

# 「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(二)

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、法学論叢63巻2号、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

## 三 裁判例の概観・検討（つづき）

次に紹介する【19】判決は、“性格の不一致”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」の離婚原因として認められるかどうか、もし認められるとして“性格の不一致”がそれによる婚姻破綻に対する帰責原因として離婚請求の判断に際してどのように斟酌され得るのか、が問題となった点で注目を集めた事案である。また、【1】判決以降、婚姻破綻の原因について有責性のある配偶者からの離婚請求についてはこれを認めないと

---

\*福岡大学法科大学院教授

する判例法理が確立されているが、そもそも婚姻の破綻は夫婦間の相互の無数の連鎖反応の連続の過程において醸成されるのが通常であると考えられ、したがって一方配偶者にのみそれに対する有責性があるのに対して他方配偶者には一切ないということは実際には考えにくいことから、双方の有責性の種類・程度を比較衡量してその当否を判断する裁判例（【5】判決、【10】判決、【18】判決）が登場していたところ、この点に関して「もっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえない」という判断枠組みを新たに定立した点で注目に値しよう。これにより、当事者の明確な離婚意思の存在を前提として、当事者双方に「婚姻を継続し難い重大な事由」にあたる婚姻関係の破綻につき重大な責任があり、そのいずれにあるか甲乙がつけ難いような場合においては、双方の有責性を詮索することなく離婚請求を認めるという方向へと進んでいった、その転換点ともなった裁判例と位置づけることができよう。

さて、そのような意味をもつ裁判例の具体的な中味をみていくことにしよう。

**【19】最判昭和38年6月7日<sup>(47)</sup>**（離婚請求事件。家庭裁判月報15巻8号55頁、判例時報338号3頁、判例タイムズ155号102頁）

**【事案】** 事実関係は原審（大阪高判昭和34年10月31日・家庭裁判月報12巻3号122頁参照）の認定によると、以下のとおりである。本件における夫婦双方の性格、人生観や結婚観、夫婦・親子に関する考え方等の相違がよく窺い知れることから、

---

<sup>(47)</sup>本判決については、山主政幸「ある離婚請求事件」法律時報35巻8号（1963年）58頁以下、石川稔「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）62～63頁、中川善之助「性格不一致では離婚できないか—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〕、佐々木宏「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）71～72頁〔『家族法判例百選〔新版〕』（有斐閣、1973年）71～72頁も参照）等がある。

ここに引用する。

「(1) 夫X・妻Yは昭和10年4月11日婚姻の儀式を挙げ、新婚旅行におもむいた琵琶湖畔及び新和歌浦の旅館での第一夜、第二夜とも夫婦の営みが円滑に行われなかったところ、Yはその第二夜夫婦の交りの失敗はXの欠陥によるものと思い、衝撃のあまり『あなたは私をだました。私の一生を台なしにした。』と叫び、XはYのその態度に心痛のあまり双方の円満な結婚生活は期待できないものと思いつめ、その翌日医師であるYの兄Rに対しYと別れたい旨申し入れたが、同人は双方に対し適当な助言を与えて事なきを得、双方はその後正常な夫婦の交りをするようになった。

(2) 双方は挙式後間もなくXの勤務地である京城で新居を構えたのであるが、長男Aが微熱が出ていたが心配する程のことはない状態のときで、長女Bが出生する前の昭和12年3月頃Xの母Zより心配で応援に行く趣旨の電報が来たところ、Yは興奮し『出産がすんだ後に来て欲しい。』と泣き出し、XはYが母Zの来ることに強く反対したものであって母が来ても円満な起居を望めないものと思いきみ、Zに対し来ないよう電報を打ったがZはX方に来た。

(3) 昭和12年中ZがYに対し朝の挨拶をしたが、Yがこれに答えず、Xはこれを心配してYをとがめたところYは自分がZに挨拶してもZが答えないことがあったので挨拶しない旨答えたのでXは重ねてそれをとがめた。

(4) その頃Xが朝出勤する際時としてYは幼児の看護のためなどで玄関でXを送り出さないことがあったのでXはこれをとがめたところ、Yは『三つ指について挨拶はできない。』と答え、XはYがこのように送り出さないのはZが来ているため反抗しているものと思いきんだ。

(5) 昭和11年4月1日長男Aが生れる前から昭和14年4月14日二男Cが生れる数日前まで約3年間に五人の朝鮮人の女中が変ったが、Xは五人目の女中を雇う際Yに対し多少気に入らなくても我慢するように告げた。ところがYはその女中が思うように仕事をしなかったので叱ったところ、女中はやめるといい出し、Xはこれをとめようとしたが、Yは女中と言ひ争い激しく怒って『だまれ』と叫んだため、女中が去って行くのをXはとめることができなかった。

(6) 前示のように二男Cが生れた昭和14年4月14日の夕刻Zがお産の際の家事手伝

などのためにX方に来たが、Yはその後病院に通っていたところ、Zは近隣の老婆より『お嫁さんが病気で困りますね。』といわれたのに対し『一番大切なときにYに倒れられて困っている。』旨答えたのをYが聞き、その数日後YはXやZに対し『お産のとき母に来て貰いたくなかった。近隣の人も、自分に対し「姑が来てつらいことでしょう」といっている。』と書いて興奮して泣き、Zは『お互に言葉に気をつけねばならない。』といった。そのためXはZに対し神経をつかい同人に謝った。

(7) 昭和14年8月中の夜、Xは、その神経質な性格の故もあって、YがしばしばXの意にそわぬ言動をするのに心痛し、それはYの方でZが双方の家庭を訪れることを嫌うことによるばかりでなく、双方のものの考え方、人生観、結婚観の根本的相違によるものと考え、Yに対し『別れた方がよいのではないか。』といい、さらにその頃Yの父に対し手紙でその旨伝えたところ、同人より『辛抱するように』との返信があり、同年10月頃以後しばらくの間双方は夫婦の交りを断った。

(8) Xは昭和15年1月初旬当時の京都大学経済学部N教授らの尽力もあって同大学経済学部へ転任することの交渉のため京都に行った際、媒酌人のM夫妻をたずね、Yが朝寝で家事ができず興奮しやすく母に対しても強くあたるとの理由をあげて離婚の意思を表明したが、M夫妻はこれを取りあげず、さらに同月8日頃Y方で同夫妻立会の下に、XとYの兄Rとが話合った際、XはRに対し離婚したいからYを引き取るよう申し入れたが拒絶された。同年3月上旬前示のようにXは京都大学教授として京都に赴任転居したが双方は冷たく対立のままで夫婦の交りもなかった。M夫妻はその間双方の円満な協力を望んで双方と話し合い、同年4月24日ZとXとはM夫妻に対し双方が離婚すべき旨申し入れたので、同夫妻はMの弟mを岡山市から呼びよせ、同人をしてZやXを説得させたが、応じないためM兄弟は義絶状をXに突きつけた。Xはその頃神経衰弱状態となり療養に努め、他方戦争はいよいよ激烈になり自然双方が協力するようになった。

(9) 昭和21年2月20日頃京都大学経済学部教授は一応全員辞表を提出してその再建を図ることとなり、Xは同学部長に就任し同学部の教授再編制の任にあたった。その頃Yはたまたま同学部N教授の妻の病氣見舞に行った際同教授やその妻より、同教授を含めて何人かの教授の辞表を受理しようとしているXは一方の派

関の圧力のため判断を誤るおそれがある旨聞き、帰宅の上階下の部屋でYはその趣旨をXに納得させようとしたところ、Xは公のことについて口を入れないようにと拒んだうえ二階に上り就寝しようとしたため、Yも二階に上り激しく興奮しいきなりXの両眼下のあたりをひっかけ、そのため他人にも見える程度のみみずばれができたが、Xは事情を説明してYの気持を落ち着かせた。

(10) 昭和24年10月中旬頃Zが仙台市で同居していたXの兄の病気が悪化し、XはZを引きとって扶養せざるを得なくなり、Zを引きとったが、その後間もなく同年11月下旬頃Yは急に『母を預ることはできない。』といったところ、XはYがZと別居したい旨申し出たものと解し『薄給の身で二世帯を支えることはできない。』と答え、Yの兄Rに説得を依頼した。

(11) 昭和25年2月Xの兄が死亡した後同年5月頃Zは親族のUのアパートに遊びに行き同所ですき焼などの夕飯の接待を受け、帰宅が遅くなったが、Zは『Yから、自分がXの兄が死亡したのでやせたようだといわれた。』とYにいったところ、Yは急に興奮し『老人も大切だが子供も大切だ。』と大声でいい、自分がZに粗食させていると非難されたものと思いこんだ。ZはYに対し誤解を解こうとしたが、Yは了解しなかった。

(12) 昭和24年12月下旬Yは兄R方でX方の正月餅をついた際、Yが手間取ったためRから小言をいわれたところ、Yは『そんなに急いでも仕方がない。』と口答したのでRは『これからもう来るな。』といい口論した。しかし両者ともこれを後日まで問題として残さなかった。

(13) 昭和25年末頃Zが風邪のため2日か3日間二女Dの守ができずにいたところ、YはZに対し『うちのように子供に無関心な家庭はない。』と強い語調でいい、Xはそれに鋭敏に反応してYをとがめた。

(14) 前示のようにZは昭和24年10月頃X方に来たが、従来Xが書斎居間寝室にしていた二階でZは起居するようになり、Yは子供らとともに階下で起居していた。同年及び昭和25年中Zは老人のことでもあり早寝早起をしていたが、Yは当時幼年のDや中学校や小学校に通っていたA、B、Cの養育に手をとられたりして朝食や夕食が遅くなったり、夕食の後始末が著しく遅れたり、またCに綿のはみ出たままの布団とじゅうたんを掛けていたことがあった。神経質で几帳面なXは

とくにこれに不満を感じていた。Zは夕食が遅くなるため腹をこわし昭和26年夏頃から自分だけ別に食事をするようになり、XもやがてZとともにYらとは別に食事をするようになった。あるときYは夕食後の食器を洗わずにしばらく流し場に置いてあったため、Zは自分の食器を洗うことができずXのいうがまま洗面所でこれを洗ったところ、洗面所は一部破損した個所があってYは洗うのをやめるようにいって怒った。Yとして食事が遅くなったり朝早く起きられないのは子供の養育のため、ある程度やむを得ないものがあった。

(15) 昭和26年初め頃Yは経済的に生計費を援助するため、Xに対し教員になりたい旨述べたところ、XはYがZとは別居したいとの趣旨でそのようにいっているものと解し、Yはもはやとうてい円満な共同生活を続けることはできないので離婚するほかはないものと考え、同年2月中、3月中、Yの兄Rに対しYを引き取るよう申し入れたが拒絶された。他方Xは同年2月下旬当時の京都大学教授Tにも夫婦間の不和を述べて相談したところ、同教授は前示MやYとも会ったうえ、Xに対し、離婚した方がよいであろうと述べた。

(16) 昭和26年中YはXやZに対しXの亡兄の妻のことについて、Xが不快に思うであろうことを察しながら『亡兄の病気の世話だけさせて亡兄が死亡したからといって、兄嫁を帰らせるわけには行かない。』といい、暗に『XとZとが共同して嫁を追い出そうとしている。』旨皮肉をいった。

(17) Zが双方と同居していない昭和15年頃から昭和20年頃まで双方の間には不和は少なく、Zが双方と同居している際双方の不和が激しくなっており、不和の一部はZをめぐる生じたものではあるけれども、Zは別段Yに対しつくらくあたるようなことはなく、Z自身が双方の不和を誘発したものでなかった。

(18) 昭和32年3月31日夜長女Bが映画を見て帰宅が遅くなったところ、YはBがこれまでも男子の友人と遊んだり夜遅く帰宅することがあったのと……その当時はXは他に転出別居しており、Xから離婚訴訟を提起されているため苦しんでいた事情もあって、YがBを叱ったのにBが返事もしなかったため激しく怒りBの髪を引っ張ったので、Bも腕力をふるい、Yは打ち返したりしたが、しばらくその興奮が静まらなかった。Bはそれに耐えられなくなり、その夜はX方に泊った。」

以上のような事実関係の下において、XはYに対して離婚訴訟を提起。第1審

（京都地判昭和33年10月21日・家庭裁判月報15巻8号62頁以下参照）ではXの請求棄却。第2審はXの請求を認容。

第2審（前掲大阪高判昭和34年10月31日）は、「双方がそれぞれ道義に反する行為をしたとか、婚姻上の義務に違反する行為をしたものということとはできない」としながらも、「昭和26年2月下旬Tに対し双方不和の事情を述べて相談したところ、Tは同年3月下旬Mの意見も聞きYとも面談したうえ、双方に対し離婚した方がよい旨述べた。その後Xは当時の京都大学総長Pに対しても双方の不和を述べて意見を求めたところ、同人は同年5月中当時の同大学医学部教授Hと同大学農学部教授Nとに双方の融和を図るべくあっせんするよう依頼した。H及びNはまず双方の媒酌人であるMの意見を聞き、次いでXより、さらに同年10月中Yよりそれぞれ事情を聞いたが、Hとしては内心双方は離婚するよりほか方法はないものと考えようになり、一方Pは同年11月総長の任期満了によって退任し、結局双方の融和を図るためのあっせんは成功しなかった。Xは昭和27年4月19日Zとともに京都市内竜安寺付近に転居してY及び子供らと別居し、その後Yの住居に近い現在の住所地にZとともに転居したのであるが、昭和28年10月頃XはYを相手取り離婚の調停申立をしその調停期日は同年11月から昭和30年2月頃まで20数回重ねられ、Yの高等女学校在学時代の校長である調停委員をも加えた調停委員会は右20数回の期日の前半では双方に婚姻の継続を勧めたがXがこれに応ぜず、後半は離婚を勧めたけれども、Yがこれに応じないため調停は不調に終わったことが認められる。」「……第三者によって約3年間双方の円満な共同生活が実現されるよう真剣な努力は行われたにもかかわらず双方は融和しないまま相対立していることが認められる。」「してみると、YはXとの婚姻の継続を希望しているけれども、双方の愛情は全く失われ、むしろ相互の嫌悪の念さえうかがわれ、ことにXはYとの婚姻継続の意思はなく、前示認定のような深刻な性格の背反は、もはや将来の双方の円満な結合を不能にしているものといわなければならない。事ここに至ったのは、Xが夫として幸福な婚姻生活を築きあげることについての反省と努力とが万全でなかったことにその一つの原因があるといえるとしても、その反省と努力との不足が破綻について主としてXの責に帰すべき事由にあたるものということとはできない。双方ともその責に帰すべき事由ないし過失は認められな

いけれども、双方の婚姻関係は、双方の性格の不一致と愛情喪失によって、深刻かつ治癒し難い程度に破綻し、婚姻の実をあげ得る共同生活の回復はもはや望むことができず、この状態は婚姻を継続し難い重大な事由にあたるものというべきである」(下線筆者)として、Xの離婚請求を認めたのである。しかし最高裁は原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

【判旨】「婚姻関係が破綻した場合においても、その破綻につきもっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえないものと解するのを相当とするところ、原判示事実関係によれば、双方の婚姻関係の破綻は、Xの独善的かつ独断的行為に起因するものが多大であることが窺えないわけではなく、しかも、双方がさらに反省と努力を重ねるならば、双方の子供達を中心とする周囲の者の協力、援助のいかんによっては、必ずしも将来円満な婚姻関係を回復することが期待できないものでもないことが推認できる。従って、当事者双方の婚姻関係を継続し難い重大な事由があると判断した原判決は、民法770条1項5号の解釈、適用を誤ったものというべく、論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。」(下線筆者)

この【19】判決は、“性格の不一致”により当事者双方にはもはや婚姻関係を継続する可能性が全くなくなっているかどうか、もし“性格の不一致”が離婚原因としての「婚姻を継続し難い重大な事由」にあたるとしてもそれが婚姻関係の破綻の原因を与えたものとして主として当事者のいずれかに存したかどうかにつき、さらに審理を尽くさせるため本件事案を原審に差し戻している。【19】判決は、“性格の不一致”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」にあたるかどうか特に問題となり注目を集めた最高裁判決であったが、もう一つ注目すべき点として、これまでの「有責配偶者からの離婚請求」に関する裁判例では、一方配偶者の不貞行為や婚姻上の著しい義務違反がみられるような場合に有責性の問題が検討、判断されてきたが、本件においては“性格の不一致”、わけてもXの性格に基因する



独善的かつ独断的行為の存在がその対象とされていることを指摘することができよう。

夫婦間の協力義務にかかわる問題とも言えそうであるが、有責性判断の際に、一方配偶者の性格、それに基づく言動のみを強調しすぎるのは問題ではないかとの疑問も残る。**[事案]**からも明らかなように、他方配偶者の性格とも相まって婚姻関係を継続し難いほどの不一致が醸成されていっているようにも見受けられ、そうだとすると、X・Y間の性格の不一致がX・Y双方の頑強な性格に基因しているものともみ得るからである。

妻Yよりも実の母Zを大切に考えようとする気持ちが極端な形で現れているとも言える夫Xの種々の言動が「婚姻を継続し難い重大な事由」としての離婚原因になり得るとしても、そもそもそれがどの程度のものであれば“性格の不一致”による離婚原因として考慮され得るのかは、夫婦間の協力義務との関係からみて今一つははっきりしない。ましてや本件の場合、X・Yの家庭にXの母Zが来たことによって婚姻関係の継続が難しい状況になっているようにも見受けられ、これによってYがXに対する愛情を全く失っているわけではないとも言えそうである。もしそうだとすれば、“性格の不一致”はあっても愛情の喪失にまではなお立ち至っていないと評し得る余地がなくはないということになろう。本判決はこのように解さずにXからの離婚請求をあっさりと退けた可能性がある。

もしかりに、かかる事情もない（愛情も失っている）と解されるような場合に初めて、有責性の問題を判断する段階に達するということになるだろうが、そうだとすると、Xの性格に基因する独善的かつ独断的行為といったものが有責性判断の際に考慮され得るのかどうかは問題であろう。先にも指摘したように、“性格の不一致”事例については、有責配偶者から無責配偶者に対する離婚請求事件とは同列には扱えない側面があるように思われるからである。



次の【20】大阪地判昭和38年6月22日は、典型的な「有責配偶者からの離婚請求」事件のようにもみえるが、離婚請求をおこなっている側にも婚姻継続の意思がないのではないかという点が考慮されている事例として注目に値する。

**【20】大阪地判昭和38年6月22日<sup>(48)</sup>**（離婚請求事件。判例タイムズ155号99頁）

【事案】(1) 妻Xと夫Yは昭和12年8月婚姻の届出をした夫婦。Yは当初機械の設計技術者として会社等に勤務していたが、その後独立して商売を始め、昭和27年10月頃から機械類の売買等を目的とする有限会社を設立し、その代表者となり現在に至っている。X・Y夫婦は、結婚後昭和26年12月までの間に五人の子をもうけ、昭和26、7年頃から経済的基礎も固まり、中流以上の恵まれた暮らしをし、昭和30年末頃までは夫婦生活も一応平穏であった。しかしYは、仕事一途の努力家であったが、頑固で利己的であり、家族に対する情愛に欠けるところがあり、かつ吝嗇でXの家事にも干渉がましい態度をとっていたため、性来派手好きで勝気な性格のXと時折激しく衝突することがあった。それが、暮らしが豊かになり家事使用人を雇い、子供も成長して主婦としての繁忙な生活から解放されるようになって、Xは充されない愛情のはげ口を宗教に求め、昭和30年末頃創価学会に入会し同会員の男性Aと知り合い、これとともに熱心に同学会の教宣活動をするようになり、Aとの間柄に親密の度が加わり、他方、Xは家事を女中にまかせて外出がちであったため、X・Y夫婦間の溝は次第に深まっていった。

(2) 昭和34年7月、Xはかねてから希望していた喫茶店営業をYから160万円の出資を受けて始めたが、当初は成績が上らず営業の存廃等をめぐって夫婦間の意見が対立したが、Xは同年10月頃から店を洋酒喫茶店に変え、収益を上げるようになった。しかし営業が深夜に及ぶため帰宅が遅れ、Yから小言を言われるので、店のビルの一室に寝泊りするようになり、同年11月頃からはほとんど別居同様となった。Aはこの間Xの洋酒喫茶店営業に無報酬で種々の手伝いをしていたが、

---

<sup>(48)</sup>これについては、久貴忠彦「判例研究」法律時報36巻10号（1964年）84頁以下がある。

昭和35年1月初旬頃、YがXの寝泊りしているビルの一室を訪ねた際、Aが寝衣のまま押入れの奥に潜んでいるのを現認し、相手から納得のゆく弁明が得られなかったため、XとAとの仲について決定的な疑惑を抱くに至った。

(3) その後Yは、Xに対し喫茶店を閉めて帰宅するよう説得し、Aとの関係を断たせるよう囃らったが、Xが閉店帰宅することに応じなかったため、同年1月下旬大阪家裁に離婚の調停を申立てた。Yの調停申立の意思は家庭復帰を図るところにあったが、Xは家庭に復帰しても創価学会の信心はやめないと主張し、Yがこれを認めず、また離婚についてもYが財産分与には一切応じない旨主張したため、調停は同年3月30日不成立となった。調停係属中の3月24日YはXの寝泊りしているビルの一室からXの寝具一切を持ち去ったのに対し、同月25日XからYを相手方として喫茶店の占有妨害禁止の仮処分がなされた。ここに至って、Yは同年4月30日に、同年の5、6月までにXから喫茶店営業に対するYの出資金を回収することについての了承を得たが、Xが急死した場合財産がAに散逸するおそれがあると判断し、離婚してXを除籍しようと考え、偽造の協議離婚届を作成し、同年6月20日に戸籍吏をして戸籍簿にX・Y夫婦が協議離婚をした旨の不実の記載をさせ、その後同年7月10日喫茶店から店の備品多数を持ち帰り、店に「讓店」の貼り紙をした。Xは昭和36年1月末頃まで喫茶店で営業を続けたが、その後他の場所に移り小喫茶店を営業している。

以上のような事実関係の下でXがYに対して離婚を請求。裁判所は、以下の理由により、結果的にXの離婚請求を認容。

【判旨】「およそ民法770条1項5号にいわゆる『その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』とは、その第1号ないし第4号において、その理由を例示するとおり、社会観念からみて離婚を求めている当事者にその婚姻生活の継続をこれ以上強制することができない程婚姻関係が破壊せられた場合を指すのであって、必ずしも離婚を求められる配偶者の有責行為によるものであることを要しないと解されるところ（昭和27年2月19日、同29年12月14日第三小法廷判決参照）……諸般の事情を総合考慮すると、今やXとYとの間には、夫婦としての相互の愛情も信頼も失われ、今後両者の間に正常な婚姻関係を継続することは極めて困難な状況にあると認められ、従って一応いわゆる『婚姻を継続し難い重大な事由』の

存在することは、これを否定し難いところである。」「ところで、Yは、本件婚姻が右のごとく破綻したのは、X自身の不貞行為によるもので、Yには全くその責任はない旨主張するところ、いわゆる『婚姻を継続し難い重大な事由』の意義を、冒頭説示のごとく解すべきものであるとしても、婚姻における倫理的な責任に基く信義誠実の原則に照らし、婚姻関係の破綻が、主として離婚を求める側の配偶者の一方の責に帰すべき事由に基く場合、その有責者が、自らその破綻を理由として離婚の請求をなすことは許されないと解するのが相当であるから（昭和27年2月19日第三小法廷判決、同29年11月5日第二小法廷判決、同年12月14日第三小法廷判決参照）、以下右Yの主張について審究する。

「先ずいわゆる『不貞行為』とは夫婦間の性的信義誠実義務の違反即ち貞操義務違反の行為をいい、それは姦通を含んでより広い概念と解すべきところ、(中略) XとAとの間にいわゆる姦通まであったかどうかは暫く措くとしても、XはAとの交際において、人妻として当然守るべき節度を著るしく越え、重大な不貞行為をなしたというべきである。そして前示本件婚姻が破綻するに至った経緯にこれを認めた前掲各証拠を総合すると、本件婚姻が破綻するに至ったのは、Y自身の平素の生活態度やXに対する言動、調停における発言内容、Xの営業に対する妨害行為、協議離婚届を無断で届出したこと等にも原因があることは否定し難いけれども、破綻の最大の原因は、何と云っても、Xの右不貞行為であることは、これを争う余地がなく、XとYとの不和に伴い、YがXに加えた常軌を逸すると見られる行動も、主として、ここに基因するものと認められる。即ち、Y自身の平素の生活態度やXに対する処遇に夫として反省すべき点があり、且つXに不貞行為があることを確信した後のYの行動は、穏当を欠き、軽視できないけれども、それらの右行為だけを切離して独立の離婚原因として論ずることは相当でなく、X自身の平素の生活態度やXの重大な不貞行為に誘発されたものと認めるのを相当とする。従って前記説示の主たる有責配偶者の離婚請求は許容されないという法理に照らし、XからYに対し、民法770条1項5号により、離婚を訴求することは、許されないものという結論に到達すべきもののごとく考えられる。しかしながら主として自ら招いた離婚（「婚姻」の誤りでは？）関係の破綻を理由とする有責配偶者からの離婚請求といえども、もし、相手配偶者においても、全く夫婦間

係の継続を望んでいない場合には、諸般の事情を総合考慮してこれを認めることが許される場合もあると解しうる。（前掲昭和29年12月14日第三小法廷判決参照）。かかる場合、離婚は、もはや主として責任を負うべき配偶者の一方的利益となるにすぎないのではなく、両配偶者の願望となるからである。前記認定の如くYは離婚調停を申立て、Xを家庭に復帰させるための努力をおこたり、無断で協議離婚の届出をし一方的にXを除籍し、更に妨害禁止の仮処分がなされているXの店舗から什器等を持ち去った等の行動から推しても、Xに反省を促し、Xとの正常な結婚生活を持続したいという希望は認められず、むしろ裏切ったXに対する報復感情が強く感ぜられるのである。このように、右配偶者が夫に婚姻継続の熱意を喪失し、もはや夫婦関係の継続を望んでおらず、客観的にも既に婚姻関係が絶望的に破綻している以上、有責配偶者からの離婚請求は許されないとの観念に立って、Xの本件離婚請求を棄却しても、残るものは形骸化した空疎な法的婚姻関係のみである。そこでこの際むしろ婚姻の本質が、両性の愛情の結合にあることに想到し、同時に前記のごとく本件婚姻の復元不可能な破綻についてX（「Y」の誤りでは？）側にも責任がないとはいいたい点を考慮し、更に離婚後におけるYの生活保障については、懸念すべき事情が存しないことを背景として、いわゆる『婚姻を継続しがたい重大な理由』が存することを肯認して、Xの離婚請求を認めるのが相当である。」（下線・訂正筆者）

【20】判決はまず、妻Xと夫Yとの間に民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」があることは認めつつも、続いて、従来からの判例法理（【1】判決、【3】判決、【4】判決）に基づき、その主たる原因がX側にあるとして有責配偶者からの離婚請求にあたりしXの離婚請求は信義誠実の原則に照らし許されない、との結論に達すべきようにも考えられるとしながら、しかし最終的には、本件の事実関係の下においては、Yに、Xとの婚姻関係を継続する意思、正常な結婚生活を持続したいという希望などはなく、意地や嫌がらせ、報復感情といったものに基づいてXとの離婚を拒む態度を示しているとみられるとして、結果的にXによる離婚請求を認めてい

る。

その際、【20】判決は、双方が婚姻継続の熱意を喪失し、もはや夫婦関係の継続を望んでおらず、客観的にもすでに婚姻関係が絶望的に破綻しているにもかかわらず、有責配偶者からの離婚請求は許されないとの立場からXの離婚請求を棄却したとしても、残るのは形骸化した空疎な法的婚姻関係のみであることから、それよりもむしろ両性の愛情の結合という婚姻の本質から、婚姻の復元不可能な破綻についてYにも責任がないとは言い難い点を考慮し、さらに離婚後におけるYの生活保障について懸念すべき事情が存しないことをも考慮に入れて、結果的に「婚姻を継続し難い重大な事由」があることを理由としてXの離婚請求を認めた点で注目に値しよう。

離婚請求を受けた相手方の離婚意思の認定・判断は非常に難しいであろうが、もしかりに相手方の離婚意思の存在が認められるような場合においては、結果的に本判決の結論で問題はないのではなかろうか。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ないとは言っても、問題となっているのは、言うまでもなく夫婦の愛情の結合・信頼に基づく精神的、肉体的、経済的な結合体としての特殊な法律関係の下においてであって、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）が絶対的に妥当しなければならない局面ではあるまい。相手方においても離婚の意思があるような場合になお有責配偶者からの離婚請求であることの一事をもって離婚請求を否定的に解すべき理由はないからである。

なお、本判決は、【14】判決とも相通じるものがあり、同系列に位置づけることは許されようが、しかし意地や嫌がらせ、報復感情に基づいて離婚に応じないという感情的な理由のみで、あるいは婚姻関係が客観的に破綻しているという事実だけで容易に有責配偶者からの離婚請求を認めようとしたわけではないことは改めて確認しておきたい。ここでは婚姻は愛情の結合とは

言っても、精神的、肉体的な結合体の側面のほか、経済的な結合体の側面も十分に考慮されていることを忘れてはならないであろう。

**【21】大阪高判昭和38年6月26日（離婚請求控訴事件。【25】判決の原審判決。判例時報352号63頁、家庭裁判月報16巻1号91頁）**

**【事案】**(1) X・Y夫婦は大正14年初め頃京都に居住するようになり、夫Xの事業は妻Yの内助の功もあって繁栄していたが、Yの性格が強く、Xは昭和5年頃からAと継続して情を通じ、さらに昭和14年頃からはBを妾とし同棲するようになって、本訴の提起された昭和29年2月10日当てもBとの妾関係を継続していた。

(2) 他方、Yは大正14年長女を出生後間もなくXより性病を移され、その後婦人病で医師の治療を受け、昭和17年には子宮筋腫の診断を受け、XがBを妾にした後の昭和15年頃（当時Xは41歳、Yは38歳）からは一切夫婦の交りを絶っていた（Xの方がYを嫌悪していたと認定されている）。ところが昭和26年9月13日双方は離婚の合意をし、かつXはその財産の一部をYに贈与し、同月中にYをその居宅より実力で追い出したが、同年10月8日Yは離婚の意思を翻し同居調停の申立てをし、これに対抗してXは、同年12月27日離婚調停の申立てをし、昭和26年9月以来11年余りの間完全な別居状態にある。

以上のような事実関係の下でXがYに対して離婚を請求。原審はXの請求を認容。Y控訴。本判決は、原判決を取り消した。

**【判旨】**「双方間の婚姻は、双方が昭和26年9月中離婚及び財産分与の合意をした当時破綻したもの（民法770条1項5号）と解するのが相当である。」「……、その破綻は、一つには、Yの性格の強さ、したがって双方の性格の不一致によるものであって、破綻の責任は、等しく双方にあるものといえることができるが、二つには、双方の夫婦としての愛情の喪失、主としてXのYに対する嫌悪によるもの、すなわち、……、Xが昭和5年頃Aと継続して情を通じ、ついで昭和14年頃からBを妾とするとともに松ヶ崎の旅館業を営む家屋で同女と同棲するようになり、他方、その頃からYに日常面接することが少なくなり、かつ夫婦の交りを全く断絶してしまったことによるものといえるべきである。又Xは……破綻以後の昭和26

