

第28回 離婚(続き)＋親子(実子関係)

2013/07/19

松岡 久和

再掲載（抜粋）

【離婚原因－裁判離婚】（78-88頁）

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））

- ・PIII27：3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

- ・その後の判例の展開

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PIII28）、②は絶対でない（PIII29）、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高額の財産分与が目立ち、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 PⅢ19：過去の婚姻費用（生活費・教育費）の清算を含みうる

←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 PⅢ18：慰謝料分を含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

省略

【親子(1)】

Q28-1

- 1) 法律上の親子関係はどのようにして決まるか。
- 2) 法律上の親子関係を否定するための争い方にはどういう違いがあるか。

【親子関係確定の課題と構造】（119-123頁）

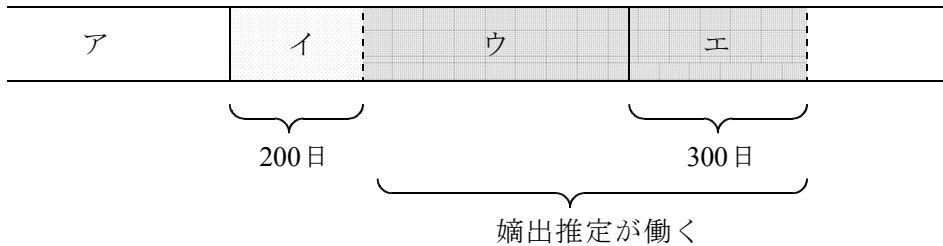
- ・親子法の課題－血統継続・家産承継から未成熟子保護へ、非嫡出子差別の解消

- ・母子関係は分娩で確認可能。779条不適用（認知不要、PⅢ51）
- ・基本的な価値観の対立
 - 「血は水よりも濃い」：真実主義・血縁事実主義
 - 「生みの親より育ての親」：目的的制度観・プライバシー確保・家庭の安定・子の保護

【嫡出推定－父性推定と嫡出性付与（772条1項）】（123-127頁、130-133頁）

1 嫡出子の立法趣旨とその後の変容

- ・立法趣旨：嫡出子＝法律婚中に懐胎された子
 - 夫の父性推定←継続的性関係の推定＋因果関係の推定（←貞操義務）
 - 出生時からする**懐胎時期の推定**（772条2項）←当時の医学的統計に基づく
 - ↓法律婚成立
 - ↓離婚等の婚姻解消



- ・Aでの出産子は非嫡出子で**婚姻準正**（789条1項）または**認知準正**（789条2項）による
- ・待婚期間違反（離婚後100日以内）の再婚では前婚のエと後婚のウの推定が重複
 - 父を定める訴え（773条）
- ・Iでの出生子は立法趣旨からは非嫡出子だが、婚姻の効果として生来の**嫡出子**として扱われる（PⅢ38：内縁中の懐胎・婚姻後の出生）。しかし、法律上の**推定はされない**（PⅢ39・40）
 - ⇒嫡出子概念を拡張：婚姻中に懐胎又は出生した子
 - ※戸籍実務は嫡出子出生届も非嫡出子出生届も受理←実質的審査権なし

2 嫡出推定の及ばない子

- ・懐胎可能性がない場合は推定の基礎を欠く→緩やかな**親子関係不存在確認訴訟**
 - 例 夫の長期不在、懐胎不能、性関係の不存在、PⅢ41（2年半の離婚状態。届出後300日以内に出産）
 - ←→PⅢ42：婚姻の実態がないとは言えない事例で推定力を肯定（外観説）

【嫡出否認】（127-128頁）

1 嫡出否認（774条以下）

- ・意義：婚姻中に懐胎出生した子の父性推定を破る例外を厳格に制限する制度
 - ←家庭の平和の維持、親子関係の早期安定、背景に父権思想（父の意思次第）
- ・別居後300日以内の出産でもこの訴えによる **判例** PⅢ42

2 種々の制限

- (1) 否認権者：母の夫（774条）、その死後は夫の三親等内の血族（人訴41条1項）
- (2) 行使期間：子の出生を知ったときから1年内（777条）
 - 判例** PⅢ49（出訴期間制限は合憲）
- (3) 承認による否認権喪失（776条、但し、承認の内容は不明で廃止論も有力）
- (4) 訴え提起後の死亡では直系卑属またはその法定代理人が受継（人訴41条2項）

3 証明や効果

- ・「多数当事者の抗弁」では足りず、親子関係不存在証明が必要。真の父が誰かは問題外
- ・判決確定で親子関係の当初からの不存在が**対世効**を持つ（人訴24条1項）

【任意認知】（133-138頁、144-145頁）

1 任意認知制度の意義

- ・意義：推定が機能しない場合に、法律上父のない子について父の意思によって父を確定する制度

2 任意認知の成立要件

- ① 認知能力：意思能力で足りる。法定代理人の同意は不要（780条）
- ② 方式：届出又は遺言（781条：創設的届出、985条1項→戸64条：報告的届出）。
婚姻前出生子の婚姻後嫡出子出生届→認知（戸62条←民789条2項：認知準正）
判例 PⅢ53（虚偽の嫡出子出生届も認知としての効力を有する）
- ③ 認知対象：嫡出子出生届がない子・推定が訴訟によって覆されている未認知の子
届出があつたり認知済の子は強制認知のみ可能
- ④ 認知時期と3つの制限（関係者の承諾）
 - ・ 期間制限はないが、子の成人後は承諾必要（782条）←身勝手な扶養主張の遮断
 - ・ 子の死後の認知は原則不可だが、直系卑属が存在すれば可能（783条2項）
 - ・ 胎児の認知も可能だが母の承諾を要する（783条1項）←母の名誉？

