

有責配偶者からの離婚請求

—東京高裁平成9年2月20日判決（有責夫VS献身妻事件）を素材として—

田 中 淳 子*

Claim of divorce by the husband who has done wrong.

Atsuko TANAKA *

1 はじめに

1 民法770条の「裁判上の離婚原因」については議論が少なくない。特に、同条1項5号の「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」という裁判上の抽象的離婚原因についてである。この条文の文言は、離婚を請求する側の「有責性」を問うものではない。また、同条2項において裁判所の裁量による棄却にもかからない点から「高度に破綻主義的なものになっている」¹⁾といわれている。このような条文の性格から「有責配偶者からの離婚請求」は認められるであろうか、という問題が古くから登場することになる²⁾。すなわち、有責配偶者からの離婚請求とは、「婚姻破綻についてもっぱらまたは主としてないしはより重大な責任を有する配偶者を指」し、責められるべきものからの離婚請求は許されるであろうか、という問題である³⁾。これについては、最高裁は、昭和27年2月19日（民集6巻2号110頁。以下、昭和27年判決という）のいわゆる「踏んだり蹴ったり」判決以来、一貫して「有責配偶者からの離婚請求は認められない」という立場を長期に渡り採用してきた⁴⁾。ところが、昭和62年9月2日（民集41巻6号1423頁）の最高裁大法廷判決によってその立場を一転して「有責配偶者からの離婚請求も認めうる」とする立場を採ることになる⁵⁾。消極的破綻主義から積極的破綻主義への転向である。それは、婚姻の本質そのものの考え方の今日的变化を顕在化させるものであった。すなわち、「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する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もなお戸籍上だけ

* 社会教室－法学・民法 (Department of Liberal arts and Sciences)
(Legal Science and Civil Law)

の婚姻を存続させることは、かえって不自然である」とし、いわば「形骸化した法律婚よりも愛情、精神的絆を基礎とした婚姻を重しとする見方が出ている」といえよう⁶⁾。そしてこの立場は、平成4年に出された「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告」⁷⁾の中で提案された「5年間別居」条項として具体的な改正案に影響を与えることになった⁸⁾。これに対しては「積極的破綻主義」に向かっている判例・学説の立場を超え、一方的配偶者からの不当な離婚請求を助長する可能性がある、といった反対意見が多い。その理由はいくつかある。その中でも、夫が5年間妻と一緒に住むことを拒めば「別居」の条件が整い、妻が一方的に「追い出される」ような離婚を強いられてしまうことを法律が容認することになってしまうという指摘が多い。この改正案は、たしかに、判例と同じく「積極的破綻主義」の徹底化と評価することも可能である。しかし、婚姻関係を一方的に破綻させておいて、一方の配偶者にとってのみ都合の良い離婚を成立させようとすることも結果的に法律が容認してしまう恐れがある。さらには、結果として、いわゆる「有責配偶者からの離婚請求」であっても「客観的な別居事実があれば」他方配偶者の離婚意思とは関係なく離婚請求を認容することも「理論的」に可能となる。その理論的欠陥を回避するために、同居協力扶助義務(民法752条)違反の配偶者が求める離婚請求が信義則違反の場合には現行法770条2項と同じく改正案770条2項において「裁判官による請求棄却」を可能とする条文を置き、結果妥当性を導びける方が用意されている。

いずれにしても、問題は、「精神的・肉体的結合を目的とする婚姻」を法律上の婚姻とするならば、一方が離婚したいと願っている「破綻」した夫婦に対し、法律が婚姻当事者を「離婚するな」として拘束(判決)することがはたして婚姻という『関係』の特殊性に有効に機能するであろうか?という疑問に答えなければならない。

2 36年間にも及ぶ別居期間を有する有責配偶者からの離婚請求判決(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁。以下昭和62年判決という)は、他女と暮らし子までもうけた有責配偶者である夫から高齢妻への離婚請求事件である。この事案に対し、①同居の期間より別居期間が長期にわたること、②未成熟な子がないこと、③離婚によって相手方配偶者が社会的、経済的、精神的に苛酷な状態に陥らないこと、という3つの要件が整った場合に、たとい、有責配偶者からの離婚請求であっても認容する、という判決を下した。「積極的破綻主義」の立場を採用する契機になった事案と言われている。この判決は突然出されたものではない。男女の性別役割分業的発想に対する批判や、憲法上の人権思想の議論が他方において成熟しはじめていた時期にあった、ということが大きな起因となっている。個々人の幸福追及権、自己決定権の尊重という価値判断にささえられ、その後、同種の事案については、この最高裁昭和62年判決の判断基準に沿っている。まさに、婚姻観・離婚観の変化が顕在化した時期であったことが理解できよう⁹⁾。

3 そのような判例の流れにあって、近時、平成9年2月20日(判時1602号95頁。以下、平成9年判決という)に、有責配偶者からの離婚請求を否定する高裁判決が出された¹⁰⁾。さきの昭和62年判決から今日に至る破綻主義離婚の変遷を考えると、平成9年判決は、それまでの変遷の延長線上にあるものなのか、あるいは、異なる立場を示したものなのか。すなわち、本判決を考察

することでこれまでの積極的破綻主義へ向かっている、という議論の方向性を再確認することが可能となろう。また、平成9年判決を考えることは、近時、ようやく正面からその保護を前提とした議論が展開されるようになったいわゆる「重婚的内縁関係」の法的保護の在り方についてもひとつの評価を与えることができるかもしれないと考える。すなわち、判決が「法律婚が破綻していない」とすることが、夫婦当事者、あるいは（重婚的）内縁関係に近い立場にある者の『保護の理論的範囲』に影響するからである。そして、具体的に、破綻した夫婦関係に対しいかなる解決策を用いることが合理的なのかを考えてみたい。判例が「積極的破綻主義」の道をたどってきた今日、この判決をどう位置づけるべきか。それは、今後の「有責配偶者からの離婚請求」の問題だけでなく、「内縁の保護」、ひいては、憲法上的人格権・自己決定権、幸福追及権を取り込んだ婚姻・離婚法の改正の方向性との理論的整合性が図れるか、ということに答えることにもなろう。本稿では、これらの問題点を視野にいれながら、平成9年の有責配偶者離婚請求否定判決を素材として考えてみることにする。

