九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

薗田, 史
九州大学大学院法学府

https://doi.org/10.15017/8746

出版情報：法政研究. 74 (2), pp.145-153, 2007-10-15. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

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

（判時一八五五号一〇九頁、判タ一一四九号二一八頁、東高民事報五四巻一―一二号一〇頁）

薗田　史

この判決は、下級審判決ではあるが、公刊されたものとして初めて、親権者指定協議無効確認の訴えの適法性について検討し、確認の利益を肯定したものである。

一、事案の概要

X（原告・控訴人）とY（被告・被控訴人）は元夫婦であり、協議離婚の届出がされ、離婚届上には、その間の未成年の子の親権者をYとする旨の記載があった。Xは、東京家庭裁判所に親権者変更の調停を申し立て、この記載に関して、Yが勝手に行ったものであると主張したが、Yがこれを認めなかったため、同調停を取り下げ、親権者協議無効確認の訴えを提起した。第一審では、訴えの適法性について特に判断することなく、子の親権者をYと定めて離婚する旨の離婚届が、Xの意思に反して作られたものとは認められないとして、Xの請求を棄却した。Xの控訴に対し、控訴審は本件訴えの適法性について判示した上、本案については、ほぼ原審判決を維持し、請求を棄却した。

二、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（通常訴訟として考える場合、協議離婚届に記載された子の親権者を父あるいは母と定める記載に沿う協議の無効を確認する旨の請求の趣旨では、過去の法律関係の確認となるが、そのような請求について裁判することが、これを現在の法律関係の確認にひきなおして、「当事者間の子〇〇が当事者の共同親権に服することを確認する。」との請求について裁判するよりも、当事者間の紛争の焦点に既判力を生じさせ、紛争の根本的な解決を図ることができるところであるから、このような訴えは適法というべきである。）。したがって、本件訴えは適法である。」

三、判例評釈

1　夫婦は、その協議で、離婚をすることができ（民七六三条）、父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない（民八一九条一項）。協議離婚は、戸籍法の定めるところにより、届出によってその効力を生じ（民七六四条により同七三九条を準用）、届出の受理には、親権者の定めがあることが要件の一つとされている（民七六五条一項）。ただし、届出受理の要件に反していても、受理されてしまえば、離婚そのものの効力に影響を及ぼさない（民七六五条二項）。

また、戸籍法上の規定により、『戸籍の訂正』に関しては、本件のような場合には、二つの方法があり得ると考え

られる。すなわち、創設的な戸籍の訂正である一一四条[1]に基づく訂正と、確定判決による訂正である一一六条[2]による訂正である。

2　さて、本件のように、協議離婚をした夫婦の一方が、離婚自体は自らの意思に基づくものであるとしながらも、離婚届に記載された未成年の子の親権者の指定について、そのような協議がなされていないという主張をする事例は、実務上少なくないとされる（判タ一一四九号二一八頁）。このような場合に、当事者が親権者の指定を争う方法を示した裁判例として以下の五つがある。

まず、協議離婚の無効確認の訴えを提起し、離婚そのものの効力を争う方法である（名古屋高判昭和四六年一一月二九日（高民集二四巻四号四三八頁））。しかし、この方法は、親権者を定める協議が成立していないにも関わらず成立したもののごとく離婚届に記載され、そのまま受理された協議離婚は有効に成立する（民七六五条二項を根拠とする）ものとして、名古屋高判において否定されている。第二に、戸籍訂正の手続により、現に戸籍上に存する親権者の定めの記載を抹消した上、協議により親権者を定めて届け出る方法である。これは、前記名古屋高判の判決理由中で付言されている方法であり、離婚後親権を行使すべき者が定められないまま協議離婚の効力が発生したのであるから、子については現に共同親権が行われている状態にあることを理由とする。ただし、戸籍訂正をいかなる方法で行うかという点については明確にされていない。第三に、戸籍訂正を前提とせず、親権者指定の審判を求める方法がある（大阪高決平成三年四月四日（家月四三巻九号二三頁）、大阪家審平成八年二月九日（家月四九巻三号六六頁））。すなわち、大阪高裁は、協議未了のままなされた親権者指定を無効とし、親権者指定について協議が整わないため、その指定につき判断したのである。第四に、親権者変更の審判を求める方法（宮崎家審平成四年九月一日（家月四五巻八号五三頁））がある。親権者変更の申立てをもって、当初の親権者指定を追認したものとみて、親権者指定の申立てを有効とする。また、協議離婚届の親権者欄を改ざんし、離婚の際の親権者を定める協議が無効であると認められる場合に、親権者としては、相手方より申立人の方が子の利益の観点からみて適当であると認めるべき事情があるときは、親権者指定協議の効力を争うことなく、親権者を自己に変更する審判を求めることも許されるとした審判例もある（大阪家審昭和四九年三月二日（家月二七巻一号一一九頁））。第五に、親権者指定協議無効確認の判決（その代替

