

認知制度は誰のためにあるのか

認知推定方法説の試み

二 宮 周 平

はじめに
判例法理の妥当性
沿革と学説
認知推定方法説
今後の課題 法改正へ向けて

はじめに

ハンセン病元患者の父親（故人）から、「差別や偏見を避けるため」認知されなかった女性（54歳）が、遺族として国に損害賠償請求するための「死後認知」を求めた訴訟に関して、裁判所は、一貫して、提訴が死後三年の期限後だったことを理由に、訴えを却下した¹⁾。

この事案には、次のような事情があった²⁾。この女性（以下Xとする）は、1950年に福島県で生まれた。父母は内縁関係にあり、Xの他に弟Zをもうけていた。53年に父がハンセン病を発症して、国立療養所「栗生楽泉園」（群馬県草津町）に入所したため、母はX・Zを連れて草津町に転居したが、57年に突然、行方不明になった。やむなくX・Zは「未感染児童」として園内の保育所に65年まで入所させられた。国は、当時、親から感染の可能性があり、発症の観察が必要とされた児童を「未感染児童」と称して、療養所に收容し、入所者と同様に園内作業などを強制していたのである。父は、生前、「わざわざハンセン病の親を戸籍に載せる必要はない」として、X・Zを認知しないまま、98年に同園で死亡した。

Xは、2001年5月のハンセン病国家賠償訴訟の判決確定に伴う元患者の名誉回復措置として、02年に元患者への損害賠償を遺族が承継できるようになったことを知り、「父の名誉のため賠償を勝ち取りたい」と考えたが、すでに父の死後から3年を経過しており、出訴期間を過ぎていた。そこで、04年5月、「国の政策が生んだ根強い差別で、正規の期間に手続きできないでいた。出訴期間は国賠訴訟確定から3年以内と考えるべきだ」として、訴訟を起こしたのである。

現在の判例・通説の立場からは、婚外子の法律上の父子関係は認知によって初めて成立すること(民779条)、父が認知をしない場合には、認知の訴によって、強制的に父に認知させることができること(民787条)、

ただし、父が死亡した場合には、認知の訴えは死後3年に限られること(同条ただし書)から、この判決はやむをえないものと説明することになる。しかし、ハンセン病患者の子として偏見や差別にさらされ、ようやく熊本地裁判決で国家賠償が認められ、名誉を回復したと思ったら、今度は、亡くなった父との父子関係の成立まで否定されることについて、やはり納得しがたいものを感じる。こうした運用を当然のように考える判例・通説は再検討されて然るべきではないだろうか。

現行制度の法律上の親子関係成立の原則には、父子関係と母子関係との間に、婚内子と婚外子の間に、大きな格差を設けている。すなわち、母子関係は自然血縁の存在によって法律上の親子関係が生じ、婚外子の場合でも認知不要とされるのに、婚外子の父子関係については、認知が必要であること、母子関係や婚内子の父子関係の場合は、母や父が死亡して何十年たっても、親子関係の確認が認められるのに、父に対する認知の訴えは、父の死後、三年に限定されること、父母が内縁関係にあり、父の子であることは明白である場合でも、認知をしなければ、法律上の父子関係が成立しないことなどである。これらの取扱いの根底には、認知を婚外子の父子関係の成立要件と捉える考え方がある。

しかし、科学的鑑定技術が革命的に進歩し、父子関係の客観的な確定が

可能な現在,それは無謬の考え方なのだろうか。1991年,すでに高橋忠治郎教授は,「現在の親子鑑定諸科学の発達は,父子関係の確認も容易になり,父母の意思の信頼性も考えれば,子の福祉と父母の間の平等の原則から,父,母と子の確認方法は事実即し,その間に差異を付けるべきではないであろう」と指摘されている³⁾。

本稿は,認知制度を子のために存在するものと捉える立場から,親子関係の発生に関する男女平等の視点(それは子に対する父母の役割を平等にする基本である),婚外子の不利益扱いを解消するという子の平等の視点を踏まえて,認知の意義を検討し,解釈論として,認知=成立要件という考え方を克服する可能性を追求してみたい。まず婚外母子関係,嫡出父子関係,認知を法律上の父子関係の成立要件とする判例,民法787条ただし書の例外を認めた判例との比較を通じて,判例法理の結果としての妥当性を検証し(),次に認知を婚外子の成立要件とする解釈が生まれた経緯について,認知制度の沿革と学説の展開をたどり,この解釈が民法の規定から論理必然的に演繹される結論ではないことを確認し(),認知を親子関係の推定方法と捉える学説の意義と他の規定との整合性を検討し,父子関係を否定する方法について言及する()。最後に,自然血縁の存在を法律上の親子関係成立の要件とする立場をとった場合の立法のあり方を提起する()。

判例法理の妥当性

1 母子関係,嫡出父子関係との比較

1) **母子関係** 民法には,母子関係について,法律上の親子関係の発生を規定する規定は,婚外子の認知に関する規定(民779条)しかない。婚内子の場合には,妻が分娩した子だから,当然に親子関係が発生するものとされていたのだろうか。ともあれ,婚外子の場合に母の認知を必要とした理由は,届出がないまたは虚偽である場合に母の知らない子が生じ

ること、必ず母が私生子出生を届け出なければならないとすると、捨て子、嬰兒殺など子に非常な不利益になることが生じる可能性があることだった⁴⁾。大審院判例は、民法の規定どおり、母の認知を必要とする立場だった(大判大10・12・9民録27輯2100頁等)。しかし、最高裁は、大審院判例を改めて、認知を原則として不要とする見解を示した。

【1】最判昭37・4・27民集16巻7号1247頁は、次のような事案に関するものである。Xは、1912年頃からZと知り合い、1916年頃から性関係をもち、その後Z死亡まで妾関係にあった。1917年7月30日、XはYを出産したが、Xの養父母の意思によって、養父母の知り合いであるCに依頼して、Cと妻Dの嫡出子として出生の届出をしてもらった。XはYを手許に置いて養育したい希望で、8月13日にYと養子縁組をして、Yを養育した。1931年10月、YがZの家業を継ぐために、X・Yの縁組を解消し、YはZと養子縁組をしたが、そのままXがYを養育した。しかし、最近、Yは、Xが自分の親であることを否認するので、Xは、X・Y間に親子関係の存在することを確認する訴えを起こした。1, 2審とも、YがXの子であることは明らかであるからとして、Xの請求を認容した。

そこでYが上告したところ、最高裁は、原審の事実認定を支持するとともに、上告理由が、原審の事実認定を争うものにすぎないとして、上告を棄却したが、判決理由の中で、「なお、附言するに、母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を待たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当であるから、被上告人が上告人を認知した事実を確定することなく、その分娩の事実を認定したのみで、その間に親子関係の存在を認めた原判決は正当である」とした。民集の判決要旨は、「母と非嫡出子間の親子関係は、原則として、母の認知をまたず、分娩の事実により当然発生する」である。

【1】判決は、例外を許すように見えるが、いまだその例は示されておらず、母に関しては、民法779条の文言は空文化した。母子関係については、分娩の事実によって法律上の親子関係は発生しているのだから、認知

の手續は不要であり、親子関係確認訴訟によって、すでに発生している法律上の親子関係が確認されることとなる。過去の親子関係の存否について確認の利益が認められる場合には、いかなる場合でも訴えが可能となる。

【2】最判昭45・7・15民集24巻7号861頁は、次のような事案に関するものである。原告Xの主張によれば、Y(故人)は、1921年、A男とB女との間に生まれ、当初、Bの庶子として出生の届出がなされたが、1926年、AとBが婚姻したことにより、A・Bの嫡出子として戸籍に記載されている。しかし、Xは、実際にはYは、B家の養女となったXと、1920年にXと婿養子縁組をしたCとの間に出生した子であると主張する。Yは、1944年7月、マリヤナ島で戦死した。国家のために犠牲になったYの身分関係を明らかにしてその冥福を祈るために、検察官を被告として、YがXの子であることの確認を求めて、訴えを起こした。1,2審とも、過去に法律関係の確認を求める利益はないとして、却下した。

そこでXが上告したところ、最高裁は、「父母の両者またはその一方が死亡した後でも、……人事訴訟手続法の各規定を類推し、生存する一方において死亡した一方との間の親子関係の存否確認の訴えを提起し、これを追行することができ、この場合における相手方は検察官とすべきものと解するのが相当である」として、原判決を破棄し、第1審判決を取り消し、さらに審理を尽くさせるために第1審に差し戻した。

【2】は、XとYとの親子関係が出生によって当然に発生することを前提に、過去の法律関係の確認の利益があれば、訴えが認めらることを示している。本件の場合、子は23歳で戦死しており、直系卑属はいないようである。認知であれば、死亡した子を認知する場合には、死亡した子にその直系卑属があるときに限り、認知することができる(民783条)だけであるが、母子関係であれば、認知の必要がないのだから、こうした制限を受けず、親子関係存在確認の訴えを起こすことができるのである。

同じ理由から、死後認知の出訴期間の制限も受けない。事実関係は不明であるが、【3】最判昭49・3・29家月46巻8号47頁は、「被上告人は、亡

大石イトの認知をまずに同女との親子関係を主張することができ、同女が死亡した後は検察官を相手方として同女との間に親子関係が存在することの確認を求める訴を提起することができるものが相当である」とした。

2) **嫡出父子関係** 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定されるため(民772条1項)、行方不明であったり、戸籍上、他人夫婦の実子として記載されており、法律上の親子関係を確認する利益がある場合には、父と子の一方または双方が死亡しており、死亡から何十年たっても、親子関係存在確認の訴えを起こすことができる。

この嫡出子の概念は、【4】大連判昭15・1・23民集19巻54頁によって広げられた。すなわち、父が死亡した後の家督相続に関する事案で、父母の内縁関係中に懐胎し婚姻後に出生した子については、「かくのごとき子は特別に父母の認知の手続を要せずして、出生と同時に当然に父母の嫡出子たる身分を有するものと解するは、之れを民法中親子法に関する規定全般の精神より推して当を得たるもの」とした。

【4】は、その事案との関係でいうと、婚姻後出生子が一般的に生来の嫡出子になるとしたものではない。父母の内縁関係中に懐胎したという、母の夫の子であることが明らかな子に限って、婚姻準正(婚姻前に出生した子でも、父が認知しておれば、父母の婚姻によって嫡出子となる。民789条1項)との均衡から、生来の嫡出子としたものである。ところが、戸籍実務においては、戸籍係に実質的審査権がないため、当該子が内縁関係中に懐胎した子かどうかを確かめることができない。そこで内縁関係の有無にかかわらず、婚姻後に出生した子は、すべて生来の嫡出子として扱うこととした(昭15・6・5民事甲701号民事局長回答、昭15・8・2民事甲1087号民事局長回答)。この結果、戸籍上、嫡出子とは、妻が婚姻中に懐胎した子に限定されないことになった。

以上のように、母子関係は分娩の事実によって法律上の親子関係が生じていることから、婚姻中懐胎子の場合は、嫡出推定によって法律上の親子関係が生じていることから、婚姻前懐胎、婚姻後出生子の場合は、認知を

要せずして出生と同時に嫡出子の身分を取得することから、当事者の死後、何年たっても、親子関係の確認が可能になる。母子と父子との生物学的相違、婚姻の届出がこうした取扱いを正当化する。これに対して、婚外子の父子関係は、さまざまな制約を受ける。

2 婚外子の父子関係

1) **民法上の制約** まず成年の子を認知する場合には、子の承諾がなければ認知することができない（民782条）。成年に達するまで長い間放置し、義務を尽くさないでおきながら、子が大きくなってから、突然我が子であるということが言えないようにする（身勝手を防ぐ）ことと、出生以来長期間経過していることによる証明上の問題があったためだとされる⁵⁾。父は胎児を認知することができるが、その場合には、母の承諾を得なければならない（民783条1項）。母の名誉を守るためとされる⁶⁾。死亡した子については、その直系卑属があるときに限り、認知することができる（民783条2項）。直系卑属がいなければ認知はできないのであるが、それは、孫の利益のために死亡した子を認知をするものであり、親が自分の利益のために認知するようなことはできない方がよいからだとされる⁷⁾。そして父が死亡した場合には、認知の訴えは、父の死後三年に制限される（民787条ただし書）。時の経過による証明の困難さ、濫訴の弊害を理由とする⁸⁾。これらはすべて、婚外子の場合、父の認知によって、初めて法律上の親子関係が成立すると捉えるからである（以下、これを認知成立要件説と称する）。

2) **判例による確認** 認知成立要件説は、立法者以来の伝統的な考え方であり、学説もこれを支持してきた⁹⁾。判例もこれを確認している。

【5】 最判昭29・4・30 民集8巻4号861頁は、女性が隣家の男性と性関係を持ち妊娠・出産したが、男性は自分の子であることを否認し、出産養育について何ら負担しないことから、認知の訴えを起こしたところ、第一審判決の主文が「被告は原告を認知すべし」だったことから、被告が、認知の訴えは父子関係の確認の訴えであるのに、主文の文言は給付の訴え

であって、確認の判決をなすことはできないという理由で上告した事案において、「認知は嫡出でない子とその父母との間の法律上の親子関係を創設するものであること等を考えると、認知の訴は、現行法上これを形成の訴であると解するのを相当とする」とし、判決主文は用語が妥当でなかったにすぎないとして、上告を棄却した。

したがって、父母が内縁関係にあり、父子関係が明らかな子であっても、認知がない限り、法律上の親子関係は成立しないものとなる。

【6】最判昭29・1・21民集8巻1号87頁は、次のような事案に関するものである。男女が媒酌人を立て結婚式をあげて同居したが、約4か月後に関係を解消したところ、内縁の妻は内縁成立後263日目、内縁解消後146日目に産んだため、内縁の夫が不審に思っ自分の子と認めない事案について、原審は民法772条を類推し、内縁の夫の子と推定するのが妥当とした。この類推の意味が問われた。

