HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 審判による扶養料支払の始期について |
| Author(s) | 石川, 恒夫 |
| Citation | 法學會論集, 11(2), 116-125 |
| Issue Date | 1961-03-25 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/17066 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 11(2)_p116-125.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

## 【札幌身分法研究会　第一・二・三回】

札幌身分法研究会は、北海道大学法学部で身分法を研究している教官ならびに札幌家庭裁判所の家事審判官が中心になり主として家庭裁判所で実務上生じた身分法の適用・解釈に関する諸問題について総合的に研究討議し、家庭裁判所が実務処理上遭遇する困難な問題の理論的にしてかつ妥当な解決に貢献することを目的として、昭和三十四年六月発足した。以来毎月一回研究会を開いて今日に至っている。これまでに取上げた問題は扶養と遺産分割に関し、後者は現に継続中であり、その成果の一部は判例タイムズに掲載が予定されている。本誌に掲載するのは前者に関する。ここに掲げるものについては、担当会員が研究会の討議を参考にしてまとめたものであり、その内容・結論は必ずしも参加した全会員の一致によるものではないことをお断りしておく。したがつて研究内容の窮極の責は担当会員が負うものである。大方の御批判と御教示を仰げれば幸いである。

（札幌身分法研究会）

# 審判による扶養料支払の始期について

石川恒夫

### ――研究問題――

A女(七二歳)は、昭和三十一年八月その長男Bに対し扶養調停の申立をなし、同三十三年九月調停不調となり審判に移行した。

事情によると、BはAに対し月三〇〇〇円を扶養料として支払うのが相当である。この場合、審判においてBに対し扶養料の支払をいつから命ずることができるか。

## ―― 問題の所在 ――

一　設問に対する結論としては次の三つの場合が考えられる。

(1)　調停申立の時

(2)　審判告知の時

(3)　審判確定の時

二　(1)の説によるときは、審判において過去の権利の形成ができるかという問題がある。

(2)の説によるときは、審判告知の時に権利が形成されるという疑問がある。

(3)の説によるときは、Bが争っていさえすればAを扶養しないで済んでしまうという具体的に不当なことが起り得るという問題がある。

(2)、(3)の説によるときは、調停申立の時から審判告知までの、もしくは審判確定までの扶養に関連する他の法律関係を、また家事審判規則九五条の臨時処分との関係をいかに説明するかという問題がある。

## ―― 研　究 ――

一　旧手続法上、訴訟事項とされていた扶養事件は、現行手続法上、非訟事件である家事審判事件として、[1] 非訟手続である家事審判手続によつて処理される。非訟手続においてなされる裁判は、その性質上、権利・義務の存否を確定するものではなく、権利・義務ないしはその内容を具体的に形成するものであるから、非訟的裁判である家事審判も、権利・義務の存否を確定するものではなく、権利・義務ないしはその内容を具体的に形成するものであると解されている。[2]

他方、実体法たる民法の扶養に関する旧規定のもとでは、具体的内容をもつ扶養請求権は、一定の親族関係・扶養必要状態・扶養可能状態・扶養請求等の法律要件事実が存在することによつて当然生ずるものとされていたが、これらについて規定を欠く現行法のもとにおいても同様に解されるとする見解が強い。[3]

いずれにしても、現行民法上、扶養の順位・程度・方法の決定は、当事者の協議または審判にゆだねられ、その審判は、家事審判法に基づき、家庭裁判所がその合目的的裁量によつて当該事件の具体的事情に応じた妥当な解決をなすべきものである。

二　そこで、扶養の審判は家事審判法に基づき扶養の権利・義務を創設的に形成するものであるとする扶養審判の性格論、扶養の審判は実体法上すでに存在している扶養請求権に基づき扶養義務者に扶養料の支払を命ずるものであるとする従来の扶養理論を考慮するならば、現行法のもとにおいて、理論上、扶養審判によ

