

## [判例研究] 配偶者の生死不明が三年未満の湯合の離婚原因の成否

その他のタイトル	[Judicial Cases] Relativity of Divorce Causes and Right to seek a Divorce
著者	松本 暉男
雑誌名	關西大學法學論集
巻	11
号	1
ページ	124-133
発行年	1961-10
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/00027927">http://hdl.handle.net/10112/00027927</a>

## 配偶者の生死不明が三年未満の場合の離婚原因の成否

松 本 暉 男

昭和三六年四月二四日新潟地方裁判所判決（昭和三五年（分）第一五〇号・離婚請求事件）判例タイムズ一一八号七六八頁

〔判示事項〕 一 民法第七七〇条第一項第二号の「遺棄」とは、正当の理由なくして婚姻共同生活の継続を廃絶すること（民法第七五二条の同居協力扶助義務違反）をいう。二 「悪意の遺棄」には、遺棄の結果たる害悪の発生を企図し又は認容する意思が推認されるを要する。三 民法第七七〇条第一項の四個の具体的離婚原因は、同条第五号の抽象的離婚原因の代表的例示とみるべきで、実体法上の離婚原因は「婚姻を継続し難い重大な事由」という一個の事由であり、離婚訴訟の訴訟物も単一と解すべきである。四 同条第二項により、具体的離婚原因に該当する事実があつても離婚請求を棄却すべき場合があるし、該当事実がなくても、具体的離婚原因に類似し又はこれと対比できる重大な事由があれば、離婚請求は認容されうる。五 「生死不明」を理由に「婚姻を継続し難い重大な事由」ありとするためには、特別の事情がない限り、法定期間たる三年を経過するを要する。

〔事実〕 原告小沢幸一郎（X）と被告小沢シン（Y）は、昭和六年二月二七日ごろ事実上の婚姻をし、同年九月二日その旨を届出て法律上の夫婦となった。以来、X・Yは相共に協力して家業たる農業に従事し、田約五反歩、畑一町歩などの耕作にあたり、長年にわたって平穩な夫婦生活をつづけ、その間に五人の男子をもうけた。その内、長次男はX・Yと別居独立、四・五男は幼

少の頃死亡し、三男のみX・Yと同居中である。ところで、Yは昭和三四年八月中旬より更年期障害のため心神に著しい変動をきたし、神経過敏となり不眠を訴え、その傾向はますます強くなって、些細なことでXらと口論したり非常識な言動に出たりするようになったので、Xおよび家人はその処置に困惑していた。昭和三四年九月二十九日午後一時三十分ごろ、Yは格別の理由もないのに無断で家を出ていったため、Xと家人はYの平素の言動からみて不安にかられ、翌三〇日午前三時ごろまで居宅付近を捜索したが、ついにYの姿を見出すことができず、そこで右三〇日からYの生家その他の親類やYの立ちまわりそうなどころに出かけて問い合わせたり、日刊新聞の紙上に尋ね人の広告を二回も出したり、所轄警察署に捜索願を出したり、あらゆる手をつくしてYの所在を探し求めた。しかし、わずかに家出当夜Yらしい女性が国鉄信越線の新津駅までタクシーに乗ったという情報を得ただけで、Yの消息の手がかりはつかめず、本件口頭弁論終結当時いたるまで、Yの所在と行方は不明である。Yの家出後、Xは母親と前記三男と暮っていたが、家事を行う上にも不便であるばかりでなく、家業たる農業にも労働力が不足するので、Yが家出して約一年後の昭和三五年一〇月ごろ、山口ひさ子(C)なる女性を事実上の後妻として迎え、同居生活をしているが、Yが帰来する見込がきわめて乏しいとの判断に立ち、同居の家族や親族との協議の上で、Yと裁判離婚してCと婚姻する目的で本訴に及んだ。すなわち、Xとしては、Yから悪意をもって遺棄され、またはYとの間の婚姻を継続し難い重大な事由があり、民法第七七〇条第一項第二号または同第五号の離婚原因があるとし、訴外Cとの婚姻をいそぐためYの生死不明三年とる昭和三七年九月下旬まで、離婚請求を留保することはできないと主張。

