

有責配偶者の離婚権について

松 村 晴 路

On the right of fault divorce

Seiji Matsumura

Summary

This study is on the right of fault divorce and about the woman problems in the family law of the Civil Code.

Today, the only basis for divorce is the irretrievable breakdown of a marriage in the almost foreign Countries.

But, a prevailing opinion of today and Supreme Court of Judicature in Japan did not admit the right of fault divorce and the criticism that had been levelled against the present system and rised many disputes.

I will assert my new theory in this paper as follows.

Received June 30, 1989

Key words: The right of fault divorce

一 序 ——有責配偶者の離婚権論争——

1) わが国の離婚件数の実態

離婚は、当事者の意思による婚姻の解消である。婚姻は、本来、男性と女性の永続的結合を目的とするものであり、婚姻の本質（愛）から言えば、離婚（挫折・失望・憎悪・破綻）は、正常でない婚姻の病理現象による死亡である。

今日の我が国の離婚件数・離婚率の現状は、昭和38年・6万9,996件（0.73%）に見られる如く、昭和30年代は、大体7万件前後の件数を示していたが、昭和40年代以降は、離婚件数・離婚率も増加し、昭和58年・17万9,150件（1.51%）を最高に、大体17万件前後を示している⁽¹⁾。すなわち、昭和40年代になって、高度成長の社会構造は、離婚の増加現象とも歩調を合わせている。別の視点からは、性の自由・性道德の開放・離婚は悪なりとする意識の変化など、様々な原因を挙げることができるが、その基本的背景は、男女平等思想の具体的展開現象であり、女子教育の高度化・女性の職場進出による

経済面での保障・女性意識の向上（自立人間化）にある。それでも、離婚増加現象は、世界各国と比較して、アメリカ・北欧・ソビエト・その他の諸国と比較しても、3分の1・2分の1の離婚率であり⁽²⁾、離婚率から見る限りにおいては、自由な協議離婚制という進歩的離婚法下のわが国の離婚現象は決して高いものではない。

2) 離婚形式と離婚申立理由・動機

わが国の離婚の大半は、協議離婚によるものである。昭和59年における離婚の種類別による離婚件数は、離婚総数・17万8,746件のうち、協議離婚・16万3,209件(91.3%)、調停離婚・1万3,617件(7.6%)、審判離婚・63件、判決離婚・1,857件(1%)である。

裁判離婚は、昭和30年代以来（昭和23年・0.2%、25年・0.5%、30年・0.8%）、大体、1%の率を保ち、それ以上の増加現象は見せていない。厳しい離婚原因・手続きの複雑・長期間の裁判離婚は、わが国の離婚風土にはなじめないことが示されており、最も手軽で安易な甘い協議離婚制度が、世界でも珍しい日本型離婚形態として定着している。夫婦契約・内容・権利意識・自己主張は、相当な問題点（紛争点）が生じない限り、日本人意識論からは生じてこないと考えられる。

昭和59年度における全家庭裁判所の婚姻関係件数は、4万3,635件である。そのうち、夫からの申立ては1万2,032件であり、妻からの申立ては、3万3,603件である。妻からの申立てが3倍ぐらい多い割合を占めるところに、妻からの夫（家庭・夫婦）への不満が依然として大きいことを示しており、妻の自己主張・夫婦の役割・妻の地位の向上などからの徴表でもあり、夫・妻の平等・同権論の実質化が可能になれば、申立て件数も等しくなるであろうと考えられるし、離婚原因（申立理由）にも興味がある。

申立理由（動機）を見ると⁽³⁾、夫からの申立ての内訳は、多い順番に、①性格が合わない、②異性関係（妻の）、③同居に応じない、④家族・親族と折り合いが悪い（姑・舅との争いも含む）、⑤家庭を捨てて省みない、⑥性格不満、⑦異常性格、⑧浪費する、⑨精神的虐待、⑩病気、⑪暴力を振るう、⑫酒を飲み過ぎる（ストレスからのアルコール依存症など）、⑬生活費を渡さない、となっている。以上の項目から、妻の発言力・地位の変化が見られる部分がある。「妻が生活費を渡さない」という「弱い夫」があるし、妻に「暴力」を振るわれたり、精神的「虐待」を受ける「おとなしい夫」も部分的には存在しており、それは反対に「強い妻・猛妻・恐妻」型の妻の出現となる。その限りにおいては、耐える夫・反省すべき妻と提言できる。

妻からの申立ての内訳は、同じく①性格が合わない、②暴力を振るう、③異性関係（不貞）、④生活費を渡さない、⑤精神的に虐待する、⑥酒を飲み過ぎる、⑦家庭を捨てて省みない、⑧浪費する、⑨家族・親族と折り合いが悪い、⑩異常性格、⑪性的不満、⑫同居に応じない、⑬病気、となっている。従来からは、妻の申立理由の第1位「夫の不貞」であったが、昭和48年度からは「夫の暴力」が第1位となり、昭和50年代は、大体、「性格不一致」が第1位を占めてきた。しかし、妻からの申立理由の上位には、暴力・不貞・生活費・遺棄・虐待と典型的な離婚原因が占めているところに、夫の反省・耐える妻の夫婦原型が見られる。

と同時に、夫からの申立て・妻からの申立ての第1位は「性格不一致」であり、離婚への動機が、

ともに、具体的原因から抽象的・漠然とした曖昧さに求め始めたことは、離婚への動機が、過失（有責）主義から、破綻主義への変遷を示しているとも言えよう。

3) 有責配偶者の離婚請求

前述の如く、離婚形式・離婚申立理由等を前提として、夫婦の一方から、離婚を承諾しない他方に対し、訴を提起して、裁判によって成立する離婚の方法（裁判離婚）には、一定の事由（離婚原因）が必要である。

単的に述べると、一般的には、近代離婚法は、中世キリスト教の離婚非解消主義から、限定的有責主義、一般的有責主義、限定的破綻主義、一般的破綻主義への拡大化の歴史的変遷を示している。わが国の場合においても、明治民法は、妻の姦通・夫の姦淫罪で刑に処せられたとき、侮辱・遺棄・配偶者の直系尊属よりの虐待や重大な侮辱、配偶者が自己の直系尊属に対して虐待や重大な侮辱、3年以上の生死不明（旧813条）など、10個の有責離婚原因を制限的に列挙していた。現行民法770条は、4個の具体的離婚原因を例示し、つぎに「その他婚姻を継続し難い重大な事由」と抽象的離婚原因を既定して拡大し、一般的破綻主義を離婚法の基本としている。

この場合、婚姻を破綻せしめた有責者からの離婚請求が認められるのかどうかの問題がある。有責配偶者の離婚権論争である。

従来からの学説⁽⁴⁾(多数説)・判例⁽⁵⁾は、婚姻関係の破綻をきたしたことについて、専ら、または主として、責任ある者からの離婚請求は許さないという態度に立っていた。

学説を単的にまとめると、第一に、婚姻の本旨・倫理に反するという。婚姻は、自由な意思でできるから自由に解消もできる（協議離婚制は、それを前提としている離婚意思の合致があるゆえに可能であるが）とするのではなく、人間として努力し、忍耐・犠牲的愛も必要であり、お互いに責任をとり合って不幸にならないようにするところに、婚姻の道義性があるとする。第二に、もし、有責配偶者からの離婚請求を認めると、単意離婚（わが国の家制度・妻に対する三従の訓・前近代的風土等における婚姻史・妻の地位等を考えるとき）追い出し離婚を依然として専制離婚権の如く認めることになる。自ら情婦を持ち、そのため妻との婚姻生活が破綻して、それが自由に解消されるならば、この世は「ドンファンユートのピア」となる。第三に、一方が、離婚を希望しても、他方は離婚を望まず、忍耐づよく、家に戻ることを待ちわびるならば、その相手配偶者の人間性を傷つけることになり、「為すべきことをしない者、あるべからざる事実が現実存在」することを比較して、法の内にある「愛」の正義感はどちらを保護し、いずれを法の保護の外に置いてよいか自明の理である。また、公共の利益を強調して、制度としての婚姻保護に重点をおく立場。クリーン・ハンドの原則、公平の原則からの立場。民法1条の私権の行使の原則から人間の社会的倫理観・公序良俗・信義誠実の原則に反する離婚権の行使は、権利濫用の法理から許容されないという立場。無責配偶者の保護・合意不存在を理由とする立場などがある⁽⁶⁾。

