

財産分与審判で一方配偶者の名義であって他方配偶者が占有する不動産を他方配偶者に分与しないものと判断した場合に不動産の明渡しを命じることの可否 (最一小決令和2年8月6日民集74巻5号1529頁)

東北大学大学院法学研究科博士後期課程
趙 文静

一、 事実の概要

XYは平成12年に婚姻し、子Aをもうけた。平成21年7月、X(元妻)はAを連れて、Xの実家のある中国に帰省した。

当初、XとAは同年8月に日本へ戻る予定だったが、同年8月18日、XはY(元夫)に対し、Aと共にこのまま中国で生活する旨を伝えた。同年Yは、Xに対してAの引渡しと離婚を求める訴訟を家庭裁判所に提起した。平成23年、家庭裁判所はAの親権者をYと定め、Xに対し、離婚してAを引渡す旨の判決を下した。Xは控訴し、平成24年、控訴審において、XがAを日本に帰国させ、YがAを監護することを条件に、XとYは当面の間同居し、YはXに対して婚姻費用として毎月2万円を支払う、という内容の和解が成立した。

平成24年4月、Aが中国から帰国し、Yとの生活を始めたことで、Y名義の不動産(以下「本件不動産」と称する)に住むこととなった。平成25年5月、Xが中国から戻り、Yの反対を聞き入れず、本件不動産に戻ってきた。平成26年4月、YはAを連れてYの実家に転居した。

その後、Yは再度Xとの離婚訴訟を家庭裁判所に提起した。平成29年、家庭裁判所はAの親権者をYと定めて離婚する旨の判決を下した。同年10月、Yは家庭裁判所に財産分与調停の申立てを行ったが、調停は

不成立となり、審判に移行した。

1. 原々審(横浜家裁平成31年3月28日審判)の判断:

原々審は財産分与の対象となるべき財産と財産分与の方法について以下の通り判断した¹。

1) 財産分与対象財産について

Y名義の財産には主に本件不動産及び普通貯金・通常貯金である合計2874万7521円の積極財産があり、本件不動産の住宅ローンである2437万6858円の消極財産があった。一方、X名義の財産は通常貯金である17万1980円の積極財産しかなかった。これらのX名義の財産及びY名義の財産の全てが財産分与の対象財産(計算式:2874万7521円+17万1980円-2437万6858円=454万2643円)に入った。

2) 財産分与の方法等について

本件においては寄与度を変更すべき特段の事情が認められなかったため、財産分与の分与割合は2分の1とされた。よって、YはXに対して209万9341円(計算式:454万2643円/2-17万1980円=209万9341円)を支払えとの審判が下された。これと並んで、本件不動産について、XはYに対し、財産分与として、3か月以内に本件不動産を明け渡すよう命じられた。

これに対してXは、財産分与基準日の認定と、本件不動産購入のために自身の両

¹ 原々審では、財産分与の基準日も争点となったが、原審と本件最高裁の決定は本件不動産の明け渡しを命じるかどうかであることを判断しただけなので、ここでは財産分与の基準日に関する原々審の判断を省略した。

財産分与審判で一方配偶者の名義であって他方配偶者が占有する不動産を他方配偶者に分与しないものと判断した場合に不動産の明渡しを命じることの可否(最一小決令和2年8月6日民集74巻5号1529頁)

親からもらった財産は特有財産であり財産分与対象にはならないこと、及び慰謝料の問題を理由に、原々審の審判を不服とし、抗告を申し立てた。

2. 原審(東京高裁令和1年6月28日決定)の判断:

財産分与の基準日及び財産分与の対象財産については原々審の判断が維持され、主文において「Yは、Xに対し、209万円9341円を支払え」とされた。これに対し、本件不動産の明け渡しを命じた原々審の判断については、原審は異なる見解を示した。それは、「本件不動産は相手方(X)の名義であり、相手方(X)に分与される財産である。この場合、自己の所有建物について、占有者(Y)に対して明渡しを求める請求は民事訴訟すべきである」という理由で、本件不動産の明け渡しは財産分与審判では認めることができないという点である。

これに対してXは、本件不動産の明け渡しを認めないとする原審の決定は家事事件手続法(以下では「家事法」という)154条2項4号の趣旨に反する、という理由で許可抗告した。

3. 最高裁の判旨

本件不動産の明け渡しを命じることの可否に関して最高裁は原審と異なる判断をしたため、原審の判断を破棄し、原裁判所へ差し戻した。最高裁の判旨は以下の通りである²。

「財産分与の審判において、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および方法を定めることとされている(民法768条3項)。もっとも、財産分与の審判がこれらの事項を定めるものにとどまるとすると、当事者は、財産分与の審判の内容に沿った

