

# 實親子關係と父性の推定

安 部 弘

## は し が き

標題について考察するに當つて第一に究明して置かなければならないことは、親子の意義についてである。ところでここに親子という語を生物的自然的な親子と觀念するならば、自然的な血縁關係にもとづく親子がこの範疇に入ることとは言を俟たないが、實際社会ではこの外に社会の要求と必要とによつて、生來の親子ではないが、これと同視せられ親子として取扱われている親子がある。しかしこれらの親子は常に法律上の親子と一致するものとは限らない。ただこの中で法律の認容したもののみが、いわゆる法律上の親子であろう。そこで法律上の親子は制度の如何によつてまた国により時代によつて異なることは当然であろうが、わが現行法の下においては、通常特定の人と人との間に直系一親等の自然の血縁關係又は法定の血族關係があるとき、その特定人相互を親子と呼び、その親子間に存する法律關係を親子關係と呼んでいる。したがつて親子には自然の血縁關係がある実親子と法律の擬制によつて親子關係が創設せられた法定の親子すなわち養親子と

の別があるわけである。そして前者にはさらに実父母と嫡出子及び実父母と嫡出でない子とがあり、かつ嫡出子の中には法律の推定による嫡出子と準正による準正嫡出子とがある。けれどもこれらのうち以下考察の対象となるのは、実父母と嫡出子に関する問題である。

## 一 実親子關係と親子法

民法上親子というときは、その中に自然の血縁關係にもとづく生理的意義における親子及び法定血族たる養親子の双方を包含することはいうまでもない。したがつてここに親子關係というときは、もとより子とその親たる父又は母との間の法律關係を意味するが、これは家族構成上重要な要素であつて、次の諸關係に分けることができる。<sup>(註一)</sup>まずその淵源に遡つてそれが婚姻にもとづいて生じたか、婚姻外の關係によつて生じたか、はたまた養子縁組にもとづいて生じたかによつて大別すれば、嫡出親子關係・非嫡出親子關係及び養親子關係に分たれ、その血縁關係の有無によつて大別すれば、実親子關係と養親子關係とに分たれる。けれども以

下本稿において取り上げられる問題は、実親子に関するものである。ところでここに実親子関係というのは、特定の人と人との間に親子関係があり、しかもその間に直系一親等の自然の血統連絡の関係があるとき、その双方の間の親子関係をいい、それは嫡出親子関係たると非嫡出親子関係たると、はたまた父子関係たると母子関係たるとその何れの場合を問わず、しかも子の出生という事実の発生によつて生ずる。またこれは共通な血によつて結ばれる自然的な血縁関係であるから、生理上の自然の血縁関係の有無如何は少くとも親子関係の有無を決定する重要な鍵となることは言を俟たないところである。ところで個人と個人との間に親子関係が存するか否かは、もとより両性の性的接触と当事者の一方たる女性の受胎・分娩の生理的事実にもとづいて自然に定まるべき筈であるから、法律上親子関係の存否を判定することは極めて容易なように思われる。けれども事實は全くこれとは異り、なかなか困難な問題に属する。もつとも女親と子との母子関係の存否の判定は、通常分娩の事実によつて比較的容易にこれをなすことができるとしても、男親と子との父子関係の存否は單なる性関係の有無のみによつてはこれを判定することができない。またたとい實際に当事者の間に自然的血縁関係があつたとしても、その場合当然常に当事者間に法律上の親子関係が存するとは限らない。それでたとい当事者間に自然的親子関係があつたとしても、それが法律上認められた親子関係でない限り、その間に有効な法律効果は発生しないから、かかる事實を以て人間の社会生活における親子間に生ずるあらゆる法律問題を解決する前提たる足懸りとする

