

# 父子関係事件における

## 新しい鑑定による再審の訴え (二一・完)

——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、修道二三卷二号二四九頁以下)
- 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(以上、本号)

#### 四 父子関係についての新しい鑑定の提出

##### 〔1〕新しい鑑定

(1) 新規性 (イ)立法者は、法的平和のために、再審は狭く限られた要件のもとでのみ許されるべきであるとの考え方から、当事者が父子関係について新しい鑑定を提出し、その鑑定が単独でまたは従前に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という事情に、再審の適法性要件 (Zulässigkeit) をかからせていると述べている。そのような場合にも判決を排除できないというのは、耐えがたいことだからである。他方で、判決が不当な証人の証言や当事者の供述に基づいているという理由だけで再審が容易化されてはならない。その場合には、他の事件の判決と同じ方法で原状回復事由 (民法五八〇条一号・三号・四号) を構成する必要がある。また、父子関係を探知する学問が前訴以降に著しく進展し、前訴はもしかして異なった裁判になっていたかもしれないという事情だけでも、再審は許されない。そうしたことは、若干の時間が経てば、相当の父子関係判決にいえることである。一方当事者が、現在の学問レベルでは訴訟の結論は違っていたと考えて、父子関係の再審査を強要できるとするのは、疑問だからである<sup>(1)</sup>と。

(ロ)法律は、「父子関係についての新しい鑑定」と規定する。「新しい」(仮に「新規性」の要件とよぶ)という文言からは、父子関係の探知領域での学問の進展に期待した立法者の狙いがうかがえるが、判例をみる限り、新規性の要件は必ずしも厳格には解されていないようである。新規性の意義については、血液型鑑定に基づき本条の訴えが提起された事件で、【1】七三年判決が最初に明らかにしている(その事案は修道二三卷二号二七六頁)。同判決によると、①それは「更新された (erneutes) 鑑定」であると解すべきではない。そうでないと、前訴で鑑定が実施されずに裁判がされた場合(本件はこの

ケース)、常に本条の訴えを提起できなくなるが、それは本条の文言からはうかがえないし、規定の意義および目的にも反するからである。②また同じ理由から、新鑑定は、前訴の裁判時にはまだなかった学問上の知見に基づいている必要もない、と説く (BGHZ 61, 186, 193)。

(ハ) 【1】七三年判決の原審・ハム高裁七二年一月一〇日判決 (FamRZ 1972, 215f.) は、血液型鑑定が前訴判決では用いられていなかったことを指摘して、同旨の判示をしている。<sup>(2)</sup> 多数の学説も右【1】七三年判決に賛成している。<sup>(3)</sup> これに対して、提出された鑑定の新規性を否定した判例として、【10】八九年判決がある (その事案は修道二三卷二号二七九頁)。再審原告Xが提出した複数の医師の鑑定書のうちP博士の鑑定書について、同判決は、再審原告Xはすでに前訴でそのコピーを提出しており、新規性を欠くと判示する (FamRZ 1989, 1067)。鑑定書の原本ではなく、コピーであったが、前訴でのその「提出」が新規性の判断において考慮されている。学説も、前訴裁判所に提出されていなかった<sup>(4)</sup>、または、前訴の対象になっていなかった<sup>(5)</sup>ことを、新規性の判断基準にあげる。

前訴の口頭弁論終結後に作成された遺伝生物学鑑定を新鑑定である、と判示した下級審判例 (ツェレ高裁一九七四年二月一二日決定 FamRZ 1974, 381, 383) がある。しかし、新鑑定の作成時期はここでは問題にならないとの批判が加えられている。<sup>(6)</sup>

(ニ)ところで、ここでは「更新された」鑑定である必要はない、つまり初めて実施された鑑定で足りるという【1】七三年判決の判示 (判示部分①) は、この事件の前訴・嫡出否認訴訟では鑑定が実施されていなかったという事情によるものである。しかし、この法理が適用されることは、少なくとも最近の判例を対象にする限りでは、ほとんどあり得ないのではないかと予測する。

すなわち、【1】七三年判決を下した同じ連邦裁判第四民事部は、同判決の一月前、「原則判決」とも称される判決<sup>(7)</sup>を行っている。連邦裁判所一九七三年六月六日判決 (BGHZ 61, 165ff. = NJW 1973, 1924ff. = FamRZ 1973, 596ff.) がそれである。これは、原告X・非嫡出子から法定受胎期間中の母の性交渉相手Yに対して父子関係の確認請求(旧)民法一六〇〇条〇と扶養料請求が提起された事件で、被告Yが受胎期間前における一回の性交渉を認め、同時に母の多数関係も主張している。連邦裁判は、Xの請求を棄却した原審・デュッセルドルフ高裁の原判決を維持した。連邦裁判は、①非嫡出子の父子関係の認定に関する(旧)民法一六〇〇条〇第二項(修道二三卷二号二五九頁)の目的は、判決と真実の血縁関係をできる限り一致させる点にある。今日の進展した医学知識を考えると、真実の血縁関係を解明するためには、確実性に接した蓋然性だけとするのではなく、血縁関係について重大な疑いのない、または若干の疑いの残る程度の蓋然性でよしとすべきである。②父と名指された当事者が子を受胎させたか否か(旧)民法一六〇〇条〇第一項)の認定に当たり、裁判所は、使用し得る証拠で、いっそうの解明を期待させるものをすべて取り調べなければならない。この調査は、当該証拠によって父子関係について重大な疑いが残らない程度に、血縁関係が認定できるところまで及ばなければならない。③事実審裁判官は、父子関係について完全な心証を得ないときにも、それを認定できる。すべての証拠方法は間接的な推論しか許さないものであり、一定の誤りを伴う。そこで各事件における父子関係の認定の確実さは、一方で誤った認定をしないように、他方で必要以上にそれを制限しないように、どれだけの誤判リスクを許容しうるかにかかっている。この判断は事実審裁判官に委ねられる。法律はまったく疑問のない心証を規定しているのではなく、疑わしいケースでは、その疑いを完全に除去しないまでも、それに沈黙を命ずる程度の確実さで足りるとしている。もっとも、(旧)民法一六〇〇条〇第二項二文の枠内では、もう少し低い程度の確実性でよい。④「重大な疑い」(旧)民法一六〇〇条〇第二項二文)概念の判断に

当たって考慮すべき点として、連邦裁は、非嫡出子に父子関係の認定を不当に難しくしないこと、他方で、血縁関係の認定は父と名指された男性とその親族に相当の効果を及ぼすのであり、緩やかすぎる父子関係の推定は、婚姻と家族の保護という憲法上の要請（基本法六条一項）に違反しかねないこと、当該男性の重大な人格権の侵害になることをあげている。

(ホ)父子関係の認定に当たって、事実審裁判所は使用し得る証拠で、いっそうの解明を期待させるものをすべて取り調べなければならぬという、右連邦裁七三年六月判決の判示（判示部分②）は、その半年後の連邦裁一九七三年一月一九

日判決（NJW 1974, 1428f. = FamRZ 1974, 369f.）<sup>(8)</sup>でも引き継がれるが、ここでは父子関係訴訟で適用になる職権探知主義

（民訴法六四〇条・（旧）六二二条一項（現行六一六条一項））によって基礎づけられている。実際、非嫡出子からの父子

関係確認訴訟（（旧）民法一六〇〇条<sup>(9)</sup>）の若干の連邦裁判例をみても、血縁鑑定がまったく実施されていないケースは

まずはみられない。<sup>(10)</sup>それは嫡出否認訴訟（（旧）民法一五九二条以下）でも同様である。<sup>(11)</sup>仮に鑑定をまったく実施しない

で終局判決が下されている場合、【13】九四年判決も指摘するように（ZZP Bd. 108, S. 373, 376）、最近の連邦裁は、事実

審裁判官が職権探知義務（民訴法六四〇条・六一六条）を尽くしていないと評価する可能性が大きいと思われるからである。

(ハ) 【1】七三年判決がいま一点指摘する（判示部分②）、新鑑定は前訴の裁判時にはまだなかった学問上の知見に基づ

いている必要はないという法理は、父子関係の探知領域における著しい学問の進展を考慮して本条の原状回復の訴えを創設した立法者の狙い（修道二三卷二五〇頁）<sup>(12)</sup>に比べて、かなり緩やかな捉え方といえよう。学説は、こうした学問の

進展性を問わない判例の解釈方法に賛成している。<sup>(12)</sup>その後の判例として、まず【8】連邦裁一九八四年四月五日判決（FamRZ 1984, 681f.）に注目してみたい。非嫡出子Yから父たる男性Xに対する前訴（父子関係確認請求・定期的扶養料

請求訴訟)で、区裁はH博士の血清学血縁鑑定(XはYの父としてあり得ないこともない)によりYの請求認容、控訴審ではS博士の補充鑑定(Xは調査時に生殖能力がないこともなく、受胎期間中もそれは同様である)、H博士の補充鑑定(XはHLA方式によってもYの父であるといえないこともなく、XとYの父子関係の確信値(Vaterschaftsplaussibilität)は九九・九九九五%である)により、父たる男性Xの控訴を棄却した(判決確定)。そこで父と認定されたXは五人の医師の鑑定書を提出して、本条の訴えを提起したという事案である。原審・ハンブルク高裁が、新鑑定は新しい学問的な知見に基づくものではなく、S鑑定に対する単なる攻撃にすぎないなどとして訴えを不適法却下した。

これに対して【8】八四年判決は、①前訴判決の言い渡し後に収集されたデータに基づく医師の鑑定書(生殖能力の鑑定)で、原状回復手続で提出されたものを、新鑑定として認めた。ただし、従前のデータを基礎にした鑑定書で、前訴判決後に知った血清学鑑定(控訴審でのH補充鑑定)を考慮したものについては、同判決はその態度を明らかにしていない。②そして同判決は、【1】七三年判決に従って、学識の進展性は問題でなく、前訴判決を支えている鑑定が、すでに長く知られた学問上の知識からみて誤っている、または、説得力を欠くものであることを証明しよう試みている鑑定が、本条の新鑑定に当たるとする。その理由は、前訴判決の依拠した鑑定が、一般に承認された学術的な法則や規則を前提にしているが、しかし、その評価が不十分であったために誤った結論に達している場合に、そう解さないと本条の原状回復の訴えができなくなり、法律の文言および趣旨に反することになるからである(FamRZ 1984, 681, 682)、と説く。

(ト)つぎに受胎期間の鑑定(Tragezeitgutachten)を扱った【6】連邦裁一九八八年二月二日判決(FamRZ 1989, 374ff)をみると、前訴においてXはY(非嫡出子)の父であるとの認定とともに、定期的扶養料の支払いを命ずる判決を受けた(判決確定)。これに対して、父と認定された男性XがYの父でないことを示す文書として、前訴の基礎になった血清学デー

タの誤りを示す小児病院の報告書（Yの血液型はA2-Rh-negativではなくO Rh-negativ）など数通の文書、および産婦人科医G博士による受胎期間の鑑定を提出して、民法五八〇条七号b（新たに発見された文書）と本条・民法六四一条iに基づいて原状回復の訴えを提起したという事案である。原審・ケルン高裁はXの訴えを棄却した。Xの上告に対して、同判決は、前者の文書については再審の一个月の提訴期間（民法五八六条）の徒過を指摘する。しかし後者の受胎期間の鑑定について、同判決はつぎのように判示する。①産婦人科医G博士の鑑定は、出生時のYの成熟度からみて、Yが「一九六九年一月二四日」（X主張による最初の性交渉の日）、ないし「同年一月二六日」（母の最終生理期日、一月二七日）以降の性交渉によって受胎されたことは明らかにあり得ない、母の最後の生理は同人の主張よりもっと早い時期でなければならぬと結論したものである。適法性審査の段階では、その鑑定の証拠価値はまだ問題ではなく、原状回復の訴えはG鑑定によって適法なものである。②受胎期間の鑑定を本条の鑑定とみるのに示された控訴裁判所の疑問について、同判決は根拠がないとする。【8】八四年判決を引用して、父子関係についての鑑定概念を血液型鑑定と遺伝学鑑定に限定するのは正当ではない。法律上にも、立法理由書にもそうした根拠はない（FamRZ 1989, 374, 375）、と説く。

(チ)さらに【11】九三年判決（その事案は修道二三卷二号二七五頁）は、すでに前訴当時に知られていた学識を考慮すると、新鑑定が前訴鑑定は誤っている、または、説得力がないことを示している場合にも、本条の要件を満たしていると判示する。この事件で提出された新鑑定（血清学鑑定）は、すでに前訴当時に知られていた学識として、前訴の裁判で用いられた連邦保健省の血液型鑑定を実施するための当時のガイドライン（一九七七年版）中の定めを援用して、前訴鑑定の不確実さを指摘している。この定めによれば、単一システムによる遺伝接合の排除判断（Reinerbigkeitsausschluss）は確実であるとはいえず、補充的な血清学検査、HIA鑑定または人類学鑑定が必要である旨規定されていた。しかし前訴鑑定

は、この単一システムによる排除判断であった (FamRZ 1993, 943ff.)<sup>(13)</sup>。

(リ) 非嫡出子からの父子関係確認訴訟 (旧) 民法一六〇〇条〇) の連邦裁判例においても、新しい鑑定が時代とともに登場し、そこで示される父子関係の蓋然性値もより高度化し、精緻化していく傾向がうかがえる (この問題は後掲五〔1〕(2)(ホ)(ヘ)で検討)。そこで示された父子関係の蓋然性値は、裁判所の自由心証 (民訴法二八六条) に大きな、むしろ決定的ともいふべき影響を及ぼすであろうことが予想される。しかしそうだとしても、自然科学の進歩が裁判実務に受容されるまでには、やはりそれ相当の時間が必要と思われる。DNA鑑定に関する最近の議論にも、それがいえよう<sup>(14)</sup>。本条の新鑑定は必ずしも新規の学識や調査方法に依拠する必要はないという緩やかな解釈論<sup>(15)</sup>の背景には、そのような考慮があると思われる。そして本条の適用を制限しない観点にたてば、そうした解釈方法が正当といえよう。本条に関してDNA鑑定が増えているという指摘があるが、<sup>(16)</sup>少なくとも連邦裁判例においてはその種の事例を確認できない。

(2) 前訴の事実関係との関連性 (イ) 前訴判決の基礎におかれたS鑑定人の遺伝生物学鑑定 (証人MがXの父) に対して、後訴で新しく実施されたN鑑定人の血液型鑑定 (Mは父ではない) が提示された事件 (修道二三卷二号二七一頁) で、【4】八〇年判決は、新鑑定の内容的な要件について判示する。同判決は、N鑑定を本条の新鑑定であると認める。N鑑定は直接には本件の被告Yではなく、父と推定される前訴証人Mに関するものであるが、まさに原告Xは誰と血液関係があるかという問題を扱っている。新鑑定は、前訴で裁判された事実関係に具体的に係わっていないなければならない (FamRZ 1980, 880, 881)、と。

(ロ) 右に述べられた、新鑑定は前訴で裁判された事実関係に具体的に係わっていないなければならないという要件 (仮に「関連性」の要件とよぶ) は、その後の判例でもたびたび繰り返されている (【6】八二年、【8】八四年、【9】八八年、【10】



八九年の各判決)。例えば、【6】八二年判決(その事案は修道二三卷二号二七五頁)は、再審原告Xが提出した、D博士の署名のある生殖能力の有無に関する鑑定書を新鑑定であると認める。同判決によると、D博士は泌尿器科の医師であり、その鑑定は原告Xの生殖能力の有無、つまり被告Yと原告Xの血縁関係の可能性の問題を扱っており、前訴で裁判の対象となった事実関係と具体的に係わっている(FamRZ 1982, 690)、と判示する。

これに対して、【10】八九年判決(その事案は修道二三卷二号二七九頁)は、提出された六通の鑑定書のうち、医師Rやメデイカルセンターの文書は血液検査の結果を単に報告したものと、父子関係の血清学判断の分野における一般的な公式を回答したものであって、原告Xと被告Y<sub>1</sub>らの血縁関係という具体的な問題について述べたものではなく、典型的な父子関係鑑定の質を備えた学術的な叙述ではない。この関連性の要件を満たさない鑑定書は、訴えの適法性を基礎づけない(NJWRR 1989, 1028, 1029)、と判示する。学説も関連性の要件をあげる。<sup>(17)</sup>