権利関係を実現するため、審判後に改めて給付を求める訴えを提起する等の手続をとらなければならないこととなる。そこで、家事法154条2項4号は、このような迂遠な手続を避け、財産分与の審判の実効的なものとする趣旨から、家庭裁判所は、財産分与の審判において、当事者に対し、上記権利関係を実現するために必要な給付を命ずることができることとしたものと解される。そして、同号は、財産分与の審判の内容と当該審判において命ずることができる給付との関係について特段の限定をしていないところ、家庭裁判所は、財産分与の審判において、当事者双方がその協力によって得た一方当事者の所有名義の財産につき、他方当事者に分与する場合はもとより、分与しないものと判断した場合であっても、その判断に沿った権利関係を実現するため、必要な給付を命ずることができると解することが上記の趣旨にかなうというべきである。

そうすると、家庭裁判所は、財産分与の審判において、当事者双方がその協力によって得た一方当事者の所有名義の不動産であって他方当事者が占有するものにつき、当該他方当事者に分与しないものと判断した場合、その判断に沿った権利関係を実現するため必要と認めるときは、家事事件手続法154条2項4号に基づき、当該他方当事者に対し、当該一方当事者にこれを明け渡すよう命ずることができると解するのが相当である。」

二、 検討

1. 本決定の意義

本件の問題の所在は、一方配偶者の名義での不動産を他方配偶者が占有するが、財産分与審判により当該不動産を他方配偶者

² 決定文中の下線は筆者による

に分与しないものと判断された場合において、家庭裁判所が家事法 154 条 2 項 4 号に基づき当該不動産を占有している他方配偶者に対して明渡しを命じることができるかということである。すなわち、給付命令としてどのような内容の命令ができるのかということである。

従来は、給付命令として、婚姻後夫婦双方の協力によって得られた一方当事者名義の不動産が一方当事者の占有下にあり、当該不動産を他方当事者に分与するものと判断された場合に、家庭裁判所が財産分与の審判とともに当該不動産の明渡しを命ずることができると考えられてきた³。

本決定は、一方配偶者の名義の不動産が他方配偶者の占有下にある場合において、財産分与審判により当該不動産を他方配偶者に分与しないものと判断されたときにも、家庭裁判所は財産分与の審判における権利関係を実現するために、財産分与の審判とともに、当該不動産の明渡しを命ずることができることを初めて明確化した意義がある。手続の簡便さと財産分与審判の実効性の確保の観点を重視したものと考えられる。

2. 給付命令制度の趣旨と対象

家事法 154 条 2 項 4 号には、家庭裁判所が財産分与に関する処分の審判において、当事者に対して金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行その他の給付を命ずることができる旨が規定されており、給付命令制度と呼ばれる。

この制度の趣旨は「家庭裁判所は、(中略)、夫婦共有財産の分与額及び方法を定めるが、このような当事者間の法律関係を新た

に形成する内容の審判にとどまるものとする、当事者は、これらの審判によって形成された法律関係の実現を求めて、その給付等を求める訴えまたは審判の申し立てを改めてしなければならないこととなる。しかし、それでは、手続として迂遠であり、家事審判の手続における迅速の要請に反することになる。そこで、本条では、…金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行その他の給付を命ずることができることとし⁴たものであるとされる。

このように、給付命令は財産分与審判において新たに形成された法律関係を実現するためのものであると解されてきたため、給付命令を発令するには、前提として権利義務の形成の審判(権利の形成)が存しなければならないと考えられてきた⁵。

そこで、本決定の意義を検討するために、本件の財産分与審判における権利の形成の有無について分析しておきたい。

3. 本件の財産分与審判による権利義務形成の有無

婚姻に関する家事審判では、夫婦間の協議が調わないときに、家裁が協議に代わる審判をすることによって当事者間の具体的な法律関係を形成するという仕組みとなっており、財産分与の審判もその一種である⁶。また、家事審判によって金銭等の給付義務が生じる場合には、当該給付義務について別途民事訴訟を提起すると迂遠であるので、審判の中で給付を命じうるのが合理的であるため、給付命令制度が設けられているの

³ 山本拓「清算的財産分与に関する実務上の諸問題」家月 62 卷 3 号(2010 年)40 頁、松谷佳樹「調停実務シリーズ(98)財産分与の基本的な考え方」ケ研 294 号(2008 年)144 頁。

⁴ 金子修『逐条解説・家事事件手続法』497 頁(商事法務、2013 年)

⁵ 家庭裁判所調査官研修所編『家事審判法総論 [改訂版]』89 頁(法曹会、1984 年)、裁判所書記官研修所監修『家事審判法実務講義案 [5 訂版]』135 頁以下(司法協会、2001 年)、斎藤秀夫=菊池信男編『注解家事審判法 [改訂]』631 頁(青林書院、1992 年)

⁶ 秋武憲一=片岡武『コンメンタール家事事件手続法 I』561 頁((青林書院、2021 年))

