

WEB補論第20章 判決を読む—課題と検討—

民事裁判の目的は紛争の解決であり、刑事裁判の目的は真実の追求である、といわれることがあります。しかし、裁判を受ける人々にとって、判決は、人生そのものを左右する重大な事柄なのです。したがって、裁判は、単に紛争の解決とか真実の追求という言葉では、語ることのできない重い意味をもつのです。

法律学を学ぶということ、そして専門知識を習得し専門家になるということの意義を、しっかり認識してもらいたいと思います。

法律学の説明に入る前に、まず本文だけを、つぎに注書きにも目を通しながら、著名な判決をゆっくり3回読んでみてください。

1. 有責配偶者からの離婚請求

【判例20-1】最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁¹

離婚請求事件²（昭和61年（オ）第260号³
同62年9月2日大法廷判決破棄差戻し⁴）

【上告人】 控訴人 原告⁵ 甲野一郎（仮名） 代理人 菊地一夫
【被上告人】 被控訴人 被告⁶ 乙野花子（仮名） 代理人 城戸浩正
【第一審】 東京地方裁判所 昭和60年6月28日判決
【第二審】 東京高等裁判所 昭和60年12月19日判決

¹ 昭和62年9月2日に最高裁判所の大法廷において判決されたもので、最高裁判所民事判例集の第41巻6号1423頁以下に掲載されていることを示す。「最大判昭62・9・2民集・・・」と記載されることもある。「最大判」の代わりに「最高大判」とする場合もある。小法廷による判決は、「最判平2年3月1日民集・・・」とか「最高判平・・・」と記載される。

裁判には、判決のほかに、手続き事件、迅速を要する仮処分・仮差押についての決定、個々の裁判官による命令などがある。最高裁判所による決定は「最決・・・」とか「最高決・・・」と記載される。

² どのような内容をもつ事件であるかを明らかにしたタイトルである。刑事事件では、「放火被告事件」とか「殺人被告事件」と表示される。

³ 最高裁判所が昭和61年に受理した上告事件の260号を意味する。「（オ）」は、事件の符号といい、事件の内容（刑事・民事・判決・決定・命令など）且つ受理した裁判所によって異なる。覚える必要はない。

⁴ 当該裁判の結論を示す部分である。「破棄差戻し」は、さらに事実関係の審理を必要とする場合に、事実を確定した裁判所（原審）に事件を戻すことを意味する（民訴法325条）。法令違反を理由に原判決を破棄しても、原審によって確定された事実に基づいて上告裁判所が自ら判決した場合は、「破棄自判」と表示される（民訴法326条）。当事者の上告を実質的にみて理由がなく、事実審の判決を維持すべきときは、「棄却」とする。上告手続きに不備があり、それを理由に上告を退けるときは、「却下」とする。

⁵ 訴訟を第一審に提起した者は原告といい、訴訟を提起された者は被告という。第一審の判断（例えば判決等）を不服とし控訴した当事者は控訴人といい、控訴された者は被控訴人という。控訴審（第二審）の判断を不服として、上告した当事者は上告人といい、上告された者は被上告人という。

⁶ 注5を参照。

○ 判 示 事 項⁷

- 1 長期間の別居と有責配偶者からの離婚請求
- 2 有責配偶者からの離婚請求が長期間の別居等を理由として認容すべきであるとされた事例

○ 裁 判 要 旨⁸

- 1 有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦がその年齢及び同居期間と対比して相当の長期間別居し、その間に未成熟子がいない場合には、相手方配偶者が離婚によって精神的・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ない限り、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。
- 2 有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦が三六年間別居し、その間に未成熟子がいないときには、相手方配偶者が離婚によって精神的・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ない限り、認容すべきである。

(1につき補足意見⁹、1、2につき意見¹⁰がある。)

【参照】¹¹ (1、2につき)

民法1条2項、権利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス。

同法770条、夫婦の一方は、左の場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。

- 1 配偶者に不定な行為があったとき。
- 2 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
- 3 配偶者の生死が3年以上明らかでないとき。
- 4 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みのないとき。
- 5 その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。

裁判所は、前項第1号乃至第4号の事由があるときでも、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる。

○ 主 文¹²

⁷ 裁判所の判決書には、記載されていない。これは裁判所の編集者が、判決を読む読者に配慮して、当該判決の重要項目を示した部分である。

⁸ 裁判所の判決書には、記載されていない。これは裁判所の編集者が、判決を読む読者に配慮して、判決内容の要旨を記載した部分である。

⁹ 「裁判書には、各裁判官の意見を表示しなければならない。」(裁判所法11条)とされている。「補足意見」は、多数意見に賛成する立場から、さらに付随的事項や念のため説明を付け加え補強することをいう。

¹⁰ 「意見」は、一般的には多数意見の結論に賛成するけれども、理由において意見が異なることをいう。「反対意見」は、多数意見の結論に反対することをいう。

¹¹ 当該判決の際に問題となった法律と条文を表示した部分である。

¹² 裁判の結論部分である。民事裁判の主文は、判決の言渡しにおいて例外を除いて必ず朗読される(民訴法252条、民事訴訟規則155条)。刑事裁判の主文は、公判廷における宣告告知において必ず朗読される(刑事訴訟法342条、刑

原判決を破棄する。
本件を東京高等裁判所に差し戻す。

○理 由¹³

上告代理人菊地一夫の上告理由について

所論は、要するに、上告人と被上告人との婚姻関係は破綻し、しかも、両者は共同生活を営む意思を欠いたまま35年余の長期にわたり別居を継続し、年齢も既に70歳に達するに至ったものであり、また、上告人は別居に当たって当時有していた財産の全部を被上告人に給付したのであるから、上告人は被上告人に対し、民法770条1項5号に基づき離婚を請求しうるものというべきところ、原判決は右請求を排斥しているから、原判決には法令の解釈適用を誤った違法がある、というのである。

1-1 民法770条は、裁判上の離婚原因を制限的に列挙¹⁴していた旧民法¹⁵（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うことができる。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

事訴訟規則 35 条)。

¹³ 裁判の結論（判決）に至った理由である。民事裁判も刑事裁判も、判決書には理由を記載しあるいは附さなければならない（民事訴訟法 253 条、刑事訴訟法 44 条）。但し、理由は、場合によっては、朗読ではなく理由の要旨を告げることでよい（民事訴訟規則 115 条 2 項、刑事訴訟規則 35 条 2 項）。

¹⁴ 「制限的列挙」とは、法文の掲げるある事項が、それらの事項に限定される趣旨で掲げられる場合をいう。他の類似の事項にもおよぶ趣旨で掲げられる場合を「例示（列挙）」という（例えば民法 770 条の離婚原因、憲法 14 条 1 項など）。

¹⁵ この判決で「旧民法」とされているのは、明治民法のことである。「旧民法」とは、本来 1893 年（明治 26 年）1 月 1 日から施行される予定だった民法を指す。ボワソナード起草によるこの民法は、個人主義に立脚していた民法であったため、「民法出デテ忠孝亡ブ」と批判され、結局施行延期となった。数年の審議をへて制定され、1898 年 7 月 16 日に施行された民法は「明治民法」と呼ばれる。本書では、この区別による。

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にしている。このような裁判離婚制度¹⁶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。

1-2 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。

1-3 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¹⁷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。

¹⁶ 日本の離婚制度は、つぎのとおりである。夫婦当事者が話し合いで離婚する制度は、協議離婚という(民法763条)。協議が整わないときは、調停前置主義(家事審判法18条)に従い調停を申立て、調停離婚(同法17条)が不調となった場合には、審判離婚(同法24条1項)あるいは、裁判離婚(民法770条)を行うこととなる。

