

私の家事実務手帳

離婚訴訟における離婚給付の取り扱い

東京大学教授

野崎薫子

I. 統計に見る離婚給付

- 1 始めに
- 2 厚生労働省の統計
- 3 司法統計
- 4 裁判における離婚給付

II. 裁判例における離婚給付の取り扱い

- 1 裁判例の概況
- 2 ①昭和 62 年最高裁判決の確認
- 3 裁判例の判断の枠組と内容
- 4 離婚給付に関する部分の整理
 - (1) 離婚認容の事例
 - (2) 原審が離婚棄却で、これを破棄差戻した事例
 - (3) 離婚棄却の事例
- 5 検討

III. 離婚と附帯処分申立てとの関係

- 1 財産分与の申立てに関する規定
- 2 審理方法に関する裁判例
- 3 同時解決への試案

IV. まとめ

- 1 離婚における離婚給付の位置づけ
- 2 民法改正案

I. 統計に見る離婚給付

1 始めに

私はかつて裁判官として実務に携わっていたが、離婚訴訟には常に苦慮していた。それぞれの大切な人生を対象として法的結論を出さなければならない。たとえ離婚が已むを得ないものだとしても、離婚後の生活の支えとなる離婚給付をどのように定めるべきかについて悩むことも多かった。その後、離婚とこれに伴う離婚給付はどのような状況になっているのであろうか。

2 厚生労働省の統計

厚生省の「離婚に関する統計について（人口動態統計特殊報告）」によれば、1998年の離婚総数は24万3183件（離婚率1.94人口千対）であるところ、1997年度調査による同報告書の表11-2「親権者（女）の取り決め別にみた一時金（財産分与、慰謝料等）・定期金（養育費等）の取得状況」では、一時金・定期金等の取決めがあるものが42.8%、取決めのないものが54.9パーセントであり¹⁾、一時金のみ取得した者（平均額414万1000円）・定

1) 同報告書によれば、取り決めを行っていない者のうち、金銭等を取得した者は10%にすぎない。その定期金の額も平均月額は2万6000円であり、取り決めをしている場合の3万7000円の70%程度であることが指摘されている。

期金のみ取得した者（平均月額7万1000円）・一時金及び定期金の双方取得した者の割合は、それぞれ順に7.5%、20.2%、11.7%で合計39.4%、いずれも取得していない者の割合が60.6%である²⁾。また、図11-3「離婚により生じた悩み（複数回答）」では、離婚により子の親権者となった男性の場合、子どものこと69.6%、仕事と子育ての両立のこと49.4%、家事のこと42.6%、経済的なこと28.6%であり、親権者女性の場合、経済的なこと73.0%、子どものこと66.8%、仕事と子育ての両立のこと43.5%、就職のこと27.0%などであることが示されていた。

厚生労働省による2006年の人口動態調査「1H上巻離婚第10.4表 離婚の種類別に見た年次別離婚件数及び百分率」³⁾を見ると、離婚総数は25万7475件（離婚率2.04人口千対）であり、そのうち、協議離婚22万8802件（88.9%）、調停離婚2万2683件（8.8%）、審判離婚121件（0.0%）、判決離婚3047件（1.2%）、和解離婚2805件（1.1%）、認諾離婚17件（0.0%）である。

3 司法統計

2006年の司法統計年報3家事編（最高裁判所事務総局編、法曹会、2007）によれば、第25表（「離婚」の調停成立又は家事審判法24条審判事件数－財産分与の支払額別婚姻期間別－全家庭裁判所）において、調停成立又は24条審判事件の総数は2万4181件であるところ、同表のうち「財産分与の取決め有り」の総数は6589件（27.3%）である。また同第26表によれば、この「財産分与の取決め有り」のうち、400万円以下が3610件（54.8%）、400万円を超えるものと2000万円以上の合計が1797件（27.2%）、総額決まらず算定不能が1182件（18.0%）であり、支払者は夫が5721

件（86.8%）、妻が868件（13.2%）である。

次いで、全家庭裁判所における離婚後の財産分与事件数は1131件（同第30表）であるところ、同第33表によれば、認容・調停成立件数（財産分与の取決め有り）が645件（57.0%）であり、このうち400万円以下が318件（49.3%）、400万円を超えるものと2000万円以上の合計が223件（34.6%）、総額決まらず算定不能が104件（16.1%）である。

4 裁判における離婚給付

上記各統計を見ると、離婚と離婚給付は必ずしも一体として取り決められているわけではなく、また調停や審判において取り決められた場合もその支払額としては、400万円以下のものが約半数を占めているといえる。この額も1997年度の厚生省の調査と大きく異なるものではない。

離婚給付は、離婚後の当事者のみならずその監護する子どものためにも重要であると考えられるので、以下、離婚訴訟において離婚給付（財産分与及び慰謝料）がどのように取り扱われているかについて見てゆきたい。裁判離婚は件数としては少ないものの、その在り方が他の離婚に及ぼす影響もあると考えられるからである。

II. 裁判例における離婚給付の取り扱い

1 裁判例の概況

離婚訴訟の審理において離婚給付がどのように取り上げられているかについて、いわゆる有責配偶者の離婚請求に関する別表①最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁（以下裁判例は別表の数字のみで示す。）及びそれ以後の主に平成期における別表記載の裁判例を

2) 同表によれば、子ども一人当たりの養育費総額は181万5000円であり、その月額は3万6000円である。

3) http://www.dbtk.mhlw.go.jp/toukei/data/010/2006/toukeihyou/0006087/t0135651/MH040000_001.html, 2008年9月20日最終検索。

比較検討する。その判旨の概要は同表記載のとおりである。

2004年4月1日から、人事訴訟法が施行されると共に、裁判所法の改正により、人事訴訟の第1審は地方裁判所から家庭裁判所に移管された。従って、同表記載の裁判例の多くの第1審は、旧人事訴訟手続法の下で地方裁判所において審理裁判されたものである⁴⁾。

2 ①昭和62年最高裁判決の確認

(1) まず、①の判旨を吟味すべく、その要旨を別表※①の通り整理した⁵⁾。

この判決は、理由一2で有責配偶者からの離婚請求において、民法全体の指導理念である信義誠実の原則による制約があることを示し、一3の第1段落では信義則違反を判断につき斟酌されるべき事項の例示をしている。ここでは、破綻についての有責配偶者の責任の態様・程度、相手方配偶者の婚姻継続の意思等、離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状態、夫婦間の子、特に未成熟子の監護・教育・福祉の状況、別居後に形成された生活関係等を斟酌し、更に時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならないと述べる。

従って、上記信義則違反についての判断要素に照らすと、一3の第2段落における「有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態に置かれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者か

らの請求であるとの一事をもって許されないものとするとはできない」との部分については、これを有責配偶者の離婚請求が許容されるための3要件として独立して捉えるのではなく、一3の第1段落のまとめとして、①の事案で勘案すべき特徴的な事実関係を3点に集約したものと解すべきである。

