

資料

二〇一三年施行、
新オーストリア親子法と
嫡出否認規定

松倉耕作

目次

- I はじめに
- II 嫡出推定
- III 父性の否認
- IV 推定の排除
- V 否認権者
- VI 父性不存在の証明
- VII 証明の程度
- VIII 出訴期間
- IX 認識の基準
- X 要約

I はじめに

第1に、本稿は、2013年01月公表の「親子改正法」（施行日は規定により異なるが、大半の規定は、13年2月1日施行である）の概要を紹介することを目的とする。改正法は、親子については、ほぼ全面改正といえる。

第2に、別稿にて、「新法」の条文訳と「政府草案」の条文訳を行っている¹⁾。比較法作業の意義という視点からすれば、成立段階の草案よりも、すでに法律として成立した改正法の条文である方が、より利用価値が高く、かつわが国での使用に耐える参考立法例となるであろう。筆者の執筆の都合から、改正法的全訳は、別稿にて行う予定である（月刊誌「戸籍時報誌」13年5月号以下で、連載中である）。

外国法、わけても日本でまったくといえるほど馴染みのないオーストリア家族法の「改正」内容のみを素描してみても、わが国の研究者には、全体内容を理解しにくいのではないと思われる。そこで本稿では、読者の理解を助ける意味で、つぎの2つの要素を加味している。すなわち、①旧法（2013年1月31日まで効力を有したそれ）との違いを示しながら、かつ、②ごく簡単に、オーストリアの隣国であるスイス法やドイツ法とも関連づけて、オーストリア法の位置づけの参考としている。

第3に、改正法の記述にあたっても、現行法はもとより、それ以前の旧法との違いを示す方が、読者にとって理解を助けるかと思われる。それゆえ、現行の規定（本稿の公表時においては、すでに旧法）などとの違いに留意しながら、制度の概要を紹介していく。とはいえ、改正法の内容については、本稿を執筆している段階では（13年5月）、本国オーストリアにおいてすら、参考となる文献がないに等しいという状況にある。

1) 親子法に関する政府草案の条文訳は、下記で紹介している。なお、下記（その1）では、旧法の規定をも訳出しているので、旧規定との違いに関心を抱かれた読者は、それを参照されたい。

①拙稿「2012年オーストリア親子法に関する政府草案について（条文訳—その1）本誌27号109頁以下、2013年；②拙稿「2012年オーストリア親子法に関する政府草案について（条文訳—その2）」本誌本号に掲載。

③新法の邦訳については、拙稿「2013年オーストリア親子法（条文訳）」戸籍時報697号以降（13年5月号—9月号に掲載の予定）、2013年、を参照されたい。

このような状況は、ドイツにおける状況とは著しく異なっている。このような状況にあることを、とくにドイツ法の研究者の理解をいただきたい。ちなみに、法改正が実現されたあとには、連邦議会での議事録を別とすれば、新法・改正法の内容を解説する公式の資料は、公表されないのが通例である。

第4に、抽象的な論議よりも、実態を知ることができるという意味から、2013年の改正前の旧法のもとでの裁判例にも言及することを重視した。「生ける法」を知るためである。本稿において、裁判例を比較的多くとりあげているのは、このような配慮のゆえである。

もっとも、オーストリアの判例集は、記述が簡略であるものも少なくないので、判決内容に少し物足りなさを感じさせる場合もあるかも知れない。(とくに、家族法を主な収録対象とする判例集であるEF誌[下記で多出する]での紹介は、ボリュームの点では、わが国での「判決要旨」に近い例も少なくない)。そのことを予めお断りしておきたい。

なお、オーストリア親子法の全容については、筆者が著した書物がある²⁾。同書では、わが国風にいえば、嫡出、非嫡出、養子(縁組)、親子関係の効力、のすべての項目を素描している。

第5に、今後の執筆予定につき補足すれば、改正条文の邦訳は試みるが、それに詳細な解説をつけるのは、せめて複数の概説書が出版されるのを待ちたいと考えている。オーストリアにおいても、概説書が出版される時期は、この10年で、それ以前の出版情況に比べて、随分と早くなった感があるが、ドイツに比べると、いまなお質量ともに、かなり遅いというのが実情である。

とくに、否認権行使に制約を認める「解明手続」の内容は、殆ど知りえない。

そのような事情にあるので、改正法に関するコンメンタールや体系書などが公表された段階で、多少なりとも使用に耐えるレベルの紹介を行いたいと考えている。

第6に、比較法の視点からみれば、本稿で記述の対象としている嫡出否認制度(オーストリアでは、正確にいえば、「[母の] 夫の父性否認」と呼ばれる)のなかでは、とくに否認権者の範囲と出訴期間の起算時期が、参考となる。特色をいえば、「血縁志向度」において、オーストリア法は、真実の血縁関係を法律上のそれに近づけるパイプが太く、その意味で、真実の血縁関係を回復する道が広くなるという機能を有し「真実志向の強い」立法である、と評価することができるであろう。

最後に、本稿で扱う対象について、お断りしておこう。

新親子法では、つぎの項目を対象としている。さしあたり本稿で扱うのは、夫の父性(わが国での嫡出推定と嫡出否認の2領域)に限られる。その他に、認知・裁判認知、養子縁組、親子関係の効力、などの領域も改正されているが、それらは別稿で扱う予定である。参考のために示せば、改正の全容は、下記のごとくである。

1 親子関係の権利・義務

- 1) 総則規定(新137条一)
- 2) 子の出自(新140条一)…………この部分が本稿の対象である
- 3) 父の認知(新145条一)…………次号以下で扱う予定である
認知無効(新154条一)
- 4) 裁判認知(新148条一)

2 効力関係 別項の用意がある

- 1) 子の名前(新155条一)
- 2) 親の配慮(新158条一)
- 3) その他の権利義務(新186条一)

2) 拙著『概説オーストリア親子法』嵯峨野書院, 223頁, 2003年。

ちなみに、親子法以外の婚姻法の領域については、拙著『概説オーストリア婚姻・離婚法』嵯峨野書院, 337頁, 2005年, また、条文訳としては、拙著『オーストリア家族法・相続法』信山社, 201頁, 1993年, などがある。上記の条文訳では、民法のほか、婚姻法, 身分登録法などの家族法に係わる特別法の邦訳も収録している。

- とくに、面会交流、代理（新186条—）
3 その他の法律の改正

- 1) 婚姻法
- 2) 非訟事件手続法

II 嫡出の推定

この分野の雑誌論文については、とくに、Kozior / Welser, Familienrecht, 11. Aufl. 2000, S. 468 ; Rummel, Kommentar Vor §137 und 138 ; Dittrich / Tades, ABGB, 2011 など所掲の文献を参照されたい（すべて極めて有名な書籍である。以下、この趣旨を簡略に記す）。

まずは、全体にわたる構造について素描しておこう。

1) 出自法における規定の構造の変更

旧法（2013年1月31日までの規定）では、互いに別べつの3つの層に分けて規定されている。すなわち、①137条b-138条d、②156条-158条、③162条-164条の3層である。

新法では、これらを統一する「総則」という一つの款が設けられた。それにつき「草案解説」（19頁）に基づいて補足すれば、①行為能力および出自事件の権利承継についての一般的な執行・実行の規定につづいて、②母の出自および父の出自が規定され、③最後に、統一的に出自の否認・否定が規定されている。さらに、父性承認の法的効果のみならず、母の夫の父性不存在の確定についても、規定される（2013年1月31日まで効力を有した旧法では、それは156条に規定される）。

内容面では、とくに下記2点の変更がなされた。

- ①新140条の規定 新140条は、現行の138条a 1項に相應する。
- ②新141条は、旧138条bに相應する（以下で、「旧法」というのは、2013年1月31日までの規定である。以下同様）。

2) 出自事件の法的効果

立法者の説明によれば、新142条は、旧138条a 2項を承継している。結論において、夫の権

利承継者による父性承認は、許されない。補足しよう。

新142条は、（旧規定、を意味するが、草案の解説ではいうまでもなく、「現行規定」と表示されている）138条a 2項に相應する。2004年の家族法変更法（官報2004年I部第58号）に基づき採用された形式につき、夫の権利承継者による父性承認は、改正前には、学説の議論の対象とされていた。用語の変更により、つぎのことが明らかにされることが要請されていた。すなわち、出自の存否の確定、権利承継者による、またはこれに対する父性承認の無効の確定、を行なうことができるだけでなく、夫の権利承継者による父性も認められるべきである、と（政府草案の「解説」による）。

3) 旧規定との関係

結論のみを記しておけば、下記のごとくである。

- ⑤新145条は、旧163条cに相應する。
- ⑥新146条は、旧163条dに相應する。
- ⑦新147条は、旧163条eに相應する。
- ⑧新148条は、下記のように変わる。

新148条は、旧163条に相應する。裁判所での文書の形式でなされる生殖補助医療についての同意という可能性は、2011年Budgetbegleitgesetz（官報2011年I部2010年法111号）により排除された。それゆえ同意の意思表示は、公正証書の形式でのみ許されることになった。それに応じて、新法では、規定の適応がなされている。

⑨新149条は、旧163条aに実質的に相應している。

- ⑩新150条は、旧163条bに相應する。
- ⑪新151条は、旧156条に相應する。
- ⑫新152条は、旧157条に相應する。
- ⑬新154条は、旧164条に相應する。

III 父性の否認

第1に、否認の説明にはいる前提として、「子を出産した女性が、〔子の〕母である。」（新143条）。さらに、父となるのは、下記の男性である（ちなみに、新法は、婚外出生子と婚内出生子とを

統一的に規定している)。

第144条

(1) 下記の男性が子の父である、

1. 子の出生時点において、母と婚姻している男性、または母の夫として、子の出生前300日を超えない時期に死亡した男性、または

2. その父性を認知した男性、または

3. その父性が裁判において確定された男性。

(2) 1項1号により、複数の男性が父の可能性があるときは、最後に婚姻関係にあった男性が父である。

上記の規定のうち、母の夫の父性(わが国でいう嫡出)に係わるのは、1項1号である。

第2に、規定の違いについてみれば、嫡出の否認(旧156条、新153条)について、旧規定のエッセンスを抜き出せば、母の夫(子の推定上の父)は、1年間子の嫡出を否認することができる(旧156条1項。2項・3項は、出訴期間に係わる規定ゆえ、記述を省略する)。新法では、この出訴期間が2年に延ばされた(新153条1項)。

1) 嫡出の否認について

a) 通常の場合

第1に、旧規定によれば、母の夫の(父性)否認期間は、古くは1か月、旧々法では6か月、旧法では1年、新法(2013年施行法)では2年と拡大されてきている。期間の長さよりも、その起算点につき、わが国とは大きな違いがある(間接には、「第2に」を参照)。

第2に、期間の起算点は、要するに、夫が子の非嫡出という事情を知ったときから始まる(旧2項)。この点は、わが法の構造と大きく異なる。条文にいう「非嫡出の事情」というのは、簡単にいえば、自分の子ではない[らしい]と認識することをさしている。

これについて新法(153条1項)では、「子が母の夫に由来しない旨の確定(の)申立」は、「それに係わる事情を認識してから2年以内に」申し立てる必要がある。旧法と比べて、少し表現が異なるが、その趣旨に違いはないであろう。

第3に、夫に否認できない不可避的な事情が

あるため、否認することを妨げられたときは、期間の進行が停止する(旧3項)。

新法でも、若干表現が異なるが、結論において、同じような趣旨の規定が用意されている(新3項)。

つまり、上記「第2に」に述べたことに追加して、さらに例外、もっと期間が延長されることを認めていることである。

第4に、日本との違いに触れれば、第2と第3とが異なる。分けても、比較法の面からみて興味深いのは、日本では、子の出生を知ってから期間が進行する(777条)が、オーストリアでは、たとえば子が成年・18歳に達したあとでも、否認権の行使が可能となる場合があるということである(詳細は後述する)。

Ⅳ 推定の排除

まず初めに、推定排除の方法は後述するとして、それに先立ち、排除の前提となる推定規定の内容を示しておこう。

1 推定規定

(1) 通常の場合

まず、規定の違いに触れておこう。

旧法下での規定によれば、父母の婚姻の離婚・取消後、または無効宣告後、に出生した子は非嫡出子である。母の夫が死亡したあと300日を経過したのちに出生した子も、同様に非嫡出子である(旧155条。人工受精子については、特則がある。同2文後段参照)。300日の規定は、夫の死亡のさいにのみ係わり、離婚の場合には、対象とされていないことが、注目される。

新法下での規定の面では、規定の仕方が少し異なる(婚内出生と婚外出生とを統一的に規定したことも、その一因)。婚姻中の出生子、父の死後300日以内の出生子が嫡出子である(前掲新144条1項1号)。わが法と比べると、離婚後の出生子が父の子との推定から除外されていることが、注目される。わが「300日問題」にも係わる問題である。

これについて、「母の婚姻成立後、または母

の、離婚、婚姻取消、婚姻の無効宣告後300日以内に出生した子は、嫡出と推定する」(旧138条1項1文。以下、とくに明記しないかぎり、旧の規定を意味する)。婚姻中出生子・懐胎子を嫡出と推定する点は、たとえばスイス法などとも扱いが同じである。「比較的最近の立法によれば、子の嫡出は、婚姻中の出生で足るとされる傾向」にあり(拙著『スイス親子法』4頁, 1980年)、オーストリア法も、新旧ともに、そのような動向に沿っている。たとえば、Kozior教授も、「婚姻中に出生した子はすべて嫡出であり、婚姻前に懐胎されたか否かは、問題ではない」と述べる(Kozior / Welser S.469 I A 1。なお、別居中懐胎子の扱いは後述を参照)。

ところで、スイス法の下では、嫡出性の推定力に強弱の差が認められ、推定力が弱い場面、たとえば裁判別居中の懐胎子ないし婚姻後180日以内の出生子にあっては、否認が比較的容易とされる(拙著『スイス親子法』前掲4-5頁, 8-10頁, 156頁等参照)。

オーストリア法では、それに相応する規定はみられない。比較的近時の文献では、別居中の推定力に言及するそれを見いだすことができなかったが、精神病院に入院中の例(判例集GU 1981後掲)においては、裁判別居中であっても、夫婦が交渉をもちうような接触をもてば、推定が回復する旨を明言する例がみられる。上記判決よりすれば、別居中の懐胎であることが証明されれば、わが法流に表現すれば、「推定が及ばない」と扱われていることになろう。

わが民法下では、200日以内の出生かそれ以降の出生かにより、否認権者の範囲や出訴期間の差が大きく異なる。違いが大きすぎるともいえる。比較法の視点からみると、他人の子を宿している女性との結婚が比較的少ないであろうことや、婚姻前懐胎はむしろ2人の婚前交渉によることが多いこと等を考え合わせれば、今後大いに検討を要する構成かと思われる。

