

財産分与と詐害行為

大久保 憲 章

1. はじめに

夫婦が離婚すると財産分与請求権が発生する。財産分与制度は戦後の民法第5編の改正により導入されたもので、財産分与請求権の要素には、夫婦の財産関係の清算、離婚に伴う損害の賠償（慰謝料）、離婚後生活に困窮する配偶者の扶養があるといわれている。損害賠償が財産分与の要素に含まれるかについては争いがあるが¹⁾、判例上、財産分与が3つの要素からなることが認められている。

ところで我が国では当事者間の合意で行われる協議離婚が許されている。その結果、夫婦間で形式的にのみ離婚するという合意、すなわち離婚届だけを提出するが、しかし生活は離婚届提出前のままであるという合意をすることも可能である。戸籍吏は実質審査権を有しないので形式的に要件を充足した離婚届ならば、これを受理せざるをえない。夫婦の合意さえあれば離婚を仮装することが事実上、制度上可能である。もちろん仮装離婚は実質的な離婚意思を欠くので、無効であるとも考えることもできる。しかし、判例は、周知のように、離婚は離婚届を提出する意思があればよく、真実離婚する意思はなくてもよいと理解されている²⁾ので、仮装離婚でも離婚

1) 詳しくは家崎 宏「財産分与と慰謝料」星野英一編集代表『民法講座7』（有斐閣、1984年）165頁以下。

2) 島津一郎編集『注釈民法（21）親族（2）（旧）』（有斐閣、1966年）121頁（加藤永一執筆）は大審院と最高裁の態度を「届出意思＝法律上の婚姻関係を解消する意思＝離婚意思ととらえている」という。佐藤義彦・伊藤昌司・右近健男著『民法V－親族・相続〔第2版補訂〕』（有斐閣、2000年）42頁（右近健男執筆）は判例は離婚意思につき形式的意思説に従っているという。

としては有効である。離婚が有効ならば、仮装離婚でも配偶者間には財産分与請求権が発生することになる。一方配偶者の債権者が強制執行することが考えられる夫婦間で仮装離婚が行われる場合、離婚を原因として一方配偶者から他方配偶者に財産分与が行われる。すなわち、協議離婚と財産分与は強制執行を受ける財産を隠匿する手段として使うことが可能となる³⁾。この場合、財産分与は詐害行為であるとも考えることもできるが、離婚は有効なのであるから、財産分与を全体として詐害行為であるとすることはできないことになる⁴⁾。

この点につき、最判昭和58年12月19日民集37巻10号1532頁は「離婚に伴う財産分与は、分与者が既に債務超過の状態にあつて当該財産分与によって一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、それが民法768条3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情がない限り、詐害行為として債権者による取消の対象とはなりえないものと解するのが相当である」とした⁵⁾。これを受けて最判平成12年3月9日民集54巻3号1013頁は、さらに「当該配偶者が負担すべき損害賠償債務の額を超えた金額の慰謝料を支払う旨の合意がされたときは、その合意のうち右損害賠償債務の額を超えた部分については、慰謝料支払の名を借りた金銭の贈与契約ないし対価を欠いた新たな債務負担行為というべきであるから、詐害行為取消権行使の対象となり得るものと解するのが相当である」とした。これらの判例と離婚意思に関する判例を結び付けると、仮装離婚の場合でも、

3) 山口純夫・松尾和子「判例評釈・大阪高判平成16年10月15日判例時報1886号52頁」判例タイムズ1187号118頁(山口純夫執筆部分)がこのことを指摘する。円谷峻『債権総論(第2版)』(成文堂, 2010年)205頁も財産分与が財産隠匿のために利用される場合が多いことを指摘する。

4) 中川 淳「離婚に伴う財産分与と詐害行為」判例タイムズ539号143頁は、仮装離婚をかりに有効とする場合、「財産分与は、その法的性質に適する部分については有効と解せざるをえない」とする。

5) 最高裁の一般論である。平井宜雄『債権総論・第2版』(弘文堂, 1994年)287頁参照。

相当部分については財産分与であり、詐害行為取消権の対象ではないが、これを超える部分については詐害行為として取消の対象となる。すなわち、債権者による強制執行を受けるおそれのある一方配偶者が仮装離婚による財産分与をすれば、少なくとも相当部分については強制執行を免れることができることになる。

このことを明確に肯定したのが大阪高判平成16年10月15日判例時報1886号52頁である。

【事実】 訴外A会社がB金庫から金員を借り受けるにつきX信用保証協会は信用保証委託契約に基づきAのBに対する債務について保証した。Y1はXのAに対する求償債権について保証した。Aが支払不能となったのでXは弁済し、XはY1に対して求賞金として弁済金の支払いを求めるとともに、Y1の妻Y2に対する不動産の財産分与を原因とする移転登記手続は通謀虚偽表示による無効か詐害行為であるとして取消し、Y2に対して移転登記の抹消を求めた。裁判所は次の事実を認定している。

「(5) Y1はAが倒産したことにより、自分に対して、債権者が保証責任を追及してくる事態が避けられないと考え、本件不動産を妻であるY2に譲渡することにした。

その譲渡手段として、Aは離婚に伴う財産分与の方法をとることとした。そこで、Y1は、Y2に対し、本件不動産（土地とその地上建物）を財産分与の方法でY2に譲渡するにはY1とY2が離婚する必要があることを説明して、Y2から協議離婚及び本件財産分与をすることの了解を得た。

Y1とY2との間に、不貞行為や婚姻を継続し難い重大な事由は存在しなかった。また、Y1の負債は、住宅ローン及びAの資金繰りに協力するための保証債務であり、遊興や浪費により生じたものではなかった。

(省略)

(7) 以上の経緯に基づいて、本件離婚の届出と本件登記がされたが、その後、Y1は平成14年末ころから本件建物に戻り、Y2と生活を共にしている。また、本件覚書の記載にもかかわらず、本件建物の住宅ローンもY1が支払い続けている。」

【判決】「争点(1)(注…本件財産分与は通謀虚偽表示か否か)について

(1) 前記認定によれば、Y1とY2は不貞行為等の離婚の原因となるような事情はなかったが、本件不動産に対する債権者の追及を逃れるため、本件不動産につき、離婚に伴う財産分与を原因としてY2名義に所有権移転登記をしようと考え、本件離婚に及んだことが認められる。

してみると、Y1とY2は、離婚に伴う法的効果が発生することを意図して本件離婚をしたものであって、法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に本件離婚の届出をしたというべきであるから、本件離婚が離婚意思を欠く無効なものであるといういえない。

(2) また、前記認定によれば、Y1とY2は、本件不動産の所有権を確定的にY2に帰属させる意思であったことが認められるから、本件財産分与は、後記のとおり詐害行為に該当することは格別、通謀虚偽表示により無効とすることはできない。」

そして争点(2)(注…財産分与が詐害行為であるか否か)について、最判昭和58年12月19日民集37巻10号1532頁、最判平成12年3月9日民集54巻3号1013頁の判例理論に従いながらも、本件ではY1Y2は離婚後も生活を共にし、経済的にも一体であるので扶養の要素は考慮する必要はなく、またY1は不貞行為をしたことはないなど有責配偶者ではないので精神的損害の慰謝料的要素は考慮する必要はなく、夫婦の共同財産の清算分配だけを考慮すればよく、「本件土地は、Y1の特有財産であり、夫婦がその協力によって得た財産とはいえないが、本

