

有責配偶者の離婚請求に関する覚え書き：わが国における判例、学説を中心にして

緒方，直人
九州大学大学院法学研究科博士課程

<https://doi.org/10.15017/1666>

出版情報：法政研究. 40 (2/4), pp.165-205, 1974-03-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

有責配偶者の離婚請求に関する覚え書き

——わが国における判例、学説を中心にして——

緒方直人

目次

- 一 はじめに
- 二 わが国における学説の態度と消極的破綻主義の意義と限界
 - (一) 学説の類型化
 - (二) 消極的破綻主義の意義と限界
 - (三) 最近の離婚法の動向
 - 三 判例の動き
 - 四 むすび
- 一 はじめに

論説

周知のように、わが国の判例は下級審の例外的判例を除き、有責配偶者の離婚請求を棄却する。判例のこの態度は、そのリトディングケースである昭和二十七年二月一九日第三小法廷判決以来一貫したものとされている。しかし、「有責配偶者」という場合の、その「責任」の判定の仕方、すなわち、「婚姻義務違反」と「婚姻破綻」との間

の因果関係を探り、その上で両当事者の「責任」の大小を判断する、その仕方に関して、判例は一定の発展を示しているように思われる。すなわち、「長期の別居」という事実により表象される「婚姻破綻」後に婚姻外の同棲を開始した配偶者は、その婚姻義務違反にもかかわらず、「婚姻関係を破綻させる原因になったものではないから」離婚請求を認容しうるとする判断の仕方を、昭和四六年五月二一日第二小法廷判決で確立するにいたったのである。次に、わが国の学説においても、多くの学説は、消極的破綻主義を採用し、「婚姻破綻にもつばら又は主として原因を与えた配偶者」の離婚請求を棄却すべきであるとする。

それでは、この消極的破綻主義とはいかなる意義をもっているのか、が検討されなければならない。この問題は、破綻主義と有責主義とが、いかなる関係に立つのか、一般に離婚法の発展の方向を有責主義から破綻主義への発展であると前提すれば、それはどのように発展するのか、そしてその発展の意味は何かという大きな問題と関連してくるのである。

一九六九年一〇月二二日、イギリスで離婚法改正が行われたことは周知のとおりである。一九六九年離婚改正法 (Divorce Reform Act 1969) がそれである。筆者はすでにこの問題を「一九六九年イギリス離婚改正法——破綻主義理解のための準備作業——」(九大法学第二六号)として公けにした。拙稿は、イギリスにおける離婚法史の中で、一九六九年離婚改正法の改正経過の分析を通して離婚改正法の位置づけを行ない、破綻主義理解、破綻主義と有責主義という問題を説明するための手がかりをつかむことを目的としたのである。したがって、拙稿の中では、わが国における有責配偶者の離婚請求をめぐる判例と学説の問題には、十分にふれることができず、単に若干の問題点の指摘にとどまった。そこで、本稿においては、右の分析の視点をもって、わが国における判例と学説を分析し、破綻主義理解のための基本的問題である「有責配偶者の離婚請求」の若干の理論的説明を行なうことを目的としたい。

二 わが国における学説の態度と消極的破綻主義の意義と限界

(一) 学説の類型化

有責配偶者の離婚請求に関するわが国の学説は、リーディングケースである昭和二七年の最高裁判所判決（A①後述）以降、周知のように二説に分かれている。いわゆる積極的破綻主義説と消極的破綻主義説である。

(1) 消極的破綻主義説

まず、多数説とされている消極的破綻主義説について検討してみよう。この説も大きく分けると三説に分類できると考える。

A説——婚姻の本旨とそれに即応した離婚法解釈原理を強調する立場^①

B説——被告||無責配偶者（主として妻）の劣弱な地位とその保護を強調する立場^②

C説——右のA説とB説を折衷する立場^③

A説が最も厳格に有責配偶者の離婚請求を否定する立場であり、中でも太田武男氏は左の如く典型的である。

「法は……平和な国民生活の営みに役立つ限りにおいてのみ、権利を与えているといふべく、それゆえ、私権そのものの中には、このような条件ないし制限が内在的に含まれているものとみるべく……民法一条の規定は、まさに右のことを宣言したものに外ならない。……しかして右の法理は、身分権について妥当する（から、有責配偶者の離婚請求は）信義誠実の原則に反する離婚権の行使として、権利濫用の法理により許容さるべきではない」^④

A説を、若干のニュアンスの相違を認めつつも一つに分類できると考える所以は、それらの所説が共通して、一夫一婦制婚姻の制度的意義を基礎に置きその倫理性を強調する立場であり、ゆえに、有責配偶者の離婚請求が否定され

るのは、尾高氏の高葉を借りれば「最も自由な破綻主義にも内在するいわば最小限度の限界」として把握され、破綻主義に対する有責主義による制限の問題としては把握されていないという特徴を有しているからである。

B説の典型的例は、左の如く沼正也氏の説である。

「破綻した婚姻は、もう婚姻ではない。しかし、破綻した婚姻から婚姻関係の効果を奪う苦痛にさいなまれるとき、近代人としていわば『婚姻破綻診断書』を付与することから目をそむけしむる事由が現象するのである。死んだ婚姻の葬式が出せなければ、そのままそつと棺を安置しておくほかない。葬式を可能ならしめるもの―それは豊かな家計であり、社会保障制度の確立である。その確立と反比例して強度に要保護性の補完の世界たらしめられている家族法は、かくてつねに一見後進的である。しかも、これを肯認するほかない⁽⁵⁾」

右の見解を背景として、沼氏は民法七七〇条一項一号は「『自己に不貞な行為があったとき』を明らかに排除するもの」であるから有責配偶者の離婚請求は認められ⁽⁶⁾ないとする。

右に見たように、B説は無責配偶者の保護に主たる力点を置くものであるが、注意すべき点は、無責配偶者の保護が論理的理由づけの次元で考えられている点であり、ゆえに実際のな保護を条件として請求を認める積極的破綻主義説とは異なる。B説もやはり最大の根拠を原告の有責性にもとめるのである。すなわち、婚姻の破綻という事実を認識しながらも、原告の有責性に根拠をもとめ、法的婚姻という形式を維持することによって「破綻したものに破綻しないものの法的効果をなお許して」⁽⁷⁾無責配偶者の保護をはかることを目的とする。有責主義と破綻主義との関係に関しては、A説とは異なり、「破綻主義を制約的に解する」とか「有責主義を加味したる破綻主義」といった把握をする⁽⁸⁾。

次にC説の典型的例は左の如く中川善之助氏である。

「もともと破綻主義が有責無責を問わないというのは、離婚を請求される被告について考え出された理論（であるから、有責配偶者の離婚請求を棄却するのは）客観的理論的な破綻主義離婚法に加えられた、一つには道義的な、二つには実際上の打算的な

制約として、少くとも当分は承認せざるを得ない妥協であろう。」

阿部徹氏もほぼ同様な把握をする。⁽⁹⁾以上、C説は、B説と同様に無責配偶者の保護を主張するのであるが、同時にA説と類似して婚姻の本旨という制度的根拠もその理由としている。しかし、有責配偶者の離婚請求の問題を破綻主義が有責主義により制約されるケースと解する点ではB説と同様である。⁽¹⁰⁾

(2) 積極的破綻主義説

積極的破綻主義を採る学説は比較的に共通性を有しており、(1)のように類型化することは困難であるが、全体としてその最大の根拠を近代法における婚姻⁽¹¹⁾「自由なる婚姻意思にもとづく結合」という点に置く。そして婚姻の倫理性を強調する消極的破綻主義の立場を批判するのである。この立場の典型的例である中川淳氏は左の如く説く。

「自由なる婚姻意思を喪失してしまった当事者に対して、強制的に婚姻生活の継続を要求することは、かえって、道徳的根拠を失っており、法の目的から遠いもの（であり）人間性を尊重する近代法における婚姻関係の道徳性というのは、当事者の自由なる意思によってのみ維持せられる婚姻関係をいうのであって、当事者を人間として尊重するところに道徳性をみとめるべきであり、不幸なる婚姻生活に苦悩する当事者を婚姻という枷にはめこんでおくところに、道徳性をみいだすものではない。」⁽¹¹⁾

右に見たように積極的破綻主義説は、消極的破綻主義説と異なり、有責配偶者の離婚請求を反倫理的なものとは見ず、むしろ倫理的にも正当なものとする点で一致し、また、原告の有責性は離婚後の経済的措置に関して考慮されるという点でも一致している。

(二) 消極的破綻主義の意義と限界

(1) 消極的破綻主義説を田村精一氏は左の如く批判する。

「経済的な配慮を離婚の許否の判断の要素として、第一に取り上げられることは、主客の転倒であり、到底支持することが出来

「ないものと云わざるを得ない」⁽¹²⁾

右の批判は、とくにB説に妥当するものであるが、この被告の経済的保護というものを基調として消極的破綻主義を根拠づける立場の位置づけがここで問題とされる必要がある。

右の問題は、有責主義から破綻主義への移行の問題と関連してくるのである。この点に関しては旧稿で若干検討を加えたつもりであるので、ここでは簡単に触れておくに留める。旧稿で述べたように、有責主義は婚姻の制度的擁護にその基調を置くものであり、⁽¹³⁾ 沿革的にはキリスト教的婚姻観に立脚する離婚法原理である。⁽¹⁴⁾ そして、典型的には婚姻義務違反とその法的効果としての離婚とが直結し、その間に婚姻の客観的破綻といった客観的事実の評価を介在させないものであり、その意味で絶対主義離婚法である。しかし、この絶対主義にも、積極的側面（一定の婚姻義務違反があれば必然的に離婚を許与する側面）と消極的側面（一定の婚姻義務違反がなければ離婚を絶対に許与しない側面）との二面性を有している。そこで、有責主義原理は全体として離婚＝刑罰思想に基きながらも、積極的側面は「無責の配偶者の救済」、消極的側面は「終生の結合としての婚姻制度の擁護」という二つの機能を同時に果たすのであるが、この段階では積極的側面は従たる側面としてあるにすぎない。しかしながら、この従たる側面は次第に前面へと押し出されてくるようになる。この過程が有責主義離婚原因の量的増加とそれに続く「相対化」の過程である。イギリスやオーストラリアにおいては、「虐待 (cruelty)」という、それ自体相対的性格を有する離婚原因が従来の判例により確立されていた限界をはるかに越えて拡張されるようになり、又裁判所が裁量的阻却事由を原告に有利に適用することにより婚姻生活の実態に対応してくる。⁽¹⁵⁾ ドイツにおいてこのモメントは、ドイツ民法一五六八条（相手方の過失を問題としながらも、その結果生じた婚姻の破綻を包括的に離婚原因とする）にもとめられよう。⁽¹⁶⁾ こうした