2 平成9年2月20日（有責夫VS献身妻事件）判決の概要

近時、「有責配偶者からの離婚請求」について注目すべき判決が登場している。平成9年2月20日（判時1602号95頁）判決である。この判決は、さきにも述べたように、有責配偶者からの離婚請求について「否定」したものである。なにゆえ第1審判決（認容）の立場を変更したのであろうか。それを事実の概要と判決の内容から検証してみたい。

さきに紹介した昭和62年判決によって提示された「有責配偶者離婚請求認容のための3要件」によって、破綻した夫婦にとって離婚は、「ひとつの解決策」と考え、結果として、法によって無理矢理縛りつけることから開放してきてた。さらには、財産分与を柔軟に機能させ、離婚訴訟と一緒に議論できる方向も模索され、あまりにも長期に渡る離婚訴訟を早期に終結させる¹¹⁾、という理論的提言も有力である。結果としてこの立場が評価され、具体的には、「5年間別居」を離婚理由とする改正法案を生み出したのである。

このような現況にあって、平成9年2月20日東高裁民事2部判決において、21年間も他女と同居している有責夫からの離婚請求は認められない、という判決が出されたのはいかなる法的意味を持つものであろうか。注目したい。

（1）事実の概要

本件事件は、単身赴任先において20年にも渡り妻以外の女性と同棲しているX夫からの離婚請求である。そのX夫（大正8年生まれ）とY女（大正11年生まれ）は、昭和23年に婚姻をし、同年には長男、同29年には次男をもうけている（子どもらはすでに婚姻をし、夫婦から独立した生活を営んでいる。なお、次男はX夫の資金援助を得て、X所有の土地の上に新しく家を建替えてY女と同居しているが、現在はアメリカに滞在中である）。X夫は、東京都内の新聞社に勤務し、昭和45年頃、B社編集局長として兵庫県へ転任した。しかし、Y女は、東京に子どもと病身のY

女の実母を残していたため、その間しばしば東京へ帰ることが多かった。X夫は、そこで生活する間にZ子と知り合い、男女関係が生じるようになった。X夫は、昭和48年頃、同新聞社の代表取締役社長に就任し、福岡県内の賃貸マンションに生活の拠点を置いた。そこには、Y女も同居していた。昭和50年頃、Z子が福岡県内に訪れ、自宅マンションに電話を掛けてきたことがきっかけでY女はZ子の存在を知ることになり、紛議が生じY女はその後東京の自宅に戻るようになった。

それ以来、X夫は、Z女と同棲するようになり、Y女とは今日にいたるまで同居したことはない。もっとも、所用でX夫が上京する場合には、Y女が暮らしている東京の旧自宅（次男が新しく建て替えた家でなく同じ敷地内にある旧自宅。なお、新しい自宅不動産について、次男夫婦の共有持分合計4分の3、Xの持分4分の1）に泊まったり、次男が立てた新しい自宅に泊まったりしていた。しかし、次男が平成6年にワシントンに赴任してからは、その居宅を訪れていない。

X夫は、Y女が昭和50年頃東京に帰って別居してから福岡県内に住宅を購入してからはZ子と事実上の夫婦として生活するようになった。

X夫は、昭和51年頃、大阪府内所在のビル会社社長に就任し、奈良県内に転居した。Y女は、その際奈良県に訪れ、X夫ともども夫婦として近所に挨拶回りをしたが、まもなく東京に帰った。奈良県内では借家住まいであったが、福岡県内の自宅を売却した代金で大阪府内にZ子名義で家を購入し、引き続き大阪でZ子と暮らした。X夫は、昭和59年頃C放送会社の社長となったので、大阪府内の自宅を売却し、現在住んでいるところに自宅を購入し、Z子と暮らしている。

X夫がZ子と同棲をしている間も、たとえば昭和56年には、次男の結婚式に、昭和60年には長男の結婚式に、ともに夫婦として出席している。平成2年には親戚の結婚式にも同様に出席し、昭和63年の皇室主催の園遊会にも夫婦として招待され、出席している。上京の際にはXYは数回の映画鑑賞をしたり、Y女の台湾旅行の際の小遣いをX夫が渡したこともある。Y女からの贈り物に対しX夫は礼状を送っている。平成6年には、次男の新居で行われた新年宴会に夫婦として参加し、その頃、講演旅行にY夫はX女と同行したり、福岡県内のホテルに滞在したY女と食事を共にしたこともある。さらに、X夫は、Y女に継続的に税金、学費等を含めて生活費を月額30万円送金している（地裁判決以降は中断している）。

このような状況にあるX夫は、平成6年5月23日東京家庭裁判所に夫婦関係調整の調停を申し立てたが、同年12月9日の第2回期日に不成立となったため、本件を提訴したものである。なお、X夫は、離婚に際しては、Y女に対し2筆の土地所有権と次男と共に暮らす家に持っているX夫の建物の共有持分権を贈与する条件を提示している。

これに対して、一審は、X夫からの離婚請求を認容している。その理由として、①別居期間を福岡赴任から起算し、21年の長期に及ぶと認定し、②Z子と離別し、夫婦生活を回復する意思表示も行動もとっていない、③別居後、夫婦という立場で行動していてもそれは、X夫の社会的地位から考えれば当然であり、その際ねぎらいの言葉をY女にかけてもそれは夫婦の愛情であると認定するのは困難、④子どもらは独立して生活をしている、⑤70歳を越えるY女には厳しい体験

