

【判例研究】

法律上の父に対するの監護費用分担請求と権利濫用
——最判平成23年3月18日家月63巻9号58頁・判タ
1347号95頁・判時2115号55頁——

足 立 清 人

判例研究

法律上の父に対するの監護費用分担請求と権利濫用

——最判平成23年3月18日家月63巻9号58頁・判タ1347号95頁・判時2115号55頁——

足立清人

目次

1. 本判決の意義
2. 最判平成23年3月18日家月63巻9号58頁
3. 関連裁判例
4. 本件の監護費用分担請求の権利濫用について
5. まとめ

1. 本判決の意義

本件は、離婚訴訟の過程で、子の一人に自然的血縁関係がないことが判明して、その子につき、妻から夫に対してなされた監護費用分担請求が権利濫用にあたりと判示されたケースである。本件には、離婚にともなう損害賠償額(慰謝料)の問題、婚姻関係が破綻したと認められる時期の問題、自然的血縁関係がない子がいる場合の監護費用(養育費)の支払いの問題などの論点が存在する。本稿では、自然的血縁関係のある子とそうでない子の養育費の問題—法律上の父子関係は認められているが、自然血縁上の父子関係がない子の監護費用分担請求が、権利濫用にあたるか否かという問題について検討を進める。

2. 最判平成23年3月18日家月63巻9号58頁・判タ1347号95頁・判時2115号55頁¹⁾

最高裁判決は、第一審・控訴審の判決を是認できない、とした。まず、事実関係を確認

して、それぞれの審級の判旨を掲げたくうえで、若干の解説を付す。

【事実】(離婚等請求事件・同反訴事件)

X(昭和37年▲月△日生)とY(昭和36年▲月△日生)とは、平成3年1月17日に婚姻の届出をした夫婦である。Xは医師であり、Yは絵画講師をしていた。Yは、平成8年▲月▲日にXの子である長男Bを、平成11年4月8日にXの子である三男Cをそれぞれ出産したが、その間の平成9年8月10日ころ、X以外の男性と性的関係を持ち、平成10年4月22日に二男Aを出産した。二男AとXとの間には、自然的血縁関係がなく、Yは、遅くとも同年6月頃までにそのことを知ったが、それをXに告げなかった。

Xは、平成9年頃から、Yに通帳やキャッシュカードを預け、その口座から生活費を支出することを許容しており、平成11年頃、一定額の生活費をYに交付するようになった後も、Yの要求に応じて、平成12年1月頃から平成15年末まで、ほぼ毎月150万円程度の生活費をYに交付してきた。

XとYとの婚姻関係は、XがY以外の女性と性的関係を持ったことなどから、平成16年1月末頃破綻した。その後、Xに対して、Yに婚姻費用として月額55万円を支払うよう命ずる判決がなされ、同審判は確定した。

Xは、平成17年4月に初めて、二男Aとの間には自然的血縁関係がないことを知った。

Xは、同年7月頃、二男Aとの間の親子関係不存在確認の訴等を提起したが、同訴えを却下する判決が言い渡され、同判決は確定した。

Xは、離婚調停不成立後の平成17年9月28日に、本訴としてYに対して離婚等を請求した。これに対して、Yは平成19年10月26日に、反訴としてXに対して離婚等を請求するとともに、長男B、二男Aおよび三男Cの養育費として、判決確定の日の翌日から、長男B、二男Aおよび三男Cがそれぞれ成年に達する日の属する月まで、1人当たり月額20万円の支払を求める旨の監護費用の分担を求めた。Xは、二男Aとの間には自然的血縁関係がないから、Xには監護費用を分担する義務はないと主張している。

【判旨】

[第一審判決 東京家判平成20年5月12日]
(一部認容、一部棄却)

第一審では、夫Xが、妻Yに対して、民法770条1項1号および5号所定の離婚原因の存在を理由とする離婚を求め、併せて、未成年子の親権者の指定および財産分与を求め、かつ、離婚に伴う慰謝料の支払いを求めた。他方、妻Yが反訴で、夫Xに対して、民法770条1項1号、2号および5号所定の離婚原因の存在を理由とする離婚を求め、併せて、未成年子の親権者の指定、養育費の支払い、財産分与および年金分割を求め、かつ、離婚に伴う慰謝料の支払いを求めた事件である。

第一審は、XYの婚姻が破綻に至った経緯を詳細に認定して、離婚原因および離婚に伴う慰謝料については、「XとYは、婚姻後まもなくから生活の本拠は原告が〔甲〕、被告が〔乙〕にあったとはいえ、基本的に別居状態にあったこと、XとYとの婚姻関係は必ずしも円満なものではなく、夫婦げんかの際にYがXに暴力を振るったり、Xの親族に関して配慮のない発言をしたりしてきたこと、他

方、その間でも、XとYは互いに行き来し、子をもうけ、子らを交えて定期的に会っていたこと、Xは〔D〕との不貞行為に及んだがその終了後も、頻度は減っていたもののYや子らとの交渉はあったこと、したがって、Xと〔E〕が不貞関係になった平成15年12月ころには婚姻関係は破たんに近い状況であったが未だ完全には破たんしておらず、しかし、その後、XがYとの連絡を絶つようになり、会わなくなって接触を拒み、平成16年1月末ころに離婚調停を申し立てたことから、このころに破たんしたものと認められる。

したがって、XとY間には婚姻を継続し難い重大な事由(民法770条1項5号)が存在するといえるから、X及びYの離婚請求は、いずれも理由があるといえる。

…そして、Xは、Yとの夫婦関係が円滑でなく不満があったとしても、〔D〕及び〔E〕と不貞行為に及んだこと自体はやはり正当化されるものではなく、XY間の婚姻関係が破たんした直接の原因は、Xの不貞行為及びその後の一方的な離婚の申入れにあるといわざるを得ず、婚姻関係破たんについてはXに相応の責任があるというべきである。

他方、XがAは実子ではないことを知らず、そのことでYと諍いになることがなかったために、それが原因でXY間の婚姻関係が破たんしたとはいえないものの、Yは平成9年8月ころに不貞行為に及び、その結果生まれたAをXに養育させ続けたのであって、その責任は重く、到底看過できない。

結局、本件の一連の経緯に照らせば、Xが現在に至るまで〔E〕との関係を継続していることやYの絵画教室の生徒らに電話しAの実父についての情報を得ようとした行動なども併せ考慮しても、XとYが最終的に離婚せざるをえなくなったことにつき、XとYのいずれか一方に他方を上回る責任があるとまではいうことができない」として、XY双方の慰謝料請求については、いずれも理由がな

い、とした。

子の親権者と養育費については、3人の子の親権者がYであるとし、養育費は「Xは平成19年の年収が3655万5000円（確定申告書の『課税される所得金額』35,035,000+『扶養控除』1,140,000+『基礎控除』380,000）であること、Xは後記のとおり財産分与において離婚後も高額な住宅ローンの支払を継続することになること、他方、Yは現在無収入であるが、絵画講師としての経歴からすれば潜在的稼働能力を考慮すべきであり、年収約116万円程度（平成18年度賃金センサス第13表の女性労働者産業計〔45歳から49歳〕参照）が見込まれるとすべきであること、XY間の婚姻費用分担事件につき、Xの住宅ローン負担の特別経費等をも考慮した上で月額55万円と定められたこと、3人の子の年齢はいずれも14歳以下であることなどが認められ、これらの事実、養育費支払義務者の収入が標準的な算定表（判例タイムズ1111号養育費・婚姻費用算定表）の上限を超える場合、そもそも養育費の性格からすれば、基本的には同表の上限額を上限とすることで足りるのではないかとも考えられることなどを総合考慮すると、Xに対し、3人の子がそれぞれ成年に達するまで、1人当たり毎月16万円を負担させることとするのが相当である」として、3人の子それぞれについて、特にXの実子とは認められていないAに対しても、同額の養育費を支払うよう命じた。