件建物は、実質上、夫婦の共同財産であるといえる。

Y1が本件不動産を維持するに当たってのY2の貢献を考慮すると、財産分与としては、本件建物の共有持分の2分の1ないしそれに相当する金員（…本件建物の本件財産分与時の価格は419万2,600円であり、その2分の1は209万6,300円である）を分与するのが相当であって、本件財産分与のうちこれを上回る部分については、民法768条3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であるといわざるを得ず、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りる特段の事情がある。」

そして取消しの目的物である本件建物の不可分性を理由に「不相当に過大な部分のみを取り消し、価格による賠償を命じるのが相当である。本件財産分与全体の取消し及び本件登記の抹消を求める」請求は理由がないとした。

このような結果が妥当であるとは思われない⁶⁾。真に離婚した夫婦間ならば、財産分与に仮託して不相当に過大な財産処分が行われることはあまりないであろう。逆に仮装離婚した夫婦間ならば、訳あって仮装離婚するぐらいの仲だから相互の信頼関係は失われておらず、そのような財産処分をすることが多いと思われる。

そこで本稿では、まず、離婚に伴う財産分与が詐害行為であるかが争いとなった判例を素材に、協議離婚が仮装のものであるか否かという観点から、財産分与の詐害行為性を考えてみたい。その上で、問題の核心である離婚意思は実質的意思であるという立場から、離婚は届出意思があればよいと理解されている諸判例について検討を加えることにする⁷⁾。

6) 前注3)の山口・判例評釈118頁は財産分与全体を詐害行為と認定すべきであったと指摘する。私もそのように思うが、離婚を有効とする限り、財産分与請求権の存在を無視できない。離婚そのものが無効であるとして財産分与を否定できるのではないかと考える。

7) 拙稿「民法総則と婚姻・協議離婚・養子縁組」佐賀大学経済論集28巻4号(1995年)49頁以下、協議離婚に関しては94頁以下。

2. 財産分与と詐害行為に関する判例

1) 前述の最判昭和58年12月19日民集37巻10号1532頁以前の比較的初期の時期に、財産分与が詐害行為になるか否かについて判断した下級審裁判例がある。

I - ①東京地判昭和31年10月11日下民集7巻10号2891頁

【事実】 Xから200万円の借入をしている夫Aと妻Yの間には2人の子供がいるが、Aが他に情婦を作ったために夫婦仲が悪くなった。昭和27年5月に離婚の話が纏まり、Aは本件家屋にYと2人の子供を残して家出をし、昭和28年8月に離婚届がなされた。AはYの婚姻中の協力を報いるとともに、生活の一助にすべくYに本件家屋を贈与し、他に10万円を贈与した。Xが贈与を詐害行為であるとして取消した。

【判決】 「Yは当時（Xから）の貸借の事情を逐一知っていたわけではないことが認められるけれども、このことだけからしてYを善意であったとすることは無理であり、しかも、他にYの善意を肯定するに足る証拠はない。」

「思うに、離婚に伴う財産の分与をする契約が財産権を目的とする法律行為の一種であることは疑のないところであるけれども、わが改正民法第768条第1項は離婚に際しては持てる当事者から持たざる当事者に対し財産を分与すべきものとしている（但し、分与額が零の場合もあり得る）から、財産分与は離婚が当事者の財産に及ぼす余後の効果であり、その分与契約はこの余後の効果を確定するに過ぎないものというべきである。すなわち、離婚の場合には、当事者はその債権者を害すると否とに拘らず原則としてその余後の効果を確定するために財産分与に関する契約をすべきものであるから、その契約による財産分与者の債権者は民法第424条第1項によりその契約をこれが債権者を害することを知つてなされたものであるという理由だけで取り消すこと

は許されず、その取消のためには、その契約が民法第768条第3項の趣旨に反し不当であることを立証することを要するものといわなければならない。財産分与の意図するところは、夫婦が互に協力して取得した財産を夫婦関係の解消に当り適当に分割するとともに、これにより可及的に当事者の経済的不安を除き離婚を当事者の対等且つ自由のものとするにあるのであるから、財産分与に関する契約の当否はこの趣旨に従つて判断することを要する。さてYがAとの間に2人の子供までもうけたものであることは先に認定したとおりであり、また、Y本人尋問の結果によると、YはAと離婚後は本件家屋で洋裁業を営むことによつてそれぞれに自己と子供2人の生活を維持しているものであることが認められるが、Aが離婚に当りYに対しかようにその生活の基礎をなす本件家屋（場所的価値は不明であるが、家屋自体としてはその構造、大きさからみて30万円前後のものと思われる）を10万円と一緒に財産分与の趣旨でYに贈与したのは、これを前説示の判断の基準に照らし決して不当とは考えられないから、Xは遂に本件贈与契約を取り消すに由ないものといわなければならない。」

I - ②高松地判昭和37年9月24日下民集13卷9号1940頁

【事実】 昭和34年12月23日、Xに対して120万円の損害賠償債務を負担することになったAは、昭和35年4月10日所有不動産（1）ないし（5）を妻Yに贈与し、A Yはその翌日協議離婚届をなした。

【判決】 「凡そ離婚に伴う財産分与であつても、分与者の財産状態が債権者取消権行使の要件を具備している場合、すなわち、その者が或財産を分与すれば無資力となるような場合には、分与者は本来分与すべき財産を有していないというべきであり、債務者が他に何等資産を有しないにもかかわらず、離婚に際し或財産を分与した場合は、債権者取消権の他の要件を具備する限り、詐害行為として、債権者よりの取消の対象となり得るものと解するを相当とするところ、訴外Aは、X

に対し前記のような損害賠償債務を負担していたこと、別紙目録記載の不動産以外に何等資産を有していなかつたことさきに認定した通りであるから、仮にYに対する前記不動産贈与がY主張のように協議離婚に伴う財産分与としてなされたものであつたとしても、債権者たるXに対して詐害行為を構成することを否定できない。従つてYの前記主張は理由がない。

三、ところで、債権者取消権は詐害行為によつて生じた債務者の一般財産の減少を防ぎ、債権の満足をうることを目的とするものであるから、その取消の範囲もそれに必要な限度を超えることを得ず、右取消の範囲は、取消権を行使する債権者の債権額（詐害行為当時を標準とする）を基準にするのが相当と解される。」「而して受益者たるYにおいて、右各不動産の贈与を受けた当時債権者たるXを害することを知らなかつたことを窺うに足る証拠はない」

I - ③大阪高判昭和44年12月19日下民集20巻11・12号942頁

【事実】昭和33年12月27日婚姻した夫A妻Yは2人の子供をもうけたが、AがB電器を営むようになった頃から同人の生活態度が乱れ、家庭を外にして酒色に耽けるようになり、生活費も満足に入れなくなつたので、Yは昭和38年12月頃Aの兄の前妻であつたCと共同して大阪市東区船橋町で喫茶店を経営し、その収益でようやく母子3人の生計を維持してきた。しかしAの行状は一向に改まらず、昭和39年2月頃からは外泊してほとんど家にも帰らなくなつたので、YはAと離婚する決意をしてAにその意中を告げるとともに離婚に伴う金員の支払方を要求したところ、Aは離婚については同意したが金がないと答えるのみで何等誠意ある態度を示さず、問題の解決が遷延されていたが、同年5月頃になつて、子供2人はYが引取つて育てるから金の代りに本件土地建物を貰つて離婚しようというYの申出をAも承諾するに至り、同年6月4日上記の協議に基づいてAからYに本件土地建物を譲渡し、

