

戸籍事務管掌者が親権変更の確定審判に基づく戸籍の届出を不受理とすることの可否**【文 献 種 別】** 決定／最高裁判所第一小法廷**【裁判年月日】** 平成 26 年 4 月 14 日**【事 件 番 号】** 平成 25 年（許）第 26 号**【事 件 名】** 市町村長処分不服申立ての審判に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件**【裁 判 結 果】** 破棄**【参 照 法 令】** 民法 819 条、戸籍法 79 条・121 条**【掲 載 誌】** 民集 68 巻 4 号 279 頁、裁時 1602 号 1 頁、判時 2271 号 40 頁、判タ 1417 号 71 頁
LEX/DB 文献番号 25446367**事実の概要**

原告人（実父）と B（実母）は、平成 14 年 8 月に婚姻し、同年に A（子）をもうけたが、平成 18 年 10 月、A の親権者を B と定めて協議離婚をした。B は、平成 20 年 1 月、C と再婚し、C は、同年 3 月、A と養子縁組をし、A は、実親である B と養親である C の共同親権に服することとなった。C は、A に対し、しつけと称して、身体を叩くなどの体罰を繰り返し、平成 23 年 1 月、A の通う小学校から児童相談所及び警察へ虐待の通告がされ、A は、児童相談所に一時保護された。C が A に対する傷害事件で逮捕されたことは新聞報道された。これらの事実を知った原告人は、A の親権者を B 及び C から原告人に変更することを求める調停を福島家庭裁判所に申し立て、審判に移行した後、同裁判所は、平成 24 年 1 月、A の親権者を B 及び C から原告人に変更する審判（以下「別件審判」という）をした。B 及び C は、別件審判に対し即時抗告をしたが、仙台高等裁判所は、同年 3 月、即時抗告を棄却する決定をし、別件審判が確定した（仙台高等裁判所平成 24 年（ラ）第 46 号）。

原告人は、別件審判の確定後である平成 24 年 3 月、親権者変更の届出（以下「本件届出」という）をしたが、相手方（戸籍事務管掌者）は、本件届出を不受理とする処分をし、同年 5 月、原告人に対し、不受理証明書を交付した。同証明書には、「当該親権者変更の申立てを請求し得る法律上の根拠がなく、また、当該申立てによる審判に基づく届出も戸籍法上許容されないため、受理しなかったことを証明する。」との記載がなされている。原告人は、戸籍法 121 条に基づき、福島家庭裁判

所に対し、相手方に本件届出の受理を命ずることの申立てをした。

原々審（福島家審平 24・12・25 民集 68 巻 4 号 301 頁）は、確定した別件審判が明白に法令に反しており、戸籍記載が戸籍関係法規に反して許容できないということはいえず、本件事情を踏まえれば、戸籍記載をしないで放置することが、子の福祉に反する結果になるとして、原告人の申立てを認容し、相手方に対して本件届出の受理を命ずる旨の審判をした。相手方が抗告し、原審（仙台高決平 25・6・25 民集 68 巻 4 号 309 頁）は、(1) 実親と養親の共同親権に服する場合、民法 819 条 6 項に基づく親権者の変更をすることはできないので、別件審判は違法であり、また、(2) 別件審判は、実体法規に反するものであることが形式上明らかであるから、相手方が本件届出を不受理とする処分をしたことに違法はないと判断し、本件申立てを認容した原々審判を取り消し、本件申立てを却下した。そこで、原告人は原審の取消決定に対する許可抗告を申し立てた。

本件最高裁決定（以下「本決定」という）は、原審の (1) は是認できるが、同 (2) は是認することができないとして、原決定を破棄した。

決定の要旨

1 民法 819 条は、1 項から 5 項までにおいて、子の父母が離婚する場合等には、子は父又は母の一方の単独の親権に服することを前提として、親権者の指定等について規定し、これらの規定を受けて、6 項において、親権者の変更について規定して、親権者を他の一方に変更することができるとしている。このような同条の規定の構造や同条

6 項の規定の文理に照らせば、子が実親の一方及び養親の共同親権に服する場合、子の親権者を他の一方の実親に変更することは、同項の予定しないところというべきである。他方、上記の場合において、親権者による親権の行使が不適切なもので子の保護の観点から何らかの措置をとる必要があるときは、親権喪失の審判等を通じて子の保護を図ることも可能である。そうすると、〔①〕子が実親の一方及び養親の共同親権に服する場合、民法 819 条 6 項の規定に基づき、子の親権者を他の一方の実親に変更することはできないというべきである。

