

# 被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けている と主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

大阪高等裁判所平成二二年五月二一日決定（平成二二年（ラ）第一九四号補助参加  
申出却下決定に対する抗告事件）判例タイムズ二三三八号二三三頁―取消・自判〔確  
定〕

池田 愛  
川嶋 四郎

## 【事実】

本件の本案事件は、長男X（原告・相手方）が母Y（被告）との間で、平成一七年八月三日頃、株式会社C・D（以下「訴外会社」という）の株式につき、贈与契約（以下「本件贈与契約」という）を締結したと主張し、Yに対して、C（株券不発行会社）の普通株式につき株式譲渡承認請求及びこれを停止条件とする株主名簿書換請求手続を、株式会社D（株券発行会社）の普通株式につき株券引渡しを、それぞれ求めた事実である。

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

同志社法学 六三卷二号 四三四 (一三〇二)

なお、YにはX及びA（原告人）の二名の推定相続人がいる。Yは、アルツハイマー型痴呆の末期症状を示し知的能力が高度に障害されている状態にあるとの鑑定の結果に基づき、平成一九年四月一九日、後見開始の審判を受け、E弁護士がその成年後見人に選任された。E弁護士は、本案事件の第一回口頭弁論期日において、今後、贈与の事実及び贈与の際のYの意思能力について争う予定である旨を陳述し、同日後に、「本件訴訟は訴外会社等の経営等をめぐるAとXとの紛争の一環であるから、本件訴訟の真の解決のためには実質的な紛争当事者であるAに訴訟追行を委ねなければならぬし、また、Aは、本件贈与契約の事実及びYの意思能力についてもよりよく主張立証をし得る」としてAに訴訟告知をした。これを受けて、本案訴訟の第二回口頭弁論期日前にAがYのために補助参加を申し出たところ、これに対してXが異議を述べた。なお、その際Aは、平成一七年六月一日、Yがその所有する財産全部を自己に相続させる旨の公正証書遺言（以下「本件遺言」という。）を作成した旨を主張している。

原決定（京都地裁平成二二年二月三日決定・判例集未登載）は、Aによる補助参加の申出を、「本件遺言の効力発生前にはAは本件株式に対して権利を有するものではなく、本件贈与契約によつて、Aが本件遺言により取得する遺産が減少し、あるいは訴外会社等における相手方Xの持株比率が増加するとしても、これらは本案被告Yの財産処分の結果として事実上影響を受けるにすぎないから、本案被告法定代理人よりもAの方が本件贈与契約締結当時の事情や本案被告の意思能力を良く知り得る立場にあったとしても、Aに補助参加を許すべき利害関係があるとはいえない」として却下したため、Aが抗告した。

#### 【決定理由】

本決定は次のように判示し、原決定を取り消し、AのYへの補助参加を許可した。

i) 本決定は、まず、「民事訴訟法四二条所定の補助参加が認められるためには、専ら訴訟の結果につき法律上の利害関係を有する場合に限られ、単に事実上の利害関係を有するにとどまる場合は補助参加は許されない」と述べたうえで、次のような判断をした。

「ii) 本件において、Aは、遺留分を有する本案被告の推定相続人であるとともに、本案被告からすべての財産を相続させる旨の遺言を受けた者である旨主張するところ、確かに、推定相続人は、将来相続開始の際、被相続人の権利義務を包括的に承継すべき期待権を有するにすぎず、また、本件遺言が遺産分割方法の指定を定めたものか包括遺贈を定めたものかは措くとして、かかる遺言が存したとしても、遺言者である本案被告の生存中は、本件遺言によって原告人は何らの権利をも取得しないものである（最高裁判所昭和三〇年二月二六日第三小法廷判決・民集九卷一四号二〇八二頁、最高裁判所昭和三二年一〇月四日第一小法廷判決・民集一〇卷一〇号一二二九頁参照）。しかし、遺留分を有する推定相続人の地位も、一定の欠格事由又は廢除事由がない限り、みだりに剥奪されないという限度において法的な評価がされているものといえるし、遺言については、遺言者に撤回の自由が認められているものの、遺言者が死亡までの間に遺言を撤回し、あるいは遺贈の場合に受遺者が先に死亡しない限り、遺言者の死亡と同時に確定的にその効力が生じ、その効力については強い法的保護が与えられる。そして、本案被告と相手方との本件贈与契約が有効に締結されたとすれば、本件株式は本案被告の遺産の範囲から逸出するとともに、本件遺言も本件株式に関する部分については撤回されたとみなされることになるから、Aは、本件贈与契約の成否及び有効性につき重大な利害関係を有するものといえるのであって、Aの主張する上記地位が全くの事実上のものであるということとはできない。

iii) しかも、本件においては、訴訟当事者である本案被告は、アルツハイマー型痴呆により平成一九年四月一九日に後見開始の審判を受けており、法定代理人成年後見人によらなければ訴訟行為をすることができないし、本件贈与契約が

