

Title	〔最高裁民訴事例研究 四三〕新株の発行があった場合と新株発行に関する株主総会決議無効確認の訴の利益
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 桐, 善夫(Toga, Yoshio) 林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1967
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.40, No.6 (1967. 6) ,p.85- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19670615-0085">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19670615-0085</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 判例研究

## 〔最高裁民訴事例研究 四三〕

昭四〇14 (最高民集一九卷)  
四号一〇四五頁)

新株の発行があつた場合と新株発行に関する株主総会決議無効確認の訴の利益

株主総会決議無効確認請求事件 (昭四〇・六・二九第三小法廷判決)

X (原告・控訴人・上告人) は、Y会社 (被告・被控訴人・被上告人) の株主である。

Y会社は、昭和三五年九月二日の臨時株主総会において、「定款中一部変更再確認の件として、定款第五条中『一、六五〇万株』を『六、〇〇〇万株』に改めることを再確認する」(以下、これを第一決議と称する)、「増資新株発行並びにその一部につき第三者に新株引受権を与える件として、新株式一〇〇万株については、昭和三五年一〇月一〇日現在の当会社の役員、社員に対して引受権を与える。その引受権を与えられる役員、社員並びにその株式数は今後の取締役会の決議に一任する」(以下これを第二決議と称する)の旨の

各決議をした。

Xは、右第一第二の両決議は、その内容が法令に違反して無効であると主張し、決議無効確認の訴を提起した。この昭和三五年九月二日の臨時株主総会における決議に対する無効確認を求めたものが本件である。

ところで右第一決議は、昭和二九年七月一〇日に開かれたY会社の臨時株主総会における、第四号議案、定款の一部変更の件として、「定款第五条中会社が発行する株式の総数『一、六五〇万株』を『六、〇〇〇万株』に改める。但しこの決議の効力は、再評価積立金の一部資本組入並びにこれに伴う新株式の発行と同時に発生するものとする」旨の決議の再確認であるが、この昭和二九年七月一〇日の第四号議案決議に対して、Xは、決議無効確認の訴を提起していた(以下、これを前訴と称する)。この前訴で、Xが第一審・第二審とも敗訴し、更に上告も本件第一審係属中に上告棄却(最高判・昭和三七六卷三三号)となり、Xの敗訴が確定した。

本件において、Xが無効と主張する理由は、以下の通りである。

第一決議は、前述の如く第四号議案決議の再確認であるところ、そもそもその第四号議案決議は、次の二つの理由により法令違反で無効だから、それを再確認することの第一決議もまた無効である。即ち、その第一の理由として、会社が発行株式総数を増加する場合、商法は、発行予定株式数のみを増加することを許しているとは解されないから、常に従前の発行株式総数を取消して、新たにこれを定めねばならないのにこれをしていない、ということと、そして第二の理由として、定款変更当時Y会社の発行済株式総数は五五〇万株であつたから、六、〇〇〇万株に増加するという決議は、発行済株式の総数の四倍を超えて増加することになり、商法第三四七条に反し無効であるという。尤も、この定款変更決議の効力は、発行済株式総数が一、六五〇万株になるときに生ずる旨の附帯決議がなされているが、Xは、やはり無効なことに変わりはないと主張する。第二決議については、株主以外の者に新株引受権を与える場合、商法第二八〇条の第二項前段により、引受権の目的たる株式の額面無額面の別、種類、数及び最低発行価額につき、同法第三四三条所定の特別決議が必要であるが、本件第二決議では、その但書で、引受権を与えられる役員、社員並びにその株式数は今後の取締役会の決議に一任するものとしている。これは前記二八〇条の第二項前段の規定に反しており、更に、右条文後段で要求されている「株主以外の者に新株引受権を与えることを必要とする理由」の開示もなかつたというにある。

これに対してY会社は、本案前の申立として、既述の前訴との関係で、本件第一決議とは二重起訴の関係にたつ、また本件第二決議に基く新株はすでに発行済であるから、この第二決議の無効を求める訴は訴の利益を欠くとの理由で「本件訴を却下する」との判決を求

めた。なお、本案についてもXの主張を争つた。

第一審は、第一決議に関する二重起訴の主張につき、前訴は、「昭和二年七月一日日開催された被告会社の株主総会の決議につき、無効確認を求めるものであるのに対し、本件訴は、昭和三年九月二二日開催された被告会社の株主総会の決議につき、無効確認を求めるものであるから、確認の対象となる権利関係は明らかに別個である」から二重起訴にはならないとしたが、前訴のX敗訴が確定していることを認め、本件第一決議は、単に昭和二年七月一日日の総会における第四号議案決議の内容を再確認するだけのものだから、第四号議案決議につき、その無効を主張しえなくなつたXは、本件第一決議についてもその効力を争う実益を失うにいたつたものと認むべきであるとして、請求を棄却した。

第二決議の無効確認についても、「新株発行後はその発行に関する決議を無効としても別に新株発行無効の訴を提起しないかぎり当該新株の発行はこれを無効とするに由なく」、即ち、新株引受権に関する株主総会の決議の瑕疵は、新株発行の効力に何らの影響も与えないと解するを相当とするから、仮に、本件第二決議が無効であると確認しても、すでになされた新株発行の効力は、何ら左右されず、従つてこれを確認するだけの法律上の利益はないとして、訴を棄却した。

第二審も第一審判決の理由を引用するとして、Xの控訴を棄却した。Xは、これを不服として上告。

Xの上告理由は、その述べようとするところ理解に苦しむものであるといわざるをえず、また、甚だ長文に亘つているが、要するに第一決議の無効確認を求める本訴請求について、原審が訴の利益のない旨を判断した点につき審理不届を、また第二決議の無効確認の訴

については、商法第二八〇条の二第二項の規定に違反しているとの法令違背を主張しているものである。

最高裁は、第一決議の無効確認の訴における判断につき、原審の判断をそのまま肯認し、Xの審理不戻という上告論旨は採用せず、また第二決議の無効確認の訴については、「新株がすでに発行された後は、新株発行無効の訴を提起しないかぎり当該新株の発行を無効とするに由なく、新株発行に関する決議無効確認の訴はもはや確認の利益を欠き提起できないと解すべきである旨判示して、この点に關する上告人の請求を棄却すべきものとした原判決（第一審判決理由引用）の判断は正当であり、決議の無効を云々する所論は、ひつきょう、判決に影響を及ぼさないことをいうに帰し採用の限りでない。」と判示して、上告を棄却した。

#### 判旨賛成。

一 判旨 第二決議の無効確認につき新株発行後は新株発行無効の訴を提起しない限り当該新株の発行を無効にするに由なく、新株発行についての株主総会決議無効確認の訴の利益なしとする点を問題にする。

合併・減資・新株発行無効の訴とその原因である株主総会決議の瑕疵を主張する訴（決議取消・決議無効の訴）との関係については見解が対立している（その文献については谷口安平・本件判批・民商五四巻二号六、四頁以下、竹内・本件判批、法協八三巻二二三〇一頁以下）考えうる理論構成の可能性は以下の四つであろう（以下新株発行に例をとる）。(1)新株発行無効の訴に総会決議の瑕疵の訴が吸収される。決議を争う訴が新株の発行により新株発行無効の訴に当然移

行するという見解は、吸収説を前提とするものと思われる。(2)新株発行無効の訴と決議の瑕疵の訴のいずれも提起でき、後者の認容判決の確定は新株発行を無効にする（併用説）。(3)決議を争う訴が形成訴訟であれば必ずこれを提起せねばならない。その認容判決により新株発行は無効になる。(4)決議を争う訴が形成訴訟である場合その訴を必ず必要とし併せて新株発行無効の訴をも必要とする(3)を併せて決議取消必要説といつてよいであろう。以下私見を述べらる。

二 総会決議無効の訴を確認訴訟と解するか形成訴訟と解するかにより理論構成が変わってくる面がある。決議無効の訴を確認訴訟と解すれば、抗弁で無効の主張ができるから、新株発行無効の訴の先決問題として決議の無効を主張することができ、吸収説が成立する余地がある。しかし決議無効の訴につき形成訴訟をとつた場合決議無効の訴は新株発行無効の訴に吸収されえない。けだし、形成の訴により決議が失効しない限りそれが新株発行の無効原因になりえないからである。かくして吸収説の当否はまず第一に決議無効の訴の法的性質いかんにかかっているといえよう。

私はここで決議無効の訴の法的性質につき断定を下しがたい。形成訴訟説をとれば吸収説が成立しないことはすでにのべた通りであるが、確認訴訟説を前提としても吸収説が成立つ余地があるだけで吸収説が妥当であるともまていえるかどうかは多分に問題である。吸収説の立場にたつと、新株発行無効の訴の認容判決によつては、その請求が決議が無効であるとして認容された場合でも決議の無効は

