

秘密に収集されたDNA鑑定の訴訟上の利用（一）

——最近のドイツ連邦裁判所判決を手掛かりに——

豊 田 博 昭

- 一 はじめに
- 二 相手方に秘密に実施されたDNA鑑定に基づく父子関係否認訴訟
 - 1 連邦裁判所二〇〇五年一月一二日判決
 - 2 連邦裁判所の判旨
 - 3 要件の緩和？ ——連邦裁判所二〇〇六年三月一日判決
- 三 私鑑定の収集および利用
 - 1 私鑑定の提出と問題点
 - 2 私鑑定によるDNA鑑定の提出（以上、本号）
- 四 違法に収集されたDNA鑑定の訴訟上の利用可能性
- 五 父子関係否認訴訟における再訴の可能性
- 六 おわりに ——日本法への示唆

一 はじめに

1 (1) 支配的な見解によると、親子関係事件においては当事者間の生物学的な親子関係の存否の解明が問題になる。⁽¹⁾したがって、そのための証拠方法についても、学問の進展に応じてより確実な、つまり、より新しい鑑定方法が選択されてきたことは、二〇世紀における血液型鑑定の発展の歴史からもうかがうことができる。そして最近の裁判実務においては、従来の血液型中心の鑑定からDNA鑑定が重要な地位を占めるようになってきている。⁽²⁾最高裁は、刑事事件(いわゆる足利事件)で、DNA鑑定の証拠能力を肯定している(平成二二年七月一七日判決)⁽³⁾。民事事件では、東京高裁が、いずれも父から子に対する親子関係不存を確認請求事件において、嫡出推定(民法七七二条)⁽⁴⁾の排除は「科学的証拠により客観的かつ明白に証明できる場合に限」⁽⁵⁾るとし、また、「何人も疑いを差し挟まないような信頼するに足りる証拠」としては「通常血液鑑定に頼らざるを得ない」と判示している。⁽⁶⁾判旨はDNA鑑定と明言していないが、そこでいう「科学的証拠」とはDNA鑑定と解してよいと思われる。⁽⁷⁾これに対し、同様に父子関係不存を確認請求事件で、血液型検査とDNAマイクロナサテライト型検査によって、遺伝学的に父子関係が成立しないとした鑑定結果があるにもかかわらず、「用いられた技法の一般的信頼性が確立されているとはいえず」、「DNA鑑定の結果は一〇〇%の信頼がおけるものではない」として、法律上の親子関係の存在を認めたと下級審判例があったが、この事件の控訴審判決は、鑑定結果の信頼性を否定すべき確たる証拠はないとして、この原判決を取り消している。⁽⁸⁾さらに、DNA鑑定結果につき、十分に信を措くことができるとして、子の死亡後に戸籍上の母子につきその母子関係を否定した高裁判例もみられる。⁽⁹⁾そうすると、民事事件でも、すでに高裁レベルでは、DNAの証拠能力は認められているとみてよいと思われる。⁽¹⁰⁾

(2) しかし、実際の裁判実務では、一般的に、鑑定を実施せずに手続が終了するケースも多いといわれる⁽¹²⁾。公刊された民事判例においてDNA鑑定を扱った判例はそれほど多くないが⁽¹³⁾、これはDNA鑑定自体の歴史がまだ浅いという事情⁽¹⁴⁾や、当初の頃のその鑑定費用は高額であったため、その理由からDNA鑑定が実施されなかったという事情が影響しているものかと推測する。それとともに、DNA鑑定実施の大きな障害理由のひとつとして、相手方当事者がその実施に協力しない、具体的には鑑定のための血液採取を拒絶する態度をとることが指摘されてきた⁽¹⁶⁾。現在ではDNA鑑定の実施のために必ずしも血液採取は必要なく、身体の一部組織であっても鑑定は可能といわれるが⁽¹⁷⁾、たとえば、日本法医学会「親子鑑定についての指針」(平成二年六月二日)⁽¹⁸⁾に照らすと、検査資料の採取や検査結果の品質保証という観点からそのような鑑定結果は問題があるように思われる⁽¹⁸⁾。その際に、倫理的な配慮も無視してよいものではないと考える。

こうした一方当事者による鑑定の拒絶的な態度について、前掲東京高判平成七年一月三〇日は、「公益性のある身分関係訴訟」では「一方当事者の訴訟上の態度によって、立証上その者に不利益な判断をすることは許されない」と解して(判時一五五二号七四頁、七七頁)、学説の議論が生じている⁽¹⁹⁾。わが国現行法は、当事者のそのような拒絶的態度に対処するための有効な手段を規定していないと解される。なるほど、人事訴訟事件には職権探知(人訴二〇条)が規定されているが、裁判実務ではいわゆる謙抑的職権探知の考え⁽²⁰⁾方が支配的であり、職権による証拠調べも当事者主義が基調とされる。したがって、裁判所主導による強制的な鑑定はありえないと解される⁽²¹⁾。そこで春日教授は、親子関係事件で何らかの鑑定強制は不可避であり、解釈論ではもはや限界があり、立法的解決が必要であると主張されていたが⁽²²⁾、新人事訴訟法はその種の強制鑑定の規定の導入を見送っている。したがって、改正された新人事訴訟法のもとでも、状況は従前と変わっていない⁽²³⁾。

2 (1) 筆者は、ドイツ法の父子関係訴訟に関して若干の研究を行ってきたが⁽²⁴⁾、本稿はそれに続く研究である。ここで

取り上げようとするテーマは、右に述べたDNA鑑定が、相手方に秘密に、その（監護権者の）同意もなく、父から依頼を受けた民間業者によって実施され、そのような裁判外で得た私的な鑑定結果に基づき、父が子に対して父子関係否認の訴えを提起することができるだろうかという問題である。すなわち、法律上の父が子に対して、子およびその母が知らない間に行った子の身体組織についてのDNA鑑定結果に基づき、父子関係の否認の訴え（Anfechtungsklage der Vaterschaft）を提起したという二件の事件で、連邦裁第一二民事部は、同じ二〇〇五年一月二日、ほぼ同じ判旨で、そのような鑑定に基づく否認原告（父）の請求を棄却した原判決を維持している（BGHZ 162, S. 1ff.=FamRZ 2005, S. 340ff.=NJW 2004, S. 449ff.; ders., FamRZ 2005, S. 342ff.）。

内外のマスコミのみならず、学説（後述）の関心も高い事件⁽²⁶⁾であるが、筆者がこの判例に関心をもった主たる理由は、第一に、本件では先の原状回復の訴え（ドイツ民法六四一条i）の研究では確認できなかったDNA鑑定が問題になっている点である。しかも、本件で提出された右鑑定は、原告が訴訟前に裁判外で収集した私鑑定（Privatgutachten）であるが、私鑑定は同条の訴えの基礎となりうる新鑑定⁽²⁷⁾として認められる。第二に、本件の否認原告が秘密にDNA鑑定を収集して訴えを提起したのは、父子関係の否認の訴えの申立てにあたって、父子関係を疑わせるより詳細な事実、つまり、「根拠のある最初の疑い」を提示するよう否認原告に要求した先の連邦裁判例（一九九八年四月二日判決）の影響によるものと思われる。筆者は、この九八年判決⁽²⁸⁾がとる「詳細説」の考え方はわが国でも採用すべきではないかと考えたのであるが、そうすると、詳細説のその先の問題についても再度考えてみる必要があると思った次第である。

(2) ところで、この連邦裁二〇〇五年一月二日判決の一件、後述するように、ツエレエ高裁を原審とする第一事件では、その後に連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えが提起されていたが、連邦憲法裁判所は、二〇〇七年二月一三日の判決で、

秘密に収集された遺伝学の血縁鑑定を証拠方法として評価するのを認めなかった連邦裁の判断を合憲と判断した。その判旨は、長年の家裁実務で示されているように、DNA鑑定の提出は、父子関係の否認手続において、子の生物学上の父は別の男性かもしれないという事実を、ありえないこともないと思わせる事情を申し立てる唯一の手段ではないと述べている。ただし、この連邦憲法裁判所は、同時に、子との血縁関係について知る男性の権利には、一定の手続で血縁関係を解明し確認する途を開く権利も含まれおり、立法者がそうした手続を定めていない現在の法律状態は、基本法二条一項（人格の自由な発展についての権利―筆者）および一条一項（人間の尊厳の不可侵―筆者）違反があると指摘して、二〇〇八年三月三十一日までに、子との血縁関係について知る法律上の父の権利を実現するために、法律効果に結びつかず、もっぱら血縁関係を確認するための手続規制を定めるよう立法者に命じている（FamRZ 2007, S. 441ff.）。

