

「有責配偶者からの離婚請求」事件における 信義誠実の原則について(一)

石 松 勉*

目 次

- 一 はじめに—本稿の目的
- 二 婚姻関係の特色
- 三 裁判例の概観・検討（途中まで、本号）
- 四 「有責配偶者からの離婚請求」事件における信義則の特徴
- 五 「有責配偶者からの離婚請求」事件における信義則の機能
- 六 結びに代えて—若干のまとめと展望

一 はじめに—本稿の目的

アルフレッド・フューク⁽¹⁾ (Alfred Hueck) は、第二次世界大戦直後の1946年にバイエルン科学アカデミーの哲学・歴史部会においておこなった「現代私法における信義思想⁽²⁾」と題する講演のなかで、一般条項、特に信

*福岡大学法科大学院教授

⁽¹⁾ Alfred Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaft, Jahrgang 1944/46 Heft 7, München 1947の末尾にフュークの略歴や主要な業績が紹介されている。わが国においては労働法の大家という印象が強いが、労働法ばかりでなく民法、商法の領域の業績も多い、裁判官経験のある研究者である。

⁽²⁾ Hueck, a.a.O.

義則について、概ね、以下のような指摘をおこなっていた。



ナチス（国家社会主義）時代には誇張的な言葉や鳴り響くような常套句が強烈に好まれたため、一般条項の華やかかなりし時代となった。しかしそれは、私法の領域において思想の柔軟化（軟弱化）、不明確な感情法学、その結果としての法的不安定性・恣意性をもたらした。そこで一刻も早くこの常套句の支配から脱し、分別のある正真正銘の考え方に立ち戻り、明確で厳密な概念に立ち返る必要がある。とは言っても、概念法学に逆戻りすることは勧められない。不明確な感情法学や主観的な恣意性を排するためには概念の明確化、客観化が必要であるが、昨今よく使われている標語として「共同社会」、「名誉」のほか「信義」や「誠実義務」などがあるが、後者はより高次元の道徳的（倫理的）な価値を有し、一般に法にとっても非常に重要であり、それがどのような役割を果たしているか、どの範囲で役割を果たしているか、そしてどのような方法で役割を果たしているかも重要となる。さもないと、これらの過大な活用（濫用）による内容の希薄化を招来する危険性があるからである⁽³⁾。

そこで、「共同社会」概念や「信義」概念の濫用を回避するためにも「信義」思想の適用領域の範囲を正確に限定することが重要であり、倫理的な観点からこれに対して特別な誠実が要求される法律関係を確定すること、そしてこの倫理的な義務が法律上の義務と合致しているのかどうか、それがどのような内容を持っているのかを精査することも重要となってくる⁽⁴⁾。もちろん法と倫理（道徳）、法規範と倫理（道徳）規範を完全に同一視することはできないにしても、倫理的、道徳的な色彩を帯びている法的義務は確かに存在しているのであり、それぞれの内容、異同を明確化することが必要となる⁽⁵⁾。

⁽³⁾ Hueck, a.a.O., SS. 3-4.

⁽⁴⁾ Hueck, a.a.O., SS. 5-7.

法秩序は道徳のルールからは完全には解放されておらず、たとえば、ドイツ民法典において有名な一般条項である138条、826条、242条などは、法規範を倫理的、道徳的な内容で充たすことにより、完全ではないにせよ、倫理的、道徳的な法規範を法規範化（法概念化）し、法基準化している。善良な風俗に反する法律行為は無効であるとする138条、善良な風俗に反して故意に他人に損害を加えた者はその他人に対して損害を賠償する義務を負うとする826条、さらには、債務者は取引慣行を考慮し信義誠実の要求どおりに給付をおこなわなければならないとしている242条は、それ自体倫理、道徳の範囲に含まれる善良な風俗や信義誠実を法概念にし、その法的な評価もまた決定的に重要であるとみられている⁽⁶⁾。

そして、これら三つの異なった道徳的な基準は、まず一般的な基準としては138条の善良な風俗基準が妥当するが、これが妥当し得る領域では、他人に対する特別な法律関係の存在はまったく前提されていない。その意味で、この善良な風俗基準は、すべての第三者に対する容態、すべての他人に対する容態に対する基準とも言えるが、しかし特定の人に積極的な義務を負わせるものではないので、消極的な機能しか果たし得ない。一般には不作為義務を生じさせるものにすぎないのである⁽⁷⁾。

これに対して、242条の信義誠実は文言上はその適用領域を限定したものとなっているが、学説・判例は、その適用領域の範囲を拡張し、債権者・債務者の関係にある者同士の間だけでなく、一定の人々の間において一定の法律関係が問題となっているところでは、債務法の領域外であっても、その適用を認めている。つまり信義誠実は、ある人と具体的な法律関係があったり、契約交渉の準備・開拓によってあるいは権利行使によってそのような具体的

⁽⁵⁾ Hueck, a.a.O., SS. 7-8.

⁽⁶⁾ Hueck, a.a.O., SS. 8-9.

⁽⁷⁾ Hueck, a.a.O., SS. 9-10.

な法律関係を結んだりした人について考慮されるのである。その意味において、242条は826条以上のものを要求していることとなり、積極的な作為義務、本来的な給付義務を超えるさまざまな作為義務（報告義務、警告義務、保護義務、配慮義務等々）が生じる。他方において、善良な風俗違反は信義誠実にも適合し得ないという意味では、これら二つの間に原理的な相違はない。ともに倫理的、道徳的な概念であり、ただ単に段階的なものであって、善良な風俗違反よりも信義誠実違反のほうが認められやすいにすぎないとも言えよう⁽⁸⁾。

そうすると、利害関係を有する者の間において密接な人的関係が創設されるような場合、共同体関係、対人法的な共同体において真の意味での誠実義務が問題となり、その典型例として婚姻、家族、民族共同体が挙げられる⁽⁹⁾。そしてその誠実義務の内容は、その時々問題となっている共同体関係、債権債務関係の性質にかかわっている。そこには共同体メンバーの誰に対していかなる損害も与えてはならないという義務からそのメンバーの利益を増進する義務まで負っている場合もあり得るが、要するに、問題となっている共同体関係、債権債務関係の種類に応じて誠実義務も異なっている⁽¹⁰⁾。

利害関係人の間に一定の法律関係がまったくなく、善良な風俗基準が唯一の基準である場合が最下位の段階にあり、次に信義誠実が妥当する領域、そしてほんの僅かしかその適用が要請されていない契約外の債権債務関係が続く。そうすると、狭義の誠実義務は、人々が相互に結び付いている真正の共同体関係が存在するところでみられることになる⁽¹¹⁾。

こうして、一般条項が個々の共同体関係のなかでどのように具体的に適用

⁽⁸⁾ Hueck, a.a.O., SS. 10–12.

⁽⁹⁾ Hueck, a.a.O., S. 12.

⁽¹⁰⁾ Hueck, a.a.O., SS. 15–16.

⁽¹¹⁾ Hueck, a.a.O., SS. 17–19.

されているかを個別に研究することが重要であり、この作業によって確固たる基礎を獲得し、法的不安定性を乗り越えることが可能となる。果てしなく進歩する実社会から絶え間なく新たな問題が生起するが、一般条項を綿密かつ詳細に確定し限定する作業、一般条項と具体的な法規範との間における弛まぬ行き来（交流）によって、個々の事例の法的安定性と公平な判断との間の永遠の闘争における必要な均衡（調整）が図られることになり、その調整には常に、豊かな実りを生む、法の継続的な発展への芽が包蔵されているのである⁽¹²⁾。



以上のように、フュークは、法と道徳（倫理）とを明確に切り離して法的な判断枠組みを構築してきたはずの近代法が、実は、法は社会とまったく乖離しては存在し得ないものであることから、結局のところ、社会生活を反映した道徳（倫理）規範を取り込んだうえでの法的価値判断をすべき場面を前にして、信義則等の一般条項をこのような視角から観察していくことが極めて重要であること、そして一般条項が具体的にどのようなように適用されているか、どの範囲で適用されているか、その際にどのような機能を果たしているか、等について検討をおこなうことが重要となることを指摘されていた⁽¹³⁾。しかもその際の分析視角として、一般条項（善良な風俗や信義誠実）が問題となっ

⁽¹²⁾ Hueck, a.a.O., SS. 19–20.

⁽¹³⁾ このような考え方は、フュークばかりでなく、すでにヘーデマン(Justus Wilhelm Hedemann)、その後のヴェーバー(Wilhelm Weber)、ヴェーマー(Gustav Boehmer)、ヴィーアッカー(Franz Wieacker)などの研究者によって指摘されたり、それを前提とした類型化・精緻化が試みられたりしている。Vgl. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, eine Gefahr für Recht und Staat, 1933; Weber, Treu und Glauben (§ 242), 1961 (これはももとは、Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11 Aufl. Band II, “Recht der Schuldverhältnisse”, Teil 1 b); Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, 2. Abteilung, Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, 1952; Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 193/194, 1956.

ただし、一般条項の利用を積極的に意義づけようとするか、消極的に解そうとするかについ

ている法律関係の種類、内容が極めて重要であることも示唆されていた。そこで本稿では、フュークが指摘ないし示唆された、以上のような問題関心・分析視角を参考にしながら、一般条項、特に信義誠実の原則に関して論述を進めていこうとするものである。



筆者は、これまで信義誠実の原則（以下「信義則」と略称する。）や権利濫用禁止の法理（以下「権利濫用」と略称する。）に関連する研究を長年細々と継続してきた⁽¹⁴⁾が、最近も「権利濫用・信義則の機能論⁽¹⁵⁾」と題する小論において、信義則及び権利濫用の果たす機能の視角から、わが国におけるこれまでの判例・学説の理論状況を辿り、信義則・権利濫用の一斑なりとも明らかにできたのではないかと思っている。しかしその際に、信義則・権利濫用の適用領域の問題が問題関心として頭に残った。

また近時は、生起する法律問題のなかに目にみえない心理的、精神的、心

ては見解の相違があったようであるが、この点も含めた詳細は、広渡清吾『法律からの自由と逃避—ヴァイマル共和制下の私法学』（日本評論社、1986年）を参照。なお、ドイツにおける信義則規定の歴史については、vgl. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 · Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht (§§ 241–242), Nebenarbeitung 2015, S. 355 ff. [Olzen]

⁽¹⁴⁾ 信義則・権利濫用に関連して、石松勉「失効（Verwirkung）の原則について」福岡大学大学院論集17巻1号（1985年）48頁以下、同「わが国における失効の原則についての一考察」福岡大学大学院論集20巻1号（1988年）78頁以下、同「ドイツにおける『不許容の権利行使』理論について」福岡大学大学院論集21巻1号（1989年）54頁以下、同「消滅時効の援用と信義則に関する一考察」福岡大学大学院論集22巻1号（1990年）60頁以下、同「ドイツにおける『除斥期間の濫用的主張の不許容』理論について」岡山商科大学法経学部創設記念論集『現代法学の諸相』（法律文化社、1992年）121頁以下、同「除斥期間の経過と信義則に関する一考察」岡山商科大学法学論叢1号（1993年）53頁以下、同「消滅時効完成後の債務承認と時効の援用との関係について—『時効援用権喪失』理論の批判的考察—」岡山商科大学法学論叢7号（1999年）1頁以下、同「『判例研究』消滅時効完成後に一部弁済を行った債務者につき時効援用権を喪失していないとされた事例」銀行法務21・619号（2003年）91頁以下。

⁽¹⁵⁾ 平井一雄＝清水元編『日本民法学史 続編』（信山社、2015年）1頁以下。

情的、情緒的な事柄が関わっているような場面で、法原則ないし法思想としての信義則ないし条理をどのような形でどの程度まで取り込んで法的保護・救済に結びつけることができるかという点にも問題関心を持っている⁽¹⁶⁾。

周知のとおり、わが国においては、信義則・権利濫用の適用領域に関する問題については適用範囲区別説には限界があり適用範囲非区別説が妥当ではないかとする見解が有力となっており、落ち着いているようにもみえる。しかし、このような立場は本当に妥当なのだろうか。確かに、明快かつ実用的な境界線を示すことは極めて困難であるとは思いますが、しかしその一方で、一定の視角から十分な根拠を示しながら現実的、客観的な基準を示す努力をすることは決して無駄ではないように思われる。そう考えると、この問題は信義則論のなかでも今なお残された重要課題の一つではないかと思えてきたのである。そのように思えた理由をもう少し敷衍して述べると、以下のとおりである。



民法第1条に定められている信義則や権利濫用に関連する裁判例は、最高裁判例だけでも多くのものを目にする⁽¹⁷⁾。そのなかにおいて信義則、権利濫

⁽¹⁶⁾ その一環として、石松勉「自殺・殺人を原因とする心理的欠陥に対する売主の瑕疵担保責任について」福岡大学法学論叢53巻3号（2008年）95頁以下、同「『心理的瑕疵』に関する一考察（一）、（二・完）」同58巻1号1頁以下、同58巻3号411頁以下（いずれも2013年）、同「『判例研究』心理的瑕疵と不動産仲介業者の不法行為責任」同60巻1号（2015年）75頁以下のほか、同「『判例研究』近隣住民による葬儀場の営業を理由とする目隠し増設請求等の当否」同55巻3・4号（2011年）479頁以下。

⁽¹⁷⁾ 判例検索エンジンの一つであるTKC提供のLEX/DBによると、たとえば、平成元年から平成29年までの最高裁判例について「信義則」「信義誠実の原則」のキーワードで検索をかけてみると、250件を超える最高裁判例がヒットし、同じく、LIC提供のLLI/DBによって検索をかけると、380件を超える最高裁判例がヒットする（本稿執筆開始時の平成29年9月現在）。そしてその対象領域は、民法、商法、訴訟法、行政法、租税法、労働法、経済法、無体財産法等にまで及んでいる。そのなかには、信義則の適用それ自体を直接扱っているもののほかに、最上級審ではみられないが原審や原々審で信義則に関する判示があったり、上告理由（上告受理申立て理由）のなかには信義則に関する主張が述べられたりしているものも含まれており、厳

用の適用の可否がそれぞれ単独で扱われている裁判例は、もちろん圧倒的に多い。しかし、場合によっては重疊的、重複的に適用されたり、信義則、権利濫用がそれぞれ信義や衡平（公平）、公序良俗、条理といった別の原理とともに扱われたりしているものもあり、信義則、権利濫用の適用領域の問題は必ずしも一定の明確な基準に基づいて判断されているわけではないようにも見える。このため、学説上においても、適用領域の問題については、信義則が主として契約関係や親子関係などの特別な権利義務関係にある当事者間において、権利濫用が主としてそのような関係にない当事者間において適用されるものと一般に解されながら⁽¹⁸⁾、信義則が特別な権利義務関係のある場面かどうかにかかわらず規範創設のために活用されたり、権利濫用が単独であるいは重疊的、重複的に取引の場面、契約関係や親子関係などのある場面においても適用されたりしていることから、現在では、一応の指針程度に理解しておけば足りるとされたり、両者の間にこのような適用の差異を設けること自体に合理性はないのではないかとする見解、つまり、さきに指摘した適用範囲非区別説が有力に主張されていると言えるわけである⁽¹⁹⁾。

密な意味での信義則適用判例は、実数としてはかなり少ない。ちなみに、参照条文として「民法1条2項」または信義則の適用を想定した「民法1条」を摘示するものは、LLI/DBによる検索の結果、388件中55件であった。しかし、その一方で、民法1条を参照条文として掲げることなく信義則の適否自体を検討、判断しているものも比較的に見受けられた。その詳細については別稿を準備中であるが、傾向として、紛争当事者の容態、当事者をめぐる個別、具体的な事情や客観的な諸事情を考慮に入れた形での“プリミティブな”信義則適用の場面と、信義則を用いた個別的な法原則・下位命題の定立やさまざまな法的義務の規範化根拠として活用されている“現代的な”信義則適用の場面が圧倒的に多いことを指摘することができよう。

⁽¹⁸⁾ 我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）38頁以下（なお、同「公共の福祉・信義則・権利濫用の相互の関係」末川先生古稀記念『権利の濫用上』（有斐閣、1962年）46頁以下も参照）、川島武宜『民法総則（法律学全集17）』（有斐閣、1965年）50頁以下（なお、同「権利濫用の意味論的考察」末川先生古稀記念『権利の濫用上』（有斐閣、1962年）149頁以下も参照）、幾代通『民法総則〔第二版〕』（青林書院、1984年）14頁以下、四宮和夫＝能見善久『民法総則 第9版』（弘文堂、2018年）23頁以下、平野裕之『民法総則〔第3版〕』（日本評論社、2011年）629頁、同『民法総則』（日本評論社、2017年）12頁、14頁等参照。

しかし、もしそうだとすると、主として契約関係や親子関係などの特別な権利義務関係にある者同士の間で機能しているとされる信義則のその機能の仕方、また、主としてそのような関係にない者同士の間で機能しているとされる権利濫用のその機能の仕方、そして、その相互関係は果たして明確になっていると言えるだろうか。もちろん、これまでに登場した数多くの裁判例をさまざまな視点から分類、整序した先学達の優れた業績は、枚挙に暇がない⁽²⁰⁾。

⁽¹⁹⁾ 潮見佳男『民法総則講義』(有斐閣、2005年)16~17頁、川井健『民法概論1 民法総則〔第4版〕』(有斐閣、2008年)11~12頁、河上正二『民法総則講義』(日本評論社、2007年)14~16頁(同『民法学入門民法総則講義・序論〔第2版〕』(日本評論社、2009年)85~86頁も参照)、中舎寛樹『民法総則〔第2版〕』(日本評論社、2018年)490~491頁、山本敬三『民法講義I 総則〔第3版〕』(有斐閣、2011年)634頁、近江幸治『民法講義I 民法総則〔第6版補訂〕』(成文堂、2012年)21頁、石田稷『民法総則』(信山社、2014年)70~71頁等参照。なお、理論状況については、菅野耕毅『信義則理論の現状』内山尚三=黒木三郎=石川利夫先生還暦記念『現代民法学の基本問題上』(第一法規、1983年)5頁以下(同『信義則および権利濫用の研究』(信山社、1994年)83頁以下所収)、同「権利濫用理論」星野英一編集代表『民法講座1 民法総則』(有斐閣、1984年)80~82頁等参照。

⁽²⁰⁾ 信義則研究は周知のとおり膨大な数にのぼる。本稿では、以下にその代表的なものを掲げさせていただいたが、それでもなお主要業績の漏れが懸念される。予めご海容をお願いする次第である。また、信義則のみならず権利濫用や公共の福祉にもまたがって論及されている論稿が含まれていることも併せてお断りしておく。

好美清光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号(1962年)181頁以下、原島重義『民法における『公共の福祉』概念』日本法社会学会編『法社会学20号(公共の福祉)』(有斐閣、1968年)1頁以下、同「所有権の濫用」谷口知平=加藤一郎編『新版判例演習民法I 総則』(有斐閣、1981年)1頁以下(以上、同『市民法の理論』(創文社、2011年)に所収)、米倉明『私権』、『公共ノ福祉』、『信義誠実』法学教室14号(1981年)26頁以下(同『民法講義総則(1)〔私権・自然人・物〕』(有斐閣、1984年)に所収)、菅野耕毅「信義則および権利濫用の機能」加藤一郎=米倉明編『民法の争点(法学の争点シリーズ3)』(有斐閣、1978年)6~7頁(その後、加藤=米倉編『民法の争点I(総則・物権・親族・相続)(法学の争点シリーズIII-1)』(有斐閣、1985年)にて改訂)、同「前掲信義則理論の現状」2頁以下、同「信義則の類型」五十嵐清編著『法学ガイド3 民法I(総則)』(日本評論社、1986年)22~23頁、同「信義則および権利濫用」法学教室105号(1989年)60頁以下(以上はいずれも、菅野耕毅『信義則および権利濫用の研究』(信山社、1994年)、同『信義則の理論』(信山社、2002年)に所収)、広中俊雄「民法第1条の機能」法学教室109号(1989年)6頁以下(同『民事法の諸問題(広中俊雄著作集4)』(創文社、1994年)に所収)、同「一般条項の利用による欠缺補充」法学教

