

有責配偶者の離婚請求における「相当の長期間の別居」

成 澤 寛

はじめに

一 六二年判決の概要

二 「相当の長期間の別居」に関する学説

三 裁判例の検討

四 裁判例における「相当の長期間の別居」の意義

おわりに

はじめに

本稿は、有責配偶者の離婚請求における「相当の長期間の別居」の要件に焦点をあて、これまでの議論を整理した上で、六二年判決以降の裁判例を分析し、裁判例における「相当の長期間の別居」の意義および内容について考察するものである。

有責配偶者からの離婚請求とは、不貞行為など、専らまたは主として婚姻の破綻の原因を作った一方の配偶者か

ら、相手方配偶者に対して裁判上なされる離婚請求である。裁判上の離婚につき、その離婚原因を規定する民法七七〇条は、一般に、婚姻が破綻した場合には離婚を認めるといふ破綻主義に立脚するものとされ、同条一項五号にいう「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」といふ離婚原因はその趣旨を示すものであると理解されている。そして、同号は、その文言上、破綻の原因が配偶者のいずれの行為にあつたのかを明示していない。そのため、有責配偶者であっても同号に基づく離婚請求が可能であると読むことが可能である。しかし、わが国では昭和二十七年の「踏んだり蹴ったり判決」（最判昭和二十七年二月一九日民集六卷二号一一〇頁）およびその後の一連の最高裁判決によりいわゆる消極的破綻主義が確立され、婚姻の破綻につき専らまたは主として責任のある配偶者が同号に基づいて離婚請求をすることは許されないとされた。これが有責配偶者からの離婚請求否定の法理である。

この有責配偶者からの離婚請求否定の法理は、当時の学説では一般的に受容されたが、離婚の増加に伴い、破綻した婚姻を法律により維持させることの無益さが主張されるようになり、婚姻の破綻が決定的である場合には、離婚を請求する配偶者の有責・無責を問わず、離婚を認めるべきであるとする積極的破綻主義の考え方が次第に強くなっていった。しかし、判例上確立した有責配偶者からの離婚請求否定の法理は、双方が有責の場合や婚姻破綻後の有責行為などの若干の例外を認めつつもなかなか変更されず、昭和六二年九月二日の大法廷判決（最大判昭和六二年九月二日民集四一卷六号一四二三頁。以下、「六二年判決」という。）まで約三五年にわたり維持されることとなった。

六二年判決は、有責配偶者からの請求であるという一事をもって離婚が許されないとはいえないとして、従来の消極的破綻主義を変更する一方で、離婚請求は信義誠実の原則に従ったものでなければならないとし、その要件と

して①同居期間や当事者双方の年齢と対比して別居期間が相当の長期間に及んでいること、②未成熟子がいないこと、③相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる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ことという、いわゆる三要件を示した。以降の裁判例では、同判決によって示された判断基準を前提として有責配偶者からの離婚請求に関する裁判例が蓄積され、六二年判決において必ずしも明らかでなかった三要件の明確化がなされてきた。それらの裁判例から、別居期間や未成熟子の有無に関する緩和傾向が指摘され、精神的・経済的・社会的苛酷をもたらし特段の事情についてもその判断要素が分析されてきた。^②こうした潮流は、やがて立法作業にも影響し、平成八年二月には、「夫婦が五年以上継続して婚姻の本旨に反する別居をしているとき」を新たに離婚原因とする民法改正法律案要綱が答申されるに至ったが、いまだ立法化されていない。

しかし、そもそも六二年判決は、それ自体曖昧な部分を含んでおり、同判決を消極的破綻主義の一部緩和と読むか、積極的破綻主義への転換と読むかということについても議論があり、三要件についてもその意義や内容に不明確な部分があることがつとに指摘されてきた。とりわけ「相当の長期間の別居」については、その重要性が指摘されるものの、それが何を評価するための要件であるのか、また、何年間の別居が「相当の長期間」として評価されるのか、なぜ同居期間や年齢との対比が要求されるのかということは必ずしも明確となっていない^③。その結果、ある裁判例では六年程度の別居が相当の長期間と判断される一方で、別の裁判例では別居期間が一〇年を超えても相当の長期間とはいえないとされるなど、裁判所の判断にはばらつきが見られ、裁判の行方を予測することを困難にしている。

たしかに、民法改正法律案要綱が公表され、別居期間について五年という一応の標準が示されているが、立法化に至っていない以上、裁判所は現在の判例理論に基づき判断せざるを得ないのであり、あまりにも法的安定性を欠く状態を放置することは望ましくない。また、現在の裁判例が採用する判断基準やその方向性は、仮に改正法律案要綱のような法改正が成立した後においても、裁判所の運用に相当程度の影響を与える可能性もあるであろうし、また、同要綱後の状況をふまえた新たな立法を検討のための素材となる可能性もある。そうだとすれば、現在における同要件の意義やその判断要素を確認し、検討することにも一定の意義があると思われる。

一 六二年判決の概要

(一) 事案の概要

六二年判決の事案は次の通りである。

X(男)とY(女)は、昭和一二年に婚姻し、当初は平穏な婚姻関係を続けていたが、子がなかったため昭和三年にA女の子を養子とした。昭和四年ころにXとAとの間の不貞行為が発覚したため不和となり、同年八月にXとAが同棲するようになって以来、控訴審判決まで三六年にわたり別居状態にある。なお、昭和二九年にXはAとの間の子を認知している。YはXと別居後、生活に困ったため昭和二五年にX名義の建物を売却しその代金を生活費に充てたことがあったが、そのほかはXから生活費などは受け取っていない。Yは実兄の家の一室を借りて住

み、昭和五三年ころまで働きに出ていたが、現在は無職で資産を持っていない。これに対し、Xは会社の代表取締役であり、経済的には極めて安定している。昭和二六ころ、XはYに対し離婚を求める訴えを起こしたが、Xは有責配偶者に当たるとして請求が棄却された。Xは、昭和五八ころYを突然訪ね、離婚などへの同意を求めたが、Yに拒絶されたため離婚調停を申し立てたが不調に終わったため、本件離婚の訴えを提起した。第一審および控訴審は、Xが有責配偶者であることを理由に離婚請求を棄却した。

(二) 判旨

Xからの上告に対し、最高裁の多数意見は概要次のように判示して、原判決を破棄した上、特段の事情につき審理を尽くさせるため、原審に事件を差し戻した。

まず、民法七七〇条一項五号につき、同条の立法経緯および規定の文言からみて、①「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」とした。

②しかし、他方で、「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鎖することとなり、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

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」と判示して、有責配偶者からの離婚請求については裁判離婚制度からくる制約があることを指摘した。

③ 最高裁は次に婚姻の本質について考察し、「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」と述べる一方で、「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つてはならないことは当然であつて、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」とし、社会的・法的秩序としての婚姻については、それを解消する場合には、信義則に適合するものでなければならぬとした。

④ そして、有責配偶者の離婚請求が信義則の原則に照らして許されるものであるかどうかの判断における考慮事項について、「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ない、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つて変容し、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」と述べ、その内容を明らかにした。

⑤その上で、「そうであつてみれば、有責配偶者からされた離婚請求であつても、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つ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」として、相当長期間の別居、未成熟子の不存在、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という、有責配偶者の離婚請求が認められるためのいわゆる三要件を提示した。

六二年判決は、以上のように述べた上、本件においては、別居期間は、三六年に及んでおり、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、夫婦の間には未成熟の子がいないのであるから、特段の事情のない限り、これを容認すべきであるとし、特段の事情の有無等について審理を尽くさせるため、事件を原審に差し戻した。

(三) 六二年判決に対する評価

六二年判決については、有責配偶者の離婚請求は原則として認められないとする従来の厳格な消極的破綻主義を変更したことは明らかであるが、その内容がきわめて分かりにくいと言う指摘があるように、同判決がいかなる立

場に立つものなのかは判然としない。判旨①の内容からすれば、民法七七〇条一項五号の解釈として積極的破綻主義を採用したものと読めるが、続く判旨②では裁判離婚制度からくる離婚制限の必然性が説かれており、これを繋げて読めば、結局消極的破綻主義を維持したものと理解することもできる。また、判旨③では、婚姻観の問題に言及されているが、婚姻の本質からみて形骸化した婚姻関係を維持することは不自然であるという積極的破綻主義的な婚姻観を提示しておきながら、「しかしながら」婚姻は社会的・法的秩序であるから、これを解消する離婚は正義・公平の観念、社会的倫理観に反するものであってならないとし、消極的破綻主義的な婚姻観を述べている。また①および②と、③の判示内容がどのように関連しているのかも明確には述べられていない。

そのため、本判決に対する学説の評価は、積極的破綻主義を採用したとする見解、制限的積極的破綻主義を採用したとする見解^⑤、消極的破綻主義を否定したものの、全面的・無条件的な積極的破綻主義ではないとする見解^⑥、積極的破綻主義と消極的破綻主義の両説を折衷する立場をとったものとみる見解^⑦、消極的破綻主義を脱していないとする見解^⑧などに分かれている。

また、判旨④と判旨⑤の関係が明確でないとの指摘もなされており、この点についても、学説でも議論が分かれている。まず、六二年判決の趣旨について判旨⑤の三要件を中心に理解する見解がある。たとえば、中川淳教授は、積極的破綻主義に立脚し、婚姻関係が破綻している場合に有責配偶者の離婚請求を認める根拠として、信義誠実の原則を持ち出して理論構成することを批判しており、六二年判決が示した三要件を「信義誠実の原則の具現」^⑩と表現している。この見解は、有責配偶者の離婚請求を容認する場合の要件は原則として三要件のみであると捉える立場といえる。この立場では、三要件においては、長期間の別居と未成年子の不存在のウエイトが高く、通常長期間

別居がある場合には未成年子の不存在が認められることが一般的であるため、長期間の別居の要件を中心に置くべきであると主張されている。⁽¹¹⁾

これに対し、判旨④の信義則を中心に理解する立場では、三要件の背後には信義則があり、事情に応じて三要件以外の事情が考慮されたとの理解がなされる。たとえば、婚姻が破綻していないと認定されれば、三要件の審理には入らないし、基本は信義則なのだから、三要件が満たされていないなくても、信義則に反しないと判断されれば、離婚請求が認められることもあり、そういう意味で三要件は相対的なものであるとする見解や、有責配偶者からの離婚請求についての統制手段として信義則を重視し、信義則に反するか否かの判断をするにあたっての諸事情を考慮した結果が三要件であり、事案に応じて信義則で判断されるという見解である。⁽¹³⁾

