

母の認知

福里盛雄

- 一 はしがき
- 二 沿革及び戸籍法
- 三 判例
- 四 学説
- 五 むすび
- 一 はしがき

新民法第七七九条は「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる」と規定している。非嫡出父子関係の発生については、判例、学説一致して、常に父の認知が必要であるとする。ところが母についても父と同様に非嫡出子との親子関係を生ずるに認知が必要か否かをめぐって判例、学説とも長い間その一致点を見い出すことができなかった。判例は和和三七年七月二四日の最高裁判所の判決までは非嫡出子母子関係は認知を必要とする原則を

離れえなかつた。昭和三七年の判決によつてはじめて母子関係は「原則」として出産の事実によつて生ずると云う立場を採つた。

適法な婚姻関係にない父母の間に生れた子の法律上の保護は婚姻家族の保護と個人尊重、平等の原則の要請との調和上どう矛盾なく解決するにかかっている。本稿は現行法の解釈の面から各学説上の相異点を考察しようと試みた。

二 沿革及び戸籍法上

1 明治民法（明治三十一年七月十六日施行）以前は私生児と母との関係は明治六年一月十八日の太政官布告第二十一号によると「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其婦女ノ引受タルヘキ事・但男子ヨリ己レ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男子ヲ父トスルヲ可得事」として母子関係当然発生主義をとつたといえる。

ところが明治三十一年施行の民法に於いてはフランス民法の認知主義にならない、法的母子関係の発生を常に認知にかからしめるように旧法第八二七条「私生児ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知することを得」と規定しそれに対する学説上、戸籍実務の反対をうけながらも、昭和二年の新民法にそのまま踏襲された。

2 戸籍法上は昭和三七年の以前の判例が認知主義にたっているにかかわらず認知不要説を採用してきた。その主な理由は次の四つである。

(1) 戸籍法は嫡出子の出産届は第一順位に父、父が不在等で届出できぬ場合及び出生前に離婚したとき母を届出義務者

としている。そして非嫡出子の出生届は第一順位に母が届出義務を負う。かように母に非嫡出子の出生届義務を課してこれを強制しているのは（五二条一項二項）、非嫡出子と母との関係は分娩と云う事実によって当然発生することを前提にしていると言える。

又棄子の場合は市町村長の定めた氏名本籍等の記載調書が出生届書とみなされるが（五七条）、父又は母が引取ったときは、その日から一ヶ月以内に出生の届出をし戸籍の訂正を申請しなければならないとされているのである（五九条）かく見てくると戸籍法上は母の出生届はあるが母の認知なるものはないといつてよいであろう。①

勿論これに対しては唯手続規定のこの点のみから直ちに実体法上も母子関係が当然発生すると結論づけることはかならずしも妥当ではあるまいと云う反論がなされている。②

またこれに対しては母子関係が成立前に母に届出義務を課することはおかしいとも考えられるし、出生届は認知の意思表示を認めるとして、出生届義務を認めるとすれば、母については父と異って任意認知というものはなく、子の請求なくとも母子関係の証明を第三者がすることによって公法上認知を強制せられるわけで、これは結局法上当然母子関係を認めることに等しいことになるのであろう（戸籍法八五条～八六条）③

②戸籍法は非嫡出子を出生した女が届出せずに死亡又は行方不明となった場合につき、同居者、医者、産婆、公設所における長、管理人等に出生届をすることを定めているが、その届出書においても母の氏名を特定表示すべきであるとしているが（五二条三項、五六条、四九条三項）、母が出生届をしなければ母子関係は生じないと云うのであれば同居者その他第三者から氏名を何某として届出させるのはおかしいことになる。

③戸籍法は父が認知する場合については、届出事項を定めているが、母の認知をする場合の届出記載事項を定めていない。（六〇条）④

(4) 戸籍法には、母の認知を予想したごとき規定があるが、これに対しては規定の表現上民法と歩調を合わせたことに過ぎないと理解すべきである。(5)

そして母の出生届には、たとえ子が成年者であつてもその承諾を要する訳ではなく、又母が死亡後五年以上経過後でも、同居人が母が知れていればその母の氏名や本籍を記載して届出すべく、既に他人の嫡出子又は非嫡子として届出られていた場合においても、母は自分の義務として一応非嫡子出生届を為すべきものと解すべきである。⑥

