

## 判例研究

# 認知の届出が受理された当時認知者が 意識を失っていた場合と認知の届出の 効力

家族法判例研究(六五)\*

佐 藤 義 彦

最高裁判所昭和五四年三月三〇日第二小法廷判決(昭和五三年(オ)第一一〇一号 認知無効等請求事件)判例時報九三二一号六〇頁・家裁月報三一巻七号五四頁・金融商事判例五七七号四六頁―上告棄却

【判決要旨】 一 認知の届出にあたり、認知者が他人に認知届書の作成および提出を委託した場合であっても、そのことのゆえに認知の有効な成立が妨げられるものではない。

二 血縁上の親子関係にある父が、子を認知する意思を有し、かつ、他人に対し認知の届出の委託をしていたときは、届出が受理された当時父が意識を失っていたとしても、その受理の前に翻意したなど特段の事情のないかぎり、

右届出の受理により認知は有効に成立する。

【事実】 A男は、昭和四五年二月一日以前に、その妻B女との間の子X（原告・控訴人・上告人）に対し、Aの婚姻外の子であるY（被告・被控訴人・被上告人）を認知する手続をすすめるよう委託した。Xが右手続を行う以前である昭和四五年二月三十一日にはBが死亡し、遅くとも昭和四六年五月五日頃迄にはA自身も意識不明に陥り、そのまま同月九日にはAも死亡した。ところが、Xは、Aの心神喪失中である同月七日にAの名において認知届書を作成し、その翌日でAの死亡前日である同月八日にYの夫であるCをしてその認知届を提出させた。Aの死亡後Xから右認知の無効を求めたのが本件である。

第一審・第二審ともY勝訴。Xは上告して「認知は本人が自らしなければならぬ一身専属的身分行為であり、他人がその代理人として行うことは許されない。本件においては、Xが本人たるAの委託に基き認知届書を作成し、Cをして提出させたというのであるから、代理の禁止に違反し、無効である。仮に、本件ではAが認知手続に関する個々の行為をXに委託したにすぎず、それゆえ代理の禁止に違反しないとしても、届書作成の時および届出の時のいずれにおいても、Aには意思能力がなかったから、この点からも、本件認知は無効というほかない」と主張した。

【判決理由】 「民法七八一条一項所定の認知の届出にあたり、認知者が他人に認知届書の作成及び提出を委託した場合であっても、そのことの故に認知の有効な成立が妨げられるものではなく、また、血縁上の親子関係にある父が、子を認知する意思を有し、かつ、他人に対し認知の届出の委託をしていたときは、届出が受理された当時父が意識を失っていたとしても、その受理の前に翻意したなど特段の事情のない限り、右届出の受理により認知は有効に成立するものと解するのが相当である（最高裁昭和四五年（オ）第二六六号同年一月二四日第三小法廷判決・民集二四卷一二号一九三一頁参照）。」

裁判官全員一致で上告棄却（栗本一夫 大塚喜一郎 本林譲）。

【参照条文】 民法第七七九条・第七八一条第一項。

【研究】 結論には賛成である。しかし、考えてみなければならぬ点を含んでいる。

一 婚姻や離婚に代表されるいわゆる創設的身分行為において、身分行為者が届書の作成（および届出）を他人に委託し、委託を受けた者が委託どおりに届書を作成して届け出たが、その届出がなされた時には身分行為者本人は意識不明におちいっており、そのまま意識を回復することなく死亡したという場合に、その身分行為は有効であるといえるかに関し、本判決は、婚姻および養子縁組の事例においてこれを積極的に解した最高裁判決に従い、認知の事例においても有効であると判示したものである。その意味では特に目新しいものではないが、右の最高裁判決自体それ以前の大審院判決を変更したものであり、かつ、この問題は身分行為の構造にかかわる重要な問題を含んでいると考えるので、以下に若干の検討を試みたい。

なお、婚姻・離婚・養子縁組・離縁などと認知とは通常は創設的身分行為として同一に取り扱われているけれども、小生は前四者と認知とはその本質的な構造を異にすると考えている。しかしながら、本稿において取り上げる範囲内では特にこれらを区別する必要はないので、一応、これらを区別せずに取り扱い、最後にこれら両者の差異について一言することにした。

