

## 離婚の訴えにおける子の監護費用の支払を求める

### 附帯申立てに関する一考察

花 元 彩

#### 一 はじめに

離婚紛争が生じ、これが裁判で争われている場合、同時に、親権者の指定や、監護者の指定など監護に関する問題についても争いが生じていることが多い。これらの問題を離婚と同時に解決することは、当事者にとって便宜であり、訴訟経済の要請にも合致することになる。このことから、親権者の指定については、民法八一九条二項により、裁判所は、離婚時に父母の一方を親権者に指定することができ、監護者の指定、「その他監護に関する処分」については、人事訴訟法三二条―人事訴訟法施行（平成一六年四月一日）前では、人事訴訟手続法一五条<sup>1</sup>により、附帯申立てをすること、同時解決が可能となっている。この人事訴訟法三二条の文言によると、「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など」といった事項について附帯申立てが可能であるとされている

だけであるので、具体的にどのような内容のものがこの附帯申立てで解決できるかについては、判然としないことから、離婚請求に附帯してなされた子の監護費用の支払を命ずることができるといった問題が生ずることとなった。過去にはこれを否定する事案が散見されるが、その後、離婚後の監護費用については附帯請求を肯定する事案が占め、さらに、これを拡大して、離婚後だけではなく別居後離婚までの監護費用についても、附帯請求を認める事案が公表されるに至っているが、未だ解決されていない問題もある。このことから、本稿では、以下で、人事訴訟手続法およびこれにかわる現行人事訴訟法のもとで公表された判例および学説を概観し、離婚請求に附帯してなされた子の監護費用の支払を命ずることの適否等について検討していく。

## 二 従来 of 裁判例

父母が別居し、その一方が子を監護している場合、子の養育費を請求する方法としてもつばら利用されているのは、婚姻費用分担の請求（民法七六〇条・家事審判法九条一項乙類三号）による方法で、これにより婚姻から生ずる費用の分担として、子を監護する一方の親が自己の生活費とあわせて子の養育費を他方の親に請求することになる。しかし、これは、婚姻の維持を前提とするものであるから、離婚の訴えにおいて附帯して申し立てることはできない<sup>①</sup>。そのため、これとは違った構造で、人事訴訟手続法一五条のもと、離婚請求の申立てに附帯してなされた養育費の請求方法としては、以下のものがある。①扶養に関する処分として扱うもの、②財産分与請求の附帯申立てをし、この分与額を定める一事情として婚姻中の婚姻費用の分担態様を考慮することで、婚姻中の養育費を含む婚姻費用の清算を

するもの、③離婚後の養育費を民法七六六条一項（七七一条で準用）の監護費用として附帯申立てできるとするもの、④別居後離婚までの間の養育費も、③と同様の理由で附帯申立てできるとするものなどがある。これらは、いずれも、子の生活保持のために必要な金銭の支払いを求める点では共通しているが、その法的根拠の捉え方が一致しておらず、附帯申立ての適否を判断するうえで大きな対立点になっていた。<sup>4)</sup>

以下で、離婚請求の申立てに附帯してなされた未成年子の養育費の請求についての従来の裁判例を概観するが、その前提として、「養育費」「監護費用」「扶養料」といった用語について理解しておく必要がある。さしあたりその整理をしておく。まず、「養育費」に類似する用語として、民法八二八条には「養育の費用」というものがある。民法八二八条では、この「養育の費用」は、「財産の管理の費用」とともに本来は養育を受ける子自身が負担すべきもので、親権者が未成年の子の養育や財産の管理のために費用を出捐したときは、子が成年に達したときに清算すべきことを前提として、これを子の財産の収益と相殺したものとみなすと定められていることから、これは、養育を受けた子自身が負担すべきものであると考えられる。<sup>5)</sup>しかしながら、一般にいう「養育費」とは、父母が負担するものであると理解されているであろうし、従来の裁判例でいう「養育費」も、子自身が負担することは念頭においてはいいない。また、東京・大阪家庭裁判所の養育費等研究会が作成した養育費算定表によると、養育費とは、民法七六六条一項規定の「子の監護に必要な事項」として、裁判所が、監護親から非監護親に支払を命ずる未成年子の養育に要する費用であると説明されていることから、<sup>6)</sup>ここであつかう「養育費」とは、父母がそもそも負担し、子のために支出する金銭をあらわすことにしたい。<sup>7)</sup>そして、その「養育費」を請求するには、「扶養料」、「監護費用」、「婚姻費用」、などといった形態によることになる。「扶養料」とは、子がその請求権者であり、子が未成年の間は、子の親権者がこれに代理して非親権者に請求する点で、父母の一方が請求者である「婚姻費用」、「監護費用」と区別され、この「婚姻費用」

は、婚姻中に生じた費用をさし、請求者自身の生活費に子の生活費を含めて請求することができるもので、「監護費用」とは、民法七六六条一項の「監護に必要な処分」に監護費用としての養育費が含まれると考えられるものである<sup>8)</sup>。では、判例の流れを概観してみよう。まずは、人事訴訟手続法のもと、昭和三〇年代には、子の扶養料の附帯申立てを認める事案がみられるが、昭和四〇年代になると、これを消極的に解する事案が占めるようになった。これは、事案④で、最高裁判所が、婚姻費用分担・扶養料分担は家庭裁判所の審判事項であり、地方裁判所の判決手続きで判定すべきでないとしたこと、また、事案⑤で、「民法七六六条（同法第七七一条において準用する場合を含む）および人事訴訟手続法第一五条にいう監護について必要な事項に監護に要する費用の負担者、その支払方法等が含まれるとしても、右監護について必要な事項とは、離婚に際し、親権者にならなかつた父母または第三者が監護者に指定された場合において、右監護者が子を監護するために必要な事項をいうのであつて、離婚に際し子の親権者となつた父母が子の養育等に要する費用は右の監護について必要な事項には含まれない」と限定的な解釈を行ったことが、以降の消極的な判例に影響を与えたと考えられている<sup>9)</sup>。ところが、その後、昭和五〇年代に入ると、事案⑧で、最高裁判所は、財産分与において、裁判所が財産分与の額及び方法を定めるについては、過去の婚姻費用の態様を「一切の事情」の一つとして考慮し、当事者の一方が過当に負担した婚姻費用の清算のための給付も含めて定めることができる<sup>10)</sup>としたうえで、これに含まれる過去の監護費用についても附帯申し立てで請求しうるとした。その後、民法七六六条を根拠として、監護費用の附帯申立てを認める事案が下級審で続き（事案⑨、事案⑩）、さらに、事案⑪では、最高裁判所は、離婚請求を認容するに際し、親権者の指定とは別に子の監護者の指定をしない場合であっても、申立てにより監護費用の支払を命ずることができるとして、事案⑤の判断を覆した。また、この事案⑪では、下級審では認められていた別居後離婚までの間の監護費用の支払を求める附帯申立てについては、上告審で申立てが取り下げられたた

め、最高裁判所は判断しておらず、この点についての解決が待たれていた。この点に言及したのが事案⑫である。ここで、最高裁判所は、別居後の監護費用を婚姻費用の一部とする伝統的な構成ではなく、民法七七一一条、七六六条一項は、「父母の離婚によって、共同して子の監護に当たることができなくなる事態を受け、子の監護について必要な事項等を定める旨を規定するものである」、離婚前でも父母が別居し共同して子の監護に当たることができない場合には、子の監護に必要な事項としてその費用の負担等についての定めを要する点において、離婚後の場合と異なるところが「ない」から、「離婚請求を認容するに際し、離婚前の別居期間中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」として、別居後離婚までの間の監護費用についての附帯申立ても認めた。そして、平成一六年四月一日に人事訴訟法が施行され、事案⑬で、事案⑫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につき、現行人事訴訟法三二条一項所定の「子の監護に関する処分」について附帯申立てを受けた裁判所は、離婚請求を認容する際には、当該処分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。

(1) 扶養料の附帯申立てを認める事案

以下の事案は、いずれも、扶養（民法八七七条以下）としての附帯申立てを適法と判断した事案である。その主な理由は、子に対する扶養の問題は子の監護者の指定又は親権者の指定と表裏の関係にあり、監護者又は親権者の指定は形式を規定するもので扶養に関する処分はその実質的基礎を規定することであること、扶養料は監護費用となること、離婚判決係属中の審判申立ておよび審判は事実上困難であることなどであった。

