

# 別居に基づく離婚

林 貴 美

- 一 はじめに
  - 二 要綱における別居
    - 1 要 綱
    - 2 要綱の検討
  - 三 ドイツ法における別居概念
    - 1 婚姻の破綻
    - 2 別居概念
  - 四 むすびにかえて
- 一 はじめに

一九四七年、「家」制度を土台としてきた日本の家族法は大改正され、当時なおも伝統的な家族法を維持していたヨーロッパ諸国よりも進んだ新たな家族法が日本に誕生した。しかし、その後半世紀余りの時を経て社会状況は大き

く変化した。一九四七年当時は八万件弱にすぎなかった離婚件数は、二〇〇一年には、一九四七年当時よりも婚姻件数が減少しているにもかかわらず、二五万件にまで増加した<sup>(1)</sup>。いまや離婚は二分六秒に一組の割合で成立しているのである<sup>(2)</sup>。婚姻や離婚の私事化は進み、結婚をするもしないも離婚をするもしないも個人の問題となりつつある。国民のライフスタイルは実に多様化し、生活意識も大きく変化し、現行民法の制定当時進歩的であったはずの家族法も次第に時代にそぐわないようになったのである。このような状況のなか、一九九一年一月、法務大臣の諮問機関である法制審議会民法部会身分法小委員会が設けられ、婚姻および離婚制度の改正に着手されることとなった。幾多にわたる審議を経て<sup>(3)</sup>、ついに一九九六年一月一六日の会議において、選択的夫婦別氏制の導入、離婚原因の規定の整備、非嫡出子の相続分における同等化などを内容とする「民法の一部を改正する法律案要綱案」<sup>(4)</sup>が決定された。この要綱案は、同年二月二六日の法制審議会総会の審議において原案どおり了承され、同日、「民法の一部を改正する法律案要綱（以下要綱と略す）」として法務大臣に答申されている。

要綱の離婚法における重要な改正ポイントは、離婚原因における破綻主義の立場を明確化した点にある。そして、破綻主義を採用した諸外国でもすでに採用され<sup>(5)</sup>、日本においても学説によりその有用性がとかれていたものであるが、破綻を認定するための客観的基準として一定期間の別居を新たに離婚原因に追加した点も注目される。もっとも、別居自体に関しては、日本法にまったくなじみがないというわけではなく、すでにこれまでも別居は現行法下で一定の役割を担ってきている。その契機となったのが、これまでの判例法理を変更し限定的にはあるが有責配偶者の離婚請求を認めるに至った最高裁大法廷昭和六二年九月二日判決である<sup>(6)</sup>。この判決により、両当事者の年齢および同居期

間との対比において相当長期間の別居が存在すること、未成熟子がいないこと、被告が離婚によって精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれないことの三つの条件のもとに、有責配偶者からの離婚請求が初めて認められたのである。しかし、ある一定期間別居をすれば離婚が認められるというのではなく、相当長期間別居することにより客観的に破綻と認められるような徴表が現れることが必要とされる。つまり、別居によって破綻が推定される場合はあるが、別居していれば必ずしも破綻しているということにはならないのである。この点をさらに踏みきって、一定期間の別居があれば原則として破綻を擬制しようとするのが今回の改正案である。

それでは、どのような状態をもって別居状態であると判断するのであろうか。たとえば別居と同居を繰り返したりしている場合や家庭内別居の場合などは、要綱にいう別居に該当するのであろうか。要綱においては、別居自体についての判断基準は「婚姻の本旨に反する別居」とのみ説明され、それ以上は示されていない。一方、ドイツ法に目を転じると、そこでは別居概念に関して条文で定義づけがなされ、すでに多くの裁判例も集積されている。そこで、本稿では別居に関し詳細な議論が展開されているドイツ法の状況を紹介し、日本法になんらかの示唆となるものを得たいと考える。<sup>(7)</sup>

以下では、まず裁判離婚原因に関する改正案の概要を紹介し、次にドイツ法における別居に関する議論をみることにする。

## 二 要綱における別居

### 1 要綱

一九九六年二月に法務大臣に答申された要綱においては、左記のとおり第七の項目に裁判離婚に関する規定がもうけられている。

#### 「第七 裁判上の離婚

一 夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができるものとする。ただし、①又は②の場合については、婚姻関係が回復の見込みがない破綻に至っていないときは、この限りでないものとする。

- ① 配偶者に不貞な行為があったとき。
- ② 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
- ③ 配偶者の生死が三年以上明らかでないとき。
- ④ 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。
- ⑤ ③、④のほか、婚姻関係が破綻して回復の見込みがないとき。

二 裁判所は、一の場合であっても、離婚が配偶者又は子に著しい生活の困窮又は耐え難い苦痛をもたらすときは、離婚の請求を棄却することができるものとする。④又は⑤の場合において、離婚の請求をしている者が配偶者に

対する協力及び扶助を著しく怠っていることによりその請求が信義に反すると認められるときも同様とするものとする。」

第七の一④に掲げられている五年以上の別居という離婚原因は、改正要綱試案の段階において挿入されているが、次のような考え方が背景にある。<sup>(8)</sup> まず、婚姻関係が破綻して回復の見込みがない以上、当事者をもその拘束から解放して新しい生き方を選択することを認めるほうが望ましい。そして、個人の自立意識が高まりを見せている今日においては、形骸化した婚姻を継続させるよりは、むしろ積極的に解消させる方向を容認する状況も形成されている。また、離婚訴訟において有責性を問題にすると、当事者の過去の非行の暴きあいを招くことは避けられず、その紛争を激化させ、子の福祉にも悪影響を及ぼすことになるから、破綻した婚姻については、原則としてこれを離婚によって解消させ、当事者間の衡平の確保は、財産分与などの離婚の効果の問題として扱うのが望ましい、といったことである。

