

タイトル	認知請求権の放棄に関する一考察
著者	四ッ谷, 有喜; YOTSUYA, Yuki
引用	北海学園大学法学研究, 50(1): 149-178
発行日	2014-06-30

## 認知請求権の放棄に関する一考察

四ツ谷 有喜

## はじめに

婚外子が出生した場合に、婚外子又は婚外子の母と事実上の父との間で認知請求権の放棄が合意されることがある（以下これを「認知請求権放棄契約」という）。判例は、この認知請求権放棄契約について一貫して絶対的に無効であるとする立場を採った上で認知請求権放棄契約締結後に認知請求の訴えが提起された場合について、婚外子からの認知請求を認める。他方学説においては、判例と同様の立場を採るもののほかに、判例とは異なり、かかる契約がされた後の認知請求権の行使（すなわち認知請求の訴え）が例外的に認められない場合があることを述べる立場も有力である。

このように認知請求権放棄契約を巡っては、大きく二つの立場が対立しており、両者の差異は「認知請求権を放棄させられた婚外子の保護」に重点を置き、その保護を貫徹するために一律に認知請求権放棄契約を無効とするのか、保護に値しない婚外子が存在しうることを想定して例外的に認知請求権放棄契約締結後の認知請求権の行使を否定する余地を残すのかという点にあるといえる。<sup>1)</sup>

これらの認知請求権放棄契約の有効性を巡る従来の議論の多勢は、一見すると認知請求権が身分権であるとの前提に立った上で「身分権は放棄することができない」という命題を認知請求権の放棄という場面に全面的に妥当させるか否かという点で大きく異なるかのようにも見える。しかし、議論の実質をみてみると、認知請求権放棄契約の有効性を判断するにあたって前述した「例外」を認めるのが妥当か否かということを検討するということに終始しているといえ、認知請求権の放棄契約に関する分析も不十分なままに議論が展開されており、それゆえに各説の理由付けも曖昧になっている感がある。

そこで本稿では「認知請求権放棄をさせられた婚外子を保護すべきである」という結論に至る際に各説が重視した考慮要素について検討を加え、これが妥当とはいえないことを明らかにした上で、新たな観点から認知請求権放棄契約の有効性について分析・検討を加えるものである。

## 一 従来の議論状況

ここではまず、認知請求権の放棄契約に関する判例及び学説の状況を確認する。

既に述べたとおり判例は、一貫して認知請求権放棄契約の効力を否定している。その理由は、理論的根拠としては「身分権の処分は許されない」というものであり、法政策的根拠としては「認知請求権の放棄を認めないことによつて

婚外子の経済的・社会的地位の不安定を一般的に避けよう」というものであると評されている<sup>②</sup>。

例えば大判昭和六年一月一三日民集一〇卷一二号一〇二二頁は、婚外子出生直後に子の法定代理人である母と子の事実上の父との間で認知請求権放棄契約が締結された後、子が事実上の父を相手とする認知の訴えを提起し、これに対して事実上の父が「認知請求権放棄契約によって子の認知請求権は既に放棄されている」と反論したことから、認知請求権放棄契約の有効性が争われたという事案において「身分上ノ権利ハ拋棄ヲ許ササルヲ原則トス私生子カ其ノ父母ニ対シテ有スル認知請求権ハ法律カ私生子タル身分上ノ地位ヲ有スル者ニ対シ与ヘタル権利ニシテ私生子ヲシテ其ノ父母ニ対シ法律上ノ親子關係ヲ確定スルコトヲ得セシメ以テ其ノ利益ノ保護ヲ期シタルモノニ外ナラス從テ私生子タル身分ヲ有スル者ハ常ニ認知請求権ヲ有スルコトヲ必要トシ他ノ身分上ノ権利ト均ク其ノ権利ヲ拋棄スルコトヲ許ササルモノト解スルヲ相当トス蓋私生子カ其ノ認知請求権ヲ拋棄シ得ルモノト解センカ多ク不遇窮迫ノ地位ニ在ル私生子カ僅少ナル金錢ノ為ニ容易ニ認知請求権ヲ拋棄セシメラルルニ至ルヘキハ之ヲ推知スルニ難カラサルヲ以テ私生子ヲ保護セントシテ認知請求権ヲ認メタル法律ノ精神ハ殆ント其ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ或ハ民法第八百三十条ニハ成年ノ私生子ハ其ノ承諾アルニ非サレハ之ヲ認知スルコトヲ得スト規定スルヲ以テ成年ノ私生子ハ其ノ認知ニ対シテ承諾ノ意思ヲ表明シ得ヘク之ヲ反面ヨリ見レハ認知請求権ヲ拋棄シタルト結果ニ於テ同一ナルヲ以テ認知請求権ノ拋棄ヲ以テ有効ナリトスル論アリト雖同条ノ立法趣旨ハ成年ニ達シタル私生子ノ利益ヲ保護スルカ為ニ設ケラレタルモノナルコト明ナルヲ以テ援テ以テ認知請求権ノ拋棄ヲ有効ナリトスル論拠ト為スヲ得サルモノトス果シテ然ラハ原判決カ私生子ノ認知請求権ノ拋棄ヲ認メサリシハ相当ニシテ論旨ハ理由ナキモノトス」と判示し、結論として子から事実上の父への認知請求を認容している。

また、同様の事案について最判昭和三十七年四月一〇日民集一六卷四号六九三頁は「子の父に対する認知請求権は、

その身分法上の権利たる性質およびこれを認めた民法の法意に照らし、放棄することができないものと解するのが相当である」として、認知請求権放棄契約を無効であると判断し、子からの事実上の父に対する認知請求を認容している。<sup>③</sup>昭和三七年判決は「これを認めた民法の法意」の具体的中身を明らかにしていないが、これについては先に挙げた昭和六年判決が述べた「私生子カ其ノ父母ニ対シテ有スル認知請求権ハ法律カ私生子タル身分上ノ地位ヲ有スル者ニ対シヘタル権利ニシテ私生子ヲシテ其ノ父母ニ対シ法律上ノ親子関係ヲ確定スルコトヲ得セシメ以テ其ノ利益ノ保護ヲ期シタルモノ」であるという部分を踏襲しているものであるといえよう。

次に学説について確認しておこう。学説は、①放棄絶対無効説（判例と同様の立場であり、認知請求権放棄契約は無効であり認知請求権放棄契約締結後の認知請求権行使は常に認められるとする立場）②権利濫用説（①と同様に認知請求権放棄契約は無効であるが、認知請求権放棄後の認知請求権行使が例外的に権利濫用にあたる場合があるとする立場）③放棄条件付有効説（原則として認知請求権放棄契約は無効であるが、例外的に相当多額の財産的利益の授受を条件に放棄契約が有効となる場合があることを認める立場）に分類することができる。<sup>④</sup>

