

有責配偶者からの離婚請求（1）

Petition for divorce from adulterer

小 島 二 郎

Jiro KOJIMA

In 1987, Supreme Court admitted to petition for divorce from adulterer. The purpose of the present study is to examine annotation on this case and later cases.

有責配偶者からの離婚請求(1)

小島 二郎

1 はじめに

今日の裁判離婚においても注目される問題は、有責配偶者からの離婚請求が認められるか、ということである。この問題につき、昭和六二年九月二日最高裁判所大法廷は、「有責配偶者からの請求であるとの一事をもって」離婚を許されないものではないと判決した。⁽¹⁾

周知のごとく、従来、最高裁判所は、この問題につき有責配偶者からの離婚請求をまったく否定する立場をとっていたし、一部の有力な反対説があったものの⁽³⁾、多数の学説も判例の結論を是認していた。⁽⁴⁾

前記大法廷判決は、このような判例・学説の流れに対して、今後どのような影響を及ぼすであろうか。すなわち、この判決がその後の最高裁判例および下級審裁判例にどのような影響を与え、また学説は、大法廷判決をどのように理解し、どのような方向へと進むであろうか。極めて興味のある問題である。

小稿では、みぎの問題を考察する一助として、前記大法廷判決を分析し、大法廷判決がその後の最高裁判例および下級審判決例にどのような影響を与えたか、またその後の最高裁判例および下級審判決例が前記大法廷の明確でない部分をどう補っているかということを検討する。

2 最高裁昭和六二年九月二日大法廷判決の評価

(1) 最高裁昭和六二年九月二日大法廷判決

まず、前記大法廷判決の事実の概要および判旨を紹介しよう。

〔事実の概要〕 X男(原告・控訴人・上诉人) Y女(被告・被控訴人・被上诉人)は昭和十二年二月一日婚姻したが、子がなかったため、昭和二三年A女の子を養子とした。ところが、昭和二四年頃XがAと継続していた不貞関係をYが知ってからXY間に不和が生じ、同年八月XがAと同棲をし、今日に至っている。Yは、Xと別居後生活に窮し、昭和二五年Xから生活保障のため処分権を与えられていた居住家屋を二四万円で処分し、実兄の家の一部屋を借り、みぎ処分金を生活費にあてるとともに、昭和五三年頃まで人形店に勤務するなどして生活をたてていたが、現在は無職で資産もなく、Xからの援助もみぎ建物の件を除いてまったくない。一方、Xは三つの会社の取締役を勤め、経済的に極めて安定した生活状態にある。Xは昭和二六年頃一度離婚請求をしたが、XA間の不貞行為、悪意の遺棄による有責配偶者の離婚請求であるとして斥けられた。昭和五九年、Xは再度離婚調停を申し立てたが、調停は不調に終わったので、本件訴訟を提起した。なお、Xはみぎ調停で財産上の給付として現金一〇〇万円と絵画一枚の提供を申し出ている。

第一審は、「三五年余にわたる別居が継続し、夫婦間の婚姻関係が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ってただちにその請求を排斥することは相当でないとの考えも成立しうる」けれども、①「既に昭和二九年にXからの離婚請求が排斥されて訴訟上確定している経緯がある」、②「Yは現在実兄の……一部屋を使用して細々と生活し、固有の財産は何もなく、その生活

基盤は必ずしも安定したものとはいえず、今後の生活もその多くを実兄ら同居者の善意によらざるを得ない」、③「Xは経済的には安定しているところ、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に対する経済的援助を全くすることなく、破綻した婚姻関係の調整ないし整理に真剣な努力の跡がうかがえない」という「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、本訴を棄却した。⁽⁵⁾第二審も、第一審判決を支持した。

Xは、X・Y間の婚姻関係は破綻し、共同生活を営む意思を欠いたまま三五年余の長期にわたり別居を継続したこと、またXは別居にあたって当時有していた財産の全部をYに給付したのであるから、Yに対し、民法七七〇条一項五号に基づき離婚を請求しようとして、上告した。