を強いるかもしれないが、夫婦が形骸化していることを冷静に把握し、「夫婦としての在り方に反した不自然な状態を維持することが我が国の法律の所期するところではない」ことを理解し、「新たな出発をすることを期待される」。⑥X夫の気遣いを考慮すれば、Y女は本件離婚によって被る精神的被害は回復可能であり、離婚をしてもY女の地位や身分には影響を与えない。⑦現在Y女は衣食住不足のない生活をし、X夫も離婚にいたれば財産分与、慰謝料の支払いをする旨の提案をしている、以上を考慮すれば、Y女が本件離婚によって、社会的、経済的に極めて過酷な状態に置かれることはないとし、X夫からの離婚を容認している。

そこで、Y女から、「夫婦としての心の交流はあり、東京にも幾度も戻り、身の回りの世話をした等、夫婦は形骸化していない」として原判決の事実誤認を訴え、離婚を求められそれを堪え忍ぶことを容認する原審を承服することはできない、として控訴したのが本件である。

（２） 判旨

取消：「被控訴人と控訴人との関係は、夫は赴任先において妻とは別の女性と同棲し、妻も事実上これを認めているが、状況の度に夫は妻や子どもの住居へ帰り、そこにおいては夫とし、父として遇されており、夫婦共同生活は家庭的にも社会的にも従前同様に継続していて、両者の夫婦関係は、いまだ形骸化していないものとみとめられるのであり、この認定を左右するに足る証拠はない。

そして、現状を続けることは、被控訴人にとっては不満であろうが、被控訴人の生活に不便をもたらすわけではないし、被控訴人の社会的評価においても、特に問題視すべき状況が発生するとも考えがたい。控訴人は、被控訴人に対する愛情の発露として、被控訴人の社会的な評価が低下しないことを望んできたし、将来ともそのことを念頭に置いて行動することを約束している。また、将来被控訴人が病臥するようになったときは、妻として被控訴人の世話をしたいと申し出ている。

ところで、夫婦関係が形骸化し、それが長期間に及んでいる場合には、不貞などの有責性が一方当事者にあることのみを理由に、形骸化した夫婦関係を継続することを強制し得ないことは、被控訴人の主張のとおりである。しかしながら、本件の事実関係はそれとは異なり、被控訴人と控訴人の夫婦関係は、問題を含みながらもそれなりに安定した関係として長期間継続してきたのであって、不貞のため有責である配偶者の離婚請求である配偶者の離婚請求を正当とするほどの夫婦関係の長期間の形骸化の事実認められない。

のみならず、被控訴人が社会的活動に専念できたのは、被控訴人の裏切りに耐え、被控訴人の社会的立場に配慮し、被控訴人に対する愛情を優先して対処してきた控訴人の貢献によるところが大きというべきである。このような控訴人の態度は、被控訴人が社会的活動をするうえで好都合であり、被控訴人は控訴人の寛大な態度に甘えてきたということができるのであるが、被控訴人が社会の第一線から身を引いた現在に至って、それなりに安定した関係となっている控訴人との関係を離婚によって清算しようとするのは身勝手な態度と評されてもやむをえないもので、控

訴人に対する信義則を著しく破るものといわざるを得ず、許容することができないものというべきである。

以上の次第であって、被控訴人の本件離婚の請求は、これを容認することのできないものといわざるを得ない。」

(3) 本判決の問題点

本判決は、有責配偶者（夫）からの離婚請求事件である。本件事件の一審判決は、昭和62年判決以降の積極的破綻主義に沿い有責配偶者からの離婚請求を「認容」しているが、本件二審判決においてそれを「否定」することになった。この判断の違いは一体どこにあるのか。一審との相違点に注目しながらその問題点を探ってみることにする。

その具体的考察視点は、まず、① 本件夫婦の「別居」状態は、婚姻関係の「破綻状況」と認定することができるか。② 社会的に夫婦として行動することをどのように評価するか ③ 妻が有責夫を怨むどころか、老後の介護まで考えている夫へのこころもちは「妻の思い込み」か、「妻の寛大性か」？ ④ 本件のような離婚請求は、不自然な状態の解消であり、新たな出発なのか、有責夫の身勝手なのか？以上4点の視点を中心整理することにしたい。

まず、① 本件夫婦の「別居」状態は、婚姻関係の「破綻状況」にあたるか、という点から整理してみることにはしたい。まず一審において原告は、昭和62年判決の3要件を充足している旨を主張し、被告は「婚姻は破綻していない」と反論している。これに対して判決は、「21年間にも渡る長期の別居」を認定し、それを前提として現在の婚姻関係について「原告は、他の女性と男女関係を生じ、この女性と同棲し、事実上夫婦として20年に及び生活してきたというのであり、たとえ被告としては、いつか原告が帰ってくると期待していたとしても、原告はその間一時的にでも被告の生活する場において、夫婦として同居したことはなく」、他女と別離して「夫婦の仲を回復する意思を表明して、そのための具体的な行動をとったこともない」。「このような夫婦関係は、破綻していると評価せざるを得ない」としている。要するに、婚姻関係は回復の意思がない破綻した状況である、と評価している。

これに対して、第二審は、「被控訴人と控訴人との関係は、夫は赴任先において妻とは別の女性と同棲し、妻も事実上これを認めているが、上京の度に夫は妻や子どもの住居へ帰り、そこにおいては夫とし、父として遇されており、夫婦共同生活は家庭的にも社会的にも従前同様に継続していて、両者の夫婦関係は、いまだ形骸化していないものとみとめられるのであり、この認定を左右するに足る証拠はない」として、婚姻関係の破綻は見られないとしている。そして、このような夫婦関係の継続は、「被控訴人にとっては不満であろうが、被控訴人の生活に不便をもたらすわけではないし、被控訴人の社会的評価においても、特に問題視すべき状況が発生するとも考えがたい。被控訴人と控訴人の夫婦関係は、問題を含みながらもそれなりに安定した関係として長期間継続してきたのであって、不貞のため有責である配偶者の離婚請求である配偶者の離婚請求