既判力をもつて確定されるわけではないから該決議に基いて再び新株の発行をすることができるようになる。かような欠陥をさけるためには、新株発行を無効にするほか総会決議そのものの無効を確定しておく必要がある。そこで、より抜本的な紛争の解決として、私は本訴を一種の救済訴訟として構成することが適切ではないかと考える。

すなわち、たとえば、請求異議の訴の法的性質について、それが実体的異議事由の確定と債務名義の執行力の排除の形成という二つの機能を併有し、従来の訴の三類型のいずれにも属さない第四類型の訴、換言すれば救済訴訟ともいわれるべき新たな類型の訴とみる見解が主張されている(三ヶ月・民訴講座四卷二一四頁・石川・訴訟上の和解)。請求異議訴訟につき救済訴訟説がとられるのは、右訴を形成訴訟と解し執行力の排除という形成効のみを目標とすれば、その認容判決により執行は排除できても異議事由は確定されないから、実体的異議事由を理由に執行の結果を不当利得を原因にしてくつがえすことができるという難点が生じ、これをさける目的からである。そこで請求異議の訴を総会決議の瑕疵に基づく新株発行無効の訴と対比すれば、前者の実体的異議事由の確定が後者の総会決議の瑕疵の確定に、前者の執行力の排除が新株発行無効に相当する。この意味で救済訴訟説を前提とすれば新株発行後は純然たる総会決議無効確認の訴は利益を欠くとする本件判旨は正当である。しかし、新株発行前にすでに係属せる総会決議無効の訴は新株発行後は当然に総会決議の無効確認と新株発行の無効を形成する判決を求める救済訴訟に移

行し、新株発行後提起された総会決議無効の訴は実は当然に当初より前記の救済訴訟として取扱うべきであろう。したがってこの種の救済訴訟は新株発行無効の訴の出訴期間内に提起されなければならない。

三 仮りに決議無効の訴を形成訴訟と解してもこの場合救済訴訟的考え方を導入する必要がある点では、確認訴訟説を前提とする場合と何ら変るところはない。すなわち、すでに新株発行後は総会決議無効の訴の認容判決は決議を無効にするという形成的効果と同時に判決本来の効果として新株発行を無効にするという形成効をもつと考えられる。つまり総会決議の無効形成が新株発行の無効を形成する、すなわち二つの無効形成機能を併有するという意味で決議無効の訴でもなくまた新株発行無効の訴でもない特殊な訴すなわち救済訴訟の一亜種とみてよいであろう。

かくして、総会決議の瑕疵を理由に合併無効・減資無効・新株発行無効等を主張する訴は、決議を争う訴が決議取消の訴であると決議無効の訴(それを形成の訴と解すると確認の訴と解するとに關係なく)であるとを問わず、純然たる決議を争う訴でもなく亦単に合併無効・減資無効・新株発行無効の訴でもない一種の救済訴訟とみるべきであろう。この意味で新株発行後は単純な総会決議を争う訴はその利益を欠くから判旨は正当であると考ええる。

四 なお併用説にも我々は賛成することができない。決議を争う訴が決議無効の訴も含めて形成訴訟であるとするならば、決議を争う訴の認容判決を経ないで単に新株発行無効の訴のみで新株発行を無

効にすることは、決議の失効がないからできないはずである。また決議無効の訴が確認訴訟であると解すれば、新株発行無効の訴によつて当該新株発行のみが失効し、総会決議の無効は確定しないからこれに基づき再度新株発行ができるようになるという難点があることは既に指摘した通りであるから、賛成できない。ただ併用説が決議を争う訴の認容判決の確定により新株発行が失効するという点は、まさに救済訴訟の立場と共通するといえる。

前記(3)(4)の決議取消必要説は決議を争う訴が形成訴訟である場合は決議を争う訴が必要であると解する点では救済訴訟説と共通しているし、賛成できる。しかし(3)説によると何故單純に決議を争う訴の認容判決により新株発行が無効になるのか不明であるし、(4)説により二つの別個の訴を併せ提起する必要は救済訴訟という一個の訴により両訴の機能を併せもちうる以上存しない。

私は従来新株発行無効の訴が新株発行の無効化という形成機能をもつにすぎないと考えられていたのを改めて、既述のごとき救済訴訟としてこれを再構成する必要があるとはいえないか、と考える（かかる立場から、新株発行後の既に係属せる決議を争う訴は、当然に新株発行無効の訴になるし、発行後の決議を争う訴も同様である。当然移行説にこの意味で賛成）。

五 総会決議無効の訴を確認訴訟と解すると取締役の責任追求の目的のためには特に訴の利益を認める必要はない。責任追求の訴で決議無効の主張ができるからである。決議無効の訴を形成訴訟であると解すれば決議取消の訴の場合と同様問題が生じる（矢沢）。しかし

新株発行無効の訴を救済訴訟と解すれば、その請求認容判決は同時に決議の無効を形成するから、新株発行無効の訴の提起されうる限り、より抜本的な紛争解決手段である新株発行無効の訴によるべきで単に決議無効の訴によるべきではないであろう。

六 なお以上の議論は、総会決議の無効・取消が新株発行の無効原因となるとする見解を前提とする。殊に決議取消が新株発行の無効原因となるか否かにつき肯定説と否定説とが対立していることは周知のごとくである（矢沢・会社判例）。私は(1)取引の安全を強調し否定説をとれば新株発行無効の訴が許される場合は殆んどなくなるであろうし、(2)株主保護のため総会決議は重要であるから、肯定説が正当であると考える（この点の文献については、(3)なお、総会決議の欠缺や瑕疵によつて株主に生じる不利益は、新株の不正発行の場合のそれと同一であり、かつ、新株の不正発行が新株発行の無効原因とならないことは学説及び判例の一致して認めるところであるから、否定説が正しいとする見解もある。しかし、新株発行差止に関する商法二八〇条の一〇が瑕疵ある決議に基づく場合も含むか否かは別に、

同条は株主を瑕疵ある発行手続からまもる為の一手段を規定したにすぎず、同条が差止を規定したからといって、それだけで瑕疵ある決議に基づく新株発行が無効にならないと断定することはできない。

なお本件については安倍調査官の解説があるし、決議取消の訴と新株発行無効の訴との関係については、最高昭和三十七年一月一九日第二小法廷判決があり（民集一六巻一、一七七頁）、同判決については、西原教授の判批（民商四七巻一、川添調査官の解説（最高裁判例解説民事篇昭和三十七年度解説番号一））

判批(ジュリスト二) および石川・判批(本誌三六巻四)がある。

(石川 明・梶 善夫)

昭四〇一五(最高民集一九巻四号一〇九八頁)

一 家事審判法第九条第一項乙類第一号の夫婦の同居その他夫婦間の協力扶助に関する処分<sup>の</sup>審判についての規定の合憲性

二 夫婦の同居義務等に関する審判の効力

夫婦同居審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件(昭四〇・六・三〇大法廷決定)

X女とY男は婚姻してYの住居に同居したが不仲で、Xは実家に帰った。その後Xは自己の非を認め、Yのもとへの復帰を願ったが容れられないため、福岡家裁に同居の審判を申立てた。同家裁は同居の審判をした。Yがこれに対し抗告し、抗告裁判所である原審・福岡高裁は、YがXとの同居を拒むにたる<sup>と</sup>認められる理由がないとして抗告棄却。Yはこれに対し特別抗告を提起した。理由は、夫婦同居請求は訴訟事件であるのに、公開の法廷における対審及び判決によらないで処理できるものとした家事審判法の規定およびこれにもとづく本件審判は、憲法三二・八二条に違反する、という点にある。特別抗告棄却。その理由は以下のごとくであるが、本件決定には補足意見、意見がある。

すなわち憲法八二条は、「裁判の対審及び判決は、公開法廷で、これを<sup>を</sup>行ふ」旨規定する。そして如何なる事項を公開の法廷における対審及び判決によつて裁判すべきかについて、憲法は何ら規定を設けていない。しかし法律上の実体的権利義務自体につき争があり、

これを確定するには、公開の法廷における対審及び判決によるべきものと解する。けだし法律上の実体的権利義務自体を確定することが固有の司法権の主たる作用であり、かかる争訟を非訟事件手続または審判事件手続により、決定の形式を以て裁判することは、前記憲法の規定を回避することになり、立法を以てしても許されざるところであると解すべきであるからである。

