

# 秘密に収集されたDNA鑑定の上の利用(四)

——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二二日判決
  - 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、三三卷一号)

五 父子関係否認訴訟における再訴の可能性

1 再度の否認の訴え

2 父子関係の否認期間の新たな開始

3 小括（以上、本号）

六 おわりに―日本法への示唆

五 父子関係否認訴訟における再訴の可能性

1 再度の否認の訴え

(1) 第一事件は、同じ原告による同じ被告に対する再訴の事案である。本件連邦裁〇五年判決は、判旨(1)部分で、原告・ツエレエ高裁が本件訴えを適法とした判断をそのまま維持している（三〇卷一号九一頁参照）。

(a) 原審・ツエレエ高裁は、本件訴えは、当事者間の本案判決の既判力に妨げられないとする区裁の法見解にくみする、とする。同高裁は、その理由として、先の否認手続で下された判決の既判力効については、その基礎におかれた生活上の事実関係（*Lebenssachverhalt*）に照準を定めなければならない。父子関係否認の訴えが、原告は十分な否認の疑いを申し立てていないという理由で請求棄却になっている場合、血縁関係について裁判はされてなく、再度の否認の訴えは、前訴の最終口頭弁論終結後に生じた新しい事情に依拠することができる。同高裁によると、本件はそのケースであり、上述した本案判決の既判力は、Xは二〇〇一年当時、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」を基礎づけるのに適さないという判断にのみ及ぶものであり、裁判外で実施されたDNA父子関係証拠によると、Xは父子関係から排除されるという事実は、別の生活上の事実関係である、としている（*FamRZ* 2004, S. 481）。

(b) 先に連邦裁九八年判決は、嫡出否認の訴え（民法旧々一五九三条）についてのいわゆる詳細説を批判する上告の主張、すなわち、夫が一定の疑いをもちながら、その疑いが十分であるか否か分からないときに、困難なほとんど絶望的な状況におちいる、否認の訴え提起を待てば、否認期間を徒過する危険があるし、否認の訴えを提起すれば、裁判所が鑑定を実施するための疑いの要素が十分ではないとして、請求を棄却したとき、血縁関係を解明することなく、終局的に否認権を喪失することを危惧しなければならぬとの主張を退けるに際して、つぎのように判示する（FamRZ 1998, S. 956f.=NJW 1998, S. 2977）。

(i) 右上告は、裁判所がその裁判を意識的に特定の観点にのみ依拠させて、別の法律上の観点を意識的に無視して、審査を行っていないことが、理由中から明らかになるときは、請求棄却判決の既判力の客観的範囲は制限される、という点を看過している。(ii) 嫡出否認の訴えが、原告は父子関係についての疑いを基礎づけるいかなる事情も申し立てていない、したがって、あるいは存在するかもしれない否認権は行使できないとの理由によって、請求棄却となった場合、血縁関係自体については既判力をもって裁判は行われていない。(iii) したがって、前訴の口頭弁論終結後に生じた新たな事情に基づく夫の再度の嫡出否認の訴えは、そのように理由づけられた判決の既判力に妨げられないのである、と。

(2) 第一事件の原審・ツエレエ高裁は、前掲判示の際に、連邦裁二〇〇二年一月三日判決（FamRZ 2003, S. 155f.）も引用している。これは、原告Xと被告Yの母Aが婚姻を締結してYが誕生したが、その後XとAは離婚、Xは、懐胎期間中にAは他男Bと親密な関係にあったとして、Yに対して父子関係の否認の訴え（民法旧一六〇〇条d）を提起したという事案である。第一審は、証人尋問の実施後、Xは、客観的にみて父子関係の疑いを生ずるに足りる事情を証明できていないとの理由で、それ以上に鑑定を実施することなく請求を棄却し、Xの控訴も棄却された（判決確定）。これに対し、

Xは、再度、懐胎期間中のAと他男Bとの親密な関係を主張し、Yに対し父子関係の否認の訴えを提起したというのが、右事件である。Xは、前訴判決後にBの死亡を知り、亡Bの夫人に連絡をとったところ、同夫人からは、Aがしばしば電話をしてきて、Bに愛を告白していた、それが原因でB夫婦はよくつかみ合いの喧嘩をしたことがある旨を聞いた、と主張している。第一審は、訴えは前訴判決の既判力に抵触するとして却下、Xの控訴も棄却された。Xの上告に対し、連邦裁は、事件の解決としては、Aが前訴に関与（民訴法旧六四〇条e第一項）していない点で、絶対的上告理由（民訴法旧五五一条五号・新五四七条四号）にあたる手続瑕疵があるとして、原判決を破棄差戻した。

(a) ただし、連邦裁〇二年判決は、それに続いて―傍論と思われるが―、つぎのような判示をしている。すなわち、(i) 当部の判例によると、夫の父子関係の否認の訴え（民法旧一六〇〇条d、民法旧々一五九三条の嫡出否認の訴え、〇九年改正後は家庭非訟事件手続改革法一六九条四号の父子関係の否認を求める手続―筆者）のためには、自分は被告たる子の父ではなく、鑑定を行えば父子関係を否認できるとの申立てでは十分といえず、原告はむしろ、客観的にみて子の嫡出性に疑いを生じさせ、他男との血縁関係の可能性がまったくあり得ないこともないと思わせる事情を申し立て、必要な場合にはそれを証明できなければならぬ。前訴の控訴判決は、この判例（九八年四月二二日判決）に依拠しているのである。Xは、すでに前訴で、別れた妻Aは懐胎期間中にBと関係があったと主張しており、その疑いを正当化しうる事実を証明するのに成功しなかった。(ii) 連邦裁〇二年判決は、前掲九八年判決の判旨(i)から(ii)部分を引用して、上告は、前訴における身分上の訴えが上述した理由で棄却された原告が、すでに前訴で申し立てた事実関係だけを新しい事情によって補充したときは、その身分上の訴えを直ちに再度提起することができると導いているのは、不当であると判示する。仮にそれに従ったときは、前訴でなされた判決は、事実上、既判力を失うことになる。それは正しくない。訴訟物についての裁判所

の裁判には、既判力が生ずる。連邦裁の常時の判例によると、訴訟物（訴訟上の請求）は、原告の請求する法律効果が具体化された訴えの申立てと、要求された法律効果が導かれた生活上の事実関係（請求原因）によって特定される。それによると、前訴の訴訟物は、被告Yの子としての地位を形成判決によって変更するとのXの申立て、および、被告Yの母Aは懐胎期間中にBと親密な関係にあったという生活上の事実関係から明らかになる。(iii)しかし前訴においては、この訴訟物について無制限に裁判がなされたものではない。前訴は、Yの血縁関係―身分関係―について、肯定的または否定的に裁判をしたものではなく、Xの申し立てた生活上の事実関係は、あるいは存在するかもしれない否認権を訴訟上行使することはできないという点についてのみ裁判したものである。(iv)九八年判決の判示する、前訴判決の既判力の客観的範囲も、そのように制限された訴訟物についての裁判に依拠して確定しなければならぬ。したがって、Xは「判断された」生活上の事実関係によると、あるいは存する否認権を行使できないという判断に、既判力が生じたのである。(v)そこで、同一原告Xによる第二の否認の訴えは、「最初の疑い」の陳述が、前訴の最終口頭弁論終結後に生じた、新しい独立した生活上の事実関係に基づいている場合のみ、適法なものとなる。しかし、前訴の生活上の事実関係についての陳述が、単に変更、補充、修正されているだけにすぎないときは、新しい独立の生活事実関係があると考えすることはできない。高裁が正しく判示しているように、Xが前訴で提出した、Aは懐胎期間中にBと親密な関係にあったという事実を主張するために、単に新しい証人を申し出ているだけでは十分とはいえない。Xが、その証人によって、すでに前訴で提出した主張の正当性を証明するための間接事実にあたる、前訴では申し立てていない事実を証明したいというときも、同様である。