¹⁷ 「内縁」とは、実質的には夫婦の共同生活を営んでいて社会的には婚姻関係にあると認められながら、実際には婚姻を届け出ないために、法律上の婚姻と認められない男女の結合関係をいう。「婚姻の届出」は、婚姻の成立要件である(民法739条)。ワイドショーなどで「入籍」と言っているのは、法律上は、完全な誤りである。注27の「同棲」の解説を参照。

ないのである¹⁸。

【要旨第1】

そうであってみれば、有責配偶者からされた離婚請求¹⁹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とする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²⁰又は慰籍料²¹により解決されるべきものであるからである。

1-4 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²²、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²³は、いずれも変更すべきものである。

2 ところで、本件について原審²⁴が認定した上告人と被上告人との婚姻

¹⁸ 社会学的法解釈の問題である。解釈論編で詳しく説明する。

¹⁹ 離婚の「有責主義」とは、配偶者の一方に虐待や遺棄といった非行がある場合に、それを離婚原因に定めて、他方にその代償として返報として離婚の請求を認めて当事者間の公平を図ろうとする立法主義をいう。したがって、この立場からは、非行のある有責配偶者からの離婚の請求は認められないこととなる。

「破綻主義」とは、婚姻の実体がなく婚姻生活が破綻してその目的を達成継続し得なくなつたことを理由に離婚を認める主義をいう。民法770条1項5号は「その他婚姻を継続し難い事由」を定めて例示列举とし、破綻主義を徹底している。破綻主義を一步進めて、配偶者の一方に不貞や遺棄が認められる場合であつて、婚姻が継続し難いほどに破綻している場合には、離婚後の法律的な効果や生活など一切を考慮して、有責配偶者からの離婚を認めるべきとする積極説や認めるべきではないとする消極説がある。

²⁰ 財産分与とは、離婚の法律効果として、離婚をした当事者の一方は、他方に対して、財産の給付(分与)を請求することができることをいう(民法768条)。明治民法においては、配偶者(妻)を、無一文で追い出素ことができるとされ、事実上、妻からの離婚の自由が奪われていた。現行民法の規定は、妻の家庭生活における経済的立場に配慮し、夫婦の実質的平等が図られている。

²¹ 「慰謝料」とは、ある事実により生じた精神的苦痛(損害)を慰謝するために支払われる金銭をいう。

²² この最判昭27年2月19日第三小法廷の判決は、「踏んだり蹴ったり」事件と呼称されている。本書では、判例編で離婚の破綻主義の有責配偶者からの離婚請求消極説の指導的判例としてとりあげる。注50参照のこと。

²³ 有責配偶者からの離婚請求事件は、最高裁、下級審をあわせて現在まで多くの判例が出されている。

²⁴ 「原審」とは、三審制(裁判制度編の説明を参照)の下で、上告審で判決を行う場合に事実関係を確定した裁判所を指す。上告審を最高裁が担当する場合

の経緯等に関する事実の概要は、次のとおりである。

(1) 上告人と被上告人とは、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²⁵丙野月子の長女春子及び二女夏子と養子縁組²⁶をした。(2) 上告人と被上告人とは、当初は平穏な婚姻関係を続けていたが、被上告人が昭和24年ころ上告人と月子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月ころ上告人が月子と同棲²⁷するようになり、以来今日まで別居の状態にある。なお、上告人は、同29年9月7日、月子との間にもうけた二郎(同25年1月7日生)及び三郎(同27年12月30日生)の認知²⁸をした。(3) 被上告人は、上告人との別居後生活に窮したため、昭和25年2月、かねて上告人から生活費を保障する趣旨で処分権が与えられていた上告人名義の建物を24万円で他に売却し、その代金を生活費に当てたことがあるが、そのほかには上告人から生活費等の交付を一切受けていない。(4) 被上告人は、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。(5) 上告人は、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。(6) 上告人は、昭和26年ころ東京地方裁判所に対し被上告人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、上告人と被上告人との婚姻関係が破綻するに至ったのは上告人が月子と不貞な関係にあったこと及び被上告人を悪意で遺棄して月子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²⁹した。(7) 上告人は、昭和58年12月ころ被上告人を突然訪ね、離婚並びに春子及び夏子との離縁³⁰に同意するよう求めたが、被上告人に拒絶されたので、同59年東京家庭裁判所に対し被上告人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、上告人は、右調停において、被上告人に対し、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、被上告人はこれを受けいれなかった。

【要旨第2】

3 前記1において説示したところに従い、右2の事実関係の下において、本訴請求につき考えるに、上告人と被上告人との婚姻については5号所定の

は高裁である。上告審を高等裁判所が担当する場合は、地方裁判所である。

²⁵ 「訴外」とは、当該訴訟の当事者(判決の名宛人)以外の者をいう。

²⁶ 「養子縁組」とは血縁的親子関係がない者の間に、親子関係がある如く法律上認める制度である(民法809条)。家のための養子、親のための養子、子のための養子などが分類されており、現民法の養子制度の目的は、子のために専ら未成熟な子を養育し監護することにある(民法820条ほか)。

²⁷ 「同棲」とは、婚姻と切り離された形式で営まれる男女間の共同生活をいう。なお注17の「内縁」の説明を参照し比較すること。

²⁸ 「認知」とは、事実上は実子であるのに法律上の子としての地位を得られない者に、父または母を定め、法律上の子としての地位を確定する制度をいう(民法779条)。

²⁹ 「判決の確定」は、判決が上訴(控訴や上告)によって、取り消される余地がなくなったとき判決は確定し、訴訟は終了する。判決の確定時期は、いくつかの類型(上訴期間の徒過・取り下げなど)がある。詳しくは、訴訟法で学ぶ。

³⁰ 本件における「離縁」とは、上告人・被上告人と春子・夏子との間の「養子縁組」を解消することをいう(民法811条)。

事由があり、上告人は有責配偶者というべきであるが、上告人と被上告人との別居期間は、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、上告人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³¹、原判決は破棄³²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、被上告人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。

よって、民訴法407条1項に従い、裁判官角田禮次郎、岡林藤之輔の補足意見、裁判官佐藤哲郎の意見があるほか、裁判官全員的一致で、主文のとおり判決する³³。

〈裁判官角田禮次郎、岡林藤之輔の補足意見は、次のとおりである。〉

我々は、多数意見とその見解を一にするものであるが、離婚給付について、若干の意見を補足しておくこととしたい。

多数意見は、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責任のある有責配偶者からされた場合に、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一つの事情として、離婚を認めた場合における相手方配偶者の経済的状態が斟酌されなければならないとし、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、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籍料により解決されるべきものであるとしている。

しかし、右の経済的不利益の問題について、これを相手方配偶者の主導によって解決しようとしても、相手方配偶者が反訴³⁴により慰籍料の支払を求めることをせず、また人事訴訟手続法(以下「人訴法」という。)15条1項による財産分与の附帯申立³⁵もしない場合には、離婚と同時に解決されず、あるいは、経済的問題が未解決のため離婚請求を排斥せざるをえないおそれが生ずる。一方、経済的不利益の解決を相手方配偶者による離婚後における

³¹ 「理由あり」とは、訴訟が適法な申立てであり、その内容が実体法ないし訴訟法に照らして是認(認容)される場合をいう。裁判所は、一方当事者の求めたとおりの行為をすることになる。注53を参照すること。

³² 「原判決破棄」とは、原判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反があると認めるときには、上告裁判所は、原判決を取り消すことをいう。この場合には、控訴申立てに応じた判断がない状態になるので、上告裁判所は、破棄自判するか、原審に差し戻さなければならない。注4の説明参照。

