

△判例研究△

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

高橋 敏

大阪高裁昭和六〇年五月一七日第三民事部判決（昭五九(ホ)第五六五号・離婚請求控訴事件、判例タ
イムズ五六五号一八六頁）——控訴棄却・確定

【判決要旨】

有責配偶者の離婚請求は、原則として認容されるべきではないが、相当の離婚給付を受けて協議離婚をする旨の裁判上の和解をして右給付を受領しながら、協議離婚手続を妨げている配偶者に対する離婚請求は、民法七七〇条一項五号により認容されるべきである。

【事実の概要】

控訴人（被告）Y女と被控訴人（原告）X男とは、昭和四六年四、五月ころから同棲するようになったが、X男が若年であるうえY女より一二才も年少であること等から周囲の者から反対され、X男も一時はその解消を試みたが、結局Y女の強い婚姻希望もあって、昭和四七年五月一八日婚姻届を提出し、両者の間に翌四八年八月二九日生れの長女がいる。ところが、X男は昭和四八年五月初め勤務先の慰安旅行で知り合った訴外A女と交際するようになった。Y女はいち早くこれを察知してA女の勤務先の上司等に同女を口汚なく非難し、かつX男との交際をやめることを求める趣旨の電話や手紙を執拗にかけたり出したりしたため、同女は勤務先会社やその後の勤務先を辞めざるを得なくなった。X男は、従前からY女は嫉妬心が強く、例えばX男の帰宅時間が遅いとしつこく追求して女性関係を疑い、勤務先にさぐりを入れる電話をするなどX男の生活に干渉するので、これを嫌っていたが、A女に対するY女の右行が人並みはずれていると感じると同時にY女に対する愛情を喪失し、他方、積極的にA女との親密さを深めていった。

そこで右事態を心配したY女の姉がA女・X男同席のうえで二人の関係を清算するように注意したところ、X男は翌八月一日妊娠九ヶ月の身重のY女を棄てて出奔し、A女と同棲した。その後雇主や親に説得されて、長女が出生する前後二か月足らずの間Y女の許に帰ったことはあるが、同年一〇月初めころ、再度Y女を棄てて家出をし、A女と昭和五一年ころまで同棲した。その間の昭和四九年八月二七日、X男はY女と離婚したい一心から、A女の協力によりY女の作成名義を偽造して離婚届を作成し、これを届出で一旦受理されたが、Y女から離婚届の不受理願いが提出されてきたこと、同年一〇月四日右離婚の戸籍の記載は錯誤を理由に抹消された。X男は昭和五一年ころA女との関係を解消している。なお、X男はY女に対し、昭和四八年一〇月家出をしてから少なくとも同五八年九月まで（但し、昭和四九年八月から一〇月までを除く）月二万円の割合で送金していた。

一方、Y女はX男が家出をした昭和四八年一〇月以降今日まで、X男からの送金だけでは足りようがないので自らパート・タイマーとして働くと共に実母等の援助も受け、長女を養育してきた。そして、X男との復縁に一縷の望みをかけて離婚に反対してきた。

かかる事実関係において、被控訴人X男は控訴人Y女に対し離婚の訴を提起していたところ、当審における受命裁判官による第四回和解期日（昭和五九年七月一九日施行）において、(一) 当事者双方は、長女の親権者を控訴人とする協議離婚届を直ちに提出する。(二) 被控訴人は控訴人に対し、離婚に伴う給付として金四〇〇万円の支払義務を認め、右金員を本日支払った。(三) 長女の第一次的扶養義務者を控訴人とする。(四) 訴訟費用は第一、二審とも各自の負担とする。旨の和解が成立し、和解調書が作成されている。そして、裁判官の面前で、双方代理人弁護士立ち会いのうえ当事者双方が協議離婚の合意をなし、協議離婚届に署名押印し、右両弁護士が証人として署名押印し、その離婚届の届出を被控訴人X男が委託された。

X男は右翌日の昭和五九年七月二〇日本籍地の町役場に右離婚届を提出したところ、数か月前にY女から離婚届の不受理願いが提出されているので、本件和解調書を持参するように要求され、一旦離婚届を持ち帰った。同年八月一日被控訴人X男は再度右役場へ本件和解調書を持参して右離婚届を提出したところ、当日付で受け付けてもらったも

