

第26回 離婚

2005/07/11

松岡 久和

Q48 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】

・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）。

【離婚の実態と背景、諸国の動向】

1 離婚の統計的実態と背景

- ・新規婚姻の3組に1組が離婚（平12年統計）。30年間で約5倍で諸外国に近づく。
- ・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91.2%、調停離婚7.9%、審判離婚0%、裁判離婚0.9%（1998年）

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。もっとも大村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、離婚配偶者や未成熟子の保護も。

【4種の離婚手続】

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。事実上の離婚増加のおそれ。
- ・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。1995年で3万件強。
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 マ16-昭34（不受理申出を看過した翻意後の離婚届は無効）

マ17-昭42（無効な協議離婚後、離婚慰謝料を払う調停の成立を追認と認める）。

★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 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。
(形式的意思説) → 副次的効果 (財産分与による財産隠し: マ15-昭16、氏の変更、社会保障費受給など: 家百11-昭57) を目的とする「仮装離婚」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 (家審21条1項)・審判離婚 (家審24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。

【離婚原因－裁判離婚】

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 (マ26-昭36)

1~4号 例示的列举 (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 最判昭和48年11月15日民集27巻10号1323頁: 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。

(3) 三年以上の生死不明 (3号)

- ・ 帰責事由を問わない蒸発等。裁判離婚の相当数を占める。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 最判昭33年7月25日民集12巻12号1823頁: 病者の今後の療養・生活等の「**具体的方途**」の見込みがつかなければ2項で棄却。

← 公的な支援体制の不備、離婚後扶養の調整手続の不備

家百12 = マ25 - 昭45: 「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24条審判活用など。

- ・ 改正要綱: 精神病患者差別意思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 (マ27-平5)。
- ・ 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

- ・ 最判昭27年2月19日民集6巻2号110頁 (踏んだり蹴ったり事件): **消極的破綻主義**

← 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)

- ・ 家百13 = マ28 - 昭62: **3要件**を示して信義則上請求を肯定できる場合を容認

- 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頁と最判平2年11月8日家月43巻3号72頁)、②は絶対でない(マ29-平6)、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当事者の離婚請求は棄却）を追加

【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、但し婚姻障害は残る。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つての消滅、財産分与（768条）、子をめぐる諸問題の派生

Q49 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）

判例 ①家百15=マ20-昭53：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

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

②家百16=マ19-昭46：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き対立。

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）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、批判がある（後述。補償説参照）

- ・清算の性格については学説に争いがあり統一しない。
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

- ・根拠については明確でない（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→乙類審判（家審9条乙類5号）。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、**家百14-平9**：別居中の養育費（監護費用）支払の付帯申立ても可能だが、離婚訴訟が取り下げられると付帯申立ても消滅・却下（**マ23-平6**：請求放棄）。

- ・非訟事件性。当事者の申立てに縛られず不利益変更禁止原則は適用されない（最判平成2年7月20日民集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

- ・最判昭55年7月11日民集34巻4号628頁：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

- ・不相当な仮装のもののみ対象（**家百17=マ21-昭58**）。

最判平12年3月9日民集54巻3号1013頁：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

(3) 税法上の処遇

- ・過大な部分は受領者に**贈与税**（それ以外は贈与税は非課税）。
- ・共有物分割でも受領者に**不動産取得税**（最判昭53年4月11日民集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。最判昭50年5月27日民集29巻5号641頁）。学説の批判が強い。最判平成元年9月14日家月41巻11号75頁：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
- ・副田隆重＝棚村政行＝松倉耕作『新・民法学5 家族法』59頁以下（統計数値）
- ・『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〕