慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔下級審民訴事例研究 一二〕 財産分与の支払を命ずる判決が確定した後に、右判決が裁判官を欺罔して取得されたとして勝訴者に対して求めた損害賠償請求が棄却された事例
Sub Title	
Author	栗田, 陸雄(Kurita, Rikuo) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.2 (1991. 2) ,p.144- 151
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910228-0144

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔下級審民訴事例研究 一二〕

12 財産分与の支払を命ずる判決が確定した後に、右判決が裁判官を欺罔して取得されたとして勝訴者に対して求めた損害賠償請求が棄却された事例

福岡地裁平成元年一〇月四日判決（平元(ワ)第一八九九号）、損害賠償請求権事件、判例時報一三四一号一二二頁

〔事　実〕

X（原告）は、昭和五六年七月二〇日に、福岡地裁に対してその妻Yを被告として離婚及び慰謝料五〇〇万円の支払を請求する旨の訴訟を提起したが、YはXの離婚請求（または自己の請求棄却）の申立に附帯的に、財産分与を請求する旨の予備的申立を行った。裁判所は、昭和六三年三月一二日にXの離婚請求及びYの財産分与の申立を認容し、Xの慰謝料の支払請求を棄却する判決を下した。これに対して、Xが控訴し、控訴審は、昭和六一年八月二八日に財産分与につき原判決を変更して二、〇〇〇万円とし、慰謝料については控訴を棄却した。Xはこの判決を不服として上告を提起したが、上告審はXの上告を棄却し、第二審の判決が確定した。Xは、右判決に基づき、昭和六二年七月二五日にYに対して金二、〇〇〇万円及び遅滞損害金一八二、九七一円を支払った。しかし、Xは、その後Yが欺罔行為（虚偽の陳述書二通を提出し、宣誓の上虚偽の陳述をしたこと）によって第一審の裁判官をして虚偽の事実を真実と誤信させて右の財産分与の支払を得たものであるとして、不法行為を理由に右支払金相当の損害金二〇、六八二、九七一円及びこれに対する支払日の翌日以降右支払済まで民法所定の年五分の割合による遅延損害金の支払を求める訴えを福岡地裁へ提起した。これに対して、Yは、当該の原告の主張は確定判決の既判力に触れるもので、それ自体理由がないと主張した。裁判所はXの請求を棄却した。

〔判旨〕

「ところで、財産分与は、婚姻中に蓄積された夫婦共有財産の清算と離婚後の相手方の扶養、離婚による慰謝料、婚姻費用の清算等の要素を含む請求権であり、財産分与の権利義務そのものは離婚の成立によって当然に発生し、実体的な権利義務として存在するものであって、その具体的内容（分与の額及び方法）は当事者の協議により確定するものを原則とし、その協議ができないときに、家庭裁判所が、審判手続で、後見的立場から合目的の見地に立って裁量権を行使して、その具体的内容を形成することとされている……

したがって、原告と被告との離婚の判決が確定した以上は、離婚によって発生する基本的、抽象的請求権としての財産分与請求権を被告が取得したことはもはや争う余地はなく、さらに、右の離婚訴訟においてこれに付随する財産分与の申立に基づき被告の財産分与請求権についてその内容を具体的に形成する判決がなされ、それが形式的に確定した場合には、法の定める手続により具体的な財産分与請求権の内容が具体的に確定したのであるから、当該裁判の形成効によって、原告は被告との間で被告が前記内容の具体的財産分与請求権を有していたこと自体を否定できなくなるものというべきである。そうでなければ、法が具体的な財産分与の確定方法を定めた意味がなく、また裁判による具体的形成の場合には、当事者の意思に反して分与が命じられることにはなるものの、本件の場合、財産分与の具体的内容が上告審まで含めたところの訴訟手続によって確定しているというのであるから、一般的には、財産分与の具体的確定手続における当事者の手続保障の面においてもなんら欠けるところはないというべきであって、当事者を裁判の効力に服せしめることが不当であるとする理由は見出しがたい。