財産分与については、XYの財産を検討のうえ、「結果的に、Yだけが約1270万円の積極財産を得ることになる（…）が、YはXに比べて経済的に弱い立場にあることなどにかんがみ、XY間の公平を失するとまでは解されない」とした。

年金分割については、「離婚時の年金分割の制度は、被扶養配偶者を有する被保険者が負担した保険料については、当該被扶養配偶者が共同して負担したものであるとの基本的

認識の下に、年金計算の基礎となる保険料納付記録を分割するものであって、請求すべき按分割合は原則として2分の1とするのが相当と解されるところ、本件において、特に例外的な按分割合の定めをすべき事情があるとまでは認められず、Yの請求すべき按分割合は、0.5と定めるのが相当である。これに反するXの主張は認められない」として、年金分割については、Xの主張を容れず、0.5と認めた。

第一審は、Xの実子でない子Aの監護費用についても、Xが、それ以外の子B、Cと同額の養育費を支払うよう命じた。

[控訴審判決 東京高判平成20年11月6日]

(原判決一部変更、一部請求棄却、一部請求認容)

控訴審は、「〔1〕X（原告）とY（被告）との間には婚姻を継続し難い重大な事由（民法770条1項5号）がある、〔2〕3人の子らの親権者はYと定め、XはYに対し、3人の子の養育費として、それぞれの子が成年に達する日の属する月まで、月額14万円の支払を命じるのが相当であり、〔3〕Xの慰謝料請求につき、Yに対して100万円及びこれに対する平成17年10月7日から支払済みまで年5分の割合による金員の支払を求める限度で理由があるが、その余は理由がなく、〔4〕Yの離婚に伴う慰謝料請求につき、Xに対して100万円及びこれに対する本判決確定の日の翌日から支払済みまで年5分の割合による金員の支払を求める限度で理由があるが、その余は理由がなく、〔5〕財産分与として、原判決別紙物件目録1ないし4記載の各不動産のYの共有持分につきXへの持分全部移転登記手続を命じるとともに、同目録6記載の不動産のXの共有持分につきYへの持分全部移転登記手続を命じ、〔6〕年金分割についての請求すべき按分割合を0.5と定めるのが相当であると判断する」として、第一審と比べると

減額したが、XにAについても、それ以外の子と同額の養育費の支払いを認めた。

他方で、離婚に伴う慰謝料請求について、控訴審は、第一審の事実認定から、「XとYとの間には婚姻を継続し難い重大な事由(民法770条1項5号)が存在するといえる」とする。「Xは、Yとの婚姻生活が当初から必ずしも円満でなく、これに不満を抱いたにせよ、〔D〕および〔E〕と不貞行為に及んだこと自体が正当化されるものではなく、XとYとの間の婚姻関係が破たんした直接の原因は、Xの度重なる不貞行為及びそれを契機とするXの一方的な離婚の申入れにあるといわざるを得ず、Xは上記の婚姻関係破たんについて第1次的な責任があるというべきである。他方で、Yは、夫婦喧嘩の際にXに暴行行為に及んだり、暴言を吐いたりすることがあったことは引用に係る原判決の認定のとおりである。

以上の事実を総合すると、本件婚姻関係が破たんに至った責任の一端はYにあるものの、なおその主要な責任はXにあるというべきであり、XはYに対し本件離婚に伴ってYが被った精神的苦痛を賠償する義務を負うというべきところ、上記破たんに至った時期においては、Xにおいて二男Aが同人の子でないことを知らなかったものであるが、客観的には、Yの不貞行為により二男Aが出生し、Yは程なくして同児がXの子でないことを知ったものの、それをXに告げることなくXの子として養育をさせてきたものであり、それは、Yにおいて上記事実をXに告げることが心情的に困難であったとしても夫婦間の信頼関係とは相容れない背信行為であったといわざるをえないことなど、本件婚姻関係が破綻に至る経過その他本件に現れた一切の事情を勘案すると、上記慰謝料は100万円をもって相当と認める。

よって、YのXに対する離婚に伴う慰謝料請求は、Xに対して100万円およびこれに対

する遅延損害金の支払を求める限度で理由があるが、Xの離婚に伴う慰謝料請求は理由がない」として、第1審は、X Y双方の慰謝料請求を認めなかったが、控訴審は、Xの婦責性を大と考えて、YのXに対しての離婚に伴う慰謝料請求を認めた。

Xは、離婚に伴う慰謝料請求(この点、原判決は理由がないとする)とは別に、高額な婚姻費用の支払いを要求されたこと、Yから暴言・暴力を受けたこと、子1人が実子ではないにもかかわらず、親子関係を争う機会を奪われたことを事後に知ったことにより、Xが被った精神的苦痛に対する慰謝料の支払いを請求する。この点について、控訴審は、「婚姻関係にある夫婦は相互に同居・協力・扶助義務を負い、婚姻共同生活の維持のために双方が努力し、一定の範囲で相手方を受容すべき義務を負うというべきであるから、夫婦間の諍いなど夫婦の一方の他方に対する行為が直ちに不法行為を構成するとは解されない上、上記…の各行為は離婚に伴う慰謝料の判断事由として考慮すれば足りるものであり、独自の不法行為を構成するほどのものではないというべきである。

これに対し、…親子関係を争う機会の喪失に関する行為は、やや範疇を異にするものであり、前記認定事実によれば、Yは、平成9年8月ころ不貞行為に及び、その結果生まれた二男Aが、その出生後2ヶ月程を経た平成10年6月ころまでには、Xの子でないことを知ったものの、それ以降もXの子でないことをXに告げず、Xをして同児の養育の負担を負わせ、さらにはXをして、同児との親子関係を争う機会を失わしめたというのであるから、これらの行為はXに対する不法行為を構成し²、YはXに対し、その被った精神的苦痛に対する慰謝料を賠償する義務を負うものというべきところ、Yにおいて、二男Aを懐妊した当時に同児が婚外子であることを認識していたものとは認め難く(乙35、Y本人

(原審)、同児がXの子でない事実が判明した後、今後の家族関係や二男Aの将来に思いを致すとそのことを告げることが情形的に躊躇され、結局Xに上記事実を打ち明けることができなかつたものと推認されることや、X自体も不貞行為を行っていることなど、本件記録上認められる一切の事情を勘案すれば、上記不法行為に対する上記慰謝料の額は100万円をもって相当と認める」として、Aが婚外子であることをYが隠して、XがAの親子関係を争う機会を逸した点については、不法行為として認め、XのYに対するの慰謝料請求を認めた。

また、Aの養育費について、「…Xは、XとAとの間には、法的親子関係が存在することは否定できないにせよ、生物学的な血縁関係は存在せず、この養育の負担を課す自然的・道義的基礎を欠くから、血縁関係がある子と同様の養育費の支払義務を課すことは相当でないなどと主張するが、法的な親子関係にある子に対して生物学的な血縁関係の有無により養育費の支払い義務等に差異があるとは認め難いから、Xの…主張は採用」できず、「養育費については、Xに対し、3人の子がそれぞれ成年に達する日の属する月まで、毎月末日限り、1人当たり月額14万円を負担させることが相当である」として、控訴審も、血縁関係のないAの養育費についても、それ以外の子と同額の養育費が必要であると認めた。

