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

Title	〔民集未登載最高裁民訴事例研究二〇〕離婚の訴えにおける別居後離婚までの間の子の監護費用の支払を求める旨の申立てと裁判所の審理判断の要否離婚等請求本訴、同反訴事件、平成一九年三月三〇日最高裁判所第二小法廷判決
Sub Title	
Author	鈴木, 貴博(Suzuki, Takahiro) 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	2008
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.81, No.7 (2008. 7) ,p.157- 163
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=AN00224504-20080728-0157

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.

〔民集未登載最高裁民訴事例研究 二〇〕

離婚の訴えにおける別居後離婚までの間の子の監護費用の支払を求める旨の申立てと裁判所の審理判断の要否

離婚等請求本訴、同反訴事件、平成一九年三月三〇日最高裁判所第二小法廷判決（最高裁平一七(受)第一七九三号）裁判所時報一四三三号一二八頁、家裁月報五九巻七号一二〇頁、判例タイムズ一二四二号一二〇頁、判例時報一九七二号八六頁

〔事　実〕

X（上告人）は、平成一二年一〇月にY（被上告人）と婚姻後、平成一三年七月以来現在に至るまでYと別居しており、同年一〇月にYの子である長男を出産し、単独でその監護に当たっていたが、Yを被告として離婚等の訴えを提起し、これに附帯して、平成一四年一〇月から長男が成年に達する月（平成三三年一〇月）までの間の監護費用の分担の申立てをした（このほか、Xは、財産分与も申し立てたが、その内容は過去の監護費用の分担を含むものではなかった）。他方、Yも、離婚等の反訴を提起した。

第一審は、本訴及び反訴の各離婚請求をいずれも認容して長男の親権者をXと定め、Yに対し、財産分与として二九九万円の支払いを命じ、①長男出生後第一審口頭弁論終結時の前月である平成一六年一一月までの間の未払い養育費計一五〇万円、②平成一六年一二月から長男が成年に達する日の属する月まで一ヶ月八万円と定め、Yにその支払いを命じた。これに対し、Yは、養育費分担の申立てなどに関する第一審の判断に不服があるとして控訴した（なお、第一審判決中の離婚及び親権者の指定に関する部分に対しては、不服申立てがされなかった）。

原審（東京高判平一七年七月六日・平成一七年(ネ)一七四二号）は、②離婚後における監護費用については、第一審と

同様に、Yに対しその分担額（月額八万円）の支払いを命じたが、①に関し、平成一四年一〇月から離婚の効力が生ずるまでの間における長男の監護費用分担の申立て（以下、「本件申立て」という。）については、「婚姻中の子の監護費用ないし婚姻費用の分担（民法七六六条、七六〇条）の問題は、離婚請求が理由があるか否かに関係なく決定されるべき事項であり、しかも、これらについては家庭裁判所の審判事項（家事審判法九条一項乙類三、四号）と定められ、家庭裁判所の専属管轄に属するとされているものであるからして、離婚請求訴訟の附帯処分としてその分担の申立てを行うことはできないものと解することが相当である」として、第一審判決を変更して本件申立てを却下したほか、財産分与の額を一〇〇万円に減額変更するなどした。これに対し、Xが上告受理を申し立てたのが本件である。

〔判　旨〕

最高裁は、以下のように判示して、原判決のうち本件申立てに関して却下した部分を是認できないとして破棄し、同部分につき、更に審理を尽くさせるため、原裁判所に差し戻した。

「離婚の訴えにおいて、別居後単独で子の監護に当たっている当事者から他方の当事者に対し、別居後離婚までの期間における子の監護費用の支払を求める旨の申立てがあった場合には、民法七七一条、七六六条一項が類推適用されるものと解するのが相当である（最高裁平成七年（オ）第一九三三号同九年四月一〇日第一小法廷判決・民集五一巻四号一九七二頁参照）。そうすると、当該申立ては、人事訴訟法三二条一項所定の子の監護に関する処分を求める申立てとして適法なものであるということができるから、裁判所は、離婚請求を認容する際には、当該申立ての当否について審理判断しなければならないものというべきである。」

