

嫡出親子関係不存在確認訴訟における 父子関係と母子関係との合一確定の要否

(最高裁昭和56年(1981年)6月16日第3小法廷判決(昭和55年(オ)第661号,親子関係不存在確認請求事件)民集35巻4号791頁—上告棄却)

川 嶋 四 郎

1. はじめに

民事訴訟手続が、社会における紛争解決手続のひとつとして存在し期待されているかぎり、それは、紛争当事者が最適な救済内容を引き出しうる場でなければならない。手続法から見れば、実体的紛争類型に即応した救済プロセスが準備されていなければならず、実体法から見れば、実体法秩序に適合する判断内容を提示できる訴訟手続が存在しなければならないのである。

ところで、親子関係確認訴訟は、民事訴訟法、人事訴訟法および民法に明文の規定が置かれていないが、活用されて久しい年月が経過する。この訴訟形式は、判例・学説により、今日に至るまで徐々に明らかにされてきた。その訴訟当事者に関する問題も同様である。本件最高裁判決は、嫡出親子関係不存在確認訴訟において、重要な判断を下した。すなわち、父子関係と母子関係との合一確定の要否の問題について、最高裁判所は、父子関係と母子関係を必ずしも合一にのみ確定する必要はないと判示した(このような見解を、以下では「個別説」と呼ぶことにする)。これは、それまで合一確定が必要であるとしてきた判例・通説の見解(以下では、これを「合一説」と呼ぶことにする。)を採用しないことを明らかにしたのである。本判決は、後述するように、その後下級審判決に影響を与えた。また、家事審判実務や戸籍実務にも、大きな影響を

及ぼしたことが予想される。

しかしながら、例えば、嫡出父子関係（または嫡出母子関係）の存否のみが訴訟の対象とされる場合であっても、その訴訟結果は、嫡出母子関係（または嫡出父子関係）に重大な影響を与えることになる。つまり、個別説に立てば、生存しているが当事者とはならなかった両親の一方の手續保障を如何にして確保するかという問題が浮かび上がってくるのである。本稿においては、合一説および個別説の生成の経緯およびその内容を検討し、合一説の再生という形で手續保障の充実を期す方向性を提示したい。

2. 事案の概要と判旨

【判決要旨】 嫡出親子関係不存在確認の訴えにおいては父子関係と母子関係の各不存在を合一にのみ確定する必要はない。

【事実】 X_1 (原告・被控訴人・被上告人) は、訴外A男とその先妻である訴外B女との間の長女であり、 X_2 (原告・被控訴人・被上告人) は、AとBとの長男である。Aは、Bの死後、昭和13年8月8日 Y_1 (被告・控訴人) と婚姻し、その旨の届出をなした。Aと Y_1 との間には子がなかったため、訴外Cの仲介で Y_2 (被告・控訴人・上告人) を引き取り、Aは、 Y_2 を Y_1 との間に昭和17年11月20日に出生した子として届出をした。その後、Aが昭和48年3月27日に死亡した。そこで、 $X_1 \cdot X_2$ は、 $Y_1 \cdot Y_2$ に対して、 Y_2 が Y_1 と亡Aとの間の子ではないことの確認を求める訴えを提起した。

まず、第1審の甲府地裁都留支部昭和53年（1978年）11月30日判決¹⁾は、証拠および弁論の全趣旨によれば、請求原因事実をすべて認めることができるとし、 Y_2 についての出生届は養子縁組の届出とみなされるべきであり、かつ $X_1 \cdot X_2$ の本件請求は権利の濫用であって許されるべきではないとする $Y_1 \cdot Y_2$ の主張をいずれも排斥し、 $X_1 \cdot X_2$ の請求を認容し、「 Y_2 は Y_1 と亡Aとの間の子ではないことを確認する」旨の判決を言い渡した。 $Y_1 \cdot Y_2$ が控訴。

原審の東京高裁昭和55年（1980年）3月24日判決²⁾は、控訴理由（略）で新たに

1) 高民集33巻1号68頁以下を参照。

2) 高民集33巻1号61頁。

追加された主張に答え、嫡出親子関係不存在確認の訴えの性質、特に当事者適格について、次のように詳しく判示した（最高裁判決は、原審を支持し後述のように簡単な判示をなすに止まるので、原審判決の該当部分をやや詳しく記しておきたい。）。

く1. Xらの本訴請求の趣旨は、「Y₂はY₁と亡Aとの間の子ではないことを確認する。」というにあり、また、Xらが本訴によりYらの間の親子関係不存在の確認を求める利益は、Yらの控訴審における新たな主張のとおりである。すなわち、Xらが、本訴で必要としているのは、亡AとY₂との間の父子関係の不存在確認であって、Yらの間の母子関係の不存在確認は、嫡出親子関係不存在確認の訴えを提起する必要上、付加したにすぎないことが明らかである。そこで、このような場合において、XらはYらの間の母子関係不存在確認の結果をもたらす嫡出親子関係不存在確認の訴えを提起することができるかどうかについて検討する。

(1) Xらは、亡AとY₂との間の父子関係不存在確認の訴えを提起するには、嫡出親子関係不存在確認の訴えの形態をとるべきであるとの前提で本訴を提起している。しかしながら、嫡出親子関係不存在確認の訴えは、子が父母の間の嫡出子であるかどうかという法律関係が訴訟物であり、このような訴えの形態は、旧民法下においては、家の制度の中核をなす家督相続の問題があり、そのために嫡出子、庶子、私生子の区別があり、その相続の順位について詳細な定めがあったから、嫡出性の有無を確認する必要があった。しかし、現行民法においては、嫡出子と非嫡出子との区別はあるものの、それが争われるのは、相続分の割合に関してのみであり、そのほかには、嫡出親子関係の存否確認の必要性はほとんど考えられないのである。したがって、現行法のもとにおいては、そのような特別の事情がある場合は別として、父子関係、母子関係を合一にのみ確定すべき嫡出親子関係存否確認の訴訟形態はすでに普遍性を失っていると言ふべきである。もっとも、現在においても、戸籍上父母を同一にする子相互間の訴訟について、嫡出親子関係存否確認の形式を便宜踏襲してきたと見るのが相当であり、右訴訟の実質は、父子関係および母子関係両者の併合訴訟であると善解するのが相当である。（したがって、請求の趣旨は、「某は、父、母の間の子でないことを確認する。」という表現よりも正確には、「某は、父および母のそれぞれの子でないことを確認する。」とすべきものである。）もし、このような解釈をとらずに、Xらの主張

のごとく、嫡出子出生届のなされている子と父母との関係は、常に合一にのみ確定すべきものであるとすれば、母子関係について確認の利益がない場合にも、その有無について審理、判断しなければならないことになり、この場合、故なく第三者をして母子関係の存否という重大な法律関係に容喙させることになり、著しく不合理な結果を招来することになる。

このように見てくると、本件においては、亡AとY₂との間の父子関係不存在が確認され、その関係の戸籍訂正がなされれば足りることがXらの主張に照らして明らかである。さらに、その方式および趣旨により公務員が職務上作成したと認められるから真正な公文書と推定すべき甲第1号証(略)によれば、XらとYらの間の戸籍上の身分関係は、Xらが亡Aとその先妻亡Bの子、Y₁が亡Aの後妻、Y₂が亡Aと後妻であるY₁の子となっていることが認められるから、XらとYらの間の身分関係は姻族とされているにすぎず、したがって、両者の法律関係は、扶助、扶養について、法定の特別の事情がある場合においてのみ、それらの義務を負担することが予想されるに止まり(民法730条、877条2項参照)、しかも本件においては、右特別の事情のあることについては、何らの証拠がない。

それゆえに、Xらは、単にYらと親族と言うだけで、Yらの間の母子関係の存否確定について法律上直接の利害関係を有するとは言えないから、確認の利益がないと言うべきである。

(2) 次に、Xらは、Y₂の戸籍上の父であるAが死亡しているから、戸籍上の母であるY₁を当事者に加える必要があると主張する。

しかし、嫡出親子関係存否確認訴訟の実質は、父子関係および母子関係の併合形態であり、しかも本件において、Yらの間の母子関係の存否について、確認の利益がないことは前記のとおりである以上、本件は亡AとY₂との間の父子関係の不存在確認訴訟のみについて審理判断すべきことになる。このような場合において、人事訴訟法第2条第2項を類推適用するときには、生存するY₂を相手方として同人と亡Aとの間の父子関係の不存在確認をすることができるものと解するのが相当である。したがって、Y₁を当事者に加える必要はないと言うべきである。この点に関するXらの主張は採用することができない。

(3) 以上によれば、Xらの本訴請求は、Y₂と亡Aとの間の父子関係不存在確認については訴えの利益があるが、Yらの間の母子関係の不存在確認の訴えについては利益がないと言うべきである。

2. そこで進んで、右父子関係の存否について判断するに、証拠および弁論の全趣旨を総合すれば、Y₂は、亡Aの子ではないのに、虚偽の出生届により同人の子として戸籍の記載がなされたことが認められる。

3. さらに、Y₂についてなされた出生届が亡AおよびY₁とY₂との間の養子縁組届と見なされるべきであるとするYらの主張は採用できない。また、Yらは、本訴請求が権利の濫用であって許されないとするが、それを認めることはできない。

4. 以上によれば、Xらの本訴請求は、これを亡AとY₂との間の父子関係およびYらの間の母子関係の各不存在確認訴訟と見て、前者は正当として認容できるが、後者は訴えの利益を欠くため却下することとする。Y₂のみ上告。

【判旨】 上告棄却。

最高裁判所は、裁判官全員一致の意見により、上告理由については理由なしとして斥けた。つまり、前記出生届を養子縁組届と見なすことはできないこと、およびX₁・X₂の請求が権利の濫用には当たらないことを確認した。そして、職権で次のように判示した。

「なお、原審は、本件訴のうち母子関係不存在確認を求める訴につき確認の利益を否定する前提として、嫡出親子関係不存在確認の訴においては父子関係と母子関係の各不存在を合一にのみ確定する必要はないものとしているが、右の原審の判断は相当であり、以上の見解と異なる大審院判例（昭和4年(オ)第597号同年9月25日判決・民集8巻11号763頁、昭和19年(オ)第336号同年6月28日判決・民集23巻15号401頁）は変更されるべきである。」

（裁判長裁判官 伊藤正巳，裁判官 環 昌一，横井大三，寺田治郎）

3. 批 評

判旨反対。

本判決は、戸籍上嫡出親子関係があるとされている場合に、嫡出親子関係不

存在確認訴訟においては、父子関係と母子関係の各不存在を合一にのみ確定する必要はないとする。この前提として、嫡出親子関係不存在確認請求が、父子関係不存在確認請求と母子関係不存在確認請求との単純併合形態に過ぎないものであるとされたのである。本件は、消極的確認訴訟であるが、本判決に挙げられ変更の対象とされた判例の中には嫡出親子関係存在確認請求事件も含まれていることから、本件判旨の法理は、単に消極的確認訴訟だけではなく、積極的確認訴訟にも妥当すると考えられる。そこで、以下では、嫡出親子関係存否確認訴訟において、父子関係と母子関係の各存否を合一に確定する必要があるか否かの問題について、検討して行くことにしたい。

