

## 中間到達度検証(2)の解答メモ

2020年12月11日

松岡 久和

### 【出題趣旨】

- 1 基本的な問題にかかるものでありながら例のない面白いものを考えてもらう機会を持ちたかった。また、現代的な問題がよいと思っていたところ、2日前に参考文献を入手した。
- 2 同性婚は法的には認められていないが、その実質を養子縁組の形で実現している場合において、その後に性転換したとき事実婚として考えられるか。また、あくまで養子関係だとすると、裁判上の離縁については、どこまで離婚に関する規定の考え方が反映するかというのが基本的な問題意識。具体的には、①守操義務や不貞行為の理解の仕方、②「その他縁組を継続し難い重大な事由」(814条1項3号)、③有責者からの離縁請求の可否、④実質的な養母(形式的には養祖母。本件養子縁組解消の有無とは直接関係がない)の親権者的地位⇒せいぜい人身保護法による解放請求くらいか？
- 3 不倫相手に対する損害賠償請求に関する最高裁判決をふまえて、同性愛者間の肉体関係においても同様の構成が可能か。守操義務や不貞行為を根拠にする不法行為構成が難しいとすれば、では何を被侵害法益と考えるか。要件が充足されるとしても、3年の消滅時効(724条1号)が完成していないか。

### 【検討ポイント】

#### 1 設問1

##### (1) 問1

・養子縁組の無効　　いわば制度目的外転用の問題だが、法的な親子関係を作り出して相互に相続権や生活扶助義務を生じさせる点では、両者の意思がある。これに対して、実質的には婚姻類似の関係の成立を目的としている点で、齟齬があって有効とは断じがたいところがある。しかし、自ら作り出した関係の無効を主張することは、禁反言則に抵触し、信義則違反や権利濫用となるかもしれない。

・Yが性転換手術により女性になったことをもって、XYの法的関係を男女間の準婚関係と理解することが可能かは、議論のない問題である。性転換者も婚姻することが可能であるが、XYは養子縁組をしているので、法的には婚姻はできない(736条)。

・XYの関係は、法的には養子縁組関係であり、貞操義務違反を正面から認めることは難しい。婚姻に準じて考えると、同性間の性交渉を直ちに「不貞行為」と呼べるかは難しく、「その他縁組を継続し難い重大な事由」(814条1項3号)を根拠にするしかないだろう。

・両当事者の間に修復不能な破綻状態が認められるとしても、有責者からの離縁請求が認められるか否かについては、やはり何も基準がなく、婚姻に関する最高裁判決の考え方を参照するしかないだろう。本件では、破綻から別居まで期間が短く、法的には両者の子どもとは言えないとしても事実上は両者間に未成熟子が存在しているため、有責者Xからの離縁請求は認めにくいと思われる。

##### (2) 問2

・Aは、Xの養子であり、事実上はXY間の子どものとして養育されていたとしても、YとAとの間は、親子関係ではなく、養祖母と孫の関係になる。Aの親権者は、本件養子縁

組の解消の前後を通じて、Xのみであり、Yが親権を根拠にして、その侵害に対する妨害排除としての子の引渡し請求をすることはできない。

・せいぜい、人身保護法による不当な拘束からの解放を求めうるにすぎない（同法2条2項）。

## 2 破綻を招いたZに対する主張

・本問においても、夫婦関係に対する侵害を理由に不倫相手の不法行為責任を認める最高裁判例を参考に考えることになろう。すでに述べたように、XZの肉体関係を不貞行為と見て良いかどうかについても議論があり、XYに守操義務があることを前提にその侵害を不法行為と構成するのはやや無理であろう。

・しかし、パートナーの同意を得ずにパートナー以外との広義の性的関係を持つことは、家庭生活の平穩を害すると考えるのが一般的であり、XYが内縁の夫婦であると知りながらXと関係を持ったZには、家庭生活の平穩の利益を害することについて、未必の故意があるとされてもしかたないであろう。そうすると、不法行為の成立自体は認めることができるように思われる。

・724条1号の3年の消滅時効により損害賠償請求権が消滅しているとの主張がZからされたらどうなるか。YがXZの肉体関係を知ったのが2017年11月頃であり、その時点で加害者及び損害を知ったとすれば、2020年12月にはすでに3年を経過している。しかし、XYの家庭生活が決定的に破綻して協議離縁に至った2018年6月1日になって損害が確定するに至ったと考えれば、時効期間はなお経過していない、と考える余地がある。