項を履行したが、やがて失業中の弟等を寄食させたためXの家計が苦しくなつたので履行をおこたつた。そこでYは、昭和三一年秋頃から、約一年にわたりXの給料債權の差押、取立をなし、ためにXは勤務先の上司同僚に恥かしい思いをさせられた（なおXは、一回の督促もせず突如差押をうけたと主張するが、本判決では、强制執行に先立つてその支拂を求めたと認定）。

七、Xは、再び惡意の遺棄および婚姻を繼續しがたい重大な事由の存在を原因として、離婚の訴を提起した。この訴に對する判決が本判決である。

【判旨】請求棄却。

一、YはXを惡意をもつて遺棄したという主張に對しては、Yは

Xとの夫婦生活を行わないという意思をもつて、Xと夫婦生活を行うことを回避しているのではないということが明らかであるとして悪意の遺棄に該當せずと判示した。

二、次に婚姻を繼續しがたい重大な事由があるという主張に對しては、

(イ)XとYとの間において配偶者を顧みなかつたのはむしろXであつて、Yではなかつたことが認められ、當時Xが孤獨不自由な生活を送つたとしても、それは自ら招いたところであつて決してYの所爲によつてそのような生活を餘儀なくせしめられたものとはいい得ない。

(ロ)またXは、先の判決後二年餘を經過しても復歸の徵候すら認めることができない狀況にあつたため、YはXとの夫婦生活を繼續する意思がないものとの結論に到達せざるを得なかつたと主張するが、當時Xが、YにおいてXとの『婚姻生活を繼續する意思を喪失したとの結論を觀取するを得ざるに至つた客觀性を有する事實を認める證左は何もない』。

(ハ)Xは、Yが、Xと訴外Fとの同棲に對して何等抗議等をしなかつたことは、自ら妻としての地位と權利を放棄したものであるというけれども、もともと、かかる場合に抗議等をしなければならないものではない。

(ニ)Xは、YがXに對して强制執行を敢行したのは、YはXとの夫婦關係を繼續する意思がないのであつて、これによつても婚姻を繼續しがたいまでに夫婦關係は破綻している旨を主張するが、夫婦の間においてといえども正當な權利行使である以上これをはばまれるべき理由はない。ただ配偶者を意識的に困惑させることを目的とするとか、ことさらに誹謗することを目的とするとか、その他社會的に非難されるような理由で、かかる執行行爲に出た場合には、婚姻を繼續しがたい重大な事由に該當するのである。しかして本件の場合には正當な權利行使に屬するものと認められる。

三、しかして『原告と被告とは既に十數年の長き歲月を別居生活の裡に過ごし、その間夫婦らしき協同生活を味わうことなき間柄となつており、原告は他の女性と同棲生活を營み、その女性との間に子まで擧げて居り、一面被告は原告に對し强制執行行爲という夫婦として好ましからざる所爲に出で、原告を刺激した事實などがあつて、原告と被告との婚姻は相當融和を缺いていることはこれを認めざるを得ないけれども、そもそも原告と被告との關係がこのような狀態に陷つているのは概ね原告の一方的な意思及び行爲に基くものであり、又被告（筆者註、原告の誤りではないかとの疑がある、千種達夫「有責配偶者の離婚請求權」法律時報二一三號六頁參照）の行爲に誘發せられた結果によるものであるから、かかる原告の立場

からして右事實を以つてして被告との離婚を求めるが如きことは法の認容せざるところと解すべきである』、として原告Xの請求を棄却した。

【評釋】一、悪意の遺棄に該當するかどうかについては、評釋をひかえる。なぜなら本件においては、この點についての判斷は、殆んどすべて事實認定の問題に歸著するように思えるからである。

二、婚姻を繼續しがたい重大な事由が存在するかどうか、およびそれが存在するとしても婚姻破綻についての有責配偶者と認定されたXからの離婚請求を認めるべきかどうか、については、色々な觀點からの批判が可能であろう。そしてこの點についての、主として民法の解釋論の觀點からの批判が、すでに中川淳助教授によつてなされている（判例評論二六號一三頁以下）。そこでここでは中川助教授の批判とはちがつた觀點から、簡單な評釋を試みたいと思う。

