

【研究ノート】

法制審中間試案における実父子関係の成否  
— 従来の議論との関係 —

前田 泰

社会情報学部 非常勤講師  
(群馬大学名誉教授)

**Parent-child relationship in The Mid-term draft of the Legislative  
Council  
Positioning in the conventional discussions**

Yasushi MAEDA

Part-time lecturer

**Abstract**

The purpose of this paper is to consider the proposal regarding the Parent-child relationship included in the content of the "Interim Proposal for Revision of the Civil Code (Parent-Child Legislation), etc." published by the Counselor's Office of the Ministry of Justice in February 2021. This paper attempts to clarify the characteristics of the above by examining the relationship with the conventional discussion.

**キーワード**：民法改正，中間試案，法制審議会，親子法制，実親子，嫡出推定，嫡出否認，推定されない嫡出子

**1. はじめに**

本稿は、2021（令和3）年2月に法務省民事局参事官室から公表された「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案」<sup>1</sup>（以下では「中間試案」と呼ぶ）に含まれている、実父子関係の成否に関する提案について、従来の議論との関係を検討することにより、中間試案の特徴を明らかにすることを目的とする。

中間試案は、法務大臣の諮問に対応して、①児童虐待が社会問題になっている現状を踏まえて民法の懲戒権に関する規定を見直すこと、および、②いわゆる無戸籍者の問題を解消する観点から民法の

---

<sup>1</sup> 法務省の Web ページ参照。 [https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900001\\_00053.html](https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900001_00053.html)

嫡出推定制度に関する規定を見直すことについて、法制審議会がその要綱を示したものであり<sup>2</sup>、したがって、早急な解決が求められている喫緊の課題に対する提案である。

しかし中間試案には、明治民法から実質的に修正されてこなかった実父子関係の成否に関する規定を改正する提案が含まれている。このため従来の議論との関係を明らかにする必要があるにもかかわらず、その作業が必ずしも十分に行われてはいないように思われる。そこで、実父子関係の成否に関する従来の議論については比較的近時にその整理作業が行われているため<sup>3</sup>、本稿ではこの作業を踏まえて中間試案の提案と従来の議論との関係を検討することにしたい。本稿は、中間試案の批判や自説の主張を目的としていないが、従来の議論との関係を明らかにできれば中間試案の特徴の一端を抽出することにつながると考えている。

以下において、中間試案における、実父子関係の成否に関する内容である嫡出推定および嫡出否認について検討する。中間試案の「検討事項」の内容（承認、生殖補助、認知）も実父子関係の成否に関するが、具体的な提案に至っていないため本稿の対象からは除外する。中間試案の中心的目的である親権や無戸籍の問題には立ち入ることができない。

## 2. 嫡出推定（772条）

### （1）中間試案の提案

中間試案は、現772条1項（「妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定する」）を維持したうえで、同条2項（「婚姻の成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に出生した子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」）については、（i）「婚姻成立の日から200日を経過した後」に出生した子を「婚姻中に懐胎したものと推定する」ことをやめて、これに代わる内容として「妻が婚姻前に懐胎した子であっても、妻が婚姻の成立した後に出産した子であるときは」夫の子と推定することを新に提案する（**第2の1①**）。この提案は、いわゆる「推定されない嫡出子」として従来議論されてきた問題に関する。

さらに中間試案は、（ii）「婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子」について、婚姻中懐胎と推定する点（**第2の1②**）では現行法の内容を維持するが、ただし「妻が前夫以外の男性と再婚した後に出生したものは、再婚後の夫の子と推定する」ことを新に提案する（**第2の1③**）。

### （2）現行法の立法趣旨

実親子法は明治民法から大きな修正を経ずに現行法に至っているため、現行法の立法趣旨を知るた

<sup>2</sup> 法務省民事局参事官室「はじめに（審議の経緯）」『民法（親子法制）等の改正に関する中間試案の補足説明』（注1所掲Webページ）1頁参照。

<sup>3</sup> 拙稿「わが国における議論の整理」（日本家族＜社会と法＞学会第28回シンポジウム「父子関係成立のあり方の検討——嫡出推定・認知制度の見直し」シンポジウム報告）家族＜社会と法＞28号15頁（2012年）。さらに、窪田充美「実子法」（日本私法学会シンポジウム資料）ジュリスト1384号22頁（2009年）（中田裕康編『家族法改正——婚姻・親子関係を中心に』49頁（有斐閣、2010年）所収）、床谷文雄ほか「実親子関係について——基本的な考え方といくつかの提案」（家族法改正研究会第7回シンポジウム報告）戸籍時報719号2頁（2014年）等参照。

めには、明治民法の規定の立法趣旨を確認する必要がある<sup>4</sup>。

772条（旧820条）は、父性の推定とそれに基づく嫡出性の付与を同時に行うことを目的とした規定である<sup>5</sup>。婚姻中懐胎を推定する同条2項の期間は、母子関係における分娩の事実と同様に、父子の血縁の存在を証明する意味の期間であり、血縁主義に基づく立法である<sup>6</sup>。

ただし、2項の期間外に夫の子が生まれる可能性がかなりあることを起草者は認識していた。それにもかかわらず起草者は、婚姻成立後200日経過前の出生子、すなわち婚姻前懐胎・婚姻後出生の子は嫡出でない子であり、認知がなければ父子関係は生じず、嫡出性付与は準正によると考えていた<sup>7</sup>。

さらに起草者は、婚姻解消後300日経過後に夫の子が生まれる可能性についても認識していたが、これは例外であり、例外的な場合があることを理由に「夫に迷惑をかけるべきではない」から夫の子と推定しない旨を説明している<sup>8</sup>。

