

離婚原因における破綻主義の制約とその限界

岩 垂 肇

Hajime Iwadare

内 容

- 一 有責配偶者の離婚請求の制約
- 二 その判例法理の限界

一 有責配偶者の離婚請求の制約

有責主義または過失主義と目的主義または破綻主義とでは、離婚原因を決する根本基準を異にする。前者は配偶者の一方の非行をもって離婚事由とし、婚姻の破綻に対し夫婦の一方に帰すべき責がある故に離婚を宣告するものである。この様に有責主義は、相手配偶者の婚姻義務違反を離婚原因として、無責配偶者に、離婚請求権を取得させ、これによって婚姻破綻から無責者を救済しようとするものである⁽¹⁾。

有責主義はその道義的な点において、長く諸国の離婚法の基調をなしていた。ここに道義的というのは、婚姻義務違反により破綻した婚姻生活の苦痛から無責配偶者を救済するため、無責配偶者に離婚請求権をあたえ、しかも婚姻関係を破綻した配偶者に離婚請求権を認めないという意味に解すべきである。

これに対し、目的主義または破綻主義は、当事者に責めあると否とにかかわらず、広く婚姻の目的を達し得ない程度に婚姻生活が破綻した場合に離婚を許すものである。すなわち破綻主義は離婚の許否について当事者の責任を論ぜず、もっぱら婚姻の目的を達し得ない客観的破綻を離婚原因とする。

現行民法が、旧法の有責主義または過失主義から、目的主義または破綻主義へ改められたことは、離婚原因史の進化の方向に沿ったものであることについては異論をみない。

ところで、先に述べたごとく目的主義または破綻主義は、離婚の許否につき当事者の責任を論ぜず、婚姻の目的を達し得ない客観的破綻を離婚原因とするものであるが、破綻に対して主として、またはもっぱら有責な配偶者にも離婚請求を認めるか否か。自ら婚姻破綻の原因を作りながら、それを理由に離婚請求が出来るか否か。

有責配偶者からの離婚請求を認むべきか否かは、破綻主義離婚法の直面する大きな且つ困難な問題である⁽²⁾。

スイス民法142条は「配偶者の婚姻生活の継続を強いられ難い程度にはなはだしく婚姻関係

か破綻した場合には、各配偶者は離婚を請求することが出来る」(同条1項)として目的主義ないし破綻主義に立つことを明らかにし、「この婚姻関係の破綻が、主として一方配偶者の過失による場合は、他方配偶者のみ離婚を請求することが出来る」(同条2項)と規定して、いわゆる有責配偶者の離婚請求を明文をもって否定する。

同じく破綻主義に立ちながら、スイス民法のごとく明文を持たないわが民法は、有責配偶者の離婚請求の許否は、もっぱら解釈論にまたなければならない。

自ら離婚原因たる婚姻破綻を惹起しながら、その破綻を理由に離婚を求めることは、婚姻の倫理性、公平の原則、信義誠実の原則に反し、権利濫用禁止の法理(民1条)により許されないといわなければならない。すなわち破綻主義のもとで有責配偶者の離婚請求を制約する論拠は、これを権利濫用禁止の法理に求めるべきである⁽³⁾。有責配偶者の離婚請求権を制限するスイス民法142条2項も権利濫用禁止の思想によるとの見解が一般的の様である⁽⁴⁾。

身分権も私権の一種である以上、それが行使には財産権におけると同様に権利濫用禁止の法理の適用を免れ得ないものであることは、疑いの余地が無いほど明白であるにも拘らず、身分法の領域においては、従来の学説判例は何故か身分権の行使について権利濫用禁止の法理の適用は、財産法におけるほど活発ではなく、時には、臆病であるとさえ感じられる⁽⁵⁾。

本問題につき消極的立場をとる太田教授も「自ら招ける婚姻関係の破綻を理由として有責配偶者からの相手方の意に反する離婚請求は吾人の社会的倫理観ないし公序良俗に反し、平和な家庭生活の安定ないし保持を妨げる限り信義誠実の原則に反する離婚権の行使として、権利濫用禁止の法理によって認容すべきでない。」と説かれる⁽⁶⁾。

