

# ドイツにおける父子関係の成否と社会的家族的関係

山下 祐貴子

## 目次

### 第一章 序章

一 はじめに

二 検討対象

### 第二章 ドイツにおける父子関係の成立

一 ドイツ父子関係法の沿革

(1) BGB成立とその後展開

(2) 一九九七年改正

二 二〇〇三年連邦憲法裁判所決定

(1) 問題の所在

(2) 事案の概要

(3) 決定要旨

三 二〇〇四年改正法の概要——生物学上の父による否認——

四 小括

第三章 改正法の運用——社会的家族的関係の解釈——

一 社会的家族的関係をめぐる学説の動向

二 社会的家族的関係をめぐる裁判例の動向

(1) 連邦通常裁判所二〇〇六年二月六日判決

(2) 下級審裁判例の動向

三 小括

第四章 改正法の評価

一 学説の評価

二 連邦憲法裁判所の評価

(1) 連邦憲法裁判所二〇二三年二月四日決定

(2) 連邦憲法裁判所二〇一五年二月二四日決定

第五章 おわりに

## 第一章 序章

### 一 はじめに

わが国において、実親子とは、一般に血のつながりのある親子を指すものと理解されている。自然生殖の場合、母子

の血のつながりは分娩という事実によって明らかになる。判例もこれを踏まえて法的な母子関係を決定する（最二判昭和三七年四月二七日民集一六卷七号二二四七頁）。これに対し、父子関係は、血液型やDNA型鑑定をしない限り、血のつながりは明らかにはならない。そこで民法は、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定する制度を設け（民七七二条一項）、他方で、父母が婚姻関係にない子については、父が自己の子であると認めるか（民七七九条）、あるいは父が任意に認知しないときに、子の側から認知の訴えを提起することによって父子関係を成立させる制度を設けた（民七八七条）。こうして成立した法的な父子関係について争う場合には、嫡出推定は嫡出否認の訴えを（民七七四条・七七五条）、認知は認知無効の訴えを提起することによって否定する制度となっている（民七八六条）。認知無効の訴えは、利害関係人であれば誰でも提訴でき、提訴期間の制限もない。最三判平成二六年一月一四日民集六八卷一号一頁は、自ら認知をした者でさえ、提訴することができるとした。これに対し、嫡出否認の訴えは、きわめて厳格に提訴期間と提訴権者が定められている。すなわち、提訴期間は、夫が子の出生を知った時から一年以内であり（民七七七条）、夫が成年被後見人である場合の例外は七七八条）、提訴権者は夫のみである（民七七四条、夫が成年被後見人である場合と死亡した場合の例外について人訴法一四条・四一条）。

以上のような現行法の嫡出否認制度に対しては学説からの批判が強く、子の身分関係が早期に確定され、家庭の平和が保持される代わりに、真実に反する親子関係が法律上の親子として確定するという問題もある。こうした事態を可能な限り回避する目的で、「嫡出推定の及ばない子」という概念が考案された。婚姻中に妻が懐胎した場合でも、一定の場合には嫡出推定が及ばないこととし、提訴権者や提訴期間の制限のない親子関係存否確認の訴えによって父子関係を否定するのである。そこで問題となるのは、いかなる場合に推定が及ばないものとするかであるが、最高裁は、一貫して外観説の立場を採っており、最一判平成二六年七月一七日民集六六卷六号五四七頁によっても、その立場が改めて明

らかとなった。もつとも、学説上は様々な解釈論が展開されており、日本における学説の関心は、推定排除の要件論に注がれている。<sup>(1)</sup>

このようにわが国では、法律改正がなされないまま、嫡出推定の排除という解釈論によって、嫡出否認の實質的拡大が図られてきた。<sup>(2)</sup>これに対して、諸外国に目を向けると、法律上、否認権者や提訴期間を拡大・延長することによって、夫の子と推定される子の身分を争う余地を広げる立法例が見られる。例えば、フランスにおいては、一九七二年に、母親にも一定の要件を満たす場合に父子関係の否認権を認める改正が行われ、アメリカでは、二〇〇〇年に子の出生後二年以内に限り、子の法的な父および母のほか、血縁上の父にも父子関係を争うことが認められることとなった。<sup>(3)</sup>

法的な親子関係の認定にあたって、血縁関係の有無が基本的な考慮要素となることはいうまでもない。しかし、血縁上の親子関係と法律上の親子関係が一致しない場合が生ずることは避けられない。その場合に、血縁上の親子関係が存在しない以上、いかなる場合でも法的な親子関係を否定できるとすべきか、あるいは否定できない余地も認めるべきなのか、認めるべきであるとするれば、それはどのような場合か、といった問題は、実親子法を考える上で、根幹をなす問題である。本稿では、これらの問題について検討し、血縁主義の限界がどこに設定されるべきかを探りたい。

## 二 検討対象

上述した問題を検討するにあたり、本稿では、ドイツ親子法を比較対象とする。ドイツ親子法も、生物学上・血縁上の親子関係を基礎として法的親子関係の確定を企図しているが、ドイツ民法（以下、BGBとする。）の制定当初は、わが国と同様に嫡出否認に関しては母の夫のみに、子の出生を知ってから一年以内に限り否認権を認めていた。<sup>(4)</sup>しかし、関係する種々の利益の比較衡量を重ねながら、徐々に否認権者の拡大と否認期間の延長が行われ、<sup>(5)</sup>ついには、連邦憲法

裁判所の決定を契機として二〇〇四年のB G Bの改正により、生物学上の父に、法的父子関係の否認権が与えられることとなった。

生物学上の父に否認権を与えるということは、より一層血縁主義を徹底する趣旨であることは否定できない。もっとも、改正法を見る限り、血縁上の親子関係と法律上の親子関係が一致しない場合に、血縁主義が貫徹されているわけではなく、むしろ、血縁よりも優先される要素があることが明らかになる。すなわち、B G B新一六〇〇条は（以下、断りのない限り条文数はB G Bを指す）、どのような場合でも生物学上の父に否認権を認めているのではなく、法的な父とその子の間に社会的家族的関係がないとき（または、法的な父が死亡しているときには、死亡の時点で社会的家族的関係がなかったとき）にだけ、否認権を認めているのである。

一方では、生物学的、遺伝的な結合があり、他方では、社会的な生活関係がある場合にどちらの要素を重視するのかわかるという問題について、ドイツ親子法は、二〇〇四年の改正をもって一応の解答を示したと言える。しかし、生物学上の父による父子関係の否認制度を導入した二〇〇四年から一〇年が経過した今日でもなお、議論がおさまることはなく、むしろこれに伴って新たな問題や論点も浮上している。

そこでまず、本稿では、その前提となるドイツ親子法が父子関係の成立についてどのような変遷を遂げてきたかを概観したうえで、現行制度全体を紹介する。そのうえで、二〇〇四年の改正法に着目し、その契機となった連邦憲法裁判所の決定および改正法が、どのような特徴と意義を有しているかについて分析する。そこで明らかになった特徴を取り上げ、この改正法がドイツにおいてどのように受け止められてきたのか、そして改正後どのように運用されているのか、という点を紹介する。それを踏まえて、ドイツにおいてどのような要素が、父子関係成立の基礎となっているのかを分析し、日本の嫡出否認の問題や、現に存在する生物学的なつながりのない父子関係をどのように評価するかという点に

ついて検討していきたい。

## 第二章 ドイツにおける父子関係の成立

### 一 ドイツ父子関係法の沿革<sup>(6)</sup>

ドイツでは、一九九七年に嫡出・非嫡出の区別が廃止され、それに伴って、法的な父子関係の設定および否定に関する法規定も、嫡出・非嫡出の区別なく適用されるものとなった。したがって、BGB成立から一九九七年改正法までと、一九九七年改正法以降を区分して立法の展開を紹介したい。その後、生物学上の父に否認権を与える契機となった、連邦憲法裁判所の二〇〇三年四月九日の決定を取り上げ、さらにこの決定を踏まえて制定された二〇〇四年改正法の内容を分析し、紹介することにした。

#### (1) BGB成立とその後の展開

BGB制定当時、婚姻前懐胎子と婚姻後懐胎子は区別されず、婚姻中に出生した子は、母の夫の子であると定められていた。それは、懐胎時期の調査を不要とすることで親の名誉や家族の平和を保護し、また嫡出子という地位をできる限り子に与えるべきと考えられたからである<sup>(7)</sup>。他方、法的な父子関係を否定するために、嫡出否認制度 (Ehelichkeitsanfechtung) が設けられた。否認権は夫のみに認められ、否認期間は子の出生を知った時から一年間に制限された。夫のみに否認権が認められたのは、夫が家父長として誰よりも子が嫡出か非嫡出かという問題の影響を受けること、嫡出子としての地位をみだりに争わず、これを維持することが子や妻の利益にもっとも適うと考えられた

ためであり、子や妻にまで否認権を認める必要はないとされた。<sup>8)</sup>ただし、夫が否認権を失うことなく死亡した場合には、誰でも嫡出でないことを主張することが認められていた。

一方で、非嫡出子と父の間には、法的な血族関係が認められることはなく (nicht verwandt)、扶養請求権のみが認められていた。すなわち、扶養請求権を除くいかなる権利も非嫡出子には認められていなかった。したがって、父子関係を形成する認知訴訟も存在せず、父が父子関係を承認していた場合でも、それは扶養請求訴訟において多数当事者の抗弁を封ずる効果しか持たなかった。<sup>9)</sup>このように非嫡出子に法的な親子関係を形成する余地が認められなかったのは、立法者にとって、婚姻の固い結びつきだけが、家族法上の権利義務の要件を形作る道徳上の根拠となると理解されていたからである。<sup>10)</sup>

その後、ワイマル憲法(一九一九年)に、嫡出でない子に対しては、立法により、肉体的精神的及び社会的成長について嫡出子に対すると同様の条件が作られなければならないとの非嫡出子条項が規定された。これにより、非嫡出子に関する議論が集中的に行われ、様々な立法提案もなされた。<sup>11)</sup>しかしこれらの提案は、立法に至らないまま、国家社会主義の時代を迎えることとなった。一九三三年にナチス政権が樹立すると、ナチスの国家社会主義イデオロギーが法学や立法政策に大きな影響を及ぼすようになり、それを踏まえ、種族維持のための法律が制定され、血縁に基づく出自の解明が重要な意義をもった。<sup>12)</sup>したがって、戦後になると、このようなナチス期に改正された規定は失効させるべきか、ひき続き維持すべきかが問題となった。<sup>13)</sup>また、それと並行して、立法レベルでは、基本法三条二項に男女同権が定められたことから、この原則に従って家族法を整備し直すことや、ナチス期に婚姻法などの単行法が制定されたのに対し、改めて家族法を統一しなおすことが課題とされ、一九六一年に改正が行われた。この改正では、夫の否認期間が二年に延長されたほか、条件付きではあったが、子の否認権が新設された。<sup>14)</sup>男女同権の原則に関連して、母の否認権に関して

も注目されるようになり、積極的に議論され始めた。しかし、母に子の利益に反して子の非嫡出性を確認する利益を認めることは許されないと理由から、認められるには至らなかった。<sup>15)</sup>

非嫡出子の法的父子関係を定める制度が設けられたのは、一九六九年である。一九六九年の「非嫡出子の法的地位に関する法律」によって、認知 (Anerkennung)<sup>16)</sup>と裁判上の父子関係確認制度 (Vaterschaftsfeststellung)<sup>17)</sup>が制定された。これに合わせて、認知取消制度 (Anfechtung der Vaterschaftsankennung)<sup>18)</sup>も設けられたが、婚姻に基づいて形成された親子関係に比べて、認知に基づいて形成された親子関係を保護する必要性は乏しいと考えられたため、認知取消権は夫や子以外に母にも認められていた。取消期間については取消権者によって異なつて規定されていた。<sup>19)</sup>

## (2) 一九九七年改正<sup>20)</sup>

上述した通り、非嫡出子と嫡出子の区別が撤廃されたのは、一九九七年二月二六日成立(一九九八年七月一日施行)の親子法改正法である。一九九七年改正の背景には、家族の多様化や生活実態の変化がある。<sup>21)</sup>具体的には、離婚数や婚姻外の共同体、非嫡出子の数が増加し、それに伴つて、殊さらに非嫡出子が社会的・経済的に冷遇されるといった状況もなくなつてきた。換言すれば、ドイツにおける婚姻観や、子の福祉に対する考え方も変化していったのであり、嫡出子の身分に基づく社会的・経済的利益を保護する必要性は乏しくなり、それよりも、子を実際に監護・養育している者との結びつきを尊重すべきだとする考え方が支配的となつた。<sup>22)</sup>

一九九七年改正法は、初めて母について、BGB一五九一条(以下、断りのない限りBGBの条文を指す)に、子を分娩した女性であると定義した。その他、以下のような改正がなされた。



(a) 父とされる者

一五九二条において、①出生の時点において子の母と婚姻していた男性<sup>(23)</sup>(一号)、②父子関係を認知した男性<sup>(24)</sup>(二号)、および、③一六〇〇条dの裁判上の父子関係確認制度により、裁判上その父子関係が確認された男性(三号)を子の父とされる者として列挙した。内容としては、かつての嫡出子及び非嫡出子ごとの規定を維持したものであるものの、法的な父子関係を設定するものとして、これらをまとめて規定したのである。

②認知 (Anerkennung) については、旧法においては、父が認知する際は、子の同意が必要であり、子が一四歳未満の場合には、法定代理人たる少年局が同意することとなっていた。しかし、改正により、母固有の同意権が認められ、母が監護者でない場合に、子の同意が必要となった。③裁判上の父子関係の確認 (Vaterschaftsfeststellung) に関しても、従来認められていた子および血縁上の父に加えて、母にも原告適格が認められることとなった。

(b) 否認権者および否認の要件

旧規定においては、法的な父子関係の排除方法として、嫡出否認 (Ehelichkeitsanfechtung) と、認知取消 (Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung) が存在した。しかし、このように嫡出・非嫡出の区分が廃止されたことにもなっており、母の婚姻に基づく父子関係も、任意認知による父子関係もいずれも父性否認 (Vaterschaftsanfechtung) という統一的な法的手段によって排除されることとなった。<sup>(25)</sup>

(1)で概観した通り、これまで否認権者は原則として、母の夫とされ、条件付きで子に認められていた。しかし、改正により、子の否認権の制限が撤廃されたほか、改正前の議論を受け、否認権者に母が加えられた。また、改正前は取消期間や否認期間、およびその起算点はそれぞれ異なって定められていたが、母の夫、認知者、母および子による否認の

期間を統一的に二年とし、その起算点についても、それらの者が父性に反する事情を知った時に統一された<sup>26</sup>。特に子の否認権に関しては、成年に達するまでに法定代理人が適時の否認をしなかった場合には、子が成年に達してから、父性に反する事情を知った時を起算点とする二年間の否認期間が認められた（同条三項<sup>27</sup>）。さらに、子については、子が父子関係の維持を期待し得ないような事情を知った場合には、その時点から再度二年の否認期間が進行することとなった（同条五項<sup>28</sup>）。