(ハ)【4】八〇年判決によれば、新鑑定は前訴の当事者ではなく、前訴の証人を対象にしたものであっても、関連性の要件に反しない。学説もこれに賛成する。<sup>(18)</sup> もっとも連邦裁判例をみる限り、新鑑定は前訴の当事者を対象にしたものの方が多い【3】七五年、【6】八二年、【8】八四年、【9】八八年、【10】八九年の各判決)。他方、当事者以外の男性を対象とした判例として、【4】八〇年以外に【7】八二年判決がある。同判決の新鑑定は、母の売春相手で、別訴では当事者であった別の男性を対象にしたものである(修道二三卷二号二七四頁)。

(3) 同種性 【9】八八年判決によると、新鑑定は、前訴判決が依拠した鑑定と同じ種類の鑑定である必要はない。したがってこの事件で提出された新鑑定・受胎期間の鑑定が、父子関係の蓋然性についての生物統計学評価(biostatistische Berechnung)に基づいて前訴確定判決を動揺させることがない(FamRZ 1989, 374, 375)、と説く。判例をみると、

父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(二・完)(豊田)

①別種の新鑑定<sup>(19)</sup>の提出ケースとして、血液型鑑定に対して血清統計学鑑定〔2〕七三年判決、血清統計学鑑定に対して生殖能力の鑑定〔6〕八二年判決、②同じ血液型鑑定でも別種の血液型鑑定が提出されるケース〔7〕八二年判決、他方、③同種の新鑑定<sup>(19)</sup>の提出ケースとしては、生殖能力の鑑定〔8〕八四年判決、血清学鑑定〔8〕八四年判決、ハム高裁七九年六月六日判決 FamRZ 1979, 392f.) などがみられる。

(4) 同じ鑑定人による新鑑定 前訴と同じ鑑定人が実施した新鑑定が提出された事件として、〔7〕八二年判決 (FamRZ 1982, 691f.) がある(いわゆる売春婦ケース)<sup>(20)</sup>。同判決は、第二訴訟の鑑定人と前訴の鑑定人が同じであることを特に問題にせず、新鑑定<sup>(21)</sup>の適法性を肯定した原判決を維持している。学説もこの判例を支持する。他の連邦裁判例では、新鑑定は別の鑑定人が実施している。

〔2〕父子関係についての鑑定

(イ)法律は単に「鑑定」と規定するのみである。連邦裁判例をみると、父子関係についての新鑑定<sup>(21)</sup>の例として、①血液型鑑定〔1〕七三年、〔4〕八〇年の各判決) または血清学鑑定〔3〕七五年、〔8〕八四年、〔11〕九三年の各判決)、②血清統計学鑑定〔2〕七三年、〔7〕八〇年の各判決)、③生殖能力の鑑定〔6〕八二年、〔8〕八四年の各判決)、④受胎期間の鑑定〔9〕八八年判決)がある。血液型鑑定や遺伝生物学鑑定は、父子関係訴訟の実務ですでに長い伝統があり、これらの鑑定が本条の鑑定に該当することは当然の前提であろう。これに対して、生殖能力の鑑定や受胎期間の鑑定は、これらが父子関係の間接証拠でしかないために、それが本条の新鑑定に該当するかが問題になっている。

(ロ)〔8〕八四年判決 (FamRZ 1984, 681f.) の原審・ハンブルク高裁は本条の訴えを不適法として却下したが、その際に

新鑑定の種類および証拠適格の問題について、つぎのように判示している。すなわち、①一部は新しく提出され、また一部は補充的に提出された私的鑑定は、本条の新鑑定ではない。②生殖能力が欠如しているとの鑑定は、本条の鑑定としての適格性(Gutachtensqualität)を欠いている。法案の理由書では、学問的な進展がある鑑定のみが考えられているのであり、ある人物の生殖能力の有無の問題は学問の進展とは関係がない。③法文もそのように解釈できる。血液型鑑定や遺伝生物学鑑定のみが、父子関係についての鑑定である。他方、生殖能力の鑑定は、血縁関係を直接的に証明するものではなく、間接的な証拠としての性質しかなく、証拠価値の点で相当に劣っている。④生殖能力の鑑定は新しい学問的な知見に基づくものではなく、前訴鑑定に対する単なる攻撃にすぎない、と。

Xの上告により、【8】八四年判決は右原判決を破棄差し戻した。同判決は、三通の医師の鑑定書を本条の新鑑定であると認定する。すなわち、①三通の鑑定書は、再審被告Yの精液の学術的検査に基づきその結論を述べている。これらは被告Yの生殖能力の有無、したがって原告Xと被告Yの血縁関係の問題を扱っており、直接に前訴で裁判された事実関係に係わるものであるとして、関連性の要件を肯定した(FamRZ 1984, 681, 682. 前掲〔1〕(2)(ロ)参照)。受胎期間の鑑定を扱った【9】八八年判決も、これと同旨を説く(FamRZ 1989, 374, 375)。

(ハ)多くの学説は、鑑定の種類を問わずに、生殖能力の鑑定や受胎期間の鑑定も本条の新鑑定に当たるとしている。<sup>(22)</sup>これに対して、鑑定には「父子関係の鑑定」たる典型的な質が備わっていることを要求する学説(ガウル)がある。この説によると、生殖能力の鑑定や受胎期間の鑑定は、血液型鑑定や遺伝生物学鑑定のように不変の血液標識・遺伝標識に基づいて血縁関係を直接に証明するものではなく、その証拠価値は弱い。<sup>(23)</sup>そもそも本条の新鑑定が基礎におく検査方法は、すべての人に強制的な血液採取を定める民訴法三七二条aの要件と同様の制限に服するべきである。そこで当該検査方法は専

門領域で承認されていなければならないが、連邦保健省の血液型鑑定実施のためのガイドラインに採用されている必要はない、と主張する。<sup>(24)</sup>

右少数説に対して【8】八四年判決は、生殖能力の鑑定の証拠価値が小さいことは、訴えの適法性審査の段階では決定的な意味をもたず、それは適法性を肯定した後に初めて問題になることである (FamRZ 1984, 681, 682)、と批判している。<sup>(25)</sup>

### 〔3〕新鑑定の提出

(1) 提出の必要 (イ)本条の訴えは、当事者が新鑑定を「提出」したときに、提起できると規定されている。確定判決の既判力保護の観点からは、新鑑定は本条の訴えの提起と同時に提出されるのが相当であろう。立法者も、単に学問の進展を叙述しただけでは足りず、法的平和のためには鑑定の提出が必要であると指摘している。<sup>(26)</sup> したがって、もしも本条の訴え提起時に新鑑定の提出がなければ、訴えは不適法として却下されなければならない。ところが、【6】八二年判決はどのように解さなかった。同判決によると、①医師の文書が再審手続で初めて提出されたことに問題はない。本条の新鑑定は、再審手続における事実審裁判官の面前の口頭弁論が終了するまでは提出できるのであり、その提出があれば、そのときまで不適法な訴えは適法なものになる。②このように再審原告に適法な原状回復の訴えを改めて提起するように指示しない理由は、訴訟経済の要請によるものである (FamRZ 1982, 690)、と判示している。同判決はこの際に、民訴法五八〇条七号bに関する連邦裁一九七一年一〇月二八日判決 (BGHZ 57, 211ff. = FamRZ 1972, 454ff.)<sup>(27)</sup> を引用する。学説にも異論はない。<sup>(28)</sup>

(ロ)新鑑定の提出は原状回復の訴えの適法要件であり、それについては各審級毎に裁判所が職権で調査しなければならない

い。【10】八九年判決 (NJW-RR 1989, 1028, 1029) がその旨判示する。学説もこれに賛成する。<sup>(29)</sup>

(2) 鑑定の実施 (イ)新鑑定は、前訴手続の終結後に関係者の別訴で得られることがあるといわれる。<sup>(30)</sup> 連邦裁判例でみると、①前訴・嫡出否認訴訟における非嫡出子の母の偽証に関する刑事訴訟で血液型鑑定が得られたケース【1】七三年判決)、②母の性交渉の相手男性に対する父子関係確認訴訟および扶養料請求訴訟で血液型鑑定が得られたケース【4】八〇年、【7】八二年の各判決)がそれである。③また、訴訟内容は明かでないが、【11】九三年判決も他男への別訴で血清学鑑定が得られたケースである。これに対して、再審原告が私的鑑定を提出しているケースもみられる【3】七五年、【6】八二年、【8】八四年、【9】八八年、【10】八九年の各判決)。上述したように、【8】八四年判決の原審・ハンブルク高裁は、私的鑑定は新鑑定に該当しないとす (判示部分①、前掲四一頁)。また学説においても、私的鑑定は、単独でまたは前訴の証拠と結び付いて異なった裁判をもたらすことはできないとの理由から、刑事手続などで得られた公的な鑑定に限定する見解があったが、<sup>(31)</sup> 最近の多数説は右判例と同様に私的鑑定で足りるとしている。<sup>(32)</sup>

(ロ)私的鑑定の提出は、本条の訴えの提訴前に新鑑定を入手しようと試みる当事者像をうかがわせる。<sup>(33)</sup> しかし鑑定について関係者の協力が得られない場合、例えば、関係者が血液検査を拒否する場合 (シュトゥットガルト高裁判決一九八〇年三月二七日 FamRZ 1982, 193f. ベルリン地裁一九七八年五月二二日判決 FamRZ 1978, 835f.) や関係者がすでに死亡している場合 (デュッセルドルフ高裁一九七七年二月二二日決定 FamRZ 1977, 206) に、訴えの提起時に新鑑定を提出できないという問題が生ずる。本条に関する連邦裁判例でその種の問題が扱われたことはないが、<sup>(34)</sup> 右下級審判例ではすでに問題になっている。そのうちシュトゥットガルト高裁八〇年判決 (FamRZ 1982, 193f.) の事案は、つぎのようなものである。前訴で P は双子の非嫡出子 Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub> の父であるとして、扶養料の支払いを命ずる区裁判決を受けた。その後 P が Y<sub>1</sub> らの

血縁関係の不存在確認を請求した訴訟で、第一審は請求棄却、控訴審もPを父であると認定して控訴棄却（判決確定）。Pの死亡後、その未亡人Xと息子Gが本条の訴えを提起した。その主張によると、Pは被告Y<sub>1</sub>らの父ではない、A博士はPの血液検査により、Pが父でない蓋然性は九四%であり、被告Y<sub>1</sub>らとその母をさらに調査すればPが父でないことは十分に証明できるとの結論に達している。A博士の供述は血液型血清学 (Blutgruppenserologie) の最新レヴェルに即したものであり、本条の新鑑定である。しかし、Y<sub>1</sub>らとその母は血液検査の協力を拒否している、と。

この事件で、シュトゥットガルト高裁は、傍論であるが、新鑑定の提出がない点で訴えは不適法であるとした。<sup>(35)</sup> ①A博士の供述書は本条の新鑑定の要件にあわない。②そして被告Y<sub>1</sub>らとその母が血液検査への協力を拒否している場合には、本条の訴えはできないとする。その理由として同判決は、立法者は、子と母、場合によっては多数関係証人が訴訟外での新鑑定の実施に協力しないという問題を予測していたが、それにもかかわらず民法三七二条aに相当する規定をおこなったことをあげる。③したがって法律に瑕疵はない。一部学説が主張する民法八一〇条、八一一条<sup>(36)</sup>の類推適用によって相手方や第三者の協力義務を考へることも許されない (FamRZ 1982, 193)、と判示する。

右判例で問題となっている民法三二七条aは、血縁関係の認定が必要な事件において、血液型検査のための血液採取を強制的に可能とする規定であり、身分訴訟での血縁関係の解明に果たす役割は大きいことが指摘されている。<sup>(37)</sup> しかし本条の訴えに関しては、他の下級審判例もシュトゥットガルト高裁八〇年判決と結論において同旨を説いている。<sup>(38)</sup> シュトゥットガルト高裁が指摘するように、立法者は鑑定の実施に相手方や第三者が同意しない場合には、再審請求はできないとして、民法三二七条aの適用を認めていなかった。<sup>(39)</sup> 多くの学説も、本条の訴えのために民法三二七条aの準用には反対する。<sup>(40)</sup> しかし同時に、ここに本条の訴えの限界も指摘されている。<sup>(41)</sup>

(ハ) 独立証拠調べ手続 独立証拠調べ手続（民訴法四八五条。従前の証拠保全手続に相当<sup>(42)</sup>）を利用した血液採取の試みについても、下級審判例はこれを否定する。非嫡出子との父子関係を認定した確定判決に対する原状回復の訴えの提起を準備するために、血液採取を目的とした独立証拠調べ手続（民訴法四八五条）実施の申立てが父から行われた事案で、ケルン高裁一九九四年五月三〇日決定（FamRZ 1995, 369f.）は、①本件の独立証拠調べ手続は、鑑定を所有せずして相手方の協力も得られない申立人が、同手続によつて鑑定を入手して、原状回復の訴えを提起しようとするものである。しかし、独立証拠調べ手続の意義および目的は、訴訟の防止または証拠調べの結果をその後の訴訟で利用しようとするものであつて、本件申立てはこれと合致しない。②独立証拠調べ手続によつて鑑定実施の申立てを行うことで、新しい鑑定を提出しなければならぬという要件が、どんな当事者によつても簡単にクリアーできることになる。しかし、それでは父子関係の確認判決の既判力が再三疑われることになつて、法的不安定を増大させる結果になる。また裁判所も間接的にどのような親子関係事件でも、鑑定の実施を余儀なくされることになろう、と判示する。<sup>(43)</sup> 学説もこれに従つて<sup>(44)</sup>いる。

《注》

(1) BT-Drucks. V/3719, S. 42.