〔判決理由〕 「民法七七〇条は、…：…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八一四一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っ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。こ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った場合には、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を定めたものと解される」ので、五号所定の事由につき「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を読みとること

はできない」。他方、離婚につき夫婦の意思を尊重するために、協議離婚等の制度をもうけるとともに、「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、…：…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にしている。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ないことはいうまでもない。…：…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っ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つた場合は、当該結婚は、もはや社会生活上の実質的基礎を失っているものといふべきであり、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、社会的倫理観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有責配偶者からされた場合に、「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・程度を考慮すべきであるが、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・経済的状态及び夫婦間の子、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あつて変容し、また、これに与える影響も考慮されなければならないのである。そうであるならば、「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、相手方配偶者の離婚による精神的・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、離婚と同時に又は離婚後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藉料により解決されるべきものであるからである」。本件においては、「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」が、「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」とした。

なお、裁判官角田禮次郎、同林藤之輔は、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は離婚と同時にまたは離婚後に財産分与または慰藉料を請求すれば足りるとする多数意見に対し、つぎのような補足意見を述べている。すなわち、相手方配偶者の経済的不利益を、その者の「主導によつて解決しようとしても、相手方配偶者が反訴により慰藉料の支払を求めるとせず」、また人訴法一五条一項による「財産分与の附帯申立もしない場合には、離婚と同時に解決されず、あるいは、経済的問題が未解決のため離婚請求を排斥せざるをえないおそれが生ずる。一方、経済的不利益の解決を相手方配偶者による離婚後における財産分与等の請求に期待してその解決をしないまま離婚請求を認容した場合においては、相手方配偶者に対し、財産分与等の請求に要する時間・費用等につき更に不利益を加重することとなるのみならず、経済的給付を受けるに至るまでの間精神的不安を助長し、経済的に困窮に陥れるなど極めて苛酷な状態におくおそれがあり、しかも右請求の受訴裁判所は、前に離婚請求を認容した裁判所と異なることが通常であろうから、相手方配偶者にとつて経済的不利益が十全に解決される保障がないなど相手方配偶者に対する経済的不利益の解決を実質的に保障するためには、更に検討を加えることが必要である」。民法七六八条は、「離婚をした者の一方は相手方に対し財産分与の請求ができ、当事者間における財産分与の協議は不調・不能なときは当事者は家庭裁判所に対して右の協議に代わる処分を請求することができる旨を規定しているだけであつて、右規定の文言からは、協議に代わる処分を請求する者は財産分与を請求する者に限る趣旨であるとは認められない。また、人訴法一五条一項に定める離婚訴訟に附帯してする財産分与の申立は、…分与の額及び方法を特定し、…することを要するものではなく、単に抽象的に財産分与の申立をすれば足り…、裁判所に対しその具体的内容の形成を要求すること、言い替へれば裁判所の形成権限の発動を求めるにすぎないのであつて、通常

の民事訴訟におけるような私法上の形成権ないし具体的な権利主張を意味するものではないのであるから、財産分与をする者に対して、その具体的内容は挙げて裁判所の裁量に委ねる趣旨とする申立を許したとしても、財産分与を請求する側において何ら支障がないはずである。更に実質的にみても、財産分与についての協議が不調・不能場合には、財産分与を請求する者だけではなく、財産分与をする者のなかにも一日も早く協議を成立させて婚姻関係を清算したいと考える者のあることも当然のことであろうから、財産分与について協議が不調・不能の場合における協議に代わる処分申立は財産分与をする者においてもこれをする事ができると解するのが相当というべきである」として、「人訴法一五一条一項による財産分与の附帯申立は離婚請求をする者においてもすることができるとした。こうすることにより、「有責配偶者から離婚の訴えが提起され、相手方配偶者の経済的不利益を解決しさえすれば請求を認容しうる場合において、相手方配偶者が、たとえば意地・面子・報復感情のために、慰藉料請求の反訴又は人訴法一五一条一項による財産分与の附帯申立をしようとしないうちは、有責配偶者にも財産分与の附帯申立をすることを認め、離婚判決と同一の本文中で相手方配偶者に対する財産分与としての給付を命ずることができることになり、相手方配偶者の経済的不利益の問題は常に当該裁判の中において離婚を認めるかどうかの判断との関連において解決され」とする。

