

資料

スイス嫡出否認法の一部改正
—二〇一三年一月一日施行法—

松倉耕作

目次

- I はじめに
- II 新親子法の規定
- III 比較法
- IV 〔参考資料〕現行の規定

I はじめに

1) 紹介の対象とスイス家族法の全面改正

第1に、後見法は、最初の統一民法である1907年制定以降、初めて全面改正が実現された。新・後見法は、部分改正ではなく、全面改正法である。制定後およそ4年の周知期間を置いて、来年・2013年1月1日から施行されることが決定している。

第2に、紹介の対象とするのは、「2008年12月19日制定」の新・後見法のなかで一部改正を受けた「嫡出否認法」である。

a) 先行の邦語文献

①旧法の概要について 本文中に、旧法についても言及する。

②改正草案と新法について 草案には、立法者自身の手になる『解説』が付されていて、立法者意思を知ることができる。スイスでも、公にされる文献の量が徐々に増えてきているとはいえ、ドイツに比べると文献が非常に少ない。そのような状況にあるので、スイスでは、草案に付される解説は、きわめて価値が高い（『解説』につき、連邦の官報・BB1 2006 S.7001ff., フランス語版の官報・FF 2006 p.730 et seq.）。念のためにいえば、改正法には、公式の解説は付されない。それが、スイスの慣行のようである。

ちなみに、今日では、いずれの国についても同様であるが、スイス法にあっても、ウェブサイトを通じて、スイス連邦議会での審議内容をも知ることができる。一般に、特定の具体的解決方法を解明する目的である場合を除いて、制度の概要を知るには、そこまで踏み込む必要はないであろう。

後学のため、後見法・親子関係発生に関する邦語文献を示しておこう。

①新法について 拙稿「新スイス後見法、親子法——2013年1月1日施行法の邦訳」本誌25号81頁以下、2012年。表記のタイトルに示されるように、全面改正された新法の邦訳を行っている。

法律が成立する以前の政府草案についても、つぎの資料が存在する。拙稿「新しいスイスの後見法——2006年連邦評議会草案」名城ロースクール・レビュー・本誌18号、2010年。サブタイトルに示したように、わが内閣に相当する「連邦評議会」草案ないし政府草案につき、条文を中心に紹介している。

②旧・後見法について 拙稿「スイス後見法（条文訳と概要紹介）」南山法学17巻4号、45頁—111頁、1994年。今日からすれば、旧法（本稿の公表当時は、いまだ現行法である）の条文訳と内容の素描を行っている。

③後見・親子法について とくに親子法に

つき、つぎの2書が存在する。拙著『概説スイス親子法』信山社〔出版〕、1995年。今回も一部の改正がなされた親子関係発生法についての概説書である。

さらに、拙著『スイス親子法 ― 嫡出推定規定の展開』千倉書房、1980年、は、サブタイトルに示された嫡出推定・嫡出否認の領域のみを対象とする。筆者がスイス滞在中、施行（1978年1月1日施行）の直後に著した論考であり、とくに立法過程での変遷、具体的判例についても、詳述している。

b) ドイツ否認法とオーストリア否認法

この2つの法制度についても、比較的最近、筆者自身が著した論考が存在する。ドイツ法やオーストリア法などと比較することで、スイス嫡出法の位置づけをする目的で、それぞれの概要を素描している。両法制の内容紹介は、「比較法」の項で扱っており、それに係わる邦語文献も、そこで示している。

ところで、スイス全土にわたって効力がある、連邦法としてのスイス民法は、1907年に制定、1908年に公布され、1912年1月1日から施行されている。くしくも今年は、施行100年目という節目にあたる。

そのうち家族法は、1970年以降に5つの領域に分けて、段階的に各領域の全面改正が実現されてきた。後見法の領域は、その最後の全面改正の対象にあたる。後見法の制定・改正により、スイス家族法は、前記の1907年統一民法から100年余を経て、すべての領域で全面改正が実現されたことになる。

参考のため、民法典の段階的全面改正についても触れておこう。これにより、スイス家族法の改正過程に係わる全容を知ることができるからである。

スイス民法典は、前述のように、1907年に制定された。制定後に限定された領域で部分改正された領域もある。それは別として、わが親族法に相応する家族法は、5つの領域に分けて全面改正の渦中にあった。すなわち、①72年（制定年

を意味する、以下同様）、養子法の全面改正、②76年、親子法の全面改正、③84年、婚姻の一般的効力の全面改正、④2000年、離婚法の全面改正、⑤これに続く後見法の全面改正（2006年改正、13年施行）が、最後の改正である。

これら段階的な全面改正を通じて、スイス民法典は、1907年の統一民法の制定、1912年の施行から、ほぼ100年目にあたる2013年に、新たな家族法が足並みを揃えることになる。ちなみに、これらすべての領域について筆者の論考が存在するが、ここでは言及しない。

2) 新・後見法の制定までの展開

対象とする親子・嫡出否認の領域は、この分野を直接の対象として改正としたものではなく、後見法・成年保護法を全面改正するなかで、後見法の理念に合わせる方向での改正であった。そのような流れのなかでの否認法の一部改正であるので、後見法が制定されるまでの過程を、簡単に素描しておくことにする。

後学の参考となる資料を含め、ごく簡単に流れを記しておこう。

①第1次草案の起草 2003年6月25日付けで、連邦評議会は、連邦司法・警察省に対して、改正草案を起草する権限を与えた。

これに基づいて「専門委員会草案」ないし「第1次草案」が作成された。そのタイトルは、Vorentwurf Juni 2003, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) と称されている（48頁）。この種の第一次草案は、予備草案と呼ばれることもある。名称はともかく、公式の改正案である。

これには、つぎの解説が存在する。

Expertenkommission fuer die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts Juni 2003(118S.)という名称が付されている。

その他の情報については、2003年6月26日付けで司法・警察省から公表される「メディア報道」を参照されたい。この種の資料は、今日でも見ることが可能である。

②その後、カントンや関係機関に対する意見

聴取手続が採られた。その内容は、わが国の研究者にとっては、利用価値が低いと思われるので、その内容を紹介することは、省略する。

③連邦評議会草案と改正法 その後、およそ3年を経過した2006年6月28日付けで、連邦評議会草案が公表された。そのタイトルは、Entwurf. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) と称される (58頁)。

この草案には、立法者による『解説』が付された資料が公表されている。この資料には、Botschaft zur Aenderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006というタイトルが付されている (138頁)。

タイトルからわかるように、後見・成年保護法のほか、人事法、親子法の改正も含まれている。念のためにいえば、後見法の領域は全面改正であるが、他の2領域は、部分改正である。ちなみに、スイスでは、法令の条文や、それについての公式の解説類は、スイスの公用語である、ドイツ語、フランス語、イタリア語の3か国語で公表される。

比較法の視点からみた学術的価値は、前述した第一次草案より遥かに勝っている。立法者の意思として引用されるのは、この連邦評議会草案＝政府草案での説明である。ただ、今回対象とする嫡出否認の部分については、前記・『解説』では、まったく説明がない。そのような貴重な資料を参照することを、筆者・松倉が怠ったわけではない。誤解を避けるため、念のために、そのことを記しておきたい。

その余の資料については、同年の6月28日付けメディア報道を参照されたい。

なお、2009年4月16日の、いわゆるレファランダム期限を経過したことについては、60頁にわたる詳細な資料が存在し、連邦の官報 (2009年141頁以下を参照) を通じて、それを見ることができると付記しておこう。

④改正法 改正された新法は、本稿を執筆している2012年8月当時、レファランダム手続もすでに終えていて、来年・2013年1月1日から

施行されることが決定している。

3) 新後見法の特徴

後見法全体の特色は、改正後に紹介する予定であるが、ここではごく簡単に特色に触れておこう。親子法、否認法の改正理念ともつながるからである。

a) 標準的措置に代わる統一的措置

①今日の後見官庁の措置は、関係折衝原則を十分に考慮しているとは、言い難い。そこで、標準となる措置の位置には、統一的な道具として、補佐が登場する。

もし人が、精神的な障害、身体的な障害、その他の類似の弱い状態のため、自己の要務を十分に配慮することができず、かつ、家族や、任意の私人または公的な奉仕が十分でないときは、今後は、官庁による統一的措置が要請される。つまり、個々の事案に相応した、その人の必要に応じた援助をすることが期待されている。

②後見制度の統一を志向する。現行の後見制度は、子の保護と成年保護を別個に扱っている。新制度の下では、2つの保護の統一的な後見制度の方向を目指している。

b) 家族における団結の強化

子の補佐人として選任された、両親や親族は、ある種の特権を持つことになる。また、他人間とは異なり、重大な事由がなくとも、判断能力を欠く人の家族の必要につき、補佐人として、何らかの判断がなされるという場面も登場する。たとえば、収入や財産につき、通常の管理を行うために世話をする、または扶養の必要を満たすために、必要な措置をとるというのが、その例である。

官庁の介入を避ける意味でも、家族や親族間における結びつきを強化する必要がある。

c) 成年保護の強化

①養育・世話を目的とする施設で生活する判断無能力者の保護を強化している。たとえば、

これらの者のためには、世話契約を締結することが必要である。

②行動の自由を制限しうる要件が改められた。

③カントンは、この種の施設を監督する義務がある。

④世話を目的とする収容にさいする権利保護も考慮している。とりわけ、医学的な指示権限を制限し、かつ重要な手続規定を定めた。官庁は、収容状況を、定期的に観察する必要がある。

II 新親子法の規定

本稿では、非嫡出子の裁判認知にも触れるが(後述 2を参照)、中心は、嫡出推定、わけでも嫡出否認の部分である。

1 嫡出否認

すでに述べたように、親子法とくに嫡出否認に係わる部分については、立法者による『解説』はない(とくに、『解説』前掲799頁を参照)。後見法・成年保護法の全面改正が主眼であること、嫡出法の構造に係わる改正ではないことが、解説を付していない理由かと思われる。再度、念のため、そのことを明記しておこう。

それはともかく、わが国では、嫡出推定、嫡出否認に関する裁判例は、殆ど公表されなくなっている。平成10年の最高裁判決で、「外観説」の立場が確立したという評価があるのであろう。

のちに示すスイス法との比較につき、重要な参考となるので、わが判例の見解を素描しておこう。

子の懐胎時期に、夫の子を懐胎することが外観的に不可能であるときに限り、例外的に推定の排除を認める。そのような例外事情が存在しなければ、母の夫(子の戸籍上の父)が、子の出生を認識したときから出訴期間が起算される。例外的に、懐胎不能が明白であれば、親子関係不存在確認訴訟が許されるので、期間の制約はなくなる。例外事情を認めた最高裁判決としては、「長期別居中の懐胎」(最判昭44・5・29民集23・6・1064。結論同旨、最判平12・3・14判時1708・

106(以下、12年判決という))、「出征中の懐胎」(最判平10・8・31家月51・4・75)などがある。もっとも、妻の生んだ子であることを要する。

12年判決は、出訴期間の経過後に戸籍上の父Xが戸籍上の子Yを被告として「親子関係不存在確認の訴え」を提起した事案である。出訴の動機となったのは、①離婚後7か月ほど経過したころ、Xの子ではないとの噂を聞き、離婚した元妻に聞いたところ、Xの子でないと認めた、②その後、他男がXに電話で、子は自分の子であると述べたので出訴。

これにつき第2審は、いわゆる家庭平和説に従い、否認制度の基盤である家族共同体の実態がすでに失われ、身分関係の安定も有名無実となっている場合には、いわゆる真実主義を優先させ、真実の血縁関係に合致した父子関係の確定のために、例外的に親子関係不存在確認の訴えを許すのが相当であるとの立場に立った(第1審判決を破棄差戻し)。

最高裁は、原判決を破棄し、結論においてX男の請求を棄却した。①「民法772条により嫡出推定を受ける子につき夫がその嫡出であることを否認するためには、専ら嫡出否認の訴えによるべき」である、②「1年の出訴期間を定めたことは、身分関係の法的安定を保持する上から十分な合理性を有する」と明言し、③この理は、「婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、右の事情が存在することの一事をもって、……親子関係不存在確認の訴えをもって夫と子との間の父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である」と帰結した。

ちなみに、家庭破綻説によると、親子関係不存在確認の訴えが、判例の見解よりも、多く登場する。例えば、離婚した、または別居中の夫婦の事件では、ほぼ常に父子関係を争うことができる。それゆえ、判例の立場では、夫による嫡出否認の訴えの途がとざされた場面でも、否認を争いうる場面が広くなり、その限度で親子関係不存在確認の訴えが広く機能することになる。

さらに最近、関連した最高裁判決が登場している。夫婦の間に男児3人いるが二男につき、二男の出生から7年以上経過してから、夫が提起した親子関係不存在確定の訴えが却下され、その判決が確定したあとで、上記の夫に対して妻が監護費用（二男のそれも含む）の分担を請求した事案において、最高裁は、妻のそのような請求は権利濫用にあたると判断した（最判平23・3・18家目63・9・58）。本件のような事案においては、夫婦の同居中の懐胎というケースであり、最高裁のとり「外観説」では父子関係を否定できない例である。また、夫を含めた母、二男自身にも、父子関係を否定する手段は、残されていない。しかし、不倫で出生した二男は血縁上の父ではないので、扶養料の請求はできないとされたものである。外観説を扶養の面で修正した解釈と評価できるであろう。

