

## 判例研究

### 過去の扶養料の求償と民法第八七八条

#### および第八七九条 家族法判例研究(四二)\*

佐藤義彦

昭和四二年二月一七日最高裁判所第二小法廷判決(昭和四一年(オ)第七八三号 養育料償還等請求事件)最高民集二二卷一号一三三頁——一部上告棄却・一部破棄自判

【判決要旨】 扶養権利者を扶養してきた扶養義務者が他の扶養義務者に対して求償する場合における各自の扶養分額は、協議がととのわなにかぎり、家庭裁判所が審判で定めるべきであって、通常裁判所が判決手続で定めることはできない。

【事実】 原審判決の確定した事実によれば、X女(原告・控訴人・被上告人)とY男(被告・被控訴人・上告人)とは昭和二六年中から事実上の夫婦となり、その間に昭和二七年五月二日訴外A男が生まれたが、婚姻届は昭和三〇年一月六日になされ、それと同時にYのAに対する認知届もなされた。婚姻届から約七ヶ月経た昭和三〇年八月五日には協議離婚の届出がなされたが、XとYとはなお夫婦関係が断絶せず(詳細は不明)Aを擁して同棲していたが、昭和三三年四月頃終局的に別れるに至った。XはYと別れた後実家の訴外B(Xの実父)方にAとともに帰り右実家でAを養育するようになったが、Yは従来からAは自己の子

でない」と主張していた有様だったので扶養の手をさしのべることなく、Xは近くの工場に織工として働きに出たが一ヶ月の収入は八、〇〇〇円ないし一〇、〇〇〇円程度であるうえに、Yとの夫婦生活中にYがXの物を質入する状態だったので身廻品を整えることに忙しくて、右収入は自己の生活を足して余裕が少ない有様であった。Xは昭和三四年中にYを相手方としてAの扶養料請求の審判を申し立てたが、それに先だちYから認知無効確認の訴えが提起されておりこれが係争中であつたため、家庭裁判所の係員の勧めもあつて昭和三八年六月右申立てを取り下げた。

本訴は、右Yの認知無効確認の訴訟が昭和三九年三月二十七日に最高裁判所で上告棄却となりYの負訴に確定した後、XからXが昭和三〇年八月から昭和三八年九月までAの養育のために支出した金額二七一、三五二円の返還を求めた事案に関するものである（本件ではさらに、XがY方を立ち去る際Y方に置いてきたと称するXの所有物の返還が求められているが、本稿では省略する）。

なお、X・Y間の協議離婚届出の際Aの親権者を定めなかつたので、Xの審判申立てに基づき、昭和三九年一二月八日XをAの親権者と定める旨の審判が富山家庭裁判所においてなされているが、Xは昭和三八年一月に再婚しており、Aは事実上Bの下で養育されている。

第一審の富山地方裁判所は、「思うに、一部の扶養義務者のみが、養育料を支出した場合、その客観的に相当とする自己の負担分をこえて支出した部分については、扶養義務を履行しなかつた他の共同扶養義務者に対し、立替金請求または事務管理なしは不当利得として求償できると解すべきである。」と判示しつつ、本件においてはAの生活費はもっぱらBが出捐していたことおよびBの出捐はXのため養育料を立替支出したのではなくX・Yという先順位の扶養義務者があるにもかかわらず自ら扶養義務者として扶養したものであることを認定したうえ、「Xとしては、Aの養育料につき何等の債務を負担していないので損害もなく、BからYに対し償還を求めらるべきである。XよりYに対し、養育料を立替えてきたことを前提とするXの本件養育料償還請求は、その余の点につき判断するまでもなく、すべて理由がないものといわなければならない。」として、Xの請求を