ことは適當ではない。そこで多くの立法例は実親子関係の認定及び効果などに関しては、通常詳細な規定を設けているのである。<sup>(註二)</sup>ところでわが現行民法殊に親子法はフランス法の系統を汲み、実子はこれを二つに分ち、嫡出親子関係にある卑属はこれを嫡出子と呼び、非嫡出親子関係にある卑属はこれを嫡出でない子と呼んで、嫡出子と非嫡出子とはこれを嚴格に区別している。もとより旧法下においても、実子はこれを「嫡出子」と「嫡出に非ざる子」との二つに分けてはいたが、「嫡出に非ざる子」はその母に對する関係においては、その父の認知がある与否とに拘わらず、常に私生子の名称を以て呼ばれ、父に對する関係においては、その父の認知があつた場合に限り、庶子の名称を以て呼ばれた。<sup>(註三)</sup>旧民法第九六条第九八条、旧法第八二七条もつとも父が認知しない「嫡出に非ざる子」に附する私生子の名称は夙にその廃止の聲があり、すでに大正一四年の民法親族編中改正要綱においても、その廃止が確定していたのであるが、その名称が法律上完全に廃止せられるに至つたのは昭和一七年である(昭和一七年三月一二日法律第七号勅令第九三号)。その後さらに昭和二一年の改正要綱では庶子の名称の廃止も確定して、昭和二三年一月一日以後は庶子の名称もまたいよいよ廃止せられるに至つた。それ故現行法の下では、実子は嫡出子と嫡出でない子とに分たれることは前述の通りである。したがつて今日では実子を嫡出子と非嫡出子たる私生子・庶子等とに強いて分けて、法律上差別的取扱をすることは遂に撤廃せられるに至つたことはいうまでもない。そもそも従来のように実子を嫡出子と私生子・庶子等の非嫡出子とに分つて

觀念することは、もとより婚姻を尊重する思想に由来するものであつて、殊に男女の正当な終生の性的結合が国家の保護を受けるに値するものとして觀念せられ尊重せられる限りは、そんな社会においては男女の正当な終生の結合たる婚姻中に妻が懐胎した子が嫡出子として尊重せられるに値するものであることは当然のことである。したがつて教会法のように一夫一婦制を採る法制の下においては、嫡出子が尊重せられ反対に非嫡出子が排斥せられる傾向があることは否むことができない。もつとも封建社会の下においては、家には封録官職その他家産が附随していたので家が重んじられ、したがつて婚姻も「家のための婚姻」であつて、子もまた「家のための子」として家長によつて養育され、殊に嫡子は家督を相続すべき地位にある子として他の何人よりも特別な取扱を受けたのである。そのため当時の社会が婚姻よりもむしろ家を重んじていたことは当然であり、自然今日のように婚姻上の子と婚姻外の子との区別が左程顧みられなかつたことも事実である。このことは明治の初期まで嫡子は尊重せられても、それ以外の子はそれが嫡妻の子たると妾腹の子たるとを問わず、すべて末子として軽んじられていた事実に徴しても明らかである。もつとも当時の社会には家族制度が採り入れられていたため、家を尊重する思想は今日のように婚姻上の子と婚姻外の子とを区別する余裕はなく、したがつて嫡子・末子というように単に家族法的親子法上の区別が行われていたに過ぎなかつたのである。また従来わが国では法制上私生子という名称が用いられていたが、實際その実質を備えた規定が設けられたのは、明治六年一月一八日大政官布告

第二一号を以て嚆矢とし、しかもこの法律の下では私生子は父が欲する場合だけに限つて、その父との間に法律上の父子関係が成立することが認められるだけであつて、反対に私生子の側から父に向つて父子関係の存在を主張するいわゆる父の搜索はなんら認められなかつた。そして今日のように、いわゆる私生子たる嫡出でない子から父に対して父子関係の存在を主張する権利が認められるようになったのはその後のことであつて（旧法第八三五条改正前の規定）さらに父の死後三年間なお認知の訴を提起することができる権利が認められるに至つたのは昭和十七年の改正以来である（法律第七号による旧法第八三五条の改正）。