これに対して、裁判官佐藤哲郎の意見は、「有責配偶者からされた離婚請求が原則として許されないとする当審の判例の原則的立場を変更する必要を認めないが、特段の事情のある場合には有責配偶者の責任が阻却されて離婚請求が許容される場合がありうる」と考へるので、「多数意見の結論には賛成するが、その結論に至る説示には同調することができない」とする。

(2) 大法院判決に対する評価⁽⁶⁾

(7) 大法院判決の構成
大法院判決は、一般論としては、有責配偶者の離婚請求は具体的事情のいかんによって認められる場合もあり、逆に認められない場合もあるとし、本件については、その具体的事情からXの離婚請求を認めた。

その理論構成は、要約すると、つぎのとおりである。⑦民法七七〇条一項五号は、有責配偶者からの離婚請求を認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。同条二項の規定は、一項一号から四号にまでは機能するけれども、一項五号には機能しないからである。⑧自らその破綻原因を作出した者の離婚請求を認めることは、裁判離婚制度を否定するような結果を招くことになるので認められない。⑨本来、正義公平の観念、社会的倫理観に反する離婚請求は認められないので、信義誠実の原則に反する有責配偶者の離婚請求は否定される。⑩信義誠実の原則に反する離婚請求かどうかは、①有責配偶者の責任の態様・程度、②相手方配偶者の婚姻継続についての意思および請求者に対する感情、③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・経済的状态、④夫婦間の未成熟の子の監護・教育・福祉の状況、⑤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すで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、⑥時の経過によるこれらの諸事情の変容、を考慮しなければならない。⑭その判断基準は、①夫婦の別居が相当の長期に及んでいること、②その間に未成年者がいないこと、③相手方配偶者が離婚によって、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がないこと、という三つの要件に集約される。この要件に該当すれば、離婚請求が信義誠実の原則に反しないので、有責配偶者であっても離婚請求が認められることになる。

(4) 大法院判決の特徴

大法院判決は、有責配偶者と認定されればまったく離婚請求を認めなかった従来の判例を変更した。つまり、本判決の特徴は、たとえば有責配

偶者であるとしても原則として離婚請求を認めうるとし、その要件を示したことがある。もつとも、このことはすでに近年の下級審裁判例が採用していたものであり、⁽⁷⁾最高裁が下級審裁判例を原則として承認したものと理解しよう。

ただ、大法院判決は、端的に婚姻が破綻していれば直ちに離婚を認めるとしたのではないことに注意しなければならない。⁽⁸⁾すなわち、本判決は、第一に離婚を請求した者が有責配偶者かどうかを判断し、有責配偶者からの離婚請求であると認定した場合には、たとえその婚姻が破綻していたとしても、離婚請求が信義誠実の原則に反する場合には離婚を認めないとする立場を明確にし、離婚請求が信義誠実の原則に反するかどうかの要件を掲げた点に特徴があるのである。また、大法院判決と原審判決の違いにも注目すべきである。もちろん、原審判決が、これまでの下級審判決の流れを採用し、有責配偶者の離婚請求であったとしても信義誠実の原則に反しない限り離婚を認めるとしたことは、大法院判決と異なる点である。両者が異なる点は、信義誠実の原則に反するかどうかを考慮する要件である。すなわち、原審判決は、前示したように大法院よりも広い範囲の基準を示しているのである。よって、以下においては、大法院判決がなげゆえに前記(7)④の①から③の要件を採用したかを、判決、最高裁判所調査官の判例解説などによって、確認しよう。⁽⁹⁾

(ウ) 離婚請求が信義誠実の原則に反するかどうかの判断

大法院判決は、有責配偶者からの離婚請求が信義誠実の原則に照らして許されるものかどうかを判断するにあたって、斟酌すべき事情として、前記(7)④①から⑥までの基準を考慮しなければならないと判示した。ここで斟酌された判断基準が、結論的には、前記(7)④の①から③の三つの要件に集約される。この判断基準がなげゆえに三つの要件に集約されるのかは、いまひとつはつきりしない。⁽¹⁰⁾したがって、この関係を明らかにするために、大法院判決以後の裁判例が、信義誠実の原則を適用する

