認知及び準正の性格

仁平先麿

一　はしがき
二　認知及び準正の意義
三　認知及び準正の沿革
　1　ローマ法
　2　ゲルマン法
四　近代法における認知及び準正
　1　フランス法
　2　ドイツ法
　3　日本法
五　認知及び準正の義務
　1　認知義務
　2　準正義務
六　結語

一　はしがき

認知殊に任意認知（reconnaissance volontaire）の性質が要式行為（act solennel）であり、単独行為乃至一方的行為（d'act individuel à act unilatérale）であり、そして一身上の性質（caractère personnel）を持っている事には特に問題はないが、それが意思表示（Willenserklärung,manifestation de volonté）であるか否か、また全く任意的性格（caractère volontaire）を持つべきであるか否かについては問題が存する。前者については多くの学説[1]や判例がこれを積極に解している。しかし、これに反対する有力な学説が存し、これを準法律行為中の観念通知（Vorstellungsmitteilung）であると解している。[2]意思表示説は認知を意欲に基ずく父子関係の創設的性質とみる。故に、認知は認知者の認知の自由を本質と考えるのである。これに対して、観念通知説は認知を父子関係の確認（confirmation）或は宣言（déclaration）としての性質を持つものとみる。この説によると認知の自由性が認知者の意思によって当然認められるべきものとする事に問題を生ぜしめる。意思表示は「法律の規定する一定の私法上の効果を意欲する意思の発表」であると解されるが、[3]効果意思については意思主義と観念主義が対立する。効果意思はその効果を観念するほかに慾望即ち意欲する事を要するが、観念主義はその効果を単に観念即ち認識する事をもって足ると言われる。[4]従って、この観念主義をとる場合には意思表示と観念通知とは極めて接近した意味を持つ事になろう。即ち、観念通知とは、同じく「単なる観念、すなわち知了の表現に対し、法律が一定の法効果を発生せしむる」ものだからである。[5]だが、効果意思には意欲が存すべきであると解する限り観念主義はとり得ず、意思主義をとらねばならないので、意思表示と観念通知とは明確に区別されねばならない。故に、認知がこのいずれの性格を持つかについて吟味する事は、この対立が認知の本質に関する問題である事から極めて重要である。だが、父が子を認知すると否との自由を持っていると考えるならば、結果的にはそのいずれの見解をとっても同じ事になろう。だが、観念通知説は意思表示説よりもかなり事実主義に接近した考えであると言えるので、観念通知説をとる以上認知の自由性を消極に解する結果となるべきである。

客観主義をより撤底するならば、任意認知に対して何らかの修正をなす必要がある。それは父子関係創設の自由の制約という形で表われるべきものと思う。これは認知の自由から認知義務への論理的発展としてみる必要がある。これは届出義務とも関連するが、学説及び判例中にも後述の如く認知義務を認めるものもあるとは雖もかような義務的観念は未だ必ずしも明らかにされているとは言えず、殊に届出義務に至ってはこれを積極に解する見解はみあたらない。故に、本稿では認知自由制約の基礎ずけの見地から認知及び届出の義務性承認への試論をなさんとする。

認知義務の承認は子に父を与えねばならないという必然的要請であるが、それだけでは十分とは言えない。与生者としての父母は子の嫡出化をなすべき責務を負うとみなければならない。それは認知義務の上に更に婚姻義務が要求される事になる。婚外子救済の最良の方法は子の準正をなす事であるから、それは父母の義務として考えねばならないと解する。この点については全くの私見に過ぎないが、だが認知義務の発展は当然に準正義務を要求するものと言わねばならないと思うので、準正義務への試論についてもなす積もりである。

(1) 穂積重遠「親族法」四五四頁、仁井田益太郎「改訂増補親族法相続法論」二二〇頁、野上久幸「親族法」(三省堂コンメンタール叢書)二九一頁、中島弘道「民法親族相続法論」九二一頁、長沼宏有「親族法論」一八二頁、中川善之助「略説身分法学」(追補版)一七四頁。フランスの学者も認知を法律行為(acte juridique)とみている(G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, t. I 2e vol., 1967, n° 375)

(2) 薬師寺志光「私生子認知の真意義(二)」(法学志林第四二巻第三号)三頁、菅原眷二「真実に反する私生子認知の無効主張(判批)」(法学論叢第九巻第三号)一〇六頁、近藤英吉「親族法講義要綱」一三〇頁、野田孝明「親族法講義案」一四六頁、中川＝青山編「親子」(実用法律事典)四三頁、谷田具三郎「親族法」九六頁、鳩山秀夫「法律行為乃至時効」(註釈民法全書第二巻)二四頁。なお、これは次第に有力になりつつある(谷口＝於保編「民法概説3(親族相続)」八六頁)。

(3) 中村宗雄「民法総則」一六三頁、一七五頁。

(4) 中村、同書、一七八頁、岡松参太郎「法律行為論」一〇五頁。

(5) 中村、同書、一七〇頁。

二　認知及び準正の意義

認知制度及び準正制度は、いずれも子に嫡出子(legitimate child, enfant légitime, eheliche Kind)と非嫡出子(illegitimate child, enfant naturel, uneheliche Kind)の二つの身分的差別が存在する事により存置される長い歴史を持つ法制度である。子(胎児を含めて)はすべて懐胎及び出生の時に必ず父母を有する訳であるが、母子関係の存在は明確に知り得るとしても、父子関係は必ずしも明らかではない。故に、父母が婚姻関係にある場合とそうでない場合とでは、父子関係存在の認定についての法の態度が異なっている。前者では夫婦は相互に守操義務(obligation de fidélité)を負う事から(フ民第二一二条参照)、婚姻中の懐胎乃至出生に対して父性推定の効力を認め、また、仮にこの義務違反があっても、婚姻出生子は一応夫の子であると推定する事が、婚姻関係の安定の上からも好ましいので、かかる子は夫の嫡出否認(日民第七七四条以下、フ民第三一二条第二項、第三一三条—第三一五条、第三一七条、ド民第一五九三条、第一五九四条第一項、第一五九五条、第一五九五条a、第一五九六条—第一五九八条、ス民第一五三条—第一五六条)により、或は親子関係不存在の確認訴訟又は調停によって、夫の子である事が否定された時にのみ、父子関係の不存在が認められるにとどまる。これに対して、後者では婚姻出生子でさえ、その父子関係の存在が必ずしも認められない場合が存するのであるから、まして婚外出生子の父子関係の存在は通常不明である場合が多いとみられ、従って、婚姻出生子に対しては一応その父を与え得ても、婚外子にはその父を推定する事が出来ず、そのままでは父を与える途がないと解されるのである。

婚外子に父を与える手段には立法論としてはいくつかあるが、認知が最も重要視されている。わが国を初め、多くの国々では、認知を私生父子関係発生の唯一の手段としている。[1] 故に、認知法は非嫡出子の運命並びに法的地位を根本的に左右する事になる。だが、認知制度を如何に改めても、それは婚外子に父を与えるに過ぎず、子はあく迄非嫡出子という嫡出子に劣った身分しか認められない。罪なき子を非嫡出子として差別待遇する事は、子にとって極めて酷であると言え、それは憲法第一四条第一項の定める法の下の平等の原則に違反しないかの問題さえ生ずる。[2] 非嫡出子の身分向上の要請は、非嫡出子の嫡出化であると言わねばならないが、しかし、これを無条件に認めると、父母の性関係が婚姻であるか否かという取扱いの差異を無意味たらしめるばかりでなく、婚姻に最高の価値を付与する一夫一婦の婚姻制度を無視する事にもなり、婚姻法と親子法との有機的関連を切断せしめて、両者を別異の制度たらしめる

二　認知及び準正の意義

危具さえ生ぜしめよう。従って、非嫡出子の嫡子化は一定の制約を持たざるを得ないと言える。

婚姻尊重がなされる限り、非嫡出子保護は制限される事になるが、この両者の対立は容易には解決されない所謂「永久のジィレンマ」であろう。かかる両者の対立の調和をなすのが準正制度である。だが、婚姻を条件とする限り準正制度は非嫡出子保護よりも婚姻尊重に重点がおかれざるを得ない。非嫡出子保護を力説するならば、例え父母が婚姻せずとも子の嫡出化が認められるべきであろう。勿論、これは前述の如く一定の限度内においてなされねばならないが、非嫡出子の中殊に内縁出生子についてそれが強く要求される。[3] かかる場合は法律婚主義を捨てて判例法上事実婚主義をとる事を主張する学者もいる。[4] 民法上内縁についての規定をおかない限りかように解する必要もあろうが、内縁出生子の嫡出化を明文によって定めるのがよい。勿論、これは婚姻による準正が婚姻奨励としてもつ機能[5]を減少させる事になろうが、内縁が準婚として比較的厚く保護される以上、それを内縁夫婦に限って子には全く何らの救済をも与えないとすれば、公平の原則に反する事になる。

認知も準正も非嫡出子のみに関する問題であって、前者が私生父子関係存在の確定を志向し、後者が嫡出子の身分創設を志向する事から、両者は非嫡出子の利益保護乃至法的地位の向上に奉任する制度であると言えるが、いずれも子が未成熟である場合において特にその意味を有する。認知では子の父に対する扶養請求権が重要視され、準正では子が嫡出子として養育される事が重要視されるからである。非嫡出子の救済方法としては、認知や準正のほかに、養子縁組やフランス民法の認める身分占有（possession d'état）等の制度が存するが、認知及び準正が実親による当然の策であるところに、この両者の特質がある。養子縁組や身分占有は準正と同じく、子の嫡出化制度であるが、両者は所謂擬制的親子関係の創設による効果として認められる点で、準正とはその意義が異なる。準正による嫡出子は婚姻出生子と同様にみられるが、前者が準正の行われた時から子の嫡出化がなされるのに対し、[6] 後者は父の認知も不必要で、原則として子の出生それ自体によって直ちに（届出をまつ迄もなく）嫡出子となる点で両者は異なる。これは準正が法の恩恵[7]（bienfait de la loi）とみられる事からくる一種の差異であると言えよう。認知が子の出生に遡って（rétroactif）効力を有しながら（第七八四条本文）、準正はそのような遡及効が認められない事については問題も存しよう。殊に、認知準正（第七八九条第二項）については、父母の婚姻が先行し、後の認知が遡及効を有する事から、子の出生時に遡及して嫡出性を認めるべきであろう。[8]

