

# 父子関係事件における

## 新しい鑑定による再審の訴え(一)

——ドイツ民訴法六四一条iに関する判例法理の検討——

豊 田 博 昭

### 目 次

- 一 はじめに
- 二 規定の前史
- 三 父子関係について裁判した確定判決(以上、本号)
- 四 父子関係についての新しい鑑定の提出
- 五 異なった裁判をもたらしたであろう鑑定
- 六 本案の審理
- 七 手続上の問題
- 八 おわりに

一 はじめに

(1) 現行ドイツ民事訴訟法(ZPO。以下、民訴法と略す)六四一条i第一項は、「父子関係について裁判した確定判決に対する原状回復の訴えは、民訴法五八〇条の場合以外に、当事者が、単独でまたは先の手続で提出された証拠と結び付いて、異なった裁判をもたらしたであろう父子関係に関する新しい鑑定を提出したときに、提起することができる」と規定する。同条二項によると、この「訴えは、前訴で勝訴した当事者も提起することができる」し、また同条四項によると、この訴えには通常の再審の訴え(民訴法五七九条・五八〇条)に関する不服申立て期間を定める「民訴法五八六条は適用されない」。

この規定は、一九六九年八月一九日の「非嫡出子の法的地位に関する法律」(一九七〇年七月一日施行。以下、非嫡出子法と略す)によって導入された。非嫡出子と嫡出子の法的地位の平等化をはかった一九九七年二月一六日のいわゆる「親子法改革法(Kindschaftsrechtsreformgesetz)」(一九九八年七月一日施行)によっても、右規定に変更はない<sup>(1)</sup>。非嫡出子法の立法理由は、右規定(連邦政府の当初の法案では民訴法六四一条h)の導入理由を大要つぎのように述べている。すなわち、一方で、非嫡出父子関係およびその探索は、非嫡出子法により関係者に広範囲で永続的な意義を有することになり(数世代への相続の効果)、父子関係訴訟における真実の父の探索は特に重要である。他方で、今日の学問水準によると、父子関係は一部のケースでのみ確実に認定できるが、他のケースでは父子関係訴訟の裁判は推定または蓋然性の認定によることになる(民法一六〇〇条)<sup>(2)</sup>。複数の男性が父として考えられ、蓋然性のある父が探索できないとき、請求は棄却される。父子関係の探知の領域では今後著しい学問の進展が期待できるのであって、父子関係判決が後になって不当

であることが明らかになったが、それを排除する可能性がないと実に耐え難いことになる。また前訴の勝訴当事者も、不当な判決から解放される利益を有している。しかし、それは再審がなければできないことであり、双方当事人が判決の不当性を認めている場合もそうである。そのためには、民訴法五七八条以下の一般的な再審事由では十分でない<sup>(3)</sup>。

筆者は、ドイツ再審法の最も重要な再審事由といわれる新たに発見された文書（民訴法五八〇条七号b）による再審の訴え（原状回復の訴え）に関して、最上級審の判例法理を検討したことがある<sup>(4)</sup>。立法者は、民訴法六四一条i導入の理由として、民訴法所定の再審事由が十分でないことを指摘しているが、実務上、既存の再審事由の拡張が問題となる局面で重要な役割を果たしてきたのが民訴法五八〇条七号bであった。民訴法六四一条iは、これら既存の再審事由に、立法によつて新しく再審事由が追加されたケースである。立法者がいうように、父子関係という限定した場面ではあるが、学問の進展に従つて確定判決を再審査する途を開いておくという考え方は、いわゆる「科学裁判」における立法施策としてありうる視座を示すだけでなく、「科学裁判と鑑定」<sup>(6)</sup>というテーマからも検討に値するように思われる。筆者の関心はもっぱら訴訟法領域からのものであるが、民訴法五八〇条七号bに続けて、民訴法六四一条iに関する連邦裁判所（Bundesgerichtshof 以下、連邦裁と略す）の判例法理を検討してみることにする。考察は、最初に民訴法六四一条iが導入されるまでの問題状況を主として最上級審の判例を跡付ける方法で素描する（二）。ついで、民訴法六四一条iの各要件について、連邦裁判例の法理を中心に考察する（三以下）<sup>(7)</sup>。

まだまだ拙いものであるが、本稿を山本敬三先生のご退職に当たり寄稿させて頂きます。ご在職中、先生には親しくご交誼を賜り、多くのことを学ばせて頂きました。お礼を申し上げますとともに、先生のいつそのご活躍とご健勝を祈念

する次第です。

《注》

- (1) この法改正については、vgl. D. Mäumel/bearb., Familienrechtsreformkommentar, 1998, S. 1ff. わが国の文献として、岩志和一郎「ドイツの新親子法」内田武吉先生古稀祝賀『民事訴訟制度の一側面』一八九頁以下(成文堂、平成二年)参照。
- (2) 九七年の法改正により、「非嫡出子」という概念は法文上はなくなり、非嫡出子の父子関係についての従前の規定(民法一六〇条aから民法一六〇条kまで)は全面的に削除された。この中には非嫡出子の父子関係の推定に関する民法一六〇条oも含まれる。そして非嫡出子も含めた一般的な「裁判上の父子関係の認定」については、新民法一六〇条dが規定する。vgl. E. Wieser, Zur Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft nach neuem Recht, NJW 1998, S. 2023ff.; A. Luderitz, Familienrecht, 27. Aufl., 1999, S. 265ff.
- (3) BF-Drucks. V/3719, S. 42.
- (4) 豊田「新たに発見された文書による再審の訴え(一)」、(二・完)「修道七卷一号三七頁、二号二一七頁。
- (5) 小島武司「科学と裁判」判時九五〇号一三頁(その後、同『民事訴訟の基礎理論』(有斐閣、昭和六三年)に所収)は、科学的争点が問題となる事件で、それが解明できないときは、(行政の決定について)手続的審査にとどめ、実体判断については後日の審査の余地を残すという方法を示される。これは、新証拠の提出による再審の訴えを部分的に許すのに似た実際効果がある指摘され、その視点からドイツ民法六四一条iに注目される。同『民事訴訟の基礎理論』一二二頁注(4)。
- (6) 中野貞一郎編『科学裁判と鑑定』(日本評論社、昭和六三年)所収の論文などを参照。
- (7) 以下の検討において、引用する民法および民法訴訟法の条文は、原則として、その当時のものを示している。また民法六四一条iの判例も、時期的には、九七年の法改正前のものであり、同様にそこで指摘された条文もやはりその当時のものであることを、最初にお断りしておかなければならない。

## 二 規定の前史

### 〔1〕問題の状況

(1) 親子関係の認定の現在の実務において重要な役割を果たしている血液型検査や遺伝生物学鑑定 (erbkundliches Gutachten) は、ドイツの実務では二〇世紀の前半に公的に承認されたといわれる。<sup>(1)</sup> ライヒ裁判所も一九四〇年の裁判で、遺伝生物学鑑定は血縁関係の存否解明に不可欠な手段であると判示している。<sup>(2)</sup> ただし、そうした自然科学による証拠方法が比較的早い時期から発展した理由として、ナチスの人種立法の下でそれが人の生死を分ける決定的なテストになったという不幸な歴史的事実があったことを忘れてはならないであろう。<sup>(3)</sup> ところで、前訴当時何らかの事情で血液型鑑定 (Blutgruppengutachten) や遺伝生物学鑑定が実施されずに判決が下されたが、その後これらの鑑定が実施された場合、当該鑑定を原状回復事由 (民法五八〇条) として、またはその実施を目的として、前訴の確定判決に対する原状回復訴訟ができるかという問題が生じていた。その場合に考えられる手掛かりは、民法五八〇条七号bの原状回復事由「新たに発見された文書」である。<sup>(4)</sup>

(2) 例えばつぎのようなケースである。①婚姻中に妻が出産した子に対して、夫が嫡出否認訴訟を提起、請求認容 (判決確定)、妻の単独責任による離婚判決も確定。しかし、その後の子の父はやはり夫とする遺伝生物学鑑定 (erbbiologische Gutachten) がでた。<sup>(5)</sup> この鑑定に基づき、妻は離婚判決に対して原状回復の訴え (民法五八〇条七号b) を提起できるか。②夫から子に対する嫡出否認訴訟は母の証言と血液型検査に基づき請求棄却 (確定)、その後の後見裁判所の手続で夫の嫡出否認の正当性を示す遺伝生物学鑑定が報告された。夫はこの鑑定に基づき原状回復の訴えを提起できるか。<sup>(6)</sup> ③非嫡出子

から父に対する扶養訴訟 (Unterhaltsprozess) で、母の多数関係を理由に請求棄却 (確定)。他男に対する再度の扶養訴訟で実施された遺伝生物学鑑定によると、前訴のいわゆる父が真実の父たる蓋然性が大きく、他男は明らかにその可能性はないとの結果になった。この鑑定は前訴の確定判決に対する原状回復事由になるか。<sup>(7)</sup> 調べた限りの当時の下級審判例では、右③の事件類型が多い。

## 〔2〕新しい鑑定の問題

(1) 新しい鑑定は再審事由 (原状回復事由) になりうるか。(イ) 前掲①事件で、連邦裁一九五一年二月二六日判決 (BGHZ 1, 218ff.) は、新しい遺伝生物学鑑定 (erbkundliches Gutachten) は民訴法五八〇条七号 b にいう文書ではないと判示した。その理由として、同判決は、裁判官が遺伝生物学鑑定に基づき、血縁関係について心証形成することがあるにしても、それは文書の証拠力ではなく、それを介在した鑑定人の判断によるものである。法律が証書訴訟で他の証拠方法を排して文書を証拠方法として優先させているのは、文書が他の証拠方法よりも特別な証拠力を有しているからである。検証結果、証言、鑑定が記された文書は、直接の検証、証人尋問、鑑定人尋問に比べて、その証拠力は小さい。これは原状回復の訴えでも同様である。②また同判決は、裁判外で記された検証結果、証人の証言、専門家の鑑定意見が記された文書に対して、相手方に直接の検証、証人・鑑定人尋問の機会が保障されない問題点を指摘する。③さらに上告理由は、新しい学問上の証拠が利用できる場合にも再審を許容し、遺伝生物学による類似比較と血液型鑑定をその具体例にあげる学説 (シュタイン・ヨース民訴法コンメンタール、バウムバッハ民訴法コンメンタール、シェンケ、マーン) を引用していた。しかし同判決は、本件では脊柱比較 (Wirbelsäulenvergleich) が利用・斟酌されていても、再審原告に有利な影響を及ぼす

ことはできなかったとして、遺伝学上の脊柱比較に同条の類推ないし拡張解釈を認めるかについては、態度を示していない。<sup>(8)</sup>

(ロ) 当時の下級審判例の大勢も、新しい遺伝生物学鑑定は民訴法五八〇条七号bの原状回復事由ではないと解していた。<sup>(9)</sup> また連邦労働裁判所は、医師の鑑定書は民訴法五八〇条七号bの文書に当たらないと判示した(一九五八年九月九日判決 NJW 1958, 2133ff.=MDR 1958, 954)。これに対し、遺伝生物学鑑定に右規定の準用<sup>(10)</sup>または類推適用<sup>(11)</sup>を認める下級審判例もみられた。また原則として否定説にたちながら、例外的に準用を許容する判例もあつた。<sup>(12)</sup> これらの判例は、連邦裁五一年判決の上告理由も引用する学説の影響が大きいと思われる。