(3) 九八年判決は、父子関係否認の訴え提起につき原告に「根拠のある最初の疑い」を要求する旨明言した判例（いわゆる詳細説）であり、<sup>(13)</sup>原告から鑑定が提出されていた事案ではない。また〇二年判決も、妻と他男との親密な関係につ

ての証言を期待する証人申請は原告からなされているが、同様に鑑定<sup>(13)</sup>の提出はされていない事案である。その点では、本件○五年判決の事案とは異なる。(i)これら九八年判決および○二年判決によると、嫡出否認の訴え提起に原告に求められる「根拠のある最初の疑い」を提出せずに請求を棄却した確定判決は、本案である血縁関係の問題についてまで判断したものではなく、前訴確定判決の既判力の客観的範囲は、その限りで限定的なものである。したがって、前訴事実審の口頭弁論終結後に生じた新たな事実を「最初の疑い」として再度提起された父子関係の否認の訴えは、前訴確定判決の既判力に妨げられない、という結論になろう。

(ii)連邦裁九八年判決は、既判力の制限に関する判示部分(b)(i)で、ツェラーのコメントル(フォルコマー)を引用している。この学説は、<sup>(14)</sup>①原告主張の法律効果を認めなかった請求棄却判決の既判力については、全面的な拘束力を肯定する説と、前訴判決が扱わなかった法的観点については第二訴訟を認める説が対立しているが、裁判所は、考え得るあらゆる法的観点から、包括的に法的紛争を判断しなければならないという理由により、原則として前説に賛成すると解する。②しかしそれにつづけて、裁判所が一つまたは複数の法的観点を意識的に審査していなかったことを請求棄却判決において明示的に判示している例外的な場合には、既判力は限定されるとする。原告が、訴訟物たる法律効果を特定の法的観点に基づいてのみ審査するように求めていたり、あるいは特定の観点によつては審査しないように求めている場合や、裁判所が(訴訟物論で実体法説に従つて)、ある法的観点を意識的に審査していない場合がそれである。③そこで、請求棄却判決の既判力の客観的範囲を定めるためには、裁判所はいかなる実体法上の観点を例外的に意識的にしん酌しなかったかを問うべきであり、判決理由からそれが明らかにならないときは、訴訟物全体について既判力は生ずると解している。

(iii)連邦裁九八年判決は、同時にシユタイン・ヨーナスのコメントル(シユロツサー)も引用する。この学説は、父

子関係事件において、当事者の生存中に確定した判決の対世効を定めた民法旧六四〇条h（〇八年の家庭非訟事件手続改革法により削除、同法四五条、血縁関係事件につき同法一八四条一項が決定について同様の規定をおく）を解説する際に、①否認の訴えの確定判決の既判力に関して、主観的な（subjective）否認権のみを否定した判決と、血縁関係ないし嫡出性を認めなかった判決を区別して議論する。（本件のように父ではなく）子の否認の訴えが、民法旧々一五九六条一項二号ないし五号（嫡出子の父子関係の否認権）または一六〇〇条i（否認期間）の要件なしとして、請求棄却となった場合、子は最終口頭弁論終結時に否認権を持たないという事情のみが既判力をもって認定されたのであり、子の嫡出性について既判力をもって認定されたものではない。嫡出性の問題に立ち入ることなく請求棄却がなされていることから明らかであり、権利濫用による請求棄却の場合も同様である。しかし、右要件は前訴時に存在したが、裁判所が審査しなかったという理由によって、子は再訴できない。これは、否認の訴えの訴訟物は、原告の主観的な否認権と子の嫡出性ないし非嫡出性の問題であるという段階的構造の考え方から導かれる。②これに対し、判決が血縁関係自体について判示している場合には、嫡出性の不存在や認知者の父子関係の不存在（積極的ケース）、または嫡出性ないし父子関係の認知を否認できないこと（消極的ケース）が認定されている。したがって、主観的な否認要件はあるが、子の非嫡出性の証明なしとして、父子関係の否認の訴えが請求棄却となったときは、他の否認権者も再訴することができない。また従前の原告による再訴と同様に、その後には、前訴と異なった判断をもたらし得る新しい自然科学の確認方法が発展したという理由づけによっても、それはできない、とする。<sup>(35)</sup>

請求棄却判決後の再訴を正当化するために、連邦裁九八年判決やツェラー（フォルコマー）説がいう前訴判決の審判対象の限定とは異なり、シユタイン・ヨーナズ（シユロツサー）説は、否認訴訟の段階的な訴訟物論の考え方をあげている

点に特色がある。このほか判例においては、否認権限を有する当事者毎に訴訟物を異別に解する見解<sup>(136)</sup>、実際的な考慮により既判力効の拡張・限定を考える見解<sup>(137)</sup>もみられる。

(iv)連邦裁〇二年判決も連邦裁九八年判決に追従しているが、〇二年判決は、訴訟物論について連邦裁判例が採用している二分肢説を明言している点に特徴があるといえよう。すなわち、〇二年判決は、「訴えの申立て」、および、法律効果を導いた「生活上の事実関係」（請求原因）により訴訟物は特定されると述べている<sup>(138)</sup>。連邦裁第一事件の原審・ツエレエ高裁および連邦裁〇五年判決は特に訴訟物論については言及していないが、やはり（暗黙裡に、当然ながら）同様の見解を採っていると考えてよいであろう。ドイツ法の訴訟物に関する議論については、本稿において検討する余裕はなく、判例の採る二分肢説については先学の研究を参照させて頂く<sup>(139)</sup>。本件でいえば、前訴の生活事実である、原告Xの生殖能力の脆弱という〇一年当時の事実、前訴の口頭弁論終結後の新事実、すなわち、裁判外で実施されたDNA鑑定によるとXは親子関係がないことが判明したという事実は、「自然に観察して」<sup>(140)</sup>それぞれ別の生活上の事実関係と解されているものと思われる。したがって、二分肢説によれば、本訴の訴訟物は前訴のそれとは別個のものであり、前訴確定判決の既判力によって本訴が妨げられることはない。本件連邦裁〇五年はこのような考え方にたつものと解される。連邦裁判例のこのような考え方は、最近の学説によって支持されている<sup>(141)</sup>。

(v)連邦裁〇二年判決は連邦裁九四年一月一日判決（NJW 1995, S. 967f.）を引用している。簡略な記述からは正確な事実関係が筆者には分かりにくいのが、前訴は受遺者から被相続人との相続契約により単独相続人となった本訴原告に対し、遺贈に基づく土地の譲渡請求訴訟で請求を認容する判決確定、その後、前訴被告が、被相続人の生前中に土地の譲渡は行われていたとして、受遺者（前訴原告）に対し土地の返還請求訴訟を提起したという事案のようである。前訴において



被相続人からの土地の譲渡は、当事者から主張されていない。第一審は訴え却下、控訴審は第一審判決を取り消し、請求認容判決。連邦裁は、控訴判決を取り消し、第一審判決を維持した。

連邦裁九四年判決によると、①判決は、訴えまたは反訴により提起された請求権について判断される限り、既判力を有し（民訴法三二二条一項）、判決の要素、条件付権利または反対の権利は既判力に含まれない。既判力は、判決の直接の対象物、訴えまたは反訴により、口頭弁論の終結時に裁判の対象になった法律効果に限られる。既判力の対象は、申し立てられた事実群に基づき、主張された法律効果の存否に限られる。②本件では、二つの手続において、問題の土地につき、当事者からそれぞれ法律効果として譲渡が申し立てられており、少なくとも申立てについては、「矛盾した正反対の物」という意味での訴訟物の同一性が存する。また前诉被告が争いを反対方向にして係属させ、前訴で判示された法律効果の「矛盾した正反対の物」を要求しているときも、訴訟物の同一性がある。既判力ある法律効果の認定は、同時に、「矛盾した正反対の物」は存在しないという認定も含むからである。原告に、所有権のような一方当事者にしか属しない権利が認められたときは、同時に、被告は権利の所有者ではないことが認定される。所有権の譲渡を求める請求権についても同様である。