要するにわが国の親子法は明治維新以後漸く独仏法の継受を俟つて始めて家族的のものから婚姻的のものとなつたが、その結果婚姻内子偏重の親子法が採り入れられるようになったことは事実である。かようにわが国の親子法が次第に婚姻法のものに推移発展するにしたがつて、学界では子はその父母が婚姻関係にあると否とに拘わらず、その父母に対しては法律上均しく子たる身分を有するものであるという見解さえ行われ、非嫡出子（婚外子）の差別的取扱はこれを撤廃すべきであるという動向が示されるに至つた。<sup>(註四)</sup>もとよりわが旧法の下においても、また私生子問題に関しては相当進歩的な考え方が採り入れられ、認知された私生子（庶子）は父の配偶者の意思如何に拘わらず、認知と同時に当然に父の家に入り、父の配偶者とは嫡母庶子の関係を生じ（旧法第七二八条）、庶男子は嫡出女子に優先して家督を相続することができたのである（旧法第九七〇条）。とかく婚姻を尊重する態度をと

れば、自然婚外子はこれを軽んじられる結果となるけれども、子が婚内子たると婚外子たるとその区別の如何を問わず、すべてこれを父母から生を受けたものとして法律上均しく子たる身分を有すべきであるという見解に従えば、婚外子に対して差別的取扱をなすことは平等の原則に反することになる。思うに男女の結合たる婚姻が適法か不適法かということは、もとより当事者間の間であつて、その結果として生れてきた子を婚内子と婚外子とに強いて區別して差別的取扱を行うことは、当事者の結合自体が出生子自身に全く責任のないことであるだけに不合理ではなからうか。そこでこの問題に対しては、最近の親子法の動向としては立法論解釈論の何れの立場からも、婚姻はこれを尊重しつつも同時に婚外子に対しても平等な法律上の保護を与えようとする傾向を示している。<sup>(註五)</sup>この考え方は個人の尊厳と人格の平等とが保障された現行制度の下においては、当然認容せらるべき公正妥当な見解と思われ、また實際親をして法律上子の監護教育の義務を単に婚内子に対してのみに負わせるということは、出生という結果を出生子が関知しないだけに、法律上真に差別的取扱をあえてする不合理きままるものであることは言を俟たず、またそれは決して家族生活の平和を維持するゆえんではない。といつて婚外子を殊更に優遇し特別な保護を加えることには、もちろんなお考慮すべき余地があることは否めない。それ故要は少くともわが親子法の将来に對しては、旧法下におけるように婚外子たる庶子が準嫡出子のな特別な保護を受けたことによつて、かえつて家族生活における平和を攪亂し、或は父の認知を漫らせた事実などを思い合せて、將

来これに類する弊害が起らないように留意すべきではなからうかという見解は確かに正しいと思われる。<sup>(註六)</sup>

## 二 親子關係の認定と父性の推定

### 1 親子關係の認定

自然的血縁關係によつて結ばれる実親子關係は、男女の結合にもとづいて生じ、しかもそれは子の出生により出生の時から生ずる。この場合男女の結合はそれが婚姻によると否とはこれを問わないから、実親子關係はそれが嫡出親子關係たると非嫡出親子關係たると、はたまた父子關係たると母子關係たるとに拘わらず、当然子の出生によつて發生することは言を俟たない。ただし当事者間に親子としての自然的血縁關係が存するか否かについての決定は必ずしも容易ではなく、しかも男女の生理上の相違からそれは父子間と母子間とは異り、これを一樣に取扱つて決定する訳には行かない。そこで法律は男女の生理上の相異を考慮し、親子關係の認定については父子關係と母子關係とは別個の態度でこれに臨み、まず父子關係においてはその認定が困難なところから、現行民法は婚内子に対して父性推定制度を設け、婚外子に対しては認知制度を設けている。これはもとより父子間における血縁關係が輕卒に認定されないことを期せんがためである。これに反し母子關係については、その認定が父子關係の認定におけるよりも容易なところから、その血縁關係が婚姻によつて生じた場合であるとな否とはこれを區別せず、またその認定方法も別に予め定めることもない。

