

## 「母の認知」に関する最高裁判所の判決について

藤田 八郎

嫡出でない子と母との間の法律上の親子関係は、分娩という事実にもとずいて当然に発生するか、或は、母の認知によって発生するかという問題は、多年に亙る学説判例上の懸案であつたことは周知のとおりであるが、最高裁判所はこの問題に関し昭和三七年四月二七日重要な判決をした。この問題は、既に学界多方面において論じつくされた感があるけれども、判決に関与した者の立場からいささか解説を試みることにする。

従来大審院は終始、嫡出でない子と母は、父の場合と全く同様に、母の認知のいかぎり法律上母子関係を発生しないとの説を変えなかつた。（認知説）

すなわち、大判、大正一〇・十二・九（民録二七輯二一〇〇頁）は、嫡出でない子が生母の遺産相続人であると主張した事件について、

「婚姻外ニ於テ生レタル子ハ生理的ニハ親子ナリト雖モ法律上ハ未タ以テ親子関係ヲ発生スルニ至ラス、カカル關係ハ其ノ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、蓋シ若シ之ヲ爾ラストシ苟クモ親子ナル事実カ確定スル以上認知ヲ俟タスシテ当然親子関係ヲ発生スルモノトセムカ其ノ父ニ対スル場合タルト其ノ母ニ対スル場合タルトニ依リテ其ノ取扱ヲ二三ニスヘキ何等ノ道理アルヘカラス、而モ如何ナル場合ニ於テモ父ノ認知ナキ限り法律上之ヲ親子ト目スルヲ得サルコトニツイテハ何等ノ疑無キ以上独リ母ノ場合ニ於テノミ苟モ生母タル事実カ明白ナル限り認知ヲ要セスシテ法律上当然親子関係ヲ発生スト論断セムハ、権衡ヲ失スルノ甚シキモノナレハナリ」と判示した。

わが国の民法施行前の旧慣において、母の認知というこ

とはなかつたのであるが（旧民法人事篇も母が私生子を認知する規定はない）民法制定の際にフランス法の影響を受けて、父の認知と共に母の認知ということが制定された。（旧法八二七条）。

これについて、民法中修正案理由は、

「既成法典ニ於テハ父ノ知レサル子ヲ私生子トシ父ノ認知シタル私生子ヲ庶子ト為シタルニ拘ラス母ノ知レサル子ニ関スル規定ヲ設ケス是レ蓋シ母ノ知レサル場合ナキモノト認メタルカ為メナラン、今若シ母ハ毎ニ出生ノ届出ヲ為スモノトセハ母ノ知レサル場合決シテ之ナカルヘシト雖モ或ハ母カ出生子ヲ棄テ又ハ母カ法律ニ違反シテ出生ノ届出ヲ為サス後ニ至リテ認知ヲ為スコトアルヘキカ故ニ本案ニ於テハ母ノ知レサル場合アルモノト認メ父又ハ母ニ於テ私生子ノ認知ヲ為スコトヲ得ルモノト定メタリ」

右の大審院判決は、この立法の趣旨をそのまま踏襲しているものである。

さらに大審院は大正十二・三・九判決（民集二卷一四三頁）で、前同旨を維持しつつ、「父カ庶子出生ノ届出ヲ為シタルトキハ其ノ届出ノ認知届出ノ効力ヲ有スルモノナルコトハ戸籍法八三条前段ノ規定スル所ニシテ」父と母との

「母の認知」に関する最高裁判所の判決について（藤田）

間に區別すべき理由はないから「母カ為シタル私生子出生ノ届出モ亦同時ニ私生子認知届出ノ効力ヲ生スルモノ」と解すべきであるとした。

これによって、母の認知届出ということの実際に行われないわが国の実情における不都合を弥縫したのであるが、その後、大審院はさらに一步を譲って、昭和三・一・三〇判決（民集七卷一二頁）で、扶養義務の關係について、