二 先ず、従来の判例の立場をみてみよう。

(1) (ア) 大審院大正六年一二月二〇日判決<sup>(1)</sup>

大正四年一月一日に亡AとYとの間に養子縁組の届出がなされている。Aの子Xは、右届出日頃はAは老老性痴呆により心神喪失中であつたとして、右養子縁組の無効を申し立てたのが本件である。原審裁判所は、だれがいつ届書を作成したのか、届出の委託があつたのかなどについての審理をすることなく、届出当時Aは意思無能力であつた

という一事を認定して、養子縁組の無効を確認したので、Yは上告して、民法旧第八五一条第一号（現行第八〇二条第一号）にいう縁組無効は、意思能力を有する当事者が届出をしたが縁組の効果意思は有していなかった場合にのみ限定されるべきであると主張したが、大審院は次のように述べて、これを却けた。

「民法第八百五十一条（引用者注・現行第八〇二条）ハ……縁組当事者カ全然意思能力ヲ有セサルニ拘ハラズ縁組ノ届出ヲ為シタル場合……モ亦該法条ノ適用アルモノト解スルヲ妥当ナリトス」

(1) 大審院昭和一〇年四月八日判決<sup>(2)(3)</sup>

Xの養母亡Aは昭和三年六月二日にY家より分家したが、昭和七年三月一六日付をもって右分家を廃し、Y家へ入籍の手續がなされている。右廃家の経緯に関しては、昭和七年一月二日頃Yが作成した廃家手續承諾書にAが捺印を押したこと、および、Yが届け出た当日Aは意思能力がなかったこと、Aは第一審係属中である同年八月二二日に死亡したことがそれぞれ認定されている。Xから廃家無効確認を求めたが、Yは一旦Aが廃家の意思を決定し、その手續を委嘱した以上、その委嘱に基づいてなされた届出は有効で、届出時に意思能力があったか否かは問うところではない、と主張して上告した。大審院は、次のように述べて、Yの上告を棄却しXの請求を認容した。

「然レトモ廢家ハ届出ニ因リテ効力ヲ生スル身分上ノ要式行為ナレハ其ノ届出アル迄ハ本人ノ意思ヲ尊重シテ之カ伸暢ノ機ヲ得セシメ届出ノ正確ヲ保持セシムル要アリ從テ若シ本人ニシテ届出當時意思能力ヲ有セサルニ至リタルトキハ最早適式ナル届出ハ為サレ得サルモノト解スルヲ相当トス」

(2) (ウ) 最高裁昭和四四年四月三日判決<sup>(4)</sup>

亡Aは、肝硬変症で入院中であつた昭和四〇年四月三日午前九時頃、見舞に訪れたBに対し、かねて同棲中であつ

たYとの婚姻の届出手続を早急に実施してもらいたい旨を依頼した。この依頼に基づき、Yの弟Cが婚姻届出用紙に必要な事項ならびにAおよびYの氏名を代書し、これにYが自己およびAの印鑑を押印したうえ、Cが同月五日午前九時一〇分頃届け出て、受理された。一方Aは、同月四日朝から完全な昏睡状態となり、そのまま同月五日午前二〇分に死亡した。相続権を有すべきAの従兄弟XからAYの婚姻無効を申し立てたのが本件である（なお、婚姻届書作成当時Aに意思能力があったか否かは認定されていない）。原審裁判所は、届出の時にAに意思能力がなかったから、Aの婚姻は無効であると判示したので、Yから上告し、婚姻の合意は届書の作成により成立し、その後その届出前に当事者の一方または双方が意思能力を失っても、その効力の発生に何等の影響を及ぼさないから、YCによる届書作成時にAに婚姻意思があった以上、婚姻は有効である、と主張した。最高裁判所は、次のように述べて上告を容れ、原判決を破棄差し戻した。