さらに、判旨⑤で示された三要件のそれぞれについても、その内容が不明確であるとの指摘がなされている。相当の長期間の別居についてははじめににおいて述べたような疑問があるほか、未成年子の不存在についても、未成年子がどのような子を指すのか、またなぜ有責配偶者の離婚請求に限って問題とされるのかなどの疑問が呈されており、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についても、その内容は抽象的であり、その具体的内容は、以後の判例の集積にゆだねるほかないとされた。⁽¹⁵⁾

二 「相当の長期間の別居」に関する学説

(一) 相当の長期間とは

はじめに述べたように、昭和六二年判決が示した「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」という要件は、それがどれだけの期間をいうのか、同居期間や当事者の年齢との対比の意義がどこにあるのかが明確でなく、同判決以後の学説では、これらの点について論じられてきた。

学説では、相当の長期間は相対的なものとされており、年数自体に絶対的な意味はないとしつつも、一応の目安として六二年判決が夫婦間に未成熟子がないことを要件としていることから、少なくとも二〇年程度あればよいとするもの⁽¹⁷⁾、少なくとも一〇年程度は必要とするもの⁽¹⁸⁾、一〇年くらいが一つの目安となるとするもの⁽¹⁹⁾、六二年判決以後の裁判例を踏まえ六年から八年をボーダーラインとする見方などがある⁽²⁰⁾。その後、民法改正法律案要綱において、離婚原因に「夫婦が五年以上継続して婚姻の本旨に反する別居をしているとき」を加える案が示されたが、学説は概ねこれに賛成し、こうした法改正への動向を睨んで、今後は五年という別居期間に収斂していくのではないかと⁽²¹⁾の推測もなされている。なお、法律案要綱の五年という期間は、一般的には、三年程度の別居期間が継続すれば、すでにその婚姻関係は破綻していると評価できるとの理解を前提に、有責配偶者からの離婚請求もありうることや諸外国の立法例においても離婚原因となる別居について比較的長い期間を設定している国では五年ないし六年

の別居を要求していることを考慮したものである。⁽²²⁾

また、同居期間との対比や当事者双方との年齢との対比については、前述の目安に対して、当事者の年齢が低ければ低いほど、同居期間が短ければ短かいほど、別居期間も短くてよいことであるとの理解があるが、特に年齢との関係において、両当事者が相当若年のときは復元可能性を考え相対的に長い別居期間が要求され、一方で、同居期間が極めて短いときはその場合でも長期間と判断されうるとの見解もある⁽²⁴⁾。しかし、学説においては、両当事者の年齢および同居期間の対比に関して、そうした対比は必要がないとの意見も多く、客観的破綻があるか否かの総合判断の中に年齢および同居期間等が考慮されることがあっても、対比を不可欠の要件にする必要はないとする見解もあり、特に年齢との対比については、「全く意味不明」との評価をするものもある⁽²⁵⁾。

(二) 相当の長期間の別居の意義

以上のように学説においては、一定の長期別居期間を要求することについては異論はみられないが、どの程度を長期間と評価するかについては論者によって様々である。また、別居期間を同居期間や年齢と対比する必要性についても争いがある。では、論者によって期間の理解が異なるのはなぜだろうか。それは、次のように長期間の別居を要求する意義についての理解が異なっているためである。

① 破綻の徴表とする説

この立場は、積極的破綻主義を採用すべきであるという主張を前提として、相当長期間の別居は婚姻の破綻の徴

表であり、婚姻の破綻を認定する要素として、離婚の可否においてもっとも重要な要件であると位置づける⁽²⁷⁾。この立場では婚姻の破綻が認定できれば、画一的な年数や別居期間の長短に拘らないという態度がとられており、破綻の認定において年齢および同居期間等が考慮されることがあっても、それらとの対比を不可欠の要件にする必要はないとされる⁽²⁸⁾。したがって、別居期間は一般に破綻したといえる程度の期間であればよく、要求される期間は比較的短いものでも足りることになる。

もつとも、別居を破綻の徴表とする説においては、一定の別居期間を明示することに意味があるとする見解もある。たとえば、「別居期間を明示することには、離婚を請求する側も、離婚の可否、時期の目途が立てられ、離婚後の生活の見通しを得られ⁽²⁹⁾」るし、離婚手続でも、婚姻破綻の基準が明確化され、紛争の長期化を避けられるというメリットがあるとする。そして、「本来破綻の徴表という趣旨からは、二、三年で十分であるが、離婚原因となる別居期間を何年とするかは、相手方配偶者に対する影響への配慮が必要で、別居期間のもつ精神的、経済的準備期間という要素を重視すべきである⁽³⁰⁾」とし、結論として民法改正要綱試案の示した五年の別居をもって離婚原因とする立場に賛成している。

②信義則における詳細な利益衡量排除の要件とみる説

有責配偶者の離婚請求は、信義則に反しないことが要求されるが、本来信義則の判断は様々な事情を総合的に判断する必要があるとの前提に立った上で、長期間の別居があるケースでは、婚姻破綻後の事情が固定化しており、細かい事情を考慮しなくても、未成熟子の不存在と例外的な苛酷状況の不存在が認定できれば、有責配偶者からの

離婚請求も認められるとする見解である。つまり、長期間の別居を、信義則における詳細な利益衡量を排除するための要件として機能するものとみるのである。

たとえば、利谷信義教授は、六二年判決の評釈において、「本判決が行ったのは、本件の解決に必要な限りでの信義誠実の原則の判断要素の抽出と評価であった⁽³¹⁾」とし、「ここで挙げられた判断要素は基本的には二つであり、第一は当事者の年齢・同居期間と対比して長期の別居の存在、第二は、未成熟子の不存在である。これらが満たされれば、婚姻の破綻に関する責任や相手方の精神的・社会的状態は殊更に重視しなくてよい、また相手方の離婚による経済的不利益も、離婚時または離婚後に請求が認められる財産分与や慰藉料によって解決されるべきであるというのが本判決の考え方である⁽³²⁾」としている。

また、六二年判決の判例解説を執筆した門口正人調査官は、「夫婦が長期間にわたり別居をしている場合にも、信義則を適用するに当たって斟酌すべきであるとされた事情をなお考慮すべきであろうか」との問いに対し、「夫婦の別居が長期間に及ぶ場合は、長期別居により法律上の婚姻が空洞化している事実および重婚の内縁という事実を直視することこそ重要であると考えるべきであり、長期別居の場合になお考慮すべきことは、相手方配偶者が離婚により被る苛酷な状況からの救済と未成熟子に対する監護養育の確保に限られることになる。これによって当事者は婚姻破綻の責任等の諸事情にかかる主張立証から解放されてプライバシーも保護されることになる⁽³³⁾」とする。

また、以上のような観点からの別居期間は、「有責配偶者からの請求の否定法理を排斥する要件として・・・有責性を含む諸事情から解放するに足りるものでなければならず、したがって、相当の長期間であることが必要である。別居期間が本件事案のように三六年にも及ぶ場合はもとより、二〇年ないし一五年であっても、無条件に長期とし

てよいであろうが、一〇年にも満たないような場合には、同居期間や両当事者の年齢と対比して相当の長期間とはいえないと判断されることがありえよう⁽³⁴⁾とする。

すなわち、この理解によれば、少なくとも三要件を適用する限りにおいては、単なる破綻の徴表とは異なる有責配偶者の請求であるがゆえの「相当の長期間の別居」が要求されることになる。門口調査官の見解からすれば、別居期間は一〇年を基準に事案によって判断されると理解されているといえる。また、こうした理解が、プライバシーの保護と関連付けられていることからすれば、相当の長期間は同居期間や両当事者の年齢との対比からみた数量的判断が中心になると考えられる。さらに、こうした理解の根拠が「婚姻関係の空洞化の事実」と「重婚の内縁の事実」に基礎付けられているのとも注目されるべきであろう。

③風化論

たとえば、仙台高判昭和五九年二月一四日判例時報一一四七号一〇七頁は、「控訴人〔注…夫、原告〕がその行動〔注…他の女性との情交と同棲〕に出たのは三九年ないし三六年余の昔であり、控訴人と被控訴人〔注…妻、被告〕とがともかくも夫婦としての生活をした期間の二倍前後の年数が経過し、両者とも既に老境に達している。…いわば比喩的というならば、最も重い罪に関する公訴時効期間である十五年の優に二倍以上の年月が過ぎ去った現在では、控訴人の有責性は、被控訴人の胸中には依然残っているものの、客観的には風化しつつあるということができる」として、離婚を認容する判決を下した。このように一定の期間の経過によって、有責行為に対する社会的非難の度合いが薄れたと考えられる場合については、有責配偶者の離婚請求も認められる余地があると

する理論がいわゆる風化論である。

たとえば、阿部徹教授は、六二年判決以前の論稿において、長期別居を有責配偶者からの離婚請求否定の法理の適用除外とすべきだとし、別居の期間が長くなればなるほど長期別居という事実の重みや時間の重みは増し、これに反比例して、いくら時間が経とうとも有責は有責といった論法は説得力を弱めていかざるをえないとする⁽³⁵⁾。

風化論の立場では、一般的に要求される別居期間は相対的に長いものが想定され⁽³⁶⁾、同居期間に比して別居期間が長ければ長いほど離婚請求は認められやすくなる。しかし、期間が短い場合であっても、有責性の程度が弱い場合には、その有責性に対するマイナスの社会的評価の消滅ないし減少に要する期間は相対的に短くなる⁽³⁷⁾。また、相手方配偶者に対する配慮や財産分与などの提案がされれば有責性の風化を促進させるとの理解もみられる⁽³⁸⁾。

なお、風化論に対しては、破綻年数の少ないケースに対する救済がないという批判⁽³⁹⁾や、そのような理論を採用する明文の根拠があればともかく、そうではないのに有責配偶者側から過去のこととはもう免責されると主張するのはおかしいとの批判がある⁽⁴⁰⁾。

④ 事情変更の原則

事情変更の原則とは、契約締結時の前提事情が、社会的事情の変化によって大きく変わったことを理由として、契約の消滅あるいは契約内容の変更を認める法理である。

鍛冶良堅教授によれば、長期間別居すると、原告の責任や被告の状態は殊更重視する必要がなくなり離婚を許して良くなるのかを説明できる理論は、事情変更の原則しかないという⁽⁴¹⁾。すなわち、破綻主義の理念からすれば、破

