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

Title	〔最高裁民訴事例研究二七〕 代物弁済予約の目的たる建物の同一性の判断と審理不尽 建物所有権移転登記等請求事件 (昭和三九年一月三〇日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu) 石川, 明(Ishikawa, Akira) 清水, 暁(Shimizu, Akira) 民事訴訟法研究会 (Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1966
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.39, No.1 (1966. 1) ,p.91- 102
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19660115-0091

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.

選挙への介入については、いずれも命令の結論は、妥当といえよう。しかしNの職名変更をめぐる問題については、疑問がある。その疑問は、使用者の提供する酒食の席に十数回出席したNは、使用者の不利益取扱を根拠として、使用者を相手どつて争えるものであろうか。支部の支部長としてのNが、単なる社交上とも思われない会社提供の酒食の供応を受けたのであり、このような不見識なNは、自主性を自ら放棄したという意味において、救済の対象たりえるものであろうか。自ら汚した手によつて、相手方に対して救済を目的として一定の事項を要求できるであろうか。命令は、この点極めて簡単に申請人の主張にもとづき、Nの救済を認めているが、理解に苦しむのである。

（河久沢亀夫）

〔最高裁民訴事例研究　二七〕

昭三九1（最高民集一八巻一号一九六頁）

代物弁済予約の目的たる建物の同一性の判断と審理不尽

建物所有権移転登記等請求事件（昭三九・一・三〇第一小法廷判決）

訴外AはYとの間でAを債権者とする債務につきY所有の甲建物の上に第一順位の根抵当権を設定せしめ、あわせて債務不履行の場合は弁済に代えて甲建物の所有権をAに移転する旨の代物弁済の予約を締結し、根抵当権設定登記と代物弁済予約による所有権移転請求権保全の仮登記とを経た。YはAから右の約定に基づいて二口計一三六万円を借受けたが、債権・根抵当権および所有権移転請求権はXに譲渡せられ、YからAにその旨を通知、Xは根抵当権および所有権移転請求権の転移についてそれぞれ附記登記を経た。Yが履行期に債務を弁済しないのでXは債務の支払に代えて甲家屋の所有権を取得すべき旨の意思表示をもつて代物弁済の予約上の権利を行使したのであつたが、これより前、甲家屋に隣接する同一地番の乙家屋はYによつて取毀たれ、その跡に築造せられた丙部分は甲家屋に接著・接続している。XがYと家屋居住者Y′とを共同被告として建物の明渡その他を訴求したのが本件であるが、Xは代物弁済の予約が建物の丙部分にも及んでいることを主張、Yは丙部分には及ばないことを主張した。原審・東京高裁が甲と丙とを区分する一階部分の境壁は概ね共通の柱によつて構成されていることを明かにする第一審検証調書のみを根拠として、甲と丙とが二階部分を含めた隣接箇所の全部にわたつて柱を共通にしていると認定し、これを最主要の論拠として物理的な構造のみを見つつ丙部分は甲建物と一体をなし甲の部分を成するものと考え、代物弁済の予約の効力が丙部分に

も及ぶことを判示したのに対し、Y側から上告した。最高裁は上告を容れて、曰く、右のような検証調書から上記のような事実（全体としての柱の共通）を認定したことは「証拠の意義、内容を不当に拡張して、これを事実認定の資料に供した違法がある。」のみならず「一般に、建物に加えられた築造が従前の建物と一体となつて全体として一個の建物を構成するか、あるいは、築造部分が従前の建物とは別個独立の建物となるかは、単に建物の物理的構造のみからこれを決すべきではなく、取引または利用の対象として観察した建物の状況もまた勘案しなければならない。　原審が、前掲のごとく、もつぱら従前の建物と築造部分との接合状態如何の認定に終始し、取引または利用上の観点から叙上の諸事情を審究判示することなく、直ちに、両部分の一体性を肯認し、代物弁済予約の効力が築造部分についても当然に及ぶものと判断したことは、建物の個数ないし同一性の判定に関する法則を誤り、審理不尽、理由不備の違法に陥つたものと考えざるをえない」と。――破棄、差戻。

事を表面的に扱うかぎり、何の問題もない平明な判決のようにみえる。実体法的な検討は挙げて既存の槇判批（民商五一巻五号八一四頁）に譲るけれども、物の一体性が物理的にのみ決まるものではないという判旨は、蓋し当然の道理であろうし、それにも拘らず丙部分と甲家屋との物理的一体を論証しようとするにとどまるかのようにみえる原審判決は、たしかに、形の上で、法令違背に該るであろうからである。その所謂物理的一体が柱の共通のみを主要な根拠とし、しかもその柱の共通が必ずしも全部の柱の共通を明かにするものとは認められない検証調書だけを基礎とするにおいては、物理的一体の認定さえ、採証法則違背に坐することになろう。だから訴訟法的にも判旨の指摘する二つの法令違背は相当ということになるが、然らば、その場合、審理不尽・理由不備という他の二つの破棄理由は、一たい何を意味するであろうか。