(2) また血液型鑑定 (Blutgruppengutachten) を原状回復事由 (民訴法五八〇条七号b) とみるべきかについて、当時の学説は肯定説と否定説に分かれていた。<sup>(13)</sup> 若干の議論をみると、(イ) 後見裁判所の裁判官という立場からマーンが、新しい学問上の知識、遺伝学による血縁関係の証明は、嫡出否認訴訟、非嫡出父子関係の積極・消極確認訴訟、間接的には扶養訴訟や婚姻訴訟に決定的な意義をもつ。民訴法五八〇条の基本思想によると、あらゆる証明上重要な新しい学問上の知見はすべて、原状回復事由として扱うべきであると説く。そして立法論として、それを新しい原状回復事由 (民訴法五八〇条八号) として導入する法改正を提案していた。<sup>(14)</sup>

(ロ) シエンケによると、遺伝学調査は検証のケースであり、裁判官は鑑定人という仲介者を通じて検証を行うのである。立法者は遺伝学調査を予想していなかったものであり、判決確定後に当事者が新しい証拠方法 (Beweisverfahren) を利用できなくなったときは再審も許されると説いている。<sup>(15)</sup>

(ハ) ガウルは、民訴法五八〇条に関する証拠確実性の理論<sup>(16)</sup>に基づき原状回復事由 (民訴法五八〇条七号b) の拡張を論じ

たが、この種のケースに類推適用が可能な血縁鑑定をつぎのように限定した。すなわち、①血縁鑑定は学問上一般的に承認された方法によらなければならない。②第二に、血縁鑑定は一般的に承認された鑑定人が報告したものでなければならぬ。③第三に、その内容は、血縁関係の有無を少なくとも極めて高い蓋然性の程度で認定していなければならない。<sup>(17)</sup>

### 〔3〕扶養判決と身分判決の対立

(1) 右の再審請求事件と異なり、前訴の扶養訴訟の確定判決と後訴の父子関係の積極・消極確認訴訟(身分訴訟)<sup>(18)</sup>の確定判決が相違するという問題(いわゆる「支払いの父」と「真実の父」の複線化)が生じていた。当時の法律によると、二つの訴訟は別々に係属できたため、扶養訴訟で敗訴した子が、同じ被告に父子関係確認訴訟を提起して請求認容判決(血縁判決)を取得したり、逆に扶養訴訟で敗訴した父たる男性が、父子関係の存在を否定する血縁判決を取得する事態が生じた。非嫡出子の保護という基本的問題の考察は先学の研究<sup>(19)</sup>に譲り、本稿ではその局面での救済方法に注目し、とりわけ民訴法五八〇条七号bの原状回復事由に関連する主たる判例を検討する。

(2) 非嫡出子Xから父Yに対する最初の扶養訴訟は、母の多数関係を理由に請求棄却(確定)、その後Yに対する父子関係確認訴訟は地裁の請求認容判決が確定。そこでXが再度の扶養訴訟を提起したという事案で、原審は最初の扶養判決の既判力を理由に右請求を退けた。これに対してライヒ裁判所大法廷一九四二年五月七日決定(RGZ 169, 129ff.)は、血縁訴訟の結果からみて、最初の扶養判決の既判力は第二扶養訴訟で矛盾した判断をする妨げにはならないとした。①同決定によれば、これは実定法の規定から導けない。原状回復の訴えは提訴期間が徒過し(民訴法五八六条二項一文)、また変更の訴え(民訴法三三三条)や請求異議の訴え(民訴法七六七条)はその要件を欠き、Yに良俗違反がない点で損害賠償



訴訟の規定（民法八二六条）も適用できない。②非嫡出子の扶養料請求権（民法一七〇八条）の根拠は父子関係にあり、また両訴訟間で訴訟物の抵触はないが、血縁という法律関係を対象にしている点で共通性はある。そこで、身分訴訟（血縁訴訟）で積極または消極の裁判が下された場合、その後の扶養訴訟で異なった判断の余地はない。また身分判決確定後の扶養訴訟では、身分判決を最初の扶養判決に優先させるべきである。その理由は身分判決の対世効にある。したがって身分判決の確定時から異別の判断はできず、従前の異別の判断は失効し、新たな扶養訴訟においては異なった裁判が可能になる、と。<sup>(20)</sup>

(3) ライヒ裁判所の示した解決策は、身分訴訟を確定扶養判決に対するいわば再審手続として許容したものといえるが、<sup>(21)</sup>連邦裁はこの考え方をとらなかった。(1)非嫡出子Yとの父子関係を認知し扶養義務を約束した父Xが、Yとの父子関係不存在確認請求をした事案で、連邦裁一九五二年四月二八日判決(BGHZ 5, 385ff.)は、①民法六四四条があっても非嫡出父子関係の確認訴訟を適法とし、これを身分訴訟に位置付けたライヒ裁判所三九年判決(RGZ 160, 293ff.)（後掲二六六頁注18参照）は、当時のナチズムの精神に基づいた考え方であり、今日ではもはや意義をもたないと指摘したうえで、しかしその結論自体は文献でも支持されており、同判決もそれに従うとした。②同判決はXの確認の利益を肯定したが、ライヒ裁判所大法廷四二年決定(RGZ 169, 129ff.)と異なり、父子関係の存否確認判決の法効果は、先の扶養義務の既判力ある認定を排除しないとした。右判決は法形成判決ではなく、単なる確認判決だからである。③ただし、この事件では控訴審の審理によっても父子関係の不存在については解明できなかった。そこで同判決は、原告Xが被告Yの父であることの証明責任は被告Yにあるが、証明責任を負う当事者が自己の権利を証明できないときは、右権利が存在しない場合と同じように裁判すべきであるとして、ライヒ裁判所の請求棄却説(RGZ 164, 281ff.)<sup>(22)</sup>を放棄し請求認容判決を下した。この判示

方法は、ノンリケット判決として問題になるところである。<sup>(23)</sup>

(ロ)五二年四月判決のすぐ後、連邦裁一九五二年六月五日判決(NJW 1952, 935f=MDR 1952, 486)は、非嫡出子Xから受胎期間中の母の性交渉相手Yに対する扶養訴訟は、母の多数関係(他男Z)の抗弁により請求棄却(確定)。この訴訟で実施された血液型鑑定によると、YもZも父でないこともないとの結果がでた。そこでXが父子関係確認訴訟を提起して、遺伝生物学鑑定を実施すればYが父であることが判明すると主張した事案を扱った。これは、非嫡出子からの父子関係確認訴訟という点で連邦裁五二年四月判決(BGHZ 5, 385ff.)と共通し、血液型鑑定が存在している点では遺伝生物学鑑定に基づく再審請求事件に関する連邦裁五一年判決(BGHZ 1, 218ff.)と類似する。連邦裁五二年六月判決は、これらの先例に従い、①父子関係を確認する血縁判決に扶養訴訟の確定判決を排除する効力を否定した。②また第二訴訟の結果に基づき、民法五八〇条七号bを準用して、最初の訴訟の確定判決に対して原状回復の訴えを提起することも先例に反するとした。本件では再審の要件(民法五七九条・五八〇条)が存する手掛かりはない。③同判決は、さらにYに対する損害賠償訴訟(民法八二六条)によって扶養問題の蒸し返しができることも明らかでないとした。④そして同判決は、右血縁関係の訴えの確認の利益(民法二五六条)を肯定している。

(ハ)さらに父から非嫡出子に対する父子関係不存在確認訴訟で、連邦裁一九五三年五月一八日判決(NJW 1953, 1545f.)は、身分判決を原状回復事由と解する学説の見解(レヴァルド)は、原状回復の訴えの例外性および法律の趣旨と矛盾すると指摘した。以上の連邦裁の判例法理によれば、父子関係確認訴訟と扶養訴訟の対立に面して、当事者には考え得る法的救済の途がおおよそ閉ざされたことになる。

(3) ライヒ裁判所四二年決定に対する当時の学説の評価は分かれた。<sup>(24)</sup>ただし反対説においても、それに代わる救済策は

必ずしも一致をみず、①血縁判決を直ちに民訴法五八〇条七号bの文書と解する説<sup>(25)</sup>、②一定の条件を満たした遺伝生物学鑑定については、民訴法五八〇条七号bを類推適用する説<sup>(26)</sup>、③新しい再審事由の導入という立法的解決によるとする説<sup>(27)</sup>などが主張された。

#### 〔4〕立法措置

- (1) 一九六一年八月一日のいわゆる「家族法変更法」(一九六二年一月一日施行)により、①父子関係の存否確認訴訟、親権の存否確認訴訟、嫡出否認訴訟には、身分訴訟の手續規定(職権探知主義、判決の対世効など)が適用される旨が民訴法六四一条において明文で規定された。②また扶養判決と血縁判決の矛盾については、血縁判決を扶養判決に優先させる民訴法六四四条の規定がおかれた<sup>(28)</sup>。立法者によれば、これは連邦裁判の判例法理に依拠した暫定的な緊急措置である<sup>(29)</sup>。
- (2) ついで一九六九年八月一九日のいわゆる「非嫡出子法」(一九七〇年七月一日施行)は、父子関係の確認を真実の血縁関係とできる限り一致させることを目的として法改正を行った<sup>(30)</sup>。これらの規定は九七年の法改正によって現在では大幅に改正されているが、本稿に関連する当時の法規制をみると、①非嫡出子の父子関係の認定は認知によるか、または裁判によって行われ、その認定には対世効が生ずる(民法一六〇〇条a第一項)。父子関係に基づく法効果は、その認定と同時に主張できる(同条二項)。②父子関係の認知がないときは、訴えにより裁判上それを認定できる(民法一六〇〇条n第一項)。その認定に当たり、子を受胎させた男が子の父とされる(民法一六〇〇条o第一項)。そして子は、母が法定の受胎期間(民法一五九二条<sup>(32)</sup>)中に性交渉した男によって受胎させられたものと推定される(同条二項一文)が、すべての事情を評価して父子関係について重大な疑い(schwerwiegende Zweifel)が残るときは、この推定は働かない(同条二

項二文）。③父子関係の認定に当たっては、民訴法六四一条以下の「特別規定」（民訴法六四一条 a・六四一条 k）が適用になる。民訴法六四一条 i の原状回復の訴えも右特別規定のひとつであり、法体系的にみると、同条の訴えは、民訴法六四一条に列挙された事件<sup>(33)</sup>だけを対象にしたものと解するのが素直である。この点は、後述する民訴法六四一条 i の適用範囲に関して問題になる（後掲三〔3〕を参照）。それはともかく、裁判上の父子関係の認定はこの民訴法六四一条 i によって排除される。