以下では、まずこの問題に関する戦前の判例・学説を概観し(→1)), 次に戦後の判例・学説を整理し(→2)), 最後に私見を述べることとする(→3))。

1) 戦前の判例・学説

A. 合一説的傾向

親子関係存否確認の訴えという訴訟形式は、古くから利用されてきた³⁾。

まず、親子間で嫡出親子関係の存否が争われた事件類型に関する最初の大審院判例として、【判例1】大審院昭和4年(1929年)9月25日判決⁴⁾を挙げることができる。これは、本件最高裁判決が変更すべき判例として挙げたもののひとつであり、原告となった子が、戸籍上の父のみを被告として提起した嫡出親子関係存在確認請求事件である。この事件では、母は、生存していたが、子の主張する事実を争わなかったので、子は、父のみを相手方として本訴を提起したのである(この紛争は、戸籍の訂正をめぐるものである)。原審は、嫡出親子関係確認訴訟において、父母と嫡出子との法律関係は父母および子の3者間で常に必ず合一にのみ確定することを要すると判示した。大審院も、原審の判断をおおむね維持し、次のように判示した。

〈嫡出親子関係確認の訴えは、自己が父母の婚姻中に懐胎した子であること

3) 親子関係確認訴訟の沿革や必要性については、例えば、林伸太郎「親子関係確認訴訟の生成と現状」東北学院大学論集(法律学)34号1頁(平成元年)参照。さらに、浅賀栄「親子関係確認の訴に就て」法曹会雑誌19巻8号1頁(昭和12年)も参照。

4) 民集8巻11号763頁。

の確認を求める訴えであるので、父母とその嫡出子との間に存在する法律関係は、その判決において常に合一にのみ確定されることを要し、父と子の間には嫡出親子関係があるが母と子の間にはその関係がないと言うような別異の法律関係が存在することは許されないのみならず、母がたとえ裁判外において原告の主張事実を認めて争わなくても直ちに戸籍簿の訂正を行うことができないので、母も被告と同様に、原告が自己の嫡出子であることの判決を受けることを必要とする。〉

この判決は、まず、嫡出子という実体的法律関係における父母および子の3者の密接不離の関係が示す実体法上の要請から、この種の訴訟における3者間の合一確定の必要性を説いた⁵⁾。そして、原告(子)の主張を争わない者(母)についても戸籍を訂正する必要性があるので、(それが、母についての請求部分の確認の利益および母の当事者適格を基礎づけることを示唆し、)戸籍上の父母を共同被告としなければならないことを判示した。ただし、この大審院判例以前に、被告とすべき者の範囲をより広く解した【判例2】水戸地裁土浦支部昭和3年(1928年)9月19日判決⁶⁾が存在した。これは、子が、実父、僭称私生母および姉の婿養子を相手方として提起した嫡出親子関係存在確認訴訟である(これは、家督相続関連の紛争である)。ここで、裁判所は、次のように判示した。

〈嫡出親子関係確認の訴えは、その本案裁判の結果如何により、直接自己の身分上の地位に重大な影響を及ぼし、親子関係の存否は勿論相続権の有無に消長をも来すべきものである。それゆえに、原告が嫡出子としての身分を取得すると否とにより、親族法上または相続法上重大な利害関係を有すべき父母は勿論、原告が嫡出子か否かにより相続順位に変動を及ぼすべき傍系親をも被告としなければならない。〉

この判決は、ある者が嫡出子か否かにより親族法上または相続法上重大な利害関係を有すべき者すべてを共同被告としなければならない、と判示したもの

5) 本件について、穂積重遠・判民昭和4年度71事件【判例1】311頁、313頁(判旨賛成)は、詳論されてはいないが、「民事訴訟の理論上および親子関係確定という事柄の性質上」この大審院判例【判例1】が正当であるとされている。

6) 法律新聞2896号9頁。

であるが、先の大審院判決（【判例1】）によって、この見解は採用されなかったのである⁷⁾。

以上は、いずれも嫡出親子関係存在確認の訴えという積極的確認訴訟であった。これに対して、消極的確認訴訟についても、基本的に【判例1】と同旨の判決が、その後2件続くことになる。

まず、【判例3】東京地裁昭和7年（1932年）12月24日判決⁸⁾を挙げることができる。これは、戸籍上の父が、生存する妻を共同原告とせずに、単独で戸籍上の子を相手方として、その嫡出子でないことの確認を求めた事案である（この紛争では、子の2重戸籍の訂正が問題とされている。）。裁判所は、以下のように判示した。

〈父母とその嫡出子との間の法律関係は、常に父母および子の3者の間に合一にのみ確定すべきであり、単に父とその子とのみの間に、または母とその子とのみの間において別異にこれを確定すべきものではない。それゆえに、父が、その子が嫡出子であるか否かについて確認の訴えを提起しようとする場合には、常に必ず父母両名が共同原告となり、子を相手方となすべきである。ただ、3者中、訴提起当時すでに死亡した者がある場合には、この者を除外することができるに過ぎない。〉

これは、消極的確認訴訟であるが⁹⁾、積極的確認訴訟と特に異なる判断を行ってはいない。この判決は、この種の事件において、子が被告となりその嫡出性が争われた場合には、父母が共同原告にならねばならないこと、および、3者の合一確定とは言っても、提訴時の死亡者は除外できることが、新たに明示された。

この後、【判例4】神戸地裁昭和11年（1936年）7月25日判決¹⁰⁾は、嫡出

7) 学説上も、【判例2】は行き過ぎた見解であると批判された。兼子一「親子関係の確認」民事法研究〔第1巻〕341頁、361頁註17（酒井書店、昭和42年（初出、昭和13年））参照。

8) 法律評論〔民事訴訟法〕22巻176頁。

9) ただし、これ以前にも、第三者が原告となった親子関係不存在確認訴訟（後述【判例7】）は存在した。

10) 法律新聞4043号13頁。

親子関係存在確認訴訟において、合一確定の必要性を判示した。この事件は、母が単独で原告となり、子を被告として提訴した嫡出親子関係存在確認の訴えである（この紛争は、子が原告の子であることを承諾しないことに起因したものとされている）。ここで神戸地裁は、生存している父をも共同被告とすべき旨を判示した¹¹⁾。この判決は、親の一方が子を相手方として提訴する場合であっても、親の他方を共同原告にしなければならない（【判例3】）わけではなく、子とともに共同被告とすることができると判示した。

さらにこれらの諸判決の基本的立場に基づき、【判例5】大審院昭和19年（1944年）6月28日判決¹²⁾が言い渡された。これは、本件最高裁判決が変更するとして挙げたもうひとつの判例である。この事案は、訴外夫婦の子を自分とその妻の嫡出子として届け出していた父が単独で、その子のみを被告として、親子関係不存在確認訴訟を提起したものであった（これは、無断で出生届がなされていたことを理由とした戸籍の訂正をめぐる紛争である）。まず、原審は、親子関係の不存在は戸籍上の父母と子との3者間で常に必ず合一にのみ確定することを要すると判示した。大審院は、上記大審院判決（【判例1】）を引用し、次のように判示した。

くおよそ親子関係の存否確認を目的とする訴訟は、父母および子の3者間に合一にのみ確定すべき所謂必要的共同訴訟であり、戸籍上父母およびその子として記載された者の中で、その父と子との間の親子関係が存在しないことを確定するについても、この3者を訴訟当事者として3者間に画一的にこれを確定することを要し、その父と子とのみを当事者として確定することは許されない。原告は、母が原告方を逃亡し所在不明であるゆえに共同原告とできないと主張するが、このような場合には、母を共同被告として提訴することができる。>

この判決は、上述した大審院判決（【判例1】）とともに、嫡出親子関係存否

11) なお、大阪控訴院昭和12年（1937年）2月23日判決・法律新聞4117号13頁も参照。ただ、ここでは、上述の【判例2】にも言及し、嫡出親子関係確認訴訟は、父母および子の3者間の合一確定訴訟であり、合一確定の必要性を傍系親にまで及ぼす必要がないことが付加された。

12) 民集23巻15号401頁。

確認訴訟における合一説を確立したものである。そして、父母および子の3者間での嫡出親子関係存否確認訴訟における原告適格・被告適格についても一定の指針を提示した。つまり、本判決は、父母と子の3者中のある者（父）が原告となる場合には、他の2者双方（子と母）を相手方としなければならないのではなく、他親（母）を共同原告とすることもまた共同被告とすることもできることを判示している、と読むことができる。つまり、ここでの合一説は、1個の訴訟において、3者がいずれかの当事者たる地位につくことを要求する見解とすることができる。すなわち、親の一方との間で、嫡出親子関係の存否が争われる場合には、父母の主張が同じ場合もあれば相対立する場合もあることを示唆しているのである。このような合一説については、戦前の学説では余り多くが語られてはいない。まず、斎藤教授は、父と子との間に嫡出子関係があるが母と子との間にはその関係がないと言うような別異の相対的な法律関係は許されないから、この種の訴訟は、生存者である限り3者いずれも訴訟当事者とすることを要する必要的共同訴訟であり、積極的確認訴訟であれ消極的確認訴訟であれ、この結論は異ならない¹³⁾とされた。また、小山教授も、嫡出という性質は父、母および子の3面の関係を表すものであり、親子関係の存否確認を目的とする訴訟は父母および子の3者間に合一にのみ確定すべき所謂必要的共同訴訟であるとするのが正しい認識である¹⁴⁾とされた。

以上の判例は、いずれも父母および子の間の親子関係存否確認請求事件であるが、本件最高裁判決により変更を指示された大審院判例もこの種の事件類型に属するものであった。これに対して、本件最高裁判決は、第三者が他人間の嫡出親子関係の不存在を争った事件であり、この種の事件類型もまた古くから判例上現れていた。

まず、【判例6】大審院大正5年（1916年）9月6日判決¹⁵⁾は、第三者が原告として、他人間の親子関係を否定し、その子が自己の私生子であることの

13) 斎藤秀夫「判例批評【判例5】」民商法雑誌22巻3号175頁，178頁（判旨賛成）。

14) 小山昇・判民昭和19年度30事件【判例5】119頁，121頁（判旨賛成）。さらに、浅賀「前掲論文（註3）」29-30頁も、結論同旨。

15) 民録22輯1681頁。

確認を求めて訴えを提起した事件である（これは、虚偽の戸籍の訂正および子の引渡しをめぐる紛争である）。戸籍上の父は生存していたようであるが、ここでは、戸籍上の母のみが被告とされていた。大審院は、以下のように述べ、戸籍上の子をも共同被告とすべき旨を判示した。