綻した婚姻を解消することはたとえ有責配偶者からの請求であっても社会正義であり、それ自体信義則に合致するというべきであるにも拘わらず、六二年判決のように同じ信義則によって有責配偶者の離婚請求を制限することは矛盾である。そして自ら離婚原因を「作出」した者の離婚請求が認められないのは、倫理的な「悪さ」のためではなく、離婚されない権利を保障する裁判離婚制度に内在する制約と考えるべきであるとする⁽⁴²⁾。

このように理解した上で、有責配偶者からの離婚請求がそうした内在的制約を受けるとしても、破綻状態が長期間継続する場合には、これをいつまでも「作出」された状態として評価し続けるのでは妥当でなく、当初は「作出」された状態であった破綻状態もやがては「存在」する状態になるとする。このような事情の変更があった場合には、離婚請求を認めることはそのような事実状態を尊重するものにすぎず、離婚されない権利を侵すことにはならないという⁽⁴³⁾。つまり、破綻した状態が長期間継続した場合には、事情変更理論の適用によって、「作出」された状態を「存在」状態として評価しなおして離婚請求を認めるべきであるということである⁽⁴⁴⁾。

この説は、有責配偶者を有責という評価から解放するという点で、風化論と方向性を同じくするが、風化論のように消極的破綻主義を前提とせず、積極的破綻主義の価値観との矛盾を避けられる点でより巧みな立論であり、ここでは長期間の別居は、事情変更を基礎付ける事情として考慮されることになる。そして、そうした事情変更が認められるのに必要される期間は、最短でも五年、通常は一〇年くらいを考えるべきとされる⁽⁴⁵⁾。

なお、事情変更理論については、債務不履行をした者が債務不履行を継続したまま、事情変更の原則を援用して契約を解除することは認められないという批判がある⁽⁴⁶⁾。これに対し、財産関係における事情変更理論をそのまま身分関係にあてはめるならば、そうであるが、身分関係においては重婚の内縁などといった事実状態尊重の必要性が

強いため、事実状態に適合する法効果を考えることが特色であり、財産関係とは全く異なるとの反論がなされている。⁽⁴⁷⁾

三 裁判例の検討

(一) 三要件アプローチにおける「相当の長期間の別居」

六二年判決以降、主な判例集に掲載された裁判例（別居期間に関する判示のあるもの）は、本文末尾の【表】に示したように三三三例ある。

六二年判決後の後、相次いで公表された最高裁判例三例〔裁判例…3・5・6〕は、かなり長い期間の別居があり、未成熟子のない事案であった。これらの裁判例では、三要件への形式的な当てはめがなされ、それ以上諸事情の考慮は行わずに離婚請求が認容され、あるいはその可能性を指摘して差し戻されている。別居期間についてみれば、〔裁判例…3〕は別居期間三〇年、〔裁判例…5〕が別居期間が二二年、〔裁判例…6〕は別居期間が一六年であり、特に〔裁判例…6〕は、同居期間は別居期間を超える二一年という事案であったが、やはり同居期間や当事者双方の年齢と対比するまでもなく相当の長期間であると判断されている。

最高裁が実際に同居期間や年齢との対比を行ったのは、〔裁判例…9〕からである。〔裁判例…9〕は、妻が夫以外の男性と関係を持ち、一方的に別居をして同棲生活を始めたために婚姻が破綻し、一〇年三か月にわたり別居が

続いているが、夫が外国航路の船のコックであつたため、実質的な同居期間は八か月程度に過ぎないという事案（妻三七歳、夫三九歳）であつたが、最高裁は三要件に従つて判断を行い、別居期間は当事者双方の年齢および同居期間との対比において相当の長期間であるとされ、離婚請求が認容された。これに対し、次に公表された裁判例である〔裁判例…11〕では、夫が妻の家事のやり方や買い物の仕方に不満を持ち、半別居状態にあつたが、やがて妻以外の女性と関係を持ち同棲するに至つたという事案において、八年余りの別居期間は、夫婦の年齢（夫六〇歳、妻五七歳）や同居期間（約二二年）と対比して相当の長期間に及んでいるとはいえないとし、主として別居期間の短さのみを理由として、離婚請求が棄却された。

また、同時期の下級審裁判例をみれば、六二年判決直後の裁判例では、かならずしも三要件の判断枠組みを採らない裁判例もあつたが、概ね三要件による判断枠組みが下級審にも浸透していったといえる。離婚請求を棄却した例としては、〔裁判例…2〕婚姻破綻の認定においては、別居は「すでに八年に及んでいる」としながら、有責配偶者の離婚請求との関係では、同居期間（同居一年五か月）や年齢（夫四六歳・妻四三歳）と対比すると、約八年をもつて相当の長期間とするには足りないとし、未成熟子が存在し、妻がその監護教育に携わっていることなどからすれば、離婚請求は信義誠実の原則に照らして、容易に認め難いとした裁判例（夫の女性関係による生活の乱れから別居に至り、別居前後から交際を始めた女性と同棲し子をもうけたことにより婚姻が決定的に破綻）、〔裁判例…4〕同居期間五年に対して別居期間は「約三倍に当たる一五年間を超える長期」であるとしたが、離婚により妻が精神的経済的な窮状に陥るとして離婚請求を棄却した裁判例（夫が妻の心情を無視して一方的に別居し、他女との同棲を継続したため婚姻が破綻）、〔裁判例…8〕同居期間約一八年に比すれば、別居期間一一年は長期間とは

いえないとし、四人の子女のうち三名が未婚で、一名は一七歳の学生であり、両親が離婚しないで欲しいと望んでいること、離婚に至った後の財産的手当てに不安があることなどを考慮し、有責配偶者である夫からの離婚請求を棄却した裁判例（夫の不貞行為とその継続が婚姻破綻の原因）、〔裁判例・13〕婚姻期間約一〇年に比すれば別居期間約一〇年が不相当に長期にわたっているとは即断できないとし、明らかな未成年者がいることや相手方配偶者に対する財産的給付の可能性が極めて薄いことなどを考慮して、離婚請求を棄却した裁判例（夫が姑の妻に対する嫁いびりや追い出しの策動に加担したことにつき有責であるとされた）がある。また、離婚請求を認めた例として、〔裁判例・10〕別居期間二二年は、同居期間（約八年）や当事者双方の年齢（夫六〇歳・妻五八歳）と対比して相当の長期間に当たるとし、子がなく、夫から生活費の支払いの継続と相当程度の財産分与の提案がされていることから、離婚請求を認容した裁判例（妻が事業を行うため合意により別居したが、別居中に夫が複数の女性と関係をもち、その後、自宅で妻以外の女性を同棲するようになり内縁関係を形成したため、婚姻破綻が決定的となった）がある。

以上の裁判例の動向をみると、六二年判決後しばらくの間は、三要件に基づく判断枠組みが堅持され、有責配偶者の離婚請求の可否はもっぱらそれらの要件が充足されているかどうかにより判断されていたといえる（このような判断枠組みを以下、「三要件アプローチ」という）。そして、相当の長期間の別居の要件については、一六年以上の別居期間がある場合には、絶対的な長期間と判断され、それ以下の別居期間の場合には、別居期間一〇年程度をボーダーラインとして、別居期間が同居期間を超える場合には相当の長期間と判断されている。この時期の裁判例では、別居期間と当事者の年齢および同居期間との対比、とりわけ同居期間との数量的対比はそれなりに意味を

持っていたといえよう。

(二) 信義則アプローチの登場

しかし、当時すでにこうした数量的対比に囚われない裁判例も見られた。「裁判例…7」がそれであるが、同居期間が二三年の夫婦において、前から夫婦間で仕事のことで口論が絶えず、夫が「疲れた。一人になって考えた」と言い残して一方的に別居したが、夫は別居前から妻以外の女性と関係を持っており、別居後一時的に同人と同棲し、間もなく別れたが、その後も妻に住所を知らせず別居以来七年間が経っている事案である(判決当時夫五四歳、妻五一歳)。裁判所は同居期間や当事者双方の年齢と対比することなく、「既に七年近くの長期にわたって別居し、その間実質的な夫婦共同生活を営んで(いない)」と判断し、二人の子がすでに成人しており、離婚することにより、精神的・社会的・経済的に苛酷な状態に置かれるなどの特段の事情もないとして、離婚請求を認容した。この裁判例において、七年の別居がなぜ長期といえるかと判断されたのかは判然としない。そのため、同事件の控訴審である「裁判例…12」は、未成熟子がなく、妻が社会的・経済的に不利な立場におかれるとはいえないとしながらも、八年の別居について、夫婦の年齢や同居期間と対比した場合、相当の長期間ということではできないとして、別居期間が相当の長期間とはいえないということのみを理由として離婚請求を棄却した。これまでの裁判例の基準からすれば、むしろ高裁の判断の方が正当であるともいえよう。

しかし、別居期間を巡る裁判例の動向はここで大きな転機を迎えることとなる。「裁判例…15」最判平二・一・八判タ七四五号一一三頁(以下、「平成二年判決」という。)は、これらの事件の上告審判決であるが、六二年

判決の判旨④の部分引用した上で、「有責配偶者からの民法七七〇条一項五号所定の事由による離婚請求の許否を判断する場合には、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んだかどうかも斟酌すべきものであるが、その趣旨は、別居後の時の経過とともに当事者双方についての諸事情が変容し、これら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ことから、右離婚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、時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮すべきである」とある」とした上で、別居期間が相当の長期間に及んだかどうかを判断するに当たっては、別居期間と両当事者の年齢および同居期間とを数量的に対比するのみでは足りず、時の経過による諸事情の変容と社会的意味・評価の変化も考慮すべきであると判示するに至った。

本判決のいう「時の経過による諸事情の変容と社会的意味・評価の変化」がどのようなことを意味するのかは必ずしも明確ではないが、同判決は続いて、有責配偶者である夫が別居後も妻と子の生活費を負担し、別居後もなぐ夫が不貞の相手方との解消をし、離婚給付や親権についても誠意があると認められる提案をしていること、相手方配偶者は、婚姻関係の継続を希望しているとしながら、別居から五年を経た頃に夫名義の不動産に処分禁止の仮処分をするに至っていること、成年に達した子らも離婚については母の意思に任せる意向であることが挙げられ、別居期間の経過に伴う諸事情の変容と社会的意味ないし評価の変化があるとし、原審においてはそうした時の経過による事情の変化につき十分に審理がされていないとして、事件を差し戻した。