他方、本件では、妻は「多額の財産分与を受けることになるので、二男の監護費用をもっぱら(母)に分担させたとしても、子の福祉に反するとはいえない」ともつけ加えている。この文言と、権利濫用理論の適用根拠とのつながりが分かりづらい言い回しである。

このような最高裁の見解は、のちに「比較法」の項で紹介するドイツ法、スイス法のもとでの扱いと比べると、かなり特異な法制・解釈であることが明らかとなる。

(1) 出自訴訟

a) 出自訴訟の文献

これについては、下記のような詳細な紹介論考があるので、あまり深くは立ち入らない。

①拙著『スイス親子法——嫡出推定規定の展開』千倉書房、1980年前掲を参照。

タイトルから明らかなように、嫡出推定、嫡出否認について詳細な解説がなされている。

②拙著『概説スイス親子法』信山社、1995年、299頁。

親子関係の発生について、とくに嫡出否認、裁判認知、養子縁組について、その全容を素描する。ただし、「親子関係の効力」の部分は、

下記③文献を参照されたい。また、嫡出否認については、前掲①の文献が詳細である。

③親子関係の効力については、拙稿「スイス法における親子関係の効力（1）－（4完）」南山法学22巻3号、4号、（南山大学）アカデミア人文・社会学編72号、73号、2000年－2001年。

親子関係の発生の領域は、前掲①・②の文献で扱われる。「効力」論文では、それ以外のすべての項目について記述されている。

b) 出自訴訟の概要

まず第1に、嫡出否認（スイス法では「父・夫の父性否認」と呼ぶ。本稿では、誤解を避ける意味もあって、わが法の表現に近づけて、あえて嫡出否認と記述する）の領域では、子の未成年中に父母の共同世帯が解消されたとき（父の死亡や、父母の別居がその典型）には、子自身に嫡出否認権が発生する（新256条1項2号を参照）。父親の訴権が消滅しているかなど、父の訴権に係わらず子の訴権が発生するという意味で、本稿では、これを「第一次訴権」と表現している。

その他の場合には、子が成年（18歳）に達してから、1年が経過すれば、子の訴権が消滅する。父の場合には、父が否認原因を知ってから1年という期間の長さ、と、パラレルに扱ったものである（新256条2項参照）。比較法の視点からすれば、「否認原因」の発生する場面と、「（否認）出訴期間」について、大きな特色がある。さらに、本稿では深入りしていないが、親子鑑定につき、検査を強制できる制度が存在することも、大きな特色である。

第2に、認知の領域でも、若干の改正がなされた。

認知の出訴期間（新259条2項2号を参照）や、子の訴えの期間制限、すなわち、子からの認知の訴えは、子が成年に達してから1年以内に限られることになった（新260条2項を参照）。本稿では、改正の条文を示すにとどめている。

以下の記述においては、現行規定の部分にも触れている。改正部分のみを記述しては、意味が理解できないからである。

第2款 夫の父性推定

(2) 父性推定

嫡出否認の領域での二大重点項目である、否認権者、および否認権者それぞれの出訴期間について、若干の改正がなされた。もっとも、制度ないし構造の変更を伴うような根本的な改正がなされたわけではないようである。

a) 改正規定

第256条 (A 推定)

①父性の推定は、下記の者によって、裁判所で否認される:

1. 〔改正なし〕婚姻中または婚姻解消の日から300日以内に生まれた子は、夫の子と推定する;
2. 子が未成年中に夫婦の共同世帯が解消されたときは、子によって。

②〔改正なし〕それ以降に生まれた子は、婚姻の解消前に懐胎された場合にかぎり、前項の推定を適用する。

③〔改正なし〕夫が失踪宣告を受けていたときは、300日の期間は、死亡の危険の去ったときからまたは最後の音信のときから、これを起算する。

b) 解説

第1に、改正についていえば、つぎの2点を指摘することができる。

①改正法1項1号は、旧1項をそのまま移行させている。それゆえ、改正がないと評価することができる。

②第1項の新2号が実質的な新規定である。すなわち、所定の場合には、子の訴権が認められることを明示したのである。

第2に、子の訴権について、少し長くなるが、わが国での解釈論・立法論についての有益な参考立法となるので、その展開を補足しておこう(詳細については、拙稿『嫡出推定規定の展開』前掲53頁-59頁を参照)。簡単な展開をいえば、つぎのごとくである。

①戦後の連邦裁判所の見解 連邦・最高裁判所判決で初めて子の訴権に言及したのは、連邦

判例集 BGE 73 II 201 に掲載された判決(1947年判決)である。この判決では、従来の判決が單純に子の訴権を否定してきたのに対して、子も、(身分登録上の母の夫である)父と同様に、父の父性を否定することにつき、訴権を有しているかにつき、初めて論及した。

その理由は、2つあるように理解できる。まず規定の構造において、255条で夫が唯一の否認権者とされ、256条では夫が意思表示できないなどの特別の事情のある場合に限って、その相続人などが第二次的・補充的な訴権者と予定されるにすぎず、民法では、子が訴権をもつ場面を想定していない。

ついで、立法段階の議論を踏まえた消極論である。すなわち、「法が主眼とするのは、子個人の利益ではなく、家族の確定である。いいかえれば、夫の家族のなかに、異なる血の入るのを防ぐことにある。彼の権利を侵害されたか否かを判断するのは、夫のみである。」

かくのごとく夫の権利性を強調し、これに続いて判決はいう。「夫が子を自己の子とするか否かの判断にさいしては、彼が否認期間を徒過することにより、否認権を喪失したとしても、彼の意思と擬制される。これにより確定した親子関係は、否認の訴えが棄却された場合に、または、否認権が存在しないと判決された場合と同様に、原則として反証の余地はなく、…それゆえ、子の否認権は、否定されるべきである。」

②学説の反応 この判決に対して、学説の大半は批判的であった(詳細は、拙稿『嫡出推定』前掲55頁以下)。その理由は、つまるところ、つぎの3点に要約することができる。

まず、夫との行為は、一種の権利濫用であるという。子の利益が大きいことが強調される。すなわち、子是否認権に関して、きわめて大きな理念的かつ実質的な利害関係を有しており、父が子の非嫡出性を知りつつ否認権を行使せず、また子の世話をしないことは、夫・父の行為は、ある意味で権利の濫用にあたる。

さらに、公の利益にも論及される。すなわち、これまで嫡出とされていた子に対する身分登録簿(=わが戸籍簿に相応する)上の父の利益は、真

実の父を確立することに関して有する子の利益、ないし真実の血縁関係が、身分登録簿上にも反映されるという公の利益がある。

最後に、子自身の否認権が肯定されると、子の私的利益につながる。すなわち、子のイニシアティブにおいて、真実の父に対して、準正・認知などを通じて父子関係発生の途が開ける。これにより、子が真実の父の氏や市民権の取得、扶養請求権、相続権、などを取得することができ、広い範囲にわたり子の利益が生ずる可能性が開ける。

③判例変更 上記のような学説からの批判、下級審判決の影響を受けて、1962年には、結論において、連邦・最高裁判所において、子の訴権が肯定された（詳細については、拙稿『嫡出推定』前掲67頁-69頁を参照）。

いわく、「真実の父子関係が確定されることについて、子も利害関係を有するのを通例とする。本件のごとく母が身分登録上の父との婚姻関係を解消し、真実の父と婚姻しているときは、とくにその必要性が強い。……夫は、事情によっては、たとえ第三者により妻が懐胎した子であれ、〔自己の子との〕推定を欲することもあるだろう。しかし、この願望も、妻との離婚後は婚姻が存続する場合ほどには強くないのを通常とする。とすれば、離婚後は、子が誰の嫡出子とされるかについては、前婚の夫の利益よりも、子自身の関心の方が一層強いであろうから、子の利益を優先させるべきである…」。

その他の論点についても、触れておこう。改正法につき、参考となるからである。

訴え提起の時期（＝出訴期間）については、子は成年に達してから子自身で訴えを提起することも、それ以前に子の法定代理人が提起することも、いずれも可能である。もっとも、連邦判決では、訴えのタイムリミット、すなわちいつまで訴えを提起することができるかについては、明言を避けていた。

さらに、父子関係の不存在証明の内容・程度については、結論において、夫による否認と同様に扱うべきである、と導かれていた。

上記の事件では、子の母と（身分登録上の）父

とが離婚し、真実の父と再婚しているケースであった。少なくとも離婚、再婚の場面では、子の訴権が肯定されることが明らかとなったが、そこまで至らず、たとえば母と父とが離婚していることでも足りるのかは、判決では明らかでない。それらについては、その後の立法（1976年立法、78年施行）による解決まで、これを明らかにする判決は登場していなかった。

（3）否認の訴え

a）改正規定

第256条 c（3 訴権）

①夫は、子の出生および自分が子の父ではないこと、または第三者が懐胎時期に母と同衾したことを知ったときから1年以内に、否認の訴えを提起しなければならない。いずれの場合にも、〔子の〕出生したときから5年以内〔であることを必要とする〕。

②子の訴えは、遅くとも成年に達したのち1年以内に提起しなければならない。

③〔改正なし〕 訴えの懈怠が重大な事由に基づくときは、前2項の期間の経過したのちにおいても、なお否認の訴えを提起することができる。

b）解説

本条は、否認するさいの、否認原因および出訴期間について規定する。

第1に、夫については、若干の表現が異なる。旧法の規定を示しておこう。

旧・256条 c（Ⅲ 訴権）

旧①夫は、子の出生および自分が子の父ではないこと、または第三者が懐胎時期に母と同衾したことを知ったときから3か月以内に、否認の訴えを提起しなければならない。いずれの場合にも、〔子の〕出生したときから5年以内〔であることを必要とする〕。

旧②子は、遅くとも成年に達したときから1年の経過前に、否認の訴えを提起しなければならない。

旧③訴えの懈怠が重大な事由に基づくときは、前2項の期間の経過したのちにおいても、なお否認の訴えを提起することができる。

第2に、見出しの数字が変更されているが、内容についての変更はないので、解釈に影響するものではない。

第3に、夫について補足しておこう。

まず、夫の否認原因の点では、旧法下では、母の不倫を知ったときからも出訴期間が進行する。その意味では、新法のように、子が自分の子ではないことを知ったことが否認原因であって、そこから否認のための出訴期間が進行するというので、旧法と若干の違いが生ずる。もっとも、構造からみれば、大きな違いというには及ばないであろう。

つぎに、夫の出訴期間の長さについていえば、新法では1年であるから、わが国と同じである。ところが、出訴期間の開始する起算点につき、大きな違いがあることがわかる。この違いは、否認制度のあり方を考えるうえで、重要な問題である（後述する「比較法」の項を参照されたい）。

第4に、否認原因については、きわめて大きな違いがある。当時の条文の構造はわが現行法と大差がない。すなわち、枝葉を省いて示せば、婚姻中（または婚姻の解消の日から300日以内も同様）に生まれた子は、嫡出と推定する（252条1項）、夫は、子の出生を知ったときから3か月以内に、裁判官のもとに嫡出否認の訴えを提起することができる（253条1項）、子が婚姻成立の日から少なくとも180日を経過して生まれたときは、夫は、自分が子の父ではありえないことを証明しなければならない（255条）。

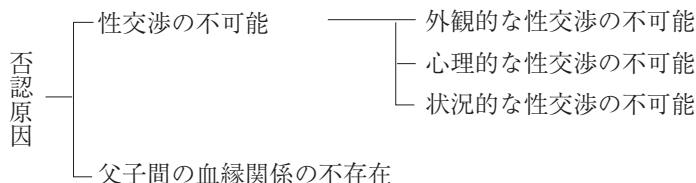
ここで注目されるのは、嫡出否認の原因が、わが国より広く、ないし緩やかに解釈されていることである（詳細については、拙稿「嫡出推定規定」前掲18頁－45頁を参照）。

わが国と比較すれば、わが最高裁判決および通説は、上記のうち、「外観的な性交渉の不可能」のみを、否認原因としている。スイスでの解釈と比べて、きわめて狭いそれであることが推測できる。別書・前掲で詳述しているが、読者の理解を助けるために、少しだけ補足しておこう。

まず、懐胎期における性交渉の不可能という否認原因は、下記の①－③に分類される。これと異なり、性交渉が行われた場合でも、④のように、父子関係が存在しないという証明が許される。これらの内容について、少し補足しよう。

①外観的な不可能 夫婦が性交渉をもつことが不可能な状況に置かれていた場合をいう。わが「外観説」に近い概念であるが、それよりも厳格である。すなわち、たんに別居していたというだけでは、わが判例と異なり、否認原因の要件を満たしたことになる。夫婦が会うこと、すなわち夫婦間での性交渉を不可能と認められるような継続的な別居状態、ないしはそれと同様の隔離状態にあったことが必要である。たとえば判例に登場する例においても、妻が夫婦の住居とは離れた場所で、他の男性の愛人として同居していたパターンにつき、夫と妻との性交渉の不可能を認め、夫からの否認の訴えを許容している。