そして、「夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び」というのは、両当事者の年齢及び同居期間により「相当の長期間」を数量的対比のみで決めるのではなく、上記諸事情を総合勘案すべきであること⁶⁾、また「未成熟子の存在しない場合には」というのも、「未成熟子の存否」のみではなく、「未成熟子の監護・教育・福祉の状況」を斟酌すべきことが示されている。これらの点は、後の最高裁判例にも引用され、解釈が述べられているところである⁷⁾。

(2) ところで①の法廷意見は、信義則違反の判断要素として離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状態の斟酌を含めるが、この点は、理由一3の第2段落において、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、本来、離婚と同時に又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰謝料により解決されるべきであると述べた。

他方、裁判官角田禮次郎及び同林藤之輔の補足意見は、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益が離婚と同時に解決されない場合、或いは離婚後に相手方配偶者がこれを請求する場合の問題点を指摘すると共に、相手方配偶者の経済的不利益の問題を常に当該裁判の中で解決する方法として、人事訴訟手続法15条1項による財産分与の附帯申立は、離婚請求をする者においてもすることができる旨を述べた。

その後の訴訟の中で、この問題がどのように

4) ②は第1審の事件番号により、人事訴訟法施行後に提訴されたものであることが分かる。

5) 本判決の趣旨について、若林昌子「有責配偶者の離婚請求」野田愛子＝梶村太市総編集『新家族法実務大系1〔親族〕』（新日本法規、2008）458頁。

6) 富越和厚「有責配偶者からの離婚請求において別居期間が相当の長期間に及んだものとされた事例」ジュリスト最高裁時の判例Ⅱ260頁（2003）。

7) 別表⑥、⑩。

考慮されているかを併せて注視してゆくこととする。

3 裁判例の判断の枠組と内容

(1) 別表で示されるように、裁判例ではまず離婚原因として、婚姻の経過の詳細な事実認定の下に、婚姻破綻の有無、次に破綻についての有責性が判断されている。

すなわち、離婚原因としては民法 770 条 1 項 5 号が総括で、1 ないし 4 号は例示的なものであるとの運用がされており、また婚姻を継続し難い重大な事由は婚姻破綻を意味するものと解されている⁸⁾。

上記裁判例ではいずれも婚姻が破綻していると判断された。その別居期間は、⑰以外は 5 年以上であり、破綻については別居期間が主な考慮要素となっている⁹⁾。もっとも、別居期間が相当の長期間といえるかどうかとの判断とは区別される¹⁰⁾。

(2) 次に婚姻破綻について、夫婦のどちらが専ら又は主として有責といえるかの有責性については、④、⑨、⑪、⑭を除き、原告である夫（①ないし③、⑤ないし⑦、⑩、⑫、⑬、⑮ないし⑳）又は妻（⑧）が有責配偶者と判断された。

④、⑪、⑭は、破綻についての有責性が争われたが、主たる責任が夫にあるとはいえないとされたものであり、⑨は、有責性が争われたものではない。

(3) 信義則違反に関する具体的な事情の中で、どのような事実に着目した事実認定がされているかについての概略は、別表に示したとおりである。

このように、その内容は、別居の経緯とその期間、別居後の双方の生活状況、未成熟子と面接交渉を含む子の監護状況、婚姻期間中の婚姻

費用の分担の有無と程度、離婚給付の意向及び提案の内容、離婚給付に相当する給付がされたこと、離婚後の双方の生活の見通しなどであり、双方が信義則違反の成否につき具体的事実を挙げて主張立証しており、この中で離婚後の苛酷状況も含まれているものがある。

なお、⑫は、有責性の程度を信義則違反の成否についての判断要素と明示している。

(4) 離婚訴訟において、信義則違反の主張の位置づけについては、主張立証責任との関係で様々な見解がある¹¹⁾。

阿部潤判事は、前掲注 8) の「離婚訴訟の審理と運営」家庭裁判月報 59 卷 12 号 32 頁において、原告の離婚請求に対し、被告が有責性の抗弁を主張する場合は、原告は再抗弁として、①の判決に照らし、夫婦の別居期間が相当の長期間に及ぶこと、その間に未成熟子がいないこと及び相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく正義に反するといえるような特段の事情がないこと的事实を主張する必要があるとした上、3 番目の要件について重要なものは、財産給付であり、離婚給付が十分されるのか、そのための具体的な提案があるかが重視される旨を指摘されている。

同見解は、前掲裁判例の判断傾向と概ね合致すると見うる。この判断の枠組等の在り方については次項以下で検討する。

4 離婚給付に関する部分の整理

上記の信義則違反に関する判断要素のうち、離婚給付に関する部分を取り上げて整理すると次のとおりである。

(1) 離婚認容の事例

・ 財産分与の附帯申立ては、離婚請求者の

8) 離婚原因の争点整理について、阿部潤「離婚訴訟の審理と運営」家庭裁判月報 59 卷 12 号 23 頁 (2007)。

9) ⑰は別居期間が 2 年 4 か月で破綻と判断されたが、夫と妻の双方に同居して生活する意思がなく、当事者間の子を含め家族としての交流のないことが斟酌された。

10) ⑯。

11) 大江忠『ゼミナール要件事実』(第一法規、2004) 209 頁、井上哲男「人事訴訟と要件事実」伊藤滋夫総括編集者『民事要件事実講座 2・総論 II 多様な事件と要件事実』(青林書院、2005) 77 頁、89 頁。

申立てが④、⑧、⑨で認容され、⑦、⑪で却下されている。相手方の附帯申立ては、⑤（①の差戻審）及び⑧で認容されている。

- ・ ⑳では、慰謝料等に関する一部和解が成立しており、離婚による苛酷な状況は認められないとされた。

- ・ ③、⑩、⑬では、離婚請求者から相手方に離婚給付の提案がされていること又は離婚給付の見通しがあること、⑮では慰謝料の支払がされたこと、⑤、⑦、⑱では、相手方配偶者について離婚後の苛酷状況が認められないことが斟酌されている。

- ・ ⑭は、離婚請求者の相手方に対する慰謝料請求を棄却したものであるが、従前の離婚調停で金銭的条件の折り合いがつかなかったことを認定している。

(2) 原審が離婚棄却で、これを破棄差戻した事例

- ・ ⑥は、夫が離婚を請求するについて、財産関係清算の提案をしていることを斟酌した。

(3) 離婚棄却の事例

- ・ ②、⑫は離婚給付の提案等が不十分で不確実であること、⑯は離婚給付の提案があるものの、離婚により経済的に困窮することが予測されること、⑰は離婚により苛酷な状況が想定されること、⑲は子の介護や福祉等に一層の困難を生じさせ、妻が精神的・経済的に極めて苛酷な状況に置かれること及び離婚給付の条件が妻の希望と合致しないことを斟酌した。

5 検討

(1) 別表記載の多くの裁判例では、婚姻破綻による離婚の成否を信義則の観点から判断する上で、離婚給付の予測は斟酌すべき重要な要素となっており、①が判示した離婚後の生活状況を勘案しているとする。また、離婚給付についてはその履行が問題であり、⑮、⑳がこの点を考慮したことは肯ける。

ここで、離婚請求に対する信義則違反の主張について確認しておくとして、その違反については、離婚事由、例えば婚姻の破綻が認められる場合

に、婚姻生活における信義に反する事情が判断されるべきものである。そこでは婚姻生活における夫婦協力義務違反、すなわち破綻に至る経過の中で、婚姻費用の分担や子の監護への協力態度が勘案されることになるが、離婚給付の提案や予測は信義則違反の斟酌要素とは区別されなければならない。