を正当とするほどの夫婦関係の長期間の形骸化の事実は認められない。」ともいっている。

たしかに、長期に渡る別居については、単に、同居の期間よりも別居の期間が長いという客観的な年数だけで考えられるものではない。たとえば、同居していても、家庭内離婚といった破綻の内容・状況等を加味した意味での長期の別居期間かどうかを判断するという姿勢も増加している（最判平成2年11月8日判時1370号55頁，東京高判平成3年7月16日判時1399号43頁）¹²⁾。その現在の判例の立場にあって、本件判決の第二審は、もっぱら離婚を請求される側（貢献妻という評価を判決の中で展開している）から見た夫婦関係を中心として構成されており、逆に第一審は、一般社会的かつ離婚を求める側から見た夫婦の現実ではないであろうか。なぜなら、二審のように考えると「配偶者の行動に理解ある配偶者，配偶者の不貞を承認している落ち度がまったくない配偶者」であれば、有責配偶者からの離婚は認められないが、逆に、「不貞夫の行動に理解を示さない配偶者，あるいは，夫の不貞を責める普通の配偶者」であつたら，もしかすると「妻としての落ち度あり」として，有責配偶者からの離婚請求も認容されることになってしまう可能性がある。前者は本件事件の場合の妻の態様であり，後者の場合は，ごく一般的な配偶者像ではないか。

これまでの判例の流れは，長期に渡って夫婦が傷付け合うような訴訟を長期化しないため，客観的に長期に渡り別居しているか否かを考え，家庭内別居期間も考慮するような方向にある。そんな中であつて，第二審判決の「破綻」の認定は，これまでの「積極的破綻主義」とは違う，むしろ「消極的破綻主義」を採った判決といえよう。

ちなみに，昭和63年以降の判決において，別居期間が約8年間では長期の別居と言えない（最判平成元年3月28日判タ699号178頁）が，約10年3ヶ月の別居期間を長期の別居を認定している（最判昭和63年12月8日家月41間3号145頁）ことから，本件の別居期間は第一審認定では20年以上の別居期間であるため，必ずしも「別居期間は短い」とはいえない事例であることは確かである。いずれにしても，「夫と他女の生活関係や状況を斟酌した上で，夫婦の同別居について相対的に判断すべき」であつた¹³⁾事案である。

つぎに②の点である，社会的に夫婦として行動することをどのように評価するか，である。これも先の①のなかで登場してきているように，破綻の評価に密接に繋がっている問題である。第一審において，さらに，夫婦間において映画に行ったり，園遊会に出席したり，結婚式に出たりするからといって，原告になお被告に対する夫婦としての愛情があるとか，夫婦関係が破綻していないとかいうのは困難である，としている。さらに，原告が被告にねぎらいの言葉をかけるのは，原告を成熟した人格をもった人物として認定し，その原告にとっては「当然の行動であり」，この行動をもって被告への愛情の発露であるとみることはできない，としている。これは夫婦としての愛情に裏打ちされた行動ではなく，ひとりの人格ある人間としてごくごく当然の行動である，としている。これに対して，第二審は，「上京の度に夫は妻や子どもの住居へ帰り，そこにおいては夫とし，父として遇されており，夫婦共同生活は家庭的にも社会的にも従前同様に継続していて，両者の夫婦関係は，いまだ形骸化していないものとみとめられるのであり，この認定を

左右するに足る証拠はない」としている、判決は、あくまで「夫婦としての行動」を社会的に行っていれば夫婦の内実がなくても形式さえ整っていればそれも夫婦だ、といているのと変わらない、といえよう。

これまでの判例のなかには、離婚が成立していない別居状態の有責夫が、妻の引越しの手伝いや、新しい住居の手配、病気の心配、家賃の援助等々を行っている場合にも離婚請求を認めている。このような行動をむしろ真摯に妻を気遣う配慮をもって離婚請求を認めた判決（最判昭和62年11月24日家月40巻3号27頁）もある¹⁴⁾。少なくとも、社会的行動をする場合、夫本人が「人としてであり、夫としてはではない」と主張している以上客観的に判決が「夫婦としての行動」であると認定することが夫婦関係においてどれだけの意味を持つのか疑問である。夫婦の形式に対する保護か内実に対する保護か、である。

続いて③について考えてみたい。③は、妻が有責夫を怨むどころか、老後の介護まで考えている夫へのところもちは「妻の思い込み」か、「妻の寛大性か」？これらはいずれもは、判決文の中から抜き出した言葉である。第一審、第二審との判決の違いを象徴している言葉であると考えてこの言葉の意味を考えてみたい。まず、一審判決がは、「原告に対する愛情を失っておらず、その帰りを待ち続けるとし、自らには何ら落ち度がないのに、別居期間が長くなったというだけの理由で離婚を強制されることは承知できない」であろうが、「しかし、被告が前提としている事実、こと原告の心情についての理解は、思い込みに基づくもので、客観性を欠いている。既に70歳を迎えながらこのような身分上の激変を経験することは大変なことであり、被告の心情を考えると、いまこのような厳しい体験をすることに耐えられるかどうか不安がないとはいえない」。しかし、原告との夫婦関係が形骸化していることは、冷静に把握すべきであ」として、夫のところの中は、やはり、夫本人の証言に依るべきことを論している（引用者傍点）。

これに対して、第二審は、「被控訴人が社会的活動に専念できたのは、被控訴人の裏切りに耐え、被控訴人の社会的立場に配慮し、被控訴人に対する愛情を優先して対処してきた控訴人の貢献によるところが大きいというべきである」。「控訴人の態度は、被控訴人が社会的活動をするうえで好都合であり、被控訴人は控訴人の寛大な態度に甘えてきたということができるのであるが、被控訴人が社会の第一線から身を引いた現在に至って、それなりに安定した関係となっている控訴人との関係を離婚によって清算しようとするのは身勝手な態度と評されてもやむをえないもの」と評価している（引用者傍点）。

