

Title	〔最高裁民訴事例研究二〇三〕 第三者からする死者と生存者間の親子関係存否確認の訴において被告とすべき者(昭和五六年一〇月一日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1982
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.11 (1982. 11) ,p.71- 76
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19821128-0071">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19821128-0071</a>

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.

ここで問題となつてゐる従業員がなした行為は、会社が経営に引きつらり、窮境に陥つてゐることを秘して取引を行い、また、現在要職にある人が会社の代表取締役にいることを示して取引を締結したといふのであるが、これらは程度にもよるが、現に窮境に陥つてゐる会社になんとか営業を続けさせようという気持で、取引の締結を意図してなした行為であるから、私はこの行為を代表取締役の職務違反ないし監視義務違反とすることはできないのではないかと考へる。何となれば会社の営業マンが営業行為をなすにあたつて会社の現況を全部公示しなければならないことはなく、特にこの従業員は、第三者に直接詐害的行為をしようとしてこの行為に出たのではなからうから、この程度の内容ならば、このことを以て代表取締役の職務違反とするまでもないと思ふからである。したがつて、これをYの経歴等を不当に利用してA会社の信用性に対するXの判断を誤らせ、代表取締役がそれを知りながら防止せず不当な取引に及ぶのを漫然放置したとし、代表取締役たるYは会社の任務を行なうにつき重大な過失があつたとしたとしてゐる判旨には賛成できない。

## 〔最高裁判事例研究 二〇三〕

したがつて、その結果第三者に発生した損害についても、代表取締役が商法二六六条ノ三にもつきその責任を負わなければならないとは考へられない。従つて、この行為から代表取締役に責任を認められた判旨には賛成できない。

三 なお、監視義務に関連して、改正商法は、取締役会が取締役の職務執行を監督することを明らかにし（改正商法二六〇条一項）、また、取締役は三月に一回以上業務の執行の状況を取締役に報告すべきことが義務づけられた（同三項）。この規定によつて、取締役会は少くとも三月に一回は開かれることになり、それによつて取締役会の構成メンバーたる各取締役は業務の執行状況を把握できることになるので監視しやすくなるだけでなく、決議に参加した取締役で議事録に異議を止めなかつた者は、その決議に賛成したものと推定されるから（改正商法二六六条三項）、責任の所在も明らかになると考へる。

米津 昭子

昭和五六八（最高民集三五卷七号一一三頁）

第三者からする死者と生存者間の親子関係存否確認の訴において被告とすべき者

親子関係不存在確認請求事件（昭五六・一〇・一第一小法廷判決）

既に共に故人であるA B夫婦は長女Cの長男であるYを自分達の嫡出子として出生届をし約四〇年間にわたつて親子同様の生活をしてきた。ところがA B死亡後にその遺産分割をめぐつてA B夫婦の次女XとYとの

間で紛争が生じ、X(原告・被控訴人・被上告人)がY(被告・控訴人・上告人)に対して、A BとYとの間の親子関係不存在確認を求めたのが本件訴訟である。

Yはかかる訴えは訴えの利益を欠くものであるとか、信義則に反するとか、権利濫用であるとか等の種々の主張を一、二、三審を通じて主張したが、最高裁で注目されたのは、「被告に檢察官を加えるべきであつてそうでない本訴は不適法である」との主張である。結論に言えばYの主張は裁判所により全て否定されて、「被告(Y)と本籍……亡Aおよび本籍右亡Bとの間にいずれも親子関係のないことを確認する」との一審判決が確定した。最高裁は右被告適格の問題を含めて本件について次のような判断を下した。

「第三者が親子関係存否確認の訴を提起する場合において、親子の双方が死亡しているときには、第三者は檢察官を相手方として右訴を提起することが必要であるが(最高裁昭和四三年(判)第一七九号同四五年七月一五日大法廷判決・民集二四卷七号八六一頁)、親子のうちの一方のみが死亡し他方が生存しているときには、第三者は生存している者のみを相手方として右訴を提起すれば足り、死亡した者について檢察官を相手方に加える必要はないものと解するのが相当である(人事訴訟手続法二条二項の類推適用)。そして、本件において、亡A及び亡Bと上告人との間に親子関係があるかどうかを確定することは、単に現に係属中の遺産分割申立事件との関連において相続人の範囲を決定するためばかりでなく、被上告人と上告人の間の身分関係を明らかにし、戸籍の記載を真実の身分関係に適合するように訂正し、また、右親子関係を基本的前提とする諸般の法律関係を明確にする等のためにも必要であるから、右遺産分割申立事件の前提問題として親子関係の存否を争うことができるからといって、そのために本訴についての訴の利益がないということではできな

い。更に、原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、被上告人がした本件訴訟の提起は信義則に反し権利の濫用にわたるものではないと認められる。