中川博士も「自ら婚姻を破綻させ、それを理由に離婚を請求し得るとすることは、夫からの追い出し離婚を認める結果となり易いことは明らかである。そしてかような現実にささえられながら国民の倫理観念がこれを反発することも、無視することは出来ない」(法律学全集親族法176ページ)と述べられる。結局この立場もまた婚姻の倫理性、公平の原則を理由とすることになろう。

有責配偶者の離婚請求について消極的態度をとるのが、判例の傾向であり、その理由に婚姻の倫理性、信義誠実、公平の原則(何びとも自己の不法から法的利益を得ることは出来ない)などをあげているが、結局その論拠は権利濫用禁止の法理にあるといってよいであろう。例えば、昭和31・12・26・東京高裁(下民集7巻12号3811ページ)は、「控訴人自ら一方において夫婦の信頼に背き婚姻の継続を困難ならしめる事態を理由として控訴人の側から離婚を請求するが如きは、民法第一条の法意に照らし、許されないものである」と判示し、昭和24・7・1高裁(民集6巻2号121ページ)は、「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事は信義誠実の原則によって許されないものといわなければならない」と判示し、また昭和29・11・5最判第二小法廷(民集8巻11号(民集8巻11号2033ページ)は、「仮に所論のごとく本件当事者間の婚姻関係の継続

が、事実上困難になっているとしても、その様なことになったのは、専ら、上告人の行為に起因しているといわなければならない。かくのごとく民法770条1項5号にかかげる事由が、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の意思に反して同号による離婚を求めることはできないものというべきである。」と判示する。

また最高裁が、この問題に対して、消極的態度を最初に打ち出したものと一般にみられている、いわゆる「踏んだり蹴たりの判決」として有名な昭和26・11・19（民集6巻2号111ページ）は、「……前記民法の規定は相手方に有責行為のあることを要件とするものでないことは認められるけれども、さりとて、前記の様な不徳義・得手勝手の請求を許すものではない」と判示する。もっとも、その判決は、有責配偶者の離婚請求を認めない最高裁の態度を最初に表明したものとされているが、正確には本問題に解答を示したものとはいえない。ただし、この事案は、判示にある通り「上告人さえ……良き夫として帰り来るならば、何時でも夫婦関係は円満に継続し得べき筈である。即ち、上告人の意思如何にかかる事であって、かくの如きは未だもって、『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」とし、未だ離婚原因たる婚姻破綻が成立せず、したがって離婚権は発生していないからである⁽⁷⁾。

更にまた昭和29・12・14最判第3小法廷（民集8巻12号2143ページ）は、「民法第770条1項5号は、相手方の有責行為を必要とするものではないけれども、何人も自己の背徳行為により勝手に夫婦生活破綻の原因をつくりながらそのみを理由として相手方がなお夫婦関係の継続を望むに拘らず右法条により離婚を強制するがごときことは吾人の道義観念の到底許されない処であって、かかる請求を許容することは法の認めない処と解せざるをえない。」と判示する。

更に、昭和54・12・13最判第一小法廷は有責配偶者の離婚請求を許さない旨の従来の判例法理を再確認している（判時956号49ページ）この様に、有責配偶者からの離婚請求の許否につき、多くの判例、ことに最高裁はこれを消極的に解しており、判例法上はいちおう定着しているといつてよい⁽⁸⁾。

学説の中には、判例は再び有責主義をもちこむもので、離婚法の進化に逆行するとし、または愛情の死滅した形骸のみの婚姻の継続こそ反倫理的であり、またこの様な婚姻の継続にどれだけの実益が、あるかなどの理由から、有責配偶者の離婚請求を肯定する者があるが、多数説は判例の立場を支持する。

