

## 第27回 離婚

2013/07/12

松岡 久和

**再掲載**（抜粋。内縁は第29回目に譲る）

### 【婚姻の効果】（54-70頁）

#### 1 身分上の効果

以下の点のほかには、夫婦同氏（750条）、成年擬制（753条）、子の嫡出推定（772条）

##### 1-1 同居義務（752条）

- ・性関係（同衾）を伴う。常に性行為に応じる義務なし⇒夫婦間レイプも観念可
- ・具体的内容は協議により、決まらないときは審判
- 【判例】 PⅢ8：夫婦であっても具体的には同居義務を負わない余地を肯認
- ・単身赴任も含め、破綻状態にあるときなどには一時的別居も肯定可能
- ・同居義務は強制履行になじまず、義務違反が離婚原因となるのみ

##### 1-2 貞操義務

- ・違反は離婚原因（770条1項1号）

★不貞行為の相手方は不法行為責任を負うか？⇒くわしくは民法第4部に譲る

##### 1-3 協力義務

- ・経済面以外（経済面は扶助義務）

【例】 住居、家族計画、職業の決定、子供に関する種々の決定など

##### 1-4 扶助義務＝生活保持義務（広義の扶養義務の一種）

- ・生活扶助義務（親族間の扶養義務）との違い：余裕の有無が要件か否か

##### 1-5 夫婦間の契約の任意取消権（754条）

#### 2 財産上の効果

- ・相互相続権
- ・日常家事債務の連帯責任（755条以下：表見代理規定の類推適用で説明済）

##### 2-1 夫婦財産制

###### (1) オプションとしての夫婦財産契約とデフォルト値としての法定財産制（755条）

- ・夫婦財産契約の問題点：婚姻前の契約・登記を要し、婚姻後の変更不可（756・758条）
- ・内容例示なし→ほとんど使われていない（年間数件）

###### (2) 夫婦財産の帰属

- ・別産制＋不明財産の共有推定（762条）
- ・問題点：専業主婦に不利益な形式的平等

【判例】 PⅢ11：（二分二乗税制希望事件）実質的平等は図られているので762条や所得税法規定は合憲

PⅢ12：（不倫妻登記名義固執事件）営業用の旅館の敷地が営業を切り盛りしていた妻の名義で登記されてもそれだけでは妻の特有財産と解すべきでない

種類別財産帰属説（通説？）←→共有制原則説・純粹別産制説

第一種財産－名実共に特有財産

第二種財産－対内的にも対外的にも共有推定が働く

【例】 共同使用動産など

第三種財産－対内的にのみ共有推定・財産分与による清算

【例】 単独名義不動産

- ・下級審裁判例：夫婦間で共有とする傾向（でも専業主婦の内助の功だけでは不足？）

※女性の経済的自立・共有財産の管理の面倒さから必ずしも共有制への改正の声は強くない。

##### 2-2 婚姻費用分担義務（760条）

###### (1) 婚姻費用＝生活共同体維持に要する費用 【例】 生計費、養育費、入院費など

←→道垣内＝大村26頁：婚姻費用＝夫婦双方の収入全額

- ・審判事項（家事別表第二・2項）。審判には形成力有、既判力なし→事情の変化による再審判可能
- ・そもそも審判前に権利義務として観念できるかにつき学説は否定的な見解が圧倒的
- ・婚姻費用の分担との関係は諸説あるがおおむね簡略な婚姻費用の分担による

###### (2) 分担額決定の当たり斟酌すべき事情

- ・義務者の（重婚的）内縁関係は子供の生活費だけ控除し、それ以外は原則として非控除
- ・義務者の生活維持基準：通常生活限度？最低生活限度？一審判例は多様に分岐
- ・請求者側の資力・収入・稼働能力なども考慮
- ★請求者の別居責任と分担額が連動するか？
  - ・一般には連動。別居に正当事由がない請求者には請求を認めないか減じる傾向
  - ・子供の養育費については非連動←子供に責任なし
  - ・最近の審判例では有責性を問題にしないものも登場
- (3) 分担額の算定方法
  - ・いずれも各人の現実の生活の嗜好やスタイルが問題ではなく、客観的に定まる
  - ・労研方式（総合消費生活単位が基礎）、標準生計費方式（総理府統計局家計調査準拠）、生活保護基準方式（生活保護法の生活基準額比率準拠）などを経て、簡易算定表による標準算定方式（判例タイムズ1111号（2003年）285頁）の使用が増加（最判平18・4・26家月58巻9号31頁は税理士の場合に是認）
- (4) 過去の婚姻費用請求の可否
  - ・判例は肯定的だが否定する裁判例
  - 判例 PⅢ9（大法廷）：家庭裁判所は過去の婚姻費用分担額を決定可能  
←→道垣内＝大村38頁：平時の経済生活への介入や評価をすべきでない
  - ・過去の費用の分担請求の処理は、離婚時の財産分与との関係で多様な裁判例有