(3) この間の連邦裁判例の動向に注目しておこう。まず、連邦裁一九六六年二月二二日判決 (BGHZ 46, 319ff.=FamRZ 1967, 144ff.) と連邦裁一九六九年九月三〇日判決 (FamRZ 1969, 644ff.) がそれである。いずれも、前訴で敗訴した父たる男性が、確定判決に従って支払った扶養料を、不当利得返還請求（六六年判決）または損害賠償請求（六九年判決）という実体法上の救済手段によって回復しようとした点に特徴がある。

(イ) 連邦裁六六年判決 (BGHZ 46, 319ff.=FamRZ 1967, 144ff.) は、区裁の確定判決によって非嫡出子の父と認定され扶養料の支払いを命ぜられた男性 X が、先に支払った扶養料の返還請求をしたという事案である。子の母に対して八年後に刑事手続で偽証罪が認定され、同手続で実施の遺伝生物学鑑定によると、X の父子関係は最高度に疑わしく、明らかに他男 Y の可能性があり、第三の男性も確実にあり得ないともいえないとの結果がでた。さらに X と子の血縁関係の不存在を認める地裁判決がなされた（確定）。そこで X は支払った扶養料の返還請求を、子の父と推定される Y に求めた。控訴審が子に扶養料を支払った推定上の父にも民法一七〇九条二項<sup>(34)</sup>を準用して請求の一部を認容したのに対して、同判決は、①控訴審は導入された民訴法六四四条を看過しているとする。同条一項により X は消極的血縁判決を自己に有利に援用できるが、扶養判決の失効は身分判決の確定時からである。立法者は、血縁判決と矛盾する扶養判決の既判力をすべて排除せ

ず、血縁判決の確定以後の時期に対してのみそれを否認し、確定前の時期については従前の状態にとどまる趣旨である。

②そうすると、扶養判決を受けたXは、血縁判決の確定までの時期分については、子にも、真実の父親にも、給付した扶養料を不当利得（民法八一二条）として返還請求できないと判示した<sup>(35)</sup>。これには賛成評釈<sup>(36)</sup>と反対評釈<sup>(37)</sup>がみられる。

(ロ)連邦裁六九年判決（FamRZ 1969, 644ff.）は、非嫡出子Xから推定上の父Yに対する過去の扶養料未払い分の損害賠償請求（民法八二六条）を認容した。XからYに対する父子関係の確認請求、および出生から一八歳までの扶養料請求の前訴で、父子関係を確認する判決がなされた。遺伝生物学鑑定によると、Xは確実に接した蓋然性をもってYと血縁関係があるとの結論であった。そこでXはYに対して、出生から身分訴訟の提起までの扶養料相当額を損害賠償請求したという事案である。同判決は、Yは扶養訴訟において、故意による虚偽の陳述をもって不当な判決を騙取し、それによってXに良俗に反する方法で故意に損害を及ぼした（民法八二六条）として、右請求を認容した<sup>(38)</sup>。前掲六六年判決に賛成評釈をした同じ論者（ボッシュ）は、本件のようなケースでは、特に民訴法六四一条iによる原状回復の訴えを採るべきであり、民法八二六条による訴えについては批判的である<sup>(39)</sup>。ただし、これは民訴法六四一条iの施行前の事件であった<sup>(40)</sup>。

(4) つぎに父子関係訴訟でみられたノンリケット判決の議論で知られる連邦裁判例をたどると、実務で鑑定が重視されていく方向とともに、当時の学問レベルでは裁判官の心証形成になお足りなかったという状況もうかがえるように思われる<sup>(41)</sup>。連邦裁一九五五年五月一八日判決（BGHZ 17, 252ff.）と連邦裁一九六三年一月十三日判決（BGHZ 40, 367ff. = NJW 1964, 723ff. = FamRZ 1964, 150ff.）がそれである。(イ)まず区裁証書中で非嫡出子Yを認知し、扶養料の支払義務を引き受けたXが、その後父子関係不存在確認請求をしたという事案で、連邦裁五五年判決（BGHZ 17, 252ff.）は、①非嫡出子の父子関係の不存在確認訴訟において保護すべき確認の利益を肯定できるのは、合理的にみて父子関係の認知時よりも

事実状態が変化している場合であるとする。それは、とりわけ男性が、自分以外に父はいないと考えたのが認知後に疑問だと思わせる事実を知った場合、また別種の何か新しい事態が生じたことで、認知からの解放または真実の血縁関係の探知への要求が正当化される場合である。この問題は、事件毎にあらゆる事情を考慮して、認知後に男性が正当な理由なく要求する訴訟は防止するが、正当な主張は考慮すべきであるという観点から調査しなければならない。これは訴訟要件であり、Xの確認の利益は認められる。②この事件で控訴審は、実施した遺伝生物学鑑定によるとXの父子関係の方が他男より蓋然性は高いが、なお父子関係を積極的または消極的に認定するには不足しないとして、請求を棄却していた。同判決は、そのように事実関係が不明確に終わったときは、前掲五二年四月判決(BGHZ 5, 385ff.) (二五七頁)と異なり、請求を棄却すべきであるとした。同判決が判示①の部分で指摘する確認の利益が肯定できる典型的な場合とは、まさに父子関係の鑑定があつた場合であろう。

(ロ)ついで非嫡出子Yからの前訴・扶養料請求訴訟において母および多数関係証人の証人尋問、血液型鑑定の実施により父と認定され、扶養料の支払いを命ずる区裁判決を受けたXが、Yとの父子関係不存在確認訴訟を提起したという事案で、連邦裁六三年判決(BGHZ 40, 367ff.)は、①父子関係の存否不確実の原因が、当該男性と子の母が受胎期間中に性交渉したか否かを解明できない点にある限りで、右連邦裁五五年判決の命題は適用できないとした。②そして控訴審が遺伝生物学鑑定の実施についてXの申立てがあつたにもかかわらず、それを実施しなかつた点の手續違背を指摘する。同判決は、Xが反証を行うのに当たり、原則として証拠方法の選択に制限は受けない。遺伝生物学鑑定の実施申立てを、模索証明であるとして拒否できない。また父子関係を排斥する鑑定により性交渉の存否の問題を逆に推論できるのであり、遺伝生物学鑑定により十分に父子関係は認定できるとする。③もつともそうした鑑定を許容すると、多くのケースでその調査のた

め血縁訴訟や扶養訴訟が遅延する問題が生ずるが、これについては仮処分の方法をあげて、原審に破棄差し戻した。

(ハ)さらにノンリケット判決の事件ではないが、新タイプの血液標識による血液型鑑定が問題になったケースとして、連邦裁一九六四年二月五日判決 (NJW 1964, 1184) に注目しておきたい。母とYの離婚後出生したXがYとの父子関係確認請求をした事案で、地裁はD博士の血液型鑑定とW博士の遺伝生物学鑑定を実施し、また区裁の離婚訴訟記録およびD博士の血液型鑑定が記された扶養訴訟記録の証拠調べにより請求棄却、高裁はW博士の口頭による説明、B博士の書面による遺伝生物学鑑定と口頭の説明により、Xの請求を認容した。これに対して連邦裁六四年判決は、Yの上告を容れて原審に事件を破棄差し戻した。①同判決は、控訴審の判断の基礎になった鑑定においては、近時明らかにされた血液型システムである、Kell、Ss、Cw、ハプトグロビン (H<sub>g</sub>) の各システムは用いられてなく、それらによると父子関係を否定するとのYの主張に控訴審は答えていない。つまりD鑑定が新しい調査結果に基づき得られた父子関係を否定する可能性が考慮されていないが、補充鑑定の実施によりYが父としてあり得ない可能性がでくる。②したがって、新しい補充的な血液型鑑定の実施、従前の鑑定中で考慮された血液標識以外による鑑定は不可欠であった。争いのある血縁問題をいつそう解明することが期待できるからである。同判決は、血球標識に基づく父子関係の否定の方が遺伝生物学鑑定よりそれよりも証明力は大きいと判示する。<sup>(42)</sup>これは、新しい鑑定が前訴判決の鑑定に反証的に突き付けられたケースといえる。上述した連邦裁六六年判決 (BGHZ 46, 319ff.) と連邦裁六九年判決 (FamRZ 1969, 644ff.) は、この連邦裁六四年判決に続く判例であった。また遺伝生物学鑑定よりも血液型鑑定の証拠価値が大きいという判示②は、その後の連邦裁判例にも引き継がれる。<sup>(43)</sup>この当時、ある医学者 (フンメル) は、自然科学の現在のレベルでは、生物統計学方法 (biostatistischer Methoden) <sup>(44)</sup> によつてたいの事件では裁判所に役立つ真実の父の指摘が可能であると述べている。

《注》

- (1) H. Ritter, Die humangenetische Abstammungsbegutachtung, FamRZ 1991, S. 646 によれば、血液型検査 (Blutgruppenbestimmungen) は一九三六年一月八日より、また遺伝生物学鑑定は一九三四年一月二六日より証拠方法として公認された。
- (2) 非嫡出子の父子関係が問題になった事件で、ライヒ裁判所一九四〇年四月二九日決定 (RGZ 164, 45, 48) がその旨判示する。この判例については、vgl. Schönke, Anm. zu LG Heilbronn, U. 31. 1. 1942, DR 1942, S. 858.
- (3) Lüderitz, Familienrecht, S. 267.
- (4) 以下については、vgl. H.F. Gaul, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, 1956, S. 143ff., 169ff. (以下 Grundlagen と略す)
- (5) 連邦裁一九五一年二月二六日判決 (BGHZ 1, 218ff.) の事案。
- (6) I. Mahn, Neue wissenschaftliche Erkenntnisse als Restitutionsgrund, DR 1940, S. 1041ff. の掲げる事件。
- (7) フェアデン地裁一九五五年四月一五日判決 (FamRZ 1955, 181f.) の事案。
- (8) この判決の詳細は、豊田・前掲論文 (二・完) 一二五三頁以下。
- (9) 例えば、ケルン高裁一九五四年一月二七日判決 (FamRZ 1955, 52ff.)。その他、① LG Lüneburg, U.v. 11. 6. 1953, MDR 1953, 626; ② LG Braunschweig, B.v. 6. 4. 1954, MDR 1954, 556; ③ LG Verden, U.v. 27. 4. 1954, FamRZ 1954, 174ff.; ④ LG Stade, B.v. 11. 3. 1955, FamRZ 1955, 217; ⑤ LG Verden, U.v. 15. 4. 1955, FamRZ 1955, 181f.; ⑥ LG Mainz, U. v. 6. 7. 1955, FamRZ 1955, 298f.
- (10) 例えば、ザールブリュッケン高裁一九五七年六月二四日判決 (FamRZ 1958, 340)。その他、原則否定説にたちつゝ、例外的に準用を肯定できる場合があることを指摘する判例として、① LG Karlsruhe, U.v. 26. 5. 1952, NJW 1952, 941f.; ② LG Göttingen, B.v. 6. 1. 1953, MDR 1953, 625; ③ LG Verden, U.v. 27. 4. 1954, FamRZ 1954, 174ff.; ④ LG Mainz, U. v. 6. 7. 1955, FamRZ 1955, 298.
- (11) スターデ地裁一九五六年六月一二日判決 (MDR 1956, 621f.)。
- (12) 例えばゲッチンゲン地裁一九五二年一月六日決定 (MDR 1953, 625) は、非嫡出子の年令を理由に前訴・第一扶養訴訟で実施



されなかった遺伝生物学鑑定が他男への第二扶養訴訟で実施された場合、これを前訴では利用できなかった新しい証拠方法としてその準用を肯定する。同旨① LG Verden, U.v. 27.4.1954, FamRZ 1954, 174ff.; ② LG Mainz, U.v. 6.7.1955, FamRZ 1955, 298f. (13) 当時の学説については、離婚訴訟の確定判決に対する再審請求事件で、非嫡出子であることを記載した戸籍官発行の出生証書を民訴法五八〇条七号bの文書と認めたカンマーゲリヒト一九七五年五月二八日判決 (FamRZ 1975, 624ff.) に詳しい。同判決については、豊田・前掲論文(一)七五頁に紹介している。

(14) Mahn, DR 1940, S. 1041ff. 同様に新しい原状回復事由の導入を説くものとして、Schönke, DR 1942, S. 857f. 同旨と思われるのは、A. Mellwitz, Unterhaltsprozeß und Abstammungsgutachten, JR 1951, S. 588f.