家事審判法九条一項乙類は、夫婦の同居その他夫婦間の協力扶助に関する事件を婚姻費用の分担、財産分与、扶養、遺産分割等の事件と共に、審判事項として審判手続により審判の形式を以て裁判すべき旨規定している。その趣旨とするところは、夫婦同居の義務その他前記の親族法、相続法上の権利義務は、多分に倫理的、道義的な要素を含む身分関係のものであるから、一般訴訟事件の如く当事者の対立抗争の形式による弁論主義によることを避け、先ず当事者の協議により解決せしめるため調停を試み、調停不成立の場合に審判手続に移し、非公開にて審理を進め、職権を以て事実の探知及び必要な証拠調を行わしめるなど、訴訟事件に比し簡易迅速に処理せしめることとし、更に決定の一種である審判の形式により裁判せしめることが、かかる身分関係の事件の処理としてふさわしいと考えたものであると解する。しかし、前記同居義務等は多分に倫理的、道義的な要素を含むといえ、法律上の実体的権利義務であることは否定できないところであるから、かかる権利義務自体を終局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つて為すべきものと解せられる(旧人事訴訟手続法「家事審判法施行法」<sup>による改正前のもの</sup>一条一項参照)。従つて前記の審判は夫婦同居の義務等も実体的権利義務自体を確定する趣旨のものでなく、これら実体的権利義務の存することを前提として、たとえば夫婦同居については、その同居の時期、場所、態様等について

具体的内容を定める処分でありまた必要に依じてこれに基づき給付を命ずる処分であると解するのが相当である。ただし民法は同居の時期、場所、態様について一定の基準を規定していないのであるから、家庭裁判所が後見的立場から、合目的の見地に立つて、裁量権を行使してその具体的内容を形成することが必要であり、かかる裁判こそは、本質的に非訟事件の裁判であつて、公開の法廷における対審及び判決によつて為すことを要しないものであるからである。

すなわち、家事審判法による審判は形成的効力を有し、また、これに基づき給付を命じた場合には、執行力ある債務名義と同一の効力を有するものであることは同法一五条の明定するところであるが、同法二五條三項の調停に代わる審判が確定した場合には、これに確定判決と同一の効力を認めているところより考察するときは、その他の審判については確定判決と同一の効力を認めない立法の趣旨と解せられる。然りとすれば、審判確定後は、審判の形成的効力については争いえないところであるが、その前提たる同居義務等自体については公開の法廷における対審及び判決を求める途が閉ざされているわけではない。従つて、同法の審判に関する規定は何ら憲法八二條、三二條に抵触するものとはいへ難く、また、これに従つて爲した原決定にも違憲の瘰はない。(裁判官全員一致)

横田喜三郎、入江俊郎、奥野健一 裁判官の補足意見 ……家事審判による処分には形成力は生じないが、その前提要件についての既判力はないと解する。この関係は、仮処分を命ずるには、一応本案の請求権の存することを前提として、仮処分の裁判をなすのであるが、この裁判が確定してもその基礎である請求権の存在は、本案の訴訟で確定されるものであるのと類似していると考えられる。若しこれに反し家事審判において、かかる形成的な処分の外に、基本たる同居の

義務の存否までも終局的に確定するものとなれば、國民の裁判を受ける権利の剝奪となり憲法三二條、八二條に違反するものと言わざるを得ない。ただし、訴訟事件とするか、非訟事件とするかは、單なる立法上の便宜の問題ではなく、実体的権利義務の存否の確定は飽くまで訴訟手続によるべきもので、これを回避するため非訟事件手続とするのは、前記憲法の規定上許されないとあるからである(昭和三五七年七月六日裁)。

……夫婦の一方から同居すべきこと又は同居させるべきことを求める争訟においては、同居義務の存否を確認し、義務ありとすれば、これが履行を命ずる裁判をなすべきで、その性質は、純然たる訴訟事件であり、固より形成訴訟ではない……人訴法一一条一項から夫婦の同居を目的とする訴が削除された現在でも、なお一般民事訴訟として訴を提起し得るものと解すべきである。「夫婦でないから同居の義務がない」とか「夫婦であるが、同居請求が権利濫用であるから、これに應ずる義務がない」とかいつたような夫婦関係の存否又は同居請求が権利濫用であるか否か等について争がある場合に、その争を單なる非訟事件手続により審理し、決定で終局的に裁判することは許されない。

山田作之助裁判官意見 ……本件事案についてみるに、相手方たる夫は、妻と同居する義務なきことを主張して争つてきたのに対し、家庭裁判所は「妻と同居すること」との審判を与えているのであつて、これ正しく、妻に同居請求権あることを認めた審判であると解せざるを得ない。多数意見に従えば、本件当事者の一方は同居の義務ありや否やの点について争いがあるとして更に通常裁判所に出訴することができるというのであるが、かかる解釈をすることは一般世人をして首肯させることが出来ないばかりでなく、家事紛争の処



理を司る家庭裁判所のなす審判の權威と機能を全く阻害するものといわなくてはならない。

……裁判の公正に行なわれることの保障については、(1)裁判官の独立、(2)裁判官の身分保障、(3)特別裁判所の禁止、(4)行政機関による終審的裁判の禁止等の諸原則が憲法上採用されているので、裁判の對審公開の原則のみが、その唯一の保障ではなくなつた……近代社会の複雑化と進展に伴い……衆人環視の下に公開の法廷における對審手続によつて裁判されることが、当事者のプライバシーを公開するような結果を生じ、また公開の法廷では容易に眞実が述べられないおそれがある等却つてその当事者たる国民の人権を尊重しない結果となる例外的場合も生じている……裁判の對審公開の原則は幾分緩和されつつある……争われる権利義務の本質上公開の法廷における對審手続によつて裁判されることにより却つてその人の権利の擁護にならないと認められる場合には必ずしも裁判公開の原則を固執する要なきものと解するを相当とする。……家庭における団体的權利義務に関する裁判を、家庭裁判所の審判事件として非公開對審でなすこととするのは、この権利の本質からする当然の帰結であつて毫も憲法八二条に違反するものといふを得ない。……如何なる權利義務關係が憲法八二条の對審公開の裁判に親しまないものであるかは、具体的法律關係につき、まず立法問題として処遇さるべく、しかも、その立法につき、その権利の本質が争われたときは、最高裁判所の最終判決によつて解決さるべきものと解すべきである……夫婦同居請求は非訟事件手続法を準用する非公開の審判手続によるべき旨定める家事審判法の規定は合憲であり、従つて本件審判を是認した原決定が違憲でないことは、多数意見とその結論を同じくするけれども、その理由を異にするものであり、また、夫婦同居の權

利義務自体について更に訴訟を以て争いうる旨の多数意見には、にわかには賛同し難い。

田中二郎裁判官意見、横田正俊、柏原語六裁判官同調 夫婦の同居義務に関する民法の規定の改正並びに家事審判制度創設の経緯及びその趣旨に鑑み、夫婦關係の存続を前提とする家審法による夫婦の同居に関する審判そのものについては——離婚又は婚姻無効を理由とする同居義務の不存在を主張する場合を別として——公開の法廷における對審及び判決を求める途は閉ざされているものと解すべきであつて、このような制度の建前をとつたからといつて、そのこと自体が決して憲法八二条及び三二条に違反するものではないと考へるのである。その理由は……夫婦が一般的抽象的に同居義務を有することは、民法七五二条の明定するところであつて、夫婦關係の存続を前提とする限り、夫婦の同居義務自体等についてあえて訴訟により、裁判所の確定をまつまでもない、……夫婦關係の存続を前提としつつ、夫婦同居義務自体等に関する紛争と夫婦同居義務の具体的内容、すなわち、その場所、時期、態様等に関する紛争とを切り離し、これを別個のものとして明確に區別して考へることができるのであるか。……そもそも、夫婦關係の存続を前提しながら終局的には同居義務の不存在の確認を訴訟によつて求めるがごときは、民法の予定しないところであり、そのような通常訴訟を認めるべき合理的根拠は見出しがたいように思ふ。

一般民事裁判は……一般的抽象的に定められた法規——慣習法を否定する趣旨ではない——を具体的事件に適用し、何が正しい法であるかを宣言する作用で……このような裁判について、憲法は、公開の原則及び對審構造を保障している。ところが夫婦同居義務の具体的内容に関する紛争については……適用すべき法の一般的基準の定め