他方、婚姻解消後300日以内の出生子(2000年改正のおり、隣国の法制に近づくべく302日から300日に短縮された)について、スイス法もオーストリア旧々法も、結論において、上の出生子を嫡出

と扱う点では一致する。ただ、スイス法は300日の期間を絶対視しておらず、たとえば305日目に出生した子についても、解消前懐胎との証明をなす余地を解釈により認めているので、もしオーストリア法が300日を絶対視するのであれば、その限度で違いが生じることになる。なお、解消の内容が、①夫の死亡、②離婚、③婚姻の無効宣告、のすべてを含むこと、これまた両法は一致する(拙著『スイス親子法』前掲6頁参照)。

ついで、新法での扱い(新151条参照)を確認しておこう。

第1に、婚姻中の出生子は全て(母の)夫の子と推定される。結論において、旧法と同じ扱いである。

第2に、とくに母の夫の死亡後300日を経過する前に出生した子は、夫の子と扱われる。この点も、少し表現の違いはあるが、結論に相違はない。

(2) 再婚後の男性に推定が及ぶ場合

第1に、旧法では、重複する場合の扱いにつき、原則として後婚の夫を父と推定された(138条2項1文)。これが排除された場合に前婚の子と扱うとの構成は、近時の比較法的動向(拙著『スイス親子法』前掲145-46頁)とも一致する。身分関係における事実先行という経験則に基づくものであることは、いうまでもないであろう。

第2に、後婚の夫との切断後には、「後婚の夫と子との親子関係が否認されたときは、その判決の確定したときから、前婚の夫を父と推定する」(同2文)。

第3に、旧々159条b(43年制定。77年法第403号により削除)では、母の再婚などにより推定が重複する場合を定める。規定の表現方法はかなり異なるが、その趣旨は、前述した旧138条2項と同じである。すなわち、①推定が重複するときは、後婚の夫を父と推定する、②後婚の子との関係が否認されたときは、その判決の確定したときから、前婚の夫を父と推定する。それゆえ、

これに関する新法文献の殆どない状況の下では、旧法文献（「家族法整合令」改正施行以降である43年以降のそれであるかぎり）も、新法下でも役立つことを付け加えておこう（さしあたり、siehe Klang / Plessl, Kommentar S.125f.）。

第4に、新法での扱いについていえば、前記144条「1項1号により、複数の男性が父の可能性があるときは、最後に婚姻関係にあった男性が父である。」（新2項）。たとえば、前婚の離婚後に再婚し、その婚姻中に出生した子は、当然のこととして後婚の子と推定されるということである。

2 推定の排除

推定排除の証明方法について説明しよう。

第1に、排除を行う場面について、旧法下では、推定排除の内容に係わる規定は存在せず、解釈に委ねられていた。その結論のみを示せば、①父性の不存在的ないし不可能の証明、または、②確実に近い父性の非蓋然性（die an Gewißheit grenzende Unwahrscheinlichkeit）の証明により排除される（通説・判例。OGH 18.4.1974 SZ 47 45後掲（ただし傍論）；Gschnitzer, Familienrecht S.77）。

第2に、新法では、「母の婚姻中または夫の死亡後300日を経過する前に出生している子が、母が夫の子ではないことが確定されたときは、裁判所は、申立に基づいて、その旨を確定しなければならない（新151条1項）。

3 スイス法との違い

違いをあまり明らかにすることができなかった。つまるところ父性不存在的ないし不可能、または確実に近い非蓋然性の証明により、推定が排除されるのであろうが、スイスでは、①父子間の血縁関係の不存在的との証明のほかに、②性交渉の不可能、たとえば心理的もしくは状況的性交渉の不可能を認める点で、理論的にはスイスの方が否認立証の範囲が広い、といえなくもない（拙著『スイス親子法』18頁以下参照）。詳細については、後述する「否認原因」のところで扱うことにする。

（1）相対的非蓋然性との証明の可否

ここで父性の相対的非蓋然性（relative Unwahrscheinlichkeit）との証明は、非嫡出子であるとの父性をめぐる争い（これにつき、次稿「裁判認知」を参照。）においてのみ問題とされ、嫡出生子の父性推定の排除をめぐる争いでは、問題とされない。これについては、下記のような判例の変遷がみられる。

（2）旧判例

推定排除の方法は、嫡出否認の場合でも、非嫡出子の場合でも、同じであると解されている（判例）。具体的な判例をみて見よう。

最判51年7月4日（後掲 OGH 4.7.1951 SZ 24 181）

最判51年後掲（事案内容は、後述3・（ア）参照）では、否認訴訟を提起した原告たる夫が、嫡出否認の場合の方が立証の程度を緩和されてしかるべきである、すなわち、他男の父性の方が蓋然性が高いとの鑑定があるのだから、否認が認容されてしかるべし、との趣旨の主張をなした。

判決はこの主張を認めない。「両推定（排除）の扱いを異にすべき法律上の要件を欠いている」（すなわち、条文上の根拠なしとの意味かと思われる）、理論的には、原告の主張とは逆に、むしろ156条すなわち嫡出否認訴訟のさいの方が子は父を失うことになるのだから、より厳格な証明（父でないとのそれ）が要求されてしかるべきくらいである、との立場を述べる。結局、結論において、証明の程度は、解釈論としては同じである、と帰結したのである。

上記の判決当時は、非嫡出子法がいまだ改正されていない。つまり、「相対的蓋然性決定方式」が明記されていなかったのも、今日と異なり旧138条と旧163条とで条文上の違いが存在しないことに注意を要する。さらに本件は、夫の父性よりも他男のそれの方が蓋然性が高いと認定する。しかし、上の根拠が血液型検査から導かれたものではないので、その点でも判例としての価値が低いといえよう。

(3) 新判例

そのご、後掲74年判決により、判例の立場が変更された。新判例の下では、嫡出否認訴訟との場面では、父性の相対的蓋然性を根拠とする嫡出否認訴訟の認容は認められないとされる(OGH 18.4.1974 SZ 47 45 = EF 22.132後掲。同旨、OGH 1.7.1976 EF 26.697)。

最判74年4月18日前掲 (SZ 47 45)

事実関係は必ずしも明らかではないが、判決文から推測すると、原告W男とT女との間に生まれた被告子につき、W男が嫡出否認の訴えを提起。T女の愛人H男の父性蓋然性が、より父性蓋然性が高いこと等を根拠とする。

判決は、父性の相対的蓋然性との証明は、非嫡出父性推定の排除の場合にのみ許され、嫡出否認訴訟においてそれは許されないと帰結。その根拠として、①138条と163条の条文上の違い、②たとえ夫の父性蓋然性が他男のそれよりも低くとも、父性が排除されるわけではない、との嫡出推定の構成から生じる違い、をあげる。

相対的非蓋然性との証明手段は、70年非嫡出子法(71年施行)で初めて明記されたものであるが、138条(嫡出推定)にはそのような規定がみられないことが、最大の根拠とされていることが知れる。結論において、当時の通説(Koziol/Welser, Grundriss, 2.Aufl., 1972, S.128f.)に従ったものである(現在の学説として、Ehrenzweig/Schwind, System § 20 B S.139)。

(4) 性交渉と子の出生とが300日を超える場合

原則を示しておこう。

夫婦の最後の性交渉と子の出生との間に300日(旧法では302日)を超える期間があるときは、嫡出性の否認(Aberkennung)にさいし、子の成熟度を根拠とすることも可能とされる。ちなみに、下記条文のうち、2文後段の下線を引いた部分は、「92年生殖補助医療法」制定のおりに追加された規定である(後述、生殖補助医療法8条をも参照)。

第155条 子がその母の婚姻の解消後または婚姻の無効宣告後、302日を経過したのちに出生したときは、子は母の非嫡出と推定する。この推定は、母の前夫の子であることを確定する旨の裁判所の判決によってのみ、これを否認することができる；そのためには、婚姻中、子が夫によって懐胎された旨を、または夫のザーメンを用いて懐胎した、または裁判所の記録もしくは公正証書の形式で、第三者のザーメンをもってする、医学的に許容された人工生殖に夫が同意している旨を証明しなければならない(条文は、下線部を除き判決当時のそれ)。

最判1951年1月18日 (SZ 24 23)

離婚後3か月と8日目に出生した子に対し、元夫が嫡出否認の訴えを提起。子が、夫婦の最後の交渉から数えて305日経過後出生しているゆえ、138条の推定は及ばないことを理由とする(最後の交渉ののち離婚までの約2か月間、夫婦が同居を続けていたか否かは不詳)。1審と2審とは夫の主張を認めた。

最高裁は原判決を破棄・差し戻しを命じた。理由は、職権調査義務(家族法整合令6条)を果していないことを根拠とする。すなわち、①子の出生のさい、子が302日を超える妊娠期間で生まれたとの認識が母にあったか否か、②懐胎期間中における夫婦の同居の有無、③他男交渉の存否、を明らかにすべきであった。これらの補足的訊問を行っていれば、子の成熟度鑑定が必要か否かが知れる。④子が過熟との徴候がなく、かつ、⑤他男と交渉があれば、推定は排除されたとみなしうるゆえ。

上記51年判決は、302日を超えた出生子に「302日内懐胎との抗弁主張」を認めたものでないことは明白である。推定が及ばなくとも、それだけで否認訴訟を終結(本件では夫の勝訴)との結論を導いてはならず、審査義務を果たすべき旨を宣告した判決と解してよからう(なお、本件は、非嫡出子法改正前の事件である)。

それはさておき、今日では、血液検査に基づく親子鑑定の進展により、成熟度鑑定はあまり

重要性をもたなくなっている。たとえばスイスでも、妻の不定を補強する証拠の一つとして役立ちえても、これのみをもっては、父性不存在を導くことはできないものと考えられている（拙著『スイス親子法』前掲35頁参照）。

（5）人工受精と夫の子との主張

人工授精についてのみ一言ふれば、夫の承認を得たうえAIDを施術したことを証明すれば、夫の子との主張が可能であることを明示したものである。

（6）別訴での主張の可否

第1に、子の嫡出出生（eheliche Abstammung）を、他の訴訟（たとえば、父母の離婚訴訟）において、前提問題としてこれを主張ないし吟味することはできないものとされる（vgl. zB OGH 25.3.1970 JBl 1971 S.574 = EvBl 1970 Nr.276；SZ 65 100）。

結論において、学説もまた上の裁判実務を支持する。たとえば、Plessl判事（Klang / Plessl, Kommentar § 159a S.124f.）によれば、「婚姻法27条におけると同様に、民法138条に基づく嫡出出生との推定を争う旨の、子が非嫡出であるとの主張は、官庁、裁判所または行政官庁での手続において、前提問題として争うことが許されない旨を、（当時の）民法158条aは宣言している」（結論同旨、Ehrenzweig / Schwind, System § 20 S.140）。たとえば、遺産分割訴訟にさいし、子の非嫡出出生を主張することを禁ずる趣旨である。

第2に、旧159条a（43年「家族法整合令」に基づく制定、77年法第403号により削除）では、「非嫡出との主張」との条文の見出（これは、スイス法などと同様に、テキストの一部である）の下に、「嫡出出生との法律上の推定を争う旨の、子が非嫡出であるとの主張は、子の非嫡出が確定力をもって確定したのちに、初めてこれを行うことができる」と定めていた（同規定の概要については、さしあたり、Klang / Plessl, Kommentar S.124f. が簡潔である）。

旧138条1項では、《Für ein Kind, welches nach geschlossener Ehe und vor Ablauf des dreihundertzweiten Tages nach Auflösung oder

Nichtigerklärung der Ehe von der Gattin geboren wird, streitet die Vermutung der ehelichen Geburt》（zit. Klang / Plessl, Kommentar S.138）。同第2項は推定の重複に関する。趣旨において、旧法に同じである、と規定されていた。このように、推定が争えると定めるのみであった。

これに対し、旧138条1項では同2文が付加される（同第1文は、趣旨において旧法と同じである）。それによると、「この〔嫡出の、の意〕推定は、子が母の夫の子ではないことを確定する旨の裁判所の判決によってのみ、否認することができる」。この新法規定は、旧159条aをとり入れたものと解してよいであろう。

以上により、わが国と異なり、別訴で夫の父性を否認することも禁ぜられるので、嫡出否認訴訟が確定しないかぎり、推定子の非嫡出性を主張することはできないことになる（Kozior / Welser S.470 A 2も、この趣旨を明言する）。

第3に、以上の結論は、前掲のPlessl判事もいうごとく、婚姻無効の主張に関する争いと同様である。（婚姻）無効の主張との「条文の見出し」の下に、婚姻法27条はいう、「結婚が判決によって無効と宣告されていないかぎり、何人もその婚姻の無効を主張することはできない」。無効確定まで有効婚と扱う、前提問題としての無効主張不可、など別稿で紹介したごとくである（松倉「オーストリア」『岡垣・吉村編・注解人事訴訟手続法、第2版』、所収でも、「婚姻無効の訴え」の概要を素描しているので、参照されたい）。

第4に、いわゆる「血統確定の訴え」（Klage auf Feststellung der blutmaessigen Abstammung）も、否認訴訟（156条）や認知訴訟（163条）と併存して訴えることが許されない（OGH 7.3.1946 EvBl 1946 Nr.18 = Jbl 1946 S.165）。ちなみに、上述した「血統確定の訴え」というのは、ドイツによる占領後、ニュールンベルク人種法の導入により、判例上認められた訴えをいう。

最後に、否認を目的とする判決があつて初めて否認の効果が生じ、別訴で上と同趣旨の主張を行うことが許されないこと、スイスにおけると同様である（拙著『スイス親子法』前掲158頁など）。わが国での扱いが、むしろ例外かも知れない。

4 新法での扱い

新法のもとでは、夫の同意を得て人工補助生殖が行われた場合には、「…子が、母の夫によって由来しない旨の確定は、これを行うことができない」と明記される（152条）。

V 否認権者

1 第1次的否認権者

(1) 夫の否認権

出訴期間については後述し、ここでは、いわゆる第1次的否認権者を示すにとどめる。旧法下では、法文上明記される第1次的否認権者は、夫と検察官とに限られ、わが法（人訴29条）のごとき補充的否認権者（相続権を害される者や夫の3親等内の血族）に関する定めはない。なお、わが法（人訴28条（成年被後見人の否認の訴えの当事者））に相当する民法157条の規定は、1983年2月2日附「障害者のための補佐に関する連邦法」（83年法第136号）により、一部改正をうけている（84年7月1日施行）。

注意すべきは、新法下でも、検察官による否認の規定は削除された。新旧の最大の変更点である。検察官による否認については、参考のため、後述する。

(2) 母の夫

新法のもとでも、否認権者の点では、検察官による否認という制度を除けば、旧法下での解釈がほぼ維持されることは疑いが無い。それゆえ、旧法のもとでの扱いを確認しておこう。