①の放棄絶対無効説は、判例と同様の立場に立つものであり、「放棄は絶対的に無効である」という結論を導き出す論拠は既にみた判例によれば（a）認知請求権が身分権であり身分権の放棄は許されないこと（b）民法が婚外子に認知請求権を認めた法意、の二点にあるといえる。

二つの理由付けのうち（a）を重視すれば、論理必然的に放棄契約が絶対的に無効とされることになる。しかし、この立場に立つ論者の中には、事案によっては認知請求権放棄契約締結後の認知請求権の行使が否定されるべき場合があることを認める立場（すなわち②及び③の立場）に一定の理解を示しつつも、結論として放棄絶対無効説の立場を支持するものが散見される。例えば次のようなものがある。まず認知請求権は「婚外子に父をあたえること、すな

わち婚外子の健全な成長のための経済的保障（それは扶養と相続に分解される）をあたえることを目的とする」ものであるとし、この目的の域外で行使される認知請求権には何らかの制限が加えられるという考え方も「自然な法感情」のように思われるとしている。このような論調からすれば、権利濫用説が放棄条件付有効説の立場を採るかのようにも思えるが、結論として「認知請求権の放棄契約：を有効とすることによって、婚外子の地位をより圧迫しないかをおそれる。だから放棄契約や放棄調停を強要される危険性をまず一般的に防止することが、わが国の現段階では、政策的に望ましいというべきだろう」として、放棄絶対無効説の立場を支持している<sup>(5)</sup>。

なお結論として放棄絶対無効説と同様の立場に立つが、従来の放棄絶対無効説とは理由付けを異にし、「父子関係の切断（嫡出否認や認知無効訴訟がその典型）」と接合（認知訴訟がその典型）において、切断や接合をするさいには、できるだけ統一的な基準により、真実の回復を図るべき」であること、世界の潮流が「真実の父子関係の回復を容易化する方向」に進んでいること、「区別して扱う合理的理由がないかぎり、統一的な基準で切断と結合とを構成し、真実の父子関係の回復のための基準を形成すべきであり、このような前提からすれば「戸籍の公証機能の確保、裁判例に登場する程度の『意思』では身分関係の放棄を認めるべきではない、子の権利を保障する立場から子自身による真実の父子関係の回復の余地を残す」べきであること、などの理由から放棄無効を説くものもある<sup>(6)</sup>。

次に②の権利濫用説について確認しておこう。この説は、放棄絶対無効説と同様に「認知請求権の放棄は無効である」という立場を前提としつつ、認知請求権放棄契約締結後にされる認知請求が権利濫用に該当する場合には例外的に認知請求が認められないとする立場である<sup>(7)</sup>。ここでの「例外」として主に挙げられるのは、認知請求権放棄契約締結に際して事実上の父から子に対して相当程度の財産的給付がなされている場合である。この立場に立つ論者は、後述の条件付放棄有効説がいう「認知請求権の効果として婚外子が父に対して有する権利の中心は金銭的なものである」

ということを認めつつも、「認知によってアイデンティティが確立され精神的に満たされることも否定しえない子の利益である」とした上で「放棄契約当時のみならず、認知請求時の事情なども考慮して、認知請求権を例外的に権利濫用として排斥することで調整すべきである」としている<sup>8)</sup>。

最後に③の放棄条件付有効説について確認しておこう。この立場は、認知請求権の放棄が絶対的に無効なものではなく有効とされる場合があるとの立場に立つものであり、放棄絶対無効説の論拠の一つである「認知請求権も身分権の一種であるから、これを放棄することは許されない」という点に対して、「事実上の父が認知せず子も認知を請求しなければ、法律上の父子関係は形成されようがないことひとつとってみても、身分権も意思になじむのであって『身分権の放棄不可』は全体の命題かどうか疑いを容れる余地がある」としている<sup>9)</sup>。その上で、放棄絶対無効説及びこれを前提とする権利濫用説がその論拠の一つとする「子が法律上の父をもつことは社会的・精神的利益がある」とする点に対しては、このような利益が何を指しているのか明確ではないとし、むしろその実現がなしえないであろうことを述べて、認知請求権の主たる効果は扶養と相続すなわち財産的な利益のみであるとしている<sup>10)</sup>。

## 二 従来の議論に関する分析

以上述べたとおり、従来の議論は認知請求権放棄契約締結後にされる認知の請求について、認知請求権の放棄を絶対的に無効であるとして認知の請求を認める立場と、(理論構成こそ異なるが)例外的に認知請求権の行使が認められない場合があることを認める立場に二分することができよう。

両者の関係は、「婚外子優遇の要請と婚姻尊重とは家族法における永遠のディレンマである。判例は不遇窮迫な地位にある婚外子が僅かな金銭のために認知請求権を放棄させられることをおそれるのであり、それに反対する学説は婚

外子保護の限界を父の婚姻家族共同生活破壊の一步手前に求めているわけである。このような相対立する主張は、その背後に法政策的考慮が働いているために、一見、永久に交わることのない並行線の観さえ呈している」と評されている<sup>1)</sup>。このような見方からすれば従来の議論の相違は理論的な側面にあるのではなく、「法政策的考慮」にその中心部分があるともいえよう。

では、そこでの「法政策的考慮」は現時点でもなお正しいといえるものであろうか。また、「法政策的考慮」との関係で導き出されている結論は、そこでの考慮要素との関係で妥当なものだといえるのであろうか。以下では、このような観点から従来の議論を分析・検討してみよう。

## 二一 想定している当事者のモデル設定に関する問題点

まず、「法政策的考慮」の前提として従来の議論が前提としている当事者とはどのような当事者かということとともに、認知請求権放棄契約の有効性を論じるにあたって、こうした「原則モデル」を設定することが妥当かということについて検討する。

従来の議論の大部分は、既に見た昭和三七年判決の時点かあるいはそれ以前における「父」と「婚外子及びその母」をモデルに議論を展開している。したがって、いずれの立場も「原則モデル」として想定しているのは、経済的・社会的に「強い立場にある父」と「弱い立場にある婚外子及びその母」が当事者であり、生まれたばかりの婚外子を抱えた明日の生活にも困る母の弱みにつけ込んでごく僅かな金銭で認知請求権を放棄させ、父は以後養育費を給付する義務を負担することもなく、結果として婚姻家庭との関係で何ごともなかったかのように日々を送り続ける、他方で母と婚外子は本来得られたであろう養育費を得ることができず、また婚外子は父の遺産を相続することもできない。