3 (1) このテーマが右にみたようにすでに立法最前線の課題となっており、最新の立法の動向も含めて研究するだけの余裕がない、そもそも親子や男女の関係、また家族の考え方に関してわが国とドイツとは相当に違いがあることなど⁽³⁰⁾を考えると、この課題を草するにはまだまだ実力不足を感じている。そもそも、わが国においても、この種のケースが生じているのか、または生じうるのかも筆者には不案内である。しかし、その兆しはまったく否定できないようにも思える。つぎのような事情である。まず第一に、最近のわが国下級審判例においても、訴訟外で実施されたDNA鑑定が、私鑑定として訴訟に提出されているケースがみられるのである。

たとえば、筆者が気付いたものでも、いずれも下級審（第一審）のケースであるが、①産院で新生児取違えを主張する両親および当該長男がその産院を設置した東京都に対して損害賠償請求を提起したという事件では、訴訟外で実施された国立大学医学部教授のDNA鑑定（親子関係不存在という鑑定結果）が、原告らに訴えを提起させた決定的誘引になって

いるように思われる。②また、既に死亡した第三者から認知されている原告が、真実は別の男性(死亡)の子であるとして、検察官を被告として第三者の認知無効および死後認知請求をした事件⁽³²⁾では、原告は訴え提起前に民間会社に依頼して死亡した同男性の爪と自らのだ液について、DNA鑑定(九九・九%の確率で親子関係の存在を証明する鑑定結果)を実施している。③さらに、戸籍上実の姉である女性(死亡)に対する母子関係存在確認請求で勝訴した女性(判決確定)に対して検察官が再審請求(証人の偽証。民訴三三八条一項七号)をしたという事件⁽³³⁾では、死亡した女性の病理組織標本についてDNA鑑定(母子関係の存在を否定する鑑定結果)が実施されている。

第二に、これらは、本件連邦裁の事案のように、相手方当事者の血液や身体の組織を秘密に採取してDNA鑑定を依頼したというようなケースではない。しかし、私的なDNA鑑定の実施がインターネット上で民間会社によって宣伝されている状況は、その具体的な実施状況は知りえないが、すでにわが国でも同様にみられる。加えて、上述したように、相手方の拒絶的態度によって、DNA鑑定が実施できないという状況はわが国の裁判実務でも以前からみられる。

(2) 以上の問題意識から、本稿の考察の重点は連邦裁二〇〇五年判決の判旨の解明におき、必要な限度で、連邦憲裁二〇〇六年の判旨にも検討を加える形で進めたいと考える。最初に、連邦裁二〇〇五年判決の事案と判旨を検討する(一)。つづいて、連邦裁二〇〇五年判決の判旨の内容について検討を試みる。検討は、本件で提出されたDNA鑑定は私鑑定であり、そうした私鑑定の収集および裁判上の利用の問題を考察する(二)。つづいて、相手方当事者に秘密で実施・入手されたDNA鑑定の訴訟上における利用可能性の問題を検討する(四)。後述するように、連邦裁二〇〇五年判決が原審の判示に従って、違法収集証拠の理論に依拠した判旨を展開しているのに対して、むしろ連邦憲法裁判所二〇〇六年判決は右理論には言及していない。この点は興味深いところである。さらに、第一事件の訴えは、前訴請求の棄却判決確定後

に同じ父から提起された再訴の事案であった。こうした事案における再訴の可能性の問題について、判旨を中心に若干の検討を試みる(五)。最後に、ドイツ法の議論を手掛かりに、わが国の議論への基本的な視点を若干に考えてみることにする(一六)。

【付記】

本稿は、もともとは、前中央大学法学部教授・現在桐蔭横浜大学法学部部長・小島武司教授が中央大学を今春ご退職される際に企画された法学新報記念号への掲載を予定して書き始めたものであったが、諸般の事情でその締切りに間に合わせる事ができなかった。小島先生、関係者の方々には大変にご迷惑をおかけした。この場を借りて、お詫び申し上げます。小島先生にはいまままでの学恩にお礼申し上げます。先生とは今後のいつそのご活躍を祈念しております。

(1) 倉田卓次「父子関係の証明」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座』8「三五二頁(日評、一九八一年)、村重慶

一・梶村太市編『人事訴訟の実務(新版)』三三七二頁(村重)新日本法規、一九九〇年)、春日偉知郎「父子関係訴訟における立証問題と鑑定強制について」ジュリ一〇九九号七六頁以下(以下、「立証問題」と略す)、井上哲男「人事訴訟と要件事実」伊藤滋夫・長秀之『民事要件事実講座 第2巻』一〇〇頁以下(青林書院、二〇〇五年)。なお、小山昇「認知請求訴訟における諸問題」民商四四卷一三五頁以下、特に五一頁以下は、認知の訴えであるが、その要証事実は生物学的親子関係ではなく、社会的親子関係とする考え方を検討される。「何をもって親子とみるか」という同教授の視点(五四頁)は、親子に関する最近の議論の先駆けともいえるべきであり、興味深い。民法領域の最近の議論については、大村敦志『家族法(第二版)』七七頁以下(有斐閣、二〇〇二年)など参照。

(2) 松本秀雄『血液型による親子鑑定』一五頁以下(有斐閣、一九八五年)参照。わが国認知訴訟における戦前・戦後の裁判所の鑑定の実施については、石川稔「判例における父子関係の認定の論理——認知判例の分析と学説の評価——」成蹊一号二九三頁、秘密に収集されたDNA鑑定の訴訟上の利用(一)(豊田)

特に三四〇頁以下、およびそこに引用された判例参照。

- (3) 血液型鑑定については、古畑種基『血液型と親子鑑定指紋学』一四二頁以下(武俠社、一九三〇年)、片山金章「認知の訴えにおける父子関係の証明」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会編『中川善之助教授還暦記念家族法大系 IV 親子』七八頁以下、特に八八頁以下(有斐閣、一九六〇年)、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『現代の親子法』二七頁以下(有斐閣、一九七五年)、木下明「認知の訴えにおける父子関係の証明」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『中川先生 追悼 現代家族法大系3』四九頁以下、特に六二頁以下(有斐閣、一九七九年)、松本博之「人事訴訟法」一六四頁以下(弘文堂、二〇〇六年)など参照。
- (4) DNA鑑定については、最近の民事領域のモノグラフィとして、松倉耕作『血統訴訟論』一頁以下(一粒社、一九九五年)、同『血統訴訟と真実志向』一頁以下(成分堂、一九九七年)、勝又義直『DNA鑑定』三頁以下(名古屋大学出版会、二〇〇五年)を参照、また論文として、松倉耕作「血統訴訟と父子関係の新しい波」判タ八三七号一九頁以下、梶村太市「家裁実務におけるDNA鑑定」ジュリ一〇九九号八四頁以下、南敏文「講演 親子関係不存在確認について」戸籍時報特別増刊号五九〇号一頁以下、八頁以下、三二頁以下など参照。
- (5) 最高裁は、「その科学的原理が理論的正確性を有し、具体的な実施方法も、その技術を習得した者により、科学的に信頼される方法で行われたと認められる」場合に、「右鑑定の証拠価値については、その後の科学技術の発展により新たに解明された事項等も加味して慎重に検討されるべきであるが、なお、これを証拠として用いることが許されるとした原判決は相当である」と判示している(刑集五四卷六号五五〇頁、判時一二七二号六頁、判タ一〇四四号七九頁)。刑事訴訟の議論については、笹野明義「DNA鑑定の証拠能力、証明力——宇都宮地裁平成五年七月七日判決(判タ八二〇号一一七頁)」判タ八九一四号四頁、浅田和茂「DNA鑑定」松尾浩也・井上正仁編『ジュリスト増刊 刑事訴訟法の争点』一六六頁以下(有斐閣、二〇〇二年)、大野正博「DNA型鑑定」田口守一・寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』二四七頁(成分堂、二〇〇四年)など参照。
- (6) 東京高裁平成六年三月二八日判決判時一四九六号七六頁・判タ八五二二号二七八頁。この判例評釈として、梶村太市「判批」判タ九三四号三五頁、水野紀子「判批」判評四三三五号五五頁、山崎進・杉政静夫「嫡出推定の及ばない子の範囲」ジュリ一二二四