〈事案①〉神戸地裁姫路支部判昭和三四年一月三〇日（下民集一〇卷一一号二五二六頁）は、妻からの離婚請求の

申立てに、長女の親権者指定と、将来の扶養料請求が附帯して申し立てられた事案で、裁判所は、妻を親権者と指定し、将来の扶養料請求については、「元來扶養に関する処分は民法第八七七条ないし第八八〇条、家事審判法第九条第一項乙類第八号の家事審判事項に属するのであるが、人事訴訟手続法第一五条により離婚の訴に附随して申立てられた場合には地方裁判所はこれを定め得る権能を有すると解するを相当とする。或は同法第一五条第一項の文理上附随の申立事項を(1)監護者の指定その他の処分と(2)財産分与に関する処分とに限定する考え方もあるが、同条第二項は「前項の場合に於て、裁判所は当事者に対し子の引渡、金銭の支払、物の引渡その他の給付を命ずることを得」と規定しておるのであり、子に対する扶養の問題は子の監護者の指定又は職権を以てなすべき親権者の指定と表裏の関係にあるものでありいなければ、監護者又は親権者の指定は形式を規定するものであり扶養に関する処分はその実質的基礎を規定するものである。子に対する扶養料はとりもなをさず子の監護の費用となるものである。従つて監護者又は親権者の指定と共に扶養に関する処分を為すことは極めて至当である。若し之に反し、扶養料請求の申立が許されないとすれば、別に子から家庭裁判所に対しこれに関する審判の申立をせなければならぬことになる。然し他方に於て訴訟中監護者又は親権者の指定もされない間に子から扶養料の請求を為すことは至難であり、又家庭裁判所においても訴訟中これが審判をなすことは事実上困難である。又離婚の判決(従つて監護者又は親権者の指定)が確定した上で、子から直に家庭裁判所にこれに関する審判の申立をなすことは当事者にとつて徒らに繁累と敵愾心を増長することになり、又家庭裁判所が新にこの点につき審判手続を為すことは国家の訴訟経済上も適策でない。」と判断して、これを認めた。

〔事案②〕神戸地裁姫路支部判昭和三四年二月二日(家月一二卷九号一七七頁)は、妻からの離婚請求の申立てに、親権者指定と、将来の扶養料請求が附帯して申し立てられた事案で、妻を親権者に指定した上で、将来の扶養料

請求については、①と同様の理由で、認めた。

〈事案③〉福岡地判昭和三七年三月二十八日（下民集一三卷三号五七七頁）は、妻からの離婚請求の申立てにて、親権者指定と、別居後および将来の扶養料請求が附帯して申し立てられた事案で、裁判所は、妻を親権者に指定し、別居後および将来の扶養料請求については、「扶養に関する処分は、家事審判法第九条第一項乙類第八号の家事審判事項に属し、家庭裁判所の管轄に属するものであつて、地方裁判所の管轄に属しないものというべきであるが、人事訴訟法第一五条第一項により離婚の訴と同時に申し立てられた場合には地方裁判所においても右の処分をなし得るものとする」と解するのが相当である。けだし、同条は離婚の訴において、裁判所は申立により元来家庭裁判所の管轄に属する処分のうち子の監護をなすべき者其他子の監護に付き必要な事項を定めることができるものとしているが、その趣旨は、子の監護養育に断層が生じることを避けるのを目的としたものと解すべきであるから、同条に所謂「其ノ他子ノ監護ニ付き必要ナ事項」という中には、子の監護養育の費用たるべき扶養料の支払を命ずる処分をも含まれると解すべきである。いいかえれば、婚姻中は夫婦が共同して子を監護育成するわけであるが、一旦離婚すれば、その一方のみが子の親権者ないし監護者と定められる結果、そのものの扶養能力等から見て必ずしも子の保護に欠ける点が生ずる恐れなしとしないから、裁判所は、離婚の判決において離婚の効果発生と同時に子の親権者ないし監護者を定めるとともに、子の扶養に関する処分として扶養料の支払を命ずるのを相当とするのであつて、これが離婚の際における子の監護を全うするゆえんでもあるうと考えられるのである」として、離婚後の扶養料のみを認めたが、別居後のものについては、「認容すべき理由は見出しがたいから、この間の扶養料については支払を命じないこととするが、この点に関する処分は本質上家事審判事項に属し、いわば非訟事件というべきであるから、特にこの部分に関する申立を棄却しない。」としている。

## (2) 扶養料・監護費用の附帯申立てを否定した事案

いずれも、扶養料・監護費用の附帯申立てを否定している事案である。事案④は、附帯申立てとして、子の代理人として扶養料を請求することを不適法としたもので、民法七六六条に基づく養育費の附帯申立ての許否については言及していない。これに対して、事案⑤は、民法七六六条（同法七七一一条において準用する場合も含む）および人事訴訟手続法一五条にいう監護について必要な事項とは、離婚に際し、親権者にならなかつた父母または第三者が監護者に指定された場合において、右監護者が子を監護するために必要な事項をいうのであつて、離婚に際し子の親権者となつた父母が子の養育等に要する費用は右の監護について必要な事項には含まれないものとして、特徴があり、これを受けて、事案⑥および事案⑦は、事案⑤と同様の理由で、判断されている。

〈事案④〉夫が妻に対して離婚請求の申し立てをしたが、妻がこれの反訴をするとともに、親権者の指定、慰謝料、財産分与、婚姻費用の分担および将来の子の扶養料を附帯して申し立てた事案で、妻が親権者に指定されているが、別居後および将来の扶養料請求の附帯申立てについては、以下のように判断が分かれている。一審・長崎地佐世保支部判昭和四〇年一〇月二五日（民集二三卷一〇月二五日）は、「民法第八七七条ないし第八八〇条に規定する扶養に関する処分は、家事審判法第九条第一項乙類第八号の家事審判事項に属するものであるが、離婚の訴に付随して申立てられた場合には、地方裁判所もこれを定めうるものと解するのが相当である。蓋し、人事訴訟手続法第一五条第一、二項の解釈上かく解し得るのみならず、親権者指定とその子に対する扶養の問題とは密接な関連性を有すること、当事者においても親権者未指定の状態で子の扶養に関する審判の申立てを家庭裁判所になすことは事実上困難であり、また地方裁判所のなした親権者指定の判決確定後改めて家庭裁判所に扶養の審判の申立てをしなければならぬとするなら、当事者間に紛争を再燃させ、事後の履行も困難、かつ円滑を欠くに至るであろうこと及び訴訟経済という実質的



理由からも、右結論を肯認し得る」として事案③と同様に、別居後および将来の扶養料請求を認めた。これに対し、控訴審・福岡高判昭和四二年七月一日（民集三三卷二四一八頁）が、「婚姻費用の分担ないしは扶養料の支払を訴求しているが、これ等がもともと家庭裁判所の審判事項（家事審判法第九条乙類三号および八号）に属し、通常裁判所の判決手続に服しないことはいうまでもない。もつとも、家庭裁判所の審判事項ではあつても、裁判上の離婚に伴う場合には親権者の指定、子の監護および財産分与については、普通裁判所が必要な処分をなし得るものとされているが、これは民法第八一九条または人事訴訟手続法第十五条に明文の規定が存するからである。そして、右の事項はいずれも離婚に必然的に付随し、判断の対象も離婚原因の判断と密接不可分の関係にある。とすれば、右の規定はその趣旨で制限的に解すべきであつて、婚姻費用の分担、扶養料の請求のごとく、離婚の裁判と同時に判断を受けることが便宜ではあつても、離婚と関係なく問題が発生し、判断の対象も一致しないようなものまで、これを拡張することは許されない」と却下したため、妻である上告人が家裁への移送を求めた。上告審・最小判昭和四四年二月二〇日（民集三三卷二二九九頁）は、「民法七六〇条の規定による婚姻費用の分担額および同法八七八条、八七九条の規定による扶養義務者各人の扶養料分担額について、関係当事者間に協議が調わないときは、家事審判法の定めるところに従い、家庭裁判所が審判によつて定めるべきものであり、通常裁判所が判決手続で判定すべきものでないことは、当裁判所の判例とするところである（最高裁昭和四一年（オ）第七八三号同四二年二月一七日第二小法廷判決民集二二卷一三一三頁、同四三年（オ）第四五八号同年九月二〇日第二小法廷判決民集二二卷九号登載予定参照）。また、家事審判事件が訴訟事件として裁判所に提起された場合には、特別の規定のない限り、民法三〇条一項の規定により、これを他の管轄裁判所に移送することが許されないことも当裁判所の判例とするところである（最高裁昭和三五年（オ）第二九四号同三八年一月一五日第二小法廷判決民集一七卷一一号一三六四頁参照）。そして、当該訴訟事件が

家事審判法九条一項乙類所定の婚姻費用の分担および扶養に関する審判事項を内容とする場合であっても、これと別異に解すべきものではない。したがって、右と同旨の見解の下に、上告人の本件婚姻費用の分担ないし扶養料の反訴請求を不適法として却下した原審の判断は正当であるとして、申し立てを認めなかった。

