

イギリス判例法における 「家庭内離婚」

家 永 登

目 次

はじめに

第1章 イギリスにおける離婚法

第2章 イギリスの「家庭内離婚」裁判例

(1) Hollens (otherwise Penfold) v Hollens 判決 (1971年)

(2) Mouncer v Mouncer 判決 (1971年)

(3) Santos v Santos 判決 (1972年)

(4) Fuller (otherwise Penfold) v Fuller 判決 (1973年)

第3章 イギリス判例法とわが法への示唆

はじめに

前稿では、わが国における「家庭内離婚」ないし「家庭内別居」に関する判例の紹介、検討を行った¹。その動機は、諸外国で導入が進む離婚後の共同親権・共同監護をわが国でも採用すべきであるという議論が盛んであるが、わが国では、離婚後も子の共同監護が可能な状態にある夫婦であれば、別居や離婚をすることなく法的婚姻関係を形式的に維持したまま、子どものために「家庭内離婚」状態にとどまる場合が多いのではないかと

1 拙稿「裁判例に見る『家庭内別居』の諸相 (1・2)」専修法学論集126-7号 (2016年)。

すなわち、「家庭内離婚」は諸外国における離婚後の共同監護の日本的な発現形態ではないかと考えたことにあった。ところが、前稿を執筆しているうちに、「家庭内離婚」は決してわが国独特の現象ではなく、諸外国にもその実例が見られること、ドイツのように「家庭内離婚」に関する制定法の規定を有する国さえあることを知った²。また、イギリスにも家庭内離婚状態 (living apart in a same house) の夫婦が少なからず存在し(「脱け殻婚」(empty shell marriage)とも呼ばれる)³、「家庭内離婚」に関する判例も存在すること⁴、その中には、子どもの監護とケアのためにあえて離婚ないし法的別居の手続をとらないで「家庭内離婚」状態にとどまっている夫婦の事例も存在することを知った。

本稿では、「家庭内離婚」は離婚後の共同監護に代わりうるわが国独特の現象というわけではなく、イギリス判例の中にも、家庭内離婚状態の夫婦の離婚(別居の有無)をめぐる裁判例が存在すること、そして、子どものためを思ってそのような状態にとどまる夫婦(両親)を「全く賞賛すべき」(wholly admirable)とする判決や、「理性的な」(civilised)、あるいは「賞賛に値する」(laudable)親と評価する学説も存在することを紹介して、わが国の「家庭内離婚」を検討する参考に供したいと思う。

第1章 イギリスにおける離婚法

(1) イギリス法における離婚原因

イギリスは、西欧諸国の中でも早くに破綻主義離婚を法制化した国である。破綻主義離婚 (non-fault based divorce) を採用した立法は、Divorce

2 ドイツ民法1567条2項。上記、拙稿(1)専修法学論集126号8頁、同13頁注(2)を参照。

3 J. Herring, FAMILY LAW (7th ed., Pearson, 2015) p. 137.

4 前出注(1)、拙稿(2)127号50頁注(4)を参照。

Reform Act 1969 である（以下では1969年法と略す）。1969年法 1 条は、「回復不可能な破綻」(irretrievably break down) を唯一の離婚原因と定め、同法 2 条 1 項 a 号～e 号において、「回復不可能な破綻」を推定させる事実として以下の 5 項目を列挙した⁵。

(a) 被告の姦通 (adultery) により、原告が被告と一緒に生活することが耐え難い (intolerable to live with) 場合

(b) 被告の行状 (behavior) により、原告が被告と一緒に生活することが合理的に期待できない (cannot reasonably be expected) 場合 [一般に虐待 (cruelty) とされる]

(c) 離婚申立て直前の 2 年間以上にわたり継続して、被告が原告を遺棄した (deserted) 場合

(d) 離婚申立て直前の 2 年間以上にわたり継続して、婚姻の両当事者が別生活をしており (have lived apart)⁶、かつ被告が離婚判決の認容に同意している場合

(e) 離婚申立て直前の 5 年間以上にわたり継続して、婚姻の両当事者が別生活をしている (have lived apart) 場合

その後、1969年法は改正され、現在では Matrimonial Causes Act 1973 (以下では1973年法と略す) が破綻主義離婚を規律する現行法となっているが、「回復不可能な破綻」を唯一の離婚原因とし、上記の 5 つの事実によって婚姻破綻を推定することは、そのまま1973年法に引き継がれている (ただし条数に若干の変更がある)⁷。以下で紹介する 4 件の裁判例はすべ

5 1969年法以降のイギリス離婚法の変遷については、川田昇「イギリスの離婚」利谷信義他編『離婚の法社会学—欧米と日本』(東京大学出版会, 1988年) 155頁以下。同書以降について簡単には N. Lowe and G. Douglas, *BROMLEY'S FAMILY LAW* (11th ed., Oxford, 2015) p. 211 ff. を参照。

6 “living apart” は「別居」と訳されることが多いが、本稿では「住居を別にする」というニュアンスが強い「別居」という語を避けて、「別生活」と訳すことにした。

7 本稿に関係する条文では、1969年法 2 条 1 項本文→1973年法 1 条 1 項, 1969年法

て1969年法のもとでの事例である。

なお、イギリスの離婚判決の手続は2段階からなっており、婚姻の破綻が認められた場合にはまず離婚の仮判決 (decree nisi) が宣告され、申立人 (原告) はそれから6週間以上経過後に本判決 (decree absolute) を申し立てることができ、原告が申し立てないときは仮判決から3か月が経過すれば被告も本判決を申し立てることができ、この申し立てがあれば離婚の本判決が宣告されることになっている⁸。

ちなみに、1973年法は、婚姻当事者が「裁判所による別居決定」(judicial separation decree) を申し立てることを認めている (18条1項)。これは、主として宗教上の理由から離婚は希望しないが別居を希望する婚姻当事者に対して、遺棄の責任を問われることなく別居を認める制度である。裁判所による別居決定の効果として、申立人は配偶者としての同居義務 (duty to cohabitation) を免除されるが、相続以外のその他の配偶者の地位には影響はない。別居決定が認められても申立人は婚姻住居を退去する必要はないとされる (退去を請求するためには別途占有決定 (occupation order) を得ることが必要とされる) から⁹、この場合にも<同一住居, 別生活>という現象が起こりうる (本稿では扱わない)。

(2) 「家庭内離婚」に関するイギリスの裁判例

いわゆる「家庭内離婚」(living apart in a same home / house / roof) の事例として教科書等で引用される判例は、すべて、当該夫婦の生活関係が1969年法2条1項d号～e号にいう婚姻破綻を推定させる事実である「別

2条1項a～e号→1973年法1条2項a～e号, 1969年法2条5項→1973年法2条6項, 1969年法3条5項→1973年法2条5項など。

8 Matrimonial Causes Act 1973, s.1(5), and Practice Direction. Cf. N. Lowe and G. Douglas, op. cit., n. 5, p. 228 (n. 128).

9 S. Harris-Short, J. Miles, and R. George, FAMILY LAW: TEXT, CASES, AND MATERIALS (3rd ed., Oxford, 2015) pp. 342-3.

生活」(living apart)に該当するか否かが争点になった事案であり、以下の4件が挙げられる。

- ① Hollens (otherwise Penfold) v Hollens [1971] 115 SJ 327.
- ② Mouncer v Mouncer [1972] 1 All ER 289.
- ③ Santos v Santos [1972] 2 All ER 246.
- ④ Fuller v Fuller [1973] 2 All ER 650.

最近の教科書等を見る限り、「家庭内離婚」が1973年法の「別生活」要件に該当するか否かに関する判例はこの4件のみのようである。ただし、家庭内離婚に関する4件の判例をすべて紹介した教科書は少なく¹⁰、他方で学生向きの学習参考書の中にもこの4件をすべて紹介するものがあり¹¹、インターネット上の離婚情報を提供するHPでも、「別生活」に関連する判例としてこの4件(だけ)を紹介するものが見られた¹²。次章において、判決順に紹介、検討する。

10 M. Hayes and C. Williams, FAMILY LAW : PRINCIPLES, POLICY & PRACTICES (Butterworths, 1995) p. 425 ff. はその数少ない教科書の1つである。同書はその後何度も版が改められ、著者(補訂者)も代わっているが、最新版の Hollens 判決への言及は初版の文章がほぼ踏襲されているので (S. Gilmore and L. Glennon, HAYES & WILLIAMS' FAMILY LAW (5th ed., Oxford, 2016) pp. 78-9), ここではあえて初版を引用した。

11 R. Gaffney-Rhys et al., QUESTIONS & ANSWERS FAMILY LAW 2013 AND 2014 (7th ed., Oxford, 2013) は学生向けの演習書であるが、きわめて簡潔ながら、Hollens, Mouncer, Santos, Fuller すべてに言及がある (pp. 31, 38, 43)。他方で、例えば、N. Lowe and G. Douglas, op. cit., n. 5, p. 220, S. Harris-Short et al., op. cit., n. 9, p. 322 ff. は Hollens 判決への言及がなく、J. Herring, op. cit., n. 3, pp. 145-6 は Fuller 判決への言及がない。

12 "Divorce and Dissolution flashcards Quizlet" (<http://quizlet.com/65369842/divorce-and-dissolution-flash-cards/>) (閲覧日2016年6月6日)

第2章 イギリスの「家庭内離婚」裁判例

(1) Hollens (otherwise Penfold) v Hollens 判決 (1971年)¹³

【事実経過】

本判決は正式の判例集には収載されておらず、弁護士雑誌にその要約が掲載されている。本件夫は1969年法2条1項b号の虐待(cruelty)を理由に離婚の許可を申し立てた。これに対して、妻は虐待を否定し、逆に夫による虐待を理由に反訴を申し立てたところ、裁判所は、1969年法(2条1項d号)の「申立て直前の2年間以上にわたり継続し」た「別生活」を理由とする妻の新たな申立てを許可し、夫の訴えと併合した。そして、1971年2月3日に、Wrangham 裁判官は以下のように判示して、妻に離婚の仮判決を与えた。

【判旨】

《Wrangham 裁判官》

1969年法2条の要件が満たされていることを確認するためには、本件当事者夫婦が、離婚申立ての直前2年間以上にわたって別生活であったこと、被告が離婚判決に同意していること、そして婚姻が破綻していて回復不可能であることが証明されなければならない。証拠によれば、1968年の暴力的な喧嘩(a violent quarrel)以降、本件当事者は、2寝室付きの公営住宅内のごく近い距離で(at close quarters)生活しているが、お互いに全く交流を持っていない(no contact with one another)。彼らはお互いに口も利かず、食事も一緒にせず、妻は夫に対する義務を全く果たしていない。夫も、妻の扶養を負担する(contribute to her maintenance)以外は妻に対

