

# ドイツにおける父子関係の否認と過去の扶養料の償還

山下 祐貴子

## 第一章 序章

一 はじめに

二 検討対象

## 第二章 ドイツにおける扶養料の償還

一 BGB一六〇七条三項の成立史

(一) BGB一七〇九条二項旧規定

(二) BGB一六一五条b旧規定

(三) BGB一六〇七条

二 償還請求権者

三 過去の扶養料請求の可否と請求権の移転の範囲

四 過大負担の回避

第三章 償還の遮断効

一 問題の所在

二 B G H 二〇〇八年四月一六日判決

(一) 事案の概要

(二) 判旨

(三) 小括

三 本判決の消滅時効への影響

第四章 おわりに

第一章 序章

一 はじめに

法的な父子関係が存在するという場合でも、その父子関係が必ずしも生物学的な父子関係と一致しているとは限らない。場合によっては、法的な父が、子との間の生物学的な父子関係の不存在を知らずに子を養育し、長期間扶養料を給付した後に、真実を知ることもある。わが国において、法的な父子関係を争う場合、嫡出推定による父子関係は、嫡出否認の訴えにより(民七七四条・七七五条)、認知による父子関係は、認知無効の訴えを提起することにより否定する制度となっている(民七八六条)。嫡出否認の訴えの提訴期間は、夫が子の出生を知ったとき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については七七八条)、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は人訴法一四条・四一条)。すなわち、きわめて厳格に提訴期間

と提訴権者が定められている。もつとも、現在では、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（「推定の及ばない子」）、提訴権者や提訴期間の制限の無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ことができる<sup>①</sup>と解されている。どのような場合に推定が及ばないものとするかについて、最高裁は、一貫して外観説の立場を採っており、第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<sup>②</sup>。また、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。第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。

以上のように、わが国における法的な父子関係の否定制度のもとでは、一定のケースにおいて、法的な父子関係を長期間経過後に争うことが可能である。嫡出否認の訴えにより嫡出推定が覆された場合、その効果は出生時に遡及すると解されているため<sup>③</sup>、子は遡及的に嫡出でない子となる。すなわち、子は出生時より母の非嫡出子となり、父子関係は遡及的に消滅する。認知無効の訴えにより認知が無効となった場合にも、法的な父子関係は遡及的に消滅する<sup>④</sup>。一方、親子関係不存在確認訴訟や親子関係不存在確認の審判が確定した場合に父子関係の不存在の効果が判決や審判の確定時を基準として生じるのか、それとも嫡出否認や認知無効の場合と同様に子の出生時まで遡及するのか、あるいは審判や判決により、出生時に父子関係は不存在であったことが確認されたと解するのは必ずしも明らかではない<sup>⑤</sup>。しかし、親子関係の存在が、審判や判決以降にのみ否定されると解するのは、父子関係不存在の事実に反するだけでなく、同じく人事訴訟である嫡出否認や認知の効果が発生時まで遡及する（民七八四条）ことに照らしてもバランスを欠く<sup>⑥</sup>。したがって、親子関係不存在確認の訴えや審判が確定した場合には、子の出生時にさかのぼって父子関係は存在しなかったことになると解すべきであろう。父子関係が遡及的に消滅すると、法的父子関係に伴う権利義務も遡及的に消滅する。すなわち、法的な父が上述したいずれかの方法で父子関係を争い、それが認められた場合、法的な父子関係だけでなく、

その地位に基づく扶養義務も消滅し、結果として義務なく子を扶養したことになる。<sup>⑥</sup> そのような場合に、法的な父として扱われてきた男性が、これまでに支払ってきた扶養料は根拠のないものとして取り戻すことができるのか、またできるとすれば、いかなる方法が考えられるか。この点に関してこれまで十分に議論されている状況にない。<sup>⑦</sup>

この点について争われた裁判例としては、大阪高判平成二〇年二月二十八日判例集未掲載（以下、「平成二〇年判決」という）と、東京高判平成二一年二月二二日判時二二〇〇号四三頁（以下、「平成二一年判決」という）がある。平成二〇年判決では、これまで法的な父とされてきたXが、先行する調停に従って給付してきた子Aの養育費について、母Yに対する不当利得返還請求が認容された。<sup>⑧</sup> これに対して、平成二一年判決では、Xが母Yに対して、約二〇年間にわたり支出した子Aへの養育費相当額（一八〇〇万円）について、不当利得として返還を請求したところ、これを否定した。<sup>⑨</sup> したがって、判例は法的な父とされてきた男性による扶養料の償還を認めるか否かについて一律に決せられていない。もともと、これらの判決はいずれも法的な父とされてきた男性と子の母との関係で養育費の給付が不当利得となるか否かが争われた事案であり、本来子を養育すべき立場にある真の父に対して償還を求めたものではない。また、仮に母や子に対する不当利得が認容されたとしても、それで事案が解決することにはならない。母に対する不当利得が認容される場合には、母は自身が負担すべき扶養料を超えて、扶養を負担したことになり、子に対する不当利得が認容される場合には、子は本来得られるはずの扶養料を返還しなければならなくなるからである。したがって、これまで法的な父とされてきた男性に返還した後には、改めて真の扶養義務者たる生物学上の父に対して請求することになるが、これは迂遠であり、妥当な解決とは言えない。要するに問題は、子の養育に必要な費用は誰が負担すべきであったかにあるのだから、これまで法的な父とされてきた男性が生物学上の父に対して直接扶養料の償還請求ができれば、より問題の本質に適った解決ができるといえる。

## 二 検討対象

これまで父として扶養料を給付してきた者の生物学上の父に対する直接の扶養料償還請求は、ドイツでは明文規定で認められている。すなわち、ドイツ民法（以下、「BGB」という）一六〇七条三項は、第三者が子に父として扶養を給付してきた場合に、子の生物学上の父に対する扶養請求権を第三者に移転することにより、第三者と生物学上の父との間での直接の償還請求を可能にしている<sup>10)</sup>。もっとも、このような制度はBGBの制定当初から存在していたわけではない。数次の改正を経て、これまで法的な父とされてきた男性だけでなく、子の母の夫たる継父や、父子関係が存在すると誤信して扶養料を給付してきた第三者さえも、償還権利者として認められるようになった。また、場合によっては数十年間にわたりこれらの者が給付してきた扶養料の償還に應じることが、生物学上の父にとって過大な負担になることもあり、その結果、扶養権利者たる子の現在または将来の扶養ができなくなる場合もある。そのような事態が生じることを防ぐための規定も用意されている。そこで本稿では、BGB一六〇七条三項がいかなる改正を経て成立し、どのような内容の条文であるのかについて概観したうえで、父としてこれまで扶養を行ってきた表見上の父の生物学上の父への償還請求に関する論点や判例を紹介することにした。なお、本稿では、これまで父として扶養料を給付してきた男性について、かつて法的父子関係が存在した者も、存在しないままに父であると誤信して給付してきた者も「表見上の父」と表記する。

