

# 「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（四）

石 松 勉\*

## 目 次

- 一 はじめに一本稿の目的
- 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、同64巻4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）

### （2）最大判昭和62年9月2日の登場

これまでにみてきたように、“踏んだり蹴ったり判決”と評された【1】最判昭和27年2月19日以降、有責配偶者からの離婚請求を認めない裁判例が続いたなかで、その後、離婚請求を認容する裁判例が少数ながら登場し始め、またその要件が徐々に緩和されるに至り、とくに昭和50年代に入るとその潮流は大きなものとなっていった。そして【1】判決や【3】判決、【4】判

---

\*福岡大学法科大学院教授

法などを変更する【73】最大判昭和62年9月2日が登場したわけである<sup>(93)</sup>。そこでは、【49】判決、【59】判決、【65】判決（【73】判決の原審判決）、【70】判決、【72】判決などにおいてすでにその萌芽はみられたものの、有責配偶者からの離婚請求が正義・公平の観念、社会的倫理観、信義誠実の原則に照らして容認し難いものかどうかという視点から一定の判断枠組み（すなわち、いわゆる三要件）が具体的に提示された。しかし、夫婦間における信義誠実義務の履行状況、その前提としての夫婦間相互の義務の内容そのものについてはとくに言及があるわけではない<sup>(94)</sup>。そこで、特別な誠実が要求される代

---

<sup>(93)</sup> その背景分析については、大村「後掲判例評釈」法学協会雑誌111巻6号131～133頁を参照。なお、これにより「有責配偶者からの離婚請求の拒否法理」を緩和するためにこれまでに構築された判例法理の多くが変更される結果となったことは明らかであるが、しかし三要件の充足が認められないとされたために有責配偶者からの離婚請求が認容されない場合には、その限りにおいて、これまでの拒否法理の適用に際して考慮された諸要因が今後とも重視され考慮されていくものと思われる。

本件においては、子のなかった夫X・妻Yの夫婦が養子をとったが、その後Xがその養子の母親と不貞な関係を持ち、さらにその後、家を出てこの関係を継続し二子をもうけ、さらには以前にしたYとの養子縁組の解消を求めたり、離婚調停を申し立てたり、離婚訴訟を提起したが請求を棄却されたりしているなかで、経済的に裕福なXが細々と生活していたYに対してほとんど経済的な援助をおこなってこなかった、という事情が見受けられるにもかかわらず、Xからの二度目の離婚請求訴訟である本件訴訟において請求を棄却した原審判決を破棄差戻しとしているところからも、最高裁の有責配偶者からの離婚請求に関する判例変更への強い姿勢が窺える（武井「後掲有責配偶者の離婚請求認容の条件」名城法学37巻別冊581頁、大村「後掲判例評釈」法学協会雑誌111巻6号137頁、星野＝右近「後掲《対談》有責配偶者からの離婚請求大法廷判決」法学教室88号12頁【星野発言】など。しかし、石川＝岩志＝中川（淳）＝松原＝吉田＝山川「後掲《座談会》有責配偶者離婚請求訴訟判決をどう読むか」法律のひろば41巻2号7頁【吉田発言、山川発言】参照）。しかしそのためもあってか、判例変更に適した事案であったかどうかには疑問を呈する見解もあった。「後掲全国裁判官懇話会報告Ⅳ・裁判の課題解決をめざして一有責配偶者からの離婚請求一」判例時報1314号6頁、大宮「後掲《判例批評》有責配偶者の離婚請求」駒澤大学北海道教養部研究紀要26号21頁など。

<sup>(94)</sup> ただし、この点に関しては、本判決の多数意見においては、有責配偶者からの離婚請求を相手方配偶者の意思に反しても認められるべき要件のなかに相対化、客観化されているのに対して、佐藤哲郎裁判官による意見においては、離婚請求を認める際に有責配偶者が相手方配偶者に対して社会・経済面で劣悪にしないよう振る舞うべきこと、経済的・社会的責務を果たすべ

表的な法律関係の一つである婚姻関係にある夫婦間において信義則の実相の一端なりとも解明しようとする本稿の趣旨から、有責配偶者からの離婚請求が認められるかどうかをめぐる三要件についての検討は【73】判決以降の裁判例の検討に際しておこなうこととし、以下の本稿では、もっぱらさきの視点から【73】判決の概観・検討を試みることにしたいと思う。

### 【73】最大判昭和62年9月2日<sup>(95)</sup>（離婚請求事件。民集41巻6号1423頁、家

---

きことを論じている部分が見受けられたものの、良永「後掲民法基本判例解説(193)」35頁の指摘が最も本稿の趣旨に整合するものであり、注目すべきものと言える。なおまた、野田愛子「離婚原因と家事事件—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・人事事件』（日本評論社、1981年）467頁以下参照。

<sup>(95)</sup> 本判決については、匿名「『民事事件』最高裁判例紹介」法律時報59巻12号（1987年）121頁以下、宗田親彦「『法務時評』新しい離婚判決」手形研究401号（1987年）1頁、紺谷浩司「『家族法今昔』有責配偶者からの離婚請求について」戸籍時報356号（1987年）18～19頁、利谷信義「判例評釈」判例評論349号（1988年）33頁以下〔判例時報1260号179頁〕、佐藤義彦「判例解説」法学セミナー399号（1988年）101頁、右近健男「判例批評」民商法雑誌98巻6号（1988年）105頁以下、同「判例解説」別冊ジュリスト99号『家族法判例百選〔第4版〕』（有斐閣、1988年）36～37頁、同「判例解説」別冊ジュリスト132号『家族法判例百選〔第5版〕』（有斐閣、1995年）32～33頁、同「判例解説」別冊ジュリスト162号『家族法判例百選〔第6版〕』（有斐閣、2002年）28～29頁、門口正人「『時の判例』判例解説」ジュリスト897号（1987年）76頁、同「判例解説」法曹時報40巻11号（1988年）260頁以下（法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和62年度』（1990年）540頁以下に所収）、中川淳「判例評釈」判例タイムズ645号（1987年）61頁以下、同「判例研究」戸籍時報671号（2011年）108頁以下、はやししろう「判例紹介」時の法令1317号（1987年）83頁以下、泉久雄「判例解説」ジュリスト臨時増刊910号『昭和62年度重要判例解説』（有斐閣、1988年）90頁以下、阿部徹「判例解説」法学教室89号別冊付録『判例セレクト'87』（1988年）25頁、同「判例解説」法学教室増刊『民法の基本判例〔第二版〕』（有斐閣、1999年）205頁以下、村重慶一「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）158～159頁、良永和隆「民法基本判例解説（193）」民事研修625号（2009年）31頁以下、大村敦志「判例評釈」法学協会雑誌111巻6号（1994年）125頁以下〔同『生活民法研究Ⅱ 消費者・家族と法』（東京大学出版会、1999年）279頁以下に所収〕、高橋朋子「判例解説」別冊ジュリスト193号『家族法判例百選〔第7版〕』（有斐閣、2008年）30～31頁、同「判例解説」別冊ジュリスト225号『民法判例百選Ⅲ親族・相続』（有斐閣、2015年）30～31頁、同「判例解説」別冊ジュリスト239号『民法判例百選Ⅲ親族・相続〔第2版〕』（有斐閣、2018年）32～33頁、久貴忠彦「判例研究」ジュリスト897号（1987年）48頁以下、小林英樹「基本