準正は婚姻準正にしろ認知準正にしろ、認知を不可欠とするので、認知は準正をなすための基礎となり、準正は認知の上に認められる事になる。認知と準正は一応別個のものであっても、両者は不可分の関係にある。準正は認知と婚姻の結合にほかならないからである。

認知は、自然的親子関係がそのまま法的親子関係として承認されないところに、その存在の根元がある。確かに、婚外子は婚姻出生子よりも、その父子関係存在の推定をなす事は容易でない場合が多い。しかし、婚外性関係でも、婚姻による場合と同様にその推定をなし得る場合もあり、殊に内縁においては父性推定を否定する事は妥当ではなく最高裁も近時かかる推定を認めている（昭和二九年一月二一日判決民集第八巻第一号八七頁）。婚外出生子と雖も自然的父子関係は法律的にもそれが認められるべきであるとの考えから、[9] 可能な限り認知をまたずに父を定め得る途を認める事が、子のための親子法の精神から要請されるのではないだろうか。かかる考えは事実主義の採用乃至少なくともそれへのアプローチを意味する

のであるが、親子関係が身分関係の中でも殊に血縁の事実を基礎として形成されるべき事からすれば、その試みを積極的になすのがむしろ当然であるとさえ言える。

事実主義と認知とは理論的には相反関係にある。事実主義化はそれだけ認知制度存在の意味を減少させ、認知を不必要なものとさえする。事実主義をとるドイツ民法（第一七一七条第一項）は認知を無用化している。事実主義が撤底しない場合にのみ認知が必要であるに過ぎないから、認知制度の運命は事実主義化によって危うくされるであろう。事実主義は認知制度に比して父子関係存在の証明の点で極めて問題となるが、非嫡出子の父性認定方法としてはこれが最も妥当であると考える。[10] 母子関係は学説も、また判例も昭和三十七年の最高裁によって（同年四月二七日判決民集第一六巻第七号一二四七頁）大体当然出生主義即ち事実主義を採用しているが（ス民第三〇二条第一項は「嫡出でない親子関係（das ausserehelliche）は出生によって母子の間に発生する」と定める）、父子関係は未だ事実主義を採用していない（ス民第三〇二条第二項は「父子の間においては認知または判決によって（親子関係が）確定される」と定めており、事実主義不採用国は大方かようにみられる）。しかし、事実主義の排斥が許されない場合のある事を看過してはならない。コリン及びカピタン（Colin et Capitant）は「血族関係の自然的事実（le fait naturel de la parenté）によって、婚姻障碍（l'empêchement au mariage）と生んだ子に対して親としての扶養と教育の義務（l'obligation d'aliments et d'éducation）が生ぜねばならない。この義務は我々には自然法の無条件の表現（l'expression pure et simple d'une loi de la nature）のように思われる」[11] と言っている。そして「すべての類（espèce）においては、命令的な本能（un instinct impérieux）が、生殖者（procréateur）の生んだ者をその完全な発達に必要な期間保護し、養育する事を強制する」[12] と言い、更に「この法律は人間に関する場合に特に必要である。何故ならば、人間の形成（la formation de l'individu）に必要な期間はそれが属する類の向上に正比例しているからである。人間が養育され、保護され、教育される必要のある期間は何年も長引くのである。この義務を怠る事は、親にとって自然法の違反（la violation d'une loi de la nature）となり、それについてはよき立法者はすべて出来るだけ厳格に処罰を定めた適法なる法を制定しなければならない。かくして、一面では親子関係の立証は無差別に（sans distinction）子に対して容易になされねばならない。私生子の親は出来る限り扶養及び教育の義務を免れるための直接或は間接の方法を持つべきではない」[12] と言う。非嫡出子の父子関係存在の事実によって、右の如く婚姻障碍を認めるべき事は異論がないであろう。だが、扶養義務や養育義務を認めるべきであるかは問題である。即ち、認知制度を認めながら、認知なくしてかかる義務を認める事は、実質的には認知制度を無用化し、事実主義の採用と同様の効果を生ぜしめるからである。しかるに、マゾー（Mazeaud）も事実上の親子関係（filiation de fait）に基いて扶養義務を認める。[13] また、プーフェンドルフ（Pufendorf）も親の扶養義務は自然それ自体によるばかりでなく、子等を生んだ彼等自身の固有な行為（their own proper Act）によって生ずるものとみており、[14] それは嫡出子は勿論、私生子や乱倫子（incestuous Issue）に迄認めるべきだという。[14] かくして、近時認知なき父に対する扶養義務を認める傾向があらわれている。事実主義をとるドイツは勿論、フランス、イギリス、アメリカの諸州、フィンランド等でみられ、わが国でも下級審ではあるが認知前の父に扶養義務を認めた判例がある（東京控判昭和九年五月一一日法評第二三巻民法五六〇頁）。このように、事実上の父子関係に対して一定の効果を認める事になれば、非嫡出子の救済はより一層なされるに至る。だが、その効果は法的父子関係の効果全般に及ぶのでないので、これによって満足する事を得ない。事実主義が十分行われない以上は、認知法の解釈によって、出来る限り認知制度の欠陥を補充する事が必要である。

二　認知及び準正の意義

認知については父の意思支配が極度に尊重されてきたのであり、従来は認知は父の自由な意思によってなされるべきだとする主観主義的認知観が支配的であった。しかし、禁治産者に対する認知や死後認知（reconnaissance post-hume）が認められて、客観主義認知法へと移行した。今日では、認知制度の本質は任意認知ではなくして強制認知であるべきであるが、後者は前者の補充乃至代用的意味を有するものとみられていると言えよう。認知判決が最早や給付判決ではなく、確認乃至形成判決であると解せられる以上、認知の自由は認められるべきでない事は勿論であろう。親子関係の中でも養子縁組の如く事実上の親子関係が存在しない場合には、当事者の意思的契機がその身分関係発生に絶対的支配力を及ぼすのであって、養親子関係は単に意思によってのみ生ずる（la filiation adoptive nait un-iquement de la volonté）。養子縁組が両当事者の意思の合致によって成立する一種の身分上の契約を基本とするが、認知は原則として子の意思如何に関係なくなされるのであり（第七八二条は例外、なお第七八三条参照）、それは事実上の父子関係の存在を必須の要件とし、それさえあれば父子関係創設の意思を必要としない。認知は身分形成乃至創設的行為であると解されるが、これに属するものの中でも、認知とそれ以外のものとを同様にみる事は妥当ではない。大川正人氏は通説がこれを認めている事に疑問を持たれ、所謂「身分への行為」中にも既成の身分関係を宣言するものと新たに身分行為を現実に創設するものの二種が存すべき事を主張される。[15] 認知、嫡出性否認及び承認は前者であり、婚姻、離婚、養子縁組及び離縁は後者であるとし、それぞれ「宣言的身分への行為」、「創設的身分への行為」と称される。[16] このように事実性を基礎とするものと意思を基礎とするものとに区分する右見解は卓見であると言えよう。認知を事実性に基ずいて考える事から、認知意思なくして自己の子を認知する場合でさえ、これを無効とはみない下級審判例が存する（大阪地判裁判年月日不明新聞第六三七号一六頁）。事実性を基礎とする限り認知の自由はなく、認知意思も大きな意味を持たない。親子関係の成立には、血縁より愛情をそして養育の事実の存在及び親子結合の意思を何よりも必要とする見解がある。[17] 親子殊に父子関係の存在について血縁主義乃至事実主義の貫徹が極めて困難であり、[18] 真実の親子関係の追求よりも現実の養育関係を注目する必要がある事からして、[19] この考えは大変示唆的である。だが、それは親子が相互に所謂「相愛関係」[20]にある場合について言えるのであって、そうでない場合には親子関係は事実を基礎として成立せざるを得ないと言えよう。事実主義は父に対して与生者としての責任負担をなさしめるのに最もよいからである。事実主義をとらないならば、認知制度をそれに準じた方向にもって行くべきであり、ここに認知義務承認の理由があるのである。

(1) 故に、父子関係存在確認の訴なるものは人訴にも規定がなく解釈論上もこれを認めていないが、ドイツでは判例及び有力説はこれを認めつつある（福島四郎「私生親子関係確認の訴」（民商法雑誌第一〇巻第二号）一六四頁）。

(2) 山中康雄「認知の本質」（勝本正晃先生還暦記念「現代私法の諸問題上」所収）六五頁参照。

(3) 木下明「内縁の子の嫡出化」（茨城大学政経学会雑誌第八号）一頁以下。人見康子「非嫡出子の法律上の地位」（総合法学第四〇号）四七頁。

(4) 長沼担「嫡出推定の適用と事実婚主義」（法学新報第三九巻第五号）一四九頁。

(5) 山崎賢一「準正」（総合法学第三八号）四三頁、中川等編「注釈民法（親族(3)）」（岡垣）三五五頁。

(6) 準正の効力発生時期は婚姻準正が父母婚姻の時からというのが多数説であり、認知準正は認知の時からというのが従来の通説である。

(7) A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 1949, p. 297 宮崎孝治郎「準正制度の進化とその機能」（永田博士「新民法要義」完結記念論文集民法学の諸問題所収）三九一頁。

(8) 中川等編、前掲注釈民法、三六七頁。かかる認知準正の遡及効を婚姻の時からとする見解もある（外岡＝高野＝佐々木「家

族法再改正解説」（早大比較法研究所紀要第一六号）一〇三頁）。

(9) 中村「民事訴訟法原理第一冊」二五三頁。

(10) 事実主義も完璧な制度ではない。「事実主義の有つ唯一の恐れは軽々に私生子の親を認定することによって私生活の平和を紊ることであるが、それさえなければ（而してこの事は今日の司法制度に充分信頼し得る）之に越した方法はない」と言われる（中川「準正と嫡出推定」（法学新報第三九巻第六号）一一頁）。

(11) A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 1914, p. 250.