[最高裁判決] (一部破棄自判、一部却下、一部棄却)

最高裁は、XとYとが離婚し、子B、AおよびCの親権者をいずれもYと定めるべきものとしたうえで、Aの監護費用について、XとAとの間には、法律上の親子関係がある以上、Xはその監護費用を分担する義務を負い、その分担額については、BおよびCと同額である月額14万円と定めるのが相当である、と

した原審の判断が是認できない、とする。その理由は、「(1) …事実関係によれば、Yは、Xと婚姻関係にあったにもかかわらず、X以外の男性と性的関係を持ち、その結果、二男Aを出産したというのである。しかも、Yは、それから約2ヶ月以内に二男AとXとの間に自然的血縁関係がないことを知ったにもかかわらず、そのことをXに告げず、Xがこれを知ったのは二男Aの出産から約7年後のことであった。そのため、Xは、二男Aにつき、民法777条所定の出訴期間内に嫡出否認の訴を提起することができず、そのことを知った後に提起した親子関係不存在確認の訴は却下され、もはやXが二男Aとの親子関係を否定する法的手段は残されていない。

他方、Xは、Yに通帳等を預けてその口座から生活費を支出することを許容し、その後も、婚姻関係が破綻する前の約4年間、Yに対し月額150万円程度の相当に高額な生活費を交付することにより、二男Aを含む家族の生活費を負担しており、婚姻関係破綻後においても、Xに対して、月額55万円をYに支払うよう命ずる審判が確定している。このように、Xはこれまでに二男Aの養育・監護のための費用を十分に分担してきており、Xが二男Aとの親子関係を否定することができなくなった上記の経緯に照らせば、Xに離婚後も監護費用を分担させることは、過大な負担を課するものというべきである。

さらに、YはXとの離婚に伴い、相当多額の財産分与を受けることになるのであって、離婚後の二男Aの監護費用を専らYにおいて分担することができないような事情はうかがわれぬ。そうすると、上記の監護費用を専らYに分担させたとしても、子の福祉に反するとはいえない。

(2) 以上の事情を総合考慮すると、YがXに対し離婚後の二男Aの監護費用の分担を求めることは、監護費用の分担につき判断するに当たっては子の福祉に十分配慮すべきで

あることを考慮してもなお、権利の濫用に当たるといふべきである。これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。…以上によれば、原判決中、二男Aの監護費用の分担に関する部分は破棄を免れ」ないとして、Xが二男Aの監護費用を負担することを斥けた。

【解説】

本件では、Xと二男Aの間に自然血縁上の父子関係がないことが既に判決で確定している。Aは、Yの不貞行為の結果（もっとも、Yは不貞の事実を否定している）、生まれた子であり、出生後しばらくして、YはAがXの実子でないことを知ったが、Yはその事実を告げなかった。XY間の婚姻が破綻した後、XはAとの間に自然的血縁関係がないことを知り、平成17年7月頃、親子関係不存在確認の訴を提起したが、訴え却下の判決が言い渡され、同判決は確定した（XA間の法律上の親子関係の確定）。

XはYに対して離婚等を請求し、Yは反訴として離婚等を請求するとともに、子B、A、Cの養育費として監護費用の分担を求めた。これに対して、Xは、Aの間には自然的血縁関係がないことから、監護費用を分担する義務はないと主張した。

最高裁は、YがXに対して、血縁関係のないAの監護のために監護費用分担請求をすることが権利濫用に当たる、とした。その理由は、(1) まず、Yが、Aに自然的血縁関係がないことを知りつつ、それをXに告げなかったため、Xは777条の嫡出否認の訴えを提起する機会を奪われ、親子関係不存在確認訴訟も却下され、「もはやXがAとの〔法的〕親子関係を否定する法的手段は残されていない」ことが挙げられる（自然的血縁関係の重視）。(2) 次いで、婚姻関係破綻前から、XはYに対して高額な生活費を交付しており、破綻後も月55万円をYに支払うよう命ずる審判が

確定している。このことから、Xは、Aの養育・監護のために十分な費用を負担してきたという事実と、XがAとの法律上の親子関係を否定できない経緯（法律上の親子関係を否定することができれば、XはAの監護・養育費を支払う必要がない。その法的手段を奪われた以上、Xは、Aに対しての監護費用を支払う負担を追い続けなければならない）を勘案するに、Xが離婚後もAの監護費用を分担することは、Xに過大な負担を課すものであるとする。(3) また、離婚の結果、Yは多額の財産分与を受けることから、YがAの監護費用を分担することができないという事情は見当たらず、Xの監護費用分担義務を否定し、Yにその費用を持たせたところで、子の福祉に反することはない、と認定する。その結果、「監護費用の分担につき判断するに当たっては子の福祉に十分配慮すべきであることを考慮してもなお」、YがXにAの監護費用の分担を求めることは権利の濫用に当たるとして、最高裁は、Yの監護費用分担請求を破棄した。

他方で、1審、控訴審ともに、XとAとの間に自然的血縁関係はないと言えども、親子関係不存在確認の訴は却下されており、法律上の親子関係は存在するから、「法的な親子関係にある子に対して生物学的な血縁関係の有無により養育費の支払い義務等に差異があるとは認め難い」（控訴審）ことから、Xは、Aについて、他の子BCと同額の養育費を支払うことを命じた。

3. 関連裁判例

子から親に対する扶養請求について³、親が離婚している場合には、監護者が非監護者に対して、子の監護に関する処分として、監護費用（養育費、養育料）を分担請求することができる（766条1項）⁴。もちろん、子自身が請求することもできる（877条）⁵が、子

が未成年の場合、法定代理人が代わって請求することになる。

本件は、有責配偶者から監護費用分担請求がなされたケースだが、監護費用分担義務の成否またはその額の算定にあたって有責性が考慮されるかについては、本判決の評釈は、配偶者の有責性の問題と子の養育の問題は別問題であるから、有責性の考慮は認められない、と本判決の立場に批判的である⁶。有責性は、配偶者の不法行為責任または財産分与にあたって考慮すべきとするのである。

実務においては、有責配偶者からの婚姻費用分担請求⁷については、その有責性が婚姻費用分担の減額や免除事由となることが認められるが⁸、子の養育費については影響しない⁹。

離婚後の子の監護費用請求について、本判決と同様に、権利の濫用に当たるとされたケースに、札幌家審平成10年9月14日家月51巻3号194頁¹⁰がある。

【事実】 (子の監護に関する処分 (養育費) 申立事件)

Xは、昭和63年3月15日、Yと婚姻し、平成元年5月4日、Aをもうけたが、Yと同人弟との間の遺産相続をめぐるトラブルが発端となって、平成7年1月20日協議離婚し、XがAの親権者となった。YはXに対し、遺産相続で得た約1000万円のうち900万円をXおよびAの今後の生活保障の趣旨で支払い、Xは、このうち700万円をこれまでのX自身の借金の返済に充て、残りは引越費用や再婚相手Bの借金の返済に充てた。

Xは、平成7年10月22日、Bと再婚し、同年11月10日、AはBの養子となった。しかし、XはYに対して、Bとの再婚や養子縁組の事実を知らせなかった。

Aは、平成8年4月、小学校に入学したが、Bは、Aの養育をXに任せきりだったため、Xは、Aの入学費用の不足分等をサラ金から

借金するようになった。しかし、Xは、サラ金の返済に行き詰まり、また離婚後飛び飛びながらYから支払われていた数万円のAの養育費も途絶えたことから、返済のためにサラ金からさらに借金するという自転車操業の状態となり、同年10月18日、Aを連れて実家に戻った。この際、Yは、引越費用として約50万円をXの実家に渡し、毎月数万円をXに手渡ししていた。その後、YがXに対し、このまま実家で生活するのであれば引き続き面倒を見る旨、話したところ、Xはこれを断り、再婚の事実を告げた。

