



Title	自然生殖における母子関係 : 歴史的観点から
Author(s)	デ アウカンタラ, マルセロ
Citation	阪大法学. 2016, 66(3-4), p. 313-348
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79187
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

自然生殖における母子関係——歴史的観点から——

マルセロ デ アウカンタラ

一 はじめに

自然生殖において、法的母子関係を成立させる最も重要な要因・基準とは何であろうか。

今日では、多くの国の法制度において分娩が最も決定的な要因であるということは間違いないだろう。例えば、子の母は分娩した女性であることを明文化している国がある。ドイツでは、一九九七年の法律（一九九七年一月一六日）により改正された民法典一九九一条は、子の母は分娩した女性であると規定している。フランスでは、二〇〇五年の改正法（二〇〇五年七月四日）により導入された民法典三二一条の二五は、母が出生証書に記入するだけで母子関係が成立するとしている。ポルトガルでは、一九七七年の法律（一九七七年一月二五日）により改正された民法典一七九六条が、親子関係は母について分娩の事実によって発生すると規定している。また、分娩者を母とする明文規定はないが、判例ではこれが認められている国がある。日本では、最高裁が一九六二年の判決（最判昭和三十七年四月二七日民集一六卷七号一二四七頁）で、母子関係は分娩の事実により当然発生するとしている。

前述したことが今日の状況である。ここで問わなければならない問題は、自然生殖における法的母子関係を成立

させる決定的な要因・基準が常に分婉であったのかということである。つまり、あらゆる場合に普遍的に分婉を基準・基点として法的母子関係が決定されてきたのか、あるいは、子の地位（嫡出子、婚外子、姦生子、乱倫子）などによってその基準・基点が異なったのかという問題である。

本稿では、ローマ法、ゲルマン法、英米法、フランス法を中心に、法的母子関係が、その歴史的展開において、どのように形成されてきたか、また嫡出子・婚外子という地位の差異が、法的母子関係の成立に対してどのような影響を与えてきたかを明らかにする。また、母子関係に限らず、必要な場合は、父子関係（準正制度など）についても簡単に触れる。

二 ローマ法

ローマの家族は、家長（*paterfamilias*）とその家長の家長権（*patria potestas*）に服する全員（妻、嫡出子⁽¹⁾、その他の卑属及びその配偶者）から成る。家長とは一番年上の男性尊属であった。ローマ法では、母と子との関係は分婉によって成立した（*mater semper certa est*）が、婚外子は嫡出子と異なり、母の家長の権力にも、父（あるいは父の家長）の権力にも服することができず、自権者（*sui iuris*）であった⁽²⁾。

婚外子は母の家長の家に入らなかったが、実際的な視点からいうと、婚外子は母の権力に「服した」。法律上、母（女性）は誰に対しても家長権を有しなかったが、母と婚外子との関係から様々な法的効力が発生した。例えば、婚外子は母の身分に従ったことや婚外子と母との血族関係（*cognatio*）が認められたこと、婚外子は母の財産を相続する権利を有したことである⁽³⁾。また、互いに扶養をする義務もあった⁽⁴⁾。一方、後述するように、婚外子は父のいない子とされたので、ユスチニアヌス帝の時代まで、強制認知や養育費を請求することができなかった⁽⁵⁾。

【古典期】古典期ローマ法においては未だキリスト教の影響はなかったため、母との関係で嫡出子と婚外子とで異なる扱いがされていなかった。⁽⁶⁾ 前述したように、婚外子と母との血族関係が認められ、婚外子には相続権があり、母には扶養義務もあった。⁽⁷⁾ さらに、婚外子は同母異父の兄弟姉妹の財産を相続することができた。⁽⁸⁾

これに対して、父との関係で婚外子は嫡出子より困難な状態にあった。古典期ローマ法では、任意認知や強制認知のような制度は存在しなかった。すなわち、父は身元不明のままということもあった。父が誰であるかは知っていても、婚外子は父の家に入ることができず、家長権に服しなかった。自権者であった婚外子には相続権はなかったが、父から財産を受けるのに制限はなかった。そのため、父は遺言によって婚外子に財産を譲ることができ、自権者養子縁組 (adrogatio) によって家に入らせることもできた。⁽⁹⁾ 婚外子は自権者養子縁組によって家長の家に入り、その家長権に服するに至ったため、自権者養子縁組は準正 (婚外子を嫡出子にする) と同様の効果をもった。⁽¹⁰⁾ また、婚外子だからといって、必ずしも片親世帯で暮らす、あるいは父と全く接触しないとは限らなかった。婚外子は母と生物学上の父と一緒に暮らしていることがあったという記録が残っている。⁽¹¹⁾

【キリスト教の影響】古典期後のローマ法 (帝政後期) では、キリスト教の影響が大きくなり、ローマ法の婚外子に対する扱いが変更され、道徳的要素が含まれるようになった。三三六年にコンスタンチヌス帝は、父が婚外子に財産を譲ることを禁止した。しかし、その後の皇帝らは父が財産の一部を処分することを許した。⁽¹²⁾ このような是非の変遷は、キリスト教の影響が要因と考えられ、これによって帝政後期の立法者は内縁関係者への処罰・子への慈悲の気持ちに関して意見が分かれたと言われている。⁽¹³⁾

当時、姦生子及び乱倫子も劣悪な地位にあった。彼らに対する敵意は父子関係に限らず、母子関係にも向かっていった。そのため、姦生子・乱倫子と母との関係を完全に認めなかった。一方、姦生子及び乱倫子でない婚外子 (内

縁関係の子）は父に対して様々な権利が徐々に認められるようになった。例えば、父から自分の子として扱われるようになった婚外子は扶養請求権を与えられた。さらに、当時の偉大な革新としては、婚外子の準正制度が導入されたことである。⁽¹⁴⁾

【準正】準正制度は古典期ローマ法には存在しなかった。⁽¹⁵⁾ 古典期後から、婚外子の中で自然児 (*liberi naturales*)、つまり内縁関係により生まれた子に対する準正のみ認められ、姦生子及び乱倫子は対象外であった。⁽¹⁶⁾

準正は三種類に分かれ、①市会編入による準正 (*legitimatio per oblationem curiae*)、②皇帝の裁可による準正 (*legitimatio per rescriptum principis*)、③事後結婚による準正 (*legitimatio per subsequens matrimonium*) があつた。⁽¹⁷⁾ ①市会編入による準正では、父が婚外子に財産を与え、また婚外子が市会議員になることによって準正が発生した。これは、市会議員の就任をポピュラーにすることを目的として皇帝が発案したものである。⁽¹⁸⁾ ②皇帝の裁可による準正はユスチニアヌス帝が導入した。父は婚外子の準正のために皇帝の裁可を求めることができた。⁽¹⁹⁾ 皇帝によって裁可されたら、婚外子は嫡出子となった。皇帝の裁可による準正は、後述するように、ゲルマン法では事後結婚による準正が導入される以前の中世後半期までよく実施されていた。

前記の二種類と異なり、③事後結婚による準正は近代まで続いている。その制度は三三六年から、コンスタンチヌス帝により徐々に導入され、五一七年に一般化された。その後、一時的に廃止されたが、ユスチニアヌス帝により復活され、再編が行われた。⁽²⁰⁾ 当初、婚外子が事後結婚による準正によって嫡出子になるためには、父に嫡出子がないことが要件であつた。しかし、その後、ユスチニアヌス帝は制度の幅を拡大し、父に既に嫡出子（先妻との子）があつても事後結婚による準正が認められるようになった。事後結婚による準正によって嫡出子となった子は父の父権に服し、他の嫡出子と同等の権利を有した。⁽²¹⁾

三 ゲルマン法

ゲルマン法では、ローマ法の *mater semper certa est* ルールが採用され、母子関係は伝統的に分娩によって成立した。

【古法】ゲルマン古法では、婚外子は劣悪な法的地位におかれていなかった。なぜなら、ゲルマン古法は婚姻に加えて他の性的共同体を認めていたからである⁽²²⁾。父に受け入れられた婚外子は、その家に収容され、嫡出子と同様に家族の一員となった。ただし、非自由人の母から生まれた婚外子は母の身分に従ったため、自由人の女性から生まれたことが要件とされていた⁽²³⁾。

ゲルマン諸部族の法にあたっては、例えばロンバルド法やバイエルン慣習法では、婚外子は父の保護下にあり、嫡出子とともに相続人になり、そして父には扶養義務もあった⁽²⁴⁾。また、ドイツ北部の法でも婚外子は、少なくとも自由人から生まれた婚外子が不利な取扱いを受けた事例は見られない⁽²⁵⁾。

しかしその後、キリスト教の影響力が強くなることによって婚外関係が罪悪とされたので、婚外子の地位は徐々に悪化した。中世ドイツの法書であるザクセンシュピーゲル (*Sachsenspiegel*) において、次のように、婚外子は父家から排除され、いかなる権利も認められなかった⁽²⁶⁾。