反対説も、また有力である。すでに夫婦関係は破綻して回復不能であり、外縁的（形式的）夫婦として法的拘束を加えつづけてゆくなれば、内縁関係は増加するし、非嫡出子は生ずるし、彼等もまた保護する必要がある、実態的には実質的夫婦の存在もある。いわゆる婚姻形骸化論である。有責者に

は、相手配偶者に対して財産分与・子の扶養料・履行確保等の十分な保護によって解消すべきであるという苛酷条項要件論もある。また、裁判所が離婚を認めないとしても、例えば、夫が再び妻のもとに戻るか、意思の強制までは不可能であるがゆえの婚姻意思・愛情喪失論。長い間の別居期間には、時効があり、婚姻風化論により有責の免責が認められる等の立場からの「積極的破綻主義」に立つべきであると主張される⁽⁷⁾。

有責配偶者の離婚権の是非については、最高裁・昭和27年判決・いわゆる「ふんだり・けったり事件」で許されないと判例法は定着して、今日に至るも、学説上においては多くの論争を展開して来たと言えよう。

二 各国の離婚法の変遷

今日における離婚論の基本は、婚姻の自由とともに、離婚の自由も認められている。と同時に、婚姻は、家族（家庭）・親族集団形成の基礎であり、離婚は、その解体である。各国・各民俗の経済・文化の発展段階に従って、様々な形態・方式があり、宗教・道徳・慣習・個人の解放の程度に関連しつつ、離婚の変遷史は、そこに一つの人間の歴史が見られるし、夫婦論の本質がある。

単的には、第一に、未開社会（原始社会・単純社会）における離婚権は、一方では離婚を阻止する諸要因があり、他方では各部族の婚姻形態（例、母系出自権・妻方居住制・一夫多妻婚）で異なり、前者は妻の特権となるし、後者は夫の優越的地位が確保される⁽⁸⁾。今日の離婚論争に、未開社会の離婚形態が有用か否かは、問題とされるところであるが、人類の歴史的・社会的構造の解明と人間学の上からも重要研究領域であることは言うまでもない。

第二に、家父長家族の離婚制度は、家長として共同体を代表し、家産・家族構成員への支配権を確立した男子専権離婚制であり、その行使は、暴虐・絶対的であった⁽⁹⁾。中国においても、夫は天・妻は地であり、天たる夫は一方的意思で妻を放逐できる。唐代法は「七出・三不去」であり、夫権に絶対服従であった。朝鮮の季朝時代も、やはり儒教の影響を受けた規制であり、わが国（奈良・平安時代）・律令制時代の社会・家庭秩序の根本思想は、離婚について「七出・三不去」で基本である⁽¹⁰⁾。

第三に、キリスト教の婚姻非解消主義（離婚禁止）が、今日に至るまでの離婚史（変遷）の上に大きな影響を示している。「二人にあらざ、一体なり。神の合せ給いし者は人これを離すべからず」（マタイ伝・19章6節）は、キリスト教的婚姻の一体性・非解消主義である。パウロは、厳格な婚姻論（コリント前書7章1～2・38・10）の基礎の上に「婚姻非解消主義」を教会との聖なる関係で発展させた。キリスト教の離婚禁止・婚姻の理想（秘蹟）は、一つには、前述した男子専権離婚制から妻を救うためでもあったし、もう一つは、乱れた風俗・道徳・獸的唯者主義に対する「聖なる」反抗であった。そして、ユダヤ教からキリスト教への脱却・ローマ国教への発展、中世ヨーロッパ世界の精神文化の中心として確立し、その後、今日に至るまで、近代諸国の婚姻（法）の世俗化（離婚を認める）の過程においても大きな影響（カトリック国家における婚姻法制として堅持）を有しており、キリスト教を無視して婚姻史を提出することはできないと言われている。

しかしながら、「婚姻非解消主義」は、その極端性や弊害を生じ、ルターやカルヴィンを先駆者とす

る宗教改革運動によって批判され、「婚姻還俗運動」によって否定された。しかし、完全な離婚制は肯定しつつも、離婚原因については「聖書主義」の枠内で「姦通と遺棄」（有責主義）より出なかった。それは、フランス革命において、多くの啓蒙思想家（例、モンテスキュー・モンテーニュなど）によって、婚姻は「契約」であると宣言し、カトリック教会の婚姻非解消主義は崩壊し、欧州各国に影響を与えた。

今日の我が国の有責者離婚権の是非論争を整理するまえに、各国の今日の離婚法制を整理して、比較検討への資料とする。

1) イギリスの離婚法制

イギリスは、1534年、宗教改革（ローマ法皇と決裂・ローマ教会裁判所からの離脱）によって、婚姻（秘蹟であって解消できない）を民事契約と認めながらも、19世紀半ばまで離婚制度をもたなかった。1857年、はじめて裁判上の離婚（婚姻事件の裁判権を英国教会裁判所から世俗の裁判所に移行）を可能にしたが、離婚原因は「姦通」のみであり、「有責主義離婚法」である。1937年改正で「破綻主義的要素」を加える（例、不治の精神病・7年以上の生死不明など）。

第二次大戦争、今までの「離婚なき社会」としてのイギリス的風土から、離婚の増大を示し、「一定期間の別居」などを加えて、有責主義を廃して破綻主義に踏み切り、1969年・離婚法改正となり、離婚原因は「婚姻が復元の見込のないまでに破綻してしまっていること」のみとなった。そして、破綻を証明するための「5つ」の事実（状態）の何れかを立証しなければならないとしており、第5番目の「当事者が5年以上継続して別居してきたこと」の項目は、有責配偶者の是非を問わずに、婚姻外関係（重婚的内縁関係）が5年・10年と継続し、かつ、子供も生まれている場合には、法律婚は形骸化している。有責配偶者からの離婚請求を認めないなら（法律上の妻が拒否する限り）、同棲（内縁）による「事実婚」と子供（非嫡出子）の保護のために、強制離婚（単意離婚）ができることになっている。現在、離婚費用には「法律扶助制度」（イギリス特有の福祉政策の一つ・離婚事件の70%は扶助を受けていると言われていた）や「郵便離婚」もあり、庶民の離婚を容易化しており、離婚率は非常に高く、婚姻継続期間は、約13年。再婚の増加（パートナーを変えて新しい出発の意味）。早婚者（20歳未満）の離婚の増加（離婚妻の34.9%）などが見られる⁽¹¹⁾。

2) 西ドイツの離婚法制

ゲルマン法の婚姻は、夫と妻の血族団体の合意で行なわれたと同じように、離婚も合意で可能であり、また、一方の平和喪失の宣告で消滅できる法定離婚も存在し、離婚は容易であった。フランク時代から離婚事件の教会専属管轄権となり、プロテスタントは、婚姻の秘蹟を改めて離婚を認めたが、カトリックは、教会法に従って婚姻不解消を原則とし、教会から国家（裁判所）の専属となったのは、1875年のライヒ戸籍法からである。

ドイツ最初の近代離婚法は、1748年のプロイセンのフリードリッヒ法典に見られる。姦通・悪意の遺棄などの有責離婚原因、別居期間（1ヵ年）を過ぎても和解が期待されない場合、不和・精神病などの無責離婚原因、合意離婚も認められる。1794年のプロイセン一般国法（ALR）の離婚法も、大体同じである。

その後、ALRの改正草案（例、離婚原因を有責原因のみとか、原因の拡大など）の多くの提出・論議の後、1884年のドイツ民法典（BGB）の修正を経て、1900年のBGB離婚法は、絶対的離婚原因として姦通・可罰的重婚・反自然的行為・配偶者殺害の企図・悪意の遺棄。相対的離婚原因では一定期間の別居、無責離婚原因として精神病。協議離婚は認めず、有責主義の原則を通し、有責者の離婚後扶養を規定している。