三判例

次に主なる四つの判例の立場をながめてみよう。

(1) 大正十年十二月九日大審院第一民事部判決(民録二七・二一〇〇—二一〇三)は共有権確認抵当権登記更正手続請求の事件に対して「婚姻外ニ於テ生レタル子ハ生理的ニハ親子ナリト離モ法律上ハ未タ以テ親子關係の發生スルニ至ラスカル關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スルモノナルコトハ吾成法上ノ制度トシテ疑ナキトコロナリ、蓋若シ之ヲ爾ラストシ苟クモ生理的ニ親子ナル事実カ確定スル以上認知ヲ竣タスシテ当然親子關係ノ發生スルモノトセムカ其父ニ対スル場合タルト其母ニ対スル場合タルトニ依リテ其ノ取扱ヲ二三ニスヘオ何等ノ道理有可カラス而モ如何ナル場合ニ於テモ父の認知ナキ限り法律上之ヲ親子ト目スルヲ得サルコトニ付テハ何等ノ疑ナキ以上独り母ノ場合に於テノミ苟モ生母タル事実ガ明白ナル限り認知ヲ要セスシテ法律上当然親子關係ヲ發生スト論断セムハ權衡ヲ失スルノ甚シキモノナレバナリ

原裁判所カ専ラ生理的ノ關係ノミ著目シコレ有ルトキハ子ハ当然母ノ私生子ナリト判定シタルハ法律ノ解釈ヲ誤レルモノニシテ本件上訴ハ此点ニ於テ理由有リ・・・と婚姻外で生まれた子に対する法律上の親子關係は認知によつて始めて發生するとして認知主義を採つてゐる⑦⑧

又本件では母からは勿論何人からも私生子出生届がなされておらない点を考慮すると母が私生子出生届をしてゐたならば判決の態度も又別の観点から処理されてゐたのかも知れない⑨。母の私生子出生届がなされてゐるときにはその出生届に認知の効力を認めた判決が見られるに至つた。

(2)大審院大正十二年三月九日第一民事部判決(民集二・一四三—一四六)は、父カ庶子出生ノ届出ヲ為シタルトキハ其ノ届出ハ認知ノ効力ヲ有スルモノナルコトハ戸籍法第八十三条(現削除)ノ規定スル所ニシ母の自ラ私生子出生ノ届出ヲ為シタル場合ニ於テ私生子認知届出ノ効力ヲ有スルモノナルヤ否ヤニ付テハ戸籍法上何等規定スル所ナキモ右兩者ヲ比較シテ考フルニ均シク出生届出ニシテ前者ハ其ノ届出ト同時ニ認知届出ノ効力ヲ生スルニ拘ラス後者ノミ其ノ届出ト同時ニ認知届出ノ効力ヲ生セサルモノト認ムヘキ何等ノ理由ヲ発見スルコトヲ得サルカ故ニ既ニ又父カ為シタル庶子出生ノ届出ニシテ同時ニ庶子認知届出ニシテ同時ニ効力ヲ生スルモノト認メタル規定アル以上ハ母カ為シタル私生子出生ノ届出モ亦同時ニ私生認知ノ効力ヲ生スルト認メタルノ法意ナリト解スルニ難カラスト」の理由に依つて母が私生子の出生の届出をなしたるときは認知の効力を生ずるものとした。⑩

本件においては母が私生子出生届をなしてゐたからそれに認知の効力を認めて解決したのであるが母が私生子出生届も、認知届もしなかつた場合にはこれでは説明できなくなる。

(3)母が認知届も私生子出生届もしなかつた場合に母の扶養義務の存否が問題となつた事例に於いて大審院昭和二年(オ)第八九四号昭和三年一月三十日第一民事前判決は(民集七・一二—二〇)甲カ乙ノ養子トナリ乙方ニ於テ私生