二 有責配偶者の離婚請求の制約の限界

破綻主義に立つ限り、婚姻の客観的破綻は成立し円満な家庭生活への復帰の期待可能性の無い場合には、婚姻の各当事者に離婚権が発生するものと解すべきであるが、離婚権の行使も決して無制限である事は許されず、権利濫用禁止の法理により、その離婚請求は排斥され

るべきことは右に述べた通りであるが、有責配偶者の離婚請求なるが故に一律にこれを排斥する消極説には賛成することは出来ない。個々の具体的場合について、有責配偶者の離婚請求が権利濫用に当たらないと判断される特別の事情ある場合には、離婚を許容しなければならないであろう。

学説も判例法の立場を一応肯定しつつも、「もはや婚姻の名に値しない破綻しきった婚姻を強いて形式的に継続させる事が、つねに妥当かどうかは問題の余地があろう。」と説かれ⁽⁹⁾、また「少くとも一般論としては、判例の態度は確定したといってよい。しかし右の一般論を具体的事案の解決に際してどの様に適用すべきかは、なお残された問題である。最高裁判所は、この法理をかなり安易に適用して離婚請求を棄却する傾向にあるようにみえるが、婚姻関係がすでに破綻しているのに離婚を拒否してみたところで婚姻の復元が可能になるわけではないのだから、この法理の適用はできるだけ厳格にしばらくすべきである。」とする⁽¹⁰⁾。賛成である。

有責配偶者の離婚請求を制限する論拠を権利濫用禁止の法理にもとめ、消極的な権利行使制限と解するわれわれの立場からは、その制限の範囲は狭められたものになるのは当然であろう。有責配偶者の離婚請求制約の法理の限界づけについて少しく検討してみたいと思う。

(イ) 相手配偶者に離婚意思があるときは、有責配偶者の離婚請求を認めてもよいであろう。ただし民法は裁判離婚と並んで協議離婚を認めているからである。

判例も、原被告双方から離婚請求（本訴・反訴）がなされている場合には、双方に離婚意思があることが、推認される限り、有責配偶者からの離婚請求（本訴）を認容しても、相手方の意思に反することにならないから、民法一条の法意に反しないのは一般であることを理由に、請求を認める（昭和45・8・25名古屋地半田支判・下民集21巻7号＝8号125ページ）。

また東京高裁も「控訴人（夫）及び被控訴人（妻）の婚姻関係は事実上既に破綻して、再建の見込みは殆んどなく、しかも被控訴人自らも、その事情はどうであれ、離婚を求めているのであるから、ことここにいたった責任は主として控訴人にあるとはいえず、婚姻を継続しがたい重大な事由あるものとして離婚を求める控訴人の本訴請求も、結局正当としてこれを認容すべきである。」と判示する（昭和52・2・28・東京高判・判時852号70ページ、同旨昭和47・3・18東京地・判時677号883ページその他）。相手配偶者にも離婚意思があるのであるから、有責配偶者の離婚請求を認容しても、公平の原則また信義則に反せず、権利濫用禁止の法理に反しないとするものである。

もっとも、反訴原告に離婚意思の推認が不可能の場合もあり、裁判所は、反訴原告たる妻には離婚意思がないものと判断し、「被告（妻）は」、反訴を提起して擬勢を示したにすぎず、その真意においては原告（夫）との離婚を求める意思をもたず、かえって原告の反省を期待し原告との婚姻を継続しようと考えているというのであるから、被告には離婚の意思がない

とみるのが相当である。」と判示して有責配偶者たる夫の本訴請求も妻の反訴請求も棄却した(昭和48・8・6千葉地判・判時733号76ページ)。

しかし反訴が提起され、反訴原告に離婚意思が推認される場合にも、有責配偶者の離婚請求を否認し「原告の離婚を求める本訴請求は失当として棄却すべきである」とした判例も少くない(昭和32・7・8福島地判, 昭和44・11・6山形地判・判時584号85ページ, 昭和46・5・27福岡地判・判時644号75ページ, 昭和53・5・26名古屋地一の官支判・判時937号64ページその他)。