そうすると、本訴が不法行為による損害賠償請求であって前訴と訴訟物を異にするとしても、前記判決に基づき支払った金員を損害賠償として主張することは、被告に金二、〇〇〇万円の財産分与請求権がなかったことを不可欠の前提としなければならないから、前記判決の効力を否定するものとして原則として許されないと解すべきであり、不法行為あるいは不当利得のいずれの構成によるにせよ、前記確定判決に基づき給付された金員の返還を求めるためには、特段の事情のない限り、法律上認められた手続によってその裁判を取消し、変更を得ることを要するものというべきである（なお、離婚訴訟に付随して申し立てられた財産分与請求についてした判決が通常訴訟と同一の厳密な意味での既判力を有するか否かは、財産分与に関する処分が本来審判事項であり非訟事件たる性格を有することから議論の分かれるところであるが、前記の通り、別訴により財産分与に関する裁判に抵触する主張が許されないとする理由は、右の意味での既判力から説明されるものではなく、財産分与が家事審判手続で確定した場合であってもなんら異なることはない）。

もっとも、形式的には確定した裁判であっても、その裁判が

無効である場合、または、その裁判の成立過程において、当事者が相手方の裁判手続への関与を妨げ、あるいは裁判所を欺罔し、その不正行為によって刑事上詐欺罪等の有罪判決が確定するなど明らかに公序良俗に反するような場合には、例外的に先の裁判の取消をまたずに不法行為による損害賠償を認めることができないわけではない。しかし、本件の場合は、原告の主張を前提としても、原告は、前訴において財産分与を不服として控訴、上告し、事実審において攻撃防御を尽くす機会が与えられていながら、相手方の偽証（本人の虚偽の供述）を打ち崩すことができずに金二、〇〇〇万円の財産分与を命ずる判決を確定させたというのであって……その実質は、……前訴の紛争の蒸し返しをするに等しいので、前記の不法行為訴訟の救済を求めることができる例外的な場合には当たらない。請求棄却。

〔評　釈〕

判旨の結論には賛成するが、理論構成にはなお検討を要する問題がある。

一、Xは、Yの虚偽の主張にかかる婚姻破綻に関するXの有責性が、Yの請求する財産分与の申立を認容する裁判の基礎となったとして、当該裁判の確定後に、Yの不法行為（判決の不当取得）を主張して本訴に及んだものである。判旨にあらわれた論点としては、財産分与の要素、その法的性質、審判事項たる財産分与が、人訴の婚姻訴訟に附帯して申し立てられた場合の手続規制、審判の効力（既判力の有無）及び審判の不当取得を理由とする不法行為訴訟の可否が上げられる。以下順次検討してみたい。

二、財産分与の内容については、夫婦の共同財産の清算という要素を中心としながらも、離婚後の扶養の要素を含ましめるべきか、さらにいわゆる離婚慰謝料をも包含させるべきかについて、従来から議論がある。立法の沿革は、いわゆる離婚給付として離婚に伴う経済的給付を可及的に一括して処理する意味で、これらの全要素を包括する制度が構想されたようにも思われるが、しかし、本来性質を異にする経済的給付をそのように処理することには既存の法体系との調和を図る点で困難があり、そのために分別法理も有力であって、立法の沿革は、必ずしも決め手ではないのである。(1) この問題については、最高裁判例（最判昭和四六年七月二三日民集二五巻五号八〇五頁）が、財産分与と慰謝料を区別しつつ両者を一括して請求することも、また別個に請求することもできるという弾力的な立場を採用したことによって、実務上は一応の決着がついている。この判例法理に従う場合には、裁判所は、事後的な慰謝料請求に備えて、財産分与の内容を明示することが必要となろう。(2) その点について、本件の前訴判決は、本件の判決文から窺う限りでは、清算的な要素のみを含むように思われる。したがって、判旨の包括説的な表現は、最高裁判例を前提とすれば、慰謝料の要素を含み得るという趣旨の一般論に過ぎないと理解される。しかし、この点は、本件と直接の関わりを有しない。

三、財産分与の法的性質は、当該裁判の効力の前提問題である。財産分与の裁判が、本来的に非訟事件であって後見的かつ合目的的に当事者間の権利の形成を目的とするものか、また私権の確定の要素を含むのか、は、手続選択の問題、当該裁判の既判力の有無及び手続保障の点の問題をもたらすからである。

