

# 改正人事訴訟法と取消訴訟における職権告知

新 山 一 雄

はじめに

- 一 改正人事訴訟法の強制参加  
(一) あらたに規定された強制参加の条文の分析  
(二) 強制参加、職権告知の制定の趣旨
- 二 人事訴訟と取消訴訟  
(一) 人事訴訟における強制参加と取消訴訟における職権訴訟参加  
(二) 行政事件訴訟法の手続保障と人事訴訟法の手続保障の相違  
(三) 人事訴訟における職権告知と強制参加の関係
- 三 行政事件訴訟法のさらなる改正にむけて  
(一) 改正人事訴訟法に対する行政法からの評価と反省  
(二) 行政事件訴訟法のさらなる改正にむけた提言

はじめに

人の基本的身分関係の確定・形成をめぐる争訟である「人事訴訟」<sup>(1)</sup>について定めていた人事訴訟手続法

明治

三一年法一三 が、司法制度改革のなかで、人事訴訟法として改正された<sup>(2)</sup>(以下、「改正人訴法」とする)。人事事件のかなりの部分の家庭裁判所への移管、家庭裁判所調査官の拡充、参与員の導入など、抜本的な大改正が行われたが、そのなかのひとつに、行政訴訟の理論から興味ぶかいものが、ふくまれていた。それは、行政事件訴訟法(以下、「行訴法」とする)二二条にならって、強制参加が規定されたことであるが、それに関連して、さらに注目すべきことは、訴訟係属の事実を、判決の結果に利害関係を有する第三者に、裁判所が職権で告知しなければならぬという手続が、じつは、今回の改正以前の改正で規定されていた<sup>(4)</sup>が、それがそのまま維持されたということである。

筆者は、さきごろ、『職権訴訟参加の法理』<sup>(5)</sup>という本を上梓したが、そこで、処分を取り消す判決によって、処分から得ていた権利・法的地位を覆滅される(取消訴訟の)第三者に対しては、(職権で訴訟参加を命ずることが認められた)裁判所は、すくなくとも、かような訴訟が係属したということをして「告知」しなければならないという論理を、行訴法二二条の解釈論として、展開した。そのさいに、筆者は、わが国とドイツの、行政訴訟理論および民事訴訟理論を参照したが、民事訴訟のむこうがわにある人事訴訟手続において、右に述べたような、筆者の論理に関わりのある一連の法改正が行われていたことを、不勉強のゆえに、見落としてしまった。

人事訴訟手続は、ある意味で、行政訴訟手続に近似したところがあるので、そこで、職権訴訟参加にほかならない手続が、あらたに制定され、また、それとはべつに、第三者への訴訟係属の職権告知が、とくに規定されたことは、筆者にとつて、見のがすべからざることがらであった。つまり、以下に述べるような筆者の「ひかえめ」な立論の、ひとつの論拠となりうるものを、すっかり見のがしてしまっていた、ということである。

筆者の著書は、右に述べたとおり、もっぱら二二条の解釈論を展開したもので、同条の解釈として、判決により権利を害される第三者への訴訟係属の告知を、裁判所の義務とすることはできるということを、あきらかにしたも

のであるが、末尾で、若干の立法論として、それを、はっきり明文化することがのぞましい、とした。改正人訴法は、まさに、このような筆者の提言を、ある意味で、すでに具現化したものと思われる。そうであるならば、なおさら、筆者はかかる事実を見のがすべきではなかったのである。

そこで、筆者は、じぶんの不勉強をすなおに反省し、改正人訴法において、どのような見地から、かような手続があらたに規定されたのか、そして、そのことを、なぜ、行政訴訟の領域で重要視しなければならないかを、人事訴訟と行政訴訟の近似性をあきらかにすることで、論証し、『職権訴訟参加の法理』の最後に提言したことの、さなる論拠にすることで、不完全な著書を公にしたことのおゆるしをいただこうと思う。

(1) われわれ行政法研究者から曰ころなじみのない「人事訴訟手続」の意義・特色については、岡垣学『人事訴訟手続法「特別法コンメンタール」』（一九八一年）一頁以下にくわしい。それによれば、人事訴訟手続は、「人の基本的身分関係の確定・形成をめぐる争訟を対象とし、その特質に対応する特殊な法理によつて、その強制的な解決を図ることを目的とする特別民事訴訟手続の総称である」とされる。婚姻、養子縁組、親子という人の基本的な身分関係の存否に関する争いは、いつばつで、国家および社会の秩序維持につながる重大な社会関係であり、公益的性格を有し、そのため、「当事者の自由意思による任意処分を許さず、高度の真実性を発見して審判の適正を期し、第三者にも画一的に確定する必要がある」とされる。この意味で、通常の民事訴訟とはことなつた原理 実体的真実主義、直接審理主義 が支配する。したがつて、人事訴訟手続は、特別民事訴訟手続である。ただ、人事訴訟手続は、非訟事件手続とはことなり、基本的には、対立する訴訟当事者のあいだの弁論により推移する民事訴訟の構造をとる。

(2) 名称も、「人事訴訟手続法」から「人事訴訟法」（平成五年法一〇九）にあらためられた。

(3) 今回の人事訴訟法への改正は、司法制度改革審議会の要請によるもので、家庭裁判所の機能を充実させることで、人事訴訟手続の迅速化をはかることを目的とするものであつた。主要な改正点は、人事訴訟事件の家庭裁判所への移管、家庭裁判所調査官の拡充、参与員制度の導入、強制訴訟参加の採用、人事訴訟手続の公開停止、離婚訴訟での和解許可、条文のひらがな化などである。高橋宏志「人事訴訟法の制定において」家庭裁判月報五六巻（平成一六年）四号七五頁

以下。

- (4) 平成八年改正法 平成八年法二一〇 の三三条に規定された。そのくわしい経緯については注(7)参照のこと。
- (5) 新山『職権訴訟参加の法理』(弘文堂)行政法研究双書 21 (二〇〇六年)

### 一 改正人事訴訟法の強制参加

(一) あらたに規定された強制参加の条文の分析

一 改正人訴法では、強制参加<sup>(6)</sup>という手続が、あらたに導入された<sup>(7)</sup>。

すなわち、同一五条一項では、「検察官を被告とする人事訴訟において、訴訟の結果により相続権を害される第三者(以下、「利害関係人」という。)を当該人事訴訟に参加させることが必要であると認めるときは、裁判所は被告を補助させるため、決定で、その利害関係人を当該人事訴訟に参加させることができる」と規定された。

この内容は、行訴法二二条一項との比較でいうと、同項に規定された職権訴訟参加とほぼおなじものであるといえよう。すなわち、第三者からの申立て(申出)によらず、裁判所が職権で参加させるということ、そして、その参加させるかどうかは裁判所の裁量であるということである。歴史的には、職権訴訟参加は、行政訴訟固有の手続であることが、行政訴訟理論のなかで、強調されてきた<sup>(8)</sup>ので、民事訴訟の領域で、この手続が採用された<sup>(9)</sup>ということじたいも、ひとつ、行政法のがわから無視できない事実である。

同条二項は、「裁判所は、前項の決定をするに当たっては、あらかじめ、当事者及び利害関係人の意見を聴かなければならない」と規定している。これには、行訴法二二条二項の同文の規定が対応している。いうまでもなく、第三者が訴訟参加してくるということじたいが、訴訟当事者の意思に反することがあるからである。ただ、これは訴訟当事者に異議権を認めたものではないので、裁判所は、これらの者の意見を聴くという手続をふめば、それで

よいことになる。よつするに、裁判所は、これらの者の意見を聴き、しんちょうに当該決定を行わなければならないということである。

同条三項は、「民事訴訟法第四十三條第一項の申出又は第一項の決定により檢察官を被告とする人事訴訟に参加した利害關係人については、同法第四十五條第二項の規定は、適用しない」と規定している。この民事訴訟法（以下、「民法」とする）四三條一項の申出というのは、「補助参加の申出」である。そして、同法四五條二項には、「補助参加人の訴訟行為は、被参加人の訴訟行為と抵触するときは、その効力を有しない」と規定されている。つまり、かような人事訴訟への補助参加は、たんなる補助参加ではなく、被参加人の意思に反する訴訟行為まで認める「共同訴訟的補助参加」とするとされたのである。画期的なことである。<sup>(10)</sup>

同条四項は、必要的共同訴訟の規定（民法四〇條）が準用されると規定している。<sup>(11)</sup> 同条五項は、第三者を職権で訴訟参加させる事情が消滅した場合には、裁判所は、参加決定を「取り消すことができる」と規定している。

二 この強制参加と密接な関係にあるものとして、裁判所による職権告知の手續が、べつに、二八條に規定された。すなわち、「裁判所は、人事に関する訴えが提起された場合における利害關係人であつて、父が死亡した後に認知の訴えが提起された場合におけるその子その他の相当と認められるものとして最高裁判所規則で定めるものに対し、訴訟が係属したことを通知するものとする。ただし、訴訟記録上その利害關係人の氏名及び住所又は居所が判明している場合に限る」というものである。これは、じつは、今回の改正まえの平成八年の人事訴訟手續法の部分改正において、三三條としてつけ加えられていたもの<sup>(12)</sup>が、そのまま維持されたものである。

