

裁判例に見る「家庭内別居」の諸相（1）

家 永 登

目 次

はじめに

第1章 社会における「家庭内離婚」の登場

第2章 判例における「別居法」「婚姻破綻法」の形成

第3章 裁判における「家庭内離婚」の登場（以上、本号）

第4章 裁判に見る「家庭内別居」の諸相

第5章 まとめ——「家庭内離婚」の認定と効果

はじめに

近年、離婚後の共同親権を主張する議論が盛んである。離婚によって夫婦関係は解消されるが、子の父母としての役割は離婚によっても消滅しない、離婚後も父母双方と交流することは子の利益にかなうなどとして、離婚後も父母が共同で親権（監護権）を行使することを認める欧米の共同親権（共同監護）法制の影響をうけて^(注1)、わが国でも離婚後の共同親権を認めるべきである、さらには離婚後も共同親権を原則とすべきであるという主張が有力に行われている。木幡文徳教授がカリフォルニア大学バークレー校留学後に発表した論考は、アメリカの共同監護論をわが国に紹介した初期の文献の一つである^(注2)。木幡教授のご退職を記念する論集への寄稿に際して、私は、共同親権の日本的発現形態としての「家庭内離婚」というテーマで執筆を試みようとしたが、結局、以下で述べる理由から表題のようなテーマに落ち着くことになった。

わが民法は、未成年の子に対する親権について、父母の婚姻中は父母が共同で行使するが（民法818条3項）、離婚後は父母いずれかが単独で行使するものとしている（819条1,2項）。離婚後が単独親権となるのは、婚姻関係にない父母が子に対して親権を共同行使することは「妥当でなくまた不可能な場合が多いから」と説明される^(注3)。現行民法が離婚後を単独親権とした理由は、立法に携わった我妻栄教授によれば、「父母が離婚して後も、共同親権を続けたほうがよいという考え、または、少なくとも、共同親権を認めてもよいという考えがあるかもしれない。しかし、理想論としてはともかくも、実際論としては、実行が困難であろう。父母が離婚すれば、居住を異にするだろうし、子はそのいずれかに引取られているだろうから、その父母が協議しなければ、親権を行使し得ないということは、子にとって甚しく不利益であろう。……新法の規定は、少なくとも、実際的だと思う」とされる^(注4)。その後の注釈書では、簡単に「離婚後は親権の共同行使は不可能であろうから……父母が、自分達のどちらかを親権者と定めなければならないことにしたのである」と記されている^(注5)。立石教授の執筆であるが、共同親権が「子にとって甚しく不利益」という理由づけが落ちている点が印象的である。

私は、離婚後も共同で親権を行使することを当事者が希望し、その実現が可能な夫婦の場合には親権の共同行使が可能となるように民法を改正すべきであると思うが、共同親権を原則化すべきであるという主張には賛成できない^(注6)。わが国の平均的な離婚夫婦が共同で親権を行使できる状況にあるとは到底思えないのである。かねてより私は、いわゆる「家庭内離婚」（裁判例では「家庭内別居」という用語を使う例が圧倒的に多い）は離婚後の共同親権行使の日本的な発現形態であると考えてきた。離婚したうえで親権の共同行使を考えるような父母であれば、正式な離婚はしないで、子が成人し、学校を卒業し、就職し、あるいは結婚するまでは、子どものために離婚はしないで、「家庭内離婚」の状態にとどまって、子に対

する親権を「共同」で行使することが少なくないと考えるのである。

このような問題意識から、夫婦関係が悪化した不和夫婦が、親権の「共同行使」の形態として「家庭内離婚」を選択したと思われる判例を探したところ、そのように解釈することができなくもない裁判例は散見されたものの^(註7)、「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」という用語を明示的に使って、それが不和夫婦間における親権の共同行使を目的としたものであると明言した裁判例を見出すことはできなかった。親権の共同行使を目的として「家庭内離婚」状態を選択するような夫婦が、裁判所で親権や監護処分をめぐって争うことはないであろうから、裁判例を見出すことができなかったのは当然かもしれない。しかし、この過程で、私は、離婚後の共同親権のわが国的な発現形態としての「家庭内離婚」の問題はひとまず置いて、「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」に言及のある裁判例それ自体に興味を抱くようになった。「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」に言及のある裁判例を検索すると、その件数は昭和61年の事例を嚆矢として50件以上に上ることが判明した。本稿はその紹介と分析の報告である^(註8)。

本稿では、最初に、「家庭内離婚」という社会現象の登場を紹介し（第1章）、その後、裁判例に現れた「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」の紹介、検討に入る。事例の収集にあたっては、判例データベースのキーワード検索によって「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」に言及した判例を網羅的に拾い出した^(註9)。そして、裁判例において「家庭内離婚」という用語が初めて登場する事案を紹介し、ついで「家庭内離婚」が「家庭内別居」に置き換わる過程（第3章）、さらに「家庭内別居」という用語が用いられた多くの事案の諸相を紹介することとした（第4章）。ところで、わが民法の婚姻の効力に関する規定は、婚姻中、すなわち婚姻の成立から婚姻の解消までの全期間を通じて、すべての夫婦に一律かつ全面的に適用されるかのような形で規定されており（民法750条～762条、772条1項ほか）、夫婦関係の状態の変化に応じて婚姻の効力が縮減したり消滅したり

するようには規定されていない。しかし、判例は、婚姻関係の破綻や形骸化、夫婦の別居など一定の状態にある夫婦に対しては民法の婚姻の効力規定の適用を制限したり、適用を否定したりすることによって、「別居法」ないし「婚姻破綻法」とでもいうべき領域を形成してきた。このような判例による「別居法」、「婚姻破綻法」を検討しておくことは、夫婦関係の状態の変化の一つの段階としての「家庭内離婚」状態にある夫婦の問題を検討するうえで有用と思われる。そこで、「家庭内離婚」、「家庭内別居」を検討する際の道案内として、判例による「別居法」、「婚姻破綻法」ともいえる領域を瞥見しておく（第2章）。そして最後に、「家庭内離婚」、「家庭内別居」という用語を用いた裁判例の検討から、これらの用語が、どのような紛争場面で（紛争類型）、どのような夫婦関係の状態を示すものとして用いられ（定義、認定基準）、この用語を用いることでどのような法的効果を目指しているのか（法的効果）を分析してまとめとする（第5章）。

（注1） 木幡文徳「アメリカにおける子の監護権——テンダー・イヤー・ドクトリンからジョイント・カストディへ」専修法学論集 44号（中田幸子教授追悼記念号, 1986年）29頁。

（注2） その後の共同親権論については、山本正憲「819条注釈」於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法25巻・親族(5)親権・後見・扶養』（有斐閣, 1994年）19頁、財団法人日弁連法務研究財団・離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会編『子どもの福祉と共同親権』（日本加除出版, 2007年）などを参照。

（注3） 山本・同前41頁。

（注4） 我妻栄『改正親族・相続法解説』（日本評論新社, 1949年）107頁。

（注5） 我妻栄・立石芳枝『親族法・相続法（法律学体系コンメンタール篇・民法Ⅲ）』（日本評論新社, 1952年）262頁。

（注6） 梶村太市「子どもを連れ去って返してくれない」書齋の窓2010年5月号19頁は、日本における離婚後の共同親権（共同監護）の原則化に反対を表明する。梶村教授は共同親権の強制的な実現には反対するが、父母の同意がある場合には現行法のもとも民法766条の処分事件において共同親権を命ずる「調停に代わる審判」を行うことが可能と解される（梶村太市『新家事調停の技法』（日本加除出版, 2012年）331-2頁）。

- (注7) 岡山地判平成16・1・16（中里和伸『不貞慰謝料請求の実務』（LABO, 2015年）122頁から引用。子が成人するまでは離婚しないとして離婚調停を取り下げた事例）、東京地判平成18・9・8（中里・同前119頁から引用。長男をかすがいとした夫婦関係が存在した旨を判示した事例）、東京地判平成19・4・24（Westlaw [WLJPCA 04248016] 中里・同前117～8頁にも掲載。長女の養育費等を通じて接触があった事例、などを挙げることができる。
- (注8) 「家庭内別居」とか「家庭内離婚」という用語は使っていないものの、事案の内容はいわゆる「家庭内離婚」状態であることがうかがえるものとしては、上記(注7)のほかにも、大阪高判平成21・5・26（家月62巻4号85頁）などがあるが、本稿は明示的に「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」という語を用いた裁判例のみを対象とした。
- (注9) 主として第一法規のD1-Lawを利用し、Westlaw その他の判例データベースも適宜参照した。

第1章 社会における「家庭内離婚」の登場

(1) チャールズ・ディケンズは15年間に10人の子を産ませた糟糠の妻が、「大作家」となった自分の妻としてふさわしい女に成長しなかったとして疎んずるようになった。それでも彼は「他の多くの性のあわない夫婦の場合と同様、気持ちが離れ離れになりはしても、おそらく世間に対しては依然夫婦らしく振舞って見せたことであろう。」彼の場合は、その芝居を時のヴィクトリア女王が見に来るほどの人物であったから、「社会的な地位が地位だけに、公然と夫婦別れをしようものなら、どんな物議をかもしかもしれない」という心配があった。しかも、彼は『クリスマス・キャロル』その他の作品によって家庭で守るべき美德と家庭生活の幸福を描いてきただけに、その必要は切実だった。しかし、最終的にディケンズの妻は夫の資産、収入から見ると破格に低額の扶養料と狭小な住居をあてがわれて別居に応じたという^(注1)。

(2) ディケンズ夫妻のように、夫婦お互いの気持ちは離反したにもかかわらず、形の上だけで夫婦関係を継続する夫婦は、離婚が認められていな

かった時代には少なくなかっただろうが、離婚が認められている近時のわが国でも、1980年代以降の離婚の増加、とくに中高年者の離婚（いわゆる熟年離婚）の増加とともに、離婚に至る前段階として、あるいは事実上の離婚の一形態として、「家庭内離婚」という現象が発生し、この現象を示す「家庭内離婚」という言葉が人々の間で語られるようになった。