13 Hollens v Hollens [1971] 115 SJ (Solicitor's Journal) 327.

して何もしていない。1969年法2条5項が規定する基準によれば、夫と妻は、同じ世帯において互い一緒に生活するのでない限り（unless they were living with each other in the same household）、別生活（living apart）として扱われる。本条項の正確な意味が考察され、決定される機会が将来訪れるかもしれないが、現時点では、本件夫婦は別生活をしていた。妻に離婚の仮判決（decree nisi）を与える。

【評釈】

本判決は、上記のような夫婦の生活を1969年法2条1項d号の「別生活」に当たるとして、妻の離婚請求を認容した¹⁴。本判決は、いわゆる「家庭内離婚」状況にある夫婦間で、1969年法の「別生活」への該当性が争われ、これが認められたリーディング・ケースと思われる。同一住居内で生活する夫婦が（1969年法が要求する婚姻破綻の要件の1つである）「別生活」に該当するための具体的態様として、本判決は、夫婦がお互いに口を利かない、一緒に食事をしない、お互いに義務を果たしていないなど、夫婦としての交流がないことを挙げている。わが国の裁判例では、家庭内離婚の具体的な態様として夫婦間の性関係の不在も挙げられることが少なくないが、本判決はこの点には直接触れていない。本判決は夫婦が一緒に寝ていないこと（not sleep together）を「別生活」認定の1要素としていると紹介する論者もあるが¹⁵、SJ誌の判決要旨には“not sleep together”と明記されていないだけでなく、性関係の不在を示す記述もない。あるいは、「交流を持っていない」、「お互いに義務を果たしていない」、「2寝室付きの公営住宅」などという判決中の文言には「性関係の不在」という意味が込められているのだろうか。なお、本件夫は家庭内離婚状態に

14 M. Hayes and C. Williams, op. cit., n. 10, pp. 426 その他も参考にした。

15 R. Gaffney-Rhys et al., op. cit., n. 11, p. 38. は、“did not speak, eat or sleep together”と要約する。

あっても妻に対する扶養義務は負担している。

本判決を初版から取り上げてきた Hayes 教授らの教科書は、本件を、同じ屋根の下で生活していながら (living in the same roof), 夫婦間の「共通の生活」(common life) が失われ、「不自然な態様」(unnatural manner) で生活する夫婦について、1969年法の「別生活」に該当するとされた事例と紹介する¹⁶。しかし、「共通(でない)」とか「不自然」といったのでは、離婚要件として「別生活」に該当する家庭内離婚状態の内包も外延もかえって曖昧になってしまうであろう。

本判決は、同じ Wrangham 裁判官による Mouncer 判決(次の(2)節を参照)が、同様な状況にある夫婦に関して「別生活」を認めず、したがって離婚も認めなかったことと対比して論じられることが多い。そして、Mouncer 夫婦のように、より理性的に、より良い行動でお互いに協力し子どものケアを分担した夫婦ほど、かえって(後に)離婚しにくくなるという皮肉な結果をもたらすと批判される(次節(2)参照)¹⁷。Hollens 事件の夫婦に子どもがあったのかどうか不明だが、もし子がなかったとすると、子の有無が結論を分けた可能性も考えられよう。また、本判決は本件夫婦が家庭内離婚状態に陥った契機として、暴力的な大喧嘩があったことを指摘している。この点も、別居、調停による同居を経てなし崩し的に家庭内離婚状態に至った Mouncer 事件の夫婦と対比されよう。

(2) Mouncer v Mouncer 判決 (1971年)¹⁸

【事実経過】

16 M. Hayes and C. Williams, op. cit., n. 10, pp. 426-7.

17 M. Hayes and C. Williams, op. cit., n. 10, pp. 426-7, S. Gilmore and L. Glennon, op. cit., n. 10, p. 79. ただし、後者は初版の“ironical”を“unfortunate”と書き換えている。

18 Mouncer v Mouncer [1972] All ER 289.

1969年8月、妻から夫に対して虐待を理由とする離婚請求がなされ、これに対して、1971年3月、夫が1969年法2条1項d号の別生活による離婚の反訴を提起した。両訴が併合されたのが本件である。Wrangham 裁判官は以下のように判示して、両訴とも棄却した。ただし、妻の1969年法2条1項b号（「原告が被告と一緒に生活することが合理的に期待できない場合」）を理由とする新たな申立てを許可するとともに、夫の反訴原告適格も認め、1971年11月2日、夫婦に対して離婚の仮判決（decree nisi）を言い渡した（292b）¹⁹。

【判旨】

◁Wrangham 裁判官▷

本件夫は、離婚申立ての直前2年間の継続した「別生活」を根拠として回復不可能な破綻による離婚を申し立てた。妻は離婚判決が認容されることに同意しており、婚姻関係が破綻していることも争いが無い。唯一の問題は、本件申立てがなされた1971年11月1日の時点で、当事者は2年以上継続して別生活であったといえるか否かである。

本件夫婦は1966年6月に婚姻し、家族の子ども（children of the family）として5歳の男児と4歳の女児の2子がある。1969年8月まで夫婦はSurry州Sutton市Belmont通りの婚姻住居で寝室を共にしていたが、両者の関係はきわめて悪化し、同月、妻は離婚訴訟を提起した（209f）。夫は5週間の間実家に帰ったが、調停が試みられた結果、両者は3週間マジョルカ島に旅行した後、ともに婚姻住居に戻った。しかし調停は成功せず、1969年11月のある日、妻は婚姻住居の（夫婦の）寝室を去り、妻はその後は娘と一方の寝室で、夫は息子と他方の寝室で寝起きしてきた。この状況は1971年5月12日に夫が婚姻住居を出るまで変わらなかった。

19 以下で、判旨の文章の末尾に適宜カッコで付した（292b）等は、当該判例集の引用箇所を示す頁数（292頁）および判例集に付されたパラグラフ記号(b)を指す。

夫婦は別々の部屋で過ごしたが、たいていは妻が作った食事を一緒にとった。しばしば子どもたちも一緒だった。住居の掃除は妻が行なったが、妻が仕事に出る週2日は夫が行なった。婚姻住居には台所、食堂、居間、2つの寝室、浴室があったが、寝室の一方を妻と娘が使用し、他方の寝室を夫と息子が使用する以外は、夫婦間で部屋を割り振ったという証拠はない(290i)。夫婦は各々が住居の掃除をしたが、住居の一部を他の部分と区分したことはなかった(夫は、その証拠中で部屋の1つを「私たちが住んでいた部屋」と言っている)。しかし、妻は夫の物は洗濯しなかったもので、夫は自分で手配して他所に依頼した。それでも夫が婚姻住居においてこのような生活を継続した唯一の理由は、子どもたちと一緒に生活し、その世話を続けることを願ったからであった(291a)。

以上の事実から本件夫、妻、子どもたち全員が同一世帯で生活していること(living in the same household)に疑問の余地はないと思われる。もちろん旧法のもとで、夫婦が同じ屋根の下で生活していながら(lived under the same roof)、別生活していたものとされた判例は多数ある。しかし、旧法のもとであれば、本件夫婦が1971年5月12日までは一緒に生活していた(living together)と判断されたであろうことは明らかだと思う(Hopes v Hopes [1948年]を見よ²⁰) (291b)。本件夫婦は双方ともに、新法のもとでの基準は旧法とは全く異なると主張している。1969年法2条5項は、夫婦は、「同じ世帯において互いに一緒に生活しているのでない限り」(unless they are living with each other in the same household)、「別生活」(living apart)と扱われると規定する(291c)。本件夫婦は、同じ世帯で生

20 Hopes v Hopes [1948] 2 All ER 921 は、夫婦が同一住居内で生活していても(living under the same roof)事実上の別離(de facto separation)が証明された場合には離婚原因の遺棄(desertion)が認められるが、同事案においては、寝室は別だが、食事は一緒にとり、部屋を共用するなど、共通のテーブル(common table)が維持され、ある範囲で共通の生活(common life to some extent)が維持されているとして(921E~F, 927C)、遺棄による離婚請求を棄却した。

活していた (living in the same household) といえるとしても、真の意味では何ら一緒に生活していた (living with each other) とはいえない、妻はあらゆる方法で夫が夫であることを拒絶し、夫と寝室を共にすることを拒絶することで夫婦の婚姻関係を断絶させてきた (だから別生活に該当する [筆者注]) と本件当事者は主張する。

しかし、夫婦間の愛情の喪失 (absence of normal affection) および通常の夫婦間の肉体関係の拒絶 (rejection of a normal physical relationship) があれば、本条 (1969年法2条1項) を満たすのに十分であると考えないのでない限り、世帯を共にしている (share a household) 夫婦を、「互いに一緒に生活している」 (living with each other) のではないと主張することは困難である。もし、夫婦の一方が性交への権利を拒否し (refused the right of intercourse), 夫婦関係が悪化 (on bad terms) しさえすれば、同条の効果として当該夫婦は別生活といえるのだとすると、新法は Jackson v Jackson 判決 (1924年)²¹で示された判例法理を変更したことになるから、議会はそのことをとくに明示したはずである (しかしそのようなことは明示されていないから、立法者に判例変更の意図はなかった [筆者注])。私の考えでは、1969年法2条5項は、「本条において、当事者が…互いに一緒に生活しているという場合は、彼らが同じ世帯において互いに一緒に生活していると解釈されるものとする」とした同法3条6項を参照して解釈すべきである (291f)。3条6項における「同じ世帯において」という文言が限定句であることは明らかである。互いに一緒に生活している者のすべてではなく、同じ世帯において互いに一緒に生活している者だけが3条6項を満たすのである。同じことは2条5項にも適用される。夫婦は、互いに一緒に生活している場合でさえも、同じ世帯において互いに一緒に生活しているのでなければ、別生活として扱われることがある (291g)。私

21 Jackson v Jackson [1924] P 19.

の判断では、2条5項の起草者は、同じ世帯で生活しているが互いに一緒に生活しているのではないという当事者のケースについては規定しなかった。実際にもそのようなケースは存在しないと私は思う。当事者が別生活しているか否かを決定する際に適用される基準は、この問題に対する既存の法を宣言した2条5項および3条6項によって変更はない(291h)。

以上の理由から、私は、本件夫婦が、1969年11月から1971年5月までの間別生活していたことは証明されていないと結論する。反対に、この期間中本件夫婦は同一世帯において互いに一緒に生活していたと考える。彼らがこのような生活を送ったのが、彼らの子どもたちを適切にケアするためという全く賞賛すべき動機(the wholly admirable motives)からだったとしても、結論は変わらない(291i)。