その内容は、最高裁判所規則所定の範囲の者に、かかる訴訟が係属したということとを、ただ通知するというものである。したがって、それは、訴訟参加すべき第三者に参加的効力をおよぼさせようとする訴訟当事者の意図にも

とづく、民訴法五三条の「訴訟告知」とは、本質的に、ことなるものである。

しかし、筆者にとっては、このように観念の通知にすぎないような手続を、わざわざ、改正人訴法が一五条の強制参加とはべつに、規定していることが、きわめて重大であると思われるのである。その意味を、順をおって説明すると以下のとおりである。

右に述べたように、第三者の申出によらないで、裁判所が職権で第三者を訴訟参加させるという手続が制定されたわけだが、その手続においては、とうぜん、第三者に、かかる訴訟が係属されたということの告知も行われる。ぎゃくにいえば、この告知なしに、第三者を訴訟参加させることはできないのである。

そうすると、改正人訴法において強制参加の制度が新設される段階で、そのなかに、それまであつた訴訟係属の告知の規定を解消させずに、強制参加の規定とは別条で、訴訟係属の告知の規定をのこす必要はなかつたのではないか、ということになりそうである。それを、あえて、その規定を残したということは、立法者が、訴訟係属の告知に、固有の手続保障の意義をみいだしたということに、ほかならない。つまり、強制参加が行われようが行われまいが、二八条所定の範囲の者には、訴訟係属の旨を通知されなければならないということを、立法者が認めたとのことである。

そして、筆者が、このように規定されたことを、たかく評価するのは、まさに、この訴訟係属の告知こそ、かかる第三者に対する権利保護の真髄であると、筆者の著書でも主張していたからである。<sup>(14)</sup>ただ、その、筆者が取消訴訟において主張したことの意味と、人訴法でかような訴訟係属の通知が規定されたことの意味が、おなじであるかは、これから、つきつめて検討する必要がある。

三 それから、もうひとつ、あらたに、「人事訴訟の確定判決には、……第三者に対してもその効力を有する」と規定された二四条一項も、強制参加に関連するものとして、見ておかなければならないであろう。

ここで注意しなければならないのは、「人事訴訟の確定判決には」とされていることから、人事訴訟の判決のうち形成判決についてだけ、対世効(第三者効)があるというわけではない。<sup>(15)</sup> 人事訴訟の性格から、確定判決もふくまれていると考えるべきであろう。<sup>(16)</sup> このようにひろく対世効が認められたこととの関係で、第三者の権利保護が、とうぜん問題にされたわけだが、このことについては、以下に、くわしく検討する。

(二) 強制参加、職権告知の制定の趣旨

一 改正人事訴訟法で、あらたに、裁判所が職権で訴訟係属のむねを告知する手続が導入された(二八条)のは、さきほども見たように、「死後認知」訴訟が係属した場合についてである。いっぽう、強制参加が行われる場合も、五条一項では、「検察官を被告とする人事訴訟において」と規定されたものの、じっさいには、「死後認知」訴訟が念頭にあったようである。<sup>(17)</sup>

その「死後認知」訴訟とは、通常の認知訴訟の被告とすべき父親が、すでに死亡している場合に、なお認知を求めるといふ訴訟であるが、とうぜん、だれを被告とするかが問題となる。認知の請求は、そもそも、父親に対してするものである<sup>(18)</sup>ので、ほんらい、「死後認知」訴訟というものはありえないはずであるが、認知を求める原告には、個人的にそれなりの切実な必要性があるので、訴訟を成立させるため、公益の代表者<sup>(19)</sup>として、検察官をとくに被告としたのである。<sup>(20)</sup>

しかし、ここで考えなければならないのは、この場合に、訴訟の基礎となる実質な紛争は何であるのかということである。きわめて私法的な事情になるが、認知のうらには、たいてい、相続をめぐる争いがあるようである。そうすると、ひとつの考えかたとして、利害関係人 原告が認知されることにより自己の相続分が侵害される推定相続人 を、被告とするということもありうるであろうが、それは採用されなかつた。<sup>(21)</sup> これは筆者の考えである

が、「死後認知」の訴えも認知の訴えであるので、いくら基礎に相続上の争いが横たわっているといつても、利害関係人を被告とするのは適当でないという考慮があったのであろう。

ともかく、この場合には、じっさいの紛争の当事者である利害関係人は、訴訟の第三者として、訴訟のそとにおかれ、その命運を検察官に託することになる。<sup>(22)</sup>しかし、検察官を被告とすることについて、人事訴訟の理論で指摘されていることは、問題が私人のプライバシーに関わる私的な領域であるので、検察官といえども、スミからスミまで、「しらみつぶしに」調査することは困難で、事情をじゅつぶん把握した主張・証明はできないということである。ならば、紛争の基礎にある相続関係に密接に関わっており、死亡した父親(母親)とちかしい「あいだがら」にあった者などを訴訟に引き込むことで、みずからの経験にもとづく、よりの確な主張・証明を期待できるのではないか、<sup>(23)</sup>という考慮が生まれ、それが、強制参加の採用のひとつの根拠となったようである。<sup>(24)</sup>

二 つぎに、訴訟の係属を利害関係人に告知するという手続についてであるが、今回の改正以前の、平成八年の旧人事訴訟手続法の部分改正で、この手続が導入された趣旨は、同法一八条に規定されていた既判力の拡張との関係にある。<sup>(25)</sup>

同条一項は、「婚姻ノ無効若クハ取消、離婚又ハ其取消ノ訴ニ付キ言渡シタル判決ハ第三者ニ対シテモ其効力ヲ有ス」と規定し、二項は、「民法第七百三十二条ノ規定ニ違反シタルコトヲ理由トシテ婚姻ノ取消ヲ請求シタル場合ニ於テ其訴ヲ棄却シタル判決ハ当事者ノ前配偶者ニ対シテハ其者力訴訟ニ参加シタルトキニ限り其効力ヲ有ス」と規定されていた。いうまでもなく、一項が原則で、二項は、重婚関係という特殊の場合について、とくに定められたものである。

原則である一項について見てみると、同項の「第三者ニ対シテモ其効力ヲ有ス」というのは、既判力の拡張と形成功(対世効)の難解な「かみあわせ」である。それを、わかりやすく説明すると、以下のとおりである。



離婚判決や婚姻取消判決は、形成判決で、実体法上の権利変動を生ずる形成効を有する。そして、その形成の結果については、ひろく一般に通用させる対世効がはたらくと理解されている。その場合に、確定した形成判決に既判力も生ずるのかということは、民事訴訟理論上の大問題であった。<sup>26</sup> 今日的理解によれば、<sup>27</sup> 形成判決には、第三者もこれに承服すべき対世効を生ずるが、形成判決の権利変動の結果を、(形成権がじっさいに存在しないのに、あると認定された場合にも) 訴訟上争えないという不可争性の効力は、既判力のおよぶ者にかぎって生じ、既判力のおよばない者には、形成権の欠缺を理由として、形成の結果を争うことができる。したがって、同項が既判力に関する規定であるとなると、既判力が拡張される「第三者」とは、その者との後訴において、ふたたび、おなじ訴訟物が問題となる場合の者であるか、その者との後訴の訴訟物に対して前訴の訴訟物が先決的關係にたつ場合の者であり、それらの者にかぎって既判力が拡張されるのである。<sup>28</sup>

そして、この婚姻の無効、取消し等に関する判決の既判力拡張の規定は、同法三二条一項により、親子関係にも準用されるので、認知の訴えに対する判決の既判力も第三者に拡張される。しかし、このように第三者に既判力を拡張することについては、訴訟手続に關与することのなかつた第三者への憲法三二条の「裁判をつける権利」からの手続保障が、問題とされ、<sup>29</sup> その「てあて」として、旧人事訴訟手続法に、三三条が、追加立法されたのである。

その規定内容は、「裁判所八父方死亡シタル後二子ノ認知ノ訴ノ提起アリタル場合ニ於ケル其相続人タル子其他ノ訴訟ノ結果ニ因リテ相続権ヲ害セラルベキ者ニシテ相当ト認メラルモノトシテ最高裁判所規則ノ定ムルモノニ訴訟ガ係属シタルコトヲ通知スルモノトス但訴訟記録上其者ノ氏名及ビ住所又ハ居所ガ判明シタル場合ニ限ル」というものであった。これは、あきらかに、「死後認知」訴訟を前提とするものであって、「相続」という利害関係のゆえに、「相続権ヲ害セラルベキ者」には訴訟係属のむねを「通知」しなければならぬという理を認めるものであった。

三 改正人訴法では、すでに見たように、二八条に、この趣旨がうけつがれた。文言の若干の変更はあるものの、中心は、「死後認知」訴訟が係属されたことを、認容判決により相続権を害される者に「通知するものとする」ということである。<sup>(30)</sup>

