慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	離婚の訴えの係属の消滅と右訴えに附帯してされた財産分与の申立ての適否について
Sub Title	Zuständigkeit des Nebenanspruchs und Ehescheidungsklage
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1984
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.57, No.6 (1984. 6) ,p.51- 60
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19840628-0051

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.

研究ノート

離婚の訴えの係属の消滅と右訴えに附帯してされた財産分与の申立ての適否について

石川　明

一、問題の提起
二、学説の現況
三、学説の検討
四、結　論

一、問題の提起

私は判例時報一〇七九号二〇二頁（判例評論二九四号四〇頁）以下に本稿と同じ題名の判例批評を執筆した。判決は最高裁昭和五八年二月三日第三小法廷判決（以下本稿において「本件判決」という）で財産分与、慰藉料請求事件（以下本稿において「本件」という）に関するものであった。(1) 問題を簡略化すれば、離婚の訴において原告が附帯的に財産分与の申立をもして、併合審理されていたが（人訴一五条一項）、右訴訟の係属中に協議離婚が成立して離婚請求の係属が消滅し、それによって財産分与の申立がどのような影響をうけるかというのである。財産分与の申立の適否について、後述するように、適法説、不適法説、折衷説が対立しているが、右判決は不適法説を採用したのである。私自身は前記批評において折衷説を主張したが、本稿は前記旧稿を補完した（特に三ノ一）ものである。本稿の発表を承諾された判例時報社の御厚意に感謝の意を表するものである。

(1) 財産分与慰藉料請求事件、最高裁昭五七(オ)六三六号、昭五八・二・三第一小法廷判決、上告棄却、一審富山地裁魚津支部昭四四(タ)一号、昭五五・九・二六判決、二審名古屋高裁金沢支部昭五五(ネ)一九二号、昭五七・三・二四判決、判例時報一〇六九号七三頁以下。

本件の事実は以下のとおりである。

第一審において、妻から夫に対する離婚の訴え、慰藉料請求及び右離婚の訴えに附帯して財産分与の請求をし、右各請求が併合審理されていた。審理が終局段階に近づいた第十八回口頭弁論期日（昭和四七年一一月一日）に、第一審裁判所は、まず、(1)「慰藉料請求及び財産分与請求について家事調停に付する。調停手続終了まで本件手続を停止する」旨の職権による付調停を、次いで(2)「原告と被告は協議の結果円満に協議離婚をすることとし、本日協議離婚届を作成し、原告は被告にこれを交付し、原告は被告において届出することを委任した」旨の和解条項をもって離婚請求につき和解が成立した。右協議離婚は翌二月に届出られた。これに対して家裁の調停に付されたその余の請求である慰藉料請求及び財産分与請求につき、昭和五五年になり調停が不成立になったため、第一審裁判所は、右各請求について、訴訟手続を開始した。昭和五五年五月九日に第一九回口頭弁論を開き弁論を更新した。ついで第二〇回口頭弁論、証拠調期日（昭和五五年七月一一日）が開かれ、原・被告本人訊問をおこない、第二一回口頭弁論（昭和五五年八月一日）をもって弁論は終結された。

第一審は慰藉料請求を一〇〇万円の限度で、財産分与請求は一二五万円の限度で各一部認容した。これに対し、控訴審（原審）は、慰藉料請求について第一審判決の認容したとおり一〇〇万円の限度で請求を認容したが、財産分与請求については第一審判決を取消して訴えを却下したのである。その理由として、財産分与請求は、人訴法一五条一項により離婚の訴えに附帯してなす場合のほか、家審法九条一項乙類五号に定める乙類審判事項として、家裁の管轄事項に属するものであるところ、原被告は、裁判上の和解に基づき協議離婚したことが明らかであるから、原告の本件財産分与請求は訴訟手続で審理する根拠を失い不適法として却下すべきものであるとしている。

原告が上告。上告理由は大凡次のとおりである。すなわち、原告の財産分与の申立は、離婚の訴えに附帯してなされたものであるから、協議離婚届が提出されたことにより人訴手続上財産分与請求をする根拠を失ったとして右申立を不適法却下した点について、離婚の訴えと同時に財産分与請求をしてこれが適法に係属した以上離婚の訴えが終了したとしても、いったん係属した財産分与請求を不適法として却下することなく実体判断を下すべきであるのに、原判決が訴えを却下したのは人訴手続に関する法令（民法七六八条、人訴法一五条一項、家審法九条一項乙類五号）の解釈適用を誤った違法があるというのである。上告棄却。