1・38・1「決闘人 (*kempen*[*Kämpfer*]) および彼等の子、遊芸人、およびすべて真正 (合法) 婚姻外に (*in>unecht*) 生れた者、および窃盗または強盗 (の罪) を賠償しまたは (盗品を) 返還した者、およびそれ (窃盗・強盗) につき裁判所の前で服罪させられた者、または彼等の生命、皮膚もしくは毛髪を (換刑贖罪金をもって) 請け戻した者、これらの者はいずれも権利 (能力) を欠く (*rechelos*)」。(また彼等の犯罪のゆえに罰行進 (*harmscar*) をおこなった者は、すべての権利

(能力) から却けられる⁽²⁷⁾」

1・48・1「すべて真正(合法)婚姻外に(〈in〉unecht)生れた者、または自己を権利無能力(echtlos)たらしめた者は、彼等の訴訟に際してもまた彼等の決闘に際しても、いかなる後見人をもつことをえない。」⁽²⁸⁾

父に対して権利をすべて失った婚外子はその一方で、母に対する相続権等をそのまま持ち続けていた。なぜなら、ゲルマン法は「いかなる子もその母の婚外子ではない」という考え方を採用していたからである。

【いかなる子もその母の婚外子ではない】ゲルマン法の *Kein Kind ist seiner Mutter Kekskind (no child is its mother's bastard)* 「いかなる子もその母の婚外子ではない」あるいは *Keine Mutter trägt einen Bastard (no mother bears a bastard)* 「いかなる母も婚外子を産まない」という伝統的な法格言は、婚外子という呼び方は母に対してではなく、父に対してのみに限られることを示している。母に対しては、婚内子と婚外子(嫡出子と非嫡出子)という区別がなく、すべての子は同一であるとされたのである。

およそ一二三五年にアイケ・フォン・レプゴウ(Eike von Repgow)が編纂したザクセンシュピールゲルの中では、*Kein Kind ist seiner Mutter Kekskind* という表現が現われている(第一卷五一章)⁽²⁹⁾。その法格言の意味に関して Johann Friedrich Eisenhart は、一七五九年に出版された本において次のように説明している。⁽³⁰⁾ すなわち、子が父に対して婚外子(非嫡出子)であるというのは、父の子として認められていないということを意味していると述べている。一方、母はこころの下に子を宿すため、母に対して常に正式な子であると認められるべきであるという。⁽³¹⁾ 後述するように、コモン・ローでは、ゲルマン法と異なり、原則として婚外子は母に対しても「誰の子でもない子」(*filius nullius*)であるとされ、母との関係が認められなかった。⁽³²⁾

「いかなる子もその母の婚外子ではない」という原則はオランダ法にも存在していた。そのため、婚内子は父の

権力の下で保護される一方、婚外子は母の「権力」の下で保護された⁽³³⁾。また、母が遺言なし (ab intestato) に死んだ場合には、婚外子は母の遺産を相続することができた⁽³⁴⁾。遺言相続の場合にも、婚外子に対する権利の制限はなかった。ただし、母に婚内子がある場合には、一二分の一しか相続できないという制限があった。姦生子及び乱倫子には権利の制限があり、遺言によって生活保障に必要な分しか得ることができなかった⁽³⁵⁾。

【ローマ法の継受】ローマ法がドイツ法に継受されて以来、キリスト教の影響を受けて冷遇されてきた婚外子の地位はやや改善されるに至った。父との関係では、引き続き父に対して他人とみなされ、つまり父の家に収容されなかったが、扶養請求権が与えられるようになってきた⁽³⁶⁾。母との関係では、婚内子と同一の法的地位を維持した。その理由はローマ法において婚内子と婚外子 (内縁子) との間では大きな違いはなかったからである⁽³⁷⁾。要するに母との関係では *Kein Kind ist seiner Mutter Mutter Keskind* という原則がそのまま採用され続けた。

【準正】準正制度に関しては、Rudolf Huebner が指摘するように、ゲルマン古法において婚外子は劣悪な法的地位におかれていなかったことを理由に、準正制度の必要性が生じなかった。中世に入って婚外子の法的地位が悪化するに至った時に、初めて婚外子の法的地位の改善が必要となったので、皇帝の裁可による準正が制定され、その後、中世終期には事後結婚による準正が導入された⁽³⁸⁾。

【近代法】⁽³⁹⁾ 婚外子と (自然の) 父との親子関係は当然に生じないとする従来の考え方は近代法まで維持されてきた。その考え方は一八九六年のドイツ民法典一五八九条二項に定められている⁽⁴⁰⁾。ただし、一つの例外があり、それは婚外子と (自然の) 父との関係が婚姻障害の事由として認められていることである (一二三〇条三項)⁽⁴¹⁾。またドイツ民法典は従来どおり、父に対する扶養請求権を認めた⁽⁴²⁾。一方、後述するように、フランス民法典は自然父子関係の搜索を完全に禁止し、結果として自然の父に対する扶養の請求は不可能となってしまった⁽⁴³⁾。

婚外子と母との親子関係は従来どおり、当然に生じるとし、婚外子は婚内子と同一の法的地位を取得できた（一七〇五条⁽⁴⁴⁾）。つまり、一八九六年ドイツ民法典一七〇五条は明らかに *Kein Kind ist seiner Mutter Kebkind* というドイツの伝統的原則を採用していた。母は子の世話をする権利を有し、義務を負うにもかかわらず、子の親権を有せず、法定代理人として代理権を行使することができなかった（一七〇七条⁽⁴⁶⁾）。一方、子の後見人として選任されることは可能であった（一七七八条⁽⁴⁷⁾）。

これまで述べてきたことをまとめれば、ゲルマン法では、婚外子は父に対しては他人とみなされ、扶養を受ける権利しか持っていなかった。ところが母に対しては母子関係が認められ、婚内子と同一の法的地位を保っていた。

四 英米法

コモン・ローでは、嫡出子については *mater semper certa est* ルールが採用され、母子関係は分娩によって発生したが、婚外子については「誰の子でもない子」という基本的考え方があり、それは一見 *mater semper certa est* ルールへの制限のように見える。しかし、後述するように、婚外子は「誰の子でもない子」という考え方は、婚外子と母との間に母子関係が成立しないことを必ずしも意味するものではなかった。

【婚内子：マンスフィールドのルール】ローマ法の「父は婚姻が示す者なり（*pater is est quem nuptiae demonstrant*）」がコモン・ローにも継受された⁽⁴⁸⁾。そのため、法律上の婚姻（*lawful wedlock*）から生まれた子は嫡出子となり、その子を妊娠・出産した女性が母とされ、その女性の夫が父とされた。William Blackstoneによれば、嫡出の推定（*presumitur pro legitimatione*）は一般原則であった⁽⁴⁹⁾。伝統的なコモン・ローではその原則の例外がめつたになかったのである。Edward Cokeは、夫がイギリス国内（*within the four seas*）にいた場合は、夫が生殖不

能であることが証明されない限り、嫡出推定を否定するいかなる証拠があっても認められないという⁽⁵¹⁾。すなわち、婚姻中に生まれた子の嫡出性を否定するためには二つの方法がなく、一つは夫が国外にいたこと（国内不在）、もう一つは夫が完全に生殖する能力はないこと（生殖不能）を証明する方法であった。

したがって、伝統的なコモン・ローでは大陸法と同様に、嫡出の推定はほとんど絶対的かつ否定できないものであった。しかし、時間の経過とともに嫡出推定の反証を許さない態度が柔軟となつてきて、夫が国内にいても、あるいは生殖不能でなくても、妻との無交接の証拠（non-access evidence）が認められたときには嫡出推定が覆る可能性があるとされた。一七三二年の *Pendrell v. Pendrell* 判決はそのリーディングケースとなった。*Pendrell* 判決では⁽⁵²⁾、夫と妻は数カ月間同居したが、その後別居し、妻はロンドンに残り、夫はスタッフフォードシャーへ引越した。三年後、子が生まれた。裁判所は、*being within the four seas = legitimate* という従来の考え方を使わないことにし、夫がイギリスにいるにもかかわらず、妻との無交接が証明できれば、嫡出推定が覆り、子は婚外子（*bastard*）になるとした⁽⁵³⁾。

こうした状況の下で一七七七年に王座裁判所（Court of King's Bench）より下された *Goodright v. Moss* 判決は⁽⁵⁴⁾、マンスフィールドのルール（Lord Mansfield's rule）の起源となった。本判決は、婚姻後は配偶者のいずれも、嫡出子を婚外子にすることを目的として、性関係の不存在を主張することができないとした。マンスフィールドによれば、*“As to the time of the birth, the father and mother are the most proper witnesses to prove it. But it is a rule, founded in decency, morality, and policy, that they shall not be permitted to say after marriage, that they have had no connection, and therefore that the offspring is spurious: more especially the mother, who is the offending party.”*⁽⁵⁵⁾つまり、マンスフィールドのルールは、性交が不可能であること、あるいは性交不能であること

証明に対する制限を設けた証拠ルールである。⁽⁵⁶⁾このような厳格なルールは、嫡出子が婚外子とされないこと、また夫婦の不道德な行為を暴露することを防止することを目的としたと言われている。⁽⁵⁷⁾