財産分与の法的性質については、従来からほぼ次の三つの見解が対立している。

a協議または審判前に、離婚の成立と一定の事実の発生によって、具体的な実体的財産分与請求権が発生するとする見解(3)、

b協議等の前には、抽象的な実体的請求権が発生し、協議等によってその内容が具体的に形成されるとする見解(4)、

c実体的財産分与請求権は、協議等によって初めて形成されるとする見解(5)、がこれである。

このうち、審判前に具体的な実体権の存在を認めるのは、a説のみであるが、この説自体は、かような実体権が訴訟の対象となることを認めていない。

最高裁は、一方では、財産分与の権利義務の内容は、協議等によって具体的に確定されるが、右権利義務そのものは、離婚の成立によって発生し、実体的権利義務として存在するもので、当事者の協議等は単にその内容を具体的に確定するものに過ぎないと述べて（昭和五〇年五月二七日の判決・民集二九巻五号六四一頁）、a説への接近を示したが、他方で、離婚の成立によって生ずることあるべき財産分与請求権は、一個の私権たる性格を有するが、協議等によって具体的内容が形成されるまでは、その範囲及び内容が不確定・不明確であるから、かかる権利を保全するために債権者代位権を行使することができないと述べて（昭和五五年七月一一日の判決・民集三四巻四号六二八頁）、むしろc説への傾斜を示している。全体としては、b説に近いと言うべきであろうか。未だにその態度は明確ではない(6)。

この点について、少なくとも、清算的な財産分与については、裁判所の裁量によってではなく、離婚の成立及び夫婦の共有財産の形成における請求者の寄与によって実体的で、ある程度具体的な請求権が発生すると考えるべきであろう。近時実務においては財産分与の定額化が定着しつつあるように仄聞する事情も、このような権利の性質に対応するもののように思われる。民法第七六八条の解釈としては、当事者は右のような要件によって具体的な権利を取得するが（一項）、なお相手方から否定される可能性があるので（二項）、裁判所が分与させるべきか、また額及び方法を決定するのである(7)（三項）。

なお、このような当該権利の法的性質は、当該権利が純粋な財産的権利であることを意味せず、帰属上または行使上の一身専属権の可能性もあるから（この点については劉愛）、当該権利が債権者代位権の対象となるかどうかの問題とは直結していないと考える。

判旨は、協議または審判前の財産分与請求権は、実体的ではあるが、まだ抽象的であると述べ、b説に立つことを示してい

るが、この点について、前述の如く、私見は反対である。

前述したc説に立てば、財産分与請求権自体が、審判によって形成されるが、a説またはb説に立つならば、裁判所は、前提問題として財産分与請求権の存在を認定した上で、その額及び方法について審判することになろう。またこの場合には、前提問題と審判事項が不可分に結合しているとし、両者を併せて審判事項として捉える見解もある。(8)

ところで、審判は、家庭裁判所の専属的な管轄事項であるが、右の意味における前提問題は、本来は訴訟事項である。家庭裁判所は、審判の前提として訴訟事項についても判断をなしうるけれども、しかし、これについて、訴訟手続に比べて簡略な非訟手続で終局的な確定を行うことには、憲法の定める手続保障（公開及び対審）に違反するという問題がある。遺産分割の審判に関する最高裁の決定は、このような立場から、訴訟事項については最終的には訴訟裁判所による裁判の道を開いておくべきことを明らかにしている(9)（昭和四一年三月二日大法廷決定民集二〇巻三号三六〇頁）。最高裁は傍論としてではあるが、夫婦の同居に関する審判の合憲性に関する決定（昭和四〇年六月三〇日民集一九関四号一〇九八頁）及び婚姻費用の分担に関する審判の合憲性に関する決定（同年同月日民集一九巻四号一一一四頁）においても、財産分与に関する審判をも射程において、これらの審判が訴訟事項それ自体を対象としているのではなく、訴訟事項を前提問題として判断した上で、その後の具体的内容の形成を行うべきである旨を述べて、当該の審判の合憲性を承認している。

したがって、少なくとも財産分与については、遺産分割の場合と同様な審判権造が浮かび上がる。前述した実体的である程度具体的な財産分与請求権の存否は、前提問題として登場するが、訴訟事項であって、訴訟裁判所の審査に服すると考えたい。(10)

四、財産分与の申立は、婚姻訴訟に附帯してなされ、本来の請求とともに人事訴訟の手続にのせられて審判される。そのさい、財産分与の申立の部分については、人訴法の枠からくるやむをえない制約―例えば、非公開主義の原則、家庭裁判所調査官の期日における出席及び意見陳述―を除き、非訟法が適用されるとする見解を妥当と考える。(11)

したがって、裁判所は、人訴の手続に従って離婚の可否を審理し、財産分与については、その前提問題を含めて人訴の枠内で非訟的に裁判することになる。前提問題については、独立の訴訟事件として別訴の可能性もあるが、むしろ中間確認の訴えを許し、これを訴訟手続に従って判断する方法を考えてよいのではあるまいか。

