

有責配偶者の離婚請求

—最高裁昭和六二年九月二日大法廷判決 民集四一巻六号一四二三頁—

大宮 隆

〔問題点〕

離婚原因の発生につき責任のある配偶者からされた離婚請求は許容されるか。

〔事案の概要〕

(一) X（原告・控訴人・上告人）とY女（被告・被控訴人・被上告人）とは、昭和一二年二月一日婚姻届をして夫婦となつた。Xは、同一七年一一月から南方に従軍し、同二一年五月帰還してYの許に戻つたが、子が生まれなかつたため、同二三年一二月八日訴外A女の長女B₁及び二女B₂と養子縁組をした。(二) XとYとは、当初は平穏な婚姻関係を続けていたが、Yが昭和二四年ころXとAとの間に継続していた不貞な関係を知つたのを契機として不和となり、同年八月ころXがAと同棲するようになり、以来今日まで別居状態にある。なお、Xは、同二九年九月七日、Aとの間

にもうけたC₁（同二五年一月七日生）及びC₂（同二七年一二月三〇日生）の認知をした。(三)昭和二五年二月、Yは、Xとの別居後生活に窮したため、かねてXから生活費を保障する趣旨で処分権が与えられていたX名義の建物を二四万円で他に売却し、その代金を生活費に当てたことがあるが、そのほかにはXから生活費等の交付を一切受けていない。(四)Yは、右建物の売却後は実兄の家の一部屋を借りて住み、人形製作等の技術を身につけ、昭和五三年ころまで人形店に難務するなどして生活を立てていたが、現在は無職で資産を持たない。一方、Xは、精密測定機器の製造等を目的とする二つの会社の代表取締役、不動産の賃貸等を目的とする会社の取締役をしており、経済的には極めて安定した生活を送っている。(五)Xは、昭和二四年ころ、東京家庭裁判所に夫婦関係調整の調停を申立てたが不成立となり、さらに同二六年ころ東京地方裁判所に対しYとの離婚を求める訴えを提起したが、同裁判所は、同二九年二月一六日、婚姻関係が破綻するに至ったのはXがAと不貞な関係にあつたこと及びYを悪意で遺棄してAと同棲生活を継続していることに原因があるから、右離婚請求は有責配偶者からの請求に該当するとして、これを棄却する旨の判決をし、この判決は同年三月確定した。(六)Xは、昭和五六年ころ東京家庭裁判所に再び夫婦関係調整の調停を申立てたがそのときも不成立となつてそのままにしていた。(七)Xは、昭和五八年一二月ころYを突然訪ね、離婚並びにB₁及びB₂との離縁に同意するよう求めたが、拒絶されたので、同五九年東京家庭裁判所に対し離婚を求める旨の調停の申立をし、これが成立しなかつたので、本件訴えを提起した。なお、Xは、右調停において、Yに対し、財産上の給付として現金一〇〇万円と油絵一枚を提供することを提案したが、Yはこれを受けいれなかつた。XからYに対し離婚請求訴訟を提起したが、一・二審ともXは有責配偶者であるとして請求棄却になり、Xが上告したのが本件である。

〔上告理由〕

原判決は、本件の「破綻の原因は、Xが訴外A女と同居するようになり、前訴離婚判決後もその同居を継続してきたためで、一方、Yはこれといった落度はなく、破綻の責任は専らXにある」とし、いくつかの事情を列挙した上、「このような特別の事情のある本件においては、専ら婚姻関係の破綻を招来したものとして有責配偶者であるXの本訴離婚請求を認めることは信義誠実の原則に徴し相当でないといわざるを得ない」と判示している。その特別事情の一つとして、Yの生活基盤が必ずしも安定したものとはいえないのに対し、Xは経済的には安定していくながら「離婚に伴う相応の財産給付をなす意思に乏しく、別居が継続している間Yに対する経済援助を全くすること」がなかつた旨認定している。しかしながら、他方同じく原判決が認定しているとおり、Yは、「X及びYが居住に使用していたX名義の建物を金二四万円で売却し、その代金を受領して実兄D方に転居し、右代金を生活費に充ててきて」いるのである。記録から窺えるとおり右土地及び建物は当時のXのいわば全財産であったものであり、Xは別居に伴い自分の所有する全財産を既にその時にYに分与したのであって、当時のXの経済状態から見れば最大限の償いをしたと評価し得るのであり、原判決の如く「Yに対する経済的援助を全くしなかつた」というのは全く事実に反している。換言すれば、Xは、別居の際に、既に「離婚に伴う相応の財産給付」に相当するものをYに分与していたのである。この財産給付の事実は離婚請求の認否の判断上の重要な要素に係わるものであって、給付それ自体を認定しつつその給付の意義を全く無視した点において原判決は理由に齟齬ないし不備があるものと言わざるを得ない。

自己の背徳行為により勝手に夫婦生活破綻の原因をつくりながら、それのみを理由として相手方に離婚を強制することは、婚姻秩序や性秩序あるいは道徳観念よりして許されるべきことではないとの法理に基き、有責配偶者の離婚

請求を排斥してきた判例の集積はXも是認するところである。しかしながら、他方において離婚請求者に有責的行為がある場合には安易に離婚を棄却しがちな傾向も厳に慎むべきである。なぜならば、そもそも民法第七七〇条第一項五号の「婚姻を継続し難い重大な事由」とは、いわゆる破綻主義の立法化に外ならず、婚姻関係が深刻に破綻し婚姻の本質に応じた共同生活の回復の見込みがない場合を云うものとされ、元来不治的に破綻した婚姻は当事者の責任を問わずその解消を認めるという原則に立脚し、また有責配偶者の離婚請求を拒否したとしても婚姻関係の復元が可能になるわけではないことから、有責配偶者の離婚請求を余りに厳格に否定して適用するべきではないからである。本件においては、昭和二四年から三五年余の極めて長期間に亘って別居生活が継続されており、子供もなく、その間夫婦の行き来も全くなく、夫婦ともに婚姻の本質に応じた共同生活を継続する意思を全く欠いており、婚姻関係は単に戸籍上のみでその実体は全く破綻し形骸化しているものである。この長期間の破綻状態・形骸化の過程において、夫婦の年令も七〇歳前後に達し、Xの当初の有責性はいわば風化していると言い得るのである。このような状態にある現時点においてもなお数十年前の破綻原因をつくつた責任を負わせ続けることは妥当なのであろうか。Yの生活基盤は必ずしも安定したものではないであろうが、さりとて離婚が認容されても直ちに生活に著しい変化が生じるとも考えられないこと、また前述のとおりXは別居の際に当時の全財産をYに与えていること、夫婦間には子供がないこと、そして右のとおり長年の経過によりXの有責性が風化していること、を考え合わせるならば、三五年余にも及び破綻し形骸化した婚姻関係はお互いに整理した上で、それぞれが平穏な余生を過ごせるように取り計らうのが法の理念に合致すると言うべきである。原判決も触れているとおり「夫婦間の婚姻関係が全く形骸化して久しいような場合においては有責配偶者からの離婚請求であることの一事をもつてただちにその請求を排斥するのは相当でない」の