判例解説・民法40) 研修593号(1997年)39頁以下など、多数の判例研究・判例評釈類がある。

そのほかにも、本判決を契機とした研究として、前田達明「《現代の視点》有責配偶者の離婚請求—比較法的見地から」法学セミナー395号(1987年)14頁以下、中川淳「客観的破綻主義について—最高裁昭和62年9月2日判決に寄せて—」民事研修368号(1987年)1頁以下、西原道雄「有責配偶者の離婚請求にみる夫婦不平等(1)~(5)」法律時報59巻8号20頁以下、同9号66頁以下、同11号63頁以下、同12号96頁以下、同60巻1号70頁以下(1987年~1988年)、伊東すみ子「《弁護始末記》『離婚とはなにか?!』座談会ノート・完全破綻主義と女性の自立」時の法令1318号(1987年)37頁以下、鍛冶良堅「破綻主義と最高裁大法廷判決」判例タイムズ652号(1988年)65頁以下、中川高男「有責配偶者離婚請求訴訟と現代離婚事情」法律のひろば41巻2号(1988年)26頁以下、落合福司「有責配偶者からの離婚請求—昭和62年判決を中心として—」帯広大谷短期大学紀要25号(1988年)39頁以下、鈴木祿弥=鈴木ハツヨ「いわゆる『有責配偶者の離婚請求』についての新判例」家庭裁判月報40巻2号(1988年)1頁以下、滝沢幸代「有責配偶者の離婚と今後の課題」判例タイムズ680号(1989年)19頁以下、高橋次次郎「裁判離婚における有責性と経済関係—最高裁昭和六二年九月二日大法廷判決をめぐって—」専修法学論集47号(1988年)1頁以下、武井正臣「有責配偶者の離婚請求認容の条件—昭和62・9・2最高裁大法廷判決の問題点—」名城法学37巻別冊『西山富夫教授還暦記念論文集』(1988年)567頁以下(加筆・修正のうえ、同『内縁婚の現状と課題』(法律文化社、1991年)103頁以下に所収)、星野英一=右近健男「《対談》有責配偶者からの離婚請求大法廷判決」法学教室88号(1988年)6頁以下、石川稔=岩志和一郎=中川淳=松原正明=吉田欣子=山川一陽「《座談会》有責配偶者離婚請求訴訟判決をどう読むか」法律のひろば41巻2号(1988年)4頁以下、「全国裁判官懇話会報告Ⅳ・現代裁判の課題解決をめざして—有責配偶者からの離婚請求(最判昭和六二・九・二をめぐって)」判例時報1314号(1989年)3頁以下などがあり、さらに、本判決以降の判例の動向に関する研究として、中川淳「有責配偶者離婚訴訟の動向(1)、(2)—大法廷判決後の三解釈要件をめぐって—」法律のひろば42巻4号61頁以下、同5号39頁以下(いずれも1989年)、佐々木典子「有責配偶者からの離婚請求—昭和六二年九月二日最高裁大法廷判決以降の判決を中心として—」姫路法学5号(1989年)53頁以下、吉田欣子「有責配偶者からの離婚請求—大法廷判決以後の裁判例にみるその判断基準について」『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集 三田法曹会篇』(1990年)75頁以下、二宮孝富「有責配偶者の離婚請求—最高裁昭和六二年九月二日判決以降を中心として—」川井健ほか編『講座 現代家族法 第2巻 夫婦』(日本評論社、1991年)217頁以下、小島二郎「有責配偶者からの離婚請求(1)」愛知工業大学研究報告26号A(1991年)1頁以下、大宮隆「《判例批評》有責配偶者の離婚請求—最高裁昭和六二年九月二日大法廷判決 民集四一巻六号一四二三頁—」駒澤大学北海道教養部研究紀要26号(1991年)1頁以下、宮崎幹朗「有責配偶者からの離婚請求事件にみる破綻主義の現状と問題点—最高裁判所大法廷昭和六二年九月二日判決とその後の判例の展開を中心として—」愛媛法学会雑誌19巻1号(1992年)39頁以下など、多数の論稿が登場している。

本判決登場時点までの、裁判例の概観、消極的破綻主義・積極的破綻主義の理論状況などについては、とくに門口「前掲判例解説」が関連文献を網羅しつつ、なおかつ簡潔明瞭な紹介を

庭裁判月報39巻12号120頁、判例時報1243号 3 頁、判例タイムズ642号73頁、  
金融・商事判例784号33頁、ジュリスト894号152頁、裁判集民事151号615頁、  
裁判所時報962号 1 頁)

【事案】本判決の控訴審判決である【65】東京高判昭和60年12月19日を紹介、検討した「本稿 (三)」においてすでに詳細な事実関係を掲記した<sup>(96)</sup>。また、本判決の【判旨】のなかにも原審が認定した事実関係の概要が示されていることから、詳細はそれらを参照いただくことにし、ここでの事実関係の紹介は省略させていただいた。

第1審・第2審判決はともに、夫X (当時74歳) から妻Y (当時70歳) に対してなされた離婚請求を、X・Y間の婚姻関係は早い段階で破綻し、その後35年以上にわたってその状態が継続し回復の見込みがまったくないこと、その原因がもっぱらXにあったこと等を理由にして、これを認めることは信義則に照らし許されないとして棄却した。X上告。破棄差戻<sup>(97)</sup>。

【判旨】「一 民法770条は、裁判上の離婚原因を制限的に列挙していた旧民法

---

してくれており、本稿執筆に際してとりわけ負うところが大きい。

なお、本判決登場前に執筆された、米倉明「積極的破綻主義でなぜいけないか—有責配偶者の離婚請求についての一試論—」ジュリスト893号 (1987年) 38頁以下 (同『民法研究 第5巻 家族法の研究』(新青出版、1999年) 90頁以下に所収) は、これまでの判例研究や判例評釈、論稿などとは大きく異なり議論の進め方自体から批判を開始され、なおかつ積極的破綻主義を大胆に論証する異例の論稿と言ってよかろう。米倉論文に接するとき、「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考察を試みようとする本稿においては、要件論と効果論、実質論 (感情論) と法律論を明確に区別して論述することができていなかったり、拗って立つ婚姻観・離婚観の混乱があったり、その明確な提示ができていなかったりしているとの誹りは免れられず、これらの点に十分な応接ができていないことは認めざるを得ないであろう。

<sup>(96)</sup> 福岡大学法学論叢64巻4号 (2020年) 56頁以下。

<sup>(97)</sup> なお、差戻控訴審である東京高判平成元年11月22日 (判例時報1330号48頁、家庭裁判月報42巻3号80頁) は、ここに示された三要件、とくに著しく社会正義に反すると言えるような特段の事情の有無について検討した結果、かかる特段の事情はないとして有責配偶者Xからの離婚請求を認めるとともに、財産分与・慰謝料の支払を求めたYの請求を一部認容する判断を下している (離婚後の生活費として1000万円、慰謝料として1500万円)。三要件の点、夫婦間の信義誠実義務の視点からの分析は、のちに試みることにしたい。

(昭和22年法律第222号による改正前の明治31年法律第9号。以下同じ。) 813条を全面的に改め、1項1号ないし4号において主な離婚原因を具体的に示すとともに、5号において『その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』との抽象的な事由を掲げたことにより、同項の規定全体としては、離婚原因を相対化したものといえることができる。また、右770条は、法定の離婚原因がある場合でも離婚の訴えを提起することができない事由を定めていた旧民法814条ないし817条の規定の趣旨の一部を取り入れて、2項において、1項1号ないし4号に基づく離婚請求については右各号所定の事由が認められる場合であっても2項の要件が充足されるときは右請求を棄却することができるとしているにもかかわらず、1項5号に基づく請求についてはかかる制限は及ばないものとしており、2項のほかには、離婚原因に該当する事由があっても離婚請求を排斥することができる場合を具体的に定める規定はない。以上のような民法770条の立法経緯及び規定の文言からみる限り、同条1項5号は、夫婦が婚姻の目的である共同生活を達成しえなくなり、その回復の見込みがなくなった場合には、夫婦の一方は他方に対し訴えにより離婚を請求することができる旨を定めたものと解されるのであって、同号所定の事由(以下「5号所定の事由」という。)につき責任のある一方の当事者からの離婚請求を許容すべきでないという趣旨までを読みとることはできない。

他方、我が国においては、離婚につき夫婦の意思を尊重する立場から、協議離婚(民法763条)、調停離婚(家事審判法17条)及び審判離婚(同法24条1項)の制度を設けるとともに、相手方配偶者が離婚に同意しない場合について裁判上の離婚の制度を設け、前示のように離婚原因を法定し、これが存在すると認められる場合には、夫婦の一方は他方に対して裁判により離婚を求めうることとしている。このような裁判離婚制度の下において5号所定の事由があるときは当該離婚請求が常に許容されるべきものとすれば、自らその原因となるべき事実を作出した者がそれを自己に有利に利用することを裁判所に承認させ、相手方配偶者の離婚についての意思を全く封ずることとなり、ついには裁判離婚制度を否定するような結果をも招来しかねないのであって、右のような結果をもたらす離婚請求が許容されるべきでないことはいうまでもない。