(2) またハム高裁一九七九年六月六日判決（FamRZ 1980, 392f.）は、父Yからの嫡出否認訴訟（Xの母Uの証人尋問、P博士の血清学鑑定、K博士の遺伝生物学鑑定を実施）で敗訴した子Xが、受胎期間中の母の性交渉相手・他男Sに対する父子関係確認訴訟で得たP博士の血清学鑑定（SはXの父ではありえない）、および前訴における証言をくつがえす母Uの新しい証言（受胎期間中にYとも性交渉があった）に基づき、Yに対して本条の原状回復の訴えを提起したという事件で、ハム高裁七二年判決や【1】七三年判決に従つて、同旨を説いている。その理由として、ハム高裁七九年判決は、そうでないと本条によって開かれた

父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え（二・完）（豊田）

真実の父を認定する可能性を不当に制限する結果になると指摘する。同判決については、後掲六二頁注(5)、六六頁でも検討。

- (3) Gaul, Anwendungsbereich, S. 254; Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, § 641 i II, Rn. 2c, S. 443; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i II, Rn. 8, S. 752; Zöller/Philippi, ZPO, § 641 i III, Rn. 8, S. 1599; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 1, Rn. 10, S. 1334.
- (4) Gaul, Anwendungsbereich, S. 254; Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, § 641 i II, Rn. 2c, S. 443.
- (5) MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 1, Rn. 10, S. 1334.
- (6) Gaul, Anwendungsbereich, S. 254, Fn. 75; Zöller/Philippi, ZPO, § 641 i III, Rn. 7, S. 1599.
- (7) 連邦裁一九七三年九月二一日判決 (FamRZ 1973, 624 = NJW 1973, 2249, 2250)。
- (8) この事件は、非嫡出子Xから父子関係の確認と、過去の扶養料・将来の定期的扶養料を請求された母の相手男性Yが、Xの母との性交渉を否認、そうでないにしても法定受胎期間中の性的不能、およびXの母と他男と関係を主張したケースである。原審・デュッセルドルフ高裁が、被告Yと母との受胎期間中の性交渉を認定し、Yの父子関係の蓋然性を九九・七五%とする血清統計学鑑定、エッセンメラー方式で九九・六%とする遺伝生物学鑑定により、それ以上の証拠調べは必要ないとして、Xの請求を認容していた。これに対して連邦裁七三年一月一九日判決は、①父子関係訴訟では、民法六四〇条・(旧)六二二条一項(現行六一六条一項)により職権探知主義が適用になる。それにより、裁判所は子の血縁関係をいっそう解明し得るすべての証拠を、職権により取り調べる義務がある。しかし控訴審はその義務を十分に尽くしていないとする。②医学上の多数説によると、エッセンメラー方式による蓋然性値が九九・八%のときは、父子関係は事実上証明があったとされ、男性の父子関係を否定する事情がなければ、裁判所は父子関係を認定できる。③しかし、その数値の場合にも、いかなるケースでもその認定をすべきであるとはいえない。父子関係が事実上証明された場合にも、それにより完全な証明があったとはいえない。当該男性が父でない蓋然性は、非常にわずかではあっても、残る。蓋然性値が非常に高いときも、さらに証拠調べをしてみても、当該男性が父であり得ないことが明らかになるときも、父子関係は認定できない。例えば、当該男性が母と性交渉をしていない、または性的に不能であるとの理由がそれである。④そのように高い蓋然性値が認定できる事件でも、裁判所は、そのための十分な手掛かりがあれば、その理由または別の理由から被告の父子関係が明らかになり得ないか否かについて、職権でそれを解明しなければならない。⑤そして同判決は、本件はそのケースであると指摘する。第一に、被告Yは性交渉の当時七二才で、子の父となるには非常に



希な年齢であった。しかもYは性的能力がなかったと主張している。それが本当であれば、蓋然性値は高くても、子の父ではあり得なくなる。ただし、性的不能の主張があれば、裁判所は証拠調べをしなければならないというものではなく、裁判所はまず当事者がどのような理由をあげているかを解明しなければならない。したがって控訴審は、その主張を詳細に理由づけていないYに釈明しなければならなかった。さらにYの高齢から性的能力の欠如と判断してよいか、考慮しなければならなかった。第二に、控訴審は、母が右受胎期間中に他男と性交渉したことはないこともないと認定している。エッセンメラー方式による父子関係の蓋然性値は九九・六%である。性的能力の欠如により被告Yが父としてあり得ないこともない場合、母が法定受胎期間中にどの男性と性交渉をしたのかを解明し、性交渉が認定されれば、血清統計学調査を実施しなければならぬ。そうした包括的な調査に基づいて初めて、控訴裁判所は被告Yの父子関係について重大な疑いが存するか否かについて判断できる。血清統計学鑑定の結果によっては、さらに遺伝生物学鑑定の実施も必要になる、と判示する。

(6) この訴訟については、vgl. von K. H. Johannsen, *Vaterschaftsfeststellung bei nichtehelicher Abstammung*, in *Festschrift für Bosch*, 1976, S. 469ff.

(10) 若干の連邦裁判例でも、さまざまな医学鑑定がみられる。例えば(1)七〇年代の判例においては、①前掲連邦裁七三年六月判決(BGHZ 61, 165ff. = FamRZ 1973, 596ff.) ではエッセンメラー方式による鑑定、血清統計学評価、人類学・遺伝生物学鑑定、②連邦裁一九七三年一月五日判決(FamRZ 1973, 181) では血清統計学データ、③連邦裁一九七七年六月二二日判決(FamRZ 1977, 706ff.) では血清学鑑定が用いられている。

また(2)八〇年代の判例においては、①連邦裁一九八七年三月一八日判決(FamRZ 1987, 583ff.) では、血清学鑑定、生物統計学鑑定、エッセンメラー方式とHLAシステムによる鑑定(後掲五九頁)、②連邦裁一九八八年七月一三日判決(JR 1989, 195ff. = FamRZ 1988, 1037ff.) では、血清学鑑定、エッセンメラー方式による鑑定、HLA方式による鑑定(後掲六三頁注(10))、③九〇年代の判例をみると、①連邦裁一九九〇年三月一四日判決(FamRZ 1990, 615f.) は、血清学鑑定、HLA鑑定、生物統計学鑑定、②連邦裁一九九〇年一月二四日判決(FamRZ 1991, 185ff. = NJW 1991, 749ff.) では、血液型鑑定とHLA鑑定、③連邦裁一九九〇年一月一九日判決(FamRZ 1991, 426ff. = NJW 1991, 2691ff.) では、血液型鑑定、生物統計学鑑定、HLA鑑定、④連邦裁一九九四年一月二二日判決(FamRZ 1994, 506ff.) では、血液型鑑定とDNA分析がみられる(九〇年代の各判決については、後掲

父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(二・完)(豊田)

六五頁注(13))。

右実務についてはvgl. D. Leopold, Einige Bemerkungen zur Vermutung der nichtehelichen Vaterschaft (§ 1600 o BGB), FamRZ 1973, S. 65ff.; G. Beitzke, Familienrecht, 1986, 24. Aufl., § 23 IV 3, S. 214f.; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrechts, § 51 VII 5, S. 781ff., § 52 III 7, S. 811ff.; KohhammerKomm/H. F. Gaul, BGB, Bd. 6, Familienrecht, 11. Aufl., 1981, § 1600 o, S. 1029ff.; MünchKomm zum BGB/D. Mutschler, Bd. 5, Familienrecht, 2. Bd. 2. Aufl., 1987, § 1600 o, II 1ff., Rn. 4ff., S. 128ff., III 1ff., Rn. 17ff., S. 135ff.; W. Erman/H. Holzhauser, Handkommentar zum BGB, 2. Bd. 9. Aufl., 1993, § 1591, Rn. 19, S. 1045f., § 1600 o, Rn. 4ff., S. 1080f. usw.

またわが国の文献として、上田政雄「生物学的父子関係認定法の原理とその実際」太田武男編『現代の親子問題』二七頁(有斐閣、昭和五〇年)、中野峯夫『非父の証明』一頁(邦光書房、昭和五四年)、浜上則雄Ⅱ加賀山茂「法医学者による血液型に基づく証明方法に対する批判と提案(上)・(下)」ジュリ六五〇号九五頁、同六五一号一一八頁、松本秀雄「血液型による親子鑑定」一頁(有斐閣、昭和六〇年)、松原正明「家事事件における親子鑑定の実情」自正四四卷六号四一頁、押田茂實・鉄堅「親子鑑定」自正四四卷六号四六頁、人権擁護委員会・鑑定問題事例調査研究委員会「DNA型鑑定の基礎知識 Q&A」自正四四卷六号五九頁、押田茂實「血液による親子鑑定」日本弁護士連合会編『日弁連研究叢書 現代法律実務の諸問題へ平成元年(下)』五〇五頁(第一法規出版、平成二年)、松倉耕作『血統訴訟論』一頁(一粒社、平成七年)(以下、血統訴訟論と略す)、同『血統訴訟と真実志向』二二五頁(成文堂、平成九年)(以下、真実志向と略す)など参照。

(11) 例えば、父から嫡出子に対する嫡出否認訴訟で、原審・デュッセルドルフ高裁が、エッセンメラ方式による血清データの生物統計学評価で九八・五%—九九% (父子関係が非常に蓋然性がある、ないし最高度に蓋然性がある)、遺伝生物学鑑定(非常に大きな蓋然性がある)、被告の母の証言に基づき、原告の控訴を棄却した事件で、連邦裁一九七五年九月一七日判決(NJW 1975, 366=FamRZ 1975, 682f.)は、子が夫によって受胎されたことが明らかにあり得ないか否か(旧)民法一五九一条一項二文)の調査に当たって、裁判所は、提出されたまたは職権で収集し得るすべての証拠で、いっそうの事実解明を期待させるものを尽くさなければならぬ。しかし、事実審裁判官の心証により、血清学鑑定の補充によっても血縁問題のさらなる解明が期待できないと判断したときは、それをしないでおくことができると判示して、父の上告を棄却している。

- (12) Gaul, Anwendungsbereich, S. 253; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i II, Rn. 2c, S. 443; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i II, Rn. 8, S. 752; Zöller/Philippi, ZPO, § 641 i III, Rn. 8, S. 1599; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 1, Rn. 10, S. 1334; Thomas/Putzo, ZPO, § 641 i 2b, Rn. 5, S. 1054; Zimmermann, ZPO, § 641 i 1, Rn. 2, S. 820.
- (13) ケイン血縁鑑定専門家共同作業委員会 (Arbeitsgemeinschaft der Sachverständigen für Abstammungsgutachten in der Bundesrepublik Deutschland e. V.) の作成による「一九九三年当時の「血縁鑑定実施のためのガイドライン」 Richtlinien für die Erstattung von Abstammung (一九九三年一月二六日)」は、vgl. FamRZ 1994, S. 872ff. 同ガイドラインについては、vgl. D. Mutschler, Können Richtlinien für die Abstammungsbegutachtung die Wahrheitsfindung im gerichtlichen Verfahren, insbesondere in Kindersachssachen, erleichtern?, FamRZ 1995, S. 841ff.
- (14) DNA鑑定に関するドイツの議論について、筆者は十分に理解するだけの能力をもたないのであるが、さしあたり、それに批判的な文献として、vgl. Ritter, FamRZ 1991, S. 646ff. 他方、積極的に評価する文献として、vgl. I. Böhm/C. Waldermaier/J. T. Eppelen/M. Krawczak, Diskussion: Die humangenetische Abstammungsbegutachtung, FamRZ 1992, S. 275ff. わが国の文献では、松倉・血統訴訟論一二頁以下、同・真実志向三四〇頁以下、人権擁護委員会・前掲五九頁以下など参照。また下級審判例として、大分地裁平成九年一月二二日判決判タ九七〇号二二五頁、福岡高判平成一〇年五月一四日判タ九七七号二二八頁。右判例の評釈として、松川正毅「父子関係の存在とDNA鑑定」私法判例リマックス1999へ上へ六八頁、松倉耕作「真実の血縁関係の存在を無視できるか」判タ九七九号四〇頁、本山敦「DNA鑑定による父子関係の否定」ジュリー一五六号一四一頁参照。
- (15) Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i II, Rn. 8, S. 752.
- (16) Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i II, Rn. 8, S. 752. しかし、判例は引用されていない。
- (17) Zöller/Philippi, ZPO, § 641 i III 1, Rn. 5, S. 1599; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 2, Rn. 11, S. 1335; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641 i 2, Rn. 4, S. 1633; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i, Rn. 2b, S. 443.
- (18) Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i, Rn. 2d, S. 443; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i II, S. 752, Fn. 12; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 2, Rn. 11, S. 1335.
- (19) 筆者は医学鑑定の基礎的な知識をまったくもたないため、鑑定の区別については十分な検討ができないことをお詫びしなければならず、父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(二・完)(豊田)

ばならない。訳語を含めて、本文の叙述も、機会を改めて訂正・補充するように努めたいと思っている。

- (20) 【7】八二年判決 (FamRZ 1982, 691f.) の事案 (修道二三卷二七四頁) を若干に補足しておきたい。①第一訴訟で、D博士とW博士の血液型鑑定によると、GCシステムで被告Yの父子関係はあり得ず、父子関係はきわめて蓋然性が低いとの結論であった。Xの母は受胎期間中に売春に従事し、他男Zとも性交渉をしたこと、被告Yとのみ避妊具なしで性交渉をしたと証言している。②つぎに他男Zに対する第二訴訟において、D博士とW博士が実施した血液型鑑定によると、HLAシステムに関してZは父ではあり得ない、Xの母の証言に関して、GCシステムによる前訴での鑑定の信憑性を確かめるために、HLAシステムによりYの再検査が望ましいと提案した (請求棄却)。③そこでXは第二訴訟での右鑑定に基づき、本条の訴えを提起した。この手続でXの母は証言を拒絶、Xも母の行状を申し立てた。右鑑定人が三度目に実施した血液型鑑定は、再審被告YはHLAシステムに関して父でないこともない、最初の鑑定は遺伝子の交差で誤ったか突然変異であったと報告した。また別のK博士の遺伝生物学鑑定によると、Yの父子関係は可能性はあるが、証明はできないとの結論であった。

- (21) Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i II, Rn. 2c, S. 443; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III, Rn. 10, S. 1334f.
- (22) Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i II, Rn. 2b, S. 443; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641 i 2, Rn. 4, S. 1663; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i II, Rn. 7, S. 751f.; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 2, Rn. 11, S. 1335.
- (23) Gaul, Anwendungsbereich, S. 265. 民法法五八〇条七号の類推適用を可能とする血縁鑑定について、ガウルは上述の条件を付している。修道二三卷二五二頁、二五六頁。
- (24) Gaul, Anwendungsbereich, S. 257f.
- (25) 同前, Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i II, Rn. 26, S. 443.
- (26) BT-Drucks. V/3719, S. 42.
- (27) この判決は、豊田・前掲論文 (一) 修道七卷一号四八頁、同 (二・完) 二二二頁で紹介している。
- (28) Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i II, Rn. 2a, S. 442; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641 i 2, Rn. 4, S. 1663; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i II, Rn. 11, S. 753; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 3, Rn. 14, S. 1336; Thomas/Putzo, ZPO, § 641 i, 1, Rn. 5, S. 1054; Zöller/Phillipi, ZPO, § 641 i III 6, Rn. 11, S. 1600; Zimmermann, ZPO, § 641 i III 6, Rn. 2, S. 821.

- (29) Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641 i, 2, Rn. 4, S. 1663; Wleczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i II, Rn. 11, S. 753; Zöllner/Philippi, ZPO, § 641 i III 6, Rn. 4, S. 1598.
- (30) Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i I, Rn. 1, S. 441; Zimmermann, ZPO, § 641 i III 6, Rn. 3, S. 821. 前掲連邦裁六六年一一月二一日判決 (BGHZ 46, 319ff.=FamRZ 1967, 144ff.) はそうしたケースである (修道二二卷二二号二六〇頁)。
- (31) Brüggemann, FamRZ 1969, S. 124.
- (32) Gaul, Anwendungsbereich, S. 263; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i II, Rn. 2f, S. 444; Zöllner/Philippi, ZPO, § 641 i III 4, Rn. 5, S. 1599; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 2, Rn. 11, S. 1335; Zimmermann, ZPO, § 641 i III 6, Rn. 2, S. 821.
- (33) 本条の訴え提起のための (旧) 受救権 (現行、訴訟費用援助) の範囲に血液型鑑定に費用が含まれるかが問題になった事件で、ハンブルク高裁一九八〇年三月一四日決定 (DAVorn 1980, 486f.) は、それは訴訟費用ではなく、訴訟前の経費であるとして、付与の効果には含まれないとしている。同旨 Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i III, Rn. 3, S. 444.
- (34) 非嫡出子からの父子関係確認訴訟 (旧) 民法一六〇〇条〇) で、そうした事案が知られている。①イタリア国籍を有し、現にイタリアに居住する相手方男性が血清学鑑定のための血液採取を拒否した事件で、連邦裁一九八六年四月九日判決 (NJW 1986, 2371ff.=FamRZ 1986, 663ff.) は、①高裁が被告の態度に基づき、鑑定は実施できないと判断して、父子関係について重大な疑いは残らない (旧) 民法一六〇〇条〇) と判断した点に問題はないとする。②高裁の多数実務は「証明妨害」の法理によりその効果を判断しており、学説もほぼ一致してそれに従っている、と述べている (国際私法に関する判示部分は措く)。
- ②また、父子関係の確認とともに定期的扶養料請求もなされた事件であるが、相手方男性が血液検査を同様に拒否しているケースで、連邦裁一九九三年二月一〇日判決 (NJW 1993, 139ff.) は同旨にたつて、受胎期間中の性交渉についてすでに証明されている者が、正当な理由なく検査への協力を拒否している点に証明妨害の法理を適用する根拠があると説く。
- この問題に関するドイツ法の議論については、vgl. R. Stürner, Die prozessuale Untersuchungspflicht (§ 372a ZPO) der Partei im Ausland, JZ 1987, S. 607ff.
- わが国での同様の事案として、東京高判平成七年一月三〇日判時一五五一号七四頁 (最判平成一〇年八月三一日家月五一卷四号三三三頁判時一六五五号一一二頁判タ九八六号一六〇頁の原判決)。この問題を検討する文献として、春日偉知郎「父子関係父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え (二・完) (豊田)

