

# 秘密に収集されたDNA鑑定の訴訟上の利用(三)

——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 相手方に秘密に収集された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、三〇卷一号)
- 四 違法に収集されたDNA鑑定の訴訟上の利用可能性
  - 1 違法収集証拠理論の適用の是認
  - 2 子の一般的人格権と父の父子関係不存在確認の利益(以上、三〇卷二号)
  - 3 違法に収集された当事者の事実申立て
  - 4 小括(以上、本号)

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

#### 四 違法に収集されたDNA鑑定の訴訟上の利用可能性

##### 3 違法に収集された当事者の事実申立て

(1) 事実申立ての評価禁止 本件連邦裁は、判旨(2)(b)部分で、訴えの合理性の問題に関連して、秘密に収集されたDNA鑑定は、父子関係の否認訴訟の証拠方法としてだけでなく、当事者の申立て (Parteivortrag) としても利用できないと判示している(三〇卷一号九二頁。この点については、前掲三二(4)一号一〇二頁以下も参照)。その際に、本件判旨は、第一事件の原審・ツエレエ高裁が示したのと同様に、事実申立て後には、血縁鑑定(民訴法三七二条aによる強制的な措置を含む)が実施されるのが通常であるとの一般的な手続推移を理由にあげて、違法収集証拠理論を先取って適用することとを是認した(前掲三二(4)(a)参照)のか、必ずしもその判旨からは明確といえない。しかし、連邦裁が本件DNA鑑定を証拠方法と指摘したのは、従来の実務の扱いに追従しただけでなく、違法収集証拠理論を適用する意図であったと解するのが素直に思える。ただし連邦裁は、その後二〇〇六年三月一日判決 (FamRZ 2006, S. 686ff.=MDR2006, S. 171f.) において、本件のような血縁鑑定を、父子関係否認の訴えの合理性を導く「当事者の申立て」と判示しており、この点では本件判旨との関係が必ずしもはつきりしない。それとも、後掲の学説(A・ステイリアニディス)のように、その両方の属性を考えているのだろうか。なお、連邦憲法裁〇七年判決は、本件鑑定を「証拠方法」と述べているが(四二(4)(d)(v)、修道三〇卷二号二六九頁参照)、これは、連邦裁〇五年判決の判旨をそのまま引用したことによるものであろう。

(a) 学説の議論をみると、上述したようにベレンホッフアー (M. Wellenhofer) がこの点を批判している。<sup>(54)</sup> (i) DNA鑑定は、本案の問題についての証拠方法として提出されたものではなく、訴えの申立ての具体化に当って原告を助力するためのものである。鑑定の指摘は、証拠方法の提出ではなく、訴えの合理性のための書面にされた当事者の申立てにほかならない。有理性のある申立てだけでなく、そのための証拠申出もまた当事者に要求される場合は、裁判所は遅くとも証拠調べの際に違法に収集された証拠方法に面して、ケースによってはそれを利用できないとして却下しなければならない。事実申立ての利用可能性について、考える必要はない。(ii) しかし、父子関係の否認事件においてはもっぱら事実申立てしかないため、証拠利用禁止がそこに及ぶかが問題になる。連邦裁〇五年はそれをあつさり肯定しているが、民訴法は事実申立ての禁止 (Sachvortragsverbot) を知るところではない。かえって当事者の自由および自己責任の原則が妥当し、また職権探知主義が適用されるところでも、裁判所は申立てのあった事実をすべて承知したうえで、評価しなければならない。その限りで、当事者の申立ては評価し得るか否かではなく、裁判所は単にそれを知ったうえで、取り扱わなければならないのである。したがって、当事者の申立てと証拠調べ・証拠評価は区別しなければならず、証拠利用禁止に適用される理論を当事者申立てに転用するとなれば、少なくともそのための正当化が必要である。

(iii) ところが父子関係否認事件ではそれがはつきりせず、当事者申立てをしん酌することで人格権侵害が続くという見解 (カールスルーエ高裁) がみられるが、そもそも父子関係否認訴訟においては、裁判所はここで問題となっている情報をいずれにしても職権によっても調査できるし、また調査しなければならぬことが看過されている。医学鑑定によって血縁問題について証拠調べが行われるときは、どうしても子の人格権侵害が生ずる結果にならざるをえない。そのうえ子は強制鑑定の規定 (民訴法三七二条 a。なお、その法文は、後述するように、二〇〇八年のいわゆる家庭非訟事件手続改革

法によって改正され、現在は同改革法一七八条一項・二項と同じ表現になっている。4 (3)(c)ウ参照、三七頁）によって必要な身体的検査を受忍しなければならないのであって、その限りでは一般的な期待可能性の審査も行われない。右規定の利益衡量のための連結点は、立法者の検査義務という基本的な決定であり、血縁関係を解明する利益が、一般的に相手方当事者の単なる防衛または秘密保持の利益に優先していると考えるべきである。それゆえに、検査の不利益的な効果から検査の拒絶権を導くことはできないのであって、疑父に対する扶養料請求権の喪失という形で現れる経済的不利益と同様に、夫との血縁関係の不存在が確認されるという危惧についても、同じことがいえる。さらにまた夫婦に争いが生じたり、家庭の平和が脅かされるという事情も、検査を期待不可能なものにすることにほならないのである。(iv)したがって、否認原告に申立ての合理性のために秘密の血縁鑑定の援用を禁じた場合、裁判所はいずれにしてもまさにその訴訟で自ら職権で調査し、合法的に調査しうる事実やデータの主張を禁ずる結果となつて、絶対に有意義とはいえない。

以上のように述べて、ベレンホッフアー説は、(v)職権で行われるべき血縁鑑定について法律上の障害がなく、かつ民法法三七二条aに基づく強制鑑定によつて人格権侵害の可能性があるならば、当事者は少なくともそれに応じた私鑑定の提出を認めてよいと考える。以上の特別な事情のもとでは、人格権の保護目的は申立ての利用禁止という形で訴訟上のサンクションを要請するものではない。そして、原審のツエレエ高裁が、当事者申立ての利用禁止を基礎づけるため、原告は違法収集鑑定がなければ、裁判手続を開始させることができなかったと判示している点を批判して、そもそも合理性のある最初の疑いを要請する詳細説自体が、民訴法上も民法上も根拠がないのである。仮にその説にとどまるならば、本案の申立ての枠内で、原告に秘密の鑑定の援用を許さなければならない。鑑定の援用だけでは、基本権の重大な侵害に結びつかないと述べる。

(2) 学説の議論    ベレンホッフア<sup>55</sup>説が右に指摘する、訴えの申立てに違法収集証拠理論を適用できるかという問題に関しては、本判決以前にも若干の研究がみられる。

(a) ハイネマン (J. Heinemann) は、「違法に収集された事実申立て」と題する論文で、この問題を検討している。(i) 考察の手掛かりは、カールスルーエ高裁二〇〇〇年二月二十五日判決 (NJW 2000, S. 1577=MDR 2000, S. 847) である。これは、被告Yがその職務上知った原告X夫婦の事情を、Xの当時の隣人A夫婦に洩らしたとして、XからYに対して慰謝料および名誉毀損の発言の差止めと撤回が請求されたという事案である。Yは漏洩の事実を認めたが、職務上の秘密事項までは含まれないと反論した。問題となったのは、この事件の請求の前提として、Xが、会話の盗み聞きとメモ書きという違法な方法によって、Y・A夫婦の洩らした会話の内容を知ったのではないかという点である。第一審は、Xの緊急弁護士付添いの申立て(民訴法七八条b第一項)を却下して訴えを却下し、カールスルーエ高裁もXの控訴を棄却した。

カールスルーエ高裁は、①発言の撤回・差止請求権が存在しないと判示する際に、Xの主張はYとA夫婦の会話を逐語的に再現しており、何らかの技術的手段を用いて会話を盗み聞きたか、記録化したことが推測されると指摘して、違法に入手した会話の利用問題については、違法収集証拠に関する折衷説(実体法上違法に収集された証拠方法をすべて強行的に訴訟上利用できないとはせず、証拠調べの結果によって憲法上保護された人格権が侵害され、かつ例外的に財産的価値の比較衡量を通じて利用を正当化することができないときに初めて、証拠利用の禁止という前提に立つことができる)に従って解決するとする。証拠利用の禁止 (Beweisverwertungsverbot) の存在は民事手続でも憲法から導かれ、特に第三者の人格権侵害のもとで証拠方法が取得された場合に、訴訟上の証拠利用の禁止が適用される。電話会話の不当な盗聴や記録化がそれであり、不適法に得られた知識が利用されることで、盗聴を受けた者の人格権侵害が続くだけでなく、より

増強される。②本件では、Yが隣人夫婦AにXとその妻のことを話したことについては争ってなく、その話が差止めの対象でもあって、違法な知識の取得はXが民事手続においてそれを申立てとして利用することを禁止する。憲法から導かれた証拠利用の禁止は、違法に取得した状態の利用を不適法とする一般的法原則の現れであり、違法行為に対する制裁でもある。この証拠利用禁止は、その保護目的および機能からみて、人格権を侵害して取得した知識を証拠調べの対象にできるかという問題だけでなく、当事者が申し立てた事実資料をしん酌できるかという問題にも適用される。そうした盗み聞き行為の結果についての申立てをしん酌することで、憲法上保護されたYの人格権の違法な侵害が続くことになるからである。

(ii) カールスルーエ高裁の右判旨②部分は、秘密に実施・収集されたDNA鑑定を、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する本件連邦裁〇五年判決(2)(b)参照。修道法学三〇巻一号九二頁)と同じ考え方を示しているが、この判旨に対しては一部で批判がみられる。まず高名な裁判官であるシュナイダー(E. Schneider)<sup>(56)</sup>は、原告による当事者の申立ての考慮についても証拠利用禁止から導く考え方は、法律上、根拠がないと批判する。<sup>(56)</sup>①民法訴訟法は主張禁止を知らず、真実になかった申立てをするようにとの制裁なき要請(民法一三八条一項)しか知らない。右判旨の考え方は、中立的な証人や文書によって事後的に証明できる場合にも、申立てが禁止されるという不当な結果を生ずる。憲法に違反した申立ての無視により、真実に反した判決がなされる不当な結果となる。②特定の、かつ明確な要件が法定されている場合にのみそれは許されるが、本件でその要件はない。事案の解決としては、YがXの主張を争っていない以上、証拠調べの必要はなく、裁判所は争いのない事実に基づき裁判しなければならなかったとする。

(iii) ハイネマンも、<sup>(57)</sup>①カールスルーエ高裁がとる事実申立ての評価禁止という考え方は、理論的にもまた法治国家の民訴

手続の観点からも受け入れられないと批判する。それはドイツ民訴法の知らない考え方であり、裁判所が当事者の申立てを聴取してはならないという意味での、評価をしないということはありえない。本件のように事実関係は相手方Yが白白しているのとみられる場合には、いっそのことそうであり、裁判所は争いのない事実拘束され、その事実を疑って証拠を要求したり、裁量で自由事実について裁判をすることはできない。②事実申立ての評価禁止の考え方は、処分権主義や弁論主義という基本原則を崩し、当事者の法的審尋の原則（基本法一〇三条一項）を制限することになる。証拠評価のみが裁判官の自由な裁量に服し、証拠調べが相手方の一般的人格権を侵害する限りでは、裁判所は証拠調べをしてはならない。しかしそこから逆推して、事実資料についても同様に考えるのは、事実申立てと証拠の評価の違いをなくし、事実資料について証拠評価を先取ることになる。裁判所を拘束する事実申立てと裁判官の自由な評価に服する証拠申出は、はっきり区別しておく必要がある。

③そこでこの説は、<sup>(58)</sup>第一に、被告Yの会話の相手Aの証人尋問の利用可能性（証拠評価禁止）について検討する。まずYの人格権侵害を理由とする評価禁止の考え方ではなく、裁判所は、会話の相手方である証人Aへの尋問が新たに人格権の侵害になるか、侵害するときは、比較衡量によってXの名誉を保護する利益がAの人格権の利益に凌駕するか否かを検討すべきである。右事案ではAの証言は自らの会話内容ではなく、Yのそれを対象とする点で、人格権の新たな侵害が認められるかは疑問であり、私的な知見の秘密保持は証言拒絶権によって守られる。対立利益は同順位であり、高裁はAの証人尋問をすべきであった。

第二に、事実申立ての評価禁止（Sachvortagsverwertungsverbot）については、(ア)Yが違法に収集された事実申立てを争った場合、Xは証拠申出をしなければならないが、それが違法収集証拠であれば、Yは証拠評価禁止原則により保護さ