しかしながら、それらは、信義則違反や権利濫用の適用の限界を探る際の適用事例の再配列としての意味合いが強く、予測可能性の点では必ずしも充分とは言えない側面があること⁽²¹⁾もまた事実である。そもそも、信義則が機能している領域のうち契約関係一つをとってみても、現在では、売買や賃貸借、消費貸借、請負、委任、雇用のほかに、医療契約や介護契約、旅行・宿泊契約、ゴルフ場等の施設利用契約、クレジット契約やリース契約といったさまざまな契約が登場し、また高度の専門性を有する金融商品等の投資取引から

室177号（1995年）98頁以下（同『民法解釈方法に関する十二講』（有斐閣、1997年）に所収）、同『民法綱要第1巻総論上』（創文社、1989年）120頁以下、石川博康「信義誠実の原則」内田貴＝大村敦志編『民法の争点（新・法律学の争点シリーズ1）』（有斐閣、2007年）54～55頁等のほか、注釈書としては、谷口知平編『注釈民法（1）総則（1）』（有斐閣、1964年）67頁以下〔田中実執筆〕、谷口知平＝石田喜久夫編『新版注釈民法（1）総則（1）』（有斐閣、2002年）73頁以下〔安永正昭執筆〕、遠藤浩ほか編『民法注解財産法第1巻民法総則』（青林書院、1989年）37頁以下〔山本敬三執筆〕、林良平編『注解判例民法1a 民法総則』（青林書院、1994年）8頁以下〔久保宏之執筆〕8頁以下等に詳しい分析がある。

適用場面ごとの分析としては、小神野利夫「信義則と権利濫用に関する最高裁判例総覧（1）～（10・完）」判例タイムズ568号38頁以下、同569号28頁以下、同570号24頁以下、同571号20頁以下、同572号35頁以下、同574号22頁以下、同575号18頁以下、同576号21頁以下、同577号29頁以下、同578号28頁以下（以上、いずれも1986年）、中舎寛樹「公序良俗と信義則」法律時報65巻10号（1993年）84頁以下（椿寿夫＝伊藤進編『公序良俗違反の研究』（日本評論社、1995年）に所収）、鈴木重信「民法と信義誠実の原則（1）、（2）」東洋法学36巻2号（1993年）111頁以下、同37巻2号（1994年）119頁以下、益井公司「信義則について」民事法情報186号（2002年）109頁以下、清水紘史「民法と信義誠実の原則（1）、（2）」函大商学論究32輯2号（2000年）1頁以下、同33輯1号（2000年）1頁以下、廣峰正子「信義則再考」立命館法学305号（2006年）99頁以下、加藤亮太郎「取引における信義誠実の原則」神戸学院法学36巻3・4号（2007年）111頁以下等がある。

また、古くは、牧野英一『民法の基本問題 第四 信義則に関する若干の考察』（有斐閣、1936年）、林信雄『判例に現はれたる信義誠実の原則』（巖松堂、1940年）、同『法律における信義誠実の原則』（評論社、1949年）、鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、1955年）などにも信義則の登場場面ごとの分析がみられた。機能類型的考察によるものではない（石松「前掲機能論」14～15頁参照）が、問題場面ごとの分析のなかには本稿との関係で参考となる指摘が多く含まれている。

⁽²¹⁾ 谷口＝石田（喜）編『前掲新版注釈民法（1）』92頁〔安永執筆〕参照。

日常生活上の消費者取引、語学教室や学校等の在学契約のような契約関係もみられる。これらの契約関係には、当然のことながら、現代社会の多様性・複雑性を反映した特殊事情が本来的に内在していると言える。もしそうだとすると、そのような契約関係の場面において登場する信義則もまた、その多様性・複雑性を反映し、それぞれの契約関係ごとに異なった特徴を前提とした機能を担わざるを得なくなっているのではないかと推測される。たとえば、信義則に基づいて認められている説明義務や情報提供義務、助言・指導義務、警告義務、救助義務、取引履歴開示義務、安全配慮義務、損害拡大防止（軽減）義務、品質保持義務といったもろもろの義務は、特に不動産取引や金融取引、フランチャイズ契約や雇用契約等の場面で多く見受けられるが、これらの義務のうち、たとえば、金融取引や不動産取引上の「説明義務」と医療契約上の「説明義務」とがまったく同一内容のものとして理解され一般化しているかという点、必ずしもそうではないのではなかろうか。それぞれの義務が登場する法律関係の局面ごとに、「説明義務」という同じ用語が使われているとは言え、必ずしも同一の意味内容や性質を有する義務として認められ統一的に使用されているわけではなかろう。

ところで、適用領域の問題が直接的に一般条項の適用後の結果に大きな差異をもたらすわけではない。しかしこのように、適用領域の問題に関して信義則が登場するそれぞれの法律関係の場面ごとにさらに掘り下げた検討をおこない、この作業を通して、可能な限りその適用に関して客観的な基準の定立を試みることは、信義則適用の具体的な要件や効果、その限界、そして何よりも信義則の本来的な機能と付随的な機能を解明し、信義則論の精緻化を図るうえでなお十分に意義のある作業であるように思われる⁽²²⁾。

⁽²²⁾ 本稿において再び、“一般条項への逃避”や“法の軟化”といった非難を回避するためにも有効である、などと大上段に振りかぶって主張するつもりは毛頭ない。しかし、現在の信義則論がいわゆる“困ったときの信義則頼み”という傾向にあるとすれば、これまた問題であろう。



そこで、民法1条2項の信義則の問題とは言っても、現在では民法から商法、訴訟法、租税法、労働法、経済法、無体財産法等に至るまで幅広い適用事例をみることができるが、本稿では、民法、そのなかでも夫婦関係という特殊な権利義務で結ばれた者同士の間で信義則の適用が問題となっている局面、とりわけ有責配偶者が裁判上他方配偶者に対しておこなう離婚請求に際して信義則の適用が問題となっている局面（以下、この局面を通例にしたがい「有責配偶者からの離婚請求」として論述する。）に限定して、信義則のこの場面での実相に迫り、そのうえで、ほかの信義則適用事例の分析へと進み、それらの相互関連や適用場面ごとの特徴なり傾向なりを抽出、考察し、最終的には信義則の適用場面ないし適用領域の問題に関する一定の展望を示すことができればと考えている。本稿はそのための手始めの作業ということになる。

二 婚姻関係の特色

本論に入る前に、まず信義則について簡単な確認をおこなっておこう。



現行民法1条2項は「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない」と定めている。この条文の意味について現在では、特に詳しい説明をおこなわない教科書、体系書も見受けられる⁽²³⁾。おそらくは、「社会共同生活の一員として、互いに相手の信頼を裏切らないように、誠意

その意味において、本稿で検討対象とする「有責配偶者からの離婚請求」事件に関して、この局面を、法的枠組みの埒外とされた道徳規範や倫理規範を再び法的枠組みのなかに取り入れる媒介物として信義則が用いられている類型と評される、廣峰「前掲論文」特に121頁以下、126頁以下等に注目したい。

⁽²³⁾たとえば、河上『前掲民法総則講義』14～15頁は、信義則の意義・定義には触れることなく、具体的な法準則や典型的な問題領域についての紹介をおこなう。そのなかに本稿で取り扱う「有

をもって行動すること⁽²⁴⁾」あるいは「当該の具体的事情の下において当事者が相手方に対して正当にもつであらうところの行動の期待を指す⁽²⁵⁾」といった理解が一般化し、定着して久しいからであろう⁽²⁶⁾。竹内昭夫＝松尾浩也＝塩野宏編『新法律学辞典第三版』（有斐閣、1989年）の「信義誠実の原則」（776頁）の項目をみても、我妻榮博士の上記の説明とほぼ同様の説明がみられる。また、川島武宜博士は『民法総則』の同じ箇所さらに、「社会秩序は、具体的諸事情に対応して人々がもつであらうところの行動の期待に従って行動がなされることによって維持されるものであるが、右の規定は、現実の社会生活の中のこれらの具体的な期待が法律の平面でも原則的に承認せられ、法律上の権利義務の内容を構成するものであることを明らかにするもの」（51頁）との説明もされている。杉村敏正＝天野和夫編（末川博創始）『新法学辞典』（日本評論社、1991年）の「信義誠実の原則」（584頁）の項目でも、「本来、倫理的な要請であるが、社会規範である法のうちにも当然働くものとして、具体的事件について正義・衡平の理念を実現することを内容とする原則」との説明がみられる。

以上を要するに、人は、人的共同体、社会共同体の構成メンバーの一員として倫理的、道徳的に相手方の信頼を裏切らないように誠意をもって行動することが要請されているが、このように社会共同生活のなかで人が特に法的

責配偶者からの離婚請求」の判例も挙がっている。ただし、河上教授は、同『前掲民法学入門』特に93頁以下において詳しい言及をおこなっている。

⁽²⁴⁾ 我妻『前掲書』34頁。

⁽²⁵⁾ 川島『前掲書』50～51頁。

⁽²⁶⁾ 幾代通『民法総則〔第二版〕（現代法律学全集5）』（青林書院、1984年）14頁も、やはり以上の我妻榮・川島武宜両博士の説明を引かれている。ほかに近時の同旨を述べるものとして、潮見『前掲書』12頁、四宮＝能見『前掲書』23頁、中舎『前掲書』456頁以下、近江『前掲書』20頁、石田『前掲書』70頁等を挙げるのが許されよう。また現在最もポピュラーな法律用語辞典とも言える、高橋和之ほか編集代表『法律学小辞典〔第5版〕』（有斐閣、2016年）719頁にも、ほぼ同様の説明がみられる。

にも相手方の信頼に沿う形で行動することが期待されている場面において、基本思想として発動が想定されている法原則こそが信義則ということになるか。



次に、以上の確認を踏まえて、夫婦の法律関係においては信義則は一体どのような形で登場し、どのような機能を果たしているのかを簡単に確認しておくことにしよう⁽²⁷⁾。

有責配偶者からの離婚請求の問題については、従来から、破綻し回復困難な婚姻を形式的に維持し続けることに対する根本的な疑問や、そもその問題として夫婦間における有責性の有無や程度、その原因（場合によっては相手方の行動様式、性格や性癖、それを形成するに至った生い立ちにまで及ぶ。）の立証を裁判上においておこなうことに対する疑問等が指摘されている一方で、破綻したとは言え、有責配偶者からの離婚請求を容易に認めることは、道徳的、倫理的な視点から、夫婦という密接な権利義務関係にある者同士の間において特に信義則上のクリーン・ハンズの原則あるいは「自己の卑劣を述べることは聞き届けられない」という法命題（法諺）に著しく反することを容認する結果となり不当である、との指摘もされてきた⁽²⁸⁾。しかしながら、有責配偶者からの離婚請求の場面で信義則がどのように考慮、判断

⁽²⁷⁾ なお、以下は、青山道夫＝有地亨編『新版注釈民法（21）親族（1）』（有斐閣、1989年）340頁以下〔黒木三郎執筆〕のほか、犬伏由子ほか『親族・相続法〔第2版〕』（弘文堂、2016年）49頁以下、内田貴『民法IV〔補訂版〕親族・相続』（東京大学出版会、2004年）19頁以下、大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣、2010年）40頁以下、同『民法読解 親族編』（有斐閣、2015年）58頁以下、窪田充見『家族法第3版』（有斐閣、2017年）52頁以下、高橋朋子＝床谷文雄＝棚村政行『民法7親族・相続〔第5版〕』（有斐閣、2017年）56頁以下、二宮周平『家族法第4版（新法学ライブラリー9）』（新世社、2013年）48頁以下、半田吉信ほか『ハイブリッド民法5 家族法〔第2版補訂〕』（法律文化社、2017年）50頁以下など、比較的近時の一般的な親族・相続法、家族法の教科書・体系書において述べられているものを基に叙述したものである。

⁽²⁸⁾ この点も含めた対立点の詳細は、島津一郎＝阿部徹編『注釈民法（22）親族（2）』（有斐閣、2008年）393頁以下、特に397頁以下参照〔阿部徹執筆〕。

されているかはこれまでも十分に検討されてきた一方、そもそも、有責配偶者からの離婚請求の当否が問題となる場面で信義則の問題が突如として登場してくるわけではなく、したがって円満な夫婦間の法律関係にも信義則は機能しており、その意味において信義則を基にした権利義務関係としての断絶はないはずである。ところが、このあたりの検討になると必ずしも充分とは言えないように思われる。そうだとすれば、夫婦間の法律関係において信義則はそもそもどのように取り扱われ、どのように機能しているのかも確認しておくことが必要となつてこよう。そこで以下では、夫婦の法律関係における婚姻上の義務について、信義則の視点から簡単な確認をおこなうことにしたい。



現行法の下では、婚姻に関しては実質的な要件として男女の婚姻意思の合致（つまりは両性の愛情の結合）が必要であるとされ、これに基づいて届け出られたとき法律上の婚姻が有効に成立する。そこでは当事者の婚姻意思の存在が必要不可欠となっている（民法742条1号参照）。

そして、夫婦は、婚姻の効果として、婚姻することによって互いにさまざまな義務を負う。夫婦は同居し、協力、扶助する義務を負う（民法752条）。婚姻は夫婦の精神的、肉体的、経済的な結合体であることから、これらの同居義務、協力義務、扶助義務は婚姻の本質的な義務と解されている。そして夫婦生活における財産的な側面からの協力としての性質をも有している扶助義務は、配偶者に自己と同一程度の生活を保障する生活保持義務とも言い換えられることがある。協力義務については、円満な夫婦関係の維持のために不可欠な義務であるとは言えても、その協力の具体的な内容や態様は、個々の夫婦の社会的地位、経済的な状況、置かれている環境等はさまざまであり、夫婦ごとに異なり得ることから、ある特定の行為を当然に義務づけ得るような性質のものではないとも指摘されている。もっとも、夫婦の一方が正当な

理由なく協力義務を怠り、夫婦関係を破綻させたと認められるような協力義務の著しい違反がある場合には、民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」にあたるとして離婚原因となることもある。ここでは、精神的、肉体的、経済的な結合体としての夫婦関係を壊さないようにする協力義務、つまり努力義務が存在しているとも言えるであろうが、これを信義則に基づく義務とみるにせよ⁽²⁹⁾、夫婦間の法律関係から当然に導き出される協力義務の一環とみるにせよ、夫婦という特殊な権利義務関係にある者同士の間においては相互に一定の制約を受けていることを意味しているとも言える。さらに、重要な義務として、明文の規定はない(なお、民法770条1項1号参照)が、夫婦は互いに貞操義務を負うともされている。

こうして、夫婦は婚姻によってさまざまな義務を負うことになるが、不幸にして相手方に対する愛情・絆を失い、婚姻を継続し前述したさまざまな義務を履行することが難しい状況の下においてもなお、離婚しない限りは、これらの義務を負い、違反しないようになお振る舞うことが要請されているということになる。

そうすると、興味深いのは、もしかりに以上に確認した義務の違反によって婚姻を継続し難い破綻の状態に立ち至ったような場合であったとしても、場合により、義務に違反し破綻の原因を作った有責配偶者から他方配偶者に対しておこなわれた離婚請求が何らかの理由で認められ得るとして、財産分与や慰謝料等の法的救済方法によって他方配偶者の保護や当事者間の子の福祉を図るべきとされるような問題局面においては、実は、婚姻関係から認められる上記の義務を根拠づけているはずの信義則とは“異質の”信義則が発動しているのではないかということを描き出すことができるのではないかと、ということである。もしそうだとすれば、ここでの信義則は、ただ単に有責

⁽²⁹⁾ 林信雄「夫婦の同居協力義務」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅱ婚姻』(有斐閣、1959年)170頁以下、特に172頁参照。

配偶者からの離婚請求が信義則上許されないかどうかという信義則そのものの“適用”の問題に変容し、あるいはまた次元の異なる問題として議論されていることを示しているとも言えるからである⁽³⁰⁾。この点はすでに従来からも指摘されているところであるが、関連裁判例を概観、検討する際にこのような問題状況をいま一度確認し、そのうえで改めてその変容の真相、背景なりとも指摘することができればと考えている。



最後に、平成8（1996）年の民法改正案要綱の「第七裁判上の離婚 二」においては、「裁判所は、一の場合であっても、離婚が配偶者又は子に著しい生活の困窮又は耐え難い苦痛をもたらすときは、離婚の請求を棄却することができる」という苛酷条項（なお、民法770条2項参照）が、また、一の（エ）の五年以上継続した婚姻の本旨に反する別居や、一の（オ）の婚姻関係が破綻して回復の見込みがないことを理由とする離婚請求の場合にも「離婚の請求をしている者が配偶者に対する協力及び扶助を著しく怠っていることによりその請求が信義に反すると認められるときも同様とする」という信義則条項が盛り込まれており、最大判昭和62年9月2日の提示した三要件のうちの二つを踏まえた改正案が提示されていることを指摘しておく。

三 裁判例の概観・検討⁽³¹⁾

ここでは「有責配偶者からの離婚請求」事件において信義則が果たしてい

⁽³⁰⁾ 窪田『前掲書』109～110頁参照。ただし、たとえば、最判昭和27年2月19日の原審判決である大阪高判昭和24年7月1日民集6巻2号121頁にも、すでに「自己の責に帰すべき事由によっ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っても許されないものといわなければならない」という判示はあった。

⁽³¹⁾ 裁判例には登場年月日順に判例番号を付した。また、裁判例の検討に際しては各裁判例に対する判例解説・判例評釈類はもとより、最判昭和27年2月19日や最大判昭和62年9月2月を契機として多数登場、蓄積している詳細かつ緻密な総合判例研究や論稿等も参照させていただいている。本稿の執筆に際して参照し得たその主要なものをここに掲げさせていただくと、以下

