

# 有責配偶者からの離婚請求

——未成熟子要件の再検討——

黒 田 樹 里

- 一 はじめに
- 二 最高裁大法廷昭和62年判決の意義
- 三 未成熟子のある夫婦における有責配偶者からの離婚請求
- 四 未成熟子要件をめぐる学説
- 五 おわりに

## 一 はじめに

わが国においては、男女はその合意の意思を届出ることによって婚姻をすることができる。そして、婚姻はその効果として、同居・協力・扶助の義務があり（民法752条）、貞操義務についても民法770条の裁判上の離婚原因として不貞な行為があげられていることから、婚姻の効力とされている。これらの義務は極めて道義的性質をもった規定であるとされ<sup>(1)</sup>、これらの義務に正当な理由なく違背するような配偶者や770条にいう裁判上の離婚原因に抵触するような配偶者の婚姻は、他方配偶者の理解を得られなければ、形骸化の道を歩みだすことになろう。このように夫婦の歯車がかみ合わず、修復しがたいほどに婚姻が破綻してしまった夫婦については、民法では協議離婚と裁判離婚の規定が置かれている。協議離婚に比べて、裁判離婚はその運用自体が少ないものの、古くから有責配偶者からの離婚請求については、学説で議論がなされており、多くの研究論文が出されている。民法上、770条に基づく離婚請求を有責配偶者が請求できるかということについて明文化されていない。しかしながら、最高裁昭和27年2月19日判決（民集6巻2号110頁）のいわ

ゆる「踏んだり蹴ったり」判決以降、有責配偶者からの離婚請求は認められてこなかった。<sup>(2)</sup>このような形の婚姻であったとしても継続させることで、精神的平穩をもたらすことができるかどうかは別にして、少なくとも当時の社会的状況、家族生活の実態において経済的弱者である専業主婦などの生活基盤は保護することができた。かつて問題とされていた追い出し離婚を阻止することができ、この点においてこの判決は意味深いものであった。

しかし、この問題は不貞行為の相手方への慰謝料請求と同様に「価値観のリトマス試験紙であるといわれたように、各人の婚姻観の中核にある価値観から導かれて決定される」<sup>(3)</sup>という指摘のとおり、時代の移り変わりによって変化する余地のある問題であるとする。現に、その後昭和62年には大法廷判決において、有責配偶者からの離婚請求は原則認めないという立場を変更するものではないが、①年齢及び婚姻期間と比較して長期の別居があり、②未成熟子がおらず、③離婚後に配偶者等が精神的・社会的に極めて苛酷な状況にならない場合には、有責配偶者からの離婚請求を認める可能性の新たな基準を打ち出し、この点において判例変更がなされている。今日ではこの基準を三要件といい、有責配偶者からの離婚請求事件ではこの三要件に当てはめ、信義誠実の原則に照らして離婚請求を認めることが社会正義に反するか否かを考慮し認否の判断が行われる。①の長期の別居期間について、現在の基準は8年程度といわれており、昭和62年判決よりも遥かに短縮されている。また、平成8年の民法改正要綱において、別居期間5年を含む改正が打ち出され、改正には至っていないものの、一つの基準になるだろうと思われる。また、このように長期の別居となれば、精神的・社会的に苛酷である可能性は捨てきれないが、③の極めて苛酷な状況にあると判断されるような事案は限られてくるだろう。また、経済的苛酷については離婚給付の場面で補うことも可能である。最後に残された要件である②の未成熟子の存在について、有責配偶者からの離婚請求の場面で考慮されるべき問題か否か疑問が残る。協議離婚であれば、未成熟子が望まない離婚であったとしても、離婚の届出さえあれば離婚は成立する。その後の親権や面接交渉権、養育費等の問

題はあり得るが、離婚の届出の際には、子の年齢を考慮しないし、離婚に対する子の意思は介在しない。また、協議離婚をした夫婦の子がかならずしも精神的・社会的・経済的に苛酷な状況になるかといえばそうではない。しかしながら、有責配偶者からの離婚請求の場面では、子の年齢や離婚に対する子の意思が介在するというのは疑問である。もちろん、夫婦の愛情がまだ残っており、完全な破綻とはいえない場合もあり、そのような理由で離婚請求を棄却され、その後円満に暮らす夫婦もいるかもしれないが、未成熟子がいることを理由に、子が成人するまで離婚を認めないということになれば、逆に離婚請求者が自己の子を重荷に感じて憎む結果となる場合もあり得る。それならば、むしろ離婚を認めて、未成熟子に対する面接交渉や扶養を充実させる方がよいのではないかと考える。

本稿では、別居期間の短縮傾向に伴ない、未成熟子のある夫婦の事案も出てきており、未成熟子のいない事案であった昭和62年判決で見られた三要件の一つである未成熟子要件について、昭和62年判決以降の判例法上の具体的取り扱いを概観し、それらの判例に対する学説を紹介し、若干の考察を加えることを目的とする。

## 二 最高裁大法廷昭和62年判決の意義

ここでは、まず従来の判例の動向を概観しながら、最高裁大法廷昭和62年9月2日判決（民集41巻6号1423頁）の有責配偶者からの離婚請求における判例法理を考察し、昭和62年判決の意義を明らかにする。