つて扶養料の支払を命じうる時期としては、①扶養権利者から扶養義務者に扶養義務の履行を請求した時、②扶養調停・審判申立の時、③扶養審判告知の時、④扶養審判確定の時、の四時点を考えることができる。(4)

三　この問題について、まず、結論を示すならば、家庭裁判所が審判によつて扶養料の支払を命じ得る時期は、理論的一貫性、具体的妥当性の要請を充足する見地からして、(2)、③扶養審判告知の時と解すべきである。

なんとなれば、現行民法の扶養に関する規定が扶養の権利・義務の発生・変更・消滅を生ぜしめる法律要件、ならびにその法律効果についてなんら具体的な基準を設けていないことからするならば、扶養の権利・義務の発生およびその具体的内容が現行扶養規定の適用により客観的に確定するものと解することは困難であるからである。また現行法上、家事審判法によつて扶養事件を非訟的に処理する扶養審判は、実体法上の扶養請求権ないしは扶養義務の存否を確定するものではなく、扶養請求権ないしは扶養義務、およびその具体的内容を形成するものであるからであり、その権利・義務の形成は、権利・義務の形成の性格上、将来の法律関係についてのみ可能であつて、過去の法律関係の形成・過去の給付義務の確認は、理論的にできないからである。(5)したがつて、扶養審判による扶養の権利・義務の形成は、審判として表明される審判告知の時において、家庭裁判所の広範な自由裁量権に基づき要扶養者の需要、扶養義務者の資力その他一切の事情――法定の扶養親族関係にある要扶養者と扶養可能者間の個人的ないしは社会的特殊事情の一切――を判断基準として個別的特殊性に妥当するようになされ、かつ扶養料の支払を命ずる審判は審判告知の時以降の扶養料について決定すべきことになる。(6)

四　このような解釈に対しては次のような問題が提出される。

基本的な問題としては、審判前の扶養に関する法律関係をいかに構成するかという問題であり、(7)この基本的な問題から派生する具体的・個別的な問題としては、(イ)実体法たる民法の解釈上、協議・審判前には、具体的な扶養の権利・義務を考えることはできないのか！！扶養審判により形成されるのは扶養の権利・義務の具体的内容であり、この権利・義務の発生および消滅は実体法たる民法により規定されるのではないか。(8)(ロ)民法第八七七条一項の扶養当事者と民法第八七七条二項の扶養当事者との関係をいかに解するのか。(9)(ハ)扶養請求後審判告知までの扶養料がすべて「過去の扶養料」となつて審判手続では請求できないとすれば、不当に扶養義務者を利得させることになりはしないか――それは訴訟手続で請求することになるのか。(10)(ニ)扶養の権利・義務の形

成そのものが、少なくとも権利・義務形成の時期が、扶養義務者の主観的事情・手続上の技功によつて左右されるのではないか。扶養義務者が扶養事件において審判の遷延という手段をとることによつて、扶養義務を免脱しようとする扶養義務者の意図が実現し、不当な結果をもたらすのではないか。(11) (ホ) 審判前において扶養義務者以外の第三者が要扶養者を扶養してきた場合、その第三者は要扶養者に対して扶養義務を負うべき地位にある扶養義務者にその立替扶養料の償還を請求し得るのか。(12) (ヘ) 審判前の仮の処分（家事審判規則第九五条）は、実体法上の扶養の権利・義務を前提としてなされるものではないのか。(13) 等の諸問題である。

