

資料

オーストリア人男性との間の
出生子と家族法

松倉耕作

- I はじめに
- II 関連する特別法
- III 嫡出否認
- IV 否認権者と出訴
- V 任意認知
- VI 裁判認知
- XIII 身分登録法

I はじめに

対象とする親子法の領域は、2013年より新しい規則が施行されている。それについての邦語文献は、後述(4)の文献一覧で示している。

(1) 前提とするカップル

グローバル化に伴い人の動きも世界的に拡大する。その結果、日本人と外国人との婚姻も増加するであろう。であれば、一つの論考のなかで、それに対応したグローバル化に対応した情

報の提供がなされていれば、読者にとっては望ましいであろう。とはいえ、そのような解説を、オーストリアの文献に期待することはできない。本稿でオーストリアを扱っているのは、①そのような研究の必要性を訴える、②多少とも、そのような要望に貢献できるのは、筆者がオーストリア民法を扱い慣れているからである。

まず、本稿を含めた考察の対象を述べておこう。対象は、オーストリア人・男性と日本女性との間での子の出自を扱う。本稿に先立って、「スイス人・男性と日本人女性」との間で生ずる4種の場面を、すなわち、離婚、相続、親子、結婚の4種の場面を、一連のシリーズとして考察した。本稿は、これをオーストリア人との間で生ずる生ずる4種の場面について解説しようとする予定している。

想定するカップルは、日本人妻（ないし女性）Aとオーストリア人の夫Bである。このようなカップルを中心に解説するので、テーマと係わりの薄い養子縁組は取り上げない（最近の養子縁組制度については、拙稿「オーストリアの新養子縁組法の概要」一本誌33号117頁以下、2015年を参照されたい）。

ことに日本女性が居住するオーストリアで訴訟することになることもあるであろう。そのさいに役立つ情報の提供をも目的としている。その一助として、オーストリア法のもとでの、国際私法、民事訴訟法、（裁判）管轄法、非訟事件手続法などの特別法にも、簡単に触れている。（後述(2)を参照）。

(2) 家族事件の扱い

オーストリアにも、家庭裁判所が存在する。もっとも、いわゆる「家事事件」は、わが国以上にあちこちの法律に規定されている。家裁の詳細は、別稿にて「離婚」を扱うさいに述べる予定である。

第1に、本稿のように、オーストリアでの訴訟に役立つ情報を提供するという視点からすれば、オーストリアでの家事事件の示すことは、容易ではない。幸いなことに、オーストリア民事訴訟法の大家が著した簡潔な論考がある。後述II章・民事訴訟法の文献のなかで示してい

る、ファッシング著、加藤克佳訳「オーストリアの家庭事件裁判制度」では、これについて触れた論考である。法史についての記述を含めて、邦語で17頁の小品で、改正された部分が少なくないが、邦語で見ることができる貴重な文献のひとつである。

ところで、家事事件につき、ファッシング・ウィーン大学教授（当時）は、つぎのように述べている。「(引用) オーストリアの手続規定は、家庭事件について原則的に独自の手続を何も定めていない。訴訟事件では、通常の民事訴訟が（適用される）。もちろん、それは、一連の特別規定によりそれぞれの家庭事件の特別の必要に適用するように行われる。非訟事件に該当する家庭事件の場合には、非訟事件手続法の一般規定が適用されるが、これもまた、個々の家庭事件のための特別規定により補充される。」（加藤・後掲訳147頁より引用）。

(3) 裁判所と弁護士

弁護士への依頼について、オーストリアで訴訟を行うさいには、日本語を理解できる弁護士を見つけることは難しいであろうから、通常の通訳をつけられるとよいであろう。大使館や弁護士会などに弁護士の紹介を依頼するという方法もあるだろう。

さらにいえば、最近では日本でも、たとえばドイツの裁判所などに提訴するのに必要な、現地の弁護士を紹介ないし仲介してくれる（日本の）弁護士事務所も、登場してきている。ネットで検索すれば、そのような弁護士さんを見つけ出せる時代になってきている。その具体的な事務所名は、筆者が宣伝していると誤解を招く危惧もあるので、ここでは明記しないでおこう。

これに関連して、オーストリアの弁護士法と裁判所に関する邦語の文献を挙げておこう。

①弁護士法について、山田好司訳「オーストリア弁護士法（上・下）」司法法制局季刊116号125頁－139頁、117号68頁－84頁、2006年－2007年。

②裁判所について、後藤尚樹「オーストリア共和国の最高裁判所」海外司法ジャーナル（最高裁判所判例調査会編）4号163頁－168頁、

1998年；野村二郎「オーストリアの裁判所上・下（ヨーロッパの司法5）」判例タイムズ35巻6号8頁－13頁、7号；吉岡茂之「オーストリアの参審制」司法の窓72号、2008年；鳥居淳子「オーストリアの裁判制度」法の支配74号103頁－118頁、1988年、など。

(4) 「親子法」の改正と新法

親子法の多くの領域で、改正を終えている。それゆえ、新法の制定・施行について補足しておこう。

まず、養子縁組の領域を含めて、新親子法は2013年1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）により全面改正を受けた。改正法は、親子関係については、ほぼ全面改正といえる。

つぎに、親子に係わる文献を示しておこう。下記①－③の論考は、さしあたり改正の概要と旧法との違いに重点をおいて、新法の概要を速報する資料である。

①拙稿「2013年施行、新オーストリア親子法と嫡出否認規定」名城ロースクール・レビュー28号85頁以下、2013年。

②拙稿「2013年施行、新オーストリア親子法と裁判認知」同上誌30号261頁以下、2014年。

③拙稿「2013年施行、新オーストリア親子法における任意認知」同上誌32号155頁以下、2015年。

④親子鑑定に関して、オーストリア法の特色である血液検査などの親子鑑定強制については、下記の文献がある。拙稿「血統訴訟における血液検査等の協力義務」南山法学8巻3号1－52頁、1985年、および拙稿「オーストリア親子法と血液検査等の協力義務——2005年施行法の紹介を兼ねて」本誌3号11頁以下、2006年。

⑤親子法の全体構造については、次の拙著が詳細である。拙著『概説オーストリア親子法』嵯峨野書院、223頁、2003年。同書では、わが国風の表現でいえば、嫡出、非嫡出、養子、親子関係の効力、を扱う。

⑥新法の条文訳については、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月号以降）、2013年、を参照されたい。

補足すれば、下記「政府草案」では、旧法の規定をも訳出しているの、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。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（1）・（2）」本誌27号、28号、2013年。

最後に、本稿では、当然のことであるが、判例の内容にも立ち入って紹介している。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、判決文の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。そのことを予め承知していただきたい。

⑦その他の領域 親子法以外の領域で関連の深い婚姻法については、拙著『概説オーストリア婚姻・離婚法』嵯峨野書院、337頁、2005年。

さらに、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、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。

⑧新法施行後の文献 Barth/Dokalik/Potyka, ABGB. 26.Aufl. 2018. S.1696. 同書に基づいて、重要な部分を補足した。改正法の制定・施行後の文献としては、後掲するKozior/Welser, Grundrissが最も標準的な体系書である。より詳しい文献としては、やや高価であるが、電子版：後掲Kletecka/Schauer, ABGB-ONが勧められる。

改正前の親子法に関連の深い文献を抽出しておこう。

①Kozior/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts. Bd. I : --- Familienrecht. 11.Aufl. 2000. 新版 : Welser/Kleteck, Grundriss des

bürgerlichen Rechts. Bd. I : --- Familienrecht. 15.Aufl. 2018. 698S. 62 EUR が出版されている。後者の著作では、親子についての改正法が扱われている。

②Klang/Plessl, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Bd. I § § 137 – 284. 同3版が2008年に出版、1020頁。出版状況を調べてみると、2019年3月現在では、

③Kapfer, ABGB. 21. Aufl. 最新版は上述した26版、2018年出版である。条文と各条ごとの簡単なコメントを見ることができる。Bd. I 1983.

⑤電子版 : Kletecka/Schauer, ABGB-ON Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 2019年4月現在、親子法を対象とする、137条 – 154条、158条 – 203条が収録されている。欠落する155条以下は氏に関する部分である。

II 関連する特別法

前述の「想定カップル」の日本人妻A女が、居住地であるウイーンなどにおいて訴訟を提起することもあるだろう。本稿は、そのようなさいに「出訴の手がかり」として役立つ情報を提供するという目的もある。このような視点から、オーストリアの、国際私法、民事手続法、管轄法、非訟事件手続法、などの関連する特別法にも、簡単に言及している。なお、本稿では扱っていないが、ときに州法の知識を必要とする場面もあるかも知れない。それについては、（連邦）司法省または「法律情報センター・RIS」にアクセスすれば、州法の条文についても簡単に知ることができる。

1 国際私法

現行の国際私法について、当初の制定法は、1978年である（連邦官報：1978/304号）。

1) 条文訳について ①条文の見出し 下記の条文訳において、たとえば第21条の条文の前に示した「嫡出出生」の語は、いわゆる条文の見出しを意味する。ドイツ語の原文にしたがって条文の上に示した（以下同様）。

②条文内の〔 〕（ ）内の語 訳文を補足する意味で加えた語句である。カギカッコの部分は、原語には存在しない。丸カッコの部分は意味を分かりやすくするために、筆者が補足した部分である（以下、他の領域での条文訳についても同じである）。

2) コメント まず、嫡出否認（オーストリア法の表現では、「夫の父性否認」）などの扱いは、かなり柔軟である。本稿の「想定カップル」にあつては、子の出生時点での夫婦の身分に従って、オーストリア法または日本法のいずれか、子にとって有利な法制を選べることになる。

父と子の父子関係を切断するという視点からみれば、日本の最高裁判所の見解も、また実務での運用も、父子関係の切断が極めて難しい（最判2015年7月7日判決を早期されたい）。それに比べるとオーストリアでの扱いは、相対的に長く出訴することが可能である。原告が父の場合と子の場合とでも、扱いが異なる。日本人・母が、身分登録上の父との父子関係の切断を望むのであれば、通例は、オーストリア法を選ぶ法が有利であろう。

つぎに、婚外出生の場合にあつては、原則として、婚外出生子についての、父の確定のおよび父の認知の要件は子の出生時点での父の身分に従って判断する。実体法レベルでは、裁判認知請求に際する証明の難易に違いがある。オーストリアでは、とくに血液検査の強制という制度があり（内容はのちに解説する）、この制度のゆえに父子関係の科学的証明が、かなり容易である。認知請求権の放棄の可否、死後認知の扱いの違いなど、多くの違いがある。たとえば、（未婚）日本人女性の子が原告となり、オーストリア人男性を相手に認知請求する場合にあつては、女性側の証明負担が軽くなり、さらに死後認知にあつても、日本では男性の死後わずか3年であるが（民法787条）、オーストリアでは原則として子が成年に達するまで出訴が可能である。

①解説文献 親子法に関して、国際私法に係わる内容を解説する邦語文献は存在しない。

②条文訳 下記のような文献が存在する。

○山内惟介「オーストリアの国際私法典について」法学新報88巻5・6号171頁以下、1981年。

その後の改正についての補足論考はみられないが、さしあたり最も参考となる文献である。○山内惟介「オーストリアにおける国際私法および国際手続法の改正草案について——いわゆる「シュビント草案」」法学新報81巻4号、1974年。条文訳も含まれている。

○桑田三郎・山内惟介（編著）『ドイツ・オーストリア国際私法の立法資料』2000年、中央大学出版部。

（国際私法）親子関係部分の条文（筆者・松倉訳、以下同様）

第21条（嫡出出生（筆者註記：この部分は「条文の見出し」である。以下、同様）

子の嫡出出生およびその否認の要件は、夫婦が子の出生の時点での、または、婚姻が子の出生前に解消されているときは解消の時点での、民事身分に従って判断する。夫婦が異なる民事身分を有するときは、子の嫡出にとって有利な、各自の民事身分を基準とする。

第22条〔筆者補足。2000年法135号により、条文が削除〕

第23条（準正）

嫡出宣言による婚外出生子の準正の要件は、父の民事身分に従って判断する；嫡出宣言が父の死亡後に初めて申請されたときは、父死亡時の父の民事身分にしたがう。子の民事身分にしたがって、子のまたは家族法上の関係にある第三者の同意は、その限度で、本法に従う。

