

速報重要判例解説

【No.2005-003】

「有責配偶者」からの離婚請求を認容することができないとされた事例
- 「有責配偶者」の意義の再認識への契機として -

【文献番号】	28092899
【文献種別】	判決 / 最高裁判所第一小法廷 (上告審)
【判決年月日】	平成16年11月18日
【事件番号】	平成16年(受)第247号
【事件名】	離婚等請求事件
【裁判結果】	破棄自判
【裁判官】	横尾和子 甲斐中辰夫 泉徳治 島田仁郎 才口千晴
【参照法令】	民法770条、1条

【本件判決についての解説】

1. 事実の概要 [1]

X (昭和44年11月25日生)は、平成3年夏ころ、Y (昭和45年6月30日生)と知り合い、交際を始めた。Xは、平成6年11月19日にYと結婚式を挙げ (婚姻の届出は平成6年12月2日) 公務員宿舎で新婚生活を始め、平成8年3月26日に長男をもうけた。Xは、婚姻をした当初は、Yがきれい好きな人であるとして好感を持っていた。しかし、Xは、Yの要望により、帰宅すると、玄関で靴下を脱いで室内用靴下に履き替え、玄関のすぐ横のXの部屋で、室内用の服に着替えをして、敷いた新聞紙の上にかばんを置くものとされたこと、衣類は一度洗濯してから着るものとされ、Xが子供と公園の砂場等で遊んで帰ってきたときには、居間等に入る前に必ず風呂場でシャワーを浴びるものとされたこと、居間等で寝転ぶときは、頭の油で汚れることを理由に、頭の下に広告の紙を敷くものとされたことなどから、次第に、Yとの生活に不快感を覚えるようになった。

Xは、平成10年7月に転勤となり、家族3人で別の公務員宿舎で生活するようになった。その後、Xは、平成11年7月から平成12年6月まで、研修施設で研修を受け、その間、その研修施設の独身寮で单身生活をし、同期の女性の研修生Aと知り合った。Yと長男は、その間、Yの実家で過ごした。Xは、上記研修後の平成12年7月に転勤となり、家族3人で別の公務員宿舎で生活するようになったところ、Xは、平成12年7月1日、Yに対し、「友達が来るから飲んで泊まるかもしれない」などと言って外出し、同日から翌日にかけて、Aのために観光案内をし、一泊した。

Xは、上記公務員宿舎が古くて狭く、汚い状況にあることについてYが不満を述べたことから、上司に相談したところ、上司から、平成12年秋に完成予定の新築の宿舎があり、Xが入居できる見込みがあることを告げられた。そこで、Xは、Yに対し、上記宿舎が完成するまで実家に帰ることを勧め、これに応じて、Yと長男は、実家で暮らすようになった。上記宿舎が完成したことから、Xは、平成12年9月、Y及び長男と共に、上記宿舎に入居し、家族3人の生活を再開したが、平成12年10月初めころ、Xは、突然、Yに対し、「好きな人がいる、その人が大事だ」、「2馬力で楽しい人生が送れる」、「女の人を待たせている」などと言って、離婚を申し入れた。その際、Xは、Yからその女性との関係を問いただされ、その女性と「ホテルにもよく行く」などと性関係を持っていることを認める趣旨の発言をした。Xは、遅くとも平成12年7月ころから、Aと性関係にあったものと推認される。

Xは、Yに対し、平成12年10月から11月に九州でAと会う約束をしていることを明らかにしたので、Yは、双方の両親に事情を話して相談した。その結果、家族会議を開くこととなり、平成12年11月4日、Xの実家で、Y、X夫婦及び双方の両親が一堂に会してXの女性問題について話し合いをした。その際、Xの母親が、Xに対し、Aとの結婚は許さないと断言したことから、Xは、上記の九州への旅行を断念した。その後、平成13年3月及び4月に、Y、X夫婦間の離婚問題について双方の両親を交えた話し合いが行われたが、合意には至らなかった。Xが離婚話を持ち出して以降、夫婦間にはほとんど会話がなくなり、YはXに対し極めて冷淡になった。Yは、Xがトイレを使用したり、蛇口をひねって手を洗ったりするとすぐにトイレや蛇口の掃除

