れば（洲崎・前掲七三九～七四〇頁、小林量「新株の発行が著しく不公正な方法によるものとして無効とされた事例」私法判例リマークス九号（一九九四年）一一九頁参照）、不公正発行を個別の新株引受契約の無効事由と捉えるよりは、むしろ、二八〇条の一五の無効事由と解する方向で考えるのが筋であるように思える（もっとも通説は、不公正発行は二八〇条の一五の無効事由ではないと考えているようである：近藤・前掲・会社法演習Ⅲ一四九～一五〇頁、同・新版注釈会社法(7)三四七頁、同・前掲・現代企業と法三二八頁、青竹正一「新株の不公正発行に対する救済措置」服部榮三先生古稀記念・商法学における論争と省察（一九九〇年）一八頁、小橋一郎・会社法・改訂版（一九九一年）三三三頁、神崎克郎・商法Ⅱ（会社法）［第三版］（一九九一年）三四七頁、河本一郎・現代会社法［新訂第六版］（一九九四年）二五五頁。最近の判例でもある：最判平成六年七月一四日・金融・商事判例九五六号三頁（本件Y1会社が昭和六一年一二月に行った新株発行に対して本件Xが無効判決を求めた事例）。このように考えると、本件原告Xがなぜ引受契約無効確認を求める方法を採ったのかは不明であるが、本件新株発行が不公正な方法でなされたか否かを問わず（もっとも本判決は不公正発行ではないとしている。さらに、判例タイムズ七一二号二二七頁の本件解説によると「Xの提起した新株発行の差止の仮処分は、理由がないとして却下されているようである。」）、本件訴訟には無理があったと評するしかあるまい。以上、検討してきたように、本判決の理由づけには問題があると思われるが、本件訴訟を不適法とした結論には賛成したい。

山本爲三郎

〔最高裁民訴事例研究三一九〕

平六2（最高裁民集四八巻二号三八八頁）

離婚請求訴訟における請求の放棄の許否

離婚請求事件（平六・二・一〇第一小法廷判決）

X（夫、原告・控訴人・上告人）が離婚請求の訴えを提起したところ、Y（妻、被告・被控訴人・被上告人）が第一審で、請求が認容されることを条件に、予備的に財産分与の申立てを行った。第一審判決は、離婚請求を認容するとともに、Yの財産分与の申立てに基づいて、XからYに土地建物および五五〇〇万円を財産分与すべきことを命じた。第一審判決に対してXが控訴し、控訴審において

本件離婚請求を放棄する旨を、陳述した（本件を紹介する判例時報一五〇五号六三頁の解説によると、財産分与額が高額にすぎることが、その動機になったとのことである）。しかし控訴審は、人事訴訟では、その対象となる身分関係が当事者の自由な解決に委ねることのできないものであり、その審理に職権探知主義が妥当しているとの理由で、請求の放棄は許されないとしたうえ、本案については第一審の判断を維持して、控訴を棄却した。そこでXが、第一に、民訴法二〇三条中「請求ノ認諾」に関する規定の不適用だけを明言する人訴法一〇条一項後段の反対解釈、第二に、身分関係が当事者の自由な解決に委ねることのできないものではないことを理由に、上告した。最高裁は、つぎのような理由で、離婚訴訟における請求の放棄は許されるものとして、原判決を破棄し、主文において、本件訴訟はXが請求を放棄したことにより終了した、と宣言した。

「離婚請求訴訟について請求の放棄を許さない旨の法令の規定がない上、婚姻を維持する方向での当事者による権利の処分を禁じるべき格別の必要性もないから、離婚請求訴訟において、請求を放棄することは許されると解すべきである。この場合、離婚請求が認容されることを条件として相手方から予備的に申し立てられた財産分与の申立ては、離婚請求の放棄によって当然に失効するものと解される。」

離婚訴訟における請求の放棄を認めた、判旨の結論は妥当であるが、その理論構成には賛成できない。

一　人訴法一〇条一項後段は、婚姻事件に民訴法二〇三条中の請求の認諾に関する規定の適用を排除するのみで、同条中の和解および請求の放棄に関する規定については明言していない。人訴法一〇条は、その他の人事訴訟事件にも準用される（養子縁組事件につき同二六条、親子関係事件につき同三二条）ので、人事訴訟において和解や請求の放棄が可能であるか否かが問題になる。本件は請求の放棄に関する最初の最高裁の判例である(1)。

この問題について学説は錯綜しているが、以下のように分類することができる(2)。

第一説は、人事訴訟における請求の放棄の許容性を肯定するのであるが、その理由を、訴えの取り下げが自由に行いうるということ(3)、請求の放棄は身分権の放棄ではなく訴権の放棄であるということ(4)、またはこれら双方に求める(5)。