抽象的な構成を離れ、事案に即して考えてみると、ここで理由不備というのは、上告審の、一種の、疑念を表明しているもののように思われる。物の一体性が物理的にのみ決まるものではないという道理は、当然すぎる道理であるだけに、原審がこれを遺却したと想定するのは却つて可笑しいのではないか。そのつもりで原判決を読直せば、たとえば逆にXが甲家屋のみを取得しても現状では代物弁済がその目的を達し難いというような形で、甲と丙との此処での法的一体が現に判示されているものと、読んで読めないことはない。〃事によると原審も同一の前提をとつたのかも知れないが〃という疑念、それが理由不備という言葉で〃それならその趣旨をもう少しハッキリ説明したらよい〃という気持を表明させたのではなかろうか。さような疑念がなかつたとすれば、物理的一体では不充分との指摘は法令違背と規定することで足り、物理的一体のみを前提とする立場からは採証法則違背以外に理由の欠缺は認められないのであるから、理由不備の語の飛出してくる縁由がない。

既にして最高裁が〃原審も事によると同一の前提をとつたのかも知れない〃と考えた以上、事案の焦点は実は「審理不尽」という破棄理由に絞られることになりそうである。前提の同一を仮定するの

であるから、前提を改めよという意味での法令違背は意味をもたないこと勿論だが、基準が物理的一体でないのならば逆に物理的異別法的同一ということもありうべき筈で前頭検証調書の扱い方のごときは必ずしも判決の結論に影響しないことになるのみならず、何よりもたとえ最高裁が〝原審も事によると同一の前提をとつたのかも知れない〟と考えたとしても最高裁自身原審の結論に賛成ならば〝もう少しハッキリ説明せよ〟とは言わなかつたであろうからである。最高裁は、多分、丙部分を甲家屋に附属せしめなければ代物弁済がその目的を達しないとの、原審の実質的評価そのものに賛成できないのである。〝どうしてそんな結論になつたものか〟、得心できないということであろう。ハッキリ評価不当と断定できるわけでもない。だが、また、このまま評価を相当としてパスさせることには躊躇されるということで、〝もう少し事案に沈潜してみてほしい〟というのが、ここでの審理不尽の意味らしく感じられる。他には、やはり、どうも、審理不尽の語の出てくる縁由が見出されない。

元来、「審理不尽」という表現は、判決によく登場する表現だが、明確な内容をもたないことを理由として、学説上は強い指弾を受けている（小室「上訴制度の研究」二〇八頁、最近にも桜井早法三九巻二号（学会報告））。けれども、実務がこの表現を敢て用いるについては、無自覚的にもせよ、それなりの理由があるに相違ない。同じ事物について、人は、通り一遍の結論を出すこともあれば、沈潜した上で結論を出すこともある。同じ会議体が、資料を卒読し簡単な質疑を交換してアッサリ結論を出すこともあれば、討論を重ね問題に充分に沈潜し然る後に結論を出すこともある。沈潜後の結論は、通り一遍の結論と、少しも異ならぬことも少くはないが、沈潜後の結論でなければ関係者の納得した結論といえない。裁判は、当事者と一般世人とを、納得させなければならないのであるから、事件の個性に沈潜し、その上で判決を行うべきは、裁判所の基本的義務である。「審理不尽」とはその基本的義務の違背をいうのではないか。〝何処が間違つているというよりも前に、そもそも、まだ、事件を膚に感じていない〟、〝上告審としては得心できない〟、〝沈潜してから裁判しよう〟、そういう趣旨の籠められた言葉だと思われる。これは、判決に熟したかどうかの問題とは異なる。寧ろ熟未熟判断の基準そのものの問題で、通り一遍の判断でもそれなりに判断に熟する時期はあるのである。基本的には裁判所の義務ということから出発するのであるから、法令違背の一種といえないことはないけれども、民訴三九四条の予定する法令違背とは違つた一段奥の問題であるし、できれば絶対的上告理由と看做したいけれども民訴三九五条に恰当の文字がないという気持が、「審理不尽」の表現を支えているのではないかと想像される。