しかし連邦裁は、③本訴手続は、現在要求された法律効果が導かれる、別個の、独立した、前訴で申し立てられていない生活上の事実関係には依拠してなく、原審はこの点を考慮していないとする。判決中の事実認定は既判力を生じないが、提起された請求権についての裁判の既判力が、確定判決は不当な事実認定に基づいているとの申立てによって空洞化されてはならない。そのため、法律効果の棄却を導いた、前訴で申し立てられた事実の失権だけでなく、前訴で申し立てられなかった事実も、それが前訴の口頭弁論終結後に生じたものでない限り、既判力に服する。その限りで基準となるのは、

取引觀念に従つて自然に觀察したとき、それらは一体とみられる、訴えの申立ての基礎におかれた事実上の事象全体である。つまり、当事者の観点にたつて自然に考察した場合に、事実申立てにより裁判の対象になった事実群に含まれる事實は排除されるのである。連邦裁は、本件はまさにこのケースであるという。④財産が譲渡されたとき、法律行為の有効性にかかわる事象全体が、申立ての有無にかかわらず、裁判の対象になる生活上の事実関係に含まれる。当事者が判決の確定後に、知っていた別の譲渡を申し立てていなかったとして、再びそれを主張した場合、既判力の目的と合わない。本件では、被相続人と原告の間の譲渡はすべて関連しており、その詳細や譲渡の動機は、両手続の当事者の申立てからは正確にうかがえないが、両者の個人的関係によるものであることは確かである。そこに一体的な生活事実関係が認められる。これを既判力による事実の失権に関する一般的原则でみると、譲渡の合意は、前訴の訴訟資料と関連し、遺贈請求権についての事実認定とは矛盾した、従前すでに存在した事実として、原則として、先に認定された法律効果と「矛盾した正反對の物」を認容する目的で、原則としてもはや申し立てることはできないことになる。

(vi)連邦裁○二年判決の引用の趣旨は、右九四年判決の判示③部分と同様に、訴えの申立ての基礎におかれた事実上の事象全体が同一であるとみたためである。また○二年判決が引用するムズイーラク(ムズイーラク)説は、①民法三三二二条一項(判決の変更の訴え)<sup>(12)</sup>の規範目的は、前訴で敗訴した当事者が事実関係の陳述を修正しただけで、その法的要求について再度の審理および裁判を得ようとすることを阻止することにある。前訴の訴訟物となり既判力をもって裁判された生活上の事実関係には、前訴の訴えの申立てを正当化する法原則を適用するためにその存否が重要である、すべての事實が含まれる。②しかし、原告が前訴の合理性にとつては重要といえない、または口頭による最後の事実審理の終結後に初めて発生した事実を主張しているときは、それに基づく訴えは前訴判決の既判力に妨げられない、とする。<sup>(13)</sup>

連邦裁判例が(旧)父子関係否認訴訟で採用してきたいわゆる詳細説によると、前訴は、原告が訴えの有理性を基礎づける「最初の疑い」を主張していなかったケースであり、かつ、本訴は、前訴の事実審口頭弁論終結後に実施されたDNA鑑定によって明らかになった事実に基づいている点で、右ムズイーラク(ムズイーラク)説の②部分とも附合するものと解される。

(4) 学説をみると、(a) 民訴法旧六四〇条h(親子関係事件の確定判決の対世効<sup>(14)</sup>)を解説する際に、連邦裁〇二年判決に賛成して、前訴の事実関係の陳述を単に変更する、補充する、または修正するだけでは、新たな独立の生活上の事実関係とはいえないと解する見解はすでに有力説と思われる<sup>(15)</sup>。

(b) 連邦裁〇二年判決が原判決を破棄差し戻した点についても、それを支持する学説がある<sup>(16)</sup>。親子関係事件の対世効を規定した民訴法旧六四〇条h第一項に対して、同条一項二文はこれを制限して、親子関係の存在または親の監護権を確認した判決は、親子関係または親の監護権を自己のために主張する第三者に対して、その第三者が訴訟に関与したときに限り、効力を有すると規定する。また民訴法旧六四〇条e第一項は、両親の一方または子が当事者として訴訟に参加していないときは、その両親の一方または子は、訴えを通知したうえで、口頭弁論期日に呼び出さなければならずと規定している。前訴手続は母をその手続に呼び出すことなく、手続に関与させなかった点に治癒できない手続瑕疵が認められ、破棄差し戻後の原審は、母を再度呼び出したうえで、新たな弁論をする必要があるものと解される<sup>(17)</sup>。なお、家庭非訟事件手続改革法も右規定と同趣旨の規定をおいており、手続により権利に直接かわる者、または同法もしくは別の法律で、職権によりもしくは申立てにより関与すべき者を、裁判所は関係者(Beteiligte)として手続に呼び出さなければならぬ(七条二項一・二号、三項)。そして血縁関係事件の手続には、子、母および父を参加させなければならない(一七二条

一項一号から三号）。

## 2 父子関係の否認期間の新たな開始

父子関係解明手続（民法一五九八条 a）の立案段階で、立法者は、子の利益保護のために父子関係の否認期間を更新する旨の規定を導入しようとしていた。<sup>(18)</sup> 第一に、未成年の子の利益を考慮して父子関係の否認請求を棄却する場合、否認の再訴期間は棄却判決の確定時に再度開始するが、裁判所は棄却判決の本文中で、否認期間を伸長できる旨の規定（連邦政府法案一六〇〇条五項）、第二に、父子関係の否認期間の経過後に行われた解明手続によって父子関係の不存在が判明した場合、否認期間は再び更新される旨の規定（法案一六〇〇条 b 第七項）がそれぞれである。提案された両規定とも、最終的には成案にいたらなかったが、なお問題は残されているのではないかとも思われる。そこで、この法案の規定に関する議論について、若干検討しておくことにする。

(a) 連邦政府の当初の法案 (BT-Drucksache 16/6561) は、つぎのような規定を導入するように提案していた。

(i) まず、父子関係の否認の権限を有する者に関する民法一六〇〇条（一項から四項）中に、新しく「五項」を加えるとする。提案された五項は、つぎのような内容の条文である。「父子関係の否認の効果が、否認の権限を有する者の要求を考慮しても、未成年の子にとって要求しがたい、その幸福を著しく害する結果になるときは、およびその限りにおいて、父子関係は否認することができない。第一文の要件がある（すなわち、未成年の子の幸福を著しく害する結果になること―筆者）という理由により、否認の訴えが棄却されたときは、再度の否認の訴えは妨げられない。この場合に、民法一六〇〇条 b 第一項一文の否認期間は、請求を棄却した判決の確定と同時に、改めてその進行を開始する。裁判所は、一文の要

件が、二文によって新しく開始する否認期間の経過後にも存続することが高度の蓋然性をもって認められるときは、判決主文中における判断により、自ら裁定すべき期間に限って、否認期間を伸長することができる。<sup>14)</sup>

(ii) 立法理由書によると、①右法案一六〇〇条b第五項は、新しい血縁関係解明請求権(民法一五九八条a)によって、今まで以上に法律上の父が生物学上の父でないことを知る事態が多くなることから、子を保護するために否認権限を制限しようという趣旨である。子の利益が著しく(erblich)害される否認の広範な効果を考えると、例外的ケースでは否認を認めないという修正が必要である。たとえば、子と法律上の父との法的・社会的な結び付きの期間、また子の特別な生活状況や生育環境からして、子の幸福が著しく害されるようなケースがそれであるが、他方で、子の経済的利益(扶養料の確保)はそれに該当しない。②身分手続では法的安定性が重要である。先の過酷ケースでは否認の訴えは請求棄却となるが、過酷事由が消滅すると否認の再訴があり得る(五項二文)。請求棄却判決の確定と同時に、否認期間は再びその進行を開始する。しかし、長期間の子の重病のような事案では、裁判所は、請求棄却判決後に、再び否認期間が進行するときも、そうした過酷な状態が確実に続く判断できるときは、否認期間を伸張することができる、とする(五項三文)。