放棄絶対無効説は以上のような場面を「原則モデル」として想定し認知請求権の放棄を絶対的に無効としているように見える。また、権利濫用説は放棄無効を前提とした上で、この「原則モデル」に該当しないような例外的な場合に婚外子からの認知請求が権利濫用に該当する場合すなわち、上述の「原則モデル」に該当する場面であろうと思われる。

さらに放棄条件付有効説は「条件付で」認知請求権の放棄を有効としうる場面があることを述べるものであり、したがってあくまで認知請求権の放棄が有効とされる場面は「例外」である。そして、この「例外」とは認知請求権を行使することと同程度に経済的利益が認知請求権の放棄と引換えに子あるいは子の母に与えられている場合である。同説を採る論者が明言しているわけではないが、そこで想定しているいわば原則型とは右に述べたような場面であろうと思われる。

昭和三七年判決が出されてから約五〇年が経過した現在においてもなお上述の原則モデルのような当事者が多く存在することは否定し得ないことであろう。

しかし、従来の議論におけるこのような傾向に対しては、さしあたり二つの問題点を指摘することができる。すなわち第一の問題点は、この「原則モデル」における婚外子及びその母を「保護」することを目的として、「原則として認知請求権放棄契約は無効である」という結論を導き出すための理由付けを検討することが妥当かという点である。第二の問題点は、認知請求権の放棄を原則無効とすることが、この「原則モデル」における婚外子及びその母を保護するための手段として「認知請求権の放棄は原則として無効である」と結論づけることが妥当かという点である。

第一の問題点から検討しておこう。確かに、現時点においても、社会的・経済的に強者である「父」と弱者である婚外子及びその母という構図は存在するであろうし、このような事例も少なくはないであろう。しかし、これが、認

知請求権放棄が許されるかということを検討するにあたっての「原則モデル」として想定されるべきであろうか。「多くの事例がこの類型にあてはまるものである」ということが、この場面での「原則モデル」として機能すべきであるという結論を論理必然的に導き出す訳ではない。また、既に見た最高裁判決が出された昭和三七年時点と比較して、女性の社会的・経済的地位が向上しており、婚外子をもうける男女の関係も昭和三七年当時と比較して多様化していることは疑いのない事実である。このような状況に照らせば、多数の事案が上述の「原則モデル」に該当するような状況にあるとしても、「認知請求権の放棄は許されるか」ということを理論的側面から検討する際の「原則モデル」として既に述べたような当事者関係を前提に議論することは避けなければならないであろう。

むしろ議論にあたっては、上述の「原則モデル」における当事者が多く存在することは考慮しつつも、対等な当事者関係を前提に「認知請求権の放棄は許されるか」ということを議論することが必要であろう。

次に第二の問題点について検討しておこう。特に、放棄絶対無効説が述べることとして、認知請求権の放棄が許されるという立場を採ることによって「婚外子の地位を圧迫すること」や「放棄契約や放棄調停を強要される危険性を一般的に防止すること」が挙げられている<sup>11)</sup>。このようなことを述べる趣旨は、「放棄が絶対無効である」という立場を採ることによって、父に「放棄契約を締結させたとしても無駄である」と認識させ、父が婚外子及びその母に対して認知請求権の放棄をさせようと試みることを防止しようというところにあると思われる。しかし、現状において、このような認識をどれだけの「父」がするかということ自体そもそも疑問である。そうすると「放棄が絶対無効である」という立場を採ったとしても、「父」によるこのような行為は防止することができない。また、婚外子及びその母も、「例えば放棄をさせられるようなことがあっても、これは無効なものである」と認識するようなことは期待しがたい。逆に、これを認識した上で父との放棄契約を締結し、(その額の妥当性はおくとして)対価を父から受け取った上で認

知請求権を行使するような場合には、むしろ権利濫用が問題とされるべき場面である。

以上述べたとおり、「原則モデル」を想定した上で認知請求権の放棄が認められるか否かを検討することは、「原則モデル」を設定して議論すること自体が妥当ではないばかりか、「原則モデル」における婚外子及びその母を「保護（あるいは救済）する手段としては適切ではないにもかかわらず、この点について検討するものであり、議論の枠組み設定として妥当とはいえないということになる。したがって、むしろこのようなモデル設定をせずに認知請求権の放棄が認められるか否かが検討されるべきである。

## 二二 認知請求権が身分権であるということと放棄契約の有効性との関係

認知請求権の放棄は無効であるという立場は、放棄絶対無効説及び権利濫用説が採るものであり、その論拠の一つとして認知請求権が身分権であることを挙げている。例えば既にみた昭和三七年判決は、認知請求権の放棄が身分権であることから論理必然的に認知請求権の放棄が無効であるとの結論を導き出しているとも評価しうる。

しかし、放棄条件付有効説が、「事実上の父が認知せず子も認知を請求しなければ、法律上の父子関係は形成されようがないことひとつとってみても、身分権も意思になじむのであつて『身分権の放棄不可』は全体の命題かどうか疑いを容れる余地がある」として放棄絶対無効説及び権利濫用説を批判している<sup>(1)(2)</sup>。

両者は「身分権の放棄は許されない」という命題を絶対視するか、それともこれに疑問を呈するかという点で立場を異にしているが、認知請求権が身分権であるということ自体は、いずれも前提にしているものと思われる。

しかし、このような前提すなわち「認知請求権が身分権である」ということ自体が正確性を欠くと谷口知平教授は指摘している。以下では、この点に関する谷口教授の見解を概略しておこう。

まず谷口教授は、「身分とは一定の法律効果を附するために認められる人間の一定の資格、或いは法律上の地位である」とした上で、このような位置づけからすると、「父」「母」「嫡出子」というのは法律上の地位即ち身分であるとし、身分権については『身分』に法律が附したところの法律効果（即ち権利義務）であるとす<sup>(15)</sup>。また、「身分に基づき認められる親族相続法上の権利義務は夫婦、親子、親族の一国における生活秩序を定めるもの即ち公けの秩序の保持のために認められるものであつて、その身分を有する者の単独意思或はその身分関係ある者の間の合意を以て消滅せしめたり、内容を変更したりすることは許されないのである」として<sup>(16)</sup>。

以上のような前提の下で、谷口教授は認知権・認知請求権について、「認知権や認知請求権は、非嫡出子の親たる身分或非嫡出子たる身分に基づいて生ずる権利であり、身分処分は不能であり、従つてこれ等の権利の放棄ができないという風に論ずることは、論理的に少しく正確を欠くのではないかということである。実はこれ等の権利は非嫡出親子という法律上の身分を形成するために、自然的血縁ある親と子に与えられた権利であつて、事実上の親子足る地位を身分と称するならば、身分権ということもできようけれども、一般の身分権という場合とは異なつた意味においてであるから、一般の身分権が放棄不能だから当然に認知権や認知請求権も放棄ができないというのは論理的に正確を欠くといえよう。この認知権や認知請求権の放棄即ち自然親や自然婚外子が、法律上の非嫡出性親や非嫡出子たる身分を取得する権利を、自己の意思に基づいて消滅せしめることを是認すべきか否かは、民法親子法制度を、個人の尊厳を旨として、我が国の民主化の見地から解釈することによつて判断すべきものであろう」と述べている<sup>(18)</sup>。