〈原告が、他人の戸籍に記載された親子関係を否認し、その子が自己の私生子であることの確認を求めるときには、戸籍上の母に対してのみ確認請求をすれば足りると言うものではない。その子を共同被告となし、子自身をして原告の私生子たることを確認させることが必要である。なぜならば、私生子の身分関係を確定するには、認知の方法によらない場合であっても、子にこれを確認させるべきであり、被告とされた戸籍上の母による確認で足りるものではない。〉

これは、非嫡出親子関係確認訴訟であり、他人間の母子関係不存在確認請求と自己との間の母子関係存在確認請求が併合提起された事件である（ただし、前者の請求につき却下判決がなされたので、後者の請求の当否は判断されていない）。母子関係という係争法律関係の一主体である子も共同被告となるべき旨が判示された。しかし、戸籍上の父が共同被告となるべきか否かについては言及されてはいないが、結論的にはその必要はないとしているようである。これは、嫡出親子関係の存否確認と非嫡出親子関係の存否確認との事件類型における差異を示唆する判例として興味深い。しかし、究極的に見れば、子の嫡出性の有無が問題とされていると考えられ、母子関係の不存在の確定により嫡出父子関係に重大な影響を受ける戸籍上の父の地位については何等言及されていない。この点で、上述の諸判例との食い違いも見られる。

また、下級審判決ではあるが、親子関係存否確認訴訟に関する一般的な訴訟構造にも言及しつつ、第三者が提訴する場合の被告適格を論じる【判例7】東京地裁大正13年（1924年）12月24日判決¹⁶⁾も存在する。これは、第三者から提起された事件であり、第三者（Y₂の嫡孫）が、被告Y₁は他の共同被告Y₂の三男ではなく他の共同被告Y₃の長男であることの確認を求めた事件である

16) 法律新聞2395号21頁。

(戸籍の訂正が主眼のようではあるが、その結果家督相続の問題にも影響を与える)。ここでは、以下のように判示された。

〈法律上の嫡出子とは、母がその夫との婚姻中に懐胎した子を言い、嫡出子と言えるためには、必ず婚姻した父母の存在を必要とする。すなわち、嫡出子については、養親子関係のように、父とその養子とのみ存して母を缺き、また母とその養子とのみ存して父を缺くような場合が存在する理はない。したがって、父母とその嫡出子との間の法律関係は常に父母および子の3者の間に合一にのみ確定すべきであり、単に父とその子とのみの間または母とその子とのみの間において別異にこれを確定すべきものではない。それゆえに、子が父母の嫡出子か否かにつき、確認の訴えを提起する場合に、もし、3者中のある者が原告となるときは他の2者双方を相手方とし、またもし第三者が原告となるときは3者全部を相手方としなければならない。ただし、その3者中に訴提当時すでに死亡した者があるときは、これを相手方とすることを要しないだけである。〉

これは、第三者により、嫡出親子関係不存在確認請求および嫡出親子関係存在確認請求が併合提起された事件であるが、そのいずれの場合であるかを問わず、父母および子の3者が共同被告となる必要がある旨判示した。

この後下級審判決は、これと同様な立場をとる。例えば、【判例8】宮城控訴院昭和9年(1934年)11月15日判決¹⁷⁾が、それである。この事件は、実質的に見て第三者が提起した嫡出親子関係不存在確認訴訟と考えられる。裁判所は、先の大審院判例(【判例1】)を引用して、合一確定の必要性を判示し、現に被告とした戸籍上の父および子に加え、母も被告としなければならないとした(これは、芸妓の子を2人の男が各々自己の子であることを争った事件である)。ここでは、父母および子の間における嫡出親子関係存在確認請求事件である大審院判例(【判例1】)の理論が援用されている。これは、誰との間で争われているかの点に焦点が当てられているのではなく、どのような法律関係が

17) 法律新聞3770号5頁。

争われているかの点に焦点が当てられており、抽象的な「嫡出親子関係の存否」という請求対象の共通性ゆえに、その大審院判例を引用したものと考えられる。

なお、【判例9】大審院昭和15年（1940年）9月18日判決¹⁸⁾は、前提問題の判断につき合一説の立場に立つ。これは、第三者が、子およびその戸籍上の母（戸籍上の父は死亡）を相手方とし、嫡出親子関係の不存在確認を求めた事案である（さらに、私生子確認請求訴訟も併合提起していたので、子の実母と主張する者をも共同被告とされている。）。大審院は、固有必要的共同訴訟人の1人につき法定代理権の欠缺がある場合には当該訴訟につきなされた判決および訴訟手続は全部違法なものとなる旨の判決を言い渡す前提として、本件を必要的共同訴訟と位置づけているのである。

B. まとめ

このような戦前の諸判例を通じて、嫡出親子関係存否確認訴訟における合一説が確立された。学説も、ほとんどこの立場を支持していた。合一説の内容をまとめれば、次の通りである。

まず、訴訟物は、父母および子の3者間の法律関係である嫡出親子関係存否確認請求権と考えられていたようである。これは、親子間で争われた場合であれ、第三者がこれを争う場合であれ変わらない。このような合一説では、一般に親子関係を父子関係および母子関係に区別することは考えられなかったように思われる。ただ、戦前の判例で親子関係の存否が争点になった事件の中にも、母子関係という親子関係の存否を訴訟対象と捉えているように見える判例（【判例6】）が存在することは注目に値する。

嫡出親子関係存否確認の訴えの訴訟形態は、父母および子の3者で合一にのみ確定されるべき固有必要的共同訴訟と考えられた。まず、親子の間での争いの場合に、第1に、子から戸籍上の父母に対して嫡出親子関係存否確認訴訟を

18) 民集19卷19号1636頁。この批評として、兼子 一・判例民事訴訟法31頁（弘文堂、昭和25年）、河本喜与之・民商法雑誌13卷3号504頁がある。

提起するときには、戸籍上の父母を共同被告とする必要がある（【判例1】）、またそれで足りる。この場合、戸籍上の父母に加えて、その父母の間に出生した兄弟姉妹もすべて相手方にすべきであるとした判決（【判例2】）もあるが、そこまで拡張する必要はないとされているのである。第2に、戸籍上の親から子を相手方として嫡出親子関係不存在確認訴訟を提起する場合には、戸籍上の父母が共同原告となる必要（【判例3】）がある。ただし、父母の両者が共同原告になれない場合には、子とともにその者を共同被告とすべきである（【判例4】【判例5】）とされている。つまり、このような場合には、1個の訴訟で父母および子の3者間の法律関係が合一確定されることが要請されている固有必要的共同訴訟となるのであり、合一説では、父母の一方がいずれの当事者になるかが事案によって異なるのである。次に、第三者が親子関係存否確認訴訟を提起する場合には、判例の合一説では、当該親子関係の主体である父母および子の3者を共同被告としなければならない固有必要的共同訴訟（【判例8】）となるとされる。その3者中に訴提起当時すでに死亡したものがあるときは、これを相手方とすることを要しない（【判例7】）。ただし、このように第三者が原告となる場合には、原告・被告双方の間のみならず被告相互間にも既判力を生じさせるべきであり、被告相互間にも利害対立があるので、3当事者間の三面的訴訟が発生すると解する学説¹⁹⁾も存在する。

ところで、戦前の判例・学説が、合一説をとる理由は必ずしも明らかではない。ただ、嫡出親子関係存否確認請求という係争法律関係の実体法上の性質から、必然的にこのような訴訟形態が導き出せると考えていたようである。この理由に加えて、戸籍訂正の必要性に言及する裁判例（【判例1】）も見逃すことができない。したがって、訴えの利益が極めて形式的に判断されていたのである。

さらに、戦前の裁判例・学説を検討するさいには、戦前の家制度を反映したものか否かについても考察する必要がある。仮に、嫡出親子関係存否確認訴訟が、その種の基本思想に基づき固有必要的共同訴訟であるとされたのであれ

19) 兼子「前掲論文（註7）」360頁、斎藤「前掲判批（註13）」178頁。

ば、日本国憲法の基本理念（憲法24条等参照）に照らしてその基礎が否定される結果、その訴訟形態を維持することが許されなくなるという推論も一応考えられるからである。それゆえに、戦前の判例に関して、やや詳しく見て来たのである。しかし、結論的に言えば、明示的には家制度の存在およびその徴憑から演繹的に合一説を導いたものはなく、また戸主・家督相続をめぐる事件も存在するが、その場合でも嫡出親子関係という実体的法律関係から正当な当事者の決定が行われていたように思われる。当然すぎて言及されなかったと憶測できるかも知れないが、家制度を垣間見ることができるとすれば、それは戸籍訂正という形式的な理由が挙げられている点ぐらいではなかろうか²⁰⁾（しかし、この理由は、戦後においても訴えの利益を基礎づけるために援用されている。）。もしも、嫡出親子関係存否確認請求事件が、家制度の決定的な影響の下にあったとすれば、弱い立場に立たされていた母には当事者たる地位が与えられず、逆に合一確定訴訟とはされなかったと言えるかも知れない。

2) 戦後の判例・学説

A. 戦後の判例

まず、戦後間もなくのものとして、【判例10】最高裁昭和25年（1950年）12月28日第2小法廷判決²¹⁾を挙げることができる。これは、戸籍上ある親の嫡出子として届けられていた子に対して、その親の一方の死亡後、他方が、その子は自分たち夫婦の間の子でないことの確認を求めた事件である。ここでは、父母の一方の死亡後に生存者が単独で戸籍上の子を相手方として嫡出親子関係確認の訴えを提起できるかという点が争点となった。最高裁は、その判決中で、以下のように述べ、基本的に合一説の立場を採用することを明らかにした。

〈嫡出子関係は父母と子の3者の間の関係であるから、戸籍上の父母がいずれも生存する限りにおいては、その3者は最も緊密なる利害関係者として当該

20) なお、林屋礼二「身分関係存否確認の訴」実務民事訴訟講座6〔涉外訴訟・人事訴訟〕203頁，221-23頁（日本評論社，昭和46年）では、戦前の親子関係の存否確認訴訟が家制度の影響下にあったことが指摘されている。これに対しては、鈴木正裕「判例批評〔後註29所掲最高裁判決〕」民商法雑誌64巻5号887頁，906頁参照。

21) 民集4巻13号701頁。

訴訟の当事者（すなわち戸籍上の父母対子）として相対立関与することを至当とするが、父母いずれか一方の死後においては、その生存する一方の者と子との間においては、なお親子関係不存在確認の利益がある以上、その訴えを提起しうるものと解さねばならない。なぜならば、この場合であっても、その訴えを排斥する何等法律上の根拠なく、また現にこの確定を求める利益の存するものであることは多言を俟たないところであるし、また人事訴訟法は身分関係の合真実の確定のため、その訴訟当事者としての適格者の死亡の場合において、これが訴えの提起ならびに遂行に関し種々の配慮をしている点から考えて、本件のような場合に、これが単独の訴えを認める趣旨であることは十分に窺い知ることができる。〉