「母の夫」（旧156条）とは、嫡出出生（正確に言えば、母の夫の子）との推定に基づき、子の父と推定されるべき男性をさす（OGH 17.5.1978 EvBl 1978 Nr.164 = EF 31.303後掲）。夫の精神状況等により、その法定代理人が否認権者として登場することがある（これにつき、後述2、補佐人の項を参照）。

下記の判決は、離婚後の夫の地位が問題となった事件である。

最判1978年5月17日（EvBl 1978 Nr.164）

本件では、離婚後も「母の夫」といえるかど

うかが争われた。被告は、原告P男とF女との夫婦の子として1969年7月8日出生。父母の婚姻は、1964年4月25日から75年5月15日（判決日）まで続いた。75年12月2日に至り、原告P男は、被告が妻F女との婚姻から出生したものではない旨の確定を訴求。先立つ離婚手続きにおいても、母F女は、子が夫の子ではない旨を認めていた。

本件は、懐胎期に夫ともG男（妻の愛人）とも性交渉のあった例である。被告（子）側抗弁は種々にわたるが、主題に即せば、原告・夫と子の母との婚姻関係が、不倫に基づく懐胎出生を理由として、すでに離別しているので、原告P男は嫡出出生を争う原告適格を有しない、との点にある。いい換えると、法文にいう「母の夫」とは、少なくとも子の出訴時点での母の夫であることを要するごとく解したわけである。

判決は、「民法156条1項の意味での『母の夫』とは、嫡出出生との確定（民法138条1項）に基づき、父と確定されるそのような男性を意味すると解されるべきである」と述べ、夫の原告適格を肯定した（ちなみに、内容面でも、否認訴訟も認容。血液型鑑定と血清学鑑定により原告・父の父性が否定された）。

上記判決の結論は、当時の通説（Ehrenzweig / Schwind, System §20 A S.140; Klang / Plessl, Kommentar 2. Aufl. S.109）の立場を採用したものと解してよいからと思われる。

(3) 夫が外国人である場合

わが国におけるより、多くの外国籍の夫が登場する。しかし、外国人夫を対象とする直接の規定は存在しないため、その出訴資格と出訴期間の起算点に関し、下記2つの裁判例がみられる。

a) 外国人による出訴の可否

外国人もオーストリアの裁判所へ嫡出否認訴訟を提起できるかにつき、原審がこれを消極的に解したのを破棄して、ウィーン高判48年（OLG Wien 28.1.1948 EvBl 1948 Nr.196）は、これを肯

定的に解し、外国人（本件原告はドイツ人）でも、その妻の出産した子の嫡出性を、オーストリアの裁判所で争うことができる旨を判示する。

その理由としてつぎの趣旨を述べる。婚姻事件（婚姻の解消・別居および婚姻の無効に関するその総称）の専属裁判籍を定める「管轄規範」76条は、オーストリア裁判籍を婚姻事件に限定している。すなわち、「婚姻事件に適用される管轄規範76条は例外規定であるゆえ、その余の身分訴訟に類推することは許されない」と。判例集では、出訴の要件が明らかでない。前後の説明よりすれば、否認対象とされる被告たる子がオーストリア国籍を有することを要件とするととくである。

b) 国籍変更と出訴期間の起算点

わが国では、あまり登場しない例かと思われるが、国籍変更も少なくないオーストリアでは参考となる事案である。

最判1970年6月18日（SZ 43 105 = EF 13.279）

かつてイタリア国籍時に嫡出否認の訴えを提起したが、イタリア法により、出訴期間の徒過を理由にこれが却下された。その後1969年4月3日に夫婦ともオーストリア国籍を取得（判例集の記述では、理由・原因不明）。離婚後の同年8月8日にオーストリアの裁判所で再び同じ子につき、嫡出否認の訴えを提起（出訴期間の起算点は、国籍取得の69年4月3日から起算すべしと主張）。

判決は、先例（50 b 58/58事件、未公表判決）と同様に、国籍変更があっても、夫は新たな否認訴訟を提起することはできない、と明言する。

2 補佐人

補佐人制度は、前述のごとく、84年に改正された。新法（84年7月1日施行）は、ドイツ法の下での保護人（Pfleger）制度と同様に、肉体的または精神障害のため、すべての自己の要務または個々の自己の要務をみずからは充分には配慮することができない者のために、補佐の制度につき統一的な規定が設けられた（新273条ほか）。上記の改正に付随して157条も改正され（同条は、

その後に改正を受け、今回の改正前には、生殖補助医療に関する規定が置かれていた）、当時の改正規定によると、「第273条により夫に補佐人（Sachwalter）が選任され、嫡出の否認がこの者の行うべき事務に属するときは、補佐人のみが、嫡出否認権を行使することができる」（改正157条2項1文。Ehrenzweig/Schwind, Sysytem §20 A, B, S.140ff.によると、夫の法定代理人すなわち後見人も訴え提起可能とされるが、補佐人がいない場合、ないしはいても上記の権限が与えられていない場合の記述かと思われる）。

この「補佐人が適時に嫡出を否認しなかったときは、補佐の終了したのち、夫自身が否認することができる」（同3文前段）。旧法との違いは、新法下では出訴にさいして補佐人が後見裁判所の許可を要しない、との点であろう。

a) 完全行為能力制限等である場合

第1に、旧規定によれば、①「夫が精神病によりまたはその他の理由により理性的判断をなすことができず、かつこの状態が継続しているとき」、または、②夫が完全禁治産者であるときは夫の代理人は、後見または監護裁判所（Vormundschafts- oder Pflegschaftsgericht）の許可を得て、子の嫡出を否認することができた（旧157条2項1文前段および後段）。

第2に、子の母が精神病者たる夫の補佐人（Kurator. 新法では、Sachwalterの語句が用いられていることは既述）に選任されたときは、否認のためには、特別な補佐人が選任される必要がある、とするのが旧法下での判例の見解である（JBl 1931 S.102）。

同様に、旧法においても、不在者補佐人（Abwesenheitskurator. これにつき、拙著「オーストリアの後見法」南山法学6巻2号144頁参照、1982年）は、訴えを提起する権限がないものと解されていた（大戦前より多くの判例がみられる。zB vgl. OGH 27.9.1905 GIUNF 3166；OGH 8.6.1938 SZ 20 142 usw. 大戦後の下級審裁判例も、上記の理を踏襲している。vgl. LG Wien 24.10.1946 EvBl 1946 Nr.629; OLG Wien 9.2.1949. vgl. auch Kapfer, ABGB §276 E.28所掲の判決）。

b) 制限的行為能力者等である場合

旧規定によれば、前掲第2項による場合を除いて、「夫が制限的行為能力者であるとき、または暫定的に補佐人が選任されているとき」は、その法定代理人等の同意を要せずに、否認の訴えを出訴することができるものとされていた(旧157条1項1文)。

新法下では、相応の規定を欠いている。補佐人に付されていないかぎり、これらの者も独立して出訴できるとの趣旨であろう。

c) 未成年者である場合

新旧いずれの場合でも、「夫が未成年であるときは、彼は、〔否認の訴えを提起するにつき〕その法定代理人の同意を要しない」(新157条1項3文)ものとされる。

もっとも、2000年改正法(法44号)により、成年年齢は18歳に引き下げられているので(民21条2項)、未成年の期間が2年短くなる。

d) 夫が死亡した場合

第1に、わが法(人訴29条前述)と異なり、夫が死亡しても、補充的否認権は登場しない。旧法下でも、そのように解されていたし(vgl. Rummel, Kommentar §§ 156-159 Rz.13), また旧法下でも、嫡出否認権は、旧157条「2項による場合を除いて、夫の一身専属権(höchstpersönliches Recht)」と明言される。もっとも、係争中の訴訟の継続は、所定の要件の下で認められる場合があるようである(詳細は、vgl. Rummel, aaO, Rz.13)。

第2に、訴訟中に夫が死亡したときは、それにより、弁護士を通じて行使されていた彼の否認権は消滅しないものとされる。すなわち、「すでに嫡出否認訴訟を提起していた配偶者(夫のこと、筆者注)が死亡したときも、否認権は消滅せず、彼の法定代理人は訴訟を継続することができる(OGH 20.3.1957 RZ 1957 S.72 = EF 769)。

3 検察官の訴権

検察官により否認という制度は、オーストリア新法のもとでは、すでに廃止されている。と

はいえ、かつて東ドイツにも見られた制度であり、比較法の視点からも、検討する価値があると思われるので、今後の参考として、この制度を素描しておこう。

第1に、Schwind 教授の表現するところによると、「検事の訴権は、(夫)の訴権と並んで、かつ一部分それに加えて補充的に存在する。」(Ehrenzweig / Schwind, System §20 II B S.141)。後者は、夫が死亡等の場合を指すものと思われる。

第2に、既述のように、検察官の訴権は、新法のもとでは、廃止されている。同様の制度は、かつて東ドイツでもみられた。公の利益の代表として検察官による出訴が認められていたのであるが、オーストリアでは、①子自身の訴権が肯定されたこと、②実益に乏しい、といった理由から廃止されたのである。とはいえ、真実の血縁関係を確保するという意味では、比較法の視点からみて重要な制度である。

検察官の訴権と子が生存している場合からみておこう。

第1に、①夫が〔子の〕出生後1年以内に、子の嫡出を否認しなかった場合、または、②夫が死亡した場合において、検察官は、嫡出を否認することが、公的利益または子もしくはその直系卑属の利益のために必要と認められるときは、嫡出を否認することができる(旧158条)。上の制約の限度で、真実(血縁)主義が貫徹されているわけではないことが知れる。

第2に、ここで検察官は、嫡出否認訴訟を提起する権限を有するにとどまり、その義務を負っているわけではない(Prohaska / Graf §158 E.1)。とはいえ、まったく自由な裁量権があるわけでもないようである(vgl. dazu Rummel, Kommentar §§ 156-159 Rz.12)。また、裁判例によれば、検察官が訴えを提起したときには、夫は子を代理する権利を有しないのものとされる(OGH 16.6.1948 EF 782 = EvBl 1948 Nr.580 = SZ 21 107 後掲)。

最判1948年6月16日(SZ 21 107 前掲)

本件は、1年の出訴期間経過後に、検察官が出訴した事件である。K男H女間に、1946年2月

20日に子B（被告）が出生。出生後1年を経過してもK男が否認の訴えを提起しないために、子のために、地区青少年局（Bezirksjugendamt）所属の検察官が、利益相反補佐人（Kollisionskurator）として、嫡出否認の訴えを提起したので、監護裁判所（Pflegschaftsgericht）が補佐人を選任。もっとも、監護裁判所が不貞の子の存在をどうして知ったかは不詳である。夫は、採血手続きや訴訟における訊問により、そのような訴訟の存在を知るに至ったが、訴訟に補助参加することもなかった。1審で上記訴訟が認容され、同判決は検事と子の代理人にのみ送達された。K男がどういう経過で判決内容を知ったのかは知れないが、K男は、上記判決に対して、被告たる子Bの法定代理人として控訴した。2審裁判所も最高裁もK男が父または法定代理人として手続きを進めることを認めない。

最高裁はいう、「未成年子につき、出生した子の嫡出性が確定的に排除されないかぎり、K男は、……上記の子の法定代理人と扱われるべきはずである。しかし、本件訴訟においては、民法272条により、被告〔たる未成年子〕のための父親としての法定代理権は行使することができない。K男は、被告〔たる子〕の出生後1年以内に否認の訴えを提起しなかったので、検察官が、未成年被告の利益のためにその嫡出性を争うのである。……それゆえ、本件では、被告たる子を法定代理する〔父親の〕権利は、停止する」と。

要するに、否認訴訟を提起する目的で検事が補佐人に選任されると、父親が子を代理する機能がその限度で停止するというのである（結論同旨、Ehrenzweig/Schwind, System § 20 B S.141 9）。もっとも、補助参加することは可能であるようである。ちなみに、上に引用される271条は、「未成年者のために」との「条文の見出し」（これも正式テキストの一部である）の下で、「父母と〔その〕未成年の子との間で、……なされる法律行為については、裁判所は、未成年者のために〔申請に基づいて、または職権で〕特別な補佐人を選出しなければならない」と定めてい

る。

第3に、上記の記述に関連していえば、母の権限も制限される。すなわち、母は、嫡出否認訴訟にさいして、子を法定代理して、①嫡出否認訴訟の原告ないし被告代理人となることも、②子のために弁護人を選任することもできないものと解されている（通説・判例。vgl. Ehrenzweig / Schwind, System § 20 II S.141 ; OGH 6.5.1981 EF 38.331. vgl. auch Dittrich / Tades, ABGB in die § 154a E.1 zit. Entscheide）。利益が相反するゆえである。

第4に、多くの判例によれば、検察官による出訴が、公的利益または子の利益に適うか否かの問題は、検察官の訴権は専権判断事項であって、裁判所の審理しえないものと解される（通説・判例。vgl. OGH 4.11.1981 EF 38.333. 判例を支持する学説として、vgl. Klang / Plessl, Kommentar S.120 ; Rummel, Kommentar §§ 156-159 Rz.12 und dort Zitate; Ehrenzweig / Schwind, System § 20 B S.140. 少数説として、Fasching, Abstammung S.127f.は、公の利益の存否については通説と同じであるが、子の利益の存在については裁判所の審査対象となりうるものと解する）。ということは、検事が出訴すればつねに適法ということになり、後日に裁判所が上の点につき、これを不適法と判断することはありえない、ということになる。

最判1948年4月28日（SZ 21 92前掲）

本件では、検察官が否認訴訟を提起したことに対し、子の補佐人（Kurator）が、158条の出訴要件の不存在を主張して争った。すなわち、①検察官の出訴時点では、夫の出訴期間がいまだ経過していない、②訴えは、公の利益も子の利益も存しないのに、出訴されている、と。

判決は、まず争点①の夫の訴えと検察官の訴えの関係につき、夫の出訴期間が経過していたか否かには言及することなく、「夫の否認権の存在は、原則として検察官のそれを除外するものではない」。例外的に手続上の理由が存在する場合にのみ、それが除外されうる。すなわち、①子の出生後1年の経過後に夫の訴えがなお係属する場合（民訴法233条）、または、②夫の否認訴訟が物的に確定的に判断されている場合にか

ぎり、検察官の訴権はない（付加的に、傍論としてではあるが、夫と検察官の双方が子の嫡出性を争うときには、訴訟においては、これら双方は民訴14条の必要的共同訴訟人だという）。

他方、もう一つの検察官の出訴要件については、検察官の裁量権を明言する。いわく、「[158条の] 規定は、検察官の訴権につき、決して客観的な審査対象、すなわち裁判所による審査対象とする趣旨ではない。当該嫡出否認につき、公の利益が存するか否かの判断は、検察官が、固有の相応な裁量に従って行うことができるのである。[したがって] ひとつは検察官が否認[出訴]を決断すれば、否認につき、公の利益または子の利益が存するか否かの問題に関しては、裁判所は審査権を有せず、子もまた上記利益の存否につき異議を申し立てることもできないのである」。ゆえに本件での検察官の出訴は適法である。