れる。(イ)Yが真実義務(民訴法一三八条一項)に従って争わなかった場合、真実義務と被告の一般的人格権が衝突する。そこで訴訟上の真実義務によるべきであるが、その限界線は期待可能性と信義則におかれる。右事案でYに犯罪事実の告訴は期待できず、一般的人格権が侵害される質問には嘘をつく権利が実体法上認められる。そこでYは、人格権を侵害する事実申立てには、真実義務に従って答えずにむしろ争い、原告に利用できる証拠方法によって証拠申出をするように強制すべきである。

第三に、右事案のようにYが違法に収集された事実申立てを認めた場合は、それ以上Yを保護すべき理由はない。Yは、裁判所が原告の事実申立てを裁判の基礎におくことに同意したのであり、高裁がXの事実申立てを評価しなかったのは不当である。

(iv)ツエラーのコンメンタール<sup>(59)</sup>が、右ハインマン説を引用して、当事者の一方が、可罰的な方法または人格権を侵害する方法で入手した情報を申し立てているときは、相手方はそれを争ってよいのである、さもないと違法収集証拠理論が機能を果たせなくなる旨指摘している。しかし、事実申立ての評価禁止という見方には納得できなとする見解もある。<sup>(60)</sup>

思うに、事実申立ての評価禁止の観点からのこれら批判説も、その根拠を当該訴訟において然るべく有する証拠価値にみたり(ヴェレンホッフアール説)、あるいは弁論主義を重視する(ハインマン説)などニュアンスに違いがあるが、確かにハインマン説がいうように、事実申立ての評価禁止(裁判所は「採り上げない」という意味であろう)という考え方は、訴訟資料についての弁論主義の考え方と抵触するという指摘は正当と思われる。また手続の推移から見ると、違法収集証拠理論の適用範囲は、本来、当事者の証拠申出に対して裁判所が証拠決定をすべき段階であり、将来の証拠調べの進展を配慮してすでに事実申立ての段階から先取ってその適用を認めてよいというのはその適用範囲を逸脱することにならない



かと思われる。ベレンホッフア説のあげる根拠論によれば、決定的な証拠は常にはずせないという結論にならざるをえないように思われるが、それでよいかはなお疑問が残る。

他方で、判例が違法収集証拠理論について折衷説を採っている点を考えると、右判旨の趣旨は、事実申立ての段階から、基本法で保障された人格権の侵害をその侵害を正当化しうる利益と比較衡量しようというものであると解することができないだろうか。もちろん批判説がいうように、弁論主義の原則にたつ民事訴訟において裁判所が事実申立ての段階からそうした審査を安易にすることは慎重を要するにしても、訴状には、任意的記載事項であるが、請求を基礎づける事実および証拠方法が記載される<sup>(6)</sup>（民訴法二五三条四項。日本法では民訴規則五三条一項に相応する規定であろう）点も考えると、右判旨はすでに事実申立ての段階からそうした利益衡量を行うことを明らかにしたものであるという見方もできるように思える。仮にこの見方が成り立つとすれば、判例は、違法収集証拠理論も含めて、より上位の価値として人格権の侵害を監視しようという考え方にたっていると解することができないだろうか。このような視点によると、違法収集証拠理論もその一適用例にすぎないことになろう。

右議論をこれ以上検討する蓄積も余裕もないが、これらの批判説に従うと、本件の解決方法はつぎのようになると思われる。すなわち、連邦裁〇五年判決やカールスルーエ高裁とは異なり、裁判所は、被告の同意なく実施された否認原告の訴えの申立てに基づき本案手続を開始すべきであるが、被告はそうした否認原告の事実申立て、つまり父子関係の否認の主張を争ってよい。そこで否認原告が立証のため当該DNA鑑定を提出してきたときは、被告は人格権侵害を理由とする証拠評価禁止理論によって当該証拠申出を却下に導くことができる。

- (b) A・ステイリアニディス (A. Stylianidis) は、子または監護権をもつ母の同意なく行われたDNA解析は、父

子関係否認訴訟において証拠方法としても、また事実申立てとしても利用することはできない、裁判所がそれを利用した場合、子の人格権を改めて侵害することになると解する。<sup>(62)</sup>この説は、DNA鑑定に証拠方法と事実申立ての両方の属性を認めている点が注目される。またこの説は、訴訟上だけでなく訴訟外でもその法的効果（子の法的救済策）を検討している。

この説によると、(i) 子関係否認訴訟で、否認原告である父は、自分が子の父ではないことの証明責任を負い、私鑑定はそのための証拠として用いられる。証拠申出において、原則として私鑑定は証拠方法として訴訟に提出されるが、それは、鑑定（民訴法四〇二条）ではなく、書証（民訴法四一五条以下）である。裁判所がこの鑑定を利用するには子または監護権者の同意が必要であるが、この種の鑑定はこの要件を満たしていない。仮に子（監護権者）の同意を不要と考えるにしても、子が裁判所に鑑定の申立てをするときは、裁判所は書証の証拠調べを中止し、その鑑定の申立てに応じなければならぬ。裁判所は当事者の証拠申出を拒否してはならないが（民訴法二八六条、基本法一〇三条一項）、それを拒否すべき手続法または証拠法上の理由があるときは、職権探知主義の手続でもそれを拒否することができる。

この説は、証拠申出の却下基準として刑訴法二四四条三項<sup>(64)</sup>を参照して、私鑑定は事実問題の解明、つまり父子関係の存在を証明するのに適切とはいえないとする。ただし、不適切を理由とする却下は例外的な場合に限るべきである。否認原告の生物学的な父子関係は、父子鑑定が検査を受ける者の同一性を確認している場合にのみ証明される。しかし、秘密の私的なDNA鑑定は、依頼者から検査試料が調査機関に郵送されることが多く、子の同意書がないときは、依頼者である夫の名前だけが記されている。裁判官はそのような鑑定に基づき、子と父との血縁関係を判断することはできない。この点につき、夫は他人の試料の解析に関心はなく、試料の確実性は保障されているとの反論があるが、それは説得力を欠

いている。裁判所は、確実性に接した蓋然性をもって血縁関係の存否を認定しなければならず、その心証の程度からして、同一性の確認を欠く私鑑定は証拠方法として不適切である（事実上の理由<sup>(65)</sup>）。

(ii) 子の遺伝子試料が、違法な方法で取得し利用されている。①DNA解析の実施は基本法二条一項・一条一項で保障された情報に関する自己決定権、連邦データ保護法（BDSG）四条（個人データの調査・加工・利用の適法性）および二九条（引渡しを目的とした業務上のデータの調査・蓄積）、子の一般的人格権に違反している。証拠調べが不適法な場合、証拠申出は却下しなければならないが（刑訴法二四四条三項一文）、ここでは証拠方法の取得ではなく、証拠調べの実施が問題にされている。基本法は司法を直接に拘束し（基本法一条三項）、法治国家は手続形成の義務を負う。法治国家原理と基本法二条一項（他人の権利の不可侵と人格の自由な発展を目的とする権利）から裁判手続、特に証拠法の要請が導かれる。秘密の父子鑑定の利用は、情報に関する自己決定権（基本法二条一項・一条一項）に再び違反する。証拠調べの際の利益衡量によっても父子関係を知る父の利益は保護されない。鑑定の利用を認めないからといって、訴えは直ちに棄却されず、職権探知主義の手続では、裁判所は新たなDNA鑑定の実施を命ずるのが通常であり、子の情報に関する自己決定権（基本法二条一項・一条一項）の侵害は、強制鑑定（民訴法三七二条a）によって正当化される（法的な理由<sup>(66)</sup>）。

(iii) この説によれば、血縁関係を争う否認原告は、証拠調べの必要を生じさせる事情を申し立てなければならない、つまり父子関係の不存在を思わせる具体的な手掛かりを提出しなければならない。否認原告が懐胎期間中の妻の不貞を知って、その決定的手掛かりとなる事実を主張しておれば、それで足りる。否認原告が父子関係を否定する私鑑定を指示している場合、それは事実申立てと解される。そして手続要請は、判決発見や証拠法に適用されるだけでなく、訴訟全体を通じて裁判所を拘束するとの考え方にたつて、この説は、違法に収集された証拠結果の利用可能性と、違法に取得された事実申

立てを基礎におくことに決定的違いはなく、したがって証拠法の原則は事実申立ての利用可能性に適用されると解する。この際に第一事件のツェレエ高裁が参照されている。そうすると、否認原告は違法に収集された私鑑定を証拠調べの実施を求める事情として引用することはできないし、裁判所は、そのような私鑑定の結果以外の事情によって父子関係の推定（民法一六〇〇条c）を疑問に思うときのみ、否認原告の血縁鑑定収集の証拠申出に応じてよい。

(iv) この説は、文献上は少数説と思われるが、訴えの合理性問題では判例の詳細説にくみする。<sup>(68)</sup> 最初の疑いは、血縁関係の不存在の証明まで必要なく、子と他男との血縁関係の可能性がまったくありえないことを示せば足りる。否認原告が、母の多数関係を示唆する証言をすること、それは基礎づけられる、当該人物の試料によって鑑定を行う旨申し立てておれば、それで足りると解する。<sup>(69)</sup>

(v) なお訴訟外の領域について、この説によると、調査機関は、調査機関による個人データの保護法益規定である連邦データ保護法一四条一項（データの蓄積・加工・利用）および同法二九条（引渡しを目的とした業務上のデータの調査・蓄積）<sup>(70)</sup>とともに、民法八二三条二項（他人の保護を目的とする法律に違反した者が負うべき損害賠償義務）の適用を受けると解する。<sup>(71)</sup>

(c) ライヘンバッハ (S. B. Reichenbach 裁判官の肩書) も、本件連邦裁〇五年判決についての論考の冒頭で、これを、違法に収集された証拠方法の利用可能性の問題ではなく、違法に収集された情報ないし事実申立ての利用可能性の問題である、たとえば盗聴装置、電話の盗聴、ビデオ監視など人の人格領域に触れるような方法で情報が収集されるケースであると指摘する。<sup>(72)</sup>

この説によると、(i) 父子関係の否認の訴え（民法一五九九条）は、原告から血縁関係の不存在という申立てがあれば訴

訟物の特定としては十分であり、裁判所は直ちに証拠調べをしてよいはずなのに、連邦裁一九九八年判決が訴えの有理性につき詳細説を採用したことが問題の直接の原因であるとして、詳細説を批判する。裁判所は裁判に当たり当事者の重要な事実申立てをしん酌すべき義務があるが、それは当事者の法的審尋を受ける権利（基本法一〇三条一項）、ひいては司法行為請求権から導かれる。(ii) 違法に収集された事実申立ての利用可能性の問題は民事訴訟の問題であり、その解答は民法から導くべきであるが、民法に禁止規定はない。証拠方法の禁止問題（違法収集証拠）では信義則説が成功しているが、信義則は特別な規定がない場合にのみ依拠しうる補充的意義しかもたない。この説は、連邦裁が違法収集証拠の問題と同様にここでも一般的人格権（基本法一条一項・二条一項）に依拠している点を批判して、裁判官は基本法のみならず、単行法（*einfaches Gesetz*）にも拘束され、憲法の拘束は第一次的には単行法の仲介による、むしろ効力順位と異なり、適用順位については単行法が優先すると考えるべきである。そうすると利用禁止の根拠は、基本法ではなく、民事法上の差止請求権におくべきであると解する。

(iii) 本件の問題は、裁判所の高権行為の効果ではなく、相手方当事者の法領域（人格権）への侵害であり、対立当事者の私的自治行為によるものである。そして侵害行為は私法の差止メカニズムに服する。その場合に、不法行為の規定（民法八二三条以下）を補充するものとして、その他の権利・利益の侵害に対する一般的な消極的権利保護（*actio quasi negatoria*）が情報利用禁止の単行法上の根拠として考えられる。情報の入手行為と利用行為のうち、情報の利用、つまり訴訟上の当該事実の利用行為を連結点とみる。そこでこの説は、侵害された相手方当事者の防御要求の根拠は、ドイツ民法一〇〇四条一項による所有権に基づく妨害排除請求権<sup>(73)</sup>二項による差止請求権ではなく—である—と解する。当事者はこれにより秘密のDNA解析という違法に取得された情報の利用を阻止することができるし、主張責任のある当事者はその援助を得

て申立てを具体化し、要求を合理性あるものにすることはできない。その基準時は、口頭弁論の終結時である。したがって、否認訴訟で訴えられた被告は、抗弁という方法で原告の事実申立ての不適法を主張すればよいのであり、別訴や仮の権利保護によって主張する必要はない。<sup>(74)</sup>