棄却した。

これに対して、第二審の名古屋高等裁判所金沢支部は、「Bは……昭和三三年四月初めからXがAを養育するに必要な生活費をXのため立替支出し、その金額は年々五万円を下らなかったこと」ならびに「B方は田畑一町七、八反を所有し附近で中流若しくはそれ以上の生活をしているが、Bはすでに世帯を子息に譲り戦死した子の遺族年金を老後の楽しみにしてきた」ことおよび「Y方はYとその父の所有田畑は合計約一町八反、同山林約五反で附近で中流若しくはそれ以上の生活をしていること」を認定したうえ、「……右Aの扶養につき、扶養すべき者の順序、扶養の程度又は方法につき家庭裁判所の審判を経ないが、Aの扶養義務は、Yにおいてその三分の二、Xにおいてその三分の一を負うべきものと解するを相当とするところ、Xは父Bに対し同人の立替支出した前示生活費用を支払う義務を負担しており、且つXの右A養育の程度は相当であるから、YはXに対し、その三分の二を償還すべき義務がある。」と判示して、Yに一三四、九三二円の支払を命じた。

【上告理由】 原判決は、「右Aの扶養につき扶養すべき者の順序、扶養の程度又は方法につき、家庭裁判所の審判を経ないが、Aの扶養義務は、Yにおいてその三分の二、Xにおいてその三分の一を負うべきものと解するを相当とする」と判断したが、扶養すべき者の順序、扶養の程度又は方法については、家庭裁判所の審判事項であるから、家庭裁判所以外の裁判所が抗告審として審判する場合を除き、之等につき裁判することは違法であつて許されない。

もっとも、右判断は、右審判事項そのものを判断の対象としていてのではなく、養育料の償還請求の先決関係にすぎないから右のように違法とはならない旨の反論があるかも知れないが、その先決関係が単なる事実関係に止る場合は別として、実質的に家庭裁判所の審判事項を判断の対象とする限り、民法第八七八条および第八七九条の明文に反し、違法と解するのが正当である。

(その他の上告理由は省略する)。

【判決理由】 民法八七八条・八七九条によれば、扶養義務者が複数である場合に各人の扶養義務の分担の割合は、協議が整わないかぎり、家庭裁判所が審判によって定めるべきである。扶養義務者の一人のみが扶養権利者を扶養してきた場合に、過去の扶養

料を他の扶養義務者に求償する場合においても同様であって、各自の分担額は、協議が整わないかぎり、家庭裁判所が、各自の資力その他一切の事情を考慮して審判で決定すべきであって、通常裁判所が判決手続で判定すべきではないと解するのが相当である。本件において通常裁判所である原審が分担の割合を判定したのは違法であって、この点に関する論旨は理由があり、原判決の求償請求を認容した部分は破棄を免れない。そして、原審の認定したところによると、未だ分担についての審判はないというのであるから、Yの扶養義務は具体的に確定していないものというべく、Xの求償請求は理由がない。よって該請求を棄却した一審判決は、理由は異なるが結論において正当であり、この部分についての控訴は棄却すべきものとする。(裁判官全員一致)

【参照条文】 民法第八七八条、第八七九条、第七〇三条、家事審判法第九条第一項乙類第八号

【研究】 判旨に賛成する。

一 要扶養者と一定の親族関係にある者(直系血族および兄弟姉妹。以下では便宜上「扶養義務者」という)の一人が民法第八七八条・第八七九条による協議・審判を経ることなく要扶養者を現実に扶養してきた場合において他の扶養義務者に対しその求償をするときは、これを地方裁判所に対する訴えの提起によって実現すべきか(以下では便宜上「訴訟事項説」という)、家庭裁判所に対する審判の申立てによるべきか(同じく「審判事項説」という)それともそのいずれを選択してもよいのか、について考察するには、その前提として、かかる場合にも求償は可能か、さらに本件においては、親権を保持する父または母から親権を保持しない母または父に対する求償は許されるかについて検討がなされなければならぬが、本稿では一応これらの問題を肯定したうえで論を進めることとする。