一方、一九世紀初頭の Banbury Peerage ケースにより、そのルールの厳格さは緩和された。一八一一年に人民間訴訟裁判所 (Court of Common Pleas) は貴族院 (House of Lords) からの依頼に応じ、Banbury Peerage ケースにおける嫡出性について意見を述べた。人民間訴訟裁判所の裁判官は次のようにまとめた。“(...) the fact of the birth of a Child from a Woman united to a Man by lawful wedlock, is, generally, by the law of England, *prima facie* evidence that such Child is legitimate. (...) such *prima facie* evidence of Legitimacy may always be lawfully rebutted by satisfactory evidence that such access did not take place between the Husband and the Wife, as, by the laws of nature, is necessary in order for the Man to be, in fact, the Father of the Child. (...)”⁽⁵⁸⁾すなわち、夫が何らかの証拠や方法を用いて妻との無交接を証明できれば、嫡出推定を覆すことができたということである。

【婚外子：誰の子でもない子 (A bastard is *filius nullius*)】伝統的なコモン・ローでは、懐胎時を問わず、法律上の婚姻関係 (lawful wedlock) にある男女から生まれた子は嫡出子とされた。そのため、婚姻前に生まれた場合、その子は常に婚外子のままであった。すなわち、出生後に父母が婚姻しても子の地位は変わらなかった。これはコモン・ローと大陸法との大きな違いである。なぜなら、大陸法では、子の出生後に父母が婚姻すれば、婚外子は嫡出子の地位を取得できたからである (事後結婚による準正)⁽⁶⁰⁾。James Kent によると、事後結婚による準正はフランスやドイツ、オランダ、スコットランドにおいて認められたが、イギリスには導入されなかった。⁽⁶¹⁾

コモン・ローがこのような立場を取ったのはヘンリー三世 (Henry III) の統治下、マートン法 (Statute of Merton) が制定された一二三六年のときであった。当時のイギリス貴族は、大陸法及びカノン法には存在してい

た婚外子出生後の父母の婚姻による準正制度を、イギリス法へ導入することを明確に否定した。⁽⁶²⁾ イギリスでは、父母の婚姻により婚外子に嫡出子の身分を取得させることは二〇世紀の Legitimacy Act 1926⁽⁶³⁾で初めて可能となった。その後、Legitimacy Act 1959⁽⁶⁴⁾及び Legitimacy Act 1976⁽⁶⁵⁾により改正が行われた。

コモン・ローにおいて婚外子は劣悪な法的地位におかれていた。コモン・ローにおける基本的考え方には、婚外子が誰の子でもない子⁽⁶⁶⁾ (*nulius filius*) (son of nobody) であるという法理があった。そのため、婚外子は父側のみならず、母側に関しても相続することができず、また父母が婚外子に相続させることもできなかった。⁽⁶⁷⁾ Blackstoneが指摘するように、“(...) he cannot be heir to any one, neither can he have heirs, but of his own body; for, being *nulius filius*, he is therefore of kin to nobody, and has no ancestor from whom any ‘inheritable blood’ can be derived (...)”⁽⁶⁸⁾。

一五世紀に Thomas Littleton は当時のイギリス法を編纂し、それを The Tenures と名付けた。その Tenures の 1878 によれば、古法では①隷農の夫と自由の妻から生まれた子は隷農となり、②自由の夫と隷農の妻から生まれた子は自由となった。⁽⁶⁹⁾ すなわち、嫡出子は父の地位に従った。これに対して、ローマ法の「子の帰属は母に従う」(*partus sequitur ventrem*) という考え方を採用した大陸法では、子は母の地位を与えられた。したがって、コモン・ローと異なり、大陸法では前者の子は自由となり、後者の子は非自由となったであろう。

婚外子に関しては、Tenures の 1888 により、婚外子が誰の子でもない子であるので、相続権はなく隷農（土地保有者）になることができないとされた。⁽⁷⁰⁾ その後も、その考え方は維持されていた。例えば、一七世紀に Edward Coke の Institutes of the Laws of England という著作が出版され、その Institutes の第一巻で Littleton の Tenures への注釈という形が取られており、Coke on Littleton として知られている。⁽⁷¹⁾ Coke は、女性の隷農から生まれ

た婚外子が隷農とならないという。なぜなら、婚外子は nullius filius であり、母から相続できないからであるという。同様にその婚外子の出生後に、父である男性隷農が母と婚姻しても、婚外子は隷農とならないという。⁽⁷²⁾ 前述したように、コモン・ローには準正が存在しなかったからである。

大陸法はそれと異なる方向に向かった。大陸法では父と母が婚姻した場合には準正が生じ、嫡出子としての身分を取得した子は父の相続人となった。また、父と母が婚姻しない場合にも婚外子は母のすべての財産を相続することができた。⁽⁷³⁾ その理由は「母は常に確定している」という考え方を採用したからである。その大陸法とコモン・ローの差異について Blackstone は次のように述べる。⁽⁷⁴⁾ “But our law, in favour of marriage, is much less indulgent to bastards.”

婚外子は誰の子でもない子という考え方のもう一つの結果としては、嫡出子は父の教区（定住地）で定住権を得たが、婚外子はその出生教区で定住権を得た。なぜなら、婚外子には父がいないとされたからである。⁽⁷⁵⁾

しかし、ここで注目しなければならないことは、婚外子は誰の子でもない子という考え方が相続の場合だけに採用されたということである。⁽⁷⁶⁾ すなわち、婚外子が誰の子でもない子というのは法律上の母子関係が完全に認められないということではなく、単に婚外子は相続血縁（inheritable blood）を持たないということであった。したがって、初期コモン・ローにおいて婚外子には父も母もいなかったということは必ずしも言えないだろう。⁽⁷⁷⁾ そのようなことを明らかにしたのはイギリスの一七世紀末の Hains v. Jeffell 判決である。⁽⁷⁸⁾

Hains v. Jeffell 判決は一六九六年に下され、ある男性とその男性の姉妹の婚外子（おじと姪）との間の婚姻が有効か無効かということについて判断した。婚外子は誰の子でもない子であるから、婚外子は誰とも姻族関係又は血族関係がなく、結果としてこのような「おじと姪」の婚姻は有効であるという主張がなされたが、裁判所は認めな

かった。裁判所は、ユダヤ人は婚姻に関しては婚内子と婚外子を区別しなかったし、婚外子には一定の権利が制限されているからといって、親とのあらゆる関係が認められないとは限らないと述べ、そうでなければ、親は自らの婚外子と婚姻することができるといふことになり、それは当然許されないとした。⁽⁷⁹⁾

以上より、一七世紀末に既に、婚外子は「誰の子でもない子」という考え方が相続の場合だけに採用されていたということが明らかになった。そうでなければ、親と自らの婚外子、あるいは兄弟と姉妹の婚姻が可能になり、それは、前述の判決が指摘したとおり、当然ながら認められないだろう。Blackstoneによれば、*“yet the ties of nature, of which maintenance is one, are not so easily dissolved: and they hold indeed as to many other intentions; as, particularly, that a man shall not marry his bastard sister or daughter.”*⁽⁸⁰⁾

したがって、婚外子は誰の子でもない子とされても、自然的血縁関係は認められた。その結果、母又は表見上の父 (reputed father) は婚外子に対して扶養の義務を負った。⁽⁸¹⁾ Blackstoneによると、イギリス法の扶養義務制度は次のとおりである。婚外子を出産した女性がその妊娠をさせた男性を治安判事に指名した場合、治安判事は逮捕命令を出す。表見上の父は扶養義務を履行していくこと、あるいは事実を争っていくことを保証することにより保釈される。また、親が子の養育を放棄した場合、裁判所は婚外子に金銭的な救済を与えるよう母または表見上の父に命令を下すことができた。もし母あるいは表見上の父が教区から逃げた場合、裁判官は婚外子の養育のためにそれぞれの財産を差し押さえることができた。⁽⁸²⁾

法律上の母と婚外子との関係が認められたことを明らかにしたもう一つの判決は、一八世紀の *The King v. The Inhabitants of Hodnett* 判決 (一七八六)⁽⁸³⁾ である。この判決は、婚姻の当事者が二一歳未満のときは父、後見人又は母の同意を必要とした一七五三年の婚姻法 (*Marriage Act 1753*, 26 Geo 3 Lord Hardwicke's Marriage Act)⁽⁸⁴⁾ に

関するものである。争点は、婚外子の場合にその同意が必要か否かということにあった。

このケースでは、二人とも婚外子であり、二一歳未満であつた男女が同意を得ずに婚姻した。夫の表見上の父及び母は既に亡くなつていた。妻の表見上の父も既に亡くなつていたが、母は生きていた。また、夫にも妻にも後見人をつけられたことがなかつた。⁽⁸⁵⁾ 裁判所は、婚外子に対して同意という法律上の要件を満たすことを求めない理由はないとし、その婚姻を無効とした。Mansfield 裁判長は婚姻法による同意について次のように述べた。“The meaning of the act is, that where there is the consent of a father or guardian lawfully appointed, or of a mother, or guardian appointed by the Court of Chancery, the marriage shall be valid: but here there was no consent by any one; consequently, in my opinion, it is void by the marriage act. There is no reason to except illegitimate children, for they are within the mischiefs intended to be remedied by the act.”⁽⁸⁶⁾ 同様に、Buller 裁判官はその理解を次のように強調する。“The act speaks of all persons, except under particular circumstances. Then does this come within any of these exceptions? If it do not, it falls under the general regulations established by the act. Besides, the rule that a bastard is *nullius filius* applies only to the case of inheritances; it was so considered by Lord Coke.”⁽⁸⁷⁾

