

秘密に収集されたDNA鑑定の上の利用（五・完）

——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）
 - 3 違法に収集されたDNA鑑定の訴訟上の利用可能性
 - 4 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、三四卷一号)

六 おわりに―日本法への示唆

1 ドイツ法の現在とその動向

2 カッコウの子に関するわが国の法的紛争

3 父子関係の存否を確認するための法的手続

4 父子関係訴訟と鑑定の実施

5 秘密のDNA鑑定の裁判上の利用(以上、本号)

六 おわりに―日本法への示唆

1 ドイツ法の現在とその動向

(1) 本稿は、連邦裁〇五年判決以降の法改革の概要も取り込み、筆者の執筆途中の個人的事情もあって、長期できわめて冗長なものになってしまった。お読み頂いた先生方には、お詫び申し上げなければなりません。本稿で検討してきた問題状況と、その後の法改革について、筆者が認識できた限りで最後にまとめておくと、おおよそつぎのようになるのではないかと思われる。

(1) 連邦裁二〇〇五年一月一二日判決は、法律上父子関係にある子またはその監護権者である母に対して秘密に、その同意を得ることなく、子の法律上の父たる男性から依頼を受けた民間業者によって実施された、裁判外の私的なDNA鑑

定結果に基づき、当該父が当該子に対して父子関係否認の訴え（民法旧一六〇〇条以下）を提起したという二つの事件で、そのような秘密に収集されたDNA鑑定に基づく否認原告（父）の請求を棄却した原判決をそれぞれ維持して、否認原告の上告を棄却した（BGHZ 162, S. 1ff. = FamRZ 2005, S. 340ff. = NJW 2004, S. 449ff.; ders., FamRZ 2005, S. 342ff.）。

(a) 連邦裁は、第一事件（原審・ツエレエ高裁二〇〇三年の事件）は同一原告からの再訴事件であったが、連邦裁判例の採る訴訟物論・二分肢説によれば、前訴判決の既判力は、当時の原告の脆弱な生殖能力という事実は、否認の訴え提起につき必要な「最初の疑い」を基礎づけるのに適さないと判断に及ぶのみで、本件のような相手方の人格権を侵害した違法収集DNA鑑定であっても、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「別の生活上の事実関係」であるとして、原告の再訴を適法とした原審の判断に問題はないとする。

(b) ついで連邦裁は、父子関係の否認の訴え提起について、合理性審査においていわゆる詳細説を採る連邦裁の先例（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）に従って、原告は、客観的にみると、原告と被告の血縁関係に疑問を生じさせ、かつ、他男と被告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「最初の疑い」の事情を申し立てなければならないが、秘密に収集された本件DNA鑑定はそのような事情を示す主張とはいえない。右鑑定は、父子関係の否認手続において、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。その法的根拠として、連邦裁は、本件DNA鑑定は、被告の情報に関する自己決定権の形で現れる人格権（基本法一条一項、二条一項）を侵害しているとみなす。基本権の保護は裁判手続でも尊重されなければならない、連邦裁は違法収集証拠に関する先例に従って、本件DNA鑑定は違法であり、否認手続においてそれを利用することはできないとする。有

理性審査のための利用は、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。これは、その後制定された二〇〇九年七月三十一日の「人間の遺伝子検査に関する診断法（遺伝子診断法）」で示された連邦政府の考え方とも一致し、国際法レヴェルの人権規定等でも支持される。

(c) 他方で、父子関係を知る父の権利は、否認の訴えの提訴期間の制限（民法旧一六〇〇条二項）、子の福祉に重きをおく父子関係改革法（九七年）の立法者意思からみても、子の情報に関する自己決定権よりも高い価値があるとみなすことはできない。その権利は、自己の血縁関係についての知識を獲得しようとする権利までも付与するものではない。

(2) 右連邦裁〇五年判決以降、本稿のテーマ領域における法改革が進められた。(a) 第一事件で原告から連邦憲法裁に憲法訴訟が申し立てられていたが、連邦憲法裁〇七年判決は、相手方に秘密に収集されたDNA鑑定の利用を禁じた連邦裁〇五年判決は正当としたが、基本法二条一項・一条一項は、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る権利だけでなく、知る権利を実現するための権利についても保障しており、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がおかれていない点については憲法違反があると判示して、血縁関係を解明し確認するための法律上の手続を創設するように期限付き（二〇〇八年三月三十一日まで）で立法者に命じた。これを受けて、立法者は、二〇〇八年三月二十六日の「父子関係否認手続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.）を制定し、生物学上の父子関係を解明するための手続規定（民法一五九八条a）を民法典中に導入した。

(b) それとともに、立法者は、人間の遺伝子検査に伴う差別的扱いを防止し、個々人に遺伝子検査の機会を保障する目的で、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-GendG）

BGBI I, S. 2529ff. 二〇一〇年二月一日施行」を制定した。この法律により遺伝子検査の実務を良好なものにして、本件のような民間機関による秘密の（同意のない）DNA鑑定の実施に対しては、関係者に刑事罰を科する規定を導入するなどの法規制がなされた。

(c) また、立法者は、二〇〇八年十二月十七日の「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. いわゆる家庭非訟事件手續改革法 (FGG-Reformgesetz), BGBI 2008 I S. 2586ff. 二〇〇九年九月一日施行)」を新しく制定し、本件の父子関係の否認訴訟（民法一五九九条から一六〇〇条^c）はいまや「父子関係の否認手續」と呼ばれて、同法が適用される事件として再構成する、いわゆる訴訟の非訟化の途を採用している。

(2) 右に述べた迅速な法改革に面して、引用データはいまや古臭く感じられるが、筆者の参照したオレル (S. Orel) の研究⁽¹⁷⁾に従って、秘密の父子関係テストの背景にあるドイツの社会・家族に関連する事情を一瞥すると、①ドイツ法上、DNA鑑定は一九九〇年台の初頭から父子関係の解明に改革をもたらしているといわれる。父子関係テストは当初はアメリカ合衆国においてビジネス業務として注目されるようになり、九〇年代終わりにドイツ国内でも民間の検査機関が設立された。二〇〇四年当時、一二の大手の検査機関を含めて一〇〇から一二〇の検査機関が乱立していた。②そして、私的な父子関係テストは儲かるビジネス市場として発展したが、被検査者の同意なしに検査依頼ができることもその一因とみられている。秘密の父子関係テストに関する正確な統計数値は存在しないが、推計された実施件数は一・五万件ないし五万件とみられており（二〇〇五年当時の出生児は六八・五万人）、その市場収益の総額は三〇〇〇万ユーロから四〇〇〇万ユーロである。当時の連邦司法大臣（ブリギット・ツイプリス）は、実施件数を二万件と推計している。

