

## 民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

藺田, 史  
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/8840>

---

出版情報：法政研究. 74 (3), pp.223-231, 2007-12-28. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：



## 民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

離婚請求に対する控訴審における反訴・財産分与の申立てと上訴

最高裁判平成一六年六月三日第一小法廷判決

平成一四（受）五〇五号離婚請求本訴、同反訴事件、家  
 月五七卷一号一二三頁、判時一八六九号三三頁、判夕一  
 一五九号一三三頁

菌田史

## 【事案の概要】

夫X（原告・被控訴人（反訴被告）・被上告人）が妻Y  
 （被告・控訴人（反訴原告）・上告人）に対し、離婚の訴え  
 を提起したところ、第一審（名古屋地岡崎市判平成一三年  
 一二月一九日・判例集未登載）では請求認容の判決が下さ

れた。Yは控訴を提起し、慰謝料および遅延損害金の支払請求の反訴提起と財産分与および遅延損害金支払いの申立てを、離婚請求の認容を条件として予備的に行った。しかし、原審は、Yの控訴を棄却するとともに、上記の予備的な反訴提起および財産分与等の申立てについては、相手方であるXの同意がないため不適法であるとして却下した。これに対して、Yから上告および上告受理申立てがなされた。最高裁は、上告に関しては棄却したが、上告受理申立ての理由のうち、相手方の同意がないとして予備的反訴および財産分与等の申立てを却下したのは、人事訴訟手続法八条（現人事訴訟法一八条）の解釈を誤っていると主張を容れ、原判決を破棄して、本件を原審に差し戻した。

## 【判旨】

「原審の上記判断のうち、上記予備的な反訴請求に係る訴え及び申立てを却下した部分には是認することができない。その理由は、次のとおりである。

離婚の訴え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、人事訴訟手続法八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（最高裁昭和四一年（オ）第九七二号同年一月二三日第三小法廷判決・裁判集民事八五号八六九頁、最高裁昭和五六年（オ）第一〇八七号同五八年三月一〇日第一小法廷判決・裁判集民事一三八号二五七頁参照）。なお、当審係属後に、人事訴訟法（平成一五年法律第一〇九号。平成一六年四月一日施行）が制定、施行され、人事訴訟手続法は人事訴訟法附則二条の規定により廃止されたが、上記予備的な反訴の提起及び申立ての適否については、同法附則三条ただし書の規定により、人事訴訟手続法八条の規定（その内容は、人事訴訟法一八条の規定と同旨である。）によって、判断されるべきものである。

これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決は破棄を免れない。論旨は理由がある。

そして、人事訴訟法三二条一項（同法附則三条本文、八条参照）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（家事審判法九条一項乙類五号）につき、手続の経済と当事者の便宜とを考慮して、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かかる部分のみならず、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。

以上のとおりであるから、上記予備的反訴請求及び財産分与申立てに係る部分はもとより、本訴請求部分も含めて原判決を全部破棄して、慰謝料及び財産分与の点について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」

#### 【批評】

一 離婚訴訟の控訴審における反訴の提起および財産分与の申立てに対する相手方の同意

1 控訴審における反訴の提起

(1) 判例・学説

通常の民事訴訟では、控訴審における反訴は、相手方の審級の利益を保護するため、相手方の同意を要する（民訴三〇〇条一項）。したがって、相手方の審級の利益を失わせたとしても相手方にとって不利益とならない場合には、同意を要しないとされている（同条二項<sup>①</sup>）。最判昭和三八年二月二一日民集一七卷一號一八九八頁）。これに対して、婚姻事件における反訴については、人事訴訟手続法（以下、「旧人訴」と略する。）八条は、婚姻事件について、第一審又は控訴審における弁論の終結まで、反訴を提起できると規定していた。そして、この規定は、婚姻事件における反訴の要件（旧人訴七条）を満たすかぎり、事実審の口頭弁論終結までいつでも自由に反訴を提起することができる旨を定めていると解されていた<sup>②</sup>。したがって、民訴法三〇〇条は適用されず、控訴審でも相手方の同意なしに反訴を提起できることになる。これは、人事訴訟では、身分関係の安定のために紛争の全面的解決を図る必要性と当事者の便宜、審理の集中や訴訟経済等の要請が、反訴被告の審級の利益よりも優先されたものといえる。