②心理的な不可能 夫婦が別居状態にあったという、前記①のパターンのような例ではなく、抽象的には交渉をもつことが可能な状況にあったが、敵対関係ないし心理的な隔離状態にあるため、経験則上、夫婦が交渉を持つことが不可能な状態にあったというパターンである。連邦・最高裁判決では、傍論としてこのような否認原因を認められる例はみられるが、そのよう



な場合にあたるとした判例は、いまだ登場していない。

③状況的な不可能 判決の表現によれば、懐胎期間中、夫婦が同じ部屋であった場合には「状況的性交渉の不可能」とはいえないが、第三者の立ち会いのもとであったというような場合には、これにあたると明言する。第三者の立ち会いというのは一つの例示にすぎない。要するに、性交渉を行うことができない状況にあった旨の証明がなされれば、この種の否認原因が肯定される。

わが国では、夫婦の懐胎期に夫婦が長期「別居」していれば、夫の子であるとの「推定が及ばない子」と帰結されるように思われる。別居の扱いについては、スイスでの上記の扱いは、わが国での解釈として参考になるであろう。

④父子間の血縁関係の不存在 このパターンは、わが国の判例・通説と最も遠ざかる解釈である。判例に登場する例には変遷がみられる。理解を助ける意味で、きわめて簡潔に表現すれば、たとえばDNA親子鑑定の結果、父子間に血縁関係がない旨が証明されれば、その事実を原因として嫡出否認が肯定されるということである。

上記の血縁関係の不存在を証明する手段として特筆すべきは、血液検査の強制が認められることである。検査の強制を認める旧々法（1978年施行法前の規定）のもとでは、規定が存在しなかったため、検査の強制を認める要件について、議論があったが、旧法の制定以降は、検査強制を認める規則が制定されたこともあって、原告側の証明負担は著しく軽減されることになった。

第5に、ドイツやオーストリアにおけると同様に、父子関係の確定・否定については、スイスでも、検査の強制という制度が用意されている。かの国の親子関係発生法を論じるうえで、きわめて重要な制度であるが、ここでは制度が存在するという点に触れるにとどめる。

第6に、子について補足しておこう。子の訴権は、旧法下でも明文で認められている（上記・旧256条cを参照）。

まず、子の否認原因の点では、父の場合と同じである。

ついで、子の出訴期間の終期について、前述した連邦・最高裁判決では、「子の未成年中は子は訴権を喪失しない」というにとどまり、終期が明らかではなかった。76年新法では、成年後1年以内に訴えを提起すべきものと明記された（旧256条c3項を参照）。

今回の改正にあっても、成年後1年内の出訴を要するという点では、規定は変わっていない。ただ、当時の成年年齢は20歳であるが、今日のそれは18歳であるので、新法の下では子が19歳になるまでに、出訴しなければならないことになる。

2 裁判認知

裁判認知について、その全容を知ることができる論考が存在する（拙著『概説スイス親子法』前掲。とくに裁判認知については、61頁－148頁を参照）。

以下では、簡単に改正条文の概要を知ることができる程度に記述するにとどめておく。

（1）認知の無効

認知を行った夫・父自身も認知無効を主張できることが、わが通説の結論と異なる。

a) 規定

第259条（E 父母の婚姻）

①〔改正なし〕父母が婚姻したときは、それ以前に生まれた子については、夫の父性が認知または判決により確定されたとき、婚姻中の出生子に関する規定を準用する。

②認知は、〔下記の者によって〕取り消される：

1. 〔改正なし〕母によって；
2. 子によって、または子の未成年中に夫婦の共同世帯が解消されたとき、または認知が子が12歳に達したのちに、初めて意思表示されたときは、子の死亡後は、子の直系卑属によって；
3. 〔改正なし〕夫の本籍市町村、または子の住所地市町村によって；

4. [改正なし] 夫によって。

③ [改正なし] [前項の取消については] 認知の取消に関する規定を準用する。

b) 解説

第1に、規定についていえば、2項2号が改正された。旧法下では、子の訴権は規定されていなかった。嫡出否認の場合と同様に、子の訴権が肯定されたのである。

第2に、市町村が訴権者に加えられていることから明らかなように、父子関係の存否は、たんに当事者だけの問題ではないと認識されていることが解る。わが法と比べると、大きな特色の一つといえる。

(2) 法定代理人の同意

a) 改正規定

第260条

① [改正なし] 親子関係が母に対してのみ存するときは、父は子を認知することができる。

② 認知者が未成年者であり、彼が包括的な補佐に服するか、または成年保護官庁が相当な指示を行ったときは、その法定代理人の同意を必要とする。

③ [改正なし] 認知は、身分登録官に対する意思表示もしくは遺言によって、または父性確定の訴えが係属中であるときは、裁判官に対する意思表示によって、これを行う。

b) 解説

規定についていえば、2項が改正された。もっとも、旧法下でも、未成年者が認知を行うには、後見人などの同意を要したので、大きな変更をしたものではない。

旧2項：「認知者が未成年者または禁治産者であるときは、その父母または後見人の同意を得なければ、認知をすることができない。」

第1に、未成年者による認知についていえば、行為能力を欠いて補佐に服していれば、原則として、法定代理人の同意を要求したものである。

第2に、認知の方式については、従前どおり、

身分登録官すなわち戸籍官に対して意思表示するか、または裁判官に対するそれを必要とする。遺言での意思表示の場合は、当然のこととして、相手を必要としない。

(3) 出訴期間

a) 改正規定

第260条 c

① [改正なし] [認知取消の] 訴えは、認知および認知者が父でないことを知ったときから、または第三者が懐胎期に母と同衾したこと知ったとき、または錯誤を発見もしくは強迫を免れてから、1年以内にこれを提起しなければならない。いずれの場合でも、認知のときから5年を超えることはできない。

② [前項の場合において] 子の訴えは、いずれの場合も、子が成年に達したあと1年の経過するまで、提起することができる。

③ [改正なし] [前2項の] 期間の経過後であっても、訴えの懈怠が重大な事由に基づくときは、さらに [認知] 取消の訴えを提起することができる。

b) 解説

第1に、改正についていえば、2項が改正された。

第2に、子の訴権についていえば、表現の趣旨は同じである。旧法制定時の「成年年齢」は、20歳であるが、今日では18歳で成年に達するので、現実には、出訴期間が2年短くなる。嫡出否認の場合と同様である。

(4) 成年の子による出訴

a) 改正規定

第263条 (Ⅲ 出訴期間)

① [改正なし] 訴えは、子の出生前または出生後に、これを提起することができる。ただし、下記の期間内に提起しなければならない：

1. [改正なし] 子の出生後1年の経過するまでは、母によって；
2. 成年に達したのち1年の経過するまでは、子によって。

②〔改正なし〕既に他の男性との間に父子関係が存在するときは、その父子関係が排除された日から1年以内に、訴えを提起しなければならない。

③〔改正なし〕〔前2項の〕期間経過後であっても、訴えの懈怠が重大な事由に基づくときは、さらに訴えを提起することができる。

b) 解説

第1に、改正についていえば、1項2号が改正されている。子による訴権が明示されたのである。

第2に、成年後1年内は出訴可能とする点は、嫡出（スイス流に言えば、父性）の否認の場合とパラレルに扱う趣旨である。

3 養子縁組

以下の養子縁組の部分については、本文で解説していない。しかし、今回の改正の対象とされたので、条文のみ示しておこう（養子縁組法の概要については、拙著『概説スイス親子法』前掲149頁－272頁を参照）。

第264条（A. 未成年養子縁組 1. 通則）

〔改正なし〕〔未成年の〕子を養子とするには、養親となる者は、少なくとも2年間〔養子とする〕子を監護教育したことを証明しなければならない、さらにあらゆる事情から判断して、親子関係を創設することが、その子の福祉に役立ち、養親のその他の子を不当に冷遇しないことが期待できなければならない。

第266条（B. 成年縁組）

①直系卑属が存在しないときは、成年者は、養子をとることができる：

1. 〔改正なし〕これらの者が、肉体的または精神的な障害のため、継続的な救助を要し、かつ養親がこれらの者を、少なくとも5年間、養育したことを証明したとき；
2. 子の未成年中に、養親が少なくとも5年間、〔子を〕養育してきたことを証明したとき；

3. その他、重大な事由が存し、少なくとも5年間、養親と共同生活をしたとき。

②〔改正なし〕配偶者のある者が養子となるには、その配偶者の同意を得なければならない。

③〔本条の縁組には〕その他に、未成年者の養子縁組についての規定を準用する。

第267条 a（II 本籍）

未成年の子は、その従前のカントンの市民権およびゲマインデの市民権に代えて、養親のそれを取得する。

第268条（D. 手続 1 通則）

①〔改正なし〕縁組〔の成立〕は、養親の住所地を管轄するカントンの管轄官庁が、これを宣告する。

②〔改正なし〕縁組の申請が受理されたのちに、養親が死亡または判断無能力となったときは、〔養親側の〕その他の要件が欠けることがないかぎり、縁組はこれによって効力を失わない。

③子が〔縁組の〕申請ののちに成年に達した場合、未成年者縁組の要件が満たされているときは、未成年者の養子縁組についての規定を適用する。

第269条 c（F. 縁組の仲介）

①〔改正なし〕将来の縁組のためにする子の仲介に関する監督は、各カントンが行う。

②仲介を職業として、または職業と関連して行う者は、子ども保護官庁による仲介の承認を得なければならない。

③〔改正なし〕連邦評議会は、〔縁組仲介に関する〕執行細則を定めることができる。

III 比較法

以下では、とくに嫡出否認を取り上げて、主にドイツ法およびオーストリア法との対比を考えてみることにする。とくにドイツ法を重視して取り上げるのは、筆者の評価によれば、この領域で最も進んだ法制であると思われるからである。

1 2008年ドイツ改正法の概要

ここで対象とするのは、2008年4月1日施行の新法である（拙稿「ドイツにおける新しい嫡出否認法」本誌9号207頁以下、2008年）。新法が制定されるまでの「政府草案」についても、筆者の手になる紹介原稿が存在する（拙稿「ドイツ父性否認法と2007年7月11日付け政府草案」本誌7号143頁－164頁、2007年参照）。また、否認権者を拡大、ついには真実の父にまで否認権を拡大していく過程については、2004年法が貴重な立法例といえる（これについても、拙稿「ドイツの新しい（嫡出）否認法2004年4月30日施行法」本誌3号93頁以下、2006年を参照）。

（1）解明請求権

第1に、ドイツ新法の特徴の一つは、解明請求（権）を新設したことである。この制度により、今後は、父性否認手続と係わりなく、子の遺伝上の出自を確定させることが可能となる。多面、解明請求には、子の福祉という考慮が強く働いている。その運用は、今後の親子法に行くべき道を考察するについて、重要な示唆を提供するものと、評価することができるであろう（最近のドイツ法の展開については、松倉「ドイツの新しい嫡出否認法」前掲、2008年のほか、木村敦子「法律上の親子関係の構成——ドイツにおける親子関係法の展開（1）（2）（3）（4）」法学論叢167巻1号、2号、168巻6号、170巻3号、2010年、などを参照）。

そうする根拠は、下記の2つの理由に基づく。

①解明利益は、憲法に基づく要請である。すなわち、子がどの男性に由来するかの問題は、家族にとって重要である。法律上の父は、彼が生物学上の父であるかどうかを知りたいと欲するであろうが、子もまた同様である。ときには、母さえも、解明を望むことがある。先年2007年2月13日付け連邦憲法裁判所（判決）が認めた、前記の解明利益は、憲法上の保護があるといふべきである。

②出自についての自己決定権の尊重。すなわち、医学の発達により、簡易な親子鑑定が流行しているが、出自の問題を、秘密のジーン・テストの助けで答えることは、何らの問題解決にはならない。遺伝に係わるデータは、最も個人

的な情報に属する。秘密に子の髪の毛や唾液を検査させることは、情報の自己決定権に対する重大な侵害となる。この理を、連邦裁判所も、明確に認めている。

これらの理由から、結論として、今後は、すべての当事者の権利を守られることを保障する単純な手続を提供するべきである、という結論を導いた。

その反面、解明請求は無制約なものではなく、一定の制約がある。

出自の問題は、関係するすべての当事者が了解していれば、従来からも、裁判所を通さない私的な鑑定において明らかにすることができた。しかし、旧法の下でも期間の制約があった。すなわち、旧法によれば、法律上の父には、自己の父性に反する事情を認識してから2年の期間内に、「否認訴訟（旧1600条）の可能性のみ」が認められていた。

そのような手続の枠内で、出自が明らかにされうる。しかし、生物学上の父ではないことが明らかになることにより、子と父との間の結びつきが破壊されるという危険を秘めている。新法の立法者の認識によれば、子の成長時期によっては、子（や母の）の承認なく、父子の法的関係を断ち切ることを好ましくない、という判断からの帰結である。

新法のもとでは、父、子、母などすべての関係者に、父性の解明を容易にする立場に立つ。しかし、父子関係の切断には、一定の制約を設けたのである。

すなわち、父性の解明にさいしては、つねに子の福祉を考慮することを必要とする。子の法律上の父が、生物学上の父ではないと子が知ることは、子に深刻な痛手を負わせる危険がある。そこで、子が真実を知っても、それを克服することができるのに十分な心の安定が必要である。それが保障されない場合には、2008年法は、子の利益のために、苛酷条項を規定する。