五、さて、財産分与を命じる裁判は、形式上は判決であるが、その実質は審判であるから、当事者に対する拘束力としては、審判のそれを検討しなければならない。

判決は、民事訴訟の手続に従い、当事者の対立構造を有する他、私権の確定を目的とする点で、既判力を生じるにふさわしいものである。しかし、非訟事件の裁判は、非訟法という簡易

な手続に従い、必ずしも当事者の対立構造を有せず、また私権の確定ではなく、後見的な立場から合目的的な裁量的形成を行う点で、既判力の適性を有しない。他方、非訟事件として規定されている事項であっても、当事者の対立構造と私権の確定の要素を有するものについては、いわゆる真正訴訟事件としてこれに関する裁判に既判力を賦与する見解がある。しかし、その場合には、手続保障の観点から、憲法の保障する対審・公開の手続に違反する可能性が大きい。[12] 非訟事件手続法における査定の裁判（商法第三八六条一項八号、同三九四条、三九五条非訟法第一三五条の五〇ないし五二）には、通常訴訟への可能が開かれているが、その他の裁判は、その可能性を有しないのであるから、[13] 一般にその既判力を承認すべきではない。運用面で可及的に手続保障を実現する手段も考えられないではないが、[14] その質において十分ではなく、やはり立法によって十分な手当を用意しない限り、既判力を否定すべきであろう。

右の事情は、非訟法の一種たる家事審判についても同様である。したがって、本来の訴訟事件が、非訟法に規定された場合には、家庭裁判所の専門的な職分管轄性を考慮するとしても、訴訟裁判所への出訴を認めるべきである。このことは、財産分与において、その前提問題としての財産分与請求権の存在の判断と審判が不可分に結合していると考える場合にも、同様であって、訴訟事項の部分については、訴訟裁判所の裁判を許すべきであろう。[15]

この点について、判旨は、最判の方向に従って、一方では審判の前提たる財産分与請求権が実体権であることを認めながらも、それが抽象的であることをもって、訴訟適格を否定し、他方では当該審判が非訟的性格を有することから、言外に審判の既判力を否定したものと考えられる。私見とは異なるが、審判の既判力を否定する見解自体は、正当であろう。

六、財産分与の審判は、既判力は否定されるとしても、所定の不服申立の手段を経て形式的に確定した以上は、その拘束力は承認されるべきである。

しかし、当該の審判に再審事由が付着している場合には、一般の理論に従って、いわゆる準再審または条理上の取消・変更の制度を承認することになろう。[16] 準再審説によれば、再審事由となしうる事情は、瑕疵の付着した裁判の宣告前に存在したものに限られるが、本件では、いずれを手段としても、これを持ち出すことだけはできる場合である。

これらは、非訟法に規定はないけれども、制度の論理から承認されるべきもので、言わば正規の救済方法である。本件におけるように、これらの手続を回避して、あるいは相手方が判決を不当に取得したという理由で不法行為に基づく損害賠償を請求し、またあるいは不当利得の返還請求を行うという実例は、確定判決について多数存在している。不当利得の構成による場合には、正面から前訴判決を取り消すことが必要となるが、不法行為の権成による場合は、前訴判決の効力を否定しない限り

成立しない形態の他に、前訴判決の効力には触れないで、相手方の訴訟行為それ自体を不法行為（例えば、公開法廷における名誉毀損）として捉える形態も考えられる。ここで問題となるのは、前者であり、これを認めることは、既判力の制度と正面から抵触することであるから、否定説が多数説であるが、最高裁の判決の中にこれを認めたものがある（最判昭和四四年七月八日民集二三巻八号一四〇七頁）。判旨は、一般的には不法行為成立の可能性を認めながら、具体的にはこの最判の基準によってそれを否定したものと認められる。理論上は、多数説の述べる如く、再審手続によらずに確定判決を覆滅する可能性を認める根拠はないが、それにも拘わらず、この方法は、容認されると考えたい。予測のつかない実践の世界で、裁判所が、確定判決の正義と具体的正義との衡量において、理論を犠牲にしても具体的正義を実現するための可能性は残されるべきであるからである。[17]

既判力を覆滅するために、判旨が掲げた基準は、再審法に準拠するもので、相当であるが、厳密に再審規定と同一である必要はなく、再審事由と同程度の違法性がある場合に拡張する余地はあろう。