最高裁は、「内縁の子についても民法772条が類推されるという趣旨は、事実の蓋然性に基づいて立証責任の問題として、父の推定があるというに過ぎない。それ故、認知の訴訟において父の推定を受けている者が、父にあらざることを主張する場合には、その推定を覆すに足るだけの反証をあげる責任を負うわけである。そして、父と推定される者は、認知をまたずして、法律上一応その子の父として取扱われることもなく、また同様にその子は、認知をまたずして、法律上一応推定を受ける子として取扱われることもないものと言わねばならぬ。だから、父子の関係は、任意の認知がない限りどこまでも認知の訴で決定されるのであり、その際民法772条の類推による推定は、立証責任負担の問題として意義を有するのである」とし、原審が民法772条を類推しながら、認知を命じたのは相当だとした。

したがって、内縁の夫が死亡した場合の死後認知の訴えについては、民法787条ただし書が適用される。

【7】最判昭44・11・27民集23巻11号2290頁は、媒酌人により双方親族を集めて仮祝言をあげて同居し、披露宴もすませたが、同居から約1年

5 か月後に内縁の夫が死亡し、その4 か月後に内縁の妻が子を出産したという事案に関する。事情は不明であるが、内縁の夫の死後5年2か月経過して認知の訴えが提起された。妻側は、内縁関係の成立した日から200日後、内縁関係の解消した日から300日以内に生まれた子については、認知の訴の出訴期間に関する民法787条ただし書の規定は適用されないと主張した。

しかし、最高裁は、この規定の趣旨について、「父または母の死後も長期にわたって身分関係を不安定な状態におくことによって身分関係に伴う法的安定性が害されることを避けようとするにあり、民法がこの制度に対して特段の例外を認めておらず、戦争による災害などの場合には、特別立法によって、個別的に右制限規定の適用を排除していることに鑑みれば、父子関係が確実であるからといって、直ちに右規定の適用を排除しうるものとすることはできない……（民法772条の類推，引用者注）により父性の推定を受けるとの一事によって、前記制限の例外を認めることはできない。所論のような見解によるときは、實際上、認知の訴において前記のような出訴期間の制限を設けた趣旨が没却されるおそれなしとしないのである」として、上告を棄却した¹⁰⁾。

こうした制約を乗り越えるために、死後認知訴訟ではなく、父子関係存在確認の訴えを起こした事案がある。

【8】最判平2・7・19家月43巻4号33頁は、次のような事案に関するものである。Y男とZ女の間の子Xが生まれたが、私生子（当時）となるのを避けるため、Zが知人のA・B夫婦に頼んで、A・B夫婦の嫡出子として届け出た上で、XとZとの養子縁組を成立させ、ZがXを養育してきた。その後Xは真実を知り、A・Bを相手方として親子関係不存在確認の調停を申し立て、その旨の審判を得、続いて実父Yとの親子関係の成立を望んだ。しかし、Yはすでに死亡して約30年経過していたため、認知の訴ではなく、親子関係存在確認の訴えを起こした。

第1審は、「非嫡出子については認知によって初めて法律上の父子関係

が発生するものと解すべきであるから、本件訴は自然血縁の親子関係という事実の確認を求める訴として不適法なものといわざるをえない。また、認知の訴の提訴期間が経過した後に父子関係存在確認の訴を提起することを認めるときは、身分関係に伴う法的安定性が害されることを避けるために設けられた民法787条ただし書の趣旨を没却することになるから、この点でも本件訴を許容することはできない」とした。控訴審もこれを支持し、最高裁もまた「嫡出でない子と父との間の法律関係は、認知によってはじめて発生するものであるから、認知によらないで父との間の親子関係の存在確認の訴を提起することができない」とした。

判例は、認知成立要件説を前提に、これを回避する方法としての、親子関係存在確認の訴えを明示的に否定した。しかし、出訴期間の徒過がやむをえない場合には、例外的な扱いをすることがある。

3 死後認知の期間制限に関する例外的取扱い

例外的扱いは、当然といえば当然であるが、きわめて特別な事情があるに限られている。

【9】 最判昭57・3・19民集36巻3号432頁は、次のような事案に関するものである。内縁の夫Bが失踪して行方不明となったが、内縁の妻Aは子Xを出産し、自分が保管していたBの署名・捺印のある婚姻届と、B名義で作成した出生届を提出したことから、Xは戸籍に「嫡出子」と記載されていた。しかし、後日、夫が婚姻の届出前にすでに死亡していたことが判明した。死亡の判明により、Aのした届出はすべて無効とされ、戸籍訂正がなされた結果、XとBとの法律上の父子関係も存在しないこととなった。しかし、この事案では、Bの死亡が判明した時点ですでに父の死後3年を経過しており、死後認知の訴えが不可能だった。

最高裁は、Xが嫡出子とされていたため、3年以内に認知の訴えを提起しなかったことがやむをえないものであり、提起したとしてもその目的を達することができなかったことに帰すると認められる事実関係の下におい

ては、「出訴期間を定めた法の目的が身分関係の法的安定と認知請求権者の利益保護との衡量にあることに鑑みると、……他に特段の事情が認められない限り、右出訴期間は、父の死亡が客観的に明らかになった」時点から起算することが許されるとした。本件では、Bの父母（Xの祖父母にあたる）も認知を望んでいるという事情があった。

また下級審判例ではあるが、【10】京都地判平8・10・31判時1601号141頁は、内縁関係で出生した子が、父死亡の日から18年以上経過した後に提起した認知の訴えについて、特別な事情を認めた。次のような事案である。昭和10年代前半頃、A男とB女は結婚式をあげて同居を始めたが、ともにそれぞれの家の長男、長女であるため、婚姻の届出をすることができなかった。1944年8月、BはXを出産した。45年頃、Aの妹、Bの妹も同居するようになったが、不和となり、Aは家を出て消息不明となった。XはBから父がすでに死亡したと聞かされており、高校入学時に戸籍謄本を見て父欄が空白になっていることを知り、母Bに問いただした。しかし、Bは、家の事情で婚姻の届出ができなかったこと以外は、泣き叫ぶばかりで応えようとしなかった。他方、Aは1978年1月に死亡した。Aの妹らはXに知らせるかどうか思案したが、結局は連絡をとらなかった。1991年頃、XはBの妹からAの消息を聞き、八方手を尽くして所在を確かめようとした結果、ようやく96年3月頃、Aがすでに死亡していることを知った。

このような事情から、判決は、Xは自分の父であるAを本籍等により特定することができず、したがって認知の訴えを提起することもできなかったことから、「原告にとって……Aを特定しその死亡を知ったのは平成8年3月頃であり、それ以前においては他に認知の訴えを提起する手段がなく、且つ、右提起できなかった事情を全て原告の責に帰すべきものであるとするのも原告にとって酷に過ぎると解される」とし、この事情に加えて、Aの親戚が本件認知を望んでいること、Aは、死亡時に生活保護を受けており、特に財産を有していないこと、Xが認知の訴えを起こした理由は、自己の娘の婚姻等に際して、Xの父が戸籍上空欄になっていることにより

不利益を受けることがないようにという親心によるものであることを示し、こうした事情を総合勘案するならば、「本件認知の訴えの出訴期間は、原告がAを特定しその死亡を知った平成8年3月から起算すべきであると解するのが相当であり、このように解したとしても、本件に限っては、右事情に鑑みるならば、身分関係の法的安定性を害するとまではいえず、よって、本件認知の訴えは適法である」とした。【10】は控訴されなかったため、地裁判決で確定した。

【9】【10】は、父の死後3年以内に、父の死亡の事実を知らなかっただけでなく、前者では、法的に認知の訴えを提起することが不可能であったこと、後者では父を特定できない結果として、認知の訴えを提起することが不可能であったことが、例外的扱いの有力な根拠となっている。しかもこうした事情について、子に何の責任もない事案である。また両事案とも家族が認知を希望している。【10】では、Aに財産がなく相続問題が生じないことまであげて、身分関係の法的安定性を害さない実質的な根拠としている。

4 問題点

これらの判例の事案を見ると、事実としていくつかの共通点があることがわかる。

まず婚外子差別を受けないために、戸籍上、嫡出子にした上で、縁組をしたりして、実際に養育するという実態である。【1】【2】【8】がそうである。【1】【2】は母子関係であったため、親子関係の存在確認が認められ、【8】は父子関係であったため、認められなかった。これまでの戸籍上の親子関係が覆る点では同じである。身分関係の法的安定性は、前者では覆っている。婚外子の父子関係についてのみ、これを強調する意義はどこにあるのだろうか。

次に内縁関係の場合である。内縁関係は事実上の夫婦共同生活である。かつては媒酌人を立てて挙式し、同居し、家風になじむか、子が誕生する

かの確認がなされるまで婚姻の届出をしないことも多かった。そして父とされる男性が死亡する。この点で【4】【7】【10】は共通する。しかし、【4】では、婚姻の届出がなされた後で出生したことから、認知を要せずして嫡出子としての身分が認められた。これに対して【7】では、婚姻の届出前に男性が死亡したため、そして出訴期間を超えていたため、親子関係が認められなかった。【10】は、例外的な取扱いをして、認知の訴えを認めた。

ところが、父の死後3年以内であれば、出生から何十年経っていても、認知の訴えは認められる。【11】最判昭46・3・19判時623号75頁は、父母が内縁関係にあった子（訴え提起時57歳）が、父（85歳）の死から2年10か月後に提起した認知の訴えの事案で、検察官が、認知の訴えを提起する機会がありながら、出生から50年以上経過して認知請求権を行使するのは権利の濫用に当たると主張したのに対して、死亡後3年以内に提起された以上、不適法となるものではないとして、認知の訴えを認めた。判決時に子は61歳になっている。身分関係の法的安定性は保たれているのだろうか。

これらの相違の法的な理由づけは、【5】～【8】から明らかのように、婚外子の父子関係は認知によって成立するという考え方と、身分関係の法的安定性の確保にある。しかし、【1】【2】【10】【11】などを見ると、後者の概念は恣意的に用いられているように思われる。したがって、根本の問題は、やはり認知成立要件説に帰着する。

ところで、死亡した親あるいは子との親子関係を求める当事者の心情は、相続権などの財産的利益よりも、【1】【2】【8】【9】【10】【11】の事案のように、親子としての絆を法律によって確認してほしいという、親子としてのアイデンティティにある場合もある。【10】は、戸籍の記載に関する自分の娘の不利益をあげるが、根底には捜し求めている父との絆の確認があるように思われる。の冒頭で紹介した元ハンセン病患者の子の事案も、その点では共通する。この思いが、父子関係か母子関係か、婚内子か婚外子か、特別事情があるか否かによって、実ったり、実らなかつたりす

るのは、当事者としては納得し難いことではないだろうか。認知成立要件説は、こうした人々の思いを度外視してまで守るに値するものなのだろうか。それは何のためなのだろうか。

確かに【9】【10】のように、特別な事情によって、死後認知の期間制限をはずすことは、認知成立要件説の下でとりうる唯一の解釈かもしれない。しかし、元ハンセン病患者の子の判決では、この特別な事情は認められなかった。【9】【10】のような極めて特殊な事案にしか認められないのであれば、問題の解決にはかなり遠い。抜本的な解決は、認知成立要件説の克服にしかないと考える。それでは、次に認知成立要件説が確立されていった跡を辿ってみたい。

沿革と学説

1 明治民法制定以前

1) **江戸時代** 江戸時代までの日本の法律制度においては、惣領(後継ぎ)とその他の子との類別が重視されただけであり、武家法においても、庶民法においても、父を有しない母だけの子(私生子)は存在しなかった¹¹⁾。その理由として、手塚教授は、父系的家族制度の社会においては、父の知れない子が存在する余地がなかったこと、当時の密通は、配偶者を有することが処罰の条件ではない広い概念であり、このことが密通を原因とする私生子に対して法律上の座席を拒んだことをあげ、こうした場合には、父ではない人を父とし、表面的には公生子である仮装が行われたが、この偽装は脱法行為ではなく、慣習法に基づく擬制の一種だったと考えられるとする¹²⁾。

全国民事慣例類集によれば¹³⁾。次のような慣行があった(句読点は引用者、以下同じ)。

「父母婚姻ヲ許ササル以前ニ私通シテ生ルル子ハ、公然顯シカタキヲ以テ、仮ニ父母ヲ設ケテ届ケ及ヒ吹聴ス」(信濃國更科郡)

「若シ父母婚姻ヲ承諾セサルトキハ、出生ノ子ハ男ノ方ヘ引取、毎年正月人員宗門改ノ節、某ノ孫、某ノ子ナドト曖昧ノ名目ヲ記シテ、戸籍ニ編入ス」（肥後國阿蘇郡）

「婚姻セサル前、処女ニシテ出産スルコトアレハ、其処女タルモノノ弟妹トシテ籍ニ入レ、或ハ他人ヘ養育料ヲ添テ之ヲ遣シ、人別ニ其貰受ケルモノノ実子ト見做シ、其籍ニ入ルル風習ナリ。但シ総テノ経費ハ、其密通セシ男子之ヲ償却ス。若シ密通セシ男子数人アルトキハ、総金高ヲ割附ケテ償却セシムル事ナリ」（加賀國河北郡）

出産した女性の弟や妹としたり、もらい主（養い親）の実子としたり、曖昧なまま誰かの子、孫としたり、必要とあれば、養育費用は関係のあった男たちが分担するという慣行である。