同月12日協議離婚の届出を了するとともに、翌13日譲渡による所有権移転登記手続を経由した。Aの債権者XがAのBに対する本件土地建物の譲渡を詐害行為であるとして取消し所有権移転登記の抹消登記手続を求めた。

【判決】「かくて以上の認定事実からするとAはYとの前記離婚に際し他に適當の財産がなかつたのと、本件土地建物が当時、Yと子供二人の住居の用に供されていたので、Yの要望もあつて、これを右の離婚に伴う財産分与として控訴人に無償譲渡（贈与）したものであると認めるのが相当である。そして財産分与は、離婚の際における夫婦財産関係の清算（夫の所有名義である財産に対する妻の潜在的持分の清算）であるとともに、離婚後における生活困窮偶者の生活保障（離婚扶養）たる性格を有するもので、消極財産の有無にかかわらず、現に存在する積極財産につき双方の協力の程度その他一切の事情を考慮して分与さるべきものであるから、たとえ本件の場合におけるが如く、分与者たるAが分与財産の額を上廻る多額の債務を負担しており、右の財産分与がこれら債権者の共同担保を減少させる結果になるとしても、その財産分与が前記の如き制度本来の性格に照して不相当と認められるものでないかぎり、これをもつて債権者詐害の行為には当たらないものと解すべきである。

ところで、前段認定のとおり、本件土地建物はAがYと結婚後一家の住居として取得したものであつて、これが購入資金の返済についてはYもともに協力しており、實質上は夫婦の財産というを妨げず、しかもYら夫婦の本件離婚はもつばら夫たるAの家庭を顧みない不貞不行跡に起因するほか、Yは離婚後幼年の子2人を引取りこれを扶養する責任を負担するに至つてのであつて、これらの事情は前記財産分与の額を定めるについて当然斟酌されて然るべきものであり、これら一切の事情を考慮するときは、本件控訴人らの離婚に伴う財産分与として、金銭の支払その他の方法にかえて本件土地建物の贈与がなされた

ことは、その額および方法において特にこれを不当視することはできず、他に不当と断すべき特別の事情は見当たらない。

……しかるに一方受益者たるYについてこれを見るに、Aは前叙の如く昭和37年末からB電器の営業を始めたが、その営業所は自宅とは全く別個の場所に在つて、Yは右の営業に関与したことがないのはもちろん、営業所へも他の用事で2度ほど行つたことがあるだけで、したがつて、本件土地建物の贈与をうけた当時まで、AがB電器の営業のためにXらおよびその他の債権者から多額の債務を負担し支払不能の状況にあることなどについては全く知らず、前叙の如くAに対して離婚するについての金員の支払方を要求していたがAが金はないとだけで一向に応じないので、金が貰えないのであればせめて本件土地建物でも貰つて早急に離婚問題を解決しようと考え、離婚による慰藉料や離婚後の生活費および自分が引取る子供の養育費等を含めればこれくらいのを貰うのは当然であるとしてAに要求した結果、本件の贈与をうけるに至つたものである」

I - ④東京高判昭和49年12月24日判例タイムズ324号220頁

【事実】昭和23年にYと婚姻した夫Aの生活態度は家庭的とはいひ難く、婚姻当初から俸給額を明らかにすることなく一定額を一家の生活費として妻Yに渡すに留まり、婚姻後数年を経ずして帰宅時間が不定となり、この状態は離婚まで続いた。また昭和38年頃からAは他の女性関係もあり、遊興やマージャン賭博に耽り多額の借金もあり、全く家庭を顧みないという状態であり、昭和42年4月頃別の債権者の告訴に基づき刑事事件で取調べを受ける身となったため、その債権者に対する弁済のためYに金策を懇願した。Yはこうした中でAとの離婚を決意し、金策を引き受けるとともに、Aに離婚に同意することおよび財産分与として本件不動産（本件土地と本件建物、時価550万円から600万円程度）、隣接不動産（時価は本件不動産と同様）、本件土地北側の私

道部分宅地（時価70万円程度）を譲渡することを求めたところ、Aはこれを承認した。A Yは昭和42年6月26日協議離婚した。債権者Xが本件不動産、隣接不動産の各譲渡は詐害行為であるとして取り消すと主張した。

【判決】「離婚に際して夫婦の一方が他の一方に対して有する財産分与の請求権は、他の一方に対する一般債権者の債権に優先すべきものではないと同時に、また、これより劣後すべきものでもなく、従つて。夫婦の一方は、他の一方に対して、その債務を清算した後の残余財産についてのみ分与請求権を有するとすべき理はないのであつて、夫婦の一方は、分与の方法および額において相当の限度を越えない限り、他の一方の財産に対し、一般債権者が自己の権利を行使し得るのと同様に、財産分与請求権を行使することを妨げないのである。YがAの有する積極財産のうち不動産のすべてを分与財産として取得したことが相当の限度を越えるものでないことは、さきに説明したとおりであり、しかも、Yが、AにXらを始め他の債権者に対する多額の債権があることを知りながら、Aと共謀してこれらの他の債権者を害する意思をもつて本件不動産その他の不動産の分与を受けたとの事實は、本件に顕われたすべての証拠によつてもこれを認め得ないのであるから、YがAから本件不動産および他の不動産の分与を受けたことは、正当な権利の行使であり、Aから見れば、自己の債務の正当な弁済をしたのと同視し得るものというべく、従つて他の一般債権者に対する詐害行為として取消の対象とせらるべきものではない。」としてAの財産分与は詐害行為ではないとした。

I - ⑤京都地判昭和54年11月8日判例時報949号103頁

【事実】 Yと昭和29年4月に婚姻したAは昭和42、3年頃からBとの間で肉体関係を持つようになり、Bとの間に昭和44年、45年、49年に3子をもうけ、昭和44年7月には認知届を出した。Bとの関係をYが

知った昭和44年頃からは夫婦仲がうまくいかず、昭和45年頃にはYは離婚を決意し、Aは昭和50年頃以降はBと同棲し、Yのもとにはまったくよりつかなくなった。YはAとの間の4子とともに居住する本件不動産の贈与を受け、4子を養育するとの合意ができ、福井家庭裁判所で離婚の調停が成立した。Aの債権者XがYへの贈与は詐害行為であり取消すと主張した。

【判決】「訴外Aは本件不動産を離婚にともなう財産分与として贈与したものであり、また、Yと訴外Aの婚姻期間が20年を超えること、Yの財産形成への寄与の度合、本件離婚の原因、Yにおいて本件不動産に居住し、未成年の3子らを養育すること、訴外AがYとともに作りあげた他の財産は会社経営に投資したことなどを考慮すると、訴外Aが、のこされた本件不動産を財産分与としてYに贈与したことは、その価額においても相当である。

思うに、離婚にともなう財産分与の制度は夫婦財産の清算であると同時に、他方配偶者の生活保障であり、かつ、慰藉料的な要素を加味することも可能であるから、現存財産につき一切の事情を考慮して分与すべきであり、これがため債権者の共同担保を減少させることになり、かつ、受益者および転得者において債権者を害することを知っていても、右制度の趣旨に則り、不相当の額でない限り、詐害行為に該当しないものというべきである。」

I-①、I-③、I-④、I-⑤は財産分与が詐害行為であることを否定し、I-②は肯定している。I-①、I-②、I-③、I-④ともに協議離婚によるものであるが、離婚が仮装離婚ではないかとの疑いが強く感ぜられるのはI-②である。すなわち、債務者（夫）は妻Yに贈与の翌日協議離婚しているが、協議離婚に至った具体的な事情は何ら明らかではない。しかも受益者であるYは贈与を受ければ債権者Xを害することを知らなかったとは認められないとする。このことは協議離婚と財産分与を利用