の、同年九月一七日町長から右離婚届は届出（受付）当時控訴人Y女が離婚意思を有しないとの理由でその受理ができない旨回答された。

同年七月二〇日から九月一七日までの間、控訴人Y女に対し、控訴人代理人弁護士、町役場、法務局等が「離婚届の不受理願いの撤回」を説得した。しかし、控訴人Y女は本件和解において協議離婚の意思とその届を直ちに提出する意思を有していたのに、その後離婚届の不受理願いを撤回しないと本件和解による離婚届が受理されないことを知り、これを奇貨として離婚意思を翻して不受理願いの撤回に応じないのみならず、却って従前の不受理願いの有効期間の満了に備え、同年一〇月九日再度不受理願いを町役場に再提出するに及んだ。

被控訴人X男は控訴人Y女から右不受理願いが提出されていることを知らずに、右離婚届を届出すれば直ちに受理されるものと考えて、離婚給付金四〇〇万円の内金二〇〇万円を弟名義で銀行から借り受けて貰い、内金一〇〇万円は両親から借り受け、残金一〇〇万円は自己の貯金と車を売却して資金をつくり、本件和解期日にこれを支払った。しかし、控訴人Y女は離婚意思を翻しながら、離婚に伴う給付として受領した金四〇〇万円は、控訴人と長女の生活を保障するに不足であるとして返還しようとせず、当裁判所の控訴本人尋問の呼出にも正当な理由なく応じようとしていない。被控訴人X男は控訴人Y女と離婚できるならば、右金員の返還を求める気持はない。（なお、原審判決および控訴理由についての詳細は不明である）。

【判決理由】

右認定事実に基づいて、裁判所は「被控訴人は離婚届を提出すれば直ちに受理されることを前提に、その旨明示もしくは黙示に表示して本件和解をしたところ、実際にはその受理が直ちにできない状態となっていたのであり、お互いに不信感の強い両当事者が本件和解の不履行の発生を事前に防止しようとした趣旨の窺える本件和解にあっては、右の点の錯誤は被控訴人にとって和解の要素に錯誤があったものというべきであるから、被控訴人の本件和解の意思表示は無効であると解するのが相当である。」とし、離婚請求については、「控訴人と被控訴人との間には既に一年間の別居生活が続き、その間夫婦の信頼関係を崩壊させるに足りる被控訴人のA女との同棲や離婚届偽造行為があり、また別居期間中夫婦としての愛情が復活する機運すらなく、被控訴人は控訴人の嫉妬心が強い性格等を嫌って離婚意思は固いから、控訴人の意思を考慮しても控訴人と被控訴人の婚姻は本件訴訟提起前に客観的に破綻していたといわざるを得ない。

そして右破綻の主な原因は、被控訴人が控訴人との婚姻生活を棄ててA女との同棲生活に走った婚姻義務違反行為のためであると解され、この点において被控訴人は強く非難されて然るべきである。（控訴人の性格上の問題は右行為に比較してとるに足りない。）

しかし、控訴人も本件和解において、被控訴人の右責任等に応じた相当の離婚給付を受領することで協議離婚に同意する旨約しながら、被控訴人から離婚給付金を受け取った後に、離婚届不受理願いの残存を契機として、離婚意思を翻して本件和解の不履行に及んだのであり、この行為は被控訴人の婚姻義務違反行為に対する控訴人の反感や報復感情に由来するものと解される。

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（高橋）

なるほど、被控訴人のような有責配偶者の離婚請求は、原則として認容されるべきではない。しかし、本件のような場合にも右の原則が妥当するものと解するのは、かえって公正を害することとなる。よって被控訴人の本件離婚請求は、民法七七〇条一項五号により認容されるべきである。」と判示し、控訴を棄却した。

(乾 達彦・緒賀恒雄・馬淵 勉)

【参照条文】 民法七七〇条一項五号

【研究】

一 はしがき

本判決の理論構造を整理すると、①まず控訴人Y女と被控訴人X男との夫婦関係は、一一年間に及ぶ別居生活と、その間の夫婦としての信頼関係を崩壊させるに足るX男のA女との同棲や離婚届偽造行為、また夫婦としての愛情復活の機運しないことから、婚姻関係の客観的破綻を認定する。②しかし、右婚姻破綻の主たる原因は、被控訴人X男が控訴人との婚姻生活を棄ててA女との同棲生活に走った婚姻義務違反行為に起因するものと解され、かかる有責配偶者からの離婚請求は原則として認容されるべきではないとする従来からの判例法理(後述)を確認する。③しかしまた、本件の如き、裁判上の和解において相当の離婚給付を受領することで協議離婚を合意し、離婚給付金を受領後、離婚届不受理願いの効力残存を契機として、離婚意思を翻して和解の不履行に及んだ事情が存する場合(かかる控訴人の行為は、真に婚姻の継続を希望する意思というよりも、単に被控訴人に対する反感や報復感情に由来するも