この点の評価が、一審と二審とでは大きく異なっているといつてよい。すなわち、本件夫婦は「婚姻の効果」としての協力扶助義務（752条）が実質的に果されている通常の「婚姻」とはいえないのではないのか。しかしながら、第二審の事実認定は、その実態について、妻は献身的に夫との婚姻関係を継続することに務めているし、現在も婚姻関係は継続している、という。本件夫婦のごとく夫婦の基本的な義務を果せないことに合理的理由のないような現況をはたして「婚姻継続中」といえるであろうか。その認定の背後には、夫婦について、古い性別役割分業社会的な発想を持ち込み、「これほど夫のために影日向となって使えてきた妻」は責められるべきところはない

く、むしろ、妻の鏡である、という価値判断が働いたとも推測できよう。「このような妻に対する離婚請求は「信義則違反」であると判断していることからそれが伺われよう。夫の不貞行為に声を荒げて責め立てることができる妻であつたら、本件と同じ判決が下つたであろうか。いわゆる物分かりのよい妻が「良い理想の妻像」である、という価値判断が働いている可能性もある。だからY女に保護を与えよう、という認識であるかのようなのである。いいすぎであろうか。

最後に、④の視点は、このような離婚は、不自然な状態の解消であり、新たな出発なのか、有責夫の身勝手なのか？についてである。第一審は、「このような夫婦としての在り方に反した不自然な状態を維持することが我が国の法律の所期するところではないことを理解し、新たな出発をすることが期待されるのである。被告には成人し、頼りになる子供らも居り、原告としても被告の今後については充分気遣いをすると考えられる」。さらに「被告は、主婦であり、職業を持ず、ボランティアとして講演等をしている身分にあるから、たとえ離婚をしたとしても、其の地位や身分に大きな影響を被るということは考えられない。また、被告は、離婚を容認しないから、これを前提とする財産分与や、慰謝料等の請求を一切していない。しかし原告は、その名義の土地建物はずべて被告に分与することを申し出ており、その他にも被告の要求があればできる限りこれに応えたい旨を述べて」いる。衣食住に不足ない生活には今後もその状況に変化があり苛酷な状況に置かれることはない。」としている。この判決は、昭和62年判決以降の判例・学説の「積極的破綻主義」の立場である。離婚を一つの解決策と考え、婚姻倫理を切り離した離婚給付が確保されていれば有責配偶者からの離婚請求を認めるという方向である。

他方、第二審は、「被控訴人が社会の第一線から身を引いた現在に至って、それなりに安定した関係となっている控訴人との関係を離婚によって清算しようとするのは身勝手な態度と評されてもやむをえないもので、控訴人に対する信義則を著しく破るものといわざるを得ず、許容することができないものというべきである」として「被控訴人の本件離婚の請求は、これを容認することのできないものといわざるを得ない」。としている。たしかにこれまで、夫の身勝手な一方的な離婚請求については信義則に反するとして有責配偶者からの離婚請求を否定したものもある（東京高判昭和62年9月24日家月40巻9号67頁）。だが、これは、離婚給付に不安があることがその判決に影響を与えているからである。

問題は、判決において、「離婚できない」「信義則に反する」ということで、今後この「夫婦の生活」にどのような具体的影響があるのであろうか。すなわち、「同居協力扶助」し合うであろうか¹⁵⁾。注目すべき事実として、二審で原告夫敗訴後は、それまで妻に支払われていた月30万円の生活費も支払われなくなってしまったことである。愛情というもので結ばれていない「夫婦」を法律が縛ることで、結果として、他方配偶者を精神的・経済的・社会的苛酷な状況に追いやってしまっている。もし、本件の場合、夫が、冷酷で、別居中、妻に生活費を送らず、ねぎらいの言葉もかけていなかったら、「破綻」していると評価されよう。と同時に妻も夫の行為を愛情を「思い込ま」ず、もっと簡単に「離婚」できたのかもしれない、ということになってしまう。かえって、夫が「離婚」に向けて真摯に対応したがゆえに「離婚」できない本件をどう評価したらよい

のか、考えて見る必要がある。つまり、「離婚請求は信義則違反」とする現実的な意味を考える必要がある、ということである。

4 隣接する問題との関わり

わが国における近時の「離婚」について、「離婚を必ずしも悪いこと、マイナスなことと見ない意識が増えたこと、子どもや家族のために、離婚したくてもしないという犠牲的な考え方よりも、個人の幸福を追及する考え方が広まっていること、都市化、核家族化の中で、個人や家庭が地域や親族から孤立し、離婚の歯止めとなる要素が減少していること。夫が仕事人間として会社に取り込まれ、夫婦の意思疎通やふれあいが希薄になっていることなどの事情があるが、最も重要なことは、女性の経済的、精神的な自立である。女性の雇用が激増し、伝統的な性別役割分業に対する批判的な意識が成熟すると、もはや婚姻は女性にとって生活保障や自己実現の手段ではなくなる。そこに夫の暴力や虐待、異性関係、経済問題、価値観のギャップが起れば、婚姻に執着する必要はないから、離婚が選択されやすくなるのである」¹⁶⁾。婚姻観・離婚観、ひいては家族観全体が変化をきたしている。「人生のパートナーとしてふさわしくなければ、あるいは生き方や価値観を共有できなければ、離婚は一つの選択肢として存在するのである」¹⁷⁾。さらには、「再婚や自立の自由を保障することが、離婚法の目的の一つである。いわばやりなおしの自由である」とまで正面からいえるのである。だが、我が国において、このような議論ができるようになったのは、やはり、夫婦あるいは男女の性の対等・平等性が形式的にも実質的にも確保すべく「婚姻観・離婚観」が変ったことにあろう。「自由な選択肢」を互いに持ちうるためにはその対等性・平等性が前提であるからである。それまでは、男性（夫）からの一方的な離婚が多く、そのような状況においていかに妻を保護するか、ということが問題であったし、すくなくとも今でも、経済的に自立していない女性が自由な選択を行使するには、離婚給付、子の扶養料の確保の問題と婚姻によって失われた職業能力の回復等についての費用請求の問題は離婚にとって大きな障壁である。