した財産隠匿を強く推測させる事情である。判決は、資力がない状態で債務者が財産分与をすれば、一般に詐害行為となるかのような言い方をしている。財産隠匿を狙った仮装離婚と財産分与をうかがわせる事情が詐害行為を認定することに大きく寄与しているように思われる。

これに対してⅠ－①、Ⅰ－③、Ⅰ－④、Ⅰ－⑤は事情がやや異なる。Ⅰ－①、Ⅰ－③、Ⅰ－④、Ⅰ－⑤は債務者（夫）受益者（妻）夫婦の離婚に至る事情をかなり詳しく述べ、離婚が仮装のものではなく真実のものであることをうかがわせる。ただ受益者（妻）が財産分与が債権者を害するものであることを知っていたか否かについては、Ⅰ－③、Ⅰ－④は明確に善意であると認定しているが、Ⅰ－①は善意であるとは認定していない。離婚が仮装のものでなければ、悪意であっても財産分与は詐害行為ではないという趣旨であろうか。Ⅰ－⑤はこのことを明確に述べていると考えられる。

Ⅰ－④において「分与の方法および額において相当の限度を越えない限り」財産分与は詐害行為とはならないとし、またⅠ－⑤においても夫婦財産の清算、生活保障、慰謝料的要素があるという財産分与制度の趣旨に則り「不相当の額でない限り、詐害行為に該当しない」とする。かりに不相当の財産分与であれば、財産分与全体が詐害行為になるのか、それとも相当部分はなお財産分与として詐害行為にはならないのかは明らかではない⁸⁾。しかしⅠ－④、Ⅰ－⑤とも財産分与が詐害行為ではないとしたので問題とはならなかった。

2) こうした下級審の裁判例が続いた中で、前述の最判昭和58年12月19日があらわれた。

8) 於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972年）は、Ⅰ－①を引用して、財産分与が相当のものであるときは詐害行為にはならないが、「財産分与が不相当に過大であるときは、これは財産分与に仮託してなされた詐害行為となりうる」とするが、これは財産分与全体が詐害行為となりうるという趣旨であろうか。

I - ⑥最判昭和58年12月19日民集37巻10号1532頁

【事実】昭和22年7月に妻Yと婚姻した夫Aは2男3女をもうけたが、B女と情交関係を結んで子供までもうけ、その事業は昭和51年11月倒産した。Yは倒産を機会に離婚を決意し、Yは慰謝料を含めた財産分与としてAから本件土地を財産分与として譲渡を受けることになった。AYは昭和51年12月22日協議離婚し、同日本件土地の所有権移転登記をした。Yへの財産分与は詐害行為であるとして債権者Xが訴えを提起した。

【判決】「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ものであることは民法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によつて、なんら異なる趣旨のものではないと解される。したがつて、分与者が、離婚の際既に債務超過の状態にあることあるいはある財産を分与すれば無資力になるということも考慮すべき右事情のひとつにはかならず、分与者が負担する債務額及びそれが共同財産の形成にどの程度寄与しているかどうか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べきであるから、分与者が債務超過であるという一事によつて、相手方に対する財産分与をすべて否定するのは相当でなく、相手方は、右のような場合であつてもなお、相当な財産分与を受けることを妨げられないものと解すべきである。そうであるとするならば、分与者が既に債務超過の状態にあつて当該財産分与によつて一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、それが民法768条3項の規定の趣旨に反して

不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為として、債権者による取消の対象となりえないものと解するのが相当である。」

A Yの離婚は仮装のものではないと考えられるので、財産分与も詐害行為ではないとされるのも当然である。この点でI-⑥は従来の下級審裁判例に従ったものである⁹⁾。そして不相当な財産分与は全体として否定されるのか、相当部分を超える部分だけが否定され相当部分は財産分与として肯定されるのかは明らかではない。仮装離婚でなければ、不相当の財産分与をすることは通常考えられないので、この問題に触れる必要はなかったと思われる。

3) この問題を扱ったと思われるのが次の裁判例である。

I-⑦福岡高判平成2年2月27日判例時報1359号66頁

【事実】 XはAに対して5,880万円の貸金債権を有し、Y1は連帯保証人である。Y1の経営するB社はAに対して1億5,000万円の融通手形を振り出していたが、昭和54年4月不渡手形を出して倒産した。Y1と妻Y2はB社の倒産を原因として同年10月26日協議離婚して、Y1はY2に財産分与として自宅の土地建物（土地1、その上の建物と土地3、時価合計約5,500万円）を同年11月29日譲渡し所有権移転登記をした。XはY1に対し連帯保証債務の履行請求と財産分与が詐害行為であるとして取消しを請求した。

【判決】 「離婚に伴う財産分与は、主として、夫婦が婚姻中に有していた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

9) 新美育文・本件判例解説・法学セミナー363号138頁以下、野村豊広・本件判例解説・家族法判例百選（第4版）44頁以下。

めて分与することは妨げられないものというべきであるところ、かかる財産分与も、それが民法768条3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情の存する場合は詐害行為として取消しの対象となりうるものである。」「Y2は本件財産分与が控訴人を害することを知らなかったと主張するが、これを認めるに足りる証拠はない。」「本件財産分与は、その全部が民法768条3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りる特段の事情が存するというのは困難であるが、その一部である本件3の土地については右特段の事情が存するというべきである。」

I-⑦は不相当に過大な部分については財産分与に仮託してなされた財産処分であって、詐害行為となるとするものである。本件では、XはYらは真実には離婚する意思がないのに、Xから財産を守るために離婚と財産分与を仮装したと主張しているが、Xがこれを立証できなかったためか、裁判所は「これを認めるに足りる証拠がない」と一蹴している。しかし裁判所は「B社の倒産とその理由を知ったY2は半狂乱になってY1を責め、家出をして離婚を考え、一方Y1も多数の債権者から逃れて約3ヶ月間C（注…AにXを紹介した者）宅にかくまわれたりした。そしてYら（Xの誤り？）は右倒産の事後処理を巡ってX夫婦（Y夫婦の誤り？）やCと協議し、B社の手形債権者である暴力団関係者からの債権取り立ての追求を避けるため、他方、XとCとしては自己の債権を保全する思惑もあって、Y1の個人財産を確保すべく、本件土地については、同年（昭和54年）5月11日権利者をCとする所有権移転請求権仮登記を、甲の土地建物（Y1所有）については同日、乙の土地（Y1所有）については同月21日、いずれもX名義に、それぞれ所有権移転登記を了した。Yらは右倒産を直接の原因として同年10月26日協議離婚した」と認定している。Y1は同年11月初めに本件建物を退去し、同月29日離婚に伴う財産分与し、同年12月1日登

記を了し、CはY1から200万円の支払いを受けたので錯誤を原因として所有権移転請求権仮登記と所有権移転登記の各抹消登記を了したことも認定している。しかも後に財産分与が詐害行為であるとして取消しを主張するXもB社の手形債権者による債権取立てから逃れる工作に関っている。Y1 Y2夫婦は債権者からの債権取り立てを逃れるために必死であり、その重要な一環として離婚があったと考えられる。それにも拘わらず裁判所はYらの離婚は仮装離婚ではないとした。離婚を巡る事実を考慮に入れると、特別の事情がないかぎりYらの離婚は仮装離婚であるとみるべきである¹⁰⁾。