号一一六頁など参照。

- (7) 東京高裁平成七年一月三〇日判決判時一五五一号七三頁。この判例評釈として、春日偉知郎「父子関係訴訟における証明問題と鑑定強制（検証協力義務）」曹時四九巻二号一九九頁以下、三三八頁（以下、「鑑定強制」と略す）、梶村太市「判批」判タ九四五号一八二頁、倉田卓治「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一九九七（上）一一二頁など参照。

- (8) 注6および注7に引用した二件の東京高裁判決について、梶村太市「嫡出子否認の訴えと親子関係不存在確認の訴え——嫡出推定排除と科学的証拠に関する最近の東京高裁の二判決を素材として——」判タ九三四号三五頁参照。

- (9) 大分地裁平成九年一月一二日判決判タ九七〇号二二五頁。その評釈として、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、松川正毅「父子関係の存在とDNA鑑定」私法判例リマックス一九九九（上）六八頁以下参照。

- (10) 福岡高裁平成一〇年五月二四日判決判タ九七七号二二八頁。その評釈として、本山敦「DNA鑑定による父子関係の否定」ジュリ一一五六号一四一頁。

- (11) 東京高裁平成一〇年八月二六日判決判タ一〇二五号二六六頁。その評釈として、松倉耕作「母子関係の否定とDNA鑑定」私法判例リマックス二〇〇一（上）一八頁以下参照。

- (12) 梶村・前掲論文（注4）八六頁は、現実の家裁実務では、供述証拠だけで二三条審判（家審二三条）が行われるケースがほとんどであり、鑑定の実施なしに終了する事件が多いといわれる。松原正明「家事事件における親子鑑定の実情」自正四四巻六号四一頁以下は、どのようなケースで親子鑑定が実施されないかを分析する。

すでに指摘されているが（春日・立証問題八三頁注6参照）、裁判実務における鑑定の実施率は一般的に高くない。最近の人事訴訟でも同様であり、例えば、平成一七年の人事を目的とする第一審訴訟既済事件八九〇二件中、鑑定が実施されたのは一五六件（一・八％）である。最高裁判所事務総局『司法統計年報 3 家事編 平成一七年』七七頁（法曹会、二〇〇六年）。

- (13) 少し従前の判例については、野村豊弘・本山敦「DNA親子鑑定を目的とする遺体の発掘をめぐる」判タ九七九号二六頁、特に三二頁以下、三六頁注2に引用された判例などを参照。それ以降の判例は、前掲注10、11、後掲注16、31、32、33の判例参

照。

- (14) 英国の遺伝学者ジェフリーズがDNA指紋を雑誌に発表したのは、一九八五年（昭和六〇年）である。勝又・前掲書三頁。
- (15) ドイツの下級新判例であるが、カマーゲリヒト一九九一年七月二二日決定（DAForm1991, S. 763ff.）は、DNA鑑定を実施した場合の当事者の手続費用の負担を理由にして、それを実施しなかった。
- (16) たとえば、村重・梶村編・前掲書（注1）三七五頁（村重）。判旨からそのような事態がうかがえるのは、たとえば、①東京高裁昭和五七年六月三〇日判決判タ四七八号一九九頁（認知請求控訴事件で被告控訴人・父）、②東京地裁平成二年一月二九日判決判タ七六三号二六〇頁（親子関係不存在確認請求事件で、被告・子と母）、③福島地裁郡山支判決平成五年三月二六日家月四七卷一〇号五〇頁（六二頁）（最高裁平成七年七月一四日判決の第一審判決）（血縁上の父と主張する者からの親子関係不存在確認請求事件で、被告である嫡出子とその戸籍上の父）、④東京高裁平成七年一月三〇日判決判時一五五二号七三頁（親子関係不存在確認請求控訴事件の被告・父）、⑤千葉地裁佐倉支部判決平成九年八月二八日判時一六五五号一三六頁（一三七頁）（東京高裁平成一〇年三月一〇日判決判時一六五五号一三五頁の第一審判決）（父と主張する者からの親子関係不存在確認請求事件で、被告である子と戸籍上の父）などがある。
- (17) Vgl. C. Rittner/N. Rittner, Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung-Eine rechtliche Grauzone, NJW 2002, S. 1746ff., 1745. インターネット上に現れるDNA鑑定の実施を宣伝する民間会社（たとえば、株式会社ロカス）も、人の毛髪、精液、血液、組織細胞だけでなく、物品についた体液や、歯ブラシについた唾液、髭剃後の髭かすなどからもDNAが抽出できるとしている。
- (18) その解説として、日本法医学会「親子鑑定についての指針（一九九九）解説」日本法医学会五三卷二号二四七頁以下。このほか、文部科学省「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」（二〇〇一年三月二九日）、遺伝医学関連学会「遺伝学検査に関するガイドライン」（二〇〇三年八月）。ただし、親子関係などの法医学DNA検査は対象外になっている）、勝又・前掲書（注4）二六九以下に引用された資料など参照。
- (19) 春日教授は、鑑定の拒否から直ちに親子関係の存在を推認できる経験則は存在しないと、この事案では、証明妨害または

事案解明義務の考え方を適用し、証拠提出責任を転換して嫡出推定の排除を認めてよかつたと解される。春日・鑑定強制（注7）曹時四九卷二号三三八頁。これに対し、事案によっては、鑑定を拒否する態度が、被告の母の供述の信憑性についてかなり強い疑いを抱かせるものになる場合があると指摘するのは、村重・梶村編・前掲書（注1）三八〇頁（村重）。

(20) 高橋宏志（司会）ほか「研究会 人事訴訟法の基本構造」高橋宏志・高田裕成編「新しい人事訴訟法と家庭裁判所実務」ジュリ二〇〇三・一二・二五臨時増刊号・一二五九号五九頁以下（高田発言・高橋発言・小野瀬発言・阿部発言）参照。同旨を説くものとして、野田愛子・安倍嘉人編『人事訴訟法』一五六頁以下（梶村太市）（日本加除出版、二〇〇四年）、石田敏明編著『新人事訴訟法 要点解説とQ&A』九二頁以下（石田）（新日本法規、二〇〇四年）。

(21) 家裁実務におけるDNA鑑定の実情については、梶村・前掲論文（注4）八五頁以下、南・前掲講演（注4）八頁以下など参照。

(22) すでに昭和三〇年台、加藤判事は、当時の科学の進歩程度では真実を誤ることなく親子関係の存否を認定するのは極めて困難であるとの認識から、ドイツ法（ドイツ民法三七二条a）を引用して、関係者から一定の血液採取を拒み得ないように義務づける必要があると指摘されている。加藤令造『人事訴訟手続法詳解』一七〇頁、一八三頁（大同書院出版、一九五八年）、同『実務人事訴訟手続法』六四頁、一六六頁（判夕社、一九六四年）。

実体法の領域においても、家事調停・家事審判において科学鑑定の積極的利用とともに、家裁の鑑定実施命令に当事者が従わなかつたときは、鑑定申請者の主張事実を真実擬制する旨規定を設けるよう提案するのは、二宮周平「父とは誰か——嫡出推定および認知制度改革私案——」立命二四九号（一九九六年五月）九六三頁以下、九八九頁以下。

(23) この問題を検討した先駆的な文献として、池田辰夫「演習」法学教室一〇一号九〇頁、春日・鑑定強制二九九頁以下、同・立証問題七六頁以下参照。

(24) 豊田「父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え——ドイツ民法六四一条iに関する判例理論の検討——」（二）（二）完」修道二三卷二号二四九頁以下、同二四卷一号三二頁以下（以下、「再審の訴え」と略す）、同「ドイツ父子関係訴訟に関する一考察」青山善充ほか編『石川明先生古稀祝賀 現代社会における民事手続法の展開 上巻』五四七頁以下（商事法務、二〇