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

同志社法学 六三三卷二号

四三六 (一三〇四)

締結されたとされる当時の事情も自ら供述することができない状況にある。同成年後見人であるE弁護士は、本件贈与契約の成否及び有効性を争う意向であるところ、同弁護士も、本件訴訟の真の解決のためには実質的な紛争当事者であるAに訴訟追行を委ねなければならぬし、また、本件贈与契約の成否及び本案被告の意思能力についてもAがよりよく主張立証をし得る旨主張している。他方、Aが本案事件の訴訟に補助参加しないまま本案訴訟の判決が確定した場合には、Aは、本案被告の包括承継人として、もはや本件贈与契約の成否又は有効性を争う余地はなくなることになる。iv) そうすると、本件贈与契約の成否及び有効性をめぐると実質的な紛争当事者は、正にAであるともいい得るのであって、Aが本案事件の訴訟に関与することは、同訴訟の訴訟資料を充実させ、ひいては真相の究明に資するものと認められるところ、本件紛争の実態にかんがみれば、Aには、単に本案訴訟の証人として証言させるだけではなく、A自身の利益を守るために本案訴訟で弁論する機会を与えることが、公平の理念に照らし、むしろ相当であると認められる。したがって、以上のような本件事情の下においては、Aが本案訴訟の結果につき単に事実上の利害関係を有するにすぎないとするのは相当でなく、Aは、本案訴訟に補助参加人として関与するに足りる法的利益を有するものと認めるのが相当である。

v) 以上によれば、Aの本件補助参加申出は理由があるからこれを許可すべきであり、これを却下した原決定は取消しを免れない。よって、原決定を取り消すこととして、主文のとおり決定する。」

### 【批評】

#### 一 本決定の意義

本決定は、Yから財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する、Yの推定相続人Aの補助参加を認

めた裁判例であり、評者はこの結論に賛成である。しかしながら、伝統的な補助参加の利益に関する考え方に立脚し、Aの実体法上の地位に関する帰結を直接適用して厳格に補助参加の利益の存否を判断したならば、おそらくこの結論は否定的に解されるであろう。本決定においてAの補助参加が認められたのは、本件事案にみられる特殊性をも考慮した結果であり、その点で、本決定は、補助参加の許否につき弾力的に判断したものと見て、意義を有すると言える。<sup>(1)</sup>

## 二 問題の所在

補助参加の要件としては、参加人である第三者が「訴訟の結果について利害関係を有すること」が必要とされている（民訴四二条）。この利害関係は、一般に、単なる事実上の利害関係では足りず、法律上の利害関係でなければならぬ<sup>(2)</sup>。そして、「法律上の利害関係を有する場合は、当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合をいうもの（最決平成一三年一月三〇日民集五五卷一三〇頁）」と解されている。このことから、法律上の利害関係があると言えるためには、第一に、第三者が法的地位又は法的利益を有していること、第二に、当該訴訟の結果が第三者の法的地位に影響を及ぼすことが、必要となる。前者について具体的に言えば、たとえば、親友や親戚が訴訟を提起されて気の毒だからという感情的なものでは足りない<sup>(3)</sup>、被告が敗訴すると財産が減少するからと言う経済上のものでも足りない<sup>(4)</sup>。後者については、どのような意味での影響が及ぶことを要するのか学説上争いはあるが、判決の法的効力が及ぶ場合に限られず、「事実上」影響が及ぶ場合も含まれるとするのが通説である<sup>(5)</sup>。本件参加人Aは、推定相続人であるとともに、被告から全ての財産を相続させる旨の遺言の作成を受けている地位にある。したがって、もし仮に本件贈与契約が有効に締結されたとすれば、本件株式は将来Aが相続するはずだった相続財産の範囲から逸出するとともに、本件遺言も本件株式に関する部分については撤回されたとみなされることになる。こ

