

「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（三）

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、同64巻1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）

次の【53】東京地判昭和58年1月24日もまた、離婚請求をおこなった夫Xの側に婚姻破綻（別居）の主たる原因があったとして「有責配偶者からの離婚請求」事件において従来から確立している判例法理に基づきこれを否定に解したものであり、特に目新しい点はない。

*福岡大学法科大学院教授

[53] 東京地判昭和58年1月24日（離婚請求事件。判例時報1080号86頁）

【**事実**】 1 夫Xと妻Yは昭和16年4月挙式して同居を始め、昭和17年6月に婚姻の届出をした夫婦（X・Y間には昭和17年6月長女A、昭和18年12月二女B、昭和22年2月長男C、昭和25年10月二男Dが出生）。

2 Xは、昭和11年3月東京帝国大学医学部を卒業し、直ちに同大学附属病院の島菌、柿沼内科教室に所属し、その後、一時鉄道病院に勤務した後、昭和18年4月医学博士の学位を取得し、昭和18年5月長野県諏訪市の諏訪赤十字病院の内科医長に、昭和21年10月和歌山県の和歌山日赤病院内科医長に、昭和28年3月東京都内の財団法人日産厚生会玉川病院診療部長に、昭和32年4月〇〇労災病院の内科部長に、昭和40年〇〇労災病院の副院長に、昭和53年9月同病院の院長に就任し、現在に至っている。

3 新婚当時、Xは柿沼内科教室に所属する無給副手であったが、Xの父の援助を受けながら生活。当時のX・Y間の婚姻生活は平穏かつ円満であった。

4 昭和18年5月Xが諏訪赤十字病院に勤務することとなったが、Yはこれより遅れて長女Aとともに諏訪市に転居。その後、昭和18年12月に二女Bが出生し、折柄戦時中のため物資に不足等する中で、Yは家事に従事し、Xは前記病院の内科医長として職務に精励。XとYはこの時期、比較的円満に生活していた。

5 その後、昭和21年10月Xは和歌山日赤病院に転勤となり、X・Yら一家は和歌山市に転居。昭和22年2月に長男Cが、昭和25年10月に二男Dが出生。Yは家事や子の養育に専念。Xは勤務に励む一方、自宅での診療もおこない、Yはこれを手伝ったりして、夫婦互いに多忙な中、比較的円満に婚姻生活を送っていた（Xは時々、病院の部下等を自宅に招き、夫婦そろって歓待したりしたこともあった）。

6 学者肌のXは、神経質で過敏なところがあり、夜子供の泣き声で睡眠を妨害されることを嫌い、昭和20年ころ以降Y及び子供らとは別室で就寝するようになった。

7 Zは、昭和19年4月東京女子医学専門学校に入学したが、病気のため学校を休学し、昭和24年3月学校の教授から紹介状を得てXが内科医長をしている和歌山赤十字病院に入院し、そこでXと知り合った。その後Zは退院後、復学して昭和26年に学校を卒業。その後昭和26年4月から和歌山赤十字病院にインターンとし

て勤めることになり、昭和27年1月からは、Xが医長を務める内科でインターンをした。当時、和歌山赤十字病院は京大系が主流で、東大出身のXは孤立状態にあった。Zは、自分自身東大系の教授に指導を受けたことや、Xが医師として優れた資質を有していたことから、Xの立場に深く同情し、インターンの終わった昭和27年3月以降も引き続きXの所属する内科でその手伝いをし、これは、Zが同年5月医師国家試験を受け、同年9月の合格発表のころまで続いた。こうした中、XはZがXの立場に同情し、何かと協力的であったことから、次第にZを憎からず思うようになった。ZもXのそうした気持ちを知って、昭和27年5月ころにはXの学会出席に同行したり、昭和27年7月ころにはXの依頼により東京で病院入院中のXの実母を見舞ったりして親しく交際するようになり、また、X・Y間の子に物を買って与えたりなどして可愛がった。そして昭和27年秋ころ、Xは夜遅くZを伴って帰宅し、Yに対しXの寝室に寝間の用意をするよう命じたことがあった。もっとも、その際はYの反対で、結局、ZはX方に泊らなかった。こうした中、XとZの仲は病院内でも噂となるに至った。

そのため、昭和27年ころからXがYに対し不機嫌になり、その結果、XはYに対しほとんど話しかけることもなくなり、夫婦の関係は次第に冷えたものとなった。このころから、Xは、Yが従前から宗教に帰依していることに悪感情を持つようになった。また、XとYの性生活は、昭和27年10月8日ころを最後に絶えてなくなった。そしてXは、昭和28年の初めころからYに離婚を求めるようになったが、Yはこれに応じなかった。

8 Xは、かねてから学者として研究生活に生きることに強い希望を抱いていたが、恩師が昭和27年4月に死亡したため、学者になる希望も絶たれ、また、和歌山日赤病院にいても孤立状態にあって先の見込みもなく、Yと不和の状態になっていたため、Yに相談することもなく、和歌山を引き揚げて日産厚生会玉川病院の診療部長として勤務することとしたが、結局、家族全員で昭和28年3月ころ上京。

9 上京後も、Xは、Yに対し不機嫌で話しかけることもない状態が続き、Yに対し離婚を求めたが、Yは、これに応じず、Xの申し出を無視するなどしたため、XはYに暴力を振るったりした。

10 昭和29年に至り、Xは東京家庭裁判所に離婚調停を申し立てたが、同年10月こ

ろ、Yは、X・Y間に不和を生じたのはXとZの関係が生じたことが原因であるなどとして離婚に応じず、調停は不調に終わった。

11 前記調停後、Xは何かにつけて不機嫌で、Yに対し、しばしば暴力を振るってYに離婚を求めるようになった。そのため、Yは、Xの暴力等に耐えられなくなってやむなく一時別居することとし、その際、子供の養育費はXが負担し、子供が病気になったときはXが面倒をみることとし、子供がX・Yのいずれにつくかは本人の希望に従うこととし、結局、Yが4人の子の養育に当たることとなった。そこでYは、4人の子とともに、昭和29年12月Xのもとを出てYの実家に身を寄せ、以来今日に至るまで別居の状態が続いている。

12 前記別居後、Xは現在に至るまでに、子を介してあるいは直接Yに対し繰り返し離婚を求めてきた。また、Xは昭和31年2度目の離婚調停を申し立て、さらに昭和42年、昭和46年にもそれぞれ離婚調停を申し立てたが、いずれもYが離婚に応じなかったため、調停はいずれも不調となった。

13 Xは、Yと別居後、4人の子の養育費や婚姻費用等に関してはYの要求するところに従い相当の負担をし、Yに対する援助を惜しまなかった。その結果、4人の子は、それぞれ大学教育を終了し、結婚して家庭を持っている。

14 Yは、Xと別居後、実母とともに同居生活を送り、家政婦として働いたりした後、昭和30年4月から学校に通って栄養士の資格を取得し、現在東京都採用の栄養士として働いている。

15 一方、Zは、昭和27年11月から和歌山県△△保健所に勤務し、昭和29年4月から数ヶ月間研究のため上京し、昭和30年6月に前記保健所を退職。昭和30年11月に上京して東京都××保健所に勤務。XとZの交際は、Xが昭和28年3月に上京した後も続き、その後、昭和34年ころから、足繁くX宅を訪れて高齢で病気の状態にあったXの実母の世話やXの世話をするうち、XとZとの間には肉體関係が生じて今日に至っている。

以上のような状況の下で、Xは、YがXとの婚姻生活を放棄し妻としての同居義務・協力義務を全く履行しなかったものであり、婚姻生活の破綻の原因は主としてYにあるなどと主張して、Yに対して離婚を請求するとともに慰謝料の請求をおこなったのが本件訴訟である。請求棄却。

【判旨】「以上認定の事実によれば、XとYとの婚姻関係は、現在は長期にわたる別居により破綻しているといわざるをえないが、右破綻は、Xと訴外Zとの交際が契機となって、XがYに対し離婚を求めて暴力を振うに至ったため、Yが止むなく別居したことにより生じたものであるから、その主たる原因はXにあるといえることができるので、Xの離婚の請求は有責配偶者によるそれとして棄却を免れない」というべきである（なお、Xは、有責配偶者による離婚請求であっても、その有責性を問うことなく、婚姻関係の破綻の有無によって離婚請求の当否を決すべき旨主張するが、当裁判所はかかる見解は採用しない。）。したがって、XのYに対する慰藉料の請求も認めることができない。」（下線筆者）

本判決は、別居期間が29年余りにも及んでいること、4人の子の養育費や婚姻費用は夫Xの側が負担し、4人の子らはすべて婚姻して独立しているという事案において、Xの側から積極的破綻主義の立場からの主張がなされてはいるものの、これについてはあっさりとして否定し、有責配偶者からの離婚請求を理由にXの請求を認めなかったものである。しかし、離婚請求の要件が徐々に緩和されている状況下にあつて、かかる場合に離婚請求を認めないことに伴うXとYの婚姻生活が現実には維持されるわけもなく、婚姻破綻（別居）の主たる原因がX側にあったとの一事をもって離婚請求を認めなかったとすればその判断には若干の躊躇を覚える。もちろん、問題はそう単純ではないが、29年余りにも及ぶ別居期間の間に新たに構築された双方の生活関係を前提とした、現実に沿った解決策、そしてそのための正当な法的理由づけの模索が差し迫った問題であることを強く意識させられる事案であったと言えるであろう。

同様の裁判例として、別居期間が32年以上にわたる **【55】東京高判昭和58年10月24日**などがその後も登場する。

【54】宮崎地判昭和58年3月25日（離婚請求事件。判例タイムズ503号174頁）

【事案】(1) 夫Xは昭和4年10月24日に生まれ、昭和19年4月県立農業学校に入学。翌昭和20年に同校を退学し家業の農業を手伝っていた。

(2) 昭和24年Xは他の女性と婚姻。しかし2ヶ月足らずで離婚。

(3) 昭和28年5月14日ころ、Xは妻Yと見合いし、X・Yは同年7月15日婚姻の届出をし、宮崎県東臼杵郡S村で婚姻生活を開始。

(4) Yは昭和2年5月10日宮崎県東臼杵郡M村で生まれ、昭和16年3月高等小学校を卒業後、農業、牛馬の育種、売買をして裕福に暮らしていた実家の家事手伝いをしていたところ、前記のとおり、Xと見合いし結婚。

(5) 昭和28年7月15日ころ、YはX方へ嫁入りし、Xの家で夫婦生活を開始。そのころXの家には義父母やXの弟姉が同居しており、人間関係が複雑で時には気まづいことや多少の軋轢もあったが、X・Yは農業、縄作り、むしろ作りに精を出し、Yの実家からの援助も受けて苦しい生計を切り盛りしつつ円満な生活を送っていた。

(6) 昭和29年7月1日長女A出生。

(7) 昭和30年6月Xの母死亡。昭和34年4月Xの父死亡。

(8) 昭和34年ころ、Xは父母の財産を相続し、その移転登記費用を捻出するため、ダム工事の入夫として出稼ぎに出た。

(9) 昭和35年1月1日長男B出生。

(10) 昭和36年3月21日X・Yと同居中であったXの妹の1人が自殺。

(11) 同年5、6月ころ、XはS村での生活に見切りをつけ、相続した山地・田畑等売り払って、Yをはじめ家族一同を伴って、そのころ購入した宮崎市高千穂通3丁目193番地8（家屋番号213番3）の建物に転居。転居後建物の増改築をし貸部屋を7室にして毎月約3万円の賃料を得て貸家業を開始。

(12) 同年7、8月にXはS村の山林を売却してその登記を了し、同年9月14日宮崎市千草町109番地8の店舗兼住宅（以下「旧建物」と略す。）につき売買による取得登記を了した（売買予約は5月15日になされている）。

(13) 同年11月からXは食堂で働き、翌昭和37年2月1日から10日までK寿司へ移って働いていた。

(14) 昭和37年2月11日ころ、Xは宮崎市高松通りの広さ約15坪の店舗を賃借し、同年3月1日「都寿司」の商号で寿司屋を開店。以後Xの実妹が寿司店を手伝っている。このころYは、Xの自転車の後部荷台に乗せられ、毎朝10時ころ寿司の材料の買い出しに出掛けたり、店で使うご飯を炊いて店へ持参するなどして前記寿司店の仕事の助勢をしていたが、子供が小さいため店の営業を手伝うことはなかった。このようなX・Yの間柄は、近所の人達がおしどり夫婦と噂するほどに仲睦まじいものであった。

もともと、Yは嫉妬心が強く、前記寿司店の家主で同店と同一建物内に美容院を経営していた女性に電話をかけXとの関係を疑い早く結婚するよう申し入れたり、寿司店のカウンターの中に女性客が入り込み手伝っているのをみて憤慨し扇風機を倒して出ていったりしたことなどがあった。

(15) 昭和38年8月ころ、Xは、旧建物を代金280万円で売却し、これにYの実父から借り受けた150万円と信用金庫から融資を受けた200万円を資金として、宮崎市千草町24番4（後に住居表示の実施により84番4と変更）の宅地145・45平方メートル、同町24番1（後に住居表示の実施により84番1と変更）の宅地184・85平方メートル（以下、これらを「千草町の土地」という。）及び同地上の建物を取得し、同建物に265万円をかけて建物3棟、貸室数約13部屋の構造にし、毎月4万円位の家賃収入を得た。同年10月Xは、都寿司の客が少ないので別のところで営業したいと言って同寿司屋を閉店。

(16) 同年12月ころ、Xは、宮崎市中央通りに土地を買い、店舗を借りて「都寿司」という商号で寿司屋を開店。しかしその後間もない昭和39年3月前記土地を売却し寿司屋を閉店。

(17) 昭和40年1月ころ、Xは、中央通りの都寿司の店舗を売却し、宮崎市大淀の土地を買い受けたうえ、金融機関からも融資を受けて三越旅館の営業権を買い取りその経営を開始。そのころ、XはZ（未亡人）を連れてきてYに引き合わせ、旅館を手伝うようになったと説明し、以後Zは住込みで前記旅館の経理その他の手伝いをするようになった。

(18) 昭和40年3月ころ、Yは、Xの女性関係の噂を確めるため夜12時ころ前記旅館に様子をみに行ったところ2階の部屋でXとZと一緒に寝ているのを発見。Zは

直ちに逃げ姿を晦ましたが、Xは狂ったように訳もなくYを激しく殴打。この事件の1、2日後XがYの兄らを伴って千草町の自宅に来たので、T（Yの知人）、Yらも交えて話し合った。その際XがZとの関係を否定するので、X・Y間の夫婦関係が長期間ないのはXの性機能に異常があるのではないかということで県立宮崎病院で検査を受けることとなったが、Xはこれをしなかった。

(19) 同年4月5日、XとZとの関係が明らかになり、騒ぎが大きくなったのでXは宮崎にいざらなくなったため、宮崎を離れて他へ出奔する決心をし、前示(17)で買収を受けた大淀の土地を売り払ってその売却代金を持ち、Zとともに長崎方面に逃げた。

(20) 同月6日ころ、Xは、長崎からT宛てに「自分は2度と宮崎に戻らない決心があるので行方を捜さないでほしい。財産はすべてYらに譲るのでよろしく伝えてくれ」との内容の手紙を出した。Xはその際東臼杵郡西郷村大字田代の山林の権利証の入ったキャビネットの鍵、千草町の権利証一切とXの実印を同封してT宛てに送り、そのころTはこれらの書類、実印等一切をYに渡した。Yは登記費用もないので、司法書士と相談して千草町の土地建物（既登記のもの）につきY名義で仮登記をした。

(21) 同月19日、Xは長崎からY宛てに手紙を出し、そこには「強いおかあさんになって下さい。……なにもいえた義理ではないのですが本当にすみません」との文言があった。

(22) XとZは長崎から諫早、大阪、姫路、東京と転々とし、同年6月ころ兵庫県赤穂市で喫茶店の経営を開始。同年9月25日ころ、Xの伯父のK夫婦がXらを尋ね、宮崎へ帰るよう説得し、XとZはKに連れられて同年10月2日ころ千草町の自宅へ帰ってきた。その際、T、Yの兄、K、清水町のおばあさん、Yらの前でXとZは別れることを誓い、Zは清水町のおばあさんに預けられることになった。

(23) 同年10月2日、Zは一旦清水町のおばあさん方に引き取られたがその1、2日後、XはYに道案内をさせてZを訪ね、Zが希望していると言ってすぐにZを千草町のアパートに住ませた。同月中旬ころZはYの目を逃がれて市内大工町へ転居し、Xがよくそこに入出入りするようになった。

(24) 同年12月ころ、Xは、Yに喫茶店をしたいので前記三越旅館の売却代金を喫茶

店の権利金40万円の支払にあてたいと言って、喫茶店の借主名義をYとしてその了解を得たうえ、Zの姉婿からも資金を借りて市内橘通西1丁目で喫茶店「パンセ」を経営し始め、3ヶ月ほどしてZが店を手伝うようになり、いつの間にか「パンセ」の借主名義はYからZに変更されていた。Yは長女Aや知人Tとともに「パンセ」に赴きXにZとのことを談判したところ、XはZを一生面倒みるとまで公言して憚らなかった。このころからXは市内下北方町に借家をして千草町の家に帰らなくなっていた。

(25) 昭和41年5月ころ、「パンセ」の借主名義がZに変っていることを聞いたYが不動産業者とともに「パンセ」にXを訪ねると、Xは入院のため病院に行くところだと言い出してYを宮崎市内の精神病院へ連れて行き、強制措置入院の手续を取った。これは、Xが、自分が胃腸を患い脱毛症に罹患したのは、Yが包丁を振り回したり、薪でXを殴打したり、塩酸のビンを投げつけるなどの嫉妬妄想ないし精神異常の言動に基づく心労によるものであると言って、誇張、虚言の訴えを前記病院の医師にしたことに起因するものであった。助けを求めるYからの電話や入院患者に密かに託した手紙などによりこれを知ったYの兄らが県衛生部予防課や保健所に強く抗議し、Yは数日後前記病院を退院できた。

なお、XはYの甥の要求で同人とともに自動車でもYに面会するために前記病院へ向う車中で、「間違いにして病院へ入れることは離婚の対象になるから、入れた。こうでもしないと女と一緒に住めない」などと言っていた。

(26) 昭和42年2月22日ころ、YはXから前示(20)により贈与を受けていた千草町の土地、建物の名義をY、長女A、長男Bの共有名義（ただし、未登記建物はY単独名義）に変更するため当時保管していたXの実印と本件土地の権利証を持参して司法書士事務所を訪れ手続を依頼。司法書士は昭和42年2月10日付の贈与契約書を作成のうえ、前示(20)の仮登記を抹消して昭和42年2月22日付でXからY、A、Bらに持分各3分の1の共有による所有権移転登記手続をした。同年11月ころ、Yは同じように前示(20)のとおりXから贈与を受けていた宮崎県東臼杵郡西郷村大字田代の山林をXからYとBに持分各2分の1の共有による所有権移転登記手続をした。

(27) 昭和44年6月18日、前記司法書士は前示(26)の依頼に基づきYが前示(20)のとおり

Xから贈与を受けていた千草町84番地4上の未登記の建物を家屋番号84番4の2木造セメント瓦葺2階建居宅（以下「千草町の建物」という。）1階23・27平方メートル、2階27・52平方メートルとしてY名義に保存登記した。

(28) Xは昭和46年5月16日仕事中に意識を失い倒れて県立病院に入院し、同年6月ころ胃潰瘍の手術を受けた。同年7月ころXは退院し一旦Yのもとに帰ったものの、数日を経ずして家出。そして市内に借家をし、昭和47年6月ころからその敷地の一部に植木や花木類を栽培し、それらの販売で生活している。

(29) 昭和49年正月ころX・Y間で「従前の千草町の建物3棟中2棟を取り毀し、敷地の奥の部分に新しく建物を建て、表通りに面した部分は駐車場にし、新築した建物はYの所有名義とする」旨の合意が成立。建築資金は主としてYの手持金や信用金庫からY名義で融資を受けた金員で賄い、この合意に基づいて同年4月初めころ、X・Yは建物の新築工事に着手し、同年12月31日新築建物の完成・引渡しがなされ、昭和50年2月1日千草町84番地4家屋番号84番4の3木造瓦葺2階建居宅（以下「千草町の新築建物」という。）1階65・90平方メートル、2階59・62平方メートルとしてY名義に所有権保存登記がなされた。

(30) その後前記駐車場部分の土地所有権の帰属に関しX・Y間に紛争が生じ、同年7月7日Xは宮崎家庭裁判所に夫婦関係調整の調停を申し立てたが、9月25日不調に終わった。

(31) 昭和50年6月中ごろ、XからYに対し離婚を申し入れたが、Yはこれを拒否。

そこでXがYに対し同年10月23日本件訴訟を提起（後に千草町の土地、新築建物の所有権移転登記手続を求める訴えも提起）。現在Yには婚姻継続の意思がないでもないが、Xにはその意思は全くない。

【判旨】 本判決はまず、「夫婦の相互的な愛情のみが婚姻の窮局にある2人を結びつける唯一の絆であり、互いに愛情を失ってしまった夫婦にとっては、婚姻破綻の解決としての離婚が不可避のものとなる。民法770条1項5号はこのような思想の下に相手方の有責いかんを問わず婚姻が客観的に破綻し、『婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』に裁判離婚を認め、いわゆる破綻主義離婚法を採用している。

そして、破綻主義離婚法の下においては、必ずしも婚姻破綻の有責者からの離

離婚請求が全く認められないものではないが、婚姻破綻の責任が夫において他に情婦をもち、妻を遺棄して情婦と同棲するなどもっぱら自らの背徳行為に起因する場合で、相手方にさほどの落度がないなど一方的な婚姻生活に対する義務違反や他方に対する一方的な精神的肉体的虐待行為その他双方の婚姻維持の誠意や努力において著しい差異があり、これに離婚後の生活など諸般の事情を比較考量して自ら婚姻の破綻を招き有責性の著しい者がなす離婚請求を社会的倫理観、公序良俗ないし信義則に反する場合には民法1条に照らしその離婚請求権の行使は権利の濫用として許されないものとすると判示。

そのうえで、「前認定第二の一の各事実をみると、X、Yの婚姻が破綻したのは、主としてXが情婦Zと情を通じ、同一(19)のとおり昭和40年4月5日同女と出奔し、同(22)のとおり同年10月2日一たん自宅に連れ戻されたが、(23)(24)のとおり同女との関係を断ち得ず、(25)のとおりYを精神病院へ入院させたり、(28)のように自ら胃潰瘍の入院手術を受ける際には突然Yを頼って舞戻り、その看病を受けながら退院するや、数日を経ずして家を出て帰らないことなどXの身勝手、気取な背徳行為に起因するもので、YにはXの不貞行為に誘発されてその嫉妬から多少行き過ぎた言動もみられないでもないが、これも異常とまではいえるものでないこと、もっとも、XはZと出奔中、出先から前認定一(20)のとおり昭和40年4月6日、Tに対し山林、土地建物をYに贈与してほしいと云って権利証などを送付し、前同(21)のとおり昭和40年4月21日にYあてに反省と詫言状を送っているが、前示のとおり出奔先から帰った後は一転して身勝手や気取な言動を繰返すにいたっていること、YはXから前同(20)により贈与を受けた不動産につき仮登記をなし、同(26)のとおり昭和42年2月22日Yと長男、長女の共有名義に本登記をなし、同(27)のとおり未登記の贈与建物につきY名義の保存登記を了し、現在駐車場、アパートを経営し生活を維持しているものの、Yが離婚に応じないのは単にXに対する意地や反感など報復的感情によるものではなく、Xが情婦との関係を断ってYのもとに立ち帰るのを待って健全な婚姻関係を回復したいと望んでいることが認められ、これらの事実を考え併せると、本件婚姻の破綻はもっぱらXの背徳行為に起因するものであり、これに前示諸般の事情を比較考量すると、有責性の甚だしいXの離婚請求権の行使は民法1条3項に照らし権利の濫用として許されないものといわねば

ならない。」と判示（下線筆者）。

本判決は、民法770条1項5号が客観的破綻主義を採用していることは一応承認しつつも、離婚請求権の行使が権利の濫用にあたる場合には離婚は許されないとした点、その前提として有責性の存在、双方のその程度の差異を考慮している点で、従来からの判例法理に基本的には沿ったものと評することができよう。しかし、有責配偶者からの離婚請求を否定するに際して、「自ら婚姻の破綻を招き有責性の著しい者がなす離婚請求を社会的倫理観、公序良俗ないし信義則に反する場合には民法1条に照らしその離婚請求権の行使は権利の濫用として許されない」（傍点筆者）という、これまでにあまり見掛けられない表現を採っている部分もあり、この点は特徴的であると言えよう。