〔事案⑤〕大阪高判昭和四十六年三月二十五日（下民集三二卷三・四号三一四頁）は、妻からの離婚請求の申立てに、将来の扶養料請求が附帯して申し立てられた事案で、「民法第八七八条、第八七九条によれば、扶養義務者が数人ある場合に各人の分担額について協議が調わないときは、家事審判法九条に従い、家庭裁判所が審判によつて定めるべきであつて、通常裁判所が判決手続でこれを定めることはできない（最高裁昭和四十二年二月一七日第二小法廷判決民集二二卷一号一三三頁、同昭和四四年二月二〇日第一小法廷判決民集二三卷二号二九九頁参照）。もつとも、人事訴訟手続法第一五条によると、裁判上の離婚と同時にする場合には、通常裁判所は、親権者の指定および財産の分与のほか、子の監護をなすべき者その他子の監護につき必要な事項を定めることができ、その場合当事者に対し金銭の支払その他の給付を命ずることができ旨規定しており、右規定と家事審判規則第五三条の存在および離婚判決確定後改めて扶養料の支払についてのみ家庭裁判所に審判を求めねばならぬ不便等を考慮して、前記『その他子の監護につき必要な事項』の中には監護費用の負担およびその支払方法も含まれ、子に対する扶養料は監護費用にほかならないから、離婚判決において子に対する扶養料の支払を命ずることができるとする原判決のような見解も存在する。しかし、民法第七六六条（同法第七七一条において準用する場合を含む）および人事訴訟手続法第一五条にいう監護について必要な事項に監護に要する費用の負担者、その支払方法等が含まれるとしても、右監護について必要な事項とは、離婚に際し、親権者にならなかつた父母または第三者が監護者に指定された場合において、右監護者が子を監護するため必要な事項をいうのであつて、離婚に際し子の親権者となつた父母が子の養育等に要する費用は右の監護について

必要な事項には含まれないものと解するのが相当である。そして人事訴訟手続法第一五条の規定は、本来家庭裁判所の審判事項ではあるが、離婚に必然的に付随しかつ判断の対象が離婚原因の判断と密接不可分の関係にある事項について、とくに通常裁判所が決定することを認めた趣旨と解すべきであるから、右以外の事項について右規定を類推することは許されないというべきである。…被控訴人は、…親権者に指定されたのであつて、いわゆる子の監護をすべき者には該当しないから、その扶養料の請求は不適法といわねばならない。」とした。

〔事案⑥〕水戸地判昭和四八年七月二六日（家月二六卷一二号七九頁）は、妻からの離婚請求の申立てに、親権者指定と将来の養育料の請求が附帯して申し立てられた事案で、妻を親権者に指定した上で、将来の養育費の請求については、「人事訴訟手続法一五条は離婚の訴において子の監護者の指定のほか子の監護につき必要な事項を定めようとしているところ、右監護に必要な事項とは離婚に際し親権者とならなかつた父母または第三者が監護者に指定された場合についての事項であつて、離婚に際し子の親権者となつた父母が子の養育等に要する費用は右監護に必要な事項に含まれないものというべきである。ところで、前記法条は本来家庭裁判所の審判事項ではあるけれども、離婚原因と密接不可分の関係にあるものにつき、特に例外的に通常裁判所の判断に服せしめたものと解すべきであるから、右以外の審判事項について右規定を類推適用または準用することは許されないものというべきである。…原告が…親権者に指定されたのであつて、子の監護をなすべき者に該らないから、その養育料の請求は不適法として却下を免れない。」とした。

〔事案⑦〕東京高判昭和五八年一〇月二七日（下民集三四卷九一二号九九五頁）は、妻からの離婚請求の申立てに、養育費の請求が附帯して申し立てられた事案で、「人事訴訟手続法一五条一項が、離婚の訴において、通常裁判所が子の監護について必要な事項を定め得るものとした趣旨は、子の監護に関する処分は本来家庭裁判所の権限に属す

る審判事項（家事審判法九条一項乙類四号）であつて、訴訟の対象とならないものであるが、子の監護の問題は、離婚の訴において形成される裁判上の離婚と密接不可分の関係にあることから、手続の経済及び当事者の便宜等を考慮して、とくに通常裁判所が訴訟事件である右離婚の訴の判決手続に附帯して判定することを認めたものであるけれども同条項及び民法七七一一条（同法七六六条）にいう子の監護について必要な事項とは離婚に際し、親権者にならなかつた父母又は第三者が監護者に指定された場合において、右監護者が子を監護するために必要な事項をいうのであつて、離婚に際し子の親権者となつた父母の一方の子の養育に要する費用は、右監護について必要な事項に含まれないものと解される。…本件のように裁判上の離婚により父母の一方である控訴人が親権者と定められた場合には、子の養育費の分担額等の決定は、右監護に必要な事項に含まれないものと解するのが相当である。右養育費に関する決定は、家庭裁判所が、専ら扶養料に関する審判事項として、控訴人、被控訴人各自の資力、生活程度その他一切の事情を考慮して、審判により決定すべきものであるから、控訴人の本件養育費支払の申立ては不適法といふべきである」とした。

(3) 過去の婚姻費用の一部である過去の監護費用を財産分与の附帯申立てで認めた事案

将来の監護費用ではなく、別居後の監護費用を附帯申立てで認めた事案として、以下の事案⑧がある。この事案⑧では、離婚訴訟における財産分与の額・方法の決定において、過去の婚姻費用の清算についてもあわせて斟酌できるとしたこと、過去の婚姻費用の一部である過去の養育費の分担についても附帯して申し立てることが可能となつた。しかし、財産分与請求がなされない場合には、過去の養育費は認められないか否かについては解決されていなかった。(事案⑧)妻が離婚請求の申立てとともに、親権者の指定、財産分与と慰謝料の支払いを求め、夫から反訴として離

婚請求がされた事案（いずれの裁判所でも、親権者には妻が指定されている）で、一審・東京地判昭和五一年九月二四日（民集三三卷八号一五三三頁）は、妻からの離婚請求を認容し、慰謝料を認めたが、双方が控訴したところ、控訴審・東京高判昭和五三年二月二七日（民集三三卷八号一五四二頁）は、妻の離婚請求のうち、慰謝料および財産分与を認めており、ここでの財産分与の内容には、別居以来妻が負担していた子の生活費、教育費等が含まれていた。夫が、財産分与額について、婚姻費用分担および扶養の額は家庭裁判所の専属管轄に属すべき事項を含めて認定するのは違法であるとして上告した。上告審・最三小判昭和五三年一月一日（民集三三卷八号一五二九頁）は、「離婚訴訟において裁判所が財産分与の額及び方法を定めるについては当事者双方の一切の事情を考慮すべきものであることは民法七七一一条、七六三条三項の規定上明らかであるところ、裁判所は、当事者の一方が過当に負担した婚姻費用の清算のための給付をも含めて財産分与の額及び方法を定めることができるものと解するのが、相当である」として棄却した。

（４）離婚後の子の養育費を民法七六六一条一項（民法七七一一条で準用）の「監護に関する事項」、人事訴訟手続法一五一条一項の「監護に関する処分」ととらえることで、監護費用の附帯申立てを認めた事案

以下の事案は、いずれも、離婚後の子の養育費を民法七六六一条一項（民法七七一一条で準用）、人事訴訟手続法一五一条一項の「監護に関する処分」ととらえることで、監護費用の附帯請求を認めている。

〈事案⑨〉浦和地判昭和五九年一月二七日（判タ五四八号二六〇頁）は、妻からの離婚請求の申立てに、親権者指定と、将来の養育費等が附帯して申し立てられた事案で、「親権者を原告と定め、原告において監護養育させることとし、養育費の額については、概ね原被告の一致した意見のとおり定めたいえ、被告にその支払を命ずることとする。」

とし、附帯請求を認容している。

〈事案⑩〉浦和地判昭和六一年八月四日(判タ六三九号二〇八頁)は、妻からの離婚請求の申立てに、親権者指定と、将来の監護養育費等が附帯して申し立てられた事案で、「親権者をいずれも原告と定め、…二子を監護養育させる」としたうえで、夫に将来の監護費用の分担を命じている。

〈事案⑪〉妻からの離婚請求の申立てに、親権者指定と、将来の監護養育費等が附帯して申し立てられた事案で、一審・横浜地判昭和六二年一月二四日(民集四三卷一二号一七六六頁)は、妻を親権者に指定し、妻が扶養するのに必要であるとして、夫に別居後と将来の養育費の分担を命じ、控訴審・東京高判、昭和六二年一月二四日(民集四三卷一二号一七七九頁)では、「夫婦の一方が他方に対して離婚訴訟を提起するとともに、自己が離婚後の親権者に指定されることを前提として、子の養育費の支払を求める付帯申立ての適法性については、右養育費の請求をもつて民法八七七条ないし八七九条所定の扶養の請求とみるべきであり、また、人事訴訟手続法一五条の規定は、本来家庭裁判所の審判事項ではあるが、離婚に必然的に付随し判断の対象が離婚原因の判断と密接不可分の関係にある事項について、特に通常裁判所が決定することを認めた趣旨と解すべきであるから、右以外の事項について右規定を類推適用することは許されず、右養育費の請求は、民法七六六条(同法七七一条において準用する場合を含む。)及び人事訴訟手続法一五条にいう監護についての必要な事項には含まれないものであり、仮に含まれるとしても、その請求をないうる者は、離婚に際して親権者に指定されなかつた父又は母あるいは第三者で子の監護者に指定された者に限られるものと解すべきであるとの見解がみられるが、以下の理由により右申立ては適法なものであると解する。…未成熟子に対する親の監護養育義務は、法律上の親子関係に基づきその子が自活できるようになるまでの間子に対して自己と同等の生活を保持させる義務であつて、一般親族間の扶養義務が扶養可能状態にある者の要扶養状態にある者に対する