そもそも、「家庭内離婚」という言葉はいつから使われるようになったのだろうか。毎年その年に発生、流行した新語を収録する『現代用語の基礎知識』に探ってみた。同書（1987年版）によると、「家庭内離婚」とは、「夫婦の双方、または片方が離婚を望みながら、あるいは正式に離婚したが同居している等、夫婦の絆がないのに表面上は夫婦の形をとっている状態をいう。作家・林郁の造語。昭和58年NHK総合テレビ『中高年の離婚』が反響をよび、レポーター役の林郁が番組の中で発言し、60年、同名のルポルターージュを出版するに及んで話題となった。原因は、子どもの数の減少、妻の高学歴化、長寿社会への移行など、ライフサイクルの変化にかかわらず、生き方のモデルがないこと、加えて性別役割分業、単身赴任、長期出張、子どもの受験戦争、妻の自立志向などによる家庭生活の矛盾、それに気づかない働きバチの夫の意識の遅れなどがあげられる。実際に離婚できない理由は、妻の経済的自立が困難なこと、老親の扶養・介護、子どもの就職や結婚への差し障りなどの世間体等が代表的なものである。愛が失われれば離婚する欧米、ことにアメリカなどとは著しく異なる現象である。最近離婚率が低下したといわれるが、実際は『家庭内離婚』がかなり多いのではないかといわれる。高齢化社会を迎えて、改めて結婚や家庭の意味が問い直されている」と解説されている^(注2)。ここに引用された林郁氏のルポルターージュは、1985年に刊行された林郁『家庭内離婚』である^(注3)。同書が紹介したような状態の夫婦が実際に少なからず存在したこともあり、同書にリアリティーを感じた読者も多かった様子が、同書の文庫版に付された著者自身のあとがきおよび斎藤茂男氏の解説などからうか

がうことができる。「家庭内離婚」という言葉は流行語にもなり、社会的に定着し、やがて夫婦間の紛争に際して当事者がその主張の中で用い、裁判においても使われるところとなった。

(注1) サマセット・モーム／西川正身訳「チャールズ・ディケンズ」『世界の十大小説・上巻』（岩波書店、1958年）285-7頁。

(注2) <https://kotobank.jp/word/%E5%AE%B6%E5%BA%AD%E5%86%85%E5%88%A5%E5%B1%85-464709> 「Web Magazine 月刊基礎知識」より引用（閲覧日2015年5月9日）。

(注3) 林郁『家庭内離婚』（筑摩書房、1985年、ちくま文庫、1986年）。

第2章 判例における「別居法」「婚姻破綻法」の形成

（1）夫婦関係の不和と婚姻の効力規定の適用の可否

裁判例に現われた「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」を紹介、検討する道案内として、わが国の判例が、「別居」、「婚姻の破綻」、「婚姻の形骸化」、「事実上の離婚」などといった用語によって、どのような紛争場面における、夫婦のどのような状態を想定し、そのような状態にある夫婦にどのような法的な効果を与えようとしているのかを確認しておきたい。

わが民法の「婚姻の効力」の節（第4編第2章第2節）は、750条から762条までの13条にわたり婚姻の効力を規定しており、その他の個所にも、婚姻による父性の推定（772条1項）、婚姻による準正（789条）、配偶者相続権（890条）など婚姻の効力に関する規定が置かれている。民法が規定するこれら婚姻の効力規定は、婚姻中は、すべての夫婦に一律かつ全面的に適用される形で規定されている。しかし、婚姻の効力規定の中には、夫婦関係が円満を欠き不和となったにもかかわらず、当該夫婦が単に形式的に婚姻中であるから（離婚届が提出されていない、戸籍上の夫婦であるから）というだけの理由で適用したのでは、かえって当事者間の公平に反し、

不当な結果を招く場合がある。諸外国では、別居中の夫婦を規律する「別居法」を設けている国も少なくなく^(注1)、「家庭内別居」に関する規定を有する国も存在する^(注2)。しかし、わが国にはそのような立法はなく、すべては判例法に委ねられている^(注3)。すなわち、わが判例は、婚姻中であっても、夫婦関係の状態の変化に応じて婚姻の効力を縮減ないし消滅させることによって、換言すれば、円満を欠く不和夫婦の状態に応じて婚姻の効力規定の適用を制限したり否定したりすることによって、円満な夫婦関係を前提とした民法の婚姻の効力規定を適用することによって生じる不当な結果の回避をはかっている^(注4)。円満を欠く夫婦関係の段階を表わす用語は裁判例や論者によって様々だが、さしあたり、＜夫婦関係の不和→婚姻関係の破綻ないし形骸化→事実上の離婚状態→離婚＞という段階を経て進行、悪化するという用語法に従うことにする。それでは、「婚姻関係の破綻」「形骸化」、「事実上の離婚状態」などの用語の意義、これらの関係、そしてこれらと「別居」との関係はどのようなものであるのだろうか。

① 事実上の離婚

事実上の離婚とは、「法律上の夫婦が、離婚の合意をして別居し、両者の間に夫婦共同生活の実体が全然存在しなくなったが離婚の届出はしていない」状態をいう^(注5)。婚姻関係を届出によって公示し法律関係の画一を図るという要請と、実体のない夫婦に夫婦共同生活の存在を前提として認められる婚姻の効果を適用することの弊害との調整が課題になるとされる^(注6)。夫婦共同生活の実体が失われている点では婚姻破綻と同じだが、離婚の合意がある点で婚姻関係の破綻とは区別される。離婚意思の合致のみを事実上の離婚の要件とし、別居を要件としない見解もあるが、その論者も、第三者との関係では「客観的な婚姻共同生活廃止の事実の発生」を要件とする^(注7)。

事実上の離婚の法的効果については、当事者間では離婚と同様の効果が認められ、婚姻共同生活にかかわる規定は適用されなくなる。届出がなさ

れていないため、親族関係の成否や第三者に対する関係では当事者間とは異なる配慮が必要とされる。そのうち、事実上の離婚後に配偶者の一方と肉体関係を持った第三者に対する不貞慰謝料請求権の成否については、最高裁判例がこれを否定する以前から、否定説が主張されていた^(註8)。また、嫡出推定規定（民法772条以下）の適用の可否に関しても、「婚姻中（の懐胎）」という戸籍による公示性の要請と、婚姻共同生活を前提とする妻の性的誠実義務との調整が問題となるが、事実上の離婚状態にある場合には嫡出推定は及ばないとする見解が、これも最高裁判例が出る以前から主張されてきた^(註9)。事実上の離婚は、婚姻の破綻より夫婦関係がさらに悪化した状態と考えられており、例えば、田中調査官は、不貞慰謝料請求権の成否に関する最判平成8・3・26（民集50巻4号993頁）は、「事実上の離婚の状態に至っている婚姻関係はもとより、離婚の合意は成立していなくても、既に破綻してしまっている婚姻関係も法的な保護に値する権利（利益）とはいうことはできない」という立場に立つものと解する^(註10)。

② 婚姻関係の破綻

(a) 「破綻」の出発点は離婚原因にある。わが民法770条は破綻主義を採用した規定であり、同条1項5号「婚姻を継続し難い重大な事由」は婚姻関係の破綻を離婚理由とする一般的・抽象的規定であり、同項1号から4号は婚姻破綻を示す例示規定と解するのが通説である^(註11)。「民法の一部を改正する法律案要綱」（平成8年、法制審議会。以下では「民法改正要綱」と略称する）は現行の5号を「婚姻関係が破綻して回復の見込みがないとき」に改めることを提案するとともに（第7「裁判上の離婚」1項5号）、新たに4号として「夫婦が5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」という離婚原因を創設することを提案している。これまでも、「破綻」概念は曖昧であるため、破綻の認定は極めて困難であり、破綻認定は裁判官の裁量の余地が大きいことが指摘されてきた^(註12)。そして、破綻の認定における裁判官の恣意を排除し、裁判の結果予測可能性を

高め、あるいは夫婦関係への裁判官の過剰な介入を回避し、さらには離婚裁判が両当事者によるプライバシー暴露合戦・泥仕合になることを避けるために、客観的事実によって破綻を認定すべきであると主張されてきた^(注13)。例えば、一定期間の別居の事実によって「破綻」を擬制することで、裁判官が夫婦間の具体的事実に入り込むことに対する謙抑性を確保し^(注14)、あるいは、破綻概念の客観化によって当事者同士のプライバシー暴露合戦・泥仕合い化を回避するなどの主張である^(注15)。

「別居」との関係で言えば、破綻の徴表となるのが「別居」である^(注16)。ところで、離婚原因である「破綻」の徴表としての「別居」に関して、阿部教授が「家庭内離婚」に言及していることが注目される。ただし、彼は、離婚原因たる破綻の徴表としての「別居」は、あくまで外形的別居（住居を異にする別居）のみを意味し、「家庭内離婚」は「別居」には含まれないと明言する^(注17)。なお、同教授には、婚姻破綻によって子の利益はすでに損なわれているのだから、離婚の可否の判断に際して子の利益を考慮する必要はないとする意見に反対し、「形だけの夫婦であるにもせよ、親が離婚しないでいることが子どもの利益にかなう場合は、実際問題として結構あるのではないか」とする記述もみられる^(注18)。子どもの利益のために「形だけの夫婦」にとどまる父母は、まさに共同親権の日本的形態といえよう。