であり、その請求が「不徳義・得手勝手」な事情がある場合にそれを許さないとするのが婚姻秩序・道徳観念に最もよく合致する正しい解釈であると信ずるものである。

原判決は、民法第七七〇条第一項五号の適用解釈を誤り、理由不備の違法があり、その違法は判決に影響を及ぼすことは明らかであつて破棄さるべきものである。

〔判決理由〕 破棄差戻

1 民法七七〇条の立法経緯及び規定の文言と有責配偶者の離婚請求について、「民法七七〇条は、裁判上の離婚原因を制限的に列挙していた旧民法（昭和二二年法律第二二二号による改正前の明治三一年法律第九号。以下同じ。）八一三条を全面的に改め、一項一号ないし四号において主な離婚原因を具体的に示すとともに、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』との抽象的な事由を掲げたことにより、同項の規定全体としては、離婚原因を相対化したものということができる。また、右七七〇条は、法定の離婚原因がある場合でも離婚の訴えを提起することができない事由を定めていた旧民法八一四条ないし八一七条の規定の趣旨の一部を取り入れて、二項において、一項一号ないし四号に基づく離婚請求については右各号所定の事由が認められる場合であつても二項の要件が充足されるときは右請求を棄却することができるとしているにもかかわらず、一項五号に基づく請求についてはかかる制限は及ばないものとしており、二項のほかには、離婚原因に該当する事由があつても離婚請求を排斥することができる場合を具体的に定める規定はない。

以上のような民法七七〇条の立法経緯及び規定の文言からみる限り、同条一項五号は、夫婦が婚姻の目的である

共同生活を達成しえなくなり、その回復の見込みがなくなつた場合には、夫婦の一方は他方に対し訴えにより離婚を請求することができる旨定めたものと解されるのであって、同号所定の事由（以下『五号所定の事由』という。）につき責任のある一方の当事者からの離婚請求を許容すべきでないという趣旨まで読みとることはできない」とし、日本の離婚制度と有責配偶者の離婚請求について、「他方、我が国においては、離婚につき夫婦の意思を尊重する立場から、協議離婚（民法七六三条）、調停離婚（家事審判法一七条）及び審判離婚（同法二四条一項）の制度を設けるとともに、相手方配偶者が離婚に同意しない場合について裁判上の離婚の制度を設け、前示のように離婚原因を法定し、これが存在すると認められる場合には、夫婦の一方は他方に対して裁判により離婚を求めうることとしている。このような裁判離婚制度の下において五号所定の事由があるときは当該離婚請求が常に許容されるべきものとすれば、自らその原因となるべき事実を作出した者がそれを自己に有利に利用することを裁判所に承認させ、相手方配偶者の離婚についての意思を全く封ずることとなり、ついには裁判離婚制度を否定するような結果をも招来しかねないのであって、右のような結果をもたらす離婚請求が許容されるべきではないことはいうまでもない」と説示した。

2 次に、離婚請求と信義誠実の原則の適用について、「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもつて共同生活を営むことにあるから、夫婦の一方又は双方が既に右の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至った場合は、当該婚姻は、もはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべきであり、かかる状態においてなお戸籍上だけの婚姻を存続させることは、かえって不自然であるということができるよう。しかしながら、離婚は社会的・

法的秩序としての婚姻を廃絶するものであるから、離婚請求は、正義・公平の観念、社会的倫理觀に反するものであつてはならないことは当然であつて、この意味で離婚請求は、身分法をも包含する民法全体の指導理念たる信義誠実の原則に照らしても容認されうるものであることを要するものといわなければならない。そこで、五号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら責任のある一方の当事者（以下『有責配偶者』という。）からされた場合において、当該請求が信義誠実の原則に照らして許されるものであるかどうかを判断するに当たっては、有責配偶者の責任の態様・程度を考察すべきであるが、相手方配偶者の婚姻継続についての意思及び請求者に対する感情、離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状態及び夫婦間の子、殊に未成熟の子の監護・教育・福祉の状況、別居後に形成された生活関係、たとえば夫婦の一方又は双方が既に内縁関係を形成している場合にはその相手方や子らの状況等が斟酌されなければならず、更には、時の経過とともに、これらの諸事情がそれ自体あるいは相互に影響し合つて変容し、また、これらの諸事情のもつ社会的意味ないし社会的評価も変化することを免れないから、時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならないのである」と判示した。

3　さらに、長期間の別居と有責配偶者の離婚請求について、「有責配偶者からされた離婚請求であつても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもつて許されないとすることはできないものと解するのが相当である。ただし、右のような場合には、もはや五号所定の事由に係る責任、相手方配偶者が離婚による精神的・社会的状態等は殊更に重視されるべ

きものでなく、また、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、本来、離婚と同時又は離婚后において請求することが認められている財産分与又は慰籍料により解決されるべきものであるからである」と説示した。

