

## 1 財産分与の意味

### (1) 財産分与の意義・根拠

財産分与とは、夫婦が離婚した場合に、その一方が、婚姻中に形成した財産を清算するため、その分与を求めることをいう(民768①・771)。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(民768②・771)。なお、この請求は離婚後2年以内にする必要があり、この期間は除斥期間である(民768②ただし書・771)。

婚姻取消の場合も、財産分与が認められる(民749・768)。なお、婚姻の解消が、夫婦の一方の死亡による場合には、財産分与請求権は生じない。婚姻関係が解消した場合の財産関係の清算について、民法は、当事者の生存中の解消は、財産分与により、死亡による解消については、遺産分割によるという枠組みで規定している。

### (2) 財産分与の性質・内容

#### ア 財産分与の性質

財産分与の具体的な内容は、当事者間の協議又は裁判によって形成される。申立てを受けた裁判所は、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(民768③・771)。

#### イ 財産分与の内容

- ▶財産分与として請求できるものは何か
- ▶離婚すると生活が困難となる場合、生計を維持するために将来の生活費を財産分与で請求できるか
- ▶婚姻中に受けた精神的苦痛の償いを財産分与で請求できるか

(ア) 離婚における財産分与は、夫婦が婚姻中に有していた実質上の共同財産を清算分配するとともに、離婚後における相手方の生活の維持に資することにあるが、分与者の有責行為によって離婚をや

むなくされたことに対する精神的損害を賠償するための給付の要素をも含めて分与することを妨げられないとされ（⇒【裁判例1】・【裁判例2】）、したがって、財産分与の内容は、清算的要素及び扶養的要素であり、これに慰謝料的要素を加えることができる。

（イ） 清算的要素は、清算的財産分与又は清算的意味の財産分与と呼ばれることもあるが、その内容は、婚姻中に夫婦が協力して形成した財産を清算するものである。財産分与の中心となるものである。

（ウ） 扶養的要素は、扶養的財産分与又は扶養的意味の財産分与と呼ばれることもある。離婚後における相手方の生計の維持を目的とするもので、この意味の財産分与が認められることは、判例上（⇒【裁判例2】）、学説上も争いないが、根拠については、説が分かれる（詳細は、第4章参照）。

（エ） 慰謝料的要素は、慰謝料的財産分与又は慰謝料的意味の財産分与と呼ばれるが、その内容は、離婚慰謝料請求権と同じである。離婚慰謝料請求権は、不法行為による損害賠償請求権であって、財産分与請求権とは、本質を異にするが、必ずしも、これらを各別に請求しなければならないというものではなく、請求者は、これを選択して行使することができる（最判昭31・2・21民集10・2・124）。すなわち、離婚慰謝料は財産分与とは別個に請求することができるし、財産分与に含めて請求することも認められる。

離婚慰謝料請求権は、離婚をやむなくされたことにより生じた精神的苦痛に対する慰謝料の請求権をいい、離婚原因となった個々の事実から生じる精神的苦痛に対する慰謝料の請求権とは区別されるが、離婚原因となった個々の事実は、まさに離婚をやむなくされた原因であるから、離婚に伴って請求される慰謝料は、特に明示されない限り、通常両者を含むものとして扱われている。ただし、夫婦以外の者については、特段の事情がない限り、離婚慰謝料を請求することができな

いとされたことから（最判平31・2・19裁時1718・3）、今後は、両者を明確にした主張が求められることとなる。

なお、財産分与の成立後に、慰謝料請求がされた場合、財産分与が損害賠償の要素を含めた趣旨とは解せられないか、そうでないとしても、その額及び方法において、請求者の精神的苦痛を慰謝するには足りない認められるものであるときには、既に財産分与を得たという一事によって慰謝料請求権が全て消滅するものではなく、別個に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（⇒【裁判例2】）。

