

非嫡出母子関係について

安 部 弘

出子の地位を明らかにしようと思う。

二

わが国では律令以来、親子法には嫡庶の区別が行われ、両者の間には相続法上における地位の相異が多少存していたことはこれを否定することができないのであるが、これは今日の嫡出子と非嫡出子との相続法上の地位の相異のように著しいものではなかつたといわれる。もつとも、封建時代のわが国固有の家族法は、家の継続を重んじていたため、嫡妻の外に妾をも認めて嫡子がなければ妾腹の子であつてもこれを庶子と呼び、男子であれば家督を相続させることは当然のこととし、その相続法上の地位を認めていた。したがつて、当時の庶子の名称は単に嫡妻の子と区別するために用いられたものであつて、決して妾腹の子たることを輕蔑する意味を含むものではなかつた。それゆえ、この時代の庶子の地位は嫡子に準ずべき一種の公生子としてきわめて恵まれたものであつて、旧法下の私生子の地位とは格段の相異があつたことが

ここに非嫡出子すなわち民法上嫡出でない子というのは、旧法下で初めに私生子の名称をもつて呼ばれ、後に嫡出に非ざる子という名称をもつて呼ばれたものであつて、婚姻関係にない男女の間を生れた子を意味する。この非嫡子の法律上の取扱は今日国によつて多少相異はあるが、例外は別として一般に嫡出子に比べてその地位が低く冷遇されていることは各国共通の事実である。しかし、わが国の現行制度の下では非嫡出子は諸外国のそれに比べて優遇された地位に置かれていられるといわれる。このことは確かに事実ではあるが、個人の尊厳と人格の平等が保障せられる新憲法の下でこれを嫡出子と比較するとき、非嫡出子の地位は果して十分満足すべきものであるか否かは一に現行親子法の示すところによつて判断する外はない。そこで、本稿ではまずわが国の非嫡出子の発生とその経過を調べ、さらに非嫡出親子関係中特に母子関係の発生とその効果について考察し、母子関係を通して見た非嫡

うかがわれる。けれども、当時の婚外子の身分については、なんら法令にこれを定めるものがなかったので、これを明らかにすることはできないけれども、これがために当時事実上婚外子が存しなかつたことを意味するものではあるまい。

次に旧法では婚外子のことを私生子と呼んだが、この名称は比較的新しく旧幕末期から生れた名称である。明治初年のことではあるが、かの全国民事慣例類集によれば、当時民間では公然と妾を置くことは法制上許されなかつたのであるが、矢張り民間でも婢女などと通じて、これに懐胎させるようなこともあつたらしく、その場合、民間における一般慣習としては、その出生児はこれを嫡庶の区別をすることはなく、多くは戸籍上二男三男としてこれを届出でて嫡出子の取扱をし相続権をも与えていたことがうかがわれる^(二)。したがつて、当時はいわゆる私生子というものはなく、婚姻外の子は多くは戸籍上二男三男として届出られることによつて、相続権を取得し相当恵まれた取扱を受けていたことが想像に難くないのである。そこで、明治六年一月一八日太政官布告第二一号が発せられて、妻妾でない婦女の分娩した子に対しては、ことさらに差別的取扱が行われるとともに、その子と呼ぶのに私生子の名称をもつてするようになった。このため婚外子はこれまで寛大な取扱を受けていた婚外子とは異りこの布告によつて、私生子として取扱われ、婚内子に比べこれまでと異つた著しい法の差別的取扱を受けることになり、私生子は原則としてその自然の血縁に基いて母が一切これを引受けることになつた。したがつて、私生子はこの布告によつて、なんら戸主の同意を得るこ