一九九七年改正法の立法過程では、子の利益や、婚姻制度の意義に対する見方の変化を背景に、否認権者の拡大をめぐる議論が活発に行われ、生物学上の父に否認権を与えることも検討された。しかし、最終的には、生物学上の父の否認権は「社会的家族（sozialen Familie）の福祉に反する<sup>29</sup>」として認められなかった。

## 二二二〇〇三年連邦憲法裁判所決定<sup>30</sup>

### (1) 問題の所在

一五九四条は認知について定めている。したがって生物学上の父が法的にも父となることを望む場合、認知をすれば足りる。しかし、認知には母の同意を要し（一五九五条一項）、母の同意が得られない場合、これに代替する制度は設けられていない。そのため、母が同意を拒む場合、認知をすることはできない。もつとも、認知ができない場合には、一六〇〇条dに裁判上の父子関係の確認が用意されている。これは、わが国の認知の訴えとは異なり、生物学上の父も提訴が可能である。しかし、裁判上の父子関係確認の前提として、母の婚姻、若しくは別の男性の認知により法的な父子関係がすでに存在する場合には、その父子関係を否認することが必要となる（一五九四条二項）。したがって、他の男性と子の間に法的な父子関係が存在する場合、生物学上の父に否認権が認められない限り、生物学上の父は法的にも

子の父となることはできなかった。

一方で、一九九五年三月七日の決定で、連邦憲法裁判所は、婚姻関係にない父にも、基本法六条二項一文に基づく親としての権利 (Elternrecht) があることを認めていた。<sup>31)</sup> すなわち、法的な父でない生物学上の父にも、父としての基本権が認められるというのである。

生物学上の父による否認権について、学説上は立法論も含めて、総じて導入に積極的であり、これを全面的に否定することに對しては、むしろ批判的な見解が主張されていた。<sup>32)</sup> しかし、これらの見解は、最終的には立法者の採用するところとはならなかった。「他の関係者が自身の当然の権利たる否認権を行使しないのであれば、実父による否認は『社会的家族 (soziale Familie)』の福祉に反する。実父にはこれを尊重することが期待される」として否定されたのである。<sup>33)</sup> このような状況の中で登場したのが、二〇〇三年四月九日の連邦憲法裁判所の決定であり、この決定に基づきドイツでは、生物学上の父にも否認権が一定条件のもとで認められることとなった。

## (2) 事案の概要<sup>34)</sup>

イスラエル国籍のパレスチナ人であるXは、一九九八年一月に生まれた子Yの父子関係の認知を試みた。しかし、Yの母は、Xによる父子関係の認知を望まず、それに同意しなかった。それゆえ、Xは、区裁判所に、XがYの父であることの確認を申し立てた。Xは、一九九一年以降、子の母と関係を持っていること、および、一九九七年以来、母と一緒に暮らしていたことの他、以下のことを申し述べた。すなわち、Yの出生の際、Xは立ち会っており、臍の緒を切断した。Yは望まれた子である。Xは、母と一緒に出生のための全ての準備をし、例えば、子ども部屋に家具を備え付けた。Yのアラビア語の名前も二人で考えたものである。母の側から、XとYの父子関係について、疑念を述べられた

ことは一度もなかった。Yは黒い眼や髪、皮膚の色および表情もXに似ていた。母が午前中働いていたため、Yの出生から最初の三、四カ月までの間、Xが主にYの世話をしていた。その後、母との関係が破綻した。特に、母が戸籍役場に、XをYの父として伝えなかったため、争いが生じた。

母は、被告たる子Yの名前において、異議を唱え、Xの申述を不知として争う一方、二〇〇一年一〇月に別の男性が認知したことを指摘した。そこで、Xは、この男性がYの父ではないことの確認を予備的に求めた。

区裁判所は、この訴えを棄却した。理由は以下の通りである。一六〇〇条d一項による父子関係の確認は、一五九二条一号または二号による別の父子関係が存在しないときのみ許容しうる。しかし、本件では、母の同意を得た別の男性による認知が既に行われている。そのことから、Xが父子関係の確認を行うことはできない。また、一六〇〇条により否認権が与えられているのは、一五九二条一号および二号、一五九三条により父子関係が認められた男性、子の母および子自身だけであり、Xが認知に基づく他の男性の父子関係を否認することもできない。生物学上の父は立法者により、意識的に否認権者から除かれている。

Xは控訴したが、ケルン上級地方裁判所も請求を棄却した。<sup>35</sup>ケルン上級地方裁判所は、裁判による父子関係の存在の確認は、本件のように、第一審の係属中に、母の同意をもって他の男性が認知したときにも認めることができな<sup>36</sup>いとしたり、立法者は、積極的な父子関係存在の確認を、他の男性との父子関係が存在しない場合に意識的に限定している。また、父子関係の否認権を与えられた者が否認権を行使しないとき、他の男性による訴えは、その者が生物学上の父であったとしても、社会的家族の福祉に反する。確かに生物学上の父もまた、原則として基本法六条二項の定める親としての権利(Ellenrechts)の主体である。しかし、生物学上の父の利益には、慣れ親しんだ社会的結付きの中で誰にも妨害されることなく成長する子の利益、および慣れ親しんだ社会的結付きを誰にも妨害されることなく維持する母の利益

が対立しており、これらの利益もまた基本法により保護されている。このことは母が子を認知した男性と共に暮らしていない場合にも当てはまると判断した。

そこでXは、憲法異議の訴えを提起し、基本法六条二項の定める基本権の侵害を主張した。理由は以下の通りである。親としての権利 (Elternrecht) に基づき、子の生物学上の父には原則として外観上の父の父子関係を否認し、自己の父子関係を確認する可能性が与えられなければならない。少なくとも、生物学上の父と子との間に密接な個人的関係が存在し、それに対して外観上の父と子の間にはそのような関係がなく、または家族的な結付きが存在していない場合には、この可能性が認められなければならない。このような場合において、生物学上の父による父子関係の否認および父子関係存在確認によって、子の福祉が損なわれるとはいえない。一六〇〇条および一六〇〇条d一項は、特別な事情がある例外的な場合であっても、生物学上の父の基本的権利と子の基本的権利との慎重な衡量を行わない限りで、憲法に違反している。また、基本法六条二項による保護の範囲を制限し、生物学上の父を完全に排除している。生物学上の父の持つ親としての権利の侵害は、子の福祉を理由としても、社会的家族の保護を理由としても正当化されるものではない。本件は、子の母親と認知した男性との間には婚姻は存在せず、また法的な父と子との間の共同生活関係も存在しない。他の男性による認知が行われただけでは、その者と子との間に社会的な結付きが存在するとはいえない。

### (3) 決定要旨<sup>37)</sup>

Xからの憲法異議を連邦憲法裁判所は認容した。その理由は、以下の通りである。

決定はまず、「基本法六条二項一文により、子の監護および養育は、親の権利及び義務である。親という概念は、慣用的な意味からすると、子どもとの血縁上の親も含む。親同士の関係や子と親の関係の緊密さとも関係ない (vgl.

BVerfGE92, 158, S177f.=NJW1995, S215.)。もしも、基本法六条二項一文が、親の自然権について言うのであれば、これをもって一方では、この権利は国が与えるのではなく、既に存在するものとして国家が承認しているということが明らかになる (vgl. BVerfGE59, S360f.=NJW1982, S1375.)。他方で、自然権であれば、子に生命を与える者は、その本質として原則的に、子どもを監護・養育に関する責任につき用意があり、かつその資質があることが明らかになる (vgl. BVerfGE24, S119.=NJW1968, S2233.)。それゆえ、立法者は、子の血縁にあわせて親の法的地位の割り当てを行う義務を負っている (vgl. BVerfGE79, S256.=NJW1989, S891.)」とし、生物学上の父も、基本法六条二項一文によって保護されることを明確にした。

しかし、基本法六条二項一文からは、生物学上の親子関係が法律上の親子関係に対して常に優位に置かれなければならないことを導き出すことはできず、基本法規範は、生物学上の父に、どのような場合においても、法的な父に優先して父の地位を認め、法的な父を父の地位から追いやる権利を与えるものではないことを指摘した。そのうえで、「親としての権利 (Elternrecht) は、はじめから、その本質的要素として、子の監護および養育に関する義務の負担を伴うものである (vgl. BVerfGE24, 119, S143.=NJW1968, 2233.)。親としての権利を主張する者は、子に対する権利だけを請求できるものではなく、義務も負担しなければならない。基本法六条二項一文の定める親としての権利が義務負担を伴う親の権利を認めるものである以上、親の責任 (Elternverantwortung) を負う者だけが親としての権利をもつことができる。」とし、基本法六条二項の定める親としての権利を担うための要件を述べた。

しかし、二人の父親と一人の母親で構成される共同体に親の責任を委ねることは、逆に子の成長に悪影響を与えるとし、生物学上の父が法的な父に代わってその地位につくためには、親としての責任を引き受けることを目的とした法的拘束力のある父子関係の確認もしくはその承諾がなければならないとした。また、基本法六条二項一文は、可能な限り、

血縁上の親子関係と法律上の親子関係を一致させることを要請していると、「基本法六条二項一文は、生物学上の父にも、手続法上、法的な父となり得る可能性を保障する」ことを明言した。

他方で、社会的家族的責任共同体 (sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaft) もまた、基本法六条二項一文の内容を形成するとしてうえで、血縁関係の存在と社会的家族的責任共同体の存在が一致しない場合、どちらに重点が置かれるべきかは明らかではなく、生物学上の親子関係と社会的な親子関係に優劣の差はないことを明確にした。しかし、法的な父の変更により、「子は、従来の家族共同体が存続する一方で、これまでの父親を失い、新しい父を受け入れる準備をしなければならぬことになる。父子関係の法律上の変動は、確かに血縁上の親子関係と法律上の親子関係の一致をもたらす。しかし同時に、法律上の父子関係と社会的父子関係が分断される結果となり、また婚姻による子という身分の喪失を招くことにもなりうる。これは、子に新たな適応 (Orientierung) を要求することであり、それにより子は心的葛藤に陥ることもある」とし、法律上の父子関係の否認が、場合によっては当事者、とりわけ子の福祉に重大な影響を及ぼすことを指摘した。さらに、家族構成員の法律関係の解消により、子が生活する家族共同体の結びつきが害されることになりかねず、法律上の親子関係と社会的家族的関係 (sozial-familiäre Beziehung) の齟齬は様々な衝突を招き、子の福祉を危険にさらすことになりうる」とし、このことから、立法者は、現にある社会的家族を維持するという子と法律上の両親の利益を、血縁上の父の、法律上も父親となるという利益より優先させ、一六〇〇条において、血縁上の父に法的な父子関係の否認を認めていないことは、原則として、憲法に反しないとされた。

しかし、「子の生物学上の父ではないにもかかわらず、子を認知した男性が、母および子と同居せず、単なる支払いの父 (Zahlvater) にすぎないときは、生物学上の父が、法律上も父として認められ、かつ親の責任を担うことを拒まれる十分な理由はない」。そのうえ、このような場合には、確かに法的な父が変動することになるものの、「子の福祉は

基本的には害されない」。また、「子が法的な父および母と家族的な共同体において共に生活しておらず、その一方で、法律上も父になることを望む生物学上の父と現実に父子関係を築くことができている場合には、法律上の父子関係の変動は、子の利益に合致する」とし、このような場合にも、子のために親の責任を負う用意のある生物学上の父に、法律上も父となる可能性を与えないことは、正当化されるものではないと判示した。すなわち、一六〇〇条は、法的な親が子と社会的家族を全く形成していない場合にも、生物学上の父に法的な父子関係を否認する権利を与えていない限りで、基本法六条二項一文に反していると判断された。

そのうえで、控訴審判決を破棄して差し戻すと同時に、違憲と判断された部分について二〇〇四年四月三〇日までに憲法に適合的な法律改正をなすべきことが命じられた。以上のような経緯から、二〇〇四年四月二三日付で改正法が成立した。

### 三 二〇〇四年改正法の概要——生物学上の父による否認——

二〇〇四年改正法は、一九九七年改正による規定を部分的に改正した。具体的には、まず一五九二条三号に、子の父とされる者として新たに、「ドイツ民事訴訟法（以下、ZPOとする。）六四〇条h二項により、裁判上父子関係が確認されている者」を追加した<sup>(38)</sup>。改正にともない新設されたZPO六四〇条h二項は、一六〇〇条一項二号による父性否認の判決が否認者の父子関係の確認を含むものであり、裁判所がこれを職権により否認判決の本文で言い渡すべきことを規定した<sup>(39)</sup>。その結果、生物学上の父による父子関係の否認と同時にその者が法的な父として子に対する法的責任を負う、という父の交替システムが整えられたことになる<sup>(40)</sup>。したがって、一五九二条三号により、既存の父子関係の否認と同時に父子関係の確認を受けた者が法的な父となる。



また、否認権者として一六〇〇条一項二号に「懐胎期間中に子の母と性的関係にあったことについて宣誓に代わる保証をした者」を追加し、一六〇〇条二項に、「一項二号による否認は、子とその一項一号にいう父との間に社会的家族的関係 (sozial-familiäre Beziehung) が存しない、もしくはその者の死亡時点において存していなかったこと、および否認者が子の血縁上の父であることを要件とする」と規定した。さらに三項で、「一項一号にいう父が子のために現実の責任 (tatsächliche Verantwortung) を負担している (tragen)」、もしくはその死亡時点において負担していた場合には、二項による社会的家族的関係が存するものとする。一項一号にいう父が子の母と婚姻している、もしくは子と比較的長期間 (längere Zeit) にわたって家族的な共同体 (häusliche Gemeinschaft) において共に生活していた場合には、通常 (in der Regel) 、現実の責任の引受け (Übernahme) があるものとする」と規定した。<sup>(4)</sup> また、否認期間について定める一六〇〇条bは、一項三文で、一六〇〇条二項前半の意味における社会的家族的関係の存在は、二年の否認期間の進行を妨げないことを新たに追加した。

以上を整理すると、生物学上の父が法的な父子関係を否認する際には、まず、自分が懐胎期間に子の母と性的関係をもったことにつき宣誓に代わる保証をしなければならない。宣誓に代わる保証はZPO二九四条により事実主張の疎明方法として許される手段であるが、虚偽の保証には、ドイツ刑法 (StGB) 一五六条より刑事罰の制裁もある。この規定により、無関係な男性が理由もなく否認手続をしたり、存在する家族共同体を破壊することにつながらないように期待されている。そのうえで、改正法は、一項二号による否認、すなわち生物学上の父による否認は、①子と一項一号の意味での法的な父との間に、社会的家族的関係が存在せず、または、法的な父の死亡の時点においてそれが存在せず、かつ、②否認しようとする者が子の真の父であることを要件とした。

①の要件は、現実営まれる親子関係を保護するためのものであるが、「社会的家族的関係」という概念は必ずしも

明確なものではない<sup>(42)</sup>。したがって、改正法は、同条三項において解釈指針を示し、その概念の不明確さを補うことを試みた<sup>(43)</sup>。すなわち、社会的家族的関係の存在は、法的な父が子のために現実の責任を負っていることから導き出される。さらに、法的な父が子の母と婚姻しているとき、または子と比較的長期間にわたって家族的共同体のなかで一緒に暮らしているときは、現実の責任を引き受けていることが推定される。しかし、あくまでも推定されるだけであり、反証を挙げて現実の責任の引受けを争うことができる。なお、社会的家族的関係の不存在については否認者に主張責任があり、その立証は否認者の負担となる。責任の引受けの推定は、母の夫が一五九二条一号の父であるときだけでなく、母が子の出生後に認知者と婚姻した際も、働くと解されている。