義務であるのとはその性質を異にするものであり、一般親族間の扶養請求が家事審判法九条一項乙類八号の『民法八七七条ないし八八〇条の規定による扶養に関する処分』としての扶養請求であるのに対し、未成熟子の父母間の養育費の請求は家事審判法九条一項乙類四号の『民法七六六条（七七一条において準用する場合を含む。）の規定による子の監護者の指定その他子の監護に関する処分』としての監護費用の請求と解すべきものであるから、未成熟子の父母の一方の他方に対する養育費の支払を命ずる判決・審判は、人事訴訟手続法一五条一項にいう『子ノ監護ニ付キ必要ナル事項』としての監護費の負担、家事審判規則五三条にいう『子の引渡又は扶養料その他の財産上の給付』としての財産上の給付を命ずるものにほかならないと解する。また、子の監護は親権の内容のうちで最も重要なものであるから、離婚に際して親権者の他にとくに監護者が指定されないような場合には、親権者に指定された者は同時に監護者たる地位をも有するものといふべきであり、そのことは親権者に指定されたことによつてその者が子の養育費をすべて負担すべきことを意味するものではなく、他方、親権者に指定されなかつた父母の一方もまたさきに判示したとおり未成熟の子に対しその生活を保持すべき義務を免れるべきものではないから、親権者として現に未成熟子を監護養育している父母の一方は、他方に対して民法七六六条（同法七七一条において準用する場合を含む。）により子の養育費の分担を請求することができ、かつ、右養育費の分担は、離婚に必然的に付随し、財産分与等の離婚給付とも密接に関連する事項であるから、人事訴訟手続法において離婚等と同時に一定の措置が講ぜられて然るべきものと解されるので、いずれにしても、人事訴訟手続法一五条一項にいう『子ノ監護ニ付キ必要ナル事項』としての養育費の請求をなしうる者を、離婚に際して親権者に指定されなかつた父又は母あるいは第三者で監護者に指定された者に限定すべき合理的理由はない。したがつて、現に子を監護養育している夫婦の一方が他方に対して離婚訴訟を提起するとともに、子の養育費の支払を求める付帯請求の申立ては、離婚の際にその申立人が親権者に指定される場合で

あつても、人事訴訟手続法一五条一項にいう『子ノ監護ニ付キ必要ナル事項』についての申立てとして適法であると解すべきである。」とした。これを不服とする夫側が、事案⑤をあげて、家事審判法九条一項乙類所定の婚姻費用の分担および扶養料支払の請求は家庭裁判所の審判によつて定められることから、「子の養育料の請求は、人事訴訟手続法一五条一項にいう『子ノ監護ニ付キ必要ナル事項』に含まれると解すべきではない」として上告した。上告審・最二小判平成元年一月一日（民集四三卷一二号一七六三頁）は、「人事訴訟手続法一五条一項は、裁判上の離婚に際し、子の監護をすべき者その他子の監護につき必要な事項を定めるものとしてゐる民法七七一一条、七六六条一項の規定を受け、裁判所が、申立により離婚訴訟の判決で右の事項を定めることができるものとしてゐる。そして、民法の右条項は、子の監護をする父母の一方がその親権者に指定されると否とにかかわらず、父母の他方が子の監護に必要な費用を分担するなどの子の監護に必要な事項を定めることを規定しているものと解すべきである。したがつて、離婚訴訟において、裁判所は、離婚請求を認容するに際し、子を監護する当事者をその親権者に指定すると否とにかかわらず、申立により、子の監護に必要な事項として、離婚後子の監護をする当事者に対する監護費用の支払を他方の当事者に命ずることができると解するのが相当である。原審が、被上告人の本件離婚請求を認容するに際し、親権者を被上告人と定めるとともに、後記のとおり取り下げられた部分（筆者注・別居後原判決確定の日）を除き、原判決確定の日（本判決言渡の日まで）の翌日から…成年に達するまでの間の養育費の支払を上告人に対して求める被上告人の申立につき、…監護費用の支払の申立としてその支払を命じた点に所論の違法はない。所論引用の判例は、本件と事案を異にする。論旨は採用することができない。」として、棄却した。

(5) (4)と同様の理由で離婚請求に附帯してなされた別居時以降の監護費用の附帯申立てを認めた事案



過去の子の監護費用についても、別途、家庭裁判所に審判を申し立てるのではなく、人事訴訟手続法のもとで、離婚請求に附帯して、別居後からの監護費用を認めたものとして、事案⑫がある。この事案は、婚姻中の未成熟子の監護費用について、これを婚姻費用の一部ととらえる伝統的な構成ではなく、民法七七一条、七六六条一項の類推適用という構成をとることにより、一般的には附帯申立て制度を安易に緩和すべきではないという評価を暗に踏まえながら、他面で、事案⑫で問題とされた具体的局面について、従来の法的構成では対処できない事案を解決する必要性や、離婚に伴う問題の一次的・統一的解決という利益という実際上の要請を満たそうとしたものであると位置づけられている。また、この事案⑫については、事案⑧と異なり財産分与の申立てがなされていなかったことから、民法七七一条、七六六条一項の類推適用という構成をとることで、別居後の養育費も認められたにすぎないとの見解もあった。<sup>11)</sup>

この後、人事訴訟法施行後に、事案⑫と同様に、離婚後のものだけでなく、別居後離婚までの間の監護費用の附帯申立てを認めた事案が、事案⑬である。

〈事案⑫〉は、妻からの離婚請求の申立てに、親権者指定と、別居以降の監護費用が附帯して申し立てられた事案（いずれの裁判所でも妻が親権者に指定されている）で、一審・東京地判平成六年九月二八日（民集五一巻四号一九八〇頁）は、民法七六六条を養育費の請求の根拠として、これを認めた。夫の控訴に対して、控訴審・東京高判平成七年六月二六日（民集五一巻四号一九八六頁）は、監護費用を減額したが、別居時以降のものも認める立場は変更しなかった。夫からの上告に対して、上告審・最一小判平成九年四月一〇日（民集五一巻四号一九七二頁）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、民法七七一条、七六六条一項を類推適用し、人事訴訟手続法一五一条一項により、右申立てに係る子の監護費用の支払を命ずることが

できるものと解するのが相当である。ただし、民法の右規定は、父母の離婚によって、共同して子の監護に当たることができなくなる事態を受け、子の監護について必要な事項等を定める旨を規定するものであるところ、離婚前であっても父母が別居し共同して子の監護に当たることができない場合には、子の監護に必要な事項としてその費用の負担等についての定めを要する点において、離婚後の場合と異なるところがないのであって、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。

〈事案<sup>⑬</sup>〉は、妻からの離婚請求の申立てに、親権者指定と、別居後離婚までの子の監護費用の附帯申立てがなされた事案である（なお、財産分与についても附帯して申し立てられているが、これには監護費用は含まれていなかった。また、いずれの裁判所でも妻が親権者に指定されている。）。第一審・東京地判平成一七年二月二六日（家月五九卷七号一二八頁）は、養育費として、(i) 子が出生した平成一三年一〇月から第一審口頭弁論終結時の前月である平成一六年一月までの未払い監護費用として一五〇万円を、(ii) 平成一六年二月から子が成人に達する日の属する月まで、毎月八万円を支払うよう命じた。これを不服とする夫が控訴。控訴審・東京高判平成一七年七月六日（家月五九卷七号一二三頁）は、上記(ii)の離婚後の監護費用については、第一審と同様の判断をしたが、(i)については、「離婚の効力が生ずる以前の養育費について附帯請求として分担を求める部分は許されない」として、却下した。その理由としては、「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。」ということが述べられて

いた。「なお、被控訴人がそのような申立てを行わず、控訴人がそのような分担をしていないことをもって財産分与を定める際の一つの事情とする旨求める余地はあるが、本件において、被控訴人が財産分与についてそのような趣旨の申立てを行っているわけでもない。」とも付言している。これに対して妻が上告。その理由は概ね以下のような内容であった。(あ)別居後離婚時までの監護費用負担の問題は離婚後の監護費用の負担と実質的に異なることがなく、また、一括解決が当事者の利益となり、子の福祉にも資することを明示して、過去の監護費用についても附帯申立てを認めた先例である事案⑫の最高裁判決に反したものであること、(い)過去の婚姻費用分担につき、妻は財産分与の中で請求しておらず、財産分与を定める事情として考慮していないことを原判決自身が明示しているので、少なくとも、養育費分担については離婚前のものについても当然支払うべきであった。これに対し、上告審・最二小判平成一九年三月三〇日(家月五九卷七号二二〇頁、判時一九七二号八六頁、判タ二二四二号二二〇頁)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、民法七七一一条、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・民集五一卷四号一九七二頁参照)。そうすると、当該申立ては、人事訴訟法三二一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することができるから、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ぬ」として、過去の監護費用について却下した部分を破棄して原審に差し戻した。