第24条（婚内出生および準正の効力）

子の婚内出生および準正の効力は、その民事身分にしたがって判断する。

第25条（婚外出生およびその効力）

(1) 婚外出生子についての、父の確定のおよび父の認知の要件は子の出生時点での父の身分にしたがって判断する。ただし、(上記の)要件は、子の出生時点での民事身分にしたがうのではなく、後に父性の確定または認知が認められたときは、子の後の身分にしたがって判断す

る。父性の確定または認知がなされた後の権利は、その取消についても、それを基準とする。

(2) 子の婚外出生の効力は、その民事身分にしたがって判断する。

(3) 婚外出生子の懐胎および出産に伴う、母の請求権は、母の民事身分にしたがって判断する。

第 26 条〔養子縁組に関する規定。本稿の対象外ゆえ、邦訳を省略〕

第 27 条 a (登録パートナー関係の (成立) 要件と効力)

パートナー関係の成立の瑕疵によって、パートナー関係の無効およびその解消を (導く) 要件は、パートナー関係を成立させた国の法律にしたがう。

パートナー関係の身分的効力

第 27 条 b (パートナー関係の身分的効力)

登録パートナー婚当事者は、下記の法律にしたがって判断する。

1. 登録パートナー婚当事者がその共通の常居所を有する国の法律にしたがう、そのような法律を解しているときは、パートナー婚当事者の双方が。最後に常居所を有した国の法律にしたがう。

2. 1 項で基準となる法律を適用する要件が存在しないとき、またはその法律がパートナー関係の身分的効力を定めていない限り、パートナー婚当事者 (たち) の、最後の共通の民事身分を欠いているため、当事者の一方がそれを保持している限り、共通の身分にしたがう。

3. 上記に該当しなければ、オーストリア法に従う；2 項で基準となる法律が、登録関係の身分的効力を規定していないときも、オーストリア法に従う。

〔補足。訳文中；の部分はゼミコロンである〕

〔以下、財産関係や関係の解消についての規定であるので、邦訳を省略する〕

2 民事手続法関係

同法は、1995 年に制定されている (最新版は、1998 年施行)。

1) 条文訳 本稿で扱う父子関係に係わる条

文・規則を欠いているため、邦訳を省略。

後学のため、関連文献を示しておこう。

①民事訴訟法 (略称, Zivilprozessordnung) の条文訳が存在する。法務大臣官房司法法政部編『オーストリア民事訴訟法』法曹会発行, 1997 年, 260 頁。

2) 参考文献 民事訴訟法には、2019 年 4 月 1 日現在、家事事件を直接に関する規定はみられない。また、家庭裁判所についての規則も存在しない。また、オーストリアの民事訴訟の視点から、親子関係を解説する文献はみられない。以下は、関連文献である。

①上田理恵子「1895 年オーストリア民事訴訟法成立の背景」一橋研究 21 巻 3 号 155 頁以下, 1996 年。本稿は、国会図書館にて、デジタル版を見ることができる。邦語文献の引用も比較的豊富である。さらに、上田理恵子「1995 年オーストリア民事訴訟法の成立過程」一橋論叢 119 巻 1 号 101 頁以下, 1998 年。本稿も、国会図書館のサイトを通じて、デジタル版を見ることができる。

②小野村幸二 (訳)『奥地利民事訴訟法』有斐閣, 1912 年。本書は、国会図書館のサイトでデジタル版を見ることができる。

③鈴木正裕『近代民事訴訟法史・オーストリア』信山社, 2017 年。現行の民事訴訟法の内容は、扱われていない。

3 裁判管轄法

「管轄法 (略称, Jurisdiktionsnorm, 短縮形, JN)」は、文字どおり裁判の管轄に係わる事項を定める特別法である。当初の法律は、一般法である民事手続法と同時に 1895 年に制定されている (RGI 1895/111, 2004/128)。オーストリアでの訴訟の提起も視野に入れる本稿の目的からすれば、管轄についての記述も、情報の提供に役立つと思われるので、これについても記しておこう (以下も、同様)。

1) 条文訳 すぐ下に示した条文訳を参照。

2) 文献 ①前述した『オーストリア民事訴訟法』に収録されている「オーストリア裁判管轄法」が役立つ (同書 205 頁以下で、条文訳がみら

れる)。もっとも、その後の改正があることは、いうまでもない。本稿には係わりがないので、それには触れない。

②珍しい分野の法律であるので、欧文献も一点あげておこう。Klauser/Kodek, JN-ZPO.18 Aufl. 2018, 3094S. 340 EUR. オーストリア法以外とくに EU 関係も収録されている。かなり高価である。

3) コメント 本稿が前提とする「想定したカップル」があるので、日本人に役立つ解説を示しておこう。まず、合意管轄（管轄法 104 条）の余地を別と知れば、嫡出否認（嫡出性に関する訴訟）を例に取れば、「子が常居所を有する管轄区域」の裁判所（区裁判所、後掲・管轄法 49 条参照）が管轄する訴えを提起することになる。したがって、オーストリア法に服する場面では、オーストリア人夫である B 男は、管轄地域の区裁判所に訴えを提起することになる。わが国と異なり、母が子を代理することはないので、子が原告となり訴訟を提起する場合であっても、母は登場しない。

つぎに、子の出訴の要件についていえば、子の状況により場合分けが詳しすぎても混乱するので、最も典型的な例につき、結論のみを示すに留めておく。

①訴える裁判所は、前述のように、「子が常居所に有する」（前記した管轄規範法での規則を参考とする区裁判所である）。

②子の認知（請求）については、法 113 条に従うことになる。殆どの場合、区裁判所に訴えを提起することになる。

第 2 章 訴訟事件の裁判権について（2019 年 4 月 1 日現在）

第 1 款 区裁判所

第 49 条

(1)〔内容が対象外ゆえ、邦訳を省略〕

(2) 下記の訴訟は、訴訟物の価額にかかわらず、区裁判所（の管轄）に属する：

1. 非嫡出子の父に関する訴訟、…〔以下、対象外ゆえ、邦訳を省略〕

2a.. 嫡出性に関する訴訟

2b. 〔離婚についての訴訟…対象外ゆえ、邦訳を省略〕

2c. 〔婚姻の解消ほかについての訴訟…対象外ゆえ、邦訳を省略〕

2d. 登録パートナーの相互関係から生ずる訴訟；

3. 〔以下 8 号まで規定が存在するが、対象外ゆえ、邦訳を省略〕

(3)〔3 項、4 項、6 項は、対象外ゆえ、邦訳を省略〕

(5)〔1978 年法 280 号ほかにより削除〕

第 2 章 土地管轄（最終改正は 2004 年）

第 49 条 a 〔削除されている〕

特別管轄

1 専属管轄

第 76 条〔夫婦関係または登録パートナー関係から生ずる訴訟、邦訳省略〕

第 76 条 a 〔夫婦関係…対象外ゆえ、邦訳を省略〕

注意 下記 2 つの条項は、2018 年 12 月 1 日現在の条文である。

第 76 条 b（嫡出性に関する訴訟）

(1) 子の嫡出性に関する訴訟については、その管轄区域に子が常居所を有する裁判所が、専属的に管轄権を有する。このような常居所が国内にないときは、その管轄区域に父と推定される男が常居所を有する裁判所が専属的に管轄権を有する。このような常居所が国内にないときは、その管轄区域に子の母が常居所を有するか、または母の死亡時まで常居所を有していた裁判所が専属的に管轄権を有する。その余の場合には、ウィーン市の区部の区裁判所が管轄権を有する。

(2) 子、父と推定されるもしくは子の母がオーストリア国民である場合には、または子もしくは男が〔オーストリア〕国内に常居所を有する場合には、前項の訴訟について内国裁判権が生ずる。

第 76 条 c（非嫡出性に関する訴訟）

(1) 婚外出生子の認知に関する訴訟およびこれに伴う父に課せられる子に対する法律上の義務に関する訴訟については、その管轄区域に子

がその常居所を有する裁判所が、専属的に管轄権を有する。そのような常居所が国内にないときは、その管轄区域に請求の相手たる男性がその常居所を有する地の裁判所が管轄権を有する。

(2) 婚外出生子の、複数の男性に対する〔複数の〕認知の訴えについて、第1項によりそれらが異なる区裁判所の管轄に属する限り、婚外出生子の訴えを提起する時点においては、確定していない最初の訴えを提起した区裁判所が、専属的に管轄権を有する。〔複数の〕訴えを同時に提起するときは、原告は、当該区裁判所のなかから選択する〔ことができる〕。原告が選択した区裁判所が、すべての訴えについて専属的に管轄権を有する。

(3) 子もしくは請求の相手方たる男がオーストリア国民であるとき、またはこれらの者の一方が国内に常居所を有するときは、第1項に示される訴訟訴訟について内国裁判籍を有する。

裁判管轄の競合（訳語の補足。裁判籍＝Gerichtbarkeit, ゲッツエ訳では「裁判権」と訳される）

第102条（裁判管轄の競合）

管轄裁判所が複数存在するときは、原告が選択権を有する；この選択権は、被告に対する訴状の送達によって行われる。〔訳者註記，原文ではゼミコロンである〕

第104条（合意管轄）

(1) 当事者は、明示的な合意によって、下記に従うことができる：

1. 内国の裁判権に（服すること）
2. 1つまたは複数の第一審裁判所に服することができる。この合意は、書面で証明しなければならない。

②〔以下，邦訳を省略する〕

第104条a（事物管轄）他に別段の定めがない限り、非訟行為については、区裁判所が事物管轄を有する。〔筆者補足〕かつて、104条bや49条aを創設することにより、家事事件の管轄を作ったそうである。もっとも今日では、上記の2条とも削除され、内容は別の条文で規定されている。

第108条（出自）

〔出自訴訟と〕結びついた法律上の請求権を伴う、非訟事件手続法の第2章第1款による出自手続については、未成年者のため補佐の執行を認めた裁判所が管轄権を有する、そのような状況にないときは、その管区内に、子が常居所を有する裁判所が（管轄する）；オーストリア国内にそのような常居所を欠いているときは、その管区内に、母が常居所を有する裁判所が（管轄する）、そのような状況にないときは、子の出自または出自の不存在が確定された男性が、その管区内に常居所を有する裁判所が（管轄する）；そのような裁判所が内国には存在しないときは、ウィーンの地区裁判所が（管轄する）。

〔筆者補足：2004年12月31日以降は、申立てがあれば、上記の規定が適用される。出典：連邦官報1巻2003年法112号を参照。註記：前記訳稿の出版は、1997年である〕。

第113条（婚外出生子の準正）婚外出生子の認知について裁判所が協力しなければならない場合において、認知される者のためにすでに補佐の手続が係属しているときは監護裁判所が（管轄し）、しからざるときは、認知される子の父が訴訟事件において普通裁判管轄を有する地区裁判所が管轄する。

第113条a〔養子縁組に関する規定ゆえ，邦訳を省略〕

第113条b〔同上〕

第114条（認知，非嫡出子の財産上の請求権）

(1)〔本稿の対象外ゆえ，邦訳を省略する〕

(2)・(3)〔本稿の対象外ゆえ，邦訳を省略する〕

第114条a〔婚姻事件ほかに関する規定ゆえ，邦訳を省略〕

その管区内に、子が常居所を有する裁判所が（管轄する）

3) 邦語文献 管轄法につき、内容を解説する文献は見当たらない。

4 非訟事件手続法

新規定は、2005年1月1日から施行されて

いる（公式の出典，連邦官報：BGBl. I 2003/111）。対象とした特別法のなかでは，最も新しい法律である。

1) 条文訳 少し下に示した条文訳を参照されたい。

2) 文献 極めて貴重な条文訳が存在する。松村和徳・石川光晴「オーストリア非訟事件手続法その立法過程と条文試訳（1）－（4）」比較法学 47 巻 2 号－48 巻 2 号，2013 年－2014 年。2013 年に後見法が改正された部分を除いて，208 条にもわたる条文が完訳されている。さらに同誌は，幸いネットで見ることも可能である。本稿の対象となる「親子」は，同稿（2）に条文訳がみられる。念のため記せば，本稿で示した邦訳は，筆者・松倉の訳である。

比較的マイナーな法律である。後学のため，欧文献を挙げておこう。

① Fucik/Kloiber, Ausserstreitgesetz. Kurtkommentar. Wien, Manz, 2005. 894S. 筆者も私有している。条文もついているので，日本の研究者には，利用価値が高い。

② 後学のため，新しく，かつより詳しい文献を 2 点挙げておこう。Schoeberl/Mag usw, Ausserstreitgesetz und Nebengesetze. 2018, 3584S. 272.80 EUR.; E. Gitschthaler/J. Hplwerth, Kommentar zum Ausserstreitgesetz. Manz Verlag, 984S. 195 EUR.