有責主義離婚原因の相対化の動きが、有責主義離婚原因と無責離婚原因（精神病等）とを並列的に規定する二重構造⁽¹⁷⁾的離婚法の中で生起するとき、それは、有責無責の離婚原因の双方に「婚姻の不治的破綻」を共通の基盤として提供しつつ、次第にこの二重構造を単一構造の破綻主義へと変化させていくのである。そこで、右のムーブメントは、「社会的諸変化の緊張と社会的諸慣習の型に対する宗教的思想の影響の減少という状況のもとで、離婚は個人の苦難についての諸考察から、配偶者に付与された救済の方法と考えられるに至った⁽¹⁸⁾」という事実を反映するものと考えられる。すなわち、右の有責主義離婚原因の「婚姻の客観的破綻」を基準とする「相対化」も、先と同様に積極、消極の二側面（婚姻破綻が生ずれば広く離婚を許与する側面と破綻が生じなかった場合離婚請求を棄却する場面が増加するという側面⁽¹⁹⁾）を有しているものの、ここでは逆に、消極的側面にあらわれた婚姻の制度主義的原理が次第に崩壊しつつ、積極的側面にあらわれた婚姻の個人主義的性愛の原理が成長する過程としてあらわれる。そこでこの原理を基本原理として確立するのが破綻主義離婚法である⁽²⁰⁾。そこで、消極的破綻主義の位置づけであるが、これは、破綻主義が更に制度主義的制約からの相対化が行なわれる場合といえるであろう。Royal Commission on Marriage and Divorce, Report 1951—1955 における破綻主義採用反対の理由は要約すると左の如くであった。

「一定期間別居したという理由で、離婚される配偶者の行為を問題とせず自由かつ気儘に一方的に離婚することを可能にすることは、合意離婚を許すよりも一層婚姻制度を破壊する。さらに婚姻義務違反を犯さないかぎり離婚されないという保障を不確実なものとなすことにより、『何人も自己のなした悪から利益を得ることは許されない』という確立された原理を破棄することになる⁽²¹⁾」

さらに、一九六九年イギリス離婚改正法の改正過程で提出された国教会のレポートは「永続的婚姻と安定的家族生活の促進⁽²²⁾」を基調としつつ次の如く述べる。

「離婚判決を許与することが原告の行為に鑑みて公的利益に反する場合には、離婚判決の許与を拒否すべきものとすること⁽²³⁾」

破綻主義を採用しながら原告の有責性を絶対的阻却事由とする国教会の態度は、国教会が有責主義離婚法の下で絶対的離婚原因の消極的側面を重視し、⁽²⁴⁾ その相対化の過程でもその消極的側面を重視した態度の延長上にあるものである。そして、この意味での相対化は先の相対化が婚姻破綻を基準とするものであったのに対し、破綻主義離婚法の下で始めて生じ、ゆえに常に婚姻破綻を前提としており消極的側面のみを有するものである。右の事実から、この態度はキリスト教的婚姻倫理に基礎づけられた「終生の結合」としての婚姻制度の維持強化を第一義的に重視するものと言えよう。

右の観点からすると、わが国の消極的破綻主義説のうちA説がその純粹な形に近いといえる。しかし、この婚姻の制度的擁護は、破綻主義という婚姻の個人主義的性愛の原理とは異質なものであり、又、事実問題としても、消極的破綻主義によって破綻した婚姻の治癒、婚姻制度の維持強化をはかることは困難であった。⁽²⁵⁾ この点が認識されてくる⁽²⁶⁾ と、A説の説く立場は採りえなくなり、「破綻した婚姻」をそれがいかに形骸化しているとしてもその法的外皮 (the empty legal shell) を維持することにより、「婚姻上の諸義務」の履行を強制して被告の保護をはかろうとする立場が出て来る。これがB説の立場であり、C説はA説とB説との中間頃である。しかし、この無責配偶者の経済的保護も大きなデッドロックに乗り上げざるをえなくなるように思われる。イギリスにおける法律委員会のレポートは次のように述べている。

「ほとんどの事件において……被告の苦難はすでに破綻から結果しているのであり、離婚の拒絶によってこの苦難をいやすことはできない。」⁽²⁷⁾

この見解は一般論として正当なものと思われる。相続権も根拠とされるが、これも原告の生前の財産処分を禁止する方法はなく、効果が大とは思われない。このように、実質的意義が乏しいにもかかわらず、有責配偶者の離婚請求を

否定する論理がなおも維持せられるべきだとすれば、B説においても、やはり婚姻の倫理的判断が先行しているものといわざるを得ない。⁽²⁸⁾ここに全体として消極的破綻主義の限界が存在するのである。ゆえに、この限界点を見ずえたところから積極的破綻主義の立場が出て来るのであり、そこで、積極的破綻主義説はB説において問題とされた無責配偶者の経済上の保護の問題は、離婚後の経済的措置の問題として解決すべきであるとするのである。

(三) 最近の離婚法の動向

そこで、破綻主義の端緒において、消極的破綻主義であった各国の離婚法や判例の動向には、右の事実を踏まえて更に徹底した破綻主義への志向が見い出される。オーストラリア連邦婚姻事件法は原告の姦通を裁量的阻却事由とし絶対的阻却事由としていない。⁽²⁹⁾阿部徹氏によれば、法文の上では有責配偶者の離婚請求に対し否定的態度を採っている北欧諸国において、判例はそれを緩和する傾向にあり、長期の別居が継続した場合婚姻生活の回復の見込はないとして離婚が認められていると指摘されている。⁽³⁰⁾さらに、最近の英米の離婚立法の動向には目覚ましいものがある。⁽³¹⁾カリフォルニア州のように「回復し難い婚姻破綻」と「治癒し難い精神病」の二者のみを婚姻原因として規定するものから、ニューヨーク州、サウスカロライナ州等のように「一定期間の別居」を離婚原因として規定するものまで、アメリカ各州の離婚法は大きく破綻主義への発展を示している。加えて、本論に最も関係の深い「有責性の抗弁」を明文上否定又は削除した立法例として、アーカンソー、フロリダ、アイオワ、ミネソタ、ニューハンプシャー、ニュージャージー、ニューヨーク、オレゴン、サウスカロライナ、テキサス、ヴァージニア、ワシントン等の諸州がある。⁽³²⁾一九六九年イギリス離婚改正法二条一項(e)号は、「五年間の別居」を離婚原因とし、原告がこの(e)号を唯一の離婚請求の基礎として離婚の申立をなした場合、裁判所は被告の異議申立に基いて次の如く判断することになっている。

「婚姻当事者の行為、当事者、子または関係する他の人々の利益を含むあらゆる状況を斟酌するものとし、裁判所が、婚姻の解

消は被告の重大な経済的または他の困難を生ぜしめ、かつ、あらゆる状況を考慮すれば、婚姻の解消は正当でないという意見を有する場合には訴を棄却するものとする。⁽³³⁾

有責性の抗弁を明文上否定するアメリカ諸州の規定と比較すれば、立法上曖昧さが残るが、これは改正法が主として国教会と法律委員会の見解の対立の妥協として成立したことに由来し、原告の「有責性」をそれ自体としては阻却事由とはしない旨を立法により明文化することが困難であった為と考えられる。⁽³⁴⁾ しかし、ここでは「原告の行為」のみが単独の阻却事由として規定されていず、斟酌されるべき一要素とされている点が注目される。これは従来のヨーロッパ諸国の「有責性の抗弁」とは相当異なり、更に、請求が棄却されるのは、婚姻の解消による結果として「被告の重大な経済的または他の困難」が発生する場合である。そこで本条に基いて原告が有責であることのみを理由として異義申立をしようとする場合、「他の困難」が生じたことを理由とすることになる。⁽³⁵⁾ 故に有責性のみを抗弁とする事例は少いのではないかと思われ、筆者が目にするのできた事例も有責性のみを抗弁とはしていない。⁽³⁶⁾

最後に、積極的破綻主義といっても婚姻の倫理的要素を無視するものではないという点が注意されねばならない。積極的破綻主義も裁判離婚の一形式であり、それは法制度としての一夫一婦制婚姻を否定するものではありえないのである。すなわち有責主義と消極的破綻主義が当事者の「有責性」に婚姻の倫理的根拠をもとめ、ゆえに婚姻の制度主義的原理により支配されていたのに対し、積極的破綻主義は「婚姻の客観的破綻」に倫理的根拠をもとめる。このことは、男女の自由な意思による結合のみを法的に承認し当事者の幸福追求を基本的価値とするに至った現代の婚姻法倫理から見て、当該婚姻の継続が客観的に見て当事者双方にとって無意味と判断される場合、その解消が妥当とされることを意味する。積極的破綻主義という個人主義的離婚法原理は、右の意味での婚姻の破綻に基礎を置くからこそ、婚姻法制度の理念と矛盾しないのである。

有責配偶者の離婚請求に関する覚え書き（緒方）

- (1) 太田武男「破綻主義」（家族問題と家族法Ⅲ「離婚」）、尾高都茂子「民法第七七〇条第一項第五号の『婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』にあたらぬ一事例」（法学協会雑誌第七二巻第三号）、谷口知平「愛情消失・長期同棲廃止と離婚―昭和二七・二・一九最高裁判決の比較法的地位―」（民商法雑誌二八巻五号）。
- (2) 沼正也「夫が情婦を持ったため妻との婚姻関係継続が困難となった場合それだけで夫の側から民法第七七〇条第一項第五号による裁判離婚を請求し得るか」（法学新報六一巻八号）、福地陽子「有責配偶者の離婚請求」（民商法雑誌三三巻四号）、赤崎ハツヨ「有責配偶者の離婚請求と『婚姻を継続し難い重大な事由』」（民商法雑誌三二巻四号）。
- (3) 中川善之助「新訂親族法」、阿部徹「破綻主義理解に関する一疑問―有責配偶者の離婚請求に関連して―」（熊本大学法文論叢一五号）。
- (4) 太田武男・前掲・二四七―二四八頁。
- (5) 沼正也「（基本法演習）抽象的離婚原因（民法9）」（法学セミナー三八号）。
- (6) 沼正也・前掲・六六九頁。
- (7) 沼正也・前掲（法学セミナー）。三八頁。
- (8) 福地陽子・前掲・六三三頁、赤崎ハツヨ・前掲・四七四頁、沼正也・前掲（法学セミナー）三九頁。
- (9) 中川善之助・前掲・二五九、三一九頁阿部徹・前掲・三二、三五頁。
- (10) 中川善之助・前掲・二五九頁。
- (11) 中川淳「有責配偶者の離婚請求をめぐる一考察」（民商法雑誌三九巻四・五・六合併号）五九四頁、その他積極的破綻主義を採る学説として、高梨公之「婚姻の破綻と有責者の離婚請求」（日本法学二〇巻三号）、高橋忠次郎「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―」（専修大学論集一〇号）大川正人「破綻主義と有責配偶者の離婚請求」（阪大法学五号）。
- (12) 田村精一「有責配偶者の離婚請求についての試論」（法学雑誌四巻三・四合併号）二五九頁。
- (13) 阿部徹・前掲・二二頁。
- (14) Minutes of Evidence taken before the Royal Commission on Marriage and Divorce, Sixth Day, Wednesday, 28th May, 1952, p.141. イギリス国教会は次の如く述べている。「我国の法は、婚姻を、夫婦が相互に終生の結合の

中に拘束しあうところの自由に契約された義務 (obligation) であると考えている。法はある一定の婚姻義務違反があった場合に、それを犯した配偶者から犯された配偶者が離婚を手に入れることを許している。その中に承認しうる道徳原理が存在する。」又次のようにも述べる。「キリスト教徒にとって婚姻義務違反は、婚姻に関するキリスト教的見解にそむく行為を意味する。キリスト教徒は、実際、それをより一般的に罪と呼んでいるが、同じ意味である。」(ibid., p.160.)

