

裁判官寺田逸郎の意見は、次のとおりである。

本件において原審の判断を是認すべきものとする多数意見の結論には賛同するものの、その理由付けの重要な部分について見解を異にするので、以下に考え方を明らかにしておきたい（なお、文中の条文引用は、特別の表示のない限り、民法におけるものである。）。

1 多数意見は、いったん認知をしておきながら、後に、実際には血縁上の父子関係がないとして自らその認知が無効であると主張することについて、786条の適用により原則的にこれが許されるとする解釈に立って結論を導くのであるが、この解釈にはただちに与することができない。

(1) 嫡出でない子との父子関係は、「血縁による父子」という事実関係が存することを基礎とする関係として概念づけられているとはいえ、その確立過程に関しては、これを規律する779条から787条までの規定を通してみると、父であると主張する者が、その血縁を証明することなく、届出という方式での意思表示をすることにより「認知」という形での父子関係が生じ、これが覆るのは、子や母らの利害関係人が認知無効の訴えを提起し、そこでその旨の証明がされた場合に限られるものとする一方、認知がされない場合における子の側からの父子関係の求めは、認知の訴えでその関係の存在を証明することによって実現を図らなければならない、求められた者の側で父であることを否定したければ、この訴えにおいて争わなければならないのであって、いずれも、訴えでの決着が付けば、その結果が両者の関係を確定することとなるというのが基本構造であると解されている。この構造についての理解の下で、子その他の利害関係人が認知に対して反対事実を主張することができる旨を規定する786条を、父であると主張する者により認知がされたときに、これを覆ることができる者の範囲を定め、事実関係を基礎とすることからくる決着の付け方を明らかにしたものであると解することに全く無理なところはない。そして、785条をも併せ参照すると、唯一自らの意思のみによって父子関係の確

立に向けてのイニシアティブをとることができる」とされている父となる立場にある者が、認知をした後に自らの姿勢を翻し、その無効を主張することは、上記の規定が想定する場面とは異なる場面としてみて、たとえ父子関係がないことを理由とする場合でもそれ自体では許されるべきではないという考え方を起草者がとっていたと伝えられることにも十分肯ける。むしろ、嫡出子との父子関係について、妻が生んだ子との父子関係をいったん承認した後はこれを否定して嫡出否認の訴えを提起することを許さないと規定する776条をも参照するならば、親子関係をいたずらに不安定にしないという趣旨において一貫する姿勢をそこに見いだすことができるのである。上記のような解釈は、現に、少なくとも戦前では有力であったし、大審院判例も、直接の判旨とはいえないかもしれないが、これに沿う一般論を示していたのである（大審院大正10年（オ）第857号同11年3月27日判決・民集1巻137頁）。

（2）これに対し、多数意見は、786条の「利害関係人」には認知者自身が含まれると解すべきであると論ずるのであるが、そこには、上記のような規定の構造や解釈をめぐる経緯に逆らってまでそのように解するについての積極的な理由が示されているとはいえない。

多数意見では、そのように解する理由として、認知者が認知をするに至る事情が様々であることから認知者自身による無効の主張を一切許さないとするのが相当でないこと、血縁上の父子関係がない場合には利害関係人によってそれを理由に認知無効の主張がされるから、あえて認知者自身による無効の主張を制限する理由はないこと、具体的事案に応じて無効の主張を制限したければ権利濫用の法理などによることが可能であることの3つが挙げられている。認知者自身による効力の否定が一切許されないとするのは相当でなく、また、無効の主張ができることとしてもこれを制限する法技術があり得ないことはないことには、異論はあるまい。しかし、ここでの問題は、無効の主張を許すことを原則とすべきか許さないことを原則

