

駒澤大学法科大学院 市民ロースクール

第10回：法的視点から離婚を考える

日時 平成29年7月1日（土）
13:00～14:30
場所 駒澤大学法科大学院棟6階
（模擬法廷室）
講師 駒澤大学法科大学院准教授
土居俊平

一. はじめに

1) 離婚とは

離婚とは、有効に成立した婚姻を、夫婦がその生存中に当事者の意思に基づいて解消することである。

※婚姻とは、終生の共同生活を目的とする一男一女の法的結合関係のことである。

2) 離婚件数の推移

厚生労働省「人口動態統計」によると、離婚件数の推移は以下の通り。

昭和42年・・・83, 478件

昭和50年・・・119, 135件

昭和60年・・・166, 640件

平成元年・・・157, 811件

平成14年・・・289, 836件

平成23年・・・235, 719件

平成24年・・・235, 406件

平成25年・・・231, 383件

平成26年・・・222, 107件

平成27年・・・226, 215件

二. 離婚制度の概要

1. 総説

協議離婚→調停離婚→裁判離婚、という流れになる。協議離婚が出発点となる。協議が調わなければ、家庭裁判所での調停による。調停が不調となれば、はじめて家庭裁判所に訴えを提起することになる。

2. 各種の離婚

1) 協議離婚（民法763条）

簡単に言えば、当事者の話し合いによる離婚である。この場合、離婚する理由・動機が法的に問題にならない。戦後一貫して、9割方が協議離婚の形式で離婚している。

2) 調停離婚

法律で定められている離婚原因（民法770条）が存在し、当事者の一方（例えば妻）が離婚したい場合は、一方（妻）が他方（夫）を相手方として裁判を提起することができるのであるが、わが国ではいきなり家庭裁判所に訴えを提起するのではなく、その前に調停を行うという制度になっている（調停前置主義）。戦後一貫して、協議離婚に次いで調停離婚の割合が多い。

3) 裁判離婚

調停が不調で離婚を求める当事者は家庭裁判所に訴えを提起する。裁判所

が離婚原因の存否を判断し、離婚原因ありとなれば相手方の意思に反していたとしても強制的に離婚させられることになる。裁判離婚が認められる割合は協議離婚・調停離婚と比較すると戦後一貫して最も少なく、概ね全離婚件数の1%程度である。なお、平成16年人事訴訟法改正により裁判離婚を求めて訴えを提起するのは家庭裁判所となった。

三. 離婚が認められる場合

1. 総論（有責主義VS破綻主義）

当事者に道義的倫理的帰責事由のあることを離婚原因とする有責主義（過失主義）を基本とすべきなのか、それとも、帰責事由の存否を問わず当事者が婚姻の目的を達し得ない程度の破綻状態にあるのか否かを基準とすべきであるとする破綻主義（目的主義）を基本とすべきなのか、という根本的な考え方の違いがある。

もっとも、離婚制度は、国々により異なるし、また、政治・経済・社会・宗教などの影響を受け、また、時代ごとの結婚観を反映するものである。現段階における世界的な流れは、離婚自由化、即ち、有責主義から破綻主義へという流れが見られる。

2. 各論

1) 不貞行為（民法770条1項1号）

夫婦は互いに貞操を守る義務を負っている。規定はないが当然のことと理解されている。そのため、配偶者以外の者と性的関係を持つことは離婚原因となり得る（最判昭和48年11月15日民集27巻1323頁）。なお、性的関係には至らない性的不謹慎行為は、本号ではなく5号に該当するというのが一般的見解である。

いわゆる不倫行為は貞操義務違反になるので民法上の共同不法行為（719条）に該当する。それ故、相手方配偶者は他方配偶者並びに不倫相手に対して不法行為に基づく損害賠償請求をなし得る。

2) 悪意の遺棄（民法770条1項2号）

正当な理由がないのに同居、協力、扶助の義務を履行せず、夫婦生活を継続する意思の認められない場合である。ポイントは、相互に協力し合う正常な夫婦生活を継続する意思の有無が判断の基準となる。

3) 三年以上の生死不明（民法770条1項3号）

生存・死亡どちらとも証明できない状態が継続し、現在に及んでいる場合である。生死不明の原因や過失の有無は問われない。

4) 不治の精神病（民法770条1項4号）

精神病になった本人には責任がないので、有責主義の立場からすればこの

ような場合に離婚を認めるのは批判的である。破綻主義の立場からは好意的にみられている。ともあれ、配偶者の看護の一生を捧げるのは美しいが、これを法の名で万人に強制することは酷であるという点が本号の趣旨であろう。

5) その他婚姻を継続し難い重大な事由（770条1項5号）

実務的には最も使われる条文である。一般条項的な性格を有しているとも言える。具体的には、暴行虐待、嫁姑の不和、重大な疾病、甚だしい性格の不一致、愛情の冷却などがあげられる。

四. 具体的紛争を通して

1. 問題の所在

不倫行為を行うなど婚姻関係を破綻状態にしたことにつき、専ら又は主たる責任を負うべき配偶者（有責配偶者）が、その状態を理由として離婚の訴えを提起した場合、認められるのであろうか。有責配偶者からの離婚請求を認めれば何ら責任のない配偶者は踏んだり蹴ったりであるので認められないというのが一般的なところかと思われるが、全く認められないものなのだろうか。以下に著名な最高裁判決を紹介する。

2. 最大判昭和62年9月2日民集41巻1423頁

「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三五年余の長期にわたり別居を継続し、年齢も既に七〇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、民法七七〇条一項五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。

