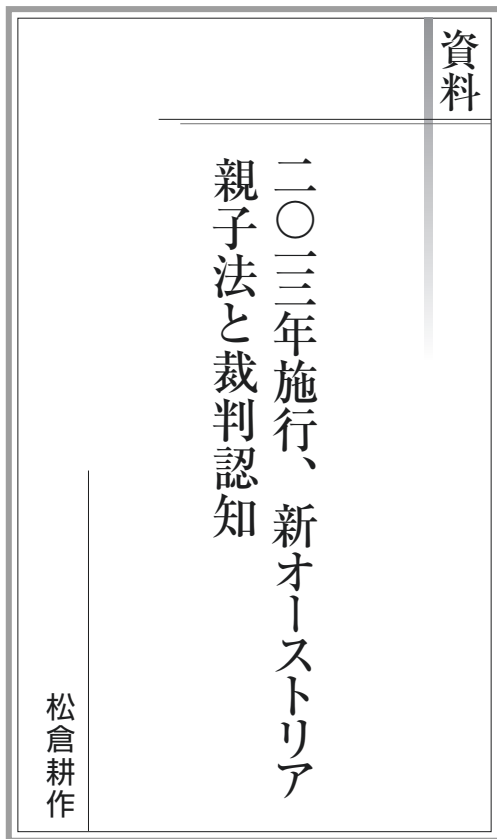




目次

- I はじめに
- II 改正規定
- III 裁判認知
- IV おわりに
- V 参考：旧法の条文訳

I はじめに

本稿では、2013年制定の新親子法のうち裁判認知の領域を対象とする。認知のうち任意認知は、次号で紹介する予定である。旧法につき概説書・『概説オーストリア親子法』を著している筆者としては、親子法の全面改正が実現されていることについて、明らかにしておく必要がある。同概説書は『概説オーストリア親子法』と銘打っていることから明かなように、親

子法の全容を知ることができる唯一の文献ではあるが、単行本であることもあって、読者が若干手にしにくい資料であるかもしれない。それもあって、本稿では、同書を手元にもたない読者にも理解いただけるように、同書に依拠した記述も少なくない。

新旧法の違いについて言えば、条文のうえでは形式的な違いが大きい。一言で言えば、条文（数）がかなりずれている。本稿では、新旧2つの条文を添えているので、読者にも違いを理解いただけるであろう。

実質面では、裁判認知については大きな違いはあまりない。旧親子法が制定・改正された当時に比べて、また、過日2003年に著した『概説オーストリア親子法』の出版のあと、関連する下記4つの法律（とくに②以下）が制定または改正されている。

①新148条うち、生殖医療に係わる、1項2文、3項・4項の規定は、生殖補助医療法に基づく規定である。これについて、拙稿「オーストリアの新しい生殖補助医療法（2005年施行法）」本誌1号80－112頁、2005年、を参照。すべて「生殖補助医療法」（92年法275号）を制定したおりに新設されたものである。また、出自を知る権利についても、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18－37頁、2003年、を参照

②親子関係の出自の鑑定を目的とした血液検査の強制に係わる新法が制定された。これについて、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11－27頁、2005年、を参照。

③登録パートナー婚についての規則が制定された。これについて、拙稿「登録パートナー婚に関するオーストリア新法について」本誌24号53－84頁、2012年、を参照。それに先立つ政府草案として、拙稿「登録パートナー婚に関するオーストリア政府草案について」本誌9号295－318頁、2008年、を参照。かつての非嫡出子の身分に影響が及ぶ法律である。

④身分登録法が全面的に改正された。これにつき、拙稿「オーストリア身分登録法（2012年1月1日現在の法状況）」本誌24号85-131頁、2012年、を参照。わが国でいえば、戸籍法に近い法律である。

上記の身分登録法の解釈を補充する特別法として「施行令」が存在する。これについては、拙稿「オーストリア身分登録法施行令」本誌25号119-145頁、2012年、を参照されたい。同稿では、出生の届書や出生簿のサンプルも添えられている。

ちなみに、旧・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——条文訳と若干の解説（1）－（5）」戸籍時報535号-545号、2001-2002年、がある。新法では全面改正されているが、旧法下での運用については、旧法についての解説も役に立つであろう。

⑤拙稿「ハンセン病と認知請求」南山法学31巻1号・2号合併号263-296頁、2007年。死後認知請求を対象とする。各国での扱いの違いにも、簡潔に論及している。

1 新法の制定

紹介の対象、解説の程度、制定までの過程などを、素描しておこう。

第1に、本稿は、「親子改正法」（2013年1月13日付け公表、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。改正された規則は、ほぼ全面改正に近いといえる。新旧それぞれの対応する条文は、内容に大差がなくとも、大きくずれている。

第2に、「新法」の条文訳と、それに先立つ「政府草案」の条文訳を、別稿行っている¹⁾。比較法作業研究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、別稿にて行っている（「戸籍時報」誌13年5月号以下で、連載済みである）。

紹介の方法について補足すれば、オーストリ

ア法は、日本でまったくといえるほど馴染みがない、と思われる。そのような状況にある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、全体内容を理解にくいのではないと思われる。そこで本稿では、「嫡出否認法」の紹介のさいと同様に、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2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が、読者の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、すでに旧法である）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。

このような状況は、わが国でのドイツ法についての認識とは著しく異なっている。か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、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。親子法についても、公式の解説はみられない。

第3に、裁判例について補足しておこう。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少なくない（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的全容については、

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。内容面では、ことに親子関係の効力の領域を除けば、今日でも十分に利用価値がある。

第4に、今後の執筆予定につき補足すれば、筆者の予定では、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、質量ともに、かなり遅いというのが実情である。

2 新法の構成

親子法の全容を示しておこう。

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、裁判認知、に限られる。その他に、夫の父性否認、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、順次別稿で扱う予定である³⁾。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

条文の構造を示せば、下記のようなものである。

1) 総則規定（新137条一）

2) 子の出自（新140条一）このうち一部が、 本稿に係る。

3) 父の認知（新145条一）

認知無効（新154条一）

4) 裁判認知（新148条一）この領域が本稿 の対象である。

2 効力関係 この部分は、後日・別 稿で扱う予定である。

1) 親子法に関する政府草案の条文訳は、下記の文献で紹介している。なお、下記（その1）では、旧法の規定をも訳出しているので、政府草案と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「政府草案」については、つぎの2つの草稿を参照されたい。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109-131頁、2013年；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28号117頁以下、2013年。

②新法の条文邦訳については、拙稿「2013年オーストリア親子法（条文訳）」戸籍時報697号、698号、700号、701号、2013年5月号以降、を参照されたい。

2) 拙著『概説オーストリア親子法』嵯峨野書院、275頁、2003年。

親子法の全容を素描している。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をも収録している。

3) 嫡出否認についてのみ、解説済みである。拙稿「2013年施行、新オーストリア親子法と嫡出否認規定」本誌28号85-116頁、2013年。

II 改正規定

読者が内容を理解する助けとなると思われるので、この領域に係わる改正法の条文を、解説に先立ち示しておこう。また、各条文のあとに、対応する旧規定をあげている。そうすることが、読者に親切かと思うからである。

なお、条文の見出しは、原典にも付されている。当然のことながら、正式条文の一部である。

第2節 子の出自

a) 総則

第140条

本法にしたがって生ずる・発生する出自およびその変更、および出自の不存在の確定は、すべての人に対して効力がある。

(旧138条a 1項と内容面での変更はない)

第141条

(1) 弁識能力および判断能力を有する者は、その法定代理人が同意しているかぎり、その者が行為能力を有しないときは、出自の要務において、その出自が法律上有効であるものとして行動することができる。そのような場合において、その法定代理人が行為をしたときは、法定代理人は、弁識能力を有しかつ行為能力を有する者の同意を必要とする。疑わしいときは、当該未成年者につき、弁識能力を有しかつ行為能力が存在するものと推定する。

(2) 法定代理人は、本人の利益のために行動しなければならない。出自事件に係わる法定代理人の代理行為は、裁判所の承認を要しない。

(旧138条b 1項・2項と内容面での変更はない)

出自事件の法的効果

第142条

当該人物の死亡後は、その権利承継者からの、または権利承継者に対する、出自の確定、その変更、または出自不存在の確定は、効力がある。

(旧138条a 2項と内容面での変更はない)

b) 母からの出自

第143条 省略

c) 父からの出自

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。

(旧138条1項、1号-3号、2項と内容面での修正なし)

父性の認知

第145条

(1) 父性は、国内での公の文書または公に認証された文書において、認知される。認知は、文書または公に認証された文書が、身分登録官のもとに到達しているかぎり、意思表示のときから効力を生ずる。

(2) 子がすでに生まれていれば、認知〔の届書に〕は、認知者、母および子についての詳細な表示が含まれていなければならない。

(3) 認知の同意には、1項および2項を準用する。

(旧163条cと内容面での変更はない)

第146条

(1) 子および母は、弁識能力および判断能力を有し、かつ生存しているかぎり、認知に対して、認知のあることを知ったときから2年以内に、裁判所に異議の申立をしなければならない。

(2) 異議を申し立てる権限を有する者が、行為能力を有しないとき、または不可避免的な出来事により、異議申立が妨げられたときは、期間の進行は停止する。

(旧163条d 1項・2と内容面での変更はない)

第147条

(1) 認知の時点で既に他男の父性が確定しているときは、他男が当該子の父ではないということが、一般的拘束力ある効力をもって確定したときに、認知は初めて効力を生ずる。

(2) 他男によって、子の出自が確定している時点でなされた父性の認知は、公の文書また

は公に認証された文書で、子が同意したときは、効力を生ずる。認知の子が行為能力を有していないときは、認知は、弁識能力および判断能力を有する母が、前述の方式により認知者が父であると表示したときに、初めて効力を生ずる。認知についての意思表示または同意について、必要な場合には、認知者が父であると作成された文書、または公に認証された文書が、身分登録官のもとに到達しているときは、認知は、意思表示のときから効力を生ずる。

(3) 父と確定している男または母は、これらが弁識能力および判断能力を有し、かつ生存していて、かつ2項にしたがって認知者が父と表示されているかぎり、認知に対して裁判所に異議を申し立てることができる。〔その場合には〕第146条を準用する。

(4) 未成年者の同意については、青少年福祉官が法定代理人となる。

(旧163条c 1項・2項, 4項と内容面での変更はない)

父性の裁判による確定

第148条

(1) 裁判所は、子が由来する男性を父と確定する。〔父性確定の〕申立は、子から男性を〔被告として〕、または男性から子を被告として、提起することができる。

(2) 子の申立に基づいて、子の出生前、300日を超えない、または180日より少なくない時期に母と性関係をもった男が、父と確定される、またはこの時期に生殖補助医療によりその男性のザーメンを母に注入した男性が、父となる、ただし子がこれら男性に由来するものではないことが証明されたときは、このかぎりではない。そのような確定は、男性が死亡してから2年を経過したあとでは、もはやできない、ただし、1項による証明が、男性の側の理由からありえないことを子が証明したときは、このかぎりではない。

(3) 母につき、2項の期間内に、第三者のザーメンをもってする人工補助生殖が施術されたときは、この人工補助生殖が公正証書の形式で同意している男を、父と確定する、ただし、子が上記の人工補助生殖により懐胎されたので