## Q27-1

- 1) 離婚するにはどのような手続をとる必要があるか。相手配偶者が反対していても離婚できるのはどのような場合か。
- 2) 不貞行為等の離婚原因を作った者が配偶者の意思に反して離婚を求めうるか。

## 【婚姻の死亡解消と離婚】（38頁、70-71頁）

- ・夫婦の一方の死亡による婚姻の解消
  - ・死亡には失踪宣告（30条）や認定死亡（戸89条）を含む
  - ・姻族関係は意思表示によって解消可（728条2項）→扶養義務・扶助義務等が消滅
  - ・復氏か婚氏続称かは自由選択（751条1項）、姻族関係の消滅と無関係。
  - ・復氏は届出により（戸95条）、婚姻前の戸籍に戻るか新戸籍を編製（戸19条2項）
  - ・姻族関係の終了又は復氏の際、祭祀財産承継者の決定を要す（751条2項⇒769条）

## 【離婚の実態と背景、諸国の動向】（71-74頁）

## 1 離婚の統計的実態と背景

- ・新規婚姻の3組に1組以上が離婚（2011年統計）。60年間で約3倍増で諸外国に近づく
- ・熟年離婚の増加 平均別居年数 1950年：5.3年→1995年：10年（最多帯は5年未満）  
←①女性の経済的自立、社会参加の活発化、②意識の変化：「人生の失敗」から「再出発」「明るい離婚」へ、③核家族化・家族行動の個人化
- ・協議離婚87.4%、調停離婚10%、審判離婚0.02%、裁判離婚2.6%（うち判決1.1%、和解1.6%）  
1998年に比べて調停離婚・裁判離婚が増加

## 2 欧米の離婚法の動向

- ・婚姻非解消主義→有責主義→破綻主義（1960年代から。もともと大村142頁は懐疑的）  
←通謀離婚訴訟の増加、有責主義の欠点、事実上の重婚や非嫡出子の増加
- ・離婚給付の強化・別居期間の法定・苛酷条項等、離婚配偶者や未成年子の保護も

## 【4種の離婚手続】（74-78頁）

## 1 協議離婚（763条）とその問題点

- ・きわめて簡便：当事者の合意＋離婚届（764条→739条）  
未成年者のいる夫婦では親権者を定めることが受理要件（765条1項）、経済的処置

や子の監護など重要事項決定が要件でない→弱者にしわ寄せ

- ・旧法以来の協議離婚：夫からの**単意離婚**（追い出し離婚）・「婚家」と「実家」の協議
- ・現行法での継続理由：裁判所の処理能力の限界
- ・意思のない離婚届は無効→1952年に**離婚届不受理申出制度**を創設（後に戸27条の2第3-5項）  
2011年で2.5万件強
- ・詐欺・強迫による離婚は婚姻の取消に準じて取り消せる（764条→747条）

**判例** PⅢ13：不受理申出を看過した翻意後の離婚届は無効

PⅢ13関連判例②：無効な協議離婚後、離婚慰謝料を払う調停の成立により追認

### ★離婚意思には実質的意思を要するか、形式的意思で足りるか

**判例** PⅢ14：戸主の地位を得させるための離婚・再婚の結果、子供の遺族年金を受給できなかったため離婚無効を主張した事例で、離婚意思は届出意思だけで足り実質的な夫婦関係の解消の意思や実態は不問

→副次的効果（財産分与による財産隠し、氏の変更、PⅢ15の生活保護費受給等）目的の離婚も有効  
←身分行為効果の安定。根源は簡便な協議離婚制度の存在（水野・後掲148頁）

