

◆最判昭 27・2・19民集六巻二号一〇頁  
踏んだり蹴たり離婚事件  
昭和二十四年（オ）第一八七号 離婚請求上告事件  
第一審・奈良地方裁判所  
原 審・大阪高等裁判所

判 決

上告人【控訴人・原告】 井上喜作  
右訴訟代理人弁護士 戸毛亮蔵  
被上告人【被控訴人・被告】 井上敏子

主 文

本件上告を棄却する。  
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人の上告理由は末尾別紙記載のとおりである。  
論旨第一点に対する判断。

被上告人が原判決判示の如く上告人に水をかけたとか、ほうきでたたいた等の行為をしたことは誠にはしたくないことであり、穩当をかくものではあるが右様のことをするにいたったのは上告人が被上告人と婚姻中であるにかかわらず婚姻外の清水笑子と情交關係を結び同女を妊娠せしめたことが原因となつたことは明らかであり、いわば上告人自ら種子をまいたものであるし、原審が確定した一切の事実について判断すると被上告人の判示行為は情において宥恕すべきものがあり、未だ旧民法第八一三条五号に規定する「同居に堪へざる虐待又は重大なる侮辱」に当たらないと解するを相当とする。従つて右と同趣旨である原判決は正当であつて論旨は理由がない。

同第二点乃至第四点に対する判断。

論旨では本件は新民法七七〇条一項五号にいう婚姻を継続し難い重大な事由ある場合に該当するというけれども、原審の認定した事実によれば、婚姻關係を継続し難いのは上告人が妻たる被上告人を差し置いて他に情婦を有するからである。上告人さえ情婦との關係を解消し、よき夫として被上告人のもとに帰り来るならば、何時でも夫婦關係は円満に継続し得べき筈である。即ち上告人の意思如何にかかるとして、かくの如きは未だ以て前記法条にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」に

該当するものということは出来ない。（論旨では被上告人の行き過ぎ行為を云為すけれども、原審の認定によれば被上告人の行き過ぎは全く嫉妬の爲めであるから、嫉妬の原因さえ消滅すればそれも直ちになくなるものと見ることが出来る。）上告人は上告人の感情は既に上告人の意思を以てしても、如何ともすることが出来ないものであるといふかも知れないけれども、それも所詮は上告人の我侷である。結局上告人が勝手に情婦を持ち、その爲め最早被上告人とは同棲出来ないから、これを追い出すということに帰着するのであつて、もしかかる請求が是認されるならば、被上告人は全く俗にいう踏んだり蹴たりである。法はかくの如き不徳義勝手氣儘を許すものではない。道徳を守り、不徳義を許さないことが法の最重要な職分である。総て法はこの趣旨において解釈されなければならない。論旨では上告人の情婦の地位を云為すけれども、同人の不幸は自ら招けるものといわなければならない。妻ある男と通じてその妻を追い出し、自ら取つて代わらんとするが如きは始めから間違つて居る。或は男に欺された同情すべきものであるかも知れないけれども、多少なくとも過失は免れない。その爲め正当の妻たる被上告人を犠牲にすることは許されない。戦後に多く見られる男女關係の余りの無軌道は患うべきものがある。本訴の如き請求が法の認める処なりとして

当裁判所において是認されるならば右の無軌道に拍車をかける結果を招致する虞が多分にある。論旨では裁判は実益が無ければならないといふが、本訴の如き請求が猥りに許されるならば実益どころか実害あるものといわなければならない。所論上告人と情婦との間に生れた子は全く氣の毒である、しかし、その不幸は両親の責任である。両親において十分その責を感じて出来るだけその償を爲し、不幸を軽減するに努力しなければならぬ。子供は氣の毒であるけれども、その爲め被上告人の犠牲において本訴請求を是認することは出来ない。前記民法の規定は相手方に有害行為のあることを要件とするものでないことは認めるけれども、さりとて前記の様な不徳義、得手勝手な請求を許すものではない。原判決は用語において異なる処があるけれども結局本判決と同趣旨に出たもので、その終局の判断は相当であり論旨は総て理由なきに帰する。（本件の如き事案は固より複雑微妙なものがあり、具体的事情を詳細に調べて決すべきもので、固より一概に論ずることは出来ない。しかし上告審は常に原審の認定した事実に基づいて判断すべきものであり、本件において原審

の認定して事実によれば判断は右以外に出ない。）  
よつて上告を理由なしとし民訴四〇一条、九五条、八九条に従つて主文のとおり判決する。  
この判決は裁判官全員一致の意見である。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官 井上 登  
裁判官 島 保  
裁判官 河村又介