(15) Schönke, DR 1942, S. 857f. なお、ハイルブローン地裁判決 (U.v. 31.1.1942, DR 1942, 857f.) は、民訴法五八〇条七号bの直接適用を説く。

(16) ガウル説については、豊田・前掲論文(一)四三頁以下参照。

(17) Gaul, Grundlagen, S. 163f.

(18) 当時の民訴法六四四条は、身分訴訟に関する特別規定(民訴法六四〇条ないし六四三条)は、非嫡出父子関係の存否確認訴訟に適用されないと明文で定めていた。しかし、ライヒ裁判所一九三九年六月一五日判決 (RGZ 160, 293ff.) は非嫡出子の父子関係確認訴訟を適法とするともに、判例変更によってそれらの特別規定の適用も認めた。この点については、つぎのような判例の変遷が認められる。

(1) 市の職員である非嫡出子が、アーリア人たる血縁関係の証明のため、母の受胎期間中の性交渉の唯一の相手である男性を相手取って、父であることの確認訴訟を提起する事件が起きた。地裁は請求認容、控訴審は、右訴えは民法にも民訴法にも規定がない、原告・被告間の血縁関係は法律関係(民訴法二五六条)ではなく、生物学的な事実であり、訴えによりその確認はできないとして、請求を棄却した。これに対してライヒ裁判所一九三七年一〇月一四日判決 (JW 1938, 245ff.) は、この種の訴えが近時アーリア人たる血縁関係の証明問題と関連して増大し、学説において積極・消極両説があると指摘したうえで、①非嫡出子とその父との血縁関係は生物学的な事実だけでなく、民訴法二五六条により確認の対象となる法律関係であると判示した。②しかし同判決は、この訴えを当事者支配に服し、欠席判決や認諾判決も可能で、判決も対世効のない通常の確認訴訟(民訴法二五父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(一)(豊田))

六条）とみるか、民訴法六四四条に反して、職権主義に服し、判決に対世効のある身分訴訟（民訴法六四〇条ないし六四三条）とみるべきかという問題については、訴訟法規を規定にないケースには適用できない、と判示した。つまり通常の確認訴訟と解したことになる。③同判決は、つづけて法律関係の即時確定の利益（民訴法二五六条）の問題に関して、第三帝国のアーリア人立法施策により近年この種の訴えが非常に増加している背景事情を指摘して、特別な立法措置がとられない限り、血縁関係の証明に裁判所の協力を求める非嫡出子の要請を認めないわけにはいかず、身分判決は官庁による調査に重要な資料となる、右訴えの許可は非嫡出子の血縁関係を含めた包括的な立法措置がなされるまで、非嫡出子の利益のために必要である旨指摘している。また、非嫡出子の父と認定され、扶養料の支払いを命ぜられた父たる男性が、非嫡出子の父でないことの確認請求をした事件でも、ライヒ裁判所一九三八年二月一九日判決（RGZ 159, 58ff.）は右三七年判決に同調した。

(2) これに対しライヒ裁判所一九三九年六月十五日判決（RGZ 160, 293ff.）は、非嫡出子が父たる男性に対して、父子関係の確認請求および将来の扶養料請求をした事案で、民訴法六四〇条以下の特別規定の適用を認めて従来の判例変更をした。その理由として同判決は、通常訴訟による確認の訴えでは効果はきわめて限られ、国家社会主義の世界観によつて生み出され国民の意識にもなり、訴訟当事者の関係をはるかにこえた公法上の領域にある血縁関係の意義が強く損なわれること、また国民の人種政策および人口政策上の利益の必要性などを指摘している。

(19) 田村五郎『非嫡出子に対する親権の研究』一頁以下（中央大学出版部、昭和五六年）、野沢紀雅「ドイツ法における非嫡出父子関係の変遷」新報八七巻七・八号一五一頁以下など参照。

(20) Xの現妻が独身時代に非嫡出子を出生、非嫡出子から他男Yに対する扶養訴訟は母の多数関係（相手はZ）を理由に請求棄却（確定）、Xと非嫡出子の母が婚姻締結、非嫡出子からXに対する父子関係確認訴訟で地裁はYとの血縁関係を認定して請求棄却（確定）。そこでXがYに過去の扶養料請求をした事案で、ライヒ裁判所一九四二年二月二二日判決（RGZ 170, 252ff.）は本文の四二年五月判決を引用して同旨を述べる。

(21) A. Blomey, Non liquet, JZ 1955, S. 605f.

(22) ライヒ裁判所一九四〇年七月一二日判決（RGZ 164, 281ff.）は、非嫡出子XがY（ユダヤ人）に対して成年に達するまで扶養料を支払う旨の認諾判決を得ていたが、その後、母の性交渉相手である他男と血縁関係があり、Yとは血縁関係が存在しない

この確認、予備的にXY間の血縁関係は確実でないとの判示を求める訴えを提起したという事案である。地裁で実施された鑑定によると、血液型と血球標識の検査ではYが父であることが明らかにありえないとはいえない、またB病院長の鑑定によると、血縁関係の存在を確実には判断できないが、蓋然性がないことはないとの結果がでた。同判決はXの上告を棄却するに当たり、①請求権を主張する当事者が、それを基礎づける事実を主張・立証しなければならぬが、法律関係の不存在確認訴訟では被告に証明責任がある(RGZ 9, 337)。②しかし、これは血縁関係の消極的確認訴訟には適用されない。裁判所は、血縁関係の存否の正当性を確信できたときにのみ、その確認ができるが、職権探知を尽くしても確信できないときは、請求を棄却しなければならない。これは、消極的・積極的確認訴訟のいずれにも妥当する、と判示する。③また同判決は、身分関係の不確実についての確認請求は、法律(民法二五六条)上認められないとする。

(23) 当時のノンリケット判決の論議については、竜寄喜助『証明責任論』四八頁以下(有斐閣、昭和六二年)に詳しい。またvgl. von W. Gerhardt, Das NON LIQUET im Kindschaftsverfahren, in Festschrift für Bosch, 1976, S. 291ff.

(24) この議論については、vgl. K. H. Schwab, Probleme der Abstammungsklage, ZRP Bd. 68, S. 121ff.; Gaul, Grundlagen, S. 169ff. usw.

(25) von W. Schrödt, Ehebruchskind und Wiederaufnahme des Scheidungsprozesses, JR 1948, S. 304; Lewald, Ann. zu BGH U. v. 5. 6. 1952, NJW 1952, S. 935.

(26) Gaul, Grundlagen, S. 193f.

(27) Blomeyer, JR 1955, S. 605, Fn. 10.

(28) 従前の旧民法六四四条(前掲注18)に代わる新たな六四四条は、①民法六四〇条による訴訟手続で、非嫡出子と特定の男性の血縁関係不存在確認判決があれば、従前の扶養判決に基づく強制執行を禁止した(二項)。②また非嫡出子と特定の男性の血縁関係の存在を確認する判決があった場合に、非嫡出子の扶養請求を棄却した確定判決、または父子関係の不存在を認定した確定判決があるときは、非嫡出子はいわゆる過去の扶養料を請求できるとした。そして他男に扶養料の支払いを命ずる確定判決があれば、それに基づく強制執行も禁止した(二項)。

(29) BT-Drucks. III/530, S. 26ff. 以上については、田村・前掲書二一八頁注(96)など参照。

(30) Vgl. D. Brüggemann, Die verfahrensrechtliche Neuordnung des Unehelichenrechts, FamRZ 1969, S. 120ff.; J. Danrau, Überblick父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(一)(豊田)

über die Verfahren in Rechtssachen nichtehelicher Kinder, FamRZ 1970, S. 285ff. わが国の文献として、山口純夫「非嫡出父性の確定」甲南法学一三三卷二号一八九頁以下、佐藤義彦「父子関係の推定とその否定」太田武男編『現代の親子問題』六二頁以下（有斐閣、昭和五〇年）、松倉耕作「ドイツの認知訴訟と眞実主義」中川淳先生古稀祝賀論集『新世紀へ向かう家族法』二四五頁以下（日本加除出版、平成一〇年）など参照。

- (31) 九七年改正の新民法によると、①子の父は、出生時に母と結婚している男性、父子関係を認知した男性、裁判によって父子関係を認定された男性である（一五九二条）。②認知等によって父子関係が存在しないときは、裁判により確定される。この裁判手続では、受胎期間中に母と性交渉をした者が父と推定されるが、父子関係について重大な疑いが存するときは、この推定は適用されない（一六〇〇条d第二項）。父子関係の認定に関する新民法一六〇〇条d第二項は、若干の文言の変更はあるが、従前の民法一六〇〇条o第二項の推定規定を引き継いでいる。新規定に実質的な変更はないと指摘するのは、Bäumel/Wax, FamReK, § 1600d BGB, Rn. 5, S. 155.