(b) 不貞慰謝料請求の可否の議論においても婚姻関係の破綻は重要な意味をもつ。しかも、この論点をめぐる議論の中には、婚姻関係の破綻の徴表としての別居と「家庭内別居」の関係に言及するものがみられることが注目される。最判平成8・3・26（民集50巻4号993頁）は、婚姻関係が破綻した夫婦の一方と肉体関係をもった第三者に対する他方配偶者からの不貞慰謝料請求を棄却したが、同判決の解説において、田中調査官は、同判決が不貞による不法行為責任の責任阻却要件として「別居」等の外形的事実を要求しておらず、別居等の外形的事実「破綻」という責任阻却要

件を根拠づける具体的事実の一部をなすものであると解している^(注19)。同調査官によれば、不和夫婦の一連の状態の変化過程のうち、「婚姻関係の破綻」を徴表する外形的事実の典型例が「別居」であるが、必ずしも別居という外形的事実がなくても、婚姻関係の「破綻」が認められる事例があるとす。そして、今日では別居の外縁として「家庭内別居」もありうると述べ、「婚姻関係の破綻」を徴表する外形的事実としての「家庭内別居」ということも考えられる旨を指摘する。同調査官によれば、「現代の婚姻共同生活の多様性を反映して、婚姻関係の破綻の態様又は破綻に至る態様も多様であるばかりか、……別居という概念の外縁自体も不明確になりつつある」ので、「別居に至っていないとしても、破綻を肯定すべき事案は存する」ことになる^(注20)。また、永井判事も、婚姻関係の「破綻」とは、「婚姻関係が完全に復元の見込みがない状態に立ち至っていることをいい、別居等の外形的事実は破綻を根拠付ける具体的事実の一部と考えられるが、いわゆる家庭内別居の状態の中にも『破綻』を肯定すべき事案がある」という。そして、「夫婦間の慈しみが失われ、会話や食事等の日常的接触を避けるようになってからある程度の期間が経ち、さらに状況にもよるが、寝室や家計まで別々であれば、婚姻関係は既に破綻していると考えられるだろう」としたうえで、婚姻関係破綻後の不貞行為の場合には、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権は発生しないとする^(注21)。永井判事が、「別居」は婚姻関係の「破綻」を根拠づける具体的事実であり、「家庭内別居」という状態でも婚姻の「破綻」を認定することができる場合があり、その場合には、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求権は発生しないという法律効果が付与されるとするものも、田中調査官と同様の見解と見られる。これらの見解は、「婚姻の破綻」を法律要件として、「別居」や「家庭内別居」はその要件に該当する法律事実と解するもののものである^(注22)。ただし他方で、「別居」夫婦の間では婚姻費用分担の軽減を認めた札幌高判平成3・2・25（家月43巻12号65頁、後出本章第(2)節⑦参照）や、離

婚時の財産分与の基礎財産を夫婦の「別居」時までに形成された（寄与のあった）財産に限定する広島高岡山支判平成16年6月18日（判時1902号61頁，後出本章第（2）節⑧参照）などのように、「別居」を要件として婚姻の効力の減免という法的効果を付与したとみられる裁判例や学説もあることを指摘しておく。

③ 婚姻関係の形骸化

「婚姻関係の形骸化」という用語は，婚姻関係が破綻して夫婦の生活実態が形骸化しているという意味で用いられるのが一般的であるが^{§(注23)}，もう一方で，離婚届が提出されていないため戸籍上は夫婦であるが，その戸籍が形骸化しているという意味で用いられる場合もある。例えば，重婚的内縁が許容される要件である「法律婚の形骸化」は，単に戸籍の上でのみ夫婦関係が存続しているというニュアンスがあるし（最判昭和58年4月14日民集37巻3号270頁ほか），懐胎当時父母の「婚姻関係は破綻し，形骸化して」いたから民法772条の嫡出推定は及ばないとする岡山地判平成22年1月14日（家月64巻5号78頁）における原告（出生子）の主張もそのように解することができる。重婚的内縁や嫡出推定はいずれも戸籍にかかわる事項であり，そのような事案における「形骸化」という用語は戸籍上の夫婦の記載が「形骸化」したという意味に解することができる。

婚姻関係の形骸化は，婚姻の破綻と同義に用いられる場合が多い。例えば，福岡高那覇支判平成15・7・31（判タ1162号245頁）は，別居期間が約9年と長期に及ぶ夫婦間で有責配偶者の夫から離婚請求した事案において，「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，……既に形骸化している」として，離婚を認容した。また，東京高判昭和60・10・17（判時1172号61頁）は，妻が夫の同棲相手の女性に対して不貞慰謝料を請求した事案において，本件夫婦は，子どもが全部嫁いだら離婚する旨を話し合った上で別居しており，「婚姻関係は，（被告女性）と夫とが同棲生活を始めた当時，すでに破綻に瀕しており，離婚が単に末

娘の結婚をまつだけの形骸化した存在にすぎなかった」から、女性の行為は「妻の守操請求権や家庭の生活の平穩を違法に侵害した」とはいえないとして請求を棄却した。ちなみに、本判決は日本の共同親権の事案ともいえる。

- (注1) イギリスの Matrimonial Causes Act 1973, s. 1(2)(d) (“two years separation rule”), and s. 1(2)(e) (“five years separation rule”), Family Law Act 1996, s. 21 (“separation order”) など (J. Herring, Family Law (6th ed.), pp. 121-2, p. 141 et al. 参照)。
- (注2) ドイツ民法は、1年間の夫婦合意による別居または3年間の別居により「婚姻の破綻」が推定されるとする1566条の規定を受けて、1567条1項1文で、「夫婦間に家庭的共同体が存在せず、夫婦の一方が、夫婦共同体を拒否することによってこれを形成する意志を有しないと認められる場合、夫婦は別居しているものとする」とし、さらに同項2文は「当該夫婦が婚姻住居内において生活を分離している場合も、家庭的共同体は存在しない」と規定する。(http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html の英訳による。2015年12月2日閲覧。)
- (注3) ただし、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律などに若干の関連規定(夫婦の同居義務の解除を認めるなど)がある。
- (注4) 本澤巳代子他『よくわかる家族法』(ミネルヴァ書房、2014年)は「別居法」を独立の項目とした教科書である(同書26頁以下を参照)。ちなみに同書は、「家庭内別居」の状態は夫婦の同居とはいえないとするが(同所)、「家庭内別居」も「別居」とみる見解といえようか。
- (注5) 我妻栄『親族法』(有斐閣、1961年)134頁。
- (注6) 我妻・同上。
- (注7) 中川高男「事実上の離婚」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅲ・離婚』(有斐閣、1959年)105頁。
- (注8) 我妻・前掲『親族法』135頁。
- (注9) 我妻・同前135頁、221頁。
- (注10) 田中豊「婚姻関係が既に破綻している夫婦の一方と肉体関係を持った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任の有無」『最高裁判所判例解説・民事編(平成8年度上)』(法曹会、1999年)247頁。
- (注11) 中川善之助『親族法・上巻』(青林書院、1959年)306頁、泉久雄『親族法』(有斐閣、1997年)142頁、有地亨『新版家族法概論(補訂版)』(法律文化社、2005年)281頁など。ただし、我妻・前掲170頁は1～4号の具体的事実が認め

られる場合は原則として離婚を認めることで（例外は同条2項）、離婚の最低線を維持すべきであるとする。

(注12) 阿部徹『770条注釈』鳥津一郎・阿部徹編『新版注釈民法22巻・親族(2)離婚』（有斐閣，2008年）380頁など。

(注13) 久保野恵美子「破綻主義離婚における破綻の意義と裁量棄却」小田八重子・水野紀子編『新家族法実務体系1巻 親族(1)婚姻・離婚』新日本法規，2008年）所収425頁ほか。

(注14) 大村敦志『家族法（第3版）』（有斐閣，2010年）155頁。

(注15) 久保野・前掲430頁，425頁ほか。

(注16) 大村・前掲155頁。

(注17) 阿部・前掲402頁。

(注18) 阿部・同前385頁。

(注19) 田中・前掲241-249頁（とくに249頁）。

(注20) 田中・同前249頁。

(注21) 永井尚子「夫婦関係破綻後の不貞行為」判タ996号（1999年）42頁。

(注22) 本稿が対象とする事案は、不貞慰謝料請求のような一般民事事件、離婚の訴え・嫡出否認の訴えなどの人事訴訟事件、これら訴訟事件に前置される調停・審判事件、婚姻費用分担・財産分与などの調停・審判事件、さらに重婚の内縁関係にある者に対する遺族給付不支給に対する行政訴訟などがある。家事事件における法律要件については、岩井俊『家事事件の要件と手続』（日本加除出版，2013年）15-18頁などを、家事事件における要件事実論の（立証責任の分配にとどまらず、当事者の手続保障、裁判官の裁量統制上の）意義については、伊藤滋夫ほか「家事事件要件事実研究会・議事録」（伊藤滋夫編『家事事件の要件事実』（日本評論社，2013年）所収）4頁以下（特に伊藤、山本和彦教授の発言）を参照。

(注23) 例えば、福岡高那覇支判平成15年7月31日（判タ1162号245頁）の判示中の「形式だけのもの」、「形骸化」からは、夫婦生活の実態の形骸化というニュアンスを読み取ることができる。

（2）判例における「婚姻破綻法」の形成

前節（1）においては、婚姻関係の破綻、形骸化、事実上の離婚など、夫婦関係の状態の変化（悪化）を表わす用語の面から検討したが、本節（2）では、これら夫婦関係の状態の変化が問題となった裁判例に即して、紛争場面ごとに、どのような夫婦関係の状態の変化が、婚姻の効力にどのよう

な影響を及ぼすのかについて検討する。ただし、あくまで「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」を検討する際の参照基準になりうると思われる範囲で、しかも繁簡よろしきを得ない検討にとどまることをあらかじめお断りしておく。