また、立法過程の当初の原案には現行法にはない第3項があり、それは、婚姻成立後180日から200日の間に生まれた子、および、婚姻解消後300日から320日に生まれた子は医師の証明により夫の子と推定するという規定であった。この3項により「夫の迷惑」を顧慮して推定期間を短めに設定した点を是正して血縁主義にも配慮していたのであるが、立法の過程で議論が生じて<sup>9</sup>、結局削除された<sup>10</sup>。その結果、血縁主義の貫徹よりも「夫に迷惑をかけない」ことを優先することになった。

そして起草者は、法律婚の成立（婚姻の届出）が遅れる例が少なくないことを予想したうえで、婚姻成立後200日経過前に出生した子が「私生子」になることは致し方ないと考えていた<sup>11</sup>。つまり、血縁による父子関係の成立よりも法律婚の確立という政策を優先させている。

以上から、772条は血縁主義により父子関係を成立させることを原則とするが、他の政策的配慮を血縁主義よりも優先させることがあることを認める立法であるといえる。

### （3）いわゆる「推定されない嫡出子」の問題に関する従来議論<sup>12</sup>

婚姻成立後200日経過前に出生した子の地位の問題である。起草者はこのような子は、772条2項によっては婚姻中懐胎と推定されないから夫の子と推定されず、したがって嫡出でない子（婚外子）であると考えていたが（前記(2)）、当初から学説には、このような子も嫡出子（夫の子）であると主張し、その法律構成を模索するものが多かった。

<sup>4</sup> 立法趣旨については、拙稿・注3所掲15頁以下参照。

<sup>5</sup> 日本近代立法資料叢書6『法典調査会民法議事速記録六』488頁、491頁（商事法務研究会、1984年）、拙稿・注3所掲15頁参照。

<sup>6</sup> 日本近代立法資料叢書6・注5所掲488頁

<sup>7</sup> 拙稿・注3所掲16頁、二宮周平編『新注釈民法17』534頁〔野沢紀雅〕（有斐閣、2017年）等。

<sup>8</sup> 日本近代立法資料叢書6・注5所掲492頁

<sup>9</sup> 日本近代立法資料叢書6・注5所掲496-507頁

<sup>10</sup> 日本近代立法資料叢書7『法典調査会民法議事速記録七』435頁（商事法務研究会、1988年）

<sup>11</sup> 日本近代立法資料叢書6・注5所掲504頁

<sup>12</sup> 推定されない嫡出子に関する従来議論については、拙稿・注3所掲17頁以下参照。

## I 婚外子説

起草者と同様に、父子関係の成立には認知が、嫡出子になるためには認知準正が必要であると解する<sup>13</sup>。なお、明治民法の起草者の1人である梅は、この子は婚外子であるが、父が承認すれば否認できなくなると解していた<sup>14</sup>。そこでは「嫡出」の承認でなくても「自己の子であることの承認」で足りると説明している。そして、富井政章も法典調査会の議論の中でこの趣旨の発言をしていた<sup>15</sup>。なお、初期の学説では、父が嫡出子出生届を出せば承認になり、だから否認できないと解する説が少なくなかった。

## II 嫡出子説

この説は、婚姻成立後 200 日経過前に出生した子も嫡出子であると解する。戦前の学説には、嫡出子にしようという努力の跡にいろいろなバリエーションがあった。多くの学説は、婚姻成立後 200 日経過前の出生子が嫡出子として届け出られ、嫡出子として扱われていることを前提とする。

### A 戦前の嫡出子説

(a) 嫡出子であるが、夫が否認すれば（争えば）婚外子になると解する立場があった<sup>16</sup>。嫡出否認による必要がないと解するが、内縁をまだ問題としないから、推定されない嫡出子説（後記(d)）とは区別される。

(b) 夫の子であることが明らかな限り嫡出子であるが、嫡出否認によらずに地位を争うと解する説が多数あった<sup>17</sup>。ただし「夫の子であることが明らかな限り」の内容が明らかではなく、この要件を緩やかに解せば（あるいは内縁と関連づければ）、後の「推定されない嫡出子」説（後記(d)）と同じになる。

<sup>13</sup> 戦前の学説に柿原武雄『民法親族編釈義』429頁（講法会、1898年）、仁井田益太郎『改訂親族法相続法論』217頁（有斐閣、1923年）、長島毅「婚姻成立後 200 日以内ニ生レタル子ノ性質」法学新法 30 卷 6 号 110 頁（1919 年）、古山茂夫『親族法註解』241 頁（酒井書店、1923 年）、中島玉吉『民法釈義卷之四親族編』479 頁（金刺芳流堂、1937 年）、舟橋諄一「婚姻前懐胎・婚姻後出生の子の嫡出性」法律時報 14 卷 7 号 43 頁（1942 年）（中川善之助編『註釈親族法（上）』369 頁〔舟橋諄一〕（有斐閣、1950 年）も同じ）等があった。戦後にも、田中実『親族法・相続法』81 頁（三和書房、1954 年）、前田正昭「婚姻成立後 200 日以内の出生子の嫡出性」法学（近畿大）15 卷 3・4 号 123 頁（1967 年）があった。判例には、大判昭和 3 年 12 月 6 日判例彙報 40 卷上民 399 頁があるが、ただし判例上は後の大連判昭和 15 年 1 月 23 日民集 19 卷 54 頁で、嫡出子であることが確定する。