有責配偶者からの離婚請求が、始めて争われたのは、最高裁昭和27年2月19日判決（民集6巻2号110頁）である。この事案は、不貞行為をした夫からの離婚請求の事案である。十年以上婚姻を継続していたが、夫婦に子はなく、夫と不貞行為の相手方との間に子が懐胎し、離婚を申し出た。最高裁は「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。…結局上告人が勝手に情婦を持ち、その為最早被上告人とは同棲できないから、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」と判示している。この事案について、島津一郎教授は以下のように問題点を指摘されている。「第一は、婚姻破綻とはなにかということである。この判決は、夫の意思いかんで結婚生活が回復できるかといっているが、この判決の事案では、これは99%ありそうにないと断言してよい。破綻とは、冷戦・別居以上のあるものであろうが、なにをもって破綻とみるか、その徴表を類型化して考察してみる必要がある。第二は、有責配偶者とはなにかである。有責配偶者とは、婚姻破綻について主として原因を与えた者ということになるだろうが、主として原因を与えたといえるためには、その者の行為の婚姻破綻に対して占めた割合が相手方配偶者の行為の占める割合にまさっているだけでなく、客観的原因が占める割合よりも大でなければならない…第三は、この判決が期待しているように、『戦後に多く見られる男女関係の余りの無軌道』を離婚拒否の判決によって予防できるかである。このような予防効果をあげるために、すべての有責配偶者からの離婚請求を拒否すべきであろうか」との指摘をされた。<sup>(4)</sup>このような昭和27年判決に続く、最判昭和29年11月5日（民集8巻11号2023頁）や最判昭和29年12月14日（民集8巻12号2143頁）等によって、有責配偶者からの離婚請求事件につき「専ら有責な配偶者」からの離婚請求は認めないという消極的破綻主義の立場にたつ判例法理を確立した。その後、昭和30年には、双方に有責性のある夫婦の離婚請求に関しては、双方の有責性を比較し、より有責な配偶者からの離婚請求に関しては認めず、有責性の低い配偶者の離婚請求は認めるという判決がなされ（最一小判昭和30年11月24日・民集9巻12号1837頁）、昭和31年には同程度に有責な配偶者からの離婚請求については双方からの請求を認めるという判決がなされた（最判昭和31年12月11日・民集10巻12号1537頁）。昭和38年には、婚姻が破綻した後の他の異

性との同棲は有責行為とならないとされた（最判昭和38年10月24日・家月16巻2号36頁）。昭和20年代には、いかなる場合にも婚姻破綻に関して「専ら有責な配偶者」から離婚をしたくない他方配偶者に対する離婚請求は認められなかったが、昭和30年以降「専らまたは主として有責な配偶者」からの離婚請求は認めないというように法理が変化してきている。そして、「判例は、有責配偶者の法理のもつ硬直性について、当事者の有責性の比較、有責行為と婚姻破綻との因果関係の認否、および相手方の離婚意思の探求を通じて緩和してきている<sup>(5)</sup>」。そして昭和62年の大法廷判決によって、条件付きながら有責配偶者であるということだけで離婚を認めないということではできないとの判例変更がなされるようになった。

最大判昭和62年9月2日（民集41巻6号1423頁）は、夫婦年齢が75歳と71歳で、別居期間が36年にも及び、その間に未成熟子のいないという夫婦の離婚請求の事案で離婚が認容されたケースである。最高裁は770条1項「五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、相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状態及び夫婦間の子、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…ならないのである。…有責配偶者からされた離婚請求であっても、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いえることができないものと解されるのが相当である」と判示した。「大法廷判決の枠組みは、①有責配偶者の離婚請求も認められる。②しかし、こ

れでは、自ら破綻の原因を作り出した者がこれを有利にすることになり、結果的に裁判離婚制度を否定することになるので、両者のバランスがとれる範囲で離婚請求を認めるが、その境界線を描するのが信義則である。③その信義則適否の判断に際しては、有責配偶者の責任の態様・社会的・経済的状态、夫婦間の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（内縁関係など）の状況、時の経過がこれらの諸事情に与える影響等が考慮されるべきである。④さらに、（１）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、（２）その間に未成熟の子が存在しない場合には、（３）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が存在しないという三要件が付加されて<sup>(6)</sup>おり、必ずしも明快ではないとの指摘もあるが、積極的破綻主義に向けて一步前進したものであると思われる。しかし、「一般論としては、決して純粹の積極的破綻主義を採っているわけではなく、有責配偶者の離婚請求は、状況によって、認容される場合も、されない場合もある旨を宣言しているに過ぎない」と評価されている<sup>(7)</sup>。大法廷判決が挙げた三要件である長期の別居に関しては平成 8 年 2 月 26 日に法制審議会が答申した民法改正要綱は、770 条 1 項 4 号として「夫婦が 5 年以上継続して婚姻の本旨に反する別居をしているとき」を創設することを提案しており、一応の基準となると思われる。

また、消極的破綻主義を支持する学説の論拠として<sup>(9)</sup>、「離婚請求を認めると国民の倫理観念や婚姻道徳に反して婚姻秩序に悪影響を及ぼすと主張し、法的には権利濫用、クリーンハンズの法理、信義則などを根拠として、また追出離婚から経済的弱者である妻を保護することの必要性を理由として挙げる。これに対して積極的破綻主義を採る説は、破綻した婚姻を法的に維持することの反倫理性・反人間性や、事実上の婚姻や家族の方を法的に承認することの必要性、プライバシーの保護などを説く。また婚姻破綻の有責性を第三者である裁判官が公平に判断することは困難であるばかりか、離婚問

題においては個人的な経験がもたらす感覚の差がきわめて大きい<sup>(10)</sup>ため、裁判官の個人的な偏見で離婚事件が左右されることの不都合さを強調<sup>(10)</sup>している。当初より通説的見解であった消極的破綻主義をとる説<sup>(11)</sup>があげる経済的苛酷<sup>(11)</sup>に関しては、財産分与または慰謝料で解決されとの考え方もあり、別居期間や子の福祉を考慮したとしても、今後より有責配偶者からの離婚請求を認める積極的破綻主義の方向に向かっていると考えられ、ここでは、破綻した婚姻を法的に保護する必要性に対する価値観の変化であると考ええる。