一1 民法七七〇条は、裁判上の離婚原因を制限的に列挙していた旧民法（昭和二二年法律第二二二号による改正前の明治三一年法律第九号。以下同じ。）八一三条を全面的に改め、一項一号ないし四号において主な離婚原因を具体的に示すとともに、五号において「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えることができる。また、右七七〇条は、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八一四条ないし八一七条の規定の趣旨の一部を取入れて、二項において、一項一号ないし四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二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、一項五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、二項のほかには、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。以上のような民法七七〇条の立法経緯及び規定の文言からみる限り、同条一項五号は、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「五号所定の事由」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、協議離婚（民法七六三条）、調停離婚（家事審判法一七条）及び審判離婚（同法二四条一項）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の下において五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。

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。

3 そこで、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ず、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のである。

そうであってみれば、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、もはや五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又は慰籍料により解決されるべきものであるからである。

4 以上説示するところに従い、[最高裁昭和二四年（オ）第一八七号同二七年二月一九日第三小法廷判決・民集六卷二号一一〇頁](#)、[昭和二九年（オ）第一一六号同年一月五日第二小法廷判決・民集八卷一―号二〇二三頁](#)、[昭和二七年（オ）第一九六号同二九年一二月一四日第三小法廷判決・民集八卷一―号二一四三頁](#)その他上記見解と異なる当裁判所の判例は、いずれも変更すべきものである。

二 ところで、本件について原審が認定した上告人と被上告人との婚姻の経緯等に関する事実の概要は、次のとおりである。

（一）上告人と被上告人とは、昭和一二年二月一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、同二三年二月八日訴外乙山春子の長女夏子及び二女秋子と養子縁組をした。（二）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、被上告人が昭和二四年ころ上告人と春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、同年八月ころ上告人が春子と同棲するようになり、以来今日まで別居の状態にある。なお、上告人は、同二九年九月七日、春子との間にもうけた一郎（同二五年一月七日生）及び二郎（同二七年一二月三〇日生）の認知をした。（三）被上告人は、上告人との別居後生活に窮したため、昭和二五年二月、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二四万円で購入し、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。（四）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、昭和五三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。（五）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。（六）上告人は、昭和二六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、同二九年二月一六日、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春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春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、この判決は同年三月確定した。（七）上告人は、昭和五八年一二月ころ

被上告人を 突然訪ね、離婚並びに夏子及び秋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ので、同五九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一〇〇万円 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。

三 前記一において説示したところに従い、右二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五号所定の事由があり、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三六年に及び、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。」

五. おわりに

資料

(条文集)

◎民法

民法709条（不法行為による損害賠償）

故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

民法719条（共同不法行為者の責任）

1. 数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。
2. 行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。

民法760条（婚姻費用の分担）

夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する。

民法763条（協議上の離婚）

夫婦は、その協議で、離婚することができる。

民法768条（財産分与）

1. 協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる。
2. 前項の規定による財産の分与について、当事者間に協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができる。ただし、離婚の時から2年を経過したときは、この限りでない。
3. 前項の場合には、家庭裁判所は、当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して、分与をさせるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定める。

民法770条（裁判上の離婚）

1. 夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。
 - 一. 配偶者に不貞な行為があったとき。
 - 二. 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
 - 三. 配偶者の生死が三年以上明らかでないとき。
 - 四. 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。
 - 五. その他、婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。
2. 裁判所は、前項第一号から第四号までに掲げる事由がある場合であって

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、婚姻の請求を棄却することができる。

◎人事訴訟法

人事訴訟法 1 条（趣旨）

この法律は、人事訴訟に関する手続について、民事訴訟法の特例等を定めるものとする。

人事訴訟法 2 条（定義）

この法律において「人事訴訟」とは、次に掲げる訴えその他の身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴え（以下「人事に関する訴え」という。）に係る訴訟をいう。

- 一 婚姻の無効及び取消しの訴え、離婚の訴え、協議上の離婚の無効及び取消しの訴え並びに婚姻関係の存否の確認の訴え
- 二 嫡出否認の訴え、認知の訴え、認知の無効及び取消しの訴え、[民法](#)（明治 29 年法律第 89 号）[第 773 条](#)の規定により父を定めることを目的とする訴え並びに実親子関係の存否の確認の訴え
- 三 養子縁組の無効及び取消しの訴え、離縁の訴え、協議上の離縁の無効及び取消しの訴え並びに養親子関係の存否の確認の訴え

人事訴訟法 4 条（人事に関する訴えの管轄）

1. 人事に関する訴えは、当該訴えに係る身分関係の当事者が普通裁判籍を有する地又はその死亡の時にこれを有した地を管轄する家庭裁判所の管轄に専属する。
2. 省略

人事訴訟法 9 条（参与員）

1. 家庭裁判所は、必要があると認めるときは、参与員を審理又は和解の試みに立ち会わせて事件につきその意見を聴くことができる。
2. 参与員の員数は、各事件について、一人以上とする。
3. 参与員は、毎年あらかじめ家庭裁判所の選任した者の中から、事件ごとに家庭裁判所が指定する。

（以下略）

（参考文献）

裁判所職員総合研修所監修『親族法相続法講義案』（司法協会、平成 19 年）

中川淳＝小川富之『家族法』（法律文化社、平成 25 年）

中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅲ 離婚』（有斐閣、昭和 34 年）

我妻榮『親族法』（有斐閣、昭和 36 年） など