Xは、平成8年12月22日、Aを連れてBの元に戻り、以降、Yとの接触や養育費の送金は途絶え、借金の返済で生活が苦しくなり、アパートの家賃も滞納がちとなり、平成9年7月14日、本件申立てに及んだ。

Xは、平成9年10月24日、Bと協議離婚し、同日BはAと協議離婚した。そして、Xは、Aを連れて実家に戻り、その際、Yから家賃滞納分として約40万円の支払いを受けた。

その後、YはXの実家に対して、養育費として月額5万円、生活費として3万円の合計8万円を渡していたが、Xは、直接これを受け取ることができず、また将来的な養育費の支払いについても、Yと思うような取り決めができず、平成10年3月下旬頃、Bの元に戻り、平成10年4月7日、Bと再婚し、同日AはBの養子となった。

なお、Xは、平成9年12月末頃、札幌簡易裁判所の民事調停で借金全体を整理し、月額6万8000円ずつ返済することで債権者たちと合意している。

【判旨】 (却下)

裁判所は、X、BおよびYの経済状況を調査した上で、「X及びBの基礎収入は、生活保護法による最低生活費を約4万円下回っており、X及びBはAに対し十分な扶養義務を履行することができない状況にあると一応言

うことができる。

しかしながら、前記認定事実によれば、Xが本件申立てに及んだのは、専らXの都合で抱えてしまった多額の借金の返済による生活の困窮が理由であることは明らかであるところ、Xは、相手方から受け取った900万円もの離婚給付金を借金返済のためなどに短期間で費消したばかりか、離婚後もYから何度となくまとまった金員の支払を受けては未払家賃などの支払に充てていること、本件申立ての後のXの行動は、ひとえにより高額の養育費を得るための行動であり、そのためにAに転居、転校を強いるなど、親権者として真にAのことを考えて行動しているとは到底考えられないこと、加えて、Xは、家庭裁判所調査官による養育費試算の調査の過程で、前記のとおり、離婚、再婚、転居など生活状況をめまぐるしく変動させ、かつ、そのことを家庭裁判所に知らせなかったことによって調査を長期化させたことが認められる。また、前記のとおり、X及びBの基礎収入は最低生活費を下回っているけれども、前記認定事実を照らせば、X及びBには未成年者を扶養すべきなお一層の自助努力が求められて然るべきである。

以上の諸事情を総合考慮すれば、Xの本件申立ては、Xが抱えている借金の返済による生活の困窮から免れるため、Xの養育費請求という形式をとってYに自己の借金の一部を肩代わりしてもらうことを求めているに等しく、信義則に反し、権利の濫用であると認めるのが相当である」として、本件申立てを却下した。

【解説】

本件の子Aは、判決文を見る限り、XYと自然的血縁関係のある子である。Xの借金は、離婚前はその原因が何か分からないが、離婚後については、Aの学費等によるものである¹¹。XはBと再婚し、BはAと養子縁組をしてい

ることからも、BがAの監護・扶養について一次的に義務・責任を負うべきだが、Bには、その経済的余裕も意思もないようにみえる。家庭裁判所は、XBの基礎収入が生活保護法による最低生活費を下回るものであり、XBがAに対して十分な扶養義務を負えないことを認めている。したがって、Aの監護費用については、二次的にYが負担すべきである¹²。しかし、家庭裁判所は、Xの監護費用請求の意図、XのA養育の現状（転校の強制、離婚・再婚・転居の繰り返し）や、家庭裁判所による養育費調査への消極的な態度など、Xのいわば身勝手な態度から、Aの養育について、XBは一層の自助努力をすべきであるとして、Xの監護費用請求を、信義則に反し、権利濫用にあたる、とした。家庭裁判所は、X(B)の行状から、懲罰的に監護費用請求を却下したようである。権利濫用の判断にあたって、もっぱらX(B)の主観的事情や生活態度を考慮したのだろう。確かに、Xが養育費調査に非協力的な態度をとったり、親権者として不適切な行動をとったなど、裁判所の決定も分からぬではないが、監護費用請求は、名目上は、XBの生活のための費用ではなく、（確かにXBの手許に渡ったら、どう使われるかは分からないが、）子の監護のために必要な費用である。子の福祉を考えるのであれば、XBのだらしなさを理由に、それを否定すべきではなかっただろう。

平成23年最高裁判決は、妻への離婚前の婚姻費用供与や離婚時の財産分与、そして夫側の経済的負担等の客観的事情、妻の不貞行為（有責性）や、夫が子との法律上の親子関係を切断する機会を奪われたことを斟酌事由に、監護費用分担請求が権利濫用に当たると判断した。他方、平成10年札幌家裁審判は、妻側の主観的事情や生活態度を懲罰的に評価して、監護費用請求が権利濫用に当たるとした。平成23年判決では、父子間に法律上の親子関係は認められているが、自然的血縁関係はない。

他方、平成10年審判では、父子間に自然的血縁関係が存在し、法律上の親子関係も存在する。いずれの判決も、子の福祉にとって、妥当でない判決であると考えられるが、母側の行状を懲罰的に評価して、監護費用請求を斥けた平成10年審判の方が、母側の経済的事情も考えるに、子の福祉への影響は甚大である。その後の状況は過酷となるだろう¹³。子の福祉を考えるのであれば、権利濫用を認めるべきではなかった。

また、監護費用分担請求の権利濫用が争われた事件ではないが、離婚手続きの過程で法律上の親子関係が否定された結果、過去に支払った監護費用を不当利得として返還請求できるかが争われた裁判例が存在する。その判断は、肯定と否定とに分かれている。

まず、奈良地判平成19年6月15日LEX/DB25400318；大阪高判平成20年2月28日LEX/DB15400319（奈良地判の控訴審）¹⁴では、夫が、自然的血縁関係のない子に支払った養育費について、親子関係がないことが判明した後で、妻に不当利得の返還を請求した。第一審・控訴審ともに、父子間に法律上の親子関係がないことから、父は子の養育費を負担する義務を負っていないとして、妻の不当利得を認めた。

【事実】（損害賠償請求事件）

XとY1は、平成11年5月25日に婚姻届を提出した。Y1は、平成11年6月頃、Y2と性交渉をもって妊娠し、平成12年〇月〇日、Aを出産した。Xは、Aが自分の子であると思って、AをXY1の長女として届け出て、戸籍に記載した。Y2は、遅くとも平成11年7月頃には、Y1から同人が婚姻していること、および妊娠していることを聴いていた。Y1とY2は、その後も平成16年9月頃まで、月1回程度男女関係を継続しており、Y1は、そのことをXに秘密にし続けていた。

Y1の妊娠中、平成12年2月初旬、Xの両親が、子どもが生まれた後は、実家で同居することを提案したが、Y1がそれに反発したことから、夫婦仲が悪くなり、XとY1は、平成12年7月中旬、別居した。Xは、平成12年8月8日、Y1を相手方とする離婚調停を奈良家庭裁判所葛城支部に申し立てたが、平成13年9月10日、不成立となった。Y1は、平成13年2月15日、Xを相手方とする婚姻費用分担の調停を奈良家庭裁判所葛城支部に申し立て、同年11月14日、Xに対し、平成13年11月以降、離婚または別居状態の解消に至るまで、7月および12月を除く毎月末日限り7万5000円、7月末日限り19万5000円、12月末日限り19万5000円の支払いを命ずる審判がなされた。Xは、これに従って、平成13年12月から平成17年2月までの間、Y1に対して、婚姻費用として合計376万5000円、別居開始翌月からの家賃として、553万9000円を支払った。その間、Y2は、平成14年頃、自分の妻を相手方として離婚調停を申し立て、調停中に妻と別居し、Y1のマンションで同人と2ヶ月ほど同棲生活をしていた。