この説は、違法に収集した情報または違法に取得した事実の申立てを訴訟上利用する行為を私的自治への侵害行為として、否認原告の請求に対する被告からの抗弁構成による所有権に基づく妨害排除請求権（Abwehranspruch 民法一〇〇四条一項）の主張を考えている点<sup>(75)</sup>で、もっぱら訴訟法的観点から否認原告の訴訟行為を制限しようと考ええる前掲学説と基本的なアプローチの違いを示している。ただしこの説は、子の情報に関する自己決定権と父子関係の存否を知る父の権利は同順位で対立しているとみて、その判断のためにはすべての重要な事情を比較衡量する必要があると考えている。たとえば、子の年齢や精神状態、子と父の社会的な結びつきの態様やその強度、血縁関係に関する争いの財産法的な背景などである。<sup>(76)</sup>

この説に対するドイツ法の議論については検討できていないが、ひとつ疑問を呈すると、この説は父が取得した鑑定試料は子の所有に属することを前提にしているように思われる。しかし本件のDNA鑑定に用いられた鑑定試料である子の囁んだチューインガム（第一事件）や子の頭皮から抜け落ちた毛髪（第二事件）が、依然として子の所有物といえるだろうか。確かに、頭皮から無理やり抜いた毛髪についてはなお子の所有権が認められるかもしれないが、本件のような鑑定試料については、所有権の放棄があった、または無主物になったとみて、子の所有権を否定する見解<sup>(78)</sup>がみられるのである。筆者もこれには同感であり、そうすると所有権を基礎にした理論構成は必ずしもすべてのケースに適用できるとはいえない

いのであるまいか。

#### 4 小 括

(1) 本件連邦裁○五年判決によると、①父子関係否認訴訟においては、連邦裁判例（九八年判決、○三年判決）の採用する訴えの合理性についての詳細説に従って、否認原告は「最初の疑い」を示す必要がある。しかし、秘密に実施・収集されたDNA鑑定は、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。②そうした鑑定は、情報に関する自己決定権の形で現れる被告・子の人格権（基本法一条一項、二条一項）を侵害しており、否認手続において子または法定代理人の意思に反して、利用することはできない。合理性審査のためのその利用は、子の人格権および情報に関する自己決定権に対する新たな違反になる。連邦裁判例は、違法収集証拠に関する折衷説をこの問題においても適用して、人格権侵害を理由に秘密に実施・収集されたDNA鑑定は訴訟上利用できないとの考え方にたつ。

(2) つづいて連邦憲法裁○七年判決は、血縁関係を説明するための新たな手続を創設するように立法者に要求する一方で、右連邦裁○五年の右判旨は正当であると判示している。これに対し学説は、基本的には、子の福祉を重視するか、それとも真実の血縁関係を知る父の権利を重視するかで、連邦裁判例に対する評価は分かれている。

違法収集証拠理論の射程を父子関係否認訴訟の当事者の事実申立てにまで及ぼすか否かという問題について、連邦裁○五年判決はそれを肯定しているが、学説の一部では批判的な見解がみられる。批判説は、問題をなお違法収集証拠理論の枠内で考慮する方向（ハイネマン説）、血縁関係の解明というこの種の訴訟でDNA鑑定がもつ特性を重視して、そのような私鑑定も許容すべきであるとする説（ヴレンホッフアー説）、民法上の妨害排除請求権に基づく抗弁構成を考える説



(ライヘンバッハ説) などそのアプローチはさまざまである。連邦裁判例のとり、合理性審査におけるいわゆる詳細説に對して、学説の批判は多い。詳細説による否認訴訟の壁を乗り越えるためには、否認原告は秘密にDNA鑑定を収集せざるを得ないのである、と。

(3) ところで本稿は、筆者の後述したような事情によりしばらく執筆することができなかったが、その間にドイツの立法者は、「大家庭裁判所 (Große Familiengericht)」の設置構想という標語からもうかがえるが、本稿のテーマも含めて家族法の分野で注目すべき大きな法改革を行っている。残念ながら、いまそれらの法改革全体を鳥瞰するだけの能力も準備もないが、本稿に関連すると思われる重要な改革点について、筆者が理解できた範囲で若干に補充しておきたいと思う。

① 第一に、上述したように連邦憲法裁〇七年判決が立法者に二〇〇八年三月三十一日までの期限を定めて、子との血縁關係を知る父の權利を具体的に実現するための手続を設けるように要求していたが、それに応じて、立法者は、法律上の父子關係を切断する法的効果を生ずる父子關係の否認訴訟手続 (民法一五九条から一六〇条cまで、民訴法旧六四〇条二項四号) とは別に、もっぱら子との血縁關係を解明するための手続規定 (民法一五九条a) を民法中に新しく定めた (BGBl I 2008, S. 441ff. 二〇〇八年四月一日施行)。② 第二に、立法者は、ドイツにおいて民間機関による秘密の (同意のない) DNA鑑定が業務として盛行している近時の状況に對処するため、遺伝子による血縁検査の実施に當って子またはその代理人の同意を必要とし、それに違反して検査を実施した者 (民間機関を含む) に対しては刑事罰を科すという内容の二〇〇九年七月三十一日の「人間の遺伝子検査に関する法律 (いわゆる遺伝子診断法 (Gendiagnostikgesetz-GendiG) BGBl I 2009, S. 2529ff. 二〇一〇年二月一日施行)」を制定した。③ 以上の法改革が本稿のテーマと直接に関連するものであるの對し、第三の法改革は親子の血縁問題だけでなく、むしろ家事事件全般に関連するものであるが、立法者は、民事訴訟



法第六編の「家庭事件の手續」に関する規定（六〇六条から六六一条まで）を全面的に削除するとともに、一八九八年五月一七日の非訟事件手續法（RGBl, S. 189, 一九〇〇年一月一日施行）を全面的に改正して現代化した単独の法典としてまとめた、二〇〇八年十二月一七日の「家庭事件および非訟事件の手續に関する法律（Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. その略称として、家庭非訟事件手續改革法（FGG-Reformgesetz）, BGBl I 2008, S. 2586ff. 二〇〇九年九月一日施行）」を制定した。このいわゆる家庭非訟事件手續改革法は長年の要請である「家庭裁判所」構想を実現するものであると評されている。<sup>(80)</sup>これにより、本稿で取り上げている父子関係の否認訴訟（民法一五九条から一六〇条c）も、いまやその呼称は「父子関係の否認手續」と変更され、右家庭非訟事件手續改革法の規定（一六九条から一八五条まで、および一条以下の総則規定）が適用される事件として改正されている。訴訟事件の非訟化といえよう。

(a) 連邦憲法裁二〇〇七年判決による違憲判決（修道三〇巻二号二六七頁以下参照）を受けて、立法者は、二〇〇八年三月二六日の「父子関係否認手續と独立した父子関係の解明についての法律（Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren）」（BGBl I 2008, S. 441ff.）によって、生物学上の父子関係を解明するための新しい手續に関する規定（民法一五九条a）を導入した（二〇〇八年四月一日より施行）。連邦憲法裁〇七年判決は、秘密に収集したDNA鑑定 of 訴訟上の利用を禁じた連邦裁〇五年判決を維持したが、基本法二条一項（人格の自由な発展を求める権利）・一条一項（人間の尊厳の保護）は、一般的人格権の形成物として、夫について、法律上の子との血縁関係を知らる権利だけでなく、知る権利を実現する権利も保障しており、法律上の父と子との血縁関係を確認するための法的規制をしていない点で、憲法違反があると判示し、訴訟上、血縁関係を解明し確認するための手續を二〇〇八年三月三十一日まで

でに定めるように立法者に命じていた。<sup>(81)</sup>

新設された民法一五九八条aはつぎのような条文である。第一項によると、子の生物学的な父子関係を解明するために、父は母と子に対し、母は父と子に対し、子は両親に対し、それぞれ、遺伝子による血縁関係の検査に同意し、かつ、検査に要する遺伝子試料の採取に従うように請求することができる（一文）。この試料採取は、一般的に承認された学問上の原則に則って行われなければならない（二文）。

これに対し、右同意が得られない場合の手続については第二項が規定しており、説明権限を有する者（第一項に列举された父・子・母）の申立てに基づき、家庭裁判所は、その同意が与えられないことに代えて、試料採取に服するように命じなければならない（二項）。

第三項は未成年の子を保護する規定であり、生物学上の血縁関係の解明が、未成年の子の幸福を重大に侵害するおそれがあり、説明権限を有する者の要求を考慮しても、それが子にとって要求しがたいものであるときは、裁判所は右手続を中止するものとする（三項）。

第四項によると、遺伝子による血縁検査に同意し、かつ遺伝子試料を提供した者は、血縁検査を実施した説明権限を有する者に対し、血縁鑑定の閲覧またはそのコピーの交付を請求することができる（四項一文）。この請求権からの争いについては、家庭裁判所が裁判する（同項二文）。

(i)連邦政府の立法理由書（二〇〇七年七月一日）によると、立法者は、法改正の動機と規定の対象についてつぎのように述べている。<sup>(82)</sup>①人ゲノム（人間の遺伝子）の解読によって、遺伝子による血縁検査の枠内で子の血縁関係を迅速かつ確実に解明することが今日可能になっている。現代の遺伝子学の技術的可能性は民間の研究機関で利用されることが多く

なり、一部では遺伝子学による血縁関係テスト（父子関係テスト）の実施が公に宣伝されている。これらの父子関係テストの依頼者はたいいてい父子関係に疑問を抱いた父であり、子の父の解明を望む母からの検査依頼は少ない。遺伝子検査のためには微量の身体物質（たとえば、毛髪やだ液）で十分であり、それらは容易かつ秘密に入手できるため、遺伝子による血縁検査はしばしば当該人物の知らない間に、その同意なく行われている。②立法者は二件の連邦裁〇五年判決と連邦憲法裁〇七年判決をあげて、現在の法律状態は現代の遺伝子学の可能性を十分に考慮したものではなく、父が子の生物学的由来に疑問をもった場合に、子や母の意思に反して、父子関係の否認手続により血縁問題を解明する以外にないが、それにより争いは激化し、家庭の社会的なきずなは危殆に陥ることになる。そこで当該基本権、特に血縁関係を知る権利と情報に関する自己決定権を適切に調整するために、否認権限を有する者（父、母、子）が、既存の否認手続と関係なく、血縁関係を解明するための法律上の可能性を取得すべきである。これは、連邦憲法裁〇七年判決の立法者に対する提案を考慮したものであり、提出した法規制は、家庭や社会での対話を促し、家庭内の社会的な結束を保護し、裁判所の介入をできるだけ回避しようとするものである。

(ii)立法者はそれにつづけて、現行法の状況をつぎのようにまとめている。①血縁関係という概念は、二人の人間の遺伝子関係を結合させるものであるが、法律は、子が、生物学上の由来と無関係に、法的意味での母ないし父に帰属するとの規定をおいている。身分関係を明確にする狙いであり、特に父子関係に関する争いは許可された身分手続に限定するという趣旨である（権利行使の制限）。民法一五九二条によると、法律の意味での父とは、第一に、出生時に子の母と婚姻を締結していた男（夫）（一号）、第二に、子の母の同意を得て、父子関係を認知した男（二号）、第三に、裁判手続で父子関係を確認された男（三号）であるが、これらは、通常の場合には、子との生物学的な父子関係を有する男が、法律上の

父であるという基準に基づいている。ところが個別的なケースにおいて、特に婚姻中の出生または認知に基づく場合に、法律上の父子関係が生物学上のそれと異なることがありうる。この点、親子関係改革法（一九九八年）においても、婚姻中の出生に基づく帰属を放棄することは意識的に行われていない。②立法者は、秘密の血縁検査の適法性について従来、明示的な規制は行われていないと述べて、連邦憲法裁〇七年判決および連邦裁〇五年判決を引用し、法律上の父が子との血縁関係の疑いを遺伝子による血縁検査によって解明しようとするためには、子ないし法定代理人の同意を得なければならぬ。しかしその同意が得られない場合、父には法律上の否認手続によって疑念を解明する以外に方法はない。しかし、否認の訴えは、法律上の父子関係を切斷するという法効果を伴って提起しなければならないことを考えておかなければならぬ。判例はでまかせの濫用的否認を防止するため、訴えの合理性審査の枠内で原告の陳述責任に一定の要件をおき、いわゆる詳細説をとっている。③立法者は、現行の否認手続は、合法的手続のなかで子との血縁関係を解明したいとの要請を合憲的に考慮せず、むしろその要請を超えて、多くのケースで関係者の利益や父の権利保護に応じていない。また同手続は家庭の争いを悪化させ、父子関係問題を単に知りたいだけで、法的な問題にするつもりのない父に対し、有意義な解決策を提供していない。現在の学識によると、DNA鑑定は八〇パーセント以上のケースで、圧倒的なレヴェルで父子関係を確認できる。イギリスの研究によれば、法律上の父と血縁関係が異なる子の割合は三・七パーセントにすぎない。このように数値がきわめて低いのは、検査が血縁関係の疑いによるものではなく、別の理由で実施されたDNAテスト結果も考慮したためであるが、生物学上の父子関係への疑いはほとんど確認されないものであって、家族に負担となる否認手続とは別途に、その疑いを排除するのが有意義である。否認法は二年の否認期間と訴えの合理性について要件をおいているが、父子関係の解明だけのための手続ではそれらは不要であって、（仮に必要とすると）憲法上保護された利益に適う

