

Title	〔下級審民訴事例研究 五五〕親権者指定協議無効確認の訴えの適法性
Sub Title	
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 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	2006
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.79, No.9 (2006. 9) ,p.78- 91
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=AN00224504-20060928-0078

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.

〔下級審民訴事例研究 五五〕

親権者指定協議無効確認の訴えの適法性

東京高裁平成一五年六月二六日判決（東京高裁平一四(ネ)六〇六二号）親権者指定協議無効確認請求控訴事件、高民集五六卷二四六頁、判例時報一八五五号一〇九頁、判例タイムズ一一四九号二一八頁

〔事実〕

X男とY女は元夫婦で、両名の間には未成年の子Aがいる。両名が離婚することになったさい、Xは離婚届用紙に署名押印して、これをYに渡した。Yは、必要な保証人の署名押印を得て、自己の署名押印をし、Aの親権者をYと定める旨の記入をしたうえ、市役所に離婚届を提出して、受理され、戸籍にXとYの離婚と、Aの親権者がYと定められた旨の、記載がなされた。

後に、Xは、離婚については争わなかったが、Aの親権者をYと定める協議をしたとはなく、その旨を届け出る意思もなかったとして、Yを被告として、市長に対する届出によりされた、Aの親権者をYと指定する協議が無効で

あることの確認を求める訴えを提起した。第一審（原審）

は、訴えの適法性についてとくに判断せず（当事者も訴えの適法性を問題としなかったようである）、Aの親権者をYと定めて離婚する旨の離婚届がXの意思に反して作成されたものと認められないなどとして、Xの請求を棄却した（第一審判決は本件を掲載する高民集、判例時報、判例タイムズのいずれにも収録されておらず、右に記した経緯は、判例時報、判例タイムズのコメントに依拠している）。

控訴審も、本案については原審の認定判断をおおむね維持して、控訴を棄却したが、その前提として、本件訴え、すなわち親権者指定協議無効確認の訴えの適法性につき、以下のように判示して、これを肯定した。

〔判旨〕

「本件は、協議離婚をした元夫婦の一方である控訴人が、離婚意思及び離婚届出意思の存在は認めつつ、すなわち、協議離婚の成立は認めながら、離婚届に記載された未成年の子の親権を行う者の記載に沿う、親権者を定める協議における合意の不存在を主張しているものである。一般にこのような場合、親権者指定の合意の不存在あるいは無効を主張する元夫婦の一方は、戸籍法一一四条により、家庭裁判所の許可を得て、戸籍に協議離婚届に基づいて記載された親権者を父又は母と定める記載の訂正（抹消）をすると共に、改めて元の配偶者と親権者を定める協議を行うか、その協議が調わないものとして家庭裁判所へ親権者指定の審判を求める（民法八一九条五項、家事審判法九条一項乙類七号）ことが考えられる。この場合、戸籍法一一四条による戸籍訂正の許可を求める審判手続においても、親権者指定の審判手続においても、親権者を定める協議の不存在あるいは無効の主張の当否が判断の中心の一つとなるものと予測されるが、戸籍訂正の許可を求める審判手続では相手方配偶者は当事者ではないし、戸籍訂正の審判も親権者指定の審判も、親権者を定める協議の不存在あるいは無効について判断がされても、その判断に既判力はなく、紛争

が蒸し返される可能性がある。

このようなことを考えると、協議離婚をした元夫婦の一方は、他方を被告として親権者指定協議無効確認の訴えを提起することも許されるものと解するのが相当である。

このような訴訟は、人事訴訟手続法に定められた人事訴訟の類型ではなく、また現在解釈上人事訴訟の類型として認められている訴えではないが、事案の性質に鑑み、離婚無効確認訴訟と同様に解釈上人事訴訟として、手続や効果を規律するのが相当である。また、そうでないとしても、少なくとも、人事訴訟ではない通常訴訟として許されるものである……。したがって、本件訴えは適法である。」

〔評釈〕

本件訴えを適法とした、判旨の結論は正当である。しかし、その理論構成には不明瞭な点および賛成できない点がある。

一 本件におけるように、夫婦双方が離婚することには合意し、離婚届用紙に署名押印もしているが、いずれが未成年の子の親権者になるかについて、合意ができておらず、したがって親権者欄が空白になっている場合に、夫婦の一