【評釈】

① 本件は、「不幸な夫婦が寝室を別にした。夫婦は、食事は共にし、家中の掃除は共にしたが、妻は夫の衣服の洗濯はしなかった。夫は、子どもたちと一緒にいるために家にとどまった。やがて子どもたちが成長したので、夫は、夫婦は2年以上別生活をしているとして離婚を請求した(1969年法2条1項d号)」ところ、「本件夫婦のように、同じ世帯を共有(share)しながら、カップルがもつ通常の肉体関係(normal physical relationship)を拒絶し、通常の愛情を喪失しただけでは別生活というに十分ではない」として請求が棄却された事例と要約される²²。この要約にある通り、本判決が夫の離婚請求を退けた論理は、「世帯」を同じくする夫婦が「互いに一緒に生活」していないということはあるから、「別生活」には該当しないというものである。この論理を本件夫婦にあてはめ、本件夫婦は、同一住居内で寝室以外の部屋を共用し、食事その他の日常生活

22 H. L. Conway, KEY FACTS KEY CASES: FAMILY LAW (Routledge, 2014) p. 17.

活を共同にするなど「世帯」を同じくしているから、性関係がなかったとしても別生活には該当しないとされた。しかも、このような共同生活の目的が子どもたちをケアするためという賞賛すべき動機からだったとしても結論は変わらないと駄目押しまでしている。

② 私は、本判決が（結論的には離婚を認めたものの）、「別生活」を理由とする離婚を認めなかったことに疑問をもつ。そして、その前提となっている1969年法2条5項および3条6項の解釈にも疑問をもつ。「2条5項の起草者は、同じ世帯で生活しているが互いに一緒に生活しているのではないという当事者のケースについては規定しなかった。実際にもそのようなケースは存在しない」(291i) という断定も納得できない²³。私は「同じ世帯」であるが「一緒に生活していない」夫婦は存在するし、Mouncerはまさにそのような夫婦だったと思うが²⁴、まずは、本判決の1969年法2条5項解釈を検討したい。

Santos 判決（後出(3)節）において Sachs 裁判官は、立法者が2条5項を制定した趣旨は明らかでないと言ったうえで（Santos 判決255d）、「世帯」（household）の意味について、「たとえ一時的に別れていても特別な紐帯によって結合した人々」と定義する（同255e）。私もこれに従う。つぎに、本条項における「同じ世帯」が限定句であることは本判決で Wrangham 裁判官が指摘する通りであるが、この句が何を限定しているのかは、もしこの限定句がなかったらどうなるかを考えてみれば明らかになる。もしこの限定句がなかったとすると、本条項は、夫婦は「互いに一緒に生活していない限り、『別生活』として扱う」旨を規定していることになる。しかし現実には、「一緒に生活していない」が「別生活」と見る

23 J. Herring, *LAW EXPRESS : FAMILY LAW* (5th ed., Pearson, 2015) p. 53 も、同じ屋根の下で別世帯 (separate household), 分離生活 (separate lives) ということは可能であるという。

24 J. Herring, *ibid.* 同旨。

べきではない夫婦も存在する。仕事で単身赴任したり、病気で長期入院中の場合などである。このような事情にある夫婦を「別生活」という範疇から除外するために、「同じ世帯（で）」は限定句として機能するのである。単身赴任や長期入院などのために夫婦が「一緒に生活していない」が、「世帯」は同じである、すなわち「一時的・物理的に別れてはいるが特別な紐帯によって結合している」（前出 Sachs 裁判官）という場合には、そのような夫婦は「別生活」とは見なさないというのが、2条5項の意味であると私は考える。Wrangham 裁判官が援用する3条6項も、本法で「一緒に生活する」とは、「同じ世帯で一緒に生活する」とものと解釈すると規定しているだけであって、同じ世帯だが一緒に生活していない夫婦（一緒に生活していないが同じ世帯に属する夫婦）の存在を否定する趣旨が同条項から当然に導かれるとは考えない²⁵。このように解すると、本件 Mouncer 夫婦のケースも「別生活」に該当する可能性が生まれてくる。

③ なお、Wrangham 裁判官は、夫婦の一方が性交への権利を拒否した場合には（refused the right of intercourse）、同条の効果として当該夫婦は別生活に該当することになるのだとすると、新法（2条5項）は Jackson v Jackson 判決（1924年）で示された判例法理を変更したことになるから、議会はそのことを特に明示したはずであるという（291f）。Jackson 判決が1969年法の立法作業時に判例法理として先例性を維持していたか否かは私には判断できないが、少なくとも英連邦の裁判所の中には同判決に不満を示すものが古くから見られたことを示す文献がある²⁶。例

25 この点も、Santos 判決における Sachs 裁判官の見解（同判決251f）と同じである。なお、1973年法は旧2条5項と旧3条6項を2条6項に統合した。

26 L. Blom-Cooper QC et al. ed., *THE JUDICIAL HOUSE OF LORDS: 1876-2009* (Oxford, 2009) p. 347 は、Jackson 判決に対しては英連邦内でも不満を示す判決が出されたことを紹介し（NZ の Barker v Barker [1924] NZLR 1708. など）、英連邦におけるイギリス裁判所の権威の低下を示す1例としている。最近の家族法教科書で Jackson 判決に言及するものは皆無と思われる。

例えばニュージーランドの *Barker v Barker* 判決 (1924年) において²⁷, Salmond 裁判官は, 「イギリスの離婚裁判所が (*Jackson* 判決で) そう判決した以上, 先例として尊重せざるを得ないが, 私はそのようなルールが確立したことに満足できない。このようなルールは, 十分な補償なしに夫婦をきわめて重大な婚姻義務違反に晒す危険があると考える」と述べている。このことからすると, イギリス国内でも1960年代に至ってなお同判決が先例としての地位を維持していたかは疑問なしとしない。

④ *Mouncer* 判決については, *Hollens* 判決との対比も焦点となる。両事案ともに, 夫婦が同一住居 (in the same roof / house) で生活しながら, 1969年法 2 条 1 項 d 号にいう「別生活」に該当するか否かが問題となった。いずれの夫婦とも, 似たような夫婦関係の不和 (いわゆる家庭内離婚状態) にありながら, *Hollens* 判決では「別生活」と認定され離婚が認容されたのに対して, *Mouncer* 判決では「別生活」ではないとされた。

Mouncer 判決に対しては, これに批判的な論者が多い。Hayes 教授らは, 「理性的で (civilised), お互いに協調しあい, 子どものケアを分担しあう」当事者であるほどに, かえって離婚が困難になってしまうという皮肉な (ironical) 結果になると批判し²⁸, さらに, 当事者の多くは経済的な理由から婚姻住居を出ることができず, 何らかの経済的な合意ができるまでは同じ屋根の下での生活を続けざるをえない状況にあると指摘する²⁹。*Law Commission* においても, 「公営住宅で子どもと共に生活している若

27 *Barker* 事件では, 妻による性交渉の拒絶が離婚原因の遺棄 (desertion) に当たるか否かが争点となった。同判決については, A. Frame, SALMOND: SOUTHERN JURIST” (Victoria University Press [NZ], 1995) p. 277. を参照。判決文の引用も同書によった。

28 M. Hayes and C. Williams, op. cit., n. 10, p. 426.

29 J. Herring, op. cit., n. 3, p. 146. も, 理性的に ‘separation’ [原文に引用符あり] している当事者ほど不和と認定されにくくなり, このことは経済的理由から別居するための新居を見つけれないカップルの場合にとくに苛酷であると指摘する。

い母親は、本人は望んでいなくても、またその結果受けるであろう被害を考へることもなく、(経済的理由で別住居に引越すことができず、2年間の別生活による破綻を主張できないので〔筆者注〕)有責離婚原因に依拠せざるを得ない」ことが既に指摘されていたことを紹介したうえで³⁰、Mouncer 判決が示した原則に従うなら、当事者は1969年法2条1項a号(耐え難い姦通)かb号(同居困難な行状)に依拠するか、個別の財産上の決定を得るしかないとする。Harris-Short 教授らが³¹、「別生活」という要件は、賞賛に値する(laudable)理由から同一住居での生活を継続している夫婦に困難をもたらすと述べているのも、Mouncer などを想定した発言と思われる³¹。

⑤ 私は、Hayes 教授らの指摘に共感する。ただし、Hayes 教授自らがいうように、家庭内離婚にとどまる当事者ほど「理性的」な振舞いをする者が多いのだから、このような夫婦のどちらか一方にb号の「一緒に生活することが合理的に期待できない」ような行状(虐待)が存在することは稀であろう。Hollens と Mouncer の決定的な違いは、各々の夫の態度にある。Mouncer の夫は理性的で、子ども思いだったのに対して、Hollens の夫は暴力的で、(Hollens の夫婦に子がいたとしても)子どもに無関心だったようである。後者では破綻離婚が認められるのに、前者では認められないというのは均衡を欠く結論であり、そのような結論を導く本判決の1969年法2条5項の解釈は疑問である。

⑥ その後40年が経過し破綻離婚が定着した現在では、Mouncer 事件のような夫婦についても「別生活」が認められるようになっているものと推測するが、Mouncer 判決は最近の教科書でも常に引用されており、し

30 M. Hayes and C. Williams, op. cit., n. 10, p. 426, n. 12 に引用された Law Com. No 192, para 2. 12. の一節。

31 S. Harris-Short et al., op. cit., n. 9, p. 324. Santos 判決に対するコメントの中で述べられた言葉だが、むしろ Mouncer の当事者にふさわしい評価と思う。

かも本稿で検討した1970年代初期の4判例以外の最近の判例が紹介されていないことからすると³²、Mouncer 判決は今でも先例性を有しているようである。Mouncer 判決は、住居を共にしながら (sharing a house)、別生活を送ることは難しいとしたが、このことが、「分離 (いわゆる別居) (separation) 要件がめったに使われない理由の1つかも知れないとの指摘もある³³。ネット上にあらわれたコメントにも、本判決に対して、「これでは、子どもを第一に考えた夫婦に対する懲罰のようなものである」という批判が記されている³⁴。

(3) Santos v Santos 判決 (1972年)³⁵

【判旨】

◀Sachs 控訴院裁判官▶

本件控訴人 (妻, 原告) は、1969年法1条および2条により、2年間の別生活によって婚姻が回復不可能なまでに破綻し、夫も離婚判決に同意しているとして、離婚を請求したが棄却されたために控訴した。本件は、1969年法2条1項にいう「別生活」という語の意味に関して非常に重要な問題を提起している (248i~249b)。

すなわち、同条は、たんに物理的に同じ屋根の下で生活していないことだけを意味しているのか、あるいは、さらに「婚姻共同体の不存在」 (absence of consortium), 「婚姻共同体の終了」 (termination of consortium), 「心の態様」 (attitude of mind) など様々な用語が用いられているが、要するに婚姻関係の基本にある何かの不存在が付加的な要件として追加される