第二説は、婚姻事件（および養子縁組事件）においては婚姻（および養親子関係）を維持するために片面的職権探知主義が採用されていること（人訴一四条・二六条）を根拠として、請求の放棄を認める(6)。現在の多数説といえる。この考え方によれば、双面的職権探知主義が採用されている親子関係事件（人訴三二条）においては請求の放棄も許されないことになる(7)。また、婚姻事件および養子縁組事件であっても、職権探知は婚姻ないし養子関係を維持する方向で行われるので、第二説を前提にした場合、婚姻無効・取消訴訟、離婚訴訟ならびに養子縁組無効・取消訴訟、離縁訴訟などでの請求の放棄は認められるが、離婚取消訴訟や離縁取消訴訟における請求の放棄は認められないことになろう(8)。

第三説は、人事訴訟の対象である身分関係は、当事者の任意

の処分が許されるものではないということを理由として、基本的には請求の放棄も認めない。ただし、これらの学説も離婚訴訟および離縁訴訟においては請求の放棄を認める。その理由は、離婚や離縁については協議離婚・離縁、調停離婚・離縁の制度があること[9]、あるいは、離婚・離縁訴訟の対象の公益性が希薄で、当事者による任意処分が可能であること[10]に求められている。少数説ではあるが、有力説といわれている[11][12]。

第四説は、請求の放棄を認めるが、婚姻無効、婚姻存否確認訴訟、親子関係存否確認訴訟では、それは訴えの取下げと同じく訴訟終了の効果しか生じないものと解する[13]。

二　以上のように、いずれの見解によっても、本件のように離婚訴訟における請求の放棄は認められるのであり、本件に関する限り結論に差異はない。しかし、人事訴訟一般において請求の放棄が認められるか否かについては、結論が異なってくる。

本件判旨は、請求の放棄を認める根拠として、これを許さない旨の規定がないこと、つまり人訴法一〇条一項後段の反対解釈とならんで、婚姻を維持する方向での当事者の権利の処分を禁じるべき理由がないことを挙げている[14]。そのことから、判旨は多数説である第二説に従ったものと解される[15]。

三　まず、第一説のように、訴えの取り下げの自由から請求の放棄の許容を導くことには、賛成できない。なぜなら、請求の放棄は請求に理由がないことを認めるものであって、これが調書に記載されると確定判決と同様の効力が生じる（民訴二〇三条）点で、訴えの取り下げとは同視できないからである[16]。また、請求の放棄は実体権の放棄ではなく訴権の放棄であるという理由付けも、説得力を欠く。なぜなら、一般的に訴権の放棄ないし不起訴の合意は、それが個々の特定の権利ないし法律関係についてなされれば、適法・有効とみることができるとしても[17]、当該実体権がその公益性のゆえに放棄できないものであるならば、訴権の放棄も認められないはずだからである[18]。

次に、第四説についてであるが、同説はドイツ民訴法の解釈論に習うものである。同法によれば裁判所は、原告が請求を放棄した後、被告の申立てがあってはじめて、請求棄却の放棄判決を下すことになっており（ドイツ民訴三〇六条）、請求の放棄だけでは訴訟終了の効果が生じるに留まると解されている。この点でドイツ民訴法は、請求の放棄が調書に記載されると、確定判決と同様の効果が生じるとしている日本民訴法（民訴二〇三条）とは異なる。かように両者の規定が異なるので、第四説のようにドイツ法の解釈論を日本法の解釈論に持ち込むことには、無理がある[19]。

かくして、多数説である第二説と有力説である第三説が検討の対象として残る。

第二説はたしかに、人訴法一〇条一項後段が民訴法二〇三条中の請求の認諾に関する規定の適用の排除のみを明言し、請求の放棄に関する規定の適用の排除を明言していないこと、言い換えれば右規定の文理に適合する。しかし、右規定が請求の認

諾にのみ言及しているのは、母法であるドイツ法の同様の規定を受け継いだためであるが、ドイツ法がそうであるのは、カトリックの影響により離婚に消極的な考え方が立法当時のドイツの社会において支配的であったためであるといわれている。しかるに、協議離婚も認めている日本法の基礎には、かつてのドイツ法の基礎におけるような離婚に対する消極的な考え方はない。かように両法の基礎にある考え方が相違しているのに、わが国の立法者が無比判にドイツ法の文言を受け継いだのであるとすれば、この問題に関しては規定の文言に決定的な意味をもたせるべきではない。(20)

