

五十六、對命夫妻同居之裁判為特別抗告事件

依家事審判法為審判之合憲性

最高法院昭和四十年六月三十日大法庭裁定

昭和三十六年（ク）四一九號

翻譯人：陳榮宗（節譯）

判 決 要 旨

憲法第八十二條規定「裁判之對審及判決於公開法庭行之」。至於應就如何事項於公開之法庭依對審及判決為裁判，憲法未設任何規定。惟若法律上之實體權利義務本身有爭執，欲將其確定，則解釋應於公開之法庭依對審及判決為之。家事審判法第九條第一項乙類之趣旨係規定，夫婦同居其他關於夫婦間協力扶助事件與婚姻費用之分擔、財產分配、扶養、遺產分割等之事件，一併視為審判事項，應依審判程序以審判之形式為裁判。其規定趣旨係認為，夫婦同居義務及其他前述親屬法、繼承法上之權利義務，大都含有倫理道德要素之身分關係，宜避免以一般訴訟事件情形之當事人對立抗爭形式之辯論主義，宜先試行依當事人協議為解決之調解，調解不成立時移行審判程序，亦審理不公開，以職權探知事實及必要之調查證據，使之較訴訟事件之處理為簡易迅速，以一種裁定之審判形式為裁判，始適合處理身分關係之事件。但是，前述同居義務等等雖大都含有倫理道德要素，惟亦不能否定其係法律上之實體權利義務，所以應解釋對此種權利義務本身終局為確定時，必須在公開法庭以對審及判決為之。從而前述之審判，其趣旨不在對夫婦同居義務等等之實體權利義務本身為確定，而在於以此等實體權利義務之存在為前提就夫婦同居之時期、場所、態樣定期具體內容為處分，又於必要時亦得解釋，得基此實體權利義務之存在而命令為給付之處分。蓋民法對同居之時期、場所、態樣並未規定一定之標準，家事法院自監護之立場，有必要立於合目的之見解行使裁量權而形成具體內容，

此種裁判即係本質上屬於非訟事件之裁判，不必要於公開法庭為對審及判決。換言之，依家事審判法所為審判具有形成效力，本此而命令為給付之情形，有與債務名義之執行力同一之效力，此為同法第十條所明定，惟就同法第二十五條第三項所規定代替調解之審判確定時與確定判決有同一效力為觀察，得解釋不生與其他審判之確定判決之同一效力，此乃立法之趣旨。若然，審判確定之後，對於審判之形成效力雖然不能為爭執，但對其前提之權利義務本身並未封閉請求在公開法庭為對審及判決之途徑。故，同法有關審判之規定難謂抵觸憲法第八十二條、第三十二條，從而依此規定所為之裁定亦不違反憲法。

事 實

某女與某男結婚並辦理結婚登記完畢而同居生活，初期夫婦感情尚好，後來感情發生問題，婚後不到一年，妻回娘家居住。惟妻後來自我反省有改變個性之決心，希望回去與夫重歸和好共同生活。不意，夫主張要離婚而拒絕妻回來同居生活。為此事，妻向福岡家事法院聲請為同居之審判，該法院受理後，對夫命令同居之審判。夫不服此項審判而提起抗告，抗告審之福岡高等法院，將抗告駁回。夫遂以該駁回之裁定違反憲法第三十二條、第八十二條為理由，向最高法院提起特別抗告。本件即係最高法院對夫之特別抗告所為之裁定。

關 鍵 詞

實體權利義務本身之爭執 家事審判法 非訟事件之裁判 形成效力 對審與判決

主 文

本件抗告駁回。
抗告費用由抗告人負擔。

理 由

（譯者按：最高法院雖然全

體一致以不違反憲法為結論，將抗告為駁回，但各法官之理由頗有不同，值得重視。）

法官橫田喜三郎、法官入江俊郎、法官奧野健一之補足意見如下。

夫婦同居目的之舊民法所規定訴訟，依舊人事訴訟程序法第一條第一項規定，應向地方法院以人事訴訟事件為起訴，法院應以對審（言詞辯論）及公開程序為判決方式之裁判。現行民法第七百五十二條之夫婦同居義務在本質上與舊民法之規定並無不同。夫婦同居義務雖大都包含倫理道德要素，惟其係法律上之實體義務，若對其存否有所爭執而為終局之確定時，應於公開法庭以對審及判決為裁判。尤其現行憲法將個人尊嚴與保障其權利視為根本精神之一，為此目的規定對任何人均不能剝奪受裁判之權利（第三十二條），全部司法權均屬於司法院而不許設置特別法院（第七十六條），裁判之對審與判決應於公開法庭為之（第八十二條）。進一步依此一精神，現行訴訟法規定，應在對審公開之原則下，由當事人盡攻擊防禦，經嚴格之調查證據為判決。經此程序始能發現真實，個