「母カ子ヲ分娩シタルモノナル以上、扶養義務ノ關係ニ於テハ子ノ直系尊屬トシテ民法九四五条ニ依リテ子ヲ扶養スルノ義務ヲ負フモノト解スヘキモノトス」

と判決したけれども、嫡出でない子と母の間の親子關係は認知によりてのみ発生するという従来の判例の態度は崩さなかつた。

しかし、これらの判例に対しては、母と子のつながりは、父の場合と違って極めて明瞭な、分娩という自然の事実によって生ずるのであるから、特に認知というがごとき人為的なものを加える必要はない、分娩という事実そのものを原因として法律上の親子關係が発生するものと解すべきであるとの説が学界において有力であった。（分娩説）今日においても学界の多数説といつてよい。

「母の認知」に関する最高裁判所の判決について（藤田）

一四

スイス民法三〇二条

「私生子関係ハ出生ニ依リテ子ト母トノ間ニ発生ス。子ト父トノ間ニ於テハ認知又ハ判決ニ依リテ私生子関係ヲ生ス」

ただし、さらに、この分娩説のうちにも、例外なく母子関係は母の分娩によって発生するとする説と、原則として母子関係は分娩によって発生するけれども、例外として棄児等で当初不明だった母が後に出現したような場合には認知によって母子関係が発生すると解すべきであるとする説（折衷説）とがある。

大審院が、実質においては殆んど分娩説と思われる昭和三・一・三〇判決をしながら、尚且、認知説の態度を崩さなかつたのは、一つはあくまでも法文の字句に拘泥したところと一つは当時の裁判所構成法の規定によれば、大審院が従前の判例と相反する判決をするためには聯合部を開いて審判をしなければならなかつたのであり、実務の実際として聯合部（民事だけでも二十五人の判事の聯合）の審判の開始ということが容易ならぬことであり、しかも聯合部の審判において多数をもって判例変更という結果に到達するや否やの見通しも容易には立たなかつた実情にもよるもの

であろうと想像される。

この点は、新裁判所法における最高裁判所としては、従前の大審院判例を変更するには大法廷を要せず、前に最高裁判所とした裁判を変更するには大法廷を要するけれども大法廷といえども常備の機関であり原則として毎週一回は開かれている実情にあるので、先例の変更は当時比べて容易になつたのである。

果然、最高裁判所（第二小法廷）は、昭和三七年四月二七日、昭和三五年（第一一八九号事件）について、母と嫡出でない子の間の法律上の親子関係は、母の認知をまたず、分娩の事実により当然発生すると解すべきであるとの判決をしたのである。（民集一六卷七号一二四七頁）

この事件の事実関係は、第二審判決の確定するところによれば、原告（被控訴人、被告上告人）は明治四五年頃から、訴外亡杉本東造を知るようになり、大正五年頃から同人との間に情交関係が生じ、引続いて同人の妾として東造死亡のときまで右関係を継続した。そして原告は右関係継続中、大正五年秋頃妊娠し、翌六年七月三〇日、東京都港区赤坂青山高樹町三番地にあった原告宅で、被告（控訴人、上告人）を分娩した。しかるに原告の養父母の意思によって、

原告の籍に被告を入れることが許されず、当時養父母の知り合いであった山田鬻松に依頼して同人の嫡出子として出生の届出をして貰ったというのである。そして原判決は右の事実関係は、同判決挙示の証拠によって認定することができるから、被告が原告の子であることは明らかであるとして、被告が原告の子であることの確認を求める原告の本訴請求を容認したのである。

これに対し、被告は、原判決の右事実認定に重大な誤認があるとして、最高裁判所に上告をしたのであるが、最高裁判所は、所論はひっきょう原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実の認定を争うに帰し採用するを得ないとしてこれを排斥した。

尚 その際 最高裁判所はその判決で、「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、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（原告）が上告人（被告）を認知した事実を認定することなく、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」と附言して、この問題に関する最高裁判所の法律上の見解を判示したのである。

すなわち、この最高裁の判決によって従来、母と嫡出で

「母の認知」に関する最高裁判所の判決について（藤 田）

ない子の親子関係は、父の場合と同じように、母の認知によつてのみ発生するとした大審院の判例は変更され、母と嫡出できない子の親子関係は、分娩という事実があきらかなかぎり、分娩によつて当然発生し、母の認知を要しないという解釈が判例上確定したのである。