(iii) 第二に、立法者は、否認期間に関する規定・民法一六〇〇条bに、「第七項」を新しく加えると提案している。その七項の条文によると、「父または子が、一五九八条aによる生物学的な血縁関係を解明するための遺伝学検査によって、両者の間に生物学的な父子関係がないことを知ったときは、一項一文の期間(二年間の否認期間―筆者)は、両者がそのことを知ったときから、それぞれ新たに開始する。否認の効果が未成年の子の幸福を著しく害するときは、それは適用されない。」

立法理由書によると、夫(父たる者)が、尊敬すべき思慮により二年間の否認期間を徒過した場合、たとえば、血縁関

係を疑いながら、婚姻や社会的家族を護るために否認期間を徒過した、ところが、その後離婚したような場合が考えられている。父子関係の疑いの理由いかんは問題ではなく、血縁鑑定によって父子関係の真実を知った場合である。ただし、未成年の子については、否認の効果が子の幸福を著しく害するときは、適用されない。

(b) 連邦政府の右法案に対し、連邦参議院<sup>(15)</sup>は、後者の一六〇〇条b第七項中、第二文（例外規定）を削除すべきであるとの意見を表明している。父子関係の強い絆があるときは、否認は子の幸福を著しく害する結果となるのであって、遺伝学検査後の否認については、期間の再度の開始などありえないと、父は考えるはずである。そうすると、父はできる限り早い時期から遺伝学検査や否認の決意を固めるのが普通となり、子の幸福にとって喜ばしい事態にはならない。またその規定により、期間の計算が不明確になり、法的安定のための期間の目標とも矛盾する結果となる。

(c) 連邦議会の法務委員会（Rechtsausschuss）は、解明手続規定（民法一五九八条a）の導入には賛成する決議を行ったが、前掲の二つの規定の導入には反対の意見を明らかにしている<sup>(16)</sup>。

(i) 父子関係否認手続の子の保護規定（法案一六〇〇条b第五項）は、すでに解明手続に子の保護条項が設けられており（一五九八条a第三項。その法文は修道法学三三卷一号一八頁および本号一一〇頁注（149））、それにより子の幸福は十分に保護される。他方、父子関係の否認手続は、現行法も子の保護規定をおいていない。今後は、解明手続における子の保護条項（一五九八条a第三項）が、その手続段階で生物学上の血縁関係の解明から子を保護する働きをする。否認手続では、判例が要請する原告の具体化義務（いわゆる詳細説の「最初の疑い」と二年間の否認期間によって、子の利益は十分に保護されている）。

また否認期間は二年間であり（民法一六〇〇条b第一項）、父子関係の解明手続と否認手続は時間的に近接して実施さ

れることを考えると、解明手続の段階で子の幸福についての侵害がなければ、否認手続においてそれが認められるケースは実務上ほとんどあり得ないといえる。

(ii) つぎに解明手続後の否認期間の更新規定（法案一六〇〇条b第七項）は、二年間の否認期間（民法一六〇〇条b第一項）の経過した後、新たに否認期間を開始することになり、二年の否認期間（民法一六〇〇条b第一項）を事実上空洞化することになる。そもそも否認期間の意義および目的は、子および社会一般の法的安定性に役立つことである。父子関係を否定する事情を知った者は、二年間の否認期間内に父子関係を否認するか否か決心しなければならず、その期間内に否認しない者は、子との父子関係を維持すると決断したのである。また否認期間中に解明手続が実施された場合、否認期間は解明手続の開始によって、その進行は停止されるのであり（一六〇〇条b第六項）、期間の経過に対して保護ははかられている。

(d) 学説においては、特に法案の後者の更新規定（一六〇〇条b第七号一文）に対する批判がみられる。(i) フランク・ヘルムス説<sup>(13)</sup>によると、①遺伝的血縁関係の解明手続に期間制限に関する規定を定めないのであるが、他方で、父と子が遺伝的血縁関係の解明を、いかなるときにも、身分法秩序を是正するための手掛かりにできるとした場合、期間の定めのない訴えの権限は不適切な結果になる、と批判する。連邦憲法裁は血縁関係の確認手続で得られた知見を身分手続でも利用してよいと述べているが、それは、秘密に収集された血縁鑑定は利用できないと強調した点に対する態度表明にすぎず、身分手続の期間経過後にもなおそれを利用できるとはどこにも述べていない、そのような逆推論は身分秩序を安定すべき子の利益に反する。また時的制限のない法律上の父の否認権は、生物学上の父に対する際限のない扶養料返還請求権の問題を先鋭化する。②法案は、父が「尊敬すべき考慮」から否認期間をやり過ぎた場合をあげているが、たとえば、

法律上の父が扶養料の支払いを中止したり、一〇数年後に子から遺留分を奪うような場合、再開の利益は尊敬すべき理由によるものではない。現行法では、父の否認権は、父子関係を否定する事情を知ったときに初めて進行を開始するのであり、否認期間の開始に必要な事情を知った父が、否認権を行使するか否か決断しなくてはならないとする理由が認められない。現行法によれば、父子関係を否定する事情を知らば、否認期間は開始し、直ちに血縁鑑定により確信を得ることはできなかったのであり、文献上、そのような理由で否認権限を新たに肯定する学説はない。子についても、すでに一〇数年前にできなくなった扶養料請求をするために血縁関係を再検査することになれば、否認期間の再開は耐え難い結果になる。

③法案によると、法律上の父は、子の生物学上の父でないことが母との間で、いつでも明らかなきも、新たな否認権を取得するのは明確でない。たとえば、すでに秘密の父子関係テストが収集された、法定の懐胎期間中に夫婦は別居していた、法律上の父は拘留されていた、または父子関係を故意に真実に反して認知したような場合である。厳密に言うところ、そうした場合には、法案一六〇〇条b第七号の文言が本来予定しているような、正規の手続を踏んで実施された遺伝的検査によつて初めて真実の血縁関係を知ったのではない。理由書はこの問題について態度を明らかにしていないが、知つたレヴェルによる区別は疑問である。さもないと、父子関係について大きな疑いを抱いた者は、生涯にわたり否認権を有するが、父子関係の不存在について確実に知った者は、二年の期間を指示されることになる。

④法案は、否認により未成年の子の幸福が著しく害されるときは、否認権の更新を除外しているが、それは実効性のない偽棄である。理由書もその点について十分ではなく、長期間の親密な親子関係の破壊をその例としてあげているが、その趣旨は分らない。また別の例として法案があげている「自殺の恐れや重病の悪化」からは、民法一五六八条一項一文の子の保護条項（未成年子の利益のために破綻した婚姻の離婚回避）に似た、不名誉な運命に脅かされる予感がする。



⑤ 法案は、否認期間の更新を父と子に認めながら、母に認めていないのは、平等条項（基本法三条一項）に違反する。

(ii) シュワープ説も、① 否認期間の更新規定（法案一六〇〇条b第七項一文）に対して、法律上の父がいかなるときも民法一五九八条aに基づく血縁関係の解明請求権を通じて否認権を取得できることになり、母を支配することになる、と批判する。② また否認の効果が未成年の子の幸福を著しく害するときは、新しい否認期間は進行を開始しないという規定（法案一六〇〇条b第七項二文）に対しては、子の幸福が著しく害されない時点から、改めて否認期間の進行を開始するのかが問題にする。法案はその点について明確ではないが、理由は否定している。連邦憲法裁によると、血縁関係を知ることが人格権に根ざした高貴な事項であることを考えると、論理的ではない。未成年子であることを考慮して手続を中断したが、青年になると、なぜそれを追完できるのか。③ 民法一五九八条aの手続の導入によって、否認手続は延長される。<sup>(153)</sup>