最高裁の指摘した事情をみれば、婚姻継続を強制することがいささか酷であると思われる事案であつたといえる。そのため、単なる同居期間との対比という数量的判断に基づく別居期間の短期性のみを理由に婚姻継続を強制する

ことは不当であると判断したのだろう。いずれにせよ、平成二年判決は、別居期間が相当の長期間に及ぶかどうかの判断において、数量的な長期性だけでなく信義則的な諸事情の考慮を要求しており、別居期間が比較的に短かい場合には、別居期間の数量的な長さや同居期間・年齢との対比以外の諸要素を考慮することで、別居期間の長期間性について実質的な判断を加える枠組みを提供したといえる（以下、こうした判断枠組みを「信義則アプローチ」という）。

（三）平成二年判決以後の裁判例の動向

平成二年判決以降の裁判例では判断枠組みにおいても必ずしも三要件アプローチを採らず、信義則アプローチによる裁判例が増えている。平成二年判決に続く二件の最高裁判決においても、信義則アプローチにより、いずれも離婚請求が認容された〔裁判例・18・19〕。しかし、その後に公表された〔裁判例・24〕は、同居期間が約六年であるのに対し別居期間が二年四か月に過ぎないという事案で、ここでは三要件アプローチが厳格に適用され、離婚請求が棄却されている。

他方、下級審判決をみると、別居期間が同居期間と比較して半分から三分の一程度でも相当の長期間と判断される裁判例が見られるようになり、判断枠組みにおいても三要件アプローチをとるものが七例（うち、長期性を肯定したもの四例、長期性を否定したもの三例）、信義則アプローチをとるものが九例（うち、長期性を肯定したもの六例、長期性を否定したもの三例）となっている⁽⁴⁸⁾。以下、最高裁判決を含めた平成二年判決以降の裁判例（別居期間について判断していないものを除く）を判断枠組みとの関係で分類すると次のようになる。

①A 三要件アプローチに基づき相当の長期間と判断された裁判例

〔裁判例…17〕 同居二三年／別居二六年、夫八四歳・妻七八歳（積極）

夫が、妻以外の女性と不貞関係を継続し、週末には自宅に戻っていたが、やがて同女との生活を本拠とするようになり婚姻が破綻。もともと、その後も夫は月一、二回程度自宅に戻り、宿泊することがあった。別居期間については、妻以外の女性との生活を本拠とした時点をもって妻との共同生活の意思を完全に喪失したとして、同時点を別居期間の起算点とし、二六年の別居は当事者双方の年齢および同居期間に比べて相当の長期間に及んでいるとした。また、未成熟の子がいないこと、妻もすでに夫との婚姻共同生活の意思を失っていること、離婚によって妻の住宅や生活費に不自由をきたすことがないと考えられることなどから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はないとして、離婚請求を認容。

〔裁判例…20〕 同居二七年／別居二二年、夫七七歳・妻七四歳（積極）

夫が二〇年間単身赴任先で妻以外の女性と同棲しているが、月に何度も上京し、その際には東京の居宅で宿泊し、妻から食事や身の回りの世話を受け、世間的には夫婦であるかのように見える行動をしていた事案。別居期間については、同居期間と対比することなく、二一年間の別居は相当の長期間に及ぶとした。また、未成熟子はなく、離婚による精神的被害は回復可能であること、社会的・経済的に極めて過酷な状況に陥るとはいえないとして、離婚請求を認容。

〔裁判例…29〕 同居一四年／別居九年、夫五四歳・妻五四歳（消極）

夫の不貞関係により婚姻が破綻した事案。別居期間については、別居期間は既に九年を超えており、同居期間に

対比しても相当長期間に及んでおり、当事者はいずれも五四歳に達しているとした。しかし、夫婦の子は成年に達し、大学も卒業しているが、日常生活全般にわたり介護が必要な状況にあり、未成熟子と同視することができること、妻が就労して生活に必要な額の収入を得ることは困難であること、離婚に至れば、妻および子が現在の居住する建物から退去を余儀なくされ、経済的・精神的に打撃を受ける可能性があるとして、控訴を棄却した。

〔裁判例…30〕 同居一六年／別居一三年、夫五七歳・妻五〇歳（積極）

妻が婚姻当初から夫の母からの嫌がらせを受け、長男が障害を持って出生した後は、夫やその母からの冷たい態度に悩まされたため家を出たが、その後、夫らが自宅への出入りを許さないとしていたことから破綻した事案。別居期間については、「すでに一三年近くなっており、それまでの同居期間（約一六年）に比べると短いものの、相当の長期に及んでいる」とした。これに加えて、夫は有責配偶者ではあるが、不貞行為や暴力を振るったことはなく、夫の母からの嫌がらせや夫の長男に対する態度に悩んで妻が家を出たものであること、夫の子らへの監護態度は問題はあったものの、三人の子を成人するまで監護養育しており、離婚が直接子らの福祉に影響しないこと、経済的給付が行われれば、必ずしも妻が苛酷な状況になるわけではなく、夫の経済的能力からすると支払確保の可能性も高いことなどを総合して、離婚請求を認容。

①B 三要件アプローチに基づき相当の長期間とはいえないと判断された裁判例

〔裁判例…24〕 同居六年七か月／別居約二年四か月、夫三四歳、妻三三歳（消極）

夫の不貞行為が婚姻破綻の主たる原因であるが、妻がかなり極端な清潔好きの傾向があり、これを夫に強要した

ことも婚姻破綻の一端となった事案。約二年四か月の別居は、双方の年齢や同居期間との対比において相当の長期間に及んでいるとはいえないとし、七歳の未成熟の子が存在すること、妻は子宮内膜炎に罹患しているため就職して収入を得ることが困難であり、離婚により精神的・経済的に苛酷な状況に置かれることが想定されることなどから、離婚を認めた原判決を破棄した。

〔裁判例…31〕同居なし／別居四年、当事者の年齢不明（消極）

同居はなかったが、婚姻後三年間、夫が婚姻費用を負担し、家族的交流が営まれていた夫婦で、夫が妻以外の女性と交際したことにより婚姻が破綻した事例。別居期間につき、婚姻関係は、当初から同居を伴わないものであったものの、円満を欠く状態になってからの期間は四年に過ぎないとした。また、両者の間の実子が現在七歳に過ぎないことを考慮し、控訴を棄却した。

〔裁判例…32〕同居一九年／別居六年七か月、夫五二歳・妻五一歳（積極）

医師で病院の経営者である夫の不貞関係により婚姻が破綻した事案。別居期間が六年七ヶ月であり、当事者双方の年齢や同居期間に照らして必ずしも相当の長期間に及んでいるものではないとした。しかし、離婚後も現在住宅に居住し続けることを認めることや生活費（四三万円）も従前通り支払うこと、障害のある成人の子についても生活環境や医療環境をそのまま維持することなどの提案をしていることを考慮し、「このような原告において、有責配偶者であり別居期間が六年七か月程度に止まるからといって、既に心のつながりという本質を失った婚姻関係に懲罰的につなぎ止めることも、厳格にすぎるといふべき」であるとして、離婚請求を認容した。

〔裁判例…33〕同居一九年／別居七年五か月、夫五二歳・妻五二歳（消極）

〔裁判例…32〕の控訴審。別居期間については、七年五か月の別居期間は、双方の年齢や同居期間に照らして必ずしも相当の長期間に及んでいるものではないとした。それに加え、障害のある成人の子について、未成熟子あるいはこれに準ずるものであること、夫からの経済的手当てについて、実現可能性がないとはいえないが、時の経過による子の介護をめぐる環境の変化により妻が経済的に過酷な状況に置かれる可能性があること、近い将来、子の介護に関する負担を一人で抱え込むことになり、精神的に過酷な状況に置かれることも想定されることなどを考慮して、原判決を取消し、離婚請求を棄却した。

②-A 信義則アプローチに基づき相当の長期間と判断された裁判例

〔裁判例…16〕同居一七年二か月／別居九年八か月、夫五四歳・妻五三歳（積極）

直接の破綻の決定的な原因は妻の夫以外の男性との不貞行為にあるが、明確な理由や計画なく仕事を辞め、生活費を負担しないといった無責任な行為や妻に対する暴力や嫌がらせなどを行っており、相手方配偶者にも婚姻破綻について少なからず責任がある事案。別居期間については、当事者双方の年齢を挙げたうえで、一七年二か月の同居期間に対し、別居期間は九年八か月に及んでいるとした。その上で、子が成年に達しており、離婚には反対していないこと、婚姻破綻については夫にも少なからず責任があること、妻の不貞行為は約二年間で終わっていること、夫に婚姻共同生活を回復するについての積極的な意欲はみられないこと、離婚によって夫が精神的・社会的・経済的に苛酷な状態におかれることは認められないことなどから、妻からの離婚請求は信義則に反しないとして、離婚請求を認容。

〔裁判例…18〕 同居一七年二か月／別居九年八か月、夫五十四歳・妻五三歳（積極）

〔裁判例…16〕の上告審。夫婦関係の破綻について主たる責任は妻にあるが、夫にも少なからざる責任があり、夫婦の別居期間が相当の長期間に及んでいて婚姻を継続し難い重大な事由があるとした原審の判断は、正当として認めることができるとした。

〔裁判例…19〕 同居一五年／別居一三年一か月、夫五六歳・妻五八歳（積極）

夫が会社の経営に行き詰まって家出をし、妻以外の女性と内縁関係を形成した事案。別居期間については、既に一三年一二月余りが経過し、双方の年齢や同居期間などを考慮すると相当の長期間に及んでいるとした。それに加え、夫の新たな生活関係の形成および妻の現在の行動などからは婚姻関係の回復を期待することは困難であり、夫の責任や妻が被った婚姻後の諸事情を考慮しても、もはや、妻の婚姻継続の意思および離婚による精神的・社会的状態を殊更に重視して、離婚請求を排斥するのは相当でないとして、上告を棄却した。

〔裁判例…22〕 同居三年／別居六年、夫五三歳・妻五二歳（積極）

婚姻破綻の直接の原因は、夫が妻以外の女性と同棲し別居したことにあるが、元々会話の少ない意思の疎通が不十分な夫婦で、妻が疑惑を抱かせるような外国人男性との交遊をしていたことも夫婦関係の悪化の一因とされた事案。別居期間については、同居期間や当事者の年齢と対比をすることなく、「すでに六年以上が経過している」とした。それに加え、妻にも不倫の疑惑を抱かせる行動があったこと、未成年者がいないこと、妻も相当の収入を得ており、夫から離婚給付として自宅建物を分与し、残ローンを完済まで支払続ける旨の意向が表明されていることを考慮し、離婚請求は信義則に反しないとして離婚請求を認容した。