方が自分を親権者として記載して、届出をしてみましたり、あるいは、合意ができていて、離婚届にそれに沿った記載がなされていたが、親権者とされなかった配偶者がその記載を自分の氏名に改ざんして届出をし、後になって元夫婦の間に争いが生じる事態がしばしばある。

そのような事態において、親権者とされなかった側が、親権者指定協議の不存在または無効を主張するために執った具体的な方法として裁判例、審判例に現れているのは、①離婚自体の無効確認の訴えの提起⁽¹⁾、②親権者変更(自己への変更)の申立て⁽²⁾、③親権者指定(自己を親権者とすべき旨)の申立てである⁽³⁾。

二 まず、右の①ないし③の方法の適否を検討する。

(一) 未成年の子がいる夫婦の協議離婚にあたっては、親権者を定めなければならず(民八一九条一項)、その定めを欠く離婚届は民法七六五条一項により受理できないとされている(戸七六条一号参照)。それは、父母のいずれが親権者になるかは、未成年の子の利益に重大なかかわりがあるからである。このことを重視すれば、親権者指定協議が不存在または無効の場合、協議離婚自体の有効性を問題にする余地もあろう。しかし、民法七六五条二項は、親権

者の指定を欠く離婚届も、受理されてしまえば、離婚の効力に妨げがない、と規定している。この規定の趣旨にかんがみれば、元夫婦間に離婚することについての合意さえあれば、たとえ親権者指定協議が不存在または無効であつても、離婚自体は有効と解すべきである⁽⁴⁾。それゆえ、離婚無効確認の訴えは、親権者指定協議の不存在または無効を主張する方法としては、認められない。

(二) 親権者変更の申立てについては、学説でもこれを支持しているものがある⁽⁵⁾。

たしかに、親権者変更の審判によつても、適切な人物を親権者にすることができるならば、結果的には問題がないかもしれない。しかし、親権者変更の審判は、当初の親権者指定協議が有効であることを前提にして、それを変更するものである。したがつて、親権者指定協議の不存在または無効を理由にする場合には、この方法は筋が通っていない⁽⁶⁾。ちなみに、本件においても、Xは、本件訴えを提起する前に、親権者変更の調停を申し立てているが、Yはそのことをもつて、Xが親権者指定協議の有効な成立を自認したものと、主張している。

また、親権者変更と親権者指定とは基準も異なるはずである。もとより、いずれにおいても子の利益が判断基準

になることに、変わりはない。しかし、親権者指定は、共同親権を単独親権に移行させる措置であるのに対して、親権者変更は、親権者を父母の一方から他方に変更する措置である。後者の場合、先に親権者になっていない者には監護教育の実績があることが多いが、監護の継続性は子の利益にとつて、決定的ではないにせよ、大きな要素である。したがって、子の父と母をたんに比較するならば、現に親権者になっている者よりも他方がよりふさわしいと評価されるであろう場合でも、現状を変更することによる子の不利益を考慮すれば、親権者を変更すべきでないというケースもあり得る。⁽⁷⁾

(三) つぎに親権者指定の申立てである。たしかに、親権者指定協議が存在または無効であれば、離婚後も元夫婦は未成年の子の親権を共同行使している状態にあるから、親権者を定めなければならない。この場合協議によつて定められることも考えられるし、可能であれば、望ましいことである。しかし、当初の協議の存否ないし有効性について争っている元夫婦の間で、あらためて協議が成立することとは、あまり期待できない。そこで、親権者指定協議の不存在または無効を主張し、かつ、自分が親権者になることを望む元夫婦の一方は、親権者指定の申立てをすることに

なろう。それゆえ、親権者指定の申立てが、右の主張をする者が執るべき方法であるということは、正しい。

しかしながら、親権者指定の申立てが容れられて、申立人を親権者とする審判が確定したとしても、それだけでは、戸籍面上に申立人の相手方を親権者とする記載が残っているので、これを抹消、すなわち訂正するための手続が必要なはずである。しかし、公刊された判例集や法律誌を見れば、この抹消のために執られるべき手続が何であるかが問題になり、それにつき明確な判断を下した判例や審判例はないようである。ただし、傍論でこの問題に言及しているものはある。⁽⁸⁾ 本判決も理由中で、本件訴えの適法性を検討する前提として、この問題に触れている。