かく理解すれば、「審理不尽」必ずしも意味不定とは言われず、これを独立の破棄理由とすることも、決して無意味・不当もしくは違法とは断じられない。本件は、その用例の、一検証の意味で、これを取上げてみたのである。

（伊東　乾）

昭三九2（最高民集一八巻三号四四六頁）
戸籍上嫡出父子関係の記載がある場合に戸籍訂正なくして父子関係の存在を否定することができるか

贈与減殺請求事件（昭三九・三・六第二小法延判決）

戸籍上X（原告・控訴人・上告人）は亡A、その先妻亡Bの長男で、Aの相続開始後Aの後妻Y_1・Aの養女Y_2（被告・被控訴人・被上告人）共謀し財産を不法に売却処分しXの相続を侵害したとして、両名に対し損害賠償の請求をした。また、生前Aがその所有不動産をY_1・Y_2・Aの養女Cに各贈与したのでXの遺留分は害されたとして、右各贈与のうち最後になされたY_2に対する一定不動産の贈与につき減殺の意思表示をなし、右不動産につきXの遺留分の割合に応じ所有権移転登記の請求を予備的請求とした。Y_1・Y_2は、XがBの姪の養女の非嫡出子であるとして、Aの長男ではないと主張した。第一審・第二審でXの請求棄却。X上告。

判決要旨に対応する上告理由は以下のごとくである。すなわち、親子のごとき身分の存否は、戸籍の記載を唯一の証拠として身分関係の対世的統一取扱を確保することにし、先ず人事訴訟をもって確定の上戸籍訂正をしてからでなければ一切の訴訟において親子でないことを前提とする判断をなし得ないと解するのが妥当である（谷口・戸籍法・有斐閣法律学全集・七五頁）。なおこの他判旨とは直接関係しないが、元来親子関係の存否確認の訴であれば人事訴訟手続法の規定の適用を受け職権探知主義によるべき事案であるに拘らず、証人尋問の申請を故なく採用せず、弁論再開の申立を顧みず、一回の口頭弁論をもって結審したのは、真実発見に対する努力の跡がみられず、審理不尽である、としている。

これは対し本件判旨は以下のごとく説いている。「上告人が亡Aの実子でない旨の原判決引用の一審判決の事実認定は、挙示の証拠により肯認できるから、原判決に所論の経験則違反がなく、また、原審が所論の釈明をなさず、所論の証拠申請、口頭弁論再開申請を許容しなかったからといって、これに審理不尽の違法があるということはできない。上告人と亡Aとが父子関係である旨の戸籍記載を訂正した後でなければ、右の関係を否定できない旨の所論は、独自の見解であって採用できない」として上告棄却。

判旨に賛成。

第一の問題点は上告理由の主張するように、親子のごとき身分の存否については、戸籍記載を唯一の証拠として身分関係の対世的統一的取扱を確保することにし、まず人事訴訟をもって確定の上戸籍の訂正をしてからでなければ一切の訴訟において親子でないことを前提とする判断をなし得ないと解するのが妥当であるか否かの点である。

上告理由の指摘するように谷口教授「戸籍法」（法律学全集二五巻）七五頁は、「親子のごとき身分の存否については、戸籍記載を唯一の証拠として身分関係の対世的統一的取扱を確保することにし、まず人事訴訟をもって確定の上戸籍訂正をしてからでなければ、一切の訴訟において親子でないことを前提とする判断をなし得ないとする解釈が妥当だ」とされる。