二、学説の現況

右判決のケースにみられるように、離婚の訴えにおいて附帯的に財産分与の申立がなされ、右訴訟の係属中に協議離婚が成立し離婚請求につき訴訟係属が消滅したことが財産分与の申立にいかなる影響を及ぼすかという点については見解が対立している。

第一説はいわゆる不適法説と呼ばれるものである。[1] 通常裁判所は、財産分与について離婚判決をするかぎりにおいて裁判管轄権を有する。離婚の訴の却下または離婚請求の棄却の判決をする場合には財産分与の申立は却下される。また、財産分与の申立のみについては、家庭裁判所が管轄権を有し通常裁判所は

これを有しない。原告が離婚の訴えを取下げたときは、訴えに附帯しての財産分与の申立の効力は当然に消滅する。財産分与の申立は、その効力を離婚の訴えの取下げのときに消滅させるという趣旨でなされているものであるからである、と説くのである。さらに、不適法説を採用する本判決は次のように説いているのである。すなわち、「人事訴訟手続法一五条一項による離婚の訴えにおいてする財産分与の申立ては、本来家事審判法九条一項乙類五号の定める家庭裁判所の権限に属する審判事項につき、手続の経済と当事者の便宜とを考慮して、特に例外的に訴訟事件である離婚の訴えに附帯して同一の訴訟手続内で審理判断を求めることを許したものにすぎないから、附帯請求としての財産分与の申立てに対して訴訟手続内で審判するについては、本来的請求である離婚の訴えが現に係属していることがその前提要件をなし、右訴訟の過程においてなんらかの理由により離婚の訴えそのものの係属が失われたときは、残存する附帯請求である財産分与の申立てについてはもはや当該訴訟手続内で審理判断することができず、右申立ては不適法として却下を免れないものと解するのが相当である」[2]とするものである。

第二説は適法説とも呼ぶべきものである（加藤令造説）。すなわち、離婚訴訟係属中の協議離婚により、離婚の訴えはその目的の到達により、もはや判決をなしえなくなることは論のないところである。しかし、適法に一旦係属するに至った申立事項であるかぎり（民訴法二九条参照）、附随的事項と雖も判断事項が残存する以上、裁判所はその事項について判断をなすべき責務を負うべきものなること多言を要しないところであると説くのである。この見解によると、「これは、あたかも、民訴法第一〇四条の規定が新設せられる以前に、離婚訴訟の係属中に配偶者の死亡または失踪宣告の確定によって（民法三一条）、離婚判決をする必要はなくなって、訴訟費用の負担の問題のみが残存するに至った場合の爾後の判決手続と極めて類似する問題なのである」とされる。この加藤＝適法説は、残された附帯申立を家裁に移送するのが実質的に妥当な措置であるとして法改正を提案している。また加藤＝適法説は、原告が協議離婚の成立後に離婚の訴えを取下げない場合、訴えは利益を欠き却下されることになるのか、あるいはその旨の判決すら不要なのかという点について言及していない。

第三に岡垣判事の見解を挙げておきたい。[3] すなわち離婚の訴えが取下げられた場合、離婚訴訟の終了により附帯申立の利益が当然失われ、もはや財産分与の申立を維持する利益がなくなるから、後者の申立は前者の訴えと運命をともにし、前者の訴訟終了と同時に後者の申立は特段の手続を要しないで終了する。これに対して、離婚訴訟の係属中に夫婦間で協議離婚の届出ないし調停離婚の成立があったが、子の監護、財産分与に関する事項につき未解決であるときのように、離婚訴訟が終了してもなお附帯申立の利益が残存する場合には、まず、受訴裁判所としては、申立人に対して、申立を取下げ、改めて家裁に審判請

求するよう勧告すべきであるが、申立人が右勧告に応ぜずあくまで受訴裁判所による審理判断を求めるときは、いったん適法な附帯申立があって裁判所に係属した以上、離婚訴訟が終了しても、裁判所の附帯申立に対する審判権が失われることはないとの見解にたって、裁判所は右申立について審理判断をする責務を負うべきであると解するのである。