(一) 戸籍の訂正には、職権による訂正(戸二四条)と当事者ないし利害関係人(以下、「当事者等」という)の申請による訂正がある。当事者等の申請による訂正はさらに、家庭裁判所の許可の審判によつてなされるものと、確定判決(これに代わる審判も含む。家審二三条・二五条三項)によつてなされるもの、すなわち戸籍法一一六条によるものとは分類される。前者はさらに、一般的な戸籍の訂正である戸籍法一一三条による訂正と創設的な戸籍の訂正であ

る同法一一四条による訂正とに分類される。⁽⁹⁾

これらの訂正のうち、親権者指定協議の不存在または無効を主張する者が自ら利用するものとして考えられるのは、当事者等の申請による訂正である。そして、協議による親権者指定の届出は創設的届出であるから、戸籍法一一三条による訂正は考えられない。したがって、ここでの抹消の方法として考えられるのは同法一一四条による訂正と同法一一六条による訂正である。

(二) 戸籍法一一四条によりなされる訂正と同法一一六条によりなされる訂正のいずれがなされべきかの区別の基準については、以下のように解するのが通説であると言えよう。⁽¹⁰⁾ すなわち、戸籍法一一四条による訂正がなされるのは、訂正すべき事項が戸籍面上明らかである場合（たとえば、法律上許されない記載、錯誤の記載、記載の遺漏、創設的行為の無効）、または、戸籍面上は明らかでないが訂正の結果身分関係に重大な影響のない場合である。なお、このことは、家庭裁判所の許可の審判に基づいてなされる点で、一一四条による訂正と共通である一一三条による訂正にも妥当する（ただし、先のカッコ内で例示した事項のうち、創設的行為の無効は一一四条による訂正にのみ考えられるものである）。それに対して、訂正すべき事項が戸

籍面上明らかでなく、かつ、身分関係に重大な影響を生じる場合は、同法一一六条による訂正がなされるべきである。たとえば、すでに他の者から認知されている者についての認知の記載⁽¹¹⁾、および死亡者との婚姻の届出の記載⁽¹²⁾については、一一四条による訂正がなされるとする戸籍先例があるが、これらは創設的行為の無効が明白な場合であり、通説の立場からも一一四条による訂正がなされるべき場合であったといえる。

しかしながら、戸籍先例は必ずしも先に述べた通説の区別に従ってはいない。⁽¹³⁾ すなわち、親子関係の存否等、身分関係に重大な影響を及ぼす事項に関する訂正であっても、戸籍法一一三条によることができるとするものが目に付く⁽¹⁴⁾が、同法一一四条に関しても同様の扱いがなされているようである。⁽¹⁵⁾

親子関係の存否等に関する訂正が戸籍法一一三条によって行われていることは、以下のような事情によるものと推測される。すなわち、かつて判例は、親子関係存否確認の訴えは、父母の両者または子が死亡している場合は、提起することができないとしていた。⁽¹⁶⁾ そこで、この場合には、確定判決を前提とする戸籍法一一六条（ないしその前身である旧戸籍法一六七条）による記載の訂正ができなかった

ので、同法一一三条による訂正によらざるを得なかった。そしてそれが一般化して、関係者が生存している場合でも、一一三条による訂正が行われるようになったというのである。しかし、周知のように、その後右の場合にも検察官を被告として確認の訴えを提起することができる、と判例が変更されたので、前述の訂正が一一三条によらざるを得なかつた事情はなくなつた。⁽¹⁷⁾しかし、この判例変更後の戸籍先例も、一一六条による訂正とともにではあるが、一一三条による訂正を認めている。⁽¹⁹⁾

(三) 筆者は、戸籍法一一四条（および一一三条）と同法一一六条の区別に関する前述の通説は正しく、そして、通説の考え方を親権者指定協議の不存在または無効を主張してなされる戸籍の抹消に適用すれば、この抹消は戸籍法一一四条ではなく同法一一六条によらなければならぬ、と考える。言い換えれば、元夫婦のうち抹消を望む者は、まず親権者指定協議の無効を確認する確定判決を得る必要がある、と考えるのである（なお、親権者指定協議についてはその不存在が主張される場合と、無効が主張される場合とが考えられ、厳密に言えば、前者の場合は親権者指定協議不存在確認の訴えが、後者の場合は同無効確認の訴えが提起されるべきはずである。しかし、不存在確認の