五 フランス法

フランス古法では、ゲルマン法と同様に、*mater semper certa est* ルールが採用され、母子関係は分娩によって成立した。後述するように、一八〇四年の民法典の起草者も *mater semper certa est* 原則に従い、立証困難性のある父子関係の搜索を禁止したが、常に確定している母子関係の搜索は認めた。しかし、フランスの学説・判例の

一部は、婚外子と母との関係は分娩の事実によって発生するのではなく、母の認知がない限り、母子関係は発生しないと解するに至り、*mater semper certa est* ルールに制限を設けた。

【フランス古法】フラン法 (*droit franc*) は、父母の婚姻よりも母の社会的地位を重視した。そのため、生来自由人の女性から生まれた婚外子は嫡出子とほぼ同じに取扱われ、父の家に収容され、相続権もあった。一方、奴隷あるいは解放奴隷から生まれた婚外子は劣位な社会的地位におかれていた (*domesticité servile*)⁽⁸⁸⁾。

一一世紀・一二世紀における世俗法では、婚外子は厳しく取扱われた。裁判官のような公的役職に就くことができず、父の親権に服することなく、相続権もなかった (*l'incapacité de recevoir une succession*)⁽⁸⁹⁾。しかし、母との関係については必ずしもそうではなく、特にフランス北部の慣習法では、婚外子は母から相続することが認められたようである (*nul n'est bastard de par sa mère*)⁽⁹⁰⁾。これはゲルマン法にもあった慣習であり、つまり「いかなる子もその母の婚外子ではない」という考え方である。

相続権がないということは、婚外子が嫡出家族の外におかれ (*les bastards sont hors de la famille*)、法律上の父子関係が発生しないことの帰結であったが、婚姻・家族に関する道徳観の影響が大きかった。相続権のないことが回避されないように、贈与などにより婚外子に財産を与えることも慣習で禁止された⁽⁹¹⁾。

扶養義務に関しては、教会は子の親に対する扶養権を認めた。母に経済力がないことが多かったため、中世におけるカノン法は父に対して養育費を請求するための訴訟を提起することを認め、それは世俗法に伝えられた⁽⁹²⁾。

婚姻の尊重や家族の防護という目的の下に婚外子は冷遇されていたが、ルソーやロベスピエールは責任のない子が不利益を受けることは非人道であると主張し、革命期においてそのような思想が受け入れられた⁽⁹³⁾。

【準正】ローマ法の事後結婚による準正は、その制度を道徳的な効果を持つ制度と考えたカノン法により再導入

された。一七二二年に教皇アレクサンデル三世は、ローマ法より幅広い効果を認め、必ずしも安定した事実上の夫婦関係から生まれた子ではなくても、一時的な不安定な関係から生まれた子（姦生子及び乱倫子を除く）も父母の婚姻により準正されるようになった⁽⁹⁴⁾。

旧制度（アンシャン・レژیム）末におけるフランス法は、事後結婚による準正に好意的でない目を向ける傾向を示した。父母の婚姻という要件を満たすだけでは不十分とされ、準正が生じるためには、形式的に親子関係を認知することが必要となった。当初、その認知は婚姻成立後に行われても問題はなかったが、一八〇四年の民法典はそれに反動した⁽⁹⁵⁾（三三一条）。つまり、一八〇四年の民法典は、婚姻前、又は婚姻成立日に婚外子を認知しなければ準正が生じないものとした。婚姻成立後に行われた場合、その認知は役に立たなかった⁽⁹⁶⁾。

この要件は様々な問題をもたらした。なぜなら、準正が成り立つためには婚姻の事実をもって十分であると考え、婚姻前に認知手続を行わずに婚姻したカップルが多かったからである。一九七二年の法律 (loi n. 72-3 du 3 janvier 1972) は民法典が定めた要件を廃止し、婚姻後の認知により準正を生じさせるようになった。ただし、婚姻の成立日以降、カップルが子の身分占有を有していることを前提とした⁽⁹⁷⁾（三三一条の一）。

ここで問わなければならないことは、なぜ一八〇四年の民法典は認知を準正の要件とし、しかもその認知を婚姻の成立日までに行う必要があるとしたのかということである。実は、民法典編纂の際に婚姻後の認知により準正を生じさせるかどうかについて意見が割れた。賛成意見は、婚姻後の認知に反対する理由は二つあるように思われると指摘した。一つは相続法回避であり、もう一つは道徳的な側面である。前者については、他の相続人に不利益を与えるために赤の他人を認知するということは必要がないと述べた。なぜなら、合法的にそのような目的を達成するための方法があるからであり、それは養子縁組（他人を養子にする方法）である。後者については、婚姻後に行

われた認知は、婚姻の成立日に行われた認知よりも内縁関係を有利にすることは思えないというものであった。⁽⁹⁸⁾

一方、反対意見は、準正が父母の婚姻により自動的に生じるものではないと述べた。Bigot-Préaumeuによれば、父母の婚姻のみによって法律上当然に準正されるというルールは、父子関係の搜索を認める制度に存在するものがあり、一八〇四年の民法典が定めたような父子関係の搜索を認めない制度ならば、認知は必要不可欠なものであるという。⁽⁹⁹⁾つまり、婚外子の準正は婚姻の直接的効力（それ自体で生ずる効力）ではなく、法律の決定によって与えられるものであり、正当な事由により変更できるものであるという。⁽¹⁰⁰⁾ここで、民法典の起草者はそのような正当な事由があると指摘した。例えば、配偶者の一方の子であるのに、婚姻により夫婦の嫡出子になったケースや、そのようなケースで配偶者に脅されて同意せざるを得なかった場合もある。婚姻が成立したことだけで自動的に準正の効果を生じさせるということは、互いの意思で嫡出子の身分を与えることが可能になり、家族に不安定さをもたらすという。⁽¹⁰¹⁾

両親が羞恥や恐れを感じたことで婚外子を婚姻前あるいは婚姻成立日に認知しようとしないうことは、立法者により考慮されるべきところではないという。なぜなら、婚姻前には父であることを隠す正当な理由があるだろうとしても、それは婚姻時に無くなるはずからである。⁽¹⁰²⁾さらに、婚姻前に秘密証書 (déclaration secrète) を通して秘密にしたままで認知することが可能であり、つまり夫婦は公証人に依頼した証書の存在は隠されたままになるため、羞恥や恐れを感じさせることはないという。⁽¹⁰³⁾また、婚姻後の認知による準正が認められなくても、最終の手段として養子縁組制度を利用できるという。⁽¹⁰⁴⁾

【任意認知】民法典三三四条は、婚外子の認知が出生証書あるいは公正証書によって行われる必要があると定めた。⁽¹⁰⁵⁾子の出生時に行わない場合は、出生前でも、あるいは出生後でもいつでも行うことができた。⁽¹⁰⁶⁾出生前の認知が

認められたのは、例えば表見上の父は重大な病気が原因で出生時にいない可能性の高いというようなことが考えられたからである。⁽¹⁰⁾

任意認知に関しては次の四つの組み合わせが考えられる。①婚姻関係にない父及び母が同時に行う、②婚姻関係にない母のみが行う、③婚姻関係にない父のみが行う、④子の出生後に第三者と婚姻している父又は母が行う、というものである。⁽¹¹⁾ ①と②は特に問題がないため民法典には条文が存在しない。②については、民法典の起草者の一人である Tronchet は母子関係が証明できるもの (“la maternité est un fait palpable et qu'on peut prouver”) であると述べ、さらに Locre は、民法典が父子関係の搜索を認めないので、その母のみの認知は誰にも不利益を与えないという。⁽¹²⁾ 民法典三三六条は③の場合に当たり、母の表示及び自白のない父の認知は父に關してのみ効力を有すると定めた。⁽¹³⁾ 本条により認知が個別的行为であり、各々自分だけで認知を行うことができるものとされた。⁽¹⁴⁾ 民法典の起草当時の草案では、それと異なる条文があり、母の表示及び自白のない父の認知は父に關しても母に關しても効力を有せずという条文であった。⁽¹⁵⁾ 民法典三三七条は④の場合に当たり、配偶者の一方が婚姻以前にこの相手方配偶者以外の者との間に生まれた婚外子の利益のために、婚姻中に行う認知は、この相手方配偶者及びこの婚姻により生まれた嫡出子を害することができないと定めた。ただし、婚姻により生まれた嫡出子が存在せざるに至ったときはこの婚姻解消後に認知の効果を生ずると定めた。⁽¹⁶⁾