ところで、この岡垣説は判例時報一〇六九号七四頁の前掲解説によると第三説として挙げられているが、受訴裁判所が申立人に対し附帯申立を取下げ、あらためて家裁に審判請求するよう勧告すべしとする点を除けば、むしろ適法説に分類すべきものであると考えられる。

ところで本件第一審裁判所は、調停不成立となった後に慰藉料請求及び財産分与請求について審理判断をしているが、これは、適法説（意識的に適法説を採用したか否かは別にして―判例時報一〇六九号七一頁の本件解説参照）を前提としている。また、上告理由も同様である。これに対して原審判決及び本件判決は明らかに不適法説の立場によっている。本件判決はかように学説の対立するこの問題について初めての判断を示し、不適法説に軍配をあげたという点で注目される。(4)

不適法説は財産分与事件が非訟的性質を有し家事審判事項であることを重視し、人訴法一五条一項による附帯請求は法が特に認めた例外現象であるとの立場から、離婚訴訟の係属が附帯申立の審判の適法要件であるとする。これに対し、適法説によれば、離婚訴訟の係属は附帯申立をする際の適法要件であるにとどまり、附帯申立の審判の適法要件ではないとすることが、いったんえられた訴訟資料等の利用に関する当事者の便宜、訴訟経済に適うと説くのである。実務の取扱いは不適法説によっているといわれている。(5)

ところで、不適法説に対しては次のような批判がなされている。不適法説によっても離婚の訴えに関する判決に不服がなく、財産分与の判決にのみ不服があることを理由にその部分の取消だけを求める上訴を適法とみる見解(6)によれば、本来的請求である離婚の訴えにつき争いがなくなっているのに、争われている附帯申立につき上訴の審判権を肯定させるために、形式的には不服の範囲外である離婚の訴えも附帯申立と不可分に上訴審に移審することになり、右附帯申立の審判をなしうる要件に欠けることがないと説明される。しかし、この点については、実質上争いがない、いわば形骸化された離婚訴訟をなお上訴審に引き込まなければならない結果になるのは、そもそも不適法説の依拠する原則論重視の考え方を軽視することになり、理論的に問題がないわけではないというのである。(7)

また適法説に対する批判は次のようなものである。すなわち、離婚訴訟の審理が全く進行していない段階で離婚訴訟だけが終了した場合にも財産分与申立のみが引続いて係属することを肯定せざるを得ないとする適法説によると、結局家裁の専属管轄を潜脱するために附帯申立てが利用されかねない虞れがあり、

かかる結果を肯認する適法説は不合理であるというのである。(8)

(1) 小山昇「離婚慰藉料と財産分与の諸問題」判例タイムズ二九四号六七頁、山木戸克己「人事訴訟手続法」法律学全集(38)三一頁。

(2) 加藤令造「離婚訴訟の終了と附帯請求」判例タイムズ二五〇号一〇二頁。

(3) 岡垣「人事訴訟の研究」二三三頁、二三四頁。

(4) 判例時報一〇六号本件解説七四頁参照。

(5) 判例時報一〇六号本件解説七五頁参照。

(6) 仙台高秋田支判昭三七・八・二九、高民一五巻六号四五二頁、大阪高判昭四二・一・二七家裁月報二〇巻五号一一五頁、札幌高判昭五一・一〇・二七判例タイムズ三四六号二二〇頁等参照。

(7) 判例時報一〇六号本件解説七四頁参照。

(8) 判例時報一〇六号本件解説七四頁参照。

三、学説の検討

私見は結論的にいうと折衷説である。以下その理由を述べてみよう。

一、まずはじめに「事実関連から認められる管轄(Zuständigkeit aus Sachzusammenhang)」なる概念を援用しておきたい。この概念は Fritz Baur が Festschrift für v. Hippel, 1967, S. 1 ff. で提案したものである。この概念は、請求権競合による一個の訴訟物が認められる場合に(新訴訟物理論)、競合する請求権の一つにつき法定管轄を有する裁判所において他の請求権についても管轄が認められることを内容としている。例えば、不法行為につき特別裁判籍の認められた(ZPO三二条)裁判所は請求権競合関係にある(したがって訴訟物としては同一の)債務不履行、保証責任等についても管轄権を有することになる、とするのである。