- 〇二年）（以下、「父子関係訴訟」と略す）。
- (25) Vgl. M. Wellenhofer, Die prozessuale Verwertbarkeit privater Abstammungsgutachten, FamRZ 2005, S. 665. わが国のマスコミでは、読売新聞二〇〇五年一月一七日付け朝刊記事参照。
- (26) わが国では、勝又・前掲書（注4）二二〇頁がすでに引用しておられる。また春日教授は、本年・平成一九年五月二〇日に開催された第七七回日本民事訴訟法学会シンポジウム「民事裁判における情報の開示・保護」の報告「問題の全体状況と主張・立証過程における開示」（大会次第二〇頁）において、同判決、および後掲連邦憲法裁判所判決を紹介された。
- (27) 民法六四一条ⁱという新鑑定は、原則として訴え提起時に提出される必要があるが、私鑑定で足りると解されている。私鑑定に基づく同条の訴え提起のケースは少なくない。そうした連邦裁判例については、豊田・再審の訴え修道二三卷二号二七二頁の表にまとめている。
- (28) 豊田「職権探知主義に関する一考察——ドイツ嫡出否認訴訟にみる訴えの申立ての具体化責任——」小島武司先生古稀記念論文集刊行委員会編『小島武司先生古稀記念論文集 民事司法の法理と政策』（商事法務、近刊）（以下、「職権探知主義」と略す）。
- (29) 父子関係の問題については、大きな立法の動きがあるように思えるが、その全体の動向まで検討する余裕がないことをお詫び申し上げなければならない。たとえば、父子関係の否認の訴えについて、いわゆる、法律上の父ではなく、生物学上の父にも父子関係を否認する権限を明文化した法改正が行われている（ドイツ民法一六〇〇条一項、三号）。この法改正を導いた連邦憲法裁判所二〇〇三年四月九日決定（FamRZ 2003, S. 816ff.）⁷ また法改正後の連邦裁判二〇〇六年二月六日判決（FamRZ 2007, S. 538ff.）などを参照。
- (30) 内閣府経済社会総合研究所編『フランス・ドイツの家族生活——子育てと仕事の両立——』二三頁以下、特に一五一頁以下の分析（国立印刷局、二〇〇六年）参照。
- (31) 東京地裁平成一七年五月二七日判決判時一九一七号七〇頁。
- (32) 東京地裁平成一三年二月二〇日判決判タ一〇七二号二二七頁。
- (33) 新潟地裁高田支部平成一五年五月二五日判決判時一八三五号一一一頁、および判時一八三五号一一一頁解説参照。

一 相手方に秘密に実施されたDNA鑑定に基づく父子関係否認訴訟

1 連邦裁判所二〇〇五年一月二二日判決

最初に、二つの事件の事案をそれぞれ紹介することにしよう。

(1) 第一事件 これは、父Xから認知した子Yに対して、父子関係の否認訴訟（ドイツ民法（以下、「民法」という）一六〇〇条b）が、再度、提起されたという事案である（以下、これを「第一事件」という）。Xは、生殖能力が弱いとの鑑定に基づき、Yに対し最初の父子関係の否認の訴え（*Anfechtungsklage der Vaterschaft*）（民法一六〇〇条b）を提起したが、Xの請求を棄却する判決が確定した。その後Xは、自身のだ液とYが噛んだチューインガムを鑑定試料として、私的にDNA鑑定を依頼して、一〇〇%の確実性をもってXはYの父ではありえないとの鑑定結果を得た。しかし、この私鑑定実施の依頼については、単独監護権をもつYの母Aはそれを知らず、この鑑定はAの同意なしに実施されたものであった。XのYに対する本件父子関係否認訴訟において、AはYの法定代理人として、右鑑定の利用に対して異議を申し立てた。第一審は請求棄却。Xの控訴に対して、原審・ツエレエ高裁二〇〇三年一〇月二九日判決（BGHZ 162, S. 1ff.=FamRZ 2004, S. 481f.=NJW 2004, S.449ff.）は、大要の如きように判示して、それを棄却した。

① 本件訴えは、前訴の最終口頭弁論後に生じた新しい事情、つまり、裁判外で収集されたDNA父子関係証拠によれば、Xは父子関係から排除されるという、別の生活事実に基づいている点において、適法な訴えである。② しかし、提出されたDNA父子関係証拠（DNA-Vaterschaftsnachweis）は、父子関係に疑問を生じさせ、かつ、非嫡出の血縁関係の可能性を、まったくありえないと思わせるには適さない。それは、「血縁鑑定の実施のためのガイドライン」に違

反して、検査対象の人物の同一性、および、検査試料が当事者に由来するものであるかについて確認していない。③秘密に収集されたDNA父子関係証拠は、Yの遺伝学上の試料が違法に取得されたものであるという点で、訴訟においては利用できない。それは、情報に関する自己決定権（基本法二条一項）として現れる子の一般的人格権を侵害している。④Yの情報に関する自己決定権の侵襲は、父子関係の存否を知るXの権利を主張することで、正当化されない。

(2) 第二事件 もう一件は、本件の被告Yの懐胎期間中にその母Aと性交渉のあった男性XがYを認知し、その後Xは、自らの体液と、Xの姉Bがダニ駆除をした際にYの頭皮から抜けた毛髪について私鑑定を依頼し、その鑑定によりXの父子関係を明らかに否定する事情を初めて知ったとして、父子関係の否認の訴え（民法一六〇〇条b）を提起したという事案である（以下、これを「第二事件」という）。Yは毛髪の出所を争い、情報に関する自己決定権の侵害として鑑定の利用に反対した。第一審はXの請求棄却、Xの控訴に対して原審・チューリンゲン高裁二〇〇三年三月六日判決は、大要つぎのように判示して、それを棄却した（FamRZ 2003, S.944ff. = OLG-NL 2003, S.110ff.）。

① Xの訴えは有理性（*schlüssig*）を欠いている。Xは、Yとは血縁関係がないと申し立てるだけでは足りず、血縁関係がないと思わせる具体的な手掛かり（*konkrete Anhaltspunkte*）を申し立てなければならぬ。Yと似ていないという主張では、まだ血縁関係が異なることの疑いを基礎づけることにならない。② それ以外の事情はなく、X提出の私鑑定も、訴えの有理性を基礎づけることはできない。私鑑定の結果は、父子関係を否定する事情にはなりうるが、その利用はYの人格権を不当に侵害するものであり、裁判手続においては利用できない。鑑定は、Yの情報に関する自己決定権（基本法二条一項と結びついた一条一項）に違反し、違法に作成されたものである。自己の父子関係を知るといふXの利益よりも、子の情報に関する自己決定権が優先する。③ 人格権に違反して取得された知識や証拠方法の裁判上の利用は、原則として

基本権（基本法一条一項・二条一項）に対する介入であり、それが正当化できるかは、利用に反対する人格権と、利用を支持する挙証者の利益の比較衡量によって判断すべきであるが、結論として、Xの介入は正当でない。

2 連邦裁判所の判旨

各事件ともそれぞれ否認原告に、原審は上告許可を認めている。二件に対する連邦裁判の判旨はほぼ同文であり（第一事件の判旨はBGHZ 162, S. 1ff.=FamRZ 2005, S. 340ff.=MDR 2005, S. 632f.=NJW 2005, S. 497ff. 第二事件の判旨はFamRZ 2005, S. 342ff.を参照）、連邦裁判は、否認原告からの上告をいずれも棄却する判決を行っている。第一事件の連邦裁判の判旨の概要は、筆者が理解する限りで、つぎのとおりである。

(1) 連邦裁判は、最初に、原審および第一審が本件・父子関係の否認の訴えの再訴を適法とした点に問題はないとする。連邦裁判は、前訴判決の既判力は、二〇〇一年当時にXは生殖能力が弱かったという事実は、否認の訴え提起に必要な「最初の疑い（Anfangsverdacht）」を基礎づけるのに適さないという判断に及ぶが、Xの父子関係を排除する、裁判外で収集された本件DNA鑑定については、別の新しい生活関係である、とする原審の判示をそのまま引用する。

(2) つぎに連邦裁判は、先例である一九九八年四月二二日判決と二〇〇二年一〇月三〇日判決を引用する。これらの先例によると、XはYの父ではない、裁判所における専門家の鑑定によれば、父子関係は否定されるはずであるという単なる申立てでは、父子関係の否認の訴えにとって十分なものとはいえない、むしろXは、客観的にみると、父とみなされるXとYとの血縁関係に疑問を生じさせ、かつ、他男とYとの血縁関係の可能性をまったくありえないこともないと思わせるに足りるだけの事情を申し立てなければならない。しかし連邦裁判は、本件の訴えはすでにそれを欠いており、「最初の疑い」