人之權利始能真正有適當之保障。從而若不幸對法律上實體權利義務之存否有爭執時，欲將其為終局之確定，必須於司法法院以公開法庭之對審經嚴格之調查證據行判決為必要，若非如此為之，可謂係無視現行憲法之根本精神。

然而家事審判法第九條第一項乙類規定，關於夫婦同居其他夫婦間協力扶助事件為審判事項，準用非訟事件程序法之程序，以非公開之程序為審理而為裁定形式之裁判。但是同條項所謂「關於夫婦同居之處分」非指將夫婦同居義務之存否為終局確定之意義，應解釋係以夫婦同居義務之存在為前提，將關於同居之具體態樣、場所、時期等等為處分言。蓋民法就同居之具體態樣、場所、時期等等並未規定其一定之基準，家事法院對此有以裁量權具體將其形成之必要，此種裁判在本質上為非訟事件之裁判，不必於公開法庭以對審及判決為之。即，應解釋依家事審判所為之處分雖生形成力，但對其前提要件並無既判力。此種關係類似於命假處分之裁判，命假處分係暫時有本案請求權之存在為前提，假處分之裁判雖然確定，

但其基礎之請求權存在之事必須經本案訴訟始能確定。若相反地於家事審判，除此種形成性之處分外，亦連同就基本之同居義務存否為終局之確定時，不得不謂此係剝奪國民有受裁判之權利而違反憲法第三十二條、第八十二條之規定。蓋將事件當做訴訟事件抑或當做非訟事件，此種事並非單純係立法上方便之問題，確定實體權利義務存否之事無論如何必須以訴訟程序進行始可之事，若為避免訴訟程序之進行而規定為非訟事件程序，則為前述憲法之規定所不允許。

簡要言之，一方夫婦無故不為同居，或不使與之同居之情形，他方起訴要求應為同居或應使與之同居，法院應就同居義務之存否為確認，認為有義務時應命令其履行同居之裁判，該訴訟之性質為純粹之訴訟事件，原即非屬形成訴訟。從而確定此種請求權之存否應以公開程序之對審及判決為裁判，縱然現在人事訴訟程序法第一條第一項已刪除夫婦同居目的之訴訟，仍然得解釋能依一般民事訴訟程序提起訴訟。故，當事人主張「非夫婦，所以無同居義務」或主張「雖係夫婦，但請求同居係權利濫用，

所以無同居義務」此類夫婦關係存否或請求同居是否係權利濫用之爭執情形，若將此類爭執以單純之非訟事件程序為審理，而以裁定將其為終局之裁判，則為不能允許之事。此事如同於遺產分割之審判，對繼承權本身之有無，不許有既判力情形。若家事法院以無同居義務將聲請為駁回，而該審判經確定情形，即認定夫婦同居義務不存在能以單純非訟事件程序之裁定，為終局之確定審判時，則違反前述大法庭判例之趣旨，正可謂違反前述憲法之規定。

法官山田作之助之意見如次：

一、雖然多數意見及法官橫田喜、法官入江、法官奧野之補助意見認為，本件家事法院所為「對造（夫）應於其住居所與聲請人（妻）同居」之審判，僅止於對「在夫之住居所必須同居」之同居時期場所使生形成的效力而已，就其前提之同居義務有無之點，當事人如有不服，得向通常法院為起訴。果真如此，是否可解釋家事法院所為之審判係輕率不徹底之審判？就本件之案情觀之，對造夫主張與妻無同居義務而對之為爭執，而家事法院對

「與妻為同居之事」加以審判，此正可解釋係認定妻有同居請求權之審判。如果依照多數意見認為，於本件當事人之一方對同居義務有無之點有爭執時，得向通常法院為起訴，則此種解釋不僅無法得到一般世間人之認同，而且必然危害司家事紛爭之家事法院之審判權威與機能。

