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

Title	離婚判決に伴う別居から離婚までの監護料の附帯処分
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 民事手続法 : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.1- 11
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88454276-00000006-0001

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.

離婚判決に伴う別居から
離婚までの監護料の附帯処分

石川　明

一　問題の所在

二　検討

三　結語

一　問題の所在

1　問題の所在

妻Xと夫Yとの間に嫡出子Zがいて、XZがYと別居し、XがZの監護に当たっていたが、XがYに対し離婚訴訟を提起した。Xは当該訴訟において人訴法三二条一項の子の監護に関する附帯処分の申立てを行った。同項は一見、離婚後の監護についての附帯処分を規定の対象としているように読めるが、別居から離婚判決までの子の監護費用をも含むものと解することもできないわけではない。本稿においては以下、この監護費用を中間的監護費用と称しておく。

2　判例

別居から離婚に至るまでのYが支出した子の監護費用をXからの申立てがあれば、離婚請求を認容する場合、人訴法三二条一項の附帯処分として、主文に掲げて処理することができる旨を説いた最高裁二小判平成一九年三月三〇日[1]がある。以下紹介する。

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、判タ一二四二号一二〇頁、判時一九七二号八六頁）

〔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。

（1）　本件判決については、以下の紹介ないし評釈がある。この判決に至るまでの学説・判例については、前掲判タ・判時にこの問題に関する本件判示の経緯が詳細に紹介されている。鈴木貴博「判批」法研八一巻七号（平成二〇年）一五七頁以下、特にその注1。なお、本判決の紹介としては、常岡史子・LEX/DB 文献番号 28130885、塩崎勤・民情二五四号（平成一九年一一月一〇日発行）八二頁以下がある。

常岡史子・法学セミナー増刊（平成二〇年四月）速報判例解説二号（平成二〇年三月三一日）一〇五頁、村重慶一「判批」戸籍時報六二一号（平成一九年一二月一〇日）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、平成二〇年四月一〇日号）一四七頁、安達栄司「判批」ひろば二〇〇八年六月号（平成二〇年六月一日）五二頁がある。

二　検討

以下、離婚請求認容判決に伴う附帯事項の裁判の性質について検討する。

1　中間的監護費用の裁判は離婚の主文に並べて主文の一項目として被告の原告に対する一定の中間的監護費用の支払いを命じることになる。後者は通常は、家事調停により、あるいは調停不調の場合には、申立てにより審判により解決されることになる（家審法九条乙類四号）。

ところで、家事調停についていえば、その効力として、家事調停調書の記載は確定判決と同一の効力を有するものとされている（家審法二一条一項）。同項にいう「確定判決と同一の効力」という文言は、訴訟上の和解に関する民訴法二六七条にも用いられている。この文言に既判力が含まれるか否かという問題をめぐって、肯定説、否定説、制限的既判力説等が対立していることは周知のとおりである。私は否定説を採用している。[2] 訴訟上の和解の効力に関して否定説をとれば、調停についても既判力はないと考えることになる。さらには審判の効力に既判力を含めるか否か問題になる。家事審判法一五条は審判に執行力がある旨規定しているが、加えて審判が確定判決と同一の効力として既判力を有するのか否かという点について、規定を欠いている。

2　松本博之「人事訴訟法」（弘文堂、平成一八年五月）三一二頁によると人訴法三二条一項の附帯処分は主文に掲げられても、既判力はないとされている。理由はそれが実質的に非訟事件の裁判であることによるものとされる。家事審判の既判力については、佐上善和「家事審判法」（信山社、平成一九年四月）二六二頁以下に詳細な紹介がある。

既判力の有無を前提とすると、私見による場合以下のような議論ができるものと思われる。

将来についての附帯処分についていえば、松本説の主張するとおりであると考える。しかし、本稿が問題としている中間的監護費用についてまでこの考え方が妥当するものといえるであろうか。私見はこの点について些か疑問に感じている。

一般的にいえば、附帯処分の裁判は判決の主文の一部としてなされていても、非訟的なもので確定判決の標準時以後の事情変更があることを考えると既判力否定説が理由がないとはいえないかもしれない。しかしながら、仮にそう考えたとしても、過去の監護料の請求についてまで既判力否定説は採りえないのではないかというのが私の疑問なのである。

私は嘗て、財産分与の請求について審判に既判力を認めるべきではないかという主張をしたことがある。[3] 財産分与についていえば、将来の法律関係の変動は考える必要がないからである。それと同じように中間的監護費用はいわば既発生の費用償還請求権的要素をもつものであって、その額は審判によらなければ定められないものの、一度定められた以上、これを変更する必要性が生じないものであることによる。償還請求権の理由付けについては民法上議論のあるところであるが、ここではこの点について言及しない。

以上に述べたように中間的監護費用の裁判は、本来ならば、その性質上償還請求権という実体法的請求権をめぐる紛争、すなわち争訟事項であるにもかかわらず、家庭事件であるために家審法九条一項乙類四号で審判事項とされたものである。これは性質上は争訟事件でありながら、家庭事件であることを理由にして、それが非訟化されたのである。したがって、かような非訟化がなされたとしても、それが本来は争訟事件なのであるから、その裁判である審判に既判力を認めることはおかしくないのではないか。

