

民法第七七〇条第一項の解釈

酒 井 誠

一、はじめに

二、西ドイツ離婚法

(一) 旧離婚法

(二) 新離婚法

三、ウィスコンシン州離婚法

(一) 旧離婚法

(二) 新離婚法

四、民法第七七〇条第一項の解釈

(一) 有責配偶者からの離婚請求

(二) 財産分与の性質

(三) 離婚後扶養の根拠

五、結びにかえて

一、はじめに

一九六九年、イギリス離婚法を手始めとし、一九七六年の西ドイツ離婚法の改正を頂点とする最近における諸外国の破綻主義離婚法の制定には、目覚ましいものがあるといえる。ところで、わが民法は、その第七七〇条第一項において、「不貞」(一号)、「悪意の遺棄」(二号)、「三年以上の生死不明」(三号)、「精神病」(四号)という四つの具体的離婚原因と一つの抽象的離婚原因、すなわち、「婚姻を継続し難い重大な事由」(五号)とを規定している。このような規定方式をめぐり、以前には、この規定が、旧法の有責主義離婚法から破綻主義離婚法への脱皮を宣言し、全面的に一般的破綻主義を採用したものと解すべきか、あるいは、単に旧法の制限列举主義を変更して、第七七〇条第一項第五号に包括的規定を付加したにすぎないものと解すべきかにつき、有責配偶者からの離婚請求の認否という問題も絡まり、若干の争いが存在していたが、現在においては、一〇四号は、単に五号の例示規定にすぎないもの、つまり、民法第七七〇条第一項は、破綻主義に立脚するものであるが、それは、あくまでも、有責配偶者からの請求を認めない消極的なものと解するのが、判例の一貫した態度であり、また多数説のようである。しかしながら、最近の諸外国における離婚立法のそのほとんどが、積極的破綻主義を採用しているといふこと、また、完全に破綻し、形骸化してしまった婚姻を、有責者からの請求といふことのみをもって保護することに、如何程の私的利益ならびに公的利益が存在するのか疑わしいといふことなどから、わが国においても、この消極的破綻主義に対する批判が高まりつつあるといえる。そこで、本稿においては、わが民法第七七〇条第一項の再考を試みる。

なお、この再考に際しては、各国破綻主義立法に関する詳細な紹介も多く、また有責配偶者からの離婚請求に関するすぐれた論文も非常に多いということから、それらの論稿を頼りとしながら、ここでは、とりわけ、一九七六年西

ドイツの第一婚姻法改正法(1. EheRG)、一九七七年ウィスコンシン州改正家族法典を紹介し、国家と婚姻および離婚との関係に若干触れ、わが民法第七七〇条第一項の解釈ならびにそれに付随する重要な事項、すなわち、被離婚当事者の保護に関わる財産分与の性質につき検討を加えさせていただこうと考える。

〔注〕

(1) 一九六六年ニューヨーク州離婚法、一九六九年カリフォルニア州離婚法、一九七三年スウェーデン離婚法、一九七五年フランス離婚法等。なお、ニューヨーク州においては、近年、更に、離婚法改正の動きがあったが、一九八〇年六月四日現在、その法案は、既に、下院、上院を通過している。ジュリスト七二二号二六四頁。

(2) 旧法は、その第八一三条において、「重婚」、「妻の姦通」、「夫の姦淫罪」、「破廉恥罪その他の重罪」、「配偶者の虐待侮辱」、「遺棄」、「配偶者の直系尊属からの虐待侮辱」、「配偶者の直系尊属への虐待侮辱」、「三年以上の生死不明」、「婿養子婚姻における離縁」という一〇個の具体的離婚原因を掲げていた。

(3) 高橋忠次郎「目的主義と有責主義」家族法体系Ⅲ離婚一一一頁以下、中川善之助・島津一郎「離婚原因」〔総合判例研究叢書民法3〕八頁以下、太田武男「破綻主義」家族問題と家族法Ⅲ離婚二三五頁等。

(4) 明山和夫「離婚原因論」家裁月報一八卷二〇号三〇頁以下。

(5) 但し、フランス民法は、破綻主義を採用したとは違うものの、「協議離婚」(art. 230)、「認諾離婚」(art. 233)、「破綻離婚」(art. 237)、「精神病離婚」(art. 238)、「有責離婚」(art. 242)、「重罪判決による離婚」(art. 243)とどうように、離婚原因を列挙し、第二四〇条第一項においては、「裁判官は、夫婦の他方が、離婚というものが、あるいはその者に対して、特にその年齢及び婚姻の期間を考慮して、あるいは子に対して例外的に苛酷な物質的又は精神的結果をもたらすことを立証する場合には、請求を排斥する」との期間制限のない離婚排斥事由を規定し、さらに、第二四五条において、離婚の反訴請求を支えるために、有責事由を援用しうる旨を規定しており(Alex Weill et François TERRÉ, *droit civil*, 1978, pp. 322-329)。また、イギリスの一九七三年婚姻関係事件法第五条(Matrimonial Causes Act 1973, s. 5)が、「原告が、五年の別居を理由として申し立てる離婚申立(a petition for divorce)に対し、婚姻の解消が、被告にとって深刻な経済上も

しくはその他の苛酷をもち、かつあらゆる事情にてらして、婚姻の解消が、不当であることを理由として、被告は、離婚判決 (decree) がなされることに異議を提起することができる。」(一項)として、被告に異議権を認め (See, Lee v. Lee (1973) 117 S. J. 616) 、「……裁判所は、婚姻当事者の行為や両当事者及び子供あるは他の利害関係人の利益 (interest) を含むあらゆる事情を考慮に入れるものとし、婚姻を解消することが、あらゆる事情にてらして、不当であるという意見の場合、裁判所は、申立を却下するものとする。」と規定している (J. S. PINDER AND P. J. PACE, CASES AND STATUTES ON FAMILY LAW, 1979, P. 42) 点で、以下に紹介するような婚姻の破綻を唯一の離婚原因として、期間主義 (Fristenprinzip) を採り、過失証拠を考慮に入れない西ドイツ離婚法やウィスコンシン州離婚法等とは、その趣をわゆる異にする消極的なものといえる。

二、西ドイツ離婚法

(一) 旧離婚法

離婚法は、一八七五年二月六日のライヒ戸籍法 (RPStG) により、全国的に統一された⁽⁶⁾ というものの、ドイツにおいて、実体的離婚法の統一的秩序がもたらされたのは、民法典が施行された一九〇〇年一月一日以降のことであった。⁽⁷⁾ 同民法典は、厳格な有責主義にもとづくもので、離婚原因として、「姦通」(一五六五条)、「殺害の企図」(一五六六条)、「悪意の遺棄」(一五六七条)、「重大な義務違反あるいは破廉恥又は不道徳な行状による婚姻の有責的破綻」(一五六八条)という四つの有責主義離婚原因とその有責主義の唯一の例外として、当事者の有責・無責を問わない限定的破綻主義離婚原因たる「回復の見込みのない精神病」(一五六九条)とを規定するものであった。⁽⁸⁾ ところで、この有責主義離婚法は、市民社会における個人の契約的自由意思にもとづいて形成される婚姻共同体を中核とするブルジョア家族を想定して制定されたものであったため、当時の市民社会における男女不平等を反映した夫権的

支配のもと、妻の離婚の自由は、婦人労働の自由と平等の存在しないところでは、ほとんど意味をもたないものといえ、さらに、その厳格さのゆえに、同法は、種々の批判をうけ、第一次大戦後には、破綻主義離婚法を目指して、ワイマール体制下、離婚法改正運動も起こることとなった⁽⁹⁾。

このような過程を経て、一九三八年、離婚法は、民法典中より取り出され、また、ナチスにより民族社会主義的要素 (nationalsozialischen Bestandteil) を与えられ、新たに婚姻法 (EheG) として規定されるに至った⁽¹⁰⁾。この一九三八年婚姻法は、個別的離婚原因として、「姦通」(四七条)、「性交の拒絶」(四八条)、「精神障害」(五〇条)、「精神病」(五一一条)、「伝染の危険のなくなる見込みのない伝染性疾患および治癒の見込みのない嫌悪すべき疾患」(五二条)、「生殖不能」(五三条)を掲げ、包括的離婚原因として、「姦通および性交の拒絶以外の重大な婚姻上の過誤による。または破廉恥もしくは不道徳な行為による婚姻の深刻な破綻」(四九条)を掲げるものであり、また、前記一九〇〇年の民法典に対する批判に答え、婚姻の破綻につき、当事者の過失を要件としない「家族的共同生活が三年来廃止され、婚姻が深刻に破綻したこと」(五五一条一項)を規定し、有責主義と破綻主義とを併用するものであった。ドイツにおける破綻主義の歴史は、ここに始まったといえるわけであるが、第五五一条第一項の「三年間の別居による回復し難い婚姻の破綻」を理由として提起される有責配偶者からの離婚請求に対しては、その第二項に、無責配偶者の異議権 (Widerspruchsrecht) が規定⁽¹¹⁾されており、また、離婚後扶養に関しても、過失の有無が重要な判断基準とされたため、破綻主義を採用したとはいうものの、それは、いうまでもなく、有責主義を基調とする制限的かつ消極的なものであった。

これに、一九四六年の婚姻法 (連合国管理委員会法一六号) が続くわけであるが、同法は、民族社会主義的色彩を一掃するため、一九三八年婚姻法から、「性交の拒絶」と「生殖不能」という離婚原因を除去し、新たに、婚姻が客

観的に破綻している場合でも、子の利益を考慮して、その離婚を制限するため、「未成年者の利益が、婚姻の継続を必要とするときには、婚姻が破綻していても、離婚請求は認められない」（四八条三項）とする条項を新設するにすぎないものであった。⁽¹⁴⁾

同法は、一九五七年の男女同権法 (Gleichberg) により、若干の変更を加えられ、⁽¹⁵⁾ 次いで、一九六一年八月一日、家族法改正法 (FamRandG) が制定されるに至るわけであるが、同改正法は、「相手方配偶者の異議は、原則として認められるべきだ」とする一九四五年以降の判例の態度を踏襲し、客観的な婚姻破綻を理由とする離婚における無責配偶者の有責配偶者に対する異議権を強化し、⁽¹⁶⁾ 有責配偶者からの離婚請求を事実上認めず、⁽¹⁷⁾ 婚姻上の過誤 (Eheverfehlung) と子の利益とに力点をおくものであった。⁽¹⁸⁾ したがって、これは、有責原理によって制約された一九四六年婚姻法の消極的破綻主義を、さらに徹底させ、強化するものであったといえる。

しかしながら、有責配偶者からの離婚請求を認めないとするこのような消極的破綻主義離婚法は、現代の動的な工業社会の要請に合致しないということ、また、婚姻上の過誤に関する証明の段階における訴訟の敵対的性格に対する批難や婚姻上の過誤というものは、婚姻破綻の原因ではなく、結果なのであるという批難⁽¹⁹⁾などをうけ、種々の論議の末、一九七三年、連邦政府により、ドイツ連邦議会の第六立法期に提出され、可決されなかった「婚姻法および家族改正のための第一法律草案 (Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe und Familienrechts (Drucksache W 2577))」と「婚姻法および家族法改正のための第二法律草案 (Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (Drucksache W 3453))」とを統一した「婚姻法および家族法改正のための第一法律 (1. EheRG)」の草案が、連邦議会 (Bundestag) に提出され、種々の審議の後、一九七五年二月一日、同草案は、連邦議会によって採択され、そして、これが、一九七六年七月一日より施行され、⁽²⁰⁾ 西ドイツは、以下