手段としての家事審判法二三条の審判）を求める方法があげられる。これは、前記大阪家裁昭和四九年審判理由中に示されており、「厳密に考えると、申立人としては、相手方に対する親権者指定協議の無効確認の確定判決（家事審判法二三条の審判を含む）を得て、戸籍法一一六条により事件本人の戸籍身分事項欄の相手方を親権者と定める旨の記載の消除をしたうえで、改めて親権者指定の協議あるいはこれに代わる審判により、事件本人の親権者を定めるべきであると解される。」と判示する。

本判決は、理論上可能であるとされていた第五の方法を認めた最初の判例である。

3　さて、親権者指定協議無効確認訴訟を認める意義として、「届出に記載された親権者指定協議の不存在または無効について、相手方との間で既判力をもって確定でき、紛争の蒸し返しが防止できる。」ことが指摘される。確認の訴えの適法性については、(1)確認訴訟という手段が有効適切か（方法選択の適否）、(2)直ちに確認判決で解決する必要があるほど紛争が切迫したものか（即時確定の必要性）、(3)確認対象が適切か（対象選択の適否）の三点から、訴えの利益が判断され、どのような対象を訴訟物に据えて確認判決をすると紛争解決の実効性を高めることができるかが問題となる。本件においては、特に(3)対象選択の適否が問題となると思われる。

対象選択の適否については、以下の三点が問題となる。すなわち、①事実の確認ではなく、法律関係の確認を求めるべきであり、[3] ②消極的確認よりも積極的確認を求めるべきであり、③過去の法律関係の確認は許されず、現在の法律関係の確認を求めるべきである。ただし、過去の法律関係についても、これを確認することによって、現在の紛争が一挙抜本的に解決する場合には、確認の利益があるとされた判例がある。[4]

まず、団体の意思決定について、学校法人の理事会の決議無効確認の訴え（最判昭和四七年一一月九日（民集二六巻九号一五一三頁）において、紛争の抜本的ないし包括的解決から確認訴訟を見直すという観点から、確認の利益を肯定した。また、身分関係について、母子関係確認の訴え（最大判昭和四五年七月一五日（民集二四巻七号八六一頁）は、「親子関係は、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、生存する一方にとつて、身分関係の基本となる法律関係であり、それによつて生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求める必要がある場合があることは

いうまでもなく、戸籍の記載が真実と異なる場合には戸籍法一一六条により確定判決に基づき右記載を訂正して真実の身分関係を明らかにする利益が認められるのである。…この点について、当裁判所がさきに示した見解（…［昭和］三四年五月一二日第三小法廷判決、民集一三巻五号五七六頁）は変更されるべきものである。」とし、戸籍訂正の必要性という観点から、戦死した者が自分の息子であることの確認を求める母親の訴えに確認の利益を認めた。遺産範囲確認の訴え（遺産確認の訴え）（最判昭和六一年三月一三日（民集四〇巻二号三八九頁））においては、「遺産確認の訴えは、右のような共有持分の割合は問題にせず、端的に、当該財産が現に被相続人の遺産に属すること、換言すれば、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであつて、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象たる財産であることを既判力をもつて確定し、したがつて、これに続く遺産分割審判の手続において及びその審判の確定後に当該財産の遺産帰属性を争うことを許さず、もつて、原告の前記意思によりかなつた紛争の解決を図ることができるところであるから、かかる訴えは適法というべきである。」と判示した。この判決には、確定判決が、家事調停・家事審判手続の基礎となることにより、家事手続の連携のもとに確認の利益が肯定されるという特色がある。すなわち、審判成立後にその審判の効力を争うことを許さず、審判を安定させることになる。