ところで、このような通知をすることが、人事訴訟手続において、手続保障としてどういう意味をもつかということだが、それについては、通知をうけることで、訴訟係属の事実を知り、補助参加の申出をする機会が与えられるということのようであった。<sup>(31)</sup> そうすると、いっぽうで、改正人訴法に強制参加が規定されたこととの関係が問題となる。これは、重要な問題であるので、整理して分析しよう。

順番からいうと、旧人事訴訟手続法において、まず、第三者への既判力の拡張の規定があり、その拡張をうける第三者の手続保障として、訴訟係属の通知が追加立法され、そのうえに、改正人訴法で、強制参加の制度が新設されたのである。そこで、注意しなければならないのは、すでに、判決の効力を直接にうける第三者へ訴訟係属の通知が行われ、第三者が、みずから補助参加の申出をしようと思えばできるという状況のなかで、さらに、改正人訴法で、対世効が規定されたこととあわせて、裁判所が、職権で第三者を訴訟参加させることができる、とされたことである。ここが、重要なポイントであると思われるので、よく考えてみよう。

今回の人訴法の改正で、強制参加の手続が導入された趣旨については、形式上の被告とされた検察官以外に、じつさいの事情に精通した、「死後認知」訴訟の被告となるにふさわしい者があるときは、強制参加という手法で、その者を訴訟に引き込むことがぞましいということであったようである。<sup>(32)</sup> そうなると、この裁判所が職権で行う強制参加は、かならずしも、第三者の手続保障として行われるものではない、ということになりそうである。なぜなら、裁判所は、右のような強制参加の導入の趣旨にてらせば、相続に利害関係を有する者がいても、この者を訴訟参加させても実体的法律関係の解明につながらないと判断すれば、この者を、職権で訴訟参加させる措置をとら

ないであろうと考えられるからである。

なお、この、職権告知と強制参加の、第三者に対する手続保障として意味については、最後に、あらためて検討する。

(6) 改正人訴法一五条一項に規定された手続を、民事訴訟理論では、職権（訴訟）参加ではなく、「強制参加」という名称で説明されている。高橋宏志「民事訴訟法改正・人事訴訟法制定」自由と正義五四巻（二〇〇三年）七号五三頁以下、梶村太市・徳田和幸編『家事事件手続法』（二〇〇五年）一四九頁など。

ただ、この呼称が、民事訴訟一般ですでに市民権を得たものであるかは、疑問である。たとえば、改正人訴法の本格的教科書である、松本博之『人事訴訟法』（二〇〇六年）では、「強制参加」ということばは使われず、「利害関係人の訴訟参加」とされている。同、吉岡睦子・長谷部由紀子編『Q&A人事訴訟法解説』（二〇〇四年）八五頁。

(7) 旧人事訴訟手続法 注（1）（全三ヶ条）では、第三者の訴訟参加に関する規定はおかれず、原告適格および被告適格に関する規定のみがおかれていた。しかし、同法の平成八年の改正（平成八年法一〇）で、訴訟のそとにありながら判決の結果により相続権を害される第三者に、訴訟係属のむねを告知するものとするという三三三條の規定が、つけ加えられた。これにより、第三者に補助参加の申出をする機会を与えるという考慮が、根底にある。

(8) 職権訴訟参加が行政訴訟固有の手続であり、行政訴訟における訴訟参加は職権訴訟参加を基調とするという立場は、明治の佐佐木惣一博士、美濃部達吉博士いらしい一貫して認められる。この分析については、新山・前掲（注5）（参照）二〇六頁以下を参照されたい。

(9) 改正人訴法で強制参加が採用されたのは、高田裕成教授の研究「いわゆる対世効論についての一考察 身分訴訟に焦点をあてて」（一）『法学協会雑誌一〇四巻（一九八七年）八号一一二九頁以下、同（二）』一〇四巻一一号一五一一頁以下、「身分訴訟における対世効論のゆくえ」『法学教室六六号（一九八六年）四三頁以下 からの提言による』ところが大である。

高田教授の研究の主眼は、身分訴訟の判決の効力が、一般第三者に対世的に拡張されるとされることなかで、対世効（第三者効）により権利を侵害される第三者の保護が、いっばうで考えられなければならない、ということであり、

教授は、その論証として、ドイツ行政裁判所法(VerwG)の「必要的訴訟参加」の理論、フランスの身分訴訟の規律のレベルのたかい、ちみつな分析を行っておられる。

ところで、このドイツの必要的訴訟参加の理論の分析は、筆者の著書でも、重要な論拠として行っている。前掲注

(5)(参照)一頁以下。ところである。ようするに、筆者がめざしたところは、教授がめざされた方向にあったということである。なお、筆者の著書の「はしがき」のなかで、ドイツの必要的訴訟参考の理論の本格的な分析を、筆者が最初に行ったように書いてしまったが、高田教授の右研究論文のなかで、すでに、民事訴訟法研究者の目からのするどい分析が行われていた。ここに訂正するとともに、高田教授に対して、おわびさせていただきたい。

- (10) 判決の効力をうける関係にある第三者が、補助参加する場合には、通常の補助参加人より強い訴訟上の地位。主たる当事者(＝被参加人)の意思に反する訴訟行為もできる。が与えられるという、「共同訴訟的補助参加」の理論は、わが国の民法にも行訴法にも、いまだ規定されていないが、学説・判例では、ひさしい前から認めてきた。それが、改正人訴法において、はじめて、立法化されたのである。

- (11) 行訴法二二条でも、おなじく、民法四〇条一項ないし三項を準用すると規定されている。

- (12) その三三三條は、「裁判所ハ父方死亡シタル後ニ子ノ認知ノ訴ノ提起アリタル場合ニ於ケル其相続人タル子其他ノ訴訟ノ結果ニ因リテ相続権ヲ害セラルベキ者ニシテ相当ト認めラルルモノトシテ最高裁判所規則ノ定ムルモノニ訴訟ガ係屬シタルコトヲ通知スルモノトス但訴訟記録上其者ノ氏名及ビ住所又八居所ガ判明シタル場合ニ限ル」と規定していた。これとほぼおなじ内容が、改正人訴法二八条にうけつがれた。

この三三三條の規定が旧法に追加制定された背景には、利谷信義博士の、死後認知訴訟で、実務上被告となる検察官は、利害関係人に対し、認知の訴えの提起があつたことを通知して補助参加の機会を与えることが望ましい」という立法論。中川善之助『注釈民法(22)』の「親族(3)」(一九七一年)二七七頁以下(利谷執筆) などがあつた。

- (13) 人事訴訟手続法 法7(参照) 三三三條に、このように規定されていた。これにあわせて、「人事訴訟手続法第三十三條の規定による通知に関する規則」平成八年最高裁判所規則七号 が制定された。

- (14) 参照、新山・前掲(注5)五四九頁以下。

- (15) もともと、形成効については、形成判決の基礎にある実体的法律関係により生じるものであるので、訴訟法に形成効(対世効)の規定があるうがなかるうが、生じるものであるという理解がある。

- (16) 松本・前掲(注6)参照)二二三頁以下、梶村 徳田前掲(注6)一七五頁、山木戸克己『人事訴訟手続法』(一九五八年)一三七頁。
- (17) 高橋、高田ほか「研究會」人事訴訟法の基本構造」ジュリスト二二五九号(二〇〇三年)五二頁(高田発言)参照。これは、改正人訴法の立案に参画された方々の対談形式による立法趣旨説明である。
- (18) 母親が、認知訴訟の被告となりうるかについては、旧人事訴訟手続法時代から、争いがあった。理論的には、認知訴訟では、父の子であるかが問題なのだが、子の出生がはっきりしないときは、母に対する認知の訴えというものも考えられる。なお、民法七九九条は、父または母が認知するとし、旧人事訴訟手続法二九条の二および人事訴訟法四二条一項は、認知訴訟では、父または母を被告とすると規定している。なお、注(30)参照。
- (19) 検察官が、人事訴訟に関与することの直接の根拠は、検察庁法 昭和二二年法六一 四条であり、「検察官は、刑事について、公訴を行い、裁判所に法の適当な適用を請求し、且つ、裁判の執行を監督し、又、裁判所の権限に属するその他の事項についても職務上必要と認めるときは、裁判所に通知を求め、又は意見を述べ、又、公益の代表者として他の法令がその権限に属させた事務を行う」と規定されている。この、検察官を、「公益の代表者として」、訴訟に関与させることを、改正人訴法が規定したのである。
- 人事訴訟手続が、ここでいう「公益」にあたることの意味については、注(1)を参照されたい。
- (20) 歴史的に解説すると、明治二三年に制定された旧民法 同年法二九 では、婚姻に関する訴訟、親子・養親子その他すべての人の分限に関する訴訟などについて、検察官が、意見を述べるために、口頭弁論に立ち会うべきものとしていた(同法四二条)が、大正一五年の改正 同年法六八 では、この立会いは撤廃された。いっぽう、明治三一年に制定された旧人事訴訟手続法 同年法一三三 では、最初から、広汎な検察官の関与が規定され、特定の訴えで「職務上の当事者」となることも規定された。ただ、父を定めることを目的とする訴え 認知訴訟 につき、被告たるべき父が死亡した場合には、検察官を被告とするかについては、明記されていなかったことから、争いがあった。それが、昭和一七年の民法の改正 同年法七 で、父母の死亡の日から三年以内にかぎって認知の訴えを提起できると規定されたことに対応して、旧人事訴訟手続法に、かかる場合は検察官を被告とする旨が明記された(三二条二項、二条三項)。