のと評価されている)にも、右法理を貫徹させることは、かえって公正を害することとなるとして離婚請求を認容する。すなわち、裁判上の和解において離婚給付・子の親権者の決定等を含む協議離婚の合意にある種一定の法的評価を与え、一方配偶者の独断的な翻意によるその和解の不履行という事情をもって、有責配偶者の離婚請求拒否の法理適用の除外要因と評価したものと解することができる。

そこで、本稿では本判決においても理論的前提となっている有責配偶者の離婚請求をめぐる判例の展開および学説の現状を概観し、それを踏まえつつ、本判決の意義を考察する。加えて、本判決を契機とし、その射程範囲との関連において、本事案の如き裁判上の和解における協議離婚の合意が存在した事情と類似して、協議離婚届をする旨の調停条項を成立させておきながら、一方的に翻意し協議離婚に応じないために、改ためて離婚訴訟が提起された場合、その合意にいかなる評価を与えるべきかについても、若干論及しておきたいと考える。

二 有責配偶者の離婚請求をめぐる判例・学説の現状

(1) 有責配偶者の離婚請求拒否の判例法理の展開 現行民法が裁判上の離婚原因として、「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」という抽象的原因を掲げていることから、一般的に破綻主義を採用したものと解されている。しかし、離婚請求をする配偶者がその婚姻破綻につき無責であることを要するか否かにつき明文を欠くことから、婚姻関係を破綻せしめたことにつき有責な配偶者からの離婚請求が許されるか否かについては、もっぱら解釈上の問題として議論されてきた。

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(高橋)

最高裁は、いわゆる「踏んだり蹴たり判決」として有名な最判昭和二十七年二月一九日（民集六卷二号一〇頁）において、「……前記民法の規定（七七〇条一項五号）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られるけれども、さりとて、前記の様な不徳義・得手勝手、請求を許すものではない」と判示して以来、婚姻関係が既に破綻している場合においても、右破綻につき有責な配偶者からの離婚請求を排斥する基本的な判例法理を確立させており、最近でも、最判昭和五四年一月三日（判時九五六号四九頁）においても確認されている。

しかしまた、個々の具体的運用に際しては、この判例法理のもつ硬直性が意識され、早くから批判的指摘がなされており、⁽²⁾その後の判例自体も、① 当事者の有責性の比較を通じて「有責配偶者」概念に絞りをかけることによつて、② 有責行為と婚姻破綻との因果関係の判断によつて、③ 相手方の離婚意思の探究（協議離婚制度との整合性）を通じて、その適用範囲を制限し、その法理のもつ硬直性の緩和をはかってきている。

①有責性の比較から「有責配偶者」に絞りをかけるという点では、最判昭和三〇年一月二四日（民集九卷二二号一八三七頁）は、「……妻にもいくらかの落度は認められるが、夫により、多大の落度があると認めているのである。かような場合に妻の離婚請求を認めても違法とはいえない」とし、⁽³⁾さらに「婚姻関係が破綻したと認められる場合においても、その破綻についても、ばら又は主として責任のある当事者は、自らその事由を理由に離婚を請求することをえないものと解するを相当とする」（最判昭和三八年六月四日家月一五卷九号一七九頁）と判示し、⁽⁴⁾請求配偶者にも有責性が存する場合でも、双方の有責性の大小を比較するという操作を通じて離婚請求が否定される「有責配偶者」の範囲が限定されている。さらに、その論理からすれば、双方当事者の有責性が同程度である場合には、⁽⁵⁾どちらからの離婚請

求も認容されるとする最判昭和三十一年一月一日（民集一〇卷二二号一五三七頁）の出現もまた当然である。⁽⁵⁾

さらに、②有責行為と婚姻破綻との因果関係の存否の点については、最判昭和四六年五月二一日（民集二五卷三号四〇八頁）は、婚姻関係が破綻した後、夫が妻の許を去って別居し、離婚請求に及んだ後、他女と同棲を始めた事案において、「……右事実関係のもとにおいては、その同棲は、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」と判示し、有責行為と婚姻破綻との間に因果関係が存在しなければならぬことを明らかにした。⁽⁶⁾従前の最高裁により有責配偶者の離婚請求拒否の法理を裏面から鮮明にしたものとも言えるが、実際上は、①の有責性の比較を通しての制限と同様、裁判所の事実認定あるいはその法的評価によっては、有責配偶者の法理の機能する範囲を縮小化する可能性を示したものと評価できる。⁽⁷⁾

