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二八五〕 検察官を被告とする認知の確定判決に対する再審の訴えと認知を求められた亡父の子の原告適格 (最高裁平成元年一一月一〇日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	岡野谷, 知広(Okanoya, Tomohiro) 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	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.10 (1990. 10) ,p.95- 112
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=AN00224504-19901028-0095

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.

〔最高裁民訴事例研究 二八五〕

平元1（最高民集四三巻一〇号一〇八五頁）

検察官を被告とする認知の確定判決に対する再審の訴えと認知を求められた亡父の子の原告適格

親子関係不存在確認等請求再審事件（平元・一一・一〇第二小法廷判決）

昭和五五年四月六日にAが約一〇億円の遺産を残して死亡した。Y（確定判決の原告・再審被告・同被控訴人・同上告人）はBC（いずれも死亡）の長女として戸籍に記載されていたが、同年一〇月一五日に検察官（確定判決の被告・再審被告・同被控訴人・同上告人）を被告としてYとBCとの間に親子関係が存在しないことの確認及びYがAの子であることの認知を求める訴えを提起した。検察官は答弁書をもってYの生年月日及びその戸籍記載事項等は認めYとBC間の親子関係の存否及びYとAとの間の父子関係の存在等は不知と述べただけで、証拠調べの申立てもせず口頭弁論期日にも出頭しなかった。裁判所はYが提出した戸籍謄本及びYが申請した証人二名を取調べたうえ二回の口頭弁論期日をもって弁論を終結し、昭和五六年二月二六日にYの請求を全部認容する判決を言い渡し右判決は同年三月一六日の経過をもって確定した。Aの実子$X_1$$X_2$及び養子$X_3$$X_4$（以下Xらという。再審原告・同控訴人・同被上告人）は昭和五六年四月七日に至りはじめて右訴訟の係属及び右判決の存在を知った。Xらは、右確定判決が有効であれば、YはAと法律上の親子関係を生じXらとも兄弟姉妹の身分関係を生ずるとともにAの相続人となってXらの身分関係及び相続権が侵害されることになるから、Xらは右確定判決の取消しについて固有の利益を有する第三者であり本件再審の訴えを提起する当事者適格を有し、また右認知訴訟においてはその提訴から判決確定に至るまでY及び検察官から訴訟告知その他何らの通知も受けず裁判所からも尋問の呼出その他陳述を求められたこともなく、Xらは自己の責めに帰すことができない事情によって右訴訟において主張立証の機会が与えられなかったのであるから民訴法四二〇条一項三号の類推適用による再審事由があると主張して、Y及び検察官を共同被告にして昭和五七年一月二七日に本件再審の訴えを提起した。

第一審は、当事者適格については「再審原告らは、原判決の取消しについて固有の利益を有する第三者ということができるから、本件再審の訴えについて当事者適格を有する」として肯定したが、再審事由については、憲法三一条三二条は認知判決につき利害関係を有する第三者に認知訴訟について告知を受け訴訟関与の機会を与えられるべき審問請求権を認めているものとは解しえず、人訴法は認知訴訟の審理につき処分権主義及び弁論主義を排除し検察官の関与の下職権探知主義を採用して認知判決によって影響を被る第三者の利

益を保護するための手続的保障を計っており、判決効を受ける者が訴訟係属を知らないまま訴訟追行が行なわれた場合であっても民訴法四二〇条一項三号の当事者の訴訟追行に障害があった場合とは同視できないとして再審請求を棄却した。Xらから控訴。

控訴審は、Xらの再審原告適格につき、本件事案の下では憲法三二条の趣旨及び人事訴訟手続における真実発見の目的に照らしてXらの救済を考えるべきであること、最判昭二八・六・二六民集七巻六号七八七頁は認知の確定判決を第三者が再審の手続で争う余地を認めていること、職権審理が行われ処分又は裁決を取り消す判決に対世効を認める行政事件訴訟（行訴法二四条、三二条）では、判決により権利を害された第三者で自己の責に帰することができない事由により訴訟に参加することができなかった者は一定の条件の下に再審の訴えができるとされていること（同三四条）、右規定は憲法三一条三二条の精神に則ったものであることから本件においても責に帰すべき事由なくして認知請求訴訟の係属を知らず参加その他の方法で右事件の審理に関与する機会を与えられなかったXらには行訴法三四条の趣旨を類推できることを根拠として再審原告適格を肯定した。さらに再審事由についても「前記の事実関係にてらすと、Xらは本件認知訴訟に参加して訴訟活動をなし得たのに責めに帰すべき理由なくその機会を奪われ、自己に効力の及ぶ確定判決をうけてしまったのであるから、実質的に裁判を受ける権利を奪われたという意味で民事訴訟法四二〇条一項三号、四二五条の類推適用による再審事由がある」としてこれを肯定し、本件確定判決のうちYの認知請求を認容した部分に関してXらの再審請求を棄却した一審判決を取消し右部分を第一審裁判所に差戻した。Yから上告。最高裁は次の理由で、原判決のうち認知請求に係る再審の訴えに関する部分を破棄して第一審判決を取り消し、Xらの訴えを却下した。

「検察官を相手方とする認知の訴えにおいて認知を求められた父の子は、右訴えの確定判決に対する再審の訴えの原告適格を有するものではないと解するのが相当である。

けだし、民訴法に規定する再審の訴えは、確定判決の取消し及び右確定判決に係る請求の再審理を目的とする一連の手続であって（民訴法四二七条、四二八条）、再審の訴えの原告は確定判決の本案についても訴訟行為をなしうることが前提となるところ、認知を求められた父の子は認知の訴えの当事者適格を有せず（人事訴訟手続法三二条二項、二条三項）、右訴えに補助参加をすることができるにすぎず、独立して訴訟行為をすることができないからである。なるほど、認知の訴えに関する判決の効力は認知を求められた父の子にも及ぶが（同法三二条一項、一八条一項）、父を相手方とする認知の訴えにおいて、その子が自己の責に帰することができない事由により訴訟に参加する機会を与えられなかったとしても、その故に認知請求を認容する判決が違法となり、又はその子が当然に再審の訴えの原告適格を有するものと解すべき理由はなく、この理は、父が死亡したために検察官が右訴えの相手方となる場合においても変わるものではないのである。検察官が被告となる人事訴訟手続においては、真実の発見のために利害関係を有する者に補助参加の機会を与えることが望ましいことはいうまでもないが、右訴訟参加の機会を与えることなしにされた検察官の訴訟行為に瑕疵があることにはならず、前示当審判例（筆者注―前記最判昭二八・六・二六）は、第三者が再審の訴えの原告適格を有する余地のあることを判示したものと解すべきものではなく、更に、行政事件訴訟とは対象とする法律関係を異にし、再審の訴えをもって不服申立をすることが許される第三者には共同訴訟参加に準じた訴訟参加を許す旨の行政事件訴訟法二二条のような特別の規定のない人事訴訟手続に、行政事件