ものではない。

(iii)立法者はここでヨーロッパ諸国の法制の比較をしている。①遺伝子による血縁検査の実施は多くの国々で問題を生じさせており、その法規制はさまざまであるが、基本問題に関してはおおむねコンセンサスが認められる。大多数のヨーロッパ諸国では、秘密の父子関係テストを禁止している。多くの国々は父子関係テストを明文で禁止する（たとえば、ルクセンブルク）か、または法律上認められた同意要件に基づき排斥する（たとえば、フランス、オランダ、スイス）、またデータ保護法（イタリア）、民事法（フランス、オランダ）、家族法（アイルランド、フィンランド）で規制している。それ以外の国々では規定はない（オーストリア、ベルギー、エストニア、チェコ、ハンガリー）が、秘密の父子関係テストの実施は人格権違反を理由に不適法とみなされたり（オーストリア）、法規制がないとしてそれが適法かは確実でないとみなされ（チェコ、ベルギー、エストニア、ハンガリー）、さらに同意要件を定めようとする立法の動きもある（チェコ、ベルギー）。②たいていのヨーロッパ諸国は、父子関係の確認または否認のため裁判手続で利用される血縁検査の証拠適格の要件を高くしている。そして私的な血縁検査は多くの国々では許されず、遺伝子による父子関係の検査は裁判所の命令が必要であったり、国家の承認した機関で実施しなければならない（たとえば、オーストリア、ギリシャ、フランス、イタリア、ルクセンブルク、アイルランド、エストニア、ハンガリー）。委託された機関は規則に従って検査を実施し、一部の国では国家の厳格な監督に服している（たとえば、エストニア、イギリス、デンマーク）。さらに裁判所の命令とともに、一部の国では当該人物の同意が要求されている（イタリア、アイルランド）。同意が拒否されたときは、裁判所は証拠評価の枠内でそれをしん酌できるが、同意に代替する措置はできない。他方、多くのヨーロッパ諸国では、当該人物の同意を得て提出される限り、私的な血縁検査は証拠方法として許容されている（オランダ、デンマーク、スイス）。ハ

ンガリー、ベルギー、チェコでは、司法大臣の説明によると、裁判所が秘密に収集された血縁鑑定を証拠方法として許容するかはつきりしないが、そのようなテストの由来や信頼性は確かなものではないことを考えて、信用性はないとみなされる。さらにベルギーやチェコでは、それに反対する立法の動きがみられる。そして（ドイツの立法者が民法一五九八条aで採用した）私的な遺伝子による血縁検査の実施についての同意を求める請求権は、従来知られていない。

(iv)立法者は提出した法案の基本的な考え方を、つぎのようにまとめている。①この解決策は、関係者の対立する基本権、特に血縁関係を知る権利と情報に関する自己決定権を適切に調整し、同時に、子の幸せおよび婚姻と家庭の保護のために、家庭内の対話や裁判外での合意を促そうとするものである。

②立法者は規制すべき内容として具体的に五項目をあげている。(ア)第一に、遺伝子による血縁検査とその他の遺伝子試料の採取に服するように求める家族法上の請求権は、遺伝子による血縁関係をオープンに解明することを可能にするものである。父子関係解明の利益は父だけでなく、子や母にもあるので、これら三者がこの請求権を有する。子の法律上の父ではないが、生物学上の父はその請求権をもたず、既存の否認手続（民法一六〇条一項二号）の途をとることが求められる。請求権は裁判上も主張できるため、父子関係に疑いを持った父は、まず最初に私的な血縁鑑定によって子の生物学的由来を解明したうえで（民法一五九八条a）、否認手続（民法一五九九条から一六〇〇条cまで）を選択するか、従前と同様に否認手続（民法一五九九条から一六〇〇条cまで）を直接選択することもできる。

(イ)第二に、否認の効果が無成年の子の幸せを重大に侵害し、請求権をもつ者の利益を考慮しても子に要求しがたいときは、否認は認められない。第三項がそれを規定する。たとえば、子の特別な生活状態や成育段階、子と法律上の父との間の法律上、社会的な結び付きの期間からして、子の幸せを重大に侵害することが危惧される場合、いまや法律上の父が生

物理学上の父ではないことを容易に知ることができることで、直ちに、法律上の父子関係が終了することのないように保障しようとするものである。他方で、父は、父子関係の否認期間（二年）の経過後も、子の幸せの妨げにならないときは、父子関係を否認できるとされている。夫が血縁関係について疑いをもちながら、社会的な家族を維持して可否認期間を徒過してしまったが、いまや解明手続の実施により、自分は子の物理学上の父ではないことを知ったケースがそれであるが、否認手続によって生ずる父子関係の喪失が子の幸せを重大に侵害しないことが、その要件である。

(ウ)第三に、検査およびデータ利用の同意を求める請求権は、検査を受ける者の同意がない限り、その情報に関する自己決定権を侵害するが、その侵害は血縁関係を知る権利に役立ち、知る権利を保護するためには必要である。連邦憲法裁〇七年判決は、立法者に対し、基本法上の地位を考慮したうえで、血縁関係を独立に解明する手続の設置をはっきりと求めており、その全体的考慮の枠内において、その侵害は期待可能性という限界線を守らなければならない。遺伝子による子の血縁検査は家族に対して広範な影響を及し、人間の同一性の発見や家族の共同生活の枠内でも重要な役割を果たす以上、血縁関係を知らないことは、しばしば不利益と不安定を大きくする。この解決策は、生物学的な父子関係を解明することで、家族間の自治的な交渉を促す。血縁検査の請求権は、その解明的効果によって法的平和を促進するものである。裁判手続が必要になるのは、当該人物が私的な遺伝子による血縁検査に同意しないときに限られる。右請求権の壁は低く作られており、手続費用を考えると、裁判手続は例外的な場合に限られる。なお、後述するように、この裁判手続は新しく規定されたいわゆる家庭非訟事件手続改革法（後述(c)参照）が規定する非訟事件手続として実施される（同法一九九条二号・三号）。

(エ)第四に、家族の保護と子の幸せのために、関係者に少年援助 (Jugendhilfe) の枠内で助言を求める請求権を認めるの



が有意義である。それは、関係者の対話を促し、危機を克服する途を示し、裁判外での合意による解決に役立つ。各ラン  
トには、公的な少年援助の担当者に、そのような助言の申立てを受けることを義務づけることが勧められる。

(オ)第五に、立法者がここで提案した規制の考え方は、バイエルン州の立法案<sup>(83)</sup>に基づき連邦参議院が提出した法案  
(BR-Drucksache 193/07)の規制方向と一致したものである。

民法一五九八条aについては、すでに多くの議論がみられる。<sup>(84)</sup>同条による解明手続は、機能的には、とりわけ父子関係  
を知る父の権利を実現するとともに、もしもその不存在が確認されたときは、父子関係の否認訴訟を提起しようとする者  
にとつては提訴準備・証拠収集という先駆的役割りを果たすことになるのではないかと予想されるが、他方で、生物学上  
の父には請求権が認められていない、また、このようなオープンな父子関係鑑定を制度化するよりも、一定の限度ではむ  
しろ秘密の父子関係テストの方に優位が認められるなどの批判もみられる。なお、立法者が指摘する第二の項目(イ部分)  
の後段については、学説の批判を受けてその後の立法過程で削除されている(当初の法案では民法一六〇〇条に五項とし  
て、また民法一六〇〇条bに七項として挿入的に規定することが予定されていた)。

(b) 連邦議会第一四会期に設置された特別調査委員会(Enquête-Kommission)「現代医学の法と倫理」の報告書(二〇  
〇二年五月一四日)<sup>(85)</sup>は、医学領域における遺伝子データの検査と解析によるチャンスとそれに伴うリスクを明らかにした  
が、それ以降多くの議論を経て、連邦政府は「人間の遺伝子検査に関する法律案(遺伝子診断法)(Entwurf eines Gesetzes  
über genetische Untersuchungen beim Menschen, Gendiagnostikgesetz-GenDG)」を公示し(二〇〇八年一〇月一三日)<sup>(86)</sup>、  
連邦議会は二〇〇九年七月三十一日の「人間の遺伝子検査に関する法律(Gesetz über genetische Untersuchungen beim  
Menschen)」その略称として遺伝子診断法(Gendiagnostikgesetz-GenDG)を成立させた(二〇一〇年二月一日よりその



一部施行)。この法律は全文二七か条の法条からなっているが、同法第一七条が本稿のテーマに関わる、遺伝子による血縁関係を解明するための遺伝子検査について規定している。ドイツでは一九九〇年台、民間の機関が委託を受けて行う遺伝子による血縁検査がビジネスとして盛行した<sup>(88)</sup>。本件で問題になった法律上の父による秘密のDNA鑑定もまさにそうした動向のなかで生じたひとつのケースと解せよう。

(i) 連邦政府の立法理由書(二〇〇八年一〇月一三日)に基づき法律全体の構想について概観すると、①ヒトゲノム(人間の遺伝子)は解析されたものとみなされ、医療目的、とりわけ遺伝子による診断ではその研究成果が拡大的に活用されている。この傾向は今後も続き、将来はもっと廉価に自分の遺伝子解析がすべての人々に可能になろう。理由書はこのような遺伝子研究の発展を受けて、人々が情報に関する自己決定権を行使できる状態になるようにする必要があるという。この法律の目標は、人間の遺伝子特性の調査に伴う遺伝子による差別的扱いを防止するとともに、個々人に対し遺伝子検査を行うチャンスを保障しようとするものである。この法律により、遺伝子検査の実務を良好なものにするとの要請が義務化される。

② 法律は遺伝子データの特殊性を前提にしており、遺伝子検査によって獲得された遺伝子情報は特に長期間にわたってその意義を維持する特徴があることを考慮している。遺伝子情報は、人間の同一性判断に重要な健康に関するデータとして叙述性の高い潜在的能力を有し、ときには第三者(親族)についての情報も明らかにする。人間遺伝子学の認識力を考えると、市民の人格権を適切に保護するために特別な保護が必要である。遺伝子データは、社会的、倫理的、優生学的な差別的扱いの原則的リスクを内包している。法律による規制は、当事者が事前に準備することなく検査を受けることがないようし、情報に関する自己決定権を行使して、自己責任をもって検査を行う決定をし、検査結果を適切に扱うことが

できるようにするものである。

③法律は、遺伝子試料は原則としてそれを獲得する目的のためにのみ利用してよいと規定し、各分野ごとに調査・利用の禁止、第三者へのデータの不当な引渡しからの保護、削除・破棄について規定し、この法律に定めがない限り、連邦データ保護法 (BDSG) または各ラントのデータ保護法が補充的に適用される。法律は、医療目的 (遺伝子診断法七条から一六条まで (以下(b)の叙述では、特に明示しない限り、遺伝子診断法をさす)、血縁関係の解明 (一七条)、保険 (一八条)、労働生活 (一九条から二二条まで) の各分野ごとに規制を行い、調査研究、刑事手続・国際司法共助・感染保護法等の規定に基づく検査や解析はその適用外とされる。当事者の保護が必要な特別な場合には、検査の適法性を制限している (同意能力のない者の検査、出生前の遺伝子検査、遺伝子による集団検査)。血縁検査の解明のための遺伝子検査は、医師以外にも、自然科学の単科大学の課程を修了して、血縁鑑定の分野で経験を積んだ専門家、特に分子生物学の専門家も行うことができる。

④ロベルト・コッホ研究所に設置された遺伝子診断委員会が、一般的に承認された学問・技術基準を検査の指針として定め、この領域での発展を継続的に監視・評価することになる。<sup>(89)</sup>