があるわけではなく、もつぱら家庭裁判所の形成的作用に委ね、その後見の立場における広範かつ自由な裁量によつて具体的に衡平妥当な解決をもたらすことを期しているわけである。家庭裁判所の行う審判は、目的性ないし具体的衡平を理念とする一種の形成的作用にほかならない。このような典型的な非訟事件の審判は上述の法の宣言作用たる裁判とは、元来、その性質を異にするのであるから、この種の事件の処理について、一般の民事事件や刑事事件の裁判と異つて、公開の原則及び対審構造が保障されていないからといつて直ちに違憲とはいひ得ない。…法律上非訟事件とされているものでもその事件の性質内容によつて通常訴訟の対象とされるべきかどうかの判断がなされなくてはならない。家審法九条一項乙類に掲げる各事項について通常訴訟が許されるかどうかについて具体的に検討する必要がある。…判例法により解決されるべき問題である。同居義務に関する紛争でも婚姻無効又は離婚を主張し婚姻関係の不存在を前提として同居義務不存在を主張する場合は、通常訴訟によつてこれを争うことを妨げない。しかし夫婦関係の存続を前提とする以上公開・対審の原則が保障された裁判の対象となるべき具体的な権利義務に関する紛争は生ずる余地はなく、ただ夫婦の同居義務履行の場所・時期・態様等の具体的内容に関する紛争——具体的事情のもとに同居義務を一時的に拒否するのも、その義務履行の一態様にすぎない——のみが予想されるので、これらの紛争は、事柄の性質からいつて倫理的な夫婦共同生活体の内部の紛争であり、プライバシーの尊重を必要とする問題であるから、これを公開の法廷に曝すことは適当でなく、また、それは当事者の対立抗争の法構造である対審構造のもとにおける裁判になじまない性質のものというべきである。従つてこのような典型的な非訟事件については、通常の民

事訴訟事件と區別して、これに特別の家事審判制度を設け、特別の取扱いを認める合理的根拠は十分に存在するのでこのような制度や特別の取扱いをしたからといつて憲法の趣旨に反するものとするいわれはない。多数意見は、夫婦同居審判の意義性質の正しい理解を欠き、家裁創設の意義を没却する…。

松田二郎裁判官意見、草鹿浅之介裁判官同調 夫婦同居に関する事項は本質上非訟事件であるから非訟手続のみによらしめても違憲の問題を生ずる余地がない。…婚姻関係については、その存続を前提とする限り、裁判所は後見の立場において、これに関与するに止まる。ただこの関係を解消せしめようとする離婚については訴訟が認められている。…婚姻関係に関する事項については、婚姻の存続を前提とする限り裁判所は民訴と異なる手続により関与することとまらべきで客観的眞実発見の必要は弁論主義を許さず、プライバシーの尊重は手続の非公開を要請することとなる。

多数意見は夫婦同居義務の実体的権利自体の終局的確定は公開対審判決によることを強調するが、同居についての法律関係自体は、民法七五二条が明定するところで訴訟により確定するを要しない。多数意見のいうような訴訟を認めると多くの疑問を生じ、裁判実務を混乱に導く。(1)同居審判に不服の者は民訴を提起し、徒らに多くの民訴を誘発する。(2)家裁の審判は仮処分的であり常に民訴で覆される可能性ありというのでは家裁の固有権限がなくなり設立の意義が没却される。(3)夫婦同居義務の存否が判決で確定したと仮定すると既に既判力が生じているから、その後事情変更した場合、多数意見はいかに処理するのであろうか。(4)夫婦同居の訴が許されることとなるのか。(5)多数意見のような訴が認められるとすると、

その本案の仮処分は、同居審判といかなる関係に立つか疑問である。

実質上訴訟事件を非訟事件とすることは憲法三二条八二条の回避として許されないが、本質上非訟事件を非訟手続によらしめることは、違憲でない。夫婦同居事項は性質上非訟事件で民訴になじまないものである。

岩田誠裁判官意見 私も本件抗告は、これを棄却すべきものとする結論において多数意見と同じであるが、夫婦関係の存続を前提とする限り、夫婦の同居義務存否を確定する訴訟を裁判所に提起することとは許されず、夫婦の同居に関する処分は専ら家庭裁判所の審判によるべきであり、またかく解したからといって、家庭裁判所の右審判が憲法三二条、八二条に違反するものではないと思考する。そしてその理由は田中裁判官の意見と同一であるから、これを引用する。

#### 昭四〇16 (最高民集一九卷四号一一四頁)

一 家事審判法第九条一項乙類第三号の婚姻費用の分担に関する処分の審判の合憲性

二 婚姻費用の分担に関する処分の審判の効力

三 家庭裁判所は審判時から過去に遡って婚姻費用の分担に関する処分をすることができるか

生活費請求事件の審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件

(昭四〇・六・三〇大法廷決定)

X女は昭和二二年先妻との間に子が二人いるY男の後妻として婚姻

し一〇年余にわたり同居生活をしている。

Xは浦和家裁に婚姻費用分担の調停を申立てた。理由は、Yは先妻との間の子らと意思を通じXの追出を策し、Xの行為に云いがかりをつけて暴言・暴行をするから、Xは身の危険を感じ、昭和三二年九月一八日Yの同意を得て一時実家に帰つたが、Yはその後手紙でXを追出す旨を伝えてきたので、Xは所轄警察署と相談の上身の安全をはかるためYのもとに帰るのを断念し、別居して今日にいたつているとし、前記別居の日以後毎月一五〇〇〇円の割合による生活費の分担支払を求め、というのである。右調停はしかし不調に終り、同家裁の審判事件に移行した(六条一項)。一審の浦和家裁は、YからXに、それまでの婚姻費用の分担として二七五〇〇円の即時支払と、昭和三七年四月からXYが離婚したまたは同居するに至るまで一箇月五〇〇〇円の割合による金員を毎月末かぎり支払うべき旨の審判をした(審判日付、昭和三七年四月一六日)。Yは即時抗告を提起し、Xの家の勤機がXの責に帰すべき事由によるものであるから、Yには婚姻費用分担の義務がなく、仮りに右義務があるとしてもXYの各生活状況よりみて一審審判が支払を命じた額は多きに失すると主張したが、原審は抗告に理由がないとしてこれを棄却した。Y特別抗告申立。その理由は以下のごとくである。すなわち、婚姻費用の分担を命ずる審判は将来に対する形成処分にはかならないから、家庭裁判所は審判時以降の費用の負担を命ずべきで、それ以前の過去の分は、既に債務不履行によつて損害賠償請求権に転化し、その支払請求は通常の民事訴訟事項である。家事審判手続は、当事者の審尋が保証されておらず、当事者の申立・申述は裁判所を拘束せず、非公開で口頭弁論も禁止されている。紛争につき、非訟的審判により婚姻費用の負担、しかも不履行によつて既に損害賠償請求権に転化し

た請求を、憲法上の裁判によらず、法律的判断にあらざる裁量的処分、形成的処分をもつて給付を命ずることは、憲法三二条、八二条に違反する、という。以下の理由から、特別抗告棄却。本件決定には補足意見・意見がある。すなわち、

一 家事審判法九条一項乙類三号に規定する婚姻費用分担に関する処分は、民法七六〇条を承けて、婚姻から生ずる費用の分担額を具体的に形成決定し、その給付を命ずる裁判であつて、家庭裁判所は夫婦の一切の事情を考慮して、後見的立場から合目的の見地に立つて、裁量権を行使して、その具体的分担額を決定するもので、その性質は非訟事件の裁判である。従つて公開の法廷における対審及び判決によつてなされる必要はないから、本件審判は何ら憲法八二条に違反するものでなく、同法三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨を没却するものではない。(昭和二十六年(ク)第一〇九号同三卷第九号一六五)。(五年七月六日大法院決定民集一四七頁以下参照)。

二 婚姻費用分担額決定の前提であり、さらに純然たる訴訟事件に属すべきところの婚姻費用分担義務そのものを、前記家事審判法の審判は、終局的に確定するものではないから、憲法八二条、三二条に反するものではない。

三 家庭裁判所が婚姻費用の分担額を決定するに当り、過去に遡つて、その額を形成決定することが許されない理由はなく、本件抗告理由は原決定の単なる法令違反を主張するにすぎないから、特別抗告の適法な理由とならない。

裁判官横田喜三郎、同入江俊郎及び同奥野健一の補足意見……婚姻費用の負担義務自体は法律上の実体的義務であるから、これを終局的に確定するには、必ず訴訟事件手続により、公開法廷における対審及び判決によつて裁判すべきである。だから費用分担額を決定