を基礎づける事情にとつてどのような要件が必要かについてまでも判断する必要がない、と指摘する。

- (a) 連邦裁によると、DNA鑑定実施の事後的承認とその利用の同意について、Yの母で、法定代理人のAがそれを拒絶したことで、「最初の疑い」が基礎づけられ、否認の訴えが有理性のあるものになることはないし、それは証明妨害にもならない。この際に連邦裁は、母または子が（法律上の）父の申立てに基づくDNA鑑定への協力を拒絶した態度をとつただけで、ケースによっては、父子関係の不在のための十分な最初の疑いを基礎づけることができるとするムットシュラー(D. Mutschler)説を引用して、しかし、その説には従えないと述べる。母Aのそのような態度は、消極的な情報に関する自己決定権の結果であり、仮に裁判外の鑑定への協力の拒絶によつて訴えが開かれることになれば、自己決定権は骨抜きになり、右基本権が保護しようとする情報は、関係者の意思に反するために任意開示が事前に拒否されたときは、常に、裁判所の証拠調べにおいて開示されなければならない、という結果にならう。本件では、違法に収集された情報の利用について、Aの事後的な同意の拒絶は、いっそのこと、否認の訴えを開くための事情とみなすことはできない。法律は、血縁関係の確認のための検査に従うべき義務を、一定の要件があるときにのみ規定しているのであり、その要件を肯定するために拒絶的態度を援用することはできない。
- (b) 連邦裁は、秘密に入手されたDNA鑑定の提出も、そのような事情の主張に適するものではないと判示する。①提出された液試料がYのものであることについて、原審が証人尋問を実施しなかった点、また第二の試料はXに由来することにつき、原審は証明がないとした点に対するXの上告の非難を退けたうえで、連邦裁は、仮に鑑定人がその調査をすることが確かだとしても、右鑑定は、原審が正しく指摘する理由から、父子関係の否認手続において、証拠方法としてだけなく、当事者の申立てとしても、利用できないとする。

②また連邦裁は、原審の判断は、Yの情報に関する自己決定権の侵害という考え方にたっている点で不当であり、血縁関係の確認はYにとっても保護すべき利益となり、それはXの利益にも重なる、とするXの上告の主張に対しても、それは成功しないと退ける。なるほど、Yは基本法上保護された自らの血縁関係について知る権利を有している。しかし、Yがその権利を行使し、それに応じた利益を主張するかは、もっぱらYまたは法定代理人Aの判断に委ねられている。とりわけ、Xの子としての法律上の地位を問題にしないと判断した場合にも、Yの利益は保護すべきである。つまり、自己の遺伝上の血縁関係について知る子の権利は、血縁関係について知らずにおく権利も含むものである。

③さらに、Yの法定代理人Aはその拒絶により、Yの利益ではなく、きわめて利己的な自身の利益だけを追求しているのである、というXの上告の主張については、連邦裁は、上告法において、それは新しい申立てであって、しん酌することはできないと判示する。

(3) 連邦裁は、Yの情報に関する自己決定権は、父子関係の不存在確認についてのXの利益に劣位してはならないとした原審の比較衡量も、維持できるとする。

(a) 連邦裁によると、DNA個人識別マスター(DNA-Identifizierungsmuster)の検査および利用は、ここでは情報に関する自己決定権という形で現れる人格権(基本法一条一項・二条一項)を侵害する。人格権は、社会全体の優越的な利益のためにのみ、かつ、相当性原則(Verhältnismäßigkeit)を尊重したうえで、法律により、または、法律に基づいて、制限してよい。しかし、公益保護のために不可欠である以上にその制限が及んではならない。この基本権にどのような価値をおくべきかは、たとえば、ドイツ刑事訴訟法八一条およびDNA識別確認法二条(有罪判決を受けた犯罪行為者のDNA個人識別マスターの確認および保管は、重大な意味をもつ犯罪行為に基づき、その者に対して将来新たな刑事手続が実

（施されることが予想されることの根拠があるときに限って、認められる）から明らかになる。また連邦裁は、国際法レヴェルにおける人権規定（一九九七年二月一日のヒトゲノムおよび人権に関するユネスコ一般声明五条、ヨーロッパ共同体憲章第二章六八条（Art. II 68）、人権および基本的自由の保護のためのヨーロッパ共同体の協定（EMRK）八条（家庭と婚姻の保護）、子供の人権に関しては、一九八九年一月二〇日の国連児童の権利に関する条約八条・一六条）を指摘して、これらの規定は、ヒトゲノム（Genom）の検査を、原則としてその同意がある場合にかからせ、人間の基本権保護に役立つものであるとする。

(b) そのような基本権の保護は、裁判手続において証拠または知識を利用する場合にも、刑事訴訟または民事訴訟を問わず、尊重されなければならない。けだし、裁判官は、憲法の要請に基づき、民事法の規定の適用が、個別的事案で基本法に抵触しないかどうかを調査しなければならないからである。抵触があれば、裁判官は基本法に照らして規定を解釈し、適用しなければならない。①連邦憲法裁判所および連邦裁判所の先例によると、電話通話を話者の傍らにいて秘密に聞いて、違法に入手した知識を裁判手続で利用してよいのは、きわめて例外的場合に限られる。たとえば、拳証者が正当防衛のような状況にある場合、または、それ以外の方法では、職業上の生存に対する脅迫的な脅威または可罰的な攻撃に対処できないという場合である。他方、②民事法上の請求権のために証拠方法を確保するという利益だけでは、十分とはいえない。③被告の知らないうちに実施されたDNA解析は、たとえば、労働裁判所の手続においてもその利用は禁じられる。

(c) 以上の判示から、連邦裁は、秘密になされたDNA父子関係解析（DNA-Vaterschaftsanalyse）は違法であり、父子関係の否認手続において、子またはその法定代理人の意思に反して利用できない、しかも、父子関係の疑い（民法一六〇条b）について、有理性をもって陳述するために利用することもできない、子の人格権および情報に関する自己決定権

の新たな違反になるからである、と述べている。

(d) 連邦裁判によると、この考え方は、秘密の父子関係鑑定を将来の遺伝子診断法 (Gendiagnostikgesetz) によって禁止するということ、連邦政府の考え方も一致している。また、そのような努力は、ドイツ連邦共和国以外でも確認できるとする。①ベルギーでは、多くの法律発議は、私的なDNA解析を父および(または)母の申立てに委ねるが、子が一才以内、および、子の求めによるときは、成年に達した後、最初の四年以内のみ認め、それ以外は許されていない。②フランスでは、関係者の同意のない裁判外のDNA解析は禁止される。③イギリスでも、関係者の同意のないDNA解析は禁止される。④カナダでは、DNA解析は原則として関係者の同意が必要であり、それ以外の場合、裁判所では利用を禁止される。⑤スイスでは、関係者の同意のないDNA解析は禁止される。

(e) 連邦裁判は、子の情報に関する自己決定権に、自己の父子関係について知る父または疑父 (Schein Vater) の権利が対峙することはないし、父・疑父のそうした権利の方がより高い価値があるとみなすこともできないと指摘する。その根拠として、連邦裁判は、①父子関係の否認手続において、その権利行使は法律上の提訴期間の制限規制に服する (民法一六〇〇条b) のに対し、遺伝学上のデータの収集および利用に異議を述べる権利——これは、子の情報に関する自己決定権から導かれる——は、時間の制限を受けない点を指摘する。また、②一九九七年の父子関係改革法に際して、立法者も、いかなる場合にも子の生物学的な血縁関係を説明することには反対であり、母の婚姻中における子の出生に基づき、家庭の結合体のなかで成長している場合には、子の福祉のために生物学的父子関係の証明は背後に退くという考え方で満足すべきものとしている。さらに、③自己の父子関係の存在または不存在について知る権利は、自己の血縁関係を知る基本権と等置されるにしても、その知識を獲得しようという権利までも付与するものではない。

3 要件の緩和？——連邦裁判所二〇〇六年三月一日判決

(1) 第二事件、第二事件の原判決と異なり、被告の情報に関する自己決定権に違反して収集された血縁鑑定も、否認の訴えの合理性を基礎づけることができるとの見解に従うとして、連邦裁への上告を許可した下級審判例がある。ドレスデン高裁二〇〇四年九月三〇日判決 (FamRZ 2005, S. 1491f.) がそれである。その事案をみると、否認原告Xは、本件の被告Yの母Aとの間で、Yを設けて認知した。その後Xは婚姻を締結し、さらに二人の子を設けたが、現在、XはAとの離婚を求めている。この状況で、Xは裁判外で得た私的な血縁鑑定に基づき、Yに対して父子関係の否認の訴えを提起した。第一審は、Yと家族が似ていないという申立てでは、父子関係の否認の訴えの合理性の要件を満たさない、X提出のDNA父子鑑定は、Yの知らない間に、その同意なく、したがって情報に関する自己決定権を侵害して収集されたものであるとして、裁判上利用できないとして、請求を棄却した。