4 「以上説示したところに従い、本件について、XとYとの婚姻については五号所定の事由があり、Xは有責配偶者というべきであるが、XとYとの別居期間は、原審の口頭弁論の終結時まででも約三六年に及び、同居期間や双方の年齢と対比するまでもなく相当の長期間であり、しかも、両者の間には未成熟の子がないのであるから、本訴請求は、前示のような特段の事情がない限り、これを認容すべきものである。したがつて、右特段の事情の有無について審理判断することなく、Xの本訴請求を排斥した原判決には民法一条二項、七七〇条一項五号の解釈適用を誤った違法があるものというべきであり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、この趣旨の違法をいうものとして論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、本件については、右特段の事情の有無につき更に審理を尽くす必要があるうえ、Yの申立いかんによつては離婚に伴う財産上の給付の点についても審理判断を加え、その解決をも図るのが相当であるから、本件を原審に差し戻すこととする」との判断を示した。

〔批評〕本判決は、有責配偶者の離婚請求の可否を問題とする。有責配偶者からなされた離婚請求に関する従来の判例を変更し、それが認容される場合の基準を明示したものである。

民法七七〇条一項五号は、破綻主義思想に支えられた抽象的離婚原因を規定したものであるが、自ら招いた婚姻関係の破綻を理由として離婚を請求できるか否かについては、明文の規定がないため離婚法上、重要な問題とされてき

た。これについては、有責配偶者が自ら作り出した破綻を理由として離婚を請求することは許されないとする消極的破綻主義と、婚姻が回復し難いほど破綻した場合には、有責性の有無を問わず離婚請求を認めるべきだとする積極的破綻主義とが対立している。

(1) 判例、学説、外国法の動向

(イ) この問題が裁判所によつてどのように処理されていたのかを概観する。

最高裁は、有責配偶者からの離婚請求を一貫して認めなかつた。有責配偶者の離婚請求を否定する判例法理は、リーディング・ケースといわれる最高裁昭和二七年二月一九日判決⁽²⁾に導かれ、その後相次いで出された最高裁昭和二九年一月五日判決⁽³⁾、最高裁昭和二九年一二月一四日判決⁽⁴⁾によつて判例法上、確立されたといつてよい。

①最高裁昭和二七年二月一九日判決は、情婦のもとに走りその間に一子をもうけた夫（X）が、その女性との関係を絶つようとの妻（Y）からの要求を容れず、同棲を続けながら、民法七七〇条一項五号に該当するとして、妻を相手に離婚を申し立てた事案において、「婚姻を継続し難いのはXが妻たるYを差し置いて他に情婦を有するからである。Xさえ情婦との関係を解消し、よき夫としてYのもとに帰り来るならば、何時でも夫婦関係は円満に継続し得べき筈である。即ちXの意思如何にかかることであつて、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。……「本件は」結局Xが勝手に情婦を持ち、その為最早Y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、Yは全

く俗にいう踏んだり蹴つたりである。法はかくの如き不徳義勝手気儘を許すものではない」と判示した。次いで、②最高裁昭和二九年一一月五日判決は、婚姻六年目頃から妻（Y）を嫌つて別居し、他の女性と事実上の婚姻生活をしている夫（X）からの離婚請求について、「一方Yには、多少の欠陥はあつても取り立てていう程のものではなく、同人はひたすらXの復帰を期待して貞節を守つてゐるとしても、そのようなことになつたのは、もつばらXの行為に起因しているといわなければならぬ。かくの如く民法七七〇条一項五号にかかる事由が、配偶者の方のみの行為によつて惹起されたものと認めるのが相当である場合には、その者は相手方配偶者の意思に反して同号により離婚を求ることはできない」との判断を示した。そして、③最高裁昭和二九年一二月一四日判決は、夫（X）と妻（Y）は昭和四年に婚姻、翌年長男が出生したが、夫は他の女性と親しくなり、昭和九年末に妻の許を去つて同棲し、爾来一〇数年妻と別居していた夫からの離婚請求について、「Xは何等相当の事情もないに拘らず、他に情婦を持ち妻たるYを遺棄して情婦と同棲し、これにより夫婦生活の破綻を生じたのであって、右破綻は一つにXの右背徳行為に基因するものである。民法第七七〇条第一項第五号は相手方の有責行為を必要とするものではないけれども、何人も自己の背徳行為により勝手に夫婦生活破綻の原因をつくりながらそれのみを理由として相手方がなお夫婦関係の継続を望むに拘わらず右法条により離婚を強制するが如きことは吾人の道徳観念の到底許さない処であつて、かかる請求を許容することは法の認めない処と解せざるを得ない」と判示した。

①判決は、いわゆる「踏んだり蹴つたり判決」として有名な事案であるが、原審の認定した事実関係の下では、回復の可能性を重視して、「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当しないと結論づけた。破綻していないから、請求は

認められないとするもので、夫が有責であることを認めない理由としたのではない。①判決をもつて、有責配偶者の離婚請求は許されないとの命題を直接明示したとはいひ難い。これに対して、②③の判決では、婚姻の破綻を認定した。破綻はしても有責配偶者からの離婚請求は認められないとして、破綻主義に制約を設けた。ここで最高裁があげる請求拒否の論拠は、道徳観念に反するということであつた。

以上の三判決によつて、最高裁は、婚姻の破綻を招いた有責者からの離婚請求は認めないといういわゆる消極的破綻主義の立場を明らかにし、本大法廷判決がなされるまで、この立場を堅持してきた。⁽⁵⁾

このような最高裁の考え方は夫婦関係が破綻して離婚となると、従来、わが国では女性の立場が弱く、十分な離婚給付がなされず、最悪の場合には、身一つで追い出されるようなことも多かつた実情を踏まえたもので、社会通念にも適合し、大方の支持を受けたものであつた。

その後、判例は、消極的破綻主義の立場を堅持しつゝも、請求拒否法理の適用範囲をしぼり、緩和する方向で、その内容を明らかにしていく。⁽⁶⁾

まず、双方に有責性が存在する場合は、有責性の比較考量により請求の認否が決まるることを前提にして、

- (1) 婚姻の破綻を招いたことにつき、請求する方にいくらかの落度があつても、相手方により多くの落度がある場合（有責性の小さいものから有責性の大きいものに対する請求）には、原告の離婚請求を認めても違法ではない。⁽⁸⁾
- (2) どちらにより多くの落度があると断定できない場合（同程度の有責性）にも、夫婦関係が破綻していれば、離婚が認められる。⁽⁹⁾
- (3) 婚姻関係が完全に破綻した後に、請求者の有責行為が行なわれた場合には、有責行為は婚姻を破綻させる原因