年12月以降離婚調停手続、本件訴訟手続によって、少なくとも昭和34年頃まではBと同居して妾関係を継続しながら、離婚を求めているものである（……）。およそ婚姻が破綻した場合、破綻した婚姻をあえて維持することは、婚姻の倫理性に反するものであって、婚姻の維持によって当事者が受ける法的拘束を免れさせるのが至当であるけれど、主として、みずからの反社会的行為（民法90条）に基づいて破綻を惹起せしめた者が、破綻によって発生した離婚権を行使するのは、信義則に反するものと解すべきであり、それは離婚権の濫用にあたりといわなければならない。とすると、双方間の婚姻の破綻は、主として、XのBとの妾関係の継続という反社会的行為によって惹起されたものということが出来るから、Xの本訴における離婚権の行使は、権利の濫用にあたり許されないものといわなければならない。」（下線筆者）

【21】判決は、「みずからの反社会的行為（民法90条）に基づいて破綻を惹起せしめた者が、破綻によって発生した離婚権を行使するのは、信義則に反するものと解すべきであり、それは離婚権の濫用にあたり」として有責配偶者からの離婚請求は許されないと判断しており、この判断自体には特に問題はなからう<sup>(49)</sup>。

しかしその一方で、本件は、破綻の原因として、夫Xが妻Yを嫌悪して妾関係を継続していること以外に、Yの性格の強さ、双方の性格の不一致が挙げられている点、Yも一旦離婚の意思を固めて離婚の合意をし、財産の一部の分与も受けているという事実がみられる点で特徴を示しているが、これらの点はどのように解すべきかが問題となろう。前者については、【20】判決でも判示されていたように、破綻への一方的な帰責要因として考慮される場合もあり得ようが、本件の場合には、破綻原因の一つとして挙げられている

---

<sup>(49)</sup>しかし、原審ではXの離婚請求が認められており、判断の難しさを窺わせる。原審では、Yの性格の強さのほかに、Xが妾を持つに至ってから本判決まで30年余りの時が経過しているという事情があり、Yが宥恕したとみられていた可能性も否定できない（判例時報352号63頁のコメント参照）。



にすぎず、しかも破綻の決定的要因は、XがBとの妾関係を継続し、Yとの夫婦の交わりを一切断絶してしまっているという点に求められているものと解される。また後者についても、離婚の同意はいかなる事情があっても一旦した以上は一切撤回することができないというのではなく、Xがなお妾関係を継続しているような場合にYが離婚意思の撤回をすることは信義則に反しないとされている。財産分与に関しても、扶養料の支給を受けていない以上、Yが生活保持のために財産を確保しようとするのは当然であり、Xの妾関係を宥恕したものと認めなければならないものではないとして、いずれにせよ、破綻を惹起させた者がその破綻によって発生した離婚請求権を行使することが信義則に反し権利の濫用として許されないとする判断には変わりはないとしているわけである。

そして最後に、本判決は「その結果いわば名目上の婚姻が維持されることとなるわけであるが、妻の扶養ないし相続の期待、妻という名にともなう精神的利益などを保護する合理的な必要がある以上、それはやむを得ない」とも判示している。この点は、積極的破綻主義の立場からは批判もあろうが、愛情の結合・信頼に基づく夫婦の精神的、肉体的、経済的な結合体のうちの、特に経済的な側面が重視された形となっているということになるだろうか。しかしそこにはもはや夫婦間の協力義務や信義則上の義務等の履行などは期待されていない夫婦関係が残ることとなるわけである。

**【22】 最判昭和38年10月15日**（離婚請求事件。家庭裁判月報16巻2号31頁、判例タイムズ164号196頁、裁判集民事68号393頁）

【事案】 事実関係は不明。

【判旨】 「およそ婚姻関係の破綻を招くについて、もっぱら、または、主として責任のある当事者はこれをもって婚姻を継続し難い事由として離婚を請求することを許されないものと解すべきである（昭和24年（オ）第187号同27年2月19日第三

小法廷判決、集6巻2号110頁、昭和29年（オ）第116号同29年11月5日第二小法廷判決、集8巻11号2023頁、昭和27年（オ）第196号同29年12月14日第三小法廷判決、集8巻12号2143頁参照。〕「……、原判決が確定した一切の事実関係によれば、X（「Y」の誤りでは？）が納得すべき特段の事情もないのに、判示の如き境遇にあるYを長期間自己の義姉のもとに同居させたまま、同女とY間に存する確執を放置し、Xが自宅から通勤しうる宇都宮税務署に勤務中はことさらYと離れて宇都宮市内に下宿し、月に1、2回帰っても日帰りか、宿泊してもYと寝室を異にし、昭和27年1月以来9年有余の間、（Yが拒んでいる訳ではないのに）Yと全く夫婦としての肉体関係をなさず、冷淡な態度をとり続け、その他、原判示の如き状況、心境にあるYに対し判示の如き態度に出て来たことが、X、Y夫婦間の阻隔を深め、もはや婚姻を継続し難い破綻状態に陥らしめたる主たる原因であり、従って本件婚姻関係の破綻の惹起について主として責任のある当事者はXであるといわねばならない。してみればXの側からYとの婚姻を継続し難いものとして離婚を請求する本訴は許されないものであり、これと同趣旨に出た原判決には所論の違反はない。論旨は理由がない。」（下線・訂正筆者）

控訴審では、妻Yについてその性格はやや鈍重の感があり、教養もそう高くなく、家事等の処理にも多少不十分な点があつて、公務員の妻としてはやや不適當であると感じられる面もあつたが、夫XにはそのようなYの指導向上に尽力し改善すべき当然の責務があつたとして、Xからの離婚請求は退けられていた。本判決も、ほぼ同様の理由から控訴審判決を支持したものと思われる。ここでは、正当な理由もなく9年余りにわたつて実質的な別居をし、しかもYを以前から確執のあつたXの姉と同居させたまま放置し、また夫婦としての肉体関係も結ばず、冷淡な態度をとり続けたという事情から、Xに婚姻関係の破綻を惹起した主たる原因があると解されている。【22】判決ではこの点に特徴があり、夫婦間の協力義務・扶助義務の著しい不履行が有責性判断に大きく関わっている事例と言えよう。

**【23】 最判昭和38年10月24日**（離婚、親権者指定請求事件。家庭裁判月報16巻2号36頁、判例タイムズ164号197頁、裁判集民事68号511頁）

**【事案】** (1) 夫X・妻Yは見合いをし、互いの人柄、性格等を充分に知る交際期間もないまま昭和21年5月に結婚式を挙げ、昭和22年7月9日に婚姻の届出をした夫婦（昭和22年3月25日に長女A出生）。XとYは結婚式を挙げると同時にXの両親及びその妹らと同居。Xはもともと気性が弱く何ごとにも消極的であるのに対し、Yは気性が強く自らを譲るところがなく女高師卒業という比較的高い教育を受けながら女性としてのやさしさ、情操に欠けるところがあった。このような二人の性格の相違に基づく夫婦間の精神的な違和に加えて、同居していたXの母Bも、どちらかというとなりやな性質であり、YとBは互いに我を張り、そのことは、すでに結婚式直後、当時同家にいた女中に対し花嫁であるYからこれに引出物を与えるかどうかについての相互の意見の相違にその片鱗を表し、日が経つにつれ嫁姑の不仲となった。

(2) その間Xは、ただ心を痛めるだけで時にYの実家の親達や仲人らに不満を訴え、Yの反省を促すよう説得方を頼んだことはあっても、それ以上に解決を図るための積極的な方策を講ずることはなかったため、XとYとの家庭生活は風波が絶えない状態となった。時が経つにしたがって両者の間の溝は深まるばかりで、昭和23年4月Xの父が病死した際、その数日前から病氣静養のため実家に帰っていたYがX方に戻らず通夜にも告別式にも出なかったことが、Xやその近親者らの感情を一層悪化させ、夫婦間の折合いもますます悪化。

(3) その後、X・Y夫婦はBとともに住居を移し、昭和25年初めにYは、気分転換を図るためXの同意を得て女学校の教員として勤めに出たが、かえって自己本位の考え方を助長し一層我を押し通すようになった。このようにして夫婦の愛情は失われ、Yは家事を疎かにする反面、Xに対し命令的な態度をとり、Xが解決のため話し合おうとしても互いに譲らず、必ず喧嘩となり、口論が絶えず手出しをするいさかきも重なった。性格の弱いXは、以上のような出来事が積み重なり、すさみきった家庭生活にいたたまれなくなり、昭和25年5月頃単身家を出て他所に下宿。その後Yがその止宿先を知り、両者の間に話し合いが進められたが、解決をみるに至らず、Xは間もなくその居を叔母方に移し、これにより夫婦は完全に

別居するに至った。

(4) 残されたYは、長女Aとともに姑のBと暮すようになったが、たまたまYがその出勤不在中にAの監護にあたっている母Bの平素の労に報いるつもりでBに3000円を渡そうとしたところ、Bからその受領を拒絶されたため、くやしきのあまりその面前で紙幣を破り捨てるなどのこともあって、その後も折合いのまずい嫁姑だけの生活が続いていた。その後、昭和27年2月、AとBはXの新築した藤沢市辻堂の居宅に移ったため、Yは実家へ帰り、一方、Xは、Bが病気になったので昭和30年4、5月頃辻堂の居宅に移り、Bが昭和31年12月死亡した後は一時妹達に世話をみてもらっていたが、昭和32年9月から女性Cに来てもらい家事の面倒をみてもらうようになった。

以上のような状況の下、XがYに対し離婚及びAの親権者をXとする本件訴訟を提起（なお、Cは、それまでXの勤め先である会社に勤務していた者であって、もともとXがYと結婚する前から同じ職場の同僚としてXと交際があり、その交際は結婚後も続けられていたが、それ以上の深い交渉は格別なかったこと、Xは母Bの死亡後家事手伝いやAの世話をする人を必要としていた折柄、X勝訴の本件訴訟の第1審判決の言渡しがあつた昭和32年6月に、会社の同僚の口添えにより、本訴離婚が確定した暁にはYと違って従順で女らしいCと婚姻するというのも一応考慮に入れたうえ、Cに住込み家政婦としてXの家に来てもらっていたが、その後に、XとCとの間には次第に愛情が芽ばえ、同棲生活に入り現在に至っていることが認定されている）。

第1審（東京地判昭和32年6月5日・家庭裁判月報16巻2号42頁）は、「Xにおいては、自らの母、妻子を捨置いて一人家を出るなど、自己の母とYとの間の融和を図るための配慮等婚姻維持の努力においてまだ足らなかった嫌があるけれども、Xは、元来、消極的な性格であり、他方、Yについては、余りにも冷く鋭く、自己の正しさを信ずること厚い性格であり、そのためXも家出のやむなきに至り、かくして、X・Yの婚姻関係は、破綻した者（「もの」の誤りか？）というべきであり、XとYとは、もはや、円満な家庭生活を営むことができないものと断ぜざるを得ない。はたして、しからば、Xにとって、Yとの間の婚姻関係を継続し難い重大な事由があるものというべく、Xの本件離婚の請求は、正当として容認す

べきである」（訂正筆者）として、Xの離婚請求を認容。

第2審（東京高判昭和36年3月29日・家庭裁判月報16巻2号47頁、東京高裁（民事）判決時報12巻3号51頁）も、第1審とはほぼ同様の理由からXの離婚請求を認容。また、XとCとの関係はYとの婚姻関係が破綻後のことであり、本件離婚請求の原因である民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」の判断には影響ないと判示。Y上告。上告棄却<sup>(50)</sup>。

【判旨】「原判決が適法に確定した一切の事情を斟酌すると、本件においては、婚姻を継続し難い重大な理由があり、しかもその事由の発生についてはY側にX側以上の責任があると判断したことは、首肯できないわけではない。それ故、所論信義誠実の原則に違反する旨の主張も、採用できない。」（下線筆者）

本判決は、夫Xの側には婚姻関係を継続し難い重大な事由の発生に関して責めを負うべき事由は全く見当たらないとまではみていないものの、X側以上に妻Yの側にその有責性がみられるとしてXの離婚請求を認めているという意味においては、これを、夫婦双方の有責性の程度を比較検討したうえで判断している【5】判決、【10】判決、【16】判決、【18】判決の系列に加えることが許されよう。

なお、本稿の視点からは、“嫁いびり”、“婿いびり”のケースが登場し始めるだけに、他方配偶者の親族（本件ではXの母B）との同居の場合に一方配偶者の常軌を逸した振舞いが積み重なることにより、夫婦に要求される協力義務の履行の程度にも影響が及び得ることを本判決から窺い知れることを指摘しておこう。

#### 【24】最判昭和40年2月23日（離婚請求事件。裁判集民事77号573頁）

【事案】(1) 従姉弟の関係にある夫Xと妻Y（Yのほうが5ヵ月ほど年長）は、昭和21年7月頃肉體関係を結んだ結果、昭和22年7月にAが生まれた。そのためA

---

<sup>(50)</sup> なお、第1審から最高裁までAの親権者はXとされている。

を婚姻外出生子とするに忍びなく、X・Yは同年8月に婚姻の届出をした。Xの母BとYの母Cとは互いに相手を好まず、しかも当時XはBや弟妹の生活の面倒をみながら自分らの夫婦生活を維持するだけの経済力もなく、Yとの結婚は当初からXの母Bや妹の賛同を得られなかった（将来婚姻生活を継続していくうえで相当の困難が予想された）。そのため婚姻の届出をしても、新居を構えて同棲することもなく、XはA出生前から住んでいた勤務先の寮から週末等にY方を訪れ、一両日寝泊りする、というような変則的な夫婦生活をしばらく送っていた。

(2) 昭和23年3月Xは、前夜寝泊りしたY方から出勤の際に発病し、以来約50日間Y方で療養したが、その間、Yの母Cと感情の衝突があり、それ以後Yに対する態度が冷淡となった。その後Xは、昭和27年4月から貨物船の事務長として海上勤務となり、同30年にはラングーン駐在となり、X・Y間の夫婦関係は漸次その実を失い、海上勤務の前後から、XはYに対して協議離婚の届出をするよう求めるようになった。そして現在では、Xは、「Xが本件婚姻届をしてやったのは、子供をいわゆる私生子にしないための良心的好意的処置であって、これに対しYの方でも、Xに扶養を求めることはせず且つ何時でも協議離婚に応ずると約束をしていたに拘らず、Yがいまやこれに応じようとしないのは裏切りであり、Xの好意を逆用してXを苦しめているものである」という考え方の下に、Yに対し憤懣の情を抱き、愛情の一片さえ持つてはおらず、今後Yと実質的な夫婦生活を営むことは絶対にしないと固く決心するに至った。

(3) 一方のYは、本件婚姻の成立に至るまでの経緯、X及びYの置かれていた生活環境等から、もともと本件婚姻には前途多難が予想されたことから、婚姻の届出後においてXに対し強く扶養を求めたり同棲を強いるような態度に出たりはしなかったが、もしXがその気になってくれさえすれば、普通の夫婦のようにAを加えた親子三人で世帯を持ちたいという切なる願望は常に心底持っており、現にXに対してそのような願望を披瀝したことも再三あった。またXとCとの間の不和のため立場に困った際や世帯を持とうという申出をXに拒否された際にも（それでは離婚しようという口に出したり真実そう思ったりしたことはあったが）、できれば親子三人で世帯を持ちたいという願望はいまだに持ち続けていた。

このような状況の下、XがYに対して離婚を請求。原審（東京高判昭和38年11

月11日・東京高裁（民事）判決時報14巻11号291頁）は、たとえYが婚姻の継続を欲しているとしても、X・Yの夫婦関係はすでに破綻し客観的にみて回復の余地はないとしたうえで、しかし「結局本件婚姻関係が今日の破綻を来たし回復の見込がなきに至った原因は、もっぱらXが本件婚姻を当初から一時的便宜的な手段と考え、真面目にこれを維持する意思を持っていなかったことにある」（下線筆者）として、Xからの離婚請求は許されないとした。X上告。上告棄却。

【判旨】「論旨は、原判決は民法770条1項5号の婚姻を続継しがたい重大な事由の発生していることを認めながら、Xが有責配偶者であることを理由として離婚請求を棄却したのは同条の解釈をあやまった違法があるといい、同条はいわゆる破綻主義をとったものと解すべきで、従来の判例理論を変更すべきであるというのであるが、しかし、婚姻関係が破綻した場合においても、その破綻につきもっぱらまたは主として原因を与えた当事者は、みずから離婚の請求をすることができないとするのは当裁判所の累次の判例とするところであり（第三小法廷判決昭和24年（オ）第187号同27年2月19日民集6巻2号110頁、第二小法廷判決同29年（オ）第116号同年11月5日民集8巻11号2023頁、第三小法廷判決同27年（オ）第196号同29年12月14日民集8巻12号2143頁、第二小法廷判決同31年（オ）第524号同35年6月17日民集14巻8号1408頁、同小法廷判決同35年（オ）第216号、同38年6月7日判例時報338号3頁参照。）今なおこれを変更する必要をみとめない。原判決には、所論のような違法はなく、所論は、独自の見解に立って原判決を非難するものであり、失当として排斥を免れない。」（下線筆者）

この【24】判決は、有責配偶者からの離婚請求にあたるとして従来からの判例法理（【1】判決、【4】判決、【10】判決、【16】判決、【18】判決、【19】判決、【23】判決）に沿って請求を退けたものである。本件には、婚姻の成立に至った経緯、従姉弟同士による近親婚という事情に加え、婚姻当初からこれまで同居の事実がなく、しかも妻Yから夫Xに対して強く同居を望んだり扶養を求めたりしたという事情もないため、同居夫婦以上に婚姻維持のための努力が強く要請されていたとも言える事案であるところ、Xはそのよう

な努力を全く尽くしてこなかったという点で有責性ありと判断されているわけである。婚姻に基づく協力義務・扶助義務・同居義務のいずれもが当初より果たされていなかったケースにおいてXからの離婚請求は信義則に照らし妥当なものとはおよそ言えないと判断したものと評することができよう。

**【25】最判昭和40年4月30日**（離婚請求事件。**【21】**判決の最高裁判決。裁判集民事78号815頁）

**【事案】** 事実関係は、**【21】**判決の**【事案】**参照。

**【判旨】**「XとY間の婚姻は昭和26年9月頃破綻するにいったが、右婚姻の破綻は、原判示の経緯および理由により、主としてXのDとの妾関係の継続という背信行為に基因するものであって、Yにおいてこれを宥恕した事実は認められないというのである。そして、原審は、右の事実および原判示の本件の事実関係におけるごとく、婚姻関係の破綻の原因が主として配偶者の一方の背信行為により惹起されたものと認めるのが相当である場合には、その者は民法第770条第1項第5号により離婚を求めることはできないとしてXの本訴請求を排斥する趣旨を判示していることが判文上明らかであって、原審の前記認定判断は挙示の証拠により是認できる。所論は、ひっきょう、原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実の認定を非難し、右認定にそわない事実を前提として原判決を非難するに帰し、採用できない。」（下線筆者）

本判決でも、原判決である**【21】**判決と同様、夫Xからの請求は有責配偶者からの離婚請求にあたるとして退けられている。

**【26】最判昭和40年9月10日**（離婚請求事件。裁判集民事80号267頁）

**【事案】** 事実関係は不明。

**【判旨】**「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の解釈に関し、最高裁判所は、いわゆる破綻主義を基調としつつ、ただ、破綻に至ら



しめた主たる原因を与えた配偶者の側からの離婚請求を許されないものとして、制限的にいわゆる有責主義の一帰結による制限を加えているだけであることは、累次の判例に徴し明白といわなければならない。「原判決の説示には、措辞必ずしも当を得ない点があるにしても、同判決ならびにその引用する第一審判決が確定した事実関係のもとにおいては、本件当事者間の婚姻関係の破綻を生ぜしめた原因が双方に在って、その主たる原因がいずれにあるとも断定しえないものというべく、換言すれば、本訴請求をなしえないほどの主たる有責原因がYに一方的に存するものとは認められないのであり、したがって、Yの本訴請求を認容すべきものとした原判決の判断は結局において正当として是認すべきである。」（下線筆者）

ここでは、有責配偶者からの離婚請求は許されないとの立場を踏襲しつつも、夫婦双方に婚姻破綻の原因がありそのいずれかに主たる原因があるかが断定できないような場合において離婚請求が許されないほどの主たる有責性がいずれにあるとは認められないときにも離婚請求が認められるとしている点に特徴がある。

**【27】長崎地佐世保支判昭和40年10月25日**（離婚本訴、離婚並びに慰謝料反訴請求事件。民集23巻2号404頁。最判昭和44年2月20日の第1審判決〔ただし、最高裁では離婚請求に関する判断はない〕）

**【事案】**(1) 夫Xは旧海軍兵学校を卒業して昭和28年1月から海上自衛隊に勤務。妻Yは大学卒業後一時会社に勤めたが、間もなく退職し、昭和33年8月11日にXと婚姻。同年11月23日にX・Yの故郷である佐賀県東松浦郡呼子町（当時）で挙式し、翌11月24日からXの当時の勤務先である舞鶴市で同棲生活を開始（なお、昭和34年12月1日長女A出生）。

(2) 当時のXの給料は月額35,000円程度であった。Xの母Bは、呼子町で煙草、雑貨の小売業を営む傍ら生命保険の外交員をして1ヵ月15,000円ないし20,000円程

度の収入があり、その他亡夫の年金70,000円、株式の配当金等があってXから扶養を受ける状態ではなく、婚姻にあたって当分の間親元には経済上の援助を必要としないとの話もあったので、Yは、婚姻後Xの給料の範囲内で家計を維持し、創意工夫して安定した生活を営めるものと期待していたが、Xは、Bの要求にしたがい、毎月の給料のうちから6,000円程度を送金させ、すべての家計を20,000円の範囲内で賄うようYに要請。これに困惑するYに対しさらに、贅沢な食事である、Yの食べる量が多いなどと非難して一段と節約を要求。

(3) そこでYは、Xに対し舞鶴市における消費物価等の高騰による家計の困難を訴え、また、その頃Aを妊娠したことによる栄養剤の服用の必要（医師の進言による）やAの出産準備に要する費用を説いてBへの送金の一時中止を懇願した結果、昭和34年4月より中止することとなったが、Xは、Yに対し「お前は独立しようと思うのか、呼子に俺達は本拠があって、自分達は出稼ぎ部隊なのだから一生懸命働いて母に送ればよいのだ」などと言って、Yに秘し依然としてBに対する送金を続けていた。このようにしてYは、Xから手渡される金員では家計を維持することができなかつたため、結婚の際に持参した現金約200,000円の大半を不足する生活費に補填せざるを得なくなり、またYからその窮状を訴えられたYの母Dも、Y夫婦の生活を援助するため月々食糧品等を送付していた。

(4) Xは、勤務先における部下の教育・訓練にあたって厳格であったばかりでなく、自らも機関銃、速射砲と称するように、その性格は短気、直情径行で、自己の意見は強引に貫くという一徹な傾向を有し、Yに対しても同棲生活の初日から夫に対して絶対服従を要求し、従順な妻に仕立てあげるための教育であると称してYを殴打したほどであった。他方Yも、潔癖で現実的で合理主義的な考え方を有するところから、特に家計に関し意見の相違することが多く、このような場合Xは、自己の意見を貫徹させるため、しばしばYの首を締め、足蹴にし、のしかかり、投げ飛ばすなどの暴行を加えたりした（そのためYは目のふちはをらし、口唇を切るなどの傷害を負ったこともあった）。

(5) Xのかかる行為がYの妊娠期間中すらなされたため、Yは、Xに対し漸次憎悪と嫌悪の念を抱くようになった。このようにして昭和34年長女Aが出生したが、Aの出産の手伝いに来ていたYの母Dの滞在がYの乳腺炎等のため長引いたとこ

ろ、Xは、Yに対し「お前の母親が何ヵ月も来やがって無駄飯を食っていく」などと嫌味を言い、さらにAが両股間関節脱臼や自家中毒症により病弱であったため、YはAの病氣治療のため通院を余儀なくされるに至ったところ、Xは、このようなことになったのはYが病身を秘してXと結婚したためであるとか、母体が虚弱なためであるとか、Yの育児方法が拙劣なためであるなどと、Yを罵り、Y及びAに対して冷淡な態度を示すに至ったため、X・Yはたびたび離婚の話もし、昭和35年10月3日にはAの親権者をYとする協議離婚書まで作成されるに至った。

(6) 昭和35年11月中旬頃Xに転勤の内示があったが、転勤先が明らかでなく、またその頃YとAの健康がすぐれなかったため、Yは、Xの同意を得てAをともないYの実家に帰省。翌36年1月4日Xの転勤先の玉野市に赴き再びXと同棲するに至ったが、Yは、その頃から腰盤分離症のため歩行も不自由な状態になったところ、Xは「病気を隠して結婚したのか」などと非難、問責するので、その治療にも気兼ねする有り様であったが、同36年5月初め頃Xの転勤にともないYらもXにしたがって呉市に赴いたが、同地には家族とともに居住できる宿舎もなかったので、YはXに対し早急に家族と居住できる家を探すよう依頼したところ、Xは「家族の住む家を見つけるのは女の仕事だ」としてYの願いに取り合おうともしなかった。このような折柄、Yは病弱の身に加えてAもまた結膜炎、下痢に罹って困惑していたところ、Xは些細なことを理由としてYに暴行を加えるに至ったため、YはXの仕打ちに耐えかね、同年5月5日Aをともない唐津市の実家に帰った。

(7) Xは、その後Yらの生活費として同年12月までに300,000円程を送金していたが、同年12月下旬頃佐世保地方総監部防備隊に転勤するにあたり、ともに赴任すべきことを求めたが、Yは、YとAの将来を考えてXとの婚姻生活を断念するに至り、Xに対して離婚を求めるとともに、独立して自活の途を講ずるため、しばらくAの養育を両親に託したうえ昭和37年1月4日単身上京し、教員として就職して翌38年11月頃A及び両親を呼び寄せて安定した生活を送っている（XとYとは、夫婦と言っても名ばかりで、互いに愛情も信頼も有しないのみならず、いずれも固い離婚の意思を有し、当事者間に婚姻生活の継続を強制しても全く無益なほど婚姻関係が破壊され、到底正常な婚姻関係の回復することができない状態に

あるとも認定されている)。

このような状況の下で、XがYに対し離婚を求めるとともに、Aの親権者をXとすることを求めたのに対し、YがXに対し反訴として離婚を求めるとともに、Aの親権者をYとすること、Aの養育費用及び婚姻費用を請求。本判決は、Xの請求をいずれも棄却するとともに、Yの反訴請求を認容。

【判旨】 Xの本訴離婚請求については、「以上に認定した事実によれば、弟妹等系累の多いXが、寡婦たる母Bの要求に従って送金するため、生活も質素を旨とした心情には理解し得ない点がないでもないが、Yの十分なる納得を得ることなく、Yの食事についてまで非難詰問して強引に節約を求め、意見が相違した場合には屢々自己の主張を貫徹するため暴行狼藉に及んだばかりでなく、Y及び長女Aに対する態度も冷淡であったため、婚姻生活を破綻させてYをして別居するを余儀なからしめたものであるというのであるから、Xは、民法第770条第1項第2号にいうところの『配偶者から悪意で遺棄されたとき』に該当しないが、同条第1項第5号に規定する『婚姻を継続し難い重大な事由』に該当するものといわなければならない。」「しかしながら、婚姻関係の破綻が主として離婚をを求める配偶者の責に帰すべき事由に基づく場合には、その有責者が自らその破綻を理由として離婚の請求ができないことは、信義則に照らして明らかであるところ、前示認定事実によると、愛情とこれに基づく信頼を基調とする婚姻生活におけるYの態度に、Xの立場に対する理解に欠けその言動等に責むべき点があったとしても、夫婦共同生活の主宰者たるXが、Yに対する愛情に乏しく、寛容と庇護の念に欠けていたのみならず、その人格をべつ視した粗暴な行為がYとの婚姻生活を招致するに至ったもの、換言すれば、婚姻関係の破綻は主としてXの責に帰すべきものというべきであるから、Xは、Yとの離婚を請求することができないものといわなければならない」とし、Yの反訴離婚請求については、「……右両者間の婚姻関係につきこれを継続し難い重大な事由が存し、右はXの責に帰すべき事由に基づくものであることは、いずれも既に説示したとおりであるから、Xとの離婚宣言を求めるYの請求は、理由あるものといわなければならない」(下線筆者)と判示。

本判決は、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

あるとしつつも、それに対する有責性が主として夫であるX側にあるとして有責配偶者からの離婚請求であることを理由にXの本訴離婚請求を退け、Yの反訴離婚請求を認容したものである。この控訴審判決である【31】福岡高判昭和42年7月19日も同様の理由からYの反訴離婚請求のみを認めている。

X・Y間の婚姻関係はすでに破綻しており、しかも両者には婚姻を継続する意思などは全くないことから、離婚そのものを認めることには何ら問題はなかった事案と思われるが、その破綻の原因が主としてXの側にあったとしている点で、双方が離婚請求をおこない、有責性の程度を詮索することなくこれを認めた【12】判決や【13】判決とは事案を異にしていると言える。これは、婚姻費用の請求にも関わる事情があったという理由にもよるものと解せよう。

なお、X側の有責性判断に際しては、家計のやりくりや同棲生活に関して一方配偶者が他方の意見も聞かず絶対的にコントロールしようとする夫婦間の協力義務に著しく違反するような事情が特に考慮されているものとみられる。愛情や信頼に支えられた婚姻関係に照らして、信義則上妥当な態度とはおよそ思えないような協力義務の違反があったということであろう。

**【28】長野地飯山支判昭和40年11月15日<sup>(51)</sup>**（離婚並びに慰藉料請求事件及び離婚反訴請求事件。判例時報457号53頁）

**【事案】**(1) 高校卒業後生家で農業や家事の手伝いをしていた妻Xは、父Y<sub>2</sub>と母Y<sub>3</sub>が営む米穀・肥料・飼料・茶等の販売業の家業に高校卒業後従事していた夫Y<sub>1</sub>と、昭和35年3月29日に挙式し、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>、Y<sub>1</sub>の姉F、Fの子との六人で、Yら方で同居を開始（昭和35年9月8日婚姻の届出、昭和36年3月11日に長男A出生）。Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>はXが嫁としてYら方に入ってきた以上、Yら方の指図に服しYら方の家風にしたがうべきとの考えから、Xの態度・行動等を注意し、これに指図・干渉。一

---

<sup>(51)</sup>これについては、中川淳「判例研究」法律時報38巻13号（1966年）124～125頁がある。

方のXは社会生活の経験に乏しく、その性格も他人の注意に素直に服する態度に欠け、勝気な点もあるため、ともすれば自己の判断・考えを固守し反抗的態度を示すこともあり、協調性を欠き、他人の生活に干渉するきらいがあったうえに、Yら方の生活に積極的に融和する意欲・行動にも乏しかったため、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の注意・指図に素直に服さず反抗的態度をとっていた。このためY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>は当初よりXが気に入らずXとY<sub>1</sub>の婚姻に不満を抱き、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の不興と怒りを買ひ、かかるXの態度等を矯正する名目で、さらにXに対する注意・指図等干渉の度を増し、FもY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>に加わり、お互いに相手の欠点等を非難、攻撃するようになり、そのため炊事の支度・食事の後片付けをはじめ洗濯機の取扱い等の些細なことに至るまで紛争の種となったが、Y<sub>1</sub>は当初Xをかばい、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>に対し自分達夫婦のことに干渉しないよう主張していたため、これもY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の不興を買った。