それでは、五年という別居期間の長さはどういうようにして決められたのであろうか。これに関しては次のように説明されている。<sup>(9)</sup> 「我が国社会の実情及び裁判離婚手続に即していえば、一般的には当事者間に別居状態が生じ、その離婚協議、家庭裁判所による調停がいずれも不調に終わって訴訟が提起される時点（すなわち、当事者の合意による解決の途が尽きた時点）においては、婚姻関係は破綻状態にあるものと考えられる。この観点から、実際の離婚事件（平成元年から平成四年までの間に全国の家庭裁判所に夫婦関係調整の調停申立てがあった事件で、最終的に何らかの形で離婚が成立したもの）における夫婦の別居期間についてみると、調停申立時における平均別居期間は、二年未

満であり、その調停に要した期間は、ほぼ六か月未満であるから、一般的には三年程度の別居期間が継続すれば、既にその婚姻関係は破綻していると評価できる」という。また、生死不明の離婚原因となる期間が三年と定められていること、また、諸外国の離婚法においても三年以上の別居をもって離婚原因としていることにも言及されている。しかし、有責配偶者からの離婚請求があり得ること、現時点では別居を相当長期とすることが国民感情に合致すること、<sup>(10)</sup>五、六年の別居を要求する立法もあることから、二年では「やや短期にすぎる感がある」として、最終的に五年と<sup>(11)</sup>なったようである。

## 2 要綱の検討

一定期間の別居を離婚原因として採用することの長所としては、前述の法務省民事局参事官室が指摘した三点のほかにも次のようなことがあげられる。まず、破綻の認定のために審理において当事者のプライバシーに関わる婚姻関係の全過程を明らかにする必要がもはやなくなる。<sup>(12)</sup>また、このような客観的基準の採用は、破綻の認定という困難な作業が裁判官の恣意的判断に委ねられることを回避するとともに、裁判官の負担をも減らす。<sup>(13)</sup>そして、別居を離婚原因に加えることにより、当事者は、相手方の責任をあげつらうのみでいたずらに別居を継続することをもはや止め、和合への積極的努力を尽くすか、形骸化した婚姻への執着を断ち、離婚後の生活に備えざるをえなくなるであろうといった点が指摘されている。<sup>(14)</sup>今回の改正でこの手法を採り入れることに対しては賛同するものが多い。<sup>(15)</sup>

しかし、別居による離婚は、離婚を望まない無責配偶者を不利な地位に置くことになるといった批判も加えられて

<sup>(16)</sup> いる。財産分与など離婚後の手当てが不十分であることとともに、現在の日本社会における男女の賃金格差、離婚後の再就職の困難さなど離婚後の生活難を指摘し、婚姻の継続による無責配偶者の保護を図ろうとする意見である。この点に関して、参事官室は、「破綻して回復の見込みのない婚姻を維持することは、離婚後の生活の安定に対する不安を除けば、有責者に対する制裁ないし報復の意味しかなく、離婚を望まない配偶者の真の利益につながるとは考えられないから……破綻した婚姻から解放し、財産分与を充実させる方策を採ることの方が結局は望ましい」と述べて<sup>(17)</sup> いる。これと同様に、形骸化した婚姻の維持は、社会にとっても当事者にとってもそれほどメリットは多くないとの意見もよく目にする。<sup>(18)</sup> 婚姻の機能自体は、婚姻の破綻によって当然失われ、他方で、重婚的内縁や婚外子が生じ、法と事実との剥離が進む。夫が生活費を支給でもするなら別であるが、そうでなければ、社会保険庁の通達によれば、おおむね一〇年程度以上の別居が続くと、重婚的内縁の妻を遺族年金の受給権者とするのであるから、社会保障上の権利の確保も難しくなるという。<sup>(19)</sup> 逆に、児童扶養手当で、職業訓練手当などの母子家庭への援助の多くは、離婚しなければ得られず、妻の利益は有責配偶者の離婚を請求する法理では実際には保障されていないのではないかと指摘されている。<sup>(20)</sup> 離婚後の生活の問題は、有責配偶者の離婚請求の場合だけではなく、離婚全体に共通の問題であり、それ自体として検討していくべきであろう。

離婚という結論を画一的に時の経過によって出すことに対して疑念を向ける見解もあるが、<sup>(21)</sup> 破綻の認定の困難さや夫婦間のプライバシーへの介入を考慮すると妥当な方策ではないかと思われる。ただ、これまで法的な別居制度を有していなかった日本においては、そもそも、別居とはどのような状態をいうかについては問題があらう。参事官室の

説明によると、要綱一④にいう「婚姻の本旨」とは、社会通念上婚姻と評価されるために最低限必要とされる男女の関係を意味するとされる<sup>(22)</sup>。夫婦の一方が単身赴任をしているため、別居をしているような状態は、夫婦の協力関係が保たれているのが通常であるから、ここでいう「婚姻の本旨に反する別居」にあたらな<sup>(23)</sup>いとして例にだされている。このような場合ではなく、「夫婦間の協力・扶助の関係が欠落した状態で別居を五年以上継続している場合は、客観的にみて婚姻関係がもはや破綻し、回復の見込みがない実態にあると評価してさしつかえない」という。夫婦間の協力・扶助関係の欠落という言葉からは、別居には物理的な別居のみでなく、夫婦の主観的な意思も必要とされているようにも思われる。しかし、これだけでは別居状態にあるかどうかの判断にあたり不十分な基準でしかないと言える。