る機能とはいったい何か、その適用場面においてどのような特徴がみられるかという問題を検討するという本稿の目的から、裁判例の概観とその分析を

のとおりである（掲載は五十音順）。

[001] 青木晋「有責配偶者からの離婚請求」判例タイムズ996号『家庭裁判所家事・少年実務の現状と課題』（1999年）34頁以下、[002] 明山和夫「離婚原因論—破綻主義への一疑問—」家庭裁判月報18巻12号（1966年）1頁以下、[003] 同「婚姻を継続し難い重大な事由」民商法雑誌45巻1号（1961年）13頁以下、[004] 阿部徹「有責配偶者の離婚請求—判例の現状と問題点」自由と正義38巻9号（1987年）21頁以下、[005] 同「有責配偶者の離婚請求」法学教室149号（1993年）25頁以下（星野英一編『判例に学ぶ民法』（有斐閣、1994年）に所収）、[006] 尼崎健造「有責配偶者からの離婚請求の可否について（ケーススタディ60）」民事研修352号（1986年）75頁以下、[007] 石川稔＝岩志和一郎＝中川淳＝松原正明＝吉田欣子＝山川一陽「＜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41巻2号（1988年）4頁以下、[008] 石田雅男「有責配偶者の離婚請求（帝京大学法学部創設十周年記念論文集）」帝京法学8巻1号（1976年）65頁以下、[009] 泉久雄「破綻主義離婚法（2）—有責配偶者の離婚請求」法学教室108号（1989年）50～51頁、[010] 伊東すみ子「『離婚とはなにか?!』座談会ノート完全破綻主義と女性の自立—最高裁判例が意味するもの」時の法令1318号（1987年）37頁以下、[011] 犬伏由子「離婚」法学セミナー560号（2001年）8頁以下、[012] 同「離婚原因の見直し」内田貴＝大村敦志編『民法の争点（新・法律学の争点シリーズ1）』（有斐閣、2007年）322～323頁、[013] 岩垂肇「有責配偶者の離婚権—絶対的離婚原因または相対的離婚原因に対する有責と離婚権」信州大学文理学部紀要10号（1960年）77頁以下、[014] 同「有責配偶者の離婚権・統一とくに主たる有責配偶者の離婚権—」信州大学文理学部紀要11号（1961年）149頁以下、[015] 同「主たる有責配偶者の離婚権とわが民法」信州大学文理学部紀要12号（1962年）156頁以下、[016] 同「主たる有責配偶者の離婚権と判例批評—私説の具体的適用—」信州大学文理学部紀要13号（1963年）103頁以下、[017] 同「有責配偶者の離婚請求」青山道夫博士追悼論集『家族と法の歴史』（法律文化社、1981年）190頁以下、[018] 同「有責配偶者の離婚請求」同『民法研究』（法律文化社、1985年）53頁以下、[019] 同「破綻主義の限界—有責配偶者の離婚請求に関連して—」林良平＝甲斐道太郎＝今井貴編集代表『谷口知平先生追悼論文集第一巻家族法』（信山社、1992年）119頁以下、[020] 同「有責配偶者の離婚権」同『身分法の研究』（有信堂、1974年）3頁以下、[021] 上野雅和「夫婦法における事実と法律の役割」ジュリスト875号（1987年）73頁以下、[022] 右近健男「別居期間と破綻」判例タイムズ1100号『家事関係裁判例と実務245題』（2002年）12～13頁、[023] 同「婚姻破綻後の不貞行為と離婚事由」判例タイムズ1100号『家事関係裁判例と実務245題』（2002年）14～15頁、[024] 内山尚三「離婚請求の棄却」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅲ離婚』（有斐閣、1959年）185頁以下、[025] 浦本寛雄「破綻主義離婚法と配偶者保護の法理（一）、（二）、（三・完）」熊本法学32号（1982年）71頁以下、同45号（1985年）1頁以下、同51号（1987年）頁以下（同『破綻主義離婚法の研究—日本離婚法思想の展開』（有斐閣、1993年）に所収）、[026] 同「有責配

試みてみたい。その際、有責配偶者からの離婚請求が信義則に反し許されな
いかどうかという問題につき最大判昭和62年9月2日が大きな転換期となっ

偶者からの離婚請求—判例の変遷とその背景」判例タイムズ747号『夫婦・親子215題』（1991年）109頁以下、[027] 同「有責配偶者からの離婚請求—判例の変遷とその背景」判例タイムズ1100号『家事関係裁判例と実務245題』（2002年）23頁以下、[028] 大杉麻美「破綻主義と有責配偶者からの離婚請求」明治大学大学院紀要（法学篇）第29集（1992年）75頁以下、[029] 太田武男「離婚をめぐる判例上の諸問題」法曹時報6巻4号（1954年）346頁以下、[030] 同「破綻主義」中川善之助ほか責任編集『家族問題と家族法Ⅲ離婚』（酒井書店、1958年）222頁以下、[031] 同「有責配偶者の離婚請求—緩和とその限界—」民商法雑誌78巻臨時増刊（2）末川先生追悼論集『法と権利（2）』（有斐閣、1978年）47頁以下（同『現代家族法研究』（有斐閣、1982年）に「破綻主義の限界」として所収）、[032] 大川正人「破綻主義と有責配偶者の離婚請求」阪大法学5号（1952年）76頁以下、[033] 大竹栄「有責配偶者の離婚請求」東北福祉大学紀要5巻（1980年）2号121頁以下、[034] 緒方直人「離婚問題と各種相談機関の役割（特集離婚事情の新局面—有責配偶者の離婚請求訴訟最高裁判決）」法律のひろば41巻2号（1988年）51頁以下、[035] 同「有責配偶者の離婚請求に関する覚え書き—わが国における判例、学説を中心にして—」法政研究（九州大学）40巻2～4合併号（1974年）319頁以下、[036] 押切瞳「有責配偶者からの離婚請求」別冊判例タイムズ8号『家族法の理論と実務』（1980年）239頁以下、[037] 落合福司「有責配偶者からの離婚請求—昭和62年判決を中心として—」帯広大谷短期大学紀要25号（1988年）39頁以下、[038] 小野剛「有責配偶者の離婚請求をめぐる最近の判例の動向」早稲田法学69巻4号（1994年）151頁以下、[039] 鍛冶良堅「有責配偶者からの離婚請求」法学セミナー168号（1970年）31頁以下、[040] 同「破綻主義と最高裁大法廷判決」判例タイムズ652号（1988年）65頁以下、[041] 同「積極的破綻主義と消極的破綻主義」高梨公之教授還暦祝賀『婚姻法の研究—現代婚姻法の研究』（有斐閣、1976年）272頁以下、[042] 鍛冶千鶴子「女性の権利をめぐる問題」ジュリスト586号（1975年）31頁以下、[043] 加藤永一「裁判離婚における有責性」『法学教室第二期第4号』（有斐閣、1974年）106～107頁、[044] 加藤美穂子「有責配偶者離婚請求問題への疑問」内山尚三＝黒木三郎＝石川利夫先生古稀記念『続現代民法学の基本問題』（第一法規出版、1993年）503頁以下、[045] 同「有責配偶者からの離婚請求（平成6.2.8最高三小判に対する判例研究）」森泉章先生古稀祝賀論集『現代判例民法学の理論と展望』（法学書院、1998年）646頁以下、[046] 神谷遊「婚姻生活の破綻と離婚原因」長尾治助＝中坊公平編『セミナー生活者と民法』（悠々社、1995年）284頁以下、[047] 同「離婚原因としての『5年の別居』」民商法雑誌111巻4・5号（1995年）605頁以下、[048] 川井健「離婚をめぐる諸問題」『法学教室第一期第6号』（1963年）25頁以下、[049] 同「最高裁20年の実績をかえりみ将来について思う民法」ジュリスト385号（1967年）56頁以下、[050] 川端和治「ある有責配偶者の離婚事件—日本のThe Bombersを気取って」ジュリスト899号（1987年）74～75頁、[051] 木幡文徳「判例にみる有責配偶者の離婚請求—破綻主義の現状—」専修法学論集26号（1977年）131頁以下、[052] 金城清子「法女性学からみた離

たことから、最判昭和27年2月19日のいわゆる“踏んだり蹴ったり判決”からこの最大判昭和62年9月2日までの裁判例、最大判昭和62年9月2日から

婚—有責配偶者からの離婚をめぐる」法律時報60巻4号(1988年)23頁、[053]久貴忠彦「有責配偶者の離婚請求—最高裁大法廷昭和62年9月2日判決の研究—」ジュリスト897号(1987年)48頁以下、[054]黒田樹里「有責配偶者からの離婚請求—未成熟子要件の再検討—」国士館法研論集10号(2009年)1頁以下、[055]國府剛「有責配偶者の離婚請求」川井健編『判例と学説4民法Ⅲ』(日本評論社、1976年)95頁以下、[056]小島二郎「有責配偶者からの離婚請求(1)」愛知工業大学研究報告第26号A(1991年)45頁以下、[057]紺谷浩司「有責配偶者からの離婚請求について」戸籍時報356号(1987年)18~19頁、[058]酒井誠「民法第770条第1項の解釈」法学研究論集(中京大学)2号(1981年)1頁以下、[059]酒井量三「有責配偶者からの離婚請求」月報司法書士221号(1990年)41頁以下、[060]佐々木典子「有責配偶者からの離婚請求—昭和62年9月2日最高裁大法廷判決以降の判決を中心として—」姫路法学5号(1990年)53頁以下、[061]佐藤義彦「《民法判例レビュー》有責配偶者の離婚請求」判例タイムズ507号(1983年)121頁以下、[062]島津一郎「有責配偶者からの離婚請求」ジュリスト300号『学説展望—法律学の争点—』(有斐閣、1964年)172~173頁、[063]同「破綻主義」別冊ジュリスト39号『裁判例展望—判例理論の再検討—』(有斐閣、1973年)136頁以下、[064]同「有責配偶者からの離婚請求」ジュリスト増刊『民法の争点』(有斐閣、1978年)358~359頁、[065]同「有責配偶者からの離婚請求」ジュリスト増刊『民法の争点I—総則・物権・親族・相続(法律学の争点シリーズ3-1)』(有斐閣、1985年)204~205頁、[066]同「相互有責の法理に代わるもの—有責配偶者の離婚請求について—」法曹時報39巻9号(1987年)1頁以下、[067]同「最近における離婚法の動向」ケース研究134号(1972年)2頁以下、[068]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」家庭裁判月報40巻2号(1988年)1頁以下、[069]瀬木比呂志=水野紀子「《対談》離婚訴訟、離婚に関する法的規整の現状と問題点—離婚訴訟の家裁移管を控えて」判例タイムズ1087号(2002年)4頁以下、[070]高田健一=佐藤嘉彦「有責配偶者の離婚請求」判例タイムズ548号(1985年)47頁以下、[071]高橋忠治郎「有責配偶者が離婚調停を申し立てた際における調停の限界」ジュリスト294号(1964年)58頁以下、[072]同「破綻主義における離婚の訴—特に有責配偶者の離婚請求について—」専修大学論集10号(1956年)43頁以下、[073]同「離婚裁判と有責配偶者—最近の高裁判決を中心として」専修法学論集41号(1985年)1頁以下(同『婚姻法における意思と事実の交錯』(信山社、1993年)に所収)、[074]同「裁判離婚における有責性と経済関係—最高裁昭和62年9月2日大法廷判決をめぐる」専修法学論集47号(1988年)1頁以下(同『婚姻法における意思と事実の交錯』(信山社、1993年)に所収)、[075]同「目的主義と有責主義」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅲ離婚』(有斐閣、1959年)111頁以下(同『婚姻法における意思と事実の交錯』(信山社、1993年)に所収)、[076]同「有責配偶者からの離婚請求」中川善之助先生追悼『現代家族法大系2』(有斐閣、1980年)185頁以下(同『婚姻法における意思と事実の交錯』(信山社、1993年)に所収)、[077]高橋眞「判例を学ぶ」

今日に至るまでの裁判例とに一応区分して紹介・検討をおこなう。そして、問題となっている夫婦関係の特殊な状況について信義則の視点から検討を加

法学教室115号(1990年)33頁以下、特に37頁以下、[078]高梨公之「有責者の離婚請求は認められないか」高梨公之=染野義信=篠原弘志編『民法の基礎知識(2)』(有斐閣、1965年)159頁以下、[079]滝沢幸代「有責配偶者の離婚と今後の課題」判例タイムズ680号(1989年)19頁以下、[080]滝鼻卓雄「愛と憎悪の間で」民事研修364号(1987年)34~35頁、[081]武井正臣「離婚判例理論と重婚の内縁—有責配偶者の離婚請求に関する高裁判例の進展を中心として」名城法学36号別冊(1986年)163頁以下、[082]同「有責配偶者の離婚請求認容の条件—昭和62.9.2最高裁判法廷判決の問題点」名城法学37号別冊(1988年)567頁以下、[083]同「重婚の内縁・有責の夫からの離婚請求事件—昭和62年大法廷判決後の判例の軌跡(平成元.3.28最高三小判)」名城法学40巻2号(1991年)93頁以下、[084]田口直樹「有責配偶者の離婚請求と民法改正要綱試案における苛酷条項について」家庭裁判月報47巻9号(1995年)1頁以下、[085]谷口知平「愛情消失・長期同棲廃止と離婚—昭和27・2・19最高裁判決の比較法的地位—」民商法雑誌28巻5号(1954年)285頁以下、[086]田村精一「有責配偶者の離婚請求についての試論」法学雑誌(大阪市立大学)4巻3・4号(1958年)247頁以下、[087]千種達夫「有責配偶者の離婚請求権」判例時報203号(1959年)4頁以下、[088]同「抽象的離婚原因」判例時報258号(1961年)5頁以下、[089]中川淳「離婚請求権の制約」ジュリスト500号『判例展望—判例理論の再検討』(有斐閣、1972年)203頁以下、[090]同「有責配偶者の離婚請求をめぐる一考察」民商法雑誌39巻4・5・6合併号(1959年)577頁以下、[091]同「客観的破綻主義判例形成の軌跡—最高裁判例を中心とする素描」小野幸二教授還暦記念論集『21世紀の民法』(法学書院、1996年)799頁以下、[092]同「離婚請求権の濫用—有責配偶者の離婚請求をめぐる—」末川先生古稀記念『権利の濫用下』(有斐閣、1962年)39頁以下、[093]同「婚姻の破綻と離婚原因にかんする所感」立命館法学10号(1955年)27頁以下、[094]同「夫が婚姻関係の破綻後妻以外の女性と同棲している場合と夫の離婚請求の許否」民商法雑誌66巻2号(1972年)320頁以下、[095]同「客観的破綻主義について—最高裁昭和62年9月2日判決に寄せて—」民事研修368号(1987年)1頁以下、[096]同「有責配偶者の離婚請求について—わが国における判例・学説の現況」法律のひろば13巻4号(1960年)34頁以下、[097]同「有責配偶者離婚訴訟の動向(1)、(2)—大法廷判決後の3解釈要件をめぐる—」法律のひろば42巻4号61頁以下、同5号39頁以下(いずれも1989年)、[098]同「有責配偶者離婚請求の最高裁判例の現況」法令ニュース30巻3号(1995年)44~45頁、[099]同「有責配偶者の離婚請求」戸籍時報517号(2000年)66頁以下、[100]同「長期別居と有責配偶者の離婚請求—最判昭和62年9月2日を中心として」戸籍時報671号(2011年)108頁以下、[101]中川高男「有責配偶者離婚請求訴訟と現代離婚事情(特集離婚事情の新局面—有責配偶者離婚請求訴訟最高裁判決)」法律のひろば41巻2号(1988年)26頁以下、[102]中川良延「有責配偶者の離婚請求と調停」判例タイムズ550号(1985年)110~111頁、[103]中川善之助「破綻主義と有責者の離婚請求」法学セミナー32号(1958年)40~41頁(同『民法 活きている判例』(日本評

えていくことにしたいと思う⁽³²⁾。

なお、以下でみていくように、当初の裁判例においては有責配偶者からの

論新社、1962年)に所収)、[104]同「性格不一致では離婚できない—昭和38・6・7最高裁判決(判例時報338号)を中心として—判例評論61号(1968年)27頁以下[判例時報343号]、[105]中川善之助=島津一郎「離婚原因」『総合判例研究叢書民法(3)』(有斐閣、1957年)3頁以下、[106]成澤寛「有責配偶者の離婚請求における『相当の長期間の別居』」山梨学院大学法学論集74号(2014年)41頁以下、[107]西原道雄「有責配偶者の離婚請求にみる夫婦不平等(1)~(5)」法律時報59巻8号20頁以下、同9号66頁以下、同11号63頁以下、同59巻12号96頁以下(以上、いずれも1987年)、同60巻1号(1988年)70頁以下、[108]仁平先磨「離婚における配偶者の有責性をめぐり—考察」『慶応義塾創立125年記念論文集・慶応法学会法律学関係』(慶応義塾大学法学部、1983年)257頁以下、[109]二宮周平「離婚の成立(2)—有責配偶者からの離婚請求」戸籍時報660号(2010年10月号)37頁以下、[110]同「別居による離婚の可否と苛酷条項」ジュリスト1059号(1995年)63頁以下、[111]二宮純子「『別居5年で離婚OK』の日弁連意見に反対する」自由と正義45巻5号(1994年)68頁以下、[112]二宮孝富「有責配偶者の離婚請求」島津一郎教授古稀記念「講座・現代家族法第2巻夫婦」(日本評論社、1991年)217頁以下、[113]野田愛子「有責配偶者の離婚請求」沼邊愛一=岡垣学=野田愛子編『新家事調停100講』(判例タイムズ社、1975年)193頁以下、[114]同「有責配偶者の離婚請求をめぐって」ケース研究218号(1989年)3頁以下、[115]萩原太郎=人見康子=吉田欣子=網野朝子=安次嶺秀子=小林由子=小林和子=野村俊子=大川節=金子美代子=粕谷美英子=熊坂孝=金谷愛子「最近の離婚に対する当事者の意識—有責配偶者からの離婚請求・その他」ケース研究222号(1990年)100~156頁、[116]橋場隆志「別居して25年もたった。でも、離婚が認められない有責配偶者の離婚請求の是非は……」時の法令1231号(1984年)20頁以下、[117]林良平「スイス民法142条2項と権利濫用—破綻主義下の有責配偶者の離婚請求—」末川先生古稀記念『権利の濫用下』(有斐閣、1962年)305頁以下、[118]廣峰正子「信義則再考—わが国の最高裁判例にみる信義則の役割—」立命館法学305号(2006年)99頁以下、[119]福本修也「有責者からの離婚請求」民事法情報142号(1998年)70頁以下、[120]藤本公明「有責配偶者の離婚請求」国士館政経論叢66号(1988年)135頁以下、[121]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88号(1988年)6頁以下、[122]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395号(1987年)14頁以下、[123]同「結婚しようよ!(2)—婚姻と離婚?」法学教室244号(2001年)94頁以下、[124]松嶋由紀子「有責配偶者からの離婚請求」ケース研究196号(1983年)2頁以下、[125]松原正明「最近10年間の家族法に関する最高裁判所判例の概観」判例タイムズ996号『家庭裁判所家事・少年実務の現状と課題』(1999年)25頁以下、[126]水野紀子「有責配偶者からの離婚請求」法学教室193号(1996年)52頁以下、[127]同「破綻主義的離婚の導入と拡大」ジュリスト1336号(2007年)19頁以下、[128]水嶋幸子「有責配偶者からの離婚請求」ジュリスト927号(1989年)123頁、[129]宮井忠夫「有責配偶者の離婚請求」綜合法学7巻3号(1964

離婚請求が破綻主義の下で制限的に解されていたようであるが、ここでは、いかなる事情があった場合に有責配偶者からの離婚請求が認められるかという要件の点に重点を置いて考察を加えるというよりも、むしろ前述した信義則の視点から各裁判例において問題となっている夫婦関係の諸相、特にその置かれている状況やその変化、背景等を中心に考察をおこない、その場面で登場する信義則の実相の一斑なりとも明らかにできればと考えている⁽³³⁾。

年) 42頁以下、[130] 同「講話・民法—有責配偶者の離婚請求」時の法令971号(1977年) 18頁以下、[131] 宮崎幹朗「有責配偶者からの離婚請求事件にみる破綻主義の現状と問題点—最高裁判所大法廷昭和62年9月2日判決とその後の判例の展開を中心として—」愛媛法学会雑誌19巻1号(1992年) 39頁以下、[132] 宗田親彦「新しい離婚判決」手形研究31巻11号(1987年) 1頁、[133] 村重慶一「有責配偶者の離婚請求」村重慶一編『現代裁判法大系10親族』(新日本法規、1998年) 100頁以下、[134] 同「有責配偶者の離婚請求」村重慶一編『裁判実務大系(25) 一人争訟法』(青林書院、1995年) 306頁以下、[135] 村田裕「有責配偶者からの離婚請求の許否について—5年別居制案に対する疑問—」中京法学40巻3・4号(2006年) 201頁以下、[136] 山島正男「有責配偶者の離婚請求」山島正男=泉久雄編『演習民法〔親族相続〕』(青林書院、1972年) 120頁以下、[137] 同「最近の判例に現れた破綻主義離婚」法学教室125号(1991年) 18頁以下、[138] 吉田欣子「有責配偶者からの離婚請求—大法廷判決以後の裁判例にみるその判断基準について—」『慶応義塾大学法学部法律学科開設100年記念論文集三田法曹会篇』(1990年) 75頁以下、[139] 米倉明「積極的破綻主義でなぜいけないか—有責配偶者の離婚請求についての一試論—」ジュリスト893号(1987年) 38頁以下(同『家族法の研究〔民法研究第5巻〕』(新青出版、1999年)に所収)、[140] 若林昌子「有責配偶者の離婚請求」野田愛子=梶村太市総編(小田八重子=水野紀子編)『新家族法実務大系(1) 一親族(1) 婚姻・離婚』(新日本法規、2008年) 455頁以下等。