**〔判決要旨と理由〕** 一 本件において「悪意の遺棄」は成立しない。その理由は次の如くである。「民法第七七〇条第一項第二号にいわゆる『遺棄』とは、正当の理由なくして同法第七五二条に定める夫婦としての同居および協力扶助義務を継続的に履行せず、夫婦生活というにふさわしい共同生活の維持を拒否することを指称」し、結局「婚姻共同生活の継続も廃絶する趣旨のこと」に他ならず、従って「Yが無断家出して現在まで所在不明であるのは『遺棄』という客観的要件を充足している」ことなる。しかし、それが離婚原因となるためには、「遺棄という事実のほかに、それが『悪意』をもってなされたものであるという

配偶者の生死不明が三年未満の場合の離婚原因の成否

主観的要件が併せ存在することを必要とする」。この「悪意」は、遺棄の事実ないし結果の発生を認識しているというよりも「一段と強い意味をもち、社会的倫理的非難に値する要素を含む」。「積極的に、婚姻共同生活の継続を廃絶するという遺棄の結果たる害悪の発生を企図し、もしくはこれを認容する意思」をいい、この意思は黙示的でも差し支えないが、とに角、「遺棄配偶者の所在が不明であることは悪意の要件ではない」し「直ちに悪意を推定することも許されない」。Yが、所在不明となった諸事情からは、「積極的に婚姻共同生活の廃絶という遺棄の結果たる害悪の発生を企図し、もしくはこれを認容する意思のもとに家出し、その所在を不明ならしめたものとまで確認することはできないし、他にこれを肯認するに足る証拠はない」。

二 Yが本件口頭弁論終結時まで一年六月余の間、その生死が不明であるが、民法第七七〇条第一項第三号の「法定期間を未だ経過していない前示にあつても、同項第五号『その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』に該当するか」。

まず、具体的離婚原因と一般的（抽象的）離婚原因との関係について、「両者の離婚原因はそれぞれ別個独立の訴訟物を形成し、前者に所定の事由に該当する事実があるときは、それ自体において婚姻を継続し難い重大かつ一般的な事由として、その事実ごとに独自の離婚原因が成立し訴訟物が特定する」という（つまり前者で列挙できなかった事由が後者で抽象的に総括されている）考えもあるが、「一般的離婚原因の規定形式からみると……具体的離婚原因とされている事由は、いずれも一般的離婚原因の具体的内容を定める場合における一応の評価規準ともなるべき例示もしくは代表的な例示」とみてよいし、（悪意の遺棄などが離婚原因とされるのも、それがまさに「婚姻を継続し難い事由」であるからで）、離婚訴訟における紛争の核心も、離婚自体についての是非を判断するにある。

「現行法が徹底した相対的離婚原因主義をとるだけでなく、離婚原因によって法律効果が異なることもなくなった以上、「婚姻を継続し難い重大な事由」という抽象的概括的な事由だけが民法の離婚原因であると考えてよく、訴訟法上も、具体的離婚原因は『法の趣旨を明らかにするための注意的列挙』であり『離婚請求を基礎づけるための攻撃方法たる意義をもつ』。有責原因と無責原因の差異も、「離婚訴訟における訴訟物の理解の仕方」に差異を生ずるものではない」。

次に、「一般的離婚原因に該当する事由あり」として離婚請求が認容されるには、民法所定の具体的離婚原因に類似し、もしくはこれに対比しうべき重大な事由があり」「客観的にみて婚姻の継続を期待し難い程度に婚姻関係の実質が破壊されている場合」に限る。「重大な事由」についての判断を余りに緩和して易々と容認すると離婚請求が無制限に許されることになる。法の趣旨は「離婚原因の例示として若干の具体的事由を列挙することによって一応の判断基準を与え、」これによって「離婚請求を認容する場合の最低線を示す」ことにある。

従って、「具体的離婚原因に該当する事実があれば、一応婚姻を継続し難い重大な事由ありと推定してよい」が、勿論「一切の事情にかんがみて客観的に未だ婚姻の継続を期待し難い程度に婚姻関係の実質が現実には破壊されていないと認められれば、離婚請求は棄却される（民法第七七〇条第二項）。

逆に、「具体的離婚原因に直接該当する事実がないときでも……一般的離婚原因に該当する事由ありとして離婚請求の認容されることもありうる」が、前示のとおり、「重大な事由」についての判断には制限が必要である……。

本件Yの、三年未満の生死不明については、「配偶者の生死不明が三年以上継続した場合に限り具体的離婚原因の形成を肯定しうる」とされていることを考えると、（婚姻の継続を期待し難い程度の重大な客観的事由ありとするためには）「他に特別の事情がなければならぬ」。本件Xについては「婚姻を継続し難い重大な事由」が認定されなかったため、原告Xの本訴請求は棄却された。

