

Title	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	Ausgleichsanspruch und Verbot der reformatio in peius bei der Ehescheidungsklage
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.1 (1992. 1) ,p.75- 85
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	十時巖周教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19920128-0075

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.

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

石川 明

一 問題の所在
二 学説
三 検討
四 結語

一 問題の所在

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なされる財産分与の申立⁽¹⁾に対する第一審判決が一定の分与額等を定めたのに対して、申立人の相手方のみが控訴を提起した場合、控訴審が第一審の定めた分与額等が正当ではないと認めたととき、第一審判決を変更して控訴審の正当とする額等を定められるか、換言すれば右の場合いわゆる不利益変更禁止の原則の適用があるかという点が問題になる。

最高裁平成二年七月二〇日第二小法廷判決（平成二年（ホ）第六九五号離婚等請求事件、民集四四巻五号九七五頁）は、以下の判決を⁽²⁾₍₃₎⁽⁴⁾している。

上告棄却。「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額等が正当でない⁽¹⁾と認めたとときは、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」と判示している。

本稿は、右の問題を検討しようとするものである。

(1) 人訴法一五条が離婚の訴えに併合して財産分与等の請求をすることを認めている理由は通常以下のように説明される。すなわち、財産分与に関する処分は本来家事審判事項であって（家審九条一項乙類五号）、その処分は家庭裁判所の専権に属する（裁三一条の三第一項一号）。財産分与は婚姻関係の解消に伴う重大な財産的效果の一つであり、殊に婚姻関係の解消が判決によってなされる場合には、裁判の対象、争点、証拠資料において共通ないし密接に関連する。にもかかわらずこれを家庭裁判所に申し立てるべきものとすれば、当事者にとって不便であるばかりでなく、通常裁判所と家庭裁判所との間に判断の整合性を保つことができなくなるおそれもある。かくて当事者の便宜および訴訟経済上から離婚の訴えに併合して財産分与等につき審理することを認め、包括的に解決する途が開かれたのである。しかしそれによって財産分与に関する処分の性質が変わるものではない、と説かれている。

(2) 本件については、飯塚重男・解説・ジュリスト平成二年度重要判例解説一一七―一一八頁、石渡哲・判批・法学研究六四巻五号一三八頁以下（判旨賛成）があり、その双方に詳細に文献が挙げられている。本稿も右の両稿に負うところが大きい。

(3) 本件の事実関係は以下のとおりである。

「X女（甲事件原告、乙事件被告、被控訴人・被告）とY男（甲事件被告、乙事件原告、控訴人・原告）」は昭和四七年挙式、翌年婚姻の届出をした夫婦であり、XY間には昭和四九年に生まれた長男がいる。Yは昭和六一年二月宿願の飲食店を開業したが、店舗新築の借金およびその経営をめぐってXと再三口論するようになり夫婦関係が悪化、同年六月からはYは右飲食店の共同経営者である実姉のもとで生活するようになった。その後YはXの留守中Xと長男の居住する家に入り、権利書、電話、テレビ、家財道具を持ち去った。そこでXはYに対し、離婚並びに慰料五〇〇万円、長男の親権者をXと定めること、XYが協力して形成した不動産の財産分与を求める訴えを提起した（甲事件）。他方YもXに対し離婚ならびに長男の親権者をYと定めることをもって訴えを提起した（乙事件）。