第一次大戦後の、1938年の離婚法の改正は、BGB離婚法の厳格化の自由化である。すなわち、破綻主義の拡大化、相対離婚原因の拡大化がある。その前提には、ワイマール体制からの婦人参政権の憲法上の保障・男女同権思想があり、夫権優位の従来の家族共同体意識が低落し、離婚率の増加現象となる。第二次大戦後（1946年以後）の離婚法（1938年のナチス婚姻法の失効→例、ユダヤ人との婚姻禁止）は、各国と同じように、子供の利益・保護の規定（婚姻から生じた一人または多数の未成年の子供の利益をよく考慮した場合に婚姻の維持が必要とされるときは離婚の請求は許されないという条項）が付加されている。かつ、1962年の改正・38条1項は破綻主義を規定、2項は有責配偶者からの離婚請求の厳格（無責配偶者の異議権の強化）、3項は子供の福祉の優先である。さらに、1970年の改正草案は、「婚姻の破綻」（婚姻の失敗）だけを離婚原因としている。

1977年から、離婚法は「婚姻および家族法改正の第一法律・I. EheRG」によって、婚姻法（EheG）に規定されていたのを再び、ドイツ民法典（BGB）に引き戻して規定している。離婚は、一方配偶者の申立または配偶者双方の申立にもとづいて、「判決」によって行われる。その場合、離婚事件と併合して、子に対する配慮・扶養義務・年金分与・各種請求権等も「結果事件」として裁判を行う。

離婚原因は、法律によって認められる唯一の離婚原因としての「婚姻の挫折」（夫婦の生活の共同がもはや存在せず、かつ、生活の共同の回復を期待することがもはや不可能である場合をいう）だけであり、夫婦生活が崩壊（破綻）して治癒不能を意味する。ただし、第一には、1年ないし3年という別居の法定要件と、第二には、苛酷回避条項（子の利益のために、または離婚を拒否している相手方が、離婚によって苛酷であり、離婚することは許されない事情）との2つの障害について判断されて離婚可能となる⁽¹²⁾。今日のドイツ離婚法は、ボン基本法と男女同権法を家族関係の基本原則としての夫・妻平等に離婚の自由を保証することが前提であり、男性優位・男性無責任の展開はない。

3) フランスの離婚法制

フランスにおいても、古代法は離婚を認め、無制限・無拘束であったと言われている。この自由な離婚慣行は、前述したように、中世カトリック教会の「婚姻の秘蹟」によって、婚姻非解消主義の確立となり、この原則は、フランス革命まで、フランス婚姻法の基本原則として存続した。

1791年の革命憲法は、宗教主義から「婚姻を民事契約のみ認める」として民事婚主義（婚姻の世俗化）が確立した。1792年法は、協議離婚・7つの原因に基づく裁判離婚を認めたが長くは続かなかった。

1804年のナポレオン民法典は、離婚原因は姦通など3つの有責事由に限り認め、協議離婚も厳格な条件付きとなった。そして、ブルボン王朝の復活とカトリック教の国教化となって、1816年に離婚制度は復活したが、協議離婚制度は認めず、有責配偶者に対する「制裁離婚」としての意味のみで、ナ

ポレオン法典当時より制限的態度であった。しかしながら、現実には離婚自由化の方向へ推移してゆく現象があり、それはキリスト教文化・キリスト教社会の崩壊現象でもある。

1975年の離婚法は、①同意離婚（協議離婚と一方から請求によって承認される認諾離婚）、ただし、裁判所の干与（同意案の裁判官の承諾をうけること）が条件であり、従来からの裁判離婚のみを認めていた流れ（訴訟手続を必要とする）の拡大である。②破綻離婚（6年以上の事実上の別居の場合と精神病離婚の場合がある）、ただし、裁判所で苛酷条項を立証しなければならない。③有責離婚（従来からの伝統的制度）、の3つである。なお、離婚と並存して「別居制度」（別居判決を受けて、3年別居すると離婚判決に転換する）を認めている。離婚の効果として、第一に、子の保護（原則として無責配偶者へ）。第二に、有責配偶者の「補償給付」があり、生活のアンバランスの是正（それゆえに、双方に有責事由がある場合でも、例外的に）のためである。方法として「扶養定期金」の形をとり、そのため「扶養定期金の公的取立てに関する法律」がある⁽¹³⁾。

4) スペインの離婚法制

1975年11月にフランコ政権の滅亡後、1979年に新憲法の公布、この憲法改正をうけて、民法の家族関係の諸規定の根本的大修正がなされた。1981年の婚姻法改正法によって、再び離婚が導入された。それは国民の大多数が敬虔なカトリック信者であり、婚姻非解消主義というカトリック教教理の長い伝統の支配するこの国で新しい離婚法が成立したことは、時代の変遷とは言え、画期的な注目すべき事柄である。

第一に、「法定別居」（有責主義である。例、不当遺棄・不貞、アルコール中毒・精神錯乱など）がある。第二に、共同生活の現実の停止（別居期間は、1年・2年・5年がある）があるとき離婚請求（有責配偶者も5年待つことで可）が為し得るとして、積極的破綻主義がとられている。かつ、西ドイツ法やフランス法の如き苛酷条項は認めていない。勿論、子の保護（親権の効果として）、他方配偶者への補修給付（経済的不均衡を豪る配偶者に対して）が必要（有責性とは無関係）である⁽¹⁴⁾。

5) イタリアの離婚法制

スペインと同じように、離婚制度が存在したことの無い（ナポレオン法典が存続した時期に20年間離婚制度が認められていた。スペインも同じく、自由主義革命の後、1932年に数年間、離婚が導入されているが、永い歴史の中で大体において離婚禁止国であった）イタリア半島に、離婚法の成立。そして、1974年、イタリア共和国になって以来、はじめての国民投票によって、離婚法の存続が承認された。さらに、1975年の家族法の改正によって、長い間の伝統的カトリックの婚姻観（婚姻不解消主義・終生一夫一婦制の夫婦・家族観）の崩壊である。現実的には、別居者250万がいる離婚禁止国家における家族問題最大の争点であった。

1975年に家族法の全面的改正をした。離婚制度では、離婚原因は限定されており、人々にとって一番関係のあるのは、「5年以上の別居」によって離婚するケースが多いとされている。別居原因は、不貞・遺棄・強迫・重大な侮辱など有責原因が列挙され、75年改正で「共同生活に堪え難い事実と子の訓育に重大な損害を与える事実」の一般条項を採用して裁判官の裁量権を拡大した。

イタリアの離婚の現状・方向はこれからである。今日でも離婚率（0.3%）は低い。その理由は、第

一には、やはり前述の伝統的カトリック社会の意識による。第二には、5年間の別居期間という長期間の年月がある。第三には、夫は外・妻は内（専業主婦）という家族観のなかで、離婚後の妻の経済的原因もある。離婚が厳しい風土の中で、75年法の家庭相談所法・男女平等法・女性の職場進出・離婚後の弱者保護などから、離婚現象・その変化への過渡期と考えられる⁽¹⁵⁾。

6) アメリカの離婚法制

アメリカ法の淵原は、イギリス法であるが、離婚法については、ルーテル派・カルヴィン派の大陸法の影響も受けていると言われている⁽¹⁶⁾。すなわち、婚姻は、もはや、 sacrament（秘蹟）ではなく、国家（裁判所）の統括下にあること、婚姻の世俗化の徹底、婚姻は公共の利益のための民事契約であり、別居制度・有責離婚主義などが採用された。

アメリカの離婚法は、50州でそれぞれ異なり、人種・宗教・風俗習慣も異なる。1936年における有責離婚主義下における離婚原因を総計して見ると、姦通・50州、虐待・43州、遺棄・47州、性交不能・3州、有罪判決ないし拘禁・43州、アルコール中毒・40州、扶養義務不履行・30州、精神病・15州が8大離婚原因となっている⁽¹⁷⁾。しかし、この制裁としての有責離婚主義は、有責者同志・無責者同志の離婚においては「反訴」・容赦・黙許（離婚請求の根拠がなくなる）の方式が行われ、他方では「なれあい訴訟・10分間形式訴訟」（一方を悪玉にして有責者として離婚する）が生まれてくる。