(e) 右にみたような批判的論議を経て、立法者は最終的にはこれら二つの法案の規定を撤回した。<sup>(154)</sup> しかし学説においては、父子関係の解明手続（民法一五九八条a）が父子関係の否認訴訟の否認期間（民法一六〇〇条b第一項）に影響を及ぼすことが指摘されている。<sup>(155)</sup> (i) ハイダーホフは、法律上の父はいまや時間的な制限なく、父子関係を否認できるようにしようと解している。<sup>(156)</sup> この説によると、否認期間（民法一六〇〇条b第一項）は、原則として、父子関係の解明手続（民法一五九八条a）の終了後にその進行を開始する。この否認期間が開始するためには、父が「最初の疑い」の存在を知る必要がある。しかし通常、父が「最初の疑い」の存在を知るのは、父子関係の解明手続で収集された遺伝子テストによるはずである。父が解明手続の実施前にすでに「最初の疑い」を抱いていたケースも考えられるが、判例（いわゆる詳細説）の要求する「最初の疑い」の要件は高く、単なる予感や疑いでは否認の訴えの適法性、したがって否認期間の開始を基礎づ

けるのに足りない。そうだとすると、期間の定めのない父子関係の解明手続の導入によつて、法律上の父は「最初の疑い」を無制限に取得し、二年間の否認期間（民法一六〇〇条b第一項）を無制限にする手段を得たことになり、右否認期間は空洞化したことになる。民法一五九八条a第五項は解明手続中の否認期間の進行を停止するが、その事実上の効果は小さい、と指摘する。<sup>(157)</sup>

(ii) オスターマン (S. Ostermann) は、この問題について父子関係の解明手続（民法一五九八条a）の導入前後により基本法六条一項が保護する「社会的な家庭」の存在の危機の変化という視点から最も詳細な考察を試みている。<sup>(158)</sup> ①解明手続規定の導入前（二〇〇八年四月一日以前）においては、父子関係は、否認権者が誰であるかにかかわりなく、二年の否認期間内のみ否認することができる（民法一六〇〇条b第一項一文）。否認期間は裁判所が職権で調査すべき除斥期間と解され、被告からの期間徒過の援用がなくとも、否認権は右期間の経過とともに消滅する。否認期間は、否認権者が子の血縁関係が異なる可能性がまったくあり得なくもないことが明らかになる事実を確実に知ったときに開始し、否認権者の主観的視点ではなく、理性的な客観的観察者の視点から、法律上の父と子の血縁関係について疑いを生じさせる事情の存在が唯一重視される。判例（いわゆる詳細説）の要求する「最初の疑い」を理由づける事情が、否認期間を開始させる事情でもある。つまり否認期間は、否認の訴え提起に必要な「最初の疑い」についても具体的に申し立てられたときに開始する。否認期間と「最初の疑い」が同時に進行を開始することにより、否認権者は、期間を遵守して否認の訴えを提起したときは、原則として父子関係を成功裏に否認することができる。

立法者は、父子関係改革法（一九九七年）に際して、否認権者の父子関係を否定する事情の「知」に基づく除斥期間を採用する理由として、「社会的な家庭」の保護（基本法六条一項）をあげている。否認期間がないと、父子関係問題は際

限なく不確定になり、身分関係の不安定、法的不安定が生じ、家庭の社会的存在に対して消極的影響が生ずる。基本法六条一項により保護された社会的な家庭は、身分関係の不安定のみならず、子との血縁関係の不存在を知ったまたはその疑いがあるのに、否認の訴えの提起・棄却によっても危機に陥る。

②他方、解明手続規定の導入後（二〇〇八年四月一日以降）をみると、立法者は、連邦憲法裁の提案にならって、解明手続（民法一五九八条a）に期間を定めていない。多数の学説がこれを支持しているが、連邦憲法裁の提案趣旨は、解明手続を、否認手続と異なり、家庭の法律上・社会的な存続（基本法六条一項）を危険にしない、独立の手続として構成するということであった。しかし、解明権者は堂々とオープンな手続を請求・開始することができるようになり、検査結果の知見は家庭の平和、家庭の社会的な存続に消極的影響を及ぼす。家庭の共同生活を危うくせずに、血縁関係は解明できない。また理論的には解明手続は子の生物学的な血縁関係を解明するだけで、家庭の法的存続にまで影響を及ぼすものではない。しかし検査の知見から法的結論を導く障壁は下がり、否認権者が法律上の父子関係の否認を決意したとき、それは成功しやすくなり、多くのケースで家庭の法的存在も危うくなる。したがって、解明手続の期間の無制限は、連邦憲法裁判例を前提にしても憲法上正当とはいえない。

③オスターマン説は、解明手続の導入後は、否認手続との親密な関係から、両手続の全体的な考察が必要である、とす<sup>(10)</sup>る。立法者が解明手続の立案に際し、否認期間と「最初の疑い」の同時進行の開始を意識していたかは疑わしい。その根拠が民法一六〇〇条b第五項である。五項によると、否認期間は裁判所の解明手続の開始によって中断し、民法二〇四条二項の参照により、私的な血縁鑑定の収集についての裁判所の確定的な判断後に六か月が経過すると再びその進行を開始する。オスターマン説は、解明手続が開始したときに、すでに否認期間は進行しており、それが中断する趣旨の規定と解

する。立法者はこの点では、否認期間と「最初の疑い」の同時進行の開始(通説)に従ったものであり、解明手続により収集される私的な血縁鑑定は、常に、否認期間の進行を開始させる。一六〇〇条b第五項により六か月の期間延伸の立法趣旨は歓迎すべきであり、同項がなければ、否認権者は、否認の訴え提起前に私的な血縁鑑定によって確信を得られない蓋然性は高い。五項は、社会的な家庭の保護に寄与する。もつとも、解明手続による血縁鑑定の収集時点で、家庭の社会的存続は危うくなっているのである。

④解明手続の導入により、否認期間の開始と身分関係の安定性はもはや偶然に左右されず、否認権者が意識的に制御できることが保障されたことで、法的安定性は改善された。この点で、オスターマン説も連邦政府法案一六〇〇条b第七項の導入に反対する<sup>(102)</sup>。それでは、実体的な否認要件(民法一六〇〇条b第一項)が解明手続により潜脱され、父子関係の否認は事実上期間に拘束されず、法律上の父子関係がいつでも否認できるという結果になる。子および法律上の父にとって否認期間の無期限は、父子関係改革法(一九九七年)の際に立法者が考えていた、父子関係の否認期間の放棄は耐え難い結果となるとの見解と矛盾するし、解明手続によって身分関係の安定性を確保するという、連邦憲法裁の提案はねじ曲げられることになる。解明手続により子の身分関係はいつでも新たに処分されることになり、身分関係の安定は得られず、家庭の平和および個人の負担が続き、社会的な家庭は重大な危機に面する<sup>(103)</sup>。解明手続の実施後に否認手続が開始されるケースが多くなるが、解明手続によって危うくなった「社会的な家庭」は、否認の訴えによって終局的に破たんする。生物学的な血縁関係の不存在を単に疑っただけで開始したとき以上に、血縁関係の不存在を確実に知りながら、否認期間の徒過を理由とする否認の訴えの請求棄却は、家庭の社会的存続により破壊的な影響を及ぼす<sup>(104)</sup>。解明手続の導入前は、否認期間の徒過によりもはや法的結論を引き出せない時点で血縁関係の不存在を知ることの責任は個々人が負わなければならなかつ

たが、導入後は立法者に責任があるか、少なくとも共同責任をおうべきである。連邦政府も、二年の期間の否認権と期間の制限のない解明請求権を相互に調整するように述べている。<sup>(165)</sup>