- 第一審高知地裁安芸支部は、(1)XとYとを離婚する、(2)Xのその余の請求を棄却する、(3)XとY間の長男の親権者をXと定める、(4)YからXに対し別紙物件目録(一)1及び同目録(二)1の各不動産ならびに金二五〇万円を財産分与する、(5)YはXに対し同目録(一)1の土地につき財産分与を登記原因とする所有権移転登記手続をせよ、(6)YはXに対し金二五〇万円およびこれに対する本判決確定の日の翌日以降完済まで年五分の割合による金員を支払え、等を内容とする判決を言い渡した。Y控訴。第二審高松高裁は、右第一審判決中、(4)ないし(6)の部分を変更して、「YはXに対し、離婚に伴う財産分与として金八〇〇万円及びこれに対する本件離婚判決確定の日の翌日から右支払済みに至るまで民法所定の年五分の割合による金員」を支払え、本件その余の控訴を棄却する旨の判決をした。これに対し、原判決が第一審の判決をYの不利益に変更したのは民法三八五条に定める不利益変更禁止の原則に反して違法である等と主張してYが上告したのが本件である。すなわち、「人事訴訟手続法一五条の規定は離婚の訴に併合して財産分与を請求することを認めている。この規定は離婚の訴における財産分与の請求は審判手続の中立との性格を有せず、訴訟事項として取り扱われるべきであることを定めたものとして解され、したがって民事訴訟法が適用されるというべきである。仮に百歩譲っても、離婚の訴に併合してなされた財産分与請求事件にあっては、少なくとも財産分与の額の判断については訴訟的要素が認められ、財産分与の額の裁判を行う手続には民事訴訟法の適用があると解さなければ不合理である。けだし、民事訴訟法の適用を認めなければ「訴えなければ裁判なし」の原則や、「不利益変更」の原則の適用はなく、このため、離婚の訴に併合してなされた財産分与請求事件において、離婚を認容した判断に対してのみ不服の申立があり財産分与の額の判断に対してはいずれの当事者からも不服の申立がない場合においても、控訴裁判所は職権を以てその額を定めることができるとなり、この結果は訴訟当事者にとっては不意打ちの裁判を認めるものであるというほかな」く、原判決には不利益変更禁止の原則に反する重大かつ明白な違法があるというのである。
- (4) 離婚訴訟と財産分与の中立との関係について、離婚訴訟と財産分与の審判の並存を認める見解（併合説）、離婚訴訟が係

属するときは財産分与はもっぱら離婚訴訟手続のみによって審理されるとする見解（人訴説）、人訴手続の枠からくるやむを得ない制約を除き、原則として審判事件として審理される場合の保障が与えられたうえで人訴において審理されるとする見解（折衷説）とが対立している。右最高裁判決も上告理由も人訴説を前提としている。私見は人訴説であるが、本稿ではこの点に立入らない。

二 学 説

一 通説は民訴三八五条の不利益変更禁止原則の適用否定説⁽¹⁾で、右最高判例は適用否定説を認めたものである⁽²⁾。

適用否定説の前提には、財産分与事件が家事審判事件すなわち非訟事件の一種であり、申立主義は適用されるものの、いわゆる処分権主義の適用がないとの考え方が存在する。そこで財産分与請求権の法的性質すなわち民法七六八条一項の解釈が問題となる。

二 財産分与請求権を規定する実体法が——それは民法七六八条一項なのであるが——、財産分与請求権の発生要件・範囲を規定していると解するならば、その発生・範囲の確定は訴訟事件であって非訟事件ではない。財産分与請求権の審判を確認のとみる場合は特にそうであろうし、形成的に解する場合でも形成要件が実体法に規定されていれば事情は何ら変わらないといえる。右実体規定がその発生要件から範囲まで裁判所の裁量を認めるというのであれば、裁量によって財産分与請求権を形成する事件は非訟事件ということになる。仮に訴訟事件であるとした場合、それを訴訟的要素を取入れた非訟手続で処理することは立法政策の問題であると考え余地はあっても、これを純非訟事件の手続をもって処理することは、裁判を受ける権利との関係で問題が生じる。ある訴訟事件を処理する手続における手続保障の問題は必ずしも純訴訟的である必要はなく、事件の性質に応じて折衷的手続であってもよく、例えば非訟

事件手続にどの程度訴訟的要素を加味すればよいかは立法政策の問題であって、多様性があってよいとの考え方もある。⁽³⁾ 基本的に訴訟事件であるならば、仮にそれを非訟手続的に処理するとしてもそこに訴訟手続的要素を加味しなければならぬという点では、当該事件が非訟事件か訴訟事件かを確定しておく必要がある。この点で、石渡・前掲判批一三九頁以下が、まずもってこの点に関連して財産分与請求権の要素を分析したことは正当であると考えられる。⁽⁴⁾