に紹介するように、その形式上、積極的破綻主義を採用するに至った。

〔注〕

- (6) 統一前の離婚史に関しては、依田精一「近代離婚法の変遷」講座家族4・婚姻の解消90頁以下、福地陽子「カトリック教婚姻非解主義の生成と発展」法と政治七巻四号四五頁以下、阿南成一「キリスト教と婚姻不解消主義」講座家族4・婚姻の解消四四頁以下、山田晟「ドイツ婚姻法」新比較婚姻法Ⅲ六頁以下、五十嵐清「ドイツにおける離婚原因の変遷」比較法研究二号三四頁以下等を参照願いたい。
- (7) Dieter Schwab, Familienrecht, 1980, S. 128.
- (8) Dieter Henrich, Familienrecht, 1970, S. 104. 当然のことに、離婚後扶養や子の教育権(Erziehungsrecht)の決定に際しては、過失の有無が重要な判断要素とされた。Günther Beitzke, Familienrecht, 19. Auflage, S. 122.
- (9) 依田・前掲九九頁。
- (10) 門坂正人「離婚における有責主義より破綻主義への移行(一)」大阪経大論集八三号一二八頁、同「一九七六年西ドイツ第一婚姻改正法と積極的破綻主義」同論集一七巻一一八号三三四頁、依田・前掲一〇〇頁以念。
- (11) Henrich, a. a. O., S. 105.
- (12) 一九三八年婚姻法第五條第二項は、「離婚を請求する配偶者が、単独に、もしくは、より重大な過失を有するときは、相手配偶者は、離婚に対して異議を申し立てることができる。但し、婚姻の本質ならびに双方の配偶者の全体の行為を正当に評価する場合に、婚姻の継続を道徳的に不当とするときは、相手方の異議は考慮されない」とする。
- (13) 子の教育権については、離婚責任(Scheidungschild)に左右されたいものとされた。Beitzke, a. a. O., S. 122.
- (14) その他の点においては、一九四六年婚姻法は、その構成上、一九三八年婚姻法と異なるにすぎない。Walter Rolland, 1. EheRG, 1977, S. 249.
- (15) 同法は、法定夫婦財産制として、剰余共同制(Zugewingenschaft)を導入した。Schwab, a. a. O., S. 5.
- (16) 門坂「欧米諸国における破綻主義立法の展開について」現代家族法体系2婚姻・離婚七二八頁、宮井忠夫「西ドイツにおける破綻主義」同志社法学九〇号八八頁。Beitzke, a. a. O., 122., Rolland, a. a. O., S. 247. すなわち、一九四六年婚姻法

第四八条改正第二項は、「離婚を請求する配偶者が、もっぱら、もしくは主として、破綻につき責を負うときは、その婚姻は、相手方配偶者の異議に反して解消されてはならない。但し、異議を申し立てる配偶者に、その婚姻に拘束される意思と婚姻継続の期待可能な準備のないときは、この限りではない」と規定する。

なお、一九三八年婚姻法第五條第二項に関するライヒ裁判所の判例は、一九四五年以前においては、相手方配偶者の異議を例外的に認めようとする方向にあったようである。門坂同論文一二七―二八頁。

(17) 連邦最高裁判所(BGH)の判決によれば、離婚に異議のある配偶者が、その婚姻に拘束される意思と婚姻継続の期待可能な準備を欠いているということを証明する義務は、原告側にあるものとされた(BGH 38, 116)が、そのような証明は、原告側にとっては不可能なことであり、したがって、離婚は、事実上、許されなかった。Rolland, a. a. O., S. 247.

(18) Beitzke, a. a. O., S. 122.

(19) Beitzke, a. a. O., S. 123. なお、連邦最高裁判所(BGH)は、一方配偶者が、婚姻の破綻に対して有責である婚姻は、(破綻が)後になって生じ、それが、決定的な原因となるという事情により、夫婦共同生活の再開が不可能となり、また将来も、その可能性がありえないと思われる場合には、もはや、一方配偶者のみが、有責であるとは看做されないということを承認しつつた BGH, 357; 38, 116; 39, 134; FamRz 1963, 131; 1968, 305; 1969, 269; 1971, 156)。Rolland, a. a. O., S. 249, 250.

(20) 門坂・註10論文「一九七六年西ドイツ第一婚姻法改正法と積極的破綻主義」三四二―三四四頁。

(二) 新離婚法

一九七六年七月一日より施行されたいわゆる第一婚姻法改正法(1. EheRG)は、一九三八年以来、婚姻法中に規定されていた離婚法を、BGB中に復帰させ、有責離婚(Verschuldenscheidung)を廃止し、婚姻の破綻(Scheitern der Ehe)を唯一の離婚原因とした(一五六五條一項一段)が協議離婚は、なお認めず、離婚は、配偶者の一方もしくは双方の申立にもとづいて、裁判所の判決によってなされる(一五六四條)と規定するものである。⁽¹⁷⁾ところで、こ

ここにいう「婚姻の破綻」は、夫婦間の共同生活が、もはや、存在せず⁽²²⁾、かつ夫婦が、再びその共同生活を回復することが期待されない場合に認められるものとされ（一五六五条二項二段）、この破綻の認定に際しては、

(a) 夫婦が、一年以上別居し、かつ双方が、離婚を申し立てる場合、もしくは一方が、離婚を申し立て、他方が、その申立に同意している場合、婚姻は破綻したものと看做される（一五六六条一項）。

(b) 夫婦が、三年以上別居しているときには、離婚の合意がなくとも、それどころか相手方が、異議を述べる場合でも、婚姻は破綻したものと看做される（一五六六条二項）⁽²⁴⁾。

という二つの論駁しえない推定を規定することにより、挙証責任の軽減がはかられている。⁽²⁶⁾

但し、このような論駁しえない推定に対しては、「婚姻の維持が、婚姻から生まれた未成年の子の利益のために、特別な事由から例外的に必要とされるとき、かつその限りにおいて、または、離婚がそれを拒否する相手方にとり、特別な事情にもとづいて、婚姻の維持が、申立人の利害を考慮しても、例外的に必要とされる程度にいちじるしく苛酷なものとなるとき、かつその限りにおいて、婚姻が破綻しているときでも、離婚することは許されない」（一五六八条一項）とする苛酷条項（Harteklausel）が規定されており、これに該当する場合、離婚は阻止されることになるが、これは、「五年以上の別居には適用されない」（一五六八条二項）ため、夫婦が、五年以上別居している場合には、無制限に離婚が認められるという⁽²⁷⁾ことになり、また、「特別な事由から例外的に必要であるとき」と規定されているため、それが適用される範囲は、非常に狭いものである⁽²⁸⁾ことから、一九三八年婚姻法第五十五条第二項および一九四六年婚姻法第四八条第二項における異議権とは、根本的に異なる期限付例外規定（befristete Ausnahmeregelung）として、把握されてくる⁽²⁹⁾。

したがって、ここに至り、離婚の可否を、もっぱら、離婚請求者の有責性の有無にかからしめる従来の離婚法にお

ける消極的破綻主義は、離婚請求者が、有責であるか無責であるかを問わない婚姻の破綻と別居期間とに重点をおく積極的破綻主義へとおきかえられたのである。

このような離婚原因における無責主義は、当然のことながら、従来は、有責の考慮が強く作用していた被離婚者の扶養や子の監護の問題領域にも反映され、それぞれ扶養については当事者の需要と給付能力、⁽²⁹⁾監護については子の福祉が、⁽³⁰⁾決定の重要な要因となり、それゆえ、離婚判決中で行なわれていた有責宣告 (Schuldausspruch) はなされなくなつた。⁽³¹⁾

西ドイツは、以上のような改正を行ない、さらには、被離婚配偶者の保護のため、年金の差額均分調整 (Versorgungsausgleich) 制度を採用することにより、積極的破綻主義を貫徹するに至つたのである。

〔注〕

(12) Rolland, a. a. O, S. 250, Beitzke, a. a. O, S. 124. なお、西ドイツ離婚法の改正に関する論稿としては、宮井忠夫「西ドイツ家族法の改正について(上)」ジュリスト六三九号一〇二頁、宮井「西ドイツ家族法の改正について(下)」六四〇号一二五頁以下、泉久雄「ドイツ離婚法の改正によせて」民事研修二四二号九頁以下、門坂註(16)、(21)論文等がある。

(22) 一方配偶者が、留学、禁固刑、戦争等により、一時的に他方配偶者と同居を別にする場合には、別居しているとはいうものの、一般的に、夫婦共同生活は、なお存続していると看做されるから、これに該当しないが、逆に、たとえ、同一住居内に居住しているとしても、夫婦共同生活が存在しないと看做される場合もある(RGZ 159, 111u BGHNW 1969, 425)。Beitzke, a. a. O, S. 125.

(23) ここにいう別居は、家庭的共同関係 (häusliche Gemeinschaft) だけでなく、婚姻共同生活 (eheliche Lebensgemeinschaft) をも拒絶することを意図してなされることを要する(一五六七条参照)。Rolland, a. a. O, S. 251. なお、本規定は、実質的に、合意離婚 (ehverständliche Scheidung) を認めたものといえる。Beitzke, a. a. O, S. 125. 宮井前掲・六三九号一〇二頁。

(24) したがって、婚姻を破綻させた配偶者、いわゆる有責配偶者も、この規定にもとづいて離婚を許されることとなる。なお、裁判所は、民事訴訟法第六一四条第四項第二段により、三年間の別居期間経過後も、六カ月間、離婚手続を延期しうるものとされている。

(25) この第一五六六条の「論駁しえない推定に関する立法過程での論議また学説の対立については、榊原豊「西ドイツ離婚法における破綻主義規定の評価をめぐって(1)」中京法学一四巻一号七九頁以下に詳しく述べられているので参照願いたい。

(26) Rolland, a. a. O., S. 250.

(27) これに関しては、第一五六六条の「論駁しえない推定」に対する論議におけると同様、「婚姻と家族は、国家的秩序の特別の保護をうける」と規定する基本法第六条第一項に反するのではないか、という批判が存在している。Rolland, a. a. O., S. 252, 253; 榊原・前掲資料一五巻一号六四〜六五頁。

なお、ケルン高等裁判所 (OLG Köln Urtw. 1310, 1977-21u 181/77) は、第一五六五条第一項、第一五六六条第二項、基本法第六条第一項が、問題とされた事案において、第一五六五条第一項は、合憲であると判示したが、第一五六六条第二項については、『裁判実務の経験は、三年の別居にもとづいて、婚姻破綻の根本的構成要件が、一様に満たされるといことを示している』ということから、第一五六六条第二項が、合憲であるか否かを決する必要があるとし、判断を差し控えている。ただし、本件事実は、申立ての相手方が、婚姻住居を去り、このため、申立人が、相手方配偶者の重大なる婚姻違反を理由として、離婚の訴えを提起し、それが認められたというもので、いわゆる有責配偶者からの離婚請求ではない。NJW 1978, Heft 4, S. 167, 168.