原判決に所論の違法はなく、右違法のあることを前提とする違憲の主張はその前提を欠く。論旨は、いずれも採用することができない。」

一 親子関係存否の確認の訴えについては直接の規定がないこともあつて、その人事訴訟的性格、訴訟物、確認の利益、原告適格、被告適格等が訴訟法的な主要問題としてそれぞれについて議論がなされている。また親子関係訴訟といつても種々な形態がある。本件判例は事案においては第三者が原告であるという点と親子のうちの一方が死亡している点で他の親子関係確認の事例と区別できるのであり、法律的問題としては、この場合の被告を誰にすべきかという被告適格を論じた点で他の問題と区別できる判例である。即ち、親子のうち一方のみが死亡して他方が生存しているときに第三者が訴えを提起する場合の被告は誰かという問題について、本件判例は人事訴訟手続法(以下では人訴法と略す)の二条二項を類推することによつて生存者のみで足りると判断したのである。以下ではこの判断について検討してみよう。

なお本件判例はこの他に判決理由の中において訴えの利益の問題や本件訴えの提起が信義則に反し権利の濫用にわたるものでない旨の判断をしているが、これらは従前の判例・通説と同じ見解と思われ、その説くところは妥当なものであるので本評釈では取り上げない。また本件判例はXの原告適格の肯定を当然の前提としているが、

この点も判例・通説と同じ立場なので特に議論はしない<sup>(1)</sup>。それから親子関係存否の確認訴訟の訴訟物については合一説と個別説の対立があり、本問題と関係はなくはないが、個別説が近時最高裁の判例によつて支持され妥当と思われるので、この問題についての検討も本評釈では省略する。<sup>(2)</sup>

二 第三者が親子関係存否確認の訴えを提起する場合において親子の一方のみが死亡し、他方が生存しているときの被告適格者の問題について従来の考え方を概観してみると、生存者のみで足りるとする説と、それでは不十分で檢察官あるいは生存片親を加えるべきであるとする説にわけることができる<sup>(3)</sup>。これらの説をいまここで仮に生存者説、<sup>(4)</sup>檢察官加入説、生存片親加入説と命名して、諸説の当否を考えてみよう。

生存者で十分であるとするとする生存者説の根拠は本件判例と同じく人訴法二条二項を根拠にする。即ち、人訴法二条二項は「第三者カ提起スル前項ノ訴（筆者注）婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴」ニ於テハ夫婦ヲ以テ相手方トシ夫婦ノ一方カ死亡シタル後ハ其生存者ヲ以テ相手方トス」として生存者説を規定しているから、親子関係事件に類推適用が認められれば説明は簡単である。親子関係と婚姻関係は共に人間の基本的身分関係であり、その有する重要性は同じであるとして類推することは容易である。しかし、問題は婚姻関係と親子関係との差異であり、親子関係の特殊性が本条項適用にあつて無視しえるか否かということである。換言すれば生存者以外に他の者の加入が必要であるか否かである。そこでこの点について考えてみよう。

親子関係において生存片親を被告に加えるべきであるとする考えがある。生存片親加入説であるが、それは密接な利害関係を有するという点と、親子関係は母子関係と父子関係に分解されても母子関係にとつて父、父子関係にとつて母はそれぞれ密接な関係を有する者であり、単なる第三者でないとする認識に基づいている考えである。あるいは訴訟物につき合一説からもかような考えが導きだされるであろうし、密接な者故に死者に代位できる者と解することもできよう。確かにかような認識は親子関係の特殊性を正確に把握しているものと評価しえるが、しかし、そのことから直ちに被告に加えないならぬということにはならないであろう。所説の一番の問題とすべき点はここにあり、それでは生存片親を訴訟に加えることが困難な場合（例えば行方不明）は訴えが事実上できなくなる恐れがある。生存片親が必要があれば訴訟への補助参加はできるし、証人として出頭することはできるのであつて、被告に加えなくとも決して生存片親や死者が不利益を蒙むことはないし、また真実発見が阻害される訳ではないと思う。つまり真実発見と被告適格者の範囲の拡大とは直接結びついていないし、この場合に被告としてあるいは代位者として常に手続保障をするほどの必要性、必然性はないと思う。逆に生存片親を被告適格者にすると訴え提起の途を狭くすることもあろうし、形式的な当事者ということで訴訟に手間をかけることにもなる。要するに生存片親が訴訟に加わることは場合によつては望ましいことではあるが、それはなにも常に被告である必然性はないということであり、事案に応じて参加の形態を考えればよ