は前記のとおりである⁷。

本件の原審の決定の主文においては、財産分与としてYはXに対し209万9341円を支払えと明示的に給付が命じられているため、原審によってXとYとの間に金銭の給付義務が生じたと思われる。これに対し、Y名義の本件不動産はXに与えるのではなくYに残されており、主文にも本件不動産に関する判断は明示されていない。したがって、本件不動産については、XとYとの間に給付義務は生じなかったものと考えられる。つまり、本決定による権利義務の形成があるかどうかについての分析は、二つの部分に分けて考える必要があると思われる。YはXに対して財産分与として金銭を支払えとする部分には権利義務の形成があるのに対し、本件不動産に関しては権利義務の形成がないと思われる⁸。

4. 権利義務の形成がない場合の給付命令の可否

原審では、本件不動産はもともとY名義であり、Xに分与されずにYの所有にとどまることから、Yが自己所有の不動産についてXに対して明渡しを求める請求は家事審判で行うことができず、民事訴訟で行われるべきものと判断した。つまり、原審は、従来の給付命令の趣旨及び対象に関する通説的見解に従って、Y名義の本件不動産をXに分与せずにYの所有が維持されるため、同不動産について権利義務の形成がなされていない本件では、同不動産の明渡しにつ

いて、審判で給付命令を行うことはできず、民事訴訟によらなければならないと判断したといえる。

では、最高裁はどのような判断を下したのか。最高裁は給付命令制度の趣旨を考慮し、たとえ財産分与審判により権利関係の形成がされなくても、迂遠な手続を避け、財産分与審判の実効性を確保するため、本件のように財産分与審判により占有する一方配偶者名義の不動産を他方配偶者に分与しないものと判断された場合にも、その判断に沿った権利関係を実現するために必要であると認められれば、当該不動産の明渡しを命ずることができる、と判示した。これが本決定の意義である。

本決定は、本件を原裁判所へ差し戻しており、差戻審において、本件不動産を元妻に分与しない場合に、その判断に沿った権利関係を実現するために給付命令が必要であるといえるか否かについて審査されることが想定された。しかし、実際には、原審決定の後、YがXに対して本件不動産の明渡しと賃料相当の損害金を求める別件の民事訴訟を提起していた。そして最高裁の本決定が出る前に既にXは本件不動産をYに明け渡していた⁹。そのため、差戻審の決定では、Yが明渡し済みであることから改めての明渡し命令は不要であると判断され、「その判断に沿った権利関係を実現するために必要である」といえるのはどのような場合であるかについて本件で具体的な判断が示さ

⁷ 秋武=片岡・前掲注6) 561頁

⁸ 本件において財産分与審判により権利の形成または権利の変動があるか否かについて、権利の形成がない見解があるものの(松久和彦・新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-041121953 (Web版2020年11月27日掲載) 3頁)(羽生香織「判例研究 財産分与審判において分与の対象外となった建物の明渡しを命ずることの可否」上法64巻3=4号(2021年)311頁)、財産分与の前後で(実質上の共有から純然たる単独所有へと)権利関係が変動している見解もある(今津綾子・新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-061191974 (Web版2020年12月25日掲載) 3頁)。

⁹ 安西明子「財産の分与に関する処分の審判において当事者双方がその協力によって得た一方当事者の所有名義の不動産であって他方当事者が占有するものにつき当該他方当事者に分与しないものと判断した場合に家事事件手続法154条2項4号に基づきその明渡しを命ずることの可否」民商157巻2号(2021年)321頁。

れることはなかった¹⁰。

5. 本決定の射程：婚姻前から有していた財産も対象に入るか

以上のように本決定では、従来は権利関係の形成がない財産分与審判において給付命令はできないと解されていたのに対し、権利関係の形成がなくても、財産分与審判の判断に沿った権利関係を実現するために必要な給付命令であれば、命じることができると判示した。では、本決定でこのように広げられた給付命令の対象に、本件で問題となったような夫婦が婚姻後に協力して取得した不動産だけでなく、夫婦のどちらかが婚姻前から有していた不動産も含まれ得るだろうか。本決定の射程が婚姻前取得の財産にまで及ぶかどうかについては先行の評釈において否定的に解されていることから¹¹、以下では、これを検討しておきたい。

1) 婚姻前から有していた財産は清算的財産分与の対象となるか

理論上も実務上も、一方配偶者が婚姻前から有していた財産であっても、清算的財産分与の対象となりうる。他方配偶者が一方配偶者が婚姻前から有していた財産の価値の維持・増加に貢献したときは、分与対象財産に算入して評価するのが、実務の大勢であり、多数説である¹²。

また、財産分与事件の審理の流れからも、婚姻前から有していた財産が清算的財産分与の対象となりうることを確認できる。通常、清算的財産分与においてはまず「基準時」を確定した後に、財産分与対象となる財産の認定をする手続に入る。この手続が始まったら、婚姻前から有していた財産であるか婚姻後に取得した財産であるかにかかわらず、双方の当事者が自己名義の全ての財産を開示し、財産目録を作成する¹³。そして、この財産目録に基づいて、それぞれの財産の評価額を確認する。もし一方当事者が、特定の財産について、婚姻前から有していたことや婚姻中に相続・贈与等によって得た財産であることを理由として清算的財産分与の対象に含まれないと主張する場合には、この主張を証明できる資料を提