する審判は、その前提である婚姻費用の負担義務自体の存否については既判力を生ずるものではない(旧人事訴訟手続法七条二項は、夫婦扶養の請求の訴を通常訴訟として、公開の法廷における対審及び判決の手続によつて裁判するとの趣旨であつた)。従つて、家事審判法九条一項乙類三号は婚姻費用分担に関する処分により、その基礎である婚姻費用負担の義務自体まで終局的に確定する趣旨でないから、憲法八二条、三二条に違反しない。

立法論としては、婚姻費用の負担義務自体について争のある事案については、家庭裁判所は訴訟事件として、裁判できるように法律を改正することが望ましい。なお、昭和三十六年(ク)第四一九号最高裁判所大法廷決定(昭和四〇年六月三〇日)の補足意見参照。

裁判官山田作之助の意見……婚姻費用分担に関する争いは、家族団体内部における構成員間の権利の争いであり、その権利義務たるや、家族団体の存在ということ为前提として存在するのであつて、普通の貸金債権のごとき権利とはその性質を異にしているのみならず、社会的、経済的、倫理的見地に立つて国家が後見のおん密裡に介入すべきもの多く、これらの争いを対審・公開の法廷で争わせることは、当事者の私的な事情をさらけ出すことになり、かえつて、憲法の保障する裁判を受ける権利を実際問題として、阻害する恐れがある。だから本件の如き争いの場合には、その性質上、家庭裁判所の審判事件として非訟事件に進じて審判させることが適當である。

そしてそれが憲法三二条および同法八二条に違反しないことについては最高裁判所昭和三十六年(ク)第四一九号大法院事件(昭和四〇年六月三〇日決定)の意見参照。  
裁判官横田正俊の意見……憲法問題については田中二郎裁判官の

意見に同調。

民法七六〇条に定める費用の分担及び家事審判法九条一項乙類三号の処分には、審判時より遡つて過去の分についてのそれが含まれるものと解することは、この種の争を、婚姻関係の存続を前提とするかぎり、一切家事審判法による審判に委ね、そして後見的な立場に立つ家庭裁判所の具体的事案に即した裁量的形成処分委ねることが、民法七六〇条及び家事審判制度の建前であると解することなら背反しない。

裁判官田中二郎の意見 ……一、夫婦が婚姻から生ずる費用を分担するといふ基本的法律関係そのものは、民法七六〇条の明記するところで、あえて訴訟によつて確定するを要しないものであり、婚姻関係の存続を前提とする以上、婚姻費用の分担に関する争については、多数意見の述べるような、費用負担義務そのもの争と費用負担義務の存在を前提とする費用分担額の争の二つの場合を区別して考ふる余地はない。

多数意見によれば、費用分担義務なしとの家庭裁判所の審判は、常に、通常訴訟によつて覆される可能性を有することになり、家事審判制度を設けた趣旨を半ば没却することになる恐れがある。

また、親族法も一新し、家庭裁判所の創設をみ、法全体の建前が改まった今日、旧人事訴訟手続の支配した時代の考え方をここに持ち込むことの妥当でないことは松田裁判官の意見参照。

二、夫婦関係の存続を前提とする限り、婚姻費用分担の問題は、夫婦生活共同体内部の微妙な問題であるから、事柄の性質上、一般の訴訟事件のように、公開・対審の訴訟構造によることを適当としない。だからこの種の問題について、通常訴訟の途が閉ざされ、公開・対審の原則が認められないからといつて、憲法八二条、三二条に違

反するものとはいえない。なお、これら一と二の理由づけについては、別に最高裁判所昭和三十六年(ク)第四一九号大法廷事件(昭和四〇年六月三〇日決定)の意見参照。

三、立法論としては、民事事件性の強い事項については、家庭裁判所自体に、公開・対審の原則を導入する方法を講ずることによつて、憲法八二条、三二条の要請を充し得るように配慮することが一策である。

裁判官柏原語六も同旨。

裁判官松田二郎の意見 ……一、憲法二四条、民法七五四条の趣旨および「夫婦の同居を目的とする訴」の勝訴判決の履行を強制する方法がなかつたこと(大審院昭和五年(ク)第八九〇号同年九月三〇日決定、大審院判例集九卷一一号九二六頁参照)から考えてみても、夫婦の婚姻関係には、法と道徳との二要素が密接に関連しており、それは国家機関たる裁判所による訴訟的解決になじまない法域といえる。このような理由から、婚姻関係の存続を前提とするかぎり、裁判所は民事訴訟手続と異なるところの手続によつて、これに關与するに止まるべきである。

本件のごとき婚姻費用の分担の問題は、通常の単なる金銭債権とは質を異にする。すなわち、単なる金銭債権の場合と異なり、その分担額を決定する裁判所は、具体的態様形成にあつて、職権探知に重点をおき、弁論主義が行われないこととなる。また、婚姻費用の分担は夫婦共同生活のプライバシーにも関するから、その手続の非公開性が要請されることとなる。かくして、婚姻費用分担に関する事項は、本質上、非訟事件に属するものであり、本質上、非訟事件たるものを非訟手続たる家事審判法によらしめても、何等違憲の問題を生ずる余地すらないのである。

二、「夫婦が婚姻から生ずる費用を分担する」との基本的法律関係そのものは、民法七六〇条の明定するところであり、敢えて再びこれを訴訟によつて確定することを要しない。

婚姻費用の「分担」は終戦後における親族法改正に伴うものであつて、旧人事訴訟手続の全然知らぬものであるから、旧人事訴訟手続法七条二項を、本件のごとき場合の理由づけに援用することは適当であるとはいえない。又、右旧人事訴訟手続法の条文をその根拠とすると、婚姻費用負担の具体的請求についても亦、民事訴訟に よるべきものとなるはずであるが、かように解することは、家庭裁判所の審判を否定しかねない見解に立つものであり、採用し得ない。

三、多数意見によれば、婚姻費用分担に関する審判に不服のものは、民事訴訟を提起できることとなり、徒に民事訴訟を誘発し、家庭裁判所の設立された意義を無視することになる。さらに、多数意見によれば、婚姻費用分担の義務なしとの判決が確定した後は、既判力により、事情変更を理由としてのその判決の取消、変更は、既判力のない審判の場合と異なり、不可能となる。このような結果は、夫婦間における婚姻費用分担の能力は、変化する可能性があることとつりあいがとれぬ。その上、多数意見は婚姻費用負担義務自体について民事訴訟の提起を許す以上、かかる訴を本案として、民事訴訟上の仮処分をすることを認めざるを得ないであろう(旧人事訴訟手続法一六条参照)。しかし、そのような仮処分の内容、家事審判規則五一一条との関係について、多数意見は何も答えない。裁判官岩鹿浅之介も同旨。

裁判官岩田誠の意見 ……婚姻関係の存続を前提とするかぎり、夫婦が婚姻から生ずる費用を分担すべき義務を負うことは民法七六〇

条の明定するところであり、かかる婚姻費用負担義務のみの存否の確定を求める通常の民事訴訟を提起することは許されない。  
憲法問題については、田中裁判官の意見引用。

この二件について解決されるべき表面上の問題は、夫婦の同居に関する処分、婚姻から生ずる費用の分担に関する処分を家庭裁判所の審判手続で終結することが、憲法八二条、三二条に違反するものではないかについてであり、最高裁判所大法廷は一致して違憲ではないと判断している。この結論については私も賛成である。しかし、真の問題は、違憲でないとする理由、より詳しくいえば、いわゆる夫婦の同居義務、婚姻費用分担義務の性質および両義務と夫婦の同居に関する処分、婚姻費用分担に関する処分との関係、それとの関連で審判手続が行いうる範囲をどう考えるかの点にある。この点大法廷では意見が分かれている。多数意見(補足意見を含めて)以下(同)は、憲法三二条で「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」とする裁判の形式は、憲法八二条一項に規定する対審構造をもつた公開の法廷におけるものであることを前提として、このような裁判は、法律上の実体的権利義務自体につき争いがありこれを確定する場合に要求されているとする。そこで、身分関係事件の処理は家庭裁判所の審判手続によることかふさわしいとしても、同居義務、費用分担義務が法律上の実体的権利義務であることは否定できないから、このような権利義務自体を終局的に確定することは、公開、対審の原則に立つ裁判によらなければならない