32 J. Herring, op. cit., n. 3, pp. 145-6, N. Lowe and G. Douglas, op. cit., n. 5, p. 220, R. Probert and M. Harding, CRETNEY AND PROBERT'S FAMILY LAW (9th ed., Sweet & Maxwell, 2015) p. 78, S. Harris-Short et al., op. cit., n. 9, pp. 325-6 など。

33 R. Stretch, Q&A FAMILY LAW (8th ed., 2016, Routledge) p. 22 n. 3.

34 前出, 注(12)参照。

35 Santos v Santos [1972] 2 All ER 246.

のか、という問題である〔傍点は筆者〕。原審裁判官は、この点（妻の心の態様）を考慮しなかった（248e）。

本件夫婦は1960年4月に婚姻した。夫は25歳のスペイン人で、本拠地もスペインにあり（domiciled in Spain）、妻は19歳だった。1963年に男児が生まれている。妻側の弁護士は（「別生活」の証明のためには〔筆者注〕）物理的分離だけで足りると考えていたため、妻側の提出した証拠は貧弱である（248g）。

夫はスペインのシッチェス（Sitges）にホテルやクラブなどを所有しており、夫婦は婚姻期間の多くはスペインに住んでいたようである。1966年10月か11月に妻は夫のもとを去り、男児をスペインに残してイギリスに戻った。夫が他の女性たちと付き合うことによって傷ついたことが理由だと妻はいう。別れ話について夫と話し合ったことはない。妻がイギリスに戻って約1か月後に夫がイギリスを訪れ、妻のフラットで一緒に生活したようである（249a）。その後、妻は南アフリカへ行き、1968年3月にふたたびイギリスに戻り、数日間は夫と同じフラットに滞在した。

裁判官を困惑させる事態が続く。1968年以降3回にわたり妻はスペインに赴き、夫と同じ部屋を使用している。そのうちの1週間は夫とベッドを共に使用しているが、性関係は1966年以降なかったと妻は証言する。1969年夏、妻は子どもに会うためシッチェスに約1か月間滞在し、その間も夫のフラットで夫と寝室を共にしている。1970年夏にも同様の事情でスペインを訪れている。1970年クリスマスにもスペインを訪れたが、このときは子どもには会わず、以前と同様にシッチェスで1週間を過ごし、その後アンドラのホテルで夫とベッドを共にしている（249d）。

原審裁判官はこれらのスペイン訪問の効果を検討しているが、1969年法3条5項に注意すればその必要はなかった。同条項は、「本法2条1項の目的に鑑みると、婚姻当事者の別生活が続いていた期間〔の算定〕に関しては、両当事者が互いに一緒に生活していた2以上の期間（全体として

6 か月を超えないこと)は考慮しないものとする」と規定している。したがって、妻が夫とスペインで生活を共にした3回の期間は、たとえこの間に性交渉があったとしても、原告が残りの2年間は夫と別生活をしてきたとの申立ての障害にはならないという女王代訴人 (Queen's Proctor) の主張は正しい (249g)。

1969年法は、1条において離婚請求が認容される唯一の原因として「回復不可能な破綻」を規定するとともに、2条において、婚姻破綻を推定させる事項を列挙した。申立人が、2条1項 a～e 号のいずれかの項目に該当する事実を証明することができれば、婚姻は破綻したとの強い推定が事実上働くことになるが、被告は、2条3項によって反証することができる (250a)。

<コモンウェルス諸国の制定法と判例>

コモンウェルス諸国における「別生活」に関する判例の検討を行った結果 (250i～251d)、判例の潮流は一致して、明らかに、たんなる物理的分離だけでは「別生活」というには不十分であり、(用語は様々だが) 付加的要件を導入している。ある時点において婚姻関係 (matrimonial relationship) が存在しているか否かの決定に関しては、「かかる関係は両配偶者がそれが存在するものと善意で認識している限り終了しない」、とくに職業上、健康上、娯楽のためなど外部的な理由によって夫婦の分離がもたらされた場合には、婚姻関係は終了しないといえることができる (251f)。夫婦間の性交渉 (marital intercourse)、同じ屋根の下に住むこと (dwelling under the same roof)、交流と保護 (society and protection)、扶助 (support)、公的私的な承認 (recognition in public and in private)、分離中の文通 (correspondence during separation) など、全体として生活共同体 (consortium vitae)³⁶を構成するものを、古い論者は卓床分離 (divortium a

36 “consortium” とは、Munby 裁判官 (Sheffield CC v E and S [2004] EWHC 2808 (Fam)) によれば「共通の家屋と共通の家庭生活を分かち合い、お互いの社交、慰

mensa et thoro)³⁷と区別したが、これらの要素は各々異なった要件として、婚姻関係が存在するか否かを決定的に示すものとなりうる (251h)。

<イングランドにおける裁判例>

イギリス国内の先例としては、関連する歳入法規において、物理的分離がただちに「別生活」を意味するわけでないこと (252d)、刑事控訴院が窃盗罪との関係で、夫婦が「一緒に生活している」(living together) とは、夫婦が同じ住居で一緒に住んでいる場合だけでなく、夫婦共同体 (consortium) が制限されていない限り、たとえ公海を隔てて夫婦が別の場所で暮らしている場合も含まれるとした事例などを指摘できる (252g)。

<“Living apart”の自明の意味>

これらの権威ある先例の検討から、別生活 (living apart) という用語が家事に関する制定法において用いられる場合は、たんなる物理的分離以上の何かを含意していることは明らかであり、このことは1969年法にも反映されている (253c)。

<1969年法：枠組と考慮事項>

もし「別生活」の意味に、物理的分離に付加的な要素を加えるとしたら、その要素は夫婦の一方的な (unilateral) 心の態様で足りるのか、もしそうだとしたら、その要素の存在は相手方に伝達しなければならないのか。この要素が必ずしも夫婦双方の合意を含むものでないことは明らかである。

安、援助を享受する権利」であり、今日では夫婦が平等に享受するとされる (J. Herring, *op. cit.*, n. 3, p. 119 から引用)。柴田光蔵『法律ラテン語辞典』(日本評論社, 1985年) 73頁, 田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会, 1991年) 186頁, 小山貞夫『英米法律語辞典』(研究社, 2011年) 223頁では、「配偶者権」その他の訳語があげられている。

37 三木妙子「卓床離婚」比較家族史学会編『事典・家族』(弘文堂, 1996年) 585頁によれば、「ベッドと食卓からの離別」(夫婦の別居)を指し、完全離婚と対比して、部分離婚等と呼ばれる。

そうでなければ、「無責」(innocent)の当事者が、婚姻が実際には終わってしまったことを認めないで婚姻に固執している場合に、1969年法同条項e号による救済は役に立たない。したがって、この要素は一方的なものでよく、かつ、婚姻が実際には終わってしまったこと——よく使われる比喩でいえば脱け殻(shell)になっていることの認識が含まれるべきである(253h)。

この要素が一方的なもので足りるとして、それが法的に効力をもつためには相手方配偶者にその心の態様を伝達する必要はあるか(253i)。伝達が不要だとすると、入院中や収監中や兵役中の夫は、妻が支えてくれていると誤信して婚姻を維持するための手段を講ずる機会を失うかもしれないが、他方で、物理的分離が精神疾患や昏睡に起因する破綻の場合には、伝達は不可能になってしまう。必然の避けられない運命に従うことは、その発生を意図することとは違う。結局私たち(裁判官)は、付加的な要素(婚姻は終わってしまった旨の認識[筆者注])を言葉や行動によって相手方に伝達する必要はないと結論する(254b)。

それでは「別生活」がいつ始まったかはどのようにして確認できるのか。時には手紙や訪問回数の減少や消滅、他の男との同居を開始したといった証拠がある場合もあろうが、裁判時点における妻の供述しかない場合もありうる。d, e号の事案を担当する第1審裁判官には注意深い審理が求められる。この困難さは、本法の「別生活」を物理的分離だけで説明しないことを躊躇させるが、従来からの標準的な解釈を適用しない見解に反論する説得的な理由がある(254f)。それは、「別生活」をたんなる物理的分離と解釈した場合には、不正義と馬鹿らしさがもたらされるということである。1例を挙げれば、夫の長期服役中、妻は5年間にわたり彼を励まし支えてきたが、出所した夫がe号(5年間の別生活)によって離婚を申し立てるというケースである。もっと一般的な例は、公務や仕事で不在の間に不当に時間が経過したことを(後になって)知ることになる夫のケースで

ある。妻は家内にとどまっておリ、この（不在の）間の夫の帰省休暇が6か月未満だった場合、夫にとって耐えがたいことになる（254i）。3条5項と合わせて読むと³⁸、e号の苛酷さ（hardships）は、d号では馬鹿らしさ（absurdities）に変わる。もし、「別生活」がたんなる物理的分離を意味するのだとすると、2年6か月の不在のうち6か月未満は休暇で家にもどっていた夫は、たとえ、最後の休暇の最終日に夫婦喧嘩をするまでは健康やかな日々を過ごしていたとしても、d号による離婚請求を裁判所に納得させる地位にあることになる（255a）。

<1969年法2条5項>

妻側の弁護人が、とくに援用できると考えたのは1969年法2条5項だった。（2条1項）d～e号の根底となる5項の文言は物理的分離以外の要素は考慮しないで解釈されるべきであると弁護人は主張した（255d）。本条項を制定した際に立法者が何を念頭に置いていたのか、一般的な目的は何だったのかは、残念ながら必ずしも明確ではない。立法者の文言の選び方（phraseology）については以下の3点に注意すべきである。第1は、立法者は物理的なものに関係する「住居」（house）という語を使わないで、抽象的な意味をもつ「世帯」（household）という語を使っている。第2は、「同一世帯で互いに一緒に生活している」という文言は単一の句として解釈されるべきである。第3は、立法者は物理的分離を意味する単純な文言を使うことを殊更に控えている。これに対して、文言の使われ方（use）は、夫婦関係に関して定着した（well-settled）意味をもつ2つの語句からできている。すなわち「一緒に生活する」（living together）という句（単純に「別生活」（living apart）の反対である）と、「世帯」（house-

38 3条5項は、d、e号の「別生活」の期間の計算に際して、この間に夫婦が合計6か月未満であれば一緒に生活していた時期があったとしても考慮しないと規定する（前出、【判旨】249g参照）。「別生活」中に調停を試みることを可能にする目的で設けられた規定である。

hold) という語 (たとえ一時的に別れていても特別な紐帯 (a particular kind of tie) によって結合した人々を意味する) の 2 つの語句である (255e~f)。本条の目的が何であれ、上の第 1 点と第 3 点を総合すれば、妻側弁護士が主張したような結論 (物理的分離だけが「別生活」の要件である [筆者注]) にならないことは明らかである (255f)。本条は、両配偶者が同じ家屋 (house) で生活している場合でも、もし二人が同じ世帯 (household) で生活しているのでなければ、二人は別生活 (living apart) と判断されるべきことを明らかにした (255g)。