（2）新法の骨子

a) 新1598条 a

第1に、規定によれば、つぎのような結論が

導かれる。

①手続 父、母、子はそれぞれ、他の二人を相手として、父性の解明 (Klärung der Abstammung) を求める請求権を有する。逆にいえば、当事者は、遺伝上の出自鑑定に同意し、必要なプローベの採取を受忍する義務を負う。つまりは、親子鑑定に協力する義務、言い換えると、「検査強制」という制度が法定されているのである。

②上記の解明請求には、その余の要件は付されておらず、期間の制約もない、というきわめて制約の少ない権利であることが特色である。

③出自鑑定に同意しない家族員がいる場合には、家庭裁判所の判断で、同意に代えることができる。このことは、制度の評価としては、個人の意思より、解明請求権の方が優先することを意味している。

第2に、上記の解明請求には、明示的な制約が明言される。すなわち、特別な場合、とくに立法者があげる例によれば、特別な生活状態、発達・成長段階においては、子の福祉を考慮するために、解明手続が阻止される場合がある。これにより、つぎのことが担保される。未成年子にとり、不都合な時期に解明請求が実行されることを防ぐことができる。たとえば、立法者によれば、思春期にある子が拒食症に悩んでいて、出生鑑定の結果が明らかにされれば、病状が悪化するであろうと思われる場合などが例示されている。

第3に、子の状況が改善されれば、上記各人から手続の継続を申し立てることができる。つまり、制約は、ある意味で、一時的な制約であることが明らかである。

b) 解明請求と否認手続

第1に、(父性) 否認手続は、前述した解明請求(手続)と係わりなく進めることが子の権利である。父の父性につき疑いを抱く家族員は、2つの手続を選択すること、たとえば、まず解明手続を求め、のちに否認手続を求めることが可能である。

第2に、否認期間には、所定のときから2年という期間の制約がある(1600条b)。そのさい、

出訴期間の起算点については、わが国の運用と著しい違いが存することは、前述したスイスの場合と同様である。

この期間の経過後は、法的安定のため、出訴は許されないという効果が生じる。その意味では、つねに、かつ、いつまでも出自の解明が許されているわけではないので、真実主義に制約を設けていることが解る。

第3に、父が出自を解明する手続を実行したときは、否認期間の進行が停止される。

立法者があげる例を紹介しておこう。子が1998年6月に出生。父(身分登録上の母の夫)が2008年6月に、母(妻)が97年秋に婚外交渉をもったことを知った。1600条bによれば、夫は上記の事実を知ったときから2年以内に父性否認の訴えを提起する必要がある。期間は、父性についての重大な疑い、すなわち上記の事情を知った2008年6月から2年の期間が進行する。

(3) ドイツ語圏における否認権者の比較

第1に、ドイツの隣国であるスイスやオーストリアでも、2004年法でドイツ法が承認した「真の父の否認権」は認められていない。それゆえ、「真の父の訴権」を比較することはできないので、とくに夫と子との出訴についての違いを素描するに留める(世界レベルでの主要国の法制については、拙著『血統訴訟と真実志向』成文堂、1997年、1頁以下を参照)。

第2に、身分登録上の父の訴権に加えて、「子自身の否認(権)」を認めるという点では、3か国とも共通する。とすれば、実務を踏まえた、それぞれの訴権者ごとの否認権発生の要件やそれぞれの出訴期間についての比較が望ましい。しかし、そのような作業は、本稿の扱う目的を超えるので、その作業は今後の課題とし、以下では、基本構造面での違いを素描するとどめておく。

第3に、基本構造を比較するさいにも、①否認訴訟、②認知訴訟(死後認知を含めたそれ)、③認知無効訴訟、などを視野に入れた、いわば親子関係の結合・切断に係わる民法の「全体構造」の比較が必要である。この点も、筆者がつねに

強調してきた。ところが、わが国では、まったくいえるほど論じられていないことは、残念なことである。

(4) オーストリア親子発生法の基本構造

a) 訴権者と訴権行使の制約

父性否認に係わる基本構造を素描しておこう
(詳細については、拙著『オーストリア親子法』嵯峨野書院、2005年、とくに2頁－57頁で「嫡出否認」を扱う。拙稿「オーストリア親子法と血液検査等の協力義務——2005年施行法の紹介を兼ねて」本誌3号11頁以下、2006年)。

第1に、訴権行使の障害が低ければ、それだけ真実志向が強いことになる。真実志向度、言い換えれば、真実の父子関係への回復のパイプが太いか細いか、という視点から、結論を示すに留める。

嫡出否認の領域では、①検事訴権が廃止されたとはいえ、子自身の申立権が新設されたこと、②否認を申し立てる期間は2年と短い、その起算点が「非嫡出という事情を認識したときから2年」という構造は、ドイツ法と近く、真実回復へのパイプが、少なくともわが国と比べると、かなり太いといえる。

第2に、子自身の否認という制度は、ドイツよりもやや遅く2004年法で新設されたものである。世界的にみて、子に嫡出(ないし父性)否認権を認める法制はかなり少ない。立法者は、最近の憲法裁判所判決を契機として(憲法裁判所判決2003年6月23日を参照)、子の嫡出否認権を認め、これを制度化する途を選択した。

さらに子の出自を知る権利という側面から嫡出法について補足すれば、オーストリア民法では、子の嫡出否認権が認められていなかったが、2003年、憲法裁判所は、父にのみ嫡出否認権を認める民法156条以下の規定は、憲法違反であると明言した。

この判決で、憲法違反とする理由は、上記の各規定が「ヨーロッパ人権協定」(8条1項)に基づく、家庭生活の尊重を求める権利に抵触することを理由とする。言い換えると、「ヨーロッパ人権協定」という国際協定から導かれる理念

に基づいて、たとえ推定の父(母の夫)が存在するときでも、国家は子をして生物学上の父(通例は不倫相手である男性)を、法律上の父とすることを可能とする法整備をする義務があるにも拘らず、子をして、出自を争う可能性を認めていないので、憲法に抵触するという認識がある。

ドイツと同様に、父子鑑定のための検査強制という制度が存在するので(拙稿・前掲を参照)、ドイツ法との異同が注目されるところである。

b) 法律上の父

第1に、父となる者につき、138条では、法律的な意味で誰が父となるのかが、明らかにされている。すなわち、婚内出生子にあっては、子の出生した時点で母と婚姻関係にある男であり、婚外出生子にあっては、子を認知した男または裁判手続で父と確定された男が子の父と扱われる。上記の結論を導くシステム自体は、従前と変わらない。

第2に、嫡出推定期間について、規定上の変更がみられる。現在では、推定期間の規定は削除され、夫(正確に言えば、母の夫)が死亡した場合については、例外的に期間規定が存続された。とはいえ、立法者の説明によれば、このような改正にも拘らず、上記2つの領域につき内容面での変更はない。

c) 離婚後などの出生子

第1に、この場合の扱いは、2001年親子法改正のおりには、改正が見送られていた課題である。離婚や婚姻の取消後の出生子、または婚姻の無効宣告から300日以内の出生子は、次の要件、すなわち、①母の前婚の夫(＝離婚した夫)がその父性を承認した(＝所定の手続により、自分の子と認めた)とき、または、②前婚の子と確定、すなわち子もしくは前婚の夫の申し立てに基づいて(母が申立権者に含まれていない)、裁判所が前婚の夫の子であることを確定したときには、子は嫡出と扱われる(138条d1項)。

第2に、機能の違いにつき一言すれば、わが国でも、嫡出否認により真実志向は可能ではあ

るが、原則は後婚の夫の子と扱う構成の方が、経験則に合致しているであろう。さらに、オーストリアでは、夫の承認がないかぎり、子は非嫡出子となる。離婚後の出生子の多寡にもよるが、わが国におけるとかなり結論の違いの生じる余地があるように感じられる。

d) 出自の否定

第1に、既存の父子関係を否定することを総称して、「出自の否定」と表現する。今世紀にはいり、子自身の否認権が認められたことが特筆される。とはいえ、この点は、今日のドイツの制度に比べると、さほど画期的ともいえない。

ちなみに、オーストリアでは、母や真の父（と主張する男）には、そのような申立権を認めていない。制度面で、ドイツ法との違いの一つである。もっとも、母には、非訟手続に参加（一種の補助参加）する途が認められている（非訟82条2項）。母の権限強化の一つの具体例といえるであろう。

第2に、子からの申立権の許容という制度は、世界的にみて、これを認める法制はかなり少ない（詳細については、拙著『血統訴訟と真実志向』前掲、とくに1頁-102頁参照）。立法者は、最近の憲法裁判所判決を契機として（憲法裁判所判決2003年6月23日）、子自身に嫡出否認権を認め、これを制度化する途を選択した。

(5) スイス法の基本構造

スイス法のもとの否認制度の全体像については、別書で詳細に紹介しているので、ここでは結論を素描するにとどめる（拙著、『概説スイス親子法』前掲。旧法下のそれについては、拙著『スイス親子法——嫡出推定規定の展開』前掲。後者は旧法を扱っているが、その後改正された部分、子の訴権などの部分を除き、今日でも有用である）。

第1に、否認権者は父すなわち母の夫と子のほかに、夫の父母などに限られる。78年施行法以前の旧法では、その他に、利害関係人（たとえば、子と並んで相続権を有する者など）や管轄官庁にも否認資格が認められていたが、改正法でこれらの者の否認権は削除された。さらに、身分

登録上の父の内容は、他のドイツやオーストリアでの扱いと大差はないと理解してよいであろう。それゆえ、内容には立ち入らないことにする。

第2に、子の否認権は、いわゆる第一次訴権であり、夫が否認権を行使しない場合といった制約はない。しかし、無条件で否認権が発生するわけではなく、子の未成年中に、子の両親の共同世帯が解消していることが必要である。たとえば、子の両親が離婚、別居（裁判別居だけでなく、事実上の別居も含まれる）などの場合がその典型例である。この点は、ドイツ法とも大きく異なる点である。

しかし、つぎのことは要件ではない。

①母が子の真の父（と思われる男性）と婚姻していること（通説・判例）。

②否認することが子の利益になること。かつて、オーストリア旧法の下での検察官の否認権行使には、そのような要件が付けられていたが、スイスの法はそのような要求をしていない。

③訴権行使にあたり子が判断能力を有していることは必要ではない。否認権行使という事柄の性質を理解できる程度の能力でたりる。

第3に、「否認原因」の扱いについて、スイス法の特色がみられるが、本稿の目的から遠ざかる問題であるので、内容はすべて拙稿『スイス親子法』前掲に譲る。

2 出訴期間の比較

誰が否認権者となるかという問題と並んで、出訴期間の問題は、否認に係わる「二大要素の一つ」であるので、前記の3か国につき、その結論を示しておこう。

(1) オーストリアの場合

第1に、期間の面では、嫡出否認期間に相当する、「夫の父性否認のための申立期間」は、夫の子ではないという事情を認識したときから2年である（民158条1項）。旧民法（旧156条）に比べると、2004年法で、出訴ないし申立期間が1年から2年に伸長された。

補足しよう。比較法の視点から評価するうえ

で、期間の起算点は重要な要素である。したがって、①新法下での「事情の認識」については、旧法の下での解釈がそのまま役立つことになる、②変更がないので、立法者が著わした『解説』でも、殆ど話題にされていない。

わが法と最も違いがあるのは、オーストリア法では、いわば否認原因を覚知したときから出訴期間（新法では、申立期間）が進行する点である。のちに真実の血縁関係を回復することができ余剰が広いという意味では、オーストリア法は、わが法の下での扱いに比べて、相対的に真実志向度が強い、と評価することができるであろう。真実志向の面からみて、興味深い制度である。詳細については別書で、多くの判例を挙げて紹介しているので、それに譲る（拙著『オーストリア親子法』前掲書を参照）。

第2に、子の出生または出自変更が発効したときから30年で申立て不能となる（同条3項）。夫からみれば、いわゆる絶対期間といえる。もっとも、この絶対期間は夫のみに適用があり、子に適用がないことが理解できる。子の「父を知る権利」を重視する規定と思われるが、立法者の説明によれば、「子（およびその権利承継者）」が出自否定、すなわち嫡出否認を申し立てることができることとされるので、純粹の父を知る権利という問題とは異なる配慮があるのやも知れない。

第3に、前述のような視点から子の否認権が認められているので、子の出訴期間も、夫のそれに準じて扱われる。すなわち出訴期間は成年に達してから2年であり、特別事情のある場合には期間が伸長される。

（2）スイスの場合

出訴期間のうち最も重要な期間の起算点についてのみ、その結論を示しておこう（詳細については、拙著『スイス親子法』前掲1頁－25頁参照）。

第1に、スイス法の下での夫は、①子の出生、および、②自己が子の父ではないこと（たとえば、血清学的鑑定により、これを知る場合を含む）、または、③第三者が懐胎可能期間中に母と性交渉をもったことを知ったときから1年内に提訴

する必要がある（これを講学上「相対期間」と呼び、別に、子の出生時から5年で訴権消滅という「絶対期間」の定めがある）。上記要件のうち、①と②の双方を知ったときから期間が進行することが注目される。