### 三 ドイツ法における別居概念

#### 1 婚姻の破綻

一九七七年以降、ドイツにおいては破綻主義離婚が採用されている。ドイツにおいては裁判離婚のみが認められているが（一五六四条…ドイツ民法条文訳については後掲参照）、その離婚原因は唯一「婚姻の破綻」のみである（一五六五条一項前段<sup>(24)</sup>）。「婚姻の破綻」とは、一五六五条一項後段によると、夫婦の共同生活（*Lebensgemeinschaft*）がもはや存在せず、夫婦がこれを回復させることが期待できないような場合であると定義づけられている。ここでの重要なキーワードである「夫婦の共同生活」とは、婚姻関係全般を指すが、夫婦の精神的な結びつき、換言すると、婚姻生活のすべての事柄について互いの合意を得る努力をしようとする夫婦の心構えが、夫婦共同生活のもっとも重要



な要素となる。<sup>(25)</sup>この点から、婚姻の破綻は、おそらく治癒されないであろう夫婦間の内的な関係の破綻であるともいわれる。<sup>(26)</sup>

それでは、婚姻の破綻という離婚原因の存在はどのようにして認められるのであろうか。これについてはドイツ民法上二通りの方法が用意されている。第一の方法は、一五六五条一項に基づき婚姻の破綻という離婚原因の存否を家庭裁判所が調査し判断する方法である。家庭裁判所には、夫婦の婚姻関係の内情を職権で詳細に調べ、その結果から将来的に夫婦に宥和の機会があるどうかを判断する義務が課されている。この判断にあたっては、婚姻が破綻しているという当事者の主観だけでは不十分であり、状況全体から判断しなければならいとされる。<sup>(27)</sup>裁判所に課せられた破綻に関する判断は決して容易なものではなく、そうした判断をするにあたっては、裁判所はしばしば夫婦のプライバシーに立ち入らなければならない。<sup>(28)</sup>

このような問題を解決するのが、一定期間の別居により婚姻が破綻している状態にあるとみなす第二の方法である。判断の困難な婚姻の破綻という内的な離婚原因を別居という外的に現れる徴表と結びつけたのである。このような別居に基づく離婚としてドイツ民法は二種類もうけている。一方は、互いに離婚に同意している夫婦が一年間別居している場合である。夫婦が一年以上別居し、かつ、夫婦の双方が離婚を申し立て、または離婚を申し立てられた者がこれに同意している場合は、婚姻は破綻しているとみなされる(一五六六条一項)。他方は、夫婦が三年以上別居している場合である。このような場合には、夫婦の一方が離婚する意思を有していない場合でも、婚姻は破綻しているとみなされる(一五六六条二項)。一定期間の別居は、婚姻の破綻について確信をもたせるものとして、裁判所に

よる破綻の調査を不要とし、離婚手続を簡易化するのである。

このように、一定期間の別居は婚姻の破綻を擬制させ、離婚という重大な結果を導く。さらにこれだけではなく、別居は、ドイツ離婚法において重要な役割を担っている。ドイツ法においては、原則として別居をせずに離婚することはできないのである。より正確に言えば、夫婦が一年間別居していない間は例外的にしか離婚は認められないのである（一五六五条二項<sup>(29)</sup>）。統計的にみても、一五六五条一項に基づく裁判所の調査を要する離婚の申立ては一九八〇年には離婚全体の三三・九%、一九九〇年には二〇・七%のみであり<sup>(30)</sup>、やはり一五六六条に基づく一定期間の別居による離婚の申立てのほうがかなり利用されているようである。このように別居は離婚法の中心的な役割を担っているため、その概念についても条文において詳細に定義づけられている。以下、これを詳しくみることにする。

## 2 別居概念

### (1) 定義

一五六七条一項によると、別居とは、夫婦の間で家庭的共同生活 (Häusliche Gemeinschaft) が存在せず、かつ、夫婦の一方が婚姻共同生活を拒絶するため家庭的共同生活をする意思がないことが認められるときを指す。これは次のように三つにわけることができる。

- ① 夫婦の間で家庭的共同生活が存在しないこと、
- ② 夫婦の一方が家庭的共同生活をする意思がないことが認められること

③ ②のような意思をもつにいたった動機が婚姻共同生活の拒絶にあること

このうち、①が客観的要素であり、②③が主観的要素である。別居が認められるには、三つの要素すべてがそろっていないければならないが、家庭的共同生活が存在している限り、別居とは言えず、②や③の主観的要素を考慮する必要はない。ドイツ語の表現においては、破綻を擬制させる別居を *Getrenntleben*、単に物理的に別々に離れて暮らしているという意味だけの別居を *Trennung* という単語で使い分けている。後述するように、②および③の主観的要素は、別居 (*Getrenntleben*) から破綻した夫婦関係でないような別居 (*Trennung*) を排除しようとするものである。したがって、主観的要素の有無の判断の前に家庭的共同生活の存在の有無について判断しなければならない。<sup>(31)</sup>

## (2) 客観的要素

客観的要素としての家庭的共同生活の不存在とは、換言すると、空間的に共同生活領域とみなされる一つ場所で夫婦がもはや生活していないこと、または一度も生活していないことを意味する。<sup>(32)</sup> 夫婦の一方がこれまで暮らしていた家から引越をする場合や双方そろって違う家に引越をする場合が典型例である。家庭的共同生活の様子は、夫婦が大きな家に住んでいるのか小さな家に住んでいるのか、どのような職種についているのか、どのような年齢層にあるのかなど、各夫婦により実に様々である。したがって、家庭的共同生活の存否の判断にあたっては、これが存在していた場合には、婚姻関係が危機状態になる前の各夫婦の家庭的共同生活を考慮しなければならない。<sup>(33)</sup> いったん家庭的共同生活が不存在であると判断されると破綻という結論につながりやすく、またこれのみが唯一の客観的判断要素であることから、この存否の判断は厳格になされなければならないとされる。<sup>(34)</sup>

少し具体的にみてみると、夫婦の一方が他方のためにその了解のもとで定期的に洗濯や料理などの世話をしたり、ともに食事をしたり、余暇を過ごしたりする場合には、家庭的共同生活はなおも維持されていると判断されている。<sup>(35)</sup>