五　そこで、これら(イ)～(ヘ)の諸問題について順次考察を試み、あわせて前述した結論の妥当性を検討しよう。

(イ) 民法第八七八条および八七九条によれば、法定扶養親族のうちだれを先順位の扶養義務者とし扶養権利者とするか、扶養の程度または方法をどのように定めるか、などの決定は、扶養当事者の自由な協議または家庭裁判所の広範にして具体的妥当性を期する裁量的処理にゆだねられており、扶養の協議・調停・審判前に具体的内容をもつ扶養請求権を観念することは困難である。(14) 民法第八七七条一項は、「直系血族及び兄弟姉妹は、互に扶養をする義務がある」と規定し、あたかも特定の親族間には法律上当然に扶養義務＝扶養請求権が存在しているかのようにみえる。しかし、本条は法定する特定の親族間の扶養が権利義務の関係であることを表現し、(15) また相互に協議によつて具体的扶養請求権の形成をなし得る当事者の範囲――扶養義務の成立範囲を限定しているものであると解すべきである。(16) 民法の扶養の規定は、一般原則を示すのみで扶養請求権＝扶養義務の発生・消滅に関してすら、なんら具体的な規定を設けていないのであり、扶養審判により形成されるのは扶養請求権＝扶養義務そのものであり、またその具体的内容である。

(ロ) 民法第八七七条一項の扶養当事者の扶養の権利義務は審判前にもすでに存在しており、同法第八七七条二項に規定する扶養当事者の扶養の権利義務は審判によつて創設されるものであるとして、これを扶養の権利義務発生の時期について別異に解することは、民法第八七七条一項を(イ)のように解するならば、妥当でない。(17)

(ハ) 具体的な扶養請求権は協議もしくは審判により創設的に形成せられるものであるから、審判前における「過去の扶養料」という観念(18)を現行法の解釈に持ち込む余地がなく、これを審判手続もしくは訴訟手続において独立して請求することも理論的に不可能である。しかし、現行法上「過去の扶養料」の観念を排斥することは、具体的事案の解決にとつてなんら不当な結果をもたらす

ことにはならない。なぜならば、扶養審判に際しては、当然審判以前におけるあらゆる事情が扶養の程度または方法を定めるにつき考慮される「一切の事情」に含まれるからである。すなわち、扶養審判に際しては、審判告知時における要扶養者の需要、法定扶養親族の資力に対する考慮のみならず、審判告知の時までのあらゆる事情——要扶養状態発生の原因および時期、扶養可能状態存在の時期、要扶養者の法定扶養親族に対する扶養請求（扶養協議の申入）の有無、その時期ならびに内容、要扶養者・法定扶養親族間もしくは法定扶養親族相互間の扶養協議の有無ならびにその内容、要扶養者が審判告知の時までにその生活を維持するため法定扶養親族ならびに第三者から受けた贈与もしくは借財の有無ならびに額、等の扶養当事者に関する経済的生活の側面のみならず扶養当事者間の親疎、さらに調停・審判申立の事情ならびにその時期、審判告知の時期等——が斟酌される「その他一切の事情」として考慮され、それは、扶養の程度・方法を定める扶養審判の主文に表現される。その結果、当該扶養事件の当事者は、審判告知の時において創設された具体的な扶養債権ないしは扶養債務をめぐり、要扶養者が扶養権利者として、法定扶養親族が扶養義務者として、はじめて権利・義務ないしは債権・債務の対抗関係におかれるのである。このような諸般の事情を考慮した扶養審判は、理論上、過去の権利・義務の存否を確認したことにはならないし、「過去の扶養料」の観念を認めることにもならない。このように解することによって、いわゆる「過去の扶養料」それ自体を審判手続・訴訟手続において請求し得ないという帰結になるとしても、実質的には「過去の扶養料」を審判時に引直して支払わせることと同じ結果となり、[19] 不当に扶養義務者を利得させることにはならない。[20] のみならず、現行法のもとにおいては、家庭裁判所の審判に実体的権利形成の機能を認めることによって、さらに審判が家庭裁判所の広範な信頼すべき自由裁量処分であることを承認することによって、当該具体的事案に即した最も妥当な解決の実現をはかるべきであろう。

(二) 扶養の権利・義務が形成される時期を(イ)、(ハ)のように解し、「過去の扶養料」については(ハ)のように解するならば、扶養義務を負うべき者が審判の時期を引延すような手段を構じても、実質的に扶養義務を免れ得ないし、またその負担を実質的に軽減し得ない。すなわち、審判の延引という手段をとり得たとしても、審判の内容にはなんら不当な結果として反映することはない。