第2に、関連して子の訴権につき、結論のみを示しておこう。スイス法のもとでも、子自身の訴権（嫡出否認権）が、明文の規定により、肯定されている。それによれば、子は19歳まで、母の夫（子からみれば、身分登録上の父）の父性を否認することができる。期間の長さが注目される。

第3に、特別な事情が存在すれば、上記の出訴期間を過ぎたあとでも、出訴が許される場合がある（明文規定がある）。

（3）ドイツの場合

第1に、父母も子の出訴期間は、1600条bに明記される否認期間内に制限される。身分登録上の父（母の夫）の訴権と、子のそれとがほぼ並列して規定されていることが、旧法との違いである。結論のみを記しておく。

①2年以内に訴える必要がある。起算時期がわが法と著しく異なる。すなわち、父性に反する事情を認識したときから2年の期間が進行する（最も早い場合でも、子の出生から起算する。たとえば、子が生まれる前から、不貞を知っていたときでも、との趣旨である。1600条b2項参照）。結論において旧法下での解釈と同じである。

②父性の疑いを抱かせる事実の認識で足りる。この点も旧法下と同じである。

③子については、その法定代理人が訴えを提起する場合を予定している。子が成年（18歳）に達したのちに、自ら訴えることも可能である（1600条b3項）。その場合でも、子自身が前記事実を認識したときから2年の期間が起算されることは、機能として、真実志向度が著しく強く働くといえる。

第2に、子の訴権につき、たとえば、①子自身が、自分が非嫡出であるという事情を知ったときから、②子の母と真の父との婚姻を知ったときから、出訴期間が進行する。その場合の出

訴期間は子が成年に達して2年間、すなわち子が20歳に達するまでである。

なお、旧法下では、所定の場合（旧1596条1項4号・5号）には、たとえば、①夫の破廉恥ないし反倫理的な生活行状、または子に対する重大な過誤があるため、否認することが倫理的に正当とされるとき、さらには、②夫が強度の遺伝的疾患があるため、否認することが倫理的に正当とされる場合、がその例である。注目すべきは、この場合にあつては、出訴期間の制約がないということである。

3 検査の強制

父子鑑定の方法などにつき、簡略に示しておこう。検査強制という制度は、嫡出ないし父性の否認を容易に行うことができるツールとして役立ち、真実の父子関係の形成を助ける重要な機能を果たしていると評価することができる。

(1) 状況の変化

第1に、出自訴訟をめぐる状況の変化についていえば、諸外国における親子鑑定のための「検査強制」を定める規定は、「出自訴訟」、たとえば嫡出否認、認知訴訟、認知無効訴訟、などの領域において、適用がある。真実志向の面からみれば、検査強制を取り巻く状況が、この20数年前に比べ、著しく変化してきている。その変化は、つぎのように要約することができる。

①最近20数年間での父子鑑定技術の進展には、目を見張るものがある。そのような進展を前提とした検査強制の制度とあいまって、真実志向を進めることに奉仕する機能を営むものと思われる。

②各国の「親子法」の領域では、検査を強制する制度が法定されつつある。真実志向を強化する価値観の現れ、と評価することができるであろう。

③真実志向を最も明確に強化させたのは、人工生殖の領域である。つぎつぎに制定される諸外国の法制においては、とくに人工受精子に対して「父を知る権利」を認める方向性が打ち出

されていることは、「子から」の父を知る権利という制約はあるものの、真実志向の極致ともいえる展開である。

第2に、検査強制とわが国での状況についても、みておこう。

翻って日本では、父子関係の存否が争われる場面において、鑑定の目的で、関係当事者に対して、血液検査等を強制することはできない、と解されている（通説）。しかし、真実の親を知ることができる制度を確立する意味での真実志向について、そろそろ本格的に論ずべき時期に来ているのではないだろうか。

第3に、検査強制についてのわが学界の反応についていえば、日本では、結論において、親子鑑定のための「検査に協力する義務あり」と導くことはできないものと解されているが、父を知る権利の面から問題がある。

第4に、外国での法改正の背景はどうであろうか。

まず、鑑定技術の進歩を挙げるべきであろう。ドイツなど諸外国において、父子鑑定が可能となったのは、「DNA（親子）鑑定」をめぐる鑑定技術の進歩と係わりが深い。なぜなら結果（父子関係の存否という結論）を導くことができない場面での検査強制は、ナンセンスだからである。

つぎに、「知る権利」の意識変化が大きい。

第1に、検査強制を制度として認めることは、機能において、「父を知る権利」を担保することに役立つ。

第2に、ことに人工生殖の領域での「父を知る権利」の保証は、世界的な広がりを見せている。一般的にいつて、「検査強制」を認めることは、親子法全体において「父を知る権利」を強める機能がある、と評価することができる。

第3に、父を知る権利の比較については、すべて別稿に譲ることとする（拙稿「オーストリア親子法と検査協力義務」名城ロースクール・レビュー3号11頁-27頁下を参照、2000年）。

(2) オーストリア法の場合

同法の下での検査の「方法」につき、規定に

よると、科学的に承認された原理に従って、試料を採取することを要する。採取にあたり、ガイドラインに従うことになる。鑑定の方法などについては、比較法上の意義が少なくない。その概要を示しておくことにする。

ちなみに、これに関して連邦裁判所が指摘したのは、子の保護、とくに生活状況や発育段階を考慮すべきことである。言い換えると、それが担保されない時は、手続の開始を排除することができるということにあった。

(a) 旧法と検査の強制の概要

第1に、血液検査強制に関する比較法的成果は別稿で紹介した（拙著『血統訴訟論』一粒社、1995年、29-72頁参照）。ゆえに、ここでは結論を示すにとめておく。

第2に、民法の特別法の一つである「家族法整合令（VO vom 6. Feb.1943 über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften, DRGBl I S.80）7条には、「遺伝学的検査による血統の確定」との見出しの下に、「訴訟または非訟手続において、血統（Abstammung）を確定するために必要であるかぎり、訴訟当事者、関係人および証人、さらに必要な場合には、これらの父母および祖父母は、遺伝学的検査……を、とくに血液型検査の目的でなす血液の採取を受忍しなければならない」（同令7条1項）。

上の検査強制に違反すれば、秩序罰が課される。ことに、「〔検査に協力すべき〕義務を負う者が、正当な理由なく検査を拒絶したときは、〔裁判所は〕直接強制、とくに検査の目的でなす強制的な勾引を命じることができる」（同令7条2項1文）。もっとも、被検査者の生命または身体への危険がある場合にかぎり、検査拒絶の正当事由が認められていた。

第3に、多くの国で、内容に多少の差異はあれ、検査強制を法定する法制が増えているのは、血液型による親子鑑定技術が飛躍的に進歩したことによるものであることはまちがいない（松倉耕作「血統訴訟論」前掲44頁、52頁参照）。増加の要因は、科学の進展、真実志向の高まり、「父を知る権利」の高揚などに求めることがで

きよう。このような増加傾向は当然のことと思われる。比較法レベルでの関心は、強制を命じる要件であろう。

強制についてのオーストリア法の位置づけをすれば、直接強制を採用することが最大の特徴である。同じ直接強制をとるドイツとの違いをみるには、運用の実態に立ち入る必要がある。今後の課題となる。

検査内容の面では、DNA鑑定のための採血が中心となるであろう。とすれば、この面での法文上の形式的な違いは、違いを論ずる必要性は低くなる。

筆者は、同制度を採用すれば、血統訴訟における従前の論議につき、コペルニクス的転換を迫られるのではないかと考え、わが国でもなんらかの鑑定強制制度の採用を要望してきた。他方、「不当拒絶に対するサンクション」については、間接強制との違いを論ずるうえでも、立法にあたっては、慎重に論ずべき項目のひとつであろう。また、鑑定方法、鑑定期間などについての項目も、規定の制定ないしガイドラインの制定が必要であろう。

(b) 検査の強制とその機能

第1に、非嫡出子法の諸規定のほかでは、前記・家族法整合令（同7条）に規定される検査強制制度が特筆するに価する。結論のみを示せば、血統ないし出自（Abstammung）を確定するために、当事者、利害関係人および証人は、必要な遺伝学上の検査（採血など）に協力する義務があり、この義務は、正当な事由が存しないかぎり強制履行（zwangsweise Vorführung）を行うことができるという強制力で担保されている。

第2に、今後の展望をいえば、これまでの被告の反論、すなわち嫡出否認では性交渉の不存在、認知訴訟では多数交渉の抗弁などの証明ないし主張は、今後は急速に、かつ著しく減少するであろう。筆者の推測によれば、もう20年もたち、かつ「血液検査強制」制度が採用されれば、「性交渉の不存在」などの証明は、歴史的遺物となるものと思われる（「検査強制」につき、拙稿「血液検査等の協力義務」『血統訴訟論』所収29頁

以下を参照)。親子鑑定技術の進展により、父性の直接証明ないし高度の父性非蓋然性証明が可能となるからである。

第3に、真実志向からみた検査強制につき、検査強制を認めること、しかも直接強制が許されることは、真実志向のために、強力なアシストとなる。要件にもよるが、当事者の意思を無視して、真実の血縁に近づく保証となるからである。

公益の代表という視点からみれば、スイスは公益の代表として、認知者の市町村・ゲマインデをあげ、オーストリア旧法では検察官をあげていた。真実志向の視点から比べると、①出訴期間の制約のないことは共通するが、②検事訴権につき、出訴するには「公の利益」の存在を要求する。その運用いかんにもよるが、制約の少ないスイス法の方が、真実志向が強い、と一応は評価できる。比較法という見地からすれば、①ゲマインデによる現実の出訴件数の多寡、②ゲマインデによる出訴に至る経緯ないし手続、③ゲマインデによる出訴を肯定した根拠などに興味もたれる。

それはさておいても、母や子以外に、一種公益の代表ともいえるゲマインデによる出訴を肯定する構造は、その機能において真実志向を強める保証となるといえるであろう。

ところで、いずれの国においても、子の母との結婚を望み、虚偽を認識しつつ認知する男性が少なくないと思われる（わが国において、虚偽の認知を行う動機につき、拙稿「認知無効と真実志向」民商118巻3号とくに321頁以下、1998年）。ドイツなどとは異なり、認知者による認知無効の主張を制限する、わが国やオーストリアのようなシステムのもとでは、公益を理由とする無効主張の許容は、より重要な意味をもつであろう。

第4に、職権探知の採用は、機能として真実志向を強化する働きがある、と一応はいえる。より進んでいえば、どの程度まで職権で真実に近づくことができるか、その射程が重要である。

(c) 新しい「検査強制」制度

新制度は、前述のごとく、非訟事件手続法85条に規定される。特別法であるので、オーストリア法に通じていなければ、わが国の研究者が簡単にみることのできる規定でもない。それゆえ、同規定を訳出しておこう。ちなみに、条文前の「協力義務」はいわゆる「条文の見出し」であり、かつてのわが国とは異なり、正式の条文の一部である。これを紹介しておこう（全容については、拙稿「オーストリア親子法と血液検査等の協力義務」本誌3号11頁以下を参照、2006年）。

〔検査〕協力義務

新非訟85条

(1) 出自を確定するために必要なかぎりでは、当事者および、手続の結果に従って、事態の解明に寄与することができるすべての者は、裁判所が選任した鑑定人による調査結果の採用（＝判定）にさいして、とくに〔身体〕組織サンプル（ゲッベルペブローベ）、体液、血液サンプルの、必要な採取につき、協力しなければならない。

(2) 協力することで、〔被検者の〕生命または健康にとり深刻かつ継続的な危険が生じうるときは、前項の協力すべき義務はない。調査結果の前に、裁判所は、協力を命じるべき者に対して、〔検査〕拒絶理由について教示し、かつ意見を述べるよう促さねばならない。拒絶については、特別の独立の争いいうる決定によって判断する。適法な拒絶の場合には、裁判所は、提示された危険とは結びつかない、出自検査の方法を、命じなければならない。

(3) 組織サンプルの採取には、身体的な不可侵性が犯されない〔ような〕方法で、裁判所は、必要な場合には、強制的な勾引や、適切な間接強制の使用を命じることができる。そのさい、公の保全（安全・保証）の機関は、援助する義務がある。勾引および強制〔に要する〕費用は、〔検査に〕協力すべき義務者の負担とする。

(4) 前項によっても〔父子鑑定に〕必要な証明がなされない場合に、とくに法律の規定に抵触しない範囲で、裁判所は、第1項に挙げた者の、必要な〔身体〕組織サンプル、体液、血液サンプルの提出を、何人に対しても命じることができる。

d) 裁判手続による父性確認制度の新設

裁判手続による出自確定の規定(163条)は、わが国の裁判認知にきわめて近いが、父から申し立てる裁判認知を認める点で、これまでの制度とは異なる。

(a) 父性の確認

第1に、現行の規則(民163条)によれば、所定の期間中(子の出生前180日-300日の期間)に、子の母と同衾した男性は、彼が子を懐胎させたと推定される。

第2に、子との父子関係を欲する男性には、いずれの国でも任意認知というルートが予定されている。ところが、オーストリアの立法者によれば、①任意認知という制度のもとでは、遺伝上は父ではない男性が子の父となる危険がある、②不実の認知に対しては、母からの異議の申立(=認知無効の主張)という制度も存在するが、「申立のないのが通例である」(『解説』49頁による)。