そして、学説上、このような規律がいわゆる「附帯請求（旧人訴七条二項但書）」にも適用されるとの見解が有力であった<sup>③</sup>。その根拠としては、附帯請求の反訴を許している

趣旨が、これが婚姻事件と共通の争点を含むので当事者の立証に便宜であり、訴訟経済にも資するものであるということが挙げられていた。また、本件判旨中に挙げられている判例も、離縁の事件においてではあるが、離縁の訴えに附帯してする損害賠償請求の反訴は、相手方の同意を要しないと判示している（最判昭和四一年二月二三日裁判集民事八五号八六九頁）。本判決は、「人事訴訟手続法八条の規定の趣旨により」と言及していることから、同条が附帯請求の反訴について直接適用にされるのではないとの理解に立ちつつも、上記有力説の立場を採用しているようである。

また、新しい人事訴訟法一八条は、基本的には旧人訴八条の規定と同趣旨であるが、「人事に関する手続」について、画一的・一回的な解決を保障するために、反訴提起の要件などに関する民訴法の規定を除外した。また、「人事に関する手続」とされたのは、「人事訴訟に係る請求の原因である事実によって生じた損害賠償に関する請求」についても適用されることを明確にするためであるとされている<sup>④</sup>。これにより、控訴審において、相手方の同意なしに損害賠償請求の反訴を提起できることが明らかであるので、人訴法適用事件においては、本件の判旨は、学説によって

当然に支持されている。<sup>(6)</sup>

(2) 検討

まず、人事訴訟事件の控訴審における反訴の提起に対する相手方の同意の要否について検討する。これは、反訴を提起する被告側の同時解決を求める利益と原告側の審級の利益の対立する利益の調整という問題であるといえる。関連請求は、人事訴訟の請求原因である事実から生じた損害賠償請求であることを前提とすれば、請求原因が共通しているので、審級の利益は問題となりにくいのではないかと思われる。また、民事訴訟の一般原則においても、審級の利益を失わせたとしても相手方の不利益とならない場合には、控訴審における反訴提起を認める方向性にあることを考慮しても、人事訴訟事件の控訴審において相手方の同意なしに反訴を提起することを認めても問題がないと考えられる。この点に関しては、前述の通り、人訴法により「人事訴訟に関する手続」に関しては、民訴法三〇〇条の規定が排除されたため、解釈論としては、相手方の同意を要しないことが明確となった。<sup>(7)</sup>

2 控訴審における財産分与の申立て

(1) 判例・学説

離婚請求に附帯して、当事者は財産分与の申立てを行うことができる(旧人訴一五条一項)。本件のように、被告側から財産分与の申立てをなす場合に、離婚訴訟の反訴を提起する必要があるかについては議論がある。通説および下級審裁判例は、反訴提起は不要であるとする。<sup>(8)</sup>そして、被告が反訴を提起せずに財産分与の申立てのみを行う場合には、離婚請求に対する予備的申立てとなると解されている。<sup>(9)</sup>

また、このような被告の財産分与の申立ては控訴審ですることと妨げられず、これに対する相手方の同意を要しないと解されている。控訴審における財産分与の申立てについては相手方の同意を不要とする根拠としては、学説上、①財産分与申立てを反訴とみて、旧人訴八条の適用を認める見解<sup>(10)</sup>、②訴えの併合ではないが、旧人訴八条の類推適用を認める見解<sup>(11)</sup>がある。また、下級審裁判例に、①当事者の便宜と訴訟経済という旧人訴一五条の法意に基づき相手方の同意なしを許容するもの(札幌高判昭和五一年一〇月二七日家月二九卷一〇号一三六頁)、②財産分与の申立てを訴えの変更に応じて相手方の同意を有しないと定めるもの(東京高判平成二年九月六日判タ七四六号二一四頁)がある。最高裁においては、第一審において離婚訴訟について全部勝

訴の判決を受けた当事者でも、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てをすることができるとした判例がある（最判昭和五八年三月一〇日判時一〇七五号一―三頁、判夕四九五号七七頁）。