<sup>14</sup> 梅謙次郎『民法要義卷之四』247 頁（有斐閣書房、1912 年）

<sup>15</sup> 日本近代立法資料叢書 6・注 5 所掲 516 頁

<sup>16</sup> 柳川勝二『日本親族法要論』272 頁（清水書店、1924 年）

<sup>17</sup> 牧野菊之介『日本親族法論』326 頁（巖松堂、1914 年）、島田鉄吉『民法親族編講義』267 頁（明治大学出版部、1911 年）、穂積重遠『親族法大意』94 頁（岩波書店、1925 年）（同『親族法』424 頁（岩波書店、1933 年）も同じ）、和田于一『親子法論』23 頁（大同書院、1927 年）、野上久幸『親族法』269 頁（三省堂、1928 年）、長沼宏有『親族法論』176 頁（有斐閣、1933 年）、谷口知平『日本親族法』321 頁（弘文堂、1935 年）、近藤英吉『親族法講義要綱』124 頁（弘文堂、1938 年）、木村健助「大連判昭和 15 年 1 月 23 日の判批」民商法雑誌 11 卷 6 号 141 頁（1940 年）、堀内節『親族法講義』314 頁（精興社、1940 年）等。

(c)単に「嫡出子である」と見るものに大正8年大判<sup>18</sup>と人事法案<sup>19</sup>の第95条があった。人事法案の基礎となった改正要綱にはこのような提案はなかったが、人事法案より前の学説があった<sup>20</sup>。

(d)「推定されない嫡出子」説 内縁後懐胎・婚姻後出生の子は嫡出子であるが、嫡出否認によらずに地位を争うと解する。学説は後記B(a)参照。判例上は、昭和15年大民連判<sup>21</sup>および同年の大判<sup>22</sup>で、この説によることが確定された。

(e)「推定される嫡出子」説 戦後の通説になるが、内容を含めて後記B(b)参照<sup>23</sup>。

B 戦後の嫡出子説 戦後にも婚外子説が根強く主張されたが、少数であった(前記Iの注13後半参照)。戦後の大多数の学説は「推定されない嫡出子」説か、「推定される嫡出子」説かのいずれかである。

(a)「推定されない嫡出子」説 内縁中懐胎・婚姻成立後200日経過前出生の子は嫡出子であるが嫡出否認によらずに嫡出性を争うことができると解する<sup>24</sup>。戦前の判例により確定された解釈であり(前記A(d))、戦後の昭和41年最判<sup>25</sup>において基本的には踏襲された(ただし、非嫡出子として届け出られた子の認知請求を認容した判決である)。

(b)「推定される嫡出子」説 ①内縁成立200日後・婚姻後出生の子は「772条の推定を受ける嫡出子」であり(嫡出否認の手続でのみ子の地位を争う)、②内縁が先行せずに婚姻成立後200日経過前に生まれた子は「推定されない嫡出子」である(嫡出否認によらずに地位を争う)と主張する。戦前の中川(善)に始まり(前記A(e)注23参照)、戦後の通説となった<sup>26</sup>。

<sup>18</sup> 大判大正8年10月8日民録25輯1756頁

<sup>19</sup> 『人事法案(仮称)』第一編親族(昭和16年整理)・第二編相続(昭和15年整理)(信山社、2000年)

<sup>20</sup> 長沼坦「嫡出推定の濫用と事実婚主義」法学新法39巻5号146頁(1929年)

<sup>21</sup> 大連判昭和15年1月23日民集19巻54頁

<sup>22</sup> 大判昭和15年9月20日民集19巻1956頁

<sup>23</sup> 戦前では、中川善之助「身分法三題 二 準正と嫡出推定」法学新法39巻6号248頁(1929年)、同『民法Ⅲ』91頁(岩波書店、1933年)、同「嫡出推定と内縁関係」法学9巻9号91頁(1940年)、高梨公之「内縁中懐胎し婚姻後に出生した子は当然嫡出子であるか」日本法学6巻3号35頁、薬師寺志光『日本親族法論下』668頁(南郊社、1942年)(同「内縁の与生推定力」法学志林43巻2号1頁以下(1941年)も同旨)、角田幸吉『日本親子法論』221頁(有斐閣、1941年)、我妻栄「大連判昭和15年1月23日の判批」『判例民事法昭和15年』13頁(1942年)があった。

<sup>24</sup> 柚木馨『親族法』166頁(有斐閣、1950年)、末川博『民法(下の一)』122頁(千倉書房、1951年)、我妻栄＝立石芳枝『親族法・相続法』154頁(日本評論社、1952年)、斉藤秀夫「身分関係不存在確認の訴」中川善之助還暦記念『家族法体系I 家族法総論』186頁(有斐閣、1959年)、燕山巖「最判昭和41年2月15日の解説」法曹時報18巻4号116頁(1966年)、深谷松男「判批」中川淳編『判例親族法』136頁(有信堂、1969年)、鍛冶良堅「親子関係の存否と戸籍制度の関連構造」戸籍制度百周年記念『日本戸籍の特質』209頁(1972年)、石川稔「判批」法学セミナー254号117頁(1976年)、岡垣学「嫡出否認の訴について(2)」判例タイムズ301号31頁(1974年)、鈴木祿弥＝唄孝一『人事法I』37頁(有斐閣、1980年)、佐藤義彦「最判昭和41年2月15日の判批」家族法判例百選3版79頁(1980年)等。

<sup>25</sup> 最判昭和41年2月15日民集20巻2号202頁(認知請求における内縁子への772条類推の意味)

<sup>26</sup> 戦後学説には、中川善之助編『註解親族法』165頁[山崎邦彦](法文社、1949年)、谷口知平『親族法』102頁(評論社、1954年)、外岡茂十郎「推定されない嫡出子」中川還暦記念『家族法大系IV 親子』9頁(有斐閣、1960年)、高野竹三郎「嫡出性の否認」前掲『家族法大系IV』28頁、我妻

