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

Title	〔最高裁民訴事例研究 二九〇〕 離婚訴訟における財産分与の裁判と不利益変更禁止の原則
Sub Title	
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 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.5 (1991. 5) ,p.138- 144
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=AN00224504-19910528-0138

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.

れば、これが著しい不合理を生ぜしめるものとする余地はないものと思われる。

〔最高裁民訴事例研究二九〇〕

島原宏明

平二3（最高民集四四巻五号九七五頁）

離婚訴訟における財産分与の裁判と不利益変更禁止の原則

離婚等請求事件（平二・七・二〇第二小法廷判決）

X（妻）は、Y（夫）を被告として、離婚の訴えを提起するとともに、附帯請求（人訴一五条一項）として、X・Y間の子訴外Aの親権者をXと定めるべきこと、慰藉料の支払いおよび財産分与を請求した（甲事件）。これに対して、Yは、Xを被告として、離婚の訴えを提起するとともに、附帯請求として、Aの親権者をYと定めるべきことを請求した（乙事件）。第一審は、XとYの離婚を認め、Aの親権者をXと定め、Xの慰藉料請求を棄却し、かつ財産分与として、YからXに金二五〇万円ならびに土地および建物の分与を命じる判決を下した。この第一審判決に対して、Yのみが控訴を提起して、親権者をXとする部分、および財産分与に関する部分を取り消し、親権者をYとし、財産分与請求を棄却すべき旨を主張した。控訴審は、財産分与の点について第一審判決を変更し、金銭のみで八〇〇万円の分与を命じた。そこでYが上告し、上告理由として以下のとおり主張した。すなわち、第一審が分与を命じた建物の価格は二〇〇万円、土地の価格は一五〇万円と評価されるから、第一審が命じた分与の総額は六〇〇万円になるので、控訴審が八〇〇万円の財産分与を命じたことは、不利益変更禁止の原則に反し、その結果、Yの裁判を受ける権利を害し、違憲である、と。最高裁はこの主張を容れず、左記の理由で上告を棄却した。なお上告理由はそのほか、控訴審によるYおよびXの財産状態の評価の誤りをも攻撃しているが、判示事項とは関係がなく、かつ、原審の事実認定に関する非難と思われるので、この点は以下では取り上げない。ちなみに判旨もこの点を容れていない。

「人事訴訟手続法一五条一項の規定により離婚の訴えにおいてする財産分与の申立については、裁判所は申立人の主張に拘束されることなく自らその正当と認めるところに従って分与の有無、その額及び方法を定めるべきものであって、裁判所が申立人の主張を超えて有利に分与の額等を認定しても民訴法一八六条の規定に違反するものではない。したがって、第一審判決が一定の分与の額等を定めたのに対し、申立人の相手方のみが控訴の申立をした場合においても、控訴裁判所が第一審の定めた分与の額等が正当でないと認めたとき

は、第一審判決を変更して、控訴裁判所の正当とする額等を定めるべきものであり、この場合には、いわゆる不利益変更禁止の原則の適用はないものと解するのが相当である。原判決に所論の違法はなく、右違法のあることを前提とする所論違憲の主張は、その前提を欠く。」

判旨は妥当である。

一　本件は、離婚訴訟に附帯してなされる財産分与請求の裁判に対する上訴審の手続には不利益変更禁止の原則(民訴三八五条)の適用がないとの判断を、最高裁の判例として初めて下したものである。この点については、これまでも適用を否定する見解が優勢であり、[1] 本判決によって最高裁はこの見解を正当と認めたわけである。これによりおそらく適用否定説が今後の実務を支配することになるものと思われる。

二　不利益変更禁止の原則の適用の有無を判断するについては、財産分与請求に関する裁判が訴訟事件であるのか非訟事件であるのかを考えなければならない。財産分与の裁判は家事審判でなされる場合と、本件におけるように、離婚訴訟に附帯した訴訟の裁判でなされる場合とがあるが、いずれの手続でなされるかによって、その実質が変わるものとは思われないので、以下ではさしあたり両者を区別せずに検討する。