子丙を分婉シタル後三四十日ニシテ丙ヲ乙方ニ放置シテ実家に立帰り乙ヨリ丙ヲ養育スヘキ旨要求セラレタルニ拘ラス乙ニ応セサシ事実ヲ認定シタル後甲カ丙ヲ認知シタル事実ナキコトヲ理由トシテ甲ト丙トハ法律上親子關係ヲ生セス從テ甲ハ丙ヲ扶養スル義務ヲ負ウヘキモノニ非サル旨判示シタル然レトモ甲カ丙を分婉シタルモノナル以上扶養義務ノ關係ニ於テハ甲ハ丙ノ直系尊屬トシテ民法第九五四条ニ依リ丙ヲ扶養スルノ義務ヲ負ウモノト解スヘキモノトスとして、私生子の母は認知の届出をしなときでも扶養義務の關係に於いては直系尊屬として之を扶養することを要すると判決しているのである。

本判決は扶養義務を法律上の母子關係と分離し事実上の親子關係と結びつけている。即ち、事実上の母子關係は認知を待はず分婉と云う明確な事実にかからしめ、法律上の親子關係は認知にかからしめている。⑪⑫⑬

(4) 昭和三七年四月二七日第二小法定判決は親子關係存否確認請求事件（原告XはAと妄關係を継続している内にYを生んだが、Yを家格のやがましかつたAの籍に入れることができず又Xの養父母E Fの反対のためXの籍にも入れることができず、養父母の知人C Dの嫡出子として届け出、その旨記載された。XはYを自分の手許で養育しようとしてYと養子縁組をしたが、YにAの家業を継がせるため離縁し、A及びその妻YとYと縁組をした。Yは出生以来Xに養育されて育つたのであったが、最近YはXが自分の親であることを否認するので、XよりYに対し親子關係存在確認を求めた事件）について原則として当然發生主義を採つたといえる。

本件に対して第一審（東京地方裁判所）は「YがXの子であることが洵に明らかであるから」としてXの主張を認め、Yが控訴し控訴審（東京高等裁判所昭和三五年七月二五日判決）は控訴を棄却した。Yは更に親子の生理的事実的側面の認定の誤認の点を主張して上告した。これに対し最高裁判所は上告人（Y）の主張をしりぞけた。そして更になお附言するに、母とその非嫡出子との間の親子關係は、原則として、母の認知を俟たず、分婉の事実により当然

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られた原判決は正当である」として裁判官全員一致で上告を棄却した。

以上母と非嫡出子との関係について主なる判例を述べてきたのであるが、かような判例の変遷についてはいろいろ異論が述べられている。

要するに判例は、まず私生子とその母との法律関係は認知によってのみ生ずるといふ第一線をはりながら、忽ち認知なしにも出生届さえあればよいとする第二線に後退し、さらに又扶養関係については、認知も出生届も必要でないと云う第三線まで後退してきた。このように、判例が一步一步後退せざるをえなかったのは、結局最初の出発点に誤りがあったからに外ならない。判例のいうように、生理的な親子関係が直ちに法律上の親子関係にならないということも、一般論としてならば、あながち不当とはいえない。しかし機微にして証明困難な父子関係と妊娠分娩という明白な事実を伴う母子関係とを同一に取扱うことはかえって正当でない。父と母とにおける、生理的事実の相違を看過し法律上の取扱いを同じくしようとする所に無理があり、必要以上に私生子を逆遇する結果ともなる訳である。(昭和三十七年四月二十七日判決前の判例に対する批判)^⑭

昭和三十七年判決は親子関係存在確認請求事件であり附言としてしかも原則としての但書は附せられてはいるが母子関係に認知は不必要であり分娩と云う事実によって当然発生する主義を採ったことはその意義大である。^{⑮⑯}

四 学 説

一、非嫡出子と母との關係については認知必要説(要認知説)と当然發生説、(認知不要説・事實説)とに大別できる。

認知必要説は非嫡出子關係は婚外の父子關係と同様に母の認知が必要であると主張するに對し当然發生説は父子關係と異つて非嫡出子と母との關係は出生という事實によつて發生すると解する。