Xは、平成16年10月27日、Y1を相手方とする離婚調停を奈良家庭裁判所葛城支部に申し立て、平成17年2月21日、XとY1は調停離婚した。この際、Xは、Y1が不貞していると主張しなかった。そうして、Aの親権者をY1とする、Xは、Y1に対し、Aの養育費として、同人が満20歳に達する月まで、毎月10万円（6月と12月に各15万円を加算）を支払う、などを内容とする調停が成立した。Xは、この調停に従って、平成17年3月から同年11月までの間、Y1に対して、Aの養育費として合計105万円を支払った。

Xは、Aの養育費として支払う額が相当多額であったことや、Y1との性交渉の際にはほとんど避妊していたことから、Aが自分の子であることを確認したいと考え、平成17年8月3日頃、XとAとの親子関係不存在確認

の調停を奈良家庭裁判所葛城支部に申し立てた。私的DNA鑑定が実施され、Y2とAとの間に生物学的な父子関係が存在すると極めて強く推定できる旨の鑑定結果が出た。平成18年2月6日の調停期日において、XとA間に親子関係が存在しないことにつき、当事者間で合意に達し、同月21日、その合意に相当する審判がなされ、同審判は、同年3月9日確定した。Xは、Y1のために、これまで、Aの養育費、別居開始翌月からの家賃、婚姻費用分担金、結納金等として、合計1819万9369円を支出した。

こうしてXは、妻であったY1がXとの婚姻中にY2と不貞関係を持ち、Y2の子を妊娠、出産し、さらに、Xの申し立てた離婚調停において、不貞の事実を隠して争い、同調停を不成立にさせる一方、婚姻費用分担の調停を申し立てて、Xが多額の婚姻費用を支払うとの調停を成立させ、その後、Xが再度申し立てた離婚調停においては、多額の養育費の支払い等を条件に離婚調停を成立させるなどし、よって、Xに多大の精神的苦痛を与えたとして、Y1に対しては、不法行為に基づく慰謝料1000万円、Y1の不貞行為等により支出を余儀なくされた1819万9369円の不当利得等、弁護士費用270万円およびこれらに対する訴状送達日の翌日からの遅延損害金の支払いを求め、Y2に対しては、Y1がXと婚姻している事実を知らながら、男女関係を継続してY1に子を生まれ、XとY1間の嫡出子として届けさせるなどして、婚姻関係を破綻させたと主張し、不法行為に基づく損害賠償として、慰謝料500万円、弁護士費用50万円およびこれらに対する訴状送達日の翌日からの遅延損害金の支払いを求めた。

【判旨】

[第1審判決 奈良地判平成19年6月15日]
(一部認容、一部棄却)

第1審は、Y1の不法行為責任について、

「Y1は、…Xと婚姻後間もなく、Xに対する貞操義務に反し、Y2と男女関係を持つに至ったのであって、これがXに対する不法行為を構成することは明らかである。そして、Y1は、Y2との関係を、その後5年以上にわたってXに秘したまま継続し、Xとの別居中にはY1と一時同棲生活もしていたのであって、これらの事実を鑑みれば、Y1の前記不法行為によりXが被った精神的損害は、相当大きいといわざるを得ない」として、Y1の不法行為責任を認めた。

Y1の不当利得返還義務について、養育費に関しては、「Xが、平成17年3月から同年11月までの間、Y1に対し、…Aの養育費として合計105万円を支払ったことは当事者間に争いがなく、XとAとの間に親子関係のないことは、…既に審判で確定している。そうすると、Xは、Aの養育費を負担する義務を負っていなかったものであり、XがY1に支払った上記養育費はY1の不当利得になるというべきである。

なお、Xは、Y1が当初からAがY2との間の子であることを知っていたことを理由に、悪意の受益者であると主張するが、上記事実を認めるに足りる証拠はなく、Y1は善意の受益者に過ぎないというべきである。

また、Y1は、その受け取った養育費をAの養育のために費消しており、返還すべき現存利益は存在しないと主張するが、Y1は、上記養育費の費消によって、他の財産の費消を免れたとみることができ、なお利益は現存していると解するのが相当である。よって、この点に関するY1の主張は採用しない」として、XがAの養育費をY1に支払ったことについて、XA間に親子関係が存在しないことが審判で確定していることから、Y1の不当利得となるとして、Xの不当利得返還請求を認めた。他方で、婚姻費用分担金に関しては、Y1は信義則上、婚姻費用分担金の返還義務を負うとはいえないとして、Xの不当

利得返還請求を認めなかった。

なお、第1審は、Y2の不法行為責任についても認めた。

[控訴審判決 大阪高判平成20年2月28日]
(原判決変更)

第1審は、XのY1に対するの婚姻費用分担金が、Y1の不当利得に当たるとしたXの主張を認めなかったが、控訴審はこれを認めた。すなわち、「〔1〕Xは、Y1の夫としての責任を負う趣旨で、前記家賃を含む婚姻費用分担金を出捐したものであること、〔2〕しかし、Xは、Y1がY2と不貞関係を続け、Aをもうけた事実を知っていれば、上記の出捐をするはずがないこと、〔3〕Y1は、上記事実の当事者として真実を知り尽くしていたばかりか、〔4〕Xに上記事実を告知してしまえば、Xが上記出捐をしないことがわかっていたので、Xが気付いてないのをよいことに、上記事実について沈黙していたこと、がそれぞれ推認できる。

これらの事情を総合すれば、Xが、真実を知らないために、配偶者としての責任を負う趣旨でY1に交付した金銭は、Y1がXに真実を告げさえすれば、交付されるはずがなかったものであり、上記〔1〕ないし〔4〕のような事情の下に支払われた金員は、たとえ審判に基づき支払われたものであるとしても、これをY1において保持することを適法とするのは、著しく社会正義に反し、信義則に悖るものである。したがって、上記支払われた婚姻費用分担金及び前記家賃については、Y1のXに対する不当利得を構成するものと解するほかない（なお、この理は、前記調停証書に基づき支払われた養育費についても同様である）」として、婚姻費用分担金をY1の不当利得として認めて、Xの不当利得返還請求を認めた。

次いで、東京高判平成21年12月21日判時2100

号43頁・判タ1365号223頁¹⁵では、自然的血縁関係のない子の養育のために20年間支払われた費用が、離婚手続の過程で自然的親子関係がないことが判明した後で、妻の不当利得であるとして、夫がその返還を請求した。控訴審は、養育費の支払いは、XYの婚姻関係の継続中になされたものであるから、法律上の原因に基づいて支払われたものであり、不当利得の観念を入れるものではない。また、そもそも不当利得法理は、公平の理念に基づき、法律上の原因なく生じた利得者と損失者間の均衡を図ろうとするものであることから、これを本件について考察するに、XAの関係は、実子でないことが判明するまで、父と子として良好な親子関係が形成されており、その過程で、Xは父として、経済的負担や親としての苦悩を抱えながらも、その対価として、「A〔子〕が誕生し乳幼児期、児童期、少年から大人への入り口へ育っていく過程に子を愛しみ看護し養育する者として関わりながら、その成長の日々に金銭には代えられない無上の喜びや感動をAから与えられたことは否定でき」るものではないことから考えるに、「XがAに養育費を投じた結果に是正をしなければならない法規範の許容しない違法な不均衡状態があるなどと解することはできない」として、Xからの不当利得返還請求を斥けた。