⑤以上の考察に基づき、オスターマン説は、否認期間（民法一六〇〇条b）を削除する第一案、解明手続に否認期間を結び付ける第二案、解明手続にも期間をおく第三案を検討する。<sup>(166)</sup>しかし、第一案は、連邦憲法裁の判例によると憲法上正当化されず、第二案は連邦政府法案・民法一六〇〇条b第七項であって、事実上、否認期間の廃止と変わらない。他方、第三案も、解明手続の期間を否認期間より伸ばしたり、両手続の期間を同一にしても、問題の解決にならないとして、むしろ否認権者の「知」と結び付けた否認期間の議論がここでも有効で、解明手続の期間は、解明権者の「知」と関係づけた期間とするのが相当であると解する。<sup>(167)</sup>否認期間（民法一六〇〇条b第一項）について、連邦憲法裁も合憲と判示している。したがって、解明権者は、否認期間がまだ経過していない限り、いつでも解明手続に従った措置をとって、検査結果を知ってから二年間で、法律上の父子関係を否認するか否かを決定しなければならない。否認期間がすでに進行しているときは、直ちに、解明権者はその期間内に解明手続によって血縁関係を解明できる。他方、否認期間の経過後は、もはや血縁関係は解明できない。したがって、法律上の父と子との生物学的な血縁関係は、法律上の父子関係の否認も可能であるときに限り、解明することができる、そして法律上の父子関係を否認できないときは、生物学上の血縁関係も解明できない。これにより、家庭の社会的な存続の危機も回避できる。

⑥解明手続を否認手続の期間と同じ期間に拘束する右の考え方は、解明手続の独立性・孤立性という連邦憲法裁の提案に反しない。<sup>(168)</sup>血縁関係の不存在を知ることによる社会的な家庭の危機は、両手続を否認期間に結び付けることで防止できる。それにより、否認権者を不当に制限する、少なくとも子と法律上の父にとって、基本法上耐え難い権利の制限には

ならない。生物学的な血縁関係について具体的な疑いがあるのに、期間内に血縁関係の解明も父子関係の否認もしない者は、保護に値しないとみなされるからである。

⑦しかし、解明手続の期間拘束は現行法のもとで可能な解釈か。民法一五九八条aの明文によると、解明手続は、なんらかの期間、ましてや否認期間（民法一六〇〇条b）に拘束されない。立法資料によると、それが立法趣旨である。したがって、合憲的解釈も法文および立法者意思に制限され、現行法上はそのような解釈はできない、むしろ立法論による以外にないという結論になる。<sup>(16)</sup>

(iii) ムシエラーは、否認期間の再度の開始規定（一六〇〇条b第七号）の削除を正当と評価する。<sup>(17)</sup> 期間は、とりわけ子の身分秩序と社会的結合への利益に役立つものであり、父は、疑いはあっても、否認しないと決断にとどまらなければならぬ。また否認期間の中断規定（民法一六〇〇条b第五項一文前段・後段）については、法的安定性のために解明権者は裁判後に直ちに血縁鑑定を依頼することが期待され、中断後の再度の進行開始は裁判が確定したときであり（民法二〇四条二項一文）、血縁鑑定を知ったときと解する必要はないとする。現在までに筆者が参照できた民法の教科書・コメント<sup>(17)</sup>は、この問題をこれ以上に論じていないようにみえる。

### 3 小括

(1) 以上の考察によると、(a) 判例の訴訟物論・二分肢説によれば、違法に収集されたDNA鑑定でも、それにより判明した父子関係を否定する事実は前訴の父子関係否認訴訟の訴訟物を基礎づけた「生活上の事実関係」とは異なる「別の生活上の事実関係」であり、それゆえに別個の訴訟物を構成するものと解される。したがって、法律上の父は、父子関係

否認訴訟を棄却した前訴確定判決の既判力によって妨げられることなく、再度の父子関係否認訴訟を提起することができる。本件連邦裁〇五年の判旨はこのように理解できる。

(b) 他方で、新しく導入された父子関係の解明手続(民法一五九八条 a) は、明文中、期間の制限がおかれていないために、その手続を通じて取得される DNA 鑑定は、父子関係の否認訴訟の請求棄却判決が先に確定しているときも、法律上の父からの再度の否認の訴えの「最初の疑い」を基礎づけることができると解されよう。ただし、既存の二年間の否認期間(民法一六〇〇条 b 第一項一文)との関係問題であるが、解釈論としては、解明手続の開始によって否認期間の進行は中断し、解明手続の裁判の確定した後さらに六か月して否認期間が進行を開始すると解する説が(参照文献の限りであるが)有力にみえる。立法論として、解明手続にも期間の定めをおくべきであるとする見解が主張されている。

(c) 民法施行法は、父子関係の否認の訴えが期間の経過を理由に棄却された場合に、解明手続(民法一五八九条 a) によって収集された血縁鑑定が血縁関係の誤りを明らかにしているときも、原状回復の訴え(民法旧六四一条 i) は提起できない旨規定している(否認手続と独立した父子関係の解明のための法律の移行規定。一二九章一七条)。前訴は父子関係自体について裁判していない以上、右規定にいう原状回復事由(民法旧六四一条 i) は存在しないと解される。<sup>(17)</sup>

(d) 連邦憲法裁〇七年は、DNA 鑑定は、子の生物学上の父は否認権者でなく他男かもしれないと思わせるような事情を示す唯一の可能性ではないと述べているが(四二(4)(d)(vi)、修道法学三〇巻二号二七〇頁)、しかし、現時の家裁実務において、DNA 鑑定以外にはたしてどのような具体的な方法があるかは疑問とする見解がある。<sup>(18)</sup>

(2) ところで、新しい家庭非訟事件手続改革法(二〇〇九年)のもとでは、父子関係の否認手続での新たな申立ての問題はどのように扱われるのだろうか。①父子関係訴訟の対世効の規定(民法旧六四〇条 h)と同様に、家庭非訟事件手

続改革法一八四条によると、血縁関係事件における裁判は、その確定とともに効力を生じ(二項)、血縁関係について裁判がなされているときは、その決定は対世的効力を生ずる旨定められている(二項)。再訴問題はあまり検討されていないようであるが、フリードリッヒ・ケムパー(フリッシエ)のコンメンタールによると、すでに従前の否認の申立てにおいて申し立てられた事由が判断されたとき、または前手続中にその事由が申し立てられなかったときは、当該事由に基づき新たな申立てを行うことはできない。これに対し、前手続の終結後に生じた新しい事由に基づき新たな否認の申立てを行うことは、原則として可能である。しかし、家庭非訟事件手続改革法一八五条は、民訴法旧六四一条iを引き継いで、確定した決定の内容に反する、鑑定人の認定した事実に基づく再審手続を規定している。したがって、この規定によると、血縁関係事件を再度実施する形式は再審手続(一八五条)のみである、というのが立法趣旨であるとす。ただし、立法理由書はこの問題に触れていないため、問題の解決は今後の判例に委ねられると説いている。

筆者のみるところでは、新しい血縁鑑定に基づく原状回復の訴え(民訴法旧六四一条i)は父子関係事件の従来の実務においてそれほど大きな機能を果たしてこなかったのではないかと思えるが、<sup>(17)</sup>期間の定めのない血縁関係の解明手続(民法一五九八条a)の導入によって、法改正後の実務ではむしろ再審ルートの機能が拡大ないし一本化されるのかは、興味深いところである。

(以下、次号に続く)

(13) BGH, U. v. 22. 4. 1998, FamRZ 1998, S. 956f. 九八年判決については、豊田・小島古稀祝賀「職権探知主義」一〇二八頁以下で検討している。



(134) Zetler/M. Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., 2010, Vor §322, 4c, Rn. 42, S. 1045.

(135) Stein/Jonas/P. Schlosser, ZPO, 21. Aufl., 1993, Bd. 5/2, §640h, IIIc, Rn. 5f, S. 410f.