(c)通説 この問題に関して現在何が通説かについて、日本家族<社会と法>学会第 28 回学術大会におけるシンポジウム報告者準備会で議論があり、「推定される嫡出子」説は現在ではもはや通説とはいえ、カッコ書きの「(旧)通説」と位置づけることになった<sup>27</sup>。もはや通説とはいえなくなった原因は、嫡出否認制度の硬直性に対する比較的近時の消極評価にあると考えられる。すなわち、「推定される嫡出子」説の論者の多くが血縁主義を前提としていたが、いわゆる「推定の及ばない子」の問題について判例が外観説で固まったために、血縁主義に向けられた消極評価がここでの「推定される嫡出子」説に向けられることになったという事情があると考えられる<sup>28</sup>。

#### (4) 婚姻の解消・取消後 300 日以内出生子に関する議論

中間試案は、このような子の中で、「妻が前夫以外の男性と再婚した後の出生したものは、夫の子と推定する」ことを提案している(第 2 の 1③)。再婚禁止期間(733 条)および父を定めることを目的とする訴え(773 条)の廃止を前提とした提案であり、これに関する従来の議論は見当たらない。

#### (5) 検討

嫡出推定に関する中間試案の提案の中で、従来の議論との関係を検討する必要があるのは、いわゆる「推定されない嫡出子」の問題についてである。

I 提案の趣旨・理由は、補足説明<sup>29</sup>によれば、次の通りである。

(i) 見直しの必要性 現行法下の取扱いでは、婚姻成立後 200 日以内に出生した子は、「772 条の嫡出推定が及ばないため、嫡出否認の訴えによることなく、親子関係不存在確認の裁判等により、いつまでも父子関係を否定される可能性がある」ために、婚姻成立後 200 日経過後に出生した子に比較して「子の地位が不安定になっている」点が問題であり、「婚姻後 200 日以内に出生した子についても、夫の子との推定を及ぼし、その法的地位を安定させる必要が高い」。

(ii) 婚姻前懐胎・婚姻後出生の子を夫の子と推定するという提案の根拠 婚姻中懐胎の子を夫の子と推定する「現行法の根拠」は、①夫婦間の貞操義務・同居義務(民法第 752 条)などから夫の子である蓋然性が高いこと、②夫婦の子として養育する意思があると考えられることなどにある。「現

栄『親族法』216 頁(有斐閣、1961 年)、島津一郎『家族法入門』189 頁(有斐閣、1964 年)、川井健「推定されない嫡出子」柚木馨ほか編『判例演習(親族・相続法)』83 頁(有斐閣、1964 年)、中川善之助『新訂親族法』364 頁(青林書院、1965 年)、山本正憲「最判昭和 41 年 2 月 15 日の判批」法学会雑誌(岡山大)16 巻 3 号 132 頁(1966 年)、小石寿夫「最判昭和 41 年 2 月 15 日の判批」民商法雑誌 55 巻 3 号 137 頁(1966 年)、同「推定されない嫡出子」中川善之助追悼論集『現代家族法大系 3』3 頁(有斐閣、1979 年)、中川淳「最判昭和 41 年 2 月 15 日の判批」立命館法学 69=70 号 124 頁(1967 年)、平井宜雄「最判昭和 41 年 2 月 15 日の判批」法学協会雑誌 84 巻 1 号 185 頁(1967 年)、泉久雄「最判昭和 41 年 2 月 15 日の判批」専修法学論集 3 号 121 頁、青山道夫『改訂家族法論 I』154 頁(法律文化社、1971 年)、同「最判昭和 41 年 2 月 15 日の判批」家族法判例百選(新版・増補)91 頁(1975 年)、山島正男「推定されない嫡出子」川井健編『民法 III』(判例と学説 4)136 頁(日本評論社、1976 年)、太田武男「民法 772 条による嫡出推定の及ぶ範囲」『現代家族法研究』277 頁(有斐閣、1982 年)等がある。

<sup>27</sup> 拙稿・注 3 所掲 19 頁

<sup>28</sup> 山島・注 26 所掲 137 頁参照。

<sup>29</sup> 法務省民事局参事官室「民法(親子法制)等の改正に関する中間試案の補足説明」。前記の注 1・注 2 参照。

行法との連続性を重視し、上記考え方を基本としつつ」、すなわち婚姻中懐胎の子を夫の子と推定することを基本としながらも、「妻が婚姻する前に懐胎し、かつ、婚姻後 200 日以内に出生した子」についても（婚姻中懐胎の子と同様に）、①夫の生物学上の子である蓋然性が高いと考えられること、および、②夫婦の子として養育する意思があると考えられることを根拠に、「夫の子であるとの推定の範囲を拡げる」べきである。

婚姻前懐胎の子の懐胎時には夫婦間の貞操義務・同居義務がないにもかかわらず、婚姻前懐胎・婚姻後出生の子が夫の子である蓋然性が高いと考える理由は、次のことにある<sup>30</sup>。すなわち、①妊娠を契機に婚姻する夫婦が増加しているという社会の変化があること（厚労省人口動態特殊統計「出生に関する統計」によれば、結婚期間が妊娠期間より短い出生の子の割合が、昭和 55 年の 12.6%から平成 12 年に 26.3%に、平成 21 年に 25.3%になったことが紹介されている）、および、②「婚姻後 200 日以内に出生した子のうち、99.5%は『推定されない嫡出子』<sup>31</sup>で、婚姻後の夫が父となっている」という法務省の調査結果があることである（平成 26 年から 28 年までの間に出生した子（302 万 9074 件）のうち、母の婚姻後 200 日以内に出生した子は 27 万 9581 件（9.2%）あり、このうち「推定されない嫡出子」は 27 万 8299 件（99.5%）あったことが紹介されている）。

### (iii) 小括

A 772 条を改正する必要性は、婚姻前懐胎・婚姻後出生の子についても、婚姻中懐胎・婚姻後出生の子と同様に、夫の子としての法的地位を安定させるべきことにある。

B 婚姻前懐胎・婚姻後出生の子を夫の子と推定する根拠は、①生物学上の子である蓋然性が高いことを示す調査結果があり、その原因の一つに妊娠を契機に婚姻する夫婦が増加している事実が挙げられること、および、②夫婦の子として養育する意思があることは婚姻中懐胎・婚姻後出生の子の場合と同じであること、以上にある。