離婚給付としての財産分与や慰謝料は離婚の効果であり、離婚給付の提案や予測はそれ以前の問題であって、離婚給付に結びつく事実上の期待は持てるとはいえず、直ちに本来の法的効果が生じるわけではない。

そして、離婚判決前に離婚給付の提案がされたとしても、実現するかどうかは不確定であり、実現するとしてもそれまでに時間や手間がかかることも予想される。後日協議が調わなかったとき、離婚訴訟の裁判所が離婚給付の提案を相当と判断したものであったとしても、財産分与の審判が同じ結論に直ちに到達するとは限らない。

更に、離婚後の苛酷状況については、離婚給付と関連を有するものであり、離婚給付の見通しのみの状況では、その判断も困難な筈である。

以上のとおり、離婚請求が信義則違反になるとの主張については、①の趣旨に照らし、⑫の判示のとおり、有責性はその斟酌事由に位置づけられるが、離婚給付の見通しや提案は、離婚の成否とは別個に、財産分与の申立ての中で判断されるべきものと解する。

(2) ところで、上記裁判例では、離婚を認めた事例において、財産分与の附帯申立てが少なく、離婚を争う相手方がこれを申し立てたのは、⑤及び⑧のみである。

原審で離婚の訴えが棄却され、上訴審で原判決が取消変更されて離婚のみが認容される場合、例えば、③、⑦、⑪、⑬、⑭及び⑱の事例では、特に相手方としてその後の対応が重要となる。

しかし、多くの場合財産分与の附帯申立てがされていないことには、それぞれの事情があるものと推測される。

裁判実務の立場から、安倍嘉人判事は、「控

訴審から見た人事訴訟事件」家庭裁判月報 60 巻 5 号 39 頁において、離婚と財産分与との一体解決については、財産分与を脇に置いては解決にならない場合はともかく、すべて横並びに考えるべきではないと述べられている。

確かに、離婚事件は調停前置により家庭裁判所に夫婦関係調整調停事件として係属した後、当事者双方は離婚自体の他、状況次第では離婚条件についてもそれぞれが主体的に十分な検討を重ねることが望まれる。そして離婚訴訟となった場合は、その許否の見通しを立て、離婚に関する攻撃防御の方法に加えて財産分与の申立てについてもその要否を適切に判断することが求められる。

その上で、一般的に財産分与の問題は離婚後の生活基盤に直結する重要な位置を占めるといえるのであるから、裁判所には後見の立場から、財産分与の申立てについて、当事者の意向を確認し、釈明を求めるなどの関与が要請されると解する。

そこで、次項では、更に離婚訴訟における財産分与の申立ての在り方について検討する。

Ⅲ. 離婚と附帯処分申立てとの関係

1 財産分与の申立てに関する規定

人事訴訟手続法 15 条 1 項は「夫婦ノ一方カ提起スル婚姻ノ取消又ハ離婚ノ訴ニ於テハ裁判所ハ申立ニ依リ子ノ監護ヲ為スヘキ者其他子ノ監護ニ付キ必要ナル事項ヲ定メ又ハ当事者ノ一方ヲシテ他ノ一方ニ対シ財産ノ分与ヲ為サシムルコトヲ得」と規定していた。

人事訴訟法 32 条 1 項は、「裁判所は、申立てにより、夫婦の一方が他の一方に対して提起した婚姻の取消し又は離婚の訴えに係る請求を認容する判決において、子の監護者の指定その他子の監護に関する処分、財産の分与に関する処分又は標準報酬等の按分割合に関する処

分（略）（以下「附帯処分」と総称する。）についての裁判をしなければならない。」と規定している。これは人事訴訟が家庭裁判所に移管されたことに伴い、当事者の便宜、訴訟経済、国の後見的関与の観点から、旧法の規定と比較し、離婚と附帯処分の同時解決を求める申立人の利益をより強く保障しようとするものと解する¹²⁾。

また人事訴訟法 32 条 1 項の附帯処分の申立てについて、人事訴訟規則 19 条 1 項は、書面で行なければならないことを、2 項は、書面には申立ての趣旨及び理由を記載し、証拠となるべき文書の写しで重要なものを添付しなければならないことを、それぞれ規定する。この点は、裁判所が財産分与の申立てを判断するについて、申立ての趣旨に拘束されず、また財産分与の審判に不利益変更の禁止が及ばないとの考え方に変更があるわけではないが、実務上は、分与を求める財産の内容や額を特定するのが一般であり、人事訴訟規則 19 条 1 項もこのことを示したものとされる¹³⁾。同項は、申立てに当たって、当事者の積極的な審理への関与を求めているものと解する。

2 審理方法に関する裁判例

離婚と離婚給付の審理方法に関する従来の裁判例の傾向は、その同時解決をより容易にするものである。

例えば、最一小判昭和 58 年 3 月 10 日裁判集（民事）138 号 257 頁は、「離婚請求について全部勝訴の判決を受けた当事者も、控訴審において、附帯控訴の方式により新たに財産分与の申立をすることができると解するのが相当である。」と判示した。また最一小判平成 16 年 6 月 3 日裁判集（民事）214 号 355 頁は、「離婚の訴の原因である事実によって生じた損害賠償請求の反訴の提起及び離婚の訴えに附帯してする財産分与の申立てについては、人事訴

12) 高田昌宏「人事訴訟法施行と今後の理論的課題」ジュリスト 1301 号 2 頁（2005）。

13) 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、2007）214 頁。

訟手続法8条の規定の趣旨により、控訴審においても、その提起及び申立てについて相手方の同意を要しないものと解すべきである」とした上、「人事訴訟法32条1項（同法附則3条本文、8条参照）は、家庭裁判所が審判を行うべき事項とされている財産分与の申立て（家事審判法9条1項乙類5号）につき、手続の経済と当事者の便宜を考慮して、訴訟事件である離婚の訴えに附帯して申し立てることを認め、両者を同一の訴訟手続内で審理判断し、同時に解決することができるようにしたものである。したがって、原審の口頭弁論の終結に至るまでに離婚請求に附帯して財産分与の申立てがされた場合において、上訴審が、原審の判断のうち財産分与の申立てに係る部分について違法があることを理由に原判決を破棄し、又は取り消して当該事件を原審に差し戻すとの判断に至ったときには、離婚請求を認容した原審の判断に違法がない場合であっても、財産分与の申立てに係る部分のみならず、離婚請求に係る部分をも破棄し、又は取り消して、共に原審に差し戻すこととするのが相当である。」と判示している¹⁴⁾。