訴訟法三四条の第三者の再審の訴えに関する規定を類推適用することはできない。」

一　人事訴訟において言渡された本案判決（身分判決）は、人訴法上「第三者ニ対シテモ其効力ヲ有ス」（一八条一項、二六条、三二条一項）とされいわゆる対世効を有する。従来、身分判決の対世効の根拠は身分関係の画一的確定の要請に求められ、他方人事訴訟の審理においては処分権主義・弁論主義による当事者の任意の訴訟追行に委ねず（人訴法一〇条、二六条、三二条一項）裁判所による職権探知主義を採用し（同一四条、二六条、三二条二項）また公益の代表者として検察官が訴訟に関与する（同二条三項、五条、六条、二六条、三二条一項、三二条一項二項）ことによって実体的真実に合致する判決が担保され第三者に不利益を与えることがない点において正当化されてきた。[1] また人訴法の立法過程においても、河村譲三郎起草委員は「検事ヵ提起スルコトヲ得ル婚姻事件」の判決の対世効を定めた草案二三条につき「当事者ト為ラナイ者ニ判決ノ効力ヲ及ボスト云フコトハ一般ノ原則カラ出来ナイモノ」であるが「検事ハ公益ヲ代表シ総テノ者ヲ代表シテ訴ヲ起シ得ル場合デアリマス検事ニ依ッテ総テノ者ノ利益ヲ享ケル権利ヲ保護サレテ居ルモノト看ル」[2]と説明し、その後広く人事訴訟の判決全般に対世効の適用を認めるべく修正された修正草案二三条――現行一八条――につき「第三者ハ其訴訟ニ加ハッテハ居リマセヌケレドモ通常ノ訴訟手続ト違ヒマシテ此訴訟ハ充分ニ職権ヲ以テ調査致シマス検事モ常ニ干渉シテ居ルコトデアリマスカラ其訴訟ノ結果ガ第三者ニ対シテ効力ヲ有スルト云フコトニ致シマシテモ敢テ第三者ノ利益ヲ害スルコトモナカラウカト思ヒマス」[3]と説明している。

しかし、以上のような対世効を正当化するための立法上の考慮は、現実の人事訴訟の運用において必ずしも十分にその機能を果たしてはいないことが広く指摘されるに至っている。[4] さらに、近時裁判を受ける権利（憲法三二条）を背景として判決効の正当化根拠として当事者の手続保障を強調する見解が有力となりつつあるなかで、訴訟手続に関与する機会のなかった第三者に判決効を拡張することの正当性が改めて問われざるを得なくなってきている。

このような状況にあって、人事訴訟の中でも特に検察官を被告とする死後認知訴訟においてなされた認知判決に対する亡父の相続人からの不満には根強いものがある。[5] しかし、最判昭二八・六・二六民集七巻六号七八七頁は、亡Aの妻XがAの死亡後検察官を被告として亡Aの子としての認知判決（確定）を得たYに対し、Yはわざわざ住所を三重県下と偽って愛知県に居住するXその他の利害関係人の気のつかない津地裁に提訴しまた検事は立会うだけで積極的な訴訟活動を行なわずYは自己側の二、三名の証人を偽証させることによって認知判決を得たものでYがその確定判決に基づいて遺産分割審判の申立てをしてきたのではじめて認知判決の存在を知ったと主張したうえこの

認知判決は事実に反するとして認知無効の訴えを提起したという事案につき「認知の訴につき言渡した判決は第三者に対しても効力を有することは人訴三二条一項、一八条一項の明定するところであるから、すでに前記の如くYを亡Aの子であるとした認知の判決が正当なる当事者の間に確定している以上、該判決は第三者たるXに対しても効力を有するのであって、Xは右判決に対し再審の手続で争うのは格別、もはや反対の事実を主張して認知無効の訴を提起することを得ないのは当然である」と判示していた。

二　本件判決は、「検察官を相手方とする認知の訴えにおいて認知を求められた父の子は、右訴えの確定判決に対する再審の訴えの原告適格を有するものではない」として、「身分判決の対世効と第三者の手続保障との緊張関係の調整という問題とは直接関わりのない再審の手続構造から」[6]再審の訴えを却下したものである。本件判決はさらに、父が被告となると検察官が被告となるとを問わず、認知を求められた父の子が自己の責に帰することができない事由により訴訟に参加する機会を与えられなかったとしてもその故に認知判決が違法となるものでなく、また検察官が被告となる人事訴訟手続において利害関係を有する者に補助参加の機会を与えることなしにされた検察官の訴訟行為にも瑕疵はない旨判示する。もとより後半部分はすでに本件原告らの再審原告適格を否定する判断をした後の説示でありその意味で傍論ということになるが、積極的に前訴手続に瑕疵が存在しないことをも判示するもので、ひいては本件判決は「原告らに訴訟関与の機会がなかったことをもって代理欠缺に該当すると解するものではないと想像される」[7]。そこで以下には、本件原告らの再審原告適格の有無につき本件判決を検討し、さらに再審事由の有無についても簡単にふれることとする。

三　ところで、前記最判昭二八・六・二六及び本件判決によれば、本件原告らは認知無効の訴えによって前訴認知判決を争い得ないばかりか、再審原告として再審の訴えを提起することもできないということになる。しかし本件事案において原告らの救済を考える必要は全くないのであろうか。やや順序は逆であるが、本件判決理論の検討に先立ってこの点をまず検討することにする。

まず、本件においては前訴の被告たる検察官はごく形式的な答弁書を提出したほかは証拠の申請等一切せず口頭弁論期日にも欠席しXら関係者等から事実関係の調査をした形跡もない。少なくとも本件における検察官の活動の実態をみる限り判決の対世効を正当化しうるような訴訟活動はなされていない[8]。

また、前訴裁判所も前訴原告が申請した二名の証人を取調べたのみで特に職権によって亡父の相続人等の利害関係人を取調べることはしていない。この裁判所の活動が判決の対世効を正当化するうえで積極的機能を果たすともいえない。

さらに、本件原告らは前訴においては訴訟告知を受けず、証人として呼出を受けることもなく、さらに検察官から事情を聴

取されたこともなかったため、前訴判決確定後に至るまで前訴の係属すら知らなかった。仮りに本件原告らが何らかの理由で前訴の係属を知っていたならば、前訴で検察官に補助参加していたであろうことは想像に難くない。

なお本件原告らは、認知判決によって直接自己の身分関係上の地位が確定されるわけではなく（もっとも前訴原告との間には兄弟姉妹の身分関係は生じる）、係争身分関係を先決事項として相続権や扶養義務等のもっぱら財産上の地位に影響を受けるにとどまる者である。しかし、もともと「親の死後における認知の訴の実益は、主として子の相続権や扶養請求権という財産的な権利の確保にある」[9]と考えられ、その紛争の実態はYとXらの間の亡父の遺産をめぐる争いといってよい。とすればXらには前訴においてYと同程度の手続保障が要請されるといっても決しておかしくはない。すなわち前訴認知訴訟の結果について最も密接な利害関係をもつ者は共同相続人たる本件原告らである。

本件事案の以上のような事情に鑑みれば、本件は「身分判決の対世効に関して第三者の手続保障の問題がもっとも顕著に現われる事案」[10]であり、本件原告らについてその「救済を考えるべき十分な理由がある」[11]といってよい[12]。