このような実情について、水野教授は、親子関係の規律に母子関係の確定を重視するかどうかの視点から分析を加え、「日本の固有法においては、母子関係は、あえていえば法規制の対象となるほどの重要性をもたない習俗にとどまり、法の対象外であった。すなわち、父親ないし戸主の相続人としての親子関係を確定し規律することのみが、重要であった」と指摘する¹⁴⁾。この背景には、手塚教授の述べる があったのであろう。

2) 「私生子」と認知制度の誕生 日本における認知制度の萌芽は、1873（明治6）年1月18日の太政官布告21号に遡る。

「妻妾ニ非ル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ、婦女ノ引受タルヘキ事。但シ男子ヨリ己ノ子ト見留メ候上ハ、婦女住所ノ戸長ニ請テ免許ヲ得候者、其子其男子ヲ父トスルヲ得ヘシ」

1870（明治3）年の新律綱領では、妾が妻と同じく、夫に対して二等親の親族と規定されていた¹⁵⁾。布告21号によれば、妻でも妾でもない女の産んだ子は私生の子とし、すべて女が引き取り養育するが、男が自分の子と認めた場合には、女の住所地の戸長の許可を得た上で、その子はその男を父とすることができる。ここに初めて「私生の子」という概念と、男が「己の子と見留る」＝認知という考え方が導入された。私生子が存在しな

ければ、認知制度も不要なのだから、両者は表裏一体である。

布告21号につき、高柳教授は、私生子には出生の事実により、その母との間だけ親子関係が発生し、その父との間においては、彼の任意の認知をまっしてはじめて親子関係が発生しうることを定めたものと捉える¹⁶⁾。水野教授は、前述のような日本の固有法にはない発想であり、時代から突出した異質な継受法だったと分析する¹⁷⁾。

ところでこの布告21号が出される直接の契機は、1873(明治6)年1月13日司法省原伺にある。

「人ノ妻妾ニ非ル者ニシテ、猥リニ他ノ男子ニ姦シ分婉イタシ候弊風ヨリ私生ノ男女多ク相成、父ニシテ其子ヲ子トセス、子ニシテ其父ヲ父トセス、屢々争訟スルニ至リ、倫理ヲ壊敗スルノ甚シキ言フニ忍ヒス。因テ戸籍ノ混乱ヲ招キ、一種ノ人類ヲ生スルニ至ルヘク、憲政上ニ於テ一日モ座視スヘカラサル事ニ候」

妻でも妾でもない女が子を産み、私生子が増えては、倫理が乱れ、戸籍の混乱を招くことになるという危機感が示されている。ただし、この伺いには、私生子を「婦女」が引き受けるべきだとする提言は見られない。

他方、箕作麟祥は当時の事情を、次のように述べている¹⁸⁾。

「先年本官職ニ其主務省ニ在リシ日、聞ク所ヲ以テスレハ、婦女ノ子ヲ生ムヤ、動モスレハ男子ニシテ多金ヲ有スル者ニ押付ルノ積弊アルヲ以テ、仏国ノ法ヲ斟酌シ右ノ布告成ルト。之レ婦女必ス引請ノ本意ニアラスシテ、男子ニ強ユル弊ヲ矯正スルノ意ニ出タルヲ知ルヘシ」

箕作によれば、父の認知がない限り、婚外子を女に引き受けさせることよりも、富裕な男への引き取りを強要する弊害を矯正することが目的であり、生母がその私生子を公的に我子であると認めることを法律上強制すれば、墮胎や自殺といった弊害をうむおそれがあるから、生母がそれを欲しない場合には、第三者たる引受人に託することも、布告の趣旨にもとらな
いと言う¹⁹⁾。

なお箕作の言う「仏国ノ法」では、当時、私生子は父によって任意に認

知られるにすぎず、強制認知は否定されており、布告21号も父の任意の認知しか認めていないのは、この法制を参考にしたとみてよいとされている²⁰⁾。

しかし、より重要なことは、箕作が聞いた意図から離れて、認知制度が家制度と密接に関連していくことである。それを端的に示すのが1875（明治8）年12月17日の太政官指令39（同年9月10日内務省伺）である。

内務省が、妻妾に非ざる婦女の分娩した子は、その婦女を妻妾としない限りは、丁年に達しても、依然私生子を以て論じ、ただ家督相続に際し、当該家に相応の者がなく、当該私生子に相続させた場合には、私生の呼称を滅却すべきか否かと伺ったのに対して、太政官は、「伺之通。但戸長免許ヲ受ケ男子ノ籍ニ入ルルトキハ、私生ノ名義ヲ消シテ庶子ト称シ、庶子中長幼ノ順序ヲ以テ相続ノ権ヲ有スヘキ事」と指令した²¹⁾。

つまり、母が妻妾でなくても、男が己の子と認め、自己の戸籍に入れれば、私生子も庶子と称して、妾の子と同列で長幼の順に従い、相続の権利を持つことが示されたのである。父家の後継ぎを確保するためには、妻に子がなければ、妾を確保して子をもうけるほかなかったのだが、この布告により、妾でなくても、妻以外の女に子を産ませ、男が認知し、自己の戸籍に入籍させれば、後継ぎとすることが可能になった。父の認知した私生子と妾の子が同質化していく²²⁾。

そして後継ぎにするかどうかは父の意思次第であり、認知はそのための要となる。島津氏は、布告21号の意義として、「私生子の父に認知という特権を与えた法律であること」をあげる²³⁾。日本固有法に異質なものであったはずの認知が、家父長的家制度の強化に資することになったのである²⁴⁾。

2 明治民法制定過程

1) **民法草案の規定** 民法制定過程において、初めて認知制度が規定されたのは、1878（明治11）年の民法草案（第一編人事）である。「第三章 不適法ノ子」「第二款 不適法ノ子ヲ我カ子ナリト認ムル事」の305条「不

適法ノ子ヲ其出産証書ヲ以テ我カ子ナリト認メサル時ハ、別ニ公正ノ証書ヲ以テ我カ子ナリト認ムルコトヲ得可シ」である。ただし、フランス民法の翻訳に近いものだった²⁵⁾。

その後、1888(明治21)年にできた民法草案人事編では、「第二款 庶出子ノ認知」の規定が設けられた。具体的には、175条「庶出子ノ認知ハ身分取扱人若クハ公証人ノ作リタル証書ヲ以テ之ヲ為スコトヲ要ス」である。民法草案人事編理由書は、第二款の冒頭に認知の意義について、次のように述べている²⁶⁾。

「認知ハ親子ノ分限ノ自認ニシテ、此自認ハ子ノ身分ヲ確定スルノ目的ナリトス。故ニ性質上本人ノ随意ニ在ルモノトス。親子ノ分限ノ証拠ハ必スシモ自認ヲ包含セス。出生証書ハ勿論身分ノ占有ハ暗黙ノ自認ナリト雖モ、必スシモ子ノ身分ヲ与フルノ意ニ出ツルヲ要セス」

認知は、親子の分限の自認であり、子の身分の確定(身分を与えること)を目的とする一方、自認は親子の分限の証拠としても捉えられている。

民法草案人事編再調査案では、表題が「第二款 私生子ノ認知」となったほかは、規定は同じである。これが元老院に提出されたが、元老院では、親子訴訟を為すべき事(裁判による認知)などが削除された結果、元老院審査会案では、認知の方式など二箇条に整理され、1890(明治23)年の民法草案人事編96条「父ノ知レサル子ハ私生子トス」、98条「私生子ハ父之ヲ認知スルニ因リテ庶子ト為ル」、99条「庶子ノ出生届及ヒ認知ハ父自ラ身分取扱吏ニ之ヲ為スコトヲ要ス。未成年者ト雖モ自ラ之ヲ為スコトヲ得」に結実した。

しかし、民法は公布されたものの施行されず、新たに制定されることとなった。任意認知の根幹に関する起草委員案は以下のとおりであり、民法草案人事編、旧民法の規定を踏襲している。

829条「私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之を認知スルコトヲ得
前項ノ認知ハ無能力者ト雖モ之ヲ為スコトヲ得」

830条「私生子ノ認知ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ依リテ之ヲ為スコトヲ

要ス

認知ハ遺言ニ依リテモ亦之ヲ為スコトヲ得

前二項ノ規定ニ依リテ為シタル認知ハ出生ノ時ニ遡リテ其効力ヲ生ス

2) **民法起草者の考え方** 1896（明治29）年の法典調査会では、認知の意義について、詳しい議論はなされていない²⁷⁾。起草委員の一人である富井政章は、830条の趣旨説明において、「私生子ノ認知ノ如キモ、此子ハ自分ノ子デアルト云フコトヲ極メルノデアリマスルニ依ツテ、戸籍吏ニ届出ツルト云フコトニスルガ必要デアラウト思ヒマス」と述べ²⁸⁾、また833条（認知ハ之ヲ取消スコトヲ得ス）の趣旨説明において、「私生子ノ認知ト云フモノハ既ニ生ジタ事実ヲ承認スルコトデアリマス。一旦承認シタ事実ヲ復タ無イモノトスルト云フコトハドウモ當ヲ得ナイコトト思ヒマス」と述べているにとどまる²⁹⁾。

しかし、この趣旨説明からは、認知の性質が一義的に定まっていなかったと分かる。すなわち、の説明では、認知は、父または母が子を自分の子であると決めること、すなわち父又は母の意思で親子関係を確立する趣旨にとれるのに対して、の説明では、認知は、すでに生じた親子の事実を承認する趣旨にとれる。石川教授は、「民法草案人事編のとり、認知は『自認』であるという見解と同じであるとみてよいように思われる」と指摘するが³⁰⁾、そうだとすれば、民法草案人事編理由書では、前述のように、認知は、親子の分限の自認であり、子の身分の確定を目的とする一方、自認は親子の分限の証拠としても捉えられていたのだから、この二重の意味が混在したままであったと解することになる。

前述の布告21号の段階では、認知は、その子を父の子とすることとして捉えられていたが、民法制定過程では、母の認知も定められただけではなく³¹⁾、認知をすでに生じた親子の事実の承認、証拠の一つとする見方も含まれていた。それは、起草委員が参考にしたフランス民法の考え方に影響されたと見るができるように思われる。

3 フランス民法の理解

1) **当時のフランス民法** 伊藤教授の分析・検討によれば、19世紀の民法書には次のような記述がある³²⁾。

「婚姻から生ずる父性推定は非嫡出子には働かないので、これらの子は、法律の目から見れば、父によって認知されない限り父を有しないものと見られる」(Duranton, 1834)

「嫡出でない子を父母に結びつける血縁関係は、原則として、公的証書によってなされた父または母による認知により、あるいは、父の搜索または母の搜索の結果として行われる裁判認知によってしか、法的に確定的とはならない」「認知は宣言的なものでしかなく、取得的ではないので、効果は、原則として認知された子の出生の時にさかのぼる」(Aubry et Rau, 1873)

「婚姻外で懐胎され出生した子どもたちの親子関係は、事の成り行きからして、不確実である」「しかし、非嫡出親子関係は、父又は母からの任意の認知によるか、法律が定める場合と条件において裁判によるかによって、確実になる」「認知は、親子関係を取得させるものでないことは勿論である。それは専らに宣言的である。したがって、その効果は原則としてまさに出生の時に、あるいはむしろ懐胎の時に遡及する」(Demolombe, 1874)

「嫡出でない子は、認知されていない限り、親子関係を有しない」「嫡出でない子は、嫡出子と同じく、親子関係を有する。しかし、この親子関係は法律の目から見れば、認知によって確認されない限り存在しない」(Laurent, 1878)

「認知が、すでに生じた事実の確認以外の何ものでもないということから、それに期限や条件を付すことは相容れないし、それは撤回不能であることにもつながる」(Huc, 1892)

そして19世紀の判例・学説を集大成した最も詳しい注釈書は、認知について、次のように記述している。

「認知は、非嫡出親子関係の一証明方法である。それは取得ではなく、それがなされる子の親子関係につき宣言的である。実際、認知以前に子が何か親子関係を有していたことは明白であり、ただ当該親子関係が法的に知られていなかったにすぎない。認知は、これを明るみに出して確認させることになる。……その結果、認知によって証明された親子関係の効果は出生の日にさかのぼるし、必要な場合には、子の懐胎の時にさえさかのぼることになる。判例は、この点において学説と一致している」(Bauderie-Lacantinerie et Chéneaux, 1907)

2) **学説の理解** 以上の記述を見ると、富井が条文の趣旨説明で述べていたこと、すなわち、認知は、父または母が子を自分の子であると決めること、認知は、すでに生じた親子の事実を承認することが、フランス民法の影響を受けたものであることが分かる。それは、太政官布告21号の理由で、箕作が仏国の法を斟酌したと言うのと付合する。すなわち、認知がなければ父子関係を有しないという記述を重視すると、のような理解になるが、認知はすでに生じている親子関係の証明方法だという記述からは、のような理解が出てくる。

しかし、その後の学説は、認知について、「父が私生子に対し己の子たることを承認したとき、その承認によって初めて私生父子関係が発生し、それ以外の原因によっては発生しないとす」主観主義もしくは意思主義と、「一定の客観的事実に従って法律が父性の推定をなさんとする」客観主義もしくは事実主義という対立の図式で捉え、前者の代表としてフランス法を位置づけ、日本はこのフランス法の立場をとったものと理解するようになる³³⁾。

しかし、フランス民法の記述を正確に読めば、は誤解であるといえる。婚外子は出生により親子関係を有しており、その証明が認知であり、したがって、認知がない限り、法律上は、親子関係は確認されないのである。認知は親子関係の成立要件などではなく、証明方法の一つにすぎない³⁴⁾。

4 学説の展開

1) **認知の意義** 民法制定直後の学説のうち、奥田義人(法典調査会委員・民法整理委員)は、「認知トハ法定ノ方式ヲ以テ為シタル私生子ノ父又ハ母タルコトノ任意ノ自白ナリ」とし、さらに次のように展開する³⁵⁾。