なお、その余の請求及び申立てに関する上告については、上告受理申立ての理由が上告受理の決定において排除され、棄却されている。

〔評　釈〕

判旨に賛成する。

一　本判決[1]の背景と意義

離婚訴訟において、別居後単独で未成熟子の監護をしている父母の一方が事実上負担していた監護費用（以下、「子の過去の監護費用」という）を請求する方法について、判例の扱いには変遷がみられる。かつては、子の過去の監護費用は婚姻関係の継続の効果を前提とするものであるから、婚姻費用分担の審判の対象として扱われていた[2]。その後、財産分与（民法七六八条）の額及び方法を定める際に監護費用の清算を考慮するという方法がとられるように

なった。[3]

本件における争点は、離婚の訴えにおいて、子の過去の監護費用の支払いを求める旨の、「子の監護に関する処分（民法七六六条・七七一条、家審九条一項乙類四号、人事訴訟法三二条一項（平成一五年法律第一〇九号。以下、「現行人訴法」と略す））」の申立てがあった場合には、裁判所は、離婚請求を認容する際には、当該申立ての当否について審理判断しなければならないかという点である。[4] この問題に関する判例としては、旧人事訴訟手続法（明治三一年法律第一三号。以下、「旧人訴法」と略す）下において、本判決でも引用されている最判平成九年四月一〇日民集五一巻四号一九七二頁（以下、「平成九年判決」と略す）[5]があるだけであった。同判例はこの問題を積極的に解していた。[6] この問題をめぐる議論が、活発になったのは平成九年判決が出されて以降のことであった。[7]

平成九年判決は、「離婚の訴えにおいて、別居後単独で子の監護に当たっている当事者から他方の当事者に対し、別居後離婚までの期間における子の監護費用の支払を求める旨の申立てがあった場合には、裁判所は、離婚請求を認容するに際し、……人事訴訟手続法一五条一項（現行人訴法三二条一項と同旨の規定――筆者注）により、右申立てに係る子の監護費用の支払いを命ずることができるものと解するのが相当である。けだし、……離婚請求を認容するに際し、離婚前の別居期間中における子の監護費用の分担についても一括して解決するのが、当事者にとって利益となり、子の福祉にも資するからである」とした。

その後、平成一五年に現行人訴法が制定された。[8] 同法三二条一項は、本来家事審判事項である子の監護に関する処分等について、申立てにより、離婚判決の際に同時に裁判しなければならない旨を明定した。

本判決は、現行人訴法下においても、平成九年判決を引用し、かつ同様の理由により、離婚訴訟において、別居後離婚までの子の監護費用請求につき、現行人訴法三二条一項所定の「子の監護に関する処分」の附帯処分の裁判の申立てを受けた裁判所が、離婚請求を認容する際には、当該附帯処分の申立ての当否について審理判断しなければならない旨を最高裁判所が初めて判示したものである。

二　検討――過去の子の監護費用を「子の監護に関する処分」の附帯処分の裁判の申立てにより請求することの可否

離婚等の訴えにおける附帯処分事項は、婚姻の解消等に

付随する重大な身分的・財産的効果であるとともに離婚の請求原因と密接な関係を有する。したがって、当該事案における諸般の事情を総合考慮した上で裁判所の後見的・合目的的な裁量判断によって具体的内容を形成することを目的とするものとして、審判手続により解決されるべきものである。そして、当事者の便宜及び訴訟経済の要請にのっとって、離婚の効力発生と同時にその具体的内容を形成することが認められるならば、子の利益の保護にも資すると思われる。

附帯処分事項の扱いに関するこのような考え方は、平成九年判決においても、また現行人訴法制定に際しても、その基礎にあったと思われる。平成九年判決は「離婚請求を認容するに際し」子の過去の監護費用を一括解決することが望ましい旨述べていた。その後、現行人訴法三二条一項は、裁判所が附帯処分等について裁判を行うのは、離婚等の請求を認容する判決をする場合に限るものとする明文を置いた[9]。それによって、離婚請求と附帯処分の同時解決の保障という趣旨を規定上明確化したものと考えられている[10]。