非訟事件手続法の条文訳（松倉訳）

第 2 部 Hauptstueck

婚姻事件，親子事件および代理人事件について

第 1 款 出自

第 81 条（父性の認知）

（1）父性の認知について，およびそれに関連する意思表示については，裁判所が，それらにつき記録を残さなければならない。

（2）認知についての〔前項の〕記録文書には，下記の事項が記載されていなければならない。

1. 父性についての明示的な意思表示，
2. 出生簿において，〔認知者の〕名前，家族

の氏，出生地，国籍，職業，住所，法律上承認されている。教会または宗教団体，さらには，可能な限り（認知者の）出生簿に登録された記述，

3. 知っている限りで，子および母の，名前，家族の氏，出生の日付と出生地，国籍，職業，住所，および可能な限り，（認知者の）出生簿に登録された記述。

（3）出自についての手続においては，裁判所によって公証された意思表示の正本，または裁判所に転送することが認められ，交付された（意思表示の正本）を，管轄権を有する身分登録官庁へ，送付しなければならない。

（4）母の認知が〔当該〕外国法によって，認められている場合には，前述の規則は，母の認知についても準用する。

第 82 条（出自手続における特別な手続規定）

（1）出自についての手続は，他に別段の定めがない限り，申立てがある場合のみ，開始する。

（2）出自の手続においては，子，その両親たることが手続によって創設された人は，何れの場合でも，〔従前の親子関係を〕排除し，または再び〔親子関係を〕創設することができる，さらに子のもう一方の父母は，その者が判断能力を有し，かつ生存している限り，当事者〔になることができる〕。

（3）出自の手続においては，未成年の子は，手続救助の判断に際して，未成年者の扶養請求は，考慮されない。

第 83 条

（1）出自の手続は，〔書面だけの審理ではなく〕口頭で審理しなければならない。

（2）申立ては，つぎの場合には，請求を放棄することがなくとも，取り消されたものとして，職権で宣告することができる，裁判所の判決以外の他の方法で，とくに出自の承認により（要求が）満たされたり，〔裁判所による〕説明の後に，申立人がこれに対して異義を述べないときは。手続が出自の不存在の確定に係わる場合において，申立人が口頭審理に出頭しなかったときは，裁判所は，申立人請求の申立

を、請求を放棄したものと宣告することができる。〔申立人が〕裁判所に出頭したおりに、〔裁判所は〕この法律効果について申立人に告知していなければならない。

(3) 認知に基づく和解や判決は、これを許さない。第 17 条は、認知者の出自を確定するにつき子の利益がある場合に限りでのみ、適用される。

(4) 出自訴訟においては、未成年者は、費用を負担することはない。

(5) 出自訴訟においては、第 74 条 5 項の期間は 30 年とする。その件の判決は、つねに理由が示されなければならない。出自が判決によって確定されたときは、判決には、第 81 条 2 項 2 号および 3 号に定める項目が、できるだけ記載されていなければならない。

〔筆者補足：4 項にいう未成年者とは 18 歳未満の子をいう〕

〔筆者註記。第 17 条は、次のように定める。同条は、裁判所の要請する意見表明について裁判所に出頭ない場合等に、懈怠の効果を定めている〕

〔筆者註記。引用される第 74 条 5 項は、変更の申立て期間を原則 10 年と定めている〕

第 84 条（複数の申立て〔がある場合の〕の扱い）

(1) 同じ子の出自に関する手続は、できるだけ結合し、かつ一つの判決で解決しなければならない。

(2) 〔以下、省略〕

第 85 条（〔検査〕協力義務）〔松倉補足：2005 年施行である〕

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

(2) 協力することで、〔被検者の〕生命または健康にとり深刻かつ継続的な危険が生じうるときは、前項の協力すべき義務はない。鑑定の前に、裁判所は、協力を命じるべき者に対し

して、〔検査〕拒絶理由について教示し、かつ〔拒絶する理由につき〕意見を述べるよう促さねばならない。拒絶〔の可否〕については、特別の独立の争いという決定によって判断する。適法な拒絶の場合には、裁判所は、提示された危険とは結びつかない、〔他の〕出自検査の方法を、命じなければならぬ。

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

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

〔筆者註記：内容は、本文で触れている〕

3) コメント 嫡出否認や裁判認知など、とくに父子関係を明らかにすることが必要となる場面では、関係する当事者に対して、裁判所を通じて、親子鑑定を強制することができることもっとも大きな特色である。ドイツ法のように、たとえば裁判認知の場面で被告男性に対して、強制的に鑑定資料（たとえば血液サンプル）を採取することまでは認められていないが、父子関係の解明にとっては、重要な役割を果たす制度といえよう。

85 条の及ぼす機能を補足しておこう。一つは生殖法の下での「父を知る権利」が容認されることである（以下について簡潔には、拙稿「オーストリア親子法と血液検査等の橋梁義務」前掲 23 頁以下を参照）。

人工補助生殖法の下で、ドナーに係わる情報にアクセスすることができる主体は、①子（その法定代理人）、②裁判所や行政官庁などである（同法 20 条参照）。子に限られてないので、いわゆる「真実志向」が強い法制であると評価することができる。

それはともかく、人口補助生殖で出生した子の権利が最も重要である。補足しよう。ドナーについての記録は秘匿される（法20条1項。記録の内容は担当の医師が記載する。その書式サンプルについては、拙稿「血液検査」前掲23頁のそれを参照）。しかし、子の「父を知る権利」は保証される。知る方法は、14歳以上の子にあっては、その者の要請により、ドナーに係わる記録を閲覧する権利が保証されている（法同2項）。例外として日本人妻A女の夫が、「裁判所の記録または構成証書の形式で、第三者のザーメンを用いる、医学的に許容された人工受精に同意したときは、……子の嫡出性は、これを争うことができない。」（民156条a）。

このような例外にあたらない場面では、父を知る権利が法的に保証されるので、日本法との扱いの違いが著しく大きいといえる。

5 登録パートナー婚

オーストリアの法律では、扶養関係を除いて、親子に関係を係わる規定はなく、養子縁組許可の定めも見当たらないようである。

1) 条文訳・2) コメント 本稿の対象となる条文は存在しないので、条文訳を示すことは割愛する。条文自体は、下記・文献①の拙稿を参照されたい。

3) 文献 ①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、2012年。

②拙稿「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頁以下、2008年。法律を制定する前に公表された草案の条文と、制度の概要を紹介する。当然のこととして、草案と新法とは、実質的には変更のない部分も少なくない。

③渡邊泰彦「同性の両親と子：ドイツ、オーストリア、スイスの状況（その4）」産大法学49巻4号、2016年。オーストリアは同稿「第2章」で扱われるようである。

Ⅲ 嫡出否認

関連法について示しておこう。民法では、父

（夫など）の父性（新144条1項、151条、旧156条）、及び否認（父性の否認）（新151条、旧138条1項、156条）がこれらについて規定している。

1) 国際私法 嫡出の条文のみ再録しておこう。

国際私法21条（嫡出出生）

子の嫡出出生およびその否認の要件は、夫婦が子の出生の時点での、または婚姻が子の出生前に解消されているときは解消の時点での、民事身分従って判断する。夫婦が異なる民事身分を有するときは、子の嫡出にとって有利な、各自の民事身分を基準とする。

2) 非訟事件手続法 同法に係わる82条－85条の条文訳は前述した。

3) コメント 出生および父性否認の要件は、子の出生の時点での夫の身分、本稿の前提とするカップルにあっては、オーストリア民法・家族法に従うことになる（下記を参照）。

以下では、オーストリア人男性Bと婚姻した日本人妻A女との間に出生したにつき、父性の推定（わが法の嫡出推定）とその否認権者について説明しよう。以下の説明は、オーストリア法が適用される場合、という前提で説明していく。

1 全体の構造

まずは、全体にわたる構造について素描しておこう。

1) 出自に係わる規定の構造の変更 旧法（2013年12月31日までの規定）では、互いに別々の3つの層に分けて規定されていた。すなわち、①父母と子との一般的な権利義務（137条b－138条d）、②嫡出の否認（156条－158条）、③非嫡出子に対する父性（163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」前掲（同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

一般的に出自の否認・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12月31日まで効力を有した旧法では、それは旧156条に規定されていた)。

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、旧138条a1項(以下で、「旧法」というのは、2013年1月31日まで効力を有した規定である。以下同様)に相應する。

②新141条は、旧138条bに相應する。

2) 出自事件の法的効果 立法者の説明によれば、新142条(旧138条a2項を承継)は、結論において、オーストリア人B男の権利承継者(B男の父母など)による父性承認は許されない。補足しよう。

新142条は、旧138条a2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、夫を権利承継した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 最近の改正であるので、後学のため、新旧の条文の条数の違いを示しておこう。規定する条数は大きく違っている。結論のみを記しておけば、下記のごとくである。

①新145条は、旧163条cに相應する、②新146条は、旧163条dに相應する、③新147条は、旧163条eに相應する。

④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Bundesblatt(BBl)(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。

⑤新149条は、旧163条aに実質的に相應している、⑥新150条は、旧163条bに相應する、

⑦新151条は、旧156条に相應する、⑧新152条は、旧157条に相應する、⑨新154条は、旧164条に相應する。

2 父性の否認

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、下記の規定からも解るように、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。規定の違いについてみれば、嫡出に否認(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)。

第151条(母の夫の父性不存在の確定)

(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) 前項の訴えは、子からは夫を被告として、夫からは子を被告として、申し立てることができる。

第152条

母の夫が、第三者の精子を用いる生殖補助医療に同意していたときは、第三者の精子を用いて懐胎された子が、母の夫によって由来しない旨の確定は、これを行うことかできない。

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。

1) 嫡出(正確には「夫の父性」)の否認期間について 通常の場合において、旧規定によれば、母の夫の否認期間は、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、次第に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。

否認期間の起算点は、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156条1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、妻の生んだ子が「自分の子ではない[らしい]と認識すること」を指している。

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)申立て」

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。

例外として、夫に否認できない不可避免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(旧同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(新同3項)。つまり、上に述べたことに追加して、さらに例外、さらに期間が延長される余地を認めていることである。つまるところ、機能において、よくいわれる「法的安定性」よりも、真実の血縁関係回復するを余地を長くかつ広く認める役割を果たすことになる。

最後に、日本との違いに触れれば、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、①子であることの強い疑念を抱いたときから期間が進行し、②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(後述する「出訴期間」の項を参照)。

3 父性推定

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みておこう。

(1) 通常の場合の父性推定

新法下での規定、規定の仕方が旧法と少し異なる(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。わが国での「300日問題」にも係わる問題である。

これについて、旧規定では、いわく、「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（拙書『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」と明言している（Kozior/Welser S.469 I A 1. なお，別居中懐胎子の扱いは後述を参照）。

結論において，婚姻中の出生子は全て（母の）夫の子と推定される（新151条1項）。結論において，旧法と同じ扱いである。

(2) 再婚後の男性に推定が及ぶ場合

後婚の夫との父子関係が切断された場合につき，「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）。

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が殆どない状況の下では，旧法文献（「家族法整令」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。

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4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。

4 推定排除の証明

(1) 証明方法

排除の場面について，旧法下での推定排除の

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。但し傍論；Gschntzer, Familienrecht S.77）。

他方，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，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（新151条1項）。

(2) 相対的非蓋然性という証明の可否

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，拙著概説『オーストリア親子法』の「第2章 裁判認知」を参照）においてのみ問題とされ，嫡出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。判例の変更を追ってみよう。

1974年判決の前には，最判51年7月4日（後掲OGH 4.7.1951 SZ 24 181）がみられた。

最判51年後掲では，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もので、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。

その後、後掲 1974 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、① 138 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、新 144 条・旧 138 条（嫡出推定）にはさ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。