⁽³²⁾ なお、その際に、いささか長文にわたる事実関係の紹介、判決文の引用をおこなっている。長きに失するとのご批判は甘受せざるを得ないが、各々の事案及び判旨についての正確な把握、それに基づく個々の夫婦関係の特殊性あるいは本質の解明を試みたいという本稿の目的から、ご海容をお願いする次第である。

⁽³³⁾ ただし、離婚のうち協議離婚が9割近くを占めるわが国において、離婚請求事件についてその夫婦関係の実相の解明を図りたいとは言っても、それ自体一定の制約があることもまた認めざるを得ない。その意味では、本稿は、このような制約の下において夫婦関係に投影された信義則の一斑なりとも把握しようと努めるものということになるだろう。

(1) 最判昭和27年2月19日から最大判昭和62年9月2日までの裁判例⁽³⁴⁾

【1】最判昭和27年2月19日⁽³⁵⁾（離婚請求事件。民集6巻2号110頁、判例タイムズ19号61頁、裁判所時報101号2頁、裁判集民事6号169頁）

【事案】夫Xが外に情婦をつくり、子をもうけ、家を出て同女と同棲を始め、それが原因で妻Yとの婚姻関係の継続が困難となった場合に、Xの側から民法770条1項5号に基づいて離婚を請求することが許されるかが争われた事案。なお、婚姻期間は事実婚の期間を含めると約10年（その間3年ほど応召）、別居期間は5年余りであり、また夫婦間に子はいない。最高裁はXからの離婚請求を棄却。

【判旨】「論旨では本件は新民法770条1項5号にいう婚姻関係を継続し難い重大

⁽³⁴⁾ 最判昭和27年2月19日から最大判昭和62年9月2日までの判例の変遷については、周知のとおり、数多くの総合判例研究や論稿、教科書・体系書・注釈書等においてその紹介・分析がなされている。ここでは、特に鳥津＝阿部編『前掲注釈民法（22）』394～396頁〔阿部執筆〕、二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』（有斐閣、2017年）477～479頁〔神谷遊執筆〕を参照。なお、それ以前の裁判例の詳細については、太田武男「離婚をめぐる判例上の諸問題」法曹時報6巻4号（1954年）346頁以下等参照。

⁽³⁵⁾ これについては、明山和夫「判例解説」ジュリスト増刊『民法の判例（基本判例解説シリーズ4）』（有斐閣、1967年）196頁以下、同「判例解説」ジュリスト増刊『民法の判例〔第2版〕（基本判例解説シリーズ4）』（有斐閣、1971年）209頁以下、家崎宏「判例批評」中京大学論叢5巻1号（1958年）129～130頁、井口茂「有責配偶者の離婚請求」受験新報36巻10号（1986年）158頁以下、石原善幸「判例批評」松山商大論集29巻6号（1979年）157頁以下、尾高都茂子「判例評釈」法学協会雑誌72巻3号（1955年）306頁以下、久貴忠彦「有責配偶者の離婚請求」法学セミナー249号（1976年）92頁以下、鳥津一郎「判例解説」別冊ジュリスト12号『家族法判例百選』（有斐閣、1967年）66～67頁、同「判例解説」別冊ジュリスト40号『家族法判例百選〔新版〕』（有斐閣、1973年）75～76頁、同「判例解説」別冊ジュリスト40号『家族法判例百選〔新版・増補〕』（有斐閣、1975年）75～76頁、中川善之助「有責配偶者と破綻主義」法学セミナー1号（1956年）36～37頁、同「判例解説」ジュリスト200号『判例百選』（有斐閣、1960年）114～115頁、同「判例解説」別冊ジュリスト2号『判例百選〔第2版〕』（有斐閣、1965年）82～83頁、福地陽子「判例批評」民商法雑誌33巻4号（1956年）152頁以下、柚木馨「有責配偶者の離婚請求」柚木馨＝谷口知平＝加藤一郎編『判例演習〔親族・相続法〕』（有斐閣、1964年）59頁以下等がある。

なお、本文におけるコメントは、これらの判例解説・判例評釈類に負うところが大きい（以下も同じ）。

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、婚姻関係を継続し難いのは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とは出来ない。」「XはXの感情は既にX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うことかも知れないけれども、それも所詮はXの我儘である。結局Xが勝手に情婦を持ち、その為め最早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。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Xの情婦の地位を云為するけれども、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少なくとも過失は免れない。その為め正当の妻たるYを犠牲にすることは許されない」と判示したうえで、さらに「戦後に多く見られる男女関係の余りの無軌道は思ふべきものがある。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うが、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Xと情婦との間に生れた子は全く気の毒である、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為し、不幸を軽減するに努力しなければならない。子供は気の毒であるけれども、その為めY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責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、得手勝手の請求を許すものではない」(以上、傍線筆者)と判示。

【1】判決は、現行770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」について判断した、後に“踏んだり蹴ったり判決”と称される最高裁判決である。【1】判決では、一方で、妻Yが夫Xに暴言を吐いたり、箒で叩いたり、出刃包丁を振り廻したり、頭から水をかけたり、靴を便所に投げ込んだりする等の行為もあったが、その原因は専らXが外の女と情交関係を結び、妊娠までさせたりしたことによるもので、昭和22年法改正前の旧民法813条5号にいう「同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱」にはあたらないとも判示されているが、このあたりの事情は、Xからの離婚請求は認められないと判断する際のベースにもなっていると推測される。

離婚請求を認めないということは、法的には妻の婚姻費用請求権（扶養請求権）・相続権の喪失の回避、夫の同居・協力・扶助義務等の維持、そして情婦との再婚の制限を意味する。これは、破綻してしまった夫婦関係の実質的な修復を企図したものというよりもむしろ、破綻の原因作出者たる夫の有責性およびその者による離婚請求を認めないことによる妻の実益⁽³⁶⁾を考慮して判断したものと言える。そうだとすると、道徳的、倫理的という極めて主観的な要素の側面からの信義則判断がここではなされており、そうすると、破綻主義の下、その外から信義則による離婚請求の制限を図ったものと評し得よう⁽³⁷⁾（本判決の原審判決である大阪高判昭和24年7月1日や横浜地判昭和25年11月7日下民集1巻11号1769頁参照）。

なお、【1】判決は、夫婦関係の修復は夫次第であるとも判示しているが、

⁽³⁶⁾ これは、結局のところ、財産的、経済的な救済の問題に収斂されよう。自ら婚姻生活を破綻に導いた有責配偶者の相手方配偶者にとっては、なお婚姻を継続して永らく夫婦の共有財産を利用でき、日々の扶養・扶助を受け得るということは、確かにそれなりの実益ではあろうが、精神的、肉体的、経済的な結合体である婚姻関係の本質に照して果たして妥当と言えるかどうか疑問を覚える。

⁽³⁷⁾ ただし、【1】判決には、一方で「婚姻を継続し難い重大な事由」にはあたらないとの判示部分もあり、必ずしも明確ではないが、本稿では、この離婚原因はあるものの、その原因作出者による離婚請求を信義則に基づいて許されないとして制限したものと解した。

現実問題として、愛情・絆を失い修復不可能なほど破綻してしまった夫婦関係を法の力によって修復することはおよそ不可能であろう。それにもかかわらず、このように形骸化した婚姻の継続を強制するということは、夫婦という精神的、肉体的、経済的な結合体である夫婦関係のうち、特に経済的な結合体の側面を第一に考えたものと解される。そしてその判断の根底には自己の非を理由に権利主張を認める不合理は許されないという信義則上のクリーン・ハンズの原則あるいは「自己の卑劣を述べることは聞き届けられない」という法命題（法諺）が横たわっていることが指摘できると同時に、特に経済的な結合体としての夫婦関係維持のためにこれを持ち出し得ることを承認したものともみることができよう。しかし周知のとおり、その結果、婚姻秩序や性道徳、倫理観が守られ、正常な夫婦関係の回復・継続に寄与することになるとは考えにくく、それよりはむしろ、夫婦間の信頼を裏切った有責配偶者に対する報復ないし懲罰ともとれなくはない。わが民法の離婚後の保障が不備なうえ、唯一の保障とも言える財産分与についてもその履行に関して十分な法整備がなされていない状況下での致し方のない判断であったとは言え、信義則の視点からは、夫婦関係におけるもろもろの義務の履行確保というよりも、妻の地位、ひいては婚姻費用請求権（扶養請求権）や相続権を確保するために有責配偶者に対する道徳的、倫理的な非難可能性を前面に打ち出した判決と言えるわけである。

なお、【1】判決は、その後半部分において、情婦との間に生まれた子に関して同情を示しつつも妻の犠牲の下に保護することはできないとも判示している。ここには、非嫡出子の出現を認めてでも法律上の夫婦関係の形式的継続のほうを重視するという当時の最高裁の強い姿勢が窺える。次に紹介する【2】判決を始めとする数多くの裁判例において、このように、基本的には既成事実を盾に有責配偶者からの離婚請求を認めることはしない、という考え方が長らく維持されることになる。

【2】東京地判昭和29年8月13日⁽³⁸⁾（離婚請求事件。判例時報33号3頁、裁判所時報165号127頁）

【事案】長年ソ連に抑留されている夫Yが当時の状況からやがては帰還することが確実であるにもかかわらず、Yの帰還を待たずに勤め先の男性と事実上の夫婦として生活し、一子をもうけた妻Xから、Yに対して離婚請求がなされた事案。離婚請求を棄却。

【判旨】「夫が多年の間、他国に抑留されて居て、帰国の見込がないと云ふ様な場合は、夫婦の現実の結合関係が断絶して居て、回復の見込がない場合であると云へるから、夫婦の実質が、全く失はれて居ることに帰着し（夫婦の結合関係は、人間の現実の結合関係であるから、肉体的、経済的結合関係はもとより、人間の諸々の関係に於て、現実的結合がなければならぬ。従つて、夫婦間にこの現実的結合関係が失はれば、夫婦の実質を失はれて仕舞ふと云へるからである。）、離婚の原因となり得ると解されるのであるが、諸種の事情からして、時期は不明であつても、やがて帰還することが確実である限りやがて現実の結合関係の回復することが確実であるから、夫婦の実質が失われて居ると云ふことは出来ない。何となれば、夫婦の結合関係は、現実的結合関係ではあるが、一時的の結合関係ではなく、終生の結合関係をその本質とするのであるから、その生涯の一時期に於て、その現実の結合関係が、中断されて居ても、それがやがて回復される以上、その現実の結合関係は依然として、継続していると云へるからである。従つて、夫の帰還が確実である以上、夫に、前記の事情があるとしても、夫婦の実質は現存することになるから、婚姻の実質が失はれて居ることを理由とする離婚原因とはならないとしなければならない。故に、斯る場合は妻は夫に対し離婚請求権はないのであるから、妻として、誠実に夫の帰還を待つべき義務があると云はなければならない。又、斯くすることが道義的に見て、人間本来の道である」と考へられるのである。」「本件Yが、終戦以来、多年に亘つて、ソ連に抑留されて居て未だ帰還の可能性も時期も不明である…、……が、従前のソ連抑留者の帰還の状況

⁽³⁸⁾ これについては、高梨公之「判例研究」日大法学20巻3号（1955年）287頁以下（なお、同『日本婚姻法論』（有斐閣、1957年）特に243頁以下も参照）のほか、中川善之助「ソ連抑留中の夫との離婚訴訟棄却事件」ジュリスト68号（1954年）2頁以下がある。

に鑑み、Yの帰還の確実であることは顕著な事実であると云へるから、前記理由によつて、本件XY夫婦間の現実の結合関係は、未だ失はれて居ないと云はなければならぬ。従つて、夫たるYに右認定の事実があるからと云つて、離婚原因があることにはならないから、XはYに対し、離婚請求権を有しない。故に、妻たるXは夫たるYの帰還を誠実に待つべき義務がある」とまず判示。

そのうえで、「斯く解すると、或はそれは妻に難きを強ふるものであつて、人間性を無視し、法律が裁判上の離婚制度を認めた趣旨に反するとする者があるかも知れない。然しながら、夫たるYはシベリヤの僻地に於て(……)日々、苦難な抑留生活を送つて居るのであるから(……)妻たるXは、之を思ひ自ら苦難に耐へるのが夫たるYの苦難に答へる道であつて、而も、Xの耐ふべき苦難は、主として、孤閨を守ることの苦しさであると認められるから(……、経済的苦しさ、或は生活上の困難と云ふべきものその他Xに於て特に耐ふべき苦難のあることは認められない)前記の様に解したとて、Xに難きを強ふると云ふが如き性質のものではない。のみならず、Yが、やがて帰還して、Xと夫婦生活を送るべきことを、待ち望んで居ることが、……推知されるから、妻たるXも之に依つて、Yの帰還を誠実に待つべきであつて、それはXに難きを強ふるものではなく、又法律が裁判上の離婚を認めた趣旨に反するものでもない」と判示し、「然るに、Xは、右義務を尽すことなく、却つて自ら、自己の責任ある行為によつてYの母と折合を悪くし、之と同居し難くなり、その結果、実家に帰り、間もなく新に夫以外の男子を得て事実上の第二の婚姻を為し、之と生涯を共にすることを決意して、Yと婚姻関係を継続する意思を抛棄し、以てYとの婚姻関係を実質的に破壊し去つて仕舞つたことが、……、認められるので、本件XY間の、婚姻の実質は、Xが自ら之を破壊し去つたものであると断じなければならぬ。而して、本件XY間の夫婦関係の実質は、之によつて全く失はれ去つて居るので、之によつて、離婚原因が発生して居ると云ふべきである。即ち、本件における離婚原因はYに前記認定の事実のあることによつて、生じたものではなくして、X自身の手によつて、XY間の婚姻の実質が破壊された結果として、発生したものであるとしなければならぬ。而して、斯る場合に於ては、Yは離婚請求権を取得するが、Xはそれ未取得し得ないと解さなければならぬ」としている。

そしてその理由については、「蓋し、改正民法は、裁判上の離婚について、制裁主義即ち婚姻当事者の一方がその責任ある行為によつて、婚姻関係の実質を破壊せしめた場合にその制裁として、他の一方の当事者に、離婚請求権を与へると云う主義をとらないで、救済主義、即ち実質上破壊されて仕舞つた婚姻関係から当事者を解放せしめる為め、婚姻当事者双方に離婚請求権を与へると云ふ主義をとつて居るとは云へ、離婚請求権が、権利として構成されて居る以上、婚姻関係の実質の破壊に原因を与へた者に、離婚請求権即ち破壊された婚姻関係からの解放を求める権利を与へて居るとは解し得ないからである。何となれば権利の取得については、権利の性質上、常に正当性を具有して居なければならないのであつて、自ら婚姻関係の実質の破壊に原因を与へた者は、その破壊された婚姻関係からの解放を求める正当性を有しないからである」とし、さらに「婚姻関係の継続中に夫以外の男子と通ずることは、明かに不貞行為であるから、Yに於て、離婚請求権を取得こそすれXに於てそれによる婚姻関係の実質の消滅を理由とする離婚請求権を取得するいはれない」（以上、傍線筆者）とも判示している。

【2】判決は、離婚原因である民法770条5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」としての破綻状態はいまだ生じていないし、夫Yとの実質的な婚姻関係の破綻をもたらしたのは妻Xの不貞行為によるものである以上、Xは離婚を請求する権利を取得し得ないと判示している。

しかしそもそもYがソ連抑留からいつ帰還するかは不明であるが、帰還すること自体は確実であるとして、なお夫婦としての現実的な結合関係は継続していたと認定判断している【2】判決については、戦時下において異国でYと別れ幼な子とともに生活し、終戦直後に異国から幼な子をともなつて帰国しYの実家に身を寄せ、その後X自身の実家に移り住んで生活してきたこと、その際Yの親との折り合いが悪かったという事情があり、また幼な子を抱えて帰還した女性が終戦後に一人で生計を立てていくことの苦労といった事情をも考慮すると、このような客観的な要因も相まって、別の男性と知り

合い事実上の夫婦生活を始めたものとも解され、そうだとすれば、XがYとの実質的な結合関係を破綻させた原因作者であり、不貞行為にあると判断したことには若干疑問が残るうえ、また、もしこのような客観的な要因も重なってYとの実質的な婚姻関係が希薄となり形骸化、形式化してしまっていたとすると、本判決のいう「夫を誠実に待つべき義務」なるものもまた形骸化、形式化したものとなっていたように思われる。Yの帰還を誠実に待つべき義務とXからの離婚請求の当否の判断がここでは密接な関連、表裏の関係を有していたことが本判決からは窺える。

以上を要するに、【2】判決は、Xからの離婚請求に道徳的、倫理的な非難可能性はさほど大きくはなかったにもかかわらず、Yの帰還可能性・確実性を根拠にXの離婚請求権の発生そのものを否定している点で妥当とは言えないように思われる。XがYに対して離婚請求をした時点で、XとYとの婚姻関係は客観的な要因も相まって「婚姻を継続し難い重大な事由」にあたる破綻状態に立ち至っていたものと言え、単純な不貞行為によるものと解したことは妥当ではないように思われる。

【3】最判昭和29年11月5日⁽³⁹⁾（離婚請求事件。民集8巻11号2023頁、家庭裁判月報7巻4号25頁、判例タイムズ45号29頁）

【事案】夫婦生活1年足らずで夫Xは召集により出征。約5年を経て復員し妻Yの実家で再度夫婦生活を始めたが、僅か4ヶ月でXは婚姻を継続するに堪えないとしてYの実家を去り、以来別居していたところ、その間Xは他の女Aと事実上の婚姻をし現に同棲しているという事実関係の下において、Xが民法770条1項5号に基づきYに対し離婚請求をしたという事案。なお、夫婦間にも子があった。

【判旨】「本件当事者は昭和15年8月婚姻をした夫婦であるところ、Xは昭和21年

⁽³⁹⁾ これについては、赤崎ハツヨ「判例批評」民商法雑誌32巻4号（1956年）69頁以下、三淵乾太郎「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和29年度』（1955年）167頁以下がある。

3月頃Yを嫌つてそのもとを立ち去り、爾後引き続き別居して同居を肯ぜず、その間昭和26年1月頃にはAと事実上の婚姻をなし、現にこれと同棲しているものであり、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っているというのであるから、仮に……本件当事者間の婚姻関係の継続が事実上困難になつていても、そのようなことになつたのは、もつぱらXの行為に起因しているといわなければならない。かくの如く民法770条1項5号にかかげる事由が、配偶者の一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めることはできないものというべきであるから、論旨はこれを採用することができない。」(傍線筆者)

【3】判決は、もしかりに民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」があつたとしても、それは専ら夫Xの行為のみに起因しているとしてXによる離婚請求を退けている。