③ところで、裁判上実施された父子関係の鑑定件数(二〇一〇年)は、一年当たりで一萬五〇〇〇件と推計され(二〇〇五年当時は八〇〇〇件)、裁判上の父子関係の検査費用は二二五〇ユーロであるが、民間業者による私的検査の費用は、二〇〇三年以降の価格競争も影響してより廉価になり、二〇〇ないし八〇〇ユーロである。④父子関係の否認事件についても正式な司法統計はないが、一説によると一年平均で約一・四万件、その大部分が民法一五九二条一号関係(子の母との婚姻に基づく父子関係の成立)の事件である。また裁判上の父子関係確認訴訟(民法一六〇〇条d第一項)において、妻が子の父であると主張する男性の約四分の一は、本当の父ではなかったとする研究結果もある。⁽¹⁷⁶⁾⑤私的な父子関係テストの結果をみると、圧倒的ケースは父子関係の存在が確認される結果となつている。検査機関は、検査事例中の七五%から九〇%がそうしたケースとみており、連邦司法省は八〇%から九〇%以上とみている。⑥検査により自分の子が実は真実の子ではなかったという、いわゆる「カッコウの子(Kuckuckskinder)」⁽¹⁷⁷⁾の存在は、一%から二一%あると予測されている。平均三・七%あるとみる研究があるが、それによれば、二〇〇五年の新生児六八・五万人のうち、ドイツ全体で一年間に二・五万人の「カッコウの子」がいることになる。この推計に基づくと、毎日七〇人の新生児が違ふ父のもとで生まれるという計算になる。

(3) 冒頭で引用した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』⁽¹⁸⁰⁾の分析からは、ドイツ人一般の家族生活や婚姻生活、夫婦関係、⁽¹⁸¹⁾そして親子関係は、わが国社会のそれとは相当異なつたもの感じられる。筆者の眼にとまつた最近の小稿のタイトル、「二組の夫婦のうち一組が離婚するという話しのウン」(D.ヘーベル)⁽¹⁸²⁾、あるいは、「子は複数の父を持つことができるか」(B.ハイダーホフ)⁽¹⁸³⁾ 自体およびその内容からも、それはうかがうことができる。また父子関係の否認権限について、役所もそれを有する法制度(民法一六〇〇条一項五号)も筆者は少なからず違和感を覚える。こ

の国の抱える複雑で難しい国情が想像されるが、⁽¹⁸⁴⁾ 残念ながら、事件の背景にあるであろうドイツ社会・ドイツ人の血縁関係についての基本的な考え方までも踏み込んだ考察は、筆者の能力の及ぶところではない。

ドイツ連邦裁〇五年判決は、関係者の同意のないDNA解析を禁止しているヨーロッパの国家として、イギリス、フランスおよびスイスをあげている（修道三〇巻一号九五頁参照）。主要国のDNA鑑定の実情についてはすでにわが国でも研究が行われているが、フランス法の状況についてここで若干にみておきたい。⁽¹⁸⁵⁾ フランスの研究者によれば、隣国フランスにおいてはドイツでみられた秘密の父子関係テストの問題は生じていないという。⁽¹⁸⁷⁾ これは注目される。回国でも一九八九年にストラスブルクで父子関係テストを販売する動きもあったが、医師会、上級行政裁判所、国家倫理委員会のそれぞれ働きかけによってそれは挫折した。

(a) フランス法は、民法法および刑事法の両面からDNA鑑定の実施に関して法規制をしている。まず民法法の分野からみると、すでに一九九四年、フランス議会は、人のDNA解析はもっぱら医療および学術研究の目的でのみ実施することができると、かつ、解析の実施に先立ち関係者の同意を得なければならないと規定する生命倫理に関する法文をおいた（民法一六条の一〇）。二〇〇四年八月六日の法律により、右規定はDNA解析を受ける者をさらに保護する狙いで改正された。第一に、民法一六条の一の新しい法文によると、人の遺伝子標識の解析は、医療ないし学術研究の目的のためにのみ実施することができる（一項）、および、解析の実施に先立ち、関係者は解析の性質および目的について説明を受けた後に、書面により明示的な同意が与えられなければならない（二項）、と規定された。濫用的な父子関係テストと誤った情報に基づく拙速な同意を避ける立法趣旨であることが明らかである。

第二に、民法一六条の一一第一項は、人の遺伝子メルクマールによる識別化は、裁判手続で裁判所によって命じられた

捜査ないし検査措置の枠内でのみ、または医術ないし学術研究の目的のために実施することができる、また第二項は、民事事件においては、親子関係の確認・否認を求める訴え、または扶養料の支払い・停止を求める訴えにつき、裁判官の命じた証拠調べを実施する際にのみ、遺伝子による識別化できると規定した。

以上によると、フランス法では、遺伝子テストは、裁判手続の枠内でのみ、有効かつ適法に行うことができる。また関係者の同意がなければ、DNA解析は実施することができない。では関係者が同意を拒否する場合にどう考えるべきか。民事裁判官は、血液採取ないしDNA試料の採取を拒否する関係者の態度は、親子関係の蓋然性を推認させる、または父子関係の明白と解釈できると考えている。これは、当事者に証拠調べに協力すべき旨義務づけているフランス民法一条一項と一致する。

(b) つぎに刑事法の分野をみると、フランス刑法典は、医療または学術研究以外の目的で人のDNA解析の実施、または民法一六条の一一所定の要件がないのに関係者の同意を得た行為については、刑事罰を科している。フランス刑法二二六条の二五は、行為者は一年までの禁固刑および一万五〇〇〇ユーロの過料に処せられる旨規定する。同様にフランス刑法二二六条の二七は、医療・学術研究以外の目的でDNAメルクマールにより人の識別化を行った行為、または、民法一六条の一一所定の要件がないのに関係者の同意を得た行為については、一年までの禁固刑および一万五〇〇〇ユーロの過料の刑罰を規定する。

さらにフランス刑法二二六条の二八は、医療または学術研究以外の目的でなされたDNA解析で、裁判所の捜査・検査手続の枠内で命じられたものではないものについて、同様の刑罰を規定する。

(c) 破棄院は伝統的に、生物学鑑定は証拠方法の一つであり、裁判官は自由に選択することができ、重大な最初の疑い

がなければ、その鑑定を命ずることは強制されないという見解であった。しかし、二〇〇〇年三月二八日および五月三〇日の破棄院判決は注目すべき判例変更を行った。破棄院は、父子関係法において生物学的鑑定は原則として命じなければならぬ、と判示した。これは、原告に対して生物学的な証明を求め、真の権利を認めたものである。民事裁判官が証拠調べを拒否してよい特別な正当事由としては、例えば、フランス法が親に対して親子関係の確認を禁じている場合（近親相姦ケース）や、すでに十分な証明力を備えた鑑定結果のある鑑定が存在している場合である。他方で、判例は、親子関係を維持する子の利益はそれに該当しないと解している。パリ控訴院は、二〇〇〇年の破棄院の判旨を、母の懐胎中に性的交渉を行った男性に対する子からの扶養料請求訴訟に拡大した。他方、破棄院は身分占有の取消しを求める訴えにおいては、生物学的鑑定を命ずる必要はないと判示した。

フランスの裁判所は、証拠調べは、その対象となる人物の同意を得て行うように要求している。（従前の）ドイツ法と異なるこうした方法は、人間の身体の不可侵という一般的な原則に基づくものであり、民法中のDNA解析に関する規定中に現れている。

2 カッコウの子に関するわが国の法的紛争

(1) 最高裁の司法統計によれば親子関係不存在確認訴訟や嫡出否認訴訟において請求「認容」判決で終結する事件が、毎年、一定件数存在している。この事実は、法律上の親子関係と真実の親子関係が乖離しているケースがわが国でもそれなりに存在していることを示唆するものである。たとえば家族法の古典的なテーマである「藁の上からの養子」という事案も、法律上の親子関係と生物学上の親子関係が異なるケースであり、その種の事件を扱った最近の最高裁も、当該親子