(12) A. Colin et H. Capitant, op. cit., (1914), p. 250.

(13) H. et. L. Mazeaud, et J. Mazeaud, Leçon de droit civil. t. I, vol. 3, 1968, p. 280.

(14) Pufendorf, Law of Nature and Nations (Done into English by Basil Kennet) 5th ed., Books Ⅳ Chap. Ⅺ, p 424.

(15) 大川正人「身分行為能力に関する一試論」（阪大法学第三号）七一頁。

(16) 大川、同論文、七一頁。

(17) 谷口「親子法の研究」四頁以下、なお一〇頁以下。

(18) 幾代＝鈴木＝広中「民法の基礎知識(1)」一七〇頁以下参照。

(19) 外岡「父性推定制度の検討」（親族法の特殊研究所収）二一八頁。

(20) 角田幸吉「親子相愛権」（法学志林第三五巻第九号）八六頁以下参照。

三　認知及び準正の沿革

1　ローマ法

ローマにおける父子関係の発生は家父権（Patria Potestas）の発生に他ならない。婚姻（matrimonium, nuptiae）による子は夫の子と推定されたので夫が子を否認しない以上、出生により家父権に服し、その父子関係も認められた。[1] これに対して、私生子は母の服する家父権に従ったので父の家父権には服さなかった。私生子が父の家父権に服するには父母の婚姻による準正がなされるか或は父が裁判所の許可を得て認知するかのいずれかの方法によった。[2] 故に、認知及び準正は父にとっては私生子の家父権取得の手段であったと言える。ローマにおける準正はこの婚姻準正に限らないが、私生子法は時代によって必ずしも同一ではなかった。それはゲルマンと同じくキリスト教によってその性格が決定された。

所謂クラシック法ではキリスト教の影響がなかったので私生子の保護がかなりなされた。[3] 母子関係は強姦による子以外はすべて認められた。だが、内縁出生子の父子関係は認められなかった。私生子の父子関係は現役軍人が父である場合に例外的に認められ、その子は父を相続する資格を有したのである。[4]

ビザンチン法ではキリスト教の影響を受けて私生子の父子関係は勿論、その母子関係さえも認められなくなった。ただ、内縁出生子は母子関係が認められ、更に父に対しても扶養が認められ一定の制限の下で相続をなし得た。内縁出生子は母の家に入れず、別に一家を創設したが、[5] 子は母の血族とされたので母の父に対しては孫となり、母の嫡出子に対しては兄弟姉妹となった。[6]

ビザンチン本期になると内縁出生子も他の私生子と同じ取扱いを受けるに至って「親なし子」とされ、キリスト教による婚姻観の徹底によって私生子は著しく冷遇された。内縁の弾圧はこの時期が最もきびしかったと言え、内縁の

三　認知及び準正の沿革

妻或はその子に対する贈与も禁止または制限され、内縁の子を養子とする事さえ禁じた。[7] だが、内縁と婚姻の違いは大きくなかった。いずれも合意によって足りたが、内縁は単なる永続的同棲の意思があればよいとされ、婚姻は永続的性結合に入らんとする意思の合致を要した。[8] 結局、内縁は相互に夫婦となる意思（affectio maritalis）を欠く点で婚姻と区別されるが、迎妻の式やドス設定の有無によってもそのいずれかの判断がなされた。

婚姻の尊重を絶対視するキリスト教皇帝は内縁に対する措置を考えたが、その結果なされたのが内縁の婚姻への転換である。[9] これが後婚準正（legitimatio per subsequens matrimonium）に他ならない。[10] この制度はコンスタンチヌス（Constantinus）によって三三五年に定められたが、四七六年にゼノ（Zeno）はこれを廃止した。しかし、ユスチニアヌス（Justinianus）は五二九年に再びかかる制度を復活したが、婚姻への転換にはドス（dos）設定証書の作成を要すとした。

ユスチニアヌスは準正によって内縁の婚姻化を行ったばかりでなく、内縁の蔑視を止めて内縁自体の保護を図った。内縁を「劣等の婚姻」として婚姻に準じた効果を認めた。[11] ユスチニアヌスは更に皇帝の裁可による準正（legitimatio per rescriptum principis）を設けて私生子を嫡出化させたが、これは嫡出宣言（Ehelichkeitserklärung）の制度であってこれには一定の要件が必要であった。即ち、父が嫡出子を有しない事[12]と父母が後日婚姻不能である事である。[13] かかる要件の存する時は父の申請によって国家が嫡出子の身分を付与するのである。父が手続を履行せずに死亡した時は父が遺言によって子の承認をなした場合において、遺族がその申請をなし得る。[14] この制度は後婚準正の補充的役割を有していた。[15] 以上二種の準正はキリスト教の影響によって制度化された訳である。

このほかに更に議会差出による準正（legitimatio per oblationen curiae）が存した。これはテオドシウス（Theodosius）によって発案された。四四三年のテオドシウス及びヴァレンチニアヌス（Valentinianus）の勅法が財源増加のための手段として、一定金額の提供に対し内縁の子を市会議員とならしめ或は市会議員の妻とならしめたが、この準正はその報奨として認められた制度である。[16] 当初は父が嫡出子を有しない事を要し、また後には子の同意を要する事とした。[17] 更に、嫡出子を有する場合にも認められた。父が嫡出子を有せずに死亡する場合に内縁の子が市会議員となる事によって準正が行われた。[18] これは上述の二つの準正と違って子は父との関係においてのみ嫡出子として扱われ、父の親族に対しては親族の効果が生じなかった。[19] この準正はキリスト教の影響を受けない独特のものである。

以上の如く準正は三種あるが、それぞれ婚姻奨励、私生子保護、財源獲得にその主たる目的があったと言える。だが、いずれも父の側からみれば家父権獲得に真の目的があったと考えられる。

準正はもとより認知もされない私生子は父子関係が認められなかったが、これには若干の例外的場合が存した。即ち、自然父子関係と雖も婚姻の故障となり、私生子は母に対してだけでなく父に対しても尊敬の義務を負ったのである。[20]

(1)　家長が初生児を自己の子であると承認する事は法上の意義を有せず出生の事実によって家長は父権を取得した（船田享二「羅馬法第四巻」一二八頁）。
(2)　岡本芳二郎「羅馬法講義完」三二五頁。
(3)　栗生武夫「ビザンチン期における親族法の発達」一八三頁。
(4)　栗生、同書、一八三頁。

(5) 栗生「婚姻立法における二主義の抗争」二四六頁。
(6) 栗生、同書、二四六頁、
(7) 原田慶吉「ローマ法(改訂)」三一二頁。
(8) 栗生、前掲二主義の抗争、二三九頁。
(9) それは内縁の子と雖も道徳的な罪でよごれているとみられ、この固有の過誤(propre faute)をなおしてそのけがれを消滅させる事が父に許されるのが正当だと考えられたためである(Gaston May, Elémentsde droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit, 1901, n° 51)
(10) 後婚準正は内縁改革の一手段として出現したが(船田、前掲書、一四一頁)、それは内縁を止めさせるためであった(T. E. James, The Illegitimate and Deprived Child (A Century of Family Law) p. 43)
(11) 原田、前掲書、三一二頁。
(12) 戸水寛人「羅馬法」九八頁。
(13) Gaston May, op. cit., n° 51
(14) 戸水、前掲書、九九頁。
(15) 船田、前掲書、一四三頁。
(16) Gaston May, op. cit., n° 51 船田、前掲書、一四二頁。
(17) 船田、前掲書、一四二頁。
(18) 船田、前掲書、一四二頁。
(19) Gaston May, op. cit., n° 51
(20) 栗生、前掲二主義の抗争、二四五頁。

2　ゲルマン法

古代ゲルマンにおいては嫡出子と私生子とが区別されず、故に私生子の地位が高かった。そのために認知及び準正の制度がなかった。[1] 婚外性関係が承認されていたために私生子誕生の余地がなかったのである。婚外性関係の承認は一夫多妻制の承認でもあったが、[2] ゲルマンでは性関係に関しても身分がやかましく、如何なる身分を持つ者の結合かによって異なって解された。即ち、同格(Ebenbürtigkeit)の制度によって異身分者間の婚姻が禁じられたが、それに反した婚姻がなされた場合は子は低い身分を有する親と同一の身分を有しなければならなかった。[3]

嫡出子たる地位乃至身分の取得は出生の事実によって当然なされたのでなく、父のなす子の採用(aufnahme)即ち収用行為を必要とした。[4] これは父の全くの恣意に委ねられており、それを拒否するために父に棄児権(Aussetzungsrecht)が与えられた。棄児権の存在は子の地位を不安定ならしめたが、これは妾関係による子に対して行使される事は殆んどなかった。[5]