**【裁判例1】 最判昭58・12・19民集37・10・1532**

離婚に伴う財産分与が詐害行為に当たるとして、義務者の債権者がその取消しを求めた事例であり、判決は財産分与の性質等について次のように述べた。

「離婚における財産分与は、夫婦が婚姻中に有していた実質上の共同財産を清算分配するとともに、離婚後における相手方の生活の維持に資することにあるが、分与者の有責行為によつて離婚をやむなくされたことに対する精神的損害を賠償するための給付の要素をも含めて分与することを妨げられないものというべきであるところ、財産分与の額及び方法を定めるについては、当事者双方がその協力によつて得た財産の額その他一切の事情を考慮すべきことは民法768条3項の規定上明らかであり、このことは、裁判上の財産分与であると協議上のそれであることによつて、なんら異なる趣旨のものではないと解される。」とした。

**【裁判例2】 最判昭46・7・23民集25・5・805**

離婚訴訟において、離婚と財産分与を命じる判決があり、その確定後に、慰謝料請求がされた事例である。判決は、次のように述べた。

「離婚における財産分与の制度は、夫婦が婚姻中に有していた実質上

共同の財産を清算分配し、かつ、離婚後における一方の当事者の生計の維持をはかることを目的とするものであつて、分与を請求するにあたりその相手方たる当事者が離婚につき有責の者であることを必要とはしないから、財産分与の請求権は、相手方の有責な行為によつて離婚をやむなくされ精神的苦痛を被つたことに対する慰藉料の請求権とは、その性質を必ずしも同じくするものではない。したがつて、すでに財産分与がなされたからといつて、その後不法行為を理由として別途慰藉料の請求をすることは妨げられないというべきである。もつとも、裁判所が財産分与を命ずるかどうかならびに分与の額および方法を定めるについては、当事者双方におけるいつさいの事情を考慮すべきものであるから、分与の請求の相手方が離婚についての有責の配偶者であつて、その有責行為により離婚に至らしめたことにつき請求者の被つた精神的損害を賠償すべき義務を負うと認められるときには、右損害賠償のための給付をも含めて財産分与の額および方法を定めることもできると解すべきである。そして、財産分与として、右のように損害賠償の要素をも含めて給付がなされた場合には、さらに請求者が相手方の不法行為を理由に離婚そのものによる慰藉料の支払を請求したときに、その額を定めるにあつては、右の趣旨において財産分与がなされている事情をも斟酌しなければならないのであり、このような財産分与によつて請求者の精神的苦痛がすべて慰藉されたものと認められるときには、もはや重ねて慰藉料の請求を認容することはできないものと解すべきである。しかし、財産分与がなされても、それが損害賠償の要素を含めた趣旨とは解せられないか、そうでないとしても、その額および方法において、請求者の精神的苦痛を慰藉するには足りないと思認められるものであるときには、すでに財産分与を得たという一事によつて慰藉料請求権がすべて消滅するものではなく、別個に不法行為を理由として離婚による慰藉料を請求することを妨げられないものと解するのが相当である。」

### (3) 財産分与請求権の権利性

#### ア 権利性

財産分与請求権の権利性については、次のように説が分かれる。

**【裁判例62】** 大阪高決平20・7・9（平20（ラ）569）

相手方が婚姻中自己所有地上にその名義で1500万円のローンを組んで居宅を建築したが、離婚時において、居宅の評価は609万円であり、ローン残額は1455万円であったという事例である。原審は、オーバーローンの場合、一方が専断的に負担したなどの特段の事情がない限り、債務も財産分与の対象となり、住宅ローンは夫婦双方が責任を持つべきであるとし、原告人は、今後その全額の責任を負う相手方に対し、オーバーローン額の概ね3分の1に相当する280万円を支払うべきとし、その支払を命じたが、原告審決定は、「本件居宅は、離婚時において、846万円程度のオーバーローン状態にあったことになる。このような場合、住宅の価値は零であって、積極財産として存在していないといわざるを得ない。そうすると、清算すべき資産がないのであるから、残存する住宅ローンの一部を財産分与の対象とすることはできないというべきである。」として、原審判を取り消し、相手方の財産分与申立てを却下した。