私はこの見解には賛成できず、むしろこの点については本件判決の判断が正当であると考える。以下理由を述べる。私は戸籍を訂正

しない限り戸籍の記載に反する主張をなし得ない場合となし得る場合とがあると解する。たとえば、戸籍上の親子が実は血縁関係なき他人であつて婚姻をするような場合は、戸籍の訂正をしない限り婚姻はなし得ないと解すべきであろう（すなわち戸籍上の記載によれば明らかに実体法上違法な行為が戸籍の訂正をなすことなく戸籍上に記載されることは許されないであろうから届出主義の下で婚姻の届出を受理されないという意味で）。これに反して親子関係を先決問題として相続をめぐる法律関係が問題となる場合、相続が私的利益に関するから戸籍の記載とは関係なくこれと異る身分関係が先決問題として主張されてよいと考える。本件は後者の場合に当る。後者の場合戸籍の訂正なき限り（しかも訂正が必ず人事訴訟によらなければならないとするならば、戸籍法一一三条により家庭裁判所の許可によつてもなしうる点からみて、なおさらのこと）戸籍の記載とは異る身分関係の存否の主張をなし得ないとするならば極めて不都合であると思われる。何故ならば、①戸籍吏は戸籍の届出に際し届出人の届出とそれに伴い提出される一定の証明資料とを信頼してこれを受理するにすぎず、届出が真正になされたか否かにつき終局的・確定的に充分調査し判断するわけではない。したがつて、戸籍は届出があつたことの証明に基いて身分関係を公証する資料になるが、公信力はもたない。戸籍が公信力をもたない点は登記と全く同様で、その記載が真実の権利関係と合致しない登記の抹消をしなくても、当該真実の権利関係を主張しうる点よりみれば、戸籍の場合もこれと同一に解すべきである。もつとも身分関係は財産関係と異りその取扱いが画一的統一的になされなければならないという要求がある。この点から戸籍と登記では本質的に異るとする主張が理由づけられるかもしれない。しかし、身分関係の画一的統一的取扱の要求というのは（身分関係の画一的統一的取扱の要求がそもそも妥当するか否か、妥当するとすればどの範囲でかは問題である。画一的要求を認めるものとして、たとえば我妻・親族法三八九頁、相対的・個別的な決定を認めるものとして、広中等「合意に相当する審判の制度」ジュリスト二七一号二五頁以下）、戸籍の記載にのみ基く画一的統一的取扱を意味すると解すべきではなく、むしろ戸籍の記載が訂正されない場合であれば真正な親子関係にしたがつて画一的な規律がなされれば足りるということであろう。重要なのは画一的統一的取扱であつて、戸籍の記載に基づくということではない。②またたとえば、本件におけるように、戸籍に記載の親子関係と異る親子関係を先決問題として一定の法律関係を主張する場合、常にまず親子関係の存否確定の訴を提起しその勝訴判決により戸籍の訂正をしない限り右の主張ができないことになり非常に救済が迂遠である。③更に、論者の主張するように、本件の場合、親子関係存否確定の訴を経なければならないとすると、訴の利益という点で若干疑問がないわけではない。すなわち、解決すべき法的紛争は相続権をめぐる法律問題で親子関係の存否そのものは先決問題であるにすぎない。もつとも論者の主張するように、親子関係存否確定の訴で勝訴し戸籍を訂正しない以上戸籍の記載と異る親子関係を主張出来ないというならば、先決問題であつても親子関係そのものを訴で確定

しておく利益はあるかもしれない。しかし、戸籍法一一三条によれば許可審判による戸籍の訂正が可能であるから、戸籍の記載による画一的取扱の要求を前提としても必ずしも常に親子関係存否確定の訴によらねばならぬとする理由はないが、親子関係の存否それ自体が争われている場合には、審判に既判力なしとすれば（この点問題ではあるが）、確定判決により既判力をもつてこれを確定しておく利益はあるといえるかもしれない。しかしそういう利益があるといえるのは、本件のごとく多数の相続人がいる場合は多数相続人間の親子関係の存否をめぐる紛争に基因する相続上の紛争を一挙に解決するために基本的法律関係である親子関係の存否を訴をもつて確定する利益の存する場合に限られないであろうか。しかし、相続人が二人で両者間で親子関係の存否に関する紛争があり、これを先決問題として相続をめぐる法律関係が争われている場合にまで、親子関係存否確認の訴の利益があるか否かは問題である。④大審昭和一五年一二月六日判・民集一九巻二三号二一八二頁（大審大正一一年九月二日民三判民集一巻四四八頁と同旨）は、養子縁組無効の主張は人事訴訟手続においてのみ許されるもので、通常手続において抗弁として主張し得ないとする主張をしりぞけて、「養子縁組の無効は、人事訴訟手続による確定をまたず、又戸籍の記載にかかわらず、何時にてもこれを主張することを妨げない」としている。これに対し、民法学者は、「人事訴訟に特別の手続を設け、殊に婚姻・養子縁組等の無効の判決に絶対的効力をもたせたことから考えて、養子縁組無効の主張は人事訴訟によつてのみ為さるべき趣旨と解することも相当の理由がある様に思われるのであつて、なお充分の研究を要する」（穂積・判民昭和一五年度四九二頁）としている。また右判決の批判として、「現行法を離れて考察すると果して身分行為の当然無効がかくも自由に主張せられてよいものか疑があり、諸外国の法典が婚姻について当然無効を認めず、無効婚というのは判決によつて無効となしうる婚姻の意味だとしていることを反省熟慮しなければならぬ点ではないか」（中川・民商一一三巻五号八六二頁）としている。いずれも成立せる身分行為に当然無効がないのではないかという疑問である。しかしこの疑問は親子関係には妥当しない。身分行為により形成される身分関係に当然無効なしとすることは政策的には可能であろう。しかし親子関係は身分行為により形成される身分関係ではなく自然的身分関係である。自然的身分関係は戸籍の記載とは関係なく客観的に存在する。たとえ戸籍の訂正により遡及的に親子関係が否定されるとしても、戸籍の訂正なき限り親子関係につき戸籍の記載と異る主張をなし得ないとするのは、かかる点よりみて問題がありはしないかと思われる（谷口・判批民商五一巻六号六三頁参照）。⑤しかしかかる立場には以下の疑問が提出されている。すなわち、「財産紛争において前提としての身分関係の判断も普通訴訟手続でできるとし、更にこの種の財産訴訟の判決の判示を資料として戸籍訂正までなされうるということになると、真実の身分関係が、財産紛争の訴訟を通じて誤謬の身分表示に変更せられる可能性があるということ、換言すれば、真実の身分権利関係に変動を生じないとしても、戸籍上身分を欺くために訴訟が濫用され身分秩序に関する公益が害されはせぬかということである。現存者間