この谷口教授の指摘からすれば、「事実上の親子」たる地位は「身分権の放棄は許されない」という命題を立てる際の「身分」とは、そもそも異なるものであり、「身分権の放棄は許されない」という命題が当てはまるようなものではなく、したがつて「身分権の放棄は許されない」という命題が正しいものであつても、この命題から論理必然的に「認

知請求権の放棄は許されない、すなわち放棄をしても無効である」という結論は導き出されないと見える。

すなわち、①放棄絶対無効説、②権利濫用説と、③条件放棄有効説の対立点である「身分権の放棄は許されない」という命題を絶対視するか否か」という問題の立て方自体が認知請求権に関する正確な分析を欠いていたがゆえの争いであつたといえるのである。

## 二―三 婚外子の利益と「婚姻家庭の保護」との関係

権利濫用説及び条件付放棄有効説は、理論構成こそ異なるが例外的に認知請求権放棄契約締結後にされる認知請求を否定する立場である。いずれの説も「例外」を正当化する根拠の一つとして婚外子の事実上の父が既に築いている「婚姻家庭の保護」を挙げている。この「婚姻家庭の保護」と対置されるのは「認知されることによる子の利益」である。

以下では、「婚姻家庭の保護」のために「認知されることによる子の利益」が否定されることが妥当なことかという観点から検討を加える。検討の順序としては、「認知されることによる子の利益」の内容について述べた上で、これとの関係で「婚姻家庭の保護」を優先させるべき場面はあるのかということを中心に述べる。

### 二―三―一 認知されることによる子の利益

権利濫用説及び放棄絶対無効説は、認知されることによつて子が得る利益は、扶養請求権と相続権であり、これらは財産的利益であるということを述べる。その上で、認知請求権の放棄に際して「父」から相当の対価すなわち、認知請求権を行使し認知されることによつて子が将来「父」から得られるであろう扶養料と、将来「父」を相続するこ

とによって得られるであろう財産に見合うだけの金額が婚外子に対して支払われている場合を想定した上で、このような場合にもなお認知請求権の行使を認めることが妥当かということを検討している。

この問題について権利濫用説は、そもそも対価が支払われているか否かに拘わらず認知請求権の放棄は認められないが、このような対価が支払われている場合に婚外子からの認知請求権を行使することが権利濫用にあたるという結論を導き出すものである。

また条件付放棄有効説は、上述のような対価が支払われていることを「条件」として、認知請求権の放棄契約を有効であると認めるのである。

このような論調からすると、「婚姻家庭の保護」と対置されている「認知されることによる子の利益」とは、父から金銭的対価あるいは十分な財産的給付であると考えているか、少なくともこうしたことが「認知されることによる子の利益」の主なものであると考えていると評価しうる。

このような前提は、妥当なものか否かということを検討するために、認知の効果について確認しておこう。

認知によって父と子との間に「法的親子関係」が認められ、その効果は民法七八四条に基づき原則として出生の時に遡って生ずる。条文中規定されている認知の効果としては、①民法七八八条に基づき民法七六六条が準用されることにより、父母の協議によって父が監護権者となることができる、②民法八一九条四項に基づき父母の協議で父を親権者と定めたときに限り、父が親権者となることができる、③民法七九一条一項に基づき家庭裁判所の許可を得て、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、父の氏を称することができる、④父に対する扶養請求権が認められる、⑤民法九〇〇条一号に基づき父の遺産について相続権を有する。

以上のうち認知の訴えによって認知された場合における認知の効果として主要なものは④及び⑤であるとされている。

る。このような観点から権利濫用説・条件付放棄有効説が示した前述の立場が導き出されているものと思われる。

①について父も監護権を有するといつてみたところで少なくとも認知請求権が行使されるような場合では、自らすすんで認知したのではない父が監護権者となるということは考えにくく、またそのような父が自ら親権を求めるということも考えにくいから②について協議によつて父を親権者と定めるといふことは考えにくい。さらに③については、実際上はその実現が難しいとされている。加えて、これらについては子の側から見ても実益が少ないとされており、従来から主要な効果とは考えられていない。

たしかに、④及び⑤のみであれば認知の効果の主要なものは財産的な権利に限られるということになるであろうが、多くの論者が「法的に父が誰であるかということ明らかにすること」「自体が子にとつて利益であるという点も認知の主要な効果としており、このような指摘からすれば認知の訴えによつて父に認知されることは、単純に財産的な利益のみを有するものであるとはいえない。

したがって「法的に父が誰であるかということ明らかにすること」という子の利益との関係で認知請求権の放棄が認められるか否かが検討されなければならない。また「法的に父が誰であるかということ明らかにすること」という利益の中には、「子が誰が自分の父であるかということについて確信すること」も含まれる。これも子にとつて重要な利益であるといえるから、この点も考慮に入れて認知請求権の放棄が認められるか否かが検討されなければならない。

以上のことから、財産的な効果のみに着目し、父からの十分な財産的給付があつたか否かということのみを基準に認知請求権放棄契約締結後の認知の訴えを認めるか否かを決するということは妥当とはいえず、むしろそれ以外の利益も「認知されることによる子の利益」であるとの立場に立つて、この点が議論されるべきである。

二―三―二 婚姻家庭の保護との関係

婚姻家庭の保護とは、次のような考え方である。すなわち、婚外子（及びその母）との関係で（相当の金銭を給付した上で）認知請求権の放棄をさせることによつて、婚外子からの認知請求を受けず、多くの場合には「父」が婚外子をもうけたことを知らされず、かつ婚外子に対する養育費を支出されることもなく婚外子に対して「父」の遺産を相続させないということによつて「婚姻家庭の保護」を図ることができるし、これも「保護」に値するものであるという考え方である。

このような考え方に対しては、①このような方法によつて婚姻家庭は何を保護されるのか、②このような方法によつて婚姻家庭は保護されるのか、③仮に保護されるものがあるとして、それは「認知請求権の絶対的な放棄」という方法により婚外子に不利益を被らせてまで守るべきものなのか、という疑問が呈される。