をしたり、Xが夜遅く帰宅すると、起床してXが歩いたり触れたりした箇所を掃除したりするようになった。Xは、平成13年6月、上記宿舎を出て、アパートで一人暮らしをするようになり、それ以降、長男と会うこともないまま、別居生活を続けている。Xは、別居後、Yに対し、毎月、給与（手取り額約30万円）の中から生活費として8万円を送金し、かつ、Yが居住する上記宿舎の家賃や光熱費等を負担している。Yは、Xと一緒に暮らしたいとは思っていないが、子宮内膜症にり患しており、就職して収入を得ることが困難であり、将来に経済的な不安があることや子供のためにも、離婚はしたくないと考えている。

Xは、Yに対し、両者の間の婚姻関係は既に破綻しており、民法770条1項5号所定の事由があると主張して、離婚を求めるとともに、長男の親権者をXと定めることを求めた。

原審は、次のとおり判断し、Xの離婚請求を認容し、長男の親権者をYと定めた。

(1) Yは、離婚を拒絶しているが、それは、法律的な婚姻関係の継続により経済的な安定を維持できるからであって、Xに対する情愛によるものではなく、Xと同居して生活する意思はないこと、XがY及び長男と別居してから約2年4か月が経過しており、その間、Xは長男とさえ会っておらず、家族としての交流がないこと等を併せ考慮すると、YとXとが、将来、婚姻関係を修復し、正常な夫婦として共同生活を営むことはできないものと解され、その婚姻関係は既に破綻しており、民法770条1項5号所定の事由があるというべきである。

(2) Xは、遅くとも平成12年7月ころから、Aと性関係にあったものと推認されるのであり、これが婚姻関係破綻の原因となったことは明らかであるから、Xは、上記破綻につき主たる責任があるというべきである。

(3) しかしながら、Yは、かなり極端な清潔好きの傾向があり、これをXに強要するなどしたYの前記の生活態度には問題があったといわざるを得ず、Yにも婚姻関係破綻について一端の責任がある。これに加えて、上記のとおり、YとXとは互いに夫婦としての情愛を全く喪失しており、既に別居生活を始めてから約2年4か月が経過していること、その間、Y、X夫婦間には家族としての交流もなく、将来、正常な夫婦として生活できる見込みもないこと、Yの両親は健在であり、経済的にも比較的余裕があること等の点を考慮すると、Xが不貞に及んだことやYが子宮内膜症にり患しているため就職して収入を得ることが困難であることを考慮しても、Xの離婚請求を信義誠実の原則に反するものとして排斥するのは相当ではないというべきである。

Yが上告した。

2. 判決の要旨

「民法770条1項5号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら又は主として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、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・経済的状態、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等が考慮されなければならないと、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、これらの諸事情の持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ものというべきである。

そうだとすると、有責配偶者からされた離婚請求については、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んでいるか否か、その間に未成熟の子が存在するか否か、相手方配偶者が離婚により精神的・経済的に極めて苛酷な状況に置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事情が存するか否か等の諸点を総合的に考慮して、当該請求が信義誠実の原則に反するといえないときには、当該請求を認容することができるかと解するのが相当である（最高裁昭和61年（オ）第260号同62年9月2日大法廷判決・民集41巻6号1423頁参照）。

上記の見地に立って本件をみるに、前記の事実関係によれば、YとXとの婚姻については民法770条1項5号所定の事由があり、Xは有責配偶者であること、YとXとの別居期間は、原審の口頭弁論終結時（平成15年10月1日）に至るまで約2年4か月であり、双方の年齢や同居期間（約6年7か月）との対比において相当の長期間に及んでいるとはいえないこと、YとXの間には、その監護、教育及び福祉の面での配慮を要する7歳（原審の口頭弁論終結時）の長男（未成熟の子）が存在すること、Yは、子宮内膜症にり患しているため就職して収入を得ることが困難であり、離婚により精神的・経済的に苛酷な状況に置かれることが想定されること等が明らかである。