となつたものではないから、離婚請求は認められる。⁽¹⁰⁾

さらに、下級審の判例では、

(4) 有責配偶者の離婚請求であつても、相手方が反訴を提起する等離婚意思がある場合には、認められる。⁽¹¹⁾

(5) 相手方が離婚を拒否している場合でも、それが報復的感情に基づいているにすぎないときは、離婚意思ある場合に準じて、離婚請求が認められる。⁽¹²⁾

このようにして、事情によつては、有責配偶者からの離婚請求であつても認められる場合のありうることが明らかになつてきた。消極的破綻主義の下、有責者の離婚請求を棄却しても、夫婦関係の回復は望むべくもなく、その後何十年も事実上の離婚状態が残つてしまふ。果たして、これでいいのか。こういつた矛盾が、次第に消極的破綻主義の制約緩和の方向へ向かわせることになつたといえよう。

(口) 次に、学説を概観する。従来の学説は、消極的破綻主義と積極的破綻主義とに大別され、消極的破綻主義が支配的であつた。両主義とも、その論拠とするところ、多岐にわたる。

（消極的破綻主義の論拠）

1 婚姻の倫理性、道徳性に根拠をおくもの。有責配偶者からの解消の主張を是認することは、離婚を望まずひたすら復元を願う相手方配偶者の人間性を傷つけることになる。自ら婚姻の破綻を導いた有責配偶者とその被害者たる配偶者のいざれを法の保護に沿せしめるべきか、法は自らの非行の結果を主張する者に援助の手をのばすべきではない。⁽¹³⁾

2 信義誠実の原則ないし離婚請求権の濫用禁止の法理を論拠とするもの。信義誠実の原則に反する権利行使は、

権利濫用として許されないとする法理は、身分権についても妥当するから、有責配偶者の離婚請求は、社会的倫理感ないし公序良俗に反し、信義誠実の原則に反する離婚権の行使であり、権利濫用の法理により許されるべきではない。⁽¹⁴⁾

3 婚姻義務違反に対する制裁を強調するもの。婚姻の存続、その前提をなす婚姻義務の履行は、公共にとつて保護に値する利益である。したがつて婚姻義務を怠つたものには、離婚拒否という制裁が課されねばならない。⁽¹⁵⁾

4 クリーンハンド又は公平の原則に根拠をおくもの。裁判所という国家の機関をかり、相手の意思に反して離婚を強制するためには、提訴者に少なくとも不正や不当性のないことが必要条件である。⁽¹⁶⁾

5 無責配偶者の保護を根拠とするもの。有責配偶者からの離婚を許すと、拒否にも増して多くの弊害が生ずる。

無責配偶者の蒙る経済的・精神的損害が救済されるべきであるが、離婚後の財産的効果が不十分で期待を寄せえないのが現状である。離婚を認めて離婚給付を得るよりも、婚姻が継続していれば、共有財産の利用や扶養請求権や相続権を持つから概して有利である。ゆえに相手方配偶者の意に反した有責者の離婚請求を否定する意味がある。⁽¹⁷⁾

6 裁判離婚制度に根拠を求めるもの。積極的破綻主義に立つて有責配偶者からの離婚請求を認めることは、結局、自ら婚姻関係を破綻させさえすれば離婚の自由を獲得しうることを認めることに帰着し、自由意思で離婚事由を作出しうることになり、離婚原因を法定すること自体が無意味となりかねない。有責配偶者からの離婚請求を拒否することは、裁判離婚制度の一還としての破綻主義に内在する制約といわざるをえない。⁽¹⁸⁾

(積極的破綻主義の論拠)

- 1 破綻事実の重視・倫理性を強調するもの、近代の婚姻は、つねに自由意思によつて維持されるのが理想であり、婚姻意思を失つてしまつた当事者を強制して継続せしめる婚姻生活こそ、かえつて道徳的基礎を失なつてしまつたものである。⁽¹⁹⁾ 破れたものを破れたとみて、離婚の道を開いておくことの方が、一層倫理的である。
- 2 身分法における事実先行の原則に根拠をみい出すもの。婚姻関係の客観的な破綻があると認定されれば、その事実は、身分法における事実先行の性格からとうぜんに法的評価の対象となり得てしかるべき、事実を権利まで引きあげができるものと考えてよい。⁽²⁰⁾
- 3 協議離婚制度との均衡に論拠を求めるもの。一方において、当事者の自由な意思による離婚を認めておきながら、他方、裁判離婚において破綻主義に逆行する態度を導入し、破綻の回復が不可能な婚姻関係を強制的に継続せしめるることは、わが離婚法そのものの内部において均衡を失しているといわなければならぬ。⁽²¹⁾
- 4 国家的利益を論拠とするもの。国家が婚姻生活の目的をたつすることができないまでに破綻してしまつた婚姻を継続することに、どれだけの国家的利益があるであろうか。国家は、健全な機能をはたしていいる実質的な婚姻関係を保護する利益はあつても、形式的に維持することのできる名のみの婚姻関係を保護することは、まったくナンセンスなことである。⁽²²⁾
- 5 重婚的内縁問題の発生の防止を目指すもの。離婚否認法理は、結果として多くの重婚的内縁関係を生じさせることになるが、積極的破綻主義の採用によつて、重婚的内縁を生ずる社会的原因の除去をこそはかるべきである。⁽²³⁾ このように、学説は、昭和二七年二月一九日以来の判例法に対し、その根拠づけを説くかたちで形成されてきたのである。⁽²⁴⁾