(15) E. H. E. Barber, *Divorce—The Changing Law*, in "Divorce, Society and the Law," edited by H. A. Finlay, pp. 71—72.; W. J. Good, *World Revolution and Family Patterns*, p.82. 拙稿・一九五——一九六頁。

(16) 但しドイツ民法を改正する一九三八年ドイツ婚姻法 (Ehe Gesetz) を、その破綻主義化の帰結として捉えることには一定の疑問がある。ここではナチスの國家主義の貫徹がうかがわれ、この理念は個人主義を基本原理とする破綻主義とは矛盾するものだからである。

(17) 栗生武男「法の変動」三二八頁は同一の被害者救済という理念により統一的に理解せんとしている。しかし、一九三七年イギリス婚姻事件法が、精神病を離婚原因として規定しながらも、全体としてみれば新しい原理の確立とみなされるのでなく、有責主義離婚原因の拡張が主体であるとみなされている (O. K. McGregor, *Divorce in England*, p.28.) ように、個別的な無責離婚原因は、有責主義離婚法の下でその絶対的離婚原因と並存しうるのである。

(18) Royal Commission on Marriage and Divorce, Report 1951—1955, para. 70 (iii).

(19) W. Müller-Freienfels, *Ehe und Recht*, s.139.

(20) 「配偶者個人の自由、尊厳をより重視し、失敗に帰した婚姻から当事者を解放し、新たな幸福への道を拓くことを志向する離婚法の原理である。」(阿部・前掲・二二頁)

(21) Royal Commission, op. cit., Paras. 69 (xiii)—69 (xvii).

(22) A Group appointed by the Archbishop of Canterbury, *Putting Asunder—A Divorce Law for Contemporary Society*, para. 18.

(23) *ibid.*, para. 100.

(24) *Minutes of Evidence*, p.141. 註(2)を指摘した点。

- (25) *ibid.*, p.160. モートン委員会当時の国教会の見解である。一回限りの姦通が離婚原因とされ、真の嫌悪の情や反感といったものが離婚原因とされないことは不合理ではないかという質問に答えて、国教会は、「一回限りの姦通を離婚原因とするのは世俗法であり、教会ではない。法が一回限りの姦通をもって十分な離婚原因であると認めないということにすれば、教会としてはこれに大いに賛成である」と答えた。この見解が有責主義離婚原因の相対化における消極的側面を重視するものであることは明らかである。
- (26) この点に関して、消極的破綻主義説中、B説の典型として紹介した沼正也氏は、消極的破綻主義によって破綻した婚姻の回復の可能性については疑問を呈していた（沼・前掲・六七二頁）。
- (27) The Law Commission, *Reform of the Grounds of Divorce: The Field of Choice*, 1966, para. 40.
- (28) 田村精一・前掲・二五九頁。
- (29) F. H. E. Barber, *op. cit.*, p.176.
- (30) 阿部徹・前掲・三〇頁。
- (31) これを紹介する論文として、三木妙子「イギリス離婚法の改正経過(一)(二)」(ケース研究一一二号、一一二二号)、野田愛子「有責配偶者の離婚請求の新たな視点」(民事研修一九五号)、島津一郎「アメリカの離婚法—アメリカ法との比較検討—」(ケース研究一二七号)、同「最近における離婚法の動向」(ケース研究一三四号)、浅見公子 *Note. Divorce Reform in New York*, 4 HARV. J. LEGIS. 149—60 (1966) (アメリカ法一九六八—)、同「キャリフォルニア州における離婚法の改正」(アメリカ法一九七二—)、野田他訳「揺れ動くアメリカの離婚法I」(判例タイムス二七七号)、同、「家族法の未来と展望—ゆれ動くアメリカの離婚法II—」(判例タイムス二九五号)、浅見公子「カリフォルニア州における離婚法改正について」(ケース研究一三六号)、大出晃之「アメリカ各州における離婚原因」(ケース研究一三六号)。
- (32) 大出晃之・同・四〇頁以下。
- (33) 一九六九年離婚改正法の条文は拙稿(九大法学二六号)の補遺を参照されたい。
- (34) Jenifer Levin, *The Divorce Reform Act 1969*, in *The Modern Law Review*, vol. 33, 1970, p.643.
- (35) *ibid.*, p.643.
- (36) *Mathias v. Mathias*, [1972], [C. A.], [1972] 3 W. L. R. 201. *Parker v. Parker*, [1971], [Fam.], [1972] 2 W.

三 判例の動き

(一) まず、有責配偶者の離婚請求に関する判例を、筆者が見出し得た限りで、判決年度順に配列すると次のようになる。資料は、最高裁判所民事判例集（民集）、下級裁判所民事判例集（下民）、家裁月報（家月）、判例時報（判時）、判例タイムス（判タ）等である。

A、最高裁判所の判例

- ①昭二七・二・一九（民集六・二・一一〇）、②昭二九・一一・五（民集八・一一・二〇二三）、③昭二九・一二・一四（民集八・一二・二二四三）、④昭三〇・一一・二四（民集九・一一・一八三七）、⑤昭三一・一一・一一（家月八・一一・四五）、民集一〇・一一・一五三七）、⑥昭三二・四・一一（民集一一・四・六二九）、⑦昭三三・一・二三（家月一〇・一・一一）、⑧昭三三・二・二五（家月一〇・二・三九）、⑨昭三五・六・一七（民集一四・八・一四〇八）、⑩昭三六・四・七（家月一三・八・八六）、⑪昭三七・五・一七（家月一四・一〇・九七）、⑫昭三八・六・四（家月一五・九・一八〇）、⑬昭三八・六・七（家月一五・八・五五）、⑭昭三八・一〇・一五（家月一六・二・三一）、⑮昭三八・一〇・二四（家月一六・二・三六）、⑯昭四六・五・二一（民集二五・三・四〇八）

B、下級裁判所の判例（審判例も含む）

- ①大阪高判昭二四・七・一（民集六・二・一一九）、②甲府地判昭二五・四・一九（下民一・四・五六四）、③横浜地判昭二五・一一・七（下民一・一一・一七六九）、④京都地判昭二八・一一・一一（下民四・一一・一六三八、家月七・六・六四）、⑤仙台高判昭二九・二・二六（家月七・六・七三）、⑥大阪地判昭二九・四・二八（家月七・六・七七）、⑦東地判昭二九・八・一三（判時三三・三）、⑧広島地判昭二九・八・一六（家月一〇・二・四二）、⑨福岡高宮崎支判昭三〇・八・一〇（民集一一・四・六三五）、⑩福岡高判昭三一・二・九（家月八・七・五二）、⑪広島高判昭三一・四・二七（家月一〇・二・四〇）、⑫

有責配偶者の離婚請求に関する覚え書き（緒方）

長野地判昭三一・一二・二六（不法行為下級民集一・五九四）、^⑬東京高判昭三一・一二・二六（下民七・一二・三八一一）、^⑭大阪家審昭三二・九・一七（家月九・一〇・四四）、^⑮大阪地判昭三二・一一・一一（家月一〇・三・四五）、^⑯名古屋地判昭三三・四・四（家月一〇・四・二九）、^⑰広島地呉支判昭三三・九・二二（家月一〇・一一・五九）、^⑱東京地判昭三四・六・二六（家月一一・一〇・九四）、^⑲長崎地佐世保支判昭三四・九・二三（家月一五・九・一八六）、^⑳東京地判昭三四・一一・三〇（家月一二・三・一一三）、^㉑長野地判昭三五・三・九（家月一三・九・六七）、^㉒長野地判昭三五・四・二（家月一二・一〇・一一七）、^㉓東京地判昭三五・五・三一（家月一一・一〇・一二六）、^㉔福岡地判昭三五・九・八（家月一五・九・一九〇）、^㉕長野地判昭三五・一二・二七（判タ一一五・九六）、^㉖東京高判昭三六・三・二九（家月一六・二・四七）、^㉗大阪高判昭三八・六・二六（家月一六・一・九一）、^㉘長野地飯山支判昭四〇・一一・一五（判時四五七・五三）、^㉙東京高判昭四二・六・一五（家月二〇・一〇・三九）、^㉚東京家審昭四二・七・一二（家月二〇・二・五七）、^㉛千葉地判昭四三・一〇・二五（判時五四三・六九）、^㉜東京高判昭四五・一〇・二九（民集二五・三・四二〇）、^㉝山形地判昭四五・一一・一〇（判時六一五・六三）、^㉞横浜地川崎支判昭四六・六・七（判時六七八・七七）、^㉟東京地判昭四七・三・一八（判時六七七・八三）

以上、分析の対象は、最高裁判例一六、下級審判例（審判二を含む）三五、合計五一である。以下、引用に際してはA①、B①の形式で行なう。

(二) 最高裁判所判例の類型化

(1) もっぱら、又は、主として有責な配偶者の離婚請求を棄却する判例—A①、A②、A③、A⑦、A⑩、A⑪、A⑬、A⑭—

リーディングケースであるA①は、昭和十一年八月、事実上の婚姻し、同一三年から一六年にかけて原告は応召し、帰還して一八年三月一日届出をなした。同二一年七月、訴外S子と関係をもち妊娠させ、同二二年四月よりS子と同棲、別居期間二年に及ぶという事実関係のもとで、次のように判示した。

「……原審の認定した事実によれば、婚姻関係を継続し難いのは上告人が妻たる被上告人を差し置いて他に情婦を有するからで

ある。上告人さえ情婦との関係を解消し、よき夫として被上告人のもとに帰り来るならば、何時でも夫婦関係は円満に継続し得べき筈である。即ち上告人の意志如何にかかることであって、かくの如きは未だ以って前記法条にいう『婚姻を継続し難い重大な事由』に該当するものということとは出来ない。……結局上告人が勝手に情婦を持ち、その為め最早被上告人とは同棲出来ないから、これを追い出すということに帰着するのであって、もしかかるといふ請求が肯認されるならば、被上告人は全く俗にいう踏んだり蹴ったりである。法はかくの如き不徳義勝手気儘を許すものではない。」