の訴の利益があり、それの紛争が解決されさえすれば死亡者の真実の身分が誤つて表示せられることになつてもかまわないと割切るべきか、死者といえども真実の身分関係が誤つて表示されないことにおいて公益があるのだから、その維持がはからるべきであるかが問題である」（谷口・判批民商五一巻六号六四頁）と。しかし私はかかる批判は必ずしもあたらないと思う。この種の訴においては身分関係そのものが判決により確定されているわけではないから、戸籍の訂正は戸籍法一一六条によるものではなく、同法一一三条の家庭裁判所の訂正許可審判によるものである。したがつて家裁としては通常戸籍訂正を許可する程度の資料が提出されない限り訂正を許可しないのであつて、身分関係を先決問題としてなされる財産関係に関する判決の当然の効果として戸籍を訂正するわけではない点に注意しなければならない。そうであるとすれば、重要なのは戸籍の記載とは異る身分関係を先決問題とする財産問題につき判決がなされたということではなく、右先決問題の審理に際して、家庭裁判所が戸籍の訂正許可の審判を付与するに十分な証拠資料が蒐集されたか否かという点である。十分な資料がない場合には戸籍の記載とは異る身分関係を前提として本案判決がなされたとしても戸籍の訂正許可の審判はあたえられないであろうから、少くとも戸籍法一一三条を前提として考える以上不都合はない。

以上に述べたところは、身分関係については必ずしもその総ての場合に画一的統一的取扱を必要とするわけではないという前提に立つている。

身分関係の画一的統一的取扱の要求は人訴法一八条・三二条の規定により明らかである。しかし、一八条・三二条による画一的取扱の要求が条理上のものか、立法政策上のものかは多分に問題がある。私は画一的取扱の要求が条理上のものであるとすることには大きな疑問を感じているが、この点は今おくとしても、少くとも現行法上の要求として存在する限り、これを前提として、その要求の及ぶ範囲を検討する必要があるといえよう。もつとも、親子関係存否確定の訴は人事訴訟法中に人事訴訟として明規されているわけではない。しかも同法に明定する訴はいずれも形成訴訟であるところから人訴手続法が親子関係存否確定の訴に準用されるか否かという問題がある。山田氏・人訴法・新法学全集は否定説を採るが大森氏・人訴法・現代法学全集一二六頁は否認の訴を確認の訴とみて親子関係存否確認の訴をこれに準じて考えようとする。山木戸教授・人訴法・法学全集八二頁は親子関係は基本的身分関係であるから、できる限り真実を探究するとともにその画一的確定をはかる必要の存することは新な形成におけると何ら異るところなく、これがため職権探知主義により判決の対世効を認めるべきで、その意味で人事訴訟として扱うのが正当である、とされている（肯定説を採る判例・学説については、山木戸・判批民商五一巻六号四七頁及び同前掲書八二頁参照）。対世効を認めて人事訴訟とすべきか否かは立法政策的にはかなり疑問であると思う。「画一的統一的取扱」とは、二つの意味をもつと考えられる。一つは人に関するという意味で主観的、他は法律関係に関するという意味で客観的に用いられる。人訴法一八条・三二条が人事訴訟の判決に対世効を与えているのは主観的な意