「幸福を手に入れるまで何度も試み、失敗したらまたやり直してよい、やり直すべきもの（Trial and Error）として考える⁽¹⁸⁾」自由離婚・破綻離婚主義への移行が高まってくる。そして、1966年・ニューヨーク州が、最初に、有責主義から破綻主義に転換して「2年間別居」（1972年・1年に短縮）で可能としている。カリフォルニア州は、1970年に有責主義による離婚原因をすべて廃止して「和解できない不和による婚姻の回復し難い破綻」が、「不治の精神病」の何れかの理由によって婚姻の解消または裁判上の別居を言い渡すことができるとされた。この2州の影響を受けて、1970年代にほとんどの州で改正が行われ、離婚（破綻主義）への大きな価値観の変化と転換があった。

現在、アメリカの離婚率は世界最高であり、その離婚現象には、さまざまな要因があると言われているが⁽¹⁹⁾、規定としては離婚後の「収入財産の扱い（例、妻の生活費を支給する義務）」と「子供の保護監督」がある。

7) 韓国の離婚法制

韓国民法には、協議離婚と裁判離婚がある。協議離婚は、日本民法で言うのとは異なり、まず、家庭法院（日本の家庭裁判所）に出頭し、確認を受けること、離婚申告（届出）書が真正に成立したかどうか、確認されると確認書を作成し、その日から3ヵ月以内に確認書の謄本を添付して、協議離婚の申告（届出）をする。慎重（本人の意思に基づいているかどうか）を期すこと（追い出し防止など）にある。

裁判離婚は、法定の離婚原因（有責主義と破綻主義）を列挙し（韓国民法840条）、その6号に「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」として、夫婦のどちらの責任にも帰し得ない事由で、回復の可能性のない場合をいう。判例では、理由なき性交拒否・不治の精神病・愛情喪失・性格の不一致・数年間にわたる事実上の別居・婚姻前の男女関係をめぐる夫婦の葛藤・信仰の相違・狂信・麻

葉中毒・妻の乱脈行為・妻の浪費などがある。ただ、離婚請求権に一定の行使期間（例、不貞行為があったことを知った日から6ヵ月、または2年を経過すれば請求不可）が設けられている⁽²⁰⁾。

8) ソ連の離婚法制

帝政ロシアにおける離婚制度は、ヨーロッパ各国と同じく、キリスト教（ギリシア正教・カトリック教など）による宗教裁判所の管轄下にあり、限られた特定の離婚原因と複雑な手続と高額な費用を要し、封建的夫権制の下で抑圧された妻の地位や一般庶民の利用の不可能から、離婚は極端な形で制限されていた。

1917の10月革命は、「離婚の自由」を宣言し、1918年の家族法典は「夫婦の合意があるとき」は裁判所を通さず、身分登録機関に直接申請して離婚の登録ができ、「合意のないとき」は裁判所が双方を出頭せしめて、一方の申立が真の意思から出たことを確認したならば離婚の決定を行う方法を定めた。さらに、1926年には、離婚は、すべて裁判所を通さず身分登録機関への申請（一方だけの申請）だけで離婚が成立することにした。この簡単な離婚手続は、家父長権家族において忍従してきた妻を解放するために大いに役立ったということと、反面、軽はずみな無責任な（結婚と）離婚を防止できないという批判も生じたと言われている。

そこで、1936年に離婚の制限化、1944年にさらに制限を強化して、手続面に慎重さと複雑化を加えた所、離婚は減少した反面、事実上の離婚・名目だけの夫婦・婚姻外の子の増加という現象がおこり、家族の強化を目的とした離婚制限が、むしろ家族関係を紛争化したことになった。そのため、1965年に、再び、離婚広告の廃止・人民裁判所での離婚判決もできる制度にし、1968年に、身分登録機関での離婚手続の復活、破綻主義の徹底化をして、離婚は自由でなければならないことが、婚姻の自由であることの保障でもあるとした。

1968年に施行された基本結婚家族法による現行離婚制度の特色は、①協議については、合意のあること、未成年の子がない場合には身分登録機関に離婚申請書を提出し3ヵ月（熟慮期間）を経て離婚証明書が交付される。②単意（単独）離婚については、相手の合意がなくても、一定の原因（失踪者、精神病など、犯罪行為で3年以上の自由剥奪の刑）があるとき、単独で裁判所を通さずに身分登録機関で離婚できる。

③裁判離婚については、前述の二つの離婚方式以外の場合（例、未成年のある場合）、すべて人民裁判所で行う。ただし基本結婚家族法によるこの裁判離婚の手続に「妻の妊娠中および子の出生後（または、生まれた子が1年以内に死亡した場合も）1年以内には、夫は妻の同意なければ離婚の訴を提起することができない」という制限規定がある。訴が提起されると「6ヵ月以内の範囲で（例、3ヵ月でもよい）、和解のための期間」を指定し、和解が成立しなかったときに、判決を行なう。離婚原因は、「夫婦がこれ以上共同生活をつづけ、家族を維持してゆくことが不可能になったと裁判所によって確認されれば、結婚は解消される」と規定し、具体的に、不貞とか、虐待とかのような離婚原因は列挙していない。夫婦関係が破綻していることが判決（法）によって確認することであり、有責主義でなく、破綻主義を示している。

離婚の効果は、第一に、子への配慮（養育）であり（誰れと暮すか、一方だけに親権を決めない）、

子の利益に従って、父か母かを決めて、養育費は毎月の賃金（収入の比率）の4分の1（1人）・3分の1（2人）・2分の1（3人）と定められており、扶養料支払義務者の賃金支払日に天引して送金すること（違反すると罰則・例、3年以下の流刑）になっている。第二に、夫婦の財産分与は、正確に半分（平等）ずつであるのは当然とされている⁽²¹⁾。

今日、ソ連の離婚率は、アメリカと並んで非常に高い。その原因は、愛情で結婚した夫婦間の冷め方（意識のズレ）・女性の経済的独立・生活の保障・女性の教育水準の向上（無知からの解放）・家庭内における男女不平等（家事・育児の妻の重負担）などがあげられているが、「生活の保障」項目以外は世界各国の現状と課題としては共通原因と言えよう。同時に、ソ連特有（または社会主義体制化）の「無気力な表情・挫折感・無力感」が、そこに見える。

以上の如き、主要各国の離婚法制の整理の中から、本稿の「わが国における有責配偶者の離婚権の是非」をめぐる論争の「まとめと提言」の資料にして見たいと思いつつ、次の「我が国における判例法の態度の変遷について」の検討をも行ない、そこから「離婚論」に言及して見よう。

三 判例法の変遷

本稿第一章・2)節で述べた如く、我が国の離婚形式は「協議離婚」制度が91%を占めており、裁判離婚は極めて少なく、1%（ほかに調停離婚・審判離婚が約8%）に過ぎない。それが日本形態として定着している風土と意識に相当の問題点があることは前述した。

離婚紛争で裁判にまで持ち込まれる場合、離婚原因を生じせしめた夫婦の一方側から、すなわち有責配偶者側からの離婚請求は一切認めないと言うのが、戦後、最高裁の立場であり、判例法・通説として定着していた。かつ、不倫をした夫から、不道德・不徳義をして、さらに離婚請求をすることが認められるならば、無軌道で勝手気儘である、として今日的説得力はある。

その判例法が、婚姻破綻の現状の中で動きはじめて、かつ、学說的にも批判を提出されて、最高裁は35年振りに有責配偶者（別居原因を作った夫）からの離婚請求を認めて、従来の判例を変更した。その変遷と経過をまとめると次の様になる。

1) 最高裁昭和27年判決——いわゆる「ふんだりけったり」事件——

(1) 事実の概要

X男・Y女は、昭和12年8月結婚、同18年3月婚姻届をした。Xは4年間応召。戦後の昭和21年7月頃、Xは訴外A子と情交関係を結び、A子妊娠。X・Y間に子がないため夫婦間が疎遠となる。昭和22年春ごろ、YはXに対しA子との関係を絶つように要求したが、Xが拒絶したため口論となり、Yは暴言をはいたり、Xを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、靴を便所に投げこんだりした。その後Xは家出しA子と同棲し、離婚の意思を表明した。昭和22年6月、X・A子間に男子出生した。Xが提訴した事件である。