また従来の議論においては、保護の対象は「婚姻家庭」とされているが、その保護と対置される「認知されることによる婚外子の利益」の主体が「婚外子」であることからすると、ここで「保護」の対象とされている主体を「婚姻家庭」として一括するのは適切ではなく、むしろ保護の対象とされる主体を「婚姻家庭の妻」と「婚姻家庭の子」とに分けた上で、認知請求権放棄契約締結後の認知請求を認めないことによつて守られる利益とは何かということを検討するべきであるといえよう。

そこで以下では「婚姻家庭の妻が有する利益」、「婚姻家庭の嫡出子が有する利益」に分けた上で「認知されることによる子の利益」との関係を検討する。

まず「婚姻家庭の妻」が有する利益との関係について以下に述べる。

「婚姻家庭の妻」は、婚外子の事実上の父と婚姻関係にある者である。婚姻関係をどのように捉えるかということに



ついで様々な見方があるとはいえ、それが一對一の男女が「婚姻」という形式を伴う関係を築くことを互いに合意したことを意味することは誰もが認めることであろう。

この関係が同じく「合意」により当事者関係を形成する「契約」と大きく異なるのは、この合意によって形成された関係が一種の対世効を有するという点であろう。「合意」によって形成された関係であるにもかかわらず、そこに「一種の対世効」が生じるとともに、両当事者は民法七五二条に基づき相互扶助義務を負い、かつ相手方に対して貞操義務を負う。この貞操義務については、当事者間の義務として認められるだけではなく、その侵害が不法行為となることが判例上認められている<sup>19)</sup>。

この「一種の対世効」については、カントが「第一に、∴婚姻関係が主体的人格間の契約関係であり、したがって、相互に相手方の自由意思を媒介とする行為の請求権によって構成されるものであることを明らかにし、そのことによって、近代市民的婚姻の契約的性質と非権力的性質とを明らかにした。と同時に、近代的婚姻関係における一夫一婦制が、相手方に対する夫婦相互の『物権的』な支配関係であること、すなわち、相手方に対する支配があらゆる第三者を排除するところの独占的支配権であること、および、その支配の内容が客体（配偶者）の人間的存在の包括的全体にわたるものであることを明らかにしたと評価されている<sup>20)</sup>。

現代においては、このような「対物的に对人的な権利」を觀念すること自体が批判されるべきことかもしれないが、ここで重要であるのは、婚姻関係を「主体的人格間の契約関係」として捉えていると評価できる点である。

さらに婚姻関係は両当事者の協議により解消することができる（七六三条）、また民法七七〇条所定の理由がある場合には裁判によって離婚することができる。民法七七〇条所定の理由があっても当然に離婚が成立するというのではなく裁判によるという点が契約関係とは若干異なるが、両当事者の関係を協議によるか、あるいは法定の理由がある場

合について解消することができるという点は契約と類似する。

では、「主体的人格間の契約関係」である婚姻関係における「契約の目的」とは何か。

それは「愛情を伴った関係の形成及び継続」であると考えることができよう。また、両者が単に男女の関係を継続しているというだけでなく「婚姻届を提出するという法的に正式な手続を経ていること」は、「主体的人格間の契約関係」に、ある種の対世効を与えるという性質を有するものであるが、「妻」が対世効を主張できるのは「愛情を伴った関係の形成及び継続を妻が受けること」自体であると考えられることとはできないであろう（その実現を相手方である「夫」に対してさえ強制することができないし、「愛情を伴った関係の形成及び継続を妻が受けること」自体が婚姻することによって保障されるものではないのであるから、その実現について対世効を主張できないのは明らかである）。ここでの「対世効」の具体的中身は、「主体的人格間の契約関係」である婚姻関係に対する侵害が、不法行為となることを原則とするという意味に過ぎないと解すべきである。

以上のように「妻」と「夫」との関係を整理した上で、婚外子が出生し認知請求をすることとの関係について考えてみよう。

第一に、婚外子は「夫」が婚外子の母との間に不貞行為を行った徴表であると評価しようとしても、婚外子の出生それ自体が不貞行為なのではない。いわゆる「婚姻の神聖」を破る事実は、不貞行為それ自体であって婚外子の出生ではない。したがって、そもそも婚外子本人が「婚姻の神聖」を破った当事者とはいえない。<sup>(2)</sup>

第二に、婚外子は自身の「父」が既に婚姻関係にあることを知り、かつ自身が出生することによって婚姻関係という契約の目的不達成を引き起こすことを認識しながら出生してくるわけではない。したがってこの点について婚外子に帰責性を見出すことはできない。

第三に、子が認知請求をすることによって、妻が「愛情を伴った関係の形成及び継続を受けること」が事実上不可能となるとしても、そもそも「愛情を伴った関係の形成及び継続を妻が受けること」自体が対世効を有するものではないから、これを実現するという目的のために婚外子からの認知請求権行使を否定することはできない。

以上のことからすれば、「婚姻家庭の妻の利益」を保護するために婚外子が「認知されることによる利益」を受けることを否定するべきであるということにはならない。

したがって、「婚姻家庭の妻の利益」との関係では「婚姻家庭の保護及び安定」のために認知請求権の放棄が資する場合があるというのは、事実上そのようなことがあり得るというのみであり、理論的には何ら根拠を有しないといえよう。

次に、婚姻家庭の子（すなわち「嫡出子」）が有する利益との関係について検討する。

嫡出子にせよ婚外子にせよ、いずれも自身の意思によって出生するわけではない。むしろ、各自の両親の性的行為と意思とによってこの世にまさしく産み落とされている。この点では、両者に何ら異なるところはなく、婚外子が嫡出子に対して何らかの侵害を加える意思を有しているとはいえない。したがって、現実には何らかの侵害が認められるとしても、当該侵害について婚外子に帰責性がないことは既に述べたとおりである。

このことを確認した上で「婚外子が存在すること」「婚外子が認知請求権を行使すること」によって嫡出子が有する何らかの利益が侵害されるか、また当該利益を保護するために婚外子が「認知されることによる利益」を否定されることが正当化されるかということを検討しておこう。

まず、嫡出子の両親が当事者となっている「婚姻関係」と嫡出子との関係についてみてみよう。これについては、婚姻という契約は子どもに対する効果を内包した契約であり、男女が「将来持つであろう子どもについて相互に責任

を負う、子どもの存在を射程に入れた契約が婚姻」だという指摘が参考になる。<sup>22)</sup>

ただし、婚姻関係につき単なる男女の関係とは異なる「対世効」が付与されており、かつこれが子どもに対する効果を内包した契約であると解するとしても、婚外子の出生及び婚外子の存在そのものは、この「契約」の目的の不達成を招来するものと評価し得ないことは既に述べたとおりである。したがって、この点では嫡出子との関係でも婚外子が出生したことや婚外子が存在すること、婚外子の存在が婚姻家庭に対して明らかになることが嫡出子に対する何らかの利益侵害を構成する要素となると評価することはできない。