(2) そこでY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>は、かかる家庭内の紛争はXの性格・態度に原因するものであるとして、Xの両親からXに対し、Xのかかる態度を改めてYら方の家風にしたがうよう説諭してもらい、かつXの両親にもXのかかる態度・行動についてXと子ども謝罪させる目的で、Xの父宛の「当方の家風に合わないので御預り願いたい」という手紙をXに持たせて実家に帰らせたが、Xの両親がYら方に出向けば事が重大になるので出向かない方がよいとの仲人Bの意見とその計らいで、Xは次の日Yら方に帰ることができた。ところがY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>は、このXの両親の態度を無責任と感じ、また新婚夫婦は節句の折に嫁の実家に出かけて一泊してくるという慣習により、昭和35年6月5日の節句にX及びY<sub>1</sub>もかかる慣習にしたがいXの実家に赴いた際、Y<sub>2</sub>はY<sub>1</sub>には夜遅くとも帰宅するよう求めたのにもかかわらずY<sub>1</sub>がXの親の懇請にしたがいXの実家に一泊したことなどから、次第にXと融合することを断念し、Y<sub>1</sub>とXとを離婚させようと考えようになり、Y<sub>1</sub>にその旨求め、Bらにもその旨漏らし、X及びY<sub>1</sub>との仲にさらに干渉するようになった。

(3) しかしY<sub>1</sub>は、Xとの婚姻生活の継続を希望していたので、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の干渉を嫌い、Y<sub>2</sub>らとXとの衝突を避けるため、Y<sub>2</sub>らと別居することを決意。家を出て間借りした。Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>はY<sub>1</sub>とXが別居したことは親を捨てて外に出たものと考え、Xらが着替えも持たずに別居したのでこれを取りに来た際その引き渡しを拒み、Y<sub>1</sub>がY<sub>2</sub>と取っ組み合いをすることもあった。しかし間借りしていた住居、そこから転

居した住居からも、Y<sub>1</sub>は従前通りY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>方に通いその家業に従事していたが、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>との折り合いがうまくいかず、Xもこれを喜ばなかったので、Y<sub>1</sub>は結局他に職を求めた。

(4) かかる行為についてY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>は憤慨のうえ、いよいよY<sub>1</sub>とXが親を捨てたものとの考えを強め、Y<sub>1</sub>及びX方に赴き、別居に際して貰い受けた炊事道具類までも返すよう迫る一方、かかる事態に至った原因はXにあるものとしてY<sub>1</sub>に対しXと別れるよう迫った。特にY<sub>3</sub>は、たまたまY<sub>1</sub>ら方にXに対する妊娠婦手帳が送達されそれにYの姓が記載されていたため、Xら方のアパートに赴き、Xに対し「いつYという姓になったのか」と詰問し、さらに当時までY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の反対で遅れていたY<sub>1</sub>とXの婚姻届を、Y<sub>1</sub>とXがY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の承諾なく、Bを保証人として届け出たことを知り、Bに対し「どうして親の承諾を受けなくて籍を入れさせたのか、早く別れさせてくれ」と詰問、要求したこともあった。この頃からY<sub>1</sub>のXに対する愛情も次第に動揺し、昭和36年3月11日Aが出生するや、Bに「子供は引き取るから5、6万円で別れるようにしてくれ」と申し出、さらにXに対しても「子供は自身が引き取るから別れてくれ」と申し出るようになったが、BもXもこれには応じなかった。

(5) このような状況の下、Y<sub>1</sub>は、かかる周囲からの干渉を避けXとの生活を継続し確立することを希望して、新聞販売管理所で新聞の配達や販売拡張の仕事に従事するため、XとAを連れて住込みで働くようになった。しかしXはその性格と都会生活・共同生活に慣れないため、ともすれば他人の生活に対する干渉にもなるような言動があつて、住込みの同居者らと紛争を生じたこともあり、一旦は新聞販売管理所の支配人Kの計らいもあつたが、結局は店員や炊事婦等との争いが絶えず、Xを一度静養のためXの故郷に帰したが、再び同居するため新聞販売管理所に戻って来たが、Y<sub>1</sub>は、Kの助言に反して、Xらと落ち着いて暮らせる住居を探す努力もしないまま、従前通りの生活を続けた。Y<sub>1</sub>及びXが居住していた部屋はもともと同人達を収容するために急造したものであり、窓も完全なものではなく、外気が容易に室内に入るようなものであつたうえ、南京虫もいたために十分な睡眠もとれなかったXは、Y<sub>1</sub>の強い性的要求のため肉体的な疲労を重ねていたことと、不慣れな都会生活・共同生活のもとに再び精神的安定を欠くようになり、

従前と同様新聞販売管理所の他の店員等と衝突するようになり、そのためY<sub>1</sub>も困難な立場に置かれるようになったので、その夫婦仲も次第に悪くなり夫婦喧嘩も重なり、ついにKより販売管理所を出て他で生活するよう言われ、Y<sub>1</sub>はますます処置に窮し、ついにXとの婚姻生活を断念し、新聞販売管理所も辞めて単身Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>方に帰ることを考え、昭和37年4月11日夜Xに離婚を申し出て、翌朝新聞の配達に出たまま帰らず、Xを引き取らせる目的でXの父に対し「X危篤すぐ来い」との電報を打ち、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>方に戻り、翌日新聞販売管理所に在るであろうX、その父に宛て「X離婚する」との電報を打ち、Xの実家やBにも何も告げずにそのままだちにY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>方の家業に従事し、2ヶ月ほどして初めてX及びその実家に対し離婚届に捺印することを求めた。

(6) Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>は、Y<sub>1</sub>がその意にしたがったものとしてそのまま迎え入れ、翌日より従前通り家業に従事させ、Y<sub>1</sub>のかかる行為をたしなめる一方、残してきたX及びAの生活の維持等についてはY<sub>1</sub>に一切注意、助言することもなく、Xの実家の処置にまかせて放置。

Xは、家庭裁判所にYらを相手方として離婚並びに慰籍料請求の調停の申立てをしたが不調に終わった。そこでXは、昭和38年1月19日にYらに本訴を提起し、Y<sub>1</sub>もまた同年5月7日Xに対し反訴を提起し、いずれも離婚を求めた（Xは民法770条1項2号の「悪意の遺棄」を根拠に、Y<sub>1</sub>は民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」に基づき離婚を請求）。

【判旨】民法770条1項2号の「悪意の遺棄」については、「以上によると、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>が寛容な気持で時間をかけて互に融和し、その人格を尊重しつつ助言して行く様な努力をせず、嫁に来た以上Y等方の家風に服すべきであるとの、夫婦の独立性を無視した態度を固守してXに接し、注意・指導したことが前記の性格を有するXの反発を呼び、又これが素直でない等とY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の不満を更に買い、結局Y<sub>2</sub>等はY<sub>1</sub>にXと離婚する様求め、あるいは仲人であったBに離婚せしめる様斡旋することを依頼し、又Y<sub>2</sub>とX夫婦に干渉するの態度をとりこれによりY<sub>2</sub>とXとの間の破綻が生じ、助長されたものであり、又、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>はY<sub>1</sub>がY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の従前からの意思に従いX及び長男Aを〇〇市に残して単身〇〇市のY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>方にもどるや、X及び長男Aの生活の維持等の処置について何らの注意・助言をも与えることもなく、



かえって自己等の求めに従ったものとして、これをそのまま迎え入れ、従前通り家業に従事せしめることとし、翌日より平然配達等に従事せしめXの実家は無論、仲人であったB方にも何らの連絡もせず漫然放置し、結局Y<sub>1</sub>のXを遺棄する行為に助力したものであるということが出来る。一方Y<sub>1</sub>はY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の干渉にもかかわらず、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>とXの衝突をさけるため両親であるY<sub>2</sub>等と別居する方法をとり、Xとの生活の継続と建設のため〇〇市に赴くという様な努力もし、又〇〇市における生活環境の変化・住居の悪条件という様なことのため社会的経験に乏しく都会生活に不慣れなXが感情の安定をそこない、かつ加えて前記の如き性格であったためXが他の店員等と紛争を重ね立場上困難な事態におちいったものであったとはいえ、Xの感情的安定・ひいてはXとY<sub>1</sub>の夫婦仲のためや他の従業員とXとの衝突をなくし、Y<sub>1</sub>の立場を好転せしめるためにアパート等を捜す等して通常の住居を定め住居環境の安定を得る様前記Kからもすすめられたのにもかかわらず、みるべき努力もせず漫然放置したこと、特に事態に対する処置・打開方法に窮した結果Xとの離婚を決意したものではあっても、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の従前のすすめに従いX及び長男Aを全然身寄りも知人もない〇〇市の、しかも自己が無断職場放棄した前記販売管理所において単身〇〇市のY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>方に去り、その途中〇〇〇駅でXの父Aに宛『X危篤すぐ来い』との電報を打ち、Xがその実家に身を寄せていることを知っていたのにもかかわらず、自己は帰郷の翌日より家業に従事し平然配達等にも出ていながらX等を放置し、離婚の同意を求めるのも2ヶ月余を経てからというようなことは強く非難さるべきであり、かかる行為は悪意をもってXを遺棄したものである。そして、X及びY<sub>1</sub>の間の夫婦関係は前記の経緯並びに右の行為により完全に破綻を来したものであるということが出来るので、XのY<sub>1</sub>より悪意をもって遺棄されたとの事由よりY<sub>1</sub>との離婚を求める本訴請求は理由があるものというべきである。」と判示。

次いで民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い事由」があるかどうかについては、「Y<sub>1</sub>も又反訴において、婚姻を継続し難い重大な事由があるものとしてXとの離婚を求めている。そして、Y<sub>1</sub>とXとの婚姻が前記の事由により既に破綻していることは前記の通りであるが、夫婦間に婚姻を継続し難い重大な事由が存する場合においても、その原因が配偶者の一方にのみ存する場合又はその大部分が

その一方に存する様な場合には、その者から右を事由に相手方配偶者の意思に反して離婚を求めることはできないものではあるが（最高裁判所昭和27年2月19日・同28年11月5日・同29年12月14日判決参照）Y<sub>1</sub>及びX間の夫婦関係の破綻は前記の如く、その過半はY<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>・Y<sub>2</sub>の側に起因するものではあるが、Xの性格・言動による部分も又少くないものがあるので、単にその原因がY<sub>1</sub>の側にのみ存するもの、又はその大部分が存するものとはいうことが出来ず、加えてXも又Y<sub>1</sub>との婚姻生活の継続を断念し離婚を求めているものである。そこでY<sub>1</sub>よりの婚姻を継続し難い重大な事由があるものとしてXとの離婚を求める反訴請求も又理由があるものというべきである。」（下線筆者）

【28】判決は、妻Xからの、民法770条1項2号による「悪意の遺棄」に基づく離婚請求、夫Y<sub>1</sub>からの、民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」に基づく離婚請求のいずれも認められている点に特徴がある。また後者については、従来からの判例の立場に沿い、有責配偶者からの離婚請求にあたるかどうかに関して有責性の程度を考慮したうえで、X・Y<sub>1</sub>双方に同程度の有責性があるとみてこれを認めているようにもみえる。しかし、婚姻破綻の原因がY<sub>1</sub>側にのみ存するものではなく、またその大部分が存するものでもないとしている点からは、有責性の程度が同じであると考えていたというよりもむしろ、X自身も離婚を求めておりY<sub>1</sub>との婚姻を継続する意思がない点に重点を置いて離婚を認める判断を下しているのではないかと解される。もしそうだとすれば、本判決は、中川淳教授も指摘されるように、積極的破綻主義の立場を志向したものともとり得よう。というのも悪意の遺棄という婚姻破綻の原因を与えているY<sub>1</sub>からの離婚請求を一方で認めているからである。

こうして、一方配偶者の両親によるいわゆる“嫁いびり”の事情も加わっている本判決については、有責性の程度は同じであるとしてこの点を詮索することなく双方の離婚請求を認めた【12】判決や【13】判決とは一線を画す

るものと評し得よう。

**【29】 最判昭和41年12月22日（離婚等請求事件。裁判集民事85号809頁）**

【事案】 事実関係は不明。原審は、夫Xから妻Yに対する離婚請求は有責配偶者からの離婚請求にあたるとして許されないと判断。X上告。上告棄却。

【判旨】 「民法770条1項5号にいう『婚姻を継続し難い重大な事由』に当る事態を招いたことが、主として配偶者の一方の行為によって惹起されたと認められるときは、その者は相手方配偶者の意思に反して離婚の請求はできないと解するを相当とする。原判決（その引用する一審判決を含む。）の確定した事実関係のもとにおいては、本件婚姻関係の継続を困難ならしめた最大の原因は、Xが勤務の都合による場合もあったとはいえ必要以上に外泊することが多く、そのためただでさえ疑念を持つYに対して度を越して自己に女性関係があるかのような言動を重ねYの嫉妬心を昂じさせたことにあるのであって、両者の不和に伴うYのXに対する多少常軌を逸した言動も主としてXの右言動に基因するものと認められるから、Yの意思に反するXの本訴離婚の請求は許されないとした原審の判断は、前記説示に照らして是認できる。」（下線筆者）

【29】 判決の上告理由においては、外に情婦を作り同棲することにより婚姻破綻を生じさせたような場合に有責配偶者からの離婚請求であることを理由にこれを認めなかった二つの先例を引いたうえで、これらの事例と本件の事実関係とは全く異なっていると「有責配偶者からの離婚請求」の事例にはあたらないとの主張もみられたが、本判決は、従来からの判例法理にしたがい、前述のような具体的な背信行為・背徳行為に限らずその疑念を持たれるような言動についても婚姻破綻に関する有責性判断をおこなっているものである。

**【30】大阪地堺支判昭和42年2月13日（離婚等請求事件（本訴ならびに反訴）。判例時報490号70頁）**

【事案】(1) 妻X・夫Yは昭和35年10月13日に挙式、同年11月26日に婚姻の届出をした夫婦（なお、昭和37年8月13日に長男A出生）。XはYとの結婚話が持ち出された際、気乗りがせず強く反対したが、親兄弟その他周囲からの説得により結婚に踏み切ったものの、結婚してみると結婚前Y側から聞かされた話とは違って、Yの両親と同居をし、両親の世話をさせられ、ときには両親から日頃の行動につき嫌味を言われたりなどした。

(2) これまで肉親の愛情の下で自由な生活をし、他人との生活についての苦労を経験したことがなく、しかも利己的で気ままな性格のXは、これを苦ししその都度実家に帰っては親兄弟にY方の非を訴えたり、昭和36年6月頃Yの姉夫婦がY方の納屋において電気ミシン加工の事業を始めるとの話が持ち上がり、このことを知ったXは、これを不満に思い、早速実家に帰り、Yの両親との同居生活を続けることを拒み、Yの許に帰ろうとしなかったため、Yの勤務先の社長の仲介で、Yの父母の了解を得て、X・YはYの親とは別の場所に転居。しかし転居後間もなくXが妊娠し、経営者より退去を言い渡され、また賃料の値上げによる生活困難もあって、X・YはX方の実家の近隣の家屋を借り受け、そこに引っ越した。しかしXが異常妊娠をし病気も併発したため、同年8月13日入院。同日病院でAを分娩し、同月26日退院して実家に帰り産後の養生をすることになった。

(3) ところがYは、Xの入院前に勤務先会社の社宅が空いて使用が許されたため、その家屋に荷物を入れなければ入居の権利を失うとしてXの反対を押し切りX・Yの家財道具の一部を移したり、Xが実家で養生中Xの許に寄りつかず、Xから生活費の名目で月給全部を引き渡すよう求められたが、生活費を全然支給しなかった。またXは、YがXとの離婚を計画しているとの噂を耳にするに至り、入院中から冷淡になったYの態度から事態を憂慮し、大阪家庭裁判所堺支部へYを相手に婚姻関係調整（離婚）の調停を申し立てた。Xは復元の条件として、Yの給料全部を直接Xの許へ送り届けること等を主張したが、Yはこれに応じなかったため同年10月30日調停は不調に終わった。そして翌31日Xの母及び姉らはAをY方に送り届けた（現在XとYは互いに婚姻継続の意思はないものと認されている）。

このような状況の下で、XはYに対し民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」を理由として離婚の本訴請求をしたのに対し、YはXに対して民法770条1項2号の「悪意の遺棄」を理由として離婚、離婚による慰謝料や親権者の指定を求める反訴を提起。

【判旨】「事実が以上のとおりとすれば、本件X・Y間の婚姻関係が破綻しており、もはや両者の婚姻が継続し難い事情にあるものであることが認められるところ、右婚姻破綻の原因に対する責任の所在であるが、およそ夫婦は相互理解と信頼のもとに相和し、互に協力して家庭の円満を維持することに努めなければならないことはいうまでもなく、しかもその夫婦間の相和は、お互に足らざるところを補い、相手に対し寛容と互譲の精神があつてこそ、よくこれを保つことができるのである。ところが、X・Yらは互に愛情はもちろん情義に欠け、自らは互に勝手気儘な行為をして相手をいたわることなく、むしろ相手の不信を訴えるのみで、譲ることをしないため、互に感情の阻隔を来たし、結婚生活を維持する熱意を失い今日の婚姻破綻の事態を引起すに至ったものというべきであるから、これが原因とその責任はX・Y双方に存するものといわざるをえない。ところで婚姻関係破綻を原因とする離婚は、その請求者にのみ責任があるか、またはその責任が双方にある場合においても、請求者の惹起した責任が相手のそれより大なるときは離婚の請求を認めるべきでないが、その責任が双方にあり、しかもその程度に差異がないときは、離婚を認めるのが相当である。しかして前記X・Yの婚姻関係破綻に対する責任は両者同程度のもので解せられるので、右婚姻関係破綻を原因とするXの請求は結局正当であるので、これを認容しなければならない」（下線筆者）と判示。Yの「悪意の遺棄」による離婚請求は排斥。

【30】判決では、妻Xから民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」に基づく離婚請求の本訴が、夫Yからは民法770条1項2号の「悪意の遺棄」に基づく離婚請求の反訴が提起され、前者が認められているが、その際、双方に婚姻継続の意思が全くなく、婚姻破綻に対する有責性はX・Y双方にありそれが同程度認められ差異がないとして、Xの離婚請求が認め

られている。これは、「有責配偶者からの離婚請求」事例には、夫婦双方の有責性の有無・程度を比較考慮し、①有責性のある配偶者から有責性ゼロ（ただし、実際問題として他方配偶者の有責性がゼロなどという場合はほとんどないように思われる）の配偶者に対する離婚請求の場合はもちろん、②有責性の高い配偶者から有責性の低い配偶者に対する離婚請求の場合も含まれるのに対して、③有責性の低い配偶者から有責性の高い配偶者に対する離婚請求や、本判決のように、④有責性の程度が同じ配偶者からの離婚請求の場合には、結局のところ、無責配偶者からの離婚請求の場合に収斂させて判断しているとみられるこれまでの裁判例の傾向に沿って判断しているものと言えよう。

なお、本判決は、【29】判決同様、一方配偶者によるいわゆる“嫁いびり”の特徴がみられるケースであり、この点から相互の愛情や信頼に基づく夫婦間の協力義務・誠実義務・努力義務のようなものに言及する部分もあり興味深い。

**【31】福岡高判昭和42年7月19日**（離婚本訴、離婚並びに慰謝料反訴請求事件。民集23巻2号418頁。【27】判決の控訴審判決）

【事案】【27】判決の箇所参照。

【判旨】離婚請求については、【27】判決をそのまま引用し、Xの本訴離婚請求を退け、Yの反訴離婚請求を認容。

**【32】札幌高函館支判昭和43年1月30日**（離婚請求控訴事件。判例時報523号50頁）

【事案】(1) 夫Xと妻Yは昭和34年1月17日に婚姻した夫婦（昭和35年9月23日長男Aが出生）。Xは昭和33年1月28日頃からYと同棲し事実上の夫婦生活に入ったが、当時Xは修理工として勤務し、その給与月額約12,000円のほか時折Yの実家

から畳、建具、米などの仕送りを受けて共同生活を開始。同棲後約半年を経過した頃Yの兄Bの身上に関し同人宅での協議に出席するよう求められたXがこれを拒絶したことが発端となっていさかいとなり、その頃から両者間には意思の疎通を欠き、些細なことで口論が繰り返されるようになった。

(2) 昭和35年4月頃Xが勤務先社長の求めもあり、家計の逼迫を緩和するため修理工のほか販売員を兼ねるようになると、販売員は身持ちが悪いとの風評からこれに反対であったYとの間でこれが原因で口論が繰り返され、また結婚の際にYが持参した貯金通帳名義が旧姓のままであったのをXが迫ったことから口論となり、Xは家庭内の空気を嫌って夜遊びを重ねるようになった。その結果、両者間の溝は益々深まる一方で、さらにYは事あるごとに実家の援助を笠にきてXを軽視するようになり、Xもこれにこだわりを持つようになった。昭和36年3月頃テレビの選択をめぐる再び激しい口論となり、Yは激昂して長男Aを連れて実家に帰り10日あまり戻らなかった。その後食事の仕度をしないことも重なり益々悪化の一途を辿り、同年11月頃にはXが不在がちのYに対しお金を分りやすいところに置いておくよう注意したところ、Yは憤激して貯金通帳と現金3000円をXに投げつけるようなこともあった。

(3) 同年10月頃、両者の間で離婚を云々する事態に立ち至り、XからYの実家に対しその引き取り方を申し出たこともあり、昭和37年3月頃にはXがYに対し離婚届に捺印するよう求め、これに応じないYに対し外見上は夫婦でも中味は赤の他人などと申し渡すこともあり、以来性的交渉もほとんど断たれ、その間柄は益々険悪の度を深めていった。その間Yは些細なことに激昂して実家に帰還したまま家を留守にすることも多くなり、その期間が1週間ないし40日に及ぶこともあった。同年8月頃Yが自動車の運転練習にでかけるため、当時のXらの居宅に父Cが留守番として同居して以来、Yがこれを快しとしないためか、二人の間はさらに悪化の度を加え、翌9月18日早朝Cが小用で外出した際、YはCが按摩に行き長時間不在となるものと思い込み、猫の出入りを防ぐため開き戸に錠をかけたところ、立ち戻ったCは締め出されたと誤解してXの姉の嫁ぎ先に赴き不満を洩したことから、両者は激しい喧嘩口論となり、連絡によって駆けつけた家主らのとりなしで双方の感情を冷却させるため兄BがYを実家に連れ戻した。

(4) Yは自分が函館家庭裁判所に申し立てた夫婦関係調整の調停が同年11月22日不成立となるや、即日X方に存した自己の嫁入道具その他家財の大半を実家に運び去った。Yの母、兄、妹なども平素からYを軽んじ、Yの母は「頭がどうかしたのではないか、精神病院でみて貰え」などとあしらい、兄Bは「てめえ誰のお蔭で暮してられるんだ、どてっ腹に穴をあけてやる」などとXを口汚く罵り、妹らもYの実家を訪れたXに対し「酒も煙草ものまない女の腐ったような奴だ」などと悪口を浴せることもあり、Xはこれらにより著しく感情を傷つけられた（性格については、Xは小心、内気かつ気短かであり、しかも兎に角内心に思いをこもらせがちで決断力に乏しいのに対し、Yは気が強く極めて無口でその上細やかな愛情や行き届いた配慮に欠けるところがあり、また嫉妬心、猜疑心に富む性格であったと認定されている）。

(5) Yは同年11月のXとのいさかいは後は漁業を営む実家に同居し、その援助のもとに長男Aの養育にあたる傍ら、魚網修理工場に勤めて月給6000円位を得ていた。Xは昭和37年4月頃より自動車修理工場を独立経営し、Yが去った後約1年7ヵ月を経た昭和39年5月にD（当時27歳）を迎えて同棲生活を始め、Dとの間に同40年1月31日、同42年4月20日二人の女兒をもうけている。

(6) その間、昭和37年10月25日には、Yより夫婦関係調整の調停が申し立てられたが、同年11月22日不成立。同年11月29日Yより両者間の不和確執、Xの性病罹患等を理由に、離婚及び慰籍料並びに財産分与請求の訴えが提起され、数次にわたる口頭弁論及び和解期日が重ねられたが、昭和39年7月13日不成立。これはその後同年8月6日に取下げられた。さらにYの申請により同年12月4日Xの預金債権15万円余りに対する仮差押えがなされたが、昭和39年2月21日Yの申請により執行取消。昭和38年1月22日Yの申請によりX所有の動産（万力、コンプレッサー、洗濯機、箆笥などの機械工具及び家財等）に対する仮差押えがなされたが、翌昭和39年2月21日解放。同39年9月17日Yからなされた夫婦同居及び婚姻費用分担の審判申立てに対し、昭和42年3月22日、Xに対し同居並に同年4月以降同居するまで毎月15,000円ほかに33万9000円の支払いを命ずる審判が発せられたが、双方から抗告の申立てがあり、抗告審に係属中。Xより昭和39年11月27日離婚等の調停を申立てたが、成立するに至らず、同41年11月5日取下げにより終了。



そして昭和40年6月10日、XはYに対してYとの離婚を求める本訴を提起（なお、Aの親権者指定も請求）。原審ではXの請求は棄却されたが、本判決は原判決を取り消した。

【判旨】「……親族も含めた両者間の不和、係争の態様、推移の深刻さ、性格の相異等に徴するときはX、Y間の婚姻関係は遅くも……仮差押のなされた昭和38年1月下旬頃には破綻に瀕し、その回復の可能性は全く失われたものと断ぜざるを得ず、畢竟本件においては民法770条1項5号にいわゆる『婚姻を継続し難い重大な事由』が存するというべきであるから、Xの本件離婚の請求は正当として認容すべきである」と判示したうえで、「Xが昭和39年5月以降前記Dを迎えて同棲生活を続けていることは……、離婚の未確定の段階になされたものであることからいえば事情はともあれ軽卒の譏を免かれ得ないが、如上認定のとおりX、Y間の婚姻が実質的に破綻を来した後相当の期間経過後のことに属する以上、これを取上げてXの離婚請求を排斥することは許されないというほかない」（下線筆者）。

【32】判決は、婚姻破綻に至った原因（有責性）がいずれにあったかについては特に判示していないが、婚姻破綻後における夫XとDの同棲関係を有責性判断とは切り離して考え、有責行為と婚姻生活破綻との間の因果関係の存在を前提とした「有責配偶者からの離婚請求」事例に基本的には沿っているものと言うことができるが、その後における裁判例（これと同様の判断をする、【35】山形地判昭和45年11月10日、【36】最判昭和46年5月21日等へと繋がる）に与える影響を考えると、極めて重要な判断をおこなっていたものと言えるであろう<sup>(52)</sup>。しかし、いずれにせよ、本判決においても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

---

<sup>(52)</sup> なお、有責行為と婚姻破綻との因果関係の問題については、島津一郎編『注釈民法（21）親族（2）』（有斐閣、1966年）296頁以下〔阿部徹執筆〕や林良平「スイス民法142条2項と権利濫用」末川博先生古稀記念『権利の濫用下』（有斐閣、1962年）305頁以下等参照。

法命題（法諺）に抵触するかどうかが決め手とされていることは明らかである。

**【33】 山形地判昭和44年11月6日<sup>(53)</sup>（離婚および反訴請求事件。判例時報584号95頁）**

【事案】(1) 夫X・妻YはともにXの兄が経営するバーで働くうちに親しくなり、昭和36年12月頃から同居し内縁関係に入った。その後も、Yはバーのホステスを続け、長男Aを懐妊したため昭和39年12月28日に婚姻の届出をした（Aは昭和40年1月20日に出生）。YはAの出生後は仕事をやめて専ら子の養育にあたり、XはXの父が経営する寿司屋で働いていた。

(2) 昭和41年11月頃からX・Y夫婦はYの母の居宅の一部に居を移したが、この間X・Y間には格別の風波が立つこともなかった。ところがXは昭和42年12月頃、かつて中学、高校時代を通じてガールフレンドであり、その後Cと婚姻しその間に一女をもうけたが、その後離婚していた女性Bと交際を再開し、ただちに肉体関係を持つに至った。Xはその頃からBと連れ立って毎日のように山形市内を飲食して歩き、肉体関係を続け、そのため帰宅は連夜午前2時、3時となり、次第に家庭をうとんじ、Yとの夫婦関係も疎遠となり、Yに対する言動も少なくかつ粗暴化するに及んだ。しかし従前に比して変化したXの生活態度や言動から、Yは、Xに女性関係があるのではないかと疑念を抱くようになり、次第に躁うつ状態になり、口数も少なく日夜煩悶を続けていたが、女性関係に関する現実を耳にすることをおそれて、近親者等にその対策を相談する程度に止め、Xに対する詰問は差し控えていた。

(3) 昭和43年4月30日Xの働く寿司屋の従業員の花見の宴が催された際、酩酊したXは、寿司屋にXを迎えに来て帰宅をすすめるYに対し「どこに行こうとおれの勝手だ」と申し向けたまま他に外出したため、YはXを探すため夜の市内を歩き回ったが見つからず、翌5月1日午前3時頃に帰宅したところ、Xは同日午前2時頃に帰宅してすでに就寝していた。そこでYはXを起床させ、Bとの関係につ

---

<sup>(53)</sup> これについては、岩本軍平「判例研究」法政理論（新潟大学）3巻1号（1970年）128頁以下がある。

き詰問したところ、Xは、Bと昭和42年12月頃から肉体関係を継続している事実を告白し、さらにXから、Yとは離別しAは自分が引き取りたい旨表明され、X・Y間でしばらく別れ話の会話が交されたが、その際Yは自己が平素最もおそれていた事態を耳にしたことにより甚大な衝撃を受け、その結果極度の興奮状態に陥り、以後同日午前7時頃まで一睡もせず、悶々と枕に伏する間、Xに終始抱いていた愛情と尽していた貞節がXにより裏切られ、XがBの許に走ってYから去るものと考え、にわかには希望が失せ、世をはかなむところとなり、Xと別離するのであればむしろ死を選んだ方が至福であると思い、自殺を決意したが、自分の死後AはXとともにBの許でBの教育に委ねられることとなること、Bにはすでに先夫との間に一子があるため、BによりAが虐待を受けるものと考え、これを避けるためにはAも自分と死をともにした方がAにとっても幸福であると考え、Yは同日午前7時過ぎ頃、睡眠薬を飲ませて睡眠させ、同日午前9時頃自宅で就眠中のAの頸部に電気器具コードを巻いて窒息死させた（Yの自殺は未遂）。

(4) Yは、A殺害による殺人罪により懲役3年、執行猶予4年に処せられたが、自己の非を悔い、A殺害後健康にすぐれず、いまだXの不貞、自己の非行等による衝撃から立ち直ることができず、将来における生活の設計もできていない状況の中、Xから離婚の訴えを提起されたため、Yは離婚の反訴と慰謝料を求めて訴えを提起。Yの反訴のみ認容。

【判旨】「先づXとBとの肉体関係は、Yとの関係上、民法所定の離婚原因に値する不貞行為に該当することが明白である。他方Yの右殺害はその行為自体人倫に悖り、刑責も重く、その結果も重大であるからこれを原因としてXがYとの婚姻継続意思を喪失するに至るのもやむを得ないもので、従ってYの右行為のみみればYには一応Xとの婚姻を継続し難い重大な事由があるものと言うべきであり、斯様に本件は、Xの不貞行為と、Yの殺人行為とをそれぞれ切離し、各別に考察する限りX、Y双方に、それぞれ離婚の原因があることとなる。」「しかしながら、右認定の如くYはXからその不貞の事実の告白を聞くに及んで自己のXに対しても愛情を裏切られたものとして世をはかなみ自殺を図った後のAの幸福に思いを至した結果、右殺害行為に及んだものであり、その動機、原因は帰するところ、すべてXの不貞であるところ、不貞と愛児殺害とは一般的に結果のみ考察すると