生物学上の父の否認権は、社会的家族的関係の不存在を要件とするが、一六〇〇条b一項三文によると、その要件が満たされていない状態でも否認期間が進行する。そのため、社会的家族的関係が後に消滅しても、その間に否認期間が経過してしまえば生物学上の父は否認権を行使できないことになる<sup>(45)</sup>。

②の要件は、先述したように、否認判決に父性確認の効力を与えるZPO六四〇条h二項(現ドイツ家事事件及び非訟事件の手続に関する法律、FamFG一八二条一項)と、それをもって法的な父子関係の発生原因とする新一五九二条三号により、否認が成功した場合に子が父のいない状態におかれることを防止する機能を果たす<sup>(46)</sup>。否認者が、子の生物学上の父であることが認められないとき、申立ては根拠のないものとして棄却される。この場合の裁判所による決定の確定力は、ただ否認者が子の父ではないことの確認にのみ及び、否認の対象となった法的な父子関係が生物学上の父子関係と一致することまで意味するものではない。したがって常に法的な父子関係の存否につき検査が行われるわけではない。

以上のように、改正法は、生物学上の父に否認権を認めつつ、生物学上の父子関係と法律上の父子関係を一致させる

ことより、子と法的な父の社会的家族的關係に優位性を認める<sup>(47)</sup>。法的な父と子の間に社会的家族的關係が存在するとき、否認が子にとって有益であるか、あるいは母が生物学上の父を法的な父とすることを拒否しているか、といった要素が考慮されることもないのである。<sup>(48)</sup>

#### 四 小 括

二〇〇三年の連邦憲法裁判所の決定は、これまで学説上注目されていた子の養育に対する生物学上の父の利益が、基本法六条二項一文によって保障されることを明らかにした。さらに、これを契機とする二〇〇四年の改正により生物学上の父にも法的な父子關係を形成する前提として、すでに存在する法的な父子關係の否認権が認められた。これまで永く議論されながら、実際に導入されることのなかった生物学上の父の否認権が、二〇〇四年の改正をもってようやく導入されたのである。

生物学上の父に否認権を認めたということは、より血縁主義を貫徹しようとする改正と評価することができる。しかし、以上で概観したように、生物学上の父の否認権には、他の否認権者にはない要件が付されており、法的な父と子の間に社会的家族的關係が存在しないこと、自分自身が父であることの二つの事実が証明されなければならない。これらの要件には、「現実形成された社会的家族的關係の保護」と、「子の養育に責任を持つ法的父の不存在の回避」が意図されている<sup>(49)</sup>。立法者は、保護に値するような社会的家族的關係を維持する子および法的な父の利益と、法律上も父となりたいと願う生物学上の父の利益を慎重に衡量し、これを明文化した。生物学上の父による否認の場面では、後者の利益よりも、前者の利益が優先される。すなわち、血縁關係の有無よりも、継続的な日々の接触によって築かれた養育關係の維持の方が、子の健全な成長発達において不可欠であるとの認識に立ったと言える<sup>(50)</sup>。したがって、保護に値するよ

うな関係が子と法的な父の間に築かれているかどうかが重要となる。

以上のようなドイツの親子法の沿革、特に根本的な変化は、基礎をなす社会的構造および社会観の変化をもって初めて説明することができる。<sup>(51)</sup>

先述した通り、一九六一年の改正では、否認期間が裁判官同盟・弁護士協会・ワーキンググループなどの実務で表明された希望に従い二年に延長された。これに対しては、否定的な学説が見られる一方で、肯定的な見解も見られた。すなわち、「夫が速い決断を迫られないのであれば、だまされていた夫は自分の子でない子を嫡出子として受け入れることも期待される。家族のなかで成長してきた子どもに夫が慣れ親しむということにも重要である。」<sup>(52)</sup>との見解が主張されていた。このように、七〇年代に入る頃には、子を実際に養育・教育している者との結びつき、すなわち社会的・精神的親子関係をより尊重すべきだとする主張が見られるようになった。<sup>(53)</sup> また、判決においてもたとえ、ドイツ連邦通常裁判所一九八一年三月二五日判決では、生物学上の父の父子関係の証明と創設の権利に対して、子が嫡出子という否認されない立場において妨害されることなく成長する権利が存在し、婚姻および家族の特別な憲法上の保護が存在することや、家族のなかで妨害されずに成長する子の利益の存在が明確に判示された。<sup>(54)</sup> さらに、嫡出・非嫡出の区別が廃止された後のドイツ連邦通常裁判所一九九九年一月二〇日判決においても、生物学上の父の父子関係が法的にも認められる憲法上の利益に対して、慣れ親しんだ家族共同体の社会的な関係において妨害されずに成長するという保護されるべき子の利益が存在することが判示された。<sup>(55)</sup>

このように、BGB制定当時から六〇年代にかけて婚姻制度と密接に結び付けられて解されていた子の利益は、次第に婚姻家族か否かにかかわらず、社会的・精神的な親子の下で成長することが子にとって利益となると解されるようになった。<sup>(56)</sup> また、子に限らず、法的な父や母、生物学上の父についても、子の養育に関わる利益が強調されるようになった。

た。<sup>(57)</sup> そのうえで、これらの者の利益が衝突した際の一つの解決が二〇〇四年改正で示されたといえる。具体的には、まず子の利益が重視され、現に子の養育を担っている者の利益や、子とその者との関係の保護が特に重視されている。

### 第三章 改正法の運用——社会的家族的関係の解釈——

二〇〇四年の法改正により、生物学上の父にも否認権が認められることとなった。生物学上の父も基本法の保護のもとにあることを前提に、生物学上の父の法的にも父となりたという願望と、現にある法的な父と子の関係を慎重に衡量し規定が置かれている。改正法は、一方では、生物学的、遺伝的な結合があり、他方では、社会的な生活関係がある場合に、どちらをどのように重視するのかという問題について、一応の解決を示した。しかし、改正条文を詳細に検討すると、改正法が誰のどのような利益・権利を保護し、どのような関係を保護しようとしているのか、すなわち、生物学上の父が法的な父子関係を形成できないような関係とは、いかなるものか、必ずしも明確でない。特に、社会的家族的関係という概念が漠然としているあまり、条文の解釈をめぐり様々な主張がなされ、それに対応するような裁判例も蓄積されつつある。そこで、本章では、学説および裁判例について、特に重要と思われるものを中心に、改正法の個別的な論点と運用について検討する。

#### 一 社会的家族的関係をめぐる学説の動向

一六〇〇条四項<sup>(58)</sup>は、社会的家族的関係の存否に関わる解釈指針として規定された。すなわち、同条四項一文は、法的な父が子について現実の責任を負担している（もしくは、その死亡時点において、負担していた）場合にその存在が認

められるとしており、これを受けて同条四項二文によると、法的な父が子の母と婚姻しているとき、または子と比較的長期間 (längere Zeit) にわたって家族的な共同体のなかで共に生活しているときは、現実の責任を引き受けている (Übernahme) ものといわれる。もともと、規定の内容が抽象的であるだけに、その規定の実際の運用にあたっては、見解が対立する場面も少なくない。

この現実の責任の引受けは、法的な父と母との婚姻が内実をとまなっていないような場合には、認めることはできないと解することで概ね学説も判例も一致している<sup>(59)</sup>。問題は、現実の責任の引受けを認定できるような子と法的な父との家族的な生活共同体とはどのようなものと理解すべきか、さらに比較的長期間というためには具体的にどれ程の期間を要するかである。

(a) 「比較的長期間の解釈」

家族的な共同体とは一体何を指すのか。何をもって家族的とするのかは明確でない。ただ、子のために責任を引き受けていると推定させるような関係が必要である。したがって、子がもつばら母と生活を共にし、母によって扶助されている一方、法的な父が面倒を見ないようなときは法的な父と子の間に家族的な共同体を認めることはできないと解されている<sup>(60)</sup>。

また、どの程度の期間をもって比較的長期間と理解されるべきかに関しては、立法者は意図的に明確な定めを置かないことにした<sup>(61)</sup>。判例や学説には、すでに約一年で足りると解する見解も見られる<sup>(62)</sup>。他方、ビュットヌル (Helmut Buttur) は、「比較的長期間」は児童心理学の観点から評価されるべきであつて、子がすでに養育されている家庭に慣れ親しんでいたかどうかで決まるとする。また、子が法的な父との固い社会的な結びつきを有している点も重要であると

し、一歳未満の子の場合は、それほど強固な関係を築くことは考えられないが、一歳以上の場合は、三月以上の同居があれば足りると評価している。<sup>63)</sup>これは、比較的長期間の概念が、保護人 (Pfleger) が選任されている場合の配慮権の移籍や子の引き渡しに関する一六三〇条三項三文、配慮権者からの子の引渡請求に関する一六八二条、および面会交流に関する一六八五条二項など、BGBの他の規定でも用いられており、これらの規定においては、児童心理学の観点から「比較的長期間」が解釈されていることを理由とする。

また、ラウシャー (Thomas Rauscher) も、連邦通常裁判所が、面会交流に関する一六八五条二項について、そこでも「比較的長期間」は一年で十分であるとした判決を引用しつつ、そうした解釈が生物学上の父による否認の場合にも援用できるかどうかは疑わしいとする。なぜなら、「他の社会的家族的関係と並んで行われる子の面会交流について判断するということと、生物学上の父を排除する要件について判断することはやはり大きな違いがある」<sup>64)</sup>からである。

#### (b) 責任の引受け

一六〇〇条四項は、まず一文において社会的家族的関係の存在を認定するための要件として、法的な父が子のために責任を負担している (もしくは、その死亡時点において負担していた) ことを挙げる。これを受けて続く二文では「責任の負担」があるというための基本的な考慮要素とされる「責任の引受け」が、法的な父が子の母と婚姻している場合、もしくは子と比較的長期間にわたって家族的な共同体において同居していた場合には、通常 (In der Regel) 認められると規定している。しかし、「通常 (In der Regel)」とされているように、それ以外の場合においても、社会的家族的関係が認定できる場合がある<sup>65)</sup>との指摘があり、例えば、定期的に余暇や、休日を共に過ごしていたことに象徴されるような深い信頼関係があれば、社会的家族的関係の存在を肯定するのに十分であるが、法的な父が、単に法定代理人であ

るといっただけでは、社会的家族的関係は認められないし、子の扶養料を支払っていただけでも、社会的家族的関係は築かれないと主張されている。<sup>(66)</sup>

## 二 社会的家族的関係をめぐる裁判例の動向

### (1) 連邦通常裁判所二〇〇六年二月六日判決

一六〇〇条四項によると、法的な父と母との婚姻、あるいは法的な父と子との比較的長期間の共同生活があれば、通常、法的な父による現実の責任の引受けが推定される。しかし、社会的家族的関係が存在するというためには、現実の責任の引受け (Übernahme) ではなく、責任を負担 (tragen) していることが必要となる。この違いについて明確に言及し、実務の指針を提示した主要判決として連邦通常裁判所二〇〇六年二月六日判決が注目される。<sup>(67)</sup>

この判決で問題となったのは、①子と法的な父の間に社会的家族的関係が存在するとき、法的な父の父子関係を否認することを (自称) 血縁上の父に禁じる一六〇〇条二項の憲法適合性、②一六〇〇条四項二文の推定と、一六〇〇条四項一文における社会的家族的関係の定義の関係、③身分法上の効果を求めない血縁確認訴訟の許容性の三点である。<sup>(68)</sup> このうち本稿では、②の点のみを取り上げることにした。

#### (a) 事案の概要

原告Xは、Y<sub>1</sub>の妻と、性的な関係をもち、二〇〇三年一月三日にY<sub>2</sub>が出生した。Xが、Y<sub>1</sub>の妻と知り合ったのは、Xの主張によると二〇〇二年二月の初め、Y<sub>1</sub>の主張によると二〇〇二年四月の初めである。両者の関係は、二〇〇二年六月の初めに終了した。他方、Y<sub>1</sub>およびその妻は、一九九八年の婚姻以来夫婦としての生活を営んでいる。もつとも、X



の主張によると、二〇〇二年の四月の初めから六月中旬までY<sub>1</sub>と妻は別居していたが、少なくとも共同生活は、Y<sub>2</sub>の出生をもって復活した。

Y<sub>2</sub>の法的な父は、Y<sub>1</sub>とその妻が婚姻していたことから、Y<sub>1</sub>とされた。そこで、Xは、家庭裁判所に対し、Y<sub>1</sub>を被告とし、Y<sub>1</sub>とY<sub>2</sub>の間に父子関係がないことの確認を求めて訴えを提起した。これに対して、家庭裁判所は、当時の一六〇〇条において、Xには否認権がないことを理由に、Xの訴えを却下した。Xは控訴した。

ところがその後、連邦憲法裁判所が、ドレスデン上級地方裁判所の判決送達の日前に、本規定の部分的な違憲を宣言し、法改正までこの決定の影響を受ける可能性のある係属中の手続を中断することを命じたため、手続きが中断された。

二〇〇四年四月三〇日に施行された改正法により、一六〇〇条は改正され、現一項二号が新たに規定されたことから、Xは改めて子の母の懐胎期間に、すなわち二〇〇二年三月から五月の期間に性的関係にあったことを宣誓に代えて保証し、被告にY<sub>2</sub>を加えた、さらに、Y<sub>2</sub>が自身の子であることの確認を予備的に申し立てた。

これに対し、ドレスデン上級地方裁判所も、本件では、Y<sub>1</sub>が、Y<sub>2</sub>の母と一九九八年以来婚姻し、Y<sub>2</sub>は、二〇〇三年一月の出生以来共同の住居において、Y<sub>1</sub>と生活しているため、社会的家族的関係の存在が推定されるための二つの要件が満たされるとし、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>両被告間に社会的家族的関係が存在するとして控訴を棄却した。

そこでXは、一六〇〇条四項二文の推定によって、単に推定されるだけの家族の絆の保護に反証し難い優位性が認められている点など、一六〇〇条の新規定は、当事者の利害が対立する場面で憲法上必要な考慮を欠いている旨を主張し、上告した。<sup>(2)</sup>

## (b) 判旨

連邦通常裁判所は、まず、「子との比較的長期間の共同生活は、社会的家族的関係の存在を認めるのに不可欠の要件ではなく、法的な父が、将来にわたっても、継続的に子のための現実の責任を負担するとの心証を裁判官が得ることができれば、短期間の共同生活であつても、社会的家族的関係が認められる」と説示し、比較的長期間の要件は絶対の要件ではなく、むしろ社会的家族的関係には責任負担の将来にわたる継続性が重要であることを明確にした。そのうえで、一六〇〇条四項二文の推定について、「この推定は、単に現実の責任を引き受けたことについての推定であり、引き受けられた責任が今後も引き続き負担されることまでは推定していない」とした。さらに、「一六〇〇条四項二文(引受け)と、四項一文(負担)の文言上の差を無視して、子の母と法的な父との間に存続する婚姻、または子との家族的な共同体における比較的長期間の共同生活から、一六〇〇条四項一文の法的な父の現実の責任の負担を認め、そこから二項の社会的家族的関係の存在を推定するとする理解は適切ではない。一六〇〇条四項二文は、単に法的な父が子のために現実の責任を引き受けていたことの推定規定にすぎない。しかし、一六〇〇条四項一文は、法的な父が子のために、なお現実の責任を継続的に負担し、または負担していたことを要するため、引受けだけでは十分でない」とし、引受けと負担の持つ意味は異なり、負担という場合、それは責任がなお継続して担われていることを指すことを示した。

