

穂積重遠の「推定されない嫡出子」論

小沢 奈々

A Theory of „Presumption of Legitimacy” by *Shigeto Hozumi*

Nana OZAWA

はじめに

筆者は、現在、大正・昭和戦前期における法学の一潮流である「社会学的法律学¹」の実態を明らかにすることを目的に、その主導者の一人である家族法学者穂積重遠の法学の分析・考察を進めている。本稿は、その一環として、当時の家族法領域における重要なトピックの一つであった、婚姻の成立の日から200日以内に出生した子（今日でいうところの「推定されない嫡出子」）に焦点をあて、当時の法学界・法実務界における彼の学説の位置づけを確認するとともに、「法規の自由解釈の必要性を強く主張する²」という彼の法学方法論についての理解を深化させることを目指すものである。

周知の通り、出生による嫡出子（生来嫡出子）については、民法772条（1項「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」、2項「婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消もしくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」）によりその嫡出性が推定される。民法の規定上は同条に該当する子のみが生来嫡出子となるところであるが、今日では、772条に該当する嫡出子（推定される嫡出子）とは別に「推定されない嫡出子」なる嫡出子も存在する。具体的には、「婚姻の成立の日から二百日を経過」する前に出生した子がこれにあたりとされている。

現代の家族法学においては、無戸籍児や再婚禁止期間についての議論にみられるように、772条中の「婚姻の解消もしくは取消しの日から三百日以内に生まれた子」の部分に関心が向いているが、戦前にあっては、むしろ「婚姻の成立の日から二百日を経過した後（…）に生

¹ 利谷信義『日本の法を考える』（東京大学出版会、2013年（新装版））39頁および渡辺洋三『法と社会の昭和史』（岩波書店、1988年）43頁参照。なお「社会学的法律学」という名称は、我妻栄「穂積重遠先生の人と学問」（『法学セミナー』157号、1969年）130頁で用いられている。

² 拙著『大正期日本法学とスイス法』（慶應義塾大学出版会、2015年）233頁。

まれた子³」の部分について、より多くの議論がなされていた⁴。これについて明治民法の施行後にまず支配的となった見解は、今日の民法 772 条に相当する明治民法 820 条が適用されることで、子は嫡出子となるのであって、その適用がない場合、私生子となるというものであった。こうした支配的見解に異を唱え、本条の適用がない場合にあっても、出生前に婚姻の届出がなされているならば子は嫡出子となると主張したのが穂積重遠であった。彼の見解は大正期にあつては少数説にとどまっていたが、徐々に法学界で支持者を獲得し、日中戦争開始後には戸籍実務や大審院判例も同様の見解をとるに至った。このようにしてみると、この 200 日問題は、当時の法学界・法実務界における穂積の位置づけや影響力を分析する好適例といえよう。

また、穂積の法学方法論を分析する上でも、200 日問題は興味深いテーマである。彼の法学方法論は、法規の自由解釈の必要性を唱え、法の欠缺を補充する法源としての条理の必要性を強調するところにその特徴があるが、200 日問題において、彼は、法規の単純な適用では私生子となるところの子を、法の解釈を通して嫡出子とする結論を導いている。いかなる方法でこれを可能としたのか、また、その背景にいかなる社会認識があつたのかを分析することで、彼の法学方法論の具体像をより鮮明に捉えることが可能となる。

以上の関心から、本稿では、200 日問題に関する彼の見解を、出来る限り彼の目線にたつて、縦軸たる時間軸に沿いつつ、また横軸たる社会背景・影響関係を踏まえつつみていくことにする。彼が 200 日問題について言及したのは、大正 6 年『親族法大意』、昭和 8 年『親族法』、昭和 14・15 年「嫡出裁判前記」「嫡出裁判後記」（『続有閑法学』所収）である。これらの著作にある彼の見解は概ね一貫しているものの、各著作の間には微妙な相違があり、縦軸として彼の見解の変遷を時系列で辿る必要がある。また、穂積のテキストには、彼の研究の「先駆性」「広汎性」「実践性」「状況依存性」故の「未完結性」という特質があり⁵、彼のテキストを分析するためには、その背景にある当時の社会状況、学界での議論状況、実務の現状、判例の動向を横軸として踏まえることが必要である。そこで、本稿は、大正 6 年までの状況を第 1 章で「前史」としてまとめた上で、以下、上記の著作を各章でそれぞれみていくという形をとる。そのため全体構成が不揃いになったことは否めないが、この点については読者の宥恕を乞いたい。

³ 本稿では、史料の引用にあたり、筆者による補記は〔 〕により示し、中略箇所については(…)と示すこととする。

⁴ 民法 772 条の歴史については、平田厚「民法 772 条(嫡出の推定)の系譜と解釈」(『明治大学法科大学院論集』18 号、2016 年)1 頁以下、二宮周平「父とは誰か」(二宮周平・榊原富士子『21 世紀親子法へ』(有斐閣選書、1996 年))40-51 頁、外岡茂十郎「我國に於ける私生子法の誕生と私生子の範囲」(『早稲田法学』20 卷、1941 年)1 頁以下が詳しい。

⁵ 大村敦志『穂積重遠』(ミネルヴァ書房、2013 年) vii 頁。

第1章 前史

(1) 民法典編纂以前

嫡出子と非嫡出子との区別の出発点は、明治6年太政官第21号布告「妻妾ニ非サ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」にある。この区別に依拠する形で、「妻」の分娩した子が嫡出子、「妻妾ニ非サル婦女」の分娩した子が私生子と扱われることになる⁶。妻の分娩した子、すなわち嫡出子であるかの判断にあつては、婚姻届が決定的な重要性を有しており、ここでいう「妻」とは婚姻届がでている者のことを指すとされた⁷。婚姻届の提出時期について、上述の明治6年の太政官布告が「分娩スル」という表現を用いていること⁸、また当時においては婚姻成立の時期を婚姻届の提出時とする立場がいまだ徹底されていないこと⁹、明治10年12月27日兵庫県伺に対する明治11年2月18日付の内務省指令に「夫妻結婚ノ後出生ノ兒ハ嫡子タルヘキ事」とあつたことからすると¹⁰、懐胎主義的発想がこの時点でとられていたとみることは出来ず、子の懐胎時ではなく出生時までには婚姻届が出ていれば、子は嫡出子となつたとみてよいであろう¹¹。

(2) 旧民法・明治民法

婚姻成立後の懐胎が子の嫡出性の要件であることがはじめて明確に規定されたのは旧民法である。同法人事編91条は、1項で「婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子トス」とし、2項で「婚姻ノ儀式ヨリ百八十日後又ハ夫ノ死亡若クハ離婚ヨリ三百日内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタル者ト推定ス」と定めている¹²。明治31年に施行された明治民法においても、こうした懐胎主義は引き継がれる。同法では820条に「嫡出推定」に関する規定が設けられ、1項で「妻カ婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス」と、2項で「婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定ス」と定められた。

懐胎主義をとっている点では旧民法と明治民法とは同一であるが、いくつかの点で相違がある。まず第一に、旧民法が懐胎期間を180日としているところが200日となった。第二

⁶ 村上一博『日本近代婚姻法史論』（法律文化社、2003年）3頁以下。

⁷ 村上前掲『日本近代婚姻法史論』65-67頁、手塚豊「明治以後の親子法—明治民法施行以前—」（『明治民法史の研究（下）』（慶應通信、1991年））46頁、外岡前掲「我國に於ける私生子法の誕生と私生子の範囲」27頁以下。なお民法施行後の大審院判例（明治45年3月7日）では、民法施行前の出生子に関し、婚姻届が出ていなくとも、事実上婚姻関係が成立している場合には、子が嫡出子となることを認めている。