二、憲法第八十二條規定「裁判之對審及判決於公開法庭行之」，與憲法第三十二條所規定「任何人不得被褫奪在法院受裁判之權利」兩者表裏相持，保障憲法對國民之基本人權，並保障最後之自由，以在法院為公正之裁判行之，為行公正之裁判必須於公開法庭依對審程序為之，使國民直接為監視。此一裁判對審公開之原則，在沿革上，最初於刑事案件被採用，經數世紀人類之經驗獲得認識，知悉依對審公開程序始能保有公正裁判而最終保障人權，此種人類所獲得經驗主義之原理，在近代國家遂成為憲法的要請而被採用。

三、今日眾所週知，關於保障裁判之公正，憲法上採用之各種原則有，(1) 法官之獨立 (2) 法

官身分之保障 (3) 特別法院之禁止 (4) 禁止行政機關為終審裁判，裁判對審公開之原則，並非唯一之保障方法。不僅如此，因近代社會之進展與複雜化，成為裁判對象之權利義務其內容本質如何之考慮亦有變化。在眾人環視之下於公開法庭為對審而裁判之事，其結果發生將當事人之隱私為公開，且使當事人反而無法在公開法庭為真實之陳述，結果發生不尊重當事人之國民人權，此類例外結果情形之發生均為事實，就各國憲法為比較觀察，裁判對審公開之原則，已有多少緩和之傾向。

四、我國憲法第八十二條並無規定，一切之裁判必須公開裁判行之。鑑於同條第二項規定，(1) 政治犯罪 (2) 關於出版之犯罪 (3) 國民基本權利問題相關之事件，必須經常以公開對審之裁判行之，得解釋於其他事件之審判，原則上以對審公開之裁判為之，惟其趣旨非謂絕對不承認例外不公開裁判。

五、然而於如何之場合始得認定例外？本來裁判對審公開之原則係期待裁判之公正始以對審公開

之程序行之，目的在維護其關係人之權利，所以若其爭執之權利義務本質上，在公開法庭以對審程序為裁判時，反而不能維護其人之權利情形，得解釋不必固執於裁判公開之原則。

六、正如本件情形，家事審判法視為家事法院之審判事件，規定以非公開之審判程序為審判之夫婦間同居有關爭執，其內容之權利義務本身在本質上，正可解釋屬於不適合以對審公開原則為裁判之例外事例。蓋家族團體成員相互間之各種權利義務，尤其對於是否承認夫婦同居請求之事，除有夫婦間之微妙關係之外，影響家族間信賴關係之處頗多，且其內容多歧多樣，將其具體為確定時立於社會的、倫理的、經濟的見解立場，多屬於應由國家隱密介入為監護之事，必須基於法官之裁量為決定之處頗多，於實際上一般國民未必樂見將此種爭執在公開對審之場面為決定。故，將此類家族團體之權利義務有關之裁判，規定為家事法院之審判事件以非公開對審程序為之，此乃此種權利之本質當然具有之歸結，並不違反憲法第八十二條之規定。至於如何之權利義

務關係不適合為憲法第八十二條之對審公開裁判，就具體的法律關係而言，此應以立法問題加以處理，而且就其立法而言，應解釋於該權利之本質有爭執時必須由最高法院以最終判決加以解決。

綜上所述，家事審判法所規定夫婦同居請求事件準用非訟事件程序法，應依非公開之審判程序為審判，此規定係合憲。從而原裁定所認定之本件審判不構成違憲之事，於結論上雖然贊同多數意見，但對其理由有所不同，另外，對於多數意見認為就夫婦同居之權利義務本身得更行起訴為爭執，本人無法贊同。

法官田中二郎之意見如次：

本人對於多數意見所認定應駁回本件抗告之結論，加以贊同，但對其理由有不同意見。多數意見認為本件家事法院所為之審判，並不確定夫婦同居義務之實體權利義務本身，而以此實體權利義務之存在為前提，就其同居時期、場所、態樣之具體內容為決定之處分，於審判確定後，雖對於審判之形成的效力不能為爭執，但對其前提之同居義務本身並不封閉其請求以對審及判決