ところで、財産分与請求権は一般に、その内容として夫婦共通の財産関係の清算の請求、慰藉料請求および扶養料請求の三つの要素を持つものと、解されている。[2] したがって、財産分与請求の裁判にはこれらの各要素(請求)についての判断が含まれている。そこで、財産分与に関する裁判の性質も、これらの各要素ごとに検討する必要がある。ただし本件では、慰藉料は同一手続において別に請求されており(結果は棄却)、最高裁の判例によればかような場合には財産分与に慰藉料の要素は含まれないものとされる。[3] また、控訴審はX、Yの財産状態からすると扶養的要素としての財産分与は認められないとしている。したがって、本件に関する限りでは、これら二つの要素は考慮する必要がない。しかし、一般的には、財産分与請求権はこれらの要素を含みうるので、以下ではこれらについても併せて検討する。

清算的要素としての財産分与請求権は、夫婦が協力して獲得、維持した財産の潜在的持分の取戻しを求める権利である、と説明できる。そうであるとすると、同請求権は夫婦の協力に基づき既に財産分与に関する裁判前に生じている、と解することもできそうに思われるかもしれない。しかし、ここでいう「取戻し」は説明のための比喩であって、かような説明から財産分与請求権のあり方が必然的に決まるわけではない。[4] むしろ、財産分与の方法についてはもとより、その額についても、それを決定するには、当該夫婦の財産の状態や、財産の獲得および維持に対する各人の寄与の度合を評価しなければならない(民七六八条三項参照)が、かような評価は裁判所の自由な裁量に基づ

く判断によらざるをえない。したがって私は、清算的要素を持つ財産分与請求権は、これについての裁判前に発生しているものではなく、裁判によってはじめて発生するものである、と解する。[5] それゆえこの裁判の実質は非訟事件であり、形式的形成訴訟に類するものである、と解される。

次に扶養的要素を持つ財産分与請求権について検討する。扶養請求権・義務の存否および額は当事者の財産状態や生活状況を考慮して、自由な裁量により判断せざるをえない。したがって、扶養的要素を持つ財産分与請求権についての裁判も非訟事件であると解される。

最後に慰藉料的要素を持つ財産分与請求権について検討する。慰藉料請求権を離婚の原因となった個別的有責行為による精神的苦痛についての損害賠償請求権と解するならば、これに関する裁判は訴訟事件であるということになると思われるかもしれない。しかし、ここでいう慰藉料とはそのような意味の損害賠償のみならず、婚姻関係を継続できなくなったことによる精神的苦痛に対する損害賠償の意味をも持つものである、といわれている。[6] このような意味の慰藉料請求権が個々のケースで認められるか否か、認められるとしてその額いかんについて裁判所は、各種の状況を考慮した自由な裁量によって判断せざるをない。したがって、その裁判も非訟事件であると解される。

要するに、財産分与に関する裁判は、いかなる要素に関する裁判であれ非訟事件である。[7] ただし、そう解すると、離婚訴訟において附帯的に財産分与が請求された場合、訴訟事件と非訟事件が併合されることになる。たしかにかような併合は一般的には認められない（民訴二二七条）。しかし、便宜的考慮から法がとくにこれを認めることは可能であるから、このことは、附帯請求としての財産分与請求事件が非訟事件であると解することに対する理論的障害にはならない。

三　上述のように、財産分与に関する手続が、家事審判においてなされる場合も離婚訴訟においてなされる場合も、非訟事件であるとすれば、その審理は職権主義によることになり、処分権主義の適用がないことになる。その結果、裁判所は当事者の申立てに拘束されず、申立て以上の財産分与を命じることも可能である。[8] またそもそも申立てにあたり金額等の明示も不要である。[9] 本件の甲事件の財産分与に関する請求の趣旨も、「被告は原告に対し、財産を分与せよ」というものである。

不利益変更禁止の原則も非訟事件手続には適用されないので、財産分与に関する裁判に対する上訴審の手続にも適用されないものといえる。右適用を否定した点で、本件判旨は正当である。