上告代理人戸毛亮蔵の上告理由

先づ原審が認定した事実の中で上告人の行動に関することは同人が昭和二十一年七月訴外清水笑子と情交關係を結び昭和二十二年六月同女との間に男子を儲けたこと及び同年四月中旬以来被上告人を嫌つて家出し目下右清水笑子と同居してゐることであり又被上告人の行動に関する点は同人は元來嫉妬心強く感情のままに行動する性癖者であること、昭和二十二年三、四月頃から上告人に暴言を吐いたり、ほうきで叩いたり、出刃包丁を振り廻したり、頭から水をかけたり、靴を便所に投込んだりしたこと及び昭和二十二年五月大分県の実家へ帰つてゐることである。所が之に対する原審の判決は法令の解釈適用を誤つたり或は理由不備の違法がある。即ち

第一、原審は被上告人に対する前記のやうな暴言暴行を認めた以上当然それは旧民法第八十三條第五号の所謂配偶者から同居に堪へない虐待又は重大な侮辱を受けたものとして上告人請求の離婚を認むべきであつたのに故ら其の請求を認めなかつた。そして其の理由として判示する所は被上告人の右暴言暴行の言動といふのは上告人の前記行動に起因するものであるが旧民法第八十三條第五号に因る離婚は斯様な婚姻義務違背の責任者からは請求出来ないといふことである。然かし右法条は決して左様な責任主義を採用するものではなく尙も配偶者から同居に堪へない虐待又は重大な侮辱を受けてそれがどうしても婚姻継続に支障があるやうに思はれる場合は其の支障の責任者がいづれの配偶者であつても離婚の請求を認めようとする所謂目的主義又は破綻主義を採つてゐるものである。此の点原審は法律の見解を誤つてゐる。

若し右法条が仮に所謂責任主義に終始してゐるものであるとしても離婚を求むる者の婚姻義務の違背行為とこれを求められ

る相手方の虐待又は侮辱行為との間には相当な因果関係が必要であつて社会通念上前者の行為から観れば後者の行為は当然だと言ひ得る場合に限り若し後者の行為が前者の行為に比して行き過ぎたと思はれる場合は矢張り前者に離婚の請求権があるものと思はれる。若しそうでないとすれば偶々些少の原因を与へたがため相手方の無限の暴行を甘受せなければならず判へこれを逃れやうとする離婚は不能となり幸福であるべき婚姻が却つて苦難の生活となるからである。所で本件上告人の非行として原審の認定したところは前叙のやうに他に情婦をつくつたといふことである。

此の場合上告人の行為は固より穏当ではないが斯様な場面に臨んだ夫婦としては互に過去を反省し新しい構想の下に愛情の回復を図り徐ろに情婦との関係を絶つことが重要であつてお互ひに双方の非を難じ合ふのみで少しも寛容の態度を示さないことは結局事態を悪化せしめるだけである。殊に被上告人のやうに妻たる者にあつては其の間の進退が一層むづかしいのであつて時には逆上のあまりあらゆる暴言を吐いて夫を侮辱することはこれも通常の結果として世人は正当視するであらうが本件原審認定のやうな刃切包丁を振り廻したり、ほうきで叩いたり即ち犯罪とも思はれるやうな行為については最早や行き過ぎた行為であつて決して上告人の非行に対する通常の結果と言ふことが出来ない。従つて此の場合は前述の理由によつて上告人の離婚請求を認むべきであるのに事茲に出でなかつた原審判決は違法である。

第二次に原審は冒頭掲記のやうな事実を認めながらこれは新民法第七百七十条第一項第五号の所謂「その他婚姻を継続し難い重大なる事実あるとき」に該当せないと判示したがこれは違法である。抑々右条文といふのは同法条第一項第一号乃至第四号列挙の事実以外に夫婦間に何等かの障害が発生しこれが為め婚姻本来の使命例へば憲法第二十四条第一項中段にあるやうに「夫婦が同等の権利を有することを基本として相互の協力により維持する」ことが出来なくなつたり或は新民法第七百五十二条に謂ふ「夫婦は同居し互に協力し扶助しなければならぬ」といふことに支障が生じた場合換言すると離婚することが却つて当事者の将来の幸福を将来するであらうと客観的に推量出来る事情ある場合を言ふのであつて其の障害発生の原因が何人であるかは問ふ所ではない。このことは旧民法の裁判上の