## 2 調停離婚（家事244条・257条）・審判離婚（家事284条）

- ・調停離婚は家事審判官と調停委員を介した合意離婚
- ・審判離婚は離婚自体には合意があるが些細な点で調停が不調の場合。異議で失効（家事286条5項）

## 【離婚原因－裁判離婚】（78-88頁）

### 1 770条の離婚原因に関する一元論と多元論（大村140頁）

一元論（通説）－訴訟物は1つ vs 多元論（判例）－訴訟物も別（PⅢ25）

1～4号 例示的列挙（有責主義・破綻主義混在）、5号（相対的離婚原因）で包括

1～4号に該当しても破綻がなければ離婚請求を否定：2項によって1～4号を相対化

### 2 それぞれの離婚原因

#### (1) 不貞行為（1号）－戦後改正で平等化

- ・異性との性行為による貞操義務違反

**判例** PⅢ22：強姦（服役中）も離婚原因

#### (2) 悪意の遺棄（2号）

- ・正当な理由のない同居協力義務違反行為。追い出しなどを含む

**判例** PⅢ23：家族内対立を理由とする責めに帰すべき別居は悪意の遺棄に当たらないとした事例

#### (3) 三年以上の生死不明（3号）

- ・帰責事由を問わない「蒸発」等。裁判離婚の相当数。失踪宣告では死亡解消

#### (4) 回復の見込みのない強度の精神病（4号）－戦後改正で挿入

- ・精神的交流の欠如－精神障害による協力義務の履行不能の事態。難病の場合→5号へ

**判例** PⅢ24関連判例①：病者の今後の療養・生活等の「**具体的方途**」の見込みが必要  
←公的な支援体制の不備、離婚後扶養の調整手続の不備

PⅢ24：「方途」を緩和（療養費支払意思や子供の養育など）

**学説** 破綻主義の意義を弱めるとして批判的⇒調停や審判活用など

- ・改正要綱：精神病者差別**意識**助長のおそれがあるとして削除を提案

#### (5) その他婚姻を継続しがたい重大な事由（5号）

- ・具体例：①暴行虐待（含DV）、②重大な侮辱、③犯罪、④浪費等協力扶助義務の著しい違反、⑤性生活上の異常や不一致、⑥価値観・生活感覚の不一致、愛情の喪失、⑦配偶者の親族との不和、⑦アルツハイマーなどの難病、⑧過度の宗教活動
- ・改正要綱：「婚姻関係が破綻して回復の見込みがないとき」と明記

### 3 有責配偶者からの離婚請求

- ・PⅢ26（踏んだり蹴ったり事件）：厳格な制限的破綻主義

←権利濫用、クリーンハンドの原則、追出離婚防止、無責配偶者の保護、道徳維持

- ・その後の判例で運用を若干の緩和（有責度の衡量、破綻後の有責行為は不問（PⅢ30））

- ・ PIII 27 : 3要件を示して信義則上請求を肯定できる場合を容認 : 消極的破綻主義
  - ①相当長期の別居 (この事例は36年)、②未成熟子の不存在、③苛酷状況の不存在
- ・ その後の展開
  - 判例** ①は8年前後が限界線 (最判平元年3月28日家月41巻7号67頁とPIII 28)、②は絶対でない (PIII 29)、むしろ子供のために離婚する方がよい場合が多い (後掲・円論文)、③高額財産分与が目立ち、3要件から個々の事例における有責者の誠実性に焦点が移行
  - 改正要綱 : 破綻主義を明確化する5年別居条項を導入 ; 諸外国より期間が長い、1・2年の別居期間でよいとする法制は協議離婚を認めないことに注意
  - 苛酷条項**による裁量棄却、**信義則条項** (協力扶助義務の著しい懈怠者の離婚請求棄却) も

## 【離婚の効果・概要】

- ・ 婚姻の効果の消滅→再婚の自由、姻族関係当然終了 (728条1項、ただし婚姻障害は残る。735条)、復氏原則・婚氏続称の例外 (767条・771条)、同居協力扶助義務等の将来に向かった消滅、財産分与 (768条)、子をめぐる諸問題の派生

**Q27-2** 離婚に際して相手方にどのような理由でどのような手続きを経てどのような請求ができるか。また、そのような離婚給付の実効性を確保する仕組みとして、どのようなものがあるか。

## 【離婚給付としての財産分与(768条)】

### 1 内容と性質

- ・ 大正期の臨時法制審議会の離婚扶養制度案+平等清算のGHQ指令による新設
- ・ 規定はきわめて概括的で、離婚給付をすべて包み込みうるが、期間限定に注意
- ・ **夫婦財産の清算・分配 (+過去の婚姻費用の清算) +離婚後扶養 (+慰謝料)**