(28) Rolland, a. a. O., S. 250.

(29) Beitzke, a. a. O., S. 134. 西ドイツ民法は、第一五六九条〜第一五八六条に、これに関しての詳細な規定をおいている。

(30) Beitzke, a. a. O., S. 14.

(31) Eva Marie von Münch, Das neue Ehe- und Familienrecht von A-Z, 6. Auflage, S. S. 175, 176.

(32) 本訳は、本沢巳代子「西ドイツにおける離婚配偶者の老後の生活保障に関する一考察」法学ジャーナル二八号三五頁以下に従った。

三、ウィスコンシン州離婚法⁽³³⁾

(一) 旧離婚法

一九七七年改正前においては、ウィスコンシン州は、(1)不貞、(2)婚姻後、一方配偶者が刑に処せられたということ、(3)悪意の遺棄、(4)残酷な仕打ち、(5)冷酷な仕打ち、(6)アルコール中毒、(7)自発的な別居、(8)扶養給付に対する夫側の不履行、(9)いずれか一方当事者の精神病院への収監という九つの離婚原因と(1)通謀⁽³⁴⁾(collusion)、(2)周旋⁽³⁵⁾(procurement)、(3)不法行為の慫慂⁽³⁶⁾(connivance)、(4)宥恕⁽³⁷⁾(condonation)、(5)比較による妥当性⁽³⁸⁾(comparative rectitude)という五つの抗弁⁽³⁹⁾を規定し、その当然の結果として、離婚訴訟においては、婚姻上の過誤⁽⁴⁰⁾(marital misconduct)に力点をおいていた。

しかし、このような有責離婚主義は、

- (1) 離婚についての有責原因は、通常、婚姻が失敗に終ったことの事実上の理由とは無関係である⁽⁴¹⁾。
- (2) 有責主義は、その婚姻がなお存立しうるという事実にもかかわらず、有責原因を立証すれば、離婚が可能となるということから、回復し難く破綻していない婚姻を保全するという州の利益を妨げることとなる。
- (3) 有責離婚訴訟手続⁽⁴²⁾(The fault divorce process)は、家族や社会にとっての永遠の問題である憎しみ、嘲笑、非痛さやしんらつさを増長し、また、訴訟の敵対的性格は、和解⁽⁴³⁾(reconciliation)をより困難にし、子の利益をあまりに害するものにする。

(4) 有責主義は、移住離婚⁽⁴⁴⁾(migratory divorce)を助長する。すなわち、厳格な有責原因を採用している州の市民は、より寛大な離婚法をもつ、したがって、婚姻における自州の利益を妨げるような管轄を求めてあさりまわるこ

となる。⁽³⁷⁾

(5) 有責離婚主義は、当事者に認められた離婚原因の範囲内にみずからをおくために付随事件 (incidents) をでっちあげることを余議なくさせるということから、議論の余地のない離婚訴訟手続をみせかけのものにする。

というような批判をうけ、このような批判に答えて、ウィスコンシン州立法府は、一九七七年、「婚姻の失敗 (marriage failure) に対して責任をあてがう」という概念を除去し、夫婦とその子たちの要求や離婚に関わる財政上の争いや監護上の争いを、できる限り、能率的かつ公平に調整することに焦点を合わせる過失 (fault) を、要件としない新家族法典を制定した。

〔注〕

(33) ウィスコンシン州離婚法に關する以下の叙述は、Sandra Lynn Perkins, *The 1977 Amendments to The Wisconsin Law Review*, volume 1978, Number 3, p. 862ff. を参照ややく頂じた。

(34) *Wis. Stat. §247. 07* (1975).

(35) *Wis. Stat. §247. 10-101* (1975).

(36) 社会学者や心理学者は、過失自体が、離婚にそぐわないものであり、配偶者の有責・無責の結果というよりもむしろ、両者の姿勢、個性あるいはその他の争いにおける衝突情況において、婚姻は破綻する、すなわち、不貞、残虐な行為あるいは遺棄のような行動は、婚姻の失敗 (marital failure) の原因とはなぐて、単たしるし (Symptoms) にすぎなぐとす。Lynne Carol Halem, *DIVORCE REFORM Changing Legal and Social Perspectives*, p. 233.

(37) 移住離婚は、外国 (例えば、ドミニカ共和国、フランス、ハイチ、メキシコ) でなされるため、それをなす者は裕福なものに限定されるということから、Alexander Plateris (1963) によれば、その比率は、二一一件の離婚のうち一件というように、必ずしも、高くはなかつたようである。Halem, *op. cit.*, p. 234.

(二) 新離婚法

一九七七年、ウィスコンシン州は、旧有責離婚原因ならびに抗弁をすべて廃止し、その婚姻が、「回復し難く破綻しているかどうか」(whether the marriage is irretrievably broken)と云う無責原理 (no-fault basis) にもとづく離婚の新基準を設定した。⁽⁸⁸⁾

この改正家族法典によれば、離婚訴訟手続は、離婚申立て (a petition for divorce) が、権限ある裁判所へ提出されるとともに開始するが、このいずれか一方の当事者あるいは当事者双方により、共同して提出される申立てには、「婚姻は回復し難く破綻している」という主張のほかに、婚姻当事者や子に関連する情報が含まれるが、いずれか一方当事者が有責であるとの陳述は許されないものとされている。⁽⁸⁹⁾ なお、この申立ての提出後には、一二〇日間の待機期間があり、その期間中、両当事者は、別居の調整や和解のために、カウンセリングをうけることを命じられる。⁽⁴⁰⁾ して、この待機期間が満了し、カウンセリングの要件が満たされた後、離婚は、公判 (trial) に付されることとなるのである。⁽⁴¹⁾

この場合、離婚は、裁判所が「その婚姻は回復し難く破綻している」と認定する場合に許可されることとなるのであるが、新第二四七章第一二条⁽⁴²⁾に定義されるところによれば、この「回復し難い婚姻の破綻」は、

- (1) 当事者双方が、婚姻は回復し難く破綻していると述べること、あるいは、
- (2) 当事者が、訴訟提出前、一二月間、自発的に別居しており、かつ一方当事者が、婚姻は回復し難く破綻していると述べること、

により証明され、その場合には、裁判所は、「婚姻は回復し難く破綻している」との認定をなさねばならないものとされている。しかし、(1)(2)のような状態にない場合には、裁判所は、この離婚訴訟を引き起こした具体的事情や和

解の可能性を含む「あらゆる関連要素 (all relevant factors)」を検討し、その上で、なんらの「和解も期待しえないとすることが相当である」ということが認められるなら、裁判所は、「婚姻は回復し難く破綻している」と認定しなければならぬこととなるが、「和解の可能性がある」と、裁判所が認める場合には、その事案は、三〇〇六〇日間、延長されることとなる。そして、このような試みが失敗に終われば、裁判所は、その婚姻が回復し難く破綻しているかどうかの認定をなさねばならないものとされている。

以上のように、離婚におけるウィスコンシン州の裁判所の関心は、今や、婚姻上の過誤に関する孤立した付随事項あるいはいずれか一方配偶者に過失があるかどうかということから「婚姻が存立しうるかどうか」ということへと移されたものといえる。この離婚原因における無責主義をうけて、ウィスコンシン州も、西ドイツにおけると同様に、財産セツトメント⁽⁴³⁾、扶養料の支払 (maintenance payment)⁽⁴⁴⁾ や子の監護 (child custody)⁽⁴⁵⁾ に関する問題領域から過失証拠 (fault evidence) を除去し、さらには、被離婚者や子を保護するために、それぞれ、詳細な規定を設けることにより、積極的破綻義を確立するに至ったのである。

- (38) この無責的図式に一致するものとして、*"Doe v. Doe"* とごう従来の title ⁴³ "In re the Marriage of John Doe and Jane Doe" とごう対し、あまり敵対しない名称に置き換えられ、また、complaint ⁴⁴ Petition, Plaintiff ⁴⁵ Petitioner. defendant ⁴⁴ respondent とごう対しに置き換えられた。
- (39) Ch. 105, § 18, 1977 Wis. Laws 563-64 (to be codified as Wis. Stat. § 247. 085).
- (40) Id. § 17, at 565 (to be codified as Wis. Stat. § 247. 083 (1)).
- (41) Id. (to be codified as Wis. Stat. § 247. 083 (2)).
- (42) 新第二四七章第一二条(B)
- (a) 当事者双方が、申立て、あるいは別段の方法により、婚姻は回復し難く破綻していると、宣誓 (oath) もしくは確約

(affirmation)のもとに述べたる場合、あるいは当事者 (Parties) が訴訟開始前、一二月間以上、継続的に、自発的な別居をなし、かつ当事者の一方が、そのように述べている場合、裁判所は、審理の後、婚姻は回復し難く破綻しているとの認定をなすものとする。

(b) 当事者が、少なくとも、訴訟開始前、一二月間、自発的に別居していない場合で、かつ当事者の一方のみが、宣誓もしくは確約のもとに婚姻は回復し難く破綻していると述べている場合、裁判所は、申立てを提出するに至った具体的事情や和解の見込みを含むあらゆる関連要素を考慮に入れるものとする。

1 裁判所は、なんらの合理的な和解の見込みもないと判断した場合には、婚姻は回復し難く破綻している、との認定をなすものとする。

2 裁判所は、合理的な和解の見込みがあると判断する場合には、さらに審理するために、その事案が、裁判所の法廷日程に達するや否や、それ以後、三〇日以上、六〇日以内で、その事案を継続し、カウンセリングを求めるときに示唆することができる。裁判所は、いずれか一方の当事者の要請であるいはみずから進んで、カウンセリングを命ずることができる。延長審理において、いずれか一方の当事者が、宣誓もしくは確約のもとに、婚姻は回復し難く破綻していると述べる場合、裁判所は、その婚姻が破綻しているかどうかの認定をなすものとする。Id. § 23, at 567 (to be codified as Wis. Stat. § 247.12 (2)).