民法典三三五条は、姦生子・乱倫子の利益のための認知を禁止した。⁽¹⁷⁾ 姦生子及び乱倫子には扶養権のみが認められた(七六二条)。しかし、民法典には姦生子・乱倫子の父又は母の搜索を禁ずる規定(三四二条)もあったのに、どのように姦生子・乱倫子は扶養権を請求することができたのだろうか。⁽¹⁸⁾ 後述するように、親子関係の搜索の訴え(強制認知)が誕生した理由は、まさに、婚外子が親に扶養を請求するためであったのである。それでは、両親に

よる任意認知を許されず、子による搜索の訴え（強制認知）も許されなかった姦生子・乱倫子の場合、どのような扶養権を求めることができたのだろうか。

Loire は、姦生子・乱倫子という身分は推定されるものではないという。すなわち、反証されるまではすべての婚外子が自然子であるという⁽¹⁶⁾。Loire は次の例を挙げる。ある子はある女性の子であることを信じて母の搜索の訴え（三四一条）を起こし、審議中に、第三者と婚姻関係にある男性とその女性との間に生まれた姦生子であることがわかった場合には、被告である女性は七六二条に基づいて自らに対する扶養権のみ認められるのであって相続権は認められないと主張することになる。この例は、姦生子・乱倫子に対して任意認知及び強制認知が否定されても、こうした方法で扶養を請求することができることを示している。したがって、姦生子・乱倫子として訴訟を提起した場合は最初からその訴訟が開始されない。しかし、自然子として訴訟を提起し、審議中に、自然子でないことが明らかになった場合は親子関係や相続権は認められないが、扶養権が認められるということである⁽¹⁷⁾。

【強制認知】ドイツ法は父に婚外子の扶養義務を課したため、その扶養請求権の意味ではドイツ法は父の搜索を認めたと言える。ドイツ法に大きな影響を与えてきたのはカノン法とローマ法であり、前者は子に扶養請求権を保障し、その訴訟を導入したが、後者は父（家長）の自由意思を重視し、扶養のためでも子から何も請求することはできなかった⁽¹⁸⁾。

既に述べてきたように、ローマ法では、ある子を家長の家長権（*patria potestas*）に服させるために三つの方法があり、一つは法律上の婚姻（*justae nuptiae*）によって出生したことであり、他の二つは父の意思による方法であった。すなわち、自権者養子縁組（*adrogatio*）を行うこと、そして古典期後に現れた準正を行うことであった。婚外子には、父に強制的に認知させて家長権に服させられる方法は存在しなかったのである。そのローマ法とカノ

ン法との違いは、カノン法は宗教・道徳の影響の下に、父に扶養義務を履行させるための扶養請求訴訟を婚外子に認めたということにある。したがって、父の搜索の訴え（強制認知の訴え）は、婚外子の父に対する扶養義務に直接的に関連している⁽¹⁹⁾。

このカノン法の影響はドイツ法に及び、従来から婚外子の扶養請求権を保障することを目的とする父の搜索を認める規定は、ドイツ帝国の法にも、ドイツ民法典にも存在した⁽²⁰⁾。ドイツ民法典では、父子間の法的親子関係が否定され、父子は法律上の関係にはなかったが、婚外子には扶養請求権が保障されたのである⁽²¹⁾。

コモン・ローもドイツ法と同様に、扶養料を請求することを目的として父の搜索を認めた。しかし、それはそもそも子の利益あるいは母の利益のために導入された制度ではなく、教区 (parish) の財政負担軽減を目指したものであり、すなわち公益のためであった⁽²²⁾。その背景には次の問題があった。婚外子は両親に救済を求めることができず、貧困者として教区から救済を得たので、それは教区の財政に大きな負担をかけていた。その結果として、救貧法 (Poor Law Act of 1576) が制定され、その法は、表見上の父に扶養義務を履行させるための扶養請求手続を定めた。この救貧法による手続が、英米法における婚外子扶養請求訴訟 (paternity suit) の誕生であった。その後、一八三四年の新救貧法 (New Poor Act) が制定され、制度が改善された⁽²³⁾。

フランス法は、ドイツ法とは異なるアプローチをとった。民法典三四〇条は父の搜索を禁止し、ただ誘拐の場合のみ例外とした⁽²⁶⁾。しかし、この一八〇四年の民法典のルールはフランス法の伝統的なルールではない。旧制度の法 (革命までの法) においては、父の搜索は自由であった。ただし、婚外子は相続権がなかったため、父の搜索の唯一の目的は扶養料を請求することであった⁽²⁷⁾。Locreによると、民法典の起草の際に起草委員会は、父の搜索を認めていたフランス古法の制度と、父の搜索を認めなかった中間法 (革命期の法) の制度のいずれかを選ばなければ

ならなかったという。⁽¹²⁸⁾

フランス古法における婚外子は父に対する相続権がなかったが、父子関係の搜索に関しては大きな障壁もなかったのである。母が裁判官の前で宣誓 (serment) を行い、特定の男性を子の父として指名した場合、その男性に対して子の養育費を支払う命令が出された。すなわち、*creditor virgini* (懐胎せる処女は信ぜらる) ⁽¹²⁹⁾ (a young woman giving birth had to be believed) ⁽¹³⁰⁾ という考え方が適用されていた。⁽¹³¹⁾ アンリ二世 (Henri II) 治下の一五五六年の王令では、妊娠した女性は裁判官の前で妊娠の申告 (*déclaration de grossesse*) をする義務があり、その際に裁判官は父の身元について尋ねることができた。⁽¹³²⁾ その手続は、アンリ三世 (Henri III) 治下の一五八六年のオルドナンス、及びルイ一四世 (Louis XIV) 治下の二七〇八年の声明で再確認された。その手続は、公の場で恥をかくことによって非婚関係を妨げ、嬰兒殺しの数・捨て子の数・婚外子の数を減らすことを目的とするものであった。⁽¹³³⁾

革命期の一七九三年には状況が変わった。古法における父の搜索の簡易な手続は、権利の濫用やスキャンダルなことをもたらしてきたので、共和暦二年霧月一二日のデクレ (*décret du 12 brumaire an II*) により父子関係の立証方法は制限された。⁽¹³⁴⁾ その後、民法典の起草委員会は、次の二点を理由に、父の搜索を認めなかった中間法の制度を維持することを決めた (民法典三四〇条)。すなわち、①父は常に不確定であるから、② *creditor virgini* という考え方の適用は権利の濫用やスキャンダルなどをもたらすから、ということである。⁽¹³⁵⁾

母性と異なり、父性は必ずしも確実ではなく直接の証明が不可能に近いことから、強制認知は男性に不利益を被らせる恐れがあり、それに加えて、不心得者の女性は古法の制度を用いて男性の名譽を簡単に傷つけることができ、それは家族の安寧を脅かすものであるというのが民法典の起草者の見解であった。⁽¹³⁶⁾ 実際に肉体関係があったことを証明する必要がなく、単に親交の証明だけで十分とされたことが、濫用やスキャンダルの原因であると考えられた。⁽¹³⁷⁾

このような道徳的理由により、民法典の起草者は、父の意思に反する父子関係は成立することができないとした。つまり、強制認知（父の搜索）を禁止し、任意認知のみ認めた。⁽¹³⁸⁾

しかし、この父の搜索の禁止は批判を免れることはできなかった。例えば、父性は常に不確定であるとしても、懐胎時に分娩者と同棲していたというような強い推定が認められる場合があると主張された。⁽¹³⁹⁾さらに、スキャンダルを恐れて（*crainte des scandales*）ということとは父の搜索を禁じる理由としては弱く、道徳的な観点から見ると、不貞による離婚の訴えや父子関係の否認の訴えなどの方が悪評が高いという批判があった。⁽¹⁴⁰⁾

フランスが父子関係の搜索を認めたのは民法典制定から一〇八年後の一九一二年（*loi du 16 novembre 1912*）であった。⁽¹⁴¹⁾しかし、一九世紀中期から、裁判所は民法典三四〇条の解釈をより緩やかにするに至った。そして、判例の傾向は、どの範囲まで例外を拡張すればよいかということについて、一九一二年の改正立法作業に影響を与えた。⁽¹⁴²⁾一九一二年の法律は父の搜索の禁止を少し緩和したものであり、つまり限定的に父の搜索を許した。例えば、公知の内縁関係（*concubinage notoire*）や父たることの書類による明瞭な自白の存在（*aveu écrit non équivoque de paternité*）、誘惑（*séduction*）の場合など、法律が定めた場合に限り、父の搜索が認められた。⁽¹⁴³⁾

【母子関係の搜索】一八〇四年の民法典は父の搜索を禁止したにもかかわらず、三四一条において母の搜索を認めた。⁽¹⁴⁴⁾その父子関係と母子関係の扱いの差異は、民法典の起草者が *mater semper certa est* 原則を重視したことを証明するものであると言えるだろう。