【事実】(損害賠償等請求控訴事件)

XとYは、昭和51年1月26日、婚姻した。Yは、昭和58年10月8日、Aを出産し、同人はXとの間の長男として出生届がなされた。Yは平成17年、Xに対し、離婚と慰謝料の支払いを求める訴え（東京家庭裁判所平成17年（家ホ）第138号）を提起し、これに対して、Xは、Yに対して、離婚と慰謝料の支払いを求める反訴（東京家庭裁判所平成17年（家ホ）第384号。以下本訴と併せて「前訴」という）を提起した。前訴第一審において、AのDNA鑑定が行われ、平成17年6月24日頃、XとA

の間に生物学的な親子関係は存在しないとの鑑定結果が出た。東京家庭裁判所は、双方の各離婚請求を認めたが、慰謝料請求については、XのYに対する請求についてのみ400万円を認容した。この判決に対して、双方から控訴（東京高等裁判所平成17年（ネ）第5955号、附帯控訴平成18年（ネ）745号）があり、東京高等裁判所は、平成18年5月17日、Yに対してのみ慰謝料600万円およびこれに対する遅延損害金の支払いを命じ（以下「前訴控訴審判決」という）、XとYは、同年6月1日、同判決の確定により裁判離婚となった。

Xが申し立てた親子関係不存在確認申立て事件（同裁判所平成20年（家イ）第5368号）について、平成20年9月22日、XとAとの間に親子関係が存在しないことを確認する旨の審判がなされた。これを受けて、XはYに対して、次の支払を求めた。Xの嫡出子として育ててきたAがXの子ではなく、Yとその不貞相手との間の子であったことについて、不法行為に基づき、慰謝料1500万円およびこれに対する不法行為の後の日である平成17年6月25日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金と、AがXの子ではなかったことについて、XがAの養育費相当額としてYに交付していた金員が法律上の原因のない支出であるとして、不当利得返還請求権に基づき、Aが成人に達するまでの20年間にわたってYに交付した養育費相当額として1800万円の返還およびこれに対するAが出生した日の翌日である昭和58年10月9日から支払済みまで民法704条所定の法定利息の支払いを求めた。

そして、予備的追加的請求として、先の養育費相当額は、Yが真実（AがXの実子でない事実）を隠蔽して支払う必要のない支出をXに強いた詐欺的不法行為であり、上記1800万円はかかる意味での不法行為により被った財産的損害であるとして、それと同額の金員の支払を求めた。

【判旨】（原判決変更）

Xの各請求に対して、原審は、慰謝料請求については本訴事件における慰謝料請求と前訴控訴審判決における慰謝料請求は、訴訟物が同一であり、不当利得返還請求については、権利の濫用として許されないとして、Xの請求をいずれも棄却した。Xは、これを不服として控訴を申し立てた。

Xの慰謝料請求について、「本訴は前訴と実質的には紛争の実体は同一であり、単に既判力に抵触するというにとどまらず、前記認定のとおり、十分な審理を尽くした上で司法判断を経て決着した紛争をあえて蒸し返すものであるといわざるを得ないから、信義則に反して許されないものと解するのが相当である」として、XのYに対する慰謝料請求に関わる部分は不合法とされた。

XとAとの間に親子関係が存在しないことを踏まえて、XがA出生時から同人が20歳になるまでの間にYに対して交付した養育費の返還を求めた不当利得返還請求については、Xが主張する1800万円の養育費の主張立証はなく、「不当利得返還請求権におけるXの損失額及びYの利得額の双方についてこれを具体的に確定することはできないのであるから、まずこの点から上記請求には問題がある。

もっとも、Xが相当額の上記養育費を支出したことは事実であり、これをすべて否定することはできないのであるが、そうであるとしても、かかる養育費相当額を目的とする不当利得返還請求は法規範の要請と相容れないというべきものであり、かかる請求を容認することはできない。すなわち、まず、XがAの養育費を支払ったのはYとの婚姻関係の継続中のことであるところ、法律上Xは、妻であるYと嫡出子の推定を受けるAに対し婚姻費用を負担し（760条）、上記養育費用もその一部として支払われていたのであるから、これはY及びAのいずれとの関係でも法律上の原因に基づいて支払われていたものであり、

ここに不当利得の観念を入れる余地はなく、上記養育費相当額について不当利得にかかわる損失ないし利得を観念することはできない。

また、Xの主張に照らしても、上記費用は専らAの養育に投じられたものというべきであり、したがってYがその利得を得たものではないことは明らかであるから、この点からもYにXが支払った養育費相当損害に対応する利得を得ていることを観念することはできない。

そして、何よりも、不当利得の法理は、公平の理念に基づき、法律上の原因なく生じた利得者と損失者間の均衡を図ろうというものであるが、それは一方が利得し他方がその結果損失を被っている状態を放置しておくことを正当としない状態、すなわち全法秩序が是認しない違法状態とみてこれを是正しようとするものと解される。このような不当利得における違法状態があるかを本件についてみる。取調済みの全証拠及び弁論の全趣旨によれば、XとAの関係は、少なくとも同人が実子でないことが発覚するほぼ成人に達する年齢までは父と息子として良好な親子関係が形成されてきており、その間Xは、実子という点を措いてみても、Aを一人の人間として育て上げたのであり、その過程では経済的費用の負担やその他親としての様々な悩みや苦勞を抱えながらも、これらのいわば対価として、Aが誕生し乳幼児期、児童期、少年から大人への入り口へ育っていく過程に子を愛しみ看護し養育する者として関わりながら、その成長の日々に金銭には代えられない無上の喜びや感動をAから与えられたことは否定できるものではあるまい。また、養育を受けたことにつきAには何らの責任はない。このように見てみると、XがAに養育費を投じた結果に是正をしなければならぬ法規範の許容しない違法な不均衡状態があるなどと解することはできない。

むろん、自らの不貞行為によりもうけた他

人の子をそうとは知らせないままいわば騙してXにわが子として育てさせたYの責任は軽くはないが、これによりXに与えた精神的、財産的損害の回復を図る民事上の法理としては不法行為法理が用意されているのであり、これにより責任を取らせるべきものである。そして、上記不法行為責任については、既に前訴訟審判決により解決済みであり、Xがその内容に不満を残しているとしても、法制度上はこれを蒸し返すことは許されない」として、XのYに対する養育費相当額の不当利得返還請求は理由がないというべきであるとされた。

【解説】

奈良地判平成19年6月15日；大阪高判平成20年2月28日と、東京高判平成21年12月21日ともに、自然的血縁関係の不存在が証明されて、法律上の親子関係が成立しないことが判明した後で、過去に支払われた養育費が、妻の不当利得にあたるとして、夫がその返還を請求したものであるが、前者では、不当利得返還請求が認められ、後者では、それが否定された。いずれのケースも支払われた養育費は、子の養育のために費消されたと認定されており、両ケースの違いは、前者が、養育費の支払期間が1年に満たない短期間であり（同居期間も短かったようだから、親子としての情愛の形成も確実にしていなかった）、後者では、親子関係がないことが判明したのが子が成人した後で、父は子が成人するまで20年間、養育費等を負担しており、親子としての事実、そして情愛が十分に育まれていた、という点にあったと考えられる¹⁶。養育費支払い期間の長さ、親子として生活した事実、その期間の長さ、それによる親子としての情愛の形成の如何が、不当利得返還請求の成否の判断の分かれ目になったのであろうか（平成21年判決をみるに、経済的負担などと、親としての自覚・喜び・感動が対価関係にある