「しかしながら、本件婚姻届がAの意思に基づいて作成され、同人がその作成当時婚姻意思を有していて、同人とYとの間に事実上の夫婦共同生活関係が存続していたとすれば、その届書が当該係官に受理されるまでの間に同人が完全に昏睡状態に陥り、意識を失ったとしても、届書受理前に死亡した場合と異なり、届出書受理以前に翻意するなど婚姻の意思を失う特段の事情のない限り、右届書の受理によって、本件婚姻は、有効に成立したものと解すべきである。もしこれに反する見解を採るときは、届書作成当時婚姻意思があり、何等この意思を失ったことがなく、事実上夫婦共同生活関係が存続しているにもかかわらず、その届書受理の瞬間に当り、たまたま一時的に意識不明に陥ったことがある以上、その後再び意識を回復した場合においても、右届書の受理によっては婚姻は有効に成立しないものと解することとなり、きわめて不合理となるからである。しかるに、原判決は、婚姻届受理当時、Aが完全な昏睡状態に陥り意思能力がなかったことが明らかであるといひ、その一事を前提として同人には婚姻をなす合意があったとはいえず、本件婚姻は無効であると判示したものであるから、原判決は、所論のように、法律の解釈適用を誤っ

た違法があるものといわなければならない。したがって、原判決は、破棄を免れず、本件婚姻届がAの婚姻の意思に基づいて作成されたか、その後届書が受理されるまでに翻意するなど婚姻の意思を失う特段の事情があったかどうか等の各点につき、さらに審理の必要あるものと認め、本件を原審に差し戻すのを相当とする。」

(エ) 最高裁昭和四五年四月二一日判決<sup>(5)</sup>

事実関係には不明なところが多いが、次のような事案のようである。亡Aは、肝硬変による食道動脈りゅうの破裂により入院中、かねて肉體関係のあったYおよびAの兄Bに対して、正式に婚姻届をなすことの同意を求めたので、Bは、Aの願いにより婚姻届用紙にAの氏名を代書してその実印を押捺し、この婚姻届は昭和四二年三月一五日照受理された。一方Aは、同日午前一〇時三〇分に死亡している(死亡前の届出であることが認定されている)。Aの母XからAYの婚姻無効が申し立てられた。

「将来婚姻することを目的に性的交渉を続けてきた者が、婚姻意思を有し、かつ、その意思に基づいて婚姻の届書を作成したときは、かりに届出の受理された当時意識を失っていたとしても、その受理前に翻意したなど特段の事情のないかぎり、右届書の受理により婚姻は有効に成立するものと解すべきであり……」

(オ) 最高裁昭和四五年一月二四日判決<sup>(6)</sup>

昭和四二年一二月頃、Aを養親、Y夫婦を養子とする縁組をすることにつきAとY夫婦間で話し合いが成立し、Aは早急に届出をするべく、Yの母Bに印鑑を預けてその届出することを委託した。しかし、Yの妊娠や所得税の申告などのため手続が遅れているうちに、Aは昭和四三年三月一八日午前一時頃脳溢血で倒れ、意識消失昏睡状態となり、そのまま翌一九日午前九時二〇分に死亡した。一方養子縁組届は、同月一八日午後四時頃Bが市役所の戸籍係を訪れ、

同所の戸籍係に代書を依頼し、持参したAらの印鑑を押印して作成され、これが受理されている。Aの弟で右の養子縁組が無効であるとすれば相続人となるべきXから縁組無効確認が申し立てられたが、最高裁判所は次のように述べて、請求を棄却した原審の判断を支持した。

「当事者間において養子縁組の合意が成立しており、かつ、その当事者から他人に対し右縁組の届出の委託がなされていたときは、届出が受理された当時当事者が意識を失っていたとしても、その受理の前に翻意したなどの特段の事情の存在しないかぎり、右届出の受理により養子縁組は有効に成立するものと解するのが相当である。したがって、これと同旨に出た原審の判断は正当であり、原判決に所論の違法はない。なお、所論の大審院判例（大正六年（オ）第九六八号同年一月二〇日判決・民録二三輯二一七八頁、昭和六年（オ）第一八四二号同七年二月一六日判決・法学一卷七号一一頁）は、右判示に反する限度において、これを変更すべきものである。」