(iv) ところで、諸外国の離婚法制をみると、一九六〇年代後半から八〇年代にかけて、多くの国において離婚法の制定、改正が相次いで行われた。その特徴は、有責主義から破綻主義への移行であり、国によつてはその徹底化であった。²⁶ ①一九六八年ソビエトで協議離婚を認める。②一九六九年イギリスにおいては、婚姻が回復の見込みがないまでに破綻したことを唯一の離婚原因とし、二年別居後は、双方の同意で、五年別居後の場合には、破綻の責任を調査することなく離婚判決ができることとした。③同じく一九六九年には、カリフォルニア家族法が、不治の精神病と和解不可能な不和を離婚原因とする破綻主義離婚法を制定する。④一九七〇年イタリアが、五年以上の別居を要件として離婚を認める。⑤一九七五年フランスが、積極的破綻主義をとり、六年以上前から事実上の別居をしている場合は、夫婦の一方は離婚を請求できるとした。⑥同じく一九七五年オーストラリアでは、回復不可能な婚姻の破綻のみを唯一の離婚原因とし、一二か月以上の別居があれば、当事者の一方のみによつてもたらされた別居であつても、破綻は証明できるとした。⑦一九七六年西ドイツでは、婚姻原因は婚姻の破綻だけとする積極的破綻主義を採用し、一年以上の別居、三年以上の別居があれば、婚姻の破綻は反証を許されず推定されたとした。⑧一九七八年ブラジルが離婚法承認。⑨一九八一年中国も破綻主義離婚を認める。⑩一九八七年アルゼンチンで離婚法制定。

このような外国法の影響を受け、また、国民意識や社会情勢の変化もあつて、次第に、積極的破綻主義を支持する説が多くなつてくると共に、従来の判例を修正し、明らかに積極的破綻主義への指向を示めす注目すべき下級審判決が登場していた。三例をあげると、一つは、別居期間が二〇年をこえ、子供（一女四男）は、いざれも成人している。別居調停後に女性関係の疑いのある夫から離婚請求がなされた事案において、東京高裁昭和五五年五月二九日判決は、

「民法七七〇条一項各号、同条二項及び同法一条の諸規定を勘案すれば、婚姻関係が回復不能といえるまでに破綻している場合は、いかなる有責配偶者からの離婚請求であっても、無条件にこれを認容しなければならないとまで論断するのは困難であるが、さりとて破綻原因における有責の烙印を決め手として、他の事情は一切顧慮することなく離婚を拒絶すべしとすることにも同じ得ないのであって、既に別居生活が相当な長期間にわたって存在し、かつ、別居に至つたについては、有責性が一方的なものでなく、家庭裁判所の調停などにより真摯な和合の試みが経由されたものである以上、離婚によつて子の福祉が害されたり、相手方配偶者が経済的に窮境に放置される等特段の事情がない限り、むしろ婚姻破綻の事実を直視して、離婚をやむを得ないものとして認容することができると解するのが相当である」とし、本件では、別居が長期間であること、別居調停がなされていること、別居の原因として、夫のみに帰責できない潜在的不和が根底にあつたこと、子らはいずれも成人していくその福祉に支障を生じるおそれがないこと、離婚になつた場合の財産的給付についても確たる配慮をしていたことなどから、特段の事情は認められないとして夫の離婚請求を認容した。二つは、夫婦ともに明治四年生まれで、夫が家を出て他の女性と同棲し、以後三六年余にわたり破綻状態が続いている夫からの離婚請求について、仙台高裁昭和五九年一二月一四日判決⁽²⁷⁾は、「夫が婚姻破綻の主たる責任を負つていて、夫からの離婚請求について、「夫が婚姻破綻の最も重い罪に関する公訴時効期間である一五年の優に二倍以上の年月が過ぎ去つた現在、夫の有責性は、妻の胸中には依然残つてゐるもの、客観的には風化しつつあることができる」とし、妻が熟年に達した実子らと平穏な毎日を過ごし経済面での不安もない状況も斟酌し、「破綻して既に四〇年近くになる婚姻関係をこの際解消し、形骸化して久しい右婚姻関係にまつわる多くのことがらを整理した上で、これを機にそれが心静かな余生を送りうる

ように取計うのが法の理念に合致するゆえんである」と判示し、離婚を認容した。三つは、夫の女性関係が原因で二年余にわたって破綻状態にある夫婦（子供二人は成人し結婚している）の夫からの離婚請求について、東京地裁昭和六一年一二月二四日判決⁽²⁸⁾は、「破綻状態が相当に長期にわたって婚姻関係が全く形骸と化し、離婚によつて子の福祉が害されるおそれも、相手方配偶者が経済的苦境に立たされる心配もなく……その継続が当事者に何らの実益をもたらさないような場合は、……破綻して長期間になる夫と妻の婚姻関係をこの際解消し、右婚姻関係にまつわる多くのことがらを整理し、再出発させことも法の理念に合致するゆえんである」と判示した。東京高裁判決は、離婚認容のために充足すべき条件を列挙し検討している点で、仙台高裁判決は、長期の破綻状態によつて責任性が風化したとした点で、また、東京地裁判決は、破綻状態が長期間にわたって婚姻が形骸化し、その継続が当事者に何らの利益をもたらさないとした点で、特徴的である。ここに新しい判例の流れを汲み取ることができよう。

(2) 本判決の検討

大法廷判決を要約すると、次のようなものである。(1)民法七七〇条一項五号は、有責配偶者からの離婚請求を許容すべきでないことまで定めたものではない。(2)離婚請求は、信義誠実の原則に照らして容認されうるものであることを要する。(3)有責配偶者からの離婚請求が認められる要件は、①別居が相当な長期間に及んでいること、②夫婦間に未成熟子がないこと、③相手方配偶者にとって離婚が極めて苛酷になるような特別の事情がないこと、の三点である。(4)離婚により被る経済的不利益は、財産分与又は慰籍料によつて解決すべきである。最高裁は、このように述べ

て、本件では、①②の要件を充たすことは明らかであるから、③の特段の事情の有無と、相手方配偶者の申立いかんによつては離婚に伴う財産上の給付の点について審理判断をするようによつて、高等裁判所に差し戻したのである。

本判決は、学説の動向や最近の下級審の判例をふまえて、従来から堅持してきた消極的破綻主義の判例を変更した。しかし、五号所定の事由があつても、「自らその原因となるべき事實を作出した者がそれを自己に有利に利用することを裁判所に承認させ、相手方配偶者の離婚についての意思を全く封づる」ような「離婚請求が許容されるべきでない」としているところをみると、完全なる積極的破綻主義を採用したとはいえない。有責配偶者からの離婚請求を許容する場合の判断基準を明示したことに先例としての意味があるから、条件付積極的破綻主義と理解することも誤りではあるまい。