まず、「離婚給付」の問題について考えてみることにする。離婚給付とは、民法768条3項に「当事者双方がその協力によって得た財産の額その他の一切の事情を考慮して、分与をさせるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定める」という規定にあるように、離婚に際して配偶者の一方から他方に財産上の給付をすることである。これには、有責性の有無は問題ではなく、現行法によると、「財産分与」として機能させている¹⁸⁾。学説は夫婦の財産の清算と離婚後の扶養を包括的なものとして考えているものである。たとえば、夫婦の財産の清算とは、「妻の家事労働、内助の功は無償労働として、夫婦の財産関係には反映しない。夫の稼働所得、およびそれを元にして購入した不動産・株・預金などはすべて夫の特有財産となる。この不均衡を是正するために、離婚に際して、妻の協力を再評価して、婚姻中に取得した財産を清算するのである」¹⁹⁾。離婚後の扶養とは、文字どおり「離婚後」、生活に困窮をきたさないように扶養を継続することである。損害賠償の性質とは、離婚そのものから生ずる精神的損害、慰謝料をいうのであり、具体的に不貞があった為の精神損害や、暴力による身体的損害の賠償ではない。このような3つの内容を含んだ「離

婚給付」は、「離婚」の際の争いを長期化させる要因も持っている。たとえば、「離婚」の話し合いの際に、互いが相手を非難しあい、感情的なしかも情緒的な部分を算定する場合、当事者双方の言い分とは食い違い、納得できない場合が多いため「離婚に伴う損害賠償の意味」を含んだ離婚給付の具体的な算定には時間がかかるからである。

このことについては、離婚法の改正作業の途上で「2分の1ルール」が議論された。これは、夫婦生活において互いに助け合いながら財産を形成してきた結果であり、両者の評価基準は平等である²⁰⁾という諸外国の法制度に影響を受けた見解がその議論の発端である。この改正案の方向性からも理解できるように、相手を傷つけ、今までの恨みつらみをより多く言った者が沢山の離婚給付をもらえる、といった「損害賠償」的な要素を「離婚給付」から外し、純粹に財産のみの清算を意味するものとする方向にある。「離婚」を解決策の一つとして捉え、財産も双方が担ってきた相互が平等に担ってきた協力扶助義務の清算として「半分ずつ」とするのが、変遷をみせる近時の婚姻観・離婚観に適合的である、と考える²¹⁾。

したがって、特別の不法行為がない以上、財産分与には「慰謝料」的な内容も含むべきではない、と考えられる。本稿においては特に、「不貞行為」の場合の「慰謝料」請求を考えてみたい。本件事案の妻は、離婚をする意思はないため、「不貞行為」に対する慰謝料を請求していない。しかし、本件において慰謝料を請求したとした場合、それはみとめられるであろうか。たしかに不貞行為は婚姻義務違反である。民法770条の裁判上の離婚原因にもなる。ただ、近時の婚姻観・離婚観から考えると、「人が人を好きになったり、大人の恋愛や性行為が、法のみから見て違法とされるのは、お互いに貞節を約束しあっておきながら、その約束に違反したからである。だから、その約束に何らかかわっていない第三者に対しては、法的な責任追及はできない。不貞行為の相手方に不法行為の責任はない。そして、配偶者間においても、契約違反の責任を個人のモラルの領域にとどめ、法的に離婚という制裁を加えたり、慰謝料をとったりすることを認めない、という段階に進むべきだ」²²⁾という見解も登場してきている。「不貞それ自体が離婚原因なのではなく、不貞から生じた信頼と愛情の喪失が離婚を決意させるのであって、自由な意思に基づく恋愛を法的に責めることは、意味がないのではないだろうか」²³⁾。

さらに、離婚法の改正法案中において「離婚後の扶養」についても「補償」という言葉に代わっている。性的役割分業社会における女性は職業能力がなく、夫の庇護のもと家庭で生活する、という古い婚姻観に基づいているのが、「離婚後にも扶養」される、という言葉的表現になる。しかし、近時の婚姻観は、女性も当然に、労働者として経済的に自立することを念頭においているため、婚姻中に喪失した「自立能力の回復のための補償」という発想が生まれることになる。要保護者に対する『扶養』から自立までの『補償』という流れである²⁴⁾。

いずれにせよ、問題はこれらの「離婚給付」を確実に実現することであろう。今現在は、本件事案のように、「離婚の認容」の問題と切り離して考えられている。つまり、離婚の意思が合致し、離婚が認容されなければ、具体的に離婚給付は算定されない。この点は別の訴訟等による必要がある。これまでの判例のなかにも離婚給付が確保できるような離婚請求の場合には、たとえ有責

配偶者からの離婚請求であっても離婚を認める方向にある²⁵⁾。つまり、離婚給付と離婚の容認とは密接不可分であるため、同じ訴訟のなかで勘案されてもよいのではないかと考える。

次に、改正案の中に盛り込まれた議論の多い「5年間別居」制度についてである。これまでの整理からも理解できるように、一方に婚姻の意思がなく、破綻している夫婦を法律上夫婦として縛っておく、という極めて不自然な夫婦関係を長く続けることを早期に解決し、自己の幸福を追求し、あらたな人生を送ることを実現できるような形で法改正案が提案されている。その具体的な方策がこの「5年間」別居を離婚原因とすることになった。本件事案のように、「有責配偶者からの離婚請求」を否認したとしても、「例えば、夫が妻のもとに戻り夫婦関係が回復するわけでもない。20年、30年と続く別居状態の長期化は、法律上の婚姻関係の空洞化を意味するだけでなく、重婚的内縁（法律上の配偶者のある者が他の異性ともつ内縁の関係）や婚外子を生みだす。別居している夫が欠かさず生活費を仕送りするとは限らない。形骸化した婚姻を続けることの精神的負担も大きい。それ以上に問題なのは、有責性を離婚請求の可否の基準にする判例法理である。これによると、原告は自らに有責行為があっても、それは被告よりも小さい、あるいはすでに別の原因で婚姻は破綻していたことが証明されれば、離婚請求が認められるのだから、裁判は勝つためのアラ探しの場と化し、夫婦関係のプライバシーを暴露し、責任のなすりあいをする結果、夫婦の人間関係を徹底的に破壊し、公平な離婚給付の話しあいや離婚後の子どもとの交流に支障をきたすこととなる。また離婚裁判の長期化にもなる²⁶⁾。この指摘にもみられるように5年間別居制度導入を否定しきれない合理的理由が現存する。