“踏んだり蹴ったり判決”と称される【1】最判昭和27年2月19日以来の裁判例は、主として、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）に基づいて根拠づけられ特徴づけられてきたが、本判決においては、離婚請求自体は認められていないものの、信義則のほか、社会的倫理観や公序良俗といった法原理まで視野に入れて権利濫用の判断をおこなうとの理論枠組みが示された点で、これまで以上に限定的な判断をしていこうとする裁判例の意向なり印象をより一層強く受けるものとなっている。というのは、本判決の事案自体は、従来からの判例法理に基づき有責性の著しい「有責配偶者からの離婚請求」事件と同様に判断し得たもののようにも思われるところ、このような判示までおこなっているからである。

【55】東京高判昭和58年10月24日（離婚請求控訴事件。判例時報1099号56頁）

【事案】 1 夫Xと妻Yは、昭和18年12月に結婚式を挙げて同棲し、昭和19年4月4日に婚姻の届出をした夫婦（昭和19年9月24日に長男A、同21年12月3日に長

女B、同24年7月25日に二女Cが出生)。Xは、婚姻当初栃木県塩谷郡で父Pとともに製縄工場を経営。そのうち同工場の従業員Zと懇ろになり、次第にYとの家庭生活を顧みなくなり、Yが二女Cを出産した昭和24年7月以降はたまた家に帰る程度で疎遠となり、昭和25年5月にXの母Qが死亡してからはY及び子らのもとへ寄ることも絶えてなくなり、ついに昭和26年ころZと世帯を持ち、その後前記の製縄工場を閉鎖して宇都宮市に移住し、以来事務員、保険外務員などを遍歴し、昭和32年ころから同市において店を経営して現在に至っている。その間Xは、Zとの間にD(昭和29年11月1日生まれ)をもうけ、昭和35年12月にDを認知し、昭和43年6月にはDの親権者ZがDにつき父の氏を称する入籍の届出をしたことにより、Dは、Xを戸籍筆頭者とするX及びYの夫婦の戸籍に入籍してX姓を名乗り、また公務員となって現在X及びZと同居している。

2 Xは、前記のようにZと世帯を構えて以来32年に及んでいるが、他方Yは、Xの出奔後も婚家にとどまり、Xの負担すべき婚姻費用、子らの扶養等につき何ら協力扶助が得られないまま、舅Pに仕え、Aら3人の子女の哺育、監護、教育に努め、美容業に励み、もっぱらその尽瘁により、Aは横浜で家庭を持ち、Bは美容師となってYの美容院経営に従事し、Cは別居して自活するまでになっている。Pは、その嫁であるYが27歳の時以来Aら3人の子女の育成にすべてをかけて空闘を守り、一家を支えてきた尽瘁ぶりを汲んで、その所有する宅地建物をAに贈与し、畑地3反2畝を売却するなどしてこれに報い、Yは美容院を開設し、娘婿夫妻と同居してようやく生活の安定を保持するに至った。

3 ところで、Xは、32年にわたって事実上の夫婦関係にあるZと晴れて法律上の夫婦となる宿望を果そうと、昭和29年、35年、44年の3回にわたりYを相手方として離婚調停の申立てに及んだが、Yが応じなかったため、いずれも不調に終わったにもかかわらず、ひたすらYとの離婚を切望していまや憔悴の状態にある。

4 これに対し、Yは、Xの30有余年に及ぶ不実不貞により償うことのできない損失を被っているにもかかわらず、XがYの30余年の前記尽瘁に報いるに足りる方途を用意することもなく、ただその不実不貞をもって構築した既成事実を盾にして一途にYとの婚姻解消を求めるだけに終始している生き様にますます忿懣を募らせ、Xの要求を凜然と拒んでいるといった状況であった。

以上のような状況の下において、XがYに対し離婚を請求。第1審判決がこれを棄却したので、Xが控訴。控訴棄却。

【判旨】「右の認定事実によれば、X及びYの夫婦関係においてXに不貞な行為及び悪意の遺棄の所為があるうえに、右の不貞及び遺棄の行為が昭和25年頃から30年以上継続維持されたことによって、XとYとの婚姻関係は破綻して、もはや向後修復しうる見込みがない事態に陥っていることが明らかであるから、民法770条1項5号を離婚原因とするXの離婚請求は、いわゆる有責配偶者からの離婚請求というべきである。」

Xは、XとYとの婚姻関係は30年前のXの不貞行為と悪意の遺棄により破綻するにいたったが、30年の歳月の経過は、有責配偶者たるXの厚顔無恥な行為を風化させ、もはや形骸化した戸籍上の夫婦が残っているに過ぎない状況であり、X自身に積極財産のみるべきものがなく、Y及びAら3人の子において将来相続による利益を失う虞もないし、YとてすでにXとの夫婦関係の修復を望む気持など一片もなく、ただ意地を通し、Xに対し精神的報復を継続しているだけのことであるから、いわゆる有責配偶者であるとはいえ、Xの離婚請求は民法770条1項5号を離婚原因とするものとして、これを認容すべきである旨主張する。

しかしながら、XとYとの婚姻関係の破綻の原因は挙げてXの責に帰すべきものであること、及びXの離婚請求は理不尽なものであるとして、Yに離婚の意思が全く無いことは前判示のとおりであるから、XのYに対する離婚請求はいわゆる有責配偶者からの離婚請求として棄却すべきである。」（下線筆者）

この【55】判決も、【51】判決（20年以上）、【52】判決（20年以上）、【53】判決（29年以上）と同様に、長い別居期間（32年以上にわたる一方、同居期間は7年ほど）がみられたにもかかわらず、有責配偶者からの離婚請求であることを理由にその請求を退けている点では共通している。しかし、婚姻関係の破綻（別居）の原因がもっぱら夫Xの側にあるという一事をもってこれを退けているわけではなく、さらに、妻Yが婚姻によってXの婚家に入り、Xの出奔後も婚家にとどまって舅P（生前には姑Qも）の面倒もみつつ、3

人の子育てに従事し独立するまで子の監護・教育に尽力してきた、という特別の事情が重要視されているように見える。もしそうだとすれば、X・Yの婚姻関係が破綻しているとは言え、Yの生活保護や離婚意思のないYの意思の尊重ということよりも、むしろ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やはりここでは色濃く残っていると云わざるを得ないであろう。これは、ある意味では、他方配偶者の勝手気ままな振る舞いは許されないという破綻主義離婚法につきまとう限界を示しているともみることでもできなくはないが、その際の考慮事情として先のY側の諸事情が捉えられているともみることでもできるからである。

しかしながら、その一方で、Xからの離婚請求が退けられた後の婚姻関係は一体Yのどのような権利や利益を保護、実現し得るのか疑問が残ること、繰り返し指摘しているとおりである。そこには、一定の法律関係（婚姻）にある一方当事者の権利・利益の保護、実現という視点からはもはや法により保護されるべき法律関係（婚姻）の実質などは存在していないとも言える。その意味では極めて情緒的、心情的な要素を色濃く残した判決ということになろうか。



さて、次の【56】横浜地判昭和59年7月30日は、いわゆる“性格の不一致”事例としてその一例を加えるものであり、その意味では【19】判決や【39】判決、【46】判決、【49】判決、【50】判決等に連なり、また、別居期間が同居期間に比べて長い点を特に考慮に入れて判断している点で【50】判決や【51】判決、【52】判決等と相通じるものがあるが、離婚請求の当否の判断に際して婚姻当事者間における個別、具体的な諸々の主観的な事情(特に“性格の不一致”)を客観的に判断していく当時の裁判例の姿勢が一層鮮明となっている印象を受ける。というのは、【56】判決においては、ともすれば別居

を強行した妻Xの一方的なわがままや気まぐれともとれなくはない状況の下で“性格の不一致”という主観的な事情を客観的な側面から捉え直し、【19】判決以来の判断枠組みから検討、判断しているところにそれが窺えるからである。その当否はともかくとして、詳細な事実関係の認定を通して【判旨】中で夫婦のすれ違いを含む心理的な有り様やその移り変わり等についてまで慎重かつ丁寧な掘り下げをおこない、検討を加えている点は、特殊な法律関係にある夫婦の実体を探るうえで注目に値しよう。

【56】 横浜地判昭和59年7月30日（離婚請求事件。判例時報1141号114頁、判例タイムズ541号230頁）

【事案】 1 妻X（昭和26年2月20日生まれで婚姻当時33歳）はA女子大学英米文学科を卒業後B産業株式会社中央研究所に勤務。夫Y（昭和22年2月13日生まれの婚姻当時37歳）は滋賀大学経済学部を卒業し、C株式会社に入社し現在に至っている。X・YはYの親戚の紹介で昭和51年5月に見合いをし、その後3、4回会った後同年11月3日挙式、翌4日に婚姻の届出をした夫婦（なお、2人の間に子はない）。

2 結婚当初はXもYに対して格別違和感を持たず、また夫婦の愛情というものとともに生活していく中で育つものだと他人から言われ、Xも了解してYと結婚する気になった。結婚後2人はハワイへ新婚旅行に行き、帰国後神奈川県藤沢市にあるYの勤務先会社の社宅で新婚生活を開始。当初の1、2ヶ月は媒酌人や双方の実家への挨拶、新居の整理、親族・友人の来訪などで休日も忙しい生活が続いた。

3 この時期が過ぎ2人だけの新生活が始まった昭和52年1月ころから、XはYとの結婚生活に失望を感じ始めた。Xは結婚前、職場の労働組合の婦人部役員を勤めたこともあり、明朗で快活な性格であるが、藤沢市には知人がいないため、Yが会社に出勤した後は話し相手もなく無聊を持ってあまし、Yが帰宅してもYは口が重くあまり感情を表にあらわさない性格のため、会話がはずまなかった。話をしても、XとしてはYがいつも尊大な態度で、Xを従属物視しているように思わ

れた。XはYと共感し合うところがなく、一緒にいることにむしろ気づまりを感じるようになった。このことをYに洩らしてもYは真剣に受けとめてはいないようであった。Xは、YがXに対して結婚生活には双方の理解とそのための努力が必要であると説きながら、自分の生活習慣を守り、その信条を一方的にXに押しつけるばかりで、互いに交流することには関心を払わず、Xが生活状況の中で抱えている鬱々とした気持ちへの思いやりがないようにみえて不満を蓄積していった。

4 Xは次第にYが疎ましくなり、昭和52年2月ころからはYとの性交渉を拒否し、Yのため朝食を準備することも怠りがちで、Yが出勤していくまで起床しないという態度を取り、また一度休日にYからドライブに誘われたこともあったが、気乗りがしないとして応じなかった。

5 昭和52年4月ころ、Xは実家の両親へYと気持ちが合わず、和合できない心境を書き送り、Yに対しては離婚を口にするようになった。Yからその理由を聞かれたが、わかってくれないと思い十分な返事をしなかった。

6 Xは適当な職場があれば外で働きたいと思ったが、みつからなかった。Yから、その勤務先会社の事務のアルバイトの口があるという話を聞かされたが、気の進まない話であったので断ったことがある。

7 Yとしては、結婚後当分は子供は作らず外で仕事をしたり、もっと学習したいというXの希望をできるだけ尊重し、相互の理解を深めるための対話に努めてきたつもりであったので、Xの心境の変化が理解できず、その理由を質しても納得のいく回答を得られなかったという不満を持っている。

8 昭和52年7月、Xの母とその叔父が心配して藤沢市にX・Yを訪ね、互いに歩み寄りの努力をするよう諭した。同年8月のお盆休みにX・YがXの実家を訪ねたときXの父も同様の説得をした。しかし、双方の考え方や生活態度は相変わらず平行線のままで、話をすれば口論となるので互いに口をきかない状態となって夫婦の仲は悪化の一途を辿り、XはYのための毎日の朝食や休日の昼食の準備も全然しなくなった。

9 Xは離婚の意思を固め、昭和52年8月22日両親宛てに離婚の了承方を懇請する手紙を書き、同年10月7日には母宛てにYと同居する現状にもはや耐えられない

心境を訴える速達便を出した。Xの両親はXの精神状態の深刻さを心配して、とりあえずXが実家へ身を寄せることを了承。

10 Xは昭和52年10月16日、Yが会社の用務で関西へ出張した留守に家を出て実家へ戻り、爾来藤沢へは帰らず別居を継続している。別居直後のころ、Yは1週間おきに2回ほどXの実家を訪ねてXの帰宅を求めたが、離婚したいとして拒否された。理由を聞いたが返答を得られなかった。同年10月、YはXに宛て当座の生活費として5万円を送付したが、返送された。Yは、X・Yの紹介者、媒酌人、Xの大学時代の恩師等に事情を話し、Xの復帰を説得してもらったが、Xの離婚意思が固く、効果がなかった。同年12月、Yとその兄、Xとその母らが話し合ったが、離婚を求めるXと復帰を求めるYが対立して譲らず、物別れになった。

11 昭和53年1月、Xは大阪家庭裁判所に離婚の調停を申立てたが、Yから管轄違いの申立てがなされたため、一旦取り下げ、同年8月に横浜家庭裁判所に改めて申し立てたが、X・Y間の対立が解けず、翌54年3月これを取り下げた。

12 なお、その間Xは昭和53年3月から大阪市内の百貨店にパートタイマーとして働くようになった。調停不調後、Yは毎年決まったように5月と8月の2回Xの実家を訪れ、あくまでXの復帰を求めた。XはYと会うのを極度に嫌い、代わりにXの母が応待することもあったが、Xの感情を顧慮しない無神経で執拗な来訪とその都度Xには妻としてYと同居する義務があるとするYの公式論の反復に、Xはいつも憂鬱な気分になり、Yに対する嫌悪感をますます強めていった。Xの母がYにXの勤務先を教えなかったところ、Yは興信所に調査を依頼してこれをつきとめ会いに行ったこともあった。

13 昭和57年6月21日、Xが本件訴訟を提起。

14 その後間もなくYがXの実家を訪れ、制止をきかずに強引に座敷に上り込んだので、ただならぬ気配を感じた家人が緊急電話でパトカーの派遣を求めたことがあった。

15 Yは、今なおXを愛していると言い、Xが婚姻共同生活における妻としての責務を自覚し、Yを理解すれば、婚姻関係の維持はなお可能であるとして、あくまで離婚を肯んぜず、1日も早いXの復帰を求めている。別居後、Xは、Yから、Xへの愛情を披瀝し、Yの許への復帰を希求する文面の手紙を受取ったが、むし

ろ腹立たしく思ってこれを返送するとともに、返事として、XはYが嫌いであり、その姿をみるのも疎ましく思う、などと書き送ったことがあり、Xとしては、Yの前記言辭は意地を張っているとしか理解のしようがないものとしている。

【判旨】「以上認定の事実によれば、右事実中のXの勝気でやや自己中心的ともみえる行動が婚姻関係を破綻に導いた一因であることは否定できない。しかしながら、これを一方的にXのわがまま気まぐれによるものともいえない。X・Yの婚姻生活は昭和52年1月頃までは格別の問題もなく推移していたのが、同年2月頃から不自然な状態になったのであり、これについては各人の行動にとりたてて非難されるべきものが原因としてあったわけではなく、つまるところX・Y間の精神的不協和がその重要な原因をなしているものと認められるのである。前記認定の事実によれば、それは、XのYに対する絶望感ないし愛情喪失にあること、更にその由来するところは、夫婦ないし結婚生活に対する双方の考え方の懸隔（性格の不適合）ともいうべきものであり、これを克服して感情の交流をはかり得る相互理解がついに得られなかったこと、Xの活発な気性に対して、Yのそれは真面目ではあるが、やや柔軟さを欠き、感受性の強いXに対して度量のある対応をとり得なかったこと、Y指摘のXの前記各行動はYに対する加害的意思に基づくものではなく、むしろYに対する前記感情に根ざした逃避的意思に基づくものであったことが認められるのである。

Yは、YがXに対して同居中及び別居後も相互理解のための対話の申出をしたのに対し、Xは一切これに应ぜず、解決のための何らの努力をしなかったとXを非難する。

いうまでもなく、夫婦は多くの場合、性格や意見を異にするのであるから、円満な結婚生活を営むため、協力して、その相違や対立を克服するよう努力すべき義務がある。その方法として、夫婦の対話が重要であるが、それは真に相手方を理解しようとする姿勢に基づくものでなければならない。しかるに、前記事実によれば、Xが前記各行動をとったのは、Yとは対話をしても理解し合えないことの絶望感によるものであることが認められるところ、YがXのかかる心情を真に理解しようとして適切な対応をとった形跡は見当たらない。むしろ、X本人尋問の結果によれば、同居中、Yはいつも一方的にその考えを押しつけるばかりであつ

たとい、また、前記認定の事実によれば、別居後X・Y及び双方の親族を含む話し合い及び家事調停の席上でも双方の主張は対立して並行線を辿ったのであって、YにおいてもXの話に耳を傾けようとする姿勢はみられず、いずれにせよ対話による関係修復の可能性はなかったのであるから、Xの態度のみを非難するのは当たらない。

このようにみえてくると、婚姻破綻の責任がもっぱら或いは主としてXにあるとするのは相当でなく、XをしてY指摘の行動をとらせるに至ったYの生活ないし生活態度（これに関するXの認識内容はやや抽象的な表現に止まったが、別居後のYの前記行動に照らして首肯し得ないものではない）もその重要な要因として考慮しなければならない。従ってXが有責配偶者であるとするYの主張は失当であって、これを採用することができない。」（下線筆者）

これに対して、次の【57】浦和地判昭和59年9月19日は、婚姻関係の破綻を原因とした離婚請求の本訴・反訴がなされた際に当事者双方に明確な離婚意思が存在していることを理由に有責性の有無・程度を詮索することなくそのいずれも認容した【12】判決、【13】判決、【34】判決、【38】判決、【41】判決などと軌を一にしているものと言える⁽⁷⁶⁾が、ほかとは異なり、ただ一つ特徴的な点を指摘することができるように思われる。それは、婚姻関係が破綻しその原因として当事者のいずれか一方または双方に有責性が認められるような場合であったとしても、双方に明確な離婚意思が認められるときに当事者の婚姻生活の秘事についてまで詮索する必要はなく、紛争の早期解決を図ることが望ましいとの考え方が明確に示されている点である。これまで暗黙裡にあったものではあろうが、この点を明確に示したことから、裁判所(裁判官?)の離婚請求に対する問題意識の変化の一端を窺うことができ興味深い。

⁽⁷⁶⁾なお、福岡地判昭和51年1月22日判例タイムズ347号278頁、仙台地判昭和54年9月26日判例タイムズ401号149頁なども参照。

【57】 浦和地判昭和59年9月19日（離婚等請求、同反訴事件。判例時報1140号117頁、判例タイムズ545号263頁）

【事案】 1 夫X〔原告・反訴被告〕（昭和22年2月12日生まれ）と妻Y〔被告・反訴原告〕（昭和24年11月17日生まれ）は昭和49年3月に友人の結婚式に出席した際に知り合い、同年11月24日に北海道函館市で結婚式を挙げ、翌25日に婚姻の届出をした夫婦（2人の間には昭和52年1月26日長男A、同54年3月10日二男B、同55年4月10日三男Cが出生）。

2 結婚当時、Xは日本IBMにエンジニアとして、Yは女子高の家庭科教諭として、それぞれ勤務していたが、X・Y間の夫婦生活は当初から順調ではなかった。函館で挙式後、Yが船で青森へ帰宅する両親たちを見送りに行こうとした際、タクシーの手配が遅れていたため間に合わないのではないかと気をもみ、Xに対し、「遅れちゃう。早くタクシーは」などと言っていると、Xは「自分が函館のことを良く知っているのだから黙ってついてくればよい」と言ってYの頭を手拳で殴打。また、沖縄へ新婚旅行に行く際、Yは、Xから浜松町行きの電車の切符を渡されていたが、誤って池袋の東上線の改札口で出してしまったために切符を再購入している間、Xは、Yに何も告げずにYを残したまま宿泊予定の羽田のホテルへ1人で行ってしまった。また、旅行中の徳之島空港ではXは自分だけ飛行機に乗り込んでしまい、離陸寸前にYを待合室まで迎えに来て公衆の面前で「ぐずぐずしている」と言ってYの頭を手拳で殴打。さらに昭和50年3月、夫婦で伊豆へ車で旅行することになったときも、途中、自動車のサイドミラーが壊れていたため、Xから左方を注意するように言われたが、どのようにしてよいかYが迷っていると、Xは同行していた女子高の卒業生の前でいきなりYの頭を手拳で殴打。

3 昭和51年X・Yは、埼玉県志木市内に中古住宅を買って居を移した。Yは昭和52年3月女子高を退職し、終日自宅で生活するうち、エホバの証人と称する宗教団体から聖書の勉強の誘いを受け勉強に参加。Xは前記団体が一つの考え方を強制するものであるとして反対したが、Yの意思が固かったため、聖書の勉強が家庭生活に支障を来す場合には、直ちに勉強をやめるように言って了解した。しかし、XはYの同会への加入を心良く思わなかったが、Yは爾来今日まで同会の宗教活動に参加している。

4 昭和52年11月17日はYの誕生日であったが、あいにく雨降りであった。Xは、Yに常日頃から靴をきちんと点検して磨くように注意していたが、外出中、靴が雨にしみて穴があいたのは日頃からXの言うことをよく聞かないためであると憤慨し、帰宅後、Yに対し、「その靴を持って実家へ帰り、靴をみせ、ちゃんと磨けるようになったら帰ってこい」、「靴をサイドボードの上へ1週間飾って反省しろ」などと暴言を吐いた。Yも堪りかねて、長男Aを連れてYの実家のある青森へ帰った。Yは、同年12月初めころ実家の両親とも相談のうえ調停を申し立てることを考慮して再度上京したが、志木の自宅の近隣の知人から子供のために頑張るように励まされ、再び気を取り直して結婚生活を続けることになった。Xは、Yが実家に一時戻ったことやYの実母が電話でXと口論したことなどに怒りを覚え、Yに対し、今後自分が人格を認めるまで人間としての権利を主張しないこと、Yが今後家を出るときには一切の財産権、慰謝料を請求しないこと、Yは実親と縁を切るかあるいは実親にXに対して謝罪させること、前記約束の確認のためXがYを殴ること等の要求を結婚生活継続の条件としたうえ、Yを激しく殴打。

5 その後の同居生活も円満には運ばなかった。Xは昭和54年11月ころ帰宅してみると、家の中が足の踏み場がないほど雑然としていたうえ、温風機の上に新聞紙が放置してあったのを見て、Yが部屋の整理整頓をせず、かつ、Yが子供らに対し、「温風機の上に物を置いてはいけない。火事になるから」と注意しているのに、Y自身が実行していないと怒り、就寝中のYを起こして殴打。また、同年2月3日には、XがYに対し、長男Aが壊した釘セットの蓋を修理しておくように頼んでおいたのに修理未了であったことからXは怒って、Yに対し、「出て行け」と繰り返し言った。そこで、Yは「そんなに言うなら出て行くわよ」と応酬して自分の荷物をまとめたところ、子供たちが泣きわめいて懸命に止めるので、その夜はひとまずおさまったが、翌朝Yが近所まで出かけている間にXはYの荷物を外へ放り出し、玄関に施錠し家の中に入れてないようにしてしまった。そこで、Yはやむを得ず近所の知人宅に2日間世話になり、Xの母に電話で事情を説明して志木の自宅へかけつけてもらい、Xを説得してもらったが、XがYを志木の家に入れることに応じないため、YはXの母とともに子供を連れて函館のXの実家へ身を寄せた。Yの母もXの実家へかけつけて相談したところ、このような状態では問

題の解決にならないということで、Yは昭和54年11月上京し、東京都北区赤羽にアパートを借りて住むことにし、浦和家庭裁判所に離婚を求めて夫婦関係調整の調停を申立てた。ところが、同年12月Xから調停を取り下げて志木の自宅に戻ってほしいとの申入れがあり、Xは引越費用50万円と12月の生活費15万円をYに手渡した。しかし、Yはアパートへ引っ越して間もない時期でもあり、再び安易に自宅へ戻っても生活が改善される見込みもなかったため、Xの申し出を断って調停を継続。その後、XはYのアパートを訪れ、1月分の生活費として10万円を手渡したが、その際にXは、手渡した引越費用や生活費の借用証をYに書かせた。

6 そのような中でYは昭和55年4月に三男Cを出産したが、Xから仕送りがないため同年4月中旬には生活保護の申請をし、許可を受けた。翌5月には出産のため中断していた調停が再開されたが、Xの要求が一方的であったため同年12月不調に終わった。そこで昭和56年3月にXの両親、弟、Yの母及びX、Yらが集まってX・Y間の離婚問題について話し合った。席上Yは子供のために離婚せずに改めて結婚生活をしたい旨を申し入れたが、今度はXが離婚を主張。しかし、Xは親族らに説得されて再び同居生活を始めることになり、Yは昭和56年3月29日志木の自宅へ戻った。