⁸ 島田鐵吉『親族法』（明治大学出版部、大正8年）277-278頁参照。

⁹ 村上前掲『日本近代婚姻法史論』29頁。

¹⁰ 堀内節編『明治前期身分法大全』第3巻（中央大学出版部、昭和52年）3頁。

¹¹ 外岡前掲「我國に於ける私生子法の誕生と私生子の範囲」34-35頁。

¹² 平田前掲「民法772条（嫡出の推定）の系譜と解釈」2頁以下。

に、懐胎期間の起算日について旧民法が「婚姻ノ儀式」とあるところを「婚姻成立ノ日」とした。ここでいう「婚姻成立」とは婚姻届の提出のことを意味している。こうした旧民法からの変更理由については、明治29年1月20日開催の第154回法典調査会での富井政章の発言からみて取ることが出来る¹³。富井によれば、西洋で「婚姻ノ儀式ト言ヘハ多クハ夫婦ト爲ル可キ者カ身分役人ノ面前ニ於テ婚姻ヲスルト云フヤウナ儀式」であるのに対し、日本では「慣習上ノ儀式ト言ツタ所カヤルノモヤラヌノモアルカラ甚タ漠ト」していて不確実である、また同居を始めた日としたところで証明が難しいところから、「婚姻成立」の日を起算日とし、さらにそれを戸籍吏に婚姻届をした日としたとする。以上の富井の発言から、嫡出関係の推定について、旧民法で認められた懐胎主義を明治民法でも引き続き採用しつつ、しかしながら、旧民法とは異なり、婚姻届出後の懐胎という事実を基礎におきながら嫡出性を認めていくべきとする姿勢をみて取ることが出来る¹⁴。この姿勢が内縁関係をめぐる深刻な法律問題を惹起させることになる。

(3) 民法施行後の戸籍実務—大正3年戸籍法改正後の状況

また、大正3年の戸籍法改正についても言及しておこう。明治民法の附属法として明治31年に制定された戸籍法の全面的改正にあたり、83条に「父カ庶子出生ノ届出シタルルトキハ其届出ハ認知届出ノ効力ヲ有ス民法第八百三十六条第二項ノ規定ニヨリ嫡出子タルヘキ者ニ付イテ父母カ嫡出子出生ノ届出ヲ為シタルトキ亦同シ」と規定された。従来、民法では、父が子を認知した後に子の母と婚姻した場合(836条1項)、あるいは父母が婚姻した後に父が子を認知した場合(836条2項)、準正によりその子は嫡出子となるとされていた。このいずれにおいても、準正が成立するには、認知届の提出が必要であった。しかし同条の制定により、認知届がなくとも、嫡出子出生の届出があれば、この届出をもって認知届があったものとみなすことになった。そのため、婚姻成立後200日以内に子が生まれた場合に、その父と母の双方が出生届にあたり、その子を嫡出子として届け出るならば、その届出は受理されるものとなった。

¹³ 『法典主査会 民法議事速記録六』(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書6』(商事法務研究会、昭和59年)493頁。

¹⁴ 前掲『法典主査会 民法議事速記録六』183-186頁には、梅の「婚姻ヲスル積リデナシニズル々々ベったり(…)、サウ云フ者ガ下等社會ニハ澤山」あり、そのような「唯ダ夫婦ニ似寄ツテシテ居レバ夫レデ満足シテ居ル」者と「法律上明カニ夫婦ト爲リタイ者ト區別ガ立タナク爲ツテ仕舞フ是ハ(…)斷然廢サナケレバ往カヌ」という発言がある。また、仁井田の「當時は婚姻の儀式を挙げた事に依つて婚姻が成立するものであると云ふ事に就ては寧ろ弊害を認めて居つたのです。裁判所邊りでもこれは明確でない云ふ考もあり、婚姻の成立を明確にする必要があると云ふので三三九度に依る婚姻成立の方は御免蒙ると云ふ思想があつた時代ですから、婚姻の式を挙げた事に依つて婚姻の效力を生ずる事をしようと云ふ考へはなかつたのです。」といった証言も参考になろう(仁井田益太郎、穂積重遠、平野義太郎「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」(『法律時報』10巻7号、昭和13年)23頁)。

ここで、この時点までに形成された司法省による戸籍実務上の取り扱いを整理しておこう¹⁵。婚姻届の提出後 200 日が経過した後に子が生まれた場合、戸籍吏はこの子を嫡出子であると扱う。したがって、父または母が嫡出子としてこの子を届け出るならばこれをそのまま受理するが、私生子や庶子としての届出をした場合にはこれを受理しない。他方、婚姻届提出後 200 日経過以前に出生した場合であっても、父と母の双方がこの子を嫡出子として届け出るならば、戸籍吏はこれを受理し、戸籍簿に嫡出子として記載する。また、母が私生子として届け出るならばそれも受理する。しかし母のみが嫡出子出生届を出した場合にはこれを受理しない。

このようにしてみると、戸籍法 83 条は民法 820 条を機械的に適用した結果、私生子となってしまう者に、認知の手続を経ることなく嫡出子とする道を開いており、民法の欠陥を補修するという機能を有していることが理解出来るであろう。しかし、このような取り扱いには一つの大きな問題が存在する。それは、父が子の出生届を出す前に父が死亡した場合には、父が出生届をすることが出来ず、そのため上記の方法によっても準正が成立せず、子が嫡出子とはなれないという点である。この当時には、死後認知制度もなく、こうした子を事後的に嫡出子とする方策はなかった。以下でみていく穂積重遠の所説は、まさしくこの問題の克服に主眼がある。

(4) 民法施行後の法学界の状況

明治民法の施行後、法学界においては立法趣旨に批判的な見解が現れる。例えば、奥田義人による『民法親族法論』(明治 31 年)が挙げられる¹⁶。まず彼は、準正の存在意義について「社會ノ秩序ヲ維持シ其善良ノ風俗ヲ紊ラサルカ爲ニハ勉メテ私生子ヲ生スルヲ少ナカラシムルヲ要ス、然カモ男女自然ノ情欲ハ法ノ禁制ノ能ク抑止スル所ニ非ラサルカ故ニ其既ニ發生シタル過去ハ出來得ベキ限リ後日ニ於テ之ヲ修補スルヲ得セシムルヲ要ス、此ノ趣意ニ基キ法ハ婚姻前ノ私通ト雖モ其後ニ有効ノ婚姻ヲ爲スニ因リテ之ヲ適法ノ結合ト看做シタリ。婚姻前ニ出生シタル私生子カ其父母ノ後日ノ婚姻ニ因リ又ハ婚姻中ノ之ヲ認知スルニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得スルヲ定メタルハ之カ爲ナリ。」と説明する。そして、それ故に「婚姻中ニ生マレタル子ハ其懐胎カ婚姻前ニ在リシ場合ニ於テモ父ノ之ヲ否認セサルトキハ之ヲ嫡出子ト看做スル法ノ明文ヲ俟タスシテ明瞭ナリ」とする。このように、奥田は、準正制度の制度趣旨からすると、男女が婚姻前に「私通」をしたとしても、婚姻の届出をすれば「適合ノ結合」となり、その男女から出生した子が嫡出子となるべきと明確に述べている¹⁷。

¹⁵ 長島毅編『司法省戸籍寄留先例全集』(帝国地方行政学会、大正 10 年) 403 頁以下。

¹⁶ 奥田義人『民法親族法論』(有斐閣書房、明治 31 年) 244・245 頁。

¹⁷ この他、岡村司講述『民法親族編〔明治 31 年〕完』(『日本立法資料全集』別巻 339 (復刻版)、平成 17 年) 563-565 頁にも同様の批判的見解がみられる。

その後、こうした批判は少なくなり、明治民法典編纂者たちの姿勢が支持を広げてゆく。例えば、大正4年、仁井田益太郎は『親族法相続法論』の中で「我民法上婚姻ニ因リ生レタル子ノミヲ以テ嫡出子ト爲ササルヘカラス從テ妻カ婚姻前ニ懐胎シタル子ハ假令婚姻中ニ生レタルトキト雖モ我民法上之ヲ以テ嫡出子ト認ムヘカラサルナリ此事タルヤ戸籍法第八十三條末段ノ規定ニ依ルモ亦自ラ明ナル所トス¹⁸」と述べている。また、大正6年2月24日の法曹会決議「婚姻成立二百日以内ニ生レタル子ノ届出ニ關スル件」では、婚姻成立後200日以内に生まれた子の嫡出子出生の届出は父母双方によってなされるべきかについての議論がなされ、その決議の中で「婚姻セサル男女ノ間ニ懐胎セラレ其男女ノ婚姻後ニ生レタルモノハ例ヒ婚姻成立後二百日以内ニ生ルルトモ其父母ノ子タルニ相違ナキモ是レ第八百二十條ノ推定受クル嫡出子ニ非サルナリ¹⁹」と述べられている。