最後に、「重婚的内縁配偶者の保護」の観点からアプローチしてみたい。近時、判例法理によって、重婚的内縁配偶者の法的保護法理が確立されているといってよい。たとえば、重婚的内縁配偶者が交通事故によって死亡した場合、相続権を有しない他方内縁配偶者は損害賠償を請求することができるか、という問題に対して、「相続的構成」ではなく、純粋な財産損害としてその損害賠償を認容されている。ただし、内縁配偶者一方にのみ保護を与えるものではなく、法律婚配偶者と内縁配偶者との間の夫婦としての熟度の濃淡に応じて保護を与える方向にあるといってよい²⁷⁾。いずれにしても、重婚的内縁配偶者の保護が一定条件のもと認容されるようになった。すなわち、自己決定により、自己の生活のパートナーを選び、自らの意思でその生活を築いていくことを少なからず認め、さらには法的保護も考えられている、という現在の学説・判例の立場から考えても、本件判決の方向性は、近時の婚姻観・離婚観と軌を一にするものではない、といえよう。本件のX夫とZ子は、20数年間も別居状態が継続している事実婚夫婦（重婚的内縁）、という認定も可能な事案であることも忘れてはならない。

5 今後の展望

今回の家族法の改正案のコンセプトは「個人化、自由化、平等化、多様化」である。かつて日本国憲法の改正作業に時間を費やしたため他のひとつ一つの法律の条文について整合性を図る余裕がなく、今日まで積み残した家族法の問題が今このコンセプトのもとその改正を待っている。

その中でも本稿では、「離婚」について特に論じてみた。ただ離婚観というもののはすこぶる婚姻観と密接に絡み合っており、むしろ、結果として、本稿は、婚姻観・離婚観・家族観のすべてを総論的に論じなければならない。ただ、本稿の目的は、平成9年判決の今日的意義を評価すること、そしてそれを通じて、今後の婚姻法・離婚法の在り方を考えるものである。その目的に即してここではまとめてみたい。

まず、平成9年判決についてである。本件判決は、「有責配偶者からの離婚請求を否定」するのである。ただ、近時の婚姻法・離婚法の改正理由から、そして、これまでの学説・判例の流れから考えても、あえてこの事件を「否定」する説得的な理由は見当たらない。むしろ、性別役割分業社会における夫婦の理想像を彷彿とさせるような判決である。はたして、判決によって、「信義則に反する」として、判決を下しても、夫は妻と一緒に暮らすであろうか？疑問である。もしかすると生活費も送らないかも知れない。当然、離婚給付も支払われない。こんな経済的にも精神的にも不安定ないわば一審のいう「不自然な状態」に長期に渡りY子は、「法律上の妻」として、ただ置きざりにされる。むしろ、これまで、このような状態から、夫婦を対等な形で、自由に、そして個人個人が生き生きと人生を生きていけるようにとの議論が深化してきたはずである。そのような意味で、本判決は、最高裁においては、おそらくその立場を変じ「有責配偶者だから」という一事をもって離婚を否定されるものではない」という判断が下ると考える。その解決こそが、今後のあるべき家族法、つまり新しい婚姻観・離婚観と軌を一にするものと判断するからである。

有責配偶者の離婚請求において、たしかにその反倫理性は認めるものの、しかし、具体的には、離婚後の生活にどれだけの責任が負えるか、という「離婚給付」の確保に判断基準を求めている近時の判例法理の現在の立場から考えると²⁸⁾、本件事案では、第一審の判断の方が合理的根拠がみいだせた判決であったと評価できよう²⁹⁾。

注

1) 水野紀子「離婚」『民法講座第7巻』（1984年、有斐閣）153頁。

2) 「有責配偶者からの離婚請求」に関する論文は多数あるが、本稿で参考にしたものは以下の論文である。中川淳「有責配偶者離婚訴訟の動向——大法院判決後の三解釈要件をめぐって」『家族法の現代的課題』（1992年、世界思想社）198頁以下、泉久雄「破綻主義離婚法（2）——有責配偶者の離婚請求」『判例で学ぶ家族法入門』（1991年、有斐閣）42頁、水野・前掲註（1）、島津一郎「有責配偶者からの離婚請求」ジュリスト増刊『民法の争点』（1978年7月）358頁、右近健男「有責配偶者の離婚請求」別冊ジュリスト『家族法の判例』（1995年1月）32頁、我妻栄・親族法〔法律学全集23〕（1961年、有斐閣）175頁、二宮周平・家族法改正を考える（1993年、日本評論社）、湯浅道男＝田中淳子「婚姻観・離婚観の変遷（1）——『婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告』を考える」愛知学院大学法学研究第37巻1・2号（1995年）145頁（分担執筆担当・田中）、久貴忠彦「現行離婚法における破綻主義になんらかの制約が課せられるか。」民法学《親族・相続の重要問題》（1976年、有斐閣）119頁、本沢巳代子「単身赴任先で長年女性と同棲した夫が引退後求めた離婚請求の許諾」判例リマークス1998年（下）80頁、判例時報1602号94頁。