その両者は程度において隔絶の差があるため、愛児殺害をもって不貞に対するは、その手段として、著しくその域をこえるものとの批難を免れないであろう。しかしながら、その目的はYの純粋な自殺と浅慮であるがAの将来を慮ったことにある上、具体的にはYにとり右不貞はその愛児を殺害するのやむなきに至らせる程度に、甚大な衝撃等、影響性をもつ重大なものであったものと言っても過言でなく、従って殺害行為が結果的に大であっても、これにより、原因である不貞を消去させるものでなく、反ってむしろ不貞をより先に、より大に批難して然りとするのが妥当である。斯様に右殺害行為をその原因であるXの不貞と相関的（Yの動機、衝撃等を含め）に考察すると、XとY双方に各別に存する前記離婚原因はそのうちXに存するそれがその破綻につき主位的なものであると認めるのが相当であり、斯様に自ら原因を作出した者において、それによる結果のみ止揚し、これを援用して自己の利に帰せしめようとする態度は、著しく信義則に反し、厳に許されるべき筋合のものではないと解すべきであるから、Xとの関係において、Yに存する右行為は、婚姻を継続し難い重大な事由（X主張の、Yに存するとする異状性格は認め得ない）とはなり得ず、反ってX一方に、離婚原因が存するものと言うべきである。従ってXの離婚請求は失当であり、Yのそれは理由がある。」  
（下線筆者）

この【33】判決は、妻Yによる幼児殺害や自殺未遂を理由とする夫Xからの離婚請求と、Xの不貞行為を理由とするYからの離婚請求（反訴）がなされた事案について、結果的に、前者については民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」がないのに対して後者についてはあるとして、前者の請求を退け後者の請求のみを認めている。

しかし客観的にみても婚姻が破綻しているうえ、両当事者に婚姻継続の意思はなく離婚の意思が明確に存在しているとみられる本件においては、果たしてそのような判断で妥当だったのかどうか若干の疑問が残るし、Xの不貞行為とYの幼児殺害・自殺未遂を単に「婚姻を継続し難い重大な事由」の該当性問題として各別に考察するだけでなく相関的に考察するとし、結果的に

Yの離婚原因のほうが破綻について主的なものであったと判断している点は、配偶者双方に婚姻破綻に対する有責性が存する場合におけるこれまでの裁判例の考え方に引きずられた判断方法であるように思われる。そもそもYによる幼児殺害・自殺未遂を破綻に対する帰責要素として考慮すること自体、逆にそれまではX・Y夫婦はなお破綻には至っていなかったという考えを前提にしていることを意味しよう。もしXの不貞行為によってX・Y間の破綻がすでに生じていたとすれば、Yによる幼児殺害や自殺未遂がX・Y夫婦にとって極めて深刻で重大な出来事であったとは言え、破綻との関係では帰責要素にはされ得ないはずである。すなわち、これらの出来事は破綻後の行為ということで、破綻に対する帰責要素としては考慮されるべき筋合いのものではないと言えそうだからである。このようにみえてくると、本判決については、幼児殺害や自殺未遂を破綻に対する帰責要素として考慮することは、破綻に至る過程での影響度（有責性）をみているという点で有責性の評価のし方に特徴があったと言わざるを得ないであろう<sup>(54)</sup>。

なお、本判決には、Yからの慰謝料請求について、YがXの不貞行為を感得しながらXに対し直接かつ早期にXの非を責め、反省を促すといった積極的行動に出ず、一途に幼児殺害や自殺を図ったというYの浅慮、軽率な態度も考慮に入れて判断している部分があるが、これは夫婦としての正常な夫婦関係への修復のための協力義務・扶助義務を果たすべきことを前提にしているとも評し得よう。Yの幼児殺害や自殺未遂がすべてXの不貞行為を契機としているとは言え、やはり夫婦間に要請される協力義務・扶助義務からは逸脱しているとみているということであろう。

---

<sup>(54)</sup> 以上につき、岩本「前掲判例研究」130頁以下、134頁等参照。

**[34] 名古屋地半田支判昭和45年8月26日**（離婚等請求並びに離婚等請求反訴事件。下民集21巻7～8号1252頁）

【**事案**】(1) 妻Xと夫Yは昭和30年7月頃同棲生活を開始し、昭和33年4月1日に婚姻の届出をした夫婦（二人の間には長男A（昭和33年2月4日生）、長女B（昭和34年12月19日生、ただし同日死亡）、次女C（昭和36年6月4日生）の三人の子が出生）。

(2) かねて妻子とともに居住しうどん屋を営んでいたYは、昭和30年5月頃、料亭で仲居をしていたXにうどん店の手伝いを懇請して雇い入れ、Xが店舗に住込み中、Xと同棲生活に入った（Yは妻とは同年10月31日に協議離婚）。YはXと結婚後の昭和30年10月頃うどん店を廃業して屋台による中華そば屋を開業。Xもこれに協力し夫婦そろって努力を重ねたうえ、収益の蓄積や店舗の売却代金等を元手に昭和32年11月土地を購入したり、昭和33年7月頃には当時賃借中の居宅も買い受けたりして蓄財に心掛けているうち、土地価格の高騰により、さらに売却代金をもとに昭和41年1月パチンコ店を購入し開業。ところが昭和42年に入り、YはDをパチンコ店従業員として稼働するようになってから事態は一変。

(3) すなわち、Yはパチンコ店を開業した当初はXが病弱のためもあって、店舗まで通勤していたが、新規の事業を軌道に乗せるため住居に帰宅せず、店舗で寝泊りするようになり、その頃Yの誘めによって従業員となった女性Dと親しくなり、特別の関係があるとの噂がしきりに流れる一方、このような状況を見聞するに至ったXは、Yに対し事の真偽を問い詰めたが、YはXのこのような態度を煩わしく思い立腹するだけで、Xの抱く疑惑、誤解、不安を氷解させる措置を何らとることなく、Xを疎んじ始め、昭和42年3月頃からX・Yの夫婦仲に亀裂が生じ、その間に些細なトラブルが絶えないようになり、同年6月に入ると、Yが自身の世帯道具をパチンコ店に運び込んだことから爾来X・Yは完全な別居生活に入った。

(4) 昭和42年6月頃にXがYと同居すべく、二児をともない家財道具を持ってYの住居に赴くと、Yより営業の妨害になるからと入居を拒否されてYと同居することもできず、さらに同年9月以降はYからの生活費や養育費の給付も全く途絶える（ただし、昭和42年12月に1万円だけは支給）。そこで、Xはやむなく事務員として勤務し、自己の収入でようやく親子三人の糊口を凌いでいる状況であった。

なお、昭和42年8月、XはYとの婚姻生活を諦め家庭裁判所に離婚の調停を申し立て、両者は離婚の点では合意したものの、財産分与の額につき意見の合致がみられなかったため調停不調。その間に、YはXと離婚する意思を固めるとともに、Dと情を通じ同棲生活を始めるようになった。

そしてXがYに対し離婚のほか子らの親権の指定や慰謝料を請求したのに対し、Yが離婚の反訴を提起。

【判旨】「前叙に認定した事実によると本件離婚の原因は専らYの責に帰すべき事由によるものというべきところ、およそ有責配偶者からの離婚の請求は許されないとすること判例であるから、Yの本件反訴請求は棄却するべきであると解されないこともない。しかしながら、有責配偶者からの離婚請求の許されない理由はかかる離婚請求が認められるとすれば、配偶者の一方が離婚原因に該当する行為に及んでおきながら、法の保護を受けて離婚することができるということになり、ひいては離婚を目的として不貞行為、悪意の遺棄等をする事まで容認する結果ともなり、婚姻秩序ないし離婚制度を著しく破壊することになるからである。従って、このような弊害のない場合、すなわち客観的にも結婚が破綻しているうえ、X・Yとも離婚意思のあることが明らかで、ただ離婚に伴う財産関係の処理の問題で訴訟になったような場合には、当事者の責任の有無にかかわらず、いずれからの離婚請求を認容してもなら支障はない。よって、XのYに対する本訴離婚の請求もYのXに対する反訴請求もともに認容すべきものとする。」（下線筆者）

この【34】判決は、夫Yの側に不貞行為や悪意の遺棄があり、民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」があることを認めながら、客観的に婚姻が破綻しX・Y双方の離婚意思が明確であることを理由に、妻Xの離婚本訴請求、Yの離婚反訴請求のいずれも認容している点で、【11】判決、【12】判決、【13】判決等と共通していると言える一方で、Xの側には非が全くないにもかかわらず同様の判断を下している点に特徴がある事例とすることができよう。有責配偶者からの離婚請求であっても客観的な婚姻破綻と当事者双方の固い離婚意思の前には後者が尊重されるというわけである。



さて、次にみる【35】山形地判昭和45年11月10日は、【32】判決と同様に婚姻関係の破綻後に生じた事情（他の女性との肉体関係）は有責配偶者からの離婚請求の妨げとはならないと解したものであるが、その後に登場する最高裁判決である【36】最判昭和46年5月21日へと繋がるものとして注目に値するものと位置づけることができよう。

これにより「有責配偶者からの離婚請求」事件においては有責行為と婚姻破綻との間に因果関係が存していることが必要であるとの判例法理が明確に確立された形となるわけである<sup>(55)</sup>。これに沿う形で婚姻関係の破綻前に不倫関係が開始されていたことを理由に離婚請求を認めなかった【48】東京高判昭和55年5月28日も登場している。まず【35】判決からみてみよう。

### 【35】山形地判昭和45年11月10日（離婚等請求事件。判例時報615号63頁）

【事案】(1) 夫Xと妻Yは、昭和25年春に見合いをし、同年11月16日に結婚式を挙げ、昭和26年1月9日に婚姻の届出をした夫婦（同年10月26日に長男A出生）。Yは女姉妹の長女であることから、XはYの許に婿入りしYの氏を称してはいたが、XはYの父B及び母Cとの間で養子縁組はしていない。

(2) 昭和26年12月からX・Y夫婦はYの両親と同居するようになったが、家計等一切はYの母Cが掌握。同居以後、世帯における平素の家事労働の多くはXが担当。しかしB・CはXが婿であることから、身を粉にして働くべきとの態度を示し、Xの家庭労働に対して正当な評価等その理解やねぎらいの態度は一切示したことがなかった。長男Aの出生祝いの際にも、Xはその開催日・内容等一切について事前の相談もなくB・Cの専行でおこなわれ、Xは祝事の場所にも参列できず、長男Aの命名もBの独断でおこなわれたりした。またB・Cは、Xに対しXの学歴やXの実家の資産状況について蔑視、軽視するような言動をとり、Xは徐々に

---

<sup>(55)</sup> 柳川俊一「後掲判例解説」261頁は、この点を捉えて「有責配偶者からの離婚請求は許されないという法理を、裏側から鮮明にしたもの」と評されている。



寂漠感を強め、これが昂じて次第にB・Cに対する信頼感を失っていった。B・Cの平素の言動はいずれもXを侮蔑、軽視し、XがYの夫たる地位をも無視するものであるとして、Xは昭和35年頃からB・C等との共同生活は維持できず、それから逃避したい思いを醸成した。

(3) 一方Yは、家庭内にあつては全般的に父母に密着、隷属し、それに絶対服従であつて、Xの妻としての自主性を欠き、Xに醸成された思いを認識せず、またXから、B・CらのXに対する言動やXの抱いた観念を告げても、これについてさしたる反応を示さず、間に立ってその調整を試みる態度もなく、なかば両親の側に与するかもしくは傍観者的な態度に終始。その結果Xは、YにはXの感情・立場を理解する能力がなく、Xの妻としての資質を欠くものとして次第に疎外感、孤独感、寂漠感を強め、Yとの婚姻継続の意思をも沮喪。昭和35年頃から麻雀、パチンコ遊びに耽るようになり、またB・Cの態度の変容を期待して同年9月に一時Yの許から去つたりした。Xの帰宅後、B・C及びYに、Xに対する態度につき、Xが期待したような顕著な変容がなかったため、Xは昭和37年頃、B・Cとの同居はもとより、Yとの婚姻を継続する意思も完全に喪失し、以後Yの許に帰らない意思で、同年6月にYの許を去り、以後Yと別居（Yとの婚姻を継続する意思は全くないと認定されている）。

以上のような状況の下、XはYに対し離婚等を請求。なお、Xは、Yの許を去つた約4年後の昭和41年秋頃から他の女性と肉体関係を生じ、昭和44年夏頃から同居し内縁関係にある。

【判旨】「(三) ……XとYの婚姻関係は、少なくとも昭和37年以降（別居時）、破綻に瀕しており、従つて婚姻を継続し難い、重大な事由が存するものと認定するのが相当であり、従つてXとY間には離婚原因がある」と判示したうえで、「夫婦間に離婚原因が存する場合、法律上、離婚が成立しない間、夫婦の一方が夫婦以外の者との情交関係を結ぶことは、夫婦の所謂守操義務に背反するものであることは言を俟たないところ、右1の事実の存在によりXは所謂有責配偶者（不貞行為があり、他に女性の存することが、Yとの婚姻意思喪失の原因を形成した者として）に該当し、その結果Xはその他の離婚原因（Yに存する）を理由としてYに対し離婚請求をすることは許さるべきではない、とされる余地がある。」「本件

につきこれを見るに、右1の関係は、……、少なくとも、昭和37年6月頃、確定的に生成した、XとY間の離婚原因に基づき派生した、その別居から4年経過後生じたものであることから考究すると、XとYとの婚姻関係は、右1の関係発生以前、既に破綻に瀕し、その旧復は不可能の状態（Xの意思も含めて）に陥っていたから、右1の関係の存否は、右婚姻関係につき、実質上、なんらの消長を及ぼしていないものと認めるのが相当である。」「……、右1の関係は、形式的に観察すると、一応右2の守操義務に反しているが、実質的に考察すると、XとY間の夫婦関係破綻の原因を形成せず、その要素となっているものとは言い難いから、Xは所謂有配偶者たる地位になく、従って右1の事実の存在は、右（三）の判断を左右するものではない。……、XとYは離婚するのが相当である。」（下線筆者）

【35】判決では、一方配偶者Yによる他方配偶者Xに対する直接的な帰責原因があつて民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」が存しているとされたというよりも、むしろYの両親によるXに対する常軌を逸した対応（いわゆる“婿いびり”）とそれに対するYの態度とが相まって婚姻の破綻が認定されているようにもみえ、Yによる協力義務・努力義務が十分に果たされていない事例としての特徴があるが、この点については、次の【36】最判昭和46年5月21日において同様の事情が見受けられ「婚姻を継続し難い重大な事由」の判断事例として興味深い。最高裁判決である【36】判決も、【35】判決同様、一方配偶者の両親によるいわゆる“婿いびり”のケースであり、夫婦間の協力義務・努力義務の具体的な内容がなお一層顕在化する事例であつたとみてよからう。

【36】最判昭和46年5月21日<sup>(56)</sup>（離婚及び離縁請求事件。民集25巻3号408頁、家庭裁判月報24巻1号36頁、判例時報633号64頁、判例タイムズ264号192頁、裁判集民事103号35頁）

**【事案】** (1) 夫Xと妻Yは昭和35年3月7日結婚式を挙げ、同日からYの両親であるA・B夫婦（質屋や貸衣装屋を営業）と同居して生活を開始。Xは同年4月18日にA・B夫婦と養子縁組の届出をすると同時に、Yとの婚姻の届出をした（昭和35年12月29日に長男誕生〔ただし、出生の届出は昭和36年1月1日〕）。しかし翌昭和36年1月8日にXはY方の家を飛び出し、以後Yらとは同居することなく今日に至っている。

(2) 短期間にこのような事態に立ち至った経緯は、要するに、結婚式当日のX方の親族の不穏当な言動を契機として、Yの両親A・Bが事あるごとにX方の親族を誹謗中傷するとともに、AがXに対して男色の行為を強要したりA・B夫婦がX・Yの夫婦生活にまで口出しをしたりして精神的な虐待を加え、Xの人格を無視したような重大な侮辱をおこなっていたこと、その一方で、Yも徐々に態度を変え、Xをあたかも番頭に対するような態度で接するようになり、時には命令的な態度をとり、Xとの婚姻を後悔するような紙片を書きつけたり人前でXに向けてXとの婚姻を後悔するような発言をしてXを侮辱したりして、A・B夫婦を含めたYとの間の不和はいっこうに改善せず、家庭和合のため調停も試みられたが、Yらの不誠実な対応で不調。このような状況の下、Xは昭和38年1月にYとの離婚を求めるとともに、A・B夫婦との離縁を求めて訴えを提起。ところで、その後昭和42年10月にXはCと知り合い同棲するようになり、昭和43年10月にはCとの間に女兒誕生。

第1審（宇都宮地足利支判昭和42年2月16日）は、Xの離婚請求も離縁請求も認容。第2審（東京高判昭和45年10月29日）では、Xが第1審判決の出る前から

<sup>56)</sup> これについては、国府剛「判例評釈」法律時報43巻12号（1971年）164頁以下、柳川俊一「判例解説」法曹時報23巻12号（1971年）261頁以下（同「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和46年度』（1972年）92頁以下所収）、中川淳「判例批評」民商法雑誌66巻2号（1972年）320頁以下、同「判例解説」法学セミナー195号（1972年）134頁、同「判例解説（家族法研究ノート74）」戸籍時報686号（2012年）82頁、久留都茂子「判例解説」別冊ジュリスト40号『家族法判例百選〔新版〕』（1973年）77～78頁（なお、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）77～78頁も参照）、浦本寛雄「判例解説」別冊ジュリスト66号『家族法判例百選〔第三版〕』（1980年）64～65頁、阿部徹「判例解説」ジュリスト増刊『民法の判例〔第三版〕』（1979年）227頁以下、同「判例解説」別冊法学教室『民法の基本判例（基本判例シリーズ2）』（1986年）203頁以下等がある。

Cと同棲生活を送っていることを捉えて、有責配偶者からの離婚請求ではないかが問題となったが、第2審は、「なお、……、Xはその後昭和42年10月頃Cなる女性と同棲し、夫婦同様の生活を送り、昭和43年10月18日同女との間に女兒を儲けたことが明らかであるが、右はYとの間の婚姻関係が完全に破綻してから後のことであり、YはXと融和しようとせず、Xを失望せしめ、自らかかる事態を招いたものというべきであるから、かかる他の女性との同棲の事実を以てXを問責することはできず、Xの本件離婚請求の正当性を否定するものとはなし難い」（下線筆者）と判示してXの請求を認容。Y上告。上告棄却。

【判旨】「原審が適法に確定した事実によれば、Xは、Yとの間の婚姻関係が完全に破綻した後において、訴外Cと同棲し、夫婦同様の生活を送り、その間に一児をもうけたというのである。右事実関係のもとにおいては、その同棲は、Xと右Yとの間の婚姻関係を破綻させる原因となったものではないから、これをもって本訴離婚請求を排斥すべき理由とすることはできない。右同棲が第一審継続中に生じたものであるとしても、別異に解すべき理由はない。右と同旨の原審の判断は正当として首肯することができる。」（下線筆者）

こうして【36】判決もまた、【32】判決、【35】判決と同じように<sup>(57)</sup>、有責行為と婚姻破綻との間の因果関係の存在を前提として離婚請求の可否を判断することを確認したが、その最初の最高裁判決ということになる。ここでは、婚姻期間の継続中に起こったすべての行為が有責性判断の対象となるものではないこと<sup>(58)</sup>、婚姻関係の完全な破綻後における他の女性との同棲関係については、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）は妥当し得ないことから、Xからの離婚

<sup>(57)</sup> なお、京都地判昭和28年11月11日下民集4巻11号1638頁、東京高判昭和36年3月29日家庭裁判月報16巻2号47頁、千葉地判昭和43年10月25日判例時報543号69頁等も参照。

<sup>(58)</sup> ただし、この点に関しては、積極的破綻主義の立場をとる中川「前掲判例批評」327～328頁、329頁を参照。

請求が認められたものと理解することができよう。積極的破綻主義の立場が有力に主張され始めた時期に出された最高裁判決ではあるが、本判決から積極的破綻主義へのハードルが低くなったと受け取ることはなお躊躇を覚える。なぜなら、いわゆる「有責配偶者からの離婚請求」事件について信義則・権利濫用の視点から有責行為と婚姻関係の破綻との関係を検討、判断している点において従来の裁判例の傾向とは基本的に変っていないとも評し得るからである<sup>(59)</sup>。

なお、先にも指摘したように、【36】判決においてもまた【35】判決におけると同様の、あるいは類似の事情が存すること、また、妻Yの、婿養子となった夫Xとの夫婦関係を良好にする努力、協力が著しく欠けているという事情が見受けられ、精神的、肉体的、経済的な結合体たる夫婦の協力義務・努力義務・扶助義務の有り様を窺い知れるものとして興味深い。



次に登場する【37】福岡地判昭和46年5月27日は、妻Xから離婚請求や財産分与請求等が、夫Yから離婚の反訴請求が提起された事案において、YがXに対し財産分与として経営する旅館の営業権を分与するよう命じられた点に特徴のある判決とされているが、一方配偶者の両親によるいわゆる“婿いびり”の事情もみられるケースであった。Xからの離婚の本訴請求を認め、有責性のあるYからの離婚の反訴請求を退けた点で、従来からの裁判例に一事例を加えたものと言える一方、【38】横浜地川崎支判昭和46年6月7日は、明確な離婚の意思の下で夫婦双方が離婚請求をおこなっているような場合において民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」がある以

<sup>(59)</sup>阿部「前掲判例解説」206頁は、「前出の三判決（【1】判決、【3】判決、【4】判決を指す。補足筆者）以後の判例の展開は、肯定説への歩み寄りとか『否定法理』の適用の緩和とかいうよりは、むしろ『否定法理』が精練されてきた過程と理解すべきであろう。判例の行きつくところ、理論上当然に『否定法理』の廃棄につながる、とはいえないだろうと思われる」とされている。

上離婚の請求に関してそれぞれの有責性の程度を詮索する必要はなく、ただ慰謝料や子の親権者の指定のためにのみこの点を問題とすれば足りるとし、離婚に関する限り従来からの裁判例（【6】判決、【11】判決、【12】判決、【13】判決など）と同様の判断を示したと言え、やはり一事例を加えたものにすぎないと言えよう。

また同じく、夫婦のいずれについて婚姻破綻の責任があるとは判断し難い事情によって婚姻生活が完全に破綻しているような場合についても、これまでと同様の判断を下す【39】東京高判昭和47年10月30日や【40】名古屋高判昭和47年10月31日が続いて登場する。前者の事案は、養子である夫Xの控えめな性格はあるものの、通常の嫁Yと舅A・姑Bとの関係が悪化したという不和程度のものでは済まされない“嫁いびり”のケースとも言えるものであった。後者の事案は、離婚の請求と同時に親権者の指定や養育費の請求、慰謝料や財産分与の請求がなされたものであるが、やはり【37】判決と近似した事情がみられる。

**【37】福岡地判昭和46年5月27日**（離婚等請求本訴、同反訴事件。判例時報644号75頁、判例タイムズ266号245頁）

**【事案】**(1) 妻Xと夫Yは昭和12年5月1日結婚式を挙げて同棲。同月25日に養子縁組・婚姻の届出をしたが、昭和21年6月12日に一旦協議離縁・離婚の届出をし別居したが、その後昭和22年12月頃に再び事実上の夫婦として同棲を始め、昭和23年8月5日Xの氏を称することとして再度婚姻の届出をした（X・Y夫婦には昭和13年4月30日に長女Aが、昭和17年1月13日に二女Bが、昭和23年10月19日に長男Cが出生。ただし、長女Aは昭和13年5月1日に死亡）。

(2) Yは、昭和33年春頃から、X及びB、Cと同居中、当時仲居をしていた女性Dと知り合い、同年9月頃に情交関係を結び、以降情交関係を重ねた挙げ句、昭和40年10月頃には家を出てDと同棲するに至った。その結果、XとYはそれ以来全く別居したままで現在に至っており、X・Y間の夫婦関係は、Yの情交関係の継

続（同棲）を原因として回復不可能な破綻に瀕していると認定されている。

このような状況の下で、Xは、Yの行為は民法770条1項1号所定の離婚原因である「配偶者に不貞な行為があったとき」にあたるとして離婚を求めるとともに慰謝料や財産分与を請求。これに対し、Yも離婚の反訴を提起。本判決は、Xからの離婚請求については認容。Yからの離婚の反訴請求については、Xには「婚姻を継続し難い重大な事由」にあたる事実はないとしたうえで、次のように判示してYからの離婚の反訴請求を退けている。

【判旨】「夫婦間の婚姻関係の継続を困難とならしめた原因が配偶者の一方のみの非行、たとえば不貞行為などによって惹起されたものである場合には、その者は、民法第770条第1項第5号によって離婚の請求をすることが許されないことは、多言を要しないところである。」「そうすると、YのXに対する離婚の請求は、理由がないから、これを棄却すべきである。」

**【38】 横浜地川崎支判昭和46年6月7日（離婚、慰謝料請求事件。判例時報678号77頁）**

【事案】夫Xは妻Yと昭和39年11月に婚姻し、Xの両親と同居（その間に二子をもっている）。Xの実家は従業員を雇って弁当の仕出屋を営むほか、農業にも従事し、Xはこの家業を承継予定。そのような家に嫁いだYは些細なことから二度ほどXの家を飛び出して実家に帰り、Xらの懇請によってようやく戻っても実家の家業や家事を手伝うこともなく、再び実家に帰った後、離婚調停を申立て等をし、Xとの婚姻生活を継続する意思が全くないことから、Xも離婚や慰謝料を請求。有責性に関しては、Xにはほとんど見当たらず、Yのほうにむしろ存在しているとの印象を受ける事案である。本判決は次のように判示してX・Y双方の離婚請求を認容。

【判旨】「X、Yはそれぞれ前記請求原因記載の事情により離婚を請求するところであるが、その原因事実がその主張の通り存在するか否は後記判断するとしても、いずれにしても当事者双方が離婚を求める以上は右の事実は夫々共に婚姻を継続し難い重大事由がありと認定されるから、原被告の離婚を求める各本訴請求は相

当であると認める。(尤もX、Yはそれぞれの離婚権に基いて離婚を請求するところ、訴の目的である婚姻関係は一個の法律関係にすぎないので各請求権に基く離婚の言渡をしない。)

この点につき有責配偶者には離婚請求権は認められないとの見解が一般に承認されているところであるが、その理由とするところは婚姻、離婚の倫理、法感情という心理的事由及びクリンバンド<sup>ママ</sup>権利濫用という法的事由と更には子の福祉離婚後の劣性に対する生活保障の不十分であるという社会的事由即ち婚姻に内在する友愛よりも制度という見解によるものであろう。しかしながら本件において原被告双方が離婚を認むという以上は劣性保護という見地からは有責配偶者だからとしてその離婚請求を拒否する理由はない。尤も離婚に伴う子の処置とか慰藉料財産分与内容において検討すればよい。」(下線筆者)

**【39】東京高判昭和47年10月30日<sup>(60)</sup>** (離婚請求控訴事件。判例時報685号96頁)

【事案】(1) 夫Xと妻Yは昭和36年4月5日結婚式を挙げ、同年7月25日にその届出をした夫婦。二人の間には昭和37年10月26日長女Cが出生。XはYとの婚姻関係は完全に破綻し回復の見込みがなくYとの婚姻を継続し難い重大な事由があると主張して離婚を請求。結果的にXの請求は認容されているが、これに至るまでの経緯は以下のとおりである。

(2) X(昭和6年8月31日生)は、昭和10年3月29日に叔父であるA・B夫婦と養子縁組の届出をし、爾来同人らに養育された。XとYは昭和35年6月25日に見合いをし、前記のとおり婚姻し、爾来A・B夫婦と同居し、Yは家業の農業、養蚕を手伝っていたが、昭和38年7月6日X・Y夫婦はA・B夫婦と別居(第一回目の別居)。その後、昭和39年1月初旬別居をやめて、再びA・B夫婦と同居。昭和39年4月Bが手術のため入院することとなったが、その頃実家を出ていたYは、同年7月頃にXを相手方として同居を求める調停を長野家庭裁判所に申し立てる一方、Xもその頃同裁判所にYに対し離婚を求める調停を申し立て、この二つの事件は同時に進められたが、同年9月頃どちらも不調に終わった。同年10月には

---

<sup>(60)</sup>これについては、岩本軍平「判例研究」法政理論(新潟大学)5巻2号(1973年)131頁以下がある。



Xの実家等で養育されていたCを手許に引き取った。

(3) その後、昭和40年1月1日Bが死亡し、同年6月頃YはXの許に戻り、以来再びX及びAと同居。昭和41年4月、XはYとともに再び単身のAと別居し、さらに同年8月6日にはXはAと協議のうえ養子縁組の離縁をした。ところがその後同年12月25日にXはYの許を去りAと同居（第二回目の別居）。Xは、Yの請求により昭和42年10月頃からYにCの扶養料（当初1ヵ月1万円、その後1万5000円となる。）を支払い始め、昭和43年4月3日には再びYとの離婚を求める調停の申立てをした。一方、YはXが去った後、仕事に就き、Cとともに生活している。現在、XとYの間では、扶養料を支払ったり、税金等についての事務的な話をしたり、Cに与える品物を托したりする以外に、特段の交流はない。

(4) 本判決は、第一回目の別居、第二回目の別居については、XがA・B夫婦の養子であること、もともと消極的な性格であったことなどから、YがBにより激しく働くよう強いられたり、Aによりしばしばみだらな言動に及ばれたりしても、Xが自身の養親であるA・Bに対して強硬に申入れをするなどのこともせず、はかばかしい処置もとってはもらえなかったことが大きな原因とされ、これによって、XとYは婚姻生活を維持することがもはや不可能な状況にあると認定されたうえで、次のとおり判示。

【判旨】「……、XとYとの婚姻関係は、一方的にXだけを責めることはできない（換言すれば、XとYといずれの責任とも断定しがたい）事情により、もはや全く破綻して回復の見込がない状態にあるものというべきであって、すなわち、Xにとって、Yと婚姻を継続し難い重大な事由があるものというべきである。」「以上の説示によれば、Yに対し離婚を求めるXの請求は理由があるから、これを認容すべきものである。」（下線筆者）

【39】 判決の事案においては、養親であるA・B夫婦が妻Yに対して辛くあたり、夫XはYとの婚姻関係の円満な維持のために全く努力をしなかったわけではなかった。XとA・B夫婦とは養親子の関係にあり、またXの消極的な性格のほか、Yの勝ち気な性格や虚言癖も相まって、XとYとの婚姻

関係が良好に回復できなかったという側面も否定できない。このような事情から、婚姻を継続し難い重大な事由に立ち至った原因が、XとYのいずれにあるかは断定することができないとされている。この点は、婚姻を継続し難い重大な事由に至った責任を特に詮索する必要はないと判断した一連の裁判例（【12】判決、【13】判決、【17】判決等）とも相通じるものがある。

**【40】名古屋高判昭和47年10月31日（離婚請求控訴事件および反訴請求事件。判例時報694号66頁）**

【事案】妻Yは、昭和31年1月に酒類販売業の跡取り息子である夫Xと婚姻以来、Xの実家でXの父や弟妹と同居しながら生活をしてきたが、同居親族との感情問題から、長男の出生を機に自身の実家に帰り戻らなかった。その後昭和38年2月、X・Y夫婦はXの叔母の家に長男とともにYの父や弟妹らと別居して生活するようになったが、Xは同年10月、家業を継ぐためYの理解を得ることなく実家へと戻り、その後、家業の跡継ぎも諦め転居して会社勤務をしている。一方Yは、その後約10年間長男とともに二人で生活し、現在に至っている。このような状況の下、Xは民法770条1項5号に基づく離婚や長男の親権者の指定を求めて訴えを提起。

第1審（名古屋地一宮支判昭和44年4月9日）はXの離婚請求を認めたが、親権者はYと指定。Yは控訴するとともに、過去の子の扶養料や慰謝料、財産分与を求めて反訴を提起。控訴審判決である本判決では、慰謝料請求に関して次のような判示がある。