三 次に、学説の態度を概観してみよう。学説は複雑多岐に分かれているが、意識不明中になされた届出によっても身分行為は有効に成立するかという問題に対する結論としては、これを肯定するものが圧倒的である。ただ、その理由づけに大きなへだたりがあり、この差異は身分行為の構造をどのようなものとして理解するかの差異に基因していると思われるので、身分行為の構造に関する理解との関連で、学説の紹介を試みたい。

(1) (ア) 先ず、否定説がある。

我妻教授は、婚姻の構造について、「届出は、婚姻の合意に含まれる意思表示がさような意思表示として効力をもつための方式とみるべきである。いいかえれば、当事者が、届出という方式に従って婚姻意思を表示してこれを合致させることによって婚姻が成立する」と解され、かかる立場に立ったうえで、婚姻意思の存在時期につき、「婚姻の

意思是、……書面で届け出る場合には、その書面作成の時に存在しなければ有効な書面とならないことはいうまでもないが、さらに、その書面が受理される時にもその意思が存在することを必要とする<sup>(8)</sup>と述べられる。法律行為としての婚姻とその構成要素である意思表示との関係について右のように解する以上、養子縁組について、「届出の当時に意思能力を欠くときは、縁組は無効である<sup>(9)</sup>」とされるのも当然といえるであろう<sup>(10)</sup>。この説は、一応、従来の多数説といふことができる。大審院判決(ア)および(イ)も、この立場からのものであると評価することができると思われる。

(2) 身分行為の構造につき、右の(ア)と同一の考え方に立ちつつ、最高裁判決(ウ)乃至(オ)の結論を支持しようとする説は、さらに次の三つに分けられる。

(イ) 太田武男教授は、適法に婚姻の届書が作成された後に、行為者が意識不明になった場合にも、「とくに本人の積極的な反対の意思表示(たとえば翻意の意思表示)のないかぎり、本人としては、婚姻意思をもちつづけていたものと推定されるを相当とすべく……」<sup>(11)</sup>として、意思の推定をすることによって有効という結論を導いておられる。

(ウ) これに対して、谷口知平教授は、「しかし推定だと意識喪失が立証された限り無効といわざるを得ぬことにな<sup>(12)</sup>る」と(イ)説に疑問を呈せられ、むしろ、届書作成当時と同様の意思が持続しているとみなされるべきではないかと主張される<sup>(13)</sup>。

(エ) (ウ)説は届出時に身分行為意思の存在が擬制されることの根拠については何も触れるところがないのであるが、山島教授は、「しかし翻意はもともと意思能力の存在を前提とするものであって、意思能力自体が喪失してしまえば、その当事者にとって翻意の可能性はすでになくなり、既存の意思が確定的となる<sup>(14)</sup>」と主張され、届出時に一般的に届出意思の存在を認定できれば充分なのである、とされる。



(3) 以上は、届出という方式によって身分行為が意思表示されるという立場からの立論であるが、身分行為が意思表示は届書の作成によって表示されるという立場からの説がある。

(オ) 兼子教授は、「届出書の受理は効力発生時期を明瞭ならしめる上に必要であるが、表意者側の意思表示は既に届出書を作成した場合に確定的に表示されたものと認むべきで」あるとされる<sup>(15)</sup>。つまり、届書の作成によって意思表示が成立するから、その成立の時点において身分行為が意思表示があれば、その効力発生時(受理時)に意思能力がなくとも、民法第九七条第二項の適用によりまたは少なくともこれと同一の精神にしたがって、身分行為は有効になる、とされるのである。星野教授の説も、ほぼ兼子説と同一のように思われる。もっとも、星野教授は、届書の作成のみならず、届書の作成を第三者に委託したといった場合には、その委託によっても意思表示されたとみるべきでないかと考えておられるようでもあり、<sup>(16)</sup> そうだとすると後述(4)(キ)に近いということもできよう。<sup>(17)</sup> しかし、いずれにしても、民法第九七条第二項の類推適用を主張される点<sup>(18)</sup>は、兼子教授と同一である。