¹⁰ 差戻審において、Yは、原々審で命じられた、YがXに対して209万9341円を支払う債務と本件不動産の明渡しまでの賃料相当損害金と相殺すると主張したが、財産分与請求権は審判確定により初めて具体的に形成されるため、確定前に受働債権として相殺することはできないという理由で退けられている。その点において、安西教授の評釈では、財産分与審判で不動産の明渡しや賃料相当額の金銭支払請求といった一体的な調整の可能性が検討されている。(安西・前掲注9) 322頁に参照)

¹¹ 夫婦の一方が婚姻前から有していた財産及び婚姻中に親族等からの贈与または相続により取得した財産と、第三者名義の財産は、給付命令の対象から除外されるという見解(羽生・前掲注8) 312頁)、婚姻前から有していた財産や第三者の財産について給付命令が発せられることは想定していないため、この種の財産は財産分与の対象ではなく、審判手続の枠外にあることから、実務上は一時的解決へのニーズがあるとしても、給付命令の対象とすることは難しいという見解(今津・前掲注8) 3頁)、婚姻前から有していた不動産の明渡しは、原則として、財産分与の規律から除外されることから、民事訴訟等の手続に拠ることになるという見解がある。(松久・前掲注8) 3頁)

¹² 沼田幸雄「財産分与の対象と基準」野田愛子=梶村太市編『新家族法実務大系①』489頁(新日本法規出版、2008年)

¹³ 新田和憲「財産分与が問題となる調停手続の運営について」ケース研究319号(2014年)37頁、東京家庭裁判所類型別審理モデル検討委員会「財産分与審理モデルについて」ケース研究330号(2017年)223頁、牧真千子「実務の現場(家庭裁判所)における夫婦財産をめぐる紛争の現状と対応」家族35号(2019年)28頁。

供しなければならない¹⁴。十分な証拠を示すことができなければ、この主張が認められない。さらに、婚姻前から有していた財産であることが認定された場合であっても、当該財産の維持・増加に他方当事者の貢献があったことが証明されれば、清算的財産分与の対象財産に含まれることになる。

したがって、学説上においても、財産分与事件審理における実務上の流れから見ても、当該財産が婚姻前から有していたことを証明できないとき、または、婚姻前から有していた財産に対する他方配偶者の貢献があるときには、婚姻前から有していた財産も清算的財産分与の対象となりうる。

2) 婚姻中に夫婦が協力して取得した財産ではなく、婚姻前から有していた財産は給付命令の対象となるか

夫婦が婚姻前から有していた財産が清算的財産分与の対象になりうるのであれば、給付命令の対象にもなりうるのか。給付命令の対象になるかが問題となる財産が本件におけるような婚姻中に夫婦が協力して取得した財産ではなく、夫婦の一方が婚姻前から有していた財産であって、その他の事情は本件と同じであると仮定し、次のような設例を用いて検討しておきたい。

〔設例〕「婚姻前から有していた元夫名義の不動産が元妻の占有の下にあり、当該不動産を元妻に分与しないものと判断されたとき、家庭裁判所は元妻に対して当該不動産の明渡しを命じることができるのか。」

財産分与審判では、清算的要素・扶養的要素・慰謝料的要素を考慮した上で、財産分与が行われる。婚姻前から有していた元夫名義の不動産が元妻の占有の下にある場合において、当該不動産を元妻に分与しないという審判の結果は同じでも、上記のうちのどの要素がどのように考慮されたかに応じて、判断のプロセスが異なりうる。そこで、以下では、ケース1とケース2という2つの異なる判断のプロセスを設定して検討しよう。

〔ケース1〕当該不動産が元夫が婚姻前から有し、その維持・増加に元妻の貢献がなかった特有財産と認定され、清算的財産分与の対象にも扶養的財産分与の対象にもならず、元夫の単独所有が維持される場合。

〔ケース2〕当該不動産の維持・増加に対する元妻の貢献度を考慮した上で、当該不動産を一応は清算的財産分与の対象財産の範囲に含めるが、元妻に分与する財産とはされず、最終的に元夫の単独所有が維持される場合。

なお、扶養的要素に基づき、「当該不動産は元夫の特有財産と認定され、清算的財産分与対象とはならないが、離婚後の元妻の生活維持や住居保障といった考えから、扶養的財産分与対象として¹⁵当該不動産の利用権が設定される（当該不動産は依然として元夫の単独所有とする）、あるいは当該不動産の一部の持分が扶養的財産分与対象として元妻に分与される。」という状況もありうる¹⁶。しかし、この状況のように、利用権が設定される場合には、利用権の設定によ