(43) 新第二四七章二五五条は、財産分割に際して、

- ① 婚姻期間。
- ② 当事者各人が婚姻に持参した財産。
- ③ 婚姻に対する各当事者の寄与。すなわち、それは、家族管理 (homemaking) や子の監護サービスにおける各当事者の寄与に対して、適当な経済的価値を与えるものである。
- ④ 当事者の年齢及び身体的・情緒的健康。
- ⑤ 教育、訓練あるいは所得能力の増加に対する一方当事者の他方当事者への寄与。
- ⑥ 教育上の背景、訓練、職業技術、作業経験 (work experience)、労働市場 (job market) から遠ざかった期間、子に対する監護責任かつ十分な教育を身につけるのに必要な時間と費用あるいは婚姻中に享受されたものと同等の合理的な生活水準

準で、当事者が、自活することを可能とする訓練を含む各当事者の所得能力。

⑦ 家族用住居 (family home) を与えること、あるいは数人の子の監護をもつ当事者に相当の期間そこに住まいする権利を与えることの望まじき。

⑧ いずれか一方当事者に扶養料の支払を認める第二四七章第二六条にもとづく決定の総額と継続期間、第二四七章第二六一条にもとづく定期的な家族生活費 (family support) の支払に関するならんかの決定や財産分割が、そのような支払の代用となるかどうか。

⑨ 確定あるいは未確定の年金給付や将来の利益を含む各当事者のその他の経済的事情。

⑩ 各当事者に対する租税効果。

⑪ 財産分配についてのならんかの取り決めに關して、婚姻前あるいは婚姻中に当事者がなしたならんかの書面による合意。

合意の文言が、いずれか一方当事者にとって不公平となる場合、そのような合意に拘束されないとすることを除いて、裁判所を拘束するものとする。裁判所は、ならんかのそのような合意を当事者双方にとって、公平なものと推定する。

⑫ 裁判所が、各々個々のケースにおいて、関連あると決定するであろうようなその他の要因。
⑬ という考慮に入られるべき一二の要因を記載している。

(44) alimony (扶助料) は、maintenance (扶養料) と変更され、考慮に入れられるべき要因として、

(a) 婚姻期間。

(b) 当事者の年齢及び身体的・情緒的健康。

(c) 第二四七章第二五五条にもとづいてなされた財産分割。

(d) 婚姻時における各当事者の教育レベルと訴訟開始時における各当事者の教育レベル。

(e) 教育上の背景、訓練、職業技術、作業経験、労働市場から遠ざかった期間、子に対する監護責任及び十分な教育を身につけるのに、あるいは適当な職業を見つけることを当事者に可能とする訓練をうけるのに必要な時間と費用を含む扶養料を求める当事者の所得能力。

(f) 扶養料を求める当事者が、婚姻中に享受したのと合理的に一致する生活水準で、自活するに至りうる可能性、かつ自活するに至るなら、この目的を達成するのに必要な期間。

- (g) 各当事者に対する租税効果。
 - (h) 婚姻前あるいは婚姻中に当事者がなしたなんらかの合意、すなわち、それは、将来の報酬や他方の代償を期待してなされた財政上あるいはサービス上の寄与に対する払い戻しがなされない場合、一方当事者が他方に対し、将来、報酬あるいは代償を期待して、財政上あるいはサービス上の寄与をなした期間に応じるものとする。あるいは当事者が、当事者の財政上の扶養のためのなんらかの取り決めに関して、婚姻前あるいは婚姻中になしたなんらかの相互の合意。
 - (i) 裁判所が、各々個々のケースにおいて、関連あると決定するであろうようなその他の要因。
- を、第二四七章第二六条に規律している。
- (45) 監護決定の基準である「子の最良の利益」を決定するに際しては、裁判所は、証拠に入れうる適切な専門家の報告を考慮に入れ、また監護権者に関する子の希望を考慮に入れることができるものとされ、そして、その決定をなすにあたっては、以下の要因を考慮に入れるものとされている。すなわち、
- (a) 監護に関する親の希望。
 - (b) 子の親、兄弟や子の最良の利益に重大な影響を及ぼしうるその他の者と子との相互的影響や相互作用。
 - (c) 住居、学校、宗教や社会への子の適合。
 - (d) 当事者、提案された監護上の世帯で生活する未成年者や他方当事者の精神的、身体的健康。
 - (e) 公的あるいは私的監護サービスの効用。
 - (f) 裁判所が、各々個々のケースにおいて、関連あると決定するであろうようなその他の要因(第二四七章第二四条 (h))。

四、民法第七七〇条第一項の解釈

(一) 有責配偶者からの離婚請求

以上、紹介したように、西ドイツ、ウィスコンシン州⁽⁴⁶⁾は、いわゆる有責配偶者からの離婚請求なるものを認め(離婚に際して、過失は、問題とされないということから、有責配偶者なる觀念も当然のこととして消滅する)、無制限

ともいふべき離婚の自由を確立するに至つたのであるが、それでは、このような解釈を日本民法に持ち込むことは可能であろうか。前述したように、わが民法は、その第七七〇条第一項に、具体的離婚原因として、「不貞」(一号)、「悪意の遺棄」(二号)、「三年以上の生死不明」(三号)、「精神病」(四号)の四つを掲げた後に、「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」(五号)という抽象的離婚原因を規定している。そして、これが、旧法の有責主義離婚法から破綻主義離婚法への脱皮を計つたものであり、したがって、第一号乃至第四号は、第五号の例示規定にすぎないものであるということは、昭和二二年八月九日の衆議院、司法委員会における奥野政府委員の説明⁽⁴⁷⁾からも疑いを入れないところといえるが、ここにおける破綻主義は、離婚請求者が有責であり、かつ請求の相手方が無責である場合には、離婚は認められない、すなわち、有責配偶者からの離婚請求は認められないとする消極的なものであるということが、若干の下級審判決を例外として、判例および多数説の認めるところである。しかしながら、第一号乃至第四号が、第五号の例示規定であるとするならば、離婚原因は、第五号のみ⁽⁴⁸⁾ということになり、また、離婚請求棄却事由を規定する第七七〇条第二項は、第五号の事由が存在する場合には、適用がない⁽⁴⁹⁾ということから、婚姻が完全に破綻してしまつている場合、たとえ、その離婚請求が有責配偶者からのものであつたとしても、それを排斥する明文規定は、わが民法には存在しないものといえる⁽⁵⁰⁾。

それでは、判例および多数説は、何を根拠として有責配偶者からの離婚請求を否定するのであるか。以下に、最高裁の主な判例を挙げ、その根拠とするところを紹介し、また、多数説の根拠とするところを概観する。

(1) 判 例

① 昭和二七年二月一九日最高裁判所第三小法廷判決(昭和二四年(オ)第一八七号・離婚請求事件)最高裁民集六

〔事実〕

上告人（控訴人・原告）X男と被上告人（被控訴人・被告）Y女とは、昭和一二年八月以来夫婦として同居して来たが、その間Xは昭和一三年から一六年まで応召し、帰還後昭和一八年三月一日を以て婚姻の届出をなした。XY間には子がなかったが、昭和二年七月Xは訴外A女と情交関係を結び、やがて同女が妊娠するに至った。このため夫婦間の感情は次第に疎隔し、Yは昭和二年三・四月以来XにAとの関係を絶つことを要求したが、Xがこれを拒絶したので口論となり、元来嫉妬心強く感情が激するままに行動する性癖のあるYは、Xに暴言をはいたり、ほうきでたゝ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。Xは、同年四月中旬Yとの同居をきらって家出してAと同棲し、Yとの夫婦関係を解消する意思を表明したので、Yは同年五月、実家に帰り、爾来別居も続けられ、一方同年六月には、XA間に男子が出生したため、XはYに対し、離婚を請求した。

〔判決理由〕

「……婚姻関係を継続し難いのは、X（夫）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の意思如何にかかることであって、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』といふことは出来ない。（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爲めであるから、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ことが出来る）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、その為の最早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。道徳を守り、不道義を許さないことが法の最重要な職分である。……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、得手勝手の請求を許すものではない……。」

② 昭和二十九年一月五日最高裁判所第二小法廷判決（昭和二十八年（オ）第一一六号・離婚請求事件）最高裁判集八卷一一号二〇二三頁

上告人（控訴人・原告）X男は被上告人（被控訴人・被告）Y女と昭和十四年一月一八日挙式の上、事実上の夫婦として同棲し昭和十五年八月二七日婚姻の届出をなし同年九月一日に長女を儲けたが、Xは同年一〇月に召集により出征した。そこでYは長女を連れて実家に戻り昭和二〇年一月頃、Xの復員後もY家実家にてXYは同居した。Xは、その後四ヶ月にして婚姻を継続するにたえないとして同家を立出で別居した。この間、Y及び長女は同居の審判を求め昭和二三年一二月、XにY等と同居すべき旨の審判がなされたのであるが之に従わず、そこでY及び長女は、扶養料並びに教育費請求の調停を申立、成立。Xは、昭和二十八年六月分までの支払をなしてきた。これよりさき昭和二十六年一月頃、Xは訴外A女と関係を結び爾来同棲が続いている。なお第二審の確定した事実によれば、XYは「婚姻当時夫婦仲は円満であってYは掃除、洗濯その他日常の家事につき主婦としての務についても取立てていう程のこともなくいわば平凡な主婦であったこと」が認められ、且Xと「別居して以来長女とともに実母の家に同居し……手内職をして、Xよりの送金と実母の援助により長女を中学校に通わせ、Xを信じて貞節を守り、Xが翻意して訴外A女と離れY及び長女とともに暮すことを熱望し」ひたすらXの復帰を期待していたのであるが、昭和二十八年、Xは、民法第七七〇条第一項第五号に該当するとして、Yに対し離婚を請求した。

〔判決理由〕

「上告人は昭和二二年三月頃被上告人を嫌ってそのもとを立去り、爾後引き続き別居して同居を肯せず、その間昭和二六年一月頃にはA女と事実上の婚姻をなし、現にこれと同棲しているものであり、一方被上告人には、多少の欠陥はあっても取り立てていう程のものではなく、同人はひたすら上告人の復帰を期待して貞節を守っているというのであるから、仮に所論の如く本件当事者間の婚姻関係の継続が事実上困難になっているとしても、そのようなことになつたのは、もっぱら上告人の行為に起因しているといわなければならぬ。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。」

③ 昭和二九年一月一日最高裁判所第三小法廷判決（昭和二七年（オ）第一九六号・離婚請求事件）最高裁判集

八卷一二号二一四三頁

〔事実〕

上告人（控訴人・原告）X男は、被上告人（被控訴人・被告）Y女と昭和四年四月二二日に法律上の婚姻届出をし、翌五年三月一三日に長男をもうけたが、それ以来XY夫婦は折合が悪く、ついにXはYと婚姻を継続するにたえなくなり、同九年一月二二日にYと同棲していたXの実家を出奔し、それ以来一二年間ただの一回もYのもとへ帰来せず、またYから帰宅を求められたこともないままに、訴外A女と同棲し訴外B男を養子に迎えて別居し、その間XはAと共稼ぎをしつつあらゆる辛酸をなめながら、裸一貫から現在巨万の富をえて親子三人が平和な家庭生活を営んでいる。この事情はYとの婚姻を継続し難い重大な事由に当るので、Xからたびたび離婚の調停を申し立てたが、Y

はその都度ただ感情のみにとらわれてこれに応じなかったためにその成立をみるに至らなかった。そこで、Xは、前記の事由を理由としてYとの離婚を請求した。

〔判決理由〕

「上告人は何等相当な事情もないのに拘らず、他に情婦を持ち妻たる被上告人を遺棄して情婦と同棲し、これにより夫婦生活の破綻を生じたのであって、右破綻は一つに上告人の右背徳行為に基因するものである。……何人も自己の背徳行為により勝手に夫婦生活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がなか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德観念の到底許されないところであって、かかる請求を許容することは法の認めない処と解せざるを得ない」⁵²⁾

以上のように、最高裁判所は、一貫して、有責配偶者からの離婚請求を排斥してきており、更にこれに続く昭和三八年六月七日の最高裁判所第二小法廷の判決（家裁月報一五卷八号五五頁）⁵³⁾も、「婚姻関係が破綻した場合においても、その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しえないと解するのを相当とする」と判示し、前記最高裁判所の判例の傾向を定着させた。この傾向をうけ、下級審も、若干の判決を除き、有責配偶者からの離婚請求を否定してきている。

〔注〕

(46) その他積極的破綻主義を採る州としては、オレゴン州、アイオワ州、カリフォルニア州、フロリダ州等が挙げられるが、このうち、カリフォルニア州は、離婚原因として、「不治の婚姻破綻を引き起こした和解し難い不和」(Civ. Code § 4506 (1))と「不治の精神病」(Civ. Code § 4506 (2))とを掲げ、更に「開示訴訟手続(discovery proceeding)を含む法律上の別居もしくは解消に関するなんらかの訴答(pleading)あるいは訴訟手続において、特定の非行行為(acts of misconduct)を証拠

に入れることは、子の監護が争いとなる場合やそのようなものが、その争いに関連する場合を除いて、不適当なことであり、かつ承認し難いものである」(Civ. Code § 4509)と規定している。(L. RYDER MASON, CALIFORNIA FAMILY LAW HANDBOOK, 1980, PP. 64-65.) が、これに対して、カリフォルニア州は、婚姻終了の決定に際し、なお、過失証拠(fault evidence)を一貫して許容しており、争いのないケースにおける自動的な離婚という概念を拒絶しているとの指摘があり、また、フロリダ州離婚法に対しても同様の指摘がある。Perkins, op. cit., pp. 887~898.