さらにまた、③相手方の真の離婚意思を問題にして有責配偶者の法理の適用範囲を制限する傾向も見られる。従前の最高裁判例が、「相手方配偶者の意思に反して」あるいは「相手方がなお夫婦関係の継続を望むに拘らず」として拒否法理を展開させていることからすれば、相手方にも離婚意思があることが明らかかな場合には、有責配偶者の法理の適用範囲外であるかのようにも考えられるが、⁽⁸⁾この点を明確に示した最高裁判例自体は未だ見当たらない。

まず、相手方にも離婚意思が存在することが明らかかな場合として、有責配偶者とみられる者からの離婚請求に対し、相手方も離婚請求の反訴を提起している場合が問題となる。下級審判決例ではあるが、かかる反訴により相手方の離婚意思が推認される限り、有責配偶者からの離婚請求（本訴）もあわせて認容するものが多い。⁽⁹⁾もっとも、一貫しているわけではなく、有責配偶者からの離婚請求は棄却し、相手方離婚請求のみを認容する下級審判決例もある。⁽¹⁰⁾

この点、相手方の離婚意思が反訴の形で客観化されている限り、有責配偶者からの離婚請求をも認容したからといって、公平の原則・信義則に反せず、従前の最高裁判法に抵触するともいえないであろう。また、合意のみを要件とする無因の協議離婚制度との整合性からも首肯できるところである。⁽¹¹⁾

さらに、下級審判決例の中には、相手方の反訴はなく、訴訟上は離婚意思がないとして争っている場合でも、それが真に婚姻関係の回復を願っているものではなく、単に相手方（有責配偶者）に対する憎悪と意地によって離婚を拒否しているとみられる場合（かかる場合、婚姻解消を拒否することが逆に相手方配偶者の身分権の濫用であると言えなくもないとする）に、離婚意思を推認しうるとして、有責配偶者の離婚請求であっても拒否する理由はないと判示して、問題を提起するものも現われている。⁽¹²⁾

学説にも、これを支持するものが少なくない。⁽¹³⁾ 個々の具体的事案において、有責配偶者の法理に柔軟な対応を与え、意味で評価できるとしても、少なくとも、反訴を提起して離婚意思を表明している場合と異なり、従前の最高裁判例法理の射程範囲にあるとするには疑問である。⁽¹⁴⁾ 相手方の有責性を指摘し離婚拒否の意思を明確にして争う訴訟において、裁判所が当事者の無意識レベルに立ち入って、もっぱら憎悪と意地のみで離婚拒否をしているかについて断定的判断をくだすことは安易になされるべきではなからう。⁽¹⁵⁾ 少なくとも、反訴による離婚請求など離婚意思が明示的・客観化された事情が存する場合と同質に取扱われるべきではないと解する。

その点、後述するように、本判決〔大阪高判昭和六〇年五月一七日〕が、反訴が提起されている場合の他、離婚意思が客観化された事情が存する場合として、「有責性に相応する離婚給付を受けて協議離婚に合意する旨の裁判上の

和解を成立させ、右給付を受領しながら協議離婚手続を妨げている事情」が考慮されるべきことを示したものと解することができるだろうか。

(2) 学説の動向 有責配偶者の離婚請求をめぐる学説の展開についても、既に多くの先覚の論稿があり詳論を要しないが、(イ)婚姻道德と離婚倫理、法の一般条項たる信義則・権利濫用ないしはクリーンハンドの原則、または無責配偶者の不利益保護などをその根拠づけとして、最高裁判例を支持する消極的破綻主義の立場と、(ロ)恣意的な離婚と破綻した離婚とを区別することを前提に、破綻したものを破綻と認め、そこに個人の尊厳と新たな幸福が実現されるとし、また破綻した事実には権利評価を与えべきだとし、さらには法と事実の一致こそ法の内在的正義の求めるところでもあるとして、婚姻関係が客観的に破綻していると認められる以上、その有責無責を問わず離婚請求を認めるべきであるとする積極的破綻主義の立場との対立が顕著である。当初より、前者が通説的地位を占めており、その後も、積極的破綻主義の立場からの判例変更を求める積極的な働きかけもみられ、それを支持する見解が増えてはいるものの、実務界を含めてこの問題をめぐる議論を有効にリードするものとはなり得ていないと言われる。⁽¹⁷⁾ 少なくとも、解