「認知ハ子タル身分ヲ発生セシムルモノニ非ス、子タル身分ハ出生ニ因リテ既ニ確定セリ、認知ハ之ヲ法律上ニ表明スルモノナリ。認知以前ニ於テハ親子ノ関係ハ一ノ事実タルニ止リ、法律ハ其関係ヲ認ムルコトナシ。認知ニ因リテ始メテ法律上其関係ヲ確定シ、出生ノ時ニ遡リテ之ヲ発生セシムルモノナリ。」

この奥田説は、子の身分(親子関係)は出生によりすでに確定(発生)しており、認知はそれを自白すること(親子関係の証拠)であり、これによって法律上の親子関係が確定するというのだから、フランス民法の解釈にかなり近いといえる。しかし、事実上の親子関係と法律上の親子関係という切り分けをし、前者が後者になるためには、認知が必要とするのだから、認知を婚外父子関係の成立要件とする考え方につながる面も有している。

梅謙次郎(起草委員)は、この点を明確に論じた³⁶⁾。

「私生子ハ法律上正當ニ生マレタル子ニ非サルカ故ニ、當然其父タルヘキ者又ハ母タルヘキ者アルニ非ス。父又ハ母カ之ヲ認知スルニ因リテ始メテ親子ノ関係ヲ生スルモノナリ。」

伊藤教授によれば、この梅の記述がその後の学説を支配し、認知を婚外父子関係の成立要件とする通説を生みだしたとする³⁷⁾。

2) **母子関係との区別** その後、学説は、私生子の母子関係についても認知がなければ発生しないとした大審院判決の批判を通じて、父子の場合には、法律上の親子関係は認知によって成立するが、母子の場合には、分娩によって当然に成立するという立場に収斂していく。

この判決は、女性Aの婚外子XがAの父母の実子として出生届をされていたところ、Aの死後、Xは判決によってAの「私生子男」として戸籍訂正を受け、Aの遺産相続人に対して共有権確認などの訴えを起こした事案

に関する。原審は、「私生子ノ母ハ分娩ナル事実ニ依リテ當然法律上ノ親子関係ヲ生スト為スヲ相當トスト」して、Xの相続資格を認めた。

これに対して、大判大 10・12・9 民録27輯2100頁は、「婚姻外ニ於テ生マレタル子ハ、生理的二親子ナリト雖モ、法律上ハ未ダ以テ親子関係ヲ発生スルニ至ラズ、カカル関係ハ其父又ハ母ニ於テ認知ヲ為スニ依リテ始メテ之ヲ生ズルモノナルコトハ、吾成法上ノ制度トシテ疑無キトコロナリ」と断言し、認知のない限り父子関係が発生しないことについて何ら疑いがない以上、「独り母ノ場合ニ於テノミ苟モ生母タル事実ガ明白ナル限り、認知ヲ要セズシテ法律上當然親子関係ヲ発生スト論斷セムハ、権衡ヲ失スルノ甚シキモノナレバナリ」とし、原判決を破棄した。

この判決に対して、穂積重遠は、「機微にして証明困難な父子関係と妊娠分娩と云ふ明白な事実を伴う母子関係を同一に取扱ふことが却って権衡を失はしまいか」と疑問を呈し、民法831条が父に胎児の認知を許しながら、母がその胎児を認知するという問題が起こり得ないように、「生理上の事実の相違が法律上取扱の相違を来たす」ことに何の不思議はないとし、私生子関係は、母と子の間は出生により、父と子の間は認知または判決によって生ずるというスイス民法を参考に、母子について親子関係が認知によって成立するという考え方を否定し、立法論としては、私生父子関係すら認知のみによって定めようというのが無理なのであり、ドイツ民法1717条の推定制度がかえって自然かつ適切なのではないかとする³⁸⁾。

このような、父子関係は認知により成立し、母子関係は分娩により成立するという考え方の背景につき、伊藤教授は、「おそらく人々の頭が戸籍に支配されていたからであろう」と指摘する³⁹⁾。梅が著書の中で、認知を非嫡出親子関係の成立要件と見る説明をしている箇所を、太政官布告21号を引用していることから、「梅の頭のなかにも、身分関係は子が親の戸籍に入籍されること等によって『成立』するという観念が固く根を張っていたのではないかと」。

1で述べたように、認知制度が現実期待された役割は、家の後継ぎを

確保するために、父の意思で法律上の親子関係を作ることにあった。認知成立要件説は、この趣旨にもっとも適うものだった。さらに、戸籍制度が完備するに連れ、身分行為の届出主義を原則とする戸籍制度の下で、認知は創設的届出として位置づけられるようになる。認知の届出なくして法律上の親子関係が成立するなどという考え方は、届出主義に反するものと捉えられるようになったのではないだろうか。そこに穂積が説く「父子と母子の生理上の事実の相違」が合理的な説明として受け入れられて、認知成立要件説が定着していったのではないだろうか。

戦後の民法改正をリードした我妻栄は、次のように整理する⁴⁰⁾。

「認知は非嫡出子と父または母との間に法律的な親子関係を成立させる法律要件である。そして、右に述べた沿革からみるときは、父または母と子の間に生理的なつながりのあることを前提とした上での父または母の意思表示とされていたが、次第に、生理的なつながりという事実そのものとされるようになった。ただし、母の場合には、事実があればそれだけで法律要件として十分であるとされるのに反し、父の場合には、その事実が、父の承諾または裁判によって確認されなければならないとされる傾向が強い。

わが民法では、父との関係ではもとより、母との関係でも、承諾または裁判による確認を必要とし、その承認も意思表示と考えられているように見える。しかし沿革と判例理論を合理的に解釈するときは、つぎのように解するのが妥当だと思う。

父との関係は、認知または裁判によってまず父子関係の存在が確認されなければならない。それ以前には、何人も父子関係の存在を主張しえない。

母との関係は、生理的なつながり（分娩）があれば足りる。母の認知または裁判を必要としない。従って、何人も、何時でも、この事実を主張することができる。母の認知という特別な制度は不要となる。」

この直後、前掲【1】最判昭37・4・27民集16巻7号1247頁は「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を待たず、分娩の

事実により当然に発生すると解するのが相当である」と判示し、穂積～我妻と受け継がれた父子と母子の二分説が通説となり、今日に至っている⁴¹⁾。

3) **認知を婚外父子関係の成立要件と捉えない学説** 他方で、認知を婚外父子関係の成立要件と捉えない学説もあった。

1950年、外岡茂十郎は次のように述べる⁴²⁾。

「実親子関係は、公生親子関係たると私生親子関係たると、また、父子関係たると母子関係たるとを問わず、子の出生によりて、出生の時に当然に～即ち出生もしくは認知の届出または戸籍の記載等を待つことなくして～発生する。けだし親子としての血統による自然血族関係は、男女の結合により生じるものであって、その男女の結合が婚姻であると婚姻外の関係であることによって、また、その血縁的連繋が父子間におけると母子間におけることによって、差異がないからである。ただ、親子としての血縁の繋りを認定することの難易が、必ずしも同一でないというだけのことである。」

その上で、法律は、母子の場合にはその認定方法をあらかじめ限定しないが、父子の場合には、「今日の科学の智識を以てしても、その認定は必ずしも容易ではないので」、最も信頼のおける認定方法として、婚姻中に懐胎された子のためには父性推定制度を、そうでない子には認知制度を用意して、「父子の血縁関係が軽率に認定されることを防止している。要するに、父子と母子との間における生理上の相違が、その認定方法の相違を来さしめただけのことであって、子の出生という事実によって法律上父子関係の生ずること、母子関係の場合と何ら異なることがない。」とする。

外岡説も、父子と母子の生理上の相違を指摘するが、穂積～我妻説がこれを法律上の親子関係の成立方法の相違に結びつけたのに対して、外岡説は、子の出生という事実によって法律上父子関係は当然に生ずるとし、生理上の相違を自然血縁関係の認定方法の相違に結びつけるのである。

同じく1950年、於保不二雄は、認知には、親の主観的意識が親子関係を作るかの如き基本観念が基底にあるが、認知に対して反対事実の主張が許されていることから、消極的ではあるが、自然的血縁関係が存在しなければ

ば、婚外親子関係も発生しえないものであり、ただ自然的血縁と共に、その事実を明確にすべき他の積極的手続、すなわち親の認知届出又は認知の訴えによって、初めて発生するものとされていたとの理解に立った上で、「認知の意思表示の効果として父子関係が発生せしめられるのではなくして、自然的血縁関係の存在について最もよく知りうべき地位にある親の承認をもって、自然的血縁関係の存在を法認することにしたものに過ぎない。しかも認知に対して反対事実の主張が許されているということは、認知が親子関係を作るものではないことは勿論、認知には親子関係の確定力があるわけでもなく、認知には親子関係存在の推定力があるに過ぎないことを示している。」とする⁴³⁾。

つまり主観主義(意思主義)の立場でも、自然的血縁の存在が前提になっていることを、反対事実の主張を許す構造から分析し、認知には親子関係を作る力、確定する力はなく、単に親子関係存在を推定する力があるにすぎないとするのである。伊藤教授によれば、これこそフランス法の解決そのものであり⁴⁴⁾、フランス民法学説の説明と付合する。

さらに於保は、日本民法に死後認知制度が導入されたことから、認知制度について、主観主義から客観主義への移行が一層明確となったのだから、任意認知についても客観主義的な理解をすべきだとして、次のように解釈論を展開する⁴⁵⁾。

「婚外親子関係も自然的血縁に基づいて発生し、自然的血縁の存在が認知によって推定されるものであると解さねばならない。客観主義の立場においては、任意認知も、自然的血縁関係存在についての観念通知であり、婚外親子関係の推定方法に過ぎず、強制認知は、自然的血縁に基づく婚外親子関係の確定方法である。……子の懐胎期間中の父母の同棲事實は、認知の訴えにおける採証方法として、運用上、親子関係の推定力を認めることも可能である。また、親は親子関係存否の事情を最も好く知りうべき地位にあるから、親の承諾によって親子関係の存在を推定するのは、自然であり、かつ、簡易でもあるので、認知制度も、客観主義の立場からも、十

分にその存在価値を認めうる。」

ここでは外岡説のような、父子と母子の生理上の相違から生ずる認定方法の相違とする理解はなされず、認知そのものの構造から、認知が推定要件であることが論証されている。この於保説は、北川教授に受け継がれた。すなわち、「近時の有力説は、認知は血縁による父子関係が存在することの観念通知とする。したがって、認知は、確定的に父子関係を創設するものではなくて、血縁による父子関係を推定させるにすぎない。父の意思に血縁関係上の身分が依存するのは妥当ではないので有力説の方が適切である。」とする⁴⁶⁾。

しかし、外岡説、於保説は一般化しなかった。その理由を、伊藤教授は、前述のようなフランス民法に対する誤解に気づかず、認知によって親子関係が成立するという考え方を、主観主義と客観主義の対立図式で説明してきたことにあると分析する。その背景には、明治期の学説と同様、戸籍に入籍されることによって親子関係が成立するという戸籍重視の発想(伊藤教授はこれを戸籍フェティシズムと称する)から逃れられていないことを指摘する⁴⁷⁾。

また外岡説も、於保説も、認知を推定方法と捉える前提として、法律上の親子関係は自然血縁によって発生するという考え方をとっていることから、事実主義を主張するものと受け止められたように思われる。もともと法律上の親子関係が自然血縁によって発生することと、それを証明すること、そして親子関係を身分登録簿(戸籍)に登録することとは別の次元の問題であり、さらには、自然血縁と法律上の親子関係が不一致であることが判明した場合の、法律上の親子関係を否定する要件、手続、出訴権者の問題も別である。外岡説も、於保説も、自然血縁と不一致であれば、いつでも誰でも利害関係があれば、前提問題としても法律上の親子関係を争えるなどと主張していない。しかし、事実主義においては、成立の問題と否定の問題が必然的な関係にあるものと捉えられ⁴⁸⁾、認知推定方法説は現行制度に適合的でないと評価されたのではないかと推測される。

5 問題点の整理

以上、明治期からの沿革と学説の展開を見ると、認知を婚外父子関係の成立要件とみる考え方は、民法の規定ないし構造から論理必然的に導かれたものではなく⁴⁹⁾、戸籍制度と届出主義の浸透、父子関係が生理上母子関係とは異なり、証明困難であること、フランス民法の誤解などから生じたものであることがわかる。

問題は、認知が推定方法であり、証拠の1つであるとして、認知以外の証拠を認めるかどうかである。3で概観した19世紀のフランス民法学説は、婚外子の父子関係は、認知によって確認されない限り存在しないとして、すでに発生している父子関係の証拠は認知であり、認知がない限り、父子関係は確認されないことを示している。その意味では、認知成立要件説と同じ結果になる。

しかし、後にフランス民法において婚外子の父を捜索する訴えが認められ、裁判による父子関係の確認が可能になってからも、認知は証拠の1つとして位置づけられている。父の捜索の訴えも確認訴訟であり、これによって親子関係を成立させるわけではない⁵⁰⁾。すでに生じている親子関係を証明する方法あるいは確認する方法として、任意認知と父の捜索の訴えがある。

これに対して、水野教授は、「認知も強制認知もないときに、それでも非嫡出親子関係が存在するという解釈がありうるか」と問題提起し、こうした解釈は「法律上の親子関係という概念の否定であり、民法実親子法の要件規定の存在意義の否定であるといわざるをえない」とする⁵¹⁾。そして従来の日本法の議論の根底には、「血縁によって客観的に親子関係が存在しそれがすなわち法律上の親子関係となるべきである、という考え方が存在するように思われる。法律上の親子関係を血縁上の親子関係と異なるものとするのであれば、このアプリアリナ存在を解釈の前提におくことはできない」と批判する。