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

同志社法学 六三卷二号 四三八（一三〇六）

のような推定相続人ないし受遺者の地位にあるAは、補助参加を認めるに足る法的地位又は法的利益を有するかが問題となった。

### 三 推定相続人ないし受遺者の地位

民法では、推定相続人の地位については、少なくとも相続人としての欠缺事由（民八九一条）がない限り、廃除の手續によらなければ剥奪されない（民八九二条）と言う意味で、法律上の保護を受けることから、これを一種の期待権とみる見解が判例（最判昭和三〇年一月二六日民集九卷一四号二〇八二頁（以下、「昭和三〇年判決」と呼ぶ。）、東京地判昭和四一年一月一八日判時四七二号五七頁）・通説<sup>7)</sup>であるが、他方、その権利性を否定し、将来における相続財産承継の可能性に対する希望的地位にとどまるものとみる見解も有力に主張されている。ただし、推定相続人の地位を一種の期待権とみる見解であっても、その地位については、一般に期待権と言われているものの典型例である条件附権利にみられるような保護（民二八条・二二九条）は認められず、その権利性は極めて微弱なものであると解している<sup>9)</sup>。したがって、どちらの立場であっても、推定相続人の地位は相続財産に対する確定的な地位でもなければ支配的な地位でもなく、相続開始前の相続人は、被相続人の財産に対してはなんらの具体的な権利を有しないことに異論はない。そのため、推定相続人は、被相続人の財産を処分することはできないし、被相続人がその財産を任意に処分したからといって、そのことにより現実的にはなんら法律上の不安若しくは危険を蒙るものと解することはできないとされる<sup>10)</sup>。

受遺者の地位についても、判例は、①遺言の効力発生時期が、遺言者死亡の時であること、②遺言者は何時でも遺言を撤回できること及び③遺言者の死亡以前に受遺者が死亡した場合には遺贈の効力は生じないことなどを理由に、遺言者の生存中は受遺者においては何らの権利をも取得せず、したがって、この場合受遺者は将来遺贈の目的物たる権利を

取得することの期待権すら持つてはいないとし（大判明治三十九年一〇月一〇日民録一二卷一二五三頁、最判昭和三二年一〇月四日民集一〇卷一〇号一二二九頁（以下、「昭和三二年判決」と呼ぶ。）、前記最判平成二三年一月三〇日）、学説においてもこの理解が通説的見解である<sup>11)</sup>。なお、これを期待権とする見解もあるが、その場合であっても、受遺者の有する相続開始前の法的地位の効果としては、権利の保存としての請求権保全の仮登記が考えられるにとどまるとされる<sup>12)</sup>。

このような理解を前提にすれば、推定相続人ないし受遺者は、法律上の地位を有すると言えるのか、それとも全くの事実上の地位又は利益しか有しないのか、極めて曖昧な地位であると言える。仮に法律上の地位を有すると評価できても、それが訴えの利益を肯定できるほどのものではないことは、推定相続人もしくは受遺者に関して訴えの利益を否定している先例から明らかとなる<sup>13)</sup>ところである。補助参加の利益に関しても、これまでの裁判例は、推定相続人が被相続人に補助参加することにつき、「参加申出人が被参加人の相続人であるということが補助参加をなすについての法律上の利益あるものといえない」として、推定相続人の参加申出を却下しており（東京高決昭和三四年三月一六日下民集一〇卷三号四九六頁）、本件の原決定もAが事実上の利害関係しか有しないことを理由に却下している。その一方で、本決定は、前記昭和三〇年判決および三二年判決を引用し、「推定相続人は、将来相続開始の際、被相続人の権利義務を包括的に承継すべき期待権を有するにすぎず、また、遺言者である本案被告の生存中は、本件遺言によつて原告人は何らの権利をも取得しないものである」としつつも、しかし、「Aの主張する上記地位が全くの事実上のものであるということはできない」と述べ、さらにその後、本件の具体的事情をも考慮して、Aの補助参加を認めている。

#### 四 判例と学説

補助参加の許否に関する事件の中で、法律上の利害関係の有無が争点となつた事例は多数にのぼる。この「法律上の

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

同志社法学 六三卷二号

四四〇（一三〇八）

利害関係」があると評価できるためには、二で述べた二つの要件を満たすことが必要であり、その両者ともに満たさない場合、もしくは、一方は満たすが他方は満たさない場合、そのどちらの場合であっても区別なく事実上の利害関係しか有しないと判断される。しかし、事案の検討をするためには、どちらの要件が問題となつておるかを分けて考える方が明瞭であろう。というのも、どちらが要件となつておるかで、考慮する要素が異なつてくると思われるからである。そこで、ここでは本件のように、参加人の地位が法的利益又は法的地位を有するかが問題となつた事案で、その地位が事実上のものであるのか、法律上のものであるのかが一義的に明確ではないものにつき、法律上の利害関係を有するとして補助参加を認めた事例（判例等）を紹介し、それらをめぐる学説を概観したい。<sup>15)</sup>

まず、注目すべき裁判例として、名古屋高決昭和四三年九月三〇日高裁民集二二卷四号四六〇頁（以下、「昭和四三年決定」と呼ぶ）を挙げる事ができる。この事案は、所在不明の夫を被告とする保証債務履行請求について、妻が夫のために補助参加を申し出た事案である。右決定は、これにつき「夫婦の一方が金銭給付の訴を受け、所在不明のため公示送達により進行中の訴訟に应诉、防禦方法の提出その他訴訟行為ができない場合、夫婦の他方は協力扶助の義務として特別の事由のない限り、訴訟材料の提出その他の行為によりて、所在不明の配偶者に勝訴の判決を受けさせることは、夫婦の共同生活上当然である。従つて夫婦は所在不明の配偶者の訴えられ公示送達により進行中の訴訟の結果について法律上の利害関係を有する者ということが出来るから、その配偶者を補助する為訴訟に参加できると解する。」として妻の補助参加を認めた。