第二説が婚姻事件、養子縁組事件における片面的職権探知主義の採用を自説の根拠として援用している点も、問題である。そもそも人訴法一四条が片面的職権探知主義を採用していると解すべきか否かについて、見解が分かれている。(21) しかし、仮に片面的職権探知主義が行われるとしても、そのことから請求の放棄の許容を当然の結論として引き出すことはできない。なぜなら、請求の放棄は訴訟物に関する事項であるのに対して、職権探知は証拠資料の収集に関する事項であり、両者は次元を異にするからである。(22) かような考え方に対して永井博史助教授は次のような趣旨の批判をされる。すなわち、審理が弁論主義によるか職権探知主義によるかも、また、請求の放棄・認諾を許すか否かも、ともに訴訟の対象が任意処分の可能なものであるか否かにより決まることであるので、両者を別の問題であると考えるのは的外れである、と。(23) たしかに、訴訟の対象の高度の公益性は、一方で訴訟資料の収集につき職権探知主義を採用せしめ、他方で当事者による任意の処分、すなわち請求の放棄・認諾を禁じる。その限りで、職権探知主義を採用するか否かと請求の放棄・認諾の可否とは関連があるといえる。しかし、実体権自体については当事者の自由な意思による処分が許されているが、あるいはむしろ、実体権の処分ないし実体関係の形成が当事者の自由な意思によることが絶対的に要請されているからこそ、それをめぐる判断が客観的真実に即して行われなければならないという問題もありうる。このような問題が訴訟で争われた場合には、請求の放棄・認諾は許容されるが、審理は職権探知主義で行われるべきであるということになる。

したがって、請求の放棄が認められるべきか否かにつき決め手になるのは、職権探知が行われているか否かではなく、訴訟の対象が任意に処分されうるか否かである。第三説は、かような考え方に基づいて、人事訴訟の対象は原則として任意処分の許されるものではないが、離婚訴訟および離縁訴訟についてはその対象の任意処分が許されているとして、請求の放棄を認めているが、それは正当である。前述のように第三説は、協議離婚・離縁および調停離婚・離縁の制度があることをその根拠として挙げている。このことも間違いではないが、請求の放棄の許容のより根源的な理由は、現行法が婚姻ないし養親子関係の存続についても解消についても当事者の意思を尊重する立場を

とっていることに求めるべきであろう。協議離婚・離縁、調停離婚・離縁といういずれも当事者の合意を要件とする離婚および離縁の形態が認められているのも、現行法がかような立場をとっているからであり、それがまた離婚訴訟、離縁訴訟において請求の放棄が許容されているとの解釈論の拠り所ともなるのである。

以上を要するに、私は第三説を支持し、離婚訴訟における請求の放棄を認めるべきであると考える。本判決の結論はしたがって妥当であるが、判旨が多数説である第二説に従ったことには賛成できない。

四 なお、本件では請求の放棄が認められた結果、被告が行った財産分与の申立てが失効している。この結果は被告にとって気の毒であるようにも思われる。しかし、被告としては、離婚と財産分与の受領をあくまでも望むならば、離婚の反訴を提起し財産分与を附帯的に請求することもできたはずである。被告がそれをしなかった以上、右の結果はやむをえないし、また当然のことである。

五 判示事項となった問題についての筆者の見解は以上のとおりであるが、離婚訴訟およびこれと同様に考えることのできる離縁訴訟における請求の認諾および和解についても一応の私見を述べておきたい。現行法が婚姻および養親子関係の存続および解消について当事者の意思を尊重する立場をとっていることからすれば、これらによる解決も認められるべきであるとの結論が当然に引き出されようにも思われる。私も結論としてはそう考えるが、ただ、これらを認めるには請求の放棄の場合にはない障害を越えなければならない。

まず請求の認諾については、人訴法一〇条一項後段が明文をもってこれを排除していることが問題になる。しかし、この規定が請求の認諾を排除しているのは、婚姻事件における訴訟の対象の多くが当事者の任意処分に親しまないものと考えられたためである。そうであるとすれば、逆に、婚姻事件であってもその対象が当事者の任意処分に服しうるものには、請求の認諾を排除するこの規定の適用が排除されると考えることもできるはずである。

次に、請求認諾、および、離婚を認める内容の和解の場合は、離婚の要式性との牴触が問題になりうる。つまり、現行法は離婚の形態として協議離婚、調停離婚、審判離婚および裁判離婚の四形態しか認めておらず、認諾および和解による離婚を認めていない。このことから、請求認諾や和解を認めない考え方もある。たとえば、岡垣学氏は、前述のように第三説の立場に立って、請求の放棄を認め、また請求を放棄する内容の和解も認めながら、請求の認諾および離婚を認める内容の和解は認められない。[24] しかし、認諾や和解は、調書に記載されれば、確定判決と同じ効力をもつことになっている（民訴二〇三条）ので、離婚訴訟における認諾調書および離婚を認める内容の和解調書を離婚判決と同視することもできよう。[25] そうすれば、認諾や和解