7 しかしX・Y間の共同生活は円満ではなかった。XはYに対し、「おまえが悪いので別居したのに、結局は帰って来て、この出戻りめが」と罵った。また、3人の子供の面倒をみなければならぬため、引越荷物の整理がなかなかできないと、Xは「座る場所ぐらい作れよ」と殴りつけたりした。さらには、ある夜の12時ころ、Yが台所で換気扇を回しながら食器を洗っていると、Xは「てめえ、子供が泣いているのがわからないのか」と頭をいきなり殴打。その後もXのYに対する粗暴で、思いやりのない態度は変わらなかった。昭和56年6月Yが子供たちを連れてエホバの証人の夜間集會に出席した際、たまたまXより帰宅が遅かったところ、Xは、Yが子供たちを連れてエホバの証人の集會へ出席することは教育上良くないと考え反対していたこともあり、「ただいまと帰って来た夫を迎えないで何が妻だ」と激怒し、Yを足で蹴飛ばしながら玄関のたたきまで落とした。そして、同年7月にはXは、Yの作った料理は食べられないと言って、生活費も満足にYに渡さなくなり、Yは子供を通じて「パパ牛乳を買うお金をちょう

だい」と言わせて生活費の一部をもらう始末で、普通の夫婦間の会話もなくなってしまった。さらには、子供が耳鼻科へ通院するのに「パパお金下さい」と頼むと、Yに対し、「てめえがエホバの証人なんかやっているから子供らが病気になるんだ。仲間の人からもらえばいいじゃないか」と暴言を吐いて治療費を渡さなかった。その後、昭和56年8月6日から9日まで西武園でエホバの証人の地域大会が開催されることになっていた。YはXの了解を得て出席しようと考えたものの、5日の夜12時になってもXが帰宅せず、またその当時は夫婦間の会話もなかったことから、「どんなことがあっても聖書の勉強はやめることができない。Xも調べてほしいと思っている」との手紙を書いて先に就寝したところ、Xは帰宅後これを読んで激怒し、Yを起こして階段を引きづり降ろし、「聖書に書いてあることを5分以内で言え」と言って、Yの言葉を録音テープにとるなどした。その翌6日Yが大会から戻ると、Xは自宅を施錠し4泊5日の予定で登山に出かけたため、Yと子供たちは自宅に入れず、やむを得ず大工に依頼してサッシの窓をはずし家の中へ入った。ところが、同月10日ころ、登山から帰ったXに対し、Yが「お帰りなさい」と言うと、Xは、「どろぼう猫め、どうやって入ったんだ」と言ってYの頭を殴打して家の外へ追い出し、「この辺をうろつくんじゃない。どこか見えないところへ消えうせろ」と怒鳴った。そこで、Yは近所の知人宅に泊まったが、翌11日自宅の戸が開いていたので入ると、Xが2階から下りて来て「何で入って来たんだ。あやまれ」と言い、Yが「別に悪いことはしていない」と反論すると激怒して手拳で殴打し、髪を引っ張り、Yの着ていたTシャツをまくり、ベルトでYの背部を殴りつけるなどしたので、たまりかねた近所の人が駆けつけてやめさせるほどであった。そして、XはYの聖書関係の本類を全部屋外へ投げ出してYを家の中に入れなかったため、Yは自宅の庭で毛布などを借りて蚊取線香をたいて寝た。このような日が数日続いたが、その間、長男Aと二男Bは家の中でXと寝たり、庭でYと寝たりしていた。8月16日の夜は、子供たちも外で過ごしたが、蚊取線香がなく蚊にさされたため、YはXに対し、子供だけでも家の中に入れてくれるよう依頼したが、Xは「母親の言うことを聞く子なんか駄目だ」と言って家の中へ入れようとしなかった。そして8月17日、YはXに対し話し合いを申し入れたが、相手にされなかったため、Yは、Xが手離さない三男Cを残し、長

男A、二男Bを連れて婦人相談所に身を寄せた。一方Xは、Cの監護養育を近所の人たちに頼んでいたが、やがて断られ、同年9月5日Cを乳児院へ入れた。

8 Yは昭和56年9月から東京都北区赤羽にアパートを借りて、長男A、二男Bとともに居住し、生活保護を受けながら、昭和56年11月からはパートタイマーとして勤め、月額約18万5000円で生活。Xは、Yの請求にもかかわらず昭和56年8月以降は婚姻費用、養育費を一切Yに支払っていない。

Xは昭和58年1月に民法770条1項2号(悪意の遺棄)・5号(婚姻を継続し難い重大な事由)を根拠とする離婚、親権者指定、慰謝料の支払を求める本訴、Yは同年6月に民法770条1項2号・5号による離婚、親権者指定、慰謝料のほか財産分与の支払を求める反訴をそれぞれ提起。当事者双方にはもはや互いに婚姻を継続する意思はない。本判決は、親権者をYと定め、YのXに対する300万円の慰謝料、640万円の財産分与の支払請求を認めるとともに、民法770条1項5号による離婚請求については以下のとおり判示(ただし、2号による離婚請求についてはYの反訴請求のみ認容)。

【判旨】「本件においては、X、Y双方とも婚姻関係の破綻を原因として離婚を求めているところ、……認定事実によれば、本件婚姻関係はすでに回復し難いほどに破綻していることが認められるから、右各請求は理由があるものとして認容すべきである。」

ところで、婚姻関係の破綻について主として専ら責任のある有責配偶者からの離婚請求は許されないものと解されているのであるが、本件のように、X、Yから婚姻関係の破綻を原因として本訴、反訴が提起されている場合において、その原因事実が認められるときには、その有責性の有無についての判断をせずに、双方の離婚請求を同時に認容すべきものと解するのが相当である。けだし、当事者双方の意思が合致すれば、有責性の有無を問わず協議離婚ができるわが国の離婚法制の下においては、右のように解したとしても、正義の観念に反するところはないと考えられるし、また、実質的にみても、無責配偶者の利益が害されるところがないと考えられるのみならず、破綻した婚姻関係にある夫婦が、ともに離婚を望んでいるものの、親権者の指定、財産分与について争っているという場合には、有責性の有無に関する審理判断が不要となる結果、婚姻生活の秘事について

まで詮索されることなく紛争の早期解決が図られることになるという利点が考えられるからである。」(下線筆者)

本判決では、夫Xが妻Yに対して暴力を振るい、暴言を吐き、円満な家庭生活を送ろうとする努力を全く尽くすことはなく、したがって、Xの側に主としてあるいはもっぱら婚姻関係の破綻に対する有責性が認められるとも言えそうな事案において、当事者双方の明確な離婚意思の存在を理由に離婚を認めたとしても婚姻秩序や離婚制度の趣旨に反するものではないと解されているとともに、無責の配偶者にとってもそれによって利益を害されることはないという実質的な衡量もなされており、極めて妥当な判断をしたものと評し得るであろう。いわゆる「有責配偶者からの離婚請求」の拒否法理が、単なる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中心に据え、これにより離婚請求を否定することのみを目的として確立された法理ではないということは、これまでの裁判例の概観からも明らかであったが、本判決においてもまたこの点が改めて確認し得るものとして注目してよからう。



次の【58】東京高判昭和59年12月10日は、有責配偶者からの離婚請求にはあたらないとしてこれを認容した原判決を取り消し、離婚請求を退けたものである。この判決でも、【19】判決以来の「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、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」という判断枠組みに基づいて有責配偶者からの離婚請求の当否が判断されているが、有責性のない(あるいは少ない)配偶者が精神的、経済的、社会的な窮状に陥る可能性も、子の養育に支障を来す可能性も乏しかったとみられること、同居期間(約

4年)に比較して別居期間が約17年とかなりの長期間に及んでいるにもかかわらず、有責配偶者からの離婚請求が否定されている点からすると、なお、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要因が重視されているものと評せなくもない。しかし、そこでは、明らかに、離婚請求を認めた場合にそれに伴うその後の生活関係の不都合や不利益といった実質的な価値判断と信義則・権利濫用の問題を含む倫理的、道徳的な価値判断とが重なり合うことから、いかなる解決を図ることが最も法の理念に適合するかという視点から総合的、相関的にそれをおこなっていることをも窺わせる。この点をみていこう。

【58】東京高判昭和59年12月10日(離婚請求控訴事件。判例タイムズ552号262頁)

【事案】1 妻Yは昭和36年3月Aと婚姻し、同37年5月24日長男Bをもうけたが、同年8月15日Aは交通事故により死亡。その後Yは昭和38年7月25日Aの実弟である夫Xと婚姻し、昭和40年1月29日長男Cをもうけた(なお、XとBは昭和39年2月5日養子縁組)。

2 Xは、A存命中の昭和37年春ころから同人宅に入り、Yらと同居するようになり、Aの経営する自動車修理業を手伝っていたが、A死亡後もYとの同居を続けていたところ、双方の近親者のすすめもあり、またお互いにその性格を知っていたこともあり、Yと婚姻。XとYの婚姻がその出発において周囲の者にすすめられるまま一片の愛情もないままなされたというのではなく、双方ともそれなりに普通の夫婦と同じような生活を送ることができると考えていたもので、XもBとの養子縁組を当然のこととして受け入れていた。

3 Xは、昼は自動車修理業を営み、夜は自動車の販売と忙しく働き、また酒好きだったこともあって夜12時前後に帰宅することが多く、加えてYも無口の方であったため、ゆっくり夫婦で会話をするということもなかった。Xは深夜帰宅しても

Yの用意した食事が気に入らなかつたり、Yが寝ていたりすると気分を害し、飲酒のうへ暴力を振るうことも何回かあり、2人の仲がしっくりいかない状態が生じていた。

そしてXは、Yに対し何の説明もしないでYに印鑑を取り出させ、書類に押捺して急いで外出したこともあって、Yは、自分が得たAの交通事故による損害賠償金をXが勝手に費消しているのではないかと不信の念を抱くようになったが、周囲の者から誤解されることをおそれ、誰にもそのことは話さなかつた。さらに昭和41、2年ころになると、Xはバーに勤めているDという女性の名前を口にするようになり、Dとマージャン屋とか旅館を一緒にやるなどとYの前で放言するようになり、夫婦仲は冷たくなっていった。

4 Xは、昭和39年5月25日ころから昭和42年11月11日ころにかけて、原判決添付別紙物件目録（一）ないし（五）記載の物件につき、Yに何の説明もしないまま、自己名義に所有権移転登記あるいは所有権保存登記を経由してしまい、昭和42年12月ころにはYのところを出て、Dと同棲するようになり今日に至っている。

5 Yは、前記目録（一）ないし（四）記載の物件は、Aの遺産であつてYとBが相続したもの、同（五）記載の物件は前記賠償金を支出して建築されたものでYとBの所有に属するものと信じていたが、Xが出ていってから2、3年後に前記各物件がXの名義に変えられていることを知り、また、A及びXの父Eが昭和45年に死亡してその相続問題が起きていたので、これを一挙に解決すべくYの代理人である弁護士にその処理を依頼したところ、Xとの話し合いの結果、別紙物件目録（一）ないし（四）記載の物件はAが生前取得したもの、同（五）記載の物件はAの死亡による損害賠償金によりY及びBが建築したものであること、同（六）及び（七）記載の物件はBがAを代襲してEより相続したことを相互に確認し、Xは、前記（一）ないし（五）記載の物件をY及びBに返還し、Y、B及びEは、Xに対し別居中の扶養料請求権を放棄し、今後とも扶養料を請求しないことを約し、XとBとの養子縁組も解消することとした。そして昭和50年11月上旬ころまでに前記案件はすべて処理された。

6 Xとしては、別紙物件目録（一）ないし（七）記載の物件につき、前記のとおり

り処理したが、その中には一部相続により本来自分が取得すべきもの及びEの生前中にEから贈与を受けていた物件もあると考えていたが、内心では全部Y及びBに取得させればYとの離婚も円満に成立するものと考え、離婚問題とからめて主張しなかった。そしてXは、Yに対し離婚の申し出をしたが拒絶され、昭和58年2月14日東京家庭裁判所八王子支部へ離婚調停の申立てをしたが、Yの不出頭により同年5月9日調停は不成立。

7 Yは、Xと別居以来今日までB及びCを養育。Xは、前記のとおりDと同棲。

このような状況の下において、XがYに対して離婚を請求。第1審がXの請求を認容したので、Yが控訴。

【判旨】「YとXの夫婦関係は、昭和41、2年ころから悪化していたが、それについてはXにおいて仕事の都合などで深夜帰宅することが多かったのであるから、Yの方からも夫婦間の会話をするように努める態度に出るのが相当であったのに、Yが無口な性格であったため夫婦間の会話もほとんどなかったのみか、Xに対する不満や不信感を口にすることもなかったことが、その一原因となっていることは否定できないところである。しかしYには右以上に出て特に指摘するほどの不当な言動があった訳ではない。これに対しXは、飲酒のうえでの乱暴な振舞いやY及びBの財産に手を付けYの不信をかったこと、更にはDとの密接な交際を窺わせる言動をとったことなどにより夫婦関係が急速に冷たくなっていったもので、遂にはXはYのもとを去って同女と同棲し今日に至っており（これはXによる悪意の遺棄及び不貞行為に該当するものである。）、結局夫婦関係は破綻し、もはや修復する見込みはほとんどない事態に陥っている。したがって右の破綻は、もっぱら又は主としてXの言動に起因するものであることが明らかであり、前記のとおりXが財産のすべてをY及びBに返還したこと並びに別居以来17年間近く経過したことを参酌したとしても、Yの意思に反する本訴請求は、いわゆる有責配偶者からの離婚請求であり、失当として排斥するほかはない。」（下線筆者）

この判決とは逆に、有責配偶者からの離婚請求を理由にこれを棄却した原判決を取り消し、有責配偶者からの離婚請求を結果的に認めたのが、次の

【59】 仙台高判昭和59年12月14日である。別居期間もこれまでの20年以上の

ものに比べてもさらに長い36年間という長期に及ぶものであり、なおかつ当事者はともに70歳を超える老境に達していたという点で、事例的な特徴がある。

これまでにみてきたように、「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、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」という判断枠組みが確立されて以降も、徐々にではあるが、「有責配偶者からの離婚請求」事件については、婚姻継続の意思の有無、婚姻破綻に至った経緯、それに対する寄与の態様や程度、別居期間の長短、さらに離婚を認めた場合における両当事者の置かれる地位・状況、そのなかでも離婚請求されている一方配偶者の、子の福祉を含む、精神的、経済的、社会的な苦境の存否、離婚請求をしている他方配偶者の、別居後に新たに形成、構築された生活関係といった、さまざまな事情を考慮に入れながら、有責配偶者からの離婚請求の当否を総合的、相関的に判断する裁判例が登場し始めていた⁽⁷⁷⁾（【42】判決、【43】判決、【49】判決、

⁽⁷⁷⁾このような傾向は、社会情勢の急速な変化、それに伴う婚姻や離婚に対する倫理観や法感情の大幅な変容等により、これまでのわが国における判例法理も再検討されてしかるべき時期にきているのではないかと、この当時の学説の指摘にも影響されたのではないかと推測される。このあたりの事情も含め、当時の学説・判例状況を分かりやすく整理したものとして、島津一郎編『注釈民法(2) 親族(2) 離婚』（有斐閣、1966年）254頁以下〔泉久雄＝阿部徹執筆〕、山島正男「有責配偶者の離婚請求」山島正男＝泉久雄編『演習民法（親族・相続）〔演習法律学大系6〕』（青林書院新社、1972年）120頁以下、國府剛「有責配偶者の離婚請求」川井健編『判例と学説4・民法Ⅲ〔親族・相続〕』（日本評論社、1976年）95頁以下、水野紀子「離婚」星野英一編集代表『民法講座 第7巻 親族・相続』（有斐閣、1984年）143頁以下、特に153～159頁等があるほか、ここではさらに、野田愛子「有責配偶者の離婚請求の新たな視点」民事研修195号（1973年）36頁以下、同「有責配偶者の離婚請求」沼邊愛一ほか編『新家事調停100講』（判例タイムズ社、1975年）193頁以下、同「離婚原因法と家事事件－離婚否認法理の検討に向けて」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座8 非訟・家事・人訴事件』（日本評論社、1981年）467頁以下、野田愛子＝石川稔＝佐藤義彦「《鼎談》無責離婚法の動向－欧米の潮流から－」判例タイムズ493号（1983年）37頁以下、野田愛子「有責配偶者の離婚請求をめぐる」ケース研究218号（1989年）3頁以下を挙げさせていただいておく。

【50】判決、【51】判決、【52】判決等⁽⁷⁸⁾。そのなかには【42】判決や【49】判決のように、有責配偶者からの離婚請求であってもそれを認めるものがあったが、この【59】判決もまた、その流れに沿うものと位置づけることができよう。そして、そこには最大判昭和62年9月2日に繋がる萌芽が窺え、注目に値する。しかし、その判断枠組みはともかくとして、その最終的な結論、それに至る判断プロセスについては、第1審と第2審とで判断が分かれるほど非常に微妙であったとは言え、若干の疑問が残る⁽⁷⁹⁾。

【59】 仙台高判昭和59年12月14日⁽⁸⁰⁾（離婚請求控訴事件。判例時報1147号107頁、判例タイムズ548号257頁）

【事案】 1 夫Xと妻Y（Xの父とYの母が兄弟の関係にあるいとこ同士）は、親が結婚を決め、足入れと称する同居生活を経て、結婚式を挙げ、大正15年2月10日に婚姻の届出をした夫婦（Xは明治41年7月19日生まれ、Yは明治41年2月15日生まれで、いずれも当時18歳。三男三女をもうけたが、長女Aは幼児期に、長男Bは18歳になった昭和22年12月に、二男Cは交通事故により昭和52年9月にそ

⁽⁷⁸⁾ なお、【14】長野地判昭和35年12月27日判例タイムズ115号96頁や【20】大阪地判昭和38年6月22日判例タイムズ155号99頁も参照。

⁽⁷⁹⁾ たとえば比喩とは言え、有責性の風化に関して、刑事上最も重い罪に関する公訴時効期間（15年）を持ち出して論じる部分は、有責配偶者からの離婚請求の当否判断における法理論的な側面からも実際的な問題解決の側面からも不適切な表現との誹りを免れないであろう（滝沢「後掲判例評釈」52頁。ただし、高橋「後掲判例研究」223頁以下、武井「後掲判例研究」145～146頁参照）。また、夫Xの厚生年金や軍人恩給などの遺族年金受給権をめぐる点も、妻Yの側にとってのいわゆる苛酷条項の一つに該当し得る事情であって、判断は非常に難しいが、妥当とは評し難い。

⁽⁸⁰⁾ 本判決については、滝沢幸代「判例評釈」判例評論320号（1985年）50頁以下〔判例時報1160号〕、山口純夫「民法判例レビュー（家族）」判例タイムズ558号（1985年）236頁以下、高橋忠次郎「判例研究」専修法学論集43号（1986年）219頁以下、武井正臣「判例研究」名城法学35巻3号（1986年）137頁以下がある。特に山口「前掲民法判例レビュー」では、それまでに登場した関連裁判例をもフォローしたうえでの分析もおこなわれており、本稿の執筆に際して多くの示唆を受けた。

れぞれ死亡。二女Dは昭和10年生まれ、三女Eは昭和16年生まれ、三男Fは昭和18年生まれ)。

2 結婚当時、Xの実家には田畑1町数反歩、山林約3町歩があり、X、Y及びXの両親が農業に従事し、同人ら及びXの弟らと同居。

3 Xは、農業を手伝う傍ら、結婚直後の大正15年から昭和3年まで地元の青年学校に在籍し、昭和4年6月から昭和5年11月まで現役兵として応召し、昭和7年6月26日から同年7月20日までの間、教育召集を受けた。この教育召集を受けたとき満州の警察官の採用試験を受験し合格したが、両親から反対され警察官にはなれなかった。そこでXは、本籍地において3年間ほど青年学校の指導員をした後、昭和12年10月支那事変による召集を受けて中国に行き、昭和15年5月に復員。同年11月には、鉄工所を経営する目的で、Xは単身、中国の上海に赴いた。

4 XとYは、ともに性格的に頑固な面があって互いに相手の希望や注文に素直にしたがうことが少なく、さらにYには気に入らないときには黙り込んでしまう性癖があり、Xはこれに手を焼いていた。また、Xの母とYとは元来は義理の伯母と姪の間柄であったのに(あるいは逆にそのためもあってか)、姑に対するYの嫁としての態度に些か欠けるところがあった。Xの父はこのことに気を病み、飲酒のたびにXの母に対し、姑の躰が足りないから嫁がよくなならないという趣旨の小言を言うのが常となり、これがきっかけでXの両親間に夫婦喧嘩が生じ、Xの母が家出したことが何度か繰り返されたりした。このような事情から、X・Y間に表立ったいさかいこそなかったが、両者が心底から打ちとけることはなく、殊にXは両親とYとの板挟み状態から逃れようと満州行きを企てたり、上海に渡ったりした。

5 Yは、昭和16年5月三女Eを出産したが、同年9月か10月ころ、子供2人をXの両親に預け、他の2人の子供を伴いXのあとを追って上海に赴いた。当時、Xは、自己の経営する工場に寝泊りすることが多く、Yと2人の子供は工場の外に家を借りて住んでいたが、XとYの間には性的交渉もあった(昭和18年2月三男Fが誕生)。なお、Xの工場には、現在Xと一緒に暮しているZ(当時17、8歳)がその父とともに勤めていて工場にいる間のXの身の回りの世話をしていた。

6 昭和18年5月、Xの父が死亡した際、Xはとりあえず1人で帰郷し、相続問題

などを処理。同年7月、Yが遅れて戻ったが、同年8月、Xは、それと入れ違いに再び上海に戻った。Xの母が残っていたこと、子供らの面倒をみなくてはならないこと、戦争が激しくなって渡航証明の入手ができなかったことなどから、YはそのままXの実家にとどまった。

7 Xは、昭和20年4月現地召集を受け、同年8月中国で敗戦を迎え、昭和21年5月に帰国したが、前記現地召集を受けるころまでにはZと男女関係を持つに至っていた。Xは、帰国して1年間ほど実家にとどまり、折りからの農地解放にあたって、これを免れるため小作に出していた農地の多くを取り戻して自作地にしたりしたが、昭和22年夏か秋ころ、横須賀市に行き、魚網を造る会社の設立に奔走し、昭和23年1月1日G工業株式会社を発足。そのころからXは、同社の社宅にZと同居。Xは、昭和22年12月、長男Bが死亡した際、Zを伴って帰省。Xは、中国から引き揚げてきたころから、Yとの離婚を考え、親族に相談したり、Yに離婚話を持ちかけたりしたが、親族の十分な賛成を得られず、またYにも離婚を拒否された。長男B死亡の帰省の際に申し出た離婚話を断わられてから30年間ほどは、Xは、Yに対し、離婚に関して何らの働きかけもしていない。

8 Yは、Xが横須賀市に別居した後も、Xの実家に住み、子供を育てあげて結婚させ、二男Cが妻を迎えた後はCら夫婦と生活を続け、農業に従事し家の墓守りや神社の付き合い等をしてきた。なお、Xの母は、昭和24年ころまでYと同居し、その後Xの弟方に身を寄せ、昭和29年にXと同居するようになり、昭和30年12月死亡。またXの二男Cは、Xの実家の跡を継いで、昭和50年には田畑、山林、家屋敷の大部分をXから譲り受け、昭和52年9月交通事故により死亡したが、その後もYは、Cの妻やその子供らと暮らし、経済的に困窮することなく平穩に過ごしている。

9 Xは、昭和43年1月前記会社を閉鎖するまで横須賀市に住み、同年5月からH自動車整備学校の舎監をし、昭和46年11月からI自動車株式会社の寮の管理人として現住所に住み、引き続きZと一緒に暮している（なお、Zとの間には子はいない）。

10 Xは、二男Cの死亡後に、厚生年金及び軍人恩給の受給の権利をZに残したいと考え、Yに離婚を求めたが、前記長男B死亡時の帰省の際以降、離婚を求める

までの30年くらいの間、Xは夫婦関係の調整ないし整備のために積極的な努力をしなかった。Xは、30年前にZの父に、二重の結婚状態を速やかに解消する約束をしたのでこれを果たしたいとし、また、Zのために年金等の受給の権利を確保したいとして、現在も強く離婚を希望している。また、Xは、二男Cが死亡する少し前ころCが150万円を他から借金するにあたって、当時X名義になっていた土地を担保に利用することを承諾し、さらにCの死亡後にその妻に50万円を送金し、軍人恩給の受領と使用・処分は当初からYに委ねられていたが、それ以外には、前記別居後、生活費や子供の養育費等の経済的援助を一切しなかった。なお、Xには現在、X所有名義の田や山林、原野その他が少しあるだけで、離婚に伴う財産給付をなす資力を持ち合わせていない。Yにもこれといった資産はない。