〔参照条文〕 民法第七七〇条

### 〔研究〕

一 本件は、破綻主義に徹した民法第七七〇条の適用に当つて、「悪意の遺棄」の概念や具体的離婚原因と相対的  
Ⅱ 一般的離婚原因の關係等について精緻な理論を展開しており、判例・学説の上で争われているところだけに極めて

配偶者の生死不明が三年未満の場合の離婚原因の成否

注目すべきものと思われる。本判決に対して、すでに中川淳氏の批判的な研究が発表されているが（時報第三卷第八号九四頁以下）同氏は本件に於いて「悪意の還棄」が成立するというが、私は本判決の理由と結論を全面的に支持したい。その根拠は明確でなく、論旨も粗雑のように思われる。

二 判旨第一点の「遺棄」の概念について、「正当の理由なくして同居義務協力扶助義務（五二）を履行しないこと」、従つて遺棄とは、事実上婚姻共同生活の継続を廃絶することを指すとするところについては一般に争いが無い（だから、必ずしも右の三義務のすべてが不履行となることは必要要件でない）。しかし、判旨第二点の「悪意」という主観的要件については、積極的に遺棄の結果たる害悪の発生を、企図又は希望することと解する見解（穂積・親族法——但し旧法・親族）と、単にその害悪発生を認容する意思があればよいとする通説的見解（末川・前掲書、我妻・親族法、青山・家族法、村崎・結婚離婚扶養の法）にわかれており、本判決は後者の立場をとっている。だが、悪意の遺棄は、「生死不明」という破綻主義律知識等）にわかれており、本判決は後者の立場をとっている。だが、悪意の遺棄は、「生死不明」という破綻主義からの離婚原因とちがって、本来、有責主義離婚法によつて早くから認められてきたものであつて（旧八一三・六参照。明治初年に、大法官は、妻の「逃亡」——遺棄で夫の）、遺棄者への制裁という倫理的要請が基調をなしていることが明らかである。従つて、単なる婚姻生活の断絶（義務違反）という客観的要件は、「生死不明」によつても結果的には同一の事態が招来されることを考へて、それ自体は「悪意の遺棄」の本質的部分でなく、むしろ「悪意」にウェイトをおくべきであらう。通説も「悪意」を解して、「善悪の悪」であり「単に事実を知つていふというだけでなく積極的に倫理的要素を含む」といい（前掲、中川・中川編・我妻・我妻立石、中川善之助教授は「……夫婦としての同居・協力・扶助の義務を怠ること……やむをえずにそうなつたというのではなく、できるのにしない場合です。……」と、簡潔に、遺棄者の悪意——反倫理性を指摘されている（「家族法説本」）。それ故、通説的見解を採つて、「遺棄の結果発生を欲求するというような厳格な意味に理解せず、結果発生を認容をもつて足りる」という立場をとるにしても、単な

る遺棄を直ちに第七七〇条の破綻主義の精神と結びつけて「悪意」の反倫理性を創設するような解釈はしてはならない。「認容をもつて足りる」ということは、遺棄者の悪意が、明示的か默示的か、とに角、客観的諸事情から推断されればよいという一事を出ないのであつて、それが推断され得ない場合にまで「悪意あり」と拡張することではないはずである。民法の破綻主義精神に照して具体的離婚原因を解釈すべきこと当然であるが、そのことは、各離婚原因が、婚姻関係の破綻の象徴としてあげられていることを前提としつつ、たとえば悪意や遺棄の要素概念を、現実に婚姻関係が破綻させられているかどうかの客観的事実の把握のために使用しなければならぬ、ということである。だから、「遺棄の結果発生の認容で足りる」という意味は、客観的諸事情から、この認容が推断されればよい、ということであつて、果して遺棄者が、遺棄の結果を認容しているか否かは、破綻主義の今日でも依然として離婚原因の成否を左右することにかわりない。