## 三 養育費の附帯申立ては可能か―「消極説」と「積極説」―

従来判例で概観したように、現在では、離婚後の監護費用の附帯申立ては積極的に認められるようになっており、事案⑫では別居後離婚までの監護費用についても拡張されて認められた。人事訴訟法施行後に公表された事案⑬では、財産分与が申し立てられている場合であっても、これとは別に、別居後離婚までの間の監護費用の附帯請求はできるとしている。これに対して、学説には、養育費を附帯申立てで請求すること自体に消極的立場をとる説（消極説）がある。これは、①戦後改正前の人事訴訟手続法七条二項では、「扶養ノ請求」を併合請求できるとしていたが、昭和二二年法律一五三号による改正で、これを削除したこと、②婚姻事件訴訟に附帯して申し立てうる子の監護についての具体的な事項につき、人事訴訟手続法一五条は「子ノ引渡、金銭ノ支払、物ノ引渡其ノ他ノ給付」を命じうるとし、その具体的内容につき家事審判規則五三条は、「子の引渡又は扶養料その他の財産上の給付」を命ずることができるとしているが、ここでいう扶養料は民法八七七条ないし八八〇条および家事審判法九条一項乙類八号所定の「扶養に関する処分」としての扶養料ではなく、むしろ監護者が子の扶養をするについて必要とする養育料（監護費用・監護料）を意味すること、③監護に関する処分と扶養に関する処分の範囲は必ずしも一致せず、監護費用は、監護者から監護者でない父母に対して請求する形をとるのに対し、扶養料請求は子に専属し、子から父母の双方または一方その他の扶養義務者に対する請求をとっており、法的構造を異にしていること、④人事訴訟手続法一五条一項に定める子の監護および財産分与に関する事項は、婚姻の取消ないし離婚に付随しており、判断の対象も密接な関係にあるのに対して、扶養料請求は同時に判断を受けるのが便宜であっても、これとは関係なく問題が発生し、判断の対象も同じでは

ないこと、④人事訴訟手続法一五条一項が「子ノ監護ニ必要ナル事項」を定めうるとしているのは、民法七七一条・七六六条二項という実体的規定を受けたもので、それ以外に判決によって婚姻関係を解消する父母の一方が他方に対して扶養料ないし監護費用を直接自己に支払うべきことを求める実体的規定はないとして、扶養料請求を子の監護費用の請求と同視し、附帯申立てに関する規定を類推適用することには賛成できないとする<sup>12)</sup>。また、この論者は、人事訴訟手続法一五条は離婚請求において子の監護者の指定のほか子の監護につき必要な事項を定めるとしているが、監護に必要な事項とは離婚に際し親権者とならなかつた父母または第三者が監護者に指定された場合についての事項であつて、離婚に際し子の親権者となつた父母が子の養育費等に要する費用は「監護に必要な事項」に含まれないと解すべきであるとして、事案⑤と同様に、監護費用の附帯申立てについても消極的な立場をとつている<sup>13)</sup>。

これに対して積極説は、次のような反論を展開している。①戦後改正前の人事訴訟手続法七条で離婚訴訟に併合できる附帯請求は、婚姻の効果である夫婦間の扶養義務不履行の請求であつて、親子間の扶養請求を含むものではないか。つたし、扶養事件は民訴事件とされていたが、現行法では、これを非訟事件とし、同一の性質を有する監護者指定その他監護に必要な事項・財産分与を附帯して申し立てうることを認めた関係上、扶養請求を戦前の人訴法七条二項から削除せざるをえなくなつた、②婚姻関係のない父母の未成年子に対する扶養義務も、親権の有無に関係なく共同扶養関係として存在することを前提とすれば、子のために用いられる金銭等は、親権行使と監護権行使にあてられ、これは子の扶養料であり、養育費であり、また、監護費用である、③監護費用分担の審判は、手続関係者のみに着目するとき、立替扶養した第三者から求償請求された扶養義務者が他の扶養義務者を相手方とする扶養審判と同様の構造をもっている、また、父母が離婚する場合、子の要扶養状態を認識しているから、養育費分担申立てをしている親権者は、子から扶養請求された扶養義務者と同一の法的地位にあるし、分担額判定にあたり離婚の有責性の所在等が評

価されるべきであるなら、監護費、扶養料の判定のいずれにも評価されるべきで、分担額も差異はない、④民法七六六条は、離婚に際し親権者・監護者をどのように定めようと、いつでも父母が監護審判申立権を有することを認めた規定で、離婚訴訟で親権者となった者による養育費分担の附帯申立ては適法である。<sup>14</sup>

また、このほかに、現行の人事訴訟法施行前に問題とされていた紛争の一回的解決、訴訟経済の問題、有責配偶者の離婚請求で子の養育費の支払がその認否の判断材料とされることなども附帯請求を認める理由としてあげられている。<sup>15</sup>

#### 四 監護費用の附帯申立ての課題——人訴移管前——

積極説のように解することで、養育費の附帯請求に応じることは可能となる。家裁実務では、これを受けて、扶養料の附帯申立てではなく、監護費用の附帯申立てが一般化していった。それには、次のような理由が認められる。親の養育費分担義務は、今日の通説によれば民法八七七条以下に根拠が求められており、これを前提とすれば、子が権利者であり、その子が請求するためには法定代理人によらなければならないが、こうした請求を附帯請求でできるか、がすでに問題をはらむし、また子の監護者が親権者ではなく他方の親が親権者であるときは、利益相反行為のゆえに、請求するに先立って親権者変更や特別代理人の選任といった手続が必要となる。こういったことを避けるには、親権者行使しない監護者が直接に法定代理人になる理論構成を考えなくてはならない。こうした実体法上の解釈の困難さや、手続上の煩雑さゆえに、準拠規定として民法八七七条以下を想定するとしても、具体的にはこの方式は有力化し

なかったため、これに代わって、両親間の問題ととらえる監護費用支払を求める方式が、その手続きの簡明性と解決の直接性のゆえに定着していったのである。<sup>17)</sup>

しかし、監護費用の附帯申立てが可能であるとしても、人事訴訟手続法の下では、離婚等の人事訴訟の第一審の管轄が地方裁判所であったので、通常裁判所での離婚訴訟において子の養育費に関して審理することには、家事審判におけるような調査官制度、参与員制度が利用できず、紛争関係者の間の調整を図りつつ過去・将来の両面を見据えて妥当な判断を下す上で障害となること、未成熟子の意見を聴取する上で公開の法廷での審理には問題があること、また将来にわたる定期給付の形をとることの多い養育費の履行確保という観点からも、履行勧告、履行命令、履行方法としての寄託といった履行を促すための弾力的な制度を利用できないことが障害となりうること、といった課題が残されているとの指摘があった。<sup>18)</sup> 後述のとおり、平成一六年四月一日施行の人事訴訟法により、離婚等の人事訴訟の第一審の管轄が地方裁判所から家庭裁判所に移管されたことから、上記の問題は解決されている。

## 五 人事訴訟法の施行

現行の人事訴訟法により、家庭裁判所に人事訴訟の第一審が移管された。この人事訴訟法制定にあたり公表された「人事訴訟手続法見直し等に関する要綱中間試案の補足説明」では、移管の根拠は、以下のように、説明されていた。

①身分関係の確定は、社会生活における身分的秩序の基礎をなすもので、その当事者だけではなく、多くの関係者の利害にかかわり、広く社会一般の公益にも影響するところから、身分関係について紛争が生じた場合には、通常の民

事訴訟における当事者間限りの相対的確定に親しまず、当事者以外の第三者との関係でも画一的な確定が要請されること、また、人事訴訟は、通常民事訴訟とは異なる手続き規律に服するもので、関連請求の併合等の機会を広く認める必要があることから、人事訴訟全体について統一的な職分管轄の規定を設ける必要があること、②実際上最も問題となる離婚の訴えと、これと同時に裁判をすべきものとされている離婚に伴う親権者の指定、子の監護に関する処分及び財産の分与に関する処分といった実質的な家事審判事項（人事訴訟手続法一五条一項、五号。以下「附帯事項」という）とは、実体法上密接に関連しており、実際にも附帯事項が主たる争点となる事案が多い。附帯事項を含めた紛争について、子の福祉等に配慮しながら適切かつ迅速に審理判断を行うためには、家事審判法に定める審判事件について職分管轄を有し、家庭裁判所調査官等の専門機関が設けられ、それらの専門的知見を活用して家庭に関する事件を専門的かつ集中的に取り扱った家庭裁判所に人事訴訟の職分管轄を付与する必要がある、③人事訴訟の職分管轄を家庭裁判所に付与することにより、人事訴訟法及びこれに先行する家事調停の職分管轄の統一が図られることになり、同一の国法上の裁判所において両者の手続が行われることとなることから、利用者である国民にとって手続がわかりやすくなること。<sup>19)</sup>