<結論>

以上の検討から、私たちは以下の結論に達した。本条項における「別生活」という語が、家事事件に関する (他の) 諸立法において (この語が) 通常有するような標準的ないし確定的な意味をもたないと解すべき理由は全くない。したがって、(2条1項) d, e号でいわれる「別生活」とは、立証すべき諸々の出来事の状態 (state of affairs) である。つまり、本条項に関して生ずる大多数のケースにおいて、「別生活」というためには夫と妻が物理的に分離しているという以上の何かを立証する必要がある (255i~256a)。大多数の場合に、両当事者が婚姻は存続していると認識していれば、別生活ではないというのに十分である。これには心の態様が含まれる。個々の事案において心の態様を司法的に判断することの困難さは時として大きいかもしれない。しかし、そのような困難は本条項 d, e号の場合に限ったことではない (256b~c)。

本件に戻ると、原審裁判官は考慮すべき真の争点に接近しなかった。同裁判官は本件妻について、「彼女は、夫と別れて別々に生活するか (to live separate and apart) 否かを決断していない。そして、最後に夫を訪問した際に、事態がまったく望みがないと覚るまで、彼女が実際に (離婚する) 決意をしていたとは私には思えない」と述べた (256e)。しかし、全体の状況に照らすと、この観察を (原審裁判官の念頭になかった「心の態

様」に関して)彼女に不利な判断に用いることは公正でない。したがって、本件を高等法院における再審理 (new trial) に付することを命ずる。

物理的な分離が当事者の意思によって始まった場合には、裁判官は、①どのようにして最初に分離が始まったのか、②その時の申立人の婚姻に対する心の態様はどのようなものだったのかを注意深く、正確に審理し、そして、③その時あるいはその後のどこかの段階で、妻が、婚姻が存在する旨の認識を放棄し、かつ放棄し続けていること、換言すれば、婚姻は実際にはただの脱け殻にすぎないと認識しているとの心証を得ることができるかどうかが重要である (256g)。

時として1969年法の目的は離婚を容易にすることであると言われるが、正確ではない。同法の目的は (3条の調停規定などに明らかなように)、たんなる脱け殻になってしまった婚姻を除いて、それ以外の婚姻の存続を助けるために設計されたのである。立法者は、(離婚) 手続がたんなる機械的なハンコ押しではなく、司法的ケアのもとに行われることを意図していたと私たちは考える。

【評釈】

① 本件は、家庭内離婚状態の夫婦の離婚請求事案としては特殊である。本稿で取り上げた他の3事例が、すべて何らかの事情で当該夫婦が同一住居内で生活しているのに対して、本件夫婦はイギリス国内にフラットを有するほか、スペインにも住居やホテルを所有しているようである。スペインにおける夫の女性関係を嫌って妻がイギリスに帰国したことを契機として裁判官を悩ます問題が生ずることになった。妻が夫と子どもをスペインに残したままイギリスに帰国したことによって、夫婦間の物理的分離 (physical separation) が生じた後も、時として「同じ部屋を使い」(occupied the same room)、「寝室を共にし」(shared a bedroom)、「同じベッドを使う」(occupied the same bed) こともあったという特殊な関係にある

夫婦の生活が、離婚における破綻を推定させる「別生活」に該当するか否かが争われたのである。

② 本判決は、「別生活」に該当するためには、物理的分離があるだけでは足りず、これに加えて、少なくとも配偶者の一方の心の態様（婚姻関係は現実には終わった旨の認識を有すること）が必要である、そしてその認識は相手方に伝達されなくてもよいとした。すなわち、物理的分離という客観的要件に加えて、婚姻を終了させる旨の「心の態様」、古い判例がいう「夫婦共同体（consortium）の喪失」という精神的要件³⁹を付加したことが本判決の先例性の核心といえる⁴⁰。このようにして、本判決は、「生きている婚姻」と「終わってしまった婚姻」（脱け殻となってしまった婚姻）とを区別する。

これに対して、Hayes 教授らは、「別生活」について、物理的分離のほかに精神的要件を付加することに対して、以下のような理由をあげて反対する⁴¹。すなわち、1969年法の立法者は、精神的要件を要求するコモンウェルス諸国の立法・判例やイギリスの判例を承知のうえで、あえて精神的要件を要求しない文言を選択したこと、Santos 判決が精神的要件を付加しなければ馬鹿らしい結論になるとして例示した事例（前出、[判旨] 255a を参照）も馬鹿らしいとは言えない、たとえ2年6か月の単身赴任を終えて帰宅した後のたった1回の喧嘩でも、離婚を請求する当事者の背後にはそれなりの経緯があると思われること、夫が5年間の受刑中は（遠距離のため面会には行かなかったが）支えてきた妻が、夫の釈放が決まった途端にやはりやり直しは無理だと覚った場合に、精神的要件が必要だと

39 S. Harris-Short et al., *op. cit.*, n. 9, p. 322. なお、「consortium」については注(36)を参照。

40 J. Herring, *op. cit.*, n. 23 (Law Express) p. 53. は「別生活」というためには少なくとも夫婦の一方が婚姻は終了しているとの結論に到達している必要がある旨を判示した判決として、Santos 判決を引用する。

41 M. Hayes and C. Williams, *op. cit.*, n. 10, pp. 428-9.

したら妻はさらに5年間経過しないと離婚請求できないこと、精神的要件を審理して「婚姻の解剖」(dissection of marriage)を行うことは、当事者の恨み(bitterness), 嘆き(distress), 屈辱(humiliation)を最小限に抑えて婚姻を解消させようという1969年法のス精神(ethos)に反することを指摘して、「別生活」に精神的要件を付加するSantos判決に反対する。

③ この主張には説得力がある。しかし、一定期間の物理的分離だけで離婚請求を認めることには躊躇を覚える。理由の第1は、一定期間の物理的分離だけで離婚請求を認めたのでは、兵役や仕事(単身赴任)などによって一定期間の物理的分離が続いただけで、その間に仕送りや手紙のやり取りがあったとしても、夫婦の一方による離婚請求が可能になってしまうことへの懸念である。Hayes教授らはそのような離婚請求にも何らかの背景事情があるというが、ない場合も考えられる。第2は、物理的分離によってしか別生活を証明できないとしたのでは、家庭内離婚状態の夫婦が婚姻破綻を証明することが困難になると考えられるからである。同教授らは、Santos判決が指摘した同法2条1項と2条5項との関係、すなわち「別生活」と「同一世帯でないこと」との関係については言及していないが、(同一住居において)「別世帯」の場合も「物理的分離」があると考えられるのだとすると、「物理的分離」の中に「世帯」の存否という「物理的」でない要素が混入してしまい、結局「別世帯」か否かの判断をめぐって「婚姻の解剖」をせざるをえなくなってしまうのではないか。もし、純粹な「物理的分離」だけで「別生活」を判断する意図が立法者にあったとしたら、2条5項は「同じ世帯」ではなく、端的に「同じ住居」(house)と規定していたと思われる⁴²。

④ 本件に戻ると、私は、本件妻がイギリスに帰国した後の夫婦の行動

42 Hayes教授らは、物理的分離がない家庭内離婚状態にある理性的な夫婦の間ではb号の「虐待」による離婚を認めるべきと考えていることについて、Mouncer事件判決の【評釈】④⑤を参照されたい。

からすると、そもそも妻がイギリスに帰国した時点で物理的分離があったのかどうか疑問に思う。たんなる気分転換ないし夫の気を引くための一時帰国で、その後の夫との関係は依然として夫婦としての関係の継続だったかも知れない。そうではなく、本件妻は最初の帰国時点で「婚姻は終わった」、婚姻はたんなる「脱け殻」と化したとの認識をもっており、その後の関係は元夫婦の性関係も含むたんなる男女関係と認識していたのかもしれない。正式な離婚後も一緒に食事や旅行をしたり性関係をもつカップルも存在するのだから、本件夫婦のように別居した後も、夫婦が（性関係も含めて）交流する形態は、わが国における「家庭内離婚」の名付け親である林郁氏のいう一種の「新型」家庭内離婚と見ることもできよう⁴³。差し戻された再審理ではどのような結論になったのだろうか。

(4) Fuller (otherwise Penfold) v Fuller 判決 (1973年)⁴⁴

【事実経過】

記録長官 Denning 裁判官の判示によれば、本件の事実経過は以下のとおりである。

本件夫婦は30年以上前の1942年5月25日に婚姻した。夫は28歳、妻は18歳だった。1943年と1951年に女兒が生まれた。彼らは Croydon xxx 番地で暮らしたが、2人は1964年に別れた (separated)。妻は2人の娘を連れて夫のもとを去り、Norwood xxx 番地の Penfold 氏宅で同氏の妻として (as his wife) 暮らし始めた。妻は同氏と一緒に寝て (slept with him), Penfold 夫人として (as Mrs. Penfold) 知られるようになった。夫は婚姻住居 (matrimonial home)に残った (65li~j)。1968年に夫は冠状動脈血拴症に罹患し入院した。いったんは退院し、婚姻住居で独り暮らしをした

43 林郁「家庭内離婚」(ちくま文庫, 1985年)258-9頁は、離婚後も何らかの理由で同居する夫婦を「新型」家庭内離婚と命名する。

44 Fuller (otherwise Penfold) v Fuller [1973] 2 All ER 650.

が、再発して再入院した。担当の医師は妻に対して、夫は再び独り暮らしをすることはできない、彼の主要な心臓弁は崩壊しており、もし働くことができるとしても軽い事務作業しかできないし、余命は約1年であると告げた(652a)。

1968年10月に夫は退院したが、今回の問題を生ずる事態が起こった。夫は、Penfold氏とその[事実上の]妻となった妻および娘が暮らすNorwood xxx番地に赴いた。そして、夫は同家の間借人(a lodger)となった。Penfold氏と妻は1つの寝室で一緒に暮らしており(live together in one bedroom)、夫は当然ながら別寝室(back bedroom)で寝た。夫は毎朝独りでお茶を飲み、夜には戻ってきて家族と一緒に食事をとった。日曜日は終日外で過ごした。彼女は洗濯もした。夫は、間借人のように最初は週5ポンド、後には週7ポンドを支払った。医師の悲観的な予想に反して夫はいまだに生きている(652b~c)。