(ロ) 婚姻関係が完全に破綻して回復の見込みが無いに拘らず、原告に対する敵意と相手方の新生活の建設を妨害しようとする意図を満足させる以外に実益を持たない婚姻の維持を固執する被告の態度もまた信義則に反し、身分権の濫用といわねばならない。かかる場合には被告は真に婚姻の継続を望んではおらず、むしろ離婚意思ありとの推認が可能である。(原告に対する憎悪と意地によって表面的には離婚を拒否しているものである)。わが国の離婚法が、無因の協議離婚を認めている事とも思い合わせ、被告の態度にこそ身分権の濫用がみられるのであり、かかる場合に有責配偶者の離婚請求を認めても権利濫用禁止の法理に反しないであろう⁽¹¹⁾。青山博士も「私は離婚に応じない配偶者に正当な理由がない場合(たとえば婚姻意志は失っているが、単に相手をいやがらせるために離婚に応じない様な場合)は、離婚を認め、その生活保障を講ずる事で解決してよいと思う」と説かれる⁽¹²⁾。

かかる見地に立って有責配偶者の離婚請求を認めた早期の裁判例として次のものがみられる。

「一般的には、有責配偶者(特に妻以外の女性に走った夫のごとく)の離婚請求は離婚権の濫用と目さるべきであろうけれども、本件のごとき場合は、もはや現在の時点においては、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濫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らかすべきではないと考える」(昭和35・12・27長野地判判タ115号96ページ)。本件は夫が妻に十分な財産分与をして情婦と同棲し、8年を経過した事案で、妻に保護すべき利益なく、他方事実上の婚姻から生まれた子の幸福をも考慮する必要ありとして離婚を認めたものである。

また、この部類に属する判決としては、婚姻破綻の最大の原因は、妻の不貞行為にあると認定した上、「被告(夫)は離婚調停を申し立て、原告(妻)を家庭に復帰させるための努力をおこたり、無断で協議離婚の届け出をし一方的に原告を除籍し、更に妨害禁止の仮処分がなされている原告の店舗から付器を持ち去った等の行動から推しても原告に反省を促し、原告との正常な結婚生活を継続したいという希望は認められず、むしろ裏切った原告に対する報復感情が強く感ぜられる」として有責配偶者たる妻からの離婚請求を認めたものがある(昭和38・6・22大阪地判・判タ155号99ページ)。

(ハ) 夫婦の別居生活が長期(15年、20年と)に及ぶ様な場合には、相手配偶者の生

活保障が十分に成されるならば、有責配偶者の離婚請求を認めても、権利濫用禁止の法理に矛盾する事にはならないであろう⁽¹³⁾。

しかし、これらの場合といえども基準を一律に定める事は困難であり、要は個々の事案につき具体的に権利濫用に当たると認めるに足りない特別の事情のある場合に限り、有責配偶者の離婚請求を認容すべきである。

かかる見地に立てば、有責配偶者の離婚請求を排斥した従来の最高裁の判決の中にも再検討を要するものがあるようにおもう。

例えば前出昭和29・12・14第3小法廷判決（民集8巻2543ページ）の事案の夫婦は昭和4年に婚姻し翌5年に長男を儲けたが、昭和9年12月夫は妻の許を去って他女と同棲し爾来十数年かつて妻の許に帰らず、本訴の提起は昭和22年であって、上告審判決時までを通算すれば、別居生活は実に20年に及ぶこととなる。そして訴訟記録によると夫と情婦との間の男子が中学入学するに際し父と姓を同じくさせようとするのが本訴提起の一動機となっている事がうかがえる。夫婦生活が完全に破綻し、すでに別居生活20年に及ぶような場合、いかに有責な夫とは言え、その離婚権の行使を許すことが、公序良俗や道徳観念に反するものとは見られない。かえって夫婦生活の復帰の期待可能性の全くない事を肯定しつつ、永久に二人を法的に拘束するこの判決は現実に即せず、むしろ相手配偶者に身分権の濫用を許すことになりはしないか。されば本件は離婚を認容すべきであり、離婚原因をつくった責任は、無責配偶者たる妻への損害賠償ないし財産分与など離婚効果の面において考慮されるべきであろう（判決によれば「上告人（夫）は原審においても出来る限り金銭的慰藉の用意のある事を述べている」最近、東京高裁（昭和58・10・24判時1099号57ページ）が、32年以上別居し、他女と同棲している有責配偶者たる夫の妻に対する離婚請求を棄却したのも従来の最高裁の態度を踏襲したものといえるであろう。