## イ 不動産の名義変更・引渡しを求める場合

- ▶ オーバーローンの住宅を引き取る場合、オーバーローンも全額引き受けなければならないか

夫婦が形成した唯一の財産がオーバーローンである場合であっても、財産分与として、その不動産の名義の変更を求めることは、許される（⇒【裁判例63】）。また、オーバーローンの不動産について、一方が占有している場合に、他方が、財産分与として当該不動産の分与を求め、その明渡しを求めることは可能である（⇒【裁判例65】）。

オーバーローンの不動産を一方に帰属させる場合、そのオーバーローンの処理が問題となる。

オーバーローンの不動産について、一方がその全持分を取得する場合、その取得のために負担した債務を、どのように負担すべきかは、考え方に争いがある。一つは、オーバーした部分は、夫婦双方が負担

するという考え方であり、他は、債務の全額を当該財産を取得する者が負担するという考え方である。

オーバーした部分は、夫婦双方が負担するという考え方は、清算という側面から、夫婦は、積極財産も消極財産も同じ割合で取得ないし負担しているものとして、差し引きして積極財産が残ればこれを分与割合で分割することになり、債務が残ればこれも同じ分与割合で負担すると考える。また、不動産全部を夫婦の実質的共有財産と扱う場合は、全部の対価を夫婦の資金で支払ったと扱うべきで、それは、残債務を夫婦共同の債務とすることとなるともいい得る。

しかし、この考え方は、不動産購入後短期間で離婚が問題となった場合、不動産価額は既に中古品であって、多くは、オーバーローンとなるので、その不動産を取得しない者に不動産代金の一部を負担させることになって公平でない結果を招くことになり、採用できない。

オーバーローンの場合は、資産ゼロであって、これを財産分与の対象としないのが原則であり、この場合は、代金を夫婦が共同で支払うものと扱う必要はなく、残代金債務は、その名義人が負担することになる。通常は、取得する不動産の名義人と債務の名義人は一致するので、不動産を取得する者がその代金の全部を支払うということになる。不動産の買主名義（登記名義）と債務の名義が異なる場合、代金を支払う者が実質的に所有権を取得するというべきであるから、事案により、どちらかを最終的な取得者として、その者に債務を負担させることになる。

相手方の実質的持分を残債務の額で取得すると考えた場合、オーバーローンの場合には、その時点での評価以上の価額で取得することとなるが、財産分与における評価は、市場価格であるものの、特定の不動産を新たに取得する場合、必ずしも市場価格で取得できるものではないから、不動産を取得する者が、相手方持分の市場価格を超えた額

で取得するとしても、必ずしも不合理な負担を求めるものではない。その不動産と共に債務全額を負担したからといって、不動産を取得する以上、購入代金の支払をするだけであるから、不利益もない。不動産の取得を求める者にとっては、その取得に、現に利益があるからであり、かつ将来の利用利益等もある。他方、当該不動産を取得しない者にとっては、債務の負担を免れるだけで利益が残るものではない。

これらの点から、特段の事情がない限り、その物件の取得者がその形成のために負担した債務の全額を負担するとするのが、公平であると考え（⇒【裁判例64】・【裁判例65】）。