³³ 本件のような全員一致の判決の場合は、「法廷意見」という。注9を参照。

³⁴ 「反訴」とは、係属中の訴訟手続法を利用して被告(反訴原告)が原告(反诉被告)に対して提起する訴えをいう(民訴法146条)。

³⁵ 本件における「附帯申立」とは、人事訴訟手続法に基づいて上告人が申立てた離婚の申立に対して、被上告人がこの申立を利用して被上告人に財産分与の申立を行うことをいう(人事訴訟手続法15条)。附帯控訴(民訴法293条)、附帯上告(民訴法313条)を参照。

財産分与等の請求に期待して、その解決をしないまま離婚請求を認容³⁶した場合においては、相手方配偶者に対し、財産分与等の請求に要する時間・費用等につき更に不利益を加重することとなるのみならず、経済的給付を受けるに至るまでの間精神的不安を助長し、経済的に困窮に陥れるなど極めて苛酷な状態におくおそれがあり、しかも右請求の受訴裁判所は、前に離婚請求を認容した裁判所と異なることが通常であろうから、相手方配偶者にとって経済的不利益が十全に解決される保障がないなど相手方配偶者に対する経済的配慮に欠ける事態の生ずることも予測される。したがって、相手方配偶者の経済的不利益の解決を実質的に確保するためには、更に検討を加えることが必要である。

そこで、財産分与に関する民法768条の規定をみると、同条は、離婚をした者の一方は相手方に対し財産分与の請求ができ、当事者間における財産分与の協議が不調・不能なときには当事者は家庭裁判所に対して右の協議に代わる処分を請求することができる旨を規定しているだけであって、右規定の文言からは、協議に代わる処分を請求する者は財産分与を請求する者に限る趣旨であるとは認められない。また、人訴法15条1項に定める離婚訴訟に附帯してする財産分与の申立は、訴訟事件における請求の趣旨のように、分与の額及び方法を特定してすることを要するものではなく、単に抽象的に財産分与の申立をすれば足り（最高裁昭和39年（オ）第539号同41年7月15日第二小法廷判決民集20巻6号1197頁参照）、裁判所に対しその具体的内容の形成を要求すること、いいかえれば裁判所の形成権限の発動を求めるにすぎないのであって、通常の民事訴訟におけるような私法上の形成権³⁷ないし具体的な権利主張を意味するものではないのであるから、財産分与をする者に対して、その具体的内容は挙げて裁判所の裁量に委ねる趣旨とする申立を許したとしても、財産分与を請求する側において何ら支障がないはずである。更に実質的にみても、財産分与についての協議が不調・不能な場合には、財産分与を請求する者だけではなく、財産分与をする者のなかにも一日も早く協議を成立させて婚姻関係を清算したいと考える者のあることも当然のことであろうから、財産分与について協議が不調・不能の場合における協議に代わる処分の申立は財産分与をする者においてもこれを行うことができる³⁸のと解する³⁸のが相当というべきである。

以上のような見地から、我々は、人訴法15条1項による財産分与の附帯申立は離婚請求をする者においてもすることができる³⁹と考える。そしてこのように解すると、有責配偶者から離婚の訴えが提起され、相手方配偶者の経済的不利益を解決しさえすれば請求を許容しうる場合において、相手方配偶者が、たとえば意地・面子・報復感情等のために、慰籍料請求の反訴又は人訴法15条1項による財産分与の附帯申立をしようとしなないときは、有責配偶者

³⁶ 注 31 を参照。

³⁷ 「私法上の形成権」とは、権利者の一方的な意思によって、法律関係を発生・変更・消滅させ得る権利をいう。

³⁸ 協議離婚による財産分与は、一方が他方に対して請求することができる（民法768条1項）のであるから、協議が不調・不能のときには、財産分与を請求する者だけでなく分与する者も審判を申立てることができる（民法768条2項、家事審判法9条1項乙類5号）。

³⁹ 注 38 の論理を類推適用して、人訴法15条1項による財産分与の附帯申立は、離婚を請求し財産を分与する上告人もすることができる、という法律論を展開した部分である。類推適用については、解釈論編で説明する。

にも財産分与の附帯申立をすることを認め、離婚判決と同一の主文中で⁴⁰相手方配偶者に対する財産分与としての給付を命ずることができることになり、相手方配偶者の経済的不利益の問題は常に当該裁判の中において離婚を認めるかどうかの判断との関連において解決され、さきに我々が憂慮した相手方配偶者の経済的不利益の問題の解決を全うすることができることになるのではないかと思うのである。

〈裁判官佐藤哲郎の意見⁴¹は、次のとおりである。〉

私は、多数意見の結論には賛成するが、その結論に至る説示には同調することができない。

1 民法770条1項5号は、同条の規定の文言及び体裁、我が国の離婚制度、離婚の本質などに照らすと、同号所定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からされた離婚請求を原則として許さないことを規定するものと解するのが相当である。

同条1項1号から4号までは、相手方配偶者に右各号の事由のある場合に、離婚請求権があることを規定しているところ、同項5号は、1号から4号までの規定を受けて抽象的離婚事由を定め、右各号の事由を相対化したものといえることができるから5号の事由による離婚請求においても、1号から4号までの事由による場合と同様、右事由の発生について相手方配偶者に責任あるいは原因のある場合に離婚請求権があることを規定しているものと解するのが相当である。法律が離婚原因を定めている目的は、一定の事由の存在するときに夫婦の一方が相手方配偶者に対して離婚請求をすることを許すことにあるが、他方、相手方配偶者にとっては一定の事由のない限り自己の意思に反して離婚を強要されないことを保障することにもあるといわなければならない。我が国の裁判離婚制度の下において離婚原因の発生につき責任のある配偶者からされた離婚請求を許容するとすれば、自ら離婚原因を作出した者に対して右事由をもって離婚を請求しうる自由を容認することになり、同時に相手方から配偶者としての地位に対する保障を奪うこととなるが、このような結果を承認することは離婚原因を法定した趣旨を没却し、裁判離婚制度そのものを否定することに等しい。また、裁判離婚について破綻の要件を満たせば足りるとの考えを採るとすれば、自由離婚、単意離婚を承認することに帰し、我が国において採用する協議離婚の制度とも矛盾し、ひいては離婚請求の許否を裁判所に委ねることとも相容れないことになる。法は、社会の最小限度の要求に応える規範であってもとより倫理とは異なるものであるが、正義衡平、社会的倫理、条理を内包するものであるから、法の解釈も、右のような理念に則してなされなければならないこと勿論であって、したがって信義に背馳するような離婚請求の許されないことはすべからず法の要求するところというべきであり、離婚請求の許否を法的統制に委ねた以上、裁判所に対して右の理念によってその許否の判定をするよう要求することもまた当然といわなければならない。右のような見地からすれば、民法770条1項5号は、離婚原因を作出した者からの離婚請求を許さない制約を負うものというべきである。

実質的にみても、婚姻は道義を基調とした社会的・法的秩序であるから、

⁴⁰ 財産分与の請求は、審判事項に所属し、本件の離婚請求上告事件は、本訴裁判に属している。したがって、離婚の請求と財産分与の請求は、別個の訴訟手続で別個に結論を出さざるを得ない。ところが、注39のように上告人からの財産分与の附帯申立を本訴において認めれば、同一の本訴手続で、同時に判決主文を行うことが可能となるという、法律論を展開した部分である。