このようにして4年間が過ぎ、1972年4月に、妻は5年間の「別生活」(1969年法2条1項e号)を理由として離婚を申し立てた。夫も同意書面に署名した。しかし、原審裁判官は、Hopes判決(1948年)、Mouncer, Santos両判決を援用して、夫が本件住居(Penfold宅)に戻って以降は「別生活」とはいえないとして請求を棄却した(652d)。本件はその控訴審である。

【判旨】

◀記録長官 Denning 裁判官▶

Santos判決において当控訴院は、新法(1969年法)のもとでは、婚姻が存続しているか否かについての当事者夫婦の心の状態(state of mind)を考慮する必要を強調した。本件夫婦が婚姻は終わったと見なしていることは明らかである(652e)。

本件において私たちは、当事者たちの物理的関係(physical relation-

ship) を検討しなければならない (652e)。1964年から1968年までの間、当事者が別生活だったことは疑いない。妻は他の男性の妻としてその男性の世帯 (household) において生活しており、夫は別れて自らの世帯で生活していた。1968年から1972年までの間は、夫は (妻と) 同じ住居 (the same house) で生活したが、夫としてではない。夫は、すべての意思と目的において同家の間借人 (a lodger) であった (652f)。

1969年法2条5項は「彼ら (夫婦) が、同じ世帯において互いに一緒に生活しているのではない限り」、別生活として扱われる旨を規定する。私は、「互いに一緒に」 (with each other) という語句は、「夫と妻として」 (as husband and wife) 「互いに一緒に」という意味であると考える。本件における夫と妻は、このような意味では互いに一緒に生活していない。本件妻は Penfold 氏と一緒に、同氏の妻として生活している (652g)。本件夫は間借人として同じ住居で生活している。本件夫婦が、同じ世帯において互いに一緒に生活していたとか、現に生活しているということは不可能である (652g)。本件は、Mouncer のように、夫婦が子どもと一緒に同じ世帯において普通の夫婦がするように生活しているが、ただ性交渉はなかったという事案とは大きく異なる (652g)。これ (Mouncer の夫婦の状態) を「別生活」と解釈するのに十分であるということはできない。Mouncer 判決が正しかったことを私は疑わない。しかし本件はきわめて異なる。原審裁判官は本法をあまりにも狭く制限的に解釈した。

私は控訴を容れて、離婚の仮判決を宣告する (652h)。

《Stamp 裁判官》

Denning 裁判官に賛成する。本法における「互いに一緒に生活する」という語句は「同じ世帯で生活する」という以上の何物かを含意しているように思う。そうでなければ、「互いに一緒に」 (with each other) という語句は不要であろう (652i)。

〈James 裁判官〉

両裁判官が表明した意見に賛成する。事案は異なるが、Santos 判決において Sachs 裁判官が本法 2 条 5 項の文言に加えた解釈が参考になると考える。

【評釈】

① 本件の夫は病気のため独り暮らしができなくなり、数年前に家を出て別の男性（P 氏と略す）と同棲している妻を頼って P 氏宅の間借人となった。妻は P 氏と一緒に寝て、夫は別の寝室で寝たが、妻は夫の食事を作り、洗濯もし、夫は家族と一緒に食事をした。このような状態が 4 年間続いた後に、妻は 1969 年法 2 条 1 項 e 号の 5 年間の「別生活」による離婚を請求したが棄却されたため控訴した。

Denning 裁判官は、Santos 判決が示した「物理的分離」と「精神的要素」の二分論に関しては、本件夫婦が婚姻は終わったとみていることは明らかであるとして、簡単に精神的要件の充足を認定したうえで、本件の主たる争点は物理的分離の有無にあるとする（652e）。そして、1969 年法 2 条 1 項 d 号の「別生活」というためには、同法 2 条 5 項の「同じ世帯において互いに一緒に生活しているのではない」ことが必要であるが、ここでいう「互いに一緒に」とは、「夫と妻として互いに一緒に」という意味であると解釈する（傍点は筆者）。そして本件夫婦は、このような意味では互いに一緒に生活していないとして「別生活」を認定して離婚請求を認容した。このように、Denning 裁判官は、別生活に該当するか否かの判断に際して、〈物理的分離および精神的要素〉の二分論を前提として、本件における物理的分離の有無を判断しているが、Denning 裁判官は、Santos 判決が従来からの判例法理だとした二分論をそれほど重視していないように私には読める。心の状態に関しての判示はわずか 3 行にすぎないうえ、そのうちの 2 行は Santos 判決の引用であり、Denning 裁判官の言葉は

“Clearly they [本件夫婦] treated in this case as an end” という 1 行のみである。

そもそも、Santos 判決で Sachs 裁判官が従来からの確固とした判例法理であるとした二分論の有効性は、本稿の 4 事例を検討しただけでも疑問が生じる。Hollens の夫婦は手狭な公営住宅で同居しており、物理的分離の存否は微妙な事案であり、Mouncer の夫婦も寝室を別にする以外は部屋を共用しており、同一住居内での物理的分離の存否は微妙であった。物理的分離と精神的要件が必要であるとした Santos の夫婦は複数の住居を所有し相互に往来しており、物理的分離だけでなく、精神的要件の存否も微妙であった。本件 (Fuller) は精神的要件に問題はないが、物理的分離があったといえるか否かは微妙である。

② 私は、別生活を証明するためには、物理的分離 (physical separation) に付加して精神的要素も必要であるとする判例法理の射程範囲は限定が必要だと思う。すなわち、1969年法 2 条 1 項 d～e 号にいう「別生活」の判断基準として、〈別生活 = 物理的分離 + 精神的要件〉の 2 要件に分けて検討する二分論は、別住宅で生活しているが、当事者双方とも婚姻が終わったとは認識していないという事例において離婚請求を棄却する場合にのみ有効な判断基準にとどまると考える。Santos はそのような判例法理を適用して判断することができる事案であったが、Hollens, Mouncer, Fuller はいずれもそのような事案ではない。後三者の夫婦は、いずれも物理的分離があるといえるかどうか微妙な事案であり、Santos とは事案を異にする。したがって、本件のような事案における「別生活」の有無を判断するためには、Santos 判決や Santos 判決が援用する従来からの判例とは「区別」された別の法理を探求する必要があると考える。

③ 前述のように、本判決において Denning 裁判官が控訴院判例である二分論を維持しているのかは疑問があるが、本判決において Denning 裁判官は、1969年法 2 条 5 号の規定は「夫婦として」(as husband and

wife)「同じ世帯で互いに一緒に生活している」と読まなければならないという解釈を提示した。この判示こそ⁴⁵、二分論の適用では判断が困難な同一住居内で生活する夫婦の事案における「別生活」の判断に適切な法理と思われる。また、「互いに一緒に」(with each other)という語には「同世帯」という以上の含意があるという Stamp 裁判官の指摘も同趣旨と読むことができまいだろうか。

本稿の関心は、家庭内離婚状態にある夫婦の法的地位にあるが、そのような関心からは、「別生活」に該当するか否かを検討する最初の段階で「物理的分離」の有無を審査することは、婚姻関係が破綻したため最終的には離婚を請求することになった家庭内離婚状態の当事者に厳しい要件を課することになる⁴⁶。外見的には同じ住居において、同じ世帯と見られるような状態で生活している家庭内離婚の夫婦が、「別生活」要件を満たすためには、二分論を経由することなく、Denning 裁判官が示した2条5項の解釈によって判断するほうが直截的である。すなわち、たとえ同じ住居、同じ世帯で互いに一緒に生活しているような外観があったとしても、それが「夫婦として」のものではなく、例えば「間借人として」とか「子の父母として」のものに過ぎない場合には「別生活」に該当すると解釈するのである。

④ 本判決で Denning 裁判官は、2条5項の後半部分にいう「互いに一緒に生活する」とは、「夫と妻として」互いに一緒に生活するという意味であるところ、本件夫はたんなる間借人であって、「夫と妻として」互いに一緒に生活しているのではないと判示した。2条5項の解釈については Denning 裁判官の判示に賛成するが、同裁判官が従来からの二分論を

45 Ibid., at 652 f.

46 ただし、J. Herring, op. cit., n. 23 (Law Express) p. 53 は、1969年法2条1項の「別生活」は、一般的には世帯を別にする形態をとるが、同じ屋根の下で生活を別にする (to live separate lives under the same roof) ことは可能であるという。

本事案にも適用しているかのように読める点は疑問が残る。もし別生活に該当するためには物理的分離が必要だとすると、本件夫は妻（および Penfold 氏）と同じ住居に住み、生活（食事や洗濯）を共にしているから物理的分離はなく、したがって別生活とはいえないという推論も可能である。物理的分離の有無が微妙な本件のような事案では、二分論を経由とすることなく、直截に2条5項を「夫と妻として」「互いに一緒に生活」することと解釈して適用することで足りたように思う。

あるいは、夫が妻に家賃を支払って、たんなる間借人となることで「物理的分離」が認定されるという趣旨だろうか。しかし、夫が妻に家賃を払っていたというだけで当然に夫がたんなる「間借人」になってしまい、「夫と妻として」生活しているのでなくなるわけではない。このことは、親と同居している子が親に家賃を入れるようになったからといって、親子としての法的関係が当然に終了して子どもがたんなる間借人になるわけではないのと同じである。あくまで二分論を前提として本件夫婦の「物理的分離」を認定するのであれば、むしろ、本件夫婦が寝室を別にしてしたこと、しかも妻は別の男と寝室を共にしていたことを根拠とすべきであろう。寝室の分離は、同一住居内での別生活を認定する際に重要な指標となる。寝室の分離によって象徴される性関係の消滅は、それだけでは別生活の根拠とはならないが、別生活を推認させる重要な事実の1つである。

⑤ 本判決で Denning 裁判官は、本件を Mouncer と区別したが、Harris-Short 教授らは、本件も Mouncer もともに、「互いに一緒に生活している」夫婦が共同親（co-parent）としての役割を分担している点では共通しているという議論も可能であるという⁴⁷。「夫婦として」一緒に生活しているということはできないが、子の「親（父母）として」一緒に生活しているという夫婦（父母）こそ、まさに本稿が対象とする子どものため

47 S. Harris-Short et al., *op. cit.*, n. 9, p. 326.

に家庭内離婚状態にとどまっている夫婦の現実を的確に性格づけるものである。「子の親として」は一緒に生活をしている「共同親」夫婦は、「夫婦」としては別生活を送っていることになる。Harris-Short 教授らのこの一般論には賛成するが、同教授らが本件を Mouncer と同視することには同意できない。Mouncer の夫が子どものために妻子と同居しているのに対して、どのように読んでも、Fuller の夫が子ども（すでにかなり年長になっており、食事も常に一緒にしているわけではないようである）のために妻と同居していると解することはできない。むしろ本件の妻は、余命幾ばくもないと告知された夫のために、夫婦関係のいわば余後的効果として夫の生活を「妻として」援助していると見るほうが実態に即した見方ではないか。少なくとも本件の夫が「子のために」P 氏宅で生活していると見ることは困難である。