訴えといつても、たんなる事実の確認が請求されているわけではない。また、本件訴えは親権者指定協議無効確認請求事件である。したがって、以下ではたんに「親権者指定協議無効確認の訴え」ということにする。以下にその理由を述べる。

たしかに、戸籍法一一四条（および一一三条）の条文は、訂正の対象を通説が考えているように限定しているわけではない。しかし、戸籍法が戸籍の訂正について家庭裁判所の許可による訂正と確定判決による訂正とに分けて規定していることから、同法がその対象によつて訂正の方法に違いを設けていることは、明らかである。そして、前者による訂正の場合、そのための前提となる許可の申立ては家事審判法九条一項甲類の事項とみなされる（戸一一九条）ため、家庭裁判所は、許可するか否かを、対審構造の審理手続を経ることなしに、判断する。実務家が著した文献の中には、家庭裁判所の調査機能も充実しているので、許可審判手続が不適切であるともいえない、と述べているものがある。⁽²⁰⁾しかし、訂正すべき事項が戸籍面上明らかでもなく、また、身分法上重要な影響を及ぼす事項についての訂正のためには、やはり対審構造の審理手続を経ることが保障されていなければならない。したがって、かような訂正は戸

籍法一一六条によるべきである。ただし、本件で問題になったことではないが、このように一一六条による訂正がなされるべき事項であるにもかかわらず、家庭裁判所が一一三条または一一四条による訂正の許可の審判をし、それに基づき戸籍の訂正が申請されたなら、かかる申請は受理するほかはない。⁽²¹⁾

いずれにせよ、一般論として通説は是認される。ところで、親権者指定協議の不存在または無効は戸籍面上明らかなものではない。また、元夫婦のいずれが親権者であるかは、もとより子の利益に重大なかわりがあるが、元夫婦の双方にとつても重大な身分法上の影響を及ぼすことである。そこで、通説を前提にするならば、親権者指定協議の不存在または無効を主張して戸籍の記載の抹消を求めるには、戸籍法一一六条の訂正によらなければならぬことになる。そして、そうであるならば、この抹消を求める者には、親権者指定協議の無効確認請求の訴えを提起する法的な利益がある、と言うことができる。

なお、筆者が主張するように、まず戸籍の抹消(訂正)が必要であると解することに対しては、それはいたずらに紛争を長引かせるだけであり、早期に親権者を確定したほうが子の利益になる、という批判がある。⁽²²⁾ たしかに、戸籍

の記載の抹消をしたうえで、あらためて親権者を指定するならば、手続により多くの時間がかかるであろう。それも、抹消が戸籍法一一四条の訂正の手続によりなされ得るとするならばまだしも、私見のように、同法一一六条による訂正の手続によらなければならないとの立場に立てば、最終的に親権者が確定するまでに相当の時間がかかることがあり得ることは、認めざるを得ない。

しかし、もとより、子にとつて父母間の親権をめぐる紛争が早期に解決し、親権者が確定することは利益である。けれども、一方で、親権者たるにふさわしい者が親権者になることも子の利益であり、父母のいずれを親権者に確定すべきかの判断には慎重さも要請される。この判断のために仮に若干の時間がかかるとしても、それにはやむを得ない面がある。右の批判は、当初の親権者指定協議が不存在または無効であつて、戸籍上親権者と記載されている者が親権者たるにふさわしくなく、早期に元夫婦の他方を親権者として確定すべきであるということを、暗黙のうちにその前提としていっているのではないかと、推測される。たしかにそのような事例も多々ある⁽²³⁾。しかし、当初の親権者指定協議自体が意思の欠缺も瑕疵もなく成立したのに、親権者とならなかつた元配偶者がその不存在または無効を主張し

ているという事例もある。本件もそのような事例である、と認定されている。このことから、筆者は、親権者の早期の確定の必要性だけから問題を処理すべきではない、と考える。