そして、附帯処分については、改正後の人事訴訟手続法一五条と同趣旨の規定として、人事訴訟法三二条がおかれ、この人事訴訟法三二条において、認容判決に際して、裁判所は、附帯処分事項について裁判をしなければならぬと明文で示され、裁判所に対し、附帯処分事項について判断することを義務付けたことで、同時解決が保障された。しかしながら、これは実質的な改正ではなく、その基本的な枠組みは維持されている。<sup>20)</sup>したがって、附帯処分の内容は、人事訴訟手続法と同様で、「子の監護者の指定」「その他子の監護に関する処分」、「財産分与」であり、「監護に関する処分」には、子の監護費用、面接交渉が含まれ、これらの請求権は離婚の効果の発生を前提とするので、離婚前



にその処分を行うことはできないが、婚姻関係の解消に付随する重大な身分的、財産的效果であるうえ、判断の対象となるべき事項が離婚原因、婚姻取消原因の審理の判断と密接な関係があることから、訴訟と併合審理し一回的に解決することが当事者にとって便宜であり、訴訟経済の要請にも合致するので、例外的に離婚等が認容されることを停止条件として申し立てることが認められたと説明される。<sup>(21)</sup>

なお、上記のほか、試案では、過去の婚姻費用の分担を附帯処分事項とすべきかどうかを検討されたが、婚姻から生ずる費用の分担に関する処分は婚姻の継続を前提とする効果で、離婚と同時に解決するのは実体法的な整合性がとれないこと、婚姻関係訴訟と婚姻から生ずる費用の分担に関する処分とは裁判の基礎となる資料が異なるうえ、請求棄却の判決をする場合にも裁判をしなければならないので、かえって解決が長期化することなどを理由に、附帯処分事項とはされなかつた。<sup>(22)</sup> また、認知請求を伴う子の監護費用についても、附帯処分事項とすべきかどうかを検討されたが、認知請求訴訟と子の監護に関する処分とは、裁判の基礎となる資料が全く異なるため、婚姻から生ずる費用の分担に関する処分と同様の問題があること、認知請求の帰すうが明らかでない段階で子の監護に関する処分の基礎となる資料の提出を当事者に期待することは困難であることなどから、附帯事項とはされなかつた。<sup>(23)</sup>

## 六 別居後離婚までの間の監護費用の附帯申立てを認めるのに民法七六六条を類推適用することは可能か

別居後離婚までの間の監護費用を離婚後のものを含めて附帯申立てを認めないとすると、当事者は、財産分与の附

帯申立てで解決をはかることも可能であるが、この附帯申立てがなされていない場合には、別途、調停・審判で監護費用を請求せねばならず、これは当事者にとっては負担となろう。

そこで、民法七六六条を類推適用することで、別居後離婚までの監護費用の附帯申し立ても認め、同時解決をはかれないだろうか。事案⑫および事案⑬も、離婚前でも父母が別居し共同して子の監護に当たることができない場合には、子の監護に必要な事項としてその費用の負担等についての定めを要する点において、離婚後の場合と異なるところがないとして、民法七六六条の類推適用を認めている。しかし、この事案⑫と事案⑬では、大きく異なる点があった。事案⑫は、財産分与についての申立てがなされていなかったのである。このことから、事案⑫は、特殊な事案で過去の監護費用を民法七六六条を類推適用することで認めることは救済的措施にすぎず、そもそも、離婚前の監護費用については、婚姻費用の一部であるので財産分与で処理すべきであるとの見解もあつた。現行の人事訴訟法施行後においても、これを踏襲する見解もある。<sup>23)</sup> また、次のように、人事訴訟法施行前のものであるが、民法七六六条を類推適用することに消極的な見解もある。すなわち、父母が事実上離婚状態にあるときに、子の監護に関する事項のうち、特に子の引渡し処分が家庭裁判所の審判事項なのか、訴訟事項と解するしかないのかが論じられているが、子の引渡し処分が家庭裁判所の審判事項に属すると解する説においても、民法七六六条一項の類推適用によるのか、民法七五二条の夫婦の協力扶助に関する事項とみるかの説にわかれており、婚姻中の子の監護費用分担も、子の監護に関する処分として、子の引渡し処分と同列に考えられることができるかすれば、右と同様の考え方の相違となってくるものといえるが、離婚前の監護費用の分担は、不当利得返還請求権などの債権の枠内で捉えるならばともかく、訴訟事項と解する余地はないことはあきらかであること、また、家庭裁判所の審判事項に属すると解したとしても、民法七五二条の事項と解する説によれば、人事訴訟手続法一五条一項の射程外で、父母が事実上離婚状態にある場合の子

の引渡しについて、右規定の類推適用を肯定する高裁判例（大阪高決昭和四六年四月二二日、東京高決昭和四九年六月一九日）が公表されてはいるが、民法七六六条は離婚するときの監護に必要な事項を規定しているのであって、事実上離婚状態にあるにすぎない父母の離婚の場合に右規定を類推適用し得るとするには困難で、また、養育費は婚姻費用に含まれ、これは財産分与の清算に含まれ得るから、離婚判決で財産分与における分与額決定に際しての一事情として考慮することができるとして、類推適用を論じる必要性に疑問を呈するものである。<sup>26)</sup>

しかし、これについては、積極説からは次のような見解が示されている。類推適用の限界付けとしては、婚姻生活の破綻が認められるような別居状態があったことを条件として、民法七六六条の類推適用による離婚前の期間の監護費用の請求を適法とすべきであるとした上で、上記の消極説がいうように民法七六六条が離婚後についての定めであるとしても、同条の規定が七七一条によって裁判上の離婚に準用される場合においては、離婚判決の確定という婚姻関係の实体と直接関係のない基準ではなく、別居を条件として、かつ、離婚の要件を満たした時点を基準としてそれ以降を民法七六六条が定める協議離婚成立後と同視しうるものと捉えられることができ、このように離婚後と同視すべき場合を限定的に捉えればよいとするものである。<sup>27)</sup>

また、別居中の面接交渉の認容（最判平成二二年五月一日 民集五四卷五号一六〇七頁）や別居中の監護者指定（東京高決平成一一年九月二〇日 家月五二卷二号一六三頁）についても、民法七六六条が類推適用されていることから、民法七六六条の事項の内容である養育費についても類推適用を否定する理由はないとする見解もある。<sup>28)</sup> これらの事案に共通するのは、父母が離婚していなくとも、その婚姻関係が事実上破綻し別居しており、父母が子の福祉を第一に考えて協議を行うことがほとんど期待できない状態にあるということであり、これは、離婚後の場合と異なることがないとして、上述のような状態で争われている子の監護に関する問題を解決するためには、民法七六六条の類推適用

を認めてもよいのではなからうか。<sup>(20)</sup>

民法七六六条を類推適用ないし適用することで、別居後から離婚までさらに離婚後の監護費用について裁判所は包括的に給付命令をすることが可能となる。しかし、財産分与で考慮する方法をとると、これは、事実審の口頭弁論終結時を基準に決めるものであるから、控訴審口頭弁論終結後、上告審判決までの間の監護費用はどのように扱うのかという問題が生じる余地もあるし、<sup>(21)</sup>そもそも、分与すべき財産がないような事案や離婚請求を認容する時点での財産分与が認められない事案では財産分与で過去の監護費用を考慮することは不可能であることから、民法七六六条の類推適用による解決は認められるべきである。

## 七 結語にかえて

事案<sup>(19)</sup>で、原審は、婚姻中の養育費請求の附帯申立てを否定する理由を「離婚請求訴訟における附帯処分は離婚請求が認容される場合に限ってその裁判が行われるというものであって（人事訴訟法三二一条一項）、離婚の請求が認容されない場合にはその裁判が行われることもない。他方、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。なお、被控訴人がそのような申立てを行わず、控訴人がそのような分担をしていないことをもって財産

分与を定める際の一つの事情とする旨求める余地はあるが、本件において、被控訴人が財産分与についてそのような趣旨の申立てを行っているわけでもない。」としている。これは、積明権を行使していなかったとはいえないか。積明権を積極的に行使し、申立ての趣旨を説明すれば、そもそも、過去の婚姻費用に過去の監護費用は含まれるとして財産分与の申し立てによって、過去の監護費用についても給付命令をさせたのではなからうか。こうした原審判の判断から救済するために、事案⑫にならって、民法七六六条の類推適用で、過去の監護費用を含めた附帯申立てを事案⑬で最高裁は認めたと理解できよう。もちろん、これにより、過去の監護費用を財産分与において考慮する途が閉ざされたわけではない。財産分与における分与額決定に際しての一事情として考慮する方法だけではなく、民法七六六条の類推適用で離婚後の監護費用にあわせて申立てする方法も、可能となったにすぎない。この過去の監護費用の請求方法のように、社会実態として同一の請求権が二重の法的性格を有することについては、たとえば、離婚に伴う慰謝料は、訴訟で請求することも、財産分与における分与額決定に際しての一事情として家事審判で請求することも可能であるし、同じ訴訟事項の中にも、社会的実態が同じ請求権について複数の性質が併存し、いずれに基づく請求も可能である場合があるように、社会的に同一の利益の実現のために、実体法上又は手続法上、請求の手段が複数存在することは、それほど特異ではないことから、過去の監護費用に関して複数の法的性質を併存させることに特に問題はないと考えられる。<sup>34)</sup>