釈論として、消極的破綻主義を脱却することの困難性を感じざるを得ないのが現状である。⁽¹⁸⁾ しかしまた、一九六〇年代後半から七〇年代にかけての「世界離婚法史の一大変革期」と称されるほどの欧米諸国における離婚法の動きはめざましく、破綻主義への移行とその徹底化が実現されてきたこと、わが国としても決して例外ではあり得ない社会経済・婦人の地位の変化および離婚現象を指摘して破綻主義の徹底化の主張も新たに現れてきていること、⁽¹⁹⁾ さらには、判例法およびそれを支持する学説の前提をなしていた国民の社会観念のその後の社会状

況の変化とともに、その妥当根拠を失ってきているのではないかの点から、わが国離婚法思想の展開過程・民法七七〇条一項五号の立法趣旨の捉え直しをはじめ、婚姻・離婚観の変遷、その他歴史理論的研究・社会学的研究成果との整合性といった詳細な検討から実証し、破綻主義徹底の新たな視点を提供されてきていることは注目される。⁽²⁰⁾

三 本判決の意義——裁判上の和解における協議離婚の合意の評価

以上のような現状をふまえて、ここでは、解釈論の側面において、本判決の意義について考察する。特に、最高裁においてなお堅持されている有責配偶者の離婚請求拒否法理の基本的枠組の中で、その形式的適用による弊害を意識しつつ、法理適用の硬直化を防ぎ、その緩和の糸口を摸索して、いくつかの問題提起をみせる近時の下級審判決例の流れの中に占める本判決の意義およびその妥当性について考察する。

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究を通じて緩和してきていることは前述した。本判決は、第三の緩和要因の存在を認めて、判例法理の適用を排除すべき一事例を付加したものと解することができる。従来、先にみたように、この点に関する最高裁判例は存在しないけれども、①有責配偶者からの離婚請求に対し、相手方も離婚を求める反訴を提起することによって、離婚意思が明示的に表明されている場合は、有責配偶者からの離婚請求（本訴）をも認める下級審判決例が有力であり、学説もほぼこれを支持する。⁽²¹⁾さらに、②反訴なく、訴訟上は離婚意思がないとして争っている場合にも、事実関係からそれが真に婚姻関係の回復を望むものではなく、相手方に対する憎悪と意地によって離婚

を拒否している場合にも、相手方離婚意思を推認し有責配偶者の離婚請求を認める判決例・学説も存在した。⁽²²⁾

本判決は、離婚意思の明確さ・その評価において、右記相手方の離婚意思の存否が問題とされた両者の中間に位置する事例といえる。すなわち、相手方は一旦、裁判上の和解において協議離婚に同意し、離婚給付を受領した後、離婚届不受理願の残存を契機として、一方的に離婚意思を翻意し本件和解条項の不履行に及んでいる。もちろん、本件の如き、協議離婚届をする旨の裁判上の和解条項自体は、離婚の裁判上の和解⁽²³⁾（民法三三六条）と異なり、婚姻継続中における離婚予約と同じく、その法律の意味においては効力は認められず、離婚届提出を強制することはできないだろう。離婚の予約は、法律婚主義を前提とする限り、届出時の意思の自由確保の要請によって、法的効力を持ちえないものと解されている。⁽²⁴⁾したがって、本件における協議離婚届をする旨の和解による合意もまた、道義的にはともかく、純法的には拘束力をもたず、相手方の翻意による不履行をもって非難するにあたらなとも解されうる。

しかし、婚姻継続中の当事者間の協議離婚の予約（合意）一般についても、たとえば、「離別するための代償として金銭の授受を約し、また現実になんかそれを受け取って（離婚）届書に署名捺印したような場合には、その行為が慎重かつ明確に決定されたことを示すものとして、むしろその（離婚意思の）撤回を認めるべきでないと考えられる。またある程度撤回を認めるとしても、金銭がからんでくると、その撤回は、信義に反するものとして容易に認められるべきでないことも少なくないと思われる。」とし、協議離婚の合意⁽²⁵⁾届出書の作成後は、信義誠実の原則に反するような仕方方で身分行為を撤回することは許されないと主張もみられる。協議離婚の合意一般について論ずる点で、かつ、離婚の合意⁽²⁵⁾届書作成後の離婚意思の撤回の自由を制限することによって、届書作成行為に届出の法的義務（離婚届出