四　それでは、まず本件原告らに再審原告適格が認められるかについて検討する。本件判決以前には次の三つの見解が存した。

第一に、従来の通説の立場であるが、確定判決の効力を受けこれに対し不服の利益を有する者が再審原告となりうるとし、具体的には、前訴訟の当事者で全部または一部敗訴した者、口頭弁論終結後の一般または特定承継人のほか、判決の効力が第三者に及ぶ場合は判決の取消について固有の利益を有する第三者をも含むとする[13]。この立場によれば本件原告らについても固有の再審原告適格が認められることとなる。これと同旨の判決例としては①千葉地判昭三五・一・三〇下民集一一巻一号一七六頁、②東京高判昭四三・一一・二七下民集一九巻一一＝一二号七四八頁（①②いずれも死後認知の確定判決に対して父とされた者の相続人が再審の訴えを提起したケースで原告適格を肯定）、③名古屋地判昭三九・三・六下民集一五巻三号四八八頁（株主が会社に対し株主総会決議不存在確認の訴を提起し請求認容の判決が確定したのに対し別の株主でかつ不存在とされた株主総会決議により選任された取締役が再審の訴えを提起したケースで「再審の訴は、第三者であってもその者に判決の効力がおよびこれが排除につき不服申立の利益があれば、これを提起できるものと解される」とした。ただし再審原告は本案訴訟の請求に関して独自の請求を立てて民訴法七一条参加の申立てをしなければならず、ただ再審被告の一方の請求の排斥を申立てるのみでなんら自己独自の請求を含まない場合は適法な参加申立てとはいえないという）、④福岡地判昭五八・一二・一判時一一一八号二〇二頁（本件第一審判決、本件事案において「再審原告らは、原判決の取消しについて固有の利益を有する第三者ということができるから、本件再審の訴えについて当事者適格を有することが明らかである」とする）がある。

なお、前記最判昭二八・六・二六が死後認知請求を認容する判

決により父とされた者の妻は「右判決に対し再審の手続で争うのは格別」もはや反対の事実を主張して認知無効の訴を提起することを得ない、と判示した点につき、学説は一般に同判決はかかる第三者は再審の訴えによって認知判決を争いうる余地があることをも判示したものと理解し(14)、前記②判決及び本件原審判決（福岡高判昭五九・六・一九判時一一三八号九三頁）も右最判を第三者の原告適格を認めたものと理解して引用している。

第二に、本件原審判決（前記福岡高判昭五九・六・一九）の立場であるが、認知確定判決により財産上及び身分関係上の法的地位に影響を受ける本件原告らについては「行政事件訴訟法三四条の趣旨を類推し」て再審原告適格を認める見解がある。この見解は、行訴法三四条は第三者再審の制度を規定するが、行政訴訟と人事訴訟は職権審理が行われまた一定の判決に対世効を認める点で類似していること、また同条は憲法三一条三二条の精神に則ったものであることから人事訴訟にも類推適用しうることを根拠とするものである。この見解によれば、再審原告適格を有する者の範囲は従来の通説より限定され、「責めに帰すべき事由なくして認知訴訟の係属を知らず、参加その他の方法で右事件の審理に関与する機会を与えられなかった」者という要件が加えられている。また学説においても、手続権の侵害を受けた第三者の救済手段として再審を考えた場合に、再審事由として民訴法四二〇条一項三号の類推によると再審提起権者がいかなる主張、証拠方法にもとづいて前訴判決を覆そうとしているかとはかかわりなしに一律に前訴判決が取り消されることになるのは不都合であるとして、手続保障の侵害を受けたために手持ちの資料の提出等攻撃防御方法を尽すことができずそれにより自己の権利が侵害されたことを第三者再審許容の前提とすべく、右判決の行訴法三四条類推適用説に賛成する見解がある(15)。

第三に、前訴において当事者適格が認められず共同訴訟的補助参加の利益しか認められない者については、再審の訴えの提起とともに前訴の被告である検察官のために共同訴訟的補助参加の申出をなすべきである、とする見解(16)がある。この見解は上述の二つの見解と異なり、本件原告らの固有の再審原告適格についてはこれを否定する(17)。その根拠は、「前訴で共同訴訟的補助参加の利益しか認められないとしたならば、前訴の確定判決の再審訴訟においても同様に共同訴訟的補助参加することが許されると解するのが一番素直な論理運びである(18)」という点に求められる(19)。

五　以上のような見解が説かれていたところ、本件判決は原告らの再審原告適格を明確に否定した。以下判例の挙げる理由につき順次検討を加える。

まず、本件判例は、民訴法に規定する再審の訴えは確定判決の取消し及び右確定判決に係る請求の再審理を目的とする一連の手続であって再審原告は確定判決の本案についても訴訟行為をなしうることが前提となる、という点を挙げる。たしかに再

審の訴えは、確定判決について法定の再審事由の存在を主張してその取消と確定判決により終結した事件の再審判を求める訴えであり、その訴訟物については争いがあるものの、本案請求の再審理が再審手続の対象となることについては争いがない。とすれば、本案請求についての当事者適格の有無を問わず、判決効を受け確定判決の取消について固有の利益を有する者すべてに再審原告適格を認めてきた従来の通説は、本案請求について当事者適格を有しない者が確定判決取消後の本案請求の再審理の場面においていかなる根拠で訴訟行為をなしうるのか、の説明が困難とならざるを得ない。そこで、確定判決の効力を受ける第三者としては確定判決の取消しを得られれば再審の目的は達成でき、必ずしも再審手続内部での本案請求の再審理は必要ではないとする見解も提唱された(20)。確定判決の取消しによって本案訴訟は係属中となり再開されるが、そこでは旧訴訟の当事者間で結着がつけられれば足り、必要とあらば判決効を受ける第三者が共同訴訟的補助参加をすれば足りるというのである。ただ論者自ら問題点として指摘する通り、再審手続においては再審事由が肯定された場合でも本案の再審理の結果原判決と同一の結論に達したときは、裁判所は原判決を取消すことなく再審の訴を却下（棄却）しなければならないと定めた規定（民訴法四二八条）がある以上、再審事由の存在が認められたことのみをもって確定判決を取消して再審手続を終了させることは法の認めるところではないはずである。すなわち、本件判決の判示するように、再審の訴えは確定判決の取消し及び右確定判決にかかる請求の再審理を目的とする「一連の手続」と言わなければならず、この両者を切り離すことは民訴法の解釈論としては無理がある。

次に、本件判決は、原審判決が採用した行政事件訴訟法三四条類推適用説についても明確にこれを否定した。その理由としては、人事訴訟手続には「再審の訴えをもって不服申立をすることが許される第三者には共同訴訟参加に準じた訴訟参加を許す旨の行政事件訴訟法二二条のような特別の規定のない」点を挙げる。他方、奈良教授もやはり人事訴訟事件には行政事件訴訟法二二条に相当する規定を欠く点に着目して同法三四条の類推適用を否定するのであるが、同法二二条一項が裁判所は職権により訴訟参加を命ずることができるとしていること（いわゆる強制参加の制度）に着目し、同法三四条は裁判所が強制参加を怠った場合に再審の訴えを認める趣旨と理解して、強制参加の規定を欠く人事訴訟事件への類推適用を否定する(21)。いずれの見解も、行訴法三四条は同法二二条が前提となるとして人事訴訟手続には行訴法二二条に相当する規定を欠く(22)ことを理由として同法三四条の類推適用を否定する点では共通であるが、二二条の特則としてのとらえ方は異なる。まず、「共同訴訟参加に準じた訴訟参加を許す」点に行訴法二二条の特別規定性を見出す本件判決から検討する。たしかに同条四項は訴訟に参加した第三者につき民訴法六二条を準用し、そのゆえをもって講学上