C 子の法的地位を安定させるべき必要性（前記 A）に基づき、「夫の子であるという推定を婚姻前懐胎・婚姻後出生の子に及ぼす」ことを提案していることから、婚姻前懐胎・婚姻後出生の子をいわゆる「推定される嫡出子」とすることが提案の内容である。

## II 中間試案の特徴 以上の提案には、従来の議論との関係で以下の特徴がある。

(i) 現行法との連続性の重視 嫡出推定規定の見直しに際して、中間試案の補足説明は「現行法との連続性を重視する」ことを繰り返し記述している。そこでいう現行法とは、直接的には、①「婚

<sup>30</sup> 補足説明・注 29 所掲 17 頁

<sup>31</sup> ここでの「推定されない嫡出子」とは「母の夫が父である子」という意味だと思われる。しかし「推定されない嫡出子」の概念は、内縁保護の要請を前提として、内縁後懐胎・婚姻後出生の子を意味している。補足説明においても、「婚姻成立の前に内縁関係が継続し」ていることが、判例上、認知なしで出生により嫡出性が付与されるための要件である旨が説明されている（補足説明 16 頁）。ところが中間試案では内縁保護の要請には触れられていないから、この用語法には疑問が生じる。

ただし、補足説明では「推定されない嫡出子」の語を、戸籍実務が内縁成立の有無を問わずに嫡出子として取り扱う場面を示す語として用いているとも解しうる（補足説明 19 頁注 7）。この場面に限定した用語法であるとすれば、中間試案に独自の特徴になる。

姻中懐胎の子を夫の子と推定する」ことを意味しているが、このことは、さらに次の内容を含むことになる。すなわち、②「父性推定」ではなく「父子関係の成立」として規定すべきことを主張している近時の立法提案を採用しないこと、および、③現行法の前提にある「父性推定」と「嫡出性の付与」を同時に行うという構造を継承すること、したがって「嫡出子」・「嫡出性」の概念を維持すること<sup>32</sup>。以上を含むことになる。

(ii)内縁先行を理由にしないこと 婚姻前懐胎・婚姻後出生の子を「推定される嫡出子」とする理由に、内縁保護の要請が触れられていないことに注意すべきである。むしろ中間試案は、内縁保護の政策には関与しないことを明確にしたともいえるだろう。

中間試案は、婚姻成立後 200 日経過前の出生子を内縁先行の有無を問わずに嫡出子として扱う戸籍実務の取扱いをそのまま正当化し、しかも「推定されない嫡出子」として嫡出否認によらない一般的手続きで父子関係を否定できると解する判例を変更して、嫡出否認によるべき「推定される嫡出子」とすることを新たに提案している。

初期の学説に、婚姻成立後 200 日経過前の出生子を単に「嫡出子」とであると記述するものがあつたが、しかし嫡出否認によらずに親子関係を否定できると解していた（前記(3)II A(a),(b)）。内縁準婚理論の通説化後では学説上は内縁子の保護が重要視され、「推定される嫡出子」とみて嫡出否認によるべきと主張した旧通説も当然に内縁後懐胎を要件としていた。これを要件としない中間試案の提案はまったく新しい提案である。ただし、1959 年法制審の留保事項にも同じ内容の提案があつたが（前記(3)II(c)）、そこでは内縁保護を理由とする旧通説の理解を前提として、しかし戸籍事務担当者が内縁成立の有無・日時を審査できないために、すべての婚姻後出生の子について嫡出子としての出生の届出を受理するという戸籍実務の対応を追認したものと思われるから、中間試案の提案とは内縁保護に対する立場を異にしている。中間試案が内縁先行を理由とせず、別の新たな理由を掲げて「推定される嫡出子」としての保護を提案したことは重要であり、この理由の是非が問われることになる。

(iii)法律婚の保護 中間試案は、婚姻前懐胎子にも嫡出推定を及ぼすことを提案する。内縁の有無を問題にしないから内縁保護の政策とは関係せず（前記(ii)）、したがって法律婚による保護の枠を婚姻中懐胎から婚姻後出生へ拡大して保護している<sup>33</sup>。嫡出性の概念を廃止せずに維持すること（前記(i)）と併せて、法律婚の保護を維持ないし拡大しているといえる。

(iv)血縁主義との関係 現行法の嫡出推定の期間は父子の血縁を証拠づけるための期間であるから（前記(2)）、この期間外である婚姻前懐胎の子を夫の子と推定することは血縁主義に反するとい

<sup>32</sup> 近時の立法案では、嫡出子の概念を用いず、かつ、父子関係の成立を認めることが提案されている。例えば、窪田・注 3 所掲 28 頁、二宮周平「母子関係と婚内子の父子関係」（家族法改正研究会第 7 回シンポジウム報告）戸籍時報 719 号 5 頁、12 頁（2014 年）等。中間試案が嫡出子の概念を廃止せずに維持していることは、「嫡出推定」・「嫡出否認」の用語法を維持していることから明らかである。

<sup>33</sup> 法律婚としての保護の枠を「婚姻中出生」に限定する（婚姻の取消・解消後の出生子について否定する）ことは否定されている。補足説明 18・19 頁