この判決は、特に合一説を判示する大審院判決には言及していないが、基本的には合一説に立つと考えられる。よく知られているように、この後、父母および子のいずれかまたはすべての死亡後に、親子関係の存否が問題とされる事案が増えてくることになる。

昭和30年代に入ると、個別説に繋るとも考えられる判例が、いくつか登場する。まず、【判例11】最高裁昭和37年（1962年）7月13日第2小法廷判決²²⁾を挙げることができる。これは、戸籍上の父が死亡した後に、戸籍上の母子の間で、母を申立人、子供を相手人として、亡父および母と子との間に親子関係が存在しないことを確認する旨の家事審判法23条所定の所謂合意に相当する審判の効力が問題とされた事件である（これは、相続をめぐる紛争である。）。最高裁判所は、以下のように述べ、母子関係の不存在確認部分については対世的効力があるが、父子関係の不存在確認部分については対世的効力がないと判示している。

〈家事審判法23条は、身分関係について当事者間に合意が成立し、これを前提として当該合意に相当する審判をすることができることを規定したものであり、身分関係の存否が確認される場合は、その審判の性質上、存否が確認され

22) 民集16巻8号1501頁。

る身分関係の主体となる者が当事者として加わり、その当事者間に合意が成立して初めて、その審判に、人事訴訟法32条、18条の類推による所謂対世的効力が付与され得るものと解すべきである。したがって、本件の場合、亡父と子との間に親子関係が存在しないことを確認する旨の部分は、存在が確認された親子関係（父子関係）の主体の一方である亡父がその手続の当事者となっていないことが明らかである以上、これに対世的効力を認めることはできない。〉

この判決は、個別説の論者²³⁾からは、嫡出親子関係を父子関係と母子関係に分離できることを前提としていると評価されている。しかし、これには疑問がある。まず、「身分関係の存否が確認される場合は、その審判の性質上、存否が確認される身分関係の主体となる者が当事者として加わ」るべき要請を示唆する点で、基本的前提としては合一説に親しむように思われる。次に、この判決は、対世効の内容を合理的に制限したものと解することができ、その限りでいわば事後的かつ評価的に嫡出親子関係を父子関係と母子関係に分断したにすぎず、当初から分断した形で嫡出父子関係または嫡出母子関係の確認を許す趣旨ではなかったように思われる。この意味で、最高裁判例が、やがて合一説から個別説へ変更されることは、この判決からは必ずしも明らかではなかったと言えるであろう。

ところが、家事審判例の中には、個別説的な傾向を看取できるものが若干存在すると言われている。例えば、東京家裁昭和34年（1959年）3月2日審判²⁴⁾は、婚姻成立後200日以内の出生子につき、夫(父)よりなされた事実と反する嫡出子出生届の認知の効力を無効とし、「親子関係不存在確認の審判」をしたものである。東京家裁は、申立人(父)と相手方(子)との間に親子関係が存在しないことを確認した。この事件では、子の母は相手方とはなっていなかった。親子関係不存在確認の審判が行われているが、これは明らかに父子関係不存在確認の審判であった。さらに、東京家裁昭和40年（1965年）12月18日審判²⁵⁾

23) 例えば、加藤「後掲論文(註43)」48頁、渡瀬「後掲論文(註42)」147頁註11等参照。

24) 家月11巻5号104頁。

25) 家月18巻8号73頁。

は、事実上離婚していた女と他の男との間に出生した子について、その出生届前に民法772条の推定を受ける戸籍上の夫(父)との間の「親子関係不存在確認の審判」が求められた事件である。ここでは、相手方(戸籍上の父)と申立人(子)との間に親子関係の存在しないことが確認された。この事件では、母は申立人とはなっていない。親子関係不存在確認の審判が行われているが、それは明らかに父子関係不存在確認の審判であった。

なお、戸籍実務においては、早くも昭和28年から、個別説の立場に立つ確定判決に基づく戸籍訂正の申請があった場合には、そのまま受理する取扱いがなされていた²⁶⁾とされている。

また、次のような下級審判例も存在した。まず、【判例12】大阪地裁昭和39年(1964年)10月9日判決²⁷⁾は、子が戸籍上の母を被告として提起した親子関係不存在確認訴訟において、以下のように戸籍上の父母を共同被告とすべき固有の必要はない旨が判示された。

〈原告(子)の父を、被告(母)とともに共同原告とすべき固有の必要があるか否かを検討するに、原告は被告が原告を分娩したものではないと主張するのであるから、原告は「夫の親生子」(嫡出子)の推定を受けないもの(韓国民法844条)と言うことになり、また全く他人たる夫婦間の嫡出子として虚偽の出生届がなされたと言うものではないから、原告は、訴外父の婚外子であることを争わず、戸籍上母と記載されている被告との間に母子関係のないことのみを確認を求めていると言うべきである。被告および原告間の母子関係の不存在と訴外父および原告間の父子関係の存在とはいずれも嫡出子関係の存否とは異なるものであって、不可分の身分関係でないばかりでなく、被告および訴外父は原告の共同の親たる資格を有するものでないと言うのであるから、前者についての確定判決の既判力は後者に及ぶべきものではない。したがって、本訴被告と訴

26) 岡垣学「判例批評〔本件最高裁判決〕」民商法雑誌86巻2号319頁、327頁および328頁註5参照。さらに、篠田「判例解説〔本件最高裁判決〕」法曹時報37巻2号497号、503頁および508頁註11も参照。

27) 下民集15巻10号2419頁。本件は、以下の判断に先立ち、原告のみ日本に住所を有する外国人間の親子関係不存在確認訴訟について、わが国の裁判管轄権を認めた。

外父とを共同被告とする固有の必要はないものと解すべきであり、被告は単独にて本件の当事者適格を有するものと言うことができる。〉

本判決は、基本的には個別説に立っている。本件の論理は必ずしも明快とは言えないが、本件の「母を被告とした親子関係不存在確認請求」が、本判決の言うように「嫡出子関係の存否とは異なるもの」と言い切れるか否かには問題があるように思われる。また、仮に嫡出親子関係が問題とされていたならば、別の結論が導き出されたかも知れない。本判決は、親子関係という包括的な法律関係に関して、子の嫡出性が直接争点となっていない場合には、請求の趣旨の解釈として争点とされている父子関係または母子関係に分離して判断するのが妥当であることを示唆する判決とも考えられる。しかし、父子関係または母子関係の確認が、間接的に子の嫡出性に影響を与えると考えられるので、なお問題をはらんでいるように思われる。

さらに、【判例13】東京高裁昭和50年（1975年）8月7日判決²⁸⁾も存在する。これは、夫の死亡後、後妻が、戸籍上亡夫とその先妻との間の嫡出子として届出がなされている者を相手方とし、亡夫とその者(子)との間に親子関係が存しないことの確認が求められた事件である（なお、先妻は生存していたようである。）。東京高裁は、おおむね次のように判示した。

〈父子関係が存在しないことの確認の訴えを、子のみを相手方として提起することが許されるか否かについては疑問の点がないでもない。親子関係存否確認の訴えも人事訴訟事件として取り扱われ、人事訴訟法の規定が類推適用され、それに対する確定判決も対世的効力を有するとされているから、本件の場合、戸籍上訴外先妻と被告は母子関係にあるものとして依然残されることになるわけであるが、本件の場合このことは決して好ましい結果ではない。このような結果を避けるためには、先妻と子を共同被告とするか、または亡夫の代りとして検察官をも加え3者を被告とするのが妥当であるという見解も充分根拠がある。しかし、第三者が提起する親子関係存否確認の訴えにも人事訴訟法2

28) 判例時報796号59頁。

条3項の類推適用があるとする最高裁昭和45年（1970年）7月15日判決²⁹⁾の趣旨に鑑み、本件訴訟においても同条2項の類推適用があるものと解するのが相当である。〉

本判決は、基本的には個別説に立っている。先妻の地位については注目すべき考慮を払っているが、しかし、判決結果に影響を与えていない。ここでは、父子関係の不存在のみが問題とされているが、その結果によっては、父母および子の3者の法律関係である嫡出親子関係に重大な影響を与えかねない³⁰⁾。このような状況の中で、本件最高裁判決が言い渡されたのである。

さらに、近時本件最高裁判決に従う下級審判決も見られるようになった。例えば、【判例14】東京高裁昭和61年（1986年）10月29日判決³¹⁾は、戸籍上の母が、夫（父）の死亡後、戸籍上両者の嫡出子として届け出られている子を相手方として、嫡出親子関係不存在確認の訴えを提起した事件である（この事件は、相続をめぐる紛争である。）。ここで、東京高等裁判所は、本件最高裁判決を援用して、次のように判示した。

〈戸籍上嫡出関係にある父母と子の間にあっても、その法律上の親子関係は父子関係と母子関係とがそれぞれ別個に存在するものであるから、本件のように嫡出関係にある親子関係の不存在確認を求める訴えにおいても、父子関係および母子関係の不存在はそれぞれ別個に確認の対象になり、この場合、父子関係および母子関係の各不存在は合一に確定する必要がないものと解するのが相当である。したがって、当事者適格および訴えの利益についても各別に検討されるべきである。〉

このように裁判実務においても、本件最高裁判決の見解が浸透しつつあることを窺うことができる。

29) 民集24巻7号861頁〔父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、生存する他方は、検察官を相手方として、死亡した一方との間の親子関係存否確認の訴えを提起することができるとする。〕。

30) ちなみに、個別説に立つと見られる判例集未登載判例が、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23条審判の適否（中）」ジュリスト586号144頁（昭和50年）に紹介されている。

31) 判例時報1213号92頁。

B. 戦後における実務家の見解と学説

戦後の判例が、合一説から徐々に個別説に移行して行くという傾向は、実務家の見解をも含む学説上、個別説が抬頭し多数説化する傾向に符合している。

まず、かつては合一説が多数を占めていた。そこでは、大審院判例を挙げ結論的に合一説を支持する者が多かった³²⁾。

合一説の根拠としては、次のように述べられている。すなわち、嫡出子は両親の法律婚によるものであるので、法律上当然に父母を有し、父と子の間は嫡出関係で、母と子の間は非嫡出関係であるという具合に異別の法律関係に分離することはありえない³³⁾。嫡出親子関係における父子関係と母子関係は、両親の婚姻関係を媒介として、基本的には密着した関係にあることが認められる³⁴⁾。例えば、母子関係の不存在の確定は、嫡出父子関係から非嫡出父子関係への重大な変動をもたらすのであり、母子関係および父子関係が両々相俟って嫡出親子関係を成立させている³⁵⁾。つまり、両者が合一的な親子関係に昇