かつて連邦通常裁判所(以下BGHと略す)は、被告の不法行為、債務不履行、および保証責任が競合した事例で、原告が不法行為の管轄裁判所に訴を提起し、右の三つの請求原因を主張したのに対して、不法行為について請求棄却、債務不履行と保証責任については訴を却下したことがある。(1) すなわち、同裁判所には債務不履行および保証責任については管轄権がないために却下の裁判をせざるをえず、原告としてはこれらにつき別訴によらなければならないとしたのである。この判決をめぐり、例えば、T. Ritter はBGHは後二者の請求につき管轄裁判所に対し移送の裁判をすべきであった旨批判をしている。(2) 債務不履行および保証責任追求につき却下または移送するものとする両当事者とりわけ原告が複数の訴訟の追行に伴う不利益を蒙ることになる。その不利益は訴訟に要する時間、訴訟費用、当事者のエネルギーの増大という点で認められる。したがって、これら訴訟経済の観点から却下または移送は避けられなければならない。したがって、請求権が競合する単一の訴訟物については一つの裁判所の一つの訴訟により解決されることが合目的的であるということになる。(3) かかる解釈の理由づけとして Baur は「事実関連から認められる管轄」なる概念を提案したのである。

たしかに、この概念についてはドイツの学界においても賛否両論が対立している。[4] 特に反対説の根拠は、この種の事実関連から認められる管轄は実定法上の根拠を欠くという点に求められている。[5] しかしながら、事実関連から認められる管轄というものが実定法上全く認められないというわけではない。むしろかかる考え方を前提とする規定はしばしばみられるのである。例えば、ドイツ民訴法に例をとれば関連関係にある不動産の裁判籍を認めた二五条、本訴訟の特別裁判籍を認めた三四条、反訴の特別裁判籍を認めた三三条の各規定がそれである。さらにまた管轄規定の適用上の非貫徹性を別の理念から推測させる規定として、「地方裁判所の判決に対しては、区裁判所の管轄に属したことを理由に不服を申し立てることができない」とするとZPO一〇条、「財産上の請求をめぐる訴訟において、第一審裁判所がその土地管轄を違法に認めたことを理由にする控訴は許されない」とする一審の任意管轄規定違反を主張できない旨規定し、さらに三九五条一項四号の反対解釈として第一審裁判所の管轄違背は専属管轄を除いて絶対的上告理由にならないと解される。ただし、訴えの変更にあっては追加ないし交換後の請求について、反訴にあっては反訴請求について専属管轄の定めがある場合は、訴えの変更や反訴は許されないことになる。

そこで次に、専属管轄についてその融通性が認められないかといえば、決して認められないとはいいがたい。人訴法一五条一項の規定は事実関連からする地裁の管轄を家裁の職分管轄事項について認めているのである。この場合、法は、審理の能率化、当事者の便宜等の要請を原因にして特に事実関連からする管轄を認めたのである。特段の事情がなければ、たとえ離婚請求の係属が協議離婚によって終了したとしても、当該裁判所において財産分与の附帯請求を審理し判断することが、審理の能率化と当事者の便宜に適うものと考えられる。

そこで事実関連からする管轄という観点からすれば、A請求の管轄裁判所である甲裁判所に同請求につき訴が提起されこれに事実関連関係にあるB請求が併合された場合、棄却等の理由によりA請求の係属が消滅しても、そのことによりB請求につき甲裁判所の事実関連による管轄が消滅するわけではない。かような意味で私は基本的には適法説に近い立場をとりたいと考える。

二、つぎに、従来も適法説の考え方は既述のとおり管轄の恒定の原則をその一つの根拠としていた。但し管轄決定の規準時期に関する民訴法二九条の援用をしていない。私も本件のごとき場合にかぎり管轄の恒定の原則を排除する特段の理由はないと考える。

三、(1) たしかに既述のとおり、適法説によれば、財産分与に関する家裁の専属管轄を潜脱するために離婚訴訟を濫用する虞れが全くないとはいえない。しかしながらそのような目的が明確である離婚の訴えや財産分与の申立てについては、これらを訴権や申立権の濫用として却下することによりこれを防ぐべき

性質のものであろう。

附帯請求の審理がある程度進んだ段階で協議離婚が成立したような場合、不適法説によれば改めて家裁において附帯請求の申立てをしなければならないことになるのであるが、それは手続経済の原則に反する。逆に附帯請求の審理があまり進んでいない段階では改めて家裁に附帯請求に係属させることが必ずしも常に手続経済の原則に反するというわけではない。むしろ附帯請求を家裁に係属させるほうが適切、妥当である場合もありうる。かような場合を含めて一般に離婚訴訟の係属中に協議離婚が成立したために財産分与の附帯請求を家庭裁判所に係属させたほうが適当であると思われる場合には、申立てまたは職権によって、受訴裁判所は、残った附帯請求事件を管轄家庭裁判所に対して民訴三一条による裁量移送すればよいものと考えられる。