① 「悪意の遺棄」（民法770条1項2号）の該当性

民法770条1項1号から4号の事由に該当する事実が認められるならば、婚姻関係が破綻に至っていない特段の事情が存しない限り、原則として離婚が認められる^(注1)。我妻教授は、1～4号に該当しながら5号によって婚姻関係の破綻がないとして離婚請求を棄却することはできないとするから、「悪意の遺棄」が認められる場合には、同条2項に該当しない限り、婚姻関係の破綻の有無を問うことなく離婚請求が認容されることになる^(注2)。ただし、悪意の遺棄を理由に離婚裁判にまで至るような当事者の夫婦関係は破綻しているのが普通であるから^(注3)、実際には両説の違いはないと思われる。また、離婚を請求する当事者は、1～4号の離婚原因が存在する場合でも同時に5号も主張するため、悪意の遺棄のみを理由に離婚請求を認容した事例は少ない。

例えば、仙台高判昭和61年1月30日（判タ603号75頁）は、夫からの離婚請求に対して、妻が、夫の行為は離婚原因たる不貞行為、悪意の遺棄にあたり、また婚姻を継続し難い重大な事由があるとして反訴を提起し離婚請求した事案において、本件夫婦の「婚姻がもはや回復し難い程度に破綻しているうえ、……被控訴人（夫）は正当な事由なく同居、協力の義務を履行せず控訴人（妻）を悪意で遺棄したものというべきであるから、右事由に基づく控訴人の離婚の反訴請求は理由があ」として妻からの離婚を認容し、慰謝料の支払いを命じた。浦和地判昭和59年12月3日（家月37巻12号53頁）は、フィリピン共和国法を準拠法とするフィリピン人夫と日本人妻との離婚訴訟において、離婚を認めないフィリピン共和国法を公序良俗に反するとして排除したうえで、本件夫は「妻と別居状態に在って、母

子を全く顧みず、妻との婚姻生活を継続する意思のないことが明らかであり、両者の間には離婚の合意が成立し、協議離婚届書も作成されていることから、「前記認定の事実は日本国民法770条1項2号に該当し『悪意の遺棄』として裁判上の離婚原因となりうるということが明白であることを慮るべきである」として、婚姻破綻の有無に言及することなく妻の離婚請求を認容した。ちなみに、悪意の遺棄が認められなくても、5号により離婚を認容することは可能であり^(注4)、東京地判平成7年12月26日(判タ922号276頁)のように、悪意の遺棄は否定したが婚姻を継続し難い重大な事由があるとして離婚を認めた例がある。

それでは、「家庭内離婚」が「悪意の遺棄」に該当する場合はあるだろうか。「悪意の遺棄」とは、夫婦の同居・協力・扶助義務(民法752条)の不履行一般を意味するものであり、「同居させてはいても配偶者らしい扱いをしない場合」も遺棄に当たりうるから^(注5)、「家庭内離婚」の状態が「悪意の遺棄」に該当する場合はありうるだろう。

② 「婚姻を継続し難い重大な事由」(同5号)の該当性

抽象的離婚原因である「婚姻を継続し難い重大な事由」(民法770条1項5号)とは、破綻主義のもとでは、夫婦関係が破綻して復元の見込みがないこと^(注6)、「婚姻の不治的破綻(婚姻関係が深刻に破綻しており、回復の見込みがないこと)」^(注7)、などと解釈されるが、婚姻破綻と回復不可能性の関係については諸説がみられる。

(a) 「婚姻関係の破綻」および「回復の可能性のないこと」を要件とするもの

婚姻破綻は過去回顧的に判断し、回復不可能性は将来予測的に判断する立場である。前述のように、「民法改正要綱」は現行民法770条1項5号を「婚姻関係が破綻して回復の見込みがないとき」に改めることを提案している。これは、破綻主義離婚に一步を進めた提案であるが、従来からの判例法を条文化した側面もある。例えば、東京高判平成3年7月16日(判時

1399号43頁)は、同居期間17年2か月に対し別居期間9年8か月、子は成年に達している夫婦間で、不貞行為を行った妻からの離婚請求を信義誠実の原則に反しないとしたうえで、「……夫婦間の性関係も途絶え、被控訴人(夫)は……以後全く家計費も負担しない状態が続いており、控訴人(妻)は……ころからKと約2年間情交関係を持っていたことがあるなど夫婦としての共同生活の実体は既に失われているというべきであり、被控訴人が離婚に応ずる意思を有しないことを考慮しても、控訴人と被控訴人との婚姻関係は既に破綻し、回復の見込みがない状態に至っているといわなければならない。／したがって、(両者)の間には婚姻を継続し難い重大な事由があるというべきである」として離婚を認容した。なお、本件の上告審である最判平成5年11月2日(家月46巻9号40頁)は、上記控訴審判決を「夫婦関係の破綻について主たる責任は被上告人(妻)にあるが、上告人(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ったとした原審の判断」と要約し直したうえで(破綻や回復可能性には言及しないで、相当長期間の別居のみで5号該当性を認め)、原審の判断を支持した。

(b)「婚姻関係の破綻」の判断の中に「回復の可能性のないこと」を織り込むもの

名古屋高判平成20年4月8日(家月61巻2号240頁)は、当該夫婦の「婚姻関係は破綻に瀕している」ものの、修復の可能性があるので、現時点では「いまだ破綻しているとまではいえない」とした。同様に、東京高判平成13年1月18日(判タ1060号240頁)も、修復の可能性あることを理由に婚姻関係の破綻を認めなかった。これらの判決は、婚姻関係の「破綻」が認められるためには、婚姻関係の「回復の可能性のないこと」が必要であるとする。「破綻」の有無の判断の中に将来予測的判断を含める点で、「破綻」を過去回顧的な判断に限定する上記(a)説とは異なる立場に立つといえよう。

(c) 「婚姻関係の破綻」だけで、「回復の可能性のないこと」は要件としないもの

福岡高判平成5年3月18日(判タ827号270頁)は、「婚姻関係の破綻」を認定するだけで、回復不可能性など将来予測的な判断なしに「婚姻関係を継続し難い重大な事由」があるとして離婚請求を認容した。ただし、婚姻破綻の認定の中に回復不可能性が織り込み済みであるとみれば、(b)説と同じ立場といえる。

(d) 「婚姻関係の破綻」に言及せず、「回復の可能性」の不存在のみを要件とするもの

大阪高判平成21年5月26日(家月62巻4号85頁)は、「控訴人(80歳の夫)と被控訴人(妻)との婚姻関係は、控訴人が婚姻関係を継続していくための基盤である被控訴人に対する信頼関係を回復できない程度に失われ、修復困難な状態に至っていると言わざるを得ない。……したがって、別居期間が1年余であることなどを考慮しても、控訴人と被控訴人との間には婚姻を継続し難い重大な事由があると認められる」として離婚を認容した。このように、「婚姻関係の破綻」にまったく言及することなく、「婚姻を継続し難い重大な事由」の有無を判断して結論を導く裁判例は、破綻主義に踏み出した最大判昭和62・9・2(民集41巻6号1423頁)以降も存在する。同様の理由づけで離婚を棄却した例としては、東京地判平成10年1月30日(判タ1015号232頁)などがある。

「家庭内離婚」それ自体を「破綻」に該当する具体的事実とみるか、あるいは「家庭内離婚」状態の内実たる性交渉の欠如や会話・食事の欠如などを「破綻」に該当する事実とみるかはともかく、「家庭内離婚」状態にある夫婦間で、離婚訴訟が提起された場合には、5号該当の有無、すなわち婚姻関係が破綻しており、修復の可能性がないか否かが問題となるであろう。横浜地判昭和59・2・24(判タ528号290頁)は、妻子とは食事、寝室を別にし、子との会話も途絶え、家庭内で孤立したと主張する夫からの

離婚請求を認容した事例であり、「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」という用語は使っていないが、本判決を「約8年間（の）家庭内別居状態を続けていること」などから5号該当性を認めた判決と解する見解もある^(注8)。

③ 離婚請求配偶者の有責性判断の基準

婚姻関係が破綻した後に、配偶者以外の異性と性関係をもった配偶者の行為は「不貞」には当たらず、当該配偶者は有責配偶者には当たらないというのが最高裁の立場である。最判昭和46・5・21（民集25巻3号408頁）は、「原審が適法に確定した事実によれば、被上告人（夫）は、上告人（妻）との間の婚姻関係が完全に破綻した後において、訴外B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、被上告人と上告人との間の婚姻関係を破綻させる原因となつたものではないから、これをもつ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。右同棲が第一審継続（係属）中に生じたものであるとしても、別異に解すべき理由はない」とする^(注9)。

「家庭内離婚」状態にある夫婦の一方が配偶者以外の異性と性関係をもった場合など、同人の行為に有責性が認められ、同人は有責配偶者とされるか、それとも婚姻関係破綻後の行為として有責性を否定されるかが問題になりうるであろう。

④ 不貞行為の相手方に対する慰謝料請求の可否の基準

最判昭和54年3月30日（民集33巻2号303頁）によれば、「夫婦の一方の配偶者と肉体関係を持つた第三者は、故意又は過失がある限り、右配偶者を誘惑するなどして肉体関係を持つに至せたかどうか、両名の関係が自然の愛情によつて生じたかどうかにかかわらず、他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、右他方の配偶者の被つた精神上的苦痛を慰謝すべき義務がある」とされる^(注10)。しかし、その後

最判平成8・3・26(民集50巻4号993頁)は、「甲の配偶者乙と第三者丙が肉体関係を持った場合において、甲と乙との婚姻関係がその当時既に破綻していたときは、特段の事情のない限り、丙は、甲に対して不法行為責任を負わないものと解するのが相当である。けだし、丙が乙と肉体関係を持つことが甲に対する不法行為となるのは、それが甲の婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益を侵害する行為ということが出来るからであって、甲と乙との婚姻関係が既に破綻していた場合には、原則として、甲にこのような権利又は法的保護に値する利益があるとはいえないからである」として、第三者が不貞行為により相手方の配偶者に対して不法行為責任を負う範囲を限定した^(注11)。