と認定されているところから、そうも考えられよう¹⁷。もっとも、当該ケースについては、親子関係不存在確認の手續きで親子関係が否定された場合に、その効果が生時時に遡るのか否かで、不当利得返還請求が成立するか否かも決まってくる¹⁸。前者の平成19年・20年判決では、遡及効を認めており、後者の平成21年判決の判旨では、一方では、「養育費相当額について不当利得にかかわる損失ないし利得を観念することはできない」として遡及効を否定している反面、判旨後半では、養育費の支払の対価が論じられており、親子関係不存在確認の効果が遡求することを前提としたような議論を展開しているようでもある。当該ケースのような問題が、その解決をどのように収斂させていくかは、議論の深化と、最高裁の判断が待たれるところであろう¹⁹。

過去の監護費用の支払いが不当利得にあたるかについて判示した三つの判決と、平成23年最高裁判決では、前者が、自然的血縁関係の不存在が判明し、法律上の親子関係も否定された後で、過去に支払った監護費用を不当利得として返還請求できるかが問題となり、後者が、自然的血縁関係がなくても法律上の親子関係が存続するとされた場合に、将来の監護費用を請求することができるかが問題となったという点で違いがある。法律上の親子関係がないのであれば、過去に支払った監護費用の返還請求が問題となりうるが（もっとも、親子関係不存在の効果が遡求するか否か、そもそも親子関係不存在確認訴訟を認めることが妥当かどうかとも問題ではある）、法律上の親子関係の存在が認められているのであれば、監護費用の支払いは当然だろう。

4. 本件の監護費用分担請求の権利濫用について

正当な権利の行使といえども、それが権利の濫用と評価されるような場合には、権利行

使は違法となり制限される。その成否は、権利行使による当事者間の利益状況の比較衡量（客観的側面）と権利行使者の主観的事情（害意・主観的要素）から判断される²⁰。本件では、Yが監護費用の分担請求をすることは、XA間に法律上の親子関係が認められることから、正当な権利行使といえる。しかし、その請求が、XからYに対してのそれ以前の生活費の提供や離婚時の財産分与を考慮するに、Xにとって過重な経済的負担となる、という経済的事情（Yには過大な財産分与が行われるのだから、YはAの監護をその財産から行うことができる）が比較衡量された。また、Aが、Yの不貞行為から生まれた子であり、本来であればXはAに対しての扶養義務を負う必要がなく、その不貞行為の当事者であるYから監護費用分担請求がなされたことの道義的非難が、その判断の際に考慮されたのだろう（ここに、裁判所の自然的血縁関係重視の考え方を見て取ることができる²¹）。とはいえ、Yの不貞行為にXに対しての害意は認めることができるかもしれないが²²、監護費用分担請求権の取得・行使自体に、Xに対してのYの害意を認めることはできないのではないかと²³。そうではあっても、最高裁は、子の福祉を考慮しても、Yの監護費用分担請求は権利濫用にあたり認められない、とした。

また、最高裁は、XからYに対しての監護費用分担請求が権利濫用にあたる理由として、XがAとの法律上の親子関係を切断する機会を失ったことを挙げている²⁴。確かに、自然的血縁関係はないが、法律上の親子関係の存在は確定されたのである。法律上の親子関係が認められる以上、子に扶養の権利が認められるのは当然である²⁵。それにもかかわらず、自然的血縁関係がないことが後に判明したからといって、（有責性が認められる母からの申し立てにせよ、）監護費用分担請求が権利濫用で認められない、とされるならば、子の当然の権利が奪われることになる。最高裁が、

権利濫用の理由として、これを掲げること自体、先述のように、裁判所の自然的血縁関係重視の表れであり、最高裁の態度は、民法が定める嫡出推定・嫡出否認制度の趣旨を骨抜きにするものだろう。

法律上の親子関係が認められているにもかかわらず、Aの監護費用のみが権利濫用で認められない、となったときの子の福祉を、最高裁はどう考えるのだろうか。最高裁の判断は、未成熟の子の福祉を踏みにじり、さらに本件では、A以外にも二人の子がいることから、その兄弟姉妹の関係をも破壊する判断である²⁶。多くの論者が言うように、夫婦間の問題と、親子（扶養）の問題とを混同している。

もっとも、Yからの監護費用分担請求が斥けられたと言えども、子自身による877条に基づく扶養請求は可能であろう²⁷。

5. まとめ

本判決は、法律上の親子関係はあることが確定されているが、後に自然的血縁関係がないことが判明した子の監護費用について、母が父に対して、その費用を分担請求することが権利濫用に当たると判断した。本件は、離婚前後に多額の婚姻費用の供与および財産分与がなされたケースであった。最高裁は、それで、血縁関係のない子の監護費用がカバーされると判断したのだろう。したがって、本判決は、本件（本件当事者の属性）に限っての特殊なケースであり、事例判決であると考えられる。

民法は、嫡出推定・嫡出否認の制度（772条以下）を設けることによって、父子関係を早期に安定的に確立して、子の福祉の保護を図ってきた²⁸。嫡出否認の訴えの提訴権者や出訴期間が制限されていることで、民法をそのまま適用すると、結果的に、自然血縁上の父子関係がないことが証明されても、法律上

の父子関係を否定できない場合が生じうる

（民法は、自然的血縁関係と法律上の親子関係が異なることを認めている）。しかし、実際には、真実の実親子関係と戸籍の記載が異なり、実親子関係の存否について争いが生じた場合、親子関係不存在確認請求訴訟が認められ、嫡出推定・嫡出否認制度が骨抜きにされてきた（空洞化）²⁹。もっとも、平成18年7月7日の二つの最高裁判決によって、自然血縁上の父子関係がない場合でも（正当な権利行使であっても）、親子関係不存在確認請求の提訴が権利濫用に当たる場合があることを認めて、嫡出推定・嫡出否認制度の空洞化に一定の歯止めがかけられつつある。こうした流れのなかで、本判決（平成23年判決）は、本件に限っての特殊ケースであるかもしれないが、法律上の親子関係がある子に対しての離婚後の監護費用分担請求を権利濫用に当たるとして斥けた。本件の前訴で法律上の父子関係が確定されて（親子関係不存在確認請求が却下されて）、父としての法的責任を果たさせようとした裁判所の態度が、本判決によって覆されたのである。嫡出推定・嫡出否認制度や、その空洞化に歯止めをかけようとしてきた一連の判決によって、子の福祉に配慮して、法的父子関係の安定が図られる一方で、本件は、父としての法的責任を免除することで、民法が規定する法律上の親子関係の実質およびその空洞化を防ぐ動向を骨抜きにするものであるということができよう^{30,31}。

¹ 犬伏由子「判批」速報判例解説◆民法（家族法）No. 51・1頁；梅澤彩「判研」法時85巻2号126頁；後藤亜季「判研」高岡法学30号105頁；高橋朋子「判批」ジュリ1440号86頁；棚村政行「判批」リマークス45・54頁；常岡史子「判批」民商145巻2号115頁。