控訴審であるドレスデン高裁は、後に検討するムットシュラー (D. Mutschler) 説、ミュンヘン第一地裁二〇〇三年五月二二日判決 (FamRZ 2003, S. 1580) を引用して、連邦裁二〇〇五年一月二二日判決以前に、上述した判断を行っている。同高裁は、Xが父子関係を否定する秘密のDNA鑑定を提出しているにもかかわらず、ドイツ民事訴訟法 (以下、「民法」と略す) 三七二条 a を適用して自ら血液型鑑定を実施している。そしてXの父子関係は明らかにありえないとの鑑定結果に基づき、同高裁はXの請求を認容している。同旨の判例として、カールスルーエ高裁二〇〇二年七月二日判決 (FamRZ 2003, S. 52f.) が引用されている。⁽²⁾

(2) Yは上告を提起して、裁判所の命じた鑑定も利用できないと主張した。(a) 連邦裁は、二〇〇六年三月一日判決 (FamRZ 2006, S. 686ff. = MDR 2006, S. 1171f.)⁽³⁾ をもって、秘密に収集されたDNA鑑定は裁判所で利用できない、したがっ

て、父子関係否認の訴えの有理性を基礎づける当事者の申立てとしても適さないと二〇〇五年判決の立場を強調して、それに無制限でとどまると判示する。同判決は、子のDNAの調査に必要な子の同意を欠いている点が、「秘密」に収集されたDNA鑑定であると定義している。

(b) しかし連邦裁は、つづいて興味ある判示をしている。(i)連邦裁は、まず前掲二〇〇五年判決の判旨「2」部分(本稿の前掲(2)(a)~(e)部分に相当)を指摘して、父子関係の否認手続で最初の疑いを基礎づける事情について、判例は従前から高い要件をたてているが、それは再考を要する旨判示したものとす(傍点筆者)。ただし、連邦裁は、本件ではXが申し立てた疑いの要素(褐色の皮膚の色、似ていないこと)が十分な最初の疑いを基礎づけるかは、その態度を未定にしておくとする。連邦裁によると、高裁が訴えの有理性を欠くため、鑑定を命じてはならなかったという場合でも、その手続瑕疵によって同鑑定に基づきなされた判決は取り消されるものではない。Xは自己に有利となり、自らの申立てを確認する裁判所の鑑定結果を、黙示的に自分のものにしたのであり、その時期は、口頭弁論において控訴申立書を陳述したときである。それにより、仮に最初は有理性を欠く訴えであったとしても、訴えは有理性があり、かつ理由があるものとみなされる、と解する。

(ii)また否認の訴えの除外期間(民法一六〇条b第一項)の開始については、判例が秘密に収集されたDNA分析に基づく訴えを禁止している以上、原告がその鑑定結果を知っても期間は開始しない。むしろ、訴えが適法かつ成功の見込みをもって、依拠しうるような事情を知ったときが、同条にいう期間の開始を知ることである。

(iii)さらに連邦裁は、裁判所の鑑定も、訴訟法規に違反した方法で得られた証拠調べの結果として、評価の禁止に服するという上告の主張を退けて、つぎのように判示する。①上告はとりわけ刑事訴訟において「毒樹の果実」理論として議論

される「波及的效果」の解決策を求めているが、それは採れない。民事訴訟における違法収集証拠の利用可能性の問題についても、判例・学説において、なお理論的に満足できる解決策はなく、個別的な解決策を採らざるをえない。②高裁が職権で収集した血縁鑑定は、当事者が違法または可罰的な方法で作りに出した証拠方法ではなく、裁判所の職権探知による証拠調べの結果を原告が援用しても、悪意ある態度とはいえない。③つぎに、裁判所が合法的に得た証拠調べの結果がどのような効果をもつかという問題について、連邦裁は、民事訴訟では手続規定に違反があったとして、証拠調べの結果を一切しん酌しないということはない。非難されている手続瑕疵は、もっぱら証拠調べの命令に関する。実施された証拠調べの全体的内容をしん酌するという自由心証主義の原則（民訴法二八六条一項一文）によると、別段の規定がない限り、裁判所の収集した証拠評価の禁止が考えられるのは、証拠調べが憲法上保護された当事者の権利を侵害する場合に限られる。④しかし、本件はそうした例外的ケースにあたらぬ。なるほど、X提出の私鑑定は、Yの情報に関する自己決定権に違反して入手された証拠方法であり、利用できない。⑤これに対し、裁判所が合法的な手続で収集した鑑定は、Yの右基本権を侵害するものではないし、また、裁判所が命じた血液採取（民訴法三七二条a）もYの身体の不可侵の基本権（基本法二条）を侵害していない。

(iv)連邦裁は、最後に、二〇〇五年判決の比較衡量とは異なり、秘密に収集したDNA鑑定を利用するXの権利を、Yの基本権の背後におく必要はないと指摘する。その理由として、Xに対して、その証拠調べの結果によれば、存在しない父子関係に、扶養義務も含めて、とどまらせるよりも、むしろ、Yに対して、裁判所が指針に従って実施した血縁鑑定の身分法上の効果をはっきりと指摘して、自らもはや争っていないXの父子関係の不存在を受け入れることが要求できるからである、とする。

右判決は、○五年判決が最初の疑いを基礎づける事情につき、その要件を高くすることの再考を判示したと指摘するが(b)(i)部分)、はたして判旨をそのように読むべきだろうか。また右判決は、○五年判決の比較衡量とは異なった結論に達しているが(b)(iv)部分)、これはなぜであろうか。いずれも、○五年判決を検討する際に(四)、考えてみたい。

(1) 刑訴法八一条は、被疑者の観察のための収容に関して規定する。被疑者の精神状態に関する鑑定の準備ために、裁判所は、鑑定人および弁護人の意見を聴取したうえで、被疑者を公的な精神病院に収容して、そこで監察することを命ずることができる(二項)。裁判所のこの命令は、被疑者について犯罪の嫌疑が相当なものである場合に限られ、事件、および、予想される刑罰または保安処分的重要性と均衡が取れないとき、それを命じてはならない(二項)。

(2) 裁判外で実施した父子鑑定に基づく父子関係の不存在確認請求訴訟において、同高裁は、原告は、裁判外の父子関係鑑定によって、父子関係について必要な疑いをもったことを主張しており、その具体化義務に応じているとして、訴えの合理性を肯定している。

(3) *Vel. M. Wellenhofer, Anmerkung zu BGH Urteil v. 1. 3. 2006, FamRZ 2006, S. 689f.*

三 私鑑定の収集および利用

1 私鑑定の提出と問題点

(1) 連邦裁二〇〇五年判決の両事件とも、否認原告は裁判所の選任した鑑定人による鑑定(民訴法四〇二条以下)ではなく、裁判外で自ら専門家に委任して入手したDNA鑑定に基づき、父子関係否認の訴えを提起している点に事案の特色がある。正規の鑑定と異なり、裁判外で実施され、当事者が提出する鑑定は、私鑑定(Privatgutachten)と呼ばれる。通常の民事訴訟において、当事者がこうした私鑑定を提出する動機はさまざまであり、当事者自身の申立てを具体化するた

め、あるいは、正規の鑑定人による鑑定結果に対する反駁のためであったりするといわれる。⁽¹⁾

最近の連邦裁判例においても私鑑定⁽²⁾の例はみられるが、身分関係の事件の場合に、人々は具体的にいかなる局面で、私鑑定としてのDNA鑑定が必要になるのだろうか。たとえば、子の両親がまだ婚姻していない場合に、①子を認知するか否かを決心しなければならぬとき(民法一五九四条)、②また、子の母が相手方の認知に同意するか否かを決断するとき(民法一五九五条一項)、私鑑定は右判断に役立つ。また父たる男性については、③父子関係の積極的または消極的確認訴訟を提起するか否かを決めるとき(民法六四〇条二項一号)、あるいは、④父子関係の否認の訴えを提起するか否かを判断するとき(民法一六〇〇条、民法六四〇条二項二号)、私鑑定が利用される。さらに、⑤父子関係事件(父子関係の確認訴訟や父子関係の否認訴訟など)の判決が確定した後、再審請求(原状回復請求)を基礎づけるために私鑑定が利用される(民法六四一条⁽³⁾)。