(ii) 本稿に関連する規定に注目すると、遺伝子診断法はその冒頭で、法律の目的は、特に人間の尊厳および情報に関する自己決定権を尊重し、かつ保護すべき国家の義務を守るため、遺伝子検査とその検査の枠内で行われる遺伝子解析、および遺伝子についての試料・データの利用のための要件を定めるとともに、遺伝子特性に基づく不利益的扱いを防止することである (一条) と定めている。そして、血縁関係を解明するための遺伝子検査は、この法律の適用範囲に属する (二条一項)。

血縁関係を解明するための遺伝子検査については、第一七条が詳細に規定する。立法理由書によると、子の血縁関係を解明するための遺伝子検査を実施するため、今日ではだ液や毛髪など微量のDNAを含む身体組織でよいとされ、しばしばインターネットを用いて廉価に遺伝子検査を行う民間の検査機関も増えている。そこではたいい子と父の二人の試料で検査が行われているが、母親の遺伝子試料を用いていない検査は重大な不安定要素を含んでいる。依頼者はたいい父子関係に疑問をもつ夫であり、複数の性的関係をもった妻からの依頼ケースはまれである。試料は簡単に内緒で取得できるため、当事者の知らない間に、了解もなく検査が実施されるおそれがある。そこで当事者の情報に関する自己決定権を保護するために、明確な規制が必要であるとされている。<sup>90)</sup>

(iii) 遺伝子診断法第一七条によると、①血縁関係を解明するための遺伝子検査は、その遺伝子試料について検査を受ける者が、事前にその検査について説明を受けたうえで、検査とそれに必要な遺伝子試料の採取について同意しているときのみ、実施してよいものとされる（一項一文）。この同意は、検査を受ける者が、検査と試料の採取に、明示的態度でかつ書面によって同意していなければならない（八条一項一文・一項二文）。立法理由書によると、検査を受ける当事者の同意は、当事者本人が知らない間に血縁関係が検査されるのを防止するという趣旨であり、書面という方式によることで、当事人に決断の重大さを悟らせるとともに、争いが生じたときは確実な同意の証拠を確保しておくためである。<sup>91)</sup> ②また同意の前に、当事者は検査の責任者から説明を受けなければならない。その説明の内容は、検査の目的・方法・範囲・証明力・検査結果、検査結果を知ることに伴う健康へのリスク、遺伝子試料・検査結果の利用予測、いつでも同意を撤回できる権利、検査結果を知らずにおく権利（検査結果を知ることなく、廃棄する権利を含む）に及ぶ。そして医師たる責任者は、その説明内容を記録しておかなければならない（九条二項一号前段、二号から五号・三項の準用、一七条一項二文後

段)。この遺伝子試料の検査は、血縁関係の解明に必要な限度に限られ、その他の事実について認定することは、検査の枠内で可能ではあっても、禁止されている(一七条一項三文・四文)。

③他方で、検査について同意能力がない者については、一七条三項がその保護をはかっている。それによると、検査を受ける者が、遺伝子検査の本質や意義、その影響範囲を認識したうえで自ら意思決定ができないときは、遺伝子検査は、検査があらかじめ相当な方法によってできる限りその者に了解され、その者が検査や試料採取を明確な態度などで拒否していないとき(三項一号)、その者の代理人が事前に検査について説明を受け、検査と試料採取に同意しているとき(同項二号)、その者が検査と試料採取に通常伴うリスク以上に健康を害されない、または害されてもごくわずかであると予想されるとき(同項三号)にのみ、実施することができる。代理ケースは、連邦裁〇五年判決の事案のような未成年の子の血縁関係を解明する場合の代理人たる母の同意がその典型となろう。<sup>(92)</sup>

④遺伝子検査の実施は、医師、または医師ではない者については、自然科学の単科大学の課程を修了して、血縁鑑定の分野で経験を積んだ専門家に限られる(一七条四項一文)。

⑤検査結果の通知については、当事者の情報に関する自己決定権を保護するため、<sup>(93)</sup>解析を委託された責任者たる医師か、その医師から受託された人物・施設のみが通知する、また他の者への通知については、当事者の明示的かつ書面による同意があるときにのみ、責任ある医師たる人物から通知してよい、さらに当事者が検査結果の廃棄または検査の同意を撤回している限りは、検査結果は当事者に通知されてはならない、と規定されている(一七条五項・一一條二項から四項の準用)。

検査結果の保管期間については、医療目的の場合には連邦医師会の指針にならって一〇年間であるが(一二条一項一文)、

ここでは、責任者たる医師が、検査を受けた者の検査試料中において、三〇年間保管しなければならない、そしてこの期間が経過したときは、遅滞なく廃棄しなければならないとされている（一七条五項）。当事者の死亡後も血縁関係の解明の証拠とするために、保管期間の延長をはかったものである。<sup>(94)</sup>

⑥ 遺伝子検査およびそのための試料採取について必要とされる当事者の同意（一七条一項・二項・三項一文二号。八条一項一文準用）は、民法一五九八条a第二項の確定した裁判所の裁判と同一であるとされる（一七条一文）。前述したように、民法一五九八条aによる父子関係の解明手続においては、父、母および子はお互いに、遺伝子による血縁検査の同意を求める請求権を有し（一項）、同意がえられないときは、家庭裁判所が当事者の申立てに基づき同意に代わる裁判を行うものとされている（二項）。そこで、家庭裁判所が同意に代わる裁判を行った場合、確定した裁判はこの法律でも当事者の同意があったものとみなす趣旨である。ただしその場合にも、検査の説明（九条）<sup>(95)</sup>は必要である。なお、同意能力のない当事者の検査や試料採取が拒否されている場合、それは考慮しないものとされている（一七条二文）。また、後述するように、同意のない場合の裁判手続については、新しく規定された家庭非訟事件手続改革法によって規定される（一六九条二号・三号）。

(iv) 法律は、規制に違反した遺伝子検査の実施等に対しては、刑事罰（二五条）または過料（二六条）を科して、検査を受ける者の情報に関する自己決定権の保護を徹底しようとしている。①血縁関係の解明の遺伝子検査では、(ア)当事者本人またはその代理人の必要な同意なく遺伝子検査・解析を実施した者（一七条一項後段・八条一項準用）、(イ)および血縁関係の解明の枠をこえて目的外の検査を実施した者（一七条三項・四項）<sup>(96)</sup>に対しては、最高一年までの自由刑または罰金が課される（二五条一項）。当事者の情報に関する自己決定権の保護を徹底する趣旨である。(ウ)また報酬を得て、または自己も

しくは他者を不当に利得させる、もしくは他者に損害を加える意図で検査を実施した者は、最高二年までの自由刑または罰金刑に処せられる（二五条二項）。刑法二〇三条五項にならつて、違反行為の特に不当性を考慮したものである。<sup>97</sup>これらの犯罪行為（二五条一項・二項）は、関係人の申立てに基づいてのみ訴追される（二五条三項一文）。刑事手続では、当事者の遺伝子情報は、当事者がその利用に同意しているときにのみ、利用してよい、それは犯罪行為の申立てに現れているという事情を考慮したものである。<sup>98</sup>

② 過料に処せられる秩序違反（Ordnungswidrig）の行為とその対象者については、第二六条が規定している。血縁関係を解明するための遺伝子検査（一七条）をみると、(ア)一七条四項一文（医師または血縁鑑定の専門家による検査の実施）に違反して、遺伝子検査を行った者（二六条一項一号）、(イ)一七条一項一文前段・三項二文（検査を受ける者および代理人への事前説明と試料採取の同意）に違反して、同意なく遺伝子検査を行った者（二六条一項六号）、(ウ)一七条二項（遺伝子検査の依頼者への事前説明と試料採取の同意）に違反して、その血縁関係が解明される子の父または母としての資格で（七号a）、自身の血縁関係を解明したい子としての資格で（七号b）、それ以外の者としての資格で（七号c）、必要な同意なく遺伝子検査を実施させた依頼者は、過料に処せられる。このうち、二六条一項六号および七号の過料規定は、秘密の遺伝子検査を規制しようとする趣旨である。<sup>99</sup>一七条二項七号aにいう「父」とは、民法一五九二条に規定された法律上の父（子の出生時にその母と婚姻していた夫、子を認知した男、父子関係を裁判上認定された男）のことであり、同条同項七号cにいう「それ以外の者」とは、現在は子と義務的な地位にはないが、生物学上の父たる可能性のある男が考えられる。<sup>100</sup>なお、ドイツ国外にいる依頼者については、外国で秘密の血縁検査を行い、当該国家の規制では検査を受ける者の同意がいらないときも、これらの過料規定は適用される。<sup>101</sup>

第二六条一項六号の秩序違反行為については、最高三〇万ユーロ（仮に一ユーロ＝一三円で換算すると、三三九〇万円相当）までの罰金刑（Geldbuße）、同条同項七号 a・七号 b の秩序違反行為は最高五〇〇〇ユーロ（五六・五万円相当）の罰金刑、同条同項七号 c の秩序違反行為は最高五〇〇〇ユーロ（五六・五万円相当）の罰金刑にそれぞれ処せられる（二六条二項）。ただし、七号 a および七号 b の秩序違反行為の場合、検査を受ける者が事後的に検査と試料採取に同意したときは、行政官庁は処罰を行わないものとされている（二六条三項）。父・母・子の罰金刑が他の者に比べて相当低額に定められている点については、これらの者の血縁関係の解明への特別な利益（家族間での事実上および法律上の関係）を配慮して、これらの者の依頼による秘密の血縁検査は第三者が依頼した場合に比べて、処罰の程度は低いと考えられたことによるものである。<sup>(102)</sup> 二六条三項は父・母・子が依頼した秘密の血縁検査の場合に、秩序違反に関する法律四七条一項による行政官庁の訴追裁量に結びつけた規制であり、法律上の父が子や母の遺伝子試料を内緒で血縁検査を行ったようなケース（たとえば、連邦裁〇五年判決の第一事件でみられるように）で、仮に母と子が事後的に検査に同意したときは、原則として家庭を保護するため、制裁を見送るという趣旨である。事後的な同意は、必ずしも民法上の法律行為に関する要件の適用はなく、母と未成年の子がその間に検査を認めて、父に対する過料の処罰を望まない場合には、それで足るものとされる。未成年の子の同意能力、母の法定代理についても、必ずしも厳格さは求められない。行政官庁による訴追裁量の行使は、事案の個別的事情をしん酌し、他の観点も適切に考慮して、柔軟な対応が求められている。たとえば、事後的な同意が家族の自由意思に基づかない場合や、秘密の検査によって家庭の平和が相当侵害されている場合には、家族の同意があっても、秩序違反の処罰が相当であるとされている。<sup>(103)</sup>



遺伝子診断法は、遺伝子診断の進歩と情報に関する自己決定権の間のバランスをとったものであり、決して完全なものではなく批判はあるが、遺伝子診断の枠内で個人を保護し、遺伝子検査の要件を定めるためにも、歓迎すべき基礎となると好意的に評価する見解もみられる<sup>(104)</sup>。他方、処罰規定に対しては法案の段階からマスコミ等を含めて批判的な見解もある<sup>(105)</sup>。前述した血縁関係の解明手続(民法一五九八条a)の導入にもかかわらず、「秘密の」血縁検査は今後に残るという見方<sup>(106)</sup>も有力であるが、遺伝子診断法の基本的な構想である、遺伝子検査を受ける者の書面による同意と、秘密のDNA鑑定を一般的に禁止し、その違反者に対しては刑事制裁を科すという規制がそのような違法な検査にどのような効を奏するか、特に家族以外の委託者への罰金額は相当高額で抑止的效果があると思えるが、今後の動向に注目したい。

(c) 第三に、新しく制定された「家庭事件および非訟事件の手続に関する法律(家庭非訟事件手続改革法(FGG-Reformgesetz-FGG-RG))」(BGBl I 2008, S. 2386ff. 二〇〇九年九月一日より一部施行)<sup>(107)</sup>について、連邦政府の立法理由書(二〇〇七年九月七日)はその冒頭で従来法制の問題点と提出法案の目標をつぎのように述べている。従来の非訟事件手続法(FGG)は完結した手続法とはいえず、隙間の多い一九世紀の枠組法(Rahmengesetz)であり、総則規定はわずかしがなく、大部分において民事訴訟法を参照するように指示されている。そこでは、体系的といえない多くの特別規定と見通しの悪い規制テクニックが認められる。家庭裁判所の手続法はその象徴的な例であり、非訟事件手続法と民事訴訟法をそれぞれ交互に参照しなければならないため、人々のアクセスは容易でなく、法適用の専門家も困難に直面する。まさに人々の中心的生活領域であるこの分野において、立法者は、実体的権利を迅速で効果的に実現し、個人の権利、とりわけ審尋請求権を保障するために、一般的に理解しやすく、現代的な手続法を創設することが特に要請されているのである<sup>(108)</sup>。連邦政府の法律案(BT-Drucksache 16/6308)が採択された連邦議会の法務委員会の議決書(二〇〇八年六月二三日)も、