二 先ず、裁判所は従来この問題をどのように処理してきたか、および、学説はこの問題をどのように考えてきたかを見てみよう。

(1) 裁判所はこの問題をどのように取り扱っているであろうか。

かつて最高裁判所は、兄の下で扶養されていた病身の母を兄の意に反して自宅に連れ帰り扶養看護を続けてきた妹から兄に対して過去の扶養料(昭和二十一年八月から昭和二十二年八月末日までの分)の求償を請求した事案において、現に扶養をしている扶養義務者の意に反して要扶養者を引き取って扶養したという事実だけでは引き取った他の扶養義務者が自己のみで扶養費用を負担すべきものとはできない旨を判示し、扶養に要した総費用の二分の一の支払を求めた妹の請求を棄却した原審判決を破棄したことがある(最判昭和二十六年二月一三日、民集五卷三号四七頁)。この判決は、その前提として、過去の扶養料の求償は訴訟事項であるとするものであるが、現行法施行以前の過去の扶養料に関するものであり、過去の扶養料求償の可否の部分についてはともかく、これを訴訟事項とするという点については先例的価値を有しないものと言わなければならない。右の外には公表された最高裁判所の判例は存在しない。(もつとも、最判昭和三十三年四月一日、民集一二卷準用されるものとし、内縁関係を不当に破棄された妻に、慰籍料のほか、内縁継続中妻が内縁生活費として立替支出した費用の償還を認められた原審判決を否認している。しかし、右事件では上告理由において婚姻費用の分担に関する事件が訴訟事項であるか審判事項であるかの点は問題とされていない。後、三〇日民集一九卷四号一一一四頁により、婚姻費用分担の問題は家庭裁判所の審判によつてこれを命じるべきであることが明言されたので、先例と考えることはできない。)

下級裁判所の取扱いに目を転じると、家庭裁判所に対して過去の扶養料の求償だけを求めた事例はこれを見出すことはできない。しかしながら、現在および将来の扶養料の分担と過去の扶養料の求償とを求めた事案においては、過去に申立人が負担した扶養料の求償も家庭裁判所において認められている。東京家審 昭和三四年四月一三日 家裁月報一一卷七号六三頁(ただし、扶養料額変更事件)、大阪家審 昭和三八年三月二〇日 家裁月報一五卷八号九〇頁(ただし、婚姻費用分担事件。以上二つは扶養要件発生の時以後の扶養料の求償を認めている)、広島家竹原支審 昭和三十三年一月二三日 家裁月報一一卷三号一五八頁などがそれである。

一方、地方裁判所関係では、地方裁判所に持ち出された扶養料求償の事案は非常に少ないうえに、いずれも離婚請求とともにこれがなされている。大阪地判 昭和三六年六月二日 下民一二卷六号一二七三頁は、求償が訴訟事項であるとの前提のもとに、「かかる請求も人事訴訟手続法第七条第二項但書を類推して、離婚の請求に併合できるものと解すべきである。」と判示しているが、結果的には、「原告のこうむった損失を明確にするにたりる証拠は存しない。したがって不当利得返還ないし損害賠償の請求は排斥をまぬがれない。」として、養育費の求償請求は棄却している（訴訟事項説）。ところが、福岡地判 昭和三七年三月二八日 下民一三卷三号五七七頁は、「元来、扶養に関する処分は、家事審判法第九条第一項乙類第八号の家事審判事項に属し、家庭裁判所の管轄に属するものであって、地方裁判所の管轄に属しないものというべきであるが、人事訴訟法<sup>マ</sup>第一条第一項により離婚の訴と同時に申し立てられた場合には地方裁判所においても右の処分をなし得るものと解するのが相当である。」としたうえ、原告が離婚にいたるまでの間に出捐した子供に対する扶養料の求償については、「これを認容すべき理由は見出しがたいから、この間の扶養料については支払を命じないこととするが、この点に関する処分は本質上家事審判事項に属し、いわば非訟事件とすべきであるから、特にこの部分に関する申立を棄却しない。」と判示している（審判事項説）。

それゆえ、本件最高裁判所の判決は従来下級裁判所で必ずしもその取扱いが一定していなかった問題について解決を与えたものといえる。

(2) 一方、学説中でこの問題について触れているものは極めて少ない。

訴訟事項説を採る学説としては村崎満（過去の扶養料（請求と求償））家族法大系V親権・後見・扶養（一五二頁以下）、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扶養三七七頁以下、特に三八四頁以下）、島津一郎著家族法入門（三