（3）性交渉と子の出生が 300 日を超える場合
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」制定のうち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）。

旧第 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 ヶ月と 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 ヶ月間、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 他男交渉があれば、排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 日以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）。

（4）別訴で主張することはできるか

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）。わが法のもとでの最判と結論が異なる。

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。

ところで、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」との条文見出し（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。

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）。

Ⅳ 否認権者と出訴

新法での扱いが変わった。新法のもとでは、とくに夫の同意を得て人工補助生殖が行われた場合につき、「…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（新 152 条）。

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 41 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）。

さらに、新法下では、検察官による否認の規定は削除された。新旧で最大の変更点である。最近の判例については、Barth, ABGB § 151 S.64 を参照されたい。

(2) 母の夫

新法のもとでも、否認権者の点では、検察官による否認をも許容する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ない。それゆえ、旧法のもとでの扱いを確認しておこう。新法下でも、同じ結論と理解すればよいであろう。

「母の夫」（新 151 条 1 項、旧 156 条）とは、嫡出出生との推定に基づき、子の父と推定さるべき男性をさす（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（補佐人）が否認権者として登場することがある。

下記の判決は、「離婚後の夫」の扱いが問題となった事案である。

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）の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を解さるべきである」と述べ、元夫の原告適格を肯定した（結論同旨、Barth/Dokalik/Potyka, ABGB § 151 S.64）。

（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

1) 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、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ごとくである。

2 補佐人

（1）補佐人制度

この制度は、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を設けた（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専務に属するときは、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）。文献（Ehrenzweig/Schwind, Sysstem § 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。

つぎに、夫が完全行為能力制限等である場合、制限的行為能力者等である場合については、別書に譲る。

（2）オーストリア人である夫 B 男が死亡した場合

前述したように、わが法（人訴 28 条前述）と異なり、夫が死亡しても、補充的否認権者は登場しない。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（höchstpersoenliches 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（詳細は、vgl. Rummel, Kommentar § 156-159, Rz.13）。

もし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）が死亡したときは、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）夫B男が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153条1項3文）ものとされる。ちなみに、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）、未成年の期間がそれ以前より2年短くなっている。

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。詳細は、拙著『オーストリアの親子法』前掲13頁以下の記述に譲る。検察官による訴権という制度は、現実の実効性はともかく、真実志向に役立つ機能を有していたと評価できるであろう。

4 その他の者の訴権

以上のほかにも、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。

（1）子

第1に、旧法下では、法文上、子の訴権について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、否認権者が前述し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文・3項、新151条2項も、子の訴権の存在を前提とする。文献も、子の訴権の存在は当然の前提とし、裁判所へ、手続援助の申立てを認めた裁判例を紹介

している（vgl. Barth/Dokalik/Potkka, ABGB § 153 S.66）。

（2）子の母ほか

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、旧法下でも、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 Zitat5）。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、真実の父子関係を回復できるという意味での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。新法下では、子の訴権が明示的に認められていることもあって、母ほかの者による訴権は、否定されるものと思われる。

5 人工授精の場合

登場する事例が著しく少ないことが予想できる。述べるべき項目も多いので、この問題には立ち入らないこととする（簡潔には、拙稿『オーストリア親子法』前掲18頁を参照）。

6 父性不存在を証明する方法

以下の内容は、とくにオーストリア人Aにとって重要である。わが法の構造および解釈について、オーストリアのそれとは、父性が存在しない旨の証明の方法の点で、かなりの違いがある。その点にも留意しながら、違いが理解できるように記述していくつもりである。

つぎに、新法下での文献（2018年出版）では、推定の父の可能性が「（懐胎の）絶対的不可能」との証明が要求されるわけではなく、DNA親子鑑定により、推定の父の父性を否定する可能性が99.99パーセント以上の確率ならば、その他の証明を要しない、と明言される（Barth/Dokalik/Potyka, ABGB § 151 S.64）。とすれば、以下の記述は、かつてほどの重要性を持たないことになる。つまり、それまでの鑑定、法医学者は、従来の鑑定と呼ぶそれに基づく鑑定は、複数の鑑定を組み合わせることが要求されていたが、

DNA 親子鑑定の場合は、そのみで、つまり単独鑑定が認められているということである。

とはいえ、否認原因の内容について、旧法と同様に、新法でも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。運用面での違いはないから、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、上記の内容を補足していこう。

（1）性交渉の不可能・不存在という証明

従前の裁判では、上記の証明が争いの中心であったので、少し詳しく説明しておこう。

人工受精等の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、性交渉の存在すること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、懐胎に先立つ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 1973 年 5 月 28 日（出典、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、1934 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、とくに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（Jugendamt）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、夫婦間での性交渉の不存在を帰結した。

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、懐胎期間中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）。

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。

（2）接触の機会があった場合

わが国では、「長期別居中の懐胎」であれば、その事実のみから直ちに、日民 772 条の嫡出推定が及ばないと解されている。別居の事案は、あとでも取り上げるが、オーストリアの判決は、その問題を詰めて論じるヒントとなる議論である。

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 つの裁判例は前世紀の例ではあるが、今日でもディー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、判例の出典を示す判例である。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逢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地でも二人は逢っていない、②その他の土地で逢うことも不可能との事実を、多くの証人や妻と夫の置かれていた状況から詳細に認定し、結局二人は逢っていない、ゆえに性交渉は不可能と帰結したものである。

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事案である。

最判 1893 年 10 月 31 日 (GIU 14889)

夫が否認の訴えを提起した理由は、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（掲載誌では、その理由は不詳）、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ばり、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、懐胎期における性関係は不存在である、と帰結することができる、と。

(3) 寝室をともにしていた場合

下記の事案は、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珍しい裁判例である。

最判 1908 年 11 月 3 日 (GIUNF 4364)

夫C男の「消費者のための補佐人」(Prodigalitskurator) Aが、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。いわく、懐胎期間中の性交渉の不存在であることは、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）。

(4) 懐胎期に別居していた場合

判例の見解は、在監中や精神病院入院中の事例を除けば、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ことは、これまでの記述からも明らかである。わが最判は、懐胎時期での別居との事実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。

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年初め以降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審の裁判所はこれを認容したが、2審の裁判所は斥けた。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る。しかるに本件では、上の「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」との趣旨を述べたものと理解されている（vgl. Kapfer, ABGB 22 Aufl. §156 E.12）。ではあるが、より一般的に言えば、立証が不十分な例というべきかと思われる。

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。双方の別居地が1時間足らずしか離れておらず、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）。夫がいうには、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。最高裁も、高裁判決に加えて、本件が裁判所上の別居ではなく、事実上の別居にすぎないことを強調する。

7 懐胎不能という証明

これまでの判決は、「性交渉の不可能」つまり性交渉が存在しないことを争う事案であった。性交渉が存在するパターンであっても、「子が夫の子ではないという証明」が許される。わが国での扱いと異なり、夫側の証明が相対的に容易である。

（1）性交渉が存在する場合と父性不存在

親子鑑定記述の進歩により、今日であれば、DNA親子鑑定の結果が決め手となる内容であるので（前述したBarth, ABGB, 2018, §153 S.66の結論を参照）、簡潔に示しておこう。

最判1905年9月19日（GIUNF 3155）

判例集では事実関係が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懐胎期における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ったゆえ、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、たとえ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（結論同旨、最判1907年1月22日、GIUNF 3671）。

（2）施設や精神病院入院中の場合

登場するケースが比較的稀かと思われる。それゆえ、詳細は、別書『オーストリア親子法』前掲28頁以下を参照されたい。

（3）父性否認手続に拠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、「真の父」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。

第2に、要件はやや厳格ではあるが（旧163条e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つを認めたものと評価することができるであろう。

8 証明を要する程度

程度の点は、わが国ではまったく論じられていない問題である。DNA 親子鑑定の登場と検査方法の進展により、かつてと様相が異なる。鑑定検査へ協力を法定していないわが国にとっては、今後も参考となる内容である。訴訟を提起する場合には、実務上も主張・証明責任の内容が重要な問題である。まず、どの程度の証明をすればよいのであろうか、をみてみよう。

(1) 絶対不可能との証明の要否

原告であるオーストリア人の男性は、証明の程度について、絶対に父子ではなりえないという証明を必要とされるのであろうか。今日のようにDNA 親子鑑定が通常とされる段階では、論じる価値は相対的に低くなるのであるが、DNA 親子鑑定が登場するまでの発展についても、是非とも知っておくべき内容である。

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、非嫡出子法の改正（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. zB. OGH 18.4.1974. EF 22132）。

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（回数等は不詳）が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の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、③ M 男の扶養料負担等の父らしい言動は考慮に働せずとの立場から、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、ここにいう懐胎不能との概念は、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された。

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、かつては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、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と思われる。

さらに、そのごの最判 1970 年 10 月 21 日（EF 12841）でも、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している。いわく、「嫡出推定を排除するために必要な、（父子関係の）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、証明をすることができる」、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かでないのも、その点には論評のしようがない。

結論において、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る、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）。

（2）証明の手段

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、血液検査の結果が最も重視される。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、まさに父子関係の否定について、DNA鑑定が首座を占めるに到っている（前述した Barth, ABGB § 153 S.66 での記述を参照）。

詰まるところ今日では、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るとき、主要国での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、今後増々、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であろう。

9 出訴期間

個々での扱いも、わが国とは大きく異なる項目の一つである。否認訴訟はいつまでに訴えを提起すべきか、すなわち出訴期間は、極めて重要な意味をもつ。旧法と比較すれば、現行法では、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。

（1）出訴期間についての規則

1 通例の場合 旧法下では、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1年であったが、新法は2年と改正した（新153§ 1項、旧156条1項）。旧法下での期間の長さは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。それはとにかく、出訴期間につき、少し補足しておこう。

訴えは2年内に（通常）裁判所に提起されることを要する（通説・判例）。この期間は、後述するように権利失効期間である（Barth, ABGB § 153 S.65）。

しかし、特別事情が存すれば、2年経過後の出訴が許される場合がある。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。さ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。2審では、原告K男が63年6月21日に、出訴のため上承認や証明書を得よう、官選無料弁護士（Armenanwalt）の選任を求めていることが認定された（Armenvertreterの選任は7月9日）。

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

本判決は、当時の156条3項（新153条1項）の「不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。

新 153 条 1 項にいう「2 年」の期間は、前述したように、いわゆる権利失効期間である。したがって、消滅時効の規定（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）。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。

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 後掲）。ここでは、準正子に関する裁判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、その母は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、さような訴えは、156 条の出訴期間の適用をうけないので、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。

その後、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、本件のような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を適法と扱った。この点での判例の見解は、ほぼ確立していると評価できるであろう。

つぎに、出訴期間を徒過した原告に、否認訴訟の法出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）。

2) 非嫡出子と身分登録されていた場合 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 II 1956 Nr.343 = JBl 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。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）。

裁判所は、月額 50S を未成年子 B のための扶養料を支払うよう決定。とこ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）。子が嫡出子ないし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）。

これら先行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、不正な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（EvBl 1941 Nr. 252 und 253）もあるが、本判決はこの見解を採らず、結論においてA男の上告を棄却した。

3) 前婚の夫が父と推定される場合 わが法とは異なり、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認された場合には、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、上判決が確定するときまで進行しないと解されていた（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。

(2) 出訴期間の起算点

オーストリア法のみならず、比較法の視点からみても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、期間の起算点の違いが顕著である。通例の場合と、特別の事情が存在する場合とで、扱いを異にしていることも、注目される。

1) 通例の場合 「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。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2歳になるまで否認訴訟を提起することができる（新 153 条 1 項、旧 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。

まず、「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（自分の子ではない）ではないと確信を抱くに至るまでは要求されていない（簡潔には、vgl. Barth, ABGB § 153 S. 65f.）。これに関する最初の判例としては、最判 1952 年 11 月 26 日（JBl 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（公式判例集：SZ 27 196 = EF 794）。

〔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、子は方の規定（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るべきである。〔家族法整合〕令に

より改正された旧 156 条の下では、検証不能な情報 (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、非嫡出子との事情は、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 (その後も、多くの判決により、この見解が踏襲されている。たとえば、OGH 19.1.1977 EF 29.109 usw.)。