にあたって、三要件だけを検討することになるのか、それともこれらの判断基準をも斟酌するのか、という点を注目すべきであろう。

つぎに、大法院判決が示した三要件の検討に入ろう。

大法院判決は、「夫婦の別居が長期間に及ぶ場合は、長期別居により法律上の婚姻が空洞化している事実及び重婚の内縁という事実を直視することこそ重要であると考えべき」であり、この場合に「なお考慮すべきは、相手方配偶者が離婚により被る苛酷な状況からの救済と未成年子に対する監護養育の確保に限られることになる」という観点から、「夫婦が長期間別居し、客観的に婚姻が回復不能な状態に達し破綻したと認められるときには、原則として離婚を認めるという原則的破綻主義を採り、例外として、…当該婚姻の解消（離婚）を認めるのが正義の観点から許されないと判断すべきときに限って、離婚請求を棄却することとしたものであろう。⁽¹¹⁾」ことから、前記(7)④の①から③の三要件が導き出されている。

第一の要件は、「相当長期間の別居」をすることである。別居期間は、「有責配偶者からの請求の否定法理を排斥する要件として、…有責性等の諸事情から解放するに足りるものでなければならず、したがって相当の長期間であることが必要である⁽¹²⁾」という。では、具体的にどの程度の期間別居していたら、「相当の長期間」といえるか。大法院判決の事例は、別居期間が三六年にもおよぶものであったので、判旨は「対比するまでもなく」相当の長期間としている。それゆえ、どの程度の別居期間があれば「相当長期間の別居」といえるかは、本判決からは明確にならない。ただ、事件を担当した調査官は「一〇年にも満たないような場合には、同居期間や両当事者の年齢と対比して相当の長期間とはいえないと判断されることがありえよう⁽¹³⁾」との指摘をしている。この点については、大法院以後の判決を検討することが必要となろう。

大法院判決は、第二の要件として、「未成年子がいないこと」を必要

とする。夫婦の別居期間が長期にわたる場合には、大法院判決の事案もそうであるように、未成熟子が存在しない場合が多いと考えられる。しかし、「未成熟子が存在する場合には、原則どおり、子の利益について斟酌しなければならない」のである。したがって、「未成熟子が存在する場合には、おそらく離婚によって子の家庭的・教育的・精神的・経済的状况が根本的に悪くなり、その結果、子の福祉が害されることにならざるような特段の事情があるときには、離婚をすることが許され⁽¹⁴⁾ない」ということになるであろう。ここでいう「未成熟の子」というのは、親の監護がなければ生活を保持しえない子の意味であって、必ずしも自然年齢に関するものではない⁽¹⁵⁾。この点についても、大法院判決以後の事例を検討しなければならない。

大法院判決は、第三の要件として、「精神的・社会的・経済的に苛酷な状態に陥らないこと」を要求している。これについては、つぎのように説明されている。「まず、苛酷な状態は婚姻の破綻によって生じるものでは足りず、離婚自体に起因するものであることを要する。右特段の事情は、相手方に例外的に期待不可能な著しい過酷さをもたらすことを意味する……。したがって異常な事情に起因する例外的な著しい過酷さであることを必要とするため経済的理由による過酷条件の適用の余地はかなり狭く、また、夫婦の別居が長くなればなる程、右事情は認め難くなるであろう⁽¹⁶⁾」と。離婚請求を制約するものとされる精神的・社会的・経済的苛酷状態の具体的内容も今後の判例の発展を検討する必要があるであろう。

3 大法院判決以後の裁判例の動きおよびその評価

(1) 大法院判決以後に出された裁判例

【事例一】 東京高判昭和六二年九月二四日―棄却⁽¹⁷⁾(確定)