## 2 父性の推定

特定の人と人との間に自然の血縁にもとづく親子関係が存するか否かは、今日においてもなお科学的方法によつてこれを正確に判定することは極めて困難なことであるが、殊に父子間における血統連絡の存否についての判定はさらに至難なことに属することは上述の通りである。もとより親子関係の存否如何は、直ちにこれが親子間はもとよりその他の親族との間における法律効果に直接影響を及ぼすところが極めて甚大であるので、今日各国の法制は親子関係が誤つて認定されることがないように特に慎重な考慮を払い、殊に父子関係については、その認定の困難性に鑑み、認定方法として父性推定の制度を設けられている。<sup>(註七)</sup>元来この制度は特定の客観的事実の蓋然性にもとづいて法律が父子関係の存在を推定し、子のために父子たる血統の連絡が相互の間にあることの挙証責任を免除せんがために設けられたものである。けれどもこの制度は婚内父子関係の認定についての場合のみに限定せられてゐるので、父性の推定を受け得ないいわゆる婚外子については、別に認知の制度が設けられている。そしてこの認知は単に父子関係についてのみならず母子関係についてもこれを認め、親子関係認定の正確を期しているのである。しかし今日でもなお懐胎時期を知る方法もまた親子関係の存否を正確に判断する方法も未だ発見されてゐないので、実際に夫婦間に生れた子についてさえ、それが妻が生んだ真実の夫の子であるか否かの証明を与えることは極めて困難なことである。そこで前述のように現行民法は、子が嫡出子か否かについて争われる場合には、婚姻より生れた子につ

いてはそれが夫の子であることの挙証責任はこれを免除するため、婚姻中の懐胎子については父性推定制度を設け、ただ父性の推定を受け得ない夫婦間の実子についてのみに別に準正による嫡出子を認めてゐるのである。そして父性の推定に関しては、民法第七七二条第一項には「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と規定し、さらに同第二項には「婚姻成立の日から二百日後又は懐胎の解消若しくは取消の日から三百日以内に生れた子は婚姻中に懐胎したもの」と規定する」と規定して、子が婚姻中の懐胎子か否かについては推定期間を設け、一応嫡出親子関係の発生に関し二段の推定を行つてゐる。<sup>(註八)</sup>もとより子が受胎せられてから分娩せられるに至るまでの期間は各人必ずしも同一ではないけれども、今日の医学上の経験則によれば、すくなくとも妊娠の最短期間は二百日間であつて、その最長期間は三百日とせられる。<sup>(註九)</sup>それ故子はその出生日から遡つて二百日以上三百日以内の間に受胎されるものと推定することができるから、この懐胎期間中に婚姻してゐた日が含まれるならば、その婚姻期間の長短の如何に拘わらず、その子は当然妻の婚姻中に懐胎されたものと推定される訳である。したがつて妻が婚姻中に懐胎した子は、父性推定の規定によつて始めて父の子として推定せられるのであるが、もとより法律上妻が婚姻中に懐胎した子であるとの推定は婚姻成立の日から二百日後又は婚姻解消若しくは取消の日から三百日以内に生れた子に対して行われるのである。それ故この父性推定の規定の厳格な解釈の下において子が婚姻中の父母の間に生れたものであるとの推定を受けることができるためには、その懐胎のとき

に父母の間に婚姻関係が存することを必要とし、しかも子が母の婚姻中に懐胎されたとの推定を受けるためには、如何に早く生れても婚姻成立の日から二百日後また如何に遅れて生れたとしても三百日以内に出生したものでなければならない。このため少数の学説及び判例は婚姻前に妻が懐胎した子は、たといそれが婚姻後に出生した夫婦間の子であることが明らかな場合であつても、嫡出子としての推定を受けることができないとする。もつとも夫婦間の出生子の大多数のものは、法定の懐胎期間中に懐胎せられたものであるから、民法第七七二条の規定を如何に嚴格に解釈したとしても、通常の場合出生子について懐胎時期の推定を繞つて問題が起るようなことは少いのであるが、少くとも婚姻前に懐胎せられ婚姻成立後二百日以内に出生した子については問題がある。