I - ⑧東京地判平成7年5月16日判例時報1561号65頁

【事実】 昭和50年に婚姻したA Yは平成3年7月19日協議離婚し、同日A所有の甲不動産（土地建物、評価額1億4,500万円）と乙不動産（土地建物、評価額8,000万円）を財産分与し、甲不動産について同月20日、乙不動産について8月9日、所有権移転をした。X銀行は甲乙不動産の財産分与を詐害行為であるとして、取消しを請求した。

【判決】 「……Aの解任と本件各財産分与がなされた時期が近接していることからすると、Yにおいても、かかる認識を有していたものと推認される。」「AとYの婚姻期間は、事実上の夫婦であった期間も含め、約18年間であったこと、AとYの離婚のきっかけとなったのは、いわゆる丙川事件が発覚したことにあるが、その根本的原因として、Aの過去2度に渡る不貞行為があったこと、Aの所有する前記各不動産は、いずれもAの所有名義となっているが、乙不動産を除くその余の各不動産は、いずれもYと婚姻した後に取得したもので、実質的には、Yの共有持分があるものと考えられること、甲不動産は、昭和57年以降、A、Y及び子Bの生活の本拠であり、Y及びBにとっては現在も同様であること、本件各財産分与当時、Yは既に55才を超えており、婚姻

10) 飯原一乗・本件判例解説・判例タイムズ762号（1991年）144頁は離婚は真実のものであるということを前提としている。

後、専業主婦としての生活を送ってきたため、離婚後の生活設計の再構築には困難を伴うであろうことなどが認められ、これらの事情からすると、本件各財産分与は、夫婦が婚姻中に取得形成した共同財産の清算分配、離婚後におけるYの生活の維持のための扶養料及びBの養育費並びにAのYに対する慰謝料等を含む趣旨でなされたものと認めることができる。

そのほか、本件においては、前記認定のとおり本件貸付金の現在額は、……4,641万592円及びその内金4,552万1,569円に対する年14パーセントの遅延損害金に止まること、……本件貸付金の使途は、株式取引を行うためのいわゆる財テク資金であって、A及びYの夫婦生活を送るうえで必要な財産の形成維持のために借り入れたものではないこと（Yは、これらのことから本件詐害行為取消権の行使は権利の濫用にあたりと主張するものようであるが、右事実をもってしても、本件詐害行為取消権の行使が権利の濫用にあたりとはいえない。）、Xは、本件貸付金とは別口のAに対する貸付金1億6,000万円を担保株式の売却等により全額回収しているが、右担保株式の原資には、本件貸付金も含まれていたものようであることなどの事情も認められる。

以上のような本件各財産分与を巡る一切の事情を考慮すると、Xの本件詐害行為取消権行使との関係において、乙不動産を財産分与した部分については、民法768条3項の規定の趣旨に照らして不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りる特段の事情があると認められるものというべきであるが、練馬の土地建物についてした財産分与については、右特段の事情があると認めることはできない。

したがって、乙不動産についてした財産分与については、詐害行為として取消しを免れない。」

I-⑧はI-⑦と同じように、協議離婚は有効であることを前提に、A

のYに対する財産分与が詐害行為であるのかを検討している。Xは、XからAに対して甲不動産に担保設定の申し入れをした直後に離婚届だけが提出され、YとAは提出後も生活を共にしており、財産分与のためにだけ離婚したと主張している。しかし離婚が無効であると主張しているわけではない。AからYへの財産分与はAの資産の4分の1を超える部分については不相当に過大であり、財産分与に仮託してなされた財産処分であると主張している。これは従来判例・裁判例の傾向に沿った主張である。昭和63年、平成元年頃の2回にわたりAの女性問題が原因でYからAに対し離婚を持ちかけたことがあったこと、平成3年6月頃からAが常務取締役であったC会社が暴力団系列企業に対して融資や債務保証をした事件の報道が始まり、同年7月10日A宅の家宅捜索が行われ、同年7月13日B会社はAを常務取締役から解任し、背任などで告訴する方針であることが新聞報道された（B事件）。B事件とAの過去の不貞行為を理由にYはAに対して離婚と財産分与を求めたと認定されている。しかし裁判所は不貞行為の具体的な事実は何も述べていないが、B事件についてはかなり具体的に述べている。AYの離婚の原因はB事件にあったのではないかと推測される。そうだとするとAYは離婚を仮装し、財産分与の形式をかりてAの財産の隠匿をはかったのではないか。I-⑦に比べれば財産隠匿のために仮装離婚が行われたという事実は明らかではないが、離婚が真実なされたというには疑問を払拭できない。I-⑦、I-⑧の裁判例の傾向を最高裁として確認したのが次のI-⑨である。

I-⑨最判平成12年3月9日民集54巻3号1013頁

【事実】 Yと平成2年10月に同居を開始し、平成3年10月に婚姻届を提出した夫AはB会社の取締役であったが、昭和63年頃から金融機関から融資を受け不動産を購入し、購入不動産に抵当権を設定していた。バブル崩壊により平成4年初め頃から利息の支払いも滞りようになり、多額の負債を抱え、返済に窮し、B会社の取締役も退任した。平成4

年4月頃、購入不動産の一部について債権者である金融機関Cから、同年8月頃購入不動産の一部につき債権者である金融機関Dから、同年10月頃購入不動産の一部につき債権者である金融機関Xから、競売の申立てがなされ、競売開始決定がなされた。このころYはAから所有不動産につき差押えを聞き、これを知った。不動産投資に失敗したAは生活費の捻出に窮する状態であったことから、酒に溺れ、Yに暴力を振るうようになった。YはAに愛想を尽かし離婚することを決意し、平成6年6月1日協議離婚した。平成6年6月20日、AはYに対して、生活費として同年6月以降Yが再婚するまで毎月10万円を支払うことと離婚に伴う慰謝料として2,000万円を支払うことを約し、これに基づき執行受諾文言付きの公正証書が作成された。XはYに対し貸金債権を有し、これにつき6,005万余円を支払うべき旨の確定判決を得ている。Xはこの確定判決に基づき、貸金債権の内金500万円を請求債権としてAのB会社に対する給料と役員報酬債権につき差押命令を申立て、大阪地裁は差押命令を発した。YはAに対する公正証書に基づき、生活費補助220万円および慰謝料2,000万円を請求債権として、AのB会社に対する給料と役員報酬債権につき差押命令を申立て、大阪地裁は差押命令を発した。Bは大阪法務局に221万余円を供託した。大阪地方裁判所は各請求債権額に応じてXYの配当額を案分した配当表を作成したところ、Xが配当期日に異議の申出をした。Xは、主位的請求としてAY間の合意が通謀虚偽表示により無効であり、全額をXに配当するよう配当表を変更すること、予備的請求として詐害行為取消権によりAY間の合意を取消し、額をXに配当するよう配当表を変更することを求めた。

1審はAY間の合意は仮装のものであるとして主位的請求を認めたが、原審は本件合意の生活費補助と慰謝料の額は財産分与的要素が含まれているとしても不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であるとして予備的請求を認容した。Yが上告した。

【判決】「離婚に伴う財産分与は、民法768条3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為とはならない（最高裁昭和57年（オ）第798号同58年12月19日第二小法廷判決・民集37巻10号1532頁）。このことは、財産分与として金銭の定期給付をする旨の合意をする場合であっても、同様と解される。

そして、離婚に伴う財産分与として金銭の給付をする旨の合意がされた場合において、右特段の事情があるときは、不相当に過大な部分について、その限度において詐害行為として取り消されるべきものと解するのが相当である。