三、XY間の紛爭に關してはすでに二度の裁判がなされている。しかして昭和二四年三月一四日の判決では、XY間の結婚生活は、まだ建直し可能である、破綻はしていない、換言すれば婚姻を繼續しがたい重大な事由はない、としてXの請求は棄却された。ところが昭和三四年の本判決では、XY間の結婚生活はすでに『相當融和を缺いている』、つまり破綻しているけれども、なおXは破綻について主に責任を負うべきものであるからとして、Xの請求は棄却された。本判決のように結婚生活が破綻はしているけれども、なお離婚の請求を棄却する判決というものの機能は、一體何であろうか。

そもそも一般に離婚の請求を認容する判決の法的性質は、原告の主張する離婚權の存在を確定して、婚姻を將來に向つて解消せしめる形成判決であり（山木戸「人事訴訟手續法」三二頁）、またその機能は、結婚生活の危機が到來した後の法的な事後處置ということにある（川島「危機の法的療法」結婚の病理と處方二三〇―一頁）。この事後處置の內容としては、危機が到來している結婚生活を、當事者一方の自殺、逃走、別居（更に第三者と同棲）等の病理的な形態において解消させることなく、法律上の離婚という明確な形態において解消させることによつて、できるだけ双方當事者に新しい人生の出發が可能なようにすることである。これに對して離婚の請求を棄却する判決の法的性質は、口頭辯論終結當時において、原告の主張する離婚權の不存在を確定するところの確認判決である（山木戸前揭書三二頁）。もつともこのXY間の紛爭についての第一回の判決のように、まだ婚姻を繼續しがたい重大な事由なしとして、原告の請求を棄却するときは、離婚權の不存在を確定するということにつき問題はないけれども、第二回の判決のように婚姻を繼續しがたい重大な事由

はあるけれども、なお原告の請求を棄却するときは、原告の主張する離婚權の不存在が確定するのか、或いは離婚權は存在するが、その行使が禁ぜられるのか、若干の疑問がある。それはさておき離婚請求棄却の判決の機能はどこにあるのであろうか。第一回の判決のように婚姻を繼續しがたい重大な事由の不存在を原因とする場合でも、第二回の判決のように婚姻を繼續しがたい事由があつて、しかも離婚を許さない場合でも、離婚請求棄却の判決が、婚姻關係を解消させずに、夫婦の人間關係を調整して、それ以後の圓滿な結婚生活を實現せしめるという機能を持つているということは極めて無理であろう。殘念ながら第一回判決がいわばそのことを實證しているようなものである。また現にこの機能をもつてはいないが持つべきであるということも、すくなくとも現行人事訴訟制度の下においては、また無理であろう(川島前掲論文二四五頁)。そして離婚請求棄却の判決が、もたらし得るものは、勝訴當事者たる被告にただ法律上の夫婦という身分から生ずる諸權利のうちで、强制的實現の可能なもののみを保有せしめることではないだろうか。

そうするとXの請求を棄却する判決によつて、Yが保有できる利益の主なものは、婚姻の身分的効果としては、氏の共通のみであり、財産的効果としては、相續權と生活費請求權ぐらいのものであろう。しかも夫および長女Hと共通の氏を稱するということが、現實にどれだけの利益をもたらすかは、疑問であり、相續權が殘るといつても、Xが死亡するまでにその財産を處分するとか、遺言でYの相續分を減少させるとかすれば(遺留分の規定に反して全財産を訴外Fないしその間の二人の子に與えるという遺言も當然に無効ではないとすれば、もしYが法律知識がとぼしければ、結局何も相續できないかも知れない)、これも有名無實となるおそれがある。かくて結局のところ、Yにのこるところの、とにかく實のある權利としては、生活費請求權だけといつても過言ではなかろう。もつともこのほかに、Yの人柄やXY間の事情によつては、Yは、裁判所も自分が正しい(常識的ないし感情的な意味で)と認めたことや或いは敗訴のXが困るのをみて痛快と感ずるような心理的滿足を味わうかも知れない。しかし反面これがXY間の人間關係調整をいやが上にも困難にすることは當然である。

もつとも右のように當該訴訟の當事者間だけでなく、離婚請求棄却の判決の社會全體に及ぼす機能を考えなければならないかも知れない。このような意味では、婚姻秩序の維持とか一般人の道義感的な滿足ということが考えられる。しかしこのような機能をさして重視することはできない。何故ならば、本件についていえばXは訴外Fと同棲しており、Xの請求を棄却することによつて維持される婚姻秩序はまさに法律上のそれであり、現實のそれではない。また離

婚事件の判決は刑事判決ではないのであり、よし有責配偶者が敗訴によつて困ることによつて、一般人の道義感的な満足が得られたにしても、その道義感は、極めて素朴ないわば前近代的なものではないであろうか（日本に宗教的な離婚忌避の慣習のないことも考えよ）。