- (32) 法定の受胎期間は、子の出生の日から遡って、一八一日から三〇二日の期間（当該期日を含む）である。新民法一六〇〇条d第三項によると、子の出生前の一八一日から三〇〇日（当該期日を含む）の期間に改正されている。

- (33) 同条は、①非嫡出子の父子関係の存否確認、②事後的な婚姻によって準正子となった子との父子関係の存否確認、③嫡出宣告のあった子との父子関係の存否確認を対象とする訴訟を列挙していた。なお、九七年の法改正により、同条は削除されている。

- (34) 同条二項によると、母や扶養義務のあるその親族が子を扶養をした場合に、子の父に対する扶養請求権は、母または親族に移転すると定められていた。この規定は、七九年の法改正で削除されている。

- (35) 同旨の判例として、バンベルク高裁一九六五年五月二五日判決（FamRZ 1965, 392f.）が引用されている。連邦裁六六年判決と同様に非嫡出子との父子関係を認知し、扶養料の支払義務を負った男性が、他男が非嫡出子の眞実の父であると母と他男が認めており、血液型検査からもそれは明らかになったと主張して、すでに給付したものの返還請求をした事実で、同高裁は、民法一七〇九条二項（前注34参照）、委任のない事務管理（民法六八三条）、不当利得返還請求（民法八一二条）のいずれの規定からも、原告の請求権は基礎付けられない。身分判決によって扶養債務名義はその実体法上の基礎を失うのであり、民法六四四条はこの種のケースで実質的な意義をもたない、と判示する。

(36) ボッシュは、①扶養判決に対する原状回復の訴え（民訴法五八〇条三号・五八一条）は除斥期間（民訴法五八六条）が短すぎるため提起できないし、②原状回復の訴え（民訴法五八〇条三号）が成功した場合に、子の母に対する損害賠償請求（民法八二三条二項）がありうるにしても、実務上は有効ではないとして、結論的に判旨は妥当とする。F. W. B., Anm. zu BGH, U. v. 21. 12. 1966, FamRZ 1967, S. 146.

(37) ヤウエルニツヒは、連邦裁が民訴法六四四条一項から結論を導いた点を批判する。①右規定は、非嫡出子とその父との関係だけを訴訟的に解決するものであって、不当利得返還請求ができないのは、扶養判決の既判力による。②また同条は真実の父に対する不当利得返還請求を排斥しないなどと批判する。O. Jauernig, Der Regreß des „Zahlvaters“ gegen den wirklichen unehelichen Vater, FamRZ 1967, S. 527ff.

(38) 連邦裁六九年判決は、連邦裁一九六八年五月二七日判決（BGHZ 50, 115ff.）を引用する。これは訴訟詐欺を理由にして民法八二六条に基づく損害賠償請求がなされた事案であるが、同判決は、①民訴法五八〇条は、不当な確定判決は原状回復の訴えによつてのみ攻撃できるという意味で、民法八二六条に対する特別法ではない。②また民訴法五八〇条の原状回復の訴えが提起できるときも、民法八二六条による損害賠償請求を提起できるのであり、同訴えは原状回復の訴えの補充的な訴えではない。③さらに刑事有罪判決等の要件を定める民訴法五八一条は、民法八二六条の訴えに準用できないと判示する。同判決については、vgl. W. Zeiss, Restitution und Klage aus § 826 BGB, Jus 1969, S. 369ff.

(39) F. W. B. Anm. zu BGH, U. v. 30. 9. 1969, FamRZ 1969, S. 646.

(40) 嫡出否認判決により非嫡出子となった子が、他男に対して父子関係確認訴訟を提起したところ、被告（他男）が嫡出否認訴訟の確定判決は悪意で騙取されたとの抗弁を提出したという事案で、ゾーリンゲン区裁一九九〇年五月二三日判決（DAVorm 1990, 947ff.）は、①右抗弁を不適法とするともに、②被告は損害賠償請求権（民法八二六条）を基礎付けるための具体的な申立てをしていないと指摘する。この判示からは、民訴法六四一条iの導人によつて確実に実体法上の救済策はできなくなった（Stein/Jonas/P. Schlosser, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., Bd. 5 Teilbd. 2, 1993, § 641i I, Rn. 2, S. 442）とまでいえるかは、疑問が残る。

(41) 連邦裁五二年四月判決（BGHZ 5, 385, 392f.）（前掲二五七頁）は、嫡出推定に関する当時の民法一七一條を規制した背景と父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え（一）（豊田）

して、当時の遺伝生物学の学問レベルを指摘している。真実の父子関係は外的な状況からしか推論できず、血液型鑑定や遺伝生物学鑑定によって直接に父子関係を証明する方法が行われるようになったのは、ずっと後になってからである、と。

- (42) そのすぐ後の連邦裁一九六四年二月一二日判決 (NJW 1964, 1179ff.) は、父からの嫡出否認訴訟の事案で、①遺伝生物学による調査方法の現在のレベルにおいて、その鑑定の証拠価値は非常に小さいものとはえない。②そして本文の連邦裁六三年判決を引用して、遺伝生物学鑑定の証拠力について、事柄の性質上、原則的な限度はあるものの、特定の子と男性との父子関係を、裁判官が疑いなくそれに基づいて認定できるほどに高い程度の蓋然性をもって、肯定または否定できると判示する。

- (43) 連邦裁一九七三年二月五日判決 (FamRZ 1974, 181)。同旨 von K. R. Stelow, Der Abstammungsprozeß, 2. Aufl., 1978, Rn. 358, S. 139.

- (44) K. Hummel, Der Stand der medizinischen Wissenschaft in der Abstammungsbegründung und die Frage: Vaterschaftsfeststellung ohne Beweisregel?, FamRZ 1969, S. 19, 23.

### 三 父子関係について裁判した確定判決

#### 〔1〕連邦最判例一覧

- (1) 民訴法六四一条 i に関する連邦裁判例を、時系列に表にまとめた<sup>(1)</sup> (二七二—二七三頁)。以下の文中で各判例に付した数値は、この表中の時系列順に付した判例番号である。ただし、後述するように【2】七三年、【5】八一年、【13】九四年の各判決はいずれも再審請求事件ではないが、本条に関する判示を含む。また【12】九三年判決は本条の原状回復の訴えではなく、通常の再審請求事件で本条の提訴期間の規定 (民訴法六四一条 i 第四項) の適用が問題になった。

- (2) さて、本条の原状回復の訴えは「父子関係 (Vaterschaft) について裁判した確定判決」を対象にする (一項)。上述

したようにこの規定は、民訴法典第六編（「家庭事件、親子関係事件、扶養事件」、第二部「親子関係事件（Kindtschaftsachen）」の「手続」中（民訴法六四〇条一六四一条k）におかれているが、<sup>(2)</sup>第二部（九七年の法改正で「第五部」）の冒頭規定である民訴法六四〇条二項は、「親子関係」事件とは、①当事者間の親子関係の存否確認（父子関係（Vaterschaft）の認知の有効または無効の確認を含む。一号）、②子の嫡出性の否認（anfechtung）（二号）、③父子関係の認知の取消し（三号）、④親の監護権の存否確認（四号）を対象とする訴訟であると定義する。<sup>(3)</sup>連邦裁判例をみると、本条の再審原告は、そのうち①父子関係の存否確認訴訟と、②嫡出否認訴訟のそれぞれ確定判決を対象にしている。

## 〔2〕父子関係確認訴訟

前訴が父子関係確認訴訟の事件は、問題なく本条の適用事件である。<sup>(4)</sup>なお、前訴の父子関係確認訴訟には通常、扶養料請求訴訟が併合されている。<sup>(5)</sup>①子が再審原告のケースと、②父が再審原告のケースに分けてみよう。

(1) 子が再審原告 (イ) 【4】連邦裁一九八〇年六月二五日判決（FamRZ 1980, 880ff.）はその最初のケースである。再審原告Xは非嫡出子、再審被告Yはその父たる男性である。非嫡出子として母Dから生まれたXは、Yとの父子関係の確認、一定額の扶養料および定期的扶養料（Regelunterhalt）の支払いを請求、母Dと証人（MとE）の証言、複数の血清学鑑定（serologischer Gutachten）と遺伝生物学鑑定（erbbeilologischen Gutachten）の実施、特にS鑑定人の遺伝生物学鑑定（証人MがXの父）により、区裁は請求棄却（判決確定）。XはMに対し父子関係の確認請求と扶養料請求を提起したが、N鑑定人の血液型鑑定（Mは父ではない）により再び請求棄却。そこでXがN鑑定に基づき、本条の原状回復の訴えを提起したという事案である。区裁は、母Dの証言、V鑑定人とB鑑定人による複数の血清学鑑定と血清統計学鑑定

# 関する連邦裁判例

新鑑定の種類	新鑑定の実施	連邦裁判所の判断	主たる判旨事項
	母への刑事訴訟	再審被告の上告棄却	①適用範囲・嫡出子の地位を失った子による訴えの可能性（積極）、 ②新鑑定の意義
血清統計学鑑定	他男への第二扶養訴訟	被告の上告棄却	血縁関係確認の訴え（民訴法640条2項1号）との区別
血清学鑑定	私鑑定	嫡出否認訴訟に民訴法641条iは準用できない	適用範囲・嫡出否認訴訟で敗訴した父からの訴えの可能性（消極）
血液型鑑定	他男への父子関係確認請求訴訟、扶養料請求訴訟	再審被告の上告棄却	①新鑑定の意義、②異なった裁判をもたらした可能性
		被告の上告認容。原判決取消し・第一審へ差戻し	嫡出否認期間と本条の訴えの関係
生殖能力の鑑定	私鑑定	再審原告の上告棄却	①新鑑定の意義、②新鑑定の提出時期、③異なった裁判をもたらした可能性
血液型鑑定	他男への父子関係確認請求訴訟、定期的扶養料請求訴訟	再審被告の上告により、原審に破棄差戻し	①新鑑定の意義、②異なった裁判をもたらした可能性
生殖能力の鑑定、血清学鑑定	私鑑定	再審原告の上告により、訴訟判決を取消し、原審に破棄差戻し	①新鑑定の種類、②新鑑定の意義
受胎期間の鑑定	私鑑定	再審原告の上告により、破棄差戻し。受胎期間の鑑定は適法	①新鑑定の種類、②新鑑定の意義、③鑑定に用いられた資料、④再審の補充性、⑤異なった裁判をもたらした可能性
6 鑑定	私鑑定	再審原告の上告棄却。いずれも新鑑定の要件を満たさない	①新鑑定の提出は適法要件である、②新鑑定の意義、③再審の補充性
血清学鑑定（3システム）、同一鑑定人の私鑑定	他男に対する訴訟	再審原告の上告により、原判決を破棄して第一審に破棄差戻し	①新鑑定の意義、②再審の補充性、③前訴訟裁判所の職権探知義務違反と本条の訴えの適否の関係
提出なし		再審原告の上告棄却	父子関係確認判決に対する無効の訴え（民訴法579条）について、本条4項の準用可能性（消極）
			嫡出否認訴訟で違法な認諾判決がなされた場合に、本条2項の準用可能性（消極）