右に見たように、A①は、未だ「婚姻を継続し難い重大な事由」にあたらぬ、つまり「婚姻が破綻していない」とを理由としているのか、それとも、「破綻してはいるが、それでもなお、有責配偶者の離婚請求は許されない」とを理由としているのか、解釈の分かれる余地があったのである。⁽¹⁾しかし、A②以下の判例の流れからわかるように、最高裁判所の判旨の力点は後段にあったものと思われる。A②の事実関係は次の如くである。当事者は、昭和四年一月一八日に結婚式をあげ以後同棲し、同一五年八月二七日婚姻届をなし、同年九月一日長女を儲けた。上告人の出征期間（五年間）をはさみ、二二年三月の別居に至るまでの夫婦の同棲期間は一年程度である。さらに別居後五年程経て他女と同棲し、今日に至る。

「一方被上告人には、多少の欠陥はあっても取り立てていう程のものではなく、同人はひたすら上告人の復帰を期待して貞節を守っているというのであるから、仮に所論の如く本件当事者間の婚姻関係の継続が事実上困難になつていても、そのよくなことになつたのは、もっぱら上告人の行為に起因しているといわなければならぬ。かくの如き民法七七〇条一項五号にかける事由が、配偶者の一方のみの行為によって惹起されたものと認めるのが相当である場合には、その者は相手方配偶者の意思に反して同号により離婚を求めるときはできないもの」

A⑦は、妻に対する夫の実夫の不倫行為を夫が放置したという事実関係の下で、妻の夫に対する本訴としての離婚請求を認めながら、反訴においては、有責配偶者の離婚請求を認めないとした原審（B⑩）の判断を相当としたもので

ある。A⑪、A⑬、A⑭は、「主として」婚姻破綻に原因を与えた当事者の離婚請求は認められなかったものである（A⑬は他の事由、回復可能性の有無も考慮）。A⑩はA②とほぼ同旨と考えられる。

(2) 多少の落度があったとしても、相手方により多くの落度があった場合は、離婚請求を認容できるとした判例—A④、A⑧、A⑫—

A④、当事者は、大正三年結婚し、大正五年に届出をした夫婦であり、五女一男を儲けたが、現在は二女一男のみとなり、昭和二六年一月、X（妻）は長男の精神病の治療を理由にY（夫）に無断で長男を伴って上京し、その後上京してきた娘二人と母子四人で生活し、現在Y（夫）とは別居している。Yは昭和六、七年頃、病氣療養中、附添看護婦と情交関係を結び、以来Xに対し暴行に及ぶ等粗暴なふるまいが多かった。昭和二六年にXが無断で上京したのは、右のYの女性関係を遠因とした夫婦間の感情の疎隔とYの暴行のためであるが、このようなYのふるまいには、Xが二十数年前に起きたYの女性関係を根に持ち、ことある度に言い立てYの古傷に触るようなことをして、徒らにYの感情を刺激する態度に出たことも原因となっているという事実関係の下で次のように判示した。

「原審が証拠によって適法に認定した事実を総合すると、結局民法七七〇条一項五号にいわゆる「婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」に該当する、と当裁判所でも判断することができる。原判決では被上告人側にもいくらかの落度は認められるが、上告人側により多大の落度があると認めているのである。かような場合に被上告人の離婚請求を認めても違法とはいえない。」

A⑧、当事者は昭和二五年に恋愛の上、事実上の婚姻をし、昭和二七年に届出をした夫婦で、Y（夫）が結核で療養した為、X（妻）は酒場の女給として働き、その際X自身必ずしも貞淑な妻とは言い難い点もあったが、YはXの行為に不信を抱き、度々、粗暴な行為に及んだことから、昭和二七年八月、Xは離婚を決意しYと別居し今日に至るという事実関係の下で、最高裁判所はA④と同様に判示した。

A ⑫は、原審が、妻にも多少の責任はあるが、夫に多大の責任があるとして、原告（夫）の離婚請求を棄却した（下級審判例で検討）のに対し、「他に特段の事情が認められない限り、上告人（夫）に、もっぱらまたは主としてその責任があるものと断定することは困難である」として破棄差戻した事例である。

(3) 当事者双方に有責事由が存する場合、離婚請求を認容できるとした判例—A ⑤—

A ⑤、事実関係が不明であるが、次のように判示した。

「原審は、上告人（妻）が被上告人のかねて疑惑不快の念を抱いていたS（被上告人の元雇人）と昭和二四年五月頃以降久しきに亘ってその居を共にし被上告人方に帰来しない所為は、……少くとも婚姻生活の円満、維持に心すべき妻の所為として甚だ穩当を欠くものであり、これら上告人の所為は被上告人の所為と共に民法七七〇条一項五号に所謂婚姻を継続し難い重大な事由のある場合に該るとの趣意を判示しているのであって、……原審は所論のように婚姻継続を困難乃至不能ならしめる事由が上告人のみに存する旨を認定して居るものではなく、上告人の前記所為を始め被上告人の所為等に照せばそれが上告人、被上告人の双方に存するとなして居るものであることを原判決の行文から容易に看取し得られるのみならず、原審認定に係る事実関係の下に於ては原審の右判断の相当であることを肯認するに足る」。

(4) 「婚姻破綻後」に「婚姻義務違反」を犯した配偶者の離婚請求が認容された判例—A ⑥、A ⑨、A ⑮、A ⑯—

A ⑯、上告人（妻Y）と被上告人（夫X）は昭和三五年三月七日結婚式を挙げ、同年四月一八日婚姻届をなした夫婦である。Xはいわゆる婿養子として結婚したのであり、その縁組は養父の望むところであつたにもかかわらず、婚姻後、養父はXにつらくあたり、その人格を無視し男色行為に及ぶ等重大な侮辱を加えた事実がある。こうした状況は長男出生（昭和三五年一二月二九日）後も変わらないので、三六年にはXは家を出て別居するにいたり、三七年一二月Xが同居の回復を決意し養父方を訪れたのに対し、養父等がこれを追い返した事実がある。Yも妻としての態度に乏

しく養父らに同調して被上告人を侮辱した。そこで、XはYを相手として「婚姻を継続し難い重大な事由」を理由として離婚請求を提出した事例である。

「被上告人は、上告人Yとの間の婚姻関係が完全に破綻した後において、訴外F子と同棲し、夫婦同様の生活を送り、その間に一児をもうけたというのである。右事実関係のもとにおいては、その同棲は、被上告人と右上告人との間の婚姻関係を破綻させる原因となったものではないから、これをもって本訴離婚請求を排斥すべき理由とすることはできない。右同棲が第一審継続中に生じたものであるとしても、別異に解すべき理由はない」

本判決は、従来余り論ぜられていなかった点について判断を示した例であり、最高裁判所としては最初の判例であるとされている。⁽²⁾ たしかに、最高裁判所が右のような事例に対して明確な形で判断した例は、これが最初といえる。しかし、同様な判断を無意識的に下したと考えられる例は存在するのである。先に列挙したA⑥、A⑨、A⑮である。

A⑥、X（妻）とY（夫）は昭和一八年三月一〇日婚姻し、一九年四月一六日長男を儲けた夫婦である。Yは同年七月頃召集され、二〇年八月末頃復員したが、復員後、生活態度が乱れ、かつ電線を盗もうとして電柱から落ち性的不能者となり、加えてXに精神的侮辱を加えたところからXは実家に帰り、XYは別居状態になった。別居後一年程経た昭和二四年七月頃、Yの実父がYに愛想をつかし、X方へおもむきYの署名捺印のある離婚届にXの署名捺印を求めたところ、XはYの実父がYを説得したものと信じて署名捺印し、離婚届がなされた。その後Yより、離婚届出無効確認並同居請求の訴が提起され、宮崎地裁都城支部において昭和二九年八月四日Xの勝訴が確定している（下民五・八・一二四五）。ところがXはYとの離婚を有効なものとして、昭和二六年十一月一五日他男と婚姻し、子も儲け、今日でも事実上の婚姻を継続しているという事例である。第二審B⑨は、Yの行為をもって婚姻を継続し難い

重大な事由にあたるとした上で、右のY勝訴の判決の確定により戸籍上XがYの妻として復帰したものの「被控訴人は依然訴外Tと同棲し事実上円満な夫婦生活を営んでいる事実が認められるから旁以て本件当事者の婚姻は継続し難い重大な事由あるもの」と言わなければならぬとした。そして、上告審であるA⑥は次のように判示した。

「所論のごとく、別件訴訟において、被上告人と上告人との離婚届出無効の確定判決があり、また被上告人と訴外Tとの婚姻取消の確定判決があったからといって、それとは別に、当事者間に婚姻を継続しがたい重大な事由のあることを理由として本訴請求をすることは何ら妨げられるものでないことは原判示のとおりである。そして原審の認定した事実関係のもとにおいては、婚姻を継続しがたい重大な事由のあることを認めることができる。」

最高裁判所は、原審の加えた「訴訟法的问题」に対する判断に重点を置き、肝心のB⑨が確定判決後のXのTとの事実上の婚姻の継続もあわせて「継続し難い重大な事由」の判断要素とした点へは具体的な言及をせず、全体として原審の判断を支持したものである。中川淳氏は、本判決を評して、有責配偶者の離婚請求が認められた判例であり、ただ、この点が正面から問題とされず、問題の所在が他にあつたために有責配偶者の離婚請求が陰にかくれて何時の間にか認められた判例であるとしている。⁽³⁾ たしかに、本件の事実関係を考えると、Xは判決確定時に、戸籍上妻として復帰するだけでなく、事実上も夫婦生活の回復をなす義務が課せられたわけであるから、「その後の事実上の婚姻の継続」が有責行為とみなされるのか否かという問題を生ずる。しかしながら、本件は、A⑩と同様に、当該事実上の婚姻関係は婚姻破綻後のことであり、破綻に原因を付与したものであるのではないと暗黙のうちに認識された判例と考えた方が妥当ではないかと思う。B⑨が、Yの行為とXの事実上の婚姻とあわせて「継続し難い重大な事由」の判断要素としている点からは、先の(3)の類型に類似しているが、B⑨は、「事実上円満な夫婦生活を営んでいる事実」(傍点筆者)と述べているように、これをXの側の有責行為とはみなしていない。この点からもA⑥はA⑩の類似判例として

位置づけるべきであらう。

A ⑮、X（夫）とY（妻）とは昭和二一年五月に十分な交際のないまま式を挙げ、翌七月九日婚姻届をし、その間同年三月二五日に長女を儲けた夫婦である。Xが消極的な性格を有していたのに対し、Yは気性が強く自らを譲るといふところがなかったため、同様な性格を有するXの母との間に不和確執を生じ、夫としてのXの努力不足もあって、家庭の中がすさみきつた為、Xはいたたまれなくなり、昭和二五年五月单身家を出て別居するにいたった。昭和三二年六月にXが提起した離婚訴訟（本件第一審）の勝訴判決後T子と同棲しているという事例である。