2 しかし、〔②〕審判による親権者の変更は、その届出によって親権者変更の効力が生ずるのではなく、審判の確定によって形成的に親権者変更の効力が生ずるのであるから、たとえ当該審判が誤った法令の解釈に基づくものであったとしても、当該審判が無効であるためその判断内容に係る効力が生じない場合を除いては、確定審判の形成力によって、親権者変更の効力が生じ、当該審判によって親権者とされた者は子の親権者として親権を行使することができることになる。しかるに、このような親権者の変更が戸籍に反映されないとすると、子の親権に関し無用の紛争を招いて子の福祉に反することになるおそれがあるほか、身分関係を公証する戸籍の機能を害する結果ともなるものである。また、〔③〕戸籍事務管掌者は、戸籍の届出について法令違反の有無を審査する権限を有するが、法令上裁判所が判断すべきものとされている事項についての確定審判に基づく戸籍の届出の場合には、その審判に関する審査の範囲は、当該審判の無効をもたらす重大な法令違反の有無に限られるものと解される。そうすると、〔④〕戸籍事務管掌者は、親権者変更の確定審判に基づく戸籍の届出について、当該審判が無効であるためその判断内容に係る効力が生じない場合を除き、当該審判の法令違反を理由に上記届出を不受理とする処分をすることができないというべきである。これを本件についてみると、別件審判は、民法 819 条 6 項について上記 (1) とは異なる解釈を採って、C が A に対してしつけの名の下に体罰を繰り返してきたことなどから A の親権者を B 及び C から他方の実親である原告人に変更したものであるところ、このような解釈を採ったことをもって直ちに別件審判が無効となるものという

ことはできない。

判例の解説

一 本決定の意義

本決定は、戸籍事務管掌者は、親権者変更の確定審判に基づく戸籍の届出について、当該審判が無効であるためその判断内容に係る効力を生じない場合を除き、当該審判の法令違反を理由に当該届出の不受理処分をすることはできないとの判断を示した。①において、別件審判に違法はあるが、②において、それが無効といえないのであれば、審判の効力が生じている以上、そのことを戸籍に反映させる必要があり、③を踏まえて判断したところ、④において、当該届出の不受理処分をすることは許されない、との判断枠組を示している。

まず、①について、裁判例は肯定事例（大阪高決昭 43・12・24 家月 21 巻 6 号 38 頁）と否定事例（東京高決昭 48・10・26 判時 724 号 43 頁）に分かれていたところ¹⁾、最高裁として否定説を支持した。つぎに、②において、親権者変更の確定審判につき明示的に形成力を認める判断を示し、③において、戸籍事務管掌者の審査権の範囲を画する判断を示した。そして、④で、確定審判の無効事由を限定する判断を示している。本決定は、確定審判の形成力や審判の無効についての判断を示しており、手続法的にも意義を有する。

二 親権者変更の可否と不受理処分の可否

未成年者の嫡出子の親権者はその父母であり（民法 818 条 1 項）、父母の婚姻中は、父母が共同して親権を行使する（同条 3 項本文。共同親権共同行使の原則）。父母が協議上の離婚をするときは、協議で、その一方を親権者と定めなければならず（民法 819 条 1 項）、裁判上の離婚の場合は、裁判所が父母の一方を親権者と定める（同条 2 項）。この場合、共同親権から単独親権に変更される。民法 819 条 6 項は、親権者変更の審判（調停）手続を定めている。親権者の変更は、当事者の協議だけで行うことはできず、家庭裁判所の審判又は調停によって行わなければならない（家事事件手続法 39 条・167 条・244 条・別表第 2 の 8）。離婚等により、親権者と定められた父母の一方が再婚し、その配偶者が子と養子縁組をした場合は、実父母の一方と当該配偶者（養親）が共同で親権を

行使することになる（民法 818 条 1 項～3 項）。当該実親と養親が子を虐待しているような場合、両者の親権を他の実親に変更する必要がある。しかし、民法 819 条 6 項により親権変更の手続をとることはできない。当該実親と養親の親権を剥奪又は停止するには、子、その親族、未成年後見人等の請求による親権喪失の審判（民法 834 条）や親権停止の審判（民法 834 条の 2）によらなければならない。

本決定は、別件審判には、民法 819 条 6 項の解釈適用について法令違反があったとした。そこで、戸籍事務管掌者において法令違反を理由とする戸籍の届出を不受理とすることの可否が問題となる。これについては、確定審判の形成力や審判の無効との関係において検討する必要がある。