於公開法庭為審判之途徑，所以家事審判法之有關審判規定，並無抵觸憲法第八十二條、第三十二條。

對此種理由，本人鑑於民法有關夫婦同居義務規定之修正以及家事審判制度創設經緯與其趣旨，認為以夫婦關係存續為前提之家事審判法對夫婦同居有關之審判此事，應解釋其於公開法庭以對審及判決之請求途徑已被封閉。不得因為家事審判法有此種制度為前提，即認為此制度本身決不違反憲法第八十二條及第三十二條，其理由如次。

一、夫婦有一般的抽象的同居義務，此為民法第七百五十二條所明定，祇要夫婦關係存續為前提，夫婦同居義務本身無待依訴訟而由法院為確定。成為問題者，乃此同居義務之存在為前提，就個案為觀察，對其同居之場所、時期、態樣等等，其具體內容應該如何之問題。對此問題點，民法並未規定何種基準，亦未有其他對此基準之規定。對此問題如設一定之基準，依此基準講究統一之解決方法、就事情之性質上而言，未必適當。家事審判法將此類事件列為家事審判事項為處理，係鑑於此類事件之特

殊性——具有夫婦共同生活體內部之倫理道德要素，有尊重及保護隱私權必要之特殊性——，所以家事法院以監護之立場，立於合目的之意見行使其裁量權，將具體之個案為妥適之解決，此乃立法之目的。從而依家事審判法之此類有關夫婦同居義務之審判，具有一種形成處分性質之審判，就現行法全體之設計言之，應解釋係將此類問題之終局解決交由家事法院以形成的作用為解決。惟多數意見卻一面承認上述審判具有上述之性質，另一面又另外認為，關於夫婦間同居義務本身有發生爭執之情形，而此爭執係關於法律上實體權利義務之爭執，在憲法上並未封閉其進行通常訴訟之途徑。但問題在於，究竟能否如同多數意見所說，於夫婦關係存續之前提下，將夫婦同居義務本身相關之爭執與夫婦同居義務之具體內容（即，其場所、時期、態樣）相關之爭執加以切離，將其視為個別不同之事而明確區分，此種想法是否可能？法官橫田喜、法官入江、法官奧野之補足意見舉例認為，「因不是夫婦所以無同居義務」、「雖係夫婦，但同居請求為權利濫用，所以無應付之義務」

此類情形係「同居義務本身」之例，於此類情形當然必須開出通常訴訟之途徑。可是上述所引之例，其中「因不是夫婦所以無同居義務」之例，並非以夫婦關係之存在為前提，所主張而爭執者為離婚或婚姻無效而夫婦關係不存在，或主張其不存在為前提而爭執其無同居義務存在，於此情形其爭執為通常訴訟之客體，就此點而言，本人並不加以否定多數意見。就另外之一例所引用「雖係夫婦，但同居請求為權利濫用，所以無應付之義務」而言，屬於以夫婦同居義務之存在為前提而請求同居之情形，此例與前面之例兩者事情完全不同。此例之同居請求其本質係有關履行同居義務之具體態樣問題，請求同居有無理由，正係應以審判為最終的裁定事項。例如，夫婦之一方為精神病人而請求同居之情形，就具體的事態而言，同居之請求係權利濫用，對他方雖有抽象的同居義務，但無具體的同居義務（同居之態樣）得以裁定將其事項為審判。其所以如此係於同居義務存在之前提下，針對具體事案就履行同居義務之一態樣為必要之裁量的形成處分（例如，於病中暫時時間內無同居必要

之裁定）。從而於請求同居之一方精神病治癒時，得回復對造本有之同居義務，此乃當然。像此種以夫婦關係存續為前提而以訴訟請求確認終局的同居義務不存在之場合，民法未曾有預定，本人認為得找出合理的根據將此種通常訴訟加以承認。

二、一般民事事件之裁判係將當事人間關於權利義務之具體糾紛，適用一般抽象之法規，宣示何者為正確之法律作用，對於此種裁判，憲法保障其公開原則及對審構造。但是對於夫婦同居義務具體內容有關之糾紛，如上所述，並無應適用法律之一般基準，完全依賴家事法院之形成作用，立於監護立場以廣泛自由之裁量，期待能為具體衡平妥當之解決。從而家事法院所行之審判，不外係達成合目的性具體衡平理念之一種形成的作用。此種典型非訟事件之審判，與上述法律宣言作用之裁判，本來其性質已不相同，對此種事件之處理亦與一般民事事件及刑事事件之裁判有所不同，不得僅因未保障公開原則及對審構造，即謂違憲。