あらたな人訴法への改正においては、これをあらため、利害関係人を被告とすることが検討されたようであるが、実

現しなかった。高橋、高田ほか・前掲(法17)五二頁(高田発言)では、訴え提起の段階で、相続人全員を被告としなければならぬ負担を、原告におわせることが、制度としていいかどうか問題となり、さしあたり検察官を被告として訴えを提起することを、ゆるしたものであるという説明がされている。

(21) 参照、注(20)。

(22) 利害関係人が、被告となる検察官にすべてを託して、なにも言わないかというべく、どうも、そうではないようである。

高橋教授は、強制参加は、「検察官にあれこれ言つが後ろにいて訴訟には出てこない者を、訴訟に登場させる方途を開いた」ものであると規定されている。高橋「民事訴訟法改正・人事訴訟法制定」自由と正義五四巻(二〇〇三年)七号五四頁。

(23) 通常、認知訴訟においては、注(43)に上げたような私的な事情に関わる証明を要するので、死亡した父の周囲にいた利害関係人を訴訟当事者としたほうが、より実体にそくした審理が可能になるものと思われる。

(24) このように、強制参加という手続により、訴訟進行する最も適切な者を訴訟に引き込み、適正な訴訟進行をさせることが、「実体的真実発見の高度の要請」につながるという説明された。<http://www.moj.go.jp/SHINGHO/11019-1.html>「法制審議会民事・人事訴訟法部会人事訴訟分科会第2回会議議事録」(二〇〇一年一〇月一九日)五頁。

もともと、死後認知訴訟で、(形式的に)検察官を被告とすることには、異論があった。谷口知平博士が、検察官を被告とすることをやめ、認知の結果につきもとも利害関係のある嫡出子たる共同相続人や遺棄などを、共同被告として、検察官は立ち会って意見を述べるだけとするほうが、真実をよりよく発見できるし、後日に紛争をのこさなくてよいとされていた。同『親法の研究』(一九五六年)一九五頁。のが、その代表である。

(25) 「法制審議会民事・人事訴訟法分科会第2回会議議事録」(法24)五頁。

(26) 筆者の理解によれば、つぎのとおりである。

民事の法律関係における、形成効は、実体法に規定された形成要件の充足によって、基本的に生じるものであるが、法政策的に、その発生を裁判所の判決によらしむとされているもので、たしかに、同一の原告と被告というかぎられた範囲で、前訴で下された判断が後訴を拘束するということに本質がある既判力とは、性質がことなる。歴史的に、給付訴訟と確認訴訟しかなかった民事訴訟に、あらたに、形成訴訟なる観念がもちこまれたころには、形成効はたらくところでは、既判力が生じる余地はないという説明が一般であった。しかし、そのあと、このような理解に、反省が加え

られることになったのである。

- (27) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第三版〕』(二〇〇四年)一九五頁、伊藤眞『民事訴訟法〔補訂第2版〕』(二〇〇〇年)四九九頁以下など。

- (28) 松本・前掲(注6)二三三四頁以下。

- (29) 法制審議会民事訴訟法部会で、一九九〇年二月より始まった民事訴訟手続のみなおし作業において、一九九二年二月に公表された「民事訴訟手続に関する検討事項補足説明」について解説された、柳田幸三「民事訴訟手続に関する検討事項」ジュリスト九六号(一九九二年)七九頁に、以下のような問題認識があったことが、記されている。

「人事訴訟において判決の効力を受ける第三者の救済方法

1 人事訴訟において判決の効力を受ける第三者の救済方法について、改正すべき点があるが。

2 例えば、次のような考え方があろうか。

(一) 裁判所は、人事訴訟において、訴訟の結果により権利を害される第三者で知っているものに対し、訴訟が係属したことを通知するものとするとの考え方

(二) 訴訟の結果について利害関係を有する者は、補助参加の申出と同時に再審の訴えを提起して、第四二〇条第一項各号に該当する事由を主張することができるものとするとの考え方

また、歴史的には、人事訴訟の判決に利害関係を有する者を訴訟参加させないで、判決が下された場合は、対世効は制限されるとする説 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」(『山本戸克己教授還暦記念・実体法と手続法の交錯(下)』(一九七八年)一三九頁 もあったが、ここでは立ち入らない。なお、吉村説に

ついては、高田「身分訴訟における対世効論のゆくえ」(注9)四三頁以下で、するどい分析が加えられている。

- (30) どの範囲に通知するかは、一七種の人事訴訟について個別に通知すべき者を定める人事訴訟規則 平成十五年最高裁判所規則二四号 一六条別表によることになった。その六番めの「認知の訴え」では、「父が死亡した後訴えの提起があった場合におけるその相続人(父の妻で子又はその代襲者とともに相続した者を除く。）」とされている。つまり、認知の訴えでは、「認知の相手方である」父が死亡し、相続関係が発生した場合にのみ、利害関係人が生ずると考えられているのである。

- (31) 「法制審議会民事・人事訴訟法分科会第2回会議議事録」(注24)六頁。

(32) 高橋、高田ほか・前掲(注17)五三頁(小野瀬厚発言)。

## 二 人事訴訟と取消訴訟

(一) 人事訴訟における強制参加と取消訴訟における職権訴訟参加

一 筆者は、『職権訴訟参加の法理』において、(訴訟外の)第三者に対する職権告知の必要性を主張した。ところが、まさに、その職権告知の手続が、すでに、人事訴訟法に導入されているのである。そこで、筆者は、あらためて、人事訴訟法の改正の趣旨・目的をしさいに検討したけっか、人事訴訟手続において職権告知が採用されたことが、筆者の主張のひとつの重要な論拠となるのではないか、と考えるにいたった。そのことを、ここで論証しようと思う。

順番として、取消訴訟の問題を論ずるにあたって、なぜ、人事訴訟における制度改革が参考になるのか、ということ、最初に、はっきりさせなければならぬであろう。

それは、ひとえに、死後認知訴訟が、検察官を被告とするということにある。これにより、実質的な当事者が訴訟のそとにおかれ、それにもかかわらず、この者に判決の効力がおよぶという関係になるが、それは、まさに、筆者が『職権訴訟参加の法理』の考察の基礎とした法律関係 二重効果的行政処分取消しをめぐる関係 とおなじである。したがって、人事訴訟において、訴訟のそとにいるが、訴訟の帰すに切実な利害関係をもつ第三者に対して、手続上の権利保障として、一歩さきを行く制度改革が行われたということは、筆者がけっして無視してはならないことであつたのである。

ただ、筆者が取消訴訟について主張することの論拠として、人事訴訟において、すでにおなじような改革が行わ



れているということを上げるのであれば、とうぜん、その前提として、つぎのことをあきらかにしなければならぬであろう。第一に、取消訴訟における第三者をめぐる（訴訟上の）法律関係と、人事訴訟における第三者をめぐる（訴訟上の）法律関係との同質性である。そのうえで、第二に、人事訴訟における第三者の手續保障と、取消訴訟における第三者の手續保障の同質性について、あきらかにしなければならぬであろう。

二 まず、取消訴訟における第三者をめぐる（訴訟上の）法律関係について見ていく。それについては、筆者が、「職権訴訟参加の法理」の考察の基礎として、取消訴訟の構造分析をしたきっかけ、取消訴訟に第三者が訴訟参加することの意義について、つぎのような疑問をいだいたことを確認しておくべきであろう。

〔行政処分を取消しを求める訴えに第三者が訴訟参加することになるのは、その処分が、第三者を名あて人として利益を与えるが、同時に、原告に不利益を与えるような、いわゆる「二重効果的行政処分」である場合である。<sup>(35)</sup>このとき、原告は、とうぜん、処分により自己の権利が侵害されたと主張して、処分の取消しを求める訴えを提起することになるが、被告は国（行政庁）である。<sup>(36)</sup>そして、処分の取消訴訟においては、処分が違法であると認定された場合に、処分は取り消されることになるので、被告国（行政庁）は、みずからの行った処分の適法性維持のため、<sup>(37)</sup>とうぜん、必死で主張・証明をつくすことになる。このようなシチュエーションのもとで、かりに、処分の名あて人である（取消訴訟の）第三者が、被告のがわに訴訟参加しても、被告のする主張・証明以外、以上のことは、<sup>(38)</sup>なにもできないのではないか。〕

この疑問は、まさに、行政庁が、行政事件について、第一次的に事実認定を行い、それにもとづいて法的判断を行うという行政法上の関係、および、行政法のしくみに起因している。自己に授益的な処分が行われることを欲す