### 三 未成熟子のある夫婦における有責配偶者からの離婚請求

昭和62年判決により、原則的には有責配偶者からの離婚請求を認めないものの、請求者が有責であるとの一事をもって棄却するものではなく、①年齢と同居期間に対比して、長期の別居期間があり、②未成熟子がなく、③他方配偶者が精神的・社会的に極めて苛酷な状況にならない場合には、離婚請求を認容する可能性の基準を設けた。そして、昭和62年判決の意義は、右近教授によれば、770条1項「5号に基づく離婚請求を制約する規定がないことと追出し離婚を回避したいとの考えの均衡を信義則に求め、有責配偶者の離婚請求肯定の要件を定型化<sup>(12)</sup>」したことにあることは前項で示した。それを踏まえて、ここでは、未成熟子の存在を裁判所が認定して判断を下した事案を認容ケースと棄却ケースに分類して、未成熟子の範囲及び未成熟子要件の必要性を考察する。

#### 1 認容ケース

ここでは、未成熟子のいる夫婦における有責配偶者からの離婚請求の事案で認容されたケースについて概観する。

〔I－①〕最判平成6年2月8日（家月46巻9号59頁）は、夫が妻と4人の子（内、末子が高校2年生）を置いて、2児を抱える他女と同棲に至り、現在の会社には他女を妻として届出をしているという事案である。最高裁は昭和62年判決を引用し「有責配偶者からされた離婚請求で、その間に未成熟

の子がいる場合でも、ただその一事をもって右請求を排斥すべきものではなく、前期の事情を総合的に考慮して右請求が信義誠実の原則に反するとはいえないときには、右請求を認容することができると解するのが相当である」とした。また、子らについては「四人の子のうち三人は成人して独立しており、残る三男は親の扶養を受ける高校二年生であって未成熟の子というべきであるが、同人は三歳の幼少時から一貫して上告人（筆者挿入＝妻）の監護の下で育てられてまもなく高校を卒業する年齢に達しており、被上告人（筆者挿入＝夫）は上告人に毎月一五万円の送金をしてきた実績に照らして三男の養育にも無関心であったものではなく、被上告人の上告人に対する離婚に伴う経済的給付もその実現を期待できるものとみられることからすると、未成熟子である三男の存在が本件請求の妨げになるということもできない」として離婚を認容した原審を正当として上告を棄却した。

また下級審においては以下のような裁判例が出されている。

〔Ⅰ－②〕福岡高那覇支判平成15年7月31日（判例タイムズ1162号245頁）は、原審も控訴審も離婚請求を認容している。原審である那覇地冲縄支判平成15年1月31日（判例タイムズ1124号244頁）は、約6年別居している夫が不貞行為の相手方と婚姻を前提として同棲しており、前訴において婚姻の破綻認定はあるが「被告（筆者挿入＝妻）に対し、慰謝料等の支払についての具体的で誠意があると認められる提案をしたことはないこと、被告は、現在も原告との婚姻関係を解消する意思を有していない上、被告と原告との間には、未成熟の子供である長女（筆者挿入＝12歳）と次女（筆者挿入＝9歳）がいるが、いずれも成長のためには父親として原告が最も必要な年代であるから、被告と原告（筆者挿入＝夫）が離婚した場合に子供らに与える影響ははかり知れず、子供の福祉の観点からしてこれを軽視することは許されない」として請求を棄却した事案である。那覇地裁は「離婚請求を棄却してみても、法をもってしては夫婦間の愛情の生成ないし受容を強制することはできない以上、何らの解決をみないまま形骸化した法律上の婚姻関係を放置して事態が推移していく可能性が高い。そうだとすると、そのような事態が推



移していく中で、原告と被告との葛藤ないし緊張が継続又は増大していくだろうこともまた容易に推察できるところ、これらの葛藤ないし緊張が未成熟の子らに与える影響の重大さを考慮の外におくわけではいけないというべきである。この点、前記認定事実によれば、離婚を是認しなければ父親である原告と子らが接点を持つこと自体、きわめて困難になりつつある様子も窺われるところである。このような子らの福祉の観点からすると、子らとの間で新たな関係を形成する機会をできるだけ早期に与えることが是非とも必要である」とし、妻と子らの居住しているマンションの費用を夫が負担しており、妻子が著しく苛酷な状況になる可能性が乏しく、夫と内縁の妻との間に子が出生したことも考慮され、離婚請求が認容された。また、子に関する部分のみを概観すると、福岡高裁は「離婚請求を棄却し、被控訴人と控訴人との間の実質を伴わない形骸化した形式だけの夫婦関係を維持したところで、被控訴人と2人の子の現実の生活上の父子関係を回復できるわけではなく、かえって、夫婦間の葛藤、緊張が子の福祉に悪影響を及ぼす危険があって、弊害の方が大きく、離婚請求を認容しても、それが子に与える精神的打撃については対処可能であり、実質的な父子関係を維持していくことも可能であり、被控訴人もその意思であり、かつ被控訴人のこれまでの現実の行動を見ると今後もそれが継続できると認められ、その弊害は対処可能であると解されるから、離婚請求を認容した場合、子の福祉が害されるとはいえない」とされ、離婚請求が認容され、確定している。

〔Ⅰ－③〕大阪高判平成19年5月15日（判例タイムズ1251号312頁）は、大阪家審平成18年8月30日（判例タイムズ1251号316頁）の控訴審で、不貞行為をした夫から妻への離婚請求で子が2人（18歳・16歳）がいる事案である。原審である大阪家裁は子らについて長男はの重度のアレルギー性鼻炎及び蓄膿症等の罹患、二男の気管支喘息で月1回～4回程度の通院を認定するとともに、「原・被告の別居期間は、相当長期（筆者挿入＝12年以上）に及んでいるものの、他方で、原・被告の間には未成熟子2人がおり、子らはいずれも病弱で、その養育費の他に高額な医療費負担が必要になる可能性もあ