〔裁判例…23〕 同居三年／別居八年、夫四一歳・妻三五歳（積極）

夫が妻以外の女性と関係を持ち、一方的に離婚を求めたことから婚姻が破綻。夫からの離婚請求がなされ、離婚請求を棄却する判決が確定したが、前訴確定から数ヶ月後に、離婚を認めることが真の紛争解決ないし子の福祉のために必要であるとして再度離婚を求めた事案。九歳と六歳の子がおり、妻は、実現不可能な同居の希望を述べ、頑なに離婚協議を拒絶している。別居期間については、同居期間との対比をすることなく、「八年を超え更に長期に及んでいる」とした。そのほか、養育費および慰謝料について十分な条件が提示されていること、別居後も相應の経済的負担をできていること、未成熟子の子らとの何らかの接点を持つべく努力していること、内縁関係（婚姻破綻後に形成）およびその女性との間との子の出生という新たな生活関係への配慮も必要も生じていることなどを認定したうえで、「前件当時以上におよそ回復の見込みの全くない状態にまで婚姻関係の形骸化が進行しており、…本件離婚請求を棄却してみても、何らかの解決をみないまま形骸化した法律上の婚姻関係を放置して事態が推移していく可能性が高く」、「子の福祉の観点からすると、子らの幸せを願う原告に対し、夫婦の関係をひとまずおいた形であっても、子らとの新たな関係を形成する機会を早期に与えることが必要である」として、離婚請求を認容。

〔裁判例…25〕 同居三年一か月／別居九年一か月、夫四一歳・妻三五歳（積極）

〔裁判例…23〕の控訴審。別居期間については、まず数量的対比をおこない、同居期間が三年一か月であるのに対し、別居期間は通算して九年一か月に及んでいるとし、また夫の内縁関係（婚姻破綻後に形成）がすでに五年七か月に及んでいることを付言している。さらに、婚姻破綻の程度を別居期間の経過による変化の観点から検討し、

本件別居は、その期間の経過とともに、相互の信賴関係を更に著しく損なってきた上に、その離婚紛争を巡る紛争そのものが信賴関係の破壊を更に増悪させ、深刻化させており、その原因の一端は協議離婚や和解による解決へ向けた協議自体を頑なに拒否してきた妻の態度にもあるとした上で、夫婦の別居は、「年数上も、両者の夫婦関係にもたらす意味合いにおいても、長期に及んでいるということができ」、「夫婦関係の破綻の度合いは極めて深刻な状況にあり、夫婦とはいっても、もはや形式だけのものであつて、既に形骸化しているものと認められる」とした。これに加え、離婚請求を認容することにより、妻者を経済的、社会的、精神的に苛酷な状況に置くと認められず、子の福祉が害されるともいえないことから、原審の判断を是認し、離婚請求を認容した。

〔裁判例…28〕同居八年（家庭内別居二年を含む）／別居一三年、夫四六歳・妻四六歳（積極）

夫が、妻以外の女性と男女関係を持ち、別居および同棲したために婚姻が破綻。夫が提起した前訴において、有責配偶者であることを理由に離婚請求が棄却されたが、前訴確定から約三年後に再度離婚請求を提起した。別居期間については、当分の間別居する旨の調停が成立してから、すでに一三年が経過しようとしており、別居後、不貞の相手方との間で約八年内縁ともいえる同居を続けているのに対し、婚姻後の同居期間は約八年（約二年の家庭内別居の期間を含む）にとどまるとした。また、夫婦はともに四六歳に達し、子らも高校生になっていることなどからすると、夫の責任や生活上の苦労などの諸事情、前訴の離婚訴訟確定後の期間などの点を考慮しても、今日においては、妻の婚姻継続の意思および離婚による精神的・経済的・社会的影響などを重視して、離婚請求を信義誠実に反するものとして棄却するのは相当でないとして、離婚請求を認容した。

②B 信義則アプローチに基づき相当の長期間とはいえないとされた裁判例

〔裁判例…21〕同居六年／別居一三年、当事者の年齢不明（消極）

夫が、他の女性と関係を持ち、その関係を絶とうとせず、妻に対し受忍するのが当然との態度をもつて臨み、突如家を出て別居するに至った事案。婚姻破綻との関連で別居期間が一三年にわたっていると述べられているが、有責配偶者の離婚請求との関連では、特に別居期間が長期間かどうかの判断はされていない。夫の有責性の程度、妻の再三の復帰の要望を頑なに拒絶し、婚姻関係の維持への努力をしなかったこと、未成熟の子ども（高校三年生と中学二年生）が成熟に至るまでの期間などを考慮し、離婚請求を棄却した。

〔裁判例…26〕同居二年／別居八年一〇か月、夫五五歳・妻五四歳（消極）

他の女性との男女関係を持ち、これを継続したことが婚姻破綻の主たる原因であるとして、前訴において有責配偶者であることを理由に離婚請求を棄却された夫が、子が成人したことなどを契機として、前訴の口頭弁論終結後約二年経過後に、再度離婚を求めた事案。別居期間については、当事者双方の年齢や同居期間に照らして、相当の長期間とはいえないとした。また、大学二年生の子について完全に成熟したものとは認められず、妻が収入の増加が望める職業に就くことができる可能性に乏しく、婚姻費用によって生活を維持しており、提示された離婚給付（八〇〇万円）は十分とはいえないとした。これに加え、婚姻破綻についての夫の責任を軽視できず、その責任を十分に認識しているのか疑問で、その身勝手さは現段階においてもなお否定できないことなどから、夫の離婚請求は信義則に反するとして、離婚請求を棄却した。なお、本件では、別居期間が八年一〇か月に及んでおり、婚姻関係は完全に形骸化しており、妻においても離婚後の経済不安から離婚を拒んでいる面があるため、婚姻関係を継続

させることにどれだけ意義があるのか疑問があるが、子が大学卒業するまでは、子を養育している妻の生活を夫において保持させ、生活の自立のための最終の猶予期間を与えるのが相当であると付言されている。

〔裁判例…27〕 同居二年／別居九年、夫五五歳・妻五四歳（消極）

〔裁判例…26〕の控訴審。当時の婚姻関係が既に破綻してしまっている状況下では、夫が帰ってくるのをなお待ち続けることは非現実的であり、離婚が子の福祉に重大な影響を与えとも言いが、別居期間は約九年あまりであるのに対し、同居期間が二年に及ぶことや双方の年齢等も考慮すると、別居期間が相当の長期間に及ぶとまで評価することは困難であること、夫と同棲相手の間に婚姻関係を形成させなければならない緊急の要請もないこと、離婚により妻が経済的に過酷な状況に追い込まれる可能性があり、夫の提案する離婚給付も十分といえないことを考慮し、夫の離婚請求はなお信義則に反し容認できないとして、控訴を棄却。

三要件アプローチをとる裁判例についてみると、まず、別居期間の長期間性の判断と判決の結果は必ずしも一致していないことが指摘できる。別居が相当の長期に及んでいるとされていても離婚請求が否定された裁判例〔裁判例…29〕がある一方で、別居が相当の長期間に及んでいないとされながら離婚請求が肯定された裁判例〔裁判例…32〕がある。

別居が相当の長期間に及ぶと判断された裁判例（①—A）では、二〇年以上の別居〔裁判例…17・20〕、同居期間一六年に対し別居期間一三年〔裁判例…30〕、同居期間一四年に対し別居期間九年〔裁判例…29〕で、相当の長期間の別居と判断されている。〔裁判例…29〕は、やや短い期間でも相当の長期間と判断されているが、未成熟子

と同視される子がいるため離婚請求が棄却された裁判例であり、別居の長期間性の判断は結論に影響を及ぼしていない。これに対して、別居が相当の長期間とはいえないとされた裁判例（①—B）では、同居六年に対し別居二年四か月〔裁判例…24〕、同居期間がなく別居四年〔裁判例…31〕、同居一九年にに対し別居六年九か月〔裁判例…32〕、同居一九年にに対し別居七年五か月〔裁判例…35〕で、相当の長期間とはいえないとされている。別居期間がかなり短い、同居期間の半分以下である事案であるが、これらの事案においては、未成年子かそれに準ずる子がいる。

以上からすれば、三要件アプローチにおいては、なお一〇年程度の別居が長期間性の判断の一つの目安とされており、同居期間との対比において少なくとも同居期間の半分以上の年数が要求されるといえる。

これに対し、信義則アプローチをとる裁判例をみると、まず、別居期間の長期間性の判断と離婚請求の帰趨が完全に一致していることが注目される。すなわち、信義則アプローチの裁判例では、別居期間が長期に及ぶとされている裁判例は離婚請求につき積極的な判断をしたものであり、長期間性が否定された裁判例は離婚請求につき消極的な判断をしたものである。前述の三要件アプローチにおける長期間性の判断が裁判の帰趨と一致していないことと合わせて考えると、信義則アプローチがより基底的な判断基準であることを示すものといえる。

別居期間の長さについては、長期間性を肯定した裁判例（②—A）では、別居期間が一〇年以上のもの〔裁判例…19・25〕もあるが、別居期間が一〇年未満と比較的短い事案が多く、そのいくつかでは同居期間と比べて半分から三分の一程度でも長期に及ぶと判断されている〔裁判例…16・18・22〕。特に〔裁判例…22〕は二三年の同居期間に対して、別居は六年に留まっており、現在において有責配偶者の離婚請求において別居期間が最短の認容例となっている。そして、別居期間の判断においては、同居期間や年齢との対比をしているもの〔裁判例…16・19・

25・28」も見られるが、一〇年未満の別居であってもそうした対比をせずに長期に及ぶと判断するもの〔裁判例…22・23〕がある。また、夫婦の同居期間と有責配偶者の形成した内縁関係の継続期間とを対比しているもの〔裁判例…23・25〕もある。一方、信義則アプローチによりつつ、長期性を否定した裁判例（②―B）をみると、別居期間が一〇年を超え、同居期間の二倍に達していても長期間とはいえないとし、離婚請求が棄却された裁判例〔裁判例…21〕や、二一年間の同居期間に対して約九年程度の別居期間では、相当の長期間とはいえないとし、離婚請求が棄却された裁判例〔裁判例…26・27〕がある。後者の裁判例については、前掲〔裁判例…22〕のような裁判例があることからすれば、期間の面からすれば、長期といえなくもないということになるが、諸事情を考慮した結果、九年程度の別居では足りない判断されたのであろう。