「原判決が適法に確定した一切の事情を斟酌すると、本件においては、婚姻を継続し難い重大な事由があり、しかもその事由の発生については上告人側（Y）に被告上告人側（X）以上の責任があると判断したことは、首肯できないわけではない。」

判旨に見るかぎり、A ⑮は、(2)の類型に分類されるべき判例であろう。しかし、ここで原審判決B ⑯を見てみよう。B ⑯は、Yの非妥協的性格と常軌を逸した言動によって家庭がすさみきつた為、Xは別居のやむなきに致つたものであり、夫婦の婚姻関係はこの時点ですでに深刻なまでに破綻に瀕していたし、Xの別居も他女との交渉を求める等の非難すべき目的があつてのものではないとした上で、「T子との同棲は、すでに控訴人（Y）との婚姻関係が有名無実となつてしまつてから七年以上を経過して後始まつたものである。したがつて、婚姻を破綻に導くに至つた責任については、被控訴人の側のみを非難するのは大当で控訴人においても被控訴人と同等またはそれ以上の責を負うべきである」と判示したのである（傍点筆者）。ゆえに、A ⑮は、B ⑯の有責性の比較衡量の点に重点を置いて判断を加えたものといえる。したがつて、A ⑮をB ⑯との関連で位置づけると、やはり、A ⑯に類似しこれに先行する判例といえよう。

A ⑨、X（妻）はY（夫）が嫉妬心強く乱暴の限りをつくすため、昭和二五年五月Yが自己の服用する薬を取りに行つて不在だったすきに、長男を置いてY方を逃げだし実家へ帰り、その後、昭和二八年二月頃特殊料理店甲におい

て酌婦として働いたがこれを嫌い二〇日間位でやめて同年八月頃から一〇月頃まで特殊飲食店乙の女中として働いていたという事例である。

「醜業に従事することを是認し得ないことは、もとより当然であるが……被上告人が特殊飲食店で働いたのは、上告人の処遇に堪えかね上告人の許を逃げ出してから二年余を経過した後のことであり、……当事者の間には、事実上既に久しく婚姻の実質が失われていたことが明白であり、右の事実とその他原審認定の一切の事実関係を総合すれば、所論被上告人の行為も上告人に対する重大な侮辱であるとは解し難い。」

これはYのXに対する反訴に対する判断であり、従って、婚姻破綻後の「醜業従事」は「婚姻を継続し難い重大な事由」にあたらぬとする点では、A^⑩、A^⑥、A^⑮とは異なるが、「婚姻破綻に因果関係を有しない『婚姻義務違反』」の存在を肯認する点では共通した判断といえよう。そして、本訴（XがYの行為を七七〇条一項五号にあたるとする離婚請求）においては、A^⑨はこれを認容しているのであり、上告理由の中に醜業従事を理由としてXを有責配偶者とする観点が含まれていなかったため、この点の判断が下されなままに終わったものと考えられる。この点で、先のA^⑥と同様である。

(三) 下級裁判所判例の類型化

(1) もっぱら、又は、主として有責な配偶者の離婚請求を棄却する判例——B^①、B^③、B^⑤、B^⑦、B^⑬、B^⑯、B^⑱、B^⑳、B^㉓、B^㉔、B^㉕——

B^①、有責配偶者の離婚請求を棄却したリーディングケースであったA^①の原審判決である。

「(七七〇条一項五号は)社会観念からみて配偶者に婚姻生活の継続を強いることがひどすぎるといわなければならない程婚姻関係が破綻せられた場合を指すのであって、その例示する第三号第四号の事由をみても明らかなように、必ずしも離婚を求めら

れる配偶者の責に帰すべき事由であることは要しないけれども、婚姻関係の破綻が主として離婚を求める側の配偶者の一方の責に帰すべき事由に基く場合を包含しないものと解するのを相当とする。自己の責に帰すべき事由によって婚姻関係の破綻をもたらしながら、これを離婚の訴の原因とするようなことは信義誠実の原則によっても許されない」

先に述べたようにA①が、理由づけとして二重の構成がなされているようにも見えたのに対して、原審判決はA①の後半の理由づけ、すなわち、信義誠実の原則に反するから認容できないという単一の理由づけがなされていたのである。B③は、原告と被告との夫婦関係が夫たる原告に情婦ができたため、和合を欠き、原告は昭和九年十二月以降情婦と同棲し十数年を経過したという事実関係のもとで、同様な判示をした。B⑤、X（原告、被控訴人、夫）とY（被告、控訴人、妻）は昭和二二年婚姻届をなした夫婦であるが、婚姻後、同居の長男夫婦らとYとの間に不和確執を生じ、これが為XYの夫婦生活も破綻に帰したという事実関係の下で、家政の主宰者であったXに、それらの不和確執を円満に納める責任があったのに、この義務を怠り、むしろ「長男B夫婦等の控訴人に対する感情悪化の赴くままにして自己の婚姻関係にも亀裂を生ずるに至らしめ」た点にXの有責性をみとめた判例である。B⑦、原告X（妻）と被告Y（夫）は昭和一八年婚姻届をなし、同一九年長女を儲けたが、XYは旧満洲国に移住した。その後、ソ連の参戦によりXはYと別れて長女とともに同二一年六月内地へ引揚げ、Yの実家に居住していたが、Yの母と折合を悪くしこれと別居し、同二六年訴外Eとの内縁関係を結び同二七年にはM子を儲けた。Yはソ連に抑留され現にシベリアに生存しているが何時日本に帰還しうるか不明であるという事実関係の下で次のように判示した。

「時期は不明であっても、やがて帰還することが確実である限り、やがて現実の結合関係の回復することが確実であるから、夫婦の実質が失われて居るといふことはできない（にもかかわらず、孤閨を守るべき義務を尽すことなく）却って自ら、自己の責任ある行為によって被告の母と折合を悪くし、之と同居し難くなり、その結果、実家に帰り、間もなく新に夫以外の男子を得て事実上の第二の婚姻を為し（たことは）本件原被告間の婚姻の実質は、原告が自ら破綻し去ったものである（から、Xは離婚請求

権を取得しない。何故なら、権利の取得については、権利の性質上、常に正当性を具有して居なければならぬ」

本件の場合、Xが訴外Eと同棲するまで、約五年近くの年月があるが、Xが有責配偶者とされた点に大きな特徴がある。B⑬は、民法第一条の法意に依拠して有責配偶者の離婚請求を棄却した判例である。B⑭、X（妻）とY（夫）は大正十一年五月に婚姻届をなした夫婦であるが、Yは社会的で乱費のくせがあった為資産家といわれたY家の財産を散逸せしめてしまったが、XYは婚姻以来とり立てていう程の不和もなくむしろ夫婦仲は円満であったところ、昭和二四年にXの兄が同居するに到ってからYとXの兄との間に確執を生じ、XY間も不和となったという事実関係の下で次のように判示した。

「被告が原告との同居を拒んだのは原告が被告の意思を無視して兄Kを原被告と同居させ被告の家庭の平和を乱したためであつてその原因の大半はむしろ原告に存すると見られ……原告はKと被告との間にあつて自ら妻として夫である被告との家庭の円満をとり戻すために努力することに思ひいたらずかえつて被告を攻撃し精神的にも経済的にもますますKとの同居生活を固守しようとの態度に出たものであることがわかれるのであるが……（Xが）自ら被告との不和の原因をよく見究めて適切な生活態度をとり危殆に瀕している経済生活の建直しに被告と共に努力したならばその不和もやがて解消するものと推認されるので原告間に民法第七百七十条第一項第五号にいう婚姻を継続し難い重大な事由があるということもできない。」

本件は先のB⑤と事実関係において近似しているが、B⑤が、有責配偶者だから離婚請求は認容できないとしたのに反して、本件はXが主として有責だとしながらも、不和の解消可能性を理由としている点に特徴がある。B⑯は、別居期間は一〇年余になるが昭和二四年に原告（夫）が提起した離婚請求が棄却され確定したにもかかわらず、妻の復帰を拒み、判決後一年そこそこで他女と同棲したことから、「おおむね原告の一方的意思及び行為に基き破綻」したとして棄却されたものである。B⑰は論理構成には特徴は見られないが、事実関係に特徴が見られる。X（夫）とY（妻）は昭和二十一年に事実上の婚姻をし、昭和二五年に届出をなした夫婦であるが、子はなく、Yは勝気でXより一

一才年上で再婚でありXは内気な性格であることが認められる。届出もYの不安感からの強い要請でなされたものであったが、昭和二七年Xが他女と関係をもちこれを妊娠させたことから、XはYに離婚を申し出たがいれられず同年一〇月に別居し他女と同棲、同一二月に女子を儲け今日に到るが、現在でもXY間には時折肉体的交渉があるという事実関係である。B²³はこの時折のXY間の肉体的交渉の事実をもって、「原告は有責であり、勝手、ふしだらであると謂うべく」と判示し、ゆえに、Xの有責性の判断の一要素としたのであるが、本件のような場合、これを「婚姻の破綻」というべきか否か、まずこの点の判断が問題とされるべき事例と考えられよう。

B¹⁹、B²⁴は、(一)(2)に分類したA¹²の第一審と第二審である。原告X（夫）と被告Y（妻）とは、昭和二八年八月末頃、XがY（当時特殊飲食店に働いていた）のもとへ四年来遊びに行つて交際した後、訴外Nの媒酌で式をあげ、同年九月婚姻届をし、昭和三一年二月に長男を儲けた夫婦である。XYがS市で間借生活を始めた頃は夫婦仲も円満であったが、日が経つにつれてXは飲酒して帰宅が遅れたり、一ヶ月のうち三、四日は帰宅しないことが生じ始め、H町に転居してからはその度を増し、その日の生活にも事欠く状況となった為、Yは昭和三一年八月の盆に今後の生活の相談の目的で長男をつれ、Xの外泊不在に着のみ着のまま実家へ帰った。その後Yの依頼にもかかわらずXはYと長男の生活費を支給していない。YはXと離婚するつもりで実家へ帰ったものではなかったが、近隣に不義理をかけている関係上X方へ帰ることができず、生活の維持のため夕方から夜半まで飲食店で女給として通勤することとなり、以前特殊飲食店で働いていた頃の客Mと情交関係を結んだり、その他にも収入の低さを補うため男客をとったことも一、二度ではないという事実関係の下で次のように判示した。

「被控訴人がこのような悲惨な状態に陥つたのは被控訴人にも多少の責任はないとはいえないが、その原因と責任の大部分は控訴人にあることは原判決が説示しているとおりであり、従つて控訴人の不貞行為や分娩等を理由に被控訴人に対し離婚を求める