ただし、原審で財産分与として一定の給付が命じられ、申立人（家事審判の場合）ないし原告（附帯請求の場合）の側から不服が申し立てられていないならば、相手方ないし被告としては、原審が命じた以上の給付を命じられることはないとの期待を抱くのも、無理からぬことといえよう。その場合に抗告審ないし控訴審が、原審が命じた以上の財産分与を命じるとすれば、相手

方ないし被告にとって不意打ちになり、気の毒であるとの感は否めない。

この点を考慮して、控訴審が財産分与の裁判を控訴人に不利益に変更する場合には、家審規一九条一項の趣旨から事件を第一審に差し戻すのが適当である、との見解がある。[10] もっともこの規定は本来、家事審判事項の審理のためには高等裁判所よりも家庭裁判所の方が人的施設が整っているので、その審理はできるだけ後者に行なわせた方が適当である、との配慮に基づくものであって、[11] 不服を申し立てた者に対する不意打ちの防止を目的とするものではない。しかし、家審規一九条一項が、不服を申し立てた者の主張が容れられるべき場合に、差戻しが原則である、と規定しているのであれば、不服を申し立てた者に不利益な変更をすべき場合には、差戻しの必要性はより大きいということもできるのではないだろうか。そしてこのことは、財産分与に関する裁判が離婚訴訟に附帯してなされる場合にも、当てはまる。したがって、不利益変更禁止の原則が適用されないからといって、控訴審が控訴人に不利益に裁判を変更することに、全然問題がないとは言い切れない。

しかしながら、家審規一九条はその二項をもって、高等裁判所が適当と認めるときは、自ら審判に代わる裁判をなすことができる、と定めている。二項により高等裁判所が自ら裁判をすることが予定されているのは、原審および抗告審における事実の調査および証拠調べの結果からみて、既に事実関係が明らかであって、さらに家庭裁判所で慎重な調査をする余地のない場合である、と解されている。[12] 本件で、原審が財産分与として土地および建物ならびに金銭の給付を命じたのを、控訴審が金銭のみの給付に変更したのは、以下の事情によるのではないかと推測される。すなわち、控訴審は、現在XおよびAは当該土地、建物に居住しておらず、これをXに分与しても同人らの利益にならないと考慮したうえで、土地、建物の価格に相当する分を金銭に換えて分与を命じたのではないか、という推測である。土地、建物の評価は、通常控訴審までに提出された資料からなしうるであろうから、もし右の推測が当たっていれば、本件で控訴審が財産分与について自判したことは妥当である。

四　本件では、とくに争点になっていないが、以下の点も問題になる余地がある。すなわち、本件のYのように離婚訴訟の判決のうち本来的請求たる離婚に関する判決には不服はなく、附帯請求に関する判決についてのみ不服のある当事者の不服申立て方法が何であるか、という点である。この点については、次の三説がある。第一説は、財産分与が判決で命じられた場合でも、その実質は審判事項であるから、不服申立ては即時抗告（家審一四条、家審規五六条・五〇条）によるべきである、という見解である。[13] 第二説は、財産分与の申立てが単独では訴訟の対象になりえないものであり、とくに法律の規定によって訴訟に附随して審判されることが許されているに過ぎないという理由から、附帯処分としての財産分与に関する部分だけを上訴の対象

にすることはできず、これを不服とする当事者は、本来的請求たる婚姻事件と一括してのみ上訴しうる、という見解である。[14]第三説は、附帯処分としての財産分与についての裁判だけを上訴の対象にしうる、という見解である。[15]