そのほか、社会的家族的関係の存否の判断は最終口頭弁論の時点が基準となること、生物学上の父は、単に「知らない」として法的な父と子との関係を否認することでは許されず、社会的家族的関係の存在に疑念を抱く十分な根拠を主張することが必要で、これがあれば、職権による調査が行われることになり、推定を覆すことも不可能ではないことも判示された。

(c) 検討

本判決は、連邦通常裁判所が初めて、一六〇〇条四項一文の「責任の負担」と、二文の「責任の引受け」の違いについて言及し、負担という場合、責任がなお継続して担われていることを指すことを明らかにした点で意義のある判決である。たとえ、法的な父の現実の責任の引受けがあったとしても、そのことから社会的家族的関係の存在まで推定されるわけではなく、あくまでも、社会的家族的関係と言い得るためには、引き受けられた責任が、最初の引受けの時点以降、さらに継続して負担されることはできないとした。

さらに、比較的長期間の共同生活は、社会的家族的関係の存在を認めるのに不可欠の要件ではなく、子と法的な父との間の家族的な共同生活が必ずしも比較的長期間とは言えない場合であっても、責任負担の将来にわたる継続性が裁判官に認められれば、社会的家族的関係は肯定され得ることも明らかとなった。

本判決で示された上記の見解は、認知に基づく法的な父子関係を否認する際の生物学上の父の主張責任と裁判所の職権解明義務に関して説示した連邦通常裁判所二〇〇八年七月三〇日判決<sup>(72)</sup>でも改めて確認された。また、その後の下級審でも引用されている。

(2) 下級審裁判例の動向

下級審裁判例においては、さらに、いかなる具体的事情があれば、子と法的な父の間に社会的家族的関係があると認められるかが争われている。以下では下級審判例を、事案の内容に従って概観することにした。

## (a) 法的な父と子が別居している事案における社会的家族的関係の存否

① フランクフルト上級地方裁判所二〇〇七年一月九日判決<sup>3)</sup>

一九九七年にアルゼンチンにおいて出生したY<sub>2</sub>の母は、Y<sub>1</sub>と婚姻していたが、母は懐胎期間にXと知り合い、Xと性交渉をもった。一九九六年五月に母はY<sub>1</sub>と仲直りし、アルゼンチンへ旅行した。Y<sub>2</sub>の出生後数カ月経った一九九七年五月にY<sub>2</sub>の母は、Y<sub>1</sub>とドイツへ帰国し、そこで一九九九年一月まで共同で生活した。その後、母はY<sub>2</sub>と再びアルゼンチンへ旅行し、一九九九年八月までそこで生活した後、ドイツへ帰国し、二〇〇〇年二月までY<sub>1</sub>と共に生活したが、その後Y<sub>1</sub>とは別居するに至った。しかし、その後もY<sub>1</sub>は、毎週もしくは少なくとも二週間に一回、定期的に交流している。他方、二〇〇二年二月の父子関係の鑑定で、Xが生物学上の父である確率がほぼ一〇〇%であることが明らかになった。Y<sub>1</sub>は、定期的な交流によって醸成された緊密な関係の存在を主張した。これに対し、Xは、Y<sub>2</sub>の父がY<sub>1</sub>ではなく自身であることの確認を求めた。

以上のような事実関係において、フランクフルト上級地方裁判所二〇〇七年一月九日判決は、Y<sub>1</sub>は、子の出生時点で母と婚姻しており、共に生活していたこと、婚姻共同生活は、一時中断したものの二〇〇〇年の二月まで存在し、母とY<sub>1</sub>の一致した主張により、その後もY<sub>1</sub>の間に緊密な交流が行われていることを認定した。さらに、Y<sub>2</sub>が「パパ (Y<sub>1</sub>)、ママと一緒に暮らしたい」との願望を述べ、Y<sub>2</sub>がY<sub>1</sub>に対して強い愛着を持ち、Y<sub>1</sub>を父とみなし、再び一緒に暮らしたいと望んでいることから、Y<sub>1</sub>の間に緊密な関係が証明され、社会的家族的関係が存在することには疑いの余地がないとし、Xの否認を斥けた。

本判決は、Y<sub>1</sub>と母がすでに離婚していたとしても社会的家族的関係が存在するという事実は変わらないとも判示している。たとえば法的な両親が離婚し、別居していたとしても、一年以上の共同生活があり、別居後も子と法的な父が変わ

らず交流をしている場合には、社会的家族的関係を認定した事例である。<sup>(74)</sup>

②シュトゥットガルト上級地方裁判所二〇〇七年九月六日判決<sup>(75)</sup>

法的な父 $Y_1$ は子 $Y_2$ の母の同意を得て $Y_2$ を認知した。しかし、 $Y_1$ は母と婚姻したことはなく、母および $Y_1$ の関係は、かなり以前に終了しており、母は $Y_1$ の二番目の子の妊娠中、 $Y_1$ とはすでに別居していた。二〇〇三年二月二六日〇の出生以来、 $Y_1$ は、母および $Y_2$ と比較的長期間といえる程の共同生活はしていない。 $Y_1$ は一カ月に一度二〜三時間程度、 $Y_2$ と母のもとを訪問するにとどまり、また、一カ月に一度 $Y_2$ と、一〜二度母と電話をする程度であった。 $Y_1$ は、ある意味では母の精神的な支えにはなっていたが、 $Y_2$ のための養育費も最近まで支払っていなかった。その後、母および $Y_2$ は引越し、 $Y_1$ の訪問も困難となっている。また、そこには母の新しいパートナーもいる。しかし、 $Y_2$ は未だなお $Y_1$ をパパと呼んでいる。このような状況下で、二年の否認期間内に、生物学上の父 $X$ から、否認訴訟が提起された。なお、訴訟提起にともない、 $X$ は自身と $Y_2$ との間に血縁関係が存在することを鑑定書をもって証明している。

シュトゥットガルト上級地方裁判所二〇〇七年九月六日判決は、「このような状況下では、現実の責任の引受けがあったと推定する規定にいうような関係は $Y_1$ ・ $Y_2$ 間には存在しない。それゆえ、 $X$ の生物学上の父子関係を優先させるべきである」とし、生物学上の父の否認を認容した。

本判決は、たとえ子が、法的な父を「パパ」と呼び、かつて交流があったとしても、出生のときから共に生活しておらず、月に一回数時間の面会交流や電話でのやり取りをしていたという事実があるだけでは、現実の責任の引受けを推定させるような関係を築いたとは言えないとした事例である。

(b) 法的な父と子の共同生活が短期間である場合における社会的家族的関係の存否

③ブレーメン上級地方裁判所二〇一〇年三月二四日決定<sup>(7)</sup>

本決定は、子 $Y_2$ の出生後すぐに $Y_1$ により認知された父子関係を $X$ が否認した事案であり、子の出生後すぐの否認訴訟の提起が社会的家族的関係の発生を妨げるかが論点になった。

ブレーメン上級地方裁判所二〇一〇年三月二四日決定は、連邦通常裁判所二〇〇六年二月六日判決を引用し、法的な父と子との間に比較的長期間の共同生活があることは必須の要件ではなく、法的な父が、将来にわたっても、継続的に子のための現実の責任を負担するとの心証を裁判官が得ることができれば、短期間の共同生活であっても、社会的家族的関係が肯定されるとした。そのうえで、子の出生前から、母と認知者たる法的な父との関係および共同生活が存在し、その関係の中で子が出生した事実から社会的家族的関係の存在を認定した。

本決定の事案では、共同生活はあっても、それが比較的長期間であったとは言えない。しかし、連邦通常裁判所二〇〇六年一二月六日判決で示されたように、比較的長期間の共同生活がなくても、子の出生前から父母が安定的な関係にあり、共同生活のある法律上の父母のもとで子が出生した場合には社会的家族的関係を認めることができるとした。

④ベルリン上級地方裁判所二〇一二年四月三〇日決定<sup>(7)</sup>

法的な父たる $Y_1$ は、二〇一〇年四月に子 $Y_2$ との父子関係を認知し、二〇一〇年五月に、両親は共同の親として配慮権を行うことを宣言した。しかし、両親の家族的な共同体は、二〇一〇年九月に始まったものの、 $Y_1$ は同年一二月に、 $Y_2$ についての責任を負うつもりのないことを手紙で母に告げたため、 $Y_2$ およびその母と $Y_1$ は別居した。また、 $Y_1$ は二〇一一年三月の時点では、まだ別の女性と婚姻関係にあった。その後、 $Y_2$ の出生から約二年後に、 $Y_1$ は $Y_2$ のための社会的な

責任を引き受けるとの意思を初めて表明した。生物学上の父たるXは、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の共同生活がまだ短期間のものでしかなく、社会的家族的関係は形成されていないとし、Y<sub>1</sub>とY<sub>2</sub>の間の父子関係の否認を求めた。区裁判所がY<sub>2</sub>および母に血縁検査 (Abstammungsuntersuchung) に対する拒否権がないとしたため、Y<sub>2</sub>が控訴した。

ベルリン上級地方裁判所二〇一二年四月三〇日決定は、まず、Y<sub>1</sub>がY<sub>2</sub>のための社会的な責任を引き受けるとの用意および努力を、Y<sub>2</sub>の出生から二年弱経って初めて示したことに着目し、「父と子との安定的な社会的家族的関係を認定するためには、家族の共同生活が、同程度の期間営まれていなければならない」とした。そのうえで、「法的な父子関係が社会的な父子関係を伴わないとき、生物学上の父子関係を一致させる可能性が開かれる。これに加えて、法的な父の立場および態度も考慮されるべきである」。したがって、本件のような場合に法的な父子関係を維持することは殆ど子の福祉に一致することはないと判断し、Xの請求を認容した。

(c) 意図的に訴訟手続の引延ばしがあった場合における社会的家族的関係の存否

⑤カールスルーエ上級地方裁判所二〇一〇年一月二一日判決<sup>(78)</sup>

子Jの母は、当初、少年局に対しXをJの父としてXとJの交流を無制限に認めていた。しかし、母はXによる父子関係の認知に同意せず、XとJの面会交流も困難となつてから、Jの父がXであるか否か定かでない主張し始めた。二〇〇六年九月一七日にYが父子関係を認知し、二〇〇七年二月一日に婚姻した。その後、母とYはXからの否認手続において区裁判所により命じられた証拠調べを一年以上故意に遅滞させた。なお、裁判所により命じられた血縁鑑定の結果、Xが子の父である確率は九九%であった。

このような事情のもとで、カールスルーエ上級地方裁判所二〇一〇年一月二一日判決は、まず、原則として社会的家

族的関係を認定するのは、最終口頭弁論の時点であることを確認し、本件においても最終口頭弁論の時点で社会的家族的関係の存在が認められるとした。そのうえで本件のように、「意図的に手続期間を引き延ばすことによりJとYの間の社会的家族的関係が築かれ、それが固定されたとき、例外的に最終口頭弁論の時点ではなく、手続開始時点」を社会的家族的関係の判断時点とするとし、Xの否認を認めた。「法的な父が変わると、母は社会的な関係がもはや存在しない男性と親としての権利を分け合わなければならず、従来の法的な父は、今後も共同生活が継続するにもかかわらず、子に対する権利を失う。結局のところ、子は(法的な父の変更が)子の福祉に合致するとき、新しい父を受け入れる準備をしなければならぬ」(vgl. zum Ganzen BVerfG, FamRZ2003, 816。)その場合、法的な関係の変化により、現にある家族の結合が妨害され、あるいは損なわれることもあるが、本件はそのようなケースではない。Yは初めから子の父がXであることや面会交流を行っていることを認識したうえで認知しており、第一審手続は、社会的家族的関係を構築するために一年以上引き延ばされたことが認められる。したがって、「社会的家族的関係の存在について最終口頭弁論の時点を基準として判断することは正当化できない」とされた。

本判決は、たとえ、否認訴訟の最終口頭弁論の時点で社会的家族的関係が存在するとしても、それが意図的な手続の引延ばしによる場合には、基準時点が前倒しになり、否認が認められるとした。

⑥ デュッセルドルフ上級地方裁判所二〇一三年一月二九日決定<sup>29)</sup>

二〇一〇年中頃から二〇一一年の初頭まで、母はXと生活しており、それ以前から既に比較的長期間二人は恋愛関係にあり、四人の子どもがいた。二〇一一年に母は、双子Y<sub>2</sub>およびY<sub>3</sub>を出産した。その後、Y<sub>2</sub>とY<sub>3</sub>については、Y<sub>1</sub>が二〇一一年六月一六日に母の同意を得たうえで、少年局の証書によって認知し、法的な父となった。Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>は出生以来、Y<sub>1</sub>



と共に生活している。その後、二〇一二年四月二日にY<sub>1</sub>と子の母は婚姻した。

区裁判所は、二〇一二年八月二日の決定において、血縁鑑定を採用した後、Xの申立てに基づき、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の父親がXであることを確認した。区裁判所が、血縁鑑定を求めた際、Y<sub>1</sub>と子の母はこれを拒否した。そのため、手続きが七カ月間遅滞した。

Y<sub>1</sub>と子の母からの控訴に対し、デュッセルドルフ上級地方裁判所二〇一三年一月二十九日決定は、次のように判断した。「当審の認定によると、出生の時点で、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>とY<sub>1</sub>の家族的な共同体が存在する。Y<sub>1</sub>と母、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>は、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の出生以来、共同の家政において生活している。共同生活のもとで、いまや二〇カ月が経過し、比較的長期間という要件も満たされる。Y<sub>1</sub>と母がまずもって命じられた鑑定に同意しなかったことで手続きが遅滞したという事情があっても、十分な期間が経過したことに変わりはない。このような遅滞が、裁判所の判断に影響を及ぼすかどうかは疑わしい。すでに生成している社会的家族的関係を存続させることにより、子は保護されるべきであるから、意図的な引延ばしによって生じた時の経過を無視することは子の保護と矛盾する」。また、「たとえ七カ月間の期間を無視したとしても、一年以上の共同生活、およびそれに続く婚姻は、親が実際に責任の引受けをしているという推定を根拠づける。それに加えて必要なのは、実際の責任が今後も法的な父により担われることである (vgl. BGH, FamRZ2007, 538ff.)。これは本件において認めることができる。少年局の職員は、区裁判所による聴聞会の際も、当審の公判においても、双子の出生以来、Y<sub>1</sub>と母による援助があったものと推定できると述べている。両親は、愛情をこめて双子 (Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>) の世話をしている。Y<sub>1</sub>は家族における重要な支柱であり、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の基本的な監護および扶養を行っている」とし、社会的家族的関係の存在を認めた。本決定は、意図的に手続が引き延ばされた場合でも、それ以前から一年以上の共同生活が存在した場合には、手続遅滞の期間も含めて社会的関係の存在が認定されるべきことを示した。