3 離婚に伴う慰謝料を支払う旨の合意は、配偶者の一方が、その有責行為及びこれによって離婚のやむなきに至ったことを理由として発生した損害賠償債務の存在を確認し、賠償額を確定してその支払を約する行為であって、新たに創設的に債務を負担するものとはいえないから、詐害行為とはならない。しかしながら、当該配偶者が負担すべき損害賠償債務の額を超えた金額の慰謝料を支払う旨の合意がされたときは、その合意のうち右損害賠償債務の額を超えた部分については、慰謝料支払の名を借りた金銭の贈与契約ないし対価を欠いた新たな債務負担行為というべきであるから、詐害行為取消権行使の対象となり得るものと解するのが相当である。」

本件の第1審ではXは財産分与が虚偽表示であり無効であると主張したが、離婚そのものが虚偽表示により無効であるとは主張していない¹¹⁾。後述するように離婚意思とは届出意思であると理解されている状況では、Xは離婚が虚偽表示であると主張することはどうも受け入れられるもので

11) 第1審判決（大阪地判平成9年7月25日金融・商事判例1093号13頁）は財産分与の合意を虚偽表示により無効であるとした。潮見佳男『債権総論Ⅱ〔第2版〕』（信山社，2001年）104頁は、このことを高く評価する。

はないと考え、これを控えたのであろうか。しかし離婚は有効なのに、財産分与は虚偽表示により無効であるということもありうることであろうか。離婚した夫婦間で通謀して虚偽表示である財産分与を行うとは理解に苦しむところである。本件でも仮装離婚が存在したのではなかろうか。確かに離婚に至る事情ははっきりしないところがある。Aは不動産投資に失敗したのち酒に溺れ、Yに暴力を振るうようになり、Yは愛想を尽かしたことになるが、いわば家庭内暴力は夫婦であるA Yだけが知っていることであり、これをそのまま真実として受け取るには躊躇を覚える¹²⁾。

しかし最高裁が「離婚に伴う財産分与として金銭の給付をする旨の合意がされた場合において、(財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような) 特段の事情があるときは、不相当に過大な部分について、その限度において詐害行為として取り消されるべきものと解するのが相当である」と判示したことの意味は大きい。分与された不相当部分は詐害行為として取消の対象となるが、相当部分はなお財産分与として取消の対象とならないことにより、夫婦は仮装離婚して夫婦財産の一部につき強制執行を免れることが可能になった。

このことを示すのが「1. はじめに」で取り上げたI-⑩大阪高判平成16年10月15日判例時報1886号52頁である。I-⑦、I-⑧は仮装離婚が疑われるケースであったが、当事者が離婚後の生活実態に関わる事実を主張していないためか、裁判所も単純に債務者・受益者の夫婦は離婚したことを前提として詐害行為について判断した。しかしI-⑩では、債権者の保証責任追及に備えて債務者(夫)は離婚し、財産分与により財産を妻に譲渡

12) 潮見・前掲書105頁は、控訴審判決(大阪高判平成12年3月9日金融・商事判例1093号11頁)が協議離婚が仮装であることと財産分与の合意の虚偽表示であることを共に否定したことを「離婚の仮装と財産分与の仮装との間における論理的混線が見られる」とする。この趣旨は離婚は仮装でなくても(離婚は真実でも)財産分与は仮装である場合があると思われる。しかし、財産分与を仮装する夫婦は真に離婚したと言えるのか。財産分与を仮装する夫婦は離婚していないと考えるべきであると思う。

したこと、夫婦間に不貞行為や婚姻を継続しがたい重大な事由はなかったこと、離婚後暫くして夫は財産分与した建物に戻っていること、建物のローンも夫が支払っていることが認定されている。これだけの事実がそろえば、離婚は仮装離婚であり、不相当に過大な部分だけでなく、全部が財産分与に仮託してなされた財産処分であると考えるのが普通であろう。しかし裁判所はそうは考えなかった。それは届出意思の合致さえあれば離婚は有効であるという判例の理解（ドグマと言った方が良いかもしれない）に強く影響されているためではないか。

3. 離婚意思に関する諸判例

1) 離婚意思とは届出意思であるとする判例の立場としてまず引用されるのが大判昭和16年2月3日である。しかしこれ以前の判例はそうではなかった。

II - ①大判大正11年2月25日民集1巻69頁

【事実】 夫A妻Bの長男Cが放蕩で不動産を処分して遊興の手段にする虞があるので、ABは協議離婚してAの財産をBに贈与し、Bは分家して次男Dを養子とし、Bの死後Dがその家督を継いだ。XはDより本件宅地を買い受けた（登記なし）。YはAより本件宅地を買い受け所有権移転登記を経由した。YはABの協議離婚は無効であると主張したのに対し、Xは仮装の離婚は第三者に対抗できないと主張した。

【判決】 「民法第94条ノ規定ハ離婚ニ適用ナキモノナレハ当事者カ離婚ヲ為スノ意思ナクシテ相通シテ仮装ノ離婚届出ヲ為シタルトキハ之ヲ民法第94条ニ所謂無効ヲ以テ論シ其ノ無効ヲ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得サルモノト為スヲ得ス」

本件は同一不動産の譲受人間の争いであり、ABの協議離婚の効力を争点にする必要はないケースである。Yは登記を備えているので、AB間の

離婚の効力を問題にする必要はなかったのではないか。離婚について民法94条1項は適用されるが、2項は適用されないとする判断もあるのではないか。しかし大審院は届出さえあれば離婚は有効であるとは考えていないことは明らかである。条文上の根拠をどこに求めるにせよ、この判断は正当である。

II-②大判昭和16年2月3日民集20巻70号

【事実】夫Yは強制執行の防止策として営業、財産関係を名実共に妻YのものとするためにXの承諾のもとに協議離婚した（昭和12年12月6日）。Yはその後（昭和13年1月中旬）他の女と同棲を始め、昭和14年10月7日同女との婚姻届を提出した。Xは離婚無効確認請求訴訟を提起した。第1審、原審とも協議離婚は無効と判決した。

【判決】「事実上夫婦関係ヲ継続スル意思ヲ有シナカラ右ノ届出ヲ為ス場合ニ在リテハ其ノ届出後ニ於ケル関係ハ之ヲ内縁関係ニ止メ少クトモ法律上ノ夫婦関係ハ一応之ヲ解消スル意思ニテ即法律上真ニ離婚ノ意思ニテ右ノ届出ヲ為スモノト認ムヘキヲ社会ノ通念トシ極メテ明確ナル反証アルニ非サレハ其ノ離婚届ヲ以テ法律上ノ夫婦関係解消ノ意思ナキ虚偽ノ届出ナリト認メ得サルヘキモノトス然ルニ原審採用ノ各証拠資料ヲ精査スルニ本件両当事者ハ一応法律上ノ夫婦関係ヲ解消シテ内縁関係ト為シ後日再正式ニ婚姻スル意図ノ下ニ其ノ協議離婚ノ届出ヲ為シタルコトハ之ヲ認ムルニ難カラサルモ其ノ届出ヲ以テ法律上ノ夫婦関係解消ノ意思ナクシテ為サレタル虚偽ノ届出ト認ムルニ十分ナル証拠アルモノト做スヲ得ス」として原審判決を破棄し差し戻した。