以上の諸点を総合的に考慮すると、Xの本件離婚請求は、信義誠実の原則に反するものといわざるを得ず、これを棄却すべきものである。」

3. 本件判決についてのコメント

(1) 本判決は、「有責配偶者」からの離婚請求の問題について、昭和62年最高裁大法廷判決[2]（以下、「前記大法廷判決」という）において採用された判例理論に沿う一事例判決と位置付けることができ、新しい理論を含むものではないけれども、原審判決と最高裁判決の相違を通じ、訴訟における「有責配偶者」の意義について一石を投じたと評価できる。そこで、本稿では、前記大法廷判決以後、その理論を前提としてなお問題となり得る『有責配偶者』の意義に関する議論に焦点をあてて論ずることを主眼とし、従来、有責配偶者からの離婚請求をめぐる盛んに議論された積極的破綻主義、消極的破綻主義等の当否や、前記大法廷判決において採用されたいわゆる「三要件」（内容は後述する）の当否も含め、前記大法廷判決の理論の当否に関する問題は、取り扱わないこととする[3]

(2) 有責配偶者からの離婚請求は、リーディング・ケースとされる最高裁昭和27年2月19日判決[4]において問題とされた。ただ、しばしば指摘されるように、この判決の「判決理由」は、離婚請求者である夫が情婦との関係を解消し妻のもとに戻れば夫婦はうまくいくのだから、民法770条1項5号[5]にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」が存在しないので離婚請求は認められないという点にあり、「婚姻を継続し難い重大な事由」が存在する場合に、有責配偶者からの離婚請求であることのみを理由として離婚請求を認めないとしたのではないことに注意を要する。とはいえ、その後、有責配偶者からの離婚請求は、ただそれだけの理由で認められないという判例が一連の最高裁判決によって確立されていった[6]。これらの判決において問題となる有責事由は、おもにいわゆる不貞行為であるけれども、中には、不貞行為を伴わない、「独善的かつ独断的行為」[7]や、納得すべき特段の事情もないのに、妻を長期間自己の義姉のもとに同居させ、義姉と妻の確執を放置し、月に1、2回帰っても日帰りか、宿泊しても妻とは寝室を別にし、まったく夫婦としての肉体関係をなさず、冷淡な態度をとり続けたこと[8]を有責事由としている事例がある。

ただ、最高裁は、有責配偶者からの離婚請求の否定を「緩和」していった[9]。すなわち、有責事由を比較し、離婚請求者の有責性より相手方の有責性の方が重大か、同等だとする事例[10]及び有責事由の発生時期が婚姻破綻後の事例[11]では、有責配偶者からの離婚請求であっても認めるとしていったのである。

そして、最高裁は、前記大法廷判決において判例変更を行い、信義則に照らし、夫婦の年齢・同居期間と比較し、別居期間が相当の長期間に及んでいること、夫婦間に未成熟の子が存在しないこと、相手方配偶者が離婚により精神的・経済的に苛酷な状況に置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事情がないこと、の要件が満たされれば、有責配偶者からの離婚請求であっても、認められる余地があることを判示した。なお、この大法廷判決の学説における評価として、直截に三要件を強調する読み方（三要件説）と、信義則による制限、及びその他の事情の考慮を強調し、三要件を信義則の中で読み込む読み方（信義則説）とがあり、評価が分かれている[12]

本判決は、XYの婚姻は破綻しており、かつ原審で認定されたYの「一端の責任」にまったく言及することなく、離婚請求者であるXを有責配偶者だとした上で、前記大法廷判決で示された三要件に照らし、別居期間は、相当の長期間とはいえないこと、夫婦間に未成熟の子が存在すること、相手方配偶者が離婚により精神的・経済的に苛酷な状況に置かれることが想定されること、を理由として、離婚請求を認めないと判示した。先に言及した前記大法廷判決の読み方の相違にかかわらず、相手方配偶者の「一端の責任」にまったく言及しない本判決においては、離婚請求者であるXがいったん「有責配偶者」だとされれば、三要件に関する事実関係に照らして、本判決の結論は、必然であると思われる。この限りにおいては、この判決に新しい点はない。

(3) ところで、「有責配偶者」とは何かに関し、初期の裁判例は明確な定義を与えていなかったけれども、最高裁昭和38年6月7日判決[13]において「有責配偶者」とは「(婚姻関係)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」という定義が確立された。そうだとすれば、議論の際には、「婚姻破綻につき責任ある者」と「有責配偶者」は区別して論じられなければならないことになる。すなわち、一般に、婚姻破綻が生じた場合、一方当事者にのみ全責任があり、他方当事者にはまったく責任がないという事例は、かなり稀であろう。したがって、ほ