次に兩者の主なる學説を通じてその主張の根拠を考察しよう。

1 要 認 知 説

(1)谷口教授は民法の解釈はやはり母子關係も認知によつて生ずるものと解する他はないと思う。かく知しても、母の出生届において、又他人が届出た場合は母の養育の事實において認知の意思表示を認め得るから普通一般の場合に不都合を生じない。母が出生届(認知)を肯んじない場合は、子の側から出生届(認知)請求を為さしむべく又、他人の出生届により母が戸籍上表示されているときでも、その母が母たることを争い、養育せぬ場合は、やはり認知の請求をなさしむべきである。

そして成年の子に對し母が出生届(認知)をするについては子の承諾を要するものとし、子が子なくて死亡した後には認知ができず、従つて母の扶養乃至相続の請求は許されないと解してよいであろう。更に實際上、前に見た様に棄子の場合とか虚偽出生届などにより他人の子となっている場合とか極めて稀な場合にしか母の認知は問題となり得ないのであり、子の出生の秘密を蔽い朗かな成人を期することも一つの政策として無視できないのであるが、この点の考慮からしても、母子何れかの発意と希望とに従つてのみ眞実の親子關係を公けならしむる認知必要説の方が、み

だりに他人によつて身分を暴露せしめられる可能を認めることになる当然母子関係法認説よりも望ましいといえるのではなからうかと考える次第であると認知必要説を採られる^⑩。

(2) 中島玉吉教授は昭和二年五月七日の岡山地方裁判所の判決をめぐつて(母の出生届がない事例) に対して母の出生届がないのであるから民法の解釈としては法律上の母子関係は生じないと判決したのは正鶴を得たものと云わなければなるまい。

然し法律の正文を離れて事実関係を綜合して見ると遠かに首肯し兼ねる点がある。

即ち被告たる女は戸籍吏に対しては母たることの意思表示はして居らぬとは云え裁判上に於てはその子を分娩したる事実を争つて居らない。即ち其の女がその子を分娩したる事実を認めて居るに拘はらず法律上は母子の関係を生じないとするのであるから、何となく腑に落ちない所である。けれどもそれは立法論に渉る嫌があるとして認知必要説を採られている。^⑪

2 認知心要説

(1) 中川教授は第七七九条は「嫡出子でない子はその父又は母がそれを認知することができる」と規定している。従つて一見嫡出でない親子関係は、父についても、母についても、認知がなければ発生しないように考えられる。

しかし特殊な場合を除けば母子関係は分娩の事実によつて明確なのであるから、特に認知をもつてのみ親子関係が発生するとすべき必要はない。通常の場合には、母子関係は子の出生によつて、当然発生すると解すべきである。

母の認知がなされるのは稀な棄児等の場合であろうが、この場合の認知も、むしろ母子関係の認知をみるべきではな

いと主張され、昭和三七年四月二七日の最高裁判所判決までの判例の態度が私生子とその母との法律関係は認知によつてのみ生ずるといふ第一線をはりながら忽ち認知なしにも出生届さえあればよいとする第二線に後退しさらに扶養関係については認知も出生届も必要でないといふ第三線まで後退してきた。このように判例が一步一步後退せざるを得なかったのは結局最初の出発点に誤りがあったからに外ならないと批判されている。そして認知必要の挙げる特殊な事例に対してはかかる特殊な事情を以つて全般を律することは無理だと考えたと反論なされている。¹⁹⁾

(2)山中康雄教授は母子の親子関係の場合にはその存在を肯定すべき百パーセント確実な証拠として出生と云うことである。

出生よりも確実性のひくい認知に対してそれを証拠に法的親子関係を形成する効果をみとむべきだとするならば、出生に対しておなじ効果を否定すべき理由はまったくない。かくて母子親子関係は法的には出生によつて当然に成立するとせねばならない。

かく解すると母の認知を云うことがありうるかということが、問題となる。

けれど母の認知の場合には、それは母が自分が生んだ子なのだということの確認の意思表示なのであり、したがつて法的親子関係の形成の効果は右の確認された出生と云うことにもつてははじめから成立していたということになるのであり、認知という確認の意思表示にもつて遡及的に生ずるといふことではないのだからである。