味での画一的取扱を規定したものである。しかし主観的意味での画一的取扱から客観的意味での画一的取扱の要求が当然には帰結されない。主観的意味ならびに客観的意味での画一的取扱の要求が絡み合わねばならないのは、身分関係そのもの乃至はこれに準じる程度に身分的色彩の濃い財産的法律関係についてである（たとえば扶養関係。兼子・親子関係の確認・民事法研究一巻、我妻・親族法・法学全集二二〇頁、山木戸・判批・民商五一巻六号四七～八頁、関・人訴法・全集八三頁。最近の判例として、最高昭和三九年三月一七日三小判民集一八巻三号四七三頁、これに対して谷口・判批民商五一巻六号六〇頁以下）。本件のように相続をめぐる法律関係は身分関係的財産関係であるが、すぐれて身分関係的色彩を有するというよりはむしろ相続人相互間の処分可能な私的利益に関するものであるから、その先決問題たる身分関係につき画一的取扱の要求が厳格に貫ぬかるべきものではない。

かように解するならば、親子関係の存否そのものの確定に際しては画一的統一の要求を認めながら、先決問題としては人事訴訟をまたずに戸籍の記載とは異る親子関係を主張し得るとする判例・通説の見解は正当であると考えるべきであろう（兼子・前掲我妻・親族法二二〇頁、山木戸・人訴法八三頁、本件判批・民商五一巻六号四八頁、判例としては本件判決のほか、最高昭三八・一二・二四刑集一七巻一二号二五三七頁、最高昭三九・三・七民集一八巻三号四七三頁。――本件については谷口教授賛成評釈あり、民商五一巻六号六〇頁以下参照――）。

第二に、相続関係の先決問題として戸籍上の親子関係の存否が問題になる場合その判断は弁論主義によるべきか人事訴訟におけるが如く職権探知主義によるべきかという問題がある。その判決が対世的効力を有する親子関係の存否それ自体が問題となるのではなく、身分関係的色彩よりも財産関係的色彩の濃い相続をめぐる法律関係が紛争の対象となっているのであるから、先決問題たる親子関係の存否それ自体の判断についても弁論主義によるべきである（山木戸・前掲判批四九頁、谷口・前掲判批、大審昭一五・一二・六判民集一九巻・二三号二一八二頁最高昭三九・三・一九の前掲判決）。

次に、XA間の親子関係の存否そのものは本件の如き場合は問題である。幼児を養子とする意図をもつて嫡出子として届出る場合養子縁組を認めることが妥当であるとする見解がある（谷口・判批民商二八巻二号三四頁・親子法の研究一八三頁。山木戸・判批民商五一巻六号四八～九頁）。本件の場合Xの嫡出子出生届につき実質的にEの養子縁組代諾がありABについても養子縁組の意思ありとみることができる。したがつてAX間に養親子関係ありとみることができる（最高昭和二五年一二月二八日民集四巻一三号七〇一頁はこれを否定する）。しかしてかかる養親子関係は、ABがXを養育監護したか否かに関係なく認められるべきである。谷口・判批民商二八巻二号三四頁、山木戸・判批民商五一巻六号四八頁は虚偽の嫡出子出生届による戸籍の記載に関して社会的事実上の親子生活の存在する場合に色々の解釈技術をもつて親子関係不存在の主張を制限し、虚偽の親子関係を不動のものとして法認するのが妥当であるとの立場から、養子縁組の成立を認められるようである。事実上の親子関係を厚く保護しようという趣旨そのものには大いに賛成であるが、このことは、逆に虚偽の嫡出親子関係の届出による戸籍上の親子間に社会的事実上の親子関係がない場合これを養子縁組なりと善解せず保護しないという趣旨であつてはならない。けだし、養親子関係は必ずしも社会的事実上の親子関係をその成立・存続の要件としないからである。Xは山木戸教授も正当に指摘されるように養親子関係存在を予備的に主張すべきであつたように思われる。しかしかかる予備的主張は本件においてなされていな

いことは明白である。かくして、上告を棄却した本件判決は正当であると言わなければならない。

（石川　明）

昭三九3（最高民集一八巻三号四七三頁）

親子関係の存否を前提とする法律関係に関する紛争処理の手続

不動産分割協議無効確認等請求事件（昭三九・三・一七第三小法廷判決）

本件の目的たる宅地・建物は、もと訴外Aの財産であつたが、その死亡（昭三三・七・二一）により妻B、Aの姉妹たるY_1・Y_2（共同被告）・C、の四名が相続によつてこれを取得した。その後Bが死亡した為、Bの孫にあたるFがBの取得分を承継すべきものとしてY_1等はAの遺産分割協議をなした。その結果、Y_1・Y_2両名は夫々該物件を分割取得し、その所有権移転登記並びに所有権保全登記を完了した。所がBの兄弟姉妹（そのいずれもBの死亡以前に既に死亡）の直系卑属十八名中の一人であるXは、「戸籍上のBの私生子たるD（昭和一一・七・二死亡）は実はBの弟である訴外GがH女と内縁関係にあつた時に生ませた子であり、且又、Dの長男となつているFも訴外I女が女中奉公中に雇主の家族との交渉により生まれた子であるが、Dとその妻Eとの間に子供がなかつた為、その長男として届出られたものである。従つて右戸籍上の記載は誤つたものであるからBの真実の直系卑属でないFの参加した右遺産分割協議は無効であり、その協議に基づいてなされたY_1・Y_2の所有権移転登記、同保全登記は無効である」として、その登記の抹消を請求した。