えるが、提案理由の1つとして、婚姻成立後200日経過前の出生子の99.5%が夫の子であったという調査結果から、夫の生物学上の子である蓋然性の高さが掲げられており、事実上は血縁の問題がほとんど生じないことが示されている。ただし、婚姻後の出生が「夫婦の子として養育する意思」の存在を示すことも理由として掲げられているから、血縁主義の比重が相対的に減少したとはいえるだろう<sup>34</sup>。血縁主義には事実上抵触しないことを示しながら、「夫婦の意思」<sup>35</sup>という要素を新たに導入することがこの提案の特徴の一つになる。血縁主義よりも他の政策的配慮を優先させることは、772条の立法趣旨からは是認されうるが（前記(2)）、実父子関係の成立について「夫婦の意思」という要素を導入することはこれまで論じられたことがないと思われるので、その是非が問われなければならないだろう。

(v)従来の「推定される嫡出子」説への消極評価 旧通説（推定される嫡出子説）に向けられた消極評価については、中間試案では特に説明されていない。旧通説が内縁後懐胎子を対象としていたから、旧通説に対する評価は中間試案とは関係しないと見たか、または、否認期間の延長や否認権者の拡大という厳格性を緩和する提案（後記3）で対応できていると解されているものと推測する<sup>36</sup>。

(vi)改正の「必要性」と提案内容の「根拠」 補足説明によれば、婚姻前懐胎・婚姻後出生の子の地位を安定させるべきことが改正の「必要性」である。そして、安定させる方法が「嫡出推定を及ぼす」こと（父子関係を否定する手続を嫡出否認に限定すること）であり、夫の子と推定して嫡出推定を及ぼす「根拠」が、①婚姻前懐胎・婚姻後出生の子が夫の血縁の子である蓋然性が高いこと、および、②夫婦の子として養育する意思があることである。以上の構成が中間試案の特徴であり、ここでの「論理」の整合性が問われることになると思われる。

### 3. 嫡出否認

#### (1) 中間試案の提案

嫡出否認に関して中間試案は、まず夫の否認権について、①行使期間を延長するが、②これ以外は「現行法のとおりとする」ことを提案し（第4の1）、さらに、③否認権者の範囲を子または妻にも拡大することを提案する（第4の2）。それぞれについて、現行法の立法趣旨および従来の議論との関係を整理して検討する。

<sup>34</sup> 補足説明（20頁注12）において、必ずしも記述する必要性がないにもかかわらず、あえて「推定の及ばない子」に関する外観説と調和する旨に紙幅を割いていることも、血縁主義に対する距離の取り方を示しているように思われる。

<sup>35</sup> ここでの「子を養育する意思」の主体が必ずしも明らかではないが、もし「夫の意思」であるとするならば、①嫡出否認における「夫権」主義的な構成からの解放という中間試案の提案と矛盾する、②任意認知における「父権」主義的理解を血縁主義が打破してきた従来の経緯に逆行する、③出産における夫の意思の事実上の重要性等の多くの疑問が生じるから、ここでは「夫婦の意思」と解する。

<sup>36</sup> むしろ、「推定の及ばない子」の問題における血縁説への消極評価が、推定される嫡出子としてのこの問題における旧通説への消極評価につながるという点に問題があったと思われる。

## (2) 期間制限

I 行使期間を3年または5年に延長すること 777条(旧825条)が嫡出否認の期間制限を1年にした趣旨は、「夫が疑念を調査するために必要な期間であり、臭い物に蓋をしない主義を採り、一番長い立法例を採用した」という血縁主義的な理由にある<sup>37</sup>。中間試案の補足説明では、この立法趣旨を確認したうえで、その後外国では期間が伸長されたことを指摘している(36頁注3)。行使期間延長の提案は立法趣旨に沿っている。

なお、「わが国固有の醇風美俗を維持すること」を要求した大正期の臨時法制審議会が嫡出否認の期間制限およびその起算点(後記II参照)について「血統を重んじる我が国情」との適合性を問題視した結果<sup>38</sup>、改正要綱が期間制限の拡張と起算点の変更を主張し<sup>39</sup>、人事法案がこれを具体化して<sup>40</sup>、これらを支持する学説<sup>41</sup>も少なくなかったという状況があった<sup>42</sup>。さらに、近時の血縁説は期間制限の廃止を主張していた<sup>43</sup>。

ただし、中間試案の提案は、直接的にはこれらの血縁主義的な理由によるものではなく、期間の長さを決める基準については、①夫の否認権行使の機会を保障する要請と、②子の身分関係の早期安定の要請との調和にあることが説明されている。そしてさらに、前記①の夫の否認権行使の判断には、血縁の有無のみならず、夫婦関係の継続や子を養育する意思の有無等の様々な要因が影響すること、否認権行使に際しては離婚等の別の手続を含めた準備期間が必要になること等が説明に加えられている(補足説明39頁)。

II 起算点を変更しないこと 前記Iの血縁主義の主張者は期間制限の起算点を「夫が否認の原因となる事実を知った時」に変更すべきことを主張し<sup>44</sup>、近時にもこれを支持する立法案がある

<sup>37</sup> 日本近代立法資料叢書6・注5所掲525-6頁

<sup>38</sup> 唄孝一＝利谷信義『「人事法案」の起草過程とその概要』我妻栄追悼論集『私法学の新たな展開』475頁(有斐閣、1975年)、堀内節編著『続家事審判制度の研究』44頁(中央大学出版部、1976年)等。

<sup>39</sup> 穂積重遠「民法改正要綱解説」法学協会雑誌46巻8号50頁(第18)

<sup>40</sup> 人事法案・注19所掲97条、98条の3。

<sup>41</sup> 穂積・注17親族法429頁、柚木・注24所掲169頁、中川善之助編『註釈親族法(上)』316頁[外岡茂十郎](有斐閣、1950年)、中川良延「嫡出否認」谷口知平ほか編『新民法演習5親族・相続』88頁(有斐閣、1968年)、太田武男＝久貴忠彦『親子の法律』20頁(有斐閣、1969年)等。これに対して改正要綱を疑問視する学説には、於保不二雄『親子(法律学体系第2部法学理論編81)』42頁(日本評論社、1950年)、西村信雄＝椿寿夫「明治民法以後の親子法」中川善之助ほか編『家族問題と家族法IV親子』167頁(酒井書店、1957年)等があった。