かくて要するに現在の人事訴訟制度の下においては、人事訴訟の一種である離婚訴訟についての判決が、ただ勝訴の被告に財産上の利益しかもたらさないように思う。

四、本件のように結婚生活の破綻につき有責である當事者が、原告となつて離婚を請求した場合には、現實に婚姻を繼續しがたくなつていても、なお請求を棄却すべきか否かを論議する場合、民法の解釋理論の面からでは、有責、無責の判斷が眞實に即して可能であるということを前提とするのが普通であろう。しかしはたして、現行の如き人事訴訟手續によつて、結婚生活そのものの破綻について、いずれの當事者にいかなる程度において責任があるかの判斷が、眞實に即して、なされ得るものであろうか。このようなことを言うのは、實務家ならざる筆者としては行きすぎかも知れない。しかし次のような疑問がある。すなわち人事訴訟手續においては、眞實探究のために職權による證據調および當事者の提出せざる事實の斟酌が認められているが（人訴一四條）、この證據調の手續は一般の民事訴訟におけるのと同樣であつて、家事審判および家事調停におけるような「事實の調査」（家審規七條―八條）をすることは認められていない。また手續は公開である。

元來結婚生活破綻の眞の原因を把握することは、家庭裁判所調査官の如き事實調査の專門家が、非公開で、被調査者との間でラポールを形成しつつ調査をしても、容易なものでないことは、言うまでもない。そして破綻の眞の原因がわからなければ、破綻についての責任の程度の認定も不完全であろう。ところで人事訴訟手續において公開の法廷で、いわば形式ばつた證據調によつて、家庭裁判所調査官が關與する事實の調査と同程度もしくはそれ以上に、結婚生活破綻の原因およびそれについての有責度合が顯出されるものであろうか。通常の民事訴訟におけると同樣の證據調手續において、また通常の民事訴訟におけると同じような證據の價値に對する判斷方法をもつて、顯出されるところのものは、結局通常の民事訴訟によつて保護される利益と同樣な財産的な利益を、いずれの當事者に與えるべきかの判斷に必要な程度の、結婚生活の破綻についての責任度合ではないのだろうか。本判決を通讀してもそのような感じが深いのは、はたして筆者一人であろうか。

五、右の三および四で述べたことを綜合して、現行人事訴訟制度の下において、本件の如き事案の場合に、原告の離婚請求を棄却する判決の機能は、ただ被告に財産的利益特に生活費請求權を留保せ

しめることであり、かつその判断に必要な程度の訴訟資料しか收集することができない、ということになりそうである（離婚訴訟の機能は、婚姻共同體そのものの運命を左右することではなく、生活費請求權の運命を左右することである）。そしてこういう考えが、現行の地方裁判所で離婚訴訟を管轄するという制度の合理性を説明するであろう。

かかる見地から本判決をみると、事實認定の點は、論外として、概ねこれは是認されることになると思うのである。しかしそれでもなお本判決は適切でないという論者があるかも知れない。そうなれば議論は、この判決の批判ではなくて、現行人事訴訟制度へうつらなければならないであろう。

六、なお人事訴訟の機能を右のように考えてもなお問題となる點は、第一回の判決によれば、Yの側にも落度があったことになっているが、第二回の判決では、殆んど一方的にXが有責とせられていることである。第一回判決以後、Xの行狀がその通りであるといえばそれまでだが、何となく判決文作成の技術上の便宜のためXがやや犠牲になった感じもしないではない。しかし事實認定の問題だから立入るべきではなかろう。なお、もし眞實Xの行狀が第一回判決以後は第二回判決認定の通りであったとしたら、第一回の判決とそれ以後のXの行狀の變化との關係が研究さるべきであろう。

（宮崎　俊行）

本判決については、前述の中川淳助教授の評釋のほかに、第一回の判決に關與せられた千種達夫判事の評釋がある（判例時報二一三號五頁以下）。

〔刑法　五〕無謀操縦の際重過失致死傷を犯した場合の罪數

（昭和三五年二月二四日大阪地裁堺支部判決
昭和三四年（わ）四一二號重過失致死、同傷害、
道路交通取締法違反被告事件
判例時報二一七號昭和三五年四月一日號所載）

【判示事項】運轉資格を持たない者が酩酊して貨物自動車を運轉して數人の者を死傷に致した場合の罪數關係。