〔事案〕 X男とY女は昭和二七年婚姻をし、三人の子供をもうけた。当初から意思の疎通が欠けていたが、昭和四五年七月頃からXの女性問題が原因となって、しだいに夫婦間に溝が生ずるようになった。昭和四四年九月頃、Xは、ある売春組織の会員になっていたことが新聞沙汰になり、それが原因で勤め先を退職した。昭和五年四月、XはYと十分な話し合いもないうまま、喫茶店を営んでいたビル⁽¹⁾の二階に居を移して、Yのもとにかえらなくなった。現在、Yは、X名義の建物に単身で住み、その一部の賃貸による賃料、貸家の賃料を得て生活している。他方、Xは、喫茶店からの収益、貸事務所⁽²⁾の賃料と厚生年金および企業年金で生活している。

〔判旨〕 「XとYとの間の子三名は既に成年に達して就職し、経済的にも独立しているといえるが、双方の別居生活は、その合意によるものでない上に、昭和五五年四月からであって、必ずしも相当の長期間にわたっているものということはできず、また前示の如きYの資産、収入の状況を考えると、今後におけるYの経済的基盤も到底安定しているものとはみられないので(…)現に前記丁原の家の一部の賃貸借をめぐりXが賃借人である第三者に明渡を求め⁽³⁾るなどの問題が発生していることが認められるし、…離婚が成立した場合は、XはYに対し、全財産の半分程度は分与してもよいとか、右丁原の家の敷地の二分の一を分与しその余は自らの生活設計のために処分するほかYに対してはさらに月々の生活費を送って老後の生活が成り立つよう配慮するというのみであって、その方策については具体性を欠くばかりかYが現に居住している右丁原の家屋全部をYのため確保しないし分与する意思もなく、Yの今後の住居場所につき殆ど配慮していないことが窺われる。」…加えて右X本人のいうところによれば、…離婚によって相互にすっきりした気持ちになつて財産関係も整理した上、老後を楽しむことに本件離婚を求

める主眼があるというのであるから、その申し条にはいささか身勝手な面があるものと認められる」。

本判決は、前記大法廷判決の要件にしたがってなされた最初の裁判例である。判決は、三要件のうち、①「相当長期間の別居」および③「精神的・社会的・経済的に苛酷な状態に陥らないこと」の要件を満たしていないとして、有責配偶者の離婚請求を認めなかった。とくに注目すべき点は、③の要件を満たしていない理由として、離婚が成立した場合に妻の経済的状況が悪くなることを強調していることであろう。

【事例二】 東京高判昭和六二年一〇月八日—取消(上告)⁽¹⁸⁾

【事案】 X男とY女は、昭和四五年一月頃知り合い、XがY宅にときどき通うという生活が続いていた。昭和五一年一月にAの出生届とともに婚姻届出をしたが、依然として、XがY宅を訪れるという生活が続いていた。Xは、定期的にYに対して生活費を入れるということもなかった。Yは、Xの優柔不断な態度に不満もあつたが、Xとの変則的な婚姻生活もやむをえない現実と受けとめ、事業の金融業・美術品販売業に打ち込み、不動産等も購入した。XはYの経済力や行動力に劣等感・疎外感をもっていたが、昭和五八年一二月頃、生活を立て直すべくX宅で同居することを提案したが、容れられなかった。原審は、婚姻関係が破綻したのは、Yの側にも責任があるとし、未成年子がいるとしながらも、Yが経済的に困ることもないとして、離婚請求を認めた。Yから控訴。

【判旨】 「今日の両者の婚姻の破綻の原因の多くはXの側であり、…Yは現在事業不振となつて廃業し、経常的収入の道を失つており、経済的生活に不安があること、AはXY双方に対して等しく慕っているうえ、家族関係が強く影響する年代に差し掛かっていることに鑑みると、両者の婚姻関係を解消することは妥当なものとはいえない」。

本判決の事案は、準婚期間が長く、同居もしていないという点で、若干特徴がある。原審が、有責配偶者の離婚請求を認めたのに対し、高裁は、未成年子の存在、および離婚後の経済的生活に不安があることから、離婚請求を認めなかった。