一時的な私通関係による子でも父によって収養されると嫡出子と同一の地位を与えられる。[6] 収養されない場合は子は母のジッペ(Sippe)に属し、その家に入って他の嫡出子と同様に取扱われる。この場合に子は後に父の収用乃至認知によって父の家に入る事もある。認知は新加入式(Geschlechtsleite)によって行われた。[7]

自由身分者と不自由身分者との婚外性関係による子は既述の如く低き身分を与えられるのであるから、かかる子は不自由身分者とされる。例えば、不自由身分者が奴隷である時は子は同じく奴隷である。だが、奴隷を解放されて父の収用行為を受ける事によって、制限的ではあるが父の家族に入って権利義務を取得するが、[8] その地位は低かった。

父母の双方が不自由身分者である場合、例えば双方が奴隷である時は子は勿論奴隷であり、極めて非人間的取扱い

三　認知及び準正の沿革

がなされたと言える。[9]

ゲルマンの私生子優遇制度はフランク時代の中頃のカロリンガ王朝の時代に入って崩れ去るに至った。[10] キリスト教による影響から先ずフランク王国が私生子冷遇をなすに至った。[11] それが他のゲルマン諸部族にも広められていった。キリスト教の伝播によって家長の棄児権は認められなくなり、家長の権利は次第に弱体化されるに至った。奴隷等の非自由人の地位は向上したが、私生子はすべて冷遇されるに至った。それはキリスト教による婚姻尊重思想と共に家長権の衰退がその原因となった。[12] 元来、ゲルマンでは土地が豊富に存したため子の経済的独立が容易であった。[13] 故に、子の親権離脱が早く行われ小家族制が多くみられた。これが家長権崩壊を招来せしめる要因となったと言える。ゲルマンの土地制度はまた教会の権力を強大ならしめるのに奉仕した。教会に土地を帰衣した事から教会は経済的にも支配力を握り、人々の生活の中にキリスト教が侵透した。[14] かくして、家長権の衰退とキリスト教の支配力護得は土地制度がもたらしたと言っても過言ではない。教会の勢力増大はとりもなおさずキリスト教の支配的傾向を強め、婚姻及び親子の制度はそれによって大きく変えられたのである。ここにおいて、嫡出子と私生子とが明確に区別され両者の身分的分化がなされたが、親子関係の成立は事実を基礎とする考えが次第に強まって来た。非自由人の子であっても私生子の母子関係が承認され、一般にその相続権が認められた。親子関係が事実関係の上に形成される傾向は認知制度と養子縁組制度とをそれぞれ独自のものとして確立せしめたのである。中世の末期には嫡出子の否認制度を認めるに至り、子の懐胎期間（Empfängniszeit）が認識されるに至った。

私生子の父子間には親族関係が認められなかったが、ドイツ教会法は父に対する扶養請求を認めた。これは父が子を認知したか或は裁判による強制認知がなされた場合に限られた。

私生子冷遇の結果その救済が必要となり、十二世紀になってローマ法王がローマ法の皇帝の証書による準正にならって法王の教書による準正（legitimatio per rescriptum papae）の制度を設けた。[15] 諸侯もこの制度に従うに至り、ドイツ皇帝フリードリヒ二世もこれを採用した。ローマ法王アレキサンダー三世はローマ法の後婚準正をまねて教会法となし、中世の末期にこれがドイツに継受されたのである。なお、封建法（Lehnrecht）における準正は戦力保持のために必要とされ、それは後継者の物色としてなされる父からの一方的なものであった。

(1) 西本穎「西洋法制史講義」二三二頁。
(2) 田村五郎「私生子の転落過程」（法学新報第六二巻第二号）四六頁。婚姻の形式は一夫一婦だが身分の高い者の間では一夫多妻制も行われたとされる（隈崎渡「西洋法制史」二二一頁）。妻が二番目、三番目の夫をもつ事もあった（James Westfall Thompson, Economic and Social History of Middle Ages. vol. II, 1959, p. 718）
(3) 栗生「中世私法史」六二頁。
(4) Heinrich Mitteis, Deutsches Privatrecht, 1959, S. 62 西本、前掲書、二一五頁。町田実秀「ドイツ法制史概説」一三頁。
(5) 田村、前掲論文、四九頁。
(6) 田村、前掲論文、五二頁。
(7) 栗生「法の変動」一四四頁註(一)。
(8) 田村、前掲論文、五四頁。
(9) かかる子は権利能力（Rechtsfähigkeit）も持たず、また誰の子でもない（Heinrich Mitteis, a. a. O., S. 62）
(10) 田村、前掲論文、五八頁。

(11) 私生子は聖職階級（ordres sacrés）に入る事も出来ず、公の負担（charges publiques）をも負い得ず、また市長、裁判官或は証人となる事さえ出来なかった。私生子は在留外人（aubain）と同様無能力者とされた。だが、貴族の私生子はその父によって父子関係が承認された（Émile Chénon, Histoire général de droit français public et privé des origines à 1815, t. II, 1929, n° 354）

(12) 田村、前掲論文、六〇頁。

(13) 栗生、前掲法の変動、一四四頁、なお一三三頁。

(14) 田村、前掲論文、六七頁。

(15) 西本、前掲書、二二二頁。

四　近代法における認知及び準正

1　フランス法

フランスの古法（ancien droit）では父の捜索（la recherche de la paternité）は自由に認められ、「腰胎せる処女は信ぜられる」（virgini praegnanti creditur）という法諺の如く、女が出産してある男を子の父だと指名すると、その男が父としての責任を負わされたのである。極めて自由に私生父子関係の証明が認められはしたが私生子は相続権等は持てず、殆んど扶養請求権しか有しなかったので、[1] 私生子にはむしろ大変不利益な法令（un statut très défavorable）であった。かかる父捜索の自由は扶養請求のためにしばしば乱用されさえしたのである。

自由、平等を旨とする革命によって、私生子法は大変革を受けたが、中でも私生子の地位の向上と父の捜索の禁止にその特色をみる事が出来る。この期の立法は中間法（le droit intermédiaire）と言われるが、ここでは私生子は嫡出子とほぼ同様の権利が認められた。[2] 私生子立法は立憲議会（Assemblée constituante）及び立法議会（Assemblée législative）を経て国民公会（Convention nationale）で作られたが、カンバセレス（Cambacérès）の共和暦二年霧月十二日（一七九三年十一月二日）のデクレ（décret）は私生子の法的親子関係を認め、相続権をも認めた。[3] また、身分占有の制度をも認めた。[3] だが、父の捜索は認められなかった。私生子に極めて好意的（favorable）だった国民公会が父捜索の禁止をしたのは、私生子に嫡出子と同等の権利を認めたためであり、父の任意認知のみが父子関係存在の立証として認められたに過ぎない。[4]

父捜索の禁止の理由を更に考えると次の如きものがある。㈠革命当初の平等主義により私生子の地位が向上したが、平等主義と共に認められた自由主義は反面では個人の身分的自由の尊重をもたらし、自己の意思に反して子の親になるという事が許されなくなった。[5] ㈡古法における自由捜索主義の下での父捜索の訴は中傷や恐喝を生ぜしめる憂慮を与えた。[6] ㈢婚外性関係は婚姻の場合と異なり、父たる事の立証を正確になす事が困難であり、また不可能であった。[7] ㈣革命によって破壊された婚姻の神聖、家庭の純潔、各人の廉恥心等を回復するため婚姻を尊重し婦女の淫奔を制し醜事の暴露を避けて、家庭の平和秩序を保つ必要があった。[8] ㈤各国の立法例の傾向に反した事等である。[10] このほか、社会的背景からみれば、革命による家族の民主化は究極的には夫乃至父の地位を弱める事にほかならなかった。これに対して男性側から強い反発が内在的にあったと言える。婦人に対する不平等的取扱や弾圧[10]がなされた事からも

四　近代法における認知及び準正

理解されよう。男性の社会、国家における優位の保持は、当然に家庭においても認められざるを得なかった。[11] 殊に、私生父子関係について、父の意思を無視して私生子の母なる女性の主張を認める事がたえがたかったと思われる。また、女性を劣位におく事はひいては女性の生んだ子についても不利益を受ける事になったとも言えよう。更に重視しなければならない事は、実質的には父捜索の禁止は比較的高い身分を有する者殊に貴族や富豪家等の名誉及び財産の保護を目的として制度化されたと考えられる点である。[12] カピタンは父捜索の禁止等を定めた民法典の体系について「適法な家族（famille légitime）の道徳的且つ金銭的利益を保護することを目的とする。それは人々に不適法な結合（union irrégulière）を思い止まらせようとするものである」と述べている。[13] かくて、私生子の冷遇は婚姻尊重と適法家族の財産保護に大きな理由の存する事を看過し得ない。[14] 私生子冷遇は革命前期よりも革命後期においてなされたが、父捜索禁止が当初より認められた事は言う迄もなく、かかる禁止は一八〇四年のナポレオン法典（Code Napoléon）にも受け継がれた。それはナポレオンの家族観即ち「強き家族[15]」への理想がもたらしたものと言えよう。

父捜索の禁止は一世紀以上も行われたが、社会正義に反すると非難され、一八七八年以来議会でその修正案が提出されたが、遂に一九一二年十一月十六日法によって、その禁止が解かれ再び父の捜索が認められるに至った。