ること、また被告は、現在パート収入があるものの、雇用をとりまく情勢が厳しく、失職のおそれもあること、原告は被告に対し、現時点では審判で決まった婚姻費用を毎月支払ってはいるものの、過去に長期間滞納したこともあり、仮に本件で、離婚請求が認められるならば、今後、判決で決められた養育費の支払を確実に履行していくとは限らないこと、原告から被告に対して提示する慰謝料額は150万円であるが、原告の不貞行為等による被告の精神的苦痛に対する慰謝料として150万円は低額であること、さらに、離婚に伴う財産分与についても、原告は分与すべき財産がないと主張していること等から、現時点でも、有責配偶者である原告からの離婚請求を認めることは、被告を精神的、社会的、経済的に極めて苛酷な状況に陥れることになり、とうてい容認することができない」と棄却した。これに対し、広島高裁は子につき「子らはいずれも高校生に成長し、当審における家庭裁判所調査官の事実調査の結果からも経済的な面を別とすれば離婚によって大きな影響を受ける可能性は低いこと、これを踏まえて当審で合意された一部和解において、控訴人（筆者挿入＝夫）が離婚慰謝料150万円及び二男の大学進学費用150万円の各支払を約束し債務名義が作成されていることなどの事情をも考慮すれば、現時点においては、破綻の経緯やその後の事情等を充分考えに入れたとしても有責配偶者かである控訴人の本件離婚請求を信義誠実の原則に反するものとして棄却すべき理由はない」と判示した。

〔Ⅰ－④〕静岡地判富士支判昭和62年10月6日（判例タイムズ657号192頁）は、4人の就学中の子（高校3年生、高校1年生、中学3年生、小学1年生）を育てていた夫から精神病になった妻への離婚請求の事案である。静岡地裁は夫が妻に対して悪意の遺棄をしたと認定し、夫の有責行為により破綻するに至ったものであるが、「本件における原被告の主な対立は、離婚自体の適否ではなく、離婚に伴う被告（筆者挿入＝妻）の財産分与請求権、慰謝料請求権の存否、金額にあるものと認められるものであって、これらの事実によれば、原告（筆者挿入＝夫）の離婚請求を認容したとしても著しく社会正義に反し、信義誠実の原則に違反するものとは認め難い」として、離婚を

認容し、妻の精神状態では子の養育が困難であることから、継続して夫が養育・監護することとした。

〔Ⅰ－①〕の事案は、未成熟子がいる場合でもそれだけで請求を排斥すべきではなく、総合的に判断すべきであると明言したところに意義がある。また、親の扶養を必要とする高校生は未成熟子であると判断されたものの、上記理由により、3歳から妻の下で監護・養育され高校卒業の年齢に達していること、そして夫から送金があることを子に対し無関心ではないと評価され離婚が認容されている。〔Ⅰ－②〕の事案は、「形骸化した夫婦関係の維持が子の福祉に及ぼす悪影響等の一般的な説示のもとに離婚が子の福祉を害することを否定している点が注目される<sup>(13)</sup>」と評価されている。親が子に与える影響を重く受け止めた判決例といえる。〔Ⅰ－④〕の事案は、夫が破綻につき有責であるとの判断がなされているため、一応有責配偶者からの離婚請求の事案となるが、双方の視点が財産分与に向かっており、具体的な三要件の適用事例ではなく、未成熟子がいっても離婚を認容している。昭和62年判決は未成熟子のいない事案であったため、長期の別居要件と並列させることの疑問等が指摘されてきたが、未成熟子の存在のみで離婚請求を棄却するものではないという〔Ⅰ－①〕の判決は具体的な未成熟子の裁判例に適用できる意義のある判例である。

## 2 棄却ケース

前項においては、未成熟子のいる夫婦における有責配偶者からの離婚請求につき認容された事案について概観してきた。ここでは、未成熟子のいる夫婦における有責配偶者からの離婚請求につき棄却された事案について概観する。

〔Ⅱ－①〕最判平成16年11月18日（家月57巻5号40頁）は、不貞行為をした夫から潔癖である妻への離婚請求で、当該夫婦には7歳の未成熟子がいる事案である。原審では妻にも破綻に一端の責任があるとし「互いに夫婦として情愛を全く喪失しており、既に別居生活は約2年4か月経過し、その間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、被控訴人（筆者挿入＝妻）の両親は健在であり、経済的にも比較的余裕があること（被控訴人は、被控訴人の両親から、結婚祝、出産祝、自動車購入費、子供の入学祝等でその都度100万円を送られたことが認められる。）等の点を総合勘案すると、控訴人が不貞に及んだことや被控訴人が子宮内膜症に罹患しているため、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、控訴人の離婚請求を信義則に反するものとして排斥するのは相当でない」として離婚請求を認容している。これに対し、最高裁は原審と同様に夫を有責配偶者と認定したが、昭和62年判決の三要件に当てはめ「上告人（筆者挿入＝妻）と被上告人（筆者挿入＝夫）との別居期間は…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…上告人と被上告人との間には、その監護、教育及び福祉の面での配慮を要する7歳…（未成熟子）が存在すること…上告人は、子宮内膜症に罹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」と離婚請求を棄却した。