「必要的共同訴訟における共同訴訟人に準ずる地位が与えられる」と説明されている。しかし、学説は同時にその地位を「共同訴訟的補助参加の場合の参加人と同一」[23]あるいは「共同訴訟突補助参加に類するもの」[24]と説明し、判例もまた「いわゆる共同訴訟的補助参加人」[25]と解している。参加人は当事者に対して独自の請求をもつものではなく[26]、また参加の申立てを却下する裁判は決定によるものとされている（同条三項）ことをも考えれば[27]、行訴法二二条による参加は当事者としての参加（独立当事者参加、共同訴訟参加）ではないということになろう。そして共同訴訟的補助参加にあっては、民訴法六九条二項の適用はなく同法六二条の準用を認めることが判例[28]・通説[29]である。以上より行訴法二二条による参加は共同訴訟的補助参加にほかならないと考えられ、本件原告らが前訴において共同訴訟的補助参加をなしうる地位にあったという通説[30]を前提とすれば、結局本件原告らは行訴法二二条による参加人と同一の地位にあることになる。このように解しうるならば、本件判決の行訴法三四条の類推を否定する理由付けは必ずしも説得的ではないということになる。

他方、行訴法二二条の趣旨は、取消訴訟においては法律関係の実質的当事者でない行政庁が手続上の当事者となり真の当事者とみるべき者が訴訟上被告とならない場合が多く、その場合には実質的な当事者ともみられる第三者を訴訟関係に引き入れ攻撃防御に参加させて訴訟資料を尽くし事件の適正な審理裁判を実現するとともに取消判決の判決効が及ぶ第三者の利益を保護しようとする点にある[31]。また、同条は職権訴訟参加の制度のみを定めていた旧行政事件訴訟特例法八条を引き継いだ規定であるとともに、その趣旨が事件の適正な審判という公益的観点にあることからみて職権訴訟参加（強制参加）が本体であると説かれている[32]。さらに特に行訴法三四条との関係では、同条の第三者再審の訴えが提起される事態の発生を未然に防止する措置としての意義が同二二条に認められている[33]。以上を前提とすれば、第三者再審の制度との関連でいえば、職権訴訟参加の制度が特に重要な意味をもつものというべく、かかる制度をもたない人事訴訟手続に行訴法三四条を類推することは適当でないということになろう。本件事案においては行訴法三四条の類推適用はかかる見地から否定されるべきである[34]〜[35]。

さらに本件判決は、原審判決が引用した前記最判昭二八・六・二六につき、同判例は第三者が再審の訴えの原告適格を有する余地のあることを判示したものと解すべきではないという。たしかに右最判が「上告人は右判決に対し再審の手続で争うのは格別」と判示するところは、当該事案の結論を導くうえに必要な判示ではなくその意味で傍論にすぎないうえ、再審を認めるとしてもいかなる方法でその提起を認める趣旨であるのかを明確に判示しているわけではない[36]。そして本件判決は、Xらの再審原告適格については明確にこれを否定したが、再審の訴えの提起とともに検察官に補助参加の申出をする方法については言及はない。したがって右方法によることの可否については本

件判決の判示するところではなく「本判決は、検察官に補助参加する方法での再審請求の可能性を否定するものではない」[37]といえよう。

ところで、再審の訴えの提起とともに補助参加の申出をすることは、民訴法上補助参加人は訴訟につき一切の訴訟行為をなすことができる（六九条一項）とされ、また参加申出は参加人としてなしうる訴訟行為とともにすることができる（六五条三項）とされている以上、可能であるというのが通説である[38]。この点は前訴訟では補助参加人でなかった者であっても同様である[39]。ただ民訴法六四条は補助参加は「訴訟ノ係属中」にのみなしうるとするが、同六五条三項の規定が存在することにより「これから推して終局判決確定後でも、再審事由があれば、参加とともに再審の訴によって、訴訟の係属を復活させることもできる」[40]と解され、「その意味では、訴訟係属は、いわば潜在的で足りる」[41]ということになろう。以上のように解するなら、本件Xらについても右方式による再審の訴えの提起は認められるというべきである。また、Xらの救済方法としても右方式を認めればその大半の目的は達成できるものと思われる。というのは、まず当該補助参加を通説に従い共同訴訟的補助参加と解すれば、再審原告適格を認めた場合とのちがいは共同訴訟的補助参加人といえども被参加人の訴訟そのものの処分行為（本件事案でいえば検察官による再審の訴えの取下げ）を阻止しえないのではないか[42]という点に生じうるが、実際上は亡父の相続人から再審の訴えの提起とともに、共同訴訟的補助参加の申出があった場合に、検察官がその意向を無視して再審の訴えを取下げるということはありえない。また仮りに通常の補助参加にすぎないとしても、認知訴訟においては処分権主義・弁論主義が排除されている（人訴法三二条一項、一〇条）ことにより、民訴法六九条二項の牴触行為が実際上問題になることはないと考えられるからである。ただ、最判昭三七・一・一九及び最判昭五〇・七・三（注（30）参照）に従えば、再審期間につき被参加人たる検察官が再審を提起できる期間内に限って再審の訴えを提起できるにすぎないこととなるが、再審事由として民訴法四二〇条一項三号の類推適用を考える場合には問題にはならない[43]（民訴法四二五条）。

以上私見は要するに、再審原告適格についてはこれを否定する本件判決に賛成であるが、再審の訴えの提起とともに検察官に補助参加の申出をする方法を認めることによってXらの救済をはかるべきであると考えるものである[44]。

なお附言するに、本件判決はXらの再審原告適格を否定して訴えを却下したが、もし仮りに最高裁が補助参加の申出とともになす再審の訴えの提起の方法を否定しないのであれば、本件でのXらの申立て行為にはかかる方法での再審申立てが黙示的に予備的申立てとして含まれていると解することはできなかったであろうか。従前、通説（前記最判昭二八・六・二六の理解を含めて）及び本件第一審、控訴審を含むいくつかの判決例においては、前述のように本件原告と同様の立場の第三者につき再審