(2) 判 旨

最高裁は、上記のX・Y間の事実関係について、「本件は新民法770条1項5号にいう婚姻関係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Xが妻たるYを差し置いて他に情婦を有するからである。Xさえ情婦との関係を解消し、よき夫としてY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。即ちXの意思にかかることであって、かくの如きは末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出来ない。(論旨ではYの行き過ぎ行為を云為するけれども、原審の認定によれば、Yの行き過ぎは全く嫉妬の為めであるから、嫉妬の原因さえ消滅すればそれも直ちに無くなるものと見る事が出来る) XはXの感情は既にXの意思を以てしても、如何ともすることが出来ないものであるというかも知れないけれども、それも所詮はXの我儘である。

結局Xが勝手に情婦を持ち、その為め最早Yとは同棲出来ないから、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、Y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。……戦後に多く見られる男女関係の余りの無軌道は患うべきものがある。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右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。」「本訴の如き請求が猥りに許されるならば実益どころか実害あるものといわなければならない。」「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、得て勝手の請求を許すものではない。」と判旨した⁽²²⁾。

(3) 批評と判例法の流れ

この昭和27年判決は、戦後の民法改正によって、我が国の離婚法が、有責主義離婚法から破綻主義離婚法へと拡大・変化を見せて、民法第770条1項1号～4号の具体的離婚原因(例、不貞・生死不明者離婚・精神病離婚)に、有責の場合(例、被告が有責の場合に離婚請求を認める)、被告が無責のときでも「婚姻破綻」があれば離婚請求を認めてゆくことを示した訳であり、いわゆる有責主義から破綻主義への民法改正としてとらえることができる。ただし、「婚姻破綻」の場合に、原告に有責のある場合にも認められるのか否について、消極的破綻主義と積極的破綻主義との論争・対立があり、かつ、同条5号の「その他婚姻を継続しがたい重大な事由があるとき」(抽象的離婚原因)との関係をも含めて、学説の対立を見ながらも、通説・判例は「消極的破綻主義」に立っており、この昭和27年判決によって「有責配偶者からの離婚請求は認められない」という理論構成・判例法理の確立によって、通説として定着し、それ以後の同種事件に対して繰り返されて来た。

この判決に言う「情婦のもとに走った夫からの離婚請求を認めない。不徳義である」とする道徳的婚姻観には説得力がある。私は、従来からのこの判例を原則的には支持して来た。その理由は、前述の如く、夫婦論の最小限度の倫理性・人間としての道がある。夫婦は、日々の生活のなかで、それぞれの仕事に集中しても良いし、それぞれの文化・生き方の展開をしても良いし、争いも対立もあるであろうけれども、異質な2人の生き方・考え方が併存し、認め合っただけの共同・共存関係であり、かつ、マイナスの生活環境・不調・不自由なとき、例えば、平常は、好き放題の人間同志でも、一方が病気になるようになったとき、動けなくなったとき、精神的迷いのとき、の如く、そんなときだけでも、最低限の人間としての認識(愛)は、単なる動物でない人間らしい心がある限り、協力し、助け合っただけで、他方では支える一番身近な人間の最小限度の義務である。それを無視して、人間としての自由はない。こ

とに我が国における永い間の婚姻史の中に見られる「夫中心」の男性社会・男子専権離婚制の風土は、強者の論理であり、この判決理由は肯定し得ると考えて来た。

さらに、我が国の離婚制度において、離婚後の経済的弱者（主として妻）に対する不十分・履行確保制度の不徹底さ・財産分与制度の不完全さに対して、有責配偶者からの離婚請求拒否の法理によって、形式上は婚姻関係を残すことによって、夫婦間の「協力・扶助」義務を活かすという実際上の機能（離婚を認めると離婚後の妻の生活の困難におち入るのを防ぐため）もある。

そして、この判決（配偶者の一方のみの行為によって起因する場合）は、その後の婚姻破綻事件について、「もっぱら夫の行為に基因している場合」（最判昭29・11・5民集8巻11号2023頁）、「妻がなお夫婦関係の継続を望む場合」（最判昭29・12・14民集8巻12号2143頁）、妻・姑間の葛藤から夫が姑に従って妻と別居し、10数年を経て離婚を求めた事件についても「破綻につきもっぱらあるいは主として原因を与えた当事者は、自ら離婚請求をなさない」（最判昭38・6・7家裁月報15巻8号55頁）、また、「被上告人側にもいくらかの落度は認められるが、上告人側により多大の落度がある場合」（最判昭30・11・24民集9巻12号1837頁）も含まれると範囲を拡大しつつ、その有責性は、婚姻関係の全過程を通じて捉えるのか、または婚姻破綻との因果関係においてのみ捉えるのかの問題をも提出しつつ、判例法の確立を見たと言える。

2) 最高裁昭和46年判決——判例の動き——

前述の消極的破綻主義に言う所の、婚姻破綻に有責を因果関係としてのみ捉えてゆく通説・判例の立場に対して、「積極的破綻主義」の立場の学説は、むしろ法が婚姻を強制的に維持させることの反倫理性・非人間性の不当性を批判した。裁判所から離婚を拒否されれば、夫が妻のもとに戻るか、婚姻の道德観より婚姻の契約観の浸透、戦後の男女関係の無軌道に拍車をかける虞ありとした昭和27年判決の説示も、それによって抑止の現象の逆の現象の中で、判例の動きが見え始めたのが、この昭和46年判決である。

すなわち、『婿養子Xは、質商および貸衣裳を営むY₂・Y₃夫婦の長女Y₁と婚姻および養子縁組をした。しかし、Y₂・Y₃の口出し・干渉・強要やY₁の番頭に対するがごとき態度・馬鹿野郎よばわりなどのために、男児誕生も「後継ぎができ安心」としてXを無視するので、婚姻10ヵ月で家出・別居し、Xは6年後A女と同棲し翌年に女子をもうけている。第一審・第二審はXが勝訴し、Y₁らは上告理由として「XがA女と同棲している事実は、一般に有責配偶者の離婚請求は否定すべきであることは既に確立された法理である」と主張した。

最高裁は、「Xは、Y₁との間の婚姻関係が完全に破綻した後において、訴外Aと同棲し、夫婦同様の生活を送り、その間に一児をもうけたというのである。右事実関係のもとにおいては、その同棲は、XとY₁との間の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」として上告を棄却した⁽²³⁾。

この判旨は、昭和27年判決・昭和38年判決等の判例法理として定着して来た所の「有責配偶者とは、破綻につき主として原因を与えた当事者」であり、原告の有責によって離婚請求を拒否する場合には、有責行為と破綻との間に因果関係の存在を必要としたわけであるから、本件の場合の如く、婚姻破綻

後・別居後に夫（原告）が別な女と同棲しても、同棲は破綻原因ではないから、夫の離婚請求は認められるとした訳である。その意味・考え方の底流には、「相当の期間の別居」がある場合には、別居後の有責性は問題とせず、かつ、婚姻道德論について言及せずに、別居後の同棲・子女の出生という事実の中で、夫が妻のもとに戻る可能性・不可能性を考えて、すでに婚姻破綻を認めてゆく姿勢、いつまでも有責性を理由に婚姻解消を認めないという従来判例法理に対する変化であると解することができる。

そして、このような流れは下級審の判例の中に除々に拡がりを見せており、積極的破綻主義をとる学説の影響もあり、例えば、「夫が妻に生計を立てるに十分な財産を分与して情婦と同棲し、8年を経過している事例」で有責配偶者からの離婚請求を認めた（長野地判昭35・12・27判タ115号96頁。大阪地判昭38・6・22判タ155号99頁）など、婚姻の形骸化（別居）・子の福祉・相手配偶者の離婚後の不利益を受けないことなどを要件にして、離婚請求を認める考え方・事例が示されはじめた⁽²⁴⁾。

3) 最高裁昭和62年判決——有責配偶者からの離婚請求認容事件——

本判決は、有責配偶者からの離婚請求について、従来判例を変更した画期的・注目すべき判例である。

(1) 事実の概要

X男（原告・控訴人・上告人）とY女は、昭和12年に結婚した夫婦であるが、子がなく、昭和23年、訴外A女の長女B・二女Cを養子としたが、昭和24年頃、XとA間の不貞をYが知ってから不和を生じ、以後今日まで別居生活を続けている。XA間には二子DEがありXの認知を受けている。