この判決の後、配偶者との不貞行為を理由に不貞行為の相手方に対して慰謝料を請求する訴訟が頻発することになり今日に至っているが、不貞慰謝料請求の可否の判断における主たる争点である婚姻関係「破綻」の有無の認定については、裁判例の詳細な研究がある^(注12)。破綻の有無の認定の考慮事由として、1) 別居、2) 離婚調停申立、3) 会話の途絶、別食事、4) 性交渉の途絶(別寝室)、5) 喧嘩・暴力、6) 回復可能性、7) 形骸化、8) 子の存在、などについて検討した裁判例の紹介が大いに参考になる。

「家庭内離婚」状態にある夫婦間で、夫婦の一方が第三者と性関係をもった場合に、他方の配偶者が相手方に対して不貞慰謝料を請求できるか否かが問題となるであろう^(注13)。なお、本項については第2章(1)②(b)も参照されたい。

⑤ 嫡出推定の排除の基準

事実上の離婚状態にあり、単に戸籍上だけの形骸化した夫婦間で、その妻が懐胎・出産した子には民法770条1項の父性推定は及ばない。最判昭和44・5・29(民集23巻6号1064頁)は、離婚届出の約2年半以前から別居していた夫婦間で、その妻が離婚届出から300日以内に出産した子について、「被告人A(出生子)は母Bと元夫Cとの婚姻解消の日から300

日以内に出生した子であるけれども、BとC間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約2年半以前から事実上の離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出ができていたにとどまるというのであるから、被上告人Aは実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子というべきであるから、嫡出否認の手續によらないで父子関係を否定できるとした。このような子を、学説では「嫡出推定の及ばない子」、「推定されない子」、「表見嫡出子」などと呼ぶ。「推定の及ばない子」の範囲をめぐっては、事実上の離婚、夫の出征、長期の受刑など夫の子であり得ないことが外観上明らかなる場合に限られるとする外観説と、血液型（今日ではDNA鑑定）などによって夫との間に生物学的父子関係がないことが証明された場合も含まれるとする血縁説、夫婦および子の合意がある場合には嫡出否認ないし父子関係不存在確認審判（家事事件手続法277条）によるとする合意説、その他の諸説がある^(註14)。上記昭和44年最判は外観説に立つが、その後、最判平成26・7・17（民集68巻6号547頁）は、「夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、上記の事情が存在するからといって、同条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできない」として、DNA鑑定によると99.999998%の確率で夫の子でない場合にも嫡出推定は及ぶとして外観説を堅持している（少数意見がある）。

「家庭内離婚」状態にある夫婦間で妻が子を懐胎、出産した場合にも、出生子の嫡出性が問題となりうる。外観説の立場からは家庭内離婚状態の夫婦間で懐胎、出生した子は嫡出推定が及ぶことになるし、そもそも「事実上の離婚」の要件として夫婦の「別居」を要求する立場からは、家庭内離婚状態の夫婦を事実上の離婚と認めることも困難であろう。最判平成

10・8・31（家月51巻4号33頁）は、夫婦が「不和となって、昭和63年2月ころ以降は性交渉もない状態となり、同年10月12日、別居するに至った（が、兩名）の間には、同年11月22日、性交渉があった」という事案で、妻が懐胎、出産した子には同条の嫡出推定が及ぶとした。家庭内離婚状態の夫婦間で嫡出推定を排除するためには、「事実上の離婚」の要件としての「別居」に「家庭内別居」も含まれると解するか、合意説によって解決を図ることになろう。

⑥ 夫婦間契約取消権行使の可否の基準

婚姻関係が破綻した夫婦の間では民法754条による契約の取消しは許されない。最判昭和33・3・6（民集12巻3号414頁）は、夫婦間で贈与契約を締結した時点で「婚姻が実質的に破綻している」場合には、民法754条の規定により契約を取り消すことは許されないとした。さらに、最判昭和42・2・2（民集21巻1号88頁）は、離婚訴訟が係属している時期に本条により契約を取り消した事案で、「婚姻が実質的に破綻している場合には、それが形式的に継続しているとしても」本条による夫婦間の契約の取消しは許されないとした。

家庭内別居状態の夫婦間で交わされた契約を、あるいはそれ以前に締結された契約を家庭内別居状態に至った時期に、本条によって取消することができるかも問題となりうるが、上記最高裁判例の立場、および「民法改正要綱」（第5）で本条の削除が提案されていることにかんがみれば、消極に解されることになろう。

⑦ 婚姻費用分担義務の減免の基準

札幌高判平成3・2・25（家月43巻12号65頁）は、「別居」夫婦の間では「婚姻費用の分担として……以降生活扶助義務を前提として、生活保護基準に準拠した分担をなすことが必要にして十分である」として婚姻費用分担額の軽減を認めた。なお、東京高判昭和58・12・16（家月37巻3号69頁）は、「婚姻が事実上破綻して別居生活に入った」場合でも婚姻費用分

担義務はあるが、別居に正当事由がない者の請求は権利の濫用となるとして、婚姻関係が「破綻」し「別居」した場合でも婚姻費用分担義務は存続するが、別居に正当事由のない側（本件では別居を強行した妻）からの請求は権利濫用として認められないとして、子の監護費用相当額のみを命じた。

これまで「別居」は、770条1項5号による離婚の要件である「婚姻関係の破綻」、あるいは不貞による不法行為責任を阻却する要件である「婚姻関係の破綻」に該当する具体的事実であるとされていたが、婚姻費用分担義務の消長に関しては、夫婦の「別居」を要件として婚姻費用分担義務の減免という法律効果が付与されている。ただし、上記昭和58年東京高判は「破綻」が婚姻費用分担減額の要件であり、「別居」は破綻に該当する具体的事実という考え方を前提とした判示とも読める。

⑧ 財産分与の基礎財産確定の基準

夫婦の一方が別居後に獲得した財産は離婚時の清算的財産分与の対象とならない。広島高裁岡山支判平成16年6月18日（判時1902号61頁）は、夫の不貞行為などが原因で別居中の妻が申し立てた離婚訴訟において、妻が別居した時点で本件婚姻は完全に破綻したものと認められるから、この時点における夫婦共同財産が財産分与の対象とならしたうえで、前記時点における財産分与対象財産の評価額を定め、家事や子育てに従事しながら夫の事業に協力し続け、資産形成に大きく貢献した妻の寄与率を5割として、評価額の2分の1に当たる財産を妻に分与することを命じた。

ここでも⑦と同じく、「別居」は清算的財産分与の範囲を確定する要件とされる^(注15)。ただし、上記平成16年広島高岡山支判は「破綻」を範囲確定要件（終期）とし、「(本件)妻が別居した時点」をこの要件に該当する具体的事実とした判決とみることもできる。

⑨ 重婚的内縁の許否の基準

法律婚が形骸化し事実上の離婚状態にあり、他方で重婚的内縁関係が生

じていた場合、被保険者（ないし共済組合員）が死亡しても、その者の法律上の配偶者は遺族給付の受給権者になることはできず、重婚的内縁関係にあった者が受給権者となる。リーディング・ケースである最判昭和58年4月14日（民集37卷3号270頁）は、「戸籍上届出のある配偶者であっても、その婚姻関係が実体を失って形骸化し、かつ、その状態が固定化して近い将来解消される見込みのないとき、すなわち、事実上の離婚状態にある場合には、もはや右遺族給付を受けるべき配偶者に該当しない」として、死亡した被保険者と重婚的内縁関係にあった事実上の配偶者を農林漁業団体職員共済組合法（当時）が定める遺族給付の受給権者たる「配偶者」に当たるとした。なお、最判平成17年4月21日（集民216号597頁）は、「このような事実関係の下では、A（死亡組合員）と参加人（法律上の妻）の婚姻関係は実体を失って修復の余地がないまでに形がい化していたものというべきであり、他方、被上告人（重婚的内縁関係にある者）は、Aとの間で婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者というべきであるから、参加人は私立学校教職員共済法（が）準用する国家公務員共済組合法（省略）所定の遺族として遺族共済年金の支給を受けるべき「配偶者」に当たらず、被上告人がこれに当たるとした原審の判断は、正当」であるとした。

このように、2件の最高裁判決はともに、法律婚夫婦の婚姻関係が「形がい化」し「事実上の離婚」状態にあることを要件として（平成17年最判は「形がい化」のみを要件として）重婚的内縁関係にある者の遺族給付受給権を認めた。厚生年金保険法が定める遺族厚生年金の受給権者に関する東京高判平成26・1・16（裁判所ウェブサイト掲載）も、上記昭和58年最判を踏襲し、重婚的内縁の妻が受給権を得る要件を「婚姻関係が実体を失って形骸化し、かつ、その状態が固定化して近い将来解消される見込みのないとき、すなわち、事実上の離婚状態にある場合」とし、この要件に該当するか否かの判断は、「戸籍上の配偶者の生活実態に即して判断すべき

であり、具体的には、別居の経緯、別居期間、婚姻関係を維持ないし修復するための努力の有無、別居後における経済的依存の状況、別居後における婚姻当事者間の音信及び訪問の状況、重婚の内縁関係の固定性等を総合的に考慮すべきである」とする。他方、東京高判平成19・7・11（判時1991号67頁）は重婚の内縁関係にある者の遺族給付受給権を否定した数少ない裁判例であるが、「事実上の離婚」の判断における考慮要素として、①離婚の合意がされているか、②婚姻関係を解消するに相応する財産的給付が行われたうえに、長期間の別居状態が継続していることを挙げ、さらに、③被保険者（死亡配偶者）が有責配偶者である場合には、同人が離婚を請求すれば裁判上認容される蓋然性が高いことも考慮要素となるとする。そして本件事案（別居期間は5年6か月）では、離婚の合意も相応の財産的給付もなされていなかったのであるから、離婚請求が認容される余地はなく、「事実上の離婚状態」にあったと評価することはできないとした。その他、社宅の使用を黙認し、妻方から住民票を異動しなかったこと、法律上の妻を健康保険の被扶養者・所得税の配偶者控除対象者としていたことなども否定の理由とした^(注16)。