訴訟における証明問題と鑑定強制(検証協力義務)―曹時四九卷二号二九九頁参照。また右東京高判についての評釈として、水野紀子「わが国における嫡出推定制度の空洞化」民研四八〇号一三頁、梶村太市「解説」判タ九四五号一八二頁、倉田卓二「親子関係不存在確認と不貞による損害賠償請求における証明の程度」私法判例リマックス1997へ上>一二三頁以下など参照。

(35) シュトゥットガルト高裁は、本条の訴えを提起する被相続人Pの権利は、相続人XおよびGには移転しない。それは相続財産に含まれる権利でなく、相続の対象にはならない家族法領域における人格権であると判示して、この点で本件の訴えはすでに不適法として却下との判断を示している。

(36) 両規定は、他人の占有する文書の閲覧請求権とその方法を定める。この類推適用説は、F. Odersky, *Nichtehelichen Gesetz*, 1978, S. 673f. が提唱していた。

(37) 民訴法三七二条 a の沿革や比較法的な観点から、同条によるドイツ法の裁判実務を批判的に検討した文献として、vgl. R. Frank, *Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung*, FamRZ 1995, S. 975ff. これに対して、同条による直接強制を評価するわが国の文献として、松倉・血統訴訟論二九頁以下参照。

(38) つぎのような判例がみられる。(1)前訴の区裁・確定判決(父子関係を認定し、子が一八才まで定期的扶養料の支払いを命じた)に対して、父たる男性が本条の訴え提起の準備として、子と母に対して鑑定の実施に同意するように義務づける訴訟を提起した事件で、ベルリン地裁一九七八年五月三一日判決(FamRZ 1978, 835f.)は、①子と母が血縁鑑定の実施に同意するか、母に対する刑事手続などの別の手続でそうした鑑定が報告された場合のみ、本条の訴えは意義を有する。②法的平和のために限定的要件のもとで再審を認めることが必要と考えられたのであり、多数説も相手方や第三者に検査を強制できないとしている。③法律に不備はなく、民法八一〇条・八一一条または民訴法三七二条 a の準用の余地はない、と判示する。

(2)また非嫡出子からの父子関係の確認請求、過去および将来(一八才)の扶養料請求事件で、原告が二―三才になったときに補充鑑定を実施すべきであると鑑定人が提案しているにもかかわらず、区裁が本条の訴えによる父子関係確認の途を指示して請求を棄却したのに対して、ツェレ高裁一九七一年七月二〇日判決(FamRZ 1971, 592ff.)は、①職権探知義務(民訴法六四〇条、(旧)六二二条(現行六一六条))違反を指摘する。その際と同高裁は、本条による再審の可能性は新鑑定が提出された場合に限られる。しかし、新鑑定は被調査者全員の協力がなければできないことであり、他の関係人を調査に服するように強制する権限

は再審原告にない。民法三七二条aはすでに訴訟が係属している場合にのみ、そうした義務を開くのであり、再審を請求する当事者には役立たない」と判示する。

(39) BF-Drucks. V/3719, S. 42.

(40) Gaul, Anwendungsbereich, S. 261; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i II, Rn. 2a, S. 442; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 372a 3, S. 1250; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i II, Rn. 11, S. 753; Zöllner/Philippi, ZPO, § 641 i III 5, Rn. 11, S. 1600.

(41) 本条導入の直後からこの点を批判する文献として、H. Reinheimer, Die gerichtliche Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft, FamRZ 1970, S. 265, 266; J. Damrau, Überblick über die Verfahren in Rechtssachen nichtehelicher Kinder, FamRZ 1970, S. 287; W. Habscheid, Buchbesprechung, FamRZ 1970, S. 265. また最近の文献では、Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641 i II, Rn. 2a, S. 442; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 3, Rn. 15, S. 1336.

(42) これについては、豊田「建築紛争と鑑定」木川統一郎古稀祝賀『民事裁判の促進と充実 中』二一七頁以下(判例タイムズ社平成六年)など参照。

(43) このほかにもつぎのような判例がみられる。(1)非嫡出子の父と認定された男性が、他の男性に対する血液検査の実施について、(旧)証拠保全手続(現行、独立証拠調べ手続)の申請をした事件で、デュッセルドルフ高裁一九七七年二月二一日決定(FamRZ 1977, 206ff.)はケルン高裁九四年決定と同旨を説いている。

(2)前訴・父子関係確認訴訟で敗訴した非嫡出子が、当該男性の死亡後に、原状回復の訴えを提起するために独立証拠調べ手続の実施により、その死体を掘り返して血縁鑑定の実施を求めた事件で、ツェレ高裁二〇〇〇年三月一三日決定(FamRZ 2000, 1510ff.)は、①裁判所の証拠調べの申立てでは原状回復の適法性に足りないこと【9】八二年判決、シュトゥットガルト高裁八〇年判決などを引用)、そのようにして原状回復手続で行われるべき証拠調べの先取りも許されないこと(ケルン高裁九四年判決などを引用)を指摘して、それを不適法として却下している。②また、同決定は民法三七二条aに基づく血液・遺体採取に協力すべき第三者の服従義務の法律上の根拠もなく、死者の血縁者はそうした協力を拒否してよいと説く。なお、フランスにおけるDNA鑑定を目的とした同種事件に関して、野村豊弘・本山敦「親子鑑定を目的とする遺体発掘をめぐって」判タ九七九号二六頁以下参照。

父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(二・完)(豊田)

(44) MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 3, Rn. 15, S. 1336; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641i 2, Rn. 4, S. 1664.

## 五 異なった裁判をもたらしただであろう鑑定

### 〔1〕 異なった裁判

(1) 新鑑定には、それ「単独」によるか、または「前訴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だであろう」という要件がさらに定められている。民訴法五八〇条七号b (新たに発見した文書) は、再審原告に「有利な」裁判をもたらしただであろう文書を要求している (因果関係) が、それに対応した規制といえよう。民訴法五八〇条七号bに関する連邦裁判例は、これを再審手続の第二段階で調査すべき理由具備要件として位置づけている。本条に関してそのような議論は判例上多くないが、【8】八八年判決は、右要件を認定したうえで「再審事由」ありと判示している (FamRZ 1988, 374, 375ff.)。この点で、民訴法五八〇条七号bと同様に解されているようにも思われる。<sup>(1)</sup> また、本条は民訴法五八〇条七号bのように「有利」な裁判ではなく、「異なった」裁判を要求しているが、これは、後述するように本条の訴えが前訴の勝訴当事者も提起できること (二項) を前提としているからであろう (後掲七【2】参照)。

【1】七三年判決 (その事案は修道二三卷二号二七六頁) は、右要件についての控訴裁判所の判断、すなわち、提出されたH鑑定は、前訴の証拠と結び付いて、もしかして (möglicherweise) 異なった裁判をもたらしただであろうか、という判断に、法的な誤りはないとする。同判決によると、①再審被告Yから再審原告Xに対する前訴・嫡出否認訴訟におけるXY間の父子関係不存在の認定は、Xの母の証言 (受胎期間中は現夫とのみ性交渉) だけに基づいたものである。し



かし再審訴訟において新しく提出された血球標識 (Blutkörperchenmerkmale) (Ss) についてのH鑑定からは、現夫は再審原告Xの父ではあり得ないことが明らかになる。同鑑定がすでに前訴で提出されていたならば、裁判所はXの母の証言を信用できないと評価していたに相違ない。前訴では再審原告Xと現夫の間の父子関係のみが問題になり、他男の存在については当事者からの申立てもなく、その手掛かりもなかった。そうすると、前訴はH鑑定に基づいて棄却しなければならなかったはずである。②前訴で父子関係が明らかになり得ないことの証明責任は、本件の再審被告Yが負っていた。H鑑定によれば、他に父として考えられた男性、つまり、現在の夫は父ではあり得ないのであって、鑑定によれば再審被告Yが父としてあり得ない場合に限って、Yはその証明に成功していたはずである。ところがH鑑定によると、Yは父であり得ないこともないのである。それどころか、鑑定人は、YとXの生物統計学上の父子関係の蓋然性をエッセンメラール式で九四%—九五%と評価していることが明らかになっている。そしてフンメルとイームの作成した表によると、これは「父子関係の蓋然性がある」との評価に相当する (BGHZ 61, 186, 193f.)<sup>(1)</sup> と判示する。

これは、新鑑定が「単独で」母の証言の証拠価値を減殺することにより、前訴確定判決を動揺させたケースといえよう。【1】七三年判決は、その際に「もしかして (möglicherweise)」<sup>(2)</sup> という文言を付しているが、これは、民訴法五八〇条七号b (新たに発見された文書) に関する連邦裁判例でも同様にみられる文言である。民訴法五八〇条七号b (3) 文書は有利な裁判をもたらしたであろう「可能性」で足りるのか、またはそれだけでは足りないのか問題になっている。本条に関する連邦裁判例においてはそのような議論は特にはみられないが、学説は、判例は異なった裁判の可能性で足りると解しているとみている。<sup>(4)</sup>

(2) 新鑑定が前訴で異なった裁判をもたらしたか否かという要件について、その審理内容【4】八〇年、【6】八二年、

【9】八八年の各判決）をみることにしよう。<sup>(5)</sup> (イ) 【4】八〇年判決は、原告提出の血液型鑑定（N鑑定）を本条の新鑑定であると認める際に、①前訴・区裁判決はS鑑定（証人Mが父）だけに依拠している。しかし、事実審裁判官にとっては、S鑑定の判断は新しいN鑑定によれば誤りであることが明かになった。また高裁の認定によると、前訴はS鑑定がなければ裁判に熟さなかつたはずである。②以上によって、前訴判決は動揺しており、新鑑定によって異なつた裁判の蓋然性があつたと高裁が判断した点に、法的な誤りはない（FamRZ 1980, 880ff.）と判示する。これも新鑑定が「単独」で、前訴鑑定の証拠価値を減殺して、前訴確定判決を動揺させたケースであろう。

(ロ)これに対して、受胎期間の鑑定が提出された【9】八八年判決は、G鑑定人による新鑑定が前訴の「証拠と結び付いて」前訴判決を動揺させたケースと思われる。同判決は、①新しいG鑑定は、確定判決における再審原告Xの父子関係の認定を動揺させるものであるとする。G鑑定は、再審被告Yの出生時の成熟度からみて、Yが一九六九年一月二六日以降の性交渉によって受胎されたことは明らかにあり得ないとの結論に達している。しかし、前訴判決は再審原告Xと母の性交渉の時期を、両者の証言に基づき、「一九六九年一月中旬」であると認定しており、これによるとXは父ではあり得なくなるからである。②また本条の新鑑定は、新しい調査に基づく必要はなく、記録（Akten）に基づいて作成することも可能であるとする。③同判決はさらに続けて、新しい鑑定が前訴で提出された証拠と結び付いてもしかして異なつた裁判をもたらしていたかもしれないという要件は、上告審自ら判断できる事項であるとする。そしてG鑑定の内容的な瑕疵については、高裁も判断を示してなく、上告審も判断できない。G鑑定は、もしかして異なつた裁判をもたらしたかもしれない。そこで本条の原状回復事由は認められるとして、同判決は、本案の再審理のために高裁に事件を差し戻した（FamRZ 1989, 374, 375f.）。

右判示部分①が示すように、本件では、新しいG鑑定が前訴の当事者と証人の証言と結び付いて、前訴判決の内容を動揺させている。なお、右判示部分②の「記録 (Akten)」の内容について、同判決は明らかにしていない。しかし提出された新鑑定が受胎期間の鑑定であることを考えると、非嫡出子Yの出産に関する記録や、Yの母およびXの証言が記載された前訴の訴訟記録がそれに含まれるのではないかと思われる。<sup>(6)</sup> そうすると、【8】八四年判決が、判決言渡し前のデータに基づいた鑑定書について、本条該当性の判断を留保していた(判示部分①)。前掲三六頁参照)のに対して、【9】八八年判決は前訴判決の基礎におかれたデータを分析して作成された新鑑定も、本条に該当することを明らかにしていることになろう。学説も【9】八八年判決を支持している。<sup>(7)</sup>

(イ)【6】八二年判決は、提出された生殖能力の鑑定(D鑑定)は右要件を満たさないと判示する。同判決によると、D鑑定によっても前訴判決は維持できる。なぜなら、精液無力症—精液過少症 (Asthen-Oligospermie) であっても、蓋然性は小さいが、卵細胞の受胎はなお可能であり、D鑑定は再審原告Xの生殖能力の欠如を認定したものではないからである。これにより、事実審裁判官が、前訴の血清統計学鑑定による父子関係の蓋然性は、D鑑定によっても影響されないと判断した点に問題はない (FamRZ 1982, 690, 691)、とする。

(ニ)「異なった裁判をもたらしたであろう」という要件の審査は、提出された新鑑定の証拠価値を追加的に考慮し、前訴の証拠調べの結果がどの程度に確実であるかを判断するという方法になる。<sup>(8)</sup> 前訴における証拠調べの内容および範囲の問題については、前掲連邦裁七三年六月判決にも注目したい (BGHZ 61, 165, 170=FamRZ 1973, 596, 597=NJW 1973, 1924, 1925)。連邦裁によると、①父子関係訴訟では医学鑑定が中心であり、それと結び付けて他のすべての事情も評価すべきである。その正当化根拠として、連邦裁は、今日の学問水準によると、平均して父でない者の約九三%は、「明らか

にあり得ない」として父子関係から排除される、特に七〇年代からは、血液型検査、血清統計学証明 (serostatistische Beweis) によって積極的な父子関係の証明ができるようになっていく状況を指摘する。そして父子関係の消極的証明にとどまった人類学・遺伝生物学調査 (anthropologisch-erbbiologische Bund) に比べて、血清学調査 (serologische Befund) は、連邦保健省が法規にいう完全な証拠価値を認める遺伝システムや個別標識を考慮したものである。②しかし血清学調査で積極的な父子関係の排除が明らかにならないときは、統計的評価 (statistische Auswertung) が重要になる。鑑定人は、通常、エッセンメラー方式を用いる。それによる父子関係の蓋然性は、血清学上、同種類の事件一〇〇件のうち、他の証拠の内容を措いて、裁判官が父と名指された男性を子の父と認定したときに、何件で真実を発見できるかという問題を、パーセンテージで答えるものである。そしてフンメル作成の表によれば、父子関係の蓋然性が九九・八%以上のときは、「父子関係は事実上証明された」、九九%から九九・七%のときは「最高度の蓋然性がある」、九五%から九九・七%のときは「非常に蓋然性がある」、九〇%から九四%のときは「蓋然性がある」、それ以下のときは「決定できない」、となる。③もつとも、この蓋然性段階も、(旧) 民法一六〇〇条〇第二項一文が求める疑いの程度を示すものではなく、それを基礎にして父子関係の存在の蓋然性の程度を示すにすぎない。またフンメル説も裁判官を拘束するものではなく、せいぜいその手掛かりを提供するにすぎない。父子関係の蓋然性が九九%ないしそれ以上の場合でさえ、他男が父の可能性があるときは、他の決定的な証拠方法により、父子関係について重大な疑いが残ることがあり得る。また反対に、父子関係の蓋然性は九〇%から九五%の間にあつても、他の証拠方法を加えて、重大な疑いが除かれることもある。④そして連邦裁は、エッセンメラー方式により被告Yの父子関係の蓋然性は九二・五%であり、父子関係の認定の誤りは、重大な疑いが残る程度に大きいとした高裁の判断に誤りはないとする。また人類学・遺伝生物学による鑑定 (anthropologisch-erbbiologische

Gutachten) を生物統計学による評価と結び付けても、重大な疑いは排除できない、と。

(ホ)右判示からは、ここでは医学鑑定が中心であり、血液型検査、血清統計学証明、血清学調査、統計学評価によつてそれが行われている裁判実務が示されている。提出された新鑑定には、そのような前訴における証拠調べの結果を突き崩し、「異なった裁判をもたらしたであろう」ことが要求されることになる。このような要件審査との関連では、最近の連邦裁判例にみられる二つの傾向に注目しておきたい。