おもうに、民法七七九条は、旧法八二七条と同じく「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」と規定し、法文上、認知に関して、父と母を全く同列においているのみならず、民法は、各所に「父又は母」として認知に関する規定をしているのであって、嫡出でない子と母の関係は分娩という事実のみから発生するという解釈（分娩説）に従うときは、民法その他の法令の規定中、父又は母の認知という文字から「又は母」を削除して解釈することとなり、法文の解釈としては無理であるとの非難は免れないところである。

さりとて、認知の法律上の性質については、父の認知に関して、父子関係を創設するものとすることは、多数学説の肯認するところであるのみならず、最高裁判所も昭和二年四月三〇日の判決（民集八卷四号一一八頁）において、あきらかに、

「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」

として、認知の法律上の性質について、父と母を区別しないのであって、今更、母の認知に、その法律上の性質に關し別異の解釈を施すの余地もなく、従来の大審院判例の趨向をも考慮しつつ、いわゆる認知説によって生ずる不都合を避けながら、法文の文理をも全然無視しないという、妥協的な態度をとって、この最高裁判決はいわゆる「折衷説」の立場に立ったものと理解されるのである。

唯、この最高裁判所の判決も、「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」としている。この「原則として」をいかに解釈すべきであろうか。

従来、大審院判例のごときいわゆる認知説を排斥して、母と嫡出でない子の間の親子関係は分娩によって発生するとする学説をとる学者の間にも、棄児その他分娩の事実のあきらかでない場合には例外として、母の認知を要件として母子関係が発生するとする折衷説をとる学者のあることは前述のとおりである。

最高裁判所のこの判決も、かかる場合を例外とする趣意

で「原則として」と判示したものであることは、判文上の点につき特段の説明はないけれども、沿革に徴し、あきらかであり、また、本件のごとく、証拠上、分娩の事実の明瞭な場合は、分娩によって母子関係が発生するとする判旨からみても、判決にいうところの例外の場合とは棄児その他、分娩の事実の不明な場合を指すものであることは、十分に理解されるのである。

そもそも、民法の明文は父と母を区別していないにかかわらず、父と嫡出でない子の、親子関係は、父の認知によって発生するに反し、母と嫡出でない子の親子関係は分娩という事実によって当然に発生するものと解すべきであるとする根拠は、父と嫡出でない子の生理的な事実上のつながりは甚だ機微であって、今日の科学智識をもってしても、必ずしも明確に認識し難いのに反して、母と嫡出でない子のそれは、分娩出産という極めて明瞭な事実関係によって把握されるということに縁由するのである。

しかるに、母子関係においても、極めて稀有の事例であるとは云え、棄児のごとき、分娩という事実の不明な場合もなきにあらず、かかる場合には、父の場合と同じように認知という人為的な手続によって親子関係の発生を理解するということもまた、やむを得ないのである。母と嫡出

でない子の場合は、分娩と認知の二元的にならざるを得ないのである。

すなわち、この最高裁判所の解釈に従えば、母と嫡出でない子の親子関係は、分娩の事実が明瞭な場合は分娩の事実によつて当然に発生する、しかし棄児のごとく何人が分娩したか分明でない場合は例外として母の認知によつて母子関係が発生するといふに帰するのである。

この二元説をやくから明瞭に説くものは、仁井田益太郎、親族法、相続法論（二二二頁）である。

加之母タルコトハ分娩ノ一事ニ因リテ明白ナルカ為メ分娩ニ因リテ母ト私生子トノ間ニ法律上ノ親子関係発生スルモノト為スモ何等ノ不都合ナシ故ニ此点ヨリ見ルモ法律ハ母ノ認知ヲ待タスシテ母ト私生子トノ間ニ親子関係ヲ発生モシムルモノト解スルヲ至当トスルヲ知ルヘシ故ニ法律上私生子ノ母タル者ハ必ス之アリト謂ハサルヘカラス然レトモ何人カ私生子ヲ分娩シタルヤ明ニスルコト能ハスシテ私生子ノ母カ事実上知レサル場合アリ故ニ法律ハ前述ノ如ク私生子ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得ルモノト定メ認知ニ因リテモ亦母ト私生子トノ間ニ法律上ノ親子関係発生スルモノト為セリ