これは、離婚と財産分与が密接な関係にあり、同時解決を望む当事者の意思の尊重及びその審理の対象となる事実関係の共通性などが根拠となっていると解される。

3 同時解決への試案

(1) 前記1、2のように、離婚と附帯処分申立てに係る人事訴訟法の規定及び裁判例の傾向は、離婚と財産分与の同時解決を原則としていると解される。

離婚訴訟で財産分与について審理するためには、人事訴訟手続法15条1項ないし人事訴訟法32条1項による申立てが必要であるところ、

前掲裁判例では、離婚が認められる場合も、この申立てがされていないものがあるのは、Ⅱ.5(2)で述べたとおりである。

各事案において当事者が、裁判の具体的な審理の経過に照らし離婚の成否に関する見通しを充分理解し、附帯処分申立ての要否を客観的に判断できるという前提が満たされた場合には、実際上の不都合は生じ難いといえよう¹⁵⁾。

そこで、離婚訴訟において争点整理が行われる際、離婚自体が争われている場合でも、裁判所、当事者双方の協働作業により、離婚認容の見通しと共に附帯処分の申立ての要否を検討することが求められる。これが適切に行われるならば、離婚と離婚給付の同時解決を望む当事者の意向は充分裁判に反映することになるのであり、そのための手続が当事者双方に確保されていることが望まれる。

(2) ここで、離婚訴訟における財産分与の申立権者に関する問題に立ち返り、検討を進める。

前述のとおり、①の補足意見は、人事訴訟手続法15条1項の附帯申立は、離婚請求をする者においてもすることができる見解を示した。以来、いわゆる財産分与の義務者からの附帯申立てを許容するかどうかの問題として論じられてきた。

その後、離婚を棄却した際、財産分与をする側からの附帯申立てを審理の実際上の観点から消極に解した裁判例が②である。別表※②の理由による。

離婚を認容した際、財産を分与し、また養育費を支払う側からの申立てを認めた裁判例として、財産分与につき④、⑨があり、養育費につき⑮がある。別表※④、※⑨の理由による。

他方、離婚を認容した際、財産分与する側からの申立てを認めない裁判例として、⑦、⑩があり、また⑩は養育費を支払う側からの申立て

14) 畑瑞穂「判批」民商法雑誌133巻2号113頁(2005)、本間靖規「判批」平成16年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1291号)136頁、138頁(2005)。

15) 高野耕一『財産分与・家事調停の道』(日本評論社、1989)162頁は、離婚訴訟が地方裁判所で審理されていた時代に、離婚自体が争われると、財産分与の審理を充実させることが困難であったことにつき述べており、その打開策として、裁判所はまず離婚訴訟の審理に専念し、離婚認容の心証を得たときは、その段階でその心証(もとより確定的終局的なものではない旨の留保を付けて)を当事者に示し、爾後の審理対象を財産分与の問題に限局することを提言した。

も認めない。別表※⑪の理由による。

上記各裁判例の評釈等では、財産分与につき、財産分与をする側からの申立てを人事訴訟手続の中で認めることが可能か否かについて、大別して肯定説と否定説が論じられた^{16) 17) 18)}。

(3) 私は、以下のとおり、否定説には疑問があり、結論として肯定説が相当と考える。

まず、前掲⑪の判断理由に即して財産分与について検討する。⑪は、(ア) 義務者側からの財産分与の支払を命じる裁判の申立てにつき、これに関する民法の各規定及び人事訴訟手続法 15 条 1 項は、義務者側からの申立ては予定していないし実際上もこれを認める必要性は考えられないこと、(イ) 財産分与の審理について義務者側が相手方の権利実現のため十分な主張、立証活動をすることは期待できず、裁判所の職権探知にも限度があり、義務者の側からの申立てを認めることは実質的にも妥当ではないと述べる。

上記⑪ (ア) のうち、財産分与の規定につき考えるに、昭和 23 年 1 月 1 日に施行された民法 768 条 (771 条で準用される。) は次のように規定されている。

「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産分与の請求をすることができる。

前項の規定による財産の分与について、当事者間に協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができる。但し、離婚の時から 2 年を経過したときはこの限りでない。

前項の場合には、家庭裁判所は、当事者双方

がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して、分与をさせるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定める。」

このように、財産分与の内容は具体的に規定されず、裁判所の裁量によることになっているが、立法当初から民法 768 条は、夫婦の財産は当事者双方の協力によって取得されたものであるとの前提のもとに、離婚の際に財産の分与を請求しうることを規定したものであり、財産分与には、財産の分割、扶養料、或いは制裁の意味が含まれると解されていた¹⁹⁾。その後最二小判 46 年 7 月 23 日民集 25 卷 5 号 805 頁も、財産分与の法的性質、目的、内容については、実質上の夫婦の共同財産の清算分配及び離婚後における一方の当事者の生計の維持を図ることのほか、離婚による慰謝料の要素を含むものとしている²⁰⁾。

財産分与の法的性質と目的が上記のとおりであるとすれば、財産分与は、夫婦の双方が離婚に伴い解決しなければならない事項であり、双方にそのための努力が求められるものである。例えば、財産分与の対象財産が両名の所有名義になっている場合でなく、すべて一方当事者の所有名義であったとしても、財産分与の申立てに対する裁判により、当該所有名義人の取得分又は金銭的な負担額が確定するわけであり、その意味で財産を分与する者、すなわち分与の義務者も申立ての利益を有するといえる。

また、離婚により財産分与請求権が生じるとはいえ、夫婦間に協議ができない場合の財産分与の申立ては本来非訟事件であり、裁判所の判断の結果により具体的な財産分与請求権が形成

16) 村重慶一「判批」平成 6 年度主要民事判例解説 (判例タイムズ 882 号) 142 頁 (1995)。

17) 大津千明『離婚給付に関する実証的研究』(日本評論社、1990) 330 頁。

18) 秋武憲一「人事訴訟の審理手続をめぐる問題」野田愛子＝梶村太市総編集『新家族法実務大系 5』(新日本法規、2008) 362 頁、366 頁、青木晋「離婚訴訟の附帯処分等をめぐる諸問題」野田＝梶村・同 375 頁、377 頁。

19) 財産分与規定の成立過程につき、水野紀子「離婚給付の系譜的考察 (二)」法学協会雑誌 100 卷 12 号 2151 頁、2187 頁 (1983)、本沢巳代子『離婚給付の研究』(一粒社、1998) 47 頁。

20) 同判決は、既に財産分与がなされた場合においても、それが損害賠償の要素を含めた趣旨とは解されないか、または、その額及び方法において分与請求者の精神的苦痛を慰謝するに足りない認められるものであるときは、右請求者は、別個に、相手方の不法行為を理由として離婚による慰謝料を請求することを妨げられないと述べ、僅少の財産分与をされた者に対し、慰謝料請求を認容した原判決を是認した。

され、給付命令となるのであって²¹⁾、申立て当初から財産分与の権利者、義務者と区別されているわけではない。

更に、民法 771 条及び 768 条 1 項、同条 2 項の解釈として、夫婦間において財産分与の協議ができない場合、裁判所に財産分与の申立てをするにつき、結果的に財産を分与することになる者が申立人となることを禁じているとは解されない。

上記否定説に立った裁判例はいずれも人事訴訟法施行以前で、人事訴訟が家庭裁判所に移管される前に出されたものである。肯定説の考え方は、上記 1 記載の人事訴訟法 32 条 1 項の趣旨と 2 記載の審理方法に関する裁判例の傾向にも沿うといえる。また、同法 33 条の事実の調査の規定は、附帯処分等事項の裁判の審理を充実させるべく新設されたものである。