あるいは、さらに、筆者のように、戸籍の抹消のために親権者指定協議無効確認の訴えの提起を要求することは、親権者欄が空欄になったままの離婚届が受理されてしまった場合（民七六五条二項参照）に、親権者指定の審判だけで親権者が決まることとの権衡を失している、との批判も予想される。しかし、離婚届の欄が空欄で、戸籍面上の記載もなされていない場合と、たとえ協議自体は不存在または無効であっても、戸籍面に記載があるのでは、事情が異なる。両者の場合で、自己が親権者であると主張する者が執るべき措置が異なり、またそのために必要となる労力や時間に違いが生じるのも、やむを得ないことである。

(四) 以上の論述を要するに、戸籍面上親権者になっていない元夫婦の一方が提起する親権者指定協議無効確認の訴えは適法であり、本判決は結論において正当である。ただし、本判決は、戸籍法一一四条による訂正、すなわち家庭裁判所の許可に基づく訂正も可能であるとしたうえで、家庭裁判所の許可の審判手続およびそれともになされる親

権者指定の審判手続でなされる親権者指定協議の存否や有効性に関する判断には既判力が生じないとの理由から、同協議無効確認の訴えも適法である、と判示している。しかし、筆者は、前述のように、戸籍法一一四条による訂正は認められない、と考えているので、この点で判旨に賛成できない。

もつとも、本判決は、戸籍法一一四条による訂正が「適法である」とは言わず、「考えられる」という表現を使っているため、判旨には曖昧さがある。なぜなら、判旨は、親権者指定協議無効確認の訴えの適法性を理由付けるために、一一四条による訂正に言及したにすぎないのであって、それが適法であるとは断言していない、と解する余地もなくはないからである。しかし、判旨が一一四条による訂正が「考えられる」と述べた後、「……元夫婦の一方は、他方を被告として親権者指定協議の無効確認の訴えを提起することも許される……」（傍点筆者）と判示していることから、本判決は、やはり一一四条による訂正も適法であることを前提にしている、と解される。⁽²⁴⁾

(五) なお、抹消の方法に関連して、本件で問題になったことではないが、以下のことも述べておきたい。裁判例、審判例において、親権者指定協議の不存在または無効を主

張する者が親権者指定を申し立て、申立てが容れられて、申立人を親権者に指定する審判がなされることがある。⁽²⁵⁾この審判が確定すれば、審判の申立人である元配偶者が従来の戸籍の記載の訂正を申し立てるまでもなく、家庭裁判所から市町村長への通知(戸二四三条三項)がなされて、職権による訂正がなされることになる、と考えることもできそうである。先に、抹消のために執られるべき手続が何であるかについて明確に判断している裁判例、審判例はこれまでにない、と述べたが、それは、親権者指定の審判が確定すると、このように当初の親権者の記載が職権によって抹消されるからではないかとも、推測される。

しかし、身分法上重大な影響を及ぼす事項については、戸籍法一一三条・一一四条による訂正がなされ得ないのと同様に、職権による訂正もなされ得ず、かような事項については戸籍法一一六条の戸籍訂正の手続によるべきであるとされている。⁽²⁶⁾したがって、親権者指定の審判が確定したことに基づいて、戸籍面におけるそれまでの親権者の記載を職権で訂正することは、正しいやり方ではない。

四(一) 親権者指定協議無効確認の訴えが適法であるとすれば、同訴訟が通常の民事訴訟であるのか人事訴訟に準じる

訴訟であるのかが、問題になる。本判決は一応後者であると解しているが、そうでないとしても、通常訴訟として適法である、と念を押している。本件は現行人事訴訟法施行前のものであるから、この問題は旧人事訴訟手続法の解釈によって決まることになる。

(二) 旧法下では、明文規定で人事訴訟と認められているもののほかに、学説および判例上、離婚無効確認の訴え、離縁無効確認の訴え、夫婦・親子・養親子関係存否確認の訴えが人事訴訟に準じるものとされ、これらには人事訴訟手続法が適用されていた。⁽²⁷⁾これらにおける確認の対象は人の基本的身分関係にかかわることであり、それゆえ、職権探知や全面的解決が要請される点で、明文規定で人事訴訟と認められている訴訟と同様であるということが、その理由である。それに対して、夫婦、親子以外の兄弟関係や伯父(叔父)・伯母(叔母)と甥・姪の関係等は、夫婦関係や親子関係を基礎として決まる派生的関係であるから、まず基本的な関係が決まらなければならないとして、これらの確認訴訟は直接人事訴訟の対象にならない、と解されていた。⁽²⁸⁾