ひとつは、事実審裁判官による証拠調べの徹底化の傾向である。連邦裁は、職権探知主義(民訴法六四〇条、六一六条)により、事実審裁判官は、使用し得る証拠で、事案解明にいつそう役立つものをすべて取り調べなければならないことを強調する(連邦裁一九七三年六月判決の判示部分<sup>②</sup>。前掲三四頁<sup>⑨</sup>)。その場合に具体的事件では、どの証拠方法まで取り調べなければならないかが問題となる。外国人男性が被告になった二件の父子関係確認訴訟で、とりわけこの問題が顕著になった。そのうち連邦裁一九八七年三月一八日判決(FamRZ 1987, 583f. = NJW 1987, 2296f.)は、非嫡出子からアルジェリア人の男性被告に対して、父子関係の確認請求と定期的扶養料請求がなされた事件であるが、原審・ハム高裁が、血清学鑑定(被告は父でないこともない)、生物統計学鑑定(被告の父子関係の積極的な認定)、血液検査による鑑定(蓋然性値九七・五五%)、HLA鑑定(エッセンメラ方式による蓋然性値は九九・四八%)、以上の全調査システムから得られた父子関係の蓋然性の総合値は九九・九九%であるとして、男性被告の控訴を棄却した。しかし連邦裁は、原告の母の性交渉の時期に関する証言に関して、被告が当時フランスに滞在していたと主張し、その点について証人尋問を申請していたことを指摘し、原審はさらに証拠調べをすべきであったとして原判決を破棄差し戻した<sup>⑩</sup>。

これらの判例によれば、父子関係の蓋然性値が九九・九九%(連邦裁八七年判決)または九九・九九九六%(同八八

年判決)であつても、「別の手掛かり」があれば、事実審裁判官はさらに証拠調べをしなければならぬ。しかし、【1】七三年判決はエッセンメラー方式による九四%—九五%の蓋然性値で足りるとしており<sup>(11)</sup>(前掲五五頁)、右判例の原判決の結論が明らかに不当ともいえないように思われる。また連邦裁七三年六月判決は、父子関係の疑いに「沈黙を命ずる程度の確実さ」で足りると判示し、そこでは非嫡出子の利益と相手方男性の人格権の保護のバランスを考慮していた(判示部分③。前掲三四頁)。それに比べて、右二件の判例は、絶対的な真実発見を相手方や関係者のプライバイシーの保護よりも優先させる考え方といえよう。<sup>(12)</sup>これを本条との関係でみると、そのような前訴での証拠調べの徹底化の考え方は、判決確定後の本条の訴えの可能性を減少させる方向に働くのではないかと思われる。すでに徹底した証拠調べがなされた後に、前訴判決と「異なる判決をもたらす」新しい鑑定<sup>(13)</sup>の取得は、相当難しいことが予想されるからである。

(ハ)いまひとつの傾向は、医学鑑定が示す父子関係の蓋然性値の精緻化である。とりわけDNA鑑定の用いられている最近の判例では、その傾向が顕著である。<sup>(13)</sup>連邦裁によると、DNA鑑定は補充的な鑑定として用いられるとするが(連邦裁九〇年一〇月二四日判決 FamRZ 1991, 185ff. = NJW 1991, 749If.)<sup>(14)</sup>、連邦裁七三年六月判決が掲げるフンメル<sup>(14)</sup>の表中の蓋然性値に比べて、提示される蓋然性値は驚くほど細かい。もしも血液型鑑定とDNA分析による父子関係の蓋然性値九九・九九九九九九九九%(連邦裁九四年判決)を突き崩そうとすれば、何か別の、より新種の鑑定に頼らざるを得ないことなる。しかし他方で、上述したように本条の現状回復の訴え提起のために民訴法三七二条a(強制的な血液採取)の適用を認めない現在の実務を前提にすると、その対象を必ずしも血液検査に限定しないDNA鑑定は本条の新鑑定として有用になる可能性を有しているものと思われる。<sup>(15)</sup>

(ト)この要件が肯定されると、原状回復事由の存在が認められる【6】八二年、【9】八八年の各判決)。他方、この要件

がなければ、訴えは理由なしとして棄却される（【7】八二年判決）。

## 〔2〕前訴裁判所の職権探知義務違反

前訴裁判所の職権探知義務違反は、本条の訴えの当否に影響を及ぼすか。【11】九三年判決（FamRZ 1993, 943ff.）でそれが問題になった（その事案は修道二三卷二号二七五頁）。原審・シユレースピツヒ高裁は、つぎのように判示して、原状回復事由は認められないとした。すなわち、提出された新鑑定（血清学鑑定、私鑑定）により前訴結果は少なくとも動揺しており、前訴裁判官は別の血液型鑑定を実施しなければならなかった。同高裁によると、それは、新鑑定とは別に、前訴に適用される職権探知主義（民法法六一六条一項、六四〇条一項）から導かれる。父子関係事件を扱うすべての裁判官にとって、それは、連邦保健省のガイドラインの定めから直ちに認識できることである、と。ここでは、前訴裁判所の職権探知義務違反が、原状回復事由を否定する結論になっている。

これに対して【11】九三年判決は、①前訴裁判所が職権探知義務を十分に尽くしていなかったとの理由で再審請求を排斥するのは、鑑定を重視する法律の趣旨に合わないと指摘する。前訴裁判所が鑑定を実施せず、顕著な職権探知主義の違反が考えられる場合でさえ、本条の再審請求が可能であることは、判例で承認されている（【1】七三年判決を引用）。②同判決はさらに、立法者は、前訴判決の既判力保護のため、第一に、判決が不当な証人の証言や当事者の供述に基づいている場合は、通常の再審訴訟の一般的要件（民法法五八〇条一号・三号・四号、五八一条）に委ねている。第二に、新鑑定の提出要件は、相手方や第三者がそのための検査を拒否することが少なくない以上、相当の障害になるものと考えている。③このように指摘したうえで、前訴判決の既判力を保護するために、それ以上の障害を設けるのは正当でなく、裁判

をできる限り真実の血縁状態に一致させるという重要な目標からして、原状回復事由を制限しないで、できる限り広く捉えるのが相当であるとする。そして同判決は、原判決を取り消し、区裁は新たな本案の審理に入らなければならぬ(FamRZ 1993, 943, 945)と判示する。学説も同判決に賛成している<sup>(16)</sup>。

《注》

- (1) そのように解するのは、Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 641i III 4, Rn. 7, S. 445.
- (2) これについては、豊田・前掲論文(二・完) 修道七巻二号二二三頁以下参照。
- (3) 判例および学説の詳細については、豊田・前掲論文(二・完) 修道七巻二号二二四頁以下参照。最近の文献でみても、従来の議論に大きな変化はないように見える。vgl. Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, §. 580 IV 2e, Rn. 32, S. 563; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 580 5 H, Rn. 19, S. 1537. なお、従来の議論に批判的な見解として、MünchKomm/Braun, ZPO, § 580 IV 1d aa, Rn. 51f. S. 850f.
- (4) Wieczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641 i, II, Rn. 10, S. 752f.; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i III 2b, Rn. 14, S. 1336. 基本的な視点は異なるが、可能性で足りるとするのは、Niklas, JR 1988, S. 445.
- (5) 下級審判例も同様である。ハム高裁七九年六月六日判決(FamRZ 1980, 392f.)も、この要件を説く。同判決は、①新鑑定は、嫡出否認訴訟で異なった裁判をもたらすのに役だったとする。②前訴判決は、母の証言(受胎期間中に父と性交渉はなく、他男Sと性交渉があった)だけに基つき、父子関係の推定(旧)民法一五九一条二項)は反駁されたとみなした。Sは父ではあり得ないとするP鑑定が前訴当時に分かっていたら、証拠調べの結果、特に母の証言については異なった評価になっていただろう。③父について、生物統計学による蓋然性値は九八・五%ないし九九%である以上は、母の証言を評価する際にXは子の父ではあり得ないとの証明はできなかった(FamRZ 1980, 392f.)と。同旨を説く判例として、ツェレ高裁八〇年三月二七日判決(FamRZ 1980, 193, 194)、ケルン高裁八〇年一〇月一日判決(FamRZ 1981, 195, 196)。



- (6) 受胎期間の鑑定では、一般的に、子の出生期日、その受胎時期、母の性交渉の時期、母の最後の生理期日の確定が重要となり、これらは、母の証言、男性の証言、医師の記録からそのデータが得られる。vgl. K. Roth-Stielow, Der Abstammungsprozess, 2. Aufl., 1978, Rn. 323f., S. 115.
- (7) Braun, FamRZ 1989, S. 1136; Zoller/Philippi, ZPO, § 641: III 3, Rn. 8, S. 1599; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641: III 1, Rn. 10, S. 1334; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641: II, Rn. 10, S. 752f.; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641: 2, Rn. 4, S. 1663.
- (8) Gaul, Anwendungsbereich, S. 266f. 同旨 Niklas, JR 1988, S. 445.
- (9) 同旨を説く連邦裁判例として、①連邦裁一九七三年二月一九日判決 (FamRZ 1974, 369) ②連邦裁一九七四年六月二六日判決 (FamRZ 1974, 2046) ③連邦裁一九八七年三月一八日判決 (FamRZ 1987, 583, 584) ④連邦裁八八年七月一三日判決 (JR 1989, 195, 197 = FamRZ 1988, 1037, 1038) ⑤連邦裁一九九〇年三月一四日判決 (FamRZ 1990, 615) ⑥連邦裁一九九一年一月一九日判決 (FamRZ 1991, 426, 427 = NJW 1991, 2691, 2962) など。
- (10) また、連邦裁一九八八年七月一三日判決 (JR 1989, 195ff. = FamRZ 1988, 1037ff.) は、非嫡出子からイラン人男性に対する同様の事件で、原審・ハンブルク高裁が、原告の母の証言 (受胎期間中に被告と性交渉、一時離別したが受胎期間当時は同居、その後完全に離別)、血清統計学鑑定 (被告は九九・九九%以上父として排斥されず、一三三の血清標識を原告と共有する)、エッセンメラー方式による評価で九九・九九九六%の父子関係の可能性、HLA鑑定で九九・九四%などの結果に基づき、これ以上の証拠調べは必要ないと判断して、被告の父子関係を認定した。しかし連邦裁は、①事実審裁判官は、指名された多数関係証人の尋問を断念すべきでなかったとする。同証人の出頭確保ができない手掛かりはなく、父子関係訴訟でいわゆる多数関係証人の証人尋問は、原則として不適切または役立たない証拠方法ではない。②また連邦裁は、本件被告がペルシア人であることを指摘し、鑑定数値 (九九・九九九六%) から決定的な証明力を有するほどに鑑定に信頼性があるかは十分に明確とはいえないとする。しかも申請の多数関係証人の一人はペルシア人である、と。
- (11) 事件毎の事情によるにしても、【1】七三年判決の蓋然性値は、同じ年の他の連邦裁判例、しかも同じ第四民事部のそれに比べて低めである。例えば、(1)七三年一月二三日判決 (FamRZ 1974, 88) は、血清統計学鑑定で証明されたエッセンメラー方式による九九・八五%の父子関係の蓋然性値で、父子関係は高度の蓋然性がある、または事実上の証明があったとする。(2)また七父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え (二・完) (豊田)

三年二月五日判決 (FamRZ 1974, 181) は、裁判官は原則として父子関係の蓋然性を九九%から認定できる。血清統計学の結果が九九%以上のときは、遺伝生物学鑑定が血清統計学に基づいて心証に影響を及ぼさないが、血清統計学による蓋然性値が九八・五%のときは、さらに遺伝生物学鑑定を実施すべきであったとする。そして本件は後者として、同判決は原審に破棄差し戻した。(3)さらに七三年二月一九日判決 (NJW 1974, 1428f.) は、血清統計学鑑定、それに遺伝生物学鑑定を加えて、エッセンメラー方式によって九九・六%の蓋然性値が得られたときも、生殖能力の欠如の主張について、原審はさらに解明する必要があるとする。

(12) 本文のような連邦裁判例の傾向を批判する文献として、vgl. Frank, FamRZ 1995, S. 975, 978f. またDNA鑑定に関する連邦裁判一九九一年二月一九日判決 (FamRZ 1991, 426ff. = NJW 1991, 2961ff.) (次注の(2)を参照)を手掛かりにして、連邦裁判例の証拠調べの拡大傾向を批判的に検討する文献として、vgl. K. Hummel/D. Mutschler, Zum Umfang der Beweisaufnahme bei gerichtlicher Vaterschaftsfeststellung, NJW 1991, S. 2929ff.

なお、前訴・父子関係事件を代理した訴訟代理人に対する弁護過誤訴訟(上訴裁判所の誤り)において、前訴でのさらなる証拠調べの必要性が問題になった事案(前訴は、本件原告を双子の父と認定し、成年に達するまでの定期的扶養料の支払いを命じた区裁判決が確定)で、連邦裁一九九六年六月一三日判決 (FamRZ 1996, 1001ff.) は、①双子の母の証人尋問および遺伝生物学鑑定の実施の必要性は本件・損害賠償訴訟の裁判官の観点から判断すべき問題であり、前訴・父子関係訴訟の裁判所がおそらくはどうすべきであったという点は問題にならないとする。②その根拠は、本件損害賠償訴訟は前訴と異なった手続法に服するからである。③本件は通常訴訟であり、適法な代理があれば前訴が有利な結果になっていたかという問題は、もっぱら損害発生の際の要件としてのみ意味をもつ。④前訴がどのようにに終結すべきであったかは、民訴法二八七条の手続原則(損害額の評価)によって判断すべきことである。右規定は、証拠調べ義務の範囲について裁判官に裁量権を与えており、申立てのあった証拠調べの実施や職権による鑑定については、裁判官の義務的裁量に委ねられている。蓋然性判断について十分な根拠が得られたときに、裁判官はそれ以上の証拠調べを断念してよいのであり、これが自由心証主義を定めた民訴法二八六条の要請と異なるところである、と判示している。⑤そして同判決は、本件原告の血清学鑑定による蓋然性値は九九・九九三%であり、また母の相手男性の氏名と住所の申立てがなく、遺伝生物学鑑定またはDNA分析を実施しないとの判断にたつて、損害賠償の問題について裁判をし

た点に手続瑕疵はないとする。

(13) いずれも、非嫡出子からの父子関係確認訴訟（旧）民法一六〇〇条〇）で、連邦裁第一二民事部によるものである。例えば、

(1) 連邦裁九〇年三月一四日判決（FamRZ 1990, 615f.）は、血清学鑑定、HLAシステムを含む生物統計学鑑定により九九・九四％―九九・九五％の蓋然性値で血縁関係は、完全に、つまり確実に接した蓋然性をもって証明があったとした原判決に対して、母の多数関係者が考慮されていないとして、原審に破棄差し戻している。

(2) また連邦裁九〇年一〇月二四日判決（FamRZ 1991, 185ff.=NJW 1991, 7491ff.）は、血液型鑑定にHLA鑑定を加えて父子関係の蓋然性値が九九・九九九〇四％の場合に、DNA分析は現在の学問レビューでは補充鑑定として伝統的な手段と併用できることについては、ほぼ学説で一致があるとして、原審でDNA分析による鑑定が実施されなかったことに問題はないと判示する。

(3) 他方、連邦裁九〇年一二月一九日判決（FamRZ 1991, 426ff.=NJW 1991, 2691ff.）は、区裁で実施された血液型鑑定と生物統計学鑑定により父子関係の蓋然性値九九・九九四％、父でない者の排除率九九・九九三％、エッセンメラ方式による蓋然性値が九九・九九六％となり、父の控訴は棄却されたという事案で、DNA分析を一般的に使用すべきであるとの上告の主張に対して、DNA鑑定の補充がなくとも、血清学鑑定によって血縁関係を確信できると判示する。しかし同判決は、補充的な血清学鑑定や自然科学鑑定の証拠申立てがなされ、それが従前の鑑定中で考慮されていない学識によっているものについては、要証事実を真実と判断しているか、または申立てのあった証拠方法が証明にまったく役立たない場合にのみ、それを却下してよいが、原審はDNA分析がそれに該当するか否かを検討していないとして、原審に破棄差し戻している。

(4) さらに連邦裁九四年一月一二日判決（FamRZ 1994, 506ff.）は、血液型鑑定とDNA分析によって、父子関係の蓋然性値が九九・九九九九九九九九％、DNA分析を除くと九九・九九九九九九八％である場合に、原審は職権探知を尽くしているものであり、さらにDNA鑑定を実施する必要はないと判示する。

(14) DNA鑑定を補充的に実施した下級審判例として、例えば、非嫡出子からの父子関係確認訴訟で、ハム高裁一九九三年五月四日判決（DAVorn 1993, S. 833f.）は、基本的な血液型鑑定で九九・九五％の父子関係の蓋然性値が得られた場合に、DNA鑑定を補充的に実施して、九九・九九九九九七％の蓋然性値が得られたときは、父子関係は事実上証明があったと判示する。

父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え（二・完）（豊田）

- (15) Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, § 641i II, Rn. 2b, S. 443.  
 (16) Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641i 2, Rn. 4, S. 1663; Thomas/Putzo, ZPO, § 641 i III 2b, Rn. 5, S. 1055; Zimmermann, ZPO, § 641 i 2, Rn. 2, S. 820.