判例は、無断で実家に帰り、夫の再三の懇請にもかかわらず正当の理由なく復帰しない妻(東京地判昭三〇・二・一八下級民集六卷二号二七四頁以下)や、復帰拒絶の意思を表示した妻(東京地判大四・二・一五評論四卷民法九一頁)について悪意の遺棄を認めるが、夫が、就職口を探すとか商用とかの理由で家出したまま音信も送金もない場合(これらの事例については、大阪谷川久貫「配偶者からの悪意の遺棄」家族法大系三卷一五六頁)にも悪意を認定している。つまり、夫婦生活を破綻に導いた妻については、経済力のある夫に対しても遺棄が成立し、その場合、正当の理由なく復帰しないことが問題である。夫の場合には、長年にわたつて音信も送金もないことが問題になりやすい(復帰しないこと、音信や送金のないことが要件ではない、ではなく、婚姻生活を廃絶せしめたから問題となる)。そして何れにせよ、これらの場合に婚姻共同生活の廃絶の意図が看取されるから、悪意の遺棄に該当するのであるが、悪意が推断されぬときは、離婚原因を構成せず、又は、単なる生死不明とならざるをえない(実家に留まつて復帰を請求された妻でも、正理の理由があるれば、悪意は推断されず、悪意の遺棄とはなりえない)。

三 本件の場合、Yが一年六月も自家に復帰せず所在不明の状態にあるからといつても、婚姻共同生活の廢絶の意図そのものは推定されない。商用や就職口探しを理由に出かけて所在不明になつた者は、家庭への復帰を断絶していることについて、悪意の推定が可能であるが、更年期障害で心神が著しく変調をきたした婦人が、理由なく突如として家出した状況は全く別であろう。病人が発作的に家出しても、遺棄という結果の発生を認容しているといえぬのと同断である。換言すれば、一応結果的には、のこされた夫と家庭への遺棄の事実を認容しているという推定と、病的状態が継続したり死亡したりして「生死不明」を構成する可能性とが平等に存する以上、遺棄者たるYの、遺棄の動機に重点をおいて解釈するより他はない。破綻主義を強調するにしても、それは、遺棄の結果を認容しているかどうかを客観的に探求することであつて、その探求が不可能だからといつて、單純に「遺棄」又は「生死不明」とみられる事例を悪意の遺棄と混同して、第七七〇条一項二号の立法意義を抹殺するような結果はさげねばならぬ。従来、判例・学説共に、こうした病的状態による家出を評価したものがなく、中川淳氏は「……悪意の遺棄かどうかの判断は、諸般の事情から総合的・客観的になされるべきであり、遺棄の意思が推認せられるような事情が存在する場合には、悪意の遺棄と判断することが許されるべきであろう」(前掲・時報九五頁)といつているが、論旨のアイマイさは度外視するとしても、「遺棄の意思が推認されるような事情」が抑々一体どういう事情なのか、又、本件においてそういう事情があつたのかどうかにふれていない(本件Yの場合に、何故悪意の遺棄が成立するのか。同氏は、遺棄が第七五二条の義務違反をさし、悪意とは、社会的道徳的の意味を含み、結果発生の認容で足る、という理論的前提を説くのみで、根拠を示していない)。

四 次に、四個の具体的離婚原因が、「婚姻を継続し難き重大な事由」(民七七〇の5)の例示的事由であるという判旨も正当である。学説上もほぼ一致しており(しかし、これら具体的離婚原因が、真に婚姻を継続し難くする事由になつているかは、具体的に確認される。村崎・一三四頁)、一般に、第一

号乃至第四号までの離婚原因は第五号を前提とし、従つて婚姻を継続し難い程度に婚姻関係の実体が破壊されておれば第一号以下の原因に直接該当する事実がなくてもよいと解されている（たとえば暴行・氣質不適合など——昭二五・五・多）。具体的離婚原因に該当する事実があつても、一切の事情を考慮して、婚姻の継続を相当と認定される場合も多い（民七七）。このことは、民法上、離婚原因は極度に相対的抽象的な一個の包括的事由たる「婚姻を継続し難い重大な事由」だけだと考えてよいわけである（青山・我妻・中川等前掲書、我妻。第二号の「悪意の遺棄」の成立が否認されたことは、YのXに対する遺棄が「重大な事由」に当たらないと判断されたことでもある）。

五 ところで、このように実体法の解釈上、「婚姻を継続し難い重大な事由」という一個の離婚原因だけが認められることになつたのだとすれば、離婚訴訟における訴訟物（審判の対象）をどう解するかに関連して、具体的離婚原因と一般的離婚原因への訴訟法的評価をどうするかが検討されねばならぬ。この問題は、戦後、訴訟法学者の間にはげしい