△論  
説▽

修  
道  
法  
学  
一  
三  
卷  
二  
号

二  
七  
二  
（  
五  
四  
）



判例 番号	連邦裁判所 年月裁判日	再 審 原 告	再 審 被 告	前訴の確定判決	前訴判決の証拠
1	1973/7/4 判決	嫡出子として出生、 その後嫡出性を否認 された子	子の父で、子の母と 離婚した男性	嫡出否認訴訟の請求 認容判決	実施なし
2	1973/11/14判決	非嫡出子	母の性交渉の相手男 性	再審原告の提起した 扶養訴訟	血液型鑑定・被告へ の第一訴訟
3	1975/5/7 判決	嫡出否認訴訟で敗訴 の父	嫡出否認訴訟で勝訴 の子	嫡出否認訴訟で父の 敗訴	
4	1980/6/25判決	非嫡出子	父たる男性	父子関係確認	母その他の証人の証 言、血清学鑑定、遺 伝学鑑定
5	1981/9/24判決	子の母と離婚後、認 知を取り消した父	非嫡出子として出生 した子		
6	1982/4/29判決	非嫡出子の父	嫡出子として出生し たが、その後、夫の 嫡出子でないと認定 された子	父子関係確認請求訴 訟で非嫡出子認定	血清統計学鑑定
7	1982/4/29判決	嫡出子として出生、 現在は非嫡出子	子の母と離婚した父	父子関係確認	血液型鑑定
8	1984/4/5 判決	非嫡出子との父子関 係を認定された父	非嫡出子として出生 した子	父子関係確認	血清学鑑定（第一 審）。生殖能力の鑑 定、HLA 鑑定（控 訴審）
9	1988/12/21判決	非嫡出子との父子関 係を確認された父	非嫡出子として出生 した子	父子関係確認	生物統計学評価
10	1989/6/7 判決	嫡出否認訴訟で敗訴 した父	3 人の嫡出子	嫡出否認訴訟で父の 敗訴	鑑定
11	1993/3/31判決	非嫡出子	父たる男性	父子関係確認	母の証言、血液型鑑 定 (kidd システム)
12	1993/11/3 判決	非嫡出子との父子関 係を確認された父	非嫡出子として出生 した子	父子関係確認	不詳
13	1994/3/2 判決	嫡出否認訴訟を提起 した嫡出子	原告の母の元夫		

(serostatistischer Gutachten)、V鑑定人による遺伝生物学鑑定、R鑑定人の供述に基づき請求認容、高裁はR鑑定人による血清学鑑定と血清統計学鑑定を実施して、Yの控訴を棄却した。Yの上告棄却に当たり、連邦裁は、前訴が父子関係について裁判した確定判決に該当するかには特に触れず、N鑑定が本条にいう新しい鑑定かという問題の検討に入っている。これは、父子関係確認訴訟は本条の父子関係について裁判した確定判決に該当することを当然に前提としているものと解せよう。嫡出子として生まれたが、現在は非嫡出子の地位にある子からの再審請求事件〔7〕連邦裁一九八二年四月二九日判決 FamRZ 1982, 691f.、非嫡出子からの再審請求事件〔11〕連邦裁一九九三年三月二一日判決 FamRZ 1993, 943ff. = NJW 1993, 1928ff. = MDR 1994, 205f. <sup>(6)</sup>でも、それは同様である。

(ロ)その事実をみると、両事件とも前訴はいずれも父子関係の確認請求訴訟(と定期的扶養料請求訴訟)で父子関係の血液型鑑定により子が敗訴(第一訴訟)、他男に対する同様の訴訟も敗訴(第二訴訟)、しかし、第二訴訟で得られた血液型鑑定に基づいて、第一訴訟の確定判決に対して本条の訴えが提起された点では、〔4〕八〇年判決と共通している。まず〔7〕八二年判決は子の母がいわゆる売春婦ケース(Dirnefellen) <sup>(7)</sup>と呼ばれる事件である。再審原告・非嫡出子Xから、母が売春中に相手とした男性Zに対する第二訴訟(父子関係確認請求、定期的扶養料請求訴訟)で得られたD博士とW博士の血液型鑑定によると、HLAシステムに関してZは父ではありえない、YをHLAシステムにより再検査するのが望ましいとの結論が導かれた。他方、Yに対する第一訴訟の確定判決が基礎とするD博士とW博士(第二訴訟の鑑定人と同一人物)の血液型鑑定によると、GcシステムではYの父子関係はありえず、父子関係はきわめて蓋然性が低い、ただし、Zが父でないことが明らかにあり得ないことの証明はできないとの結論であった。第二訴訟で得られた血液型鑑定に基づき、XはYに対して本条の訴えを提起した(FamRZ 1982, 691f.)。

(イ) また【11】九三年判決では、再審原告・非嫡出子Xから再審被告Yに対する第一訴訟（父子関係確認訴訟、定期的扶養料請求）で、母は受胎期間中にYとのみ性交渉をしたと証言し、S博士は血液型鑑定によると、キッド(Kidd)システムのメルクマールの遺伝がなく、Yの父子関係はありえないとの結論がでた。裁判所は血清学鑑定に基づき請求棄却（判決確定）。Xの他男Zに対する第二訴訟で実施されたH博士の鑑定によると、血清学鑑定ではZは三システムで父子関係はありえない、連邦保険省(Bundesgesundheitsamt)の血液型鑑定を実施するための当時のガイドラインによれば、前訴のYの父子関係の判断はいわゆる単一システムによる遺伝接続の排除判断(Reinerbigkeitsausschluss)で確実なものではない、さらに補充的な血清学調査、HLA鑑定または遺伝生物学鑑定が必要であったと述べた。第二訴訟も請求棄却。そこで、XはH鑑定人の右証言と同鑑定人の別の鑑定に基づき、本条の訴えを提起した(FamRZ 1993, 943ff. = NJW 1993, 1928ff.)。

(2) 父が再審原告 (イ) 【6】連邦裁一九八二年四月二九日判決(FamRZ 1982, 690ff.)、【8】連邦裁一九八四年四月五日判決(FamRZ 1984, 681ff.)、【9】連邦裁一九八八年二月二一日判決(FamRZ 1989, 374ff.)がそれぞれであるが、三件とも前訴で父子関係の存在を肯定した確認判決、および定期的扶養料の支払いを命ずる判決を受けた父たる男性が、その子を相手取って本条の訴えを提起している点に事案の共通性が認められる。

(ロ) 【6】八二年判決の事案はつぎの通りである。再審被告Yは嫡出子として生まれたが、その後、判決により再審原告Xの嫡出子でないと認定された。YはXとの父子関係の存在確認、扶養料および定期的扶養料の支払いを請求し、区裁は父子関係の存在を確認し、定期的扶養料の支払いを命ずる判決を下した（確定）。そこでXは、自らの生殖能力の有無に関する鑑定書と称するD博士署名の病院の文書を提出して、本条の訴えを提起した。区裁は請求棄却、ハム高裁は、訴

えは適法であるが、理由なしとしてXの控訴を棄却した<sup>(8)</sup>。連邦裁は、高裁の右判断を正当とする。ここでも、適法性審査において前訴判決の本条該当性の問題については特別な判示はなく（FamRZ 1982, 690f.）、当然に本条に該当するものと解されているものと思われる。これは、父が再審原告の他の二件でも同様である（【8】八四年判決、【9】八八年判決）。両判決の事案は後述する。

### 〔3〕 嫡出否認訴訟

前訴が嫡出否認訴訟（民法一五九九条<sup>(9)</sup>、民訴法六四〇条二項二号）の確定判決である場合、ここでも、①子が再審原告のケースと、②その父が再審原告のケースがある。

① 子が再審原告 (i) 【1】連邦裁一九七三年七月四日判決（BGHZ 61, 186ff. = FamRZ 1973, 594ff. = NJW 1973, 1927ff. = MDR 1973, 1006ff.）がそれである。再審原告Xは再審被告Yの嫡出子として出生したが、両親（YとXの母）が離婚、YからXに対し嫡出否認訴訟が提起され、Xの母の証言（Xの本当の父は母が再婚した現夫）に基づき請求認容判決がなされた（確定）。その後母は偽証罪で有罪判決を受け、この刑事事件におけるH鑑定人の血液型鑑定によると、現夫はXの父ではありえないとの結論がでた。そこでXが本条の訴えを提起したという事案である（Xは当時の受救権の申請、抗告審で付与決定）。第一審は訴え却下、控訴審は、本条は嫡出否認訴訟における父子関係の確定判決にも準用できるとして、破棄差戻した（ハム高裁一九七二年一〇月一〇日判決FamRZ 1972, 215f.）<sup>(10)</sup>。Yの上告棄却。①連邦裁は、本条が非嫡出子法によって導入された沿革、また民訴法六四一条の定め（前掲二六八頁注33参照）からは、本条は非嫡出子として出生した子だけを対象にした規定とも解せそうであるが、嫡出否認訴訟で下され、子の嫡出血縁関係を否定した父子関係

判決にも準用できるとした。②連邦裁はその理由を、つぎのように指摘する。非嫡出子には非嫡出父子関係の不存在確認判決に対して本条の訴えで対処する可能性を開きながら、本件のような子にその可能性を閉ざすのは、重大な利益侵害になる。真の血縁関係の解明の利益は、非嫡出子のそれより低く評価してはならない。③連邦裁は、法の下での平等原則（基本法三条一項）をあげて、民訴法六四一条iの立法に当たり、立法者が、非嫡出子に比べて、嫡出否認の訴えが成功して嫡出子の地位を喪失した子の不利益については、意識的に目をつぶろうとしていたとは考えられない。また立法者の基本的考え方からして、非嫡出子法をこえた、一般的な法思想に基づく新しい原状回復事由が採用されたのであるとする。④さらに本件のような判決も非嫡出父子関係の存否が問題になる訴訟であって、準用説は正当と判示する。

(ロ)【1】七三判決は、その後の下級審判例や学説<sup>(11)</sup>で支持されている。とりわけ「非嫡出子法をこえた一般的な法思想」に基づく新しい原状回復事由であるという同判決の捉え方は、学説の評価する点である。

(2) 父が再審原告 (イ)【10】連邦裁一九八九年六月七日判決 (FamRZ 1989, 1067 = NJW-RR 1989, 1028f.) がそれであり、再審原告Xは嫡出否認訴訟で敗訴した父であり、Y<sub>1</sub>等三人の子を相手取って本条の訴えを提起したという事案である。嫡出否認訴訟で敗訴した父が本条の訴えを提起できるかという問題は、すでに【3】連邦裁一九七五年五月七日判決 (FamRZ 1975, 483ff. = NJW 1975, 1465ff.) が扱っている。ただし、これは本条の原状回復訴訟ではなく、また右問題についての連邦裁の判示も事件の解決としては傍論と思われるが、先に【3】七五年判決から検討する。

被告Yの父Xが、Yの出生から約三七年後に嫡出否認訴訟を提起した。Xは、Yの誕生当時に自分は父でないと考えていたが、母がYの誕生直後に死亡し、当時の学問レベルではそれを証明できないと考えた。しかし、私的に依頼したM大学法医学研究所の血清学鑑定によると、XY間のHpシステムとSePシステムの血液標識が異なり、Yの父であること