そこで、新法では、上記のような、認知者にとっても、子にとっても、不十分な状況を和らげるために、従来からの父性認知(=任意認知)と並んで、男の申立に基づいて、彼が子を懐胎させたか否かを確定させる制度を新設した。

それによれば、子を認知するにつきリスクを伴うと考える男性は、裁判手続を通じて父性の確定をするという途が開かれた。これにより、①秘密の鑑定を行うなど子の人格権の無視を避けることができる、②これにより、父子関係の疑念を取り除くことに役立つ、などのメリットがあるほか、③とくに子を育てる意思のある男性にとり、事実を解明する途を認めることが、父にとっても望ましい(以上につき、簡潔には、『解説』49頁-50頁参照)。

第3に、上記の裁判手続を通じた出自の確定という制度は、従来の裁判認知に相当するものであるから、当然のこととして、子にも認められている(161条1項は、そのことを前提とする)。すなわち、裁判手続を通じて、出自の積極証明(父子関係が存在するという証明)をする可能性を認めたものである。

この場合の「父子関係の証明」の程度は、「確実に近い蓋然性をもって、男が子を懐胎させたという証明」ということになる現行法のもとでは、子がこの証明を行うことになる。その内容も別書で詳述したので、詳細については、すべてそれに譲った(拙著『親子法』前掲とくに115頁以下を参照)。

最後に、訴訟手続(旧法)と非訟手続(新法)という違いはあるが、父子と認定する証明のレベルでは、旧法の理論がそのまま役立つであろうと思われる。

(b) 擬父の反証

まず、制度の基本構造面では、①推定された男性(父)は反証が可能であり(163条2項2文)、②そのさいの証明は、他男による懐胎である旨の高度の蓋然性の証明で足りる。少し補足すれば、父性の「絶対的非蓋然性」の証明と、「相対的非蓋然性」の証明があるということである。

つぎに、上記のうち、前者はわが国の法律家にも比較的分かりやすい。その推定の擬父が「父ではない」旨の反証をすればよいだけである。これに対して後者の「相対的非蓋然性」の証明は、とくに多数交渉の場面での反証方法の一つである。筆者はこれを「相対的蓋然性決定方式」と命名している。推定される擬父が、他男の父性の方が、より父性の蓋然性が高いと証明することを指す。わが国では、最高裁判決が登場していないこともあり、学者の関心は低い。ドイツ、スイスほか、ヨーロッパ法での主流の考え方であることは、別稿で詳述した(拙著『親子法』122頁以下を参照)。オーストリア法も、この動向に従っている。

(5) 特色

比較法の面からみて重要な2つの点についてのみ、コメントするにとどめる。

(a) 子の利益の優先

結論のみ補足しよう。憲法裁判所は、2003年6月28日付け判決で、民法156条・157条・158

条・159条1項の各規定が憲法違反と宣告した。その理由は、上記の各規定がヨーロッパ児童協定・EMRK(8条1項)に基づく、家庭生活の尊重を求める権利に抵触することを理由とする。具体的には、上記国際協定から導かれる理念から、国家は子をして生物学上の父を、たとえ推定の父(母の夫)が存在するときでも、[法的な]父とすることを可能とする法整備をする義務があるにも拘らず、それを怠り、子をして、出自を争う可能性を認めていないことを最大の理由とする(簡潔には、解説18頁以下を参照。ちなみに、同判決は、ドイツの家族法雑誌 FamRZ 2003,1915 にも掲載されているので、日本でも容易にこれを見ることが可能である)。

上記の判決が、今回の法改正へと向かわせた大きな動機の一つである。とくに、①既存規定への影響という面では、上記の規定が2004年6月30日をもって失効し、それに代わる部分は、7月1日から新法の一部が発効する体制がとられており、他方で、立法との関係では、②結局、現実の家族の絆よりも、子の利益、すなわち真実の父を法律上の父とすることができるという権利を優先するシステムをとる必要が生じたことになる。

本稿の「はじめに」も述べたように、子自身に嫡出否認権がないという構造は、わが国も同じであった。その意味では、オーストリアにおける上記の変遷は、わが法の問題としても大いに興味のある課題ではあるが、本稿でこの問題に踏み込む資料をもっていない。今後の研究課題としたい。

(b) 非訟手続による出自の確定

2005年1月1日からは新しい非訟事件手続法(BGBI I Nr.111/2003)が導入され、出自を確定・変更する手続は、すべて非訟手続で行われることとなった。今回の改正は、それに伴う実体法上の適合させることが主な改正根拠である。上記手続法を改正するきっかけとなったのは、ドイツ併合のさいに導入されていた「1943年2月6日付け家族法上の規定の整合に関する命令(通称、家族法整合令)」が、憲法裁判所の判決によ

り廃止されたことによる(解説12頁の説明による)。

それはともかく、この点も今回の改正の大きな柱の一つである。ところが、唯一の手掛かりともいえるべき「解説」でも、その点には余り言及されていない。非訟手続であるから、必然的に職権探知という側面が強化されることになろうが、たとえば、個々の場面、たとえば認知請求の場面で、当事者の権利にどのように影響するのか、はたまた、筆者が関心のある「父を知る権利」には、どのような効果・影響をもたらすのか、などの問題についても、稿を改めて紹介したいと願っている(人工生殖の面からの父を知る権利については、拙稿「父を知る権利——スイス、オーストリアの人工生殖補助医療法を素材として」戸籍時報559号18頁以下を参照。2003年)。

(3) スイスの場合

第1に、鑑定手続の準則の制定が進んでいる。2002年9月11日付けスイス鑑定手続に関する法案「人の遺伝的検査についての連邦法」が提示されていた。別稿にて、その概要を素描していたが(梶村・徳田編『家事事件手続法』第2版、2007年、とくに344頁以下)、2007年2月には、検査や鑑定に係わる法律・命令が施行されている(4つの令はすべて、連邦法令集2007、635頁以下に収録)。

第2に、検査の対象につき、遺伝的な検査を行うには、どのような要件を満たせば許されるのかを法定しようとするものである。医学的、労働、保険、賠償責任などの領域のほか、出自の解明(および人の同一性。この部分は、おもに刑事事件での利用を想定している)を判定するためにも、DNA情報の検査・鑑定を行うことができる旨が明記された(同法1条2項1文)。なかでも、「第2章 遺伝的検査のための一般原則(4条—9条)」や、「第3章 医学の領域での遺伝的検査(10条—20条)」などが、参考資料となるであろう。

第3に、出自の解明に関する規定(31条以下)によれば、①原則規定において、つぎの項目が法定される。DNAプロフィールを作成のさいには、被検査者の健康状態や個性に配慮すべし、

DNAプロフィールを作成する施設やプローブを取り出す医師の特定を要する、抽出したプローブを他の目的に利用してはならない、と定めるほか、②官庁手続で行うさいの民事手続・行政手続、官庁・公的手続外で行う出自の解明などが法定される（民法の規定の詳細は、拙著『スイス親子法』144頁、1995年を参照）。

上記②を補足しよう。関係者（当事者や第三者）のDNAプロフィールの作成にあたって、これらの者の書面による同意が必要、抽出プローブの保管、検査を命じた裁判所のプローブを廃棄すべき義務などが規定される。もっとも、立法者の「解説」によると、出自解明のためには、被検査者の意思に反しても、裁判所が検査を命令することが許されている（官報2002年7448頁）、注目に値する。民法の規定（254条）と同趣旨である。

（4）ドイツの場合

ドイツ、旧東ドイツ、スイス、イギリスほかの法制につき、前掲・別稿にて素描している。ここでは、その後に改正を受けたドイツにつき、その結論に触れるにとどめておく（ドイツ新法につき、拙稿「ドイツ法における新しい嫡出否認法」本誌8号207頁－219頁、2008年）。

第1に、検査強制を規定するドイツ民訴法の規定（370条a）も、ごく最近改正を受けた（2000年改正）。ドイツの新法の内容は、民事訴訟法に引用される民法・親子法の条数が改正されたに過ぎず、他は旧規定のままである。

ドイツでは、「出自鑑定を行うための指導要綱」が存在する。鑑定のガイドラインは、「血清学および遺伝学研究所」が、連邦医師会の協力のもとで、定められたものである（2002年4月発効）。同研究所の地位、同指導要綱の性格などは知ることができなかったが、連邦司法省作成の前記「政府草案」で言及されるものである。相応の重要性を有するであろう。

ここでその概要をごく簡単に示せば、「指導要綱」は、5つの柱から構成される。すなわち、①目的、②鑑定の申請、③鑑定の執行、④鑑定人の資格、⑤発効、などである。最後の発効・

施行を除く4項目について補足しておこう。

第1に、目的の項では、「血族関係を確定または否定する出自鑑定を目的とする。」と規定される。つまり、「指導要綱」は、出自鑑定を対象とするガイドラインであることが明らかである。

第2に、鑑定の申請の項では、被検者の同一性、試料と試料の採取、解析に用いる方法、鑑定書に記載すべき事柄、鑑定の結論（父性の不存在など）などを明記すべき旨が規定される。さらに、父性確率が99.9%以上の場合には、父性が存在すると導かれる旨も明記される。

第3に、鑑定の執行の項では、鑑定を行う機関となれる物的要件など、鑑定を行う人の活動にさいする義務（専門医師の指導と監督に服すべき義務など）、研究所の所長の守るべき義務など、採取した試料の扱い（たとえば、採血、転送、保管などについての扱い）、試料の保存機関、解析の判断基準、などが規定される。

第4に、鑑定人の資格につき、鑑定人となるものは、人の遺伝についての知識を有する医師またはそれに準ずる者であることを要する旨の一般的な基準のほか、「ドイツ法医学協会」など4つの協会名が列記されている。

（5）日本の場合

日本での状況は、外国のそれより、詳しく知ることができる。法律家には、余り知られていない内容が多いので、少し詳しく紹介しておこう。

第1に、わが国では、法的な拘束力を有するガイドラインは、いまだ存在しないようである。少し古くなったが、「日本法医学学会」の指針（1997年12月公表。「親子鑑定についての指針（1999年）」については、「日本法医学学会親子鑑定についてのワーキンググループ」日本法医学雑誌53巻2号247頁以下、1999年）が参考となる。

同学会の公表した指針では、「親子鑑定についての指針」と題して、人権保護に配慮した検査手順を定めている。本人不知の検査の防止、サンプルと本人との同一性の確認、遺伝情報が第三者に漏れることの防止などを主な柱とす

る。

第2に、これに先立ち「日本DNA多型学会」が提示した指針では、検査および親子鑑定の双方についての指針と声明とを公表している。民間の鑑定機関の乱立を考慮すれば、民間企業をも拘束する指針ないし法律の制定が望まれる。

エッセンスのみを記しておこう。

まず「日本DNA多型学会」名で公表された「指針」によれば、親子鑑定を行うさいの、①手続上の注意、②ローカスの選択、③個々の検査法について、④HLAタイピング、⑤その他のPCRを用いる検査などの項目ごとに親子鑑定を行うさいの留意事項が示された。その内容はかなり技術的な事項に属するので詳細には立ち入らない。これまで、ABO型のほかの、いわゆる「従来型」検査ではまったく指摘されなかったが、DNA多型鑑定に対しては、プライバシーの尊重という名の錦の御旗を掲げて、この種の鑑定に消極的な民法学者も少なくないようである。

第3に、上の指摘それ自体は、尊重に値する。プライバシーを損なうことのないよう歯止めを設けながら、鑑定方法の詳細についても議論をしていくべきかと思われる。プライバシー保護との関係についても補足しておこう。

たとえば、自動車の運行は人の生命を失わせる危険があるが、運行それ自体を禁止するのは望ましくない。そこでいろいろの交通ルールを定める。このような方法をとるのである。その意味では、上の指針と同時に公表された「声明」（ただし、同学会有志の名で公表）の文言は示唆的である。

それによると、「親子鑑定は病気と係わりのない部分の情報をみているので、遺伝性疾患の遺伝子診断のような社会差別に通ずる深刻な問題をはらんでいないが、本来個人のプライバシーであるDNA情報を調べる、すなわち血縁関係にある人の情報の一部を調べてしまうことには変わりはない。したがって、親子鑑定を含め、ヒトDNA情報の検査が容易に実施されないよう、これら検査に対して社会が何らかの規制をすることが必要な時期に来ている」、さらに、

「これまでのわが国の検査機関が親子鑑定に関する社会のニーズに十分に答えきれていなかった点は歪めないで、親子鑑定のあるべき姿についての検討は早急に進めなければならない」と指摘する。

これら医学者からの声明に付言して言えば、たとえば、血液検査に協力すべき義務を法定するか否かについての議論や、鑑定期間の制限・法定など、われわれ法律家が論ずべき課題は山積しており、かつ急務であると思われる。

(a) 鑑定方法の変化 — 従来型鑑定からDNA鑑定へ

第1に、DNA親子鑑定は、概説書等でも、いまだ余り触れられていないという状況にある（内田・前掲書205頁では、ごく簡単な描写がみられる。同書は、2002年出版）。それはともかく、法医学者の世界では、DNA鑑定以前の鑑定方法は「従来型鑑定」と呼ばれる（簡潔な啓蒙論文として、岸田哲子「親子鑑定いまむかし」日本警察医会雑誌1巻3号38頁—40頁を参照、2006年；藤田眞幸「親子鑑定」産婦人科の実際59巻13号2167頁-2176頁、2010年）。