る者は、申請において、処分の要件となる事実の存在をしるした書類を提出し、同時に、それを証明するものも、ことごとく、行政庁に提出するはずである。かりに、それ以外の証拠があったとしても、それに気づいた時点で、行政庁に提出すれば、それで済む<sup>(39)</sup>。

かような関係においては、第三者が訴訟参加したとしても、訴訟の帰すうに影響を与えることはすくない。ならば、このことは、取消訴訟へ第三者が訴訟参加することの意義として、むかしからいわれてきた、「実質的な当事者である第三者を訴訟参加させることで、訴訟資料を豊富にする」ということ<sup>(40)</sup>にも、また、「取消判決により権利を侵害される第三者に、訴訟において自己の権利を防御する機会を与える」ということ<sup>(41)</sup>にも、疑いをいだかせるものである。

結論として、取消訴訟においては、処分の適法性について、処分を行った行政庁(国)が主張・証明をつとめている。結果的に第三者の権利を防御することになる。ので、第三者が訴訟参加しなければならない切実な必要性<sup>(42)</sup>はない。

三 それに対して、死後認知訴訟においては、利害関係人が訴訟参加しなければならない緊急の必要性がある。それは、人事訴訟の基礎となる固有の実体的法律関係から生ずる必要性である。それがどのようなものであるのか、順序だてて分析しよう。

死後認知訴訟では、検察官が被告の地位につく。これは、まえにも見たとおり、ほんらいの被告である者が死亡している(行政機関である)検察官が、いわば形式的に被告とならざるをえないということなのである。ただ、民事の法律関係として、認知すべき父が死亡したのちに、なお、認知を求める訴えが提起されてくるということとは、おおくの場合、その背後に「相続関係」があるのである。そうすると、とうぜん、認知が認められるかどうかという訴訟の結果によって、自己の相続分が侵害される利害関係人が存在する。つまり、この訴訟は、形式的に

は、檢察官に対して認知を求める訴えであるが、實質的には、認知を求める原告と、認知により相続権を害される利害関係人のあいだの争いである、ということである。

それにもかかわらず、檢察官が形式的に被告となり、訴訟が、おもてむきは、死後認知を求める原告と檢察官のあいだの争いとなっているところに、問題がある。被告となった檢察官にとっては、当面の「認知」の当否のみが問題なのであって、その背後にある「相続」関係については、ほとんど眼中にない。原告は、もちろん、認知を求めて訴訟を起こしているのであるから、原告と被告檢察官のあいだで推移する訴訟においては、もっぱら認知のことのみが論議の対象となり、<sup>(43)</sup> 認知されることにより、相続権が侵害されることになる利害関係人のことは、とくに考慮されることはない。<sup>(44)</sup>

そうすると、そこに、死亡した被認知者の周囲にいた、被認知者からの相続について利害関係を有する者たちの、訴訟参加することの切実な必要性が生じそうである。この者たちにとつて、檢察官は、けつして、じぶんたちの利益の代弁者ではないし、じぶんたちの権利を保護してくれるものではない。じぶんたちの権利・利益は、じぶんたちが訴訟参加したうえで、みずから主張するしかないのである。<sup>(45)</sup>

(二) 行政事件訴訟法の手続保障と人事訴訟法の手続保障の相違

一 自己に授益的な行政処分<sup>(1)</sup>の取消しを求める訴えを、他の者によっておこされ、その訴えを認める判決が下されれば、自己の（処分による）既得の法的地位が覆滅されるという立場にある（取消訴訟の）第三者に対する手続保障として、行訴法が用意してものは、周知のごとく、同法二二条の「第三者の訴訟参加」と同三四条の「第三者の再審の訴え」である。

その二二条一項は、「裁判所は、訴訟の結果により権利を害される第三者があるときは、当事者若しくはその第

三者の申立てにより又は職権で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させることができる」と規定している。この規定のポイントは、かかる第三者からの申立てがなくとも、裁判所が職権で第三者を訴訟参加「させることができる」ということである。<sup>(46)</sup>

しかし、じっさいに、裁判所がこの職権を行使したことは、ほとんどない。<sup>(47)</sup>つまり、わが国の裁判所は、取消訴訟においては、かかる職権を行使することに(きわめて)消極的であるということである。その原因として、筆者が考えるのは、取消訴訟においては、裁判所に、かような第三者を訴訟参加させる決意をさせる誘因が、あまり存在していないということである。それを、もうすこしくわしく説明しよう。

むかしは、取消訴訟において第三者を訴訟参加させる目的は、それにより訴訟資料が増し審理を充実することができる<sup>(48)</sup>とされていたが、じっさいには、第三者を訴訟参加させたとしても、被告行政庁(現在は国)がなしうる以上の主張・証明はほとんどなしえなかった。そのことを、裁判所も実感として感じており、ために、審理の充実にプラスとならないのに、わざわざ訴訟参加させるまでもあるまいと考えていたのであろう。

行訴法が制定され、(訴訟参加させ主張・証明の機会を与えるという)第三者の訴訟手続における権利保護が、第三者の訴訟参加の第一の目的とされるようになって<sup>(48)</sup>ても、このことじたいは、裁判所に、第三者を訴訟参加させる決意をさせる誘因とはならなかった。その理由として考えられるのは、第一に、根底にやはり、第三者を訴訟参加させたとしても、被告国(行政庁)がなしうる以上の主張・証明はほとんどなしえないであろうという考慮があったということである。第二に、被告国(行政庁)が、みずからのがわの行った行政処分<sup>(49)</sup>の適法性維持をはかることによって、結果的に、(処分の名あて人である)第三者の権利・利益の保護につとめていることになるから、そのうえ、第三者を訴訟参加させ、みずからの権利・利益を防衛させるまでもないという考慮が、暗黙のうち、裁判所にあるのではないかということである。いつまでもなく、右の第一の理由と第二の理由は、密接に関連している。

二 職権訴訟参加に対する裁判所の意識が、かようなものであるかぎり、三四条の第三者の再審の訴えの重要性に対する裁判所の意識も、ひくいものにならざるをえない。もともと、第三者の再審の訴えが認められるために、三四条に規定されているのは、「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」という要件以外に、「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」という要件<sup>(49)</sup>が、加えられている。つまり、被告国（行政庁）が、取消訴訟において、処分の適法性を維持するために行った主張・証明以上のことを、第三者が、訴訟参加していればなしえたという場合にのみ、再審の訴えを認めるといことであるので、それが認められるためのハードルは、かなりたかく設定されているといことなのである。

第三者の再審の訴えが、かようなものであるからには、第三者の再審の訴えが提起されることは、めったにない。それは、すなわち、第三者が訴訟参加させられなかったからといって、この者から再審の訴えが提起され、訴えが認められる可能性は、ほとんどないということを意味する。そのけっか、もし（判決により権利を害される）第三者を訴訟参加させておかなければ、いずれ第三者の再審の訴えを提起されるかもしれないという、裁判所に対するプレッシャー（誘因）も、存在しなくなるのである。

三 これに対して、人事訴訟における強制参加の意味はいは、かなりことなる。

死後認知訴訟の結果により、（相続上の）権利・利益を害される者にとっては、訴訟の推移に対する関心は、なみなみならないものがある。いちおう、被告検察官は、認知を請求する原告に対峙するということにおいては、かかる利害関係人の利益のためにつくしているといえる。しかし、かならずしも、利害関係人の利益を代弁しているわけではない。それがどういふことかという点、以下のとおりである。ほんらい、認知の訴えというのは、子またはその直系卑属が、父または母に対してするものである。それが、父も母も死亡した場合には、子は、認知を求める相手方がいないことになる。そこで、いわば、子が認知の訴えを提起しうる便宜をはかるために、形式的に、

検察官を被告の地位につかせたのである。<sup>(50)</sup>なぜ、検察官がでてくるのかというと、公益の代表者だからと、一般に説明される。<sup>(51)</sup>だとすると、その場合の「公益」とは、死亡した父や母とのあいだに実子関係があったのかどうか、という実体的真実をあきらかにすることに、ほかならない。<sup>(52)</sup>そうすると、検察官は、それ以外のこと 相続上の利害関係 には、ほとんど関心をはらわないということなのである。

子が認知を求める動機には、じぶんの出自をあきらかにしたいという切実な願望があるが、それとともに、あるいは、その背景に、父あるいは母の財産に対するじぶんの相続分を獲得したいという秘められた願望もあるであろう。この部分において、父あるいは母の親族と、なまなましい対立関係が生じるのである。しかし、右に見たとおり、検察官は、かかる親族の利益を代弁する者ではない。

もちろん、相続したいは、認知のさきにあるものであるから、実子関係の存否が問題となる認知訴訟において、相続の問題が直接とり上げられるわけではない。しかし、相続に関わりのあるかかる親族にとっては、その認知訴訟の帰すつにより、自己の権利が侵害されるのであるから、彼らは、とうぜん、訴訟のなりゆきには、なみなみならぬ関心をもっている。ならば、かかる親族を、訴訟のそとにおいたままにしておくべきではない。