離婚原因は所謂制限的列挙主義であつてこれが為め複雑な社会世相と微妙な家庭生活から簇出する多種多様の離婚の要求に対処することが出来なかつた不便に鑑み特に弾力性のある本規定を新設せられた趣旨からみても明であるし又右条文の文理からみても当然のことである。だから原審が前叙のやうに認定した事実を充分検討するならば上告人と被上告人はどの様にしてみても夫婦としての生活が復活するものと思はれない。だから深く離婚を容認すべきであるのに原審はこれに反した判決をしたのは違法である。

第三、次に原審は右新民法第七百七十条第一項第五号の解釈として本件上告人のやうに自己の責に帰すべき事由によつて婚姻関係の破壊をもたらした者がこれを原因に離婚の訴を提起することは信義誠実の原則によつても許されないと判示するが離婚法に限り信義誠実の原則は常に適用あるものではない。何となれば夫婦は三世を契るといひ或は借老同穴の俗言で表現せられてゐる通り終世の結合を信義とするものであるから離婚そのものが既に信義に反する行為である。然し法は特に婚姻の特殊性に鑑み婚姻継続の支障ある場合に限り訴によつて離婚を求め得ることにしたのである。従つて常に必ずしも信義誠実の原則は離婚法を支配する訳ではない。殊に本件では婚姻関係の破壊をもたらした原因は上告人の不貞行為にあつたとしてもこれに対する被上告人の言動は前述のやう行き過ぎたものであり、つまり両者の行動が夫々原因となつて婚姻の破壊を醸したものである。斯様な場合に上告人からこれを理由に離婚の訴を提起するのは何等信義則に反することではないのにこれと反対の見解を採つた原審判決は違法を免れない。

第四、次に凡そ民事裁判は当事者乃至は社会に協力するもの換言すると何等かの実益をもたらす解決でなければならぬ。然るに原審の本件判決には何等の実益がない。即ち原審のやうに婚姻の継続を宣言してみてもこれが為め当事者相互の愛情を取戻し二ヶ年以上の別居から急に夫婦としての同棲を開始する訳でもない。単に破壊された婚姻関係が安定する見込みの立たない俤に徒らに日月を経過するだけである。更に不幸なことは実の伴はぬ本件婚姻が形式的に継続することによつて上告人と前記清水笑子との事実上の夫婦関係はいつまでも所謂内縁関係に止まることであり其の間の儲兒は嫡出でない子として肩身狭く遇せらるることである。又一方被上告人も上告人の妻たる身分を

有つて居る以上自由の行動が制約せられ恐らく何等かの理由でいつかは上告人との婚姻解消の手段をえらばなければならぬであらう。このやうに原審判決は何等の実益のない否却つて当事者又は関係人を益々不幸に陥入れる悪結果を生ぜしめる。これは原審が前記のやうに新民法第七百七十条第一項第五号の見解をあまり徒らに離婚請求者の責任又は信義誠実の原則なるものに捉はれ当事者双方の将来の幸福といふ重点を看過したからである。要するに新民法の右法条は決して原審判示のやうに離婚請求者の責任を論じたり或は信義誠実の問題を解決するものではなく事実上営み得ない当事者の婚姻関係を速やかに解消して新しい人生への出発点を見出してやることである。原審はこの点を誤解してゐる。

以上の諸理由により原判決は破棄せらるべきものである。

#### 参考・第一審判決の主文および事実

##### 主 文

原告の請求を棄却する。  
訴訟費用は原告の負担とする。

##### 事 実

原告訴訟代理人は原告と被告とを離婚する訴訟費用は被告の負担とするとの判決を求め其の請求の原因として原告は昭和十八年三月一日被告と婚姻し大阪市生野区（以下略）において同居して来たが常に被告は原告を疎して風波絶へなかつた。昭和二十二年春以来被告は原告に対し暴言を吐き毆打し或は頭髪を掴んで引張り或は原告所有の革靴を便所に投入する等の暴行を繰返し果ては原告を殺傷する旨脅迫を加へ到底夫婦関係を継続すること困難となつた為原告は被告に対し大阪区裁判所に人事調停を申立てたが被告が言を構へて出頭しない右事實は昭和二十二年法律第二百二十二号に依る改正前の民法八百三十三号第五号に定める配偶者より同居に堪へない虐待及侮辱を受けた場合に該当するから右法律附則第十一条第一項に依つて法定の期間内に裁判上原告と被告との離婚を求め。仮りに右事實が離婚原因に該当しないものとすれば現在原告被告間に婚姻を継続し難い重大な事由が存するから予備的に改正民法第七百七十条第一項第五号に依り原告と被告との離婚を求め。即ち原告は被告と十年以上も夫