しかし、学説では、右のような場合は、「財産減少という事実上の利害を争うものによらず、参加申出人は法律上の利害関係を有しない」との見方が有力であり、したがつて、参加の理由はないと解する者<sup>16)</sup>と、そのような前提に立ちつつも、夫が所在不明の場合は特別に参加を認める余地があると解する者<sup>17)</sup>とに見解が分かれている。後者はさらに、夫の



所在不明という右の事案の特殊性によって、経済上の利益が、法律上の利益にまで「昇格」されるとするものと、そのような方法は迂遠であるとして、率直に、夫の所在不明という特殊な事情が、例外的に補助参加を肯定させるとするものに分かれる。

私見としては、事件の具体的事情を補助参加の許否の判断について斟酌すべきであるという点において、端的に、夫の所在不明という特殊な事情が例外的に補助参加を肯定させるとの見解に賛同するが、しかし、だからといって参加申出人が何らの実体法上の法的地位をも有しない場合に補助参加の利益を認めることは、相当ではないと考える。経済上の利益が法律上の利益にまで昇格されるとする見解は一応の基準として法律上の利益を念頭に置いてるように読めるが、実体法上の法的利益と訴訟法上の考慮事由を併せて考えるために、「法的利益」の概念を不透明にしかつ拡散していると考えられる。

そこで、まずは実体法的に見て参加申出人の地位が法的保護に値するものであるか否かを検討した後、一応法的保護に値する地位を有するが、実体法上の帰結からでは補助参加の利益を導き出せない場合に、訴訟法的な観点、すなわち、被参加人の意向や、補助参加が拒否された場合における補助参加人の不利益と補助参加が認められた場合における相手方との不利益に関する衡量、訴訟の複雑化の可能性などを考慮して、補助参加の許否を判断すべきものと考える。たとえば、右事案について言えば、まず妻は夫婦協力扶助義務という、——たとえその義務から直接妻の補助参加が認められなくとも——、少なくとも法律上定められた義務を負っている。つまり、妻は実体法上の法的地位を有している。しかしながら、通常、夫婦協力扶助義務は補助参加の利益を肯定できるほどの法的地位ではない。というのも、仮に夫が所在不明でない場合に、妻の補助参加が認められるかどうかは疑わしいと思われるからである。そこで、訴訟法的な観点から、具体的事情——ここでは、夫の所在不明——を考慮して、補助参加を認めるのが相当であるか否かを判断した

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

同志社法学 六三卷二号 四四二 (一三二〇)

結果、妻に補助参加が認められると評価できる。これは、実体法上の法的地位の評価に加えて、訴訟法的な観点からの評価を加味して、補助参加の利益を肯定することができる事例と評価できよう。ただし、実際に、右決定が述べるところの「法律上の利害関係」について、右決定自身が、夫の所在不明という事情により昇格された実体法上のものであると解しているのか、それとも実体法上の利益に加えてこのような訴訟法上の利益をも含んだものと解しているのかは、判決文言からは必ずしも明らかではない。

別の例として、二件の大審院決定を挙げることができる。一方で、大決大正三年三月二日新聞一八六〇号一二頁は、債権者が債務者の相続権に関する訴訟に補助参加できるか否かについて、「債務者の相続権についての訴訟の結果が、債権者の債権を保全する債務者の一般財産の状況に影響を及ぼすというだけでは、単に経済的な利害関係の域をでないから、その訴訟に対する債権者の参加の理由にならない」として、その参加を認めなかったが、他方で、大決大正一年七月一七日民集一卷三九九頁は、債権者が自己の債権を保全するための債権者代位権行使の要件を備えていれば補助参加が認められると判示した。

これらの事例は、次のように評価できる。すなわち、一般債権者は、実体法的に見て債権者という法的地位を有するが、そのことから直接補助参加の利益を導き出すのは困難であるため、大正三年決定が補助参加の申出を却下した。この際に、補助参加を認めるに足るような具体的な事情の有無について、訴訟法的な観点からの評価がなされたかどうかは不明である。一方、大正一年決定の場合は、債権者代位権行使の要件を充足した債権者は、実体法上、補助参加を認めるに足る法的地位を有するに至ると評価できるため、訴訟法的な考慮を加味するまでもなく、補助参加を認めても良い。