⁴¹ 注9を参照のこと。

これを廃絶する離婚も、道義、社会的規範に照らして正当なものでなければならず、人間としての尊厳を損い、両性の平等に悖るものであってはならないというべきである。また、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立するものであることからすると、それを廃絶する離婚についても基本的には両性の合意を要求することができるから、夫婦の一方が婚姻継続の意思を喪失したからといって、相手方配偶者の意思を無視して常に当該婚姻が解消されるということにはならないともいうまでもない。そして、離婚が請求者にとっても相手方配偶者にとっても婚姻を廃絶すると同時に新たな法的・社会的秩序を確立することにあることからすると、相手方配偶者の地位を婚姻時に比べて精神面においても、社会・経済面においても劣悪にするものであってはならないが、厳格な離婚制度の下においては離婚給付の充実が図られるものの、反対に、安易に離婚を承認する制度の下においては相手方配偶者の経済的・社会的保障に欠けることになるおそれがあることにも思いを致さなければならぬ。有責配偶者からの離婚請求を認めることは、その者の一方的意思によって背徳から精神的解放を許すのみならず、相手方配偶者に対する経済的・社会的責務をも免れさせることになりかねないことをも考慮しなければならないであろう。そもそも、離婚法の解釈運用においては、その国の社会制度、殊に家族制度、経済体制、法制度、宗教、風土あるいは国民性などを無視することができないが、吾人の道徳観や法感情は、果たして自ら離婚原因を作出した者に寛容であろうか、疑問なしとしない。

以上の次第で、私は、婚姻関係が破綻した場合においても、その破綻につき専ら又は主として原因を与えた当事者は原則として自ら離婚請求をすることができないとの立場を維持したいと考える。

2 しかし、有責配偶者からの離婚請求がすべて許されないとするのも行き過ぎである。有責配偶者からされた離婚請求の拒絶がかえって反倫理的であり、身分法秩序⁴²を歪める場合もありうるものであり、このような場合にもこれを許さないとするのはこれまた法の容認するところではないといわなければならない。有責配偶者からされた離婚請求であっても、有責事由が婚姻関係の破綻後に生じたような場合、相手方配偶者側の行為によって誘発された場合、相手方配偶者に離婚意思がある場合は、もとより許容されるが、更に、有責配偶者が相手方及び子に対して精神的、経済的、社会的に相応の償いをし、又は相応の制裁を受容しているのに、相手方配偶者が報復等のためにのみ離婚を拒絶し、又はそのような意思があるものとみなしうる場合など離婚請求を容認しないことが諸般の事情に照らしてかえって社会的秩序を歪め、著しく正義衡平、社会的倫理に反する特段の事情のある場合には、有責配偶者の過去の責任が阻却⁴³され、当該離婚請求を許容するのが相当である
と考える。

3 以上のとおり、私は、有責配偶者からされた離婚請求が原則として許されないとする当審の判例の原則的立場を変更する必要を認めないが、特段の事情のある場合には有責配偶者の責任が阻却されて離婚請求が許容される場合がありうると思う。そして、本件においては、被上告人の離婚拒絶についての真意を探求するとともに、右阻却事由の存否について審理を尽くさせるために、本件を原審に差し戻すのを相当とする。

⁴² 「身分法秩序」とは、個人の尊厳（日本国憲法 24 条）と男女の本質的平等（憲法 14 条）の要請から、家庭生活についての法秩序の中から、封建的な家制度を排除し、民主的原理を導入した家族法の基本構造をいう。

⁴³ 「阻却」とは、「追求せず」とか「問わない」の意味である。

(裁判長裁判官谷口洪一 裁判官伊藤正己 裁判官牧圭次 裁判官安岡満彦 裁判官角田禮次郎 裁判官島谷六郎 裁判官長島敦 裁判官高島益郎 裁判官藤島昭 裁判官大内恒夫 裁判官香川保一 裁判官坂上壽夫 裁判官佐藤哲郎 裁判官林藤之輔 裁判官四谷巖)⁴⁴

〈上告代理人菊地一夫の上告理由⁴⁵〉

原判決は、民法第770条第1項5号の適用解釈を誤り、理由不備⁴⁶の違法があり、その違反は判決に影響を及ぼすことは明らかであって破棄されるべきものである。

1 すなわち、原判決は、「破綻の原因は、原告（上告人）が訴外丙野〔のち甲野〕月子と同居するようになり、前訴離婚判決後もその同居を継続してきたため、一方、被告（被上告人）はこれといった落度はなく、破綻の責任は専ら原告にある」とし、いくつかの事情を列挙した上、「このような特別の事情のある本件においては、専ら婚姻関係の破綻を招来したのものとして有責配偶者である原告（上告人）の本訴離婚請求を認めることは信義誠実の原則に徴し相当でないといわざるを得ない。」と判示している。

2 その特別事情の1つとして、被上告人の生活基盤が必ずしも安定したものとはいえないのに対し、上告人は経済的には安定しながら「離婚にともなう相応の財産給付をなす意思に乏しく、別居が継続している間被告（被上告人）に対する経済的援助を全くすること」がなかった旨認定している。

しかしながら、他方同じく原判決が認定しているとおり、被上告人は、「原告「上告人」及び被告（被上告人）が居住に使用していた原告（上告人）名義の建物（これは土地及び建物の誤りである－上告人注）を金24万円で売却し、その代金を受領して実兄A男宅に転居し、右代金を生活費に充ててきて」いるのである。

記録⁴⁷から窺えるとおおり右土地及び建物は当時の上告人のいわば全財産であったものであり、上告人は別居に伴い自分の所有する全財産を既にその当時に被上告人に分与したのであって、当時の上告人の経済状態から見れば最大限の償いをしたと評価し得るのであり、原判決の如く「被告（被上告人）に対する経済的援助を全くしなかった」というのは全く事実と反している。

換言すれば、上告人は、別居の際に、既に「離婚に伴う相応の財産給付」に相当するものを被上告人に分与していたのである。

この財産給付の事実離婚請求の認否の判断上の重要な要素に係わるもの

⁴⁴ 最高裁判所は、15人全員で構成される大法廷と5人で構成される小法廷（第1～第3）がある（裁判所法9条）。

⁴⁵ 上告をする際には、上告状に上告理由を具体的に記載しなければならない（民訴法315条、民事訴訟規則190条乃至193条）。「乃至」とは「190条から193条まですべて」を表現する。刑事事件の上告には、上告趣意書に上告申立て理由を明示しなければならない（刑訴法407条、刑事訴訟規則266条による240条の準用）。

⁴⁶ 「理由不備」とは、判決書には理由を付さなければならない（民訴法253条1項3号）が、その理由の全部または一部を欠く場合をいう。付された理由中に矛盾があるため、判決主文に至った過程が明らかでない場合は、「理由齟齬」という。

⁴⁷ 「記録」とは、特定の訴訟事件に関して審理経過を記録する書類ないしそれらを編綴した「訴訟記録」をいう。例えば、訴状、証拠の申出書、準備書面、口頭弁論調書、証拠調べ調書などは、重要な情報源である。

であって、給付それ自体を認定しつつその給付の意義を全く無視した点において原判決は理由に齟齬⁴⁸ないし不備があるものといわざるを得ない。

3 次に、自己の背徳行為により勝手に夫婦破綻の原因をつくりながら、それのみを理由として相手方に離婚を強制することは、婚姻秩序や性秩序あるいは道徳観念よりして許されるべきことではないとの法理に基づき、有責配偶者の離婚請求を排斥してきた判例の集積は上告人も是認するところである。

しかしながら、他方において離婚請求者に有責的行為がある場合には安易に離婚を棄却しがちな傾向も厳に慎むべきである。

なぜならば、そもそも民法第770条第1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」とは、いわゆる破綻主義⁴⁹の立法化に外ならず、婚姻関係が深刻に破綻し婚姻の本質に応じた共同生活の回復の見込みがない場合を云うものとされ、元来不治的に破綻した婚姻は当事者の責任を問わずその解消を認めるという原則に立脚し、また離婚請求を余りに厳格に否定して適用すべきではないからである。