【判旨】「Yは予備的反訴としてXに対し財産分与および慰養料の請求をするので検討する。YとXの夫婦が性格的な不調和に加えて互に円満な夫婦共同生活を築く努力に欠けた結果、現在においては双方共夫婦としての相互的愛情や信頼を喪失して婚姻関係が破綻に陥り、しかも、その破綻の原因がいずれによるかについては一概に決め難く、その有責の程度はほとんど同一と考えられ、従って、YとXとは離婚するのが相当であって、Xの本訴離婚請求が正当として認容さるべきことは前（原判決の）認定のとおりである。してみると、離婚関係の破綻がYお

よびX双方の責によって生じ、その責のいずれを重いとすることができないのであるから、YにおいてXに対し離婚するのやむなきに至らしめた不法行為者としての責を問うことはできないものというべきである。従ってYの予備的反訴請求中Xに対し慰養料の支払を求める部分は失当であるといわねばならない。」（下線筆者）

**【41】東京高判昭和52年2月28日<sup>(61)</sup>（離婚請求控訴及び反訴離婚請求事件。判例時報852号70頁、判例タイムズ364号240頁）**

【事案】(1) 夫Xと妻Yは昭和38年10月23日に結婚式を挙げ、翌39年6月5日に婚姻届をした夫婦（X・Y間には子はいない）。Xは昭和42年2月末から同年6月まで及び同年10月から同年12月までの二回渡欧したが、いずれのときも留守中のYのための生活費を準備せず、送金もしなかったため、Yは生活費を捻出するため交響楽団で働いたり、Yの父からの援助を受けたりして生活を維持していた。

(2) またXは、昭和43年4月フランスに向け出発し、同年6月頃帰国したが、その帰国の日にXの父を介して、Yに対して離婚を申し渡してYとの同居を拒否し、その代わりとして、Yのために家を借り約2年間Yをそこに住居させ、当初はその家賃をXの父が支払っていたが、途中からXが支払うようになった。

(3) Yは昭和45年から四国女子短期大学及び徳島大学の音楽教師として勤務し、生活を維持する一方、Xは昭和48年8月頃フィンランドの女性と同棲し、その間に一子をもうけ現在に至っている。

このような状況の下、Xは、昭和43年7月以降Yとの婚姻関係は破綻し、その後8年3ヶ月にわたる長期の別居が続いており婚姻生活を再建することはもはや期待できない状況にあるから、民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」があるなどと主張して、Yに対して離婚を請求。

第1審（東京地判昭和48年12月21日）はXの請求棄却。そこでXは控訴し、Y

---

<sup>(61)</sup>これについては、舟橋定之＝横山秀憲「判例解説」判例タイムズ367号『昭和52年度主要民事判例解説』（1978年）138頁以下がある。本判例解説には、いわゆる「有責配偶者からの離婚請求」の否認法理が徐々に緩和され適用場面を限定していくこれまでに登場、集積した裁判例の傾向分析があり、非常に参考となる。

も悪意の遺棄を理由に離婚や慰謝料を求めて反訴を提起。控訴審である本判決は、Xの本訴離婚請求、Yの離婚反訴請求について以下のとおり判示している。

【判旨】「Xのいう昭和43年7月ころといえば、ちょうどXがフランスから帰国し、別居するようになったころであるが、しかし右別居はXがその父を介して一方的に申し渡したためのものであって、正当な理由に基づくものではなく、しかもその当時までは、当事者双方が従来の態度を反省し、相互に努力するならば、将来再び円満な婚姻関係を回復することが十分可能であったことは、原判決がする判示するとおりであるから、X及びYの婚姻関係は、昭和43年7月当時既に破綻していたとまでは認め難い。」「またYが音楽教師として働く能力を有することは、Xのいうとおりではあるが、しかしXの渡欧中はもとより、その後においても、当事者間においてYがその能力を活用して自活することの話し合ができていたことの証拠はなく、Yが暫く交響楽団で働いたのも、Xがその渡欧中、Yのための生活費の準備がなく、送金もなかったため、やむをえずアルバイトとしてしたことであるから、このことのゆえにYに生活扶助の必要がなかったものということとはできない。」「そうすると、Xには不貞行為があり、また何ら正当な事由なく、Yを同居せしめず、生活扶助の義務を履行しなかったのであるから、Xは悪意をもってYを遺棄したものとすべきである。従って右事由に基づくYのXに対する離婚の反訴請求は理由がある。」「一方Xの離婚請求について考えるに、婚姻破綻の主たる責任がXにあること右に述べたとおりである以上、本来Xの右離婚請求は棄却されるべきであるが、しかし右認定の諸事情を総合判断すると、X及びYの婚姻関係は事実上既に破綻して、再建の見込は殆んどなく、しかもY自らも、その事情はどうであれ、離婚を求めているのであるから、ことここにいたった責任は、主としてXにあるとはいえ、婚姻を継続し難い重大な事由あるものとして離婚を求めるXの本訴請求も、結局正当としてこれを認容すべきである。」(下線筆者)

この【41】判決は、夫Xには婚姻破綻前の不貞行為（なお、【36】判決参照）や同居、生活扶助の義務違反による悪意の遺棄があったとして、妻Yの反訴離婚請求には理由があるとしたうえで、Xからの本訴離婚請求について

は、婚姻関係の破綻原因が主としてXにあることから本来棄却されるべきものではあるが、Yの側に明確な離婚意思があることから、結局、Xの本訴離婚請求も認めている。これは、有責配偶者からの離婚請求の場面で、良好な婚姻生活を回復する見込みがもはや期待できない場合において破綻した原因がXにもっぱらまたは主としてあるようなときでも、Yにも“明確な離婚意思”があることから認められたものであり、【13】判決、【20】判決、【34】判決等においてすでに承認されていたところである。したがって本判決は、これにその一例を加えたものと言える。

もっとも、本判決については、さらに、①X・Y夫婦の間には子がなかったこと、②結果的にXにも自己の生活を維持していけるだけの経済力があつたこと、③Yにもすでに別の女性との生活があり子までもうけている、といった事情も考慮されており、この点は看過すべきではなかろう<sup>(62)</sup>。そうであるとする、**「有責配偶者からの離婚請求」**を認めないとする場面はさらに限定される傾向をみせ始めているということにもなる。そうしてこの場面での信義則判断は、客観的な婚姻破綻とさらに当事者の“明確な離婚意思”の存在によって大きく後退していると言えるわけである。



さて、その後登場した【42】東京高判昭和52年8月30日は、婚姻の破綻について主として有責性のある夫からの離婚請求であるにもかかわらずこれを認容したものと注目し得よう。というのも、これまでに、婚姻の破綻を惹起するにつき主として責任のある配偶者からの離婚請求は許されないとする判例法理が確立されていたが、さらに【18】判決等によって「婚姻関係が破綻した場合においても、その破綻につきもっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえないものと解するのを相当」と解され承認されてきた見解が、ここではさらに緩和されていると言うことができ

---

<sup>(62)</sup> 舟橋＝横山「前掲判例解説」140頁参照。

そうだからである。果たしてその理由は何だったのだろうか、またその背景には何があったのだろうか。

**【42】 東京高判昭和52年 8 月30日**（離婚等本訴請求、同上反訴請求控訴事件。判例時報872号85頁）

**【事案】**(1) 夫Xと妻Yとは戦後間もなくして知り合い、昭和36年頃から同棲。当時Xには妻Aと三人の子があり、Aとは昭和42年 8 月18日調停によって離婚。しかしXとYとの新しい結婚生活も、前記調停により、前妻Aに対し、Xが財産分与として自身の居宅を贈与したほか、Yと連帯して三人の子供の養育費を向う3年間にわたり毎月2万円ずつ支払うこととなっていたために、当初から極めて厳しい状況にあった。

(2) Xは旧制の高等工業を卒業した電気関係の専門家であるが、Yと同棲後も、約九か所に及ぶ職場を転々とし、一か所での仕事が長続きしなかった。またXは、Yが長男を妊娠していた昭和43年末頃から、仕事で出張するとか、会社に泊るとかいて、外泊が多くなり、昭和46年末頃は、Yの留守中にテーブルの上に給料を置き、20日以上も帰ってこないことが少なくなく、その間かつてXの下で働いていた女性Bと交際を続け、Yが長男出産のために入院したり、昭和46年 4 月約3週間にわたり単身ヨーロッパ旅行に出掛けた留守中に、BがXの許に出入りしていた。

(3) 他方Yも、Xと同棲するようになってから、それまで勤めていた市役所を辞め、Xの勤務先が変わる都度、Xについて浦和、石巻、川崎、横浜、東京と移り住み、長男が生後僅か3日で死亡し、後に子供が出来なかったこともあって、①昭和43年 1 月頃パートタイマーとして勤めに出るようになってからは、家の事を構わず、またXの外泊が多かったためもあって、帰宅が遅く夜の8時、9時は普通に、12時を過ぎるときも稀ではなく、②殊に昭和46年前半Xが糖尿病で入院したり、退院して自宅療養を続けていたときも、勤めにかこつけてXの面倒をほとんどみなかった。そうしたことから、XとYとは、昭和44年 8 月18日婚姻届を出して正式に夫婦とはなったが、すでにその頃から夫婦仲は冷たくなり、相互不信の念が抜

き難しく、夜遅く帰って来ても互いに相手にその訳さえ聞かないといった有り様で、家庭内には些細なことで争いが絶えず、果ては、XがYに対し「お前のためにおれの家庭は目茶苦茶になった」とか、「貴様の顔など見たくもない」、「俺の方から出て行ってやる」、「他に家を借りているから、お前とは一緒に暮らさない」等と暴言を浴びせたり、Yの髪の毛をつかんでひきずる等の暴行に及び、その騒ぎで鏡台の鏡が割れたこともあった。このような状態が続いている中で、③Yは、Xの勤務先に電話をして、Xがそれまでも会社に泊まっていなかった事実を確かめ、また、Bの住んでいるアパートを訪ねて、XがBと交際している事実を突き止め、さらに、④XがYの留守中に自宅の電話、暖房器、ガス器具、ヒューズ等を取り外し、自身の荷物を整理している事実に直面するに及び、Xとの結婚生活に見切りをつけ、身の回り品や預金通帳等を持ち出し、昭和47年2月14日ついに家出を執行し、爾来Xとの別居を続けて今日に至っている。

以上のような状況の中で、XはYに対し離婚を請求。原判決（東京地判昭和51年7月22日）がXの請求を棄却したので、Xが控訴するとともに、Yも離婚の請求、慰謝料や財産分与を求めて反訴を提起。本判決は、離婚の請求について以下のように判示。

【判旨】「…右認定事実によれば、XとYとの婚姻関係は、現在では完全に破綻し、結婚の実を挙げうる共同生活の回復は、もはや望むべくもなく、かかる状態は、まさに、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るとき』にあたるというべきである。」「もっとも、破綻の原因は、主としてXの責に帰すべき事情に由来するものではあるが、およそ婚姻関係破綻の経緯が極めて複雑微妙であることは、みやすいところであるから、右の事態を招来するに至った責任のすべてをXのみに帰せしめることは酷に失し、Yの愛情の喪失と結婚生活に対する非協力的な態度も婚姻関係破綻の一因をなしていることは、推認に難くないところである。それ故XにおいてYとの離婚を求める本訴請求を有責配偶者の離婚請求として否定し去ることは、相当でないというべきである。」（下線筆者）

本判決は、【19】判決等によって定立された「婚姻関係が破綻した場合においても、もっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求を

なしえない」という判断枠組みを維持しながらも、しかし本件における妻Y側の具体的な事情をも考慮に入れて、主たる有責性のある配偶者Xからの離婚請求を最終的には認める結果となっている。

そもそも、個々の夫婦にはそれぞれに複雑かつ微妙な関係の機微が存在し、しかも破綻した婚姻関係については一方の配偶者にのみすべての責任があり他方の配偶者には一切責任がないということは現実には考えにくいことからすると、婚姻破綻の惹起につきいずれが主として原因を与えた者であるかどうかの判断は容易でなく極めて難しい事柄であろう。本件におけるY側の具体的な事情は、【事案】中の①から④の事実と考えられるが、これらはYのXに対する愛情の喪失、婚姻生活に対する非協力的な態度ととれなくもなく、これらもまた婚姻生活の破綻の一因をなしているものと推認されても致し方のない事案であったとすることができよう。ともすれば、婚姻破綻の契機となった事情（不貞行為や悪意の遺棄等）が、有責配偶者からの離婚請求の可否の判断の決め手となるのではないかとの理解をしがちであるが、本判決は、破綻するに至った婚姻生活の全体を眺め、その有責性の程度を考慮、判断していくという解釈手法を採ることを示したものと評することができよう。

次の【43】名古屋高判昭和52年9月13日も、婚姻生活の破綻につきもっぱらまたは主として原因を与えた当事者は自ら離婚の請求をなし得ないという判断枠組みを堅持しつつ、有責性のある配偶者からの離婚請求の可否を判断しているが、その際、婚姻破綻の契機となった事情（不貞行為や悪意の遺棄等）だけでなく、ここでもまた婚姻破綻に至った当該夫婦の婚姻生活の全体を眺めて、有責配偶者からの離婚請求の可否を判断していくという姿勢が見受けられ興味深い。

【19】判決等により示された「婚姻関係が破綻した場合においても、もっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえない」という判断枠組みを堅持して判断を下す【44】仙台高判昭和53年9月19日がそ



の後も続く。先にも触れたとおり、個々の夫婦にはそれぞれに複雑かつ微妙な関係の機微があり、それに基づき婚姻関係が破綻に至る経緯もまたそれぞれに極めて複雑かつ微妙なものと容易に推測できるが、【44】判決もこのあたりの事情を詳細かつ慎重に考慮して判断していることが窺える。

【1】判決のような「踏んだり蹴ったり」、「不徳義勝手気儘」といった道義的に強く非難するような評価までには至っていないものの、しかし【19】判決の示した判断枠組みは堅持しつつも【1】判決のベースにある道徳的、倫理的な残滓はなお消え去ることなく引き継がれているようにもみえる。

**【43】名古屋高判昭和52年9月13日<sup>(63)</sup>**（離婚請求控訴、婚姻無効確認請求附帯控訴事件。判例時報887号87頁）

【事案】(1) 妻Xは昭和45年8月末頃夫Yと見合いをし、その2週間後には婚約が成立。同年12月20日に挙式し、新婚旅行から帰った後名古屋市内で事実上の夫婦としての生活を開始。

(2) しかし当初より、日常生活の些細なことでYが文句を言うことなどから、夫婦仲は必ずしもしっくりいかなかったが、Xはそれでも正式な夫婦になるべく同年12月末にXは婚姻届に自身の署名捺印をし、これをYに早く届け出るよう頼んでおいたが、Yはその後もいっこうにその届出をせず、また、Yは勤務先から帰宅するやXに「男と歩いていた」、「男が訪れた」などと言ってはXを責め口論することなどにより、Xを不快に陥れることが度重なり、XはYのかかる言動や生活態度からYに対して夫としての愛情を感じず、その性格とも相まって、X自身も次第に嫌気がさすようになり、昭和46年1月半ば頃にはYとの結婚生活に希望を失うようになった。

(3) その頃、かつての会社の同僚で現在松山在住の独身男性Aと年賀状を契機に手紙のやり取りをし、密かに文通や電話を重ね、自身の悩みを打ち明けているうち

---

<sup>(63)</sup> これについては、太田武男「判例評釈」判例評論242号（1979年）24頁以下（判例時報916号）がある。本判例評釈にも、これまでの裁判例の傾向分析がなされており（27頁）、参考になる。

に、Aから「Xが今の生活を辛抱できないなら、一日も早く当地に来るのを待っている。仕事の日当てもある。Xのために全力で努力するつもりである」との手紙が届いたため、婚姻届がまだ出されていないことを確認したうえで、Yとの結婚生活を解消するつもりで小荷物をA宛に発送し、衣類等の手荷物をまとめ、誰にも告げず書き置きもせずに家出し、松山に三泊四日したが、Xの父の知るところとなり、同年3月1日頃Xは自身の実家に連れ戻され、その際Yとも会ったが、婚姻解消の話し合いをすることもなく、当分そのままXの実家に滞在することになった。

(4) その後Xは、双方の両親や仲人らの話し合いの結果、当分の間冷却期間としてXがYの両親のもとで生活するのがよかろうということになって、同年3月30日から約2週間ほどYの両親の家に滞在し家事の手伝いなどをしていたが、Yはその間全くXのいる実家を訪れようともせず、夫婦としての改めての話し合いも持たれなかったため、Xは再びXの実家に戻ってXの両親とともに生活。

(5) その後間もなく、同居して婚姻生活をやり直す意思がないということから、XがYに対し結納金の返還やその他の経費の賠償等の支払いを条件に一旦は離婚の合意が成立したが、後日のXの荷物の引き取りの際にYがそれを拒絶するというトラブルが生じ、前記合意は結局履行されず、そのまま1年余りが経過。その後二回にわたり申し立てられた離婚の調停も高額な慰謝料をYが要求するなどしたため不調に終わり、またYがXの同居を求めて申し立てられた夫婦関係調整の調停も不調に終わり、話し合いによる解決がつかなかったため、Xが離婚訴訟を提起。なお、Xの署名捺印のある婚姻届は、Xの家出前にYも署名捺印のうえYの父親がXが家出先から戻った日に届け出されている。

第1審判決（名古屋地豊橋支判昭和51年4月13日）は、Xの離婚請求を認容。Yが控訴するとともに、Xは主目的請求として婚姻の無効確認を、予備的請求として離婚を求めて附帯控訴。本判決は、婚姻の無効確認については、婚姻届の届出当時XにはYと婚姻する意思が全くなかったとは言えないとして婚姻の届出を有効と判断したうえで、Xからの離婚請求について以下のとおり判示。

【判旨】「…右の事実関係と前項認定の諸事情並びに弁論の全趣旨を総合考慮すると、昭和45年12月20日の挙式によって始まったXとYの夫婦関係は、翌昭和46年

3月1日の婚姻届出以前の内縁の段階において、Xの家出により破綻を招来し、右の届出による法律上の婚姻成立後は夫婦として同居したことは全くなく、互いに復縁するについて積極的に話し合いをし、努力をした事実もなく、単にその婚姻解消のための談合、調停、訴訟等にいたずらに年月を費しているだけであって、もとよりそれぞれに夫婦としての愛情や信頼は今や全くなく、特にYは、他の男性を頼って家出したXを憎しみ、未練も愛情のかけらもないのに、意地だけでXの離婚の要求を拒否しているに過ぎないことが推断され、その婚姻関係は完全に破綻し、形骸化して、回復しがたい事情にあると認めるのほかない。」

「しかして、右のような事情にあるXとYとの関係は、民法770条1項5号所定の婚姻を継続しがたい重大な事由がある場合に該当するといふべきところ、Yは、不貞行為等の有責者であるXが離婚の請求をすることは許されない旨主張するので、この点について考察する。」「…、なるほどXの家出は、内縁の夫婦として同居中のYを裏切り、独身の男性を頼って無断出奔したものであって、その行為は同居義務違反、悪意の遺棄に該り、しかも右家出が前記婚姻関係の破綻、形骸化の直接の原因をなしている点において、Xに有責者としての責めがあることも明らかである。しかし、①Xの有責性は右限度にとどまり、それ以上にYが主張するような不貞行為があったと認めるに足りる証拠はない。のみならず、②Xの家出は、これもさきに認定したとおり、結婚後2か月余りの間の夫婦生活におけるYの無理解、非常識な言動、夫らしい愛情の欠如等に原因、由来していることも明らかであって、Yにも一半の責任があり、その家出自体の外形的行動だけをとらえて、前記破綻、形骸化の責任がひとりXのみにあるということとはできない。」

「そして、右のようなXの有責性の度合と態様のほか、③別居中の話し合いでYも一度は婚姻に同意し、のちにそれを覆えて現在に至っていること、④調停中に提示した損害賠償の要求も常識に合わない高額なものであって、離婚拒否の態度に首肯しがたいものがあり、前述のようにXに対する憎しみと意地だけでその拒否を続けていることが窺えることなど各般の事情を併せ勘案すると、Xの前記有責性を本件離婚請求の障碍とするのは妥当でなく、これを許すのが相当であり、従って、Xの予備的請求（離婚）は理由がある。」（丸番号・下線筆者）

この【43】判決は、離婚請求をしている妻Xの有責性を認めながらも、Xから夫Yに対する離婚請求を認めている。これは、Xの有責行為が不貞行為ではなく同居義務違反や悪意の遺棄であること、一方のYの有責性のある行為としては【判旨】中の①から④までの事実が考慮されていることによるものと思われる。すなわち、Xの行為とこれらを比較衡量した場合、民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」に対する有責性の程度はX・Y双方に同じようにみられ甲乙つけ難いものと解されたからではなかろうか<sup>64)</sup>。Xの家出が、Yの夫婦生活における無理解、非常識とも言える言動、夫としての愛情の欠如といったものに起因し、こちらのほうがX・Y夫婦の婚姻生活の破綻に大きく寄与しており、それにもかかわらずXから婚姻解消を求められるや、単なるXに対する憎しみや意地だけでその拒否を続けているにすぎないと受け取られたものであり、最終的に離婚が認められても致し方のないものと言えるであろう。

そしてここでの信義則判断は、夫婦の婚姻生活上の義務のレベルにおいてはその違反の種類・態様・程度等として問題とされているとともに、婚姻破綻に対する有責性のレベルにおいての寄与度の問題についてもなされているものと言えよう。

**【44】 仙台高判昭和53年9月19日（離婚請求控訴事件。判例タイムズ380号153頁）**

【事案】(1) 夫X（昭和8年8月26日札幌市生まれ）は北海道大学を卒業し昭和32年A社に入社。一方の妻Y（昭和10年9月2日北海道夕張生まれ）は札幌市内の私立女子高校を卒業後、札幌市内のデパートで店員をしていた。XはA社札幌支店勤務当時Yと知り合い交際を続けるうち、やがて相思相愛の間柄となった。XはYに結婚を申し込んだが、その頃YはXの女性関係を知り、一度はこれを断ろうとしたが、Xの熱意に動かされてこれを受け入れ、昭和36年10月7日結婚（同

<sup>64)</sup> なお、本件における有責性判断の要因と「有責配偶者からの離婚請求」の限定的な否認との細かな対応については、太田「前掲判例評釈」28頁を参照。

年10月17日届出)。

(2) XとYは結婚後しばらくの間はXの実家の近所に部屋を借り、XはA社札幌支店に勤め、Yは家事に従事。Xは間もなく他から200万円ほどの金員の融通を得て札幌市郊外に建売住宅（敷地約70坪）を購入してそこに新居を構え、昭和37年7月9日に長男B（生後間もなく死亡）、昭和38年9月22日に長女C出生。

(3) Xは潔癖かつ自尊心の強い独善的、独断的な性格で、Yとの結婚生活についても、自らがYに比し知識、経験ともに優れているものと自負して、その生活万般にわたり決定権は自らにあり、Yは自己の意見、方針を素直に受け入れ、事を処理すべきものと考えていた。現実の結婚生活に入って早々、Yから格別の理由なくして夫婦関係を拒まれ、あるいは信仰上の問題で違和感を感じると、必ずしもYが自己の意見、方針にそのまま服しようとしなないことが重なるにつれ、自分の描いていた理想の姿との距離を感じてYとの結婚生活に失望を味わった。しかしYは特に自己主張の強い性格の持ち主でなく、どちらかと言えば平凡な女性であって、あくまで自説を押し通すというわけではなく、一応自己の見解を述べはするものの、最後はXの意見にしたがっていた（事実Xはプロテスタント信者であり、Yはカソリック信者であり、信仰を異にしていたが、YはXの言にしたがい、結婚に際してはプロテスタントの教会で挙式したし、カソリックの秘蹟である幼児洗礼を見合わせたりなどしている）。

(4) ところでXは、A社に入社以来組合に所属し、昭和37年7月頃には組合札幌支部執行委員長に就任するなど熱心な組合活動を続けていたが、YはXの組合活動を喜ばず、かえってXの母とともにXに対し組合活動への深入りを避けるよう勧めたりしたので、XはYが自己の組合活動についての理解がないとして不満を持った。しかしXのこのような組合活動への積極的態度も、ただXの将来を案じてのものにすぎず、Yも組合主催の座談会に出席するなど全く無理解、無関心であったわけではない。

(5) 昭和39年6月XはA社広島営業所勤務を命ぜられ、同年7月3日家族とともに広島に着任。従前に比してXの帰宅が遅く、これが度重なったことなどから、Yは次第に夫の行動に不審を抱き、ときには不快の感情を顕にし、あるいはその行状を問い詰めたりした。一方XはXで、このようなYの態度に接しこれを不憚に

思うより嫌悪の念が先立って、Yは自己の職務に対する理解がないもの、自己の行動への信頼を欠くものと、Yが一層疎ましいものに思われた。

(6) Xは昭和41年6月A社大阪支店に転勤。その頃Yはふとした機会にXが密かに避妊用具を所持していることを知り、内心穏やかならぬ気持ちを抱いていたところ、昭和42年1月3日夜Xから夫婦関係を求められた際Yがこれを拒否したため、Xは立腹の余り、Yとの夫婦関係を絶つ決心をし、爾来Yに対し一度なりとも夫婦関係を求めたことはなかった。Yはかかる夫の仕打ちを平然と受けとめたわけではなく、夫の気持ちを和らげるべく自らXを誘ったこともあったが、Xは頑なにこれを拒否。その後はYも諦め、あえて自らXを誘うことはしなかった。

(7) その後XはA社バンコク支店勤務を命ぜられ、昭和44年10月単身赴任。Xは初め外地にY・Cを迎えることには乗り気ではなかったが、Yが極力同居を望んだため、これを受け入れることとし、Yらが渡来するにあたっては予め行き届いた指示を与えていた。そして昭和45年1月25日YはCを連れて現地に着いたが、それも束の間同年2月7日、Xは突然原因不明の高熱を発して倒れ、入院して手当てを受けたが、依然高熱は去らなかつたため、急遽東京の慈恵医大病院に運ばれ、同年5月末頃まで入院。この間YはXの重篤な症状が続く間寝食を忘れて看病し、Xが慈恵医大病院に入院するに際しても夫に付き添って帰国し、Cを東京都内のXの兄夫婦の許に預け、自らはほとんどXの病床に付き添ってその看病にあたった。その後Xの病状は快方に向かったため、YはCを現地の小学校に入学させるべく、Cとともにバンコクに戻り、異国でひたすらXの早期回復を祈りつつ、その帰りを待ちわびていた。Xはようやく病状が回復したため、同年5月バンコクに戻ったが、間もなくA社霞ヶ関営業所に配置換えとなり、同年6月家族で帰国。

(8) このようにしてXは昭和45年6月から東京で勤務。これより先XはCの情緒教育上必要であるとしてエレクトーンを購入していたが、その頃YがCにピアノのレッスンを始めさせたことでひどく感情を害した。しかしエレクトーンは、XがYに対し一言の相談もなく購入したものである一方、YはCの希望と将来エレクトーンを奏するにしてもピアノが基本であるとの教師の助言にしたがったまでのことであって他意はなかった。

(9) Xは東京勤務の頃からYとの離婚を考えるようになり、双方の親戚を交えてY

との間で数回にわたり離婚問題を話し合った。しかしいっこうに話し合いは進展せず、A社仙台支店に赴任して間もない昭和46年11月、Yを相手方として仙台家庭裁判所に離婚調停を申立て。これに対しYはあくまで離婚に応じず調停は不調。Xはなおも離婚調停を繰り返し申し立て、昭和48年1月に別居の調停が成立。そこで、その頃Xは一人社宅を出て仙台市内のアパートに一室を借り受け、そこに寝起きを始め、Yに対しては調停条項にしたがい婚姻費用として毎月5万5000円（6月、12月ボーナス期に3万円及び4万円。）を現在まで支払っているが、その後両者間の往来は全くない。

(10) 別居後Xはかねて面識のあった女性Dに近づき、本件訴訟係属中の昭和50年8月腸炎を患い仙台市内の労災病院に入院した際には、この事実をYには知らせず、Dの看病を受けるまでの親密な間柄となり、その頃Dと肉体関係を結んだ。昭和52年3月、Xが再び東京勤務を命ぜられた際にも、DはXの後を追ひ、Xの住居に近い姉夫婦の許に居を移し、兩名間には肉体関係が継続。XはYとの離婚後の結婚対象としてDを考えている。

以上のような状況の下で、XはYに対して離婚を請求。第1審がこれを認容したので、Yが控訴。本判決は以下のとおり判示して原判決を取り消し、Xによる離婚請求を棄却。

【判旨】「まずXが本訴係属中、Dと肉体関係を結ぶ以前の段階においては、なるほどXとYとの婚姻生活はきわめて憂慮すべき状態にあったことは否めないが、その原因は、もっぱらあるいは少なくとも主にXの独善的、かつ独断的な性格に負うもので、もしXが謙虚に省みてその原因が奈辺にあるかを見極め、その非なる処を改めるに吝かでなければ、兩名が再び円満な婚姻生活に復する余地も決してなかったわけではないと思われ、いまだ婚姻関係が破綻状態に達していたものとは断ぜられなかったのであるし、仮にこれが破綻していたものとしても、その破綻の原因は右のとおりひっ竟Xの前記性格によるもの、換言すればXはいわば自分好みの配偶者像をYに期待する余り、これに親まないYに対して失望、不満を抱き、これが昂じての不和にほかならない。Yはむしろ平凡な女性であり、妻として格別の落度はなく、概ねXの意に添うべく、努めて来たもので、特にYに破綻の責を負わせることはできない。その破綻の原因はもっぱらあるいは少なくとも

主にXが負うべきものである。」「しかしてXとDとの関係が生じた現段階においては、YはともかくXにはYに対する愛情の片鱗すら窺えず、もはやYと再び円満な婚姻生活を送る意思は全く失っているものというべく、両名の婚姻関係はすでに破綻状態にあり、しかもその原因はXの女性関係にあるものといわなければならない。いずれにせよその破綻の原因は、もっぱらあるいは少なくとも主にXにある。」「なるほど愛情のない形ばかりの夫婦を残すことは無意味であり、ある意味では有害な結果を招くかも知れない。しかしもし本件のような場合にまで有責配偶者からの離婚請求を認めることは、その一方的な主張を認め、いわばその我儘を許すことになるし、他方さして落度のない妻からその座を奪うこととなり是認できない。やはり婚姻関係の破綻につき、もっぱらあるいは主として責任のある配偶者からの離婚請求は認めない（最判昭和38年6月7日。家庭裁判月報15巻8号55頁参照）との立場は堅持されなければならない。」「それ故本件は、民法第770条第1項第5号にいう『婚姻を継続し難い重大な事由』に該当しないものと解するのが相当である。」（下線筆者）

この【44】判決も、「婚姻関係が破綻した場合においても、もっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえない」という判断枠組みに基づき、有責配偶者からの離婚請求は認められないとする立場を堅持したうえで、最終的に民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」にはあたらないと判断しているが、積極的破綻主義、あるいは従来からの裁判例の傾向に照らすと、この点には若干の疑問が残る。



この時期、有責行為と婚姻破綻との間における因果関係の問題と有責性の程度についての検討、判断が同時に問題となった【45】鹿兒島地判昭和54年2月28日も登場し始めている。すなわち、有責行為と婚姻破綻との間の因果関係の問題については、この問題に関する【32】判決や【35】判決といった下級審裁判例もすでに存在していたが、さらに最高裁判決である【36】判決