附帯処分事項のうち本件で問題となった、子の監護に関する処分（民法七六六条一項、家審九条一項乙類四号）の内容については、当事者の協議不調の場合は調停へ（家審一七条）、調停不成立の場合は家庭裁判所が審判で定めるべきことが明文で予定されている（調停前置主義・家審一八条）。このことからも、過去の監護費用の具体的な内容（額・方法）[11]は家庭裁判所が総合的・後見的見地から判断すべき問題であるとの考え方が現行法の前提になっていることが判明する。また、このように解することは、人事訴訟につき家庭裁判所の専属管轄を新たに規定した現行人訴法（四条一項）の立法趣旨にも合致するものと思われる。これは、婚姻関係解消に伴って重大な身分的・財産的影響を受ける関係者にとって、便宜であり、子の福祉にも資するほか、訴訟経済の要請にも適うものである[13]。

本判決は、離婚訴訟において、過去の子の監護費用請求につき、現行人訴法三二条一項所定の「子の監護に関する処分」の附帯処分の裁判の申立てを受けた裁判所が、離婚請求を認容する際には、当該附帯処分の申立ての当否について審理判断しなければならないとした。これは現行人訴法三二条一項の同時解決の保障の趣旨に沿ったものと評価することができる。

以上見てきたことからすると、本件判旨は妥当であると考える。

(1) 本件の評釈として、三木浩一「判批」Lexis判例速報二三号第三巻九号（レクシスネクシスジャパン、平成一九年九月）七六頁以下、常岡史子「判批」LEX/DB文献番号28130885、同・法学セミナー増刊速報判例解説二〇〇八年四月（日本評論社、平成二〇年）一〇五頁、塩崎勤「判批」民情二五四号八二頁以下、村重慶一「判批」戸時六二一号六五頁、大橋眞弓「判批」重判解（ジュリ一三五四号、平成一九年度）一四七頁、安達栄司「判批」ひろば二〇〇八年六月号五二頁がある。なお、東京家庭裁判所家事第6部編『東京家庭裁判所における人事訴訟の審理の実情』（判例タイムズ社、改訂版、平成二〇年）二一頁注(13)も参照。

(2) 最判昭和四二年二月一七日民集二一巻一号一三三頁、最判昭和四三年九月二〇日民集二二巻九号一九三八頁、最判昭和四四年二月二〇日民集二三巻二号三九九頁などがある。婚姻費用に含めて子の養育費（監護費用）を扱うことについては、内田貴『民法Ⅳ親族・相続』（東京大学出版会補訂版、平成一六年）二八頁、大村敦志『家族法』（有斐閣、第二版補訂版、平成一六年）六二頁、二宮周平『家族法』（新世社、第二版、平成一七年）二五・一〇四頁などを参照。また、梶村太市・徳田和幸編『家事事件手続法』（有斐閣、第二版、平成一九年）四九五頁〔岡部喜代子〕は、「父母の婚姻中は養育費は婚姻費用に含まれるから婚姻費用として請求すべきであり、独立した請求はできないとするのが実務の扱いであり、そのほうが公平である」という。なお、泉久雄『親族法』（有斐閣、平成九年）一一一頁は、「未成熟子の養育費と教育費（の請求）は本来、子固有の権利であり、従って婚姻費用に含めるのは論理的でないようにもみえるけれども、子の養育と教育は一般に両親の下で、両親の負担において行われるのが常であることを考えると、婚姻費用に含まれるとして、その費用を確保する方が婚姻生活の実体に合って、実際的である」としている。

(3) 最判昭和五三年一一月一四日民集三二巻八号一五二九頁。

(4) 旧人訴法下で「附帯申立て」等と呼ばれていたものであり（同法一五条一項・三項・五項）、現行人訴法において「附帯処分」と呼ばれる。

(5) 同判決の評釈として、吉田邦彦「判批」家族法判例百選（有斐閣、第六版、平成一四年）三〇頁、二宮周平「判批」判評四七三号四〇頁（判時一六三七号二〇二頁）、西原諄「判批」判タ九五七号九六頁、前田智彦「判批」法協一一五巻一一号一八七頁、田中昌利「判批」最判解（民事篇（中）、平九年度）（法曹会、平成一二年）一八二頁、棚村政行「判批」法教二〇六号一〇二頁、渡邉泰彦「判批」同法五〇巻一号五〇六頁以下、佐藤義彦「判批」リマーク