(ホ) 法定扶養親族以外の第三者によって要扶養者の生活のためになされた審判前の経済的給付——扶養が、第三者の要扶養者に対する贈与として、個人的な愛情もしくは恩恵に基づいてなされ

たものであるならば、要扶養者に経済的給付として交付された金品をめぐり、第三者から要扶養者もしくは法定扶養親族に対してなされる所有権もしくは不当利得に基づく金品の返還請求の問題は生じない。ところが、それが、第三者と要扶養者間の契約によつて物の使用貸借、金銭、その他の物の消費貸借としてなされたものであるならば、第三者は要扶養者に対して目的物の返還請求権を有し、それは通常訴訟手続によつて処理せられる。またそれが、第三者と法定扶養親族間の委任契約により、第三者が要扶養者に生活の資として金銭・物品もしくは労働力を供給したのであるならば、第三者は法定扶養親族に対して受任者としての費用償還請求権を有し、それは通常訴訟手続によつて処理せられる。

しかし、第三者が、要扶養者の扶養をめぐる協議・調停・審判以前の段階においては、協議・調停・審判によつて扶養義務を負うであろう地位にある特定の法定扶養親族のために、それに代わつて一方的に要扶養者の生活のための経済的給付――扶養をしていた場合はもとより、要扶養者もしくは第三者がその事実を特定の法定扶養親族に通告していたとしても、第三者の扶養は、扶養義務者の事務を管理したものではなく、また特定の法定扶養親族を不当に利得せしめたことにならないので、第三者は、特定の扶養親族に対して費用償還請求権も不当利得返還請求権も有しない。(21)

なんとなれば、扶養の協議・調停・審判以前の段階においては、民法第八七七条一項が扶養親族の範囲を規定しているとしても、またそこに扶養必要状態と扶養可能状態の併存という民法の明文の規定の存否とは無関係に扶養それ自体の性格から理論上求められる扶養要件の充足があつたとしても、この段階では、扶養内容はもとより扶養当事者すら客観的に確定せず、客観的に立替えられるべき具体的扶養債務が特定の法定扶養親族に発生していないからである。しかし、第三者は、扶養債務者ではなかつた特定の法定扶養親族に代わり出損の原因なくして要扶養者を事実上扶養し、要扶養者は、第三者からの扶養給付を取得する権原なくして扶養を受けていたものであるから、むしろ、要扶養者には法律上の原因なく第三者の損失において受益のある場合があり、この場合には、第三者は要扶養者に対して不当利得返還請求権を有し、それは通常訴訟手続によつて処理せられる。

これら、第三者と要扶養者間の贈与、第三者と要扶養者間の消費貸借・使用貸借、第三者と特定の法定扶養親族との間でなされた要扶養者を扶養する委任契約、第三者により法定扶養親族に代わつてなされた扶養給付等の審判前の事情は、家庭裁判所が扶養の程度または方法を定めるに際して「その他一切の事情」として当然考慮され、そこでは、扶養権利者、扶養義務者、第三者間に

存する利益・不利益をめぐる不均衡の是正、衡平の維持がはかられるから、第三者によつてなされた要扶養者に対する生活のための経済的給付をこのように解することに問題はない。