(カ) (オ)説が、身分行為が意思表示は届書の作成によって表示されるが、これが効力を生ずるのは受理時である、とするの<sup>(19)</sup> に対し、加藤一郎教授は、法律行為としての身分行為とその一構成要素である意思表示との区別を明確な形で区別してはおられないけれども、「届書の作成によって身分行為が成立し、届出によってその効力が発生する」<sup>(20)</sup> という表現によって、意思表示は届書の作成によって成立し、身分行為は届出(受理)によって効力を生ずるということを主張しておられると理解できるようにも思われる。元来、この説は、届書作成時には身分行為が意思表示はあったが届出時にはこれを失っていたという場合にも、身分行為は有効に成立すると解釈すべきであるという前提に立っての立論であり、<sup>(21)</sup> この説に立つかぎり、届書の作成後意思能力を失っても、届書の受理によって身分行為は有効に成立するという結論

が導かれるのは、自明である。

(4) (3)説は、届書の作成によって身分行為意思が表示されるといふ立場からの主張であったが、身分行為意思は、必ずしも届書の作成のみに限定されるわけではなく、その他の行為によっても表示されうるといふ立場からの立論がある。

(キ) 高橋教授は、「婚姻における合意は、少くとも成立に必要な届出に対する最終的な意思確定が、即ち、婚姻届書の作成、届書作成手続の委託、または作成された届書の届出委託との時期において、なされる必要がある<sup>(22)</sup>」と述べられ、身分行為における意思表示は必ずしも届書の作成によってのみなされるものではないとされる。一方、届出は、「市町村長とうの受理行為を求めると過ぎないものであり、しかも、「その受理は、戸籍係とうの受付またはその庁舎への到達時をもって効力を生ずるものである」から、「これをみれば、意思表示の発信に対する到達と変りはないものである<sup>(23)</sup>」といわれる。それゆえ、適法に身分行為の合意がなされた以上、届書の受理時に意思無能力であっても、身分行為の効力に影響を与えることはない、ということになる。

(5) (ク) 金山教授も、身分行為は「当事者の意思のみが成立の要素とされねばならない」とされ、しかも、その意思の存在は「意思表示法一般の原則からしても、表示された結果から当事者の意思を推断するので」、婚姻の場合についていえば、「婚姻意思についてもその原則にしたがい、表示結果にもなう何らかの外部的表象によってこれを論定すべきである。……そのような表象的事実となしうるものに、まず、わが国古来の慣行としての婚姻の儀式がある。……さらに、届書の作成もこれに加わる<sup>(24)</sup>」とされる。そして届出は、無方式の合意によって成立した身分行為の公示方法にすぎない、と言われる<sup>(25)</sup>。つまり、当事者間における無方式の合意によって身分行為は成立し、公示方法を

必要としない効果が発生する。その後届出によって公示方法を具備することにより、法律が当該身分行為の効果として法定しているすべての効果が発生する、というのである。この見解によるときは、届出時に意思無能力であっても、有効に合意がなされている以上、身分行為は有効に成立しているという事実に変更はなく、たかだか、公示方法を有効に備えたか否かが問題となるにすぎないことになる。

(6) (ケ) これに対し、四宮教授は、「そもそも身分行為の意思は、当事者が人類の一員として相互間に身分関係の変動を生じさせようという意思であり、これに対して、届出は、身分行為が国家に対し、すでに成立した身分行為に対する国家の裁可（戸籍登載のための受理）ただし、それによって国家法の定める当該身分行為の効果が全面的に発生する）を求める行為である。両者は、内容・表示の方向ともに異なっている。財産的行為における意思表示の表示行為にあたる行為は、国家に対する届出としてではなく、届出前すでに当事者間における表示としてなされているはずである（生活事実があれば、むしろ、通常は、身分行為の意思とその表示があったといえよう<sup>(26)</sup>」、といわれる。つまり、身分行為は、無方式の意思表示（の合致）と届出（受理）の両者によって成立し、効力を生ずる、というのである。そして、届出時における意思無能力の問題については、次のように言われる。「届出は、『意思能力ある縁組意思』の裏づけある『当事者間における身分行為』の存在を前提としつつ届出意思に媒介されて行なわれるものであるから、届出そのものに（積極的な）『意思能力ある縁組意思』はかならずしも必要でない、と考えられる。そして、その届出意思だが、代人による届出が認められている以上、『意思能力ある届出意思』に基づく代人への届出依頼がなされて、代人による届出に始動が与えられたのちは、届出手続は自動的に進行するはずであって、その後本人が意思能力を失っても、その影響を認めるべきではないであろう<sup>(27)</sup>、と。