さらに、Harris-Short 教授らは、「別生活」のもとでの「共同親」を認めることは、離婚後の望ましい親業概念 (good parenting post-divorce) とも合致するものであるにもかかわらず、Mouncer 氏 (夫) のような責任ある行動をとった者が、破綻に基づく離婚請求資格を失うことは不幸であると述べるとともに⁴⁸、そもそも1969年法2条1項d、e号の「別生活」要件自体が、「賞賛に値する」(laudable) 理由から同居を継続するカップルに対して厳しい要件であるとも述べている⁴⁹。Hayes 教授らは、さらに根源的に、1969年法一般が精神病患者や植物状態患者らを厚くケアした者ほど離婚請求が難しくなるという矛盾を抱えていると指摘する⁵⁰。この指摘は、子どものケアのために家庭内離婚状態にとどまっている夫婦の多くにもあてはまるであろう。

48 S. Harris-Short et al., *ibid.*

49 S. Harris-Short et al., *ibid.*, p. 324.

50 M. Hayes and C. Williams, *op. cit.*, n. 10, p. 425.

第3章 イギリス判例法とわが法への示唆

(1) イギリス判例法のまとめ

1969年法2条1項d号, e号にいう「別生活」(living apart)に関する4件のイギリス判例を検討してきた。イギリス判例法は、「別生活」には物理的分離と精神的要素という2要件を必要とするという二分論を採用していると解するのが通説的理解だった。しかし、本稿の問題関心である家庭内離婚状態(を経て離婚を決意した)夫婦にとって、物理的分離の証明は厳しい場合があろう。本稿で紹介した4件の判例を検討した限りでは、物理的要件と精神的要件を要求する二分論は、Santos事件控訴院判決には採用されているが、Fuller事件控訴院判決ではDenning裁判官が一応は言及しているものの、二分論と「夫婦として一緒に生活しているか否か」という判断基準との関係は明確ではない。婚姻破綻を徴表する具体的事実の1つである「別生活」(living apart)に関するイギリス判例法は、2件の控訴院判決と2件の高等法院判決のみであり、そこから判例法理を抽出することは困難である。しかし、二分論を当然の前提とすることなく、「家庭内離婚」に焦点を当ててこれら4件の判例を私なりに考察すると、以下の5つのルールに整理することができるように思われる。

① 1969年法2条1項d, e号の「別生活」について

ルール1：＜物理的に分離していない場合でも、「別生活」と認めるべき場合がある＞

Santos事件控訴院判決においてSachs裁判官は、1969年法2条1項(現行1973年法1条2項)d, e号にいう「別生活」(living apart)に該当するためには、物理的要件としての物理的分離(physical separation)と、精神的要件としての「婚姻は終わった(at an end)旨の一方当事者の認

識」(心の態様 [attitude of mind]) が必要であり、「別生活」=物理的要件+精神的要件という二分論が従来判例法の立場であると判示した。さらに2条5項の解釈として、同一住居内で生活していても「別世帯」と見なされる場合には夫婦は「別生活」と判断されると判示している(255h)。

これに対して、Hayes 教授らは、1969年法の立法者は「別生活」について精神的要件を必要とは考えていなかったとして、「別生活」該当性は物理的分離のみで判断することを主張する。確かに破綻主義の精神からすると、同教授らのように別居など物理的要件のみで「別生活」すなわち婚姻破綻を認定したほうが、精神的要件の存否を裁判所で審理することによって生じうる当事者の恨みや屈辱の再経験は回避できる点で望ましい。しかし本稿の問題関心である家庭内離婚状態にある夫婦の場合には、物理的要件のみで破綻の有無を認定されることは、かえって破綻した婚姻から当事者を離婚によって解放する機会を奪うことになりかねない。Mouncer 事件の夫のように、子どものためを思って理性的に行動した、賞賛に値する当事者ほど不利な立場におかれることになってしまうおそれがある。このような不都合を回避するためには、物理的分離だけで別生活該当性を判断することは妥当ではなく、やはり当事者の精神的要素を考慮しないわけにはいかない。

Fuller 事件控訴院判決において Denning 裁判官は、Santos 事件控訴院判決の二分論に一応は言及しているが、同時に、同裁判官は、1969年法2条5項にいう「同じ世帯において互いに一緒に生活する」(のでない限り別生活として扱う)とは、「夫婦として」一緒に生活するという意味であるという解釈を示した。Fuller 事件の夫婦の場合は物理的分離が認められたが、物理的分離がない夫婦でも、「夫婦として」一緒に生活しているのではなく、例えば「子の親(父母)として」、「共同親として」一緒に生活しているにすぎない場合などには、Denning 裁判官が判示した上記の解釈を適用して、「夫婦としての」生活共同がないとして、「別生活」を認める

べきである。

② 1969年法2条5項の「同じ世帯」について

ルール2：＜物理的に分離している場合でも、「別生活」ではないとすべき場合がある＞

1969年法2条1項d, e号は、夫婦が一定期間以上「別生活」だったことが証明された場合には婚姻破綻（同法1条）が強く推定され、反証がない限り離婚が認容されることになる（ただしe号〔5年間の別生活〕については、離婚が被告にとってきわめて過酷な（grave hardship）場合には請求は棄却される〔5条1項〕）。そして、2条5項は、同条1項d, e号の「別生活」に関して、「同じ世帯で互いに一緒に生活しているのではない限り」、「別生活」として扱うと規定する。以下では、「同じ世帯」と「互いに一緒に生活する」に分けて検討する。

「同じ世帯」については、Santos判決においてSachs裁判官が指摘したように、立法者が、たんなる物理的分離を表わす「住居」（house）ではなく「世帯」（household）という語を使ったことに注目すべきである。「世帯」とは同裁判官によれば「一時的に別れていても特別な紐帯（a particular kind of tie）によって結合している人々」を意味する。「世帯」概念は社会学の分野で議論があるが⁵¹、本条との関係では、Sachs裁判官の定義に従って、住居が別であっても当然に別世帯というわけではないという程度の理解で足りると思われる。すなわち、2条5項が存在することで、物理的に分離している夫婦（単身赴任、入院、兵役などで別居している場合）でも当然には別生活にならないことになる。住居を別にしている場合

51 「世帯」については、さしあたり小島宏・小山哲「世帯」比較家族史学会編『事典・家族』（弘文堂、1996年）524頁以下を参照。社会学において世帯とは、住居と家計（生計）を共にする社会集団（単位）と定義されるのが一般的のようだが、同項目は、本稿の関心である「家庭内離婚」と世帯との関係には言及していない。

は、一般的に別世帯（ゆえに別生活）であると考えられる場合が多いだろうが、Sachs 裁判官がいうように、別住居であっても別世帯でない場合はありうる。この点こそ、2条5項が「別住居」ではなく「別世帯」と規定したことの中核的意味であると考ええる。

したがって、相手方配偶者と住居を別にする原告が「別生活」を主張するためには、別住居というだけでは足りず、「別世帯」であることを証明しなければならない。「別世帯」すなわち「特別な紐帯」の消滅は、交流（手紙・面会など）の減少・消滅や、他男との同棲開始など、婚姻が終わっている旨の認識を推認させる外形的事実によって証明されるが、その証明は困難が伴う。しかし、それは破綻の証明一般にいえることである（Santos 判決254e～f 参照）。なお、夫婦が生計を別に行っている場合も、「夫婦としての」経済的な協力関係が分離・消滅したのであり、別世帯と考えられる（とくに主婦婚）。Fuller 事件の夫婦は、家賃の支払いによって夫婦は「別生計」になっており、この意味でも別世帯であったといえよう。経済的協力関係の分離・消滅は、判例が要求する夫婦の精神的結合の消滅（婚姻は終わった旨の認識、心の態様）を示す外形的事実とも見ることができ。ただし、節税や公的給付受給その他を目的とする夫婦の合意による場合など、別生計＝別生活とはならないこともありうる（とくに共働き婚）。

③ 1969年法2条5項の「互いに一緒に生活する」について

ルール3：＜性関係の消滅があれば、当然に「別生活」となるわけではない＞

a) 「互いに一緒に生活する」とは、日常生活（食事・洗濯・掃除などの家事）を共にするという意味である。性関係（判決の中では「寝室（ベッド）をともにする」、「一緒に寝る」などとも表現される）もこれに含まれる。ただし、性関係については、Mouncer 判決において Wrangham 裁判

官は、通常の肉体関係（normal physical relationship）の拒絶（と愛情の喪失）だけでは〔傍点筆者〕本法2条1項の「別生活」を満たすには不十分であると判示した（291d～f）。同判決の結論には同意できないが、性関係の消滅・不存在だけでは別世帯（別生活）と認めることができないとした点は同意できる。性関係の消滅は必ずしも破綻を徴表するものではなく、生理的な理由などによる性関係の消滅もありうるからである。原告は、性関係の消滅・不存在が婚姻関係の破綻に由来するものであることを示す必要がある。相手方配偶者の不貞行為や侮蔑的言動に対する嫌悪感など精神的要素が性関係消滅の原因である場合もありうる。ここでも性関係の消滅というたんなる外形だけでなく、当事者の精神的要素の考慮が必要になるであろう。

ルール4：＜「夫婦として」互いに一緒に生活しているのではない場合は、
「別生活」と認めるべきである＞

b) Fuller 判決において Denning 裁判官は、同条項の「互いに一緒に生活する」とは、「夫婦として」「互いに一緒に生活する」という意味に解釈すべきであると指摘した（652f）。私もこの指摘に賛成する。同じ世帯で一緒に生活している者の中には、夫婦だけでなく親子、兄弟、その他様々な関係にある者（場合によっては家族以外の者）が含まれることがある。婚姻破綻を推定させる事実である「別生活」の認定に際して考慮される「互いに一緒に生活する」が、「夫婦としての」それであることは当然のことといえる。

このことが意味を持つのは Mouncer 事件のような場合である。Mouncer 夫妻は、寝室は別にしたものの、食事は子どもも交えて一緒に取り、家事も（洗濯を除いて）分担している。外形的には「別生活」ではなく、「互いに一緒に生活する」「夫婦」のように見える。しかし Mouncer 氏がそのような生活を営んだのは、決して Mouncer 夫人の