(ハ) 扶養審判前の仮の処分（仮の措置）は実体法上の扶養の権利・義務の存在をその前提としてなされるものであろうか。一般に審判前の仮の処分は、家事審判規則によつて審判事項の特殊性に応じて個別的に規定され、民法・家事審判法上の根拠を欠いているところから、それが形成力・執行力を有するか、あるいは単なる勧告的効果を有するにとどまるかが争はれる。いずれにしても、扶養審判前の仮の処分は、扶養審判手続の一環としてなされつつもそれ自体家庭裁判所の自由裁量によつてなされる一つの審判であり、それによつて扶養審判までの間仮の法律状態が創設的に形成されるが、それに対する不服申立方法が開かれていないという法的構成からするならば、家庭裁判所が当該事案にとつてとりあえず必要であると認めて臨時になす処分であり、[22] 実体的な権利義務の存否と無関係になされるべきものであることから、また一般に仮処分が将来の債権について、あるいは形成訴訟についても許されることからするならば、[23] 扶養審判前において具体的扶養請求権が発生していなくとも、扶養要件事実の存在の疏明ならびに具体的扶養請求権の形成原因について疏明があれば許されると解すべきである。すなわち、扶養審判前の仮の処分は、既存の具体的権利義務の存在を前提とする処分ではないと解すべきである。[24]

**六** 以上、(イ)～(ハ)の諸点に対する検討によつても、家庭裁判所が審判によつて扶養料の支払を命ずることのできる時期は「審判告知の時」と解することに別段の不都合はないと信ずる。

(1) 扶養事件（家事審判法第九条一項乙類八号）が本質的非訟事件であるか、本質的訴訟事件であるかは、基本的には、非訟事件と訴訟事件との本質的差異・実質的区別の問題と関連する。

扶養事件を本質的非訟事件とする説――鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」（訴訟と裁判）六八八頁は、「非訟事件として解決せんとする現行民法の精神を尊重……実質上の訴訟事件とみるべきではない。……規定の体裁からみても実体法上の義務の存否の確定を目的として居ない……裁判（審判）によつて扶養義務の存在は確認されず……」と述べ、市川四郎「家事審判の本質」（訴訟と裁判）七一一～七一三頁は、「非訟事件的性格を決定づけるものはやはりそれらの事項が、私権の存否を確定することを目的とするものではなくて、私権の形成を目的とするという点があげられなければならない……少なくとも、過去において訴訟事件として取扱われたもので、家事審判制度の創設と同時に家事審判事項に編入されたものは、例外なく私権の形成を目的とする事項であつた……」と述べている。同旨・市川四郎「家事審判における実務上の問題と判例」民事訴訟法

雑誌3一二四頁、山木戸克己「審判」(家族問題と家族法Ⅶ家事裁判)二二一頁。

扶養事件を本質的訴訟事件とする説――石川明「非訟事件理論の限界」法学研究三〇巻一二号七七～七八頁・八二頁、同「非訟事件の定型的分類」法学研究三一巻四号二〇頁は、「……合目的的性の理由から非訟手続に移管されたもの……一定額の請求権の存否の判断を目的とするもの……実体法上権利が具体的に定められている……法律要件対法律効果の規定が存在する……裁判が既存の具体的権利の確認の形式をとる……」と述べている。

(2) 審判形成説――審判によってはじめて当事者間に扶養の権利義務が形成されるとする説――山木戸克己・前掲二一八頁以下、伊藤利夫「扶養の権利義務の特質及び構造」私法学の諸問題――沼博士古稀記念)一〇〇・一〇八頁以下、磯野誠一「審判による扶養義務」(家族法大系Ⅴ親権・後見・扶養)一七一頁、村崎満「扶養審判について」ケース研究二六号四～五頁――但し、同「過去の扶養料」(家族法大系Ⅴ親権・後見・扶養)一五六・一五八頁では「扶養内容は扶養義務発生とともに客観的に定まっている……審判は……(審判時)における扶養内容を発見する手段・方法である……扶養審判は扶養内容を確認する」と改説された。