関係存否確認訴訟で問題になるのは「実親子関係という基本的な親族関係の存否」である旨指摘している（最判平成一八年七月七日民集六〇巻六号二三〇七頁、家月五九卷一号九二頁）¹⁸⁸。

(a) わが国でいわゆる「カッコウの子」といえる事件がどの程度に存在し、現にどのような問題が発生または潜在しているのか、筆者はその問題に通じない。しかし最近のわが国の民事事件においても、DNA鑑定により実親子関係の不在が判明し、法的紛争が発生したというケースは現れている。さしあたり筆者が気づいた事例として、たとえば、(i) 東京高判平成二一年一月二一日判時二一〇〇号四三頁がある。当事者は、前訴・離婚訴訟で裁判離婚した元夫婦・X男とY女である。前訴は、本訴被告のY女が本訴原告のX男に対し離婚訴訟と不法行為に基づく慰謝料請求を行い、Xが反訴により、Yに対し離婚請求と慰謝料請求をそれぞれ行ったという事件で、第一審が実施したDNA鑑定によって、XY間の嫡出子Zとその父Xとの間に生物学的な親子関係は存在しないという鑑定結果が出た。第一審はXおよびYの各離婚請求を認容し、Yに慰謝料四〇〇万円の支払いを命ずる判決を下した。控訴審は、Yに慰謝料六〇〇万円の支払いを命ずる判決を下し、同判決は確定しXとYは裁判離婚した。そこで、XはZに対し親子関係不存を確認申立てを行い、XとZとの間に親子関係が存在しないことを確認する旨の審判（合意に相当する審判、家審二三条二項）がなされ確定した。これを受けてXはYに対し、XY間で実子として養育してきたZがXの子でなく、不倫相手の子であったと主張して、不法行為に基づき慰謝料請求、および不当利得返還請求権として、Zの出生から二〇歳になるまでの間にXが負担してきた養育費相当額の返還を請求した。

第一審は、慰謝料請求部分については、前訴と本訴の慰謝料請求はそれぞれ訴訟物が同一であり、また不当利得請求部分については、権利の濫用として許されないとして、いずれも請求を棄却した。Xの控訴に対し、東京高裁は、①まず前

者の慰謝料請求部分については、前訴で主張され評価が尽くされた事実に基づき慰謝料を再度請求するものであり、Yの保護すべき紛争決着の信頼関係を侵害する、前訴の慰謝料請求と訴訟物が同一で既判力に抵触するだけでなく、信義則にも反するとして訴えを不適法却下し、②また不当利得返還請求部分については、Xが支出した養育費はYとの婚姻継続中の婚姻費用の一部として支払われたもので、不当利得の觀念を入れる余地はなく、法律上の原因に基づいて支払われていた、XとZの関係は、少なくともZがXの子でないことが発覚するまでは良好な父と息子の関係が形成され、その間XはZを一人の人間として育て上げ、その過程で経済的費用や様々な親としての悩み・苦勞の対価として、Zの誕生から大人へと育っていく過程で子を愛しみ監護し養育する者として関わりながら、金銭には代えがたい無上の喜びや感動をZから与えられた、また養育を受けたZに何らの責任もないのであって、Xの養育費支払いに是正すべき法規範の許容しえない違法な不均衡状態があるとは解せないとして、Xの請求を棄却した。

この事件で前訴・離婚訴訟でDNA鑑定が実施され、ZはXの子ではないことが判明した。それに続く親子関係不存在確認の調停・審判手続でのいわゆる二三条審判が確定したことにより、同審判は確定判決と同一の効力を有したことになる（家審二五条三項、家事二八一条）。この事件におけるDNA鑑定の働きを考えると、前訴・離婚訴訟におけるDNA鑑定結果が、本訴の請求原因事実を形成し基礎づけたものといえよう。若干の感想にとどまるが、右事件の損害賠償請求部分についての裁判所の判示は、明示的な金銭債権の一部請求について請求棄却判決確定後の残部請求について、実質的には前訴の蒸し返しであり、同判決により当該債権の全物につき紛争が解決されたとの相手方の合理的期待を裏切るものであって、信義則に反し許されない旨判示して訴えを不適法却下した、最判平成一〇年六月一二日民集五二卷四号一一四七頁の判旨に通ずる考え方を思わせる。またXの不当利得返還請求権が成立するためには、多数説によると、要件事実と

して法律上の原因がなかったこと(民法七〇三条)についてXは主張立証しなければならぬはずである。⁽¹⁸⁹⁾法律上の夫婦間では婚姻費用の分担義務があり(民法七六〇条)、これには未成年の子に対する養育費も含まれる。⁽¹⁹⁰⁾また親子間でも、親の子に対する監護義務(民法八二〇条)の主たる内容として養育費の支払いがある。⁽¹⁹¹⁾右事件の当事者間の法律関係、すなわちXY間の婚姻関係は離婚判決の確定とともに、またXZの親子関係は二三条審判の確定とともにそれぞれ消滅したものと考えることができようが、仮りにXの不当利得返還請求権の右要件事実を認定しようとするためには、離婚訴訟の確定判決の形成力ないし対世効(人訴二四一条一項)、または確定した親子関係の存否確認の二三条審判の効力(対世効であろう)⁽¹⁹²⁾がZの誕生時まで遡って生じ、それまでの法律上の親子関係は遡及的に消滅するものと考えなければならないのではなからうか。しかし嫡出否認訴訟の請求認容判決の遡及的な効力と同様の効力がそれに認められるかとなると、むしろ消極説が支配的であろう。さらに当事者について、Xの損失において養育費の支払いを免れたのはZの真実の父であって、本来被告となるべきはこの父とすべきではなからうか、など訴訟法上も興味ある問題を提示しているが、いま本稿の及ぶところではない。

(ii) つぎにすでに別稿で触れたことがあるが、⁽¹⁹⁴⁾東京地判平成一七年五月二七日判時一九一七号七〇頁は産院での新生児取違え事件である。この種の事件は、ドイツ法では後述するように親子関係の不存在確認訴訟(民法一六〇〇条d、民訴法六四〇条二項一号)の対象事件とされている。その事案をみると、昭和三三年四月一〇日に新生児を分娩した母A、その夫B、戸籍上両名の子として届け出がされているXが、約四六年後に、九州大学大学院医学研究院I教授の申出に応じてDNA鑑定を受けたところ、親子関係の存在を否定する結果が出た(平成一六年五月七日に結果の通知)。Xらは、被告Y(東京都)が設置していた産院の医師または看護師が新生児同士を取り違え、A分娩の新生児とXが入れ替わったため

であると主張し、Yに対し、右鑑定結果を知ってから約五ヵ月後（平成一六年一〇月一九日）に不法行為（使用者責任）または分娩助産契約の債務不履行に基づき、それぞれ一億円、総額三億円の損害賠償請求訴訟を提起した。