2) 特別な事情のある場合 夫が、出訴期間の最後の 6 か月内に、予見しえないまたは不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、法文上明かでない。障害除去のときから遅滞なくなされておれば、出訴が適法と判断されるものと思われる。

3) 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、検察官に限られていた。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)。

10 認識の程度と基準

以下で述べる、非嫡出すなわち、たとえばオーストリア人である夫が、A 女が生んだ子が、自分の子ではないという認識につき、どの程度の認識があれば、出訴期間が進行し始めるのか、という問題である。

今後、ますます DNA 親子鑑定の精度が上がらるであろうが、起算点に影響する度合いは、かなり小さいといえよう。比較すると、前述した「父子関係の不存在の証明」への影響とでは、影響力にかなり大きな違いがあるといえる。

第 2 に、新法の文献でも、「基準問題」を論じている文献がみられない (たとえば, Barth/Dokalik/Potkka, ABGB § 151 でも、記述がみられない)。制定から時日が余り経過していないからであろう。今後 10 年内には、旧法下での扱いと大きな違いが出てくとも思えない。それゆえ、旧法下での結論を確認しておこう。

(1) 概要

この問題をめぐる状況の変遷への理解も重要であるが、それは別書に譲りたい (拙著『オーストリアの親子法』前掲 41 頁以下)。

1985 年に至ると、DNA 親子鑑定が考案され、この種の鑑定が裁判所でも利用できるようになった。その結果、否認訴訟の難易が著しく変化してきたことは周知の通りである。以下の記述は、問題点の変遷としては意味があるので、少し補足しておこう。

(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、非嫡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) 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実性まで要するものではないと明言する。

少し補足しよう。多くの判決は、「生じた疑念が排除ないし緩和されうような場合には、……期間はいまだ進行しない」という前掲最判 1952 年 11 月 26 日 (JBI 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」(その他、それ以前の判決につき、EF 767 所掲の判決参照)。

その後の判例・学説も、この結論を支持している (vgl. zB Koziol/Welser, Grundriss, 7. Aufl. 220; Ehrenzweig/Schwind, System § 20 A S.140)。

(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制度を別とすれば、出訴期間を起算を、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 年判決を引用する)。これにより判例は、主観的疑惑、すなわち現実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) 夫による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や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 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連につき、先例 (EF 22.125 や EF 26.691 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むねを明言する)。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。

出生月日の照会を怠った場合はどうか。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。

(6) 婚姻前懐胎を認識していた場合ほか

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、否認権放棄を帰結するものではないものとされる。詳細については、拙著『オーストリアの親子法』前掲 43 頁に譲る。

11 検査強制制度の採用

オーストリア法では、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、後述する「裁判認知」の項で述べることとする。

V 任意認知

第 145 条 (任意認知)、外国での認知、身分登録法 67 条 3 項、68 条 4 項 認知に対する異議の申立て

第 146 条 旧 163 条に相応する。2013 年、表現の修正

第 147 条 すでに他の男性との父性があるとき 147 条、旧 163 条 e に相応（2013 年用語の修正あり）

1 国際私法

(1) 条文（筆者・松倉訳）

第 25 条（婚外出生およびその効力）

(1) 婚外出生子についての、父の確定のおよび父の認知の要件は子の出生時点での父の身分にしたがって判断する。ただし、(上記の)要件は、子の出生時点での民事身分にしたがうのではなく、後に父性の確定または認知が認められたときは、子の後の身分にしたがって判断する。父性の確定または認知がなされた後の権利は、その取消についても、それを基準とする。

(2) 子の婚外出生の効力は、その民事身分にしたがって判断する。

(3) 婚外出生子の懐胎および出産に伴う、母の請求権は、母の民事身分にしたがって判断する。

2 非訟事件手続法など

第 81 条 手続について規定する、邦訳は、前述を参照されたい。

3 管轄法 108 条

裁判所での任意認知についての 108 条は若干変更されてる。

1) 条文訳 本稿Ⅱに邦訳済みである。

2) コメント 同上の内容は、裁判所での任意認知に係わる。

3 制度の概要

(1) 記述の対象など

対象は、根拠規定である 2013 年 1 月に公表された「親子改正法」のうち、任意認知制度についての改正法の規定である。新法は、既述のように、形式上は親子関係の全般にわたりに、ほぼ全面改正といえる。

つぎに、記述の方法につき、ときに改正前の旧法にも言及している。その理由について補足

しておこう。外国法、わけで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、わが国の弁護士の方も、また本稿を紛争解決の手がかりとする目的で読んでいる日本女性も、法改正の流れや全体の構造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（大半は 2013 年 1 月 31 日まで効力を有した規定）との違いを簡単に示しながら、記述にあたっては、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している。

その理由は、①現実の「生ける法」を知るため、②本稿の領域では、旧法下での判例が新法のもとでも有用である、と判断しているからである。本稿において、簡略にはあるが、裁判例をとりあげているのは、このような配慮からである。

まず、条文をあげておこう（松倉訳）。

第 2 章 子の出自

1) 総則

第 140 条

本法にしたがって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。

（参考〔以下同様〕：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。

(参考：旧 138 条 b 1 項・2 項と内容面での変更はない)。

第 142 条 (出自事件の法的効果)

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。

(参考：旧 138 条 a 2 項と内容面での変更はない)。

2) 母からの出自

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。

(参考：旧 138 条 1 項, 1 号-3 号, 2 項と内容面での修正なし)。

第 145 条 (父性の認知)

(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。

(参考：旧 163 条 c 2 項・3 項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ものが、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。

(参考：旧 163 条 d 1 項・2 項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。

(参考：旧 163 条 c 1 項・2 項, 4 項と内容面での変更はない)。

第 148 条—150 条, および 151 条—152 条の条文訳は、裁判認知の項および嫡出否認の項で、それぞれ邦訳している。

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、申し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が、始まり、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ができる。(参考: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 (父性認知の無効宣告) [認知の無効に係わる規定。本稿の対象外ゆえ、邦訳を省略する]

4 任意認知の構造

想定カップルの事案にあつては、オーストリア人BがA女以外の女性の子を認知することになる。

(1) 婚外出生子の増加と任意認知

婚外出生子の数につき、2012年にはオーストリア全土で、78,952人の子が出生しており、このうち婚外出生子は32,769人であるから、婚外出生の率は41.5パーセントに達する。10年前の2002年のそれは33.8パーセントであるから、数字のうえでは、この10年で7パーセント以上も増加していることがわかる(ネット版「オーストリア統計年報」による)。認知の数などは知ることができなかった。

ちなみに、隣国のスイス(全土)での、いわゆる非嫡出出生子(婚外出生子)の率は、20.2パーセントである。20パーセントを超えたのは初めてであり、年々増加する傾向にある(「スイス統計年鑑」, 2013年版による)。任意認知の統計についていえば、これまた増加傾向にあり、2012年度において16,243件あり、うち出生「前」の認知が9,379件、出生後のそれが6,864件と、子の出生前の認知が約74.2パーセントを占めている。また、2005年以降、出生前の認知の比率の方が高くなっている。

(2) 母の供述とその証拠力

廃止された制度であるが、後学のため触れておけば、洗礼簿や出生登録簿への父の名の登録は、母の供述に基づいて行われていた(旧々164条参照)。

(3) 身分登録官に対する意思表示

認知の意思を伝えるべき相手につき、下記のほかに、裁判所で、子ども保護機関、オーストリアの在外機関等での認知もあり得るが、典型的な認知の方法であろう。わが法でいえば、区役所等での戸籍事務管掌者への届出に相応する。

1) 身分登録官 2011年の新法(民法のそれ)では相応する規定がみられないが、旧身分登録法の規定によれば、父性の認知は、身分登録官の面前でも意思表示することができる(簡潔には、vgl. Barth.ABGB §145 S.54)。これに基づいて作成された書面は、完全な証明力(民訴292条参照)を有するものと扱われた。そのような認知の私法上の効果については、身分登録法でも触れられていない。しかし実務では、聖職者の前で行う認知と同じ根拠に基づいて、(任意)認知の効力をもつと扱われる。なお、新法(2013年身分登録法)の下では、身分登録法68条4項に基づいて認知する

2) 婚姻締結に立ち合った身分登録官への意思表示 規定によれば、当然のこととして、身分登録官が認知の意思表示すなわち届出を受理する権限を有している(旧法53条1項1号参照)。管轄との関係では、届出を受理する身分登録官の管轄がきまっている。すなわち、認知の意思表示については、「子の出生を出生簿に登録した身分登録官庁」が、管轄するものとされる(旧法54条2項参照)。認知の届出にさいしては、上の規定により管轄権を有するか否かにかかわらず、認知を受理する権限が認められている。

たとえば、管轄権を有する身分登録官に届けたのではないゆえに無効な認知は、同衾があったという事実の告白、複数交渉がない場合であれば、懐胎させたという告白の意味をもつ。上記の告白は、訴訟においては、一定の証拠力が認められ、公証人法37条1項(下記参照)による守秘義務に服するが、民訴301条2項による

「書面の取り寄せ」ができない文書とは扱われない（通説）。

参考、公証人法 37 条 1 項：「公証人は、この法律によりその記録に基づき発表をなすべき場合でない限り、自己の面前で行われた交渉経過について、関係人のため黙秘する義務を負う。」（訳は、『外国公証法』、1983 年、塚谷悟〔公証人〕の訳語による）。原文を確認したところ、2019 年 1 月現在では、37 条の規定は、たびたび改正され 6 項まで増やされているが、前記 1 項の規定は、まだ改正がないようである。

3) 在外公館での意思表示 外国に居住するオーストリア人男性は、オーストリアの在外公館も、任意認知の届出を受理する権限を有することは、旧法下と同様に、身分登録法の規定でも明らかである（身分登録法・旧 53 条 2 項に、その旨が明記される）。

(2) 任意認知の意思表示

制度の枠組みを理解するために、以下では、認知の意思表示、意思表示の相手、認知の効力の生ずる時期、制限的行為能力者のなす認知、認知の撤回、認知に対する異議の申立、などを扱う。

まず、認知の意思表示と擬制する相手が多様である。オーストリア法に引き入れた表現を用いれば、わが法のもとでの任意認知の方法は、「身分登録官に対する意思表示」というパターンに属し、遺言認知などの特別な認知を除けば、認知の方法はこれに限られている。他方、わが法とは異なり、より広範囲の相手に対して認知の意思表示を行うことが可能である。意思表示を行う相手の名称のみを列举すれば、たとえば、裁判所、後見官庁、公証人などがその例である。

もっとも、前述したように、前掲「新」身分登録法には任意認知についての規定を欠いている。また、前掲・身分登録法施行令でも明示的な規定はみられず、同令 18 条 1 項で、「未成年の非嫡出子に対する父性の承認」があったときは、さらに同 20 条 1 項で「子に対する父性の承認」、「任意認知の確定」といった表現がみられるにすぎない。

さらに、認知に対する異議を申立てることも認められている（新 146 条、簡潔には、vgl. Barth, ABGB § 146 S.55）。

(3) 認知者「自身」の意思表示

文献の説明によれば、「自身」の意思表示というのは、認知の意思表示にさいしては、代理、法定代理または任意代理のいずれもこれを認めないという趣旨である（vgl. Barth S.22ff., Rummel, Kommentar § 163c Nr.2; Mittl,aaO.S.108）。認知者が行為無能力者である場合の扱いは、別稿に譲る。

(4) 裁判所で行う意思表示

以下では、身分登録官庁を含めて具体的な官庁名を示して説明するが、これらへの意思表示は、広義では「公の文書または公に認証された文書」（新 145 条前掲）に含まれることになる（Barth S.22ff.）。

地区裁判所や後見事務を管轄する地区行政官庁に対する認知の意思表示、さらには公正証書による意思表示も可能であることについては、異論がない（詳細は、前掲『オーストリア親子法』61 頁以下を参照）。もっとも、認知の意思表示を行う相手方は、後見裁判所、青少年保護法の意味での官庁後見人、訴訟裁判所での和解などでの認知の意思表示に限られる。

(5) 無効な認知

1) 追認がある場合 未成年者のときに認知を行ったが、この者が成年に達したのちに、追認ありと認めた判例がみられる。簡単に補足しておこう。

最判 1978 年 3 月 16 日, SZ 51 30

本件の原告は認知の意思表示をした当時 20 歳であった。当時のオーストリア法では、21 歳が成年年齢であるが、原告 X 男は法定代理人（後見人および後見裁判所）の同意なしに認知をしていた。本件は、判例集のなかでも明言されているが、70 年新親子法の改正前の事件である。認知の意思表示をしたのが、67 年 2 月 2 日である。認知をした X 男自身が認知の無効を訴求した。