その冒頭で「大家庭裁判所」を導入したものであると述べている。<sup>(109)</sup>

いわゆる家庭非訟事件手続改革法（以下、単に非訟事件手続改革法という。）により、民事訴訟法典第六編「家庭事件の手続」に関する規定（六〇六条から六八七条まで）は全面的に削除された。本稿で取り上げている父子関係否認訴訟（民訴法旧六四〇条二項四号）をみると、民法の規定（一五九九条から一六〇〇条cまで）は、民法一五九八条aの導入に伴う否認期間の停止規定（民法一六〇〇条b第五項）や最近の法改正による官庁の否認権限の規定（民法一六〇〇条一項五号）を除くと、ほぼ従前のままにみえるが、改正前の民訴法典中の名称「親子関係事件（Kindschaftsachen）」（民訴法旧六四〇条二項）は、いまや家庭非訟事件手続改革法第四編（一六九条から一八五条まで）において「血縁関係事件（Abstammungssachen）」とこう名称に変更されている。家庭非訟事件手続改革法一一一条は「家庭事件（Familienachen）」として一一種類の事件を列挙しているが、「血縁関係事件」もそれに属する（三号）。そうした血縁関係事件として、さらに同法一六九条は、①親子関係の存否確認手続・父子関係の認知の有効無効の確認手続（二号）、②また上述した、新しい民法一五九八条aによる遺伝子検査の同意および試料採取の服従命令に代わる許可（二号）、③血縁鑑定またはコピーの同意を求める手続（三号）とともに、④父子関係の否認を求める手続（四号）を列挙している。<sup>(110)</sup>

(i) 血縁関係事件の手続には、家庭非訟事件手続改革法第四編の規定（一六九条から一八五条まで）とともに、同法の総則規定（一条から四八条まで）が補充的に適用される（以下c）では、特に示さない限り、この家庭非訟事件手続改革法の条文である）。立法理由書は、血縁関係事件は今後は統一的な非訟事件手続にすべきであると述べている。<sup>(111)</sup>ただし、裁判所構成法二三条aによると、区裁は「家庭事件」と「非訟事件」を管轄し（二項）、さらに非訟事件に属する事件を具体的に列挙しているが（二項一号から一一号）、そこには「血縁関係事件」は含まれていない。この点を見ると、血縁関係

事件はなお非訟事件と区別されているが、家庭非訟事件手続改革法にもとの手続をみると、民訴法の適用される判決手続ではなく、むしろ民訴法とともに刷新された非訟事件手続法が適用される非訟事件手続領域に大きく変更されたものと思われる。<sup>(12)</sup>その限りで、訴訟事件の非訟化がなされたものと解される。これに対し、後述するように、証拠調べなどには民訴法の規定が準用される。

手続規定を概観すると、①第一審裁判所は、子の通常の住所地がある土地の裁判所の専属管轄に属する(一七〇条一項)。事物管轄は、区裁または区裁家事部(家裁)であり(裁判所構成法三三条a第一項一号・一三三條b第一項一文)、裁判官(司法補助官ではない)の管轄に属す(職分管轄)。②第一審の手続は、手続を開始しようとする申立人の申立てによって初めて開始される(一七一条一項・二三三條一項一文)。手続上、申立人の相手方という概念はもはや存在せず、したがって、子や父を相手取る必要はないものと解される。父子関係の否認手続では、管轄裁判所への適時の申立てがあれば、二年間の否認期間(民法一六〇〇條b第一項一文)は遵守される。父子関係の否認手続の申立人となるのは、(ア)母との婚姻により父と推定される男(夫)(民法一五九二條一号、一五九三條)、(イ)父子関係を認知した男(民法一五九二條二号)、(ウ)子、および(エ)母である。また(オ)子の母と法定懐胎期間中に同衾(性的交渉)した旨宣誓に代わる保証をした男(いわゆる生物学上の父)(民法一六〇〇條二項二号)、(カ)滞在許可証やドイツ国籍の取得を目的とした濫用的な父子関係の認知が行われた場合に管轄官庁(民法一六〇〇條一項五号)も申立人となる。

③手続開始の申立ては、申立てを理由づける事実と証拠方法、手続の関係人(Beteiligter)と考えられる人物を特定して行うのが原則であるが(二三三條一項)、父子関係の否認手続の申立てにおいては、手続の目標および関係人(die betroffenen Personen)を明らかにするとともに(一七一条二項一文)、さらに民法一六〇〇條一項一号から四号による

父子関係否認手続の場合には（前掲<sup>(ア)</sup>から<sup>(オ)</sup>までの申立人のケース）、父子関係を否定する事情と、その事情を知った時期を申し立てなければならぬ（一七一条二文）。立法理由書は、右規定において、父子関係否認訴訟で連邦裁判例が要求する「最初の疑い」の要件（いわゆる詳細説）を本質的に維持する考え方であると述べている。<sup>(13)</sup>理由書はそれにつづけて、ただし、そうした事情の陳述にあまり高い要件をおくべきではなく、申し立てた事情が、父子関係の不存在を蓋然性がある、または圧倒的に蓋然性があることまで示す必要はない。客観的にみて、その事情が父子関係について疑いを生じさせ、子の血縁関係が異なる可能性がまったくなり得ないこともないと思われば足りるとする。そして、そのような事情が申し立てられたときは、裁判所は、否認期間の遵守の問題を含めて、職権で説明しなければならない。<sup>(14)</sup>

参照した文献は、おおむね右理由書に則してその見解を述べているようにみえる。<sup>(14)</sup>たとえば、自分は子の父ではなく、裁判所の鑑定によって自分の父子関係は否定されるという関係人の単なる申立てでは足りない、また懐胎期間中の妻と他男との定期的な性的交渉や否認の申立人は父ではないとの母の陳述の指摘があれば足りる、とする説（E. Stöckel）がある。<sup>(15)</sup>ただし、裁判外で秘密に収集されたDNA鑑定は、最初の疑いを基礎づけるのに足りない。右規定は訓示規定であり、職権探知が適用されるので、記載に瑕疵があったり、十分な記載がないときも、裁判所は申立てを不適法として却下するのではなく、申立てが適切で完全なものになるように働きかける義務を負っている（二八条一項）。<sup>(16)</sup>また申立人も事実関係の解明に協力する義務を負っており、事実について完全で真実に即した陳述をすることが求められる（二七条一項・二項）。<sup>(17)</sup>裁判所の指摘にもかかわらず申立てが補正されないときは、裁判所は申立てを不適法として却下してよい。

申立てがあれば他の関係人への通知（一五条三項）は、特に父子関係の否認手続では否認期間の遵守の問題があるため必ず必要であるとされる。<sup>(18)</sup>また裁判が確定するまで、申立てを取り下げることができる。申立人の形式的な陳述、他の関

係人の同意は要らないと解される(三五条一項)。

④すべての血縁関係事件において、子、母、および父は手続に必ず関与しなければならない(一七二条一項<sup>(119)</sup>)。その結果、両親はどちらも手続上、対等な法的地位にたつことになる。未成年の子は手続能力がなく、法定代理人によって代理されなければならない(九条二項)。法律上の父、子または母からの否認手続において、生物学上の父はその手続に係人として関与することはできない。否認手続において申立てが認められた場合、その後の父子関係確認手続によってその法的権利は保護されるからである。<sup>(120)</sup>生物学上の父は、血縁関係の解明手続(民法一五九条a)にも関係人として関与することはできない。

⑤裁判所は、血縁関係について証拠調べをするに先立って、期日において関係人と事件について討論すべきものとされる(一七五条一項)。これは、とりわけ血縁鑑定を依頼する前に、否認期間の遵守について説明する場合に必要である。関係人の血縁検査受忍義務は、その検査が「必要な」限りでのみ認められるのであり(一七八条一項)、父子関係確認の申立てが不適法または合理性を欠いているとして、鑑定の実施が必要ないときは、検査を拒否する権利が認められる。また討論期日は、不必要な鑑定費用の発生を避けたり、検査の対象者を誰にするかなどについて検討するためにも用いられる。<sup>(121)</sup>これを討論期日のフィルター機能と呼ぶ説がある。<sup>(122)</sup>

⑥血縁関係事件には職権探知主義が適用される(二六条)。(ア)血縁関係の問題や否認期間の徒過については、関係人の主張いかんにかかわらず、原則として職権で探知される。関係人による申立ての認諾に基づいて裁判することはできないし、自由の拘束力も生じない。ただし、旧法と同様に(民訴法旧六四〇条d第一項)、片面的な職権探知の原則(一七七条一項)は維持されている。<sup>(123)</sup>したがって、父子関係について疑問を生じさせる事情は、職権で探知してはならないし、関係人

の申し立てていない事實は、否認の申立人がそのしん酌に反対していないときでも、しん酌してよいことになる。否認期間の徒過の調査は子の身分を維持することに役立つので、関係人の主張がないときも、裁判所は職権でしん酌することができる。

(イ) 血縁関係事件の手續における血縁関係の問題については、常に民訴法の規定による正規の証拠調べ（eine förmliche Beweisaufnahme）として行われる（一七七条二項一文）。厳格な証明の規定に服する、すなわち血縁問題の重要性から自由な証明は排斥するという趣旨である。したがって、父子関係の否認手續（民法一五九二条一号、一六〇〇条二項一号）において血縁鑑定が実施されないのは、他男との父子関係について関係人の申立てが一致しており、夫婦の長期間の別居など客観的な事情が十分に確実であるような例外的ケースに限られる。他方、関係人全員的一致がある場合、つまり関係人が他の関係人の同意を得て収集された鑑定については、裁判所は、その鑑定における認定の正当性と完全性に疑問を抱かず、関係人もそれに同意しているときは、鑑定人による鑑定に代えて右鑑定を利用することができる（一七七条二項二文）<sup>(125)</sup>。裁判所による鑑定費用を節約する趣旨とされる<sup>(126)</sup>。これにより、関係人の間で同意に基づき裁判外で収集された私的鑑定を手續でも利用することが可能になったが（なお、父子関係鑑定の合意の拘束力が問題になったケースについて、前掲連邦裁二〇〇六年二月六日判決、三二（5）、修道法学三〇卷一号一〇五頁以下参照）、裁判外で秘密に実施・収集されたDNA鑑定はその対象外である。なお、前述したように法律効果を伴わない血縁関係解明手續（民法一五九八条a）では、裁判所は血縁関係について証拠調べをせず、当事者の私鑑定の収集に委ねられるため、一七七条二項は右手續を引用していない。

(ウ) 訴訟手續における強制的な血縁鑑定については民訴法三七二条aが規定していたが、家庭非訟事件手續改革法によつ

て民訴法三七二条 a の従来の法文は変更され、同時に、血縁関係事件の手續中においても右民訴法三七二条 a と同じ文言の法文が導入されている。家庭非訟事件手續改革法一七八条および改正された新たな民訴法三七二条 a は、<sup>(17)</sup> つぎのような条文である。すなわち、血縁関係の認定に必要な限りにおいて、すべての者は、期待できない場合を除いて、検査、特に血液試料の採取に服しなければならない (一七八条一項)。民訴法三八六条から三九〇条までの規定 (証人の証言拒絶権とその手續に関する規定―筆者) は準用される。検査が繰り返し不当に拒絶された場合には、直接的な強制も適用することができ、特に検査のために勾引を命ずることができる (一七八条二項)。

第一項は、関係人だけでなく、すべての者に血縁検査の服従義務を定めている。ある説 (I. Fritsche) によると、認定の必要性については、今日の学問レヴェルによると、原則として身体細胞の採取は DNA 同一性認定を実施するために必要であり、DNA 鑑定は今日では、もはや補充的な意義を有するだけではない、ただし、他の方法で血縁関係が確認できる場合、検査の必要性はなく、検査が不要であれば関係人は拒絶権を有する<sup>(18)</sup>。これに対し、検査は通常は他の証明の可能性が尽きなければならぬとする説 (E. Sögar)<sup>(19)</sup> もある。この説によると、検査が被検査者の健康を害するような効果を及ぼしてはならないが、鑑定のレヴェルからして、採取試料はごく微量の血液であつて、健康被害は実際にはほとんど考えられないとする。