とすべきかであって、上記のことがいえるとしても、それで認知者自身が無効を主張することができるよう配慮しなければならない積極的な理由が示されているというわけではない。また、血縁上の父子関係がない場合には利害関係人によってそれを理由に認知無効の主張がされることを考慮すべきであるとしても、ここでは、いったん認知がされた以上は子の身分関係の安定を考慮して利害関係人において認知無効の主張を控えるような場合であってすら、認知者自身が態度を翻して血縁上の父子関係がないことを明らかにして認知無効を主張することを許すべきなのかがまさに問われなくてはならないのであって、これに対する肯定的な答えなくしては納得を得るには至らないのである。

(3) その意味では、多数意見が実質的に考慮していることは、血縁上の父子関係がないという事実自体が大いに尊重されなければならないということにほかならないのではないかと思われる。しかし、血縁上の父子関係がないという事実自体が尊重されなければならないことはそのとおりであるとしても、そのことがここでの決め手となるべきかどうかについては異論もあろう。

認知がされたが、実際には血縁上の父子関係がなかったという場合に、認知者にとってそのことについての認識の誤りがあったときは、認知された結果を是正すべき何らかの手立てが用意されていて然るべきである。しかし、そのことは、認知の意思表示に瑕疵があるものとしてこれを取り消し、あるいは無効とすることにより多くが解決できることであるように思われる。これに対して、木内裁判官は、補足意見の中で、意思表示に瑕疵がある場合の無効・取消しを認めるについて消極論を展開されている。本件とは直接の関わりがない部分なので詳論は避けるが、認知をしようとする者の意思表示によって認知の効力が生ずるものと構成しながら、その意思表示に瑕疵があった場合に効力を争う余地を認めないとする理由はないのではあるまいか。それでは実際には父子関係がある場合において実体的事実を軽んじすぎることになるという考え方なのかもしれないが、それは、その意思がある子の側で父子

関係があると主張し、自ら認知の訴えを提起することによって対応するのが本来の在り方に沿うところであるといえよう。

他方、実際には血縁上の父子関係がないのに認知がされている場合にあって、そもそも認知者がそのことを承知の上で認知をしていることも少なくあるまい。例えば、男性が子の母との生活実態から自らの子として育てる意思があつて認知をする場合がそれである。殊に、本件のように婚姻・認知により準正嫡出子となる場合（789条）には、当該男女が協議の上、嫡出子とする目的で男性において認知をしたものとみるべき例が多いといえよう。そのような場合に、仮に認知はふさわしくないと正しく理解し、あるいはそもそも準正の仕組みが欠けていたとしたならば、当事者は養子縁組により嫡出子とする対応をとった蓋然性が高い。認知の届出が事実と反する場合に養子縁組の届出としての効力を認めるかどうかについては、認知には形式上当事者の合意という要素が欠けているし、未成年養子縁組には家裁の許可が必要であることなどを考慮すると、これを肯定することはできないであろうが（最高裁昭和54年（オ）第498号同年11月2日第二小法廷判決・裁判集民事128号87頁参照）、当事者の関係を実質的にみると、このような認知について、父となった者が自ら時期を選んで一方的に親子関係を解消することを可能とするというのでは、養子縁組によつた場合とあまりにも結果に差が生じてしまうことが懸念される。もっとも、逆に、このような例において、父母との関係が悪化し、解消され、養子縁組であつたなら子との関係で離縁をすることを求め得る状況となつた場合にも、認知無効の主張ができないとする以上、父子関係を解消することができるとは限らなくなるのであつて、認知無効の主張を原則的に許すべきとする立場にあっては、この不都合に目が向いているのかもしれない。そうすると、上記のような関係が不安定であることによる子の不利益と安定すぎることによる父の不利益とが天秤にかけられることになるわけであるが、養子縁組によるのではなく認知によると決めるのは主として父となる認知者の選択によるものであるから、こ

の天秤が結果として父側に不利に傾いてもやむを得ないといえよう。したがって、ここでも、認知者たる父側の認知無効の主張を原則的に許すべきとする立論に根拠を与える事情をはっきりと見いだせるわけではない。