その理由は、まさに、死後認知訴訟において被告の地位につく検察官の性質による。このことを、処分の取消訴訟における実質的な被告となる行政庁の担当官との比較において、論証してみよう。

ひとつは、検察官の不熱心になりがちな訴訟進行である。<sup>(53)</sup>取消訴訟においては、みずからのがわのした処分の適法性を維持することに、行政庁の担当官は必死にならざるをえない。なぜならば、「めんつ」がかかっているからである。それに対して、検察官は、すでに述べたような事情により、いわば形式的に、死後認知訴訟の被告の地位にいたのであるから、取消訴訟における行政庁の担当官ほど熱心に訴訟進行をしないからといって、責められるべきものではない。ならば、訴訟参加させれば、確実に、検察官より熱心に訴訟進行することが期待できるかかる

親族に、訴訟追行させれば、より実体的真実の解明にやくだつはずである。

もうひとつは、検察官の不知である。検察官は、父もしくは母の死後、(やむなく)事案について不知のまま、被告の地位につく。もちろん、職権により事実関係を調査するが、これも、みずからのがわのした処分について、処分の基礎となる資料をあらかじめ保有したまま被告の地位につく。取消訴訟における行政庁の担当官とは、事案の熟知の度合いがまったくことなっている。それならば、むしろ、死亡した父もしくは母の周囲において、事情を熟知している可能性のたかいかかる親族を、最初から訴訟参加させ訴訟追行させたほうが、実体的真実の解明の「ちかみち」である。

検察官におけるかような事情は、裁判所も、ように察知しうるところである。また、かかる親族が事情にくわしく、認知の結果になみなみならぬ関心をよせていることも、裁判所は承知しているはずである。ならば、かかる親族に訴訟追行させれば、実体的真実をあきらかになる可能性があるという、その事実が、かかる親族を強制的に訴訟参加させるという職権を、裁判所に行使させる誘因となりうると考えられる。

(三) 人事訴訟における職権告知と強制参加の関係

一 改正人訴法では、一五条で、利害関係人の訴訟参加について規定している。すなわち、一項で、「検察官を被告とする人事訴訟において、訴訟の結果により相続権を害される第三者……を当該人事訴訟に参加させることが必要であると認めるときは、裁判所は、被告を補助させるため、決定で、その利害関係人を当該人事訴訟に参加させることができる」とされている。

人訴法は民訴法の特則であるので、民訴法の補助参加の規定の適用があるのはとうぜんで、それにもかかわらず、べつに一五条の規定がおかれたのは、一五条が、裁判所が、職権で利害関係人に訴訟参加を強制することができる

ことを明記するために、ほかならない。そして、構造的、内容的には、行訴法二二条を踏襲したものである。

それにもかかわらず、改正人訴法では、さらに、行訴法にはない規定がおかれた。訴訟告知の規定である。同法二八条では、「裁判所は、人事に関する訴えが提起された場合における利害関係人であつて、父が死亡した後に認知の訴えが提起された場合におけるその子その他の相当と認められるものとして最高裁判所規則で定めるものに対し、訴訟が係属したことを通知するものとする。ただし、訴訟記録上その利害関係人の氏名及び住所又は居所が判明している場合に限る」とされた。これは、よつするに、ただ、訴訟係属のむねを訴訟当事者以外の利害関係人に告知するというだけの手続である。

問題のポイントは、一五条の強制参加の手続以外に、かような訴訟告知の手続が規定されたということにある。

一五条の利害関係人の強制参加、そして、そのモデルとなつた行訴法二二条の職権による第三者の訴訟参加は、その手続の一環として、利害関係人・第三者に、裁判所が、訴訟係属のむねを告知するということが、とうぜん、ふくまれる。にもかかわらず、とくに訴訟告知がべつに規定されたということは、この訴訟告知だけに、とくべつの意味があると考えられたのではないかと推察される。以下、このことについて、じっくり検討してみよう。

二 順番として、民訴法では、利害関係人が補助参加するのは、すべて、利害関係人からの補助参加の申出によることを、原則としている。したがって、利害関係人から補助参加の申出がなければ、利害関係人の補助参加はない。人事訴訟も、民事訴訟に立脚するかぎり、この原則はまぬがれない。

よつするに、補助参加するかしないかは、利害関係人の任意ということであるが、ここで考えなければならぬのは、補助参加するかどうかは利害関係人の意思によるものであつても、その前提として、かかる訴訟が現在行われているということが、利害関係人にわかつていなければならぬということである。そうでなければ、利害関係人は、補助参加する気があつたとしても、けつきよく、その機会を逸することになる。しかし、民訴法のシステム



においては、利害関係人に深刻な訴訟が提起されても、訴訟外にいる利害関係人に、裁判所から、その旨が通知されるというようには、なっていない。もちろん、同法五三条に、訴訟当事者からの訴訟告知の手続は、規定されているが、これは、訴訟当事者がその必要を感じたときに行うものであって、かならず、訴訟当事者からの訴訟告知があることを保障したものではない。<sup>24)</sup>

改正人訴法では、強制参加の手続が、民訴法の原則とはべつに規定されたので、この手続によれば、利害関係人へ訴訟告知があることをふくめて、利害関係人は（強制的に）補助参加することになる。ただ、これも、裁判所が職権で強制参加させることができるということであって、かならず、かかる措置がとられるということを保障したものではない。

そこで、人訴法において、強制参加の手続とはべつに、職権告知の手続が規定されたことは、きわめて重要な意味をもつのである。すなわち、利害関係人には、強制参加の手続がとられるかいなかに関わりなく、かならず、訴訟係属の旨が告知されるということが、保障されたのである。そうなれば、もともと民事訴訟では、補助参加は、利害関係人からの申出により行われてきたので、訴訟係属の事実を知ること、利害関係人は、補助参加するかどうかを決めることができるのである。したがって、人事訴訟においては、この職権告知がきちんと行われるという保障が、利害関係人に対する手続保障として、もつとも重要であると考えられる。

そして、この手続保障が重要であることには、さらに、ふかい意味がある。それは、認知の訴えが提起されたということを告知されることにより、利害関係人が、（期待される）自己の相続分が、かなり減額されることがありうるという予測をたてることができ、（期待される）相続分をあてこんだ無用の損害の発生を、未然に予防することができるといふことである。

それから、筆者は、この職権告知の手続がきちんと行われれば、裁判所が強制参加の職権を行使する必要性は、

ほとんどないのではないかと考えている。その理由は、つぎとおりである。裁判所が、職権により利害関係人を強制参加させる主たる目的は、(形式的な当事者である) 検察官よりは、認知の基礎となる事実関係にくわしいはずの利害関係人を、訴訟に引き入れることにより、実体的真実をあきらかにすることに資するということにある。ところが、Aなる者が(死亡した) Bの子であることの認知を求める訴えを提起したということが、Bからの相続分を有する利害関係人に告知された場合、認知により期待される(自己の相続分に重大な影響がある利害関係人は、認知を阻止しうる証拠・情報を保有するかぎり、みずから補助参加を申し出てくるはずである。であるならば裁判所が利害関係人を強制参加させるまでもなく、かかる訴訟が係属したということを利用関係人に訴訟告知するだけで、右のような目的は達することができるのである。

(33) 参照、新山・前掲(注5)参照)三七八頁以下。

(34) 「二重効果的行政処分」の概念分析については、新山・前掲(注5)参照)九〇頁以下を参照されたい。

(35) 行政処分の取消しを求める訴えに、第三者が訴訟参加する必要性が十分認められるのは、二重効果的行政処分により規律される法律関係においてであることは、新山・前掲(注5)参照)三八九頁以下で行った。

(36) 実質的な争いは、処分の名あて人である(取消訴訟の)第三者とこの処分の取消しを求める原告(=処分についての第三者)のあいだにある。その争いの解決として、処分取消訴訟という手段を選択するのであれば、行訴法のしくみから、国 実質的には行政庁 に対する訴えになる。これは、実質的な争いの解決からはずれた図式のように、行政処分の性質・意味を考えた場合、さほど不合理ではない。処分として、行政庁は、第三者と原告のあいだの対立関係についての公権的判断を下すことで、ひとつの解決をはかっているのである。しかし、その解決に納得がいかないがわの者には、あくまで処分の適法性を維持しようとする国(行政庁)を相手に、処分の解決の取消しを求めることで、裁判所によるべつの解決を期待するしか、途はのこされないのである。

(37) 行政処分が、ひとつの、行政庁による公権的的判断作用であることは、論をまたない。行政庁は、その判断のために、職権で事実関係の包括的な調査を行う。そして、得られた事実法に法をあてはめを行い、処分の内容を定め、所定方式