い。したがつて、審判で行いうることは、実体的権利義務の存することを前提として、同居処分についていえば、夫婦の同居の時期、場所、態様等について、費用分担処分についていえば、分担の方式、分担額等について具体的内容を定める処分であり、この限りで、これらの処分は本質的に非訟事件であるから（補足意見ではこの点を訴訟事件とするか非訟事件とするかは単なる立法上の便宜の問題ではなく、実体的権利義務の存否の確定は訴訟手続によるべきもので、これを回避するため非訟事件手続とすることは許され、これを憲法八二条一項の形式によらない手続で解決しても違憲ではないとする。——少数意見中の山田裁判官の意見は、憲法八二条は基本的人権ならびに自由の最後の保障という意味をもつ裁判の公正の保障のために公開、対審の原則を規定しているが、今日、他に、裁判官の独立等の原則により、裁判の公開、対審の原則が裁判の公正をはかる唯一の保障ではなくなつた。のみならず、憲法八二条の裁判が要請されるのが実体的権利義務の確定についてであるとしても、権利義務の性質如何によつては公開、対審の原則によるのがかえつて人権を尊重しない結果となる場合もある（憲法八二条参照、公開、対審の原則も例外を絶）。夫婦の同居、婚姻費用の分担に關する争いは、権利義務自体の本質からいって、公開、対審の原則に親しまない。たとえば、家庭裁判所の「妻と同居すること」という審判は、妻に同居請求権のあることを認めるものであるが、このような家族団員相互の間の権利義務につき家庭裁判所の審判事件として非公開、非対審でなすことは、この権利の本質からいって当然であるとする。——田中、松田両裁判官を中心とする少数意見は、公開、対審の裁判が要求されるのは、当事者間に権利義務に關する具

体的な紛争のある場合に、一般的抽象的に定められた法規を適用し、何が正しい法であるかを宣言する手続においてであるとし、他方、たとえば同居処分についていえば、夫婦關係の存続を前提とする限りでの家事審判法による夫婦の同居に關する審判は、同居義務の具体的内容に關してなされるのであるから、違憲の問題は生じないとする。すなわち、夫婦が一般的抽象的に同居義務を有することは、訴訟により裁判所の確定をまつまでもないのであつて（「訴訟に對する確定をまつまでもない。」田中裁判官「訴訟によつて確定することは要しない。」松田裁判官「確定する訴訟を裁判所に提起することは許され、ない。」山田裁判官）、審判で問題になるのは、同居の時期、場所、態様等についての具体的内容に關する処分であり、これらについて民法には何ら基準を定めておらず、家庭裁判所が後見的立場から合目的の見地に立つてなす形成的作用にまつものである。したがつて、夫婦の一方の同居請求が権利濫用であるから他方はこれに應ずる義務がないという審判も、同居義務の具体的内容に關する処分なのであつて、夫婦關係の存在を前提とする限り、終局的に同居義務の不存在を訴訟によつて確認することは、民法の予定しないところである（公開、対審の原則による）とする。

多数意見と田中、松田両裁判官を中心とする少数意見は、憲法の解釈上、八二条一項の形式を要求される裁判とは、権利義務の存否に關する紛争に法規を適用してこれを解決する手続においてであるとする点で一致しながら、同居義務、婚姻費用分担義務をどう考えるかという点で議論が分かれている。たとえば同居義務という場合に、抽象的に婚姻關係においては同居し協力し扶助しなければなら

ないというように婚姻関係の内容、或はこのようなものを婚姻の制度と考えるという定義的な意味で同居義務という場合がある（Aの意味）。この場合には、同居義務という言葉を使いながら、実は独立の義務であるわけではなく、これに対応する同居権というものもない。したがって、これ自体が法律的に独立に紛争の単位になることはない。すなわち、同居義務は、婚姻制度の定義であるから、訴訟をまづまでもなく法に規定されたところであり、訴訟上の独立の具体的な紛争ではないから、訴訟を現実が必要としないうし、訴訟を提起しても、訴の利益なしとして許されない（夫婦でないから同居義務がないとはなく、婚姻関係不<sup>(B)</sup>。次に、同居義務というときに、抽象的な同居義務の内容の実現の一方方法として（もちろん精神的に夫婦協同生活と）現実<sup>(B)</sup>に日常の生活をともにしなければならぬという意味で用いることができる（Bの意味）。婚姻関係にありながら、妻が精神病のため病院生活を送らなければならぬ、夫が虐待するため妻は実家に帰り夫の元に居ることができない、夫の勤務の都合等の事情で、現実に日常生活をともにしえない場合がある。このような場合に、一方に同居請求権があるか、それに対応して他方にこれに應じなければならない同居義務があるかという具体的な場合の権利義務が考えられる。これを一種の権利義務というすれば、たとえば所有権とこれに基く物権的請求権の關係に類似のものと考えられ、婚姻という基本關係から、具体的な同居の状態が破られた場合にはその回復を求めるものとして同居請求権が生ずると想定することができよう（但し、これは婚係から一定の抽象的な要件に基いて常に必ずしも発生するものでない点に、後に述べる特色がある。鈴木忠一「夫婦同居等の審判に関する諸問題」判例タイムズ一七九号二頁以下）

は、夫婦共同生活の回復を求めるものとされるが、その審判は、田中、松田両裁判官を中心とする少数意見は、同居義務というときにAの意味を想定しているものと考えられ、その限りで、これが訴訟上問題にならないとするのは正しい。問題は、この意見のように、法規に規定されたAの意味の抽象的的同居義務の下に、具体的な権利義務としてのBの意味の同居請求権、同居義務を考える余地がないのか、したがって、すべて同居義務の履行の方法であるとして、たとえば夫の虐待で同居できないという場合にも、夫の虐待が止むまでは日常生活をともにしなくてもよろしいという同居の方法を指定することであつて、これは、家庭裁判所の後見的形成処分<sup>(B)</sup>にまつ他なく、同居義務の否定ではないから訴訟手続による必要はないとするのが正しいかである。また、多数意見が同居義務という場合には、おそらくBの意味を考えているのであろう。その限りで、法規に規定された同居義務とは別に、具体的な同居義務の存否を問題にしなければならぬとするのも正しい。多数意見対田中、松田両裁判官を中心とする少数意見の同居義務、費用分担義務をめぐる表面に現われた対立は、したがって、論点が正しく対応していないと考えられる（投が、多数意見のように解するならば、民法の予定しない別居制度を認めることにならうとされるのは、多数意見がBの意味の同居義務を問題にしている限り、当たらぬと考えられる。多数意見も別居制度を認めるものではなからう。谷口知平「夫婦同居審判の合憲性、同居義務審判の効力」民商法雑誌五四卷二二三〇六頁以下参照）問題は、多数意見のいうBの意味の同居義務を権利義務の關係として認めないか、これを認めるとすれば、その存否が審判手続によつて終結されることは許されないのかという点である。Bの意味の同居義務は婚姻法上の権利義務であるとしても、どのような場合に同居請求



権が生ずるかは法律上規定されておらず、もつばら家庭裁判所の判断に委ねられている。このような特殊な(裁判所の判断をまつて権利)権利の存在に対応して、その手続をどのように規制するかの問題が生ずる。実体的な権利義務の存否の確定は、その権利義務がどのようなものであれ、訴訟手続で判決によりなされるべきであるとするのが多数意見であるが(審判の合意性等、民商法雜誌五四卷二頁二一八頁以下がある)、これに対し、同じ権利義務であつても法規によつて内容が定められておらず、裁判所の関与によつて初めてこれが定まるようなものについては、もつばらそれに関与する裁判所の手続に委ねられてよい(たかだか不服申立による手続について問題が生ずるが、)とする考え方も存在しよう。山田裁判官の少数意見は、「妻と同居すること」というのは妻の同居請求権(Bの意)を確定したことに他ならないが、たとえ権利義務の存否の確定であつても、その権利義務の本質、内容からいつて訴訟によらず家庭裁判所の審判手続によることが許される(或は、積極的に、審判手続によるべきである)とする。この意見は、審判手続によること、が、権利が前述のような裁判所の関与によつて初めて内容が定まるといふ構造をもつているからなのか(山本戸克巳「審判」家族問題と家族法Ⅳ二一が非訟的な審判手続によつて処理される根拠として、その法律関係が実体法によつて、特殊な構造のものとして、未定財産分与請求権——規定されていることを挙げる)、或は権利自体の構造ではなくて、その権利の認められる基盤となる法律関係(ここでは身分)の特質からなのかという点については、十分明かではない(後者であると考えられようか。そこで、高梨教授は、山田裁判官の意は、そのような関係のうちにも次第に進んで近代の権利義務を否認することに近いとして、反対の意見を示される。高梨公之「家事審判法九條一項乙類一〇号の遺産分割に関する処分審判は合意か——下」。実は、この権利の構造と法律関係