YはXと別居後生活に窮し、昭和25年、Xから生活費を保障する趣旨で処分権を与えられていたX名義の居住家屋を24万円で売却し、代金を生活費に当てるとともに、実兄の家の一部屋を借り、昭和53年頃まで人形店に勤めて生計を立てていたが、現在は無職・無資産で、Xからの生活費の交付は一切ない。Xは二つの会社の代表取締役と不動産会社の取締役をしており、安定した経済生活を送っている。

(2) XYのその後の訴訟経過

以上のような事情のもとで、Xは昭和26年頃離婚請求をしたが、「有責配偶者からの請求」であるとして棄却された（昭和29年3月確定）。

昭和58年にXは再びYに離婚を求めたが、Yが拒絶したので提訴。なおXは、本訴の前置調停において、財産上の給付として現金100万円と油絵一枚（時価100万円）の提供を申し出たがYは受け入れなかった。一審・原審ともにX敗訴（東京地判昭60・6・28、東京高判昭60・12・19判時1202号）。原審の判旨は『XY間の婚姻破綻の責任は専らXにあることを認定することができる。本件においては、すでに昭和29年にX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、Yは現在実兄F方の二階の一部屋を使用して細々と生活し、固有の財産は何もなく……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、X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、Y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X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。』と判断した。

Xは上告して『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、X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10年前の破綻原因を作った責任を負わせ続けることは妥当であろうか。……Y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Yに与えていること、夫婦間に子供がないこと、そして右のとおり長年の経過によりX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うべきである』と主張した⁽²⁶⁾。

(3) 判 旨

『……民法770条の立法経緯及び規定の文言から見る限り、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、同号所定の事由につき責任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、我が国における裁判離婚制度の下において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。

思うに、離婚の本質は、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。

そこで、5号所定の理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、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が、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時間に及び、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。ただし、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。

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……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。

本訴請求につき考えるに、XとYとの婚姻については5号所定の事由があり、Xは有責配偶者というべきであるが、XとY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。……Xの本訴請求を排斥した原判決には民法1条2項、770条1項の解釈適用を誤った違法がある。』

本判決には2人の裁判官による補足意見と1人の裁判官の意見がある。

まず、第一に、補足意見は、『多数意見（結論）と同じではあるが、離婚を認めた場合における相手方配偶者の経済的状态が斟酌されなければならない。相手方配偶者が反訴によって慰籍料の支払いを求めることをせず、また人訴法15条1項による財産分与の付帯申立もしない場合には経済的問題が未解決で……その後に請求をするにもその間の不安・保障不十分にもなることが予測される。それゆえに有責配偶者にも財産分与の付帯申立を認めて、離婚判決と同一の主文中で相手配偶者に対する財産分与の給付を命ずることができることによって、離婚判断の関連性（信義誠実の原則に照らし）において経済的不利益の問題の解決を全うすることができる（要旨）』と考える。

第二に、1人の裁判官の意見は、『結論には賛成であるが、それに至る説示には同調できない。

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X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て、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たものと解する。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、もとより論理とは異なるものであるが、正義衡平、社会倫理、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、すべかく法の要求するところというべきである。……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。

実質的に見ても、婚姻は道義を基調とした社会的・法的秩序であるから、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こ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思いを致さなければならない。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、吾人の道德観や法感情は、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。

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とするのはこれまた法の容認するところで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され、当該離婚請求を許容するのが相当であると考えられる。』

この意見・見解・理由に私は賛成である。すなわち、私の賛成理由は、第2章に述べた諸外国の離婚法と比較・参照しつつ下記し、あわせて有責配偶者の離婚権への提言を試みて見たい。

四 まとめと提言

有責配偶者の離婚権の是非については、今回の62年判決は、破綻主義の導入・35年振りの判例変更であり、一定の条件付き・今後への課題を残しながら、我が国の離婚制度に時代の流れを感じると言えよう。以下、判例の変遷をもう一度「まとめ」として検討し、次に欧米の離婚形態を比較しつつ、最後にこれからの課題と提言をして見たい。

1) 判例の比較と差異

昭和27年判決は、有責配偶者（いわゆる夫婦関係を壊す原因を作った側）からの離婚請求については、一切認めない立場をとって来た。もう一度単的にまとめると『婚姻関係を継続しがたいのは、夫が妻をさしおいて他に情婦を有するからである。夫さえ情婦との関係を解消し、よき夫として妻のもとに帰るならばいつでも夫婦関係は円満に継続できるはずで、このような事例は「婚姻を継続しがたい重大な事由」に該当しない。

本件は、夫が勝手に情婦を持ち、妻とは同居できないから追い出すということに帰着するのであって、もしこのような請求が認められるならば、妻は俗にいう踏んだり蹴ったりである。法はかくのごとき「不徳義勝手気まま」を許すものではない。

夫側は、情婦の地位をうんぬんするが（夫と情婦との間に生まれた子供は気の毒であるけれども）同人の不幸は自ら招けるものといわなければならない。妻ある男と通じてその妻を追い出し、自らって代わらんとするがごときは間違っている。戦後に多く見られる男女関係の余りの「無軌道」は患うべきものがある。本訴のごとき請求が認められるならば、この無軌道に拍車をかける結果を招致する恐れが多分にあり、本訴請求を是認することはできない（要旨）』とした。

今回の62年判決の大法廷での口頭弁論で妻側の弁護人は「愛人と結婚したいために、妻に暴力を振るって離婚を迫り……愛人と同棲して2人の子をもうけ……妻に対して何等の経済的援助もなさず遺棄し続けた」「かくのごとき、不徳義勝手気ままな要求が認められることがあってはならない」と38年

間の別居原因について主張している。そこには婚姻道徳としての説得力はいまも生き続けていると見えよう。

これに対して、昭和62年判決（主文）は『夫婦が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、婚姻は社会生活上の実質的基礎を失っており、戸籍上だけの婚姻の存続はかえって不自然である。

有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が当事者の年齢および同居期間と対比して相当の長期間に及び、その間に未成熟子がない場合には、相手方配偶者が離婚によって精神的・社会的・経済的に極めて過酷な状態におかれるなど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、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』として35年振りに判例を変更した。

この判決は、後述の如く、欧米等各国の離婚法制の流れ・今日の婚姻観や時代の流れを背景に、我が国が「破綻主義」を導入したものと解してよい。ただし、原則は「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」と述べた上で、「3つの条件」を前提しての認容である。すなわち、①相当期間の別居であること（別居が当事者の年齢、同居期間に比べて相当の長期間に及んでいる）。②養育必要な子の無いこと（夫婦の間に未成熟の子の存在しない）。③相手配偶者の状態安定であること（相手が精神的、社会的、経済的に極めて過酷な状態に置かれるような著しく社会正義に反する特別な事情が無い）。という要件をあげての判断である。

2) 各国離婚制度との比較検討

欧米等各国の離婚法制は、本稿第二章で前述した如く、長い様々な離婚史を経て、ことに、1960年代以降大きな変遷を遂げたと言えよう。前述の各国の離婚制度を単的にまとめると次の様に整理できる。

まず、イギリスは、有責の有無を問わず、「一定（5年）期間以上の別居」を判断基準として、「復元の見込みのないまで破綻したこと」のみが離婚原因である。なお、過酷条項（一定の制約）として、子の措置・財産分与（経済的弱者保護）の義務等があり、離婚手続自体については、法律扶助制度（離婚費用）、郵便離婚（合意離婚にかぎり）等があり、庶民の離婚参加、援助と拡大がある。

西ドイツも同様に、「婚姻の挫折（破綻）」は夫婦生活の崩壊であるとして、唯一の離婚原因としている。ただし、苛酷回避条項（例、子供の不利益・離婚を拒否している相手方が離婚によって苛酷であること）、別居1年～3年（一方が不同意なら3年）の障害が判断されるゆえに、有責者の離婚扶養義務等が、離婚事件と併合して判断される。（この判断は、我が国の訴訟形式の参照となる。62年判決における2人の裁判官の補足意見として、「附帯申立」ができると判断して離婚を認めるかどうかの判断基準、離婚後の相手方配偶者の経済的不利益の保護になる」と述べている。民法768条・人訴法15条1項参照のこと）。