母の認知は、その子は自分の生んだ子なのだと云うことの確認であるのであり、出生関係の存在ということについての証拠にほかならぬ。

右のような証拠をつくりだすものという意味で母の認知ということをみとめねばならないが、しかし母子という法的親子関係の形成は出生によると解すべくこの意味では、母の認知は棄子などのような場合しか必要がないことにな

ると主張される。(20)

(3) 柳瀬兼助教は私生子を分娩した母が更にその子の認知を為すが如きことは通常の稀であるから、若し判例の如く認知なき限り、親子関係なしとするならば、私生子の殆んど全部法上親を有せない結果となると判例を批判され、民法第八三二条(現七八三条)には「父ハ胎内ニ在ル子外難モ之ヲ認知スルコトヲ得、此ノ場合ニ於テハ母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス」とあつて父のみについて規定する若し母子関係にも認知を要するとするならば、母の胎児の認知も父の場合と同様に肯定せねばならない。即ち胎児の認知の実益は、子の出生前父が死亡する虞れのある場合或は強制認知の手段を採るが如き煩雜を避け得るに在る。しからばこのことは若し母の認知を必要とするならば、母の胎児の認知も同様に許されねばならない筈である。

併し母が自ら懐胎する子を誰の子でもない自分の子であると認める意思表示を為すと云うが如きことは実に奇異なことであり、又法に何らの規定もないが第八三一条(現七八三条)には母の承諾を必要とし戸籍法第八二条(現四九条)には母の氏名の記載を要求している。此の場合、母は勿論胎児の母であるが出生して若しその母が認知出生届を為さざる場合は出生と共に母でなくなる云う奇妙な結果になる。

故に理論は一貫せぬ虞はあるが、通常母関係は分娩の事実によつて發生し、ただ棄子の如く誰が分娩したか不明なる場合母の認知を要するものと考えると主張なされている。(21)

(4) 松坂佐一教授は嫡出でない子と母との親子関係は子の出生によつて当然に生ずる。けだし父子関係が懐胎という証明の困難な事実にかかっているに反し、母子関係は分娩という明白な事実を伴うからである。

したがつて棄子などの場合においても母の認知は母子関係の確認である。

子の母に対する認知請求は母子関係確認の訴の性質を有すると解すべきであると主張なされている。(22)

(5) 青山道夫教授は嫡出でない子とその母との母子関係は分娩によって当然に生じとくに認知を必要としないと解してよい。

母の認知がされるのは稀に棄児などの場合であろうが、その場合の認知も母子関係の確認と解すべきである。第七七九条に母が認知することができるといふのはこの意味であると解かれている²⁹⁾。

二 次に認知必要説と当然発生説との具体的問題をめぐってその主なる相異を述べる

1 認知必要説の第一根拠として挙げている経済上の困窮が社会的に出産を隠秘に附すべき特別の事情（例えば母の姦通、未婚女子の出生）がある場合は其の認知制度は子の出生の秘密を蔽い朗かな成人を期すると云う点を主張された。これに対して当然発生説の側からは次のような反論がなされている。先づ認知必要説が子の出生の秘密を蔽いかくすることに役立つ反面、子の犠牲において母の行跡の「秘密を蔽い」かくすことに役らうることを軽視しまた子の遺棄や虚偽出生届出などの違法行為の是認のうえに子を保護しようとするゆきすぎに陥ってはいけないうか。²⁹⁾

またその子の親のがわにその子の親であることを世間にかくしておきたいいろいろの事情がありうるのである……このような親の得手勝手や、都合のための制度として認知制度を是認することは、もってほかのことである。このような親の勝手をさせないために認知の訴の制度もあるくらいである。

またすでにのべたように婚姻によらぬ子について、母に出生届の義務をみとめているのである。

他人の嫡出子として出生届をしてもらってその子がほがらかに成長してゆけるようにするというこのために認知なくて法律上の親子関係は成立せずと考へべきであろうかこれも解釈上肯定しえぬことと思ふ。わが民法は、他人の嫡出子として出生届をしてもらっても法的にはその人の嫡出子となると云う効果は生じない。このことは解釈上ほとんど異論をきかぬところである。そして利害関係人はいつでもその子がその人の嫡出子でないということの確認を訴求しうるのである。