しかし、判決以外の場合に、父子関係の認定方法を認知に限定したのは、

外岡説が示すように、当時の科学の知識では、父子関係の認定が必ずしも容易ではないので、最も信頼のおける認定方法として、婚姻中に懐胎された子のためには父性推定制度を、そうでない子には認知制度を用意して、「父子の血縁関係が軽率に認定されることを防止」するためだった。

他方で、認知の訴えが制度上保障されている以上、訴訟の中で、可能な手段を用いて父子関係の存在を証明することができる。事実を証明することができれば、判決によって父子関係の存在が確認される（現在の判例によれば、父子関係が形成される）。

今日、私たちは DNA 鑑定を用いれば、父子関係の不存在だけでなく、存在も証明することが可能になった。外岡説が前提とした科学知識とは異なる。だからといって、いつでも誰でも鑑定を実施し、鑑定結果によって親子関係を法的に認めたり、否定したりすることまで認めるものではない。父と見られる男性が、認知、すなわち、子が自分の子である事実を確認しない場合に、子から認知の訴えを起し、この中で DNA 鑑定を用いて、父子関係の存否を証明することを認めるものである。

要するに、認知を成立要件ではないとする立場は、任意認知と判決によって、自然血縁に基づく父子関係の存在が推定もしくは確認されて、法律上の親子関係の存在が認められると考えるのである。つまり、母子関係も父子関係も自然血縁によって、法律上の親子関係は当然に発生しているが、その存在が証明されない限り、法律上の親子関係が認められないと考える。母子関係は、分娩の事実によってその存在が証明される。父子関係は、鑑定を実施しない限り証明できない。しかし、すべての場合に鑑定の実施を要求することは、現実的でない。そこで、従来どおり、父性推定を設けることになる。現行法では、婚内子については、民法772条の嫡出推定がそれであり、婚外子については、民法779条の認知を父性推定として扱うことになる。この推定により直接の証明をしなくてすむのである。

認知推定方法説

ここでは、認知を成立要件ではなく、推定方法として扱うことが、解釈論として成り立ちうるかどうか、こうした解釈が、他の認知に関する規定と整合するのかどうかを検討する。まず立法論として、認知を推定方法として扱うことが議論されたことがあるので、その経過を踏まえ、推定方法とすべきことの意義を再確認したい。

1 立法案と問題指摘

1) **仮決定・留保事項(その2)** 認知を父子関係推定の一方法とみる考え方(認知推定方法説)は、1959年の「法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項(その2)」において、1つの立法案として、次のように明記されていた⁵²⁾。

「(婚姻外の親子関係の成立)

第22 第779条から第787条までについては、母子の関係は出生の事実により当然に生ずるものとするが、父子の関係につき左の両案があり、なお検討する。

甲案 父子関係は認知又は父確定の判決により生ずるものとする案。なお、同意要件、父死亡後の訴提起期間及び認知の無効、取消等につき修正を加えるかどうかについて検討する。

乙案 父子関係も自然の血縁関係によって当然に生ずるものとする案。なお、認知の届出は父たることを推定せしめる効果があるものとし、認知の訴及び認知の無効・取消の訴は廃止することとする。」

仮決定・留保事項(その2)に関する座談会で、唄教授は、小委員会で、親子関係についての事実主義(唄教授は、血縁的な事実を強く考える考え方とする)が、婚外子の問題として関連してきて、認知というような制度をなくしてもいいのではないかという考え方になるとし、民法部会になってか

ら注目すべきと思ったのは、於保教授の意見だとする⁵³⁾。すなわち、「従来の先生の書物でもいわれているのですが、事実主義ないし客観主義を強く考える立場から、その限りでは嫡出子・非嫡出子の区別、あるいは父子と母子の区別もなくなるわけです。つまり、推定といっても、婚姻が嫡出性を推定するのではなくて、同棲という事実により父性の推定力があるのだという形で、その限りで嫡出子と非嫡出子とを一緒に想定していいんだというご意見です。於保先生は書面で簡単に意見をださしていただけで、部会でくわしい発言はなかったので私の感違ひもあるかもしれませんが、注目すべきではないかと思いました。」と述べる。

しかし、乙案は、父子関係の存否を争う手段として、「第20 嫡出の推定の効力」に関する「(2) 特別の制度を必要としない案 丙案 事実上の父子関係の存否によって決定することとする案」になることから、第20の丙案につき、出訴権者、出訴期間の限定が示されておらず、前述のような血縁絶対主義のように受け止められたように思われる。唄教授自身、「どうもぼくには血縁の事実主義で通すことにひるむ気持ちがあって、それとの対照として意思の問題が考えに入ってくる。それも全然無視できない場合があり、その限りで複線になるような気がして……」と述べる⁵⁴⁾。

2) 於保説 しかし、今の於保教授は、次のように述べていた⁵⁵⁾。まず「現行法は、個人の尊厳と両性の本質の平等の原理に基づき、父母の平等・子の平等・子の尊厳の理想はかなり高度に実現していたが、「家のため」「親のため」の親子法の残滓があり、これをいかに払拭するかが今回の改正の課題だと指摘する。今回の改正意見の中には、「親子関係は、婚姻が定めるものではなく、自然的血縁によって生ずべきものであるという親子観が明白に打ち出されている。」と述べ、親子法の理想実現へ一歩踏み切ろうとする考え方であるとして、支持する。

この親子観に立てば、「婚内子か婚外子かは、親族効果には差別がありえても、親子関係の発生については何ら区別すべき理由はありえないはずである。ただ、自然的血縁関係の確定は、父子関係と母子関係とではかな

りな格差があることは認めざるをえない。」とし、「母子関係は、懐胎分娩の事実によって自然的血縁の存在は容易かつ明白に証しうるのであるから、出生の事実のみで当然に母子関係は発生するとすべきである」が、「父子関係にあっては、自然的血縁の確定は容易ではない。したがって、親子関係の発生を容易にするためには、何らかの推定制度を必要とする。」と述べる。

次に、推定制度に関して、「現行法は、婚内子については嫡出推定の制度を、婚外子については認知及び認知の訴の制度を設け、婚内子と婚外子とは全く差別している」と厳しく批判する。「嫡出推定制度は、ローマ法以来の婚姻子のみを子とする法制に由来するものであり、婚外子認知の制度は、婚外子は親の意思によってのみ親子関係を生ぜしめた立法の系譜に属するものである。嫡出推定は父子関係の推定制度であるが、認知は婚外親子関係の創設制度である。これは、婚姻尊重・婚外子差別観によるものであって、……父子関係の発生において、このような差別をなすことは適当ではない。もし、婚内父子関係と婚外父子関係との間に何らかの区別をすとしても、それはともに推定制度としての区別でなければならない。」と述べ、現行法維持論に対して、この点について「まず三省していただきたいと思う。全面改正論は、すでに認知を推定制度としようとしている。」と鋭く迫る。

そして具体的な推定制度のあり方に言及する。「父子関係も自然的血縁によるという親子観からは、婚姻による嫡出推定ではなく、父子関係存在の可能的事実、すなわち、子の懐胎期間中における父母の同棲事実に父子関係存在の推定力を認むべきであり、このことは、婚内子が婚外子かによって区別はないのだから、「婚外子についても、認知のみでなく、子の懐胎期間中の父母の同棲事実に婚外父子関係の推定力を認むべきである。」とする。婚姻は、父性を推定するものではなく、「子に嫡出性を賦与するものにすぎないことになる。」

なお推定の否認について、於保教授は、現行法維持の立場も、否認権者

の範囲を拡大し、否認期間の制限を緩和もしくは撤廃し、子を懐胎することが不能な事情が父に存するときは、嫡出否認を要しないことにしようとしていることから、「嫡出推定及び嫡出否認を特別の制度として存置することの意義を失わしめる。」ことになり、これでは、「訴訟当事者の範囲が一致すれば、事実上の父子関係の存否によって決しようとする見解と本質的には異なることになる。」と批判している。このことから、推定を否認する場合には、唄教授が危惧されたような、「血縁の事実主義で通すこと」を意図されていないことが読みとれる。

2 解釈論としての認知推定方法説

1) **条文の解釈** 以上のように、立法論として認知推定方法説が展開された経緯があるが、於保説も外岡説も、これを解釈論としても展開していた。そしてそれは、立法の沿革からすれば、フランス民法の解釈論としては正統なものであり、かえって日本法の条文に忠実なものともいえる。伊藤教授は、このことを沿革とフランス民法体系書の読み込みから明らかにし、法律上の親子関係は、父子関係も母子関係も、婚内子、婚外子にかかわらず、自然血縁＝生物学的真実に基づいて成立し、出生や認知の事実、親子関係の存在を推定させる一つの証拠に過ぎず、生物学的真実に反すれば、親子関係は存在しないが、その主張を許さない場合があり、それを個別に限定的に設けていけばよいと述べる⁵⁶⁾。私見もこの立場を支持する。そこで、関連する条文をこの立場から捉え直してみたい。

(1) 婚内子の場合 民法772条は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と規定するのみであり、母子関係については、規定自体が存在しない。母子関係については、分娩の事実によって明らかだと説明するのであれば、母子関係については、自然血縁によって法律上の親子関係が成立することを意味する。他方、「夫の子と推定する」については、夫と子の間の何を推定するのが明らかにされる必要がある。つまり法律上の親子関係は何に基づいて成立するのかである。単に推定に基づくののだす

れば、父子関係のアイデンティティは砂上の楼閣のような空虚なものになる。そうではないとすれば、父子関係も母子関係と同様、自然血縁の存在ということになるのではないだろうか。父子関係の場合、自然血縁の存在が、妻の婚姻中の懐胎によって推定されているのである。言い換えれば、母子関係も父子関係も自然血縁によって法律上の親子関係が当然に成立しており、母子関係は分娩の事実によって自然血縁の存在が証明され、父子関係は右の規定によってその存在が推定されているのである。

(2) 婚外子の場合　民法779条は、「嫡出でない子は、その父又は母が認知することができる」と規定しており、認知が婚外子の親子関係の成立要件であるとは一言も規定していない。これを成立要件と解することは、沿革にも文言にも反する。では、どのように解釈するのか。それは、次のようになる。婚外子の場合も婚内子と同様に、母子関係も父子関係も自然血縁によって法律上の親子関係が当然に成立している。しかし、父母の同居がなかったり、父母の関係性が断たれていたり、子が父や母から遺棄されていたりして、自然血縁の存在の証明が困難な場合がある。そこで認知という簡便な手段によって自然血縁の存在を推定することを可能にした。だから、母による認知もありうる。そして認知によって法律上の親子関係も推定できると解釈するのである。

要するに、法律上の親子関係が自然血縁に基づいて発生していると言っても、その存在が証明されない限り、法律上の親子関係は確認されない。したがって、法律上の親子関係の登録もできない。自然血縁の存在と法律上の親子関係の登録との間をつなぐものが、証明であり、推定なのである。母子関係は、分娩の事実という証明手段があり、出生証明書がこの役割を果たすが、子を遺棄し、出生証明書を得ていない場合などには、民法779条の認知によって母子関係の発生を推定する。父子関係は、科学的な鑑定の実施しか証明手段はなく、すべての出生子について、鑑定の実施を要求することが現実的でないことから、父性推定が必要になり、婚内子については民法772条の嫡出推定が⁵⁷⁾、婚外子については民法779条の認知がこの

役割を果たすものと位置づける。

認知は父子関係、母子関係の推定方法である。多くの場合、父による出生届あるいは父または母による認知届によって、自然血縁の存在が推定され、これに基づいて法律上の親子関係が推定され、戸籍官は親子関係の登録をすることができるのである。

2) **解釈の理由** こうした解釈をする理由は、第1に、於保教授が立法論の展開で述べられたように、「父母の平等・子の平等・子の尊厳の理想」の実現である。明治初期において、認知は父子関係創設の手段であり、父家の後継ぎ確保のために存在した。認知成立要件説は、この歴史的な「家のため」「親のため」の認知制度の残滓を払拭していない。父子と母子で、親子関係の成立要件が異なり、婚内子と婚外子でも異なることに、合理的な説明がつかだろうか。こうした相違の結果として、死後3年経過によって婚外子に父子関係の確認を求める道を閉ざすことは、子の尊厳に反する。40数年前に、於保教授が指摘されたことは、今なお妥当する。というよりも、この指摘が放置され、法改正はともかくとして、解釈においても、何ら改善がなされなかったこと自体が問題だと考える。

また子どもの権利条約18条では、子の養育及び発達について父母が共同の責任を有することを明記し、男女共同参画社会基本法6条は、子の養育、家族の介護その他家庭生活における活動と他の活動との両立を明記していることなどから、男女が対等な立場で子育てを担うことが、社会的に求められるようになってきている。子育ての男女共同責任であるが、そのためには、親子関係が男女とも同じ原理で成立することが前提となるものと考えられる。子の出生について男女が対等な責任を負うがゆえに、子育てでも対等な責任になる。母子関係の成立は自然血縁によるが、父子関係の成立は嫡出推定と認知によるというのでは、対等な責任を根拠づけることはできない。

確かに男女間には、分娩の可能性という生理的な相違がある。しかし、生理的相違を根拠にして、法律上の親子関係の成立に差異を設けることは⁵⁸⁾、上記の理想の実現や出生・子育てに関する男女の共同責任に反する。