以下、判決について、いくつかの点にふれておきたい。

まず、本判決によつて明らかにされた要件を適用するにあたり、問題になると思われる点から検討する。

第一に、本判決は、有責配偶者からの離婚請求が認容されうる要件を明示したものである。要件を充足しなければ、請求は認められない。その範囲において、従来の有責配偶者をめぐる法理は変更されることはない。すなわち、信義誠実の原則に反する離婚請求は、今後も認められないし、請求拒否法理のもつ硬直性を緩和する判例法理も維持されていることに変わりはない。

第二に、本判決では、有責配偶者を、「専ら責任のある一方当事者」と定義づけて、従来の「専ら又は主として責任のある当事者」の表現から、「主とし」責任のある者を、外している。これは、何か意味のあることなのであろうか。利谷信義教授は、「専ら責任のある」場合の考察は、「主として有責」の場合を包括するとともに、従来の判例の先例⁽³⁰⁾

的効力を認める趣旨であろう、とされる。思うに、「専ら」は、「主として」よりも有責性の強い表現であるから、最高裁は、本件に関しては、夫に専ら有責性があると認定したのである。有責配偶者ではあるが、認められる場合があることを、強調したかったのかもしれない。判決では「専ら」となっているが、「主として」も含めて考えて問題はないと思われる。⁽³¹⁾

第三に、信義誠実の原則に照らして許されるものであるかどうかを判断するに当たって考慮されるべき諸事情（判決では（イ）当事者間の事情、（ロ）離婚を認めた場合に予測される離婚の効果、（ハ）別居後に形成された生活関係、（ニ）時の経過がこれらの諸事情に与える影響、などを列挙していた）と三要件との関係が、明らかでない。はじめに考慮すべきファクターをいくつも挙げたのに、「そうであつてみれば」どうしてこの三要件にしばられるのか、不明確である。この点に関し学説は、信義則はその三要件に、いわば集約されている⁽³²⁾、あるいは、信義誠実の原則の具現として、具体的に三要件を示している⁽³³⁾、信義則という判断基準の内部で具体的に考慮される内容は、三要件に帰する⁽³⁴⁾、と見解が分かれている。この部分の評価については、中川説を支持する。信義誠実という概念を使って、三要件にしばることによつて法的解決をめざしていることは明らかである。三要件が、本事案に特有な前提要件なのか、一般的な要件なのかは、今後の判例の集積によつて明らかになつていく。

次に、具体的判断基準の検討に入る。

① 相当の長期間に及ぶ別居について

別居は、実際上は事実上の別居が圧倒的に多いであろうが、契約上の別居でもかまわない。相当の長期間とは、どのくらいの期間が必要なのであろうか。⁽³⁵⁾長期間の別居は、婚姻の破綻を認定する有力な証拠となる。当事者の

年齢や同居期間と対比することは必要ではない。年齢や同居期間を考慮しつつ、他の要件との関連で、短くもなるし長くもなるので、具体的的事案により判断しなければならないことであるが、学説には、五年あるいはそれ以上、一〇年前後とするものがある。本件は、三六年間の別居期間があり、これをもって婚姻の破綻を認定するこ^{〔36〕}とに、異議はないであろう。

② 未成熟の子の不存在について

未成熟の子とは、親の監護養育を必要とする子と解すべきである。未成年とは、実質は未成熟をいうから、未成年の子とほぼ同義であるが、年齢的には、子の状況が勘案されるので、二〇歳より低くなることが多いであろう。一八歳にして、独立生計をたてていれば未成熟子とはいえない。二一歳の大学生は、民法の未成年者ではないが、未成熟子に該当するだろう。この要件を卒直にとれば、子供がある場合にはある程度の年齢に達しなければ請求が認められないことを示唆しているようにもとれる。しかし、より根本的な疑問は、子のある夫婦の離婚が多い中で、どうして有責配偶者の場合だけ未成熟子の不存在が請求認容の前提条件になるのか。あるいは、離婚が子供にいろいろな意味で悪影響を与えるからだろうか。場合によつては、逆のこともいえる。いがみ合う家庭や不安定な情緒しか与えない家庭より、離婚してもなごやかな家庭の方が、子の利益になる場合もある。たまたま、本判決の事案に子供がいなかつたのでこの要件が入つたと思われるが、離婚によつて、特に、子の福祉が害される恐れがなければ、未成熟の子があつてもよいのではないか。通常、我々は、子の利益や福祉を考慮して、離婚や親権者、監護者を決めている。

③ 著しく社会正義に反する特段の事情の不存在

特段の事情とは、判決に掲げられた「相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる」こと、そのものであろう。精神的苛酷には、意地や報復にせよ原告と対峙していることが生きがいであつて、離婚が許されることにより大きな精神的打撃を受けることが予測される場合や、有責配偶者に特有な問題ではないが、親子の結びつきが極めて強いために、離婚による離反がもたらす影響が気づかわれる場合などが考えられる。⁽³⁸⁾ 社会的苛酷については、思いあたらないけれども、強いてあげれば、社会的地位の低下などがありうるか。苛酷事情の不存在については、経済的苛酷がわかりやすいし、その中心であろう。別居中の相手方に対する財産的配慮や、離婚に伴う経済的給付の見通しなどが、問われることになる。いずれにしても、単なる苛酷にとどまらず、極めて苛酷とはいかかる状態がこれに該当するのか、今後の判例の集積が待たれる。

以上、検討してきた如く、本判決が、従来の硬直化した判例理論を変更し、破綻の認定基準や子の利益、相手方配偶者の保護に配慮をしつつ、有責配偶者の離婚請求をめぐる問題に、一つの方向づけをしたことを高く評価したい。まさに、今後の離婚訴訟や調停等の実務を指導する判決といえよう。

ただ、わたしは、この事案においては、判例変更の必要性があつたのかどうかについて、疑問に思うものである。事実関係を読むかぎり、別居中に夫が妻に経済的配慮をしたのは、三十七年前に夫名義の建物の処分を許したことだけなのである。当時の二四万円が、都市勤労者の平均年収の一年半分に相当するとしても、別居以来今日まで慰籍料はもとより生活費さえ支給せず、財産的手当では一切していない。経済的な誠意を示していないということは、大法廷判決の論理によれば、特段の事情が存在するのではないのか。だからこそ、最高裁は、特段の事情につき審理を求めたのであつた。してみれば、本事案に関しては、破棄差戻ではなく、棄却が妥当である。