## 六 本案の審理

(1) 通常の再審訴訟（民法五九〇条一項）の場合と同様に、原状回復事由が肯定されると、裁判所は改めて証拠調べを行ったうえで、本案判決をしなければならない。これについては、連邦裁判例よりも事実審裁判所の審理内容の方が詳細に判示されており、参考になる。ここではハム高裁七九年六月六日判決（FamRZ 1980, 392f.）をみることにする。

(イ) その事件内容は上述した（前掲四五頁注（2））。①同高裁は、原状回復手続において、第一に、証人・母Uの証人尋問を実施している。それによると、母Uは前訴において証言した最後の性交渉の時点以降に、さらに再審被告Yと性交渉をしたと証言した。Yはこれを争っている。第二に、同高裁は、S博士による補充的な血清学鑑定を実施した。②そのうえで同高裁は、再審原告Xの提出した新しいP鑑定（SはXの父ではあり得ない）は民法六四一条iにいう新鑑定であり、前訴・嫡出否認訴訟で異なった裁判をもたらすことができただであろう。新しいP鑑定が前訴当時に分かっていたならば、証拠調べの結果、とりわけ証人・母Uの証言の評価は異なったものになっていたであろう。前訴で嫡出血縁関係を証明しなければならぬのは再審原告Xではなく、再審被告Yが、自分はXの父ではあり得ないことを証明しなければならぬ。しかし血清学鑑定によれば、Yの父子関係の蓋然性値は九八・五％—九九・〇％であり、母Uの証言を疑ったとき、Yはそれを立証できなかったはずである。③このように指摘して、同判決は、本件原状回復の訴えは理由があると判示する。

再審被告Yは、父子関係が明らかにあり得ないことについて、前訴の証拠調べの結果、それとともに新しいP鑑定、および本訴における証拠調べの結果によっても、立証できなかった。証人・母Uの現在の証言によれば、法定受胎期間中の性交渉の推定（旧）民法一五九一条二項）が破られたという前提はとれない。証人・母Uの証言は先の証言と異なっているが、現在の証言がまったくの作り事、蓋然性がないとみることができない。かえって再審被告Yの供述の信憑性に疑問がある。④以上の事情を総合評価すると、再審被告Yが法定受胎期間中に証人・母Uとまったく性交渉をしなかったとは認定できない。再審被告Yは、血清学鑑定と遺伝生物学鑑定によっても、Xとの血縁関係は明らかにあり得ないとの証明に成功していない。かえって、当部の実施した補充的な血清学鑑定によると、Yの生物統計学の蓋然性値は九九・〇%—九九・七五%で、これはその父子関係は最高度に蓋然性がある、ほとんど事実上証明があったといえるものである。以上の証拠調べの結果から、さらに証拠調べをする必要はない（FamRZ 1980, 392f.）と判示する。

右判示からは、再審手続の事実審裁判所は、前訴の証拠調べの結果、これに提出された新しい鑑定やさらに自ら実施した証拠調べの結果を加えて、これらを総合的に考慮したうえで本案について判決を下していることが明らかになる。<sup>(1)</sup>

(ロ)連邦裁判例をみると、【4】八〇年判決は、原状回復請求を認容した原判決を維持している（修道二三卷二二七—二七二頁）。再審被告Yの上告に應える形で、①同判決は、新鑑定（血液型鑑定≠N鑑定）により、再審被告Yが再審原告Xの父であるとの結論に達した原審の手続に問題はないとする。②第一に、原審が前訴の証人（MとD）の血清学鑑定を実施しなかった点について、同判決は、新鑑定（N鑑定）によって両者がXの父ではないことが完全に証明されているからであると指摘する。②第二に、原審がXの母の再尋問を実施しなかった点について、同判決は、原審は他男との性交渉についてその態度を留保しており、実施の必要がなかったためである。新鑑定からみて、そこに法的瑕疵はない。③第三に、Yが鑑定

人の尋問の申立てや質問の機会を行使していない以上、原審はそれ以上に鑑定を行う必要はない。また、新鑑定と結論を異にする鑑定が別に提出されているが、これは、母の血液を誤認したことに原因があり、原審としてはさらに上位鑑定までも実施する義務はない。④最後に、血清統計学の蓋然性値は九九・九九七%で特に高く、原審が遺伝生物学鑑定を実施する義務はなかった(FamRZ 1980, 880, 881)、とする。

右判示からは、再審手続の事実審裁判官は、新鑑定の結論に照らして、自らの証拠調べの実施の必要性について判断していることが明らかになる。

(2) 他方で、連邦裁が原判決を破棄して原審に差し戻した事件をみると、①訴えを不適法却下した原判決を取り消して、原状回復事由の調査のために原審に破棄差し戻した【8】八四年判決(三六頁、四一頁)、②原状回復事由の存在を肯定して、原審に本案の再審理を命じた【9】八八年判決(三六頁、三九頁、五六頁)と【11】九三年判決(修道二三卷二号二七五頁、前掲三七頁)、③他方、原状回復の訴えを認容した原判決を破棄差し戻した【7】八二年判決に分類される。

【7】八二年判決以外の判決はいずれも先に検討しており、ここでは【7】八二年判決をみることにする(その事案は修道二三卷二号二七四頁)。原審・デュッセルドルフ高裁は、自らB博士の血液型鑑定を実施したうえで、再審被告Yの父子関係は事実上証明されたと判断した。【7】八二年判決はYの上告を認容して、原審に破棄差し戻した。①同判決は、まず高裁は、再審被告Yと再審原告Xの母が受胎期間中に性交渉したことを明示的に認定していないが、それについて争いはなく、(旧)民法二六〇〇条〇第二項一文の推定の適用から間接的に高裁がそれを認定していることが明らかになる。②しかし同判決は、連邦裁七六年六月判決を引用して、高裁は職権探知義務を尽くしていないと批判する。③高裁は、B鑑定人がエッセンメラー方式で報告する九九・九九%の蓋然性値によって、再審被告Yの父子関係は事実上存在するとみ

なし、再審原告Xの母と他の不特定男性の多数関係があっても、重大な疑い（旧）民法一六〇〇条〇第二項二文）は生じないと考えているが、判決理由中にそれについて十分な理由づけを欠いている。再審原告Xの母は第一訴訟では、当時、売春婦を生業としていたと証言しながら、第二訴訟では、再審被告Yと他男S（父とは考えられない男性）だけと性交渉をしたと証言している。高裁は、Xの母は受胎期間中に被告Y以外に、他男Sだけと性交渉したのか、それとも不特定多数の男性と交渉したかについて認定せず、鑑定人・B博士に対して、血清学鑑定に当たっていかなる事実を前提とすべきかを説示していない。受胎期間中にXの母に多数関係があったならば、もしかして生物統計学による鑑定においても、その結論に影響を及ぼしたかもしれない（FamRZ 1982, 691, 692）と。

この事件の原判決が依拠した血清学鑑定の蓋然性値九九・九九%という数値は、【一】七三年判決のそれ（九四%—九五%）よりも高い。しかしそれにもかかわらず、「支えることのできる証拠に基づいて」被告の父子関係を認定できないと同判決は判示しているが、これは、再審原告の母の生業（売春婦）の特殊性、それゆえに前掲連邦裁八七年判決（五九頁）や同八八年判決（六三頁注（10））と同様に職権証拠調べを徹底すべきであるとの考え方にたっているものと解することができよう。

《注》

(1) Vgl. Wieczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641i III, Rn. 15ff., S. 754f.

七 手続上の問題

〔1〕再審の補充性

(1) 本条の原状回復の訴えにも、再審の補充性に関する民訴法五八二条が適用されるか。連邦裁判例はそれを肯定している。(イ)【9】八八年判決(その事案は前掲三六頁)は、①本条の訴えにおいては、鑑定がすでに前訴当時に存在していた場合に限り、民訴法五八二条が適用になる。その場合に、当事者は、過失なく前訴において鑑定を援用できなかったものでなければならず、それ以外の場合においては、民訴法五八二条の適用はない。②民訴法五八二条にいう原状回復事由とは、ここでは新鑑定のことであり、新鑑定(受胎期間の鑑定)が前訴当時まだ作成されていなかった本件では、当事者はまだそれを主張できなかった(FamRZ 1989, 374, 375)、とする。

(ロ)これに対して民訴法五八二条を適用して、本条の訴えを退けたのが【10】八九年判決である(その事案は修道二三卷二七九頁)。この事件で提出された六通の鑑定書のうち、P鑑定書は前訴ではまだ提出されていなかったが、前訴の終了前にはすでに存在していた。同判決は、再審原告Xは過失なく前訴でそれを援用できなかった事情(民訴法五八二条)を申し立てていないし、そのことも明らかでないとして、その提出は本条の訴えを適法にしない(FamRZ 1989, 1028, 1029)と判示する。

(2) 学説は、民訴法五八二条の適用を肯定する説と、それに反対する説に分かれる。<sup>(2)</sup> 上述したように、鑑定の新規性を前訴における当事者の「提出」の有無により判断するのが判例・多数説であるが(四【1】(1)(六)。三三三頁)、その場合に



民訴法五八二条の適用によって本条の訴えが制限される可能性が生ずる。同条の適用に反対する説は、再審原告に対して前訴において控訴して鑑定実施の申立てをしなかったことを問題にすべきではなく、【10】八九年判決は、本条の訴えについては再審期間を定めていない民訴法六四一条i第四項の趣旨に矛盾する、と批判する。<sup>(4)</sup>

## 〔2〕不服

(1) 民訴法六四一条i第二項によると、前訴で勝訴した当事者も本条の訴えを提起できる。立法者によれば、子からの父子関係確認訴訟の判決確定後に、当該男性が父でないことが明らかになった場合、血縁関係のない男性を父としない、また真実の父を裁判上確認するという点において、勝訴した子にも当該判決を排除する利益があるとしている。<sup>(5)</sup> 連邦裁判例においては、前訴の勝訴当事者が本条の訴えを提起したケースはない。また二項にいう「前訴の当事者」の文言は厳格に解釈されており、多数説は、相続人は本条の訴えを提起できないと解釈する。<sup>(6)</sup> シュトゥットガルト高裁八〇年三月二七日判決 (FamRZ 1982, 193, 194) は、結論において同旨の考え方にたっている (五二頁注(35))。

(2) 違法に下された第一審の認諾判決に対する控訴事件で、民訴法六四一条i第二項の適用が問題になった。【13】連邦裁一九九四年三月二日判決 (ZZP Bd. 108, 373ff. = NJW 1994, 2697ff.) がそれである。その事案はつぎの通りである。Xは嫡出子として出生、その後Xの母と父Yは離婚した (離婚判決の確定)。Xは父Yに対して嫡出否認訴訟を提起して、Yの嫡出子ではない旨主張した。この訴訟でYが請求を認諾し、これに基づき区裁は認諾判決を下した。Xは控訴を提起して、認諾判決ではなく、母の現在のパートナーの血液型鑑定も実施したうえで争訟判決 (streitige Urteil) によって裁判を行うべきであると主張した。これに対してツバイブリュッケン高裁は、Xは形式的不服も実体的不服も有しないとして、

父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え (二・完) (豊田)

Xの控訴を不適法とした。同高裁は、Xは方式と理由が訴訟法に適った同じ内容の裁判を求める権利を有するものではない、と判示する。

【13】九四年判決はXの上告を棄却した。①同判決は、区裁は認諾判決をしてはならず、関係者の供述が一致していても、裁判所は職権で（民訴法六四〇条一項、六一七条）、（旧）民法一五九一条の法律上の嫡出推定の再審査に役立つすべての証拠を取り調べなければならなかった。そしてその枠内で通常は血液型鑑定を収集しなければならなかった。同判決は、しかし、この手続瑕疵は勝訴原告Xの控訴の利益を基礎づけるものではないとする。XがYの嫡出子ではないという区裁の裁判は、内容的にも、認諾判決という形式面でも、Xの申立てに応じたものであり、Xには形式的不服はない。またそれは、離婚事件において通説がその例外（実体的不服）を認めているケースとも異なる。②民訴法六四一条i第二項を類推して、父子関係事件で一般的に不服を不要とする考え方もとれない。本条を民訴法六四一条に規定された事件をこえて、父子関係事件の上訴手続に拡大適用する見解があり、学説と下級審判例においては積極・消極の議論がある。しかし同判決は、そのいずれの説に従うかは態度を保留した。その理由として、同判決は、民訴法六四一条iは、当事者が前訴判決と内容的に異なる判決を求めることを前提としているが、Xの目標はそうではないと指摘する。③同判決は、認諾判決によってもXの法的地位に影響はないとする。そして、真実の血縁関係の認定は推定上の父に対する父子関係確認訴訟においてのみ可能であり、同訴訟では、必要があれば、父Yは強制的な血液検査（民訴法三七二条a）に服さなければならぬ。新しい鑑定に基づきYの真実の血縁関係が明らかになれば、子Xは嫡出否認訴訟の確定判決に対して、民訴法六四一条iによる原状回復の訴えを提起できる。将来の右原状回復訴訟をさし措いて、実体的不服があるとするXの危惧を貫くことはできない、と判示する。

(3) 【13】 九四年判決はその結論を留保しているが、下級審判例においては民訴法六四一条i第二項を父子関係事件の通常の上訴手続に類推適用できるかについては、争いがある。

(イ) ミュンヘン高裁一九八六年九月二四日判決 (NJW-RR 1987, 259ff) は、消極説にたつ。これはつぎのような事案である。原告Xは非嫡出子Yとの父子関係を認知した後に、Yの父でないことの確認請求を提起し、これに対して非嫡出子Yもそれと同じ主張の反訴を提起した。区裁は血清学鑑定 (XはYの父ではあり得ない) に従い、両請求を認容した。Xが控訴して、鑑定により父子関係について確信を得るため、自分はやはり非嫡出子Yの父であることの確認を求めた。同高裁は、①Xの請求はすでに認容され、反訴についても同一内容の判決が下されており、Xには不服がないとしてその控訴を不適法却下した。②同判決は民訴法六四一条i第二項を類推適用しない理由として、まず認知の取消訴訟では、不服の利益を放棄してまで、父子関係の確信を得るというXの目標や、真実の父の確認という父子関係訴訟の一般的な目標を考慮すべきでない。Xは第一審でさらに鑑定を行うように主張できたのである。第二に、真実の父の確認という一般原則からも、不服の利益を放棄することは導けない。職権探知主義から上訴手続の緩和が生ずることはないし、民訴法六四一条i第二項において、上訴手続でも不服は不要であるという一般的な法原則が示されているわけではない。第三に、民訴法六四一条iの要件が欠けている。すでに第一審で鑑定は実施されており、父子関係訴訟の目標に依じている、と判示する。