以上のように、附帯処分<sup>(12)</sup>の申立てについても、いつでも申立てができる<sup>(13)</sup>と解されてきており、人訴法もこの流れを引き継いでいる<sup>(14)</sup>と言われている。人訴法の立法過程では、特に控訴審での附帯処分の申立てについて、相手方の審級の利益が問題となった<sup>(15)</sup>。これに対しては、同時解決を保障することの合理性が強調されたこと、新法下では高裁でも家庭裁判所調査官による調査が可能となったこと（裁判所法六一条の二第一項一号）、実際には審級の利益を問題にする当事者はいないのでないかということが指摘されたことなどの理由から、結論としては特段の手当はなされなかったようである。なお、審級の利益を保護する方策として、手続進行の調整や任意的差戻し（民訴三〇八条一項）<sup>(16)</sup>の活用が指摘されている。

## （2） 検討

次に、控訴審における財産分与申立てに対する相手方の同意の問題について検討する。これについても、一1と同意の利益の対立が見られる。関連請求の反訴に較べて、附

帯処分の申立ては、その審判の範囲が離婚請求とずれる可能性は大きく、審級の利益を保障する必要性も大きくなりうる。しかし、人訴法の立法過程において、控訴審における附帯申立ては、相手方の審級の利益を侵害するものであるから、少なくとも相手方の同意を要するのではないかとの意見があったが、<sup>(16)</sup>「同時解決の保障」を重視し、<sup>(17)</sup>最終的には同意の要否に関する明文規定は設けられなかった。したがって、人訴法で特段の規定が設けられなかった以上、同意を要するとの解釈を導くことは困難であり、同意は要しないものであると解される。それゆえに、この点に関する本件判旨は、正当であると評することができる。

## 二 附帯した財産分与申立てに関する判断を取り消す場合

### の離婚請求に係る部分の差戻し

#### （1） 判例・学説

附帯申立てと上訴の関係について、①離婚請求を認容した判決のうち、親権者指定に関する部分のみについてされた上告は適法であった判例（最判昭和六一年一月二一日裁判集民事一四七巻一頁、判時一一八四号六七頁）がある。

また、親権者指定について、②離婚請求を認容した判決

において、親権者指定を脱漏した場合には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違背があることとしてされた上告に対し、裁判の脱漏として当該判決をした裁判所が追加判決をすべきであるとして、上告を棄却し離婚請求を認容した原判決を確定させた判例（最判昭和五六年一月一三日裁判集民事一三四卷二二一頁、判時一〇二六号八九頁）がある。

最後に、本来的請求である離婚訴訟の係属が判決や取下げによらないで終了した場合には、附帯処分の申立ては不適法として却下すべきであるとした判例（最判昭和五八年二月三日民集三七卷一号四五頁、判時一〇六九号七三頁）があったが、人訴法三六条により、そのような場合にも附帯処分について審理を継続しなければならない旨が規定された（ただし、同法附則八条により本件には適用されない。）。

立法段階においては、二については、意識的に論じられなかったようである。

## （2） 検討

まず、上述した判例について検討する。附帯申立てと上訴の関係について、①最判昭和六一年一月二二日については、上訴不可分の原則から、離婚請求部分についても上訴

審に移審するので、同時解決の要請は図られる。これに対し、本件は、仮に財産分与申立ての部分についてのみ差戻すとすると、離婚請求部分の判決は独立して確定するので、上記判例とは問題状況が異なるように思われる。

次に、親権者指定についての②最判昭和五六年一月一三日との関係について検討する。親権者指定と本件で問題となっている財産分与は、同じ附帯処分ではあるものの、親権者の指定が離婚訴訟や婚姻取消の際に必須のものであるのとは異なり（民八一九条、七六五条、七四九条参照）、子の監護や財産分与に関する処分は、法律が離婚訴訟等と同時になすことを要求しているわけではない。このことは、親権者指定の附帯処分に関しては、先に離婚判決のみが確定したとしても、その効果は親権者指定を待たずに発生することはなく、結果的に同時解決の要請は満たされることを示しているとも見ることができる。他方で、財産分与にも様々な機能があり、<sup>(18)</sup>たとえば、扶養的趣旨の財産分与が問題となる場合、財産分与の裁判なしに離婚判決のみが先に確定してしまうと、婚姻費用の分担請求は不可能になり、扶養的財産分与も受けられない状態が生じてしまう。これが仮に一時的な状態であったとしても、裁判所の判断の誤りの結果として、このような状況を現出させることは相当