4 この点に関するリーディングケース⁵⁰としては最判昭和27年2月19日(民集6.2.110)が挙げられる。

これは、夫が婚姻中に他の女性と情交関係を結び子供も産ませ、別居わずか5年後に婚姻関係破綻を理由に妻に対し離婚を請求した事案である。

このような事実関係においては、「本訴の如き請求が法の認める処なりとして当裁判所において是認されるならば、戦後に多く見られる男女関係の余りの無軌道に拍車をかける結果を招致する虞が多分にある。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はないことは認めるけれども、さりとて前記の様な不徳義・徳手勝手な請求を許すものではない。」として余りにも相手方を無視した身勝手な請求を排斥したものであり、その点にリーディングケースとして価値があるものである。

5 これに対して本件においては、昭和24年から35年余の極めて長期間に亘って別居生活が継続されてきており、子供もなく、その間夫婦の行き来も全くなく、夫婦ともに婚姻の本質に応じた共同生活を継続する意思を全く欠いており、婚姻関係は単に戸籍上のみでその実体は全く破綻し形骸化しているものである。

この長期間の破綻状態・形骸化の過程において、夫婦の年齢も70歳前後に達し、上告人の当初の有責性はいわば風化していると言い得るのである。このような状態にある現時点においてもなお数十年前の破綻原因をつくった責任を負わせ続けることは妥当なのであろうか。

前記判決の余りにも身勝手な請求と同一に論ずることが社会正義に適うものであろうか。

被上告人の生活基盤は必ずしも安定したものではないであろうが、さりとて離婚が認容されても直ちに生活に著しい変化が生じるとも考えられないこと、また前述のとおり上告人は別居の際に当時の全財産を被上告人に与えていること、夫婦間には子供がないこと、そして右のとおり長年の経過により上告人の有責性が風化していること、を考え合わせるならば、35年余にも及び破綻し形骸化した婚姻関係はお互いに整理した上で、それぞれが平穏な余生を過ごせるように取り計らうのが法の理念に合致すると言ふべきである。

⁴⁸ 注 46 を参照のこと。

⁴⁹ 注 19 を参照のこと。

⁵⁰ 「リーディングケース」とは、ある法分野の基本的な問題について、明確な立場を示した判決で、その後、同種の事件の判断に際して指導的な役割を果たしている判例をいう。注 22 を参照のこと。

原判決も触れているとおり「夫婦間の婚姻関係が全く形骸化して久しいような場合においては有責配偶者からの離婚請求であることの一事をもってただちにその請求を排斥するのは相当ではない」のであり、その請求が「不徳手・徳手勝手」な事情がある場合にそれを許さないとするのが婚姻秩序・道徳観念に最もよく合致する正しい解釈であると信ずるものである。

6 この点に関して、破綻後の原告の有責行為は問わない旨判示した最判昭和46年5月21日（民集25. 3. 408）のコメントとして、「右の判例を相当期間の別居に重点をおいて離婚を認める判例のはしりとして、評価したい。右の判例を契機として、最高裁が、婚姻破綻の徴表としての相当期間の別居がある場合には、別居前に原告側に有責行為があるときにも離婚を認める、というように理論を展開していくことを期待する。別居後の有責行為を問わないとするなら、別居前の有責行為も問わないはずだからである。」（島津一郎・「別冊ジュリスト家族法判例百選（新版・増補）」76頁、同「破綻主義」続判例展望別冊ジュリスト39号136頁）との見解⁵¹が示されているが、本件ケースは正に右見解を適用すべき事案である。

よって、原判決は法の適用解釈を誤った違法があり、これは判決に影響を及ぼすことは明らかであるので、破棄を免れないものである。

○参 照○

【判例20-2】 第一審判決⁵²の主文及び事実

主 文

- 1 原告の請求を棄却⁵³する。
- 2 訴訟費用は原告の負担とする。

事 実

第1 当事者の求めた裁判

- 1 請求の趣旨⁵⁴
 - 1 原告と被告とを離婚する。
 - 2 訴訟費用⁵⁵は被告の負担⁵⁶とする。

- 2 請求の趣旨に対する答弁⁵⁷

⁵¹ 学説の批判や学説の理論を引用して、上告理由を補強している。

⁵² 東京地方裁判所昭和60年6月28日判決（第一審）である。

⁵³ 「棄却」とは、適法な裁判の申立てであっても、その請求内容を実体法に照らした結果、「請求に理由なし」に該当する場合には、その請求が認められないことを示す裁判用語である。注31を参照のこと。

⁵⁴ 「請求の趣旨」とは、原告が請求の内容・範囲を示して、求める判決内容を簡潔に表示する部分で、判決の主文に対応する形で記載する。民法の法律行為の法律効果に該当する部分である。

⁵⁵ 「訴訟費用」とは、国家の裁判を利用する人が、制度の運用費用として支払う利用料をいう。

⁵⁶ 裁判費用については、国家は誰に請求できるか、誰が最終的に負担するかという問題がある。裁判費用を当初支払うのは、裁判を提起する者である。原告・控訴人あるいは上告人が勝訴すれば、相手方に訴訟費用の負担が命じられることになる。

⁵⁷ 請求の趣旨についての「答弁」とは、原告の訴状を送達された被告が、訴状記載の原告の請求について、意見表明（反対の申立て）することをいう。反対

主文と同旨⁵⁸

第2 当事者の主張⁵⁹

1 請求の原因⁶⁰

- 1 原告と被告は、昭和12年2月1日婚姻の届出をした夫婦である。
- 2 原告は、昭和17年11月から南方に従軍し、昭和21年5月帰還して被告のもとに戻った。被告は、原告が南方に従軍している間、軍の赤羽工兵隊の将校に原・被告の自宅の2階を賃貸し、右将校と不貞の関係に至った。
- 3 右被告の不貞が原告の知るところとなり夫婦仲の円満を欠くことが続き、原告は、昭和24年4月被告と別居した。その直後、被告は、原告所有の土地、建物を処分し、その金員を持って被告の実兄A男方に居を移した。
- 4 原告は、昭和24年ころ、東京家庭裁判所に夫婦関係調整の調停を申立てたが不成立となり、東京地方裁判所に離婚の訴えを提起したが、原告は敗訴した。
- 5 被告は、その後所在不明が続いたが、調査の結果ようやく判明し、原告は、昭和56年ころ東京家庭裁判所に再び夫婦関係調整の調停を申立てたがそのときも不成立となってしまうそのままにしていた。
- 6 原告と被告は昭和24年4月の別居以来30有余年全く夫婦としての交流はなく、また、昭和29年2月の前記判決以来全くの音信もなく、被告から何の要求のないまま推移してきた。このように、もはや夫婦としての実態は全くなく、単に戸籍上のみの形骸化した夫婦にすぎない。そこで、原告は、昭和58年12月東京家庭裁判所に調停を申立てたが、被告は高額の金員を要求するのみで右調停は不調に終わった。
- 7 以上のとおり、原・被告間の婚姻関係は戸籍上のみの婚姻で全く実態のないものであり、もはや婚姻を継続し難い重大な事由があるといわなければならない。よって、原告は、被告に対し、民法770条1項5号に基づき離婚を求める。

2 請求原因に対する認否⁶¹

- 1 請求原因1の事実は認める⁶²。
- 2 同2の事実中、南方への従軍及び帰還の時期は認め、その余の事実は否

の申立てとは、「『原告の請求を棄却する』『訴訟費用は被告の負担とする』との判決を求める」と通常記載し答弁する。

⁵⁸第一審は、原告の請求が棄却されたので、主文の表示は、被告の反対申立てとおりになった。請求の趣旨は、主文の内容そのままなので、重複記載を避けるために、主文同旨と記載されている。