むしろ、婚姻が「次代の育成等の機能を果たすために必要な扶養や相続という経済的效果を持たせる。こうして夫婦がその間の幼い子どもを養育して、その子に財産を引き継いでいく環境を確保し、第三者の侵害から守ることが、婚姻制度の存在意義の重要な内容である」ということからすれば、婚姻によって保護されるべき子の扶養に必要な経済的安定や子への財産の引き継ぎに必要な「父」の財産が、婚外子による認知請求権の行使の効果としての「扶養請求権の行使」や「相続分の取得」によって、減少するという点を嫡出子への侵害と捉えることができよう。

ただし、こうした認知請求権の行使に伴う効果自体については民法が非嫡出子に対して権利として認めているものである。したがって、婚外子が認知請求権を行使することによって、いわば子が扶養されるための経済的環境が変わる、あるいは相続分が減少するということは、法が認めているところであり、このことが、仮に「嫡出子が有する利益」に対する侵害あるいは脅威になると評価しようとしても、その保護のために認知請求権の行使を否定するべきであるということにはならない。

したがって、「嫡出子が有する利益の保護」に資するということを目的として、認知請求権の放棄に一定程度の正当性を認めることはできないといえよう。

## 二一四 小括

ここで、これまで述べてきたことを小括しておこう。第一に、従来の議論が想定している「原則モデル」は現時点において「原則」とすること自体が妥当性を欠いている。また、この「原則モデル」に該当する当事者が多く存在し、これを保護する必要性が高いとしても、そもそも認知請求権放棄契約を無効とすることがこの「原則モデル」に該当する当事者を保護することにはならない。そうであるにもかかわらず理論的根拠が曖昧なままに認知請求権放棄契約の無効を原則とすることは妥当性を欠く。第二に、認知請求権を身分権であるとしただけで「身分権は放棄することを得ず」ということから認知請求権放棄契約の無効を導き出すことについては、そもそも「認知請求権は身分権である」という理解自体が正確性を欠いたものであるという理由から、これを否定すべきである。また、このように解することは、父が成年子を認知する場合に成年子の同意が必要であるとすると民法七八二条とも整合するといえる。第三に、認知されることによる子の利益は財産的利益に限られるものではなく、かつ財産的利益以外の利益も重要なものであり、これは保護されるべき利益であるとともに、安易にその保護が否定されてはならないものである。第四に、従来の議論が考慮要素としている「婚姻家庭の保護」と「認知されることによる子の利益」との関係については、「婚姻家庭の保護」と称されるものを「妻の利益」「嫡出子の利益」に分けた上で検討した結果、「婚姻家庭の保護」のために「認知されることによる子の利益」の保護が否定されるべき理由はないといえる。

以上述べたことからすると、第一及び第二に述べたことを理由として放棄絶対無効説の立場は否定されるべきである。認知請求権放棄契約締結後の認知請求を例外的に否定することを認める権利濫用説及び条件付放棄有効説が例外を

認めることの論拠とするもののうち、「父からの十分な財産的給付があること」は前記第三の理由から否定されるべきである。また「婚姻家庭の保護」という論拠については第四の理由から否定されるべきである。さらに、いずれの立場も「原則として認知請求権放棄契約締結後の認知請求は認められるべきである」とする前提として想定している当事者が既に述べた「原則モデル」であることからすると、第一の理由からも両説は否定されるべきである。

### 三 新たな視点からの分析

それでは、認知請求権放棄契約の有効・無効は、どのような基準に基づき判断されるべきか。以下では、従来の議論とは異なる視点から認知請求権の放棄が許されない場合と許される場合を検討する。

#### 三―一 子の法定代理人が父との間で認知請求権放棄契約を締結した場合

従来の裁判例は、子が出生して間もない時期に母が父との間で認知請求権を放棄した後、子が成人になってから父に対して認知請求権を行使するという事例に関するものであった。

「母がした」認知請求権の放棄がそもそも有効であるかという点については、民法七八七条が子の法定代理人も認知の訴えを提起することができる旨を定めていることから、「理論上みても、…認知請求権の放棄が許されるものであれば、法定代理人も有効に放棄をなしえ、また、法定代理人がなした放棄契約の効力は子に対しても生じなければならぬ」とされてきた<sup>(24)</sup>。

しかし、このような理解は「訴えを提起できるということ」すなわち「認知請求権を行使することができる」と「認知請求権を有していること」とを混同しており、妥当とはいえない。

民法七八七条に基づき子の法定代理人がいかなる資格で認知の訴えを提起できるのかという点について判例<sup>25</sup>は、法定代理人が子の代理人として、子の名において訴えを提起できるとする立場（法定代理説）に立っている。このような考え方からすれば、認知請求権を有しているのは子自身であって法定代理人ではないことは明らかである。また、既述したとおり「訴えを提起する権限を有していること」すなわち「認知請求権を行使すること」と、「認知請求権を放棄すること」すなわち「認知請求権を処分すること」は別の問題である。

したがって民法七八七条において法定代理人に認知請求権の行使が認められていることから当然に法定代理人が認知請求権の放棄することが認められているとはいえない。

そうすると、認知請求権を放棄すること自体が子の法定代理人の権限の範囲内にあるかということが改めて検討されなければならない。

民法八二四条は親権者の代理権について定めているが、これは「子の財産に関する法律行為」についてである。また、認知請求権の効果が財産的利益に関するもの（扶養請求権の発生、相続人たる地位の取得）に限られるものではないことからすると、認知請求権を放棄することが同条にいう「子の財産に関する法律行為」に該当するとはいえない。さらに民法は、身分行為について代理権を包括的に認めるのではなく個別的に規定することで対応しているといえるから、民法七八七条が認知請求権の行使について法定代理人に代理権を与えていることは、これについて個別的に代理権を与えたと考えることができる。

したがって、認知請求権を放棄することは、子の法定代理人の権限の範囲外の行為であるといえ、かつ、そもそも子の法定代理人である母が子の代理人として父との間でした認知請求権放棄契約の効果は子に及ばないといえる。

以上のことは、権利濫用説及び条件付放棄有効説が認知請求権放棄契約の有効性判断にあたって用いる基準（父か

ら相当の対価が支払われているか否か) によることなく、法定代理人がした認知請求権放棄契約を一律に無効であるとするものである。

### 三十二 未成年子が父との間で認知請求権放棄契約を締結した場合

人事訴訟法は人事訴訟手続における訴訟行為について民法五条一項及び二項の規定を適用しない旨を定めており、かつ認知請求訴訟は人事訴訟法二条二号に基づき同法にいう「人事訴訟」に該当するから、子は意思能力があれば未成年の場合であっても法定代理人の同意必要とせず、単独で認知の訴えを提起することができる。