後者（第2点）は、RG 163/156 vom 18.3.1940が最初の判決であるらしい（SZ 21 137 後掲による）。しかし、否認訴訟等の身分訴訟は、かつての1943年制定の「家族法整合令」で重大な修正を受けているので、上掲判決がリーディングケースと考えてよいと思われる。上記の判決に遅れること約半年後に、同趣旨の最高裁判決が公表されている。

最判1948年9月29日判決（SZ 21 137 = EF 783）
本件でも、出訴は検察官の裁量事項であり、夫や子も異議申立権はない、利益の存否は裁判所の審査外である、旨を確認する。本件で興味もたれるのは、第1審（Kreisgericht St.Pölten.判決年月日不詳）の判決が、検察官の訴えを、①検事は、公の利益も子の利益も主張（開示）していない、②本訴では子の利益は存しない（判断理由不詳）、との理由から、訴えを棄却している点である。

そのご、70年代、80年代の判決も、上の理を踏襲している。まず最判71年9月1日（EvBl 1972 Nr.243）によれば、嫡出否認をなすことが、公の利益、子の利益または子の直系卑属の利益が

存するかどうかは、検察官の裁量事項である。ゆえに、上記判断の当否は、裁判所の審査（richterliche Pruefung）の対象とはならない。判決文中に先例（SZ 21 92前掲、SZ 21 137 前掲、2 Ob 174/60 <未見>）を引用しており、先例に従うことが明らかである。また、そのごの判決でも、最判1981年11月4日（EF 38.333前掲）は、上記71年判決と殆ど同様の表現を用いて、先例理論を確認している。

第5に、「公の利益」の内容は極めて重要であるが、文献からはその判断基準をよく知ることができない。有力説によると、公的利益とは、たとえば、夫の家産（Familienvermögen）が、現実には夫の子ではない子によって、家族から失われるような場合に、これを防止することは公的利益に適用といわれる（vgl. Gschnitzer, Oeslerreichisches Familienrecht. 2. Aufl., S.98）。もしそうであるなら殆どの場合に上のことがいえるので、結局、要件が存しないのと等しいことになるのではないかとも思われる。今後の調査課題としたい。

第6に、検察官は、夫が訴えを提起した場合でも、訴訟当事者として（この場合には、両者は民訴14条による必要的共同訴訟にたつものと解されている。vgl. SZ 21 92前掲）、または補助参加人として、否認訴訟を提起することができるものとされる（通説・判例。vgl. Rummel, Kommentar §§156-159 Rz.10 und dort Ziate ; Dittrich / Tades, ABGB §158 E.7. 訴えの要件、判決の効力、手続については、別書に譲る。siehe bes. Rummel, aaO）。

たとえば、夫の否認訴訟が、期間徒過を理由として却下されたときでも、158条による否認訴訟は可能とされる（比較的最近の例として、OLG Ling 16.12.1975 EF 26.710.同判例集によるかぎり、理由づけはみられない）。他方、却下ないし棄却の理由が期間徒過以外の場合、たとえば審理して棄却判決の場合の扱いなどは不明であるが、それは不可であろうと思われる。

第7に、検察官に訴権が認められない場合もある。たとえば、非嫡出母の夫が母の非嫡出子との父性を、自己の父性不存在（Nichtvaterschaft）

を認識したうえで認知したゆえに、否認訴訟が行われずにある場合などがこれにあたる（OGH 25.3.1981 EF 38.334 = EvBl 1981 Nr.167 = JBl 1982 99 = PstaA 1982 20. vgl. auch Dittrich / Tades, ABGB §164 b E.1-3. 判決内容につき、家族法判例集の該当部分のみしか入手しえなかったため、内容の詳細は明らかではない）。

第8に、判決後の扱いについて補足しよう。文献（Dittrich / Tades, ABGB S.52 zu §159）によれば、嫡出否認や父性の確定のさいには、判決後、裁判所は身分登録官に報告義務がある。裁判所から、上の報告を受けた身分登録官庁は、規定に基づいて、次の修正登録をすることになる。

最後に、身分登録簿において、修正登録は、登録簿の欄外に注記される（最新のそれとして、拙稿「オーストリア身分登録法（2012年1月1日現在の法情況）」名城ロースクール24号、2012年；検事訴訟権が認められた当時の身分登録法については、拙稿「最新オーストリア身分登録法」前掲、戸籍時報539号-545号、2001年-2002年を参照）。

参考：「最新の身分登録法22条 子の身分が一般的拘束力ある効力をともなって確定または変更されたときは、修正登録…をしなければならない。…」

さらに、子が死亡している場合については、別書に譲ることにする（松倉『オーストリア親子法』前掲17頁を参照）。ひと言のみつけ加えておけば、子が死亡したのちも、非訟手続（Verfahren ausser Streit）で後見裁判所（2000年の改正により、「監護裁判所」と修正）への申立によってなされるのである。子の死亡後の否認との制度は、血縁主義の観点からみて、注目に値しよう。

4 その他の者の訴権

以上の否認権者のほかに、比較法的見地から問題となる否認権者も存在する。簡単に触れておこう。

(a) 子

第1に、旧々法下では、法文上、これについての明示的な言及を欠いていた。その結果、子

の法定代理人についても記述がない。ことに検察官にも否認権が認められていたことが、子の利益になる場合を考慮したためといわれる（vgl. zB Gschnitzer S.98）。いずれにせよ、学説（vgl. Koziol/ Welser S.206; Gschnitzer S.98）は、否認権者が代理人を含めた三者にかざられることを前提としていた（Rummel, Kommentar §§156-159 Rz.2; Ehrenzweig/Schwind, System §20 III S.140 2は、明示的に子の訴権を否定する）。

第2に、新法153条1項・3項および新151条2項も、子の訴権の存在を前提とする。

(b) 母ほか

真実の父、母、その他の第三者（たとえば、相続期待権者や子の祖父母）が、子の嫡出性を否定する主張や告白をなしても、これらの者は否認訴訟を提起することはできず、その旨を検察官に申告するか途が残されているにすぎない（Gschnitzer S.98.結論同旨, Rummel, Kommentar §§ 156-159 Rz. 2 und dort Zitate）。申告の途を運用上にせよ認めることは、比較法的にみれば、血縁主義を担保する働きをするものと評価することもできよう。

5 人工授精の場合

第1に、いわゆる「生殖補助医療法」（92年）の制定のおりに、下記の条項が新設・追加された。これにより、身分登録上の父（母の夫、すなわち人工授精に同意した男）と、真実の父（精子提供者）とが異なる状況を公式に許容したことになる（vgl. Mottl, I., Änderungen im Abstammungsrecht durch das KindRG 2001, S.102 Amn.3 所掲の文献）。

（民法）第156条a 母の夫が、裁判所の記録または公正証書の形式で、第三者のザーメンを用いる、医学的に許容された人工生殖に同意したときは、第三者のザーメンを用いて懐胎した子の嫡出性は、これを争うことができない。

[92年新設]

わが国では、同意した夫は否認権を喪失とするのが通説・裁判例の見解である。オーストリアはその旨を明記しているのである。ちな

みに、規定が明記される前も、学説は同様の結論を導いていた（vgl. Kozior/Welser S.469 A 1）。もっとも、新法の要求する「同意」の内容は、条文の表現からも明らかなように、たんなる同意でないことが、わが法におけると異なっている。

第2に、同意が得られていなかった場合の扱いが問題になる。結論においてわが裁判例と同様に、懐胎・出産した母の夫は、否認権を喪失しないとされる（裁判例として、vgl. JBl 1996, 717 = EvBl 1996/133）。もっとも、156条aの要求する形式要件に違反したことを理由として否認訴訟が提起され、否認が認められた場合でも、母の夫の扶養義務は継続すると明言する最高裁判決がみられる（EvBl 1998/2 = SZ 70 155）。

第3に、前記「生殖補助医療法」の内容は、まったくわが国では紹介されていない（条文訳のみ存在する。Studies 2号、1994年を参照されたい）。筆者自身の紹介原稿があるので、ここでは立ち入らない（初出、拙稿「スイス生殖補助医療法と人工授精」判例タイムズ1097号44頁、2002年で、オーストリア法との結論の違いを、ごく簡単に比較している）。ちなみに、施術への同意につき法8条、第三者のザーメンの使用につき法11条-16条、子への情報提供につき法20条2項などを参照されたい。

VI 父性不存在の証明

第1に、わが法の構造および解釈において、父性が存在しない旨の証明の仕方の点で、大きな違いがある。その結論は、ドイツ語圏3国に共通していることであるが、わが法と比較すれば、真実の血縁関係の確定を容易にする構造・解釈がとられている。

第2に、否認原因については、新旧法ともに、明示的な規定を置いていない。旧法下での解釈を踏襲する趣旨であろう。はじめに述べたように、新法に関する資料が、全く公表されていないので、以下では、旧法の下での扱いを素描しておこう。

夫が否認訴訟に勝訴するためには、①性交渉の不可能の証明、または、②（夫による）懐胎

不能の証明、いずれかを立証する必要がある（なお、90年代以降は、最高裁判所レベルでもDNA鑑定の採用に理解を示す裁判例が増加している。たとえば、OGH 21.12.1993 JBl 1994 611。ただし、本件は、認知訴訟事件である）。もっとも、2000年親子（改正）法では、従来の否認手続によらない父子関係の切断という方法が新設されている。以下では、上記①・②の内容を補足しておこう。

以下で紹介する判決は、結論がわかる程度に留めている。より詳細については、拙著・前掲書『オーストリア親子法』を参照されたい。

1 性交渉の不可能・不存在との証明

人工受精等の、やや特殊な事例を考慮対象から除外すれば、懐胎は性交渉の結果である。いい換えれば、性交渉の存在が懐胎の前提となる。ゆえに、最終的には懐胎不能が要証事実であるとしても、その前提たる性交渉の不可能との証明手段も許されることは当然の理であろう。

ウィーン高裁73年5月28日（EF 19.743）はこれに言及する。いわく、「（旧）民法138条の法律上の推定を排除するには、『懐胎の不能』を証明することで足りるが、それに加えて、現実には夫が懐胎期間中母とは性交渉しなかった旨の証明でも足る」、と（ただし、判例集の記述では、交渉不存在の理由や原因については不詳）。

とくに、最判1965年11月11日（EF 4.271）は、そのような性交渉の不存在が証明されれば、懐胎不能（すなわち、血縁関係不存在）との証明は不要である旨を明言する。ここでは、34年判決を掲げておこう。

最判1934年9月11日（JBl 1934 S.391）

判例登載誌では、事実関係を殆ど知り得ない。本判決は、性交渉（Beiwohnung）が行われなかった旨が立証されれば、158条（当時の旧156条、筆者注）の要求する懐胎不能が証明されたものと扱ってよいとの先例（前掲1904年4月20日判決や1925年3月25日判決）を踏襲する旨を、明言する。そして本件事実関係の下において、つぎの3つの事実、①性交渉が存しない旨の母の証言と、②その他の事情、たとえば夫婦が別居中であり

妻は他男と同棲中であり、③その他男が青少年保護局員 (Jugendamte) の面前で、自分が子の父である旨を明言している、等の事情などを総合判断して、性交渉の不存在を帰結する。

上記判決は、結論において、当時の通説 (zB Bartsch in Klang, Kommentar §158 2 S.892) に従ったものである。そのご、最判1934年10月9日 (RZ 1934 S.216) も、「子の懐胎不能は、懐胎期間の性交渉の不可能との証明がなされたときのみならず、同期間中、性交渉が現実には行われなかった旨の証明がなされた場合も含む」と述べ、34年前掲判決と殆ど同様の表現を用いて、母の証言を基礎として性交渉の不存在を帰結する (ただし、34年前掲で示した「その他の事情」への言及を欠いている。結論同旨、OGH 9.11.1920 Oesterr. Zentralblatt für die juristische Praxis, 1920 Nr.212 は、性交渉不存在証明から懐胎不能を帰結。その他の点は、殆ど知りえない)。

以下、性交渉の不可能についての若干の裁判例を示しておこう。

a) 接触機会の不存在

夫婦が会うこと、すなわち接触する機会が存在しなければ性交渉をもちえない。下記2つの裁判例は前々世紀の例ではあるが、今日でもディディングケースとして文献に登場する (以下の裁判例の詳細については、拙著『オーストリア親子法』とくに19頁以下を参照)。

最判1885年5月28日 (GIU 10585, 判例の出典を示す。以下同様)

本件は、夫からの否認訴訟を認容するにつき懐胎期間中夫婦が会わなかったとの認定事実を根拠として、性交渉の不可能を導いた事件である。それに加えて、①夫居住のK地でも、妻居住のL地でも二人は会っていない、②その他の土地で会うことも不可能との事実を、多くの承認や妻と夫の置かれていた状況から詳細に認定し、結局二人は会っていない、ゆえに性交渉は不可能と帰結する。

夫婦の居住地以外でも二人は落ち合うことがなかった旨まで認定するなど、妻の行動、夫 (鉄道の運転手) の就労状況から導く点は、わが国でも参考とすべき点が少なくない。すなわち、わが最判は、本件と比べると、別居からいともたやすく性関係の不存在を導いているといえなくもないからである。

つぎの93年判決は、前掲85年判決に比べて証人が少なく、しかもいわば関係者だけの証言に基づいている。

最判1893年10月31日 (GIU 14889)

夫が否認の訴えを提起。その根拠は、懐胎期間を含めて86年12月以降A男は婚姻住居を去っている (その理由不詳)、妻との性交渉は不可能であることを主張。

判決もこの間に二人が会うことがあったか否かに焦点をしぼり、性交渉の不存在を帰結する。その根拠としていう。住居を去った86年12月から91年1月13日まで夫婦が会っていない旨を夫が立証したこと (立証方法不詳)、などを総合すれば、懐胎期におけるAC夫婦間の性関係は不存在であると帰結することができる、と明言した。

b) 寝室をともにしていた場合

下記判決は、懐胎期間中にも夫婦が寝室を同じくしていたにもかかわらず、性交渉不存在を帰結した特異な例である。

最判1908年11月3日 (GIUNF 4364)

夫C男の「浪費者のための補佐人」(Prodigalitskurator) Aが⁸、子Bの非嫡出確定を求めて出訴。当事者尋問によると、夫婦は懐胎期間中性関係をもたなかった。ゆえにBの嫡出懐胎は不可能であることを根拠とする (補佐人Aの適格性も大きな争点である)。夫C男も訴訟参加。子の代理人 (補佐人) が異議を申し立てた。

その理由としていわく、①夫C男の補佐人は、否認訴訟を提起する適格性を欠く、②弁護士訴訟において、共同訴訟人としてのC男の訴訟参加はノンセンスであるので、C男の訴えには瑕