このような中、明治民法編纂者たちの姿勢を批判する、穂積重遠による新たな解釈論が登場することになる。

第2章 『親族法大意』（大正6年）

（1）本書の内容

以下でみる穂積の見解は、第1章でみた婚姻届出後200日以内に出生した子を私生子とする見解に反対するものである。彼がこうした出生子について初めて言及したのは大正6年に発刊した『親族法大意』においてである。まずはその記述をみていこう²⁰。

婚姻前ニ懐胎セラレ婚姻後ニ出生シタル子ハ夫婦間ノ子ナルコトガ明白ナル場合ニモ、前段ノ理論ヨリ嚴格ニ云ハバ、一應ハ私生子ト見ザルベカラズ。然レドモ斯ノ如キハ民法ガ所謂「準正」（八三六ノ一）ヲ認メタル精神ニモ反シ、實際ノ事情ニモ適セズ。故ニ嫡出子ナルコトハ之ヲ廣義ニ解シテ此場合ヲ包含セシムルヲ穩當ト信ズ。或ハ民法ハ此場合ヲ第八三六條第二項中ニ包含セシムル精神カトモ思ハル（戸八三）。然ラザルニセヨ此戸籍法ノ規定ヨリ推スモ此場合ニハ直チニ嫡出子出生届ヲ為シ得ベキモノナルヲ知ルベシ。唯ダ斯ノ如キ嫡出子ハ第八二〇條ノ推定ノ利益ヲ享ケザルヲ以テ、其嫡出ヲ主張スル者ニ於テ之ヲ立證セザルベカラザルナリ。懐胎期間ノ同棲ト婚姻後ノ出生トノミニ

¹⁸ 仁井田益太郎『親族法相続法論』（大正4年、有斐閣書房）206頁。

¹⁹ 「婚姻成立後二百日以内ニ生レタル子ノ届出ニ關スル件（大正六年二月二十四日委員会第一科決議々案第（五）一四五號）」（『法曹記事』第27巻第6号、大正6年）31頁。なお、こうした立場に明瞭に立つ者として、この3年後に出された長島毅「婚姻成立後二百日以内ニ生マレタル子ノ性質」（『法学新報』30巻6号、大正9年）110頁以下がある。

²⁰ 穂積重遠『親族法大意』（岩波書店、大正6年）96-97頁。なお、穂積は大正14年に同書の改訂版を出しているが、その内容は、平仮名書きに改められた他は、初版とほぼ同一なため、本稿ではそのすべてを引用はせず、必要に応じて、その変更箇所を指摘するにとどめる。

基キテ嫡出推定ヲ與フル獨民法ノ規定（一五九一）ガ、或ハ時宜ニ適セルモノナルベキカ。

冒頭で穂積は、民法 820 条を厳格に解釈するならば、父母の婚姻成立（婚姻届出）200 日以前に生まれた子は、同条の嫡出推定を受けず、私生子と解さなければならなくなると述べているが、この解釈は、前述のように民法起草者たちの解釈であり、また戸籍事務を所管する当時の司法省が採用したものである。しかし穂積は、「嫡出子ナルコトハ之ヲ廣義ニ解シテ此場合ヲ包含セシムルヲ穩當ト信ズ」として、こうした解釈に対し批判的な論述を展開してゆく。

婚姻成立後 200 日以内に出生した子が嫡出子となるべき理由として、本書でまず穂積は、我が国の民法には父母の婚姻前に出生した子についても嫡出子として認めるという準正制度がある以上、父母が婚姻届を提出したにもかかわらず、その出生した子が私生子となってしまうのは、「一方ニ於テハ子ノ利益ヲ重ンジ、他方ニ於テハ婚姻外ノ關係ニアル男女ガ婚姻關係ニ移ルコトヲ獎勵スル趣旨」²¹をもつ準正制度を認めた民法の精神に反するとする。また彼は、こうした出生子が私生子となることが「実際の事情に適合しない」ことを挙げている²²。この「事情」とは婚姻届の提出が徹底されていないことを指している。これについては後述する。

また、このような婚姻成立後 200 日以内に生まれた出生子たる嫡出子は、「第八二〇條ノ推定ノ利益ヲ享ケザル」ものであるとして、820 条の適用はないとしている。

さらに、引用末尾で穂積は、「懐胎期間ノ同棲ト婚姻後ノ出生トノミニ基キテ嫡出推定ヲ與フル」というドイツ民法 1591 条²³の規定が「或ハ時宜ニ適セルモノナルベキカ」と述べている。ここから、彼が救済されるべき子として主として念頭においているのが内縁関係中に懐胎された子であるとみることが出来よう。

このような穂積の所説は、奥田義人の見解によるところが大きい。というのも、穂積自身、「私の親族法研究が奥田先生の講義を始め先輩諸學者の論著に負ふ所の多いのは云ふまでもない²⁴」と述べている通り、穂積の親族法研究には至るところで奥田の影響を少なからずみて取ることが出来る。前章で述べた通り、奥田は準正制度の趣旨からすると、婚姻後 200

²¹ 穂積前掲『親族法大意』（大正 6 年）104 頁。

²² なお、この部分については、大正 14 年の改訂版では、「婚姻の届出が事実上の婚姻よりも遅れ勝である実際の事情」と、より詳しい記述となっている（穂積重遠『親族法大意』（岩波書店、大正 14 年（改訂））94 頁）。

²³ この条文は「妻カ婚姻前又ハ婚姻中ニ懐胎シ且夫カ妻ノ懐胎期間中妻ト同棲シタル場合ニハ婚姻締結後出生シタル子ハ嫡出トス。但妻カ夫ヨリ子ヲ懐胎セシメラルルコトハ能ハサル事情明カナルトキハ子ハ嫡出ニ存ラス」という内容である（東季彦『全譯獨逸民法』（有斐閣、昭和 5 年）425 頁）。

²⁴ 穂積重遠『親族法』（岩波書店、昭和 8 年）序 4 頁。

日以内の出生子は当然に嫡出子となるべきとするが、確かにこの議論の運びは穂積のそれと類似している。しかし、奥田は、こうした取り扱いは「法ノ明文ヲ俟タスシテ明瞭ナリ」と断言し、当然にこうした取り扱いをすべきとする。これは、おそらくは当時我が国に紹介されていたイギリス法²⁵を念頭におきつつ、明治民法の立法趣旨を批判したものであろう。これに対し、穂積は、あくまでも民法典を起点とした形で考察を行い、そこに定まる嫡出子概念を拡大するという解釈を提唱することで問題の解決を模索している。

(2) この時期の判例

こうして、穂積が『親族法大意』ではじめて200日問題について言及した後、2つの大審院判例があらわれる。一つは彼の見解に沿うものであり、もう一つは真っ向から反対するものである。以下、それぞれの判決をみていこう。

穂積の見解に沿う形の判決として、大正8年10月8日大審院第三民事部判決がある。この裁判の事案は次のようなものである²⁶。

AとBとは大正4年2月10日に婚姻届を出し、同年5月13日にBはY(被上告人)を出産した。同年5月27日、AとBはX(上告人)と養子縁組を行った。その後、Aが死亡し、Aの家督相続が問題になり、XとYとの間で争いが生じた。Xの主張は、Yは婚姻成立後200日を経過する前に生まれた子であるためAの嫡出子ではないのに対し、自らは養子縁組により嫡出子となっているため自分がAの相続人となるというものである。これに対し、Yの主張は、出生によりXよりも早く5月13日の時点でAの嫡出子となったというものである。

第1審および第2審では、Yの主張が認められ、Yが勝訴しXが上訴した。大正8年10月8日、大審院第三民事部判決(裁判長横田秀雄)は、「民法第八百三十六条第一項ノ法則ヲ基本トシテ推究スレハ父母ノ婚姻中ニ生レタル子ハ假令其婚姻前ニ懐胎シタルモノト雖モ苟モ其父ニ於テ否認セサル限りハ嫡出子ニ他ナラサル」とし、Xの上告を棄却した。このように、この判決においては、200日以内の出生子は出生により嫡出子たる地位を得ていると判示しており、この結論は、穂積の見解と一致する。また、準正の精神を根拠とする点も穂積の見解と一致している。