右の手段は、既判力を前提とするものであるが、形成力のみを有する裁判に対しても認める余地があるであろうか。一般に形成判決において既判力を否定する見解によっても、かような手段は可能であろうから、その意味において障害はない。既判力の場合には、不可争及び不可反の効力が覆滅されるのであり、形成力の場合には、不可反と同質的な効力を生じるところ、[18]これが覆滅の対象となる。しかし、もっと本質的な問題は、訴訟裁判所が他の訴訟裁判所の確定判決を取り消す場合と異なって、本件の場合は、訴訟裁判所が本来行政作用であるところの非訟裁判所の審判を取り消す結果となり、司法の限界を逸脱することにはならないかという点である。しかし、これは、訴訟裁判所が、座視できない不法を非常の手段として取り消す場合であるから、やむをえない措置として認められることになろう。また本当に救済が必要かどうかは、再審事由に照らして慎重に検討されなければならない。救済を認めるとしても、一般的な立言を避けて、当該の具体的場面に限定する趣旨を明確にすべきである。

いずれにせよ、本訴はもともと再審の訴えとしても認められない場合であり（民訴第四二〇条一項但書参照・また清算的な財産分与は、夫婦の一方の婚姻破綻における有責性とは無関係であり、民訴第四二〇条一項六号の再審事由にも当たらない場合である）、本訴を退けた判旨の結論は正当である。但し、財産分与の法的性質やその審判構造には、なお判例の展開が予想され、検討の余地があるものと考えられる。

（1）これらの問題については、高野「民法第七六八条の系譜的考察」、同「財産分与と慰謝料との関係―その実証的考察―」財産分与・家事調停の道が詳細に論じている。高野判事自身は、包括説の立場である。

(2) 岡垣「婚姻事件訴訟における附帯申立」人事訴訟の研究二三三頁。当然の結果というべきである。
(3) 我妻・親族法一五六頁。
(4) 中川・註釈親族法上二六三頁及び山木戸・家事審判法二六頁。
(5) 鈴木忠一「非訟事件の裁判と執行の諸問題」法曹時報一三巻一一号一八頁。
(6) 高野「財産分与をめぐる諸問題」前掲書一七二頁以下は、二つの最判を分析してそのように結論づけている。
(7) 石川「家事審判事項としての財産分与請求権の問題点」法学研究三三巻二号五〇一頁以下は、財産分与請求権を具体的な実体権として把握し、民法第七六八条の解釈として、これを指摘する。特に五〇九頁以下。
(8) 石川前掲論文五一九頁以下。
(9) 最近の実務では、地価の高騰に伴い、争いがある場合には、訴訟における相続分の確定を先行させる方法が一般的であるように思われる。
(10) 戸根「非訟事件の裁判における判断の対象と民事訴訟」民事訴訟雑誌一三号一一八頁以下、特に一五七頁以下は、これを説く。
(11) 岡垣「婚姻事件訴訟における附帯申立」前掲書二二一頁。
(12) 石川前掲論文は、財産分与を真正訴訟事件と認めて、これに関する審判に既判力を認めるが、違憲性回避の根拠を身分事件の特質に求める。五〇五頁以下を参照されたい。なお鈴木忠一前掲論文五一頁以下は、立法によって非訟事件とされたものについては、真正訴訟事件と認めるべきでない旨を説く。
(13) 通説といってよいのではあるまいか。鈴木忠一前掲論文四八頁を参照されたい。
(14) 伊東(伊東・三井編)注解非訟事件手続法一二頁は、まず立法論として審尋請求権を確保し、補充的に解釈論としてもこれを説いている。
(15) 石川・夫婦の同居義務に関する審判の合憲性についての最高裁決定及び婚姻費用の分担に関する審判の合憲性に関する最高裁決定に関する判批(法学研究四〇巻六号九〇頁以下特に一〇三頁)は、この扱いを認める。
(16) 準再審説・岡村・非訟事件手続法(新法学全集)五六頁、兼子・条解上一〇〇四頁以下岡垣・前掲書二四九頁以下、条理上の取消・変更説・鈴木忠一「非訟事件における裁判の無効・取消・変更」前掲書一〇〇頁以下。
(17) 伊東・最判昭和四四年七月八日民集二三巻八号一四〇七頁に関する判批・続民訴百選八〇事件
(18) 形成力の意味については、鈴木「非訟事件の裁判の既判力」前掲書四六頁を参照されたい。

栗田陸雄