では、意思能力を有する未成年子が父との間でした認知請求権放棄契約については、どのように考えるべきであるか。

「法定代理人との間の認知請求権の放棄」の部分で述べたとおり、「認知請求権を行使すること」と「認知請求権を放棄すること」は別次元のことからである。またいうまでもなく人事訴訟法は人事訴訟に関する手続に関して規定するものであり、子が父とする認知請求権放棄契約は人事訴訟により行われるものではないから、同法は適用されない。したがって、未成年子が父との間で認知請求権放棄契約を締結した場合には、未成年子が単独で父との間で認知請求権放棄契約を締結したとしても、民法五条二項に基づき取り消し得る行為とされる。また既に述べたとおり法定代理人は認知請求権放棄契約について代理権を有する者ではないから、これに関する同意権もないというべきであり、仮に事実上、法定代理人からの同意があったとしてもこれは民法五条一項にいう「同意」とはいえない。さらに、認知請求権放棄契約を取り消すことができるのは、未成年子本人のみであると解するべきである。なぜなら認知請求権について「法定代理人」は代理権を有しておらず、また同意権も有しないことから、民法一二〇条一項にいう



取消権者にあたらなといえるからである。

なお、この場合に未成年子の意思能力の有無を判断するにあたっては、そもそも意思能力の有無の判断基準が対象となつている法律行為の重要性に鑑みて判断すべきものと解されていること、認知請求権の放棄が、子にとつて非常に重要な内容であることが考慮されなければならない。したがって通常の法律行為において意思能力があると判断されるよりも高い年齢になつて初めて認知請求権の放棄について子が意思能力ありと判断されることにならう。

また、認知請求権放棄契約について子の法定代理人は代理権を有しないから、子がこれを追認することができるのは民法一二四条に基づき「取消しの原因となつていた状況が消滅した後」すなわち子が成年に達した時点以降であり、民法一二六条に基づき、成年になつた時から五年間行使しない時は取消権が時効によつて消滅することとなる。

### 三―三 認知請求権放棄契約締結に際して交付された財産的給付の返還請求

認知請求権放棄契約が締結される場合には、額の多寡はともかくとして父から何らかの財産的給付がなされることがある。

認知請求権放棄契約が締結された後に、認知請求権が行使された場合には、この財産的給付につき父が法定代理人あるいは子に対して返還請求をするということが考えられる。

この場合の処理について従来の議論においては、想定している「原則モデル」の母と子を保護しようという発想のもとに議論が開かれており、この「原則モデル」にあてはまらない母と子のみについて何らかの理由を付して認知請求権放棄契約後の認知請求権の行使を否定するという方向で議論が重ねられてきた。このような議論からすると、特に「原則モデル」に該当するような母と子が当事者となつているような事例においては、僅かな金銭の給付を受け

て母あるいは子が半ば無理矢理に認知請求権放棄契約を締結させられており、この場合に認知請求権放棄契約を無効であると判断するとして、既に受けた金銭的給付の返還を母あるいは子が義務づけられるかということについては不  
法原因給付を理由に父から母あるいは子への返還請求を否定するという論理構成によって父からの返還請求を否定す  
るといふ立場が多数説であるといえよう。

他方で本稿の立場は、従来の議論が採る立場とは大きく異なり従来の議論が前提とする「原則モデル」に該当する  
当事者の保護を別異に扱うことはしない。そこで以下では本稿の立場を前提とした場合における父からの金銭的給付  
の返還請求について述べておく。

まず、子の法定代理人が父との間で認知請求権放棄契約を締結した場合について述べる。

法定代理人はこれについての代理権を有しないのであり、法定代理人の行為は無権代理行為ということになる。こ  
の場合における法定代理人と父との関係は、いわゆる原始的不能を理由とする契約の無効を認める立場からすれば、  
認知請求権放棄契約は無効であり、これを理由に父からされた給付は民法七〇三条に基づき法定代理人が父に対して  
不当利得返還義務を負うことになる。

また、原始的不能の場合であっても契約は成立するという立場からすれば、子の法定代理人の履行不能を理由に結  
果として父は当該契約を解除し、子の法定代理人に対して民法五四五条一項に基づき既に給付した金銭相当額につき  
その返還を請求することができるということになる。

次に、意思能力ある未成年子が父との間で認知請求権放棄契約を締結した場合については、当該契約が取り消し得  
る行為とされるから、これを未成年子が成年に達した後に取り消した場合について述べておこう。この場合には、子  
が既に受領した金銭につき子は父に対して不当利得返還請求義務を負い、その返還の範囲は民法一二一条ただし書に

基づき現に利益を受けている限度である。

また子が意思能力を有しない時点で父との間で認知請求権放棄契約を締結した場合、当該契約は無効であり、子は民法七〇三条に基づき父からの財産的給付につき現存利益の範囲内で不当利得返還義務を負う。

このような結論は、「原則モデル」の母と子を保護しようとする発想を採る従来の立場からすれば保護に欠けるとの批判が生じるかもしれない。しかし、認知請求権放棄契約の効力を否定し、認知請求権を行使することで子が非嫡出子として父に対して認知請求権を行使する、あるいは父を相続するという方法によって子が保護されるべきである。認知請求権放棄契約の効力を否定し、このような方法を採用することに加えて既に受けた利得を母あるいは子に保持させ、他方で父に損失を被らせることは不要であるといえる。<sup>(28)</sup>

### 三―四 成年子と父との間で認知請求権放棄契約を締結した場合

最後に、成年子が父との間で認知請求権放棄契約を締結した場合について述べる。

この場合には、子は「法的な意味での父を得る」ことよってアイデンティティを形成するという時期を過ぎた年齢に達しており、「子に法的な父を与えることよって子を保護する」という点については、もはや子の保護を厚くする必要性は乏しい。

また、子は認知の意味、認知を放棄することにより自身が被る不利益を認識・理解することができる年齢に達している。

このような認識・理解のもとで子は父との間で認知請求権放棄契約を締結するのであり、民法七八二条が「成年の子は、その承諾がなければ、これを認知することができない」と規定していることとのバランスからいっても、契約

締結に際して、あるいは認知請求権放棄の対価として父から金銭的給付があつたかどうかにかかわらず、認知請求権放棄契約は有効であると解するべきである。

この場合、認知請求権放棄契約は有効であるから、認知請求権放棄契約締結後に子が認知請求をすることは認められないということになる。

### おわりに

以上述べたとおり本稿の立場は、子が未成年の間に行われる法定代理人を一方当事者とする認知請求権放棄契約の効果が子に及ぶことを否定するものである。子自身を当事者とする認知請求権放棄契約については、子が意思能力を有する以前は意思無能力を理由に無効とし、子が意思能力を有するようになった時点から成年に達するまでの間は、これを取り消し得る行為とし、子が成年に達した場合にのみ有効とするものである。