とんどの場合には、夫婦双方に何らかの「責任」があって婚姻破綻が生じているといえる[14]。その意味では、夫婦双方が何らかの意味で「有責者」である。その際、一方当事者が婚姻破綻に「もっぱら、または主として」原因を与えた場合に、その配偶者が「有責配偶者」となるのである。

したがって、最高裁判決の定義によれば、従来、有責配偶者からの離婚請求の「緩和」事例として議論されていた「有責事由が比較された場合」及び「有責事由の発生時期が婚姻破綻後の場合」は、そもそも「有責配偶者」からの離婚請求ではない、ということになる。なぜならば、前者では、破綻につき「もっぱら又は主として」原因を与えたとはいえないし、後者では、破綻につき「原因を与えた」とはいえないからである。これにより、「有責配偶者」の認定にあたっては、当事者の有責性の程度、及び有責行為の時期と婚姻が破綻した時期の前後関係が、極めて重要な意味を持つことになる。なお、前記大法廷判決において「有責配偶者」を示す際、「その事由につき専ら責任のある一方当事者[15]」という表現を用いたので、「もっぱら」と「主として」との関係が問題とされることがあるが、従来の判例と比べ、基本的に、「有責配偶者」の定義に関する変更はないものと考えられている[16]。

さらに、前記大法廷判決以前の下級審判決にあらわれた事例をもとに、有責配偶者からの離婚請求に関するもう一つの「緩和」事例として議論されてきた類型に、「有責行為が相手方配偶者によって誘発された場合」がある。具体例としては、離婚請求者たる夫が派手な性格であり、酒色を好み、従来素行が修まらず、婚姻当初、妻に性病を感染させたことがあり、妻以外の女性と同棲し子をもうけるなど、妻に対する重大な義務不履行があるとしながら、「被告(妻 - 引用者)との家庭生活の索漠なことが原告(夫 - 引用者注)をしてかゝる過失を犯さしめたもの」として、夫からの離婚請求を認めた事例[17]。夫の暴行や生活に対する非協力的態度から夫に対する愛情が冷却しつつあった時期に勤め先の同僚と親しくなり、半年間程度、情交関係を結んでいた妻からの離婚請求に対し、「原告(妻 - 引用者注)に不貞行為があつたことは明らかであり、被告(夫 - 引用者注)に不貞行為乃至不法行為があると否とに拘ら(ママ)ず、右原告の行為は到底許容し得ないものであつて、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。……被告の原告に対する一方的夫婦関係に対する不満から、原告はこれを他の者によつて満す(ママ)結果となつたのであり、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つたといわねばならぬ」として、婚姻破綻前に不貞行為をし、その不貞行為が婚姻の破綻を導いた大きな原因の一つと認定しながら、不貞行為者からの離婚請求を認めた事例[18]。結婚式を挙げ、婚姻届を作成して内縁の夫に届出を依頼していたものの、いまだ婚姻届がなされていなかった内縁の妻が、結婚生活に失望し、婚姻届がなされていないことを確認した上、結婚生活を解消しようと、かつての同僚である独身男性を頼って無断家出をし、三泊四日を過ごし(ただし、後にみるように、不貞行為は認定されていない)後に連れ戻された妻からの離婚請求に対し(家出後、内縁の夫により婚姻届がなされた。妻は、控訴審で婚姻無効の請求もしたが、棄却された。この点は、省略する)「被控訴人(妻 - 引用者注)と控訴人(夫 - 引用者注)の夫婦関係は、(……)被控訴人の家出により破綻を招来し、(……)その婚姻関係は完全に破綻し、形骸化して、回復しがたい事情にある」と認定した上、控訴人からの、有責配偶者からの離婚請求を認めるべきではないという主張に対し、「なるほど被控訴人の家出は、内縁の夫婦として同居中の控訴人を裏切り、独身の男性を頼って無断出奔したものであつて、その行為は同居義務違反、悪意の遺棄に該り(ママ)、しかも右家出が前記婚姻関係の破綻、形骸化の直接の原因をなしている点において、被控訴人に有責者としての責めがあることも明らかである。しかし、被控訴人の有責性は右限度にとどまり、それ以上に控訴人が主張するような不貞行為があつたと認めるに足る証拠はない(……)。のみならず、被控訴人の家出は、(……)結婚後二か月余りの間の夫婦生活における控訴人の無理解、非常識な言動、夫らしい愛情の欠如等に原因、由来していることも明らかであつて、控訴人にも一半の責任があり、その家出自体の外形的行動だけをとりえて、前記破綻、形骸化の責任がひとり被控訴人のみにあるということとはできない」として、妻からの離婚請求を認めた事例[19]がある。