わが民法にはフランス民法のような出生証書と身分占有とが一致するかぎりなんびとも証書に記載された親子関係の存在することを否定しえぬとする制度はないのである。

婚姻によらぬ子の不利益をふせぐと云うことのためには、別のしかたでなすべきであつて、自然の血族による親子関係があつてもこれを法的に親子関係としてみとめないと云うやりかたでこれをなすべきではない。

2 幼時要扶養の時は放置しておいて成年になつてから母から扶養の請求ができる点をめぐつて認知必要説は当然発生説によると母は分娩した母たることを立証して、当然に成年の子より扶養を求め得ることになるが、認知を要するという見解によると、子が承諾をしなければ認知を得しえないから、子は扶養を欲しなければ認知に承諾をしないであろうし、従つて母は扶養を求めることができないことになる。

この当否が問題となる釈だが、幼児養育をせずに放置し他人に養わしめて成人した子に養われようというのが不当であるとして成年子の認知に対する承諾を要件とするものとすれば、父の場合と母の場合とを区別すべき理由はないのであるから、子が承諾せぬ限り扶養義務を負わずとする認知を認める解釈の方が民法の規定を生かす所以ではなからうかと主張される。⑧

これに対して当然発生説はこのことは婚姻による子についても生じうることである。そして私は右のような身勝手

な親の事情は「扶養の程度又は方法について、当時者間に協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、扶養権利者の需要、扶養義務者の資力その第一の事情を考慮して、家庭裁判所がこれを定める」（八七九条）ということにふくめて考慮せられるべく、そのうえで右の子が扶養をなしうるだけの十分の余裕があるときはなお、扶養義務を肯定することの方が結果において妥当だと考えるものである。私には十分な資力をもつ子がいかに身勝手な親であるにせよ、認知に対する承諾をこばみ、扶養を拒否するのは好ましいこととは思わない。

もちろん右の親の身勝手さは「扶養の程度又は方法」（八七九条）の決定にあたって十分に考慮されるべきである。この点では出生説の方が要認知説より結果において妥当である。㊦

更に生母が嫡出子を「何人かに育て」させ、また「愛育の努力を為さ」なかつた場合この母の扶養請求権や相続権を否定すべきか否かの問題との比較考慮なしに、非嫡出子の場合だけ独立にそれらを否定しようというやや性急な議論になっていないだろうか

考えようによつては、嫡出子の場合こそ、それらを否定すべき一層の理由があらう。㊧

中川教授も別の観点から反論なされている。

現に自から認知をも出生届をもしない母が自分の生んだ非嫡出子に対する扶養を拒んだ事例に対する大審院の判決に対して、六審院は自分の堀つた墓穴に落ち入らなければならぬ形になりながらも、扶養義務の關係——これは固より法律上の關係である——が発生するためには法律上の親子關係を要せず、単に分娩の事実さえ認められていれればいいといった。結論としては誰しも異論のないところだろうけれども、決して正しい理解とはいえないであらう。スイス民法第三〇二条が「嫡出でない親子關係は出生によつてその母子の間に発生する」といい、別に「父子の間においては、認知または判決によつて非嫡出親子關係を生ずる」という表現を採っていることを想起すべきであらう。と主張

されている。(29)

3 非嫡出子と母との間の相続関係をめぐって要認説によると子は母の死亡後三年以内に限り認知の訴を提起し、その上で相続権を主張し得べく、三年経過後は相続し得ず、また母は子に直系尊属がいる場合でないと死亡した子を認知し得ぬから(七八三条二項)子を相続し得ぬこととなる。

以上要するに当然発生説は子をして生母の死後三年以上経過後に相続権を主張し得しめる点で子に利益となるが、成年の子に愛育を受けず、母とすることを欲しないに拘らず生母を扶養する義務を負わしめ、また生母をして愛育の努力をせずして子の相続に興らしめる点で当否疑問である。しかしその他の点では母子関係の法認につき認知手続によるか直接に母子関係確認手続によるかの差異があるだけで、実際上の権利義務に大差を生じない。(30)

これに対して当然発生説は認知必要説の云うかようなことは非嫡出子のみならず嫡出子に関しても云えることであつて此の点から非嫡出子と母との関係を認知にかからしめることは妥当でないと反論する。またかような問題は、例外的事例に過ぎない。