原告適格を肯定してきたのであり、本件Xらもかかる解釈を前提として再審の訴えを提起したものと思われる。かかる事情を考えるときは、必ずしもその取扱いが統一されて確立されてはいない申立方法に関し（本件判決は前記最判を変更するものではないというが）、いかなる方法、手続で再審の訴えを提起すべきかという手段選択の危険をXらに負わせることは酷ではないかと思われるからである。この点で、前記名古屋地判昭三九・三・六は、再審原告が主位的には民訴法七一条による参加の申出をなし、それが認められないときは予備的に共同訴訟的補助参加の申出をなし、それらとともに再審の訴えを提起した、という事案において、次のように判示してかかる申立形式を不適法なものとした。すなわち、「一般に、第七一条による参加申立が不適法なときにこれを補助参加の申立として扱い、あるいはこの両者を予備的に申立てることは別段これを禁ずる理由はないのであるが、本件においては、右申立とともに再審の訴の提起が行われているため、もし再審原告の右申立が許されるとすると、再審被告会社は第一次的には再審被告であり第二次的には再審原告であつて、同一訴訟内において対立する地位を予備的な関係においてもつことになつて、裁判所としては原告であり被告であることにもとずく法定の手続が保持し難く、審理も不必要に錯雑するばかりか、再審被告会社としても相矛盾する訴訟活動を余儀なくされ訴訟追行上の地位がいちじるしく不安定なものとならざるをえない。」という点を理由とする。しかし、右判決の指摘する不都合は必ずしも決定的なものではない。なぜなら、第三者が再審を提起する場合に民訴法七一条の参加申立の形式によるといっても、その意味は再審手続においてはまず前訴確定判決の取消事由の審理が行なわれこの点の判断は前訴当事者に合一に確定する必要があることから民訴法七一条の「形式」を借りたということにすぎないと[45]考えられ、とすれば、前訴被告が第一次的には再審被告となり第二次的には再審原告となるといっても形式的にそのように呼称するにすぎず[46]、そのことが再審手続の審理の実態に影響を及ぼすとは考えられないからである。本件判決は再審の訴えの提起とともに補助参加の申出をなす方法の可否については言及していないが、仮りにこれを否定しないのであれば、少なくとも釈明のうえ右形式による再審提起の形式を履践させることが望ましかったのではないかと考える。もとよりXらとしては「再審原告」という地位に固執するとは思えず（補助参加人としてもその救済には致命的な影響はない）裁判所から右釈明がなされればそれに応じて再審申立方法を変更することは充分に考えられたからである。この意味で本件判決の訴え却下の結論はやや不親切の感はまぬがれない。もっとも、最高裁は補助参加の申出とともになす再審提起の方法についても否定的に解しているのかも知れないし、またいずれにしても本件判決は再審事由の存在については否定的であり結局は本件原告らの主張は認められなかったものと思われるが。

六　以上のように私見は、本件原告らには再審の申立てととも

に補助参加の申出をなす方法による再審の訴えの提起が認められると考えるが、それでは本件原告らはいかなる再審事由を主張しうるのか、本件原告らに事前の手続関与の機会がなかったことがそれ自体再審事由に該当するのか、が問題となる。

この点、第三者再審を認める行訴法三四条一項においては、「処分又は裁決を取り消す判決により権利を害された第三者」については、「自己の責めに帰することができない理由により訴訟に参加することができなかった」こと及びそのために「判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出することができなかった」こと、という第三者に独自の再審事由が認められている(47)。しかし、補助参加の申出とともにする再審の訴えにあっては、その参加構造からして「本来ならば前訴訟の敗訴当事者が主張すべき再審事由があるのに、彼が再審の訴えを提起しない場合に考えられるもので、敗訴当事者自身が主張しうる再審事由があってはじめて利害関係人に再審の訴え提起の道を開くもの(48)」というべきである。すなわち、本件でも前訴において敗訴した検察官が主張しうる民訴法四二〇条一項各号のいずれかに該当する再審事由の存在が必要となるはずである。

それでは、本件前訴手続ないし前訴判決には再審事由に該当する瑕疵は存在するであろうか。本件判決は前述のようにこれを否定する。たしかに、現行人訴訟の規定自体が第三者の裁判を受ける権利（憲法三二条三一条）を奪うもので違憲（法令違憲）であると考えるのであればともかく(49)、しからざる限り人訴法の規定に従ってなされた前訴手続及び前訴判決に瑕疵が存在しないことは当然ともいえる。しかし、本件事案のように、立法者が認知判決の対世効を正当化すべく用意した手当――職権探知主義（人訴法三一条二項）、検察官による訴訟追行（同三二条二項二条三項）――が実際には全く所期の機能を果たさなかったと評価できる場合には、適用違憲（人訴法自体は合憲であるが、その執行者がそれを憲法で保障された権利を侵害するような形で適用した場合に、その解釈適用行為を違憲とする）と判断しうる余地があると考える(50)。そしてそのような場合には、裁判所による職権探知と公益の代表者たる検察官の訴訟追行により実体的真実に合致する判決を担保することによって第三者の利益を害することはない、という対世効を正当化する前提が欠けることとなり、対世効を有する判決を宣告するための手続としては瑕疵（法が本来予定していた訴訟追行ないし職権探知を行なわなかったという意味で、端的に人訴法三二条二項、三一条二項違反(51)と考える。またそれは同時に憲法三二条三一条にも違反すると考える）が存するというべきである。そしてその瑕疵は、実質上の当事者ともいうべき第三者の手続保障に代わるべく用意された手当が機能しないということであるから、当事者が代理人によって適法に代理されなかったという状況に類似しているものとみて、民訴法四二〇条一項三号の類推適用による再審事由に該当するとみる余地はあると考える(52)。

(1) 山木戸克己『人事訴訟手続法』一頁以下、岡垣学『人事訴訟手

続法』一頁以下。なお福岡地判昭五八・一二・一判時一一一八号二〇二頁（本件第一審判決）。

（2）法典調査会・人事訴訟手続法議事速記録（日本近代立法資料叢書23）二九頁。

（3）同七二頁。

（4）たとえば、検察官の活動の実態につき、鈴木元判事が昭和三三年から三五年まで東京地裁の人事訴訟部の裁判官として勤務した経験として記されるところによれば「人訴法第五条三項に基づく事件及び期日の通知は検察官に対して為されてきたが、検察官はこれに応じて立会又は意見を述べることは全くなかった。然し検察官が当事者である事件、それも主として検察官を被告とする認知事件の場合は、検察官自ら出頭して答弁及び事実関係について認否をするが、原告の出生した事実のみを認めその他の事実はすべて不知（否認）となるのが普通で、被告たる検察官側から事実上の主張乃至証拠の申出を為す例は殆どなかった」とのことであり（鈴木忠一「非訟事件に於ける検察官の地位」『非訟・家事事件の研究』一一三頁）、また裁判所による職権探知についても、奈良教授（元判事）によれば「職権探知主義が適用される人事訴訟手続においても、訴訟資料の収集・提出は、現実には第一次的には当事者（補助参加人なども含めて）の責任においてなされ、また、理論的には訴訟資料の収集・提出に裁判所の職権探知義務があるとしても、裁判実務上は裁判所の釈明ないし示唆等により結果的には当事者の責任においてその収集・提出に当たるといえるのであってその意味では、主張、証拠方法などの提出は、通常の民事訴訟のそれと異なることなくなされている」のが実状とのことである（奈良次郎「訴訟資料収集に関する裁判所の権限と責任」『講座民事訴訟4』一二六頁）。

（5）池尻郁夫「身分判決の第三者に対する効力――裁判例を通しての検討――」月刊法学教室四六巻六五頁以下にあげられた裁判例、同「人事訴訟についてなされる判決の第三者に対する効力――わが国の裁判例を中心として――㈠」愛媛法学会雑誌一二巻一号一〇六頁以下にあげられた裁判例、奈良次郎「検察官を当事者とする人事訴訟と手続保障」ジュリスト八五六号一〇一頁以下にあげられた裁判例。