未成年の子と親権を行使する者との関係は、たしかに、夫婦、養親子、親子関係に比べると、根本的な身分関係と

は感じられないかもしれない。しかし、この関係は、兄弟や伯父・甥などの関係と異なり、夫婦と親子に分解することはできず、その意味で、派生的な親族関係ではない。また、たとえば、未成年の子の財産に関する法律行為は親権者が代理権を持っている（民八二四条）ことから明らかになように、元夫婦のいずれが親権者であるかということは、第三者の私法上の権利義務にも影響を及ぼす。これらのことを考慮するならば、旧人事訴訟手続法の解釈論として、親権者指定協議無効確認訴訟は、人事訴訟に準じるものとして、これには同法が準用されるものと解すべきである。⁽²⁹⁾

(三) 現行人事訴訟法は、その二条において、人事訴訟を従来の解釈上の人事訴訟事件（離婚無効確認訴訟等）も含めて、一号ないし三号に類別しているが、さらに柱書きをもつて、「その他の身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴え……に係る訴訟」も人事訴訟である、と認めている。立法過程では、この柱書きによって人事訴訟とされる訴訟に関して、姻族関係存否確認訴訟や伯父・甥などの親族関係の存否確認訴訟が検討されたが、⁽³⁰⁾親権者指定協議無効確認訴訟についてはとくに検討されなかったようである。しかし、筆者は、前述のように、旧法下でこの訴訟が人事訴訟に準じるものであると解したのと同様の理由で、現行

法下ではこの訴訟は人事訴訟（無名人事訴訟）である、と解する。⁽³¹⁾

五 最後に本判決の裁判例としての意義に言及したい。前述のように、離婚については合意できていた元夫婦の間で、親権者指定協議の存否や効力について争われることがよくあるが、従来の実務では、その不存在または無効を主張する側は、親権者変更ないし親権者指定の申立てを行っていたようである。親権者指定協議が不存在または無効の場合には戸籍の記載の抹消が必要である、と考える筆者の立場からすれば、本判決は解決のための正しい方向を示している、と評価することができる。しかし、抹消のための方法として戸籍法一一四条による訂正も可能であるとしている点では（もつとも、前述のように、この点について判旨には曖昧さもある）、筆者は本判決に賛成できない。

(1) 名古屋高判昭和四六年一月二九日高民集二四卷四号四三八頁Ⅱ判時六五六号六四頁Ⅱ判タ二七二号二三二頁。

(2) 東京家審昭和四二年三月一四日家月一九卷一〇号一三五頁Ⅱ判タ二二三号二五五頁、大阪家審昭和四九年三月二

日家月二七卷一号一九頁、福岡家審昭和四九年一〇月二

二日家月二七卷九号一〇二頁(後の二つの審判例については注(6)を参照されたい)。

(3) 大阪高決平成三年四月四日家月四三卷九号二三頁、長崎家審昭和四七年八月二六日家月二五卷七号四八頁、大阪家審平成八年二月九日家月四九卷三三六頁。

(4) 前掲注(1)名古屋高判昭和四六年一月二九日はこの理由で離婚無効確認請求を棄却している。この判決に対する評釈である、佐藤義彦「判批」同法二七卷一号九七頁以下(一九七五年)も判旨に賛成しており(「結論に異存はない」と述べているが、民法七六五条二項から離婚は有効とする点で、判旨に賛成している)、ほかにも明確に異を唱えるものはないようである。ただし、太田武男『親族法概説』一六三頁(有斐閣、一九九〇年)、泉久雄『親族法』一三四頁以下(有斐閣、一九九七年)は、協議離婚の実質的要件として両当事者の離婚の意思とらんで、未成年の子がいる場合には、離婚後の親権者を定めることを挙げているので、親権者指定協議の無効または不存在は離婚自体の無効をもたらずと考えている、と解釈できなくもない(ただし、太田・前掲は、前掲注(1)名古屋高判を引用している)。これに対して、我妻栄『親族法』一二七頁(有斐閣、一九六一年)、北川善太郎『親族・相続』六二頁(有斐閣、第二版、二〇〇一年)は、親権者の定めを離婚の要件に数え上げていない。なお、審判例の中で、前掲注

(3)長崎家審昭和四七年八月二六日は、無効の協議離婚の届出をした当事者があくまで親権者たることを望む場合には、他方当事者が離婚を追認していても、常に離婚が有効であるかには疑問の余地がある、としている。