<sup>42</sup> 拙稿・注3所掲20頁

<sup>43</sup> 中川善之助ほか編『新版注釈民法23』232頁[松倉耕作](有斐閣、2004年)。谷口・注17所掲332頁も期間制限自体を疑問視する。

<sup>44</sup> 改正要綱第18、人事法案97条(注39、40参照)。穂積・注17親族法429頁、柚木・注24所掲169頁および川井健ほか編『民法コンメンタル(21)親族2』468頁[西原道夫](ぎょうせい、1987年)は改正要綱に賛成し、中川編・注41所掲[外岡]324頁および中川(良)・注41所掲98頁も改正要綱に好意的である。改正要綱とは別に否認原因覚知時説を主張するのが、太田＝久貴・注41所掲22頁、山島正男「嫡出否認と親子関係不存在確認」判例タイムズ747号179頁(1991年)、中川良延「嫡出否認の手続と出訴期間」判例タイムズ747号181頁(1991頁)、梶村太一「奈良家審平成4年12月16日の判批」判例タイムズ882号148頁(1995年)、床谷文雄「最判平成12年3月14日

が<sup>45</sup>、中間試案はこの否認原因覚知時説の採用を提案していない。その理由は、①現行制度との連続性、および、②主観的事情の有無を認定することが困難であるから紛争が長期化する恐れがあることが説明されている（補足説明 39 頁）。後者の理由（前記②）については近時の立法案に同旨があった<sup>46</sup>。

### （3）期間制限以外は現行法のとおりとすること

期間制限以外の考慮事項はいろいろあるが、ここでは、否認権者の意思と血縁主義との関係に関わる従来の議論との関係から、「承認による否認権の消滅」（776 条）を取り上げることにする。

776 条（旧 824 条）の立法時には、父とされた夫が出生の届出をすれば承認したことになり否認権が消滅すると考えられたが<sup>47</sup>、後の学説は父が戸籍法上の届出義務者であることを理由にこれを否定するようになり<sup>48</sup>、その結果、承認に該当する具体的な行為が明らかでなくなった。さらに、大正期の改正要綱が血統重視の点から（前記(2) I）776 条の廃止を提案して、人事法案がこれを具体化し<sup>49</sup>、これを支持する学説もあった<sup>50</sup>。

776 条の存在意義は、血縁の有無を知る夫があえて承認すれば否認権を残す理由がないことや、身分的秩序の早期安定と子の利益保護の観点が一般に説明されてきた<sup>51</sup>。これに対して、承認による否認権の喪失は、嫡出否認訴訟において 1 年の期間制限内に血縁の不存在が立証された場合に子の側からの抗弁としてのみ意義があり、これが認められた裁判例が見当たらない状況から 776 条はほぼ空文化していると指摘され<sup>52</sup>、その存在意義が疑問視されている。ただし、近時の立法案ではあえて現行法を維持する提案がある<sup>53</sup>。さらに、生殖補助医療において AID に夫が同意した場合には否認権を喪失する案が提案されている<sup>54</sup>。

中間試案は、承認による否認権の喪失を含めて、現行法の通りとすることを提案した。この問題に関する説明はないが、血縁主義からの削除要求に対応しないことは、起算点の変更を否定したことと同様に、血縁主義との距離を保持する姿勢を感じさせる。このことは、期間制限の延長に関する理由

---

の判批」私法判例リマックス 2001 年上 78 頁等である。

<sup>45</sup> 窪田・注 3 所掲 32 頁・34 頁、二宮周平「立法提案——改正の方向性」家族＜社会と法＞28 号 77 頁・86 頁（2012 年）。

<sup>46</sup> 二宮・注 32 所掲 10 頁、15 頁。

<sup>47</sup> 日本近代立法資料叢書 6・注 5 所掲 518 頁

<sup>48</sup> 拙稿・注 3 所掲 16 頁

<sup>49</sup> 改正要綱第 18（穂積・注 39）。人事法案（95 条以下）に規定せず（注 19）。

<sup>50</sup> 削除を提案する学説に、穂積・注 17 所掲 431 頁、谷口・注 17 所掲 331 頁、角田・注 23 所掲 240 頁、中川編・注 41 所掲〔外岡〕324 頁、柚木・注 24 所掲 169 頁、中川（良）・注 41 所掲 96 頁があり、削除の提案に好意的な学説に、中川（善）・注 26 所掲 369 頁、太田＝久貴・注 41 所掲 21 頁、中川善之助編『注釈民法 22 の I』150 頁〔岡垣学〕（有斐閣、1971 年）、川井ほか編・注 44 所掲〔西原〕469 頁、中川（善）ほか編・注 43 所掲〔松倉〕227 頁等がある。

<sup>51</sup> 例えば、中川（善）ほか編・注 43 所掲 226 頁、川井ほか編・注 44 所掲〔西原〕382 頁等。

<sup>52</sup> 川井ほか編・注 44 所掲〔西原〕383 頁、二宮編・注 7 所掲〔野沢〕586 頁等。

<sup>53</sup> 窪田・注 3 所掲 32 頁、35 頁。

<sup>54</sup> 窪田・注 3 所掲 35 頁、石井美智子「生殖補助医療により生まれた子の親子関係」（家族法改正研究会第 7 回シンポジウム報告）戸籍時報 719 号 24 頁、27 頁（2014 年）。