ことができないと解するのが相当である。」

B^{①⑨}もほぼ同様である。A^⑫が破棄差戻したことにについてはすでに述べたとおりである。

B^⑳、X（夫）とY（妻）はXが訴外T子と情を通じたことから、昭和二六年九月一三日XYは離婚の合意をし、XはYを實力をもって追い出しTと同棲、XY間の別居は一一年余になるという事実関係のもとで次のように判示した。

「双方間の婚姻は、双方が昭和二六年中離婚及び財産分与の合意をした当時破綻したもの（民法七七〇条一項五号）と解するのが相当である（し）、およそ婚姻が破綻した場合、破綻した婚姻をあえて維持することは、婚姻の倫理性に反するものであって、婚姻の維持によって当事者が受ける法的拘束を免れさせるのが至当であるけれど、主として、みずからの反社会的行為（民法九〇条）に基いて破綻を惹起せしめた者が、破綻によって発生した離婚権を行使するのは、信義則に反するものと解すべきであり、それは離婚権の濫用（であるからXの離婚請求は認められない）……その結果いわば名目上の婚姻が維持されることとなるわけであるが、妻の扶養ないし相続の期待、妻という名にともなう精神的利益などを保護する合理的な必要性がある以上、それはやむを得ないというべきである。」

消極的破綻主義を採る立場のうち、B説（前述）の立場をとるものである点に注目すべきである。

(2) 本訴と反訴とにより双方とも離婚を請求する場合に、一方を認容しながら有責配偶者とされた他方の請求を棄却する判例——B^⑥、B^⑩、B^⑫、B^⑮——

B^⑥、妻X（原告、反诉被告）と夫Y（被告、反訴原告）は大正一二、三年頃より妾関係を継続し、昭和二年に長男Tを儲け、昭和二〇年に婚姻届をなした夫婦である。Yには他にも妾関係があり、昭和十一年にはその妾（S子）との間に女子を儲けた。Xは自己の外にも妾がいることを知っていたのであるが、正妻の死亡後、長男Tが学徒出陣する場合には良家の長男として出征させてやりたいとの親心もあって婚姻届をなし夫婦生活に入ったのである。しか

し昭和二二年頃にはYはS子を自宅に連れ込んだり、又その他にも女性関係を疑わせるような行状もあってXTとYとの間に不和確執を生じ、Tが父Yに暴行したりしたためYは身の危険を感じて、昭和二四年に別居生活をするに至り、別居期間が四、五年に及ぶという事実関係である。XのYに対する悪意の遺棄を理由とする離婚請求は否定したが、不貞を理由とする離婚請求を認容しながら、Yの反訴については次のように判示した。

「原被告が不和になり遂に別居生活するに至った本来の原因は主として被告の不貞な行為から発したことは疑のないところであり……なるほど、原告の被告に対する態度には、いささかしつこすぎるところがあったという感じを免れないかも知れないし、ここまで両者の対立が深まった以上正常な夫婦生活を続けてゆくのは困難だとも考えられるが、それも被告さえその気になって妾関係を清算し、妻以外の女との交渉をつつしめば、原告の態度もおのずからあらたまる性質のものであると考えられ、被告がその努力をすることは、義務として法律の期待するところである。そうすると夫婦生活に破綻を来たした結局の原因が被告の行為にあり、その破綻をもとにかえす力と義務のある被告として、その破綻を理由に離婚を請求することはできないといわねばならない。」

その他B⑩（A⑦の原審）、B⑫、B⑮もほぼ同様の論旨である。

(3) 多少の落度があったとしても、相手方により多くの落度があった場合は、離婚請求を認容できるとした判例——
B⑧、B⑪、B⑱、B⑳、B㉑、B㉒——

B⑧、B⑪は、先に最高裁判例の類型(2)で紹介したA⑧の第一審と第二審である。

B⑱、妻X（原告）と夫Y（被告）とは、昭和二五年一二月に事実上の婚姻をし、翌一月に婚姻届をなした夫婦である。昭和二六年七月からXは一年間留学したことがあり、その間にYは訴外T子と知り合い情交関係を結んだが、同二八年六月にその関係は清算されている。ところが、Yの父が死亡した同二八年九月以降夫婦間に確執を生じ、YはXに異常な行為や暴行を加えるようになったため、同三三年六月に別居し現在に至る。ところが、XはYとの関係

が不和になりつつあった昭和三二年春頃から三三年夏頃にかけて勤め先の同僚であった訴外Mと情交関係を結んでい
た事実がある。次のように判示した。

「右原告の不貞行為が原被告の婚姻を破綻に導いた大きな原因の一つであることは否定できない。しかし、原被告の婚姻関係を
詳細に吟味すると婚姻関係を破綻に導いた決定的要因は被告にある。……原告の不貞行為が許されないものであることは勿論で
あるが、その誘因は被告の態度によるところも大であったといわねばならぬ。以上を総合すると、結局右のような状態は両性
の合意のみによって成立し相互の協力により維持されるべき婚姻の理念に全く反するもの（であるから離婚請求は認容され得
る）。」

B⑳は、被控訴人（妻）が新興宗教に帰依し、宗教活動のため家事をおろそかにし、宗教活動上の接触から訴外M
と交際し不倫の疑いを招くような行動をしたこと等から控訴人（夫）との夫婦関係が破綻したという事実関係のもと
で、婚姻破綻について「控訴人に被控訴人よりも大きい責任があるものとは言えない」と判示したものである。

B㉑は審判事件である。申立人X（妻）と相手方Y（夫）は、昭和三五年五月XがYからなれば無理強いに関係さ
せられ同棲生活に入り、Yの短気、粗暴な性格のため波風の絶えない歳月であったが、Yの収入の低さを補なうた
めXはバーのホステスとして勤め出し、昭和三七年一月婚姻届を出した。長男出生（三七年四月）頃から家庭生活に
平穩の兆が見え始めていたが、Xのバーの勤務での帰宅のおくれから不和を生じ、さらに、Xはバーの馴染客と外泊
する等の行為があった。こうした事実関係のもとで、形式的には申立人Xが有責配偶者であることを否定しがたい
が、婚姻の出発点の問題性や相手方Yの婚姻に対する態度等が考慮されて家事審判法二四条により離婚の審判がなさ
れた例である。

(4) 本訴と反訴とにより、双方とも離婚を請求する場合に、一方は有責配偶者であるとしても、双方の離婚請求を認

容しうるとした判例——B②①、B②②、B②③、B③④、B③⑤——

この類型の判例は先の類型(2)の判例に対立するものである。論理構成としては五判例ともほぼ共通しているから、ここではB②①だけあげておく。原告・反訴被告X（妻）は被告・反訴原告Y（夫）と婚姻後、Xが生来勝気であることも相まってYやYの両親との間に不和確執を生じたが、Yは夫としてこれを除くための努力をなさないばかりでなく、むしろ寝室を別にする等の行動に出て、これがきっかけとなりXは家を出て実家へ帰り別居状態が二年程になるという事実関係の下で、次のように判示した。

「……これらのことは、原告が性来勝気であることと相まって、被告や被告の両親との和合を妨げる原因となったものといえよう。しかしながら、誰よりも責められるべきは被告自身である。（けれども、）かように原告及び被告が、それぞれ本訴及び反訴において離婚の請求をなし、客観的にもその結婚が破綻していると認められる場合、しかも後述するように、この訴訟において、離婚にまつわる財産関係の包括的終局的処理がはかられる場合には、すすんで離婚原因の仔細な探究、就中原被告のどちらに主たる責任があるかなどの具体的究明をまつまでもなく、婚姻を継続し難い重大な事由がある。」

本判決においても、B②②においても、有責性の比較衡量は離婚原因としては不要としているが、事実関係としては、従来なら一方が有責配偶者とされるケースであったと考えられる。

(5) 当事者双方に有責事由が存する場合、離婚請求を認容できるとした判例——B②②、B①④、B①⑦——

B②②、原告X（夫）と被告Y（妻）は昭和一一年五月に結婚式を挙げ、昭和一三年一〇月に婚姻届を了した。YはXの嫂の妹であり、兄夫婦はXYをいわゆる準養子として家を継がせるために結婚をとりもち、XYの仲も結婚当初は良く、又、兄夫婦とXYとの折合も良かった。Yは男勝りの働き者で、その点は兄夫婦も大いに多とされていたのであるが、反面、勝気に過ぎてしばしば粗暴な行為に出ることがあった。こうしたことが原因となって、昭和二二年五月にXは兄方を出て別居し、その後一年経過して訴外A子（Yの弟の妻であった女性）と事実上の婚姻をし、別居

期間が二年に及ぶという事実関係の下に次のように判示している。

「もっともこのような現実の夫婦生活の破綻の責任を挙げて被告に負わしめることも不当であって……(Xは)被告と婚姻当初これに性病を感染させたことのある事実も明らかであって、前段に認定したAとの関係の如き、妻である被告に対する重大な義務不履行と言わなくてはならない。しかしながら……被告に何等の責任がないということも亦失当である。右原告とAとの関係は、被告の原告に対する態度と互いに因となり果となつていたのであって、むしろ証拠によれば被告との家庭生活の索莫なことが原告をしてかかる過失を犯さしめたものとも言い得べく、被告亦その一半の責任を分担すべきもの(としてXの離婚請求を認容した。)」

本件はリーディングケースA①に時間的に先行する判決であるから、A①以後に判決がなされた場合を想定すれば如何なる判決となつたかという問題を残すが、ともかく、当事者双方の有責行為が因となり果となつて破綻の原因をなした場合は、離婚請求が認容されるとする点で注目される判決である。かつ、原告の有責行為が婚姻外と同棲であることも注意すべきである。

B⑰はB②と異なり原告に婚姻外の異性関係が存在した事実はないが、論旨はB②とほとんど同様に、原被告双方の言動が互いに因となり果となつて婚姻破綻が次第に発展して行つたものとされ、原被告がともに責任を相分つ場合に離婚請求を認容することの中に破綻主義の重要な意義の一端が存するものである。

B⑭は受刑中の夫との離婚調停について家事審判法二四条の審判をした事例である。申立人(妻)と相手方(夫)とは昭和二〇年に同棲し、同二一年に届出をなし、同年に長男、同二三年に次男を儲けた夫婦であるが、相手方は犯罪をくり返し現在でも服役中である。そこで申立人は生活に困り、経済的援助を受けて妻子あるAと情交関係を生じ継続中であるという事実関係のもとで、「夫婦のいづれか一方のみの責任を問うわけにはゆかない。……申立人が今尚Aと醜関係にあるならば格別であるが、兩名とも今度こそこの関係を清算することを直接当裁判官に誠意を以て誓