(d) 過去において生物学上の父との間に共同生活があった場合における社会的家族的関係の存否

⑦ ヘルフォルト区裁判所二〇〇七年一月二六日判決<sup>8)</sup>

Y<sub>2</sub>とY<sub>1</sub>の母は婚姻していたが、不仲になり、母は頻繁に夜間に外出するようになった。その際に母はY<sub>2</sub>の同僚であるXと会い、法的に懐胎期間とされる二〇〇三年八月一三日から二月一〇日までの間、母はXと性的関係をもった。妊娠初期の四日間ほど、母はXのもとで過ごし、その後二―三か月間自身の両親のもとで過ごししたが、Y<sub>2</sub>のもとへ戻った。裁判外で鑑定が行われ、Xが生物学上の父であることが明らかとなった。そのため、母はXのもとへ戻り、二〇〇四年一月末から約二週間ともに暮らした。その後、二〇〇四年のクリスマスまで両親のもとで過ごしした後、Y<sub>2</sub>のもとへ帰った。二〇〇五年三月二七日から、母はY<sub>1</sub>と再びY<sub>2</sub>のもとを離れ、およそ八か月間Xとともに暮らしたが、二〇〇五年一月にはY<sub>2</sub>のもとへ戻り、Y<sub>1</sub>と今日までもに暮らしている。Xは、二〇〇五年一月以降も一時的に中断した時期はあったものの、Y<sub>1</sub>と宿泊を伴う面会交流を定期的に行っている。Xは自身が生物学上の父であることの確認を求めて訴えを提起した。

ヘルフォルト区裁判所二〇〇七年一月二六日判決は、Y<sub>1</sub>がY<sub>2</sub>および母と共に、現在家庭的な共同体において生活し、Y<sub>2</sub>とY<sub>1</sub>の間に社会的家族的な結びつき (sozial-familiäre Bindung) が存在することを認めた。しかし一方で、XがY<sub>1</sub>の生まれる以前から生物学上の父として過ごし、その後も面会交流を続けたことにより親子としての結びつきが形成され、「Xの生物学上の父としての利益が重大なものとなっている」ことも認定した。また、Y<sub>2</sub>はこれまでXがY<sub>1</sub>の生物学上の父であることを認識したうえでY<sub>1</sub>と生活しており、たとえ法的な父がXとなっても共同生活関係が悪化するとは予想できないことや、母もXが生物学上の父であることに異論を述べていないことからXの請求を認容した。

本判決は、法的な父と子との間に社会的家族的な結びつきが存在することを認めただけで、生物学上の父と子との間に

存在する関係を重視し、生物学上の父による否認を認めた事案である。

⑧ブレーメン上級地方裁判所二〇一三年一月二二日決定<sup>(81)</sup>

子が出生後、少なくとも六歳から七歳に至るまでの間、生物学上の父たるXのことを家族の一員として認識し、生活していたが、その関係が終了し、その後、子は法的な父と家庭的な共同体を形成し、現在まで共に生活している。法的な父が子との家族旅行や学校における父母懇親会に出席していることが少年局の報告により明らかとなっており、子は法的な父をパパと呼びかけ、かつ自分の生物学上の父であってほしいという希望まで述べていた。

ブレーメン上級地方裁判所二〇一三年一月二二日決定は、かつて生物学上の父と子との間に社会的家族的関係が存在したことを認め、「社会的家族的関係が生物学上の父との間にも存在していた事案について、生物学上の父と子との関係を例外なく考慮しないことに対して提起されている学説の疑念について共感する」とも述べた。しかし本決定の事案は、子が生物学上の父よりも明らかに法的な父に対して好意的であり、いずれにせよ、法的な父と子との間に存在する情緒的な関係と同質の関係が、生物学上の父との間に存在していたわけではなく、このことから、以前の関係を考慮することはできないとして、生物学上の父からの否認を認めなかった。

### 三 小括

二〇〇四年改正法は、連邦憲法裁判所の決定を契機として、一九九七年改正法を部分的に改正し、否認権者として新たに生物学上の父を加えた。ただし、生物学上の父には、他の否認権者にはない要件が設けられた。それは、法的な父と子との間の「社会的家族的関係」の不存在と、子と自身の父子関係の存在の証明である<sup>(82)</sup>。「社会的家族的関係」は、否

認の際の消極的要件であり、ここには、現実には営まれる親子関係を保護することが意図されている。<sup>(83)</sup> すなわち、血縁よりも、子と心理的な親との継続的な日々の接触によって築かれた養育関係の維持が子の健全な成長発達にとって必要不可欠とされ、<sup>(84)</sup> 現実に形成された法的な父と子との社会的な結びつきの方が優先される。

改正法は、血縁よりも法的な父と子との間の「社会的家族的関係」を保護し、優先すべきとしたが、「社会的家族的関係」が一体いかなる関係を指すかは、明らかでない。そのために、四項に解釈指針を規定し、概念の不明瞭さを補おうとした。<sup>(85)</sup> すなわち、法的な父が子のために現実の責任を負担しているかに着目し、社会的家族的関係の存在を判断する。また、現実の責任に関しては、法的な父と母が婚姻しているか、あるいは法的な父と子が家族的な共同体で比較的長期間共に生活しているかに着目し、責任の引受けが推定される。もともと、こうした規定をもつても、社会的家族的関係の存否を判断することは容易ではない。そこで、裁判例は、「社会的家族的関係」をめぐって様々な解釈を提示するに至っている。

こうした状況の下で、連邦通常裁判所二〇〇六年一月六日判決は、社会的家族的関係の意義ないし確定にあたっての考慮要素を明らかにした。すなわち、一六〇〇条四項二文(引受け)と、四項一文(負担)は明確に異なり、引受けのみから社会的家族的関係の存在を推定することはできず、引き受けられた責任が、それ以降、さらに継続して負担される必要があることを強調した。また、「子との比較的長期間の共同生活は、社会的家族的関係の存在を認めるのに不可欠の要件ではなく、法的な父に、将来にわたっても、継続的に子のための現実の責任が負担されるとの心証を裁判官が得ることができれば、短期間の共同生活であっても、社会的家族的関係が肯定される」と述べ、社会的家族的関係の存在を認めるには責任負担の将来にわたる継続性が重要であることが明らかにされた。<sup>(86)</sup>

社会的家族的関係は、将来にわたる継続性に関しての保証がない。<sup>(86)</sup> ここに、社会的家族的関係を問題にすることの危

うさがあるように思われる。したがって、一度引き受けられた子に対する責任が、その後も負担され続け、さらに将来にわたっても継続されるとの心証を、裁判官が得ることのできるような関係でなければ、血縁よりも重視され、保護に値する関係とはされない。

下級審においても、生物学上の父による否認が求められた場面で、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在するかが主たる争点となっているが、連邦通常裁判所二〇〇六年二月六日判決、および連邦通常裁判所二〇〇八年七月三〇日判決が示した考え方をベースに規定運用がなされている。すなわち、法的な父と子が現在共同生活を送っていない場合で、たとえ法的な両親が離婚していても、従前に一年以上共同生活を送り、さらに別居後も継続的に面会交流が実施されている場合には、社会的家族的関係が認定されている(①の判決)。他方、従前一カ月一度、二〜三時間程度の面会や、電話での交流があり、子がなお法的な父を父親と認識していたとしても、現在交流が難しい状態で、これまで扶養料の支払いの事実もなく、ほとんど共同生活を送ったこともない場合には、社会的家族的関係があるとは認められない(②の判決)。連邦通常裁判所二〇〇六年二月六日判決により比較的長期間の共同生活は必須の条件ではないことが明らかとされたが、そのような場合に社会的家族的関係を認定する際、子のための現実の負担が重要である以上、法的な父が扶養料さえ負担していない場合には、社会的家族的関係は認められないといえよう。

また、子と法的な父との比較的長期間の共同生活が必須の条件でない以上、生物学上の父が子の出生後すぐに法的な父子関係を否認する場合でも、法的な父母が出生前から安定的な関係にあり、そうした環境のもとで子が出生した場合には、社会的家族的関係が認められている(③の決定)。しかし、子の出生から一年以上経過した後には法的な父と共同生活を送り始めた場合には、共同生活が二年未満の間は社会的家族的関係が認定されていない(④の決定)。

なお、連邦通常裁判所二〇〇六年二月六日判決は、社会的家族的関係の存否の判断は最終口頭弁論の時点が基準と

なることも明確にした。しかし、社会的家族的関係を固定化させるため、意図的に手続を遅滞させた場合、法的な父と母との婚姻から短期間しか経過しておらず、これまで共同生活がなかった場合には、最終口頭弁論の時点で社会的家族的関係が認められたとしても、訴訟提起の時点まで基準時を前倒しした裁判例が見られた(⑤の判決)。これに対して、子が法的な父と母とともに出生以来一年以上共同生活を送ってきた場合には、意図的な手続遅滞の間に生じた関係も考慮に入れて社会的家族的関係を認定すべきとした裁判例もあった(⑥の決定)。

さらに、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在する場合には、たとえ法的な父と血縁上の繋がりがないことが明らかであったとしても、否認は認められない(①の判決、⑥の決定)。そうした場合に、生物学上の父との間に社会的家族的関係が以前築かれていても、これを理由に否認は認められないとした裁判例がある(⑧の決定)。しかし、法的な父も自身が生物学上の父でないことを認識しながら子と生活し、母も生物学上の父の否認に対し異論を述べていない場合には、生物学上の父と子との従前の共同生活や現在の関係を重視して例外的に否認を認容した裁判例もみられた(⑦の判決)。

以上のように下級審裁判例では、法的な父と子との間の関係が、「これまでどのように築かれてきたか」という点を中心に、子と法的な父の築いてきた関係がどれほど緊密で、今後もおお継続する関係といえるのかを中心に、事案に応じて柔軟に社会的家族的関係の存否を判断していると言えるだろう。

#### 第四章 改正法の評価

二〇〇四年改正法は、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在していない限りにおいて、生物学上の父に法的父

子関係の否認を認めた。そこで、改正法施行後は、生物学上の父による否認を妨げるような社会的家族的関係とはいかなる関係を指すかについて、解釈上の議論が展開され、裁判例が蓄積されてきた。もつとも、こうした改正法のあり方そのものについては、改正法施行後も評価が分かれており、すでに連邦憲法裁判所の決定も出されている。本章では、改正法施行後に展開された改正法の評価をめぐる議論および連邦憲法裁判所の判断を紹介し、検討したい。

## 一 学説の評価

ヘルムス (Tobias Helms) は、法改正のきっかけとなった連邦憲法裁判所の決定および改正法が、もつぱら法的な父が子のために責任を負っているかどうか、法的な父と子との間に社会的家族的関係が築かれているかどうか、という点だけを重視していることを批判する<sup>(87)</sup>。改正の契機となった事案では、子の出生後、まずは生物学上の父が子との間で父子関係を築いていた。したがって、連邦憲法裁判所はこの点についても重視し、一方で、子が生物学上の父と父子関係をすでに構築し、他方で、法的な父との間には家族的な共同体が存在していないことを強調することもできた。しかし、連邦憲法裁判所も、改正法の立法者も、子と法的な父との間に社会的家族的関係がないという後者の点のみを重視した。すなわち、改正法によると、生物学上の父と子の間にかつて社会的家族的関係が築かれていたとしても、それは意味をもたない。ヘルムスは、その点を指摘し、「母が新しいパートナーと婚姻しており、その者と家族的な共同体においても生活しているような場合であっても、子と生物学上の父との間に親密な関係が認められるのであれば、生物学上の父に否認権を認めるべきである<sup>(88)</sup>」と言う。すなわち、法的な父と子との間に何らかの関係が築かれていたとしても、他方で存在する生物学上の父と子との間の関係にも着目し、場合によっては、そちらを重視すべきという主張である。子のための責任が、法的な父と母との関係が存続する限りでのみ引き受けられることはまれでなく、社会的家族的関係の將

来の展開は必ずしも安定したものとさええない。これに対し、ヘルムスは、生物学上の父との遺伝的な結びつきは、子の運命に対する永続的な利益および、それと同時に確実な関係の継続性と安定性が約束されることを指摘する<sup>88)</sup>。また、子の真実の父は、本来は生物学上の父であるという伝統的な考えが、ドイツ法において深く根付いていることを付言する<sup>89)</sup>。そのうえで、存在する法的な父子関係が安定しており、一方で生物学上の父が子に対する利益を主張していない場合にのみ、社会的な父子関係を優遇することが正当化されるとしている<sup>91)</sup>。

ハーガー (Johannes Hager) は、一六〇〇条四項が、法的父子関係が認知によって認められている場合と婚姻関係に基づいて認められている場合を同列に扱うことを問題視する。すなわち、母と法的な父が婚姻している場合ですら、生物学上の父の基本権を制限することが正当化できるかは疑わしいのに、母が婚姻していない場合、すなわち家族的な共同体が形成されているにとどまる場合は、その関係が基本法六条一項よる保護を受けないことを指摘し、婚姻関係がある場合とは同列に扱えないとする<sup>92)</sup>。また、ヘルムスと同様に、いったん家族的な共同体が形成されても、母とそのパートナーがその後短期間で関係を解消し、パートナーが子に対する関心を失う場合もあることを指摘し、その場合でも二年の否認期間が経過すると、生物学上の父が子と法的な関係を結ぶ機会を失ってしまうことを問題視する<sup>93)</sup>。そのうえで、改正法の規定だけでは不十分であり、一五九五条一項の認知の際の母の同意権を制限すべきことを指摘した。すなわち、ハーガーは、否認の時点における利益衡量を問題とするのではなく、生物学上の父と、法的な父との利益の衝突の問題の根底には、母が何の制限もなく自由に子の認知について同意できる点にあると見ている。生物学上の父に、法的に父となる機会をいくらか保障しても、別の男性が法的な父となり、その男性が社会的家族的関係を築いてしまうと、現行法上なすすべはない<sup>94)</sup>。したがって、そのような状況が生じないよう、母の同意権を制限することを提言している<sup>95)</sup>である。



これら二つの学説は、法的な父と子の間の社会的家族的関係だけを重視する改正法に対して懐疑的な見解である。特に、社会的家族的関係が将来にわたつても継続する保証がないことに危うさを見出している。そのうえで、ヘルムスは、否認の場面では、むしろ生物学上の父と子との関係に着目すべきことを指摘する。これに対してハーガーは、法的な父と子の母が婚姻関係にある場合と、そうではない場合を同列に置くことは疑問としたうえで、そもそも認知によって法的な父子関係を形成する場面で、母が介入することを問題とする。