下級審においては、以下のような裁判例が出されている。

〔Ⅱ－②〕東京高判昭和62年10月20日（判例タイムズ669号206頁）は不貞行為の末他女と同棲に至りその間に子をもうけた夫から妻への離婚請求の事案で、子（18歳・17歳・12歳）がいる。東京高裁は夫が破綻につき専ら有責であることを認定し「控訴人（筆者挿入＝夫）と被控訴人（筆者挿入＝妻）との同居期間は約一一年半で、双方の年齢は現在それぞれ四六歳と四三歳であって、これらに対比すると、別居期間約八年を以て相当の長期間とするには足りないのみならず、両者の間には、いずれも未成熟の…三子があるのであるが、その他被控訴人がこれら三子の監護、教育に携わっていることなどを勘案すると、たとい控訴人において自己の側に婚外子を抱えながら右三子のために前記金員の仕送りをしている等の事情を斟酌しても、この離婚請求は、民法一条二項の信義誠実の原則に照らして容易に肯認し難い」と判示した。

〔Ⅱ－③〕大阪高判昭和62年11月26日（判例時報1281号99頁）は、当時3歳であった夫婦の子を夫がつれ、別居し、現在他女と実質的な婚姻関係に入っているという夫から妻への離婚請求の事案である。大阪高裁は、夫が妻に対して財産分与や婚姻費用分担もしておらず、社会保険の被扶養者から外す等不誠実な態度を続けていることを指摘し、妻に定職がなく、夫から財産分与や慰謝料の支払の実行性が乏しいこと、そして「被控訴人の危惧するように本件離婚が認められれば子との実質的な親子関係を回復することは殆んど不可能な状況に追い込まれるものとみられることなどの事情を考慮すると、本件において離婚を認めることは…信義誠実の原則に照らして許されないものと解するのが相当である」と判示した。

〔Ⅱ－④〕東京高判昭和63年8月23日（判例時報1288号86頁）は不貞行為をした夫から妻への離婚請求で、子4人（内3人が未婚、さらに1人は17歳）がいる事案である。東京高裁は夫が破綻につき専ら有責であるとし「婚姻生活は約一八年間に及び、これに比すれば、その別居期間は現在まで約一年で、長期間とはいいい難く、両者の間には、四人の子女があり、そのうち三名は未婚で、さらにそのうち一名はなお一七才の学生であって、両親が離婚をしないでほしいと望んでいることが…認められる。そうである以上、成程被控訴人はさきに定められた調停条項及び和解条項を忠実に守り、高額な家、屋敷に控訴人と子女を住ませ、月々四〇万円の生活費を払うなど、その態度には諒とすべきものがあるが、ひとたび離婚にいたった場合のその子女とりわけ控訴人に対する財産的手当てについては、当審における被控訴人の本人尋問の結果に徴して不安なきをえない」として、離婚請求を棄却した。

〔Ⅱ－⑤〕東京高判平成元年5月11日（家月42巻6号25頁）は、夫婦仲は悪くなかったが、姑と嫁との仲が悪化し、夫婦が別居するに至り、夫から離婚請求がなされた事案で、子は2人（未成年者、内1人は高校生）いる。東京高裁は姑の「被控訴人に対する嫁いびり延いては追出しの策動に加担し、これを遂行したものとの非難を免れえず、婚姻破綻につき専ら（ここでは主

としての意)責任を有する者として、本訴は有責配偶者の離婚請求と断ぜざるをえない。そして、前記の如き婚姻期間が不相当に長期間にわたっているとは即断できず、双方の年齢もいずれも同年の47歳であり、未成年子2人のうち、明らかな未成熟子の高校生が1人居り、被控訴人の現在までの前記婚姻費用の支払状況から察すると、今後の控訴人に対する財産的給付の可能性は極めて薄いといわざるをえない。その他、本件にあらわれた一切の事情を勘案すると、今、離婚の実現をみたときは、控訴人を現在より一層苛酷な状態に追いやるであろうことは十分に予見しうところである」として、離婚請求を棄却した。その後、最高裁に上告したが、最判平成2年3月6日(判例タイムズ739号203頁)は上告を棄却し、確定している。

〔Ⅱ－⑥〕東京高判平成9年11月19日(判例タイムズ999号280頁)は不貞行為をした夫から妻への請求であり、子が2人(高校3年生・中学2年生)いる事案である。東京高裁は、子について「未成熟子であって、両親の養育・監護を要する期間は、今後なお相当の期間に及ぶし、特に二男は多感の年代にあることを考慮すると、両親の離婚は、子供達によっても、少なからぬ精神的打撃を与えるであろうことが推認できる」とし「被控訴人の有責性の程度、婚姻関係の維持への努力の欠如、未成熟の子供達が成熟に至るまでに要する期間を総合考慮すると、被控訴人からの本件離婚請求は未成熟の二人の子供達を残す現段階においては、いまだなお、信義誠実の原則に照らし、これを認容することは相当でないというべきである」と判示した。

〔Ⅱ－⑦〕東京高判平成19年2月27日(判例タイムズ1253号235頁)は、不貞行為をした夫から妻への離婚請求で、子は未成年子ではないが、日常生活に介助が必要な身体障害を負っているという事案である。東京高裁は身体障害のある子について「着替え、食事、入浴等の日常生活全般にわたり介護が必要な状況にあることは…認定のとおりであり…実質的には未成熟の子と同視することができるというべきである」とする。そして「被控訴人(筆者挿入＝妻)の介助なしで、日々の生活を送ることができるとは考えられず、そのような子を放置して被控訴人が相当時間就業することが可能であるとは考

えにくい。また…年齢（54歳）からしても、限られた時間の中で、安定した職業を見つけることは困難であろうと考えられる」とする。また、居住家屋の明渡について、子の「立場からすれば、種種の面で住み慣れ、そこに居住しつつボランティア等の人間関係を築いてきた本件建物を離れたくないという心情もあながち理解し得ないものではないことからすれば、被控訴人が離婚し、本件建物からの退去を余儀なくされることによって、被控訴人が経済的に困窮する可能性は否定できないし、子らが精神的に安定した生活を送ることができなくなる可能性もあると考えられる…控訴人（筆者挿入＝夫）と被控訴人の離婚は子の今後の介護・福祉等に一層の困難を生じさせ、離婚により被控訴人が精神的・経済的に極めて苛酷な状況に置かれるものというべきである。本件離婚請求を認容することは著しく社会正義に反し、本件請求は、信義誠実の原則に照らし認容することができないものというべきである」と判示した。