は明らかにありえない。右事情は同鑑定で初めて知ったと主張した。第一審は嫡出否認訴訟の二年の否認期間（民法一五九四条<sup>(13)</sup>）の徒過を理由に請求棄却、控訴も棄却された。連邦裁は、①嫡出否認期間の徒過を理由に原審判断を支持したが、つづけて、この種のケースに民訴法六四一条iを準用できないとした原審の判断も結論において正当とする。②その理由として連邦裁は、規定の意義と目的をあげる。民訴法六四一条iは民訴法六四一条にいう「特別規定」に当たり、その適用範囲は厳密に限られている。右規定は、非嫡出子として生まれた子の血縁関係の解明および確認だけに適用され、時の経過とともに血縁関係の確認の領域で新しい知識が得られたという事情が考慮されている。その助けを得て非嫡出子は本当の父を見つけることができるし、非嫡出子の父も不当な判決の是正が可能になる。③しかし、本件のように嫡出性の否認により嫡出子として生まれた子から、嫡出子の身分を奪うことが問題になるケースでは事情が異なり、法律は嫡出子として生まれた子の、疑問となつてゐる嫡出子たる身分をできるだけ早急かつ終局的に解明することの利益を考慮している。嫡出子の身分が繰り返し、かつ長年にわたつて新たに問題にされ変更されてはならない。これは当部（民事第四部）の前掲【1】七三年判決とも矛盾はない、と。

(ロ)これに対して、多くの学説は批判的である。<sup>(14)</sup>嫡出子の地位の維持が問題になる限り、本件を【1】七三判決のケースと区別すべきではなく、嫡出否認訴訟で敗訴した子には民訴法六四一条iの偏面的拡張を認めながら、敗訴した父にそれを否定するのは、同種のケースを恣意的に不均等に扱うことになる。<sup>(15)</sup>また、【1】七三年判決で同じ民事第四部が、近時の立法者は、家庭の平和を真実の父子関係の認定よりも制限したいと考えていると指摘しながら、本件では逆に家庭の平和を重視しているところに矛盾がある、と。<sup>(16)</sup>しかし他方で、【3】七五年判決を支持する学説もある。<sup>(17)</sup>なお、【1】七三年判決は、認知の取消訴訟や嫡出否認訴訟が敗訴に終わった後の民訴法六四一条iの適用については、その見解を明らかにし

ていなかった (BGHZ 61, 186, 193)。

(ハ) 【3】七五年判決から一三年後、【10】八九年判決 (FamRZ 1989, 1067) は嫡出否認訴訟で敗訴した父からの、今度は原状回復請求事件を扱った。再審原告 X は、婚姻中に生まれた三人の子  $Y_1$ — $Y_3$  (一九六一年、六三年、六五年に誕生) に対する前訴・嫡出否認訴訟を八二年に提起したが、区裁では請求棄却、控訴も棄却された (確定)。X は、八五年—八七年の間にそれぞれ作成された A 博士等五人の鑑定人の文書とロンドン・メデイカルセンターのテレタイプを提出して、本条の訴えを原審・フランクフルト高裁に提起した。これらの鑑定によると、X が父ではありえないことが判明する、少なくとも前訴当時より父子関係の蓋然性は相当に小さくなると主張した。同高裁は、【3】七五年判決に従い、訴えを不適法却下した (一九八八年九月二〇日判決 NJW-RR 1989, 393f.)。同高裁はその理由として、民訴法六四一条 i の法典上の位置を強調し、同条は民訴法六四一条 a—六四一条 k と並んで非嫡出子の法的地位の改善を目標とする。こうした立法者の限定は、嫡出子として生まれた子と、非嫡出子として生まれた子の法律状態の違いから正当化される、と。そして同高裁は上告許可に際して、連邦裁がこの問題について改めて判示するように期待する旨述べていた。しかし、【10】八九年判決はこの問題については態度を保留し、父子関係についての「新しい鑑定」の提出がないことを理由に X の上告を棄却した (後掲四〔1〕参照)。

【10】八九年判決と同様、嫡出否認訴訟の確定判決に対する父からの本条の訴えで、準用可能性の問題については態度を保留した下級審判例がある (ケルン高裁一九八〇年一〇月一日判決 FamRZ 1981, 195f.)<sup>(18)</sup>。ところで九七年の法改正により、準用否定説の根拠であった民訴法六四〇条は削除された。学説が指摘するように、これにより父側に本条の訴えを認める方向で解決に向かうことが予測される。

〔4〕その他の訴訟

(1) 離婚訴訟の確定判決は、本条の対象になるか。(イ)有責宣言による離婚判決（旧制度）を受けた妻が、確定離婚判決に対して、別訴・父子関係不存在確認訴訟で得た血液型鑑定に基づき、本条の訴えではなく、民訴法五八〇条七号bの訴えを提起するために受救権（旧民訴法一一四条、現在は訴訟費用援助）の申請をした事件で、バンベルク高裁一九七〇年七月一四日決定（FamRZ 1970, 593f.）<sup>(20)</sup>は、①民訴法五八〇条に関するシュタイン・ヨーンナス説、すなわち、当事者が既判力の発生後に、単独でまたは他の証拠方法と結び付いて基本的に異なる裁判をもたらす新しい学問上の証拠方法を利用できるようになったときにも、民訴法五八〇条に内在する基本思想を時代に合わせて発展させ、かつ公平性の考慮に基づき、再審を許容するとの見解に従って、本件にそれは準用できるとする。②また同高裁は、後から実施された新種の証拠方法である血縁関係の鑑定（Abstammungsgutachten）に民訴法五八〇条七号bの準用を認めたザールブリュッケン高裁判決（FamRZ 1958, 340）を引用して、人間の遺伝標識（Erbmerkmale）は、本質の永続性および不可変造性の点で文書（民訴法五八〇条七号b）と共通性があり、その規定を準用できるとする学説（ダイゼンホッフアー）<sup>(21)</sup>に従うとする。そして、民訴法五八〇条七号bの原状回復事由を肯定した。

この事件では新しい血液型鑑定により民訴法五八〇条の訴えが提起されているが、問題の状況は民訴法六四一条iが対象とするそれと共通性が認められる。しかも右決定は非嫡出子法の施行（七〇年七月一日）直後に下されたにもかかわらず、民訴法六四一条iにはまったく触れていない。<sup>(22)</sup>これは、前訴が離婚訴訟の確定判決は当然に本条の対象外との考え方にたっているものと解せよう。<sup>(23)</sup>

(ロ)学説は、血縁関係が前提問題になっている訴訟の確定判決に民訴法六四一条iを準用することは、一般的に、できな



いと解している。<sup>(24)</sup>これに対して、そうしたケースにも民訴法六四一条iを類推適用しようとする学説がある。<sup>(25)</sup>この説によると、離婚訴訟の確定判決<sup>(26)</sup>、父子関係確認判決と同時にまたは分離して裁判された扶養訴訟の確定判決<sup>(27)</sup>などにも本条の訴えは可能とする。なお、バンベルク高裁七〇年決定が依拠したシュタイン・ヨーンサスの民訴法コンメンタール（グルンスキ）は、同決定を引用して現在も民訴法五八〇条七号bにより新しい学識による再審請求を認めているが、<sup>(28)</sup>本稿の枠内ではこれ以上に検討できない。

(2) 【2】連邦裁一九七三年一月一日判決 (FamRZ 1974, 87f.) は、非嫡出子Xが扶養訴訟の確定判決に対して「父子関係の確認請求」および再度の「扶養料請求」を提起した事案であるが、右請求を本条の原状回復の訴えとみるべきかが問題になった。XのYに対する前訴・扶養訴訟は請求棄却に終わったが（確定）、血液型鑑定によりYも母の多数関係者Zも父でないこともないと同判決中で認定された。Zに対する第二扶養訴訟も請求棄却となったが（確定）、判決中で他男Lが多数関係者と認定され、また血液型鑑定および補充鑑定によると、エッセンメラー方式による血清統計学 (serostatischen) の蓋然性評価がYは九七% (Z二五%、L一〇%)、遺伝生物学鑑定によるとYが父の蓋然性が大きく、ZとLは明らかに父ではありえないとの結論がでた。第二扶養訴訟で得られた鑑定結果に基づき、Xは父子関係の確認および過去・将来の扶養料をYに請求したという事案である。第一審、控訴審は、右確認請求を本条の原状回復の訴えと解した。これに対して同判決は、旧法に従って扶養請求が棄却された後に本件の訴えが提起されている場合、非嫡出子法の経過規定の定めにより、<sup>(29)</sup>民訴法六四〇条二項一号の血縁関係の訴え (Abstammungsklage) とみるべきであり、本条の訴えではないと判示した。<sup>(30)</sup>これを支持する学説がある。

## 〔5〕確定判決

(1) 父子関係についての判決は、確定判決でなければならない。非嫡出子Yに対して、Xは父子関係を認知した後に、Yの母と婚姻締結、その後に離婚した（判決確定）。そしてXは弁護士Dから二年以内に嫡出否認ができると聞いたとして、嫡出否認訴訟を提起した。血清学鑑定によるとXはYの父ではないと主張する。この事件では、嫡出否認期間（民法一六〇〇条i）の徒過が問題になった。原審・シュトゥットガルト高裁が右期間の徒過はないとしてXの控訴を認容したのに対して、【7】連邦裁一九八一年九月一九日判決（BGHZ 81, 353ff. = FamRZ 1982, 48ff.）は、原判決を取り消して、第一審判決を維持した。同判決は、その理由中で、①民法六四一条iは非嫡出子として生まれた子の血縁問題、または嫡出性の（成功した）否認についての「確定判決」を前提にしていると指摘する。この訴えに取消期間の定めがないのは（民法六四一条i第四項）、真実の血縁関係と裁判所の判決をできる限り一致させる点が重視されたことによる。②他方、嫡出性の否認や父子関係の認知の取消しについては、法律は法的平和と家庭の平和のために提訴期間を規定しており、民法六四一条iによって右期間の定めが排斥されてはならないと判示する。学説もこれに賛成する。<sup>(31)</sup> Xがとるべき手段は、原状回復の申立て（民法二三三条以下）であった。<sup>(32)</sup>

(2) 嫡出否認訴訟の請求を認容した地裁の確定判決（一九五七年二月一五日に確定）に対して、その後の他男に対する扶養訴訟で得られた遺伝生物学鑑定に基づき本条の訴え提起のために受救権（現在は訴訟費用援助）が申請された事件の抗告審で、ツェレ高裁一九七四年二月一二日決定（FamRZ 1974, 381ff.）は、非嫡出子法の施行（七〇年七月一日）以前に確定した判決にも本条の訴えを認める。経過規定にその旨の定めはないが、現行規定は法律施行中に判断すべきすべての事件に適用すべきあり、また真実の血縁関係を説明すべき利益があることをその理由とする。前訴判決の確定が右期日

前(六八年五月二三日)であった【1】連邦裁七三年判決は、特に判示していないが、それを当然に前提にしているものと思われる<sup>(33)</sup>。そうすると、前章で紹介した本条導入前の事件などもその対象になろう。

## 《注》

(1) シュトゥットガルト高裁一九八〇年三月二七日判決(FamRZ 1982, 193f.)に対して上告が提起されたが、連邦裁が上告手続のための訴訟費用援助(民訴法一一四条)を付与しなかったために、上告が取り下げられたという事件がさらにあるようである。同雑誌のコメント(Anmerkung)を参照。

(2) 本条の法典編纂上の位置については、通常の原状回復事由(民訴法五八〇条)の中ではないため、本条の適用範囲を「非嫡出子」だけに限って解釈される可能性を指摘して、批判的な見解がみられる。von H. F. Gaul, Zum Anwendungsbereich des § 641i ZPO, in Festschrift für Bosch S. 241ff. (以下「Anwendungsbereich」と略す); J. Braun, Aktuelle Fragen der Restitutionsklage gemäß § 641i ZPO, FamRZ 1989, S. 1129; G. Lüke/P. Wax/J. Braun, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2, §§ 355-802, 2. Aufl., 2000, § 641i I, Rn. 1, S. 1331.