はないことが証明されたときは、このかぎりではない。

(4) そのザーメンが人工補助生殖で用いられた第三者は、そのザーメンにより懐胎された子の父とは確定されない。人工補助生殖のためにそのザーメンの使用が許された病院で、そのザーメンの使用に同意した第三者は、ザーメンにより懐胎した子の父と確定されることはない。

(旧163条1項・2項, 4項と内容面での変更はない)

第149条

(1) 法定代理人は、父性が確定されるように、配慮しなければならない、ただし父性を確定することが子の福祉に反する場合、または父の名前を知らさないという母の権利を行使する場合は、このかぎりではない。

(2) 青少年福祉官は、父性が確定されないことの結果について、母に対して説示しなければならない。

(旧163条aと内容面での変更はない)

出自が存在する場合の父性の確定

第150条

子は、他の男性の父性がすでに存在する場合でも、出自の確定を申し立てることができる。そのような場合には、子が他男に由来するものではないことを、裁判所による宣告的効力により、出自が確定する。

(旧163条bと内容面での変更はない)

母の夫の父性不存在の確定

第151条

(1) 母の婚姻中または母の夫の死亡後300日を経過する前に、出生している子が、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。

(2) 前項の申立は、子から夫を被告として、夫から子を被告として、申し立てることができる。

(旧156条と内容面での変更はない)

第152条

母の夫が、第三者のザーメンを用いる生殖補助医療に同意していたときは、第三者のザーメ

ンを用いて懐胎された子が、母の夫に由来しない旨の確定は、これを行うことかできない。

(旧157条)

第153条

(1) 子が母の夫に由来しない旨の確定を求める申立は、それに係わる事情を認識してから2年以内に、申立てられることを要する。この期間は、早くとも子が出生したときから始まり、出自の変更の場合には、変更が有効となつてから、始まる。他男による子の出自が存在するかぎり、申立は、許されない。

(2) 申立権を有する者が行為能力を有しないとき、または期間の最後の1年以内に、避けがたい出来事により、申立が妨げられたときは、期間の進行は、停止する。

(3) 子が出生したときから、または出自の変更後、30年経過したときは、子のみが、非嫡出(出自の存在しないこと)の確定を申し立てることかできる。

(旧158条と内容面での変更はない)

父性認知の無効宣告

第154条

(1) 裁判所は、認知の無効を宣告しなければならない

1. 下記の場合には、職権で、

a) 認知——第147条2項の場合には——子の同意または、母の行う認知者の父という表示が、形式規定に相応していないとき、または

b) 認知者において——第147条2項の場合には——子または母において、弁識能力および判断能力を—認知者または子について——法定代理〔人〕を、欠いていたとき、ただし、法定代理の欠如が事後に補充されたとき、または認知者が行為能力を回復したのちに、認知を追認したときは、このかぎりではない；

2. 異議申立に基づいて〔行う〕、ただし、子が認知者に由来しないこと、——または第三者のザーメンを用いた人工補助生殖により子が懐胎されたが——認知者が公正証書の形式で、それについて同意していたときは、そのかぎりではない；

3. 認知者が下記のことを証明したときは、

a) 認知者の申立に基づいて、認知が、子が認知者に由来すること、または母において、認知者のザーメンを用いた人工補助生殖を、または第三者のザーメンを用いることにつき、認知者の同意を得て、施術されたということについて、詐欺、不当な強迫、詐欺により、認知を行ったということ〔を証明したとき〕、または

b) 子が認知者に由来しないこと、および認知者が事後に初めて、子との出自が存在しないという事情を知ったということ〔を証明したとき〕。

(2) 1項3号による申立は、詐欺、錯誤、または上述の事情を発見したのち、または強制状態から解放されたのち、最長、2年が経過するまで〔申し立てることができる〕。この期間は、早くとも子の出生前には始まらない。

(旧164条1項1号のa)・b)を除いて、内容面での変更はない)

第3節 名前 第155条 本稿の対象外であるので、155条以下の規定については、邦訳を省略する。

Ⅲ 裁判認知

オーストリア民法のもとでの裁判認知制度は、その内容において、今後のわが国での改正にさいして、立法上の参考とすべき点が少なくない(後述する「おわりに」の項参照)。言い換えれば、わが国における今後の立法論の資料として、大いに参考とすべきであろう。

なお、懐胎期間中に複数・多数の男性と交渉した場合を意味する「複数交渉」固有の問題は、わが国でも多く生じる問題である。しかし、この問題について、いまだわが国で最高裁判決が存在しないこともあり、わが国では議論がないに等しい。それゆえ本稿では、ごく簡略にしか扱わない。少し古くなったが、別稿で詳述しているので、最小限度触れるにとどめた(簡潔には、拙著『血統訴訟論』一粒社、1995年、125-149頁参照、拙稿『概説オーストリア親子法』125頁以下)。予めお断りしておく。

1 参考文献

親子法に共通する文献について、ここでは、若干の資料をあけておく。

余談であるが、ひとこと明記しておきたい。というのは、文献の古さについてである。ことにドイツ法研究者から誤解を受けることが少なくない。この10年、出版事情も少し変化してきているが、ドイツやフランスに比べると、発行される書物・論文の数が著しく少ない。そのような事情について、理解をいただきたい。

(1) 単行本

下記に示した以外の概説書（身分訴訟を扱う民事訴訟文献をも含めたそれ）は、本論中に示す。下記は筆者名で引用・略記する。なお、執筆者の肩書は、いうまでもなく、執筆当時のそれである。

なお、新法を扱うのは、本稿脱稿の1月31日現在では、下記①・②文献に限られる。

① Barth/Deixler/Jelinek(Hrsg.), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts. 2013, 480S. 以下は、Barthと略称する。本書は、500頁近いボリュームであるにも係わらず、裁判認知については、61-67頁に記述されるにすぎない。

② Gitschthaler(Hrsg.), Kindschafts- und Namensrechts-Aenderungsgesetz 2013. 2013, 331 S. 親子関係の効力については有用であるが、裁判認知については、記述がないに等しい。

③ Feil, E., Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes. Eisenstadt, Prugg Verlag, 1971, 83S. 筆者は高裁参事官。解説の大半は、立法資料での説明に基づいている。

④ Meyer, A., Das Recht des unehelichen Kindes. Wien, Juridica Verlag, 1971, 188S. bes. S.20ff. 筆者は公証人。立法者の意見を知るのに便宜である。

⑤ Graf, K. / W. Prohaska, Das neue oesterreichische Kindschaftsrecht. Wien, Juridica Verlag, 1977, 153S. 筆者はいずれも青少年保護局勤務の実務家。小コンメンタールで説明はきわめて簡略。

⑥ Wresounig, F.(Hrsg), Das neue Kindschaft und sonstige einschlaegige Rechtsvorschriften.

Eisenstadt, Prugg Verlag, 1979, 519S. 編者は裁判官。法令集の一種であるが、わが国では有用かと思われる。解説も付されている。

⑦ Rummel, Kommentar zum ABGB, 1983, 1538S. 非嫡出子法の部分は、Pichler 判事が担当する。

⑧ Schwind, F., System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. 3. Buch : Das Familienrecht. 3. Aufl. Wien, Manz. Verlag, 1984, 226S. 筆者はウィーン大教授。本書は、オーストリアで最も権威あるとされる、《System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts》(Ehrenzweig 教授の手になるそれは、1924年に初版、39年に第2版が発行。それ以前には、Kraing/Pfaff/ Ehrenzweig 教授により、1889年初版から1924年第6版まで続いた。第6版はEhrenzweig 第2版に同じ。ちなみに、筆者はこれらすべてを私有している)の第3版である。約50年ぶりの第3版の刊行ということになる。ただ、ボリュームから推察されるごとく、ドイツの概説書に比べると、説明がかなり簡略である。

⑨ Klang, H. / K. Plessl, Kommentar zum allgemeinen buergerlichen Gesetzbuch. 2. neubearbeitete Aufl. Bd. 1, 2. Halbb. §§137-284. Wien, Verlag der oesterreichischen Staatsdruckerei, 1962, 580S. 担当者 Plessl 氏は判事。本書の初版は33年発行。非嫡出子法改正前の文献ではあるが、その点を除けば、今日でも極めて詳しい説明がみられる。

(2) 雑誌論文

別書に譲り、文献を列挙することは割愛する(vgl. Barth S.469ff., Dittrich / Tades, ABGB 2011, §163ff. Schrifttum)。なお、関連する特別法の紹介資料については、本稿の「はじめに」示した邦語文献を参照していただきたい。

2 親子関係の発生

親子関係は、とくに父子関係は、オーストリア法も他国にけると同様に、大別すれば、嫡出推定、認知、養子縁組、などにより発生する(嫡出推定、嫡出否認については、前出した、拙稿「新オーストリア親子法と嫡出否認制度」のほか、拙稿「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、養子縁組については、前掲書第4章「養子法」の項を参照)。

そして認知には、任意認知と裁判認知の存すること、これもまた諸外国におけると同様である。本稿では、後者のみを扱う。

参考のため、非嫡出子の数について補足すれば、最近90年間の非嫡出子の出生数とその百分比は、少し古い統計であるが、地域による差の大きい。すなわち、83年を例にとれば、最高はケルンテン州の36%、最低はブルゲントラントの9.5%である(ちなみに、ヨーロッパではスペインのごとき5%未満の例を除けば、かつては比較的低い数値であろう)。

少し古いが、2000年度に出生した非嫡出子の数は2万4497人であり(同年の非嫡出生率は31.3%である。2012年度は3万2769人、非嫡出生率は41.6%)、事後婚姻による準正子の数は1万1744人であるから、単純比較すると約48%が準正されていることになる。(ネット版のSTATISTIK AUSTRIAを見てみたが、準正については、知り得なかった)しかも、準正時点での子の年齢(2000年度)は、1歳未満が2318人、1歳-2歳未満が2523人、2歳-3歳までが、1817人である。つまり出生後3年までに6092人が事後婚姻により準正されたことになり、3年未満の準正が52%弱にも達している。このような粗い比較からも、かつての準正率に比べても、準正される率も増加していることが知れる。

3 非嫡出子法の成立と発展

本稿からみての旧法前の、いわば旧々・非嫡出子法は1970年10月30日附で「非嫡出子の法的地位の新規制に関する連邦法」として登場し、71年7月1日に制定されている(一部は同統一民法典である、「1811年法」成立前から現行法に至るまでの非嫡出子の法的地位の変化については、別書の記述に譲る。詳細については、Schwind, System §271 S.177f.)。

成立過程をごく簡略に示せば、下記のごとくである。

上記70年新非嫡出子法の規定のうち、若干の規定が、その後の「親子法の新規制に関連邦法」(77年法第03号)や「人事法、婚姻法、親子法

の改正に関する連法」(83年法第56号)により再改正を受けている。裁判認知の領域において、これら改正法による影響はない。もっとも、人事訴訟法や管轄規範法などの特別の改正による影響のある領域も存在する。

その後、親子関係に係わる規定は、最近に至り、「2013年2月1日付け、子ども・名前についての連邦法」により、ほぼ全面改正を受けた。本稿で扱うのは、この改正による規定に基づく「裁判認知」の部分である。

4 立法者の課題

対象とする2013年新法は、親子関係の「効力」の領域での修正が主であり、旧法のもとでの規定に比べて、出自の領域での目立った改正はないというのに近い。もっとも、本稿の「はじめに」に示した特別法による修正・変更はある。