〔Ⅱ－①〕の事案は「大法廷判決の基準を改めて見直す一事例である」と評され、<sup>(14)</sup>「本件原判決はこれらの最近の最高裁判決の動向に従ったものといえるかもしれない。この考えを押し進めれば、かなり短期間の別居であっても、かつ、未成熟子が存在していても、離婚請求が認められる可能性がでてこよう」との指摘がある。<sup>(15)</sup>明らかに婚姻の修復が認められないと判断されるにもかかわらず、別居期間と経済的不安によって離婚請求を棄却している。〔Ⅱ－②〕は子の養育費等を支払続けているが、別居期間が長期とはいえないとしている。本判決では子の監護・教育に携わっていることを認定し、離婚請求を認めないが、むしろ別居しても子らの監護・教育に携わるならば、離婚後も同様に子らに経済面も含め、関わりをもつ努力をするのではないかと考え、離婚を認容してもよかったのではないかと考える。〔Ⅱ－③〕の事案は子連れて夫が他女との同棲生活に入っているため、経済面での子の福祉を考慮するものではなく、妻（子からすれば母）との親子関係を勘案したものである。たしかに、妻に対する有責である夫の処遇は判例に出ている事実関係をみる限りにおいて、社会正義に反するといわざるを得ず、離婚は認



めにくいと考える。〔Ⅱ－④〕の事案では未成熟子が両親の離婚に反対していることがあげられている。これに加え離婚後の給付に対する不安から離婚請求を棄却している。〔Ⅱ－⑤〕は追出し離婚に近い形の離婚請求の事案で、離婚後の給付についての実現性が乏しいこと等妻が苛酷な状況になることを理由に離婚請求を棄却している。しかし、離婚をせず、婚姻を継続したとしても経済的苛酷については実際に婚姻費用分担や扶養をしてもらえるかもわからず、単に離婚給付を問題にする事案においては、あまり意味をなすものではないように思われる。本件では元来夫婦仲自体は悪くなく、姑と嫁との関係が非常に悪化していることによる夫婦の不和が認められるので、たとえ姑との生活が終了したとしても、妻の精神が安定するか疑問は残るが、棄却することに一応の理由があると考ええる。〔Ⅱ－⑥〕は、有責配偶者からの離婚請求における事案で未成熟子要件にウェイトをおいた判決である。確かに両親の離婚は子にとって苦痛を伴う出来事であろう。しかし、多感な年代の子の親が協議離婚をすることはあり得る。また、裁判離婚であっても、有責ではない配偶者からなされる請求は認められるはずである。それなら、なぜ有責配偶者からの離婚請求事件においてのみ、子の年齢や意思が介在するのか、何らの説明もされていない。本件のような有責配偶者からの離婚請求における子のみが両親の離婚の苦痛を背負うわけではない。このことから、昭和62年判決の三要件及び本判決には疑問が残る。〔Ⅱ－⑦〕は未成年子ではないが、大学卒業した子であっても身体障害をおう子を未成熟子と同視した判断を下している。本件では、経済面で婚姻費用分担と子の障害者手当てによって妻も生活が可能となっている。離婚に至るまでの期間、夫は妻に対し婚姻費用分担を給付しており、離婚を認めたとしても離婚後扶養や財産分与等により、また困窮した場合には子から父へ扶養請求することも視野にいられて、離婚を認容したほうがよかったのではないかと考える。障害をもつ子がいる夫婦は、双方婚姻を継続する意思がなかったとしても協議離婚によらねば離婚が認められないのだろうか。また、障害のある子を理由として離婚請求を棄却すると、結局請求者は面倒をみることは期待できずかえってその



子を恨む結果になるのではないだろうか。ノーマライゼーションの観点から  
も子の障害や介護の重要性は離婚給付や子に対する扶養における場面で手厚  
くし、離婚の認定については成年子と同様でよいのではないかと考える。

#### 四 未成熟子要件をめぐる学説

前項では未成熟子のいる夫婦の有責配偶者からの離婚請求の判例を分類、  
概観した。昭和62年判決の三要件である未成熟子要件の適用については、幅  
があり、成年子であっても未成熟子と同視する事案もあれば、未成熟子であ  
っても離婚請求者と長年生活を共にしていれば、請求を認容される事案もあ  
り多岐にわたる。ここでは、前項の判例における学説の反応を概観する。有  
責配偶者からの離婚請求における問題点として、「未成熟子の範囲・存在を  
明確にすべきこと。親子法と離婚法は別であるという前提のもとに、未成熟  
子の不利益は離婚によって生ずるのではなく、現実には婚姻破綻を徴表とす  
る別居で生ずることもありうること。また、別居により一方の親と未成熟子  
の関係は監護教育によって安定している場合もありうること。長期にわたる  
有責配偶者からの離婚請求の争点が短気別居へ移行するものとして検討され  
なければならないこと」等が指摘されている。<sup>(16)</sup>

以下のように昭和62年判決に概ね肯定的な見解を示されるのは、澤田省三  
教授の見解である。澤田教授は、「破綻した婚姻の継続強制（戸籍上・形式  
上）にどれだけの意味があるかという素朴な疑問もあるが、逆に破綻を理由  
として容易に離婚を認めることにも疑問がある。とりわけ…離婚する妻の保  
護、未成熟子の福祉、という問題点を含む場合には、その感を強くする。  
『信義誠実の原則』はまさにこのような場合に制約的作用を営む重要な要素  
となっているわけである」<sup>(17)</sup>とされる。