(3) 九七年の法改正により、「①民訴法第六編の見出しは「家庭事件に関する手続」と変更され(新民訴法六〇六条—六六〇条)、「親子関係事件(Kindschaftsachen)の手続」に関する規定をおく第二部は「第五部」に変更されている(新民訴法六四〇条ないし六四一条i)」。②また新民訴法六四〇条二項は、新民法一五九条一項(後掲注9)にあわせて、従前の二号と三号の事件を統合して、父子関係の取消し(二号)としている。その結果、従前の四号が三号に変更されている。③さらに従前の民訴法六四一条(父子関係の認定の特別規定)、六四一条a(管轄)、六四一条b(訴訟告知)、六四一条k(既判力の拡張)の各規定は、いずれも削除されている。vgl. Bäuml/Hoffmann, FamRfK, S. 850ff.; Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 21. Aufl., 1998, §§ 640ff., S. 1041ff.; Baumbach/Lauterbach/J. Albers, Zivilprozessordnung, 58. Aufl., 2000, § 640ff., S. 1653ff.

(4) 学説にも異論はない。Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641i I, Rn. 2, S. 441; Zöller/P. Philipp, Zivilprozessordnung, 20. Aufl., 1997, § 641i II, Rn. 2, S. 1598; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641i 2, Rn. 2, S. 1663; W. Zimmermann, Zivilprozessordnung, 5. Aufl.,

1998, § 641i 1, Rn. 1, S. 820; U. Niklas, *Vaterschaftsgutachten als Restitutionsgrund* (§ 641iZPO), JR 1988, S. 442; Braun, FamRZ 1989, S. 1131 usw.

(5) 父子関係確認請求に、別種の請求である扶養料請求を併合することはできない(民訴法六四〇条c第一文)が、子の訴えに基づき非嫡出子の父子関係の存在を認定するときは、裁判所は、申立てに基づき、同時に定期的扶養料の支払いを被告に命じなければならぬ(民訴法六四三条一文)。従前の民訴法六四三条は、新民訴法六五三条となっている。

(6) 【11】連邦裁九三年判決と同様の下級審判例として、(1)ミュンヘン高裁一九八〇年一月二五日判決(DAVorm 1981, S. 140ff.)、(2)本条の訴え提起のために訴訟費用援助(民訴法一一四条)の申請が非嫡出子によってされた事件で、ブラウンシュバイク高裁一九八一年一月二七日決定(DAVorm 1982, S. 198f.)。

(7) 本条の再審請求事件ではなく、非嫡出子からの父子関係確認請求事件(民法一六〇〇条o)であるが、同様の事件として、連邦裁一九七七年三月二三日判決(FamRZ 1977, 538f.)、連邦裁一九七七年六月二二日判決(FamRZ 1977, 706f.)などがみられる。

(8) 一九八一年一月二三日判決(DAVorm 1981, 472ff.)。

(9) 従前の民法一五九九条一項は、夫または子は訴えによって嫡出父子関係を否認できる(anfechtung)旨規定していた。なお、新民法一五九九条一項は、従前の嫡出否認制度(民法一五九九条)と認知の取消制度(民法一六〇〇条f)をまとめて、父子関係を取消す(Vaterschaftsanfechtung)制度を新設している。vgl. Bäuml/Wax, FamReff, § 1599 BGB, Rn. 2, S. 137.

(10) ハム高裁はその理由をつぎのように述べる。①民訴法六四一条によると民訴法六四一条iは、非嫡出父子関係の存在または不在の確認を対象とする訴訟、その後の婚姻により純正子となった子または嫡出子たる宣告を受けた子との父子関係の存在・不在の確認を対象とする訴訟のための「特別規定」であり、法体系的にみると民訴法六四一条iを嫡出否認訴訟に準用するのは難しい。②しかし、この規定は血縁関係の証明が難しいために、新しい探索結果を通用させようという一般的な法思想に基づくものであり、それはすべての父子関係事件に妥当する。そこで、嫡出否認訴訟の判決に対する原状回復の訴えにもその準用が相当であり、嫡出子も、非嫡出子と同様に、真実の父子関係の認定を求める請求権を有している。仮に非嫡出子にだけ新しい調査結果に基づき真実の父を探知する途を開きながら、嫡出子にそれを与えないとすると、本条導入の際の立法者の基本的考え方を制限し、平等原則(基本法三条一項)に反することになる( FamRZ 1972, 216 )と。

(11) つぎのような下級審判例がある。(1)嫡出否認訴訟の確定判決に対して、現在は非嫡出子の地位にある子が本条による訴えを提起するために受救権(旧民訴法一一四条。現在は訴訟費用援助)を申請した事件で、ツェレ高裁一九七四年二月一二日決定(NJW 1974, 381ff.)、(2)同様に嫡出否認訴訟の確定判決に対して、別訴の父子関係確認訴訟で得られた血清学鑑定などに基つき、本条の訴えが提起された事件で、ハム高裁一九七九年六月六日判決(FamRZ 1980, 392f.)、(3)嫡出否認訴訟の確定判決に対する本条の訴え提起のために非嫡出子が訴訟費用援助の申請(民訴法一一四条)をした事件で、ハンブルク高裁一九八六年七月三日決定(NJW-RR 1986, 1452)。

(12) Gaul, Anwendungsbereich, S. 268; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 I, Rn. 2, S. 441; Wiczorek/Schütze/W. Schlüter, Zivilprozeßordnung, 3. Bd., 2. Teilbd. 3. Aufl., 1998, § 641 I, Rn. 3, S. 750; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 II, Rn. 5, S. 1333; Braun, FamRZ 1989, S. 1132; Zimmermann, ZPO, § 641 I, Rn. 1, S. 820; Thoma/Putzo, ZPO, § 641 Ia, Rn. 1, S. 1054; Zöller/Philippi, ZPO, § 641 II, Rn. 2, S. 1598; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641 2, Rn. 2, S. 1663.

(13) 九七年の法改正により、否認期間に関しては新民法一六〇〇条bが統合的な新しい規制をおいている。vgl. Bäumel/Wax, FamRefK, § 1600b BGB, Rn. 1ff., S. 148ff.

(14) Gaul, Anwendungsbereich, S. 268ff.; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 I, Rn. 2, S. 442; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 I, Rn. 3, S. 750f.; Zöller/Philippi, ZPO, § 641 I, Rn. 2a, S. 1598; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 II, Rn. 5, S. 1333; Braun, FamRZ 1989, S. 1132f.

(15) Gaul, Anwendungsbereich, S. 269f.; Niklas, JR 1988, S. 443.

(16) J. Braun, Anm. zu BGH, U. 7.5.1975, NJW 1975, S. 2197f.

(17) Zimmermann, ZPO, § 641 I, Rn. 1, S. 820; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641 II, Rn. 2, S. 1663.

(18) 原告Xと被告Yの母との離婚判決後に出生した子に対して、Xが嫡出否認訴訟を提起、区裁は複数鑑定を実施しても嫡出推定(民法一五九一条)は破れないとして請求棄却、Xの控訴は不適法とされた(確定)が、XがH博士の新鑑定を提出して、右確定判決に対して本条の訴えを提起したという事案である。ケルン高裁は、問題の状況を整理したうえで(同高裁は一九七一年七月九日決定で嫡出否認訴訟に本条の準用を肯定した旨判示している)、本件では、H鑑定は、単独でまたは前訴の証拠と結び付いた父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(一)(豊田)

て異なった裁判をもたらすのに適さないという理由で判断できるとして（この点については五で検討）、右問題で積極・消極のいずれの説を優位させるかについては態度を示さなかった。

- (19) MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i, Rn. 5, S. 1333.
- (20) 同決定は、豊田・前掲論文（二・完）二六二頁注二〇に紹介している。
- (21) この学説の詳細は、vgl. A. Deisenhofer, Restitutionsklage bei Zwiespalt von Unterhaltsurteil und Abstammungsfeststellung, FamRZ 1955, S. 33ff, insbes. S. 35ff.
- (22) 同様に離婚訴訟の確定判決に対して、夫が、子の父では明らかにありえないとする血液型鑑定、嫡出否認判決、子が非嫡出子であることを記載した戸籍官発行の出生証書に基づき原状回復の訴えを提起した事案で、カマーゲリヒト一九七五年五月二七日判決（FamRZ 1975, 624ff.）は出生証書を民法五八〇条七号bの文書と認定して、血液型鑑定についてはその態度を未定にしている。同判決は民法六四一条iに言及している。同判決については、豊田・前掲論文（一）七五頁以下参照。
- (23) 判例の掲載雑誌の編者は、同決定は民法六四一条iを補充的にも指摘すべきであったとコメントしている（FamRZ 1970, 594）。
- (24) Zöller/Philippi, ZPO, § 641 i II, S. 1545; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641 i 2, Rn. 2, S. 1663.
- (25) Gaul, Anwendungsbereich, S. 273f.; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i, II, Rn. 7, S. 1333; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i, I, Rn. 2, S. 442; Niklas, JR 1988, S. 443; Braun, FamRZ 1989, S. 1133f.
- (26) Gaul, Anwendungsbereich, S. 273.
- (27) Gaul, Anwendungsbereich, S. 273f.; Braun, FamRZ 1989, S. 1133f.; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i II, Rn. 7, S. 1333f.
- (28) Stein/Jonas/W. Grunsky, ZPO, 1994, § 580 IV 4, Rn. 38, S. 565f. 他方、下級審判例は、医師の鑑定は民法五八〇条七号bの文書に該当しないとする。(1) フランクフルト高裁一九七三年四月二四日判決（VersR 1974, 61ff.）。(2) コブレンツ高裁一九九四年六月一六日判決（NJW-RR 1995, 1278f.）。(3) プレーメン上級行政裁判所一九九〇年二月一九日決定（NJW 1990, 2337f.）。最近の文献として、vgl. U. Foerste, Wiederaufnahme des Zivilprozesses bei naturwissenschaftlichem Erkenntnisfortschritt, NJW 1996, S. 345ff.
- (29) 非嫡出子法の経過規定（Art. 12 § 2, Art. 12 § 13）が引用されている（未見）。
- (30) Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641 i 2, S. 1558.

- (31) Zöller/Philippi, ZPO, § 641 i. 1, Rn. 3, S. 1598; Wieczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i. 1, Rn. 4, S. 751.
- (32) Niklas, JR 1988, S. 444.
- (33) 同旨、シュトゥットウガルト高裁一九八〇年三月二七日判決 (FamRZ 1982, 193f.)。

(二〇〇〇年一〇月二七日稿)