これらの事例は、結局のところ、先に掲げた「有責性の比較」をしていると評価できるけれども[20]。婚姻の決定的破綻前に離婚請求者に不貞行為が存在したこと(あるいは、存在したとみられてもやむを得ないこと[21])が、単純な「有責性の比較」ではなく、「有責事由の誘発」という別類型を建てることにつながったように思われる。ただし、これらの判決は、下級審判決であり、最高裁が「有責行為が相手方配偶者によって誘発された場合」を有責配偶者からの離婚請求が認められる類型として認めたわけではない点には、注意を要する。

また、前記大法廷判決以降の最高裁判決に関していえば、「それが最高裁段階での判決であり、また破綻及び有責性そのものが争われていない事件もあることにもよろうが[22]」という留保付きながら、「『婚姻を継続し難い重大な事由』の存在及び有責性が、事実認定以外の格別の根拠を示すことなしに判断されている[23]」と指摘されている。この問題に関しては、「こうした破綻及び有責性の判断について、従来は、有責配偶者であるという判断が即離婚拒否と結び付いていたために、有責性の判断は慎重になされる必要が存しており、また有責性と破綻との因果関係の必要性から破綻及びその時期も問題となったのであろう。しかるに、今度の大法廷判決によって、離婚請求の認否は、いわゆる三要件で判断されるようになった。そして、このことが、比較的容易に破綻及び有責性の判断をなさしめることとなったのであろう[24]」と理由を説明し、下級審判決においては、「大法廷以降の判決においても、『有責性』の判断は行われているのである。ただ、離婚請求認否の判断の重点が、『有責性』からいわゆる三要件に移行し、そのため『有責性』それ自体については争われなくなったようである[25]」と結ぶものがある。裁判例の動向の認識としてはそうなのかもしれないけれども[26]、少なくとも、いわゆる三要件があるから「有責性」それ自体を重要視しない、あるいは比較的容易に認定するというあり方には、論理において疑問があることは、後に示すとおりである。

(4) 学説においては、「有責配偶者」の定義の問題を明確に認識して扱うものは、あまりなく[27]、「有責配偶者」、「有責」等の用語が必ずしも厳密な概念規定・意味内容の吟味を経ていたものとはいえないと指摘されていた[28]。また、「有責」概念の前提概念である「婚姻破綻」の定義に関しても、ある座談会において、そもそも「婚姻破綻」が裁判手続において認定できるのか[29]という根本的疑問が提起されたことがあり(この際、現職裁判官は、現にやっているし、認定できると返答している[30])、さらには、「議論している人が念頭に置いている(……)婚姻破綻の事例が違うような感じもします[31]」という指摘もある。このような中で、たとえば、積極的破綻主義を主張するある論者は、「別居の期間・状況・重婚的内縁関係の存在・安定度等の客観的要素の総合的判断によるべきであり、婚姻破綻の契機・有責性の内実など当事者の私生活歴の機微に属するような事項は裁判所の判断基準の外におくべきである[32]」と主張している。いずれにしても、「有責配偶者」及び「婚姻破綻」の内容について、議論の際の認識に齟齬があったことは間違いなさそうである。