相違は、於保教授が指摘されたように、推定方法という技術的手段に關してのみ、許されるのではないだろうか。

第2に、死後認知の出訴期間の制限を克服できることである。すなわち、父による認知は父子關係の推定なのだから、子の方から、推定によらないで、客觀的な自然血縁關係の存在を直接、証明することによって、法律上の親子關係の発生を確認することができる。親子關係存在確認の訴えが可能になれば、民法787条の認知の訴えの意義も変わる。これまでのような、自然血縁の存在を確認した上で、法律上の親子關係を成立させる形成の訴えではないことになる。すなわち、認知の訴えは、父の認知という推定要件の存在を確認する訴えとなる。認知の有無を争うだけの訴えである。死後認知の訴えも、父の死後に、父からの認知の存在を確認する訴えになるから、時の経過による立証の困難を防ぐために、父と思われる男性の死後3年という出訴期間の制限を受けることを意味する⁵⁹⁾。客觀的な事實に基づく親子關係存在確認の訴えは、認知の有無を争う死後認知とは異なるのだから、民法787条ただし書の適用を受けず、男性の死後3年を経過していても、確認の訴えを起こすことができることになるのである⁶⁰⁾。DNA鑑定を用いれば、父子關係の存在を証明することが可能になった現在、出訴期間を制限する必要はない。

4 認知規定との整合性

以上のように、認知推定方法説は、民法787条の意義を読み直す作業を伴った。同様に、現行の認知に関する諸規定との整合性を保つ必要がある。

1) **成年の子の認知** 現行規定では、成年の子は、その承諾がなければ、認知することができない(民782条)。その立法趣旨は、未成年の間は放置しておいて、子が成人してから認知して子に扶養を求めるなどの父の身勝手を防ぐためであり、長期間経過後の立証の困難さにもかかわらず、父が一方的に認知することを防ぐためでもあった⁶¹⁾。認知に父の意思的要素が含まれていることの結果である。しかし、証明の困難さは今日では解

消しているから、制限の理由は前者になる。

認知を自然血縁の存在の推定方法と捉える立場からは、子の承諾がなければ、父は認知という推定方法を用いることができないことを意味する。父からの親子関係存在確認の訴えも、783条の趣旨から、子の承諾がなければ起こすことができない。すなわち、すでに成立している法律上の親子関係であっても、父が一方的に子との関係を断ち、遺棄してきた場合には、信義則の観点から、子の承諾がなければ、父からの親子関係の確認を認めることができないのである。同じことは母子関係についても妥当する⁶²⁾。

2) **胎児または死亡した子の認知** 現行規定では、父は、胎児を認知することができるが、この場合には母の承諾を得なければならない（民783条1項）。母の名誉を守り（迷惑を防止し）、認知の真实性を確保するためだとされる⁶³⁾。本来は、子が出生してから認知をすればよいはずだが、父母の関係がこじれていたり、父が健康に自信がない場合などに、安全を期して胎児認知をすることがある⁶⁴⁾。出生後に自然血縁の存在を客観的に証明させるよりも、認知という簡便な推定方法をあらかじめ講じておくことは、子の利益にもなるから、制度として維持すべきであろう。その場合には、出生前であることから、虚偽の認知を防ぐ方法の一つとして、真实性の担保を母の承諾に委ねることでよいと思われる。

子が死亡している場合でも、子に直系卑属があるときには、認知をすることができ、直系卑属が成年であるときには、その子の承諾がいる（同条2項）。子の死後には子の利益を考える必要はないが、孫がいれば孫のために認知を認める必要があることを理由とする⁶⁵⁾。判例（前掲【2】）は、母子関係は認知を要せず当然成立するので、本条の制限がなく、過去に法律関係の確認を求める利益があれば、親子関係存在確認は可能と判断している。

認知推定方法説では、認知という推定方法を用いる場合には、子に直系卑属がいることが必要になるが、親子関係存在確認の訴えを起こす場合には、母子関係の場合と同様に、確認の利益がある場合には、卑属がいなく

ても、確認が肯定されることになる。ただし、1)と同じく、信義則の適用があり、子の死後、その相続権や交通事故の損害賠償を当てに、確認を求めるとはできないし、直系卑属がいて、成人している場合には、確認の訴えについても、その承諾が必要と解することになる。

3) **認知の効力** 現行規定では、認知は出生の時にさかのぼってその効力を生じる(民784条)。出生の時から効力が生ずるのは当然のことだが、遡及効を認めるのであれば、規定に書いておいた方が安全であるとの配慮による規定である⁶⁶⁾。認知推定方法説では、すでに法律上の親子関係は発生しており、認知は自然血縁の存在=親子関係の存在を推定するだけなのだから、推定の効力が出生の時にさかのぼるのは当然だということになる。

むしろ問題は、同条ただし書の「第三者が既に取得した権利を害することができない」にある。第三者とは、認知者、被認知者を除く者であるが、他の共同相続人は、民法910条によって、すでになされた遺産分割やその他の処分効力は維持され、当該相続人には価額のみによる支払請求権が認められるので、784条ただし書の適用はない。

ところが、判例は、母子関係の存在確認については、784条ただし書も910条の価額支払い請求の規定とともに類推適用を認めない(最判昭54・3・23民集33巻2号294頁)。もし父子関係の確認についても同様の扱いをすることになると、死後に親子関係を確認された子の利益を守ることができるが、他の共同相続人や、相続開始後に共同相続人から善意で遺産を譲り受けた第三者が不測の不利益を被る可能性がある。現行法に、これら以外に利益調整の規定が存在しない以上、親子関係存在確認の訴えにもこれらの規定の類推適用を認める必要がある⁶⁷⁾。

4) **認知の取消しの禁止** 現行規定によれば、認知をした父または母は、その認知を取り消すことはできない(民785条)。立法者は、取消を撤回の意味に捉え、当然の規定と考えていたが⁶⁸⁾、学説は、通常取消と解釈し、詐欺・強迫による場合でも、認知が真実に合致しているならば、取り消すことができないとする⁶⁹⁾。真実に反する場合は、認知無効訴訟によ

ることになる。なお成人の子の認知や胎児認知などで、認知に子や母の承諾が必要である場合において、これらを欠くときには、承諾権者からの取消しが可能である。

認知推定方法説では、認知という行為は自然血縁の存在を推定する行為、一つの証拠なのだから、撤回できないのが原則であるが、認知が他人の不当な干渉、具体的には詐欺・強迫によってなされた場合には、認知者は取り消すことができる⁷⁰⁾。認知者が詐欺・強迫の事実を証明して、認知行為の取消しの訴えを起こした場合には、子の側から、反訴として親子関係存在確認の訴えを起こし、自然血縁の存在を証明して、親子関係の成立を確認することができ、併合審理をすれば、手続的な負担は軽減される。

5) **認知に対する反対事実の主張** 現行規定によれば、子その他利害関係人は、認知に対して反対の事実を主張することができる(民786条)。立法者は、不実認知が不成立であることを前提に、相続などの別の訴訟の先決問題として親子関係が存在しないことを主張できる旨の規定と捉えていたようである⁷¹⁾。他方、4)で見たように、民法は、認知した父または母は認知を取り消すことができないとしており(民785条)、この規定から、認知者はたとえ認知が真実に反しても、無効の主張はできないとする判例があった(大判大11・3・27民集1巻137頁)。

しかし、その後の学説は、不実認知を認知無効の問題と捉え、認知者自身も利害関係人の一人として、認知が真実に反することを理由に、無効の主張をすることができるとする。判例も、自然血縁関係がないのに、好意から他人の子を認知した事案で、認知を無効とするほか(最判昭53・4・14家月30巻10号26頁)、認知者の意思に基づかない届出による認知も無効とする(最判昭52・2・14家月29巻9号78頁)。

その上で民法学説の多数説は、不実認知は、裁判による確定を待たずに当然に無効であり、他の訴訟の先決問題として、無効を主張することができるとする⁷²⁾(確認無効説)。これに対して、判例は、無効判決によって初めて認知は無効となるとする(形成無効説、大判大11・3・27民集1巻137頁)。

認知を婚外父子関係の成立要件と考えるのであれば、認知無効の訴えは、成立している父子関係を否定し、消滅させるものなのだから、形成の訴えと捉えるべきであろう。これを確認の訴えとするのであれば、認知も、すでに成立している父子関係の確認ということになり、認知は成立要件ではありえないことになる。ところが立法者は先決問題として親子関係が存在しないことを主張できるという趣旨で、利害関係人による反対事実の主張を認めるのだから、確認無効説を取る方が理解しやすい。しかし、それでは認知を父子関係成立の要件としたことと整合しない。認知成立要件説に立った上で、民法785条と786条を整合的に理解することは極めて困難である。

認知推定方法説の立場からは、認知は自然血縁の存在の推定なのだから、推定を覆すことが認められなければならない、本条はこれを意味することになる。存在が推定されている父子関係について、反対事実を主張して、まさに推定を覆す規定となるのである。訴訟の形式としては、認知無効ではなく、親子関係不存在確認の訴えになる。認知者の意思能力が不存在の場合、第三者が届け出ており、本人には認知の意思がない場合に、証明方法としての認知が無効となる。

6) **父子関係を否定できる場合の限定** 民法786条には、反対事実の主張について、期間の制限がない。利害関係人の範囲についても限定がない。こうしたことから、判例・学説は、認知無効の訴について、出訴権者、出訴期間について制限を設けない。

例えば、Xと婚姻したAは、Xの婚外子として出生したYを不憫に思い、Yを自己の子として認知したが、家業の経営をめぐる家族間に対立が生じ、Aの死去に伴う相続問題から、認知の届出から52年後に、母Xが認知の無効を主張したのに対して、Yが権利濫用の抗弁をした事案において、最高裁は、自然血縁のない者を認知しても当然無効であるということ为前提に、権利濫用に当たらないとした原審を支持した(前掲最判昭53・4・14家月30巻10号26頁)。また認知無効の訴の原告が第三者の場合は、被告は認

知者および子の双方であり（大判大14・9・18民集4巻653頁）、どちらかが死亡していれば生存している方（前掲大判大11・3・27民集1巻137頁）となる。いずれの場合も被告となる者がすべて死亡していれば、被告は検察官となる（認知者死亡の事案につき、最判平1・4・6家月41巻7号93頁）。

認知の場合、父子関係を否定することが、父子以外の第三者に、時間制限なく、認知者や子が死亡していても、認められるのである。婚内子の場合、嫡出否認期間の経過によって、誰も父子関係を争うことができなくなり、父子関係が安定する。いわゆる「推定の及ばない子」の考え方も判例では、限定的にしか認めない⁷³⁾。婚外子の父子関係についても、こうした安定性は必要ではないのだろうか。

確かに認知推定方法説は、法律上の父子関係も母子関係と同様、自然血縁に基づき、出生と同時に発生していることを前提とする。しかし、法制度上、好意による認知、嫡出否認期間の徒過、虚偽の嫡出子出生届などにより、自然血縁上の親子と法的な親子が食い違うことがある。そのような場合に、自然血縁という生物学的な事実に基づき、法的な親子関係を否定し、事実に基づく親子関係を確認することを認めるものではない。安定した共同生活を営む親子関係に、「真実」を御旗に第三者が介入することは認めるべきでない。養育の事実は、血縁の事実より重いのであり、一定の共同生活が継続した後では、父と子（または母）の合意なくして、血縁を優先させるべきではない。すでに存在する法的親子関係を否定することには慎重さが求められる。

したがって、判例・通説のように認知無効の訴えという構成をするにしても、私見のように認知推定方法説をとり、親子関係不存在確認の訴えという構成をするにしても、出訴権者、出訴期間は、限定すべきであると考え⁷⁴⁾。こうした解釈をとる実質的な根拠は、父子関係の存在に対する子の利益の確保であり、婚内子と婚外子の平等の確保である。したがって、「推定の及ばない子」の考え方を参考に、以下のように考える。

婚外子と認知者が同居して父子としての共同生活を継続していた場合、

同居はないが、養育費の給付や継続的な父子としての交流を継続していた場合には、認知者も子も親子関係不存在確認の訴えを起こすことはできない。これらを欠く場合には、認知者、母、子は父子関係の直接の利害関係人として、訴えを起こすことができるが、以上の者以外は、利害関係人には当たらないものとする。たとえ相続権など重大な利害関係があるとしても、父子関係の当事者が争おうとしない場合にまで、認めるのは、当事者の意思に反するからである。唯一の例外は、認知者と子(子の年齢によっては母)が父子関係を否定することに合意した場合である。この場合には、父子関係継続に関する利益を当事者全員が放棄したのだから、親子関係不存在確認の訴えを認めることができる。共同生活の継続性、交流の継続性の時間的基準は、現行法の下では、嫡出否認期間との整合性から、1年とし、合意をする子の年齢の基準は、養子縁組締結能力との整合性から、15歳とし、具体的な事情を勘案して、幅を設けることを認めたい。

なおこうした解釈は、判例・学説の認知無効の訴えについても妥当するものとする。

今後の課題 法改正へ向けて

以上、認知を婚外父子関係の成立要件と捉える考え方は、明治期の家制度の下で、父が婚外子を自分の家に入籍させ、後継ぎを確保する手段として、戸籍への登録こそが家族関係成立の要件とする戸籍重視の考え方になじむものとして、フランス法の誤解に端を発して意思主義と事実主義の対立として位置づけられたことから、生成されたものであり、条文に忠実な解釈ではなかったことを明らかにし、現行法の下でも、解釈によって認知推定方法説を採用することが可能であり、他の認知に関する規定とも整合性がとれることを示した。しかし、認知制度を始めとして、現行の親子関係法に問題があることは明白であり⁷⁵⁾、法改正で対応する必要があると考える。ここでは認知について、立法のあり方を検討してみたい。

すでに1959年の法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項では、「父子関係も自然血縁によって当然に生ずるものとする案」が提起されていたが(1の1)参照),父子関係の存否を争う手段として、「事実上の父子関係の存否によって決定するという案」とセットのものと位置づけられていた。しかし,父子関係が自然血縁によって当然に生ずることと,その存否を争う場合に,その時点までに形成されてきた親子共同生活や親子の交流など親子としての実質的な関係性を尊重し,争うことを認めないという法的処理もありえる。この点で,仮決定留保事項には,なお検討すべき課題が残されている。