「婚姻を継続し難い重大な事由」にあたらぬ理由について、第2審判決(広島高判昭和29年1月13日)は、「YはXと別居して以来長女とともに実母の家に同居し、Xの復帰を期待して同居の審判を求めたのにXが同居義務を履行しないのでやむなく扶養料等請求の調停申立をしたが、その後も手内職をしてXよりの送金と実母の援助により長女を中学校に通わせ、Xを信じて貞節を守り、Xが讎意して前記Aと離れY及び長女とともに暮すことを熱望しYからXに通信してもXからは何等の返事もなかつたがYとしては扶養料等を受けさえすれば別居してもよいとは全然考えていないこと。Xについては勿論その親戚の者の事実無根の悪口をふれまわつたようなことはなく、Xが義兄である訴外B方でマラリヤを患つた際見舞わなかつたのはその事実を知らずBがXと会うことを遮つたためであること。又Xの勤務先に行つたのは養育料等の仕送が遅れるので約束どおり送金方を依頼するためであつて、その際Xの名誉を毀損するが如き言動はしなかつたことが認められる」と判

示し、さらに「本件当事者の夫婦生活は前後を通じ1年余りにすぎず、しかもその間に7年間の別居生活があつたのであるから、XとしてはYに不満があつたとしても、子供もあることとて今暫くの間、円満な夫婦生活を営むよう努力すべきであるにかかわらず、その適切な証拠はなく僅か4ヶ月にしてYの許を飛出したことは軽卒のそしりを免れざるのみか、Yとの離婚につき解決策をはかることなく他の女と同棲するにいたりYの復帰を困難ならしめる如き事態を自ら招来しながら同人との婚姻を継続し難い重大な事由がありとなすことは法律上許されないところである」(傍線筆者)と判示していた。

また【3】判決でも、Xさえ翻意して家庭に復帰すればYとの婚姻関係は回復する可能性があつたとされている。しかし客観的にみて、本件夫婦の法律関係においてなお円満な夫婦関係を維持、継続し得る余地などはなく、したがって自己の非を理由に権利主張を認める不合理は許されないという信義則上のクリーン・ハンズの原則あるいは「自己の卑劣を述べることは聞き届けられない」という法命題(法諺)に基づいて判断されているものと解するほかなかりう。

ちなみに、【1】判決や次に紹介する【4】判決も含め、Y側の諸事情、双方配偶者の責任状態等も考慮に入れながらXの離婚請求を退けているところからすると、場合によっては反対の結論が出る可能性もあるとの当時の指摘は正当であつたとみるべきであろう。

【4】最判昭和29年12月14日⁽⁴⁰⁾(離婚請求事件。民集8巻12号2143頁、判例タイムズ46号26頁、判例時報42号21頁、裁判集民事16号849頁)

【事案】妻Yの許を去り情婦Aと同居する夫XからYに対して離婚の請求がなされた事案。本件の事案で特徴的な点としては、昭和4年4月にX・Yは法律上の

⁽⁴⁰⁾これについては、大場茂行「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和29年度』(1955年)182~183頁、福島四郎「判例批評」民商法雑誌32巻5号(1956年)48頁以下がある。

婚姻をし、翌昭和5年に長男が誕生したが、昭和9年12月以降XはYの許を去ってAと同棲し爾來10数年間別居して現在に至っていること、昭和23年の本訴提起まで14年間別居し、本件上告審判決の言渡しまでを通算すると約20年間別居していることになること、その間夫婦はそれぞれ独立して生計を立て、夫婦間の子もYの手で育てられすでに成年を超えYの生活も安定していることが窺われること、本訴提起の動機の一つとしてXとAとの間の子の入学に際し父と同姓を名乗れるようにしようとしたことが窺われること、等があった。

【判旨】「…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つて、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770条1項5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德觀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。」（傍線筆者）

この【4】判決は、【1】判決や【3】判決の事案に比べ、別居期間が10数年と長期に及んでいること、夫婦間に子がありその子がすでに成年に達し、また夫婦はともに経済的に安定した生活を送っている点で事情は大きく異なっていたが、それでも有責配偶者からの離婚請求を認めなかった。その理由は、背徳行為によって夫婦関係の破綻の原因を作った夫Xが自らそのみを理由に離婚請求をすることは道德觀念に照らして許されないというものであり、そうすると、信義則上のクリーン・ハンズの原則あるいは「自己の卑劣を述べることは聞き届けられない」という法命題（法諺）に基づいて判断されていることは明らかであろう。判決には、絶対的破綻主義を窺わせる判示部分もみられるが、有責配偶者によってもたらされた婚姻を継続し難い回復困難な破綻状態が民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事

由)にあたるものとしたうえで、なお妻Yが婚姻関係の継続を希望している本件のような場合につき信義則（本判決では「道徳観念」）に照らしてその請求を退けたものと評し得よう。長期間の別居によりX・Y間の夫婦関係は継続不可能ではないかと客観的には言えそうなケースにおいてもなお、有責配偶者の道徳的、倫理的な非難可能性を重視して離婚請求を認めないとする当時の最高裁の強い姿勢が窺える。

ところで、信義則の視点からは、第2審判決が引用する第1審判決の「婚姻生活は男女の本質的平等に立脚し、相互の深い愛情と理解によつて結ばれ互に協力してこれを維持して行かなければならないのであつて、長い婚姻生活の中には或は意思の疏通を欠き互に不満を感ずることもあろうが、かかる事態に立ち到つたときは相互にその障碍を克服する様最善の努力をなすべきであり、一時夫婦の和合を欠くことがあつても配偶者の一方が他に異性を求めて、これと、同棲し、婚姻生活の破綻を招来するが如きは許されず、これがため夫婦関係が有名無実に戻すも自ら招いた結果であつて、これを理由に離婚を求めえないものといはなければならない」（傍線筆者）という判旨の前半部分については、夫婦である以上、常にさまざまな障害を克服するため最善の努力を払う義務があるということを前提としていることが示唆されており、注目に値する。ここからは、回復困難な破綻状態に立ち至らないよう信義則上夫婦相互に一定の義務の履行が期待されていることが窺われ、その義務の果たされるべき余地がなお存したと解したようにも見受けられる。婚姻関係にある夫婦の実相の一端が窺い知れて興味深い。

【5】最判昭和30年11月24日⁽⁴¹⁾（離婚請求事件。民集9巻12号1837頁、家庭裁判月報7巻12号27頁、判例タイムズ53号46頁）

⁽⁴¹⁾ これについては、青山義武「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和30年度』（1956年）227～228頁、中川淳「判例批評」民商法雑誌34巻3号（1956年）179頁以下がある。

【事案】 2年ほど内縁関係にあった後大正5年に婚姻した夫婦のうち妻Xが夫Yに対して民法770条1項5号に基づく離婚請求をおこなった事案（請求当時ともに60歳を超えていた）。X・Yは五女一男をもうけたが、長女・三女・四女は生後間もなく死亡し、長男は精神病に罹患。結婚当初は営業も生活も順調であったが、戦争の激化にともなう疎開、農業従事により、XとYの関係は徐々に悪化していったようである。

原審では、昭和6、7年ごろYは病氣療養中に付添看護婦と性交関係を結んだこと、昭和22年6月ごろXと五女とが不慣れのため芋苗の植付けに手間取り、帰宅が遅れたことがあったが、Xは常々遅くまで畑にいることは他から何かと嫌疑を受けるおそれがあると注意していたのに、これにしたがわないと言って怒り、Xを何回も殴打したこと、同月29日Xが「Xの実家では、1本50円の鯖を3本も買って食べている」と言ったところ、Yは「贅沢を言う」と憤怒し、Xを引き倒して何回となく殴打し足蹴にしたこと、昭和23年3月2日Xが「Yは自分ばかり金を使つていて、二女や五女をかまわない。同人等の縁談が調わないのは、Yが余り功利的に扱うためである」とYを責めたところ、Yが激怒し、外に逃げようとするXを引きずり込み、数回殴打し、そのためにXは一時呼吸困難に陥り、医師の治療を受けたことがあること、昭和29年4月Yが所用があつて上京した際、長男がYの作った板材を割ってしまったところ、Yは「Xが知らぬはずがない」と激昂し、Xを突き飛ばし暴行に及んだこと、そしてXがYに無断で上京し、別居するにいたつたのは、長男の精神病の治療を受けるためもあつたが、Yが付添看護婦と関係を生じたことを遠因とし夫婦間の感情が次第に疎隔し、YがたびたびXに対し暴行したためであつて、爾来Xは、Yから何回となく帰来して同居するようにすすめられても、絶対これに応じようとはせず、かえつて家庭裁判所に離婚の調停を申立てるなどして、婚姻関係の継続はもはや望めない状態にあること、等が認められるとしたうえで、「…本件当事者がこのようなことになつたのは、Xが20数年前に起きたYの婦人関係を根に持つてことある度にこれを言ひ立てYの古傷に触るようなことをして徒にYの感情を刺激する態度のあつたことも察せられるのであるが、X側では精神病患者の男子を抱え、縁遠い娘達のために悩む母親に同情を欠き些細のことに屢々暴力を振り、前記のような事件を起したのでX

としては全く感情上Yを嫌悪し円満に行かないようになってしまったものと認むるを得ない」(傍線筆者)と判示され、結果的にXの離婚請求を認容。Y上告。上告棄却。

【判旨】「…結局民法770条1項5号にいわゆる“婚姻を継続し難い重大な事由があるとき”に該当する、と当裁判所でも判断することができる。原判決ではX側にもいくらかの落度は認められるが、Y側により多大の落度があると認めているのである。かような場合にXの離婚請求を認めても違法とはいえない。」(傍線筆者)

【5】判決は、【1】判決、【3】判決、【4】判決に続く最高裁判決である。特徴的な点は、離婚請求をした妻Xの側にも婚姻を継続し難い重大な事由にあたる事態を招いたことについて多少の落ち度があった場合でも、有責性の程度を比較衡量することにより離婚を認めるかどうか判断されているところにある。有責性の低い有責配偶者から有責性の高い有責配偶者に対する離婚請求は、それまでの最高裁判決の判断枠組みから排除されていたわけではないが、この点を明確に判示した点は、離婚請求の現実を直視して実質的な判断を下したという意味では極めて妥当なものと言ってよからう。本件事案は、離婚請求された相手方配偶者により強い有責性がある場合に、その有責性の強い配偶者が離婚に応じる意思がないケースで離婚が許されるかが問題となった事案という点でも、これまでの裁判例とは異なる特徴を有している。ここでは、回復し難い破綻状態が発生していると認められる以上、有責性の低い有責配偶者から有責性の高い有責配偶者への離婚請求は「無責配偶者から有責配偶者への離婚請求」の類型に収斂され判断され得るものともとれなくはなく、その結果、道徳や倫理、信義則、条理等に基づく判断は影を潜め、後景に退いたものになっていると評し得ようか。



ところで、後掲【16】最判昭和37年5月17日は、夫Xと妻Yとの婚姻関係の破綻の原因がXと旧友の関係にあった女性との背徳行為に及んだ結果であり、その者からの離婚請求は認められないとした第2審判決に対してXが上告し、婚姻関係破綻の責任の一端はYの勝ち気、わがままな性格にあり、Xの先妻の子を疎外しわが子のみを可愛がるなどにもなう家庭不和に起因するものであると主張したりしていたが、これに対し「婚姻関係破綻の責任が、主として一方当事者（X）の背徳行為に起因するときは、その者は離婚を請求し得ない旨の原審判断は、その確定した事実関係に照らし正当として是認できなくはない」（傍線筆者）と判示しており、やはりこの系列に加えることが許されよう。このような判断をする裁判例はほかにも登場している。後掲【18】最判昭和38年6月4日もそうである。しかしこの類型の事案にあつては、なお一層婚姻関係の破綻に対する有責性の判断の難しさやその深刻さをも感じさせられる。この点の詳細はのちに改めて指摘する。

【6】最判昭和31年12月11日⁽⁴²⁾（離婚請求事件。民集10巻12号1537頁、家庭裁判月報8巻12号47頁、法律新聞37号3頁、裁判集民事24号347頁）

【事案】夫婦双方に民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」の離婚原因に関して同程度の有責性が認められる場合に、夫Xから妻Yへの離婚請求が認められるかどうか争われた事案。「不貞行為」、「悪意の遺棄」のほか、第2審では民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」が離婚原因として追加され問題となっている。

事実関係は非常に複雑であるが、概ね、以下のとおりである。すなわち、XとYは大正11年1月28日婚姻し福島市で同棲。大正15年2月5日婚姻の届出を完了。三男五女をもうけた（訴訟の時点では三男、四女、五女は未成年者）。Yは昭和23年8月ころX方を去り、爾来実家の新潟県や前橋市に居住したが、その大部分は宇都

⁽⁴²⁾これについては、中川淳「判例批評」民商法雑誌35巻6号（1957年）66頁以下、三宅多大「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和31年度』（1958年）220頁以下がある。

宮市内等に居住し、その間約1ヶ月の間X方に復帰滞在したことはあるが、それ以外はXや子女と別居。Xは、Yと結婚後Y以外の女性と関係を持ち、Yには有形無形の心労ないし損害を与えたものであるが、Xの女性問題に基因する家庭内の円満欠如は一方のYの気の強い性格のほか、Yが昭和23年夏以降宮城県や福島県の温泉で静養していた際に、Xの雇人A（後に解雇）に生活必需品をYのところに届けさせたところ、YはAに夕食や酒を出して歓待し、その後福島市内の居宅に帰ってからも、Xに疑惑の念を抱かせるような事実が見受けられたこと、殊に昭和24年5月ころのYは、Xや子女の許を離れ、X方を解雇されたAと同居し、現に宇都宮市においてA等と共同してタイヤの再生事業を営んでいるなど、妻としての生活態度に反省すべきところがあったこと、他方、Xは、前述のとおり、女の出入りが多く、若いころから女中やその他の女と関係し、昭和23年ころもBと妾関係を結んでいたこと、Yは大正11年Xと内縁の夫婦となって以来つねにXの性病に苦勞してきたこと、Xは昭和23年5、6月ころも病氣にかかっていたので、YはXとの関係を拒んだところ、Xは、それはYがAと関係しているためであると思い、日夜Yを責め、Yを殴ったり、煙管で叩いたりして乱暴を働いたため、Yは、同年8月ころX方を家出し、福島市に間借りし、同年10月ころ新潟県の実家に帰った。Xは、長女を新潟まで迎えにやったが、Yは帰宅せず、前橋市に移り住んだ。Xは、実弟や長女の夫を迎えにやったが、Yは依然帰宅に応じず、さらに宇都宮市に移転した。Xは、さらに三男と長女の夫を宇都宮に迎えにやったが、当時Xは、妾関係にあったBと手を切るということであったので、Yは、昭和24年8、9月ころ帰宅してXと同居したが、Xは、約束に背いて依然としてBと関係を続け、また前と同じようにYを殴ったりして暴行を加えるので、Yは、昭和25年3月ころ、子供らと相談のうえ、再び宇都宮市に出ていったが、そのころからXは、別の女性と同棲生活を始めたので、Yは、今日まで宇都宮市に居住している。

Yはこの間福島家庭裁判所に対しXを相手方として離婚を求める調停を申立てたが、Xが応じなかったため不調に終わったこと、その後Xにおいて宇都宮家庭裁判所に対しYを相手方とする離婚の調停を申立てたところ、Yがこれに応じなかったため不調に終わったこと、本件訴訟係属後においてもYは昭和27年8月29日付け

でXに対し離婚請求の反訴状を提出した事実があること、Xは、昭和26年3月18日からCと同棲しているが、これは当時YよりXに対し離婚請求の調停が係属中であつたため、XとしてはYとの離婚成立を期待していた関係上、この事実を仲介人を通じてCにも告げて結婚するに至つたものであつて、Cとしては将来XとYとの間の子女に対しては自己の子と同様の愛情を以て育てることを言明していること、したがつて今やXとYとの間には眞実婚姻生活を維持する意思は失われているものであること、等が認められる。

第1審では、悪意の遺棄も不貞行為も認められないとして請求を棄却。第2審では、原判決を取消しXの離婚請求が認められたので、Y上告。上告棄却。

【判旨】「…原審は、YがXのかねて疑惑不快の念を抱いて居たA(X方の元雇人)と昭和24年5月頃以降久しきに亘つてその居を共にしX方に帰来しない所為は、Xに対する関係に於て所謂不貞行為又は悪意の遺棄行為に該当しない場合であつても、少くとも婚姻生活の円満、維持に心すべき妻の所為として甚だ穩当を欠くものであり、これらYの所為はXの所為と共に民法770条1項5号に所謂婚姻を継続し難い重大な事由のある場合に該るとの趣意を判示して居るのであつて、所論の点につき所論違法はない。

その余の論旨は、民法770条1項5号に関する原審の解釈適用を論難するものであるが、元來婚姻生活破綻の経緯は概ね極めて微妙複雑であり、故意過失その他責任の所在を当事者の一方のみに断定し得ない場合等の存することは何人もこれを否定し得ないところであつて、右770条1項5号に所謂『重大な事由』もこれを必ずしも当事者双方又は一方の有責事由に限ると解する必要はないのである。そして今これを本件について観ると、原審は所論のように婚姻継続を困難乃至不能ならしめる事由がYのみに存する旨を認定判断して居るものではなく、Yの前記所為を始めXの所為等に照せばそれがY、Xの双方に存するとなして居るものであることを原判決の行文から容易に看取し得られるのみならず、原審認定に係る事実関係の下に於ては原審の右判断の相当であることを肯認するに足り、論旨第六点、第八点等掲記の諸事情を斟酌してもこれを条理、公序良俗に違背するものと為すに足りない。」（傍線筆者）

【6】判決は、婚姻の破綻につき双方に同程度の有責性がみられる場合に、それが民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当するようときは、一方配偶者から他方配偶者に対する離婚請求を認めても不当とは言えないと判断し、これを認めたものと言える。【6】判決は、Yによる悪意の遺棄や不貞行為が認められない場合でも、なお夫婦間の同居・協力・扶助義務の違反がみられるような場合に、民法770条1項5号の該当性が問題となり得ることを示唆するものと位置づけることもでき、興味深い。本稿の視点からは、婚姻関係の客観的な破綻状態、その下で婚姻関係を継続する当事者の合理的な意思があるかどうか、つまり夫婦間の同居・協力・扶助義務の現実的な履行可能性等の諸要素を考慮して離婚請求の可否が判断されているという意味では、信義則判断は【5】判決以上に後景に退いているとみることができる。道徳的、倫理的な非難可能性の要素が弱いケースにおいては、離婚請求の場面での信義則判断は夫婦の破綻に至る経緯や客観的な諸事情に向いているということが特徴的と言えよう。

【7】最判昭和32年4月11日⁽⁴³⁾（離婚並びに慰謝料請求事件。民集11巻4号629頁、家庭裁判月報9巻4号18頁、判例タイムズ70号62頁）

【事案】妻Xと夫Yは、昭和18年3月10日に婚姻し、昭和19年4月16日長男をもうけた夫婦である。Yは同年7月ころ海軍に召集され、昭和20年8月末ころ終戦により復員。しかし、復員後は家業を顧みず父Aからしばしば意見されても一向に改まらず、そのため家庭内に風波が絶えなかった。さらに盗み癖のあるYは昭和22年12月の夜半2時ころ電線を窃取しようとして電柱によじ登り転落して負傷

⁽⁴³⁾これには、高橋忠次郎「判例批評」専修大学論集19号（1959年）102頁以下、利谷信義「判例評釈」法学協会雑誌76巻3号（1960年）371頁以下、中川淳「判例批評」民商法雑誌36巻4号（1958年）67頁以下、三淵乾太郎「判例解説」法曹時報9巻6号（1957年）57頁（『最高裁判所判例解説民事篇昭和32年度』（1958年）84～85頁に所収）がある。なお、本判決では、離婚無効確認訴訟で敗訴した者がその婚姻について離婚請求訴訟を提起することができるかという点も問題となっているが、この点については前記判例解説等を参照。