福地俊雄教授も、無方式による合意の成立と届出という二つの法定要件を具えることによって身分行為は効力を生ずるとされ、ひとたび身分行為が意思表示された以上、その意思は客観化され、法的ないし社会的に評価され、表示者本人をも拘束すべき規範となるにいたるので、その後に表示者が意思能力を失っても、届出がなされたときは、身分行為は有効と解さなければならぬ、とされる<sup>(28)</sup>。

四(1) 考えてみるに、身分行為の意思表示は届出によって表示されると解する以上、その届出時に意思無能力であれば、意思表示さらに身分行為は効力を生じない、としなければならないはずである。身分行為の存在を推定するといつても、意思無能力である以上、推定の基礎を欠くといわなければならない。推定を擬制と言い換えてみても同じことである<sup>(29)</sup>。また、意識不明になることによって翻意の可能性がなくなり、従来の意思が確定したという説も、届出以前には、法的には、未だ意思表示されていないのであるから、元来、翻意の有無・可能不可能を論ずる余地はないはずであり、これも採ることはできない。つまり、届出によって意思表示がなされるという前提を承認するのであれば、(ア)説しかありえないのである。ちなみに、(イ)説を採るときは、届出時に意思能力があれば足り、受理時にこれが存するか否かは問うところではない、とするのが論理的である。受理によって身分行為の意思表示されるとは考えられないからである。

届書の作成によって身分行為の意思表示されるという(オ)説および(カ)説は、現在のわが国の実務および通説が、代人により届書が作成された場合であっても、ひとたびこれが受理された以上、その身分行為は有効であるとする取扱いにあまりにも反することになると思われる。この説に立つときは、本人の委託に基づく届書の作成の場合であっても、委託それ自体は身分行為の意思表示と見ることはできないはずであり、委託に基づく代署が本人の意思表示と考える

こともできないであろうからである。

(キ)説は、無方式による意思表示は受理によって効力を生じ身分行為として成立するというものである。しかし、婚姻に代表される身分行為にあっては、その身分行為の意思は、戸籍官庁に対してではなく、身分行為の相手方に対して表示されるべきものと考えられる。憲法第二四条第一項が、「婚姻は、両性の合意のみに基いて」といい、また、民法が「夫婦は、その協議で、離婚をすることができる」、「縁組の当事者は、その協議で、離縁をすることができる」と定めているのは、右のことをも意味するのではないだろうか。

無方式の合意によって身分行為は成立し、届出はその公示方法にすぎないとする(ク)説は、結局のところ、民法が法定する婚姻・離婚・養子縁組・離縁などの効果を、身分行為の効果ではなく、公示の効果としてしまうように思われる。とすれば、無方式に合意されたところの効果意思の内容とは、いったいかなる内容のものとなるのであろうか？

(2) 私は、身分行為は、無方式の意思表示(の合致)と届書の受理とから成るとする(ク)説を採りたいと考える。一般国民の意識として、身分行為の意思はたとえば婚姻の儀式や離婚の話し合いが事実上まとまったときに表示され合意されたのであって、届出はただその事実を報告し、かつ、法律の定める諸効果を受ける前提としてしか認識されていないのが普通であり、届書の作成は右に述べたような届出の一手続にすぎないと理解されている、と考えるからである。なお、ここで若干のコメントをしておきたい。一般に、ある法律行為によって法律効果が発生するという場合、その法律行為は意思表示(の合致)のみからなるときもあれば(たとえば、申込と承諾によって成立し効力を生ずる契約、契約の解除など)、意思表示(の合致)以外に他の法律事実が具備することを要する場合もある(たとえば公益法人設立の場合