民訴法三一条の移送は、損害、遅滞を避けるためのものである。財産分与事件は本来訴訟事件ではなく家事調停、家事審判事項である。したがって、離婚請求の係属の消滅のときに附帯請求についての審理が進んでいないような場合には、民訴法三一条の裁量移送に基づき家裁の調停、審判手続にのせることにより事件本来の性質に適った手続を進めることが著しい損害を避けることになるものと思われる。

(2) もっとも、かつて最高裁は「家庭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、民訴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)第一九四号同三八年一一月一五日第二小法廷判決民集一七巻一一号一三六四頁参照）」旨、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」旨判示した。[6] それ以前に、最高裁昭和三八年一一月一五日第二小法廷判決[7]は、地方裁判所に提起された準禁治産宣告取消訴訟を民訴法三〇条の規定により家庭裁判所に移送することができない旨判示していた。しかしこの判決は、乙類審判事項を内容とする訴訟事件の移送の可否について予測せしめるとする見解[8]と、必ずしも予測できないとする見解[9]とがあったが、この見解の対立に解答を与えたものと評価された。学説も、時効中断、期間遵守など当事者の利益を保護しようとする実際上の理由を強調する立場から、移送を肯定する見解[10]と、民訴法三〇条の文理や移送に伴う手続上の転換や当事者の変更について解決すべき手続規定を欠くことを考えた移送否定説[11]とが対立している。[12] 私は前記文献に示したように移送肯定説をとるので、それをここに繰返さない。[13]

(3) ところで、仮りに右の問題について移送否定説をとったとしても、そのことから直ちに本件のごとき場合に移送を不適法とすることはできないものと思われる。けだし、右の問題は家事審判事項を内容として当初より訴訟が係属した場合に関する

ものであるのに対して、本件の場合は、家事審判事項が離婚訴訟の附帯請求として一度適法に係属した後に、本請求の消滅により附帯請求だけが残った場合に関するものであって、家事審判事項が一度適法に係属している点が前者と異なる。

すなわち、附帯請求が適法に係属している以上、当該訴訟手続において審理・裁判することが適切でないとするならば、民訴法三一条により裁量移送することが原告の利益を守り適切であると考えられるからである。

特に本件の場合家裁に改めて財産分与申立てをするにはその除斥期間が徒過してしまっているので、移送を認めないと原告にとって著しい不利益が生じるという事情がある。原告は離婚の訴えの終了後に改めて家裁に財産分与の申立てをすることにより家裁の審判を求めるという方法が残されてはいるが、その除斥期間は民法七六八条により二年であって、本件の場合右除斥期間は徒過してしまっているのである。もっとも、改めて家裁に財産分与の審判を求めるための救済として、次の二つの方法が提唱されている[14]。すなわち、第一は調停に附された事情、調停の経緯からして具体的救済をはかる必要が認められる事情があれば、民法七六八条の除斥期間の起算点を遅らせる方法により家裁に財産分与の申立てをする可能性を認めるという方法、第二に、財産分与の申立てについて地裁からの職権による付調停が不成立になったと同時に原告から家裁に対して家事調停の申立て、審判の申立てがあったものと看做すという方法が考えられる。第一の方法は実質的に除斥期間をおく意味を失わせることになる。原告としては財産分与を争う意思をもち実際に裁判上の手続をとっていたし、離婚事件の係属終了後は裁判所を誤ったことになるとはいえそれについて裁判所の不手際も関与していたのであるから、起算点をずらさないことは原告にとり著しく酷であることは理解できる。しかしこの場合原告の受ける不利益は除斥期間の起算点を遅らせることによってではなく、附帯請求事件を家裁に裁量移送することにより解消すべき問題ではないかと思われる。けだし除斥期間の起算点を遅らせることは、「離婚の時から二年」とする民法七六条二項但書の明文に反するし、また起算点を遅らせることは除斥期間の意味を失わせることになると思われるからである。第二の方法にも問題がある。調停が不成立になったときに家裁に対する家事調停・審判の申立てがあったものと看做すとしても、調停が不成立になったときに既に除斥期間が徒過してしまっている場合があるからである。