2 思うに、婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として

真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるから、夫婦の一方又は双方が既に右の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至った場合には、当該婚姻は、もはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべきであり、かかる状態においてなお戸籍上だけの婚姻を存続させることは、かえって不自然であるということができよう。しかしながら、離婚は社会的・法的秩序としての婚姻を廃絶するものであるから、離婚請求は、正義・公平の観念、社会的倫理観に反するものであってはならないことは当然であって、この意味で離婚請求は、身分法をも包含する民法全体の指導理念たる信義誠実の原則に照らしても容認されうるものであることを要するものといわなければならない。

3 そこで、5号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら責任のある一方の当事者（以下「有責配偶者」という。）からされた場合において、当該請求が信義誠実の原則に照らして許されるものであるかどうかを判断するに当たっては、有責配偶者の責任の態様・程度を考慮すべきであるが、相手方配偶者の婚姻継続についての意思及び請求者に対する感情、離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状态及び夫婦間の子、殊に未成熟の子の監護・教育・福祉の状況、別居後に形成された生活関係、たとえば夫婦の一方又は双方が既に内縁関係を形成している場合にはその相手方や子らの状況等が斟酌されなければならない、更には、時の経過とともに、これらの諸事情がそれ自体あるいは相互に影響し合って変容し、また、これらの諸事情のもつ社会的意味ないしは社会的評価も変化することを免れないから、時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならないのである。

そうであってみれば、有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないことはできないものと解するのが相当である。けだし、右のような場合には、もはや5号所定の事由に

係る責任、相手方配偶者の離婚による精神的・社会的状態等は殊更に重視されるべきものでなく、また、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、本来、離婚と同時に又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰藉料により解決されるべきものであるからである。

4 以上説示するところに従い、最高裁昭和24年（オ）第187号同27年2月19日第三小法廷判決・民集6巻2号110頁、昭和29年（オ）第116号同年11月5日第二小法廷判決・民集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・民集8巻12号2143頁その他上記見解と異なる当裁判所の判例は、いずれも変更すべきものである。

二 ところで、本件について原審が認定したXとYとの婚姻の経緯等に関する事実の概要は、次のとおりである。

(一) XとYとは、昭和12年2月1日婚姻届をして夫婦となったが、子が生まれなかったため、同23年12月8日訴外Pの長女A及び二女Bと養子縁組をした。(二) XとYとは、当初は平穏な婚姻関係を続けていたが、Yが昭和24年ころXとPとの間に継続していた不貞な関係を知ったのを契機として不和となり、同年8月ころXがPと同棲するようになり、以来今日まで別居の状態にある。なお、Xは、同29年9月7日、Pとの間にもうけたC（同25年1月7日生）及びD（同27年12月30日生）の認知をした。(三) Yは、Xとの別居後生活に窮したため、昭和25年2月、かねてXから生活費を保障する趣旨で処分権が与えられていたX名義の建物を24万円円で他に売却し、その代金を生活費に当てたことがあるが、そのほかにはXから生活費等の交付を一切受けていない。(四) Yは、右建物の売却後は実兄の家の一部屋を借りて住み、人形製作等の技術を身につけ、昭和53年ころまで人形店に勤務するなどして生活を立てていたが、現在は無職で資産をもたない。(五) Xは、精密測定機器の製造等を目的とする二つの会社の代表取締役、不動産の賃貸等を目的とする会社の取締役をしており、経済的には極めて安定した生活を送っている。(六) Xは、昭和26年ころ東京地方裁判所に対しYとの離婚を求める訴えを提起したが、同裁判所は、同29年2月16日、XとYとの婚姻関係が破綻するに至ったのはXがPと不貞な関係にあったこと及びYを悪意で遺棄してPと同棲生活を継続していることに原因があるから、右離婚請求は有責配偶者からの請求に該当すると

して、これを棄却する旨の判決をし、この判決は同年3月確定した。(七) Xは、昭和58年12月ころYを突然訪ね、離婚並びにA及びBとの離縁に同意するよう求めたが、Yに拒絶されたので、同59年東京家庭裁判所にに対しYとの離婚を求める旨の調停の申立をし、これが成立しなかったので、本件訴えを提起した。なお、Xは、右調停において、Yに対し、財産上の給付として現金100万円と油絵一枚を提供することを提案したが、Yはこれを受けいれなかった。

三 前記一において説示したところに従い、右二の事実関係の下において、本訴請求につき考えるに、XとYとの婚姻については5号所定の事由があり、Xは有責配偶者というべきであるが、XとYとの別居期間は、原審の口頭弁論の終結時まででも約36年に及び、同居期間や双方の年齢と対比するまでもなく相当の長期間であり、しかも、両者の間には未成熟の子がいないのであるから、本訴請求は、前示のような特段の事情がない限り、これを認容すべきものである。

したがって、右特段の事情の有無について審理判断することなく、Xの本訴請求を排斥した原判決には民法1条2項、770条1項5号の解釈適用を誤った違法があるものというべきであり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、この趣旨の違法をいうものとして論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、本件については、右特段の事情の有無につき更に審理を尽くす必要があるうえ、Yの申立いかんによっては離婚に伴う財産上の給付の点についても審理判断を加え、その解決をも図るのが相当であるから、本件を原審に差し戻すこととする。」(下線筆者)

こうして【73】判決<sup>(98)</sup>は、まず、(1) 民法770条1項5号は同号所定の事由の発生について責任のある一方の配偶者からの離婚請求を許容すべきでないという趣旨のものではないことを、立法の経緯および規定趣旨から確認をし

---

<sup>(98)</sup> この論理構造の分析は多くの判例研究、判例評釈類においてなされているが、さしあたり、大村「前掲判例評釈」法学協会雑誌111巻6号133頁以下、137頁以下、星野=右近「前掲《対談》有責配偶者からの離婚請求大法廷判決」法学教室88号14頁以下〔星野発言、右近発言〕など参照。

たうえて、(2) 婚姻の本質は両性が永続的な精神的・肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるから、夫婦の一方または双方がすでにかかる意思を確定的に失い、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになって、その回復の見込みがまったくない状態に至った場合には、その婚姻はもはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべきであり、かかる状態においてなお戸籍上だけの婚姻を存続させることは不自然であるが、しかし、(3) 離婚は社会的・法的秩序としての婚姻を廃絶するものであるから、離婚請求は正義・公平の観念、社会的倫理観に反するものであってはならないことは当然であって、この意味で離婚請求は信義誠実の原則に照らしても容認され得るものでなければならないこと、そこで、有責配偶者からなされた離婚請求であっても、①夫婦の別居が両当事者の年齢および同居期間との対比において相当の長期間に及び [相当長期間の別居]、②その間に未成熟の子が存在しない場合 [未成熟子の不存在] には、③相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反すると言えるような特段の事情の認められない限り [特段の事情の有無]、当該請求は有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすることはできない、と判断したのであった。

しかも、その際に信義誠実の原則に照らして考慮されるべき事情として具体的に論じる直前に、次のような一般的説示をおこなっている部分もあり、注目すべき点を含んでいると言えよう<sup>99)</sup>。すなわち、「有責配偶者の責任の態様・程度を考慮すべきであるが、相手方配偶者の婚姻継続についての意思及び請求者に対する感情、離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状态及び夫婦間の子、殊に未成熟の子の監護・教育・福

<sup>99)</sup> 門口「前掲判例解説」法曹時報40巻11号303頁も、これは傍論部分ではあるが、重要な意義を有するとされている。

社の状況、別居後に形成された生活関係、たとえば夫婦の一方又は双方が既に内縁関係を形成している場合にはその相手方や子らの状況等が斟酌されなければならない、更には、時の経過とともに、これらの諸事情がそれ自体あるいは相互に影響し合っ変容し、また、これらの諸事情のもつ社会的意味ないしは社会的評価も変化することを免れないから、時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならない」と判示して、いわゆる風化論とはまた違った形ではあるが、時の経過が破綻し回復不可能となった夫婦間相互に与える影響をも考慮に入れていこうとする姿勢が窺われる点がある。