3 任意認知の効力

- ・ 出生時からの親子関係の発生（784条）；但し第三者の既得権を顧慮（同条但書）

4 事実に反する認知（認知無効）、認知行為の無効、認知行為の取消し

- ・ 認知＝婚外親子関係の基礎となる自然血縁関係＋観念の通知（意思）
⇒自然的血縁関係の不存在又は意思の不存在（認知行為の無効）が無効の理由
- ・ 認知無効（786条）：父子関係不存在証明による推定の打破
- ・ 認知無効は、当該親子関係の存否につき親族法上直接利害関係を有する者のみ主張可
例 認知者の妻、認知を受けた子の母、認知者の子、認知者の兄弟等
- ・ 認知無効の時的限界なし。認知者の死後も検察官を相手に訴訟可能（人訴12条⇒相続回復請求）
判例 PⅢ55（認知から57年後・死後26年後の請求）
- ・ 認知行為の無効：認知者の意思に基づかない認知行為の場合
判例 PⅢ54（認知者の意識喪失の間の認知届も意思に基づくので有効）
- ・ 認知行為の取消し（785条）：判例は撤回不可能と理解（96条による取消し肯定）。学説は反対説が有力

【強制認知(787条以下)】（138-143頁）

1 意義および性質

- ・ 意義：父子関係の存在を訴訟により直接に創設 or 確認する制度（確認説は一部学説）
判例 PⅢ579（形成訴訟説＝創設説→いきなり親子関係存在確認は不可）

2 強制認知請求権者と相手方

- ・ 請求権者：子、その直系卑属、これらの法定代理人（787条）
判例 PⅢ58（法定代理人は常に請求権者）、PⅢ59（認知請求権放棄は不可）
- ・ 相手方：父（生存中）、その死後は検察官
※認知者の子には認知の訴えや再審につき当事者適格はない（PⅢ56関連判例③）

3 認知の訴えの提訴期間

- ・ 調停前置主義。父の生存の間は期間制限なし
判例 PⅢ61関連判例②（内縁の夫婦の子で50歳を超えて死んだ子の娘（孫娘）からの請求）
- ・ 父の死後は3年以内（787条但書）←事実認定の困難、法的安定の保持＝濫訴防止
判例 PⅢ614（内縁関係継続中の懐胎子の場合にも期間制限有）
- ・ 起算点：客観的な父の死亡日 **例外** PⅢ60（死亡が3年1ヶ月後に確認された例）

4 立証責任（DNA鑑定のは是非も含めて）

- ・ 裁判官の自由心証。内縁関係には772条が類推適用：父性の**事実上の推定**
判例 PⅢ62ほか（①受胎可能期間中の性関係、②被告以外の男性との性関係の不存在、③血液型等に矛盾がないこと。親子としての愛情を示したことなどを加える判例も有。①～③は絶対的な要件でない）

【親子法上の現代的な問題点】 例示のみで詳細は省略

1 根本的な対立（大村210～223頁参照）

・「子をもたない自由」（避妊・中絶の自由）・「子をもつ自由」 vs. 優性主義

2 問題の例示

①着床前診断による選別産み分けの可能性など

②人工生殖 (a) A I H : 夫の死後の冷凍精子による懐胎、(b) A I D : 夫の同意がない場合、推定の及ばない嫡出子とすると子の身分が不安定。精子のドナーとの法的な父子関係を否定するのは困難（後掲・石川43-44頁など）

③代理母と公序良俗（国内では禁止。アメリカや韓国では許容例あり）

・(a) 人身売買とならないか、(b) 生殖機能・母性を取引対象として良いか、(c) 子供の人権—とりわけ引取を拒絶された障害児・依頼者夫婦の出生前死亡などで問題

④胚（＝受精卵）提供の場合、胚提供者と出産者はいずれが法律上の母か

【参考文献】

石川稔「親子法の課題」『講座・現代家族法3 親子』3頁以下（とくに41頁以下）

水野紀子「比較婚外子法」『講座・現代家族法3 親子』127頁以下（嫡出推定と嫡出否認制度による婚姻家族の安定が空洞化している点を問題視する）

大村敦志「実親子関係の成立」道垣内＝大村『民法解釈ゼミナール⑤親族・相続』所収

手嶋豊『医事法入門』（有斐閣アルマ、2005年）77-91頁（第6章1 生殖補助医療）

木村敦子「法律上の親子関係の構成原理—ドイツにおける親子関係法の展開を手がかりとして—(1)-(未完)」法学論叢167巻1号、2号、168巻6号、170巻3号、(2010年-)。これを元にした要約的な学会報告として、同名のものが私法74号（2012年）190頁以下にある。

木村敦子「生殖補助医療における法律上の母子関係—ドイツ法を手がかりとして」平野仁彦＝亀本洋＝川濱昇編『現代法の変容』（2013年、有斐閣）371頁以下