(3) 大法廷判決以後

右大法廷判決後、最高裁の六判決が出ているので紹介する。

(1) 最高裁昭和六二年一一月一二四日判決⁽³⁹⁾

夫婦は、昭和二七年婚姻（昭和二八年長女出生）、昭和三一年夫が妻のもとを去って単身上京、昭和三二年相手の女性と付き合い始め、二、三か月のうちに同棲、以来別居期間が三〇年の長期に及び、夫婦の間に未成熟の子がなく、夫は、現在妻が住んでいる娘名義の住居の購入費を一部負担するなどの援助をし、妻は現在病気がちではあるが、年金収入により普通の生活をし、夫からの再三の離婚申し入れに対しては、結婚した以上は戸籍上の夫婦の記載を守り抜きたいという気持から拒否しつづけており、他方、夫が上京、別居後に知り合つて同棲を始めた相手の女性は、自らは離婚を要求したりすることもなく、妻に対する配慮から妊娠を避け、長年にわたつて夫に尽してきて既に老境を迎えており、夫は、こうした女性の誠意に応える気持から離婚請求をした事案。

有責配偶者からの離婚請求 認める

別居期間 三〇年 相当の長期間である

未成年子 なし

特段の事情 なし

(2) 最高裁昭和六三年二月一二二日判決⁽⁴⁰⁾

夫（六七歳）は、妻（六三歳）と昭和二三年に婚姻。長男長女をもうけた。しかし、夫は、昭和三九年頃から、

自分の税理士事務所に雇つた他の女性事務員と親しくなり、妻は、家庭内不和による心労から、一時、精神病院に入院した。夫は、昭和四〇年四月家を出て別居。昭和四一年六月には、女性事務員と結婚式をあげ、昭和四八年には、この女性との間に長男をもうけ、認知している。上告審で、夫は、「妻とはまったく交渉がなく、復縁是不可能。二人の子は成人し、結婚している。妻は、時価一億円の資産を持ち、離婚しても生活上の不安はない」と主張していた。

—有責配偶者からの離婚請求 認める

別居期間 一二二年 相当の長期間である

未成年子 なし

(3) 最高裁昭和六三年四月七日判決^{〔41〕}

夫と妻は、昭和二四年婚姻し、四女をもうけた。夫は、次々と他の女性と関係をもち、そのため夫婦関係は円満を欠くようになり、昭和三一、二年頃から、清掃業を営む事務所に寝泊まりして自宅に帰らないことが多くなり、昭和四五、六年頃から、他の女性と同棲するなどして全く妻のところに寄りつかず、妻に対して生活費を渡さなくなり、昭和五〇年頃からは訴外女性と同棲し、現在に至っている。妻は、当初夫に対して女性関係を改めるよう要求していたが、夫からの生活費が途絶えたころから、夫との結婚生活を諦め、連絡や接触を止め、現在は長女と同居し、その扶養を受けて生活している。妻は、夫との共同生活の回復を望む気持は全くないものの、夫に対する不信感とその意のままにされたくないとの気持から、離婚を拒絶している。

有責配偶者からの離婚請求 認める

別居期間 一六年 相当の長期間である

未成熟子 なし

(4) 最高裁昭和六三年一二月三日判決⁽⁴²⁾

妻（昭和二三年生まれ）と夫（昭和二五年生まれ、外国航路船のコック）は、昭和五一年一月婚姻。元来酒すきであった妻は、同年一月頃から行きつけのおでん屋で知りあつた男性と同棲。夫が家裁に二回調停を申立てるも不調。妻は、昭和五五年一〇月頃、同棲していた男性と別れ、以来一人で生活していたが、昭和五九年二月頃から精神的に変調を來し、通院しながら治療を受けつつ実家の店の手伝いをしている。夫には、妻に対する意地あるいは憎悪感から離婚する意思はない。妻からの離婚請求。

有責配偶者からの離婚請求 認める

別居期間 一〇年三か月 相当の長期間である

未成熟子 なし（夫婦に子供はいない）

特段の事情 なし

(5) 最高裁平成元年三月二八日判決⁽⁴³⁾

夫（六二歳）は、昭和二七年頃妻（六一歳）と同居。昭和三〇年四月に婚姻し、四人の子をもうけた。公務員になつた夫は、昭和五三年から職場で知り合い交際していた女性方に間借りし、その後、女性と同棲するようになった。夫は、かねて妻の家事の処理が不潔であり、経済観念に乏しく無駄な買物が多く、それらを忠告しても

改めようとしないことを厭わしく思つていたようである。八年余にわたり別居を続けていた妻を相手に離婚を求めた。

有責配偶者からの離婚請求 認めず

別居期間 八年 相当の長期間に及んでいない

特段の事情 離婚請求を認容すべき特段の事情が見当たらない

⑥ 最高裁平成二年一月八日判決⁽⁴⁴⁾

夫と妻は、昭和三十三年に婚姻。子供一人をもうけた。昭和五六年に妻と別居して愛人と同居。その後に愛人とは別れたが、妻の元には帰らなかつた。昭和五九年頃、妻に離婚を申し入れたが断わられ、家裁の調停も不成立に終わり、提訴した。一審請求認容。二審請求棄却。

有責配偶者の離婚請求 認めうる

別居期間 八年

未成熟子 なし

特段の事情 別居後も生活費を負担するなど誠意を示している。

以上、紹介した通り、昭和六二年九月一日の大法廷判決以後の判例は、すべて、大法廷判決が示した三要件を、あたかも公式であるかの如く適用していることが判明した。相当の長期間の別居については、三〇年、二二二年、一六年、一〇年三ヶ月と短縮され、八年まできている。別居期間の短い夫婦について離婚を認める方向である。また、予想した通り、特段の事情については、経済的苛酷が重視されていることが裏づけられた。紹介した六件は未成熟