第一審は、①Aが昭和三三年四月一〇日産院内で分娩したA・B間の男児はその数日後Xと入れ替わった、本件の血液鑑定とDNA鑑定について、専門家によって適切な方法で実施され、内容も合理的で信用性は高い、その鑑定結果からすると、Aが分娩した子はXではないと認定した。②しかし不法行為に基づく損害賠償請求権は、不法行為があった時から二〇年後（昭和五三年四月一四日頃）に除斥期間（民法七二四条後段）の経過により消滅しており、また債務不履行に基づく損害賠償請求権も、その消滅時効はAの退院時（昭和三三年四月一七日）に進行を開始し、本件訴えの提起日である平成一〇年一〇月一九日までに一〇年以上が経過し消滅したとして、Xらの請求を棄却した。

Xらの控訴により、控訴審・東京高裁平成一八年一〇月一二日判決判時二〇九五号四九頁は、第一審判決を取り消し、Xに対し一〇〇万円、AおよびBに対しそれぞれ五〇〇万円の損害賠償の支払いを命ずる判決を下した。①控訴審は、DNA鑑定の結果に基づき、Aの分娩した新生児はXではなく、同時期に産院で出生したXと入れ替わった蓋然性は相当高い、Xら主張の取違えの事実を推認できるとした。②そのうえで控訴審は、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効は、「権利を行使することができる時から進行」（民法二六六条一項）し、一〇年間行使しないときに時効消滅する（民法一六七条一項）、そして右「権利を行使することができる時」とは、原則として、権利行使についての法律上の障害のない状態をいい、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効についても、本来の債務の履行を請求し得る時から進行を開始する。③ただし、新生児の取り違えの場合は損害の発生が潜在化しており、分娩助産契約の当事者である両親・子が取り違えの事実を知ることのできる客観的な事情が生ずることにより、その損害が顕在化して初めて権利行使を期待

することが可能になると解される。そして、Xらが親子関係の不存在を明確に知ったのは、DNA鑑定の結果を知らされた平成一六年五月七日頃であるが、権利行使の可能性という観点からすると、ABO式血液型の不適合が明確となった時点（平成九年一〇月七日）と解するのが相当で、Xらが債務不履行に基づく損害賠償請求をしたのは平成一七年三月二八日であり、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効は完成していない、と判示した。

右事件では訴訟外で実施されたDNA鑑定結果が、その後の損害賠償請求訴訟の請求原因事実として援用されている。右DNA鑑定は私鑑定であるが、第一審は、専門家によって適切な方法で実施され、内容も合理的で信用性は高いと評価して、その鑑定結果に基づきA分娩の子はXではないと認定している。私鑑定の法的性質をどうみるかは議論があるが、⁽¹⁶⁾右事件ではすでに産院は閉鎖されて当時の出産記録もこの年度に限り存在しない状況であり、Xらにとって代替証拠は入手がたいケースである。裁判所は改めて正規の鑑定人によるDNA鑑定を実施する方法も考えられるが、判旨に述べられた私鑑定人である教授の肩書や所属機関の検査水準から推測しうる限り、裁判所は、実務でとられている書証説の立場で、右DNA鑑定の証拠能力および証拠価値を肯定的に認定したものと解しておきたい。

(b) 上述したフランス法や最近のドイツ立法（遺伝子診断法）のようにDNA鑑定の実施自体に関する基本的な法律は、現在のところわが国ではまだ制定されず、このような状況に対する批判もみられる。DNA鑑定に関するわが国の規制で筆者が知りえたものをみると、①まず経済産業省は、個人遺伝情報取扱事業者に対し、自ら遵守すべき自主的ルールとして「経済産業分野のうち個人遺伝情報を用いた事業分野における個人情報保護ガイドライン」（平成一六年二月一七日）を示し、DNA鑑定の実施にあたり、鑑定の効果が直接に及ぶ者の間で鑑定実施について異論がないことに留意するように求めている。②また文部科学省・厚生労働省・経済産業省の公示である「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指

針」(平成二三年三月二九日、最終改正平成二〇年二月一日。平成一七年四月一日施行)⁽⁹⁶⁾は、ヒトゲノム・遺伝子解析研究に携わるすべての関係者を対象に、研究責任者は、提供者に、自由意思に基づく文書による同意(インフォームド・コンセント)を受けて、試料の提供を受けなければならない(第3 提供者対する基本姿勢10 インフォームド・コンセント(3))、また研究責任者は、提供者が自らの遺伝情報の開示を希望していない場合には、開示してはならないし、提供者の同意がない場合には、提供者の遺伝情報を提供者以外の人に対し、原則として開示してはならない(11 遺伝情報の開示(2)、(3))と旨定めている。

③さらに個人遺伝情報を取扱う事業者自らが自主的なルールとして定めた「個人遺伝情報を取扱う企業が遵守すべき自主基準(個人遺伝情報取扱事業者自主基準)」(NPO個人遺伝情報取扱協議会 平成二〇年三月)は、「第2 基本的な考え方」として、個人遺伝情報を利用する消費者・家族・血縁者の人権の保障、個人情報・個人遺伝情報の保護の徹底(関連法規等の遵守)、事前の十分な説明と消費者の自由意思による同意(インフォームドコンセント)および契約等の確認などをあげ、DNA鑑定分野(親子・血縁鑑定事業)の「基本的な考え方」として、「個人や家族等、鑑定対象者の人権、福祉及び関係者の合意に留意」し、未成年者等については「本人の利益を代表できる者から代理で同意を求め」、「十分な法的知識・経験を有する弁護士、裁判所職員等によるカウンセリングを実施するとともに、鑑定対象者間における鑑定同意を前提とする」、「親子・血縁鑑定を受託する場合は、試料採取対象者から対面で同意を得ること」などを定めている。

④前掲①の経済産業省個人情報保護ガイドラインの規定に従って、バイオインダストリー協会(JBA)に「個人遺伝情報取扱審査委員会」が設置され(平成一七年六月三〇日)、個人遺伝情報取扱事業者による事業内容の適否等の審査を行っている。また個人遺伝情報取扱事業者自身がNPO個人遺伝情報取扱協議会を設立し(平成一八年四月)、経済産業省個

人情報保護ガイドラインに即した前掲自主基準を策定して適正な事業遂行をするように努め、また同協議会に参加していない事業者にも同自主基準の遵守を呼びかけている。

そうすると、わが国でもDNA鑑定を実施するにあたっては、当事者本人か、未成年者であれば法定代理人の同意があることが前提であり、その同意なく実施されたDNA鑑定は右ガイドラインないし倫理指針に違反したものと評することができるようにし、そのようなDNA鑑定を実施した企業等は自主基準に違反した不適格事業者と判定されることが予想される。ただし、ドイツの遺伝子診断法の刑事罰については賛否両論があるようであるが、わが国では制定法レベルにおいて法規制がない以上、自主基準破りの事業者が刑事罰を課することはない。調停・審判手続における「合意による審判」制度を知らないドイツ法に対して、わが国では調停・審判手続の段階で当事者間にDNA鑑定実施について合意が成立すれば、事件の多くはDNA鑑定結果に従って解決されることが期待できる。問題は、DNA鑑定の実施について当事者間に合意ができないケースである。現行法の下では、DNA鑑定を拒否する当事者の態度をどう評価するかという問題が議論されているが、筆者は自由心証説に従っている。⁽¹⁹⁶⁾