したがつて次にこの問題について考察してみることとする。ところでここに婚姻前に懐胎せられ婚姻成立後二百日以内に出生した子について考えるに、これには次の三つの場合がある。すなわち(1)は婚姻前に内縁関係があり、内縁成立の日から起算して二百日後に子が生れる場合(2)婚姻前に内縁関係があり、内縁成立の日から二百日以内に子が生れる場合及び(3)婚姻前に内縁関係なく単に婚姻成立の日から二百日以内に子が生れる場合これである。以上三つの場合のうち後の(2)(3)の場合は第七七二条の嫡出推定とは直接関連を持たないから問題は主として(1)の場合に存する。すでに述べたように民法第七七二条を嚴格に解すれば、父母の婚姻前に懐胎された子は、たとい婚姻中に生れたとしても当然婚外子でなければならない。したがつて昭和三年一月六日大審院判例は、

父母の内縁中に懐胎し婚姻成立後二百日以内に生れた子は、たとい内縁成立の日から起算して二百日後に出生した場合でも「民法第八二〇条(新法第七七二条)ノ規定ニ係ル法律上ノ推定ヲ受クルコトヲ得ザル結果、父母ノ婚姻中ニ懐胎シタルモノト謂フヲ得ズ。從テ丙ハ其ノ父甲其ノ母乙ノ子ナリトスルモ其ノ父母ノ婚姻成立以前ニ懐胎シタルモノト認ムルノ外ナク、元ヨリ法律上当然甲ノ嫡出子タルモノニ非ズ。唯婚姻外ニ生マレタル子トシテ父母ガ之ヲ認知スルトキハ民法第八三六条ノ規定ニ從ヒ嫡出子タル身分ヲ取得スルニ過ギザルモノトス」と判示し、また中島博士も同様に「子ノ嫡出子ナルヤ否ヤヲ定ムル標準ハ子ノ出生力婚姻中ニ在ルヤ否ヤニ存セスシテ懐胎力父母ノ婚姻中ニ在ルヤ否ヤニ在リ」と述べられている。<sup>(註一〇)</sup>しかしこれに対しては反対の見解をとる判例及び学説が少くない。まず昭和十五年一月二三日大審院聯合部は同様な事件につき「凡ソ未タ婚姻ノ届出ヲ為サザルモ既ニ事実上ノ夫婦トシテ同棲シ所謂内縁関係ノ継続中ニ内縁ノ夫婦力適式ニ法律上ノ婚姻ヲ為シタル後ニ於テ出生シタル子ノ如キハ仮令婚姻ノ届出ト其ノ出生トノ間ニ民法第八二〇条(新法第七七二条)所定ノ二百日ノ期間ヲ存セサル場合ト雖モ、之ヲ民法上私生子ヲ以テ目スヘキニ非ス、カクノ如キ子ハ特ニ父母ノ認知ノ手續ヲ要セズシテ出生ト同時ニ当然ニ父母ノ嫡出子タル身分ヲ有スルモノト解スルハ民法中親子法ニ関スル規定全般ノ精神ヨリ推シテ當ヲ得タルモノト謂ハザルベカラズ」と判示している。この判例によつて知ることができるように大審院聯合部判決は内縁関係の継続中に懐胎し、内縁の夫婦が適式に法律上の婚姻をなした後に出生