(ロ) これに対して、カマーゲリヒト一九八五年一月二五日判決 (Daforn 1985, 412f) は類推適用を肯定する。原告Xが被告Yに対して父子関係確認および定期的扶養料を請求し、区裁は、Yとともに法定受胎期間中に母と性交渉のあった証人Zを含めて血液型鑑定を実施する旨決定、それによりZは二五種の血液標識 (HIAを除く) の検査でXの父としてあり得ないことはない、エッセンメラー方式によるその父子関係の蓋然性値は九九・二%—九九・三%という鑑定結果が得られ

た。ところがYの検査は実施されなかった。区裁はZのデータをYのそれと取り違えて、請求を認容した。この判決に対してXが控訴を提起したという事案で、同判決は控訴を適法とする。①区裁がXの請求を認容していても、Xの控訴は不適法にならない。原則として勝訴当事者は上訴できないが、上訴によって判決で認められた法的地位を再び取り消す可能性を開かなければならないほどに、勝訴当事者の重要な利益が認められるときは、例外である。民訴法六四一条i第二項は、真実の父の探索という父子関係訴訟の目標は、再審手続だけでなく、通常の上訴の場合も、不服の利益を放棄するように要請しているという一般的な法思想を含んでいる。同判決はこのように指摘して、第一審判決を取り消して、区裁に事件を差し戻した。②なお同判決は、エッセンメラー方式では九九・七三%以上の蓋然性値が必要であり、YとともにZについてもHLA方式を含めてさらに証拠調べを尽くす必要がある、と指摘する。

(4) 学説も類推適用を肯定する説と、それに反対する説に分かれている。<sup>(7)</sup>【13】九四年判決を評釈(反対評釈)した論者(フランク)<sup>(9)</sup>は、同判決のいう認諾判決確定後の本条の訴え(判示部分③)は、「成立」に瑕疵のある前訴確定判決をその対象にする結果となる。むしろ、認諾判決により本来の血縁関係が解明されなかった点に実体的不服を認めるべきであると主張する。同判決の考え方は、自己の出自を知る権利を認めた連邦憲法裁判所の判例(一九八九年一月三十一日判決、九四年四月二六日判決)<sup>(10)</sup>と合わないし、相当緩やかに身分訴訟を許容するドイツ法の実務を前提にすれば、原告に控訴の権利を認めてよいと説く。この説が指摘するように、【13】九四年判決は手続瑕疵のある確定判決をも本条の訴えの対象になることを認めることになろう(判示部分③)。手続瑕疵の原因が裁判所にある場合、むしろ上訴を認める方が当事者には親切であると思われる。

### 〔3〕再審期間

(1) 民訴法五八六条によると、通常の再審の訴えは当事者が再審事由を知った日から一か月の不変期間の経過前に提起しなければならず、判決確定の日から五年が経過すると、再審の訴えは提起できない（一項・二項）。しかし、本条の訴えはこの規制に服さない（民訴法六四一条i第四項）。(i)立法者は、一か月の提訴期間を定めない理由として、当事者は鑑定を入手して、初めて、学問の進展により父子関係問題はもつと解明できることを知るのであって、鑑定の入手の時期は当事者の掌中にある以上は、不変期間を鑑定の作成時から進行するなど規定しても意味がない。また当事者にとっても、当該鑑定で再審請求に十分であるのか、さらに別の鑑定が必要なのかはつきりしないことが多い、と指摘する。また五年の除斥期間を定めないことについては、学問が顕著に進展するまでには相当の年月を要することをあげている。<sup>(ii)</sup>

(ii)判例は、本条四項については、通常の再審請求の期間と比較して、その存在が再審請求の可能性を拡大している旨判示している。【6】八二年判決は、民訴法五八〇条七号b（新たに発見された文書）に依拠していたならば、五年の提訴期間（民訴法五八六条二項）がすでに徒過しており、原状回復の訴えは不適法になっていた（FamRZ 1982, 690）、とする。また【1】七三年判決は、訴えが民訴法五八〇条三号（偽証）に依拠していた場合には、原告の代理人が母の有罪判決を知った日から一か月の不変期間（民訴法五八六条）はすでに経過しており、右訴えは不適法となっていた（BGHZ 61, 186, 188）、と指摘する。さらに【6】八八年判決は、民訴法五八〇条七号b（新たに発見された文書）に依拠する限りにおいて、医師の報告書の入手時期からみて、一か月の提訴期間（民訴法五八六条一項）を徒過しており不適法になる（FamRZ 1989, 374）、と判示する。【11】九三年判決が指摘するように、本条の訴えは通常の原因回復の訴え（民訴法五八〇条）をより緩和したものである（FamRZ 1993, 943, 945）。

(ハ)なお、嫡出否認(旧)民法一五九二条一項)や父子関係の認知の取消し(旧)民法一六〇〇条一項)には一定の期間が定められているが、これらの規定と本条の訴えとの関係が問題になったのが【5】連邦裁八一年判決(BGHZ 81, 353ff.=FamRZ 1982, 48ff.=NJW 1982, 96ff.)である。非嫡出子との父子関係を認知した男性がその子の母と婚姻締結、その後離婚(一九七五年三月一七日に離婚判決確定)、そして翌年一月一五日、非嫡出であることを示す事情を知ってから二年以内に取消しは可能(旧)一五九四条一項・二項)とする亡弁護士<sup>(11)</sup>の教示に従って、認知の取消しを求めたという事件である。父子関係を認知した男性の取消しを、父子関係のないことを示す事情を知ってから一年以内に限定した規定(旧)民法一六〇〇条h第一項。九七年改正法で削除)を看過した右弁護士の教示について、同判決は、①訴訟代理人の過失は原告に帰せられるとした。②そして傍論部分ではあるが、同判決は、本条の訴えは、取消し期間(旧)民法一六〇〇条h第一項)の遵守の潜脱を可能にするものではないとする。本条の訴えでは、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という点が法律の目標である。他方、法的平和と家庭の平和のために、嫡出性の否認や父子関係の認知の取消しについては、法律は期間の遵守によらせているのであり、それが本条によって排斥されてはならない、と判示する<sup>(12)</sup>。

(2) 【12】連邦裁一九九三年一月三日判決(FamRZ 1993, 237ff.=NJW 1994, 589ff.)は、つぎのような事案である。非嫡出子Yからの推定上の父Xに対する父子関係の確認請求、および成年に達するまでの定期的扶養料請求をした訴訟で、区裁は、法定受胎期間中のXとYの母との同棲、性交渉についての母の証言に基づき、請求を認容した(判決確定)。訴状、期日の呼出状、判決書はすべて、公示送達された。また、扶養料額を定めた司法補助官の決定も、公示送達された。右判決からほぼ一八年後に、父Xは区裁判決と司法補助官の決定に対して、原状回復の訴え(民訴法五八〇条)と無効の訴え

(五七九条) を提起した。その主張によると、前訴でYの母は真実について証言をしてなく、XとYの母との間に性交渉はなく、受胎期間に当たるとも、外国滞在や刑務所に服役中であり、公示送達の騙取があった、と。区裁はXの訴えを不適法却下した。ハンブルク高裁は、無効の訴えについての裁判まで原状回復の訴えの審理・裁判を中止したうえで、司法補助官の決定に対する無効の訴えについては控訴を不適法却下、判決に対する無効の訴えについては控訴を理由なしとして棄却した。X上告。

同判決は、①公示送達の騙取について民訴法五七九条一項四号の類推により無効の訴えが提起できるかは議論があり、この点について最上級審の判断はまだないと判示したうえで、しかし、再審原告Xは一月の提訴期間(民訴法五八六条一項)を徒過していると指摘する。②同判決は、父子関係事件の再審の訴えについて一般的に民訴法六四一条i第四項を適用する学説があるが、これには従えないとする。その理由として、同判決は、民訴法六四一条i第四項は民訴法五八〇条の原状回復事由のカタログに、原状回復事由を追加的に規定したものであり、民訴法六四一条i第四項は同条第一項の特別な原状回復事由に基づく原状回復の訴えについてのみ適用になる。これは理由書からも明らかであるとする。③ただし、同判決は右問題について最終的な判断を留保したうえで、無効事由(民訴五七九条)と新鑑定の間類似性は認められず、民訴法六四一条i第四項を無効の訴え(民訴五七九条)に類推適用することはできないと判示する。<sup>(13)</sup> 右判決に対して、学説は賛成する説と反対する説に分かれる。<sup>(14)</sup>

《注》

(1) 同条によると、当事者が過失なく、前訴で原状回復事由を主張できなかつたとき、特に故障申立て、控訴、または附帯控訴に父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(二・完)(豊田)

よいつそれや主張すべきなかつたときを限り、原状回復の訴えは適法となる。

- (2) Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, § 641i III, Rn. 7, S. 445; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641i 2, Rn. 4, S. 1663; Thomas/Putzo, ZPO, § 641 i III 2b, Rn. 5, S. 1054; Zimmermann, ZPO, § 641 i 2, Rn. 2, S. 820.
- (3) Zöllner/Philippi, ZPO, § 641i III 3, Rn. 7, S. 1599; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641i II, Rn. 9, S. 752.
- (4) Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641i II, Rn. 9, S. 752; MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i IV 5, Rn. 20, S. 1338.
- (5) BT/ Drucks. V/ 3719, S. 42.
- (6) Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, § 641i III 3, Rn. 6, S. 445; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641i 3, Rn. 5, S. 1664; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641i III, Rn. 13, S. 754; Zöllner/Philippi, ZPO, § 641i IV, Rn. 12, S. 1600. *「これに於て」* MünchKomm/Braun, ZPO, § 641 i IV 1, Rn. 16, S. 1337 *「法律上の明文による正当な理由については正当ななく」* 民訴法五八〇条でも前訴の当事者と規定されているが、承継人にも提訴権限が認められると批判する。
- (7) Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, § 641i III 3, Rn. 6, S. 445; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641i 1, Rn. 1, S. 1663.
- (8) Zöllner/Philippi, ZPO, § 641i IV, Rn. 12, S. 1600.
- (9) R. Frank, Anm. zu BGH, U. v. 2. 3. 1994, ZZP Bd. 108, S. 377ff.
- (10) これらの判決についてわが国の文献として、富田哲「『血統認識論』の意義と問題点」福島大学・行政社会論集七卷一・三号 一八五頁以下、海老原明夫「自己の出自を知る権利と嫡出否認」法協一一五卷三三九頁以下などを参照。
- (11) BT/ Drucks. V/ 3719, S. 43.
- (12) Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641i I 3, Rn. 4, S. 751; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641i 1, Rn. 1, S. 1663; Zöllner/Philippi, ZPO, § 641i II, Rn. 3, S. 1598.
- (13) Zöllner/Philippi, ZPO, § 641i IV 3, Rn. 13, S. 1600; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 641 I 4, Rn. 7, S. 1664; Wiczorek/Schütze/Schlüter, ZPO, § 641i II, Rn. 14, S. 754; Thomas/Putzo, ZPO, § 641i 3, Rn. 8, S. 1055.
- (14) MünchKomm/Braun, ZPO, § 641i IV 4, S. 1338, Fn. 70.



## 八 おわりに

(1) 判決と真実の父子関係をできる限り一致させようとするれば、職権探知主義により、裁判所は、使用し得る証拠方法を、できる限りすべて取り調べなければならぬとするともに、それでもなお確定判決を動揺させる鑑定が出現したときには、無期限に確定判決の再審査を認めるといふのが、一貫した考え方といえよう。本条の原状回復の訴えは、父子関係訴訟における真実発見の要請を考慮して、そのための唯一の救済手段として位置づけられている。法体系的な枠組みとしては、民訴法中の一般的な再審請求ではなく、父子関係事件のための特別な再審請求である。また再審事由としては、それまでの裁判実務における医学鑑定の実績と、そのいっそうの進展を期待して、「新しい鑑定」が定められている。その要件規制に当たって立法者が指摘する点、すなわち、「前訴はもしかして異なった裁判になっていたかもしれないということ、少し時間が経てば、相当の父子関係判決にいえる」という認識は、本条の真実追求にも、時的制限はないにしても、一定の制限を課す趣旨であることを明示したものである。そのような意味において連邦裁判例で従来認められた新鑑定としては、①血液型鑑定（【1】七三年、【4】八〇年、【7】八二年の各判決）、②血清学鑑定（【3】七三年、【8】八四年、【11】九三年の各判決）、③生殖能力の鑑定（【6】八二年、【8】八四年の各判決）、④受胎期間の鑑定（【9】八八年判決）がある。

(2) 本条の導入から三〇年が経過しているが、その間の連邦裁判例は九件とみている（このほかに本条について触れた判例が四件ある）。この九件の内訳をみると（修道二三三卷二号二七二頁以下に掲げた表参照）、(イ)「前訴」として、①非嫡

父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え（二・完）（豊田）

出子から父に対する父子関係確認訴訟が六件(その内訳は、非嫡出子の敗訴事件二件【4】八〇年、【11】九三年判例、父の敗訴事件四件【6】八二年、【7】八二年、【8】八四年、【9】八八年判例)、②嫡出否認訴訟が三件(その内訳は、父敗訴二件【3】七五年、【10】八九年判例、子敗訴一件【1】七三年判例)である。判旨からうかがう限りではあるが、前訴確定判決でいわゆるノンリケット判決とみられるような事案はない。そうすると、本条の訴えは必ずしもノンリケット判決後の救済手段であるともいえないのではないかと思われる。(ロ)つぎに再審訴訟の「結果」をみると、①再審被告の上告棄却により、再審原告の勝訴が確定した事件は二件(【1】七三年、【4】八〇年の各判決)、②逆に、再審原告の上告棄却によりその敗訴が確定した事件は三件(【3】七五年、【6】八二年、【10】八九年の各判決)、③他方、再審原告の上告により原審(第一審を含む)に破棄差し戻された事件は三件(【8】八四年、【9】八八年、【11】九三年の各判決)、④再審被告の上告により原審に破棄差し戻された事件は一件(【7】八二年判決)である。勝訴の再審原告はいずれも非嫡出子であるが、敗訴の再審原告は、嫡出否認訴訟で敗訴した父と、非嫡出子の父である。

(3) そこでの連邦裁の主たる判例法理を簡約すると、(イ)本条の訴えは、父子関係の存否確認訴訟と嫡出否認訴訟のそれぞれ確定判決を対象にする。ただし、嫡出否認訴訟で敗訴した父の訴えについて、連邦裁判例はそれを認めていない。手続瑕疵のある確定判決に対しても、本条の訴えは許される。

(ロ)新鑑定は更新された鑑定でなくともよいし、前訴の裁判当時にはなかった学識によつていない必要はない。前訴判決の基礎におかれた鑑定が誤っている、または説得力を欠いていることを証明する鑑定が、新鑑定に当たる。前訴で提出された鑑定は新鑑定に該当しない。

(ハ)新鑑定は、前訴の事実関係に具体的に係わっていないなければならない。前訴の当事者だけでなく、証人に関する鑑定も

それに該当する。また新鑑定は、前訴判決の基礎におかれた鑑定と別種の鑑定でもよいし、前訴と同じ鑑定人の鑑定でも問題はない。

(二)新鑑定は、原則として、訴え提起と同時に提出されなければならないが、再審手続の口頭弁論が終了するまでに提出されれば、訴えは適法となる。新鑑定は私的鑑定で足りる。本条の訴えを提起するために、民訴法三七二条 a または民訴法四八五条の準用は認められない。

(ホ)新鑑定は、単独で、または前訴で提出された証拠と結び付いて、もしかして異なった裁判をもたらすものでなければならぬ。異なった裁判をもたらしたか否かの審査は、前訴の証拠調べ結果に、提出された新鑑定を加えて行う。

(ヘ)再審手続の事実審裁判所は、前訴の証拠調べの結果とともに、新鑑定および自ら実施した証拠調べの結果に基づき、本案について判決を下す。事実審裁判官による証拠調べの実施の範囲は、新鑑定の示す結論に影響される。