による解決を認めることができる。(26)

請求の認諾および和解については、判示事項になっていないので、本稿では一応の私見を表明したにすぎない。より詳細な検討は後日を期したい。

(1) 本件以前には、東京控判昭和一三年七月二八日法律新報五一八号二〇頁、東京地判昭和一三年三月二九日評論二七巻民訴二六七頁が縁組無効訴訟における請求の放棄を認めていた。しかし、朝鮮高等法院判昭和九年一一月二〇日評論二四巻民訴三二三頁は、「養子確認の訴」における請求の放棄は許されないものとした。

なお、請求の認諾に関する規定の適用は明文規定をもって排除されているので、認諾ができないのは当然のことのようであり、実際、法曹会決議昭和一五年六月一九日法曹会雑誌一八巻八号一〇三頁は「身分関係確認訴訟」における請求認諾の効力を否定している。しかし、山形地判昭和四五年三月二五日判時五九五号八八頁は、その傍論において、離婚訴訟における請求認諾の効力を認めており、本文で後述するように私もこの考え方を支持する。

(2) 学説の分類は、岡垣学「人事訴訟における弁論主義の制限」『人事訴訟の研究』一八六頁以下(第一法規、一九八〇年。初出、『法と権利3(末川先生追悼記念)』(一九七八年))(以下、岡垣・研究と表記する)、同『人事訴訟手続法』一九四頁以下(第一法規、一九八一年)(以下、岡垣・人訴と表記する)、永井博史「本件判批」法学教室一六七号一二〇―一二一頁(一九九四年)、野山宏「本件判批」ジュリ一〇五八号九七頁(一九九四年)で行われている。本稿における分類にあたってもこれらを参考にした。

(3) 大森洪太『人事訴訟手続法』七九頁(日本評論社、一九三〇年)。

(4) 三田高三郎『人事訴訟手続法解説』三三三―三三四頁(帝国判例法規出版社、一九五二年)、同『婚姻事件訴訟の研究』二九〇頁(帝国判例法規出版社、一九五五年)。

(5) 加藤令造『人事訴訟手続法詳解』三六頁(大同書院、一九五八年)、同『実務人事訴訟手続法』三〇頁(判例タイムズ社、一九六四年)、同『人事訴訟手続の実務』三六―三七頁(日本加除出版、一九七一年)。

(6) 兼子一『条解民事訴訟法(上)』五三八頁(弘文堂、一九五五年)(以下、兼子・条解(旧版)と表記する)、兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』七一〇頁(弘文堂、一九八六年)(以下、兼子・条解(新版)と表記する)、兼子一「人事訴訟」中川善之助ほか編『家族問題と家族法Ⅶ』一八二頁(酒井書店、一九五七年)(以下、兼子・人訴と表記する)、同『民事訴訟法体系』三〇二頁(酒井書店、新修増補版、一九六五年)(以下、兼子・体系と表記する)、三ヶ月章『民事訴訟法』一九二頁(弘文堂、第二版、一九八五年)、(以下、三ヶ月・講座双書と表記する)(同『民事訴訟法』一五六頁(有斐閣、一九五九年)(以下、三ヶ月・法律学全集と表記する)は、やや表現を異にしているが、第二説に分類できようか)、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ』一一六〇頁(日本評論社、〔追補版〕、一九八四年)、中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義』三六〇―三六一頁〈松浦馨〉(有斐閣、補訂第二版、一九八六年)、小山昇『民事訴訟法』四三八頁(青林書院、五訂版、一九八九年)、新堂幸司『民事訴訟法』一四七頁(弘文堂、第二版補正版、一九九〇年)、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(5)』一九九頁〈斎藤秀夫＝渡部吉隆＝小室直人〉(第一法規、第二版、一九九一年)、石川明編『民事訴訟法講義』一四七頁〈梅善夫〉(法学書院、一九九二年)、永

井博史・前掲注（2）一二一頁など。古い学説であり、現在の多数説とは表現が異なるか、山田正三『特別訴訟手続第二部――人事訴訟手続法』六七頁（日本評論社、一九三八年）も、その真意は多数説と同旨であろう。