次に、離婚請求者であり、財産分与の義務者に財産分与申立てを認める実際の必要性について考える。

3 (2) 掲記のように、離婚を認容する際、財産分与及び養育費について、離婚請求者に申立てを認めた裁判例を見ると、⑨は相手方配偶者からの申立てが、心身の問題で実際上困難であったものであり、また④、⑨、⑮のいずれも、離婚請求を認容するにつき相手方配偶者への財産分与や養育費の支払を同時に定める理由と必要性があったと解される。

加えて、Ⅱ. 5 (1) 記載のとおり、離婚給付の提案やその見通しは、離婚の成否に係わる信義則違反の事情ではなく、その法的効果の問題でもないのであって、それとは別個の財産分与の申立てとして審理判断すべきものである。

このように離婚認容の可能性がある場合、実質的に財産を給付する者を含めて当事者に対し、同時解決の手段を認めることが、双方の便宜と子の福祉のためにも必要であると解する。

(4) ⑪の (イ) について検討を進める。

一般的に財産分与の審理について実務家から、夫婦の財産を把握するための資料収集の困難なことが指摘されている²²⁾。長期間の別居があれば、当事者にとってこの点は困難を増すものと推測される。財産の所在自体不明では裁判所の職権探知も活用が難しく、相手方に財産を開示させるための実効性のある制度も存しない。

しかしながら、離婚に伴う財産分与の審理について、義務者の協力が期待できないとは限らない。Ⅱ. 4 記載のとおり、離婚が認容された事例で、離婚の成否を信義則の観点から判断するにつき、離婚請求者による離婚給付の見通しや提案が斟酌されている場合が見られる。このようなとき、財産分与をする義務者からの申立てを認めれば、離婚と同時に財産分与が具体化するわけである。

仮に、後日、その財産分与の対象財産のほかに、新たな財産が判明し、又は前提となった事実が異なることが明らかにされたときなどは²³⁾、事案に応じて再度の審理も可能と考えられる。

このように、財産分与の義務者からの申立てを認めることは、実質的観点からも相当な場合がある。

Ⅳ. まとめ

1 離婚における離婚給付の位置づけ

Ⅲ. 1 の規定及び 2 の裁判例が示すとおり、離婚と離婚給付は密接に関連するので、これを一体として考慮し、同時解決を基本とすることが望ましい。

従って、離婚訴訟において、離婚給付の提案ないしその予測は、離婚の許否事由としての信

21) 岡垣学『人事訴訟の研究』(第一法規、1980) 218 頁。

22) 片山登志子「人事訴訟の運用の実情について—弁護士立場から」野田=安倍・前掲注 13) 453 頁・459 頁、秋武憲一ほか「離婚訴訟はどう変わったか (2)」二弁フロンティア 60 号 10 頁、11 頁 [片山発言、秋武発言] (2007)。

23) 岡垣・前掲注 21) 249 頁。

義則違反の斟酌事由に含めるべきではないし、また、離婚給付を検討することなく離婚を直ちに許容するというのは、原則として避けるべきである。一旦離婚が成立した後の離婚給付を別途解決すべきものとした場合、それが迅速適切に決められる保障が十分あるといえるのが懸念されるからである。

このように、離婚訴訟においては、離婚給付について裁判所からの求釈明等の手段を講じ、当事者双方の選択により、附帯処分の申立てを経て、相互努力と裁判所の後見的関与に基づき、原則として離婚の成立と一括して解決を図るのが相当である。

2 民法改正案

法制審議会は平成8年2月、「民法の一部を改正する法律案要綱」を決定した。

離婚制度に関する改正点の主な内容は、裁判上の離婚原因として「夫婦が5年以上継続して婚姻の本旨に反する別居をしているとき」を付加すると共に、離婚原因がある場合であっても、裁判所は「離婚が配偶者又は子に著しい生活の困窮又は耐え難い苦痛をもたらすときは、離婚の請求を棄却することができるものとする。」、離婚原因のうち別居期間が5年の場合及び婚姻関係が破綻して回復の見込みがないときの場合において、「離婚の請求をしている者が配偶者に対する協力及び扶助を著しく怠っていることによりその請求が信義に反すると認められるときも同様とするものとする。」との案である。

また、同法律案要綱は、離婚後の財産分与につき、当事者間に協議が調わない場合には、「家庭裁判所は、離婚後の当事者間の財産上の衡平を図るため、当事者双方がその協力によって取得し、又は維持した財産の額及びその取得又は維持についての各当事者の寄与の程度、婚姻の期間、婚姻中の生活水準、婚姻中の協力

及び扶助の状況、各当事者の年齢、心身の状況、職業及び収入その他一切の事情を考慮し、分与させるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定めるものとする。この場合において、当事者双方がその協力により財産を取得し、又は維持するについての各当事者の寄与の程度は、その異なることが明らかでないときは、相等しいものとする。」とした。裁判所の考慮事由を明確にしたうえ、婚姻中に形成維持された財産につき、当事者双方の寄与の程度を相等しいものとした点が重要である。

このように、法律案要綱が離婚原因として5年の別居期間を定めることは、従来の裁判例が婚姻の破綻につき別居期間を主な考慮要素としていることに付合するものであり、今後離婚については、破綻主義的傾向が進むと予測され、また離婚給付の判断基準が明確化されると思われる。しかし、同法律案要綱では、離婚と離婚給付の一括解決について十分な制度的保障は見られない。この点は理論面及び手続面において検討が求められる。

同法律案要綱による改正は実現していないが、最近家族法の改正をめぐり、新たな論議が展開されるようになった²⁴⁾。

今後、関係者の連携協力によって、民意と実情に即した離婚と離婚給付の法制度が実現することを望むものである。

(のぎき・かおるこ)

24) 内田貴ほか「家族法の改正に向けて(上)」ジュリスト1324号46頁(2006)、同「家族法の改正に向けて(下)」ジュリスト1325号148頁(2006)、野村豊弘ほか「家族法改正を考える」ジュリスト1336号2頁(2007)。

別表 離婚に関する裁判例

【表の読み方について】

①⑥⑧⑩⑰は最高裁判例、その他は下級審裁判例である。

子の年齢、同居・別居期間は、判決文に表示された（または推測しうる）年数である。同居期間は婚姻前の同棲期間を含み、同居ないしこれに準ずる期間であり、別居期間は、相手方配偶者と実質的に別居したとみうる期間である。