當然，非謂一切非訟事件均不適合行上述意義之裁判。亦非

謂凡以立法政策使成為非訟事件而具體權利義務相關之糾紛全部，均不適合成為通常訴訟。縱然在法律上規定其為非訟事件，亦必須按該事件之性質內容判斷其應否屬於通常訴訟之對象。對於家事審判法第九條第一項乙類所舉之各事項，亦有具體加以檢討之必要，俾以判斷是否許可其屬通常訴訟，此問題最後係應以判例加以解決之問題。

縱然屬於夫婦同居義務相關之糾紛，若當事人主張婚姻無效或已離婚之情形，以婚姻關係不存在為前提主張同居義務不存在時，不妨以通常訴訟對此事為爭執。但是，既然有夫婦關係之存續為前提，則無應加保障之公開對審原則之裁判對象，而有關具體權利義務之糾紛無發生餘地，僅生夫婦同居義務履行場所時期態樣等等具體內容有關之糾紛而已。對於此種糾紛，就事情之性質言之，屬於倫理的夫婦共同生活內部之糾紛，有尊重隱私權必要之問題，不適合將其暴露在公開法庭，在性質上亦不適合利用當事人對立抗爭之法構造之對審構造為裁判。故，對於此種典型之非訟事件，應將其與通常之民事訴訟事件為區別，特別家事審

判制度，由於特別之處理有其十足之合理根據存在，不得因設此種制度為特別處理而指謂違反憲法之趣旨。

簡言之，多數意見就夫婦同居義務有關家事法院審判之意義及其性質，欠缺正確之理解，有忽略創設家事法院真意之虞，本人無法贊同。

法官橫田正俊、法官柏原語六贊同法官田中二郎上述之意見。

法官松田二郎之意見如次：

（一）本人認為關於家事審判法第九條第一項乙類一號夫婦同居之審判，不違反憲法第三十二條、第八十二條之規定，於此限度本人贊同多數意見。但是，就其理論之根據而言，本人立於與多數意見完全不同之見解。多數意見認為有關同居之家事審判，為終局確定同居義務之實體權利義務本身，有開闢於公開法庭以對審及判決為訴訟之途徑，以此種解釋作為上述審判不違反前舉憲法條項之理由。對此，本人不認為能以該種方法開闢訴訟途徑。依本人之見解，有關夫婦同居事項，其本質上屬於非訟事件，依非訟程序為家事審判法之

審判，此乃理論上當然之事。換言之，將本質上屬於非訟事件之事依非訟程序為審判，無論如何不生違憲問題之餘地。

(二) 夫婦間之婚姻關係乃具有法律性及倫理性之生活協同體，與其他法律領域相比較，法與道德之二要素高度地緊密在一起。此事當然成為婚姻法律關係之特徵。於今日在新憲法兩性本質平等之理念下，婚姻所期待之事係夫婦互相協力自主為經營（參照憲法第二十四條）。故，婚姻可謂不適合由國家機關之法院以訴訟為解決之法律領域。例如，夫婦間之契約，以不害及第三人之權利為限，於婚姻中得隨時由夫婦之一方將其撤銷，此種規定之事（民法第七五四條），不外乎表示基於夫婦間之契約所生爭執不適合以訴訟加以解決。換言之，在婚姻關係存續之前提下，對於婚姻關係法院僅得立於監護立場而為關與。祇有在為解消婚姻關係為目的之離婚情形，始承認其得以訴訟為之。

據上述理由，對於婚姻關係有關事項（包括在本件之有關同居義務事項），祇要以婚姻之存續為前提，法院應以與民事訴訟程序相異之程序將其為關與。由

於此種理由，處理此事時，發現客觀真實之必要，不許採取辯論主義，為尊重夫婦共同生活有關之隱私權，亦要求其程序不公開。適合此種要求之程序，即係具有非訟事件性質之審事審判法。

(三)(1) 在新憲法之下新設立家事法院，迄家事審判法就夫婦同居有關事項規定為審判之經緯，我人不應忘記。舊人事訴訟程序法所規定之夫婦同居請求之訴，已經被廢止而成為今日已不存在之昔日之物。