なお、重婚的内縁関係にかかる事務について社会保険庁の定めた「事実婚関係の認定事務について」（いわゆる第13号通知）は、「重婚的内縁関係に関し、上記15号通知にいう届出による婚姻関係がその実体を全く失ったものとなっているときには、①当事者が離婚の合意に基づいて夫婦としての共同生活を廃止していると認められるが戸籍上離婚の届出をしていないときや、②一方の悪意の遺棄によって夫婦としての共同生活が行われていない場合であって、その状態が長期間（おおむね10年程度以上）継続し、当事者双方の生活関係がそのまま固定していると認められるとき等が該当する……」と定めており、夫婦としての共同生活の状態にないといえるためには、(ア)当事者が住居を異にすること、(イ)当事者間に経済的な依存関係が反復して存在していないこと、(ウ)当事者間の意思の疎通をあらゆる音

信又は訪問等の事実が反復して存在しないことのすべての要件に該当することを要する」と定めている^(注17)。

家庭内別居中の夫婦の一方が第三者と重婚的内縁関係に入るということは考えにくい。重婚的内縁に関する上記の裁判例、行政通達などは、「婚姻関係の形骸化」「事実上の離婚状態」「長期間の別居」などといった不和夫婦の状態の変化の段階性や、事実上の離婚を認定する際の考慮事項（離婚意思の合致の要否など）について多くの具体的事例を与えてくれる点で参考となろう。なお、重婚的内縁に関する上記の裁判例はいずれも「婚姻関係の破綻」に言及していない。

(注1) 阿部徹「770条注釈」島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法22巻・親族(2)』（有斐閣、2008年）354頁。

(注2) 我妻・前掲『親族法』170頁。

(注3) 阿部・前掲381頁は、わが国の場合、訴訟にまで至ること自体、婚姻関係が相当程度破綻していることを示す明白な証拠というべきであり、「離婚訴訟にまでもつれこんだ夫婦につき、婚姻が破綻していないとか、回復の可能性があると判断を下すのは慎重であるべきであろう」と指摘する。

(注4) 我妻・前掲『親族法』174頁。

(注5) 阿部・前掲366頁。

(注6) 我妻・前掲『親族法』174頁。

(注7) 阿部・前掲374頁。

(注8) 離婚事件実務研究会編『判例にみる離婚原因の判断』（新日本法規、2008年）23頁は、本事案について、「約8年間、（本件夫婦は）家庭内別居の状態を続けていることなどから、婚姻を継続し難い重大な事由があることは明らかである」とした判決と評する。

(注9) ただし、二宮周平『家族法（第4版）』（新世社、2013年）86頁は、有責配偶者からの離婚請求を認めた最大判昭和62・9・2（前出）以降の新判例によって本判例は修正されたとみるようである。

(注10) 不貞慰謝料の問題性について、水野紀子「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」山田卓生先生古稀記念『損害賠償法の軌跡と展望』（日本評論社、2008年）133頁。

(注11) 田中・前掲（第2章(1)注9）249頁、永井・前掲（第2章(1)注20）42頁。

(注12) 中里和伸『不貞慰謝料請求の実務』（LABO、2015年）は、不貞慰謝料請求

に関する歴大な裁判例を詳細に紹介・分析しており本稿の参考になった(ここでは、特に同書第7章108頁以下)。同書が紹介する裁判例のうち、「家庭内離婚」との関係では、破綻の有無を判断する際の考慮事項として以下のような項目を検討した事案が興味深い(裁判例の出典は同書の引用頁)。いずれも、不貞慰謝料を免れようとする当事者(不貞の相手方)が、最高裁判例を根拠に夫婦関係の破綻を主張するという事案の性質もあってか、破綻の認定に消極的な裁判例が多い(なお、「はじめに」の(注1)も参照)。

①離婚意思の存否：東京地判平成25・3・27(離婚意思を表明した時点で破綻を認めた)、東京地判平成24年7月24日(離婚調停申立はあったが破綻なしとした)、岡山地裁倉敷支判平成19年8月16日(別居後離婚調停を申し立てた時点で婚姻関係は破綻なしとした。以上121-2頁)。東京地判平成22・5・28(離婚届出用紙に署名した事案で破綻を認めた。125頁)など。なお、東京地判平成22・8・25は、離婚を口にする喧嘩の事案で、本件夫婦関係は「家庭内別居状態」にあったと述べている(402頁)。

②食事を別にしたこと：東京地判平成26・9・26(会話が減少し、一緒に食事をする機会もない事案で、破綻なしとした)(116頁)。

③寝室を別にしたこと、性交渉の消滅：東京地判平成14・7・9(性交渉の不存在だけでは破綻なしとした)、東京地判平成19・10・17(寝室を別にし肉体関係をもたなかったとしても破綻なしとした)、東京地判平成22・2・23(ベッドを別にし性交渉もなかったが破綻なしとした)、東京地判平成23・2・17(約6年間性交渉がなかったとしても破綻なしとした)など、いずれも破綻なしとした(111-5頁)。なお、東京地判平成19年3月30日は、別の部屋で就寝するなど家庭内では精神的には形骸化していたが、肉体関係はあり、家族旅行に行くなど表面的には平穏な家庭生活が営まれており、破綻なしとした(117頁)。

④子の存在：東京地判平成18・9・8(諍いがあり夫婦生活が途絶えていたが、長男をかすがいとした夫婦関係が存在した)、東京地判平成19・4・24(長女の存在を最大の理由として破綻を認めなかった。以上119頁)、岡山地判平成16・1・16(子が成人するまでは離婚しないと離婚調停を取下げた)(122頁)などで、いずれも破綻なしとされた。

(注13) 安西二郎「不貞慰謝料請求事件に関する実務上の諸問題」判タ1278号(2008年)45頁以下は、平成14年～20年に岡山管内の高裁・地家裁で下された不貞慰謝料請求にかかる判決を検討した論考で、とくに61-4頁に掲載された一覧表に示された各判決における考慮事項の類型化は本稿の参考になった。

(注14) 推定の及ばない子に関する学説については、二宮・前掲162頁、判例については、家永登「772条」能見善久・加藤新太郎編『論点体系判例民法9巻・親族(第2版)』(第一法規, 2013年)220頁などを参照。

(注15) 本澤ほか・前掲書27頁など。ただし、財産分与の対象財産の範囲を別居時点までに獲得した財産に制限する横浜家審平成13・12・26(家月54巻7号64頁、

退職金の分与の事例)などに対しては、別居中に、妻の育児負担等の犠牲のもとに夫が獲得維持した財産を当然に分与対象外とするのは疑問であるとの批判もある。

(注16) 重婚的内縁に関する判例、学説については、南方暁「重婚の内縁関係にある者に遺族年金受給権を認めないとした事例」(法セミ・速報判例解説3号(2008年)105頁以下)を参照。

(注17) 東京高判平成26・1・16(前出)から引用。

(3) 小括——判例別居法・婚姻破綻法の整理

以上の検討から、わが国判例における別居法、婚姻破綻法を以下のように要約しておく。

1) 不和夫婦の婚姻関係の状態は「婚姻関係の破綻、形骸化」から「事実上の離婚状態」へと悪化する。

2) 「婚姻関係の破綻」と「婚姻関係の形骸化」はほぼ同義で用いられている。

3) 「婚姻関係の破綻」を認定する際の考慮事項は、その紛争場面、法的効果に応じて多様である。また、「事実上の離婚」を認定する際の考慮事項として夫婦間の離婚意思の合致を要するか否かは見解が分かれている。

4) 「婚姻関係の破綻、形骸化」「事実上の離婚状態」は法律要件であり、「別居」はこれらに該当する具体的事実とされる。

5) 「別居」(あるいは長期間の別居)は「婚姻関係の破綻」を徴表する重要な具体的事実であるが、「別居」の事実のみで破綻が認められるわけではない。

6) 反対に、「別居」が存在しなくても「破綻」が認められる場合がある。「家庭内別居」でも破綻を認める論者や、「家庭内別居」も「別居」の一形態とする論者もある。

7) 「婚姻関係の破綻、形骸化」「事実上の離婚状態」によって生じる法律効果は以下ようになる。

① 夫婦の一方に不貞行為があったり、一方が他方を悪意で遺棄した場合などには、それ自体で、あるいはそれによって婚姻関係が破綻した場合には、民法770条1項1号ないし同項2号によって、原則として離婚請求が認められる。

② 婚姻関係が破綻し、回復の見込みがない場合には、民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当し、離婚請求が認められる。

③ 婚姻関係の破綻後に、夫婦の一方が配偶者以外の者と肉体関係（性関係）をもったとしても、その者は有責配偶者には当たらない。

④ 婚姻関係が既に破綻した後の夫婦の間には、権利または法的保護に値する利益は存しないから、かかる夫婦の一方と性関係をもった第三者は、上記権利・利益を侵害したということとはできず、不法行為責任を負わない。

⑤ 夫婦間で締結された契約は、婚姻関係が破綻した後は民法754条によって取り消すことはできない

⑥ 婚姻関係が破綻した（あるいは別居中の）夫婦間では、婚姻費用分担義務（民法760条）が軽減または免除される場合がある。

⑦ 夫とは事実上の離婚状態にある妻が懐胎した子は、形式的には民法772条2項の範囲内に出生した子であっても同条の嫡出推定を受けない。

⑧ 法律婚夫婦の婚姻関係が形骸化し、その状態が固定化して事実上の離婚状態にある場合には、夫婦の一方と重婚的内縁関係にあった者は、死亡した被保険者の「配偶者」として遺族給付の受給権が認められる。