他方,2006年12月,私的な民法改正委員会による立法提案の議論状況が報告された。そこでは,窪田教授が, 子を出産した者を母とすること, 子の出産時にその母の夫であった者を,その子の父とすること, 父子関係の否認権を, によって父とされる者の他に,子,親権を行う母(甲案,さらに利害関係人を含むとする乙案)に認めること,否認権行使期間に制限を設けること, 以上によって父が定まらない子については,その父が認知をすること,といった骨子を報告し⁷⁶⁾,吉田教授は,これを「大胆な改革構想を提示している」という印象を受けたとし,最大の特徴は「嫡出子,非嫡出子の区別の廃止」だとするが⁷⁷⁾,窪田案では,「嫡出子,非嫡出子」という名称が用いられていないだけであり,父子関係の発生について, と から明らかなように,婚内子と婚外子では取扱いが決定的に違う。研究会の議論において,仮決定留保事項で示された,父子関係も自然血縁によって当然に生じるといった根本的な改革,その改革を,婚外子・婚内子の差別をなくすという視点から評価した於保教授の論理は,検討されていない。また に関しては,妻が懐胎中に夫が病死・事故死などで死亡した場合の,父子関係確認の方法が示されておらず,さらに に関しては,否認権者,出訴期間の制限をもうけるが, の認知については,こうした制限は検討されておらず,養育の事実の尊重についても,なお検討課題が残されているように思われる。

そこで私見として、子の利益、子の平等(個人の尊厳)、父母の養育責任の平等化の視点から、父子関係も母子関係も自然血縁の存在によって当然に発生するという立場をとり、同時に、養育の事実を尊重し、自然血縁に基づく親子関係の確認を認めない場合もあるという立場をとった場合の、具体的な改正の骨格を示しておきたい⁷⁸⁾。

第1に、母子関係については、子を出産した者を母とする。

第2に、父子関係については、推定制度を維持する。その推定制度は2つに分ける。

(1) 父子関係の確認による推定。子との父子関係を確認した者は、子の父と推定する。婚内子、婚外子を問わない。確認の方法は、父母両名が署名した出生届または同じく両名が署名した父子関係確認届とする。現在のような、父の一方的な認知届制度は廃止する。

(2) 父母の共同生活または婚姻による推定。a 子の出生時に母と共同生活をしてきた者、b 子の出生時に母と婚姻関係にあった者は、子の父と推定する。c 共同生活解消後あるいは婚姻解消後300日以内に子が出生した場合も、同様とする。ただし、父の欄を空白にして子の出生届がなされた場合には、a・bに該当する者を子の父と推定しない。懐胎中に父が死亡したり、関係性が壊れ、(1)の推定方法を利用できない場合の措置である。

(3) 推定される父のいない子は(父母署名の出生届がなされず、(2)で父空白の出生届がなされた子など)、父子関係の確認を求めることができる。この訴えの場合、科学的鑑定で父子関係の存在を証明することができるので、出訴期間の制限は設けず、また父の死後も可能とする。現行の認知の訴えは廃止する。

(4) 父の推定を受ける者および子は、父子関係の不存在の確認を求めることができるが、子が父子関係の継続を望んでいる場合および父が未成年の子を適切に監護・教育している場合には、不存在の確認を求めることはできないとして、養育の事実を尊重する扱いにする。期間制限は設けないが、不存在確認を認めない場合をあげるので、親子共同生活の実体を保護

することができる。現行の嫡出否認制度は廃止する。

単なる思いつきかもしれないが、法改正する際の一資料として検討されることがあれば、幸いである。

- 1) 第1(東京家判平17・3・29), 2審(東京高判平18・2・8)とも請求棄却, 最判平18・12・19も棄却(朝日新聞2006年12月19日(大阪版, 夕刊), 読売新聞2006年12月19日(大阪版, 夕刊)などによる)。この事件を検討したものとして, 石井美智子「死後認知制度の再検討」法律論叢78巻4・5号39頁(2006), 出訴期間の制限を違憲とするものとして, 橋本基弘「民法787条ただし書きをめぐる憲法問題」中央ロー・ジャーナル2巻3号2頁(2005)がある。
- 2) 第1審に関する毎日新聞2005年3月26日(東京版, 夕刊), 同29日による。
- 3) 高橋忠次郎「母子関係の発生と母の認知」判例タイムズ747号211頁(1991)。
- 4) 日本近代立法資料叢書『法典調査会民法議事速記録6』(商事法務研究会, 1984)540頁, 梅謙次郎『民法要義 巻の四 親族』(有斐閣, 1912, 復刻版1984)256頁参照。
- 5) 法典調査会民法議事速記録・前注(4)546, 548頁, 中川善之助・米倉明編『新版注釈民法(23)』(有斐閣, 2004)349頁(前田泰)。
- 6) 法典調査会民法議事速記録・前注(4)560頁, 中川・米倉明・前注(5)354頁(前田)。
- 7) 法典調査会民法議事速記録・前注(4)560, 621頁, 中川・米倉編・前注(5)356頁(前田)。
- 8) 石川稔『子ども法の課題と展開』(有斐閣, 2000)93~5頁。
- 9) 梅・前注(4)254頁, 我妻栄『親族法』(有斐閣, 1961)234頁, 清水節『判例先例 親族法 親子』(日本加除出版, 1995)96頁, 大村敦志『家族法〔第2版補訂版〕』(有斐閣, 2004)182頁など。
- 10) また最判昭55・12・23判時992号47頁は, 父母が内縁関係に入って2年後に子が生まれ, その後に婚姻の届出をしたが, 認知の必要性に気づかず, 父の死後約5年経過後に認知の訴えを提起した事案で, 同旨の判断を示している。認知成立要件説の硬直性が端的に現れたものである。
- 11) 高柳真三「私生子の出現」同『明治前期家族法の新装』(有斐閣, 1987)220, 222頁, 初出は国家学会雑誌五十周年記念『国家学論集』(1937)。
- 12) 手塚豊「日本における親子と法律 明治民法施行以前 家族問題と家族法」(酒井書店, 1957)138頁。の点については, 外岡茂十郎「我國に於ける私生子法の誕生と私生子の範囲」早稲田法学20巻6~7頁(1941)がすでに指摘している。
- 13) 司法省蔵版『全国民事慣例類集』(青史社, 1976)(商事法務研究会, 1989)より(いずれも明治13年版)。
- 14) 水野紀子「親子関係存否確認訴訟の生成と戸籍訂正(2)」名古屋大学法政論集136号99頁および128頁の注(2)(1991)。
- 15) 1882(明治15)年, 妾の語のない刑法が施行されるまで続いたが, 1871(明治4)年戸籍法の「同戸列次ノ順」には妾は入っていない。
- 16) 高柳・前注(11)219頁。この布告がどのように解釈され, 運用されてきたかを跡付ける

ものとして、佐藤義彦「明治初期の非嫡出子法～明治六年太政官布告第二号覚書」同志社法学39巻5・6号87頁以下(1988)がある。

- 17) 水野・前注(14)128頁。同論文では、21号布告を無視して、父が私生子を認知していなくても、実の父親であると考えられる場合には、子から父に対する養育費請求を認めた大審院判決、出生時に父が自己の子と認めて養育費を与えたりしたが、入籍は私生子として母の戸籍に入籍させた事案で、父からの子の引渡しと送籍を認めた大審院判決を挙げ、認知によらずとも真実の父であれば父であるという考え方が見られるとし、これを日本固有の親子法の発想だと指摘する。
- 18) 1882(明治15)年7月の元老院会議における発言。村上一博「明治六年太政官第二号布告と私生子認知請求」法律論叢67巻2=3号512～3頁(1995)による。
- 19) 村上・前注(18)513～4頁参照。
- 20) 村上・前注(18)514頁。ただし、布告が、私生子は、原則的に生母の引き受くべきもの、したがって、生母の籍に入れるべしと定めた理由としては、布告公布の前年に、外国人を父とする子を生母の籍に入れた例も、その一因であると指摘されている(外岡・前注(12)11頁、手塚・前注(12)139頁など)。直接的な影響はないと指摘する学説として、水野・前注(14)123頁。
- 21) 加藤美穂子「明治前期における庶子制度(1)」法学新報81巻5号100頁(1974)、佐藤義彦「明治前期立法資料に見る認知の意義」中川還暦記念『現代社会と家族法』(日本評論社、1987)276頁参照。もっとも戸籍の記載例は多様であり、1886(明治19)年戸籍法の確立までは、混沌としていたようである(水野・前注(14)112頁に紹介されている先例参照)。
- 22) 水野・前注(14)112頁。
- 23) 島津良子「非婚の母とその子ども」善積京子編『非婚を生きたい～婚外子の差別を問う』(青木書店、1992)194頁。なお当時の先例によれば、女戸主の私生子が家督相続人となりうるのは、女戸主に嫡出の子及び其の親族中に相応の相続人がない場合に限られるとするもの、女戸主に私生男子と実弟がある場合において、その相続は双方の協議に任せられ、両者に順位はないとするものがある(加藤・前注(21)140頁の注(25)による)。庶男子が嫡出女子より相続の順位において優位に置かれていたことを考えると、この違いは、認知制度の趣旨が父の後継ぎ確保であったことを証明するものとみることができよう。
- 24) 青木博「明治前期の私生子認知」明治学院論叢法学研究11号88頁(1973)は、布告21号について、西欧の婚姻重視の思想に影響を受けた結果でもあろうが、直接的には血縁承継による家父長的家族制度の再編強化からの要請であり、父の認知には究極的には「家」の利益乃至都合を目的としているとする。しかし、箕作の発言にもあるように、そこまで明確な意図をもって公布されたとは思われない。なお水野・前注(14)125頁参照。
- 25) 佐藤・前注(21)282～3頁は、子を我が子と認めるための方法として、認知を規定している点で、エボックメイキングな法案と評価し、この立場が、後述の民法草案人事編に受け継がれてゆくと分析する。なお1872～3(明治5～6)年にかけて司法省明法寮において作成された「皇国民法仮規則」では、子を「嫡出ノ子」「庶出ノ子」「私生ノ子」に分け、私生ノ子につき、89条「私生ノ子ハ母ヨリ届出ル者ヲ云フ」などの規定があったが、認知に

ついて直接ふれた規定はなく、民法仮規則(1873年)、左院の民法草案(1873年)にも規定はない。もっとも皇国民法仮規則には、乱倫子、姦生子について我が子として認めることができない旨の規定があり(92条)、左院の民法草案には、家督相続人となるべき者につき、嫡出の子、孫の後に、庶子、庶孫があげられている。

- 26) 以下の資料については、『明治文化資料叢書 第3巻 法律編 上』『同下』(風間書房, 1959)による。なお石川稔「認知」星野英一他編『民法講座7』(有斐閣, 1984)489頁以下参照。
- 27) 成年の子を認知する場合には、子の承諾を必要とする規定(831条)、胎内に在る子を認知する場合には、母の承諾を必要とする規定(832条)をめぐる議論が多かった。
- 28) 法典調査会民法議事速記録・前注(4)542頁。
- 29) 同574頁。
- 30) 石川・前注(26)494頁。
- 31) その理由は、無届または虚偽届出の場合に、母の知らない子が現れるから、母の認知が必要になるということである。
- 32) 伊藤昌司「非嫡出父子関係と認知」山畠・五十嵐・藪古稀記念『民法学と比較法学の諸相』(信山社, 1996)140~3頁。
- 33) 中川善之助『新訂親族法』(青林書院新社, 1965)371~2頁の表記による。同様のフランス法の位置づけは、於保不二雄『法學理論篇81〔法律學体系 第2部〕親子(近代家族法の基礎理論)』(日本評論社, 1950)18~22頁、谷口知平「非嫡出子の地位について」同『親子法の研究』(有斐閣, 1956)66頁、中川善之助編『注釈民法(22)の1』(有斐閣, 1971)194~6頁(木下明)などにもみられる。なお意思主義、事実主義については、認知者たる父の意思を中心としてみることを意思主義、父子関係という事実を確認すること認知の本質と捉えることを事実主義と理解する立場もある(石川・前注(26)489頁)。
- 34) 伊藤・前注(32)142頁。こうした理解に対する反論として、水野紀子「認知無効について(2・完)」法学64巻2号10頁の注(37), 11~3頁(2000)。伊藤教授からの再反論として、伊藤昌司「親子法学一〇〇年の誤解と躰きの石」西原古稀祝賀『現代民事法学の理論(下)』(信山社, 2002)458~64頁。伊藤教授は、誤解が生じた原因を、自分自身も含めて、établirあるいはétablissementという言葉に、ドイツ・スイスの「成立」の意味を与えながらフランスの文献を読んできたことにあると指摘する(同論文461頁)。なお前田教授は、認知について法律行為としての承認の面と証拠としての自白の面とのいずれを重視するかでフランスの学説は分かれていたが、自白説が有力になっていると言われていたとした上で、フランス認知法が19世紀から意思主義ではなく事実主義に属していたと分析するものとして伊藤説を紹介しつつ、水野説を、認知は法律行為として位置づけられると見た上で、法律行為としての有効性を検討する学説として紹介し、好意認知が普通に行われていること、養子縁組の脱法行為として認知が利用されていることを付記している(中川・米倉編・前注(5)303頁〔前田〕)。しかし、そうした利用があるからといって、認知をすでに生じている親子関係の証拠と見ることが否定されるわけではない。真の論点は、認知によって婚外父子関係が発生するかどうか、成立要件かどうかの理解である。
- 35) 奥田義人『民法親族法論』(有斐閣, 1898)258頁。