⁵⁹当事者の訴訟行為は、申立てと主張に大別できる。「申立て」とは、裁判所に対して、一定の行為（裁判、証拠調べ、送達など）を求める当事者の行為をいう。「主張」とは、この申立てを理由づける行為のことをいう。法律上の主張（具体的な権利の存否）と事実の存否に関する当事者の認識や判断の報告がある。前者は后者によって理由づけられる関係にある。

⁶⁰「請求の原因」とは、原告の請求を、特定の権利の主張として構成するために必要な事実（法律の内容や権利の発生原因など）をいう。

⁶¹「請求原因に対する認否」とは、訴状記載の請求原因事実に対する被告の意見をいう。

⁶²「認める」とは、請求原因の該当事実と同じ認識にある意を示す＝自白。

認⁶³する。

3 同3の事実中、昭和24年7月（同年4月ではない）に別居し、被告が原告所有の土地建物を処分した後実兄A男方に転居したことは認め、その余の事実は否認する。

4 同4の事実は認める。

5 同5の事実中、原告が昭和54年（昭和56年ではない）調停を申立てたが不成立となったことは認め、その余の事実は否認する。

6 同6の事実中、原告が昭和58年12月調停を申立てたが不調となったことは認め、その余の事実は否認する。

7 同7の事実は争う⁶⁴。

3 被告の主張⁶⁵

1 原告と被告の別居は、原告が被告に対して訴求した東京地方裁判所昭和26年(タ)第42号事件の判決が認定したとおり、原告の不貞行為と原告による被告に対する遺棄によって生じたものであることは明らかである。しかも、原告は昭和24年7月の別居以来今日まで慰謝料はもとより生活費さえ支給せず、その間被告に対し金員等の引渡請求訴訟（昭和25年原告敗訴）、前記離婚請求訴訟をそれぞれ提起し、被告にたえ難い精神的苦痛を与え続け、一方で、昭和25年9月1日、丙野月子を自己の父親である甲野太郎の養子となすことにより同女を甲野月子と改氏せしめ、その後も同女と同棲を継続し、同女との間に二子を設けて認知するなどしている。

2 原告によるその後2度にわたる離婚調停申立て及び本訴提起は、過去35年間の婚姻費用分担義務も履行せず、財産分与、慰謝料の提供もないままにされており、直近の離婚調停においても、現金100万円と油絵一枚を提案したにすぎなかった。

3 以上によれば、原告の本訴請求は正義に反すること著しいので、速やかに棄却されるべきである。

第3 証拠⁶⁶（省略）

【理由】

1 《証拠略》を総合すると次の事実が認められる。

1 原告と被告は〔昭和〕⁶⁷12年2月1日婚姻の届出を了した夫婦である。

2 両名の間には子がなかったため昭和23年12月8日、原・被告は訴外丙野月子の長女春子及び二女夏子との間に養子縁組をし、昭和25年9月1日には右丙野月子も原告の実父甲野松太郎と養子縁組をし、甲野姓を名乗ることとなった。

⁶³ 「否認」とは、請求原因の該当事実について単純な否定を示す。

⁶⁴ 「争う」とは、請求原因の該当事実について、被告が原告主張の事実と反する事実を積極的に述べる場合を示す。

⁶⁵ 注59を参照のこと。

⁶⁶ 「証拠」とは、事実の主張を基礎づけるための資料を総称したものをいう。裁判官が五官作用によって取り調べることのできる対象を「証拠方法」という（人証・物証）。証拠調べによって得られた内容を「証拠資料」という（当事者の供述・証言・鑑定意見・文書の記載内容・検証の結果など）。証拠資料のうち、要証事実（要件事実）の存否について裁判所の心証形成を可能にした根拠を「証拠原因」という。

⁶⁷ 〔〕は、内容を正確に理解するため、筆者が加筆した箇所である。

3 原告は、右甲野月子と原告の間に生まれた二郎（昭和25年1月7日生）と三郎（昭和27年12月30日生）をそれぞれ昭和29年9月7日に認知の届出をした。

4 ところで、原・被告の婚姻生活は当初平穏に経過したが、昭和24年ころ、原告と訴外甲野月子が情交関係を継続していたことが被告の知るところとなって、原・被告間の中が不和となり、昭和24年8月原告は同棲中⁶⁸の被告を棄てて勝手に右甲野月子と同棲生活に入り、以後今日まで別居が継続することとなった。

5 原告は、昭和26年ころ、被告に対して離婚請求事件を提起し、右訴訟は昭和29年2月16日原告敗訴の判決が言渡され確定した（東京地方裁判所昭和26年（夕）第42号）。右判決では、原・被告間の婚姻の破綻は、原告が昭和23年中から甲野月子と関係を結び、これが原因で夫婦仲が不和となり、昭和24年8月原告が被告を棄てて勝手に甲野月子と同棲生活に入りこれを継続していることに原因があり、原告はいわゆる有責配偶者に該当するから原告の離婚請求を棄却するとされた。

6 被告は、前記原告と別居以後、昭和24年12月ころから原告からの生活費等の一切の仕送りが絶えたため生活に窮して、昭和25年2月7日、かねて被告の要求により生活費を保証する意味で処分の権限を与えられていた原告及び被告が居住に使用していた原告名義の建物を金24万円で売却し、その代金を受領して実兄丙川竹夫方に転居し、右代金を生活費に充ててきており、以来今日まで肩書住所地である実兄丙川竹夫方の二階の一部屋を使用させてもらって生活している。

7 原告は、前記判決後も引き続き、甲野月子と同棲生活を送り、この間前述のとおり同女との間の子二人の認知届までなし、昭和58年12月ころまで、被告の住所を知らず全く音信不通で生活費等の仕送りはもちろんしなかった。

8 一方被告も前記判決後自ら原告に対し同居を求めたり、また生活費等の要求をすることもなく原告と没交渉の態度をとってきた。

このように前記判決後は原・被告双方とも相手方と連絡をとることもなく推移してきた。

9 昭和58年12月ころ、原告は甲野月子とは同年11月ころ別れたと称して突然被告をたずね、離婚を求めるとともに前記甲野月子の子春子及び夏子の縁組を解消するから判を押してくれるよう求めてきたが、被告は一方的に自己の主張を押しつけようとする前記離婚訴訟以来の原告の態度に反目し、これを承諾しなかった（なお、この間昭和54年ころ原告から被告に対し離婚調停が申し立てられ、これが不成立になった経緯があるようであるが、その経緯は証拠上明らかでない）。そこで、原告は、昭和59年東京家庭裁判所に離婚調停を申立てたが、同年4月18日不成立に終わり、本訴に至った。なお、右調停では原告は被告に対し離婚給付として現金100万円と油絵一枚を提供することを提案したにすぎず、被告の受け入れるところとはならなかった。

10 ところで、原告は、現在精密測定機器、材料試験機、分析機器の販売並びに修理等を目的とする訴外甲田株式会社（資本金2500万円）、同種機器の製造、修理及び販売を目的とする訴外乙田株式会社（資本金1000万円）の代表取締役並びに不動産の所有、賃貸、管理、売買等を目的とする有限会社丙田株式会社（資本の総額金60万円）の取締役をしており、

⁶⁸ この場合の「同棲」の意味は、法律上の「同棲」ではなく、同居と読み替えた方が理解しやすい。

経済的にも極めて安定した生活を送っている。

11 他方、被告は、実兄丙川方に身を寄せてから、人形学園に入学して、人形製作等の技術を身につけ、助手などをしてきたが、その後、人形を製作する人形店に勤務し、朝8時半に出勤して夜9時半ころまで残業をするといった生活を昭和53年ころまでし、この間肺結核をわずらって3・4年療養生活をするなど経済的にも精神的にも苦勞してきたところ、現在は無職でこれといった資産はなく、必ずしも経済的に安定した生活とはいえない。