一方で、これらの学説とは反対に、そもそも生物学上の父に否認権を認めることに懐疑的な見解も存在する。例えばビュットヌル (Helmut Buttur) は、改正の契機となった判例に対し、生物学上の父を法的な父とすることが常に子の利益になうといえるのかは疑わしいと述べ、「生物学上の父に子との面会交流、および否認に対する自然的な基本権があることの承認は、生物学的なつながりを過度に重視するものであり、適当でない。社会的実情を見ると、現にある社会的家族的関係の保護に、生物学上の血縁に対するよりも高い重要性を見出すべき」との見解に立つ<sup>(96)</sup>。また、生物学上の父に扶養能力がないような場合、母に対するいやがらせのために否認が行われる場合があるとも指摘する<sup>(97)</sup>。さらに、ビュットヌルは、母と子の利益は分離することが困難であり、母のもとで幼い子が成長することは、母の利益に一致するとの見解に立つ。そのため、生物学上の父を押しつけられた場合、子は母の利益を慮って苦しむことを指摘し、母の利益に対しても慎重に考慮すべきことを主張する<sup>(98)</sup>。

以上のように、改正法に対する評価は様々であるが、いずれの見解も、改正法が生物学上の父の利益と、法的な父の利益、さらに母や子の利益を慎重かつ十分に衡量したものととはとらえていない。下級審裁判例で紹介した⑧の決定は、ヘルムスや、ラウシャーの見解<sup>(99)</sup>を引用し、「社会的家族的関係が生物学上の父との間にも存在していた事案について、生物学上の父と子との関係を例外なく考慮しないことに対して提起されている学説の疑念について共感する」と述べ、

生物学上の父と子との社会的家族的関係が、法的な父と子との関係と同質と言いうる場合には、生物学上の父と子との関係も考慮すべきことを示唆していた。

## 二 連邦憲法裁判所の評価

二〇〇四年の改正法は、二〇〇三年四月九日の連邦憲法裁判所の決定を立法に反映したものであったが、前節で見たように、改正法施行後も、その評価は様々であり、むしろ生物学上の父と子の関係に着目すべきであるとの批判も見られた。こうした状況のもとで、再び連邦憲法裁判所が改正法の評価を迫られることになった。それが二〇一三年二月四日決定および二〇一五年二月二四日決定であり、以下に紹介し、検討したい。

### (1) 連邦憲法裁判所二〇一三年二月四日決定<sup>⑩</sup>

#### (a) 事案の概要

抗告人Xは、子の母と婚外の関係を続け、これは子が生後四カ月となる時まで続いた。子は一カ月の時から、母、法的な父、および未成年の兄弟とともに生活している。Xは自身が子の生物学上の父であるとの確信のもとで否認訴訟を提起したが、子と法的な父との間に社会的家族的関係が存在することを理由に棄却された。そこでXは、立法者には、生物学上の父に父としての法的な地位を与える義務があり、生物学上の父の否認を棄却することは、基本法六条一項および二項ならびに基本法二〇条三項、ヨーロッパ人権規約八条に違反するとして憲法異議の訴えを提起した。

#### (b) 判旨

「裁判所は、子の出生前および出生後数か月の間、生物学上の父が社会的家族的関係を構築していた場合でも、生物学上の父からの否認を許さないとすることは憲法に適合するとし、こうした事情のある場合には、基本法六条一項に基づき、面会交流権のみ認められるとした (BVerfGE108, 82, 87 f.; 90, 106, 109, 112f. = FamRZ2003, 816.)」。また、「ヨーロッパ人権裁判所は、法的な父が社会的な父としての役割も担っている場合において、生物学上の父に父子関係の否認が許されるべきかどうかは、国家の立法の裁量の範囲内にあることを明らかにした (EGMR, Urteile vom 22. März 2012 - Beschwerde-Nr. 23.338/09, Kautzor/Deutschland - juris, Rn. 78 ff. und - Beschwerde-Nr. 45.071/09, Ahrends/Deutschland - juris, Rn. 74 ff.; Entscheidung vom 11. Dezember 2012 - Beschwerde-Nr. 11858/10, Kopplkar/Deutschland.)」<sup>(四)</sup>のような事情から、Xの憲法異議の訴えは認められなかった。

## (2) 連邦憲法裁判所二〇一五年二月二四日決定<sup>(五)</sup>

### (a) 事案の概要

原告人Xは、二〇〇二年に出生した子の生物学上の父であり、この点に争いはない。Xは子の母と婚姻していないが、子の出生後、母および子と同じ家で共に生活し、その際、子の監護および扶助を行った。二〇〇八年にXは子の母と別れ、子は母のもとにとどまったが、Xと子との間では引き続き面会交流が行われた。一方で、母は二〇〇八年に別の男性Yとの関係を開始した。二〇〇九年四月以来、Yが一週間に一日は母および子の家を訪れ、家族として過ごした。二〇一一年四月にはYが母および子と共同の家で暮らし始め、子の父子関係を認知した。二〇一二年九月に子の母とYは婚姻した。彼らは依然として、共同で暮らしている。二〇一二年三月、Xは父子関係の否認訴訟を提起し、Yではなく、自身が子の父であることの確認を申し立てた。Xは子の出生以来二〇〇八年まで子との社会的家族的関係において生活

していたこと、母の夫と子との社会的家族的関係は存在しないと主張し、母の夫は子のための継続的な責任を負っていないと主張した。

二〇一二年一月一九日の決定で、区裁判所は、Xの申立てを却下し、それに対する抗告も、二〇一三年一月八日の判決で却下された。そこでXは、憲法抗告をもってヨーロッパ人権規約六条、八条、一四条と関連して、基本法二〇条三項及び三條一項、二項、六條二項に違反すると主張した。

(b) 判旨

「父子関係の否認および認知手続にかかわる法規定は、Xの権利、特にその憲法上の親としての権利を侵害するものではない。確かに、基本法六条二項一文は、子の血縁上の父の、父としての法的な地位を得る利益も保護する……このことに関して手続きを用意する義務が立法者にあることは基本法六条二項一文に基づいて憲法上保障されているところである (vgl. BVerfGE 108, 82, 104f. = FamRZ 2003, 816.)。しかし、当裁判所は、法的社会的家族を保護するために、生物学上の父とされる者が父子関係を否認することを許さないとすることに、原則として憲法上の疑義を挟む余地はないことを確認した (vgl. BVerfGE 108, 82, 104f. = FamRZ 2003, 816.)。当裁判所は、子の出生前および出生後数か月の間、生物学上の父が社会的家族的関係を構築していた場合でも、生物学上の父からの否認を許さないとすることは憲法に適合するとし、こうした事情のある場合には、基本法六条一項に基づき、面会交流権のみ認められるとした (vgl. BVerfGE 108, 82, 87f., 90, 106, 112f. = FamRZ 2003, 816.; BVerfGE, Beschluss der 1. Kammer des 1. Senat v. 4.12.2013-1BvR1154/10-, FamRZ 2014, 191, Rz. 5.)。)

ヨーロッパ人権裁判所の判決もこれと同様である。当該裁判所は、特に、法的な父が社会的な父としての役割も担っ

ている場合において、生物学上の父に父子関係の否認が許されるべきかどうかは、国家の立法の裁量の範囲内にあると「う」とを明らかにした (EuGHMR, Kautzor v. Deutschland, Urteil v. 22.3.2012-Nr.23338/09., Juris Rz.74ff; Ahrens v. Deutschland, Urteil v.22.3.2012-Nr.25071/09-Juris Rz.74ff., vgl.FamRZ2012, 691; Kopplkar v. Deutschland,Entscheidung v.11.12.2012-Nr.11858/10., juris.)<sup>(四)</sup>

本件においても、生物学上の父が法的な父子関係を構築するための法規定のあり方が、生物学上の父の基本権を侵害するものではないことにつき、疑義を差し挟む余地はない。確かに本件は、以前に判断されたケースとは以下の点で異なる。すなわち、Xは二〇〇二年の子の出生から、二〇〇八年に母と別れるまで子と一緒に生活し、別居後も子との面会交流により子との現実の関係を維持している。Xは子との社会的な関係があるにも関わらず、二〇一一年にYが認知し、法的な父となったことにつき、これを阻止する可能性は法的にはなかった。：生物学上の父子関係の存否に関する検査は父子関係の認知手続において予定されていない。それにも拘わらず、法的な親の地位に就くXの利益は、十分に保護されていた。以前判断されたケースと異なり、二〇〇二年に出生した子について二〇一一年にYが認知するまで他の男性の父子関係は存在せず、Xは生物学上の父として、その時点までいつでも法的な父としての地位を母や第三者によつて阻止されることなしに手に入れられたからである。それにも関わらず、二〇一二年の父子関係の否認までXは必要な措置を取らなかった。法的な父としての地位に就くことは、二〇一一年のYによる認知まで法的に容易になし得たであろう。Xは、そのときまで、BGB一五九四条、一五九二条二号により認知することができた。これに関して、母が一五九五条一項による同意を拒否するときは、XはBGB一六〇〇条dにより裁判上父子関係を確認することができた。これは、母と別れたあとも、Yによる父子関係の認知の時点までなおXに可能であった。Yによる認知のときまで、社会的家族的関係は、裁判上の確認に基づくのであれ、認知に基づくのであれ、Xが法的な地位に就くことの障害にな

つていなかった。なぜなら、社会的家族的関係はBGB一六〇〇条二項の否認のみを排除し、父子関係の裁判上の確認や認知は排除しないからである。父としての法的な地位に就く血縁上の父の利益をさらに保護することは、憲法の要請するところではない。

本件において、BGB一六〇〇条二項の適用に異議を申し立てるXの抗告は理由がない。」

(c) 検討

連邦憲法裁判所の二つの決定は、否認の時点で法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在する一方で、生物学上の父と子との間にも社会的家族的関係が存在した事案である。特に(2)の決定は、生物学上の父は、二〇〇二年の子の出生から二〇〇八年まで、約六年間にわたり子と生活し、別居後も面会交流により子との関係を維持している。他方、法的な父が子と共同生活を始めたのは二〇一一年以降であり、週に一度の訪問を開始した二〇〇九年からの期間を含めても、明らかに生物学上の父との関係の方が長期間にわたる。しかし、連邦憲法裁判所は、生物学上の父と子との関係を考慮することなく、現に法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在することを理由に、否認を斥けた。その際、連邦憲法裁判所は、生物学上の父には、法的な父子関係が築かれる以前にいつでも自身の父子関係を法的に承認させる機会があったことを指摘している。たとえ別の男性と子との間に社会的家族的関係があったとしても、それが生物学上の父の法的な父子関係の創設において妨げになるのは、あくまでも否認の場面だけである。生物学上の父は、別の男性が子との法的な父子関係を創設するまで、母の同意を得て、あるいは得ることができない場合であっても裁判によって、自らの父子関係を創設することができる。(2)決定は、その点を指摘し、法的な父子関係が異なる男性によって築かれ、その男性との間に現に社会的家族的関係が存在する場合には、憲法上も生物学上の父による否認が許されないことを明

らかにした。

これまでの下級審裁判例や連邦通常裁判所の判決、および連邦憲法裁判所の二つの決定を概観すると、ドイツにおいて父子関係を決定する要素として必ずしも血縁だけが重視されているわけではないことは明らかである。むしろ、法的な父子関係を否認する場面では、子が法的な父と密接な関係を築いているか、その関係が今後も継続するほど強固なものといえるか、その関係を壊すことが子に影響を与えるかが重視されている。生物学上の父による否認権導入の契機となつた連邦憲法裁判所二〇〇三年決定では、法的な父の変更により、「子は、従来の家族共同体が存続する一方で、これまででの父親を失い、新しい父を受け入れる準備をしなければならないことになる。父子関係の法律上の変動は、確かに血縁上の親子関係と法律上の親子関係の一致をもたらす。しかし同時に、法律上の父子関係と社会的父子関係が分断される結果となり、また婚姻による子という身分の喪失を招くことにもなりうる。これは、子に新たな適応を要求することであり、それにより子は心的葛藤に陥ることもある」と判示されていた。また、法律上の親子関係と社会的家族的関係の齟齬は様々な衝突を招き、子の福祉を危険にさらすことになる。このことから、立法者は、現にある社会的家族を維持するという子と法律上の両親の利益を、生物学上の父の、法律上も父親となるという利益より優先させ、一六〇〇条において、生物学上の父に法的な父子関係の否認を認めていないことは、原則として、憲法に反しないとした。ここにドイツにおける法的父子関係の創設の根本的な視点があるといえよう。法的な父子関係を「変更」することは、子にもその変更に伴って何らかの影響を及ぼす。特に子が安定した養育環境で育っている場合には、その変更は子にとつて大きな負担となる。安定した養育環境で誰にも妨げられることなく育つことこそが子の最大の福祉だとする考え方が根底にあるように思われる。

## 第五章 おわりに

法的な親子関係の認定にあたって、血縁関係の有無が基本的な考慮要素となることはいうまでもない。しかし、血縁上の親子関係と法律上の親子関係が一致しない場合が生ずることは避けられない。二〇〇四年改正法により導入された生物学上の父の否認権は、より一層血縁主義を徹底する趣旨であったことは否定できない。しかし、改正法は、血縁よりも優先されるべき要素が存在することを明らかにした。法的な父と子の間の社会的家族的関係の不在の要件は、他の否認権者にはなく、生物学上の父のみに設けられた要件である。ここには、現に形成された家族としての結付きを保護することが意図されていた。すなわち、家族の中で成長し、そこで形成された結付きは破壊されてはならないとされ、それは、血縁に優先する。慣れ親しんだ社会的家族的関係の中で、今後とも変わらずに成長することは血縁よりも重要な子の利益であると考えられている。法的な父と子との社会的家族的関係は、基本法上も法的な父と同様に保護されるはずの生物学上の父の権利の貫徹を阻む。換言すると、これがドイツ法において血縁主義の貫徹を阻む限界とされている。もともと、改正法が用いた「社会的家族的関係」の概念は抽象的であり、これを補うために規定された解釈指針も必ずしも明確でない。これらの解釈については、裁判例が明らかにしつつあり、実際の裁判例においては、裁判官に、法的な父が、将来にわたっても、継続的に子のための現実の責任が担うとの心証を抱かせるような関係があるか否かで判断される。法的な父が一度責任を引き受けただけでは足りず、その後も将来にわたって、継続的に子についての責任を担うであろうことが明らかとなっている必要がある。そのような継続的で、安定的な関係が認められて初めて、社会的家族的関係が血縁に優先するのである。また、社会的家族的関係が過去にあっただけでは足りず、否認の時点で存在しなくてはならない。あくまでも、保護されるのは、現に形成されている家族としての結付きであり、それを保護する



ことが子の福祉にも適うとされている。

ドイツ法上の「社会的家族的関係」は明らかになりつつあるとはいえず、父母の婚姻や共同生活がない場合でも責任の引受けが推定される場合があるのか、また、いかなる関係があれば短期間の共同生活でも裁判官に将来にわたる責任負担の継続性を確信させるといえるのかといった点は、なお裁判例の集積を待たなければならない。そのうえ、引き受けられた責任が、将来にわたっても負担され続けるかという点についてはひとえに裁判官の評価によることになる。生物学上の父による否認の場面だけ問題となる社会的家族的関係は、血縁よりも優先される関係ではあるが、将来にわたる永続性が血縁よりも不明確な関係である。そこに社会的家族的関係を取り扱うことの危うさがあるように思われる。