右ニ述ヘタル所ニ依レハ母ト私生子トノ間ニ於ケル法

「母の認知」に関する最高裁判所の判決について（藤田）

律上ノ親子関係発生ノ原因ニハ母ノ分娩ト其認知ノ二種アリ而シテ其中ノ孰レニ因ルモ母ト私生子トノ間ニ法律上ノ親子関係発生スルモノトス

ところがこの折衷説においても学界では、母の認知の法律上の性質について学説がわかれているのであつて、その一は、この例外の場合は、認知によつて母子関係が創設されるとするものであり、他はこの場合における認知は単に母子関係を確認するにとどまると解するものである。

穂積重遠 親族法四四二頁

中川善之助 親族法下巻三六七頁

もこの折衷説に属するもののごとくであるが創設、確認のいづれに加担するものかは必ずしもあきらかでない。

その他の折衷説における両説の分歧については、田村五郎 母の認知（家族法大系Ⅳ二二頁）参照

折衷説のうち、確認説なるものが、若し、認知をもつて既に分娩によつて生じた母子関係の存在を確認するといふのであれば、母子関係の発生原因としては分娩説に帰着せざるを得ない。また、認知をもつて、分娩という事実上の母子のつながりを承認する意思表示で、これによつて、法律上の母子関係が発生するといふのであれば、究極におい

て創設説と異なるところはない。

最高裁判所の判決は「原則として」分娩によって母子関係が創設されるとするのであるから、その例外たる場合も、認知によって母子関係が創設されるとする趣旨であることは判示の文理上あきらかであり、いわゆる確認説を採らず、母の認知の法律上の性質について父の認知と同じく、創設説をとるものと云わなければならない。

最高裁の判決に対し、例外の場合についての説明が不十分であるとし、問題はむしろ例外の場合にあるのであって、これを解決しなければ問題を解決したことになるという趣旨の批判もあるが判決としては、本件のような分娩の事実の明瞭な場合には、分娩のみで母子関係は発生するので、そのために母の認知は必要でないとするところはこの判決の大きな意義があるのでこの事実の解決としてはこれだけで十分である。

そして例外の場合は、学問的研究の題目としては興味深い問題であるけれども、分娩の事実不明の棄児等に対し、母が認知するというケースは従来ととも、実際問題となつた事実は殆どないのであって、判決としてはこれらの問題は今後の具体的事件の発生を待って判例の発展に委せる立

場をとつたものと見る外はない。

これに反して、母が分娩後、自ら出生届をする余裕もなく死亡するという事例は今日の社会事象として決して稀ではないのであるが、認知説に従えば、かかる場合、出生届による認知ということは成り立たない。母の「死後認知」の手続によって検察官を被告として認知の訴を起し判決によって母子関係を創設するの外はないのであろうが、この判例によれば、通常の場合、母は死亡しても、分娩の事実そのものは明瞭であるから、極めて容易に母子関係は確定されるのである。

野上久幸親族法二九三頁の折衷説に対する次の非難は最も痛いところである。

「捨子の如き場合に、認知を俟て私生子関係が発生するとすれば一旦分娩に因り発生した私生子なる関係はその捨子（遺棄）なる事実により消滅するものと考えなければならぬ。自然の血族関係を消滅せしむる原因は死亡以外にない筈である」

しかし、その分娩なる事実が社会事実として不明であるかぎり、法律の社会では、これを無視して無と同様に考えることもまた、やむを得ないのであるまいか。

父の認知は、父子の事実上のつながりがあきらかな場合

に、認知の効力を有するものであるのに、母の認知は、母子の事実上のつながりが不明の場合にはじめて認知の効力を生ずると解釈することは、同じく民法の規定する認知について余りにも父と母の間に格段の差異を作為するものであるとの非難も、もつともであるけれども、これは結局、父と母の間に子との事実上のつながりを探究する上に前に述べたような本質的な相違のあることに基因するものであって、これ亦やむを得ないとすべきであろう。