本決定は、まず決定理由ii)で「Aの主張する地位が全くの事実上のものであるということではできない」とした上で、

決定理由iii)およびiv)で本件事案の特殊性について述べ、最終的にAに補助参加人として関与するに足りる法的利益を有するものと認めているが、これをどのように促えるかについては、昭和四三年決定と同じような議論の対立が生じると思われる。

## 五 検討

ここでは、本決定の判断の流れに沿って、まず、Aの地位は実体法的に見てどのようなものであるかを検討した後、本件事案の特殊性から、そのようなAの地位は補助参加を認めるに足りる程の法的利益を有するかにつき検討する。

Aは推定相続人としての地位、及び受遺者としての地位を有している。したがって、本件贈与契約が有効に締結された場合に、Aの地位に生じる不利益の具体的な中身は、推定相続人の立場から見れば、本件株式が相続財産から逸出することであり、受遺者の立場から見れば、本件株式に関する部分については撤回されたとみなされることである。このような不利益が、Aの地位にとつて単なる事実上のものであるのか、法的保護に値するほどのものであるのかが問題となる。

推定相続人の地位に関する通説の理解では、推定相続人は、少なくとも相続人としての欠格事由又は廃除事由がない限り、剥奪されないという意味で、法律上の保護を受けるものであることから、一種の期待権を有していると見られている。したがって、欠格事由も廃除事由も有しないAは、その相続財産につきXからみだりに剥奪されないように法的に保護されるべき地位にあるといえる。ただし、そのことから直ちに訴えの利益や補助参加の利益が導き出されるわけではないことは、先例が示す通りである。受遺者の地位については、単なる事実上の希望を有する地位にすぎないとする見解が通説・判例であると解されている。しかし、遺言の効力発生時期が遺言者死亡の時であり、いつでも遺言が撤

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被  
告の推定相続人による補助参加の許否

回できるとはいえず、遺言は遺言者が死亡までの間に遺言を撤回しない限り、遺言者の死亡と同時に確定的にその効力が生じる。それゆえ、推定相続人と同じように、受遺者にもその効力についての法的保護が、たとえば、遺言者が死亡まで遺言を撤回しない限り、受遺者の地位は剥奪されないという意味で存在していると解することはできないだろうか。<sup>19)</sup> Aについていえば、未だ遺言が撤回されていない状況下にあるAは、何らかの法的保護を享受すべき地位を有し、したがって、撤回の効果をもたらしかねない贈与契約の成否に関して法的な利害関係を有しているものと解し得る。勿論、推定相続人の場合と同様に、このような意味合いでの法的保護が、直ちに訴えの利益や補助参加の利益を構成し得るかどうかはまた別に考えるべき問題である。しかしながら、このような利益が認められるか否かはあくとして、推定相続人及び受遺者の地位が、一応法律上の保護を受けている地位であるとは言えるであろう。このことは、本決定が「Aの地位は全くの事実上のものであるということとはできない」としているところからも窺うことができる。

それでは、Aの地位が全くの事実上のものではないとして、それが補助参加の利益を肯定できるほどの地位であるのか否か。これについて本決定は、決定理由iii)及びiv)で、本件の具体的事情を考慮要素として述べているが、この具体的事情については、訴訟法的な観点からの考察が必要であると考える。なぜならば、補助参加の許否判断とは、その者を訴訟に関与させるべきか否かという訴訟法的な観点を多分に含む局面であるため、その結論を実体法上の帰結のみから直接導くのではなく、訴訟法的な面から個別具体的な事情をも考慮して決めることが望ましいと思われるからである。<sup>20)</sup> また、決定理由iv)において、訴訟資料の充実、真相の究明、公平の理念などに言及していることから、本決定では、この具体的事情を、訴訟法的な視点から促しているようにも読める。そこで本件で考慮すべき具体的事情について以下で検討する。

まず本件においては、被参加人側がAの参加を望んでいた点が注目される。そもそも補助参加に一定の要件を課して、

その利用を一定の範囲に統制している理由を考えたときに、その理由は、実質的には、裁判所及び当事者が第三者の無用なあるいは不当な干渉によって煩わされるべきでないという考慮から出ているものと考えられる。その中でも特に考慮されるべきなのは、利害関係の希薄・疎遠な第三者が介入してくることによって、自身の訴訟進行に不当な干渉が加えられるという意味で、被参加人の立場（または意向）<sup>(21)</sup>である。したがって、被参加人側がAの参加を望んでいるという事情は、参加を許容する方向に傾き易くなるだろう。<sup>(22)</sup>