他方、旧法の改正のさいには、つぎのような改正理念がみられた。すなわち、①一般的意味では、非嫡出子の法的地位の改善を実現すること、②本稿の関連では、父性確定(方法)につき、近時の発展をとりいれること、にあった。後者を少し補足しよう。1811年のABGB制定当時でもなお、非嫡出子に「扶養義務者としての父」を得させることが、最もウエイトが置かれていた。

Schwind 教授(Schwind, System S.178)によれば、旧々163条のような著しく広い父性推定規定が、上の目的に役立っていた。すなわち、①同規定よると、所定の時期に子の母と性交渉をもった男性は「子の父である」と推定された、②推定が複数の男性に及ぶときは、父の選択は、現実には、母および官庁後見人(Amtsvormund)に委ねられる構成がとられていた。ここで被告男性のなす反証として、彼が子の父ではあり得ない旨を、確実に近い蓋然性をもって証明するという可能性が残されていたにすぎない。旧法およびその基本構造を承継している新法は、医学の進歩等を背景として、上記の反証(方法)につき、重大な修正が加えられていることになる。

5 非嫡出子と父性推定規定

文献として、父性確認訴訟との関係では、若干古くはあるが、Mottl, I., Aenderrungen im Abstammungsrecht durch das KindRG 2001, bes. S.106ff. が、今日でもなお有用である。

(1) 懐胎推定

まず、新148条2項1文(旧163条1項)では、特定の男性による懐胎の推定について定めている。旧法規定についての政府提案説明(zit. Meyer S.20f.)によると、このような推定規定を踏襲した理由は、①非嫡出子の母は、懐胎期に一人の男性と交渉をもつというのが通例であるゆえに、推定に基づく父が真実の父と一致する、②父性の積極的証明ないし直接証明(生物学的父性の証明)は今日でも不可能である、との点に求められる。

ところで、改正148条2項の規定は、その構成において旧規定を踏襲しており、本質的には1811年制定当初のオリジナルテキストと変わるところがない。後述するところとも係わりが少なくないので、後学のため、ここにテキストを示しておこう(ちなみに、条文の見出しは正式テキストである。いずれも、「非嫡出子に対する父性の証明」と規定する)。

<旧々規定> Wer auf eine in der Gerichtsordnung vorgeschriebene Art überwiesen wird, dass er der Mutter eines Kindes innerhalb des Zeitraumes beigewohnt habe, von welchem bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als 180 und nicht mehr als 302 Tage verstrichen sind; oder, wer dieses auch nur ausser Gericht gesteht, von dem wird vermutet, dass er das Kind erzeugt habe.

<1811年法> Wer …, von welchem bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als sieben, nicht mehr als zehn Monate verstrichen sind; … (その他の部分は旧々法に同じである)

つぎに、旧法の制定当時と背景が異なるのは、父性の「積極証明」が可能となってきたことであろう。そのことは、原告である子にとって、

父子関係を立証することが著しく容易になってきていることを意味する。その点だけを比べると、推定規定を欠いているわが国とも結論の導き易さにおいて、近い構造と誤解する危険がある。オーストリアでは、親子鑑定を目的とする「血液検査を強制する制度」が存在する。最終的には、父子鑑定を拒む男の意思を無視して、血液検査などの親子鑑定を強制することができるのである。この制度のお蔭で、父子関係の証明は、著しく容易となったことを見逃してはならないであろう。

(2) 性交渉

わが国では、まったくといえるほど論じられていない問題であるが、ヨーロッパではかなり詳しく論じられている問題である。ことにオーストリア民法はフランス民法について1811年に制定されている。そのこともあり、ふるくより連邦最高裁判所の判決が登場している。

新148条2項も、既述のごとく、旧163条の父性推定を踏襲している。それゆえに、①性交渉の存在証明の要件、②立証責任転換の要件、などの問題に関する旧法下の判決は、新法下でも先例としての価値の有すること、判例の認めるところである(最判の見解。OGH 6.12.1973 EvBl 1974 Nr.136 = EF X 5 (S.534) = SZ 46 119 [とくに判例集545頁参照])は、この理を明言する)。

まず性交渉の意味からみておこう。改正前から法文上その内容はまったく白地である(なお、たとえばスイス法につき、拙書『スイス親子法』20頁以下参照)。

第1に、規定の上では内容がはっきりしないが、判例がその内容をかなり明らかにしている。性交渉とは、男女の性生殖器を肉体的に結合し、女性器内へとザーメンを注入させることができるようする行為をいう、と定義づける裁判例もみられる(SZ 46 119 前掲も先例<Evbl 1955 237>を明示しつつ、かく定義づける)。

しかし、裁判例の多くは、いわゆる女性器への男性器のインサートがなくとも、双方の性生殖器の接触ないし吻合(Vereinigung)でも(GIU

15550 後掲；LGZ Wien 12.2.1964 EF 845；LGZ Wien 17.12.1968, EF 9.793）,または、性的に興奮した状態で性の生殖器の接触（2 Ob 146/60 zit. Feil S.25）でも、性交渉にあたると解する裁判例が主流を占めている。

これを要するに、受胎可能性のある交渉が、ここにいう「性交渉」と定義づけられているものと解してよいと思われる。理解を助けるため、裁判例の内容を少し補足しておこう。

最判1873年2月5日（GIU 4872前掲）

母と非嫡出子の後見人が、父性確定訴訟と扶養料を求めて訴求。被告B男は、性交渉を否認して、懐胎期に子の母と双方の性器を外部的接触を行ったが、自己の性器を女の膈内にインサートすることはなかった、と主張。判決はいう、「懐胎期間中の性交渉との証明は、本件では、被告の自白から証明されたものといえる」。とすれば、男女性器の接触のみでも、懐胎の可能性があるゆえ、「性交渉」にあたる、と導かれた。

最判1895年7月30日（GIU 15550 前掲）

いわゆる生殖器への挿入・射精はなく、性器の接触のみを行なった事案である（ただし、GIU 4872前掲と異なり、法廷外での男性の告白を採証）。最高裁は、上の告白を根拠として、性交渉あり、と認定された（判決当時の法文につき前頁を参照）。

性交渉とは、上のごとき交渉を意味するから、下記のような結論が導かれている。①射精に至ったか否かは問わない（OGH 12.5.1885 GIU 10565. 男性がいわゆるインサートのなされたことは認めたが、射精には至らなかったと抗弁した例）、②射精前に性交を中断したかも問題とされない（LG Linz 27.7.1965 EF 4. 303, OGH 31. 8. 1977 EF 29. 135）、③コンドームを用いたか否か（GIUNF 6036後掲, OGH 8. 11. 1966 EF 6. 469）、等の主張ないし事実も、法的には重要性はないことになる。

最判1912年9月10日（GIUNF 6036）では、交渉にさいしてコンドームを用いていたと被告男が抗弁したが、これのみでは父性推定を破り得な

い、とした例。また、最判1874年4月15日（GIU 5338）でも、子の母との3度の交渉にさいし、常にコンドームを用い、直接性器を触れ合うことはなかったから「性交渉」にはあたらないと抗弁したが、判決は性交渉ありと認定した。

第2に、性交渉と行為能力につき、性交渉は法律行為ではないとの理由から、行為無能力者であることを要するか、受胎不能についての女性の詐欺の存否、などは問題ではない、と帰結される（通説・判例）。

77年判決は、性交渉にさいし女が不妊症であると告げたため、避妊せず交渉した例。被告男はこの点の審理不尽を理由に上告するが、判決は、（旧）163条1項は性交渉の事実のみを父性推定に結びつけており、かつ性交渉は法律行為でもない。ゆえに、さような虚言があったとしても、ここでは問題ではない、と帰結する。

（3）人工授精の場合

わが国と異なり、「生殖補助に関する法律」が制定されている。

詳細は別稿に譲り、結論を示すにとどめて置く（詳しくは、拙稿「オーストリアの新しい生殖補助医療法（2005年施行法）」前掲。また、出自を知る権利についても、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」前掲、を参照されたい）。

特定男性のザーメンを用いて人工授精がなされた場合には、ドナーに対しては、新148条前掲にいう父性推定は及ばない。人工授精は「性交渉」とはいえないゆえである（vgl. zB Pichler, Kommentar 163 Rz.1）。もっとも、推定と関わりなく、上の男性が子の非嫡出父であると確定されることまで排除するものではないことはいうまでもない。

ちなみに、新148条うち、生殖医療に係わる、1項2文、3項・4項の規定は、すべて「生殖補助医療法」（92年法275号）を制定したおりに新設された規定である。

（4）懐胎期間

懐胎期間について、子の出生日から逆算して

180日－300日の間に、子の母と性関係をもった男が、子の父と推定・確認される（148条2参照。なお、2000年親子法改正のおり、302日から300日に改正された。嫡出否認の場合と同様に、諸外国の多くが採用する数値に合わせたのである）。

1) 推定期間

上記のように、わが国と異なり、推定規定が存在する。機能面からみれば、推定規定の存否が父子関係の立証の難易について、従前はかなり大きな違いがあったといえるが、鑑定技術が進んだ今日では、父子関係の証明を導くことに、かつてほどの差は生じないと、いえることはない。

第1に、旧法を制定するおりの政府提案説明（Mayer S.21による）によれば、上の期間は固定的である。ゆえに、出産日等から逆算すればこの期間外の受胎と推測される場合でも、期間内受胎との反証は許されないことになる。結論においてスイス法等と異なる（拙稿「認知訴訟と父子関係の証明」別冊判例タイムズ8号『家族法の理論と実務』258頁、257頁参照、1980年）。

ちなみに、300日との長さは、嫡出推定における期間とパラレルの関係にある。すなわち、「…母の婚姻の解消後もしくは無効宣告後300日以内に生まれた子は、嫡出と推定する。」（2000年改正の旧138条1項1文。なお、新144条1項をも参照）と同日数である。

第2に、複数回数にわたる性交渉が行なわれたときには、それぞれの日から算定する。つまり、最初の交渉が行なわれた日ののち180日の懐胎可能期間、最後の交渉のときから（旧法での）302日の経過する日までが、「推定期間」に含まれることになる（Klang/Gschnitzer S.145）。

第3に、同期間内の交渉の存在である旨は、子が主張・立証責任を負い、これが証明できない場合には、父子関係の存在の証明を要することになる（EvBI 2000/138）。

2) 法定期間を超えた期間での性交渉

性交渉が上「推定期間」外で行なわれたときは、性交渉があったとの証明だけでは足りず、それに加えて被告による懐胎である、すなわち

子が被告の子である旨を証明しなければならない（通説・判例。Pichler, Kommentar 163 Rz.2; SZ 24 10 = 163 EF 814 後掲；OGH 2.6.1966 EF 6.477 und dortige zit. Entscheiden）。

ここでは、最判1951年1月12日前掲を掲げておこう。旧法下の事件ではあるが、推定（163条1項）に関しては、旧法下の判決も新法下で価値を有する（SZ 46 119 前掲）とされるので、下に示しておく。

最判1951年1月12日（SZ 24 10）

本件は、子の出生前305日目に性交渉があった事案（他男交渉もあったが、遺伝学的鑑定によると、他男の子との蓋然性が著しく低い）。いわく、「本件は、民法163条に定められる期間外で性関係が行なわれた事案である。ゆえに、懐胎推定は本件には適用されない。とすれば、単なる性交渉の証明では足りず、子は、被告と母との性交渉により現実懐胎された旨の証明が必要である」（ちなみに本件では、他男父性不存在は証明されたとしても、被告との父子関係はその可能性があるとの程度の証明にとどまるので、いまだ要証事実たる被告による懐胎が証明されたとはいえない、と帰結）。