(2) 他方で、医学鑑定の領域における私鑑定の一般的な問題点として、いわゆるお気に入りの鑑定⁽⁴⁾の危険が指摘される。そのような鑑定は、鑑定人と依頼者である当事者の個人的関係に基づき実施されること、また、鑑定を依頼された医師が処置担当の医師であることもあって、不利な鑑定により依頼者を敗訴させたくない⁽⁵⁾と考えることが、その理由である。したがって、通常は公的な機関で評価されることはなく、改めて鑑定を行う必要があるとされる。⁽⁵⁾

2 私鑑定によるDNA鑑定の提出

(1) 最近では、とりわけDNA解析が一種のブームになっているといわれる。⁽⁶⁾学説によると、DNA解析技術の迅速な発展とその拡大によって、依頼者の数は相当に増大し、解析のための費用も明らかに安くなっている。⁽⁸⁾民間会社は、インター

ネット上で、また薬局においても親子関係のテストを宣伝している。テストには、依頼者およびその相手方のそれぞれ検査試料が必要である。依頼者が民間会社と契約を結び、相手方となるのは一般的に未成年者である。解析のための試料として、血液、口粘膜、毛根のついた毛髪などとともに、電気カミソリに残った髭やタバコのフィルターに付着した皮膚片なども利用することができるといわれる。検査にあたって、人の血液採取までには必要なくなっている。裁判外において私鑑定として行われる血縁鑑定は、依頼者と鑑定を受諾する研究機関（民間会社）との契約（請負契約）に基づくものとみなされる。⁽⁹⁾

(2) しかしドイツの専門家は、右にみたようなDNA解析の最近の利用の仕方には批判的である。ドイツ連邦共和国血縁鑑定専門家共同作業グループは、二〇〇〇年につきのような声明を発表している。すなわち、①関係者の知らない間に、または、その意思に反して、自然科学によって人間の血縁を確定するのは、現行法上は、裁判官の決定に基づいてのみ許される。②裁判官の決定がなければ、関係者の有効な意思表示による同意、または、完全な行為能力等をもたないため、同意ができないときは、監護権者の同意が必要である。③それらを欠いた自然科学による血縁関係の確定は人格権を侵害し、場合によっては、同意をしていない者の身体を損傷されないという権利を侵害する。④これに反した秘密の血縁鑑定は、憲法上疑問があるばかりでなく、反倫理的で良俗違反である。それは科学倫理の原則に合致せず、拒否しなければならぬ。⁽¹⁰⁾

第一事件の原審・ツエレエ高裁は、上告許可の理由として、相当以前から相手方に秘密に実施された父子関係テストに基づき多数の父子関係の否認の訴えが提起されていることをあげている (FamRZ2004, S. 481, 482, III)。

(3) 本件の背景事情としては、本判決も引用する連邦裁の一九九八年四月二二日判決と二〇〇二年一〇月三〇日判決の

存在が大きい。二〇〇二年判決は後に検討するが、前者の一九九八年判決は、父からその嫡出子に対して嫡出否認訴訟(Ehelechtsanfechtungsklage)が提起されたという九七年の民法改正前の事案で(民法旧一五九三条・一五九四条の適用)、連邦裁は、否認原告は、訴え提起にあたっては、単に父子関係が存在しないと主張するだけでは足りず、父子関係を疑わせるより詳細な事実を主張しなければならないとの、いわゆる「詳細説」の考え方をとることを明らかにした(JZ 1999, S. 41ff.=FamRZ 1998, S. 955ff.=NJW 1998, S. 2976f.)⁽¹¹⁾。本件判旨でも言及されている。「根拠のある最初の疑い(Anfangsverdacht)」を否認原告に要求する考え方である。したがって、父子関係に疑念を抱いて否認の訴えを提起しようとする父は、訴え提起時か裁判所の訴えの有理性審査の際には、そのような疑いを基礎づける具体的事情を主張しなければならぬ。

これは、法律上の父子関係の推定(民法一五九二条一項)、それに基づく子の法的地位の維持を重視する考え方によるものと評価できようが、否認訴訟を通じて真実の父子関係を解明したい父にとっては、すでに訴訟の開始段階で一定の負担が課されたことになる。その主張がないと、裁判所の有理性審査をパスせず、否認原告の請求は棄却される蓋然性が高くなるからである。そこで、父子関係を否認しようとする父が裁判外で私鑑定を入手しようとするのは、当然に予想されることである。これに対して、学説でなお有力な単純主張によれば、否認原告は子との血縁関係が存在しないと申し立てるだけで足りる。被告側が争えば、この手続に適用される職権証拠調べの枠内で、ケースによっては強制的な血液鑑定(民訴法三七二条a)を含めて、職権による鑑定により血縁関係を解明することができよう。⁽¹²⁾

(4) では、本件で提出されたDNA鑑定の法的性質をどのようにみるべきだろうか。本判決は、父子関係を否定する事情の陳述として、秘密のDNA鑑定は適さないと判示する際に、父子関係の否認訴訟において「証拠方法」としてだけで

なく、「当事者の申立て」としても利用できないと判示している（判旨②（イ）部分）。二つの性質の併存を認めるかのよ
うな判示である。

(a) この点について第一事件の原審・ツエレエ高裁は、①秘密に収集されたDNA父子関係証拠は、Yの遺伝上の試料
が違法に収集されているという理由から、訴訟上利用できないとする。②証拠利用禁止に関する民事訴訟の規制はないが、
憲法で保護された一般的人格権からその存在は認められる、③連邦憲法裁判所の判例によると、裁判所は基本法一条三項
により、判決発見に際して基準となる基本権に拘束され、法治国家の手續形成の義務を負う。法治国家原理および基本法
二条一項からも、裁判手續、特に証拠法に対する要請が明らかになる。相手方当事者の基本権侵害が正当化できるか否か
については、利用に反対する憲法上の地位——そこでは、基本法二条一項に基づく一般的人格権が特に重要である——と、
利用に賛成するもう一方の当事者の法的利益の比較衡量の結果により判断される、とする。④そして、同高裁は、判例に
より民事訴訟の証拠法について認められたこのような原則は、その後の手續形成に重要な「事実の申立て」の利用可能性
にも適用されるとする。違法に収集された証拠調べの結果の利用可能性と、——秘密に収集されたDNA父子関係テスト
に認められる——違法に収集された事実の申立てを基礎におくことの間、決定的な違いはない。父子関係否認手續にお
いては、連邦裁の判例によると、原則として血縁鑑定の収集は行われなければならないからである。⑤同高裁は、かくし
て事実申立てのすぐ後に証拠調べが実施される、その証拠調べは、民訴法三七二条aによって、人格権の侵害および身体
への侵襲を伴い、強制的な措置によって実施される、と違法収集証拠理論の適用理由を指摘している。

右判旨によると、DNA鑑定は違法に収集された「事実申立て」と解されている。

(b) つぎに、第二事件の原審・チューリンゲン高裁は、①生物学上の父ではありえない旨確認した私鑑定は、父子関係

を否定する事情(民法一六〇条b)について有理性をもって陳述するのに役立たない。②私鑑定は、それ自体としては、有理性を基礎づけるのに役立たないとはいえない。そうした鑑定は、書面に記された当事者の申立てと評価することができ、私的に収集された血縁鑑定の結果は、父子関係を否定する事情になりうる、と判示する。

右の「書面に記された当事者の申立て」という見方は、私鑑定の法的性質に関する通説⁽¹³⁾および判例に従ったものと思われる⁽¹⁴⁾。たとえば、造船契約の解約に関する仲裁付託事件で、手続費用の支払いを命ずる仲裁判断を受けた当事者が、仲裁裁判所を構成した仲裁人のひとりに対して、その職務能力につき神経医学の専門医の鑑定を受けること、およびその鑑定を執行許可宣言手続で利用することに同意するように命ずる旨請求したという特殊な事案であるが、連邦裁は、当該専門医の精神鑑定を私鑑定と解して、「書面に記された当事者の申立て」であると性質決定している。そして連邦裁は、それを証拠方法、つまり正規の鑑定として利用するには、双方当事者の同意があるときに限ると判示している(一九八六年五月五日判決)⁽¹⁵⁾。私鑑定が提出された上述の事案でも、連邦裁は繰り返し同旨の判示をしている⁽¹⁶⁾。