フランスは、「別居期間6年以上の事実上の別居」を破綻原因とし、別居制度（3年以上）と苛酷条項（子の保護・有責配偶者の補償給付）を設けている。

スペインは、法定別居と婚姻共同生活の破綻（5年以上）と子の保護・補償給付を設けている。離

婚禁止国としての永い歴史の中での風土における画期的事柄である。

イタリアも同じく、離婚禁止国としての永い歴史の中で、「5年以上の別居」に注目されており、「共同生活に堪え難い事実（破綻）と子の保護・教育上の障害の有無」が前提条項として判断基準となる。

アメリカは、前述の如く50州がそれぞれ異なり、離婚法制も様々な変遷があるが、1966年・ニューヨーク州が最初に有責主義から破綻主義へ転換し、「2年間別居（1972年に1年間別居に短縮）」、有責主義による離婚原因をすべて廃止して「婚姻の破綻」か「不治の精神病」のみにした。それが1970年代に他のほとんどの州の改正ともなっている。ただし、「子供の保護監督」と「妻の生活費を支給する義務（例として）……収入財産の取扱い」が規定されている。

韓国は、法定離婚原因の他に、「数年間にわたる事実上の別居」が判例法で確立して点以外、日本の離婚法制と似ている。

ソ連は、多くの変遷を経て、今日は、離婚原因は一切規定せず、「夫婦関係の破綻していること」だけである。ただし、「子の出生後1年以内」とか、「妻の妊娠中」は認めないという規定、「6ヵ月以上子の養育費に対する履行確保制度の定立化（例、給料から子の人数による一定率の強制天引）」「財産分与の平等分割（ $\frac{1}{2}$ づつ）」という離婚後の保護が明確・公平に規定されている。

3) 提言と課題

以上の「整理」を前提に、62年判決と各国の離婚法制を参照しつつ、我が国の「有責配偶者」の離婚権・婚姻破綻について、今後への展望を含めて、次の如くまとめておきたい。

第一に、今回の62年判決は、従来からの有責主義立場に、破綻主義を導入したことは判例の変更をしたと言えよう。そこには、諸外・の離婚法制や現代社会における婚姻観・離婚観に新しい流れに対する姿勢を示したとも解されるし、また多くの学説からの有責主義判例への批判に対する対応を示したのかも知れない。しかし、62年判決は、前記の如く「整理」しながらも、「主文」を丁寧に読み続けて見れば、「相当長期間の別居」「養育すべき未成熟の子がいないこと」「相手方に特別な過酷状態でもなきこと」という「3つの条件付き」の上に立っての判例変更であり、「積極的破綻主義」には、まだ一定の距離があり、原則的には、従来からの判例法の中心に置かれている婚姻道徳観は貫徹していると解される。

第二に、民法770条1項の解釈論から論じるならば、1項5号にいう「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」とは、1号から4号の離婚原因と同じく（その他の原因）相手方配偶者に上記原因があれば、離婚請求権が生ずると解するのが妥当である。換言すると、上記の諸原因がない場合には、相手配偶者から自己の意思に反して離婚を求められない保障があると解することが出来る訳で、それが民法770条1項の各号の「不貞・遺棄・生死不明・強度の精神病・その他の諸原因（5号）」という「法定離婚原因」である。そうでなければ、我儘・身勝手な有責配偶者天国であり、強者出でて弱者亡ぶ理論である。昭和27年判決も昭和62年判決（3条件を前提としての認容という例外判決の場合であるが）も、一貫して、我が国の婚姻観は貫徹しているし、「愛」「法の正義」も一貫していると解している。私は、その基本的立場を原則として支持したい。婚姻は、「愛」を本質とした上に「協力・信頼・平等」の共存の人生観の上に展開する。少なくとも、自由な二人の婚姻意思の合致で成立した

以上（反対に婚姻の自由もある→協議離婚として）、両者に、人間として共に生き、共に住み、共に努力し、忍耐し、共同責任をとり合ってゆく、婚姻の道義性がある。一方のみが好き勝手をする自由はないし、情婦を持ったり、同棲をして、自由に離婚請求が行使できるなら、無軌道に法が味方することになり、法は正義でなくなる。

第三に、両判決の中に底流している如く、時代は変わっても、夫婦論には最少限度の倫理性・人間の道がある。夫婦は、日々の生活の中では、それぞれの仕事に集中して良いし、それぞれの文化の展開をしても良いし、年月には争いも対立もあるであろうけれども、異質な二人の生き方・考え方が併存し、そこに人間としての文化があり、認め合っただけの共同生活こそ、夫婦関係であり、かつ、マイナス（負）の生活環境・不調・不自由なとき、動けなくなったとき、精神的迷いのときの如く、そんな時だけでも、最低限の人間としての認識（愛）は、単なる動物でない人間らしい心がある限り、協力し、助け合っただけ、支えてゆく一番身近かな人間の最小限度の義務である。それを無視・否定して、人間としての自由はないし、有責配偶者からの離婚の自由はない。ただし婚姻は、生き物であり、うまく育たない場合もあるとするならば、そこをきちんと「整理」して、つぎの人生を展開すべきであり、愛人を作っただけ、そのために離婚するなら、まさしく二重婚である。離婚を何年かかっても、きちんと誠心誠意で解決して、その後で「言動の自由」がある。27年判決も62年判決も一貫して流れているのは前述の様な婚姻観であり、夫婦論であり、人間らしい真実と説得力がある。

第四に、そうであるならば、62年判決の「3つの条件付」の内容について、判決の結果については賛成であるが、条件付に対する具体的説示は不十分である。①本件の如き相当長期間という意味は理解でき得るけれども、それでは、5年とか、10年、15年、または1年～3年の別居についてはどうなるのか、35年という長期間とか、人生の終りに近い70歳代にならないと認められないのだろうか。②未成熟の子が居れば離婚が認められないのだろうか。③過酷な状態とは何か、相手方の安定した状態の程度・内容の不確定化もある。④35年の別居をした相手配偶者に対する財産分与等の未定・今後の生活の保障についての課題は未解決であり、「有責配偶者」に対して破綻主義の導入をはじめて示したという最高裁の姿勢と動きと判決結果は私は肯定しながらも、今後への課題を空洞化したままの判例変更には不満と言わなければならない。

第五に、以上から、次の如く提言して本稿の「まとめ」としておきたい。私は、例外として、次の諸要件（諸外国にいう苛酷回避条項）を充足している場合は（婚姻論の本質は、原則として貫徹しつつ）、有責配偶者からの離婚請求は認められるべきと解している。

第1点は、別居期間が一定の年月（5年間以上）を経ていること（イギリス・スペイン・イタリア参照、他の各国の別居期間についても、具体的に一定期間を規定していること）。婚姻現象は、諸外国と共通現象があり、各国の婚姻破綻の別居制度の流れを考え合わせるとき、我が国にも具体的に採り入れるべきであろう。また、それは刑法理論における「刑」による一定年限を経て（それが、時効論・風化論であろうと）、有責・違法行為が免罪符となって消滅して（罪と罰）自由人となるのと同様に解して、5年以上の別居制度を経て、有責者から無責者に転換されると解し（年月による転換論として）、そして当事者同志は無責者と無責者としての「婚姻破綻」を論じ得るとする。

第2点は、養育を必要とする未成熟の子のある場合（子のない夫婦は、この条項は阻却される）は、満6歳までは離婚を制限すべきである（ソ連の離婚法制参照）。離婚における夫婦論は、未成熟の子のある場合は父母論として、離婚の自由が制約されるべきである。さらに、強い制限を加えるべきであるとするならば、家族法関係の大人は、満15歳以上である故に、14歳以下の子供を有する夫婦の離婚を制限すべきか、または6歳以下までは制限して、6歳以上14歳までの子供について、両親の離婚についての判断・賛否の権限を与えて、はじめて父母（夫婦）の離婚権の成立要件とすべきでもある（旧法上の一権（父）家族論から、新民法は三権分立（父と母と子）家族論に変化したと解してよいゆえに）。それが家族史における人権史（子供の人権）の正しい考え方である。