当時、父の搜索が禁止されたのは、父性は常に不確定であるからであり、父子関係の立証困難性、そして裁判所の恣意的判断は父の名誉を毀損する可能性があったからである。これに対して、常に確定している母性の場合はそのような恐れはなかった。民法典草案をめぐる議論に際して Bigot-Preaumeu はその考えを明確に示した。"La

règle exclusive de la recherche de la paternité ne s'applique point à la mère. Il ne s'agit point à son égard de pénétrer les mystères de la nature: son accouchement et l'identité de l'enfant sont des faits positifs et qui peuvent être constatés.⁽¹⁴⁶⁾ すなわち、分娩という事実、及び分娩した子の同一性という事実をもって母子関係を立証することができるとあると起草者に認識された。

【母の認知の必要性】 Philippe Malaurie や Hugues Fulchiron の指摘にもあるように、フランス法においては婚姻関係にない母は常に母子関係が確定しているとは言えない。

一八〇四年の民法典における嫡出親子関係については、身分登録簿に登簿された出生証書 (les actes de naissance) によって立証する (三一九条)⁽¹⁴⁷⁾ とされた。⁽¹⁴⁸⁾ これに対して、自然親子関係については、その立証に関する条文はなかった。当初の判例では、母の名前が記載された出生証書は婚外子の母子関係を立証するに足りるものとしていたが、その後、破毀院は次の二点を理由に、その解釈を変更するに至った。まず、一八〇四年の民法典は嫡出親子関係に対して定めたルール (出生証書による立証) を、自然親子関係に対しては定めなかったという点である。つまり、明確な条文がないため、出生証書では婚外子の母子関係を立証できないということである。もう一つは、一八〇四年の民法典における婚外子の母子関係については、母による任意認知及び子による母の搜索の訴え (強制認知) が明確に定められたという点である。⁽¹⁴⁹⁾ この破毀院の文字通りの解釈は広く批判されていた。なぜなら、多くの独身女性は母子関係の成立のために子を認知する必要があると知らず、自らの名前が記載された出生証書は十分に母子関係を証明することができると信じ、子は、母が死んだときに初めて母との関係が法律上の親子関係ではなくて単なるの他人関係であり、相続権もないということがわかったからである。⁽¹⁵⁰⁾

六 おわりに

本稿で見てきたように、自然生殖における母子関係が分娩によって発生するというルールは従来、嫡出子・婚外子を問わず、ほぼ絶対的なものである。

ローマ法では、父に対して嫡出子と婚外子は異なる取扱いがなされた。例えば、嫡出子は他権者であり、父母の家父長の権力に服したが、婚外子は他人の権力に服しておらず、自権者であった。しかし、母に対しては嫡出子と婚外子とで異なる扱いはなされておらず、*mater semper certa est* ルールを基礎に母子関係が成立した。ゲルマン法においても、母子関係は分娩によって成立した。ゲルマン法はローマ法の考え方に従い、「いかなる子もその母の婚外子ではない」という原則を採用し、母に対しては、婚内子と婚外子という区別がなく、すべての子は同一であるとされた。

一方、コモン・ローの基本的な法理では、婚外子について *mater semper certa est* ルールが否定され、婚外子は母に対しても「誰の子でもない子」(*filius nullius*) とされた。しかし、その制限は相続能力だけに限られ、婚外子と母との間に法的母子関係が形成されることができないというわけではなかった。

フランス法では、*mater semper certa est* ルールが伝統的に採用され、母子関係は分娩によって成立した。また、母の搜索を認めたナポレオン法典も、同様に *mater semper certa est* ルールを採用したと考えられる。一方、フランスの一九世紀の学説・判例では、婚外子の母子関係については分娩の事実によって発生するのではなく、母の認知が必要であるとするに至った。つまり、*mater semper certa est* ルールに制限を設けていた。この学説・判例の議論状況とその歴史的展開については、紙幅の関係上、別稿で論じることにした。

【付記】 本稿は博士論文「母子関係に関する比較法的研究」の一部を加筆・修正したものである。

- (1) ローマ法では、妻が婚姻中に懐胎した子は嫡出子であった。婚姻前に懐胎した子は、婚姻中に生まれても嫡出子ではなかった。Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford University Press, 1954, pp. 142-43. 〔四 英米法〕で述べるように、伝統的なロマン・ローの特徴は婚姻前に懐胎したか否かを問わず、婚姻中に生まれたすべての子は嫡出子とした。Thomas Mackenzie, *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laus of France, England, and Scotland*, 5th ed., William Blackwood and Sons, 1880, p. 130.
- (2) 学説彙纂 (Digesta) 第一巻第五章第一四法文を参照。春木一郎 (訳) 「儒帝学説彙纂第一巻邦訳 (二)」法学新報四〇巻一・号 (一九三〇) 一六六四頁。
- (3) Andrew Borkowski, *Textbook on Roman Law*, Blackstone, 1994, p. 108. また、学説彙纂第三八巻第八章第二及び四法文を参照。Theodor Mommsen, Paul Krueger, Alan Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, Vol. 3, University of Pennsylvania Press, 1985.
- (4) Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, 6 ed. (trad. Rolf Dannenbring, Roman Private Law, 2 ed., Butterworths, 1968, p. 265; C. Accarias, *Précis de Droit Roman*, t. 1, Librairie Cotillon, 1886, p. 255, D.25.3.5.4, (...)) "So we force a mother to support her illegitimate children and them to support her." (*Id.* (Mommsen))
- (5) Ferdinand Mackeldey, *Handbook of the Roman Law*, T. & J. W. Johnson & CO. (Moses A. Dropsie trans., 1883), pp. 444-45.
- (6) Fritz Schulz (フッツ・シュルツ) ローマ法にまつて、婚外子と母の母の関係は婚内子と母の母の関係と比べると、大きな違いはなかった。Schulz, *supra* note 1, at 160. See also John George Phillimore, *Private Law Among the Romans From the Pandects*, Macmillan and Co., 1863, p. 64.
- (7) Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2e éd., Dalloz, 2010, p. 211.
- (8) Jane F. Gardner *Family and Familia in Roman Law and Life*, Oxford University Press, 1998, pp. 255-56.
- (9) Lévy and Castaldo, *supra* note 7, at 211. また、古典期にまつては女性自権者 (女性とある婚外子) の養子縁組を行っ

てはならなかった。したがって、女性婚外子は自権者養子縁組 (adrogatio) によって父の家に入ることができなかった。

- Schulz, *supra* note 1, at 144, 146-47.
- (10) Borkowski, *supra* note 3, at 109.
- (11) Gardner, *supra* note 8, at 258-59.
- (12) Lévy and Castaldo, *supra* note 7, at 211-12.
- (13) Joshua C. Tate, *Inheritance Rights of Nonmarital Children in Late Roman Law*, ROMAN LEGAL TRADITION, Vol. 4, 2008, pp. 8-9, available at www.romanlegaltradition.org/contents/2008/RLT4-TATE.PDF.
- (14) Lévy and Castaldo, *supra* note 7, at 212.
- (15) Schulz, *supra* note 1, at 143.
- (16) Lévy and Castaldo, *supra* note 7, at 224.
- (17) Kaser, *supra* note 4, at 266. また、船田亨二『ローマ法 第四卷』（岩波書店、一九八三）一七三―一七四頁、原田慶吉『ローマ法』（有斐閣、改訂、一九八五）二九一―二九二頁を参照。
- (18) *Id.* (Kaser) at 266.
- (19) Borkowski, *supra* note 3, at 109.
- (20) Lévy and Castaldo, *supra* note 7, at 224. See also Mackelvey, *supra* note 5, at 453.
- (21) Mackenzie, *supra* note 1, at 130.
- (22) Rudolf Huebner, *A History of Germanic Private Law* (Francis S. Philbrick trans), Little, Brown and Co., 1918 (Rothman, Reprinted 1968), p. 671. また、I. W. ケラーマン（鳥光美緒子訳）『ドイツの家族 古代ゲルマンから現代』（勁草書房、一九九一）一四頁以下を参照。
- (23) *Id.* (Huebner) at 671-72.
- (24) Adrien Roux, *De la condition juridique des enfants naturels dans le Code civil allemand*, A. Rousseau, 1902, p. 9.
- (25) *Id.*
- (26) *Id.* at 10. 婚外子は犯罪者（those who had committed theft or robbery）等と同等に扱われ、法律上の保護外におかれ

った。Kathy Stuart, *Defiled Trades and Social Outcasts - Honor and Ritual Pollution in Early Modern Germany*, Cambridge University Press, 2006, p. 23. しか、Adrien Roux による、そのような過酷な扱いはドイツ全国に広がらず、若干の地方的特別法により父に対する婚外子の相続権及び扶養請求権が認められた地域もあった。

- (27) 久保正幡・石川武・直居淳訳「ザクセンシュピーゲル・ラント法」(創文社、一九七七) 八二―八三頁を参照。英訳に關しは、Maria Dobozy trans. *The Saxon Mirror: A Sachenspiegel of the Fourteenth Century*, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 80を参照。

- (28) 久保・前掲注(27) 九一頁。英訳に關しは、Dobozy, *supra* note 27, at 82.

- (29) 邦訳に關しては、久保・前掲注(27) 九五―九六頁を参照。英訳に關しは、Dobozy, *supra* note 27, at 82-83を参照。

- (30) Johann Friedrich Eisenhart, *Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern mit Anmerkungen erläutert*, Christian Friederich Weygand, 1759, p. 147.