また、昭和62年判決に否定的な見解を示される近時の学説は以下のような  
理由による。中川淳教授は「未成熟子がないという要件については、その  
意味は理解しうるが、一般の離婚にはこのような規定はなく、どうして有責  
配偶者の離婚についてだけ強制されるのかがわからない。したがって、一般

の離婚と同じウェイトで考えればよく、三要件のうち重要性は低いというべきである」とされる。<sup>(18)</sup>森田悦史教授は「未成熟子がいるだけで離婚の妨げになってはいけない。この理由で離婚を棄却する場合、重婚の内縁関係を発生させるもとになり、さらに若年層の離婚を阻止する事にもなりかねない危険性がある。婚姻継続の理由とされるのは（例えば、子の福祉の優先というような）例外的に保護が必要な場合ではなかろうか」とされる。<sup>(19)</sup>犬伏由子教授は「夫婦が長期間同居して婚姻関係が回復不可能となっている場合に、親の離婚によって子の監護状況や福祉に影響があるとは思われない…より低年齢の子であっても事情は同じであると考えられる。子の監護や養育費の点は離婚の是非とは切り離し、離婚後の問題として子の利益保護をはかるべきと考える」とされる。<sup>(20)</sup>また、佐々木典子教授は「子供の問題は、夫婦の問題である離婚認否の問題とは別問題であるにせよ——特に、扶養の点については、本来的には、離婚の有無は無関係であろう——、子供の意思、両親それぞれに対する愛情・精神的結びつき、離婚による生活環境の変化等——精神的にも経済的にも——については配慮する必要があるであろう」とされる。<sup>(21)</sup>

筆者も夫婦の離婚と未成熟子の存在は離婚の認否にあたり、切り離して考えるべきであると考えている。離婚後の養育費の確保や面接交渉等、制度として今後一層充実させなければならない問題点が多いことはもちろんである。しかし、それは、有責配偶者からの離婚請求事件特有の問題ではなく、離婚法全体の問題である。すなわち、協議離婚の夫婦の未成熟子について、現在の有責配偶者からの離婚請求にみるような配慮がなされているかといえばそうではない。離婚届に際し、子の年齢や意思を介在させることはないのである。そうだとすれば、なぜ有責配偶者からの離婚請求にのみ、請求者に高いハードルを設けるのか。無責者から有責者への離婚請求は原則常に認められるはずである。慰謝料や離婚給付を受け、無責者と子は受けた精神的苦痛を償ってもらい、無責者から有責者に別れを告げるような構図になるだろう。しかし、有責配偶者から無責者に対して、離婚請求をした場合には、身勝手な有責者が無責者と子を捨てるように出て行くという構図になるだろう。こ

れに対して無責者や子が反感を持つことを防ぐことを目的としているのだろうか。配偶者はともかく、子は離婚後であっても、有責配偶者が気かけ、定期的に会い、会話をするだけでも親の愛情を感じ、子の立場からいえば、自己が捨てられたのではないかという疑問を持たずに済むのではないだろうか。そのように思えば、やはり子の面接交渉や養育費の確保というのは、離婚法において重要な課題であり、それを充実させるべきである。面接交渉や養育費を有責配偶者から確保し、有責配偶者からの離婚請求の認否につき、未成熟子の存在を考慮すべきではないと考える。少なくとも、協議離婚もしくは裁判離婚においても無責者からなされる離婚請求と有責配偶者からの離婚請求における子の処遇に差をつけるべきではないと考える。

## 五 おわりに

有責配偶者からの離婚請求につき、最高裁大法廷昭和62年判決の意義を確認し、近時の判例を概観し、学説の反応を考察した。有責配偶者からの離婚請求は伝統的な問題であり、昭和27年判決により、有責配偶者から離婚請求を認めることになれば、無責者は踏んだり蹴ったりであるとし、その請求は認められないとした。そこから、原則、有責配偶者からの離婚請求は認められておらず、現在においても、原則有責配偶者からの離婚請求は認められないという考え方は根底に流れており、変わっているとはいえない。しかし、昭和62年判決により、有責配偶者であるとの一事をもって離婚請求を認めないとするものではないとの判例変更がなされ、有責配偶者からの離婚請求であっても、①年齢や当該婚姻と比して、長期の別居期間があり、②未成熟子がおらず、③精神的・経済的に極めて苛酷な状況にならず、信義誠実の原則に照らし、社会正義に反しない場合には離婚請求が認められる可能性が出てきた。昭和62年判決後の裁判例は、概ねこの三要件に当てはめ信義誠実の原則に照らし、離婚請求の認否を行ってきた。近時、未成熟子のある夫婦における有責配偶者からの離婚請求であっても認容される事案が出ている。学説においては、この三要件につき、当初から批判的な見解が多く見受けられ

る。中でも、未成熟子要件については、夫婦の離婚と切り離して考えるべきであるとか、長期の別居要件と並列的におくことに疑問を呈す等、あげられている。筆者も未成熟子要件を離婚の認否の要件とすることには消極的である。もちろん、家族である以上、夫婦と子を完全に切り離して考えることは不可能であるし、養育費や面接交渉等、夫婦には子に対して父として、また母として果たすべき役割と注ぐべき愛情がある。その点については、婚姻を継続するとか、解消するとか、そういう次元の問題ではなく、父として子とどう向き合うか、母として子とどう向き合うかの問題であって、離婚したら子と関わりがもてなくなるというものではないはずである。もちろん、離婚後に親権をもった配偶者が他方配偶者や他方配偶者の父母（子からみれば祖父母）に子を会わせない等、面接交渉権において解決されない問題点は多数存在するのが実態ではあるが、それをどのように解決していくかについての考察は今後の課題としたい。少なくとも、現段階において、協議離婚によって両親が離婚した子に対する配慮と、裁判離婚によって無責者から有責者へなされた離婚請求が認容され両親が離婚した子に対する配慮と、有責配偶者からの離婚請求によって認容され両親が離婚した子に対する配慮が異なることは望ましくない。協議離婚において、未成熟子の存在に配慮をしていない現状において（それが望ましいことかどうかは別として）、有責配偶者からの離婚請求における三要件の未成熟子要件については、離婚請求の認否の問題ではなく、養育費や面接交渉の充実によって保護されること等が望ましいと考える。