¹⁴ 新田・前掲注13) 37頁、牧・前掲注13) 28頁。

¹⁵ 扶養的財産分与として元妻に生活費を支払うものと認定される状況も多く見られるが、本文の射程の部分は婚姻前から有していた不動産の明渡し給付命令の対象となるか否かについてのみ検討するので、生活費を支払うことは検討に入らない。

¹⁶ 財産分与審判の中には賃借権の設定を認めたものがある。これに対しては、財産分与審判手続内で当事者の合意によって賃貸借契約を成立させることができるとしても、家庭裁判所がその判断によって賃貸借契約を創出するには、その根拠となる法律の規定が必要ではないかと疑問も提起されている。

また、居住用不動産に賃借権の設定により、賃借人である一方配偶者は賃料支払債務を負担し、これが賃借権と相互に対価的な関係に立つのであるから、賃借権の設定は財産分与の清算、扶養、慰謝料のいずれの要素にも該当しがたいとも指摘される。(佐藤義彦「財産分与としての賃借権設定」判タ558号)

り当該不動産に関しては元妻の占有が続くことになるので、不動産の明渡しを命ずる必要はないだろう。さらに、不動産の一部の持分が元妻に分与される場合、家庭裁判所は元妻の生活維持または住居保障といった考えからこのように判断すると想定されるため、元妻が一定期間、当該不動産に住み続けることが認められる可能性が高いだろう。そのような場合に、一定期間経過後に、元夫が当該不動産の占有を実現するためには、まずは共有物の分割をする必要があり、それは民事訴訟によらなければならない。つまり、扶養的要素が考慮される可能性を考えれば、当該不動産が清算的財産分与の対象の範囲に含まれないとしても、なお当該不動産に元妻のために利用権が設定される、又は当該不動産の一部の持分が扶養的財産分与として元妻に分与されるという状況も想定可能であるが、これらの場合には元妻に対し元夫への不動産の明渡しを命ずる必要性がそもそも生じないため、以下において本決定の射程を分析する際には、この状況を取り扱わないこととする。

ア. ケース1とケース2における権利義務の形成の有無

上述の通り、財産分与審判における給付命令をする場合には必ずその前提となるべき権利義務の形成がなければならないと主張する学説が多い。では、ケース1とケース2では権利義務の形成があるか。

財産分与審判については、そこで形成された権利義務を最終的に確定するには公開の法廷における対審及び判決によるべきであるとされる¹⁷。このような財産分与審判の捉え方は、同じく家事審判である遺産分割審判とよく似ていると考えられるため、遺産分割審判を対比することで、財産分与審

判でのケース1とケース2における権利義務の形成の有無を検討しておきたい。

遺産分割審判では、遺産範囲を確認した上で遺産分割を行うが、この遺産範囲の確認は遺産分割のための前提事項となるので、当事者は遺産範囲に対し異議がある際に、別途、遺産確認の訴えである民事訴訟を提起することができる。遺産確認の訴えで確認された遺産範囲は最終的に確定されることになる。そこで、もし財産分与審判と遺産分割審判における財産範囲の確認が同じで、財産の帰属を明確にした上で分割対象を確認していくのであれば、夫婦の財産が財産分与の対象となるか否かについての判断は、実際には、財産分与における前提事項についての判断にもなり得るのではないかと考えられる。

言い換えれば、夫婦の財産が財産分与の対象となるか否かの判断に至る流れは、夫婦双方の名義の財産について過去と現在の法律関係を確認した後、夫婦双方の名義の全ての財産の帰属を確認する過程に過ぎないため、権利義務の形成がないと思われる。

このような整理に従って考えると、ケース1の場合に、婚姻前から有していた元夫名義の不動産が清算的財産分与の対象にも扶養的財産分与の対象にもならないという判断は、財産を分与するための前提事項の判断となる。そこで、ケース1では権利義務の形成はないと思われる。

他方で、ケース2では、二つのプロセスがあると思われる。それは、婚姻前から有していた元夫名義の不動産に対する元妻の寄与を考慮し、当該不動産を清算的財産分与に入れるという一つ目のプロセスと、一切の事情を踏まえた上で当該不動産は元妻に分与するものとせず元夫の単独所有を

(1985年) 234頁参照)

¹⁷ 梶村太市「家事事件手続法規逐条解説(26)」戸籍943号(2017年)6頁

維持するという判断に至る二つ目のプロセスである。そして、一つ目のプロセスはケース1と同様に財産分与審判における前提事項の確認に属するので、一つ目のプロセスには権利義務の形成がないと思われる。二つ目のプロセスは、財産分与の対象財産に含めるか否かについての前提事項の判断ではないが、本決定と同じで、家庭裁判所の判断によって不動産を元妻に分与しないと結論づけ、当該不動産について給付義務を生じさせてはいたないため、権利義務の形成がないと思われる。