三 確定審判の形成力

審判は、審判を受ける者に告知することによってその効力を生ずる（家事事件手続法 74 条 2 項）。審判は、即時抗告期間の満了により確定する（同条 4 項）。審判が確定すれば、内容上の効力が生じるが、審判の効力として、執行力、形成力（形成的効力）及び既判力の有無が問題となる²⁾。形成力は、裁判の内容通りに権利又は法律関係の変動（発生・変更・消滅）を生じさせる効力である。家事審判は、裁判所の裁量によって当事者間の法律関係を規整するものであるから、これらについての審判は新たに法律関係を形成するものと解することができる³⁾。審判により具体的に形成された法律関係については、審判の形成力⁴⁾に基づいて、当事者のみならず何人によっても、また裁判をした裁判所に限らず他の官庁によっても承認されなければならない⁵⁾。この理由を本件との関係でみれば、確定審判の形成力によって親権者変更の効力が生じている以上、当該審判が無効であるためその判断内容に係る効力が生じない場合を除き、身分関係を公証する戸籍にこれを反映させる必要があるということになろう。そこで、戸籍事務管掌者の法令解釈（審査）権（民法 740 条など）との関係が問題となる。戸籍事務管掌者が届出の受否を決するには、届出が偽造ではなく真実の届出義務者あるいは届出人の届出であるか否か、届出の内容が民法・戸籍法その他法令に違反していないかどうか、実質的形式的要件を具備しているかどうかを審査してなさなければならない⁶⁾。

しかし、確定審判に基づく戸籍の届出（報告的届出）は、婚姻の届出（創設的届出）の場合と異なり、戸籍事務管掌者の審査の範囲も限定されよう。本決定もそのことを踏まえ、「確定審判に基づく戸籍の届出」の審査の範囲は「当該審判の無効をもたらす重大な法令違反の有無に限られる」としている（市町村長の実質的な法令審査権を認めないものと解することもできよう）。いかなる場合に「重大な法令違反」といえるのかが問題となる。

四 審判の無効

判決が上訴などによって取り消されなくとも、内容上の効力（既判力、執行力、形成力）を生じさせない場合がある。これを判決の無効という。無効な判決は、およそ一切の効力を生じないわけではない（積極説）⁷⁾。実在しない者を当事者とした判決、治外法権者に対する判決、当事者適格のない者の得た形成判決などが、その例とされる⁸⁾。このような判決でも、手続上は有効に成立したものである以上、その確定によって訴訟を終了させる効果はある。外形的には判決が存在するから、上訴、再審によって取り消すことができる⁹⁾。家事審判についても審判の無効が問題となる¹⁰⁾。いかなる場合に審判が無効となるかについては、判決の無効の場合と同様に解される¹¹⁾。本決定は、不受理処分が許されるのは、「当該審判が無効であるためその判断内容に係る効力が生じない場合」としており、積極説に立つものと思われる。そして、別件審判は、民法 819 条 6 項の解釈に違法はあるが無効ではないとしている。

下級審の裁判例に本決定と類似の事案がある。名古屋高決昭 49・7・3（高民集 27 巻 3 号 231 頁）は、父の死後 3 年以上経過した後に婚外子が検察官を相手として父子関係存在確認の訴えを提起し、認容判決を得て、自らの戸籍に父の記載を求めて戸籍訂正申請をしたものである。名古屋高裁は、当該父子関係存在確認判決に認知の裁判に代わる効力を認めることは民法 787 条を完全に無視することになり、当該判決が確定しても認知の効力が生じないことは明らかであると述べ、当該申請の受理は実体法規に抵触し無効なことの明白な記載を戸籍上に現出することになり、区長はそのような申請を受理することはできないとした¹²⁾。また、名古屋高裁は、戸籍事務管掌者の審査の対象について「届書における記録事項の具備、法令

に要求された証明書の添付等形式的要件の審査をなしうるにとどまらず、……ある程度の実質的要件の存否の審査もこれをなしうるのであり、ことに、届出事項が虚偽なることまたは実体法規に抵触したためにその効力を生ぜざることの明らかな場合には戸籍の記載を拒否することができる」としている。これは、一定の実質的審査権及び法令審査権を肯定したものであろう¹³⁾。これと異なり、本決定は、別件審判について、民法 819 条 6 項の解釈に違法はあるものの、他方の実親を親権者としており、無効でないとした。民法 819 条につき「しつけの名の下に体罰を繰り返してきた」未成年者の親権者を他方の実親に変更できるとの解釈に基づき、親権者変更ができると解釈したことが「重大な法令違反」があるとはいえないとしている¹⁴⁾。本決定と名古屋高裁決定の結論が異なったのは、本決定が審査権の範囲のみならず実質的な審判無効の重大性を基準として判断したからであろう。このようにみると、①をめぐる議論の余地は残されていることになる¹⁵⁾。