⑨ 離婚の際の清算の財産分与の対象となる財産の範囲は、夫婦が別居した時点までに獲得した財産に限られる。

⑩ その他にも、子の監護に関して、別居中の夫婦間では親権の共同行使は事実上不可能であるとして、離婚後の子の監護に関する民法766条の規定を類推適用する判例（別居中の子の養育費に関する最判平成19・

3・30家月59巻7号120頁や、別居中の子との面会交流に関する最判平成12・5・1民集54巻5号1607頁)などは、別居状態にある父母の共同親権の行使方法を定めた事例といえることができる^(註1)。

(注1) これらの他にも、日常家事債務の連帯責任(民法761条)や帰属不明財産の共有推定(760条2項)などの規定も、家庭内別居状態の夫婦への適用の可否が問題となろう。

第3章 裁判における「家庭内離婚」の登場

(1) 裁判例における「家庭内離婚」の登場

このように、判例・学説においては、夫婦関係が円満を欠き、不和となった場合は、離婚に至る過程をいくつかの段階に区分して、その段階に至った夫婦に対して婚姻の効力規定の適用を制限ないし否定することで対処してきた。夫婦関係の不和から離婚に至る過程、あるいは夫婦の不和が修復される過程は、連続的なものであり、かつ浮動的なものである。離婚を決意して別居する夫婦の中には、別居(外形的別居)以前に、「家庭内別居」の時期を経験している場合も少なくないと思われる。「家庭内別居」の後に、何らかの経緯から冷却期間を経て、別居や離婚には至らず、関係を修復させる夫婦もありうるが^(註1)、そのような夫婦が裁判に現れることはない。以下では、「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」という用語を明示的に用いた裁判例を検討することによって、そのような状態にある夫婦(および子)の法律関係を考察する。

前述のように、「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」という用語が用いられた裁判例を、『D1-Law.com』(第一法規)の判例検索によって検索した。フリーワード検索で「家庭内離婚」or「家庭内別居」を検索すると、「家庭内離婚」が2件、「家庭内別居」が53件見出される(2015年5月15日

現在)。もっとも古い裁判例は「家庭内離婚」という語が登場する東京地判昭和61年12月22日（後出本章〈1〉）であり、「家庭内別居」という語が最初に登場するのは東京高判平成2年4月5日（後出第4章〔2〕）である。「家庭内離婚」という語は、その後東京高判平成13年7月18日（後出本章〈2〉）に1度現れるだけで、それ以外は見つからない。他方、「家庭内別居」は上記の裁判例以降、今日に至るまで50件以上の判例に現れる。本節（1）では、まず「家庭内離婚」という語が使用される2件の裁判例を紹介する。とくに後者の事例は、この語が登場する時代的、社会的な背景を伺うことができる点で興味深い事例である。

以下、本章では「家庭内離婚」という言葉が用いられた裁判例を、次章（第4章）では「家庭内別居」という言葉が用いられた裁判例を紹介、検討する。いずれにおいても、事案の具体的内容、裁判例の紹介に紙数を費やし過ぎたかもしれないが、私の些々たる検討より、事実によって語ってもらうほうが有意義と考えた次第である。

（2）「家庭内離婚」という語が使用された裁判例

〈1〉東京地判昭和61年12月22日（離婚等本訴請求事件，判時1249号86頁）

本件は、妻の不貞行為を理由の一つとして、夫が妻に対して離婚および慰謝料を請求し、妻が反訴として離婚および財産分与を請求した事件である。夫婦の離婚を認容するとともに夫からの慰謝料請求を退ける理由の中で、本判決は、以下のような夫婦の状態を「家庭内離婚」という言葉で表現した。

「被告（妻）は、昭和47年ころから自宅で三味線の教授をして収入を得るようになったが、昭和52,3年ころから訴外乙山と知り合うようになり、同人が被告の三味線の弟子になったこともあって、一緒にスキーやゴルフに出かけ、また、訴外乙山所有のマンションの一室を借りて、被告におい

て時折同所を宿泊に利用することもあったこと、原告は、被告が昭和55年2月15日の夕刻右マンションに入り、その後訴外乙山も右マンションに入り、翌16日朝方2人揃って自動車に同乗しスキー場に出発したことを現認したこと、一方、原告と被告は、昭和52年ころから不仲となり、同一家屋内に居住しているものの、食事や洗濯その他日常生活のすべてが別々になり、いわゆる家庭内離婚の様相を呈していたこと、原告は、被告と訴外乙山との不貞が原因していると考えるに至り、昭和56年2月16日ころ被告と訴外乙山に不貞関係を詰問したところ、訴外乙山は、「自分が悪かった。自分に全部の責任がある。」旨発言したこと、その後、訴外乙山の妻や長男も加わって話し合いをするうち、原告において金1000万円の支払を求め、訴外乙山はこれを承諾し、同年3月2日原告方に現金1000万円を持参し、原告にこれを渡したこと、その際、原告は「不貞行為の慰謝料として金1000万円を受け取る。」旨の領収証を作成して訴外乙山の面前に出したこと、……以上の事実を認めることができ(る。) / 右認定事実によれば、被告と訴外乙山との間には不貞行為があったものと推認することができる(なお、原告の粗暴な振舞いを収めるため、とりあえず訴外乙山が現金1000万円を出したにすぎない旨の被告の主張は、不自然であって到底採用し難い)。しかしながら、本件では、原告の自認するように既に原告は訴外乙山から金1000万円の慰謝料を受領しているわけであるから、その金額に鑑みれば、原告の慰謝料については共同不法行為者の一方から既に全額填補済になっているといわざるを得ない。』

〈1〉判決は「家庭内離婚」という言葉を用いた最初の裁判例である。本件は、夫が妻の不貞および婚姻の破綻を理由に離婚および慰謝料を請求し、妻が反訴において婚姻の破綻を理由に離婚を求めた事案であるが、判決は、「かかる場合には、婚姻の破綻を理由とする離婚の点において双方の意思は一致しており、婚姻の継続が望めないことは明らかであるから、……夫婦関係の内容に立ち入って判断するまでもなく、婚姻を継続し難い

重大な事由があるものとして、本訴、反訴とも離婚請求を認容することができ、「この理は、被告に不貞が認められ、被告が有責配偶者といえる場合でも同様である」として離婚を認容したが、慰謝料請求については、夫はすでに妻の不貞の相手方から慰謝料を受領しており、共同不法行為者の一方から既に全額填補されているとして、夫の請求を退けた。本判決は、その判示において、本件夫婦は「家庭内離婚」状態にあったと述べ、その具体的内容として、同一家屋内に居住しているものの、食事や洗濯その他の日常生活のすべてが別々になっているという事実を挙げる。そして夫婦が「家庭内離婚」の様相を呈するに至った原因は妻の不貞行為にあったとして、妻に対する夫からの慰謝料請求を認めた（結論的には填補済みとされた）。「家庭内離婚」という言葉が裁判に登場した第1例が、結婚20年近いいわゆる熟年夫婦の間で、妻の不貞を原因として夫が妻に離婚および慰謝料を請求する事案だったのが象徴的である。

〈2〉東京高判平成13年7月18日（訂正放送及び慰謝料請求事件，民集58巻8号2362頁）

NHK 総合テレビにおいて平成8年（1996年）6月8日午前に放送された番組「生活ほっとモーニング（妻からの離縁状・突然の別れに戸惑う夫たち）」（以下「本件番組」という）において、元夫（太郎）の当時の日記が写され、そこに記述された「7月6日、妻の機嫌、極めて悪し。夕食後、一人で和室にこもってしまう」、「12月22日、体調悪い。特に胃が痛む。昼食を食べる気がしない。妻はおれが席に着くと2階に消えた。気にするな」との内容が朗読されるなどした（元夫及び長男は仮名だが、顔にぼかしをかけず素顔で登場した）。これに対して、元妻がNHKに訂正放送及び慰謝料を請求した事案である。元妻（控訴人）は、以下のような当時の夫婦関係を「家庭内離婚」状態と表現した。

「控訴人（元妻）は、同年2月から、T病院神経科に通院し、精神安定

剤や睡眠剤の投薬を受けてかろうじて精神の安定を保てる状態であり、神経科への通院は平成4年9月まで続いた。……平成2年7月に太郎（元夫）が単身赴任を終えて自宅から通勤するようになった後も、家庭内離婚の状態は同じであり、会話はなく、用件はメモで伝えるのみであった。太郎は、平成3年7月には、『覚悟を決めました。』等と書いたメモを食卓に残し、離婚を決心した旨の意思表示をした。……／控訴人と太郎との間にはまともな会話が成立しなくなり、メモ書きで用件を伝えるようになった。このころから寝室も別々にすることが多くなり、控訴人は、婚姻生活の解消を真剣に考えるようになったが、子供たちのことを考え、離婚に踏み切るまでに至らなかった。」

本判決も、以下のような事実を認定し、本件夫婦を「家庭内離婚」の状態と表現した。「昭和63年7月……ころには、二人の間に会話はなく、無視し合うか怒鳴り合うかで、用件は互いにメモで済ませるという生活であった。太郎は、自ら単身赴任を望んで、同年8月家を出て、平成2年7月まで単身赴任（週末は帰宅していた。）を続けた。……控訴人は、このような太郎の態度に憤りと絶望を感じ、決定的に離婚を決意し、具体的に理由を告げた上、……離婚の宣言をした。／その後、二人だけで話し合う機会を持ったことは全くなく、平成2年1月2日、太郎の兄夫婦のところに二人で離婚の相談に赴き、控訴人は、太郎の兄に対し、……離婚を決意した理由を話したが、太郎は、『過ぎたことは忘れちゃえばいいんだ。』等と言う始末で、まともな話はず、さらに、太郎は、その日の帰宅後、子供たちの前で『離婚されちゃう。』等と言って大泣きしたので、控訴人が『お前のやってることはガキ以下だ。もっと大人になりなさい。』と言うと、太郎は、『よーし、平成2年は大人になるぞ。そして、花子（元妻）に代わるいい女を探すんだ。』等と言う始末であった。控訴人は、太郎に対する憎悪、悔しさ、自分への情けなさ（何でこんな男と結婚してしまったのかという思い）等から精神的に混乱し、……同年2月から、T病院神経科