任意認知は要式行為であり、第三三四条は「私生子の認知は、出生証書（act de naissance）によってなされざるときは、公正証書（act authentique）によってなす事を要す」と定めている。公正証書は必ずしも認知のためである事を要せず、他の目的（例えば子の婚姻同意）のためになされた場合でも認知の効力が認められる。[16] 認知は父或は母の個別的行為（act individuel）であり、第三三六条は「母の指示及び自白なきときの父の認知は、父に関してのみ効力を有す」と定めている。認知は原則として代理人によってなされ得ない。認知は姦生子（l'enfant adultérin）や乱倫子（l'enfant incestueux）について禁止される（第三三五条）。認知された私生子は嫡出子の権利を請求し得ないと明言している（第三三八条）。認知が無効である時は、すべての利害関係人（tout intéressé）はその主張をなし得る（第三三九条）。

強制認知は既述の如く一九一二年十一月より認められたが、次の三つの場合には認知の訴は受理されない。㈠懐胎の法定期間中に母が公知の不行跡（inconduite notoire）を行ったか、或は他人と情交した事が立証された時（第三四〇条第二項第一号）、㈡その期間中に父と言われる者が隔離又は何等かの事故によって、子の父たる事が物理的に不能である時（同項第二号）、㈢父と言われる者が血液検査（examen des sangs）により子の父でない事に確定した時（同項第三号）である。認知の訴権は子にのみ属するが、子が未成年である時は、母が同じく未成年者であっても、その母が訴を提起する資格を専有する（第三四〇条第三項）。訴は分娩の時より二年以内に提起されねばならないが（同条第四項）、父と言われる者が懐胎の法定期間中に公知の内縁関係（concubinage notoire）にあって生活し、或は父の資格において子の扶養及び教育をなしまたはこれに関与した場合には、その同棲或は扶養及び教育への関与が己んだ時より二年の期間満了に至る迄訴を提起し得る（同条第五項）。訴が子の未成年の間に提起されない時は、子は成年到達後満一年間訴を提起し得る（同条第七項）。子が乱倫或は姦通より生まれた事によって認知が認められない場合には、認知の訴も認められない（第三四二条第一項）。だが、乱倫子及び姦生子は父子関係の存在が宣言されなくとも、扶養請求をなし得る（同条第二項）。この点はBGBにおける私生子と父との間の関係と同様である。扶養の訴は子が未成年である間はいつでもなし得るが、もしその間に提起されない時は、子は成年到達後一年以内にその訴をなし得る（同条第三項）。証書成は判決によって親子関係が確立した時は判決が前に不真実の

四　近代法における認知及び準正

親子関係を確立した場合を除いて、それに反する如何なる親子関係も後に認知される事がない（第三四二条の乙）。

準正については、フランス古法で二つの制度が認められていた。婚姻による準正（légitimation par mariage）と行政上の準正（légitimation administrative）である。[17] 前者は婚姻奨励のためカノン法（le droit canonique）から採用された。後者は法王或は国王の準正証書（lettres de légitimité du Pape ou du Roi）による準正であって、ヘンリー四世やルイ十四世はこれによって自分の私生子の準正を行ったが、[18] これは私生子の地位の向上のために行われた。

革命立法下では、私生子の地位が実際には嫡出子と同じに認められた事によって、準正の制度はその存在意義を殆んど失ってしまった。[19] だが、コード・シヴィルは私生子の権利を減少せしめたために嫡出子と私生子との間に大きな差異が生じた。故に、民法の編纂者達も準正の必要を認めたに違いなかった。[20] だが、民法は後婚準正しか認めず、しかも私生子中、姦生子と乱倫子について準正を認めなかった。これは右両者に対する認知及び父母捜索の禁止と同一歩調をとった事による。しかし、乱倫子の準正は一九〇七年十一月七日法によって認められ、また姦生子は同法によって次の場合にのみ準正が許された。㈠子が母の姦通から生まれ、夫によって否認された時、㈡子が姦通した父或は母から生まれ、離婚或は別居訴訟中に懐胎し、別居許可命令後三百日以上を経過して生まれた時である。姦生子の準正については一九一五年十二月三十日法や一九二四年四月二十五日法等によって若干の改正がなされたが、姦生子とそれ以外の私生子とはなお区別されている。

姦生子以外の私生子は父母が婚姻前に子を認知した時或は婚姻挙式の際に子を認知する時は、父母の後婚によって準正が行われるが、後者は身分吏（officier de l'état civil）が別個の証書を以て認知及び準正を確認するのである（第三三一条第一項）。姦生子については父母が婚姻挙式の際に右の如き形式で子を認知する事及ひ後婚が存する事のみでは十分でなく、更に次の要件の具備によって準正が認められる。㈠子が母の姦通から生まれ、夫或はその相続人によって否認された時（同条第二項第一号）、㈡子が母の姦通から生まれ、民事訴訟法第八七八条によって母が別異の住所を有する期間中に、及び訴の取下（un désistement de l'instance）、訴の棄却（le rejet de la demande）或は裁判上確認された和解（réconciliation）より以前に懐胎されたと看做された時であるが、認知及び準正はその子が嫡出子たる身分の占有を有する場合は取消される（同項第二号）、㈢子が夫の姦通によって生まれた時（同項第三号）である。また、右の第三三一条に掲げる子の一人が父母或ははその一方によってその婚姻後認知された時は、この認知は非訟事件秘密審理部における審理及び弁論の後、公判において宣告される判決によってのみ準正の効果を生ずるが、その判決は婚姻挙式以来共同の子たる身分を有した事を確認しなければならない（同条第三項）。準正は死亡した子についても、直系卑属をのこしている時には認められ、この場合の準正はその直系卑属に利するのである（第三三一条）。後婚準正がなされた子は、婚姻より生まれたと同じ権利を有するのである（第三三条）。

(1)　扶養の請求をなし得たのは「娶るべし、然らずんば払ふべし」（Aut nubot, aut dotet）という格言によるほか、ロイセル（Loysel）の言う「子を造りたる者は之を養ふべし」（Qui fait l'enfant les doit nourrir）という考えによるものである（穂積「父の捜索」（富井先生還暦祝賀法律論文集所収）二六八頁。F. Brun, La recherche de la paternité, 1913, p. 6）

(2)　G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 373

(3)　野田良之「フランス法概論（上巻）」六四三頁以下。

(4) M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 1904, n°. 1522 なお、プラニオルは私生子の権利の拡張はその親子関係確立の容易さと相関関係（corrélation）があって、その権利が皆無であるとか或は扶養に限られている場合には裁判官に父性の問題をテキパキ処理する全くの自由が与えられるが、私生子が相続権を得るに至ると父子関係の立証は厳格に解される事になると言っている。

(5) 穂積、前掲論文、二八〇頁、これはコード・シヴィルにおいても同様で親子関係の発生は種々の権利義務を生ぜしめる結果これらは父や母の意思表示によってのみ生ずると考えられたようである（G. Ripert et J. Boulanger, op. cit., n°. 1757）

(6) A. Colin et H. Capitant, op. cit., (1914), p. 291 法典の編纂者達は旧制度の立法が適用される事によって生ずる乱用（abus）を恐れて父捜索を厳格に禁止する規定を設ける事を望んだと言われる（F. Brun, op. cit., p. 12）

(7) A. Colin et H. Capitant, op. cit., (1914) p. 291 穂積、前掲論文、二八三頁。同「父の捜索」（法学協会雑誌第二九巻第二号）一三七頁以下。同「私生子法律問題」（社会経済体系一〇政治及法律所収）六〇四頁。滝川幸辰「私生子問題」（家族制度全集史論篇Ⅲ親子所収）一八八頁以下。

(8) 穂積、前掲論文（富井先生論文）、二八二頁以下、同、前掲論文（法協）、一三七頁以下、同、前掲論文（体系）、六〇四頁、滝川、前掲論文、一八八頁。

(9) 谷口「仏蘭西民法〔1〕人事法」（現代外国法典叢書）三二七頁。

(10) 玉井茂「結婚と家族の思想史」八〇頁以下。

(11) 特に革命前期においては家族成員の自由が制限されて、父権や夫権が強化された（野田「フランス民法典の百五十年の歩み」（法学協会雑誌第七二巻第四号）一八頁）。

(12) 「貴族又はブルジョワジーの階級においては、私生子の侵入に対して家族を防護すべきだという思想が普及し」た事も看做されるべきでない（谷口、前掲仏蘭西民法三二一頁）。

(13) 江川英文編「フランス民法の一五〇年(上)」一七一頁註(五)

(14) 青山「改正民法と私生子問題」（近代家族法の研究所収）一六一頁。

(15) 宮崎孝治郎「ナポレオンとフランス民法」四九頁以下参照。

(16) 谷口、前掲仏蘭西民法、三一四頁。

(17) G. Marty et P. Raynaud op. cit, n°. 423

(18) H. et L. Mazeaud, et J. Mazeaud, op. cit., n°. 999

(19) G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n°. 423

(20) G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n°. 423

2　ドイツ法

中世における私生子の冷遇は近世に至って改善されるに至ったが、それは言う迄もなく自然法思想による。[1] それは父と私生子間に扶養の権利義務を認めるのは勿論、親子関係を血縁の事実に従って確立せしめんとする傾向を強めた。多数者性交の抗弁権もかような傾向の発露と言えよう。

父の私生子に対する扶養義務には二つの異なる立法例がある。プロイセン一般州法は当初父たる可能性ある者に対して連帯責任を負わせたが（第二部第二章第六一二条、第六一九条、第六二〇条）、一八五四年四月二四日の法律は私生子が真実の父に対してのみ扶養請求をなし得るものとした。これに対して、一八六三年のザクセン民法第一八七二条は「母が第一八五九条に定められた期間（一八二日乃至三〇二日の懐胎期間）に多数者と関係をもった場合にあっては、これらの者はその婚姻外の懐胎につき連帯債務者の責を負う」と定めた。これは私生子の父を探索して父を与えるというのではなく、不法行為的性格を全然否定しない事による考えと言える。だが、それは現行民法の如く私生子の父子関係を単なる財産的関係として把握する事にな