このように解することによって、認知請求権を放棄するかどうかということの子自身のみの意思に委ねることができ。

従来議論においては、「認知請求権の放棄を迫られる母」が保護すべき対象とされ、また「認知請求権放棄契約締結にあたって扶養料等相当額の多額の財産的給付を既にしたにも拘わらず認知請求権を行使される父」との関係で認知請求権放棄契約締結後にされる認知請求を認めるべきか否かということが議論されてきた。

しかし、そもそも認知請求権を行使し、非嫡出子の身分を取得することによって法が保護しようとしているのは、あくまで「子」自身である。法定代理人である母が、子のためを思って事実上の父との間で認知請求権放棄契約を締結するということも考えられるが、この場合の母の配慮が、真にその子の利益あるいは意図に合致するといえない場

面もありうる。さらに、このような「子のためを思う母」のみではなく、事案によっては「子の認知請求権を子のためという配慮なしに財産的給付に代えようとする母」の存在も否定することができない。

また、従来の議論が一つの考慮要素としてきた「婚姻家庭の保護」という発想もまた、「子の利益」を犠牲にして父や婚姻家庭の保護をはかろうとするものであり、ここでは「子の利益の保護」という発想があまりに希薄である。

むしろ、「子自身」と「子の利益」を中心に認知請求権放棄契約の無効・有効が判断されるべきであるとの発想に立つてこの問題が検討されるべきであり、本稿は、このような視点から検討を行った。

なお「認知請求権の放棄」に類似する問題としては、第三者提供の精子を用いて人工授精によって出生した子が「血縁上の父」に対して認知請求権を行使することを否定するということが、子に対して認知請求権の放棄を強制することにつながるのではないか、という問題がある。

本稿において述べた立場に立つとして、この問題をどのように捉え、どのように結論づけるかということについては今後の検討課題としたい。

## 注

- (1) 従来の議論は、概ねこのように二分化することができるが、これとは大きく異なり「血統訴訟の統一の扱い」という観点から、認知請求権放棄契約の有効性について論ずるものとして松倉耕作「認知請求権の放棄と真実志向」佐藤進・齋藤修編『現代民事法学の理論下巻——西原道雄先生古稀記念——』（信山社・二〇〇二年）四七九〜五〇五頁がある。
- (2) 泉久雄「最判昭和37年4月10日判例評釈」専修大学論集三三二号（一九六三年）七八頁。
- (3) 更に同判決は、長期間が経過した後には認知請求権が行使されたとしてもこれが権利濫用にあたらぬ旨も判示している。
- (4) 以上の分類は、米倉明「最判昭和37年4月10日解説」家族法判例百選第五版八四頁による。

- (5) 泉・前掲(注2) 七九頁。
- (6) 松倉・前掲(注1) 四八一頁。
- (7) 岩垂肇「身分権の濫用について」民商三五卷三号一六二頁以下。
- (8) 床谷文雄「婚外子親子関係の成立」野田愛子・梶村太市他編『新家族法実務体系第2巻親子(II)——親子・後見』(新日本法規・二〇〇八年) 一七六頁。
- (9) 米倉・前掲(注4) 八六頁。
- (10) 米倉・前掲(注4) 八六頁。
- (11) 泉久雄・前掲(注2) 七九頁。
- (12) ただし、重倉珉祐「認知請求権の放棄」富士大学紀要一八号(一九八六年) 二二頁以下では、他の論者と比較して詳細に、「例外として考え得る場面」が挙げられている。
- (13) 泉久雄・前掲(注2) 八一頁。於保不二雄「認知請求権の濫用」『末川先生古稀記念・権利濫用(下)』(有斐閣・一九六二年) 七七頁も判例及び多数説が放棄無効説を維持する背景としてこの点を指摘している。
- (14) 米倉明・前掲(注4) 八六頁。
- (15) さらに、そもそも「身分権という概念を認めるべきか否か」という方向からも議論されるべきであるということも指摘しうる。関連して、「財産法」「身分法」という区別の仕方に批判的な立場を採るものとして、水野紀子「親族法・相続法の特殊性について」能見善久他編『民法学における法と政策(平井宣雄先生古稀記念論集)』(有斐閣・二〇〇七年) 七四五頁以下を参照。
- (16) 谷口知平『親子法の研究(増補) 家族法の研究、別巻』(信山社・一九九一年) 一〇二頁。
- (17) 谷口・前掲書(注16) 一〇三頁。
- (18) 谷口・前掲書(注16) 一〇四〜一〇五頁。
- (19) 最判昭和五四年三月三〇日民集三三卷二二三〇三頁。もつとも、同判決に対しては「最高裁判例は、既婚男性の子を産んだ母が男性の妻による慰謝料請求をおそれて認知請求をすることをためらうため、認知請求に対する実質的な障害となっており、判例変更が早急に望まれる」との指摘がある(水野紀子「比較婚外子法」川井健他編『講座・現代家族法第3巻』(日本評論社・一九九二年) 一四二頁)。本文中に述べたとおり、婚姻関係について一種の対世効が認められるということを前提とすると抽象論としては妻の不貞行為の相手方に対する損害賠償請求権を認め得るといえよう。ただし、水野教授が指摘する「認知請求に対する実質的な障害」との関

係をどのように捉えるべきか、また婚姻関係に対する「侵害」が不法行為を構成するとして、そこで侵害されている「利益」の内容を一連の裁判例と同様に考えることが適切であるかということは、改めて検討すべき問題であると考ええる。

- (20) 川井武宣『イデオロギーとしての家族制度』（岩波書店・一九五七年）二五〇頁。
- (21) 於保・前掲（注13）七六頁。
- (22) 長谷部恭男・金泰昌編『法律から考える公共性（公共哲学12）』（東大出版会・二〇〇四年）一七六頁（大村敦志発言）。
- (23) 水野紀子・前掲（注19）一二九頁。
- (24) 於保・前掲注（13）六八頁。
- (25) 最判昭和四三年八月二七日民集二二卷八号一七三三頁。
- (26) 窪田充美『家族法——民法を学ぶ（第2版）』（有斐閣・二〇一三年）二八三頁。
- (27) 佐久間毅『民法の基礎1 総則』（有斐閣・二〇〇八年）八二頁。
- (28) 認知請求権放棄契約の有効性について本稿とは別の立場を採るものではあるが、谷口・前掲書（注16）一一六頁も、この点について同様のことを指摘している。