一六頁以下) などがある。この説の構成は、村崎判事によれば、「扶養内容は扶養義務発生(引用者注・要扶養者の側における扶養の必要と扶養義務者の側における扶養の余力の存在)とともに客観的に定まっているのであって、内容のない空白の権利でもなければ、内容形成によって請求時に遡って内容をみだされるようなもので(も)ない」(二五六頁)という前提の下に、「扶養義務者が他の共同扶養義務者のために扶養料を支出したときには、それは自己の事務をしたのであるから、事務管理とならぬとの見解があるが、自己の分担分を超えて要扶養者を扶養してきたという点において、事務管理となり、その客観的に相当とする分担分を超えた出捐は……求償できると解すべきである」(二六〇頁)とし、求償手続については、「それが単に過去の扶養料の請求・求償であって、要扶養者に対する現在及び将来の扶養協議でない場合には、それは純然たる損害賠償・不当利得等の問題であるから、審判事項ではない。」(二六五頁)ということになる。本件第一審裁判所はこの態度をとっており、第二審裁判所もこのような立場を前提としているのである(もっとも、訴訟事項説も、現在および将来の扶養協議に代わる処分としてなされる審判については、将来の権利の確認などということとはあり得ないから、資力などの変動によって常に変動する扶養義務の内容を仮に一定の間不動のものとして定めるものであると理解しておられるようである)。

これに対して、過去の扶養料の求償は審判事項であると解する説はその構成においてさらに二つに分かれる。

その一は西原道雄教授の説(「扶養」民法演習V(親族・相続)一三六頁以下)である。教授は、「扶養請求権(義務)の具体的内容は一定の親族関係と一定の要件事実の存在によって客観的に定ま」(一四二頁)り、協議または審判はすでに存在している権利義務を確認する手続を定めたものにすぎない(この点は訴訟事項説と同じ)が、「民法八七七条によって扶養義務を負いうる親族の間では、扶養料求償の争に民法七〇二条以下を直接に適用してこれを民事訴訟の対

象とすることはできず、民法八七八条以下（その解釈原理として事務管理や不当利得が利用される）の問題として家庭裁判所における調停や審判の対象とすべきである」（一四三頁）と言われるのである。

審判事項説のもう一つの考え方は、伊藤利夫（「扶養の権利義務の特質及び構造」日本法学二二巻六号六五八頁以下）、山木戸克己（「審判」家族問題と家族法Ⅶ家事審判二二三頁以下、特に二二八頁以下）両教授の考え方である。伊藤教授は次のように言われる。「扶養の権利は権利そのものの中に、抽象的なものから具体的なものへと凝集すべき性格をもつ。扶養関係者が主観的に実体的要件をそなえたとするだけでは、「協議、調停又は審判請求権」的性格をもつにすぎず、これに基いて権利の具体的内容形成の手続が完了して始めて、客観的に「具体的扶養請求権」に凝集する。しかし、これは当事者間の協議成立前に「扶養協議請求権」があり、協議成立後に「扶養請求権」が発生するというのではなく、又かかる二個の具体的権利の複合とみるべきでない。全体として一個の扶養請求権であるが、実体的要件の具備によって具体的内容空白の権利が発生し、更に、扶養関係者が主観的にかかる権利ありとすることによって認められる扶養内容形成請求権に基き、当事者は協議によってその具体的内容を形成すべく、形成手続の完了によって具体的内容が固定し完全な扶養請求権に凝集するに至る。即ち、一個の権利であるが、実体面と手続面とが結合し、権利内容が段階的に凝集確定する構造をもつものと考ええる。」（六六五頁）。そして、「次順位にある扶養義務者、又は第三者が、本来の扶養義務者に代って、要扶養者に対し扶養給付をすれば、協議、調停又は審判前においても、事務管理又は不当利得が成立する。そして、その後右手続によって扶養内容が形成されると、その内容の限度で事務管理又は不当利得の内容が形成されるものと考ええる。」（六七四頁）。