(4) 以上のとおりで、多数意見のこの点に関する見解は、規定の構造などから立法当初から取られてきた有力な考え方を覆すほど実質のある根拠によるかどうか疑わしい。認知がされたが、実際には血縁上の父子関係がなく、認知者にこのことについての認識に誤りがある場合に、その結果を是正すべき手立てとして、認知の意思表示に瑕疵があるものとしてこれを取り消し、あるいは無効とすることによるのでは解決策として十分でないことや、認知者が血縁上の父子関係が実際にはないことを承知の上で認知をしている例が極くまれであることについてより実証的な結果が示されるようであればともかく、そうでないのに解釈としてこれに従うことには躊躇をおぼえざるを得ないのである。

2 上記1で論じたところにもかかわらず、大橋裁判官と異なり、本件で認知者たる被上告人に認知無効の主張が許されるべきであるとの結論を正当とするのは、本件には特殊な事情があると考えからである。それは、本件では、認知者による認知があった当時から、フィリピン国籍の特定された実父があることが原審の認定で明らかにされているということである。

(1) この原審の認定は、嫡出でない子の親子関係の成立を規律する法の適用に関する通則法29条1項本文によると、被認知者である上告人に父があったかについては出生当時の父（かどうかが問題となる者）の本国法によることとされ、本件では父と目される男性はフィリピン国籍との認定であるから、フィリピン法によるべきであるところ、フィリピン家族法（1988年施行）175条、172条では、「父かどうかは、認知を経ることなく、血縁上の父という事実関係が証明されるかどうかで決まる」という原則がとられているとみられるため、その旨の証明があったことにより当該男性が父（上告人がその嫡出でない子）とされ、平成20年

頃死亡したとされていることから、被上告人による認知がされた当時である平成16年において父が存在したことになるということであると解される。

(2) ところで、日本の民法下では、認知は、その性格上、現に父がある子を対象としてはすることができないと解される。父が重複することがあってはならないことは、嫡出子の場合に限られるものではなく嫡出でない子にも共通の制約であるはずで、これは親子関係の公的な秩序として許されるべきではないのである。この点については明文の規定を欠くが、より一般的に父子関係がないことを理由に無効となることが786条で明らかにされているから、ことさらに規定を置くことは避けられたのであろう。ただし、上記のとおり、この場合には、一般的に父子関係がないことを理由に無効とする場合と異なり、公的な秩序に反することが無効の根拠となるわけであるから、例外的に、認知者自身も、父が重複していたことを理由として認知が無効であることを主張することができるかと解すべきである。そうであるとすると、結局、本件の場合には、被上告人による本件認知が無効であったことを被上告人本人の申立てにより認めることには支障がないと解すべきことになる

(注)。

(注) 779条は、嫡出でない子は、その父又は母が認知をすることができる旨を定めるが、これは嫡出子については認知が問題とならないということ为前提とした上で、認知の主体がその子と父又は母の関係に立つ者に限られることを規定したものであって、これを反対解釈して、既に他の者の「嫡出でない子」となっている子を別の者が認知することは認められるのであると解することは相当でない。また、これに反する認知が無効とされるべきかどうかについては、本文に記したとおり規定を欠くところ、婚姻の場合の重婚は無効ではなく取り消し得べきものとされていて(732条、744条)、これを類推適用すべきとする考え方もあり得ようが、婚姻の場合には、通常存すると考えられる後婚の経過的実態を考慮して将来

に向かってのみ効力を否定することとした上で関係の調整を図ろうとする関係で、特別に取消しの構成が取られていると考えられるのに対し（748条参照）、認知の場合には、そのように実態を尊重すべき関係にあるとは限らない事情にある。本件のように血縁上の父子関係がないとして利害関係のある第三者からの無効主張がされる場合に当てはまることが通例でもあろうし、少なくとも、そのような場合にまで、あえて認知者からの認知無効の訴えによって効力を否定することはできないと解することもないように思われる。

（3）かくして、本件では、原審の採った結論を維持すべきものであると考えるのである。