しかし制度として考えるときに、その例外の場合の、しかも(前記のように)妥当とはいえない理由のために、一般的に認知を要するという説を確立することには、到底讚成することはできない。近時の立法例に従い、しかも生ずるであろう弊害は、別の途で解決するように努めるべきではあるまいか。

更に認知必要説によると母の死亡後認知された場合は第九一〇条(相続の開始後認知によつて相続人となつた者が遺産の分割を請求しようとする場合において、他の共同相続人が既に分割その他の処分をしたときは、価額のみによる支配の請求権を有する)によるので妥当な解決ができることになる。

ところが当然発生説によると遺産分割のすんだのちに被相続人(母)に婚姻外の子即ち非嫡出子がいたときにはそ

もそも遺産の分割をしなほさなければならぬその結果は甚だ不当のように考えられる。

しかしこれに対して当然発生説は、かかる場合には「遺産分割は「一切の事情」を考慮するという中にふくめて考え、その結果第九一〇条と同じ結果になることが可能だと反論する。^⑩

4 母が産後届出前に死亡した場合両説はどのように解釈しているだろうか。認知必要説によれば同居人、出産立会の医師産婆等が母を指示して出生届をなし（戸籍法五二条）環境上母の認知意思を認めうる場合は母子関係を認めうるが、然らざる場合は、認め得ず法上の母子関係を生ぜしめないことが可能である。また母が生んだ子の認知を拒否する場合は、利害関係人例えば現実の養育者、時には戸籍上父母となつている者などよりの申請により家庭裁判所が選任した後見人が法定代理人として認知の訴を提起し、その判決により始めて母子関係を法認せられる^⑪

当然発生説によればかかる手続は必要でなく、生んだ事実によって当然母子関係は生じることになる。ところが子が真実の母に法律上の扶養その他の権利を主張するには、母子関係存否の判断を経るべきであるから、実際的には大差はないことになる。

当然発生説をとる学者も母の認知を全く認めない立場と特殊な場合だけ母の認知を認める立場に分けられる。前者の立場を狭義の当然発生説と称し後者の立場を折衷説と称している。多くの学説は後者をとられている。

折衷説は、非嫡出母子関係は認知によつてのみ生ずると解することから生ずる不都合を避けながら、しかも同時に、民法の母の認知の文理を満足させるという機能を果している。

折衷説も認知を認める仕方の相違に依じてさらに二つの立場に分かれている。

第一の立場は例外として母の認知を必要とする場合は認知によつて母子関係は創設されると解する。第二の立場はそのような例外の場合も認知は単に母子関係を確認するにとどまるに過ぎないと解するのである。

即ち前者の立場をとると認知あるまでは母子関係はまだ存在しないであつて認知あつてはじめて母子関係はそこで創設されると見るのである。ところがこれに対して後者の立場をとると、いかに特殊な場合でも認知前に母子関係は出生と云う事実によつてすでに存在するのであるがその事実不明のための立証として認知と云う意思表示が必要となると解する。

創設説は事実主義の貫徹という点では妥協的、不徹底的理論であると批判されている。通常の場合と棄児などの特殊な場合とで法的母子関係の発生について區別を設けなければならぬほど血族の明瞭度に差があるといひ切れるだろうか。更に棄児のような例外の場合だけ母の認知は問題になるのであつて一般の場合は母の認知ということは問題にならない。そうなるとこの立場では問題を未解決のまま放置することになる。③

五　む　す　び

以上母の認知をめぐる学説、判例、戸籍実務上の例を考察してきたのであるが、いづれの側に立つても現行法上の解釈の面からは異論を生ずる。

要認知説でも現行法を形式的には説明は一応できたとしても、虚偽届による親子関係を肯定するか否かと云う点になると一貫した説明はできないのではなからうか。

又当然発生説による場合、民法の文理解釈上の問題点をどう処理するか。第七七九条の「又は母」第七八〇条の「又は母」第七八三条二項の「又は母」等更に或は第七七六条、第七七七条によつて事実関係のない母子親子関係の存