生した子について、それが法定の推定期間を経過していないにも拘わらず、内縁成立の日から二百日以上を経過している場合は、婚姻成立後二百日を経過して生れる子と同じく嫡出子たる推定を受けるものと判示している。ただしこれは大審院聯合部が内縁中の懐胎子が嫡出の推定を受けるためには、必ずしも父母の婚姻中に懐胎されたことを必要とせず、その出生前に父母が婚姻をなしたる事実があれば足りるとの見解をとつてゐるものと解することができる。この見解に対してはその後の多くの判例もこれを踏襲し、また学者も幾多これを支持したが、<sup>(註一)</sup>独り昭和十五年九月二〇日の大審院判例は、嫡出子否認の訴に関する事件において、前記大審院聯合部判決の趣旨と反対の見解を採つてゐる。ただしこれに対してはその後の判例及び学説は反対の見解をとつてゐることはいうまでもなく正当ではない。また今日では父子関係存在の推定も単に嫡出父子関係のみに限らず、内縁関係における父子関係にも<sup>(註二)</sup>拡張されて類推適用されるような傾向に向つてゐることは注意すべき点である。次に葉師寺博士は内縁関係にある男女の結合によつて子が生れた場合に関する父性推定の問題について、次のような明快な見解を述べられてゐる。すなわち博士は「吾々の如く内縁を以て慣習法上の婚姻にして、成文法上の婚姻と同一の効力を有すると為す者にとりては、内縁には成文法上の婚姻と同じく「与生推定力」あることは議論の余地がないのであるが、仮に姑く内縁を単なる俗習的婚姻たるに止まり、未だ慣習法上の婚姻とはなつていないとするも、私は八二〇条第一項を類推して内縁の「与生推定力」を認めるを至当と考える。蓋し民法が婚姻に

「与生推定力」を認めたのは、形式的に「婚姻届出」が存する点にあらずして、当事者が実質的に「婚姻的共同生活」を営みつつありとする点に存する」と論じられて実質婚を重視せられてゐる。また外岡教授の見解も大体葉師寺博士の説に近似してゐるが、その述べられてゐる所は次の通りである。すなわち教授は「内縁中に懐胎された子は婚姻中に懐胎された子と同じく「推定された父性」を持つものであるとしたら、子の出生前に父母間の内縁関係が婚姻関係に改められれば、子に与えられる推定も單純なる「子たる推定」から「嫡出子たるの推定」に当然改められねばならない。「子たるの推定」も「嫡出子たる推定」も均しく子の父母が夫婦としての協同生活を営む事実の上に立つての推定であつて、実質的には両者の間に何等異なるところがないからである。従つて内縁関係が婚姻関係に転換すれば「子たるの推定」がそのまま「嫡出子たる推定」に転換さるべきであつて、法律上婚姻の成立した日から「嫡出子たるの推定」が改めて起算さるべきものではない。されば婚姻届出の日から算えると二百日以内の出生でも、内縁成立の日から算えて二百日以後の出生であれば、その子は婚姻成立後二百日以上を経過して生れた子と同様に、嫡出子たるの推定を受け、これを争う方法も否認の訴に限られねばならない。けだし生來の嫡出子たるがためには、子の出生前に父母が婚姻をなしたる事実あるを以て足り、あえてその懐胎が父母の婚姻中に在ることを要しないからである」と論じられてゐる。<sup>(註三)</sup>

以上の所論から考察すると、判例及び学説の多くは婚姻前の懐胎子で婚姻後に出生した子でも、内縁成立の日から二百日後に生

れた子は、当然嫡出の推定を受けるとの見解をとつてゐることがわかる。そしてこれらのうち有力な説がとつてゐる父性推定の根拠は、単に形式的な婚姻届の存することにあるのではなく、当事者が事実的の婚姻的共同生活中における懐胎なる事実に存するのであるとの見解がとられてゐる。同様に現行法が婚姻に「父性推定力」を認めてゐるのは、その婚姻が形式的要件を具備していることにもとづくものではなく、実質的要件を具備し、当事者が実際に婚姻生活を営んでゐる事実にもとづくものであるということができる。それで民法第七七二条が婚姻に父性推定力を認めるためには、当事者が実質的な婚姻的共同生活関係にあり、しかも子の出生前に婚姻をなした事実関係が存することを以て足り、あえてその懐胎が婚姻中にあることを要しないと解するから、事実婚についても父性推定の規定が類推適用されるものと解するを妥当と考える。