II-①に従うならば、本件でも仮装離婚だから離婚は無効であるはずである¹³⁾。しかし本件では夫Yの財産に対する強制執行を免れるために事情

13) 中川善之助編『註釈親族法（上）』（有斐閣、1950年）240頁（松岡義平執筆）は「通謀虚偽の意思に基づく協議離婚、いわゆる仮装離婚のごときも、その真実

を知って妻Yは協議離婚に応じた。XYは財産隠匿のために協議離婚を使い、財産の譲渡を装った。今日ではXYの行為は強制執行妨害罪になるであろう¹⁴⁾。その妻Xが協議離婚は虚偽のものだと主張している。このことは見逃してはならない事実である¹⁵⁾。強制執行を免れる手段として離婚届を提出した他ならぬXがこのような主張をすることは信義則違反であろう。すなわち、Xが離婚の無効を主張することはクリーン・ハンドの原則に反する¹⁶⁾。裁判所は判決理由では離婚意思の内容について述べ¹⁷⁾、信義則については一言も述べていない。しかし次のⅡ-③と比較すると、Xが離婚の無効を主張するという特殊性が大審院の判断に影響を与えていると思われる¹⁸⁾。

において離婚の意思のない場合であるから、無効とさるべきである」とし、本件の当否は疑わしいとする。本件が単純な仮装の協議離婚であれば無効であるが、しかし仮装協議離婚の目的が強制執行を免れるためであれば無効ではないとする判断は正当である。中川善之助『日本親族法——昭和十七年——』（日本評論社、1942年）261頁。

14) 強制執行免脱罪（刑法96条ノ2）は昭和16年追加された。

15) Ⅱ-②より以前の大判昭和6年1月27日法律新聞3233号7頁がある。妻Xは夫Aとの協議離婚後実父方でAと同居し、その間に庶子をもうける。Y（Aの債権者）による差押えに対してXは強制執行異議申立てた。判決は「協議離婚ヲモシタル夫婦カ其ノ離婚後間モナク同棲シ其ノ間更ニ庶子ヲ挙ケタル事実アリトスルモ之ノミヲ以テハ未タ直ニ右離婚ハ虚偽仮装ナリトハ断シ難キカ故ニ右ノ如キ事実アリタレハトテ敢テ離婚カ真正ニ成立シタルコトヲ認定スルノ妨ケトナルコトナキモノトス」とする。強制執行を受けた財産の所有者となっている者は明かではないが、仮にAからXに財産が譲渡されていたとすると、判決の論理は協議離婚を財産隠匿の手段とすることを援助することになる。これが公式判例集に搭載されなかった理由であろうか。

16) 末広厳太郎「再び Clean hand の原則について」『末広著作集Ⅲ・民法雑記帳（下）』（日本評論社、1953年）106頁（初出は法律時報13巻5号（1941年）69頁）参照。信義則に関しては原島重義「信義則論ノート」『市民法の理論』（創文社、2011年）265頁以下、本件における信義則違反類型にとの関連では276頁以下参照。

17) 久保恵美子・本件判例批評・家族法判例百選 [第7版]（有斐閣、2008年）24頁は「法律上の婚姻関係を解消する意思の有無を問題にして結論を導く立場を初めて示した」とする。

18) 我妻 栄『親族法』（有斐閣、1961年）131頁は「第二の婚姻を救おうとするこ

II - ③大判昭和18年10月21日法学13巻397頁¹⁹⁾

事実関係は不明であるが「実父の重態に際しその死跡を相続するため一時婚家を去りて実父の家族たらんとする目的のため届出でたる協議離婚は無効なり」と判示。

本件では妻が実家を家督相続するためにいったん離婚し、家督相続人となった妻と夫が再婚すること（女戸主である妻の家に夫が入る入夫婚姻²⁰⁾）が予定されているのであろう。このような場合夫婦が離婚しても何も非難にあたいるものはない。それゆえ離婚は無効であるとしても特に問題はない。

2) II - ②が公式判例集に登載された関係から、これが判例であると考えられることとなり、戦後の最高裁判例もこの理解になった。

II - ④最判昭和38年11月28日民集17巻11号1469頁

【事実】妻Aを戸主とする入夫婚姻をして30年を経過した夫Xの立場に同情したAの実父Bが、戸主権をAからXに移す方法を村役場戸籍係

とや、届出に妻自身協力したことが重要なファクターとなっているであろう」という。

19) 島津一郎・阿部 徹編『新版注釈民法(22)』(有斐閣, 2008年) 53頁(岩志一郎執筆)は、妻が実家の家督を相続するため、夫と協議離婚の届出を行い、実家に復籍したが、夫婦間には破綻はなく同棲を継続し、家督相続後は夫と再婚する考えであったという事実関係で、「夫婦関係ヲ断絶スルノ意思無クシテ為シタルモノト認ムベキ相当ノ情況タルヲ失ハザルヲ以テ本件離婚ハ当然無効ナリ」と判決したとするが、掲載誌にはそのような記述はない。

20) 民法(旧)788条2項は「入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル」と規定し、736条(旧)は「女戸主カ入夫婚姻ヲ為シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト為ル但当事者カ婚姻ノ当時反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス」と規定する。戸籍法(旧)100条1項5号は入夫婚姻の場合に入夫が戸主となる旨を婚姻届書に記載することを求めたので、この記載がなければ女戸主が依然として戸主であることとなる。中川善之助・前掲『日本親族法——昭和十七年——』128頁参照。

に相談したところ、一旦離婚したうえXを戸主とする婚姻届をする方法を教えられた。この方法を採ることについてBはX Aと相談し、X Aの承諾を得て、昭和21年7月1日協議離婚届出と入夫婚姻届出をした。Aは昭和29年1月27日死亡した。Xの長男は昭和19年8月2日戦死したが、戸籍上協議離婚の記載があり、Xは遺族扶助料の受給権を喪失したので、Xは検察官を相手に協議離婚の無効確認を請求した。【判決】「X及びその妻Aは判示方便のため離婚の届出をしたが、右は両者が法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に基づいてなしたものであり、このような場合、両者の間に離婚の意思がないとは言い得ないから、本件協議離婚を所論理由を以つて無効となすべからざることは当然である。」

戦死した長男の遺族扶助料の受給権の回復がXが協議離婚無効確認請求の訴えを提起した理由であろう。Xは長男戦死により発生した遺族扶助料受給権を昭和21年7月の協議離婚により喪失した²¹⁾。しかし、協議離婚した妻Aが受給権を有し、X Aの夫婦としての同棲生活に変わりがなければ、受給権が誰にあるかはどうでもよいことである。しかし昭和29年のAの死亡により遺族扶助料受給権が消滅し、事実上Xも遺族扶助料を貰えなくなった。そこで受給権を回復すべくXが昭和21年7月1日の協議離婚は無効であることの確認請求をしたものであると思われる。妻Aを戸主とする入夫婚姻をしたA X夫婦はXを戸主とする入夫婚姻をするために離婚したのであり、非難にあたいする目的のためにX Aは離婚したのではない²²⁾。離婚しなければたとえ妻Aが死亡してもXは遺族扶助料の受給権を失うこ

21) 昭和21年法律31号による改正前の恩給法80条1項1号は去家を遺族扶助料受給権の喪失事由とする。

22) 民法（旧）736条が入夫婚姻により夫が戸主となるのを原則としたことを、「戸主はなるべく男子にしたい、殊に妻が戸主で夫が家族と云う状態は好もしくないという考への現はれである」と穂積重遠『親族法』（岩波書店、1933年）169頁はいう。

とはなかったが、形式的に離婚したことにより遺族扶助料の受給権を失ったのである。X Aの離婚はⅡ-③と同じ事情によるものであり、本件ではⅡ-③と同じ結論が妥当すべきである。X Aの協議離婚は無効とすべきであった。