1 審・2 審ともに X 男の主張を認めて、認知

の無効を認容した。法定代理人の同意なしになされた認知であることが重視されているようである。

ところが、最高裁は、原審判決を破棄して、被告である子（被認知者）の上告を認めた。X男は成年に達したのち9年以上経過してから認知無効を出訴している、その間、子の養育料を支払っている、との事実を根拠に、無効な認知の追認を許容したのである。講学的には、追認の規定を欠いているのに、追認を認めることが可能か（判例はこの点にはあまり論及せず、当然に可能との前提に立つ）。X男は、子との父子関係の不存在をも主張している、という2点が問題であろう。追認を否定する見解が少なくない。詳細は、上の判例集に引用される学説を参照されたい。

2)「口頭意思表示」 口頭意思表示について、民法では明示的には規定されていないが、非訟事件手続法 261 条によれば、裁判所をして文書を作成すべきものと定めているので、これに従った文書の作成・提出が要求されている場合には、民法のいう「口頭意思表示」があったものと扱われる（Rummel, Kommentar § 163c Nz.3）。

内容を少し補足すれば、たとえば身分登録官の面前で認知の意思表示をする文書が作成されれば、「口頭意思表示」と扱われる。オーストリアの身分登録官は、ドイツやスイスのそれと同様に、身分登録に係わる権限の範囲はわが法よりも遙かに広いようである。

(6) 明示性ほかの原則

認知にさいする主要な要件を列举しておこう。

①明示性 認知の意思表示は、事柄の性質上明示的であることが必要である（非訟 261 条 2 項 1 号。例外について、前述 (3) を参照）。

②子の特定 認知される子が特定していることを要する（裁判例あり）。これまた当然のことである。特定を担保する手段を身分登録の面からみると、認知登録簿において子の母を特定し、母の出産した子を認知するという形で保障されているようである。

③特別法上の要件 その他、たとえば非訟法 261 条に明示される内容を備えることを要する。

④直接に認知を対象とした書類の送達 認知を直接の対象としたのではない別の申立書に添付された書類のなかで、子の認知に係わる事柄に言及されていても、それは「書類の送達」（とくに旧 164 条 c 1 項 5 号のそれ）にはあたらないものと解される（裁判例あり）。種々の官庁に対する意思表示の性格上、上の記述は当然の結論であろう。

⑤無条件、無期限 認知の意思表示という行為は一方的な行為である。一方的な行為の常として、条件や期限を付することはできないものと解される。当然のことであり、コメントの必要もないであろう。

(7) 非訟事件手続法などが要求する文書の内容 文書は、前記 (5) に述べた明示性や特定性のほか、非訟法 81 条前掲の内容を有することを要する（いわゆる Soll 規定）。それによると、裁判所は、父性を認める、すなわち認知する旨の文書を作成する義務があり、作成した文書は管轄身分登録所に送付すべきものとされる。

ここで作成される文書には、つぎの事項を記録する（2011 年新・身分登録法 19 条に明記される）。なお、非訟事件手続法 81 条 2 項をも参照されたい。①父性の明示的な承認すなわち認知がなされたこと、②認知者の、氏名、場合により姓、出生の日と出生地、国籍、職業、住所地、所属する教会ないし宗派、可能なかぎり認知者の出生登録への言及、③母と子につき、上に記した事項、など。

(8) 受理に際する審査

以上述べた要件を満たす適式な認知は、母が旧 163 条 a 1 項に基づき権限があるとき、または父以外の男性を表示したときにも、受理される。形式審査するだけでは、父の真偽を確認しようもないからである。ただし、認知者がすでにその意思表示の内容どおりの父ではありえないときは除かれる。たとえば、同衾の時期が法定の推定期間外であるとき、さらに人口受精による懐胎子であって、同衾が欠如しているとき

などがこれにあたる (Rummel, Kommentar § 163c Nr.13)。

(9) 2000 年改正

2000 年親子法の改正のうちに、若干重要な改正が実現された。わが法のもとでの任意認知の扱いとは異なるので、触れておこう。裁判認知では、嫡出否認における外観説・最高裁の見解によれば、母の夫との父子関係を切断することなく、直接、他男を被告として認知請求することが許容されている。

それによれば、すでに、(法的に有効な) 父子関係が存在する場合でも、認知の意思表示が可能である (旧 163 条 e とくに 2 項を参照)。この改正と同時に、「すでに他男の父性が確定されていた」場合には、認知無効の原因となる旨の規定 (旧 164 条 1 項 4 号) は削除された。いい換えると、そのような認知も可能であり、しかも、その認知が新 163 条 e 2 項に要求される所定の要件を満たしているかぎり、認知無効の原因となることがなくなったわけである。

なお、複数の認知がある場合の扱いは、別書に譲る (拙著『オーストリアの親子法』前掲 76 頁)。

(10) 認知の撤回

とくに認知を行った男性による認知の撤回・取消が認められるのかが興味をもたれる。わが国でも 2014 年に最高裁判決 (認知者も取消可能) が示された問題とも係わる点のみに限定して説明しておこう (詳細は、拙著『オーストリア親子法』前掲書 77 頁以下を参照)。

撤回の可否につき、結論からいえば、認知をした父が、一旦なされた認知の撤回も可能である。文献では撤回が可能であることを当然の前提として、いつまで可能かが主な議論の対象とされる。例を挙げれば、いまだ管轄権を有する身分登録官のもとに送達されていない間は、撤回が可能と明言される (Rummel, Kommentar § 163c Nz.18)。

その後はどうか。管轄権を有する身分登録官のもとに認知の意思表示が到達した後に、認知の撤回が認められるには、認知にさいする意思表示に瑕疵があったこと、訴えの方法が適法 (旧 164 条 1)、の 2 つの要件を満たす必要があ

るとされるから、到達後の撤回も可能という結論になろう。

つぎに、撤回の相手と時期につき、結論のみを示しておこう。相手につき、具体的には、すでに管轄身分登録官への送達の過程にあるときは、官庁やその機関に対して撤回の意思表示することを要する。時期については、撤回は、遅くとも上の送達と同時に身分登録官のもとに、意思表示されることを要するわけである。また、撤回の理由についていえば、撤回するにつき、特別の理由は必要ではないようである (Rummel, Kommentar § 163c Nz.18)。

(11) 認知無効と認知の取消

条文では、認知の無効にのみ触れており、取消に関する明文の規定はない (vgl. Barth S.50ff.)。文献も無効と併存させる形では取消に触れていない。もっとも、定かではないが、総則の詐欺・強迫などの規定が適用されるものと思われる (vgl. Barth/Dokalik/Potkka, ABGB § 154 S.67ff.; 拙著『親子法』前掲 84 頁以下)。

VI 裁判認知

まず関係する特別法を示しておこう。

1 国際私法など

(1) 条文 (松倉訳)

第 25 条 (婚外出生およびその効力)

(1) 婚外出生子についての、父の確定のおよび父の認知の要件は子の出生時点での父の身分にしたがって判断する。ただし、(上記の) 要件は、子の出生時点での民事身分にしたがうのではなく、後に父性の確定または認知が認められたときは、子の後の身分にしたがって判断する。父性の確定または認知がなされた後の権利は、その取消についても、それを基準とする。

(2) 子の婚外出生の効力は、その民事身分にしたがって判断する。

(3) 婚外出生子の懐胎および出産に伴う、母の請求権は、母の民事身分にしたがって判断する。

(2) 国際私法についてのコメント

前記・嫡出否認のうちに簡単なコメントを付している。それを参照されたい。

1) 国際私法 まず国際私法の面では、典型的な例でいえば、父の確定を求める場合であれば、訴えを提起する時点での擬父（父と思われるオーストリア人・男性）を被告として訴えることになる。

つぎに土地管轄の面では、婚外出生子の認知に関する訴訟であるから、その管轄区域に子がその常居所を有する裁判所が、専属的に管轄する。そのような常居所が国内にないときは、その管轄区域に請求の相手たる男性がその常居所を有する裁判所が、専属的に管轄する。それ以外の場合には、ウィーン市の区部の区裁判所が管轄する（管轄法 76 条 c を参照）。

最後に、訴訟においては、訴えられたオーストリア人・男性は、血液検査ないし DNA 親子鑑定に協力すべきことになる。

①解説文献 親子関係に係わる国際私法について解説する邦語文献は存在しない。

②条文訳の文献 前記・嫡出否認の項で示した文献を参照されたい。

2 民事手続法など

1) 解説

民事手続法には、家事事件係わる特則はみられない。非訟事件手続法事件が最も関係する。

2) 邦語文献

①解説文献 新法の文献として、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）」戸籍時報所掲 697 号前掲に示した各種の論考を参照されたい。

②民訴条文訳ほかについての邦語文献は、嫡出の項で示したそれを参照されたい。

3) 管轄規範 108 条前掲を参照

3 非訟事件手続法

(1) 82 条－85 条の条文訳 すでに訳出済みである。本稿の「はじめに」の項を参照されたい。

(2) 新規則と特別法の制定

以下では、2013 年制定の新・裁判認知の領域を対象とする。

旧・親子法については、拙著『概説オーストリア親子法』前掲により、親子法の全容を知ることができる。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）がかなり移動・変動している。

実質面な内容の面では、裁判認知につき新旧で大きな違いはあまりない。しかし、旧親子法が制定・改正された当時に比べて特別法が誕生している。すなわち、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、下に示した下記 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）」名城ロースクール・レビュー 1 号 80－112 頁、2005 年。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」前掲を参照。

④身分登録法が全面的に改正された。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）」名城ロースクール・レビュー 24 号 85－131 頁、2012 年を参照。身分登録法は、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ている。

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

ちなみに，上に示した名城ロースクール・レビュー誌，および南山法学は，いずれもそれぞれの大学にアクセスすれば，ネットで原文を見ることが可能である。

(3) 裁判認知と新規定

内容を理解する助けとなると思われるので，この領域に係わる新法の条文を，示しておこう。最近の改正でもあり，旧法に比べて条数も大きく動いているので，各条文のあとに，ここでは対応する旧規定をあげている（松倉訳）。

第 2 節 子の出自

1 総則

第 140 条

本法にしたがって生ず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，当該未成年者は，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）

第 142 条（出自事件の法的効果）

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）

2) 母からの出自

第 143 条〔邦訳を省略〕

3) 父からの出自

第 144 条

- (1) 下記の男性が子の父である，
1. 〔裁判認知外の条文ゆえ，前掲訳を参照〕
 2. 〔裁判認知外の条文ゆえ，前掲訳を参照〕
 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）

第 145 条－147 条は，任意認知に近い条文である。その邦訳は，前掲した条文訳を参照。

第 148 条（父性の裁判による確定）

(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，子からは男性を〔被告として〕，または男性からは子を被告として，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用いた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はならない旨の同意をしていた第三者は、子の父と確定されることはない。

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。

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。

第 151 条－第 153 条（父性・嫡出否認に関する条文であるので、前掲した邦訳を参照）

4 裁判認知制度の解説

裁判認知制度は、その内容において、わが国とかなり異なっている。オーストリアでの訴訟の提起を考慮すれば、実務の扱いにも留意する必要がある。

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、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』前掲 125 頁以下）。予めお断りしておく。

1 参考文献

2013 年に大きな改正を受けた。旧法に比べて大幅に条文数も異なっている。そうではある

が、基本理念において、旧法と実質的な内容の変更はないに等しいので、旧法下での文献も示している。

(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。下記の①は新法施行後の文献、②・③は新法制定後のそれである。

① Barth/Dokalik/Potkka, ABGB . 26. Aufl. 2018 1696S. 前掲。

② 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。

③ Beck, M. S., Kindschaftsrecht. 2. Aufl. 2013. 819 S. 親子法の全体にわたって解説されている。

(2) 統計数値

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非嫡出率が 36%，最低はブルゲンラントの 9.5%である（ちなみに、ヨーロッパではスペインのように 4%未満の例を除けば、かつては比較的低い数値であろう）。