11 Yは、Xが横須賀市に別居した後、自己のもとに帰ってきてくれるようなことがあれば嬉しいとの期待は持ってはいたものの、実際は無理であろうと考えて諦めの気持ちを抱いたまま、調停の申立てをするなど自らの働きかけはしなかったが、現在においても、離婚は望まず、自己のもとにXが戻ってくればこれを受け入れてもよいという気持ちが全くないとはいえないようであり、それが無理なら、せめて墓だけでも一緒にしたいという様子が窺える。

以上のような状況の下において、XがYに対して離婚を請求。第1審判決（福島地白河支判昭和58年7月18（28）日⁽⁸¹⁾判例時報1147号109頁、判例タイムズ548号259頁）が、以下のとおり、有責配偶者からの離婚請求を理由にXからの離婚請求を退けたため、Xが控訴したのが本件訴訟。

「…右認定事実によれば、X、Y間の婚姻関係は、遅くとも昭和23年1月1日までは破綻しており、以後35年間にわたりその状態が継続していて、現在ではもはや回復不能であること、その破綻の原因は、Xが訴外Zと同居するようになりそれが現在まで続いているためで、一方、Yにはこれといった落度はなく、破綻の責任は専らXにあることを認定することができる。

ところで、有責配偶者からの離婚請求については、別居が相当期間にわたっていても、離婚によって子の福祉が害されるおそれがあったり、また、相手方配偶

⁽⁸¹⁾ 第1審の判決年月日は、判例タイムズでは昭和58年7月18日と、判例時報やTKC提供の判例検索LEX/DBでは昭和58年7月28日となっている。

者が経済的な苦境に立つことが予想されるときには、婚姻関係の破綻の事実だけをもって、離婚を認めるのは、相当でない。しかしながら、右のようなおそれなく、破綻した婚姻関係が、相手方配偶者の反感ないし意地だけで継続させられることになり、その継続が当事者には何らの実益をもたらさないと認められる場合には、むしろ婚姻関係の破綻の現状を直視して、有責配偶者からの離婚請求を許してよいように思われる。そこで、本件について検討するに、X、Y間の婚姻関係はすでに35年間の長きにわたって破綻状態が続いているけれども、Yにおいて今なお、Xが自己の下に帰って来ることを望む淡い期待を有していることがうかがえないではないこと、Yは、現在、亡二男Cの妻及びその子らと一緒に同人家の善意によって経済的にも困らない平穏な暮らしを営んでいるが、Y固有の財産は何もなく、同居人の善意を除外したその生活基盤は必ずしも安定しておらず、Xの財産状態に照らすと、離婚に際しての財産給付は十分なものが望めず、前記年金等の受給の資格はYにとっても大切なものであること、別居が継続する間、XからYに対する経済的な援助は全くなく、破綻した婚姻生活の調停ないし整理にXにおける真剣な努力の跡はうかがえないことなどの事情が認められるのであって、本件においては、有責配偶者であるXからの離婚請求を認めるには、いまだ十分でないといわざるを得ない。」(下線筆者)

13 これに対してその控訴審判決である本判決は、以下のように判示し、Xからの離婚請求を認容。

【判旨】「右認定事実を徴すれば、本件当事者の婚姻関係は遅くとも昭和22年末までに破綻し、以後36年余にわたり破綻状態が継続して、現在ではもはや修復不能であるといわなければならない。右破綻に至るまでの経過をたどってみると、XはYと結婚当初から性格的に一致せず、必ずしも打ちとけた関係になかった上、自分の母とYとの姑嫁間の板挟状態から脱け出そうとの希望を抱いていたところに、支那事変により召集されて中国・上海市との地縁が生じ、除隊後間もなく同市で鑄造所を経営すべく单身同市に赴いた頃から両者の精神的結びつきは以前に増して弱くなり、Yが後を追って同市に行った結果時折夫婦間の性的交渉はあったものの事実上は別居状態となり、昭和18年5月Xの父が死亡したのに伴い相前後して福島県の実家に帰った後は、同年8月Xのみが上海市に戻り、以後右実家

の家庭事情や戦争の激化による渡航の困難さが加わって別れ離れの生活に推移し、昭和20年初め頃XはZと情を通ずるに至り、再度の召集により一旦は同女と別れ、敗戦後復員帰国してから約1年間はXとYとが福島県の実家で生活を共にしたものの、結局前記の如く昭和22年の末頃Xは横須賀市内で事業を始めるためにYのもとから離れ、Zと同棲するに至ったという経過である。

このように、XとYとの間は、最初はいずれの責任とも分かち難い理由によって溝が生じ、その後上海市での事実上の別居及び戦争の激化という要因が加わっての内地、外地での別離となり、この状況下でXとZとの情交が始まり、右情交が機縁となって約3年後の両者の同棲となったのである。この同棲がなければXとYとの間の婚姻関係は修復不能なほどの破綻には至らなかったというべきであり、かくなるについてYに直接の責任原因は見当らないから、相対的な意味でXのみの責任であるが、そうなるまでには両者間の溝が徐々に広がって都合数年間の事実上の別居といういわば小破綻の状態になっていたものであり、この点についてもYに格別の責任はないものの、前記の諸事情、殊に戦時下という状況をも勘案すれば、Xの行動に対して一方的な強い非難をあげせるのは酷であるとの見方も成立ちうるものであり、そうである以上、このような経緯の後に生じた情交と同棲についてのXの責任に関しては何がしかの酌量を加えられてしかるべきである。

右に説示したところにより幾分かの責任軽減がなされるにもせよ、Xが本件婚姻破綻の主たる責任を負っていることに変りはない。しかし翻って考えると、Xがその行動に出たのは39年ないし36年余の昔であり、XとYとがともかくも夫婦としての生活をした期間の2倍前後の年数が経過し、両者とも既に老境に達している。Xは自己の死後Zが年金等受給の資格なしとされるのを案じ、同女を妻として入籍するためにYとの離婚を強く望んでいる。もとより、YのX及び右Zに対する恨みや憎しみは未だ消えておらず、むしろうっせきし激化している面も見られるが、いわば比喩的にいうならば、最も重い罪に関する公訴時効期間である15年の優に2倍以上の年月が過ぎ去った現在では、Xの有責性は、Yの胸中には依然残っているものの、客観的には風化しつつあるということが出来る。

しかしながら、離婚により子の福祉が害されたり、相手方配偶者が経済的苦境に立つことが予想されるときは、その面から離婚の是非を検討してみる必要もあ

る。これを本件についてみるに、兩名間の子は皆既にいわゆる熟年・中年の域に達しているので、右前段の心配はなく、Yは二男である亡Cの妻及びその子らと共に生活し、近くにいる二女のDや三男Fにも支えられて平穏な毎日を過ごしており、特に資産はなく収入とでもとりたてていうほどのものはないが、経済面での不安はない。離婚によりYの現在の生活状況に変化が生じ、或いはYが現に属している『X家』の墓所に葬られえなくなるというような事態は殆ど考えられないところである。

以上検討し来たところを総合すれば、破綻して既に40年近くなるX・Y間の婚姻関係をこの際解消し、形骸化して久しい右婚姻関係にまつわる多くのことから整理した上で、これを機にそれぞれが心静かな余生を送りうるように取計うのが法の理念に合致するゆえんであるというべきである。」（下線筆者）

こうして、【59】判決は、第1審判決とは最終的な判断が異なっているものの、有責配偶者からの離婚請求の問題を、当事者双方の自由意思の尊重（婚姻継続の意思あるいは離婚意思の存否）、婚姻・離婚に関する国民の倫理観や道德秩序、信義誠実の原則（特にクリーン・ハンズの原則）に反し権利の濫用にあたるかどうかといった純粹の法理論的な問題とは別に、時の経過に伴う婚姻破綻に対する“有責性の風化”、離婚を認めることにより、子の福祉はもちろんのこと、その後の生活が精神的、経済的、社会的な窮状に陥らないかどうか、それまでの生活において有責配偶者からの真摯で誠実な対応がおこなわれてきたかどうか、といった現実的、実際的な問題にも絡んだ、婚姻関係にある“配偶者としての法的地位”を、そのうちのいずれの観点をより重視して判断していくべきかという究極的な価値判断の問題として捉え直し総合的、相関的に判断している⁽⁸²⁾ものと評し得る限りにおいては共

⁽⁸²⁾ 滝沢「前掲判例評釈」53頁参照。なお、滝沢「前掲判例評釈」52頁は、民法770条2項を援用して、いわゆる苛酷条項の視点から、結論的には本判决よりもむしろ第1審判決に一定の評価を与えられているが、本判决の判断枠組み自体を否定されているわけではないようである。

通性を有しているとも言えようが、しかし、積極的破綻主義の方向にシフトしつつあることが強く感じられるものとなっている。もしそうだとすると、裁判例はここにきて、新たな段階へと一歩踏み込んで来ていることを示しているとも言えそうである⁽⁸³⁾。



さて、次に取り上げる【60】新潟地村上支判昭和60年2月28日は、その第2審判決（東京高判昭和62年3月25日）が最大判昭和62年9月2日の登場する直前に、そしてその最高裁判決（最判昭和63年12月8日）が最大判昭和62年9月2日の後に下されていることから、時期的な特徴を有する事案と言えよう。しかも、本件は、第1審から最高裁まで、結果的に、一貫して有責配偶者からの離婚請求であっても特段の事情がある場合には離婚請求が認められるとされたものであり、【42】判決や【49】判決、【59】判決に続く4番目の認容判決である。

ということで、以下では、この時期にどのような判断プロセスを辿ってそのような判断に立ち至ったのか、その際にどのような事例的な特徴があり、とりわけどのような事情を考慮に入れてそのような判断をしたのか、そして

⁽⁸³⁾ 武井「前掲判例研究」141～142頁、147頁参照。なお、武井正臣「離婚判例理論と重婚の内縁—有責配偶者の離婚請求に関する高裁判例の進展を中心として—」名城法学36巻別冊（1986年）163頁以下（加筆修正の後、同『内縁婚の現状と課題』（法律文化社、1991年）53頁以下に所収）も参照。このほかに、本判決当時すでに、同様に積極的破綻主義を基本的に支持され、あるいは離婚請求拒否の当否判断に際して一般条項（権利濫用）に照らして別居期間の程度によるその可能性について言及されていた、高橋忠次郎「目的主義と破綻主義」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅲ 離婚』（有斐閣、1959年）111頁以下、特に131頁以下（同『婚姻法における意思と事実の交錯』（信山社、1993年）160頁以下に所収）、同「有責配偶者からの離婚請求」中川善之助先生追悼『現代家族法大系2 婚姻・離婚』（有斐閣、1980年）185頁以下、特に190～193頁（同『前掲書』185頁以下に所収）、同「破綻主義における離婚の訴—特に有責配偶者の離婚請求について—」専修大学論集1号（1956年）43頁以下、同「裁判離婚と有責配偶者」専修法学論集41号（1985年）1頁以下、特に13頁以下、38頁以下（同『前掲書』288頁以下に所収）、同「前掲判例研究」222頁、223～226頁等もあわせてここに掲げさせていただいておく。

そこに現れる夫婦像とは一体どのようなものか、などを確認していきたいと思う。

【60】新潟地村上支判昭和60年2月28日（離婚請求事件。家庭裁判月報41巻3号156頁。最判昭和63年12月8日の第1審判決）

【事案】（以下の事実関係は第2審（東京高判昭和62年3月25日）において適法に認定されたものであり、最高裁（最判昭和63年12月8日）が前提としているもの）

- (1) 妻X（昭和23年11月21日生まれ）と夫Y（昭和25年10月1日生まれ）は、昭和47年1月ころ知り合い、肉体関係を伴う交際を続け、昭和50年1月14、5日ころから東京のアパートで同棲するに至り、外国航路の船のコックとして働いていたYが同年3月ころ乗船して同年12月末ごろ下船した後の昭和51年1月21日結婚式を挙げ、同月23日に婚姻の届出をした夫婦。
- (2) Xは、元来酒好きで、Yと同棲を始めて以後も飲酒することが多かったが、Yが同年5月の連休明けに再び乗船していったところ、同年夏ごろ、行きつけのおでん屋に客として来ていたAと知り合い、同年9月ころからは肉体関係を持つようになり、同年11月4、5日ころに下船したYに対し別れたいと告げ、同月12日にはアパートを飛び出して姿を隠し、別にアパートを借りてAと同棲生活を開始。
- (3) Yは、昭和52年12月26日、東京家庭裁判所にXとの同居を求める調停を申し立てたが不調に終わり、次いで昭和56年8月3日には同裁判所に離婚調停の申立てをし、いったんは離婚を考え、XがYに600万円を支払うならば離婚に応じてもよいとの提案をしたが、Xがこれに応じなかったため不調に終わり、一方、Aに対して不貞行為を理由とする損害賠償請求訴訟を提起し、昭和54年9月勝訴判決を得て、Aから損害賠償金250万円のはほぼ全額の支払を受けた。
- (4) Xは、昭和55年10月ころ、約3年11か月の間同棲したAと別れ、以後1人で生活していたが、飲酒の仕方がYと結婚式を挙げたころから次第にすさんだものになっていったところ、昭和59年2月ころから精神的な変調を来したことから、新潟県村上市の実家に戻り、同年5月29日から11月までの間、躁鬱病、アルコール依存症の病名で新潟市内の病院に入院。退院後も昭和60年9月ころまで投薬を受け、

現在はほぼ寛解状態にあるものの、なお通院して治療を受けつつ実家の店の手伝いをしている。

(5) Xは内向的な性格で、前記症状も本件離婚をめぐる紛争と無関係なものとはいえず、かかる状態に重圧を感じて離婚を望み、Yとの関係の修復は全く考えていないのに対し、Yには離婚する意思はなく、自分はXを必要としているとして婚姻の継続を望んでいるとはいうものの、その真の理由の大半は、前示のような行動に走ったXから離婚を求められるいわれはないとの確固たる気持ちないしXに対する意地あるいは憎悪感という感情的なものにすぎず、Xとの関係修復の実現可能なものと捉えて真摯かつ具体的な努力をした跡は窺えず、昭和55年ころ以後もXに生活費や治療費を送金したり見舞いその他の音信を寄せたりしたことも全くなく、また、現在も1年の大半は外国航路の船にコックとして乗船し、年に約400万円の収入を得ていて経済力の点ではXに勝り、Xからの扶養や相続を期待すべき状況にはなく、Xとの法律上の婚姻関係を解消されることによっても失うものは少ない。

(6) YとXの間に子はいない。

以上のような状況の下において、XがYに対して離婚を請求。本判決は以下のとおり判示してXの請求を棄却。

【判旨】「二 以上認定した事実によれば、今後XとYとが同居し、互いに助けあって家庭生活を築いていくことはYの主観的意思にもかかわらず到底期待し得ないのであって、X・Y間の婚姻関係はもはやその回復を期待することができない程破綻しているものと言わざるを得ない。X・Y間には民法770条1項5号に規定する婚姻を継続し難い重大な事由があるものと認められる。

三 ところで、右破綻の原因としては、Yが外国航路の船に乗ることから1年の大半を別居して過ごさざるを得なかったという事情やXの性格、Xとその両親との葛藤等も考えられるが、決定的な原因はXがAと肉體関係を持ち、かつ同人と同棲したこと、すなわちXの不貞行為にあることは疑い得ないところであり、Xはその責任を免れることはできない。なお、X本人尋問の結果中には、Yの性格について、身勝手で、我ままで、気短かで、思いやりのない人です、との供述部分のほか、そうしたYの性格から次第に気持がはなれ、寂しさも手伝って、Aの

やさしさにひかれ同人と肉体関係をもつに至った旨の供述部分があるが、Yが右性格を有していることについてこれを推認させるに足る具体的な事実についての供述は何もなく、右供述をもって破綻の決定的な原因がXの不行行為にあるとする右認定を左右することはできない。

そこで、かかる有責配偶者が、自ら離婚請求をなし得るかという点について考える。

有責配偶者からの離婚請求は認められない、との見解もあるが民法第770条1項5号自体からは有責配偶者の離婚請求を拒否すべき理由を導き出せないことや、婚姻関係が客観的にも回復し難い程度まで破綻している場合であっても有責配偶者からの離婚請求は認められないとしてこれを排斥し、いつまでもそうした婚姻関係の解消を認めないということは、形骸のみとなった婚姻関係を一方配偶者の意思に従って際限なく強制することになり、場合によっては婚姻制度自体が婚姻当事者にとって反倫理的なあるいは非人間的な制度となりかねないおそれもあり、離婚を認めないことがかえって一方配偶者の身分権の濫用を許すことになることもあり得るのであって、これらのことからすれば、有責配偶者からの離婚請求であっても個別的事案に応じて、有責性の程度、婚姻期間・同居期間・別居期間の長短及びその内容、夫婦双方の経済力の有無及び扶養の必要性の有無・程度、婚姻を維持することによって得られる、逆にいえば離婚によって失われる一方配偶者の利益、現在の生活状況、離婚を拒否する一方配偶者の真意等諸般の事情を具体的に検討・斟酌して、それが相手方の婚姻関係の継続による利益を侵害する等濫用にわたるものと認められない場合には、その請求は認められてしかるべきものと考える。

そこで本件をみるに、X・Y間の婚姻関係が回復し難い程破綻していることは前記二で認定したとおりであり、前記一で認定した諸事実によれば、①X・Yが夫婦として同居していた期間は1年10月程度（婚姻届出後の期間は10月程度）であるのに対し、別居後の期間は既に8年2月を越えていること、②Yは現在も外国航路の船にコックとして乗船して稼働しており経済力の点ではXに勝り、Xからの扶養を期待する状況にはなく、Xの年令及びその財産状態からして相続を期待すべき状況は現在よりもより将来も予測されないこと、してみれば、③Yは、

Xとの形骸となっている法律上の婚姻関係を解消されることによって失うものは無いと言っても必ずしも過言ではないこと、④Y自身、昭和56年8月3日に東京家庭裁判所にXとの離婚調停を申し立て、右調停においてXに対し、600万円を支払うならば離婚に応じてよい旨申出ており、Yが現在Xとの離婚を拒否している大きな理由としては右金銭の問題の他、Xに対する意地とか憎悪感とかの感情的なものしか見当らず、Xとの関係の修復を実現可能なものととらえて真摯にその修復を望んでいるものとはいいがたいこと、⑤Xは、昭和59年2月ころから精神的な変調を生じ、躁うつ病、アルコール依存症と診断され、約7か月間程入院生活を送り、現在も実家に身を寄せて投薬治療を続けており、Yとの関係の修復は全く考えていないことなどの事実が認められるのであって、これらの事実からすれば、XのYに対し離婚を求める本訴請求は、婚姻関係を継続することによりYが得られるであろう利益を不当に侵害する等濫用にわたるものとは認め難いものといわざるを得ない。」(丸番号・下線筆者)

この【60】判決は、一種の“性格の不一致”事案において、「有責配偶者からの離婚請求であっても個別的事案に応じて、有責性の程度、婚姻期間・同居期間・別居期間の長短及びその内容、夫婦双方の経済力の有無及び扶養の必要性の有無・程度、婚姻を維持することによって得られる、逆にいえば離婚によって失われる一方配偶者の利益、現在の生活状況、離婚を拒否する一方配偶者の真意等諸般の事情を具体的に検討・斟酌して、それが相手方の婚姻関係の継続による利益を侵害する等濫用にわたるものと認められない場合には、その請求は認められてしかるべき」(下線筆者)という判断枠組みを示したうえで、これに基づいた事案の検討をおこなった結果(特に前掲【判旨】中の①から⑤までの事実に照らして)、Xによる離婚請求が婚姻関係の継続によってYの得べかりし利益の不当な侵害にはあたらず濫用にわたるものではないとして、Xの離婚請求を認容している。

本判決で目を引くのは、民法770条1項5号自体からは有責配偶者からの

離婚請求を拒否すべき理由を導き出せないとして、わが国の離婚法が積極的破綻主義を採用していることを確認しているようにもみえる箇所があるほか、「婚姻関係が客観的にも回復し難い程度まで破綻している場合であっても有責配偶者からの離婚請求は認められないとしてこれを排斥し、いつまでもそうした婚姻関係の解消を認めないということは、形骸のみとなった婚姻関係を一方配偶者の意思に従って際限なく強制することになり、場合によっては婚姻制度自体が婚姻当事者にとって反倫理的なあるいは非人間的な制度となりかねないおそれもあり、離婚を認めないことがかえって一方配偶者の身分権の濫用を許すことになることもあり得る」(下線筆者)と、婚姻関係の継続を認めることに伴う不当、不合理な点等実質的、実際的な面にも目配りをしているところであろうか。なお、本判決については、Yが外国航路の船のコックであること、別居期間(8年2ヵ月)が同居期間(1年10ヵ月程度)に比較してかなりの長期であったこと、Yには経済力があり、さらに何よりもXとの離婚の拒否がXに対する意地や憎悪感といった感情的なものに強く基づいていることが窺えるとされていることもまた、認容判決の事例的な特徴として特筆に値しよう。

しかし、一方配偶者の婚姻継続の意思を無視してでも、他方配偶者の離婚意思を重視し離婚請求を法的に認めようとするところからすれば、それに際して、かかる婚姻継続の意思を一方配偶者の意地や嫌がらせ、憎悪感といった極めて感情的、心情的なものにすぎないものと断罪し、さらに加えて関係修復への真摯な努力も十分に尽くされていなかったとさえ指摘されている点は、いささか酷に過ぎるようにも思われる。それよりはむしろ、双方の信義誠実義務の履行状況を総合的にみると、もはや関係修復が不可能な婚姻を維持、継続することに両当事者には全くメリットもデメリットもないものと認められたことによるとするのみでも充分であったのではなからうか。

◇ ◇ ◇

次の【61】東京地判昭和60年3月19日は、離婚本訴請求、離婚反訴請求のほか、慰謝料や財産分与の請求がなされている事案であるが、前訴である離婚請求事件の口頭弁論終結の前までに生じた事情に基づいて婚姻の破綻を理由とする新たな離婚訴訟を提起することは、旧人事訴訟手続法9条2項に抵触し失権の効果を受けるのではないかという点につき、口頭弁論終結後の事情も離婚原因としているような場合には失権の効果を受けないと判断したうえで、離婚本訴請求、離婚反訴請求それぞれについて判断をしているものであり、ここに紹介する。

【61】東京地判昭和60年3月19日（離婚等本訴請求、離婚反訴請求事件。判例時報1189号68頁）

【事案】1 妻X〔原告・反訴被告〕と夫Y〔被告・反訴原告〕は昭和34年夏ころから同棲を開始し、同年12月11日に婚姻の届出をした夫婦。

2 X・Y間に子供がなく、Yは養子を迎えることを希望。しかしXからの賛同を得られず実現しなかった。当時、この養子問題からX・Yの大きな対立が生ずることはなく、昭和48年ころまではさしたる波瀾もなく平穏な夫婦生活を送っていた。

3 ところが昭和49年3月27日朝、Yは突然、Xに対し家出をする旨言い残したうえ、Y名義の普通預金通帳（額面約170万円）と印鑑等を持ち、X名義の預金通帳（額面約160万円）と印鑑を置いたまま、Xの制止を振り切って家出。

4 Xは、Yの所在を探し、ようやく連絡がとれた後の同月末に、話し合いたいので自宅に帰って来て欲しい旨伝えたところ、Yは、協議離婚届に署名捺印しない限り家に帰らないと主張し、その後も何度か家を出たり入ったりしていたが、帰宅のたびにXに対し離婚を迫った。

5 Xは、Yの家出後、YがかねてXの弟である亡Aの妻B方にXに内緒で金員を送っていたこと、家出後B方へ単身宿泊したことを知り、YとBとの不貞を疑うようになったことから、Yの態度は一層硬化し、同年6月22日、他にアパートを

借り受け、そこで生活を始めるに至り、以後今日まで別居状態にある。

6 Yは、昭和49年6月25日東京家庭裁判所に離婚調停の申立てをしたが、同年10月23日不調に終わった。他方、Yは家出後、Xに対し月2、3万円程度を渡していたが、前記調停が不調になるとそれすら渡さなくなったので、Xが東京家庭裁判所に対し婚姻費用分担の調停を申立てたところ、昭和50年4月7日、「Yは、Xに対し婚姻費用の分担として、昭和49年11月2日からX、Yの婚姻且つ別居中1か月金5万円宛を支払え」との審判がなされた。そこでYは、同年6月12日東京地方裁判所に離婚請求訴訟（前訴）を提起したが、その際、婚姻費用として昭和50年4月分まで支払ったが、その後は支払をしないまま過ぎた。その後Xは、強制執行により昭和53年10月分までようやく支払を得たが、以後支払がないまま今日に至っている。