Ⅱ-⑤最判昭和昭和57年3月26日裁判集民事135号449頁

【事実】 夫Aが協議離婚の届出をしなければ道庁（支庁）福祉課担当吏員から生活保護費受給が不正受給にあたると言われ、夫Aは妻Xと協議離婚の届出をすることについて相談したところ、Xは、そうすれば今までの不正受給の返済を免れ、引き続き従前と同額の生活保護費を支給されるものと思い、離婚届を提出した。Xは届出後も夫婦であると考え、A死亡後も債務を支払い、遺骨を引き取り法要している。Aの死後6年を経過してXは検察官を相手方として離婚無効確認訴訟を提起した。控訴審は「Xと亡Aとは、不正受給した生活保護金の返済を免れ、かつ、引き続き従前と同額の生活保護金の支給を受けるための方便とするため、法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に基づいて本件届出をしたものであるから、右両者間に離婚意思があつたものというべきであり、また右に認定した諸事情があるからといって、本件離婚が法律上の離婚意思を欠くものとして無効であるということとはできない。」とした（札幌高判昭和56年8月27日判例時報1034号97頁）。

【判決】 「原審の適法に確定した事実関係のもとにおいて、本件離婚の届出が、法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に基づいてされたものであって、本件離婚を無効とすることはできないとした原審の判断は、その説示に徴し、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。」

Xは夫の死後6年を経過して離婚無効確認訴訟を提起したのか。それは

栗山クロム訴訟において被害者であるAの損害賠償請求権をXが相続するためであったようである²³⁾。AXが離婚届を提出したのは、生活保護費の不正受給による返還を免れ、今後も従来と同じ受給を継続すべく、ただそれに形式を合わせるためであった。しかし不実の申請その他不正な手段により生活保護費を受けた者から保護費を支弁した都道府県知事又は市町村長は費用の全部又は一部を徴収でき（生活保護法78条）、不正受給者は罰則の適用を受ける（同法85条）。AXの行為はこれに該当するものであった。損害賠償請求権の相続を可能とするために、手のひらを返したようにXは生活保護費不正受給のために行った協議離婚が無効だと主張するのである。このようなXの主張は信義則違反であろう。しかし控訴審判決、上告審判決は共に離婚意思の解釈の問題として考えるかのような説示をしており、問題の核心を捉えていない。

3) 以上のように、私は真に離婚する意思がなければ、協議離婚の合意は無効であると考え（原則²⁴⁾）。例外的に無効を主張する者に存在する事情から原則を貫徹すべきでないケースがある。原則を示すのがⅡ-①、Ⅱ-③であった。Ⅱ-④も原則に従って判決すべき事案であった。原則に従ってはならないのがⅡ-②、Ⅱ-⑤であった。

23) 未成年の子2人が相続人であり、Xも栗山クロム禍訴訟第1審判決では内縁の妻として慰謝料が認められている。さらに労基署からも労災補償給付を受けているとのことである。石川 稔・本件判例批評・別冊ジュリスト家族法判例百選〔第4版〕（1988年）30頁。

24) 我妻・前掲書129頁は「離婚意思の内容は、夫婦としての結合を永久に解消することである。……従って、何等かの方便のために離婚届だけを出そうとする意思は、離婚意思ではない。さような意思で離婚届がなされても、仮装離婚であって無効である。……夫婦共同生活の絶止を伴わない離婚届は、多くの場合、仮装離婚と認められる」という。

深谷松男「方便のための協議離婚の効力」判例タイムズ747号（1991年）85頁も、離婚意思に関する実体的意思説に立って「離婚後も夫婦の同居協力が完全に維持されているような全くの方便のための離婚は、事案の性質にもよるが、原則として無効である」とする。

違法又は不正な目的のために虚偽の協議離婚をした当事者の無効主張は認めてはならない。このような結果はそのような当事者にとって制裁として機能する²⁵⁾。しかし当事者ではない第三者が協議離婚が無効であると主張しても何ら信義則に反することはない²⁶⁾。むしろ協議離婚の無効主張を認めないことから生じる結果は、虚偽の協議離婚をして「財産分与に仮託して財産を処分する」者を側面から援助することになる。冒頭に掲げた裁判例が示しているのはこのことであった。

4. ま と め

判例によれば、離婚は離婚届を提出する意思があればよいので仮装離婚でも離婚としては有効である。従って仮装離婚でも配偶者間には財産分与請求権が発生する。さらに判例は不相当に過大な部分について詐害行為であるとみる。このため仮装離婚の夫婦間の譲渡により分与の対象である財産の相当部分だけは夫婦間に保持されることになる。この結果は不当であ

25) 右近健男・最判昭和44年10月30日民集23巻10号1894頁判例批評・民法の判例〔第2版〕(有斐閣, 1999年) 198頁は、Ⅱ-②, Ⅱ-④を取り上げて「制度の目的外利用をしながら、後に反対の主張をすることに対する制裁でもある」という。

26) わが国では身分行為に信義則を適用することにあまり関心がない、あるいは否定的であるようである。

しかし離婚に関するものではないが、わが国の裁判例でも、信義則を適用した裁判例がある。名古屋地判昭和58年11月22日判例タイムズ519号250頁である。夫Aの不貞を知った妻Xは一時の激情にかられて自宅を飛び出すと共にAの氏名を離婚届に冒書し、市販の印章で冒捺の上、離婚届を出した。それから1ヶ月も経過しないうちにAが急死し、Xは検察官を相手方として離婚の無効確認請求をした。判決は「Xは右離婚の結果を欲して自らの行為によつてその結果を作り出したのである。従つて将来Aの死という事態が生じることなく右離婚の効果が争われたら恐らくXはその有効性を主張したであろう。しかるに本件にあつてはXは、右離婚届出の後に生じた事情(Aの急死)によつて右の離婚が不都合になつたとして、自ら作出した結果(それも文書偽造等の不法な手段によつたものである。)を否定しようとするのであつて、これは明らかに信義に反し、不相当な主張であると言わねばならない。当裁判所はこのような場合、Xの方からはその離婚の無効を主張し得ないものと解する。」

る。これが本稿の問題意識であった。

本稿では次のことを指摘した。財産分与を詐害行為と認定したケースの多くで離婚が仮装のものであることが疑われるが、そのようなケースでも裁判所は離婚が有効であるであることを前提にして、財産分与のうち不相当な部分だけを詐害行為としている。そのような判例、裁判例の見解の背景には離婚意思とは届出意思であるという一種の教条主義とも思える考えがある。わたくしは次のように考える。原則として離婚が有効であるためには離婚意思は真実のものでなければならず、仮装離婚は無効である。しかし離婚の無効を主張することが信義則違反である場合には無効主張できない結果、結論的に有効として扱われる。そうでない場合には無効主張が認められ、財産分与も虚偽表示として無効である²⁷⁾。

本稿の立場からは、I - ⑩大阪高判平成16年10月15日判例時報1886号52頁の事案はどのように解決されることになるか。

債権者である原告・控訴人Xは離婚は仮装離婚であり、財産分与は通謀虚偽表示であると主張している。当然のことながら、Xは離婚届出を提出した当事者ではないので、Xが離婚の無効を主張することは許される。裁判所はXの主張を正面から認めるべきであった。離婚が無効なら財産分与請求権は発生しないので、財産分与として財産を譲渡することも虚偽表示である。こうして原告・控訴人の請求は全て認容されるべきである。

27) 中川 淳・前掲論文143頁は、財産分与が仮装離婚を通じて財産隠匿の手段として使われる場合、財産分与も仮装離婚も無効であるとする。