ところが、その後の昭和3年12月6日、大審院はこれとは全く異なる判決を下す(昭和3年12月6日大審院第一民事部判決)。この裁判の事案は次のようなものである²⁷。

大正13年11月2日に上告人Xの父Aと母Bは婚姻の式を挙げ、同日、Aは被上告人夫妻(YおよびZ)と養子縁組をした。その後、大正14年3月頃、BはXを懐胎したため、Bもまた同年7月3日にYおよびZと養子縁組をした上、Aと婚姻届出の手続を行ったところ、同

²⁵ イギリス法では、婚姻届が出た後の出生子は嫡出子(「公生子」として扱われた。この点については、高橋捨六『英米身分法』(博聞社、明治19年)118頁参照。

²⁶ 大正8年10月8日大審院第三民事部判決(『大審院民事判決録』25輯、1756頁)。

²⁷ 昭和3年12月6日大審院第一民事部判決(『法律新聞』第2957号、6頁)。

年12月15日にAが病死し、さらにBも大正15年1月5日(すなわち婚姻届から165日を経過した後)にXを分娩した直後に死亡した。そこで、YとZはXをBの「私生子」として届出をした。しかしXは、Aが生存中胎児のXを自分の子だと認めていたことを理由に、Aから認知を受けていると主張した上で、さらにAとBは婚姻届を出していたことを理由に、自分は嫡出子であるとして、YとZに対して、戸籍訂正をするよう請求した。原審ではXの請求は認められなかったため、Xはその判決の破棄を求めて上告した。

これについて大審院は、XはAとBの子なりとするも、「その父母の婚姻成立以降に懐胎したるものと認むるの外なく、元より法律上當然Aの嫡出子たるものに非ず」として、XはAの嫡出子ではないとした。この判決において、200日以内の出生子を、婚姻成立以降に懐胎しているとして生まれながらの嫡出子ではないとした点は、上述の大正8年大審院判決とは明確に異なるものであり、穂積をはじめ、多くの法学者や裁判官がこの判決に対し批判的な声を挙げるようになる²⁸。

(3) 当時の社会状況と穂積の問題意識

ここで、穂積が上記のように考えた社会背景をみていくことにしよう。

法律婚主義をとった明治民法典であったが、その後も、婚姻届をしなければならないという認識が人々の中に浸透せず、婚姻の儀式をあげた夫婦が内縁の夫婦であることは、この当時あっては「極めて普通の現象²⁹」であった。戸田貞三による、大正9年の国勢調査に基づく推算によると、同年の内縁の割合は男性16.6%、女性15.9%にのぼり、ほぼ6組に1組が内縁であったことわかる³⁰。また中島玉吉の論稿「内縁の夫婦に就て」に取り上げられている京都西陣警察署による172組の内縁夫婦を対象とする調査によると、婚姻届を提出しない理由として40組が「何気なく怠慢に付し居るもの」に該当しているが、「男女双方戸主又ハ相続人なるがため入籍不能のもの」が50組、「両親戸主の承諾せざるもの」が22組を占めており、内縁関係にある男女のなかには、本人たちは法律婚を望んでいるにもかかわらず当時の法制度によってそれがかなわないケースもあったことがわかる³¹。この2つの調査

²⁸ 後の昭和15年1月24日の東京朝日新聞には、「嫡子に新判例一対立の兩學説に斷」として、右判決が出された後の法学界の様子について、「この問題〔婚姻前に懐胎し婚姻届出後200日以内に出生した子の嫡出性をめぐる問題〕に對して相反する二つの判例と學説とがあり、當然嫡出子であるといふのに穂積、牧野兩博士の學説及び大正八年大審院横田裁判長の判決があり、その反對には昭和三年大審院菺淵裁判長の判例がある(…)」と報道している。ここの「牧野」とは牧野菊之助のことである。この他、同判決に批判的な議論を展開した者として後述の中川善之助や長沼坦(「嫡出子推定の適用と事實婚主義」(『法学新報』39巻5号、昭和5年)795頁)、これを支持したのものとして中島玉吉(『民法積義』(金刺芳流堂、1937年)479-481頁)がいる。

²⁹ 穂積重遠『婚姻制度講話』(文化生活研究会、大正14年)48頁。

³⁰ 戸田貞三『家族と婚姻』(湯沢雍彦監修『家族と婚姻』(クレス出版、1989年所収))50頁以下参照。

³¹ 中島玉吉「内縁の夫婦に就て」(『法学論叢』10巻3号、1923年)3-4頁。

結果からわかるように、この時期の内縁関係は、決して不道德な関係というものではなく、世間的には通常の夫婦であるが婚姻届が出ていないだけのものが相当数存在していた。穂積は、こうした社会状況を踏まえ、法学者の視点から、内縁関係にある妻やその子について法的に様々な不利な取り扱いがなされることを問題視している。例えば、軍人の夫が死亡した場合、妻や子は遺族扶助料を貰えることになるが、内縁関係にある妻や子はその受給対象者とならない³²。職工の場合も正式な妻よりも内縁の妻は不利な地位におかれた³³。また、内縁夫婦から生まれてきた子は、母親の方に届け出れば母親の私生子に、父親が認知すれば父親の庶子となり、夫婦の間の嫡出子となることはない。穂積はとりわけ、母親の籍に入っているばかりに、事実上嫡出子であるべき子が私生子となった場合、「私生子ならぬ私生子」であるとして、これを「気の毒だ」と指摘している³⁴。

またこの時期において穂積の眼前にあった特筆すべき事情としてシベリア出兵も挙げることが出来る³⁵。この出兵により、日本軍は数千人の戦死者を出した。出征する兵士がその前に婚姻の儀式を行ったものの婚姻届の提出が完了する前に戦死するならば、内縁の妻が正式の妻となることはない。また妻が懐胎していた場合、子は私生子となり、死後認知制度のないこの時期にあつて事後的に子を嫡出子とする術はなかった。穂積が後に回顧したところによると、彼はこれを機に、戦死者の内縁の妻や子の法的保護の必要性を意識するようになった。

以上のような穂積の内縁問題への関心は、社会的には夫婦として認識されておりながら、婚姻届が出ていないがため、本来、妻や子として与えられるべき利益を享受出来ない者を救済しようという点に向けられていたといえよう。こうした問題の根本的解決は、最終的には立法による必要があるが、そこに至るまでの間、民法の解釈という形でこうした不都合性を弥縫的に対応するため穂積は苦心しているのであり、200日問題における穂積の法解

³² 恩給法(大正12年、法律48号)1条は、文官・軍人・教育職員等(同19条)の「公務員」及びその「遺族」を受給対象者として定めている。ここでいう「遺族」とは、同72条1項「死亡ノ當時之ト同一ノ戸籍内ニ在ルモノヲ謂フ」を指しており、同じ戸籍に入っていない内縁の妻は対象外となる。また、内縁夫婦から生まれた子についても同2項により同様に対象外となる。

³³ 工場法施行令には、10条1項で「遺族扶助料ヲ受クル者ハ職工ノ配偶者トス」とある。しかし、同12条で「職工ト同一ノ家ニ在ル者」にも、順位としては低いものの、受給資格者としての権利は残されており、さらに、夫が遺言を残すか工場主にあらかじめ申し出ておけば、配偶者、直系尊属および卑属がない場合には、受給対象者となり得る。また同10条2項で「配偶者ナキ場合ニ於テ遺族扶助料ヲ受クヘキモノハ職工死亡當時之ト同一ノ家ニ在リタル職工ノ直系卑属又ハ直系尊属」であり、11条において「前項第二項ニ定メタル同順位者ノ間ニ在リテハ(中略)直系卑属ニ付テハ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニシ嫡出子、庶子及私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子及庶子ハ女ト雖之ヲ私生子ヨリ先ニス」として、父から認知されずに「(母の)私生子」である場合でも受給資格者として認められている。

³⁴ 穂積重遠『婦人講座第七十九篇』(社会教育協会、昭和11年)26・27頁参照。

³⁵ 穂積がシベリア出兵について言及している文献として、同前掲『婦人講座第七十九篇』24・25頁、同「婚姻届の発信主義」(同『続有閑法学』(日本評論社、昭和15年)200-204頁、同「戦争と婚姻」(『婦人公論』12月号、昭和18年)15頁がある。