(136) 子の母と離婚した原告・夫が子の母・妻が婚姻中に懐胎した子に対する嫡出否認訴訟は、医師の血液型鑑定（子・母ともA型）によって請求棄却（確定）、八年後にMN型による新しい血液検査によると、原告は被告の父では明らかになり得ないとし、原告は原状回復の訴え（民訴法五八〇条七号b）を提起して嫡出子ではないことの確認を求めた事案において、第一審は、再訴は五年の再審期間（民訴法五八六条二文）の経過を理由に不適法であるが、新しい否認の訴えの提起として扱い、被告は非嫡出子であると認定する判決を下した。被告・子の控訴は棄却、被告の上告により、検察官（Oberreichsanwalt）が共同訴訟人として右訴訟に参加した（これは一九三八年四月一二日の法律に基づく制度であり、その後一九六一年に廃止されたようである）。このケースで、ライヒ裁判所一九四〇年三月一八日判決（RGZ 163, 156, 160ff.）は、検察官の再訴は前訴判決の既判力に妨げられるという当時の文献上の多数説に対し、本文で述べた見解を判示する。ただし、同判決は、血液型検査の導入以来の遺伝生物学の発展とともに、国家社会主義思想に基づく人間の血縁関係の解明という観点をあげている点で、当時の国家体制下での判例と思われる。現行法も国の官庁による否認権を規定しているが（民法二六〇〇条一項五号）、これは、国籍や滞在権の騙取を目的とした認知権の濫用に対する防止措置である。vgl. M. Löhnig, Das zur Ergänzung des Recht zur Anfechtung der Vaterschaft, FamRZ 2008, S. 1130ff.

(137) 父子関係を認知した男性が、認知した子が成長するに伴い外国人の容ぼうになってきたとして、否認の訴えを提起した、しかし、血液型鑑定を実施するための費用の予納がないとして、区裁は前訴請求棄却、本件は前訴と逆に、子が右認知男性に対し否認の訴えを提起するとともに、受救権の付与を申し立てたという事案で、原審が権利伸張の勝訴見込みの欠如、否認期間の経過を理由に受救権の付与を拒絶する決定、それに対する抗告審・デュッセルドルフ高裁一九八〇年五月二八日決定（FamRZ 1980, S. 831f.）は、血縁関係の不存在が認定できないままに請求が棄却されたケースで、その後の再訴問題をあげて子の否認の訴えと前訴確定判決の既判力効について詳細に判示しているが、既判力効の限定または拡張の実際的な影響が決め手になるとして、本訴を適法とする論拠の一つに、前訴で学問上の鑑定が収集されず、血縁問題が間違つて判断されたことを示す重要な手掛かりがあ

るときは、真実の血縁関係を確認する利益が裁判所の再審理を正当化する、と述べている。この最後の部分は、本文で述べたシュタイン・ヨナス(シュロッサー)説とは対立することになる。

- (138) ドイツ法の訴訟物に関する議論については、vgl. Rosenberg/Schwab/Gotwald, ZPO, 17. Aufl., 2010, §92 III 2, Rn. 10, III 5, Rn. 17, S. 506ff.; Zöller/Vollkommer, ZPO, Einleitung Rn. 83, S. 14; O. Jaernig, ZPR, 28. Aufl., 2003, §37, S. 118ff.; H. J., Musielak, Grunkeurs ZPO, 9. Aufl., 2007, §3 II Anhang, Rn. 139ff, S. 90ff. usw. など参照。

- (139) 中野貞一郎「訴訟物概念の統一性と相対性」『民事訴訟法の論点Ⅰ』二〇頁、とくに三七頁以下(判タ、一九九四年)、松本博之・上野泰男『民事訴訟法(第五版)』一七五頁以下(弘文堂、二〇〇八年)など参照。

- (140) 「自然な観察」という判断基準は、最近の連邦裁判例が用いる基準であり、それは、当事者の視点または取引観に基づき行われるものとされる。vgl. H. J. Musielak, Der rechtskräftig entschiedene Lebenssachverhalt, NJW 2000, S. 3594f.

父子関係事件ではないが、最近の連邦裁判例(BGH, U. v. 19. 11. 2003, NJW 2004, S. 1252ff.)でこれを具体的にみると、その事案はつぎのような事件であった。原告Xは被告Yから一九九八年九月一四日の契約で中古車を一万二五〇〇マルクで購入し、売買契約書には「事故は無い」との特別な合意があった。しかし一九九九年五月になって、Xは契約締結前にすでに事故車であったことを知ったとして、売買契約を解除して、売買代金の一部の返還等を請求する前訴を提起したが、第一審は、Yが解除に同意したことについて立証がないとして請求棄却、Xの控訴も棄却され前訴判決が確定(二〇〇〇年一〇月三日)、その後Xは、二〇〇〇年一〇月になって、Yは事故車であることを知っていたことを車の所有者から聞いたとして、Yの悪意の詐欺により契約を取り消し、遅延利息をプラスして再訴に及んだ。第一審はXの請求を一部認容、Yの控訴により控訴審は、Xの請求は前訴判決の既判力に妨げられる、本訴の訴訟物は前訴と同じであり、Yの悪意の詐欺の事実は客観的にすでに前訴中に存在していた、Xが前訴で主観的に詐欺による契約の取消しによって法律状態を有利にできる状態にあったか否かにかかわりなく、Xは前訴判決の既判力により取消権行使を失権するとして、第一審判決を取り消し、Xの請求を棄却した。許可上告によりXは上告したが、連邦裁は原審の右判旨は結論において維持できるとして、上告を棄却した。

すなわち連邦裁は、①連邦裁判例によると、既判力は消極的訴訟要件として、同じ訴訟物についての新たな審理を妨げる。し

たがって、既判力をもって裁判された訴訟物と同じ訴訟物である新たな訴えは、不適法になる。訴訟物は、特定の実体法上の請求権ではなく、権利保護要求または法律効果の主張として解される独立した訴訟上の請求権であり、それは、訴えの申立て（法律効果）と、原告の求める法律効果を導いた生活上の事実関係によって特定される（二分肢説）。②本件の訴訟物は、Xが再び自動車と引き換えに売買代金の一部を返還請求している限りで、前訴の訴訟物と一致する。Xは、両訴訟において同じ事実関係から同じ法律効果を導いている。前訴と同様、Xは、売買契約の解消を求める請求権を、契約中でYが明示的に保証した無事故に反して事故車であったことに依拠させている。しかし、前訴の請求棄却判決の既判力に基づき、Xの返還請求は、考え得るいかなる法的観点からみても、真実違反の保証から導くことはできないことが確定している。したがって、前訴でそのために重要なすべての事実、および考え得る請求の基礎を申し立て、調査したときでも、そのような生活事実関係に新しく依拠した契約の解消を求める訴えは、不適法である。

- ③そして連邦裁は、Xが、前訴判決の確定後に、Yが契約締結時に事故車であることを悪意で黙っていたため、前訴でそれを申し立てることはできず、請求権は導けなかったと主張している点につき、原告の権利保護要求がかかわる歴史的な生活上の事実関係の全体から特定すべきであるとす。その生活上の事実関係の個々の事実が当事者によって申し立てられているか否か、生活上の事実関係のうち当事者が前訴で申し立てなかった事実をすでに知っており、申し立てることができたか否かは関係がない。したがって、既判力の効力には、前訴で申し立てた事実の失権のみならず、申し立てなかった事実についても、それが前訴の口頭弁論終結後に初めて発生したものではなく、「自然に観察した」場合に、前訴で申し立てられた生活上の事実関係に属するものである限り、その事実の失権は含まれる、とする。そこで、確かに、Xの新たな申立てによりYに要求された無事故に関する悪意の詐欺は、前訴の口頭弁論終結後に初めて生じた事実ではない。しかし、悪意の詐欺は契約締結時に行われるはずである、つまり、前訴中にすでに提出されるべき事実である。「自然に観察した」ときに、それは前訴で申し立てられた生活事象に該当する。それは、Xの要求した事故車であることを理由とする契約解除と事実上および法律上関連しているからである。仮に悪意の詐欺が当時すでに主張され立証されておれば、契約解除の訴えは区裁により時効を理由に却下できなかったかもしれない。
- (14) Thomas/Putzo/K. Hülstege, ZPO, 25. Aufl., 2003, §640h a. F., Rn. 4, S. 107f; H.-J. Musielak/H. Borth, ZPO, 5. Aufl., 2007,

§640h a. F. III, Rn. 2, S. 1707.