戸籍法は、嫡出でない子の出生の届出は、母がこれをしなければならぬと規定し、戸籍事務の実務についても、大正一一・五・一六 民六四七号 民事局長回答第三項に「母カ明ナル以上、母ニ於テ認知スル必要ナキヲ以テ母以外ノ届出義務者ヨリ母ノ氏名ヲ記載シテ私生子出生届ヲ為シタルトキハ母ノ認知ナクトモ其ノ私生子トノ間ニ当然親子関係ヲ生スルモノトス」

とあり、爾来戸籍実務はこれに従って施行せられ、大審院判例との間に齟齬のあったことは人をして奇異の感を抱かしめたのであるが、今次の最高裁の判決によって右のような矛盾もなくなった次第である。

この判決以後の 母の認知に関する民法の規定の適用に

「母の認知」に関する最高裁判所の判決について（藤 田）

については、すべて、棄児等分娩の事実不明の場合における母の認知として理解すべきであり、大体においては父の認知と同様に適用されて然るべきものと思われる。

ただ、一、二問題と思われる場合について考察する。  
七八七条について。

棄児が母に対して認知の訴を提起することができるか。父の場合は認知を拒む父に対し、若しくは父の死後において検察官を被告として父との事実上のつながりを立証して裁判所がこれを承認する判決を得て、これによって父子関係を創設するのが認知の訴であるけれども、母の場合は、棄児等母との事実上のつながり（分娩）不明の場合にのみ母の認知があり得るとすれば分娩の事実不明の場合、棄児の側から、母に対して認知請求の訴を起すということは考えられない。であるから、七八七条強制認知の規定は、母の場合適用はないことになる。棄児は、分娩の事実を主張して、これを争う母に対して、親子関係存在確認の訴を起すことは考えられるけれども、これはもとより七八七条の認知の訴ではない。

七八六条について。

棄児等に対する母の認知ということは、実際の事例としては滅多にないであろうが、戸籍法五九条の規定に従って、



母が棄児を引き取って、母として出生の届出をした場合——これによって認知の効力を生ずることは、先きに挙げた大審院判例の示すところであるが、棄児の側からこれを争うのは、同条所定の反対の事実、すなわち、認知者以外に事実上分娩の母のある事実を挙げて認知の無効（分娩不明の場合でないから認知は無効）を主張することになるであらうか。

この場合、反対の事実——すなわち他に分娩の母のある事実——が訴法上立証されなるときは、同条による棄児の請求は棄却され、認知者との母子関係は確定されることとなる。

母子の事実上のつながりが不分明の場合に母の認知によって母子関係の成立をみとめることは不合理であると考えられるのであるが、実はかような事態は父の認知の場合にさらに多くあり得るのである。父子の事実上の関係が不分明のまま、父の認知によって法律上親子関係が発生せしめられた場合には、反対の事実が立証されないかぎり、この親子関係を打破る方途はないのである。いわゆる多数関係者の抗弁のみとめられる場合、父の確定は不可能とされ、父の捜索の途はとざされると共に、一旦、父が認知をした以上、正確に反対の事実の立証されないかぎり、事実不分明のまま父の認知が有効とされる場合は決して数少くはないのである。花柳界に生れた子を認知する父は、多かれ少なかれ、この危険を負担しているものと云っても失言とは云えないであらう。

しかし、戸籍法五九条の規定によって、棄児を引き取って、母として出生届をした場合のときは、たとえ、その分娩関係が正確には不分明であっても、この母と子の間に法律上親子関係をみとめることは極めて妥当な場合も多いのではあるまいか。

それから、わが国実社会において往々に行われる現象であるが、婚姻外で出生した子を他人の嫡出子として出生届をする場合、——本件最高裁判決の事案はまさにその場合であるが——出生以来数十年を経過して今日ではもはや真実何人が分娩したか分明にし難い場合もあるであらう。

——本件は幸にして原告の分娩した事実が証拠上明確にされたために、戸籍上の親子関係は否定され、原告の嫡出でない子であることが確定されたのであるけれども——かような場合、純粹の分娩説に従えば、分娩の事実が不明である以上、母子関係の発生を確定することはできないで、子は「母なし子」に終らざるを得ない。しかるにこの最高裁判決に従えばかかる場合にも認知の事実がみとめられるか