五 本決定の射程と残された課題

本決定は、親権者変更の確定審判に基づいて戸籍の届出をした場合についての判断であるが、確定審判に形成力を認め、これを根拠としていることから、判決による離婚のように当該判決の確定により効力の生ずるものについての戸籍の届出の場合にもあてはまらう。本決定により、法令違反と考えられる審判であっても、当該審判の無効をもたらす重大な法令違反でない限り、審判書のとおり戸籍を訂正せざるを得ないこととなる¹⁶⁾。裁判所の判断と法務局・法務省の見解や解釈が異なる場合はありえるところ、本決定に関連して、法令違反があると思料される調停に基づく親権者の変更の届出について、受理して差し支えない旨の回答がなされている¹⁷⁾。戸籍事務管掌者が個別事案において、審判の無効をもたらす「重大な法令違反」の有無の存否について判断することは困難を伴うことになる¹⁸⁾。今後の課題であろう。

●——注

- 1) 否定説が通説的見解である。山名学「子が一方の実親と養親の共同親権に服する場合の他方の実親の親権者変更の申立ての可否」沼邊愛一ほか編『家事審判事件の研究 (I)』(一粒社、1988 年) 176 頁以下、最高裁判所事務総局家庭局「昭和 45 年 3 月開催家事審判官合同概要」

- 家月 22 巻 9 号 (1970 年) 33 頁。
- 2) 日野忠和「審判の効力」岡垣孝＝野田愛子編『講座実務家事審判法 (I)』(日本評論社、1989 年) 201 頁以下、松川正毅ほか編『新基本法コンメンタール人事訴訟法・家事事件審判手続法』(日本評論社、2013 年) 267 頁〔徳田和幸〕。
- 3) 鈴木忠一「非訟事件の裁判と執行の諸問題」曹時 13 巻 11 号 (1962 年) 20 頁〔鈴木忠一『非訟・家事事件の研究』(有斐閣、1971 年) 1 頁以下所収〕、日野・前掲注 2) 202 頁。
- 4) 対世的効力を有し、当事者以外の第三者もこれを承認しなければならない。斎藤秀雄＝菊池信雄編『注解家事審判法〔改訂版〕』(青林書院、1992 年) 630 頁〔飯島悟〕。
- 5) 鈴木忠一『非訟事件の裁判の既判力』(弘文堂、1961 年) 49 頁、日野・前掲注 2) 202 頁。家庭裁判所が認容裁判をした場合には、家庭裁判所の職分管轄性により、他の裁判所や関係人も拘束されるとの見解もある。鈴木正裕「非訟事件の裁判の既判力」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 (7)』(日本評論社、1969 年) 106 頁以下。
- 6) 谷口知平『戸籍法〔新版〕』(有斐閣、1973 年) 113 頁、名古屋高決昭 49・7・3 高民集 27 巻 3 号 231 頁。
- 7) 雫本朗造「裁判ノ無効」『民事訴訟法の諸問題』(有斐閣、1955 年) 273 頁、岩松三郎＝兼子一『法律実務講座 民事訴訟篇第 5 巻 第一審手続 (4)』(有斐閣、1962 年) 8 頁。
- 8) 兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』(酒井書店、1965 年) 333 頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第 5 版〕』(弘文堂、2011 年) 676 頁。
- 9) 新堂・前掲注 8) 677 頁。
- 10) 斎藤＝菊池編・前掲注 4) 634 頁以下〔飯島悟〕。
- 11) 佐上善和『家事審判法』(信山社出版、2007 年) 250 頁。
- 12) 大阪高判昭 48・9・28 家月 26 巻 9 号 66 頁も、民法 787 条所定の認知の訴えの出訴期間経過後に、父子関係存在確認の訴えを提起することはできないとする。
- 13) 平田厚「本件判批」民商 150 巻 3 号 (2014 年) 452 頁。
- 14) 村重慶一「本件判批」戸籍 720 号 (2014 年) 75 頁。「重大な法令違反」は、審判自体の無効性・違法性が極めて明白な事案に限られよう(澤田省三「本件判批」戸籍 917 号 (2015 年) 25 頁の引用事例)。親でない者に親権者を変更する審判は、「重大な法令違反」となろう。常岡史子「本件判批」ひろば 68 巻 5 号 (2015 年) 57 頁。
- 15) 常岡・前掲注 14) 61 頁注 32 が参考になる。
- 16) 戸籍制度に関する研究会資料 9「戸籍記載の正確性の担保について」(戸籍制度に関する研究会第 9 回会議 (2015 年 7 月 30 日) 配布資料 4 頁)。
- 17) 平成 26・6・11 民一第 702 号民事第一課長回答、戸籍 901 号 (2014 年) 109 頁以下。
- 18) 安達敏男＝吉川樹士「本件判批」戸籍 712 号 (2014 年) 54 頁。