また、離婚法全体の問題として、両親の離婚における子の保護を考えるものとして、離婚意思確認制度や協議離婚制度の実質化と自主解決援助のための司法的サービス等が提唱されている<sup>(22)</sup>。離婚意思確認制度とは「当事者の離婚意思の自由を保障するため、届出前の公的機関による離婚意思を確認する制度」<sup>(23)</sup>のことである。協議離婚において、意思確認制度を導入したとして、届出の段階で子の離婚に対する意思の確認を含めるかどうかという問題も出てくる余地がある。また、破綻後に破綻の効果として、「子の監護権の帰属、

婚姻居住の居住権、夫婦財産の管理・清算、生活費の分担など具体的処理方法を提示し、これらの解決が離婚前の婚姻破綻の段階で、必要に応じて決定されることによって、当事者は離婚後の状態について具体的な展望を得ることができ、これに基づいてはじめて離婚についての自由な最終意思決定（円満和解も含めて）をすることができる<sup>(24)</sup>と考えての構想である」とされ、これらの制度についても、今後の研究課題としたい。

- (1) 泉久雄『家族法読本』（有斐閣）44～45頁2005年。
- (2) 「有責配偶者の意義」について考察された近時の文献として尾島茂樹『『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——』金沢法学48巻2号（2006年）249～265頁がある。
- (3) 水野紀子「有責配偶者からの離婚請求」法学教室193号（1996年）54頁。なお、不貞行為の相手方への慰謝料に関する問題については、別稿をもって考察した（黒田樹里「不貞行為と慰謝料—相手方に対する請求を中心に—」国士館法研論集6号（2005年）33頁。参照）
- (4) 島津一郎「有責配偶者からの離婚請求」家族法判例百選〈第1版〉67頁。
- (5) 高橋敏「裁判上の和解による協議離婚の合意と有責配偶者の離婚請求」国士館法学18号（1986年）124頁。
- (6) 山口純夫「有責配偶者の離婚請求」判例タイムズ690号（1989年）40頁。
- (7) 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」法学教室88号（星野教授の発言）（1988年）14頁、犬伏由子「未成熟子がいる有責配偶者からの離婚請求が認容された事例」判例評論436号44頁（判例時報1524号206頁）。
- (8) 鈴木禄弥『親族法講義』65頁。
- (9) 消極的破綻主義の学説としては、我妻栄『親族法』76頁、太田武男『現代家族法研究』261頁、田中實『親族法・相続法（改訂版）』68頁、積極的破綻主義の学説として高梨公之『日本婚姻法論』250頁、中川淳「離婚請求権の濫用」末川古稀記念論文集・権利の濫用（下）47頁、鍛冶良堅「判批」判例評論337号193頁、島津一郎「有責配偶者からの離婚請求」民法の争点1204頁。
- (10) 水野紀子「有責配偶者からの離婚請求」法学教室193号（1996年）54頁。積極的破綻主義と消極的破綻主義について詳論された論文は多いが、前掲注の消極的破綻主義と積極的破綻主義の学説の文献の他、高橋忠次郎「有責配偶者からの離婚請求」『現代家族法大系2』185頁以下、水野紀子「離婚」星野ほか編『民法講座7』43頁以下を参照されたい。

- (11) 中川淳「有責配偶者からの離婚請求が認容されない事例——最判平成16・11・18を中心に」戸籍時報600号（2006年）57頁。
- (12) 右近健男「有責配偶者からの離婚請求」家族法判例百選〈第6版〉29頁。
- (13) 五十嵐浩介48事件・平成16年主要民事判例解説（判例タイムズ1184号）113頁2005年。
- (14) 東條宏52事件・平成17年主要民事判例解説（判例タイムズ1215号）（2006年）121頁。
- (15) 高橋朋子「有責配偶者からの離婚請求が認容できないとされた事例」民商法雑誌132巻3号（2005年）444頁。
- (16) 森田悦史「離婚原因と770条2項の必要性」法学セミナー465号（1993年）27頁。
- (17) 澤田省三「離婚請求事件」戸籍772号29頁2005年。
- (18) 中川・前掲論文57頁。
- (19) 森田・前掲論文27頁。
- (20) 犬伏・前掲論文208頁。
- (21) 佐々木典子「未成熟子がいる場合でも有責配偶者からの離婚請求が認められた事例」法学教室168号（1994年）151頁。詳細については佐々木典子「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——」姫路法学5号82頁以下参照。
- (22) 上野雅和「協議離婚の改善策について」岡山法学42巻2号（1993年）140頁、二宮周平『家族法改正を考える』日本評論社（1993年）158頁以下参照。
- (23) 高橋敏「協議離婚制度——意思および離婚後の措置の確認」法学セミナー467号（1993年）36頁以下。
- (24) 高橋・前掲論文40頁。なお、本テーマと直接関係するものではないが、親権・監護権における子の保護について法律時報81巻2号（2009年）4頁以下に「子どもの声を聞く」という特集が組まれている。脱稿後であったため附記するに止める。