し身体障害者となり、以来性的不具者となった。Yは昭和23年8月、そのような事実はないのにXが他の男性と姦通しているとの虚構の事実を流布され、その結果、Xは同年同月末Yとの婚姻を継続しがたいとして自分の実家に帰った。Xが実家に帰った後昭和24年7月24日ころYの父親がYの署名捺印のある協議離婚届を持参し、Xの署名捺印を求めたのでXはYも承諾のうへと信じてこれに署名捺印し、離婚の届出がなされた。その後Xは昭和26年に別の男性Aと事実上婚姻し同人と同棲し、その間に昭和26年10月31日長男をもうけ、同年11月15日には婚姻届がなされ、昭和29年9月5日長女が生まれている。

しかし、これより以前に、Yから前記離婚の届出はYの父親が勝手に作成したもので、Yの意思に基づくものでないとの理由でXを相手方として離婚届出無効確認並びに同居請求訴訟等が提起され、Y勝訴の判決が確定。そのため、前記離婚及び婚姻は取消され、戸籍面だけはXがYの妻として復帰した形となった。しかしXは、依然としてAと同棲し事実上の夫婦生活を営んでいた。

このようななか、Xは民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」を離婚原因として本件離婚請求・慰謝料請求訴訟を提起。Xの離婚請求について第1審・第2審ともに認容。Y上告。上告棄却。

【判旨】「別件訴訟において、XとYとの離婚届出無効の確定判決があり、またXと訴外Aとの婚姻取消の確定判決があつたからといつて、それとは別に、当事者間に婚姻を継続しがたい重大な事由のあることを理由として本訴請求をすることは何ら妨げられるものでないことは原判示のとおりである。そして原審の認定した事実関係の下においては、婚姻を継続しがたい重大な事由のあることを認めることができる。」

本件は、前婚について離婚の無効確認、後婚について婚姻取消の確定判決を受けた配偶者Xからの前婚の離婚請求が民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」を理由に認められるかが問題となっている事案であった。前婚の離婚無効、後婚の婚姻取消により戸籍面では妻Xと夫Yが法律上の夫婦と認められたが、その一方で、その間XはAと同棲し現在もなお

実質的な夫婦生活を継続していることから、一見有責配偶者からの離婚請求のようにも見える。しかし【7】判決は、XがAと同棲に至る以前のX・Y間の事情を特に重視して「婚姻を継続し難い重大な事由」の存在を認め、Xからの離婚請求を是認している。ただし、第2審判決は、XがAと事実上円満な夫婦生活を送り、二人の子供までもうけているという事実をも指摘する。これは、既成事実の存在によって「婚姻を継続し難い重大な事由」の存在を直接判断しようとしたというよりもむしろ、Aとの新たな事実上の夫婦関係の形成の事実が、Xとの形式的な夫婦関係の実体がすでに消失してしまっていることを示す一つの証左として強調されているものと解せよう。そうだとすれば、ここでのX・Y夫婦の関係は、戸籍面では確かに形式的には夫婦とは言えても、実質的には夫婦としての実体を失ったものとされ、同居義務等の夫婦間の法律関係から生じる債務はもはや問題とならない状況に立ち至っていたとも解していることになろう。その意味では、有責配偶者からの離婚請求の問題そのものとしてみるべきではないのかもしれない。

【8】大阪地判昭和32年11月11日（離婚請求事件。判例時報152号33頁、家庭裁判月報10巻3号45頁）

【事案】夫Xと妻Yは、昭和20年2月3日に結婚式を挙げ、昭和22年6月25日に婚姻の届出をし、昭和27年12月中旬ころまでXの両親の許で生活を続けていた（その間に3人の子が出生）。Yは結婚直後からXの両親とは折り合いが悪く、離婚の話も出たりしたが、YもまたXの母の態度に耐えかねて実家に戻ることもたびたびあり、その都度仲人等が両者の仲をとりなし、あるいはYの両親等がYを諭してX方に戻ったりしていた。水晶体偏位をともなう先天性の眼疾があるYは、結婚当時は近視程度の視力でその後も視力障害は漸次進行していたが、眼鏡による視力矯正は可能で日常の家事にも差し支えはなかったため、Yとしてもかかる先天性の眼疾があるとは自覚せず、X及びXの両親もこれに気付くことなく日を送るうち、たまたま昭和27年11月下旬ころ些細なことでXと喧嘩になり、Xより右眼の瞼の

上を2、3度叩かれた後は急激な視力の減退を自覚したため大学病院で診察を受けたところ、右眼は水晶体偏位症裸眼視力0.04矯正視力0.1、左眼は無水晶体症裸眼視力手動30メートル視力矯正不能でその原因は先天性であると診断されたことから、X及びXの両親はYが失明同様の症状にあり、その原因が先天的なものであることを初めて知るに及び、離婚の意を決し、Yに対しては実家に戻り養生するように勧めてYを実家に戻らせ、他方仲人を介してYとの離婚の話をすすめたが、Yの両親は婚姻の継続を懇望し、Yもまた離婚の申出につき承諾を与えなかったところ、XはYの署名捺印を冒用して協議離婚届を勝手に作成し昭和28年1月12日に届出した。Yは、その後ほどなくしてこの事実を知り、訴訟代理人を通じて告訴の意思を告げていたところ、Xが離婚の訴えを提起し、これに対して、Yが同様の理由で離婚請求及び慰謝料請求の反訴を提起したという事案。本訴棄却、反訴認容。

【判旨】まず、Xからの本訴請求については、Yに婚姻を継続する意思がなくても本件の事情を民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」と認めることはできないとしたうえで、Yの反訴請求については、「Xの母の冷淡な態度と更にXが両親の態度を是正するどころか、なすがままにまかせ剩えYが失明同様の状況にあることが判明するやYに対し看護の責すら尽さずYの承諾もなく離婚の届出を了し現在婚姻を継続する意思がないことを表示しているが如きは精神的手段に基く虐待との法的評価を許し得るか否かはしばらくおくとして之等の事実の存在は少くともYに婚姻の継続を強いることが盲人同様の状況にあるYの人格を無視しその犠牲に於て婚姻の継続を強いる結果となり婚姻を継続し難い重大な事由に該当するものとするのが相当」（傍線筆者）と判示⁽⁴⁴⁾。

【8】判決は、Xの両親のYに対する冷淡な態度による精神的虐待ともとれる対応、そして、本来夫婦としてそれを是正し支えるべき夫のXが、かえってこれを放置しあるいは増幅させるような態度に出ていたという事情を考慮

⁽⁴⁴⁾ ちなみに、慰謝料については、Yから財産分与の請求がされていないこと、一方で、離婚後のYの生活保障も念頭に置きつつ、X・Yの夫婦の結婚生活が8年に及ぶこと、X・Y双方の経歴や地位、職業、そして特に双方の実家の経済状況をも考慮に入れた判断がなされている。

に入れて、妻Yからの反訴請求である離婚請求のほうを認めたものと言える。そうだとすると、民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」の有無について、一方配偶者であるX本人の有責性に重点が置かれていたというよりもむしろ、その両親の他方配偶者Yに対する態度といった、その他の客観的の事情に照準が当てられて判断されているとも解せよう。したがってここでは、自己の非を理由に権利主張を認める不合理は許されないという信義則上のクリーン・ハンズの原則あるいは「自己の卑劣を述べることは聞き届けられない」という法命題（法諺）に基づく判断は影を潜めている。本件における夫婦には、夫婦間で結婚生活を継続していくために必要なさまざまな義務の履行が主観的にも客観的にも難しくなっている状況が窺われ、なお婚姻の継続を強いることこそ離婚原因にあたりとされている点が特徴的であると見えよう。

【9】最判昭和33年1月23日（離婚および財産分与請求等本訴事件並びに離婚請求等反訴事件。家庭裁判月報10巻1号11頁、法律新聞90号3頁、裁判集民事30号131頁）

【事案】妻Xは昭和22年3月19日夫Y₁と婚姻し、爾来Y₁の実父Y₂夫婦の許に同居し、家業である草花づくり及び田地の耕作に従事。Y₂は、粗暴かつ圧制的で口やかましく、機嫌を損ねるとただちに暴力に訴え、家人に対しては絶対服従を要求する性格であった。これに対して、Y₁は、極めておとなしい性格で、父Y₂に対してはただ服従するのみであった。昭和25年暮ごろ酒癖のよくないY₂は、Xをはべらせて晩酌中、不意にXに接吻し、その後もたびたび家人の隙をみては、Xに対して色情的な言動を繰り返しおこなった。昭和26年8月中旬の夜9時ころには、Y₁の不在中に台所で晩酌中強引にXに挑みかかったが、Xは抵抗して事なきを得たことがあり、また昭和27年6月29日の夜9時半ころにもXに盃を差し出して傍らに引き寄せ、色情的な言動に及んだので、Xは懸命に抵抗して逃れたことがあった。Xは、しばしばY₁にそのことを訴えたが、Y₁は元来が温順過ぎる性格のうえ、

Y₂に対しては、父親を諫めたり、Y₂と別居して禍根を絶つなど、Y₂の色情的言動を防止すべき何らの方策もとらずに放置するのみか、ほとんど反応すら示さないので、XはY₁の頼りなさに痛く失望し、親と名のつくY₂の行動ゆえ他に訴えるのも恥ずかしく悶々の日を過ごすうちに、次第にY₁に対する信頼も愛情も薄れてゆき、Y₁との結婚生活を継続する意思を失うに至り、秘かに離婚を決意し、昭和26年8月ころ里帰りしたのを機会に口実をもうけて離婚の申出をしたが、事情を知らない周囲の人々の懇請により一応Y₁らの許に帰ったものの、昭和27年7月18日、無断で家出して実姉の婚家方に身を寄せて今日に至っている。一方、Y₁は一旦はXに復帰を求めたが、Xの決意が固いとみて断念し、すでに他の女性を娶って同棲している。このような状況の下、Xは、Y₁に対して離婚を求めるとともに、Y₁・Y₂に対して共同不法行為を理由として慰謝料を請求する訴えを提起したのに対し（本訴請求）、Y₁が離婚を求める反訴を提起。第1審・第2審判決ともXの本訴離婚請求及び慰謝料請求を認容。Y₁の反訴離婚請求を棄却。Y₁・Y₂上告。上告棄却。

【判旨】本件では、離婚に基づく損害賠償の請求が離婚訴訟と併合して提起できるかどうか、人事訴訟手続法7条2項但書の解釈をめぐって問題となっているが、最高裁はこの点を肯定したうえで、Y₁による反訴離婚請求については、「原判決がその判示のような事実関係の下においては、Y₁のXに対する離婚請求権を是認できないとした判断は正当であつて、この場合父たるY₂に自己の妻に対する判示不倫行為があるからと云つて、婚姻を継続し難い重大な事由ありとして右離婚請求権を是認することはできない」としている。

ちなみに、原審は、Xによる本訴離婚請求については、「以上認定の事態の下においては、XとY₁が再び同棲して婚姻を継続することは至難と考えられ、かような状況下に両名を法律上の夫婦の名において結びつけて置くことは双方に取つて不幸であり、婚姻制度の理念にも反するから、かような事態はまさに婚姻を継続し難い重大な事由に該当するといわなければならない。而して本件に顕われた一切の事情を考慮しても婚姻の継続を相当とする事情は認められないから、Xの離婚の請求は理由があるというべきである」と判示していた。

【9】判決は、夫Y₁による反訴離婚請求については、自分の妻Xに対する

実父 Y_2 の色情的言動を原因とする夫婦関係の破綻は、本件の場合には、 Y_1 から持ち出し得るような「婚姻を継続し難い重大な事由」の離婚原因にはあたらないとして退け、 X からの離婚請求のみを認めている。これは、 X に対する共同不法行為者にあたる Y_1 には離婚請求をおこなう離婚原因を有してはいないと解したものであり、 Y_2 による色情的言動を防止し、夫婦関係を円満に維持・継続できるよう対処すべき義務を負いながら、 Y_1 がこれをまったく果たしてこなかったことが破綻の原因の一つになっていたとも言え、そうだとすると、有責配偶者からの離婚請求は認められないとされたケースと位置づけることもできなくはなからう。しかし、当事者双方に離婚の意思があり、この点はあまり強調すべきではないのかもしれない。

【10】最判昭和33年2月25日（離婚請求事件。家庭裁判月報10巻2号39頁、裁判集民事30号581頁）

【事案】妻 X と夫 Y は、昭和25年11月ころ恋愛により事実上の夫婦として同棲を開始し、昭和27年3月18日に婚姻の届出をした夫婦であるが、同棲当初から Y には暴力沙汰のトラブルが絶えず、 X や時にはその実父に対して Y は虐待、暴行、傷害等を加える行為を繰り返し、 X は家出をしては呼び戻されるといったことが繰り返された。しかし Y の常軌を逸した凶暴な性格は改まることなく、 X は徐々に Y に対する愛情を失い、昭和27年8月24日最終的に離婚の決意を固めて家出し、爾来 Y と別居。このような状況下で、 X は Y に対して民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」があるとして離婚請求をおこなったという事案（ X ・ Y 夫婦の性格については、 X は、言動に思慮が足りず、気持ちが浮ついていて安易に周りに流されやすい性格（浮華軽兆）で、そのため酒場の女給として働き始めると Y に男女関係について誤解を招きかねない振る舞いもみられた一方、 Y は、とにかくわがままで興奮、激昂しやすく、乱暴狼藉の限りを尽くしても他人を自分の思いのままにしようとする猜疑心・嫉妬心の非常に強い偏執的な性格の持ち主であったようである。）。第1審・第2審判決とも X の離婚請求を認容。 Y 上告。上告棄却。

【判旨】「本件は民法770条1項5号にいう『婚姻を継続し難い重大な事由あるとき』にあたるものと解するのが相当である。而して、かような重大な事由にあたる事態を招いたことにつき、Xにも多少の落度があつても、その離婚請求を認容するに妨げとなるものではないと認められる。」（傍線筆者）

【10】判決は、第1審・第2審判決と同様、妻Xの側に「婚姻を継続し難い重大な事由」に関して多少の落ち度があつても、民法770条1項5号に基づく離婚請求が認められると解している。婚姻関係の破綻に一方配偶者が一方的に有責性を有する場合だけでなく、他方配偶者の有責性に比べて一方配偶者の有責性の程度のほうが大きいような場合にも「離婚を継続し難い重大な事由」に基づく離婚請求が認められるとした点で、【5】判決と共通する特徴を有している。

そして、第1審判決も判示するように、「夫と妻の関係はもとより愛情を第一の基礎としたものであるべきことは言う迄もないが、其の愛情は夫と妻がお互に相手を一箇の人間として対等の人格を認めた上での愛情でなければならない」にもかかわらず、夫Yが同棲以来妻Xの人格を無視するような態度に終始していた本件のような場合においては、夫婦間における同居義務、協力義務、扶助義務といったさまざまな義務の履行をもはや期待することができないほどに回復困難な破綻状態に陥っていた点が決め手となっていると言えよう。その意味では、夫婦間の同居義務、協力義務、扶助義務といったさまざまな義務は当該夫婦の実体に即して後退したものとなっているということでもあろう。その結果、Xからの離婚請求そのものに関して倫理や道徳、条理、信義則といった考え方からの判断は後景に退いていると言えなくもない。

【11】 広島地呉支判昭和33年9月22日（離婚並びに財産分与等請求事件。家庭裁判月報10巻11号59頁）

【事案】 裁判所の認定した事実によると、事実関係は以下のとおりである。妻X・夫Yは昭和23年1月21日事実上婚姻し、同年2月18日にその届出をした夫婦である。Yは婚姻前は実兄方に同居し、婚姻後は実兄方の別棟納屋にXと同棲し婚姻生活に入った。当時Yは造船所に勤務し、その後昭和24年4月ころからは進駐軍労務者として働き1月約7000円の収入を得て婚姻費用の全部をYが負担。XとYの仲は婚姻当初は比較的円満であったが、XはYの親族と親しく交際することを好まず、この点についてYがXを注意すると、XはYの意にそうよう努めることなく、かえってこれを実家へ陰口し、実家の親は親でXの態度をたしなめずにかばうため、婚姻後1年くらいより夫婦円満を欠く状態となった。昭和25年ころ、Xは納屋住いを嫌って実家の父の援助の下に夫婦の居住する家屋を新築しようとYに提案し、Yもこれに賛成して居宅一棟を、Yが婚姻前から所持していた金13万円と婚姻後貯えた金員及びXの父から約5万円に相当する木材の贈与を受けて、この価額も含めて25万円で建築（ちょうどそのころ長女誕生）。ところがYは、昭和27年6月進駐軍労務者の人員整理により失業し、一家の生計をたてるため同年8月末に意を決して単身朝鮮へ出稼ぎに行き、翌28年4月に帰るまで、最初のころは月17000円、その後は月18500円をXに送金し続けた。一方のXは、Yの異郷における辛苦に対して僅かに一度切りの便りをしたのみであった。朝鮮から帰ったYは、Xの貯蓄額がYの予想に反して少ないことから、出稼先で家族の安否を心配していたYに対してたった一度しか便りをよこさなかったXの冷酷な態度をも思いあわせて、留守中におけるXの行動に疑惑を懐き、そのころから夫婦の間柄が急速に険悪化していった。YがXに対し、朝鮮からの送金の使途について問いただし、これをXがその実家に持ち運んだのではないかと疑うと、X及びこのことをXから伝え聞いた実家の両親は憤激して反撥し、この反撥がYをしてさらに新しい暴言を誘発するという悪循環の様相を呈した。

本件では、以上の事実のほか、さらなる認定事実により、このような夫婦間の悪循環の諸事情やそれにとまなう夫婦間の葛藤がさらにX家対Y家の軋轢の様相を加え、その緊張度が高まるにつれてX、Yはいよいよ深刻な対立関係に至り、

もはやX、Yの仲が決定的な破局に突入するに至ったことが認められている。そうしたなかで、XがYに対して、Yには民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」があるとして離婚を請求し、親権の確定、財産分与を求めて訴えを提起したという事案。

【判旨】「はたして然らばX、Y間の婚姻関係はもはや両者の協力によつて将来円満に成りたつてゆく余地がないまでに破壊されていると言わざるをえず、以上の事実は民法第770条第1項第5号の規定が婚姻の人間関係である点に着目して裁判離婚につき破綻主義を採り入れている趣旨に照せば、その所謂『婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』に該当するものと言わねばならない。そしてこのような事態に立ちいたつた責任は、以上認定の事実を通じて明らかなように勿論Yにのみ存するのではなく、婚姻生活におけるX、Y双方の言動が互に因となり果となつて次第に発展して行つたものであつて、強いて言えば両者が共にこの結果について責任を負うべきものである。Xのみが破局の結果について責任を負うべき場合には信義則上X自らが裁判上の離婚を求めることの出来ないことは言うまでもないが、本件の場合のようにX、Yともに責任を相わかつ場合にはいずれの側からも裁判上の離婚を求めることができるものと解すべく、前記破綻主義の重要な意義の一端はこの点に存するものと言えるから、Xの離婚請求はその理由がある。」(傍線筆者)

【11】判決は、X・Yの双方の言動によって民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」に該当するに至つたような場合には、その主たる責任者を詮索することなく、一方配偶者から他方配偶者への離婚請求をいずれも認めるとしたものである。ここでは、有責配偶者からの離婚請求の問題それ自体は、他方配偶者も有責性を同程度に有していることから、表面化しないままとなつており、これは、回復困難な破綻状態となつたことにつき同程度の有責性を有する夫婦間にあつては、客観的な破綻状態を根拠としてあたかも無責配偶者間の離婚請求の場合(協議離婚?)と同様に解したのとも言え、そうだとすると、有責性の低い有責配偶者から有責性の高