※印以下は、後記欄外記載のとおりである。但し、「」は判決文からの引用であり、その他は判旨の要約である。判決文中の数字は概ね算用数字で記載した。

裁判年月日	裁判結果(離婚の許否) ○・認容 ×・棄却	離婚請求の1審原告 /1審被告	同居期間	別居期間	未成熟子	結論を導いた主な判断事項
①最大判 昭和62年9月2日 民集41巻6号1423頁	控訴審×/ 破棄差戻	夫/妻	12年	36年	無	離婚請求にも信義誠実の原則の適用有/有責配偶者からの離婚請求につき信義誠実の原則に照らして許否を判断する際斟酌すべき事情/夫は有責配偶者(女性と不貞な関係で同棲、両者間に2児有、悪意で妻を遺棄)・36年間別居・未成熟子無・妻が離婚による苛酷な状態に置かれるなどの特段の事情の審理判断を尽くす必要有・妻の申立いかんにより財産上の給付の解決を図るのが相当。補足意見がある。※①
②東京高判 昭和63年8月23日 判時1288号86頁	1審○/ 取消自判×	夫/妻	18年	11年	17歳	婚姻の破綻は専ら夫の不貞関係に由来する/信義誠実の原則に照らし容認できない(別居は婚姻生活に比し長期間とは言い難い・夫は調停条項及び和解条項を守り、妻に生活費支払い・しかし離婚に至った場合の財産的手当につき不安なきをえない。) ※②
③東京高判 平成1年2月27日 家月42巻5号51頁 (上告却下)	1審×/ 取消自判○、 夫の慰謝料請求×	夫/妻	8年	22年	無	夫は有責配偶者(女性と内縁関係、1児有)/別居期間は同居期間や双方の年齢と対比すると相当の長期間・妻は病気治療中で婚姻継続を望むが夫の離婚意思の固いことを認識・妻は資産所有するほか、夫は妻に対し生活費を送金し、離婚後の生活費を含めて離婚給付提示・妻が離婚により苛酷な状態に置かれる特段の事情は認められない。
④神戸地判 平成1年6月23日 判タ713号255頁	○、夫の申立てにより 財産分与○	夫/妻	1年	33年	無	前訴から18年後の離婚訴訟/婚姻破綻の責任を夫のみに負わせるのは酷(夫と女性との生活は不倫行為と決めつけられない・妻が養育した長男は就職自立し、夫もその成長に留意・夫は妻に相応の生活費等送金) ※④

⑤：①の差戻審 ・東京高判 平成1年11月22日 判時1330号 48頁	原判決取消 自判○／妻 本訴で財産 分与の予備 的申立○・ 慰謝料の反 訴○	夫／妻	12年	40年	無	夫は有責配偶者／別居は相当長期間／未成熟子無 ／離婚による苛酷状態等の特段の事情が存するといえない（妻は経済的に不安な状態におかれると主張するが、右事情は財産分与又は慰謝料により解決されるべきもの）
⑥最一小判 平成2年11月8日 家月43巻3 号72頁	控訴審×／ 破棄差戻	夫／妻	23年	8年	無	有責配偶者からの離婚請求（夫が女性と同棲等） ／信義誠実の原則による判断・別居期間の経過により諸事情が変容し、社会的評価も変化したことが窺われる（夫は妻と子らの生活費を負担・別居後不貞関係解消・財産関係清算の誠意ある提案、妻は別居5年余経過頃夫名義の不動産持分2分の1に処分禁止の仮処分執行、成人した子らは離婚につき母の意思に任せる意向）／上記点について更に審理が必要。
⑦大阪高判 平成4年5月26日 判タ797号 253頁	1審×／取 消自判○、 夫の財産分 与申立て却 下	夫／妻	24年	26年	無	夫は有責配偶者（夫は女性と内縁関係）／信義誠実の原則に照らして許されないといえない（別居は相当の長期間・2子は結婚独立・夫から妻に生活費等を負担しているほか、離婚後の生活保障について提案し、代理人が金員を保管中など・著しく社会正義に反するような特段の事情は認められない。）
⑧最三小判 平成5年11月2日 家月46巻9 号40頁 （東京高判 平成3年7月16日 判時1399号 43頁）	控訴審・本 訴○、財産 分与○・予 備的反訴慰 謝料○／夫 の上告棄却	本訴妻 ／夫 反訴夫 ／妻	17年 2月	9年 8月	無	原審の事実認定（妻の不貞行為は2年で終了・2子成人・苛酷な状態認められない）によると、破綻の主たる責任は妻・夫にも少なからざる責任有 ／別居期間は相当の長期間に及び婚姻を継続し難い重大な理由がある。
⑨横浜地判 平成5年12月21日 判タ842号 193頁	離婚○、親 権者夫、夫 の申立てに より財産分 与○	夫／妻 の後見 監督人 （妻の 母）			2児 有	妻は心神喪失の常況にある植物状態の禁治産者、夫からの申立てで、離婚後扶養の意味での財産分与を認める。※⑨
⑩最三小判 平成6年2月8日判タ 858号123頁	控訴審○／ 上告棄却	夫／妻	28年	13年 11月	16歳	夫は有責配偶者（夫は家出後行方を暗まし、2児を抱える女性と同棲・妻は生活保護を受けて4児を養育）／離婚請求を排斥するのは相当でない／相当長期間の別居・離婚による精神的苦痛及び経済的不利益に対する補償は別途解決されるべきもの・未成熟子は高校2年生・昭和63年9月以降家事審判に従い、妻に婚姻費用を送金し、子の養育にも無関心であったものではなく、また離婚給付の実現も期待できる。※⑩

⑪東京高判 平成6年10 月13日 判タ894号 248頁	1審×／取 消自判○、 親権者妻、 夫の財産分 与及び養育 費支払申立 て却下	夫／妻		5年	1児有	婚姻の破綻につき夫に主たる責任があるということ はできない（双方の性格上の問題が大きい）／ 夫の各附帯申立ては不適法として却下する。※⑪
⑫東京高判 平成9年11 月19日 判タ999号 280頁 (上告棄却)	1審○／ 取消変更×	夫／妻	6年	13年	高3 ・ 中2	夫の離婚請求は信義誠実の原則に照らし認容する ことは相当でない／夫の有責性の程度（女性と深 い関係等）・夫は婚姻関係の維持への努力の欠如・ 未成熟子が成熟に至るまでに要する期間・当事者 が置かれている生活関係等（夫は生活費等を送金 しているが十分ではなく、将来にわたる援助の継 続は不確実。）
⑬東京高判 平成14年6 月26日 家月55巻5 号150頁	1審×／ 取消自判○ (上告)	夫／妻	22年	6年	無	夫は有責配偶者（女性と同棲）／離婚が信義誠実 の原則に反するとはいえない（妻の異性との交遊 は夫婦関係の悪化を促進させる要因・2子成人・ 妻に相当の収入有・夫は財産分与の意向表明）。
⑭名古屋高 判平成15年 5月28日 TKC [28082330]	1審×／ 取消変更 ○、夫の慰 謝料×	夫／妻	19年	8年	無	夫は有責配偶者とはいえない／夫の妻に対する暴 力は一方の要因・他の大きな要因として妻の椎間 板ヘルニアの罹患とこれをめぐる妻の生活態度が 存在する。※⑭
⑮福岡高那 覇支判平成 15年7月31 日 判タ1162号 245頁	1審○／ 一部変更○・ 夫による養 育費支払申 出○	夫／妻	3年 11月	8年 10月	12歳 ・ 10歳	再度の離婚訴訟／夫は有責配偶者（女性と同居 し、同女との間に3歳の1児有）／信義誠実の原 則に照らしてなお容認されない特段の事情は不存 在（婚姻費用の支払を続行・前訴後養育費の提案 及び慰謝料300万円の支払・財産分与の提案・苛 酷な状況に置くと認められない。）
⑯福岡高判 平成16年8 月26日 家月58巻1 号91頁	1審×／ 控訴棄却	夫／妻	21年	9年	無	再度の離婚訴訟／夫は有責配偶者（女性と同居） ／信義誠実の原則に照らし離婚は容認できない （同居期間や双方の年齢等から別居期間が相当の 長期間に及ぶとはいえない）・夫は妻に対し婚姻 費用等を支払い、離婚給付提案・しかし妻はパート 収入と夫からの婚姻費用で生計維持、経済的に 自立できる職業に就ける見通しに乏しく、離婚に より経済的に困窮することが予測される・夫が他 女性と新たな婚姻関係を形成しなければならない 緊急の要請もない。
⑰最一小判 平成16年11 月18日判タ 1169号165 頁	控訴審○／ 破棄自判×	夫／妻	6年 7月	2年 4月	7歳	夫は有責配偶者（夫に女性関係有）／離婚請求は 信義誠実の原則に反する（別居が相当の長期間に 及んでいない・未成熟子有・妻は子宮内膜症で就 職困難、離婚により苛酷な状況が想定される。な お、夫は現在妻らの生活費負担）