3) 推定発生の要件

推定発生のための現実の要件をどのようにに確定するかは、旧法制定時の政府提案説明（Meyer S.21による）によれば、手続法上の問題とされる。それゆえに、実体法上の規定たる民法163条では、父性推定に結びつく具体的な性交渉があった旨の証明ないしその旨の告白（告白）には言及されていないのである。

(5) 父性推定の排除

第1に、旧・非嫡出子法（71年施行法）は、父性推定（旧163条1項）については旧々法を踏襲したが、父性推定の排除については、旧々法に比べて著しく排除しやすく構成した（たとえば、Schwind, Familienrecht § 27 S.178; Ent, OJZ S.510 rechtsほか、すべての文献の認めるところである。立法当時の同趣旨の文献につき、Pichler, 1974 S.2）。たとえば、Pichler 判事などは、本稿に関する領域内にか

ぎれば、上の点を非嫡出子法における最大の改正点にあげている。

第2に、新2項も旧法と同様に、懐胎期間中の性関係の証明につき、立証責任はつねに被告男性にある旨を明言する。いわく、「前項の推定が及ぶ男は、……との証明によって、推定を覆すことができる」と。かような「反証」に二つの方法が認められることは後述するとし、163条を簡略に図式化すれば、次頁に述べるごとくである。

上記の領域での旧法の特徴は、前記学説も明言するごとく、「反証」の容易化にある(2項の機能につき、vgl. zB Schwind §163 E.126; OGH 11.6.1975 EF 24.306. とくに後者は、3シグマ・グレンツの不要を説く)。この理は、最高裁判決(OGH 22.1.1975 SZ 48 5 = EF 24305 後掲は、前記学説と同様に、推定の排除を、すなわち被告男性の反証を容易化したものと評する。同旨、zB. OGH 4.3.1976 EF 26.721; OGH 21.6.1977 EF 29.128 usw.) も繰り返し認めるところである。反証の内容についていえば、2項前段は解釈により、同後段は法律により、それぞれ反証容易化を実現したものである。

ちなみに、被告男性の反証の方法については、結論を示すにとどめておく。

被告男性は、子を懐胎させたのではない旨の反証をあげることによってのみ、父性の推定を排除することができた(詳細は、vgl. zB Plessl K., Kommentar zum ABGB. Bd.1 Halbb. 2. Wien, Verlag der Oesterreichischen Staatsdruckerei, 1962, S.163ff.. 最近の判例については、Dittrich / Tades, ABGB 2011 §163 S.78 所掲の判例を参照されたい)。

問題は反証の程度である。戦後ことに60年代以降の多くの判例は、一般の反証ルールを修正し、父性排除の証明は、被告男性が100%父ではないとの証明をすることまでは要求せず、子の父ではない(子を懐胎させたのではない)旨の「確実に近い蓋然性」(die an Sicherheit grenznde Wahrscheinlichkeit, ein Gewissheit nahe Wahrscheinlich. Keitsgrad)があるという反証をあげればたどしてきた(zB OGH 7.3.1961 EvBl 1961 Nr.168)。

ところが、その証明の程はかなり高い。たとえば、99.73%ないしそれ以上の非蓋然性が反証

されたときに初めて父性の排除を認めるというものであった(zB. OGH 18.4.1972 EvBl 1972 Nr.280)。上判決は最も厳格な例であるが、これに近い例として、蓋然性がわずか0.4% (OGH 2.9.1960 JBI 1961 227; OGH 21.2.1968 EF 9789), 0.5% (OGH 3.10.1968 EF 9.790), 0.7% (OGH 23.12.1970 EF 13301) 存在するだけでも、父性の不存証明(Ausschlussbeweis)がなされたものとはみない裁判例もみられたほどである。

(6) 出生簿

出生すれば、出生の届出、さらにはそれに基づいて出生簿が作成がなされる。簡潔には、本稿の「はじめに」示した拙稿が参考になるであろう。

6 2013年新法制定前の旧法

(1) 反証の方法

第1に、旧法は2つの反証方法を明記する(旧158条, 新153条)。すなわち、あらゆる事情を斟酌して、「自己が子を懐胎させた」と認めることができないような、父性の非蓋然性の証明、または、「自己の父性が、同様に推定の及ぶ他男〔の父性〕よりも、より蓋然性が少ないとの証明」がそれである。本稿では、前者の証明を「絶対的非蓋然性」の証明、後者の証明を「相対的非蓋然性」の証明と呼ぶ。

オーストリア新法が上のごとき法制を採用したのは、とくに北欧法の影響が強い。すなわち、すでに1960年代においても、父性の「積極的」証明の問題が論じられ始めており(siehe zB Hummel O., Zum Problem des positiven Vaterschaftsbeweises. NJW 1964 S.2191), オーストリア法制定当時の法律のなかでも、とり分けスカンディナヴィア諸国の法律は、諸外国に比べより容易な父性推定の反証を規定していたといわれる(Meyer S. 22f.による)。

たとえば、非嫡出子に関するフィンランド法(1984年8月20日法)第24条、親子法に関するスウェーデン法(1951年12月12日法)第2条、非嫡出子に関するノルウェー法(1956年12月21日法)第21条、デンマーク法(1960年5月18日)

第6条、旧ドイツ法（1969年8月19日法）第1600条oなどがそれである。ここに到る展開過程を探究するのも興味あるテーマではあるが、本稿ではこれには立ち入らない。

第2に、上の変化をもたらした最大の要因は、医学ことに血清学（Serologie）に係わる研究の進歩に基づく親子鑑定技術の進展であろう。すなわち、ここ数十年における血清学の進歩にはめざましいものがあり、父性の不存在証明が、これにより可能となった。すなわち今日では、殆どの事件において、ある特定の男性が子の父ではありえない旨の証明が可能といえる程にまで到ったのである（立法当時の文献として、Sorgo, RZ 1971 S.109. その後の文献としては、Herbich, RZ 1978 S.122; Schwind, Familienrecht § 27 N.7 S.178 など参照されたい）。

（2）絶対的非蓋然という反証

第1に、父性の絶対的非蓋然性（absolute Unwahrscheinlichkeit）の証明により、父性推定は排除される（新148条2項、旧163条2項前段）。ここで「絶対的」というのは、念のためにいえば100%父性不存在という意味ではなく、純粋に法的な概念である。

提示された証明結果をいかに評価するかは手続法上の問題であり、裁判官が自由心証主義に基づいてこれを評価すること既述のとおりである。後述する複数交渉の場合（懐胎期に複数の男性と性交渉があった旨を証明された場合）を別として、上の評価に基づき父性不存在と判断されれば、その男性の父性が絶対的に非蓋然性ありと判断されるのである。

たとえば、最判77年（OGH 17.11.1977 SZ 50 149 前掲）では、被告男性より複数交渉（＝不貞）の抗弁が主張された。ところが、他男の父性不存在（血液型検査による。内容不詳）が認められた（まったく同様の例として、OGH 21.1.1975 SZ 24 10 前掲）。

第2に、「絶対的に非蓋然性あり」とはどの程度に達すればよいのか、より法的に言えば、「絶対的非蓋然性」の語句解釈の問題である。これにつき旧法以来の規定では、旧々法のごと

き一般的処理に委ねるのではなく、抽象的にではあるが明確な方向を明示している。

すなわち、あらゆる事情を斟酌して、経験則上、推定の及ぶ男性が子を懐胎させたと認めることができないような反証で足る。反証は、Pichler 判事（Pichler, RZ S.37f.）も、つまりところは広義の経験則に基づいた自然科学上の成果をも採り入れたそれに依らざるをえない、と認める。

少し補足しよう。旧法下の判例の見解によれば、いわゆる「ドライ・シグマ・グレンツ」（99.9%を超える父性の非蓋然性ないし不存在。いい換えると、370人の同じ血清学上の素質者のうち、一人のみが父でありうる確率をいう）を超える父性蓋然性を要したのに対し、新法下の判決は、上の厳格性を緩和したのである（OGH 22.1.1975 SZ 48 5 = EF 24.305 前掲）。

すなわち、最判75年上掲では、原審がドライ・シグマ・グレンツ、すなわち99.9%の蓋然性を要求したのに対し、最高裁はそれほどまでは要しない旨を明言し、新法下では非蓋然性（不存在）がそこまで達していなくとも、父性の非蓋然性を導いてよい旨を、立法資料に示された立法者の意見等から帰結する。そして本件では、上の観点から、被告男性の父性非蓋然性（もっとも、本件での非蓋然性率は示されていない）が帰結された（Duffy-Systemに基づいて）。

他方、具体的数値を示した例としては、99.6%の非蓋然性、いい換えると0.4%の父たる可能性があるにすぎないという場合には、父性推定が排除されたとした判決（OGH 11.6.1975 EF 24.306 = JBI 1976 44; KG Krems 17.12.1976 EF 26.731）がみられる。

第3に、以上の結果、新非嫡出子法の下での推定排除、すなわち父性の非蓋然性ないし不存在というためには、「父性の非蓋然性が確実に近い」といえる程度でよいことが明らかとなった（SZ 46 119 前掲、SZ 48 5 前掲のほか、RZ 1978 128, 1978 242 所掲の裁判例も同旨。学説では、vgl. zB Kralik S.297）。

このような旧法下での運用は、反証に関する従前の不当に厳格ともいえる要請が正当な尺度

に戻されたものと理解されている (vgl. zB Kralik JBl 1971 S.278 recht; Ent, OJZ 1972 S.510)。さらには、「純粹に法的にみれば、同規則（絶対的非蓋然性の反証、筆者注）は蛇足である。なぜなら、あらゆる事情を斟酌して懐胎不能であるときは、（これにより）反証がすでになされていることになるゆえである」（Kralik, JBl 1971 S.278 links）との内在的批判もなくはないが、それでも旧々法下での判決の立場を考慮すると、明記の意義を認めるごとくである。

最後に、上述のような議論は、死後認知のケースを別とすれば、今日ではさほどの意味を有しない。なぜなら父子鑑定の方法としてDNA親子鑑定が行われるのが主流であるので、そのことを前提とすれば、鑑定の程度に深入りする必要はないであろう。まして検査につき、強制手段が法定される法制のもとでは、なおさらであろう。

（3）相対的非蓋然との反証

この項は、わが国でいう多数交渉・複数交渉のケースを論じる参考となる。DNA親子鑑定が威力を発揮するのは、まさに複数交渉のケースである。

第1に、規定によれば、被告の「父性が、同様に推定の及ぶ他男〔のそれ〕よりも、より蓋然性が少ないとの証明によって、〔父性〕推定を覆すことができる」。これは、70年法により新設された制度である。絶対的非蓋然との反証の場合と異なるのは、ここでは常に複数の男性（法医学の世界は、擬夫と呼ばれる）が存する点である。

旧法下での政府提案理由によれば（Gschnitzer, aaO, S.129f.; Fail S.29; Meyer S.24f.による）、複数の男性がいるが、そのいずれもが2項前段の絶対的非蓋然との反証に奏功しなかった場合に適する条文である。複数男性の父性蓋然性を比べるところから、本稿ではこれを「相対的非蓋然性」（relative Unwahrscheinlichkeit）の証明と呼ぶことにする。一例をあげれば、今、被告A男の父性が99.9%、他男Bの父性が99.5%とすれば、旧法下では被告の父性は排除されえないことになる