四　近代法における認知及び準正

り、現行民法は正にこの期における連帯主義理論に立法上の淵源が存すると言える。

準正は先ず一七五六年のバイエルン州法第一五編第五章第九条が嫡出子のない事を要件とし、また皇帝の準正はやはり恩恵的事項とした。一八九一年のプロイセン一般州法第六〇一条は父が婚姻しないで準正を申立て得ると定め、第六〇二条は準正によって父の身分を取得すると規定するが、第六〇三条は準正によって子は父の家庭に入らないと定めている点は注目される。子から準正の申立をなす事はローマ法と同じく認められなかった。この時期においても中世の親子関係法がほぼ踏襲されたが、[2] 準正と共に嫡出宣言の制度が存した。これは皇帝、地方領主及びその委任を受けた官僚が私生子を嫡出子と宣言する事によって行われたが、準正と同じくその内容は地方によって異なっていた。[3]

ドイツ民法における私生子の地位は母子関係と父子関係とで大きく異なり、前者については第一七〇五条は「私生子は母及其の血族に対する関係に於ては、嫡出子の法律上の地位を有する」と定め、後者については第一五八九条第二項が「私生子及其の父は相互に親族と看做さるることなし」と規定し、父は単に子の扶養義務を負うに過ぎないので（第一七〇八条）父子関係を単なる債権債務の関係としている。[4] 父子関係の効果がかように著しく限定されているためか父子関係確定について事実主義を採用している（第一七一七条は「懐胎期間中母と同棲したる者は、第一七〇八条乃至第一七一六条の意味に於ける私生子の父と看做す」（本文）と定める）。事実主義の採用で認知は既述の如く意味を持たないが、承認（Anerkennung）の制度が存する。これは父のなす多数同棲者の抗弁排除を目的としていると解される[5]（第一七一八条も「子の出生後公式証書を以て父たる身分を承認したる者は、他人が子の懐胎期間中に母と同棲したることを主張することを得ず」と定める）。

ドイツ民法は準正について事後婚姻による準正（Legitimation durch nachfolgende Ehe）と嫡出宣言の二つを認める。前者についてはその婚姻が無効とされた場合でも子は嫡出子となる（第一九条）。後婚準正の場合も父子関係の存在は事実主義による（第一七二〇条第一項）。夫が子の出生後公式証書によって父たる承認をなす時は夫は懐胎期間中に母と同棲したものと推定される（同条第二項）。私生子が父母の婚姻によって嫡出子となっても、父が子の父でない事を後見裁判所（Vormundschaftsgericht）が確定する時は非嫡出性の主張（Geltendmachung der Unehelichkeit）に関する規定（第一五九三条乃至第一五九九条）が適用される（第一七二一条）。私生子が父母の婚姻前に死亡した場合でも、準正がその卑属（Abkömmlinge）のために効力を生ずる事は（第一七二二条）わが民法と同様である。次に、嫡出宣言であるがこれは次の如き条件を必要とする。㈠父の申請によって後見裁判所が宣告する事（第一七二三条）、㈡右申請には父が自己の子たる承認の意思表示を包含しなければならない事（第一七二五条）、㈢子が成年である時はその同意を要し、子が未成年である時は母の同意を要し、また父が婚姻した時はその妻の同意を要する事（第一七二六条第一項）がその主要なものである。嫡出宣言によって子は嫡出子の地位を有するが（第一七三六条）、それは父との間においてであって父の血族や妻には何らの効果も生じない（第一七三七条第一項参照）。嫡出宣言の制度はその趣旨はわが国の任意認知に近いものと解されるが、[6] 両者はその効果において極めて異なる事は看過し得ない。

(1) Heinrich Mitteis, a. a. O., S. 62
(2) 西本、前掲書、二一七頁。
(3) 西本、前掲書、二一七頁。
(4) Vgl. Günther Beitzke, Familienrecht, 1958, S. 169
(5) 田島＝近藤「独逸民法Ⅳ親族法」（現代外国法典叢書）三八六頁。

(6)　中川編「註釈親族法(上)」(舟橋)三五七頁註(4)

3　日本法

わが国においては、明治以前には私生子なる概念はなかったと解されている。[1] 勿論、実際には古代より江戸時代迄に私生子が存在しなかった訳ではなかったが(角田教授は後述の布告以前にも、全国民事慣例集中に私生子の存在した事及び私生子の父に対する認知がなされたようである事を指摘されている)、[2] 私生子の存在が一応否定されるのは、「明治の初年まで、わが国では法律的に公生子に対立する私生子を扱う制度はなく、子はすべて公生子であり、また公生子でなければならぬという原則の下で、事実上の私生子は偽装されて存在した」[3] からである。

明治における私生子冷遇の発端は厳格には同六年一月十八日の太政官布告第二十一号(「妻妾ニ非ル婦女ニシテ分娩スル児子ハ一切私生ヲ以テ論シ、其婦女ノ引受タルヘキ事、但男子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、其子其男子ヲ父トスルヲ得ヘシ」と定める)である。[4] これ以前の民法草案をみると、明治四年頃の制度局の民法決議[5]では私生子についてはみあたらない。だが、同五年司法省明法寮の第一回稿本皇国民法仮規則[6]においては「私生ノ子」(第八九条以下)について規定をおいている。これはフランス民法にならって作られたと考えられ、故に、父の捜索を禁じているほか、乱倫子等について父の認知を認めていない。このように、第二十一号布告に先立って皇国民法仮規則が私生子を認めている事について手塚博士は「司法省部内において、すでに私生子を認許する意向が胎動しつつあったことを物語っている」[7] と言われる。私生子を承認せざるを得なくなったのは、婚姻とそれ以外の性関係を区別して、婚姻を尊重するキリスト教思想の流入により、嫡出子と私生子との身分的差別をなす必要が生じたからであって、この事は西洋においてもほぼ同様であり、この点については既述した通りである。もっとも、キリスト教思想の流入というよりは、法制度それ自体を継受したとみなければならない。第二十一号布告も恐らくヨーロッパから移入されて規定されるに至ったと解される。[8] ただ、かかる布告が妻のほかに妾を公認している事がわが国の特長をなしており、妾の制度の廃止迄妾に生まれた子も嫡出子とされたので、これには認知の必要はなかったのである。「妻妾ニ非ル婦女」より出生した子はすべて私生子とされ、その父子関係は父の自由な認知によってのみ発生し、強制認知は認められなかった。妻妾の出生した子であっても、夫でない者の子である時はやはり私生子とされ、[9] また、明治十年以後は事実婚が認められたが、これによる出生子も登記しない限り私生子とみられたのである。[10] なお、妻妾でない女性の分娩は妻妾と第三者との性関係による場合と同じく新律綱領の犯姦律犯姦条の規定により罪となったので、和姦の罪の発覚を恐れ出生の届出をなす者がないであろうという心配から、太政官は明治六年二月八日第四十三号布告(「凡和姦夫アル者ハ各徒一年妾ハ一等ヲ減ズ若シ媒合及ヒ容止テ通姦セシムル者ハ犯人ノ罪ニ三等ヲ減ス」と定める)によって夫のない婦女の和姦についての罪を削除したのである。

前述の皇国民法仮規則に続いて、同じく明治五年に司法省明法寮の第二回稿本改刪未定本民法が作られたが、これについては知る事が出来ない。明治六年三月には司法省の民法仮法則[11]が出来、ここでは「不適法ノ婚姻ニ因リ生レタル子」として私生子に関する規定をおいている。同年後半に左院の民法各規則草案[12]が出来、この中の婚姻法草案に「私生ノ子」についての規定を設けている。同十年十一月には司法省民法草案[13]が出来、ここでは第七巻第三章に「不適法ノ子」として私生子に関する規定をおいている。その後、旧民法の基となった所謂民法第一人事編が出来たが、ここでは私生子と言わずに「庶出子と」して第一七五条以下に規定を設けている。これは法律取調委員会の修正によ

四　近代法における認知及び準正

り再調査案となり、ここでは「庶出子」が「私生子」とされた。再調査案は元老院で元老院出案として修正され、それが枢密院に附議されて所謂旧民法が出来上がった訳である。旧民法については後述するが、以上いずれの草案もフランス民法の強い影響を受けて、父の捜索即ち強制認知を禁じているのである。

準正の制度は認知と同様に私生子の出現によって認められたのであり、「準正法の樹立は私生子法誕生の必然の帰結」[14]なのである。草案中では民法決議には準正の規定はないが、皇国民法仮法則ではこれを認めている（第九〇条以下）。だが、その後の民法仮法則では準正の規定がみあたらないし、また左院の民法各規則にもそれがないようである。しかし、司法省民法草案では準正を認めている（第三〇二条以下）。それは民法第一人事編においても同様である（第一八六条以下）。このように草案は必ずしも一貫して準正を認めていたのではなかった訳である。準正は旧民法もこれを認め（第一〇三条以下）、これが明治民法へ受け継がれたが（第八三六条）、両法典は必ずしも同じでない。即ち、民法修正案理由書はこれについて「本条（第八三六条―著者注）ハ既成法典人事編第百三条乃至第百五条ノ精神ヲ採用シタルモノナリ只人事編第百三条乃至第百五条ニ於テハ母ハ何レノ場合ニ於テモ知レタルモノト認メタルカ故ニ母ノ認知ノ事ヲ言ハサルモ既ニ述ヘタルカ如ク本案ニ於テハ母ノ知レサル場合アルモノト認メタルカ故ニ母ノ認知ヲ為ス場合ヲ予想シテ本条ノ規定ヲ設ケタリ」[15]として両者の差異を明らかにしている。現行民法は準正について明治民法同様に一ケ条（第七八九条）を設けるに過ぎず、またその内容も殆んど変わらないと言える。明治民法が殊にドイツ民法草案の影響を受けて作られたと言われながらも、むしろフランス民法の影響を大きく受けている事が認知及び準正の制度から理解し得よう。父子関係成立についての事実主義にせよ或は非嫡出子に対する嫡出宣言にせよいずれもわが民法がこれから採用すべき制度であって、この点においてドイツ民法の進歩性がうかがわれるのである。勿論、ドイツ民法にも必ずしもよくない制度も存するのであって（例えば事実主義をとってもその効果を制限して父子間にも血族関係を否認したり、嫡出宣言についても親族関係の発生を制限する等）、一つの国の法制度にかたよらず長所を集合して融合化させる事が立法作用には必要となる。