イ. ケース1とケース2における給付命令の可否

従来の学説の考えによれば、ケース1とケース2の場合には、権利義務の形成がないため給付命令制度の適用は認められないことになる。

しかし、ここでは、ケース1とケース2の場合にも給付命令を行うことができるのではないかを考えたい。「家事審判法においても、給付命令のためには、その前提となる権利義務の形成が必要であり、その権利義務について給付を命ずることから、給付命令の範囲は、権利義務の内容によって、自ら限定されるとしながらも、これを厳格に貫くことで、家庭に関する事件の総合的、根本的な解決を図ることを使命とする家事審判制度の目的が達成されないことになるだけでなく、迅速な処理を望む当事者のために、例外的に紛争解決の便宜の措置を認めようとした給付命令の趣旨が損なわれかねない¹⁸。」という家事審判法時代の見解があり、家事法の下でもこの見解に賛同する。事件の解決という根本的目的をかなえるために、特例として、権利義務の形成がなくても給付命令を行うことができるというべ

きではないかと考える。給付命令の前提である権利義務の形成よりも、事件の迅速かつ根本的な解決のほうが重要であろう。

さらに、財産分与は、夫婦の現存する財産を個々に分割する制度ではなく、一定額の財産給付を求める権利であり、金銭給付によって命じられることが原則である¹⁹。前述のように、婚姻前から有していた財産としても、家庭裁判所はそれぞれの事案におけるすべての事情を考慮して、その財産を清算的または扶養的財産分与の対象となることを評価することができる。そう考えると、家庭裁判所は一切の事情を考慮した上で、給付命令が可能かつ必要である場合には、婚姻前から有していた財産にも給付命令の対象となってもいいではないかと考えられる。

つまり、ケース1とケース2の場合にも、本件の射程が及びうると考えられる。

3) 給付命令の限界

しかし、婚姻前から有していた財産に対して給付命令が可能である場合に本件の射程が及ぶと考えるのが適当かどうかについては、さらに慎重に検討をする必要がある。なぜなら、財産分与事件で給付命令が必要な状況では、婚姻前から有していた財産にも本決定の射程が及ぶことで、元夫が迅速に不動産を占有することができる結果となる半面で、元妻に看過できない不利益が生じるとすれば不適切だからである。確かに、本件の射程が及んで、財産分与審判で婚姻前から有していた財産の給付を命じられ得るのであれば、これは審判の実効性を高めるが、元妻に看過できない不利益が生じるのであれば、たとえ利便性があっても、本件の射程を及ぼすべきではない。他方で、審判で給付命令が可能となることで元妻に不

¹⁸ 斎藤＝菊池・前掲注5) 242頁、松久・前掲注8) 3頁

¹⁹ 秋武憲一＝岡健太郎『リーガル・プログレッシブ・シリーズ 離婚調停・離婚訴訟 [三訂版]』197頁 (青林書院、2019年)

利益だけでなく、利益も生じる可能性があるが、しかし、元妻に利益が生じる結果が半面で元夫に看過できない不利益をもたらすこととなるかもしれない。元妻と元夫に利益及び不利益が生じる原因を分析した上で、それぞれの場合に射程が及ぶべきかどうかについて判断する必要がある。そこで次に、婚姻前から有していた財産に対して給付命令が必要な状況において本決定の射程が及び、明渡しを命じる給付命令が可能であるとしたら、元夫または元妻に生じる不利益を検討することで、給付命令の限界を明確にする。

以下のアとイの部分では、5の2)のケース1とケース2に沿って、本件の射程が及ぶことで婚姻前から有していた財産も給付命令の対象となり、原審のように財産分与審判で引渡しを命じられる場合と、本件の射程が及ばずに、婚姻前から有していた財産の給付請求は別途民事訴訟によるべきとされる場合の違いを、裁判の公開・非公開（ア）及び目的物の給付についての猶予期間の設定の可否（イ）という二つの視点から分析し、婚姻前から有していた財産の給付が財産分与審判で命じられることによって当事者に生じる不利益を検討する。そして、これらの検討を通じて、上記のように本件の射程が及ぶことを基本にして考えとしても、その限界はないのか、どのような場合には射程を及ぼすべきではないかを明確にし、給付命令の限界を明らかにしたい。

ア. 公開・非公開：

上述の通り、ケース1とケース2において夫婦双方が有する財産が財産分与の対象

財産の範囲に含まれるかどうかを確認する流れは遺産分割審判における遺産範囲の確認の流れと似ていると思われる。両者は同様に財産を分割するための前提として、財産の帰属を明確にした上で分割対象となる財産の範囲を確認していく。そのため、以下では手続の公開・非公開という視点から、民事訴訟で行われる遺産確認の訴えと、家事審判で行われる遺産分割審判における遺産範囲の確認との差異を明確にした上で、財産分与における財産分与対象財産の範囲の認定と対比しながら、婚姻前から有していた財産に本決定の射程が及ぶとする場合に元夫または元妻に生じる不利益の存否を検討していきたい。そして、もし元夫または元妻にとって不利益が生じるといえる場合には、当該不利益が生じる場合には本決定の射程が及ばないというべきかどうか、ということを検討する。

a) 遺産範囲の確認

遺産確認の訴えは民事訴訟なので、公開の法廷で行われる。遺産確認の訴訟において、ある財産が相続開始時に被相続人に帰属していたか否かの判断は、実体的権利義務関係の存否の問題を明らかにすることに関わるものなので、訴訟によって決定される判断は、終局的に確定されるものである²⁰。遺産確認の訴えにおける遺産範囲の判断は既判力があり、その後の遺産分割審判の手続において、当該財産の遺産帰属性を争うことは許されない。