(47) 民法改正に関する国会関係資料一四三〜一四四頁。大島(多)委員の質問に答え、奥野政府委員は、「今度は列挙主義をやめまして、例示的に一号から四号まで掲げておりますが、それは結婚を継続しがたい重大な原因の一つの例であるということ掲げておるのであります。」と明言しております。

(48) 山木戸克己「離婚原因の対比と離婚訴訟」民事訴訟理論の基礎的研究一三八頁以下、岩垂肇・身分法の研究一三三〜一四頁。第七七〇条第二項は、婚姻が破綻していない場合、すなわち、婚姻の継続可能な場合にのみ適用されるものであり、婚姻が完全に破綻している場合には、当然のこととして適用がない。我妻栄|| 唄孝一・判例コンメンタール親族法一六八頁。

(50) 同旨、長野地判昭和三四年一月二七日判例タイムズ一一五号九九頁。太田「家族法研究」一三六頁。例えば、ドイツの一九三八年および一九四六年婚姻法の異議権(註(12))あるいは「この婚姻の破綻が主として一方の配偶者の過失による場合は、他方の配偶者のみ、離婚することができる」とするスイス民法第一四二条第二項のような規定は、わが民法には存在しない。

(51) ここでは、離婚請求配偶者が、婚姻破綻につき有責、他方配偶者が無責である場合に限定させていた。

(52) 福島教授は、社会的な信義則から、本判決の結論には、一応、賛意を表しておられるが、「『……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と考えて……』という理由や、『……自己の背徳行為により勝手に夫婦生活破綻の原因をつくりながらそのみを理由として、相手方がなお夫婦関係の継続を望むに拘らず……かかる請求を許容することは法の認めない処と解せざるを得ない』という解釈には、ただちに承服しかねる。けだし、前者は、あくまで道徳論であって法理論とはいえないし、後者も民法七七〇条一項五号の相対性そのものから当然に容認される解釈ではないから、である。……」として、その理由を批判しておられる。福島四郎「民法第七七〇条第一項第五号の法意」民商法雑誌三二巻五号六三九頁。

(53) 性格不一致と愛情喪失を理由として、有責である夫の離婚請求を認容した原判決（大阪高判昭和三四年一〇月三十一日判例時報二一五号二五頁）を、夫の側に主たる責任があるか否かなどにつき審理不尽ありとして、破棄差戻したものの。

(54) 前掲長野地判昭和三四年一月二七日九六頁——被告である妻は「ただ憎悪と意地によって離婚を拒んでるにすぎない」ということが認められる事例。大阪地判昭和三八年六月二日判例タイムズ一五五号九九頁——「被告（夫）は……行動から推しても、原告（妻）に反省を促し、原告との正常な結婚生活を持続したいという希望はみとめられず、むしろ裏切った原告に対する報復感情が強く感ぜられる」ということが認められる事例。ただし、両判決とも、離婚後における被告の生活保障につき懸念すべき事情が存在しないことを背景として、主たる有責配偶者からの離婚請求を認容するものであり、また、すでに定着した判例に従いつつ、この判例法理の具体的妥当な適用を図ろうとするものであるとの評価がなされている。岩垂・前掲一二一頁。山皇正男「有責配偶者の離婚請求」演習民法（親族・相続）一二五頁。

(55) 神戸地判昭和二六年四月三〇日下級民集二卷四号一二九頁、東京地判昭和三五年五月三十一日判例時報二三〇号二二頁、東京高判昭和四八年一月二七日判例時報七三五号六二頁等。

(2) 学 説

多数説たる消極的破綻主義を支持する学説が採る論拠を大別すると以下のように分類しうるもの考えられる。すなわち、

① 婚姻道徳ないし離婚の倫理性を論拠とする説

「みずから婚姻を破綻させ、それを理由に離婚を請求しうるとなすことは、夫からの追い出し離婚を認める結果となり易いことは明らかである。そして、かような現実を支えられながら、国民の倫理観念がそれを反発することも無視することはできない。一般的破綻主義は、現実を無視し、倫理観念に抗してまでも強制されるべきものではない」とされるもの⁽⁵⁶⁾。

② 権利濫用ないし信義則の適用を論拠とする説

「自ら招ける婚姻関係の破綻を理由とする有責配偶者からの離婚請求は、吾人の社会的倫理観ないし公序良俗に反し、平和な家庭生活の安定ないし保持をさまたげる限り、それは信義誠実の原則に反する離婚権の行使として、権利濫用の法理により許容さるべきではない」とされるもの。⁸⁷⁾

③ 離婚婦の生活保障ないし女性の保護を論拠とする説

「破綻主義をここまで素朴に押進めてしまったのでは、そもそも婚姻法というものの存在理由が失われてしまうという事にもなる。婚姻は単なる愛情共同体であるばかりでなく、また一つの生活共同体であるのであり、生活の支柱となる経済活動は主として夫の分担するところであるから、一旦婚姻生活に入った以上、法は極力夫婦の生活安定に努め、特に経済力の弱い妻の生活保障に全力を尽すのである。人々の生活が直接に国から保障されるような完全に共産主義的な社会なら離婚の制限も要らないが、われわれの社会ではそうはいかない。離婚における制限とか財産分与とか配偶者相続権とか、さらに夫婦間の扶養義務などもすべて生活共同体を結成した者の生活保障を核心としているといってよい。この意味で破綻主義離婚法でも、破綻の有責配偶者が自分で作った破綻を主張して離婚を求めることは許されないことになる。自分の有責行為によって相手方の生活を脅やかすことにもなるからである。」とされるもの。⁸⁸⁾

④ 解釈に根拠を求める説

「新法の裁判離婚は、いってみれば、有責主義を含んでそれを超えた半ば破綻主義的なものに至っているのである。旧法においてわずかに施された破綻主義的色彩を濃厚ならしめたものといつてよいが、さればとて語の厳密な意味においては破綻主義ないし目的主義そのものを採るものでないことを看過できないのである。……だから、かよう

な者の裁判離婚が容認されるためには、自己の不貞行為に基因して生起することあるべき相手方の反応が、度を越えた別箇の婚姻関係継続困難事由に高められた場合でなければならぬ。かくして、一方において有責配偶者は裁判離婚を求め得ないとともに、他方において有責配偶者もまた、事態発展によっては、裁判離婚を求め得るといふのが新法の正しい理解としなければならぬであろう。」とされるもの⁵⁹とにである。

以上が、多数説たる有責配偶者からの離婚請求を認めないとする説の根拠とするところである。このように、判例は、消極的破綻主義を採る根拠を、もっぱら、「道義的要請」に求めており、また、消極的破綻主義を支持する学説も、それぞれ、「婚姻道徳ないし離婚の倫理性」、「権利濫用ないし信義則の適用」、「離婚婦の生活保障ないし女性の保護」や「解釈論的な見地」等に、その根拠を求めておられるようであるが、その理解の根底には、判例同様、あくまでも、「道義的要請」なるものが存在しているようである。それでは、「道義的要請」のみをもって、有責配偶者からの離婚請求を拒否する根拠となしうるであろうか。

このような判例および多数説に対しては、積極的破綻主義を支持する立場からの有力な批判が存在する。

(56) 我妻・親族法一七六頁。同旨、谷口知平「愛情消失・長期同棲廃止と離婚」民商法雑誌二八巻五号一三頁、柚木馨「有責配偶者からの離婚請求」判例演習・親族法六五頁。

(57) 大田・註(3)論文二四八頁。同旨、千種達夫「抽象的離婚原因」判例時報二五八号五頁、中川(善)「島津」離婚原因」総合判例研究叢書民法(3)二九頁。なお、衡平の原則ないしクリーン・ハンドの原則に根拠を求められる田中実教授の説(田中・親族法相統法六八頁)も、この範疇に属するものと思われる。

(58) 中川(善)「有責配偶者と破綻主義」法学セミナー一号三七頁。同旨、福地陽子「有責配偶者の離婚請求」民商法雑誌三三巻四号一五七〜一五八頁、赤崎ハツヨ「有責配偶者の離婚請求と『婚姻を継続し難い重大な事由』」民商法雑誌三三巻四号七

ただし、積極的破綻主義に立つ限りは、有責・無責の概念は問題とならない。つまり、離婚を招来せしめたことに對する責任は問題となりえないため、高梨教授が主張されるような損害賠償あるいは制裁的意味をもつ財産分与による婚姻破綻を招来せしめた有責者への追求はなしえないということになる。⁽⁶¹⁾

② 中川（淳）教授からの批判

中川（淳）教授は、「破綻主義を貫く以上、それは婚姻関係の破綻した事実を率直に破綻したものと認め、そのなかに個人の尊厳・両性の平等がよりよく実現されるように配慮すべきである。と思う。ひとたび完全に客観的に破綻してしまつた婚姻関係は、『覆水盆にかえらず』ということわざのごとく、棄却の判決がなされたとしても、破綻は回復せず、当事者の疎隔の深さがますます増大していくであろうということを十分に考えなければならぬ。破綻した婚姻関係から当事者を解放することが、当事者を人間として尊重するゆえんである。婚姻の道徳性・倫理性は、婚姻関係の破綻にいたるまでは、回復のために働くものであり、破綻した後は、不幸な破綻した婚姻関係から当事者を解放することである。人間性を尊重する建前をとるかぎり、客観的にみて不幸な婚姻関係に苦悩する当事者を婚姻関係という枷に他律的にはめこんでおくことはできない。このような積極的破綻主義の立場は、婚姻関係の破綻の認定にたいする慎重性と相手方⁽⁶²⁾被害配偶者の保護にたいする配慮が要求される」としておられる。

これらの積極的破綻主義支持説は、諸外国における積極的破綻主義立法の制定とも相まって、近時においては、有力説となりつつあるといえる。

ところで、婚姻は、本来、永続的結合を目的として締結されねばならないものである。したがって、この婚姻の本質からするならば、離婚は正常でない、いわば病理的現象であるということもできる。⁽⁶³⁾ それでは、離婚はどのようにして根拠づけられるであろうか。