い有責配偶者への離婚請求を「無責配偶者から有責配偶者への離婚請求」の事例に収斂させたともとれる【5】判決とは一線を画する裁判例と位置づけることができよう(積極的破綻主義の採用か?)。これとほぼ同様の判断を下す裁判例として、後掲の【12】判決、【13】判決があるが、そもそも裁判官による、有責性が同程度であったという判断それ自体(その前提としての当事者双方による主張・立証)に困難がともなうとともに、当事者双方による本訴・反訴の離婚請求による離婚の意思の明確さ、そして離婚請求訴訟の提起が離婚に際しての離婚給付の問題解決に向けられているという本件固有の事情があったことを考慮に入れたとしても、なお疑問が残る。有責性のある(あるいは有責性の大きい)配偶者からの離婚請求のほうを棄却したところで離婚自体には何ら影響はないとしても、離婚請求訴訟について場面ごとに消極的破綻主義の立場に立って解決したり、積極的破綻主義の立場に立って解決したりすることが法理論的に果たして妥当と言えるかという問題が生じるからである。

【12】長野地判昭和35年3月9日(離婚等請求事件。下民集11巻3号496頁、家庭裁判月報13巻9号67頁、判例タイムズ102号73頁)

【事案】裁判所の認定した事実によると、事実関係は以下のとおりである。妻Xと夫Yは昭和31年11月ころ見合いをし、その後2、3回会った後結婚を了承し、昭和32年3月17日結婚式を挙げ、Yの父母及び弟らが同居するY方で結婚生活に入った(婚姻届は同年4月13日に提出)。仕事に出ていたXは、Yと合意の上、結婚後も勤務を続けることになり、XとYは共稼ぎ夫婦として婚姻生活を開始。結婚後の生活は始めから必ずしも順調ではなかったようである。Yの母が、Xに対して極めて些細なことにも口やかましかった。同年6月ころ、Xの兄がYに借金を申し込んだことから、Yの母はXに対し、「Xの実家で生活に困るのであれば、XがY方にとどまって食べながら、手助けすることはできないから、実家へ帰って助けてやれ」などと言った。また同年9月16日、XはYとの合意の下で妊

娠中絶をしたが、その際に、Yの母はXの妊娠に冷たく、中絶を希望していた。この妊娠中絶を契機として、かねてXに対するYの家族の仕打ちに面白からぬ気持ちを抱いていたXの父は、同月18日、Xの見舞かたがたY方を訪れ、Yを馬鹿呼ばわりするなどの悪口雑言を吐いたりした。その結果、X対Yの母すなわち嫁と姑との反目は、Xの実家とYの実家との抗争に進展。その後は、Xに対するY及びYの母らの態度は一層冷たくなり、Xが何か聞いてもまともに返事もなかったりした。昭和33年2月8日、Xの父と仲人とで、このような状態を打開すべくY方を訪れ、Yやその両親との間で、これまでのことは水に流して今後は仲よくやるという話し合いをすることができたが、その際にXの父が、Xについて「まめ満足の者を入れてあるのだし、家風がどうのとか、余り世話をやくようなことはしないでくれ」などと発言したことをきっかけに、Yの母の態度が硬化。その後Yの母は、Xの質問に応答しなかったり叱責したりするのみで、その後はほとんど言葉も交わさなくなっていった。

その一方で、Xにも非がないわけではなかった。結婚後間もない昭和32年4月、人が冗談に「姑さんの方が若い」と言ったのをYの母から聞かされて立腹し、突然食事の席を立ったり、同年12月31日、自分のこたつの火が消えてしまっていたことで、Yの父に八つ当たりしたり、同日から翌年1月4日にかけて、風邪のため床に就いた際、Yの母に対し、部屋の戸を自分で開けたのに開いていたなどと述べたことから、これを詫げる際にも、怒ったような荒々しい態度を示したりした。また、YがXの父から馬鹿呼ばわりされた際も、Xは起きようとすらせず、Xの父母や兄が訪ねてきた日には、その夜遅く、Yの母が卒倒したにもかかわらず、看病に手を貸すこともしなかった。さらに昭和33年2月26日、無断で実家へ帰り、一泊するに及ぶなどした。これらの行動は、Xが性来勝気であることと相俟って、YやYの両親との和合を妨げる原因となったものである。

しかし、結局誰よりも責められるべきはYであった。自分の母親とXとの反目に対して、終始消極的な態度で臨むばかりか、むしろ母親に与してXを非難攻撃した。Xは、Yと結婚以来自らの給料の大部分をYの給料とともにYの母に提供して、Yの両親及び弟の生活費を賄っていた。そのXに対し、昭和33年2月ころから、家族とともにほとんど言葉を交わさないのみか、同年3月2日から4日ま

で寝室を別にする筈に出た。同月5日、Xが同じ部屋に寝てほしいと頼んだのに対し、「おれはもうお前と一諸に寝るのはいやだ」と言ってこれを拒絶。このことがきっかけとなって、Xは同日実家へ帰り、爾來再びYのもとへは戻っていない。この間、仲人が、Yをその勤め先に訪ねて真意をただしたところ、Yは「Xがいやならいやで自分にも覚悟がある」と述べて、Xと和解する意思のないことを表明。結局その後、XからYを相手どって長野家庭裁判所へ調停の申立がなされたが、離婚すること自体には問題はなかったものの、慰藉料等財産上の処理につき話し合いがつかなかったために不調に終わった。そしてXがYに対して離婚を求め、また慰謝料や財産分与を求める訴えを提起したのに対して、YもXに対して離婚を求める反訴を提起したという事案。離婚を求める本訴・反訴とも認容。

【判旨】「かくしてXは、昭和33年5月17日本訴を提起し、Yもまた同年8月1日反訴を提起して、それぞれ離婚の意思を公然と表明するに至つた。X・Y各本人尋問の結果並びに弁論の全趣旨によれば、X及びYはともに、現在においてもかく離婚の意思を有していること、及び本件訴訟において目指するところは、一に離婚に際しての財産的処理をめぐる紛争の解決にあることが明白であつて、……、X・Y間の婚姻そのものは、客観的にも完全に破綻しているといわなければならない。かようにX及びYが、それぞれ本訴及び反訴において離婚の請求をなし、客観的にもその結婚が破綻していると認められる場合、しかも…、この訴訟において、離婚にまつわる財産関係の包括的終局的処理がはかられる場合には、すすんで離婚原因の仔細な探究、就中X、Yのどちらに主たる責任があるかなどの具体的究明をまつまでもなく、婚姻を継続し難い重大な事由があるとして、民法第770条第1項第5号に基くX、Y双方の離婚請求をともに理由ありとなすべきものと考える。けだし、離婚そのものを認めるか否かについては、右以上の追及はおよそ無意味であるからである。よつてXのYに対する本訴離婚の請求及びYのXに対する反訴請求を、いずれも認容すべきものとする。」(傍線筆者)

【12】判決も、XとYの夫婦生活が客観的にも回復困難な破綻状態にある場合には、民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由がある

とき」にあたるとしてどちらにその主たる責任があるかを具体的に究明するまでもなく、双方の離婚請求を認めた。したがって反訴としての離婚請求をも認めた点で特徴的ではあるが、さきの【11】判決と同様、【5】判決とは一線を画し、夫婦それぞれの有責性の程度を詮索することなく客観的な破綻状態の存在のみによって離婚請求の可否を判断した裁判例に一例を加えたものということになる。



このような判断をする裁判例が続く。次に紹介する【13】長野地判昭和35年4月2日もそうである。【13】判決も、双方から離婚の訴えが提起されている場合に、婚姻関係がすでに破綻しているときは民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由がある」場合に該当するとしたうえで、双方の有責性の問題を詮索することなく双方の離婚請求を認めている。このようなケースにあっては積極的破綻主義の立場がとられていると言えなくもないが、さきに指摘したように、当事者の離婚の意思が明確であったということ、離婚請求訴訟の提起が離婚に際しての離婚給付の問題解決に向けられていたこと等を踏まえたものであったとしても、若干の疑問が残る。

こうして【11】判決、【12】判決、そして【13】判決からは、夫婦双方の同程度の有責性が相俟って民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」としての客観的な破綻状態が生じたと認められるような場合には、有責配偶者からの離婚請求という問題は度外視され、当該夫婦には婚姻関係から生じるさまざまな義務、信義則上の義務についてその履行をもはや期待ないし要求し得ず、したがってまたその不履行に対する有責性も問題視されないということを是認している、とみることができるといえる。つまり、ここで問題にされている夫婦は、もはや法律上の義務の履行を期待ないし要求し得ない関係にすぎなくなっているということになる。



婚姻生活の破綻の原因が双方にあるとしてそれぞれの有責性を特に詮索することなく民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い事由」がある場合にたとると解して離婚請求を認めたものとして、その後も同様の裁判例が登場する。後掲【17】名古屋地判昭和38年2月7日などがそれである。

【13】長野地判昭和35年4月2日⁽⁴⁵⁾（離婚請求事件、離婚および慰謝料請求事件。家庭裁判月報12巻10号117頁、判例時報226号39頁）

【事案】夫Xと妻Yは昭和28年10月5日に結婚式を挙げ、同月8日婚姻の届出をした夫婦である。この結婚は、下仲人夫妻の熱心なとりもちもあり、事前に当事者相互の交際や調査が充分になされなかったとは言え、主として当事者自身の自発的意思の合致に基づいてなされたものようである。Yは結婚と同時に、X方にXのほかXの父母弟妹達五人と同居。看護婦の資格を有するYは、結婚により一旦家庭に入ったが、その約1ヶ月後に仕事復帰し、昭和29年4月からは小学校の養護教員となり、爾来現在に至っている（X・Yは、結婚後1ヶ月ぐらいから共稼ぎ夫婦としての生活が始まった）。結婚1ヶ月後くらいからすでにXとYとの間にはしっくりしない空気がかもし出されるようになった。小さな口論や気まずい沈黙が繰り返され、YはXとの間だけでなくXの家族との間でも早くから円満を欠き、一家団欒の機会は乏しくX・Y双方に和合のための努力も充分ではなかった。

昭和30年3月11日夜、XがX方においてYに対し茶を所望したのに対してYから返事がなかったため、かっとなってYを殴り、前頭部、顔面等に全治7日ないし10日を要する打撲傷を負わせた。Yはこの日から4月21、22日ころ自分の実家へ帰るまでの約40日間、下仲人宅に起居して小学校へ通勤した。この間、下仲人宅とX宅とはすぐ近隣であるのに、殴打の出来事があった当日にX及びその母がYを見舞った以外は、Xの側からYを訪れたこともY自身がX宅へ立ち寄ったことも全くなかった。一方Yもまた、下仲人方にいた約40日の間、ほとんど毎日X

⁽⁴⁵⁾ これについては、人見康子「判例研究」法学研究（慶應義塾大学）34巻1号（1961年）105頁以下、太田武男「判例研究」法律時報33巻5号（1961年）89頁以下がある（なお、太田博士は、有責性のあるXからの本訴による離婚請求については棄却されるべきであったとされる）。

方の前を通過して小学校へ勤務しながら、X及びその家族との和解の機会を持つとしなかったばかりか、同年3月19日には、飯山駅付近でXを捉まえて「離縁状を書け」、「服を買う金をもらいたい」などと言って、Xを追及することがあった（その後Yは自分の実家へ帰っている）。

この間に仲人、下仲人による充分なとりもちもないまま、昭和31年3月ころ、XはYの叔父に対して、同年5月ころには直接Yに対し、Yとの離婚を申し入れた。しかしYは離婚の決心がつかなかったためこの申し入れを拒絶。そこで同年6月、XはYを相手どって長野家庭裁判所飯山支部へ離婚調停を申し立てた。しかし、Yがなお離婚をする意思がなかったため同年8月不調に終わった。その後X・Yは、依然として別居生活を続けているうえ、同年9月には、XがX方に残されていたYの荷物全部を、Y及びYの家族の承諾なくYの実家へ運び込み、さらに昭和32年4月には、Xは親類のすすめで別の女性と事実上の結婚をし、爾来X方において同棲し、一男をもうけて現在に至っている。そしてXが昭和32年8月26日に本訴を提起し、Yも翌33年5月19日に反訴を提起したという事案。

【判旨】「かくして、Xは昭和32年8月26日本訴を提起し、Yもまた翌33年5月19日反訴を提起して、それぞれ離婚の意思を公然と表明するに至った。このことと、X・Y各本人尋問の結果並びに弁論の全趣旨に徴すれば、XはもとよりYもまた、現在かたく離婚の意思を有すること、及び本件訴訟において目指すところは、離婚に際しての財産関係の処理、換言すればいわゆる離婚給付の解決に存することが明らかであつて、……、X・Y間の結婚そのものは、すでに回復不可能なまでに破壊されていること、換言すれば客観的にも完全に破綻しているといわなければならない。従つてもはやこの結婚を継続し難いことは明白であるから、民法第770条第1項第5号に基くX・Y相互の離婚請求は、ともに理由ありとなすべきである。ただし、かように、X及びYが、それぞれ本訴及び反訴において離婚の請求をなし、客観的にもその結婚が破綻していると認定される場合は、恰も離婚の合意に客観的保証の存するが如きものであつて、もはやそのこと自体を以て離婚を認めるのが相当であり、すすんで離婚原因の仔細な探究、就中どちらに主たる責任があるかなどの具体的な究明（その結果一方の離婚請求を認め、他方のそれを認めないなどの如き）は、凡そ無意味であるからである。」

以上のように、【13】判決も、双方から離婚の訴えが提起されている場合に、婚姻関係がすでに破綻しているときは民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由がある」場合にあたるとしつつも、双方の有責性の問題を詮索することなく双方の離婚請求を認めている。このように判断された理由として、本訴・反訴の離婚請求訴訟の提起により当事者の離婚の意思が明確となったこと、しかもこの訴え提起が離婚に際しての離婚給付の問題解決に向いていたことが特に重視されたことによると思われるが、しかしもし夫Xの側の有責性の程度が妻Yのそれに比較して大きなものと解されるなら、有責配偶者からの本訴離婚請求のほうは棄却されるべきであったとすることも可能であったろう。しかしながら、当事者の離婚の意思が明確な場合には、破綻に立ち至った有責性の程度の探究自体無意味であり、信義則判断自体もまた持ち出す意味がなくなってしまった夫婦関係がここでは出現しているということでもあろう。



このような裁判例の流れのなかで、有責配偶者からの離婚請求を認める裁判例が登場し始める。次の【14】判決がそうである。これは、離婚請求訴訟を提起した一方配偶者の婚姻関係の破綻に対する有責性を認定判断し、それを前提として、さまざまな具体的事情を総合考慮して離婚請求の可否を判断しているものであり、最大判昭和62年9月2日の萌芽を感じさせるものである。

【14】長野地判昭和35年12月27日（離婚請求事件。判例タイムズ115号96頁）

【事案】夫Xは昭和21年復員後、兄であるA方に寄宿してAの土建業を手伝っていたが、Aの妻の妹にあたる妻Yとの婚姻をA夫婦から勧められ、必ずしも自発的な意思に基づかずに承諾。昭和22年3月に挙式して事実上結婚生活に入った（昭和24年9月28日に届出）。看護婦の資格と経歴を持つYは、結婚式後、看護婦会が解

散する昭和23年ころまでその会長を勤め、同会が解散した同23年ころからは、行商から始めていたXの青果商をともに営むこととなった。それから昭和26年までX・Yは共同して青果商を経営し、A方の一角に店舗を構えられるまでになった（昭和27年にXが家を出た後も、Yの青果商経営は順調）。Yは挙式後僅か3ヶ月経過したころに子宮筋腫の手術を受けたが、そのことからXは、将来子をもうける可能性がないものと考え、青果商が漸く軌道に乗るにつれて、子ができなければできないで、Yが妻として暖かく接し、生活の労を癒やしてくれるよう強く望んでいたが、これに対してYは、ただ働くことに専念し、Xのかかる心理と期待に思いをめぐらすことはなかった。

このような状況のなか、昭和26年7月、Xは当時芸者をしていたBと知り合い、その後同年末から翌年1月にかけてXは子一人をかかえて暮らすBの居宅に時々外泊するようになり、やがて同年2月に入ると、Yのもとを去ってBと同棲するに至った。以来8年間XはBと暮らし、その間に二子C・Dをもうけてそれぞれ認知し、建設業を営んで今日に至っている。一方のYは、Xが家を出た直後、従業員を雇って青果商を続け、相当の繁盛をしていたが、この間、XとBとをひたすら嫌忌し、昭和27年及び同28年の二度の離婚調停及び周囲の者からの話をすべて拒み、「誰が何と言つても意地で籍を出さない」などと公言し、昭和33年10月23日には、XがY方を訪れた際も、「どの面下げて来たんだ、商売やりたかつたら、腐れ芸者と何処へでも行つて、土方でも何でもやるがいい、さつさと帰つてくれ」などと罵言を浴びせる始末であった。

そこで、離婚調停でも埒が明かないと考えたXは、「かりに、XにYとの不和の原因があるとしても、単に有責配偶者故に離婚請求を認めない従来傾向には賛し得ない。即ち、人間の愛情には終生不変なることを期待出来ないし、離婚を認めないことによつて、枯れてしまつた夫婦関係が、甦つて新しい芽をふき、花をひらかせることを期待できようか。時の変遷に従い、婚姻生活を維持せんとする意思が夫婦相互に欠如するに至つた場合、有責者であつても離婚請求を許すべきである」などと主張して離婚請求に及んだ。Xの請求を認容。

【判旨】 本判決はまず、「X・Y間の婚姻は、すでに当事者の主観的意思においてはもとより、客観的な条件においても、回復の余地なきまでに破綻していること

が明らかであり、民法第770条第1項第5号にいわゆる『婚姻を継続し難い重大な事由』があるものといわなければならない（なお、ここにいう婚姻の破綻とは、単に当事者間の、夫婦としての信頼や愛情の欠如のみを指すのではない。それらを全く欠く婚姻というものも現実には存立し得る。ここでは、同居とか協力扶助とか、貞操とかという、婚姻を標識する外形的事実すら、到底期待し得ない状況に立ち至つた場合をいう。）」と判示。

そのうえで、「……ここに至つたについては、Xに、即ち、XがBと同棲したことに決定的原因があることは疑い得ないところであり、この点の責任をXは到底免れることは出来ない。もつとも、Xをして、そのような挙に赴かしたについては、前認定の如く、Xの希求に若干無理からぬものがあり、他方Yに、これに応える何程かの努力が要請せらるべきであつた以上（但し、かかる希求と呼応とが、一般に共稼ぎの夫婦にとつては、相互的であること勿論である）Yにも亦全く責なしとしない。そして又、XとBとの同棲生活を8年の長きに亘つて継続せしめ且つ強化せしめたについては、Yの一貫したかたくな態度が、全然関係ないとはいえないこと、前認定の事実に徴して窺知し得られる」としつとも、「要するに、Xには、Yとの婚姻を破綻に導いた主たる責任があるとするのが相当である。そこで、かかる有責配偶者が、自ら離婚請求をなし得るかが問われなければならない。而して、この命題は、抽象的に問われてはならないこと勿論で、これを否定する明文の根拠なきわが民法の下においては、当該具体的事案に即して、一方婚姻の理念と、他方当事者（子があれば子をも含めて）の利害とを、相関的に考慮しながら、その可否を決すべきである。

それでは、本件の具体的な事態を更に考究してみよう。X・Y間の夫婦関係は『夫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』という、まさにその前提がもはや絶望的に不可能な状況にあるのであつて、『(そうすれば) 何時でも夫婦関係は円満に継続し得べき筈である』（最高裁昭和27年2月19日判決参照）と説くのが、無意味に等しい事態なのである。そして、そもそも『そのようなことになつたのは、もつぱら夫の行為に起因している』（最高裁昭和29年11月5日判決参照）と一義的に断定し得るものではなく、主としてXの行為に起因すると言ひ得る場合である。更に、現にYが、ひたすら『なお（Xとの）夫婦