婦生活を続けて来たが被告との間に子のない淋しさから昭和二十一年七月訴外清水笑子と情交関係を生じ昭和二十二年六月二十八日同女との間に男子を儲けるに至った原告は父としての愛情と責任から子と同女と同居することは出来ない。被告は其の子を引取り養育するから同女と絶縁せよと主張するが母を慕ふ子を引離して母と感情の全く相反する被告に子の養育をすることは不可能である。婚姻関係は配偶者双方の愛情を基礎として存続すべきところ原告双方に全く愛情の減却せる現在原告は右笑子と別れ被告と夫婦関係を継続することは困難且不可能である。右事實は前記改正法第七百七十条第一項第五号に所謂婚姻を継続し難い重大な事由に該当するから之に依り原告は被告に対し裁判上の離婚請求権を有するものと陳述した。(立証省略)

被告訴訟代理人は主文と同旨の判決を求め答弁として原告主張事實中原告主張の日時婚姻の届出があつたこと及原告被告が原告主張の住所で同居生活をして居たことは認めるが其の余の主張事實を争う。被告は昭和十一年八月一日訴外広瀬静雄の媒酌によつて原告と婚姻の式を挙げ大阪市内において事実上の夫婦生活を営んで居た其の間原告が昭和十三年六月出征し昭和十六年一月帰還するまで被告が孤園を守つて居り原告の帰還後も原告は旧に増し夫婦間の愛情濃かに円満な家庭生活を継続して居たところ昭和二十一年七月頃から原告は時々外泊し昭和二十二年二月初頃無断家出し二十数日後帰還して突然被告に対し自分は訴外笑子と情交関係を生じ同女が自分の子を懐胎したから離別して呉れと言ひ出し被告が其の子を育てるから笑子との関係を断つて呉れと再三懇願するのを聴入れず其以来原告の被告に対する態度冷淡となつた。遂に原告は同年四月十五日被告を遺して行方を晦し同年五月一日被告の不在中生活必需品購入通帳を持出し自分一人の転出手続をして右笑子と同棲するに至つた。被告は原告の代理人戸毛亮蔵を介し原告の意中を質したところ原告が右笑子との夫婦関係を絶つ意思のないことを表明したので被告は已むなく実弟麻生義親の勧めに従ひ被告の生活必需品購入通帳を隣に預けて実家に戻つたものである。以上の次第であつて被告は嘗て原告主張の様な粗暴の振舞をしたことがなく原告が却て被告を悪意を以て遺棄したものである。又原告は予備的に離婚の請求原因として原告被告間に婚姻を継続し難い重大な事由が存する旨主張するけれども原告の主張するところに従へば原告が正妻のあるのを顧みずに情婦と同棲して正妻を遺棄することの原告自らに責任ある

不信行為と悪意の遺棄を以て其の正妻を裁判上離婚する原因と為すものであつて公序良俗と信義誠実の原則に違反するものである。原告が自己の過誤を改めるにおいては被告は固より粗暴な言動に出ずることのないことは勿論現在においても原告を慕ひ原告との復縁を念願しつつあるものであるから原告が進んで訴外笑子との不倫関係を清算しようと努力して呉れるならば原告被告間に毫も婚姻の継続を妨げる他に重大な事由があるべき筈がないから改正民法第七百七十条第一項第五号に基づき原告の請求も失当であると陳述した。(立証省略)

参考・控訴審判決の主文、事実および理由

主 文  
本件控訴を棄却する。  
控訴費用は控訴人の負担とする。

事 実

控訴人は「原判決を取消す。控訴人と被控訴人とを離婚する。訴訟費用は第一、二審とも被控訴人の負担とする。」との判決を求め、被控訴人は主文と同じ判決を求めた。

当事者双方の主張は控訴人において被控訴人が控訴人に暴言をはき暴行を加えた原因は控訴人の不貞行為にあつたとしてもその不貞行為を最後の段階にまで追いこんだのは被控訴人のこのヒステリー的態度であつて、被控訴人の暴言暴行は控訴人の甘受すべき程度を超えたものである。又婚姻関係は男女の精神的共同生活であつて相互に夫婦の愛情を失ひ夫婦関係を継続する見込のない場合はむしろ離婚を許すべきである。徒らに当事者の責任を論じて婚姻の継続を図るうとしてもそれは全く形式的のことであつて当事者を不幸に陥れるものである。近時離婚法の理念が従来の責任主義から破綻主義に推移しているのは意義のあることである。本件において当事者双方が既に二年間も別居しており、控訴人が清水笑子と事実上の夫婦生活をしその間に男子出生して円満な家庭生活を営んでおり、控訴人が将来被控訴人と共同生活を営む意思のない事實は婚姻を継続するについて重大な傷害があるものであり、正しく新民法第七七〇条第一項第五号にあたるものといわなければならない。と述べた外いずれも原判決の事実に掲げるところと同一であるからここにこれを引用する。