ス一八号六〇頁、同「判批」重判解（ジュリ一一三五号、平成九年度）八五頁、村重慶一「判批」判タ九七八号一二四頁などがある。また、この判例を契機として書かれた論文として、植野聡「離婚訴訟における過去の監護費用の附帯申立てに関する一考察――最高裁第一小法廷平成9年4月10日判決を契機として――」家月五〇巻一二号一〇頁以下などがある。なお、東京家庭裁判所家事第6部編『東京家庭裁判所における人事訴訟の審理の実情』（判例タイムズ社、平成一八年）一六頁注(12)も参照。

(6) 二宮周平・前注(5)四二頁は、この平成九年判決と最判平成元年一二月一一日民集四三巻一二号一七六三頁により、子の養育費について附帯申立てをする場合には、子の監護に関する処分として、監護費用の支払を構成して申し立てればよく、法的根拠と関連させて議論する実益は乏しくなったとされる。松本博之『人事訴訟法』（弘文堂、第二版、平成一九年）三〇九頁は、平成九年判決および本件判決に示された民法七七一条、七六六条一項の類推適用による子の監護に必要な処分として附帯申立てをするか、離婚訴訟の附帯処分として財産分与の申立てをした上で婚姻費用全体の清算を行うに際しての考慮要素とするか、「いずれかの申立てを選ぶことができる」とされる。

(7) 判例・学説の変遷については、主として平成九年判決との関連で、二宮周平・前注(5)、西原諄・前注(5)、前田智彦・前注(5)に詳しい。また、現行人訴法制定後の近時の学説については、三木浩一・前注(1)七七頁以下、安達栄司・前注(1)五二頁以下、判タ一二四二号一二一頁参照。塩崎勤・前注(1)八二頁以下も参照。

(8) 現行人訴法におけるこの規定に関する実質的な改正はなく、基本的な枠組みは維持されたと考えられている。野田愛子・安倍嘉人監修『改訂・人事訴訟法概説――制度の趣旨と運用の実情――』（日本加除出版、平成一九年）二〇六頁〔松原正明〕、松本博之・前注(6)三〇八頁参照。

(9) 小野瀬厚・岡健太郎編『一問一答・新しい人事訴訟法』（商事法務、平成一六年）一三四頁以下。

(10) 常岡史子・前注(1)二頁以下、塩崎勤・前注(1)八五頁以下も同旨。

(11) 東京家庭裁判所家事第6部編・前注(1)三五頁によれば、養育費の支払いについては、東京・大阪養育費等研究会の提言に係る「養育費・婚姻費用等の算定方式と算定表」判タ一一一一号二八五頁以下に基づき、審理・裁判がなされているとのことである。また、かつて審判において行われていたような家庭裁判所調査官による生活費の試算等は行っていないとのことである。東京家庭裁判所家事第6部編・前注(1)四七頁参照。なお、「算定表」は東京家庭裁判所家事第6部編・前注(1)一四〇頁以下「巻末資料3」にも掲記されている。

(12) 最判昭和四二年二月一七日民集二一巻一号一三三頁は、扶養義務者が複数である場合の各分担額について当事者の協議が調わない限り、「家庭裁判所が、各自の資力その他一切の事情を考慮して審判で決定すべきであって、通常裁判所が判決手続で判定すべきではない」としている。なお、東京地判平成六年一月一七日判タ八七〇号二四八頁も同旨。その一方で、大阪高判昭和四三年一〇月二八日判時五四四号四八頁は、「現在および将来の扶養料から分離した、独立の純粋に過去の扶養料のみについての請求」について、通常の民事訴訟手続によることを判示する。

(13) 二宮周平・前注(5)四〇頁、前田智彦・前注(5)一九四頁以下、棚村政行・前注(5)一〇三頁、村重慶一・前注(5)一二五頁。

鈴木　貴博