他方で、家事審判で遺産分割を審理する際にも、遺産の範囲を一応審理・判断してから遺産分割審判を行うことができる。遺産分割審判は家事審判なので、非公開で行

²⁰ 浦本寛雄「遺産分割審判における二つの問題点（一）」法学論集鹿児島大学法文学部紀要 鹿児島大学法文学部紀要6(2)(1970年)145頁、山本克己『『遺産確認の訴え』の適否』水野紀子=大村敦志編『民法判例百選 III(別冊ジュリスト225号)』118頁以下(有斐閣、2015年)、加藤哲夫「遺産確認の訴え」高橋宏志=高田裕成=畑瑞穂編『民事訴訟法判例百選 第4版(別冊ジュリスト201号)』54頁以下(有斐閣、2010年)。

財産分与審判で一方配偶者の名義であって他方配偶者が占有する不動産を他方配偶者に分与しないものと判断した場合に不動産の明渡しを命じることの可否(最一小決令和2年8月6日民集74巻5号1529頁)

われる。そして、遺産確認の訴えとは異なり、遺産分割審判手続においてある財産が遺産に帰属するかどうかを審理判断しても、それは遺産分割審判における前提問題の判断となるため既判力は生じない。その財産の帰属を争う者は、別に民事訴訟を提起してその確定を求めることになるが、それによって遺産分割審判と異なった判決が確定すれば遺産分割審判の一部または全部の効力がなくなるため、追加審判や再審判などが行われなければならない²¹。

b) 財産分与対象の確認²²

以下では、財産分与審判における財産分与対象の認定と遺産分割審判における遺産範囲の確認が同じ構造を持つことを前提に、公開・非公開という視点から、婚姻前から有していた不動産が本決定の射程に及ぶ状況において、元夫または元妻に生じる不利益について分析する。本決定の射程を及ぼし、非公開の財産分与の審判事件の中で判断することを認めることによって、元夫または元妻が公開の法廷において争う機会を奪われるという不利益を受けないかが問題となる。

まず、財産分与審判は非公開であることから生じる問題として、婚姻前から有していた財産の帰属の認定は、財産分与審判における前提事項の判断に属するため、この部分の判断には既判力がない。もし元妻が財産分与審判で判断された当該財産の帰属について異議を唱えようとする場合には、別に民事訴訟を提起することができるだろう。そのとき、民事訴訟の判決で当該財産の帰属について財産分与審判の判断が否定されれば、財産分与審判もこの部分の限度

において効力を失うこととなる。しかし、当該財産の帰属について別に民事訴訟を提起する権利は元妻のみならず、元夫も有するので、公開・非公開の視点から、本決定の射程が及ぶことが、特に元夫にとって不利益をもたらすとは言えないであろう。

一方で、婚姻前から有していた財産が問題となるケースに本決定の射程が及ぶと、家庭裁判所が財産分与審判で元妻に対し元夫へ当該不動産の明渡しを命ずることができ、元夫は別に民事訴訟を提起する必要がなくなる。その結果、元妻は不動産の明渡しについて民事訴訟で元夫と正面から争う機会を失い、不利益を被るとも思われる。しかし、上記のとおり財産分与審判における財産分与対象の確認と、遺産分割審判における遺産範囲の確認が同様な構造を持つであれば、元妻は依然として当該不動産の帰属について別に民事訴訟を提起することができる。その結果、婚姻前から有していた財産のケースに本決定の射程に及ぶとしても、特に元妻にとって不利益にはならないだろう。

c) 小括

まず、元妻は財産分与審判における不動産の帰属の判断について、別に民事訴訟を提起する可能性が高いが、元夫も同様に民事訴訟を提起する権利を有するため、公開・非公開の視点からは、特に元夫にとって不利益は生じないだろう。

次に、射程に及ぶと、元妻は不動産の明渡しについては民事訴訟で元夫と正面から争う機会を失うが、民事訴訟で不動産の帰属について依然として元夫と争う機会を持つため、公開・非公開の視点からは、元妻にと

²¹ 浦本・前掲注20) 145頁、山本・前掲注20) 119頁、加藤・前掲注20) 55頁、最一小判昭和61年3月13日民集40巻2号389頁。

²² ケース1とケース2は同様に、財産分与審判において、元夫が婚姻前から有していた不動産の帰属の認定について異議があれば、元夫または元妻が別に民事訴訟を起こすことができるので、ここではケース1とケース2を分けて分析しない。