三 その法的性質については、改めて詳細な検討を必要とするが、私見はかつて財産分与請求権に清算的要素のみを認め、夫婦が協力して獲得、維持した財産の潜在的持分の取戻権的性質を有すると解し、同請求権（財産分与の比率ないしその額）は夫婦の協力に基づいて既に財産分与の裁判前に生じているか、あるいはそうではなく財産分与の裁判を形成的と解したとしても形成要件は実体法上決定しているものと解した。⁽⁵⁾ 私見の立場からすれば、財産分与請求事件は、財産分与の比率・額については訴訟事件、その適用としての具体的財産の指定については非訟事件ということになる。⁽⁷⁾

慰藉料についても不法行為の場合は訴訟事件であるのに対して、離婚の場合が非訟事件であるとして、両者と区別する合理性がどこにあるのであろうか。⁽⁸⁾

四 以上の私見はとりあえず置くとして、財産分与事件を非訟事件と解するとすれば、非訟事件の手続原則からして以下の取扱いが是認されている（不利益変更禁止原則適用否定説の立場）。すなわち、財産分与も、「家庭裁判所が後見の立場から、合目的の見地になって、裁量権を行使してその具体的内容を形成する」という意味で非訟事件の性質を有するものである以上、⁽¹⁾ 財産分与の申立は単に財産分与を求める旨を申し立てればよく、分与の額および方法を特定しなすことを要さないものとされる。⁽¹¹⁾ ⁽²⁾ 仮に当事者が分与の額および方法を特定して申し立てたとしても裁判所はこれに拘束されないものとされる。⁽¹²⁾ たとえ当事者が額を特定して申し立てたととしても、それが審判の本旨ともいふべき裁判所の後見的、合目的な裁量権の行使までを束縛してよいわけではないし、⁽¹³⁾ 実際上も当事者の誤解や過度

の遠慮または調査不十分などから結果する不本意ないし最低限の金額がそのまま上限を画することになって不合理である。⁽¹⁴⁾さらに金銭で申し立てた場合に裁判所が金銭以外の財産を分与するのが相当であるときまたはその逆の場合に、申立に拘束力を認めると裁判所の合目的な裁量の余地すら狭める結果となるという。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾(3)離婚を命じる第一審判決に不服はないが、財産分与の裁判につき不服がある場合後者についてのみ不服を申し立てる点については問題がなからう。⁽¹⁷⁾そこで、財産分与に関する処分に対し控訴が提起された場合、控訴審がその内容を控訴人の利益に変更することが許されるかという点が問題になる。民法法三八五条も非訟事件に準用されるから(民訴四一四条、非訟二五条、非訟事件たる財産分与事件についても不利益変更禁止の原則が妥当するかにみえる。不利益変更禁止の原則は民訴法一八六条に対応するもので、上訴における処分権主義の発現⁽¹⁸⁾であると解される。しかるに非訟事件には処分権主義が妥当しないから、⁽¹⁹⁾財産分与事件についても不利益変更禁止の原則は妥当しない。⁽²⁰⁾非訟法二五条が抗告に関する民訴法の規定の準用を規定しているからといって非訟事件における抗告審の手続が民訴法の抗告手続になるとはいえない。⁽²¹⁾

かくして、不利益変更禁止の原則は非訟事件には妥当しない。このことは不利益変更禁止の原則が処分権主義ないし申立拘束原則をその根拠とする以上、かかる原則が妥当しない非訟事件においては当然の帰結であるということになる。⁽²²⁾

五 これに対して、財産分与事件が非訟事件であることを前提としながらも、不利益変更禁止原則適用肯定説も存在する。すなわち、(イ)不利益変更禁止の原則の根拠を上訴への利益保護という感覚に求める見解、⁽²³⁾(ロ)非訟事件のうち特に公益性ないし後見性を欠く申立事件については不利益変更禁止の原則の適用ないし準用を肯定する見解⁽²⁴⁾などが提唱されている。⁽²⁵⁾