**【裁判例63】** 名古屋高決平18・5・31家月59・2・134

原告人（元妻）から相手方（元夫）に対する財産分与申立てにおいて、財産分与の対象として、共有名義のマンション（本件マンション）と相手方名義の預貯金等合計311万8265円が存在するが、本件マンションは、評価額（固定資産評価額）2090万8143円であるものの、清算時点における相手方名義の住宅ローンの残額2383万4453円があり、約300万円のオーバーローンとなっているという事例である。決定は、「本件マンションは婚姻中に購入されたものであるから夫婦共有財産といえるが、本件マンションには、本件住宅ローンを被担保債務とする抵当権が設定されており、上記のとおり、清算時点における本件住宅ローンの残債務額は本件マンションの平成12年度の固定資産評価額を上回っており、結局、本件マンションの財産価値はないことになる。そして、前記（原審判）のとおり、本件マンションは、原告人と相手方との共有であるところ、これをそのままにした場合には、将来、共有物分割の残すことになることから、原告人と相手方のいずれかに帰属させるのが相当であるところ、本件マンションについての本件住宅ローンがいずれも相手方名義であり、相手方が支払続けていること、その財産価値が上記のとおりであること、その他、原告人の持分割分（6分の1）等を考慮すると、原告人の上記共有持分全部を相手方に分与し、相手方に本件マンションの所

有権全部を帰属させるのが相当である（中略）。」とし、相手方名義の預貯金等合計311万8265円について、その2分の1である155万9132円（1円未満切捨て）を相手方から原告人に分与するとした。

**【裁判例64】** 大阪高決平17・5・31（平16（ラ）854）

協議離婚後に原告人（元妻）と相手方（元夫）との間で財産分与が争われ、財産分与の対象財産として土地（相手方名義）及びその地上建物（原告人名義、土地建物をあわせ「本件不動産」という）があるが、双方がその取得を求めた。本件不動産の評価は2300万円であるが、その取得のための債務の残額として金融機関A及び原告人の父Bに対して合計4425万円があり、その内、金融機関からの債務には本件不動産に抵当権が設定されている。相手方には、本件不動産を住居とし、かつ自己の営業である建築事務所として使用しており、今後もその使用を継続する現実的利益があった。決定は、本件不動産を相手方に分与するものとし、「これらの債務は、対外的には、相手方を主たる債務者ないし単独債務者とするものであるが、原告人との内部関係においてみれば、夫婦共同財産である本件不動産を取得するために負担した夫婦共同の債務とみることができる。ところで、相手方は、別居後、本件不動産の使用を単独で継続し、かつ、上記のとおり、本件財産分与の結果として、相手方が単独で本件不動産を取得し、その利益を独占することになるのであるから、上記債務については、別居後は勿論、今後においては、原告人との関係においても、相手方が全て単独で負担すべきものとしなければ平仄が合わないものというべきであり、すなわち、これらに関する原告人の責任は、全て解消されるべきものというべきである。そこで、相手方に本件不動産を取得させることの不可分の反面として、原告人は、上記両債務につき、相手方との内部関係において一切の負担を免れるものとし、その旨を明示することとする。」とし、主文に、本件不動産に設定された抵当債務、Bに対して負担した貸金債務につき、それぞれ、「原告人と相手方の間では、原告人は一切責任を負わない」と掲げた。



**【裁判例65】** 大阪高決平21・2・20（平21（ラ）74）

原告人（元妻）が相手方（元夫）に、財産分与を求めた事例である。住宅である本件不動産以外に財産分与対象財産はない事例であり、本件不動産は、時価は約1450万円であるが、原告人及び相手方の共有名義であり、かつ両名を債務者とする住宅ローン残額約2560万円がある。現在、相手方が居住している。相手方には、住宅ローンを支払い続ける資力、収入はなく、原告人が、その取得を希望し、住宅ローンも自らが全部負担する旨を申し出ていた。決定は、「本件不動産は原告人に分与し、かつ、住宅ローンについても原告人の負担とするのが相当である。原告人が、本件不動産の所有権を取得するとともにその債務を負担するとすれば、オーバーローンの部分を負担することになるが、本件不動産に居住を続けることができるという現実の利益があり、他方、相手方は、本件不動産から退去しなければならないという不利益が生じるもので、その均衡を考えれば、住宅ローンの全部を原告人の負担としても不当なものではない。」とした。

## ウ オーバーローンの不動産の処分清算

## ▶ 処分後残った債務は平等負担か

オーバーローンの不動産を処分した場合、債務しか残らないが、この債務そのものを財産分与の対象とすることはできない。しかし、調停の場では問題となることがしばしばある。