疵がある、③夫婦は、懐胎期間中の殆ど全期間中寝室を別にしていて、と。審理において、④夫婦は懐胎期間中一つの部屋で就寝してはいたが、全期間中性交渉をもたなかった（その理由は不詳）ことを夫婦ともに認め、⑤妻は子が他男の子であると告白。

判決は、否認訴訟を認容した。いわく、①補佐人Aの訴訟適格の存在は必ずしも明示的には言及していないが、C男の訴訟参加表明（しかもそれは第1回口頭弁論にさいして表明）があり、共同訴訟人となっているので、訴訟の適法性自体は問題がない、②懐胎期間中の性交渉の不存在とのことは、第2審で確定されている。上告裁判所は事実審理をすることができない。ゆえに、第2審で性交渉の不存在が確定されれば、子Bは夫による懐胎不可能が確定される（ちなみに、2審判決は、1審判決を全面的に支持して、夫婦の一致した供述を根拠として、性交渉の不存在を導いていた）。

ちなみに、1915年改正までの条文は、つぎのごとくである。

aF. § 158 (旧156条に相応) Wenn ein Mann behauptet, dass ein von seiner Gattin innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes gebornes Kind nicht das seinige sei; so muss die eheliche Geburt des Kindes laengstens binnen drei Monaten noch erhaltener Nachricht bestreiten, und gegen den zur Vertheidigung der ehelichen Geburt aufzustellenden Kurator die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung beweisen. Weder ein von der Mutter begangener Ehebruch, noch ihre Behauptung, dass ihr Kind unehelich sei, koennen fuer sich allein demselben die Rechte der ehelichen Geburt entziehen (Michel, Handbuch des allgemeinen Oesterreiches fuer das Kaiserthum Oesterreich. 2.Aufl. Bd. I, 1856, S.230 による)。

c) 別居中の場合

判例の見解は、後掲するとき在監中や精神病院入院中の場合を除けば、別居中との事実のみでは「懐胎不能」とは導きえないとする方向にある。わが最判は、別居中からストレートに

推定の及ばない子と導くが、オーストリア法での扱いは、「別居プラス現実にも会っていない」等の要素が付加されて初めて懐胎不能を導く。立法として、また解釈として参考となろう。

最判1878年7月4日 (GIU 7055)

本件は、別居の事実だけで懐胎不能といえるかにつき判示する。D男C女夫婦は、子Aの出生(69・2・17生まれ)する前の65年初めに降4年も別居していた(69年9月離婚)。68年よりC女と愛人関係にあるB男は子の出生後もAの父として知られている。そこで78年子Aの後見人がB男を相手として、父性確定訴訟等を訴求。1審はこれを認容したが、2審は斥けた。その根拠として、次の理由をあげている。①夫(もしくは所定の特別代理人)が158条(旧156条)明示の方法でのみ嫡出推定が排除されうるから、他の者がこれと同趣旨の主張をすることは許されない、②別居中も交渉なしとの立証がない、等。最高裁も、2審の判断を支持する。いずれにしても、夫との性交渉が不可能であった旨の証明によってのみ、法律上の推定が排除されうる。しかるに本件では、上記の「不可能」が立証されていない。

本判決は、別居の事実のみでは懐胎不可能を証明したことにはならないとの趣旨を判決したものと理解されている(Kapfer, ABGB §156 E.12)が、より一般的にいえば、立証が不十分な例というべきかと思われる。

つぎの86年判決も別居に関する。別居から性交渉不能を導くことに慎重であることが知れよう。

最判1886年5月12日 (GIU 11029)

子の出生前5年ほど完全別居、すなわち、夫が妻の家を訪れることもなく、妻はその母や妹と同居していた、C女は夫を恐れていた(理由不詳。これについては母や妹の証言もある)。ゆえに性関係も全くない。

判決(最判は、以下の2審判断を全面的に支持するのみ)は、そのような状況にあったとしても、

性関係をもつ機会がないわけではない、しかもそれは事柄の性質から証人達の知りえないことである、とすれば158条（旧156条）にいう懐胎の不可能との証明は不十分といわざるを得ないと述べ、原告の主張を棄却する（なお、1審はこれを認容した。理由は不詳）。

上記の事案などは、スイス法下でいう状況的ないし心理的な性交渉の不可能にあたるかを論ずる余地のある事案であるが、判例が別居（全て事実上の別居に関する）を厳しく捉えていることが知れよう。これは、親子鑑定、とくに親子関係の確定が困難であったゆえ、それだけ推定排除要件が厳しくされたものとも評価できよう。

下記の判決も別居に関する。傍論であるが、裁判上の別居ならともかく、というニュアンスが言外に感じられる。わが法の下では、裁判別居の制度が存在しないが、事実上の別居とで、やや扱いを異にする余地を伺わせる例として、これを紹介しておこう。

最判1893年12月12日（GIU 14941）

本件も、数年（詳細不詳）にわたる別居事案であるが、双方の別居地が1時間足らずしか離れておらず、ことに子の出生前1年間くらいは、夫が妻の居住地にしばしば出向いている（用向き不詳。夫のいうところによると、妻には会いもせず、夜には自宅に帰っていたというのがその旨の証明はない）、との認定の下に、2審判決は、懐胎の不可能すなわち懐胎不能が証明されたとはいえない、と帰結した。

最高裁も、高裁判決に加えて、本件が裁判上の別居ではなく、事実上の別居にすぎないことを強調する。

そのごの裁判例としては、ウィーン地判72年2月29日（EF 17.388）が、「別居との事実のみでは、民法138条の法律上の推定を排除するのに充分とはいえない」との立場をとる。

（d）在監中の場合

別居も、特殊な状況の下でのそれであれば、性交渉の不存在ひいては懐胎不能と帰結することができる。そのことを示したのが下記の判決である。

最判1886年9月30日（GIU 11191）

本件は、懐胎期間中夫が在監中であつたことを根拠に、夫が否認権を行使したのに対し、子の補佐人（Kurator）が争ったという珍しい事案である。すなわち、子B（被告）は85年4月4日に出生したが、夫は84年5月5日から7か月間在監中であつた。ゆえに、受胎期間中と思われる期間も在監中であるから、夫婦は交渉の可能性がないはずである。ところが子の補佐人は、①妻は刑務所の夫に面会に行くことができた、②刑務所外で労働することもある、ゆえに交渉の余地がある、と抗弁。

判決は、現実には交渉があつたとの証明がなされていないとの理由で、補佐人の上告を棄却する。

この判決によると、在監中を理由とする否認訴訟が提起されれば、それにもかかわらず交渉があつた旨（場合によってはその可能性があつた旨）の証明が存しないかぎり、推定が排除される、ということになろう。推定の排除の理由には言及されていないが、夫婦には交渉があるとの138条の前提を欠いているゆえであろう。

（e）小括

第1に、スイス法の下での「性交渉の不存在」理論（拙著『スイス親子法』前掲20頁以下）ほどの類型化はなされていないようである。しかし、「性交渉の不存在」との証明方法を認める点は共通する。総論的には、「不存在」を導くにさいし、種々の事情の総合判断をなす点は至極当然である。

各論的には、別居、ことに事実上のそれから「性交渉の不存在」を導くことには、在監中といった特殊例を除くと、かなり慎重な事実認定が行われていることが注目される。その反面、

寝室をともにしていた場合まで、夫婦の供述だけを根拠として「性交渉の不存在」を導いたというに近い例もあり、判例の扱いに不統一さを感じさせることも事実である。

第2に、今後の展望をいえば、この類型の証明ないし主張は、今後は急速に減少するであろう。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」との証明は、歴史的遺物となるものと思われる（「検査強制」につき、松倉「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ものと思われるからである。しかし、今日の段階では、ことにわが国においては、過渡的にはあるが、血液型検査に基づく親子鑑定結果に示された高度の父性非蓋然性を補強する証拠としての価値は、依然存在するであろう。

2 懐胎不能との証明

(1) 性交渉が存在する場合と父性不存在

たとえ性交渉が行われていても、子が夫の子ではない場合がある。下記判決はそのような事案に関する。

最判1905年9月19日（GIUNF 3155）

事実関係は殆ど示されていない。争点も明らかとはいえないが、およそつぎのごとくと思われる。夫Aが提起した嫡出否認の訴えにつき、被告たる子の補佐人（Kurator）が争う。その主張のネライは知れないが、同人いわく、懐胎不能の証明は、性交渉の不可能のそれと同様である、と。

判決は、補佐人の上告を棄却し、否認訴訟を認容。ことに父性不存在（ないし不可能）の証明方法の点では、非嫡出子の父性確定訴訟の場合と異なり、①性交渉の不可能の証明、②性交渉が行われても、懐胎不能（たとえば、交渉時他男により妊娠中であつたゆえ、など）の証明、のいずれの証明も可能である旨を確認する。

結局本件では、性交渉が存在しても、懐胎不

能の証明により、父性不存在を導きうるということが明らかにされた。いい換えれば、性交渉があったというだけでは、夫の否認訴訟は敗訴になるわけではない、との当然の理を明らかにしたと解してよいであろう。

下記判決も、上記判決と事案も殆ど同様のケースにつき、先例理論を踏襲する。

最判1907年1月22日（GIUNF 3671）

判決はいう。被告（子の補佐人が代理）の主張によると、懐胎不能の証明と性交渉の不可能の証明とは同義であるというが、「後者（性交渉）は懐胎の前提であり、性交渉なくしては懐胎は生じえない。しかしながら性交渉と懐胎とは同義というわけではない。したがって、性交渉〔が行われた旨〕の証明がなされても、懐胎不能との証明」により、夫の父性不存在を導くことは可能である、と（なお、本件では、上記に加えて、当事者、ここで母の供述取問も排斥すべき根拠はない旨にも言及する）。

(2) 精神病院入院中の場合

下記裁判例は、いずれも精神病院入院中の事案である。このような事例は、前述した性交渉の不可能で扱うことも可能であろうが、入院期間中交渉の余地もなくはないことを考慮し、「懐胎不能」の項で扱うことにする。

最判1864年10月5日（GIU 1981）

子Aの後見人が、Aは父M男の嫡出子であり単独相続人であるゆえ、相続人への遺産の引渡は無効として出訴。父M男は、1851年5月4日に、精神病院へ入院し、58年2月28日に死亡するまで、院外へは出ていない。その間の53年11月23日に、妻が子Aを出産。子Aの存在とM男の遺産の存続は、M男の死亡後に、M男の傍系相続人（法定相続人）にも知らされた（方法不詳）。

上記の訴えに対する被告たる相続人は抗弁として、つぎのようにいう。いわく、①相続人が子の嫡出を否認するには、訴えによることを要せず、異議申立によって主張できる。ゆえに、

出訴期間の徒過は問題とならない、②仮に出訴期間に服するとしても、子の存在を、M男の死後初めて知ったところの相続人の否認出訴期間の起算点は、出生を知ったときから始まるべきである、と。

判決は、下記の理由から、子側の請求を認めない。すなわち、出訴期間につき、本件では、被告たる相続人側が子を非嫡出との主張をしたのは、M男死亡後4年半以上経過してからである（当時の出訴期間は3か月）。この点につき、最高裁は言及していない。しかし、結果から判断すれば、相続人は抗弁による異議が可能と判断されたことになる。懐胎不能であるゆえ子AはM男の子ではない。

その理由として、つぎのようにいう。①M男は死亡するまで約7年近く入院中であった、②M男と妻とが会った可能性があると後見人はいうが、かりに後見人のいう日に接触をもったとしても、その日から14か月後に子が出生している、③その他に2人の接触を裏付ける証拠がない、ゆえに本件では、むしろ子Aの側が、M男が父である旨の立証をするべきである。懐胎期に父母が会っていれば、AがM男の子であるとの推定が回復するが、その証拠がないゆえ、子Aの請求は不当である、と。

本件では、2人きりで相応な時間会える余地があったのか否か、妻が面会ないし見舞いに訪れているのか否か、すら不明である。ゆえに、判決を論評する余地は殆どない。これに対し、下記判決は、交渉の機会がなく、スイス法下という「状況的交渉不可能」に属する例であり、性交渉の不可能が立証されていると評価することができよう。

最判1889年11月22日（GIU 13013）

本件は、精神病者（詳細不詳）たるA男（夫）の補佐人が、子B（1887年10月25日出生）と妻C女を被告として、否認の訴えを提起した事件である（事件では、母の被告適格も1つの争点）。被告たる子Bが上告。

判決は上告を棄却する。理由としていわく。国立精神病院院長からの報告によると、A男は、1886年12月12日に病院に収容され、そのご一度も病院から出ていない（この点については、複数の病院関係者の証言がある）。妻C女が病院に面会のため訪れたことはあるが、その折には必ず病院関係者が同席しており、彼が席をはずすことは全くなかった。とすれば、A男C女の性交渉は不可能であり、子の懐胎は不能である、と。

（3）小括

性交渉が存在する（ないし存在の可能性がある）場合に、男が勝訴するには、懐胎不能とくに父子間の「血縁関係の不存在」との証明を要すること、スイス法とも共通する（松倉『スイス親子法』前掲31頁以下参照）。ここでの問題は、証明の程度とその方法である（後述Ⅶ参照）。

3 父性否認手続に依らない父子関係の切断

第1に、この方法は、2000年親子法で新設された制度である。従来は嫡出推定を訴えによって排除する必要があった。新制度では、事実上の父の父性承認が可能となった。この制度は、ドイツ民法1592条を先例とするようである（vgl. Mottl, aaO, S.103 Anm. 20）。

第2に、要件はやや厳格ではあるが（旧163条を参照）、認知に父子関係を形成する効力と、他男の父性を排除・否認する効力、の2つを認めたものである。真実志向の面からみて、真実主義に近づくことになるのか、それとも遠ざかることになるかは、運用をみなければ判断できない（制度につき、簡潔には、vgl. Mottl, aaO, S.103 C）。

Ⅶ 証明の程度

（1）絶対不可能との証明の要否

逆の（反対の）想定をすることが経験則に反するであろうときには、高度の蓋然性が存するものと解される（Kapfer, ABGB §156 E.15）。いい換えれば、100%の父性不存在ないし父性不可能まで立証する必要はないということになる。そしてこの理は、非嫡出子法（71年施行）後も変わらない旨が明言されている（最高裁判所の判

決が存在する。vgl. z. B. OGH 18.4.1974. EF 22132 ; Kozior / Welser S.470 A 2)。

最判1951年7月4日 (SZ 24 181)

原告A男の妻C女は、懐胎期間中 (39.11.6-40.3.10) に他男Mと不貞を犯した (回数等是不詳)。しかし夫とも交渉があった。

裁判では、夫Aの父性存否につき、2種の検査がなされた模様である。①血液検査 (内容不詳)、②いわゆる人類学的鑑定 (内容不詳) に基づく相似性鑑定では、総じて夫の父性よりも他男のそれの方がより父性蓋然性があるとされたが、まだ夫が父との可能性も残っている、③M男の扶養料負担等の父らしい言動は考慮に価せずとの立場から、原告 (夫) による「懐胎不能」が立証されたとはいえない、と帰結する。