- に従い、処分を行うのである。したがって、処分を行った行政庁は、被告国の実質的被告として、みずからの行った判断がただし(適法)ことの主張・証明につとめるのであるが、これは、けっしてむずかしいことではない。なぜなら、処分の基礎となる資料の大半は、処分の申請者から提出させるなどして、みずからの保有するところとなっているからである。
- (38) このことは、新山・前掲(注5)参照)三九五頁以下で、行政手続における職権探知原則および関係人の協力義務の理論を用いて、論証した。
- (39) そもそも根本的状況を考えると、その者に権利・利益を付与する処分が行われたということじたいが、その者と行政庁のあいだで、処分の要件のすべてが充足されるということの事実的・法的説明があった、ということの意味するのである。そうすると、その事実的・法的説明が、訴訟において否定されようという事態におちいったときに、その者において、さらに、処分の要件の充足の、べつの事実的あるいは法的根拠を提示しうるとは、考えにくいのである。このことの論証については、新山・前掲(注5)参照)四六六頁以下(注517)を参照されたい。
- (40) 行政訴訟において第三者を訴訟参加させることの目的については、実体的真実の探究のためということを中心におくという立場は、美濃部達吉博士、田中二郎博士、雄川一郎博士まで一貫していた。この分析については、新山・前掲(注5)参照)二八八頁以下を参照されたい。
- (41) これが、行政訴訟において第三者を訴訟参加させることの重要な目的であることが、明確にされたのは、雄川一郎博士からで、行政事件訴訟法制定にさいしては、これが第三者の訴訟参加の第一位の目的であるとされた。杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」(一九六三年)七七頁以下。
- (42) 処分の取消しを求める訴えの被告となる国(行政庁)が、みずからのした行政処分適法性を証明し、処分を維持してくれることで、取消訴訟のそとにいる第三者(＝処分の名あて人)は、自己の法的地位が覆滅することはない、という関係にたつ。その意味で、(取消訴訟の)第三者への授益的処分の取消訴訟では、国(行政庁)は、第三者の「訴訟担当官」の性格をもつものである。
- (43) 認知訴訟では、もっぱら、「父子関係の証明」という命題をめぐって審理が行われる。ことごらの性質上、「母による原告の出産」の証明はさほど困難ではないが、右の命題の証明はきわめて困難で、「母はたしか、父は不たしか」という法諺も生まれるほどである。もちろん、こんにちでは、DNA鑑定にたかい証明力が認められているが、(とくに死

後認知訴訟では、つねにかかる鑑定が可能であるとはかぎらない。伝統的に、死後認知訴訟で行われてきた証明の概要は、以下のとおりである。倉田卓次「父子関係の証明」(鈴木忠一「三ヶ月章」新・実務民事訴訟法講座8)(一九八一年)所収)三五頁以下によるが、DNA鑑定および判例注記は、筆者がくわえた。主要の間接事実とされてきたのは、以下のとおりである。

- (一) 父と母の情交の存在(父が、原告の母の懐胎期に、妊娠可能な交接を、母と行ったという事実の存在)
- (二) 他男との情交の不存在(原告の母が、懐胎期に、妊娠可能な交接を、他男と行ったという事実の不存在)
- (三) 積極的補強事実

心証補強の間接事実群(母の職業や日ごろの生活態度などからの心証)  
 認知的言動(父に、じぶんの子であることを認めていたような言動 仕送りをしていた、名前をつけたなど があった)

身体的データ(血液型検査には、場合によっては、かなりたかい推認力があり、DNA鑑定については、ほぼ一〇〇%ちかい推認力があるようだが、判例で、なお信頼性が確立していないとして、これを排斥したものである 大分地判平成九年一月二日判例タイムス九七〇号二二五頁)

- (四) 消極的補強事実 DNA鑑定、血液型検査により父子関係が否定される場合は、ほぼ一〇〇%の推認力がある

(44) 鈴木忠一『非訟・家事事件の研究』(一九七二年)一一三頁以下に、興味ぶかい記述がされている。いわく、「筆者が昭和三年から昭和五年まで東京地方裁判所の人事訴訟部の裁判官として勤務した経験を記せば、(旧)人訴法第五条三項に基づき事件及び期日の通知は検察官(対応する東京地方検察庁検事正)に対して為されてゐたが、検察官はこれに応じて立会又は意見を述べることが全くなかった。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(民法七八七・人訴法二七・三二二・二二……)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ずべて不知(否認)となるのが普通で、被告たる検察官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。以上は、個人的経験にすぎないが、同僚に聞き合せて見た結果は他の裁判所でも大体同様であることが推測されるのである。」

(45) 岡垣「人事訴訟における正当な当事者」(鈴木忠一「三ヶ月章監修」新・実務民事訴訟法講座八)(一九八一年)三

二〇頁以下では、「死後認知について利害関係を有する第三者が認知を争つためには、民訴六四条による補助参加をして、検察官の訴訟活動に協力するほかはない。これらの第三者が認知の訴えにおいてなんら防衛をする機会も与えられないままに認知の判決が確定すると、後に紛争を生ずるおそれがある」という指摘がなされている。

この見解によれば、死後認知にともなう利害関係 相続関係 というのは、かなり切実なものであることがわかる。また、認知訴訟の段階で、かかる利害関係人を補助参加させておかなければ、かなりたかい確率で、利害関係人から後訴が提起されることもわかる。これが、民事の「どろどろした」関係というものである。

(46) 行政訴訟に第三者が訴訟参加する場合は、裁判所の許可（決定）によるところであるが、行政裁判法時代からの一貫した立場である。この分析については、新山・前掲（注5）参照）二八四頁以下を参照されたい。

(47) 筆者が何人もの実務家に聞いた範囲では、わが国の実務で、じっさいに、裁判所が職権で第三者に訴訟参加を命じた例は、知らないということであった。ということは、かりにあったとしても、裁判所がかかる職権を行使するのは、きわめて「まれ」であるということであろう。

裁判例において第三者の訴訟参加が問題となっているのは、大半は、第三者からの訴訟参加の申立てに対する裁判所の決定についてのものである。裁判所が第三者に訴訟参加を命じる職権の行使が裁判例において問題となるのは、その職権が行使されなかったことによつて、第三者が訴訟参加する機会を失つたと主張する、「第三者の再審の訴え」だけである。ところが、このような訴えが提起されたのは、これまで、わずか二件 大阪高判昭和四四年一月三〇日行集二〇巻一号一一五頁、東京地判平成一〇年七月一六日判例時報一六五四号四一頁 である。

このことから、裁判所がかかる職権を行使する例がすくないということを、間接的にうかがうことができるが、同時に、裁判所がかかる職権を行使しなかつたことで、訴訟参加する機会が失われたことを不当に思うという意識が、国民のわにもまつたくないということが、うかがわれるのである。

(48) 杉本・前掲（注41）参照）七七頁以下。

(49) 三四条に規定された「第三者の再審の訴え」も、再審である以上、訴訟参加できなかつた第三者が、通常を利用して救済方法ではなく、非常の不服申立方法である。したがつて、その再審事由は、それによつて判決を有利に変更するものではなければならず、従前の訴訟で提出したとしても、判決の結果が変わらないものは排除される。参照 南博方「高橋滋『条解行政事件訴訟法』第3版』（二〇〇六年）四三三頁（新山執筆）」。

(50) 旧人事訴訟手続法において、死後認知訴訟で検察官が被告とされるにいたった経緯については、注(20)を参照されたい。

このことについて、岡垣「人事訴訟における検察官の地位(一)」(同『人事訴訟の研究』(一九八〇年)所収)一〇七頁以下では、民法および人事訴訟手続法の制定された明治三二年当時には、公益の代表者たる検察官が当事者資格をもつ以外に、他の適当な機関がなかったためではないかと推測されている。しかし、現在(一九八〇年当時)では、国じしんが当事者または参加人となる訴訟については、法務大臣が国を代表し、同大臣は、その訴訟に関与させるため、所部の職員または行政庁の職員を指定するという制度が設けられ、「国の利害に係のある訴訟についての法務大臣の権限に関する法律(昭和二十二年法一九四)」<sup>51)</sup>、多数の専門的職員が配置されているので、旧態依然として、検察官に当事者資格を与え、そのあやまりなき遂行を要求するのは、あまりにも実情を無視するものであると、岡垣判事は、指摘されていた。

(51) 注(19)参照。

(52) 認知訴訟の本質がなにかは、民事訴訟理論において、なお、争い 確認訴訟説と形成訴訟説<sup>52)</sup> があるようである。松本・前掲(注6)参照)三三五頁によれば、形成訴訟説は、認知の訴えを、自然的血縁関係にもとづく法律上の親子関係の形成をめざす訴え、と解しているが、法は、自然的血縁関係の存在を基礎に法律上の親子関係を認めているので、認知の訴えでもっとも重要なのは、自然的血縁関係の存在である。したがって、この訴訟の審理の中心は、自然的血縁関係の存在の確認である、とされる。

この考えでいくと、真の、あるいは、客観的な「自然的血縁関係の存在」を確認するということが、「公益」ということになる。

(53) 参照、注(44)。

(54) 民事訴訟における「訴訟告知」の制度は、けつして、訴訟のそとにいる利害関係人に親切なものとはいえないようである。現在の民事訴訟理論では、参加的効力と結びつけて論じられる「訴訟告知」は、はっきりいって、訴訟当事者のための制度であると理解したほうが、わかりやすい。