(3) 実体的請求権説――現行法のもとにおいても、実体法上の扶養請求権に基づいて扶養の権利義務が確認されるとする説。於保不二雄「註釈親族法」(中川編・下)二四一・二五五頁、谷口知平「裁判所に現われた扶養問題」(家族問題と家族法Ⅴ扶養)三八四頁、西原道雄「調停・審判における扶養の問題」法律時報三〇巻三号二七頁、同「扶養」(民法演習Ⅴ親族・相続)一四二頁、岩垂肇「身分権の濫用」民商法雑誌三五巻二号二七頁、安藤覚「家事審判法の実務的研究」司法研究報告書四輯六号一一二頁、野田愛子「審判による扶養料支払の始期」判例タイムズ八九号二八頁、村崎満「過去の扶養料」(家族法大系Ⅴ親権・後見・扶養)一五六・一五八頁、本間に対する東京身分法研究会の多数説はこの説に従い「請求時」より命ずるとする立場をとる――家庭裁判月報一二巻二号一七一頁。

(4) 野田愛子・前掲二五頁。審判例では、理論的に考えられる四時点のほか、第一回の調停期日から支払を命ずるものがある。以下に、家庭裁判月報登載の審判(決定)例を分類掲載する。

① 扶養権利者から扶養義務者に扶養義務の履行を(調停・審判手続外で)請求した時

⊙大阪家審　昭二九・一二・二七(月報一〇・一・三九)
⊙大阪高決　昭三二・一二・二七(月報一〇・一・三九)

② 扶養調停・審判申立の時

⊙仙台高決　昭三一・二・二九(月報八・六・二七)
⊙東京高決　昭三一・六・二六(月報八・七・四六)
⊙松山家審　昭三二・三・四(月報九・三・三九)
⊙大阪家審　昭三二・八・八(月報一一・二・六〇)
⊙大阪高決　昭三三・一二・四(月報一一・二・六〇)
⊙広島家呉支審　昭三四・七・二八(月報一一・一〇・一〇一)

⊙広島家呉支審　昭三四・八・二〇（月報一一・一一・一二五）

②′　第一回調停期日

⊙福岡高決　昭二九・七・五（月報六・九・四一）
⊙仙台家審　昭三〇・五・二六（月報七・七・五三）
⊙広島家審　昭三一・六・二（月報八・七・三三）
⊙前橋家審　昭三二・七・一七（月報一〇・一・二八）
⊙東京高決　昭三二・一〇・一四（月報一〇・一・二八）
⊙広島家竹原支審　昭三二・一二・二三（月報一一・三・一五八）
⊙東京家審　昭三四・二・一三（月報一一・六・一三〇）

③　扶養審判告知の時

⊙和歌山家田辺支審　昭三〇・四・一三（月報一〇・一・三三）
⊙大阪高決　昭三〇・一一・二五（月報七・一二・四四）
⊙東京家審　昭三一・三・一七（月報八・五・五〇）
⊙仙台家審　昭三一・五・二二（月報八・六・二一）
⊙仙台家審　昭三一・九・一一（月報八・九・三七）
⊙仙台家審　昭三二・五・一三（月報九・五・七六）
⊙静岡家浜松支審　昭三二・九・二七（月報一〇・六・二三）
⊙大阪高決　昭三二・一二・五（月報一〇・一・三三）
⊙和歌山家審　昭三三・一・六（月報一〇・二・六七）
⊙大阪高決　昭三三・二・二五（月報一〇・二・六七）
⊙東京家審　昭三三・五・二三（月報一〇・七・六一）
⊙松山家審　昭三三・一一・一二（月報一一・四・一一二）
⊙東京家審　昭三三・一二・一〇（月報一一・三・一五一）
⊙東京家審　昭三四・四・一三（月報一一・七・六三）
⊙大阪家命　昭三四・一〇・二七（月報一二・一・一〇二）

④　扶養審判確定の時

⊙盛岡家裁花巻支審　昭三一・一・二五（月報八・一二・六九）
⊙鳥取家審　昭三五・二・八（月報一二・六・一二六）

扶養請求の意思表示が扶養義務者に到達した時に扶養請求権が発生すると解する実体的請求権説によれば、①、②、②′の解決がなされ、審判前の扶養請求に扶養請求権発生の意義を認めない審判形成説によれば、③、④の解決がなされることになる。