請求権)を課することを含む論理に、極論にすぎないを感じても、本件の如き、協議離婚の合意(予約)が裁判上の和解においてなされ、かつ、それに付随して子の親権監護に関する処分・離婚給付などの離婚後の処置についても十分な配慮がなされている場合についてのその協議離婚の合意(予約)に対する評価のあり方に有益な示唆を与えてくれる。すなわち、協議離婚の合意が本件の如き一定の形式をとってなされている場合は、離婚の実質的意図および形成意思においても充分合意が成立しているとの評価も可能であり、その後の翻意(離婚意思の撤回)の自由が制限される。あるいは相手方に離婚届出の協力義務が発生するまではいえないまでも、少なくとも一概に絶対的無効と否定し去ることなく、⁽²⁶⁾かかる正当な理由のない(信義則に反するような)協議離婚の合意(予約)不履行は、裁判離婚の際に「婚姻を継続し難い重大な事由」の一場合として、考慮されうる事由となると解する。⁽²⁷⁾さらに、その事由は有責配偶者からの離婚請求の事案である場合にも、婚姻破綻事実の認定とあいまって、相手方の実質的離婚意思の客観化された事情の存在という意味をも含めて、有責配偶者の離婚請求拒否の法理の適用を排除すべき要素と評価することも不可能ではないと解する。信義則にもかない、かつまたかかる法的執行力を伴わないものながら、裁判上の和解による協議離婚の合意があったことにも、ある種の実質的評価を与えることになり、法的秩序維持にもかなうことになる。かかる意味において、本判決が右判例法理の適用を排除し、離婚請求を認容したことは妥当なものと解する。

以上のように解することができるとすれば、本件の如き裁判上の和解における協議離婚の合意が存在した事情と類似して、調停前置主義のもとに、家庭裁判所においてなされる協議離婚届をする旨の調停(いわゆる調停離婚とは異なる)⁽²⁸⁾が成立されていた事情が存する場合についても、同様に解することが許されると思われる。

この協議離婚調停条項の効力についても議論があり、詳細は別稿に譲るが、今日でも、現に調停離婚のほかにかかる調停が、年間六〇〇件ほど成立している。⁽³⁰⁾右調停条項が、当事者に離婚届出について協力する法的義務を負わせるものではないと解されているが、仮に届出に協力しない場合にも履行確保の問題として、履行勧告(家審法一五条の五、二五条の二)、あるいは再調停に及ぶことができ、⁽³¹⁾ほぼ履行が実行されているものと思われる。しかし、これらによっても届出を拒み解決ができない場合は、「婚姻を継続し難い重大な事由」を原因とする離婚訴訟を提起でき、それが有責配偶者からの離婚請求である場合にも、拒否法理の適用を排除し離婚請求が許容されることが許されてしかるべきである。かかる調停においてなされる協議離婚の合意もまた、離婚後の処置についての条項を伴うのが通常であり、家庭裁判所の後見を得ながら離婚の実質的・形成的意思においても慎重に合意が成立しているものと思われ、実質的にはいわゆる調停離婚と異ならず、単にその届出方式について留保されているにすぎない。⁽³²⁾その意味で、離婚意思が明確であり、客観化されたものと評価できるからである。

註(1) この事案は、情婦との間に一子をもうけ、法律婚の破綻が五年以上に及ぶ夫から離婚請求がなされたものであり、最高裁が、本問題に消極的立場を最初に打出したものとして有名であるが、「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つて、かくの如きは未だもつて、『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は出来ない」として、当該離婚請求を否定する直接的理由は、未だ離婚原因たる婚姻破綻が成立していないとしたものと解される。

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(高橋)

もっとも、最高裁は次いで、婚姻破綻を認定しつつ、「かくの如く民法七七〇条一項五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、その者は相手方配偶者の意思に反して、同号により離婚を求めることはできない」(最判昭和十九年一月五日民集八卷一〇三三頁)と判示し、さらに、かかる破綻につき有責な配偶者の離婚請求が「……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如きことは吾人の道徳観念の到底許さない処であって、かかる請求を許すことは法の認めない処と解せざるを得ない」(最判昭和十九年一月四日民集八卷一二号二四二頁)と判示し、その根拠が道徳観念に反する点にあることを明らかにして、右判例法理を確立させたものと見られる。その他、同旨のものとして、最判昭和三六年四月七日(家月一三卷八号八六頁)、最判昭和三七年五月一七日(家月一四卷一〇号九七頁)、最判昭和三八年六月七日(家月一五卷八号五五頁)、最判昭和三八年一月一五日(家月一六卷二号三一頁)。

(2) 積極的破綻主義の立場をとる学説はもちろんのこと、一応かかる判例法理を肯定する学説においても、その形式的適用の弊害を説き、法理の適用の限界付けの必要性を主張されている。青山道夫『改訂家族法論I』一三八頁、阿部徹「離婚原因」新民法演習(5)六七頁、岩垂肇「離婚原因における破綻主義の制約とその限界」民法研究一六六頁以下参照。