(2) 不僅如此，亦應想起，在舊人事訴訟程序法之下，縱然提起夫婦同居請求之訴而原告勝訴，於判決確定時，亦無法對於對造直接或間接進行強制執行（參照大審院昭和五年（ウ）第八九〇號同年九月三十日裁定、大審院判例集第九卷第十一號第九二六頁）。即，在此情形，縱然國家機關之法院介入夫婦間之「訴訟」，最後亦無法獲得其介入訴訟之效果。換言之，於人事訴訟將「為夫婦之同居目的之訴訟」加以承認之事，不外顯示其係無意義之事。

(3) 如前所述，多數意見一再構築「夫婦同居義務之實體

權利義務本身」之概念，並強調欲將其為終局的確定必須於公開法庭以對審及判決行之。但是，關於夫婦同居之法律關係本身，民法第七百五十二條對其已有明定，已無再次將其利用訴訟加以確定之必要。若夫婦之間就同居之事無法協議時，基於民法之規定，家事法院得對該具體事件斟酌各種情形而形成具體的態樣。前示之家事審判即在形成此種作用之處分。

(四) 若進一步承認多數意見所謂之訴訟時，將生許多疑問而導致裁判實務之混亂。

(1) 如果允許此種訴訟，對家事法院就夫婦同居相關之審判不服之人，將會提起民事訴訟（有可能未待家事法院之審判，即在其前提起民事訴訟）。此種事將誘發許多民事訴訟。

(2) 上述此種訴訟與家事審判究竟立於何種關係？關於此點，橫田喜、入江、奧野三位法官認為，民事訴訟之裁判與家事審判之關係乃類似本案訴訟與假處分程序之關係。但是，如採此種見解，勢必形成家事法院對於夫婦同居事項無任何固有之權限。蓋依此種見解，家事法院祇不過進行假處分之機能而已。家

事法院之審判有可能經常由於民事訴訟而被推翻。果真如此，在新憲法之下設立家事法院之意義將全部喪失。

(3) 假設如同多數意見所主張之訴訟，已就夫婦同居義務存在不存在為判決而確定。由於判決已有既判力，若於判決確定後，發生與此不同之情況時，多數意見對此事究竟要如何為處理？依本人所主張之意見，對同居義務僅承認得為家事審判而該審判無既判力，能以情事變更為理由，由家事法院將該審判為撤銷、變更、不生審判上之困難或阻害。在此一問題上能看出，夫婦同居義務有關事項之所以列為非訟事件之所在。

(4) 不可忘記者，縱然允許進行此種夫婦同居之訴，由於現行法在人事訴訟程序法已無此種訴訟之規定，此種訴訟必須依民事訴訟法之規定為進行。果真如此，則對此種訴訟能否為訴訟標的之認諾（民事訴訟法第二百零三條），能否適用擬制自白之規定（民事訴訟法第一百四十四條第一項）為處理？如加以肯定，其結果之不當情形無待多言而可知。

(5) 如果多數意見所主張

之此種訴訟得加以承認，則此種訴訟為本案之假處分得加以承認（舊人事訴訟程序法第十六條參照），有問題者，究竟該本案訴訟係以何種內容為假處分內容？夫婦同居有關之審判究竟與關於同居訴訟之假處分立於何種關係？對於此種疑問，多數意見應為回答而未有敘述說明。

（五）某事項列為訴訟事件抑或列為非訟事件，此絕非單純立法上之便宜問題，若將實質上訴訟事件列為非訟事件，則係避開憲法第三十二條、第八十二條之規範而為法所不允許。惟若將本質上有非訟性質之事件依非訟

程序為之，此固為當然，可謂不違反上開憲法條項之規定。新憲法之下所規範夫婦同居有關事項正係該當於此事，該事件之性質屬於非訟事件，不適合進行民事訴訟，所以現行制度針對此一本質，將其處理程序委由家事審判法之非訟程序為之。多數意見就此一本質未有正確之解釋，不僅如此，而且因理論錯誤結果，在裁判之運作上發生許多障礙。由上敘述各點，本人對於多數意見之理由，不得不為反對。

法官草鹿淺之介贊同法官松田二郎之上述意見。