が、新法下では、それが認められることになり、結論においてA男が父と評価されることになる。もっともDNA鑑定が主流の今日では、このようなケースは机上の想定ということになるう。

第2に、このような構成を採用した結果、「複数交渉の抗弁」を主張するだけでは、被告男性が勝てないことがわかる（Kozior/Welser S.472 B 1が、この趣旨を明言する）。

第3に、一般的な記述は拙稿・前掲書に譲り、不貞（複数交渉）の抗弁についてのみ補足しておこう。いずれの国でも、被告男性がいわゆる不貞の抗弁を主張する例は極めて多かった。これには、他男交渉を主張するにすぎないケースから、より具体的に他男名をあげてその父性の方がより大きいと主張するケースなど多様である。複数交渉の存する場合に関するわが学説は、余り進んでいるとはいいい難い。他男交渉が立証されると原告たる子側が敗訴するとの有力説（鈴木＝唄・人事法28頁、1980年）が目につく程度といえようか。

それはさておき、複数交渉が主張・立証されたとしても、相対的蓋然性決定方式によらずとも、前掲77年判決（OGH 17.11.1977 SZ 50 149 前掲。全く同様の例として、OGH 12.1.1975 SZ 24 10前掲）にみられるごとく、他男の父性不存在（血液型検査による。内容不詳）を容易に導くことができるような例も存在する。今後、事件の増加の予想される領域であるので、諸外国法制の研究が望まれるところである。

第4に、相対的蓋然性決定方式を採用すれば、不貞ないし複数交渉の抗弁が働く余地は著しく狭くなると思われる。なぜなら、もし被告男性が他男交渉を主張（不貞の抗弁）しても、被告の父性推定は排除されるものではないからである（母が不行跡ないし売春婦であっても同様である。siehe OGH 12.10.1954 EvBl 1955 Nr.2）。

ゆえにオーストリア法の下では、複数交渉の抗弁は被告にとっての「錦の御旗」にはなりえず、このとき被告に残された方法は、相対的非蓋然性の証明により、自己の父性推定を排除することである。

第5に、職権調査義務との関係に触れておく。この点に関する文献の論旨は必ずしも明解とはいえないが、下記のごとく解されるものと見られる。

①被告がたんに複数交渉を主張するのみで、その事実内容の証明を全くしないような場合には、裁判所は、上につき職権調査を要しない(17.1.1973 RZ 1973 Nr.60; OGH 1978 EvBl 1978 Nr.166)。

②より具体的に、交渉相手たる他男を明示し、その父性がより大きいといった具体的な形で複数交渉の抗弁が主張されると、裁判所は、被告および他男の双方の父性の程度を、職権で調査する義務がある(Grad/Prohaska §163 Rz.1; LGZ Wien 9.4.1975 EF 24.311)。殆どの男が、複数交渉を主張することから、訴訟経済を考慮したゆえかと思われる。なお、同一の父性確定訴訟において被告とされた複数男性の訴訟上の地位については、他書(vgl. Fasching, Bosch-FS S.16199)に譲る。

第6に、旧法制定時の政府提案を審議した委員会報告によれば(Meyer S.25による)、70年当時でも、ある特定の男性の父性は、きわめて高い確率で、すなわちSpeiser教授によれば事件の98%、Trojan博士によれば事件の99.99%の確率で排除されうると明言され、委員会報告に至っては、登場する2人の男性がたとえ双子であっても、その他の証明手段を総合すれば、いずれが父か確認(確実に近い蓋然性をもったの確認)が可能とまでいわれている(Meyer S.25f.による)。

7 反証の評価

1) 総合判断

第1に、条文上も、あらゆる事情を斟酌して、推定を覆がえすことができるかとあるごとく、反証の評価も総合判断がなされる。反証の評価は、手続法上の問題として裁判官がこれをなすのであるが、実務では、被告男性の懐胎者たる蓋然性に関する鑑定人の意見・鑑定結果がとくに重要である。

第2に、反証評価にさいしては、通例は、複数の鑑定方法、すなわち、たとえば、血清学的検査についての鑑定、人類学的検査についての鑑定、母と被告男性との交渉時期についての供

述、などを総合判断されてきた。

しかし、近時は血液型検査技術が著しく進展していることもあって、他の項目は軽視される傾向にある。それゆえか、その他の、たとえば成熟度鑑定の実施を求める申立てを無視しても、手続上の瑕疵とはならないと明言される(Schwind, Familienrecht §27 S.179; OGH 24.2.1981 EF 3346)。

2) 推定排除の手段

科学の進展、とくに父子鑑定の進展を踏まえば、かつての、従来型の父子鑑定に言及することは、あまり必要ないと思われる。それらについては、拙著・前掲の記述に譲ることとする。

さまざまな血液型が存在し、それらを親子鑑定に利用されてきたことの一端を知る意味で、具体的な血液型検査についてののみ、補足しておく。

第1に、今日における親子鑑定の主流を占める。ここでは判決に登場した、比較的当初の検査方法を列挙するにとどめる(下記のほか、siehe Kapfer, ABGB §163 E. 22, E 22a)。Cc (EF 8.090), Cw8 (EF 6.465), Ee (EF 6.466), MN式(RZ 1969 52), P式, S式(EF 8.083), Pp式(EF 8.082), Ss式(EF 8.085, 6.461), Rh因子決定(EF 829), ハウプトグロビン(EvBl 1960 Nr.159; EF 8.087), Duffy式(JBl 1968 624), Kell-Duffy式(EF 8.083前掲, 8.086), Kell-Cellano式(EF 6.460), Lewis a および Serumeigenschaft Inv. (EF 6.464, 8.081, 9.801), Loens式(EF 6.468), Okr · schen 式(EF 848前掲)などの検査例がみられる。その後には、白血球鑑定を経て、DNA親子鑑定へとつながってきたのである。

第2に、前記「第1」に列挙した血液検査は、法医学の世界では、DNA親子鑑定以前のそれは「従来型」の親子鑑定と呼ばれる。オーストリアでも、90年代に入り、DNA鑑定による親子鑑定に積極的な姿勢を示す判決例が登場している(たとえば、OGH 21.12.1993 JBl 94 611. 事案は認知訴訟において、被告・父が多数交渉の抗弁を主張した例。その他、DNA鑑定についても、考慮されること

は、いうまでもない。簡潔には、つぎの文献を参照されたい。Dittrich/Tades, ABGB 2011 §163 S.78 所掲の記述を参照されたい。

8 後見人の義務

これについては、すべて前掲・拙著の記述に譲ることにする。制度の仕組みが我が国とはあまりにも違っているからである（拙著『概説オーストリア親子法』130頁以下を参照）。

ちなみに、新法では、前記149条において、この問題を定めている。

9 父性確定訴訟

父性確定訴訟（Klage auf Feststellung der Vaterschaft）、すなわち、わが法でいう裁判認知を規定する新148条・旧164条cは、手続法レベルでは、父性確定は非訟手続ではなく訴訟手続で行うことを、実体法レベルでは、上記訴訟における原告と被告とを定める。訴訟手続としたのは、①非訟手続は、その本来的目的は権利保護手続、すなわち未成年者や精神病などに、より保護を要する人のためになすそれである、②訴訟事項とした方が、権利関係の形成に適する（Feil S.43f. による）ゆえである（なお、Kapfer, ABGB §163b Anm.1, §164c Anm.1は、父性確定訴訟は非訟事件手続ではなく、訴訟手続で「のみ」確定できる旨を明言する）。

（1）訴訟当事者

まず、後述する死後認知の場合を別とすれば、下記の者が当事者となる（なお148条1項も参照）。訴権者の範囲は、法的安定性の見地から、明記される者に限定すべきものと考えられている（Feil S.46）が、後述するように「権利承継者」の概念はかなり広いようである。

①子（特別代理人が代理する）が原告のときは、仮想の、ないし推測の父を被告とする。

②新154条・旧164条1項2号により認知無効とされた男性は、非嫡出子を被告とする。

③検察官にも訴権が認められる点は、ドイツ法（1600条n 1項）と異なる（ちなみに、オーストリア法では検察官の登場する場面が多い。たとえば、嫡

出否認権者として新151条・旧158条・159条2項、婚姻無効につき婚28条・29条3項。その他、特別法上の規定について、siehe Meyer S.49）。ここでは、仮想の父を被告とする。この場合でも、非嫡出子、その母、認知者も、民訴17条以下にいう「利害関係を有する者」として補助参加することが許される（Meyer S.50）。

ところで、訴え提起にさいしては、同一の子に対する他男の認知が存しないこと、いい換えれば訴訟障害（民訴240条3項の類推）の存しないことが必要である（ZemenS 362. 裁判例 SZ 46 30, 51 70 = EvBl 1978 179は、いずれも他男による認知が存するのに、認知訴訟を提起したケース）。これが存すれば、認知無効の確定を要することになる。

同様に、事後婚姻による準正の登録後は、第三者に対する父性確定訴訟は許されない（10.12.1912 GIUNF 6167; OGH 17.3.1926 SZ 8 79; Kapfer, ABGB §163 E.38, §161 E.10 による）。上掲判決は、他男を父とする訴訟を認めることは、嫡出否認権を父のみに認めることと矛盾することを根拠とするととくである。

ちなみに、出訴に際しては、その前提問題としての審査がある。

第1に、出訴にさいして、他男の認知・準正などの訴訟障害の存しないことを要する。これに関して、わが最判昭和44年5月29日（民集23巻1064頁）では、離婚の届出に先立ち約2年半以前から事実上の離婚をして夫婦の実態が失われていた夫婦の婚姻解消後300日以内に生まれた子につき、嫡出推定が及ばないとの理由で、他男に対する直接的な認知訴訟も適法とされているが、オーストリアでは、さような出訴は不適法となろう。

第2に、子の母が非嫡出父性の確定する前に、子のために給付した扶養を理由として、仮想の父に対して不当利得の返還請求（1042条）を、訴えまたは抗弁により主張したときには、前提問題として父性の問題を審理しなければならない（OGH 5.7.1961 EvBl 1961 Nr.400 = SZ 34 102 = EF 1.948.同旨、OGH 22.1.1975 SZ 48 5 前掲も、これが問題となった事案）。

不当利得問題は、わが国では議論されていないが、ドイツ語圏の諸国では、このように解するのが通説のようである。もっとも、不当利得の範囲については、各国の扱いに違いがあるようである。

(2) 扶養立替と認知訴訟

実務の上では重要な問題であるが、本稿のテーマからは、やや本筋からそれる問題であるので、詳細は別書（『オーストリアの親子法』前掲134頁）の記述に譲る。なお、父性確定訴訟は必ずしも扶養請求と結びつけて行う必要のないこと、ふるくより判例の認めるところである。

少し補足しておこう（簡潔には、拙稿「扶養立替金の付与に関するオーストリア新連邦法」南山法学8巻2号97頁以下、1984年、も参考になる。もっとも、その後部分改正がある）。

過去においては、父性確定訴訟がかなり長期にわたるため、その訴訟中に扶養料の立替を認めて欲しいとの要望がかなり多くかつ繰り返してなされてきた。しかるに、被告たる父側は、愚にもつかない抗弁を持ち出して父性確定判決の確定を遅らせることが多かった。