第一審はのX請求を認めたのでY_1の養女Y_2はY_1の死亡（昭三六・四・二八）により訴訟の承継を行いY_2とともに控訴。

控訴理由中、主なるものは左の如きである。①相続による所有権取得登記の抹消を求める訴は固有の必要的共同訴訟だからBの兄弟姉妹の直系卑属全員が原告となり且又、他の共同相続人全員を被告にするか、少くとも分割協議に参加した者全員を被告とすべきである。②登記請求権に基づいて為しうるのは、「右建物、土地を原告等の共有にする旨の登記をせよ」との給付を求めうるだけであつて所有権取得登記の抹消は求め得ない。③Bの相続人はFのみであるが仮に然らざるものとしてもBとD、DとFの間の親子関係をまず確認し、戸籍訂正しない限り之と異る主張をなしえない。

此の間、昭和三七年九月二四日に和歌山家裁はXの申立に基づいて前記DとFの間に親子関係なき旨判定し、戸籍訂正許可の審判を下した。そこで控訴人は「右審判は和歌山地裁が同庁昭和三四（ワ）第一五六号相続無効確認事件においてなした判決をもとにしてなされたものであるが、右の如き場合は人事訴訟によりその親子関係を否定する趣旨の確認判決を得た上、戸籍を訂正すべきであつて通常の戸籍訂正許可手続によるべきものではないから右戸籍訂正は不当である」と主張した。

控訴棄却。理由は左の如し。

①不動産所有権取得登記抹消を求める訴は、かような登記を経由した他の共同相続人のみを被告として之を提起すれば足り、登記簿上何ら名義取得していないその他の相続人及び相続権のない者までも被告とする必要はない。更に又、右訴は共同相続人全員の共有に帰した相続財産の保存行為として各共同相続人は自己の持分権に基づ

き単独で之を提起しうる。②Xは本件物件が不当にも控訴人等の所有名義に登記せられているのを是正する為、自己の持分権に基づき保存行為として右登記の抹消を求めるものであり、その訴は適法なものであつて本訴の如き登記抹消を請求する訴は提起しえないとさるべき根拠はない。③戸籍簿上はDはBの私生子であり、又FはDの子として登載せられているが真実は之に反しBD間、DF間には夫々、親子関係は認められない。控訴人等は戸籍訂正は確定判決によりなさるべきであり右戸籍訂正は結局、違法なものである旨主張するが、該戸籍訂正は適法になされておるから右主張は控訴人独自の見解であつて採りえない。

Y_3・Y_2上告。上告理由は次の二点である。①身分関係に就ての重大な判断は人事訴訟法、家事審判法の手続をふんで厳格になさるべきであるに拘らず、右手続を経由せずして行つた判断は軽卒であり、結局控訴裁判所は右二法に違背した判決をなしている。②控訴裁判所は「事実に反した戸籍の訂正は適法になされている」と述べているが、右戸籍訂正のもとになつた和歌山家裁の戸籍訂正許可審判には戸籍法一一六条違反があり又、該審判は家審法一八条一項（調停前置主義）を無視してなされている。更に右審判は和歌山地裁が相続無効確認事件に就て人事訴訟法（又は家事審判法）を無視し該法所定の手続によらずDF間の親子関係不存在を判示した違法な判決謄本をもつて唯一の事実認定の証拠とし、殆んど審理らしい審理を行わず且又、右審判が死者と生存者の親子関係に就てなされていることは明白に判例（昭和一九・三・七大審院判決。昭和三七・七・一三最高裁判所第二小法廷判決）違反であるから右控訴裁判所の判決理由は甚だしいこじつけであり、判決理由に齟齬あるものというべきである。

これについて最高裁は次のように判示した。

①親子関係の存否に関する身分関係者間の紛争は人事訴訟と認めるべきであるが、この身分関係に基づいて生ずる法律効果に関する紛争は通常の民事訴訟事件として処理さるべきであり、右訴訟手続においては、親子関係の存否に関する審理、判断も民事訴訟法の規定するところに従つてなされれば足り、人事訴訟法の規定する特殊原理に従うことを要しない。②戸籍簿の記載の訂正が適法であるかどうかは原判決の結論になんら消長を及ぼすものでないことは明らかである。――上告棄却。