(1) 高柳真三「私生子の出現」（国家学会五十周年記念国家学論集）八七頁以下、同「明治家族史」（法学理論篇）六四頁、外岡「我国に於ける私生子法の誕生と私生子の範囲」（早稲田法学第二〇巻）一頁、角田「明治初中期の私生子法」（法学志林第三八巻第五号）七八頁、
(2) 角田「日本親子法論」二五一頁以下。
(3) 高柳、前掲書、六五頁。
(4) 角田、前掲論文（法志38・5）七八頁、同、前掲書、一一一頁。
(5) 石井良助「民法典の編纂」（国家学会雑誌第五八巻第二号）五八頁以下参照。
(6) 手塚豊「明治初年の民法編纂」（司法資料別冊第二一号）参照。
(7) 手塚「明治民法施行以前（日本における親子と法律）」（家族問題と家族法Ⅳ親子所収）一四九頁。
(8) 角田、前掲書、二五一頁。
(9) 明治七年一一月一七日の大分県伺が「六年第二十一号御布告妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル云々然ルニ妻妾ナル者其夫逃亡又ハ一年以上懲役ニ決配中分娩シ期日ヲ推セハ本夫不在中ノ姙娠ニ係レハ如何処分可致哉猶私生子ト見做シ可然哉」となしたのに対し司法者は同八年一月九日に「伺ノ通」と指令している（高柳、前掲論文、一〇六頁による）。
(10) 高柳、前掲書、六七頁。
(11) 石井、前掲論文、八一頁以下参照。
(12) 石井「左院の民法草案(一)」（国家学会雑誌第六〇巻第一号）二六頁以下、同「左院の民法草案（二・完）」（同第六〇巻第六号）五三頁以下参照。

(13) 牟田＝箕作「民法草案（明治十年九月）」（慶大図書館蔵）参照。
(14) 外岡、前掲論文（早法20）、五五頁、宮崎、前掲論文、三九八頁。
(15) 民法修正案理由書（博文館蔵版）一〇九頁。

五　認知及び準正の義務

1　認知義務

わが民法が事実主義をとらざる以上、非嫡出子保護のために認知の自由を脱却して認知義務を認める必要があるが、解釈論上それは認めらようか。認知義務については学説は必ずしも積極的ではない。[1] みる限りでは梅博士、角田教授、野上氏及び青山教授がこれを認められるに過ぎない。[2] 大審院判例の中でこれを認めるものもあるが（昭和一〇年一〇月三一日判決民集一四巻八〇五頁）、下級審判例では比較的多く認知義務を認める（例えば、東京控訴院大正二年六月三〇日判決（新聞第八九六号二四頁）、同大正四年十二月八日判決（新聞第一一二四号二一頁）、同大正一三年八月一二日判決（新報第一四号二三頁）、同昭和六年三月二五日（新聞第三二五七号一二頁）、同昭和一〇年六月二八日判決（新聞第三八七一号一八頁）、神戸地裁昭和一一年三月二八日判決（法評第二五巻民法三八五頁、新聞第三九七八号八頁）及び東京地裁昭和一二年七月一〇日判決（法評第二六巻民法七五六頁）等である）。これらは認知請求権の裁判上の行使に対して被告に認知義務を認めるものと言える。だが、認知請求権者の権利行使如何に拘らず、子の出生（厳密には懐胎）によって認知義務が生じ、認知せざる限りその不履行の状態が存するとみなければならない。従って、認知請求権は認知義務履行の催告たる意味を有すべきであって、父が認知請求を受けた場合は、勿論それを拒み得ない。[3] 父がこれに応じない時は、強制認知によって認知が認められるが、子に損害賠償の請求を認める事も必ずしも否定すべきでないと言える。認知請求権を形成権とみる見解は裁判外における認知請求を認めず裁判外においてのみそれを認めるにとどまる。[4] 認知の訴を如何にみるかによって、認知義務の性格も異なるが、既述の如くこれを確認の訴とみるので、認知義務は父子関係形成の義務でなく、父子関係確認の義務たる性格を有するものと言える。

認知義務を法文上明らかにしている例は存しない。わが民法も親権については義務性を明らかにしながらも（第八二〇条）、認知については「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」（第七七九条）と定めて、義務性どころかむしろ権利性を表明しているようにみられる。それは明治民法第八二七条第一項が「私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得」と定めているのと殆んど変わりない。これに反して、旧民法はこれと異なった表現をなしている。第九八条は「私生子ハ父之ヲ認知スルニ因リテ庶子ト為ル」と定め、第九九条は「庶子ノ出生届及ヒ認知ハ父自ラ身分取扱吏ニ之ヲ為スコトヲ要ス未成年者ト雖モ自ラ之ヲ為スコトヲ得」と規定している。右の「要ス」とは義務を認めた表現と思われるが、だが旧民法の註釈書たる民法正義はそうはみない。[5] しかるに、民法草案人事編理由書は認知を義務と解するとしている事が注目される。例えば、第一七五条の理由において「白耳義草案ハ全ク仏国法ヲ改正シ子ノ認知ハ私署証書ヲ以テモ之ヲ為スヲ得ヘキモノト定メタリ蓋シ庶出子ヲ認知スルハ其父母ノ義務ニシテ勉メテ之ヲ容易ニセサルヘカラス」[6] と言い、また第一七六条の理由においては「認知ハ父母ノ自然義務ニシテ其義務ヲ尽ス能ハサラシムルハ甚タ不都合ナリ」[6] と言っている。かかる考え方はその後においてはみる事が出来ない。だが、かように解する事こそ真の認知の意義が認められるものと言わねばならない。

先の旧民法の規定は明治民法及び現行民法の規定よりもその権利性としての表現が弱い。故に、認知の権利性は明

治民法より強められたように考えられる。この点については法典調査会の質疑の様子をみる必要がある。先の明治民法第八二七条第一項は原案では「私生子ノ認知ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ依リテ之ヲ為スコトヲ要ス」（第八三〇条第一項）となっていた。[7] そのために、この「要ス」は義務を意味するのではないかが問題となった。高木豊三委員が「是テハドウシテモ認知ヲシナケレハナラスト云フヤウニ読メル」[8] と言われ、結局土方寧委員が「一項ハ『之ヲ』ヲ除テ仕舞ヒ『要ス』ハ之ヲ為スコトヲ得トシテハドウデス」[9] と提案され、「要ス」は「得」と改められたのである。かような経緯から、先の旧民法第九九条の「要ス」は義務を認めていたように受けとる事が出来る。仮にそうであれば、旧民法が認知義務を認めながら、明治民法がこれを否定した事は、旧民法の進歩的傾向に対する批判が明治民法において表われたためであると考える事が出来る。この点は親権の義務性が法典調査会で大問題となりながら、結局それが認められた事と対比するのもおもしろいであろう。

認知義務は、認知が届出によってのみなされるのが原則であるから、必然的に認知の届出義務を生ぜしめる。届出の中でも所謂報告的届出には届出義務があっても、認知の如き創設的届出には届出義務がないと解されているが、[10] 認知が既述の如く「宣言的身分への行為」とみるべき事から、これを報告的届出に準じてこれにも届出義務を認めねばならない。認知届出について民法第七八一条第一項は「認知は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによってこれをする」と定め、そして戸籍法は第六〇条以下にその規定をおいている。同条は「認知をしようとする者は、左の事項（つまり通常は「母の氏名及び本籍」）を届書に記載して、その旨を届け出なければならない」と定めているが、認知届出の義務を認めているとは解されない。非嫡出子の出生届は報告的届出であるから、戸籍法もこれについては届出義務者を定めている（第五二条）。だが、母が非嫡出子の出生届をなす義務を負っているから（同条第二項）、父がかかる出生届をする余地は全くないと言われる。[11] 母がその届出をなし得ない時は第一に同居者、第二に出産に立ち会った医師助産婦またはその他の者が届出義務を負う（同条第三項）。「その他の者」とは出産に立ち会った者であって、家族、親族、隣人等何人でもよいと解されるので、[12] 父が出産に立ち会った場合には非嫡出子の出生届をなし得ると言うより届出義務を負う事になる。だが、この届出をもって認知届とする事は困難であり、仮にこれを認めるとしても出産に立ち会った父にのみ関する問題であるので、この事から父の認知義務乃至その届出義務を一般に導くのは無理である。従って、父のかかる義務は非嫡出子の出生届によっては履行されず、あく迄認知届出によってなされるべきものである。認知届出の義務についても認知義務と同様に法は極めて消極的であると言えるが、しかし身分権は本来義務性を内含しており、[13] 認知権についてもその例外を認め得ないばかりでなく、父の与生者としての責任[14] を問い得る以上認知の義務性を肯定しなければならない。