以上のように、信義則アプローチを採る裁判例における別居の長期間性の判断は、対象とする事案によってばらつきがあり、同程度の別居期間であってもある事案では長期と判断され、ある事案ではそうではないとの判断がなされており、期間の長さの面から一概に比較することはできない。また、離婚請求につき積極的に判断された裁判例では、別居期間が一〇年未満である比較的短期の別居期間で、しかも同居期間との対比においてその割合が低い場合であっても、相当の長期であると判断されているが、消極的に判断された裁判例では、別居期間が一〇年以上であり、同居期間を上回っていても、相当の長期間とはいえないとの判断がなされている。すなわち、信義則アプローチでは、諸事情の考慮によって、要求される別居期間は短縮されることもあれば、伸張されることもあるといえよう。

それでは、これらの信義則アプローチにおいて別居期間の長期間性の判断に影響を与えているのはどのような事

情だろうか。長期間性が肯定された裁判例をみてみると、そこでは未成熟子がないことや離婚が精神的・経済的・社会的苛酷をもたらさないことのほか、相手方配偶者にも婚姻破綻に一定の責任があること、有責配偶者の有責性の程度が比較的軽いこと、婚姻生活の回復が困難であること、相手方配偶者の婚姻共同生活の意思がないこと、子が離婚に反対していないこと、別居後も相応の生活費を支払っていること、誠実な離婚給付の提案がされていること、離婚紛争自体が当事者の信頼を損ない婚姻破綻を深刻化させていること、有責配偶者の内縁関係の形成などが考慮されている。比較的短期の別居で長期間に及ぶと判断された〔裁判例…16〕や〔裁判例…22〕は、相手方配偶者にも婚姻破綻の責任の一端があるとされた事案であり、有責性に関する事実は別居の長期間性の判断に強く影響している。これに対し、長期間性が否定された裁判例では、婚姻関係維持に対する努力の欠如、有責配偶者の身勝手さや責任に対する自覚がないこと、未成熟子が成熟にいたるまでの期間、同棲相手との関係、十分な離婚給付の提案がないこと、自立までの猶予期間が必要なことなどが考慮されている。

なお、当事者の年齢との関係については、三要件アプローチと信義則アプローチ、平成二年判決の前後などで傾向の違いは見られない。全体的にみれば、当事者の年齢が六〇代以上の比較的高い事案では二〇年から三〇年という長期の別居期間により離婚請求が認められ、夫婦の年齢が六〇代未満の場合には、一〇年未満の別居で相当の長期間と判断される裁判例が比較的多いといえる。少なくとも年齢が若い夫婦の場合に、より長期の別居が要求されるということはなさそうである。しかし、婚姻期間が長ければ、当事者の年齢は当然高くなり、その分別居期間も長期にわたるものになりやすいといえるし、昭和六二年まで、原則として有責配偶者の離婚請求が認められなかったことも合わせて考えれば、高齢の夫婦の事案の場合に別居期間が長期に及んでいるのはいわば当然のことであ

り、それと比較して年齢が若い夫婦ほど少ない別居期間が認められるということにあまり意味はないといえよう。実際、同じ四〇代であっても八年程度で長期といえるものとされたものもあれば〔裁判例…23〕、長期とはいえないとされたものもあり〔裁判例…2〕、五〇代の夫婦についても六年で離婚が認められたもの〔裁判例…22〕がある一方で、一一年の別居で相当の長期間とはいえないとされたもの〔裁判例…8〕がある。年齢が若くなるほど要求される別居期間が短くなる／長期となるとはいえず、年齢と別居期間の判断との間に明確な数量的関係はみられない。裁判所は、夫婦の年齢が若い場合には要求される期間は相対的に短くなるものと考えているのかもしれないが、一方そうした事案では未成年者がいることも多いため、夫婦の年齢という要素がどのように作用しているのかを独立に検証することは困難である。

四 裁判例における「相当の長期間の別居」の意義

以上のように信義則の判断枠組みにおいては、様々な事情が考慮され、それらの総合的考慮により別居期間の長期間性（あるいは十分性）が判断される。では、このことはなにを意味するのであるのか。次に裁判例における「相当の長期間の別居」の意義について検討してみたい。

まず、平成二年判決以前の裁判例では、比較的形式的な三要件の枠組みによる判断がなされており、具体的には一六年以上の別居期間がある事案では、同居期間と対比することなく相当の長期間と判断され、それ以下の別居期間については、概ね一〇年以上の別居期間があり、かつ、別居期間が同居期間を上回る場合には相当の長期間と判

断されている。したがって、この段階での相当の長期間の別居は、学説②がいうように信義則における詳細な利益衡量排除の要件として機能していたといつてよいだろう。

しかし、単なる同居期間との対比という数量的判断に基づく別居期間の短期性のみを理由に離婚請求を棄却することが不当と思われる平成二年判決の事案において、信義則の直接適用をせざるを得なくなり、別居期間の長期性の判断は実質化された。このことは、これまで別居期間と同居期間の対比に仮託され、省略されていた諸事情の考慮を別居期間の長期間性の判断において要求するものであるといえる。そうだとすれば、それは結局、信義則そのものの判断に近づくことになる。この時点において、プライバシー尊重の観点から、諸事情に対する詳細な考慮を省略し、要件を絞り込むという相当長期間の別居の本来の機能は失われたといえよう。⁽⁴⁹⁾

しかし、このように、場合によって三要件によらず信義則の直接適用を行うことが認められるのであれば、別居期間が短い事案においては、「裁判例…32」のように、相当の長期間の別居の要件を満たさないことを認めた上で、信義則を直接適用し、離婚を認容することもできるはずである。しかし、最高裁はそれをせず、「相当の長期間」を諸事情の考慮の場とし、いわば一般条項化することを選択した。⁽⁵⁰⁾それはおそらく、相当の長期間の別居という要素が、有責配偶者の離婚請求において決定的に重要な意義をもつものであったからであろう。では、実質化された別居の長期性の判断が持つ意義とはなんだろうか。

改めていうまでもないことであるが、有責配偶者の離婚請求は、裁判離婚の場面で問題とされるものである。ここでは相手方配偶者は離婚を拒絶し、婚姻の継続を主張して争っている。こうした相手方の配偶者の婚姻継続の意思やその旨の主張を理由のないものとして離婚請求を認容するためには、そうした婚姻継続の意思が法的な保護に

値しないものであることについて相応の理由が示されなければならない。これは、夫婦の意思を尊重し、離婚の成否を当事者の合意に委ねる協議離婚制度を置く一方で、他方の同意なく当事者を婚姻から解放するための制度として裁判上の離婚が置かれている以上、避けられないことである。有責配偶者ではない通常の夫婦の離婚の場合には、法定された離婚原因が存在すること、特に民法七七〇条一項五号の場合には、婚姻が破綻し、回復の見込みがないことがその根拠となる。

しかし、有責配偶者の離婚請求の可否は、離婚原因としての婚姻の破綻の存在が認められて始めて問題となるものである。六二年判決が述べるように、婚姻の破綻があるとしても、その原因を作出した有責配偶者自身が主張して離婚が認められるとすれば、結局はいつでも離婚原因を作りだせることに帰し、裁判離婚の制度の存在意義が失われてしまう（判旨②参照）。したがって、そこで問題とされる相当な長期間の別居は、学説①がいうような単なる婚姻の破綻を徴表するものではなく、相手方配偶者の婚姻継続の意思を乗り越えられるだけの根拠となるものではない。⁽⁵³⁾

おそらく、そうした根拠の一つとなるのは、学説③がいうように有責性の風化であろう。裁判例の分析においてみたように、信義則アプローチにおいて有責配偶者の有責性の程度や相手方にも一定の有責性があることは、要求される別居期間に強く影響している。さらに有責配偶者が別居後も相応の婚姻費用の分担を続けており、財産分与や慰謝料の支払いなど離婚にあたり誠実といえる提案をしているなどの事情も有責配偶者に対する非難を減じる要素として作用していると考えられる。⁽⁵⁴⁾「過去のことは水に流す」という日本的な許しの感覚からすれば、破綻した婚姻が一定期間継続したという時の経過の重みが有責配偶者の有責性を洗い流し、かつて有責であった者の離婚請

求も許されるようになるという論理は、その当否はともかく、相手方配偶者にとっても一定の説得力を持ちうるものであるといえる。その意味で、現在の裁判例において相当長期間の別居という要件は、有責性の風化を判断する指標となるという意義をもっているといえるだろう。

しかし、風化論はそれだけでは十分とはいえない⁽⁵⁵⁾。破綻状態の継続により有責配偶者の責任を問うべきではなく、なるとしても、それは離婚を請求する側の事情にすぎない。相手方からすれば、そうした婚姻破綻の状態は意図に反して押しつけられたものであり、そうした状況が継続し、風化論により離婚請求者の有責性が考慮外に置かれるとしても、自己の意思に反して離婚が認められる十分な理由にはならないはずである。

これまでの裁判例の検討からすれば、裁判所がそうした離婚請求を正当化する根拠として示そうとしているものは、婚姻関係の空洞化ないし形骸化という評価であろうと思われる。婚姻関係の形骸化というのは、単に婚姻関係が破綻しただけでなく、それが時の経過とともに固定化・深刻化し、夫婦としての社会的実態だけではなくその社会的機能をも失い、いわば婚姻が戸籍の上だけの存在に近いものとなることである。たとえば、〔裁判例・25〕は、別居期間の長期間性の判断において、別居期間の数量の面において、同居期間に加え、夫が婚姻破綻後に形成した内縁関係の期間との対比をしており、さらに、別居期間中の当事者間の紛争の状態を検討し、時の経過により婚姻関係は完全に形骸化しており、別居期間は年数的にも、夫婦関係にもたらす意味においても相当の長期間に及ぶと述べており、別居期間の長期間性の判断において、婚姻の形骸化という要素があることを示している。

また、信義則アプローチを採る裁判例では、婚姻関係の継続に対する相手方の認識や行動、未成熟子の有無や苛酷状態に関する特段の事情のほか、子が離婚に反対していないこと、離婚紛争自体が当事者の信頼を損ない婚姻破