となく当然母の家に收容されて、その扶養を受け得ることになつたことはいうまでもない^(三)。ただし、この場合男子から自己の子であると認めたものについては、婦女の住所の戸長に請うて免許を得れば、その子はその男子を父とすることができたので、當時にあつても父が認知した私生子は庶子となつたことは現行法と同様であつた。しかし、この制度の下では私生子と父との間にたとい父子としての事実上の血縁関係があることが明らかに実証されても、父の任意の認知がない限り法律上の父子関係は生じなかつたから、当時の私生子は父の搜索は許されなかつたし、全く甚だしい冷遇を受けていた訳である^(四)。もつとも明治初年の頃は未だなお一夫多婦制であつて妾が公認せられ、その分娩した子は一種の公生子として取扱われたから、当時私生子として特に差別的待遇を受けていたのは妻妾でない婦女によつて分娩せられた子であつて、しかも、庶子として父に認められない者であつたのである。けだし、明治三年一二月の新律綱領五等親図に定めるところによれば、妾は二等親・その子は三等親であつて、法律上これを庶子と呼び、明治一五年一月一日旧刑法が施行されるまでは、庶子は一種の公生子として取扱われていたからである^(五)。したがつて、当時の妾の子は一般的に父の認知をまたずして一種の公生子としてその地位が認められたから、その出生によつても当然父の子すなわち庶子としてその扶養を受け、また嫡出女子に優先して父を相続することができたことは言をまたない^(五)。ところが、上述のように、旧刑法の施行によつて妾制度の廃止に伴い、その身分が公認されないようになるに及んで、妾腹の子であつて

も父がこれを認知しない者はすべてこれを庶子として取扱わず、妾以外の婦女が分娩した子と共に私生子として取扱われ、その地位は父に認知されない限り妾腹たると否とによつてなんら區別されないようになった。

ところで、一方わが国では明治政府の成立以来、先進西欧諸国の法律制度を輸入して、近代的な民法典の制定を志し、その編纂に着手して、ついに旧民法の制定を見るに至つたのであるが、これはわが国の実情に即しないとして朝野の激しい反対にあつたのでその施行は延期となつてしまつた。そこで新たに範をドイツ民法第一草案にとつて、その編纂に着手し、これが制定施行されたのが明治三十一年の現行民法である。この民法は戦後親族編相続編およびその他の一部について改正が行われたけれども、当時この民法の制定によつてわが国の民法典は一応整つた法典の形式を備えたものとなつた訳である。そこで、この民法の下において親子関係ことに非嫡出親子関係について見るに、当時の民法（すなわち旧法）では、非嫡出子は私生子の名称をもつてこれと呼んだが、特に父に認知されたものは父子関係においてはこれを庶子と呼び、その地位は旧法施行以前よりはるかに向上していた。旧法第八二七條によれば「私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得」たが、この場合父が認知した私生子はこれを庶子として待遇したから私生子の地位は一般に向上した訳である。その他私生子は父または母に対して認知を求めるときもでき、また、私生子の父または母が任意に認知しないときは、強制認知の請求をすることもできることになつたので、これまで禁じられていた「父

の搜索」も旧法の施行によつて初めてできることになり、従来の主観主義から客観主義への移行の第一歩が印され、私生子の認知制度が確立した訳である。そこで、この認知制度の確立によつて、明治六年以来禁じられていた父の搜索が解かれ、私生子は自由に父の搜索ができることになつたけれども、当初は私生子の父に対する認知請求は父の生存中に限られていたので、父の死後はたとえ如何なる方法によつても、最早認知の請求をすることができなかつた。そこで、これに対しては旧法第八三五條の改正が行われ、昭和一七年三月一日から父または母の死後三年以内は父の搜索ができることになつた。このほかかねて私生子の精神上および社会上の苦痛不利益を考慮して、その名称の廃止が提唱せられていたのが（六）、これは同時に「嫡出ニ非サル子」と改正せられ私生子の待遇改善の措置がとられたことは私生子の地位の向上が図られていた証拠といわなくてはならない。また、昭和二年の民法の改正においては、さらに庶子の名称も廃せられて、実子は「嫡出子」と「嫡出でない子」との二つに分けられることになつた。したがつて、新法の下ではこれまでの私生子および庶子はすべて「嫡出でない子」の中に含まれることになつた。これらのことは非嫡出子に対する待遇の改善には違いないが、主として内容を伴わない形式上の改善に過ぎないので、なお非嫡出子をめぐつてその保護救済その他地位の向上に関する幾多の問題が考えられ、したがつて、これらの問題をめぐつて親子改正法の強い要望がある。

三

旧法で私生子と呼ばれていた非嫡出子は西欧諸国においても早くから一般にひん斥されていたが、ことに近代以前の西欧諸国の私生子法はキリスト教の一夫一婦制の婚姻を尊重する思想の影響を受けて、一般に私生子を虐待する傾向が強かった。このことはフランスに例をとつて見てもその一端をうかがうことができる。ところで、わが国の民法はいうまでもなく、フランス民法の流れを汲んだものであるが、それにも拘わらず、非嫡出子に対する取扱は諸外国のそれに比較してはるかに優遇したものであることは一般に認められるところである(八)。けれども、現行制度の下において、非嫡出子に対する待遇改善の余地は全くない訳ではなく、なお非嫡出子の生存権の確保と保護育成に関しては、幾多重要な未解決な問題が残されている。