3 父子関係の存否を確認するための法的手続

(1) 連邦裁〇五年判決は、第一事件、第二事件とも、子を認知した法律上の父から、認知した子に対する父子関係の否認訴訟（民法一六〇〇条b）という事案であった。⁽¹⁹⁷⁾なぜ両事件の父はこのような秘密の父子関係テストに走ったのだろうか。これを事件当時の法制面からみると、法律上の父が自らの生物学的な父子関係の正当性について確認・解明する手段として、民法上は、①父子関係の否認手続（民法一六〇〇条から同法一六〇〇条c）、②親子関係の存否確認の訴え（民

法一六〇条d)、③法律上の父から子の母に対する情報請求権(民法一六〇七条三項一文参照)が考えられた。他方で、民訴法は通常の訴訟手続と別に身分関係手続のための特別規定をおいていたが、その冒頭規定・六四〇条二項はその手続の対象となる親子関係事件を個別的に列挙している。そのうち、①親子関係の存否確認訴訟(認知の有効・無効についての確認訴訟)(六四〇条二項一号)、②前掲・子の嫡出性の否認(二項二号)、③父子関係の認知についての取消訴訟(三号)が、それぞれ法律上の父にとって生物学的父子関係の確認・解明手段として考えられる。このほか、④生物学的な父子関係(血縁関係)を対象とする通常の確認訴訟(民訴法二五六条)、さらに、⑤連邦憲法裁判例を契機として議論されるようになった、(父子関係の否認手続とは)独立した血縁関係確認の訴えが考えられた。

(a) 第一に、嫡出子・非嫡出子の区別を廃止していた当時の民法下では、法律上の父(民法一五九二条一号により母と婚姻している男性、および民法一五九二条二号により子を認知した男性)にとって、自身が子の生物学上の父であることを知るための唯一の手続上の途が、父子関係の否認の訴え(民法一五九九条以下、民訴法六四〇条二項二号)とされている。ただし、右訴えは、否認権限を有する当事者が父子関係を否定する事情を知ったときから二年以内に提起しなければならない(否認期間。民法一五九四条一項・二項一文)。また連邦裁判例は、学説の批判にもかかわらず、右訴えについて原告に「最初の疑い」の提出を求め(いわゆる詳細説)、原告・父は当該疑いについて基礎づける事情を申し立てなければならぬ⁽²⁰⁾。否認訴訟手続では職権探知主義が適用され(民訴法六一六条)、右訴訟の係属中において、子や母の意思に反しても、血縁鑑定を強制的に実施することは可能である(民訴法三二七条a)が、他方で、否認の訴え提起の準備のために右強制鑑定を申し立てることはできないと解されていた。法律上の父にとって、右のような立証窮状が秘密の父子関係テストを行った主たる誘因とみられる⁽²⁰⁾。

(b) 第二に、親子関係の存否確認の訴え(民法一六〇条d、民訴法六四〇条二項一号)は、法律上存在するまたは存在しない親子関係に関する争いをその対象にするものであるが、この種の事件は実務において非常に少ないといわれる⁽²⁰³⁾。もっとも、ドイツ法の歴史のなかでは、父子関係の存否確認訴訟は、とりわけ非嫡出子法の領域で、非嫡出子の法的地位の保護とともに、ナチス政権下の人種政策によって国民の遺伝血縁関係が国家的関心事としても注目されたという政治的背景もあって、重要な役割を果たしてきた。たとえば最上級審判例において、非嫡出子から父たる男性に対する父子関係確認訴訟(ライヒ裁判所一九三七年一月一日判決 JW 1938, S. 245ff.)⁽²⁰⁴⁾、また前訴・扶養訴訟で非嫡出子の父であるとして扶養料の支払いを命ずる判決を受けた男性(いわゆる支払いの父)から当該非嫡出子に対する血縁関係の不存在確認訴訟(ライヒ裁判所一九三九年六月一日判決 RGZ160 (1939), S. 293ff. ライヒ裁判所一九四二年六月二〇日判決 RGZ 169, S. 216ff.)⁽²⁰⁵⁾などの判例がみられる。その後の非嫡出子の法的保護、ついには嫡出子との区別の廃止にいたる法改革の過程については、別の機会に触れたことがある⁽²⁰⁷⁾。

(i) 旧法において嫡出推定を破る唯一の法的手段が嫡出否認の訴え(民法一五九条以下、民訴法六四〇条二項二号)であり、民法旧一五九三条によると、嫡出子の非嫡出性についての主張は、嫡出否認訴訟において非嫡出性が裁判上確定するまで一切禁止されていた。嫡出子の福祉および家庭の平和を保護しようという趣旨であり、父子関係確認訴訟が実務上わずかしくない理由もこれに基づくものとみられる。右規定のそのような保護機能および権利行使の遮断効果は、民事法をこえた公益性が存するともいわれる。

(ii) 民法旧一五九三条に関しては、第一に、関係者の間では母の夫が子の生物学上の父ではないことについて争いがなるときも、同条があるため嫡出否認の訴えは放棄することができないと解されている(通説といわれる)⁽²⁰⁶⁾。ライヒ裁判所一九

三八年五月二三日判決 (RGZ 157, S. 356ff.) がその旨判示している。⁽²⁰⁾ ライヒ裁判所は、①控訴裁判所は、Xは法定懐胎期間中にYの母Aと性的交渉をせず、YはXによって懐胎したものではない、Yの本当の父は、関係者全員の間で確認されているように、仕立て屋B男で、Aは一九三〇年以来Bと不貞関係にあり、離婚訴訟ではそれを理由に単独の有責宣言をされたと認定した。②原裁判所は、夫が懐胎期間内に妻と性的交渉をしたという民法旧一五九一条二項一文の推定が、反対の事実が関係者全員の間ですでに確認されており意味をもたない本件のようなケースで、否認の訴えがそもそも不要かという問題を提示している。③これについてライヒ裁判所は、民法旧一五九三条一項から明らかになるように、問題は肯定しなければならぬとする。すなわち右規定によると、子の生存中は、嫡出性の否認の訴えが必要であると判示して原判決を破棄差し戻した。つぎにみる連邦裁一九八一年三月二五日判決 (BGHZ 80, S. 218ff.) も、右ライヒ裁判所一九三八年判決を引用して、いわゆる関係者間の合意は不適法と解するのが通説であり、特に子の福祉の優先的評価から導かれる結論である旨指摘している (BGHZ 80, S. 218, 221f.)。

(iii)もう一件の右連邦裁判例をみると、これは、ある男性Xが子Yの母Aと不貞関係にあり、懐胎期間中も性的交渉をもっていたとして、Yは母Aの夫Bの子ではなく、X自身の子であることの確認請求をしたという事件(父子関係確認訴訟)である。第一審はXの訴え却下、控訴審も権利保護の利益を欠くとして、第一審判決を維持した。Xの上告に対し、連邦裁一九八一年三月二五日判決 (BGHZ 80, S. 218ff.) は、①確認の訴えについて権利保護の利益を不要と解した先例(後掲一九七二年判決)を引用して、本訴の不適法はむしろ民法一五九三条から導かれるものであると指摘する。民法一五九四条以下は、嫡出性の否認権限を、子、夫、そして一定の要件で夫の両親に認めているが、非嫡出の父には認めていない。また一五九三条は嫡出否認のための身分手続(民訴法六四〇条以下)に独占的地位を与えており、仮にそれ以外の手続に