そこで制定されたのが『子の扶養のための立替金付与に関する連邦法』（76年制定、80年改正）である（同法は、制定後、部分改正が少なくない）。同法新4条4号は、父性確定訴訟の確定する前にも、扶養立替金付与の可能性を開いた。子の父からも再び払い込まれうるということをしてできるだけ保証するために、これを理由とする立替金の付与は、その要件が緩やかなのが特徴である。すなわち、扶養料請求が父性確定訴訟と結びついていること、かつ扶養料請求が第1審裁判所で少なくとも分割払いが認められていること、父性確定訴訟において子の勝訴が確定した場合において、扶養料請求につき裁判上の和解がなされたときには、立替金の付与は1審裁判所での父性確定訴訟の結果で決まるべきである、と。

(3) 検察官

第1に、認知者の父性に相当な疑いがあるな

ど旧164条c所掲の要件を満たしているときは、検察官が他男を被告として父性確定の訴えを提起することができる（旧164条c3号第1文。Dazu OGH in SZ 51 70）。父性を確定する判決が確定したときから、対立する（任意）認知はその効力を失うものとされる（同3号第2文）が、かかる構成は法律上の審訊に対する重大な侵害とみる批判が強い（vgl. Kralik, Neuordnung S.28; Steininger, V., in: Reformen des Rechts. FS Jur. Fak. Graz S.465）。

第2に、検察官を訴権者に加えたのは、一言でいえば、いつわりの血縁が身分登録簿に記載されたままになっているという不都合を是正するためである（vgl. Koziol/Welser, Grundriss des buerg. Rechts. Bd.II. 6.Aufl. Wien, Manz.-Verlag, 1982, S.200 2. a und S.201 b）。現実はこの権利行使による是正の実効性の点はともかく、血縁主義を担保する制度的保障の一つになるという意味で、検討の価値ある制度かと思われる。

(4) 死後の裁判認知

第1に、子および仮想の父とされる男は、これらが死亡したときも、承継可能（*vererblich*）である（旧164条c2項）。上規定制定以前は、たとえば父の死亡後も父性確定が可能かどうかは争いがあった模様である。そこで旧法では、この問題を解決する目的で明文規定が置かれたのである（Meyer S.50による）。なお、条文の表現は少し判りにくい、文献によると、権利承継者が原告にも被告にもなるとの趣旨である（Schwind §27 A S.180が、その旨を明言する）。

第2に、非嫡出子が出訴するにさいし、具体的な確認の利益（民訴228条参照）が存しなくとも、その仮想の父の権利承継者を被告として、父性確定訴訟を提起することができること、極めて当然であろう（OGH 15.5.1974 EvBl 1975 Nr.1 = EF 22.155）。

他方、被告につき、支払いに代えて遺産を委ねられている者は「権利承継者」とはいえず、ゆえに死者の父性確定の相手とはなりえない（KG Krems 13.11.1975 EF 24.320）。これに対し、不在者たる男性の代理人として選任された補佐人（Kurator）は被告適格を有するものとされるから

(OGH 29.11.1961 EvBl 1962 Nr.156 = EF 839),「権利承継者」とはかなり広い概念かと思われる。

第3に、遺産の存否と被告適格につき、興味深い判決を示しておこう。

最判1974年5月15日 (OGH 15.5.1974, SZ 47 64)

本件は、父と目される男が、非嫡出子の出生前約40日前に交通事故で死亡したため、死者の父母を被告として裁判認知を求めた事案。被告父母は、父と目される男が財産を遺していないゆえ、訴えられた自分達は被告適格を有しない、等と抗弁。判決は、①旧164条c第2項の意味での「権利承継者」は、被相続人(本件では、父と目される男性)の属人的法秩序(Personalstatut)に従って判断されるべきである、②父死亡後の父性確定訴訟において(も)、確認の利益の存することは必要でない、③誰が被相続人の「権利承継者」かは、前述した属人的法秩序につき適用される法秩序に従って処理されるべきである。④オーストリア法によれば、子のないときは父母が相続権を有するとのことのみが重要であり、オーストリアの認知制度の内容(たとえば、出訴期限)は問題ではない、等の理由から、父母の被告適格を認めたのである。

(5) 認知訴訟と出訴期限

結論において、出訴期限の制約はない。濫用の危険や被告男性(またはその権利承継者)の反証の困難化を指摘する意見もあるが、旧法制定時の法務委員会報告によれば、子の出生後比較的長い期間の経過後でも、父性確定の確実性はそこなわれることはないといわれる。また、子や男性の死亡後でも、父性の確定ないし排除は可能である、と明言されている(Meyer S.50)。

鑑定技術の発達に相応した対応である。立法として注目に値しよう。

(6) 父性確定手続

父性確定訴訟等につき、いわゆる前掲「非嫡出子改正法」前掲の第5条では、「訴訟上の特則」との見出しの下に、「非嫡出子との父性」

に関する争訟につき、下記の特則が適用される旨が明言される(条文は、さしあたり、Stoňanzl, R., Zivilprozessgesetze (Manz. Taschen- Ausgaben). 3. Aufl. Wien, Manz. Verlag, 1983, S.555f.によった。以下につき、vgl. Semen S.363 links; Kralik, JBl 1971 S. 281f.; Rechenberger / Simotta, ZPO. 2. Aufl. Wien, Manz. Verlag, 1983, Rz.850f.; なお、「1984年改正法」は、本文の内容にはかわりがない。念のため付言しておく)。

つぎに、被告が登場する場合の扱いに触れておこう。

複数の男性に対し、同一の非嫡出子との父性の確定を求めて訴えが提起されたときは、裁判所は、複数の被告男性のうちの一人に関してのみ、その父性確定についての判断を行うことができる(同法5条1号1文前段)。複数の訴えが係属する場合において、第1審裁判所での口頭弁論がまだ終結していないときは、共通の審理に併合しなければならない(同第1文後段)。併合審理を行うのは、いうまでもなく父性非蓋然性抗弁や他男父性蓋然性との抗弁(旧163条2項に基づく抗弁)が主張されたさいの訴訟経済的な審理を考慮するゆえである。

Fasching教授(Fasching, Lehrbuch Rz. 2389)の説くところによれば、かかる訴訟は、本来は一人の男性のみが父と確定され、他の男性に対するそれは棄却さるべきものであるゆえ、狭義の共同訴訟でもなく、また民訴11条2号にいう共同訴訟でもない。

(7) 父性が肯定された場合

訴訟において、複数の被告男性の一人に関して、父性確定について、その父性を肯定する判断が下されたときは、他の被告男性に対する父性確定手続をただちに中断しなければならない。この中断決定に対する抗告(Rechtsmittel)は許されない。手続を中断せずに父性を確定する判決が確定したときは、その他の訴えは、請求を放棄することなく取下げたものと、職権で宣告しなければならない。これに対し、請求の棄却が確定したときは、その他の被告に対する父性確定手続は、申立てに基づいて継続される(以上、同第2文参照)。

(8) 職権探知主義

裁判所の職務として、判断するために重要なすべての事実が十分に解明されるよう、職権で配慮しなければならない。少し補足すれば、事実関係を明らかにするため、当事者の主張しない事実も考慮される。それゆえ、裁判所は、当事者の意思に反しても、文書を提出し、証人を召喚することができる、自白は裁判所を拘束せず（かつての家族法整合令6条1項3号）、さらに、口頭弁論開始前の一定処分命令（民訴183条2項）、控訴審における新抗弁主張等の禁止（同484条）、控訴審における申立変更等の禁止（同483条）などの規定は適用されない（非嫡出子法5条5号）。

(9) 本人出頭主義ほか

裁判所の判断にとって、本人の出頭が重要であるかぎり、本人の出頭が強制され、違反には秩序罰（Ordnungsstrafen）が課される（同6号）。もっとも、不出頭との事実だけでは、いかなる懈怠効果も導きえないとされる。ちなみに、非嫡出父件の確定手続では強制的な履行すら規定されているのに対し、嫡出否認訴訟において原告が口頭弁論に不出頭したときは、裁判所は、被告の由立てに基づいて、請求権を放棄することなく訴を取下げたものと宣告しなければならない（Rechberger/Simotta, aaO, Rz. 854による。なお、家族法整合令6条1項3号参照）。

さらに、口頭弁論中の父性承認につき、口頭弁論中に父性を承認する旨の意思が表示されたときは、訴えが取り下げられたものと宣告される（同7号参照）。

(10) 検査強制

非嫡出子法の諸規定のほかでは、かつては家族法整合令（同7条）、今日では非訟事件手続法事件手続法に規定される検査協力義務が特筆するに価する。検査強制の内容は、親子法の新法を概観するという本稿の目的から離れるので、詳しくは後述する「おわりに」の項に譲り。結論のみを示せば、血統ないし出自を確定するために、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 Vorfuehrung）という手段を用いるという強制力で担保されている。

IV おわりに

外国の法制度を紹介するさいには、その特色を示すのがわが学界の慣わしと思われる。しかし筆者は、親子法ことに血統訴訟における親子関係の切断ないし発生にかかわる基本理念ないし構造を知ったうえで、上記の課題を果たすべきかと考えているので、それは今後の課題として留保したい。それに代えて、わが法への示唆となる若干の点を示しておきたい。

筆者の最大の関心事である事実主義ないし真実主義への志向度の強弱を測るには、とりわけ嫡出否認と裁判認知の双方を視野に入れて論じる必要がある。さしあたり本稿では、認知とりわけ裁判認知を対象として、若干のコメントを加えるにとどめておく。

他方、フランスやイタリアのように、母子関係の発生についても認知を要求する法制もみられるが、多くの法制では、母子関係は出産の事実により当然に発生するものと扱うのを原則としている。さらに筆者の関心も、父子関係の発生する手続と要件に主な関心があるので、以下の記述にさいしても、母子関係発生に係わる固有の問題については、これを考慮の外に置いておくことをお断りしておく。

1 総論面での特色

(1) 親子法の改正と発生に係わる特色

本稿の対象とする2013年改正法では、既述のように、出自に係わる実質的な改正は少ない。実質面での改正は、親子関係の効力が中心であり、養子縁組については、それに比べて比較的小規模の改正にとどまっている。

今回の改正のもとになっている1974年の全面改正を踏まえた改正の方向を示しておこう（全体像の詳細については、vgl. Botschaft Nr.2.1 S.2214f.）。裁判認知への影響を知るのに、必要だからである。

先年改正された隣国スイスにおける親子法改

正の目的は、つぎの点にある。

①婚外出子の地位およびその母の地位の改善すること

②嫡出子と非嫡出子との差別的取扱いの除去することある。改正へと導いた最大の理由を抽象的にいえば、1907年民法（旧規定）を制定後の著しい社会的変化、この変化に起因する家族および家族秩序に関する考え方の変化、などに求められる（詳細は、拙稿「スイス親子法に関する1974年連邦参事会草案——改正の基本理念」南山法学8巻1号、1984年、146頁-161頁を参照）。

これに対して、1970年代に全面改正された旧法段階でのオーストリアの改正の主要目的は、出生子の4分の1、すなわち25%を超えるまでに増加した非嫡出子の地位の改善にあったことは疑いがない。認知法の領域では、非嫡出子に「扶養義務者としての父」を得させることに最もウエイトが置かれていた。ゆえに、裁判認知の領域での改正の主な領域は、とくに父子関係の証明の方法ないし証明の程度に置かれていた（簡潔には、拙著『概説オーストリア親子法』前掲、第3章「裁判認知」の項、111頁以下を参照）。