(5) 前記大法廷判決を前提とすれば、民法770条1項5号に基づく離婚請求訴訟における主張・立証責任の関係は、次のようになる。すなわち、「婚姻が破綻していること」が離婚原因となり、これが請求原因となる(原告に立証責任)。次に、「婚姻が破綻したことについて原告がもっぱらまたは主として有責であること」が抗弁となる(被告に立証責任)。さらに、「夫婦の別居が相当の長期間にわたり、かつ夫婦間に未成熟の子がいないこと」が再抗弁となり(原告に立証責任)。「離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状況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が存すること」が再々抗弁となる(被告に立証責任)[33]。したがって、離婚請求原因事実たる「婚姻が破綻していること」が立証されると、離婚請求を阻止しようとする被告は、「原告が有責配偶者であること」を立証しなければならなくなる[34]。このように、前記大法廷判決で注目を浴びた三要件は、「婚姻が破綻したことについて原告もっぱらまたは主として有責であること」の肯定判断の後、すなわち「有責配偶者」が認定されて初めて問題となる要件である。もちろん、離婚請求者の有責性が自明であって、そもそも争わない事例、あるいはの再抗弁との再々抗弁における攻防を訴訟の主たる争点と位置付け、はほとんど争わないという事例もあるだろうが、そもそも離婚請求者が「有責配偶者」と認定されない限り、とが問題とならないことは重要である。すなわち、とが問題とされるか否かは、「有責配偶者」と認定されるか否かによるから、とが問題とされれば離婚が認められないと想定する被告にとっては、原告が「有責配偶者」であるという立証を確実にすることが重要であり、逆に、とが判断されれば離婚が認められないと想定する原告にとっては、原告が「有責配偶者」であるという立証を確実に防御することが重要となる。この意味で、「有責配偶者」をめぐる立証の攻防は、前記大法廷判決以後も、その重要性を失ってははいないのである。

(6) 翻って、以上のことを本判決の原審判決で検討してみよう。原審判決は、Xに婚姻破綻について「主たる」責任がある、すなわちXが「有責配偶者」であると認定しながら、Yにも婚姻破綻について「一端の責任」があるとし、前記大法廷判決のいわゆる三要件のうち、別居期間と

苛酷要件には少々の配慮をしつつも、「相当の長期間の別居」を認定せず、「未成熟の子の存在」には言及しなかった点で[35] 前記大法廷判決の三要件の枠組みからは、はずれる判断をした。これを、大法廷判決以前の従来の判例が採用してきた「有責性の比較」に関する判例の枠組みを乗り越え、「主たる有責者からの離婚請求であっても、その相手方の有責性を考慮することによって、3要件に従わないより緩和された反信義則性判断を行う、というのが原審判決の採用した理論枠組[36]」であると評価するものがある。

原審判決では、「主たる責任」と「責任の一端」という表現によって「有責性の比較」がなされているが、従来の定義によれば、婚姻の破綻につき「主たる責任」がある者は「有責配偶者」である。したがって、本件は、「有責配偶者からの離婚請求」であることは、原審の認定からも動かし難い。しかし、本件は、「潔癖性理由に離婚請求[37]」とタイトルが付けられるような事件であり、この意味では、最高裁の理論ではないものの、前記大法廷判決以前に下級審判決をもとに類型づけられた「有責行為を誘発した事例」の枠組みにも親和性が感じられる。先の指摘の通り、原審判決は、「有責配偶者からの離婚請求」の認否に関し、新しい枠組みを世に問うという意識で書かれたものかもしれないけれども、直接、原告・被告両当事者に接した裁判官の率直な判断から、この事件の解決として離婚請求を認めるのが妥当だと判断したのであれば、Xを「有責配偶者」と認定すべきでなかっただろう。なぜならば、「有責配偶者」と認定されれば、最高裁において判例変更がない限り、Xの離婚請求が認められないのは、事実関係に照らせば、確実だからである。また、原告としては、「有責配偶者」が認定されれば、最高裁では、敗訴するという認識で、「有責配偶者」の立証に対する防御をすべきであったのである[38] といえ、原審判決による新しい枠組みの提示にもかかわらず、最高裁は、本判決により、従来からの「有責性の比較」の理論も含め、前記大法廷判決の理論を変更する理由はない、という立場を鮮明にしたといえる。