次に、そもそも本案訴訟は、実質的には訴外会社等の経営をめぐるXとAとの紛争の一環であり、実質的な紛争主体はAであるという点である。すなわち、実質的な紛争主体であるAは、自分の利益をYに代表してもらおう形で、その十分な訴訟進行を期待するだろう。しかし、Yがアルツハイマー型痴呆により本件贈与契約締結当時の事情について、十分な主張立証をできない本件においては、Aの利益は適切に代表されないことになる。このような場合には、Aに本件贈与契約の成否及び有効性を争うための機会を与えるべきである。<sup>(23)</sup>そしてそれは、決定理由も述べるように、証人として証言させるだけでは足りず、当事者又は当事者に準じた形で訴訟に参与させることが相当である。

そこで、その手段として補助参加を認めることが適切であると言えるだろうか。まず、AはYが生存している間は、前述したように、訴えの利益が認められる程の具体的な権利を有しないため、独立当事者参加（民訴四七条一項）が認められる可能性は低い。のみならず、訴訟終了後にYが死亡すれば、AはYの包括承継人となり、本案訴訟の既判力が拡張されるため（民訴一一五条一項三号）、別訴を提起して贈与契約の存否を争うことも許されない。その他、Aが採りうる手段としては、自己を成年後見人として選任してもらい（民八四三条三項）、法定代理人として訴訟進行する方法や、補佐人として裁判所の許可を得て、陳述をする方法が考えられる（民訴六〇条一項）。しかし、前者はその方法としては迂遠であるし、後者は審級ごとに許可が要求され、また、当事者又は訴訟代理人ともに出頭しない限り、

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許可

訴訟行為をすることができないという意味でその地位が脆弱な面がある。これらに対して、本件において補助参加を認めることで生じる被参加人及び相手方のデメリットは少なく、これを認めることでむしろ訴訟資料の充実や真相の究明に資すると考えられる。したがって、Aに補助参加を認めないことにおけるAのデメリットと認めることで生じる被参加人や相手方のデメリットを比較衡量すれば、右のような手段が他にあると言っても、本件の場合にはAに訴訟に関与させるための一つの手段として、補助参加を認めることは適当だと思われる。

以上のような事情を考慮すれば、Aに補助参加を認めることが相当であると言える。すなわち、単なる事実上の地位ではないAの地位は、訴訟法的考慮から補助参加を認めてもよい地位にあると言えるのである。それゆえに、私見では、Aに補助参加を認めた本決定の結論に賛成したい。

また本件は、まず実体法的に見て参加申出人の地位が法的地位を有すると言えるかどうかを検討し、その地位が事実上のものではないが、そのまま直ちに補助参加を認めるに足りるほどの法的地位が認められるとは言い難い場合について、具体的な事情を考慮することで補助参加を認めた裁判例であると評することができる。補助参加の許否の判断が、弾力的になされるべきことは既に多くの論者により指摘されており、そのような枠組で補助参加の利益を認める判例も少なからず存在する<sup>(26)</sup>。本決定は、当該事案に見られる特殊性を判断要素として取り込むことで、弾力性の要請に応えつつ、補助参加の利益の基礎的な要件である実体法的観点からの法的利益の有無についてもまず前提として判断しており、その点については評価できる。ただし、最終的に本決定が、「右のような本件事情の下においては…Aが本案訴訟に補助参加人として関与するに足りる法的利益を有する」と述べているところの、「法的利益」については、前述の昭和四三年決定の場合と同じように、右のような事情の下で補助参加が認められるに足る程度に昇格した「実体法上の法的利益」を意味するのか、それとも実体法上の利益に加えて訴訟法上の利益をも含めたものを意味するのかについては、必

ずしも明らかではない。ただ、私見としては、本件は、Aの実体法上の法的地位の評価から、Aの補助参加の利益をス  
トレートに肯定することが難しい事例であるものの、被参加人の意思、参加申出人のおかれている立場、及び、補助参  
加という手段をとることの適切性や、相手方との利益衡量といった訴訟法的な考慮も含めた結果、Aの補助参加の利益  
を肯定しているので、本決定に言う「法的利益」は、補助参加の利益論の現代的な展開に即応した訴訟法上の利益をも  
含む趣旨と理解するのが相当であるように思われる。

(1) 上田竹志「判批」法七六七五号二二三頁(二〇一一)も本決定を紛争の実相に即して補助参加の利益を広く認めたものと解し、理由づけに疑問を  
抱きつつも、その結論には賛成している。

(2) 大決昭和七年二月二日民集一一卷一一九頁、最判昭和三九年一月三日裁判集民七一号二七一頁、最決平成一三年一月三〇日民集五五卷一  
〇頁。兼子一「新修民事訴訟法体系(増訂版)」三九九頁(酒井書店、一九六五)、同「判例民事訴訟法(上)」二九一頁(酒井書店、一九六七)、兼  
子一・松浦馨「新堂幸司」竹下守夫「案解民事訴訟法」一七七頁、一七八頁(新堂幸司)(弘文堂、一九八六)、上田徹一郎「民事訴訟法(第五版)」  
五三六頁(法學書院、二〇〇七)、新堂幸司「民事訴訟法(第四版)」七六三頁(弘文堂、二〇〇八)、高橋宏志「重点講義民事訴訟法(下)(補訂第  
二版)」三三七頁(有斐閣、二〇一〇)、上野泰男「松本博之『民事訴訟法(第六版)』七三三頁(弘文堂、二〇一〇)。