(1) 中川等編、前掲注釈民法（木下）、二〇四頁以下、A. Colin et H. Capitant, Traité de droit civil, 1957, t. I, n° 1337. G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 377

(2) 梅謙次郎「民法要義（巻之四親族編）」二五九頁、二六二頁。角田、前掲書、二七〇頁、野上、前掲書、二九一頁。青山「身分法概論」一五九頁。

(3) 野上、前掲書、二九一頁。

(4) 薬師寺「日本親族法論上巻」五四頁。

(5) 熊野＝岸本「民法正義」四七頁は「父タル者カ庶子ヲ認ムルハ自己の敗行ヲ発露スルモノナレハ之ヲ認ムルト否トハ其自由ニ一任スルヲ要シ……」とされる。なお五七頁参照。

(6) 石井良助編「明治文化資料叢書第三巻法律編上」一四五頁―一四六頁。
(7) 法典調査会議事速記録一丁。
(8) 法典調査会議事速記録九丁。
(9) 法典調査会議事速記録一〇丁。
(10) 中川「戸籍法及び寄留法」（新法学全集）四九頁、七〇頁。
(11) 小石寿夫「先例親族相続法」九三頁。
(12) 青木義人「戸籍法」（コンメンタール）二三六頁、二三〇頁。
(13) 中川「身分法の総則的課題」四頁、七頁。
(14) かかる責任は子の出生時と言うよりも、子の懐胎時に遡って認められるべきである（プロイセン一般州法第一編第一章第一一条は「出生子について養育すべく義務づけられたる者は、なお母胎にあるものについても同じき義務を負う」と規定している。また、ドイツ民法第一七一五条第一項やスイス民法第三一七条等が子の懐胎や分娩に要した費用の支払を父に認める。ノールウェーやフィンランドにおいてもこれをみる事が出来る）。

2　準正義務

認知義務は非嫡出子に父を与えるために認められるべき人間の本質的要求でもあるが、これによって父子関係が認められると次に非嫡出子のために新たな要求が生ずる。非嫡出子の嫡出化即ち準正である。それをなすにはその父母の婚姻が必要であるから、父母に婚姻義務を負わせなければ準正は容易になされない。婚姻はその性質上当事者の意思を最高度に尊重するものであるから、その意思を無視して迄これを直ちに義務とみる事には勿論問題も存するが、子の生産をなした父母が子に不利益を与え、しかもそれを後まで強いる事を考えるならば、原則的には父母の婚姻義務を肯定すべきであろう。アメリカでもネブラスカ（Nebraska）においては父母の婚姻義務と父が子を承認する義務とを認めている事が極めて注目される。[1] 従来、準正は子の嫡出化のために子本位になされたと言うよりも、婚姻の付随的効果として第二義的になされてきた感が強い。しかし、婚姻義務を認める事により子本位になさねばならない。それと共に、準正制度を改めて更に非嫡出子の嫡出化制度として十分なものにする必要がある。今日では婚姻による準正が多くみられる（日民第七八九条、ド民第一七一九条―第一七二二条、フ民第三三一条―第三三三条、ス民第二五八条、第二五九条、イギリスの準正法（Legitimacy Act, 1926 and 1959）、アメリカでもアリゾナ（Arizona）、カンザス（Kansas）、テネシー（Tennessee）を除いたすべての法域でこれについての制定法をおいている）。[2] これは準正の基本として考えられているが、嫡出化制度はこれに限定する必要はなく、立法論として大いに考慮しなければならない。オーストリー憲法は大統領の恩赦による準正を認め（第六五条第二項）、アメリカでは父の承認（acknowledgment）による準正及び裁判による準正を認め、[3] スイス民法（第二六〇条以下）や既述したようにドイツ民法では嫡出宣言の制度を認めている。準正がいかに「正統婚姻の尊重と私生子保護とを巧みに連結せしめ、その福利のために父母を導いて婚姻に到らしめようとするもの」[4]であり、従って既述の如く子の利益保護のために父母の婚姻義務が要求されると言っても、父母の婚姻が不可能である場合にも準正をなし得る途を認めなければ真に非嫡出子の救済はなし得ない。かくして、婚姻による準正と共に例えば嫡出宣言の制度の如く非嫡出子の嫡出化制度を存置する必要がある。身分法改正問題を審議した法制審議会民法部会の身分法小委員会では嫡出宣言の制度について論議され、「父又は母の届出により嫡出子たる身分を取得せしめる嫡出宣言の制度を採用すべきか否かについて、なお検討する。（註）右の制度を採用する場合において父又は母に配偶者あるときはその同意を要するものとする」との意見が出されたにとどまり、民法改正の際はかかる制度が採用されるか否かは予断を許さない。非嫡出子救済のため是非ともこ

れが制度化される事を願う次第である。[5]

なお、準正については認知の如く特にその届出は認められず、婚姻準正であれば婚姻届により、また認知準正であれば認知届によって当然に準正の効力が生ずる事は言う迄もない。準正について届出義務を言うならば、右の二つの場合に従ってそれぞれ婚姻届出義務及び認知届出義務として考えられる事になる。

(1) C. G Vernier, American Family Laws, vol. Ⅳ Parent and Child, s. 243
(2) C. G. Vernier, op, cit., s. 243
(3) 木下「嫡出でない子の地位」(家族法大系Ⅳ親子所収) 一〇九頁。
(4) 中川「親族法下巻」(現代法学全書) 三八八頁。
(5) だが、嫡出子と非嫡出子との地位の差異がドイツ民法ほど大きくなく、嫡出宣言制度が現行のわが認知制度と大差がない事を理由としてこれに消極的な見解もある(外岡＝高野＝佐々本、前掲解説、一〇四頁)。なお、高梨教授も「嫡出宣言はその効果をどうするかがまず問題である上その嫡出宣言届出に母が不本意ながら同意させられるというおそれもあり、慎重に考えてみなければならぬ」と言われる(「親族法改正の方向」(法学セミナー第四二号一五頁)。

六　結　語

認知は父(例外的に母)が自己の子を確認する行為であり、それは父子関係存在の立証方法(moyen de preuve)であると考えられ得るが、その行為が父の自由な発意にのみかかるべきだとする考えは父捜索の禁止が解かれてから次第に制約を受けてきた。しかし、事実主義の採用迄には至らず、客観主義的認知法も任意認知を内含させる事により依然として認知自由を否定する事をしない。事実上の父子関係(paternité de fait)と法律上の父子関係(paternité de droit)の不一致をなくして両者を一致させる努力こそ非嫡出子救済の最善の策であり、これは正当家族に対して必ずしも不利益を与えるものでもない。父が子の与生者である限り或は与生者と確定し得なくとも与生者としての強き可能性を有する看過してはならない。父が子の与生者である限り或は与生者と確定し得なくとも、実父子間に扶養等の一定の関係が要求される事を限り、子に対する道徳的並びに法的責任を負担すべき事を要求し得ねばならず、その責任は懐胎乃至出生の事実によって当然に父に生ずるものと言うべきである。父子関係存在の立証が一般に困難であるからと言って、父の与生者としての責任を免れ易くすべきではあるまい。判例が認知請求権の放棄を認めないのも(例えば最高裁昭和三七年四月一〇日判決民集第一六巻第四号六九三頁)、子の親への思慕を尊重し親子の情愛を金銭で奪う事は決してなすべきでないという人間の崇高な理想からであると判断するが、そうであれば親子関係の法的成立を出来るだけなすべき事が要求される。罪なき果実(fruit innocent)たる子の心情を察すれば罪ある結合(union coupable)をなした父の認知義務を認めて一応非嫡出子問題の解決を図るのが妥当である。将来において「家族が子の世話をなし得る唯一の制度である事を越えて社会が進歩したと考えられる時は、非嫡出子が家族を持たない事において幸福だと大胆に言える」[1]事を期待する必要なく、非嫡出子の父子関係はあく迄尊重し且つ承認しなければならない。この点でソビエトの如くそれを認めない法制はとる事が出来ない。子の保護制度が如何に充実されようと、非嫡出子の父子関係を人為法によって制限する事は我々人間のなし得るところではなく、そこに正に父の認知義務が存する根源がある。

認知後においてもなお父(稀に母)はその与生者としての責任を十分に果したとみる事には疑問がある。子を非嫡

出子としておかずこれに嫡出子としての地位を与える事が更に要求される。わが民法は婚姻による準正しか認めていないので子の嫡出化のためには婚姻が必須の要件となる。かくして、認知義務の上に婚姻義務が要求されると言える。勿論、それは婚姻意思の尊重の見地から法的義務とみる事には問題も存するが、離婚制度によってその意思が償われるとすれば、必ずしもそれを否定し得ないものと考える。なお、婚姻不能の場合には嫡出宣言の制度によって子の嫡出化をなす必要があり、これについては早急に立法化される事が望ましい。

非嫡出子を真に消滅させるには法律婚主義に代えて事実婚主義を採用する事も立法論として考えられようが、婚姻制度の存する限りこれによっても結局は非嫡出子を「絶滅することは不可能である」[2]と言われ、従ってアメリカのアリゾナ（Arizona）やノース・ダコタ（North Dakota）の二州のように、すべての子はその自然の父母の嫡出子である（all children are the legitimate children of their natural parents）とみる事[3]以外にその方法は存しないようであるが、しかしこれは婚姻尊重思想に対する重大な脅威である事は否定し得ない。

(1) H. H. Robbins & F. Deák, The Family Property Rights of Ellegitimate Children (Selected Essays on Family Law) p. 748

(2) 永田「私生子の法律上の地位」（日本法学第五巻第一号）二頁。

(3) C. G. Vernier, op. cit., s. 245