しかし、夫婦の時折の接触、例をあげると、たまに相手方を訪問したり、家族の祝い事とともに居合わせたり、子供のことに関し話しあう場をもったり、さらには時折であれば性行為をもったりすることも宥和の機会として是認され、このことのみから家庭的共同生活が維持されているとは判断されないようである。<sup>(36)</sup> 重要なのは、家政が別々に営まれているかどうか（財布が別々かどうか）、夫婦の接触が頻繁であるかどうか、夫婦の一方による世話を他方が了解しているかどうか、といった点のようである。あくまでも客観的要素であるので、それ以上の夫婦の主観はここでは考慮されない。裁判例においては、三ヶ月ごとに夫の留守の間に妻が夫のために食事を用意したり掃除をしたりしていた場合に家庭的共同生活の不存在を認めたものがある。<sup>(37)</sup> ちなみに、職場での夫婦の接触はここでは考慮されない。<sup>(38)</sup> たとえ夫婦の一方が他方の会社で雇われているような場合でも、このことが家庭的共同生活の不存在を否定することにはならない。

それでは、同一住居内でも別居が成立することがあるのであろうか。一五六七条一項後段はこれを明文で肯定する。<sup>(39)</sup> 経済的理由から別の住居に引越をすることができない夫婦や別の住居をなかなかみつけれない夫婦にも別居による簡便な離婚の途を開いたのである。<sup>(40)</sup> しかし、一つ屋根の下で暮らしていれば、どうしても台所、浴室、廊下といった場所を共用しなくてはならず、また住居が狭ければ狭いほど夫婦の接触はたちがたく、家庭的共同生活の存否に関する判断は困難となる。

この点に関し、B G Hは、家庭的共同生活を否定するには、夫婦が共同で家政を営んでおらず、かりに時々顔をあわせるとしてもそれが個人的な関係や精神的な共同性がない単なる空間的な並存にすぎないことを要求している<sup>(41)</sup>。この基準に従い、住居にたった一つしかない台所、トイレ、浴室や住居に複数台置くことが困難な洗濯機を共用しているといったことのみから家庭的共同生活が肯定されることにはならないとされる<sup>(42)</sup>。親切心から夫婦の一方が他方にした世話や病気をした配偶者への必要不可欠なものに限定される介添えや介護のために同じ寝室で寝泊りすることも<sup>(43)</sup>、全体的に共同の家政とはもはやいえない限り、家庭的共同生活を肯定するものではない。これに対して、住居内で居間や寝室を分けることが可能であるにもかかわらず、従来どおり一緒にこれを使用している場合には、家庭的共同生活は存続していると判断される。

同一住居内で子供（特に幼い子供）も暮らしている場合には、前述のB G Hの要求を実現することは難しくなる。このような場合には、裁判例のなかには、親としての子供への気遣いから配偶者との食事やその準備をとにもにする<sup>(44)</sup>ことについてかなり緩やかに解しているものがある<sup>(46)</sup>。しかしながら、たとえ子供がいるとしてもこれによって離婚という帰結をもたらす別居概念の判断を緩やかにすることに對しては批判がある<sup>(47)</sup>。客観的要素の判断においては、一切の動機は考慮すべきでないからである。もっとも、子供が徐々に両親の婚姻の終焉をさとり、やがて両親のどちらか一方が家からでていくことの心積りができるように、これまでの一緒にする食事の習慣を毎日曜日ごとに昼食のみをとにもする習慣に変えたような場合には、子の福祉という観点からその程度の共同性であるのなら家庭的共同生活を不存在と判断しても問題はないとした裁判例がある<sup>(48)</sup>。

それでは、住居内に一部屋しかない、いわゆるワンルームマンションのような場合はどうか。一五六七条一項後段の文言からはこのような別居も排除されていないことから、別居が成立する可能性もありそうである。これに関しては裁判所による判断はまだないが、夫婦が寝室も共用し一緒に寝泊りしていることや、そのような状況で空間的分離が現実に行われているかが疑わしいことから、否定する見解が有力なようである。<sup>(49)</sup>

近時日本においても、同居しているものの家庭内で事実上別居状態にある妻との離婚を夫が求めた訴訟で、「同居していても、もはやお互いに信頼関係はなく、婚姻関係は破綻している」として離婚を認めた判決が登場している。<sup>(50)</sup>

### (3) 主観的要素

#### (a) 家庭的共同生活をしないという意思

まず、主観的要素として、少なくとも夫婦の一方が他方と家庭的共同生活を拒絶する意思を有していることが必要とされる。これにより、病院での長期療養、転勤、兵役や服役などの夫婦の任意でない別居は、家庭的共同生活をもはやする意思がないということを示していない限り、一五六七条における別居とはみなされない。<sup>(51)</sup>

家庭的共同生活を拒絶する意思は、条文の文言からも明らかのように、対外的に認識される状態になければならない。<sup>(52)</sup> ここで必要とされているのは法律行為としての意思表示ではなく、決定的な態度 (schlüssiges Verhalten) で示されること<sup>(53)</sup>で十分であるとされる。意思表示でない以上、相手方が実際にこれを認識するかどうかは問題とならず、夫婦の一方の示した家庭的共同生活を拒絶する意思をその配偶者または第三者が実際に認識することまでは必要とされない。<sup>(54)</sup> 通常は、夫婦の一方が家を出るなど家庭的共同生活が不存在となったときにこれを拒絶する意思も認識され