このような債務について、夫名義の債務を専業主婦の妻に分担することを命じた判例はないといわれている（二宮・前掲99頁）。また、清算という観点から、理論的には、積極財産の分担だけでなく、消極財産の分担を認めるのが公平であるとの立場をとりながらも、処分した残債務の分担を妻に請求できるかについて、妻が専業主婦で離婚後債務を分担して生活することが難しい場合、負担が過重となる額を扶養的財産分与として考慮し、その結果として債務を分担しないとする見解もある（梶村太市ほか『家族法実務講義』155頁（有斐閣、2013））。

を所持人の取得としたものであり、【裁判例101】は、預金は、それぞれの名義のものをそれぞれが取得するとし、債務も財産分与の対象財産として、これをその名義人である原告に帰属させたものである。

**【裁判例100】** 名古屋高金沢支決昭60・9・5家月38・4・76

相手方から財産分与の申立てがされた事案で、積極財産は抗告人名義の土地建物及び当事者がそれぞれ所持する動産であり、債務として、土地建物取得の際の抗告人名義の借入金があった。主文は次のとおりである。土地建物はその名義どおりに、動産はその所持するものを所持人の取得とした。

主文

「2 当事者双方の共有財産を次のとおり分与する。

- (1) 別紙共有財産目録(1)記載の土地・建物を抗告人の取得とする。
- (2) 同目録(2)記載の有体動産のうち、A欄記載のものは相手方の、B欄記載のものは抗告人の各取得とする。
- (3) 抗告人は相手方に対し右分割の調整として金76万0811円を支払え。」

**【裁判例101】** 東京地判平11・9・3判時1700・79（前掲【裁判例51】参照）

離婚請求に伴って財産分与が請求された事案であるが、積極財産としては、共有名義のマンション（目録1、2）、原告名義の土地（目録3）、ゴルフ会員権（目録4の1、2）、保険解約返戻金（目録5）、預金（目録6の1、2、3）、将来の退職金等が財産分与の対象となった事案で、不動産は共有のもの、それぞれの名義のものがあり、預金も同様で、他に、被告が債務者である債務が存在した。判決は、預金はそれぞれの名義のものをそれぞれが取得するとし、債務も財産分与の対象財産として、これを名義人に帰属させた。

## 主文

- 〔1 原告と被告を離婚する。
- 2 原告に対し、別紙財産目録1及び3記載の不動産、同目録4の2記載のゴルフ会員権並びに同目録6の1記載の預金をそれぞれ分与する。
- 3 被告に対し、別紙財産目録2記載の不動産、同目録4の1記載のゴルフ会員権、同目録5記載の各生命保険解約返戻金並びに同目録6の2及び3記載の預金をそれぞれ分与する。
- 4 被告は、原告に対し、別紙財産目録1記載の不動産の共有持分につき、第2項の財産分与を原因とする所有権（共有持分権）移転登記手続をせよ。
- 5 原告は、被告に対し、別紙財産目録2記載の不動産の共有持分につき、第3項の財産分与を原因とする所有権（共有持分権）移転登記手続をせよ。
- 6 原告は、被告に対し、金587万9000円を支払え。
- 7 原告は、被告に対する前項の支払を担保するために、被告に対し、別紙財産目録1記載の不動産に抵当権を設定し、抵当権設定登記手続をせよ。右登記費用は原告と被告の平等負担とする。
- 8 原告と被告の間において、別紙債務目録1、2記載の債務を原告に負担させる。〕

また、最高裁判所事務総局編『改訂 家事審判書集』211頁（法曹会、1996）は、申立人名義の目録1、2の土地、相手方名義の目録3の建物を分与の対象とした事例であるが、その主文は次のとおりである。

- 〔1 申立人に対し、別紙物件目録1ないし3記載の土地建物を分与する。
- 2 相手方は、申立人に対し、別紙物件目録3記載の建物につき、前項の財産分与を原因とする所有権移転登記手続をせよ。
- 3 申立人は、相手方に対し、金358万3596円を支払え。〕