⑱名古屋高判平成17年5月19日TKC [28101229]	1審×/ 取消自判○	夫/妻	40年	5年	無	夫は有責配偶者（不貞行為）／信義誠実の原則に反するとはいえない（夫は本訴において財産分与の提案をしたが和解不調・夫婦には各人名義及び共有名義の不動産等相当程度の財産が存在する）／妻が苛酷な状態に置かれる特段の事情は認められない。
⑲東京高判平成19年2月27日判タ1253号235頁	1審×/ 控訴棄却	夫/妻	14年	9年	大卒 1級 身障 者	夫は有責配偶者（夫は女性と不貞関係）／信義誠実の原則に照らして認容できない（別居は相当の長期間・他方離婚は子の介護や福祉等に一層の困難を生じさせ、妻が精神的・経済的に極めて苛酷な状況に置かれるもの・夫はその所有建物に妻が居住を継続することを前提とする和解案を提示したが、妻の希望条件に合致せず不調）
⑳大阪高判平成19年5月15日判タ1251号312頁	1審×/ 取消自判○	夫/妻	8年	13年	有/ 18・ 16歳	再度の離婚訴訟／夫は有責配偶者（女性との同居）／信義誠実の原則に反しない（一部和解で夫の妻に対する慰謝料、教育費の支払約束の債務名義成立・子らに離婚による具体的な不利益認められない・夫の妻に対する婚姻費用分担状況、養育費支払申出・妻はパート勤務であるが、離婚による苛酷な状況は認められない。）

※①

理由一1「民法770条の立法経緯及び規定の文言からみる限り、同条1項5号は、夫婦が婚姻の目的である共同生活を達成しえなくなり、その回復の見込みがなくなった場合には、夫婦の一方は他方に対し訴えにより離婚を請求することができる旨を定めたものと解されるのであって、同号所定の事由（以下「5号所定の事由」という。）につき責任のある一方の当事者からの離婚請求を許容すべきでないという趣旨まで読みとることはできない。」

2「離婚は社会的・法的秩序としての婚姻を廃絶するものであるから、離婚請求は、正義・公平の観念、社会的倫理観に反するものであってはならないことは当然であって、この意味で離婚請求は、身分法をも包含する民法全体の指導理念たる信義誠実の原則に照らしても容認されうるものであることを要するものといわなければならない。」

3「そこで、5号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら責任のある一方の当事者（以下「有責配偶者」という。）からされた場合において、当該請求が信義誠実の原則に照らし

て許されるものであるかどうかを判断するに当たっては、有責配偶者の責任の態様・程度を考慮すべきであるが、相手方配偶者の婚姻継続についての意思及び請求者に対する感情、離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状态及び夫婦間の子、殊に未成熟の子の監護・教育・福祉の状況、別居後に形成された生活関係、たとえば夫婦の一方又は双方が既に内縁関係を形成している場合にはその相手方や子らの状況等が斟酌されなければならない、更には、時の経過とともに、これらの諸事情がそれ自体あるいは相互に影響し合っ変容し、また、これらの諸事情の持つ社会的意味ないし社会的評価も変化することを免れないから、時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならないのである。

そうであってみれば、有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反

するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないものとするとはできないものと解するのが相当である。ただし、右のような場合には、もはや5号所定の事由に係る責任、相手方配偶者の離婚による精神的・社会的状態等は殊更重視されるべきものでなく、また、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、本来、離婚と同時に又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰謝料により解決されるべきものであるからである。」

三「前記一に説示したところに従い、右二の事実関係の下において、本訴請求につき考えるに、上告人と被上告人との婚姻については5号所定の事由があり、上告人は有責配偶者というべきであるが、上告人と被上告人との別居期間は、原審の口頭弁論の終結時まででも約36年に及び、同居期間や双方の年齢と対比するまでもなく相当の長期間であり、しかも両者の間には未成熟の子がいないのであるから、本訴請求は、前示のような特段の事情がない限り、これを認容すべきものである。」

したがって、右特段の事情の有無について審理判断することなく、上告人の本訴請求を排斥した原判決には民法1条2項、770条1項5号の解釈適用を誤った違法があるものというべきであり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、この趣旨の違法をいうものとして論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、本件については、右特段の事情の有無につき更に審理を尽くす必要があるうえ、被上告人の申立いかんによっては離婚に伴う財産上の給付の点についても審理判断を加え、その解決をも図るのが相当であるから、本件を原審に差し戻すこととする。」

裁判官角田禮次郎、同林藤之輔の補足意見

「多数意見は、民法770条1項5号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら責任のある有責配偶者からされた場合に、当該請求が信義誠実の原則に照らして許されるものであるかどうかを判断する一つの事情として、離婚を

認めた場合における相手方配偶者の経済状態が斟酌されなければならないとし、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、離婚と同時に又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰謝料により解決されるべきものであるとしている。

しかし、右の経済的不利益の問題について、これを相手方配偶者の主導によって解決しようとしても、相手方配偶者が反訴により慰謝料の支払いを求めることをせず、また人事訴訟手続法（以下「人訴法」という。）15条1項による財産分与の附帯申立もしない場合には、離婚と同時に解決されず、あるいは、経済的問題が未解決のため離婚請求を排斥せざるを得ないおそれが生ずる。一方、経済的不利益の解決を相手方配偶者による離婚後における財産分与等の請求に期待して、その解決をしないまま離婚請求を認容した場合においては、相手方配偶者に対し、財産分与等の請求に要する時間・費用等につき更に不利益を加重することとなるのみならず、経済的給付を受けるに至るまでの間精神的不安を助長し、経済的に困窮に陥れるなど極めて苛酷な状態におくおそれがあり、しかも右請求の受訴裁判所は、前に離婚請求を認容した裁判所と異なることが通常であろうから、相手方配偶者にとって経済的不利益が十全に解決される保障がないなど相手方配偶者に対する経済的配慮に欠ける事態の生ずることも予測される。したがって、相手方配偶者の経済的不利益の解決を実質的に確保するためには、更に検討を加えることが必要である。」