(5)　村崎満「過去の扶養料」一五八頁。
(6)　村崎満「扶養審判について」八頁。
(7)　野田愛子・前掲二四頁。
(8)　野田愛子・前掲二八頁。
(9)　野田愛子・前掲二八頁。
(10)　西原道雄「調停・審判における扶養の問題」二八頁、野田愛子・前掲三〇頁。
(11)　野田愛子・前掲三〇頁。
(12)　西原道雄「調停・審判における扶養の問題」二八頁、野田愛子・前掲三〇頁。
(13)　野田愛子・前掲三〇頁。
(14)　他方、審判前に、抽象的扶養請求権・未定扶養請求権・具体的内容の空白な扶養の権利・内容未定のまま個別的に具体化した扶養の権利義務が存在していることを強調することも、審判の効果を過去に遡及せしめるための技巧的説明に過ぎず、理論的でない。
(15)　山木戸克己・前掲二一九頁。
(16)　西原道雄「調停・審判における扶養の問題」二八頁。
(17)　民法第八七七条一項に規定する親族関係にある者の間では扶

養の協議に応ずる実体法上の義務があり、協議の成立によつて形成された親族法上の扶養義務(債務)を負う。同条二項に規定する親族関係にある者の間では、法律上扶養の協議に応ずる実体法上の義務はない。二項の親族関係にある者の間では、協議によつては親族法上の扶養義務を形成し得ず、扶養契約によつてのみ扶養債務を負うことができる。二項の親族関係にある者の間では、「特別の事情」の存在を要件として、審判のみが親族法上の扶養義務を形成し得るところに実質的差異があるにとどまる。

(18) 判例・学説は、「純理」としてではなく、「政策的見地」・「不当性是正の見地」・「衡平の観念」から、扶養の一般原則(Aliments ne s'arréragent pas)に反しつつも「過去の扶養料」の観念を認めようとする。

(19) 実質的に「過去の扶養料」を審判以降の扶養内容に包含せしめている審判例として、大阪高等裁判所昭和三十年十一月二十五日決定(家庭裁判月報七巻十二号四四頁)、東京家庭裁判所昭和三十一年三月十七日審判(家庭裁判月報八巻五号五〇頁)がある。

(20) 審判前の扶養請求に意義を認め、扶養請求後の「過去の扶養料」を認めようとする実体的請求権説は、扶養当事者間の利益・不利益の衡平をはかることを基本的出発点としているが「過去の扶養料」の観念を認めなくとも、扶養当事者間の利益・不利益の衡平がはかれるとすれば、審判形成説の方が現行法の説明としては論理的に一貫するように考えられる。

(21) 伊藤利夫・前掲一〇九頁は、審判形成説をとりつつも「協議や審判以前にも内容空白のままの扶養請求権が存在するから事務管理や不当利得は一応抽象的に成立し、後に協議や審判によつて扶養内容が形成されるとその限度で事務管理または不当利得の内容が形成される」とされる。

(22) 河野力「仮の処分および確保」(家族問題と家庭族Ⅷ家事裁判)二三六頁は、「司法的またはケース・ワーク的治療方法が決定されるまでの間における(中間的)応急的治療措置」であるとされる。

(23) もつとも、審判と仮の処分の関係に民事訴訟における本訴と仮処分の関係をそのままあてはめることは避けられるべきである。同旨・河野力・前掲二三七頁、市川四郎「家事審判における実務上の問題と判例」一四〇頁。

(24) 山本戸克己「家事審判と保全処分」(家族法大系Ⅰ家族法総論)三一一頁。

***

研究会開催日

昭和三十四年七月八日・同八月十一日・同九月一日

研究会参加者

北海道大学(宮崎孝治郎・小山昇・山畠正男・五十嵐清・藪重夫・川井健・石川恒夫・浅見公子)北海学園大学(菅原勝伴)北海道学芸大学(品川孝次)

札幌家庭裁判所(高橋文明・大久保浩・多山四郎・中島一郎・糟谷忠男・新里二三夫・山崎修・平館久雄)