の特質とは切離された別の問題ではないと考えられる。すなわち、立法に当たつて訴訟によつて裁断されることの必要な事項については、多く、内容の法定された権利義務の規定をおくが(構造的からいつて内容の法定された権利義務の存否の確定を)(第一の)、訴訟によつて裁断される必要があるとしても一定の形式的規定では内容確定がなしえない権利義務も考えうる(財産法関係でも、共有等)(第二の)。このような場合には、裁判所の形成作用にまつ他ないが、しかも訴訟手続によらしめることが予定される。これに対し、内容が形式的に定められれに基き第三者によつて一律に裁断されることを妥当としない法律関係については、権利の構造も内容の空白なものとして、当事者の合意、或はそれに代わる第三者の後見的介入によつて内容が定められる(第三の場合、第二の場合と較べて、第三の場合は、権利の構造およびその基盤)となる法律関係の性質からいつて審判手続で終結させることが予定されている)たとえば、身分関係であるからといつてすべての身分事件が審判手続で終結されるものではなく、離婚事件、婚姻無効事件等は訴訟手続によるべきものである。これらにおいては、離婚の形成要件、婚姻の無効事由が法定されており、その要件の確認という構造をもつている。これに対し、本件のような同居事件、費用分担事件では、同居要件、費用分担の基準は法定されておらず、裁判所の関与をまつて権利義務の存否、内容が確定される。このような権利の構造は、婚姻という身分関係の継続中においては、当事者の自主的な判断によるその維持、発展を期待し、紛争についても当事者の解決にまち、国家は後見的な作用を営むにすぎないとする考え方の反映である(これに反し、たとえば、財産分与請求事件は、権利の構造からいつて未定財産分与請求権というにふさわしく、また民法の明文によつても「家庭裁判所は」と規

定されているが、なおその法律関係の性質からいつて財産分与請求権の存。以上の上の否については終局的には訴訟によるべきものと考えられ、余地がありはしないか。見地から、同居事件、費用分担事件はすべてこの範囲にわたつて審判手続によりうるものと考ええる(小山昇「家事審判法九条一項乙類一号、三号の如く評論八四号六。一頁以下参照」)

婚姻費用分担処分についてとくに問題になる点として、この処分に関する審判においては、金銭の支払その他の給付を命ずることができると規定されているが(家事審判規則五、これはどの範囲の給付を命ずることが問題となる。婚姻から生ずる費用という意味では婚姻の初めから分担すべき部分が存したわけであり、分担の方法、分担額を決定するについて過去にこのような方法で分担すべきであった、分担額はこれこれが妥当であると決定することは可能であるが(費用分担処分に関する審判では、過去の確定額の婚姻費用を現実に支弁した配偶者が(ら)または確定した婚姻費用を支弁すべき立場にある配偶者から相手方である配偶者に対し給付を求めるのに対して、給付を命じたものが多い。学説では、この審判は、現実に支出される婚姻費用の負担方法を定めるにすぎないとするもの、或は単に婚姻費用の負担の割合を定めるにすぎないとするものがある。加藤令造「実務からみた、婚姻生活の円満な継続、発展に寄与する」という意味でこの審判を考えると、過去に給付すべきものを過去の分として確定するのではなく、過去を考慮した上で、現在および将来にわたつての分担の方法、分担額を決定すべきではないか(家事審判規則九六条の準用のないところから、)。したがつて、審判で給付を命ずるのも、現在の給付を命ずるものであつて、過去に給付すべきものを過去の分として清算的に命ずるものではないと考える。本件で、過去の給付が過去の給付として問題とされているとすれば、それは実際は婚姻費用分担の問題の範囲から出ているのではないか。婚姻費用分担という場合には、日常生活を

ともにしているとか、現実の生活はともにしていなくとも精神的に夫婦共同生活の一体感をもっていることであつて、婚姻生活が破綻に瀕し、事実上別居しているというときには、婚姻費用分担の問題ではなく、過去の負担の清算、現在および将来(同居し、するに至るまで)の扶養の請求の意味をもつものではなからうか。この点、多数意見、少数意見ともに、過去の分についての費用の分担が含まれるのは当然であるとするだけで、その理由に触れるところの少かつたのは(憲法問題ではなく、特別抗告理由にならぬ、) ならないという点で当然かもしれないが、同居義務、費用分担義務自体をめぐる議論が詳細であるだけに、惜しまれる。

(林 脇 トシ子)

多数意見に賛成。

一 兩判決に共通の問題として、同居請求権乃至婚姻費用分担請求権の存否につき訴訟を提起しうるか否かを論じる。この点に関する多数意見、補足意見、反対意見を大別すると三つになる(この分類は谷口知平・判批・民前五四巻二号二)。

(1) 第一説(多数意見、補足意見の立場) 同居請求権・婚姻費用分担請求権の存否の確定とその具体的態様の形成とを区別し、前者は訴訟により後者は非訟的形成手続(家事審判)によるべきであるとする。したがつて審判で同居が命じられてもあるいは申立が棄却されても、同居義務の存否は既判力により確定されたことにはならないから、訴訟でこれを争つて審判の効力を覆しうる、とする。

(2)第二説(山田裁判官意見) 同居請求権・婚姻費用分担請求権に關する争は、その権利の本質よりして裁判の對審・公開の原則にしたしまないから、この種の權利義務に關する裁判を家庭裁判所の審判事件として非公開對審するのは當然の歸結で、憲法に違反するものではなく、權利義務の存否をそれ自体について更に訴訟をもつて争うことはできないとする。

(3)第三説(田中、横田〔正〕、柏原、岩田、松田、草鹿各裁判官意見) 同居請求権についていえば、民法七五二条で、夫婦は當然同居義務があり、夫婦關係の存在を前提としつつ同居義務自体の不存在を確認を訴求することはありえない。婚姻無効又は離婚を理由に同居義務不存在を主張するのは通常訴訟によるべきであるが、夫婦關係の存在を前提とする以上訴訟の対象になる同居義務に關する紛争は生じ余地がない。同居義務の一時的拒否も義務履行の一態様にすぎず、この一態様に関する紛争は夫婦生活内部のプライバシー尊重を要する性質のもので、公開對審の處理になじまないから、非訟的取扱をしても憲法違反にならない。婚姻費用分担請求権についても、夫婦關係の存続を前提とする以上費用分担請求権が存在するとは民法七六〇条から明らかで、その点は訴訟で確定する必要がなく、また婚姻費用に關する争はその性質上對審・公開の訴訟になじまず、したがつて家事審判に委ねたという点では同居請求権の場合と何ら変らないという。

二 第一に、婚姻關係の存在は當然に同居義務を伴うから、婚姻關係の存在を前提としつつ同居義務を争うことはできないであろう

か。私ではできると解したい。民法七五二条は原則の場合を規定したのであつて、例外的に、例えば長期の海外滞在あるいは配偶者の病氣等同居請求が權利濫用にあたるような場合もあるし、あるいはまた一定の条件のもとにおける別居の合意を伴う婚姻も考えられる。必ずしも常に同居が婚姻の絶対的要件であると考える必要はなからう。右の場合は婚姻關係の存在を前提としつつ同居請求権の存在しない場合である。

もつとも第三説は、夫婦ではあるが同居請求が權利濫用であるからこれに應ずる義務がないというのは、同居義務の存否が問題なのではなく同居義務履行の具体的態様が争われているものと解すべきであるという。しかしこの見解には賛成できない。右の場合家事審判で同居を命じてもそれをもつて適法というべきであろうか。この種の審判において家庭裁判所は裁量権の限界をこえる違法な判断をなし、義務者の權利を不当に侵害しているから、訴訟的救済が与えられるべきであろう。逆の場合もある。すなわち、具体的に同居義務があるにもかかわらず、それが存在しないものとして同居の審判の申立を棄却した場合がこれで、それは裁量権の限界をこえた違法な審判というべきである。

婚姻費用分担請求事件がいわゆる真正争訟事件であるか否かは別にして(私は離婚の際の財産分与請求事件と同様いわゆる真正争訟事件であると解す、石川、家事審判事項としての財産分与請求権の問題点、法研三三卷二号)純粹非訟事件であるにしても裁量権の限界をこえた審判がなされれば同居請求につき右に説いた処と同じことがいえよう。

この意味で婚姻關係の存在を前提とする以上訴訟の対象になる具

体的権利義務自体に関する紛争は生じる余地がないとする第三説には反対である。

私見によれば、家事審判手続にあつて、裁量権の範囲内で家庭裁判所が後見的に法律関係を形成するため審判をする限度においてさらにまた右の審判に対し即時抗告により不服の申立をする限りは事件は非訟事件であると解する。行政処分でないば前者が行政処分、後者が上級官庁に対する不服申立にあたる。これに反して、違法な行政処分に対して行政訴訟による救済が認められることとの均衡上、家事審判が裁量権の限界を越えた違法なものである場合司法的乃至訴訟的救済が与えられなければならないのである（最高昭和四一・延決、判例時報四六九号一四頁。以下入江裁判官反対意見参照）。