現行民法の下では、非嫡出子はその出生によつて当然その父母と親子関係に立つ嫡出子と異り、私生親子関係の発生に関しては別に嫡出子のように推定規定がないから、単に出生という事実の発生のみをもつては法律上の親子関係は生ぜず、さらに、父または母の任意の認知ないし法律によつて認知すべきことを強制する裁判上の強制認知があることを要する。ただし、母についての考察は本節の主題目である関係上後述することとする。したがつて、非嫡出子であつても父母の双方に認知されないものとはもとより、認知された非嫡出子であつても、単に母のみに認知されたか父のみに認知されたか、あるいは父母の双方に認知されたかによ

つて、その法律上の効果も多少異なることはいうまでもない。そこで、本節では非嫡出母子関係の発生とその効果について考察し、さらに非嫡出子の法律上の地位を考えて見よう。

まず非嫡出子が母に認知された場合について考えるに、外国の立法例の中には非嫡出母子関係は母の認知をまつまでもなく、子の出生によつて当然発生する旨を定めるものもあるが、現行民法第七七九條(旧法第八二七條)はただ「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る」と規定するのみで母子関係の発生に關し別に明定するところがない。そこで、母子関係の発生についても母の認知を必要とするか否かについてはこれまで二つの説がある。一は当然母子関係法認説であつて他は要認知説である。前者は非嫡出子とその母との母子関係は分娩の事実によつて当然生ずるとするから、その出生の事実さえ立証されるれば、特に母の認知という意思表示を必要としないのであつて、母の認知を要するのは棄児の場合だけである。そして、その場合の認知もこれによつて親子関係を発生させる行為ではなくして法律上すでに存在する親子関係を確認するものに過ぎないと解する(九)。そして、この説をとる者は民法の規定がもし母の認知によつて非嫡出母子関係が生ずるものとする趣旨ならば、母についても父と同様に胎児を認知し得るものと規定し、母の出生届出を為したときは認知の効力を生ずると規定すべきであるとする。それにも拘わらず、民法にはなんら規定がない。これは母子関係の発生に母の認知を必要としない趣旨であるからであると解し、もし母子関係の発生に母の認知を必要とするときは、母の分娩後死亡したと

きは母子関係は生じないことになるという。これに對して、後者は非嫡出子とその母との間の母子関係も、また母の認知によつてのみ發生すると解する(二〇)。そして、この要認知説をとる者は非嫡出子はその母とはたとえ生理的には親子関係があつても、その出生の事実のみによつては未だ法律上の母子関係が發生するものではなく、民法第七七九条(旧法第八二七條第一項)に基いて母の認知によつて初めて母子関係が生ずるものであると解する。しかし、實際においては、母の認知ということは棄児のような場合を除いては、ほとんど行われぬことであろう。それで、旧法の下では判例は母が子の出生届出をした場合には、旧戸籍法第八三條の父が非嫡出子出生の届出の効力に関する規定を類推して、母の出生届もまた認知の効力を生ずる法意であるとし、その後判例もこの見解をとつてきた(二一)。

ところが、その後、大審院もついにこの說に行き詰つて、子の出生届を出さなかつた母に對し、たとえ法律上の親子関係はなくとも事實上その子を分娩した以上、扶養義務の關係においては「直系尊屬として扶養義務を負うべきものと」し、これまでとは異つた見解の下に上述のような内容の判決を下すに至つた(二二)。このように、これまで要認知説を支持してきた大審院がなんら母子關係の發生に関する要認知説の前提要件たる認知の問題に触れずして、直接に子の事実上の母に對して直系尊屬としての地位だけを認めて、前記判決を下したことは、これまで堅持してきた要認知説を放棄した余りにも飛躍的な理論構成による判決であつて、これに對してはとかく非難の聲がある(二三)。