(3) 大阪高決昭和四七年九月二八日判タ二八八号三八頁、東京高決昭和五〇年五月一六日判タ三二九号一三三頁。

(4) 兼子・前掲注(2)、体系四〇〇頁、兼子・前掲注(2)、判例民事訴訟法一九一頁、兼子ほか・前掲注(2)、一七八頁、高橋・前掲注(2)、三三七頁。  
(5) 学説の状況をまとめた近時の文献として、笠井正俊「補助参加の利益に関する覚書」井上治典先生追悼『民事紛争と手続理論の現在』二二四頁以  
下(法律文化社、二〇〇八)を参照。

(6) 大決昭和八年九月九日民集一一卷二二九四頁。

(7) 我妻栄「新訂民法総則(民法講義I)」四一六頁(岩波書店、一九六五)、中川善之助「泉久雄『最新版民法大要』一九八頁、一九九頁(勁草書房、  
一九九二)、中川善之助「泉久雄『相続法(第四版)』四一頁(有斐閣、二〇〇〇)、内田貴「民法IV(補訂版)」三三二頁、三三三頁(東京大学出版会、  
二〇〇四)、福島四郎「判批」民商法雑誌二四卷四号六六〇頁(一九五七)。

(8) 柚木馨「判例相続法論」七二頁、七三頁(有斐閣、一九五三)、中川善之助「泉久雄編『新版注釈民法(26)』(山岸正男)五九頁(有斐閣、一九

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被  
告の推定相続人による補助参加の許否

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

同志社法学 六三卷二頁 四四八（一三二六）

九二、山嶋正男「判批」北大論集八卷一・二号九八頁（一九五七）、右田堯雄「判批」別冊ジュリスト一四五号二二九頁（一九九八）。なお、推定家督相続人の地位についてであるが、近藤英吉「相続法論（上）」一九五頁、一九六頁（弘文堂、一九五七）も同旨。

(9) 中川・泉・前掲注(7) 民法大要一九八頁、一九九頁、内田・前掲注(7) 三三二頁、風間鶴寿「判批」別冊ジュリスト四〇号一八一頁（一九七五）、福島・前掲注(7) 六六〇頁、名古屋地判昭和三四年二月二日判時三二五号二五頁。

(10) 遠藤光男「判批」法学志林五四卷二二三頁、二二四頁（一九五七）、新田敏「判批」別冊ジュリスト六六号一六三頁（一九八〇）、右田・前掲注(8) 一一九頁。

(11) 中川・泉・前掲注(7) 相続法五五六頁、中川善之助・加藤水一編『新版注釈民法(28)（補訂版）』二〇二頁、二〇三頁（阿部浩二）（有斐閣、二〇〇二）、内田・前掲注(7) 四七二頁。

(12) 中川・泉・前掲注(8) 『新版注釈民法』五六頁、中野貞一郎「遺言者生存中の遺言無効確認の訴え」奈良法学七卷三・四号六三頁、六四頁（一九九五）。

(13) 東京地判昭和四〇年一月二五日判タ一八七号一七六頁。

(14) 推定相続人に関して訴えの利益を否定したものととして、最判昭和三〇年二月二六日民集九卷一四号二〇八二頁、名古屋地判昭和三四年二月二一日判時二二五号二五頁、東京地判昭和四一年一月一八日判時四七二二五号七頁。受遺者に関して訴えの利益を否定したものととして、最判昭和三二年一〇月四日民集一〇卷一〇号一〇二九頁、最判平成一年六月一日判タ一〇〇九号九五頁。

(15) なお、法律上の利害関係に関するも一つの要件である、当該訴訟の結果が第三者の法的地位に影響を及ぼすことが問題となった事案については、以下のものがある。補助参加を認めたととして、大決昭和八年九月九日民集二二卷二二九四頁。否定したものととして、大決昭和七年二月二二日民集二二卷二一九頁、東京高決昭和四九年四月一七日下午級民集二五卷一〇号三〇九頁、東京高決平成二〇年四月三〇日判時二〇〇五号一六頁。これらの事件は、いわゆる参加人が被参加人と同一の地位境遇にあるケースである。

(16) 佐藤義彦「判批」同志社法学一一四号八四頁以下（一九六九）、櫻田勝義「判批」別冊ジュリスト三六号五四頁（一九七二）、伊藤眞「補助参加の利益再考」民訴雑誌四一号二〇頁注（33）（一九九五）。