しかしいずれにせよ、【73】判決の示した判断枠組み（いわゆる三要件）に関する理解の仕方は非常に難しいものがある。これら三要件の重要度は同じであり、そのいずれか一つでも欠けると離婚請求は一切認められないとする並列的な要件と理解するのか、その場合でも、①相当長期間の別居と②未成熟の子が存在しないことがまず充足されなければならない、これらが充足されてはじめて、③特段の事情（過酷条項）の有無の検討がなされる、という二段構えの判断構造をとっているものと理解するのか<sup>(100)</sup>、それとも、これら三つの要件は本件事案に即して示された個別の考慮事情にすぎず、場合によってはそれらのいずれかを欠いていたとしても、具体的な事案において各要件の重要度に照らして総合的、相関的に考慮し判断した結果、離婚請求が認められることもあり得ると解し得るのかは不明だからである<sup>(101)</sup>。

いずれにしても、これまで、婚姻破綻について責任のある配偶者からの離

<sup>(100)</sup> 前田「前掲有責配偶者の離婚請求」法学セミナー395号19頁、星野=右近「前掲《対談》有責配偶者からの離婚請求大法廷判決」法学教室88号8～9頁〔星野発言、右近発言〕など参照。

<sup>(101)</sup> 久貴「前掲判例研究」ジュリスト897号55頁、「前掲全国裁判官懇話会報告IV」判例時報1314号13～15頁、15～19頁など参照。なお、大村「前掲判例評釈」法学協会雑誌111巻6号134頁は、その後の判例の推移は別として、本判決については前者のような理解の仕方をされているように思われる。この点の検討は、すでに多くの判例研究、判例評釈、論稿などにおいてなされているが、ここでは、石川=岩志=中川（淳）=松原=吉田=山川「前掲《座談会》有責配偶者

婚請求は信義則に反し権利の濫用にあたること、場合によっては結果的に有責配偶者からの追い出し離婚（自由離婚や単意離婚<sup>102)</sup>）が認められることとなり婚姻道徳や婚姻秩序に反すること、さらに責任のない配偶者（その多くは妻）を保護するためにも安易に離婚を認めるべきでないこと、などを理由に、夫婦関係が破綻していれば離婚請求が認められるのを原則と解しつつも有責配偶者からなされた離婚請求については例外的に認めないとする消極的破綻主義の立場がとられていたわけであるが、その一方で、愛情や信頼を失った夫婦関係を継続することのほうが非人間的ではないかということ、有責配偶者からの離婚請求を否定しても愛情や信頼を失った夫婦がそれによって愛情や信頼を回復するということは考えられないうえ、すでに悪化した夫婦関係やさらには子との関係にも悪影響を及ぼすことも考えられること、そして、有責配偶者からの離婚請求を認めるかどうかの判断を裁判官に委ねることは夫婦間のプライバシーに踏み込むこととなるうえに離婚をめぐる夫婦が互いに婚姻破綻に関する有責事由を詮索し合い暴露し合って泥仕合の様相を呈する結果ともなりかねないこと、などの理由から、回復の見込みのない婚姻破綻が生じている以上、有責配偶者からの離婚請求であってもこれを認めるべきであるとする積極的破綻主義も有力に主張されていた<sup>103)</sup>ところ、

**【73】** 判決は、一定の限定はあるものの有責配偶者からの離婚請求を認めた

---

離婚請求訴訟判決をどう読むか」法律のひろば41巻2号、とくに7頁以下、高橋「前掲判例解説」『民法判例百選Ⅲ親族・相続【第2版】』33頁、久保野恵美子『《論点講座》事例から考える民法 第4回『どっちもどっち』』法学教室370号（2011年）75～76頁など参照。

<sup>102)</sup> 本判決の佐藤哲郎裁判官の意見にもこの語が使われている。民集41巻6号1433頁参照。

<sup>103)</sup> 以上の点については、水野紀子「離婚」星野英一代表編集『民法講座 第7巻 親族・相続』（有斐閣、1984年）143頁以下、島津一郎＝阿部徹編『新版注釈民法②親族(2)』（有斐閣、2008年）393頁以下〔阿部徹執筆〕、二宮周平編『新注釈民法①親族(1)』（有斐閣、2017年）467～470頁、477頁以下〔神谷遊執筆〕のほか、久貴「前掲判例研究」ジュリスト897号、とくに50頁以下、中川（淳）「前掲判例評釈」判例タイムズ645号、とくに63頁以下、右近「前掲判例批評」民商法雑誌98巻6号、とくに111頁以下、門口「前掲判例解説」法曹時報40巻11号268頁以下、272頁以下など参照。

ことから、後者の立場を採用したようにもみえる（これは“制限的な積極的破綻主義”、“条件付き積極的破綻主義”とも称されているようである。）。しかし、単純な積極的破綻主義をとったものと評し得るかどうかについては注意を要しよう。というのは、ここに示された有責配偶者からの離婚請求において信義則に照らしてこれが認められないとされるための三要件（裏返しに言うとも、有責配偶者からの離婚請求であっても認められる要件）のなかには、そもそも有責主義的な名残りがみてとれるし、また、その三要件について具体的にどのような事情があれば充足していると言えるのか、またその立証責任はいずれが負うこととなるのか、しかも、その判断要因や判断基準のすべてが裁判官に委ねられたままとされており（なお、民法770条2項<sup>(104)</sup>参照）、実際、その後に登場した裁判例においては、これらの要件を充足しているかどうかをめぐる争われ、有責配偶者からの離婚請求が認められるかどうか個別、具体的に判断されており、これにより一義的に判断され解決されるようになったわけではないからである<sup>(105)</sup>。直前にも指摘したように、とりわけ離婚にともなう不利益は財産分与や慰謝料によって解決すべきと判示し

---

ただし、積極的破綻主義・消極的破綻主義と言うとき、その意味内容・概念規定が必ずしも明確ではないことについては、武井「前掲有責配偶者の離婚請求認容の条件」名城法学37巻別冊579頁参照。

<sup>(104)</sup> この条文からは民法770条1項5号への適用が排除されているが、それは、同条同項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」という文言そのものが法的評価を含む概念であり、すでにそこには民法770条2項と同趣旨のものが包含されているからとの指摘もある。利谷「前掲判例評釈」判例評論349号36頁。なお、門口「前掲判例解説」法曹時報40巻11号289～294頁も参照。

<sup>(105)</sup> この結果、これら三要件のすべてを充足しなければ有責配偶者からの離婚請求は認められないのか、それとも、これら三要件は信義則に照らして総合的、相関的に考慮されるものにすぎず、これら三つのうちのいずれかの要件を欠いたとしても、場合によっては有責配偶者からの離婚請求が認められることがあり得るのか、そしてその場合にはいったい何を判断基準として処理されたものと解し得るのか、といった点が問題となり得る。したがって当然のことながら、これらの問題を本判決の後続裁判例についてさらに分析、考察を加える必要があるが、その作業は、周知のとおり、多くの判例研究・判例評釈、論稿などにおいてすでに試みられている。そのなかでも、本判決登場後5年あまりが経過した後にものされた、大村「前掲判例評釈」

つつ過酷条項のなかでも斟酌されている点からは、要件面においてなお有責主義的な残滓を看取することができ、積極的破綻主義の採用という判断には躊躇を覚える<sup>(106)</sup>。しかしながら、その一方で、「以上のような民法770条の立法経緯及び規定の文言からみる限り、同条1項5号は、夫婦が婚姻の目的である共同生活を達成しえなくなり、その回復の見込みがなくなった場合には、夫婦の一方は他方に対し訴えにより離婚を請求することができる旨を定めたものと解されるのであって、同号所定の事由につき責任のある一方の当事者からの離婚請求を許容すべきでないという趣旨までを読みとることはできない」であるとか、「けだし、右のような場合には、もはや5号所定の事由に係る責任、相手方配偶者の離婚による精神的・社会的状態等は殊更に重視されるべきものでなく、また、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、本来、離婚と同時に又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰藉料により解決されるべきものであるから」という説示もみられ、積極的破綻主義の考え方を窺わせる表現もあって、いずれの立場をとったのかの判断は非常に難しい<sup>(107)</sup>。