（7）前注（6）に掲げた文献のうち、兼子・人訴一八二頁、同・体系三〇二頁、三ヶ月・法律学全集一五六頁、同・講座双書一九二頁、中野ほか編・前掲三六一頁〈松浦〉、小山・前掲四三八頁、新堂・前掲二四七頁、斎藤ほか編・前掲一九九頁〈小室＝斎藤＝渡部〉、石川編・前掲一四七頁〈栂〉がこの旨を明言している。

（8）前注（6）に掲げた文献のうち、斎藤ほか編・前掲一九九頁〈小室＝斎藤＝渡部〉が、離婚訴訟、婚姻無効・取消訴訟における請求の放棄は婚姻を維持する結果を招来するということを述べて、このことを認めている。一方、兼子・条解（旧版）五三八頁、同・条解〔新版〕七一〇頁は、離婚訴訟、婚姻取消訴訟については請求の放棄が可能であるとしたうえで、「婚姻無効請求や婚姻関係存否の確認については、疑問である」と述べている。なお、吉村徳重＝牧山市治編『注解人事訴訟手続法』一五二頁〈住吉博〉（青林書院、改訂、一九九三年）参照。

（9）山木戸克己『人事訴訟手続法』一二三頁以下（有斐閣、一九五八年）、中村英郎「人事訴訟における和解」『訴訟および司法制度の研究（民事訴訟論集第二巻）』三五頁以下（成文堂、一九七六年。初出、『実務民事訴訟講座第六巻』〈一九七二年〉）。

（10）岡垣・研究一八九―一九〇頁以下、同・人訴一九七―一九八頁。

（11）ただし、山木戸教授、中村教授と岡垣氏は、離婚・離縁訴訟における請求の放棄を認める点では一致しているが、次の点では見解を異にしている。すなわち、山木戸・前掲注（9）一二四―一二五頁、中村・前掲注（9）三七頁以下は同訴訟における請求の認諾および和解も認めているが、岡垣・研究一九二頁以下、同・人訴二〇一頁以下は、本文で後述するように、認諾および離婚ないし離縁をする方向での和解を認めていない。

（12）坂原正夫「演習・民事訴訟法1」法学教室七八号九九頁〈一九八七年〉も、第三説であろう。なお、吉村＝牧山編・前掲注（8）一五一頁以下〈住吉〉は、一般論として人事訴訟における請求の放棄を認めていないか、離婚・離縁訴訟における請求の放棄の可否については自らの立場を明確にしていない。

（13）小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」『企業と法（上）（西原寛一先生追悼論文集）』三五五頁（有斐閣、一九七七年）。

（14）永井・前掲注（6）一二一頁も判旨をそのように解釈している。

（15）最近の判例である、仙台高判平成五年七月二九日判時一五一四号九〇頁は、婚姻無効確認の訴えについてなされた不起訴の合意を有効とし、その理由を、婚姻関係訴訟では婚姻維持のために片面的職権探知主義が採用されている点に求めている。この判例も多数説である第二説を前提にしているといえる。

（16）山木戸・前掲注（10）一二三頁注（一）、岡垣・研究一八八頁、同・人訴一九六頁。

（17）この点については、たとえば、新堂・前掲注（6）一七六頁注（1）参照。

（18）岡垣・研究一八八頁、同・人訴一九六頁もっと理由付けを否定している。

（19）岡垣・研究一八八―一八九頁、同・人訴一八一―一九七頁、坂原・前掲注（12）九九頁。

(20) 中村・前掲注(9)三三頁、小室・前掲注(13)三五五―三五六頁、岡垣・研究一八五頁、同・人訴一九三頁参照。

(21) 岡垣・研究一八八頁、同・人訴一九五頁、一四二頁以下、二三六頁は、人訴法一四条はその文言にもかかわらず全面的職権探知主義を採用するものであると主張している。そのほか、伊東乾『弁論主義』四四―四五頁(学陽書房、一九七五年)、坂原・前掲注(12)九九頁参照。

(22) 小室・前掲注(13)三五六頁、岡垣・研究一八八頁、同・人訴一九六頁、坂原・前掲注(12)九九頁。

(23) 永井・前掲注(6)一二一頁。

(24) 岡垣・研究一九四頁以下、同・人訴二〇一頁以下。

(25) 中村・前掲注(9)四四頁以下は、和解について同様のことを述べている。

(26) 山木戸・前掲注(9)一二五頁、中村・前掲注(9)三七頁。判例では、前掲注(1)山形地判昭和四五年三月二五日が傍論で請求の認諾が許されうることを判示している。

[追記] 本件については本稿に引用した永井博史助教授、野山宏調査官の解説のほか、戸籍時報四四〇号に村重慶一氏の評釈が掲載されている。

石渡 哲