関係の継続を望む』(最高裁昭和29年12月14日判決参照) 心理にあるとは到底認められず、ただ憎悪と意地によつて……離婚を拒んでいるに過ぎないのである。他方、Xには、Bと同棲して以来の8年の間に(ちなみにYとの同居期間は5年である)二子をもうけ、真面目に働いて誠実に二子の養育に努めていること、及びCは現に小学校2年生で、対社会的に父母との身分関係が問題として意識されるべき年令に達したことが、……うかがわれるのであり、これに対してYには子がない。又、X・Y双方の経済状態ないし経済力は、むしろYの方が勝り、Xからの扶養を必要としたり、相続を期待したりすべき状況は、現在はもとより将来も先ず予測せられない……。

してみれば、夫に対する愛情はすでに全くなく、子の保護の問題は何ら考慮せずともよく、自らに扶養をうける必要も、相続に期待すべきものも共がないYは、Xとの婚姻解消によつて今更失うべき何ものもないと言つても必ずしも過言ではないのに反し、Xには、この離婚が成らなかつた場合一本訴が、ここ当分はその成否を決すべき最後の機会であろう一、Bとの共同生活はともかく、少なくともその二子の将来に暗い負担がつきまとうことを避け難からしめるものと言うべく、罪なき子らのこの不幸を、また止むなしとして放置してよいいわれはない。

問題は、かかる有責配偶者に離婚を許すことは、一夫一婦の婚姻理念に反しないかということと、現実的には、不徳義の男性を増長せしめ、さなきだに今なお男性に比べて不利な社会立場に立つ女性を、ますます追いつめることにならないかということである。しかし、形骸のみの夫婦関係を法的に強制することが、却つて右の理念に實質的に背反することであり、その結果偽善や不倫を招来することは見易き道理であるのみならず、婚姻外の子の保護の問題は、近時思想的にも法律制度の上でも、右の婚姻理念と同等に尊重せらるべきものとされて来たことに思いめぐらせば、この後者を強調するの余り、前者の観点を忘れ、少なくともこれを配偶者一方の意地による離婚拒否の犠牲に供すべきでないということが、特に指摘されなければならない。そして、破綻の原因、別居の動機、妻との婚姻生活及び他の女性との同棲生活の各年数とその実態、子の幸福、妻の扶養と相続の期待並びに夫に対する愛情等につき、本件の如き具体的な事実を勘案すべきものとすれば、そう易々と男性の身勝手を横行させる契機となるおそれはない

ものと考える。

もともと、民法第770条第1項第5号自体からは、有責配偶者の離婚請求を拒否すべき所以を導き出すことは、その沿革及び文理に徴しても困難であるのみならず、かかる解釈に、折角破綻主義へ前進したわが離婚法を、歴史の方向とは逆に回転せしめるものであるというべく、むしろそれは、民法第1条の、権利行使における信義誠実の原則（これは民法全編を貫く基本原理である）によつて、弾力的に制約すべきものではなからうか。そうとすれば、一般的には、有責配偶者（特に妻以外の女性に走つた夫の如き）の離婚請求は、離婚権の乱用と目さるべきであらうけれども、本件の如き場合は、……、もはや現在の時点においては、むしろ相手方たるYに、婚姻の解消を拒否することが妻たる身分権の乱用であると言えなくもない事実が存するのであるから、かかる場合には、民法第1条による制約は働かすべきではないと考える」（以上、傍線筆者）と判示。

【14】判決は、有責配偶者からの離婚請求の問題を一般的、抽象的に判断するのではなく、婚姻関係の破綻の主たる原因が夫Xにあることは間違いはないが、そのような状況に立ち至った遠因の一つとして妻YのXに対する対応があること、XとYの経済状況をみた場合にYよりもXのほうが経済力があり、Yが相続を期待すべき状況は現在も将来も予測し難いこと、また、Yとの間には子はなく、一方のXとBとの間には社会的にみて父母との身分関係が意識されるべき年齢に達した子がおり、その子も含め二子の将来に暗い負担が積みまとうことは避けるべきであり、罪のない子らの不幸を止むなしとして放置してよいいわれはないこと、しかもYとの同居期間が5年であるのに対し、Bとの同棲期間は8年にも及んでいること、等を総合的、相関的に考慮に入れながら、具体的に判断したものと言える。特に子がないこと（他方には身分関係が問題視される学齢の子がいること）、経済的に苛酷な状況に置かれることがないこと、そして夫婦の同居期間に比して他の女性との同棲期間が比較的長期であること、等を考慮して判断している点は、最大判昭

和62年9月2日登場の萌芽を想起させるものがある。

しかも、「破綻の原因、別居の動機、妻との婚姻生活及び他の女性との同棲生活の各年数とその実態、子の幸福、妻の扶養と相続の期待並びに夫に対する愛情等につき、本件の如き具体的な事実を勘案すべきものとするならば、そう易々と男性の身勝手を横行させる契機となるおそれはない」として、「もともと、民法第770条第1項第5号自体からは、有責配偶者の離婚請求を拒否すべき所以を導き出すことは、その沿革及び文理に徴しても困難であるのみならず、かかる解釈に、折角破綻主義へ前進したわが離婚法を、歴史の方向とは逆に回転せしめるものであるというべく、むしろそれは、民法第1条の、権利行使における信義誠実の原則（これは民法全編を貫く基本原理である）によって、弾力的に制約すべき」との立場を採用し、有責配偶者からの離婚請求は一般的には離婚請求権の濫用にあたるが、しかし本件のような諸事情がある場合には、むしろ婚姻の解消を拒むことが妻としての身分権の濫用にあたることもあり得るとした点は特徴的であり、注目に値しよう。

【15】最判昭和36年4月7日（離婚請求事件。家庭裁判月報13巻8号86頁、裁判集民事50号209頁）

【事案】夫Xと妻Yは昭和26年3月に婚姻した夫婦である（X・Yの間には一子あり）。Xは、Yとの婚姻の前後からほかの女性らとの情交関係があり、外泊することも多く、生計費の支給も遅れ勝ちで、婚姻当初から妻の感情を軽視して自らを反省するところがなかった。一方のYは、夫に情婦のあることを知るや嫉妬心を抑制できず、Xを責めて口論となり、掴み合いを演じたり、Xの勤務先で執務中の夫を呼び出す等の言動を繰り返した。そこで、XはYを嫌って昭和27年11月ころ自宅を出て戻らなかった。そして、昭和28年1月よりAと事実上の夫婦生活に入り、Aとの間に生まれた子、Yとの間の子とともに四人で生活し今日に至っている（同棲期間は5年半に及んでいる）。Yの性質は、一般女性のそれに比較してやや強情わがままな傾向があり従順の婦徳に欠ける嫌いがあるにしても、これも人

の性格の一般的な傾向の範囲を越えるものではなく、愛情による夫婦結合の妨げとなるような異常性格の持ち主ではないと認定されている。そのようななか、XがYに対して、このような状況は民法770条1項5号に該当するとして離婚請求したのが本件訴訟。第1審・第2審ともXの請求を棄却。X上告。上告棄却。

【判旨】「かりにXが現在同棲する他の女性との間に既に子供も生れ同棲期間も長期に亘るなど所論の事情から、Xとしては今更Yとの間の同棲生活に戻ることが事実上困難であるとしても、このような場合に相手方配偶者の意思に反して民法770条1項5号により離婚を求めることができないこと当裁判所の判例とするところであるから（昭和24年（オ）第187号同27年2月19日判決参照）、論旨は採用できない。」（傍線筆者）

【15】判決も、【1】判決を踏襲して有責配偶者からの離婚請求を否定したものである。しかし、ここで問題となってくるのが、上告理由にもみられるように、有責性のある配偶者が民法770条1項5号の離婚原因に基づく離婚請求をおこなったときに、有責配偶者の側からの離婚請求の場合には、有責配偶者は、有責性のない（少ない）配偶者側の、婚姻を継続し難くなった事由の具体的事実を事細かに主張・立証してくるといふ泥仕合ともとれる様相を呈してくること、また、円満な夫婦関係の回復がもはや不可能である破綻状態にあっても有責配偶者からの離婚請求を認めないことにともなう不都合・不自然さが残るのではないか、ということである。XとYとの婚姻生活は1年足らずであるのに対し、XとAとの事実上の夫婦生活は5年半にも及んでおり、子もX・Aが引き取って共同生活をしている等の事情をも踏まえつつ、Xからの離婚請求を認めなかった理由は、結局のところ、【1】判決と同様、離婚を認めるとYにとっていわゆる踏んだり蹴ったりとなるから（「不徳義勝手気儘」）ということに尽きよう。第2審判決は、特に子供を中心にXとYとが互譲の精神で円満な夫婦生活を継続するように努力すれば再び平和で円満な家庭生活が回復し婚姻関係を継続することは必ずしも期待で

きなくはなかったとの考え方にに基づき、Xからの離婚請求を退けたものようであるが、この点は最高裁では述べられていない。しかしいずれにせよ、ここでは、他の女性との情交関係等によって夫婦関係の破綻の原因を作ったXが自らそれを理由に離婚請求することは許されないとした点で、信義則上のクリーン・ハンズの原則あるいは「自己の卑劣を述べることは聞き届けられない」という法命題（法諺）に基づいて判断されていることは間違いなからう。しかしその結果、夫婦間の法律関係から生じるさまざまな義務の履行をおよそ期待し得ない状況が形式的には維持、継続されることとなるが、実質的な夫婦関係の修復・存続の可能性を前提として離婚請求を否定したわけではなく、ここでは、夫婦という精神的、肉体的、経済的な結合体である婚姻関係のうち、少なくとも精神的、肉体的な結合体の側面を特に考慮に入れることなく判断を下しているものと評し得るであろう。この【15】判決では、このような信義則判断により結果的に、このような姿の夫婦の存在を放置ないし追認する形となっている。

【16】 最判昭和37年5月17日（離婚等請求事件。家庭裁判月報14巻10号97頁、判例タイムズ141号70頁、裁判集民事60号629頁）

【事案】 事実関係の詳細は不明。外に情婦を持った夫Xが妻Yに対して離婚を請求したという事案。第1審・第2審とも、婚姻関係の破綻の原因はXが旧友の關係にあった女性との背徳行為に及んだ結果であり、したがってXからの離婚請求は認められないとしたのに対して、Xが上告。その際Xは、婚姻関係破綻の責任の一端はYの勝ち気、わがままで家庭に閉じこもりがちな性格にあり、婚姻の破綻はXの先妻の子を疎外しわが子のみを可愛がるなどによる家庭不和に起因していると主張したり、また積極的破綻主義の立場から主張をおこなったりしたが、最高裁はいずれの主張も退け、上告を棄却。

【判旨】 「婚姻関係破綻の責任が、主として一方当事者（X）の背徳行為に起因するときは、その者は離婚を請求し得ない旨の原審判断は、その確定した事実関係

に照らし正当として是認できなくはない」(傍線筆者)と判示。

夫Xからの離婚請求を認めなかった【16】判決の判示部分からは、婚姻関係破綻の原因が主としてXの背徳行為に起因するとしているように見え、もしそうだとすれば、Xの有責性とYの有責性の程度を比較したうえで有責性の高いXからの離婚請求を退けたものともとれなくはないが、基本的には【1】判決の考えに沿うものと言えよう。

【17】名古屋地判昭和38年2月7日（離婚等請求事件。判例時報335号41頁）

【事案】夫Xと妻Yは、昭和29年3、4月ころ見合い結婚をした夫婦である。YはそれまでXと一度しか会ったことがなくXの性格や人柄も分からず、しかも他に好きな人もあったうえでのあまり気乗りのしない結婚であった。昭和30年12月28日に婚姻届を提出（これに先立つ同月24日にX・Y間の子が生まれている）。昭和29年秋ごろ、些細なことから口論となり、Yが農薬を服用して自殺を図り、病院で手当を受けたことがあった。その後も口論が絶えず、昭和32年12月ころYはX名義の預金から無断で約100万円を引き出し、繊維卸商店の開業資金に当てたが、商売は失敗。Yは「失敗したら家政婦にでもなんにでもなる。Xの世話にはならん」と放言して、Xのもとを飛び出し旅館に女中として住み込んでいたものの、2ヶ月ほどでこれも辞め、Xのもとに舞い戻ってきたが、寝食も家計も別々にする生活をしてきた。「死ぬ」とか「殺す」とかいったYの放言が頻出し、Xのいる応接間のガス管を開放する行動に及んだり、Xの母と大喧嘩をして警察沙汰となったりしたため、精神科の診断を受けたりした。そのころからX・Y間の離婚の話が具体化し、協議離婚交渉をおこなった結果、昭和33年8月5日、XはYの父親や実兄に慰謝料として150万円を支払うこと、子をXが養育することでYの父親、実兄が納得し、離婚届を提出したが、Yは自分の承諾がなかったことを理由に離婚無効訴訟を提起し、Yが勝訴。Yは協議離婚の交渉があった昭和33年8月以降Xと別居し、一時実家にいたが、その後はキャバレーの女給として働いている一方、Xは昭和36年4月別の女性と結婚し、Yとの子はXの実家に預けXの母が養育し、

今は円満な結婚生活を送っている（なお、戸籍上は重婚状態）。このような状況下でXがYに対して離婚請求等をおこなったという事案。Xの請求を認容。

【判旨】「XとYとの婚姻生活は完全に破綻しており、その破綻の原因がX・Yの何れに存するかということも、にわかに断定できなく、双方に在るとみるのが相当と思われる。このような事態は民法770条第1項第5号にいわゆる婚姻を継続し難い重大な事由がある場合と解すべきであり、Xの本訴請求は理由があるからこれを認容する。」（傍線筆者）

【17】判決は、婚姻破綻の原因が夫Xと妻Yの双方にあったとしてそれに対する有責性の程度を詮索することなく民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い事由」を離婚原因とする離婚請求を認めたものであり、【12】判決、【13】判決と同じ立場をとったものと言える。

【18】最判昭和38年6月4日⁽⁴⁶⁾（離婚請求事件。家庭裁判月報15巻9号179頁、判例タイムズ156号104頁、裁判集民事66号361頁）

【事案】妻Yがかつて特殊飲食店に働いていてその許に4年来通っていた夫Xは、Yと昭和28年8月31日事実上の婚姻をし、同年9月3日にその届出をした。Xは婚姻後、日が経つにつれ飲酒して帰宅が遅れたり、1ヶ月のうち3、4日は帰宅しないことがあるようになり、次第にその数は増してゆき、夫婦間に口論が絶えず、夫婦仲は次第に冷たくなっていった。昭和31年2月夫婦間に長男が出生したころからXの外泊はさらに頻繁となり、しかもXはYに満足な生活費を支給せず、そのためYは、僅かな手持の衣料品を質に入れたり、近隣から日常の支払いに充てるため借金をしたりして、糊口を凌いでいた。Yは、このようにその日の生活にも事欠く状況にあったので、Xの外泊不在中に着のみ着のまま長男を連れて

⁽⁴⁶⁾これについては、中川高男「判例解説」別冊ジュリスト12号『家族法判例百選』（1967年）54～55頁、同「判例解説」別冊ジュリスト40号『家族法判例百選【新版】』（1973年）65～66頁、同「判例解説」別冊ジュリスト40号『家族法判例百選【新版・増補】』（1975年）65～66頁、中川淳「離婚における配偶者の有責性の比較」法学セミナー201号（1972年）133～134頁がある。

実家に帰ったが、近隣に不義理をしている関係からXの許に帰えることもできず、さりとて行商で細々と生活している老母の許で無為に過ごすこともできなかった。自分と長男の生活を支えるため、飲食店、焼鳥屋、夜店の飲み屋、バー等を転々とした。Xはその間再三YにX方への復帰を勧めたが、Yがこれに応じなかったため、長崎家庭裁判所佐世保支部に家事調停の申立をおこなったが、不調に終わった。Yはその間に収入が少ないため異性と情交関係を持ったり街頭に立ったりして生活費を補ったりしていたことが判明（Yはその間の昭和34年4月ころ父親不明の子を分娩している）。そこで、XがYの不貞行為を理由として離婚を請求したという事案。第1審・第2審とも、Yがどん底生活に喘ぐ悲惨な状態に陥ったのはYにも多少の責任はあるが、その原因と責任の大部分はXにあるとしてXの離婚請求を認めなかった。そこでXが上告。最高裁は原判決を破棄差戻した。

【判旨】「民法所定の離婚原因たる事由があり、婚姻関係が破綻したと認められる場合においても、その破綻についてもつばら又は主として責任のある当事者は、自らその事由を理由に離婚の請求をすることをえないものと解するのを相当とするところ、本件につきこれをみるに、Yが原審認定のごとき事情の下に、長男を連れて実家に帰つたまま、Xの許に帰ることができず、しかも、自己と長男の生活を支えるため、飲食店等を転々し、街頭に立つて生活費を補う等のことをしなければならなくなつたことは、まことに同情を禁じえないものがあり、そのようになつたことについては、夫たるXに相当の責任があることはこれを認めなければならないが、およそ、妻の身分のある者が、収入をうるための手段として、夫の意思に反して他の異性と情交関係を持ち、あまつさえ父親不明の子を分娩するがごときことの許されないのはもちろん、Yと同様、子供を抱えて生活苦にあえいでいる世の多くの女性が、生活費をうるためにそれまでのことをすることが通常のことであり、またやむをえないことであるとは、とうてい考えられないのである。しからば、事ここに至つたことについては、婚姻関係の維持のためかくべつの努力を払つたことも窺われず、ことにYの前歴を知っているXとしても、その責任は決して軽くないが、他に特段の事情が認められないかぎり、Xに、もつばら又は主としてその責任があるものと断定することは困難である。したがつて、右のごとき事情の下においては、Xに対し婚姻の継続を強いることは相当でなく、

婚姻の解消によりYのこうむる不利益の救済は、YがXに対し財産分与の請求をすることができるかどうかの問題として、別途、考慮すれば足りるものと考えられる。」（傍線筆者）

【18】判決は、【5】判決、【10】判決と同様に、配偶者双方の有責性の程度を比較考慮して妻Yの側の有責性のほうがより高いとみて、夫Xからの離婚請求を排斥した原判決を破棄し事案を原審に差し戻したものである。第1審・第2審判決では、夫Xの側の有責性がより強いと解されXからの離婚請求が退けられたのに対して、最高裁では、Yの不貞行為を認定しながら特殊な事情を審理判断することなくXの離婚請求を排斥したのは審理不尽であるとされている。婚姻破綻に対する有責性の程度の判断の難しさを示しているとも言えるが、しかしそもそも有責性の有無・程度を離婚請求の可否の場面で判断すること自体問題があるとの指摘が、純粹破綻主義・積極的破綻主義の立場からはなされることになる。この立場からは、本判決も指摘する財産分与で別途考慮すべきであり、有責性の有無・程度の判断とは無関係に離婚を認めたくえで離婚にともなう効果論として一般的に扱われるべきということになる。

ところで、【18】判決では、有責配偶者からの離婚請求に際して有責性の程度を判断する際に、精神的、肉体的、経済的な結合体としての夫婦関係のうち、経済的な側面よりもむしろ肉体的な結合体としての側面が妻Yについて重視されている点で疑問が残るとともに、Xからの離婚請求を認めYの被る不利益の救済については財産分与など婚姻解消後の法的処理で別途考慮すれば足りると判示されている限りで、なおこの時点では、従来の消極的破綻主義にとどまった判断をおこなっているものと指摘せざるを得ない。

（未完）