しかしながら、ここに至って、本判決からも窺えるクリーン・ハンズの原

---

法学協会雑誌111巻6号125頁以下は、その後に登場した下級審裁判例において三要件がどのように機能しているかを分析されているものの、それにとどまらず、さきにも指摘したように、本判決の理論構造の分析、背景分析、さらには積み残された課題についても検討を加えられている異色の判例評釈と言ってもよいのではないだろうか。そのほか、中川淳「有責配偶者離婚訴訟の動向—大法廷判決後の三解釈要件をめぐって—(1)、(2)」法律のひろば42巻4号61頁以下、同5号39頁以下（いずれも1989年）、二宮編『前掲新注釈民法(17)』481頁以下〔神谷執筆〕、松川正毅＝窪田充見編『新基本法コンメンタール親族【第2版】』（2019年）111～112頁〔浦野由美子執筆〕など参照。

<sup>(106)</sup> ただし、積極的破綻主義を採用したうえで有責性の問題を効果論の場面で考慮したとしても矛盾はないとの指摘もある（米倉「前掲積極的破綻主義でなぜいけないか」ジュリスト893号52頁）。

<sup>(107)</sup> 阿部「前掲判例解説」法学教室89号別冊『判例セレクト'87』25頁、鍛冶「前掲破綻主義と最高裁大法廷判決」判例タイムズ652号65～66頁など。

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、有責配偶者からの離婚請求の場面においては大きく後退し、大幅な制約を受けることとなったことははっきりしたわけである<sup>(108)</sup>。本判決では、その出発点において、有責配偶者からの離婚請求であってもその一事をもってただちにその請求を認めないとの判断をしたりはしないという発想に転換されている点、しかし、その離婚請求も正義・公平の観念や社会的倫理観に反し信義誠実の原則に照らしても容認し得ないものであるときにまでこれを認めたりはしないとの考え方が採用されている。その限りにおいて、一般条項的な上記の法原則・法命題が財産法の場面とは明らかに異なる様相を呈しているが、一定の制約を受けているにすぎないとも評することができよう。しかしながら、これが果たして妥当な位置づけ・評価と言えるのかどうかについては疑問がないわけではなく検討を要しよう。もちろん、財産関係に比較して事実状態の尊重の要請が強いと言われている身分関係においても同様に解すべきとするのは、確かに行きすぎであり、必ずしも妥当とは言えないのかもしれない<sup>(109)</sup>。しかし、たとえ積極的破綻主義を採用したものであるとしても、もっぱら(または主として!?)婚姻を有名無実化、形骸化させた当の本人である有責配偶者<sup>(110)</sup>に対して、長期間の別居をとまなう婚姻破綻やその有責性の風化・婚姻の形骸化<sup>(111)</sup>、子の福祉が離婚によっても害され

<sup>(108)</sup> なお、本判決における信義則理解については、石川＝岩志＝中川(淳)＝松原＝吉田＝山川「前掲《座談会》有責配偶者離婚請求訴訟判決をどう読むか」法律のひろば41巻2号24頁〔石川発言〕参照。また、個人本位の、愛情至上主義の婚姻観・離婚観に基づく婚姻の特殊性を理由に、この局面はクリーン・ハンズの原則の妥当領域からそもそも外れることを認めるべきとされるものとして、米倉「前掲積極的破綻主義でなぜいけないか」ジュリスト893号44頁、47～49頁など。

<sup>(109)</sup> 裁判離婚の際のクリーン・ハンズの原則の捉え方に関しては、星野＝右近「前掲《対談》有責配偶者からの離婚請求大法廷判決」法学教室88号20頁〔星野発言、右近発言〕、米倉「前掲積極的破綻主義でなぜいけないか」ジュリスト893号47～49頁を、先行する事実状態の尊重に関しては、米倉「前掲積極的破綻主義でなぜいけないか」ジュリスト893号40～41頁を参照。

<sup>(110)</sup> ただし、利谷「前掲判例評釈」判例評論349号36頁は、いわゆる有責配偶者と本判決が使っ

るおそれがないといった事情、精神的・社会的・経済的な過酷状態がないという事情をもってしても、ただちにこれらの法原則・法命題の適用を制限して離婚請求を認めることを果たして正当視してよいのかどうか疑問であるからである。これを容易に認めると“笑う有責配偶者”を公権力によって追認することにはならないだろうか<sup>(112)</sup>。そこで私見では、もしかりにこれらの法原則・法命題の適用を制限して有責配偶者からの離婚請求を原則として認めるとしても、それは、夫婦間における信義誠実義務の履行状況にかかっていると解するほかないのではないかと考えたわけである<sup>(113)</sup>。この意味において、【73】判決がいわゆる過酷条項のなかで有責行為ないし別居以降の諸事情<sup>(114)</sup>をも考慮に入れて判断すべきとしている点は一応評価してよい点と

---

ている「自らその原因となるべき事実を作出した者」とは必ずしも一致しないと指摘されている。本判決のように解するときは、有責配偶者からの離婚請求はなお一層緩やかに解されることとなる結果、離婚がこれまでよりもさらに認められやすくなると言えようか。

<sup>(111)</sup> 時の経過による事情の変更によってこれらが治癒されるという評価は、「有責配偶者からの離婚請求」事件における紛争の本質を言い当てているものなのかどうか検討を要すること、すでに繰り返し指摘しているとおりである。たとえば、本判決について、35年以上にも及ぶ別居期間の経過が有責性を治癒させるに至っていると評するとき、離婚請求をする側にはそれが妥当し得るのかもしれないが、離婚請求される側には妥当し得るものではないとも言えそうであり、別居期間の経過という客観的な事実から有責行為という極めて主観的な要素を含むものが全体として治癒されると評することは、単なる法的フィクションの一種にすぎないのではないかとも思われるからである。

<sup>(112)</sup> もっとも、このような評価自体もまた要件論と効果論との混同に陥っているとの批判を受けることになるのであろう（米倉「前掲積極的破綻主義でなぜいけないか」ジュリスト893号45～46頁、52頁、55頁参照）。

<sup>(113)</sup> しかし、この問題を夫婦間における信義誠実義務の観点から把握し直すことにより、有責配偶者からの離婚請求が否定に解されることはもちろんあり得るわけであり、そのような場合、結果的に解決困難な問題が残る。そこで、積極的破綻主義の立場からは、夫婦間の愛情や信頼に基づいてのみ認められるはずの婚姻について、夫婦間における信義誠実義務の履行状況の問題に還元しようと、また離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反すると言えるような特段の事情の問題と解しようと、同じく愛情や信頼を失った夫婦について法律上の婚姻を認める結果となり不当であるとの誹りは免れないことになろう。

<sup>(114)</sup> 有責配偶者が有責行為について謝罪をしようとしなかったり、婚姻関係の回復のための努

は言えようが、しかし婚姻中の夫婦間の義務についての内容とはまったく異なっている<sup>(115)</sup>。しかも、「著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り」というときの「社会正義」とは一体何を指しているのか今一つははっきりしないなかで、そもそも破綻した戸籍上だけの婚姻関係を解消することこそ社会正義の実現であり、それがたとえ有責配偶者によって求められたとしても社会正義に適っているとわれかねないわけであるが、