12 原告は、現在では被告を嫌悪し、離婚を強く求めることのみで急で、離婚に伴う相応の財産給付をなすことに消極的である。

以上の事実が認められ(る)。《証拠判断略》

2 右認定事実によれば、原・被告間の婚姻関係は、昭和24年8月には破綻しており、以後35年余りにわたりその状態は継続してきて、現在ではもはや回復不能であること、その破綻の原因は、訴外甲野月子⁶⁹と同居するようになり、前訴離婚判決後も同居を継続してきたため、一方、被告にはこれといった落度はなく、破綻の責任は専ら原告にあることを認定することができる。なお、前訴判決後被告においても原告に何ら要求することなく推移してきてはいるが、かかる被告の対応を一概に非難するのは酷である。ところで、本件のように35年余りにわたる別居が継続し、夫婦間の婚姻関係が全く形骸化して久しいような場合においては有責配偶者からの離婚請求であることの一事をもってただちにその請求を排斥するのは相当でないとの考えも成り立ちうるところであるが、本件においては、すでに昭和29年に原告からの離婚請求が排斥されて訴訟上確定している経緯があること、被告は現在実兄方の二階の一部屋を利用して細々と生活し、固有の財産は何もなく、その生活基盤は必ずしも安定したものとはいえず、今後の生活もその多くを実兄ら同居者の善意によらざるを得ないこと、他方、原告は経済的には安定しているところ、離婚に伴う相応の財産給付をなす意思に乏しく、別居が継続している間被告に対する経済的援助を全くすることなく、破綻した婚姻関係の調整ないし整理に真剣な努力の跡がうかがえないことなどの事情が認められるのであって、本件においては、有責配偶者である原告の本訴離婚請求を認めるにはいまだ十分でないといわざるを得ない。

3 よって、原告の本訴請求は理由がないからこれを棄却することとし、訴訟費用の負担につき民法89条を適用して、主文のとおり判決する。

裁判官高野芳久⁷⁰

東京地方裁判所民事第一部⁷¹

【判例20-3】 第二審⁷²判決の主文、事実及び理由

主 文

本件控訴⁷³を棄却⁷⁴する。

69 第一審の理由は、判例時報1202号50頁以下によって補充した。判例時報では、「甲野松子」と仮称されている。訴外丙野月子は、昭和25年9月に上告人の実父甲野太郎の養子となり、以後甲野月子と改氏した。

70 地方裁判所は、二審として裁判するときは裁判官3人で構成される合議制であるが、一審の場合は原則として裁判官1人の単独性である。しかし、重要な事件については、合議制となる(裁判所法26条)。

71 判決した裁判所の担当部署の表示である。

72 東京高判昭60年12月19日をいう。判例時報1202号50頁参照。

控訴費用⁷⁵は、控訴人の負担⁷⁶とする。

事 実

第1 当事者の求めた裁判

控訴人は「原判決を取消す。控訴人と被控訴人とを離婚する。訴訟費用は、第一・二審とも被控訴人の負担とする。」との判決を求め⁷⁷、被控訴代理人は、控訴棄却の判決⁷⁸を求めた。

第2 当事者の主張⁷⁹

当事者双方の事実上の主張は、次に付加する⁸⁰ほか、原判決摘示と同一であるから、これを引用する。

原判決3枚目表5、6行目の間に改行のうえ「なお、控訴人が甲野月子宅に雑居せざるを得なくなったのは、昭和24年5月に前記のとおり被控訴人が控訴人所有の住居を無断で処分し、実兄A男宅に同居したためであり、控訴人が甲野月子と同居していたのは昭和58年11月3日までであって、その後の同女のことには知らない。また、二男三郎とは同57年11月末以降何の接触もない。控訴人の設立した旭産商株式会社も内容は零であり控訴人の代表取締役または取締役をしているサンライズ貿易株式会社、有限会社旭興産からの給料も薄給もしくは無給である。」を、同4枚目裏4行目の「その後も」の次に「本件訴訟が原審係属中の昭和60年4月まで」を、同5行目の「などし」の次に「、また甲野月子は、控訴人との間の子である三郎と同居しており、控訴人と今なお緊密な関係を維持し」をそれぞれ加える。なお、被控訴人は控訴人の当審における右主張を否認すると述べた。

第3 証拠（省略）

理 由

1 当裁判所も、控訴人の本訴請求は、これを棄却すべきものと判断するが、その理由については、次に付加・訂正するほか、原判決がその理由について説示するところと同一であるから、これを引用する。

原判決五枚目表8行目の「12」を「13」に改め、同6枚目裏末行の「一部屋」の次に「（四畳半）」を、同8枚目裏末行の「である。」の次に「しか

⁷³ 第一審判決に対して不服のある当事者は、その不服の当否について控訴審の審理判決を求めることができる。

⁷⁴ 注53を参照。

⁷⁵ 注55を参照。

⁷⁶ 注56を参照。

⁷⁷ 控訴状には、当事者（及び法定代理人）、第一審判決の表示およびその判決に対して控訴する旨の表示だけである（民訴法286条2項）。しかし、民事訴訟規則179条によって53条が準用されるから、不服申し立ての理由や範囲を記載することができるので、実際は記載するようである。この部分は、控訴「請求の趣旨」に該当する。

⁷⁸ 控訴の請求の趣旨に対する「答弁」に該当する。

⁷⁹ 注59を参照のこと。控訴審は、事実審である。

⁸⁰ 控訴審は事実審であるから、第一審の認定事実の訂正・削除・付加などが許される。この範囲である場合には、事実審の認定事実をそのまま引用する旨を判決書に記載して、訂正・削除・付加する箇所を判決書に付記する形式が採用されることもある。

も、控訴人、被控訴人間の婚姻関係の破綻原因が、控訴人の夫としての守操義務に反した独善的な行動にあることについて、これを顧慮する態度を全く示していない。もっとも、甲野月子は、住民票（前掲乙第13号証⁸¹⁾上、昭和60年4月23日控訴人方から東京都世田谷区成城2丁目4番40号所在の二男三郎方に転居した形になっていることが窺われるけれども、これを持って直ちに控訴人と同女との従前の関係が解消したものとすることはできない。」を、同10枚目表5行目の「本件」の前に「このような特別の事情のある」を、同行の「おいては、」の次に「専ら婚姻関係の破綻を招来したものとして、」を、同6行目の「認める」の次に「ことは、信義誠実の原則に徴し相当」を、それぞれ加え、同6行目の「にはいまだ不十分」を削除する。

2 よって、控訴人の本訴請求は、これを失当として棄却すべきであり、これと同旨の原判決は相当であって、本件控訴は理由がない⁸²⁾から、これを棄却することとし、控訴費用の負担につき民法95条、85条を適用して、主文のとおり判決する。

裁判長裁判官中島恒 裁判官佐藤繁 塩谷雄⁸³⁾
東京高等裁判所第四民事部⁸⁴⁾

2. 有責配偶者からの離婚請求昭和62年最高裁判決の事実関係

有責配偶者からの離婚請求の事実関係を把握することができたであろうか。このような長い判決文の事実は、数回読み進む際に、下記のような図を作成して事実を整理すると理解しやすい。