他方、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在する場合に、生物学上の父からの否認が認められないとしても、ドイツ法上は子からの否認が認められている。すなわち、子は成年に達した後も、「父性に反する事情」を知った時から二年間は否認をすることができる（一六〇〇条b三項）。すなわち、父子関係を否認する決定権限は、最終的には子に留保されていることに注意する必要があるだろう。このようにドイツ法は嫡出、非嫡出に限らず否認権者を限定し、生物学上の父による否認に対しては、子の置かれている状況によって血縁主義の貫徹を阻み、他の否認権者に比べてより厳しい制限を加える構造をとっている。これに対し、わが国の民法は、まず、嫡出子と非嫡出子で法的な父子関係の否認を区別している。生物学上の父が嫡出父子関係を争うには、民法上規定された嫡出否認によってではなく、親子関係不存在確認訴訟によるしかない<sup>(10)</sup>。本稿の冒頭で述べた通り、わが国では、法改正がなされなまま、嫡出推定の排除という解釈論によって否認権者ないし否認期間の実質的拡大が図られてきた<sup>(11)</sup>。学説上は、様々な説が提唱されているが、最高裁は、平成二六年七月一七日判決において外観説を維持することを明らかにした<sup>(12)</sup>。この判決は、DNA鑑定に依拠して嫡出親子関係を否認することを認めず、あくまでも子の懐胎期間中の夫婦の外観によって判断するとした点で大き

な意義を有するが、いずれにしても、子をめぐる現実の親子関係は判決の結論を左右する要素とはされなかった。また、認知による非嫡出父子関係を否定する場面でも、少なくとも判例法理としては、子をめぐる現実の親子関係に注意が払われているわけではない。子をめぐる現実の親子関係を法的父子関係の成否にかかわる要素として持ち込むことの難しさは、すでにドイツ法の現状を見ても明らかではあるが、血縁主義を志向するドイツ法において、血縁主義の貫徹を阻む要素として、子をめぐる現実の親子関係が注目されていることは、わが国の法制を考える上でも一つの問題を提起するものといえよう。

現在、わが国では、親子関係法については、否認権者の拡大をも含めて、改正に関する様々な議論がなされている。今後あるべき親子関係法を考えるうえで、ドイツの動向と対比しつつ、法的な親子関係の形成をめぐり子にとって守られるべき利益とは何か、さらに検討が必要であろう。

- (1) 日本における学説状況については、宮崎幹朗「嫡出推定の意義と問題点」有地享編『現代家族法の諸問題』（弘文堂・一九九〇年）二六五頁以下等を参照。また、嫡出否認、親子関係不存在確認、認知無効の比較と問題点に関しては、水野紀子「嫡出否認・親子関係不存在確認・認知無効の関連」法學セミナー一九九一年（二〇〇四年）一六頁以下を参照。
- (2) 野沢紀雅「比較法的検討—ドイツ」社会と法二八号（二〇一二年）六三頁。
- (3) 三宅利昌「血縁上の父による法律上の父子関係の否定について—ドイツにおける血縁上の父の父性否認権を中心として—」創価法字三四卷二号（二〇〇四年）八七頁、八八頁。
- (4) 本稿において、「生物学上」、「血縁上」、「遺伝的」は、血縁関係はあるが、法的に承認されていない父子関係として同義とする。
- (5) 野沢・前掲注（2）六三頁。
- (6) なおドイツ親子法のBGB制定時からの改正経緯に関しては、特に木村敦子「法律上の親子関係の構成原理—ドイツにおける親子関係法の展開を手がかりとして—」（二〇一〇）（三）（四）（五）（六）法律論叢一六七卷一号一頁、二号三二頁、一六八卷六号一頁、一七〇卷三号一頁、一七四卷六

号三〇頁(二〇一四年)、一七六卷四号二頁(二〇一五年)を中心に、岩志和一郎「ドイツにおける家族法改正の動向」白鷗法学八号一六一頁以下(一九七七年)、岩志和一郎「ドイツの新親子法(上)(中)(下)」戸籍時報四九三号二頁以下、四九五号一七頁以下、四九六号二六頁以下(一九九八年)、遠藤富士子「ドイツの家族法の変遷―最近の親子法改正を中心に―」ケース研究二五六号三頁以下(一九九八年)、トビアス・ヘルムス(野沢紀雅)「遠藤隆幸訳」『生物学的出自と親子法―ドイツ法・フランス法の比較法的考察』(中央大学出版部、二〇〇二年)、Dieter Schwab, Familienrecht, 174. Aufl., Beck C. H., 2009, S.234ff.、野沢・前掲注(2)五二頁等を参考とした。

(7) 木村敦子、私法七四卷、一九〇頁(二〇一二年)。BGB制定当時、婚姻準正子は数多くの特別法において嫡出子よりも不利に扱われていた。したがって、このような差別を婚姻前懐胎子に広げるべきではないとの考えから、婚姻前懐胎子についても準正子ではなく、嫡出子として扱われることとなった。準正については、一九九八年七月一日の改正により削除された。

(8) 木村・前掲注(6)一六七卷二号二六頁、二七頁。

(9) 野沢・前掲注(2)五四頁。

(10) Tobias Helms, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, S.1. すなわち、その性質上、非嫡出子と実父を結びつけるような結果となる結びつきが緊密な関係になるのは極めてわずかな場合に限られると判断された。したがって、非嫡出子は、その父と血縁関係にはないとされていた。BGB制定時から、非嫡出法までの非嫡出父子関係の変遷に関して詳しくは野沢紀雅「ドイツ法における非嫡出父子関係の変遷―一八九六年民法から一九六九年非嫡出子法まで―」法学新報八七巻七・八号一五一頁以下(一九八〇年)。

(11) BGB制定当初は、非嫡出子である子について、たとえ真実の血縁関係と一致していなくとも、嫡出子として扱う方がその子の利益に適うとの考え方が主張されていたが、この時期になるとそうした考え方は全ての場合に当てはまるわけではないと主張されるようになった。すなわち、場合によっては、血縁関係のない夫との法的な家族関係を維持するよりも、否認し、身分を変更することによって生みの親に対し扶養請求権を獲得することや、真実の親が婚姻した場合には嫡出子としてその家族に入る可能性を獲得することの方がはるかに子の利益に役立つとの考えが主張されるようになった。そのことから、子自身にも否認権を認めることが一貫して提案されていた。詳しくは木村・前掲注(6)一六七巻一五二二六頁以下を参照。

(12) 木村・前掲注(6)一六七巻二号三八頁。具体的には、夫の出自でない子の嫡出性を否認することを常に可能にし、それにより子の真実の出自を明らかにする道を開かなければならないと考えられた。そこで、公益の代表者として、また、夫の相続人の利益の実現のために檢察官に否認期間の制限のない否認権が認められた。さらに、夫の否認期間の起算点が、「夫が子の出生を知った時点」ではなく、「夫が子の非嫡出性を示す事情を認識した時点」に修正された。

(13) 木村・前掲注(6) 一六八巻六号二頁。

(14) 木村・前掲注(6) 一六八巻六号八頁以下、一七〇巻三号二頁以下。一九六一年の「家族法の規定の統一と改正のための法律」によって、国家社会主義時代に導入された検察官の否認権が「検察官は、家族の私的な領域に介入すべきではない」等の理由から廃止された。否認期間が二年に延長され、子に否認権が認められたのも、これに伴うものである。子の否認権は、①夫が否認権を喪失せず死亡した場合、または死亡宣告を受けた場合、②離婚・婚姻の取消し・婚姻の無効宣告、または三年以上別居が継続し婚姻共同体の回復の見込みがないとき、③母が生みの親である男性と婚姻した場合、④夫の不道德な生活行状等のある場合、⑤夫に重い遺伝性疾患のある場合に限り、①③④の場合には否認要件にあたる事実を知った時から二年以内に限って、④⑤は否認期間なしに認められた。また、検察官の否認権を廃止することにもなって、夫が死亡するまで子の出生を知らない場合、または夫が否認権を行使しないまま、子が出生してから二年以内に死亡した場合に限って夫の親に否認権が認められることとなった。ただし、子の身分をできる限り早期に確定するために、この場合の否認期間は通常より短く、親の一方が夫の死亡と子の出生を知った時から六カ月以内とされていた(夫の親の否認権は一九九七年改正法により削除)。その他一九六一年法は、子が出生してから一〇年が経過した場合には否認を許さないこととし、除斥期間を新設した(除斥期間は、一九六九年の非嫡出子法改正の際に削除)。

(15) 木村・前掲注(6) 一七〇巻三号九頁以下。ただし、子の嫡出性を否認することは母の利益にも著しい影響を及ぼすことから、母には子の否認権に参与する権利が認められた。

(16) Anerkennung は日本の認知制度に対応するため、以下認知と表記する。認知には、子の同意のみを要し、法定保護人としての少年局(Jugendamt)が承諾権を有していた。

(17) Vaterschaftsfeststellung は、母の婚姻のない場合、あるいは、認知に基づく父子関係のない場合に行うことができ、子のみならず、血縁上の父も申立人となる点で日本の裁判上の認知請求とは異なる。

(18) これは、日本法では、血縁関係との不一致による認知無効に相当する。

(19) 認知者は、自己の父性に反する事情を知った時から一年(旧一六〇〇条h一項、二項)、母は認知を知った時から一年(同条四項)、子自身は、認知の存在と認知が父性に反することを知った時から二年(旧一六〇〇条i。認知が母と認知者との婚姻に連動して行われた場合には、離婚ないし破綻別居後二年間はなお子からの認知取消が可能)と定められていた。詳しくは、野沢・前掲注(2) 五七頁、岩志・前掲注(5) 戸籍時報四九三号七頁以下を参照。

(20) 一九九七年改正法に関しては、野沢紀雅「ドイツにおける父性否認訴訟の系統原則と「生物学上の父」の否認権」石川敏行ほか編著『共演 ドイ

ツ法と日本法（中央大学出版部、二〇〇七年）二六五頁以下のほか、野沢・前掲注（2）五二頁、遠藤・前掲注（6）三五頁以下、岩志・前掲注（6）戸籍時報四九三号二頁以下に詳しく、本稿も以上の文献を参照した。一九九七年改正のあと、二〇〇二年に人工授精の場合における否認制限が規定された（二〇〇二年四月九日「子ども権利改善法」）が、この点は本稿では触れない。

(21) 木村・前掲注（7）一九三頁。

(22) 木村・前掲注（7）一九三頁。その他の改正の背景として、遠藤・前掲注（6）三五頁や岩志・前掲注（6）戸籍時報四九三号四頁～五頁では、ドイツの再統一により、法の不統一を是正する要請があったことや、一九九一年に発効した「児童の権利に関する条約」に批准したこと等も挙げられている。

(23) この部分に関しても、旧規定では、婚姻中および婚姻解消後三〇二日以内に出生した子を嫡出子としていたが（旧一五九一条一項一文、一五九一条一項）、離婚に一定期間の別居を要するドイツにおいて離婚後に出生した子が前夫の夫の子である可能性は低いと考えられ、改正により婚姻中出生子に限定された。

(24) 血縁関係と一致しない認知は有効とされるため、無効確認の対象とはならない。親子関係のないことを明らかにするためには、否認制度を用いることとなる。認知の意思表示も同意も公的に認証された文書によらなければならない（BGB一五九七条一項）。

(25) これまでは、嫡出子については懐胎期間中における母との同衾による父子関係推定（旧一五九一条と、非嫡出子については認知取消訴訟における認知者の父子関係推定（旧一六〇〇条m）として異なって規定されていた。しかし、一本化にともない、否認訴訟においては、子は出生時に母の夫もしくは認知者からの出自を有すると推定され（二六〇〇条c）、原告はこれについて反対事実を証明することを要する。否認訴訟の手續原則等に関する詳細な検討は、野沢・前掲注（20）二六七頁以下を参照。

(26) 野沢・前掲注（20）二七四頁。なお、この期間は子の出生前に進行を開始することはない。（二六〇〇条b一項および二項一文）。

(27) 野沢・前掲注（20）二七四頁。これは、成年に達するまでに法定代理人が適時の否認をしなかった場合の子の否認期間を、成年に達してから二年以内に制限していた旧一五九六条二項が基本法二条一項及び一条一項に反し違憲とした連邦憲法裁判所一九九一年五月七日決定を受けたもので、これにより、成年に達してから二年以上経った子も父子関係を否認できることが明文で認められた。岩志・前掲注（6）戸籍時報四九三号四頁、八頁も参照。

(28) 野沢・前掲注（20）二七四頁。この規定は、長期間にわたり、親子関係を不確定なものとするおそれがあるものの、子の自己の血統を知る権利を尊重する結果認められた（岩志・前掲注（6）戸籍時報四九三号八頁）。

- (29) BF-Drucks.13/4899, S.58.
- (30) BVerfGE108, 82=FamRZ2003,S816=NiW2003, S2151. なお、二〇〇三年決定および二〇〇四年改正に関する概要を解説する論考として三宅・前掲注(3)八五頁以下、松倉耕作「ドイツの新しい(嫡出)否認権法」名城ロースクールレビュー三九三頁以下(二〇〇五年)、野沢・前掲注(20)二九三頁以下がある。
- (31) BVerfGE, FamRZ1995, S739ff. 子の母またはその夫による非嫡出子の養子について、生物学上の父の同意を要せず、父の利害を慎重に考慮することすら予定されていないことは基本法六条二項一文に反すると判断された。
- (32) すでに、生物学上の父の否認権の導入については、木村・前掲注(6)一六七卷二九三九頁において国家社会主義の時代から検討されていたことが指摘されている。一九九七年改正前後における学説状況に関しては、野沢・前掲注(20)二九一頁以下を参照。
- (33) BF-Drucks.13/4899, S.58.
- (34) 本決定では、生物学上の父の否認権と(1BvRI704/01)、子どもの面会交流権(1BvRI49386)に関する二つの憲法異議に対する判断がなされた。しかし、本稿では生物学上の父と子の間の面会交流権については検討しない。したがって、面会交流にかかわる記述は割愛する。
- (35) OLG Köln, FamRZ2002, S.480.
- (36) BGH, FamRZ1999, S.716.
- (37) より詳細な判決内容は三宅・前掲注(3)九二頁以下を参照。本稿もこれによるところが大きい。
- (38) その後ZPO640条h2項はFamFG182条1項に引き継がれ、現在の形となっている。
- (39) 野沢・前掲注(2)六一頁。
- (40) 野沢・前掲注(2)六一頁。
- (41) その後、官庁による否認が五号で新たに追加されたため、それともない、三項に定められていた内容は現行法四項に規定されている。
- (42) 野沢・前掲注(20)二九七頁。
- (43) BF-Drucks.15/2253, S9.11.
- (44) 後述の連邦通常裁判所二〇〇八年七月三〇日判決は、申立人によって申述された客観的な事実のみを検証し、当事者の主張しないことには職権探知主義は及ばないと判示した。
- (45) この点について、一度目の訴訟で否認者が社会的家族的関係の欠如の立証に失敗し、その後、期間内に社会的家族的関係の状況が変化した場合、