(1) 岡垣「婚姻事件における附帯中立」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)」家月二三卷九号一七五頁以下において議論があり、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) 石渡哲・前掲一三九頁は、適用否定説が今後の実務を支配するであろうと予測されている。

(3) 三ヶ月章「訴訟事件の非訟化とその限界」民事訴訟法研究五卷四九頁以下。山木戸克己「訴訟手続の多様性」講座民事訴訟②八七頁以下。

(4) 財産分与請求権の要素として、一般に清算的要素、扶養的要素、慰藉料的要素の三要素が挙げられることは周知のとおりである。その法的性質については、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」法学研究三三卷二五五―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二二二頁以下参照。

(5) 離婚における慰藉料請求権の法的性質については緒方・前掲論文二二〇頁以下参照。

(6) 石川・前掲五二二頁以下。これに対して石渡・前掲一三九―四〇頁は、「しかし、ここでいう取り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。むしろ、財産分与の方法についてもとより、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、裁判によってじめて発生するものである、と解する。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」とされている。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。

財産分与請求権一般につき、これを非訟的形成と解するものとして、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)二二七―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。また、中川(善之助)編「注釈親族法(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。

(7) 石川・前掲論文五一八頁以下、同「判批」法学研究四一卷四号四九頁は、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。

(8) ただし本件では、慰籍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籍料の要素は含まれないものとされる。最判昭和五三年二月二日家月三〇巻九号七四頁。最判昭和三一年二月二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、慰籍料を財産分与と別に請求できるとしている。

財産分与と慰籍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「財産分与と慰籍料」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。

(9) 鈴木忠一「非訟・家事事件の研究」三七頁、高野耕一「財産分与をめぐる諸問題」新実務民訴講座8三二七頁以下、石渡・前掲一四〇頁、山本上村「判批」民商五六巻二号一三五頁、青山「判批」法協八四巻六号五八〇九頁、中川(淳)「判批」判評九八号一〇一頁、岡垣・研究二二七頁、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。なお、人訴法一五条一項は離婚訴訟における財産分与請求の併合を認めている。

(10) 最判昭和四〇年六月二〇日民集一九巻四号一〇八九頁。

(11) 岡垣・研究二二七頁、同・人訴三五五頁、最判昭和四二年七月二五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。

(12) 鈴木忠一・前掲三四〇頁、高野耕一・新実務民訴講座8三二七頁、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の拘束力を否定している。判例としては、福岡高判昭和三六年二月二七日下民集一二巻三八六頁、京都地判昭和三五年二月二六日下民集一一巻一二号二六六三頁、松山西条支判昭和五〇年六月三〇日判時八〇八号九三頁がある。

(13) 高野耕一・前掲三二七頁。

(14) 高野耕一・前掲三二七頁。

(15) 高野耕一・前掲三二八頁。

(16) 高野耕一・前掲によれば、実務上は、金銭であれば金額、金銭以外の財産ならその物ないし権利を特定してその支払いや引渡し、登記移転等を求める旨を申し立てるのが一般であるとされ(三二六頁)、ただかかる場合には当事者の評価であるとみ

て、民法七六八条三項にいわゆる「一切の事情」の一つとして考慮すべきものとされる（三二八頁）。

(17) 岡垣学Ⅱ吉村徳重編・注解人事訴訟手続法一七〇頁以下〔叶和夫〕。なお、親権者指定につき最判昭和六一年一月二日家月三八卷八号四八頁は同旨。

(18) 飯塚重男「不利益変更禁止の原則」講座民事訴訟7一九二頁。なお、不利益変更禁止の原則については宇野聡「不利益変更禁止の原則の機能と限界（一）・（二）・（三）」民商法雑誌一〇三卷三号三九七頁以下（二一九〇年）、同一〇三卷四号五八〇頁以下（一九九一年）が詳細な研究であって、不服申立の原則を引合いに出すべきではない旨を説いている。