の子のない場合であつたが、近い将来、未成熟の子があるけれども請求を認容するという判例が生まれる可能性が大きい。判例の動向に興味が持たれるところである。

註

- (1) スイス民法一四二条二項は、有責配偶者からの離婚請求を認めていない。
- (2) 民集六卷二号一一〇頁。
- (3) 民集八卷一一号二〇二三頁。
- (4) 民集八卷一二号一二四三頁。
- (5) 最高裁昭和三六年四月七日判決・家裁月報一三卷八号八六頁。最高裁昭和三八年六月七日判決・判例時報三三八号三頁。最高裁昭和三八年一〇月一五日判決・家裁月報一六卷二号三一頁。最高裁昭和五四年一二月一三日判決・判例時報九五六号四九頁。
- (6) その間にあって、有責配偶者とは、「破綻の原因を作つたことについて、専ら、又は主として責任のある当事者」であるとされ、この定義づけは判例において一貫して用いられている（最高裁昭和三八年六月四日判決・家裁月報一五卷九号一七九頁など。）
- (7) もつとも、夫婦関係が破綻した場合、その原因（責任）を考えてみると、一方が全面的に責任があつて、他方が無責だということはまずありえない。双方の言動が互いに原因となり結果となつて破綻していくもので、双方がなんらかの有責性を有するのが普通である。しかも、有責行為と破綻との因果関係や、いつから破綻を生じたと考えるべきかなど、事実の認定において裁判官は苦労されることであろう。
- (8) 最高裁昭和三〇年一一月二四日判決・民集九卷一二号一八三七頁。最高裁昭和三三年二月二五日判決・家裁月報一〇卷二号三九頁。最高裁昭和三八年六月四日判決・家裁月報一五卷九号一八〇頁。最高裁昭和三八年一〇月二四日判決・家裁月報一六卷二号三六頁。最高裁昭和五二年三月三一日判決・民集三一卷二号三六五頁。
- (9) 最高裁昭和三一年一二月一一日判決・民集一〇卷一二号一五三七頁。
- (10) 最高裁昭和四六年五月二一日判決・民集二五卷三号四〇八頁。
- (11) 名古屋地裁半田支部昭和四五年八月二六日判決・下民集一二卷七・八合併号一二五二頁。浦和地裁昭和五九年九月一九日判決・判

(12) 例時報一二四〇号一一七頁。

(13) 長野地裁昭和三五年一二月二七日判決・判例タイムズ一一五号九六頁。大阪地裁昭和三八年六月二三日判決・判例タイムズ一五五号九九頁。名古屋高裁昭和五二年九月一三判決・判例時報八八七号八七頁。大阪高裁昭和六〇年五月一七日判決・判例タイムズ五六五号一八六頁。

(14) 太田武男『現代家族法研究』一六一～一六二頁。

(15) 中川善之助・島津一郎『離婚原因』総合判例研究双書民法(3)七頁。

(16) 田中実『親族法論』一〇五頁。

(17) 千種前掲五頁。我妻栄『親族法』一七六頁。

(18) 錛治良堅『積極的破綻主義と消極的破綻主義』『婚姻法の研究下』二七二頁。尾高都茂子『民法第七七〇号第一項第五号の『婚姻を継続し難い重大な事由があるときに』にあたらない一事例』法学協会雑誌七二卷三号三〇九頁。

(19) 大川正人『破綻主義と有責配偶者の離婚請求』阪大法学五号一〇〇頁。

(20) 高梨公之『婚姻の破綻と有責者の離婚請求』日本法学一〇卷三号二九三頁。

(21) 中川淳『有責配偶者の離婚請求をめぐる一考察』民商法雑誌三九卷四・五・六号五九九頁。

(22) 中川淳前掲五九七頁。

(23) 中川淳前掲六〇〇頁。

(24) 野田愛子『離婚原因法と家事事件—離婚否認法理の検討に向けて』『家族法実務研究』六五頁。

(25) 各々の立場で立論すれば、どういう結論になり、それが具体的に妥当かどうかが検討され、議論が展開される。ここでは、批評を加えないで紹介した。

(26) 判例時報九六八号六二頁。

(27) 判例時報一一四七号一〇七頁。

(28) 判例時報一二二三三号八一頁。

- (29) 武井正臣「有責配偶者の離婚請求認容の条件」名城法学三七巻別冊五八二頁。
- (30) 判例評論三四九号一八二頁。
- (31) 最高裁平成元年三月二八日判決（家裁月報四一巻七号六七頁）は、大法廷判決で欠けていた「主として責任のある一方の当事者」にも、判例法理が及ぶことを明らかにしている。
- (32) 星野英一・右近健男「対談・有責配偶者からの離婚請求大法廷判決」法学教室八八号一〇頁（右近教授発言）。
- (33) 中川淳「判例評釈」判例タイムズ六四五号六七頁。
- (34) 滝沢隼代「有責配偶者の離婚と今後の課題」判例タイムズ六八〇号三〇頁。
- (35) 外国では、一定期間の別居をもつて婚姻の破綻とし、離婚を認める立法例がある。西ドイツ三年、イギリス五年、フランス六年。
- (36) 中川高男「有責配偶者の離婚請求訴訟と現代離婚事情」法律のひろば四一巻二号三〇頁。
- (37) 前田達明「有責配偶者の離婚請求——比較法的見地から」法学セミナー三九五号一九頁。
- (38) 「世の中變つてきたとはいってもある人の奥さんであるということと、離婚した女であるということでは、社会での扱われ方が違うという考え方をする人達も少なくない」石川稔他「座談会・有責配偶者離婚請求訴訟判決をどう読むか」法律のひろば四一巻二号一二頁（吉田欣子弁護士発言）。
- (39) 判例タイムズ六五四号一三七頁。
- (40) 判例タイムズ六六二号八〇頁。
- (41) 判例タイムズ六八一号一一五頁。
- (42) 家裁月報四一巻三号一四五頁。
- (43) 前掲註（31）。
- (44) 朝日新聞平成二年一月八日夕刊。

追記 本大法廷判決の差戻審（東京高裁平成元年一月二二日判決）は、夫の請求を妨げる特段の事情はないと判断して離婚を認めるとともに、夫に慰籍料など二千五百万円の支払いを命じた。

「本研究は、昭和六三年駒沢大学北海道教養部学術研究助成（個人研究）による成果の一部である」