さらに、少し古いだが、2000 年度に出生した非嫡出子の数は 2 万 4497 人であり、事後婚姻による準正子の数は最近 1 万 1744 人であるから、単純比較すると訳 48 非嫡出生子の約 48%が準正されていることになる。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、割合でいうと 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) 新法の条文

中心となるのは前述した148条である。このうち、2項－4項は、人工受精に係わる条文である。本来の裁判認知の手がかりになる条文は、1項と2項1文である。

(4) 父性推定規定

1) 懐胎推定 まず、新148条2項1文(旧163条1項)では、わが法と異なり、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(vgl. auch Kralik, JBl 1965 294ff.)。また、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。」

つぎに、旧法の制定当時と背景が異なるのは、鑑定技術の進歩により父性の「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安さにおいて、近い構造と誤解する危険がある。

オーストリアでは、ドイツなどと同様に、親子鑑定を目的とする「血液検査を強制する制度」があり、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。もっとも強制は、スイスの間接強制よりは強力であるが、ドイツのような「強い直接強制」ではなくて、鑑定機関へ連れて行くことを許容するとうう、いわば「弱い直接強制」といえる。

2) 性交渉の意味 わが親子法の領域では、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。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、古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、既述のように、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 = SZ 46 119 [とくに判例集545頁参照]は、この理を明言する)。

まず性交渉の意味の定義、改正前と同様に、法文上その内容はまったく白地である。

規定によるかぎり必ずしも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(Beiwohnung)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。文献でも、その趣旨に変更のないことが確認されている、Dittrich/Tades, ABGB 2011 §163 S.78. 同旨、OGH 3.9.1952 EF 824; OGH 22.5.1968, EF 9.794)。

さらに、裁判例の多くも、学説に同調する。すなわち、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の性生殖器の接触(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。性生殖器の接触によっても、受胎の可能性があるのであろう。

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、と認定した。ちなみに、判決当時の法文も、基本的に今日と変化がない。つまり、「…所定の期間内に、男性が母と同衾した者は、…」と規定されていた。

性交渉とは、上のごとき交渉を意味するから、つぎ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 (OGH 3.9.1952 EvBl 1952 410, OGH 2.2.1955 237; OGH 20.3.1957 223; LG Linz 27.7.1965 EF 4.303, OGH 31.8.1977 EF 29.135)、③避妊用の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ければ「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。

3) 人工授精の場合 わが国と異なり、人工生殖についての条文が民法に規定され(簡潔には、vgl. Barth.ABGB § 148 S.61)、かつ「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、さしあたり、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(新 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)。

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、父子鑑定技術が進んだ今日では、父子関係の証明を導くのに、かつてほどの差は生じないと、いえなくはない。

つぎに、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(旧法下での) 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。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 (EvBl 2000/138)。

他方、法定期間を超えた期間での性交渉について、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）。

つぎの判例は、旧法下の事件ではあるが、推定（163条1項）に関しては、旧々法下の判決も新法下（今日からみれば旧法下）で価値を有する（SZ 46 119 前掲が、この趣旨を明言する）。

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に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）。

（5）反証の適否をどう評価するのか

本稿の「想定パターン」であれば、オーストリア人夫 B 男が提示した反証を、どう評価するかという問題である。

1）総合判断 旧法での条文上も、あらゆる事情を斟酌して、推定を覆がえすことができるとあるごとく、反証の評価も総合判断がなされる（新 2 項を参照）。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。

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、

とされる（Schwind, Familienrecht § 27 S.179; OGH 24.2.1981 EF 334）。

2）推定を排除する方法 科学の進展、とくに父子鑑定の進展を踏まえれば、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。それらについての詳細は、拙著『オーストリアの親子法』前掲の記述に譲ることとする。1980 年代以降は、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。

かつての血液検査は、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。たとえば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）。

5 父性確定訴訟について

父性を確定する訴訟（Klage auf Feststellung der Vaterschaft）、すなわち、わが法でいう裁判認知ないし強制認知についてを規定する新 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、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ゆえである（なお、Kapfer, ABGB § 163b Anm.1, § 164c Anm.1 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）誰が訴訟当事者となるのか

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旧法下ではあるが、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。

（2）人工受精の場合

上記 148 条 2 項以下は、人工受精の場合の扱いを規定している。本稿が「想定するカップル」が登場する問題ではないので、これには、立ち入らない（vgl. Barth/Dokalik/Potkka, ABGB § 148 S.60f.）。

（3）検察官

父性に相当な疑いがあるなど「旧」164 条 c の要件を満たすときは、検察官が父性確定の訴えを提起することができた（旧 164 条 c 3 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）。もっとも、そのような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）。

（4）死後の裁判認知の扱い

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 c 2 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。そこで新法では、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（詳細については、拙稿「ハンセン病と認知請求」前掲を参照）。

つぎに、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、非嫡出子の出生の約 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こしていないゆえ、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

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ていた。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と評価できる。

（6）父性を確定する手続

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。

まず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い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。

つぎに、父性が肯定された場合、すなわち訴訟において、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）。

訴訟では、職権探知主義が取られる。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。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。

6 父子鑑定のための検査の強制

すでに大戦前から、特別法により、出自解明のためには血液検査などに協力すべき義務が認められていた。旧法と検査の強制の概要、および血液検査強制に関する比較法的成果は別稿で紹介した（拙稿「オーストリア親子法と血液検査等の協力義務」前掲。その他、拙書『血統訴訟論』29-72頁

参照）。ここでは、2005年施行の新規定の結論のみを示しておこう。

(1) 「検査強制」制度

2005年施行の新制度は、戦前から存在した「家族整合令」に代えて、さきに条文訳を示した非訟事件手続法85条に規定される。特別法であるので、わが国の研究者や弁護士の方が簡単にみることでできる規定でもない。それゆえ、同規定も訳出しておこう。ちなみに、条文前の「協力義務」はいわゆる「条文の見出し」であり、わが民法と同様に、正式の条文の一部である。

第85条（〔検査〕協力義務）〔筆者補足、2005年施行〕

〔訳文については、「非訟事件手続法」に示した拙訳を参照されたい〕

(2) 検査拒絶理由

拒絶できる場面につき、採血等の検査を受忍することにより、著しく、かつ継続的な健康への危険があるときは、検査を拒絶することが認められる。検査受忍命令に対して異議の申立てが許される（通説）。

つぎに、受忍命令を受けた者が、刑法上の訴追を受ける危険があることを理由に協力義務から除外されることはない。この結論は、機能としては、この権利、すなわち「父を知る権利」が優先される働きをすることに通じる。

最後に、母のプライバシー保護との関係では、母の不貞により子が出生したとする。このとき、母のプライバシーの保護を理由に、不貞をした母の保護よりも、子の利益保護が優先される（立法者の意思である）。

(3) 検査強制の要件

出自の確定は、基本権に係わる重要な権利であると位置づけられて。その結果、不当な拒絶によって出自の確定が妨げられてはならない。そのような理念から、法3項・4項では、検査強制が許される要件を規定する（vgl. Fucik, aaO, §85 Nr.3 S.304）。

法79条では強制手段が列挙されている。それだけでは、協力義務者をして迅速かつ効果的に検査を実施するには不十分であるとのような

視点から、執行について規定する79条よりも強力な協力義務が認められている。とはいえ、直接的な身体的強制は、身体を傷つける危険を伴う可能性がある。たとえば、髪の毛を抜き取ることは許されるが、たとえば口を無理やり開けさせて口腔粘膜・組織を取りこぼすことは、身体を傷害する方法にあたり、検査方法として許されない（立法者の意思）。

つぎに、4項についていえば、裁判所からの引き渡し請求は、通例は、管理される血液試料の引き渡しが念頭に置かれている。これにつき、フランスで行われたような「イブモンタン事件」のように墓の発掘という手段も許されるようである（通説）。

さらに、規定によれば、検査費用は、最終的には被験者の負担となる。最終的にはという表現からすれば、場合により公の機関が費用を立て替えて検査を実施することが想定されているのであろう。

（4）出自を知る権利

2003年6月28日付け憲法裁判所は、出自を知る権利を認めた。その結果として民法に出自を知る権利が保証されている。この権利を制度面から保証したのが、前記85条の規定である。医学の進展の結果、出自の解明は、医学的鑑定により確定することが可能となってきた。規定の1項・2項は、そのような状況の変化を踏まえて、検査に協力すべき義務と拒絶理由を法定したものである。

7 複数交渉の存在と蓋然性決定方式

これについては、非訟事件手続法85条に規定がある。本稿での「想定カップル」である未婚の日本女性の懐胎可能時期に複数の男性との性交渉があり、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最新の資料を持ち合わせていないので、詳細については解らなかった（拙著『概説オーストリア親子法』前掲147頁以下、および非訟事件手続法85条前

掲を参照）。

特色として、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探り入れ方が、諸外国に対し、かなり遅れているように思われる。

筆者からみれば、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、懐胎期での複数交渉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。

8 認知請求権の放棄

わが国では、認知請求権の放棄を認める放棄肯定論が有力である。放棄肯定論者の多くは、抽象的な基準として、放棄許容が「子の利益」になるという場面に限定して放棄有効と導く。通例は、子が相応の財産的な利益、たとえば扶養請求権や相続請求権に相当する利益を得るのであれば、場合により放棄を有効と扱うことも可能であるという結論を導くものと思われる。

では逆に、世にいう「ろくでなし」の男であれば、これを父とすることが子の利益に反するという結論を容認することになるのだろうか。このような基準で「子の利益」につき、父子関係追求の可否を決するのであれば、親子関係発生に係わる重大な例外を認めることに通じる。

原則として血縁主義を基本とする民法の立場から、到底認められない結論であろう（詳細については、拙著『概説スイス親子法』前掲56頁参照；拙稿「認知請求権の放棄と真実志向」西原道雄教授・古稀記念号所収、2002年）。

なお、非訟事件手続法において新しい規定（前掲83条3項）が設けられた。条文による限り、認知請求権を放棄することは、明文で禁止されている。

Ⅶ 身分登録法

身分登録法に関する文献が存在する。主なそれに限定して示しておこう。

①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、538号、539号、542号、546号、2001—2002年。

②最新の条文については、拙稿「オーストリアの身分登録法」本誌24号85頁以下、2012年。

③拙稿「オーストリア身分登録法施行令」本誌25号119頁以下、2013年。

上記②・③の文献は、名城大学へアクセスすれば、機関ジボトリーで、みることができる。

まず、各種の登録簿の概要を示しておこう。「民事身分」である、出生日、氏名、出自、既婚・独身の別、市民権、などの項目を意味し、これらが各種の登録簿に登録されるわけである。

1 各種の登録簿

以下、令1条は旧規定を意味し、新1条（2011年以降に効力を有するそれ）という標記は、2011年施行の新規定を意味する。

（1）登録簿の種類

登録簿の種類を面から大別すると、個別（登録）簿と家族簿に分けることができ、前者は、さらに出生簿、死亡簿、婚姻簿、認知簿の4種に分かれる。ここでは紙幅の都合から、出生・婚姻簿と家族手帳を素描するにとどめる。

個人簿（Personenstandsregister）につき、これ

までの紙媒体ないし電磁媒体で執行されてきたすべての登録簿（出生簿、死亡簿、認知簿、婚姻簿ほか）は、身分（登録）簿として有効である（新6条a。家族簿も同じ）。登録の対象は民事身分（民39条1項）である（新7条1項）。具体的には、新7条2項で18項目が明記されている。個人簿については新15条以下で規定され、その始まりは子の出生の登録により、「個人簿」が調製される（新15条）。

（2）出生簿への記載事項

近隣のスイスの登録簿も、ドイツやフランスと同様に、一つの身分事件を単位として登録する「事件編成主義」を採用している。では、登録簿からどのようなことがわかるのだろうか。まずは、出生の日時（出生時刻も明示される）、出生地、さらに、子の性や氏名のほか、出自（両親の氏名・本籍地・住所地）なども記載される（新8条、令67条）。わが法と同様に、届出主義をとる。

出生簿の記載からは、上記の子が、①今も生存しているか、②すでに婚姻しているか、などの事柄は残念ながら分からない。それを知るには、婚姻簿や家族簿を調べる必要がある。出生簿には子がスイス国籍であればその本籍地（市町村市民権→カントンのそれ→スイスの市民権・国籍を取得する）が明記されるので、これを手繰っていけば、婚姻などの事実も知ることができる仕組みである。