三 もつとも田中裁判官は第三の立場をとりながらも、いわゆる非訟事件のすべてが訴訟にしたいとしないというのではなく、家審法九条一項乙類に掲げる各事項についても、通常訴訟が許されるか否かにつき具体的に検討する必要がある、これは終局的には判例法により決せらるべき問題である、とされているのは重要な指摘である。私は且つて乙類事項としての離婚の際の財産分与請求事件が真正争訟事件であることを指摘したことは既述のごとくであるが、田中判事のいわゆる通常訴訟が許される事件はこの種の事件に限られることなく（私は前記本文中で、財産分与請求事件が真正争訟事件であることを指摘したに論及していない。唯仮りに通常訴訟が許されないとすれば憲法違反の問題が生じ、合憲をとるならば、その根拠は家庭事件の特殊性に求める以外にないことを説いた。現在では、通常訴訟による救済も認め、同居請求や婚姻費用分担請求における審判が裁量権の限界をこえたか否かという点ではまさに訴訟に親しむも

のとみななければならないと解する。

我妻教授の指摘される通り、自由裁量の余地を認める実体法の規定が多くなつたということは、紛争解決の非訟化現象につながる（我妻、本件、判批・法協、八三巻、二号三二頁）。同居請求権の具体的態様の形成、婚姻費用分担請求権の具体的内容の形成につき家裁の自由裁量権が認められる。しかし、審判が裁量権の限界を越えた場合の救済は、本来適法性を前提とし合目的性の見地よりする処分の付与を目的とする非訟事件手続によらしむることは適切であろうか。家事審判手続が裁量権の限界、適法性の判断についても正しさの担保になりうるという点で十分公開・対審の訴訟手続に匹敵する内容をもつた手続として構成されていれば問題はない。しかし現在の家事審判手続は決してそのようなものではない。例えば事実の認定は民訴におけるように必ずしも厳格な証明による必要はなく、亦決定の一種である審判により裁判がなされる。不服申立も即時抗告により通常の控訴・上告は認められない。我妻教授の指摘される通り現在の審判手続を改善充実し、対審構造を成立させるいくつかの要素を必要に応じ加味した手続を考案するのが適切である（我妻、判批・法協八、三巻二号三二頁）。しかしそれは立法論で、解釈論としては、家事審判手続が司法的救済としては不完全な現状のもとでは家裁の機能を強調するあまり裁判をうける権利の侵害まで認めることは本末転倒といわなければならない。無制限な紛争解決の非訟化はできない。紛争解決の非訟化はその背後に訴訟的救済を予定しなければ（必ずしも公開を原則とする現在の民訴手続に限るというわけではないが）、裁判をうける権利をいぢるしく侵害する結果になりかねない。

明治民法七八九条が「妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ、夫ハ妻ランテ同居ヲ為サシムルコトヲ要ス」とし、旧人訴法一条I項には同居請求事件を人訴事件とする旨の規定があり、裁判所は公開の法廷で対審(口頭弁論)・判決により裁判すべきものとされた。これに反し家事審判法九条I項乙類一号は夫婦の同居請求事件を審判事項とし、同法施行法六・八条は家事審判法施行後は人事訴訟手続法により同居請求の訴を提起しえない旨を間接に定めた。確かに立法者の主観的意図は、夫婦の同居をめぐる紛争をもつば家事審判の申立によるべきものとする点にあると思われる。それにもかかわらず、解釈論としては、既述のごとき理由から自由裁量の範囲内での同居請求の人訴を提起しえないと解すべきで、裁量権の限界をこえた違法な審判からの救済にあつては人訴を提起しうるものと解すべきではなからうか。

第二説が夫婦間の権利義務はその本質上対審・公開に親しまないから非訟事件たる審判で処理するのだという。夫婦間の権利義務が対審・公開に親しまないとする点は賛成である。したがつて現在の審判手続を改善し正しい審判の担保となりうるような修正を加えて新しい非公開の手続をつくることが望ましいが、それが存在しない現在少なくとも権利の存否それ自体というか裁量権の限界につき訴訟的救済を認める必要があることは既に説いた通りである。亦我々は、元來公開にしたしまないという点では夫婦間の法律関係も人事訴訟事項との間にも大差がない点に注目しなければならないであらう。さらに、現行制度の運用上非公開の要求をみたすには憲法八二

条第II項本文により対審を非公開にすることが望ましい。もちろん同項の非公開は必要ではないから夫婦間の法律関係をめぐる訴訟が非公開で行われる保障はない。そこで夫婦間の法律関係をめぐり一方では憲法三二条との関係で訴訟を認めよという要求が、他方では非対審・非公開の要求が訴訟を否定する主張として対立することになる。これら二つの要求は両者を折衷する手続を新に造らない限り互に相矛盾するが、それが存在しない現状では、解釈論として、人訴と調停の間に調停前置主義がとられるのを類推し(八集<sup>家事</sup>)、家事審判事項に関する訴訟と審判との関係につきその性質上非公開・非対審で行われる審判を前置するものと解したらどうであらうか。当事者の紛争の非対審・非公開解決を望むなら審判に服すればよく、対審・公開をしてまで権利の救済を求めらば訴によりうる、という点で右の相対立する二つの要求を妥協させることで満足せざるを得ないであらう。

四 松田意見は、多数意見の欠陥を種々指摘する。以下若干の問題点をとりあげておこう。(1)夫婦の同居を求める訴は旧人訴法の時代にも判決を強制履する方法がないから実効を収め得なかつたから認めても無意味であるという。実体法上同居することが行為規範である以上それが執行できないにしても何故判決でそれを宣言することができないのか。亦逆に少なくとも同居義務がないのに審判で同居を命ぜられた場合同居義務不存在確認の訴で救済されてよいであらう。(2)夫婦同居義務の存否が判決で確定した後は既判力が生じているからこれに反する事情が生じたときどうするか問題であるが、

審判には既判力がないから事情変更を理由に審判の取消・変更を認めるに何の妨げもない、という。しかし、既判力の標準時以後の事情の変更は既判力により遮断されないから問題はないと思う。(3)夫婦同居の訴は人訴法に現在規定がないから民訴によらざるを得ないが、その訴訟で請求の認諾や擬制自白が認められることになる。すれば、その結論は失当である、といわれる。しかしこの点私見によれば現行法上も既述のごとくこの種の訴は人訴によるべきであると考え。私見によれば請求の認諾・放棄・和解は許され、擬制自白・自白は許されないものと解する(人訴一〇条)。(4)同居の訴を認めれば同居の訴を本案とする仮処分(旧人訴一六条)が認められることになるが、それはいかなる内容の仮処分なのか、同居の審判と右仮処分はいかなる関係に立つのか、疑問とされる。この点につき私は既述のごとく、同居の訴は人訴法上全面的に廃止されたとはみない。そこでその限りで旧人訴一六条の仮の処分もまた認められ、右仮の処分は審判に優先すると考へる。

五 最近非訟事件と民事訴訟との関係につき最高裁大法廷は相次いで重要な判例を出している。本稿で二つの判例を取上げたが、このほか遺産分割に関する審判の合憲性等を対象とした昭和四一年三月二日の決定(民集二〇卷三三〇頁以下)があり、さらにまた過料を科する手続および過料の裁判に対する不服申立についての手続を定めた非訟事件手続法の規定の合憲性につき昭和四一年一月二七日の決定(判例時)がある。

前の三つの判例についての評釈も数多いが、本稿で参照したの

は、既に引用したもののほか、

夫婦同居に関する決定につき、小山・判時四一九号六一頁以下、宮田・法曹時報一七卷八号一〇頁以下、鈴木(忠)・判タ一七九号二頁以下、唄湯沢・現代法五・現代の裁判三三八頁以下、佐々木・ジュリ家族法判例百選三六頁以下、戸根・非訟事件の裁判における判断の対象と民事訴訟・民訴雑誌一三三号一八頁以下があり、婚姻費用分担に関する決定については、前記、小山、鈴木(忠)、唄・湯沢、戸根諸氏の批評のほか、宮川・民商五四卷二二一八頁以下、高津・法曹時報一七卷八号一六頁以下があり、遺産分割に関する決定については、高津・法曹時報一八卷五号九五頁以下、高梨・判時四四七号一三五頁以下、谷口・民商五四卷四号六二四頁以下、山木戸、ジュリ家族法判例百選一七六頁以下のほか戸根・前掲論文がある。

(石川 明)