【事例三】 東京高判昭和六二年一〇月二〇日—棄却(確定)⁽¹⁹⁾

【事案】 X男Y女は、昭和四二年婚姻し、三子をもうけた。Yが自己中心的、勝気であり、X側親族との融和を損ない、洋品店経営者としてのXに対し、安らぎを与えず、かえつてそのブライドを傷つけるような言動におよんだことから、Xの生活に乱れが生じ、ついに、X自ら別居するに至り、その後頃から、XはA女と交際、同棲し、同女との間に一子をもうけ、その認知をしている。Yは、現在、Xから一か月一七万五千円づつの仕送りを受け、実家からの援助もあつて、三子を養育している。原審は、有責配偶者の離婚請求であるとして、棄却。Xから控訴。

【判旨】 「XとYとの同居期間は約一年半で双方の年齢は現在それぞれ四六歳と四三歳であつて、これらに対比すると、別居期間約八年を以て相当の長期間とするには足りないのみならず、両者の間には、いずれも未成熟の長男(一八歳)、長女(一七歳)及び二男(一二歳)の三子があるのであるから、その他Yがこれら三子の監護、教育に携わっていることなどを勘案すると、たといXにおいて自己の側に婚外子を抱えながら右三子のために前記金員の仕送りをしている等の事情を斟酌しても、この離婚請求は、民法一条二項の信義誠実の原則に照らして容易に肯認し難い」。

本判決も、約八年の別居期間は相当の長期間とするには足りないこと、および未成年子が存在することを理由として、有責配偶者からの離婚請求を棄却した。

【事例四】 最判昭和六二年一月二四日—認容⁽²⁰⁾

【事案】 X男Y女は、昭和二十七年六月婚姻し一子をもうけたが、Xは、昭和三十一年四月頃、単身で上京し、昭和三十三年末頃、Aと同棲を始めた。Yは、昭和三十三年春右同棲を知り、その後も何回か話し合いがもたれたが、まとまらなかった。昭和四八年頃、Yは、上京し、Bと同居することになった。Xは、引越越し荷物の運搬、種々の手続などでYを援助し、その後も、借家の家賃を援助したりした。Yは昭和五六年春以来、現住所で一人で、年金により生活をしている。また、Xの再三の離婚申し入れに対し、婚姻した以上どんなことがあると戸籍上の夫婦の記載を守りぬきたいと主張している。他方、Aは、XやYに離婚を要求したこともなく、YやBに対する配慮から妊娠を避け、長年にわたってXに尽くしてきて既に老境を迎えており、XはこうしたAの誠意、愛情に応える気持ちから、Yに対し夫婦関係調整の調停の申立をしたが、Yが四度の調停期日に一度も出頭せず不調となった。

【判旨】 「YとXとの別居期間は原審の口頭弁論終結時……までも約三〇年に及び、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、両者の間には未成年子がなく、Y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」は存在しない。

本判決は、大法院判決後初の最高裁の判断である。判旨をみればわかるとおり、大法院判決の三要件をそのまま維持した判決といえよう。本件事案も、夫婦の別居期間が三〇年におよび、その間に未成年がいないうという、前記大法院判決と大差がないものである。

【事例五】 大阪高判昭和六二年一月二十六日一棄却(上告)⁽²¹⁾

【事案】 X男は会社経営者で、婚姻後四年くらいたった昭和四六年四月頃からY女に対して離婚を求めようになった。同年一〇

月に離婚調停の申立をしたが、合意に達する見込みがないとして取り下げたのち、昭和四七年二月に長男Bを伴って別居した。その三か月後に、元従業員Aと同居をした。原審は、有責配偶者の離婚請求であるとしてXの請求を棄却した。Xから控訴。