ではないように思われる。<sup>19)</sup>

また、人訴法三六条について、「離婚訴訟の当事者は離婚を内容とする訴訟上の和解をすることができるが、その場合、当事者が財産分与等の附帯処分申立てについての解決を留保して、離婚を内容とする訴訟上の和解を締結した場合には、裁判所は附帯処分の申立てについての審理を判決手続によって続行し、これについて裁判をしなければならずと定められており（三六条）、人訴法は離婚訴訟における離婚和解と附帯処分の申立てについての裁判が別々になされることを前提としている。」<sup>20)</sup>と言われるが、判決によらない婚姻の終了の場合は、当事者がその意思により附帯処分の解決を留保しているのであって、本件のように、当事者の同時解決の要求が明らかであるような場合とは、前提が大きく異なるのではないかと思われる。むしろ、この条文の趣旨は、当事者の便宜と訴訟経済等への配慮と、和解前まで妥当していた手続の準則が、手続の途中で変更となる不都合を回避することである。<sup>21)</sup>したがって、人訴三六条は、当事者の意思によって同時解決の要請が後退しうることは示しているようであるが、当事者が同時解決の利益を得ることを妨げることまでは含んでいないのではないかと思われる。

以上から、当事者に同時解決を保障するためには、離婚請求を認容する判決の確定を遮断する必要がある、そのためには離婚請求部分についても差し戻さざるをえない。したがって、本判決の判断は妥当であると考ええる。

最後に、差し戻された原審における審理の範囲の問題が残される。民事訴訟の一般原則によれば、差し戻しを受けた裁判所の審理は、法律上は破棄の理由とされた点に関連がある事項にのみ限定されることなく、事件全般に及ぶとされているので、離婚請求の判断をやり直すこともあり得ることになる。しかしながら、本件の場合、差し戻しの対象となった判断の対象とは別の訴訟物について、その判決の確定を遮断する目的のために差し戻されていると評価できる。したがって、離婚請求部分については、差し戻審の審理の対象としないということもありうる。実際上は、離婚請求部分について再度の判断がなされることはないことが予想されるが、理論上はなお検討を要するのではないかと思われる。

(1) 相手方が異議を述べないで本訴の本案について弁論をしたときは、反訴の提起に同意したものと見なされる。

(2) 吉村徳重・牧山市治『注解人事訴訟手続法「改訂」』



- (青林書院、一九九三年) 一二六頁、岡垣学『人事訴訟手続法』(第一法規、一九八一年) 一七二頁。
- (3) 吉村|| 牧山・前掲注(2) 一二六頁、岡垣・前掲注(2) 一七二頁。
- (4) 高橋宏志|| 高田裕成編『新しい人事訴訟法と家庭裁判所実務』ジュリスト臨時増刊一二五九号五七頁。
- (5) 小野瀬厚|| 岡健太郎『一問一答新しい人事訴訟制度』(商事法務、二〇〇四年) 八四頁。
- (6) 本件は、人事訴訟法附則三条但書により旧人訴八条の規定が適用された。
- (7) これに対し、人訴法一八条(旧人訴八条)が、本来的には人訴法二五条(旧人訴九条)の失権効と結びついて、紛争の一回性・身分関係の安定性を達成するためのものであり、訴えの変更や反訴を広く許すかわりに、一旦訴訟が終了した場合に後訴を幅広く遮断するというのが、その枠組みであるところ、関連請求については、もともと別訴によることも可能であり、失権効も及ばないと解されてきており(旧人訴九条について、山木戸克己『人事訴訟手続法』(有斐閣、一九五八年) 一二八頁、吉村|| 牧山・前掲注(2) 一〇五頁、岡垣・前掲注(2) 一七七頁)、訴えの変更や反訴による関連請求の追加を、民訴法の一般原則による要件を後退させてまで広く許容することへの疑問が呈されている。しかしながら、人訴法一八条の規律によっても大きな問題は生じないであろうという見解もある。畑瑞穂
- 「離婚訴訟における関連請求・附帯処分等と同時解決の要請」徳田和幸ほか編『現代民事司法の諸相 谷口安平先生古稀祝賀』(成文堂、二〇〇五年) 三三五頁以下参照のこと。
- (8) 吉村|| 牧山・前掲注(2) 一九六頁、札幌地判昭和四四年七月一四日判時五七八号七四頁。
- (9) 岡垣・前掲注(2) 二五〇頁。
- (10) 山木戸・前掲注(7) 一三一頁。
- (11) 岡垣・前掲注(2) 二二二頁。
- (12) 小野瀬|| 岡編著・前掲注(5) 一三八頁。
- (13) 法務省民事局参事官室「人事訴訟手続法の見直し等に関する要綱中間試案の補足説明」別冊ZBL七二号三〇頁。
- (14) 畑・前掲注(7) 三三八頁。「相手方が防御の態勢を十分に整えられるように手続の進行を調整すれば、同時解決の保障と両立しうる」と主張される。
- (15) 高橋ほか編・前掲注(4) 八五頁。
- (16) 高橋ほか編・前掲注(4) 八五頁。
- (17) 松本博之『人事訴訟法』(弘文堂、二〇〇六年) 一九八頁は、「これらの処分の判断対象が婚姻取消原因または離婚原因の審理判断ともある程度密接な関係にあり、争点や証拠資料においても共通する部分があることに鑑みると、婚姻取消訴訟または離婚訴訟に併合してこれらの処分に關する申立てをすることを許し、併合審理を可能にすること」が、当事者の便宜に適い、訴訟経済にも資する。」とされ