7 前記のとおり、昭和50年6月12日、Yは前訴を提起するに至ったが、Xは終始一貫Yとの婚姻の継続を望んで応訴。前訴では、昭和54年4月27日Yの請求を棄却する旨の判決が言い渡され確定。前訴判決は、X・Y間の婚姻は破綻し、しかも回復の見込みもないに等しい状況にあるものとみるほかないとしたうえで、X・Yの婚姻が破綻した直接的、決定的な端緒は昭和49年3月27日のYの家出にあるところ、その時点でX・Y間においては婚姻を継続し難いほどの重大な事由があったものとは認め難く、離婚のための一布石を置くべく一方的に敢行されたものとみる以外にこれといった理由、とりわけこれを正当とすべき理由もなく、結局、婚姻関係が破綻するに至ったことの主たる原因は、正当な理由もみられないのに急ぎ家出を敢行したことに始まる一連のYの所為にあり、Yの請求はいわゆる有責配偶者からの離婚請求としてこれを認容し得ない、というものであった。

8 Xは、前訴判決ではX・Y間の婚姻は破綻しているものとされてはいるものの、婚姻生活の回復のため、Yの真摯な反省と努力に一縷の望みを抱き、前訴係属中及び前訴判決後もこれに望みを託していた。

ところが、Yは、前訴判決のあった昭和54年4月27日の夜9時過ぎ、突然当時Xの住んでいた杉並区の自宅にやって来た。Xは昭和49年10月ころ、同様にYが突然帰宅し、玄関の戸を開けるやYに顔面を殴られたことがあったことから、同夜もすぐには玄関の戸を開けず様子を窺いながら寝巻から洋服に着替えていた。

すると、Yは、同家屋の庭に回り雨戸をこじ開けて入って来たため、Xは咄嗟に素足のまま戸外に逃げた。そして、再びXは、自宅に戻って見たがまだYは同家にいたのでそのまま交番に行き、警察官とともに自宅に戻り、警察官に仲介してもらった。警察官が帰った後Yは、「俺は覚悟して来た。殺してやる。話をしても分からないのだから分かるようにしてやる。ここへ座れ」などと言い、Xが「話があるなら座って下さい。私も座るから」と言っても、じりじり近寄り、玄関の方まで追いつめ、Xは再び交番に逃げ込み、その晩は警察署で夜を明かした。

同月29日午後9時ころ、再びYは、X方にやって来て雨戸をこじ開け、鍵のかかっていたガラス戸を蹴破り侵入。Xは戸外に逃げ出したが、Yは、これを追いかけてXを捕え、逃げようとするXを自宅に引きずり返そうとするYとの間でもみ合いとなったが、Xは、駆けつけた近所の知り合いに110番か救急車を頼み、そのまま呼吸困難となり意識を失い、救急車で病院に運ばれ、発作性頻拍症で同年5月1日まで入院。退院後Xは、千葉県柏市内の実兄宅に身を寄せ、その後実兄とともに前記杉並区の自宅に戻ったが、Yは、これを嫌い、Xの実兄に帰よう主張したことなどから、同月3日、Xは実兄とともに自宅を出て、Xは友人宅を転々とした。

9 X・Y間の婚姻生活は前訴判決後も好転をみず、同月4日、Xは、東京家庭裁判所に夫婦関係調整の調停を申立て（同年8月21日取下げ）、他方、Yからも同月中旬同裁判所に夫婦同居の申立てがなされた。同年6月11日調停委員の勧めもあり、Xが前記自宅に戻り、その間Yは、アパートに住み、当分はXの自宅に近寄らないようにするということになり、同月12日Xは前記自宅に帰った。

その後、同年9月初旬、YからXに対し電話で「西側の部屋に全部Xの荷物をまとめろ、東側の部屋は空けておけ、今夜見に行く」と言ってきた。そこで、Xは、同じようなことを繰り返したくなかったため、再び家を出て知人、親戚宅を転々とし、現在は柏市の実兄宅に身を寄せ、Yは、前記自宅に住み今日に至っている。この間、Yは、一方ではXとの同居を求めながら、家庭裁判所の審判の席上Xと同居しても生活費は渡さないし、Xの入れたお茶一杯飲みたくないと陳述し、審判廷で立ち上ってXに威力を示し、皆に制止されることもあった。このため、Yが申し立てた夫婦同居申立て事件につき、東京家庭裁判所は、昭和54年11

月20日、YのXに対する憎悪の情が顕著で真意による同居請求とは認められず、Xが同居に応じられないことは首肯しうるとしたうえで、Yの前記申立てを権利の濫用として却下。

10 こうして、Xは、当初Yの真摯な反省と努力に一縷の望みを託したが、次第にX・Yの夫婦生活の回復に失望し、遂に離婚を決意し、本訴を提起するに至り、現在ではX、Yともに離婚の意思が固い。

以上のような状況の下において、Xが離婚のほか慰謝料や財産分与を求めたのに対し、Yが離婚反訴の請求をしたのが本件。本判決は、以下のような理由からXの離婚本訴請求を認容し、Yの離婚反訴請求を棄却。

【判旨】「X、Yの婚姻生活は前訴当時において既に破綻し、その回復の見込みも無いに等しい状況にあったものと見るほかないが、その破綻の主たる原因は前訴判決の述べるとおりの正当な理由もなく突然家出したYの所為にあったことは明らかである。しかし、前訴においては、Yからの離婚請求は、いわゆる有責配偶者のそれとして請求を棄却されているところ、前訴においては、Xは終始一貫離婚には反対し、反訴を起こすこともなく推移し、XにおいてYの真摯な反省と努力に望みを託し、婚姻の回復を期待していたことも前記認定の事情のもとでは理解できないわけではなく、進んで判決後の事情を見るとXにもYを拒否する態度があったことは否定できないところであるが、それにも増して、Yの判決直後の言動は、真に自己の所為を反省し、円満な夫婦生活の回復を願う者の採るべき行動とはほど遠く、Xをして夫婦同居を拒否させても無理からぬところがあると言わなければならない、むしろ、Yの言動は単にXを憎悪し、嫌がらせ的に同居を望んだものと評せざるを得ない。かくして、前訴判決前のYの言動に加え、判決後のYの一連の所為を併せ考えると、XがYとの婚姻生活に失望し、離婚を決意せざるを得なくなったとしてもその主たる責任は前訴判決前後のYの言動にあると言わざるを得ない。そして、今やX、Yにおいて離婚を望んでいる以上その円満な回復は絶望的である。

以上のとおりであるからX、Y間の婚姻は、これを継続し難い重大な事由があるというべく、Xの本訴離婚請求は理由があるのでこれを認容すべきである。

これに反して、Yの反訴離婚請求は、前記のとおり、前訴判決後、Yの言動に

対し、Xが拒否の態度をとったことが悪意の遺棄に該当するとはとうてい認められず、又、X、Y間の婚姻がこれを継続し難い重大な事由があること前示のとおりであるが、その主たる原因がYの言動に帰因するものである以上いずれにしてもこれを認容するのは妥当でなく、棄却を免れない。」(下線筆者)

【61】判決は、前訴で有責配偶者からの離婚請求であることを理由に夫Yの離婚請求が棄却された後に、妻Xから離婚本訴請求、Yから離婚反訴請求がなされたケースにおいて、Xからの離婚請求のみを認めたものである。本件訴訟の段階では婚姻が破綻の状態にあり、X・Y双方の婚姻継続の意思も希薄であったことからすると、いずれの離婚請求も認容されて構わなかったようにも見えるが、【33】判決(ただし、この判決の評価は難しく微妙であるが)や【37】判決と同様に、Yの一方的な家出に端を発する別居状態の発生・継続がX・Y間の婚姻関係の破綻に対する有責性の態様・寄与の程度として見過ごせないこと、前訴から後訴である本件訴訟に至るまでの同居や婚姻費用、離婚に関するYの著しく不誠実で真摯でない対応が見受けられた点からすると、配偶者のいずれに主としてまたはもっぱら婚姻を継続し難い重大な事由があるかどうかを詮索することなく、あるいは有責配偶者からの離婚請求であったとしても配偶者双方に明確な離婚意思がみられるとして離婚本訴請求・離婚反訴請求の両方を認めた【12】判決、【13】判決、【34】判決、【40】判決、【41】判決、【42】判決等とは一線を画しているものと位置づけることができよう。このケースでは、Yの側に夫婦の同居義務・扶助義務を含めた信義誠実義務(貞操義務違反も疑われる)の履践が全くおこなわれていなかったという事実が事案的な特徴として指摘することができ、この点が離婚請求の可否判断に強く影響を及ぼしているものと評することができるであろう。

次の【62】東京地判昭和60年5月21日も、同様の視点から検討した結果、

有責配偶者である夫Xからの離婚請求を棄却したものと評し得よう（ただし、この点は仮定的な判断であり、復縁の可能性を示唆して婚姻関係の破綻自体は認められていない）。

【62】 東京地判昭和60年5月21日（離婚請求事件。判例タイムズ596号74頁）

【事案】 1 夫Xは、秋田県から上京して旧国鉄に勤務。秋田県出身者を、というXの希望により、Xと従兄弟の関係にある妻Yと結婚することとなり、昭和22年11月23日結婚し、昭和23年4月6日婚姻の届出をした。

2 Yは、結婚と同時に上京し、現在のY肩書住所地の借家においてX、Xの両親及び弟と同居。Xは旧国鉄に勤務し、Xの両親も働いていたが生活は楽ではなく、結婚して数年後からは、Yも内職などをして家計を助けるようになった。結婚当時家計の管理はXの父がしていたが、3、4年後にはYが預るようになり徐々に貯えもできるようになっていった。

3 昭和28年ころXらが居住していた借家を購入し、昭和46年ころにはその敷地も購入。昭和30年ころにはすでにXの母親は仕事を辞め、昭和40年ころにはXの父も仕事をしなくなっており、Xの弟が独立した後のX、Y及びXの両親の生活はX、Yの働きによっていた。

4 Xとの間には子はなかったが、特に問題もなく平穏な日々を過ごしていた。Yは、体の弱いXを気遣い、また、Xの両親が夫婦円満でなかったこともあって気疲れもあったが、その仲を取りまとめるよう心掛け、Yに対するXの両親の信頼は非常に厚かった（なお、昭和42年Xの父死亡）。

5 以上のような生活が25年間ほど続いた後、昭和48年ころからXの行動に変化が見え始めた。Yの作る弁当を断ったり、帰宅が遅くなり、その際の行き先が不明であったり、Yの見知らぬ鍵を持っていたり、不動産業者の宣伝用ちらしに鉛筆で印をつけていたり、といった種々の行動があり、このような行動につきYがXを追及しても納得のいく返答はなかった。また、Xは、旧国鉄を定年前に退職し、退職金を元手にして女性と一緒に旅行斡旋業をやりたいと言い出した。これに対しては、YのみならずXの親族からも反対され、実現しなかった。そうするうち、

Xは、昭和49年10月20日、当時交際していたAと示し合わせて家出。

6 同日付で、XからYに対し、いくらお前は待てど私は帰らないなどと記載した手紙が送られて来たが、その後のXの足取りは不明。Xの家出後、Yに対し、Xに6、700万円を貸してある、返してもらいたい旨の電話が入り、Yを驚かせた。時間が経つうち、返済がない場合は家を売る旨の発言も出るようになったので、Yは処置に窮し、B弁護士に相談したところ、法律的な手段をとっても財産を保全した方がよいとの助言を得た。Xは家を出るにあたって旧国鉄を退職していたため、その後退職金が振り込まれ、約700万円余りがあったので、これもYが自己の生活費として保全しておくこととし、昭和51年7月30日、別紙物件目録（一）記載の土地建物の持分をY名義とすること、不貞と悪意の遺棄の慰籍料500万円の支払を求めて訴を提起。しかし、Xの所在不明のため公示送達手続により訴訟は進行し、Yの訴えが全部認容され、判決は同年11月12日確定。その後Yは別紙物件目録（一）記載の土地建物の持分を自己名義に更正登記し、慰籍料500万円のうち400万円をもって退職金を差押え、転付命令を得て取得。また、XがYに無断でYを自己の借金の保証人とする目的でYの印鑑登録をしたことがあったので、Xの住民登録を抹消する手続をした。さらに、X名義の預貯金の差押えを避けるためY名義に切り替えた。

7 Xは、家出後、御殿場で働き、次に沼津へ出てAと同居。Xは、Yと離婚してAと正式に結婚したいとの希望を強くし、昭和56年ころB弁護士と交渉を開始。そのころ、Xは金員が必要であったことから、B弁護士に退職金の一部をもらいたい旨及びYと離婚したい旨を申し入れた。これに対しB弁護士からは、Yは離婚する意思がないこと、退職金中Xに渡すことのできるのは250万円であるとの返答があり、さらに、XがAとの関係を継続するならば、Xの資産をYに渡すことがYに対する最少限の道義的責任ではないかとの申入れがなされた。Xは、当時250万円の金員がどうしても必要だったこともあり、また、そのようにすれば、Yが離婚することを承知するかもしれないと期待し、この申入れに応じることとした。同年3月20日、XはYに対し、昭和49年10月20日以降Yを遺棄したことに對する慰籍料600万円、この期間中YがXに代ってXの母を扶養した扶養料の立替金として360万円及び同期間についてのXのYに対する扶養料として500万円の計

1460万円の支払義務があることを認め、その支払に代えて、別紙物件目録(二)記載の各不動産の所有権をYに譲渡することとする代物弁済契約を締結(その後この契約は履行された)。そこで、Xは、同年4月ころ東京に戻り、Yに離婚を求めたがYは拒否。Xは、同年5月、Yとの離婚届をYに無断で提出したうえ、同年6月22日Aとの婚姻届を提出(なお、このYとの離婚及びAとの婚姻は、昭和58年にYが提起した離婚無効確認、婚姻取消請求訴訟において無効が確認され婚姻も取り消されている)。さらにその後、前記代物弁済により、Xに対し多額の税金が課され、Xは、その対策に苦慮し、Yに協力を求めたが協力は得られなかった。

8 Yは、Xの家出後、残されたXの実母とYとの生活を維持するためパート勤務をし、前記の方法で財産を保全し取得した退職金や預貯金で生活を維持。Yは、年老いて体の弱いXの母の面倒を見ながら、Xの出で行った当時の状況と変らない生活をしている。

Yは、現在もXの母と同居してXの帰りを待っている。Xの母は、Yとの同居を希望し、Y肩書住所地にXが帰るよう望んでいる。また、Yの居住する周囲にはXの兄弟が集って住んでいて、皆Xが1日も早くYの許に戻ることを願っている。

9 Xは肩書住所地においてAと同居していたが、Aは昭和59年5月に死亡。

10 Xには、一度出たYの許に戻ることは針のむしろに戻るようなもので戻れないという気持ちと、家出後のYのした種々の法的手続、それによってXが資産一切をYに与え、そのうえ多額の税金まで負担しなければならなくなった事態に対する憤りの気持ちから、Yの許に戻る意思はなく、離婚をしたい意向である。

以上のような状況の下において、XがYに対して離婚を請求。本判決は以下のような理由でXの請求を棄却。

【判旨】「三 以上認定の事実によれば、XとYとの間には25年に至る円満な夫婦生活の実績があること、YはXの実母と同居し、実母はXが帰ることを望み、Xの親族もそれを望んでいること、Aは死亡しXは現在1人住いであること、X・Yはすでに老境に入っていることを考えると、別居期間が10年に及び、この間に原因はXにあるとはいえ、種々の法的手続等によりXの財産すべてがYに移転して

いることを考慮してもなお、今後の事態の推移により、X・Y間の婚姻生活が回復する可能性が全くないとはいえず、未だ破綻していると断ずるまでには至っていない。また、仮に破綻しているとしても、Xにその責任があることは明らかである。確かにYのした種々の法的手続や前述の代物弁済契約は結果として財産関係の精算とも見られるもので、通常であれば婚姻関係を破綻させる一行動と認められるのであるが、しかし、本件については、Yが右行為をするにはそれなりの必要性があり、しかもYの右行為の原因をXが作っているのであるから、Yの右行動をもって破綻についてYにも責任があるとは言えない。

さらに、前記認定の事実によれば、Yの主張を容れることは信義則に反することにはならず、Yの離婚を拒絶する行為は権利の濫用とも認められない。」（下線筆者）

この【62】判決は、まず、夫Xと妻Yとの夫婦生活が25年にも及ぶ円満なものであったという実績があること、Yは結婚当初よりXの両親らと同居して面倒を見ており、Xの父死亡後もXの実母と同居して信頼も厚いこと、YもXの実母もXが帰るのを望み、Xの親族もそれを望んでいること、XはAの死亡後現在1人住まいであること、X・Yはすでに老境に入っていること、等の事情を考慮に入れ、XとYの婚姻関係がいまだ破綻に達しているとまでは言えないと判断し、次に、もしかりに破綻しているとしても、有責配偶者Xからの離婚請求であることから離婚を認めず、「Yの主張を容れることは信義則に反することにはならず、Yの離婚を拒絶する行為は権利の濫用とも認められない」（下線筆者）とも判示している。判旨からは、比較的長期間の別居（約10年）が見受けられるうえ、種々の法的手続や代物弁済等の財産関係を清算する財産分与のようなものがおこなわれているケースのようにもみえ、一見すると、積極的破綻主義の立場からの苛酷条項に関する検討を想起させなくもない。しかし、婚姻破綻の有無に関して、これまでの両当事者の置かれている状況・生活関係を特に考慮に入れて判断しているものであり、

そうだとすると、積極的破綻主義の立場を全く否定し去ったものと評する必要はなかろうが、従来からの判例法理に基づいて検討、判断されているものであり、積極的破綻主義の立場からの検討をおこなったものとまではこの段階では解し得ないように思われる⁽⁸⁴⁾。



浦和地裁から昭和60年11月29日の同一日付で出された【63】判決及び【64】判決は、離婚本訴請求、離婚反訴請求事件であるが、いずれもその一方のみを認めたものである。前者は、妻からなされた、民法770条1項2号の「悪意の遺棄」を理由とする離婚請求は認めつつ、夫からの離婚請求については有責配偶者からのものであることを理由に退け、後者は、夫からなされた、民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」を理由とする離婚請求を同様の理由で棄却しつつ、妻からの離婚請求についてはこれを認容する判断をしている。いずれも【33】判決や【37】判決等の系列に属する裁判例と言えようが、双方が離婚を求める訴え（本訴・反訴）を提起している以上、明確な離婚意思の存在を理由にいずれを認容してもよかったのではないかとも考えられる⁽⁸⁵⁾。

【63】浦和地判昭和60年11月29日（離婚等本訴請求、同反訴請求事件。判例タイムズ596号70頁）

【事案】本件は、妻Xが民法770条1項2号にいう悪意の遺棄を理由に離婚、財産分与、そして慰謝料の本訴請求をおこなったのに対し、夫Yが離婚の反訴請求をおこなったというもの。本判決は、Xからの離婚請求については悪意の遺棄があったと認定してこれを認容する一方、Yの離婚反訴請求については以下のとおり判

⁽⁸⁴⁾ なお、伊藤昌司「民法判例レビュー（家族）・1 裁判例の概観」判例タイムズ619号（1986年）72頁を参照。

⁽⁸⁵⁾ 右近健男「民法判例レビュー（家族）・1 裁判例の概観」判例タイムズ628号（1987年）116頁は、【64】判決について本文のような指摘をされている。

示して請求を棄却。

【判旨】「三 もっとも、… (略) …、X、Yの婚姻生活は互に愛情と信頼感を失い、加えて長期間の別居生活を経たことにより、すでに破綻しているものと認めることができる。しかしながら、右認定事実によれば、右破綻原因はYの不貞行為や悪意の遺棄に起因するものと認められるところ、このような離婚原因をつくった有責配偶者からの離婚請求に対し、相手方がこれを拒んだ場合には、かかる離婚請求は許容することができないものと解するのが相当である。そうであるならば、Yの反訴請求は理由がないものと言わざるを得ない。」

【64】 浦和地判昭和60年11月29日（離婚請求、同反訴請求事件。判例タイムズ615号96頁）

【事案】本件は、夫X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」があることを理由に離婚の本訴請求をおこなったのに対し、妻Yが民法770条1項1号の「不貞な行為」・2号の「悪意の遺棄」・5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」に基づき離婚の反訴請求や離婚慰謝料、財産分与の請求をおこなったというもの。本判決は、Xからの離婚請求を棄却する一方、Yの離婚反訴請求については以下のとおり判示して請求を認容。

【判旨】「… (略) …、前項で認定した事実によれば、X、Y間の婚姻生活が現在完全に破綻していることは明らかである。そして、右破綻が生じたのはXが単身上京した昭和26年9月以降のことであり、しかも右上京を主要な原因として婚姻を継続し難い重大な事態が生ずるに至ったものと認められる。従って、破綻状態の発生につき主として責を負うべきXの本訴請求は理由がないが、Yの反訴請求は理由があり正当である。」

【63】 判決、【64】 判決はいずれも一方の離婚請求のみを認容しているにすぎない。離婚本訴請求のみを認めたり、離婚反訴請求のみを認めたりするくらいであれば、双方の離婚請求を認容してもよかったのではないかとの指摘もあり得ようが、前者の【63】 判決においては、妻Xが新聞専売所を夫Y

とともに手伝いながら、交通事故により大怪我をして2年近くもの間治療を受けていたが、その間Xは内職等をして夫婦の生活を維持していたのに対し、Yは、Xが子宮ガンによる子宮全摘出手術や脳血栓による半身不随の身体障害者となったにもかかわらず、Xを残して家出し、生活費もほとんど送金することなく約5年間にわたって別居していたという事情、その一方で、同居期間中Yの女性関係をめぐるトラブルが絶えずXが悩まされていたという事情が、後者の【64】判決においては、公職追放処分によって仕事につけず夫婦喧嘩の絶えなかったなかで、共同生活の方針について何らの相談もなく、教師として仕事に復帰し幼い3人の子供を養育している妻Xを残したまま単身上京し、所在の連絡もせず、女性と同棲を始める一方で、3人の子供の養育費を一切送ることもなく過ごしていたという事実が、それぞれ特に考慮され、「有責配偶者からの離婚請求」事件において確立した拒否法理に照らして妥当ではないと判断されたものと推測される。その意味において、これらは、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色濃く残っている事例であったとすることができよう。



こうして、いよいよ最大判昭和62年9月2日の控訴審判決である【65】東京高判昭和60年12月19日が登場する。

これまでも、有責配偶者からの離婚請求であったとしても諸条件を充足していることを前提としてこれを認める裁判例が登場し始めていることは、既述したとおりであるが、この原判決である東京地判昭和60年6月28日（判例時報1202号52頁、家庭裁判月報39巻12号135頁、民集41巻6号1440頁）は、35年以上にわたる別居が継続し夫婦間の婚姻関係が全く形骸化していたとしても、有責配偶者からの離婚請求にあたるとして離婚請求を退けていたが、【65】判決もまた、結果としては同様の判断を下している。しかし、掲載誌

の一つである判例時報1202号51頁の解説には、「限界的なケースとして、最高裁の実質的な判断が注目される事案である」とのコメントがあり、注目されていた。極めて判断の難しい事例を前にして最高裁がどのような判断を下すか、非常に興味が持たれていたことを窺わせる。

前述したように、長期間の別居の事案で下級審裁判例の判断が微妙に分けられている状況下での35年以上にもわたる別居事案の登場ということであった。ここでの夫婦関係は法的保護の視点からみて一体どのように捉えられているのかをみていくことにしよう。

[65] 東京高判昭和60年12月19日⁽⁸⁶⁾（離婚請求控訴事件。判例時報1202号50頁、家庭裁判月報39卷12号135頁、民集41卷6号1443頁）

【事案】 1 夫Xと妻Yは、昭和12年2月1日婚姻の届出をした夫婦。

2 両名の間には子がなかったため、昭和23年12月8日X、Yは、Pの長女A及び二女Bとの間で養子縁組をし、昭和25年9月1日にはPもXの実父Qと養子縁組をし、X姓を名乗ることとなった。

3 Xは、PとXとの間に生まれたC（昭和25年1月7日生まれ）とD（昭和27年12月30日生まれ）につき昭和29年9月7日に認知の届出をした。

4 XとYの婚姻生活は、当初は平穩に経過したが、①昭和24年ころ、XとPが情交関係を継続していたことがYの知るところとなって、X・Y間の仲が不和となり、昭和24年8月Xは同棲中のYを棄てて勝手にPと同棲生活に入り、以後今日まで別居が継続している。

5 Xは、昭和26年ころ、Yに対して離婚請求事件を提起し、この訴訟は昭和29年2月16日X敗訴の判決が言い渡され確定。②この判決では、X・Y間の婚姻の破綻は、Xが昭和23年中からPと関係を結び、これが原因で夫婦仲が不和となり、昭和24年8月XがYを棄てて勝手にPと同棲生活に入りこれを継続していることに原因があり、Xはいわゆる有責配偶者に該当するからXの離婚請求を棄却する