32) 小山昇「必要的共同訴訟」民事訴訟法講座〔第1巻〕251頁, 255-56頁(有斐閣, 昭和29年), 菊井維大=村松俊夫・全訂民事訴訟法I〔第2版全訂版〕332頁(日本評論社, 昭和53年)。なお, 小山教授は, 後に本件最高裁判決の原審の判例批評においては, 「AはB男とC女の子である」とC女が主張する機会を, 第三者対A・Bのみの訴訟を認めることにより, この訴訟において与えないことが是認できるかは, いずれとも言いがたいと思われるとされている。小山昇「判例批評〔本件原審判決〕」判例時報982号200頁, 202頁(判例評論263号38頁, 40頁)。

33) 以上につき, 斎藤秀夫「親子関係の当事者の死亡と親子関係存否確認の訴」現代家族法大系3〔親子・親権・後見・扶養〕32頁, 39頁(有斐閣, 昭和54年), 同「身分関係不存在確認の訴」家族法大系I〔家族法総論〕182頁(有斐閣, 昭和34年), 斎藤秀夫編・注解民事訴訟法(1)〔総則I〕350頁〔斎藤秀夫〕(第一法規, 昭和43年), 鍛冶良堅「親子関係存否確認訴訟の本質—戸籍制度の社会的機能からみて—」法律論叢36巻1~3号23頁, 38-39頁(昭和37年), 田中加藤男「死者との間の親子関係不存在を確認する審判」ジュリスト276号45頁, 45頁(昭和38年)。さらに, 佐藤鉄男「判例批評〔本件最高裁判決〕」法学協会雑誌101巻9号1474頁, 永井博史「判例批評〔本件最高裁判決〕」法学研究55巻8号1067頁, 1069頁も参照。

34) 林屋礼二「親子関係存否確認の訴」注釈民法(22)のI〔親族(3)〕59頁(有斐閣, 昭和46年)。もっとも, 林屋教授は, 原理的には父子関係と母子関係に分けて考えるのが妥当であるとされる。同, 59頁。

35) 内藤頼博=根本隆「母子関係不存在確認事件における子に代わる手続追行者」ジュリスト351号97頁, 99頁(昭和41年)。

華したものと解すべきである³⁶⁾とされたのである。さらに、嫡出関係という身分関係の根底が否定されることにより、身分関係の公証制度として機能すべき戸籍の記載全体に疑いが抱かれるに至るとすれば問題であるので、公益的見地からも夫婦双方の関係において同時に解決されねばならないこと³⁷⁾も根拠として挙げられた。これらの理由は、戦前の合一説で挙げられていた実体法上の理由と戸籍訂正の必要性とを敷衍したものである。

また、訴訟物は、法律関係である嫡出親子関係存否確認請求権であり、正当な当事者も上述した戦前の合一説とほぼ同様である³⁸⁾。

ただし、基本的には合一説に立つとされつつも、例外的に、子が戸籍上の父または母の一方との間においてのみ親子関係の不存在確認を求める場合には、他方の母または父は被告適格を有しないとする見解³⁹⁾や、これと基本的に同様な立場をとりつつ、嫡出推定を受けない嫡出子につき父子関係のみを争う場合には、その父子のみが当事者適格を有するとする見解⁴⁰⁾もある。

これに対して、昭和30年代の初めに、嫡出親子関係存否確認訴訟において、父子関係と母子関係は別個の訴訟物であり、父母と子の3者につき合一にのみ確定する必要はないとする個別説が提唱された⁴¹⁾。個別説は、次のような根拠を挙げている。

36) 斎藤「前掲論文(「親子関係の当事者の死亡と親子関係存否確認の訴」)(註33)」43頁。

37) 鍛冶「前掲論文(註33)」39頁。

38) 例えば、林屋・注釈民法(註34)61-62頁参照。なお、原則として、戸籍上の親から子を相手方として嫡出親子関係存否確認訴訟を提起する場合には、戸籍上の父母が共同原告となる必要があるが、法律上の請求および事実上の主張が異なるために父母の両者が共同原告になれない場合には、子とともにその者を共同被告とすべきであることが確認されている。同、62頁。

39) 斎藤「前掲論文(「身分関係不存在確認の訴」)(註33)」186頁、岡垣学・人事訴訟手続法96頁(第一法規、昭和56年)。

40) 山木戸克己・人事訴訟手続法87頁(有斐閣、昭和33年)、岡垣学・前掲書(註39)96頁。

41) 例えば、東京家庭裁判所身分法研究会においては、昭和38年頃には合一説が多数説であったが、昭和41年には合一説は比較的少数となり、昭和50年頃には個別説が多数を占めるに至ったとされる。内藤=根本「前掲論文(註35)」99頁参照。また、東京家庭裁判所の実務でも、昭和41年当時、すでに個別説による例が多くなっていたと言われている。同、100頁註6参照。

まず、権利義務の包括的な主体として、親という地位や子という地位が考えられるのであり、父の子に対する権利義務と母の子に対する権利義務は別個のものであり、嫡出子であっても非嫡出子と同様、父子関係と母子関係とは別個の法律関係であり、嫡出親子関係を嫡出父子関係および嫡出母子関係を包括するひとつの法律関係と解すべきではないこと⁴²⁾が指摘されている。

さらに、戦前の家制度と嫡出子との関係を挙げ、合一説の不適切さを論じる見解⁴³⁾も存在する。すなわち、戦前には家制度の中核となる戸主や家督相続の問題があり、嫡出子であるか否かという子の厳格な身分決定が、身分関係の確定の上で極めて需要が高くかつ法律上の身分関係およびこれに随伴する財産関係に極めて重大な影響を生じることになっていた。したがって、嫡出性の存否自体を訴訟物とする必要があり、合一説は合理性があった。しかし、現行民法の下では、かつての家制度および戸主や家督相続の制度はすべて廃止されたので、嫡出親子関係の存否を確定する社会的需要やひいては合一説に基づく訴訟形態を維持する法律上の必要性はもはや存在しない。元来嫡出であるか否かは、父子関係と母子関係に加え、父母の婚姻関係の結合によって生まれる複合的結合関係によるものであり、基本たる親と子の純粹の法律関係ではないから、父子関係または母子関係を確定すれば身分関係としてはそれ自体具体的な法律関係の確定となり十分である。ただし、現行民法上、嫡出子であるか否かにより法定相続分（民法900条4号但書）および遺留分（民法1044条）に差異

42) 石井敬二郎「親子関係存否確認の訴における訴訟物」司法研修所創立10周年記念論文集上503頁, 517頁(昭和33年), 渡瀬勲「親子関係存否確認」続判例展望(別冊ジュリスト39号)142頁, 144頁(昭和48年), 本間靖規「対世的判決効拡張と手続保障」民事訴訟雑誌33号46頁, 61頁(昭和62年), 岡垣学「前掲判批(註26)」329頁。さらに、早い時期に、嫡出父子関係と嫡出母子関係とが別個の確認の対象となりうることを示唆する見解として、島津一郎・家族法入門199-200頁, 205-06頁(有斐閣, 昭和39年)がある。

43) 加藤令造「親子関係の存否確認の訴の本質及び構造」ジュリスト278号45頁, 47頁(昭和38年), 同・実務人事訴訟手続法202-03頁(判例タイムズ社, 昭和39年), 同・人事訴訟手続の実務226-27頁(日本加除出版, 昭和46年), 岡垣「前掲判批(註26)」328-229頁。また、牧山判事も、個別説の方が現行民法の理念に沿うとされる。牧山市治「判例批評〔本件最高裁判決〕」昭和56年度民事主要判例解説(判例タイムズ472号)234頁, 236頁。

があるが、しかし、その差異は別に通常の民事訴訟または遺産分割審判において前提問題として関係当事者間で解決すれば足り、対世的な効力を基準にして処理するまでの必要がないこと⁴⁴⁾も個別説の論拠として挙げられている。

また、合一説に立つ場合の判決主文が、必ずしも法律関係を明確化せず、その結果戸籍事務の取扱いに混乱を来すことが挙げられている。つまり、「AはB女とその夫C男との間の子でないことを確認する。」という主文では、AはB女の非嫡出子であるがC男の子ではないという意味か、AはC男の非嫡出子であるがB女の子ではないという意味か、または、AはB女の子ではなくC男の子でもないという意味かが明らかにならないとされたのである⁴⁵⁾。それゆえ、個別的処理の方が手続的に簡明であるとする。これは、形式的かつ技術的な問題点に見えるかも知れないが、おそらく戸籍実務にとっては切実な問題であったことが推測できる。また、個別説の抬頭化の経緯・背景を窺い知る上で、大変興味深い指摘⁴⁶⁾もなされていた。すなわち、判決（審判）主文に、「AはB C間の嫡出子でないことを確認する」等の不明確な表現が用いられた例は従来もなかったわけではないが、理由と併せ読むことによりその趣旨が判明するが多かったが、しかし、最近〔昭和30年頃〕の家庭裁判所の審判の中には、主文の表現が不明確でしかも理由を付していないために、このような審判により直ちに戸籍訂正をなしえない場合を生じることになったと考えられる、と。

さらに、合一説では、差し当たりその戸籍訂正の必要もないのに、本件のように相続財産の分割が問題となり、父子関係（の不存在）のみ確定できれば足りる場合に、母を訴訟当事者とするのは、身分関係の画一的処理の理論によっ

44) 加藤「前掲論文（註43）」47頁，同・実務人事訴訟手続法（註43）203頁，同・人事訴訟手続の実務（註43）227頁，渡瀬「前掲論文（註42）」144頁，岡垣「前掲判批（註26）」329頁，牧山「前掲判批（註43）」236頁。

45) 石井「前掲論文（註42）」518-19頁，牧山「前掲判批（註43）」236頁。この点は、本件原審の東京高裁判決でも指摘されている。

46) 阿川清道「親子関係の存否に関する戸籍訂正について」訴訟と裁判〔岩松裁判官還暦記念〕719頁，746頁（有斐閣，昭和31年）。

ても正当化できないであろうという紛争実態に立ち入った指摘⁴⁷⁾もなされている。また、戦後、死者との間の親子関係確認訴訟が認められて以来、父母および子のいずれかまたはすべての死亡後に親子関係の存否が問題とされる事案が増加したことを踏まえて、たとえ親子関係存否確認の訴えという訴訟形態をとっていても、主たる争点とされるのは死者との親子関係の存否であり、したがって、実際には父子関係または母子関係の存否の確認と異なる状況にあった⁴⁸⁾とする現実を直視した指摘もなされている。

このような個別説によれば、今後父母をひとまとめにして子の地位を論じる嫡出親子関係不存在確認訴訟という特別の訴訟類型は原則として認められなくなった⁴⁹⁾とされるのである⁵⁰⁾。