【判旨】 XとYの別居期間は、前記のように両名の同居期間の約三倍に当る一五年を超える長期となっており、また、両名の子Bは未成年者とはいえず、すでに一九歳の半ばを超えており、……大学生となり寮に入って独立して生活するに至っていることが認められる。しかし、……Xは、前記別居の時点やその後も今日までYに対し特に財産の分与もしていないうえ、昭和四四年一月五日に婚姻費用分担の審判が確定したのちにおいても、Yからその強制執行を受けなければこれを支払わないという態度を続けているし、また、昭和四八年三月頃にはYを社会保険の被扶養者から外すという措置をとるなど、不誠実な態度をとり続けているものであつて、このような事情や前記認定のようにYが現在定職がなく、その年齢からみて相応の収入のある職業を新たに見つけることは困難であることがうかがわれ、離婚となれば将来さらに経済的な窮境に放置されることとなる危険性があること(仮にYの反訴請求に基づき財産分与ないし慰籍料の支払が認容されとしても、前記の従前におけるXの態度からみてその実効性には疑問がある)、前記のXの現在までにとつた態度からみると、Yの危惧するように本件離婚が認められればBとの実質的な親子関係を回復することは殆ど不可能な状況に追い込まれるものとみられることなどの事情を考慮すると、本件において離婚を認めることは、自ら本件婚姻破綻の原因となるべき事実を作出し、不誠実な態度を継続しているXの請求を認容し、他方、婚姻継続を熱望しているYを経済的及び精神的にさらに窮状に追い込むことになるものであるから、このような場合本件離婚請求は信

義誠実の原則に照らして許されないものと解するのが相当である」。本件事案は、夫婦間の別居が一五年以上継続していること、および夫婦の間の子は一九歳を超えており独立して生活しているので未成年子はいないと認定したが、①確定した婚姻費用分担の審判があるのに強制執行を受けなければ支払わないという態度を続けていること、②Yを社会保険の対象者から外していること、③離婚が認められればYB間の実質的な親子関係を回復することがほとんど不可能になること等の事情を考慮し、Yを経済的・精神的に窮地に追い込むことになるから、Xの離婚請求は信義誠実の原則に照らして許されないとした。

(1) 最判昭六二・九・二民集四一巻六号一四二三頁。

(2) 最判昭二七・二・一九民集六巻二号一一〇頁。この事案は、夫X男は、Y女と婚姻したが、そのうちA女との婚外関係が生じAを妊娠せしめたため、Yに離婚を求め、拒絶されるやいなや別居して民法七七〇条一項五号にもとづき離婚請求を提訴したものである。これに対し、最高裁は、「婚姻生活を継続しがたいのはXが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、よき夫として妻のもとに帰り来るならば、いつでも夫婦関係は円満に継続しうべきはずである。すなわち、Xの意思如何にかかるところであつて、かくの如きはいまだもつて婚姻を継続しがたい重大な事由に該当するものといふことはできない。…の規定は相手方に有責行為のあることを要件とするものではないことは認めるけれども、さりとて、前記の様な不徳儀、得て勝手を許すものではない」として、有責配偶者からの離婚請求を棄却した。この判例のリーディング・ケースたる点は、夫の請求を不徳儀、得て勝手と激しく非難し、離婚請求の倫理性を要求していることにある。その他、最判昭二九・一一・五民集八巻

一一号二〇二三頁、最判昭二九・一一・一四民集八巻一一号二一四三頁、最判昭三六・四・七家月一三巻八号八六頁、最判昭三七・五・一七家月一四巻一〇号九七頁、最判昭三八・一〇・一五家月一六巻二号三一頁などがある。

(3) これには、破綻したものを破綻と認め、そこに個人の尊厳と幸福が実現されるとするもので、離婚を認めることに倫理性があるとする立場(高梨公之・日本婚姻法論二五〇頁(一九五七))、破綻した事実を権利評価を認め、事実を権利にまで引きあげることでできるとする立場(中川淳「有責配偶者の離婚請求をめぐる一考察」民商三九巻四・五・六合併号五九四頁)、および法と事実の一致は法の内在的正義の求めるところであると認める立場(高橋忠次郎「破綻主義における離婚の訴」専法一〇号五二頁(一九五六))などがある。六〇年代から七〇年代にかけて、外国法の離婚制度改正とともに、従来少数説であつたこの立場が多数説になりつつある。