加えて、人訴法三二条二項では離婚請求が認容される場合に附帯処分として中間的監護費用は主文で判断され

ることになる。この点からみても中間的監護費用の裁判に既判力を認めることには理由があるといえよう。中間的監護に関する費用請求は、離婚判決手続中で審理されるものであるから既判力の基礎になる当事者の手続保障も十分に認められる。

以上のごとき諸理由からみると、中間的監護費用の償還請求権の離婚判決に伴う判断は既判力、形成力、及び執行力をもつ根拠を十分に持ちうるものと考える。

このように考えてくると、中間的監護費用に関する裁判は、たとえそれが主文中で判断されていたとしても本来性質上非訟事件の裁判であるから既判力はないと断言することはできないのではないかという疑問が生じる。

一般に非訟事件の裁判には既判力がないというのは、前裁判の内容を確定することなく、状況の変化に対応して、前裁判の内容を変えていく必要があるからである。既発生の中間的監護料の裁判は、後刻の状況の改変に対応して内容が変わらなければならないものというわけではないのである。この面から、本来既判力に馴染まないものではないのである。

家事審判では家裁が裁量権の範囲を超える審判をすれば、それが訴訟により取消されることはありうる。

3　しかしここで考えておかなければならない問題がある。家事審判によって監護費用の額が決定される。上記のとおり、この種の審判に既判力があるか否かが論じられている。監護費用がいかなる額になるかという審判に形成力はあるといってもよいが、既判力が生じるか否かを論じる意味は奈辺にあるのであろうか。その額が定められるのは審判の形成力の効果であると考えると既判力を論じる場合、それが何に及ぶかという点について考えなければならない。

監護費用に関する審判の既判力論については疑問なしとしない。現在私は、中間的監護料の確定という主文中

に認められる実質上の審判の効力について以下のように考えている。額の決定は通常の審判でこれを決めれば審判は中間的監護料の存在と額を定めるという点での形成力を有する。したがって、以後、そこで確定された額を動かすことができなくなるのはこの判決（実質は審判）の形成力の効果である。しかしながら中間的監護料に関していえば、(1)確定判決のなかで監護料につき償還請求権ありという基本的法律関係の存在と(2)額の裁量が違法でないことの確認を既判力をもって確定するという効力を併有するものと解される。審判によって形成された監護料の額が確定するのは形成力の効果であって、既判力によるものではない。

4　子の監護費用は財産分与に取込むべきで独立して附帯処分の申立てを認めるべきではないとの見解も認められる。例えば野田愛子・安倍嘉人監修「改訂人事訴訟法概説」（日本加除出版、平成一九年八月）二〇九頁の松原正明氏担当部分は以下のように述べている。「なお、過去の子の監護費用（養育費）についても同様の問題があるが、子の監護費用は婚姻費用の一部と解されるので、過去の婚姻費用と同様に財産分与の問題として、判断するのはともかく、過去の監護費用そのものを附帯処分事項として請求することは認めるべきではなかろう」とされるのである。加えて、石田敏明編著「新人事訴訟法 要点解説とQ＆A」（新日本法規出版、平成一六年一月）三四頁も同じ見解を述べている。

しかしながら附帯処分は申立てがあって裁判されるものであり（人訴法三二条一項）仮に一般的に中間的監護費用が財産分与の一部としてこれに取込まれるものであるとしても、前者が額までは確定しないものの既発生の償還請求権的な権利であることに鑑みて、とりあえず申立てをこの点に限定することは許されるものと考えるべきであろう。更にいうと中間的監護費用は既に妻が支出した費用であって、その審理に過大な作業を必要とするわけではないのに対して、これを財産分与の一部に組込んで財産分与全体を附帯処分の対象とするということに

なると、とりあえず中間的監護費用のみについて決着をつけたいとする離婚訴訟の原告である妻の立場にとってマイナス要因になるのではないかと思われる。

そのように主張する私見は、将来の監護費用をそもそも財産分与に組込んではいけないと云っているわけではない。

（2）石川明「訴訟上の和解の研究」慶應義塾大学法学研究会叢書一四（慶應通信、昭和四一年八月）一〇九頁以下、特に一二六頁。石川明「民事手続法の諸問題」朝日大学法制研究所叢書第五号（朝日大学法制研究所、平成一三年一一月）九五頁以下。

（3）石川明「家事審判事項としての財産分与請求の問題点」法研三二巻二号（昭和三五年）五一一頁、判例としては、大阪高決昭和三七年一〇月三日家月一四巻一二号八九頁がある。

三　結語

家事審判法の効力について形成力や執行力（家審法一五条）があることは認められてきたが、既判力があるか否か、既判力についていうと、肯定説と否定説とが対立していた。[4]

本件で取り上げた附帯処分の裁判は判決の主文中でなされるが、それについて形成力のみ認めて既判力を否定する見解が多数と思われるが、本稿は多数説に若干の異を唱えた試論である。

また、形成力にも新たな訴訟ないし審判資料の主張につき失権効のある形成効とそれらがない形成効とがあることも認識しておく必要がある。

（4）佐上義和「家事審判法」（信山社、平成一九年四月）二六二頁以下。なお、松本博之「人事訴訟法」（弘文堂、平成一八年五月）三一二頁、および斎藤秀夫・菊池定信編「注解家事審判法」（青林書院、昭和六二年二月）六二六頁以下参照。