(7) 以上のように、本判決で鮮明にされた判例の理論に従えば、その三要件を争う余地がない場合、離婚請求者が「有責配偶者」と認定されるか否かが極めて重要である。先にみたように、前記大法廷判決以降、「有責性」の争いや「有責性」の認定において、比較的容易に認定する方向で変化がみられたようである。しかし、事案によっては、「有責配偶者」と認定されるか否かが訴訟の行方を左右するのであり、実務では、この点の認識を新たにしなければならないと考える。

注

- [1] 離婚可否の判断の前提となった事実が重要であると考えるので、少々冗長にはなるが、最高裁の判決文に従い事実を引用する。なお、本稿執筆時点で公表されているインターネット上の判決速報、及び裁判所時報1376号4頁では、原審判決、及び上告理由の記載がなく、最高裁の判決文のみが記されているので、原審がXに婚姻の「破たんにつき主たる責任があるというべきである」(最高裁判決文)と判断した根拠の詳細は不明である。したがって、残念ながら、この点に関し現時点では詳細に検討できない。
- [2] 最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁。この判決をめぐっては、おびただしい数の評釈・研究等が公表された。比較的時間をかけて公表された、大村敦志「判批」法協111巻6号893頁以下(平成6年)(同『消費者・家族と法(生活民法研究)』(平成11年・東京大学出版会)279頁以下所収)の末尾には、その時点までの関連文献が掲げられている。また、大法廷判決の原審判決である東京高判昭和60年12月19日判時1202号50頁の評釈として、鍛冶良堅「判批」判時1218号193頁(判評337号47頁)以下(昭和62年)大法廷判決の差戻審判決である東京高判平成元年11月22日判時1330号48頁の研究として、西原諄「判批」判タ727号51頁以下(平成2年)がある。
- [3] 省略した問題につき、関連文献は多いが、比較的新しいものとして、水野紀子「日本の離婚における法規制のあり方」ケ研262号2頁以下(平成12年) 瀬木比呂志=水野紀子「対談 離婚訴訟、離婚に関する法的規整の現状と問題点」判タ1087号4頁以下(平成14年) 参照。また、従来の議論のまとめとしては、水野紀子「離婚」星野英一編集代表『民法講座7』(昭和59年・有斐閣)153頁以下、同「有責配偶者からの離婚請求」法教193号52頁以下(平成8年)参照。なお、民法770条の改正議論の検討として、大村敦志『家族法(第2版補訂版)』(平成16年・有斐閣)149頁以下、また、田口直樹「有責配偶者の離婚請求と民法改正要綱試案における苛酷条項について」家月47巻9号1頁以下(平成7年) 佐藤隆夫「民法改正の現代的課題 - 平成7年法務省公表の民法改正案について - 」小野幸二教授還暦記念論文集」刊行委員会『21世紀の民法』(平成8年・法学書院)812頁以下参照。
- [4] 最判昭和27年2月19日民集6巻2号110頁。この判決は、「踏んだり蹴ったり判決」