る状態になったと認められることが多く、この主観的要素についてはそれほど問題とならない。しかし、家庭的共同生活がなんらかの理由で最初から存在せず、その後しばらくしてから夫婦の一方が家庭的共同生活を拒絶する意思をもつようになった場合には、この意思がいつ認識される状態になったかが問題となる。このような場合には、当事者が離婚や別居の際の監護権などに関する申立てをおこなった時やそのために弁護士や第三者に相談した時に、この意思が対外的に認識される状態になったと認められることが多いようである。<sup>(55)</sup> 裁判例においては、夫婦の一方が数年間外国で暮らし、そこで愛人との間に子供をもうけたことのみからは、なおも配偶者と一定の接触<sup>(56)</sup>をもっている限り、家庭的共同生活を拒絶しているとは認められないと判示したものがあ<sup>(57)</sup>る。

#### (b) 婚姻共同生活の拒絶

二つ目の主観的要素は、家庭的共同生活を拒絶する意思をもつにいたった動機が婚姻共同生活の拒絶にあることである。この要素を加えることにより、たとえ任意でなされた別居であっても、仕事上の理由や留学のためといった場合には、少なくとも夫婦の一方が他方との共同生活を拒絶するためでない限り、一五六七条における別居には該当しなくなる。<sup>(58)</sup> 配偶者と別の場所で、または異なる形でもう一度家庭的共同生活をするために引越をするような場合には、確かに家庭的共同生活は拒絶されているが、婚姻共同生活の拒絶ではないので別居とは認められない。<sup>(59)</sup> 宗教的なものであれ、社会的なものであれ、また子供がいるからなどの理由から離婚する意思がない場合でも、婚姻共同生活を拒絶することは可能である。ここでは婚姻共同生活をすることが終局的に不可能だという感情まで必要とされないからである。<sup>(60)</sup>

「婚姻共同生活の拒絶」という文言は、一五六五条一項に基づき裁判官が婚姻の破綻を認定するために調査する「夫婦の共同生活の不存在」と似ているが、前者については、後者のような調査は必要ではない。通説的見解によれば、少なくとも夫婦の一方が自らすすんで他方と別々に暮らす場合には、通常、婚姻共同生活も拒絶されていると推測することができるという<sup>(61)</sup>。もっとも、初めから家庭的共同生活が存在しない場合には、特に確認が必要となろう。

#### (4) 期間の算定

別居期間は、前述の三要素すべてがそろったときから進行し、期間中は、原則として三要素がずっと存在してなければならぬ。この原則の唯一の例外が一五六七条二項において規定されている。これによると、夫婦が宥和をはかるための短期間の同居は、一五六六条に定められた期間の進行を中断しないとされる。かりにこの規定がなかったとしたら、少しでも同居するとすでに経過した別居期間が離婚法上無意味なものになってしまうと夫婦が考えて宥和しようとすることを躊躇するのではないかと立法者は考えたのである。一五六七条二項の要件に合致する同居の期間は、別居期間として算定され、たとえば、一月一日から七月三十一日まで夫婦が別居し、その後八月一日から八月七日まで一度互いに試みに同居し、その後やはりうまくいかず八月八日から十二月三十一日まで再び別居した場合、この夫婦は一年間別居していたことになる。

それでは、一五六七条二項で予定されている同居とはどのようなものであろうか。第一に、宥和をはかるための同居でなければならぬ。世間体のため、子供の世話のため、経済的事情のためといった宥和以外の目的のための同居は、ここで予定されている同居ではない。完全に夫婦が宥和した場合もはやこれに含まれない。第二に、同居は



「短期間」でなければならぬ。「短期間」に関してはこれ以上条文においては規定されていないが、夫婦に宥和の機会をもたせようという規定の趣旨から、緩やかに解すべきであるというのが通説的見解である。<sup>(62)</sup>これによると、一年の別居期間と三年の別居期間とを分けて、それぞれにつき破綻を擬制するのに十分な期間がどれぐらいかという観点から考慮されている。<sup>(63)</sup>一年の別居期間の場合は、だいたい三ヶ月程度のものである。三年の別居期間の場合には、さらに最初の二年間と後の一年間とに分けて考慮され、前者については六ヶ月程度、後者については一年の別居期間の場合と同じく三ヶ月程度とされている。三年の別居期間の満了直前に六ヶ月も同居していた場合には、やはり破綻しているのかどうか疑わしいからであろう。

それでは、宥和を試みて同居したが、やはりうまくいかず再度別居し、またもう一度宥和を試みて同居をしたような場合はどうであろうか。夫婦に宥和の機会をもたせ、できるだけ婚姻を維持させようという規定の趣旨から、宥和のための同居は決して一度に限定されないとするのが、通説的見解である。ただし、この同居期間の合計が前述の期間を超えることはならず、あくまでも「短期間」でないといけない。<sup>(64)</sup>

## 【参考…ドイツ民法仮訳】

## 第一五六四条

夫婦は、その一方又は双方の申立てにより、裁判所の判決のみ、離婚をすることができる。婚姻は、判決の確定とともに解消する。離婚を申し立てることができる要件は、次条以下の規定による。

## 第一五六五条

(1) 婚姻が破綻しているときは、夫婦は、離婚をすることができる。夫婦の共同生活がもはや存在せず、かつ、夫婦がこれを回復させることが期待できないときは、婚姻は、破綻している。

(2) 夫婦がなおも一年間別居していない場合には、申立人にとってその配偶者の人格上の理由から婚姻の継続が不当に苛酷な状態となるに限り、夫婦は離婚をすることができる。

#### 第一五六六条

(1) 夫婦が一年以上別居し、かつ、双方が離婚の申立てをし、又は被申立人が離婚に応じているときは、婚姻は、破綻しているとみなす。

(2) 夫婦が三年以上別居しているときは、婚姻は、破綻しているとみなす。

#### 第一五六七条

(1) 夫婦の間で家庭的共同生活が存在せず、かつ、夫婦の一方が婚姻共同生活を拒絶するため家庭的共同生活をする意思がないことが認められるときは、夫婦は、別居している。家庭的共同生活は、夫婦が婚姻住居内において別居している場合であつても、存在しない。