また、いわゆる「国籍訴訟」（最判昭和二四年一二月二〇日（民集三巻一二号五〇七頁））においては、「前記被上告人の国籍離脱の届出は無効であり、かつ、その後、右国籍離脱を前提として為された前記国籍回復に関する内務大臣の許可もまた無効であるといわなければならない。しかるに、被上告人の戸籍簿には、現に、右国籍の離脱ならびに回復に関する記載のなされていることは、原判決の確定するところであり、かかる戸籍の訂正をするには戸籍法一一六条によつて、確定判決を必要とすることはあきらかであるから、被上告人は、少なくともこの点において、本訴確認の判決を求める法律上の利益を有するものというべきである。」とし、戸籍訂正の必要から、当該訴えを適法とする。これに対して、新堂教授は、「日本の確認判決によって、米国が原告に対して直ちに原告の米国籍を承認する法的義務を生じるとはいえないが、米国が米国籍を承認するであろうことが合理的に期待できるといえる」[5]と指摘されている。

本件においては、親権者指定協議という過去の法律行為が争われており、これを訴訟物に据えて確認判決をすることが、紛争解決の実効性を高めることができるかが問題となる。

4　まず、「戸籍訂正の必要性」の観点から、この訴えを適法とする見解がありうる。戸籍法一一六条一項による戸籍訂正を行うためには、確定判決または家事審判法二三条による審判が必要である。そして、確定判決を得るためにはもちろんのこと、家事審判法二三条による審判は、人事訴訟に代わる手続として規定されているため、少なくともこの訴訟が人事訴訟であると言えなければ、戸籍法一一六条による戸籍訂正は認められないことになる。

しかしながら、他方で、戸籍法一一四条も存在し、家事審判法九条一項乙類七号による審判を経たのち、戸籍を訂正するという方法も認められている。

これらの規定の適用は、親子関係確認の場合[6]と夫婦関係確認の場合で異なるとされている。前者は、必ず確定判決を必要とし、後者は争いのある場合にのみ確定判決を要求する[7]。このことから、少なくとも、「戸籍訂正の必要性」から必然的に確定判決の必要性が導かれるわけではないということがわかる。

次に、親権者指定協議無効確認の訴えを遺産確認の訴えとパラレルに捉えて、調停や審判の前提となる法律問題について、既判力をもって確定することによって、その後の調停や審判の実効性を高めるということが考えられる。しかし、家事審判法九条乙類審判事項の中でも、その争訟性に段階的差異があると指摘されている[8]。たとえば、乙類審判事項の中でも遺産分割事件（乙類一〇号）は、財産権をめぐる紛争であり、当事者の自由な処分に任せるべきである面が強く、民事訴訟事件にかなり近い特質を持つといえる。その一方で、協議離婚の際の親権者の指定（乙類七号）は、家庭裁判所は「子の福祉」の観点から判断を下すべきであり、その意味では、裁判所の後見的判断が期待されている。このように、乙類審判事項の中でも争訟性の強弱が認められ、このことが審理手続に影響を及ぼすのではないかと言われている[9]。つまり、どの審判事項につき、どのような「当事者としての地位」を与えるのかは、乙類審判事項に統一的に決まるわけではないといえるのである。

また、家事審判については既判力を生じないとするのが通説[10]であるが、確定判決と同様の既判力が認められないとしても、その裁判を関係人も第三者も争うことができないことは異論なく承認されるところである[11]。

以上から、この判決を考えるに、親権者指定協議の無効もしくは不存在についての紛争は、①親権者指定協議の有効性、②親権者の指定、が争われている。②を審判事項とすることに争いはないと思われるが、①についてはどうか。確かに、両当事者が親権者指定協議の有効性について争っており、争訟性の存在は認められる。そして、親権者指定協議の有効性について、両当事者間で既判力を伴う判断を行い、その後の手続に一定の指針を与えるというメリット[12]は否定できない。しかし、親権者指定または変更の制度自体が、子の福祉を目的とした後見的な制度である以上、家事審判手続の中で、「現在の親権者は誰がよいか」という問題について、その前提となる親権者協議無効についても併せて、判断する方が包括的かつ直接的で望ましいのではないかと考える。

最後に、この判決が認められたことにより、親権者指定協議の無効を争う当事者は、家事審判による手続と確認の訴えによる手続が可能になるが、これらの手続がどのような関係にあるのかについては、なお検討する必要があるのではないかと思われる。先行判例として挙げた、親権者の指定と変更においても、その審判の基準が異なるとされており、これらの手続の相互関係を明確にする必要があるように思われる。

本判決については、請求が棄却されたことにより、親権者指定協議の有効性が確定され、紛争の解決に資したとみることができ、実質的な判断がなされたといえる。しかし、確認の訴えを認める以上、家事審判との関係性を明確にしなければ、かえって紛争を複雑化し、長期化させるおそれがあるのではないかと考える。