## 第二章 ドイツにおける扶養料の償還

## 一 BGB 一六〇七条三項の成立史

## (一) BGB 一七〇九条二項旧規定

前述した通り、表見上の父の生物学上の父への扶養料償還の制度は、BGBの制定当時から存在していたわけではない。当初は、BGB 一七〇九条二項旧規定において、母または母の血族が子に扶養を給付した限りで、子の父に対する扶養請求権が母や母の血族に移転すること (übergehen) が規定されていた<sup>11)</sup>。すなわち、母や母の血族だけが償還権利者として予定されていたのである。しかし、連邦通常裁判所 (以下、「BGH」という) 一九五七年二月二七日判決により、これまで法的な父と見なされてきた母の夫が、母との婚姻中に出生した子に扶養を給付してきたケースで、BG 一七〇九条二項旧規定を類推適用することが認められた。子の母や母の血族の子への扶養給付の根拠は血族関係であるが、法的な父とされる母の夫も、その父子関係を覆すまでは血族関係の外観が存在するため、母の夫と母や母の血族とを同等に扱うべきであることや、子の母や母の血族ではなく、母の夫が子を扶養していた場合だけ生物学上の父が償還請求をされず、利益を得ることは正当でないことなどを理由に母の夫への拡大を許容した。これに対して、母と婚姻していない男性によって扶養料が給付されたケースでは、非嫡出子の父は子の血族とは見なされないことから、BGH は一貫して類推適用を拒否していた。

## (二) BGB 一六一五条b旧規定

その後、一九六九年の非嫡出子の法的地位に関する法律 (Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen

Kinda) により、非嫡出子と父との間にも法的血族關係が認められることとなった<sup>(14)</sup>。これを受けて、新たにBGB一六一五条bが規定された<sup>(15)</sup>。BGB一六一五条b一項は、父に対する子の扶養請求権の「血族」への移転を規定し、BGB一七〇九条二項旧規定で既に規定されていた母や母方の血族への移転を引き継ぐだけでなく、父方の血族にも拡大した。これは、非嫡出子の法的地位に関する法律により、父と非嫡出子が法的な意味においても血族となり、したがって扶養法上も母や母の血族と同様に扱われるべきとの理由による<sup>(16)</sup>。その結果、例えば、父方の血族が子を扶養していた場合には、その者に子の父に対する扶養請求権が移転することになる。また、一項において「母の夫」への移転を規定することにより、法的な義務なしに非嫡出子の扶養を負担してきた継父にも子の扶養請求権を移転できることが明確にされた<sup>(17)</sup>。さらに、二項において「第三者」への移転を規定することにより、父と見なされていた者が母と婚姻していた場合のみならず、BGBが一貫して類推適用を拒否していた、母とは婚姻していない者も、償還権利者に含まれることとなった<sup>(18)</sup>。

BGB一六一五条bの意義は、子が、血族や母の夫、第三者といった扶養給付者と生物学上の父との間の財産的な調整の過程に巻き込まれたり、扶養給付者と生物学上の父の両方から扶養料を受け取り、二重の満足を得ることを回避し、扶養給付者から生物学上の父への直接の償還請求を承認することで、償還の手続が簡素化できる点にある<sup>(19)</sup>。また、扶養給付者が、生物学上の父に不当利得や事務管理を理由に過去の扶養料を請求しても一般的には認められにくいといわれてきた。不当利得は、子に対する生物学上の父の扶養義務が、扶養給付者の給付により消滅するわけではないため、利得の要件を欠くとされ、事務管理についても、とりわけ扶養給付者が父と誤信して扶養を給付していた場合には、自己の行為として給付しているため、主観的な要件を欠くとされるからである<sup>(20)</sup>。しかし、本条が新たに規定されたことで、こうした一般的な請求権によって償還を求める必要がなくなった<sup>(21)</sup>。

## (三) BGB 一六〇七条

BGB 制定当初より、嫡出子と非嫡出子は区別されてきた。扶養に関しても、嫡出子と非嫡出子とは別立ての規定が置かれており、<sup>(22)</sup>前述のBGB 一六一五条b旧規定も、非嫡出子およびその母に対する特別規定の箇所定められていた。しかし、その後、連邦憲法裁判所が非嫡出子と嫡出子を一律に区別して取扱う規定を違憲とする判決などが相次いで出された。こうした事情を背景として、嫡出子と非嫡出子の差別を除去する一連の家族法改正作業が始まり、その重要な一場面として、別立ての扶養規定を統一し、平等を図ることが必要となった。<sup>(23)</sup>そこで、未成年子の扶養法の統一に関する法律 (Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder) が一九九八年に制定され、BGB 一六一五条b旧規定も現在のBGB 一六〇七条三項に受け継がれた。同法の草案によると、<sup>(24)</sup>BGB 一六〇七条三項のねらいは、子の母の支援のために、異なる血族を用意するというBGB 一六一五条b旧規定の目的を、すべての子の扶養に同等に敷衍することであり、直接的に扶養義務を負わない血族にも子を扶養する用意を求める点にある。

BGB 一六〇七条の規定は、以下の通りである。

第一項 第一六〇三条に基づき、ある血族が扶養義務を負わない限りで、次順位の血族が扶養をしなければならぬ。  
い。

第二項 ある血族に対する扶養請求が国内において排除され、又は著しく困難な場合も前項と同様とする。その血族に対する請求権は、第一項により扶養義務を負う他の血族が扶養を給付した限りで、その者に移転する。

第三項 親の一方に対する子の扶養請求権は、第二項第一文の場合において、その親の一方に代わって、他の扶養義務を負わない血族、又は他の親の一方の配偶者が扶養を給付したときは、その者に移転する。本項第一文は、第三者が父として子を扶養している場合にも準用する。

第四項 扶養請求権の移転は、扶養権利者の不利益になるときは、主張することができない。

以上の通り、三項による扶養請求権の移転は、二項一文の場合であることが前提とされており、それはすなわち、生物学上の父との父子関係が法的に確定していない場合である。<sup>(25)</sup> 換言すると、子が認知されず、または裁判上父子関係が確認されていない場合には、扶養請求が国内において排除され、又は著しく困難な場合にあたるとされる。<sup>(26)</sup> 以下では、BGB一六〇七条三項による償還制度についてより詳細に紹介する。