第二項は民訴法の証言拒絶権の規定 (三八六条から三九〇条) を準用しているが、その趣旨は、検査が拒絶された場合の手續方法いかに関する問題を規制しようとするものと解される。<sup>(20)</sup> 関係人が検査を拒絶した場合、中間の争いとして、裁判所は関係人を審尋したうえで決定により裁判する (民訴法三八七条一項・三項)。決定に対しては、関係人は二週間以内に即時抗告をすることができる。関係人が拒絶の理由を示さずに、または重要でないと確定的に判断された理由に基

づいて検査が拒絶された場合、強制的な手段（拒絶により生じた費用の負担、秩序金または秩序拘禁）が命ぜられる（民訴法三九〇条一項・二項一文準用）。拒絶が繰り返された場合には、直接強制、特に執行官の勾引を命ずることができる（民訴法三九〇条二項二文、一七八条二項二文）。

⑦血縁関係事件における終局的な裁判は、決定により行われる（三八条一項）。決定には必ず理由を付して（三八条三項一文）、不服申立てについて関係人に教示しなければならない（三九条）。血縁関係事件の裁判は確定と同時に効力を生じ、変更することはできない（一八四条一項）<sup>(13)</sup>。血縁関係について裁判した決定が確定すると、右決定は対世的効力を生ずる（一八四条二項）。これにより異なった身分関係の裁判はできなくなり、血縁関係が問題となる他の手続にもその効力は及ぶ。

⑧確定した終局的な手続の再審は、民訴法第四編の規定を準用して行うことができる（四八条二項）。家庭非訟事件手続改革法一八五条は、民訴法五八〇条の再審事由（原状回復事由）に加えて、父子関係事件における新たな鑑定に基づく再審（原状回復）に関する規定（民訴法旧六四一条i）にならって、血縁関係について裁判した決定に対する再審（原状回復）規定をおいている。すなわち、関係人は、単独または前手続で提出された証拠と結び付いて別の裁判をもたらしと思われる血縁関係についての新たな鑑定を提出したときに、再審の申立てをすることができる（一八五条一項）。再審の申立ては前手続で申立てを認容された関係人も提起することができる（同条二項）、再審の訴えに関する規定（民訴法五八六条）はここでは適用されない（同条四項）。

民訴法旧六四一条iの再審の訴え（原状回復の訴え）<sup>(13)</sup>については、当事者がこの訴えを提起するために新しい鑑定を入手する手段がないとの問題があった。民法一五九八条a（血縁関係の解明手続）の導入により、再審の申立てをしようとする



する関係人は、血縁検査の同意および検査試料の採取を求める請求権が認められたことで、右問題を克服する途が開かれたものと解されよう。ただし、否認期間の徒過を理由に否認の申立てを却下した決定に対しては、右手続により血縁関係が否定されたときも、原状回復の申立てではできないものと解されている（この点は次稿の五部分でさらに検討を予定）。

最近のドイツ法の法改革を概観したところによると、秘密に実施・収集されたDNA鑑定が父子関係否認訴訟で用いられた連邦裁〇五年判決のような事案に対し、ドイツの立法者は、①まずDNA鑑定の秘密の実施について、検査を受ける者の同意を必須の要件として、その違反者には相当に厳しい刑事制裁を予告する形で法規制を行っている。②また父子関係否認訴訟（現在は父子関係の否認手続）とは別に、法律効果を生じない父子関係の解明手続を定めて、連邦憲法裁〇七年の違憲判決の要請に込えている。この手続は血縁問題について裁判所外で自主的な解決機能を果たすとともに、血縁検査の同意・試料採取の争い（血縁関係事件）は家庭非訟事件手続改革法の適用される非訟事件手続として解決し、その後父子関係の否認手続が生じたときは、その証拠収集手続としての機能が期待できよう。③さらに父子関係の否認訴訟は、民訴法の適用される判決手続によらず、改正された家庭非訟事件手続改革法を適用して、家裁への申立人の申立てにより開始し、関係人が関与して職権探知主義が適用される決定手続として改組されている。以上のようにその大要を理解したが、大きな誤解をしておればご容赦を願ひ、別の機会に訂正させて頂きたい。またこれらの法改正の個別的な検討や学説の評価も加えた論究も、別の機会に譲らざるをえない。

（以下、次号に続く）

- (54) Wellenhofer, FamRZ 2005, S. 668. 修道法学三〇巻一 号一〇四頁参照。
- (55) J. Heinemann, Rechtswidrig erlangter Tatsachenvortrag im Zivilprozess, MDR 2001, S. 137ff.
- (56) E. Schneider, Anm. zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 25. 2. 2000, MDR 2000, S. 1029f.
- (57) Heinemann, MDR 2001, S. 139ff.
- (58) Heinemann, MDR 2001, S. 141f.
- (59) Zoller/R. Greger, ZPO, 24. Aufl., 2004, §138 Rn. 3, S. 574; ders., ZPO, 27. Aufl., 2009, §138 Rn. 3, S. 639.
- (60) M. J. Zimmermann, Die Feststellung der Vaterschaft unabhängig vom Aufhebungsverfahren, Teil 1, FuR 2008, S. 330.
- (61) Vgl. Jauernig, ZPR, Kap. 6, §39 III, S. 168.
- (62) A. Stylianidis, Rechtsfolgen privater Vaterschaftsbeurteilung, 2005, S. 189. 同書は「デュッセルドルフ大学二〇〇五年夏学期に提出されたマッセルタニオーヘンである」。
- (63) Stylianidis, a. a. O., S. 172ff.
- (64) 刑訴法二四四条は証拠調べに関する規定である。証拠調べは被告人尋問の後に行うこと（一項）、裁判所は真実探知のために、職権により裁判に重要な事実および証拠方法はすべて証拠調べをしなければならない（二項）という規定に続き、三項は、①証拠申立ては、証拠の取調べが不適法であるときに、却下（ablehnen）しなければならない。それ以外に証拠申出を却下してよい場合として、同項は、②公知なために証拠調べが不要なとき、③要証事実が裁判にとって意味がないか、すでに証明されているとき、④証拠方法がまったく不適切なものか、入手できないものであるとき、⑤証拠申立てが訴訟手続の遅延を目的としてなされたとき、⑥被告人の免責のために証明される重要な主張につき、当該主張の事実が真実とみなしうるとき、を規定している。
- (65) Stylianidis, a. a. O., S. 174ff.
- (66) Stylianidis, a. a. O., S. 176ff.
- (67) Stylianidis, a. a. O., S. 180ff.
- (68) 否認訴訟の訴えの合理性審査における単純主張説と詳細説の対立については、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―小島武司先生古稀祝賀〈続〉『権利実効化のための法政策と司法改革』一〇二五頁、特に一〇三三頁以下(商事法務、二〇〇九年)参照。以下、豊田「職権探知主義」小島先生古稀〈続〉と略して引用する。

(69) *Syltandis, a. a. O., S. 184f.*

(70) 連邦データ保護法一四条一項によると、個人に関するデータの蓄積・加工・利用は、責任機関の履行に必要であり、かつ、データを収集するために行われるときは、適法であるが、データ収集が先に行われていないときは、調査のためにのみデータを加工または利用してよい。また同法二九条一項によると、引渡しを目的とする個人に関するデータの業務上の調査・蓄積は、特にそれが宣伝、興信所の活動または住所に関する商売に用いられる場合に、関係者が調査・蓄積・加工を禁止するにつき保護すべき利益を有していると思われる理由がないとき、または、データが一般的にアクセスができる情報源から収集できる、もしくは責任機関が公表すると思われるとき、適法である。ただし、調査、蓄積または加工を禁止するにつき、関係者の保護すべき利益が明らかに上回っているときは、この限りでない、と規定されている。

(71) この説によると(*Syltandis, a. a. O., S. 147ff.*)、①調査機関がDNA鑑定を行う前に子がそれを知った場合に、違法なDNA鑑定実施のおそれが将来存することが認められるときは、父およびその調査機関に対し、民法一〇〇四条一項二文の類推適用(所有権の侵害が継続するおそれがあるとき、所有権者からの差止請求)により、差止請求ができる。*Syltandis, a. a. O., S. 151ff.* 仮処分(民訴法九三五条・九四〇条)もできる。しかし妨害排除請求権(連邦データ保護法七条一項(責任機関の損害賠償義務)および民法一〇〇四条一項一文(妨害排除請求権・民法八二三条(損害賠償請求権)の類推適用)については、特定のケースで責任機関に人的データの訂正・消去・封鎖を義務づけている連邦データ保護法三五条を理由に、否定する。なお、民法一〇〇四条の法文については、後掲注(73)を参照。

②他方で、子がDNA鑑定の実施前にそれを知らなかったときは、精神的損害につき損害賠償請求ができる。ただし、連邦データ保護法によることはできず、基本法二条一項・一条一項および民法八二三条一項に基づくと解して②。*Syltandis, a. a. O., S. 156ff.*

③母はDNA鑑定の試料を提出していない限り、秘密のDNA鑑定に直接の利害関係をもたないが、子の監護権を有している

ときは、その同意の回避は監護権を侵害するものであり、民法一〇〇四条一項二文・八三条の類推適用により差止請求ができる。ただし、母は原則として、子の血縁関係を開示すべき義務があるとして、非財産的損害賠償請求はできないとする。

Stylianidis, a. a. O., S. 167ff.

(72) S. B. Reichenbach, AcP Bd. 206 (2006), S. 598ff.

(73) 民法一〇〇四条一項は、「所有者が占有の侵奪若しくは留保以外の方法により侵害されたときは、所有者は、侵害者に対して、侵害の除去を請求できる。侵害がさらに継続するおそれがあるときは、所有者は、差止めを請求することができる。」と規定する。

(74) Reichenbach, a. a. O., S. 61ff. ライヘンバッハ説の基本的な考え方は、S. B. Reichenbach, §1004 BGB als Grundlage von Beweisverboten, 2004, S. 1ff. (ギースェン大学二〇〇三年・〇四年冬学期に提出されたデッセルタツイオン)ですでに展開されている。同書の最後に付随的な形で、違法に収集された情報が自身の訴訟上の主張または証拠方法として私的自治的に利用されるのを禁止する基礎は、民法一〇〇四条の類推による民法上の妨害排除請求権 (Abwehranspruch) 以外にないと述べられているが (二一五頁以下)、それ以上に秘密のDNA鑑定の上・訴訟外の利用についてはまだ検討されていない。同書を評価的に紹介・検討したわが国の学説として、河野憲一郎「ドイツ民事訴訟法理論における違法収集証拠排除論の新たな展開—Reichenbach: §1004BGB als Grundlage von Beweisverboten, 2004の紹介を中心として—」商学討究五六巻二三号三〇三頁以下がある。

(75) 同様に、本件は国家による基本権侵害ではなく、私人間の侵害ケースであるとして、判旨の問題点を指摘するのは、J. F. Lindner, Gerichtliche Verwertbarkeit heimlicher DNA-Vaterschaftstests?, NWZ 2005, S. 774f.

(76) Reichenbach, a. a. O., S. 621f.

(77) わが国では、河野憲一郎「違法収集証拠をめぐる訴訟当事者間の法律関係」立教法学六四号一〇〇頁以下、特に一四〇頁、一四五頁が、拳証者の証拠提出により人格的利益を侵害される当事者からの証拠抗弁を認め、証拠排除手続は実体法上の差止請求権に代替する訴訟内紛争の解決手段という考え方を主張しておられる。

(78) F. Brosius-Gersdorf, Vaterschaftstests, 2006, S. 55ff.によると、「子の身体から分離した細胞組織は放棄されて無主物になるか、

所有権放棄が推論される状態であり、通常はゴミとして処分される。したがって、身体組織の取得や利用は、子の所有の自由という基本権（基本法一四条一項）を侵害するものではない、と考えている。また、C. Bohnert, Zur Zulässigkeit privater Vaterschafts, FPR 2002, S. 387 も、刑法上の問題点を検討する際に、そのような試料についての所有権を認めていない。

- (79) 豊田「職権探知主義」小島先生古稀〈続〉は、遺憾ながら、これらの法改革にまったく触れていない。これは主として、右論文の校了から相当の年月が経ったために、もはやこれら法改革の動向について筆者の研究不足もあり加筆することができなかったという事情によるものである。この場を借りて、拙稿をお読み頂いた先生方にお詫び申し上げなければならぬ。

- (80) H. Borth, Einführung in das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. 12. 2008 (FGG-ReformG), FamRZ 2009, S. 159; I. Rakete-Dombek/K. Türk-Brocker, Das FamFG, NJW 2009, S. 2769. 実務家や「スロウ」も家庭非訟事件手続改革法による法改革を「家庭裁判所」の創設として紹介している。vgl. z. B. <http://www.familienrecht.de/famfg-familienverfahrensgesetz/grosses-familiengericht-durch-das-neue-famfg/>  
<http://www.justiz.bayern.de/gericht/ag/m/presse/archiv/2009/02205/>

- (81) 連邦憲法裁〇七年判決の判旨の概要は、修道三〇巻二二七頁以下参照。

- (82) Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, Bundestags Drucksache 16/6561, Begründung, A. Allgemeiner Teil, S. 8f. 立法者の「『家庭や社会との対話の促進の規制目的については』」vgl. D. Schwab, Abstammungsklärungsmacht gemacht Oder: Neuer Dialog in der Familie, FamRZ 2008, S. 231f.