「夫」としてではなく、あくまで子どもたちの「父親」としてである。そこで行なった家事に関する行為も、妻との間の夫婦としての相互義務の履行ではなく、親子関係における子の父として子の保護とケアのために行われたものである。このような Mouncer 夫婦の生活関係は「子の父母としての」生活の共同であり、「夫婦としての」生活の共同は存在しなかったというべきであり、したがって同夫婦は「夫婦として」は「別生活」を過ごしたものとして、婚姻破綻による離婚が認められるべきであったと考える。「夫婦として」の共同生活か否かの認定も困難な場合が少なくないだろうが、寝室を別にする（性関係の消滅）、食事を別にする、家事を分担しないなどの外形的事実とともに、Mouncer のように、外形的には共同生活が存在するように見えても、それが当事者の主観（精神的要素）としてはあくまで「子の親としての」共同生活であって、夫婦としてのそれではない場合がありうるがこの要件の最大の特徴である（ルール5も参照）。

ルール5：＜「夫婦として」ではなく、「子の親として」互いに一緒に生活している場合は、「別生活」に該当する場合がある＞

c) 「理性的で」(civilised)、お互いに協調し、子どものケアを分担しあう「賞賛に値する」(laudable) 夫婦であればあるほど、かえって離婚が困難になってしまう、あるいは、経済的な理由から一方が婚姻住居を出ることができず、やむなく同じ住居で生活を続けざるを得なかった夫婦が、婚姻関係が破綻しているにもかかわらず、さらに法定の別居期間が経過しないと（あるいは相手方の有責性を立証しないと）離婚できないという結果は明らかに不合理である。婚姻は終わった旨の認識を前提とする寝室の分離、性関係の拒絶などが存在するが、同時に、家事など日常生活の共同が存在するように外見上は見えたとしても、それが夫婦としての共同ではなく子の父母としての生活の共同に過ぎない場合には「別生活」と認めて、

一定の期間家庭内離婚状態にある破綻した夫婦に離婚請求を認めるべきである。

以上が、1969年法2条1項（現行1973年法1条2項）d号、e号の「別生活」に関するイギリス「家庭内離婚」判例法の私なりの整理である⁵²。

④ 遺棄の可能性

イギリス判例法では、家庭内離婚状態の夫婦の離婚に関しては1969年法2条1項d、e号に問擬するのが通例のようであるが、家庭内離婚状態の夫婦は、2年間以上の継続した遺棄（同条項b号）を理由として離婚請求することはできないだろうか。

前出のHope判決において⁵³、Denning裁判官は、「(婚姻)住居の1～2室に閉じこもって、妻と何の関係も持たない夫は、あたかも住居から外に出て分離している(separated)場合と同様に、妻と別離し別生活を送っている(living separately and apart)ものとされる」と判示している(924H)。そして同号の要件に該当するためには、夫婦は(同一住居内で)別々の生活を送り(living separate lives)、かつ、もはや1つの世帯(household)としては営まれていないことが必要であると判示した⁵⁴。夫婦が同一住居内で生活していても、同一世帯ということができないような生活関係にある場合は、「遺棄」に該当しうると解することができるのであれば、家庭内離婚状態の夫婦の一方が離婚を望む場合には「遺棄」を理由とすることもできそうである。とくに2年間の「別生活」(d号)を理由に離婚する場合には、相手方の離婚への同意が必要とされるのに対して、遺棄であれば相手方の同意は必要ないから、遺棄のほうが有利とも思える。しかし、遺棄の場合には、①現実の分離(separation)のほかに、②被告

52 本稿の末尾に付した【CHART】も参照されたい。

53 前出、注(20)参照。

54 S. Gilmore and L. Glennon, op. cit., n. 10, p. 77.

側に遺棄の故意があること、③申立人側に遺棄への同意がないこと、④遺棄に正当事由のないことの立証が必要とされる⁵⁵。家庭内離婚の夫婦の間では、一方が扶養の義務を果たしている場合も少なくとも（前述のように Hollens の夫でさえ扶養義務だけは果たしていた）、そのような誠実な配偶者の場合には②の遺棄の故意の証明は難しいであろう⁵⁶。いずれにせよ、家庭内離婚状態の夫婦が離婚請求する場合には、第2章で検討した4事例の当事者はいずれも1969年法2条1項d, e号の「別生活」に依拠している。

(2) わが法への示唆

わが国でも、婚姻関係は破綻したものの「家庭内離婚」状態にとどまっている夫婦は少なくない⁵⁷。その中には Hollens 事件のように経済的な理由から物理的な別居ができなかったり、Mouncer 事件のように、子どものためを思って物理的な別居や正式の離婚をすることなく「家庭内離婚」状態にとどまっている夫婦も少なくない。このような夫婦の一方が最終的に離婚を決意した場合、協議離婚が成立した場合を除いて（協議離婚が認められる点はイギリス法と異なる）、民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」を証明しなければならない。現在の判例法は、同条項を「回復不可能な婚姻の破綻」と読み換えているが、当該夫婦が家庭内離婚状態にあったことを根拠として婚姻破綻を認めた事例はきわめて少ない⁵⁸。しかし、婚姻破綻後も子どものために、子の父あるいは母として振舞った当事者が最終的に離婚を請求した場合には、イギリス判例と同様に、当該

55 Ibid., p. 77.

56 Ibid., p. 77によれば、そもそも遺棄は離婚理由としてめったに（rarely）用いられないという。J. Herring, op. cit., n. 3, p. 145も全く同じ指摘をする。

57 前出注(1)、拙稿を参照。

58 東京高判平成12・7・12家月53巻5号174頁の1件だけではないかと思われる。前出注(1)、拙稿(2)専修法学論集127号47頁参照。

夫婦間に存在した外見上の共同生活は「夫婦としての」共同生活ではなく、「子の父母としての」共同生活とみなして婚姻破綻を認定すべき事案も存在するだろう。その場合には、当該夫婦の婚姻関係は破綻したものとして離婚請求を認容すべき事案は少なくないと考える。

平成8年の法制審議会のいわゆる「婚姻法改正要綱」第七、一(エ)は、「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」を離婚原因とする提案をしている。イギリス1969年法2条1項e号（現行1973年法1条2項e号）と類似する破綻原因の規定であるが、「別生活」、「別世帯」ではなく、物理的分離をうかがわせる「別居」という語を使っている点で「家庭内離婚」状態にある当事者にはイギリスよりも厳しい文言といえるかもしれない。「婚姻の本旨に適った同居がなされていないとき」と規定したほうが望ましいであろう。ただし、現行法のもとでも、しかも裁判官の中に、「家庭内離婚」「家庭内別居」を「別居」の一形態とみるべきであるとする主張が見られるから⁵⁹、要綱の同条項の「別居」には家庭内離婚状態にある破綻夫婦も含まれるとして離婚請求を認める解釈も不可能ではないだろう。

上記要綱が立法化されないまま年月が経過したが、日本家族<社会と法>学会に設けられた「家族法改正研究会」が家族法の改正提案を行っている。同会の離婚法グループによる「離婚法改正提案」の離婚原因の項では、「婚姻当事者が3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」を離婚原因の1つとして提案している（770条4号）⁶⁰。同提案によれば、「別居」の定義規定は設けないが、解釈指針として「婚姻の本旨に反する

59 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、永井尚子「夫婦関係破綻後の不貞行為」判タ996号（1999年）42頁。前出注1）、拙稿(1)10頁以下、同(2)46頁参照。

60 神谷遊「離婚法改正提案・離婚原因」（日本家族<社会と法>学会第33回学術大会配布資料「シンポジウム：家族法改正－その課題と立法提案」所収）91頁。

別居」とは、「少なくとも夫婦の一方が婚姻共同関係の維持・継続を拒否していることから、夫婦としての共同生活が存在しない状態」をいい、「同一住居内での『別居』の成立も否定しないが、具体的事案に応じて、実務の解釈に委ねる」と述べている。たとえ同一住居で生活していても「婚姻の本旨に反する」場合には離婚原因の「別居」に該当する、当該夫婦の生活態様が「婚姻の本旨に反する」か否かは具体的事案ごとの裁判所の判断に委ねるという立場の提案である。同提案のうち、「婚姻の本旨に反する別居」とは「夫婦としての共同生活が存在しない場合」をいうとする解釈指針は、Fuller 判決における Denning 裁判官の「互いに一緒に生活する」とは「夫と妻として一緒に生活する」という意味であるとした判示を思い起こさせる。同じく指針の中の「少なくとも夫婦の一方が婚姻共同関係の維持・継続を拒否していること」は、Santos 判決における Sachs 裁判官の二分論における精神的要素である「婚姻が実際には終わってしまったこと、脱け殻になっていることの認識」の客観的表現と見ることもできよう。私見としては、現実には家庭内離婚（日本の判例では家庭内別居と呼ぶ）状態を経て離婚請求する当事者（予備軍）が少なからず存在するのであるから⁶¹、家庭内離婚も破綻に該当しうることを明文化したほうが望ましいと思うが、少なくとも離婚原因を規定した条文としては「婚姻の本旨に反する別居」よりは「婚姻の本旨に適った同居がないこと」のほうが望ましいと考える。しかし、どちらに規定したとしても、具体的事案への当てはめに際しては、実務における積み重ねによって判断基準を確立させていくことになるだろう。

実際に離婚法の改正が実現するまでには時間を要すると思われるが、家庭内離婚状態を経た夫婦の離婚調停・訴訟において、当該夫婦が家庭内離婚状態にあったことを婚姻破綻を徴表する事実として主張する事案は今後

61 例えば、Google で「家庭内離婚」や「家庭内別居」を検索すると、優に100件を超える HP が見い出される。

増加することが予想される。現実の社会では、諸般の事情から離婚はおろか物理的別居すらできないまま、しかし婚姻の本旨に適った同居とはいえない状態で生活しながら子を監護する夫婦（父母）が日本にも⁶²、イギリスにも存在することを紹介してきた⁶³。このような「家庭内離婚」状態（「脱け殻婚」）にある夫婦の法的関係については、婚姻破綻の徴表としての別居との関係だけでなく、婚姻費用分担、居住関係、子の監護等も含めた検討が要請されているが⁶⁴、さしあたり本稿が婚姻破綻の徴表の1つとしての「家庭内離婚」を検討する一助となれば幸いである。

* 本稿は、2016年度専修大学在外研究の成果の一部である。

62 前出注(1)、拙稿で紹介した裁判例のほか、小林美希『ルポ母子家庭』（ちくま新書、2015年）、同『夫に死んでほしい妻たち』（朝日新書、2016年）に紹介されている事例を参照。

63 J. Herring, *op. cit.*, n. 3, p. 137 は、イギリスにかなりの数の「脱け殻」婚（a large number of 'empty shell' marriages）が存在すると指摘する（同書160頁も参照）。

64 神谷・前掲注(60)91-92頁は「別居」に関して、これら事項の検討の必要を指摘する。

【CHART】 LIVING APART : MATRIMONIAL CAUSES ACT 1973, S. 1 (2)