## 二 償還請求権者

BGB一六〇七条三項は、扶養義務を負わない血族、扶養義務を負う親の一方の配偶者、さらに第三者への扶養請求権の移転を規定している。扶養義務を負わない血族とは、具体的には叔父や叔母、子の兄弟姉妹などである。<sup>(27)</sup> 扶養義務を負う親の一方の配偶者とは、継父や継母のことである。第三者には、子に父として扶養を給付してきたすべての第三者が含まれる。これまで存在していた法的な父子関係が婚姻に基づくのか、認知や裁判上の確認に基づくのかは関係なく、自身が父でないことを認識していたか否かも問われない。<sup>(28)</sup> 仮に認知や裁判上の確認をせず、法的な父子関係がなかった場合でも、父であると誤信し、扶養を給付していた場合には、第三者に含まれると解される。<sup>(29)</sup> 以下では、表見上の父による移転(BGB一六〇七条三項二文)に絞って議論や裁判例を紹介する。

## 三 過去の扶養料請求の可否と請求権の移転の範囲

BGB一六〇七条三項二文により、子の生物学上の父に対する扶養請求権が表見上の父に移転することになるが、その場合、具体的にいかなる範囲で請求権が移転するのかが問題となる。その前提となるのがBGB一六一三条であり、<sup>(30)</sup>

この規定は、過去の扶養料について定めている<sup>(31)</sup>。同条一項では、義務者が扶養請求の主張をする目的で収入及び資産についての情報の付与を求められた時点や、義務者が支払いを遅滞した時点、又は扶養請求についての訴えが係属した月の最初の日から、権利者は過去の扶養の履行又は不履行による損害賠償を請求できることが定められている。すなわち、一項は過去の扶養についての範囲で履行を求めることができるのかについて、制限を定めた規定である。もつとも、同条二項二号aにより、法的な理由に基づいて扶養請求権の主張を阻止されていた期間に関しては、一項の制限なく履行を請求できることになる。このBGB一六一三条二項二号aは、未成年子の扶養法の統一に関する法律により廃止されたBGB一六一五条d旧規定と同様の趣旨を定めており、BGB一六一五条d旧規定は、子は、認知がなされ、又は確定した裁判により父子関係が確認される以前に履行期の到来した扶養料額を過去の分についても父に請求することができる<sup>(32)</sup>と規定していた。扶養権利者たる子は、法的な父子関係が形成されるまでは父子関係の法的効果を主張することができる<sup>(33)</sup>と規定したBGB一五九四条一項や、BGB一六〇〇条d四項により、父子関係の認知や裁判上の確認の前には、生物学上の父に対する扶養請求権の行使はできない状態にある。すなわち、生物学上の父との間で法的な父子関係ができるまでは、BGB一六一三条二項二号aの規定している「法的な理由に基づいて扶養請求権の主張を阻止されていた期間」にあたる。したがって、生物学上の父との間で法的な父子関係が形成された後は、子は過去の扶養料に關しても子の出生時に遡及して請求できることになる。表見上の父は単に移転された子の扶養請求権を主張するだけなので、子の出生時まで遡及して償還請求権を行使することができる<sup>(34)</sup>。

表見上の父が金銭的な扶養をしたか、実際の監護によって扶養義務を履行したかは関係がない。表見上の父が扶養義務を監護給付により果たしていた場合には、移転される請求権は金銭により評価されることとなる<sup>(35)</sup>。しかし、表見上の父が給付した費用の全額が請求できるといわけではない。給付すべき扶養の程度は扶養を必要とする者、すなわち子

の生活状況 (Lebensstellung) に応じて算定されることになるが (BGB 一六一〇条一項)、未成年の子の場合には、親の生活状況に基づいて算定される<sup>(36)</sup>。表見上の父が扶養料を給付してきた場合には、ここでいう親は、表見上の父であるとも考えられる。しかし、このように解すると、生物学上の父は、父として子に実際に給付しなければならなかった額に比べて高額の扶養料を表見上の父から請求される可能性が出てくる<sup>(37)</sup>。したがって、子に対して負担する扶養料の額の算定にあたっては、生物学上の父の生活状況を基準と考えるのが妥当と解されている<sup>(38)</sup>。そのため、表見上の父の償還請求においては、子が生物学上の父に対して有する扶養請求権の額、すなわち、生物学上の父が子に扶養を義務付けられたであろう額が上限となる<sup>(39)</sup>。

#### 四 過大負担の回避

前述した通り、表見上の父は生物学上の父に対し、自身が子に給付した扶養料の全額を請求できるわけではない。生物学上の父が子に扶養を義務付けられたであろう額が上限となるため、場合によっては、表見上の父が実際に給付した額を大きく下回る額でしか移転ができない可能性もある。さらに、生物学上の父に対する表見上の父の扶養料償還請求は、以下の二つの制限に服する。

一つは、BGB 一六〇七条四項の制限である。BGB 一六〇七条四項により、扶養請求権の移転は、扶養権利者たる子の不利益になるときは主張できない<sup>(40)</sup>。すなわち、表見上の父が生物学上の父に償還請求をし、生物学上の父が応じた場合、これによって生物学上の父の財産は減少することになり、これにより、子の将来および現在の扶養請求が危うくされる可能性もある。しかし、法定債権譲渡の一般的な法原理が、BGB 一六〇七条三項の扶養請求権の移転にも妥当するとされるから、債権の譲渡人 (以前の債権者) に扶養請求権の移転によって法的に不利が生じてはならないことが

要請される。そのため、子の現在または将来の扶養請求権が、表見上の父に移転された請求権に優位し、償還請求権を行使する時点で生物学上の父の給付能力がない場合には、償還請求は理由のないものとして棄却される。

二つ目の制限は、BGB一六一三三項である。<sup>(41)</sup> BGB一六一三三項は、扶養権利者が法的な理由や、扶養義務者に存する事実上の理由に基づいて扶養請求権の主張を阻止されていた過去の期間の扶養料を請求する場合、全額又は即時の履行が義務者にとって不当な苛酷や (unbillige Härte) を意味する限りで、債権の全額又は一部の免除もしくは支払猶予がなされる旨規定している。不当な苛酷が存在するかどうかは、生物学上の父の経済状況や償還すべき金額が考慮されるだけでなく、表見上の父の経済状況や償還の必要性についても考慮され、双方の経済的な関係を総合的に比較して慎重に判断される。<sup>(42)</sup> また、生物学上の父が、いつの時点から自身が子の生物学上の父であることを認識していたか<sup>(43)</sup> も不当な苛酷さの審査において重要な考慮要素と解されている。全額免除が認められるのは例外的な場合のみであり、<sup>(44)</sup> まずほもつとも緩やかな方法として支払猶予が検討される。例えば、高額な償還義務の負担により子や生物学上の父の妻の扶養が客観的に危険にさらされ、猶予や減額では危険が回避できない場合には全額免除の余地もある。もし不当な苛酷さが否定される場合には、BGB二四二条 (信義則) の適用も排除されるというのが一般的な理解である。