人事訴訟法二七条は親子関係の存否確認を求める訴に同法の適用がある旨の規定を欠いているので此の訴訟が人事訴訟にあたるのかどうかに就ては疑問なしとしない。然し現在の多数の説は右問題に就て肯定的であり判例も又、同じ立場に立つている（大判昭一一・六・三〇民集一五巻一二八一頁。最高判昭二五・一二・二八民集四巻七〇一頁。兼子一「親子関係の確認」（民事法研究I）。我妻栄・立石芳枝、コンメンタール親族法一六五頁。山木戸克己、人事訴訟法（法律学全集三八巻）八二頁）。その根拠とする所は、親子関係は基本的身分関係であるから出来る限り真実を探求すると共にその画一的確定をはかる必要があるから弁論主義を排し職権探知主義に従いその判決の効力を第三者にも広く及ぼす必要のあることに求められている。

けれども、親子関係の存否が単に財産上の争いの前提問題として登場するにすぎない本件の如き場合は、右と同一に考えることがで

きないであろう。この場合には当該財産権上の訴訟のなかで同一の原則に従つて処理されれば足りると考うべきであり、またそれが通説の立場である。そうすることがあく迄も財産上の紛争の解決を求めるものである原告の意思に最も妥当する考え方である。そしてそれは同時に問題を通常民事訴訟内で取扱うことにより関係人及び裁判所の負担軽減にも資する利点を生む。更に裁判所による先決問題としての親子関係存否の判断には何等、既判力を生ずるものではないから、万一、通常の民事訴訟により下した判断の当否が誤つたものであつても当事者は別異の訴訟でその救済を求めることも出来るのであるから右手続で取扱つた為の不合理はないものと言える。

本来、身分関係訴訟に人事訴訟法を適用して、その画一的確定を図るのは、判決の既判力で以て該身分関係が確定される点にその主要な理由があるのであるから、先決問題として取扱われる場合にはその点の不合理はないと云える。身分関係の画一的確定の要請は身分関係が何等かの意味で紛争に関する場合のすべてに全能的に拘束を加えるものではない。

更に、仮之前提問題としてでも通常訴訟によると身分関係を真実に確定出来にくい欠点が生ずるとの批判に就ても、成程、たしかに人事訴訟手続事件として職権探知主義によれば身分関係の正しい確定の蓋然性は高まるかも知れない。然し通常民事訴訟手続によつても実際問題として当事者は身分関係確定の結果により財産上の利害が決定づけられるから、親子関係の存否の立証に関し努力を尽すと考えられるので真実の発見に決定的欠陥をきたすとは考えられない。然し尚、両者の間に幾何かの差異があるとしても、それは最早、訴訟の主目的が財産上の紛争の解決にあることを考えれば許容されうる所であろう。

むしろ例えば人事訴訟による確認判決を先行的に要するとした場合にその訴訟当事者が不明だつたりすれば本来の要求たる財産上の紛争の解決が不可能もしくは著しい困難となる等の不合理を惹起する弊害をきたすものといえよう。

更に此問題と虚偽の戸籍上の親子関係の訂正に関して、「財産紛争において前提としての身分関係の判断も普通の訴訟手続で出来ると考え、以て此の種の財産訴訟の判決の判示を資料として戸籍訂正までされうることにすると、真実の身分関係が財産紛争の訴訟を通じて誤謬の身分表示に変更せられる可能性があり、仮令真実の身分権利関係に変動を生じないとしても戸籍上、身分を欺く為に訴訟が濫用され身分秩序に関する公益が害されないか」との疑問も考えられるかも知れぬが（本判例批判、谷口知平、民商法雑誌五一巻六号九四九頁）、それらは何れも前提問題としての親子関係存否の確定の問題と本問題としてのそれを混同している結果に外ならず且又、画一的確定の要求の不当な拡大であると思われる。

詳細に検討すれば親子関係の確定そのものを紛争の直接の目的とする場合は比較的に限定されるものであつて、多くの場合は親子関係の問題に似て実はそこから派生する個々の問題たるにすぎない。右の画一的確定の要求は、その本来的な場合に限られるべきであるから、本件の如く、身分関係の判断が単なる先決問題にすぎない場

合は通常の民事訴訟手続により相対的に解決するのを適当と云うべきである。

判旨に賛成である。

（伊東　乾・清水　暁）