ところで、個別説に立つ場合に、例えば従前の嫡出父子関係を否定する父子関係不存在確認判決が確定すると、従前の嫡出母子関係は必然的に非嫡出母子関係に転化するが、この場合に重大な利害関係を有する母を手続に関与させな

47) 佐上善和「第三者提起の親子関係存否確認の訴えと被告適格」民商法雑誌93巻臨時増刊号(1)〔創刊50周年記念論文集Ⅰ・判例における法理論の展開〕222頁, 230-31頁(昭和61年)。また東北大学民法研究会編『合意に相当する審判』の制度(下)ジュリスト271号10頁, 22頁〔幾代通〕(昭和38年)〔身分関係の画一的処理の論理については、法政策的な問題であり論理必然的な要請に基づくものではないとされる。〕や、後註56の諸文献の中で、対世効を制限的に考えられる吉村教授、池尻助教授、高田助教授および井上教授の諸見解、さらに東北大学民法研究会編『合意に相当する審判』の制度(下)ジュリスト271号10頁, 19頁〔広中俊雄〕(昭和38年)も参照。

48) 佐上「前掲論文(註47)」226頁。

49) 住吉博「判例解説〔本件最高裁判決〕」法学セミナー325号139頁。これに対して、例えば、婚姻中に妻が懐胎し、婚姻の解消から301日後に出生した所謂過熟児が実父母に対する嫡出親子関係存在確認訴訟のような場合には、この種の訴訟形態を認める実益があるされる。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23条審判の適否(上)」ジュリスト585号156頁, 159頁(昭和50年)、岡垣「前掲判批(註26)」332頁。

50) しかし、万一嫡出親子関係存否確認の訴えが提起された場合には、本件原判決のように、それは従前からの訴訟形態が便宜踏襲されたと考え、その訴訟の実質を父子関係および母子関係の併合訴訟であると善解するのが相当であるとされる。岡垣「前掲判批(註26)」330-31頁。また、第三者が父母および子の3者を共同被告として親子関係存否確認の訴えを提起した場合には、通常共同訴訟になるとされる。佐上「前掲論文(註47)」233頁。

いのは妥当ではないか⁵¹⁾ という基本的な疑問が生じる。この手続保障の問題が、現在個別説における最大の問題点である。

まず、本件原審判決は、個別説に立ち、第三者の提起する父子関係不存在確認訴訟では、人事訴訟法2条2項を類推適用し、父が死亡している場合には生存している子のみを相手方とすれば足り、母を当事者とする必要はないと判示する。しかしながら、人事訴訟法2条2項は第三者が婚姻の無効・取消訴訟を提起する場合の被告適格に関する規定であるが、これは両性の合意に基づく婚姻という元来夫婦2者間の問題が争われた場合に関する規定である。それゆえ、父母と子の3者間の法律関係である「嫡出性」（嫡出親子関係）の有無が争点となる本件に、この規定を類推適用することは、事案の基礎的共通点を欠き許されないと考えられるのではなかろうか（たとえ嫡出父子関係不存在確認訴訟と善解されたとしても、この結論には変わりはない。）⁵²⁾。

これに対して、逆に、この問題について、父子関係不存在確認訴訟に類似した嫡出否認の訴えや認知の訴えにおいても母を当事者として関与させる構造がとられていないし、他の人事訴訟手続法上の親子関係事件でも、父、母および子の3者間の対立構造をとっているものは無いという理由で、上記訴訟で母を必ず当事者としなければならない合理的な理由はない⁵³⁾ と言い切ることも考えられなくはない。

しかしながら、重大かつ緊密な利害関係ある者を、訴訟手続から完全に排除することは、手続保障確保の思想が定着しその内容的な充実が探求されつつある現在、基本的に妥当ではない。仮に個別説をとるとしても、志向されるべき方向としては、上記母に手続関与の機会を保障する途を開くことでなければな

51) 例えば、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〔山木戸教授還暦記念〕(下)118頁, 134頁(有斐閣, 昭和53年)参照。

52) このことは、【判例13】にも妥当する。特にそこでは、先妻を当事者としなくて、夫婦という2者関係に関する人事訴訟法2条2項を類推適用したことに問題が残るであろう。

53) 例えば、梶村「前掲論文(註30)」150頁, 加藤・実務人事訴訟手続(註43)203-05頁, 同・人事訴訟手続の実務(註43)228-29頁, 岡垣「前掲判批(註26)」329-30頁参照。

らないであろう。嫡出否認の訴えや認知の訴えなど他の人事訴訟手続法上の親子関係事件と比定することも、それらの訴訟において、近時母の手続関与権を保障すべき要請が強力に主張されている⁵⁴⁾ 点に鑑み妥当ではない（なお、このような考慮からは、さらに、本件に人事訴訟法2条2項を類推適用するという本件原審の見解に対しても、手続保障の要請が満たされねばならない局面に手続保障を制限する結果をもたらす規定を類推適用することの問題性が、問い質されねばならないであろう。）。万一母を必ず当事者としなければならない合理的な理由は考えられないとしても、基本的には母の手続保障の方法が考えられねばならないのである⁵⁵⁾。そのさいには、近時わが国において、基本的には人事訴訟における対世効の理論に再検討を加える学説および当事者の一方からの必要的な訴訟告知または呼出しを立法論もしくは解釈論として提案される学説⁵⁶⁾が参考になるであろう。ただ、個別説に立ち、当事者とはなっていない生存する他方の親の手続関与権を保障するために、当事者権までは保障しないとしても、どのようなケースでどの程度の手続保障をどのような方法により付与しなければならないかに関しては、これまでのとこと必ずしも完全な解明がなされているわけではない。

54) 例えば、吉村「前掲論文（註51）」。さらに、後註56の諸論文を参照。また、福永有利「嫡出否認の訴と親子関係不存在確認の訴」現代家族法大系Ⅰ〔総論・家事審判・戸籍〕19頁，30頁（昭和55年）も参照。

55) 佐上「前掲論文（註47）」237-41頁，本間「前掲論文（註42）」61頁。さらに、徳田和幸「通常共同訴訟と必要的共同訴訟—その境界と流動化—」講座民事訴訟3〔当事者〕227頁，241頁（弘文堂，昭和59年）も参照

56) 吉村「前掲論文（註51）」135-36頁，岡垣学＝吉村徳重編・注解人事訴訟手続法257-69頁〔吉村徳重〕（青林書院，昭和62年），池尻郁夫「身分判決の対世効と第三者の手続権保障—西ドイツ民事訴訟法640条eのBeiladung—」六甲台論集29巻1号46頁（昭和57年），同「身分判決の対世効とその制限（1）（2）—若干の比較法的考察—」六甲台論集29巻4号56頁，30巻1号84頁（昭和58年），同「身分判決の第三者に対する効力」月刊法学教室46号63頁（昭和59年），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（1）（2・完）—わが国の裁判例を中心として—」愛媛法学会雑誌12巻1号93頁，愛媛法学18号1頁（昭和60年），高田裕成「いわゆる対世効論についての—考察（1）（2）—身分訴訟に焦点をあてて—」法学協会雑誌104巻8号1129頁，11号1513頁（昭和62年），同「身分訴訟における対世効論のゆくえ」月刊法学教室66号43頁（昭和61年，後に新堂幸司編・特別講義民

3) 私 見

私見では、合一説が基本的には妥当であると考えたい。しかし、従来の合一説はその内容が必ずしも明確とは言えず、また、個別説の主張にも一定の合理性があるので、その批判を克服しつつ合一説を純化しなければならない。

A. 個別説の検討と合一説の基礎

そこで、個別説の論拠を検討することにしたい。

まず、個別説は、嫡出親子関係が父子関係と母子関係に分離できることを指摘する。しかし、果たしてそのように分離できるか否か疑問であるように思われる。確かに、生物学的に嫡出親子関係を見れば、それは父子関係と母子関係から構成される。このことは、法律学上も変わりはないようにも見えるが、しかし、法律上は、このように単純に割り切ることにはできない。嫡出親子関係は、民法772条の嫡出推定規定からも窺うことができるように、父母および子の3者の密接な関係の上に形成された法概念であり、いわば「嫡出性」という「鏝」が父子関係と母子関係を密接不可分に結合させているのである⁵⁷⁾。仮に、父子関係と母子関係とに分離できるとしても、嫡出父子関係にせよ嫡出母子関係

事訴訟法361頁所収(昭和63年)、同「多数当事者紛争の『画一的解決』と『一回的解決』」民事訴訟雑誌35号186頁、186-91頁(平成元年)、本間靖規「身分訴訟の判決効と手続権保障」龍谷法学19巻2号183頁(昭和61年)、同「前掲論文(註42)」58-71頁、奈良次郎「検察官を当事者とする人事訴訟と手続保障(上)(中)(下)」ジュリスト856号94頁、857号78頁、858頁101頁(昭和61年)、吉村徳重=竹下守夫=谷口安平編・講義民事訴訟法〔第2版〕301頁〔井上治典〕(青林書院、昭和62年)、鈴木正裕「判例批評〔後註75所掲最高裁判決〕」民商法雑誌86巻6号942頁、952頁、佐上「前掲論文(註47)」237-41頁、兼子一=松浦馨=新堂幸司=竹下守夫・条解民事訴訟法676-77頁〔竹下守夫〕(弘文堂、昭和61年)など。さらに、近時人事訴訟における当事者概念について、根本的な検討を加え、手続保障の観点を踏まえ多種多様な利害関係人をきめ細かく概念規制すべきことを指摘された論文として、松原弘信「民事手続における『手続主体』概念についての一考察—形式的当事者概念の相対化および『第三者』概念の再検討の視点から—」法学と政治学の諸相〔熊本大学法学部創立10周年記念〕313頁、332-40頁(成文堂、平成2年)が存在する。

57) 本稿は、嫡出子・非嫡出子制度の存在を前提として論じている。したがって、その制度の当否自体については、違憲の疑いがあるようにも思われるが(憲法14条参照)、検討を差し控えたい。近時世界的に見て、嫡出子と非嫡出子の差別が解消に向かっていることについては、川上房子「嫡出でない子についての一考察」家族の法と歴史〔青山道夫博士追悼論集〕212頁(法律文化社、昭和56年)参照。

にせよ、一方が否定されれば実体法上は論理必然的に他方も否定される関係にあるのである⁵⁸⁾。個別説からは、父子間の権利義務関係と母子間の権利義務関係が異なることが指摘されているが、このことは、それらの個々の権利義務関係について、個別に確認の対象とできる余地⁵⁹⁾があることを示唆する。しかし、包括的な嫡出親子関係の存否自体が許されずかつ制度的に存立しえないことを直接導くものではないであろう。さらに、仮に、個別説の言うように分離できるとしても、分離して判断するのが妥当であるか否かは別に問われねばならない。その当否は、以下に個別説の論拠を検討して行く中で明らかになるであろう。