### 第三章 償還の遮断効

#### 一 問題の所在

前章で概観した通り、ドイツでは比較的早い段階から表見上の父が子に給付した過去の扶養料を償還するシステムを、生物学上の父に対する子の扶養請求権を移転させるという法定債権譲渡の形で用意していた。生物学上の父にとって苛

酷な負担となる場合の調整や、子の利益に適うような規定も用意され、不当利得や事務管理など、他の請求権によらず容易で妥当な解決が望める体制が整えられているようにも見える。しかし、BGBには、表見上の父の償還請求を遮断する規定が存在する。BGB一六一五条bが規定されていた時代から、<sup>(45)</sup>これら遮断効 (Rechtsausübungssperre) と表見上の父の償還請求との関係がしばしば問題になっていた。その遮断効を定めた規定が、BGB一六〇〇条d四項と、BGB一五九四条一項である。

BGB一六〇〇条d四項は、法律に別段の定めがない限り、父子関係が裁判上確認された時点から父子関係の法的効果を主張することができる旨を定め、BGB一五九四条一項も、認知の法的効果は、法律に別段の定めがない限り、認知がされた時点から主張することができる旨を定めている。本来子と父との父子関係の効力は出生の時点から存在し、BGB一五八九条一項一文により、生物学上の父と子との間の血縁関係はもっぱら遺伝的な血縁に基づいて存在する。<sup>(46)</sup>しかし、前述のBGB一六〇〇条d四項やBGB一五九四条一項により、父子関係が法的に確認される時点まで親子間の権利義務に関する主張が妨げられる。したがって、子の扶養請求権についても父子関係が法的に確認された後に初めて、出生時に遡って主張することができる。<sup>(47)</sup>このように、BGB一六〇〇条d四項やBGB一五九四条一項は、血縁により導かれるはずの権利義務の行使を阻止する機能を営むため、遮断効と呼ばれる。

ここで問題になるのが、表見上の父には認知や裁判上の確認に関与する資格が与えられていないということである。BGB一五九二条二号により、父子関係を認知することができるのは当然生物学上の父だけであり、BGB一六〇〇条e (ただし二〇〇八年の家事事件手続法の制定に伴い削除された。現行法上、明文の規定はないが実質的変更はないとされる。)により、裁判上の確認を行うことができるのは、子、母および生物学上の父のみである。<sup>(48)</sup>したがって、表見上の父と子との間の父子関係が否認されたとしても、生物学上の父や母、子が法的な父子関係の確認を申し立てない限

り、子には法的な父が存在しないことになり、表見上の父は償還請求を行えないことになる。

BGHも長らく、以上の遮断効を前提とし、表見上の父が子に給付した扶養料に関する生物学上の父に対する償還請求は、生物学上の父と子との父子関係が対世的、確定的に確認された場合に初めて行使できるとしていた<sup>(49)</sup>。もつとも、これについては学説からの批判があり、生物学上の父が事実上判明しているような事案においては、表見上の父から生物学上の父に対する扶養料の償還請求を認め、その訴訟の前提問題として、身分的效果を伴わない事実上の父子関係の確認(「付随的な確認」と呼ばれる)を認めるべきとの主張もなされていた。しかし、BGHは、子にとって負担となるような父子関係の確認は強制してはならないことを理由に、これを認めなかった<sup>(50)</sup>。そのような状況のもとで、生物学上の父と子との間で法的な父子関係が存在していない場合にも例外的に償還請求を認める下級審判例が現れるようになった。例えば、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、一九九九年六月一六日の決定で、先行する表見上の父の否認訴訟において生物学上の父と思われるYをも含めた血縁鑑定が行われており、Yが生物学上の父である確率は九九・九九%であったこと、Yは父子関係を争わず、むしろ自身が父であると書簡で認めていたこと、Yは子の母や子と家族として共に生活していることなどから、このようなケースで遮断効を引き合いに出すのは信義則(BGB二四二条)に反するとして、例外的に償還請求を認容した<sup>(51)</sup>。

学説においては、この判決に無条件に従うべきであるとする見解も見られた<sup>(52)</sup>。フーバー(Christian Huber)は、生物学上の父が子を認知せず、子や母が父子関係の確認を申し立てないことには相当の理由があるかもしれないが、そのために表見上の父の請求権が行使できなくなることは妥当ではなく、表見上の父に償還請求権が付与されている以上は、それを有効に行使することも保障すべきであると主張した<sup>(53)</sup>。さらにフーバーは、表見上の父が高い蓋然性をもって被告(生物学上の父と思われる人物)が子の生物学上の父であることを立証しうる場合、例えば先行する否認手続において、

生物学上の父と思われる人物をも含めて父子関係の鑑定が行われているような場合には、償還請求を認容すべきであり、反対に、表見上の父が単なる推測だけで被告に対して償還請求を提起するような場合には、遮断効を引き合いに出すべきという<sup>(54)</sup>。ラウシャー (Thomas Rauscher) も、原則としてこれまでの B G H の判例に従うとしても、生物学上の父が父子関係を争わず、子を実質的に父として監護しているような場合には、例外が認められるべきとした<sup>(55)</sup>。そしてついに、二〇〇八年に B G H が、例外的にはあるが、償還請求訴訟において付随的に父子関係の確認をすることを認めるに至った。

## 二 B G H 二〇〇八年四月一六日判決<sup>(56)</sup>

### (一) 事実の概要

原告 X は一九八九年に A 女と婚姻し、婚姻生活は二〇〇四年に離婚するまで続いた。婚姻中に、長女が一九九二年に、次女が一九九四年に、さらに長男が一九九五年に出生したが、二〇〇四年二月三日の家庭裁判所の判決により X は三人の子の父ではないことが確認された。その後、三人の子らの父子関係は、認知も裁判上の確認も行われていない。