積もまたその一貫といえる。

第3章 『親族法』（昭和8年）

（1）本書の内容

大正期にあって、穂積は『親族法大意』の執筆と改訂作業の中で学説を展開していたが、昭和8年に新たに『親族法』を公刊し、その執筆・改訂作業の中で自説を述べていくことになる。まずは同書の、婚姻後200日以内の出生子に関する記述を確認しておこう³⁶。

婚姻前に懐胎され婚姻後に出生した子は、夫婦間の子であることが明白な場合にも、前段の理論〔婚姻成立の日から二百日後、婚姻の解消若くは取消の日から三百日内の期間に妻が生んだ子は、婚姻中に懐胎された夫の子即ち嫡出子と推定する〕から厳格に云うと、一應は私生子と見ねばならぬことになる。しかし民法は後述の通り婚姻前に出生した夫婦間の子も父母の婚姻によつて婚姻の身分を取得することとして居るのだから（第八三六條第一項）、其釣合から云つても嫡出子と云ふのを廣義に解して前記の場合も含ませるのが穩當であらう。殊に前にも述べた通り事実上の婚姻よりも婚姻届が遅れ勝で、長子は戸籍面では婚姻の時から二百日たたない中に生れたことになつて居るのが珍しからぬ現象であるから、それが一應は私生子だと云ふことになつては甚だ不都合であらう。元來第八二〇條の規定は斯う云ふ子を嫡出子と推定すると云ふので、斯う云ふ子でなければ嫡出子でないと言ふのではない。立法論としてはドイツ民法（第一五九一條）の様に懐胎期間の同棲と婚姻後の出生とのみによつて嫡出推定を與へた方が實際的だつたと思ふが、我民法の下に於ても斯の如き子は嫡出子と解すべきである。ただ第八二〇條の推定の利益を受けないから、其嫡出を主張する者がそれを立證せねばならず、又後述嫡出否定の訴によらずして其嫡出が争はれ得ると云ふことになるであらう。

或は斯う云ふ説明をする者もある。民法第八三六條第二項に「婚姻中父母が認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス」とあり、戸籍法第八三條後段に「民法第八百三十六條第二項ノ規定ニ依リ嫡出子タルベキ者ニ付キ父母ガ嫡出子出生ノ届出ヲ為シタルトキ亦同事」（認知届出ノ效力を有ス）、とあるから、婚姻届出後二百日たたないで生れた子についても夫は直ちに嫡出子出生届をなすべく、それによつて其子が嫡出子たる身分を取得するのであると。しかし例へば出生十日後に出生届をしたとすると、其子は最初の十日間は私生子で其以後嫡出子になると云ふことになつて（第九七〇條第二項）、觀念上不都合であるのみならず、もし子の出生届をしない中に夫が死んだとすると、其子は嫡出子たり得ないことになるのであつて、實際上の不都合も絶無とは云へない。やはり

³⁶ 穂積前掲『親族法』423-425頁。

前述の通り其場合も當然嫡出子中に含むと解した方がよからう。婚姻前に懐胎されて婚姻解消後に生れた子についても同様である。

前章で取り上げた『親族法大意』と比較すると、基本的な方向性に変化はないものの、各部の説明がより具体的になっている。

第一に、「元来第八二〇條の規定は斯う云ふ子を嫡出子と推定すると云ふので、斯う云ふ子でなければ嫡出子でないと云ふのではない」として、820 条に定まる嫡出子のみが嫡出子ではないという点を鮮明に打ち出している。穂積における嫡出子とは「(婚姻した) 夫婦間の子」であり、820 条による嫡出推定を受けられる嫡出子はその一部にすぎない。つまり穂積は、婚姻後 200 日以内に出生した子を、820 条による嫡出推定を受けられない(820 条による利益を受けられない) 嫡出子として、820 条による嫡出推定を受けられる嫡出子とともに「嫡出子」として認めるべきだとしている。その上で、820 条によらない嫡出子は、その嫡出性を主張する者がそれを立証しなければならないという点、そして嫡出否定の訴えによってその嫡出性を争うことは出来ないという点において、820 条による嫡出子とは異なるとしている。

第二に、嫡出子出生届が出される前に父が死亡した場合についての問題を明確に意識した記述となっている。確かに、婚姻届出後 200 日経過しないで生まれた子については、既存の制度としての準正によって、嫡出子の身分を取得することが出来るものの、嫡出子出生届を出す前に父が死亡した場合、子が嫡出子となることは不可能になるとして、その限界性を示した上で、出生時に認められる嫡出子の存在を認めるべきとしている。ここには、前章で指摘した、職工や軍人の父が死亡した場合に生じる、気の毒な「私生子ならぬ私生子」を保護していくべきという、穂積の関心が直接的に表明されているといえよう。

(2) 影響関係

この時期の穂積の著作が与えた影響について、中川善之助と谷口知平を取り上げる。

中川は、昭和 8 年の『法学協会雑誌』にて、穂積の著した『親族法』の書評を発表しているが、その中で「最初私の興味を引いた點は、婚姻後二百日を経ずして生れた子、即ち八二〇條の『嫡出推定を受けぬ嫡出子』の取扱ひである。『否認の訴によらずして其嫡出が争はれ得る』ところの嫡出子といふ考へ方は、實に柔軟性に富んだ面白い概念構成だと思ふ。私は今まで少し異つた考へ方をして居たが、爾今直ちにこの教に改宗帰依することとした³⁷⁾」と述べ、穂積の『親族法』がきっかけとなり、820 条解釈をめぐる考え方を変更させた。変更後の彼の見解は、昭和 12 年『親族法・相続法』のなかにあらわれている³⁸⁾。以下、変更前

³⁷⁾ 中川善之助「穂積博士『親族法』」(『法学協会雑誌』51 卷 5 号、昭和 8 年) 166 頁。

³⁸⁾ 中川善之助・近藤英吉『親族法・相続法』(日本評論社、昭和 12 年) 211 頁以下。

と変更後についてみていこう。

変更前の中川の見解については、上述の昭和3年判決の批評の中で展開されている³⁹。中川は、昭和3年判決のように婚姻成立後200日以内の出生子を私生子とする説が起草者の立法趣旨に合致していることは認めつつも、立法趣旨から離れ、社会の現状に則した新たな解釈論を展開させる必要性を唱えている。その上で、中川は「新たな解釈論」として、820条にある「婚姻成立ノ日」について、従来の「法律婚」のみならず「事実婚」「正婚以前の準婚」も同条の「婚姻」に含ませることで、「事実婚」または「正婚以前の準婚」をした夫婦から出生した子についても、820条を適用し、同条における嫡出推定を受けるべきとした。そして、こうした適用もない場合には出生子は当然には嫡出子とはならず、嫡出子とすることを望むならば、民法821条の「父を定むる訴（嫡出確認の訴）」を起し、裁判所によって認められる必要があるとした⁴⁰。

ところが、穂積の『親族法』により、彼は自説を修正し、部分的に穂積の見解に歩み寄ることになる。昭和12年の『親族法・相続法』のなかで、中川は、嫡出子には820条の適用がある「推定せられる嫡出子」と820条の適用はないが嫡出子として扱われる「推定せられざる嫡出子」とがあるとする。つまり、ここに穂積の影響をみて取ることが出来る。但し、この時点にあつては、「推定せられざる嫡出子」の具体的内容が中川のなかでいまだ明確化されていない。なお彼の所説はその後さらに進展するが、これについては後述する。

また、穂積の『親族法』の影響は、谷口知平が昭和10年に著した『日本親族法』にも確認出来る。このなかで谷口は、穂積の『親族法』の記述を紹介した後、「八二〇條Iが婚姻中に懐胎した子のみが嫡出子であることを宣言したのではないと解し、第八三六條の趣旨より推して、懐胎期間中父母の同棲が明かであり、その父母の間に有効な婚姻があつた限り（…）嫡出子と推定」してよいとする⁴¹。このように谷口は、820条によらない嫡出子の存在を肯定しており、この点は穂積と同様の見解に立っているといえよう。