(4) たとえば、中川善之助教授は、つぎのように主張する。「破綻主義は、元来、被告の有責を要求しないというだけの理論」であるから、原告について有責主義を採って、有責原告の離婚請求を棄却せよというものは破綻主義の理論と矛盾するものではない(中川善之助・新訂親族法二五九頁(青林書院・一九六五))と。この立場は、大別すると、つぎのような見解である。第一は、離婚拒絶の根拠を婚姻道徳と離婚倫理に求め、これを破綻主義に内在する最小限度の離婚制限とみるものである(谷口知平「愛情消失、長期同棲廃止と離婚」民商二八巻五号二八五頁(一九五四)など)。第二は、法の一般条項から、信義誠実の原則、権利濫用あるいはクリーンハンドの原則により請求の制限をはかるものである(太田武男「破綻主義」家族問題と家族法Ⅲ一三三頁(酒井

書店・一九五八)など)。第三は、離婚による無責配偶者の不利益保護から、婚姻継続により経済的効果を与えんとするものである(中川(善)・前掲三〇五頁など)。

(5) 第一審は判時一二〇二号五二頁によった。

(6) 本判決に関する論説・判例評釈・判例解説等には、つぎのものがある。久貴忠彦「有責配偶者の離婚請求——最高裁大法廷昭和六二年九月二日判決の研究」ジュリ八九七号四八頁以下(一九八七)、石川稔ほか「有責配偶者離婚請求訴訟判決をどう読むか(座談会)」法ひ四一巻二号四頁(一九八八)、星野英一「右近健男「対談」有責配偶者の離婚請求大法廷判決」法教八八号六頁(一九八八)、鈴木祿弥「鈴木ハツヨ「いわゆる『有責配偶者の離婚請求』についての新判例」家月四〇巻二号一頁(一九八八)、鍛冶良堅「破綻主義と最高裁大法廷判決」判夕六五二号六五頁(一九八八)、中川淳「客観的破綻主義について——最高裁昭和六二年九月二日判決に寄せて」民研三六八号一頁(一九八七)、前田達明「有責配偶者の離婚請求——比較法的見地から」法セ三九五号一四頁(一九八七)、滝沢津代「有責配偶者の離婚と今後の課題」判夕六八〇号一九頁(一九八九)、武井正臣「有責配偶者の離婚請求認容の条件——昭和62・9・2最高裁大法廷判決の問題点」名城三七巻別冊五六七頁(一九八八)、高橋忠次郎「裁判離婚における有責性と経済関係——最高裁昭和六二年九月二日大法廷判決をめぐって」専法四七号一頁(一九八八)、中川高男「有責配偶者離婚請求訴訟と現代離婚事情」法ひ四一巻二号二六頁(一九八八)、門口正人「判解」曹時四〇巻一一号二六〇頁(一九八八)、右近健男「判批」民商九八巻六号一〇五頁(一九八八)、利谷信義「判批」判時一二六〇号一七九頁(一九八八)、佐藤義彦「判解」法セ三九九号一〇一頁(一九八八)。

(7) 東京高判昭五二・八・三〇判時八七二号八五頁、東京高判昭五五・五・二九判時九六八号六二頁、仙台高判昭五九・一二・一四判時一一四七号一〇七頁、東京高判昭六一・一二・二四判時一一二三号八頁。

(8) 鈴木「鈴木・前掲注(7)七頁以下。

(9) 門口・前掲注(7)二六〇頁以下。

(10) 星野「右近・前掲注(7)一四頁。

(11) 門口・前掲注(7)三〇三頁。

(12) 門口・前掲注(7)三〇五頁。

(13) 門口・前掲注(7)三〇五頁。

(14) 門口・前掲注(7)三〇六頁。

(15) 門口・前掲注(7)三〇六頁。「年長の子であっても身体的又は精神的な障害によって未成熟子とされる場合もあるうし、逆に、一八歳にたつて自らの労働で生活の糧を得る者はもはや未成熟子とはいえない」としている。

(16) 門口・前掲注(7)三〇六頁、三〇七頁。

(17) 家月四〇巻九号六七頁、判時一二六九号八〇頁。

(18) 判時一二六九号八三頁。

(19) 判夕六六九号二〇六頁。

(20) 家月四〇巻三号二七頁、判時一二五六号二八頁、判夕六五四号一三七頁。

(21) 判時一二八一号九九頁。

(未完)