要するに二十世紀の親子法は妻の生んだ子が嫡出子たる推定を受けるためには、必ずしもそれが婚姻継続中に懐胎されたことを必要とせず、子の出生前に父母が婚姻をなした事実があれば足りるとする。もつとも民法第七七二条は「妻の婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定する」と規定してゐるが、これは単に妻の婚姻中の懐胎子を夫の子と推定するというだけであつて、その子が当然嫡出子であるという訳ではなく、またそれ以外に懐胎された夫婦の子は嫡出子ではないというのでもない。それ故にたとい妻の婚姻中に懐胎した子であつても、夫の眞実の子でない場合には夫は嫡出子否認の訴によつてこれを争うことができるし、また民法第

七七二条の推定を受け得ない夫婦の子であつても、その出生後に父母が婚姻した場合には第七八九条の規定によつてその子は準正嫡出子たる身分を取得する。そこで内縁関係継続中に懐胎され婚姻後に出生した子は、それが内縁成立の日から二百日後に生れた子であれば、その子の父性を認定するために民法第七七二条の嫡出推定の規定が類推適用せられても然るべきである。けだしわが国ではこれまで一旦結婚式を挙げれば、通常の状態の下にあつては、未だ婚姻の届出をなさずとも、社会では当然当事者は夫婦関係にあるものと観念する。もちろん法律婚による夫婦と内縁の夫婦とはこれを法律上同一に取扱うことは許さるべき筋合のものはないとしても、内縁の夫婦は単なる野合とは異り、内縁の夫婦は夫婦関係の存在を前提とする同棲・貞操義務その他内縁関係から生ずる種々の社会的義務を負い、それは法律婚における夫婦の場合と本質的ななら異なるところはないのである。したがつてさような状態にある限りにおいては、当事者の婚姻的共同生活関係の事実を尊重して、法律婚における場合と同じく父性推定の規定をさらに拡張して類推適用し内縁の妻の懐胎した子の父性を認定しても、親子関係が事実上の自然的血統の連絡にもとづいて認定せられる限り、別に不合理な結果を生ずることはないと思う。そこで現今においてもこの事実婚に対する考え方が変わり、父性推定の根拠は単に妻の婚姻中における懐胎なる事実に限らず、妻の婚姻中における出生の事実に存するものと解し、したがつて懐胎から分娩に至るまでの間にその父と母との間に婚姻関係があれば、その期間の長短の如何に関係なくその子は嫡出子とする見解も採ら

(註一四) もつとも今日では内縁関係より生ずる諸問題に対しては相当にこれを保護する社会立法の制定さえ見えるに至っている反面、他方では二十世紀の親子法が事実婚を保護する傾向に向っている関係上、上述のような夫婦の同じ実子でありながら、懐胎時期の相異によつて、差別的取扱を受けるということは、出生それ自体がなんら出生子自身の責に帰すべきことではないだけに不合理極まるいわゆる平等の原則に反するものというべく、したがつて夫婦の同じ実子であり相互に自然的血統連絡のある限りは、何れも平等に嫡出子として取扱つても何んら親子法上の法秩序を乱すものとは考えられない。

(註一) 末弘博士著民法講話二三三頁、二四五頁参照。

Eversley's Law of Domestic Relations, p. 316.

イギリス家族法の基本原理(内田力藏著)参照。

佛法においては法律上の述語として filiation という語が使用されるが、この言葉は親子たる関係すなわち子とその親たる父または母との関係を意味してもこれは子の側から見た場合をいうのであつて、この言葉に対しては親の側から見れば Paternité, Maternité となる。

(註二) 中川博士編註親族法二八四頁。

(註三) 明治六年一月一八日大政官布告第二一號参照。

Jenks' English Civil Law, p. 1058; Jenks, The Book of English Law, pp. 226, 227; Eversley's Law of Domestic Relations, p. 316.