って不利益は生じないだろうと考える。

つまり、公開・非公開の視点からは、特に元夫または元妻に不利益は生じないため、射程を及ぼすべきではない状況は特にないと思われる。

イ. 猶予期間設定の可否：

次に、猶予期間設定の可否という視点から、射程が及ぶと元夫または元妻にとって不利益が生じるか検討する。

検討に入る前に、猶予期間設定について説明する。猶予期間は財産分与方法の一方式として不動産の明渡しとともに一緒に設定される可能性がある（民法 768 条 3 項）。具体的には、元妻に対してその占有する不動産を元夫へ引き渡すことを命ずる場合において、元妻が当該不動産を直ちに明け渡すことが困難である事情があるときには、家庭裁判所がこの事情を考慮したうえで、明け渡しまでの猶予期間を設けることができる²³。では、ケース 1 とケース 2 も同様に、猶予期間の設定ができるのだろうか。

上述の通り、猶予期間の設定は財産分与の内容ではなく財産分与方法の一方式として存在するので、猶予期間設定の前提は、当該不動産が財産分与の対象になるということだろう。そのため、ケース 1 において、元夫が婚姻前から有していた不動産は清算的財産分与及び扶養的財産分与の対象にならないため、当該不動産の明渡しについて猶予期間の設定はできないと思われる。一方で、ケース 2 の場合には、元夫名義での不動産が清算的財産分与の対象とされるため、財産分与が行われる際に、当該不動産に猶予期間の設定ができると思われる。

ケース 1 には猶予期間の設定ができないので、婚姻前から有していた財産に本件の射程が及ぶと考え、給付が必要であれば給付を命じることができるとしても、特に元

妻または元夫にとって不利益は生じない。

一方で、ケース 2 の場合には、必要であれば猶予期間の設定が可能なので、本決定の射程が及ぶとすると、元夫は不動産の明渡しについて、別に民事訴訟を起こす必要がなくなるという利益を受けるが、同時に、財産分与審判で当該不動産の明渡しと共に猶予期間が設定されうることにより、猶予期間の間は当該不動産の引き渡しを受けて占有を回復することができないという不利益がありうる。結論から言えば、財産分与の審判中で給付命令がなされうことは、民事訴訟では設定されない猶予期間が設定される可能性がある点で、最終的に元夫にとって不利益になるだろう。

そこで、もし家庭裁判所が一切の事情を考慮した後、婚姻前から有していた不動産の明渡しに猶予期間の設定が必要ではないと認定した場合には、当該不動産を給付命令の対象とすることは問題がないと思われる。他方で、もし家庭裁判所が不動産の明渡しは元妻にとって困難であり、猶予期間の設定が必要だと認定するときには、元夫にとって不利益が生じるので、財産分与審判の中で当該不動産の明渡しを命じることができなくなるというべきであり、この場合には、別途、民事訴訟を起こさなければならないことになるだろう。

ウ. 小括

公開・非公開の視点から考えると、婚姻前から有していた財産を給付命令対象とすることは、元夫または元妻にとっても不利益をもたらすものではなく、財産分与事件を迅速かつ根本的に解決することの必要性や、財産分与審判における清算・扶養的財産分与対象を評価する家庭裁判所の審判における判断の性質を考えると、婚姻前から有していた財産は本件の射程に及びうるで

²³ 本件の原々審も本件不動産の明渡しとともに 3 ヶ月の猶予期間の設定がされていた。

あろう。

猶予期間の設定の視点から考えてみれば、財産分与審判で婚姻前から有していた財産が給付命令の対象となり、当該財産の引き渡しの難しさが考慮され、猶予期間が設定されると、元夫に不利益が生じうるので、別途、民事訴訟によるべきだろう。しかし、別途民事訴訟の提起に時間をかけて、証拠の提出や裁判所に行くことなど労力を費やすと考えると、財産分与審判で不動産の明渡しとともに猶予期間を設定することはかまわない、というように考える元夫もいるだろう。そのように考える元夫が家庭裁判所に対して、猶予期間の設定によって不利益をこうむっても、財産分与審判で不動産の明渡しをさせたいという要望²⁴を出せば、家庭裁判所は元夫の要望を考慮し、財産分与審判で不動産の明渡しを命じるという柔軟な扱い方を取るべきなのか。それとも民事訴訟によるべきだという姿勢を堅持するか。これは今後の課題としてさらに検討する必要があるだろう。

²⁴ 財産分与審判で家庭裁判所が給付命令の内容を決めるときには当事者の申立を要しないが、必要であれば当事者の意見を聞き、これらの意見を含む双方当事者の一切の事情を考慮し、給付命令の内容を決めることになる。ここで言う「要望」はそういうことである。