として有名である。

- [5] 民法770条1項5号については、浦本寛雄「破綻主義離婚法と配偶者保護の法理(1)」熊法32号84頁以下(昭和57年)参照。
- [6] 最判昭和29年11月5日民集8巻11号2023頁、最判昭和29年12月14日民集8巻12号2143頁、最判昭和36年4月7日家月13巻8号86頁、最判昭和37年5月17日家月14巻10号97頁、最判昭和38年6月7日家月15巻8号55頁、最判昭和38年10月15日家月16巻2号31頁など。
- [7] 最判昭和38年6月7日・前掲注(6)。
- [8] 最判昭和38年10月15日・前掲注(6)。
- [9] この問題に焦点をあてた論稿として、太田武男「有責配偶者の離婚請求 - 緩和とその限界 - 」民商78巻臨時増刊号(2)47頁以下(昭和53年)がある。
- [10] 最判昭和30年11月24日民集9巻12号1837頁、最判昭和31年12月11日民集10巻12号1537頁、最判昭和33年2月25日家月10巻2号39頁、最判昭和38年10月24日家月16巻2号36頁、最判昭和52年3月31日民集31巻2号365頁。
- [11] 最判昭和46年5月21日民集25巻3号408頁。
- [12] たとえば、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」法教88号10頁の右近発言(昭和63年) 道垣内弘人=大村敦志「民法解釈ゼミナール 親族・相続」(平成11年・有斐閣)47頁以下参照(大村敦志執筆)。
- [13] 最判昭和38年6月7日・前掲注(7)。
- [14] 石川稔ほか「特集 離婚事情の新局面 座談会 有責配偶者離婚請求訴訟判決をどう読むか」ひろば41巻2号17頁以下(昭和63年)の議論参照。
- [15] 民集41巻6号1427頁。
- [16] たとえば、門口正人「判批」曹時40巻11号2190頁以下(昭和63年)(『最高裁判所判例解説民事篇(昭和62年度)』(平成2年・法曹会)540頁以下所収)参照。なお、「有責配偶者」と「自らその原因を作出した者」を区別する見解がある(利谷信義「判批」判時1260号182頁(判評349号36頁)(昭和63年)参照)。
- [17] 甲府地判昭和25年4月19日下民集1巻4号564頁。
- [18] 東京地判昭和34年6月26日家月11間10号94頁。
- [19] 名古屋高判昭和52年9月13日判時887号87頁。評釈として、太田武男「判批」判時916号154頁(判評242号24頁)以下(昭和54年)がある。
- [20] 太田・前掲注(19)158頁は、名古屋高判昭和52年9月13日を、「有責性の比較」「有責事由の誘発」「相手方の離婚意思の推認」の複合事例とする。
- [21] 名古屋高判昭和52年9月13日・前掲注(19)では、不貞行為は、証拠がないとして認定されなかったが、独身男性のもとへ三泊四日でお家を出た事実を重くみることもできる。
- [22] 佐々木典子「有責配偶者からの離婚請求 - 昭和62年9月2日最高裁大法廷判決以降の判決を中心として - 」姫路5号77頁(平成2年)。
- [23] 同前。
- [24] 同前77頁以下。
- [25] 同前78頁。
- [26] その他、大法廷判決以後の裁判例を検討するものとして、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 - 」三田法曹会篇『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集』(平成2年・慶應義塾大学法学部)75頁以下、二宮孝富「有責配偶者の離婚請求 - 最高裁昭和62年9月2日判決以降を中心として - 」川井健ほか編『講座・現代家族法2巻』(平成3年・日本評論社)217頁以下など参照。
- [27] 「有責性」を夫婦間の平等という観点から検討した興味深い論稿として、西原道雄「有責配偶者の離婚請求にみる夫婦不平等1~4(未完)」法時59巻8号20頁以下、9号66頁以下、11号63頁以下、12号96頁以下(昭和62年)がある。
- [28] 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37号別冊595頁以下(昭和63年)。
- [29] 石川ほか・前掲注(14)17頁の山川発言。
- [30] 同前の松原発言。
- [31] 星野=右近・前掲注(12)21頁の星野発言。
- [32] 武井・前掲注(28)591頁。
- [33] 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」家月40

- 巻2号10頁以下(昭和63年) 合同報告「有責配偶者からの離婚請求 - 再犯昭和62・9・2をめぐって - 」判時1314号11頁(平成元年) 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62年9月2日判決とその後の判例の展開を中心として - 」愛媛19巻1号75頁(平成4年)。
- [34] もちろん、実際の訴訟では、本文で として掲げた再々抗弁事実も、事実上、混合して主張することになるかもしれないけれども、論理的には、 の抗弁事実が立証されることが先決問題である。
- [35] 最判平成6年2月8日家月46巻9号59頁は、夫婦に高校2年生である未成熟子がいる場合に、事実関係から離婚請求の妨げとはならないと判示して離婚を認めた。年齢等も含め、本判決と同列に論じることができないだろう。
- [36] 石川博康「本件判批」NBL799号6頁(平成16年)。
- [37] 法教292号140頁以下(平成17年)。
- [38] この意味では、原審で、原告・被告がいかなる立証・防御活動をし、原審判決がいかなる認定をしたのかに興味を持つが、残念ながら、注(1)にも記したとおり、本稿執筆段階で原審判決に接することはできなかった。

* 本判決は、裁判所時報1376号4頁に掲載されている。また、本判決の紹介として、石川博康・NBL799号5頁以下(平成16年)がある。

(平成17年2月28日)

著者：金沢大学大学院法務研究科教授 尾島茂樹