綻を深刻化させていること、重婚の内縁関係の期間などが考慮されている。これらはいずれも単に婚姻が破綻したということだけでなく、その婚姻が社会的機能の面においても空洞化している、あるいはしつたあることを示す要素であると理解することができる⁽⁵⁶⁾。

婚姻の形骸化を評価する上で、もつとも重要な要素は婚姻関係の継続に対する相手方の認識や行動であると考えられるが、この観点から改めて裁判例をみれば、別居期間が一〇年以上の裁判例では、相手方配偶者も婚姻共同生活を回復する意思を失っていたり、婚姻関係の回復が困難であることを認識しているとされたり〔裁判例…3・6・9・14・17〕、たとえ婚姻の継続、愛情の存在や共同生活の回復への希望などの主張がなされても、それらの主張は現実的でないとして退けられている〔裁判例…20・28〕。他方、別居期間が一〇年未満のものをみれば、長期間性を肯定された裁判例の多くは、相手方配偶者は共同生活の回復への意思を失っているとみられる事案〔裁判例…15・16・19・22・23・25・29〕といつてよく、長期間性を否定した裁判例では、多くの事案において相手方配偶者に婚姻関係の修復の希望があるとみられる事案〔裁判例…2・8・12・13・21・26・27・32〕であるといえる。そもそも、婚姻が全く形骸化した場合には、有責配偶者の離婚請求も許されうるといふ論理は、実は六二年判決の原審および原々審（東京高裁昭和六〇年二月一九日判時一二〇二号五〇頁、東京地判昭和六〇年六月二八日判時一二〇二号五二頁）によって示されたものである。原々審は、「夫婦間の婚姻関係が全く形骸化して久しいような場合においては有責配偶者からの離婚請求であることの一事をもつてただちにその請求を排斥するのは相当でないとの考え方も成り立ちうる」としつつ、相手方の生活が経済的に安定しておらず、相応の財産分与の提案がないこと、別居継続中に経済的援助を全くしなかったこと、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

かがないことといった事情を考慮して離婚請求を棄却し、原審はこれを是認した。これに対し、そうした形骸化した婚姻を維持させることの不当性を理由に上告がなされ、それに応えたのが六二年判決なのである。したがって、六二年判決は、婚姻の形骸化を前提として、なおその婚姻に法的・社会的機能を果たさせるべきかが問われたものといえ、そこで言及された相当の長期間の別居が、婚姻の形骸化ということを含意していることは当然といえよう。以上をまとめれば、裁判例における長期間の別居の意義は、相手方配偶者の意思に反して有責配偶者の離婚請求を認める根拠として、有責性の風化と婚姻関係の形骸化を評価する点にあるといえ、そうした考慮の結果として一定の別居期間が相当の長期間といえるかどうかが決定されることになる。

もっとも、このことは信義則アプローチ以前の長期間の別居、すなわち諸事情の総合的考慮を省略する要件としての三要件アプローチにもともと内包されていたものといえる。時の経過によって有責性の風化と婚姻関係の形骸化が生じるからこそ、一定期間が経過すれば、詳細な事情を考慮せずに離婚請求を認めることができ、例外的に苛酷状態などの事情をチェックすればよいことになるからである。平成二年判決の原審である〔裁判例・12〕は、三要件アプローチを採ったものであるが、八年間の別居は、いまだ「有責配偶者の責任と相手方配偶者の婚姻継続の希望を考慮の外に置くに足りる相当の長期間」とはいえないとしており、三要件の背後にこうした評価があることを明瞭に示している。しかし、別居期間の数量的判断のみによって有責性の風化と婚姻関係の形骸化が判断できるのは、二〇年や三〇年といったかなり長期の別居の場合か、そうでなくとも別居期間が同居期間を相当程度上回っている場合、あるいは極端に別居期間が短い場合に限られる。これらの場合には、相当の長期間の別居は、なお信義則上の諸要件の利益衡量を排除するという機能をもっているといえる。しかし、それ以外の場合には、

諸事情の総合的判断により有責性の風化と婚姻関係の形骸化が検討され、これらの評価により、相当の長期間かどうか判断されることになるといえる。⁽⁵⁷⁾ 婚姻の形骸化をある種の事情変更とみるとすれば、⁽⁵⁸⁾ 二で検討した学説はそれぞれ「相当の長期間の別居」のもつある側面を捉えたものであったといえよう。

おわりに

現在の裁判例を前提とすれば、有責配偶者の離婚請求における「相当の長期間の別居」は、有責性の風化と婚姻の形骸化を示すものであり、それは数量的には一〇年前後の別居で代替的に評価しうるが、そうでない場合は有責性の程度、相手方配偶者の意思、未成熟子の有無、重婚的内縁の形成その他の諸事情との関係によって必要な期間が決定されているというのが本稿の結論である。

裁判実務における基準がこのようなものであるとすると、それは改正法律案要綱が目指すような、五年という別居期間をもって破綻の徴表とし、有責・無責を問わず離婚請求を認めるという方向とは異質のものであるように思われる。たしかに有責配偶者の離婚請求において要求される別居期間は、六二年判決当時に比べれば短縮される方向に進んできた。しかし、この傾向の内実は本稿で検討した通りであり、要求される別居期間について信義則アプローチによる個別判断が行われた結果といえる。三要件アプローチをとる裁判例ではいまだ一〇年程度の別居期間が要求されていることも踏まえれば、少なくとも裁判例の動向が改正法律案要綱に近づいていると評価することは必ずしも正しくない。したがって、近い将来において、裁判実務において有責配偶者の離婚請求において要求され

る別居期間が五年に収束していく可能性は高くはないと思われる。

本稿でみたように裁判実務において、有責配偶者の離婚請求が信義則に反しない根拠、すなわち有責性の風化と婚姻の形骸化を一定の数量の別居で代替させようという試みは、全面的には挫折したといえ、それに代わるものとして信義則アプローチが形成されることになった。それを踏まえて改正法律案要綱なし今後の立法のあり方をどのように考えるべきか。一定の別居期間を離婚原因とする立法の必要があるとの意見もありうるだろうし、そうでない方向を目指すべきという立場もありえよう。考えるべき課題は多いように思われるが、問題を指摘するにとどめ、その検討については他日を期したい。

【表】 六二年判決以降の有責配偶者からの離婚請求に関する裁判例（別居期間に関する判示のあるもの）

	裁 判 例	結果*	同居\別居**	年齢***	長期間性****	判断枠組
1	東京高判昭六二・九・二四判時一二六九号七九頁	×	16/7	不明	×	三要件 信義則
2	東京高判昭六二・一〇・二〇判タ六六九号二〇六頁	×	11.5/8	X 46 / Y 43	×	三要件
3	最判昭六二・一一・二四判時一二五六号二八頁	○	4/30	不明	○	三要件
4	大阪高判昭六二・一一・二六判時一二八一号九九頁	×	5/15	X 61 / Y 53	○	三要件
5	最判昭六三・一二・一二判時一二六八号三三頁	○	17/22	不明	○	三要件
6	最判昭六三・四・七判時一二九三号九四頁	○	21/16	不明	○	三要件

83 有責配偶者の離婚請求における「相当の長期間の別居」

24	23	22	21	20	19	18	17	16	15	14	13	12	11	10	9	8	7
最判平一六・一一・一八家月五七卷五号四〇頁	那覇地判平一五・一・三一判タ一一二四号二四四頁	東京高判平一四・六・二六判時一八〇一号八〇頁	東京高判平九・一一・一九判タ九九九号二八〇頁	東京地判平八・五・一三判時一六〇二二九号八頁	最判平六・二・八判時一五〇五号五九頁	最判平五・一一・二家月四六卷九号四〇頁 (16の上告審)	大阪高判平四・五・二六判タ七七七号二五三頁	東京高判平三・七・一六判時一三九九号四三頁	最判平二・一一・八判タ七四五号一一三頁 (12の上告審)	神戸地判平元・六・二三判時一三四三号一〇七頁	東京高判平元・五・一一家月四二卷六号二五頁	東京高判平元・四・二六判時一三一七号八二頁 (7の控訴審)	最判平元・三・二八判時一三一五号六一頁	東京高判平元・二・二七判タ七一四号二二七頁	最判昭六三・一二・八家月四一卷三三三号一四五頁	東京高判昭六三・八・二三判時一二八八号八六頁	東京地判昭六三・六・二〇判タ六八二二二四頁
×	○	○	×	○	○	○	○	○	○	○	×	×	×	○	○	×	○
6.7/2.4	3/8	23/6	6/13	27/21	15/14	17.2/9.8	23/26	17.2/9.8	23/8	1/33	10/10	23/8	22/8	8/22	0.8/10.3	18/11	23/7
X 34 / Y 33	X 41 / Y 35	X 53 / Y 52	不明	X 77 / Y 74	X 56 / Y 58	X 53 / Y 54	X 84 / Y 78	X 53 / Y 54	X 52 / Y 55	X 67 / Y 62	X 47 / Y 47	X 52 / Y 55	X 60 / Y 57	X 60 / Y 58	X 37 / Y 39	X 55 / Y 55	X 54 / Y 51
×	○	○	△	○	○	○	○	○	○	○	×	×	×	○	○	×	○
三要件	信義則	信義則	信義則	三要件	信義則	原審を是認	三要件	信義則	信義則	信義則	三要件	三要件	三要件	三要件	三要件	三要件	三要件

25	福岡高裁那覇支判平一五・七・三一判タ一一六二号二四五頁 (23の控訴審)	○	4/9	X 41 / Y 35	○	信義則
26	福岡地判平一五・一〇・二四家月五八卷一号九六頁	×	21/9	X 55 / Y 54	×	信義則
27	福岡高判平一六・八・二六家月五八卷一号九〇頁 (26の控訴審)	×	21/9	X 55 / Y 54	×	信義則
28	大阪高判平一九・五・一五判タ一二五一号三二二頁	○	8/13	X 46 / Y 46	○	信義則
29	東京高判平一九・二・二七判タ一二五三号二三五頁	×	14/9	X 54 / Y 54	○	三要件
30	東京家判平一九・八・三一家月六一卷五号五五頁	○	16/13	X 57 / Y 50	○	三要件
31	大阪高判平二〇・一一・一〇家月六二卷一〇号六七頁	×	0/4	不明	×	三要件
32	徳島家判平二一・一一・二〇判タ一二七〇号二〇二頁	○	19/6.9	X 52 / Y 51	×	三要件
33	高松高判平二二・一一・二六判タ一二七〇号一九九頁 (32の控訴審)	×	19/7.5	X 52 / Y 52	×	三要件