ところで、次にこの母子關係の發生に関連して考えられることは、非嫡出子の氏・認知の效果として生ずる親權・婚姻同意・扶養および相続等に関する問題である。これらの諸問題について新旧両法を比較して考えるに、氏については、旧法では非嫡出子は母が戸主でない限り母の家の戸主の同意がなければ、母の氏を称することができなかつた(旧法第七三條第一項)。それで、もし戸主の同意がない場合は非嫡出子は一家を創立する外はなかつたのである(旧法第七三條第二項)。ところが、新法では「嫡出でない子は母の氏を称する」と規定するのみで、別に非嫡出子の氏に関するその他の事項についてはなんら規定するところはない(民法第七九條第二項)。したがつて、非嫡出子が母の氏を称するには、家族その他の者の同意を得る必要も、またその他事情を顧慮する必要もない。それだけ、新法は旧法に比べて氏の問題については寛大な取扱を行つてゐる。このことはたしかに非嫡出子の地位の向上と見てよいであろう。しかし、これらの問題はすべて母子關係の發生を前提として考えられることであるから、非嫡出子とその母との間の母子關係の發生について要認知説をとるかあるいは当然母子關係法認知説をとるかによつて、非嫡出子の氏をめぐつてなお問題が残つてゐる。もとより、非嫡出子と母との間の母子關係が子の出生によつて当然發生すると解する說に従えば、非嫡出子とその母との間の母子關係は非嫡出子の出生によつて当然發生するから、この場合子が母の氏を称することは当然のことである。しかし、非嫡出子と母との間の母子關係は母の認知によつて初めて生ずると解する說に従えば、たとえ、非嫡出子と母との間に事実上の母子關係があつ

たにせよ、法律上の母子関係の発生には母の認知を必要とするから、母の認知がない限り子がその出生の事実によつて当然母の氏を称するとするのは論理の飛躍であると解せられる(二四)。そこで、要認知説をとる者は母の認知はその出生届に含まれると解し法律上の母子関係およびそれに基く母子間の法律上の一切の権利義務関係は母の認知によつて生ずると解する。

もつとも、要認知説に従うとしても、民法第七九〇条第二項には「嫡出でない子は母の氏を称する」と規定され、また、戸籍法第五二條第二項には「嫡出でない子の出生の届出は原則として母がこれをしなければならぬ」と規定されて非嫡出子の出生届出は母に対する公法上の義務として課せられている。それで、非嫡出子の出生届は母がするのが当然であり、しかも、医師、助産婦またはその他の者が出産に立会つた場合には、その出生届書には医師・助産婦その他の者は、その順序に従つてそのうちの一人が命令の定めるところによつて作成する出生証明書添付しなければならぬから、普通の場合母の認知が問題となることはあるまい(戸籍法第五二條)。しかし、時によつては母が死亡その他のために出生の届出をすることができない場合もあるから、そんな場合は戸籍法第五二條第三項の規定によつて、同居人・出産立会の医師・助産婦その他の者はこの順序に従つて出生の届出をしなければならぬ。それで、これらの者のいずれかが母を指示して出生の届出をし、もしその場合、母の認知意思を認め得る場合は、これによつて非嫡出子と母との間に母子関係を認めることができるから、要認知説をとつても、この場合は非嫡出子も容易に母の氏を

称し母の籍に入ることができよう。しかし、母の認知意思を認め得ないときは問題である。また、母が意識的に子の出生の届出を拒否する場合もないとは限らないが、そんな場合には非嫡出子の法定代理人は認知の訴を提起することができるから、これに対する判決によつて母子関係の存否が決定されるので、自然非嫡出子の氏問題も解決がつくことになる(民法第七八七條)。とかく、出生の届出については戸籍法上正当な理由がなくて期間内になすべき届出をしない者は、法の制裁が加えられることになつてゐるから、苟しくも真実の母である以上、非嫡出子の出生届出を回避することは父の場合と異つて殆んどその余地はあるまいとしても、子が母に全然認知されない場合はないとは断言できない(戸籍法第一二〇條)。もつとも、旧法の下では「父母共ニ知レサル子ハ一家ヲ創立シたので父母の認知が得られない場合は非嫡出子は一家を創立することができた(旧法第七三三條第三項)。けれども、新法にはこのような規定がないだけに非嫡出子の氏をめぐつて問題が残されてゐるように思われる。そこで、非嫡出母子に関する諸問題の解決はまず非嫡出母子関係の発生が明定されることが前提要件となるのではなからうかと思われる。

以上非嫡出子の発生に関する要認知説の概要についてふれたつもりであるが、これと比較考察するために次に当然母子関係法認説に対するこれまでの批判やそれに対する見解その他について述べて見よう。