(3) 同旨、最判昭和三三年二月二五日(家月一〇卷二号三九頁)、名古屋高判昭和五一年六月二九日(判夕三四四号二二三頁)、東京高判昭和五四年六月二一日(判時九三三七号三九頁)。

(4) 同旨、最判昭和三八年六月七日(家月一五卷八号五五頁)、最判昭和三八年一月一五日(家月一六卷二号三一頁)、最判昭和三八年一月二四日(家月一六卷二号三六頁)。

(5) 同旨、東京高判昭和四七年一月三日(判時六八五号九六頁)、大阪高判昭和五二年一月一八日(判夕三六二号三二八頁)。

(6) 同旨下級審判決例として、千葉地判昭和四三年一月二五日(判時五四三三三六九頁)、鹿児島地判昭和五四年二月二一日(判時九三三七号三九頁)、東京高判昭和五五年七月一〇日(判夕四二三三三三七頁)、同昭和五七年一月二三日(判時一〇

七〇号四〇頁)、同昭和五八年八月四日(判時一〇九二号八九頁)。

(7) 久留都茂子「婚姻関係破綻後に他人と同棲している者からの離婚請求」家族法判例百選〔新版増補〕七七頁、高田健一・佐藤嘉彦「有責配偶者の離婚請求」判夕四九頁参照。

(8) 高田II佐藤・前掲論文四九頁。

(9) 長野地判昭和三五年三月九日(判夕一五五号九九頁)、名古屋地半田支判昭和四五年八月二五日(下民集二二卷七II八号一二五頁)、横浜地川崎支判昭和四六年六月七日(判時六七八号七七頁)、東京地判昭和四七年三月一八日(判時六七七号八三頁)、福岡地判昭和五一年一月二二日(判夕三四七号二七八頁)、東京高判昭和五二年二月二八日(判時八五二七〇頁)。

(10) 山形地判昭和四四年一月六日(判時五八四号九五頁)、福岡地判昭和四六年五月二七日(判時六四四号七五頁)、名古屋地一の宮支判昭和五三年五月二六日(判時九三七号六四頁)。

(11) 岩垂・前掲論文一六六頁、阿部徹「離婚原因」叢書民法総合判例研究⑩一三頁等参照。

(12) 長野地判昭和三五年二月二七日(判夕一一五号九六頁)。同旨、大阪地判昭和三八年六月二二日(判夕一五五号九九頁)。

(13) 青山・前掲書一三四頁、岩垂・前掲論文一六七頁、阿部・前掲書一三頁、牧山市治「婚姻を継続し難い重大な事由」家族法の理論と実務(別冊判夕)二二七頁。なお、久貴忠彦『親族法』一一二頁は相手方からの離婚の反訴請求がある場合と同様、最高裁初期三判決の法理から認めうるとされるが、後述の如く疑問である。

(14) 押切瞳「有責配偶者からの離婚請求」家族法の理論と実務(別冊判夕)二四〇頁、高田II佐藤・前掲論文五〇頁参照。

(15) 野田愛子「離婚原因法と家事事件——離婚否認法理の検討に向けて」新実務民事訴訟講座(8)四八四頁参照。

(16) 本問題を論ずる先覚の文献は枚挙であるが、これまで引用したものの他、判例・学説の分析に詳細な、高橋忠次郎「有責配偶者からの離婚請求」現代家族法大系2一八五頁以下、国府剛「有責配偶者の離婚請求」民法III(川井編・判例と学説4)九五頁以下、水野紀子「離婚」(星野ほか編『民法講座7』)四三頁以下およびその引用文献を参照願いたい。

(17) 浦本寛雄「有責配偶者の離婚請求」山田II泉編・演習民法(親族)(新演習法律学講座6)一三〇頁。

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(高橋)