次に、個別説は、嫡出性の有無が、通常の民事訴訟または遺産分割の審判事件において前提問題として判断されれば足りるとする。しかし、身分関係紛争自体の解決を求める者に身分関係訴訟の利用を排斥する理由はなく、また、家事審判という形での判断を嫌う者に通常裁判所での審理の受ける途を閉ざすのは本末転倒⁶⁰⁾と考えられる。しかも、より基本的には、家庭裁判所の遺産分割に関する審判事件において、前提問題として嫡出性が判断される場合に、嫡出性の存否につき重大な利害関係を有する父母および子の3者の手続関与権が保障されるか否かには問題がある。これが保障されない場合には、個別説の言うような前提問題としての判断でさえ、その妥当性には疑問があるように思われる。なお、個別説からは、戦後嫡出性の意義が少なくなったと指摘されているが、しかし、現行法上も規定が存在し、その意義が皆無ではないので、嫡出親子関係存否確認訴訟の制度的存続は基本的に肯定されるのである⁶¹⁾。

58) 鍛冶良堅「判例批評〔本件最高裁判決〕」法律論叢55巻5号75頁, 80頁。

59) ただし、このような個別的な確認訴訟が許されるのは、一般には両権利義務関係が截然と区別できる場合であろう。

60) 佐藤「前掲判批(註33)」1479頁。

61) さらに、本件原判決が、嫡出子と非嫡出子の差異は相続分の点に過ぎないとしている点について、鍛冶教授は、両者の法律関係の違いは、その法律関係の発生(特に嫡出子についての認知による形成的な発生)・変更(嫡出否認権の消滅、または非嫡出子に対する準正)・消滅(嫡出否認による形成的消滅、認知の取消し)の全般に及んでおり、これを無視して両者の法律関係の同一を論じることは許されないことを指摘されている。鍛冶「前掲判批(註58)」79頁。

さらに、個別説からは、本件のように、第三者(原告)が母子関係を争う必要がなく、差し当たりその戸籍訂正の必要もないのに、母を訴訟当事者とするのは、身分関係の画一的処理の論理によっても正当化できないであろうという指摘⁶²⁾もなされている。これは、合一説に対する的確な批判である。また、この種の訴訟における身分関係の画一的処理の意義⁶³⁾に対して再考を促す提言とも考えられる。本件原審も、「第三者Xらは、単にYらと親族というだけで、Yらの間の母子関係の存否確定について法律上直接の利害関係を有するとはいえないから、確認の利益がない」旨を判示する。これは難しい問題であるが、従来から判例・通説が、身分関係について当事者間に争いがないうちでも、戸籍を訂正し身分関係を明確にする必要がある場合には、親子関係存否確認訴訟における訴えの利益を認めてきたこと⁶⁴⁾を援用するに止めたい⁶⁵⁾。ただ、訴訟の対象とされた請求権が嫡出親子関係存否確認請求権という本来的に父母および子の3主体間にわたるものであることから、顕在的な意味での争いの有無にかかわらず、このような事件では第三者が提訴する場合であっても、必然的に訴えの利益が肯定されるように思われることを指摘しておきたい。なお、身分関係の画一的処理の理論は、一見形式的な理由を示すように見えるが、しかし少なくとも子の嫡出性が問題となっている場合には、実体権に関する基本的な問題となる。しかも、実質的に言えば、子の嫡出性という身分関係に対する母の利益は、本件において(亡)父と全く同等であるように思われる。本件は相続財産の分割をめぐる紛争の一環であり、その紛争に関しては、確かに母は紛争主体ではない。しかし、本件は身分関係訴訟であり、子の嫡出性が問題とされるかぎり、母も身分関係をめぐる潜在的な意味での紛争主体なのであり、正当

62) 前註47およびその本文を参照。

63) この点については、高田「前掲論文(『多数当事者紛争の『画一的解決』と『一回的解決』) (註56)」で、興味深い指摘がなされている。

64) 林屋・注釈民法(註34) 59-60頁。

65) なお、鍛冶教授は、確認の利益がないことは干渉し得ないこと意味するのに、母を除外して子の嫡出子たる地位を奪うことを認めるのは矛盾であると批判されている。鍛冶「前掲判批(註58)」80-81頁。

な紛争当事者であると言えるのではないだろうか。

またさらに、個別説は、合一説の判決主文が必ずしも明確でないことを指摘しているが、まず、積極的確認判決では明確であると考えられる。しかし、問題は消極的確認訴訟であり、上述のような⁶⁶⁾従来の主文では、何の不存在が確定されたのかが不明確である。この点に関して、個別説は的確な指摘を含んでいる。これについては、後に合一説の内容を論じるさいに、改善の方法を示したい。ただし、個別説でも、主文は明確になるが、例えば父子関係が確定された場合における母子関係の地位（民法772条参照）等のように主文だけからは関連する身分関係全体は必ずしも明確化しないであろう。

最後に、個別説は、合一説の家制度との結合関係を指摘する。戦前に形成された合一説は、一見確かに家制度を髣髴させるかも知れない。手続の依って立つ背景を批判することは、時として手続自体の価値をも否定させることに繋がるが、しかし、手続の現代的通用性・妥当性は、現時における手続自体の有する価値を現在の尺度で評価して判断しなければならないであろう。そうであるとすると、合一説は、父母および子に対して、生存する限り同一訴訟において同一の当事者権を付与することにより、対等な紛争主体に同等な内容の手続保障を確保すべき要請を満たすので、その提示する合一確定訴訟という訴訟形態⁶⁷⁾は、憲法的価値を充足し、その実現にふさわしい手続と評価することができるであろう。

ところで、個別説にも、いくつかの難点が存在するように思われる。

まず、個別説は、父子関係と母子関係において、その各々の存否確認判決の結果が区々になりうることを認めることになる。また、極端な場合には、例えば、母が訴訟関与していない父子関係存否確認訴訟の判決により、母の戸籍も訂正されてしまう事態が生じる恐れもある。さらに、個別説に立つ場合に、万一同時期に、父子関係確認訴訟と母子関係確認訴訟がそれぞれ別々に提起さ

66) 前註45の本文参照。

67) なお、固有必要的共同訴訟について、上田教授は、当事者適格者全員の訴訟関与の確保という手続保障要求の実現が、決定的に重要な制度目的であることを指摘されている。上田徹一郎・民事訴訟法462頁、469頁（法学書院、昭和63年）参照。

れ、しかも両訴訟の主要な争点が嫡出性の存否にあるときには、両訴訟はどのように処理されるのかが必ずしも明らかではない。さらにまた、第三者が提起する訴訟の場合にも、個別説によれば、父母および子が生存しているときにも、第三者が例えば父子のみを共同被告として父子関係不存在確認訴訟を提起することを許す結果に至るであろう。しかも、極端な場合には、例えば仮に父母および子の中で、母のみが生存している場合に、個別説によれば、第三者が検察官を被告として父子関係不存在確認訴訟を提起することを許す結果をも導きかねないようにも思える。しかし、これは常識的な感覚からは少し遊離し不当なように思われる。なぜならば、第三者が父子関係不存在確認訴訟という形で、父母および子の家庭生活における法的安定性(家庭の平和)を攻撃する場合には、嫡出性の否定を媒介として、母に対しても、その子との法的関係に重大な不利益が生じる虞れがあるからである。したがって、母の被告たる地位が保障されねばならないのである。つまり、子の嫡出性に関する父母の権利は全く平等なのである。このような実体法上の地位は、訴訟手続にもまた反映されねばならない。

次に、上述したように、個別説においても手続保障の確保が要請されている。その方向性自体は至当であるが、しかし、当事者に加えず当事者権を否定するという形で、一旦手続保障の道を閉ざしつつ、改めてその者の手続保障の確保を志向するということは、若干理解に苦しむものがある。当事者に保障される程度には至らないほどの手続関与権が付与されることにより、利害関係の濃淡による手続関与の度合の微妙な調整が可能になることも考えられる⁶⁸⁾。しかし、このさい、限りなく当事者に近い形で手続保障を考えた場合に、なぜ当事者にはなれないのかという基本的な疑問に突き当たる。つまり、合一確定訴訟という訴訟形態は、それ自体基本的な手続保障の枠組みを提示していたと考えられるからである。おそらく、手続保障が不十分にしか与えられない限り、合一説に止まるべきであるとする議論⁶⁹⁾も妥当性を有するであ

68) しかし、個別説は、この点について必ずしも十分な類型化が行えていないように思われる。

69) 鈴木「前掲判批(註56)」953頁参照。

ろう⁷⁰⁾。

B. 合一説の内容

私見のように考えた場合に、まず、今後も基本的に合一説が維持されねばならないと考えられる事件類型を2つに分けることができる。

第1に、直接的に嫡出性の存否が訴訟の対象となる場合である。厳密に言えば、嫡出性のみが問題とされている場合だけでなく、嫡出性とともに関係（父子関係、母子関係、その両者）の存否が問題とされている場合も含む。例えば、法定相続分や遺留分をめぐる争いの一環として、相続人の嫡出性の有無が争われる事件や、全面的に虚偽の親子関係を記した戸籍や嫡出性の点において真実に反する戸籍の訂正が求められる場合が、これに当たる。また、婚姻中に妻が懐胎し、婚姻の解消から301日後に出生した所謂過熟児が実父母に対する嫡出親子関係存在確認の訴えを提起する場合⁷¹⁾や、さらに人工受精子⁷²⁾について嫡出親子関係が問題とされる場合も、この類型に属する⁷³⁾。

第2に、間接的に嫡出性の存否に影響を生じる場合にも、合一説が維持されねばならない。換言すれば、訴訟の対象とされる父子関係（または母子関係）の確定にさいして、論理必然的に嫡出性が問題となる場合である。このような事件では、実際のところ父子関係の存否（または母子関係の存否）のみが求められているにすぎないが、その存否の確定により、嫡出母子関係（または嫡出父子関係）も当然影響を受けることになる。これは、母子関係に父子関係が随伴する場合⁷⁴⁾

70) しかも、対世効に再検討が加えられかつその効力を制限すべきことが主張されているとしても、対世効の存在を完全に否定できないかぎり、その正当化機能の一翼を担うべき正当な当事者の構造の点でも、原則として合一確定訴訟の形式が採用されるべきである。また、紛争解決機能に着目した場合に、合一説は、包括的な権利関係の確定により、親子関係紛争の抜本的な解決が可能となる利点を有している。包括的な権利関係の確認が、確定訴訟の有益な機能のひとつであることについては、竹下守夫「救済の方法」基本法学8〔紛争〕183頁、206頁（岩波書店、昭和58年）参照。

71) この場合は、個別説の論者も合一確定の必要性を認める。前註49を参照。

72) これについては、例えば、人見康子「人工授精と体外受精」現代家族法大系3〔親子・親権・後見・扶養〕543頁（有斐閣、昭和54年）、同「体外受精をめぐる法律問題」ジュリスト828号40頁（昭和60年）参照。