（6）原強・本件判例解説・ジュリスト九五七号一三六頁。

（7）富越和厚・本件判例解説・ジュリスト九五一巻一〇〇頁。

（8）もともと判決効の拡張を正当化するという見地から当事者適格者の選定を考えるときは「当該請求につき最も密接かつ正反対の利害関係をもち、そのためにその者を除外した判決でその者を拘束することが不当であり、他方最も充実した訴訟追行が期待できるためにその結果を非当事者にも拡張することが不当ではなくなるような、そのような者が原告・被告たるべき」（谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田還暦『民事訴訟の理論㈣』六〇頁）であるということになろう。ところが、人訴法上検察官が人事訴訟の被告とされる場合については「直接には、被告たるべき者が不存在であることにより人事訴訟手続を開始あるいは維持することが不可能となる事態を防止して、これらの場合に原告に与えられた訴権の実効性を維持する点にその目的がある」（岡垣＝吉村編『注解人事訴訟手続法』五六頁（河野正憲））と解されている（また、平賀健太「人訴訴訟民訴講座(5)一三〇三頁は、検察官が被告となる場合は人事訴訟の当事者主義的構成は単なる形式にすぎず検察官は法律の擬制によって訴訟の当事者たる地位に置かれたものであると言い切る）。また起草者も、人訴法二条三項を「身分上ノ訴訟ト云フモノハ相続人ノ承継スベキモノデナイ……ソレデ夫婦ガ死ネバ他ニ其相手方ヲ求メナケレバナラヌソレデ検事ト云フコトニ致シマシタ」と説明している

(法典調査会・前掲議事録一〇頁)。その意味では検察官に原告と対立する主張を積極的に展開することを期待するのはもともと困難な面がある。この点で本件判決が「検察官が被告となる人事訴訟手続においては、真実の発見のために利害関係を有する者に補助参加の機会を与えることが望ましい」と述べることには異論はないであろう。ただ、だからといって公益の代表者として職務にあたる検察官が何もしなくてもよいということにはならない。

(9) 谷口知平『家族法判例研究』一二〇頁、なお本件事案も亡父が約一〇億円の遺産を残して死亡した直後に死後認知訴訟が提起されている。

(10) 原・前掲一三六頁。

(11) 本件原審判決・判時一一八号九七頁、同旨、奈良・前掲ジュリスト八五七号七九頁。

(12) 本件判決は、「父を相手方とする認知の訴えにおいてその子が訴訟に参加する機会を与えられなかったとしてもそれゆえに認知判決が違法となり又はその子が当然に再審原告適格を有することにはならず、この理は検察官が右訴えの相手方となる場合にも同様である」とする。しかし少なくとも認知を求められた父の子に手続関与の機会を与える必要性は、父が被告となる場合と検察官が被告となる場合とでは自ずから異なる。事情を知らずかつ直接の利害関係のない検察官が被告となる場合と父自身が被告となる場合とでは、審理の充実度が自ずから異なりひいて実体的真実発見の可能性にもちがいが生じてくると考えられるからである。この点、奈良・前掲ジュリスト八五六号九五頁は「裁判実務のセンスからいえば、人事訴訟の『第三者』のために手続上の保障について配慮を要するとすれば、検察官を相手方とする訴訟であり、多くはそれで足りる」と指摘する。また本間靖規「対世的判決効拡張と手続保障―第三者関与の意義をめぐって―」民訴雑誌三三巻六一頁は「父生存中で相続権が単に期待権にとどまる場合には、認知判決により兄弟姉妹の関係が創設され扶養義務が生じるとしてもこれらに手続的保障を与える必要性は薄い」とする。

(13) 兼子一『民事訴訟法体系』四八五頁、新堂幸司『民事訴訟法(第二版)』五八七頁、中野＝松浦＝鈴木(正)編『民事訴訟法講義(補訂第二版)』六二一頁(林屋)、斎藤秀夫『民事訴訟法概論(新版)』六一〇頁、同編『注解民事訴訟法(7)』七頁(小室)、松浦＝新堂＝竹下『条解民事訴訟法』一二六四頁(松浦)、岡垣＝吉村編・前掲二六三頁(吉村)。なお第三者が再審原告となる場合には独立当事者参加の形式により本(前)訴の当事者を共同被告として再審の申立てをすべしとする(兼子、新堂、小室、松浦、吉村)。

(14) 中川善之助編『注釈民法22(I)』二八六頁(利谷信義)、遠藤浩ほか編『民法(8)(第三版増訂版)』一七三頁(石川稔)、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――」『実体法と手続法の交錯 下(山木戸還暦)』一四六頁注四三、岡垣・前掲二六四頁、松浦＝新堂＝竹下・前掲六七七頁(竹下)、岡垣＝吉村編・前掲二六五頁(吉村)、坂原正夫・判例研究・法学研究六二巻八号八九頁。これらの学説は再審の訴えの提起の方法については明言していないが、おそらく再審原告として提起しうるものと理解していたものと思われる。

(15) 本間靖規「身分訴訟の判決効と手続権保障」龍谷法学一九巻二号二〇七頁、同・前掲民訴雑誌三三巻七〇頁。

(16) 三谷忠之・本件原審判例評釈・判例評論三一七号五七頁、奈良・前掲ジュリスト八五七号七八頁。

(17) ただし、三谷・前掲五六頁には「たとえ本案訴訟で当事者適格を有しないとしても…判決の効力が対世的に第三者に及び…共

同訴訟的補助参加人たりうる者に再審の訴えの原告適格を認めざるをえないであろう」との記述もあり必ずしもはっきりしない。

(18) 奈良・前掲ジュリスト八五七号七八頁。

(19) 以上のほか、前訴判決が当事者双方の通謀による詐害行為に基づいてなされたものである場合には第三者の詐害再審の訴えによる方法をも認めるべきである、とする見解もある（山木戸・前掲一四〇頁、岡垣・前掲三六五頁）。その条文上の根拠は明らかでないが、両説とも兼子『民事訴訟法体系』四一三頁を引用するところからすれば、「詐害訴訟を一種の執行妨害（刑九六ノ二）としてその処罰に基づいて四二〇条一項五号の類推により第三者は参加と共に再審の訴を提起できると解する余地がある」（兼子・同上）点に求めるのであろうか。しかしこれでは給付判決に対する救済にしかならないはずであり（船越隆司「詐害判決論」法学新報七四巻四・五号一一五頁、鈴木正裕「判決の反射的効果」判タ二六一号一一頁、三谷忠之「再審」講座民事訴訟7・三三七頁、石渡哲・判例評釈・判例評論三七三号四三頁）、形成訴訟たる（最判昭二九・四・三〇民集八巻四号三〇頁）認知訴訟の確定判決の取消しを求める場合の根拠とはなりえない。そこで、第三者の詐害再審を認める根拠としては、昭和一五年に削除された旧民訴法四八三条につきその削除は立法者の過誤によるものであったとして同旨の詐害再審の訴えを解釈論によって補い認めるべきであるとし（鈴木正裕・前掲一一頁、石渡・前掲四四頁）あるいは商法二六八条ノ三の類推適用によって（松浦＝新堂＝竹下・前掲六七七頁〔竹下〕）これを認むべしとする見解がある。しかし、旧民訴法四八三条の削除が仮りに立法者の過誤によるものであったとしてもそれが適法に削除されたものである以上、立法論としてはともかく解釈論としては詐害再審の訴えを一般的に認めることは困難であり、現行法上は個別の明文規定（商法二六八条三のほか特許法一七二条）がある場合に限って認められるにすぎないと考えるべきであろう（奈良・前掲ジュリスト八五七号八三頁注5）。いずれにしても、前訴で検察官が当事者となる場合には原被告間の共謀や詐害目的を立証することは不可能で救済方法としての実効性はほとんど期待できないであろう（奈良・前掲八〇頁、岡垣＝吉村編・前掲二六四頁〔吉村〕）。