おいて子の血縁関係を問題にする訴訟を許すことになる、同条の目標が達成できないことになる。②本訴によって子は非嫡出子という結果になるが、通説によれば、それは子の非嫡出性について既判力をもって確定された後に初めて可能であつて、本訴は民法一五九三条に違反している。③民訴法二五六条によつて子の嫡出性を問題にする確認の訴えについても同様であり、子が法律上嫡出子とみなされる限り、民法一五九三条の権利行使の遮断的效果によつて右訴えは不適法になる。法律上定められた否認の可能性をこえて、子の嫡出性の問題を裁判上の審判対象にしてはならない、と。⁽²¹⁾

(iv)ライナー・フランク (R. Frank) によれば、ドイツ血縁関係法 (旧法) は、すべての子は、できる限り出生時に、万人に対して法律上父とみなしうる男性に帰属するというように定めており、民法一五九三条がまさにその機能を果たしている。したがつて、夫婦が別居している、夫が重病である、拘禁中である、兵役についている、行方不明であるという理由で、嫡出推定 (民法一五九一条) が働かないとみられるときも、夫はその嫡出子に対し嫡出否認の訴えを提起しなければならぬ、と述べている。⁽²²⁾

しかしその後の法改正により、右民法一五九三条は民法一五九九条一項に変更されるとともに、同時に同条二項が新しく追加された。同条一項はなお旧法 (一五九三条) の原則 (父子関係の不存在の主張は、否認手続の判決確定時から初めて可能である) を維持しているが、追加された二項一文前段によると、離婚申立ての係属中に子が出生し、かつ第三者が離婚申立てを認容した判決の確定後、一年以内に父子関係を認知したときにも、一五九二条一号 (母と婚姻中の男性) および一五九三条 (夫の死亡による婚姻解消から三〇〇日以内に子が出生した場合も、前条一号の準用) は適用されない。これは、従来の親子関係 (否認) 訴訟のみに限定する考え方が緩和されて、法律上、その例外がおかれたことになる。

(v)最近の学説は、親子関係存否確認訴訟の具体的事例として、子の引渡しや取違えが問題⁽²³⁾になった事例⁽²⁴⁾、子の出生期日

が婚姻中または法定懐胎期間内と誤記されている事例、子または母から父子関係が主張されている事例をあげている。これらは、法律上子が父に帰属するための要件（民法一五九一条の妻の出産、一五九二条一号の子の母との婚姻）を欠いたケースであり、⁽²⁶⁾したがって、法律上の父が二号の訴えによって生物学上の父子関係について解明することはできない。⁽²⁷⁾

試みに二号に関する近時の連邦裁判例をみても、そこで問題となった「親子関係」はかなり特殊なケースに思われる。

連邦裁一九七二年九月二七日判決（FamRZ 1973, S. 26f. = NJW 1973, S. 51）は、原告X（判決当時七二歳の女性）が、被告YはXの息子でないことの確認を求めた親子関係不存在確認訴訟である。⁽²⁸⁾連邦裁は、①親子関係存否確認の訴えは、法律が公益性に基づき特別の手續の身分事件（民訴法六四〇条一項・二項一号）で、親子関係の存否確認を求める請求権に、同時に特別な実体法上の資格を付与している。②確認の利益は通常の手續（民訴法二五六条）と異なつて判断すべきである。親子関係の存否確認の訴えは特殊な訴えで、法律は独自の実体法上の確認請求権を認めたものであり、判決は対世効を有し（民訴六四〇条h）、別訴手續の裁判が親子関係存否の判断にかかわるとき、右手續は親子関係存否の裁判まで中止される。したがって、親子関係存否確認の訴えは、特別な確認の利益または権利保護の必要は要求されない。訴えの要件の主張は確認の利益を内包しており、確認の利益は常に存在する。③また原則として本訴の要求を権利濫用ということとはできない。訴えを権利濫用という理由で不適法却下した場合、親子関係の存在は不確定のまま、Yは今後もXの息子とみなされる状況が続くことになるが、本件で確認要求が重大な濫用または嫌がらせとみえるような事情はないと判示する。有力学説も右連邦裁の判旨に同調して、親子関係存否確認の訴えについて確認の利益は不要であると説く。⁽²⁹⁾

もう一件は、連邦裁一九八六年四月九日判決（FamRZ 1986, S. 663ff. = NJW 1986, S. 2371ff. = JZ 1987, S. 42ff. mit Anm. v. R. Stürner）である。これは、非嫡出子である原告Xが、その母Aがイタリア旅行中に性的関係をもつたとするイタリア

人男性Yに対して親子関係の存在確認を求めたという涉外事件である。被告Yが血縁鑑定を拒否したが、高裁は、証人母Aの証言とYがそれを争っていないという訴訟上の態度から、YA間の法定懐胎期間中の性的交渉を認定し、証拠調べによってもYの父子関係に対する「重大な疑い」は生じていないとして、民法一六〇条。第二項の推定に基づきYの父子関係を認定するとともに、定期的扶養料の支払いを命ずる判決を下した。⁽²¹⁾連邦裁は、Yは裁判所の命じた血液採取に応ずる義務があるにもかかわらず、血液検査拒否の理由も示していない、このようなYの拒否的態度は高裁判例によれば証明妨害とみなされ、右原則を適用してYに不利益となる判断に基づきXの請求を認容した高裁判決に不服申立てはできないなどと判示して、Yの許可上告を棄却した。⁽²¹⁾訴訟法学説も証明妨害の具体的事例として、右判旨を支持している。⁽²²⁾

(c) 第三に、一般的人格権(基本法一条一項と結びついた同法二条一項)に含まれる権利として、子⁽²³⁾(この事件は成年嫡出子)の「血縁関係を知る権利」を認めた連邦憲法裁判所一九八九年一月三十一日判決(BverfGE 79, S. 256ff.)は、父子関係の否認手続と異なる、法律効果の生じない父子関係の確認の訴えの可能性に言及している。しかし、右訴えの適否について学説は賛否に分かれたようであるが、親子法改正法(一九九七年二月一六日)の立法者(BT-Drucks. 13/4899, S. 56 ff. 166)は右訴えの導入に疑問を呈し、その立法案に取り込んでいない。⁽²⁴⁾それ以後、判例もそれを認めていない。⁽²⁵⁾

(d) 第四に、民訴法による通常の確認の訴え(民訴法二五六条)の適否は非嫡出子の法的保護の過程で議論されてきたが、前掲連邦裁一九八一年三月二五日判決(BGHZ 80, S. 218ff.)も、子の嫡出否認前における通常の確認訴訟の適法性を認めていない。かつては生物学的な血縁関係は純然たる自然科学的事実であって、確認訴訟の対象となる法律関係ではないという考え方も有力であった。また通常の確認訴訟によった場合、民訴法六四〇条h(確定判決の対世効)に相当する規定がないために、確定判決は対世効を有しないことや、生物学上の父子関係の解明についての精神的、感情的、社会

的な利益では確認の利益を基礎づけることができず、したがって即時確定の利益を欠くと考えられる。

(e) 第五に、法律上の父の母に対する情報開示請求権（子の父の名前についての情報）は、連邦憲法裁〇五年判決の当時は、ドイツ法の知らない制度であるといわれる。法律上の父の血縁関係が問題になっていない以上、基本法二条一項からそのような請求権を導くことはできないし、婚姻関係がある場合、民法一三五三条一項二文（夫婦間の婚姻共同生活義務、相互の責任）または同法二四二条（信義則）に基づくそのような請求権も観念できないと解される⁽²⁶⁾。