* ○は有責配偶者からの離婚請求につき、これを肯定する方向で積極的に判断したもの。×はこれを否定する方向で消極的に判断したもの。

** 小数点以下は月数を示す。

*** Xは原告、Yは被告を示す。

**** ○は相当の長期間と判断されたもの又は最終的に離婚請求につき積極的に判断したもの。×は相当の長期間にあたらないと判断されたもの。

(注)

(1) 二宮周平・榊原富士子『離婚判例ガイド』(有斐閣、第二版、二〇〇五年)七八頁等。

- (2) 高橋忠次郎「裁判離婚における有責性と経済関係——最高裁昭和六二年九月二日大法院判決をめぐって」専修法学論集第四七号一頁（一九八八年）、田口直樹「有責配偶者の離婚請求と民法改正要綱試案における苛酷条項について」家庭裁判月報四七卷九号一頁（一九九五年）等。
- (3) 泉久雄「破綻主義離婚法（二）——有責配偶者の離婚請求」法学教室一〇八号五〇頁（一九八九年）五一頁、阿部徹「判例に学ぶ民法22有責配偶者の離婚請求」法学教室一四九号二五頁（一九九三年）二七頁等参照。
- (4) 中川淳「判批」判例タイムズ六四五号六一頁（一九八七年）。
- (5) 中川高男「有責配偶者離婚請求訴訟と現代離婚事情」法律のひろば四一巻二号二六頁（一九八八年）。
- (6) 久貴忠彦「判批」ジュリスト八九七号四八頁（一九八七年）。
- (7) 鈴木祿弥・鈴木ハツヨ「いわゆる「有責配偶者の離婚請求」についての新判例」家庭裁判月報四〇巻二号一頁（一九八八年）、小野剛「有責配偶者の離婚請求をめぐる最近の判例の動向」早稲田法学六九巻四号一五一頁（一九九四年）。
- (8) 鍛冶良堅「破綻主義と最高裁大法院判決」判例タイムズ六五二号六五頁（一九八八年）。
- (9) 高橋朋子「判批」家族法判例百選〈第七版〉三〇頁（二〇〇八年）三一頁。
- (10) 中川淳・前掲論文注（4）六七頁。同旨…大宮隆「判批」駒沢大学北海道教養部研究紀要二六号一頁（一九九一年）一九頁。
- (11) 中川淳「客観的破綻主義判例形成の軌跡——最高裁判例を中心とする素描——」小野幸二教授還暦記念論集『二世紀の民法』七九九頁（法学書院、一九九六年）八一〇頁。
- (12) 二宮周平「離婚の成立（2）——有責配偶者からの離婚請求」戸籍時報六六〇号三七頁（二〇一〇年）四一頁。
- (13) 右近健男「判批」民商法雑誌九八巻六号一〇五頁（一九八八年）一一九頁。
- (14) 阿部・前掲論文注（3）二八頁等。
- (15) 久貴・前掲論文注（6）五六頁。
- (16) 阿部徹「判批」法学教室増刊民法の基本判例〈第二版〉二〇五頁（一九九九年）二〇八頁。
- (17) 島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法（22）親族（2）離婚』（有斐閣、二〇〇八年）四〇二頁〔阿部徹〕。
- (18) 良永和隆「判批」民事研修六二五号三一頁（二〇〇九年）三五頁。

- (19) 前田達明「有責配偶者からの離婚請求―比較法的見地から―」法学セミナー三九五号一四頁(一九八七年)一九頁。
- (20) 青木晋「有責配偶者からの離婚請求」判例タイムズ九六号三四頁(一九九九年)三七頁、小野・前掲論文注(7)一六六頁、二宮・前掲論文注(12)四二頁等。
- (21) 村重慶一「有責配偶者の離婚請求」同編『現代裁判体系^⑩〔親族〕』一〇〇頁(新日本法規、一九九八年)一〇四頁、青木・前掲論文注(20)三七頁等。
- (22) 法務省民事局参事官室「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案の説明」ジュリスト一〇五〇号二九頁(一九九四)二五二頁。
- (23) 島津Ⅱ阿部・前掲書注(17)四〇二頁〔阿部徹〕。
- (24) 門口正人「判批」最高裁判所判例解説民事編昭和六二年度版五四〇頁(一九九〇年)五八五頁。
- (25) 中川淳「有責配偶者離婚請求訴訟の動向(二)―大法院判決後の三要件解釈をめぐって―」法律のひろば四二巻五号三九頁(一九八九年)四三頁。
- (26) 右近・前掲論文注(13)一二六頁、同旨・鈴木・前掲論文注(7)一五頁。
- (27) 中川淳・前掲論文注(25)四五頁。
- (28) 中川淳・前掲論文注(25)四三頁、前田・前掲論文注(19)一九頁。
- (29) 吉岡睦子「離婚法の改正の課題」自由と正義四五巻五号六一頁(一九九二年)六二頁。
- (30) 同右・六三頁。
- (31) 利谷信義「判批」判例評論三四九号三三頁(一九八八年)三六頁。
- (32) 同右・三七頁。
- (33) 門口・前掲論文注(24)五八三頁。
- (34) 同右。
- (35) 阿部徹「有責配偶者の離婚請求―判例の現状と問題点―」自由と正義三八巻九号二頁(一九八七年)二五頁、同旨・鈴木・前掲論文注(7)一四頁。滝沢幸代「有責配偶者の離婚と今後の課題」判例タイムズ六八〇号一九頁(一九八九年)や神谷遊「離婚原因としての「五年の別居」」民商法雑誌一一一卷四・五号五九頁(一九九五年)は、六二年判決の論理は風化論と同質

のものであり、少なくともその延長線上に位置づけられるべきであるとする。

- (36) 良永・前掲論文注(18) 三五頁は、「過去の過ち(有責性)を水に流せる程度の期間は必要であり、最低でも一〇根程度の期間が必要」とする。

- (37) 小野・前掲論文注(7) 一六四頁。

- (38) 神谷・前掲論文注(35) 六五頁。

- (39) 滝沢・前掲論文注(35) 三〇頁。

- (40) 米倉明「積極的破綻主義でなぜいけないか―有責配偶者の離婚請求についての一試論―」ジュリスト八九三号三八頁(一九八七年)四〇頁。

- (41) 鍛冶良堅「破綻主義と最高裁大法廷判決」判例タイムズ六五二号六五頁(一九八八年)六七頁。

- (42) 同右・六八頁。

- (43) 同右・六八頁。

- (44) 同右・七〇頁。

- (45) 鍛冶良堅「判批」判例評論三三七号四七頁(一九八七)五〇頁。

- (46) 米倉・前掲論文注(40) 四〇頁。

- (47) 鍛冶・前掲論文注(41) 六八頁。

- (48) 高橋・前掲論文注(9) 三一頁は、六二年判決以後の判決・裁判例においては長期間の別居と未成熟子の不存在の要件を満たしていないことを前提としたとき、離婚を認めてもよいと思われるときは信義則を重視し、否認した方がよいと思われるときは三要件を重視するという、いわゆる二重基準の状態にあるとする。

- (49) 右近健男「判批」家族法判例百選(第五版)三三頁(一九九五年)三三頁参照。

- (50) 大村敦志教授は、こうした裁判例では、「相当な長期間」を諸般の事情を考慮する場として一般条項化しているものであり、「真摯な和合・謝罪の努力や財産分与の申し出などを考慮にいれる独自の判断枠組みが生成しつつあるともいえる」とする。大村敦志「判批」法学協会雑誌一一巻六号一二五頁(一九九四年)一四二頁。

- (51) 神谷・前掲論文注(35) 六五頁は、「別居期間は必ずしも婚姻破綻を推し量る尺度として機能しているわけではない」とする。
- (52) もっとも、婚姻継続の意思といっても、その内容は様々なものがありうる。単なる意地やプライド、相手方への憎悪や嫌がらせなどから離婚を拒絶している場合もとより法的保護に値するとはいえないが、ここで問題となるのは子の養育のためや経済的不安のためといった理由や共同生活回復への期待などの理由に基づく婚姻継続の意思がある場合である。ただし、もっぱら憎悪と意地のみで離婚を拒絶しているかどうかの判断はそれほど容易でないとの指摘もある(高田健一＝佐藤嘉彦「有責配偶者の離婚請求」判例タイムズ五四八号四七頁(一九八五年)五〇頁参照)。
- (53) 利谷・前掲論文注(31) 三六頁は、このことを破綻の事実の認定とその法的評価という二段階の作業であると表現している。
- (54) 「裁判例・32」は、別居期間は相当の長期間に及んでいるとはいえないとしながら、「心のつながりという本質を失った婚姻関係」につなぎ止めることは「懲罰的」で厳格にすぎると述べる。
- (55) 利谷・前掲論文注(31) 三七頁参照。
- (56) 学説では、別居期間の長期性の判断は、他の二要件と相関的に決定されているとの指摘(野田愛子「判批」判評三八五号(一九九一年)二〇七頁等参照)があるが、婚姻関係の空洞化ないし形骸化の評価において、未成熟子の有無や離婚がもたらす影響といった三要件に含まれる事実も検討対象となるためであるといえることができる。
- (57) ただし、こうした検討の結果が信義則アプローチによって示されるとは限らない点には注意が必要である。これらの検討内容は、離婚を拒否する相手方配偶者に向けられたものであるため、離婚請求を認容する場合にはその理由付けを示す必要があるが、離婚請求を棄却すべき場合には、必ずしも詳細な理由は必要なく三要件の適用の形式で、相当の長期間とはいえないという結論だけを示すことが可能である。平成二年判決以降の裁判例において、三要件の枠組みを採るものが、かなりの期間の別居が存在する事案を除けば、離婚請求を棄却する裁判例に偏っているのはこうした事情によるものと推測される。
- (58) 学説④を主張される鍛冶良堅教授は、「有責配偶者の離婚請求の問題は、ほとんどが重婚的内縁の問題とからむわけであるが、一般には一〇年くらいの別居の継続によって婚姻関係の形骸化を認定し、重婚状態にある内縁関係に対して準婚姻論を適用していると思われる、形骸化も基礎は事情変更の論理にあるといつてよい」とする。鍛冶・前掲論文注(43) 五〇頁。同旨・野田・前掲論文注(56) 二〇七頁。