参考文献

注に挙げたもののほか

・高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』（有斐閣、二〇〇五年）、三二五頁。
・松本博之『人事訴訟法』（弘文堂、二〇〇六年）
・野田愛子＝阿部嘉人監修『人事訴訟法概説』（日本加除出版株式会社、二〇〇四年）。
・沼邊愛一＝太田武男＝久貴忠彦編『家事審判事件の研究（1）（2）』（一粒社、一九八七年）。
・川田　昇「離婚届の親権者指定を無効とし親権者を指定した事例」民商法雑誌一一九巻四、五号八一四頁。
・松原正明「家裁における子の親権者・監護権者を定める基準」判タ七四七号三〇五頁。

この判例の評釈

・村重慶一「親権者指定協議無効確認の訴えの適法性」戸籍時報五八〇号二八頁。

・草鹿晋一「親権者指定協議無効確認の訴えの適法性」私法判例リマークス（二〇〇五〈下〉）一〇六頁。

・和田吉弘「親権者指定協議無効確認の訴えの適法性」法学セミナー五九七号一一五頁。

・常岡史子「協議離婚の際の未成年の子の親権者を定める協議における合意の不存在を主張する元夫婦の一方は、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ができるとされた事例」判例評論五五一号二四頁。

・石渡哲「親権者指定協議無効確認の訴えの適法性」法学研究（慶応大学）七九巻九号七八頁。

・若林昌子「親権者指定協議無効確認の訴えの適法性」判例タイムズ一一八四号一二〇頁。

(1) 届出によって効力を生ずべき行為について戸籍の記載をした後に、その行為が無効であることを発見したときは、届出人又は届出事件の本人は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍の訂正を申請することができる（一一四条）。

(2) また、判決によって戸籍の訂正をすべきときは、訴えを提起した者は、判決が確定した日から一ヶ月以内に、判決の謄本を添附して、戸籍の訂正を申請しなければならない（一一六条一項）。

(3) 法が定める例外として、書面真否確認の訴えがある（民事訴訟法一三四条）。

(4) 最大判昭和四五年七月一五日（民集二四巻七号八六一頁）。大隅健一郎裁判官は補足意見において、「現在の権利または法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的解決をもたらさず、かえつて、それらの権利または法律関係の基礎にある過去の基本的な法律関係を確定することが、現に存する紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要と認められる場合のあることは否定しがたいところであつて、このような場合には、過去の法律関係の存否の確認を求める訴であつても、確認の利益があるものと認めて、これを許容すべきものと解するのが相当である、と考える。」とされる。

(5) 新堂幸司『新民事訴訟法［第三版］』（弘文堂、二〇〇四年）二五二頁注(1)。「日本の裁判所の判決で、原告が出生によって取得した日本国籍を引き続き有している旨を確認することが、原告の米国籍の承認という原告の地位の安定をもたらす蓋然性が高いとの判断が前提となっている。」

(6) 大決大正五年二月三日民録二二輯一五六頁、大決大正五年四月一九日民録二二輯七七四頁、大決大正五年九月五日民録二二輯一四六三頁。「親族法若クハ相続法上重大ナル影響ヲ及ホスヘキ場合」には、確定判決を必要とし、親子関係の戸籍訂正はこれにあたると判示している。

(7) 林屋礼二「身分関係存否確認の訴」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座六［渉外事件・人事訴訟］』（日本評論社、一九七一年）二〇七頁。この論文では、「戸籍の訂正という観点よりもむしろ、紛争の解決という観点から運用を考えるべきだと指摘されている。

(8) 梶村太市＝徳田和幸編『家事事件手続法』（有斐閣、二〇〇五年）三五六頁（大橋眞弓執筆）。

(9) 遺産分割事件についてのみ検討しても問題は複雑であるとされる。すなわち、遺産分割審判において審理すべきである基本的な八項目の中でも、相続人の範囲については、公益的要請が強く、関係人の任意処分を許さない。それに対して、遺産の範囲と遺言の効力については、当事者間に争いがある場合には民事訴訟で最終決着が図られる。前掲注(3)、三八二頁。

(10) 肯定する説としては、市川四郎『家事審判法概説（増補）』（有斐閣、一九五六年）一二七頁など。

(11) 「なぜ既判力がなくても支障が生じないか」については、佐上善和『家事審判法』（信山社、二〇〇七年）二六四頁以下。

(12) 伊藤眞「確認訴訟の機能」判タ三三九号二九頁。「既判力によって直接紛争が解決される場合にとどまらず、波及効果を利用して紛争が解決される場合も含まれている」と論じられている。