判例においては、法律上の父から生物学上の父に対して支払った扶養料の返還請求権を行使する（民法一六〇七条三項二文⁽²⁷⁾）前提として、母に対する当該生物学上の父の氏名の開示を求める情報開示請求権の可能性が問題になっていた。しかし、判例は一般的にそのような請求権を認めていなかった⁽²⁸⁾。パラントのコメントは、子に対する情報請求権を肯定する（OLG Köln FamRZ 2002, S. 1214を引用）が、母に対するそれは認めていない⁽²⁹⁾。

なお、わが国でも同種の事件がみられる（前掲・東京高判平成二一年二月二一日判時二一〇〇号四三頁。2(1)参照）が、いわゆる支払いの父から非嫡出子に支払った扶養料の返還請求訴訟において、連邦裁一九九三年二月一七日判決（BGHZ 121, S. 299ff. = FamRZ 1993, S. 696f.）は原告の請求を棄却している⁽³⁰⁾。連邦裁は、原審が民法一六〇〇条a第二文の遮断効果を無視するのを許さなかった点を正当と判示する。民法一六一五条b第二項により移転した扶養料請求権は民法一六〇〇条a第二文の遮断効果を免れず、その実現に必要な父子関係を処分権主義の適用される民事訴訟で前提問題として解明することはできない。仮処分で時期的に限られた扶養料請求権を定める、法律の認める例外的場合を除き、認知または裁判上の確定前に疑いのある請求権を認めた場合、右規定に表れた、非嫡出子に対世効ある地位を付与し、真実の父に帰属させるといふ非嫡出子法の立法者の努力に反することになると指摘する（規定は旧規定⁽³¹⁾）。その後連邦裁は、例

外的な場合に、疑父からの不当利得返還請求権を認容している(連邦裁二〇〇八年四月一六日判決 FamRZ 2008, S. 1424ff.)。この問題について、学説には賛否両論があるようであるが、本稿ではこれ以上に検討する余裕はない。

(2) 以上みたように、連邦憲法裁〇五年判決当時、法律上の父にとって、父子関係の否認手続(民法一六〇〇条ないし一六〇〇条c)のみが子との血縁関係を確認または解明するための法的手続であった。父子関係の確認と父子関係の否認は不即不離の関係にあり、否認なくして父子関係を確認できないし、父子関係の確認なくして否認はできない、と評された。⁽²³⁴⁾ 他方、訴訟物論について二分肢説の判例法理によれば、事実関係が異なる場合、法律上の父に再訴の可能性は開かれている。また通常の再審の訴え(民訴法五七九条以下)とは別に民訴法六四〇条iの新しい血縁鑑定に基づく原状回復の訴え(再審の訴え)によっても再審請求が可能である。ただし連邦裁は、嫡出否認訴訟で敗訴した否認原告たる父からの民訴法六四〇条iによる原状回復の訴えを、学説の批判にもかかわらず、認めていなかった(連邦裁一九七五年五月七日判決、同一九八九年六月七日判決⁽²³⁵⁾)。したがって、嫡出否認訴訟の敗訴原告は、前者のルートをとらざるをえなかったものと思われる。

以上のようにドイツ法は父子関係の確認・否認について、否認訴訟ルートだけに限定する一方で、判例の訴訟物理論によって、右訴訟の判決確定後に再訴の途を許容してきたとみられる。しかしドイツ法はいまや父子関係の解明手続(民法一五九八条a)の導入によって、従前の立場(民法一六〇〇条ないし一六〇〇条c)を放棄して、二つの父子関係の解明・確認手続を有することになった。もっとも、後者は直接的な法効果をもたず、既存の父子関係に影響は生じないと理論的には考えられている。これに対しわが国の法制は、法定された嫡出否認手続(民法七七四条以下)とともに、当初は判例法理により、そして現在は明文の規定(人訴二条二号)により、親子関係の存否確認手続を併行的に許容する。複数

の父子関係の確認・解明のための手続を許容するという点で、わが国の法制はドイツ法よりも先行してきたとみることができようか。なお、父子関係の存否の確認訴訟という名称にもかかわらず、人事訴訟の確定判決が有する対世効（人訴二四条一項。これについては、後掲注192参照）も認められることになろう。他方で、周知のとおり法規制の厳格な否認訴訟については空洞化といわれる状況がみられる。

4 父子関係訴訟と鑑定の実施

(1) 本件のようなDNA鑑定が私鑑定として訴訟手続または調停・審判手続で用いられる可能性はあるか、それが提出された場合にどのように考えるべきか。まずDNA鑑定の基礎について確認しておく、DNA鑑定とは、人の細胞の核の中に存在する遺伝情報を伝えるデオキシリボ核酸（DNA）を分析し個人識別し、生物学的な親子関係または血縁関係の存否を判定する鑑定方法であるとされる。⁽²³⁶⁾そこには親子関係の存否について、専門家の鑑定結果が示されていることになろう。そこで法律上の父が自己の嫡出子との親子関係を確認・解明するためのわが国の実定法上の法的手続としては、嫡出否認の訴え、認知の無効・取消しの訴え、実親子関係の存否確認の訴え（人訴二条二号）が代表的なものと考えられよう。これらの事件は調停前置主義により調停手続においてまず父子関係の存否について手続が進められ、当事者間で合意が成立したときは、合意に相当する審判がなされることとなる（家審二三条二項、家事二七七条一項）。この手続における証拠調べにおいて、裁判所は親子関係の存否を解明・確認するためにDNA鑑定を実施することができる。⁽²³⁷⁾他方で、子からの認知の訴え（民七七八七法条）においてもDNA鑑定によって親子関係の存否は確認される。⁽²³⁸⁾なお、前掲・東京高判平成二二年判決（2(1)(a)参照）では、夫婦間の前訴・離婚訴訟で親子関係の存否についてのDNA鑑定が実施されてい

るが、親子関係の存否は当該離婚訴訟においては前提問題である。このようなケースにおいても、実務は一般的にDNA鑑定を実施しているかは確認することができない。⁽²⁰⁾

(2) ところで、嫡出子に関するわが国の法規制をみると、子の嫡出性について民法七七二条は、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定し(一項)、婚姻の成立の日から二〇〇日経過後または婚姻の解消・取消しの日から三〇〇日以内に生まれた子は婚姻中に懐胎されたものと推定する(二項)。このように法定の懐胎期間内の出生↓婚姻中の懐胎↓妻が婚姻中に懐胎した子↓父の子という一連の過程は二重の推定と解され、同時に、子は父の嫡出子と推定される。ただし、嫡出子の推定は、「子の嫡出」の否認について定めた民法七七四条から導かれる。