婚姻というものが、あらゆる人間協同体の核心をなすものであり、それゆえ、それは、国家の重要な構成単位を形作るものであることから、国家が、婚姻の存立に対して重大な関心を持ち、また、それについて重要な利益を有するということは、明らかである。すなわち、国家は、婚姻（＝家庭生活）に対し、積極的な保護を与えるという義務を負うことになるのであるが、しかし、このことは、逆に、婚姻が破綻し、したがって、国家の一構成単位としての機能を失い、形骸化してしまった場合についても、国家は、重大な関心を寄せなければならないということをも示している。婚姻生活共同体としての機能を失えば、国家的保護の対象となりえず、さらに、破綻した婚姻生活共同体の継続を承認することは、離婚請求が、たとえ有責者からなされたものであったとしても、国家利益に反することとなるということは疑いを入れないところといえよう。⁽⁶⁶⁾ 国家は、機能ある婚姻関係にのみ利益を有するからである。⁽⁶⁷⁾ 前記積極的破綻主義支持説の中で述べられている私的利益という面の他、この意味からも離婚は肯定されることとなる。

結局のところ、その根拠を、もっぱら、「道義的要請」に求められる判例および多数説の見解は、有責配偶者からの離婚請求を排斥するという明文規定を欠くわが民法のもとでは、理論的根拠に乏しいものといえ、したがって、第七七〇条第一項は、婚姻が破綻しているか否かということ離婚許可の基準とする積極的破綻主義を採用したものであると解すべきものと考える。ただ、積極的破綻主義を採った場合には、多数説が指摘しておられるように、被離婚配偶者の保護（とりわけ、経済的弱者たる無責配偶者——たいいていの場合妻——の保護）に関する問題が生じてくる。積極的破綻主義に立つ限り、当然のこととして、慰謝料的要素は排除される。また、わが民法は、被離婚配偶者の離婚後の財産問題については、第七六八条に一条条設けるのみである。

以下、積極的破綻主義を採用した場合、第七六八条の離婚による財産分与に関する規定は、いわゆる生活困窮者を

救済しうるかどうかにつき検討する。

(60) 高梨公之「日本婚姻法論」二五〇頁。なお、最高裁(前掲昭和二七年二月一九日)においても、「損害賠償は別問題である」ということとして、離婚の請求は認めようかという議論もあった」ようである。最高裁判所事務総局編・民法の改正等に関する裁判官会同要録(一)七三頁。

(61) 鍛冶教授も、この点を指摘しておられる。鍛冶良堅「積極的破綻主義と消極的破綻主義」婚姻法の研究下二八五頁。

(62) 中川淳「婚姻破綻後他の女性と同棲する夫の離婚請求」判例家族法七五〜七六頁。

(63) 積極的破綻主義を支持するものとしては、大川(門坂)「破綻主義と有責配偶者の離婚請求」阪大法学五号七六〜一〇四頁。高橋忠次郎「有責配偶者からの離婚請求」現代家族法体系2婚姻・離婚二〇一頁以下、岩垂・前掲一二五頁以下、宮井・「有責配偶者の離婚請求」総合法学七巻三号四二五頁などが挙げられる。

(64) 青山道夫・家族法論一―一七頁、我妻・前掲一二〇頁。

(65) ドイツ連邦共和国基本法第六条第一項は、「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護をうける」と規定し、このことを明言しており、また、わが憲法も、直接的には規定していないが、憲法二四条は、これを内包するものとされる。清水伸編著・逐条日本国憲法審議録第二巻四八八頁。

(66) 福島「現行婚姻法の反省的分析」法と権利二二五頁。中川(淳)「有責配偶者の離婚請求をめぐる一考察」私法学論集下巻六〇〇頁。

(67) 福島教授は、子の育成にその根拠を求めておられる。福島・前掲二五頁。

(二) 財産分与の性質

積極的破綻主義を採用した国、とりわけ、西ドイツおよびウィスコンシン州⁽⁶⁸⁾は、経済的弱者たる一方配偶者(たいていは妻)を保護するために、離婚後の生活保障に関する規定を整備し、かつ種々の詳細な規定を設けることにより、積極的破綻主義を貫徹するに至った。このように、積極的破綻主義の採用と被離婚者の生活保障という問題とは

密接不可分の関係にあるものといえるが、この点につき、わが民法は、前述したように、離婚原因については、積極的破綻主義を採用したものであると解しうるにもかかわらず、被離婚配偶者の離婚後の財産問題に関しては、その第七六八条に「離婚による財産分与」の規定を一カ条設けるのみであり、また、離婚婦のための社会保障制度なるものも完備されてはおらず、したがって、被離婚配偶者の保護につき配慮をなしているとは言い難いものといえる。そして、この点が、判例および多数説の積極的破綻主義へと踏み切れないところの理由でもあるといえるであろう。この問題に関しては、今後の立法を待つしかないと思われるが、それでは、今、この一カ条に西ドイツあるいはウィスコンシン州法的な解釈を持ち込むことは不可能であろうか。

わが民法第七六八条に規定される「財産分与」の性質に関しては、周知のように、夫婦財産の実質的清算であるとす説、離婚後の生活無能力者に対する扶養であるとする説、その両者を内容とするものであるとする説、さらに、その両者のほかに慰謝料的なものをも含むとする説などが存在している。以下、各説を概観する。

(1) 夫婦財産の実質的清算とする説

婚姻共同生活中に蓄積された夫婦財産を、離婚にさいして、婚姻共有財産制の思想にもとづき、その実質に即して清算しようとするもの、すなわち、潜在的持分の取戻しであるとする説である。この説は、わが国においては、実質的には、夫婦の協力によって得た財産であったとしても、形式的には、夫名義で取得・蓄積されるという点に着眼し、離婚にさいして、このように、形式と実質とが食い違ひ夫婦の財産関係を、清算、すなわち、潜在的持分の顕在化によって、実質に合致するように再分割することが、衡平の觀念に合し、また、そのことは、民法第七六八条の「配偶者の協力によって得た財産」という表現からも明らかであるとされるものである。

なお、ここにいう清算の対象となる夫婦財産は、婚姻後、離婚に至るまでの間に、夫婦の協力によって取得・蓄積

された財産を指すが、婚姻中に財産の増加がなかった場合でも、相手方の特有財産の維持・保存に対する協力や営業への従事あるいはそれに対する協力などのような事情がある場合には、これらの事情も斟酌するものとされている。⁽⁷⁹⁾ 判例および学説の大多数が承認するところの説である。

(2) 離婚後扶養とする説

この説は、離婚後、生活に困窮する一方配偶者（たいていは妻）のために、資力のある他方配偶者が、この者を扶養するというものである。そして、財産分与の中に離婚後扶養を包含せしめることの根拠については、

① かつて、夫婦であった者の一方が、離婚後、生活に困窮する場合には、他方の事情の許す範囲内で、その生活に援助を与えることは、道徳的に当然である。⁽⁷⁷⁾

② 財産分与を清算的性質のみによって理解するときには、配偶者の協力のない場合あるいは協力の少ない場合には、その配偶者が離婚後いかに困窮しても、財産分与が問題とならないことになり、實際上、不当である。⁽⁷⁸⁾

③ 大正一四年および昭和二年の改正要綱は、それぞれ、将来生計に窮する場合に扶養をなすことおよび相当の生計を維持するに足りべき財産分与を認むべきことを規定していたが、民法七六八条は、この改正要綱に由来するものであるから、財産分与に扶養的性質を認めることが至当である。⁽⁷⁹⁾ ということなどが、挙げられている。

この説に対しては、扶養的性質の根拠をどこに求めるのかという疑問、また、財産分与の中でこれにいかなる位置を与えるべきかという問題については、未だ解決がなされているとはいえないとの指摘もあり、かつ判例もこれを中核的根拠とするものは、ほとんど存しないといえるが、この要素的性質は、判例および学説の多くの承認するところである。⁽⁸¹⁾

(3) 夫婦財産の実質的清算と離婚後扶養の両者をその内容とする説

第七六八条の財産分与は、前記(1)(2)の性質を合わせもったものであるとする説で、今日の通説・判例⁽⁸²⁾であり、後述する包括説に対比して、限定説ともよばれる。なお、財産分与の性質を、(1)夫婦財産の実質的清算とする説、(2)離婚後扶養とする説というように、峻別はしたが、それらは、それぞれ、その要因を中核的根拠とし、かつそれを強調するにすぎないものであり、清算説は離婚後扶養説を、離婚後扶養説は清算説を絶対的に排斥するというものではないので、広い意味においては、前記(1)(2)説の立場にたつ学説も、そのほとんどは、本(3)説に含まれるものと解される。(4) 夫婦財産の実質的清算と離婚後扶養のほか慰籍料のなものを含むとする説

この説は、有責配偶者に対する制裁的性質を肯定するということをその前提とするもので、包括説ともよばれる。この説が主張される根拠としては、

① 婚姻は愛によって結ばれる結合であり、その結合は悟性的・打算的結合態ではなく、倫理的・情緒的・感情的結合体である。したがって、夫婦関係の解消問題を処理するに当たっても、純粹に理性的見地からのみこれを取り扱うことは事実上不可能であり、婚姻の本質に反した行動をした当事者に、離婚にさいして財産分与請求権を認めることを妥当としない感情の動きがある。

② 婚姻は、当事者間の私的事件であるのみでなく、同一の生活感情と倫理のうえに成りたつ国民的生活の一部であるから、現代においても、離婚給付は、過失ある配偶者に対する社会的・法律的制裁である⁽⁸³⁾。ということなどが挙げられている。

しかし、この損害賠償的性質を財産分与の一要因と考える説は、

① 離婚給付は、ふるくは制裁的性質・損害賠償的性質を有しており、それが犯罪と不法行為、刑罰と損害賠償との分化の過程およびそれぞれの性格の認識と並行して、離婚給付が次第に純化され、制裁的性質・損害賠償的性質

質を脱皮していった過程を重視すべきであり、また、ふるく不法行為の規定が個別的・列挙的であり、これによって離婚による被害を救済することができなかつたときには、離婚による損害賠償が離婚給付のなかに含ましめられる根拠となりえたかもしれないが、不法行為の規定そのものが一般的・抽象的になり、離婚による被害もそれによって救済されることになっているときは、それは不法行為の規定にしたがって処理されるべきである。⁽⁸⁷⁾

② 損害賠償請求の時効期間は、三年である⁽⁸⁸⁾(七二四条)のに対し、財産分与の請求は、二年の除斥期間に服する⁽⁸⁹⁾(七六八条二項)。

③ 損害賠償の請求は普通の裁判所に対してなされるが、財産分与の請求は審判事項として家庭裁判所に対してなされる(家事審判法九条一項乙類五号)。

④ 離婚の請求と併合して損害賠償の請求がなされたときは(人事訴訟手続法七条二項)、申立があれば同時に財産分与を命じうるが(人事訴訟手続法一五条一項)、この申立がなく財産分与の請求が家庭裁判所に対してなされたときには、併合審理の方法がない。⁽⁹⁰⁾

ということなどを理由として、多くの学者によって消極的に解されてきている。⁽⁸⁸⁾

これらの諸説のほかに、生前相続説なるものも存在するが、この説は、夫婦共同生活関係が、当事者の意思によらずして終了する婚姻の死亡解消と夫婦共同生活関係が、当事者双方あるいは少なくとも当事者の一方の意思に基いて終了する離婚による婚姻の解消とを同一に論ずるものであるということから、現在、この説を支持する学説は、まったくなくといってよく、また、財産分与の本質が、生前相続であると判示した判例も見当らない。⁽⁹⁰⁾

[注]

(68) 法定財産制としては、従来どおり剰余共同制をとり、財産共通制 (Gütergemeinschaft) の離婚後の清算に関する民法一四七八条の規定を改正し、離婚後扶養に関する一連の規定 (一五六九条〜一五八六条^b) を設け、さらに、経済的社会的弱者たる一方配偶者 (たいていは妻) を保護するために、年金の均分調整 (Versorgungsanpassung) に関する一連の規定 (一五八七〜一五八七条^p) を新設した。ただし、年金の均分調整は、夫婦財産契約により、排除することが可能とされている (一四〇八条二項一段)。Schwab, a. a. O., S. 168.