上述のとおり、養育費は婚姻費用の内容のひとつであり、過去の婚姻費用は財産分与で清算できるものである。しかし、財産分与は夫婦間の離婚による財産関係の調整であり、その当事者は離婚当事者に限定されるべきで、子の養育費はこれには含めないのが妥当であるから、将来の養育費分担決定に合わせて過去のそれも決定すべきではなからうか。<sup>35)</sup> この点については、「財産分与（の附帯申立てを促す積明権の行使を前提）」というルートで解決させること

は、子の権利を後退させるものである。財産分与が申立てられていれば、その枠内で処理させれば、無理な法律構成をしないでスムーズに解決を図ることができる、という認識なのであろう。積明権の行使がなければ、また相手方配偶者が相応する財産を有していない場合にあつては、監護費用の申立ては違法との前提があるように思われる。子の権利の無制約な保証が必要<sup>36)</sup>であるという傾聴すべき見解もある。また、同時解決によらないと、夫婦の離婚前後によつて子の監護費用の請求方法が分断されることになり、これでは離婚成立の前後で判断に矛盾抵触が生じる危険が払拭できず、妥当とは思われないとの見解も示されている<sup>37)</sup>。筆者もこれらの見解に賛同する。

監護費用の附帯申立てに関する問題として、以下のようなものがある。離婚請求に附帯して監護費用の支払いの申立てがされたが、この離婚請求が棄却された場合に、裁判所は監護費用の支払等につき判断することができるといふ問題である。人事訴訟法三二条は、離婚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についての裁判をしなければならないとしていることから、民法七六六条との整合性から、離婚請求が棄却された場合には、監護費用の支払いはできず、別途、家裁の調停・審判の手続きをすることになる<sup>38)</sup>。

次に、離婚請求が裁判によらずに終了した場合はどうなるか。人事訴訟手続法では、これまで訴訟の対象となる婚姻関係が終了した場合、たとえば、離婚訴訟の係属中に、協議離婚が成立して離婚届も受理されたが、財産分与あるいは養育費については、当事者が、引き続き、その点について、訴訟手続における審理判断を求めたとしても、主たる申立てが存在しない以上、従たる申立てである養育費などの申立ては不適法として却下すべきであつて、当事者は、新たに家庭裁判所に家事審判の申立てをしなければならないと解されてきたが、この扱いは当事者に負担を強いるうえ、訴訟経済上も問題であるとの批判があつたことなどから、これが改められた<sup>39)</sup>。すなわち、人事訴訟法三六条では、「婚姻の取消し又は離婚の訴えに係る訴訟において判決によらないで当該訴えに係る婚姻が終了した場合において、既

に附帯処分の申立てがされておるときであつて、その附帯処分に係る事項がその婚姻の終了に際し定められていないときは、受訴裁判所は、その附帯処分についての審理及び裁判をしなければならぬ」とされている。したがつて、上述のような場合では、主たる申立てである離婚請求が存在しなくなつても、既に監護費用等の附帯申立てがなされている場合であれば、当事者には、離婚の成立を前提として、同時解決の申立てを維持してさらに審理及び裁判を求める意思があると考えられること<sup>(40)</sup>から、裁判所は監護費用の支払等について判断しなければならない。また、訴訟上の和解により離婚が成立したが、附帯処分事項についての定めがない場合についても、同様の解決がなされる（人事訴訟法三六条<sup>(41)</sup>）。しかし、請求の認諾による離婚については、附帯処分の申立てがなされていた場合には、この附帯処分についての裁判が必要であるから、認諾による離婚は認められまいとされている（人事訴訟法三七条）。これは、被告の一方的な意思表示でされる認諾によつて、同時解決についての原告の利益を奪うべきでない<sup>(42)</sup>とされるからである。

そのほか、第一審では離婚請求が棄却されたため、監護費用等の附帯処分についての裁判がなされなかつたが、控訴審では離婚請求が認容されることになつた場合や控訴審ではじめて監護費用等の附帯処分の申立てがなされるとき、審級の利益が奪われるため、一審に差し戻すべきかといった問題も生じよう。この点については、人事訴訟法三二条一項は申立時期を限定していないことから、差し戻す必要はなく控訴審での判断は可能とされる<sup>(43)</sup>。したがつて、控訴審ではじめて、離婚後および過去の監護費用の請求をすることもできる。これらは、現行の人事訴訟法で初めて認められたものであるが、いづれも、附帯処分の同時解決の保障に配慮した規定であると考えられている<sup>(44)</sup>。こういった、同時解決の保障といった理念を鑑みれば、離婚後の監護費用は請求されていないが、別居中の監護費用が請求されているような場合<sup>(45)</sup>たとえば、離婚請求中の、子が成年に達しあるいは死亡した場合、監護者の収入が多くなつて養育費を要求する必要がなくなつた場合などは、民法七六六条の類推適用で過去の監護後費用のみが認められても差し

支えないであろう。<sup>(45)</sup>

また、過去のどの時点からの監護費用が、民法七六六条の類推適用で、附帯申立てにおいて認められるか、すなわち、離婚前かつ同居中に支出された養育費についてはどうかといった問題も考えられる。共同して子の監護に当たることができない事情があれば、特に別意に解すべき理由はないとしてこれを認める見解<sup>(46)</sup>もあるが、別居といった婚姻の破綻が明確となった状況が明らかではないので、民法七六六条との整合性から、これを認めるのは難しいのではないだろうか。

ほかに、別居後の監護費用の附帯申立てに関する問題に類似する問題として、以下のことが考えられる。前述のように、『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』では、過去の婚姻費用については附帯申立て事項とされることはなかった。たしかに、過去の婚姻費用については、財産分与における分与額決定に際しての事情として考慮することは可能であるから、婚姻費用そのものの附帯申立てを認める必要はないとも考えられようが、過去の監護費用を附帯申立てで請求することで問題となったように、そもそも分与すべき財産がないような事案、離婚時に財産分与を見合わせたほうがよいような事案については、財産分与における分与額決定に際しての事情として過去の婚姻費用を考慮することができないこととなる。この点については、過去の婚姻費用の分担請求についても、離婚訴訟と密接な関連があり、立証の便宜、訴訟経済の要請等を考慮すると、附帯申立てを認めてもかまわないのではないかとする見解<sup>(47)</sup>もあるが、未払いの婚姻費用の清算の問題は、婚姻関係が継続していたことを伴う事項であり、婚姻関係の解消に伴う重大な身分的・財産的效果であるとはいえないし、離婚と密接不可分な関係になるとは言えず、通常の事案では、財産分与の事情で考慮することが可能であることから、過去の婚姻費用の分担の附帯申立てを認める必要性はないとする見解<sup>(48)</sup>もある。しかし、過去の婚姻費用の分担請求という同一の利益について、分与すべき財



産があるか否か等で、附帯申立ての適否が異なってしまうといったこと、人事訴訟が移管され家庭裁判所調査官・参  
与員などが附帯申立事項には活用できなくなったことに留意すると、将来の婚姻の継続を前提としない過去の婚  
姻費用についても、附帯申立てが認められてもよいのでなからうか。これについては、今後の課題としたい。

(1) 人事訴訟手続法第15条

- 1 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
  - 2 前項ノ場合ニ於テハ裁判所ハ当事者ニ対シ子ノ引渡、金銭ノ支払、物ノ引渡其他ノ給付ヲ命スルコトヲ得
  - 3 前2項ノ規定ニ依ル裁判ハ判決主文ニ掲ケテ之ヲ為スヘシ
  - 4 前項ノ規定ハ家庭裁判所カ子ノ監護ヲ為スヘキ者ヲ變更シ其他子ノ監護ニ付キ相当ノ処分ヲ為スコトヲ妨ケス
  - 5 前3項ノ規定ハ婚姻ノ取消又ハ離婚ノ訴ニ於テ裁判所カ父母ノ一方ヲ親権者ト定ムル場合ニ之ヲ準用ス
- (2) 沼邊愛一『家事審判事件の研究(1)』二四八頁(一粒社 一九八八)によると、これは、別居中の妻が多くの場合未成熟子を監護しており、自己の生活費とあわせて未成熟子の養育費を請求する必要がある、従前の家裁実務においては、婚姻費用には未成熟子の養育費が含まれるが、扶助費用については未成熟子の養育費は含まれないと解されていたことによるものであろうという。
- (3) 最判昭和四三・九・二〇(民集二二卷九号一九三八頁)。
- (4) 佐上善和「離婚請求を認容するに際し親権者の指定とは別に子の監護者の指定をしない場合と監護費用の支払命令」(民商一〇三卷二号七三頁 一九九〇)。
- (5) 佐藤義彦「離婚請求を認容するに際し、別居後離婚までの間の子の監護費用の支払いを命ずることの可否」リマークス一九九(上)六一頁以下(一九九九)。