第4章 「嫡出裁判前記」（昭和14年）、「嫡出裁判後記」（昭和15年）

（1）本書の内容・この時期の判例

穂積は、昭和4年の『法律時報』の創刊以降、「有閑法学」と題する連載を行っているが、その11巻10号と12巻4号に「嫡出裁判前記」（昭和14年10月）と「嫡出裁判後記」（昭和15年4月）が掲載されている。これは、昭和15年1月23日大審院民事連合部判決の前後に出されたものであり、「前記」にあつては婚姻後200日以内に出生した子の問題の所在が解説され、「後記」にあつては昭和15年判決の紹介とその論評がなされている。その前者

³⁹ 中川善之助「身分法三題」（『法学新報』39巻6号、昭和4年）7-20頁。

⁴⁰ 中川前掲「身分法三題」16-17頁。

⁴¹ 谷口知平『日本親族法』（弘文堂、昭和10年）322頁。

は、昭和15年に大審院判決がなされる直前に書かれたものであり、後者は判決が出された後、判決の内容を紹介する形で著されたものである。そこで、ここでは、彼の2つの記事と大審院判決とをあわせてみていくことにしたい。

「嫡出裁判前記」では、婚姻届出後200日以内に生まれた子が嫡出子となるか否かをめぐり、これまでの学説の対立が紹介されている。すなわち、大審院では、大正8年10月8日判決と昭和3年12月6日大審院判決という正反対の判決が出されており（本稿第二章（2）参照）、これらの判決をめぐっては、学説でも「大正8年判決支持派」と「昭和3年判決支持派」という、2つの異なる見解が対立している状態にあった。そこで、こうした判例の食い違いを解決すべく大審院民事連合部が出したのが当該判決であり、これまでの「両説が雌雄を決する⁴²⁾」ということで、法学界のみならず世間でも大いに注目された⁴³⁾。穂積自身も「大審院が果たして僕等の方に團扇を擧げて呉れるのだらうかと、自身が裁判を受ける様な緊張した氣持で待つて居る⁴⁴⁾」と、その胸の内を綴っている。なお彼はこの記事の末尾で、「民法第820条の『婚姻成立ノ日』というのは婚姻届の出たる日である」ということを念押ししている。

昭和15年判決は、内縁の子Xが婿養子Yを相手取り家督相續回復の訴を提起したものである。この裁判の事案は次のようなものである⁴⁵⁾。

被上告人(X)の父Aと母Bは明治38年頃から内縁関係を継続していたが、明治42年10月21日にAとBは婚姻届を出し、その翌日にXを出産した。しかしAは、Xを自己の子として届けず、他人の夫婦の子として出生届をした。そのようななか、明治44年4月4日、AとBは長女(Aとその前妻との子)のために婿養子(上告人Y)を迎え養子縁組をした。また、AとBは、大正11年6月1日に、Xを自らの子とするため、Xとの間で養子縁組をした。その後、大正14年7月28日に、戸主であったAがYの単純承認を得て隠居届をし、同日、Yが家督相續して戸主となる。その後、Aは昭和12年2月25日に死亡した。このような事実に基づき、XはAの死亡によって発生する家督相續権は自分にあると主張し、家督相續回復の訴えを起こした。その理由として、Xは父母が婚姻をした後に出生した子であり、父がこれを否認しなかったことから、「懐胎ハ其ノ婚姻前ナルモ出生ニ因リ當然嫡出子タル身分ヲ取得シタルモノ」だと主張した。一審ではXが破れ、控訴審ではXの主張が通ったため、Yが上告した。

これについて大審院は、「内縁關係ノ繼續中ニ内縁ノ妻カ内縁ノ夫ニ因リテ懐胎シ而モ右内縁ノ夫婦カ適式ニ法律上ノ婚姻ヲ爲シタル後ニ於テ出生シタル子ノ如キハ假令婚姻ノ届出ト其ノ出生トノ間ニ民法第八百二十條所定ノ二百日ノ期間ヲ存セサル場合ト雖モ之ヲ民

⁴²⁾ 穂積重遠「嫡出裁判前記」（同『続有閑法学』（日本評論社、1940年））354頁。

⁴³⁾ 前掲「嫡子に新判例—対立の兩學説に斷」（『東京朝日新聞』昭和15年1月24日）。

⁴⁴⁾ 穂積前掲「嫡出裁判前記」352頁。

⁴⁵⁾ 昭和15年1月23日大審院連合部判決（『大審院民事判例集』19巻、54頁）。

法上私生子ヲ以テ目スヘキモノニアラスカクノ如キ子ハ特ニ父母ノ認知ノ手續ヲ要セスシテ出生ト同時ニ當然ニ父母ノ嫡出子タル身分ヲ有スルモノト解スルハ之ヲ民法中親子法ニ關スル規定全般ノ精神ヨリ推シテ當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス」と判示し、XがAの嫡出子であることを認めた。

この判決をうけて執筆された「嫡出裁判後記」の中で、穂積はこの判決について論評し、「一部勝訴一部敗訴というような少々割り切れない気分がする」と述べている。

「勝訴」とする理由について、「この判例は、裁判による内縁夫婦関係の承認が百尺竿頭さらに一步を進めたものとして、すこぶる意義がありまた歓迎せらるべきである」と評している⁴⁶。確かに、上記判決文にみられるように、本判決は、婚姻に先行する内縁中に懐胎があり、婚姻届出後に出生をみたというような場合にも子の嫡出性を肯定したという点において、昭和3年の判例を覆し、事実婚の承認が一步進められたと理解することが可能であり、事実婚主義を是とする穂積の姿勢と合致するといえよう。

その一方で、穂積は「敗訴」とする理由について、「〔この判例は、〕まだ嫡出子とは何ぞやの問題を解決し尽くしたものではない。内縁関係もなき男女の間に懐胎せられその男女の婚姻届出後に出生した子は如何、という問題を残す。議論は他日に譲るが、これらの場合をも含めてすべて婚姻届出後に妻が産みたる子にして夫の子たることが推定（820条により）または証明せらるるものは当然の嫡出子、と主張せんとする僕にとっては今回の民事聯合部判決は一部勝訴一部敗訴なのである。」と述べている。

この引用によると、穂積は、内縁関係中の懐胎であるかを問わず、婚姻届が出された後に出生した子は嫡出子とすべきとするのが従来からの自らの見解であると述べている。確かに『親族法大意』や『親族法』の記述をそのように読むことが全く不可能であるわけではないものの、そこで彼が念頭においていたのは内縁中に懐胎された子の救済であったとみてよい。また、穂積における、内縁関係がない男女の間で婚姻前に懐胎された子についての言及は、管見の限り、この「嫡出裁判後記」に初めてみられる。このようにみると、穂積は、昭和15年判決を契機にして、旧来からの見解に若干の修正を加えたとみてよいと思われる。すなわち従来は、内縁中に懐胎された子の救済を主眼としていたが、昭和15年判決によりこれが認められたことをうけ、さらに歩みを一步進め、内縁関係がなくして懐胎された子であっても出生時まで婚姻届がでていれば820条によらない嫡出子とすべきとしたのである。

それでは、この時期にあつて、何故、穂積は、内縁関係がない父母の婚姻前懐胎によって出生した子についても、嫡出子として認めるべきだとしたのだろうか。これについて当時の社会背景を加味して考察してみたい。