---

力を怠ったりしたような事情は離婚の判断に際してはマイナスに働くのではないかと指摘される、阿部「前掲判例解説」法学教室増刊『民法の基本判例〔第二版〕』209頁の箇所は、夫婦間における信義誠実義務の観点から「有責配偶者からの離婚請求」事件を眺めようとする本稿にとっては極めて興味深い示唆に富む指摘である。【73】判決の原審判決である【65】判決もこの点を重視したものと思われる。ただし、注意しなければならないのは、有責行為による別居後においてはもちろんのこと、それ以前においても、有責配偶者が新たな生活関係（いわゆる重婚の内縁関係）を構築していることが非常に多く見受けられたが、もしこの点をも考慮に入れるということであれば、場合によって、有責配偶者の内縁配偶者に対して遺族年金の受給資格を認める方向で考慮されていくことをも包含し、結局のところ、破綻後に既成事実を早々に築き上げ、この重婚の内縁関係の尊重を強調してその保護を図るべきと強弁しているようにもみえなくもなく、これもまた奇妙と言わざるを得ず、この主張は両刃の剣ともなりかねない（なお、高橋「前掲裁判離婚における有責性と経済関係」専修法学論集47号26頁以下参照）。このような観点からも、この場面における信義則の機能の一つとしてもっぱら夫婦間における信義誠実義務の観点から捉えるべきではないかとする所以である。すなわち、そもそも別居後の新たな生活関係の構築は離婚請求をする有責配偶者の側にはあってもその者から離婚請求をされる相手方配偶者には基本的にはみられない（もしかりにみられるとすれば、しかし離婚請求には応じないということは考えにくい！）事情であり、これを考慮事情とすることが果たして妥当なかどうかは充分に考えておく必要があるということである（たとえば、太田「重婚の内縁の特別法上の地位—その保護基準の問題を中心として—」家庭裁判月報28巻9号（1976年）、とくに33頁参照）。そこで、それよりもむしろ、夫婦間における婚姻中の扶養義務を基調として破綻後においても信義誠実の原則に基づきそのような義務があたかも余後効のように拡張的に存続しているかのように捉えて問題処理をしていくという解釈論にも充分な合理性、説得性があるのではないだろうか。そうしてこのように解するとき、この問題が「有責配偶者からの離婚請求」事件にとどまるものではないこともまた強調しておくべき点ということになる。しかし、この点に対しても、積極的破綻主義の立場からは、抱って立つ婚姻観・離婚観の不明確さや利害得失の比較衡量などの点で不十分なし不適切との指摘をされるであろうことは容易に想像できる（米倉「前掲積極的破綻主義でなぜいけないか」ジュリスト893号44～45頁参照）。

<sup>(115)</sup>「前掲全国裁判官懇話会報告Ⅳ」判例時報1314号9頁参照。

しかし、客観的にみて破綻している戸籍上だけの夫婦かもしれないが、離婚したくないという相手方配偶者の“真っ当な（真摯な）”意思を無視してまで離婚を宣言するような社会正義とは一体何であろうか。しかもこのことと、さきに述べた信義誠実の原則による有責配偶者からの離婚請求の制限との関係もまた明確ではないように思われるのである。そこで、結局のところ、夫婦間における信義誠実義務の履行状況に判断の根拠を求めるべきではないかと解するのが妥当ではないかと考えた次第である<sup>(116)</sup>。

とは言え、有責配偶者からの離婚請求を以上のような視点から厳格に解し容易に認めるべきではない<sup>(117)</sup>とすると、破綻状況が長期化し形骸化した婚姻関係と重婚的内縁関係とが併存するという歪な人間関係がそのまま残ってしまうという不都合が生じかねない<sup>(118)</sup>。しかも、もしかりにその後を試みられるであろう協議離婚や調停離婚も成功を収めることができなかつたとす

---

<sup>(116)</sup> なお、この点に関しては、広瀬久和「離婚原因」戸籍時報428号（1993年）28～29頁、同「シンポジウム」婚姻法の改正離婚原因」日本私法学会「私法56号」（1994年）26～27頁参照。さらに、有責配偶者からの離婚請求が長期間の破綻状態の継続によって“風化”する（「悪い」ことが悪くなる）のではなく、単にその事実状態ととにかく尊重するにすぎない（「作出」された破綻状態が長期間の継続により「存在」する状態へと評価し直される）とみる、鍛冶「前掲破綻主義と最高裁大法廷判決」判例タイムズ642号68～69頁の指摘は、事情変更の原則のようなものをこの局面に持ち込むものとして非常に興味深い。しかし有責配偶者が相手方配偶者からすでに宥恕されたものと思っていたところ、相手方配偶者から突如離婚を請求されたというような場合は、かかる風化論を持ち出すことにも一定の意義を見出せなくはないにしても、有責配偶者の側からの離婚請求についてまでこれを持ち出すことは果たして妥当と言えるのだろうか（米倉「前掲積極的破綻主義でなぜいけないか」ジュリスト893号40頁参照）。

<sup>(117)</sup> しかし、離婚によって精神的、社会的、経済的に「極めて」過酷な状態におかれる等婚姻を認めることが「著しく」社会正義に反すると認められるような特段の事情の存在を、有責配偶者ではなく相手方配偶者の側が主張立証しなければならないこともあいて、このような事態は非常に限られてくるとも言われている。右近「前掲判例批評」民商法雑誌98巻6号117頁、星野＝右近「前掲《対談》有責配偶者からの離婚請求大法廷判決」法学教室88号16頁〔星野発言、右近発言〕など参照。なお、門口「前掲判例解説」法曹時報40巻11号305～307頁も参照。

<sup>(118)</sup> 武井「前掲有責配偶者の離婚請求認容の条件」名城法学37巻別冊589頁参照。

れば、このような状態はさらに継続することになる。上記一般条項的な法原則の堅持は、このような硬直状態の放置を意味する。この点に関して、理性的で本来の愛情に基づく個人本位の友愛結婚のみが法律上保護されるべき婚姻であって、愛情を失った婚姻はただちに解消されるべきという婚姻観・離婚観（破綻がありさえすれば離婚を認めるべきという積極的破綻主義）への転換とすることはともかくとして、それよりもむしろ、離婚請求を認めた場合における無責の相手方配偶者の過酷状態からの救済が必要不可欠であって、このような問題の解決は、離婚給付（財産分与）や慰謝料に関する制度の運用ないし解釈適用<sup>(119)</sup>、さらには法整備によるほかないであろうとの指摘があることは、周知のとおりである<sup>(120)</sup>。離婚請求の許否の問題（離婚を認めるための要件）と相手方配偶者の経済的不利益の救済の問題（離婚による効果の問題）とを切り離して考える発想はそれ自体妥当なもの<sup>(121)</sup>と解されるが、だからこそ、法整備が進んでいない現行法下においては、今のところ、

<sup>(119)</sup> 本判決における角田禮次郎裁判官・林藤之輔裁判官の補足意見参照。

<sup>(120)</sup> この点に関しては、周知のとおり、多くの比較法研究が存在しているが、ここでは、前田「前掲有責配偶者の離婚請求」法学セミナー395号14頁以下、滝沢「前掲有責配偶者の離婚と今後の課題」判例タイムズ680号21頁以下参照。滝沢教授はこれを「法規範ないし法制度の不備に由来する一種の無法状況の承認」と評されている（23頁）。なお、石川＝岩志＝中川（淳）＝松原＝吉田＝山川「前掲《座談会》有責配偶者離婚請求訴訟判決をどう読むか」法律のひろば41巻2号15～16頁〔岩志発言〕、米倉「前掲積極的破綻主義でなぜいけないか」ジュリスト893号43頁なども参照。米倉博士は、離婚の圧倒的多数を占める協議離婚においても同様の問題が起っており、有責配偶者からの離婚請求に固有の問題ではないのにこの場面においてこの点を強調するのは妥当でないとの指摘をされる（45～46頁、47頁）。

<sup>(121)</sup> この点はすでに指摘され論じ尽くされた観さえあるが、離婚後の相手方配偶者の保護は有責配偶者からの離婚請求の場面に限られる問題ではないことからすると、離婚請求の許否の局面においてのみ相手方配偶者の保護の問題と結びつけて考える発想は妥当ではないと言える。しかし単純に割り切れないのは、有責配偶者からの離婚請求のケースにおいては、不徳・不義理（たとえば【1】判決が言う「不徳義勝手気儘」）といった情緒的、心情的、感情的な要因の残滓がなお見受けられ、精神的、肉体的、経済的な結合体としての夫婦の関係を解消する際にこれをどのような形で斟酌し反映させれば説得的かつ合理的な説明となるかという問題ともみられるからである（久貴「前掲判例研究」ジュリスト897号56頁、57頁の注（21）参照）。

この点の説得的、合理的な説明が解釈論として必要不可欠となってくるのではなかろうか<sup>(122)</sup>。そこで私見は、この問題を当面、夫婦間における信義誠