(17) 兼子ほか・前掲注(2) 一七八頁、新堂・前掲注(2) 七六四頁、井上治典「補助参加の利益と半世紀の軌跡」同『民事手続の実践と理論』一七五頁（信山社、二〇〇三）、井上治典「判研」民商六三卷一号一六七頁（一九七〇）。

(18) 高橋・前掲注(2) 三四二頁は、このように夫の所在不明という特殊な事情のある場合には、通常の補助参加の利益よりも高次の判断から、補助



参加が認められることがありうるとする。三四六頁注(30)も参照。なお、本件については、上田・前掲注(1)一二三頁は、本決定は、Aの手続保障の必要や実質的な紛争処理の要請といった訴訟法上の衡量要素を指摘しており、こちらから直截にAの補助参加を認めるほうが素直ではないかと指摘する。

(19) 遺言者の地位を期待権とみる見解として、中川・泉・前掲注(8)五六頁、中野・前掲注(12)六三頁、六四頁参照。ちなみに、例外的に、遺言者が生存中であっても、本件のように遺言者の病状により遺言の撤回可能性がない場合には、受遺者に法的利益を認める見解もある。松村和徳「判批」私り二二二号一八頁以下(二〇〇〇)。また、納谷廣美「判批」判例評論四四三三頁以下(一九九五)は、このような場合を、「遺贈」というよりも、むしろ実体的には「死因贈与」(民五五四条)に近い法定性質のものになっていると解している。なお、中野・前掲注(12)六六頁は、遺言内容が固定し、遺言の撤回や抵触処分の可能性が皆無であり、遺言者の近い死亡が予見される場合に、推定相続人と受遺者の間に遺言の有効・無効をめぐる争いがあるようなときは、遺言者の生存にかかわらず、推定相続人または受遺者が提起する遺言の効力の存否確認の訴えにつき、確認の利益を肯定すべきとする。これを支持するものとして、千藤洋三「判批」関西法学四五卷六号三〇六頁、三〇七頁(一九九〇)。しかし、最判平成二一年六月一日判時一六八五号三六頁は、遺言の撤回可能性がないことは受遺者の地位に何ら影響を及ぼすものではないとしている。本決定もまた、このような病状により遺言の撤回可能性がないことについては、特別言及していない。

(20) この点から、補助参加の判断と確認の利益の判断との類似性を指摘するものとして、井上治典「補助参加の利益」同「多数当事者訴訟の法理」六九頁(弘文堂、一九八二)、高橋・前掲注(二)三三九頁、山本和彦「補助参加の利益」青山善充・伊藤眞編『民事訴訟法の争点(第3版)』一〇二頁(有斐閣、一九九八)。

(21) 井上・前掲注(17)一七二頁。

(22) この点について、補助参加申出に対して異議を述べたのが被参加人であるか、相手方当事者であるかによって許否判断の結果が異なりうることを指摘するものとして、和田直人「補助参加の利益論の限界―最高裁判例の比較検討を題材に―」都法四三卷二四四七頁(二〇〇三)。

(23) 井上・前掲注(17)一六九頁は、「第三者の利益がその訴訟において正当に代表されているかどうか」あるいは「正当に代表されない恐れがあるかどうか」という効力が、補助参加の一定の類別においても、一つの考慮ファクターとなると述べる。

(24) たとえば、高橋・前掲注(2)三三九頁は、「具体的には、参加申出がなされた時期、異議を提出したのが相手方か被参加人か、参加申出人の数は何人か、補助参加がなされることよって被参加人側の訴訟資料・証拠資料が充実するか否か、逆に補助参加によつて訴訟が手続進行面でも資料面でも複雑になりすぎないかどうか、補助参加人が併行して自分自身の別訴を進行しておりそこで独自に裁判所の判断を得られるか、等々が審査さ

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被  
告の推定相続人による補助参加の許否

被告から財産全部を相続させる旨の遺言の作成を受けていると主張する被告の推定相続人による補助参加の許否

同志社法学 六三卷二号 四五〇（一三二一八）

れるのであろう」と述べる。また、山本・前掲注(20)一〇二頁、一〇三頁は、利害関係人が有する法的利益の要素と被参加人敗訴の判決により侵害される蓋然性を総合的・相關的に判断して、補助参加の利益の有無を決すべきであると説く。その他、補助参加の判断について、弾力性を要求するものとして、上田徹一郎『井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』一二二頁(井上治典)(有斐閣、一九九二)、和田・前掲注(23)四四七頁、同「補助参加理論の新たな試み(二・完)』都法四五卷一号三〇三頁(二〇〇四)。

(25) 東京高決平成二年一月二六日判タ七五四号二二〇頁、東京地決平成二年四月二五日判時一七〇九号三頁。