いのである。あるいは人訴法一四条はいわゆる職権探知主義を採用しているからこの点からも生存片親を当事者に加えずともその分は裁判所の活動によつて補うこともできるであろう。また親子関係存否確認の訴えに類似する嫡出子否認の訴えや認知訴訟において生存親を常に訴訟当事者としていないのも、問題となつている親子だけで十分であるとの考慮によるものであろうが、このことも生存片親加入説の根拠のないことを示すものである。<sup>(5)</sup>

檢察官加入が必要との説の根拠につき、本件上告は次のようにいふ。「本訴では誰が死亡した父母の両者を代表するのか。まさか被告である上告人〔Y〕が父母と子の三者をすべて兼ねる当事者適格があるというのか。……この場合死亡父母の代理又は代表として少なくとも檢察官を相手方とすべきであると思料する」と。<sup>(6)</sup>これが檢察官加入説の根拠であり、要するに所説は死亡した者の利益と対世的効力との関係で生存者のみでは不十分であるとの考えである。しかし、果して檢察官加入は必要であらうか。親子関係につき親子の双方が死亡している場合に檢察官を相手にして第三者が親子関係存否の確認の訴えが提起できることは本件判例が引用する昭和四五年の最高裁大法廷判決を契機に判例、学説によつて広く認められている。このことは第三者がいわば第三者である檢察官を相手としての訴えの提起を認めたものであるが、これはかかる訴えの必要性を認める場合に相手方がいないから檢察官を相手方とするのであつて、人訴法二条三項の類推適用と解するか否かは別にしても、親子関係存否の確認訴訟の場合に訴訟の充実のために常に檢察官の加入が必

要であるという意味ではあるまい。そもそも人訴法二条二項、三項は婚姻関係事件ではあるが、必要共同訴訟といえども生存者だけでよいということ、生存者が全くいない場合相手方がいないから必要最小限の処置として檢察官を相手方とすることを決めていたのである。<sup>(7)</sup>これこそ人事訴訟の基本的な考え方であると思う。しかも、現実に檢察官を当事者としても十分な訴訟活動は期待できないとの考えもあることから明らかのように、<sup>(8)</sup>檢察官を加えたとしても眞実発見や死亡した者の利益の保護に直接結びつかないのではないかと思う。檢察官は訴え提起のための単なる職務上の当事者としての適格者であり、積極的な訴訟活動を期待する方が無理ではないかと思う。また職権探知主義を採用しているから檢察官の加入がなくても、直ちに訴訟が不当になる訳ではないと思う。こうしてみると親子関係を理由にして檢察官を被告として加えるべきであるとする根拠はないようである。

三 以上の考察から明らかなことは生存者の他に生存片親や、檢察官を被告として加入させる必要がないということである。このことは原則として生存者のみで十分ということであり、これは正に人訴法二条二項と同じような帰結である。人訴法二条二項の類推適用があるとしても問題はないし、むしろ類推適用といつて二条二項がこの種の問題の原則的な規定であることを明らかにする方がよいであろう。かくして本件判例が掲げている昭和四五年の最高裁大法廷判決のように親子の双方が死亡しているときは人訴法二条三項の類推適用ということにならう。<sup>(9)</sup>

なお本件では両親とも既に死亡しているので生存片親加入説を検討する必要はなく、判例も検察官加入の不要をいつているに過ぎないが、人訴法二条二項の類推は生存片親加入を否定するものであるから生存片親は被告とならないということをも意味することになる。たとえば、東京高判昭和五〇年八月七日判例タイムズ三三二号二七一頁は、死亡者の妻が戸籍上その死亡者と先妻の子として届出がなされている者を相手方とし、死亡者と同人との間に父子関係がないことの確認を求めたことにつき、先妻や検察官を被告に加えるとする見解を充分根拠のあるものとしつつも排斥し、人訴法二条二項の類推適用を説いている。これは本件判例の先駆をなすものであるが、このような場合も当然は認することにならう。あるいはまた前記（注<sup>2</sup>の末尾）東京高判昭和五五年三月二四日高民集三三卷一六六一頁は戸籍上Aと先妻の間の子 $X_1$  $X_2$ が後妻 $Y_1$ とAとの間の子として届けられている $Y_2$ に対して、亡Aと $Y_2$ の間の父子関係不存在確認を求めるとき、戸籍上の母 $Y_1$ をも相手方にする必要はなく人訴法二条二項の類推適用により $Y_2$ だけで足りると判断しているが、このような形でも働くことにならう。また本件とは逆に両親が生存している子が死亡している場合に第三者が提訴するときは、親子関係が問題となつた当該親のみを被告とすればよいということにならう。

(1) 原告適格について実親子関係存否確認の訴えにつき親子（相互）に限られるとする説がある（伊東乾・統民訴判例百選八九頁、豊泉貫太郎・法学研究四四卷一二号八八頁以下。共に本件判例が掲げている昭和四五年の最高裁大法廷判決の評釈である）。この説によれば本件訴えは不適