における定款作成もしくは寄附行為と主務官庁の許可、農地売買における申込および承諾と都道府県知事の許可など。後者の事例において、意思表示（の合致）がなされたことにより法律行為が成立し、他の法律事実が具備することにより効力が発生すると言うか、それとも、意思表示（の合致）およびその他の法律事実がすべて具備することにより法律行為が成立し効力を生ずると言うかは、しよせん言葉の問題にすぎないようにも思われる。しかしながら、意思表示（の合致）があっただけでは、法律効果は発生しないのであるから、本来法律効果の発生源として認識されている法律行為が、意思表示（の合致）のみによって成立したと表現することは、いたずらに概念の混乱をまねくことになると思われる。これを、身分行為について言うならば、法律行為としての身分行為は、無方式による意思表示（の合致）と届書の受理とによって成立し効力を生ずるが、受理前は意思表示（もしくは合意）<sup>(30)</sup>が成立し効力を生じているにすぎない、ということになる。

身分行為について意思表示（の合致）がなされてその効力を生じた以上、あとは届書の受理がなされれば自動的に身分行為として成立し効力を生ずるのであって、受理時に本人が意思能力を有しているか否かは問題ではない。なるほど、意思表示後受理前に撤回がなされたという場合には、撤回がなされた段階で、先になされた意思表示は効力を失うから、その後に届書が受理されても、身分行為は成立しない。この点からすれば、受理時にも身分行為意思は存在することを要するといえることはできる。しかし、この場合の「身分行為意思」とは、「なお効力を有している意思表示」の意味である。一般に意思表示の効力はその後の意思無能力によって影響を受けないから、意識不明中の受理により身分行為は有効に成立するということと、撤回後の受理によっては身分行為は成立しないということとは、矛盾するところはないのである。

五 右に私は、婚姻・離婚・養子縁組・離縁などと認知とを(創設的)身分行為として特に区別することなく同一に論じてきた。本稿に関係する範囲内では特に区別して論ずる必要がなかったからである。しかし、これら両者については本質的な差異が存している。詳細については別稿にゆずらざるをえないが、そのあらまは次のとおりである。

婚姻は婚姻意思<sup>(31)</sup>を効果意思とする意思表示の合致と届書の受理とによって成立し、効果意思の内容どおりの法律効果を当事者に付与する。その意味において婚姻は正に法律行為である。離婚・養子縁組・離縁などについてもまったく同じように言うことができる。

ところが、認知は、認知者と被認知者との間に血縁関係の存在することを承認する行為であり、被認知者との間に父子関係を創設しようという効果意思の表示を含むものではない。つまり、認知は、法律行為ではなく、準法律行為にすぎないのである。仮に、「身分行為」という語を、親族関係の発生・消滅を目的とする法律行為という意味において使用するのであれば、認知は身分行為ではない、と言わざるをえないことになる。

しかしながら右の点についての詳述は別稿に譲ることとし、本稿では届書の受理時における意識不明とその法律効果の発生・不発生に関する検討だけにとどめることにする。

(一九七九・一〇・三一)

(1) 民録二三輯二二七八頁。

(2) 民集一四巻五一頁。

(3) なお、この判決以前にも前注(1)とほぼ同様の事件においてほぼ同趣旨を判示した大審院昭和七年二月一六日判決(法学一卷七号一一頁)が存在することであるが、参照できなかった。