(c) 以上の検討によれば、本件連邦裁は、本件DNA鑑定の法的性質を、「証拠方法」とも、また「当事者の事実申立て」とも解しているように読めるが、これは支配的な見解ではなさそうである。現に学説においては、右〇五年判決に批判的なベレンホフファー(M. Wellenhofer)が、本件私鑑定は「証拠方法」として提出されたものではなく、原告の「訴えの申立ての具体化」のために用いられたものであるとして、連邦裁が違法収集証拠に関する判例理論を安易に適用している点を問題視している⁽¹⁷⁾。

これを受けたとみるべきであろうか。連邦裁二〇〇六年三月一日判決は、〇五年判決を維持する際に、DNA鑑定の法的性質を「当事者の申立て」と明示的に判示している(2)(a)。

(5) 相手方が訴訟外で血縁鑑定を受ける旨約束している場合に、その法的拘束力が争われたケースがある。連邦裁判所二〇〇六年二月六日判決 (FamRZ 2007, S. 359f.) がそれである。原告 X は本件被告 Y₂ を認知したが、その後匿名の電話を受けて、その生物学的な父子関係に疑問が生じたとして、その母 Y₁ と Y₂ に対して、父子関係テストを引き受ける旨の同意書に従って、承認された医師のルールに従って同テストを実施するように命ずる旨の訴えと、予備的に、Y₂ に対して、父子関係が存在しないことの確認を求める訴えを提起したという事案である。

第一審は両請求とも棄却した。原審・ケルン高裁は、主たる請求につき、父子関係鑑定が契約の対象になるか疑問である、遺伝学検査の同意は、契約による拘束になじまない、極めて一身専属的な情報に関する自己決定権にかかわるとして、被告 Y₁ が鑑定に服する義務はない、また、予備的請求については、なぜ認知が間違っていたのか、十分に具体化し、証拠に基づく陳述がない、連邦裁〇五年判決の第一・第二事件の原審の判示を指摘しながら、秘密に収集された鑑定の場合の拒絶が安易に回避されるとして、匿名の電話では父子関係を否定する事情の陳述としては足りないとして、X の控訴を棄却した (FamRZ 2004, S. 1987f.)。連邦裁は、つぎのように判示して、X からの上告を棄却している。

連邦裁は、高裁が父子鑑定の実施についての被告 Y₁ らの法律上の義務を否定したのは、正当であるとする。①ドイツ法は、自分の身体の遺伝的資料を提供する、鑑定人に委ねて血縁関係の確認を委ねるといふ法律上の義務を知らない。仮に訴えの申立てを、もっぱら、そうした資料の採取および調査に服することが要求されているという意味に解したとしても、変わりはない。②民訴法三七二条 a によると、そのような服従義務が生ずるのは、裁判所の証拠調べの命令の枠内において、それが必要であり、かつ関係者および証言拒絶権を有する者 (民訴法三八三条一号から三号にあげられた者) に要求しうる場合に、その限度においてである。本件では、そのような裁判所の証拠調べの命令は行われていない、とする。

(6) 私鑑定としてのDNA鑑定に関する連邦裁判例の考え方をまとめておくと、①否認原告が提出した右DNA鑑定は、「当事者の事実申立て」の一部とみるのが有力である(連邦裁〇六年三月一日判決)が、「証拠方法」とも解する判例もある(連邦裁〇五年十二月一日判決)。②しかし、右DNA鑑定は、合理性審査のために否認原告が提出すべき「根拠のある最初の疑い」に適さない(連邦裁〇六年三月一日判決)。③ただし、そうしたDNA鑑定を基礎に、事実審裁判所が職権により自ら鑑定を実施したときは、訴えは合理性があるものとみなされる。職権証拠調べの結果は、自由心証主義によりしん酌することができる(連邦裁〇六年三月一日判決)。④父子鑑定を実施する旨の訴訟外の合意は、訴訟上、それに服すべき法律上の義務を基礎つけない(連邦裁〇六年二月六日判決)。

(1) D. Twisina, *Sachversandigenbeweis im deutschen und englischen Zivilprozess*, 2005, S. 87, 135ff.

(2) たとえば、つぎのようなケースである。①消費貸借契約に基づく貸金返還請求事件で、被告が抵当権設定証書のサインの真正に関する書面鑑定(筆跡鑑定)を提出した例(連邦裁一九八二年五月二十七日判決。NJW-RR1982, S. 287ff)。②交通事故に基づく加害者の将来の補償請求義務の確認請求訴訟で、双方当事者がそれぞれ整形外科医の鑑定意見書を提出した例(連邦裁一九九三年九月二十九日判決。NJW-RR1994, S. 255f)。③交通事故による肉体的・精神的苦痛に対する損害賠償請求訴訟で、被害者が医師の鑑定書を提出した例(連邦裁二〇〇〇年一月一日判決。NJW2001, S. 77f) などである。

(3) 私鑑定に基づく原状回復の訴え(民訴法六四一条1)に関する連邦裁判例は、豊田・再審の訴え修道二三卷二号二七二頁の表参照。たとえば、血清学鑑定、生殖能力の鑑定、懐胎期間の鑑定がある。

(4) 裁判上の鑑定人による正規の鑑定と比較して私鑑定の問題点の分析として、木川統一郎「別件訴訟における裁判上の鑑定意見が書証として提出された場合の取扱いについて」判タ一〇七九号二九頁以下参照。私鑑定全般について、福永清貴「私鑑定の証拠法上の取扱い」早法七三卷一号二一五頁以下参照。

- (5) Hrg. von A. P. F. Ehlers/W. Pörringer, *Medizinisches Gutachten im Prozess*, 3. Aufl., 2005, Kp. 6, Rn. 396, S. 141.
- (6) C. Huber, Anmerkung zu OLG Celle Urt. v. 29. 10. 2003, FamRZ 2004, S. 825f. 高名な法医学者が少く前々私鑑定が増加傾向を指摘している。K. Hummel, Zur Frage der Beachtung gesetzlicher Kostenvorschriften für richtlinienkonforme Sachverständigen-gutachten in Fällen strittiger Abstammung, DAVorm 1999, S. 1人々が親子関係に疑いが生じたとき、生かすのも困難になる人がいる。そこでそうした疑いを解明するために弁護士や裁判所を訪れるかどうかは、事案にもよるが、特に当人の法的地位と疑いを解明するのに必要な費用の額に左右される。したがって、裁判所における解明を断念して、訴訟外で私鑑定に委ねるという方法も、それなりの十分な理由がある。と。A. Reichelt/A. Schmidt/J. Schmidke, Zulässigkeit und gerichtliche Verwertbarkeit privat veranlaßter Abstammungsgutachten, FamRZ 1995, S. 777.
- (7) C. Bohmert, Zur Zulässigkeit privater Vaterschaftstests, FPR 2002, S. 383; C. Rittner/N. Rittner, Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung – Eine rechtliche Grauzone, NJW 2002, S. 1745.
- (8) Hummel, DAVorm 1999, S. 736 費用の低減を予測している。
- (9) D. Mutschler, Können Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten die Wahrheitsfindung im gerichtlichen Verfahren, insbesondere in Kindschaftsachen, erleichtern?, FamRZ 1995, S. 842.
- (10) D. Krause/W. Martin/R. Hesse, Heimlichen Abstammungsgutachten, DAVorm 2000, S. 817f.
- (11) この判決については、豊田・職権探知主義(二注28)で検討している。
- (12) 民訴法三七二条aの適用にあたり、証拠申立ての理由を提示するかどうかについては、下級審判例において争いがある。豊田・ドイツ父子関係訴訟五六九頁参照。
- (13) Stein/Jonas/D. Leipold, ZPO, Bd. 2, Teilbd. 2 §§300-510b, 20. Aufl., 1989, vor §402, IV2, rn. 56, S. 15; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 16. Aufl., 2004, §120 II 4, Rn. 14, S. 839; O. Jaureñig, ZPR, 28. Aufl., 2003, §54 I, S. 224; Bumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 62. Aufl., 2004, übers §402, Rn. 21, S. 1474 usw.

- (14) ドイツ法のこの問題に関する議論の詳細については、中野貞一郎『民事手続の現在問題』一七八頁以下(判夕社、一九八九年)参照。
- (15) BGHZ 98, S. 32ff, 40=NJW 1986, S. 3077ff.
- (16) 連邦裁一九八二年五月二七日判決(NJW-RR 1982, S. 2874ff)・連邦裁一九九三年二月二九日判決(NJW-RR 1994, S. 255f)・連邦裁二〇〇〇年一〇月一〇日判決(NJW 2001, S. 77f)。
- (17) Wellenhofer, FamRZ 2005, S. 668.

(以下、次号に続く)