(69) 註43、44。

(70) 中川 (善) ・註58評釈三七頁。また、鍛冶教授は、「……この身分的拘束力に関する価値評価は、前述のように社会的弱者の生存にとって婚姻がどれだけの意味をもっているかということと密接に関連している。ただ注意したいことは、これはあくまで婚姻に関する価値観に属する問題であって、離婚後の保障が十分であれば離婚を認め、不十分であれば離婚を認めないといったように解釈論的に短絡させるべきすじあいのものではないが、離婚後の保障が制度的にどの程度とどのつっているかということは、制度論としてはもちろん、解釈論としても消極的破綻主義を選ぶかそれとも積極的破綻主義を選ぶかの選択にあたっての重要なファクターとなることは否定できない。」としておられる。鍛冶・前掲二八四頁。

(71) 小池隆一「離婚による財産分与請求権について」私法學論集上巻三八頁、柚木・親族法一四八〜一四九頁、我妻II立石芳枝・親族相続法一三七頁など。

(72) 青山・前掲一三四頁、外岡茂十郎・親族法一八三頁など。

(73) 板木郁郎「離婚の際の財産分与の性質について」立命館法学四・五合併号八七頁。佐々木宏「財産分与制度の性格」家庭裁判月報八巻一号三〇〜三二頁、中川 (淳) 「財産分与制度の性質」家族法体系II離婚五〇頁など。なお、財産分与 (清算と扶養を中心とする) と離婚による損害賠償とは全然別物であるが、その数額の決定に際しては、損害賠償的な要素その他も考慮されるべきであるものとしては、中川 (善) ・親族法上巻二八〇〜二八一頁、末川博・新版民法 (下ノ一) 一一六〜一一七頁、有泉亨・親族法相続法五八頁、永田菊四郎・新民法要義 (第四巻) 親族法一二五頁、市川四郎「財産分与請求」総合判例研究叢書民法 (3) 九七頁、一〇二頁などがある。

(74) 我妻・註56書一五四頁、家崎宏「財産分与について」中京商學論叢八巻一号五八頁、千種達夫「離婚による慰謝料と財産分

与(一)「法律時報二三卷一号一五頁、谷口・親族法九六頁、宮崎孝治郎・新婚姻法一九二〜一九三頁など。

(75) 富山家審昭和四六年一〇月一三日家裁月報二五卷一号六〇頁、新潟家審昭和四二年二月二六日家裁月報二〇卷八号七二頁、福岡高宮崎支決昭和二八年一月二日家裁月報五卷二号八四頁など。

(76) 例えば、福岡高裁は、「民法第七六八条の立法趣旨を考へて見ると、婚姻継続中は夫婦は一体を為して社会的に活動するのであって、夫婦の一方が婚姻中に自己の名で得た財産も直接間接に配偶者の協力があって初めて取得せられ維持せられたものであるから、配偶者は其の取得又は減少防止に協力した点に於て其の財産につき一種の持分的権利を有するものというべきであるが、婚姻関係が円滑に継続している間は、此の持分を法律上の権利として其の財産を夫婦の共有とするものは実益もなく、適当でもないから、法は各財産を夫婦各自の特有財産たらしめると共に離婚……の場合には各人の財産に対する持分を表面化し、……財産分与請求権の形で……其持分の取戻を認めたものというべきである。」と判示している。福岡高決昭和二九年一月二九日家裁月報七卷一号三六頁。その他夫婦財産の清算を特に重視するものとしては、岐阜家審昭和三八年五月三一日家裁月報一五卷九号一九七頁、熊本家八代支審昭和三八年六月三日家裁月報一五卷九号二〇六頁、東京家審昭和四二年五月六日家裁月報一九卷一二号四七頁、富山家審昭和四〇年一〇月二二日家裁月報一八卷四号九六頁などがある。

(77) 田中「財産分与の一考察(二)」法学研究二八卷七号五五六頁。

(78) 中川(善)監修・註解親族法一二〇頁以下(島津一郎)。なお、東京地裁(昭和三八年五月二七日判例時報三四一号三二頁)は、同棲期間が短かく、その間夫婦の財産が妻の協力に基き特に殖えたとする事実が認められない場合に、扶養的性質を認められている。同旨、大阪地判昭和二九年四月二十八日下級民集五卷四号五五四頁。

(79) 中川(善)・親族法二九二頁。ただし、この点は、逆に、離婚後扶養説を否定する立場の根拠ともなっている。小池・前掲論文二九頁、板木・前掲論文七五頁など。

(80) 浦木寛雄教授は、この点につき、「法制審議会民法部会身分法小委員会の『仮決定及び留保事項』の第一七が、『第七六八条を改め、財産分与は、婚姻の解消による夫婦の財産関係の清算を目的とすることを明らかにすることについては意見が一致したが、離婚後の扶養及び慰謝料を如何にすべきかについてなお検討する』と留保したことにも、この辺の状況がよく示されている。」としておられる。民法講義7親族一五〇頁以下。

(81) 大阪地堺支判昭和三七年一〇月三〇日家裁月報一五卷四号六八頁——妻の精神病を理由とする離婚判決において、夫に対

し、妻が生活保護法による扶助を受けることができるまでの間、扶養の意味における財産分与として、入院費・医療費等に相当する額を支払うよう命じた事例がある。

(82) 最判昭和四十六年七月二三日民集二五卷五号八〇五頁(ただし、この判決は、中川(善)教授に代表されるいわゆる重疊的競合説をとるものである。註73)。名古屋高決昭和二十七年七月三日高裁民集五卷六号二六五頁など。

(83) 宮崎・前掲一九三頁。

(84) 佐々木・前掲二三頁以下、板木・前掲八三頁、六七頁手下。

(85) 前掲最判昭和四十六年七月二三日。

(86) 熊本家審昭和四十一年一月二七日家裁月報一九卷八号八四頁。

(87) 中川(淳)・註73論文四七頁、市川・前掲九七頁、小池・前掲三一〇三二頁。

(88) 最判昭和三十一年二月二一日民集一〇卷二号一二四頁も、「離婚の場合における慰藉料請求権は、相手方の有責不法な行為によって離婚するのを止むなきに至ったことにつき、相手方に対して損害賠償を請求することを目的とするものであるから、財産分与請求権とはその本質を異にする……」ことを明言している。この判決も、重疊的競合説にもとづくものといえる。最判昭和五三年二月二一日家裁月報三〇卷九号七四頁、前掲最判昭和四十六年七月二三日、大阪地判昭和二十九年一月七日下級民集五卷一十二号一九八一頁、東京地判昭和三十四年一月九日家裁月報一二卷三号一三四頁、長野地判昭和三十八年七月五日下級民集一四卷七号一三二九頁、大阪地判昭和四十八年一月三〇日判例時報七二二号八四頁など。なお、包括説にたつと思われる判例としては、大阪地判昭和三年七月五日法律新聞四〇八九号一三頁、新潟地判昭和三十一年三月一日不法行為下級民集一号三八六頁などがある。

(89) 中川(善)・註78書一一〇頁、一二二頁。

(90) 死亡の場合の相続権に対応するものとして財産分与を把握し、その意味では財産分与に生前相続色彩を与えているといえる判例があるが、これは、あくまでも、実質的共有財産に於ける持分の取戻しの意味をもつものであり、本来の相続とは異なるものといえる。福岡高決昭和二十九年一月二五日家裁月報七卷一号三六頁。

以上、概観したように、わが民法第七六八条に規定される財産分与の性質に関する学説は、前記の四つに大別する

ことができる。現在、学説では、これらの諸説のうち、離婚による損害賠償は不法行為の規定にしたがって処理されるべきであり、財産分与は、あくまでも、夫婦財産の実質的清算と離婚後扶養を中心として決定されるべきであるとする限定説⁹¹非重疊的競合説が通説となつていゝといえるが、これに対し、判例は、離婚婦の早期救済、紛争の一回的解決の要請から、あるいは現在の区々とした実務のもとで具体的妥当性を得るため、⁹²財産分与（清算、離婚後扶養を中心とする）と離婚による損害賠償とは全然別物であるが、その数額の決定に際しては、損害賠償的な要素その他も考慮されるべきであるとする限定説⁹³重疊的競合説を採つてきているものと考えられる。

ところで、これらの財産分与に関する諸学説は、あくまでも、消極的破綻主義を基礎として論じられているものである。第七七〇条第一項が、婚姻の破綻を唯一の要件とする積極的破綻主義に立つものであるということを前提とするならば、有責性云々の問題は生じないこととなるため、損害賠償的要素は、いかなる場合においても、考慮に入れられないこととなる。結局、被離婚配偶者が、離婚によりうけうるところのものは、夫婦財産の実質的清算と離婚後扶養を内容とする財産分与のことになるのであるが、このうちの離婚後扶養については、大多数の学説および判例が、財産分与の要素的性質として認めてきているとはいふものの、それを認める根拠は、必ずしも、明らかにされているとはいへない。そこで、夫婦財産の実質的清算と離婚後扶養をもって、経済的弱者たる一方配偶者を救済しうるか否かという問題を検討する前に、離婚後扶養の根拠について述べる。

[注]

(91) 財産分与に関する下級審、家庭裁判所の実務が、包括説によるものと限定説によるものとにわかれていゝことから。

(92) 前掲最判昭和三年二月一日にはじまる一連の最高裁判決は、財産分与の包括性を前提とし、慰謝料に限定して請求が認容された場合には、のちに他の理由によつてなされた財産分与請求を妨げないとする包括説⁹³重疊的選択説をとつたものと解す

る説も存在するが（淡路剛久「離婚による慰謝料と財産分与との関係」家族法判例百選（新版・増補）八三頁）、最高裁が、慰謝料請求権と財産分与請求権とは「その本質を異にする」あるいは「その性質を必ずしも同じくするものではない」と明言している点で、これらの判決は、限定説＝重疊的競合説を採っているものと解するのが妥当であろう。