---

しかし、もしかりに離婚を認めたとすれば、財産分与や慰謝料の問題が残り、ここでは、財産分与は別としても慰謝料の問題についてはかかる要因が考慮されることになるのではなかろうか。そうだとすると、そもそも有責配偶者からの離婚請求に応じる意思のない相手方配偶者は離婚の反訴請求を提起することも財産分与や慰謝料を請求する訴訟を提起することも考え難いことからすると、現在のところ、要件論と効果論の明確な分離は難しいのではないかと思われる。

したがって、婚姻関係がすでに破綻し回復の見込みがまったくなくなったときに、当事者、とくに有責配偶者からの離婚請求を受ける相手方配偶者の意地や面子（屈辱感）、憎悪、報復感情（復讐）、嫌がらせといった極めて情緒的、心情的、感情的なものを沈静化ないし最少化でき、なおかつ形骸化した婚姻関係を解消させても十分な公正性が確保されていると認められるような場合に限り、離婚が認められるべきという考え方にも一定の合理性があるように思われ、したがって純粋の経済的な問題として捉えることにはなお躊躇を覚えるのである。本判決の判示しているような婚姻の本質・実態を重視するのか、法制度・社会制度としての婚姻を重視するのか、その拠って立つ婚姻観にもよろうが、確かに、夫婦や子、社会、ひいては国家にとってすでに意味をなさなくなった婚姻をなお維持し続けるということは法秩序・婚姻秩序に悖る状態にあるとも言える以上、現時点では、これとのバランスをいかに確保するかという点を考慮に入れながら正当化、合理化していくほかないのではなかろうか。

しかし、結局のところ、経済的な問題に帰着するとの理解は多いようである（門口「前掲判例解説」法曹時報40巻11号298～300頁参照）。ところが、このような経済的な問題を含む過酷状態は、実は有責配偶者からの離婚請求が認容されることによって直接もたらされることはあまりないと指摘も多い。というのは、別居期間が長期化すればするほど相手方配偶者の生活環境も経済的な状況もかなり安定しているのが通常であろうから、離婚そのものによってただちに精神的、社会的、経済的に極めて過酷な状態に陥るということは考えにくいからである（石川＝岩志＝中川（淳）＝松原＝吉田＝山川「前掲《座談会》有責配偶者離婚請求訴訟判決をどう読むか」法律のひろば41巻2号8頁〔石川発言、山川発言〕参照）。もし苛酷な状態が現われ得るとすれば、それは、これまでの夫婦間の経済的な格差が確定的になるという不公平感や、離婚が認められることによって夫婦として生活していきたいという真摯な思いが汲み取られなかったことにとまなう精神的なダメージといった精神面に限られるのではないかとみざるを得ないように思われる（滝沢「前掲有責配偶者の離婚と今後の課題」判例タイムズ680号33頁、石川＝岩志＝中川（淳）＝松原＝吉田＝山川「前掲《座談会》有責配偶者離婚請求訴訟判決をどう読むか」法律のひろば41巻2号25頁〔岩志発言〕など参照）。

<sup>(122)</sup> 積極的破綻主義の立場をとる論者の多くも相手方配偶者の救済・保護に万全を尽くすべきことを強調されていることは、周知のとおりである。たとえば、制限的な積極的破綻主義の立場に立たれる、中川高男「有責配偶者離婚請求訴訟と現代離婚事情」法律のひろば41巻2号(1988

実義務のなかに取り込んで検討すべきではないかと考えていること、繰り返し述べているとおりである<sup>(123)</sup>。

かくして、婚姻が配偶者双方の愛情や信頼に支えられ互いに誠実に振る舞うことが要請されている精神的、肉体的、経済的な結合体であるにもかかわらず、婚姻関係の解消である離婚に際してはもはや感情的、道徳的な視点を持ち込むことは極力抑えられるということになる<sup>(124)</sup>。この限りにおいて、

【1】 最判昭和27年判決の判例変更は一定の役割を果たし得るものと評することができるわけである。

---

年)31頁は、「別居が長期にわたり、円満な復縁の可能性がないときは離婚を認め、それによって受ける妻の精神的苦痛の慰謝と財産分与等の離婚給付を夫に負担させて、夫婦関係を清算させることは、むしろ『よき離婚』として、『悪しき結婚に勝る』のである」と評されている。ただし、この点は、消極的破綻主義の立場をとる見解においてもすでにみられた指摘であった。さしあたり、中川善之助『親族法 上巻』（青林書院、1960年）305頁、我妻榮『親族法（法律学全集23）』（有斐閣、1961年）175～176頁参照。

しかし、相手方配偶者の救済・保護のため結果的に有責配偶者からの離婚請求を認めなかったからといって、相手方配偶者の現実的な救済・保護にただちに繋がるかと言えば、確かに疑わしいであろう。したがってこの点もまた、要件論と効果論との混同として批判的になろう（米倉「前掲積極的破綻主義でなせいけないか」ジュリスト893号44頁、46頁、51頁など参照）。割り切れない問題であり、だからこそ夫婦間における信義誠実義務の履行問題に収斂させてはどうかという考え方を本稿においては主張しているわけであるが、中途半端な点は認めざるを得ない。

<sup>(123)</sup> 角田・林両裁判官による補足意見を、この文脈で捉え直すことは不可能ではないように思われる。しかしながら、離婚を求める有責配偶者の側から財産分与の申立てがなされ、これを承けて裁判所が相手方配偶者に対する財産分与の支払を有責配偶者の側に命じるということは、訴訟上の観点からはもちろんのこと、夫婦間における信義誠実義務の観点からも、果たして妥当と言えるのかどうか検討を要する問題であるように思われる。とくに後者の点に関しては、夫婦間における離婚の際の信義誠実義務の履行があったというよりも、むしろ、ただ単に有責配偶者からの離婚請求を認容されやすくするために、つまり財産的給付さえ充分におこなえばとにかく相手方配偶者は救済されるとするために利用されかねないおそれもなくはないように思われるからである。このような点からも、これを個別・独立に眺めるのではなく、これまでの当該夫婦間における信義誠実義務の履行の一端として捉える必要があるのではなからうか。

<sup>(124)</sup> これに関しては、特段の事情に関する過酷条項のなかで経済的不利益は財産分与や慰謝料



わが国においては、離婚に関して、協議離婚（民法763条）が成立しない場合であっても、調停離婚（家事事件手続法244条。なお、家事審判法17条も参照）や審判離婚（家事事件手続法284条1項。なお、家事審判法24条1項も参照）のほかに裁判離婚による当事者間の紛争解決の方法が認められている（人事訴訟法2条1号参照）。しかし裁判離婚の場合にはその前にまず離婚に向けた調停がおこなわれなければならない（家事事件手続法257条1項）、したがって裁判離婚のケースは、離婚に関して協議や調停で折り合いがつかず、争いのある当事者間で裁判による問題解決を図ろうとするものであることから、民法に定められた一定の離婚原因が存在していることが必要となってくる（民法770条）。本稿で問題としている離婚原因は民法770条1項5号にいう「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」であり、これに基づいて裁判離婚を請求することがなされているわけである。この条文を有責主義的に捉える見解は現在では影を潜め、破綻主義的理解が一般的となっているとはいうものの、これまでに見てきたように、積極的破綻主義の立場からの理解と消極的破綻主義の立場からの理解とが対立し、【73】判決もまた、そのいずれによるものか判断が非常に難しかった。当事者の明確な離婚意思のない状況で裁判所により離婚の成立を認めるということは、本来、私的自治の原則に反する側面を有し、これをいかに説得的に正当化、合理化し得るかが最大の問題ということになる<sup>(125)</sup>。いずれにせよ、【73】判決は、これまでの判例の流れ、社会情勢、とくに国民の婚姻意識や婚姻秩序・婚姻倫理、

---

によってカバーされる結果、実際には精神的・社会的過酷だけが特段の事情に関して問題となるにすぎないという指摘もある。右近「前掲判例批評」民商法雑誌98巻6号177頁参照。なお、武井「前掲有責配偶者の離婚請求認容の条件」名城法学37巻別冊592～593頁も参照。

<sup>(125)</sup> 論理や合理性のみで割り切ることについて危惧されるものとして、良永「前掲民法基本判例解説(193)」民事研修625号35頁、相手方配偶者に対する説得力にも配慮する必要があるとされるものとして、利谷「前掲判例評釈」判例評論349号38頁がある。