の登場によって「有責配偶者からの離婚請求」事件において因果関係の存在が当然に前提とされるべきとする判例法理が確立されていたわけであるが、このような場面において、さらに有責性の程度を比較衡量して離婚請求の可否を判断するという問題が重なったケースが、この【45】判決ということになろう。夫Xと元の勤務先の同僚だった女性Aとの関係は婚姻破綻後のものであり、婚姻破綻に対する有責性の程度もXよりもむしろ妻Yのほうが大きいと判断してXからの離婚請求が認められている。

ちなみに、夫婦間の有責性の程度の比較衡量は、すでに【5】判決、【10】判決、【18】判決、【23】判決によって確立された判例法理に沿ったものである。

**【45】鹿兒島地判昭和54年2月28日（離婚請求事件。判例時報940号106頁）**

【事案】(1) 夫Xと妻Yは昭和34年4月に結婚式を挙げ、同年5月に婚姻の届出をした夫婦（爾来鹿兒島市において同居し、昭和35年10月に長男、昭和39年9月に次男が誕生）。

(2) 婚姻当初は鹿兒島市に所在のYの実家近くにアパートを借りて居住。昭和37年頃、土建業を営んでいたYの実家に移り住んでYの両親と同居を開始。昭和40年頃、Yの両親が旧居を売却し旅館を買い取って旅館業を開始。そこでX家族もこれにともなって旅館に同居し、Xは鹿兒島県内の協同組合に勤務する傍ら、Yは旅館業を手伝い、Xも時間があればこれを手伝ったりしていたが、昭和43、4年頃には、Yの姉の一家も名古屋から鹿兒島に帰ってさらに前記旅館に同居するようになり、XはYの親、きょうだいに遠慮して酒の燗付けや皿の後片付けなどをしながら、Yが旅館業の手伝いにかかりきりになっていたため、子供やXの面倒見を疎かにすることに不満を昂じさせていた。その間Xは鹿兒島市に新居を建てたが、この新居はYがXを差し置いて自分の両親と相談のうえ旅館の客が鹿兒島市に出張した際に使用させると決めたため、すぐにはX家族はこれに転居できず、一時的に転居してもすぐYが実家の手伝いに帰ったため空家同然となり、Xはこ

れについても内心不満を募らせていた。

(3) Xは勤務先の同僚である女性Aが婚姻適齢期にあり、見合いの写真を預りこれを自宅の箆笥の上に置いておいたところ、Yの不興を買っていたが、これに近接する昭和45年10月頃、Aに編んでもらった腹巻を体に着けているのをYに見咎められ、喧嘩の末10日ばかり家出。さらにその頃、職場の帰りにAと鹿児島市内の城山に登り通常の帰宅時間より遅く帰宅したのをYに激しく責められた。一方Yは、前記腹巻をみるや憤激してこれをXから剥ぎ取り鋏で切断し、深夜にもかかわらずA宅に電話をして抗議し、翌日Aを呼び出して切断した腹巻を突き返し、Xとの仲を糺し、爾来Xの帰宅が遅いと言ってはA宅やXの職場に電話を繰り返す、はては何度となくA宅やXの職場に赴き、あるいはAの帰路を呼び止めてAやその母に対し嫌味を述べ、Xの上司等に告げ口をしたりした。Aはそのため職場に留まることができず、ついに昭和46年6月頃、Xに相談することなく退職し、同年10月頃、いとこを頼って高槻市に出た。Xも職場の空気に耐えられず同月頃退職。持ち合わせた金のほぼすべてとも言える退職金約100万円をYに渡して単身大阪に出て、同年12月頃より、豊中市にある会社に勤務したが、Yがこの会社に、Xが他の女性と同棲しているなどと電話をしたため、Xは会社に居づらくなり、結局昭和47年4月頃、この会社も退職。その間XはAが高槻市に居住していることを知り、同年3月Aを尋ね、同年4月上旬にAが両親にともなわれて鹿児島に帰った後も毎日のようにAに対し上阪を促す電話をかけたり、手紙を送ったりした。A自身Xからの電話や手紙に接し、一方では鹿児島に帰って勤めに出ていたものの、Yから依然として嫌味の電話をかけられたりしたため、同年7月頃、ついに意を決してXのもとに上阪。Xもこれを迎えて四条畷市において同棲。その後尼崎市に転居。昭和48年5月にはAとの間に一子をもうけた。

(4) その間YはXの父に相談したのみで、Xに無断でX名義の家及びその敷地につき、Yや子供らに対する所有権移転登記を経由。これによってXには自分の体以外何の資産も残っていないが、XはYに前記不動産の返還を求める気はなかった。XはYとその後電話あるいは親族を交えて離婚の話し合いを持ったが、Yは子供らの就職、結婚について戸籍上父が必要だと言ってXの話に応じないが、XはYのもとに帰る意思などは全くなく、子供らに送金したり手紙を送ることもしなかつ

た。Yも口先ではともかく、実際にはXとの婚姻生活を改善し持続しようという真摯な意思を有してはいなかった。

以上のような状況の下、XはYに対して離婚及び子らの親権者の指定を求めて訴えを提起。本判決は以下のとおり判示してXからの離婚請求を認めた（子らの親権者はYと指定）。

【判旨】「Xは、昭和46年10月ごろ、Aが高槻市に出たことに動かされ、もはやYとの婚姻関係に見切りをつけ、Yのもとには帰らない決意で、大阪に出たものであるが、そのころ、Xには、Aとの関係を含めて、婚姻関係破綻の因をなす積極的事実は何もなかったと言わなければならない。もちろんAとの関係に軽率な面があったのは言うまでもないが、右関係が、その当時、それ以上に不貞行為に該当し、或はYとの婚姻関係を危殆に導くおそれあるものであったとは考えられない。Aとの関係はYにおいて妻の両親、きょうだいの中で窮屈な思いをしているXの訴えを少しでも本気でとらえ、〔新居〕での一家だけの暮らしに踏み切らないまでも、自己の実家における生活態度をいくらかでもX寄りに変えてやっておれば、それだけで時とともに薄れて行く記憶をなすにすぎないものであったとも考えられるのに、Yは、その口達者ではげしい勝気な性格故に、自己の落ち度を十分自省することができず、おそらくは又近親者ばかりの中で生活している一種の安易さから、人を責めるに急であって、事実以上にXとAとの関係を邪推し、あまりにも過剰に反応し、異常な攻撃的態度に徹して、遂にXとの婚姻関係を破綻に陥れ、且つはXとAとをして決定的な決意に基く同棲生活へと追いやったものである。一方婚姻関係を破綻せしめたX側の消極的事実として、Yとはおよそ対照的な無口で内向的で気の弱いXの性格が考えられるけれども、これは右破綻の主因をなすものではない。右のように、現在、XはAと同棲し、その間に一子をなしたものであるが、それ以前においてすでに婚姻関係は破綻しており、それについてはXよりもYの方により多くの有責事由が存在する。」「それ故Yとの間に婚姻を継続し難い重大な事由があるとしてYとの離婚を求めるXの本訴請求は正当としてこれを認容すべ〔き〕」と判示（下線・〔 〕 補足筆者）。

前述のとおり、【45】判決においてもまた、夫X、妻Y双方の有責性の程

度の比較検討がなされているわけであるが、そこには当該夫婦の性格（Xは無口で内向的で気の弱いのに対し、Yは口達者で激しい気性、勝気な性格、さらには自己の落ち度を十分自省できず、物事を邪推し、また過剰に反応して異常に攻撃的態度をとる）はもちろんのこと、特に夫婦の置かれている生活環境をも考慮に入れて判断されている点に特徴がある。すなわち、Xは協同組合に勤務しながらYの実家の家業（旅館業）も手伝いつつ、Yの両親や姉妹との同居生活を送り、また子育てもこなしている中で、YのXに対する態度には夫婦間における協力・扶助義務の十分な履践がなされていたとはいえない側面があり、この結果、X・Y間の婚姻関係の破綻が惹き起こされたものとみているものと思われる。したがってここでは、Xからの離婚請求について信義則の視点からの道徳的、倫理的な非難可能性はほとんど見当たらなかったものと言ってよからう。

**[46] 東京高判昭和54年6月21(11)日<sup>(65)</sup>**（離婚請求控訴事件。東京高裁（民事）判決時報30巻6号152頁、判例時報937号39頁、判例タイムズ395号63頁）

**[事案]** (1) 夫Xと妻Yとは昭和33年11月21日に婚姻の届出をした夫婦。Y（昭和9年1月6日生まれ）は昭和31年3月、桐朋音楽短期大学教育養成部を卒業後、東京大学消費生活協同組合に勤務。同年秋頃、東京大学文学部独文学科に在学中であった年下のX（昭和10年6月19日生まれ）と知り合い交際するようになり、昭和32年11月に婚約。

(2) Xは昭和33年3月東京大学を卒業し、同年4月優秀な成績で朝日新聞社に入社、札幌支局に勤務するようになったが、もともと卑俗なものを嫌悪し、高い水準の知的生活を希望し、平凡な家庭生活には魅力を感じていなかったものであって、Xとは全く対照的に、知的なものに対するあこがれ、欲求の度合いが低く、平凡、

---

<sup>(65)</sup> 本判決の判決年月日については、LEX/DBでは判例時報、東京高裁（民事）判決時報と同じように昭和54年6月21日の日付けで、LLI判例秘書では判例タイムズと同じ昭和54年6月11日の日付けでヒットし、いずれが正確な判決年月日であるかは確認できなかった。

平和な家庭生活に満足する傾向にあったYとは生活観、人生観上隔絶があり、結婚前の交際を通じて漠然とながらこれを察知してYとの結婚に不安、躊躇を感じ、同年6月、手紙で婚約解消をYに申し入れたところ、YはXの尊敬する恩師の勧めもあって札幌に赴き、Xに会って再考を懇願し、Xは憔悴したYの様子に心を動かされて翻意した、という経緯があった。結局X・Yは同年10月19日結婚式を挙げ、札幌で結婚生活を開始。同年11月21日に婚姻の届出をし、夫婦の間に昭和35年12月30日長男Aが誕生。

(3) 昭和33年10月末札幌における結婚生活が始まってから一週間後、結婚の挨拶回りにYが着ていくコートのことで意見が対立し口論になったとき、突然、Yは顔を紅潮させて失神、その状態が約1時間続く発作を起こした。同年12月8日、XはYを北海道大学医学部附属病院精神科神経科で受診させたところ、同科の担当教授から前記発作はヒステリーに基づくものとの診断を受けた。その後も昭和36年春、横浜に転住するまでの間、YはXとの口論などの際、約八回、前記と同様の失神状態（失神時間は短い時で数時間、長い間で10数時間）に陥り、また一回は体が動かないと訴えて数日間も床につき、前記大学病院神経科の他の医師の往診を受けたほか、さらにもう一回前記教授の診察を受けたことがある。

(4) 昭和33年10月から昭和36年春までの札幌在住中、Xの勤務は極めて多忙で、Yと夕食を共にすることは月に一回くらいしかなく、平凡な家庭生活に反撥を感じるXは神経質かつ気難しい夫として振る舞うことが多かったので、Yは知人の少ない土地で孤独の日々を送り、特に昭和35年12月30日長男Aを生んでからはAの養育に熱中し、このようなYの家庭的な生活態度はXの鬱鬱を買い、Xがこのことを批判してYと口論したり、またYとの結婚に失望したような口ぶりで別居や離婚をほのめかすと、Yはヒステリー性発作を起こすほか、致死量には至らないが比較的少量の睡眠薬を飲むという事件も一回あったので、Xは次第にYとの実のある対話を避けるようになり、それとともに、育児その他の家事についてもかく、Xが希望するような古典音楽の鑑賞や読書にあまり興味を示さず、双方の教養を高めるような会話の相手となりえず、家事に専念するばかりで、結婚前に危惧したような生活観、人生観上の隔絶がますます明らかになっていくYに対するXの不満は増大し、このような傾向は昭和36年春のXの転勤により札幌から

横浜に転居した後も続いた。

(5) 横浜転居後もYはXとの口論時にヒステリー性発作で失神することが数回あり、またXの目には狂言自殺未遂と映るような行動も一回あり、Xが昭和38年4月東京本社に勤務するようになった頃には、Xからみて低級と思われる趣味に甘んじ、内容のある会話の相手とはなりえず、深刻な話になると発作を起しがちで、不愉快なときにXに当る代わりにAに辛く当ることもあったYとの結婚生活に絶望し離婚することを決意し、同年6月頃、遊びに行くように言ってYとAをYの実家に帰した後、手紙で別れざるを得ない旨Yに通告したので、驚いてYが帰宅したところ、Xは二人の荷物をより分けている有り様であり、Yも冷却期間を置くためには暫定的別居もやむを得ないと一旦は考え、同年7月1日、Aを連れて実家に帰ったものの、やはり別居はよくないと考え直し、同年同月14日、母に連れられてAともども再びXの許に帰ったが、Xに追い返され、同年秋にはYは家具、家庭用品の一部を引き取り、以来現在まで別居状態が続いている。

(6) 昭和39年4月、XはYに対し離婚調停(第一回)を申し立て、3年有りにわたって調停がおこなわれたが、Xが前記のような生活観、人生観上の隔絶、いわゆる性格の不一致を理由に離婚を強く求めたのに対し、YはXに対する愛情を披瀝して離婚に応じなかったため、昭和42年9月調停は不調に終わった。これによって最終的にはYは離婚に応ずるであろうとの予想が裏切られ、また勤務先(朝日新聞社東京本社)にまでYが電話をかけてくることさえ嫌っていたXは、同年同月末頃朝日新聞社を退職し、終生帰国しない決意で出国し、昭和45年11月、前記決意を翻して帰国するまでの間、主として西ドイツ(当時)方面で海外生活を送った。

(7) 帰国後、Xは昭和47年秋から昭和48年2月頃までの間、神経症に冒され、慶応義塾大学病院に通院治療を受けたが、その間も弁護士に委任してYと離婚交渉を続け、昭和48年二回目の離婚調停を申し立てたが、間もなく不調になり、昭和48年11月7日本件離婚訴訟を提起。

第1審判決(東京地判昭和51年10月22日)は、Xによる離婚請求を棄却。X控訴。本判決は以下のように判示して原判決を取り消し、Xの離婚請求を認容(なお、親権者の指定についてはYとする旨判示)。

**【判旨】** まず、X・Y間の婚姻関係の破綻については、前記の事実関係を総合考

慮して、「たとえYが真実Xに対する愛情を失っていないとしても、XとY間の婚姻は、Xが本件離婚訴訟を提起した昭和48年11月7日当時においてすでに、それが正常なものに回復することを期待することが困難な程形骸化し、完全に破綻しているといわざるをえない」と判示。

そのうえで、Yによる、かりに婚姻が破綻しているとしても、それはもっぱらまたは主としてXの有責行為に基づくものであるとの主張については、「XはYとの婚姻が完全に回復困難な程破綻したのちである昭和50年、関西において某女性と知合い、昭和52年1月以降、これと夫婦同様の生活を営んでいることが認められるが、婚姻破綻後の右事実をもってXを破綻についての有責配偶者と目しえないことというまでもない。（最高裁判所昭和46年5月21日第二小法廷判決民集25巻3号408頁参照）」とし、「ほかに婚姻破綻の唯一または主たる原因となるようなXの重大な有責行為を認めるに足る証拠はない」、「すなわち…、Xは心優しく、人情深い面をもつと同時に、気位高く、神経質で気難しく、好き嫌いの激しい人物であることが認められるから、札幌、横浜両在住時代を通じて、X同様神経質であり（このことは前記認定のように前後10数回に亘ってヒステリー性発作を起した事実から推測される。）、また多少Xに対し劣等感を抱いていたと思われるふしがある（このことは前記認定の両者の年齢、学歴、生活観の相違から推測される。）Yが、Xとの共同生活において相当の緊張を余儀なくされ、また心労を重ねたであろうことは容易に想像され（…）、これら緊張、心労がYのヒステリー性発作の誘因となり、ひいては夫婦間の対話の欠如の遠因となったことは否定し難いから、因果を遡れば、Xの前記人格的傾向、性格を指して婚姻破綻の一原因といえなくもない。」「しかしもともと破綻した夫婦の一方が持つある種の人格的傾向、性格が破綻原因になったとしても、そのような性格などの保有それ自体を指して有責行為ということとはできないから、Xが前記のような性格などの持ち主であることそれ自体だけをここで問題とすることは妥当でない。」「尤も、夫婦は協力して円満な結婚生活を営むための努力をなすべきであり、そのような結婚生活の実現を阻害するような性格はできるだけ自ら抑制すべきであるところ、…、XはYとの共同生活中むしろ自己中心的で、前記自己の性格を抑制してYに協調しようとは左程努めていなかったことが認められ、このようなXの生活態度が婚姻関係破綻

の一原因となったこと、またこの点についてはXに責任があることも否定し難い。」「しかし他方、知的水準の高い生活を望む男性を夫にもった妻は（このような夫の希望自体は勿論不当なものではないから）自己の知性を高めるためできるだけの努力をなすのが夫婦の相互協力義務に合致するところであるが、…、YはXとの共同生活中左程このような努力をしていないことが認められ、このYの生活態度とあわせ考えると前記Xの生活態度を婚姻関係破綻の主な原因とみることはできない。」「またYが札幌、横浜におけるXとの共同生活中、前後10数回に亘ってヒステリー性発作を起したことは前記認定のとおりであり…、右発作による失神状態はYの元来の性格傾向と環境要因を総合し心因性に発呈した反応と判断されるものであったこと、Yは結婚前およびXとの別居後にはその種の発作を起していないことが認められるから、Yの発作がXとの共同生活に関連することは否定し難い。」「しかしその第一回の発作が前記認定のように札幌におけるXとの共同生活がはじまったわずか一週間後に発生したことからすると、発作における環境要因を過大視することは危険であり、かえって前記認定のようにYが狂言自殺未遂、あるいはこれに類する行為を二回行っていることからすると、発作についてYの性格傾向が可成りの要因となっているようにも思われるから、かりに右環境要因形成につきXに相当の責任があったとしても、破綻原因中そのことの占める比重は、前記Xの生活態度と総合しても、破綻の主たる原因といえる程は大きくないというべきである。」「結局、これまで認定の事実を総合すると破綻原因の最大のもは前記XとYの生活観、人生観上の隔絶（いわゆる性格の不一致）であったとしかいうよりほかなく、両者の生活観、人生観はそれぞれその本人にとっては価値あるものであるから、右のような隔絶の存在をもってYは勿論、Xを非難することはできない」と判示（下線筆者）。

【46】判決はまず、“性格の不一致”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」にあたるかどうかが問題となった事例と位置づけることができよう<sup>(66)</sup>。“性格の不一致”が離婚原因として認められたと思われる【39】判決も存在したが、この【46】判決においては、それよりもむしろ



【19】判決のように、夫婦間の協力義務（努力義務）・扶助義務が“性格の不一致”や有責配偶者からの離婚請求の問題と関連して検討、判断されている部分があり、この点で特徴的であると言えよう。夫婦間における信義則上の義務を考えるうえで重要な判旨とも言えることから、若干長文にわたったが、事実関係及び判旨を詳細に紹介した。

夫Xの性格、妻Yのヒステリー性性格、生活観、人生観等によるX・Y夫婦の具体的な行き違いの経緯が詳細に認定判断されているが、そこには、円満な夫婦生活の維持ないし回復のためX・Yが相互に精神的、性格的な協力義務（努力義務）を夫婦生活の具体的な事象ごとに果たしていくべきことが期待されているようにも見受けられ、しかも婚姻関係上の協力義務・努力義務には多分に精神的、性格的な色彩を帯びた内容が含まれていることをも判示している。このような精神的、性格的な色彩を帯びた協力義務・努力義務の果たされた程度の比較検討を試みるのが果たして有効かどうかには若干の疑問は残る<sup>(67)</sup>ものの、非常に興味深い指摘である。

なお、強調するまでもないことであるが、個々の夫婦にはそれぞれに複雑かつ微妙な関係の機微が存在し、それに基づいて夫婦関係が破綻に至る経緯もまたそれぞれに極めて複雑かつ微妙なものがあることが指摘され得るが、この【46】判決においてもまたそれが窺えて興味深い。そうして、この点からみた場合、いわゆる“性格の不一致”事例においては、婚姻関係の破綻に対して夫婦それぞれに何らかの責任があることは認められるとしても、「婚姻関係が破綻した場合においても、もっぱら又は主として原因を与えた当事

<sup>(66)</sup>これを収録する判例時報937号39頁のコメント参照。また、東京高裁（民事）判決時報30巻6号152頁も、判示事項として「婚姻破綻は夫のわがままなどによる旨の妻の主張を排して性格の不一致に基づく夫からの離婚請求を認容した事例」としている。

<sup>(67)</sup>実際に、これを収録する前掲判例タイムズ63～64頁のコメントにおいては、夫婦間の協力義務（努力義務）・扶助義務の視角から詳細な事案分析がなされており目を引くが、疑問なしとしない。

者は、自ら離婚の請求をなしえない」という判断枠組みはもはや有効機能し得ないと言えるのではなからうか。というのも、これまでの裁判例においては、民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」の判断に際しては、①配偶者の一方に婚姻関係上の義務違反があること、②婚姻が破綻していること、③その婚姻義務違反と婚姻破綻との間に因果関係が存在すること、④婚姻関係の回復がもはや期待できない程度にまで達していること、等が考慮されてきたが、“性格の不一致”事例においては、前記①と③は必ずしも必要はなく、②と④が夫婦双方の相乗作用によってもたらされたことが明らかであれば、一方配偶者からの離婚請求が認められると解することができなくもないからである。そしてもしそうだとすると、このような判断枠組みとは別に異なる基準がここでは機能し始めているのではないかとも指摘できそうである。

もっとも、【46】判決の事例を、妻のヒステリー性性格に基づく行為等によって婚姻が破綻したものと理解し前記の判断枠組み内で捉えようとする見解<sup>(68)</sup>もあり、その判断は微妙である。



さて、次の【47】最判昭和54年12月13日は、これまでの「婚姻関係が破綻した場合においても、もっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえない」という判断枠組みを踏襲し、これに基づいて有責配偶者からの離婚請求が認められるかどうかを判断している。積極的破綻主義からの好意的な評価も可能と思われる裁判例が徐々に登場し始めた中で、本判決は、最高裁として改めて消極的破綻主義を堅持していくことを再確認したのと言えよう。

---

<sup>(68)</sup> 前掲判例タイムズ63～64頁参照。

【47】最判昭和54年12月13日<sup>(69)</sup>（離婚請求事件。判例時報956号49頁、判例タイムズ410号99頁、金融・商事判例590号49頁 [38頁]、裁判集民事128号183頁）

【事案】事実関係の詳細は不明。上告理由から、夫Xと妻Yは昭和40年元旦以降現在に至るまで別居状態にあり、婚姻の実をあげ得る共同生活が兩名間において将来回復できる見込みは薄く、別居の時点ですでに深刻なまでに破綻に瀕していたこと、Xには婚姻生活破綻後生活を共にしている女性Aとの間に三人の子供があり、Yに対する愛情を完全に失い、Yと婚姻生活を続けることが全く期待できない程度に破綻していたことが窺われる。第1審（神戸地判昭和52年1月21日）・第2審（大阪高判昭和54年1月30日）はともに、破綻を招来した主たる原因はXにあるとしてXの離婚請求を棄却。X上告。本判決も、以下のように判示して上告を棄却。

【判旨】「婚姻関係が破綻した場合においても、その破綻につきもっぱら又は主として原因を与えた当事者は、みづから離婚の請求をすることができないものであることは、当裁判所の判例とするところであり（最高裁昭和36年（オ）第985号同38年10月15日第三小法廷判決・裁判集民事68号393頁）、これと同旨の原審の判断は正当である。」（下線筆者）

本判決を解説される浦本寛雄教授は、当時における諸外国の離婚法の改正動向、民法770条1項5号の立法経緯、わが国における離婚調停の現状等から、積極的破綻主義への傾倒をより強め、その際に、「有責配偶者からの離婚請求」に関する判例法理を正当化するための民法1条による説明は、憲法13条の個人の尊厳や幸福追求権、憲法24条の趣旨、そして民法1条の2の解釈基準や民法770条1項5号の立法趣旨等から批判されなければならない<sup>(70)</sup>

<sup>(69)</sup> これについては、中川淳「判例サブノート〔民法親族93〕」法学セミナー307号（1980年）128頁、浦本寛雄「判例解説」谷口知平＝加藤一郎編『新版・判例演習民法5親族・相続』（有斐閣、1984年）71頁以下がある。

<sup>(70)</sup> 浦本「前掲判例解説」75～79頁、79～81頁、81～83頁、84頁。

と指摘されていた。このような指摘に関しては、特に「有責配偶者からの離婚請求」事件について信義則の視点から婚姻関係の実相に迫ろうという本稿の基本視角からは、夫婦の婚姻破綻を境に適用原理が転換されてしかるべきものと読み取ることもできよう。しかし夫婦間の結婚生活も婚姻秩序という公序にかかわるとは言え、究極的には婚姻関係は極めて個人的な事柄であることからすると、信義則の出勤が完全に排斥され得るものではないのではなかろうか。したがって、たとえば、離婚に際しての財産分与にしても、信義則の視点から妥当かつ公平な解決が離婚する夫婦には要請されていると説明することは可能であり、これを補強しあるいは下支えする形で憲法13条の個人の尊厳や幸福追求権、憲法24条の両性の平等等を持ち出せば足りると解せなくもないように思われる。しかしながら、夫婦間の極めて個人的な諸事情を考慮に入れて離婚請求の可否を判断していくこととなる信義則の問題は、道徳的、倫理的であるがゆえにこそ憲法13条や同法24条の前では後退を余儀なくされているということは認めざるを得ないであろう。



続いて登場する【48】東京高判昭和55年5月28日は、有責行為と婚姻破綻との間の因果関係の存在を前提として離婚請求の可否を判断していくという従来から確立されている判例法理（【36】判決。なお、【32】判決、【35】判決も参照）の下、婚姻生活が破綻前の異性関係が原因で破綻するに至ったものであり、有責配偶者からの離婚請求にあたるとしてこれを否定したものである。

一方、【49】東京高判昭和55年5月29日は、“性格の不一致”事例とも言えそうであるが、女性関係の疑いがあり、婚姻破綻について有責性のある配偶者からの離婚請求のようにもみえる事案について、結果的に離婚の請求を認めている。これは、「有責配偶者からの離婚請求」事件において確立された判例法理の適用が一定の条件下で緩和されているともみることができ、そう

だとすると、最大判昭和62年9月2日をも想起させる注目すべき裁判例と言えなくもない。しかし、別居調停後に女性関係を持ったという事実が有責配偶者からの離婚請求の可否を判断するうえでどのような意味を持つのかという点についての理解のし方によっては、従来からの判例法理を単に踏襲したにすぎないとも言えそうである<sup>(71)</sup>。しかしながら、判旨内容には注目すべき点が見受けられる。順次みていこう。

**【48】 東京高判昭和55年5月28日（離婚請求控訴事件。判例時報968号59頁）**

【**事案**】 本件は、夫Xがアメリカに住む妻Yに対し悪意の遺棄（民法770条1項2号）、婚姻を継続し難い重大な事由（民法770条1項5号）を理由に離婚を請求したという事案。第1審（東京地判昭和51年8月6日）は請求棄却。本判決も以下のように原審と同様の理由からXの離婚請求を棄却。

【**判旨**】 「夫の婚姻中の不倫の始期は必ずしも明確ではないが、婚姻が破綻した後  
に不倫の関係が開始されたのではなく、不倫の関係が原因となって婚姻関係の破綻をもたらしたというべきであり、夫の本訴離婚請求は有責配偶者の離婚請求として失当である。」（下線筆者）

**【49】 東京高判昭和55年5月29日<sup>(72)</sup>（離婚請求控訴事件。判例時報968号62頁、判例タイムズ420号117頁、東京高裁（民事）判決時報31巻5号116頁）**

【**事案**】 (1) 夫X（明治44年3月2日生）と妻Y（大正3年9月22日生）は昭和12年11月8日婚姻。その間に長女A（昭和13年2月4日生、昭和31年8月7日死亡）、長男B（昭和15年2月7日生）、二男C（昭和17年2月11日生）、三男D（昭和19年8月6日生、昭和20年8月4日死亡）、四男E（昭和21年4月13日生）の五子をもうけた。

(2) Xは熊本出身で、若くして柔道の修業に励み、母校九州学院（旧制中学）や熊

---

<sup>(71)</sup> この点については、高木「後掲判例解説」148頁、149頁を参照。

<sup>(72)</sup> これについては、高木積夫「判例解説」判例タイムズ439号『昭和55年度主要民事判例解説』（1981年）147頁以下がある。

本警察練習所などで柔道の教師をするようになったが、婚姻後3年ほどして上京、立正大学専門部を修了、大東文化学院高等科を卒業するなどして旧制高等学校の教員免許を取得。これより先、Xは、同じく熊本出身で柔道の先輩の姪（戸籍上は妹）にあたるYとの婚姻を決意し、当時警察官の身分のまま熊本市で昭和12年3月から結婚生活を開始。しかし勉学の志を立てて上京、Yもやや遅れて後を追いつ、爾後東京での共同生活に移った。

(3) 戦後、それまでXにとって生活の糧であった柔道が禁止されたため、Xは、初め醤油や水飴の販売、後には文房具類等の学校納入販売に従事し、借家していた世田谷区東松原の家と敷地を買い取り、昭和23年頃には中央区八重洲にも土地を買ってそこに事務所（以下「八重洲の店」という。）を構えた。この間戦時中一時熊本に疎開していたYも子供らとともに東松原の家に移り住み、夫婦親子の共同生活を再開。

(4) XとYの共同生活は、当初から必ずしも円満順調ではなかった。結婚後間もなく、同居中のXの母FとYとが衝突し、Fは怒って熊本市内に一人別居するに至り、X・Y夫婦の上京の際にも連れて来るようなことはなかった。酒も煙草も飲まず道楽もせずに柔道と商売に励んだ剛直な性格のXからみると、Yは警察官の職業を暗に軽んじ、二言目には自身の実家を鼻にかけ、経済観念に乏しく、家事を疎かにして外出をよくし、子供の面倒をみない性格や生活ぶりに映り、その主婦としての心構えや振舞いが潜在的な不満の種であった。

(5) 昭和23年春頃、Xの友人の妹で未亡人となっていたG（大正元年12月18日生）が、洋裁の技術を身に付けたいとXを頼って上京し、東松原の家に家事を手伝いながらXらとともに住むようになった。しかし、当初この同居を歓迎したYとやがて感情的なもつれを生じ、同年秋、八重洲の店の留守番をかねて同所に移り、そこから洋裁学校に通うこととなった。

昭和26年にXは事業に失敗し、その負債整理のため東松原の土地・建物を手離す羽目になり、そのためYは、AとEを連れて熊本に帰り、爾後2年余りを経て再び上京するまで、熊本市で紙や鉛筆等の販売をしながら生活。一方のXは、BとCとともに八重洲の店に移り住み、Gが母親代わりとなってまだ幼少の二子の面倒をみていた。

この間Xは、文房具類の販売に精励し、昭和28年には文京区本郷（当時森川町）に取得した土地・家屋にYと母Fを呼び寄せて住ませ、子供らとともに自らもここに同居。ところが、その頃からXは次第に八重洲の店に寝泊りすることが多くなり、やがては本郷の家と八重洲の店にほぼ一日置きくらいに泊るようになった。八重洲の店には、Gが事務をとりながら引き続き住んでいた。なお、XとYとの性関係は、Yが本郷の家に入ってから以後はほとんどなくなり、Aが死亡してから後は全く途絶えていた。