(ト)本条の訴えにも民訴法五八二条は適用になる。

(チ)再審期間(本条四項)に関して、本条の訴えは通常の原因回復の訴え(民訴法五八〇条)よりも緩和されている。これは、裁判所の判決を真実の血縁関係にできる限り一致させるためである。しかし、本条四項は無効の訴え(民訴法五七九条)に類推適用できない。

(4) 父子関係の探索についてドイツ法の真実志向が指摘されるが、ドイツ実体法の議論で本条の訴えに言及されることは少なく、その関心はそれほど大きくないようにみえる。これは、本条の訴えの実務での小さな機能を暗示するように思えないでもない。本条に関する連邦裁判例でみる限り、前訴判決の基礎になった鑑定とまったく別種の新しい鑑定が原因回復事由として提出される事件は、多くないのではないかとみている。(四〇頁)しかし、それは顕著な学問の進展にとつ

てまだまだ時期尚早であるとみるよりは、むしろつぎのような「前訴」に関するいくつかの要因によるものではないかと、現在のところ考えている。

(イ)まず前訴、つまり非嫡出子の父子関係存否確認訴訟や嫡出子の嫡出否認訴訟における、医学鑑定を用いた徹底した証拠調べ<sup>(3)</sup>である。その結果、当面は本条の訴えの可能性は大きくならないことが予想される。【13】九四年判決(ZZPBd. 108. 373. 376)のように、確定後の本条の訴えの可能性を指示する判例は、みる限りでは、存在せず、むしろ職権探知主義により職権で証拠調べを尽くすことが裁判所に要求される<sup>(4)</sup>。

(ロ)つぎに、右に述べた点と関連するが、前訴の上告審においても新しい鑑定が考慮されることがあるのではなからうか。上告審における再審事由の考慮という措置である<sup>(5)</sup>。例えば前掲連邦裁六四年二月五日判決(NJW 1964, 1184. 修道二三卷二号二六三頁)では、第一審の証拠調べで取り寄せられた別訴・扶養料請求訴訟の記録中に含まれたD博士の血液型鑑定が問題になっている。連邦裁は、控訴裁判所が、Yの主張(近時明らかにされた血液型システムは当時のD鑑定においては用いられていないが、これらによると、今日、自分の父子関係は否定される可能性がある)について判断せずに、D鑑定に依拠して父子関係を認定している点について、控訴判決には法的に疑問があるとする。そして同判決は、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の血液標識による鑑定が不可欠であるとして、原判決を破棄差し戻している。もちろん、この判決当時に本条の訴えはまだ規定されていなかったのであるが、右判決は上告審で再審事由を考慮したのと同様の扱いと思われる。本条の施行後に同様のケースをみいだしていないが、こうした措置も、本条の訴えを阻止する方向に作用しよう。

(ハ)さらに、この種の事件でみられる父子関係の探索方法の特色である。【4】八〇年判決や【7】八二年判決の当事者

もそうであるが、非嫡出子は父子関係確認請求を複数の推定上の父に、順次、提起することがある<sup>(6)</sup>。こうした方法がどの程度に行われるのかは定かでないが、第二・第三の父子関係訴訟は、当事者は異なるものの、真実の父の探索という点では、事実上、再審訴訟と類似の機能を果たす場合があると思われる。

(5) しかし右のように解したとしても、なお本条の訴えが重要となるケースはあり得よう。医学鑑定もまだ決定的な証拠方法ではない。その例として、「一卵性双生児」の事件が知られている。連邦裁一九八九年六月七日判決 (NJWR 1989, 1223ff. = FamRZ 1989, 1067ff.) は、双子の兄弟YとB (一卵性双生児) のうち、Yに対する非嫡出子からの父子関係確認請求事件と定期的扶養料請求がなされた事件である。Yは法定受胎期間中の原告の母との性交渉を認めるとともに、Bと母の性交渉も主張している。第一審・区裁の実施した血清学鑑定によると、Yの父子関係の蓋然性値は九九・九九四％—九九・九九九五％、Bは九九・九三％という結論がでた。連邦裁は、Bと母との受胎期間中の性交渉の時期についての認定がないとして、原判決の職権探知義務違反を判示する。このように一卵性双生児の兄弟については、下級審判例も、血液型鑑定およびDNA鑑定を用いた現在の学問レベルでは、一方の父子関係を決定できないと判示している (ハム高裁一九九四年六月二八日判決 DAVorm 1995, 114ff. バッド・ブラムステッド区裁一九九四年一月一〇日判決 DAVorm 1995, 772)。また、医学鑑定に基づく裁判実務を支える制度として民法三七二条 a (強制的な血液採取義務) は重要とされているが、当事者が血液検査に協力しない事案では同条もその限界を示している<sup>(7)</sup>。こうしたケースで判決確定後に新しい鑑定を取得した当事者には、本条の訴えによって再審請求の途が開かれよう。

ところで、DNA鑑定は将来の標準的な父子関係鑑定になると評価する学説もあり、本条の新鑑定として、DNA鑑定が提出される事案も予想される (すでに判例があるのかもしれないが、本稿では確認できていない)。しかし、とりわけ

最近の医学鑑定が実施された事件の場合、新鑑定に基づく再審訴訟の審理は、前述のような小数点以下（連邦裁九四年判決は一一桁）の非常に細かい蓋然性値を競い合う内容になるのではないかと思われる。医学領域の進歩を裁判領域でも用いることに反対はしないが、医学鑑定のいっそうの進歩が、裁判官の自由心証を、事実上、完全に奪いかねないという難しい課題にどのように対処すべきであるのか、訴訟法の領域でも考えておく必要がある<sup>(9)</sup>。

(6) 最近、梶村判事は、DNA鑑定により親子関係不存在確認の確定審判を取り消した「再審」事件を報告しておられる<sup>(10)</sup>。これは、わが国の家裁実務でもドイツ民法六四一条iの再審訴訟と同様の扱いがなされていることを意味している。家審法二三条の合意に相当する審判については、それが「当事者の合意を前提とし」、「対審による厳格な手続を経たものではない<sup>(11)</sup>」点で、医学鑑定の示す事実と食い違う可能性はありえよう。家事審判に対して、その法的根拠は争いがあるが、再審を認めるのが現在の支配的な見解と思われる<sup>(12)</sup>。しかし、新しい鑑定（DNA鑑定）を直ちに再審事由（民法三三八条一項・二項）とみることができるとは疑問である<sup>(13)</sup>。むしろ、右措置は審判の取消し・変更規定（民法一九条）の適用によつたものと解した方がよいのではないだろうか。しかしそれと同様の事態は、人事訴訟事件の終結後にも生じることが予想されるが、こちらでは非訟法一九条によるような手段はない<sup>(15)</sup>。そうすると、同じ家事事件であっても、手続の違いによつては、不服申立ての可能性に違いが生ずることになるように思われる。仮に立法論になる場合に、ドイツ民法六四一条iも参考とすべき選択肢かと思われるが、わが国訴訟法において必ずしも真実発見の要請が優先されない場合も認められるし（例えば、民法一九六条・一九七条）、また父子関係訴訟やそこでの父子鑑定実務の相違にも十分な配慮が必要である。残念ながら、筆者の研究はこの段階までである。わが国の裁判実務や実体法の議論もふまえて、別の機会の考察に委ねたい。

《注》

- (1) 多数説・判例によると、新しい医学鑑定は確定判決に対する一般的な再審事由(民法五八〇条七号b)ではない。その詳細については、vgl. Foerste, NJW 1996, S. 348f. 修道二三卷二号二八二頁、二八六頁注(28)参照。
- (2) Vgl. R. Frank, Abstammung und Status, in hrsg. v. T. Ramm/A. Grandke, Deutsche Wiedervereinigung, Zur Familienrechtspolitik nach der Wiedervereinigung, 1995, S. 71ff. わが国の文献として、松倉・血統訴訟論一頁以下、同・真実志向一頁以下、同「ドイツ・スイスの認知法と真実志向度」ジュリー〇九九号三八頁以下、松川正毅「フランス法における鑑定と親子法」ジュリー〇九九号五〇頁以下など参照。
- (3) 嫡出子と非嫡出子の区別を廃止して、「父子関係についての重大な疑い」(民法一六〇〇条d)という要件に一本化した新法のもとでも、医学鑑定を中心とする実務が継続されよう。vgl. Lüderitz, Familienrecht, Rn. 671ff.; S. 266ff.; Palandt/U. Diederichsen, BGB, § 1600d, 2 B cc, Rn. 13, S. 1627.
- (4) 本稿ではまったく検討していないが、ブラウンによれば、本条の訴えも弱い既判力効をもった「前提判決」を対象にしたものである。Braun, FamRZ 1989, S. 1129ff.; MünchKomm/Braun, ZPO, § 580 V 2, Rn. 58, S. 853, § 641i I, Rn. 2f., S. 1332. しかし、父子関係訴訟で見られる最近の審理方法が、はたしてそのような考え方となじむものであるかは疑問である。
- (5) 民法五八〇条に規定された原状回復事由は上告審で斟酌できると解されている。vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 561, 3D, Rn. 10, S. 1497; MünchKomm/J. Wenzel, ZPO, § 562, V 5, Rn. 32, S. 719; Thomas/Putzo, ZPO, § 561 4d, Rn. 11, S. 894; Zimmermann, ZPO, § 561 I, Rn. 6, S. 697usw. 三谷忠之『民事再審の法理』一六一頁以下参照(法律文化社、昭和六二年)。
- (6) このほかにも、①連邦裁一九八六年四月九日判決(FamRZ 1986, 663ff.=JZ 1987, 607ff.)では、非嫡出子は他男に対する扶養料請求訴訟で敗訴後に、②また連邦裁九〇年一〇月二四日判決(FamRZ 1991, 185ff.=NJW 1991, 749ff.)では、非嫡出子は他男に対する父子関係確認訴訟で敗訴後に、それぞれ父子関係確認訴訟と定期的扶養料請求訴訟を提起している。
- (7) ①連邦裁八六年四月九日判決(NJW 1986, 2371ff.=FamRZ 1986, 663ff.)、②連邦裁九三年二月一〇日判決(NJW 1993, 1391ff.)。これらの判示内容は前掲五一頁注(34)参照。これに対して、身分訴訟で被告には欠席判決はできないことを理由に、証明妨害の法理の適用に反対する下級新判例(カールスルーエ高裁一九七六年八月二〇日決定FamRZ 1977, 341f.)がある。

父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(二・完)(豊田)

- (8) Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 644, Anhang I, Ru. 26, S. 520.
- (9) Vgl. C. Bohmer, Ann. zu BGH U. v. 13, 7, 1988, JR 1989, S. 198ff. わが国の文献として、倉田卓次「父子関係の証明」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟法講座8』三五一頁（日本評論社、昭和五六年）、野田宏「鑑定と自由心証」季刊実務民事法二号一八頁、中野貞一郎「科学鑑定の評価」中野編・前掲書一七頁、二羽和彦「科学技術訴訟における鑑定の問題点」比較法雑誌二〇巻二号九九頁以下など参照。
- (10) 梶村太市「家裁実務におけるDNA鑑定」ジュリー〇九九号九〇頁以下の「第2表 DNA鑑定を実施したケース」中の「No. 69」事件、同「父子関係訴訟の手続法的考察」リーガル・エイド研究第三号六七頁。東京家裁本庁では平成五年頃からDNA鑑定のみが親子鑑定として利用されている。梶村太市「認知をめぐる一、三の論点」判タ九九六号六四頁参照。
- (11) 家審法二三条（合意に相当する審判）により確定した親子関係存在確認審判に対して、当事者・参考人の虚偽の陳述を理由に審判の取消しを求める訴えが提起された事件で、長崎家佐世保支判昭和五七年八月一〇日家裁月報三六巻一号一五〇頁がその旨判示する。
- (12) 家事審判法には再審の明文規定はない。そこで再審を許容する場合の法的根拠として、①民訴法の準再審の規定（旧）民訴法四二九条、現行三四九条）を類推適用する説と、②非訟事件手続法二五条により同規定を準用する説（通説）がある。最高裁判所事務総局『平成八年二月家庭裁判資料一六四号 改訂家事執務資料集下巻の一』六一八頁、裁判所書記官研修所監修『家事審判法実務講義案（四訂版）』一三六頁（財団法人司法協会、平成六年）など参照。
- 前掲長崎家佐世保支判昭和五七年は、準再審規定（旧）民訴法四二九条、現行三四九条）の準用説にたつて、審判が実体的真実に反していることが明らかで、その後の身分関係の変動を考慮すると、審判を取消することが公序良俗に適合するという特段の事情がある場合は、再審期間の経過後であっても審判を取り消すことができると判示する。
- (13) 民事再審では、従来そうしたケースは検討されていない。兼子一・松浦馨・新堂幸司・竹下守夫『条解民事訴訟法』一二七四頁以下（弘文堂、昭和六一年）、斎藤秀夫・小室直人・西村宏一・林屋礼二編著『第2版』注解民事訴訟法（10）二三八頁以下（第一法規出版、平成八年）など。これは家事事件の再審議論でも同様である。西塚静子「家事審判と再審」兼子博士還暦記念『裁判法の諸問題 上』七三二頁、七三四頁以下（有斐閣、昭和四四年）、脇屋寿夫・六戸達徳「家事審判法二三条の審判（合意



に相当する審判)の再審「東京家庭裁判所身分法研究会編『家事事件の研究(1)』四五〇頁以下(有斐閣、昭和四五年)。

(14) 例えば、①最判平成一〇年八月三十一日判時一六五五号一一二頁判タ九八六号一六〇頁家月五一卷四号三三頁、②最判平成一〇年八月三十一日判時一六五五号一二八頁判タ九八六号一七六頁家月五一卷四号三三頁、③最判平成一二年三月一四日判時一七〇八号一〇六頁判タ一〇二八号一六四頁家月五二卷九号八五頁を参照。①判決と②判決については、佐藤義彦「嫡出推定規定の適用を排除することの可否」私法判例リマックス2009(下)六八頁参照。

(15) 前訴・交通事故訴訟の控訴審における鑑定人の鑑定・証言により損害を被ったとして前訴原告が提起した損害賠償請求訴訟で、東京地判昭和六〇年一月三十一日判時一一六七号六二頁は、裁判所の確定判決に不服のある者は、判決成立過程に関与した者に対して責任を追究する形で裁判所の判断をくり返し求めることになり、実質的に判決の既判力を無視し、再審制度を無意義にしようとする。結論において同旨、東京地判昭和五八年九月一九日判時一一〇八号一〇五頁、福岡地判昭和六二年七月七日判時一二五八号一一〇頁。この問題の検討として、春日偉知郎「鑑定人の責任」川井健編『専門家の責任』二六七頁以下(日本評論社、平成五年)など参照。

(二〇〇一年五月三十一日稿)

### 【訂正】

本稿の前半部分(「父子関係事件における新しい再審の訴え(一)——ドイツ民法六四一条iに関する判例法理の検討——」修道二三卷二号二四九頁以下)中の誤りを、つぎのように訂正させて頂きます。

①二五七頁一五行目「父である」を「父でない」に訂正する。

②二九一頁—二九二頁の「民法六四一条に関する連邦裁判例」表中、【1】判例について「新鑑定の種類」欄に、「血液型鑑定」を挿入する。

③前掲②表中の【7】判例について、「前訴の確定判決」欄の文言を、「嫡出否認訴訟で父勝訴、その後の父子関係確認訴訟で非嫡出子たる子の勝訴」に訂正する。

④前掲②表中の【9】判例について、「前訴の証拠」欄の文言を、「血清学鑑定」に訂正する。

父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(二・完)(豊田)

- ⑤二六三頁一三行目「前訴判決」を「原判決」に訂正する。
- ⑥二七五頁五行目「連邦保険省」を「連邦保健省」に訂正する。
- ⑦二八二頁六行目【7】を【5】に、「二九日」を「二四日」にそれぞれ訂正する。

付記

本稿は、広島修道大学総合研究所一九八六年度・八七年度の「調査研究費」により研究助成を受けて、その研究を開始した。十分な内容であるが、ここに発表して成果報告とさせて頂きます。諸般の事情からこのように報告が大変に遅延し、研究所および関係者の方々に迷惑をおかけしたことを、深くお詫び申し上げます。