⁴⁶ 穂積重遠「嫡出裁判後記」（同前掲『続有閑法学』）398頁。

(2) 当時の社会状況と穂積の問題意識

昭和 12 年 7 月に日中戦争が始まり、戦死者が増大するにつれ、戦死者の内縁の妻やその子の処遇の問題が意識されることになった。すなわち、応召の直前に結婚し出征した者が婚姻届を出す前に戦死した場合、その妻は内縁の妻となり、子は私生子となることの問題性が世間の注目を浴びることになったのである⁴⁷。まず問題になったのが、出征軍人が、届書を郵送あるいは第三者に委託して提出しようとしたものの、戸籍吏のもとに到達する前に戦死したという事例である。婚姻や子の出生に伴う届出をする暇もなく、急遽戦地に向かい「名誉の戦死」を遂げた軍人の意思をせめて汲むよう、司法省は対応を迫られることとなる⁴⁸。そこで、まずは婚姻届について、昭和 12 年 12 月 9 日に司法省民事局長が地方裁判所長宛に通牒(民事甲 1660 号)を発し、生前に婚姻届を郵送し、戦死後にこれが到達した場合でも、当事者の意思を尊重してその届は有効になるとした過去の先例を今後も踏襲すべきことを確認した⁴⁹。その後、さらに子の保護についても話が進んでいく。これについては、ほぼ同時期に新聞記事で報道された、東京府品川区の事例を紹介しよう⁵⁰。品川区在住の A は、昭和 12 年に応召となり、出征直前に B との婚姻届を提出した。この時点で B は懐胎しており、出征にあたり A は B に「男なら勤、女ならば武子と名づけよ」と言いのこしていた。同年 10 月 A は戦死し、その半月後 B は男子を出産した。ところがこの出産は婚姻届より 200 日が経過する前であったため、この男子が B の私生子となってしまうところから、品川区が司法省と協議したところ、司法省から「特例差支なし」の回答がもたらされ、この男子は A と B の嫡出子として戸籍に記載されることになった。このように、婚姻成立後 200 日以内に生まれた子であっても、出征する(あるいは出征中の)父より子を認知する旨の内容を含む伝言がなされていたことが証明出来れば、子は嫡出子たる身分を取得出来ることが認め

⁴⁷ 女性解放運動の先駆者の一人であった山川菊栄もこの問題に関心を抱いていた。彼女が昭和 13 年の『中央公論』に掲載した記事「戦死者と内縁の妻」(『中央公論』第五十三年新年特大号(昭和 13 年) 57 頁以下)は、「日露戦争の頃は問題にならなかつた戦死者と内縁の妻及びその子の関係が、満洲事變では大分問題となり、一時賜金や扶助料をめぐって家庭紛議や訴訟問題さへ起されるやうになり、今度の事變では一層多くの問題が提供されて、今更に忘れてみた婦人や子供に關する民法上の問題が、新たに注意をひくやうになつた」(57 頁)、そのなかでも特に、子供については 200 日問題を取り上げ、婚姻届を出してから間もなく父が戦死したために私生子として残されてしまう子供がいることを言及し、「もう少し融通を利かせ、常識的に取扱ふことが出来ない筈はなからう」と指摘している。また、一時賜金や扶助料をめぐる家庭紛議については、「支那事變に於ける出征(戦傷死)者遺家族の動向に關する調査(昭和十四年一月末報告)」(『季刊現代史』6 号、1975 年) 238 頁にみられる。

⁴⁸ 司法省民事局「事變と戸籍」(『週報』65 号、昭和 13 年) 33 頁参照。

⁴⁹ これについては、根本松男『戸籍法 附 事變關係の戸籍通牒』(清水書店、昭和 14 年) 107 頁以下および「夫に入籍の意思があつたことが證明された場合“死の結婚”また有効」(『讀賣新聞』昭和 12 年 12 月 11 日夕刊)を参照のこと。

⁵⁰ 「戦死者の“私生子”に特例開く戸籍の門 二百日以内一の門を抜いて そよぐ春風、歡喜の母」(『讀賣新聞』昭和 13 年 1 月 16 日第二夕刊)および著者不明「内妻にも扶助料 応召戦死者の遺児は私生子にはならぬ」(『女性展望』昭和 13 年 2 月 1 日号)22 頁参照。

られた⁵¹。さらに、以上に挙げた通達上による対応は、その後、立法化が目指され、昭和 15 年 3 月 23 日に「委託又ハ郵便ニ依ル戸籍届出ニ関スル法律」が成立している⁵²。

以上のように、日中戦争の開始後、従来の法制度においては私生子となるべき子を嫡出子として保護するために、司法省を中心とした対応が迅速になされたことを確認することが出来る。尤も、これらはいずれも、制度としては準正に関係するものであって、820 条にかかわる問題ではない。しかしここで注目すべき点は、戸籍実務においては、出征軍人の子について、父が戦死しその母が嫡出子出生届を提出したときに、内縁関係が先行しているかどうかと関係なく、届出を受理し、嫡出子とすることが昭和 10 年代の前半期において既に可能になっていたということである。「嫡出裁判後記」にみられる、内縁関係がない男女の間の婚姻前懐胎による出生子についての穂積の見解の背景には、こうした当時の戸籍実務の在り方を民法解釈上実質的に追認しようとするものであったとみることも可能であろう⁵³。

(3) 影響関係

内縁関係中に懐胎され婚姻届出後に出生した子を嫡出子とした昭和 15 年大審院判決をきっかけに、820 条によらない嫡出子の取り扱いについて、民法学界をはじめとして、戸籍実務、立法、判例の各方面で考えられるようになる。

民法学界についてまずは中川善之助の説をみていこう。婚姻成立後 200 日以内の出生子については、内縁関係を 820 条の「婚姻」に含ませることで救済を図ろうとしたという点は既に前に述べた通りである。内縁関係がない場合には、前述の昭和 3 年の大審院判決に対する批評にあつては、嫡出性の確認のための訴えを起こすことが出来るに過ぎなかったが、昭和 15 年判決に対する評釈では説を改め⁵⁴、こうした子が「夫婦間の子であることが明らかでない場合が寧ろ普通ではなかるうか」として、「たとへ内縁の先行がなくとも、婚姻中の出生子は悉く嫡出子として取り扱ふべきだと主張したい」と述べている。その上で、こうした子は「八二〇條の嫡性推定とは直接に関連をもつことが出来ない」として 820 条の適用されない嫡出子、すなわち彼の言葉でいうところ「嫡出されざる嫡出子」の一形態であることを明

⁵¹ 「戦死軍人の戸籍面から私生子の“名”を消せ！戸籍是正への堺市長の動議」(『大阪朝日新聞』昭和 13 年 1 月 18 日)、「勇士の遺児に“私生子”なし」(『大阪朝日新聞』昭和 13 年年 2 月 8 日) 参照。

⁵² 同法第 1 条によると、「戸籍届出ノ委託ヲ爲シタル後届出人死亡シ其ノ死亡後其ノ委託ニ基キ届書ノ提出アリタル場合ニ於テハ届出人ガ戦時又ハ事變ニ際シ戦闘其ノ他ノ公務ニ従事シ自ラ戸籍ノ届出ヲ爲スコト困難ナルニ因リ其ノ委託ヲ爲シタルモノナルコトニ付裁判所ノ確認アリタルトキニ限り戸籍吏其ノ届書ヲ受理スルコトヲ得」として、届出代理の委託と届書提出の委託が認められるようになった。これについては、東京戸籍研究会編集部編著『委託又ハ郵便ニ依ル戸籍届出解説実例』(明倫館、1941 年) 4-5 頁を参照のこと。

⁵³ 戦争を通じて明らかになった民法の婚姻制度の欠陥について穂積が自説を述べたものとして、穂積前掲「戦争と婚姻」がある。

⁵⁴ 中川善之助「嫡出推定と内縁関係」(『法學』9 卷 9 号、昭和 15 年 9 月) 87-98 頁。

らかにしている。

こうした穂積の発想を継承した中川の「嫡出子」論は、さらに我妻栄によってより詳細な形で理論化されることになる。民事法判例研究会において発表された彼の昭和15年判決の判例評釈によれば⁵⁵、我妻は、基本的には中川の説に賛同し、内縁を婚姻に準ずるものと解し、内縁開始後に懐胎した子については「820条の推定を受ける子」とする。また我妻は、婚姻前に内縁関係にない男女の間に懐胎され婚姻届出後に出生した子についても、中川の説を「是認し得る」と肯定している。但し、こうした子は、戸籍上、当然に嫡出子とするのではなく、戸籍上は一旦私生子とした上で、別途証明があった場合にはこれを嫡出子と変更することが可能であるとする。この点については、我妻は中川と袂を分かっている。また、我妻は中川説よりさらに考察を一步進め、「820条の推定を受ける嫡出子」および「820条の推定を受けない嫡出子」の上位概念としての「嫡出子」の定義—婚姻関係にある男女の子—を定めた上で、これを根拠に「推定されない嫡出子」の存在を認めるとした。つまり、「民法本来の理論構成に反して判例法の進展」がみられる昭和15年大審院判決には「賛成」とした上で、そこを手がかりとしてさらに歩みを進めて、新たな「民法の理論構成」を構築しようとしているのである。こうした我妻に至ってようやく、穂積の提唱にかかる820条によらない嫡出子に「推定されない嫡出子」という名称が与えられ、こうした嫡出子をも含む新たな「嫡出子」概念が明確に創出されたのである。