(2) 夫婦の宥和のための短期間の同居は、第一五六六条で定められた期間の進行を中断又は停止しない。

### 四 むすびにかえて

本稿では、一定期間の別居に基づく離婚について、特に後半ではドイツ法を参考に別居というものがそもそもどのような状態をいうのかという点に焦点をあてて検討をすすめてきた。日本においてはこれまで別居に関してはその期間が問題とされ、別居自体についてはあまり問題とされてこなかったように思われる。かりに今回の改正案が実現し

た場合には、五年以上別居すれば離婚することができるため、今まで以上に離婚に踏み切る夫婦が増えることが予想される。しかも、現時点においては信義則の制約のもとに限定的にしか認められていない有責配偶者からの離婚請求であっても、改正案によると原則として五年間の別居で婚姻は破綻状態にあるとみなされ離婚が認められようになるのである。このようにみると、別居が離婚法においてしめる役割はこれまで以上に大きくなるであろう。そうであるとなれば、破綻の徴表としての客観的基準に耐え得るような別居とはいったいどのような状態を指すのかに関して、より詳細な検討がなされる必要がある、本稿で紹介したドイツにおける議論も一つの参考となろう。

一定期間の別居に基づく離婚は、一方的離婚、つまり単意離婚の是認につながる<sup>(65)</sup>。このことは、婚姻と家庭の安定という離婚法がおわされてきた任務が明らかに変わってきたことを意味する。法をもって婚姻の安定を強制させることは不可能であり、法が離婚を認めないとしても婚姻関係が破綻しているという事実は変わらないのである。離婚法が真に担うべき任務は、形骸化した婚姻に当事者を縛りつけることではなく、「子を悪しき婚姻から擁護し、妻の困難を経済面から救済するなど、夫婦間からの葛藤から派生するもろもろの不利益を、法によって調整すること<sup>(66)</sup>」であろう。

また、別居は、婚姻共同生活と離婚との間の通過段階である。別居期間中は、夫婦は離婚類似の状態にあり、本稿ではふれることができなかつたが、夫婦間のみならず親子間においても離婚の場合に匹敵し得る問題を投げかけることにも留意しなければならない<sup>(67)</sup>。この他にも要綱には不完全な部分があり、立法化もされていない現段階で、「早晚、更なる離婚改革が必要になろう」といった声もすでにある<sup>(69)</sup>。民法改正案は今なお政府与党内の調整がつかず、結局現

時点に至っても通常国会に提出されていない状況にあるが、今後のゆくえを見守っていききたい。

(1) 厚生省『平成一一年度人口動態統計』より。

(2) 前掲注参照。

(3) 一九九二年二月には、法務省民事局参事官室により、「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」（戸籍時報四一九号四頁以下（一九九三））が、一九九四年七月には、それまでの審議の結果、改正を要すると考えられる事項および改正の一応の方向性を示した「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」（ジュリー一〇五〇号二一四頁以下（一九九四））とその「説明」（ジュリー一〇五〇号二一九頁以下（一九九四））が公表され、関係各界に対して意見照会がなされた。その後さらに、一九九五年九月には、「婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告」が作成された。これは、要綱試案において三案が併記されていた夫婦の氏について一つの案への絞込みをし、試案に対する意見において批判的意見が寄せられた裁判上の離婚原因の問題について、試案の考え方を若干修正したものである。

(4) 法制審議会民法部会「民法の一部を改正する法律案要綱案」ジュリー一〇八四号二二六頁（一九九六）。

(5) 諸外国の状況については、前田達明「有責配偶者の離婚請求——比較法的見地から」法七三九五号一四頁以下（一九八七）、三村美美子「イギリスの別居制についての若干の考察——S. M. Creney の Principles of Family Law を中心に——」亜細亜法学一五巻二号一一四頁以下（一九八二）、同「別居五年で離婚容認について」亜細亜法学三〇巻二号二四三頁（一九九六）、三木妙子「イギリス離婚法における苛酷条項」家族（社会と法）八号一八頁以下（一九九二）、廣谷章雄「英国、カナダ、オーストラリアの離婚法——離婚原因と法改正の動向——」家裁月報四六巻七号一頁以下（一九九四）、メイビス・マックリーン・南方暁訳編「英国における離婚と子どもをめぐる近年の論議」ケース研究二四八号五〇頁以下（一九九六）、広渡清吾「離婚の比較法研究（西ドイツ）」比較法研究四七号一一一頁以下（一九八五）、デイーター・シュヴァープ（訳）神谷遊「西ドイツ婚姻法の課題」ジュリー八三六号九八頁以下（一九八五）、神谷遊「ドイツ離婚法における苛酷条項の生成」家族（社会と法）八号四九頁以下（一九九二）、宮本ともみ「ドイツにおける別居規整および別居時の家具分配規整」新報一〇五巻四・五号九九頁以下（一九九九）、埴陽子「スペインにおける別居と離婚」『現代社会と家族法』一五九頁以下（日

本評論社、一九八七)、吉田克己「破綻離婚における『事実上の別居』の意義」フランス判例研究会編判タ四七一号七八頁以下(一九八二) 犬伏由子「フランスにおける苛酷条項」家族(社会と法)九号二六頁以下(一九九三)等参照。

(6) 民集四一巻六号一四二三頁。

(7) イギリスに関する紹介は三村・前掲注(5)参照。イギリスではすでに別居に関して具体的な判断基準が示されており、たとえば夫婦が同じ屋根の下に住んでいる場合に適用される判断基準は、夫婦の一方が他方に対し婚姻生活上のサービスを提供しつづけているかどうか、生活費を分担しているかどうかであるという。