被告 Y は A 女の愛人であり、X は、X を除けば A 女の懐胎期間中に Y のみが A 女と性的関係をもったと主張した。また、Y も A 女も父子関係の法的な確認を拒み、Y は X の費用で行われる DNA 型鑑定に協力するつもりもない。このような中で、X は、B G B 一六〇七条三項二文により自身に移転した子らの扶養請求権を行使し、まず、Y の収入に関する情報の開示を求めて訴えを提起した。これに対して、区裁判所は、訴えを全体として棄却した。さらにツェレ上級地方裁判所も、従来の B G H の判例に従い、表見上の父と生物学上の父と考えられる男性との間の償還請求訴訟において、その前提問題として父子関係を付随的に確認する (Inzidentfeststellung) は認められず、Y が B G B 一六〇〇条 d

四項の遮断効を援用することは、本件において権利濫用とはならないとしてXの控訴を棄却した。そこでXは上告した。

## (1) 判旨

BGHは、まず、表見上の父と生物学上の父と考えられる者との間の償還請求訴訟において、父子関係を付随的に確認することを否定した一九九三年のBGHの決定当時、その背景となっていた法的状態が以下の二点において現在とは異なることを指摘した。すなわち、一つは、「一九九八年二月四日に施行された『法定官庁保護の廃止と補佐制度の新規定に関する法律 (Gesetz zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegeschaft und Neuordnung des Rechts der Beistandschaft)』により…子の生物学上の父が自身の父子関係を確認しない場合、父子関係確認訴訟を提起するか否かは、子が成年に達するまで母の意思に左右されることになり、…生物学上の父や子の母が彼らに帰属する確認の権利を行使しない限り、表見上の父は償還請求をすることができない状況になった」ということである。いま一つは、「一九九三年の決定当時、子の血縁については、身分関係の存否を本案とする訴訟手続においてのみ確認することができ、これとは別に、生物学的な血縁関係の存否を確認する手続は用意されていなかった。その背景には、法的な父子関係と生物学上の父子関係の不一致を生じさせるべきではないとする認識が存在したが、二〇〇八年四月一日に施行された『否認手続と関係しない父子関係の解明に関する法律 (Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren)』により、真実とは異なると判明した子の法的な身分をそのままにして子の血縁関係の存否を解明することが可能になった」ということである。すなわち、この法律により、出自解明請求権 (BGB一五九八条a) が明文化され、<sup>57)</sup>身分上の地位とは無関係に父子関係を確認することが、法律上可能となった。そのうえ、「償還請求訴訟における付随的な確認は、訴訟の当事者間ですら既判力が生じるわけではなく、…単に請求権が存在することの前提

問題とされるだけである」。以上のような理由から、BGHは、実質的に遮断効を破って償還請求を認めるために、父子関係の付随的な確認をすることも許されると判示した。

しかし、BGHは、どのような場合でも付随的な確認が許容されるわけではないことを指摘する。まず、「本件のように、父子関係確認手続の提訴権者が長期間父子関係の確認を明確に拒否しているなど、提訴権者がその権利を行使しないために父子関係の確認が長期間行われていないこと」が必要とされる。もつとも、そのような場合でも、「表見上の父が被告に対して何らの根拠もなく子の真の父であると主張するような場合」には、付随的な確認は許容されず、BG 一六〇〇条d二項を援用しつつ、表見上の父は、少なくとも被告が母の懐胎期間中に母と性的関係を持ったことを立証しなければならぬ<sup>(58)</sup>とした。

さらに、BGHは、当事者それぞれの利益との関係について言及する。「被告（真実の父）の償還を求められない利益は保護に値せず、…婚姻生活中の不貞を明らかにされないという母の利益は、すでに先行する否認訴訟で明白になっているため問題にならない。…父子関係の否認後の子の利益は、真の父を確認することであり、父のいない状態を維持することではない。それゆえ、被告が生物学上の父であるか否かの付随的な確認は、通常は子の利益を侵害しない。しかし、これと異なる事態が生じる可能性はある。例えば、本件のように被告が子や母と共に生活し、子と家族生活を営んでいる場合、付随的な確認により被告が子の生物学上の父ではないことが判明したりすると、被告との社会的家族的な結付きを維持する子の利益を損なう可能性がある」とした。したがって、「個々のケースにおいて、父子関係の付随的な確認により、第三者の憲法上保護される利益が侵害される可能性がある場合には、裁判所は慎重に職権で調査しなければならぬ」。

そのうえで、BGHは本件において、請求額や、Yの被告適格などについて十分に確定していないことを理由に事件

を上級地方裁判所に差し戻した。

### (三) 小括

本判決は、一貫して父子関係の付随的な確認を認めてこなかったB G Hが、近年の法改正の影響を受けて、初めて例外的に過去の扶養料の償還請求訴訟において父子関係の付随的な確認が許容されることを認めた判決である。この事案では、表見上の父が三人の子を自らの子と信じて扶養してきたが、実際は三人全員が自身の子ではなく、否認した時点ではすでに、長女は一一歳、次女は九歳、長男は八歳になっていた。学説においては、このような事案ですら、生物学上の父との父子関係が法的に存在しないことを理由に、表見上の父にまったく償還の機会を与えないのは、妥当とは言えないとし、付随的な確認を許容した本判決に賛同する見解がある<sup>(39)</sup>。また、表見上の父の償還請求を認めても、そのことで子らの家庭の平和が損なわれるわけでもなく、表見上の父に対して償還請求を行わないよう要求すべきでもないとして、本判決を評価する見解も存在する<sup>(40)</sup>。

表見上の父による償還請求において、生物学上の父と思われる被告と子との父子関係の付随的な確認を許容する要件として、本判決はいくつかのことを挙げている。まずは、生物学上の父や母などの父子関係確認訴訟の提訴権者が、訴えを提起しないために父子関係の確認が長期間行われていない場合であることが求められる。また、表見上の父は、少なくとも、被告が母の懐胎期間中に母と性的関係を持ったことを立証できなければならない。さらに、憲法上保護されるべき第三者の利益を損なわないことも要件となる。その一例として、本件では、被告と子との間に実質的な家庭生活(社会的家族的関係)がある場合に、付随的な確認の結果、むしろ被告と子の父子関係の不存在が明らかになり、そのことで社会的家族的関係が崩れてしまうようなときを挙げた。すなわち、特に子と被告との間に社会的家族的関係が存

在するような場合には、付随的な確認の許否を慎重に判断すべきことを示した。本判決の後、B G Hは二〇〇八年一月二日判決においても、本判決を引用し、付随的な確認を許容している。<sup>(61)</sup>