第3点は、相手配偶者（経済的弱者）の今後の生活への扶助・財産分与（清算・慰籍料）の確保されていることが必要である。62年判決は前述した如く、相手配偶者の経済的保障への配慮が欠けており、訴訟法上の手続面にも問題が指摘（補足意見）されている通りである。

第4点は、第2点と関連して、子の保護（養育費）規定の確立化である。この両要件（第3点・第4点）は、諸外国はすべて、苛酷条項として規定されており、我が国においても（協議離婚は当事者の自由意思の合致で、両者納得の上であり、今後への配慮が法による強制はなくても成立するが）、裁判離婚においては、相手配偶者は自己の意思に反して離婚を強要される訳であり、この第3点・第4点の財産的不安・経済的不利益に対する保障こそ、公権力により、履行確保制度の強化とともに、離婚認容の条件・判断基準でなければならない。

以上「4つの要件」を具備する場合は、「積極的・客観的破綻主義」を正面から見つめて、今後の婚姻現象と離婚現象とに対応してゆく解決方法と言えないだろうか。最高裁の62年判決は、その意味では画期的判例を示したと言えるし、同時に、それは「離婚制度」の再検討への大きな契機を示したものである。

最後に、私の「らくがき」を記しておこう。東南アジアのある国の女性は、集団で女性を買いにくる日本の男性とその国に対して「あの国は人間の国じゃないから、畜生の国だから」と語った。人を人と見ない、人を物としか見ない、人を差別して痛みを感じない日本人論（男性論）の今日的課題は、わが国の婚姻史・男尊女卑の思想や第二次大戦のわが国の軍隊による強姦史や慰安婦史や現代政治家の例を出すまでもない「畜生の国」の恥かしい日本男性論に尽きると考えてよい。

西洋文化には深さがある。婚姻の成立も、その崩壊も、男性と女性という異なった存在を文字どおりに結合するものとして「愛」があり、それ高めてゆく苦闘の過程が示されている。「有責配偶者の離婚権」についても、上記の如く思考しながら、その論争に人間としての深刻さも文化も無いに等しいと思いつつも、せめて「人を人と見てゆく社会」「人間らしい文化論」が、わが国の教育の中にも、男性論の中にも確立してゆく展望を必要とする。夫婦論は、そこからはじまる。離婚論争も、その「文化」の上に立って論じて見たいものである。

註

- (1) 厚生省・人口動態統計による。
- (2) 世界主要国の離婚率を見ると、1982年・83年・84年（昭和59年）の3年間、アメリカ＝5.08・5.03・*4.88、フランス＝2.01・2.01・未定、西ドイツ＝2.61・2.38・*3.19、東ドイツ＝1.92・1.80・*3.19、イタリア＝0.23・*0.22・*0.26、スウェーデン＝2.55・2.47・*2.41、イングランド・ウェールズ＝2.94・2.95・未定、ソビエト＝3.35・*3.47・*3.39（人口1,000対・*は暫定数）。人口動態統計（82年分）・世界人口年監（83・84年分）による。
- (3) 昭和60年・司法統計年報（最高裁事務総局・1985）による。
- (4) 我妻栄＝親族法・176頁。
- (5) 最判昭27・2・19民集6巻2号110頁、
最判昭29・11・5民集8巻11号2023頁、
最判昭29・12・14民集8巻12号2143頁、
最判昭38・6・7家裁月報15巻8号55頁、等の経過の中で、「破綻につきもっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなさない」と整理し、判例法は定著した。
- (6) 高橋忠次郎＝目的主義と有責主義・家族法大系Ⅲ・134頁。
太田武男＝現代家族法研究・137頁、家族問題と家族法Ⅲ・247頁。
中川善之助・島津一郎＝離婚原因・総合判例研究叢書民法(3)・29頁以下。
中川淳＝離婚請求権の濫用——有責配偶者の離婚請求をめぐる——・末川古稀記念(下)・39頁以下。
- (7) 米倉明＝積極的破綻主義でなぜいけないのか——有責配偶者の離婚請求についての一試論——・ジュリストNo.893・38頁以下参照。
- (8) 青山道夫＝原始社会の離婚・講座家族-4・1頁以下。
L. H.モルガン著・青山道夫訳＝古代社会(下)・51頁以下、(下)・319頁以下参照。
江川五夫＝母権と父権・50頁以下。
- (9) 青山道夫＝家父長社会と離婚・同上34頁、黒木三郎＝同上18頁。
なお、例えば、古代ローマ家族は、一夫一婦制であったが、エンゲルスは、これを批判して、「女子のみにとって一夫一婦制ではあるが男子にとってのそれではない」という。「家族、私有財産及び国家の起源・西雅雄訳」。
- (10) 仁井田陞＝中国の農村家族・35頁以下・194頁以下。
福尾猛市郎＝日本家族制度史概説・21頁以下。
大竹秀男＝家と女性の歴史・31頁以下。
- (11) 三木妙子＝世界・2頁・13頁以下、講座家族-4・76頁以下。
- (12) 依田精一＝欧米諸国の離婚法の変遷と現状・講座家族-4・90頁以下。
D.シュヴァープ著・鈴木禄弥訳＝ドイツ家族法・149頁以下。
- (13) 埜陽子＝世界の離婚・112頁以下。
- (14) 埜陽子＝スペインにおける別居と離婚・中川淳還暦・160頁以下。
- (15) 松浦千誉＝世界の離婚・34頁以下参照。
- (16) 大原長和＝講座家族-4・149頁以下。
- (17) 村井衡平＝アメリカにおける離婚原因の変化・ジュリストNo.665・59頁以下。
- (18) 川島武宜＝離婚と社会統制・家族問題と家族法Ⅲ・85頁。
- (19) 我妻洋＝世界の離婚・104頁・113頁以下参照。

『アメリカの離婚現象の要因は、①極端な個人主義のなかにある孤独感。②結婚生活への過剰な期待。③夫婦間のくい違いによる幻滅感と挫折感。④男女平等思想における役割のくい違い。⑤個人の独立・自尊心と自己主張の強い、かつ「でる釘は打たれない」激しい競争社会での疲れ・無力感・攻撃的な自己防禦の風土。⑥都市近郊の住宅地に見られるところの隣人との交き合いのない「陸の孤島」における孤立した「核家族」における主婦の孤独感。⑦こらえ性の無さによる夫婦間の不和葛藤。⑧キリスト教の倫理や保守的道德思想がすたれ、離婚を罪悪視しない社会意識。⑨そして、離婚した女性の自活や再婚が容易になったことが「夫婦2組ごとに1組」の離婚現象が生まれた』とされている。今日の我が国の離婚現象にも共通している流れが見える。

- (20) 山田録一・青木勢津・青木清＝韓国家族法入門・45頁以下。
- (21) 稲子宣子＝世界の離婚・136頁以下，社会主義社会の離婚法・講座家族-4・169頁以下参照。
- (22) 最判昭27・2・19民集6巻2号110頁。
- (23) 最判昭46・5・21民集25巻3号408頁。
- (24) 太田武男＝民商78巻臨時増刊号・51頁・61頁。
国府剛＝法律時報43巻12号・166頁以下。
- (25) 最判昭62・9・2民集41巻6号1423頁。
従来の最高裁は，前述の昭和27年判決以来，消極的破綻主義の立場を明確にした（最判昭29・11・5民集8-11・2023，最判昭29・12・14民集8-12・2143，最判昭36・4・7裁判集-50・209，最判昭37・5・17裁判集-60・629，最判昭38・6・4家裁月報15-9・179，最判昭38・6・7家裁月報15-8・55，最判昭38・10・15裁判集-68・393，最判昭40・2・23地判集-77・573，最判昭40・4・30地判集-78・815，最判昭40・9・10地判集-80・267，最判昭41・12・22地判集-85・809，最判昭54・12・13裁判集-128・183）。学説もまた，消極的破綻主義が多数説または通説であったし，婚姻の倫理性，権利濫用論，信義誠実論，クリーン・ハンド原則論などを理由に，判例法理は定着化しており，私も一定の条件のもと原則的に支持して来た（松村晴路＝家族と婚姻・213頁）。
- (26) 判例時報昭62・10・1・No.1243・3頁以下参照。