⁽⁸⁶⁾ 本判決には、鍛冶良堅「判例評釈」判例評論337号（1987年）47頁以下〔判例時報1218号〕がある。

とされたものであった。

6 ③Yは、Xと別居以後、昭和24年12月ころからXからの生活費等の一切の仕送りが絶えたため生活に窮して、昭和25年2月7日、かねてYの要求により生活費を保証する意味で処分の権限を与えられていたX・Yが居住に使用していたX名義の建物を24万円で売却し、その代金を受領して実兄R方に転居し、売却代金を生活費に充てながら、以来今日まで実兄R方の2階の1部屋4畳半を使用させてもらって生活している。

7 ④Xは、前記判決後も引き続き、Pと同棲生活を送り、この間Pとの間の子2人の認知届をなし、昭和58年12月ころまで、Yの住所を知りながら全く音信不通で生活費等の仕送りもしていなかった。

8 一方のYも、前記判決後自らXに対し同居を求めたり、生活費等の要求をしたりすることもなくXと没交渉の態度をとってきた（こうして、前記判決後はX・Y双方とも相手方と連絡をとることもなく推移）。

9 昭和58年12月ころ、Xは、Pとは同年11月ころ別れたと称して突然Yを訪ね、離婚を求めるとともにPの子A及びBの縁組を解消するから判を押してくれるよう求めてきたが、Yは一方的に自己の主張を押しつけようとする前記離婚訴訟以来のXの態度に反目し、これを承諾しなかった。そこでXは、昭和59年東京家庭裁判所に離婚調停を申し立てたが、同年4月18日不成立に終わり、本件離婚請求訴訟に至った（なお、前記調停ではXはYに対し離婚給付として現金100万円と油絵1枚を提供することを提案したが、Yの受け入れるところとはならなかった）。

10 ところで、⑤Xは、現在精密測定機器、材料試験機、分析機器の販売並びに修理等を目的とする訴外S株式会社（資本金2500万円）、同種機器の製造、修理及び販売を目的とする訴外T貿易株式会社（資本金1000万円）の代表取締役並びに不動産の所有、賃貸、管理、売買等を目的とする有限会社U（資本の総額金600万円）の取締役をしており、経済的に極めて安定した生活を送っている。

11 他方、⑥Yは、実兄R方に身を寄せてから人形学園に入学して、人形製作等の技術を身につけ、助手などをしてきたが、その後、人形の製作をする人形店に勤務し、朝8時半に出勤して夜9時半ごろまで残業をするといった生活を昭和53年ころまでし、この間肺結核を患って3、4年療養生活をするなど経済的にも精神

的にも苦勞してきたところ、現在は無職でこれといった資産もなく、必ずしも経済的に安定した生活とはいえない。

12 ⑦Xは、現在ではYを嫌悪し、離婚を強く求めることのみで、離婚に伴う相応の財産給付をなすことに消極的である。⑧しかも、X・Y間の婚姻関係の破綻原因が、Xの夫としての守操義務に反する独善的な行動にあることについて、これを顧慮する態度を全く示していない。もっとも、Pは、住民票上、昭和60年4月23日X方から東京都所在の二男D方に転居した形になっていることが窺われるが、これをもって直ちにXとPとの従前の関係が解消したものとすることはできない。

以上のような事実関係の下で提起されたXからYに対する離婚請求訴訟において、原判決である東京地判昭和60年6月28日も、【65】判決も、ほぼ同様の理由からXの請求を棄却。

なお、原判決が「当裁判所も、Xの本訴請求は、これを棄却すべきものと判断するが、その理由については、次に付加、訂正するほか、原判決がその理由において説示するところと同一であるから、これを引用する」と判示していたことから、以下の【判旨】は、原判決（その判決理由については判例時報1202号53～54頁を参照）に付加、訂正を施したものである。

【判旨】「右認定事実によれば、X、Y間の婚姻関係は、昭和24年8月には破綻しており、以後35年余にわたりその状態は継続していて、現在ではもはや回復不能であること、その破綻の原因は、Xが訴外Pと同居するようになり、前訴離婚判決後もその同居を継続してきたため、一方、Yにはこれといった落度はなく、破綻の責任は専らXにあることを認定することができる。なお、前訴判決後YにおいてもXに何ら要求することなく推移してきてはいるが、かかるYの対応を一概に非難するのは酷である。ところで、本件のように35年余にわたる別居が継続し、夫婦間の婚姻関係が全く形骸化して久しいような場合においては有責配偶者からの離婚請求であることの一事をもってただちにその請求を排斥するのは相当でないとの考えも成立ちうるところであるが、本件においては、①すでに昭和29年にXからの離婚請求が排斥されて訴訟上確定している経緯があること、②Yは現在実兄のR方の2階の1部屋を使用して細々と生活し、固有の財産は何もなく、

その生涯基盤は必ずしも安定したものとはいえず、今後の生活もその多くを実兄ら同居者の善意によらざるを得ないこと、他方、③ Xは経済的には安定しているところ、④離婚に伴う相応の財産給付をなす意思に乏しく、⑤別居が継続している間Yに対する経済的援助を全くすることなく、⑥破綻した婚姻関係の調整ないし整理に真剣な努力の跡がうかがえないことなどの事情が認められるのであって、このような特別の事情のある本件においては、専ら婚姻関係の破綻を招来したものととして、有責配偶者であるXの本訴離婚請求を認めることは、信義誠実の原則に徴し相当でないといわざるを得ない。」（丸番号・下線筆者）

【65】判決は、結果的には有責配偶者からの離婚請求であることを理由に夫Xからの離婚請求を棄却している。しかしその一方で、有責配偶者からの離婚請求の一事をもってただちにその請求を排斥すべきではないとの立場から、本件事案における諸々の個別、具体的な事情を洗い出し（前記【**事案**】中の①～⑧）、それらを総合考慮したうえで、前記のような判断に立ち至っている（前記【**判旨**】中の①～⑥）。有責配偶者からの離婚請求という倫理的、道徳的な側面のみにとられることなく、離婚請求の当否を検討、判断しているという意味においては、すでに登場している【42】判決や【49】判決、【59】判決、【60】判決などと軌を一にする裁判例とすることができよう。とりわけ長期間の別居がみられるケースについて、離婚請求の正当化根拠の一つとして“有責性の風化”という現象要因が存すると論じられ始めている状況下で本判決が登場したことは、（今となっては、であるが）格好の検討材料の一つを提供するものであったと評することができるわけである。

この【65】判決の理論構造については、鍛冶良堅教授の評釈が的確に指摘されているように、有責配偶者からの離婚請求は原則として信義誠実の原則に反し許されないとされるものの、長期間の別居等によって夫婦関係が形骸化し信義則違反の性格が弱まることはあり得る。しかし、そういった現象

が起り得るにしても、婚姻関係の調整や整理に真摯に、なおかつ誠意をもってあたっていなかったというような特段の事情が存する場合には、やはり最終的に離婚の請求は認められない、との構造をとっているようにも見えるが、そうであるとすれば、逆にかかる特段の事情が見受けられないような場合には、有責配偶者からの離婚請求であっても信義則違反とはならない場合もあり得ることを承認しているともとれる。有責配偶者からの離婚請求においては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要因がなお重要視されているとは言えるものの、以上のような理解からすると、積極的破綻主義からの隔たりは実はさほど大きくはないのではないかと印象を受ける⁽⁸⁷⁾。しかし、破綻主義の理念をその前提としてとりながら、特段の事情の有無に関して信義則に照らした検討、判断をおこなっていくという理論構造は、一見矛盾を孕んでいるとも言えそうである⁽⁸⁸⁾。このような原則と例外の反転が起こったこと、ないしはこのような矛盾の解消は、婚姻そのものを法的保護の要請が強いものという婚姻観、離婚に対して社会的なマイナス・イメージがあるといった倫理観などの、婚姻制度の根底に関わる価値体系を大きく転換させるべきかどうかという問題にかかわっているように思われる。この時期の裁判例はこの点を強く印象づけるものとなっていたと言えないだろうか。

⁽⁸⁷⁾ なお、鍛冶「前掲判例評釈」48～49頁も、構成要件的には大きな前進と評価されている。

⁽⁸⁸⁾ 鍛冶「前掲判例評釈」49頁参照。なお、鍛冶教授は、離婚を求める権利としての離婚請求原因事実（民法770条）を自ら作出しておきながらそれを基に離婚を求めることは請求原因事実の法定を無意味にするとして許されないとともに、事情変更の原則の発想（「風化」、「形骸化」等）はこの局面でも持ち込めることを指摘されている（50頁）。別居期間35年以上という時の経過の重みや、それでもなお、もしかりに離婚を認めなかった場合における真つ当な婚姻生活の回復などあり得ないという現実と直面して、婚姻の解消を法的に認めず空虚な婚姻の継続を肯認することに果たしてどのような意義があるのかが、いよいよ喫緊の問題となってきたということになるだろうか。



さて、このような状況の下においてもなお、従来からの判例法理に基づいて判断する裁判例が一方で登場し続けた。次の【66】東京高判昭和60年12月24日がそれである。結果として、有責配偶者からの離婚請求であることを理由に離婚請求が退けられているが、その第1審判決はその前提としての破綻の生じた時期につきこの【66】判決とは異なった判断を下していて興味深い。

【66】東京高判昭和60年12月24日（離婚、慰謝料、財産分与請求控訴事件。判例タイムズ600号105頁）

【事案】 1 妻Y（大正8年5月1日生まれ）は昭和16年1月に夫Xの長兄であるZと結婚し、A及びBの二子をもうけたが（ただし、Aは昭和17年11月30日死亡）、Zは昭和19年2月23日に戦死し、Bも昭和20年1月13日に死亡したため、Yが家督を相続。Z家の財産を保全したいと考えたZの母Sらは、YをZの末弟であるX（昭和2年2月25日生れ）と結婚させることとし、昭和21年3月15日結婚式を挙げ、同年12月21日に入夫婚姻の届出をした。

2 結婚後、XとYはXの実家で暮らし、Xは長野にある事務所に勤務。X・Y間には昭和22年2月9日に長男C、昭和24年11月18日に二男D、昭和27年9月15日に三男E、昭和32年4月3日に長女Fが生まれた。この間、嫁であるYと姑であるSは、Yが相続した財産の問題をめぐる不仲となり、Sから民事調停の申立てがなされたりしたが、昭和31年ころには一応解決した。

3 Yは多少口うるさく、またXより歳上であったことから、Xの方では押えられているという感じを持っており、子供からみても夫婦仲がしっくりいっていないようにみえたが、時々家族で旅行などもして、Sとの争いのほかには取り立てて問題となるような出来事もなく推移した。昭和43年4月から昭和45年5月まで、Xは長野にある事務所の支部に単身赴任し、また、昭和46年4月には二男Dが就職、三男Eが大学入学で家を離れ、昭和51年には長男Cが結婚してX、Yと同居し、長女Fはそれ以前に大学入学で家を出ていた。

4 XとYとは、結婚後歳月を経るうちに、夫婦間で格別の騒動があったわけでは

ないものの、日常生活の中で互いに相手に対する不満をつのらせていさかいを生じ、夫婦の間柄は次第に冷却していった。そして、遅くとも長男Cが結婚した前後ころまでには夫婦間の性交渉も絶えてしまった。しかし、Xは毎月の生活費をYに渡し、Y及びC夫婦と家庭生活をともにしていた。

5 Xは、売春婦と関係したことが1、2度あったが、昭和52年ころから上山田の旅館で働いているPと情交関係を持つようになった。ほどなくこの事実がYら家族に知られ、家族の者がXを諫めるとともに、Pにも会って関係を絶つよう求めたが、その効なく、昭和53年3月ころには、XがPのために敷金6万円を出してアパートを借りてやり、冷蔵庫や箆筒も買い与え、そのアパートに頻繁に通って関係を続けた。そして、その後も家族から言われるたびに、Pとは別れたとか、もう会わないなどと取り繕いながら、夜になると密かに家を抜け出してP方に通うという状態であり、家族の依頼でXの職場の上司が忠告をしても守られなかった。

6 こうしたことが続いたため、Yと子供らはXに対して非難と反感を強め、家庭内の空気は極めて険悪となった（Xから自動車の鍵などを取り上げたこともある）。そして昭和53年秋ごろから、子供らは、Xが行かないを改めないとしてXに対し暴力を振るうようになり、特に同年12月末には、その前日ころにXがPに会ったということで、C、D、Eが深夜長時間にわたり交互にXを殴る蹴るなどして肋骨骨折の傷害を負わせ、9日間ほど入院させた。この暴行の際、Yは子供らの側に立ち暴行を止めさせようとする努力をしなかった。

7 昭和54年8月ころには、YとCがPに会い、XがPのために出した敷金6万円やXが買い与えた冷蔵庫等を取り返した。しかし、Yと子供らは、その後もXがPのほかにも他の女性とも関係しているのではないかと疑い、Xと家族との間は引き続き何ら融和することがなかった。そのうちに、昭和55年1月中旬ころXが3日連続して深夜にモーテルに勤務するQ方を訪れた事実が判明したことなどから、Y及び子供らはますますXを責める気持ちを強めた。昭和57年11月1日ころ、CとDは、Xが身持ちを改めないとして、またXに対して殴る蹴るなどの暴行を加え、約2週間の加療を要する傷害を与えた。この際のYの態度も前記と同様、子供らの側に立つものであった。そして翌日、YとC、DがYの信心する宗教の教

祖宅にXを連れて行き、Xはその場で、今後は女と手を切り、家庭本位に明るくYと一致して生活することなど6項目の誓約書を書いた。

8 その10日余り後の昭和57年11月14日、Xは家を出て実姉方に身を寄せ、以後別居状態となった。昭和58年4月、Xは転勤となり、単身赴任したが、同年7月ころPを天竜下りに誘い、肉体関係を持ち、同年暮れにもPと行動をともした。

9 Xは現在、Yと婚姻を継続する意思は全くないが、Yは、長年苦勞して生活をしてきたのに、老齢に達したいま、Xが離婚を求めるのは身勝手であるとして、離婚には絶対に応じないとの態度である。

以上の事実関係の下において、原判決が婚姻破綻後における不貞行為であることを理由にXの離婚請求を認めたのに対し、本判決は次のように判示してXからの請求を退けた。

【判旨】「……、XとYとの婚姻関係は、現在においては深刻に破綻した状態に立ち至っているといわざるを得ない。両名の婚姻生活は、その結婚の経緯や年齢差等の点でやや特殊なものがあり、歳月を重ねるにつれて、歳上で口やかましい妻に押さえられているというXの不満が嵩じたが、これに加えて、Yにも自らの妻としての態度、接し方を省みるところが十分でなかったふしが窺われ、それがXの気持をいっそうY及び家庭から遠ざかせたことは、推測するに難くない。」

しかし、昭和52年ころにXがPと関係を持つころまでは、夫婦仲が冷却し性交渉は途絶えていたとはいえ、4人の子供を成人させた夫婦としてそれなりの家庭生活を維持し、長男夫婦をも交えて家族としての日常生活を過ごしていたことが認められるのであって、その時点で既に、双方の努力によってももはや回復する見込みがないほどに夫婦関係が破綻し、全く形骸化していたものであるとまではいまだ認めることができない。しかるに、Xが昭和52年ころからPと不貞の関係を結び、家族らの忠告も容れずに右関係を継続したため、夫婦及び親子関係は一挙に極めて険悪化し、以後前記認定のような暴力をも伴う異常な状況を招来するように至ったのである（Qとの件も、客観的には疑惑を抱かれても致し方のないものである。）。このような経過からすれば、Xが右不貞行為に出たことについて、たとえYの妻としての態度や家庭の冷めたさがその一因をなしており、また、右不貞行為が発覚した後における家族の者の度の過ぎた対応がかえってXをかたく

なにした一面があるとしても、婚姻関係を決定的に破綻するに至らしめた主たる原因ないし責任は、やはりXの側にあるものといわなければならない。右不貞行為を単なる遊びにすぎなかったとして婚姻破綻についてのXの責を軽視することは相当でない。」「以上の事実関係の下においては、XとYとの婚姻関係は深刻に破綻し、回復が困難となっているけれども、Xからの離婚請求については、いまだ民法770条1項5号にいう『婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』に該当するものということとはできず、Xの本件離婚請求はこれを棄却すべきである。」(下線筆者)

この【66】判決もまた、「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、自ら離婚の請求をすることはできない」という従来からの判断枠組みに基づいて検討、判断したものであるが、前述したように、その前提としての破綻の有無、その発生時期については第1審判決と異なった認定、判断をおこなっており、この点に関する認定、判断の難しさを窺わせる。

しかしいずれにせよ、有責配偶者からの離婚請求を退けた先には現実にはもはや修復不能とも言える婚姻関係が維持、継続されるという状況が確認されたこととなるわけであり、そうすると、この点を十分に考慮し反映させたうえでの判断ではなかったのではないかという点で、なお疑問が残る。

また、【66】判決は、婚姻関係が破綻状態にあることを認めて前記のような判断を下しているが、その一方で、Yからの離婚請求を否定する際に、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」にはあたらなるとも判示している部分がある。これは、離婚請求権がYの側には発生していないとする趣旨に出たものであろうが、「婚姻を継続し難い重大な事由」としての夫婦間の破綻状態を多面的に捉え、区別して処理し得ることを示唆しているものと言える。しかし、このような処理が果たして妥当なものと言えるのだろうか。



次の【67】仙台高判昭和61年1月31日は、有責配偶者たる夫Xからの本訴離婚請求に対して控訴審において他方配偶者である妻Yからの反訴離婚請求が追加された事案において、有責配偶者からの離婚請求であることを前提としてこの請求を拒否する法理の適用を除外し得るような特段の事情が存するか否かが問題となっていたが、第1審判決とは異なる判断を下している。この時期の裁判例にはこの点を検討、判断するものが増えたが、このような審理姿勢はほぼ定着してきていると言えようか。

しかし、その一方で、判断が非常に難しかったことをも窺わせる。第1審判決は、後掲【事案】のなかでも紹介しているとおり、第1審判決の【判旨】中の後掲①から⑤までの事情を考慮に入れて、たとえ有責配偶者からの離婚請求の場合であったとしても民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」があったものと解してこれを認める判断をしていたのに対し、控訴審判決である【67】判決は、主たる破綻の原因が夫であるXの側にあるとしてこの請求を退け、Yの側の反訴離婚請求のみを認容している。第1審判決で考慮された後掲①から⑤までの事情は、いずれも最大判昭和62年9月2日において主として考慮されている三要素に重なるものであり、注目に値する。すなわち、後掲①の事情は、約25年という長期の別居期間が存在していること、後掲③の事情は、未成熟子の存在しないこと及び経済的に苛酷な状況に置かれるおそれがないこと、をそれぞれ指し示しているものと言えそうだからである。第1審判決では、さらに、有責配偶者Xが相手方配偶者Yのため、別居後の婚姻関係回復のために真摯で誠実な行動をとっていたかどうかという後掲②の事情、無断で協議離婚届を出したこともまだ独立していない子らの将来の生活を慮ってのやむを得ない行動であったとする後掲④の事情、さらに相互の理解不足・性格の不一致のほか、両者ともに高齢で、婚姻関係の修復がもはや期待することができない状況にあるにもかかわらず、

Yが離婚に応じないことは単なる怨みや意地によるものであって合理性がないとする後掲⑤の事情も見受けられ、その限りでは事細かに認定、判断をしている第1審判決のほうが妥当であったように思われる。

しかし、その一方で、婚姻関係の破綻を理由に離婚の本訴請求、反訴請求がなされた事案について夫婦双方の離婚原因についての具体的な内容にまで立ち入って検討、判断することなくいずれの請求も認容した【68】横浜地判昭和61年10月6日や【69】東京地判昭和61年12月22日も引き続き登場している。これらは、本訴、反訴が提起された場合に双方の主張する離婚原因について婚姻関係の具体的な内容にまで立ち入って検討、判断する傾向にあった裁判例が一方で存在していたが、破綻に対する原因（有責性）を詮索することなく離婚を認める裁判例も徐々に登場し始め、そのような判断をする裁判例も集積していたところ、【68】判決、【69】判決はこのような傾向に沿った形で判断したものと位置づけることができよう（なお、【12】判決、【13】判決、【20】判決、【38】判決、【34】判決、【41】判決、【57】判決等参照）。すなわち、基本的には、婚姻関係の破綻が客観的に認められ、夫婦双方の離婚意思も明確なような場合においてはもはや有責性の有無や程度を検討することなく本訴・反訴の離婚請求双方を認めようとするものであり、この時期に、このような傾向はなお一層強まりつつあることを窺わせ、裁判例においてはもはやこのような考え方が定着したものと評してもよいのではなからうか⁽⁸⁹⁾。

そうして、ここでの婚姻は、夫婦双方の婚姻継続の意思が全くなく、婚姻は破綻し夫婦関係の実体も完全に失われているような場合において、有責性

⁽⁸⁹⁾これは、本訴、反訴の離婚請求の場合に当事者双方の離婚意思が明白なときにはいずれの請求も認めるべきとする、当時の学説の潮流に沿うものとも言えよう。中川善之助＝島津一郎「離婚原因」『総合判例研究叢書民法(3)』（有斐閣、1957年）45頁、島津一郎編『注釈民法(2) 親族(2) 離婚』（有斐閣、1966年）295頁〔阿部徹執筆〕、高橋忠次郎「有責配偶者からの離婚請求」中川善之助先生追悼『現代家族法大系2 婚姻・離婚』（有斐閣、1980年）185頁以下、特に200頁以下、山口純夫「婚姻の破綻と有責配偶者の離婚請求」判例タイムズ558号（1985年）236頁

の有無や程度を検討、判断する必要がなく、したがって双方からの離婚請求も容易に認められるべきものとして、法的に維持、継続すべき要請を失った特殊な法律関係と捉えられていると評することが許されよう⁽⁹⁰⁾。

【67】 仙台高判昭和61年1月31日（離婚（本訴）請求控訴、離婚等（反訴）請求事件。判例タイムズ603号75頁）

【事案】（以下の事実関係は本判決が第1審（山形地判昭和58年9月22日）の判決理由中付加、訂正するほか認定のとおり引用したものによる）

1 夫X（原告〔反訴被告〕・被控訴人）は大正4年2月19日生まれ、妻Y（被告〔反訴原告〕・控訴人）は同年9月12日生まれであり、XとYは、昭和13年に見合いをし、同年8月15日に婚姻の届出をした夫婦。また同日Xは、Yの実父P及び実母Qとの間で養子縁組の届出をし、Y方で同居生活を開始。

2 X・Y間には長女A（昭和15年5月2日生まれ）、二男B（昭和18年7月5日生まれ）、三男C（昭和23年12月22日生まれ）の三子がある（長男は幼くして死亡）。

3 P・Q夫婦は田7反、畑2、3反を耕作する農家。Xは昭和17年まで県庁に勤務し、その後はミシン会社に勤務。XはY方の婿養子であったことから、Yとの結婚後も一家の実権は養父母のP・Q夫婦が握っていた。Xは自分が稼いだ給料の全部をPに渡し、Pから小使い銭として一定額を与えられていたが、自分が稼いだ収入をPに管理されて自分の自由にならないことが次第に不満に思われた。しかし、Xはおとなしい性格のため、Pに対して敢えて異を唱えることができなかった。P・Q夫婦は昔風の家中心のやり方でXに臨み、外でサラリーマンとして働くXの行動にも介入するところがあったので、その点もXにはY家の束縛として心理的な負担となっていた。結局Pは昭和33年10月に死亡するまで一家の財布を握り続け、Xの自由にさせなかった。しかるにYはP・Q夫婦の一人娘であ

以下〔仙台地判昭和59年12月24日（【59】判決）に対する判例解説〕等参照。

⁽⁹⁰⁾【67】判決については、裁判所により認定された事実関係は不明であるが、双方による本訴の請求原因・反訴の請求原因、それぞれに対する認否や反論等をみる限り、本文に述べたようなことが言えるように思われる（判例時報1249号87～89頁参照）。

るが、婿養子として前記のような立場に立たされていたXの気持ちを理解しようとはせず、XとPとの対立に関しては専らP・Q夫婦の意見に同調し、Xに冷淡な態度をとり続けたため、それがXには自分に対するYの思いやりのなさに映った。Yは昭和23年ころ、Xが他の女性との間に子供をもうけたとして女性の親から抗議を受け、Yの父Pが3万円を支払うことで解決したことがあった。