(一) この当然母子関係法認説に反対する者は、この説では子の出生の事実さえ立証できて明らかになれば、当然法律上母子関係を

認めるべきであるというが、これは明らかに民法の規定に反するという(二五)。けれどもその規定中に父の認知と相並んで母の認知を認めるのは母の認知が棄児・迷子等のように事実上親子関係の不明な場合に親子関係の存在を認める行為を予定しての規定に外ならないのであつて、これがためなら民法の明規に反するとは解せられないではなからうか。民法施行前からすでに非嫡出子は妾腹子と妾以外の婦女の子とに分つて、前者は父母の認知を要せず、当然父子・母子関係が生ずるとし、後者は母子間には当然母子関係が生ずるとした。この点は民法制定に当つても十分考慮せられたことであらうし、母子関係の発生に母の認知を必要とされなかつたのではあるまいか。

(二) 要認知説を支持する者は前述のように母が出産前に急死したときは、戸籍法第五二条によつて同居人または出産に立会つた医師・助産婦等が判明している母を指示して出生届出をし、また母が出生届出を拒否したときは、民法第八四一條・第七八七條の規定によつて、その法定代理人の申請により家庭裁判所が選任した後見人がその子の法定代理人として認知の訴へを提起するから、前記二つの場合は当然母子関係法認説支持者のいうような問題は起らないと反駁する(二六)。しかし、思うに現実に母子関係が存在するような明瞭な事実があるに拘わらず、なお母が認知しない限り母子関係は発生しないとするのは、子の利益を保護する所以ではなく、また個人の尊厳と人格の平等とを保障する憲法の趣旨にも反し非嫡出子を保護する所以ではないと思う。

(三) 思うに、父子関係は母子関係の場合のように出生の事実によ

つてこれを容易に認定することはできない。したがつて、民法は特に父についてはその認知という要式行為を必要とする旨を規定しているのであつて(民法第七八一條、戸籍法第六〇條)、民法第七七九條が「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」と規定しているのは、棄児や迷子のような母子関係の不明なものについてのみ、母の認知をなすことができる旨を規定したのではあるまいか。

(四) 父の認知の場合には届書記載事項が法定されているが、母の認知の場合は届書記載事項が明定されていない。この点から見ても、父の認知は要式行為であるのに対し、母の認知は事実行為的のものであると解しなければならないだろう。また特に旧戸籍法第八三條のように父の出生届出をもつて父の認知と認めるというような規定がない現行法の下では、何を類推して母の出生届出をもつてその認知と看做すか。それで、要認知説をとる者がいうように母の出生届出をもつて子の認知と看做すことは理解できない。

以上のべたところによつて、次に当然母子関係法認説と要認知説とを比較すれば、両説とも一長一短あつてその正否は簡単には決定できないが、非嫡出母子関係の発生に関する規定がない以上、現行法の下では当然母子関係法認説に従つた方がより無難ではないだろうか。

要するに、非嫡出子およびそれと母との間の事項に関する諸問題の解決には、まず母子関係の存否が認定されることを要する。したがつてこの場合母子関係の発生が明定されることが前提条件

となることは否定できないであろう。それで、わが国でも非嫡出母子関係の発生に関する瑞西民法第三〇二條のような「私生子関係は出生により子と母との間に発生する」というような内容の規定が設けられることが望ましいことは、多くの学者の一致した意見である(二七)。

上述のように、非嫡出子は母子関係の発生によつて当然母の氏を称し母の戸籍に入るが(民法第七九〇條第二項)、さらに、母の親権および婚姻同意権にも服する(民法第八一八條第三項)。親権に

ついては、旧法の下では非嫡出子は父の認知によつて父の家に入り(旧法第八三二條第一項)母とは家を異にすることになつて、これまで

母が行つてきた親権もそれが子の利益になると否とに拘わらず、父がこれを行行使し(旧法第八七七條第一項)母は不本意ながらこれに忍従

しなければならなかつた。これに反し新法の下では非嫡出子の親権者は原則として母であるから、母のみが認知した場合はもちろん父母の双方が認知した場合もまた当然母が子の親権者となることはいうまでもない(民法第八一九條第一項第三項)。そこで、この場合父

の認知した子に対する親権は父母の協議で特に父を親権者と定めない限り、父は子に対する親権を行うことができない(民法第八一九條)。それで、これを子の保護育成の見地から考えれば、新