とくに理由としていわく、「民法138条の法律上の推定は、夫による懐胎不能との証明によりこれを排除することができる。最高裁判所の、確立した判例によれば、ここにいう不能との概念は、絶対的不能の意味に解されるべきではなく、〔父性の存在〕が可能と想定することが、経験則に反するであろう、という程度の高度の非蓋然性との趣旨に解するべきである」。しかるに本件では、前述②や③により他男が父である可能性がより大きいことが証明されたにすぎないゆえ、訴えは棄却されてしかるべきである、と判断されたのである。

父性が除外されなかったのであるから、否認訴訟が棄却されたのは至極当然のことであろう。人類学的鑑定は、近時でも血液型検査の補強証拠として使われている。これのみで「決め手」とするほどには技術等が進んでいないのであるから、これまたやむを得ざる結果であろう。ただ、血液検査に基づく親子鑑定技術は、判決当時 (40年代から50年代初め) いまださほど有用ではなかった。今日であれば、より容易に父性排除が可能とされるのであろう。

本件のような事案は、その検査の方法にもよるが、しだいに消滅していくであろうかと思われる。

さらに、最判1970年10月21日 (EF 12841) は、絶対的不能を要するわけではなく、高度の父性蓋然性の証明で否認訴訟は認容されるとの判例理論を前提として、証明手段の内容に言及する。いわく、「嫡出推定を排除するために必要な、非蓋然性の証明は、一つの証明手段だけでこれをする必要はなく、複数の証明手段の成果を総合判断することによっても、これを行うことができる」、と。

この判決も、総論面のみでは、異論を挟む余地がない。しかし、各論的面で複数の証明手段 (たとえば成熟度鑑定) をどのように扱い、どの程度に重視するかの問題になろうし、同じ成熟度鑑定でも、他の証拠の存在状況により、その重要性が異なってくる。判決がどの証明手段をどう重視したかが明らかでないので、その点には論評のしようがない。

なお、上記の判決後もこの理論に従っている (後述 (2) 所掲の判決参照)。

(2) 高度の父性非蓋然性

夫の父性不存在、すなわち、夫の子ではないとの証明の程度は、高度の父性不存在、すなわち高度の父性非蓋然性を証明することで足とするのが、今日の確立した判例・通説の見解である (vgl. z. B. Klang / Plessel, Kommentar, 2. Aufl. Bd. I/2 S.154 bes. FN 84)。

最判1950年2月21日 (SZ 23 36)

原告A男H女夫婦は、46年6月28日妻の有責で離婚し、同年10月6日に被告B男が出生。受胎期間中 (45・12・8から46・4・6まで)、H女は、夫A男とも (ただし、A男が刑を終え帰還した46・1・11以降) 愛人S男 (現在の夫) と性交渉 (程度不詳) があった。

判決では、証明の程度は、判例・文献の見解、すなわち、高度の蓋然性で足るとの理論を前提に、本件において、すなわち、母の不貞が確立された場合において、人類学的鑑定によれば、母の夫による子の懐胎との蓋然性はなく、相姦者S男による懐胎の可能性がきわめて高度に蓋然性あるときは、懐胎不能が立証されたものと

みることができるとの立場から、懐胎不能が証明されたものと解した。

本件では、人類学的検査の内容が不詳であり、血液検査はなされなかった模様である。とすれば、他男の父性蓋然性が高度と判断した根拠に疑問が生じる。それはともかく、このような、いわば「高度の父性蓋然性理論」は、そのごの判例でも確認されている。たとえば、最判73年9月25日（EF 19.744）によると、父性が確実に近い蓋然性をもって除外された場合には、懐胎不能といえたとされ、またリンツ高裁74年9月20日（EF 22.128）によると、推定を排除する懐胎不能の証明は、高度の蓋然性で足る。すなわち、夫による懐胎が高度に非蓋然性があり、この非蓋然性が確実に近いことで足るといった例がそれである。

(3) 証明の手段

第1に、歴史的には、避妊剤の使用、交渉前の妊娠、夫側の生殖不能、子の成熟度鑑定などの主張も数多くなされてきたが、今日では、血液検査が最も重視される。過去の判例の中には、これらの総合判断から父性の非蓋然性を導くことも可能であることを明言する例もみられる。筆者もかつて、1986年当時の論文において、「将来においては、血液型検査が最も有効であり、かつ、通例の場合には、これのみで父子鑑定が可能となろう。」と述べた。21世紀に入った今日では、まさに父子関係の存否の証明について、DNA鑑定が首座を占めるに到っている。

第2に、検査強制という制度が存在する。重要な機能をもつ制度である。これについては、別稿・裁判認知のうちに述べることにする。

(4) 小括

否認の証明にさいし、100%絶対的父性不存在との証明までは要求せず、高度の蓋然性証明で足るとされたとし、世界の動向と一致する（拙著『スイス親子法』前掲37頁以下参照）。父子鑑定技術の一層の進展により、今後ますます、蓋然

性の程度が高まり、父性不存在証明が相対的に容易となるものと思われる。とすれば、いかなる場面で父子鑑定の切断を認めるか、今後の立法にさいする最重要の課題となるであろう。

Ⅷ 出訴期間

出訴期間は、比較法の視点からも、極めて重要な内容である。

旧法と比較すれば、新法では、出訴期間は「2年」と拡大された。もっとも子からすれば、過日、成年年齢が20歳から18歳に短縮されているので、期間が伸長されたともいえない。とはいえ、出訴期間の起算点につき、わが法とは大きな違いがあるので、期間の長さの影響は、わが国で考えるほど大きくないであろう。

1 出訴期間通則

a) 通例の場合

夫（判断能力のある未成年者である場合を含む）の通常の出訴期間は、旧規定では1年である（旧156条1項）。期間の長さは1年とわが法と同じであるが、出訴期間の起算点につき著しい差違の存すること後述するごとくである。それはともかく、出訴期間につき、少し補足しておこう。

第1に、訴えは1年内に（通常）裁判所に提起されることを要する（通説・判例）。しかし、特別事情が存すれば、1年経過後の出訴が許される場合がある（同旨、EF 33.564）。下記判決は、これに関する事例である。

最判1964年2月6日（SZ 37 23 = EvBl 1964 Nr.336）

K男 J 女夫婦間に子が出生（62・5・29出生）したが、K男はその旨を、7月4日付け地区青少年局からの書面で知った（7月17日受領）。7月26日に至りK男出訴。そのような事実関係の下で、K男は、訴訟救助権（Armenrecht）の承認や役所係員（Armenvertreter）の発給する貧困証明書の送付を待っていたので、1年の出訴期間に間に合わなかったと主張。1審ではK男が敗訴したが、2審では、原告K男が63年6月21日に、出訴のため上記の承認や証明書をを得るよう、（救貧法に基づく）官選無料弁護（Armenanwalte）の選任を求

めていたことが認定された（Armenertreterの選任が7月9日）。

判決はK男の主張を認めた。いわく、勝訴の見込みがあるが、訴訟費用を至弁する資力を欠く者が、訴訟上の救助を受ける出訴救助権の承認を受け、貧困証明書を提出するとともに、代理人の選任申立を、原告男が適時になしたときは（民訴63条-73条）、期間が遵守されたものと扱われる。

本判決は、156条3項の「回避的な出来事によって否認することが妨げられたとき」との趣旨を類推したものと解することができよう（「判決要旨」はこの趣旨であることを伺わせる）。1年の期間の起算点がいつからなのか必ずしも明らかではない点もみられるが、学説（vgl. zB Rummel, Kommentar §§ 156-159 RZ. 3; Ehrenzweig / Schwind, System § 20 S. 141）も、上の結論を支持するごとくである。

第2に、165条1項にいう「1年」の期間は、いわゆる権利失効期間である。したがって、消滅時効についての規定（とくに停止および中断、1494条以下、1497条）の規則は、ここでは適用がない（通説・判例。Klang / Plessl, Kommentar S.112; OGH 4.2.1959 SZ 32 16 = EF 771. 比較的最近の裁判例として、OLG Wien 2.8.1976 EF 26.695; OLG Wien 14.3.1978 EF 31.305; OLG Linz 15.3.1979 EF 33.566; EF 71.802）。この点で、ドイツ法と異なる。なお、期間が遵守されたか否かは、職権調査事項である。

第3に、期間制限が適用されるのは、嫡出で出生した子に限られる（OGH 12.3.1958 RZ 1958 S.73 後掲、OGH 23.5.1962 RZ 1962 S.227 = JBl 1963 S.261 = Psta 1963 S.66 後掲）。ここでは、準正子に関する例を紹介しておこう。

最判1958年3月12日（RZ 1958 S.73）

被告たる子は、1964年2月3日E女の婚外子として出生。原告K男とE女は、1950年10月21日に婚姻締結。52年7月5日、地区裁判所においてK男が被告との父性を認知。その結果、52年7月11日の決定により、被告が父母の婚姻により161条（当時）に基づいて準正された（すなわ

ち、嫡出子と同じ法的地位を取得）。56年11月29日離婚（婚49条による）。

原告は、子の父ではない旨の確認を訴求。その理由として、①子を認知したのは、その母の歓心を買うためにしたにすぎない、②自分は48年に始めてロシアで戦犯解放されたので、子の父ではない（ゆえに準正の効果も発生しない）、と主張。

判決は、161条による子の準正化（嫡出化）が生じたのちも、これを争うことができるとした判例・通説（OGH 17.10.1951 SZ 24 277; Klang / Plessl, Kommentar 2.Aufl. I / 2 S.135f.）に従って、かかる訴えが可能との前提に立つ。そして、そのような訴えは、156条の出訴期間の適用を受けないので、1年内になされることを要しない。なぜなら、（当時の）156条は、「嫡出で出生した子」のみを対象としているゆえである、との立場から、結論的には、原告K男の訴えを認容する。

そのご、最判1962年5月23日前掲も、子の出生、認知、婚姻、離婚と進んだ前掲最判58年と全く同様の事案につき、（当時の）156条にいう1年の出訴期間は、本件のごとき準正子との父子関係不存在確認訴訟には適用されない旨を確認し、子の出生後約10年近くして訴えられた訴えの提起を適法と扱った。ゆえに、この点での判例の見解は、ほぼ確立していると評価することができるであろう。

第4に、出訴期間を徒過した原告に、否認訴訟の法的出訴期間について法の不知があっても、当然のこととして、それを理由とする救済は認められない（vgl. zB OGH 8.6.1976 EF 26.696 は民法2条[法の不知]を理由とする救済を否定して、本文に述べた理を明言する）。

b) 非嫡出子と身分登録されている場合

156条（旧158条）に定められる一定の出訴期間の経過後には、なんらかの事情により、身分登録簿（Geburtsmatrik. 近時は、Geburtenregisterと呼ばれる）において非嫡出子と登録されていても、子を非嫡出子と確定する非嫡出確定訴訟の許されないこと、多くの判例の認めるところである

(vgl. zB OGH 5.9.1956 SZ 29 59 = EvB I1956 Nr.343 = JBI 1957 S.266 = EF 768 後掲)。その根拠は、①そのような訴訟をこの場合に認めては、否認訴訟出訴期間の意味がなくなること、②否認訴訟が確立するまで、別訴で父の父性を否定することが禁じられていること（前述1参照）に求められる。きわめて当然の結論かと思われる。

最判1956年9月5日前掲

本件は、いろいろの経過があり、子の出産後8年ほどしてから、夫が否認の訴えを提起した事件である。事実関係は下記のごとくである。原告A男と妻C女との間に被告たる子B出産。妻C女とK男（愛人）とは、離婚の前後から性関係があった。子Bは一旦非嫡出と登録されたのち、真実の父（と思われる）K男がVoitsbergの地区裁判所の前で、本件被告たる子を認知（ゆえに、出生登録簿では、K男が父と登録）。そこで裁判所は、月額50Sを未成年子Bのための扶養料として支払うよう決定。子として身分登録されているときでも、夫が子の出生の情報を得たときから起算する（当時の法制からの帰結。なお、同種の事例における先例の結論でもある。vgl. SZ 11 189 前掲）、子が嫡出子として登録されるか、非嫡出子として登録されるかにより、出訴期間の起算点は影響をうけない（GIUNF 7734）。

これら2つの判決を利用したうえで、判決は加えていわく、①身分登録は後日変更される余地のあることを原告は知っているべきである、②原告は、子の出生後およそ3週間頃に非嫡出出生を知っていた、③子が非嫡出か嫡出かを決定するのは身分登録官ではなく民法138条である、④ライヒ裁判所の判決のなかには、特殊事件の下では不回避的な出来事による期間の停止と扱うべきであり、正しくない身分登録は不回避的な出来事と解すべきであるとした例（EvBI 1941 Nr.252 und 253）もあるが、本院はこの見解を採らない、と。そして結論において、A男の上告を棄却したのである。

なお、本判決は、傍論的に付言していわく、本件のごとく夫の訴えが出訴期間の徒過を理由として棄却されれば、残る途は、158条による

訴え（検察官によるそれ）である、と。本件の第1審裁判所は、夫の否認訴訟を認容する。その理由としていわく、①懐胎期に妻はK男とのみ交渉をもっている、②被告子は非嫡出子として登録され、K男による認知もあり彼が扶養料を負担していた、③夫が自己の嫡出子として登録されている旨を知ったのは、地区裁判所から決定（K男による認知取消の決定と思われる）の送達であった55年8月13日から起算して、適法な出訴期間内に訴えられているゆえ。

2 夫が否認権者である場合

a) 補佐人が存在する場合

補佐人が選任され、これが嫡出否認すべきときは、その選任のときから6か月内に（新157条2項3文）、子を否認しなければならない。ちなみに、旧法下の解釈として、法定代理人による訴えが棄却されたときは、法定代理人は夫の名で訴訟しているのであるから、夫に対しても判決の効力が及ぶと解されていた（vgl. Rummel, Kommentar §§ 156-159 Rz.8）。新法下でも、同様の扱いがなされるであろう。

b) 補佐人が存在しない場合

補佐人選任の要件が満たされているにもかかわらず、選任されていないことも少なくない。その場合には、夫自身が嫡出を否認することができるようになったときから6か月内に訴えを提起すればよい（新157条2項2文）。ちなみに旧法下でも、法定代理人が存在しない場合には、否認の出訴期間が進行しないものと解されていた（Rummel, Kommentar §§ 156-159 Rz.6）。

c) 補佐人が適時に訴えしなかった場合

この場合には、補佐が終了したのちに、夫自身が否認することができる。出訴期間は、補佐の終了したときから6か月である（旧157条2項3文）。旧々法下でも、結論において同趣旨に解されていた（vgl. Rummel, Kommentar §§ 156-159 Rz.8）。したがって、上記の見解の下では、場合によっては、出訴期間がかなり長期に及ぶこともありうるわけである。

d) 前婚の夫が父と推定される場合

わが法とは異なり、(夫の父性)推定が重複するさいには、後婚の夫が子の父と推定される。結論において、諸外国における最近の動向と一致する。しかし、後婚の夫の子との親子関係が否定された場合には、その判決の確定したときから、前婚の夫が父と推定される。その場合に、前婚の夫のための出訴期間については特則が用意され、期間は、上記判決が確定するときまで進行しないものと解されていた(旧138条2項)。