法ということになる。確かに本件のような場合に第三者にかような訴えを認めることは親子関係につき他人の介入であり、必要があれば人事訴訟でなく通常の民事訴訟の先決問題でおこなえばよいことであるから、かかる訴えは不要であるとする見解は理解できなくはない。しかし親子関係は当該親子だけの問題ではないように思えるし、画一性の要請から通常の民事訴訟では不十分な気がする。そこで原告適格の点で第三者の訴えを全く認めないとする点には疑問がある。身分関係には早期安定の要請という面もあるが、真実に合致した親子関係の確定という面を評価すべきであり、第三者といえども訴えの利益がある以上この訴えは認められるべきであらう。もつともいかなる第三者かという第三者の範囲の問題は残る。

(2) 本件では訴訟物についていわゆる個別説に立つているようであるが（事実の欄に記載した一審判決参照）、最高裁は本件判例に先立つ数ヶ月前に嫡出親子関係不存在確認の訴えにおいて父子関係と母子関係との各不存在を合一に確定する必要はない旨の判断を下し、大審院判例を変更している（最三小判昭和五六年六月一六日民集三五卷四号七九一頁）。合一説をとるか個別説をとるかで被告適格の考え方は異なつてこようが、本件では戸籍上の両親はともに既に死亡しているのでこの点からは検察官を被告とすべきか否かの議論と関係してくると思う。合一説ならば本来被告となるべき者に代つて検察官が加入すべしとの結論になりやすいからである。今日では嫡出か非嫡出かを人事訴訟で確認する必要はなく、重要なのは父子関係か母子関係であるから個別説が正しいと思うがここでは議論しない。訴訟物と被告適格との関係については梶村太市「親子の一方死亡後他方生存者を相手方として第三者の提起する親子関係存否確認の訴と家事審判法二三条審判の適否（中）」ジュリスト五六号一四六頁以下に詳しい。

なお前記最判については岡垣学・民商法八六卷二二九頁以下、細川澤・ジュリスト七六八号一三一頁以下、牧山市治・判例タイムズ四七二号二三四頁以下等の賛成評釈と永井博史・法学研究五五卷八号一一五頁以下の反対評釈がある。この原審（東京高判昭和五年三月二四日高民集三三卷一六六頁）については小山昇・判例評論二六三号二〇〇頁以下の評釈がある。

(3) 梶村・前掲書一四六頁以下に諸説の状況が詳しい。なお兼子一「親子関係の確認」民事法研究一卷三六〇頁は当該親子の一方が死亡してしまつた後は確認の利益を欠き人訴法二条二項は準用できないという。しかし原告適格者の存するかぎり、被告適格者の死亡後でも訴えが認められないのは疑問である（伊東・前掲書八九頁参照）。

(4) 生存者説として人訴法二条二項類推を肯定するのは三田高三郎・人事訴訟手続法解説六八九頁、加藤令造・人事訴訟手続の実務二三〇頁、山本戸克己・人事訴訟手続法八七〇頁、梶村・前掲書一四八頁以下等がある。梶村・前掲書一四九頁以下はこの説の根拠を詳しく説く。基本的にその理由づけが正しいと思う。

なお生存片親加入説、検察官加入説は梶村・前掲書一四八頁に報告されている見解であつて具体的な文献はないようである。

また生存片親の加入と検察官の加入の両方を主張する見解も考えられるが、生存片親加入説と検察官加入説の両方の肯定が前提となるのと、訴訟物につき合一説の採用が必要とならう。後に述べるように生存片親加入説も検察官加入説もそれぞれ消極的に評価するので本稿では検討する必要はないと思う。

(5) これらは梶村・前掲書一四九頁以下が説くところでもある。なお生存片親の利益を当事者適格の理論によらないで保護するにはどうしたらよいかという問題については詳しくは吉村徳重「判決効の拡張と手続権

保障——身分訴訟を中心として——」山本戸選歴・実体法と手続法の交錯下巻一一八頁以下参照。

(6) 民集三五卷七号一一一七頁。

(7) この規定の沿革や立法趣旨については岡垣学・人事訴訟手続法七四頁以下、同・人事訴訟の研究三四八頁以下。

(8) 梶村・前掲書五〇頁参照。なお鈴木忠一・非訟・家事事件の研究一二六頁は非訟事件、家事審判事件を通じて形式的当事者としての検察官の活動は殆んど無きに近いと報告し、その原因のひとつに検察庁の現在の人員ではその余裕がないことを挙げている。

(9) 加藤・前掲書二三〇頁は人訴法二条二項は類推は認められるが、三項は準用できないという。

坂原 正夫