(8) 法務省民事局参事官室・前掲注(3)ジュリー一〇五〇号二五一、二五二頁。

(9) 法務省民事局参事官室・前掲注(3)ジュリー一〇五〇号二五二頁。

(10) 最高裁昭和六二年判決では、別居三六年(同居一二年)というケースであったが、近時では、別居八年(しかも同居二三年)という事案でも離婚請求が認められたものがある(最判平成二年一月八日家月四三巻三号七二頁)。泉教授は、「判例は、別居期間一〇年前後を一応の目安として有責配偶者の請求を認めるか否かを決する方向にあるといつて大過ない」と評価される(泉久雄『親族法』一四六頁注(2)(有斐閣、一九九七)。前田達明教授は、一定の別居期間そのものが婚姻関係の破綻および両当事者と利害関係人の新生活の定着の証拠であるとし、日本については一〇年前後が妥当であるとされる(前田・前掲注(5)一九頁)。

(11) 法務省民事局参事官室・前掲注(3)ジュリー一〇五〇号二五二頁。

(12) 二宮周平「別居による離婚の可否と苛酷条項」ジュリー一〇五九号六四頁(一九九五)、有地亨「離婚原因」家族(社会と法)八号二二六頁以下(一九八五)、神谷遊「離婚原因としての『五年の別居』」民商法雑誌一一巻四・五号六二〇頁(一九九五)。

(13) 石川稔「家族と法——婚姻法・離婚法の改正問題を中心として——」ジュリー一〇〇〇号一六〇頁(一九九二)。

(14) 吉田欣子「婚姻破綻の原因の認定について」『現代家族法体系2』二二二頁(有斐閣、一九八四)。

(15) 石川・前掲注(13)一六〇頁、右近健男「婚姻・離婚制度中間報告——離婚を中心として——」ジュリー一〇一九号六九頁(一

- 九九三)、二宮周平・前掲注(12)六四頁、森田悦史「離婚原因と七七〇条二項の必要性」法学セミナー四六五号二四頁(九九三)、吉岡睦子「離婚法改正の課題」自由と正義四五卷五号六二頁(一九九四)等。
- (16) 二宮純子「別居五年で離婚OK」の日弁連意見に反対する「自由と正義四五卷五号六八頁以下(一九九四)等。
- (17) 法務省民事局参事官室・前掲注(3)ジュリー一〇五〇号二五二頁。
- (18) 米倉明「積極的破綻主義でなぜいけないのか」ジュリー八九三三三三頁以下(一九八七)、二宮周平・前掲注(12)六五頁、野田愛子「五年別居を理由とする離婚原因」法律のひろば四八卷二二二二頁(一九九五)。
- (19) 二宮周平『事実婚の現代的課題』一一三頁以下(日本評論社、一九九〇)、同・前掲注(12)六五頁参照。
- (20) 二宮周平・前掲注(12)六五頁、吉岡・前掲注(15)六四頁。
- (21) 中川淳「裁判離婚制度の改正について——民法改正要綱試案への若干の疑問——」民事研修四五三三三三頁以下(一九九五)、中川淳「破綻主義離婚法の現在と立法課題」法律のひろば四九卷六号四八頁(一九九六)。
- (22) 小池信行「民法の一部を改正する法律案要綱」の概要」法律のひろば四九卷六号一三頁以下(一九九六)。
- (23) 小池・前掲注(22)一三頁。
- (24) たとえ婚姻が破綻しているとしても、一定の場合には離婚は認められない。いわゆる苛酷条項が一五六八条において規定されている。
- (25) BGH Urt. v. 25. 1. 1989, NJW 1989, 1988.
- (26) Dieter Schwab, Das Familienrecht, 10. Aufl. (1999), Rz. 300.
- (27) BGH Urt. v. 14. 6. 1978, FamRZ 1978, 671.
- (28) Vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. (1993), bearbeitet von Alfred Wolf, § 1565 Rz. 46 u. s. w. (以下の文献についてMünchKomm-Bearbeiterと略記する)。
- (29) 一五六五条二項の正当性については争いがあるが、本規定は一時的な雰囲気からなったかもしれない性急な離婚の申立てを防止しようとするものである。

- (30) MünchKomm-Wolf, § 1565 Rz. 2.
- (31) MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 34.
- (32) 後者の場合には、当然のりとながら主観的要素の判断が重要となる。
- (33) MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 15a.
- (34) Wilfried Schlüter, BGB-Familienrecht, 8. Aufl. (1998), Rz. 179; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. (1999), bearbeitet von Thomas Rauscher, § 1567 Rz. 32 (以下「*Staudinger-Bearbeiter*」を略記する).
- (35) Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 47f.
- (36) Walter Rolland, Das neue Ehe- und Familienrecht I. EheRG Kommentar zum 1. Eherechtsreformgesetz, 2. Aufl. (1982) § 1567 Rz. 2b; Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 48.
- (37) OLG Hamm Urt. v. 3. 2. 1978, FamRZ 1978, 511, 513.
- (38) Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 48; MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 28.
- (39) もともと「一五六七条一項後段の規定の仕方には問題があり、立法段階でのミスであると批判されている (Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 53; MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 25)」。なぜなら、同条一項前段は別居の一要素として家庭的共同生活の不存在をあげているにもかかわらず、後段では婚姻住居内での別居を介して家庭的共同生活の不存在を定義づけている形になっているからである。この点に関しては、後段は、家庭的共同生活の不存在という客観的要素は婚姻の住居内でも成立し、そのような別居も可能であるということのみを規定したものと解することについて争いはない。
- (40) しかし、動機よりも客観的基準を重視しているので、そのような夫婦のみにこの規定の適用が限定されるわけではない (MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 26)。たとえば同一住居内で住む子供への配慮からといった場合もあるかと思われる。
- (41) BGH Urt. v. 14. 6. 1978, NJW 1978, 1810=FamRZ 1978, 671; BGH Urt. v. 11. 4. 1979, NJW, 1979, 1360=FamRZ 1979, 469. 「*その他に別居と認められること」* OLG Karlsruhe Urt. v. 27. 9. 1979, FamRZ 1980, 52; OLG Köln Urt. v. 3. 6. 1982,