補助参加が問題となる事例では、現在、訴訟当事者のあいだで争われている法律関係と、もうひとつ、その法律関係に密接にからんだ、利害関係人の法律関係を考えなければならない。そのふたつが密接にからんでいるということが、

どついつことかというところ、訴訟当事者のあいたの訴訟の結果しだいで、訴訟当事者のいっぽう、主たる当事者から、まちがいなく利害関係人に対する後訴が提起されるということである。このような関係において、補助参加、訴訟告知、参加的効力が問題となるのである。

そこで、主たる当事者にとつてなにか問題かというところ、利害関係人に対して後訴を提起したとしても、前訴において下された判断、判決を、利害関係人が尊重しないということがありうる、ということである。これは、民事訴訟では、既判力は訴訟当事者にしかおよばないので、とうぜんではある。

そこで、なんとか前訴のそとにいる利害関係人にも、前訴において下された判断を尊重させようというのが、「訴訟告知」参加的効力」のシステムである。民事訴訟における訴訟告知は、訴訟当事者からの利害関係人への告知である。それにより、利害関係人に前訴へ補助参加することをうながし、（補助参加しようがしまいが）主たる当事者とならんで、前訴において主張・証明をつくって争った以上、前訴の結果を、後訴において尊重しないというようなことは、ゆるさないという参加的効力を生ぜしめようというものである。

### 三 行政事件訴訟法のさらなる改正にむけて

#### (一) 改正人事訴訟法に対する行政法からの評価と反省

一 これまでの考察から、婚姻、養子縁組、親子といった身分関係の確定・形成をめざす人事訴訟は、実体的真実の探究ということがつよく要請され、公益、事実関係の解明に關わるものであることが、わかつた。その意味では、行政訴訟の目的あるいは特質とされてきたところと、つうずるものがある。そして、そのことのゆえに、死後認知訴訟で検察官が被告とされることになるわけだが、それにより、国（行政庁）が被告とされる処分取消訴訟の場合と、おなじ現象が生じるのである。それは、おなじく、訴訟の結果に切実な利害関係を有する者が、訴訟のそとにおかれるという現象である。

このことが、旧人事訴訟手続法<sup>56</sup>で問題視され、かかる利害関係人に補助参加しようと思えばできる機会を与える

という、まさにそのために、裁判所に職権告知を義務づける制度が新設され、さらに、改正人訴法<sup>(57)</sup>でも維持されたのである。そして、筆者が、このことをたかく評価する者であることは、すでに述べたとおりである。

二 それでは、この、職権告知の手続が改正人訴法にひきつづき規定されたことを、行政法の観点から評価してみよう。

ひとつは、国家が関わる訴訟<sup>(58)</sup>で、裁判所に訴訟のそとにいる者に対する配慮を義務づけたことである。これは、被告は検察官であるが、実質的な紛争の当事者はべつにいるという考慮にもとづくものである。このような者を、職権告知 補助参加という手法で訴訟に引き込むことで、紛争の抜本的解決をはかろうとするために、裁判所に積極的関与を求めるものであるが、考えてみると、これは、裁判所がいつぼうの当事者のがわに補助参加することをうながす措置をとることであり、厳格に当事者主義の貫かれる民事訴訟の領域では、画期的なことである。

しかるに、よりつよく国家が関わる取消訴訟において、かかる第三者に対する配慮が希薄であるのは、遺憾なことである。取消判決の効力により権利を侵害されることになる第三者が、処分の取消訴訟のそとにいることは、行訴法においても認識され、二二条の職権訴訟参加の規定に具体化されているが、このような職権が行使された例はほとんどない。考えてみれば、もっぱら処分の適法性審査に終始する取消訴訟の審理においては、審理の結果に深刻な利害関係をもつ者があるということは、直接、処分の適法性には関わらない。そこで、裁判所の視界には、かかる第三者は入らないのであろう。ただ、筆者が問題にしたいのは、行政庁があやまって訴訟外の第三者に授益的な行政処分をして、それが取り消されることで(処分をあてこんで投資したような)不測の損害をこうむらうとしている第三者に、裁判所がまったくなんの配慮もしないのは、おなじ国家の機関として、裁判所は、あまりに冷淡ではないのか。おなじく、国家機関の検察官が被告となる人事訴訟においては、訴訟のそとにいる利害関係人まで目をくばりながら、処分の取消訴訟においては、裁判所は、取り消そうとする処分の名あて人である第三者に、な



ぜ、かくも無関心でいられるのか、ということである。<sup>(59)</sup>

もうひとつは、あらたに（行訴法二二条の職権訴訟参加にならった）「強制参加」の手續を新設しながら、いっぽうで、職権告知の手續をべつに規定したまま維持したことである。筆者は、職権訴訟参加と訴訟係属の通知の關係について、すでにあきらかにしたが、<sup>(60)</sup>裁判所が第三者を職権で訴訟参加させる場合には、とうぜん、その前提として、第三者にはかかる取消訴訟が係属している旨が通知される。したがって、理論的には、職権告知は、職権訴訟参加の規定のなかに包括され、べつに規定する必要はないといえる。にもかかわらず、強制参加の規定とはべつに、職権告知の規定が維持されたのは、訴訟のそとにいるが訴訟の結果に利害關係を有する者にとつては、かかる訴訟が係属しているということを知ることが、いわば最低限の手續保障であるという、ただししい認識にたっているものと思われる。

このことを、行政訴訟の反省のうえに評価すると、以下のとおりである。職権訴訟参加の規定いっぽうである行訴法のもとでは、けつきよく、かかる職権を裁判所が行使することは、ほとんどなかった。その理由のひとつとして考えられるのは、裁判所が職権で第三者に訴訟参加を命ずる場合は、（当事者、第三者の意見を聞くなどの慎重な手續をふんだつての）決定によるとされているからであろうと思われる。つまり、裁判所に重大な決意があるということである。<sup>(61)</sup>この事情は、人事訴訟においてこれから強制参加が運用されていくにあたっても、おなじであると思われる。ただ、申出による補助参加のみが行われてきた民事訴訟では、訴訟の推移に切実な関心をいだくはずの利害關係人には、かかる訴訟が係属したということ通知しさえすれば、ほぼ、その者は補助参加の申出をしてくるはずである。また、その場合に、職権告知をうけたにもかかわらず申出をしない者を、むりやり訴訟に引き込む必要があるのか、ということはいっぽうで考えれば、第三者に対する手續保障の中心は、やはり、職権告知であるという結論になる。このことは、ほとんど第三者からの申立てによる訴訟参加のみが行われてきた取消訴訟にお

いても、おなじである。

(二) 行政事件訴訟法のさらなる改正にむけた提言

一 筆者は、まえに、処分を取り消す判決により直接に法的地位を覆滅される関係にある第三者に対する、最小限の手續保障として、「職権告知」を裁判所に義務づけることを、二二条および三四条にもりこんでほしいと提言した。<sup>(62)</sup>いま、あらためて、改正人訴法二八条の規定を参考に、以下のことが検討していただけるよう、提言するしだいである。

二 その趣旨、および、改正の要点は、以下のとおりである。

〔趣旨〕

名あて人に権利・利益を付与した行政処分の取消しを求める訴えが、名あて人以外の者から提起されたときは、ただちに、その旨を、裁判所が、職権により名あて人に「告知」し、名あて人が、かような訴訟が係属したことを認知し、損害の拡大を防止するなどの措置をとることができるようにするとともに、訴訟参加の申立てをするどうか考慮できるようにする。

〔改正の要点〕

1、行訴法二二条について

現行二二条一項に、「名あて人にとって授益的な処分の取消しを求める訴えが提起したときは、裁判所は、ただちに、名あて人に、訴訟が係属したことを通知するものとする」ということを、そう入する。もしくは、別条をたて、そこに規定する。

2、行訴法三四条について

現行三四条一項の、「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ため」のまえに、「裁判所からの訴訟係属の通知をつけなかつたなど」を入れ、「裁判所からの訴訟係属の通知をつけなかつたなど、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ため」とする。

(55) これは、とくに、行政事件訴訟特例法時代から行政事件訴訟法制定直後にかけて、田中二郎博士や雄川一郎博士によって強調されてきたところであるが、そのあとは、実体的真実の探究ということを行政訴訟の主要な目的にする立場は、あまり見あたらないようである。このことじたいが、わが国の行政訴訟の理論の発展において興味づかいことがあるので、筆者のこのあとの研究において、その意味するところを解明したいと思う。

(56) 平成八年法一一〇

(57) 平成一五年法一〇九

(58) 民事の法律関係に関する紛争に、国家の機関である検察官が介入することについては、歴史的に、ドイツやフランスにおいて、争いがあったようである。参照、鈴木・前掲(注44)参照) 九九頁以下。

(59) 参照、新山・前掲(注5)参照) 五三七頁以下。

(60) 参照、新山・前掲(注5)参照) 五四一頁以下。

(61) 参照、新山・前掲(注5)参照) 五四二頁。

(62) 参照、新山・前掲(注5)参照) 五六七頁以下。

(しんやま・かずお=本学教授)