(4) 民集二三巻四号七〇九頁。

(5) 判例時報五九六号四三頁。

- (6) 民集二四卷一二号一九三二頁。
- (7) 我妻栄著・親族法(昭三六)四一頁。
- (8) 前掲書一七頁。
- (9) 前掲書二六四頁以下。
- (10) 中川(善)教授も、まったく同じ論理により、「本人意識不明の間に届書を作成せしめられた場合」にその身分行為が無効であるのみならず(中川善之助著・新訂親族法(昭三四)四三九頁)、「適法に届書が作成された後、その届出前に心神を喪失した者は、本心に復した後でなければ有効な届出をすることができない」(前掲書一九六頁)と主張される。この説に属するものとしては、このほか、前田正昭「最高裁判決(ウ)の判例研究」同志社法学一一五号(昭四四)五二頁以下がある。
- (11) 太田武男「最高裁判決(ウ)の判例研究」法律時報四一卷九号(昭四四)一三九頁。吉岡幹夫「最高裁判決(ウ)の判例研究」静岡短大法経論集二六号(昭四五)五六頁以下、中川良延「最高裁判決(ウ)の判例研究」ジュリスト四五六号(昭四五)七一頁以下も同旨か。
- (12) 谷口知平「最高裁判決(ウ)の判例研究」民商法雑誌六三卷一号(昭四五)一六三頁。
- (13) 前掲一六三頁。同旨、宮井忠夫「最高裁判決(オ)の判例研究」民商法雑誌六五卷四号(昭四七)六四三頁、福地陽子「最高裁判決(オ)の判例研究」家族法判例百選(新版)(昭四八)一三三頁。
- (14) 山島正男「最高裁判決(ウ)の判例研究」判例評論一三三二号(昭四五)一三五頁。同旨、中川淳「最高裁判決(オ)の判例研究」法律時報四四卷二号(昭四七)一三三頁、同「最高裁判決(ウ)の判例研究」立命館法学一〇四号(昭四八)四〇三頁。
- (15) 兼子一「大審院判決(イ)の判例研究」法学協会雑誌五三卷八号(昭一〇)一六四五頁。
- (16) 星野英一「最高裁判決(ウ)の判例研究」法学協会雑誌八八卷四号(昭四六)四九八頁以下。
- (17) 星野教授御自身は、(5)(ウ)に近いと考えておられるようである(前掲五〇一頁)。
- (18) 前掲四九九頁。
- (19) ただし、星野教授は、別の箇所では、「以上の考え方は、理論構成としては、届出を婚姻の『成立』要件でなく、『効力』要件とするとの帰結に導くもの」と述べておられるので(前掲四九九頁)、意思表示自体は届出書の作成(もしくははその委託)によって成立し効力を生じるが、法律行為としての身分行為は届出時に効力を生じるとする(ウ)説であると評価すること

認知の届出が受理された当時認知者が意識を失っていた場合



らうとする。

- (20) 加藤一郎「身分行為と届出」穂積先生追悼論文集・家族法の諸問題(昭二七)五三二頁。前掲五二七頁。
- (21) 高橋忠次郎「最高裁判決(ウ)の判例研究」専修法学論集七号(昭四五)一一〇頁。前掲一一一頁。
- (22) 金山正信「婚姻の届出」民商法雑誌三九巻四・五・六合併号(昭三四)五六七頁。前掲五六八頁。
- (23) 四宮和夫「最高裁判決(ウ)の判例研究」法学協会雑誌八九巻九号(昭四七)一二二〇頁。前掲一二二一頁。
- (24) 福地俊雄「最高裁判決(ウ)の判例研究」家族法判例百選(新版)(昭四八)三八頁。
- (25) なお、小倉顯「最高裁判決(ウ)の判例研究」ジュリスト四二九号(昭四四)九〇頁は、「意識を失っている」ということと「意思能力を喪失している」ことを別異に解しておられるようにも読めるが、意識を失っているが意思能力は存在しているという状態は考えることができない。
- (26) ここに意思表示(ないし合意)が「効力を生じている」とは、その他の法律事実が備われば法律行為(身分行為)となりうるという意味であり、法律行為(身分行為)としての効力を生じているという意味とはまったく異なることに注意されたい。
- (27) (31) 婚姻意思に代表される身分行為意思をどのようなものとしてとらえるかについては、「仮装婚姻の効力」法学セミナー二四一号(昭五〇)一一五頁にそのアウト・ラインを示したことがある。

**記** 本研究会の創立以来その中心として活動された宮井忠夫教授は、昭和五四年一月二二日ご逝去されました。つつしんで御冥福をお祈りいたします。