（三）離婚後扶養の根拠

わが国においては、離婚後扶養に関する明文規定は存在しない⁽⁹⁸⁾。それゆえ、厳格な有責主義離婚法のもと、離婚後扶養の問題は、その出発点において、当事者の有責性の問題と密接な結びつきをもって論じられ⁽⁹⁴⁾、また、実務においても、それは、有責者に対する制裁的意味をもって認められてきた⁽⁹⁶⁾。しかし、無責主義の採用は、この意味での離婚後扶養を否定することとなった。ここにおいて、当事者の需要と給付能力に重点をおいた生活困窮者に対する離婚後扶養の根拠を考察する必要があることとなるわけである。この点につき、わが国の学説は、生活困窮者の最低生活を保証するという意味での離婚後扶養の観念を認めてきた⁽⁹⁷⁾。しかし、なぜ、離婚後においてまでも、一方配偶者が、他方の生活困窮配偶者に対して扶養義務を負うことになるのかという根拠については、必ずしも、明らかにしているとはいえない⁽⁹⁸⁾。それでは、その根拠をどこに求めればよいのであろうか。

西ドイツは、当事者の需要と給付能力に重点をおく離婚後扶養に関する詳細な明文規定を有しており⁽⁹⁹⁾、それを認める根拠を、婚姻援助義務の余後効（*Nachwirkung der ehelichen Beistandspflichten*）に求めている⁽¹⁰⁰⁾。婚姻は終生を目的として締結される（*BGB §1353 I.*）とする終生主義からの当然の帰結といえるであろう。日本においては、法律的にも、歴史的にも、キリスト教圏におけるような婚姻非解消という観念は存在しない⁽¹⁰¹⁾が、婚姻が終生的結合を目的として締結されるものであるということは、わが国においても万人の認めるところといえるであろう。一男と一女が、婚姻を締結するに至るということは、終生、互いに義務を負担し、かつ責任を負うということに約するに至った

ものと看做することができるのである。

思うに、人は、出生した時点においてなんらかの抽象的な扶養義務（それは、親に対するものである場合もあろうし、配偶者あるいは子に対する扶養義務である場合もあろう）を負うものと考えられる。そして、このうちの配偶者に対する扶養義務は、婚姻により顕在化し、一旦、顕在化した扶養義務は、婚姻が終生を目的として締結されるものであるということから、離婚によっては消滅しない。すなわち、これが消滅しうるのは、扶養をうける一方配偶者に自活能力が備わった時だけということになる。もちろん、扶養義務が生じうるのは、扶養をうける一方配偶者が、自活するに至るため真剣に努力してはいるが、なお生活に困窮する場合（この場合、婚姻中に享受したものと合理的に一致する生活水準を基準として考える）に限られ、例えば、放蕩などにより生活に困窮している者は、生活困窮者と看做されないということはいうまでもない。このようなことから、離婚後扶養は根拠づけられることとなるであろうし、また、民法第七六八条は、将来生計に窮する場合に扶養をなすことおよび相当の生計を維持するに足るべき財産分与を認むべきことを規定していた大正一四年および昭和二一年の改正要綱に由来するものであるということから、財産分与に扶養的性質を含ましめることは可能となるといえるであろう。

〔注〕

(93) 家崎・前掲四九頁参照。

(94) 富井政章旧法起草委員は、「……然ウ云ウ場合ニハ、元ト過チノアル者ノ方カラ養ハナケレバナラヌ……財産モナイ腕モナイト云フヤウナ場合ニハ、過失者カラ養ツテヤルトイフコトガ必要デアル」とし、離婚後扶養の発生を過失に結びつけておられた。民法議事速記録第四九卷一三三頁。

(95) 勝本教授は、離婚によって扶養期待権が侵害されるということから、離婚過失者に対する損害賠償として、扶養（原則とし

て一時金の支払)を根拠づけておられる。勝本正見「離婚による損害賠償」家族制度全集法律編Ⅱ二一三頁、二一五頁。

- (96) 大判明治四一年三月二六日民録三四〇頁、東京地判昭和八年六月一六日法律新聞三五七五号一七頁、長野地判昭和三五年三月九日下級民集二卷三号四九六頁など。

- (97) 佐々木・前掲二〇頁、坂木・前掲八六頁以下、青山・前掲一三四頁など。

- (98) 本文(2)①②が、根拠として挙げられているが、なぜ離婚後も一方配偶者に扶養義務が課せられるのかということについて、必ずしも、明らかにはしていない。なお、②の不公平の調整を目的として、扶養(一時金)を認める判例は、意外と多い。例えば、長野地判昭和三八年七月五日日下級民集一四卷七号一三二九頁、東京地判昭和三四年一月九日判例時報二二一号一八頁、福岡高判三六年二月二七日下級民集一二卷二号三八六頁、秋田地判昭和三六年一月二五日日下級民集一二卷一二号三一九四頁など。ただし、これらは、有責者に対する制裁の意味をもって認められたものと看做すことができる。

- (99) 註68。改正以前には、一方配偶者の過失が、離婚後扶養の要件とされていた(一九四六年婚姻法五八条)。

- (100) Joachim Gemhuber, Familienrecht, 1980, S. 283.

- (101) 現代に至るまで、男子専権離婚なる観念が支配的であった。中川(善)・註79書二五四頁以下。

五、結びにかえて

以上みてきたように、わが国離婚法は、積極的破綻主義を採用したものと解することができる。それゆえ、離婚に際しての財産分与には、慰謝料もしくは損害賠償的要素は、一切考慮に入れられないこととなる¹⁰²。それでは、夫婦財産の実質的清算、離婚後扶養をもって、被離婚配偶者の保護をなすことは可能であろうか。この点について、積極的破綻主義を採用した西ドイツ、ウィスコンシン州との比較が必要となる。

前述したように、西ドイツは、法定財産制として、剰余の均分化をはかるために、夫と妻の婚姻中増加した剰余(zugewinn)を比較し、その差額の二分の一を、より多く剰余を取得した一方配偶者から他方に譲渡するという剰余

共同制 (Zugewingemeinschaft) を採用し、離婚後扶養に関しては、過失を条件とせず、「離婚後みずから扶養することができない」ということを原則とする詳細な規定をおき、さらには、この離婚後扶養の不完全さを補うため、婚姻中、夫婦によって取得された年金および扶助に対する期待権を、離婚に際して、夫と妻に二分の一ずつ分割するという年金の差額均分調整 (Versorgungsausgleich) に関する一連の規定 (一五八七条、一五八七条 P) を新設した。⁽¹⁰⁸⁾これに対して、ウィスコンシン州は、離婚に際しての財産分割について、「相続財産を除く当事者のすべての財産は、均等に分割されるものとする」との推定から始め (第二四七章第二五五条に、財産分割に際して、考慮されるべき一二の要因を記載し、⁽¹⁰⁴⁾さらに、裁判所を助成するために、当事者による財産 (assets) の公開を、第二四七章第二七条に規定している。⁽¹⁰⁵⁾また、扶養料の支払に関しても、第二四七章第二六条に詳細な規定をおき、その判決の執行について、いくつかの手段を設定している。⁽¹⁰⁷⁾

問題は、これらの諸規定の内容を、第七六八条の解釈の中にもりこむことが可能であろうかということである。第七六八条第三項は、「その他一切の事情を考慮して、……分与の額及び方法を定める」とし、幅広い裁量権を裁判所に与えているものと解される。裁判所が、この規定にもとづき、財産分与 (夫婦財産の清算、離婚後扶養を内容とする) の決定に際して、西ドイツあるいはウィスコンシン州離婚法に規定される内容を、その決定の要因として、考慮に入れることは、なんらの障害もないであろう。⁽¹⁰⁸⁾この意味で、夫の恩給 (年金) を考慮に入れて財産分与を命じた東京地裁昭和三二年八月二四日の判決 (不法行為下民集昭和三二年上五九七頁) は、注目に値するものといえよう。勿論、この問題の明確な解決は、立法に待たねばならないことはいうまでもない。しかし、第七六八条が、非常に広範な解釈範囲をもち、⁽¹⁰⁹⁾それゆえ、裁判所に幅広い裁量権を与えるものであると解しうるなら、わが国においても、積極的破綻主義を貫徹することは可能ということになる。ただし、財産分与の具体的実現手段たる執行手続の整備、⁽¹¹⁰⁾ま

た、社会的側面からの被離婚配偶者の保護という問題の解決には、民法以外の諸分野の立法（社会保障法⁽¹¹⁾、労働法⁽¹²⁾など）が不可欠と思われるが、結論として、民法上は、有責配偶者からの離婚請求は、認容されて然るべきものと考えらる。

なお、有責配偶者からの離婚請求を認めることは、無制限に離婚を認めることになり、離婚率を上昇せしめるとの批判もあるが、西ドイツに関しては、一方配偶者に対するその過大な経済的負担のゆえに、離婚数は減少の傾向にある⁽¹³⁾ということである。離婚を、経済的負担により、抑制することには、婚姻の本質からして、やや抵抗はあるが、軽率な婚姻、あるいは離婚を阻止することに奉仕するという意味では評価できよう。

〔注〕

(102) 感情的には、なんらかの形で、有責者に対する判決を認めたいところであるが、それは、あくまでも感情論であり、法理論とはまったく関係のないところのものである。

(103) Schwab, a. a. O., S. 110, 148ff, 160ff. なお、年金の差額均分調整に関しては、本沢・前掲論文に詳しく紹介されている。

(104) 註43。

(105) 各当事者は、自己の財産や債務を標準方式で、詳細に記載することを要求され、この要求に一方当事者がしたがわなかった場合には、他方当事者の記載が正しいものであるとの承認をなしたものとみなされる。Parkins, op. cit., p. 888.

(106) 註44。

(107) Parkins, op. cit., pp. 895-896. 拙稿「一九七七年ウィスコンシン州改正家族法典」中京大学大学院生法学研究論集創刊号一五三〜一五四頁。

(108) 同旨、本沢・前掲一〇一頁以下。

(109) 奥野政府委員は、「……将来の収入を考えまして、年金等にたいして財産の分与をはかる。そういう方法による分与ということも、この中に含まれると考えております」としておられる。民法改正に関する国会関係資料・二七一頁。

(110) 家事審判法によれば、家庭裁判所は、審判は又調停で定められた義務の履行状況を調査し、必要があれば義務者に対してその義務の履行を勧告することができ(一五条の五、二五条の二)、この勧告に応じないで、審判又は調停で定められた金銭の支払その他財産上の給付義務の履行を怠った者がある場合において、相当と認めるときは、権利者の申立により、義務者に対し、相当の期限を定めてその義務の履行を命じることができ(一五条の六、二五条の二)、正当の理由なくして、その命令に従わないとき又、これを十万円以下の過料に処することができる(二八条一項)ものとされ、さらに、家庭裁判所は、審判で定められた金銭の支払を目的とする義務の履行について、義務者の申出があるときは、最高裁判所の定めるところにより、権利者のために金銭の寄託を受けることができる(一五条の七、二五条の二)ものとされているが、履行確保のためには、新たに、簡易な執行制度を家庭裁判所に設けることが必要といえるであろう。

(111) 例えば、離婚寡婦年金に関する法など。

(112) 西ドイツでは、再就職促進法として職業訓練法(Berufshilfsgesetz)・労働促進法(Arbeitsförderungsgesetz)・教育促進法(Ausbildungsförderungsgesetz)が制定されている。本沢「破綻主義の採用と離婚配偶者の生活保障」法学ジャーナル二四号一二頁。

(113) 宮井・結婚と離婚九三頁。