法が原則として非嫡出子の親権者を母に定めたことは、旧法に比べ子の利益を保護するため母の親権に服する機会を子に与えたことになるのではなからうか。

婚姻同意権についてもまた新法では旧法のように、非嫡出子は戸主の家族としてその同意権に服したり、成年に達してもなお法

定の年令に達するまではその家にある父母の同意権に服する必要はなく、ただ未成年の場合のみその婚姻同意権に服すれば足りる(佛民法第一五八條參照)。そして、この場合この同意権に服せずして婚姻しても、いつたんそれが成立した以上は有効であつて、旧法の場合のように同意権者からその取消を裁判所に請求されるようなこともないから、この点については確かに非嫡出子の地位は旧法の場合に比べて向上したことがうかがわれる(旧法第七八三條、同第七七二條)。

次に非嫡出母子関係の発生の効果として考えられることは、扶養・扶け合いおよび相続に関する権利義務の問題である。すなわち、非嫡出子は母子関係の発生によつて、母およびその直系尊属とは直系血族として、また母の実子および養子とは兄弟姉妹として互に扶養をする義務を負い、また直系血族および同居の親族とも互に扶け合う義務を負う(民法第八七七條同第七三〇條)。

もつともこの扶け合いの義務は旧法には見られなかつた義務であるが、特に非嫡出子のみに課せられた義務ではないから、非嫡出子の地位に重大な影響を与えるものではない。

非嫡出子の相続については、非嫡出子も母との間に母子関係が発生した以上、たとい父の氏を称しその親権に服しようが、母が死亡した場合には当然その直系尊属として、嫡出子と同順位で相続人となる(民法第八八七條)。もつとも、現行民法は相続については諸子均分相続制度を採っているが、非嫡出子についてはその相続分は嫡出子の相続分の二分の一と定めているから、未だ新

法も旧法と同様に相続法上の差別的取扱を行っているのである(民法第九〇〇條)。これはもとより一夫一婦制の婚姻尊重の思想の影

響を受けているものであつて、かように非嫡出子をとさらに差別的取扱をすることは、その出生が子自身の行為に基くものでないだけに、親の責任を子に転嫁することになり、これが如何に非人道的であつて憲法の精神に相反するものであるかは言をまたないところである。

四

わが国では明治初年非嫡出子が私生子の名称の下に嫡出子と區別冷遇されて以来、婚姻以外から生れた子はたとえ内縁の夫婦の間に生れた子であつても、野合から生れたものとしてこれを虐待したことは上述の通りである。けれども、子の出生それ自体は非嫡出子の責任において生じたものではないから、たとえ非嫡出子を冷遇しても親の行為を改めさせて子の利益を確保させることはできない。それゆゑ、法の下での平等が保障される新憲法の下では親子の法の改正が行われない限り親をしてその非行を改めさせて子の保護育成を図らせる外はあるまい。もつとも、これまで非嫡出子の保護と地位の向上は図られてはきたが、嫡出子に比ぶれば未だ法の平等な待遇を受けていないことは明らかな事実である。思うにこれまで非嫡出子の地位の向上に対する障害の一となるものは一夫一婦の婚姻制度であらう。しかしこの制度は独りわが国だけでなく今日の多くの文明国が採つてゐる制度であつて、この確立は人類社会の法秩序を維持し、社会の発展と人類の福祉増進に寄与するところがきわめて甚大であつた。そこで、現行制度の下では人格平等の見地から非嫡出子の保護と地位の向上を図るためには家族生活における嫡出子と非嫡出子との間に設けられている障壁たる法律上の差別待遇を撤廃して平等主義に徹底するか、もしくはこ

れに近ずき両者の適当な調和が図られることが必要ではないだろうか。もつとも、非嫡出子を嫡出子と平等に取扱うことは、社会の性秩序を乱し一夫一婦の婚姻制度を根底から破壊することになる恐れがないかと懸念する者もある。けれども、これは教育による理性の発達と法律婚制度の緩和とによつてこれを防止することができないだろうか。民法の改正によつて婚姻の届出制度の緩和は家の廃止と相まつてこれまでの内縁関係を余程減少させたけれども、なお内縁関係から生れる非嫡出子を絶滅させることはできない。そこで、この事実婚から生れる子を保護するためにはそれを認めるための簡易な方法を探ることが必要ではあるまいか。それには戸籍制度の改正による届出の簡易化も必要であらう。その他非嫡出子が社会のひん仄を受けず嫡出子と同じく温かい社会の愛情に浴して、心身共に健全なかつ明朗な少年として完全に育成されるためには、認知制度を改めかつ不貞の抗弁はこれを制限して、いやしくも懐胎期間中に行つた性関係の当事者に対しては、その責任を分担させることである。そして、その責任についても現行法のように認知した父に対して非嫡出子の全生涯にわたつて親子関係から生じた効果を負担させず、子が一定年令に達するまで経済的援助を負担させるほか、国家においても社会福祉施設を拡充整備して、父または母の完全な保護育成を得られない子に対しては、一定年令に達するまで国家がこれを收容して、その完全な保護育成に任ずることが必要ではなからうか。