- (31) See also Sara Eigen Figal, *Heredity, Race, and the Birth of the Modern*, Taylor & Francis eLibrary, 2008, pp. 25-26.

- (32) Edmund Head が指摘するところ、"the law of England went the whole length of regarding a bastard as 'filius nullius' with reference to its mother as well as its father; contrary to the old German proverb that 'no child is its mother's bastard'". Edmund Head, *Report on the Law of Bastardy, with a Supplementary Report on a Cheap Civil Remedy for Seduction*, Printed by William Clowes and Sons, 1840, p. 23.

- (33) Johannes Van Der Linden, *Institutes of the Laws of Holland*, J. & W. T. Clarke (J. Henry trans., 1828), p. 93.

- (34) *Id.* at 165.

- (35) *Id.* at 130-31.

- (36) Roux, *supra* note 24, at 11-12.

- (37) *Id.* at 10-11. 一方、Adrien Rouxによると、ドイツ民法典の制定までに、バイエルン及びヴュルテンベルクでは、内縁子(自然子)と姦生子・乱倫子とで異なる扱いがなされていた。後者は母とその家族に扶養を請求する権利を有しなかった。また、相続権も認められなかった。*Id.* at 11.

- (38) Huebner, *supra* note 22, at 675. See also Stuart, *supra* note 26, at 233.

(39) ドイツにおける近代家族については、斎藤真緒「近代家族的母―子関係」の歴史的系譜―戦後西ドイツの家族変動を中心として」立命館産業社会論集三六巻一号（二〇〇〇）七七頁以下を参照。

(40) 一五八九条二項「私生子及びその父はこれを血族と看做さず。」東季彦訳『全訳独逸民法』（有斐閣、第四版、一九四〇）四二五頁を参照。

(41) 一三二〇条三項「本条の意味における親族関係は私生子及びその卑属と父及びその血族との間にも成立す。」東・前掲注（40）三四八頁を参照。

(42) 一七〇八条「私生子の父は子が満一六年に達するまでこれに母の身分に相応する扶養を為す義務を負う。扶養は一切の生活上の需要及び教育費並びに予備教育費を包含す。」東・前掲注（40）四五四―四五五頁を参照。

(43) Huebner, *supra* note 22, at 673-74.

(44) 一七〇五条「私生子は母及びその血族に対する関係において嫡出子の法律上の地位を有す。」東・前掲注（40）四五四頁を参照。

(45) Michel Halewyck, *La Recherche de la Paternité et la Condition des Enfants Naturels en Allemagne*, rapport présenté au Ministre de la Justice, Ferdinand Larcier ed., 1906, p. 75.

(46) 一七〇七条「母は私生子に対して親権を有せず。母は子の心身を監護する権利を有し義務を負うも子を代理する権利を有せず。子の後見人は母が監護権を有せざるときは補佐人の法律上の地位を有す。」東・前掲注（40）四五四頁を参照。

(47) Huebner, *supra* note 22, at 674. See also Roux, *supra* note 24, at 14-17. 一七七八条三項「夫は妻のため第一七七六条により後見人と為り得べき者に先ち母は私生子のため子の祖父に先ち後見人に選任せらるることを得。」東・前掲注（40）四七一頁を参照。

(48) しかし、William Blackstoneによると、イギリスではその原則が制限され、子が嫡出子となるためには婚姻が出生に先行する必要がある。See William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 1, Clarendon Press, 1765, p. 434 (A Facsimile of the First Edition of 1765-1769, The University of Chicago Press, 1979). 後述するように、英米法は大陸法と異なり、出生後の結婚による準正（事後結婚による準正）を認めなかった。

(49) There is a presumption in favor of legitimacy.

- (45) Blackstone, *supra* note 48, at 445.
- (46) "We term them all by the name of bastards that be borne out of lawful marriage. By the common law if the husband be within the four seas, that is, within the jurisdiction of the king of England, if the wife hath issue, no proof is to be admitted to prove the child a bastard, unless the husband hath an apparent impossibility of procreation; as if the husband be but eight years old, or under the age of procreation, such issue is bastard, albeit he be borne within marriage. But if the issue be borne within a month or a day after marriage, between parties of full lawful age, the child is legitimate." Co. Litt. 244. a. Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Law of England*, Vol. 2, 16th ed., E. Brooke, W. Clarke *et al.*, 1809. Blackstone ⇨ 回巻の罪緯をよつゝ 8° Blackstone, *supra* note 48, at 445.
- (47) Pendrell v. Pendrell (1732). Hilary Term 5 Geo. 2. 925 (Reports of Adjudged Cases in the Courts of Chancery, King's Bench, Common Pleas and Exchequer, from Trinity Term in the 2nd. year of King George I to Trinity Term in the 21st. year of King George II, by John Strange, Vol. II, 1755, p. 925).
- (48) *Id.*
- (49) Goodright *ex dim.* Stevens v. Moss *et al.*, 2 Comp 591 (Reports of Cases Adjudged in the Court of King's Bench, From Hilary Term, the 14th of George III 1774, To Trinity Term, the 18th of George III 1778, Henry Cowper, 2nd ed., Vol. II, 1800, pp. 591-95).
- (50) *Id.* at 594.
- (51) Harry D. Krause and David D. Meyer, *Family Law in a Nutshell*, 5th ed., Thomson West 2007, p. 121.
- (52) Ron Shiham, *The Expert Witness in Islamic Courts: Medicine and Crafts in the Service of Law*, The University of Chicago Press, 2010, p. 156.
- (53) Banbury Peerage ケースとは、バンベリー伯 (Earl of Banbury) の子孫だと言われる William Knollys がその貴族の称号を求めて貴族院 (House of Lords) に申し立て、一八一三年に貴族院が判断したケースである。このケースの起源は一八一三年の判決より一八〇年前に遡る。一六二七年に八一歳であった William という人はバンベリー伯の称号を与えられた。彼は結婚しており、子のいないまま一六三三年に死亡したはずであったが、その後、Edward と Nicholas という二人の子

が現れた。しかし、この二人は William の子たちであるが、William の妻と Lord Vaux との不倫関係から生まれた子たちであるかが不明であった。Edward は幼い時に亡くなったが、Nicholas は数年後にバンベリー伯の称号を求めた。しかし、貴族院は Nicholas が婚外子の疑いがあるということを理由にその決定を延期し続けた。一八〇年にわたって、Nicholas 及びその子孫が七回の申立てをしていたが、貴族院は最終決定に至ることはなかったのである。そして、一八〇六年に William Knollys は自分の祖先 (Nicholas) の貴族称号を取得しようとする最後の試みとして八回目の申立てを行った。一八一一年に貴族院は法的争点について人民間訴訟裁判所 (Court of Common Pleas) に専門的意見を依頼し、一八一三年に於いて判断が下された。貴族院は Nicholas がバンベリー伯の嫡出子ではないと判断し、申立てを却下した。詳細については、Harris Nicolas, *A Treatise on the Law of Adulterine Bastardy, with a Report on the Banbury Case, and of All Other Cases Bearing upon the Subject*, William Pickering, 1836, pp. 82-85, 180-87, 291-551; S. Art. II - *Medical Jurisprudence* - No. IV - *Legitimacy*, LAW MAGAZINE (QUARTERLY REVIEW OF JURISPRUDENCE), Vol. IV, 1830, pp. 25-49を参照。

- (59) Banbury Peerage Case (1811), 1 Sim. & St. 153, 155 (Reports of Cases, Decided in the High Court of Chancery, by Nicholas Simons and John Stuart, Vol. I, J. & W. T. Clarke, 1824, p. 155). See also LAW MAGAZINE, *supra* note 58, at 182.
- (60) See Blackstone, *supra* note 48, at 442-43. Blackstone は「婚外子が嫡出子の身分を取得し、相続権を有する」ことができた唯一の方法は「国会により許可を得る」ことであると。Id. at 447.
- (61) James Kent, *Commentaries on American Law*, Vol. II, O. Halsted, 1827 (Reprint ed., Da Capo Press, 1971), p. 173.
- (62) See Nicolas, *supra* note 58, at 6; *Baron and Feme, A Treatise of the Common Law Concerning Husbands and Wives*, 2nd ed., Printed by Eliz. Nutt and R. Gosling, 1719, p. 20 (Anonymous Author). See also Norma Adams, *Nullius Filius: A Study of the Exception of Bastardy in the Law Courts of Medieval England*, 6 U. TORONTO L. J. 361, 368-69 (1946).
- (63) Available at www.legislation.gov.uk/ukpga/1926/60/pdfs/ukpga_19260060_en.pdf.
- (64) Available at www.legislation.gov.uk/ukpga/1959/73/pdfs/ukpga_19590073_en.pdf.
- (65) Available at www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/31/pdfs/ukpga_19760031_en.pdf.
- (66) 田中英夫 (編)『英米法辞典』(東京大学出版会、二〇〇六)三四八頁は「*filius nullius*」を「何びこの子にも非ざる子」と訳している。