FamRZ 1982, 807 以下各号。

- (42) BGH Urt. v. 14. 6. 1978, NJW 1978, 1810=FamRZ 1978, 671; MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 29a; Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 60.
- (43) Die Arbeitskreise des 1. Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 1978, S. 845; OLG München Beschl. v. 29. 6. 1978, FamRZ 1978, 596.
- (44) BGH Urt. v. 11. 4. 1979, NJW, 1979, 1360=FamRZ 1979, 469.
- (45) MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 30a; Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 79.
- (46) OLG Karlsruhe Urt. v. 27. 9. 1979, FamRZ 1980, 52(毎朝朝食の準備を頻繁に夕食をともにするに似て); OLG Düsseldorf Urt. 11. 11. 1981, FamRZ 1982, 1014(週末にともども食事したり、しばしば一緒にテレビをみたりするに似て); OLG Köln Urt. 3. 6. 1982, FamRZ 1982, 808(毎日々食をともにするに似て)。
- (47) MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 30; Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 74.
- (48) OLG Köln Beschl. v. 21. 1. 1986, NJW 1987, 1561.
- (49) Dieter Schwab, Probleme des materiellen Scheidungsrechts, FamRZ 1979, S. 17; MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 29; Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 63f.
- (50) 京都新聞二〇〇二年六月二十八日夕刊二二面の報道によるため判決年月日は不明である。
- (51) BGH Urt. v. 2. 12 1951 BGHZ 4, 279; BGH Urt. v. 23. 11. 1962, BGHZ 38, 266.
- (52) 夫婦の一方が他方と家庭的共同生活をしないという意思を有しており、それが対外的に認識される状態になければならぬという主観的要素の必要性は、BGHにより認められたものである (BGH Urt. v. 2. 12 1951 BGHZ 4, 279f.)。立法者からの点に関するBGHに追随する見解を明文で明らかにしたにもかかわらず (BT-Drucks 7/650, S. 114, 261)。
- (53) Dieter Schwab, Das Recht der Ehescheidung nach dem 1. EheRG: Die Scheidungsgründe, FamRZ 1976, S. 500 Fn. 56; MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 41; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl. (2001), bearbeitet von Uwe Diederichsen, §



- 1567 Rz. 8 (以下この文献に關しては Palandt-Bearbeiter と略記する)。
- (54) MünchKomm.-Wolf, § 1567 Rz. 42; Palandt-Diederichsen, § 1567 Rz. 8.
- (55) KG Beschl. v. 12. 8. 1981, NJW 1982, 112; MünchKomm.-Wolf, § 1567 Rz. 43.
- (56) 裁判例におつては、娘を介しての手紙のやりとりと一度の帰郷があった (OLG Stuttgart Beschl. v. 15. 7. 1955, FamRZ 1956, 239)。
- (57) OLG Stuttgart Beschl. v. 15. 7. 1955, FamRZ 1956, 239. けれど回讒をめぐり Schwab, a. a. O. (52), FamRZ 1976, S. 501; Uwe Diederichsen, Das Recht der Ehescheidung nach dem 1. EheRG (Scheidungsgründe), NJW 1977, S. 277 など。<sup>90</sup>
- (58) しかし、このためにのみ婚姻共同生活の拒絶という要素を要求する必要はなく、家庭的共同生活を拒絶する意思のみで十分であったと指摘されている (Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 26; MünchKomm.-Wolf, § 1567 Rz. 45)。
- (59) Diederichsen, a. a. O. (56), NJW 1977, S. 277; Rolland, a. a. O. (36), § 1567 Rz. 6; MünchKomm.-Wolf, § 1567 Rz. 49.
- (60) MünchKomm.-Wolf, § 1567 Rz. 49; Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 29.
- (61) Vgl. MünchKomm.-Wolf, § 1567 Rz. 47, 54.
- (62) Vgl. MünchKomm.-Wolf, § 1567 Rz. 60 auch Fn. 173.
- (63) Vgl. Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 60 auch Fn. 141f.
- (64) Vgl. Staudinger-Rauscher, § 1567 Rz. 63f.
- (65) たとえば、ドイツにおいては、別居の場合の夫婦間の扶養 (二三六一条)、家具の分配 (二三六一条 a)、婚姻住居 (二三六一条 b)、監護権 (一六七二条) などに関し規定を別途もっている。
- (66) もっとも苛酷条項や信義則条項の運用次第では結果は異なり得るが、これらの条項はあくまでも例外的にのみ登場すべきであることは言うまでもない。
- (67) 泉久雄『注釈民法(2)』鳥津一郎編二四二頁 (有斐閣、一九六六)。

(68) 財産分与や労働条件、社会保障に関する現状は不十分極まりない。たとえば、破綻離婚の効果として当然に離婚給付が伴うよう制度化するように、裁判上の離婚と民法七六八条を結合し、離婚裁判のなかで職権により財産分与を行えるようにする必要が強く主張されている(滝沢律代「民法改正要綱試案の問題点(下)」法律時報六七卷一号六八頁)。これらの諸制度が整っていない以上、徹底した破綻主義をとることは、社会的弱者の保護という観点から問題がある。要綱では、これらの諸制度を改善・整備することを断念し不都合は例外的に苛酷条項で調整しようとしているが、これがどの程度うまく機能するかどうかはまったく不明である。

(69) 小野幸二「積極的破綻主義の次に来るもの」中川淳先生古稀祝賀論集二〇五頁(日本加除出版、一九九八)。