在の余地を残している。認知が事実の認知ならば、成年の子の認知の場合その子の承諾が認知の要件として規定している（七八二条、七八三条二項）等。

次に一体事実上の母子親子関係と法律上の母子関係を分離しそれぞれに基づいた効果を肯定するというのもこのまじいことではない。すなわち、事実上の母子関係と法律上の母子関係は一致せねばならない。

そこでその事実関係不明の場合（棄子等）はその事実上の母子関係を立証して当然母子親子関係が生ずると解すべきである。

かように解すると創設説は一貫性を欠くといわなければならない。

狭義の当然発生主義も現行民法上は無理だと考へる。そこで母子事実主義を考慮しながら現行民法の条文上の意味を生かして解する確認説が妥当だと解する。

母の認知をめぐる対立は、もとをたどれば、日本民法がフランス民法をみならった結果であり、しかもフランス民法の母の認知制度は採用しながら、母と子の占有制度は採用しなかつた点にある。

以上述べたように現行民法上は、いずれの学説によつても、非嫡出子と母との親子関係は充分に説明できない。

しかし母子親子関係の法律上の効果を法律上の母子親子関係の効果としてとらえ、法律上の母子関係を事実の親子関係と一致せしめるべきである。この考えを肯定するならば折衷説の確認説がより妥当ではないだろうか。

いろいろな批判はあるにせよ、昭和三十七年の最高裁判所の判例は長い変遷の後、一応此立場を採用したといえる。

- 2 山本正憲良商雜誌五〇、五（非嫡出子親子關係の發生）六八頁
- 3 谷口前掲 八五頁
- 4 谷口親子法の研究 八四頁
- 5 青木他・戸籍工出生一七八一—九頁
- 6 谷口戸籍法 八六頁
- 7 本判決は当然發生説を採った原判決を破棄したのであるが、法律上の親子關係と事実上の親子關係の發生については、父と母とを差別することなく認知によるとした。
- 8 穂積重遠民法判例研究録一八〇頁、母の私生子を認知することは棄子の様な他極めて稀である。父は即ち男であり、母は即ち女であるという大事実が果して差別に道理を与えないだろうかと本判決に反論される。
- 9 山本正憲良商雜誌第五〇卷五号非嫡出親子關係の發生（七〇二頁—七〇三頁）
- 10 穂積重遠前掲論文
- 11 末川博破毀判例研究第一卷二一六頁扶養義務關係と法律上の親子關係とを分離すべきでない旨反論される。
- 12 長沼担法学新報二九卷一〇号同意見
- 13 森本富士雄法律学研究二五卷八号扶養の關係における母子關係と法的母子關係を別個に考えても民法上論理として成り立ちうる旨述べられる
- 14 末川新法律学演習講座親族法普及版 一〇五頁
- 15 中川淳立命館法学九頁—一〇一頁
- 16 本判決が「原則」という表現をつけているのは、中間説（折衷説）にたっている旨折衷説の立場から説かれる……山本民商雜誌五〇卷五号より転用
- 16 門坂正人民法雜誌四八卷三号「母と嫡出子間の親子關係と認知
本判決は条件付当然發生説に従っている点を指摘なされ、婚外母子關係はつねに分婭という事実によらて当然生ずると云う立場から本判決に対して無条件には賛成できないと主張される。
- 17 谷口知平親子法の研究九六頁 註釈親族法 三三四—三三五頁

- 18 中島玉吉法学論叢第一八卷二号二九七頁―三〇〇
- 19 谷口知平註釈親族法 一〇三頁―一〇六頁
- 20 山中康雄現代私法学の諸問題上、勝本先生還歴記念論文（認知の本質）
- 21 民商雜誌七卷一号（私生子の認知について）三〇頁
- 22 松坂佐一民法提要 七九頁
- 23 青山家族法論 一六〇頁
- 24 田村五郎家族法大系親子（母の認知）
- 25 山中康雄前掲論文
- 26 谷口知平親子法研究及び註釈親族法（上）
- 27 山中前掲論文
- 28 田村前掲論文
- 29 中川前掲論文
- 30 谷口前掲論文
- 31 山中前掲論文
- 32 田村五郎註釈親族法（上）
- 33 田村前掲論文