2 各論面での特色

類型別に若干の特色を指摘しておこう。

(1) 時間的要件

第1に、認知において時間的制約が問題となるのは、たとえば死後認知のように、また生前の裁判認知では、出訴することにつき時間的な制約のあるのを通例とする。これに対して、任意認知にあっては、認知の対象となる子が生存しているかぎり、認知すべき時間的制約はない。認知の領域で時間的制約が関係するのは、認知によりいったん生じた父子関係を切断する場合である。すなわち、認知に対する異議申立の申立期間も、認知無効を主張する出訴期間も、ともに認知の存在を知ったときから1年の期間に限られる。

第2に、個別問題として、生前認知にあっては、子の出生後であれば、認知はいつでも許されるのであろうか。スイス法のもとでは、許さ

れるのが原則である。ゆえに、たとえば子がすでに成年に達していようと、婚姻していても、父母の一方が死亡していても、任意の時期に認知することが許される（拙著『概説スイス親子法』1995年、47頁）。

スイスでも胎児の認知が許される。同様に、オーストリアでも、出生前の認知も許される。胎児認知の許容は、時間的には認知できる時間が広がることは事実であるが、出生後の認知期間の延長（とくに裁判認知のそれ）とは異なり、ただちに真実主義如何という問題には直結しないであろう。

他方、死亡後の認知についてはどうか。わが法との違いが著しい。

スイスについてみれば、認知者である父の死亡後にも認知無効の主張が認められるか。子の死亡した場合と異なり、規定がみられない。認知者死亡後も、学説によれば、民法261条2項（裁判認知において父死亡の場合の被告となる者が明記される規定）を類推して、認知者死亡後の認知無効訴訟が許されるものとされる。もっとも、出訴制限があり、「重大な事由」（一種の特別事情）が認められないかぎり、子の出訴は成年後1年以内に限られる（拙著『血統訴訟と真実志向』1997年、56頁参照）。

オーストリア法のもとでも、期間制限の制約が緩やかである。死後認知の出訴期間は2年であるが、その始期について大きな違いがあることが注目される（148条2項参照）。

(2) 真実志向からみた検査強制

詳細は、別稿で紹介しているので、結論のみを示しておこう（詳細については、拙稿「血液検査等の協力義務」前掲を参照）。2005年1月1日施行法で、大戦前から存在した、1943年制定の「家族整合令」が廃止され、新たに非訟事件手続法のなかで検査強制が規定された。前記論文18頁以下では、新旧法の違いについても簡潔に描写しているので、同論文を参照されることを願っている。

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（2005年改正「前」の概要につい

ては、拙書『血統訴訟論』前掲29-72頁。2005年改正法のもとでの扱いについては、「はじめに」示した、拙稿「2005年施行法の紹介」前掲を参照）。ゆえに、ここでは結論を示すにとどめる。

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 ueber die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften, DRGBI I S.80) 7条いわく、「遺言学的検査による血統の確定」との見出しの下に、「訴訟において、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)。前記2005年新法は、この命令を承継したものである。

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」(整合令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る (文献として、Fasching, Die Ausübung unmittelbaren Zwanges zur Blutabnahme Durchfuehrung erbkundlicher Untersuchungen im Abstammungs- und Vaterschaftsfeststellungsprozess. OeJZ 1981 169 が今日でも有用である)。

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の飛躍的な進歩によるものであることはまちがいない (拙稿「血液検査」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、鑑定の強制を命じる要件であろう。

第4に、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色である。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親子鑑定のための採血または口腔細胞の採取が中心となるであろう。先進国での研究の成果は、世界レベルで明らかにされているようであるので、各国の検査レベルの違いは問題にする必要はないであろう。とすれば、この面での法文上の形式的な違いについては、論ずる必要性は低くなる。

ちなみに、「2005施行の新法」の立法者の説明によれば、「強制」というのは、裁判所が選任した鑑定人による血液資料の採取を受忍すべき義務をいう。検査命令に対しては、異議の申立ても許される。この点は、旧規定にはなかった制度である。

最後に、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、コペルニクスの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たい。

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 (簡潔には、拙稿「親子関係の鑑定方法」判タ1100号132頁, 2002年を参照)。

ことに、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。

(3) 公益の代表と真実志向

第1に、スイスは公益の代表として、認知者の属する市町村・ゲマインデをあげ、オーストリアは検察官をあげていた。真実志向の視点から比べると、出訴期間の制約のないことは共通するが、検事訴権につき、出訴にさいし「公の利益」の存在を要求していた。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、つぎの諸点が注目される。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する根拠などに興味をもたれる。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2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。本稿では, そこまでは踏み込めなかった。

(4) 父性推定規定の存在意義

ドイツ法やスイス法と同様に, オーストリア法も, 子の母と法定懐胎期間中に性交渉を行った男の父性, すなわち子の父であると法律上推定される, との構成をとる。

第1に, かつて「推定規定の有無は非嫡出父子関係の確定に伴う身分法上の効果の程度に依存する」といわれた(片山金章「認知の訴における父子関係の証明」家族法大系4, 82頁, 1960年)。上にいう身分法上の効果とは, いわゆる支払いの父(父子関係という身分関係は発生せず, 扶養義務についてのみ父と扱う制度)の存在を念頭に置いているものと思われる。ところが, 今日ではそのような法制は, 少なくとも主要諸国では消失している。ゆえに上の推測は, 今日では妥当しない。

第2に, 筆者の見解によれば, 推定規定は, 期間の幅が広すぎるとの批判はともかく, 上に述べた「支払いの父」制度にみられたごとく, 歴史的意義はなくはないが, 父性の積極証明すら可能となりつつある今日では, さほどの存在

意義はない。

補足しよう。科学的父子鑑定の容易化に伴ない, 推定規定の必要度の減少と推定期間の短縮化をもたらすであろう(後者につき, 女性自身の協力, たとえば, 過去の生理周期や妊娠経過に関する供述などが得られれば, 4-5日の幅で受胎日を特定することも可能といわれる)。

子の立証負担を軽減するために, 推定規定の存続には筆者も賛成である。しかし, その期間は30日程度でもよいのではないだろうか。Kralik教授(Kralik, uneheliches Kind. JBl 1971 S.278 links)も同様の立場に立つ。いわく, 「思うに, 父性推定〔規定〕は, 民訴266条の効力のほかにはさほどの実質的意義はない」と(もっとも, そのように帰結する根拠への言及はない)。

第3に, 親子鑑定技術がさほど進んでいなければ, いい換えれば, 父との証明がかなり難しいという状況の下では, 子(ないし母)を保護する意味からも, ときに血縁主義を犠牲にしても, 推定規定をテコにして父子関係を導くとの方法も考えられうる。ゆえにその限度で, 推定規定の存在意義が存した(ただ, オーストリア法は, 要保護を意識しすぎたためか, 反証が難しすぎたきらいがある)。なぜなら, これにより父子関係の存在という子側の立証は, 推定期間内における性交渉の証明で足り, むしろ父側が父子関係不存在の証明を要したからである。

しかし, 親子鑑定に係わる鑑定技術が進んでいなければ, この反証が困難であることも多い。そこで, 子の利益を保護するとの観点からみれば, それなりの存在意義が存した。ところが今日の状況は, 上の前提を欠いている。ゆえに, 推定規定が存しなくとも, 子にとり要証事実の立証には, さほど負担となるとも思えない。つまり, 親子鑑定技術の進歩の結果, 推定により子が勝ちやすい, 血縁主義からはずれる危険がある, との二点は, 著しく状況が変化していると思われる。

これを要するに, 推定あれば男が反証し, それがなければ子が要父性立証という構成の必要性は, 鑑定技術の進歩により, 相対的に乏しいというのが筆者の認識の出発点である。筆者は

原則的には推定規定を不用と考えるが、これを取り入れるとしても、期間は2週間もあれば充分かと考える（ちなみに、最判昭和31年9月13日民集10・9・1135では、判決の当時でも、受胎期間をわずかに10日間としている）。

（5）複数交渉の存在と蓋然性決定方式

これについては、複数交渉があり、それが証明された場合と、しからざる場合とに分けて論ずる必要がある。その前提として、親子鑑定についての扱いが重要である。しかし、オーストリアでの状況を紹介できる資料を持ち合わせていない。旧法下での紹介を参照されたい（拙著『概説オーストリア親子法』、前掲147頁以下を参照）。

これらとオーストリア法とを比較すれば、一層オーストリア法の特色が知れようが、今はその余裕がない。ただ2点のみ指摘しておこう。①親子鑑定技術が進めば進むほど、法構造上の違いを超えて、同じ結論にたどりつくと思われる、②オーストリア法での推定と推定排除の容易化との方向は、約2年先立って改正の実現されたドイツ法に近いものと評されている（vgl. zB. Gamerith, 1971 S.24 links）。

それはともかく、わが国でも、今日の科学の水準を基礎にした父性蓋然性決定方式を採用すべきであろう。最判も、一応は間接事実の総合判断という一種の蓋然性決定方式をとっていると思われるが、科学ないし医学の成果の採り入れ方が、諸外国に対し、かなり遅れているように思われる。

筆者にいわせれば、証明の要求がいささか回りくどい。周知のように内縁相当の関係にあったのでもないかぎり、複数交渉（後述）が立証されない場合ですら、①性関係の存在、②血液型の背馳のないこと、③被告男性の父らしい言動のあること、などの間接事実を総合判断して、認知訴訟の認否を決するのが、一貫した理論である。しかし、ことに認知訴訟において、検査協力義務制度、しかも直接強制を伴うそれを認めれば、①の証明すら不要であり、②・③の証明は歴史的遺物となろう。

比較法の視点からすれば、複数交渉のある場合での扱いが重要である。

第1に、いわゆる欧米諸外国、とくに欧米における状況と異なり、わが国では複数交渉が立証された例はきわめて少なく、最判事件ではいまだ登場していない。それゆえか、この点に関する理論は余り進んでいないが、とくに、鈴木説すなわち他男との性交渉が証明されると原告たる子が敗訴するとの考え方（鈴木＝唄・人事法1980年、28頁）が有力かと思われる。

しかし、双方の男性の父性確率を比較するというオーストリア法のごとき「相対的蓋然性決定方式」を採用すれば、複数交渉の存在は、さほど重要な問題ではなくなる。これにつき、かつてドイツでは、2人の男性の父性確率の違いが大きいことを求めているが、DNA親子鑑定が適切に行われるかぎり、ドイツ法とオーストリア法の違いは微小なものとなるであろう。

歴史的には、ドイツ方式（父性・父権の差が著しいことを要求する）で採用されるような扱いは、父性鑑定に対する信頼度および血縁志向度の違いから生じるものと思われる。父子鑑定に関する科学の進歩にともない、相対的蓋然性決定方式を採用する国が増加し、複数男性の父性確率の差異が著しく大きくなろう。A男の父確率は99.99%、B男のそれは0%となるのが通例である。

とすれば、両制度の結果的差異は、現実には余り生じないことになろうかと思われる」（拙稿「認知訴訟と父子関係の証明」別冊判例タイムズ8号・『家族法の理論と実務所』収、1980年、257頁より引用）。それゆえもあって、制定当初から、オーストリアの学者は、オーストリア制度の方が、より進んだ立場とみる（Gamerith, aaO, S.25 links）。

最後に、相対的蓋然性決定方式は、絶対的蓋然性と異なり、真の意味での反証の容易化をもたらすものであり、Kralik教授（Kralik, JBI S.278 rechts）によると、複数交渉抗弁の緩和された一方式、と評される。