(5) 我妻栄Ⅱ立石芳枝Ⅱ唄孝一編『判例コンメンタールⅦ親族法』三六六頁(鈴木ハッソ)(日本評論社、一九七〇年)。

(6) 常岡史子「本件判批」判評五五一号二六頁(判時一八七三号)(二〇〇五年)も同旨であろう。

審判例においても、前掲注(2)大阪家審昭和四九年三月二日は、親権者変更の審判をしてはいるが、それが筋の通ったものではなく、便宜的な措置であつて、本来は戸籍法一一六条により戸籍を抹消したうえ、協議またはそれに代わる審判で親権者を定めるのが筋である、と判示している。また、前掲注(2)福岡家審昭和四九年一〇月二二日は、親権者変更の審判が申し立てられたが、判旨は、親権者指定を申し立てられるべきであったとしたうえで、申立人を親権者に指定した。それでは、申立事項と審判事項に齟齬が生じることになる。たしかに、非訟事件である家事審判手続には申立事項の制限(民訴二四六条)は適用されないとしても、かような措置が適法であるかは、疑問である。

(7) 常岡・前掲注(6)二六頁。
親権者指定の審判と親権者変更の審判における判断の基

準の違いを論じる文献は多い。たとえば、石川稔「日米兩國における離婚の子の法的保護に関する比較研究序説」(一)「上法二四卷一〇四頁以下(一九八一年)、山島正男「親権者の指定・変更の基準」沼邊愛一〓太田武男〓久貴忠彦編『家事審判事件の研究(1)』一四七頁以下(一粒社、一九八八年)、松原正明「家裁における子の親権者・監護者を定める基準」判タ七七号三〇五頁(一九九一年)、北野俊光「親権者指定・変更」村重慶一編『裁判実務大系25人事訴訟法』一八五頁以下(青林書院、一九九五年)。

(8) 前掲注(1)名古屋高判昭和四六年一月二十九日は、当該事案において離婚自体は有効として、離婚無効確認請求を棄却しながら、親権者については、戸籍訂正の手続により現に存する記載を抹消したうえで、あらためて協議により親権者を定めて届出の追完をなすべきである、と判示している。また、前掲注(2)大阪家審昭和四九年三月二日は、注(6)で述べたように、親権者変更の審判をしたが、戸籍法一一六条により戸籍を抹消したうえで、協議またはこれに代わる審判で親権者を定めるのが筋である、と判示している。これらにおいては、要するに、戸籍を訂正したうえで、協議等によって真実の親権者を定めるべきであることとされている。しかしこれらは、親権者指定協議の不存在または無効を主張する側が戸籍の抹消を求めた事案ではなく、

したがって、本文でも述べたように、戸籍抹消についての言及はいずれにおいても傍論である。

(9) 本文での論述は、加藤令造〓岡垣学「戸籍法逐条解説」二〇五頁以下、七〇五頁以下(日本加除出版、全訂、一九八五年)、谷口知平「戸籍法」三〇四頁以下(有斐閣、第三版、一九八六年)等によっている。

(10) 田中加藤男『先例戸籍訂正法』八頁以下(日本加除出版、一九六七年)、加藤令造編『家事審判法講座第三卷』三五八頁以下(田中加藤男)(判例タイムズ社、一九六九年)、加藤〓岡垣・前掲注(9)七一四頁、七二〇頁、七二七頁、昭和二六年二月一〇日民事甲二〇九号民事局長回答(戸籍先例集六五〇頁)。谷口・前掲注(9)三三二頁以下参照。