(一) 全國民事慣例集には「凡ソ民間ニテ公然妾ヲ置クコトヲ許ササル法制ニシテ婢女ニ通シテ拳クル所ノ子ハ多クハ戸籍上二男三男ト称スルヲ以テ別段嫡庶ノ區別ナキコト一般ノ通例ナリ」とある。

- (二) 明治六・一・一八・太政官布告第二一号は「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受タルヘキ事但男ヨリ己ノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戸長ニ請テ免許ヲ得候者ハ其子其男子ヲ父トスルヲ可得事」と定める。また大正五・一・九・法務局長回答には「民法施行前家族ノ私生子ハ戸主ノ同意ヲ要セス当然母ノ家ニ入ル」とある。
- (三) 一八〇四年のナポレオン法典は革命の個人主義に対する反動として、私生子の權利を減殺し私生子の側からする「父の搜索」はこれを禁じた(佛民法第三四〇條)。
- (四) 旧刑法総則編の最終章の「親属例」には妾を親属とし掲げることを除いたが、明治一五年旧刑法の施行によつて妾は親属から除かれ一夫一婦の婚姻制度が確立するに至つた(家族法全集四一六頁参照)。
- (五) 明治初年頃は妾腹子は認知の手續を要せず出生の事實によつて当然庶子たる身分を取得したか否かについては疑問の点がある(角田教授日本親子法論一一二頁参照、大正六・一二・一〇・函館地裁判決参照)。
- (六) 昭和二年の臨時法制審議會の民法改正要綱その一九に「私生子ノ名称ハ之ヲ廃止スルコト」の希望が決議されている。
- (七) 家族法全集史論編一八七頁参照。
- (八) 家族問題と家族法Ⅳ親子二〇八頁私生子参照。
- (九) 中川教授日本親族法三〇三頁角田教授日本親子法論二五七頁青山教授身分法概論一五四頁藥師寺氏日本親族法論六八八頁。
- (一〇) 谷口教授親子法の研究八二頁以下註釈親族法三三三頁以下、大正一〇・一二・九・大民民錄二七輯二一〇〇頁。

- (一一) 大正九・一〇・二三・法曹会決議(法曹記事三一卷四一頁)大正一二・三・九・大・民判集二卷一四三頁。
- (一二) 大判民・民判集七卷一二頁。
- (一三) 註釈親族法三六五頁。
- (一四) 註釈親族法三六四頁。
- (一五) 谷口教授親子法の研究九〇頁。
- (一六) 谷口教授親子法の研究九二頁。
- (一七) 穂積博士親族法四四二頁。
- (一八) わが民法はフランス法の流れを汲むものといわれるが、同民法によれば認知された非嫡出子私生子は嫡出子の權利を請求することは得ないが、認知した父または母の氏を称し、父または母の親権・婚姻同意権に服し、相互に扶養義務を負い、父または母を相続し得るのみならず私生の兄弟姉妹をも相続し得る(佛民法第七六六條)。
- (同 第七五八條)。
- (一九) 独民法では婚外子の父は当該子とは親族關係に立つものではないが、子の保護のため血統の連絡あることを理由として子が満一六年に達するまでこれに母の身分に相應する扶養の義務を負わせ子が一六年に達しても肉体的精神的欠陥により自活できないときはさらに時期を延長しても扶養の義務を負わせている(独民法第七〇八條)。イギリスでも母は普通法上子の扶養義務を負わなかつたのが制定法で母が未婚または寡婦の間は子が一六年に達するまで扶養の義務を負うことになつた。ただし子が結婚すればこの義務は消滅する。また母が結婚したときは夫は子が一六年に達するまでかもししくは母が死亡するまで扶養の義務を負う。(谷口教授 親子法の研究六三頁)。
- Eversley's Law of Domestic Relations, 1951, p. 528.