3 比較法からみたオーストリア法

（1）裁判認知の構造と比較法

第1に、スイス法との違いは殆どない。検査強制の度合いが、直接強制まで認めるオーストリア法の方が、真実に近づく、言い換えれば真実の血縁関係を明らかにし、それを戸籍・身分登録簿に反映させるには有利な制度といえる。

第2に、複数交渉が証明された場合に、相対的蓋然性決定方式を採用することは、スイスとオーストリアは共通し、ドイツと若干異なる(ドイツは男性たちの父性の違いの差が大きいことを要求するので)。もっとも、機能における差は、父子鑑定技術の進展とともに、両制度の差がなくなってくるといえる。なぜなら、既述したように、しかるべき施設において、とくにDNA親子鑑定をもちいれば、父性の確率は、99.99パーセントか0パーセントの、いずれかになるからである。

第2に、日本との違いについていえば、父性推定規定の存否という違いはある。もっとも、その違いから生じる機能面での違いは余りないであろう。その他とくに、検査強制制度の存否という点は、もっとも特筆すべき違いといえる。

第3に、違いから生ずる機能につき、真実志向の視点から、若干の例を挙げておこう。

相対的蓋然性決定方式は、父子鑑定技術の進展とともに、その意義が低下してきている。とはいえ、わが国では、この方式を採用するという議論すら始まっていない。また、嫡出否認の領域での違い、とくにわが国では否認についての出訴障害が強いので、その限度で認知訴訟の提起(とくに不倫出生子の認知を求めるそれ)が困難になるという間接的な影響がある。

(2) 死後認知の構造と比較法

第1に、結論からいえば、死後認知の出訴期間を父の死後3年に制限するわが民法787但書の規定は、合理性に乏しい。今日ほどの親子鑑定技術の進歩を予定していない時期である昭和17年の制定である。将来は、そのような規定に代えて、たとえばオーストリアのごとく、死後認知の期間制限をはずし、認知を求める子が父子関係を立証できなければ子が敗訴する、と構

成するのがベターであろう(比較的最近の文献として、拙稿「ハンセン病と認知請求」前掲とくに284頁以下参照)。

第2に、父母の一方ないし双方死亡の場合における父子関係の立証も、絶対的に不可能というわけではない。すでに1970年以前から法医学文献は、その可能性つき具体的な鑑定例を示して証明している(たとえば、松永英「両親とみなされる者が死亡している場合の父子鑑定例」日本法医学雑誌22巻、1968年、385頁、中嶋八良ほか「父と疑われている男が死亡している場合の父子鑑定の三例」同誌30巻、1976年、351頁、浅野稔ほか「父と擬せられる男、母、あるいは両者が死亡している場合の血液型による親子鑑定——その方法と有効性について」同誌34巻、1980年、109頁など参照)。

第3に、生前認知と死後認知の面では、わが国を除く諸国(とくにヨーロッパ諸国)の制度では、出訴期間につき生前認知と死後認知で違いがない、というのに近い。わが法がひとり極端な違いを見せていることが明らかである(ちなみに、わが国以外では、韓国の死後認知が1年という例がよく知られている)。

問題は、これほどの違いを設ける合理性があるのかという点である。違いを設ける必要性ないし合理性があればその限度で違いを設けるのは当然としても、そうでないのであれば、両制度の出訴期間は、できるだけパラレルに扱うべきではないだろうか。

第4に、死後認知のみの比較をしてみよう。わが国の裁判実務によれば、周知のように、出訴期間の3年を経過したあとでも出訴が許されるのは、「特別事情」がある場合に限られている(例外を認めた唯一ともいえる判例として、最判昭和57・3・19家裁月報34-8-36)。しかも、特別事情を認める裁判例は極めて稀という状況にある。立法段階で主張された期間制限の理由は、死後長ければ「いいがかり出訴が増える」、証拠の提出が困難になる、などの理由づけは、今日では根拠を失っているに等しい。

認知者である父の死亡後にも認知無効の主張が認められるか。子の死亡した場合と異なり、規定がみられない。認知者死亡後も、学説によ

れば、民法261条2項（裁判認知において父死亡の場合の被告となる者が明記される規定）を類推して、認知者死亡後の認知無効訴訟が許されるものとされる。もっとも、出訴制限があり、「重大な事由」（一種の特別事情）が認められないかぎり、子の出訴は成年後1年以内に限られる（拙著『血統訴訟と真実志向』前掲56頁参照）。

立法論としては3年の期間制限を削除する、それまでは、解釈論としては3年の制約を緩める「特別事情」を広く許容する、という選択肢を検討すべきであろう。

第5に、違いから生ずる機能についてみておこう。筆者の関心である真実主義の視点からみると、死後認知についての出訴障害というハードルが高ければ高いたけ、真実志向が弱くなる。筆者の見解からすれば、たとえば子が成年に達したあとでの出訴制限には賛同し難い。出訴制限ないし訴権の失権を導く理由は、①身分関係の安定、ないし②その後に生ずる財産関係の混乱がその理由であろう。

後者についていえば、身分関係の回復は認めても、財産関係については、一種除斥期間を設定するという方法も考えられる。また、前者にあっても、真実の父子という解明は許容するが、戸籍の修正は認めないという選択肢を考慮に値する（たとえば、人工授精につき、拙稿そのような制度を採用する法制も存在する。これにつき、拙稿「生殖補助医療法、2005年」前掲のほか、拙稿「スイス生殖補助医療法と人工授精」1097号44-50頁、2002年を参照）。検討する価値がある構造改革ではないだろうか。

（3）真実主義の志向

父子関係につき、身分登録簿（＝戸籍）と真実とが乖離する場合について、どの程度まで真実主義を志向するのかを知る手掛かりになるのが、別稿にて詳述している。結論のみ示しておこう（たとえば、拙著『血統訴訟と真実志向』前掲を参照）。

第1に、筆者の視点からは、真実志向度の強弱について最も関心がある。①否認訴訟にあっては、出訴期間の起算点、②認知訴訟にあって

は、否認訴訟レベルでの構造の影響が大きく、かつ認知無効にも出訴期間の制約がある、③認知請求権の放棄を認める法制は殆ど見つからない、などに考慮する必要がある。

第2に、筆者自身のライフワークとも係わる血統訴訟の統一的考察という視点にも目を向けられてしかるべきであろう（詳細は、拙著『血統訴訟と真実志向』前掲、に譲る）。

諸外国の制度をみれば、嫡出否認訴訟、生前認知、死後認知、認知無効などの認知訴訟の構造は、ある程度の統一性を有しているように思われる。それに比べると、わが国の構造は、それぞれの制度がバラバラに作られ、かつ、解釈を含めたその後の修正が殆どないように思われる。その最大の要因は、血統ないし出自解明に係わる科学の進歩に対する認識と、進歩を踏まえた制度の樹立についての無理解にあるように思われる。

筆者からすれば、統一性と個別事項の考察が今後の一番の課題と思われる。たとえば、嫡出否認を例に結論のみ示せば、認知制度と大枠で共通の構造を採用しつつ、他面において、家庭の平和ないし子の利益を護るため、真実志向をどの程度許可ないし弱めるかを論じる必要がある、と主張しているのである。

V 参考：旧法の条文訳

親子法（ただし、旧法制定時を基準とするので、2002年12月31日現在である）

①条文訳 オーストリア民法については、前掲・拙訳「オーストリア家族法・相続法」（1993年）が存在し、親子法もそのなかに収録されている。しかし、その後の改正部分が少なくない。「現行法」は、2002年時点での条文の状況である。

②項 「項」の表示はわが国では、従前は丸付き数字②項のように示されるが、オーストリア民法では（2）項と表される。本稿では、丸付き数字で示している。

③見出し 条文の見出しは正式条文の一部である。最近に至り、ドイツ民法でも条文の見出しを公式条文とされてきている。オーストリア

のそれは、スイス民法のそれと同様に、古くより条文の一部である。ただ、スイス民法やドイツ民法のそれとは異なり、一条ごとに必ず見出しがついているわけではない。念のために、その旨を明記しておく。

第1編 人事編

第2章 婚姻法について（他の領域ゆえ、省略）

第3章 父母と子の権利について

一般的な権利義務

第137条 ①父母は、その未成年の子の教育について配慮し、子の福祉を増進しなければならない。

②父母と子とは、互いに助け合わなければならない。子は、その父母を尊敬しなければならない。

③本章に別段の定めがないかぎり、父と母の権利義務は、平等である。

第137条a 父母自身によって、または直接法律の規定に基づいてもしくは〔管轄〕官庁の処分によって、第三者に親権関与が許された範囲内にかぎり、第三者は親権に関与することができる。

母たること

第137条b

子を出産した妻が〔子の〕母である。

〔92年新設規定〕

嫡出の推定

第138条 ①母の婚姻成立後、または母の婚姻の解消後もしくは〔婚姻の〕無効宣告後302日以内に出生した子は、嫡出と推定する。この推定は、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。

②前項の推定が、婚姻成立後、または婚姻の解消後もしくは婚姻の無効宣告後に、母の再婚した男性にも及ぶときは、後婚の夫を父と推定する。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；〔前婚の夫の〕嫡出否認のための〔出訴〕期間は、上判決の確定するまで、

進行しない。

新138条1項

①婚姻成立後、母の、離婚、婚姻取消、婚姻の無効宣告の前に子が出生したときは、子は嫡出と推定する。母の夫の死亡後300日の経過する前に子が出生したときも、前項と同様とする。この推定は、第163条eの場合を除いて、裁判所の判断によってのみ、否認することができ、これにより、子が母の夫の子でないことが確定する。

② 省略

父母の嫡出子との法律関係

子と氏

第139条 嫡出子は、父母の氏を称する。父と母との氏が異なるときは、父母の一方が子の出生の時点で父母の最後の共通の氏をなお使用しているときは、子は、これを称する；父母のいずれも、〔父母の〕以前の共通の氏を使用していないときは、子は父の氏を称する。

非嫡出子に対する父性

第163条 (1)〔子の〕出生前300日から180日までの間に、男が非嫡出子の母と性交渉をもったときは、彼が子を懐胎させたものと推定する。上の期間内に、母に対して医学的に許容される人工生殖が実施されたときは、そのザーメンを使用された男が、子の父であると推定する。

(2) 前項の推定が及ぶ男は、あらゆる事情を斟酌して、自己が子を懐胎させたと認めることができないような、父性の非蓋然性を証明することにより、さらには自己の父性が、同様に推定の及ぶ他男のそれよりも、より蓋然性が少ないとの証明によって、前項に基づく推定を覆すことができる。

(3) 第三者のザーメンを用いて、母に対して医学的に許容される人工生殖が実施されたときは、裁判所の記録または公正証書の方式で、前記の医学的に許容される人工生殖を行うことに同意した男性が、子の父であると推定する、ただし、前記の医学的に許容された人工生殖によって子が懐胎されたのではない旨を、同意した男性が証明したときは、このかぎりではない。

(4) そのザーメンを医学的に許容される人工生殖のために用いられた第三者は，彼のザーメンで懐胎された子の父と確定されることはない。

〔92年改正。1項，2000年改正規定〕

第163条a (1) 法定代理人は，父性の確定に努力する義務を負う。ただし，父性の確定が子の福祉に反するとき，または父の名を明かさないという母の権利を行使したときは，そのかぎりではない。

(2) 青少年福祉局は，父が確定されなければ，どのような効果が生ずるかを，母に説明しなければならない。

第163条b 父性は，判決によってまたは認知によって，これを確定する。父性の確定は，何人に対しても効力がある。

以下，邦訳を省略

(2014年2月1日脱稿)