### 三 本判決の消滅時効への影響

償還請求権も、他の請求権と同様にB G B一九五条に従い、三年の消滅時効に服する。B G B一九九条一項より、三年の消滅時効は、請求権が発生し、債権者が請求権を基礎づける事情と債務者本人を知り、または重大な過失なくして知りうべきだった年の年末に進行を開始する。これは、債権者が最初に請求権を主張し、緊急の場合には消滅時効を停止させるために訴訟を提起しうる時点とされている。過去の扶養料の償還請求に関しては、債権者は子を指すとされるが、本章一で詳述した遮断効があるため、子は、生物学上の父子関係が確定的に確認されるまでは、扶養請求権を行使できない。このことから、生物学上の父子関係が身分法上確定した時点が消滅時効の起算点であると解されてきた。<sup>(62)</sup>しかし、上述した通り、B G Hの判例が変更され、生物学上の父子関係が法的に確認される前に、表見上の父が償還請求をする可能性が生じた。そこで、起算点に関する従来の考え方は、その後のB G Hの決定で明確に否定された。<sup>(63)</sup> すなわち、B G Hは、二〇一七年三月二日の決定において、本章二で紹介した二〇〇八年四月一六日判決を引用したうえで、B G B一六〇条d四項の遮断効は、消滅時効の起算点に影響を及ぼすことはなく、移転した扶養請求権を裁判上主張するのに、法的な障害とならないとした。また、表見上の父と子との法的父子関係が存在し、表見上の父が扶養義務者と見なされている場合には、生物学上の父に対する子の扶養請求権は存在しえないが、表見上の父との父子関係が確定的に否認されて初めて、子の出生時に遡り、表見上の父が扶養義務なしに扶養を果たしてきたことが確定するとし、生物学上の父と思われる男性に対する扶養請求権の時効期間は、早くとも父子関係の否認が確定した年の年末をもって開

始すると判示した。すなわち判例上、償還請求の消滅時効の起算点は、生物学上の父が明らかである場合には、父子関係の否認が確定した年の年末と解されている。

#### 第四章 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言うまでもないが、法的父子関係と生物学上の父子関係が一致しない場合が生ずることは避けられない。ドイツ法は、否認権者や否認期間を拡大し、法的父子関係と生物学上の父子関係の不一致を解消できるように法改正を実施してきた。現在ドイツでは、BGB一六〇条により、法的な父、母、子、生物学上の父に否認権があり、否認期間はBGB一六〇条b一項により、これらの者が父子関係の存在を否定する事情を知った時から二年である。さら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、父子関係の存在を否定する事情を知った時を起算点とする二年間の否認期間と、父子関係の維持を期待しえないような事情を知った時点から二年間の否認期間が認められている(BGB一六〇条b三項および六項)。このように、子が出生したことを知った時点が起算点ではないため、子が出生してから長期間経過した後には、その父子関係を争うことも可能である。こうしたドイツ親子法の根本には、生物学上の父に父としての法的な責任を負担させるべきとの発想があるようにも思われる<sup>(6)</sup>。

本稿で概観したように、法的な父が子との父子関係を否認し、過去に子のために給付した扶養料を償還するという場合にも、子や母ではなく、本来扶養義務を負担すべき生物学上の父に対して償還を求めるための規定が置かれている。償還請求を認める特別な規定が用意されていることにより、事務管理や不当利得などの一般的な請求権を行使する必要

はない。もつとも、生物学上の父に対する直接の償還請求が許容される一方で、これには制限も設けられていた。請求額は、表見上の父が実際に払った扶養料の額ではなく、生物学上の父が負担すべきであった額が基準となる。さらに、生物学上の父が償還に応じることにより、子の将来または現在の扶養請求が危うくなるような場合には償還を求めることはできない。また、償還請求の全額または即時の履行が、生物学上の父にとって不当に苛酷となる場合には、全額免除される可能性もある。

しかし、なお問題となったのは、生物学上の父が事実上判明していても、生物学上の父が子との父子関係を作ろうとしない場合には、法的な父が確定していない以上、償還請求ができないということである。BGHは一貫して、償還請求訴訟において父子関係を付随的に確認することを認めていなかったが、ついに二〇〇八年に限られた事案ではあるが、例外的に父子関係の付随的な確認を許容し、遮断効を破ることを認めた。このことから、本来親としての責任を負担すべき生物学上の父に責任を回避することを許さない趣旨を読み取ることができる。

わが国においては、冒頭で述べた通り、法的な父が子に給付してきた扶養料を償還することができるか否かについては十分な議論がない。また、実際の裁判例も母に対する養育費の不当利得返還請求として争われたものしかない。そもそも母が不当に利得をしたといえるかどうかも検討の余地があるうし、むしろ本来父として子の扶養義務を負っている生物学上の父に対する請求の可能性を探るべきであろうように思われる。生物学上の父に対しては、事務管理に基づく費用償還請求（民七〇二条一項）や、不当利得返還請求（民七〇三条）<sup>66</sup>といった方法も考えうる。その際には、生物学上の父に対する償還請求が、子の将来にわたる扶養を危うくする恐れがある場合に、どのようにその負担を軽減すべきかといった問題や、子と生物学上の父との間に法的父子関係が存しない場合でも償還請求を許容しうるかといった問題が浮上することになる<sup>66</sup>か、こうした問題については、ドイツ法上の解決が示唆に富むものと思われる。

(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。

(2) 山木戸克己『人事訴訟手続法 家事審判法(復刻版)』(有斐閣、一九九〇年)五八―五九頁。

(3) 北野俊光・梶村太市編『家事人事事件の理論と実務(第二版)』(大西嘉彦)『民事法研究会』二〇一三年)三九五頁以下。

(4) 冷水登記代「東京高裁平成二年二月二日判決判批」法学セミナー増刊五号(二〇〇九年)一〇〇頁。

(5) 冷水・前掲注(4)一〇一頁。また、中川忠晃「東京高裁平成二年二月二日判決判批」民事判例Ⅲ号(二〇一二年)一六六頁も、親子関係不存在確認訴訟や審判の効果と嫡出否認の効果には特筆すべき差異は見受けられないので、親子関係不存在確認訴訟や審判についても遡及効を認めべきとする。

(6) ただし、父子関係が否定された子の母と婚姻していた場合には、夫婦と他方配偶者の継子が家族関係を送っている状態と類似した状況になるが、婚姻期間中に分担しなければならない婚姻費用の中に継子の養育費や教育費が含まれるか否かについては争いがある。また、八七七条二項により、姻族一親等の夫は、特別の事情がある場合に、家庭裁判所が扶養義務を負わせることができる。

(7) 冷水・前掲注(4)一〇〇頁。嫡出否認をした父が子に給付した扶養に係る調整の要否と可否について詳細に論じたものとして、小池泰「嫡出否認と扶養負担の調整―嫡出否認制度改正の前提作業として―」法曹時報 六八巻七号(二〇一六年)一頁以下がある。