破綻主義に立つ西ドイツ家族法の最近の改正によれば、3年以上5年未満の別居は、婚姻の破綻が推定され（1566条2項）、5年以上の別居は、破綻が推定される上に、苛酷条項の適用が無く（1568条2項）、別居が立証されれば、有責配偶者の離婚請求も認められる⁽¹⁴⁾。同国の最近の実情について、「1977年の改正離婚法により有責主義が一切排除され、原則として夫婦は、一年間別居すれば有責かどうかを問わないで離婚が認められることとなった。（BGB 1565条2項）と報告されている⁽¹⁵⁾。離婚率の増加は世界的傾向であるが、西ドイツもその例外ではなさそうである。そこにおいては破綻主義が徹底している。「裁判官は通常、破綻の原因が、何かを審理する必要が無い。そこで、今日の離婚法は協議離婚に近い実質をもつ。場合によっては、一年間の別居をしていなくとも、夫婦の一年間の別居をしたという理由で離婚の請求をすれば、離婚が認められる」という。

また有責配偶者の離婚請求を制限する立法のもとにおいても、判例により、この制限は撤廃され、長期の別居がある場合には、原告が有責であっても離婚が認められる傾向にある事

が報告されている⁽¹⁶⁾。これらの事実は、わが民法の解釈の上に示唆するところ大きいと思う。

(二) 婚姻破綻の責任は常に当事者にあるものというものでは無く、当事者の意思や努力をもってしても克服し得なかった外部的な客観的事情が関係していることも稀ではない。されば離婚請求が否定されるべき有責配偶者とは、単に相手方に比して、より有責であるのみでなく、客観的破綻要素に比してもより有責なものを指すことになる。

スイス民法142条2項の解釈においても、学説は有責の態度の原因性を全原因に対する比較において考えようとし、双方に責任の無い客観的原因のある事を指摘しそれら諸原因に照らして自己の有責性が主であるかどうかを評価すべきであるとする。例えば離婚請求する配偶者の有責性が40パーセント、相手方が20パーセント、客観的事情が40パーセントのときは、有責配偶者の責任は40パーセントとして「主として」とはいえないという(Hinderling)⁽¹⁷⁾

かかる見地に立って、私は次の判決に少なからず疑問を挟むものである。被告(夫)は自己の責に帰すべからざる事由により外地に抑留生活を続けて帰還の時期も不明、婚家も実家も頼りにならず、幼児をかかえて生活と共闘する妻が、職を求めれば不安定で誘惑の多い進駐軍労務しか得られない状況下で、やむを得ず成した事実上の再婚により被告(夫)との婚姻生活の実質が完全に破壊されている場合にも婚姻破綻に自ら原因を与えたものの離婚請求を認めないという理由でこれを棄却した判決(昭和29・8・13東京地判)である。本件において原告は、婚姻義務不履行により婚姻破綻に有責であることは否定し得ないが、それよりは、むしろ当時原告が置かれた環境の方が一層大きな原因を与えているのではなからうか。本件原告の行為を称讃する者は無いにしても、これを非難する人は少ないであろう。それが社会の通念ではなからうか。この点判決の道義的水準は頗る高い。こう考えると本件を有責配偶者の離婚請求とみてこれを棄却した判決の態度に賛し難い⁽¹⁸⁾。