(19) 鈴木忠一・前掲三四三頁。

(20) 本件判旨の立場。

(21) 鈴木忠一・前掲三三〇頁。

(22) 岡垣学Ⅱ吉村徳重・前掲二〇四頁〔叶和夫〕、石渡哲・前掲一四〇頁。

(23) 宇野・前掲論文・民商法雑誌一〇三卷四号六〇二頁。

(24) 鈴木忠一・前掲三四五頁、吉岡進「家事審判の抗告審における諸問題」新実務民訴講座8二七五頁以下、但し前者は申立事件でも遺産分割事件、殊に当事者が三人以上の場合同原則の準用を否定するのに対して、後者は申立事件一般について同原則の適用ないし準用を肯定しているものと思われる。

(25) 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。

三 検 討

一 以下の議論は財産分与事件が非訟事件であることを前提とするということをまずもってことわっておかなければならない。

そのように解するならば、前節四（一）の命題は認めてよいであろう。

これに対して、前節四（二）の命題には若干の問題なしとしない。前節五の不利益変更禁止の原則の適用を認める見解のうち特に（ロ）の立場は、非訟事件のうち対象たる実体関係について私的自治の認められるものについては、処分権主義を認めようとするからである。財産分与請求には、請求内容を特定せずして抽象的に申し立てる場合と、特定して申し立てる場合とがある。分与の額および方法を特定する場合もあろうし、そのいずれかのみを特定する場合もあろう。いずれもこれを適法とすべきである。

二 財産分与は私的財産上の問題であるから、私的自治の対象であり、少なくともその額については処分権主義が認められてしかるべきである。その範囲では裁判所の裁量権も制限される。これに対して分与方法に関しては、存在する財産の種類と深くかかわる問題であるから裁判所の自由な裁量を認めるのが相当である。当事者の誤解や調査不十分のために不本意ないし最低限の金額がそのまま申立額の上限を画しては困るとの懸念もあるが、その場合誤解が正され、調査が補充された後に、申立人が申立を拡張すれば済むことである。金銭で申し立てた場合金銭以外の財産を分与するのが相当であると認められるとき、またはその逆の場合、申立に拘束力を認めることは妥当性を欠くとの指摘がある。それは、その通りであろう。金銭にするかあるいは他の財産にするかは分与の方法の問題であって、私見によればこの点に関しては処分権主義の適用を排除し裁判所の自由な裁量を認めてもよいであろう。

したがって、申立人が額並びに方法を特定して財産分与の請求をした場合、裁判所は額の点で当事者の申立に拘束されるが、方法の点では拘束されない。但し額を特定しても、申立人が額の特定により申立額の上限を画していることが必要である。額の特定が上限を画しているか否か不明な場合は釈明を必要とするであろう。

三 かようにみると、不利益変更禁止の原則の有無についても自ら回答がでてくる。すなわち、第一に、不利益変更禁止の原則の本質についての見解に関して対立があるものの、仮にそれを処分権主義に由来するものとするならば、申立の拘束力をパラレルに考えることができる。そこで、分与額に関して不利益変更禁止の原則が適用

されるのに対して、分与の方法に関して右原則が適用されないとみるべきであろう。第二に、そもそも不利益変更になるか否かという観点からみれば、分与額は問題になっても、何れの財産を分与すべきかという方法の問題は本質的なものとはいえないこともある。額の変更がなければ分与財産がA財産からB財産に変わったからといって、事実上の有利不利はあってもこれをもって法律上考慮すべき有利不利といえるか否かは疑問である。

四 結 語

非訟事件に処分権主義は適用されないという命題は従来きわめて自明のものと考えられていた。しかし、二当事者の財産的利害が対立しているという種類の非訟事件では、右の命題は一つのドグマに過ぎないのではないかと思われる。既述のように右のドグマに挑戦した学説もないわけではなかった。非訟事件で両当事者の財産的利益が対立しているものうち、いかなる範囲で処分権主義が適用されるかという点について全体的体系的に検討してみる必要があるのではないか。財産分与請求権はその一つの試金石ではないかと思われる。