80年代は白血球を含めた、法医学でいう「従来型鑑定」に頼らざるを得なかったが、90年代に入ってから「DNA（親子）鑑定」が主流となっている（DNA鑑定は1985年に考案）。かといって、すべての事件で、DNA鑑定を必要とするわけではない。

以下では、いわば「魔法の杖」ともいうべき「DNA鑑定」を念頭において記述する（以下、詳細については、次の諸文献を参照されたい。梶村太市「家裁実務におけるDNA鑑定」ジュリ109号89頁、96年；松倉耕作『血統訴訟と真実志向』前掲、たとえば198頁以下で扱う「父子鑑定技術の進歩」の記述を参照、1997年；同『血統訴訟論』前掲、1995年）。

第2に、鑑定例につき、これまで、「法律」雑誌において認知無効事件につき、筆者以外に、科学的鑑定例を紹介した文献はないのではないと思われるので、「法医学」の専門雑誌に連載された例を挙げて説明しておこう（藤田一ほか「擬父が死亡している場合の親子鑑定におけるSTR分析」『DNA多型』5巻265頁以下、1997年、東洋書店、に掲載

された例を借用した)。

鑑定の実務を知る意味で、具体例を挙げておこう。

b) 事件の概要

事案は、亡夫B男が生前認知した子Y女につき、亡B男の妻であるX女が認知無効確認を請求した事件である。

本件では、鑑定の条件に恵まれた。というのは、①嫡出子が3人もいる、②B男の祖父母も生存している、③X女が出訴しているので、亡B男の子の、DNA鑑定を行う協力が得やすい状況にあり、戸籍上の父が死亡しているが、願ってもないほど鑑定の条件が揃っている例といえる。というのは、死後の父子鑑定には、実子の存否が鑑定の方法と難易に少なからざる影響を与えるというのが実情だからである(死後の鑑定を行うための基礎条件については、拙稿「死後認知と真実の父子関係の扱い」判タ968号52頁以下参照、1998年)。

c) 鑑定方法

まず、いわゆる「従来型の血液検査」では、亡B男以外の8人全員(B男の祖父母を含めたそれ)につき、赤血球型8種、血清型11種、血球酵素型3種、白血球型・HLA-A座、同B座、同C座の各抗原の検査が行われた。つぎに、「DNA型検査」では、STR型8種の検査が行われた。DNA鑑定は1種類であると誤解している民法学者も少なくないようであるが、上記の検査例からも判るように、DNA型検査は1種のみではない。

d) 検査結果と評価

STRについての検査結果を踏まえた父権肯定確率の最小値と最大値は、0.9998～0.9999であった。つまり、亡B男がYの父である確率は少なくとも99.98%であることを意味する。この数値は、法医学のレベルでは「父と断定してよい」という数値である。他方、鑑定結果の意味につき、特定の男性が子の父であると父性(法

医の世界では「父権」と呼ぶ)を肯定する積極的鑑定が可能であることが理解できる。

つぎに、DNA鑑定の採用とその機能について、わけてもDNA鑑定の採用すれば、殆ど事件において、父子関係が明らかとなるということが理解できるであろう。

e) 父子関係の存否証明

第1に、認知訴訟のなかでも、擬父が死亡している死後認知訴訟においてはどうか。過去の裁判例では、きわめて非科学的な証明方法がとられている(個々の裁判例の内容につき、簡略には、拙稿「死後認知と真実の父子関係の扱い」判例タイムズ49巻16号32頁(2)、1998年、を参照)。すなわち、①証明内容不詳型、②状況証拠偏重型、③状況証拠依存型、などがその内容である。

旧家審法23条審判の土俵において、当事者が父子関係の存在を争わない場合には、父子関係の存在に係わる証明に全く言及されない裁判例となりやすい。たとえ23条審判においても、若干なりとも真実を担保しようとする姿勢が欲しいものである。

認知訴訟の事件でも、DNA鑑定を用いた公表裁判例が存在する(たとえば、広島高判平成7年6月29日判タ893号51頁。本件判批として、拙稿「認知訴訟とDNAフィンガープリント」判タ908号64頁、1996年(『血統訴訟と真実志向』前掲書に所収)。

ことに、1審では父子関係の存在が認定されなかったが、高裁の段階で実施されたDNA鑑定(裁判記録からはその詳細は不詳)の検査結果から、父子関係の存在が肯定された。鑑定の合理性ないし科学性を論評できないという意味で、DNA鑑定の内容が示されていないことには不満が残るが、DNA鑑定を採用し、これを父子関係の存否についての証拠としたことは、高く評価することができる。

第2に、擬父が生存する生前認知訴訟においてはどうか。証明の程度については、一連の最高裁判所判決によって、「父子関係の存在を推認せしめる蓋然性の証明」である旨が確立されている。すなわち、①母と擬父(被告男性)との性関係の存在、②他男との性関係の不存在、

③子と擬父との間に血液型の背馳がないこと、
④父性の存在を推測させる擬父の言動、などの間接事実の総合判断から、父性の存在を推断するという方法がとられている。

上記のうち「血液型の背馳」にあっても、ABO式ほか5種類程度の血液型が利用されたにとどまり、認知訴訟のような父子関係の結合を目指す訴訟においては、少なくとも最高裁レベルでは、DNA鑑定はおろか、HLA鑑定も登場していないようである。

(f) 法医鑑定の望ましい姿

鑑定の機関、鑑定結果の公表など、これまで殆ど論じられていない問題について、若干の私見と要望を記しておこう。

①鑑定試料親子関係の存在を証明できなければ、敗訴するのは当然のことである。前掲・東京高判平成10年8月26日事件（判タ1025号266頁）では、母子関係の否定とDNA鑑定の問題を扱い、訴えているX女とC女との間に孫と祖母という関係がない（可能性が高い）、ゆえに判決は、X女と亡B女（戸籍上C女の母）との間には母子関係は存在しない、と帰結した。判決内容からは鑑定項目などの詳細を知りえないが、亡B女とX女が母子にある旨の直接証明の余地はなくはない（「イブモンタン事件」を想起されたい）。

しかし、そのためには鑑定試料、たとえば亡B女のDNAを抽出できる組織の一部（場合によっては遺髪など）が残っていれば、母子関係の存在を証明する可能性もあるが、そのような試料が存在しなかったものと思われる（法医の領域での母子鑑定に関する文献につき、福田昌子ほか「入院死亡患者を擬母とする母子鑑定」DNA多型5巻242頁を参照、97年。同論文では、臨床検査で使用した残りの血漿を試料とした母子鑑定例が報告されている。入院中の死亡であったことが、鑑定条件としては幸いであったケースといえる）。真実志向をいかに強化しようとも、「証明ができなければ敗訴する」との結論は止むを得ないであろう。

②鑑定機関と鑑定方法の明示 判決・審判の文書において、鑑定機関名が明示されていることは、学問の発展にとっても好ましい。鑑定

機関につき、大学・法医学教室を除外すれば、郵送による鑑定をセールスポイントにする会社が主流を占めているなかにあつて、鑑定の生命ともいうべき「被験者確認」に慎重な配慮をする業者もみられる。

補足しよう。少し古くなったが、鑑定機関の一つとして、多くの裁判例に登場する「帝人バイオ・ラボラトリーズ」発行の「DNA FINGERPRINT」との題名のパンフレット（年代不詳）7頁に記された「被験者確認」の項では、「採血時には、当社の社員が立ち会い、間違いなく本人から採血されたことを証明できる文書（サンプル文書）を作成します。この書面には、当事者本人の顔写真を貼り、採血担当医師が写真と同一人物から採血したこと確認し」と記されている。採血された血液と人物の同一性を担保する重要な手段である。

③結論を導く鑑定「結果」の明示——鑑定方法は複数実施されることが望ましく、かつ数値を含んだ結果を明示することが望まれる。過去の裁判例の中には、鑑定の方法が判決文では全く示されない場合が多い（たとえば、東京地判平成8・6・26判タ942号225頁）。望むべくは、せめてその結果数値を示してあれば、一層望ましいことかと思われる。

④鑑定実施にさいするガイドライン 父子鑑定を行うためのガイドラインの設定が望まれる。比較的最近のデータによると、一般の顧客を対象とした民間業者によるDNA鑑定が、この3年間で約5400件にも達し、その半数近い約2400件が郵送によるものであり、少なくとも14社が一般顧客を募集しており、そのうち12社が郵送での受け付けを行っているようである（毎日新聞2000年3月20日朝刊の記事による）。

(g) 検査への協力義務

この制度はわが国にはみられないが、前述したように、ドイツのみならず、ドイツ語圏3か国に共通して存在する制度である。本稿の本文では、検査協力義務については論及していないが、真実志向を論ずるうえで、きわめて重要な制度であるので、ごく簡単に触れておきたい

(最近の文献として、拙稿「オーストリア親子法と血液検査等の協力義務」前掲、および拙著『血統訴訟論』前掲29頁以下の「検査協力義務」の項を参照)。

第1に、現行法のもとでも検査の強制が可能である。この種の検査への協力を求める権利は、必要な場合に、裁判所の命令によって実施されるものである。しかし、父性の否認を求める訴訟とは係わりなく求めることができるとされる(『解説』12頁で明言される)。

それゆえ、身分登録上の父である擬父は、①まず、私的な出自鑑定により子の生物学的な出自を明らかにしたあとで、②それに続いて、父性否認(嫡出否認)手続を実行することが可能である(『解説』12頁参照)。

第2に、DNA親子鑑定の許否という問題も極めて重要であるが、ここでは検査強制に触れるにとどめる。

わが法の下では、検査の強制は困難である(解釈論として強制手段はない、と解される。内田貴『民法要論』204頁)。ところが、前述のように、外国法制をみれば、検査をうけるべき相手が特定していれば、親子鑑定を行うにつき、間接強制または直接強制により検査を強制する法制が増加している。この点については別稿で詳述しているので、ここでは繰り返さない(簡潔には、拙著『血統訴訟論』前掲29頁以下の「検査協力義務」の項を参照)。

一言だけ補足しておけば、①真実志向を論ずるうえでは、検査強制ないし協力義務の問題が、きわめて重要であり、かつ、②人工補助生殖の領域と並行して、親子発生のあるべき姿を論ずべきである、ということだけ、指摘しておきたい。

第3に、強制するには、対象となる人物が特定している必要がある。そのさい、母の口から交渉相手の男性の氏名を明かされる必要がある場合もある(母の協力義務)。これにつき、有力説によれば、母は懐胎について必要な供述・証言をする義務があると解されている(通説)。

とくに親子法の第一人者であるヘクナウワー(元チューリッヒ大学)教授によれば、母は父子関係の発生することについて、子に対して責任が

あるともいわれる。法律的にも、「母は、懐胎させた男性に対して、その名前を守秘する旨を適法に約束することはできない」ともいわれるから、そのような約束があっても無効という趣旨であろう。この問題も、興味のもたれるテーマである。

第4に、「不当拒絶に対するサンクション」については、間接強制との違いを論ずるうえでも、立法にあたっては、慎重に論ずべき項目のひとつであろう。

第5に、前述したように、鑑定方法、鑑定機関などについての項目も、規定の制定ないしガイドラインの制定が必要であろう。

第6に、このような制度を採用するか否かは、つまるところ、真実志向をどの程度重視するかの違いに尽きるであろう。注目すべきは、生殖法の領域では、わが国ですら、生殖補助医療法において、子から真実の「父を知る権利」を肯定する方向にあることである。

いずれの国の「父を知る権利」も、法律上の父子関係の形成を目的とする認知訴訟まで許容することはないとしても、事実のレベルにおいてであれ、「父を知る権利」を認めるという構造は、生殖法以外の領域への拡大を認めるか否かを論じるべきであろう。

第7に、自己認識のためには、自己の出自を知ることが重要という認識に立ち、憲法において、出自についてのデータにアクセスすることを認めたのである。

憲法の規定で示される表現では、「何人も自己の出自に関する記録を入手することが、保証されなければならない」(憲119条2項g)と規定される(詳細については、松倉「スイス法における血統認識権の新たな展開」アカデミア 人文・社会学編74号479頁-536頁、2002年、を参照されたい)。このような規定が最高法規である憲法に定められたわけであるから、出自を知らせるべしという要請は、他の国より強く働くといえるであろう。とくに注目すべきは、この規定の適用範囲が、人工補助生殖法の領域にかざられていないことである。