4 昭和31年ころXは、自分の勤務するミシン会社の事業所の近くで駄菓子屋を営んでいたZと知り合った。Z（大正12年11月26日生まれ）は当時33歳くらいであったが、若くして夫と死別し、さらにその夫との間の2人の子供も幼くして失い、独り身の病弱な身体で苦勞して働いていた。XはZのそのような身の上に同情し、また自分とYとの間の前記のような家庭生活の不遇、不満についてZに訴えたりしているうちに2人は互いに好意を抱くようになっていった。こうしてXは時折り勤務の帰りに自宅に戻らずZ方に泊まるようになり、Zとの関係が生じた。こうしているうちに、XはZから自分との関係をはっきり解決して欲しい、もし解決ができないならば自分と手を切って欲しいと求められ、Yとの離婚という手段もとれず、またZと手を切ってYのところへ戻る気持ちにもなれず途方にくれ、そのころZ方において睡眠薬を服用して自殺を図ったが、果たせなかった。Xは昭和32年ころ、ついにY方を出てYと別居し、Zと同棲生活を始めるに至った。XとZとの間には昭和34年4月18日D、昭和37年8月11日E、昭和39年6月21日Fがそれぞれ出生（Xは同年1月4日D及びEを、同年7月3日Fをそれぞれ認知している）。

5 XがZと同棲するようになって間もない昭和33年10月にPが死亡し、Y方にはY及び高校3年生の長女A、中学3年生の二男B、小学4年生の三男Cが残されたので、XはYに対し毎月1万円を送金し、これをCが18歳に達する昭和41年末ごろまで続けた。Y方ではP死亡後家計が苦しくなったため、B及びCは夜間制高校に入った。Xは昭和44年にミシン会社を退職し、その退職金の一部を投資に回して成功し、同年3月ころから当該会社の役員として勤務するようになったが、昭和45年3月ころ交通事故にあつて負傷し、その後遺症もあつて同会社を退職し、その後は日雇い仕事をして暮らしていたが、現在は高齢で無職であり、老齢年金等で生活している。ZはXと同棲生活を始めたころから駄菓子屋を営んできたが、

現在は高齢で無職である。

6 Zは、Xとの間にもうけた3人の子が次第に成長するに及んで子らの将来のためにも自分とXとを正式の夫婦として入籍したいと考え、昭和44年ころYにXとの離婚を承諾してもらおうべく交渉するためにY方を訪れたが、Yから激しく拒絶され、Y及びBから追い返された。その後同日今度はYがB及び親類の者とともにXを迎えにZ方に赴いたが、同所においてY及びBとZとの間で激しい口論になった。Xは、前記のとおりZと同棲生活を始めたころからこのころまでの間には、ときに一時Y方に帰ることもあったが、このころ以降は全くY方に帰ることもなくなり、現在に至っている。

7 その後XとZとの間の子であるDが大学に、Eは高校にそれぞれ入学し、Fが中学2年生になったが、Xはこれらの子の将来を考えると、彼らの母であるZを自分の正式の妻として入籍する必要に迫られてきた。しかしこれまでの経緯からすれば、直接Yに頼んでもXとの離婚に応じてくれる見込みがなかったため、XはやむなくYに無断でX・Y間の協議離婚届を偽造し、昭和54年1月6日単独でその届出をし、その後同年6月30日Zとの間の婚姻の届出をした。ところが、Yは同年10月ころこの事実を知り山形地方裁判所にX及びZを相手方としてX・Y間の協議離婚の無効確認及びX・Z間の婚姻の取消しを求める訴訟を提起。この訴訟は職権によって家事調停に付されて山形家庭裁判所に係属し、昭和55年5月29日Yの請求どおりの審判がなされた（Yは協議離婚届の偽造に関しXを刑事告訴したが、後に告訴は取り下げている）。

8 XとZとは日蓮正宗の信仰を同じくし、死後の2人のために日蓮正宗の墓地を用意。Xは現在67歳となり今やYとの夫婦生活に戻る気持ちは全くない。Yは現在66歳となっているが、市役所水道部に勤務する二男B及び同人の妻子らと同居して経済的には一応不安のない生活を送っている。また長女A及び三男Cはそれぞれ結婚して独立している。

9 Xは、Yとの間の前記協議離婚無効確認の審判が確定したので、その年、山形家庭裁判所にYを相手方とする離婚の調停を申し立てたが、この調停において依然としてYがXとの離婚を拒否し、かりに離婚するとしても慰謝料として1億円の支払を求めるなどと主張して譲らないため、結局この調停は同年8月25日不成

立。そこでXはYに対し離婚を請求。

10 Yとしては、もはやXが自分のもとへ戻ってくるとは考えていないが、Xのこれまでの自分に対する仕打ちに対する怨みの気持ちとZに対する女としての意地から、Yは現在においてもXとの離婚には応じたいという心境であったが、第2審において、Xとの離婚もやむなしと考え、反訴を提起し離婚（請求原因は民法770条1項1号〔不貞行為〕・2号〔悪意の遺棄〕）や慰謝料の支払を請求。

第1審判決である山形地判昭和58年9月22日（判例タイムズ603号79頁参照）は、以下のとおり判示してXの請求を認容したが、本判決はこの第1審判決を取り消し、Xの本訴離婚請求を退け、Yの反訴離婚請求のみを認容した。「XとYとの婚姻関係は現在においてはXがYのもとへ復帰することを期待しえず、その回復は不能といえる程度に破綻しているものと認められるところ、このように右婚姻関係が破綻したのはX及びY間の相互不理解による潜在的不和及び性格不一致による双方の夫婦協力義務の懈怠がその素因をなし、そのうえにXのZとの間の婚姻外関係の存在が原因として加えられたことによるものと認められる。したがってXの本件請求は右婚姻関係の破綻について責任のある配偶者からの離婚請求というべきである。しかし……、①XとYとの間の別居期間は約25年に及び、XがYと全く接触を欠くようになってからでも約13年を経過していること、また②別居に至ったことについては必ずしもXのみの責に帰せられない前記のような夫婦間不和、性格の不一致等の事情も与っていることが窺えるとともに、右別居期間後の婚姻関係回復のためにYにおいて真摯な態度をとり、適切な手段を講じたとは必ずしも言いえないこと、③X・Y間の子らはいずれも成人して自立しており、父母の離婚によってその福祉を害されるようなことはなく、Xは右3人の子らが成人するまでそれなりの経済的援助をYに対して行っており、Yは現在Y家の資産等を継承して一家をなしている二男Bと同居し同人の援助を受けて生活している状況にあるのでXとの離婚によって窮境におちいるおそれもないこと、④XがYに無断で協議離婚届を偽造したうえこれの届出をしてYを戸籍上妻の地位から除籍した違法行為は許されるものではないが、結局その違法状態は現在においては除去されており、しかもXが右のような違法行為に及んだについては進学、就職、結婚を近くに控えているXとZとの間の未だ独立していない3人の子らの将

来を慮ったうえでやむなくとった行動であると考えられること、しかるに⑤X、Yともに既に66、7歳という高齢となり、Yは現在最早Xとの婚姻関係の回復についての期待は有していないもののXに対する怨みの気持と自分から夫を奪ったZに対する意地とからXとの離婚を拒み続けている状況にあることが認められるから、このような事情にあるときは、婚姻関係の破綻について責任あるXからの本件請求についても婚姻を継続し難い重大な事由があるものとしてこれを認容することが許されるものというべきである」と判示。しかし、本判決は次のように判示したのである。

【判旨】「二 ……、YとXの婚姻はもはや回復し難い程度に破綻してしまっているというべきであるが、右のように婚姻関係が破綻したのは、相互の理解の不足や性格の不一致等による潜在的な不和があったにせよ、その主たる責任はXの行為にあるものといわざるをえないから、Xの本訴離婚の請求は有責配偶者からの離婚請求としてこれを棄却すべきである。

三 Yの離婚の反訴請求については、右のとおりYとXの婚姻がもはや回復し難い程度に破綻しているうえ、Xには不貞行為があり、またXは正当な事由なく同居、協力の義務を履行せずYを悪意で遺棄したものであるから、右事由に基づくYの離婚の反訴請求は理由があり、これを認容すべきである。

四 右のとおりXに不貞行為及び悪意の遺棄があり、その結果婚姻が破綻し離婚のやむなきに至ったものであるから、XはYに対し離婚にともなう慰籍料を支払う義務があり、その額は当事者双方の経歴、資産収入、婚姻の実態、離婚に至る経緯等諸般の事情を考慮すると金200万円をもって相当と認める。

XがZと同棲するようになった後も、Yとの間に生まれた子の養育の費用を一部送金したり、自動車を買って与えた事実のあったこと、現在高齢、無職で資力が乏しいとみられることは前認定のとおりであり、……、YとXの婚姻後Xの所有名義としていた山林約2反歩を、XがZと同棲するようになって後、YとXの間の次男Bの所有名義に移した事実のあったことも認められるが、このような事実があるからといって、Yの離婚にともなう慰籍料の請求が、X主張のごとく、権利の濫用となったり、権利失効の法理なるものにより許されなくなるものとは解されない。」

【68】 横浜地判昭和61年10月6日（離婚等本訴請求事件、同反訴請求事件。

判例時報1238号116頁、判例タイムズ626号198頁）

【事案】 1 夫X〔原告・反訴被告〕（昭和27年2月21日生まれ）は、昭和58年夏ごろ妻Y〔被告・反訴原告〕（昭和30年3月9日生まれ）と見合いをし、同年暮れに婚約、昭和59年6月2日に結婚式を挙げて同年6月7日から同居生活を開始し、同年8月13日に婚姻の届出をした。

2 昭和59年6月2日結婚式を挙げた2人は、当夜は羽田東急ホテルのツインベッドの部屋に泊まったが、XとYとの間には性的接触は何もなかった。翌日から4泊5日の日程で北海道に新婚旅行に出掛けたが、旅行中もXはYと性交渉を持ったり、接吻したり、抱擁したりすることはなく、またそのようなことをしない理由についての説明もしなかった。新婚初夜以来、そのような態度をとるXに対しYは不安を感じ、疑問を抱いたりして、新婚旅行の終わりごろには神経性の胃炎に罹患。

3 旅行から帰ってから2人は、かねてXが購入していた新居で同居生活を始めた。Yは胃炎のため病院に通院するようになったが、同居生活後もXはYと性交渉を持つことも、同衾したり、抱擁したりすることも全くなく、陰気な生活が続いた。

4 このような生活に堪りかねたYは、昭和59年7月15日実家の母に事情を打ち明けた。母と父はすぐXに事情を確かめたが、理由らしい理由は述べられなかったため、YはXとの夫婦生活を悲観して別居を決意し、同年7月20日実家に帰った。

5 当日、Xは泌尿器科の病院で包茎の手術を受けた。人を介してそれを知ったYは、Xが性交渉を持たなかった理由を漠然と知ったため、正式に結婚すればやり直せるかも知れないと思い、Xと打ち合わせて同年8月13日に婚姻の届出をした。

6 しかしXは、Yに直接手術の話をしたり、性交渉を持たなかった理由を打ち明けたりはせず、またYの実家に挨拶に行こうともしないため、Yは、婚姻届後も実家に戻り、同年9月中旬ごろには2人の間で離婚の話し合いがされるようになった。

7 クリスマンであるXは、神経質な性格の持ち主であり、婚前交渉の経験はなかった。しかし性的機能については、包茎であったこと以外には異常はなく、健

康程度も普通であった。

8 Yは、高校を卒業後、会社勤めをしており、健康程度も普通であり、結婚前に性的な経験はなかったが、新婚初夜以来、Xとの性交渉を拒否する気持ちは全くなく、またそのような態度をとったこともないが、積極的に夫を性交渉に誘うようなことにはためらいがあったため、自ら積極的に接触を試みることはなかった。

こうして、新婚初夜以来、Xが何ら理由の説明もなしに性交渉をなさず、そのためYが不安を募らせ、別居、そして婚姻破綻に至ったものである。

以上のような状況の下において、XがYに対し民法770条1項2号・5号に基づく離婚請求、200万円の慰謝料請求をおこなったのに対し、Yが民法770条1項5号に基づく離婚請求と300万円の慰謝料請求の反訴を提起したというものである。本判決は、慰謝料請求に関して、X・Y間の婚姻破綻の主たる原因はX側にあるとして、XはYに対して100万円の慰謝料を支払う責任があると判示したが、それぞれの離婚請求については以下のとおり判示。

【判旨】「……、夫婦の双方がそれぞれ民法770条1項5号に基づいて離婚を請求する場合は、双方の離婚意思は明白であり、婚姻は全く破綻しているとしかいようがなく、このような場合は、夫婦の一方がいわゆる有責配偶者であるかいかを問わず、各離婚の請求は理由があるものとして認容するのが相当である。従って本訴、反訴における各離婚の請求はいずれも認容することができる。」（下線筆者）

【69】東京地判昭和61年12月22日⁽⁹¹⁾（離婚等本訴請求事件、同反訴請求事件。判例時報1249号86頁）

【事案】夫X〔原告・反訴被告〕と妻Y〔被告・反訴原告〕は、昭和38年2月20日婚姻の届出をした夫婦であるが、昭和57年に至り、Xは、Yに対し、民法770条1項1号によるYの不貞及び婚姻破綻を理由に離婚及び慰謝料の支払を求めて本訴を提起したのに対して、Yは、X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」があることを理由に離婚及び慰謝料の支払、財産分与を求めて反訴を提起したというもの。

【判旨】「本件においては、Xは、本訴においてYの不貞及び婚姻の破綻を理由に離婚を求め、Yは、反訴において婚姻の破綻を理由に離婚を求めている。かかる場合には、婚姻の破綻を理由とする離婚の点において双方の意思は一致しており、婚姻の継続が望めないことは明らかであるから、協議離婚制度を採用する法の趣旨に則って考えてみると、特段の事情のない限り、夫婦関係の内容に立ち入って判断するまでもなく、婚姻を継続し難い重大な事由があるものとして、本訴、反訴とも離婚請求を認容することができる」と解するのが相当である。

右の理は、たとえYの不貞が認められ、Yが有責配偶者といえる場合でも同様である。けだし、有責配偶者からの離婚請求が排斥されるのは、婚姻の継続を望む有責でない配偶者の利益を保護しようとする信義則上の理由に基づくものであるから、該配偶者が離婚の意思を明らかにしている以上、有責配偶者の離婚請求を排斥する根拠が失われるからである。

したがって、本件においては、その余の点について判断するまでもなく、本訴及び反訴に基づき、X・Yの離婚を肯認することができるというべきである。」(下線筆者)



しかしその後も、たとえ有責配偶者からの離婚請求であったとしても、特段の事情がある場合には、その請求を認める裁判例が登場した。次の【70】**東京地判昭和61年12月24日**がそれである。有責配偶者からの離婚請求であってもこれを認める方向で考慮され得る特段の事情として、①婚姻の破綻状態が23年余りと長期にわたって婚姻関係が全く形骸化していること、②離婚によって子の福祉を害するおそれはなく、また相手方配偶者が経済的苦境に立たされる心配もないこと、そしてさらに、③単に相手方配偶者の反感や

⁽⁹¹⁾これには、高野芳久「判例解説」判例タイムズ677号『昭和62年度主要民事判例解説』（1988年）152～153頁がある。なお、高野判事は、一方が民法770条1項1号の「不貞」を理由に、他方が民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」を理由に離婚請求をしているような場合、訴訟物の同一性が問題となり得ること、しかし当事者の請求原因事実の主張の問題として対処し得る余地もあり得ることなどを指摘されている（「前掲判例解説」153頁）。

意地のみで婚姻関係が継続され、その継続が当事者に何らの実益ももたらさないこと、が指摘されている（丸番号は後掲【判旨】中の番号に対応）。このような考慮事情はすべて、もはや有責性の有無・程度の検討とは別の視点から、離婚請求の可否という最終的な判断を下す次元において持ち出されているものと言えよう。そしてこれは、この種の考慮事情を重視して離婚請求の拒否法理の適用を徐々に緩和しようとする傾向を示している【49】判決、【59】判決、【65】判決等と軌を一にするものと位置づけることができるが、この傾向は一つの潮流となってその後の裁判例にも影響を及ぼしているものと言えるであろう。

23年余りの長期の別居期間が存在していることはもとより、このような別居期間中妻Yの生活が経済的に苦境に立たされたことはなく、また、離婚が認められた場合における離婚後のYの生活が経済的に苦境に立たされる心配もないこと、しかも、Yが夫Xからの離婚に応じないのは意地や反感、嫌がらせといった感情によるというよりはむしろ、Xの心情に理解を示しつつも、Y個人の倫理観から、Xの不貞行為、別居、さらには離婚といったものに割り切れないわだかまりのような感情があり、それによるものと考えられること、その一方で、Xの側には、本件事案に固有の、現在の同居家族の将来の不安というやむを得ない特殊事情（特に重度の障害者を抱え、今後も面倒を見ていかざるを得ないこと）や、XがYに対して、自己の非を素直に認めて、Yや子供らの生活費や大学の授業料等のほか相当の資産もYに贈与するなどして誠実な行動をとっていたという事情、さらには、Yはこれとは別に自己固有の資産も多く保有していたことが、裁判官をして「破綻して長期間になるXとY間の婚姻関係をこの際解消し、右婚姻関係にまつわる多くのことがらを整理し、再出発させることも法の理念に合致するゆえんである」（下線筆者）と言わしめているものと推察される。今の時点から振り返っても、いよいよ最大判昭和62年9月2日の登場を予感させるような内容の裁判例がま

た一つ付け加わっていたものと評し得よう。

しかしまた、他方で、【59】判決と同様に、いわゆる“有責性（破綻）の風化”理論を前提として有責配偶者からの離婚請求を認めた裁判例としての特徴を有しているものとしてこの【70】東京地判昭和61年12月24日を捉えることもできる。

【70】東京地判昭和61年12月24日（離婚請求事件。判例時報1223号81頁、判例タイムズ624号97頁）

【事案】 1 夫Xと妻Yは昭和18年5月25日婚姻の届出をした夫婦。婚姻後、世田谷区成城にあるXの両親宅に居住。昭和19年9月6日には長男A、昭和23年1月5日には長女Bが出生（現在は2人とも結婚し独立して生活している）。

2 Xは医師で、Yは昭和19年Xの長野県伊那町の（甲）病院勤務に伴い同町に居住し、同年9月にそこで長男を出産。Xの母と妹が東京から疎開してきてX・Y方に同居し、Yはその世話をやいた。

3 Yは、昭和21年Xの栃木県塩原町の（乙）病院勤務に伴い同町に居住し、昭和23年1月そこで長女を出産。昭和24年Xの東京大学医学部物療内科への帰任によりXの両親宅に戻り、Yは嫁としてX家のために尽力。

4 X・Yらは、昭和27年Xの（丙）病院勤務に伴い前橋市に居住していたが、当時Xの患者である前橋営林局員の妻の夫からXがその妻と関係を持っていると怒鳴り込まれ、Yがその夫に賠償金を払ったことがあった（ただし、Xは本件においてこの事実を強く否定）。

5 X・Yらは、昭和30年三島市に居住したが、Yは、Xの意向にしたがい、子供2人とともに患者宅に同居し、その患者の世話をするという生活を余儀なくされた。このころXは、東京にPという愛人を作り、昭和31年秋、世田谷区桜丘に居住するようになってから、Xは幾度かPを自宅に連れて来たこともある。

6 Xは昭和31年11月、世田谷区桜丘にあるXの母所有の土地の上にX・Yの住居を新築。この住居の隣にはXの兄で精神分裂病を患っていたRが1人で住んでい

たところ、YはRの食事その他の世話もするようになった（Rは昭和40年病院に入院）。昭和38年4月、成城に住んでいたXの両親とRの長女、長男の4人が引越して来てY方に同居。そのためYは家事その他に追われるようになった。

7 昭和41年7月、Xの父が死亡し、母は、Xが御殿場に医院を開業して住むようになってからは1年の半分くらいをXのところに行っていたが、世田谷にいるときはYが何かと世話をやき、これは昭和58年母が死亡するまで続いた。

8 Xは、昭和36年から御殿場の（丁）病院に勤めるようになり、昭和38年（丁）病院で賄いなどの仕事をしていたQと関係を持ち、間もなく同棲するようになった。そのころ、Xは世田谷の（戊）病院で皮膚科を、（癸）病院で精神科を学び、ついでに内科の診療もしていた。そのうちにXとQの間に長男C（昭和46年9月18日生まれ）が生まれ、XはYのところに行くことを遠慮していたが、Yから来るように言われ、上京の際はY宅に泊まるようになった。なお、Xは上京に際して持病の心臓神経症のため、Qに連れて来てもらっていた。そこで、Y宅に泊まる際もQを同伴し、Y方に泊めたため、Yの感情をいたく刺激した。しかし、YもXに対し、そのようなことをやめるよう訴えることをしなかったため、以後、XとQの間の子供の治療のために上京する際にもQに連れて行ってもらい、夜はY宅に泊まっていた。Y宅では部屋がないため、一室に寝ていたが、Xの子供らが結婚して別居してからは別室に寝た。

9 昭和42年、Xは御殿場に医院を開業してQと同棲を続け、今日に至っている。XとQとの間に生れた長男Cは、生後6か月で予防注射の脳症により月10数回から2、3回てんかん発作を伴う精神薄弱となり、現在は養護学校に通学。XとQとの間に生れた長女D（昭和49年6月2日生まれ）は、血液型不適合による核黄だんのため脳性小児マヒ、先天性横隔膜ヘルニアで吐血を繰り返し、四肢マヒで言葉も話せないまま、昭和56年3月11日に6歳で死亡（なお、Xは2人の子供をいずれも認知していた）。Xはこの間の療育治療のため、心身を費やしていた。

10 しかしこの間、Xは、Yから、Qとの関係を清算して欲しいとか、離婚してくれとか、同居してくれとか一切言われたことはなかった。Xとしては、すでに夫婦関係が破綻し、愛情の通い合いもなくなっていたことから離婚を考えるようになっていたが、自己の責任を感じて離婚を言い出せないまま推移。そしてXは、

Yに対して、慰藉の気持ちから自己所有の不動産を贈与し、また子供らの養育費も含めて生活費をYに渡していた（生活費7万円の送金は昭和57年3月まで続け、子供らの大学の授業料もXが負担）。

11 XとYは、互いに心が離れて20年余りを経過したが、この間、離婚の話し合いやその回復のための話し合いもなく経過していたところ、昭和58年11月ころ、突然XからYに対して郵送で離婚届が送られてきた。

12 現在Xは、自己の有責性を十分に認識したうえ、これを反省しつつも、互いの愛情を喪失して以来、すでに20余年を経過し、婚姻関係は形骸化していること、自らそのほとんどの不動産をYにやっていること、Yは今後の生活に経済的な不安はないと思料されること、Xは68歳と老齢の身であるうえ、糖尿病等の病気があり、また、今後ともに自立できないで養護学校に通っているCの生活や世話をやり、自らの生活のためにも努力していかなければならないこと、そのためにも身辺をすっきりしたいこと等を理由に、Yとの離婚を強く求めている。

13 Yは、前記不動産のほかにも川崎市に約14坪の土地を婚姻後取得していたが、これを処分して静岡県伊東市に約30坪の土地を長男と共同で購入し、埼玉県東松山市にも約60坪の土地を婚姻後取得して現に所有している。そして、現在では家賃収入が月約16万円あって独りで生活。ただYは、Xの本件離婚請求に対して、Xの心情に理解を示しつつも一種の割り切れなさを感じて離婚に踏み切れないでいた。

【判旨】「右認定事実によれば、X・Y間の婚姻関係は既に昭和38年頃から破綻し、以後23年余りにわたって破綻状態が継続していて、現在ではもはやその修復は不能であるといわなければならない。そして、右破綻は、Xの訴外Pとの不貞などを経過して、Qとの情交及び同女との同棲にその原因があったことは明らかであり、Xが本件婚姻破綻の主たる責任を負っているものといわなければならない。

ところで、有責配偶者からの離婚請求については、単に婚姻関係の破綻の一事をもって、これを認容することにはなお躊躇を感じざるをえないが、①破綻状態が相当に長期にわたっていて婚姻関係が全く形骸と化し、②離婚によって子の福祉が害されるおそれも、相手方配偶者が経済的苦境に立たされる心配もなく、③単に相手方配偶者の反感や意地のみで婚姻関係が継続され、その継続が当事者に

何らの実益をもたらさないような場合は、また、別の角度から検討する必要があると思われる。これを本件についてみるに、①XとYの間で互いに心が離れて既に23年余を経過し、両者とも老境にあってそれぞれ異なった道を歩み、その夫婦関係は全く形骸化しているところ、②Yの離婚に反対する理由は単にXに対する反感ないしは意地ときめつけることはできず、いわば同人の倫理観にねざすものということができ、これを一概に非難することはできないが、③両名間の子供らは既に結婚して独立し、YにはXから贈与された不動産の他、なお相当な資産を有していて経済的な不安もないし、離婚により現在の生活状況に格別の変化が生ずるとも考えられない。他方、④Xは、自己の非を素直に認め、Yに対してその有する不動産の殆んどを贈与するなどして一応の誠意を示し、今後、不遇なCのため、またQの身を案じて離婚を望んでいるものであり、Xに対する非は非としてもその心情を理解できなくもないところである。