【図20-1】

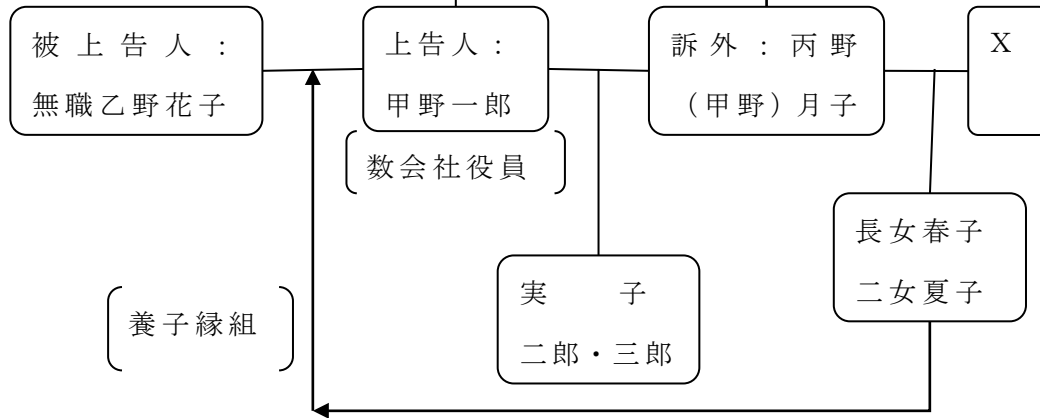
⁸¹⁾被告が提出する証拠は、「乙第○号証」とし、原告が提出する証拠は、「甲第○号証」として番号を付す。

⁸²⁾注53を参照のこと。

⁸³⁾高等裁判所も原則として3人の合議制で構成される（裁判所法18条）。

⁸⁴⁾判決した裁判所の担当部署の表示である。

※本件は、差戻し控訴審で、離婚後の生活費1,000万円・慰謝料1,500万円で解決した。東京高判平元年11月22日判例時報1330号48頁参照



【事実整理】

S12.2.1 上告人は被上告人と結婚し婚姻届を提出し夫婦となった。

S23.12.8 夫婦には子が生まれなかったため、夫婦は、訴外丙野月子の長女春子と二女夏子と養子縁組をした。

S24頃 被上告人は、上告人と丙野月子との間で継続していた不貞関係を知って、夫婦の間は不和となった。

S24.8 上告人は月子と同棲するようになり、以来今日まで夫婦は別居状態にある。

S25.1.7 月子との間に長男二郎誕生

同年2. 被上告人は、上告人と別居した後生活に窮したので、上告人から生活費を保障する趣旨で処分権が与えられていた上告人名義の土地建物を24万円で処分し、生活費に当てたことがあるが、その他には上告人から生活費等の交付を一切受けていない。右建物の売却後は実兄の家の一部屋を借りて住み、昭和53年以降は無職で資産をもたない。

S25.9 丙野月子は、甲野一郎の実父甲野太郎と養子縁組し、甲野月子と改氏した。

S26頃 上告人は、被上告人との離婚を求める訴えを東京地裁に対し提起した。

S27.12.30 月子との間に次男三郎誕生

S29.2.16 同裁判所は、当該離婚請求が、有責配偶者からの離婚請求に該当するとして棄却する旨の判決をし、3月に確

定した。同年9月7日、上告人は、月子との間の子二郎及び三郎を認知した。

S58.12頃 上告人は、被上告人を突然訪ね、離婚並びに夏子及び春子との離縁に同意するよう求めたが、被上告人に拒絶された。昭和59年上告人は、東京家庭裁判所に対し被上告人との離縁を求める旨の調停を申し立て、被上告人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、成立しなかった。

S60. 6.28 東京地裁判決：原告の請求棄却

S60.12.19 東京高裁判決：本件控訴棄却

S62. 9.2 最高裁判所大法廷判決

以上のように、事実関係を作図して事実関係を整理することにより、当該事件が理解しやすくなるので、必ず実行すること。

この大法廷判決が出された後に、有責配偶者の離婚規準（準則）について重要な判決が出された。

【判例20-4】最高裁判決平成2年11月8日第一小法廷⁸⁵は、愛人ができたことなどから7年間半別居を続けている夫が、妻との離婚を求めた訴訟で、二人の子供はすでに成人しており、「別居後も妻子の生活費を負担し、離婚に伴う財産関係の清算についても具体的に誠意のある提案をしている」として、二審判決を破棄して、東京高等裁判所に審理のやり直しを命じた。

3. 有責配偶者からの離婚請求のもう一つの判例

【判例20-5】最高裁判所昭和27年2月19日第三小法廷⁸⁶

⁸⁵最判平成2年11月8日、判例時報1370号55頁。「判例時報」は、「判時〇〇号」として掲載引用される。「判例タイムス」は、「判タ〇〇号」として掲載引用される。

⁸⁶最判昭和27年2月19日民集6巻2号110頁〔踏んだり蹴ったり事件〕

この判決の事例を読んでみて、昭和62年の最高裁判決とどこが異なっているのかを検討してみよう。

【事実関係】

上告人（原告・控訴人）井上喜作は、昭和12年8月以来被上告人（被告・被控訴人）井上敏子と、大阪市内で夫婦として同居してきたが、昭和13年から昭和16年までの間応召されていたことを認めることができる。上告人と被上告人とは、昭和18年3月11日婚姻を届け出したことが戸籍謄本より明らかである。

上告人と被上告人との間には子がなかったところ、上告人は、昭和21年7月清水笑子と情交関係を結び、同女が妊娠したため夫婦間の感情は次第に疎隔になった。

被上告人は、昭和22年3・4月以来上告人に笑子との関係を絶つことを要求したが、上告人がこれを拒絶したので口論となり、元来嫉妬心が強く感情が激するままに行動する性癖のある被上告人は、上告人が主張するところによれば、上告人に暴言をはいたり、ほうきでたたいたり出刃包丁をふりまわしたり、頭から水をかけたり、靴を便所に投げ込んだりしたことがある事実が認められる。

上告人は、同年4月中旬被上告人との同居を嫌って家出して笑子と同居し、被上告人との夫婦関係を解消する意思を表明した。

被上告人は同年5月大分県の実家に帰っている事実および同年6月28日上告人と笑子との間に男子が出生した事実を認めることができる。

上告人は、父としての愛情と責任から子と笑子と別居することはできない（し）…婚姻関係は配偶者双方の愛情を基礎として存続すべきところ、2年間の別居を経て上告人被上告人双方に全く愛情の滅却せる現在、上告人は笑子と別れ被上告人と夫婦関係を継続することは、困難かつ不可能である。右事実は、民法770条第

1項5号に所謂「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当するから、之により上告人は被上告人に対し裁判上の離婚請求権を有するものであると主張した。

【主 文】

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

【理 由】

「論旨では、本件は民法770条1項5号に所謂『婚姻を継続し難い重大な事由』ある場合に該当するというけれども、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、いつでも夫婦関係は円満に継続し得べき筈である。すなわち上告人の意思如何にかかわることであって、かくの如きは未だ以て前記法条にいう、『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できない。…もしかかる請求が是認されるならば、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。道徳を守り、不徳義を許さないことが、法の最重要な職分である。総て法はこの趣旨において解釈されなければならない。…上告人と情婦とのあいだに生まれた子は全く気の毒である、しかし、その不幸は両親の責任である。両親において十分その責を感じてできるだけその償いを為し、不幸を軽減する努力をしなければならない。子供は不幸であるけれども、その為被上告人の犠牲において本訴請求を是認することはできない。

前記民法の規定（770条第1項5号）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るけれども、さりとて

前記のような不徳義、徳手勝手の請求を許すものではない」。

【課題と検討】「判決を読む」でとりあげる「有責配偶者からの離婚請求」について、考えてみよう。

1 現代夫婦の婚姻規範は、昭和 62 年の最高裁判決の中で、どのような内容として見出せるか。憲法 24 条を参考に検討してみよう。

2 有責配偶者からの離婚請求の法的根拠は、民法何条何項何号にもとめられるか。

3 有責配偶者からの離婚請求の裁判規範準則は、どのような内容か。昭和 62 年の最高裁判決と昭和 27 年の最高裁判決との違いを検討してみよう。