社会の正義・公平の観念などの変化にともない、この方向での判断に踏み切ったという意味では大きな一步を踏み出したものと言えるであろう<sup>(126)</sup>。



ところで、内在的な制約<sup>(127)</sup>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権そのものの発生を認めなかったり、離婚請求権の成立をひとまず認めたくえで外的な法理としての信義則や権利濫用、条理などに基づいてその離婚請求権の行使を許されないものと解したりする消極的破綻主義と、原則として離婚請求権の成立は認めつつも、過酷条項等特段の事情を含む三要件を充たさない限り離婚請求を認め、それ以外の場合に限って例外的に認めないとする積極的破綻主義とでは、結局のところ、結論に大きな違いが生じるとは言えないようにも思われる。しかし、現代社会における婚姻観・倫理観の変化にとまなうさまざまな婚姻の態様、それによる多様な離婚問題の発生に直面して、より柔軟な処理が可能となる積極的破綻主義のほうが実際的であると言うことはできるであろう<sup>(128)</sup>。また、離婚訴訟当事者の結果に対する予測可能性や裁判官に対する指針の点で優れているとの指摘もある<sup>(129)</sup>。

---

<sup>(126)</sup> ただし、本判決に好意的な見解が比較的多いなかで、判例變更に反対の意見や本件事案で判例變更に踏み切ったことについて懐疑的な見解もあった。本判決の佐藤哲郎裁判官の意見や、はやし「前掲判例紹介」時の法令1317号91頁、良永「前掲民法基本判例解説(193)」民事研修625号35頁など。また、本判決が有責配偶者からの離婚請求それ自体を、原則として社会正義に反するものではないと考えたのか、それとも社会正義には反するが「著しく」は反しないと考えたのか、この点の捉え方一つによっても、価値観（婚姻観・離婚観）についての転換があったのか、なかったのかの判断も変わってこよう。しかし、そもそもこの点の理解だけから価値観そのものの転換があったと評し得るかのどうかも問題であり、離婚の実態調査・分析もないままに軽々に転換があったと評することはできないであろう。

<sup>(127)</sup> 鍛冶「前掲破綻主義と最高裁大法廷判決」判例タイムズ652号67頁、68頁参照。

<sup>(128)</sup> 泉「前掲判例解説」92頁、門口「前掲判例解説」法曹時報40巻11号309～310頁など参照。

<sup>(129)</sup> 右近「前掲判例批評」民商法雑誌98巻6号119頁。



さて、こうして有責配偶者からの離婚請求でも原則として認められるが、例外的に認められない場合があるとする立場<sup>(130)</sup>をとった【73】判決において、そもそも夫婦間における信義誠実義務の問題を、その判断枠組みのなかで果たして見出すことができるだろうか。離婚を請求している有責配偶者が相手方配偶者や子が精神的、社会的、経済的に過酷な状況におかれることのないように相応の償いを果たし、離婚を認めることが著しく社会正義に反すると言えるような特段の事情が認められなければ、離婚請求が許容され得るとした判断は、夫婦間の信義誠実義務の視点から眺めた場合にも肯認し得る点であるとは言えるとしても、その反面、相手方配偶者の意地や面子（屈辱感）、憎悪や報復感情（復讐）、嫌がらせといった極めて情緒的、心情的、感情的な要因をも考慮に入れて離婚請求の許否を判断していくとすれば、法理論的ではないとの誹りを受けかねず、また割り切れなさを禁じ得ないであろう。【73】判決は、破綻し形骸化してしまった婚姻関係はお互いに整理したうえでそれぞれが平穏な余生を過ごせるように取り計らうのもまた法の理念に合致すると言うが、以上のような事情によって離婚請求に応じようとしなない点は、夫婦間における信義誠実義務の視点からみた場合、一見、相手方配偶者のかかる義務の不誠実な履行という印象を与えなくもない（妻としての身分権〔扶養請求権、恩給受給権や相続権などを含む〕の濫用という表現を想起させる<sup>(131)</sup>）が、しかしそもそも、この局面で相手方配偶者の不誠実な義務の履行と解するのは筋違いであることは明らかであろう。そう考えると、離婚請求をする有責配偶者の振る舞いが、婚姻の当初から婚姻関係の継続中、

---

<sup>(130)</sup> ただし、破綻の認定や立証責任の点から、論理的には有責配偶者からの離婚請求は原則として認められないとの評価も根強い（たとえば、鈴木祿弥＝鈴木ハツヨ「前掲いわゆる『有責配偶者の離婚請求』についての新判例」家庭裁判月報40巻2号10～11頁、20～21頁参照）。

<sup>(131)</sup> 門口「前掲判例解説」法曹時報40巻11号303～304頁参照。

さらには不幸にして離婚調停や離婚請求訴訟の提起にまで至り、あるいはまたその係属中のいずれの段階においても、夫婦間の信義誠実義務の履行として客観的にみて妥当と評し得るようなものであったかどうか極めて重要ということになる。もちろん、相手方配偶者も明確な離婚意思を有するにもかかわらず、その割り切れなさから、意地や面子（屈辱感）、憎悪や報復感情（復讐）、嫌がらせといった悪感情<sup>(132)</sup>から有責配偶者からの離婚請求に応じようとしないうといったような場合も考えられることから、相手方配偶者に“真っ当な（真摯な）”婚姻継続の明確な意思がある場合に限り上記の議論はなされるべきということになる（ただし、何が“真っ当な（真摯な）”婚姻継続の意思かどうかの判断はそれ自体非常に難しだろう）。しかしこれをもって、愛情が失われ形骸化した婚姻について責任のない配偶者保護のため婚姻を維持すべきとの発想は、明らかに婚姻の本質論を見誤ったものであり、したがってこのような場合には自由に離婚を認めるべきとの婚姻観へと方向転換がなされるべきであると断じてかまわないのかどうか、この判断もまた非常に難しい。“笑う有責配偶者”がいたとしても離婚請求自体は認めるべきと言えるほどにわが国の婚姻観・離婚観は変容を遂げているのか疑問なしとしない。



こうして【73】判決は、民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な

---

<sup>(132)</sup> ただし、この点については、日本の社会に社会の構成メンバーとして一定の地位や名誉を重んじる傾向があるとも考えられることから、離婚というあたかも人生の失敗者のようなレッテルを貼りかねない社会のなかでそれをおそれてその社会的な面目を保つために離婚には容易に応じようとしないうという心理（社会的要因!?)が働いていることも十分に想像することができ、そうだとすると、単純に本文に述べたような悪感情にのみ基づいているという事情を重視することは必ずしも妥当ではないのかもしれない（たとえば、伊東「前掲『離婚とはなにか?!』」時の法令1318号40～41頁参照）。しかし、離婚が社会の構成メンバーとしての汚点と考える社会的要因もまた社会情勢の変化にともない変容してきているようにも思われるが、婚姻観や離婚観の実態分析もないままに軽々に論じるべきではなかろう。

事由」にあたるかどうかにつき、当該婚姻が客観的に破綻していないかどうかの判断をまずおこない、破綻しているとすれば、原則としてその離婚請求を認めるが、当該離婚請求が信義則に反するような場合は認めないという二段構えの判断構造を採用したことになる<sup>(133)</sup>わけであるが、以上の検討を通して、ここでの信義則は、正義・公平の観念、社会的倫理観に反するような離婚請求にあたらないかどうかを最終的に判断する際の重要な判断基準の一つとして登場するとともに、有責配偶者からの離婚請求であってもその一事をもって許されないとするものではないとされるための個別、具体的な考慮事情を幅広く取り込むための受け皿としても機能しているという、二重の意味を有している<sup>(134)</sup>ことがわかる。【73】判決をこのように位置づけることが許されるとすれば、このような二重構造を持つ信義則の機能面を明確に意識しながら「有責配偶者からの離婚請求」事件の分析を引き続きおこなっていくことが重要となってくるように思われる。

未完

---

<sup>(133)</sup> 二宮編『前掲新注釈民法(17)』468頁〔神谷執筆〕参照。

<sup>(134)</sup> 中川（淳）「前掲判例評釈」判例タイムズ645号67頁参照。