英法では完全な法律上の親子関係はただその子が法律上婚姻

している両親から生れたか、後で嫡出とせられたところに存するのである。すなわち英法もローマ法と同様に 'The father is he whom the marriage points out' の原理を広汎に認めているのである。そこで英法では嫡出子は婚姻中に生れた者若しくは婚姻解消後相当の時(期間)に生れた者であり、また出生後の両親の婚姻によつて嫡出とされた者をも包含し (Legitimacy Act, 1926, 3. 1.) 非嫡出子または庶子は法律上の婚姻の下に生れない者またはたとい生れたとしても子の母親の配偶者によつてもうけられた者でないことが立証された者である者を意味する。

(註四) ソヴィエット婚姻親族後見法(一九二六年)第二六條は「親族相互の権利は血統に基く。婚姻外の父母より生れたる子と雖も婚姻中の者より生れたる子と同一の権利を享有す」と規定し、私生子の差別的取扱を撤廃している。

(註五) 中川博士編註親族法上二九二頁。

(註六) 同

(註七) Vernier, American Family Laws, p. 148.

Common Law の下にあつては法律婚の下において懐胎若しくは出生した子は嫡出子であるという強力な推定がある。かかる規定はもちろん明らかに事実上の推定として正当づけられてゐる(註三参照)。

Jenks' English Civil Law, p. 1058.

Eversley's Law of Domestic Relations, p. 317.

英法は Pater est quem nuptiae demonstrant と云ふロー

マ法の諺を父性の推定として採用している。すなわち換言すれば、婚姻中の妻の子は嫡出子と推定せられる。この推定は子が婚姻式後或る期日に出生の場合のみならず、懐胎が婚姻中に生じなかつたほど短期間中に出生した場合にも有効である。上述の所によつて知ることができるように、わが國においても「父が何人なるかは婚姻の示すところに従う」というローマ法の諺に従つていられるといわれる（註三参照）。

（註八） 佛民法第三一二條は父子関係の存在を立証することの困難なところから、夫婦は同棲し貞節なることを推定しての規定である。独民法第一五九一條・第一七一條七條参照。

（註九） 梅博士著民法要義二四〇頁以下参照。

博士は「婚姻成立ノ日より二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日より三百日内ニ生レタル子ハ婚姻中に懐胎シタルモノト推定ス」とする「この日数は医科大学に命じ調査せしめたる所にして勿論稀には三百日前若くは三百日後に生れる者なきに非ずと雖も、これ固より例外に属するが故に、法律の推定としては二百日内に生れたるものを以て婚姻中に懐胎したる者と推定するを妥当としたるなりと述べられている。

（註一〇） 昭和三・一二・六 大判民録一七五六頁。

中島博士著 民法釈義 四七九頁。角田教授著 日本親子法論 二二〇頁—二二五頁。

（註一一） 岡村博士著 親族法五六三頁。穂積博士 著親族法 四二二頁。角田教授著 日本親子法論 二二五頁。

（註一二） 中川博士編 注釈親族法上 三〇六頁。

最高裁 二五（才）三二三号参照（昭和二九・一・二一）

（註一三） 法学志林 四三卷二号 二頁。

（註一四） 「フランスでは最初婚姻前から懐胎子があるに拘わらず、婚姻がなされた場合には懐胎子に対し夫が默示の認知をなしたものと解し、この場合婚姻と認知とを同時になすことによつて後婚準正と見て、別に父性推定を受けなくても、子はこれを準正嫡出子とする見解をとつていた。しかし後にはこれを改めてこの場合は出生によつて当然嫡出性を取得するものと解するようになった。同様にわが國でもフランス法を継受した関係上、親子法は最初フランス法と同様な見解をとつていたが、今日では婚姻中の出生子は準正嫡出子ではなく、生來の嫡出子と解せられるようになった。法律学体系法學理論篇81親子二六頁参照

英法でも男が懐胎中の女と婚姻するならばたとい女がその男によつて懐胎させられたとせよ又は他の男によつて懐胎させられたとせよ、子が出生の時はその出生子はその男の子と推定せられ、反証が挙げられるまではその男の嫡出子とする。若しその男が婚姻前にその女についての事情を知つていたという証拠があるならば、その懐胎子は男のものであるという強力な推定が生ずる。何んとなればその男がそんな境遇にあることを知つてた女と婚姻する場合には男はそれが自己の子であるということを最も眞面目な行爲によつて認めているものであると考へてよいからであるという見解がとられていゝ（Eversley's The Law of Domestic Relations, p.316）。