- (18) 門坂正人「欧米諸国における破綻主義立法の展開について」現代家族法大系2一五頁。その他、欧米諸国の動向についての文献については、野田・前掲論文四六九頁註(3)に紹介があり、参照。
- (19) 野田・前掲論文四九八頁、島津一郎「有責配偶者からの離婚請求」民法の争点1(ジュリスト増刊)二〇四頁など。
- (20) 浦本寛雄「破綻主義離婚法と配偶者保護の法理(一)」熊本法学三二号七一頁・四五号一頁、同「わが国離婚法思想展開の一断面」法社会学三六号一二七頁、同「有責配偶者の離婚請求」山畠II泉編・演習民法(親族)一二八頁など一連の研究。
- (21) 註(9)に挙げた判決例および註(11)の学説参照。
- (22) 註(12)および(13)に挙げた判決例・学説。
- (23) もっとも、離婚の和解が許されるかについては、訴訟法学者によれば疑問視されているようである。裁判上の和解の内容は、公序良俗に反せず、法律上不能でないことはもちろん、その事件が性質上訴訟上の和解に親しむものであることを要し、離婚が協議(民七六三条)・調停(家審法一七条)でもなしうるとしても、そのことは和解でもなしうることの根拠とはならないからである(小山昇『民事訴訟法(現代法律学全集22)』三九二頁)。
- (24) 協議離婚をする旨の裁判上の和解条項の効力自体について論ずる文献はみられないが、離婚の予約の法的効力については、本文の如く解するのが一般的である(中川善之助『離婚法概説』四一頁、中川善之助編『註釈親族法(上)』二三九頁、末川博『新版民法(上ノ一)』九九頁など)。判例もまた、直接この場合に該当する事案ではないが、届出を伴わない離婚の合意について、「届出前有効ニ契約上ノ効力生ズベキモノトスルニ於テハ、当事者が事情ニ依リ当初ノ意思ヲ変更シ、モハヤ離婚ヲ欲セサルニモ拘ハラス真意ヲ枉ゲテモ離婚ヲ為サザルベカラザルコト為ルベク、斯カル行為ノ効力ヲ認ムベカラザルコトハ民法九〇条ノ原則ニ照シテ深ク説明ヲ須ヒズシテ明カナリ」として、かかる合意に基づいて離婚届手続を請求することは不当であるとしている(東京地判明治四一年二月一三日最近判一卷二二頁、同旨、東京地判昭和六年七月二四日新聞三三〇八号一二頁)。
- (25) 加藤一郎「身分行為と届出」家族法の諸問題(穂積追悼)五三八頁。なお、教授は、身分行為と届出との関係一般については、通説と異なり、婚姻・離婚等の創設的届出は身分行為の成立要件ではなく、その効力発生要件であり、身分行為自体はそれ以前の合意ないしは届出書の作成によって成立しているとの立場を前提とされていることを注意されたい。
- (26) かかる協議離婚の合意(予約)に、当事者の離婚届出の協力義務が発生しないこと、強制執行力を持たないこと、その有効性の問題とは別である。同旨、人見康子「将来における離婚の合意」家族法大系III(中川還暦)九・一〇頁参照。なお、本文献は、協議離婚予約、特に将来離婚届をする旨の調停条項の効力を考察される数少ない文献の一つであり、本稿執筆にも多くの示唆を提供してくれた。
- (27) 人見・前掲論文一〇頁、同『注釈民法(21)』(島津一郎編)五四頁以下、浦本寛雄他『民法講義7』一二九頁参照。
- (28) 家庭裁判所における調停は、通常、調停によって離婚の合意が成立した場合は、いわゆる「調停離婚」(家審法一七条)として調停の成立により離婚は成立し、離婚届は報告的届出にすぎない(戸籍法七七条・同施行規則五七条二項一号)。しかし、離婚調停手続に冷却期間、待機期間を導入する一方法として、または離婚当事者が戸籍に調停離婚と記載されるよりは協議離婚を希望するなどの理由によって、調停において離婚の合意が成立したにも拘らず、特に一定日時を指定し、「〇月〇日までに協議離婚届を出すこと」、あるいは「速かに……」「遅滞なく……」といった調停条項を作成することが行なわれている(市村光一『家事調停の実証的研究』司法研究報告書一一輯一号一六八頁以下、丹生義孝『家事々件の履行確保制度』同六輯八号一七頁参照)。
- (29) 人見・前掲論文一頁以下、人見・前掲書五三頁以下、市村・前掲書一六八頁以下、丹生・前掲書一七頁、村崎満『結婚・離婚・扶養の法律知識』一一〇頁以下参照。
- (30) 昭和五九年度司法統計によれば、婚姻関係事件として、調停が成立している総数一八、八七一件中、調停離婚一四、九九六件、婚姻継続別居二、〇〇五件、婚姻継続同居一、二六九件のほか、協議離婚届出調停六〇一件となっている(最高裁判務総局編『昭和五九年司法統計年報・3家事編』一五三頁)。
- (31) 市村・前掲書一七〇頁、人見・前掲論文七頁参照。

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(高橋)

(32) 人見・前掲論文二一頁参照。