論争のあつたところである。通説は、形成訴訟の訴訟物について権利保護請求権説の下で支配的であつた旧訴訟物理論を固守し、個々の形成要件の主張をその訴訟物と説いている（くわしくは三ヶ月「民」。わけても離婚訴訟に關しては、旧離婚法が離婚原因たる事由を限定的に列挙し（旧八一三——重婚・悪意の遺棄等十個の事由を法定）、各原因の如何で効果に異同のあつた

ことと相俟つて（たとえば守操義務違反で、夫と妻は同断でなく、姦通と他の事由とで）、離婚事由が異れば訴訟物も異ることと異同があつた——この重要な指摘について三ヶ月・前掲一一五頁）。

この考え方が伝統となつており、民法改正後の今日でも——権利保護請求権説を背景として——個々の離婚原因毎に別個の訴訟物を認めるのが多数説である（中田「形成訴訟の訴訟物」民訴雜誌一〇・兼子）。下級審判例でこの立場に立つ

ものもある（たとえば東京判昭三〇・五（六下級民集六卷八九六頁）。「権利保護請求権説」が多くの理論的難点の故に批判されていること（その詳細は、三ヶ月・前掲）については、三ヶ月・前掲（六下級民集六卷八九六頁）、特にそれがローマ法的アクチオ競合の理論から脱皮できずにいること（詳細は三ヶ月・前掲書三三六以下・八六以下）。

「請求権の競合」(民法)は屢々指摘されている通りであり、この影響下にあつた旧訴訟物理論に対して、新しい訴訟物理論が提起されつつある。これによれば、形成訴訟の訴訟物は「原告が裁判による形成を求めうる法的地位にあるとの権利主張」(三ヶ月・前掲(一四書一頁))なのであるが、審判の対象が、形成さるべき単一の法律関係である以上、訴訟物もまた単一であると説くことになる。離婚訴訟の訴訟物も、離婚を求めうる地位にあるとの権利主張そのものであるということになり、民法所定の個々の離婚原因に応じてその訴訟物が異別になると解してはならぬことになる(故に、敗訴すべし)。この主張は少数説であるが有力であり(三ヶ月・前掲書その他、中川編「註解親族法」一三九頁、本判決もこれに従っていることが明らかである)。

山木戸教授は、民法の離婚原因が「婚姻を継続し難い重大な事由が存在すること」という包括的な一個の事由になつたことを根拠にして、離婚訴訟の訴訟物の単一性を説いてはいるが、その訴訟物理論が右の通説に従っていることは明らかである(山木戸「離婚原因の相対化と離婚訴訟」神戸経。しかし、離婚訴訟の訴訟物(離婚権)の単一性が、現行法上主張されるためには、離婚原因の相対化という実体的認識と共に、各具体的離婚原因がすべて第七七〇条第一項五号の抽象的一般的事由に包摂されることによつて、旧法下で離婚原因のそれぞれに規定されていた形式的な離婚請求権の消滅事由が、請求棄却の制度で統一されたこと(民七七)、旧法下で規定されていた離婚原因如何による離婚の効果の副次的差異が消滅したこと(たとえば、姦通という離婚原因によるときは、相姦者との婚)が根拠とされるべきであろう(三ヶ月・前掲書)。本判決が、少数説の立場を貫き、その訴訟物単一性について、これらの根拠を丹念に述べているのは極めて正当といつてよいであろう(中川氏前掲判批は、この問題を山木戸)。

六 判決は、さいごに、原告が「婚姻を継続し難い重大な事由」ありと主張するに對し、具体的離婚原因の事由に

準じるものとして（一年六月余の）「生死不明」をとりあげ、法定期間の三年に達しない生死不明で離婚請求が認められるためには「特別の事情」が必要だとしている。一体、破綻主義離婚法で認められてきた「生死不明」という事由は、結局、残存配偶者が離婚できないために蒙る不利益と、行方不明の配偶者が万一復帰したときにうけるであろう不利益との較量に立つて、三年という法定期間が附せられてるのである。三年経過していても「重大な事由」に当らずとして離婚請求が棄却されることもある（民七七〇）以上、三年未満の生死不明の場合、残存配偶者については右の較量を左右するだけの「重大な事由」が特に介在せねばならぬことはいうまでもない。かくて、判旨が、そういう重大事由の存しない故に、Yの生死不明の点でもXの離婚請求を棄却したのは正当である。