(20) 三谷・前掲判例評論三一七号五六頁、同・本件判例評釈・判タ七二二号七九頁。

(21) 奈良・前掲ジュリスト八五七号七九頁、同旨、岡垣＝吉村編・前掲注解二六六頁（吉村）。

(22) ただし、本間・前掲龍谷法学二〇七頁、同・前掲民訴雑誌七〇頁注2は、人事訴訟についても行訴法二二条一項を類推適用すべしとする。もっとも強制参加までを認めるものではなく職権による必要的呼出を認める根拠として説かれるものである。

(23) 渡部＝園部編『行政事件訴訟法体系』三五九頁（濱秀和）、鈴木重勝・判例評論一五二号四三頁。

(24) 南博方編『注釈行政事件訴訟法』二〇〇頁（上原洋允）、雄川＝塩野＝園部編『現代行政法大系5』一七二頁（並木茂）、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』三三〇頁（中込秀樹）、南博方編『条解行政事件訴訟法』五七四頁（松沢智）。

(25) 最判昭四〇・六・二四民集一九巻四号一〇〇一頁（ただし旧行政事件訴訟特例法八条に関する）、東京地判昭四六・二・六判時六二八号八四頁。

(26) 南編・前掲注釈二〇〇頁（上原）、雄川＝塩野＝園部編一七二頁（並木）、園部編・前掲三三〇頁（中込）。

(27) 鈴木（重）・前掲一四九頁。

(28) 大判昭一三・一二・二八民集一七巻二八七八頁、前掲最判昭四

○・六・二四、最判昭四五・一・二二民集二四巻一号一頁。

(29) ただし同条三項の類推については否定説（三ケ月章『民事訴訟法（第二版）』〔弘文堂〕二九一頁）及び一定の場合にのみ肯定する見解（新堂・前掲五〇六頁）もある。

(30) 岡垣＝吉村編・前掲二六三頁（吉村）など、これに対し判例上は、死後認知訴訟において亡父の子は共同訴訟的補助参加をなしうるかあるいは通常の補助参加ができるにとどまるのかは必ずしもはっきりしない。名古屋高裁金沢支判昭三四・二・二高裁民集一二巻一号二八頁は「民事訴訟法六四条によって補助参加をすることができる」と判示するにとどまり、本件判決も「認知を求められた父の子は認知の訴えの当事者適格を有せず、右訴えに補助参加をすることができるにすぎず」と判示する（本件原審判決は「共同訴訟的補助参加をなしうる場合」と明言していた）。さらに最判昭三七・一・一九民集一六巻一号一〇六頁及び最判昭五〇・七・三判時七九〇号五九頁は、補助参加人たる亡父の子は被参加人（検察官）のために定められた控訴期間内に限って控訴の申立をなしうると判示する。最高裁自身共同訴訟的補助参加と認められる場合には上訴期間は被参加人と独立に進行すると明言したことはないが、学説上は異論なくこれが認められていることを考えれば「結論的には共同訴訟的補助参加の成立を否定した判例」（井上治典「共同訴訟的補助参加論の形成と展開」『多数当事者訴訟の法理』一四〇頁）ということになろうか。ただ他方で共同訴訟的補助参加を認めた最高裁判例（注(28)）はいずれも判決に対世効が認められる点を根拠としているのであり、この点からは人事訴訟においても異別に解する理由はないように思われる。また最高裁判例は具体的に民訴法六九条二項の適用が問題となった事案以外は、あえて「共同訴訟的補助参加（人）」という文言を使用しないようである。

(31) 田中二郎『新版行政法上（全訂第二版）』三二二頁、南編・前掲注釈一九八頁（上原）、雄川＝塩野＝園部編・前掲一七〇頁（並木）。

(32) 雄川＝塩野＝園部編・前掲一七一頁（並木）。

(33) 雄川ほか「研究会・行政事件訴訟法(4)」ジュリスト二六二号五六頁、田中・前掲三二二頁、南編・前掲注釈一九九頁（上原）、雄川＝塩野＝園部編・前掲一七〇頁（並木）。

(34) なお、本件原審判決は、原告らの再審原告適格を肯定する根拠としては行訴法三四条の類推によりながら、再審事由については同条の類推適用によらず民訴法四二〇条一項三号の類推適用によっている。これは推測するに、本件事案において再審事由を行訴法三四条の類推適用に求めるときは同条二項の再審期間の制限にふれることになることから（Xらが確定判決を知った日として主張するのは昭和五六年四月七日であり本件再審申立ては昭和五七年一月二七日である）、再審期間の制限のない民訴法四二〇条一項三号の類推適用によったものであろう（民訴法四二五条）。その意味では、本件事案はもともと行訴法三四条の類推適用によって救済するには不適当な事案であったように思われる。

(35) 現行人訴法の解釈論としては行訴法三四条の類推適用を肯定することは困難であると考えるが、立法論としていえば、検察官を被告とする認知請求を認容する確定判決に対しては行訴法三四条の如き第三者再審の制度（強制参加の制度を含めて）の導入を検討すべきであろうと思う。死後認知訴訟については、亡父の相続人全員を被告としなければならないとするとその探索の負担から原告の提訴が困難になる事態も考えられ、その限りで検察官のみを被告とすれば足りるとすることにより原告の提訴の便宜をはかることに一応の合理性が認められないわけではない。ただその場合でも亡父の相続人が検察官側に補助参加した場合には相続人が事実上の被告のよう

な形で応訴しているのが実態であることを考慮すると、現行法の解釈論としても検察官に補助参加する形式での再審の訴えの提起は可能であると考えるが、紛争の実態からするといかにもそぐわない訴訟形態であるとの感はまぬがれない。また認知訴訟の提起にあたって原告側の便宜を考慮した以上は、その後の手続段階にあっては実質上の対立当事者である亡父の相続人側の利益も考慮さるべきではないかと思われる。立法論として第三者再審の制度の導入を考慮すべきゆえんである。なおかかる点からの改正案の動向につき奈良・前掲ジュリスト八五八号一〇四頁。

(36) 三谷・前掲判例評論三一七号五七頁、富越・前掲一〇〇頁。

(37) 富越・前掲一〇〇頁。

(38) 兼子・前掲三九九頁、菊井＝村松・前掲Ⅰ三六一頁、三六四頁、同Ⅲ三六七頁、三ケ月・前掲二八五頁、中野＝松浦＝鈴木編・前掲五三六頁（井上治典）、松浦＝新堂＝竹下・前掲一七六頁（新堂）。