そこで財産分与に関する民法768条の規定をみると、右規定の文言からは、協議に代わる処分を請求する者は財産分与を請求する者に限る趣旨であるとは認められない。また人訴法15条1項に定める離婚訴訟に附帯してする財産分与の申立は、単に抽象的に財産分与の申立をすれば足りるとされており（最二小判昭和41年7月15日民集20巻6号1197頁参照）、裁判所に対しその具体的内容の形成を要求すること、いいかえれば裁判所の形成権限の発動を求めるに過ぎないのであって、通常の民事訴訟

におけるような私法上の形成権ないし具体的な権利主張を意味するものではないから、財産分与をする者に対して上記申立を許したとしても、財産分与を請求する側において何等支障はないはずである。更に、実質的に見ても、財産分与の協議が不調・不能の場合は、財産分与を請求する者だけではなく、財産分与をする者の中にも早く婚姻関係を清算したいと考える者のあることも当然のことであろう。

「以上のような見地から、我々は、人訴法 15 条 1 項による財産分与の附帯申立は離婚請求をする者においてもすることができると考える。そしてこのように解すると、有責配偶者からの離婚の訴えが提起され、相手方配偶者の経済的不利益を解決しさえすれば請求を認容しうる場合において、相手方配偶者が、たとえば意地・面子・報復感情等のために、慰謝料の反訴又は人訴法 15 条 1 項による財産分与の附帯申立をしようとしなないときは、有責配偶者にも財産分与の附帯申立をすることを認め、離婚判決と同一の主文中で相手方配偶者に対する財産分与の給付を命ずることができることになり、相手方配偶者の経済的不利益の問題は常に当該裁判の中において離婚を認めるかどうかの判断との関連において解決され、さきに我々が憂慮した相手方配偶者の経済的不利益の問題の解決を全うすることができるのではないかと思うのである。」

※②

財産的手当について不安なきをえないとの判旨に続く括弧書き（なお、かかる場合、分与をする側からの財産分与の申立によって、その点の手当を定める方策如何が問題となるが、その法律上の是非はともかく、実際問題として、分与を受ける側の積極的姿勢は望み難く、また、裁判所側にも家庭裁判所調査官の如き補助関係を持たないことなどから、必然的に十分な資料を獲得して審理を尽くすことがなし難く、分与を受ける側に不利に帰結するおそれがある。財産分与については、受ける側の申立がないのに分与する側の申立によって、とくに裁判所が

その旨釈明することによって、これを取りきめる取扱いには、離婚と財産分与との段階的審理の実践をも含めて、暫く慎重な態度が望まれよう。）

※④

財産分与に関する民法 768 条の規定の文言からは、協議に代わる処分を請求する者は財産分与を請求する者に限る趣旨であるとは認められない。また、人訴法 15 条 1 項に定める離婚訴訟に附帯してする財産分与の申立は、分与の額及び方法を特定してすることを要するものではなく、単に抽象的に財産分与の申立をすれば足り、裁判所に対しその具体的内容の形成を要求すること、いいかえれば裁判所の形成権限の発動を求めるにすぎないのであって、通常の民事訴訟におけるような私法上の形成権ないし具体的な権利主張を意味するものではない。財産分与をする者に対し、裁判所の裁量に委ねる趣旨とする申立を許したとしても、財産分与を請求する側において何等支障がないはずである。更に実質的に見ても、財産分与についての協議が不調・不能な場合には、財産分与をする者のなかにも財産分与を含めて早く婚姻関係を清算したいと考える者もあろうから、財産分与の協議に代わる処分の申立は財産分与をする者においてもこれを行うことができると解するのが相当である。そこで、人事訴訟手続法 15 条 1 項による財産分与の附帯申立は離婚請求をし、財産分与を出捐する者においてもすることができると解する。

※⑨

原告（夫）は、人訴法 15 条 1 項に基づき、離婚請求に伴い、義務者から離婚後扶養の意味の財産分与の申立てをして裁判所の判断を求めた。そこで検討するに、財産分与の権利者ではなく、義務者が財産分与の申立てをすることは原則として認められない（配偶者が被告であれば、財産分与の権利者は離婚を争う場合でも、仮定的予備的財産分与を申立てられる。）が、禁治産者妻の後見監督人が被告となる本件

のような離婚訴訟においては、仮定的予備的財産分与の申立てをさせたうえで裁判することには手続上の疑義が残ること、本件のような有責配偶者の離婚請求とかかわらない類型的な事案では、地方裁判所も職権探知主義が実現するとと遜色ない審理を担保できると見られること、原告は財産分与について義務者であるが、本件離婚訴訟の中で財産分与の裁判をすることができるならば当事者双方の負担を軽減し、迅速な裁判を実現できること、財産分与に関する民法768条、家事審判法9条1項乙類5号などに照らしても、原告が本件のような離婚訴訟に付随して財産分与を申し立てることを禁ずるものではないと解されることから、原告は義務者であるが、離婚訴訟に付随して財産分与の申立てをすることが許されると解する。

※⑩

「有責配偶者からされた離婚請求で、その間に未成年子がいる場合でも、ただその一事をもって離婚請求を排斥すべきものではなく、前記の諸事情を総合的に考慮して右請求が信義誠実の原則に反するといえないときには、右請求を認容することができる」と解するのが相当である。」

※⑪

「控訴人は、当審において、被控訴人に対する財産分与、養育費の支払いを命ずる裁判の申立てをするが、民法771条、768条2項、人訴法15条1項の財産分与の申立て、民法771条、766条1項、人訴法15条1項の養育費の申立ては、いずれも各請求権の具体的内容の形成を求めるものであるから、各請求権者を申立て権者として予定していると解することができ、義務者の側からの申立ては法の予定しないところであるのみならず、実際上もこれを認める必要性は考えられない。また、財産分与の要否、分与の額、方法や養育費の額を判断するについて、義務者が相手方の権利実現のため十分な主張、立証活動をするには期待し得ないし、裁判所が職権で探知することにも限度があるから、義務者の

側からの申立てを認めることは実質的に見ても妥当ではない。よって、控訴人の各申立ては不適法として却下するのが相当である。」

※⑭

事実関係等は次のとおりである。

夫は妻が夫との口論で実家に帰り、また現金等を使うことに不満を持つ。妻は、夫が婚姻当初から妻に度々殴る蹴るの暴力を振るうほか、妻のことを長男に「豚」と呼ばせようとする振舞に鬱憤を抱いていた。協議離婚の話合い後、やり直すことになるも夫の暴力が続く・その後妻の頸部椎間板ヘルニアによる入通院治療・夫と夫の弟が3児を監護養育、3児の問題行動、妻は夫の糖尿病の食事療法に協力せず、無駄な金銭の使い方等の生活態度であった。／妻の申立てによる離婚調停で金銭的給付の条件面の折り合いがつかなかった。／夫は女性関係にルーズな面があったことは窺われなくもないが、婚姻関係破綻に果たした役割はさほど大きいものとは考えられない。夫の妻に対する暴力は婚姻破綻の一方の要因だが、他の大きな要因として妻の頸部椎間板ヘルニア（平成5年3月に手術後完治）の罹患とこれをめぐる生活態度が存するのであり、夫は有責配偶者とはいえない。