四、ここで前記岡垣説について言及しておきたい。岡垣説は、既述のとおり、まず受訴裁判所としては申立人に対して、申立ての取下げと家裁に対して改めてする審判の申立てを勧告し、申立人がこれに応じないときは受訴裁判所が審理判断すべしとする。この見解によると、附帯請求が受訴裁判所に係属するか否か、したがって受訴裁判所が附帯請求について審理・判断すべきか否かは、申立人が右勧告に応じるか否かという申立人の

態度にかかることになる。

私見との異同については次のように考えることができる。すなわち、岡垣説は、いったん附帯申立が適法に係属した以上離婚事件が終了しても附帯事件についての係属が当然に終了するものではないという点で私見と共通している。これに反して、私見は、受訴裁判所が離婚事件の終了後も附帯請求について引続き審理・判断する権限をもつか否かは、申立人が受訴裁判所の右勧告に従うか否かにかかるのではなく、受訴裁判所の裁量にかかると解するという点で、右岡垣説と異なる。附帯請求についての審理が殆んど進んでいない段階で離婚事件が終了したために受訴裁判所が家裁に移送することが適切であると考えた場合でも、申立人が右勧告にしたがわずに受訴裁判所における審理・判断を望む場合、その意思を尊重しなければならないとするのが、右岡垣説の帰結になると思われるが、さような帰結には問題があるのではないかと思われる。

四、結　論

以上に述べたように、私見は基本的には、民訴法二九条の管轄恒定の原則に基づき適法説の立場をとりつつ、民訴法三一条の裁量移送を認める点で、これを折衷説ということができると考える。不適法説を採用した本件判決に反対するものである。

(1) BGH in NJW 1971, 564.

(2) NJW 1971, 1217. なおこの点をめぐる学説・判例の詳細については、K.H. Schwab, Streitgegenstand und Zuständigkeitsentscheidung, *ΕΘΝΙΚΟΝ ΚΑΙ ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΑΚΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΝ ΑΘΗΝΩΝ, ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΗ ΕΠΕΤΗΡΙΣ ΤΗΣ ΝΟΜΙΚΗΣ ΣΧΟΛΗΣ*, S. 846 f.

(3) Schwab, a.a.O., S.

(4) この点の詳細については、Schwab, a.a.O., S. 853 ff. これに賛成する見解としては、Rosenberg — Schwab, 11. Aufl., 1974, §9Ⅱ2 und §36Ⅵ2; Zeiss, Zivilprozeßrecht 1971, S. 11; Georgiades, Die Anspruchkonkurrenz im Zivilrect und Zivilprozeßrecht, 1968, S. 272; Gravenhorst, Die Aufspaltung der Gerichtszustündigkeit nach Anspruchsgrundlagen, 1972, S. 69, 81. があり、反対説としては、Saure, Die Rechtswegverweisung, 1971, S. 134 ff. und Krause, ZZP, 83, 313. がある。

(5) K.H. Schwab, a.a.O., S. 834 参照。

(6) 最高裁昭四四・二・二〇一小法廷判決民集二三巻二号三九九頁、判例時報五五〇号六三頁。

(7) 民集一七巻一一号一三六頁。

(8) 中村英郎・判例評論六九号八頁（判例時報三八一号三四頁）、宮井忠夫・同志社法学一五巻六号七一頁。

(9) 山木戸克己・民商五一巻一号一二四頁。

(10) 中村英郎、山木戸克己各前掲文献のほか、山木戸克己・続民訴判例百選一四頁、石川明・法学研究三一巻四号二六二頁、兼子一編判例民事訴訟法上九二頁、新堂幸司・民事訴訟法〔第二版〕七八頁、菊井維大＝村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅰ一五三頁。

(11) 宮井忠夫・前掲のほか、鈴木忠一・非訟事件の裁判の既判力一七頁、市川四郎「家事審判の本質」岩松還暦七一三頁、同・綜合判例研究叢書民法(3)一一九頁、斎藤秀夫編・注解民事訴訟法(1)一七三

頁。

(12) 文献の詳細については、奈良次郎・最高裁判例解説昭和三八年八二事件参照。

(13) 石川明・前掲論文および小室直人＝賀集唱編・新版民事訴訟法五五頁（石川明）。

(14) 判例時報前掲本件解説七五頁。