(39) 菊井＝村松・前掲Ⅲ三六七頁。

(40) 兼子・前掲三九九頁、同旨、菊井＝村松・前掲Ⅰ三六一頁、松浦＝新堂＝竹下・前掲一七六頁（新堂）。

(41) 中野＝松浦＝鈴木編・前掲五三六頁（井上）、同旨、三谷・前掲判タ七二二号八〇頁。

(42) ドイツでは共同訴訟的補助参加人といえども被参加者の訴訟処分行為を阻止しえないと解するのが伝統的理論であるとのことである（井上治典「参加『形態論』の機能とその限界」『多数当事者訴訟の法理』三一八頁）が、日本においてはあまり議論はされていないようである。ただ林田学「共同訴訟的補助参加」三ケ月＝青山編『民事訴訟法の争点〔新版〕』一四五頁は、同じく共同訴訟的補助参加が問題となる場合であっても、その第三者の実体的利益からすれば当事者適格を付与するにも値するがそうした第三者をあらかじめ網羅的に拾い出すことが困難などの理由で明確性の見地から法律上ないし判例上適格が否定されている場合（本件事案はこれにあたる）と、その第三者の実体上の地位からして当事者適格が否定される場合ないしその第三者が当事者適格を放棄した場合とを区別し、前者の場合には極力当事者に準じた扱いをすべきであるとして、被参加人が訴訟処分行為を単独で行っても参加人はなお訴訟を追行できると考えるべきであるとする。

(43) ただ、近時は通常の補助参加においても補助参加人に独自の上訴期間を認むべしとする見解が有力であり（鈴木重勝「補助参加人の従属性と独立性」三ケ月＝青山編『民事訴訟法の争点（旧版）』一二一頁参照）、少なくとも判決効の拡張を受ける補助参加人に対しては独自の上訴期間を認めるべきでありかかる判例は改められるべきであろう。

(44) なお、原告として再審の訴えを提起するには本案について当事者適格を有することが論理的前提をなすという本件判決の論理を前提としつつ、もともと死後認知訴訟において検察官が被告とされるのは必然的なことではなく多分に政策的配慮から出たものと考えられること、認知の訴えと裏表の関係にある認知無効の訴えについては認知者たる父の子も利害関係人として当事者適格を有することから、本件でも検察官より充実した訴訟追行を期待できる亡父の子であるXらに認知訴訟の当事者適格を有する者に準じた地位を認め再審原告適格を肯定すべきである、との見解もある（原・前掲一三七頁）。たしかに、林田・前掲論文が説くように、同じく判決効の拡張を受けるにもかかわらず当事者適格が否定され共同訴訟的補助参加が問題になる場合でも、本件のXらのようにその実体的利益からすれば当事者適格を付与するに値する場合には、共同訴訟的補助参加のワクの中で極力当事者に準じた扱いをすることは充分に考慮さ

れるべきである。しかしそれを超えて直ちに当事者適格者と同一の地位を与えて再審原告適格まで肯定することは、共同訴訟的補助参加の方式による再審の提起によっても実際上本件Xらの意向を手続に反映することが可能であることをも勘案すれば、解釈論としてはいきすぎであると考える。また認知訴訟の当事者適格を有する者に準じた地位と説明しても、再審原告適格を肯定する以上は本案の再審理の局面においては結局は認知訴訟における当事者適格者と同一の地位を認めざるを得ないのではないかと思われる。

(45) 富越・前掲九九頁。

(46) もともと七一条参加の方式によるといっても、再審の訴えの場合には参加人が当事者双方に対して独自の請求を立てること（最判昭四二・九・二七民集二一巻七号一九二五頁）を要求することは困難であり、仮りに独立当事者参加の方式による再審の訴えを是認するのであればむしろ前訴確定判決の取消と前訴原告の請求棄却を求めれば足りるということにならざるを得ないであろう（奈良・前掲ジュリスト八五七号八二頁注二）。

(47) 本間・前掲龍谷法学二〇七頁、同・前掲民訴雑誌七〇頁は、手続権の侵害を受けた第三者の救済手段として、民訴法四二〇条一項三号の類推適用によるときは再審提起権者がいかなる主張、証拠方法に基づいて前訴判決を覆えそうとしているかとはかかわりなしに一律に前訴判決が取り消されることになるという不都合を指摘して、むしろ行訴法三四条の類推適用による再審を認むべしとする。

(48) 石渡・前掲四三頁。もっともたとえ再審原告適格を肯定するとしても、行訴法三四条の如き規定がない限りは当然に再審事由が拡張され前訴において当該第三者に手続関与の機会がなかったことをもって独立の再審事由となるわけではない（奈良・前掲ジュリスト八五七号八一頁はかかる観点から本件原審判決の問題点を指摘する。また谷口知平・前掲一二〇頁も民訴法四二〇条の再審事由の存在が必要であることを前提に「再審をできるだけ緩やかに許す解釈」を要請する）。

(49) 広中俊雄「合意に相当する審判について・その二」『民法論集』二七〇頁は人訴法一八条は裁判を受ける権利を保障した憲法三二条に違反する無効の規定とみるべきであるとする。しかし前述したように立法者は、裁判所の適切な職権探知と検察官の適切な訴訟関与によって第三者の利益が害されることのないよう配慮しているのであり、判決の対世効を正当化する方策としていかなる方法・手段を立法上採用するかについては第一次的には立法府の裁量に委ねられていることを考えれば、そこで選択された手段が立法論として最良であったかは別として、なお立法裁量として是認できる立法であったと考える。

ただし、手続保障それ自体に独立した価値を認める近時の手続保障論の論者は「そもそも憲法上の裁判をうける権利を根拠とする第三者の手続関与権保障の要請は、職権探知による実体的真実追究によってとって代わりうるものではない」（岡垣＝吉村編・前掲二六二頁〔吉村〕）と主張する。

(50) 適用違憲という概念については、芦部信喜「憲法訴訟の理論と技術」『憲法訴訟の現代的展開』四七頁、青柳幸一「法令違憲・適用違憲」芦部編『講座憲法訴訟3』二二頁など。

(51) 最判昭二九・一・二一民集八巻一号八七頁は、認知訴訟において請求を認容した原判決は職権証拠調をなすべき事項を調べなかった点で人訴法三一条の解釈を誤った違法があるとする被告からの上告に対し、「裁判所がいかなる限度まで証拠調をするかは、裁判所が、すでに得た心証の程度により、自由にこれを決することを得るものであって、人訴三一条もこの点に関し何等制限又は変更を加え

る趣旨を含むものと解すべき理由はない」と判示しているが、具体的事案において一定の場合に訴訟資料収集に関する裁判所の「責任」ないし「職責」が生じることを否定するものではないであろう。

(52) ただ、このように解すると、明文で第三者再審を認めている行訴法三四条でさえ「判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出することができなかった」ことを要件としていることや、再審期間の制限が存在することとの均衡が問題とならざるを得ないであろう。

（平二・七・八稿）

岡野谷　知広

〔下級審民訴事例研究 一一〕

11 いわゆる家元制度を採って活動を行っている日本舞踊の流派において、当該流派から破門された後も類似「流名」を使用して舞踊活動をしている元名取に対して、家元から提起された「流名」等使用の差止請求が認められた事例

大阪地裁平成元年四月一二日判決昭和六〇(ワ)二〇七号、名称使用禁止請求事件、判例時報一三〇六号一〇五頁

〔事　実〕

本件は、いわゆる家元制度を採って活動を続けている日本舞踊の流派において、当該流派から破門された後においても類似「流名」を使用して舞踊活動をしている者に対して、家元が「流名」等使用の差止を求めた事案であり、その概要は次のとおりである。

Xは、日本舞踊若柳流の宗家として、同流派を統率し舞踊活動を行っている者である。若柳流は、伝統的な制度である家元