約したので」あるから、家審法二四条によって離婚の審判をすることができるとした事例である。本件においても申立人に不貞行為が存在したことに注意すべきである。

(6)「婚姻破綻後」に「婚姻義務違反」を犯した配偶者の離婚請求が認容された判例——B④、B⑨、B⑳、B㉑、B㉒、B㉓——

(6)の類型は最高裁判例の類型(4)に一致するものである。そこで、B⑨はA⑥の原審、B㉒はA⑮の原審であり、(二)で紹介したところである。

B④、原告X（夫）と被告Y（妻）とは昭和九年に婚姻届をなし、同一年と一二年に二子を儲けた夫婦であるが、Yは医師の家に生まれ裕福な環境で育つたため、その我侷と放縦が身について、X及びXの両親を蔑視するようなふるまいに及ぶこともあった。その後、Yは昭和一五年一月頃より流産の後が悪く入院することになり、翌一六年二月四日には、退院後の養生を実家とするかX方とするかの協議が整わない内に、無断で実家へ帰ったことから、Xの父の不興を買ったことなどが原因となり、そのまま別居生活に入りその期間が一二、三年に及ぶ。Xは昭和二四年一月頃より訴外M子と内縁関係を結び二子を儲けている。Yに悪意の遺棄ありとの主張は否定され、五号について次のように判断した。

「……従って原被告間の結婚生活は取返しのつかない程度にまで破綻しているのである。被告はこの点につき、原告が妻ある身であるに拘らず之を差置き他の女性と破廉恥の関係を結ぶは言語道断なりと主張するのである。そこで考えて見るに右述べたように、原被告間に破綻を来した主因は、昭和十六年以來の長年月に亘る別居であって、その別居に至った事情はむしろ被告の責に帰すべき事由に基くのである。……而してM子との関係が結ばれたのは昭和二四年一月からであって、原被告間の夫婦生活が破綻に帰した後の事であるから、この事によって破綻は来したのではない。」

B^{③①}は、夫の失踪後、一か月余しか経たないうちに他男と同棲し子を儲けた妻からの悪意の遺棄を理由とした離婚請求を認容した判例である。次のように判示している。

「……一見原告には不貞の行為があったものとみられないでもない。しかしながら、原告と被告間の婚姻関係は被告が原告を見捨てて姿をくらましたときにすでにその実体を失ったものとみるべきであり、原告と訴外Oとの同棲関係は原告と被告との婚姻関係が破綻したのちに生じたものであって……これをもって原告に有責行為があるとして被告に対する離婚請求を排斥するのは相当でない。」

B^{③②}はA^{①⑥}の原審であり、A^{①⑥}とほぼ同様の理由づけをしている。B^{③③}もA^{①⑥} || B^{③②}とほぼ類似した事例である。すなわち、原告X（夫）と被告Y（妻）とはYの氏を称する婚姻をし、Yの両親と同居する婚姻生活（約一〇年余）を送って来たのであるが、資産家であるYの両親はXを冷遇し、YもXの妻として、両親とXとの不和確執を除去する努力もXの苦勞を理解する姿勢も示さず、むしろ両親の側に組するか、もしくは傍観する態度に終始したため、昭和三七年六月にXは家を出て別居が六年余に及ぶ。この間にXは昭和四一年秋、訴外K子と情交関係を生じ、同四四年夏頃から同棲しているという事実関係のもとに次のように判示した。

「（XとK子との関係は）その別居から四年経過後生起したものであることから考究すると、原告との婚姻関係は……既に破綻に瀕し……（XとK子との関係は）右婚姻関係につき、実質上、なんらの消長を及ぼさないもの（である）。」

(7) 有責配偶者の離婚請求を認容しうるとした判例——B^{②⑤}——

原告X（夫）と被告Y（妻）は、Xが復員後寄宿していた兄夫婦のすすめで、必ずしもXの自発的な意思に基づくのではないままに昭和二二年三月結婚式をあげ、同二四年九月婚姻届を了した夫婦である（Yは嫂の妹）。かくて昭和二六年に至るまでXY共同して青果商を辛苦経営した結果、独立の店舗を構えるまでになったが、Yが子宮筋腫の手

術をしたことからXは子を儲ける可能性がないものと考え、子が出来なければその精神的な代償としてYに妻としての暖かい態度を強く希求するに至ったところ、Yがこれに全く応えることがなかった為、たまたま知り合った芸者S子に心を傾けるようになり、昭和二六年末から翌一月にかけてS子宅に時々外泊するようになり、二月に入るとXは家を出てS子と同棲し二子を儲けてこれを認知し今日に至る。次のように判示した。

「要するに、原告には、被告との婚姻を破綻に導いた主たる責任があるとするのが相当である。そこで、かかる有責配偶者が、自ら離婚請求をなし得るかが問われなければならない（とし、事実関係に即して、A①、A②、A③の判例理論が妥当しないケースであることを確認した上で）、一般的には、有責配偶者（特に妻以外の女性に走った夫の如き）の離婚請求は、離婚権の乱用と目さるべきであらうけれども、本件の如き場合は……むしろ相手方たる被告に、婚姻の解消を拒否することが妻たる身分権の乱用であると言えなくもない事実が存するのであるから、かかる場合には、民法第一条による制約は働かすべきではないと考える。」

(四) 以上検討したように、わが国の判例は、B⑤を除いて、「主たる有責配偶者」の離婚請求を棄却するという態度を採っている。消極的破綻主義の立場とされている。但し、ここで注意すべきことは、消極的破綻主義が有責配偶者の離婚請求を棄却するといっても、その基調は破綻主義なのであり、有責主義そのものではないということである。ドイツ婚姻法四八条二項が「離婚を請求する配偶者が全く又は主として婚姻破綻に責任を負う場合」と規定しているように、「婚姻義務違反」が単独に問題とされるのではなく、「婚姻義務違反」と「婚姻破綻」との牽連関係が問題とされるのである。⁽⁴⁾このことは、まず第一に消極的破綻主義においても、積極的破綻主義と同様に「婚姻の客観的破綻」が論理的前提をなすことを意味している。⁽⁵⁾ゆえに、消極的破綻主義においても、「破綻」の判断が必要不可欠であり、この論理的前提のもとに、「婚姻破綻」と「婚姻義務違反」との因果関係が問題とされ、当事者双方の「責任」の大小が判断されることになる。従ってこの立場は、原告が婚姻義務違反を行った場合無条件に離婚請求権なし

とする厳格な有責主義と、原告の有責性を問題としない積極的破綻主義との中間に位置づけられるべきものといえよう。⁽⁶⁾ この観点から分析すると、わが国の判例の中には、この判断の枠組を形式的には採用しながらも、実質的には無視していると思われる判例が存在する。

まず「破綻判断」を問題としない典型的な判例としては、リーディングケースA①の判断の仕方であろう。A①においては、上告人が「情婦との関係を解消」することが可能か、解消して被上告人のもとに帰還したとして夫婦関係が「円満に継続し得」るかという二重の判断の必要があるであろう。ここで別居期間の長短、他女との同棲期間の長短、さらに子の有無等の客観的事実が判断の基礎となるはずである。ところが、A①はこれらを全く無視して、あたかも上告人が被上告人のもとに帰還すれば婚姻生活が円満に継続しうるかの如く説く。要するに最高裁判所にとって「婚姻の客観的破綻」は重視すべき問題ではなかったのであり、後段で強調されたように「不徳義勝手気儘」な離婚請求は許さないということにほかならなかったのである。もし夫婦関係が円満に継続しうる可能性があれば、有配偶者の離婚請求の問題は判断の領域に入ってこないはずであり、A①はこの点からすると消極的破綻主義ではなく有責主義にごく接近した判断の仕方と考えるべきであろう。この傾向はA②にも見られるところであり、「婚姻関係の継続が事実上困難になっている」という表現は、「破綻」を前提としているとは明確に言い切れないように思われる。この傾向は、Bの下級審判例にも見うけられる。B②におけるXY夫婦間の別居後における性関係の継続という事実は「破綻判断」の重要な要素であるにもかかわらず、ここでは当該事実はXの有責性の判断要素の一つとしか考えられていない。裁判所が「破綻判断」よりも「責任判断」を重視している一例であろう。この傾向が顕著にうかがわれる例は(三)(2)の類型の判例の中にある。B⑥はY(夫)の反訴の判断に際して、Yが妾関係を清算すれば婚姻の継続可能性が存在するかの如く説いている。婚姻が継続しえないからこそ本訴が認容されたはずなのであり、ゆえに、

ここでは婚姻の破綻がほとんど問題となっていないと考えられ、本訴においても反訴においても有責主義を採る判例といわざるをえない。

次の問題は、婚姻破綻と婚姻義務違反との因果関係の判定とその上に立った「責任判断」のレベルにおけるそれである。A⑪、A⑬、A⑭と比較すると、A①、A②、A③は共通に破綻責任の原告への全面的帰属と、A③が「吾人の道徳観念の到底許さない処」と判示したように婚姻道徳の強調が顕著にうかがわれる⁷⁾。とくにA②は、別居後五年程経て他女と同棲した事例であるにもかかわらず、夫に全面的に責任を帰属せしめており、この点(4)のA⑯等と比較して問題となるのである。かつ有責配偶者の離婚請求を棄却する(1)、(1)の判例に全体としてうかがわれる傾向は、原告に婚姻義務違反、なかならず婚姻外の同棲という事実が存在する場合、容易に婚姻破綻との因果関係が肯定され、原告が「もっぱら又は主として」有責な配偶者と認定される傾向である。

更に、右の判断の枠組に沿って有責配偶者と判断されたとしても、第三の要件として、相手方の「婚姻継続意思」が問題となる⁸⁾。とくに、(2)の類型の判例の如く、「離婚意思」が本訴又は反訴により明確な場合、有責配偶者の離婚請求も認容されてしかるべきである。二で述べた離婚請求を棄却する意義が存在しないからである。ゆえに(2)のB⑥、B⑩、B⑫、B⑮、A⑦（B⑩の上告審）の判例は有責配偶者の本訴又は反訴に関して有責主義を採るものと言わざるをえない。

右に検討したように、(1)、(1)、(1)(2)に分類した判例の中には消極的破綻主義を採ったとは考えられない判例が少なからず存在していたと考えられる。これに対して、明らかに消極的破綻主義を採ったと考えられる判例は、(2)(3)(4)、(3)(4)(5)(6)(7)の判例である。これらの判例においては、先に述べた判断の枠組に沿った有責性の判断がなされているものと考えられる。消極的破綻主義は有責配偶者の離婚請求を棄却する離婚法原理であるにもかかわらず、むしろ

離婚請求を認容した判例がこの原理を明確に採用しているという事実は注目に値しよう。とくに(三)(3)のB⑬、B⑳、(三)(5)のB②は別居後一年程で他女と同棲関係に入った事例、B⑭は審理中も婚姻外の情交関係が継続していた事例である点に注意すべきである。そしてA⑯は右に述べた意味で消極的破綻主義の立場を最高裁判所として確立した判例である。かつ(二)(4)で述べた如く、最高裁判所にも類似の判例が存在したのであり、又、下級審には(三)(6)に分類した諸判例の如くA⑯と同旨の判例が存した。ゆえに、A⑯は(三)(6)の判例を最高裁判所としても認め、又、最高裁判所自身が無意識又は暗黙のうちに承認してきた判断の仕方⁽⁹⁾を明確に承認したものといえよう。