異なる訴訟物が存在すると考え、新たな否認が許されるか否かについては見解が分かれている。(法律上の父による否認の場合には、かつて棄却された決定は、新たな否認の障害とならないうちやられていく。)詳しくは、MünchKerBGB, 2012, Marina Wellenhofer, § 1600, Rn8以下; Marina Wellenhofer, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das Vaterschaftsanfechtung des leiblichen Vater, FamRZ2012, 832参照。後述  
G' OLG Frankfurt, FamRZ2007, 1675, には「否認権は復活しない点に新しい規定の目的があると判断された。」

- (46) 野沢・前掲注(20) 二九七頁。
- (47) Wellenhofer, a.a.O. (Fn45), Rn8.
- (48) Wellenhofer, a.a.O. (Fn45), Rn8.
- (49) BT-Drucks.15/2253, S.9.11.
- (50) 三宅・前掲注(8) 一〇四頁。
- (51) Tobias Helms, a.a.O. (Fn.10), S2.
- (52) G.Brühl, Die Anfechtung der Ehelichkeit ab 1.1.1962, FamRZ 1962, 10.
- (53) 木村・前掲注(7) 一九三頁。
- (54) BGH,FamRZ1981, 538ff. 婚姻による法的な父子関係の存在する子について、生物学上の父が自身との父子関係の法的な確認を裁判所に求めた事案  
に於て。
- (55) BGH, FamRZ1999, 716ff. 認知による法的な父の存在する娘について、生物学上の父が自身との父子関係の法的な確認を裁判所に求めた事案である。
- (56) 木村・前掲注(7) 一九五頁。
- (57) 木村・前掲注(7) 一九六頁。
- (58) 現在、立法当時三項だった規定は、四項になっている。詳しくは前掲注41参照。
- (59) 例えば、ラウシヤー(Thomas Rauscher)は「内実を伴っていない婚姻(仮装婚)や夫婦の別居の場合に(否認が)成功するだろう」と述べ(Staudinger  
Thomas Rauscher, BGB, 2011, § 1589-1600d, Rn42)、「ヴェルンホファーも「否認者は、仮装婚であること、婚姻関係が形骸化していること、両親  
が別居していること、見せかけの父が決して子の面倒を見たことがない、あるいは少なくとも今ではもう子の面倒を見ていないという可能性を証明  
しなければならぬ。それゆえ、規定の想定は反証し得る。両親の婚姻が今では解消されている時は、もう規定の想定は適用されない」と述べてい  
る(Wellenhofer, a.a.O. (Fn45), Rn11)」。また、後述G BGH,FamRZ2007, S.541, には「婚姻が法的な両親と子との間で形式的にだけ存在(たとえ

ば仮装婚)し、それゆえに否認権の排除をこの基準だけでは正当化しえないであろう場合」においては反証しうることが判示されている。したがって、否認者にとって明らかである外観的な状況を述べることができれば、裁判所の職権調査の対象となり得るため、否認者が推定規定を覆すことも実生活上不可能ではないということを明確にした。

ビュットスル (Helmut Bittum) も、「仮装婚または夫婦の別居の場合には、社会的家族的関係が原則として肯定されなければならない」が、「子の母と法的な父が婚姻している場合であっても、社会的家族的関係は必ずしも存在するとは言えない」ため、否認者は婚姻が存在するにもかかわらず社会的家族的関係が存在しないことを主張しようとする見解に立っている。(Helmut Bittum: DER BIOLOGISCHE (GENETISCHE) VATER UND SEINE RECHT, FS Schwab, 2005, S.738.)

- (60) Rauscher, a.a.O. (Fn.59) 2010, Rn46.
- (61) 二〇〇三年六月の連邦政府による討議草案の段階では、少なくとも六カ月の同居が要件とされていた。しかし、草案で削除され、実務の解釈に委ねられるようになった。Vgl.BT-Drucksache152253, S.11.
- (62) たとえば、後述のOLG, Frankfurt2007, 1674では、「一年間の法的な父母と子との共同生活があったことから比較的長期間の共同生活を容認しており、ヴェルンホファーはこの判決を引用し、「六カ月あるいはそれ以下の時間は十分ではない。しかし、一年あるいはそれ以上一緒に暮らしている際、しばしば既に比較的長期間と言われる。一六八五条二項による面会交流の際にも、BGHは最近の一年を前提にしている。」とし、これに同意して」云々。Wallenhofer, a.a.O. (Fn.45), Rn4.
- (63) Bittum, a. a. O. (Fn.59), S.739. また、ビュットスルは、社会的家族的関係を、現在の子の世界に強く影響を与えている関係かどうかという観点から検討し、子の世界に強く影響を与えている場合には、家族的な共同体が終了していても、なお社会的家族的関係が存在し得ることを考慮すべきであると主張する。したがって、長期間家族的な共同体の終了している場合でもなお、子と父の間に何らかの交流があるときには、子の世界に影響を与えていると言い得ると評価する。
- (64) ラウシヤーはこのような場合には、むしろ、母の否認権に関して規定する一六〇〇条b一項に対する立法者の評価が手掛かりにされるべきだと述べる。また、規定の推定を働かせるような長期間の共同生活は、例えば、少なくとも二年の家族的な子との共同体の存在を要求するであろうとも述べ、「認知者との父子関係が子の出生後直ちに生物学上の父によって否認される全てのケースにおいて、推定は働かない。それゆえ、このようなケースにおいて生物学上の父が遅滞なく否認することが最善である」とも述べた。Rauscher, a.a.O. (Fn.59) 2010, Rn46b.
- (65) Wallenhofer, a.a.O. (Fn.45), Rn14.



(66) Wallenhofer, a.a.O. (Fn45), Rn14.

(67) BGH, FamRZ2007, 538ff. 以降の判決で示された引受けと負担の考え方は下級審裁判例において多数引用されている。

(68) 原文では三項となっているが、現行法上四項である。したがって、以下も原文上三項となっている箇所は全て四項に訂正している。

(69) ③については、連邦憲法裁判所二〇〇七年二月一三日判決において、法的な父子関係の変更を目的としない出自の確認に関する法的な手続きの導入が命じられた (FamRZ2007, 441)。これを受け、二〇〇八年三月二六日付けで出自解明請求権が導入された。

(70) 生物学上の父が法的な父子関係を否認する際には、自身が母の懐胎期間中に性的関係を持ったことを宣誓に代えて保証しなければならない。これには、保証が不実である場合の刑事罰とあわせて無関係な男性による否認を阻止することが期待されていた。しかし、たとえ刑事罰が規定されていたとしても、保証が不実であることの証明は不可能に近い (Helmut Bittman a.O. (Fn.59), S.737)。また、処罰を恐れない男性や、刑事訴訟の手続により滞在期間が延長することを望む男性が、母と友好的な接触を持っているというだけで、否認を行う場合もある。したがって、宣誓に代わる保証では上記の効果は期待できないとの批判も存在する (Helmut Bittman a.O. (Fn.59), S.737)。

(71) Xは、「規定の前半部分では例えば子の利害に重きを置いているのではなく、単に夫と母の間の形式上の婚姻を基準にしている。」また、「二年の否認期間に関連して、子の母の婚姻が、子の二歳となる年齢を超えて少なくとも形式上存続していた場合、たとえ、婚姻および、または子との法的な父の間の社会的家族的関係が否認期間の経過のあとで壊れたとしても、否認権は復活せず、夫の父子関係に反する事情をはじめから知っていた生物學上の父は、常に否認を拒まれるという結果が導かれる。…したがって、一六〇〇条の新規定は相対する利害について憲法上求められる考慮を欠いてゐる。」として上告した。

(72) BGH, FamRZ2008, 1821ff. 本判決では原告たる生物学上の父が、法的な父と子との間の社会的家族的関係の存在を裏付ける被告側からの主張を知らないと主張して争ったが、たとえ原告に、子と法的な父との状況を認識しえない事情があったとしても知らないと主張するだけでは不十分であり、少なくともなぜ認識しえないのか、その原因を立証する必要があることが明らかにされた。また、否認者は、社会的家族的関係の存在の推定を覆すような事情や、職権探知主義を動かせるために十分な客観的事情を伝えることが必要であり、もし責任の継続的な負担を否定する明白な根拠も事情も述べない場合には、裁判所はさらなる職権調査なしに引き受けられた責任が今後も負われることを前提としうることを改めて明らかにされた。

ただし、この判決に対しては、母と法的な父が別居していない限り、法的な父と子との関係を生物学上の父が認識するのは容易なことではなく、実際の父子関係を解決するために少年局の介入による職権調査が望ましいのではないかとする指摘がある。詳しくは Herbert Geisler, JurisPR-BGHZwR 21/2008 amn.1.

- (73) OLG Frankfurt, FamRZ2007, S.1674f.
- (74) また、「子の福祉と母の利益において、子の権利と母の権利は法的な父の権利と同程度に尊重されるべきであるが、個々の事例で、子がどの程度法的な父と親密で保護すべき関係を築いたかが判断されるべき」とも判示されている。
- (75) OLG Stuttgart, FamRZ2008, S.629.
- (76) OLG Biremen, FamRZ2010, S.1821f.
- (77) KG, FamRZ2012, S.1739f.
- (78) OLG Karlsruhe, FamRZ2010, S.1174f.
- (79) OLG Disseldorf, FamRZ2013, 1825.
- (80) AG Herford, FamRZ2008, S1270f.
- (81) OLG Bremen, FamRZ2013, S.1824 ff.
- (82) 野沢・前掲注(20) 二九七頁。
- (83) 野沢・前掲注(20) 二九七頁。
- (84) 三宅・前掲注(3) 一〇三頁。
- (85) BT-Drucks.15/2253, S.9, S.11.
- (86) ヘルムスは、「法的な責任の引受けが、法的な父と母の関係が存続する限りでのみ法的な父子関係の枠内で望まれることはまれではない。それに對して、生物学上の父との遺伝的な結びつきは、子の運命に対する永続的な利益および、それと同時に確実な関係の継続性と安定性を約束する」と指摘し、ハーガーも「子の出生から既に二年が経っていると、子との法的な関係を結ぶ血縁上の父のためのいずれの機会もなくなってしまう。母とこのパートナーが短期間で別れ、そして以前のパートナーは子に對するどんな利益もなくしているにもかかわらず」と述べている。(第四章参照)
- (87) Tobias Helms, a.a.O. (Fn.10), S6, 7.
- (88) Tobias Helms, a.a.O. (Fn.10), S6.
- (89) ヘルムスは、「法的な責任の引受けが、法的な父と母の関係が存続する限りでのみ法的な父子関係の枠内で望まれることはまれではない。それに對して、生物学上の父との遺伝的な結びつきは、子の運命に対する永続的な利益および、それと同時に確実な関係の継続性と安定性を約束する」と指摘する。(Tobias Helms a.a.O. (Fn.10), S6)

- (90) このことは、BGB一五九八条aによって新たに導入された血縁解明手続きの導入に際する議論においても、ドイツの法律家は、生物学上の父を子の眞の父と見なすことを新たに提示したと述べている。(Tobias Helms, a.a.O. (Fn.10), S4)
- (91) Tobias Helms, a.a.O. (Fn.10), S7.
- (92) Johannes Hager, *Der rechtliche und Der leibliche Vater*, FS Schwab, 2005, S.774. 母と法的な父が婚姻していることから当然に生物学上の父の否認権を制限するのは疑問であり、子が嫡出子として成長することが、子の福祉に適うと言えて初めて、生物学上の父の基本権の制限は正当と言えるところと述べる。したがって、母と法的な父が婚姻関係にない場合には否認権の制限により慎重な考慮が必要とする。
- (93) 「子の出生から既に二年が経っている」と、子との法的な関係を結ぼうとする血縁上の父のためのいずれの機会もなくなってしまう。母とそのパートナーが短期間で別れ、そして以前のパートナーは子に対するとんな利益もなくなっているにもかかわらず」と指摘している。(Johannes Hager, a.a.O. (Fn92), S.777.)
- (94) ハーガーは、子が出生した後母との関係を維持するために認知が行われ得るほか、場合によっては、男性が子の母にドイツにおける滞在許可(ビザ)を取得させるために子を認知する(生活保護を受けている男性が、国外退去を迫られている母親に滞在許可を得させるために、母から金銭を受領する代わりにその子を認知する)といった可能性があることも問題視している。(Johannes Hager, a.a.O. (Fn.92), S.776.)
- (95) ただし、無関係の第三者による父子関係の認知を、母が同意権を与えないことにより阻止することは可能でなければならぬと述べている。すなわち、母の否認権は、無関係の第三者の認知を阻止する方向で用いられるべきとする立場である。(Johannes Hager, a.a.O. (Fn.92), S.776.)
- (96) Helmut Bittur, a.a.O. (Fn59) S.739.
- (97) Helmut Bittur, a.a.O. (Fn59) S.737.
- (98) 具体的に母の利益としては、「母が養育権を生物学上の父と分かち合うことを望まないという場合に、これを無視して良いのか。パートナーとともに生活していない女性は、一般的に婚姻関係にある女性や、父とされているパートナーとともに生活している女性よりも保護に値しないのか。社会的家族的関係を失うことは、今や、生物学上の父を押し付けられるかもしれない状況を生むことになるのであって、一種の処罰となることも考えなければならぬ」と述べている。Helmut Bittur, a.a.O. (Fn59) S.740. さらに、「生物学上の父と母の衝突が子に対して影響がないとするのであれば、それは現実に対して目を閉ざしていることを意味する」とも主張する。
- (99) ラウシャーもまた、法的な父と子との間の社会的家族的関係だけを重視することに懐疑的であり、「基本法六条二項による血縁上の父の親としての権利をも追いやってしまう質を持つ『社会的家族』だけが保護に値するとの見解に立脚」。(Thomas Rauscher, a.a.O. (Fn59), Rn.40.)

ドイツにおける父子関係の成否と社会的家族的関係

同志社法学 六八卷二号

一八〇（七七四）

(101) BverfG, FamRZ2014, S.191.

(101) ヨーロッパ人権裁判所は、「ドイツ法が個々のケース比較衡量の余地がなく、法的な父と子との間に社会的家族的関係が存在すれば一律に血縁上の父の否認権が排除されることを認識したうえで、どのような条件の下で家族の結びつきが最終的に断ち切られるべきかという基本的な問題は、国家の立法裁量であると判断した。これらの判決に関する判批として、Manina Wallenhöfer, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das Vaterschaftsanfechtung des leiblichen Vater, FamRZ2012, 832ff. が有名。」

(102) BverfG, FamRZ2015, S.817ff.

(103) 前掲注101を参照。

(104) 最判昭和四四年五月二九日民集三卷六号一〇六四頁等。

(105) 野沢・前掲注（2）六三頁。

(106) 本判決では、「民法七七二条二項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、上記子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるといえることができるから、同法七七四条以下の規定にかかわらず、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と上記子との間の父子関係の存否を争うことができると解するのが相当である。しかしながら、本件においては、甲（母）が被上告人（子）を懐胎した時期に上記のような事情があったとは認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない」とし、外観説の採用を改めて明らかにした。（民集六八卷六号五四七頁）

(107) 否認権者をも含めた立法論について、本山敦「嫡出推定・認知制度と子の保護」法律時報七四卷九号四〇頁など。もっとも、生物学上の父については、嫡出否認の後、子が認知され法的な父を確保できるとは限らないこと等を理由に認めるべきではないとされている。