- (83) その内容については、修道法学三〇巻二二九〇頁注(二)参照。

- (84) 参照した文献については、S. Willutzki, Heimliche Vaterschaftstests — Anstoß für den Gesetzgeber, ZRP 2007, S. 180ff.; H. Borth, Das Verfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Abstammung unabhängig vom Anfechtungsverfahren gemäß §158a BGB-E und dessen Verhältnis zum Abstammungsverfahren nach dem FamFG, FPR 2007, S. 381ff.; R. Frank/T. Helms, Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“, FamRZ 2007, S. 1277ff.; F. Brosius-Gersdorf, Das Kuckucksei im Familiennest — Erforderlichkeit einer Neuregelung der Vater-

schaftsuntersuchung, NJW 2007, S. 806ff.; M. Wellenhofer, Das neue Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, NJW 2008, S. 1185ff.; T. Helms, Das neue Gesetzes zur Klärung der leiblichen Abstammung, FamRZ 2008, S. 1033ff.; K. Muscheler, Die Klärung der Vaterschaft, FPR 2008, S. 257ff.; ders., Das Recht des Vaters auf Kenntnis seiner Vaterschaft, FPR 2005, S. 185ff.; M. J. Zimmermann, Die Feststellung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren Teil1, FuR 2008, S. 323ff.; I. Fritscher, Die Novellierung des Abtammungsrechts, NJ 2008, S. 193ff.; A. Genenger, Erleichterte Abstammungsklä rung ohne Berücksichtigung der biologischen Väter, JZ 2008, S. 1031ff.; D. Schwab, Familienrecht, 16. Aufl., Rn. 552ff., S. 258ff. usw.

- (55) Bundestags Drucksache 14/9020, S. 1ff.
- (56) A. Genenger, Das neue Gendiagnostikgesetz, NJW 2010, S. 113. 委員会の議論や動向全般については、齋藤純子「ドメイン倫理審議会法——生命倫理に関する政策助言機関の再編」外国の立法二三四号一七四頁以下、松田純監訳・中野真紀・小椋宗一郎訳『人間の尊厳と遺伝子情報——ドメイン連邦議会審議会答申』一頁以下（知泉書院、二〇〇四年）参照。
- (57) Bundestags Drucksache 16/10532, S. 1ff.
- (58) Vgl. S. Orel, Heimliche Vaterschaftstests, 2007, S. 1ff.
- (59) ドメイン倫理審議会法 16/10532, S. 1, 16f. (以下「Entwurf」) Entwurf への略称)
- (60) Bundestags Drucksache 16/10532, S. 1, 16f. (以下「Entwurf」) Entwurf への略称)
- (61) Entwurf, Zu Abschnitt 3 (Genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung), Zu §17, S. 33.
- (62) Entwurf, Zu Abschnitt 3, Zu §17, Zu Absatz 1, S. 33f.
- (63) Entwurf, Zu §17, Zu Absatz 3, S. 34.
- (64) Entwurf, Zu §17, Zu Absatz 5, S. 34.
- (65) Entwurf, Zu §17, Zu Absatz 7, S. 35.

- (96) Entwurf, Zu Absatz 7 (Straf- und Bußgeldvorschriften), Zu §25 (Strafvorschriften), Zu Nummer 1, S. 40f.
- (97) Entwurf, Zu Absatz 7, Zu §25, Zu Nummer 3, S. 41.
- (98) Entwurf, Zu Abschnitt 7, Zu §25, Zu Absatz 3, S. 41.
- (99) Entwurf, Zu Abschnitt 7, Zu §26 (Bußgeldvorschriften), Zu Absatz 1, Zu Nummer 6, S. 41.
- (100) Entwurf, Zu Abschnitt 7, Zu §26, Zu Absatz 1, Zu Nummer 7, S. 42.
- (101) Entwurf, Zu Abschnitt 7, Zu §26, Zu Absatz 1, Zu Nummer 7, S. 42.
- (102) Entwurf, Zu Abschnitt 7, Zu §26, Zu Absatz 2, S. 42.
- (103) Entwurf, Zu Abschnitt 7, Zu §26, Zu Absatz 3, S. 42f.
- (104) Genenger, NJW 2010, S. 113ff.
- (105) 法案段階であるが、このような制裁規定の導入は家庭内の争いを増幅して法律の狙いを達成できず、また刑事制裁は親告罪として構成にされているが、そもそも検査を依頼した父の態度が刑事罰に値するようなものではないと批判するのは、Stylaniadis, a. a. O., S. 202f. また成文に対して、秘密に父子関係テストをした夫は制裁されるが、故意または過失により夫に誤って父子関係を信じた妻には制裁がない点を指摘するのは、S. Braun, Die Regelungen des Gendiagnostikgesetzes zu „heimlichen Vaterschaftstests“, MDR 2010, S. 486.
- (106) このような見方をする論者について、たぐひなく Muscheler, FPR 2007, S. 392; ders., FPR 2008, S. 263; Fritsche, NJ 2008, S. 194; Genenger, JZ 2008, S. 1035.
- (107) この法律の邦語訳と理由書を紹介したものとして、東京大学・非訟事件手続法研究会『「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律」仮訳』法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第一回会議（平成二十一年三月十三日開催）「参考資料5-1」参照。
- (108) Bundestag Drucksache 16/6308, S. 1.
- (109) Bundestag Drucksache 16/9733, S. 1.
- (110) いわゆる家庭非訟事件手続改革法のもとでも「親子関係事件（Kindschaftsachen）」という概念は維持されているが、事件の



内容は変更されている。すなわち、親としての世話 (elterliche Sorge) 、面接交渉権、子の引渡し、後見などに関する事件 ( 一五一条一号から八号 ) など、主として子が手続の中心となる事件がそれに該当し、その手続については同法第三編 ( 一五一条から一六八条まで ) が規定する。

(11) Bundestag Drucksache 16/6308, Zu §112 (Familienstreitsachen), S. 493.

(12) 以上について、vgl. Heiter, FPR 2006, S. 418.

(13) Bundestags Drucksache 16/6308, Zu §171 (Antrag), S. 244. 立法理由書は、連邦憲法裁〇七判決も、そのような解釈に憲法上問題はなかつた<sup>99)</sup>と判断した旨指摘する。

(14) 参照した文献として、P. Friederici/R. Kemper (Hrsg.)/I. Fritsche, Familienverfahrensrecht, 1. Aufl., 2009, FamFG §171, II 1 a), Rn. 3, 4, S. 618f.; R. Bork/E. Jacoby/D. Schwab (Hrsg.)/M. Löhnig, Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2009, §171, II 2a), Rn. 5, S. 603; H. Prütting/T. Helms (Hrsg.)/E. Stößer, Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2009, §171, B II 2, Rn. 15ff, S. 1329; A. Baumbach/W. Lauterbach/J. Albers/P. Hartmann, Zivilprozessordnung, 68. Aufl., 2010, §169 FamFG, 4) C, Rn. 9, S. 2617; H. Tomas/H. Putzo/R. Hüßtege, Zivilprozessordnung, 30. Aufl., 2009, §171 FamFG, 2 b, Rn. 5ff, S. 1623. これに対し、規定の緩やかな文言から、理由づけの要請は排除されたと指摘するのは、Heiter, FRP 2006, S. 419.

(15) Stößer, FamRZ 2009, S. 925; Prütting/Helms/Stößer, FamFG, §171, B II 2, Rn. 15ff, S. 1329 usw.

(16) Friederici/Kemper/Fritsche, a. a. O.

(17) Prütting/Helms/Stößer, FamFG, §171, B II 2, Rn. 17a, S. 1330.

(18) Heiter, FRP 2006, S. 419.

(19) これにより、両親の一方が訴訟に関与していない場合は、訴えの送達とともにその一方の親を口頭弁論期日に呼出し、また母が父子関係の認知を否認する場合に、子の呼び出しを規定していた民法旧六四〇条は削除された。

- (120) Stöcker, FamRZ 2009, S. 927; Prütting/Helms/Stöcker, FamFG, §172, B I, Rn. 9, S. 1333f. usw.
- (121) Stöcker, FamRZ 2009, S. 927; Prütting/Helms/Stöcker, FamFG, §175, B I, Rn. 3, S. 1337; Friederici/Kemper/Fritsche, a. a. O., FamFG §175, Rn. If, S. 636f.;
- (122) Heiter, FRP 2006, S. 420.
- (123) 旧法の片面的職権探知主義については、豊田「職権探知主義」小島古稀祝賀〈続〉一〇三七頁以下で検討している。ちなみに、vgl. Friederici/Kemper/Fritsche, a. a. O., FamFG §177, II 1, Rn. 3ff, S. 640f.; Bork/Jacoby/Schwab-Löhnig, FamFG, §177, II 1 If., Rn. If, S. 609f.; Thomas/Putzo/Hußleuge, ZPO, FamFG §177, 1, Rn. If, S. 1627 usw. 畑瑞穂「人事訴訟における職権探知主義について」家月五六巻三号一頁以下、特に一七頁以下参照。
- (124) Borth, FamRZ 2009, S. 165.
- (125) その場合、裁判所は鑑定が一般的に承認された学問に従ってなされているかを常に調べる必要があり、鑑定機関に疑問を抱いたときは、再鑑定を命ずることがある。Friederici/Kemper/Fritsche, a. a. O., FamFG §178, 2, Rn. 7, S. 643.
- (126) Bork/Jacoby/Schwab-Löhnig, FamFG, §177, II, Rn. 6, S. 610; Thomas/Putzo/Hußleuge, ZPO, FamFG §177, 2c), Rn. 8, S. 1628.
- (127) 民訴法三七二条 a の適用範囲は今後縮小し、たとえば扶養事件の手続や相続権に関する事件など民訴法による事件で血縁検査を実施する場合に、適用される。Friederici/Kemper (Insg.)/Fritsche, a. a. O., FamFG §178, I, Rn. 1, S. 643f.
- (128) Friederici/Kemper/Fritsche, a. a. O., FamFG §178, II 1, Rn. 2, S. 644.
- (129) Prütting/Helms/Stöcker, FamFG, §178, B, 1, Rn. 3, 4, S. 1345; Bork/Jacoby/Schwab-Löhnig, FamFG, §178, II 2, Rn. 4, S. 611f. など血縁関係に争いがあり、他の証拠では血縁関係を確実に解明できないため、裁判が検査結果に係わっている場合であると認め、検査を受ける男が子の母と事実上親密な関係があることを示す手掛かりがなければならぬとする。
- (130) Friederici/Kemper (Insg.)/Fritsche, a. a. O., FamFG §178, II 2, Rn. 3, S. 645.
- (131) ただし、総則規定によると、決定は関係人への通知によって効力を生じ（四〇条一項）、継続的効果を有する確定した裁判は、基礎におかれた事実状態または法律状態が事後的に重大に変化したときは、第一審裁判所は右裁判を取り消すまたは変更する。

とができる（四八条一項一文）。したがって、文中で述べた血縁関係事件の裁判の確定時期と変更の規定は、これら総則規定とは異なっている。

（132） この問題については、豊田「再審の訴え」修道法学二四卷一号四三頁以下参照。

【後書】 小島先生、また前稿までの拙稿をお読み頂いた先生方に、この場を借りてお詫び申し上げなければなりません。二年前の春に当方は思いがけず病気をし、この間しばらく研究を自重し本稿の執筆も中断せざるをえませんでした。いま改めて前稿を読み返しながらその続きを書いてみましたが、この間の法改正によって問題点の立法的な手当てがなされたところもあり、当初の全体の構想からして不統一な論述になっていることをご容赦願います。加えて、広範な法改革の内容の理解もなかなか容易ではなく、今回で本稿を完結することができませんでした。できる限り早く、なんとかそれを果たしたいと考えています。なにとぞご容赦願いますようお願い申し上げます。