第一説は、本来家事審判事項である財産分与に関する手続を上訴にあたって家事審判の手続に引き戻すわけであるから、一見、財産分与の裁判の本質にかなった考え方であるように思われるかも知れないが、次の理由で賛成できない。すなわち、財産分与に関する手続はたしかに本来家事審判事項であるにせよ、いったんこれが訴訟手続に併合せしめられたからには、訴訟手続のルートに乗せられたことになる。したがって、上訴および上訴審の手続についても、これを家事審判の手続に引き戻すための特段の立法的措置がとられていない以上、そのまま同じルートに乗せて処理すべきだからである。そして、かように上訴についても訴訟事件と同様に扱われるべきであるとすれば、第二説のように、婚姻事件と一括しなければ上訴がなされ得ない、と解する必要はない。また、第二説は、不服のない、そして多くの場合上訴の利益もない裁判についてまで上訴の対象にすることを当事者に強いることになる点でも、問題である。かくして私は、第三説が正当である、と考える。

本件で控訴審は、附帯請求のみについての不服申立て方法が何であるかという点について、とくに意識的に検討したわけではないと思われるが、Yが提起した控訴の適法性を否定せずに本案の判断をしているので、結果的には前記三説のうち第三説に従ったわけであり、その措置は正当であった。

(1) 岡垣「婚姻事件における附帯申立」人事訴訟の研究二四六頁（以下では、「岡垣・研究」と表示する）、同・人事訴訟手続法二八六頁（以下では、「岡垣・人訴」と表示する）。家事審判一般につき、菊池「抗告審における審理」家族法の理論と実務（別冊判タ八号）四一〇頁が、非訟事件一般につき、鈴木「非訟事件に於ける裁判の無効と取消・変更」非訟事件の裁判の既判力九一頁以下、同「非訟事件に於ける民訴規定の準用」非訟・家事事件の研究三四二頁以下が不利益変更禁止の原則の適用を否定している。また、家事審判につき、「家事事件研究会の記録（二）」家月二三巻九号一七五頁以下において議論がなされており、不利益変更禁止の原則の適用の否定に対する疑問も提起されているが、否定に積極的に反対する意見はないようである。

(2) 財産分与請求権の法的性質については周知のように種々論じられているが、多くの学説が本文に挙げられている三要素を持つものと解している。たとえば、我妻・親族法（法律学全集）一五四頁。ただし、中川（淳）「財産分与制度の性質」家族法大系Ⅲ四五頁以下は損害賠償的性質を否定し、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五一二頁以下は清算的要素のみを肯定している。この問題についての非常に多数の学説・判例を整理、分析する最近の文献として、緒方「財産分与請求権の本質」（有地編）現代家族法の諸問題二二一頁以下参照。

(3) 最判昭和五三年二月二一日家月三〇巻九号七四頁。

最判昭和三一年二月二一日民集一〇巻二号一二四頁、最判昭和四六年七月二三日民集二五巻五号八〇五頁も、慰藉料を財産分与と別

に請求できるとしている。

財産分与と慰藉料の関係についても多数の文献があるが、最近のものとして、家崎「財産分与と慰謝料」民法講座7一六五頁以下、緒方・前掲論文二二八頁以下参照。それ以前の文献は、両論文に引用されている。

(4) 清算的要素の理論的な分析については、緒方・前掲論文二二二頁以下参照。

(5) 財産分与請求権一般につき同様に解するものとして、加藤（令造）編・家事審判法講座Ⅰ一六七頁〈綿引〉（市川・財産分与請求（総合判例研究叢書民法3）一二七―九頁も同旨か）。これに対して我妻・前掲書一五六頁は、同請求権は裁判前に既に発生している、と解している（石川・前掲論文五〇八頁以下も同旨か）。また、中川（善之助）編・註釈親族法（上）二六三頁〈福島〉は、財産分与の協議または審判請求権が離婚または婚姻取消しによって生じ、協議または審判が具体的な財産分与請求権を生じさせる、と解している。

(6) 離婚における慰藉料請求権の法的性質については、緒方・前掲論文二三〇頁以下参照。

(7) 山本＝上村「判批」民商五六巻二号一三五頁、青山「判批」法協八四巻六号五八―九頁、中川（淳）「判批」判評九八号一〇一頁、岡垣・研究二一七頁、同・人訴二五四頁。家事審判一般につき、山木戸・家事審判法（法律学全集）一二頁以下、菊池・前掲論文四〇八頁。ただし、石川・前掲論文五一八頁以下、同「判批」法学研究四一巻四号九四頁は、財産分与事件は、その額の判断において訴訟的要素が、分与の方法の決定において非訟的要素が存する、と解している。また、前掲家事事件研究会の記録（二）一五三頁以下参照。