- (6) 東京・大阪養育費等研究会「簡易迅速な養育費等の算定を目指して」判タ二一一二号二八五頁(二〇〇三)
- (7) 渡邊泰彦「離婚請求を認容するに際し別居後離婚までの間の子の監護費用の支払いを命ずることの可否」同志社法学五〇巻一号四九八頁以下(一九九八)。
- (8) 渡邊・前掲注(7)・四九九頁以下。
- (9) 佐上・前掲注(4)・七四頁。二宮周平「離婚請求を認容するに際し別居後離婚までの子の監護費用の支払を命ずることの可否」判時一六三七号二〇三頁(一九九八)。
- (10) 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」家月五〇巻二二二頁〜二二二頁(一九九八)。
- (11) 佐藤・前掲注(5)・六二頁。渡邊・前掲注(7)・五一〇頁。
- (12) 岡垣学『人事訴訟手続法』二六一〜二六二頁(第一法規 一九八六)。
- (13) 岡垣・前掲注(12)・二六二頁。
- (14) 西原諄「離婚訴訟で子の親権者となった者による子の養育費附帯申立ての適法性」判タ五五一号 二九五〜二九七頁(一九八五)。
- (15) 離婚時点まで単独で子の監護に当たっていた親が離婚後も引き続き監護にあたる場合において、離婚時までには要した監護費用の清算を離婚訴訟後に改めて家裁の審判で解決するとすれば、離婚訴訟で一括して解決することになれば、監護に当たる場合において、離婚時までには要した監護費用の清算を離婚訴訟後に改めて家裁の審判で解決することとなれば、離婚訴訟で一括して解決することと比べ、監護に当たる親の経済的困難、ひいては子の養育に生じる支障の程度が大きく、また、離婚訴訟で離婚自体が確定した後も父母が更に家裁で審判を求めて紛争を継続すること自体、子の監護養育に好ましかろうはずがなく、早期の一括解決は子のためにも好ましいと考えられていた(田中昌利「離婚請求を認容するに際し別居後離婚までの間の子の監護費用の支払を命ずることの可否」法曹時報五二巻五号一九八頁 二〇〇〇)。
- (16) 佐上・前掲注(4)・二四五頁以下は、有責配偶者の離婚請求を判断するにあたり、夫婦間の未成熟子の監護・教育・福祉の状況をも斟酌・考慮しなければならないとされていることは、離婚一般にあてはまり、離婚の判断をするう

- えて未成熟子の親権者の指定、監護者の選任の要否、監護に関する具体的な処分と監護費用の分担に関する問題が大きな争点となることを示しているとして、離婚請求に附帯する養育費請求の併合審理の必要性を説く。
- (17) 佐上・前掲注(4)・二四三頁、二宮周平「離婚請求を認容するに際し別居後離婚までの間の子の監護費用の支払を命ずることの可否」判例評論四七三号二〇五頁(一九九八)。
- (18) 前田智彦「離婚請求を認容するに際し別居後離婚までの間の子の監護費用の支払いを命じることの適法性」法学協会雑誌一一五卷一一号一九六頁(一九九八)。佐上・前掲注(4)・二四九頁、二宮前掲注(9)・二〇五頁。
- (19) 『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』NB L七二号一九頁(二〇〇二)。
- (20) 野田II安倍監修『改訂・人事訴訟法概説』(松原正明)二〇六頁以下(日本加除 二〇〇七)。
- (21) 石田敏明「新人事訴訟法要点解説とQ&A」三三頁(新日本法規 二〇〇四)。
- (22) 『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』・前掲注(19)・三二～三三頁。
- (23) 『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』・前掲注(19)・三二～三三頁。
- (24) 佐藤・前掲・注(5)・六二頁。渡邊・前掲注(7)・五一〇頁。松原正明『改訂 人事訴訟法概説』(野田II安倍監修)二〇九頁(日本加除 二〇〇七)、石田・前掲注(21)・三四頁。
- (25) 松原・前掲注(24)・二〇九頁、石田・前掲注(21)・三四頁。
- (26) 塩月秀平「離婚請求を認容するに際し親権者の指定とは別に子の監護者の指定をしない場合と監護費用の支払命令」『最高裁判所判例解説 民事篇(平成元年度)』四九八頁(一九九一)。
- (27) 前田・前掲注(18)・一九六頁。
- (28) 二宮・前掲注(9)・二〇四頁。岡部喜代子「離婚の訴えにおける別居後離婚までの子の監護費用の支払いを求める旨の申立てと裁判所の審理判断の要否」リマックス二〇〇八(下)一三四頁(二〇〇八)。
- (29) 二宮・前掲注(9)・四〇頁、前田・前掲注(18)・一九四頁以下、鈴木貴博「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請求方法」『東海法学四〇号六二頁(二〇〇八)』など。

(30) 田中昌利「離婚請求を認容するに際し別居後離婚までの間の子の監護費用の支払を命ずることの可否」『最高裁判所判例解説 民事篇（平成九年度）〔中〕』六〇二頁（二〇〇〇）。

(31) 東京高判平成七年三月一三日（家月四八巻八号七二頁 判タ八九一号二三三頁）は、離婚に附帯して申し立てられた妻からの財産分与請求について、夫婦共有財産及び夫の特有財産には妻又は妻の経営する有限会社を債務者とする抵当権等が設定されており、その返済が順調に行われておらず担保権を実行される可能性も高いという事情があるときは、離婚に伴って直ちに財産分与を決定するのは適切とはいえず、今後の夫婦共有財産の実質的価格及び担保権の消長を見ただ上で家庭裁判所の審判等に委ねるのが相当であるとして、妻からの請求を棄却している。

(32) 大橋真弓「離婚請求と子の監護費用の申立て」ジュリ一三五四号一四八頁（二〇〇八）も同旨。

(33) 大橋・前掲注(32)・一四八頁。

(34) 植野・前掲注(10)・三二二頁以下。

(35) 右近健男「離婚訴訟における財産分与と過去の婚姻費用分担の態様の斟酌」（法律時報五一巻九号一一八頁 一九七九）は、「婚姻中における未成熟子の養育費用も婚姻費用に含める傾向がみられるが、離婚に際し、民法は七六六条で子の監護について必要な事項として、財産分与とは別個に、養育費に関する規定をおいている。したがって最大判決昭四〇年六月三〇日（筆者注・最大決昭和四〇年六月三〇日 民集一九巻四号一一一四頁）の判示するように、将来の養育費分担決定に合わせて、過去のそれも決定することも考えられる。事実、神戸家審昭和三十七年一月五日（筆者注・家月一五巻六号六九頁）は、離婚後の婚姻費用分担請求を否定しながら、子の養育費を、婚姻中のそれと離婚後のものに分けて、額を定めるという方法をとっている。そもそも、財産分与は夫婦間の、離婚による財産関係の調整であり、その当事者は離婚当事者に限定されるべきものである。したがって、子の養育費はこれには含めないのが妥当である。」とする。

また、吉田邦彦・家族法判例百選（第5版）（別冊ジュリ一三三二）三七頁（一九九五）では、「諸外国では、父母の合意を調達しやすい項目として、「子の扶養料」が注目されるにいたっていることが留意されるのである。子の養育費（監

- 護費用)は離婚給付の判定において、まず論じられるべき事項とも言いうるものであり、それにもかかわらず、従来それを実現する手続的(現実的)方途について充分詰められてこなかったことの重要性について、この際深刻に受け止めてみるべきである」としている。
- (36) 松倉耕作「離婚前の監護費用の支払いの申立てと、裁判所での審理・判断の可否」判時一九三三号一八〇頁(二〇〇八)。  
鈴木・前掲注(29)・六一〜六三頁。
- (38) 前田・前掲注(18)・一九八頁以下。大橋・前掲注(32)・一四八頁、松倉・前掲注(36)・一八〇頁、常岡史子「離婚の訴えにおいて、別居後離婚までの間の子の監護費用の支払いを求める旨の申立てがあった場合、裁判所は、請求を認容する際に同申立ての当否について審理判断しなければならぬ」とした事例」速報判例解説二・一〇七頁。
- (39) 松原・前掲注(24)・二四八頁以下。
- (40) 『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』・前掲注(19)・七一頁。
- (41) 『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』・前掲注(19)・七〇頁。
- (42) 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」三四二頁『現代民事司法の諸相』(成文堂二〇〇五)。
- (43) 本間靖規「人事訴訟手続の審理構造」三三二頁『現代民事司法の諸相』(成文堂二〇〇五)。
- (44) 高橋宏志(司会)「研究会」人事訴訟法の基本構造」ジュリ一二五九号八五頁(二〇〇三)の木内発言および安倍発言。
- (45) 岡部喜代子「離婚の訴えにおける別居後離婚まで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」リマークス二〇〇八(下)一三五頁(二〇〇八)。
- (46) 大橋・前掲注(32)・二四八頁。
- (47) 佐々木吉男「家事事件と人事訴訟の再検討」『現代家族法大系』二九二頁〜二九二頁(有斐閣一九八〇)。  
植野・前掲注(10)・一一〜一六頁。