司法省においては、大審院の昭和15年判決をうけて戸籍実務の先例変更が行われ、大審院判決をさらに一步進め、内縁関係の有無は問うことなく、婚姻後の出生子については嫡出子として扱うことになった。昭和15年7月30日民事甲第971号民事局長回答は、内縁関係中の懐胎であることを確認するために「事實上婚姻年月日」を記載させる必要があるかという問い合わせに対し、その必要はないと回答している⁵⁶。つまり、この通達により、婚姻届出後に出生した子については、すべて嫡出子として戸籍に記載するという処理がなされるものとなった。また、昭和15年8月24日民事甲第1087号民事局長回答では、内縁関係のある夫婦においては、婚姻届出後200日以内に出生した子についても「当然嫡出子」として扱うため、従来は嫡出子出生届は父と母が提出することを条件としていたところを、母のみでの提出も可能とした⁵⁷。なお、その後も母が200日以内の出生子を嫡出でない子として出生届を出すことも可能とされており⁵⁸、戸籍実務においては、200日未満に出生した子は

⁵⁵ 我妻栄「(民事法判例研究録) 嫡出子—内縁関係中に懐胎せられ婚姻届出後に出生した子は嫡出子である」(『法学協会雑誌』58巻6号、昭和15年)154-158頁。

⁵⁶ 長野潔・竹内孟「身分法に関する判例の変更と戸籍実務家の立場(一)」(『法曹会雑誌』19巻20号、昭和16年)13・14頁。

⁵⁷ 戸籍先例研究会編『戸籍先例全集(3)』(ぎょうせい、昭和27年(加除式))611頁。

⁵⁸ 例えば、昭和32年1月30日記210号前橋地方法務局長宛同局太田支局長通達(前掲『戸籍先例全集』626ノ1頁)では「婚姻後二百日未満の出生子について、非嫡出子として戸籍に記載することは何ら違法ではなく」とある。

820条の適用を受けているとは考えていないことがわかる。このことから、戸籍実務においては、婚姻成立後200日以内の出生子は、内縁関係の有無を問わず、820条によらない嫡出子として扱われており、こうした取り扱いは、中川や我妻の見解というよりもむしろ穂積の見解と一致しているといえる。

こうした戸籍事務の取扱を追認するような形で、当時進められていた民法改正案にも変更が加えられた。同案の制定過程を辿ってみると、昭和14年までの段階では、嫡出推定に関する820条については特段の改正の提案はなされていないが⁵⁹、昭和16年8月整理「人事法案⁶⁰」の95条には「父母ノ婚姻中ニ懐胎セラレタル子ハ之ヲ嫡出子トス父母ノ婚姻前ニ懐胎セラレ婚姻成立後ニ生マレタル子亦同ジ」として、婚姻前に懐胎された子であっても婚姻後に生まれたのであれば嫡出子となることが付記されている⁶¹。

裁判所においては、上記の昭和15年判決の約8か月後の9月20日判決において、「民法第八二〇條ニ婚姻ト云フハ、適法ニ婚姻ノ届出ヲ了シタル場合ヲ指稱シ、事實上ノ婚姻ハ之ヲ除外スル趣旨ナルコト親族法中ノ婚姻ト云フ文字ノ用例ニ照シ立法ノ趣旨ニ鑑ミ疑ヲ容レズ」として、婚姻届出前の内縁関係中に懐胎された子について820条の適用を否定した。ちなみに、戦後の昭和41年2月15日最高裁判決でも、婚姻届出をした夫婦の間に、夫婦の内縁成立から200日後に生まれた子は772条（旧820条）の嫡出推定を受けないとしており、裁判所としては、婚姻成立後200日以内の出生子は、その父母の内縁関係の有無を問わず、一貫して「推定されない嫡出子」であるとしているといえよう。こうした裁判所の態度も穂積の見解と一致している。

おわりに

嫡出推定に関する200日問題の核心は、穂積重遠にとっては、父が子の出生前に死亡した場合の子の処遇であった。この場合、死後認知制度のない状況にあつては（昭和17年の民法改正によりこの問題は解消する）、子の身分は永遠に私生子に留め置かれてしまう。この不

⁵⁹ 司法省民事局『人事法案（仮称）』（昭和14年7月整理）25頁。

⁶⁰ 大正8年9月に原敬内閣の諮問機関として設置された臨時法制審議会のもとで進められた民法改正作業は、昭和2年末に「民法親族編中改正ノ要綱」及び「民法相続編改正ノ要綱」（これらを総称して「民法改正要綱」という）が発表された。民法改正要綱はその後、内閣に答申され、昭和3年12月には司法省内に設置された民法改正調査会のもとで民法改正に向けた起草作業が行われることとなる。親族・相続両編の改正案は、第1草案から第5草案まで起草されたのだが、昭和14年の第3草案の際、同草案は民法典から切り離され、独立法典の親族編形式をとる「人事法案」となる。人事法案については、唄孝一・利谷信義『『人事法案』の起草過程とその概要』（星野英一編集代表『私法学の新たな展開（我妻栄先生追悼論文集）』（有斐閣、1975年））471頁以下に詳しい。

⁶¹ 司法省民事局「人事法案（仮称）」（昭和16年8月整理）（『日本立法資料全集別巻163』（信山社、平成12年））33頁。

都合性を解消することこそが穂積の関心であった。そこで、彼は、子の出生前に婚姻届が出れば子を嫡出子とする取り扱いを提唱した。こうした彼の见解は、当初こそ一つの少数説にすぎなかったが、徐々に支持者を獲得していく。その中でも中川は、820条によらない出生による嫡出子が存在するという、穂積から引き継いだ発想を起点として200日問題に関する考察を深める。さらに我妻は、判例法の進展を根拠として、「推定されない嫡出子」概念を作り上げた。また穂積の所説の影響はこうした学界をこえて及んでいく。すなわち、戸籍実務を所管する司法省の行政解釈、その後の大審院の判例が採用したのは、内縁中に懐胎された子を820条に含ませる中川や我妻の见解ではなく穂積の见解であった。以上のような学界や実務界への影響の存在を前提にするならば、穂積重遠の持続的な活動こそが現在の「推定されない嫡出子」の保護の出発点となったということも出来るように思われる。

こうした穂積の学説の出発点は、法と社会の婚姻に関する意識の相違により、不当にも私生子とされてしまう子をいかに救済するかという点にあった。この現実を直視し、それを乗り越えることを持続的に目指す態度こそ、穂積の活動の特徴であるといっていよう。尤も、それを実現するための解釈学上の説明については、穂積の所説はその意図するところが判然としないくらいがある。何故820条によらずして出生により嫡出性を与えることが出来るかについて穂積自身が語る内容はいまひとつ明確ではない。しかしこの点を考えるにあたって忘れてはいけないことは、穂積が条理の法源性を積極的に肯定しているという点である。彼は条理を「社会通念」「筋合」と理解した上で、これを用いて法と社会の乖離を埋めることを目指している⁶²。この200日問題の解決もまた社会通念をダイレクトに法の世界に持ち込むことを可能とする、彼の条理論が裏にあると考えるならば、彼の见解も十分に理解可能なものとなるといえよう。

200日問題をめぐる穂積の活動をみると、大きな変革についての展望をもちつつも、現実を直視して漸進的に状況の改善を積み重ねようとする彼の態度を見出すことが出来る。筆者としては、この態度こそ彼の学問の真骨頂ではないかと考えている。穂積の法学は、現代の法学にあっては忘却されつつある。しかし、今回取り上げた200日問題からわかるように、意外な形で我々は彼の影響を受けている。我が国の法学の150年の歩みを反省し、新たな法学の構築が必要となっている今日、現代の法学の成り立ちを振り返るためにも、穂積研究は必要不可欠といえよう。

*本稿は、文部科学省科学研究費・若手研究「家族法学者穂積重遠の現代的意義—大正期を起点とする法学史の分析枠組を求めて—」（代表者・小沢奈々）による研究成果である。

⁶² 拙著前掲『大正期日本法学とスイス法』245頁参照。