## (2) 給付を命じる主文

## ア 移転登記手続を命じる主文

不動産を財産分与する場合、所有名義を移転することになる（家事154②四）。

一般的な例は、相手方の不動産持分の移転を求める場合であれば、「相手方は申立人に対し、別紙物件目録記載の建物の相手方持分〇分の〇につき、本件財産分与を原因とする持分全部移転登記手続をせよ。」となる（名古屋高決平18・5・31家月59・2・134など）。登記手続に当たっては、登記原因、その日付、登記の目的が必要であるので（不動産登記法59）、これらは、主文で明らかにするのが望ましい。

登記原因は財産分与である。その日付は、財産分与が効力を生じた日となり、それは、判決又は審判確定の日となることから、これを記載しないのが一般である。

登記の目的は、対象不動産の所有権全部の移転をするときには、単に「所有権移転」となる。単有名義の所有権の一部を移転する場合は「所有権一部移転」である。

共有持分の全部又は一部移転の場合は、共有者のうちの誰の持分を移転するかを明らかにする必要があるから、共有者の氏名を記載し、「〇〇持分全部移転」又は「〇〇持分一部移転」とする。そこで、配偶者が共有する不動産を財産分与により一方に集中する場合については、「共有持分全部移転登記手続をせよ」と記載することになる。

分与の対象である土地が農地の場合、昭和45年以前は、所有名義の移転に農地法上の許可が必要であったが、同年の法改正により（同年法律56号）、許可は必要なくなった（現行農地法3①十二）。

#### イ 引渡しを命じる主文

##### ▶主文を「引き渡せ」とするか「明け渡せ」とするか

分与した不動産が他方の占有下にある場合、その引渡しを命じることになる（家事154②四）。一般的な例では「相手方は、申立人に対し、別紙物件目録記載の建物を明け渡せ。」とするものが多い。

上記主文は、「明け渡せ」と表現している。引渡しは、物に対する直接支配を単に移転することである。これに対し、明渡しは、引き渡す物件に居住し、又は物を置いて占有している場合に立ち退き又は引き

払うことによって相手方に目的物の直接支配を得させることをいう。明渡しは引渡し的一种ではある。そこで、引渡しを命じる物件に相手方が居住している場合は、「明け渡し」と表現することになる。引き渡すべき者が当該物件に居住しており、直ちに明け渡すことが困難な場合には、明渡しまでの猶予期間を設ける例もある。大阪高等裁判所・家庭裁判所家事審判書改善委員会「家事審判書の改善について」判タ臨時増刊813号113頁(1993)では、「4 相手方は、申立人に対し、この審判確定の日から3か月以内に、別紙物件目録3の建物を明け渡し。」と記載している。

### (3) 不動産利用権設定の主文

建物についての敷地利用権を設定するもの(⇒【裁判例102】)と、建物の利用権を設定するものがあり、利用権の種類としては、使用借権(⇒【裁判例103】)と賃借権(⇒【裁判例104】)がある。この場合、目的、期間、賃貸借の場合には賃料の額、特約を明らかにする必要がある。賃借権を設定した場合に、その登記手続を命じたものもある(⇒【裁判例105】)。

**【裁判例102】** 東京高判昭63・12・22判時1301・97(前掲【裁判例94】参照)

主文

- 「1 控訴人から被控訴人に対して別紙物件目録(4)記載の建物(但し、付属建物を除く。)を分与し、かつ、同目録(1)記載の土地につき、控訴人を貸主、被控訴人を借主とし、右建物所有を目的とする使用借権を設定する。
- 2 控訴人から被控訴人に対して別紙物件目録(5)記載の建物を分与し、かつ、同目録(3)記載の土地につき、控訴人を貸主、被控訴人を借主とする同目録(6)記載の賃借権を設定する。」