つぎに、どのような子が登録されるのであろうか。出生簿では、出生子、妊娠6か月経過後の死産・早産の子などの事項が登録される（新9条、令59条1項）。同様に、捨て子のように出自の不明の子も、出生簿に登録される（令同条2項）。6か月経過後の死産の場合にあっては、医師または助産婦の証明書が必要であり、6か月未満の場合に、医師の証明書等を要するか否かは、各カントンの判断に任されている（令66条1項・2項参照）。

（3）家族簿の内容

新規定の内容はよくわからない（新93条以下、とくに98条）。2011年前の従来の扱いを示しておこう。記載につき、つぎの諸点を指摘してお

こう。①同一の家族簿に登録する共通項は、市民権が共通すること、親族的関係にあること、などである。②家族簿の存在により、各登録簿間の連結（たとえば、婚姻簿と家族簿間でのそれ）を保つ機能を期待することができる。このことは、従来いわれてきた事件別編成主義の欠陥に対する評価を転換せしめる働きがあると思われる。

1) 登録の執行 家族簿は、その他の登録簿とは異なり、住所地または事件地の身分登録官によってではなく、本籍地のそれによって、執行されている（令113条1項）。ドイツのそれは住所地で執行されるようであるから、スイスと異なる。スイスの本籍地は、原則として変動することがないようである。情報の集中、他の登録簿との連結の面では、スイス法の方が優れている、かも。また、家族簿は、他の登録簿への登録、裁判所の判決、行政官庁の判断および身分法上の効力をもたらす公証などを統一する働きがある。

2) 家族簿プラットフォームの新設 どんな場合に家族簿が新設されるか。当初のプラットフォームは、家族簿において開設さる。プラットフォームの開始事由は多様である（令115条以下）。例示しておこう。

①婚姻を締結した場合 スイス市民権を有する夫が婚姻したさいには、家族簿を開始、すなわち、この者のために家族簿を新設する。

②離婚の場合 離婚すれば、妻のために家族簿が新設される。新設の管轄ないし場所は、夫の本籍地を管轄する身分登録官庁である（同2号）。

③婚外子が出生した場合。

④子の身分関係が変動した場合 たとえば裁判認知により父性が確定された場合には、独身の父について（同5号）。

3) 登録されたデータの請求 個人データの請求につき、事件地（婚姻簿であれば、婚姻した地域）または本籍地の身分登録官のもとに、自己に係わるデータについての情報を請求することができる（以下、新81条以下。令138条4項）。

つぎに、データの保全が考慮される。身分登録データなどは、無権限の者からのアクセ

ス、変更・破壊を、データの窃取を防止する方法を講じられている（新82条、方策の具体的内容には、特別法による）。ちなみに、アクセスするには、請求者の個人データをインプットする必要がある。素人では不正アクセスは不可能である。自己に係わる抄本の請求できることは当然として、その他の者の請求は制限的である。とくに、養子縁組に係わる事項など遮蔽された登録簿の抄本請求には、許可が要求されている（新92条b, 令138条4項）。

4) 登録簿の公開 以下では、身分簿の閲覧について触れ、ついでわが国との違いの生じる背景につき、結論のみを述べておこう。まず、身分情報を入手できるのは、原則として本人（またはその代理人）のみです。登録簿の閲覧請求についていえば、私人には他人の登録簿を閲覧する権利は明示的に否定され、例外的に本人以外の私人の閲覧は、閲覧を求める権利が相当と判断されたときに、カントンの監督官庁が閲覧の許可を与え、個々の民事身分事件は監督官庁の許可のあるときにかぎり公開される、つまり公開は例外である（令29条参照）。例外の範囲は相対的にみて狭い。たとえば、スイスの行政官庁が、「その法律上の職無を遂行するために必須」である場合に閲覧できる（令同条3項）、と制限的であり、非公開と評価してもよいであろう。

さらに、各登録簿間の連結が図られている。わが戸籍簿は、家族別編成ないし家族を単位とする編成であるので、夫婦親子という身分状態が明らかになる。他方、ヨーロッパの身分簿では、このような関係が明らかにならないゆえに、制度としては不十分であり、「戸籍制度」の方が身分登録制度より優れている、という評価がわが国では多くみられる。このような評価には、誤解がある。

(4) 人的編成主義への接近

「身分簿は事件編成主義、戸籍は人的編成主義をとる」という評価がなされてきたように思える。ところが、出生簿などの個別（登録）簿の評価と異なり、家族簿については、この評価は妥当しない。

重要な制度上の欠点の一つとして、身分状態

の概観が不可能という批判がみられる。たとえば出生簿を例にとれば、届出地の市町村の身分登録官庁（＝役場ないし区役所）でのみ保管されるにすぎないゆえに、各人の身分状態の登録・公示（もっとも、身分簿は「公示」を目的としていないが）には適切とはいえない、と。これに対して、家族簿では、父母の家族簿の巻数とブラット、父母の氏名が示されている。これは、夫婦各自の父母との連結を図るものといえる。同様に、夫婦の子（たとえばスイスでは、夫の非嫡出子も登録される）との連結、たとえば、子の存在の明示、子が婚姻して独立の家族簿が新設されれば、それへの繋がりを追うことができる仕組みになっている。

上述の点はいずれも、身分関係を概観するのに不便という意味での、個別登録簿の欠点を補正し、機能的には人的編成主義へ接近する働きがあると評価することができるであろう。わが法務省の担当者も、このことを認めている。すなわち、家族簿には、「夫婦及びその子の身分関係がほぼもれなく登録されているため、これをみれば、その人の身分変動はほぼ把握できるといえます。その意味で、登録されている事項、役割とも日本の戸籍に非常に近いといって誤りではないように思います」、と（房村精一「戸籍の編成と氏（上）」戸籍 586 号。房村氏は、当時、法務省民事局第二課長の地位にある）。

さらに、動的把握に対応していないという批判がなされてきた。ところが家族簿では、ブラット新設後の身分変動も表示される（スイスやドイツだけでなく、家族簿制度をとる国では、すべてこのような仕組みになっているようである）。戸籍は動的把握が可能であるが、身分簿はそれができない、と批判する研究者も少なくない。誤解の原因はともかく、現実の家族簿では、動的把握への配慮がなされている。具体的にいえば、（当日の）参考資料として示した家族簿から明らかなように、身分関係の変更（たとえば、子の婚姻、縁組、夫婦の離婚や縁組など）、市民権の取得、死亡（子のそれも含む）の日付や場所などについて、「事後登録」される仕組みが採られている。さ

らに、スイスでは採用されていないが、ドイツやオーストリアでは、出生簿においてさえ、子の婚姻や死亡が記されることになってきている。これも、戸籍への接近という役割を果たしているといえるであろう。

2 身分登録法の規定

身分登録簿のサンプル、とくに婚姻能力証明書、婚姻簿、家族簿などのサンプルを、拙著『オーストリアの親子法』前掲に添えているので、随時参照していただきたい。

1) 条文訳とコメント

第3款 出生簿

出生の届出

第18条 ①下記の順に、〔子の〕出生を届け出る義務を負う：

1. 子が出生した病院の長；
2. 出生に関与した、医師または助産婦；
3. これらの者が届出期間内（第2項）に届け出ることができないときは、〔子の〕父または母；
4. 出生につき調査を行う、官庁または連邦憲兵の職にある者；
5. 自らの知覚に基づき、〔子の〕出生を知ったその他の者。

②〔出生の日から〕1週間以内に、管轄身分登録官庁（第4条）に届け出なければならない。

③届出義務者が届出をすることができる状況にあるかぎり、届出は、身分登録簿への登録をするために必要なあらゆる表示を含んでいなければならない。

④届出の折りには、子の名（第21条第1項）について、書面による意思表示をすることができなかったときは、命名権者は、子の出生後1か月以内に、届出を補完しなければならない。

〔コメント〕本条は、子が出生したのちの、届出義務者、届出期間、子の命名などについて規定する。わが国とは異なり、子の父母よりも、医院や医師の方が先順位の義務者とされることが興味深い。

第1に、わが戸籍法という戸籍事務官掌者に

近い身分登録官は、上の義務者からの届出により、子の出生したことを知ることができる。病院の長を義務者の筆頭に置いたのは、大部分の子が病院で出生するという経験則を、さらに医師や助産婦を第2順位に置いているのは、自宅等での出産を考慮したものである（Zeyringer § 18 Nr.6）。ゆえに、自宅等での出産にあっては、医師・助産婦が第一順位の届出義務者ということになる。

通例の場合には、3号で規定する父母により届け出られるであろう。したがって、その他の、官庁などが届出義務者となるのは、たとえば捨て子を発見した場合など、特別なケースにかざられるであろう（そのような場合の扱いについては、vgl. Zeyringer § 18 Nr.8）。

届出の書式は法定されている（生きて出生した子につき令9条1項、死産の場合につき同11条1項）。届出のうち1葉は中央統計局への報告に利用される（令19条3項）。届出のさいに添付すべき文書は、令9条2項に列記されている。たとえば、嫡出子にあっては、両親の婚姻証明書、両親の国籍証明書、両親の住所地の証明書、命名の意思表示などである。基本登録を行うのに、これら文書で足りない場合には、身分登録官は、その他の必要な文書の提示を要求することができる（令9条3項参照）。

さらに、届出で義務に違反して、義務者が届出を怠った場合には、行政法規違反の行為として300ユーロ（約3.6万円）以下の罰金に処せられる（法57条1項）。

最後に、2項は期間を定めるにすぎない（形式については、「第2」参照）。期間内であれば、書面による届出にかぎらず、口頭での届出も可能である。届出を受理するは、身分登録官の審査義務がある。その内容については、前述した本法9条の規定と解説を参照されたい。届出事項が完全でない場合には、場合により身分登録官により補充される仕組みがとられている（たとえば、法9条3項参照）。

第19条（登録の内容） 出生簿には、生きて生まれた子のみを基本登録すれば足りる；〔下記の事項を〕登録するものとする：

1. 子の氏と名；
2. 子の出生した時刻と場所；
3. 子の性別；
4. 父母の氏と名、父母の、住所地、出生日、出生地、出生の登録、ならびに法律上認証された教会または宗教団体への父母の帰属；必要な場合には、10条2項2文に従った表示。

〔コメント〕本条は、出生簿に登録すべき項目を定める。

登録の対象となる子は、生きて出生した子である。懐胎期間は問題とならない。「生きて出生」について、助産婦法によれば、肺呼吸、心臓の活動開始などを基準とするようである（その他、死産・流産などについても、vgl. Zeyringer § 19 Nr.2）。

ちなみに、身分登録官の調査義務との関係でいえば、特別の事情がないかぎり、医院等からの届出について、生きて出生したのか、それとも死産であるのかという事実の確定についての調査義務はない（「身分登録についての職務手引き」23.3を参照）。

つぎに、死んで出生した子（助産婦法によれば、出産過程での死亡を含む）は、前述の死亡簿に登録される。いわゆる早産の場合には、死亡簿にも登録されることはない（「職務手引き」23.4参照）。本条に基づき出生簿へ登録するのではない場合であっても、「事例〔の存在〕を認識することが、重要な前提となるような事例〔の存在〕」を、行政官庁やオーストリア中央統計局へ報告する義務の生じる旨が暗記されている（法38条1項2文参照、「職務手引き」22も参照）。

さらに、子が婚内出生であるのか、それとも婚外出生であるのかは、登録簿に記載される。もっとも、届出に添付される文書に記載される父母の婚姻についての記載から、間接的に推知することができるにすぎない。子の父の父性が確定されていれば（たとえば、胎児認知などの場合）、出生証明書では、「父母の、出生日、出生地、出生登録」と、本条所掲の事項が記載されるにすぎないから（法33条参照）、婚外出生であることは知りえないようである。

また、出生後の認知にあっては、「証明書に

は、訂正から生じた事実のみを記載する」仕組み（法 33 条参照）が採られているので、この場合でも同様である。

最後に、子の性別は、出産に関与した医院の届出または出生確認書（法 9 条 4 項参照）の記載に基づいて登録されることになる（令 10 条参照）。子の性が後に変わることもありうる。そのさいには、当然のこととして訂正される。

（脱稿，2019 年 4 月 25 日）