3) 泉・前出註（2）42頁以下。

- 4) 我妻・前出註(2)176頁は、本書発刊年から考えても当然に、最高裁昭和27年2月19日(民集6巻2号110頁)の判決に賛成の立場を示しているため、「有責配偶者からの離婚請求には反対」の立場である。なお、最大昭和62年9月20日(民集41巻6号1423頁)判決以降に書かれた教科書の見解は、「有責配偶者からの離婚請求を認容」する立場が多数を占めている。たとえば、島津一郎「破綻主義」別冊ジュリスト39巻140頁、野田愛子「有責配偶者の離婚請求の新たな視点」民研195号40頁、米倉明「積極的破綻主義でなぜいけないか」ジュリスト893号(1987年9月)38頁。
- 5) 最大判昭和62年判決の判例評論は大変多く、ここでは、前出註(2)で引用した文献以外に、久貴忠彦「有責配偶者からの離婚請求——最高裁大法廷昭和62年9月20日判決の研究」ジュリスト897号(1987年11月)48頁、星野英一・右近健男「有責配偶者からの離婚請求大法廷判決〈対談〉」法学教室88号(1988年1月)6頁以下。
- 6) 有地亨・家族は変わったか(1993年12月、有斐閣)154頁。
- 7) 泉久雄・親族法(1997年、有斐閣)145頁。諸外国における立法例は、アメリカ各州は1年から3年、ドイツ3年、イギリス5年、フランス6年である。1965年頃を契機にして世界の離婚法が転換した理由については、泉教授は島津一郎教授の分析(「有責配偶者からの離婚請求」ジュリスト増刊[1978年7月]358頁)を引用し、「この現象を戦後世界経済の発展にともなう価値観の変化＝多様化を背景とする離婚法の自由化を意味する」と指摘。
- 8) 家族法(婚姻法・離婚法)の改正について、二宮・前出註(2)、湯浅＝田中・前出註(2)参照。その他、「婚姻および離婚制度の見直し審議に関する中間報告」がだされた後の膨大な資料のなかからいくつかの文献として、野田愛子「法制審議会民法部会身分法小委員会における婚姻・離婚法改正審議について(上)(下)」戸籍時報419号18頁、420号46頁(1993年)、婚姻法改正を考える会「シリーズ・婚姻法改正を考える」法学セミナー454号～480号(1992年～1994年)、滝沢幸代「民法改正要綱試案の問題点(上)(下)」法律時報66巻12号2頁、67巻1号64頁。
- 9) 湯浅＝田中・前掲註(2)145頁以下、二宮・前掲註(2)8頁以下、116頁以下。
- 10) 本判決について、本沢・前掲註(2)、判例時報・前掲註(2)。
- 11) 島津・前出註(2)三五八頁以下参照。島津教授によれば、離婚訴訟の長期化の弊害について、まず、破綻主義離婚原因を探りだすために、破綻原因となった一切の行為・事情を立証しなければならないため、「法的手続というあらあらしい道具によっては到底これをよくなしえない」(359頁)ため、「離婚を家族の再編成のプロセスと捉え」、「離婚後、夫婦は再婚することもあろうし、片親家族をつくって生活することもあろうし、いずれにせよ離婚手続を長期化させて、夫婦間の紛争を激化させ、それに子を巻き込むということは避けるべきであって、国家は、子の利益のためにも円満な家族の再編成を授けなければならない」と考えている。さらに、「外形的事実によって離婚意思を認定し、裁判所が人間の無意識レベルに立ち入ることは避けるべき」とし、「一定期間の別居を条件として一方当事者からの請求により、いずれの当事者が破綻原因を与えたかにとらわれずに離婚を許す」根拠を分析している。
- 12) 湯浅＝田中・前掲註(2)196頁参照。
- 13) 本沢・前出註(2)83頁。
- 14) 湯浅＝田中・前掲註(2)159頁。
- 15) ちなみに、東京高決平成9年9月29日(判時1633号90頁)によれば、不倫した妻が家を飛び出し、夫が妻に対して同居協力扶助を求めた事件で、判決は、民法752条から「夫婦の一方が合理的理由なく同居しないときには、他方は、これに対し、同居の審判を求めることができる」と述べて、原審判を取り消し妻に夫との同居を命じた。この判決の評価について、佐藤義彦「民法判例レビュー62家族」(判タ982号77頁)において、「このような決定にどのような実益があるのであろうか」との指摘がある。
- 16) 二宮・前掲註(2)116頁以下。
- 17) 二宮・前掲註(2)117頁。
- 18) 二宮・前掲註(2)122頁。

- 19) 二宮・前掲註(2)123頁。
- 20) 二宮・前掲註(2)126頁以下。なお、この立場に対し、財産形成の態様から2分の1にすることが公平に反する場合がある旨指摘する学説もある。その学説によれば、医師・弁護士・芸術家などの、夫婦の一方の特別な才能や努力によって財産を形成した場合には、通上の財産形成されたであろう部分について清算し、残りは清算しない、という見解(鈴木眞次・離婚給付の決定基準<1992年、弘文堂>278頁)、あるいは財産形成の寄与度に応じて清算すべきとする見解がある。
- 21) 二宮・前掲註(2)128頁。
- 22) 二宮・前掲註(2)137頁。
- 23) 二宮・前掲註(2)138頁。
- 24) 二宮・前掲註(2)133頁。
- 25) 湯浅＝田中・前掲註(2)197頁。
- 26) 二宮・前掲註(2)169—170頁。
- 27) 湯浅＝田中・前掲註(2)212頁、拙稿「事実婚法理の展望——重婚的内縁の交通事故における損害賠償請求について」愛知学院大学大学院法研会論集第11巻第1号55頁以下、特に89頁以下参照。
- 28) 湯浅＝田中・前掲註(2)197—198頁参照。なお、重婚的内縁の保護について、近時いくつかの判決例がある。まず、①重婚的内縁関係の配偶者が遺族年金の受給者に当たるか、という点について、肯定的な立場で定着している(青森地判平成9年5月27日<判例タイムス962号232頁>)。②居住権についても、使用賃借の成立を認めている(最小判平成10年2月26日<家裁月報50巻7号46頁>)。③財産分与については、「不相当に過大でない限り」その範囲で重婚的内縁関係の解消に伴う財産の清算として認容している(東京地判平成8年7月12日<判例時報1628号32頁>)。
- 29) 本沢・前出註(2)83頁。