もっとも、新法のもとでは、夫の死亡による解消を別として、離婚による前婚解消後の前婚の夫の父性推定ということは、問題とされていないことに、留意すべきであろう。

3 出訴期間の起算点

比較法の視点からみて、極めて重要な項目である。とくに、わが法との比較において、期間の起算点が注目になる。

起算点は、特殊事情の存否により扱いが異なる。

(a) 通例の場合

「夫が子の非嫡出との事情を知ったときから」1年の期間が始まる。子の出生前にそれを夫が知ることもあるが、最短の場合でも、子が1歳になるまで否認訴訟を提起することができる(156条1項・2項)。すなわち、もっとも早い場合でも、子の出生のときから期間が進行するということである(OLG Wien 3.10. 1978 EF 31. 306. 事実関係等は全く不詳; OA 1993/105=EF68.744; EF 71. 803)。

ここで、「事情」認識の程度は比較的高い。単なる推測では充分でないが、非嫡出であると確信を抱くに至るまでは要求されていない。判例によりその程度をみておこう。

これに関する最初の判例としては、最判1952年11月26日(JBI 1953 S.322=EF 764)がみられる。もっとも、本判決は、公式判例集ではなく、上記の法律雑誌と私版判例集に登録されたにすぎないため、「他の事情を総合すれば、生じた疑念が排除ないし緩和されるような場合には、民

法156条2項の期間は、いまだ進行しない」、ということ以上には、その意味するところを知ることではできなかった。

つぎに掲げるのは、初めて公式判例集に登録されたディーディングケースともいえる事件である。

最判1954年7月7日(JBI 1954 S.618 = SZ 27 196 = EF 794. SZが、わが民集に相当する公式の判例集である)。

「[出訴] 期間は、このとき(下記)から進行すべきである。子が自己の嫡出子として出生登録簿に登録されている旨を原告が知った時点は、法的には、問題とならない。なぜなら、子は法の規定(民138条)により、嫡出子として登録されることになっているからである。」(もっとも、1審判決は、原告J男の主張に添った判決をなしている。訴訟のための確実な認識 *sichere Kenntnis* を要求した結果である)。

このような結論を導く理論をも、比較的詳論する。きわめて重要な部分であるので、その核心部分を示しておこう。いわく、「出訴期間は、夫が、子の非嫡出との事情を知ったときから始まる。そのような事情の認識と非嫡出であるとの認識とは、[時間的に] ずれがあるのが普通である。否認[出訴] 期間を進行せしめるには、非嫡出との事情につき、夫が疑いのない認識を有すべきである」。[家族法整合] 令(DRGBl · S.80)により改正された旧156条の下では、検証不能情報(*unüberprüfbare Mitteilungen*)に基づく単なる推測や、いろいろの意味にとれる疑わしい事実に基づく単なる推測は、民法156条2項にいう、非嫡出子との事情の認識とみることはできない、と(JBI 1953 S.322)。

これに反して、上記の事情は、子が非嫡出子であるとの確たる確信(*feste Ueberzeugung*)を夫に得させるような妻の、または客観的かつ聡明な判定者の目で子が夫により懐胎されたのではないとの結論に至らしめるほどにまでは至る必要はない。むしろ、非嫡出との事情は、各事案それぞれから判断して、子の嫡出性を明白かつ著しく疑わせる事態、すなわち非嫡出の可能性

を根拠づける事態をいう。そのような事情の認識は、ドイツ法によると、1年の期間中に否認訴訟の提起を決意させる動機となる最初の刺激で足りる（ドイツ連邦裁判所1953年5月7日判決、Juristische Rundschau 1953, Helt 12, S. 459）。

この判決は、そのごの多くの判決の踏襲するところであり（OGH 19.1.1977 EF 29.109 usw）、通説（zB Prohaska/Graf, §156 E.2; Klang/Plessl, Kommentar S.111）もまた、この結論を全面的に支持する。

（b）特殊事情の存する場合

夫が、出訴期間の最後の6か月内に、予見しえないまたは回避的な出来事によって、否認することが妨げられたときは、出訴期間の進行が停止する（156条3項）。なお、民事訴訟法146条でも、同様の障害事実が列举されているが、上記のような事実により否認を妨げられた場合に、いつまで提訴が許されるものかは、法文上明らかでない。障害除去のときから遅滞なく提訴されておれば、出訴が適法と判断されるものと思われる。

（c）子が死亡した場合

たとえ子が死亡しても、父子関係の切断は可能とされるが、その場合の訴権者は、旧法下では、検察官に限られた。それゆえ、夫による1年の出訴期間というのは、子が生存している場合を前提とする。Schwind教授の表現によれば、「1年の期間は、子の死亡したときには終了するのである」（Ehrenzweig/Schwind, System §20 A S.140）。

Ⅱ 認識の基準

（1）概要

第1に、非嫡出との事情を示す証拠力について、かなり高度であることを要する点では、判例は一致している。しかし、時代により、その表現に少し違いが生じてきているように思われる。すなわち――

① 60年代の判決は、十分な証拠力ある（子が非嫡出であることを示す）事情を認識したときのみ、否認出訴期間が進行する（OGH 2.3.1960

JB1 1960 S.605 = EF 772; OGH 10.2.1966 EF 6445; OGH 1.9.1966 RZ 1967 S.35 = EF 6444 etc）との表現を用いていた。

② 70年代後半の判決は、個々の疑いの認識のみでは、不十分であり、証拠力が著しく（von so grösser Beweiskraft）、子の非嫡出性の蓋然性がきわめて高いと夫が感じ、かつ否認訴訟において夫の証明義務を遂行することが期待できる程度に達している必要がある（zB OGH 19.1.1977 EF 29111 und dort zit. Entscheidungen）という。いずれの判決も事実関係の詳細を知り得ないので、現実の差を断定することはできないが、確信的疑いに近い認識に近づきつつあるのではないかと感じさせるほどである。

③ この傾向は、80年代以降には、ますます強化される方向にある。たとえば、最判83年10月18日（EF 43300）によると、夫が子の非嫡出性を高度の蓋然性ありと認めるべきときで、かつ否認訴訟において夫（原告）の証明義務を果たすことができる旨が期待できるときに、期間の進行が始まる（その他、近時の判例として、OGH 17.5.1978 EvBl 1978 Nr.164 = EF 31308; OGH 11.9.1980 EF 35960）。後者の事実関係は不詳であるが、前者は、①離婚時における妻の告白（半年前より同棲中の男性が子の父である）と、②懐胎期に夫とも上記男性とも交渉があった旨の事実認定とから、離婚判決日一告白時と同日一を起算点と解した例である。

第2に、そのさい、事情認識の程度は平均人のそれを基準とし、専門家としての知識（Sachverstaendigenkenntniss）を基準とするのではない。たとえば最判60年3月2日（JB1 1960 S.605 = EF 772）は、人的な認識基準についていう、「平均人の経験則を基準とする。夫がたとえ医師であったとしても、医師としての専門知識〔まで〕要求されているわけではない。」（平均人を基準とすることにつき、同旨、OGH 11.9.1980 EF 35.960）。

（2）非嫡出子であるとの確信が必要か

多くの判例は、子が非嫡出であると確信（feste Ueberzeugung）するとまでは要求しておら

ず、子の非嫡出出生の可能性を根拠づけるような事情の認識で足る、という。たとえば、前掲78年判決（OGH 17.5.1987 EvBl 1978 Nr.164 = EF 31.308）も、出訴期間の進行につき、子が非嫡出であるとの絶対的確實性（absolute Gewissheit）まで要するものではないと明言する。

少し補足しておこう。多くの判決は、「生じた疑念が排除ないし緩和されうるような場合には、…期間はいまだ進行しない」という前掲最判1952年11月26日（JB1 1953 S.322 = EF 764）を引用したうえで、たとえば、最判1954年7月7日（EF 767）はいう、この事情は、夫をして、子の非嫡出性につき確固たる確信を抱かせる、または、理性的な判断者をして、子が夫の子ではないとの結論に至らしめる、それほどまでである必要はない。…むしろ、子の嫡出性を著しく疑わせる程度で足り…夫をして…否認訴訟の提起を決心せしめる最初の刺激となる程度で足りる（Entscheidung des Deutschen Bundesgerichtshofes vom 7.5.1953, Juristische Rundschau 1953, Heft 12, S.459）。その他、それ以前の判決については、EF 767所掲の判決参照）。

その後も、最判66年9月1日（EF 6.444）や同67年10月12日（EF 8.069）、同68年9月11日（EF 9.781）、同77年9月15日（EF 29.110）、同78年5月17日（EvBl 1978 Nr.164 = EF 33.308）、同81年7月1日（EF 38.329）はいずれも上記54年判決の表現を判決中で繰り返している（その他、これらに引用される判決を参照）。結論において、学説もこれを支持しているものと思われる（vgl. zB Koziol / Welser, Grundriss, 5. Aufl. S.206, 7.Aufl 220; Ehrenzweig / Schwind, System § 20 A S.140）。

具体例を一例あげると、たとえば、前掲最判1954年7月7日（SZ 27 196）では、原告J男が離婚した妻I女と最後の交渉をもったのが、離婚の約7か月前、子の出生から約1年3か月前とのケースにつき、かかる子が非嫡出であることは明白であることから、子の出生を知ったときが「非嫡出との事情」を知ったときと判断された。

（3）疑惑を抱いた時期

夫が自己の父性についての著しい疑惑を、主観的にいつ抱いたかは問題ではない、とするのが確立した判例の見解である。たとえば、最判1965年10月27日（EF 4.274）はその理由につき、いわく、「嫡出父が主観的にいつ著しい疑惑を抱いたかは、〔出訴〕期間の起算については問題ではない。なぜなら、もし夫の意思にかからしめる見解の下では、そのような時期を全面的に夫の意思に委ねるという制度を別とすれば、出訴期間の起算を、すべて完全に夫の意識に委ねることになってしまうからである」（OGH 1.9.1966 EF 6.444前掲も、上記65年判決を引用して、この理を踏襲する）。

これにより判例は、主観的疑惑、すなわち現実に疑惑を抱いた時期を問題とせず、客観的疑惑、すなわち疑いを抱くのが通常である、ないし相当であると判断すべき時期を起算時期と考えていることが明らかとなった。

（4）出生登録を知った時点

前掲最判1954年で明言されるごとく、「子が自己の嫡出子として出生登録簿に登録されている旨を原告〔母の夫〕が知った時点は、法的には問題にならない。なぜなら、「婚姻中出生子は、法の規定（138条）により、嫡出子として登録されることになっているからである」（もっとも、本件の第1審裁判所は、出訴のための確実な認識 sichere Kenntnisを要するとの観点から、嫡出登録を知った時点から期間進行を認める。結論同旨、OGH 12.10.1967 RZ 1968 S.52 = EF 8.069）。

（5）父性調査の不作為と期間の進行

誰が父であるかの調査を実行していれば、父の手がかりが得られていたかも知れない場合もある。たとえば、学説（zB Rummel, Kommentar §§156-159 Rz.3）によると、出生時での子の成熟度、遺伝学的・人類学的特徴、血液型検査、懐胎不能などの調査をいう。夫に、これら検査ないし鑑定を行う義務があるわけではない（Rummel, aaO）が、「他男が子の父であるか否かの調査（Nachforschungen）を行わなかったことは、

期間の進行を妨げるものではない」(OGH 22.9.1976 EF 26.691. 同旨, OGH 19.1.1977 EF 29.116 は、子が特定の他男に似ている。その程度は不詳との疑いを抱いていたにもかかわらず、それ以上の調査を放棄した例につき、先例(EF 22125や EF 26691 前掲)と同様に、そのような不作為も、期間進行の妨げとならない旨を明言する)。もっとも、なんらの疑いも抱いていなければ期間が進行するものでないであろうことは、前掲最判1954年との整合性からみて、疑いがないであろうと思われる。

(6) 出生月日の照会を怠った場合

子の出生した旨は聞かされたが、出生日や、性別、名前などの報告を受けていなかったことを根拠として、夫が上告したが、これを棄却した判決(OGH 4.1.1934 SZ 16 2)がみられる。これによると、夫が著しい不注意で子の出生日を照会するのを怠ったということでは期間の進行は延長されることはなく、その妻が子を出産した旨の確かな認識を得たときから、出訴期間が進行する。判決文中に言及されるごとく、当時の通説・判例の見解に添った結論であり、また今日のそれ(既述の諸判決参照)にも相応していると評してよいであろう。

もっとも、否認訴訟に必要な日付(たとえば、出生日)の全てを認識していることまで要するわけではない。たとえば、最判72年11月9日(EF 17.387)では、情夫の名を知った時期が問題となった事件で、判決いわく、「妻が懐胎期に性関係をもった男の名を、夫がいつ知ったかは、(ここでは)問題ではない。なぜなら、嫡出否認のための出訴期間の起算につき、否認訴訟のために必要なすべての日付を知っていることが要件ではないからである(JBI 1930 S.343)」。引用文からも明らかなように、引用される先例(OGH 20.5.1930 S.343)をそのまま踏襲したのである。

(7) 婚姻前懐胎を認識していた場合

この場合に、嫡出否認権「放棄」と導くことができるかが問題となった裁判例が若干みられるが、大戦前後を通じて、否認権放棄を導く理

由となるものではないものとされる。

最判1910年12月29日(GIUNF 5283)

A男C女夫婦は、婚姻(09・11・22)に先立つ1909年10月19日に初めて交渉をもち、子Bは1910年4月7日に出生した。婚姻時にはA男は、「初交の折りに受胎したと思う」とのC女の言もあり、子は自己の子と確信していた。ところが、出産直後の4月末に至り、妻C女は他男の子である旨を夫に告白。子が初交日から6か月も経過せずに出産していることもあり、A男も、子は他男の子と思うに至り、否認の訴えを提起(出訴日付は不詳であるが、出訴期間内と思われる)。

判決は、婚姻無効(本件では、婚姻前他男による懐胎をさす。当時の民法58条につき後述条文参照)を知って婚姻したA男は、嫡出否認権を失うか(1審はこれを積極的に解し、A男の否認権消失を帰結した)につき、両規定の牽連関係を否定して、A男の訴権を肯定した。すなわち、1審のように解する法律上の根拠を欠くゆえ、原則どおり懐胎不能の証明により、推定がなくなる。結論において、つぎのような結論を導く。①婚姻締結時に花嫁の受胎を知っていても、否認権は除外されない、②しかし、それを知らなかった等の場合であれば、推定が及ばない、③したがって、子側が父性の存在を立証しないと夫の子にならない(③は傍論)、④知っている場合には推定が残る。ゆえに、その場合には、懐胎不能の証明により推定を排除せしめる夫の権利が存在する。本件は知っている場合であり、訴権があるのであるから、その余の審査を要せず、夫の訴権が認められる、と。