理 由

当裁判所が真正に成立したものと認める甲第一号証戸籍謄本によれば控訴人は昭和十八年三月一日被控訴人との婚姻を届け出したことが明らかであり、控訴人本人の原審及び当審における尋問の結果によれば控訴人は昭和二十二年八月以来被控訴人と大阪市内で夫婦として同居して来たがその間昭和十三年から昭和十六年までの間応召していたことを認めることができる。控訴人は昭和二十二年春以来被控訴人は控訴人に対し暴言をはき暴行を加えたものであつて旧民法第八一三条第五号にあたる主張するから考へるに、原審証人井上宇一、土井直枝の各証言及び被控訴人本人の原審及び当審における尋問の結果によると、控訴人は被控訴人との間に子がなかつたのであるが、昭和二十一年七月清水笑子と情交関係結び同女が妊娠したため夫婦間の感情は次第に疎融し、被控訴人は昭和二十二年三、四月以来控訴人に笑子との関係を絶つことを要求したが控訴人がこれを拒絶したので口論となり、元來嫉妬心強く感情が激するままに行動する性癖のある被控訴人は、控訴人に暴言をはいたり、ほうきでたたいたり刃刀包丁をふりまわしたり、頭から水をかけた、靴を便所に投げこんだりしたことのある事実、控訴人は同年四月中旬被控訴人との同居をさらつて家出して笑子と同居し被控訴人との夫婦関係を解消する意思を表明したので被控訴人は同年五月大分県の実家に帰つて居る事実及び同年六月控訴人と笑子との間に男子の出生した事実を認めることができる。

被控訴人の原審における尋問の結果中右認定に反する部分は信用できない。被控訴人が控訴人に対し右のような言動に出たこととはもとより穩当を欠くものではあるけれども、夫が婚姻外で女と継続的な情交関係を結んで妊娠させ妻が夫にその女との関係を絶つことを要求したのにこれを拒絶せられ、嫉妬の余り妻が家庭内で夫と口論の上右のような言動をあえてしたとしても、事ここに至つた原因は夫にあるのであるから、これを以て旧民法第八一三条第五号にいわゆる夫が配偶者から同居に堪えない虐待又は重大な侮辱を受けたものに該当するものと解することはできない。従つて右条項に基づく控訴人の本訴請求は失当である。

次に控訴人は清水笑子との間に男子を儲け円満な家庭生活を営み、被控訴人とは既に二年間も別居して居り、控訴人被控訴人双方の愛情の冷却した現在被控訴人との夫婦関係を継続するこ

とは不可能であつて右事実が新民法第七七〇条第一項第五号にあたることを主張するから考へるに、右第七七〇条第一項第五号において「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」というのはその第一号乃至第四号においてその事由を例示するところ、社会観念からみて配偶者に婚姻生活の継続を強いることがひどすぎるといわなければならない程度婚姻関係が破壊せられた場合を指すのであつて、その例示する第三号第四号の事由をみても明らかにならうに、必ずしも離婚を求められる配偶者の責に帰すべき事由であることは要しないけれども、婚姻関係の破壊が主として離婚を求めめる側の配偶者の一方の責に帰すべき事由に基づく場合を包含しないものと解するのを相当とする。自己の責に帰すべき事由によつて婚姻関係の破壊をもたらしながら、これを離婚の訴の原因とするようなことは信義誠実の原則によつても許されないものといわなければならない。本件において控訴人被告控訴人の夫婦間に不和を生じ別居するに至つたのは、控訴人が婚姻外で女と情交関係を結んでその間に男子を儲けこれと同居するようになったためであることは、前に認定したとおりであるから、婚姻関係の破壊をもたらしたのは主として控訴人の責に帰すべき事由によるものといわなければならない。従つて新民法第七七〇条第一項第五号に基づく控訴人の本訴請求も採用できない。

そうすると控訴人の本訴請求を失当として棄却した原判決は相当であつて本件控訴は理由がないから、民訴第三八四条第一項第八九条を適用し、主文のとおり判決する。

昭和二十四年七月一日 大阪高等裁判所第一民事部