以上検討してきたところを総合すれば、破綻して長期間になるXとY間の婚姻関係をこの際解消し、右婚姻関係にまつわる多くのことがらを整理し、再出発させることも法の理念に合致するゆえんであると思料される。」(九番号・下線筆者)

この【70】判決には、前述したとおり、夫Xが自己の非を素直に認めつつ、妻Yらの生活に対して誠実で真摯な対応をとっていたという事情が見受けられたことが、有責配偶者からの離婚請求であったとしても離婚が認められた大きな要因の一つとなっているように思われる。個々の夫婦の婚姻生活はそれぞれであり、夫婦間には婚姻生活を送るうえで諸々の個別、具体的な事情が存在しようが、ここで特筆すべきは、X・Yの婚姻をX、Yそれぞれの今後の人生の中でいったん清算し再出発させることを認めたほうが法の理念にも適うと捉えられている点、これに対しては、婚姻秩序ないし婚姻観の変容を感じさせられるものがある一方、破綻しているとは言え、婚姻関係にある夫婦の信義誠実義務の真つ当な履践についての一態様が示しているとも言え

そんな事情がみられた点である。

特に後者の点に関しては、夫婦は婚姻した以上、同居義務や扶助義務、協力義務、貞操義務といったさまざまな義務を相互に負うこととなるが、これらは、要するに、いかなる状態にある夫婦であっても信義にしたがい誠実に振る舞うことを要請しているものであり、不幸にして婚姻関係が破綻に立ち至ったような場合においてもなお夫婦が信義誠実にしたがって振る舞うことがこのような局面においてもあるべき夫婦像として想定されているということ想起させられる。もしそうだとすれば、婚姻という特別な法律関係を考えるうえで特に注目すべき点とも言えるのではなかろうか。



次の【71】東京高判昭和62年3月25日は、【60】判決の控訴審判決であり、【60】判決と同様の理由で有責配偶者からの離婚請求を認めたものであり、【72】岡山地判昭和62年6月30日もまた、有責配偶者からの離婚請求でありながら、特段の事情の存在を認め、有責配偶者である夫Xの側に民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」があることを認めて離婚請求を認容している。最大判昭和62年9月2日の登場を間近に控え、また当時、近く最高裁大法廷によって従来からの判例法理が変更されるのではないかとの予測がなされていた中で、このように有責配偶者からの離婚請求拒否の法理の適用を改めて除外する判断を示す裁判例が登場したことは、注目に値しよう。婚姻中の夫婦の信義誠実義務に関わる判断も含まれており、【70】判決と同様、婚姻が破綻に瀕し関係がうまくいっていない状況下においてもなお夫婦として要請されている適切な振る舞いというものが垣間見え、破綻に瀕したあるいは破綻に陥った夫婦のあるべき夫婦像を探るうえで興味深い判決内容となっている。

【71】東京高判昭和62年3月25日（離婚請求控訴事件。家庭裁判月報41巻3号153頁。最判昭和63年12月8日の第2審判決であり、【60】新潟地村上支判昭和60年2月28日の控訴審判決）

【事案】第1審判決である【60】判決の事実関係を参照のこと。

【判旨】第1審判決である【60】判決と同じようにXの離婚請求を認め、Yの控訴を棄却。判決内容についても【60】判決の【判旨】を参照のこと。

【72】岡山地判昭和62年6月30日（離婚等請求事件。判例タイムズ640号237頁）

【事案】(1) 夫X（昭和3年5月生まれ）は大学卒業後、〇〇市（現在△△市）に公務員として勤務。妻Y（昭和7年2月生まれ）は大学卒業後、Yが学友の妹であった関係でXと知り合い、昭和34年4月5日結婚式を挙げ、Xの母のいる住所地で同棲し、同年6月19日婚姻の届出をした夫婦。

(2) ところで、Xの母は気むずかしくやがてYの言動にことごとく難癖をつけるようになり、Yと母との折り合いは日を追って悪化。Xは、婚姻当初こそYに愛情を示しYをかばったりしていたが、間もなく母に同調して次第にYに対する愛情を喪失、ついには離婚を決意するに至った。もっともXは、Yに対し、唐突に離婚の意思を伝えることもできなかったため、母の気持ちを休めるためにしばらく実家に帰って冷却期間を置いてはどうかと別居を提案。離婚に繋がることをおそれてこれに反対していたYをしぼしぼ了承させ、Yを同年11月4日実家に帰した。

(3) Yは、別居後間もなく懐妊に気づき、同月末ころXに伝えた。しかしXから離婚したいので堕胎するよう言われ、自分がX方で置かれている状況や実家での長期滞在が困難である事情等を考慮し、やむなく同年12月19日に堕胎。同月21日上京し、東京都品川区に住む次兄B方へ身を寄せ、Bらに自分の身の処し方につきXと交渉してもらうことにした。Bらは、Xに対し手紙等でX・Yの仲を取り持とうと努めたが、Xは一途に離婚を求め、Yはこれを否定するのみで、事態は少しも進展しなかった。

(4) 離婚を熱望するXは、昭和36年12月26日Yの了解も得ずに勝手に協議離婚届を

提出したが、Yから離婚届出無効確認請求訴訟を提起され敗訴し、判決は昭和38年8月17日確定、戸籍訂正がなされ、失敗に終わった。

そこでXは、離婚の目的を達すべく、前記事件の訴訟代理人であったK弁護士に訴訟外での話し合いを依頼。これを受けたK弁護士が同年9月3日解決の労をとりたくてYに申し入れたが、Yから無視された。続いて自ら同年11月28日付書面で、Yに対し、不本意ながら同居しなければならないと思うので至急帰宅されたい旨の申入れをし、さらに昭和39年4月13日岡山家庭裁判所児島出張所にYを相手どり、真実はその意思がないのに同居請求の審判を申立てた。しかしYが、前記事件につき調査囑託を受けた東京家庭裁判所の調査官を通して、Xと同居したい意向を持っている旨伝え、Xは同年12月8日Yに手紙を出し、同居に応ずるので至急帰って来るように、しかし同居を永続する自信が全くないことだけは申し述べておく旨伝え、その後昭和40年1月5日前記審判の申立てを取り下げた。

続いてXは、Yを相手どり岡山地方裁判所に離婚請求訴訟を提起したが、昭和41年12月26日敗訴判決を受け、控訴（以下、この判決を「控訴判決」という。）、上告（以下、この判決を「上告判決」という。）したが、いずれも敗訴。その理由は、Yに悪意の遺棄はないうえ、X・Yの婚姻は破綻に瀕しているが、Yには取り立てて非難すべき点がなく、Xに対する愛情もあり、反感や嫌がらせて離婚に応じないのではない一方、Xは終始離婚の意思を固めて同居、協力、扶助の義務を履行せず、婚姻破綻の責任の大半はXにある、というものであった。

(5) Xは、前記控訴判決言渡し直前ころ、すでにYと別居以来8年の歳月が流れ離婚できる目途も立たず、母も病弱で困り果てていたところ、そのころ、かねてから職場が同じで知り合い、婚約失敗の相談等に乗ったりして親しくしていたA（昭和13年2月生まれ）に事情を打ち明け、同情を得たりして内縁に入る合意を得た。そこでK弁護士らと相談のうえ、昭和42年12月17日挙式し、X方で同棲を開始。

(6) 以来XとAは現在まで、途中Xが昭和53年5月から昭和55年3月まで一時東京に単身赴任をした期間を除き、X方で同棲し内縁関係を続け、その間、昭和43年10月に第一子Bを、昭和45年11月に第二子Cをもうけ、Xはそれぞれそのころ認知。またAも、昭和43年5月11日Xの父母と養子縁組を結びX姓を名乗っている。

(7) Yは、上京後数年Bのもとで居候をしていたが、その後同じアパートの1階に移り、昭和54年ころにはマンションをBとの共同名義で購入し、以来現在まで同所に1人で居住してローンを返済中である。また上京後一時中学校の教師をしていたが、昭和40年ころからは民間会社に入り、語学力を生かして現在まで勤務しており、つましいながら現時点では一応安定した生活を送っている。Xとの仲は、X側から離婚話の働きかけがあった場合以外、手紙のやりとりをはじめ一切没交渉のままである。

(8) Xは、前記上告判決で敗訴後も、親戚や小学校の恩師らにYを訪ねてもらったり、自らも再三再四Yに電話をしたり、その勤務先や住居を直接訪ねたり、またYの兄Bらに仲介を頼んだりして、離婚の承諾を目指し、打てる手をほとんど尽くした。しかしこれらの多くは、Yの立場に思いやりを欠いたXの一方的な態度も手伝ってことごとく失敗し、Yは、ますます堅く殻に閉じこもって話し合いの場に出て来ず、離婚には応じられない、帰れる状態を作ってくれたら帰る旨の応待を繰り返すばかりであった。

(9) 一方、Aは現在も△△市に公務員として勤めているが、X・Y間の以上のようなやりとりの中であって、内縁開始にあたりある程度の苦労は覚悟していたものの、予想以上の母の難しさに泣かされ、Yからの厳しい対応等に苦しみ疲れ、またYが結婚につまづいた原因についてもそれなりに同性として理解と同情の念も懐き、自分が身を引くことも真剣に考えたものの、二子もいることであり、それも容易ではなく、思いあまって、Xが留守をしていた昭和47年6月ころ、Xが東京に単身赴任中の昭和54年10月14日ころ、それから昭和55年10月29日ころの3回Yに宛てて手紙をしたため、赤裸々に自己の心情を訴え、許しを乞うとともに、できる限りの財産的給付等の償いはするからXと別れて欲しい、もし今もXに愛情を持っていてそれがだめなら自分が身を引くから代わりに来て欲しい旨伝え、そのころまた電話でも同様のことを訴えたりした。Yは、Aの電話に一時初めてわずかに心を開きかけたかにもえたが、結局従前同様これをも受け付けなかった。

(10) Xは、さらに昭和55年6月横浜家庭裁判所川崎支部にYを相手どり夫婦関係調整の申立てをしたが、同年11月7日不調に終わり、昭和56年3月2日本件離婚訴

訟を提起。

(11) XやAは、前記の交渉中、すでに財産的給付として最大限に近い金額を提供する旨伝えていたが、昭和61年3月19日に行われた本件訴訟の第19回口頭弁論期日においてXの訴訟代理人を通じYの訴訟代理人に対し、2500万円を財産分与等として、話し合いがまとまり次第、一定期間内に支払うので離婚に応じてもらいたい旨提案し、その資金作りの根拠をも示して和解を真剣に求め、さらに同年8月25日の第21回口頭弁論期日にも再度同様の和解案を提出し、その後も将来にわたり継続して前記提案を維持し続ける旨かたく誓った。なお、X・Yが同居中に作った財産は皆無であり、前記の提供金は、XやAらが所有する資産のほとんどすべてによって作られるものである。

しかしながら、Xらのこれらの提案に対し、Yは、いずれも一顧だにせず、金銭はいらない、離婚には応じられない、このままXの妻としてそっとしておいて欲しいと繰り返すのみであった。

(12) そこでXは、Xの訴訟代理人と相談のうえ、本件訴訟につきその帰趨を考え、取り下げることとし、同年8月30日取下書を提出したが、Yはこの取下げにも同意しなかった。

(13) なお、Xは、前記上告判決の敗訴後Yと離婚の交渉を行った際にも、前記控訴判決時と同様、自分の離婚の意思を実現すべく、Yの職場やYの肩書マンション等にYの都合等も考慮せずに、ぶしつけな方法で訪問、調査、交渉したりし、昭和48年1月から2月にかけてはYの素行や会社での評判を調査したり、その結果、実兄Bとの仲を疑ったりしてさらに調査を進めるなどしていた。また、自分の目的を達するためにはこれらの調査や訴訟等に経費を惜しまないのに、Yに対しては、生活費等を送ったりなどYの心が開いてくるような思いやりのある行動を皆無といってよいほど行っていなかった。

以上のような事実関係の下において、本判決はXからの離婚請求を認容。

【判旨】「(一) X・Yの婚姻は、同居期間の短かさ、別居期間の長さ、2人の別居状態、別居中の訴訟等の紛争状況、別居の原因の1つとなったXの母の問題が解決していないこと、X・Yの性格(…)などからみて、既に前回訴訟の控訴審弁論終結近くにおいて破綻状態にあり修復不能になっていたものとみるのが相当

である。

仮にしからずとするも、X・Yの婚姻は、右の当時破綻に瀕していたものと考えられ、XとAの内縁関係の開始により、わずかに残った糸も完全に切れ破綻に至ったものと判断する。

(二) そしてX・Y間の婚姻が右のとおり前回訴訟の控訴審の終結近くにおいて破綻し修復不能になっていたものとする、その原因は、Xの母の気むずかしさにもその一半があったことを否定しがたいものの、大半の責任は、前回判決が指摘するごとく、Xが婚姻共同生活の融和をはかろうとしないばかりか、一途に離婚を希求し、これを実現するために、Yに対する思いやりを欠く手段を矢つぎ早やに次から次へと策し、当時取り立てて非難すべきところのなかったYに犠牲を強いようとしたところにあるものと認められる。

仮にXとA間の内縁関係の開始をもって最終的に破綻したものとすれば、Xは前記の事由のほか、更に右の点においても有責であり、婚姻の破綻につきより多くの責任を有することになる。

(三) しかしながら、本件においては、

(1) X・Yの婚姻関係は、同居期間がわずか7か月間しかないのに、別居期間が、破綻後においても約20年間、別居開始からみると既に27年余にわたり、その間△△市と関東に別れ、離婚話以外にはほぼ完全に没交渉に打ち過ぎていて、夫婦とは名ばかりになっていること、

(2) 他方Xは20年前からAと挙式、内縁関係を続け、2人の娘を儲け、社会的には1つの完全な家庭ができあがっているところ、この家庭には、当然のことながらX・Y間の婚姻関係の整理、調整ができないことが深い影を落とし、長年にわたり娘らをまき込んで苦悩のため不安定な状態下にあること、また、やがて2人の娘が婚姻適齢期を迎えるが、その際諸々の不利益を受けることが予測されるところ、この不利益は不当に内縁関係を結んだXらがその責任をとるべきでありそれで足りると割切ってしまうてよいものか、子の福祉の見地から躊躇せざるをえないこと、

(3) XやAは、婚姻破綻後も、自ら、あるいは第三者をたて、Yあるいはその兄らに対し、私的あるいは公的に離婚の話し合いを続け、婚姻関係の整理ないし調整

にそれなりの努力をしているところ、Xのそれは後述のごとく、Yに対する思いやりを欠くなどのためほとんど積極的な評価をしえないが、Aの真剣な努力にはそれなりの評価を認めることができること、

(4) Xらは、本件訴訟の終盤近くにおいて、現有する自分らの大部分の財産を投げだして2500万円を作り、これをYの離婚後の生活を保持するための財産として分与する旨真剣に申出ており、この申出は本件判決後も維持されるものと予測されるところであって、現時点においては精一杯の償いをしようとしていること、

(5) Yは、マンションを兄と共同名義で購入し、つましいながら一応安定した単身生活を送っていること、そしてXが提案している財産的給付を受け取るならば、離婚によって相続権や公的扶助の受給権を失う点を考慮しても、経済面での損失はほとんどなく、また、その他に離婚によって大きく生活状況が変化するものとも思われぬこと、

(6) X・Yの間に子はいないから、その福祉を害することもないこと、

(7) Yが現在離婚を拒否する態度の中には、Xらに対する反感、復しゅうの念が相当籠っていることが窺われる。

もつとも、それは、Xが、婚姻の破綻前はもとよりその後の離婚交渉の中でも、Yに対する思いやりを欠き一方的に自分の離婚意思を押しつけようとしたことなどに起因しているところが大きく、一概にYを責めることはできないところではあるが、近時はいささか度を過ぎていること

などの諸事情があり、Xが当初主としてその有責行為によって婚姻を破綻せしめた事実があるとしても、これらの諸事情を総合して考慮すれば、既にその有責性の故にXからの離婚請求を認めることが信義則に反するものとまでいうことはできないところであり、形骸化した婚姻関係をこれ以上継続せしめることは相当でないと考える。

(四) してみれば、X・Yの婚姻は現在婚姻を継続しがたい重大な事由があり、Xは自ら離婚を請求しうるものと判断する。」(下線筆者)

この【72】判決は、特に【判旨】中の(1)から(7)までの具体的な事情を指摘しながら、これらの事情を総合考慮すると、有責配偶者からの離婚請求であ

るとしても離婚を認めても信義則に反するとまでは言えないと解し、しかも、「形骸化した婚姻関係をこれ以上継続せしめることは相当でない」（下線筆者）とも判示している。これまでの夫婦関係、破綻に至ってからの夫婦それぞれの状況、そして離婚を認めた場合におけるその後の両者の精神的、経済的、社会的な状況をも見据えての検討、判断がなされている点は、この直後に登場する最大判昭和62年9月2日を前にして注目に値しよう。

本判決では、**【判旨】**中の(1)、(2)の事情が、約7か月あまりという非常に短い同居生活であったのに対して、27年にも及ぶ長期の別居生活がみられ、しかも、そこには新たな生活関係が構築されその法的保護の要請も見過ごせなくなってきたことを、また、前記(3)の事情が、夫X及び内縁関係にある女性Aまでが、妻Yとの離婚に向け真摯な振る舞いをとり、最大限とまでは言えないまでも、総合的にみればそれなりの努力を尽くしてきたことを、さらに、前記(4)の事情が、Xらの側からすると、最大限とも言えるほどの財産的援助（財産分与等）の申し出がなされているということ、前記(5)の事情が、Yの現在置かれている経済状況を指し示すとともに、もしかりに離婚を認めたとしても経済的に過酷な状況に陥ったりもしないであろうということ、前記(6)の事情が、XとYの間には子がなかったため子の福祉を考慮する必要がないことを、そして、最後に前記(7)の事情が、Yが単なる感情的な理由でXからの離婚請求を拒否しているにすぎないことが窺えることを、それぞれ具体的に示して、最終的に有責配偶者Xからの離婚請求を認めても信義則に反するものとまでは言えないという結論に達しているわけである。

ここでは、①長期間の別居があり、②未成熟子がいないこと、③相手方配偶者が離婚によって精神的、経済的、社会的に過酷な状況に陥らないこと、という有責配偶者からの離婚請求であってもこれを拒否する法理の適用を除外し得る考慮事情がほぼ洗い出されているものと言え、今となっては跡づけにすぎないが、これまでの判例法理を変更するに至った最大判昭和62年9月

2日の登場も当時予想できないわけではなかったとも評し得よう。

しかも本判決には、さらに有責配偶者であるXのみならず、Xと内縁関係にあるAのYに対する振る舞いについても言及する部分があり、これは、Xに本来的に要請されている、Yに対する真摯で誠実な振る舞いを補完する事情として取り扱われているものと思われるが、夫婦間の信義誠実義務の履行方法を考えるうえで非常に重要な示唆を与えてくれているものと受けとることができる。しかしその一方、YがXからの離婚請求を拒絶する理由として、YにはXに対する復讐や反感といった極めて感情的、情緒的、心情的とも言える面が窺えるとの指摘がみられる点は、果たして妥当な指摘であったのだろうか。離婚はそもそも主観的、個人的な考えや感情に基づいて判断される極めてプライベートな事柄であり、これに関して復讐や嫌がらせ、意地、反感といった極めて感情的、情緒的、心情的な面を強調しつつ、これらも時の経過によって“有責性（破綻）の風化”や“婚姻の形骸化”をもたらすというように客観的な評価をおこなうことにより、有責配偶者からの離婚請求を認めるための理由づけの一つにしようとするものであるとすれば、これは、真に婚姻継続の意思を有している他方配偶者に対して国家が有責配偶者からの離婚請求を認める結果となり酷に過ぎるのではないかとの印象を与え、疑問を禁じ得ない。離婚の当否を判断する際に客観的合理性の存在を求めようとする限り、このような理由づけは致し方のないこととして割り切るしかないであろうか。



婚姻した夫婦という特殊な法律関係にある者同士の間においても、信義誠実の原則に基づいて振る舞うことが当然に要請され、そこでは協力義務、扶助義務、同居義務、貞操義務といった具体的な義務が本質的な義務として論じられているが、不幸にして良好な婚姻生活を送ることが困難となったような場合でも、すなわち、夫婦はいかなる状況に立ち至ったにせよ、婚姻関係

にある夫婦の間ではなお信義誠実に振る舞うことが要請されており、この要請は、離婚請求がなされその当否が裁判所において判断されるに至った際にも、当該夫婦の置かれている状況に応じて続いているものであるということが、これまでの裁判例の概観、検討を通して明らかとなったように思われる。そして、そこでの信義則は、良好な婚姻関係にある夫婦においてはもちろんのこと、不幸にしてそのような状況にはなく離婚調停や離婚請求がなされるまでに至っているような夫婦においても、それぞれの夫婦に要請されている振る舞いの妥当性判断のための具体的な義務内容の確定、その履行方法の合理性判断のための拠り所として機能する側面（具体的、主観的な判断をするための考慮要因を要求する側面）と、これとは次元を異にする、有責配偶者からの離婚請求の当否を判断する際の客観的な判断基準として機能する側面（離婚請求の当否に客観的な理由づけを与える側面）とを有していることが指摘できるのではないだろうか。こうして信義則は、有責配偶者からの離婚請求が問題となっている場面では次元を異にした二面性を有し、複合的な作用を果たしているものと言えるわけである。



さて、本稿（一）の冒頭において一般条項に関するアルフレッド・フューク（Alfred Hueck）の見解を紹介した⁹²⁾。そこで彼は、倫理的な観点から特別な誠実を要求する法律関係が存在するが、その確定作業を進めることが信義則などの一般条項にとっては非常に重要なことであるという趣旨の指摘をされていた。信義則の守備範囲は、もちろん特別な誠実を要求する法律関係にある局面にとどまるわけではないが、しかしそのような特別な誠実を要求する法律関係の特徴を個々に確定していくことにより、しかも、それ以外の領域で信義則がどのような形で作用し得るのかを解明する手掛かりとなると

⁹²⁾ 福岡大学法学論叢63巻2号（2018年）239～244頁参照。

いう意味において法的安定性と具体的妥当性（公平な判断）の確保を常に求められている信義則論を、幾分なりとも発展、深化させていくものと言えるのではなかろうか。本稿では、「有責配偶者からの離婚請求」事件を題材として、アルフレッド・フュークが指摘した特別な誠実を要求する法律関係の一つと考えられる婚姻関係にある夫婦について、不幸にして離婚の危機に瀕しているような場面でその実相の一端なりとも明らかにすることにより、そこで信義則が果たしている機能、さらには信義則が作用している機能の別の側面、諸相をより正確に把握することができるのではないかと考えたのであった。



これまでに概観、検討した裁判例は、まず、①当事者双方の有責性の有無、その程度を比較して、有責性の程度が同等であったり、離婚を請求している一方配偶者の有責性のほうが他方配偶者のそれよりも小さかったりしたような場合には、有責配偶者からの離婚請求を認め、従来確立されていた拒否の法理を緩和するようになり、次いで、②有責性のある行為（たとえば不貞行為）と婚姻破綻との間の因果関係の存在を重視することにより、婚姻関係の破綻についてもっぱらまたは主として有責性のある配偶者からの離婚請求に限り許されないと解して、さらに有責配偶者からの離婚請求の拒否を緩和し、さらに、③一方配偶者の有責性のある行為と婚姻破綻との間には因果関係がなく、婚姻の破綻後に有責性のある行為がなされていたような場合は、そもそも離婚請求は認められるというようになっていった。これらの局面で結果的に離婚請求が認められている夫婦の状況を事細かに観察してみると、婚姻の当初から婚姻関係の継続中、離婚調停や離婚請求訴訟の提起に至るまでの段階における信義誠実義務の履践状況が極めて重要な決め手となっていることを指摘することができるように思われる。個々の具体的な事例において登場する夫婦は、当然のことながら個々に異なった、個別、具体的な特徴や経

緯、背景を持った、一通りではない夫婦であったが、しかし信義誠実義務が当該夫婦の間で真っ当に果たされていること、しかも、それを客観的、合理的な視点からみてもそのように評価し得るような状況が強く見受けられるような事例ほど、有責配偶者からの離婚請求が認められているように思われる。その限りにおいて、“有責性（破綻）の風化”や“婚姻の形骸化”という現象として評されているものと信義誠実義務の履践状況とは密接な関係にあり、場合によっては表裏の関係にあるとも言えるのかもしれない。



こうして、裁判例において有責配偶者からの離婚請求拒否の法理の適用が徐々に緩和されてきた中で、いよいよ最大判昭和62年9月2日の登場を迎えることとなった。

(未完)