づけにも示されているといえる。

(4) 否認権者に子または妻を加えること

現行 774 条 (旧 822 条) が否認権者を夫に限定した趣旨は、夫が「真に直接の関係者」であり、血縁の有無を判断できる者が夫に限られるからだとして説明されていた<sup>55</sup>。しかし、この説明では妻が除外された理由が不明であり<sup>56</sup>、「夫権」主義的な理由を推測することはできるが、少なくとも合理的な理由を見つけることはできないから参考にならない。さらに、起草者は「子の利益を考えれば子にも否認権を認めるべきである」と考えて子の否認権を認める案も用意していたから<sup>57</sup>、立法者に夫以外の否認権を認めない強い意図があったわけではない。

学説には、子と妻の両者に否認権を認めるべきという主張が多数あり<sup>58</sup>、子にのみ与えるという主張もあった<sup>59</sup>。現行法の立法趣旨の説明に挙げられていた「血縁の有無を判断できる者」としては妻が、「直接の関係者」としてはさらに子が増えられることになる。

したがって中間試案の提案は、現行法の立法趣旨に反することはなく、学説の多数に沿うものである。

(5) 小括

嫡出否認に関する中間試案の提案は「従来の議論」の傾向に従っているといえる。嫡出否認は血縁のない父子関係を否定する制度であり、その期間制限を延長して否認権者を拡大する提案は血縁主義に資する案であるが、現行法との連続性や子を養育する意思等の血縁主義とは異なる理由づけが用いられており、これ以外の血縁主義的な提案に応じていないことから、むしろ血縁主義との距離を保持する姿勢が示されている。血縁主義とは異なる理由づけの是非が問われることになると思われる。

#### 4. 再婚禁止期間の廃止に伴う措置

(1) 中間試案の提案 中間試案は、①再婚禁止期間の廃止 (733 条の削除) を提案し (第 3)、②さらにこれに伴って必要になる父子関係の成否に関する規制を提案する (嫡出推定に関する第 2 の 2、および、嫡出否認に関する第 4 の 3)。父子関係の成否に関する内容には後者 (②) の提案があるが、従来の議論とは直接に関係するものではないことを以下に確認する。

(2) 嫡出推定関係 (第 2 の 2) 再婚禁止期間の廃止により父を定める訴え (773 条) も撤廃する

<sup>55</sup> 日本近代立法資料叢書 6・注 5 所掲 509 頁

<sup>56</sup> 拙稿・注 3 所掲 16 頁

<sup>57</sup> 日本近代立法資料叢書 6・注 5 所掲 510 頁

<sup>58</sup> 我妻＝立石・注 24 所掲 163 頁、谷口・注 26 所掲 106 頁、我妻榮＝立石芳枝＝唄孝一編『親族法 (判例コンメンタール VII)』215 頁 [石川稔] (日本評論社、1970 年)、鍛冶・注 24 所掲 213 頁、山島・注 44 所掲 179 頁、本山敦「嫡出推定・認知制度と子の保護」法律時報 74 卷 9 号 41 頁 (2002 年)、良永和隆「最判昭和 44 年 5 月 29 日の判批」民事研修 626 号 23 頁 (2009 年) 等。

<sup>59</sup> 穂積・注 17 所掲親族法 431 頁、中川 (善) 編・注 41 所掲 [外岡] 320 頁、成毛鉄二『戸籍実務から見た民法及び戸籍法の再検討』(法務研究報告書 43 集 6 号) 80 頁 (法務研修所、1956 年)、深谷松男「判批」中川淳編『判例親族法』138 頁 (有信堂、1969 年)、床谷・注 44 所掲 78 頁、中川 (善) ほか編・注 43 所掲 [松倉] 208 頁等。

場合を前提として（**第3**の甲案および乙案における検討事項。補足説明33頁）、父子関係の成否を提案する。すなわち、婚姻の解消または取消の日から300日以内に生まれた子の場合について、妻が前夫以外の男性と再婚した後に出生した子は、再婚の夫の子と推定し（**第2の1③**）、この推定が否認された場合には、前夫の子と推定することを提案する。

再婚禁止期間の廃止については様々な議論があったが、廃止を前提としたうえでの父子関係の成否をめぐり、嫡出推定に関して前記2の範囲を超えた内容の従来の議論は見当たらない。

(3) 嫡出否認関係（**第4の3**） 再婚禁止期間および父を定める訴えを廃止すること、ならびに、子が再婚の夫の子と推定されることを前提として（前記(1)参照）、前夫の否認権を新設することを提案する。この場面を想定して否認権者の範囲を論じた従来の議論は見当たらない。

## 5. おわりに

嫡出否認に関する中間試案の提案は「従来の議論」の傾向に従っているといえる。ただし、血縁主義からの主張には距離を保持する姿勢が示されている（前記**3(5)**）。

従来の議論との関係で特徴がある提案は、いわゆる「推定されない嫡出子」の問題に関する内容である（前記**2(5)**）。そこでは、まず、①現行法との連続性の重視を理由に、「父性の推定」ではなく「父子関係の成立」を規定すべきと主張する近時の立法提案を採用しないことや、「嫡出子」・「嫡出性」の概念を維持することが示された。次に、②婚姻前懐胎・婚姻中出生の子を「推定される嫡出子」にすることを提案して、その理由に従来主張されてきた内縁保護を用いないことが示された。さらにこれらのこと（前記①・②）により、③法律婚の保護の枠を維持ないし拡大することが示され、④血縁主義との関係では、実父子関係の成立に「夫婦の意思」という新たな要素を導入することにより、一定の距離を保つことが確認されている。

以上のように中間試案は、嫡出推定・嫡出否認という実父子関係の成否を決める場において、血縁主義に対しては一定の距離を保ちながら、法律婚の保護や子を養育する夫婦の意思等の要素を導入することにより、具体的な提案内容を超えた、新たな判断枠組の提案を試みているといえる。