(8) Y<sub>1</sub>が申し立てた婚姻費用分担請求の調停に対し、Xに毎月七万五千円(七月・十二月には一九万五千円)の支払いを命ずる審判がなされ、Xは、これに従い五五三万九千円を支払い、さらにその後のY<sub>1</sub>が申し立てた離婚調停に基づき、Xは計一〇五万円の養育費を支払っていたが、後にAとXの親子関係の不存在が確定し、XがY<sub>1</sub>とその不貞相手Y<sub>2</sub>に対し不貞行為に基づく損害賠償を求めるとともに、これまでに支払った婚姻費用分担金と養育費が不当利得にあたるとして返還を求めた事案。

(9) 前訴(離婚訴訟)においてXの妻Yに対する慰謝料が認容された後、XとAとの父子関係の不存在が確定し、改めてXがYに対し不法行為に基づく損害賠償請求とともに、XがAに支出した養育費相当額の婚姻費用分担について不当利得返還請求を行った事案。この判決では、「Xが子Aの養育費を支払ったのは母Yとの婚姻関係の継続中のことであるところ、Xは、妻であるYと嫡出子の推定を受けるAに対し婚姻費用を負担し(民法七六〇条)、上記養育費用もその一部として支払われていたのであるから、これはYおよびAのいづれとの関係でも法律上の原因に基づいて支払われていたものであり、…、上記養育費相当額について不当利得にかかわる損失ないし利得を観念することができない。」とする一方で、そのすぐ後に当事者間に法規範の許容しない違法な均衡状態が存するか否かについて詳細に言及しているため、親子関係不存在確認請求が認められた場合の遡及

効について否定するか否かは明らかでない」とされている。詳しくは冷水・前掲注(4)一〇一頁や、中川・前掲注(5)一六六頁を参照。

- (10) 母に対する請求は、母が不貞を明確に否定し、または嘘の申述により、表見上の父の父子関係の否認を妨害した場合に、誤った父子関係により生じた損害について、不法行為(八二六条)に基づく損害賠償が認められる(BGH,FamRZ1990,367ff)。しかし、不貞を自ら明らかにしないだけでは表見上の父の請求権は基礎づけることができない(BGH,FamRZ2013,939)。また、子に対しては、不当利得返還請求が可能か否かについて、従来から学説上争われてきた。もともと、判例上は認められていない(BGH,FamRZ1981,30)。

- (11) BGB一七〇九条旧規定二項 母または母方の血族が子に扶養料を給付した限りで、子の父に対する扶養請求権は、母や血族に移転する。右の移転は、子の不利益となるときは、することができない。

- (12) BGH,FamRZ1957,167ff

- (13) BGH,FamRZ1967,S144ff

- (14) BGB制定当初、一五八九条二項で「非嫡出父子関係は、血族にあたらぬものとみなす」と定められ、非嫡出子は父と法的な血縁関係がないとされていたが、一九六九年の改正により、非嫡出子と父の間に法的な父子関係を創設する認知と裁判上の確認の制度が設けられた。詳細については、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——」法学新法八七巻七・八号(一九七〇年)五一頁以下。

- (15) BGB一六一五条b 第一項 子の父に対する扶養請求権は、他の扶養義務を負う血族または母の夫が父に代わって子に扶養を給付したときは、その限りにおいて、現に扶養を給付した者に移転する。右の移転は子の不利益となるときは、することができない。

第二項 第三者が父として子に扶養を給付したときは、前項を準用する。

- (16) BT-Drucks5/2370,46

- (17) BT-Drucks5/4179,9. 継父を償還権利者として認めることで、継父が非嫡出子を受け入れる可能性が高まり、家族における緊張感が緩和されると説明された。もともと、「母の夫」には、自身が父でないことを認識したうえで、子を扶養した者を指すのか、認識していない場合も含むのかについては議論があった。(Joachim N. Stolltorft, Der Schein Vater-Regel, FamRZ1971,341ff)

- (18) BT-Drucks5/2370,46. 第三者が子に父として扶養を給付するすべてのケースにおいて、子の扶養請求権の移転が認められることとなった。認知により父とされる者が給付してきたケースや、判決により給付を命じられた者が給付してきたケースだけでなく、誤って自らを父と信じたものが法的な根拠なしに給付してきたケースにも償還が認められる。(Minchenener/Wolfgang Köhler, Familienrecht, 2. Aufl, 1987, vor§1615b, Rnm2.)

ドイツにおける父子関係の否認と過去の扶養料の償還

同志社法学 六九巻六号

四九 (一九六七)

ドイツにおける父子関係の否認と過去の扶養料の償還

同志社法学 六九巻六号

五〇（一九六八）

- (19) Staudinger/Eberhard Eichenhofer, Familienrecht, 1997, vor §1615b, Rdnr. 4.
  - (20) Joachim N. Stollertohlt, a.o. (Fn17), 343ff.
  - (21) Staudinger/Eichenhofer, a.o. (Fn19), vor §1615b, Rdnr. 6.
  - (22) 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（一九九七年）一七四頁。
  - (23) 岩志・前掲注(21)一七四頁。一連の立法作業についての詳細は、一六一頁以下を参照。
  - (24) BF-Drucks137338, 21.
  - (25) Dieter Schwab, Familienrecht, 17. Aufl. Beck C.H., 2009, S. 406.
  - (26) Staudinger /Helmut Engler, Familienrecht, Neubarb., 2000, vor §1607, Rdnr. 46. MünchKommBZ, Familienrecht, 6. Aufl. 2012, vor §1607, Rdnr. 8.
  - (27) Staudinger/Helmut Engler, a.o. (Fn. 26), vor §1607, Rdnr. 43.
  - (28) Christen Huber, Der Unterhaltsregress des Scheinwärters, FamRZ 2004, 145.
  - (29) Staudinger/Helmut Engler, a.o. (Fn. 26), vor §1607, Rdnr. 45.
  - (30) Joachim N. Stollertohlt, a.o. (Fn17), 146.
  - (31) BGB 一六一三 条 一 項 過去の分につき扶養権利者は、扶養請求の主張をする目的で義務者が収入及び資産についての情報の付与を求められた時点、扶養義務者が支払いを遅滞した時点、又は扶養請求についての訴えが係属した時点以降についてのみその履行又は不履行による損害賠償を請求することができる。扶養請求権が存在したときは、前述の事象が生じていた月の最初の日から、債務になる。
- 二項 扶養権利者は、次に掲げる場合、過去の分について第一項の制限なしに履行を請求できる。
- 一 臨時の特別な高額の需要（特別需要）があるとき。ただし、需要の発生後一年を経過した後は、すでに義務者が遅滞に陥っていたとき、又は請求権が訴訟継続したときに限りこれを請求することができる。
  - 二 以下の期間について
    - a) 法的な理由に基づき、又は
    - b) 扶養義務者に存する事実上の理由に基づき
- 扶養請求権の主張をすることができなかった期間。