(8) 福岡高判昭和三六年二月二七日下民集一二巻二号三八六頁、京都地判昭和三五年一二月一六日下民集一一巻一二号二六六三頁、松山地西条支判昭和五〇年六月三〇日判時八〇八号九三頁。岡垣・研究二一七頁、二一九頁、同・人訴二五四頁以下は、原則として当事者の申立ての拘束力を否定するが、当事者が、申立てによって上限を画する意思であることが明白な場合には、拘束力を肯定する。石川・前掲判批九五頁も同旨である。

家事審判一般につき、菊池・前掲論文四一〇頁が当事者の申立ての拘束力を否定している。

(9) 岡垣・研究二一七頁、同・人訴二五五頁、最判昭和四一年七月一五日民集二〇巻六号一一九七頁、仙台高判昭和三二年二月一二日下民集八巻二号二七二頁。山本＝上村・前掲判批、青山・前掲判批、中川・前掲判批は昭和四一年の最判に対する評釈であるが、いずれも判旨に賛成している。石川・前掲判批は、これらの判批には疑問を呈しているが、判旨に賛成している。

(10) 岡垣・研究二四六頁、同・人訴二八六―七頁。前掲家事事件研究会の記録（二）一七七頁において山木戸教授も、差戻しが実務上妥当である旨の発言をしておられる。

(11) 吉岡「家事審判の抗告審における諸問題」新・実務民訴講座8二八九頁、斉藤＝菊池編・家事審判規則（注解民事手続法4Ⅱ）一八五頁〈岡垣〉。

(12) 吉岡・前掲論文二九〇頁、斉藤＝菊池編・前掲書一八五―六頁〈岡垣〉。

(13) 岡垣・研究二四三頁、同・人訴二八三頁において、かような見解が紹介されているが、岡垣判事自身がこの見解を採られているわけではない。

(14) 市川「家事審判における実務上の問題と判例」民訴雑誌三号一三二―三頁、同・前掲書一二〇頁。

(15) 岡垣・研究二四三頁以下、同・人訴二八四―五頁、仙台高秋田

支判昭和三七年八月二九日高民集一五巻六号四五二頁、大阪高判昭和四二年一月二七日家月二〇巻五号一一五頁。

なお、東京高判昭和三一年六月五日下民集七巻六号一四六九頁は、離婚判決中親権者指定の部分についてだけ変更を求めてする控訴を適法としている。

石渡　哲

〔下級審民訴事例研究一五〕

15　一　起訴前の和解の要件である「民事上ノ争」が肯定された事例

二　右和解において設定された借地権が一時使用のための賃貸借契約に基づくものと認められた事例

東京地裁平成元年九月二六日判決（昭六二(ワ)八七八六号請求異議事件、判例時報一三五四号一二〇頁）

〔事　実〕

Xは、昭和五二年三月、Yの先代から、本件土地を賃借したが、その際、両者間で、本件土地に関する使用賃借契約を合意解除したことにし、なお本件土地を総合解体の業務用資材置場及び自家用貨物自動車の駐車場として使用することを目的とし、Xにおいてプレハブ二階建物等の仮設構造物を建てることができること等を内容とする第一回目の即決和解調書が作成され、その後まもなく、本件土地上にプレハブ二階建物等が築造された。両者は、昭和五六年四月、明渡期限及び月額損害金の額を除くほか、第一回目の即決和解とほぼ同様の内容の本件和解を成立させたが、本件和解の申立書には、両者間に明渡猶予期間及び損害金の額について争いがあったなどとの記載があった。

これに対し、Xは、本件和解についてはYの先代が即決和解の形式をとることを希望し、Xがこれに応じたものであり、賃