中川(善)博士は判決批評の中で「本件の場合、誰れが破壊したという事になるであろうか」「判決は……被告が抑留されて帰らないために破壊されたのでは無く、原告が弧閨を守る苦しさに耐えきれないで他の男と関係したから破綻されたのだとみている。これは余にも外面的な判断ではなからうか」と判決の見方を難じ更に「苦しい生活でもあり淋しい生活でもあり暗い生活でもあった。それは決して単なる肉体的悩みだけではない。それもあったかも知れない。いや、あったろう。問題はそれをどういうふうに規整したかということである。そのどういうふうに規整したかという事の判断つまり規整の正しさの判断はその当時の社会の実情の中に規準をみつけなければいけない。今日の平静な社会における尺度であの頃の行動を測っては間違いになる。終戦後の2・3年というものは、終戦前の頃と同様明日も判らない社会であった。天皇でも、社長でも、商人でも、皆明日の生活がどうなるか判らなかった。……今日の今が正しければよいというふうになる。これは決して道徳的にいて善いことでは無いだろう。しかし、事実として少数の道義家以外は皆そうであった。そ

うした社会の中で、か弱い女性が子供を抱えて生活と闘っている……そうした心細さの中でFとEとは結ばれていった事実を、私は責めるべきものと思わない」と述べており⁽¹⁹⁾、青山博士も「判決がいうように、妻（原告）が婚姻を実質的に破壊したとみるべき事は問題である。未帰還者の離婚問題を通常の場合と同じ眼でとりあつかう事は正当でない」と評される⁽²⁰⁾。

（昭和59・3・28稿）

- 注1 学者あるいは有責主義を制裁主義と呼び、有責的な離婚事由を認める趣旨を「制裁」と説くが、正しくない。岩垂・「民法770条の法意」信大文理学部紀要7号77ページ（昭和32年）
- 注2 青山道夫・改訂家族法論I 128ページ（昭和46年）
- 注3 岩垂・前掲紀要10号（昭和35年）
- 注4 林 良平 「スイス民法142条2項と権利濫用」 末川先生古稀記念・権利の濫用下310ページ
- 注5 岩垂・「身分権の濫用について」民商法35巻2号24ページ（昭和32年）・同・身分法の研究158ページ（昭和49年）
- 注6 太田武男・「有責配偶者の離婚請求」法と権利II巻67ページ（昭和53年）
- 注7 岩垂・前掲紀要13号120ページ（昭和38年）
- 注8 青山・前掲128ページ
- 注9 青山・前掲改訂家族法論128ページ・134ページの注の9
- 注10 阿部徹・「離婚原因」新民法演習5巻67ページ（昭和43年）、岩垂・「主たる有責配偶者の離婚権と判例批評」前掲紀要13号127ページ（昭和38年）
- 注11 岩垂・家族法大系III巻150ページ、同・身分法の研究127ページ
- 注12 青山・前掲134ページ
- 注13 岩垂・前掲紀要13号120ページ
- 注14 宮井忠雄・「西ドイツ家族法の改正について（上）」ジュリスト639号102ページ（昭和52年）」
- 注15 川井 健・西ドイツ民法見聞記「家族法上の問題」ジュリスト799号（昭和58年10月1日号38ページ）
- 注16 阿部・「破綻主義理論に関する一疑問」法文論双15号30ページ、島津一郎・「有責配偶者の離婚請求」家族法判例百選76ページ
- 注17 林良平・前掲311ページ、久貴 忠彦「現行離婚法における破綻主義には何らかの制約が課せられるか」民法学7巻127ページ、阿部・注釈民法（21）299ページ
- 注18 岩垂「主たる有責配偶者の離婚権と判例批評」前掲紀要13号112ページ（昭和38年）

注19 中川善之助「ソ連に抑留中の夫との離婚訴訟棄却事件」ジュリスト68号（昭和29・10・19）

注20 青山・前掲138ページ，岩垂・前掲家族法大系Ⅲ150ページ（昭和34年）