三項 第二項第二号の場合において、全額又は即時の履行が義務者にとって不当な苛酷となるときは、履行を求めることができず、又は一部の履行のみを求めることができる。第三者が扶養義務者に代わり、扶養を給付してきたために、第三者が義務者に賠償を請求するにつきも同様とする。

- (32) Staudinger/Helmnt Enger, Familienrecht, Neubarb., 2000, vor§1613, Rdnr. 11.
- (33) Christen Huber.a.o. (Fn28), 146. B G B 一六〇〇条 p 四項や一五九四条一項に関しての詳細は第三章を参照。
- (34) MünchKer/Winfried Bom.a.o. (Fn26), vor§1607, Rdnr. 14.
- (35) AG Köln, FamRZ1991, 735ff.
- (36) BGH, FamRZ2002, 536
- (37) Christen Huber.a.o. (Fn28), 146.
- (38) Christen Huber.a.o. (Fn28), 146.
- (39) MünchKer/Winfried Bom.a.o. (Fn26), vor§1607, Rdnr. 19; KG Berlin, FamRZ2000, 441ff; BGH, FamRZ2013, 939ff.
- (40) 同様の内容の規定は、B G B 一六〇七条が規定される以前の B G B 一六一五条 b 旧規定にも存在し、さらにその前の B G B 一七〇九条旧規定にも存在していた。
- (41) 条文は前掲注 (31) を参照。
- (42) Staudinger/Helmnt Engler, a.o. (Fn22), vor§1613, Rdnr. 103; MünchKer/Winfried Bom, Familienrecht, 7. Aufl, 2017, vor§1607, Rdnr. 102.
- (43) LG Ulm, FamRZ1995, 633ff; 子の父であることを全く認識していなかった期間の扶養料の償還請求に応じること、生物学上の父自身の生活が危険にさらされるような場合には、不当な苛酷さがあるとされる。もっとも、本件では、生物学上の父は子の出生時から自身が父であることを認識し、子の母から何度も認知するよう求められていたため、不当な苛酷さは存在しないとされた。
- (44) BF-Drucks. 13/7338, S. 32.
- (45) 当時は、B G B 一六〇〇条 a 旧規定が、非嫡出子の場合においては、父子関係は認知または対世的効力を有する裁判によって確認される。父子関係の法効果は、本法に別段の定めのない限り、その確認の時以降にかぎりこれを主張することができることと定めていた。
- (46) Alexander Schwonberg, Scheinaterregress und Rechtsausübungssperre, FamRZ2008, 450.
- (47) Dieter Schwab, Familienrecht, 17. Aufl, Beck, C.H., 2009, S. 265.

ドイツにおける父子関係の否認と過去の扶養料の償還

同志社法学 六九卷六号

五一 (一九六九)

- (48) 生物学上の父の認知には、BGB二五九五条一項により母の同意が必要とされる。したがって、母が同意しない場合には、生物学上の父も裁判上の確認を行わなければならない。ドイツ親子法のBGB制定時からの改正経緯に関しては、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―」(一)(二)(三)(四)(五)(六)「法律論叢二六七巻一頁、二頁三頁、二六八巻六号一頁、一七〇巻三号一頁、一七四巻六号三〇頁(二〇一四年)、一七六巻四号一頁(二〇一五年)」を、ドイツ親子法における母子関係や父子関係の創設・否定に関する野沢紀雅「比較法的検討―ドイツ」社会と法二八号(二〇一二年)五二頁以下を参照されたい。
- (49) BGH,NW1993,1195.
- (50) Staudinger/Thomas Rauscher, Familienrecht, Neubarb.,2011,vor§1600d,Rdnr.95.
- (51) OLG Düsseldorf,FamRZ2000,1032.
- (52) Christen Huber.a.o. (Fn28),146.
- (53) Christen Huber.a.o. (Fn28),146.
- (54) Christen Huber.a.o. (Fn28),146.
- (55) Staudinger/Thomas Rauscher,Familienrecht,2004,§1600d,Rdnr.94.その他にも、父子関係の存在が明白であるにもかかわらず、生物学上の父が認めず、遮断効を援用するような場合には信義則に反するとする見解や、子の利害を考慮してBGB八二六条のもとでのみ付随的な確認を許容すべきとする見解などがあった。例外を許容することを前提に、いかなる場合に例外を許容すべきかについての学説の詳細な紹介は、Alexander Schwonberg,a.o. (Fn46),455.
- (56) BGH,FamRZ2008,1424f.
- (57) BGB一五九八条a 第一項 法律上の親子関係にある父、子および母は各々他の二名に出自鑑定への同意と鑑定に要する遺伝子検体の採取の受忍を求めることができる。
- 第二項 その同意が得られない場合には、家庭裁判所は同意を代替し、検体採取の受忍を命ずることができる。
- (58) BGB一六〇〇条d二項は父子関係の裁判上の確認手続において、母の懐胎期間中に性的関係を持った男性を子の父と推定することを定めている。本判決は、この条文を引用しBGB一六〇〇条d二項の推定に結びつくような被告と子との父子関係に関する前提を立証しなければならないとした。
- (59) Marina Wellenhofer,FamRZ2008,1427f.

- (60) Staudinger/Thomas Rauscher a.o. (Fn.50), vor §1600d Rdnr.96.
- (61) BGH, Fam.RZ2008,32ff. この事案では、表見上の父と子との間の父子関係が否認されてから、法的な父子関係が確認されることなしに一年九カ月が経過していたが、一年九カ月は二〇〇八年四月一六日判決が判示した父子関係の確認が長期間行われていない状態に当たるとされた。
- (62) Christen Huber a.o. (Fn.28), 148.
- (63) BGH, Fam.RZ2017,900ff.
- (64) もっとも、生物学上の父による否認権の導入は、血縁主義を徹底する趣旨であったことは否定できないが、血縁よりも重視されるべき要素が存在することも明らかにし、血縁主義の限界を示したと言える。詳細に関しては拙著「ドイツにおける父子関係の成否と社会的家族的関係」同志社法学第六八巻第二号二二二頁以下を参照されたい。
- (65) わが国における生物学上の父に対する償還請求の検討は、小池・前掲注(7)一頁以下。
- (66) 小池・前掲注(7)二二二頁～二三頁でも論点として挙げられている。