- 36) 梅・前注(4)254頁。
- 37) 伊藤・前注(32)139～40頁。例えば、仁井田益太郎『親族法相続法論』(有斐閣, 1915) 220頁, 野上久幸『親族法』(三省堂, 1928) 291頁, 穂積重遠『親族法』(岩波書店, 1933) 442頁, 谷口知平『日本親族法』(弘文堂, 1935) 335頁, 角田幸吉『日本親子法論』(有斐閣, 1941) 255頁など。
- 38) 穂積重遠「親子関係～私生子と其母との法律上の親子関係は分娩によって生ずるか認知によってのみ生ずるか」民事法判例研究会『判例民法(1)大正一〇年度』(有斐閣, 1923, 復刻版1954) 614～5頁。
- 39) 伊藤・前注(32)144頁。
- 40) 我妻・前注(9)234～5頁。
- 41) 鈴木祿弥・唄孝一『人事法』(有斐閣, 1980) 18頁, 久貴忠彦『親族法』(日本評論社, 1984) 177頁, 清水・前注(9)88頁, 泉久雄『親族法』(有斐閣, 1997) 209頁, 深谷松男『現代家族法〔第4版〕』(青林書院, 2001) 111頁, 有地亨『新版家族法概論』(法律文化社, 2003) 142頁, 内田費『民法〔補訂版〕』(東大出版会, 2004) 186頁, 大村・前注(9)181頁など。ただし、鈴木祿弥『親族法講義』(創文社, 1988) 106頁は、「子の懐胎時期におけるその母との性的交渉という生物学的事実を前提としての認知という法的事態の存在によって、はじめて父子関係が認められる」と、やや軽蔑な表現となっている。
- 42) 中川善之助編『注釈親族法(上)』(有斐閣, 1950) 292頁(外岡茂十郎)。
- 43) 於保・前注(33)30～1頁。
- 44) 伊藤・前注(32)145頁。
- 45) 於保・前注(33)31～2頁。
- 46) 北川善太郎『親族・相続』(有斐閣, 1994, 補訂版97年) 84～5頁。なお佐藤義彦『民法判例レビュー・家族』判例タイムズ751号47頁(1991)にも、同様の問題認識が見られる。
- 47) 伊藤・前注(32)144, 146頁。
- 48) 我妻教授は、嫡出否認制度について、事実主義を徹底して、あとの問題は親子関係存否の確認の問題にしてしまう立場では、あくまでも自然の事実に従っていくべきだという主張になり、法律上の意味での嫡出推定はならず、事実上の推定が働くとしても、それは採証上の問題にすぎず、前提問題として、何人も、どの場合でも、主張はできるということになると指摘していた(我妻・中川・奥野・小澤・村上・唄「親族法の改正」法律時報31巻10号35～7頁〔1959〕)。
- 49) 大村・前注(41)182頁は、「認知によってはじめて父子関係が成立するということは、民法779条の規定自体からはわかりにくい」と指摘しつつ、「この規定の沿革をたどり、その意味を確認しておく」として、旧民法人事編98条, 明治民法827条をあげ、認知によって「法的な父子関係が成立するというわけである」と説明する。
- 50) 伊藤・前注(34)459頁。
- 51) 水野・前注(34)6頁。
- 52) 我妻他・前注(48)41頁。
- 53) 我妻他・前注(48)37頁(唄孝一)。
- 54) 我妻他・前注(48)44頁(唄)。

認知制度は誰のためにあるのか（二宮）

- 55) 於保不二雄「嫡出推定は嫡出性賦与と父性推定とに分離すべし」法律時報31巻10号62～4頁（1959）。
- 56) 伊藤・前注(34)461, 471頁。
- 57) 問題は、婚姻前に懐胎し、婚姻後に出生した子についての父性推定である。前掲【4】大連判昭15・1・23民集19巻54頁及びこれを展開した戸籍実務によって、婚姻後に出生した子は、すべて生来の嫡出子として扱われることになった。しかし、このような子は、民法772条の推定は受けず、民法779条の認知による推定も受けない。何らかの推定を及ぼすためには、婚姻後の出生により、自然血縁を推定する解釈、あるいは、民法776条の嫡出性の承認により推定する解釈がありうる。後者は、民法776条の嫡出性の承認を目的的に解釈し、これを出生時期や母の婚姻と並ぶ父性推定の要素として理解する。つまり子の出生以降の全生活関係から、父がその子を自分の子として承認したと認められる場合には、嫡出性の承認による父性推定があると理解するのである（伊藤昌司「実親子関係法解釈学への疑問」法政研究61巻3=4号1060～3頁〔1995〕。立法的な手当がなされるまでは、私見もこの解釈を支持する。
- 58) 本山敦「嫡出推定・認知制度と子の保護」法律時報74巻9号42頁（2002）など。
- 59) 1942（昭17）年、死後認知制度が導入された時には、父の死亡から長期間経過した後の事実認定の困難さと濫訴の弊害を考慮して、法的安定性を保つために、3年という出訴期間の制限を設けた。しかし、DNA鑑定によれば、父の死後でも父の血族が生存しており、鑑定に協力する場合には、ほぼ100%に近い確率で父子関係が判明する。父の血族が生存しない場合には、証明不能となり、父子関係の存在が確認できなくなるに過ぎない。3年という期間制限は役割を終えたのだから、立法論としては、廃止すべきである（松倉耕作『血統訴訟と真実志向』（成文堂, 1997）第三章、同「死後認知と真実の父子関係の扱い」判例タイムズ969号64～8頁（1998）参照）。
- 60) 立法論としては、前述の丙案のように、認知の訴えは、父子関係確認の訴えに衣替えすべきであり、当然ながら、出訴期間の制限は設けないことになる。解釈によって、ある規定を死文化することも例外的に許されることは、母の認知を不要とした前掲【1】最判昭37・4・27民集16巻7号1247頁によって実証済みである。
- 61) 中川・米倉編・前注(5)349～50頁（前田）。
- 62) 前田教授は、母子関係であっても、血縁主義を制限する場面はありうるとされる（中川・米倉編・前注(5)353頁〔前田〕）。
- 63) 中川・米倉編・前注(5)354頁（前田）、中川編・前注(33)219頁（木下）。
- 64) 胎児認知は、最近、日本人父と外国人母の間に出生した婚外子が日本国籍を取得する方法として、新たな意義を有している。すなわち、胎児認知があれば、出生の時点で日本人父が存在していることになるので、日本国籍を取得できるからである。
- 65) 中川・米倉編・前注(5)356～7頁（前田）。
- 66) 中川・米倉編・前注(5)358～9頁（前田）。
- 67) 最判昭54・3・23は、784条ただし書、910条の法意の類推適用により第三者を保護した原審を破棄し、民法94条2項の類推適用について審理させるために、原審に差し戻している。第三者との関係では、確認請求した者が相続登記などを放置していた事情があれば、

帰責性があるとして、94条2項の類推が可能になるが、共同相続人との関係では、910条の類推がなければ、善意の相続人が遺産分割のやり直しを迫られることになる。類推しないことは、婚外子の利益保護としては優れており、本来遺産分割に加わることができたのに、その機会を保障できなかったのだから、再分割すべきと考えるが、相続人間の利益調整としては、配慮に欠けることは否めない。

- 68) 中川・米倉編・前注(5)364頁(前田)。起草委員の富井政章は、「私生子ノ認知ト云フモノハ既ニ生ジタ事実ヲ承認スルコトデアリマス。一旦承認シタ事実ヲ復タ無イモノトスルト云フコトハドウモ當ヲ得ナイコト思ヒマス」と述べている(法典調査会民法議事速記録・前注(4)574頁)。
- 69) 我妻・前注(9)237頁など。
- 70) 於保・前注(33)53~4頁。
- 71) 法典調査会民法議事速記録・前注(4)581頁,中川・米倉編・前注(5)372頁(前田)。
- 72) 我妻・前注(9)236頁,久貴・前注(41)182頁など。
- 73) 最高裁は、事実上の離婚状態や出征など、妻の懐胎時期に婚姻の実態が存しないことが明らかである場合には、子は民法772条の推定を受けず(最判昭44・5・29民集23巻6号1064頁,最判平10・8・31家月51巻4号33頁,最判平10・8・31家月51巻4号75頁),血縁上の父に対する認知の訴えや、戸籍上の父に対する親子関係不存在確認の訴えが可能になるとする。他方、家裁実務は、両親の離婚や別居があり、母が子を養育していたり、母が自然血縁上の父と再婚・同居しているなど、戸籍上の父と母の家庭の平和が崩壊している場合には、守るべき家庭の平和がないとして、772条の推定を受けないものとして処理してきた(家庭破綻説,東京家審昭50・7・14判タ332号347頁以降,主流となり,東京高判平6・3・28判時1496号76頁頃まで続いた)。

しかし、婚姻中に妻が懐胎した子について、離婚後、子の出生から4年後に、母(元妻)から自分の子ではないと知らされた父(元夫)が親子関係不存在確認請求の訴えを起こした事案で、原審が、自然的血縁関係の存在について疑問を抱くべき事実を知った後相当の期間内であれば、不存在確認の訴えを起こすことができ、本件では婚姻関係は消滅しており、家族共同体の実体が失われていることは明らかであるとして、父からの訴えを認めただのに対して、最高裁は、すでに家庭が崩壊しているも、「子の身分関係の法的安定性を保持する必要が当然になくなるものではない」として、嫡出否認期間経過後に親子関係不存在確認の訴えを起こすことはできないとし(最判平12・3・14家月52巻9号85頁)、家庭破綻説的な取扱いを消極的に評価するような見解を示した。原審が純粋な家庭破綻説を採用していたわけではないので、これを否定したとまではいえないが、この学説によって嫡出否認制度が事実上意味をなさないような事態を避けようとする姿勢は明確になっている(床谷文雄・判例批評・私法判例リマークス22号81頁〔2001〕)。

これに対して、最近の学説では、父子関係を争える場合を、a外観説と合意説の場合に限定する学説(水野紀子・判例批評・判時1521号215頁〔1995〕),床谷・前掲判批81頁),b家庭破綻説を妻が子の血縁上の父と同居・再婚している場合に限定する学説(梶村太一「嫡出子否認の訴えと親子関係不存在確認の訴え」判タ934号35頁〔1997〕)や,c「嫡出性の承認」に関する規定を目的的に捉え、婚姻前懐胎、婚姻中懐胎を問わず、訴え提起ま

認知制度は誰のためにあるのか（二宮）

での子の出生以来の父子関係を全生活関係にわたって判断し、自分の子としての承認があったと認められる場合には、遡って嫡出否認の問題とし、承認があったといえない場合には、親子関係不存在確認の訴えの問題とする学説がある（伊藤・前注(57)1063頁）。bは、フランスの法制度のように子の養育者の確保を条件にし、cは、これまでの養育の事実を尊重しようとするものである。

父母の共同生活が解消した後、子が父と別居している場合や、婚姻中の懐胎ではあるが、別居が始まり、夫が子の出生以降、父としてかかわったことのない場合などに、嫡出否認期間の徒過によって法律上の親子関係を確定させ父としての義務を負わせてみても、結局はその義務を放棄するだけであり、そうまでして法律上の父を確保する意味があるのか疑問である。私見としては、法改正をするまでは、c説を支持したい。c説は、婚姻前懐胎・婚姻後出生子についても父性推定を可能にして、子の身分の安定を統一的に追求しようとする点でも評価できる。その上で、例外的に、父と子（意思能力がある場合）の合意が形成されれば、当事者の意思を尊重し、自然血縁に基づく親子関係の確認を可能にするために、既存の法律上の親子関係の不存在確認を認めることにしたい（床谷・前掲判批は、合意できる子の年齢を15歳以上とする）。

- 74) 水野紀子「認知無効について（1）」法学64巻1号35頁（2000）は、この問題点を指摘するが、具体的な解釈としては、民法785条を理由に、786条の提訴権者のうちに認知者を含めないことによる制限を考え（水野・前注(34)19頁）、この理屈を、「わらの上からの養子」に応用する（同28頁以下）。
- 75) 現行制度の問題点については、二宮「父とは誰か 嫡出推定および認知制度改革私案」立命館法学249号963～8頁（1997）参照。最近、社会的に問題視されているのは、次のような事案である。離婚から300日以内に出生した子は、婚姻中に懐胎したものと推定され、その結果として、前夫の子と推定されるため、子の血縁上の父が後夫であっても、戸籍実務上は、前夫の子としての出生届しか受理されない。DVなどのため、前夫とのトラブルをおそれ、嫡出否認または親子関係不存在確認の訴訟手続を進めることができず、そのため出生届を出すこともできず、戸籍のない子が発生している（毎日新聞2006年11月27日（大阪版、朝刊）、毎日新聞2006年12月24日、2007年2月7日（東京版、朝刊）、朝日新聞2007年1月5日、17日、2月9日（大阪版、朝刊）など）。民法772条2項のうち、婚姻解消後300日という推定規定が、離婚・再婚が日常的になっている現実に対応できていないことが明白になっている。この問題の戸籍実務上の改革可能性に関して、二宮「家族法と戸籍を考える（16）民法772条と戸籍のない子」戸籍時報609号22頁（2007）参照。
- 76) 特別座談会「家族法の改正へ向けて（下）～民法改正委員会の議論の現状」ジュリスト1325号148～153頁（2006）〔窪田充見報告〕。
- 77) 前注(76)153～4頁〔吉田克己発言〕。
- 78) 詳細は、二宮・前注(75)970頁以下参照。なお生殖補助医療は、基本となる自然血縁に基づく実親子法を基礎に、医療行為としての特殊性を考慮して定めるべきだと考えるので、「生殖補助医療による親子関係の定めに関する法律」などの特別法の形式をとるべきであろう。生殖補助医療に関する私見については、二宮「認知制度は誰のためにあるのか（4）～人工生殖と親子関係」戸籍時報607号24～30頁（2006）参照。