² YがX A間の親子関係を争う機会を喪失させた行為（AがXの子でない事実を認識しながらも、今後の家族関係やAの将来に思いを

- 致して、その事実を告げることを躊躇して、その結果、Xの嫡出否認の機会を奪った)を、YのXに対しての不法行為と構成することについて、法理論上は理解できるのだが、釈然としない思いを持っている。Yの不貞行為自体は責められるべきものだが、Yが、AがXの実子でないことを告げない行為は、論旨にもあるように、家族関係やAの将来を慮って、告白するのを躊躇したものである。XYの婚姻関係が、本件のように、破綻しなければ、この事実はYの秘事として、露見せず、そのまま流れていっただろう。また、Yのこの行為を後から不法行為と認めてしまうと、法律上の親子関係は覆されないといえども、嫡出推定・嫡出否認制度を設けた趣旨を揺るがせることにならないか、考えなければならない問題である。
- ³ 親の子に対しての扶養の根拠については、於保不二雄他編「新版 注釈民法(25)」738-740頁〔床谷文雄〕；後藤・高岡法学30号107-111頁を参照。
- ⁴ 二宮周平「家族法〔第3版〕」(2009年)132頁以下を参照。現在、養育費の算定実務については、東京・大阪養育費研究会による養育費算定表である「簡易迅速な養育費等の算定を目指して-養育費・婚姻費用の算定方式と算定表の提案-」(判タ1111号285頁以下)が、その指標となっている。現行の養育費裁判についての問題点の提示は、松嶋道夫「養育費裁判の現状と改革への課題」久留米大学法学56・57号191頁以下を参照。
- ⁵ 子が自らの生活費を請求する場合を、「扶養料」ということが多い(梶村太市「実務講座 家事事件法」(2010年)183頁以下)。
- ⁶ 梅澤・法時85巻2号129頁；後藤・高岡法学30号115・116頁；高橋・ジュリ1440号87頁；棚村・リマークス45号57頁；常岡・民商145巻2号122頁。
- ⁷ 婚姻費用分担請求には、「配偶者各自の生活費のみならず未成年子の養育費も含」まれる(松本明敏「婚姻費用分担額の算定方法と審判例」判タ1100号33頁)。
- ⁸ 松本哲弘「婚姻費用分担事件の審理-手続と裁判例の検討」家月62巻11号24頁以下を参照。
- ⁹ 後藤・高岡法学30号111頁；棚村・リマークス45号55頁。
- ¹⁰ 松嶋道夫「判批」民商121巻6号141頁。
- ¹¹ 離婚前の借金について、松嶋・民商121巻6号911頁は、「借金を支払えば、生活水準は向上するはずであるので、必ずしも子供の不利益にはならない。…養育費支払が扶養権利者において借金の一部返済に肩代わりされるという理由で、信義則違反、権利濫用として、否定すべきものではないのではないか」とする。
- ¹² 中川善之助他編「新版 注釈民法(24)」384頁〔阿部浩二〕(1994年)を参照。
- ¹³ 親権の喪失・停止(834条以下)が考えられても良いケースか。
- ¹⁴ 冷水登紀代「判批」速報判例解説◆民法(家族法)No.9・109頁。
- ¹⁵ 冷水登紀代「判批」新・判例解説 Watch◆民法(家族法)No.5・99頁；中川忠晃「判批」・民事判例Ⅲ-2011年前期164頁。
- ¹⁶ 子の福祉という観点から、前者では、真実(自然血縁上)の父が判明しており、おそらく将来の子の養育についても問題がない状態であろう。後者では、既に子が成人していることから、真実?の父が判明しないとしても、子の養育については配慮する必要がない。
- ¹⁷ 中川・民事判例Ⅲ167頁を参照。
- ¹⁸ 嫡出否認の場合、それが認められた結果、その効果は出生時に遡ると解されているが、親子関係不存在確認請求訴訟の結果、親子関係がないことが確定した場合に、その効果が出生時にまで遡るか否かについて、その問題性は、冷水・速報判例解説112頁；同・新・判例解説 Watch102頁；中川「民事判例Ⅲ」165・166頁を参照。
- ¹⁹ 特に平成21年東京高裁判決をみるに、親子関係不存在確認訴訟の問題・不当性が明らかになる。水野紀子「判批」リマークス36号77・78頁；羽生香織「『藁の上からの養子』に対する親子関係不存在確認請求と権利濫用法理」(棚村政行他編「家族法の理論と実務：中川淳先生傘寿記念論集」(2011年)所収)255・256頁を参照。
- ²⁰ 四宮和夫=能見善久著「民法総則〔第八版〕」17頁以下。詳しくは、谷口知平他編著「新版・注釈民法(1)〔改訂版〕」148頁以下〔安永正昭〕(2002年)を参照。
- ²¹ 平成18年7月7日に最高裁が下した二つの判決(最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁と最判平成18年7月7日家月59巻1号98頁)により、従来、自然的血縁関係を重視してい

た最高裁の立場が、「法律上の親子関係は血縁上の親子関係とは異なるものであるという民法の法理への自覚」をもつに至った、という評価がある（水野紀子「判批」ジュリ1332号88頁）。しかし、本判決（平成23年最高裁判決）にも見られるように、最高裁は依然として、自然的血縁関係重視の立場を崩しきっていないと考えられる。拙稿「平成18年7月7日判決を読む－『藁の上からの養子』に対する親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たるとされた二つのケース」北星学園大学 経済学部 北星論集52巻2号327頁以下；高橋・ジュリ1440号87頁を参照。

²² もっとも、このこと自体、結果的に害することにはなるが、そう認定できるのかどうかは難しい。本判決（平成23年最高裁判決）でも認められているところだが、不貞行為を配偶者に対するの不法行為と認めるかどうかについては、婚姻制度のあり方、その根底にある意識（所有意識？「私のもの！」）、また社会の現状・意識も含めて、考える必要があるのではないかと感じている。前掲・注2も参照。

²³ 常岡・民商145巻2号261・262頁。

²⁴ 高橋・ジュリ87頁。

²⁵ 後藤・高岡法学30号115頁は、監護者・親権者が、婚姻費用・監護費用を請求できることは、子の生活や教育に関する重要な権利である、とする。高橋・ジュリ1440号87頁；棚村・リマークス45号57頁；二宮「家族法」343頁以下を参照。

²⁶ 後藤・高岡法学30号115頁。

²⁷ 深谷松男・判タ550号76頁；常岡・民商145巻2号262頁以下；沼邊愛一「未成熟子の養育費の請求の方法」253頁以下；日野原昌「父母間に養育費批請求の合意がある場合又は養育費分担についての確定審判がある場合の子からの扶養請求の可否」（沼邊愛一・太田武男・久貴忠彦編著「家事審判事件の研究（1）」（1988年）所収）326・237頁を参照。

²⁸ 梶村太市他著「家族法実務講義」205頁以下〔榊原富士子〕（2013年）；窪田充見「家族法」163・164頁（2011年）を参照。

²⁹ 水野紀子「実親子関係と血縁主義に関する一考察－フランス法を中心に－」（中川吉延他編著「日本民法学の形成と課題：星野英一先生古稀祝賀 下」（1996年）1133頁以下；同「生殖補助医療を契機に日本実親子関係法をふり

かえる」曹時61巻5号1448頁以下を参照。

³⁰ 犬伏・速報判例解説 No. 51・2頁；棚村・リマークス45号57頁；常岡・民商145巻2号118頁。

³¹ DNA鑑定が進歩・普及することにより、親子関係の存在・不存在が、かなりの蓋然性をもって明らかになる。親子関係の安定を覆す可能性をもつDNA鑑定の安易な実施は厳しく制限されなければならない。

民法が定める法律上の親子関係と、現実社会で考えられている親子関係の間には齟齬がある。そのどちらに軸足をおくべきなのかは分からないが、親子関係のあり方を法的にどう捉えていくのか、について議論を重ねていくことが必要であると考ええる。