#### (a) 過去の婚姻費用の清算

**判例** PIII 19 : 過去の婚姻費用 (生活費・教育費) の清算を呑みうる

←財産分与は訴訟事項として離婚訴訟に付帯申立てができ一括解決が可能

**学説** 包括不可分説・包括可分説・限定相関説・限定独立説等々

判例批判 : 子供の養育費の包含、非離婚給付性、基準の客観性、弱者保護

#### (b) 慰謝料請求

**判例** PIII 18 : 慰謝料分を呑みうるが別訴請求も可 (本件は別訴請求)

**学説** 上記と同様の分岐のほか、離婚慰謝料 (有責性を問題にしない破綻慰謝料) の是非、不法行為責任の限定など慰謝料自体についても対立

### 2 財産分与の方法と額の算定

#### 2-1 方法

- ・ 金銭支払、現物の提供、賃借権設定による利用の確保等 (特に、**離婚後の住居の確保**)
- ・ 一時金方式 (←クリーンブレイクの発想、履行確保の困難) vs 定期金方式

#### 2-2 夫婦財産の清算

- ・ 対象 : 婚姻後夫婦が取得した財産+協力により維持された特有財産  
退職金や年金は含まないとされるが批判有 (後述の補償説参照)
- ・ 清算の性格については学説に争い有  
: 性別役割分担に基づき生じた妻の財産と所得能力の不均衡を、離婚に際して補償するものという捉え方 (鈴木・後掲論文の**補償説**) が有力化
- ・ 清算の基準

**判例** **寄与度説**に立ち専業主婦に厳しい。学説では**平等推定説**、**平等説**も有力

←家事労働の算定困難、婚姻生活の細部を明らかにするのは不要

改正要綱 考慮要因を列記し平等推定ルールを導入

#### 2-3 離婚後扶養

- ・ 根拠については不明確 (婚姻の余後効説、過渡的肩代わり政策説、補償説)

- ・ 具体的内容：回復に必要な教育訓練費、生活費、保険料など（標準生活費目安）

### 3 財産分与申立ての手續

- ・ 協議→調停→審判（家事39条・別表第二第4項）：通常の共有物分割訴訟は排除される。
- ・ 離婚訴訟への付帯申立てが可能（人訴32条1項）  
なお、別居中の養育費（監護費用）支払の付帯申立ても可能だが（PⅢ16。同関連判例②も参照）、離婚訴訟が取り下げられると付帯申立ても消滅・却下（最判平6・2・10民集48巻2号388頁：離婚請求放棄）
- ・ 非訟性：当事者の申立てに縛られず不利益変更禁止原則は不適用（最判平2・7・20民集44巻5号975頁）

### 4 関連問題

- (1) 債権者代位権の対象となるか
  - ・ **判例** PⅡ45：否定説←形成前は内容不明確・不確定
- (2) 債権者取消権の対象となるか
  - ・ **判例** PⅡ70：不相当な仮装のもののみ対象（否定例）  
PⅡ71：不相当に過大な扶養的財産分与および慰謝料額の限度でのみ取消し（肯定例）
- (3) 税法上の処遇
  - ・ 過大な部分は受領者に**贈与税**（相当な部分は贈与税も非課税）
  - ・ 共有物分割でも受領者に**不動産取得税**（z最判昭53・4・11民集32巻3号583頁）
  - ・ 財産分与者には**譲渡所得税**（資産値上がり分の譲渡益課税。PⅢ21関連判例①）。学説の批判が強い。PⅢ21：巨額課税で財産分与の錯誤無効を肯定

#### 【参考文献】

- ・ 水野紀子「離婚」『民法講座7』143頁以下
- ・ 『講座現代家族法第2巻』所収の依田精一「協議離婚」、浦本寛雄「離婚と家庭裁判所」、二宮孝富「有責配偶者の離婚請求」、円より子「離婚と子供」、上野雅和「仮装の婚姻と離婚」、鈴木眞次「離婚給付の性格とその決定基準」の各論文
- ・ 道垣内弘人＝大村敦志『民法解釈ゼミナール⑤』所収の「離婚原因」〔大村〕
- ・ 道垣内弘人＝大村敦志『民法解釈ゼミナール⑤』所収の「夫婦財産制と財産分与制度」〔道垣内〕、「婚姻住宅の保護」〔大村〕