次に下級審の判例の中には(三)(4)類型の判例の如く(三)(2)とは逆に、有責配偶者の反訴又は本訴を認容した判例が多数あり、この類型に限ると、(三)(2)判例はB⑮(昭和三二年)で停止しそれ以降はほとんど見い出せず、B⑳(昭和三五年)以降は認容判例(三)(4)類型)が継続してあらわれている。少くともこの点に関する限り、下級裁判所の態度は明確な転換を示していると考えられる。さらに、全体として下級審判例を鳥瞰すると(三)(1)(2)類型の判例は昭和三五年までに集中しており、それ以降はそれ以外の類型判例、とくに(4)(6)の判例が集中的にあらわれており、このことは下級審が、昭和三五年頃を境として全体的に有責主義的判断を脱却して、右に述べた判断の枠組に沿った「消極的破綻主義」へと移行してきたことを示すものと思われる。ゆえにA⑯は、下級審判例のこの全体的な動向の上に基礎づけられているとも言いうるであろう。

ここで注意すべき事は、(二)(1)のA②が別居後五年程経て婚姻外の同棲を開始したにもかかわらず有責配偶者の離婚請求として棄却したのと比較すると、A⑯が事実関係において一つ重要な相違点をもつことである。それは、A②において被上告人が別居の開始に際し無責とされたのに対し、A⑯においては妻と妻の父が別居に積極的関与をした

と認定されていることである。A ⑩以外の(二)④の判例、(三)⑥の判例もこの点でA ⑩とほぼ一致していたのであり、別居の開始に際し被告が無責と判断されるかぎり、B ⑦の如く長期の別居後に同棲が開始しても原告が有責配偶者と判断されている。A ⑩と(二)④、(三)⑥の判例はアメリカ諸州の中ではワイオミング州の立法形式（原告に有責原因の無い二年間の別居^⑩）に近いものといえよう。

右と若干異なる判例は(三)⑦のB ⑮である。B ⑮は原告（夫）を主たる有責配偶者と認定しており、又、一般的には有責配偶者の離婚請求は権利の乱用と考えており、判断の枠組としては先に述べた典型的な消極的破綻主義の場合のそれである。しかし、この場合も具体的事態に即して判断すると権利の乱用とせず認容しうる場合があるとす。そしてそのために設定された基準の多くは有責配偶者のケースを含めて一般的に婚姻破綻の有無を検討するに必要な基準であり、この検討の上出された結論は要するに婚姻が客観的に破綻しているということにはほかならなかった。このことは、消極的破綻主義の立場から必要とされる判断の枠組に沿って具体的判断を行う場合、「責任の大小」という事実よりも「婚姻の破綻」という事実が前面に出て来ざるをえなくなり、次第に積極的破綻主義に接近することを意味していると考えてよいであろう。^⑪さらに下級審判例の全体的鳥瞰から得られた大よその傾向も右の命題をうらづけるものといえよう。すなわち二で論じた消極的破綻主義の限界が意識されてくることになるのである。この点で、B ⑰が有責配偶者の離婚請求を棄却しつつ、破綻した婚姻を法的に拘束することが婚姻の倫理性に反すると考えながらも妻の経済的、精神的利益の為には名目上の婚姻を維持することもやむなしとして、二で論じたA説の限界点の認識の上に立ってB説を展開していることにも注目すべきであろう。B ⑰は昭和三八年の判例であり、下級審判例の転換期と想定した昭和三五年頃に比較的近いことも考えると下級審判例はこの頃を基点として認容例だけでなく棄却例においても変動しており、二で論じたように消極的破綻主義のB説から次第に積極的破綻主義へと移行する徴候を示して

いると言えるのではなからうか。

- (1) 赤崎ハツヨ・前掲・四七二頁は、A①がまだ破綻していない事を理由としていると解し、大川正人・前掲・九四頁は、A①が消極的破綻主義を採るものと解している。
- (2) 國府剛「婚姻関係破綻後の他女との同棲と夫の離婚請求」(法律時報四三卷一二号)一六六頁。
- (3) 中川淳・前掲・五八四頁。
- (4) 阿部徹「注釈民法②」(島津一郎編)二九六頁、有地亨「夫婦間の義務の reciprocity — 婚姻の身分上の効果の実効性と限界—」(私法二二号)一〇九—一〇頁。
- (5) 「論理的前提」と述べたのは、一般に現実の判断の順序としては「客観的破綻」は判断の「結果」にはかならないからである。
- (6) 有地亨・前掲・一〇九頁。
- (7) 島津一郎「破綻主義」(別冊ジュリスト三九号)一三八頁。
- (8) 阿部徹「注釈民法②」二九五頁、青山道夫「改訂家族法論Ⅰ」一四一頁、本文に述べたように「離婚意思」が明白な場合は問題ない。しかし、離婚意思までには至らないが、婚姻継続意思がない場合、消極的破綻主義の立場からは、B②のように、被告の真意が意地や反感にある場合にのみ離婚請求が認容されるものと考えられる(阿部・二九六頁)。
- (9) A⑩を最高裁判例として有責行為と婚姻関係の破綻との因果関係に着眼した最初のものとする立場は、中川淳「夫が婚姻関係の破綻後妻以外の女性と同棲している場合と夫の離婚請求の許否」(民商法雑誌六六卷二号)一四二頁、離婚請求者の無責性という要件の比重を多少とも軽減することにもなるとする立場は、國府・前掲・一六六頁、A⑩が「別居」を「婚姻破綻の徴表」とみる趣旨を含みうるという解釈から、A⑩の思想的背景を破綻主義であると解し、A①以来二〇年目にして漸く最高裁が有責主義から破綻主義へ動き出したとする立場は、島津一郎・前掲・一三八—一三九頁。
- (10) 大出晃之・前掲・五五頁。
- (11) 野田愛子氏は、「(A⑩を評して)今後、有責行為と婚姻破綻との因果関係の追求に、判例理論が向うとすれば、それに対しては、欧米において、有責的離婚あるいは事実審理つき破綻原因に向けられたと同じ非難があたることになる、就

中プライバシーの侵害は覆うべくもない」とする。右の批判は正当なものと考えられる。しかし、最高裁判例が有責配偶者の離婚請求を棄却する態度を示し、かつ、その際も消極的破綻主義の枠組から外れていたという事実（島津一郎氏も有責主義を支柱としていたとする）を前提とする限り、A⑩は判例理論の発展の上で重要な位置を占めるものと考えられる。但し、筆者が消極的破綻主義に留まるべきだと考えるものではないことは本論に展開するとおりである。

四　むすび

二と三における分析の結果から、わが国においても、積極的破綻主義を採るべき時期にあると考える。しかしながら、わが民法七七〇条一項五号の抽象的規定形式からすると、婚姻破綻の判断は慎重に行なわれる必要がある。この点は積極的破綻主義説の一致するところである。ここで「破綻の客観性」が要求されることになる。しかし、この「客観性」という概念は、一般、通常人を基準とすることを意味するものではないと考えるべきであろう。¹⁾破綻主義という個人主義的離婚法原理のもとにおいては、破綻の判断も、当該婚姻における当事者双方を基準とするものでなければならぬものと思われる。そこで、当該婚姻を対象としての破綻判断の為のメルクマールを設定する必要がある。メルクマールとして次のものが考えられよう。

①当事者双方の環境と行為、²⁾②別居が存在する場合はその動機と形態、とくにその期間の長さ、³⁾③婚姻生活の年数（実質的同棲期間）とその実態、さらに子の有無、④婚姻外と同棲関係が存在する場合はその動機と生活の実態、とくに期間と子の有無、⁴⁾⑤離婚を請求される側の「婚姻継続意思」の有無とその内容。⁵⁾

積極的破綻主義の立場から「当事者双方の行為」を問題とすることは、その理念と矛盾するように思われるかもしれないが、ここでは、「行為」にあらわれた責任を問題にするのではなく、破綻の徴表としての行為を問題とするのである。カリフォルニア州のように、和解不可能な不和と精神病のみを離婚原因として規定した場合、和解不可能性

の認定の基準として当事者の非行に関する証拠が認められることが指摘されている。⁽⁶⁾「一定期間の別居」という、婚姻破綻のメルクマールとして最も客観性、明白性、確実性を有する規定形式と比べて、カリフォルニア州やわが民法の如きはるかに抽象的な規定形式においては、当事者の行為も婚姻破綻の徴表⁽⁷⁾としては考慮される必要がある。そこで、右の①～⑤を総合的に判断して破綻が認定されるのであるが、②と④を合わせた「別居期間」が最も中心的なメルクマールとなる。⁽⁷⁾

(1) Divorce Reform Act 1969, S.2 (1) (b) の“Intolerable Conduct”の「受忍可能性」の基準は「一般普通人」を基準とするものではなく、当該夫婦を対象として、被告の行動が「重大かつ耐え難い (grave and weighty)」性質を有していなければならぬとされる (M.D.A.Freeman, *The Search for a Rational Divorce Law*, in *Current Legal Problems*, 1971, P.192.; P. M. Brimley, *Family Law*, Second Supplement to Third Edition, pp.19—20)。一般普通人を基準とすることは不当に当事者に忍従を強制する危険があるからである (当事者に忍従を強制する判例として、東京地判昭三〇・五・六 下民六・五・八九六)。

(2) 環境と行為を一つのメルクマールの中に入れたのは、この二者が不可分に結びついているからである。環境の中には同居の親族の行為も含まれる。この点で、先に述べたように、B⑩がB⑤と事実関係において近似しつつも、B⑤とは異なり、原告(妻)の兄の同居に不和の原因を認め、原告と被告との和解可能性を認定した点に注意すべきであろう。B⑩の評価は別として、同居の親族による夫婦関係への干渉その他は婚姻破綻のメルクマールとなると同時に親族と夫婦との別居可能性等の斟酌によって、和解可能性の判断のメルクマールともなりうるからである。

(3) 別居の動機は別居の性格を規定する。例えば、単身赴任による別居期間はそれのみでは破綻の徴表とはならない。

(4) 子の有無は夫婦関係、同棲関係の強度の判断要素となる。

(5) 消極的破綻主義の立場からの「婚姻継続意思」の問題については三の註(8)に述べたが、積極的破綻主義の立場からも破綻のメルクマールとして問題となる。この場合は、離婚そのものには異議がないが、財産処分をめぐって離婚に異議を唱える場合も含めて婚姻継続意思がないものといふべきであろう。

有責配偶者の離婚請求に関する覚え書き（緒方）

- (6) 浅見公子「カリフォルニア州における離婚法改正について」（ケース研究一三六号）四、七頁。
- (7) わが国も「別居を破綻の徴表」とみて離婚を許与する方向に進むべきだとする立場は、島津一郎「破綻主義」一四二頁。