73) 佐藤「前掲判批（註33）」1479頁

74) 鈴木禄弥=唄孝一・人事法I〔民法新教科書5-I〕50頁（有斐閣、昭和55年）参照。

や父子関係と母子関係が接合する場合である。例えば、戸籍上AはB女の子ではないことになっているが、もしもB・A間の親子関係存在確認の訴えがなされ、それが認容されれば民法772条の推定により、AがB女とC男との嫡出子となるような場合や、また子Aが戸籍上の父Cに対して親子関係不存在確認の訴えを提起し、それが認容されれば、母B・子A間の従前の嫡出母子関係が非嫡出母子関係に変化するような場合や（子が母子関係不存在確認の訴えを提起した結果、父子関係が非嫡出父子関係に転化する場合も同様）、さらに第三者が子Aとその戸籍上の父Cに対して親子関係不存在確認の訴えを提起し、それが認容されれば、母B・子A間の従前の嫡出母子関係が非嫡出母子関係に変化するような場合や（第三者が、子Aとその戸籍上の母Bに対して親子関係不存在確認の訴えを提起した結果、それが認容されれば、従前の父子関係が非嫡出父子関係に転化する場合も同様）、またさらに、第三者が、子AとB女に対して親子関係存在確認の訴えを提起した結果、それが認容されれば、嫡出推定規定の関係で、AがB女とC男との嫡出子となるような場合などが、これに当たる。

これらの場合、まず、嫡出性の存否が直接訴訟の対象となる場合には、訴訟物は、父母および子の3者間の法律関係である「嫡出親子関係存否確認請求権」であり、また、嫡出性の存否が間接的に訴訟の対象となる場合には、訴訟物は、上述のように、場合により「非嫡出母子関係確認および父子関係不存在確認請求権」、「非嫡出父子関係確認および母子関係不存在確認請求権」、または「父子関係不存在確認および母子関係不存在確認請求権」である。

この種の訴訟形態は、父母および子の3者間で合一にのみ確定される合一確定訴訟（固有必要的共同訴訟）と考えられる。ただし、場合によっては、共同訴訟人間で法律上または事実上の主張が異なるために、三面訴訟の形態となる場合もある。いずれにせよ、この訴訟形態の眼目は、直接的であれ間接的であれ、子の嫡出性が訴訟の対象となる場合には、1個の訴訟において父母および子の3者が訴訟当事者たる地位を確保することであり、合一確定訴訟であるこ

とには変わりはない⁷⁵⁾。

このように考えてくると、請求の趣旨に記載された申立ての文言に囚われることなく、裁判所は、その実質に着目して、訴訟対象を正確に確定して行くべきように思われる。

概括的に言えば、この種の合一確定訴訟においては、訴訟の対象は「嫡出親子関係存否確認請求権」である。ただし、この請求権は包括的な権利である。したがって、裁判所（裁判官）は、嫡出親子関係存否確認訴訟における原告の真意を探求し、請求の趣旨の内容を明確化すべきである。これは、訴状の補正、表示の訂正または訴えの変更等の方法により行われる。このように、裁判所は、訴訟の過程において、具体的な争点にふさわしい形に請求の趣旨の記載の修正を行わせ、攻撃防禦の対象を明確化しなければならないのである⁷⁶⁾。

例えば、「AがB女とその夫C男の子でないことの確認を求める」との申立てがなされた場合に、嫡出性のみが問題とされている場合には、請求の趣旨を「AがB女とその夫C男の非嫡出子であることの確認を求める」という文言に訂正しなければならない。また、「AがB女とその夫C男の子でないことの確認を求める」との申立てがなされた場合に、嫡出性ととともに親子関係（父子関係、母子関係、その両者）が問題とされている場合には、その旨を明らかにする形に、請求の趣旨を訂正しなければならない。例えば、嫡出性ととともに父子

75) なお、この種の訴訟事件で、父母および子の3者間で利害が対立するという指摘(前註19)も看過できず、この種の訴訟事件も存在すると考えられる。ところが、最高裁昭和56年(1981年)10月1日判決(民集35巻7号1113頁)は、父母および子の中で死亡した者がいる場合には、生存者を相手方として訴えを提起すれば足り、死者に関して検察官を当事者に加える必要はないとする。しかし、3者間に利害の対立が生じる場合には、死者につき検察官の訴訟遂行が必要になるのではないだろうか。ただ一般には、検察官の当事者としての訴訟活動能力が問題とされる。例えば、岡垣学「人事訴訟における検察官の地位(1)―その当事者適格について―」人事訴訟の研究53頁(第一法規,昭和55年)を参照。そのさいには、現在の運用上の問題点を挙げ、当事者としても余り大した成果は期待できないとして、検察官の当事者適格について結論的に消極的な見解を採るのではなく、逆に基本的には公益の代表者としてその本来的な能力が発揮できるように制度を改善する方向に進むべきであろう。

76) 申立時において、以下で述べるようにすでに訂正された形に特定されている場合には問題にならない。

関係の不存在が問題とされている場合には、「AはBの非嫡出子であることおよびその夫C男の子でないことの確認を求める」という文言に訂正しなければならない(嫡出性とともにより母子関係の不存在が問題とされている場合も同様)。例えば、嫡出性とともにより父子関係および母子関係の不存在が問題とされている場合には、「AはB女の子でないことおよびその夫C男の子でないことの確認を求める」という文言に訂正しなければならない。

なお、訴訟過程でこのような修正がされず、「AがB女とその夫C男の子でないことの確認を求める」旨の申立て通りに判決がなされたならば、判決理由中の判断で戸籍訂正の可能性を開くべきである⁷⁷⁾(勿論これは、判決理由が戸籍訂正を可能とするくらいに明確でなければならないことを前提とする)。

4. おわりに

本年最高裁判決には、これまで述べてきた以外に、いくつかの問題点が存在する。

まず、本判決は、養子縁組の形式を備えない限り親子とは言えないとする従来の確立された判例理論⁷⁸⁾を適用することが、人情にそぐわない帰結⁷⁹⁾を引

77) これが可能なことについては、例えば、篠田「前掲判解(註26)」508頁註10参照。戸籍実務においても、判決理由中の判断を参照して、戸籍訂正が行われているようである。村重慶一＝梶村太市編・人事訴訟の実務420-21頁〔山崎勉〕(新日本法規, 昭和62年)参照。

なお、合一説の論者からも、この点について、いくつかの提言がなされている。例えば、判決主文は、「AはBとCとの間の子でないことを確認する」とすべきではなく、「Aは、(例えば)Bの子でないことを確認する」とすべき見解がある。田中加藤男「戸籍訂正例説」家月16巻6号1頁, 23頁(昭和39年)。また、本件最高裁判決において、「Aは、母Bと亡父Cとの間の子ではないことを確認する」という主文を、「子Aは、母Bおよび亡父Cの嫡出子でないことを確認する」という趣旨と見て、戸籍訂正のさいには主文の趣旨に沿い、子の戸籍全部を削除するのが本来の行き方であるが、新たな戸籍が形成され得るまで全くの無籍状態を現出させることは好ましくないので、過渡的措置として父母の欄と続柄に関する事項の記載のみを削除するに止めるべきであるとする見解もある。鍛冶「前掲判批(註58)」81-82頁(さらに、鍛冶「前掲論文(註33)」39頁参照)。前説に対しては、AはBC間の非嫡出子である場合への配慮も必要であるように考えられ、後説に対しては、本件においては妥当な措置と考えられるが、万一般化された場合には子の戸籍全部を削除するのはドラスチック過ぎるケースも生じるように思われる。

78) 例えば、最高裁昭和50年(1975年)4月8日民集29巻4号401頁参照。

79) なお、小山「前掲判批(註32)」判例評論263号41頁参照。

き出すことを阻止するために、個別説に立ち、訴訟法理論で母子関係の確認の利益を否定することにより、母子関係を否定せずに子を救済したとも考えられる⁸⁰⁾。しかし、個別具体的な事件で不都合な結果を回避するために採用された理論が、一般的な通用力を有し爾後妥当でない結論を導く恐れがあるとすれば、この救済的とされる判決の妥当性自体が再考されねばならないであろう。このような判決がなされねばならなかった基本に立ち戻り、そのような結果を導く実体法理論自体の再検討がなされる必要があるようにも思われる。

さらに、本判決は、上述の大審院の2判決（【判例1】【判例5】）を挙げ、これらを変更するとしている。しかし、上記最高裁昭和25年判決（【判例10】）も合一説をとっていた。たとえ傍論に過ぎないとしても、最高裁判決自体の持つ影響力を考え、また結果的にこの部分が判決要旨とされた点に鑑みると、本件でこれを覆すには、事件を小法廷から大法廷に回付すべきであったと考えられる（裁判所法10条3号、最高裁判所事務処理規則9条6項を参照）⁸¹⁾。

本稿では、嫡出親子関係存否確認訴訟における父子関係と母子関係との合一確定の要否をめぐる問題について、合一説が基本的には妥当であることを論じてきた。最後に、次のように付言しておきたい。つまり、万一嫡出親子関係存否確認訴訟における合一説が、戦前の暗いイメージの下で生成したものであっても、ある手続の出自は、その手続の現在の価値を決定的に左右するほどのものではないであろう。ある手続の現時点における価値は、現在その手続自体の持つ価値および機能により評価されるべきである。出自が良くても機能不全に墮す手続もあれば、出自はともかく、後に新たな現代的価値が吹き込まれる結果、最適な手続として蘇生し機能するものもある。嫡出親子関係存否確認訴訟における合一確定訴訟の形態を、このようなものと考えたい。

80) 新堂幸司＝霜島甲一＝小島武司＝井上治典＝梅本吉彦＝高橋宏志・考える民事訴訟法(第3版)469頁(弘文堂、昭和58年)、佐藤「前掲判批(註33)」1478頁、林「前掲論文(註3)」25頁。

81) なお、この点に関する最高裁判所調査官の説明については、篠田「前掲判解(註26)」504-05頁参照。

本件については、篠田省二最高裁判所調査官の判例解説（ジュリスト749号110頁，法曹時報37巻2号497頁），および，住吉博教授（法学セミナー325号139頁），細川潔教授（昭和56年度重要判例解説（ジュリスト768号）131頁（判旨賛成）），永井博史講師（法学研究55巻8号1067頁（判旨反対）），牧山市治判事（昭和56年度民事主要判例解説（判例タイムズ472号）234頁（判旨賛成）），鍛冶良堅教授（法律論叢55巻5号75頁（判旨反対）），岡垣学判事（民商法雑誌86巻2号319頁（判旨賛成）），佐藤鉄男助教授（法学協会雑誌101巻9号1474頁（判旨反対。ただし本件事案の解決として賛成））の各判例批評がある。なお，原審判決については，小山昇教授（判例時報982号200頁（判例評論263号38頁））の判例批評がある。