今日では、上述のような婚姻無効原因規定は存在しない。ゆえに、当時以上に、訴権不存在を論ずる余地が少ないといえよう。ちなみに、判決文に引用される(当時の)民法58条(旧法には存在しない)は、下記のごとくであった。

a.F. §58 ABGB: Wenn ein Ehemann seine Gattin nach der Ehelichung bereits von einem Andern geschwängert finden; so kann er, ausser dem im §121 bestimmten Falle fordern, dass die Ehe als ungiltig erklärt werde. (松倉訳:「妻がす

でに他男により懐胎されていることを、婚姻締結後に夫が知ったときは、夫は、第121条に規定される場合のほか、婚姻が無効であることを宣告するよう請求することができる。」

法文テキストは、Stubenrauch, M. / W. Schuster / K. Schreiber, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*. 8. Aufl Bd. 1. Wien, Manz, Verlag, 1952による)。

その、1924年最高裁判所判決 (OGH 4. 3. 1924 SZ 6 96) でも、「原告〔夫〕がすでに婚姻前に〔約婚女の〕懐胎を知っていたという事情にあっても、そのことから否認権の放棄 (Bestreitsverzicht) と帰結することはできない」と明言される (同趣旨の戦後の判決として、vgl. OGH 23. 12. 1952 JBI 1953 S. 321)。

(8) 別途考慮ゆえの不行使の場合 下記の2つの先例がみられる。

a) 真実の父が扶養する旨の約束をしていたため、夫が否認権を行使しなかった場合

この類型に関するディーディングケースとしては、最判1934年があげられる (OGH 23.5. 1934 SZ 16 111)。事案は、身分登録簿上の父から、子の真実の父に対する給付物返還請求 (子の扶養等に費やした出費のそれ) に関する例である。上記争いのなかで、否認権の存在が問題とされた。すなわち、子の真実の父が子の扶養を保証する旨を約束していたゆえに否認権を行使しなかったとしても、否認期間に影響しないとの立場に立つ。

ちなみに判決は、給付物の返還を認める (同様に、子の母が非嫡出子の父に対し、非嫡出父性の確定する前になした扶養等の給付物を返還請求した場合にも、不当利得としてこれを肯定する。初出、拙稿「オーストリアの裁判認知」南山法学9巻2号, 1985年, 220頁参照)。わが国では、全く論じられていない問題であるが、スイスでも同様の結論が導かれている (松倉『スイス親子法』前掲158頁参照)。興味ぶかい問題である。

b) 妻の帰還を考慮して、否認をしなかった場合

これに関して、婚姻関係を破綻させたくないため、ないしは妻が夫のもとへ帰還することを期待したゆえに、夫が否認権を行使しなかったという事件において、出訴を怠ったことの正当事由にあたらぬ、とした判例がみられる。結論の相当性はいうまでもなかろうかと思われる。

最判1975年4月9日 (EF 24.283)

原告たる夫Aは、1969年初めに子の母C女と最初の交渉をもち、そのときから子Bの出生までわずか6か月しか経過していないので、被告たる子の出生直後にはすでに、自己の父性に疑い (程度不詳) を抱いていた。しかし、婚姻関係を壊したくないとの考慮から、夫は、上記の疑いを追求することはなかった。71年9月、妻が婚姻住居を去って以降、夫は妻の帰還を促す努力 (詳細不詳) をした。他方で、つぎの帰結を導く。①夫婦ともに、子が夫の子でないことを知っていた旨の立証 (夫は自白、妻は社会保護官にその旨を告白) がなされたこと、②夫は、子の非嫡出性につき高度の蓋然性があると認識していた、との判断に基づいて、「婚姻を壊したくないため、ないしは妻が再び一緒に生活できるとの期待をもっていたために、彼が出訴を怠ったときは、彼は、出訴期間の経過による出訴の喪失を忍ばねばならない」、と。

(9) 否認権の放棄

わが国では、全くというほど論じられていない問題であるので、すべて別書に譲ることにする (拙著『オーストリアの親子法』前掲47頁以下を参照)。

(10) 小括

第1に、通例の場合の出訴期間の長さは、2年となったが旧法下での1年は、わが法やスイス法とも共通する。しかし、期間の起算点につき、わが法とは著しい相違がみられ、加えて特別事情の存する場合に、期間の伸長が認められ

ることも、スイス法などと並んで、今後わが国での立法にさいし、要検討事項となろう。

なお、法の不知、非嫡出子との登録、出生登録を知った時点、父性調査の懈怠、なんらかの別途考慮（たとえば、妻の帰還）が問題とならない点なども、解釈上の参考となろう。

第2に、起算点についての構成や判例は、立法のさいの参考とすべき課題である。すなわち、「非嫡出との事情」を知ったときの意義につき、非嫡出との確信までは要しないが、出訴を決意させるほどの、嫡出性を明白かつ著しく疑わせる事態とされる。

スイス法下でも、夫が自分のこでないことを認識した場合のほかに、懐胎期における母と他男との性関係の存在を知ったときからも出訴期間が進行するものと規定されるので、その内容は、オーストリアの裁判実務と殆ど同じかと思われる（松倉『スイス親子法』前掲117頁以下参照）。もっとも、夫がいつ疑惑を抱いたかではなく、客観的に疑惑を抱いてしかるべきときから起算されるので、スイス法と差の生じる場合もあるかと思われる。スイス法の方が、主観的要素を重視しているといえようか。

X 要約

否認権者と出訴期間等につき、若干の感想を述べるにとどめる（より詳しくは、松倉『スイス親子法』前掲とくに161頁以下、松倉『血統訴訟と真実志向』80頁以下、とくに「むすびに代えて」の項、などを参照）。

(1) 否認権者について

第1に、補充的否認権者を除けば、夫（かつては検察官も）のみが、（第一次的）否認権者である。その他の、かつての通説・判例のもとでは、とくに子や母親の訴権を認められていなかった。

第2に、比較法的には、母や子にも訴権を認める法制もみられた（たとえば、現行のドイツや、旧東ドイツなど）。筆者は、①「父子関係」の切断を問題とする嫡出否認においては、父と子が当事者である、②子も独立の人格者と位置づけるべきである、との2つの理由から、母へも訴

権を付与すべき理由は相対的に乏しいと考えている。つまるところ、子自身による否認、ないし出自を知る権利を、どこまで強化するかにより、母への訴権付与の必要度が違ってくるであろう。

第3に、この問題を論ずるにさいしては、スイス法が格好の素材となる。スイス法下では、子自身嫡出否認権は、「子が未成年の間に、父母の共同世帯が解消されたとき」との条件が付されているが、夫の否認権にかかわらないという意味で、いわゆる第一次的な否認権である。上記にいう「共同世帯の解消」とは、父母の一方の死亡、離婚、（裁判）別居などをいう（解消原因は不問）。子の未成年中に父母の婚姻関係が解消されておれば足り、それ以上に、母が子の真実の父と婚姻していることや、母、子の真実の父、子の三者が共同生活を始めていること、では要求されていない。子の否認権発生のための要件が、比較的ゆるやかであることが知れよう。

スイス法の下では、たとえ外観的にせよ、家庭が存続しておれば、子の訴権を発生させないという考え方を前提としていることが判る。夫の場合には、妻との離婚がなされていなくとも出訴可能であるから、家庭の存否の区別なく訴権が生じる。夫の場合と全く平行に構成する（ここでは、崩壊の危機にさらされている、父母の婚姻関係破壊への刺激となることを容認することになる）か、それとも、上記のごとき制限を加えるかは、価値判断の問題である。

筆者は、立法としても、スイス法のごとく、「家庭の平和」維持の観点から、子の訴権発生に制限を加えることは、なんら不当ではないと考えるわけである。

第4に、旧法下での検事を第一次的訴権者（以下、第二次的・補充的訴権者としてのそれは除外して考える）と位置づけたことは、親子関係の確立が、当事者だけの問題ではないとの趣旨が、制度上も保証されることにはなるであろう。それはともかく、ここでも、家庭が崩壊している場合に訴権を認めるのはまだしも、それが崩壊していない場合でも、訴権が認められるかが最

大の検討課題となろう。

本稿によっても、かつての検察官の訴権発生の要件たる、①「公的利益」および②「子の利益」の内容は、運用面でもさほど明らかではなかった。文献によると、「公的利益」とは真実を明らかにすることや戸籍を訂正すること（それなら、つねに訴権が発生することに通じる）のみいうのではなく、夫の嫡出子の相続権が減少することにも含まれる。相続権減少は、単に嫡出子個人だけの私的な利益にとどまるのではない（vgl. Klang / Plessl, Kommentar S.120 ; Frischer S.4 rechts）という説明が第一に登場する。

他方、「子の利益」としては、勝訴の見込みのあることが、子の利益追求の一つと評されている（Frischer S.4 links）。父子鑑定の容易化により、この点はあまり問題ではないであろう。重要なのは、「真実の父が子を扶養している場合」には、検察官による否認権行使が「子の利益」に通ずるとされていることである（vgl. Frischer, aaO. どの程度、学説の支持ある見解かは不詳）。ここで、真実の父と母との結婚や同居までは要求されていないので、扶養の事実から、検事出訴と「子の利益」とが直結するものか疑問がなくはない。しかし、「扶養の場合」とは、真実の父と母との結婚や同居へ通ずる一表徴と捉えたうえでの立論であれば、「子の利益」に基づく訴権発生は、スイス法下での結論に近いのではないと思われる。

第5に、スイス法とオーストリア法を比べると、スイス法下での子の訴権への制約の方が強いのではないと思われる。①「公的利益」を理由とする検事出訴を肯定されていたこと、②家庭存続中にも検事の訴権を認めるのであれば（たとえば、形式的に婚姻は存続しているが、子の扶養費を真実の父が負担している場合に、上記の理が妥当しよう）、かつては検事の訴権に出訴期間の制限がないこととあいまって、オーストリア法の方が、「血縁志向度」が強いと評価できた。

否認訴訟にさいし、子の訴権には、訴権発生要件や出訴期間に関して、種々の制約を伴いがちである。これに対し、公益代表者たる訴権者（通例は検察官）を加えるとその出訴要件いかな

にもよるが、一般に、父子の場合に比べると、「血縁志向度」が強まりがちなのではないだろうか。とすれば、今後、わが国での立法にさいしても、留意すべきである。

（2）出訴期間について

否認権者が夫の場合と検察官の場合とに限定して、出訴期間およびその起算点を要約するとどめる。

a) 夫自身による場合

オーストリア法の下では、夫が子の「非嫡出との事情」を認識したときから、スイス法の下では、夫が「自分は父ではない」または「懐胎期間における妻の不貞」を認識したときから、いずれも2年の出訴期間である。少し補足しよう。

第1に、スイス法下での夫は、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、これを知る場合をも含む）、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という事実を知ったときから2年以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または、①と③の双方を知ったときから期間が進行することに注意すべきである。

第2に、オーストリア法下での出訴期間は、「夫が子の非嫡出との事情を知ったときから」2年の期間が始まる（1年から2年に改正された）。上記事情の認識の程度はかなり高い。多くの判例によると、子の非嫡出について確信を抱いたことまで要するわけではないが、子の嫡出性につき著しい疑いを抱いたことが要求される。とはいえ、その男性が現実には抱いた時期ではなく、疑惑を抱いてしかるべき場合をいう（判例）。

第3に、上述した両法制下での解釈によると、両者は、殆どの場合、起算点が同じになるのではないと思われる。すなわち、「他人の子覚知」までの認識は要しないが、重大な疑いのときから、（否認）出訴期間が進行するのである（例外的に、主観的認識時期を問わないオーストリア法

の方が、より早く期間進行が始まる例がありうるものと思われる)。これらに比べ、「子の出生」認識のみで期間進行を認めるわが法制は、大いに論議する必要がある。

第4に、通常の2年という出訴期間のほかに、特別事情の存するさいの「期間の伸長」との制度も、立法にさいしては、検討する価値があるかと思われる。オーストリア法は、「不可避免的な出来事」を理由とする出訴期間進行の停止、スイス法は、「重大な事由」を理由とする期間の回復、とのごとく、その表現力に違いはあれ、機能的には、「血縁志向」に役立つことに疑いが無い。ゆえに、このような制度の採否も、わが新法下での「血縁志向度」いかに係ることになろう。

(3) 解明手続

ドイツやスイスでは、いわゆる「解明手続」が新設された。これにより、子が幼い場合などにおいて、否認権の行使に制約が生じる。オーストリアについては、資料がないため、内容には論及できなかった。後日、明らかにする予定である。

(4) 比較法

子に否認権を認めているかどうか、という視点から比較すると、つぎのようにまとめることができる。

第1に、オーストリア法は、子の否認権を否定するグループに属する。比較的少数の法制に属することがわかる（比較法制については、拙著『血統訴訟と真実志向』1頁以下を参照）。

第2に、かつては検察官に否認権を認めていた。しかも、検察官による否認権行使には、①子の福祉に添うことを要するという厳しい制約があったが、②出訴期間に制約がない。後者は、真実志向に寄与する制度と一応はいえるであろう。もっとも、前者の「子の福祉」を狭く解されると、後者②のメリットも機能しなくなるという関係にある。運用の実態の解明が望まれるが、今回はそこまで踏み込めなかった。

第3に、否認原因覚知説ともいべき構造を

とる。わが国の運用に比べると、真実志向に近づく保証ともなるが、比較法レベルでは、そのような構造は、もはやさほど特筆する制度でもないことが理解できた。

第4に、特筆すべきは、検査強制制度の採用である。この制度を筆者が紹介したところ、筆者が解釈論として、主張していると曲解されているようである。それはともかく、今後は、この制度をとるドイツやスイスとの、運用面での違いも視野にいられた比較研究が望まれるであろう。

第5に、わが法の視点からみた今後の課題につき、結論のみ記せば、①大戦後の、血液検査に基づく親子鑑定技術の飛躍的進展、②子を独立の人格者と位置づけ、子の権利を見直す必要性、③否認訴訟に関する世界の動向、等を考えれば、わが国でも、具体的に改正を論ずる時間に来ているものと思われる。

最後に、血統認識権または、ことに人工生殖における「父を知る権利」が正面から論じられてきている。「父を知る権利」が肯定されれば、その影響は、人工生殖の枠内にはとどまらないであろう。今後の議論の進展が注目される（スイス法における議論と新規定につき、拙稿「スイス法における血統認識権の新たな展開」（南山大学）アカデミア人文・社会科学編74号479頁－536頁、2002年。また、父を知る権利を明文で保証した法律の例として、拙稿「スイス生殖補助医療法と人工授精」前掲を参照）。

（2013年5月20日脱稿）