(6) 昭和31年1月にXの母Fが死亡して間もなく、YはXから籍を抜いてほしいと言われて驚き、XとGとの特別な関係に疑いを抱くに至り、その清算をXに求めて夫婦関係調整の調停を東京家庭裁判所に申し立てたが、調停係属中Aが虫垂炎で死亡したため調停の申立てを取り下げた。その際Xは、Aの死に親の不仲の反映とYの看病に配慮の足りなかったことをみて、Gを熊本に帰すことをYに約束するとともに、Yにも熊本に帰って謹慎するよう求め、先ずGを帰したがYは結局これに応じなかったため、Xはいよいよ離婚の決意を固め、Yと完全に別居して八重洲の店に住まうことになった。

(7) Xは、熊本にGが帰ってYが帰らず、Xのみが自らの非を認めた格好になったことと、仕事のうでGが必要であることなどから、翌昭和32年春頃Gを呼び戻して八重洲の店に住ませた。ところが、これを知ったYは大いに怒り、その頃東京家庭裁判所に離婚の調停を申し立て、財産分与として1000万円を請求するに及んだ。しかしYは、調停係属中にその意思を翻し、裁判所側の助言もあって、結局同年8月30日に「1 子供の教育、成長のため法律上の離婚は双方見合わせる。2 XはYに対し別居期間中のY及び三子の生活費として昭和32年9月より毎月2万5000円を毎月末日までに持参又は送金により支払う。Xは、Yが本郷の家の間貸しの賃料を取り立てて生活費に充当することを認める。3 Yは前記家屋をXに無断で賃貸したりその他の行為をしない」旨の条項で調停が成立。

(8) Xは、Yとの合意に基づいてした前記調停は、裁判所も事実上の離婚を認め、ただ子供の成長と教育の完了まで法律上の離婚を双方見合わせるだけとしたものと理解し、爾後公然と八重洲の店においてGと同棲生活に入り、さらに翌昭和33年には自らYを相手に東京家庭裁判所に法律上の離婚と子供らの引渡を求めて調停

を申し立てたが、Yの同意が得られず不調に終わった。しかし、子供らが成長し教育を終えた昭和48年8月、Xは本件離婚請求訴訟を提起。

(9) Xは、昭和32年以来八重洲の店にGとともに住んでいたが、祖父の創立した尚綱学園の理事長の急死のため、昭和47年熊本に帰って同学園理事長に就任。Gもやがて移り住んで現在に至っている。その間B、C及びEの結婚式には、XはGを妻としてともに出席し、Gをして子供らの母親代わりを勤めさせた。また昭和50年5月に脳血栓のため半身不随となったが、Yとの離婚の意思はいささかも動かさず、Gの看護を得て歩行可能となった今日その意思はいよいよ固い。なお、Xは、前記昭和32年の調停において定められた生活費は、B及びCがともに成人して大学を卒業し、またEが高等学校を卒業して自立した昭和39年まで履行し、あわせて教育費も負担してきたが、以後は送金していない。もっとも、昭和49年にYが本郷の家を改築した際、その費用160万円のうち80万円を支出した。また、離婚に際しては、Yのために相応の財産分与を給付する確たる意思を表明している。

他方Yは、別居以来Xが熊本に帰るまでに年一回くらい八重洲の店を訪れて前記調停成立の頃に入信した宗教の布教をかねてXの翻意を求めた程度で、格別関係改善のための努力を窺わせるものはない。Yの生活は、Xからの前記生活費の送金と本郷の家の間貸しによる賃料（昭和50年現在1ヶ月6万5000円）及びアルバイトによる収入（同1ヶ月約2万5000円）によって支えられてきたが、現在本郷の家に一人で暮らし、Xの復帰を信じて離婚を拒み続けている。

以上のような事実関係の下において、第1審（東京地判昭和52年8月19日）は、Xからの離婚請求を棄却したが、本判決は、以下のように判示してこれを認容。

【判旨】「以上認定の事実によれば、XとYとの婚姻関係は、Yの信念にもかかわらず、Xの復帰を到底期待することができず、今や回復不能といえるまでに破綻しているものと断ぜざるを得ないとともに、ことをここに至らしめたについては、性格の不一致による夫婦協力義務についての双方の懈怠を挙げなければならないが、Gと婚姻外関係にあるXの責任を念慮の外におくことはもとより相当でない。」

思うに、民法770条1項各号、同条2項及び同法1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、①既に別居生活が相当な長期間にわたって存在し、かつ、②別居に至ったについては、有責性が一方的なものではなく、家庭裁判所の調停などにより真摯な和合の試みが経過されたものである以上、③離婚によって子の福祉が害されたり、④相手方配偶者が経済的な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かと解するのが相当である。

これを本件についてみると、前認定の事実関係によれば、①XとYとの別居期間は現在すでに20年をこえ、本訴提起時までをとってみても16年間に及んでいること、②別居は家庭裁判所の調停による夫婦間の調整が試みられた後、その助言と承認のもとにYの同意を得てなされたものであること、③その際法律上の離婚は見合わされたものの、それは子供らの成長と教育のためとされ、婚姻関係そのものは、事実上崩壊しているとの認識が、この別居調停に含意されていること、④別居前Xは、Gと親密になり、性関係すら推認されなくもないが、これを認めるにはなお躊躇を覚える反面、別居に至らしめたについては、XとYとの性格の相違等必ずしもXにのみ責めを帰すべきでない事情に由来する潜在的な夫婦間の不和が根底にあったこと等を知ることができ、他方⑤XとYとの間の子らはいずれも既に成人し、高等教育をうけて自立するに至っており、今更父母の離婚によってその福祉に支障を生ずるが如きことは全くないこと、⑥Xは別居期間中悪意の遺棄とみるべき行動に出たことはなく、離婚になった場合のYに対する財産的給付についても確たる配慮をしていることをうかがうに足り、前記特段の事情を認めるのは却って困難であるから、本件は、たとい婚姻関係の破綻につき責任のあるXからの離婚請求であっても、その有責性が婚姻を継続し難い重大な事由があると認めて右請求を容れるのに妨げとなるものではないといわなければならない。」（丸番号・下線筆者）

この【49】判決は、女性関係の疑いのある配偶者からの離婚請求が問題となったケースではあるが、それは別居調停後に結ばれたものであって、法形

式的には婚姻関係は継続していても、実質的にはこの別居調停を境にX・Y夫婦の婚姻関係は完全に破綻に陥ったものとみることもでき（現にXはそのように受け取ってGとの同棲関係に入っている）、そうだとすれば、「有責配偶者からの離婚請求」事件というよりはむしろ、単に双方の配偶者に有責性がある場合に離婚の請求が認められるかどうかが問題となっているにすぎない“性格の不一致”事例と捉えることもできる。しかし特徴的な点は、配偶者双方の有責性の程度のみを比較検討したうえで離婚請求の可否を判断しているわけではないことである。

本判決はまず、双方の婚姻上の協力義務違反を理由に、特に別居調停を境にもはや良好な婚姻関係の回復が期待できない破綻状態に立ち至っていることを認めている。そのうえで、特に、(1) 別居期間が長期に及んでいること（訴え提起まで16年、判決時まで20年の別居期間。判決文中の①）、(2) その別居に至った原因がいずれかの配偶者の責めによるというよりも、家庭裁判所の調停による真摯な和合の試みが経由されたうえでのことであったこと（判決文中の②）、(3) 子らはすでにすべて自立しており、離婚によって子の福祉が害されることもないこと（判決文中の③）、(4) 別居期間中を含めYに対する経済的な支援は継続しておこなわれており、離婚後もYが経済的に困窮するおそれはないこと（判決文中の⑤）、といった諸事情を慎重に考慮してXからの離婚請求を認めている。ここでは、XとGとの同棲関係が全く度外視されているわけではないようである（判決文中の④）が、婚姻破綻の時期・原因に対する影響度からすると、ほとんど重要視されていないことが特徴的と言えるであろう。すなわち、ここでの婚姻破綻の原因は“性格の不一致”に基因する夫婦双方の協力義務違反にあったと言えるわけである<sup>(73)</sup>。

また、Xの離婚意思が非常に強固なものであるのに対して、Yの離婚に応じない意思是、一見矛盾を孕んでいるようにも見える。というのは、Xから

---

<sup>(73)</sup> この点の詳細な分析は、高木「前掲判例解説」148頁参照。

みて、YはXの警察官としての職業を軽んじ、二言目には自身の実家を鼻にかけ、また経済観念に乏しく、家事を疎かにして外出をよくし、子供の面倒をみない性格や生活ぶりに映ったようであるが、このような性格や生活態度によりYには婚姻上の協力義務の著しい違反があり、Xとの良好な婚姻関係を維持、回復し得る余地があるとはおよそ考えにくいにもかかわらず、これに応じない姿勢をとるということは、もはや意地や嫌がらせ、あるいはXの異性関係に対する報復感情といったものに基づくものと評されても致し方のないものであろう。本判決は、このような事情のある本事案を離婚による弱者保護の問題と捉え<sup>(74)</sup>、長期の別居期間の存在、子の福祉、離婚にともなうYの経済的困窮の有無、Xの新生活の開始、等を客観的に検討、判断することによって克服していこうとしているようにもとれる。先に最大判昭和62年9月2日をも想起させる注目すべき裁判例と評した所以である。



さて、その一方で、婚姻前の同棲生活が約1年半、その後の交際期間が約3年半ほど続いた後に婚姻し、婚姻半年後には別居をし、その後の別居期間は訴え提起まで6年にも及び、双方に有責性のある配偶者間の婚姻関係は破綻しこれを回復することが著しく困難であるとされたいわゆる“性格の不一致”事例について、「婚姻関係が破綻した場合においても、もっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえない」という従来からの判断枠組みに基づいて離婚請求の可否を判断した【50】東京高判昭和55年8月6日が続く。そこには、夫婦間の婚姻上の協力義務ないし信義則上要求される義務、そしてその際の夫婦関係の実相を考察するうえで非常に参考となる判示が多く含まれている。

また、通算で20年以上にわたる長期間の別居、双方の親との確執も相まってすれ違いがみられた事案において、【51】東京高判昭和56年5月27日も、「婚

<sup>(74)</sup> なお、上野雅和「民法4演習」法学教室67号（1986年）119頁参照。

姻関係が破綻した場合においても、もっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえない」という判断枠組みに基づき、夫Xからの妻Yに対する離婚請求を認容した第1審判決を取り消し、離婚請求を棄却している。そこでもまた、夫婦間の婚姻上の協力義務、とりわけ同居義務・扶助義務・貞操義務、夫婦間に信義則上要請される義務の不履行に関連して事細かに当該夫婦の実相に迫り考察・検討を加えている点で、同じように注目に値する。

さらに【52】東京高判昭和57年3月9日も同じく、別居期間が20年以上にも及ぶ事案について有責性のある配偶者からの離婚請求を認容した第1審判決を取り消し、離婚請求を棄却している。

こうしてこの時期においては、婚姻期間に比較して別居期間が相当の長期にわたるケースということから、婚姻生活が客観的には回復の見込みのない破綻状態にある夫婦について、一方配偶者は今の生活を捨てて再び元の婚姻生活に戻る意思などは全くないのに対し、他方配偶者は一方配偶者が復帰を熱望し実現さえしてくれば円満な家庭生活を再び営むことができると思っているような場合に、有責配偶者からの離婚請求であることを理由にただちにこれを認めるべきではないと判断してよいかどうか、という悩ましい判断に迫られた事案が続いている。

その際の判断枠組みはこれまでの判例法理と異なるものでは決していないが、各事案ごとに詳細に事実関係を認定し、より一層慎重な判断をおこなっていることが窺える。しかし最終的には、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）に基づく倫理的、道徳的な非難可能性がなお重視されているように見受けられる。順次みていこう。

**【50】東京高判昭和55年8月6日**（離婚請求控訴事件。判例時報979号61頁、判例タイムズ425号128頁、東京高裁（民事）判決時報31巻8号179頁）

**【事案】**(1) 夫X（昭和23年3月4日生）は昭和41年春大学進学により故郷の山形県最上郡真室川町から上京。妻Y（昭和22年8月26日生）は幼児期に父母が離婚したため父方の祖父母のもとで養育され（戸籍上養女）、昭和40年に高校を2年で中退し、小山市にある会社に就職したが、2年余りでその会社を辞め上京。

(2) 昭和43年春大学3年生であったXは、当時スナックバーで働いていたYと知り合い、その2、3か月後二人は同棲を始め、二人の同棲生活は、それからXが大学を卒業するまで1年半余りの間続いた。Xは昭和45年春大学卒業後、将来家業である製材業を継ぐのに備えて、その見習いのため東京の材木販売会社に就職しその会社の寮に入った。他方、Yはその後間もなく東京を離れ、小山市の実父のもとに帰った（養父はその頃死亡）。別々に暮すようになってからもXとYは、途中一時的な中断はあったものの、親密な交際を続け、やがて正式な結婚を目指してそれぞれの親に二人の間柄を打ち明け、相手を引き合わせるなどした。二人の結婚についてXの両親は当初反対であったが、Xの懇請を受けて不本意ながらも承諾。Yの実父も異存はなかったため、昭和48年春Xの両親が結婚金を持参して小山市のY及びその実父のもとに赴き、その後Yの実父もXの実家に出向いてXの両親に挨拶をするなど万事順調に進展した。

(3) Xは昭和48年9月東京の会社を退職し両親の家に戻り、父の経営する製材所の常務取締役として仕事をするようになった。そしてXとYは昭和48年11月23日真室川町で結婚式を挙げ、同年12月3日婚姻の届出をした。二人はXの両親の家の二階に住み、食事は両親とともにするという形で結婚生活を開始。そのようにXの両親との同居はYも結婚前から納得済みであったが、実際に生活を始めてみると、主婦としての独立した地位は認められず、炊事をはじめ家事の仕方・生活のあり方等について土地の風習や自家の習慣によらせようとするXの母と、気性が強く、必ずしもそれにしたがおうとしないYとの間に、日常些細なことで衝突が生ずることも多く、Xの父も口うるさいほうであったためYと言い争いになったことがあり、Xの両親とYとの折り合いは悪かった。

(4) Yは、仕事の関係で家に入出入りする客に酒を出したりして接待することを好ま

ず、たまには、それを態度に出して客に揉み潰しなかったためXが注意したところ、反発したこともあった。また、Xは、仕事上の付き合いのため外で酒を飲み、遅く帰宅することが多かったが、Yは、Xの健康を心配するとともに少しでも早く帰宅してほしいとの気持ちから、その都度苦情を述べた。Yは、Xの両親との折り合いが悪かったため、結婚後1か月経った頃から二階に台所を作って両親と食事を別にしたいと言うようになったが、Xは、その希望を受け付けようとはせず、両親に協力して従来形態のまま共同生活をうまくやっていくよう求めるに止まった。そのようなことからXとYの間には口論が絶えず、時にはXがYをたたき、Yが物を投げるなどの喧嘩になることもあった。しかし、以上のほかには、Yに取り立てて言うほどの我がまま勝手な振舞いがあったわけではなく、結婚当初Xから感染した尿道炎による通院のため家事が十分にできないことはあったにしても、朝は6時半頃には起きて朝食の仕度などで家事に従事し、朝遅くまでだらしく寝ているようなことはなかった。

(5) Yは、昭和49年2、3月頃長女Aを懐胎したが、同年6月下旬XはYに対し、自分やその両親とYとの不和が続くのでしばらく冷却期間を置き互いに考えてみようと言って、Yを連れてYの実家に赴き、一兩日後Yを残して一人帰った。そしてその2、3日後Xの親戚らが突然Yの実家を訪れ、Xの両親の意向であるとして、Y及びその実父に対し強く離婚を申し入れるとともに、X方には戻らせない旨申し渡した。このような申入れ等をするのは、Xが前から承知していたところであったが、Yは、それまでXとの間で離婚について話し合ったこともないのに、いきなりそのように言われて驚き、子供が生まれることでもあり離婚する意思はない旨答えたが、親戚らは取り合おうとしなかった。なお、このときXはYの実家のそばまで親戚らとともに車で来ていながら、車の中にいたままで家には入らず、それに気付いたYはXの真意を聞き話し合おうとして車に近づいたが、親戚らに阻止されて果せなかった。そして、さらにその2、3日後の早朝、Yには何の断りもなく、Xの依頼を受けた運送人がX方にあったYの道具類その他の持ち物をその実家に送り届けて来て、何も言わずにその軒先に置いて立ち去った。そのような仕打ちを受けて、Yは実家にそのまま留まるほかなかった。

(6) その後もX及びその両親は、Yに離婚を求めYがXのもとに戻ることを許さな

いと態度を変えなかったため、結局XとYとは昭和49年6月末頃別居状態に入つて以来、現在に至るまで6年余り別居を続けている。その間、Yは昭和49年12月1日長女Aを出産。Xは別居以来Yに対し、その生活費はもとより、長女Aの出産や養育のための費用も全く負担しなかったが、Yが夫婦関係調整、婚姻費用分担の調停を申し立てたことにより、昭和52年8月3日宇都宮家庭裁判所において、「XとYは当分の間別居する。別居期間中、Yにおいて長女Aを事実上監護養育する。XはYに対し、Aの養育費を含む婚姻費用の分担として、昭和52年8月から右別居期間中毎月金5万円を支払うほか、過去の婚姻費用として金20万円を支払う」との家事調停が成立。その後は前記調停で定められた婚姻費用の支払を履行。

(7)ところで、Yは気の強い性格であるのに対し、Xはおとなしくはっきりしないところのある性格であるが、両者は結婚前の数年に及ぶ同棲ないし交際期間を通じて、しばしば喧嘩はしたものの仲は悪くなかった。Xは、Yと結婚し両親と共同生活をするについては、Yがその強い気性を改め、素直にXやその両親の意向にしたがい、その家での共同生活に馴染んでくれるものと期待したのであったが、実際にはその期待のとおりにはいかなかった。Xはかつて親戚に対し、Xの両親と別居すればXとYはうまくいくとの趣旨の話をしたことがあり、また、前記調停の際、Yに対し、親や親戚がうるさいのでどうにもならない旨述べたこともあるほか、調停の帰途XとYが長女Aと三人で食事を共にし、婚姻を継続させる方向で話し合ったことも何回かあったが、現在においてはXはすでにYに対する愛情を失い、再び夫婦としての共同生活を送る意思はない。一方、Yは今もなおXに対し愛情を懐いており、長女Aのためにも夫婦そろった家庭生活を営むことを強く希望し、離婚する意思は全くない（単なる意地や反感で離婚を拒んでいるものではない）。

以上のような事実関係の下において、XはYに対し離婚を求める訴えを提起。第1審（宇都宮地栃木支判昭和54年2月20日）はXの請求を棄却。X控訴。本判決もXの請求を棄却。

**【判旨】**「1 XとYとは結婚後僅か半年で別居し、その状態が現在まで6年余り継続しており、XはYに対する愛情を失い、再び夫婦としての共同生活を送る意思

はない。これらの点からすれば、両者の婚姻関係はすでに破綻し、これを回復することは、不可能とは断定できないとしても、著しく困難であるというべきである。しかし、本件の場合に特徴的なことは、結婚後僅か半年で別居したとしても、XとYとの間には結婚前に1年半余りの同棲期間とそれに続く3年半余りの交際期間があったこと、また、両者が別居するに至ったのは前記一の4で認定したようなXの側の理不尽ともいうべき仕打によるものであったことである。

2 ① Yの気の強い性格及び真室川町におけるXの両親との同居生活に対する心構えの不足がXや特にその両親との不和を招いた一因となったことは否定しえないとしても、Yのそのような性格なりそれに根ざす生活態度なりについては、Xは前記の短くない同棲ないし交際期間を通じて十分に知る機会があり、また、真室川町の実家における生活環境の実際はXの知悉するところであったのであるから、Xとしては、Yと結婚して、右の実家で本来その結婚に難色を示していた両親との共同生活に入るについては、その生活において生ずるであろう事態を相当程度予測しえたはずである。従って、Xにはそれに応じた用意や覚悟があつて然るべきであつたと思われるのに、実際にそのような用意や覚悟のあつたことはほとんど窺うことができない。この点について② Xは、Yが結婚後はその強い気性を改め、Xやその両親の意向に従ってくれるものと期待したというのであるが、人の性格やそれに根ざす生活態度はしかく容易に改められるものではなく、にわかにかつこれが変改されることを期待するのは無理であり、また、環境が著しく変り、かつ、間もなく妊娠して身体に変調を来し、精神的にも不安定なYに対し、早急に環境に順応し、Xやその両親の意向にひたすら従順であるよう求めることは、一方的に過ぎ、思いやりを欠くものというべきである。

3 ③ 結婚後YとXの両親との折合が悪く、Xとの間でもしばしばいさかいを生じたことは事実であるが、それが両者の結婚生活を維持することの絶対的な妨げとなるほどの深刻なものであつたとは到底いうことができない。Yが気性の強い性格で多少わがままなところがあつたにせよ、それは前記一の3で認定した程度のものであり、格別に著しいものとはいえず、他に同人に特に不当な振舞があつたことは認められないのであつて、Xの側においても、従来と全く異なつた生活環境、習慣のもとにあるXの実家にただ一人よそから入つてきたYの立場に理解を



示して、相互に自制し努力を重ねるならば、両者の間の不和を克服することがそれほど困難であったとは考えられない。④両親との折合いの悪いことが少なからず不和の原因となっているのであるから、Xとしては、両親と食事を別にする程度のことは、多少世間態が悪いにしても、考慮して然るべきであったと思われる。そして、⑤円満で安定した家庭生活を築くためには、ある程度の期間の経過を必要とすることもいうまでもないところである。本件の場合Yは結婚後間もなく妊娠していたのであるから、子の出生により事態が大きく改善されることも十分に期待しえたのである。

4 ところが、⑥実際には結婚後僅か半年で、子の出生もまたず、X及びその両親は一方的にYを事実上離別した。その別居に到る経緯は前記一の4で認定したとおりであって、これは信義に反し、Yの人格を無視した、理不尽な仕打というべきものである。そして、それ以来別居状態が続いているわけであるが、それはYが夫婦としての共同生活の回復を強く希望しているのに、Xの側でそれを拒んでいるためである。

5 以上に説示したところを総合すると、XとYの婚姻関係は、長期間の別居生活が続き、事実上破綻し、これを回復することは著しく困難であるが、その破綻をもたらした責任は主としてX側にあるものというべきであるから、右の婚姻破綻を理由としてXが離婚を求めることは許されない。」（丸番号・下線筆者）

【50】判決は、婚姻破綻に至った主たる原因が夫Xの婚姻上の協力義務、特に同居義務・扶助義務の違反にあると考え、Xによる離婚請求を棄却したものであるが、その際に【判旨】中の①から⑥までの諸事情を事細かに摘示しこれらを総合考慮して、夫婦間の婚姻破綻について主としてXにその責任があるとしている点に特徴があると言えよう。本判決はいわゆる“性格の不一致”事例と称することができるが、そこでのXの妻Yに対する態度・振舞いには、円満で良好な夫婦生活を維持、継続していくうえで夫婦間に求められる協力義務の適切な履践とはおよそかけ離れたものが見受けられたことから、Xの離婚請求は認めないとの結論に立ち至ったものと思われる。

とりわけ、昭和49年6月下旬長女Aの懐妊を機に、Yに対して、自分や自分の両親との不和が続くのでしばらく冷却期間を置いて互いに考えてみようと言ひ、Yを実家に連れて戻り、一兩日後に自分はYを残してYのもとから去り、その2、3日後にX本人ではなく親戚らに、X・Y間で離婚の話し合いなど全くなされていないにもかかわらず、突然離婚の申し出を伝えさせたり、さらにその2、3日後の早朝には、Yの道具類その他の持ち物を勝手にX方からYの実家に送り届けに来て、何も言わずにその軒先に放置して立ち去ったりなどしたうえに、このような経緯で別居状態に入って以来、現在まで6年余りの別居が続いているにもかかわらず、その間の昭和52年8月の別居調停の成立まで一切の婚姻費用、Aの養育費を負担していなかった、などの事情は、夫婦間の協力義務、特に同居義務・扶助義務の不履行と判断されても致し方のない事実ということになろう。こうして本判決は、夫婦間の協力義務ないし信義則上要請される義務の不履行が具体的な事実即して認定判断されているところに特徴のある裁判例とすることができる。

ところで、Xの離婚請求が認められないということは、X・Y間の夫婦関係がおよそ円満で、良好なものに回復する見込みがほほないにもかかわらず、かかる夫婦関係が解消されないままの状態が法的には維持されることを意味する。しかしここでは、当然のことながら、回復の見込みのない形式的な夫婦関係の維持ないし強要に主眼があるわけではなく、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）に基づく倫理的、道徳的な非難可能性が前面に出て最終的な判断が下されたものにすぎないと評さざるを得ない。その当否が妥当かどうかは「有責配偶者からの離婚請求」事件に固有の根本問題ということになる。

【51】東京高判昭和56年5月27日（離婚請求控訴事件。判例時報1012号78頁、判例タイムズ451号130頁）

【事案】本件の実事関係は、概ね以下のとおりである。なおここでは判旨引用の事実番号をそのまま付して紹介した。

1 夫X（大正3年1月12日生）と妻Y（大正6年5月10日生）は昭和21年5月10日結婚式を挙げ、昭和27年10月10日にYの氏を称する婚姻届をした夫婦。

2 Xは、昭和13年3月東京帝国大学文学部英文学科を卒業し、昭和14年中に陸軍に召集され、旧満洲や南方戦線に赴き、昭和17年頃ビルマにおいて病いに倒れ内地に送還され、肺結核との診断を受け善通寺陸軍病院に入院。その後昭和19年8月退院するとともに召集解除となって徳島中学校の教員となったが、昭和21年6月再び肺結核を患って徳島療養所に入院。昭和22年4月岡山療養所に転院、昭和26年10月頃退院して一時岡山県立津山商業高校の講師をした後、昭和27年4月に美作短期大学助教授となり、昭和33年4月に上京して明治大学に奉職し講師、助教授を経て教授となった。

3 Yは、昭和12年3月東京家政専門学校を卒業して旧制中等学校教員免許を取得、昭和14年3月鹿兒島県立宮之城農蚕学校教諭となって、その後徳島県、沼津市等において、旧制中学、新制高校の教員を続け、昭和29年4月には岡山県立新見高校に、昭和31年4月同県立日本原高校にそれぞれ教諭として勤務。病気による一時退職、休職等の期間を除き、昭和34年3月まで継続して教員生活を送り、さらに昭和36年4月には東京都立赤羽台高校講師となり、その後も現在に至るまで東京都内において高校教師として勤務。

4 Xの父P、Yの父Qは、いずれも徳島師範学校を卒業して旧制中等学校の教員をしていたが、Xは、東京帝国大学文学部に在学中、同学部に在学していたYの兄Rと親交を結び、当時東京都中野区に居住していたYらの家をしばしば訪問し、卒業後もRの結婚式に参列するなどRを通じてYら一家とも親しく交際し親密の度を深めていた。

5 しかるに第二次世界大戦の推移とともにXは召集を受けて戦地に赴き、Yの兄Rも召集を受けて従軍中Rは昭和17年1月頃フィリピンの戦場において戦死。Xは病いを得て善通寺陸軍病院に入院中、当時広島県呉市の中学校に勤務していた

Yの父Qが見舞いに立ち寄り、学友Rの戦死を知らされるとともに、一人息子を失った父親の悲しみを聞かされ、その際QからXに対しYとの結婚話を持ち出されたが、病气入院中のXは一旦これを断った。

6 その後Qが郷里徳島市に戻り、Yも沼津市での教員生活を打ち切って帰郷していったところ、Xも退院し、両親とともに徳島市に居住し、徳島中学校に勤務することになりRの墓参りをするなど再びYの一家と交際を続けるうち、あらためてYの父QからXに対しYとの結婚話が持ち出されてXもこれを承諾、昭和20年5月頃両者の両親も立ち会って婚約。

7 XとYとはその後親しく交際し、そのうち終戦に至ったところ、Qが昭和20年8月16日死亡。Yも父の急死にともなう精神的衝撃等も手伝って肺門リンパ腺炎を患ったり、父の死亡によって家督相続人となったりしたため、XとYとの結婚式はのびのびとなり、一時はYらQ家側から婚約解消の申入れまでなされたものの、当事者双方及びその父母らが再三話し合った結果、昭和21年3月頃、Xの父Pの存命中はXが主としてP家の面倒をみ、死亡後は両家を一体としたような形で両者相互に協力し、XはQ家の婿養子となってQの氏を称することとする等の合意をなし、昭和21年5月10日漸く両家のみの立会いで結婚式を挙げた。

8 XとYは結婚式を挙げたものの、Xには老父母が、Yにも老母があるうえ、戦後の食糧事情、住宅事情等もあって、各自の生活は別個におこない、かつ同居もしないまま週2、3日ぐらいYがX方を訪れたり、XがY方を訪れたりするという変則的な夫婦生活を営むほかなかった。

9 しかるに結婚式を挙げて間もない昭和21年6月11日頃Xは肺結核を再発し、同月25日頃徳島療養所に入院し、診断の結果、重篤な症状であることが判明したため、Xは肉体的にも精神的にも大きな衝撃を受け将来に対する望みも失って一時はYとの内縁関係の解消さえ考えたこともあった。他方Yは結婚式後間もなくXが病いに倒れたため、実母HとXの老父母との面倒を見なければならぬ状態に陥り、経済的にも精神的にも重大な苦境に立たされることになったが、Xに対する愛情に支えられて毎日のようにXを見舞い、殊に食糧事情の著しく悪い時期であったにもかかわらず、卵、肉類等病人の栄養摂取に不可欠な食糧品を入手、持参して献身的にXの看護に努めた。しかしながらXの病状は容易に好転しなかつ

た。そこでYは、さらに設備の整った施設でXを療養させたいと考え、昭和22年4月Xに対し岡山療養所への転所を勧め、Xもこの勧めにしたがい同療養所に転所。その後間もなく父Qが死去したため母KがXの付添い看護にあたることになった。

10 Yは当時徳島市内に母Hと同居し昭和22年5月頃から徳島県立名西高校の教員として勤務。折をみては岡山までXの見舞いに訪れ、時には小遣金なども送金。ことに同年5、6月頃にXが開胸手術を受けた際には勤務を休んで付き添ったばかりか、Xのために自ら輸血用の血液を提供し、手術後約10日間にわたって不眠不休で看護にあたった。

11 その後Xは母K及びYの看護を受けて療養を継続した結果、昭和26年10月頃漸く病氣も治癒したため岡山療養所を退院。同月22日頃から岡山県立津山商業高校の非常勤講師となって岡山県津山市内に居住。当初は単身赴任し、その後間もなく母Kと同居することになって同市内に居を構え、翌27年4月から美作短期大学助教授となった。他方Yは、昭和24年7月から城西高校に勤務していたが、Xが美作短期大学助教授に就任するまでの間Xの依頼に応じて送金するなどXを援助し、昭和26年12月頃には徳島市内に建物を新築しXとの同居を期待していた。

12 しかし、Xの母Kは、一旦はXがYと婚姻しYの氏を称することを承諾したものの、自己にとっては一人息子であるXをQ家のいわゆる婿養子にすることに当初から抵抗を感じていたこともあって、事あるごとにYとの同居に反対し、一方Yの母Hも、かかるKの態度及び同女を説得もせずYとの同居に努めようともしないXの態度に立腹し、同人らに対しその不実をなじるような手紙を再々差し出したことがあり、これらのことからK及びXとH及びYとの間に自ずと阻隔を生じ、日時の経過とともにそれが次第に拡がっていった。

13 このようにKがYとの同居を拒むため、X、Yは依然として別居を続け、KがもっぱらXの身の回りを世話し、家事一切を担当していたが、Kは当時すでに74歳で体力も衰え、何かと不便を来たしていたため、昭和28年頃からX方の近隣に住み美作短期大学の生徒であったAが足繁くX方を訪れ、Kの買物や家事を手伝うようになったが、AとXとの交際には、単に手伝いというにはいささか埒を越えたものと認められるものがあつた（なお、Xはこれより前の昭和27年当時美作