に通院し(当初入院を勧められたが、子供や塾のことがあり、入院はできなかった。)、精神安定剤や睡眠剤の投薬を受けてかろうじて精神の安定を保てる状態であり、T病院神経科……への通院は平成4年9月まで続いた(なお、太郎も、平成2年2月から平成3年7月までT病院神経科に通院し、当初、単身赴任であったので、控訴人の精神状態が悪化しないようにするために平日は自宅に帰らないよう指導された。)。平成2年7月に太郎が単身赴任を終えて自宅から通勤するようになった後も、家庭内離婚の状態は同じであり(控訴人は、医師から太郎と顔を合わせない生活が必要であると診断されていて、太郎も、そのことは十分承知していた。)、会話は全くなく、用件はメモで伝えるのみであった。太郎は、平成3年7月には、『覚悟を決めました。』等と書いたメモを食卓に残し、離婚を決心した旨の意思表示をした。なお、平成3年ころには、控訴人は、太郎の帰宅の足音を聞いただけでおう吐したり、太郎が触れたものには一切触れることができなくなり、平成4年3月ころには、体重も10キログラム減って、精神的にも肉体的にも限界を感じていた。……(以下略)』

本判決は、「本件番組は、特定の夫婦の離婚原因及び離婚過程の追究とその公表を目的又は内容とするものではなく、中高年夫婦の離婚の急増という社会状況を踏まえて、中高年夫婦の離婚という社会一般の関心事を取り上げ、中高年の男女が自らの離婚体験を基に離婚の際の心情を淡々と語り、その認識を紹介すること等によって社会一般の中高年夫婦の参考にしてもらおうという社会的意義を有する番組であって、公共性を有するから、プライバシーに係る事項の公表が含まれていても、違法とはいえない」とするNHK側の主張を退け、本件番組の放送は、控訴人の名誉・プライバシーを侵害する違法な行為であるとして、慰謝料請求および訂正放送の請求とともに認容した。なお、訂正放送請求を認容した部分は上告審(次出〈3〉判決)で破棄される。

〈2〉判決も「家庭内離婚」という言葉を用いた。本件は、プライバシ

一侵害ないし名誉棄損に基づいて、元妻が、元夫の言い分を一方向的に放送したとしてNHKに対して慰謝料および訂正放送を請求した特殊な事案であるが、「家庭内離婚」という言葉が使用されるようになった社会的背景にある中高年の離婚の増加、離婚に至る夫婦の状況の推移を伺うことができる興味深い事例である。本判決は、夫婦の間に会話がなく、用件はメモで済ませ、顔を合わせないような生活であったことを「家庭内離婚」状態としている。夫婦ともに離婚の決意を表明していることも指摘されている。当事者（元妻）は、これらに加えて「寝室も別々にすること（が多くなった）」ことを挙げ、「家庭内離婚」状態にとどまった理由として、「子供たちのことを考え、離婚に踏み切る」ことができなかつたと述べる。「家庭内離婚」を選択する当事者の動機の一つとして子どもの問題があることを示している。さらに、本件夫婦は、ともに神経科に通院し、医師から、妻は夫と顔を合わせない生活が必要であると診断され、夫は平日は自宅に帰らないよう指導されていた点も特異である。

〈3〉最判平成16年11月25日（訂正放送等請求事件，民集58巻8号2326頁）

「原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。／(1)被上告人（元妻）とA（元夫）の離婚に至る経緯　ア被上告人は、昭和47年10月、Aと婚姻し、長男（昭和49年2月生）と長女（昭和52年2月生）をもうけた。被上告人とAとの婚姻関係は、昭和54年7月ころ以降、Aが、転勤についての不満から家族に当たり散らし、飲み歩く等の身勝手な生活をする一方、被上告人が話し合いを求めてもまともに取り合わないばかりか、被上告人への嫌がらせを繰り返したことから次第に険悪となり、被上告人は、昭和62年3月、Aに対し、理由を挙げて離婚したい旨を伝えた。／イしかし、Aは、その後も態度を改めず、昭和63年7月ころ以降は、被上告人とAとの間に会話がなくなり、用件は互いにメモで済ませるよ

うになった。Aは、自ら希望して同年8月から平成2年7月まで単身赴任をして週末だけ帰宅するようになり、単身赴任が終わった後も、両者の家庭内別居の状態が続いた。／ウ被上告人は、この間の平成元年12月ころ、離婚を決意し、Aに対し、今後は第三者を交えての離婚の方向での話しか受け付けない旨申し入れたが、その後に親族を交えて相談してもAはまともに話に応じようとしなかった。Aは、平成3年7月には被上告人に対し離婚を決意した旨の意思を表明し、同年11月には財産関係の書類を自宅から持ち出して離婚に備えた。／エ被上告人は、平成4年3月、離婚調停の申立てをし、Aとの同居継続を望んだ長男を残して長女と共にアパートに転居し、平成5年2月、Aと調停離婚した。……」

〈3〉判決は、原判決（前出〈2〉）のうち、訂正放送を認容した部分を棄却し、慰謝料請求のみを認めた。原判決では「家庭内離婚」状態としたところの、夫婦間に会話がなくなり、用件はメモで済ませ、単身赴任の夫は週末に帰宅するだけという本件夫婦の状態を本判決は「家庭内別居」と言い換えているが、「家庭内別居」とする根拠となる具体的事実は原審を踏襲している。ちなみに、本件の第1審判決（〈4〉判決）では、「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」という言葉は、当事者の主張でも裁判所の判示でも用いられていないが、判決の中には、いわゆる熟年離婚についてテレビ番組が作られた当時の状況を示す以下のような判示があり、本稿との関係で興味深いので紹介しておく。

〈4〉東京地判平成10年11月19日（民集58巻8号2345頁）

「被告（NHK）による本件番組は、近年増加している中高年夫婦の離婚、特に妻が夫に対し申し出た離婚を取り上げ、その実態を紹介するとともに、そのような離婚の経験者に離婚に対しての認識や心情を語ってもらうことなどにより、離婚をどのように受け止め、乗り越えていくか、離婚に至らないためにはいかにすべきかを視聴者が考えるための情報を提供すること

を目的として、40代以降の中高年男女向けの番組として制作されたものであることが認められるところ、中高年夫婦の離婚、特に「浮気」や「暴力」といった明確な理由がないままに、妻の側からの申し出による離婚は右視聴者層に現実に生じている問題で、彼らが関心を有する事項であるし、一般的にも、社会の変化を知って婚姻生活のあり方を考え、各人がそれぞれ自己の人生を考えることは有益であるから、そのための素材を提供するという本件番組の目的は社会的な意義を有すると認められる。そして、右の目的を効果的に実現しようとするれば、番組には、中高年に至って離婚を経験した者が登場してその離婚に対する認識や心情を語ることも必要であり、また、離婚の事例を紹介するに際しては、離婚の事実自体や、離婚した夫婦に関する具体的事実（離婚は結婚何年目で、夫婦それぞれ何歳のときか、夫婦それぞれの職業は何か等）、離婚に至る経緯、夫婦間での出来事等もある程度明らかにしなければ、視聴者は当該離婚の実態を把握できず、その事例を通じて一般的に離婚について考えることは困難となる。したがって、本件番組において、原告の離婚の事例も含め、離婚の事実を公表し、さらには当該離婚に至る経緯及びその過程での夫婦間の出来事をある程度公表する必要性は、たやすくこれを認めることができる。」

(3) 小括

以上のように、「家庭内離婚」という言葉は、昭和末期から平成初期にかけて、とくに中高年者の離婚の増加を契機として社会的に使用されるようになり、やがて離婚その他の裁判において当事者が使用し、判決等の中でも用いられるところとなった。裁判例においては、昭和末期の〈1〉事件で「家庭内離婚」が使われたのが初出と思われるが、その後「家庭内離婚」という言葉は上記〈2〉事件控訴審判決で使われただけで、その他の裁判例では使われていない。〈2〉事件の上告審（〈3〉判決）は、原審が用いた「家庭内離婚」の語を「家庭内別居」と言い換えている。その理由

は、「婚姻関係の破綻」や「事実上の離婚」は一種の法律要件であり、「家庭内別居」は「別居」などととも、その要件に該当する具体的事実であるという区別が実務には存在しており^(注2)、「事実上の離婚」を連想させる「家庭内離婚」という用語が回避されたものと思われる。

社会的には「家庭内離婚」という言葉のほうが普及しているが、平成時代以降の裁判例では「家庭内離婚」に代わって「家庭内別居」という言葉が使われるようになるのであり、「家庭内離婚」という語を使った〈2〉判決は、平成13年の裁判例としては例外的であった。いずれにしても、「家庭内離婚」が最初に社会的に認知されるきっかけになったのがNHKの番組なら、この問題を扱った最初の最高裁判決もNHKの番組に関する事案だったことは、NHKが一貫してこのテーマに関心を抱いていたことを示すものとしても興味深い。

(注1) 梶村太市教授は、いったん不和別居に至った夫婦でも、元の鞘に納まる例を多数見てきた経験から、「任意的共同監護の推進」を強調する(梶村・前掲(はじめに注3『新家事調停の技法』)335頁)。本稿で検討する「家庭内離婚」状態の夫婦の中にも、必ずしも破綻、別居、事実上の離婚状態への通過点として「家庭内離婚」状態にあるのではなく、関係修復への通過点としての「家庭内離婚」状態にある場合もあるだろうが、修復過程としての「家庭内離婚」は本稿では扱わない。

(注2) 田中・前掲(第2章(1)注9)249頁、永井尚子・前掲(第2章(1)注20)42頁を参照。