(4) 3か国の比較

以上3か国の否認権，出訴期間と起算点に限定して表にすれば，次頁のごとくである。

〔図表 1 否認構造の比較〕

	ドイツ (2004年法, 2008年法)	スイス (1976年法, 2013年法)	オーストリア (2004年法)	日本 (1947年法)
真の父の訴権の可否	母と交渉をもった旨を，宣誓により保証した男は，身分登録（法律）上の父と，子との父子関係の不存在を求める訴権を有する	訴権なし	訴権（申立権）なし	嫡出否認権はない ただし，場面により，親子関係不存在の主張の余地あり（父性推定の及ばない子であるという場面で）
その出訴要件	①男が子の真の父であること， ②親子間に，親密な関係が存在しない，または，存在しなかったとき 〔注意〕 ③登録上の父の死亡後は，真の父の否認は困難 ④否認後，父から真の父に対する「扶養料返還請求」が可能（通説か？）			
その他の権利者とその要件	①母（2002年から） ②子（1998年から） ③遺伝上の父（2004年から） いずれも，第一次訴権者である 〔例外〕 人工授精に同意した父母には，父子関係を否定する権利なし 但し，子は否認可能	①母 訴権なし ②子（76年から）成年後1年間 ③身分登録上の父 いずれも，第一次訴権者 〔例外〕 人工授精に同意した父には，父子関係を否定する権利なし	①母 訴権なし ただし，子の法定代理人として活動可能 ②子（2004年）。自己の出自を知る権利を容認 ③身分登録上の父 （注意） 検事訴権を廃止（2004年）	①身分登録上の父のみ。 ただし，利害関係人は，場面により，親子関係不存在の主張の余地あり 〔例外〕 人工授精に同意した父は父子関係を否定する権利なし（裁判例）
出訴期間（とくに，起算点）	①登録簿の父も，真の父の場合も，子の非嫡出性を示す事実を認識したときから，2年。 ただし，真の父の起算は，登録簿上の父と子との家族の関係が崩壊したときから。 ②子は，上記の認識+成年（18歳）に達してから，2年	なし ①父が，子の非嫡出性を認識したときから1年 絶対期間は5年 ②子は19歳まで ③特別による期間延長がある 〔注意〕 事情の認識の程度は，「否認原因覚知」に近い	なし ①子の非嫡出との事情を知ったときから2年（2004年に2年に伸長） 〔注意〕 ②夫には，30年の絶対期間あり ③事情の認識の程度は，「否認原因覚知」に近い	規定上なし ①子の出生を認識したときから起算 ②親子不存在確認の場合には，別扱い
身分訴訟に限られるか	①たとえば，身分の効力を伴わない遺伝的出自の確定を求めることは不可 ②かつては「扶養の父」の制度あり（現行なし）	身分訴訟のみ可能	身分訴訟のみ可能	身分訴訟のみ可能
親子鑑定のための検査強制制度の存否	①強制制度がある 機能：原告の証明が相対的に楽 ②命令違背に際しては，直接強制を認める	①強制制度あり ②命令違背に際しては，間接強制のみ（約10万円程度の過料）	①強制制度あり ②命令違背に際しては，直接強制を認める	制度なし 解釈：解釈による強制許容は困難（通説）
特記事項		憲法で，子の「父を知る権利」を保証する（2000年）		

〔図表2 出訴期間と起算点〕

	ドイツ	スイス	オーストリア
起算点	起算点の違い (1) 原則 否認権者が、父性に反する事情を認識したときから（2年の期間が）進行する。 ただし、父子間に家族的な関係が存続している場合には、期間は進行しない（1600条b1項2文で明記）。 (2) 特別事情のある場合 否認権者が詐欺や強迫などにより、出訴を妨げられたときは、期間を経過した後にも出訴が許される（同条6項）。 (3) 子の場合 成年後、2年内。 代理人による出訴といった違いを除けば、父と同列に扱われる。	起算点の違い (1) 原則 子の出生に加えて、下記の事実を知ったときから進行する。 ①自己が子の父ではないこと、 ②第三者が懐胎可能期間中に母と性交渉をもったという事実を知ったときから進行する、 ③子の出生のときから5年で訴権は消滅する。 (2) 例外：特別事情のある場合 「重大な事由」のある場合には、例外扱いされる。 (3) 子の場合 成年後2年、20歳に達するまで出訴可能。 加えて、上記「特別事情」規定の適用がある。	起算点の違い (1) 原則 「子の非嫡出との事情」を知ったときから起算する。 解釈：「事情」は嫡出性につき、強い疑いを抱いてしかるべき場合をいう。 (2) 特別事情のある場合 「不可避的な出来事」を理由とする期間進行停止との制限がある。 (3) 子の場合 成年に達してから2年。 加えて、上記「特別事情」規定の適用があるので、それにあたれば、出訴期間が伸びる可能性がある。

Ⅳ〔参考資料〕現行の規定

以下では、親子に係わる条文のみを示しておく。参考条文として示しているドイツ法（ド民と略記）、オーストリア法（オ民と略記）、フランス民法（フ民と略記）の条文は、スイス親子法の全面改正が実現された1976年（施行は1978年）当時のそれである。

今回・2012年に改正を受けた部分以外も示している。わが国では、スイス民法の条文集すら所有されない研究者が大半であろうと推測される。とすれば、「第7節 親子関係の発生」に係わる全文を示す方が、全容についての理解を得ることに役立つと思えるからである。

第7節 親子関係の発生

第1款 総則

第252条（A. 親子関係の発生通則）

①子と母との親子関係は、出生により発生する。

②子と父との親子関係は、父母の婚姻により創設されるか、または、認知もしくは裁判官により、確定される。

③その他、親子関係は、養子縁組により発生する。

〔参考：フ民〔72年1月3日付け親子法〕311以下・343以下，ド民1591〔69年8月19日付け非嫡出子法〕1600a以下，オ民〔78年5月19日付け法〕231以下・291以下〕

第253条（B. 親子関係の確定および否定 I. 管轄）

親子関係の確定または否定の訴えは、子の出生時の当事者の住所地の裁判官、または訴え提起時の住所地の裁判官に対して、これを提起しなければならない。

第254条（Ⅱ. 手続）

親子関係の確定または否定の手続は、下の規定を留保して、カントンの訴訟法による：

- 1 裁判官は、職権により事態を探究し、自由な確信に従って証拠を評価する；
- 2 当事者および第三者は、〔子の〕出生を明らかにするために必要であり、かつ健康に危険が存しないかぎり、〔親子〕鑑

定に協力しなければならない。

第2款 夫の父性

第255条（A. 推定）

①婚姻中のまたは婚姻解消の日から300日以内に生まれた子は、夫の子と推定する。

②それ以降に生まれた子は、婚姻の解消前に懐胎された場合にかぎり、前項の推定を適用する。

③夫が失踪宣告を受けていたときは、300日の期間は、死亡の危険の去ったときから、または最後の音信のときから、これを起算する。

〔参考：フ民311以下，ド民1591-1592，オ民138〕

第256条（B. 否認 I. 訴権）

①〔夫の〕父性推定は、判決によって、これを否認することができる：

1 夫によって；

2 子が未成年のあいだに、父母の共同世帯が解消されたときは、子によって。

②夫の訴えは、子および母を被告とし、子の訴えは、夫および母を被告とする。

③夫が第三者による懐胎を承認したときは、その否認権を失う。

〔参考：フ民312以下，ド民1594以下，オ民156以下〕

第256条 a（Ⅱ. 訴因 I. 婚姻中の懐胎）

①子が婚姻中に懐胎されたときは、原告は、夫が父でないことを証明しなければならない。

②子が婚姻成立の日から180日以降、または婚姻解消の日から300日以内に生まれたときは、婚姻中に懐胎したものと推定する。

〔参考：フ民311・325-326，ド民1591，オ民156以下〕

第256条 b（2. 婚姻前のまたは共同世帯解消中の懐胎）

①子が婚姻の成立前に、または共同世帯の解消中に懐胎されたときは、否認の訴えは、その他の〔事実の〕証明を要しない。

②前項の規定にも拘らず、夫が懐胎期間中に、母と同衾したことが疎明されたときは、夫の父性が推定される。

〔参考：フ民314，ド民1591〕

第256条 c（Ⅲ. 出訴期間）

①夫は、子の出生および自分が子の父ではないことを知ったときから1年以内に、否認の訴

えを提起しなければならない。

②子は、遅くとも成年に達したときから1年以内に、否認の訴えを提起しなければならない。

③訴えの懈怠が重大な事由に基づくときは、前2項の機関を経過した後においても、なお否認の訴えを提起することができる。

〔参考：フ民312以下，ド民1594以下，オ民156以下〕

第257条 (C. 推定の重複)

①母の婚姻解消後300日の経過前に母が新たな婚姻を締結したときは、後婚の夫を父と推定する。

②前項の推定が〔256条以下の規定に基づき〕否認されたときは、前婚の夫を父と推定する。

第258条 (D. 父母の訴え)

①夫が出訴機関の経過前に死亡したとき、または判断無能力となったときは、否認の訴えは、夫の父または母が、これを提起することができる。

②前項の場合には、夫による否認に関する規定を準用する。

③1年の出訴期間〔256条c〕は、夫の死亡または判断無能力を知ったときから起算する。

〔参考：フ民316の1・2，ド民1591，オ民156〕

第259条 (E. 父母の婚姻)

①父母が婚姻したときは、それ以前に生まれた子については、夫の父性が認知または判決により確定されたときから、婚姻中の出生子に関する規定を準用する。

②認知は、これを取り消すことができる：

- 1 母によって；
- 2 子が未成年のあいだに、夫婦の共同世帯が解消されたとき、または子が12歳に達したのちに初めて認知の意思表示がなされたときは、子によって、または子の死亡後はその直系卑属によって；
- 3 夫の本籍ゲマインデ、またはその住所地ゲマインデによって；
- 4 夫によって。

③〔前項の取消については、〕認知の取消に関する規定を準用する。

〔参考：フ民329，ド民1719以下・1735以下，オ民161〕

第3款 認知および父性確定判決

第260条 (A. 認知 I. 管轄と方式)

①親子関係が母に対してのみ存するときは、父は子を認知することができる。

②認知者が未成年者または禁治産者であるときは、その父母または後見人の同意を得なければ、認知をすることができない。

③認知は、身分登録官に対する意思表示もしくは遺言によって、または父性確定の訴えが係属中であるときは、裁判官に対する意思表示によって、これを行う。

〔参考：フ民334，ド民1600 a 以下，オ民155〕

第260条 a (II. 認知の取消 1. 訴権)

①利害関係人、とくに母、子、子の死亡後はその直系卑属、および認知者の本籍地のまたは住所地のゲマインデは、認知の取消を訴求することができる。

②前項の訴えは、認知者が、彼自身のまたは彼の近親者の生命、健康、名誉もしくは財産に対する、急迫かつ著しい危険を伴う強迫の下に、または自己の父性についての錯誤により、子を認知したときにかぎり、これを取り消すことができる。

③〔認知取消の〕訴えは、子自身が原告でないときは、認知者および子に対する訴えによってこれを行う。

〔参考：フ民339，ド民1600 a 以下，オ民164以下〕

第260条 b (2. 訴因)

①〔前条の場合において、〕原告は、認知者が子の父でないことを証明しなければならない。

②認知者が懐胎期間中に母と同衾したときは、母および子は、前項の証明をしなければならない。

〔参考：フ民339，ド民1600 a 以下，オ民164以下〕

第260条 c (3. 出訴期間)

①〔認知取消の〕訴えは、認知および認知者が父でないことを知ったときから、または第三者が懐胎期に母と同衾したことを知ったとき、または錯誤を発見もしくは強迫を免れてから、1年以内にこれを提起しなければならない。いずれの場合でも、認知のときから5年を超える

ことはできない。

②〔前項の場合において、〕子は、成年に達したときから1年の経過するまでは、なお訴えを提起することができる。

③〔前2項の〕期間の経過後にあっても、訴えの懈怠が重大な事由に基づくときは、さらに〔認知〕取消の訴えを提起することができる。

〔参考：フ民339，ド民1600 a 以下，オ民154〕

第261条 (B. 父性確定の訴え I. 訴権)

①母および子は、父性確定の訴えを提起することができる。

②前項の訴えは、父を被告とし、父が死亡しているときは、順次その直系卑属、父母、または兄弟姉妹を被告とし、これらの者が存在しないときは、父の最終住所地の管轄官庁を被告とする。

③父が死亡しているときは、裁判官は、その寡婦の利益を守るために、訴え提起の事実を寡婦に通知しなければならない。

〔参考：フ民334以下，ド民1600 a 以下，オ民163 b 以下〕

第262条 (II. 推定)

①子の出生前300日から180日までの間に、被告が子の母と性交渉をもったときは、被告を父と推定する。

②子が300日より前に、または180日より以降に生まれた場合でも、子の懐胎期間中に被告が母と性交渉をもったときは、〔同様に〕被告を父と推定する。

③被告が、子の父ではないことを、または第三者が父である蓋然性がより高いことを証明したときは、前2項の推定は及ばない。

〔参考：フ民340以下，ド民1600，オ民163〕

第263条 (III. 出訴期間)

①訴えは、子の出生前または出生後に、これを提起することができる。ただし、下の期間内に提起しなければならない：

- 1 子の出生後1年の経過するまでは、母によって；
- 2 〔子が〕成年に達してから1年の経過するまでは、子によって。

②すでに他の男性との間に親子関係が存在す

るときは、その親子関係が排除された日から1年以内に、訴えを提起しなければならない。

③〔前2項の〕期間経過後にあっても訴えの懈怠が重大な事由に基づくときは、さらに訴えを提起することができる。

〔参考：フ民340-344，ド民1600a以下，オ民163b以下〕

(2012年9月18日脱稿)