- (142) 同条は〇九年九月一日より新法文に改正されている。それによると、判決が将来履行期が到来する反復的な給付を命じているときは、各当事者は、変更を申し立てることができる(一文)。訴えは、原告が裁判の基礎になった事実上または法律上の関係に重大な変化が生じたことが明らかになる事実を申し立てているときこのみ、適法である(二文)。

- (143) Musielak/Musielak, ZPO, §322, IV1, Rn. 18, S. 1013.

- (144) 判決は、当事者が生存しているときに確定している限り、対世的効力を有すると規定する。

- (145) Thomas/Putzo/K. Hüfstege, ZPO, 28. Aufl. 2007, §640h ZPO, 1c, Rn. 3, S. 874; I Saenger (Hrsg.), HK-ZPO/R Kemper, 2. Aufl., 2007, §640h ZPO, IIIc, Rn. 5, S. 1284; Zoller/Philippi, ZPO, §640h ZPO, III, Rn. 2, S. 1707; Palandt/U. Diederichsen, BGB, 65. Aufl., 2006, §1599, 2f, Rn. 8, S. 1855. なお、Staudingers Komme BGB/Rauscher, a. O., §1599, III 2 d cc, Rn. 17, S. 319 は、〇二年判決を支持しながら、連邦裁が生活上の事実関係を妻の「不貞」と考えるときは、既判力による制限は非常に広いものになると指摘する。

- (146) Thomas/Putzo/K. Hüfstege, ZPO, 30. Aufl., 2009, §640e, Rn. S. 878.

- (147) Thomas/Putzo/Hüfstege, a. a. O.

- (148) Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, BT-Drucksache 16/6561, S. 1ff.

- (149) 法案五項一文は、同時に提案され、こちらは成案となった民法一五九八条 a 第三項(すなわち、「裁判所は、生物学上の血縁関係の解明が、解明権限を有する者の利益を考慮しても、未成年の子にとって要求しがたい、未成年の子の幸福を著しく侵害する結果になるときは、およびその限りにおいて、裁判所は解明手続を中止する」という内容)に対応している。

- (150) Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drucksache 16/5370, S. 1ff.

- (151) BT-Drucksache 16/8219, S. 1ff. 法務委員会の審議をみると、①社会民主党は、解明手続後の否認期間の更新規定(法案一六〇〇条 b 第七項)を削除する理由として、法律上の父は、父子関係を疑わせる事情を知った後、二年以内に裁判上否認手続を行う

べきことがそれにより担保される、また手続に時的制限をおくことで、子にとつては非常に過酷な解明手続後に再び子の幸福を調査しないことも正当化できる、所定の否認期間内に子の幸福に影響するような重大な事情の変化を危惧する必要はないことをあげている。解明手続後の否認期間の更新規定の削除は、他の政党（九〇年同盟・緑の党、左派党、キリスト教民主同盟・キリスト教社会同盟）も支持している。

②これに対し、否認手続での子の幸福について再度しん酌する旨の規定（法案一六〇条b第五項）については、議論が分かれている。九〇年同盟・緑の党は、二〇〇七年の連邦憲法裁判が、否認手続でも子の特別な生活状態を考慮すべきことを要請していたことを理由に、否認手続での再度の考慮は必要であるとする（導入賛成）。他方、キリスト教民主同盟・キリスト教社会同盟は、解明手続と否認手続は二元的手続として一体であり、子の幸福の考慮も一回でよいとする（導入反対）。

(152) Frank/Helms, FamRZ 2007, S. 1280f.

(153) Schwab, FamRZ 2008, S. 26.

(154) Wellenhofer, NJW 2008, S. 1188; B. Heiderhoffer, *Vaterschaftsklärung und ihre Folge – von der Vaterschaftsanfechtung zur Vaterschaftsbeendigung?*, FamRZ 2010, S. 10.; S. Ostermann, *Die Klärungsverfahren gemäß §1598a BGB*, 2009, S. 145ff., 149; K. Muschler, *Die Klärung der Vaterschaft*, FPR 2008, S. 263.

(155) たとえば、バルザルの指摘（*修道法字三〇卷二号二二三頁*）。また、vgl. T. Helms, *Das neue Verfahren zur Klärung der leiblichen Abstammung*, FamRZ 2008, S. 1034f.; Heiderhoff, FamRZ 2010, S. 10.

(156) Heiderhoff, a. a. O.

(157) Heiderhoff, a. a. O. 本文中で「民法一五九八条a第五項」が引用されているが、同条に「五項」はない。むしろ「民法一六〇〇条b第五項一文」を引用すべきではないかと思うが、原文のまま引用した。

(158) Ostermann, a. a. O., S. 109ff.

(159) Ostermann, a. a. O.

(160) Ostermann, a. a. O., S. 117ff.

秘密に収集されたDNA鑑定の上の利用(四)(豊田)

- (161) Ostermann, a. a. O., S. 122ff.
- (162) Ostermann, a. a. O., S. 132ff.
- (163) Ostermann, a. a. O., S. 134ff.
- (164) Ostermann, a. a. O., S. 136ff.
- (165) Ostermann, a. a. O., S. 137f.
- (166) Ostermann, a. a. O., S. 138ff.
- (167) Ostermann, a. a. O., S. 140ff.
- (168) Ostermann, a. a. O., S. 143ff.
- (169) Ostermann, a. a. O., S. 149.
- (170) Muschler, FPR 2008, S. 263.
- (171) Palandt/U. Diederichsen, BGB, §§1598a, 1600d, S. 1883ff.; Jauernig/C. Berger, BGB, §§1598a, 1600d, S. 1637ff.; Schwab, Familienrecht, §49IV, S. 244ff.
- (172) Muschler, FPR 2008, S. 263.
- (173) F. Brosius-Gersdorf, Das Kuckucksei im Familiennest—Erforderlichkeit einer Neuregelung der Vaterschaftsuntersuchung, NJW 2007, S. 812.
- (174) Friederici/Kemper/J. Fritsche, Familienverfahrenrecht, 1. Aufl., 2009, §184, II, Rn. 6, S. 655.
- (175) 家庭非訟事件手続改革法一八五条は、従前の民訴法旧六四一条<sup>1</sup>の規定をそのまま引き継いで、つぎのような法文となっている<sup>29</sup>。

一八五条 手続の再審

(1) 血縁関係について裁判した確定した決定に対する原状回復の申立ては、関係人 (Beteiligten) が、単独で、または従前の手続で収集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血縁関係についての新たな鑑定を提出したと

きも、行うことができる。

(2) 再審の申立ては、従前の手続で勝訴した関係人によっても提起することができる。

(3) 申立てについては、第一審において裁判した裁判所が、専属管轄をもつ。不服申立てのあった決定が、抗告裁判所または法律抗告裁判所 (Rechtsbeschwerdegericht) によってなされたときは、抗告裁判所が管轄する。申立てが、民事訴訟法五八〇条の無効の申立てまたは原状回復の申立てと併合されているときは、民事訴訟法五八四条が準用される。

(4) 民事訴訟法五八六条は準用しない。

(176) 豊田「再審の訴え(二・完)」修道法学二四卷一八頁以下参照。

【後記】 竹中先生の追悼号に、いまだ未完の本稿を寄稿させて頂きます。別稿を準備する余裕がなく、この点、ご容赦を願います。もともと研究しなかったであろう先生の無念さを思いますと、なんとも残念で重い気持ちになります。先生のご冥福を心からお祈り申し上げます。さようなら。