三 扶養の権利義務は、財産の給付を目的とするものであり、その意味では、一種の財産権である。それゆえ、通



常の財産権におけると同じく、扶養請求権の具体的内容も要扶養者の側における扶養の必要と扶養義務者の側における扶養の余力との存在により各当事者間でそれぞれ客観的に定まっているものとなし、要扶養者と扶養義務者との間における協議または審判は、現在および将来の扶養に関するものであるときは、その内容を仮に一定期間不動のものとして定めることであり（それゆえ、それは審判によることになる）、過去の扶養に関するものであるときは、すでに存在している権利義務を確認するものにすぎない（それゆえ、それは訴訟により確認されることになる）と解することには十分な根拠がある。しかもそれは、伝統的な権利概念と一致するばかりでなく、過去の扶養料の請求や扶養義務者の一人または第三者が事実上要扶養者を扶養した後他の扶養義務者にその求償をする場合の法律関係を容易に説明し得るという利点がある。（協議・審判以前に扶養義務の内容が客観的に定まっていると解する以上、扶養料の求償は、訴訟手続でも審判手続でもどちらの手続によってもよいと解するのならばともかく、訴訟手続は許されないと解することはできないのではなからうか）

ところで、「家事審判制度とは、……ひろく家庭に関する事件を……具体的妥当を期して裁量的に処理する制度であ」って（山木戸前掲二二三頁）、単に既存の権利義務の存否を判断するにとどまるものではない。このことは、扶養の権利義務関係は扶養義務者の扶養能力と要扶養者の側における扶養の必要性との相関において、協議または審判がなされる以前に、客観的に定まっていると解する説にあっても、現在および将来の扶養についての審判はこれを一種の形成的なものであると解していることから明らかである。何故求償の場合にはこれと異なった手続を必要とするのであろうか。問題は、扶養内容は協議または審判によってはじめて形成されると解すると、形成行為のあるまでは何らの扶養内容がないということになり求償を認める理論的な根拠付けに困難があること、および、形成行為があるまでの当事者間の法律関係について説明がつかないことにあるのであろう。扶養料の求償を認めるには協議または審判以前において扶養の権利義務が発生していると考えなければならず、扶養の審判が形成行為であると解する以上求償

を認めないかあるいは形成行為があるまでは扶養の権利義務は「内容の空白な権利」であると苦しい説明をせざるを得ないからである（さらに、過去の法律関係の内容を形成することができるかの問題もある）。

しかしながら、右のように考えることはあまりにも従来の枠の中で理論付けに拘泥しすぎているように思われる。敗戦後家庭裁判所が新設され家事審判の制度が導入されたとき、少なくとも家族法の領域の大部分の法律関係は、従来の概念における権利義務の関係から離脱し、独自の内容・構造を持った権利義務が発生したと考えることは許されないであろうか。私はとりあえず次に解しておきたい。扶養の権利義務は扶養を受けるべき者が自己の資産もしくは労務によって生活することができないときまたは自己の資産によって教育を受けることができないときに発生するが、その内容は未だ固定されておらず、当事者はかかる権利義務に基づき他の扶養当事者に対し扶養の協議を求め、審判を申し立てることができるにすぎないが、協議または審判によって内容が固定されたときは、扶養の権利を有するとされた者は扶養の義務を負うとされた者に対し、原則として当初からの、扶養料を請求することができる（すなわち、扶養の権利義務はいわゆる実体面と手続面とが動態的に結合したものとみるのである）。それゆえ、現実に扶養を与えてきた者からの求償の場合において、すでに協議または審判がなされて扶養の内容が固定しているときは事務管理ないし不当利得の問題となり得るが、未だ協議や審判がなされていないときは先ずこれらの手続によって扶養の内容を固定させなければならない。右のように解するとき、扶養の程度または方法についての審判にあたり、扶養権利者の需要や扶養義務者の資力などの財産的事情のみならず、「その他一切の事情」として、たとえば、扶養を必要とするにいたった事情が品行上の過失によるものか否か（ドイツ民法第一六一一条参照）などの点についても家庭裁判所は考慮することができることとなり、家庭裁判所の裁量範囲の拡大が可能になるという実際的な利点があると考

過去の扶養料の求償と民法第八七八条および第八七九条

六六（四四六）

える。

〔追記〕 本件については、瀬戸正二調査官の解説（法曹時報一九卷六号一一三頁）および西原道雄教授の研究（民商法雑誌五七卷二号二八五頁）がある。

（一九六八・一・二四）