きり母子関係は発生し得る。そして戸籍上の母が出生届をしておれば認知の効力あることは前述のとおりである。他人の子を藁の上から貰い受けて、自分の子として出生届をし、多年に亘って監護養育の実を尽し、永らく事実上母子関係をつづけて来たような事例の場合、別に分娩の母あることのアきらかなときは格別、分娩の事実が不明だからと云って無下に戸籍上の母との親子関係を否定して「母なし子」に終らせないで、出生届による認知の効力を生かして、その事実上の母子関係を法律上の母子関係にまで昇華して解釈することが世態人情に合するといふ場合も世間には往々あるのではなからうか。

これら、もろもろの問題は、結局、今後、具体的な事件が起つた場合に判例によって解決される外はないであろうが、おそらく、かかる機会は多くは期待できないのではなからうか。

むしろ、立法の問題として、スイス民法のごとく民法を例外のない分娩説に改正する方が望ましいかも知れない。この判決がその契機となれば、また、この判決の一つのメリットであろう。

次に、この最高裁の判決において、いま一つの留意すべき点は、この判決が「なお、附言するに」として、如上の法律上の見解を判示した点である。

元來、上告審は、上告人の申立の範囲内においてのみ原判決の取消又は変更をすることができるのであって、上告審における審理の範囲は原判決中、当事者の不服申立に係る部分のみに限るべきは当然である（民訴四〇二条）が、実体法上の問題については、当時者の申立の範囲を越えな以上、当事者の申立のいかんにかかわらず、上告裁判所が職権で、原判決に法律違背の違法ありや否やの審理をする権限があるか否かは、我国において、争のあるところである。

従來、大審院は上告理由で主張された法規の違背があるかどうかについてのみ調査を限定する傾向であった。

しかし、或る事実在原審が適法に法則を適用したかどうかを審査することは、上告審の職務として為すべき事項であるから、特に当事者が上告理由としてその点を主張したかどうかにかかわらず審理判断すべきであり、もとより、当事者の主張する法律上の見解に拘束せられることはないとするのは、わが国民訴学者の通説と解してよい。特にこの点を明記した条文はないけれども。

細野長良 要義四卷三八一頁以下

神谷健夫 原論上冊一二二頁以下

兼子 一 体系四六二頁

独乙民訴五五九条は、原判決が、訴訟手続に関する法律以外の法律に違反したかどうかの調査については、上告裁判所は当事者の主張した上告理由に羈束されることはない旨を明定している。

この事件においては、第一審以来、本件のごとき嫡出でない子は、母の認知がなければ法律上母子関係は発生しないかどうかという法律問題が訴訟上主張された形跡がない。上告理由としても、原判決が単に分娩の事実のみを認定して、母が認知したか否かを審理しないで上告人は、被上告人の子であると判断したのは違法である。この点において原判決は、大審院以来の判例に違反するという主張がされていない。

殊に本件は、被上告人自ら母の名において出生届をしていないことは原判決の確定するところであって、従来判例の認知説に従う以上、むしろ母子関係の成立を否定すべき案件であるから、上告人としてこの点を強く主張すべきであるにかかわらず、この点が一審以来主張されていない、一、二審の判決も全くこの点に触れず上告理由にもこの点

の主張はないのである。

しかし、最高裁判所としては、この法律問題を解決しないかぎり、原判決の当否を判断することはできない筋合であるから、上告人からこの点の上告理由がないにかかわらず、特に、前叙のごとき法律解釈を判示したものである。

であるから、この部分の最高裁の判断をもって判決の傍論であるとするのはあたらない。本案を判断するに欠くべからざる法律解釈であるが故に、特に判示されたものである。（若し、最高裁が従来判例に従って、認知説をとると仮定すれば、その点の上告理由の有無にかかわらず、原判決を違法として破棄すべきであったのである。）

されば上告審における審理の範囲について、実体法の判断については、当事者の上告理由に拘束されないことをあきらかにした点においても、この判決は意義があるのである。