(11) 大正五年一月二日民第一三三二号法務局長回答(戸籍先例全集六五〇頁)。ただし、現行戸籍法一一四条の前身である旧戸籍法一六五条が適用された事例である。

(12) 昭和二四年一月一四日民事甲二六五一号民事局長回答(戸籍先例全集一二六九頁)。

(13) 青木義人〓大森政輔「戸籍法」四五七頁(日本評論社、全訂、一九八二年)がこのことを指摘している。

(14) 昭和三年一〇月一日民事甲第三〇九七号民事局長回答(戸籍先例全集一一九四頁)、昭和三八年七月一日民事甲第一八三八号民事局長回答(戸籍先例全集一二五〇ノ

五〇七頁)。

(15) 昭和四〇年一月七日民事甲第四〇一六号民事局長事務取扱通達(戸籍先例全集一二五〇ノ五七〇頁)。

(16) 大判昭和一五年七月一六日民集一九卷一二七八頁、大判昭和一九年三月七日民集二三卷一三七頁、最判昭和三四年五月二日民集一三卷五号五七六頁。

(17) 最判昭和四五年七月二五日民集二四卷七号八六一頁。

(18) この間の事情については、中川淳「判批」『家族法判例研究』三三三頁以下(法律文化社、一九九二年。初出、判評三九一号〈判時一三八八号〉、一九九一年)、松本博之『人事訴訟法』三五頁以下(弘文堂、二〇〇六年)が詳細に論じている。

(19) 昭和四六年三月一日民事甲第九七二号民事局長通達(戸籍先例全集一二五〇ノ六六二頁)。

(20) 青木Ⅱ大森・前掲注(13)四五七頁。

(21) 昭和三年一月一日民事甲第三〇九七号民事局長回答(戸籍先例全集一一九五頁)、加藤Ⅱ岡垣・前掲注

(9)七二九頁、青木Ⅱ大森・前掲注(13)四六八頁。

(22) 川田昇「判批」民商一一九卷四・五号三四四頁(一九九九年)。我妻Ⅱ立石Ⅱ唄・前掲注(5)三六六頁(鈴木)も、親権者指定協議の無効または取消しについて訴訟を起こせることは不適當であると述べているが、なぜ不適當であるかは明らかにしていない。

(23) 元夫婦の一方が親権者指定協議の不存在または無効を主張して、親権者変更を申し立てた事例が注(2)に、親権者指定を申し立てた事例が注(3)に引用されているが、い

ずれにおいても申立てが容れられ、申立人に親権者の変更され、あるいは申立人が親権者に指定されている。ただし、注(3)に引用した大阪高決平成三年四月四日は、親権者指定の申立てを却下した原審判を取り消し、差し戻した事案であるが、ここでも、申立人の言い分が認められているわけである。

(24) 常岡・前掲注(6)二七頁も判旨について同様の解釈をしている。ちなみに、最判昭和三年一〇月三一日家月二一卷三号四五頁が、離婚無効確認の訴えにつき同様の趣旨を判示している。

(25) 注(23)参照。

(26) 加藤Ⅱ岡垣・前掲注(9)二一四頁、昭和五年六月一六日民事甲第一六三八号民事局長回答(戸籍先例全集四〇五頁)。

(27) 学説としては、兼子一「親子関係の確認」『民事法研究第一卷』三六三頁(酒井書店、一九五〇年。初出、『家族制度全集第二部第三卷』)、山本戸克己『人事訴訟手続法』三七頁、八一頁(有斐閣、一九五八年)等。

判例としては、大判昭和一年六月三〇日民集一五卷一一二八頁(親子関係確認)、大判昭和一九年一〇月二三日

民集二三卷五九八頁（離婚無効確認）、最判昭和二十五年二月二八日民集四卷一三三七〇一頁（嫡出親子関係不存在確認）、最判昭和三十年六月二六日民集一〇卷六号七四八頁（離婚無効確認。ただし、人事訴訟であるとは明言していない）、前掲注(24)最判昭和四三年一〇月三十一日（離婚無効確認）。

(28) 山木戸・前掲注(27)九二頁。吉村徳重Ⅱ牧山市治『注解人事訴訟手続法』八頁（吉村徳重）（青林書院、改訂、一九九三年）参照。

(29) 常岡・前掲注(6)二六頁以下。

(30) 前者を人事訴訟とすることについては異論がなく、後者については新法施行後も解釈に委ねられたと言うことができる。高橋宏志Ⅱ高田裕成編『新しい人事訴訟法と家庭裁判所実務』（ジュリスト増刊、一二五九号二二頁以下（二〇〇三年））、小野瀬厚Ⅱ岡健太郎編著『一問一答新しい人事訴訟制度』二〇頁以下（商事法務、二〇〇四年）参照。

(31) 松本・前掲注(18)一七頁以下は、本判決を引用して、この問題を論じている。

〈追記〉 本件については、注(6)に引用した常岡史子教授の評釈がある。

石渡 哲