短期大学の学生であったBを約3ヶ月間にわたり同居させ、また昭和29年10月頃には同じく学生であったCを同居させていたことがある。)

さらにXは、昭和29年頃岡山大学文学部S教授の紹介で津山市において津山商業高校の教諭Dを含む高校教師等数名と英文学の輪読会を開いていたが、当時別居していたYがXの友人等にXとDの交際状況について執拗に尋ねたことがあり、またYの母HがYの身を案ずるあまり、Yには無断でXやD、S教授に対しXとDの関係を糾問難詰するかのとき書翰を差し出したため、XやDらはHがYと意思を通じてそのような所為に出たものと立腹し、S教授とともにYを訪ねて激しく抗議し謝罪を求めたことがあった。しかしYとしては、HがYには無断で前記行為に出たものであり、やましいところがないとしてこれを拒絶。

14 Xは、津山市において美作短期大学助教授に就任したため、YはXには徳島市に帰郷する意思がないものと判断し、津山市においてXと同居しようと考えたが、経済的事情もあったため、岡山県での教職就任斡旋方をXに依頼したところ、Xは極めて熱心にYのために就職活動をおこない、その結果Yは昭和29年4月1日以降岡山県の教員となり同日以降昭和31年3月31日までは県立新見高校に、同年4月1日から昭和34年3月31日までは県立日本原高校にそれぞれ教員として勤務。なお、その間昭和29年8月頃からは津山市内においてKの反対を押し切ってXとの同居生活に入った。しかし同年10月頃からCがX方で同居するようになり、Yのみが食卓を別にさせられるようになったこともあって従前からあまりよくなかったXの母Kとの折り合いは益々悪化し、日夜暗黙の争いを続けるような状態になり、これにともなってXとの夫婦関係も次第に冷却していった。

15 Yは、津山市から新見市にある新見高校への通勤に長時間を要したこと等が原因で次第に健康を害するようになり、昭和31年4月から入院を余儀なくされ、一時退院したものの、昭和33年3月頃から昭和34年3月16日まで腎炎・蛋白尿症で再度入院を余儀なくされたが、二度にわたる入院中Xは一度見舞いに訪れただけで、Yに対し経済的な援助を全くしなかった。

16 Xは美作短期大学助教授として勤務していたが、昭和33年4月頃明治大学の教授から誘いがあったため、当時入院中のYやHには全く無断で、母K及びCをもなって上京し、同大学の非常勤講師となり東京都杉並区に居を構えた。

17 そしてXは、昭和34年3月頃明治大学の助教授に推薦され、同年4月1日正式に発令されたが、これより前の昭和33年11月13日頃には同大学の教授に対し、また翌34年3月12日頃には同大学総長及び同大学教授らに対し、Yの母Hがいずれも「Xが病氣療養中の妻であるYを放置して顧みず、またYの人格を無視して度々他の女性と交際を続け、妻を遺棄して東京へ逃避し、反省を求めても顧みない不徳義漢である」趣旨の手紙を発信し、このことが同大学の理事会においても問題とされたりしたため、Xはいたく憤激し、Hに対し手紙で強く抗議。

18 Yは、Hが前記総長宛の手紙を発信した当時は未だ腎炎・蛋白尿等で入院中であつたが、徳島市に帰郷しXの前記抗議の手紙を見て一部始終を知り驚くとともに、早速Xに対し母Hの無礼を詫びかつYはXに女性関係があること等の疑いをもっていないと釈明し、さらに母Hを強くいさめた旨申し述べた。Xも、Hの前記行為は同人の独断によるものであって、Yがこれに全く関与していないことを了解。

19 その後Yは、昭和34年3月に日本原高校を退職してXと同居すべく上京し、ただちにXに対し同居を求めたが拒否されたため、やむなく事態の好転を期して別に居住し、その後苦心の末昭和36年4月東京都内において高等学校教員の職を得、Xとの婚姻生活の回復継続を望んでいる。そして教員の職を得るまでの2年間、Yは精神的にも経済的にも多大の苦勞をしたが、その間はもちろんその後明治大学助教授、教授として次第に経済的な余裕が生じたにもかかわらず、今日に至るまでXは、Yに対して夫としての協力・扶助義務を尽さず、何らの援助もしていない。

20 そればかりでなく、Xは昭和34年3月頃からかつて岡山療養所入所中に顔見知りとなっていたEと交際を始め、同年8月12日から15日までEと連れだって長野県に旅行し、同月12日からEと情交関係を結び、以来これを継続し、昭和45年頃からEと東京都国立市の現住所において同棲している。

21 ところでXは、昭和33年6月頃からYに対し離婚を求め、昭和34年秋頃離婚をすべく東京家庭裁判所八王子支部に夫婦関係調整の調停申立てをおこなったが、協議が整わず調停は不調。現在XはYとの婚姻関係を維持する意思が全くない。

以上のような経緯の下、Xは昭和37年に離婚を求める訴えを提起。第1審（東

京地八王子支判昭和47年9月20日)がXの請求を認容したので、Yが控訴。本判決は以下のように判示して原判決を取り消し、Xの離婚請求を棄却。

【判旨】 本判決はまず、X・Y間の婚姻関係が破綻しているかどうかにつき、「XとYとの本件婚姻関係はXが美術短期大学の助教授に就任した頃から次第に和合を欠くようになり、昭和31、2年頃にはXがYを疎んじて更に冷却し、Xが上京した昭和33年頃には殆んど破綻に近い状態になり、Yの母Hが明治大学総長等にXを非難する手紙を出したこと及びXがEと情交関係を結んだことにより昭和34年中には完全に破綻し、右破綻の状態は爾来20年以上に亘り継続して現在では全く回復不能の状態にあるものというべきである」と判示。

そして、それに立ち至った原因について、本判決は、「Xは、まず、XとYとの婚姻関係は、相互の信頼と愛情によって結ばれたものではなく、Xの一方的感傷ないし同情によるものであって、その当初から円満さを欠いていた旨主張するが、前認定の4ないし7の事実によると、XとYの婚約と事実上の婚姻は、相互の十分な理解のもとになされたものと認められ、更に前記8ないし11の事実によれば、XとYは、双方の家庭の事情から同居生活を営むことこそできなかったとはいえ、その生活は円満なものであり、特にXの発病後におけるYの物心両面に亘る献身ぶりは、各家庭の事情及び当時の食糧事情、交通事情等に照してまことに健気なものであったと認められるから、Xの右主張は到底これを肯認することができない。」「Xは、更に、Yの性格を云々して妻としての適格を欠くものであり、かつ、その行動によりXの人格、名誉を傷つけたことが破綻の原因である旨主張する。Yが、かなり自己中心的な性格で、自我が強く、協調性に欠けるところがあることは、本件訴訟の経緯に照して明らかなところであり、また、前記13に認定したところからすると、YがDとXとの関係を憶測してとった行動・態度には多少度を越したものがあり、ためにXが人格・名誉を傷つけられたと感じ、また、相手方であるDに相当ならず迷惑を及ぼしたであろうことは想像に難くないけれども、前記11ないし14に認定した、Xが津山市に居住するに至ってからの同人及びその母Kの行動を考えると、その頃からきざし始めた本件婚姻関係の冷却化（そしてそれは右関係の破綻へとつながるものであるが）の原因のすべてを、Yの性格や当時同人がとった行動・態度のみに帰せしめることはできないものというべきで



ある」と判示している。

そのうえで、「かえって、前認定の事実によれば、本件婚姻関係の破綻について主として責を負うべきは、Xであると考えられる。即ち、まず第一に、①Xは昭和26年10月岡山療養所を退院し一応社会生活が可能となったのであるから、Yとの婚姻関係を再開する機会に恵まれたといえるうえに、昭和27年10月10日には婚姻の届出までしているのに、Yとの同居を肯んぜず、その期間は昭和29年8月頃までの約3年に及んだことである。尤も、当時Xの母KがYとの同居に反対し、また、Yの母HとX及びKとの間に種々葛藤のあったことは事実であるけれども、これらの事情が、Xにとって解決困難なものであって、右のような長期間にわたりYとの同居の障害となるものであることを認めるに足りる的確な資料は何もないから、結局Xは、その間、夫として尽すべき義務を果さず、荏苒日を過していたものとの誹りを免れまい。しかも、Yとの同居後の状況が前記14に認定するようなものであってみれば、なおさらのことである。つぎに、②Xは昭和33年4月頃母Kを伴って上京し、東京都杉並区に居をかまえ、明治大学に就職するのであるが、右についてXは、Yの諒解を得ることはおろか一言の断りもしていないことである。そして、当時Yは前記15のとおり病氣療養中であって、肉体的にも精神的にも弱っており、何よりも夫であるXの援助を必要とする状態であったのであるから、Xの右の行動は、夫としての義務に著しくもとるものであると言わざるを得ず、しかも、本件に現れたすべての証拠によるも、Xがかかる挙に出たことを正当化するに足りる事情は遂にこれを認めることができないのである。そもそも、Xのとった前記のような行動は、本件婚姻関係の完全な破綻を前提としてはじめて正当化し得るものであるところ、右当時本件婚姻関係は冷却化の途にあったとはいえ、未だ破綻しておらず、しかも冷却化の原因の多くはXの責に帰すべきものであったことは、既に認定判断したとおりであるから、Xの右の行動は、本件婚姻関係の破綻について少なからざる原因力をなすものというべきである。さらに③Xは、前記20のとおり、昭和34年8月12日頃からEと情交関係を結ぶに至ったが、当時Yは前記19に認定するとおり岡山県での教員生活を打切ってXと同居すべく上京し、Xにこれを拒否されたものの、なお事態の好転を待っている状況にあったことを考えると、Xの右の所為が、本件婚姻関係における信頼関係

を甚しく裏切るものであることはいうをまたない。」「元来、婚姻関係は完全ではあり得ない男・女の共同生活である以上、XとYとの本件婚姻関係の破綻についても、Yに全くその原因がないとはいえず、これまでに認定判断したところよりして、Yもまた右破綻についての責の一端を荷なうべきことは、これを否定し得べくもないけれども、Xが破綻の原因として主張するところがいずれも理由がないこと既に認定判断したとおりであり、かえてXには右に採上げた三つの事実があり、そのすべてについてXが責を負うべきものと判断される以上、本件婚姻関係の破綻について、主として責を負うべきは、やはりXであると言わざるを得ない。」

「以上のとおりであって、XとYとの婚姻関係の破綻について主として責任を負うべきものはXであるから、Xから右破綻を理由にYに対して離婚を求めることは許されない。従ってXの本件離婚請求は理由がなく棄却を免れない」と判示（丸番号・下線筆者）。

【51】判決は、夫Xと妻Yの婚姻関係が破綻したのはもっぱらXによる婚姻上の義務違反によるものとしてXからの離婚請求を認容した第1審判決を取り消し、これを退けている。とりわけ【判旨】中の①から③は、この点を詳細に認定、判断している部分であり、Xの協力義務つまり同居義務・扶助義務・貞操義務の違反を示すものとして注目に値しよう<sup>(75)</sup>。

そして、この限りにおいて婚姻上夫婦に要請される義務、信義則上要請される義務が尊重されるべきものとみられていると評することができよう。事情はあるにせよ、別居期間が長く、正味の同居期間が極めて短いこと、YとXの母親、XとYの母親との間に確執があること、実質的な破綻の時点から離婚請求、その判決までにはかなりの時の経過がみられること、Xが別の女性との新生活を開始していること、等の事情を考慮に入れたとしても、以上の観点からはなお致し方のない判断だったと言えるのではなからうか。

---

<sup>(75)</sup> この点については、本判決を収録する前掲判例タイムズ451号130頁のコメント参照。

しかしながら、その結果、本判決もまた【50】判決と同様に、回復の見込みのない婚姻関係を維持、継続することを強要する目的ではないにせよ、これが維持されるわけであるが、それは、自己の非を理由に権利主張を認める不合理的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）に基づく倫理的、道徳的な非難可能性を重視した結果、このような結論に立ち至ったものと位置づけるほかないであろう。倫理的、道徳的な観点から信義則が機能している判決であるとは言えても、【50】判決同様、その当否は非常に悩ましいものがある。

**【52】東京高判昭和57年3月9日（離婚請求控訴事件。判例時報1043号50頁）**

【事案】認定されている事実関係は以下のとおり。

一 婚姻歴と家族関係

夫Xと妻Yは昭和24年3月に結婚式を挙げ、同年5月23日婚姻の届け出て（いずれも初婚）以来、夫婦の間には長男A（昭和24年11月11日生、昭和25年1月6日死亡）、長女B（昭和26年3月19日生）、二女C（昭和28年3月26日生）、二男D（昭和32年1月25日生、昭和33年11月30日死亡）、三女E（昭和36年10月5日生）が出生。他方Xは、Zとの間で長女F（昭和32年1月6日生。Zにとって第一子。昭和53年3月10日Xの長兄夫婦と養子縁組をしてX姓となる。）、二女G（昭和37年9月3日生）、長男H（昭和41年7月25日生）をもうけた。なお、昭和31年3月頃からXとYは別居状態。

二 本件の経過

1 XとYとの婚姻及び家庭生活

（一）Xは、昭和32年11月モンゴルから復員後大林組仙台支店に勤務。昭和23年7月同社東京支店に転勤。上京した際、Yと見合いをし、前記のとおり、昭和24年3月に結婚式を挙げ、同年5月23日に婚姻の届出をした。

（二）XとYとは東京都目黒区緑ヶ丘のYの実家に間借りして生活を開始。とこ

ろが、しばらくして平常は無口でありながら時に直線的な感情表現や挙措動作に及ぶYの性格に、Xは自己の性格と融和し難いものを感じ始めた。またXは、同居していたYの実母Iとの折り合いも良くなかったため、夫婦間になごやかな雰囲気がないと思うようになった。そしてXは、当時二階に間借りしていた戦友の室に行き、夜遅くまで同人と雑談することが多かったため、Yは、Xとの語らいの場を失ったと感じ、加えてその頃大林組からの給料の遅配欠配などで経済的に苦しい状況にあったうえ、Y自身初めての妊娠・出産そして乳児の死亡という出来事に遭い、精神的不安も手伝って、何度か書置きして夜間家を飛び出す騒ぎを起したこともあった。

Xは、結婚以来Yの家族や実弟Mの生活の援助もしていたため、経済的苦境に陥り、大林組から預った宿舍費を生活のために費消せざるを得なくなり、昭和25年8月頃退職金をもって費消金員を填補するため大林組を退職。Xは、ただちにN工業を設立し、自宅（Yの実家）を事務所として建設業を開始。Yの実家における生活の間にYは長男Aと長女Bを出産。

ところが、Yの実母の意向等もあり、Xは昭和26年秋、目黒区大原に事務所用建物を取得、事務所と夫婦の住居とを移転。Yは、幼児を抱えて金策に回る等、N工業の事務を手伝い、昭和28年3月には二女Cをもうけた。そして、XとYとの夫婦仲は、前記のような性格の差異はあったものの、二女C出生の頃までは、ことさらこれが悪化したとは言い難い状態にあった。

## 2 ZとXとの仲

昭和27年ZがN工業に就職し、次第にYに代って経理事務を担当するようになった。Xは、昭和28年Yが二女C出産のため実家に戻っていた前後頃からZと親密になり、その頃から経営の悪化したN工業のためZとともに金策に走り回り、同年末頃事務所隣に新築された宿舍にあるX夫婦の居室の隣室にZを約半年間居住させ、その頃Zの実家から約50万円を借り、さらには自宅に夜帰ってこないこともある等、次第にZと深い仲に陥り、Yとは疎遠になっていった。

Yは、XとZとの深い関係を比較的初期の昭和28年頃知り、その後しばしばXに対してZと別れることを求めているものの、N工業のため果たす役割を考え、Zの速やかな退職を要求したり、Zの実家からの融資に異議を述べるなどの、強

い拒否の態度を示さなかった。この間、N工業は営業不振を続け、常時負債の返済に追われ、XとYとの生活もますます窮迫するようになっていった。

### 3 離婚の合意と離婚届の作成

XとYとは、このような状況の下で、昭和29年から翌30年にかけて、Mを交えるなどして離婚について話し合った。その結果、同年半ば頃には、Yは、XとZとの関係はもはや解消されないであろうからXと離婚することもやむを得ないと考え、自らもかなり積極的に離婚の意思のあることを表明し、離婚届に署名捺印。Xは、ただちに離婚届をZに見せて安心させるとともに、その後これをZの親にもみせてZとの関係につき了解を得た。

### 4 XとYとの別居

こうしてXは、昭和31年3月頃Yを残し、長女B及び二女Cを連れて大原の住居を出て、世田谷区烏山に借家して転居し、そこでZと同棲を開始。その頃Zは妊娠し、昭和32年1月6日長女Fを出産。他方Yは、その後靴下の内職をしながら生活し、Xとは時々会って大原の建物の処分によるN工業の借財の返済につき協議し、昭和31年9月頃Xとの間の二男Dを身ごもったまま同区上馬に一人転居し、その転居についてはXが手伝った。以来XとYとの別居の状態は今日まで続いている。

### 5 Yの離婚意思撤回と離婚届の破棄

ところで先に作成した離婚届は、Xにおいて烏山に転居してから所轄区役所に郵送したが、同年5、6月頃区役所の吏員が印洩れがあると言ってこれを当時大原に残留していたYのもとに持参したところ、すでに二男Dを身ごもりながら一人暮らしをしていたYは、もはや離婚しない旨を決意していたので、その旨を吏員に告げてその返還を受け、即座にこれを破棄。Xは、その頃大原のYの許へ行った際、Yから前記離婚届書破棄の事実を聞かされたが（なお、その頃XはZとの婚姻届を所轄区役所に提出したが、Xがなお婚姻中であるということで受理されなかった。）、それまでの間、Xは（したがってまたZも）、XがYと離婚したかはいしは離婚できるものと思っていた。

### 6 別居後のXとYとの間柄

Yは、昭和32年1月25日上馬の住居においてXとの間の二男Dを出産（XはY

から前記離婚届を得た後その破棄を知る前にもYと夫婦関係を結んでいた。Xが別居にあたり連れ出した長女B及び二女Cは、Xの許（烏山）で、Zが母親代りをして養育された。そのためYは、二男D出産後Zの許にある子供らに会うため、時折Zの許を訪れており、昭和32年7月7日頃、Zに対し、子供らの世話をしてもらっていることについて謝意を表したうえ、「自分は三人の子の母となった現在妻の座を捨てることはできないが、Zが正妻でなくてもXと同棲している現状を続けたいのならばそのようにしてもよい。ただし、自分が離婚しないで生きる決心をした以上、子供達を返してほしい」旨記載した手紙を送ったこともあった。

Yは、昭和33年8月、世田谷区用賀町居住のM方に転居したが、同年11月二男Dの死亡直後、Zから二女Cを引きとり、翌昭和34年3月頃には長女B（当時小学生）を通学先から連れて帰り、同年末頃、同区世田谷五丁目の新築建物に転居し、母娘三人の生活を開始。Xは、生活費を持参する等のため別居後も月に2、3度Yを訪れており、その際は子供達と遊ぶこともあり、時折宿泊し、昭和32年11月中旬にYと一泊旅行に行く等して夫婦関係を結んだこともあった。そしてXとYが昭和35年末頃、最終の夫婦関係を結んだためYは懐妊し、昭和36年10月5日三女Eを出産し、Xはその出生を届け出た。

#### 7 別居後のXとZとの生活

Xは、建築設計の仕事をしながら引き続き烏山においてZとの同棲生活を続け、市川市所在の港運会社勤務に転じ、同市内の飯場に転居し、昭和40年千葉市に土地・家屋を求めて転居し、以来同市内において建築士・土地家屋調査士の業務に従事。両名は、さらに二女G（昭和37年9月3日生）、長男H（昭和41年7月25日生）をもうけ、親子五人で円満な家庭生活を営んでいる。XとZとは、三人の子にいずれもX姓を名乗らせて学校に通わせたものの、その成長にともない、法的にも子にX姓を称させ、Zとの法律上の婚姻を実現しようと願望し、Xは本訴を提起。なお、本訴係属中長女Fは成人し、教員になるに際してXの氏を称するためXの長兄夫婦と養子縁組。

#### 8 Yの近時の生活

Yは、世田谷五丁目の居宅において母娘で生活を続け、昭和37年頃、Xからの

生活費の仕送りの中断にともない生活保護を受けるに至り、同年末市川市の飯場にいるX方に引っ越すべく母娘四人で家財道具とともに到着したが、Xに容れられず、一旦Xとともにその実家（長野県所在）に移り、昭和38年1月Xの探してきた小平市の借家に転居。Y母娘は、しばしばXの来訪を受け、親子でひとときを過ごし、生活費を受領し、これとYのパート労働による収入で生活した。

長女Bは昭和44年春高校卒業とともに千葉市所在のXの建築事務所に勤務。Y母娘は昭和46年4月二女Cの高校卒業直後千葉市の借家に移り、昭和47年1月Xが交通事故により負傷して入院するまでXから生活費を受け、これとY及び長女Bの勤労収入とで生活し、同年4月Xの前記事務所の一時的閉鎖にともない長女Bは退職し、Xからの送金も途絶え、Y母娘は昭和48年7月のほか二回ほどX方に転居しようと企てたりした。なお、二女CがXの事務所でアルバイトをしたこともある。現在Yは官庁の賄い婦、長女BはYと同居し金融業の事務員をしており、二女Cは大学卒業後結婚し、三女Eは千葉大学工学部学生である。

#### 9 XのYらに対する金銭的支出

Xは、昭和31年Yと別居以来昭和37年1月交通事故で負傷入院するまでの間、仕事がうまくゆかなかった一時期を除き、Yに対し毎月2万5000円から5万5000円くらいの生活費を交付し、昭和48年7月からYが居住している家屋の家賃相当額（月額3万円）のみの支払いを続けている。また、Xは、二女Cの結婚に際して100万円を、三女Eの大学入学に際して20万円を与えて援助。

#### 10 離婚に関するX及びYの意思

昭和32年頃から昭和48年本訴提起に至るまでの間、Xは、Yの住居を訪れた機会等において、自らまたはMを介してしばしば離婚を求めたが、Yの同意は得られなかった。かえってYがXに対してZと別れるよう求めることもあり、そのときはXは、喧嘩別れの状態でYの許を辞去。また、昭和32年から34年頃までの間、Xからは離婚の調停申立てが、Yからは夫婦関係調整を目的とする調停申立てが、それぞれ1、2度ずつ東京家庭裁判所に提起されたが、いずれも不調。またXは、昭和37年頃以降Yが入信している「生長の家」の信者筋を頼ってYから離婚の同意を得ようとしたが、成功しなかった。

Xは、今もZと別れてYと再び家庭生活を営む意思はない。他方Yは、今でも

XがZと別れて戻ってくることがあれば、これを受け入れるつもりであり、Yに落ち度がないのであるから、離婚が実現しないためにZやその子らが困っていても、筋を通してXと離婚はしない方針である。

以上のような事実関係の下において、XはYに対して離婚を請求。第1審（千葉地判昭和54年6月25日）がXの請求を認容したのでY控訴。本判決は、以下のとおり判示して原判決を取り消し、Xの請求を棄却。

### 【判旨】「一 婚姻の破綻

XとYとの間の婚姻の破綻について検討する。

XとYとが離婚届を作成し、Xが昭和31年3月頃長女B、二女Cを連れて大原の住居から転居し、Zと同棲生活を始めたことにより、婚姻は破綻に陥り、昭和32年1月ZがXとの間の長女Fを出産したことによりその破綻はさらに進んだものである。

ところで、Xは別居後もY及び子供らを屢々訪問し、生活費を贈り、時にYと夫婦関係を結んでいるものの継続的に同居してはならず、しかもZとは外形上は夫婦として同居生活をしているのであるから、XとYとの婚姻は、その実体に乏しいものといわざるを得ない。そして、昭和35年末頃以降は両者の夫婦関係も途絶えたのであるから、その破綻は回復不能の状態に至ったというべきである。この場合、Xが別居したYをたびたび訪問したのは、子らに対する面接の意味に過ぎず、Yに生活費を支払ったのは、法的には妻であるY及び子であるBら三人に対する扶助、扶養義務の履行にすぎないと解すべきもので、これらの事実から、婚姻関係が破綻していないと認めることはできない。

Yは、今でもXさえZと別れて戻ってくれば家庭生活を営むつもりであるが、XがYと別居するに至ってから既に20数年を経過し（本訴提起時においても10数年を経過している。）、その間XはZ及び同女との間にもうけた三人の子らと継続して実質的な家庭生活を営んできており、到底これと別れる意思を有しないのであるから、XがZと別れてYとの家庭生活を再開する見込はないというのほかはない。

### 二 有責性

本件婚姻の破綻に関するXの有責性につき検討する。



## 1 Xの基本的有責性

昭和28年にXがZと親密になる以前において、XとYとの婚姻につき将来破綻に至るべき事情があったとは認められない。そして、昭和31年3月XがYと別居したのは、Zとの同棲を目的としたものであるが、かかる事態に至った直接の原因は、…（略）…、Xが昭和28年頃より、Zと深い仲に陥ったこと自体にあるというべきである。この場合、XがYとの婚姻に応じた動機の一部に恩人でもありかつ熱心な紹介者でもあるJに対する義理立てがあったとしても、すでに婚姻し子までもうけるに至った以上、ことさら離婚の理由の一部又はXがZと前記のような間柄になったことの弁明としてこれを取上げるのは相当でない。

Yの感情表現、挙措動作に問題があり、Yとの家庭生活にXが期待したなごやかに欠けるものがあったとの点についても、元來結婚生活に対する期待の内容、程度は各人各様であって、自己のそれが満たされないからといって直ちに相手方を非難するのは当を得ないのみならず、当時Xの側において妻であるYの性格を理解し、円満な家庭生活を築くために十分の努力をしたとはいいい難く、そのほか結婚後XがZと親密になるまでの4年間に、XはYとの間に前記長男A（死亡）、長女B及び二女Cをもうけているのであって、かような実情にかんがみ、Xとはいささか一致しないYの性格、行動をもって、直ちにXがYをうとんじ、Zと深い仲になることもやむをえないと解することはできない。このようにみれば前記破綻の責任は、基本的にはXにあるというべきである。

## 2 Yの落度

XがZと深い仲に陥ったとはいえ、Yと同居していたその初期の段階ならば、Zとの関係を解消してYとの家庭生活を続けることができた<sup>1</sup>と解され、かつ、その場合にYは妻として、XがZと深い仲に陥った遠因を避け、Xに対しZとの関係を解消するよう強く要求して然るべきであったところ、前記認定事実によると、YはXとZとの関係を知りながら、これを解消させるための抗議その他の努力を十分にしたとはいいい難い。

さらに、YがXとZとが婚姻するのもやむを得ないと考えて、Xとの離婚届出書に署名押印してXに交付したことは、看過できない。

すなわち、第一に、これは、Y自身がXとの婚姻関係を解消することにより、

XとZとの婚姻外の関係は婚姻関係に高めることの承認、いわばXとZとの関係の宥恕とも解される余地がある。第二に、前記認定事実によると、ZがXとの長女Fを懐妊したのは、右離婚届書の作成交付の後であるから、右離婚届作成はXとZとの間柄をますます親密かつ真剣にしたものと解される。第三に、右離婚届が作成直後でYが翻意する前に戸籍吏に提出されれば、たとえ吏員がYの意思を確認してもその承諾を得てこれを受理したであろうし、そのときは本訴請求を不要ならしめたためのものである。

次に、Xが幼い長女B及び二女Cを連れて別居してからYがこれを引きとるまでのほぼ3年前後の間、Xと同棲中のZをして實際上右二児の母親代りを勤めさせたことも、それがYとしては当時やむを得なかったにせよ、ZのXとの同棲生活をいよいよ真剣ならしめ、XをしてZとの関係をぬきさしならないものにするものである。

なお、Yは別居後XとZの同棲先に再三引越を強行しようとしているが、これはXからの生活費送金中断の後であることも考えれば、特に責められるべき所為とはいえない。

### 3 Xのその他の落度等

(一) Xは、前記Yから離婚届書を得た後も、その離婚の意思を撤回した前後を通じて、少なくとも複数回Yとの間で夫婦関係を結び、Yをしてさらに二男D及び三女Eを出産させた。

この事態について考察するに、XとYとは別居中であって、客観的に婚姻は破綻に陥ったとはいえないまだ離婚が成立せず、したがって法律上なお夫婦である間にかかる事態の発生をみたことは、Yに対する関係では、Xもまた離婚の意思を撤回したもののように解される余地もあり、そのように解すれば、Xは、破綻に陥った夫婦の仲をたて直すべき責務を負うというべきであるが、Xがその後かような努力をした事実はない。また、Yがすでに離婚の意思を翻えし、正常な夫婦の仲の復活を切に望んでいるのに、Xが離婚の意思を維持したままでこの事態を招いたとすれば、Xの行為は無責任というのほかはない。いずれにしても、Xのこの落度は、Yの前記2の落度に優るとも劣らないものと判断される。

(二) なお、Xは、別居後も一時子らを手許で養育し、Y母娘をたびたび訪問し、

生活費、学費、婚資の一部として金員を贈り、転居先を世話し、長女B、二女Cを自己の経営する建築事務所に雇入れて賃金を支払った。これらは、扶助扶養義務の履行にすぎないとはいえ、Xに有利な事情であるが、Xの前記基本的な有責性を左右するに足りない。

#### 4 結び

前記諸事情を総合して検討すれば、本件は、Yに右婚姻関係破綻の責任があつてXにそれがないとか、いずれにも責任がない場合であるとかとすることはできず、Xに破綻の責任があり、かつ、その有責性は、Yのそれよりもはるかに基本的であり、より重大であるというべきである。

#### 三 結論

本件はかような有責配偶者であるXの請求に係るものであるから、結局、本件には民法770条1項5号にいう婚姻を継続し難い重大な事由が存するものとはいえず、本件離婚請求は棄却さるべきである。」（下線筆者）

【52】判決は、夫婦の別居期間が20年を超えており、しかも夫Xに内縁関係にある女性Zとの間に三子をもうけ、一定の家庭生活が構築されており、妻Yとの婚姻はもはや回復不可能な破綻状態にあるようなケースについて、やはり「婚姻関係が破綻した場合においても、もっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえない」という従来からの判断枠組みに基づいて、Xの有責性がYのそれよりも基本的かつ重大であるとしてXからの離婚請求を棄却している。その際、Xは、Y及び子に対する経済的支援、子に対する精神的な庇護は一定程度果たしているようにもみえ、そうすると、結局のところ、破綻前から始まるXとZとの情交関係の存在が離婚請求の可否を判断するうえで極めて重要視されていたものと言うことができるであろう。

離婚を認めないということは、有名無実の夫婦の存在を放置する結果となるが、本件では、夫婦という精神的、肉体的、経済的な結合体である婚姻

関係においては、夫婦間の協力義務、とりわけ扶助義務という経済的な側面よりもむしろ、同居義務、貞操義務といった精神的、肉体的な側面が重要視されていることが窺われ、そうだとすれば、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）に基づく倫理的、道徳的な非難可能性の視点がこの局面ではなお重要な機能を果たしているということになろう。

こうして、この時期の「有責配偶者からの離婚請求」事件における信義則判断は、夫婦間の協力義務の履行の有無・程度及び離婚を認めた場合の両当事者の精神的苦痛や経済的困窮等の利益衡量との双方において妥当し、相関的に検討、判断していく状況に入っているものと評することができるわけである。

（未完）