る。

- (18) 財産分与には、夫婦の実質的な共同財産の清算の要素、離婚後の相手方の扶養の要素が含まれることは異論なく承認されているが、財産分与と有責な行為により離婚という事態を招いた配偶者に対する慰謝料請求権との関係については見解が分かれる。判例の立場では、財産分与に損害賠償の要素を含ませることができる（最判昭和四十六年七月二十三日民集二五巻五号八〇五頁、家月二四巻二号一〇八頁、最判昭和五三年二月二一日家月三〇巻九号七四頁）。また、婚姻から生ずる費用の分担に関する処分について、婚姻の係属を前提とする効果であり、離婚と同時に解決するのは実体的な整合性がとれないことや、裁判の長期化のおそれから、最高裁は過去の婚姻費用について否定した（最判昭和四三年九月二〇日判時五三六号五四頁、最判昭和四四年二月二〇日判時五五〇号六三頁）。これに対し、財産分与を命ずるにあたって、当事者の一方が婚姻係属中に負担した婚姻費用の精算のための給付を含めて財産分与の額及び方法を定めることは認められている（最判昭和五三年一月一四日民集三三巻八号一五二九頁）。
- (19) 山本和彦「離婚訴訟の控訴審における反訴の提起及び財産分与の申立ての扱い等」私法判例リマックス31（二〇〇五年〈下〉）一一二頁。
- (20) 松本・前掲注（17）二九七頁。松本説によると、本判決につき、離婚請求部分をも差し戻されたことに対して疑問

を呈しておられ、その論拠の一つとして上記引用部分のよ  
うに主張されている。

(21) 高橋ほか編・前掲注（4）二〇二頁「小野瀬厚発言」。

小野瀬―岡編著・前掲注（5）一六二頁。

(22) 本件評釈について、福岡地裁にて報告する機会をいた  
だいた。その際に、裁判官の方から、実務上、このような  
場合には最高裁の破棄理由にポイントを絞って審理を行う  
のが通常であるが、他方で、附帯処分部分につき審理を  
行った結果、離婚請求部分の判断に大きな影響を与える証  
拠が現れた場合には、原判決が破棄されている以上、離婚  
請求についての判断が再び行われる可能性も否定できな  
いとの意見を賜った。実務上は、訴訟指揮等により、問題  
は生じにくいであろうが、どのように離婚請求部分の再  
度の審理を封ずるか、あるいは許すかについては、なお理  
論的に整理する必要があるように思われる。この点につ  
き、今後さらなる検討を行いたいと思う。

本件評釈として、上に挙げたもののほか、

- ・川嶋四郎・法学セミナー六一〇号一八八頁（二〇〇五年）。
- ・梶村太市・判例評論五五七「判例時報一九八一号」二〇五  
頁（二〇〇五年）。
- ・畑瑞穂・民商法雑誌一三三巻二号一一三頁（二〇〇五年）。
- ・本間靖規・平成一六年度重要判例解説「ジュリスト臨時増  
刊一二九一号」一三六頁（二〇〇五年）。