- (67) 婚外子に¹ Blackstone 註 “they have no blood in them, at least no inheritable blood” など²。William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 2, Clarendon Press, 1765, p. 247 (A Facsimile of the First Edition of 1765-1769, The University of Chicago Press, 1979).
- (68) Blackstone, *supra* note 48, at 447.
- (69) “(.) if a villein taketh a free woman to wife, and have issue between them, the issues shall be villeins. But if a nief taketh a freeman to her husband, their issue shall be free.” *Littleton's Tenures in English*, V. & R. Stephens and G. S. Norton, New ed., corr., 1845, p. 78. 田中・前掲注 (69) 八九七頁は「villein」を「隸農」に誤ったこと³。
- (70) “(.) no bastard may be a villein, unless he will acknowledge himself to be a villein in a court of record; for he is in law *quasi nullius filius*, because he cannot be heir to any.” *Id.* at 78-79.
- (71) Littleton 又 Coke の⁴ Blackstone 註 “Steve Sheppard, *Casebooks, Commentaries, and Curmudgeons: An Introductory History of Law in the Lecture Hall*, 82 Iowa L. Rev. 547, 556-59 (1997) を参照⁵。
- (72) “(.) Some hold that the bastard of a nief shall be a villeine. And others hold, that if a villeine hath a bastard by a woman, and after marieth the woman, that this bastard is a villeine. But the law is contrary in both cases; for in both cases, the issue by the common law is a bastard, and consequently, *quasi nullius filius*, as *Littleton* here saith. (.)” Co. Litt. 123, a Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, 19th ed., J. & W. T. Clarke et al., 1832.
- (73) “(.) a bastard was likewise capable of succeeding to the whole of his mother's estate, although she was never married, the mother being sufficiently certain, though the father is not.” Blackstone, *supra* note 67, at 247-48.
- (74) *Id.* at 248.
- (75) See Blackstone, *supra* note 48, at 447. イギリスの定住法については、中野忠「定住法関連資料と一八世紀イギリス農村社会—ひびきの論争を手がかりに」早稲田社会科学総合研究第五卷第一号 (二〇〇四) を参照。
- (76) See Kent, *supra* note 61, at 176.
- (77) “In the eyes of the early common law, then, the non-marital child had no parent at all, neither father nor mother.” Krause and Meyer, *supra* note 56, at 122.

- (8) 1 L. Raym. 68, 7 Will. 3 (Reports of Cases Argued in the Courts of King's Bench and Common Pleas, Robert Lord Raymond, Vol. I, 4th ed., 1790).
- (9) “(.) Sir *Bartholomew Shower* for the prohibition argued, that it was not prohibited by any law, for there was neither affinity nor consanguinity, for a bastard is *nullius filius* (...)”. However, “(...) It seemed to the court that no prohibition should be granted, for though bastards are deprived of privileges by particular laws, the same reason prohibits them from marrying, as others. And it has been always held accordingly, especially where it is the child of a woman relation. And by Sir *Bartholomew Shower*’s rule Hans might marry his own bastard, which doubtless could not be allowed.” *Id.* at 68-69.
- (10) Blackstone, *supra* note 48, at 446.
- (11) Kent, *supra* note 61, at 177-78.
- (12) Blackstone, *supra* note 48, at 446. 々の制度は、救貧法に於ける教区の財政負担軽減のためであった。
- (13) 1 Term Rep. 96 (Term Reports in the Court of King’s Bench, Vol. I (Michaelmas Term, 26th George III. 1785 to Easter Term, 27th George III. 1787), p. 96).
- (14) An Act for the better preventing of clandestine Marriages (26 Geo. II. c. 33.)
- (15) The King v. The Inhabitants of Hodnett, *supra* note 83, at 96.
- (16) *Id.* at 100.
- (17) *Id.* at 101.
- (18) Lévy and Castaldo, *supra* note 7, at 213.
- (19) *Id.*
- (20) *Id.* at 213-14.
- (21) *Id.* at 214.
- (22) *Id.* at 215.
- (23) *Id.* at 217.
- (24) *Id.* at 225.

- (95) *Id.* at 226.
- (96) Mackenzie, *supra* note 1, at 131-32.
- (97) Lévy and Castaldo, *supra* note 7, at 226.
- (98) J. G. Locré, *Esprit du Code Napoléon tiré de la Discussion*, t. 4, Imprimerie Impériale, 1806, p. 165.
- (99) Séance du 21 Ventôse, an 11 de la République. Procès-Verbaux du Conseil d'État. Contenant la Discussion du Projet de Code Civil. Années IX et X, 1803, p. 579.
- (100) Locré, *supra* note 98, at 166-67.
- (101) *Id.* at 167.
- (102) *Id.*
- (103) *Id.* at 168-69.
- (104) *Id.* at 168.
- (105) Art. 334. La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance. 一八〇四年の民法典の条文の訳出にあたっては、『佛蘭西法律書 上巻（憲法民法・翻譯局譯述）』（弘光社・一八八二）谷口知平『現代外国法典叢書 仏蘭西民法 人事法(1)』（有斐閣・一九三九）、法務大臣官房司法制度調査部編『フランス民法典 家族・相続関係』（法曹会・一九七九）を参照している。
- (106) Locré, *supra* note 98, at 179-80.
- (107) *Id.* at 180.
- (108) *Id.* at 187.
- (109) *Id.* at 187.
- (110) Art. 336. La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père.
- (111) 谷口・前掲注（105）三二七頁を参照。
- (112) Locré, *supra* note 98, at 188. 起草当時の草案での条文に対する賛成意見と反対意見については、*id.* at 189以下を参照。
- (113) *Id.* at 199. Art. 337. La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il

aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants.

(114) Art. 335. Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.

(115) Locré, *supra* note 98, at 184.

(116) *Id.* at 185.

(117) *Id.* at 186.

(118) Zacharia, *Le Droit Commun en Allemagne sur les Enfants Naturels, Comparé au Droit Français et Anglais en ce qui Concerne la Recherche de la Paternité*, Archives de Droit et de Législation, Hauman, Carlot et Comp., T. 1, 1837, p. 271.

(119) *Id.*

(120) Halewyck, *supra* note 45, at 9.

(121) *Id.* at 10-12. See also Huebner, *supra* note 22, at 674.

(122) 前掲注(40)及び(47)を参照。

(123) Zacharia, *supra* note 118, at 277.

(124) E. Donald Shapiro, Stewart Reiffer, Claudia L. Psome, *The DNA Paternity Test: Legislating the Future Paternity Action*, 7 J. L. & HEALTH 1, 10 (1992-1993).

(125) *Id.* at 11.

(126) Zacharia, *supra* note 118, at 273. Art. 340. La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant.

(127) Marcel Planio, Georges Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. II, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1926, p. 747.

(128) Locré, *supra* note 98, at 203.

(129) 谷口・前掲注(105)三三三頁を参照。

- (130) See Rachel G. Fuchs, *Contested Paternity: Constructing Families in Modern France*, The Johns Hopkins University Press, 2008, p. 23.
- (131) Paul Viollet, *Précis de l'Histoire du Droit Français*, Vol. 2, L. Larose et Forcel, 1886, p. 392.
- (132) *Id.* See also L. J. Koenigswarter, *Essai sur la législation des peuples anciens et modernes relative aux enfants nés hors mariage; suivi de quelques observations d'économie sociale sur le même sujet*, Revue Étrangère et Française de Législation, de Jurisprudence, et d'Économie Politique, t. 9, 1842, p. 503.
- (133) See Rachel G. Fuchs, *Abandoned Children - Foundlings and Child Welfare in Nineteenth-Century France*, State University of New York Press, 1984, p. 5.
- (134) Locré, *supra* note 98, at 203–204.
- (135) *Id.* at 204.
- (136) Bigot-Préameneu 45 ‘父子國喪の喪禁や社会の善悪 (“le fléau de la société”) 云々云々’。Séance du 21 Ventôse, an 11 de la République, Procès-Verbaux du Conseil d'État, Contenant la Discussion du Projet de Code Civil, Années IX et X, 1803, p. 583.
- (137) Locré, *supra* note 98, at 205–06.
- (138) *Id.* at 207.
- (139) Planiol et Ripert, *supra* note 127, at 748.
- (140) *Id.* at 749.
- (141) ベルギーも父の搜索を禁止したが、一九〇八年四月六日の法律により認めるところになった。この法律の詳細については Paul Leclercq, *Loi du 6 avril 1908 sur la Recherche de la Paternité et de la Maternité de l'Enfant Naturel*, Émile Bruylant, 1908や参照²⁰。
- (142) Planiol et Ripert, *supra* note 127, at 750.
- (143) *Id.* at 753–72.
- (144) Art. 341. La recherche de la maternité est admise. L'enfant qui réclamera sa mère, sera tenu de prouver qu'il est

identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit.

(145) “Si donc la recherche de la paternité a été interdite, ce n'est que parce que le fait de la paternité est toujours incertain.” Locré, *supra* note 98, at 214.

(146) Bigot-Préameneu, *supra* note 136, at 584.

(147) Art. 319. La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil.

(148) Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 3e éd., 2008, p. 436.

(149) *Id.*

(150) *Id.*