(a) 民法七七二条は一項と二項に「推定」の語をそれぞれ定めている。同条の法的性質については、一項のみを法律上の事実推定とみる説が多数説と思われるが、⁽²¹⁾ 一項および二項の双方とも事実推定と解する説も有力である。⁽²²⁾ このほか二項は法律上の事実推定であるが、⁽²³⁾ 一項は権利推定とみる少数説もあるが、⁽²⁴⁾ 一項の推定は「夫の子」という事実であって、嫡出親子関係という権利関係を推定したものではないと批判されている。⁽²⁵⁾ 倉田判事によれば、推定される「夫の子である」という要件事実を構成要件とする法規はなく、⁽²⁶⁾ 厳密には法律上の事実推定の定義にあてはまらないようにみえるが、「夫の子であること」、つまり嫡出の推定を通じて「(父の)子であること」が導かれ、これは多くの相続関係法規の要件となっており、⁽²⁷⁾ 真正の法律上の事実推定とされるといわれる。では一項と二項の関係をどうみるか。子の懐胎から父の子と推定する過程において、一項と二項はそれぞれ異なる事実を推定の対象としており、したがって、二項の懐胎時期の推定についても、一項の父性の推定とは異なった反対事実による証明が考えられるのではなからうか。このようにみると、いずれも事実推定の規定とみる有力説に分があるように思われる。なお、同条の推定は単なる経験則上の事実の推定と異なり、

夫の否認の訴えによって破りうるだけの強力なものであるともいわれる。⁽²⁴⁶⁾

(b) 一項と二項の関係については、しかし従来あまり議論されていないようである。⁽²⁴⁷⁾ 民法七七二条、その前身の旧民法八二〇条は、どこかの外国法をモデルにした規定ではなく、わが国独自の法文とみられている。⁽²⁴⁸⁾

(i) ドイツ法においては、嫡出子・非嫡出子の区別を廃止した親子関係法改革法（一九九七年二月一六日）⁽²⁴⁹⁾による改正前の嫡出要件に関する民法旧一五九一条が民法七七二条にあたる規定といえよう。⁽²⁵⁰⁾ 同条によると、①婚姻締結後に生まれた子は、妻が婚姻前または婚姻中に懐胎し、その夫が懐胎期間中に妻と性的交渉をしたとき、嫡出子とみなされる（一文前段）。ただし、妻が夫から子を懐胎することが、事情からみて明らかにありえないときは、その子は嫡出子とみなさない（二項二文）。②夫は、所定の懐胎期間中（一五九二条一項により、子の出生の日から遡って一八日から三〇二日の期間）に妻と性的交渉（同衾 *beihronung*）したものと推定される（二項一文）。二項にいう「推定」については、反証可能な法律上の推定⁽²⁵¹⁾、または法律上の事実推定を定めた規定とみられる。嫡出子の嫡出性は、夫がそれを否定する事情を知ったときから二年以内に、否認の訴えによりそれを否認することができる（旧一五九三条・一五九四条一項・二項）。否認権限は夫とともに、夫以外の者（夫の死亡後はその両親（旧一五九五条 a）、子自身（旧一五九六条）に属する。當時は子の母、真実の父と称する男性その他の第三者に否認権限は認められていなかった。そして嫡出子に対し非嫡出子であると主張できるのは、嫡出性が否認されて、非嫡出性が既判力をもって確定されたときに初めて可能になる（旧一五九三条）。前掲学説によれば、イギリス法と比べたとき、ここに万人に対して父子関係を早期に確立しようとするドイツ法の身分思想の特徴が現れているという。

(ii) ドイツ民法旧一五九一条の一項および二項の意義と両項の関係については、ライヒ裁判所一九二〇年一〇月一四日判

決 (Wamr 1921, Nr. 17, S. 21ff.) が判示している。これは、被告 Y の母 A と再婚した夫 Y が、結婚から約六年後に出生した子 Y に対し、その出生から約一年後に嫡出否認訴訟を提起したという事案である。ライヒ裁判所は、高裁は、同条一項二文の推定に対する反対証明の制限を、同条二項の推定に対する反対証明に誤って適用した点で法律に違反しているとして、事件を原審に破棄差し戻した。判旨によれば、ドイツ法 (旧法) は、①懐胎期間中の夫婦の性的交渉の推定 (同条二項) と、②懐胎の推定 (同条一項一文前段) という二段階の法律上の推定によって嫡出推定を規定し、それに対応して夫も二段階の反対証明が認められる。第一段階の性的交渉の推定 (二項) に対して、夫は、確信に近い蓋然性もって性的交渉が存在しないことにつき反対証明が必要になる。つぎに第二段階の懐胎の推定 (一項一文前段) に対する反対証明は、嫡出子の権利保護のために制限されており (一項二文)、夫は、子の嫡出性は考えられない、健全な人間の理解と合致しないような事実 (子が夫と異なる人種、夫婦の性的交渉以前に妻の妊娠、懐胎期間中の夫と妻の性的交渉からして、その成熟児の出生はありえないこと、夫に生殖能力がないこと) を証明しなければならぬとする⁽²⁵⁴⁾。その後も同旨を説くライヒ裁判所の判例があり、旧法下の学説も右判旨に賛成している。

(iii)そこで当時の学説を若干みると、嫡出性の要件として、(a)子が婚姻締結後に出生したこと、(b)子は婚姻中または婚姻前に妻が懐胎したこと、(c)夫が法定の懐胎期間中に妻と性的交渉 (同衾)⁽²⁵⁵⁾をしたことという三要件、または、それに加えて (d)これら三つの要件間に因果関係があることという四要件をあげている。このうち、(c)の要件は二項に規定され、「性的交渉の推定」といわれる。また (d)の要件は一項一文に規定されるべきところ、嫡出性の当然の要件として法律は特に明示的にそれを規定していないとされる。これは「懐胎の推定」といわれる。四要件説によると、以上の (a)から (d)のそれぞれの要件が協働することによって、嫡出血縁関係の推定の基礎が形成される (いわゆる「嫡出性の推定」といわれる)⁽²⁵⁶⁾。

(c) ドイツ法の右議論を参考にすると、(i)わが民法法七七二条の一項および二項のいずれも嫡出性の推定を定めた法律上の事実推定規定であるが、推定の事象を子の懐胎から父への帰属までのプロセスで区別しており、相手方はそれぞれ反対事由によって各推定を破ることができると解することができるように思われる。したがって、上述したように前掲・有力説の考え方が相当と考える。

(ii)またライヒ裁判所一九二〇年判決からは、わが国の民法法七七二条の「推定の及ばない嫡出子」の判断基準に関する議論にも一定の示唆がえられるように思われる。外観説(通説・後掲の最高裁判例)は、外観的な同棲の明瞭な欠如を基準にするとする点で、二〇年判決のいう第一段階の性的交渉の推定に対する反対証明の事由に相当する考え方と共通性がある。特に我妻・外観説が「外観的に明瞭な事実」⁽²⁰⁰⁾を要求する場合、それは、二〇年判決が破棄した原判決に近似した考え方とみることができるのではなからうか。なお、同棲とは夫婦と一緒に同居するという意味であるが、その場合、夫婦間の同衾^{II}性的交渉が伴うのが通常であるという認識が前提になっている⁽²⁰⁰⁾。これに対し、血縁説は第二段階の反対事由を念頭においた基準設定であろうし、家庭破綻説の主張する事由は第一段階および第二段階にまたがる反対事由を思わせる。他方で、合意説は、嫡出子に対して嫡出否認判決確定前の権利主張を禁ずるドイツ民法旧一五九三条を排斥しようという考え方である。

このように各説の立ち位置は、子の懐胎から出産、そして父への帰属の過程で、それぞれ異なった段階の事情に立脚して議論しているようにみえる。しかし、推定の及ばない嫡出子の問題は、民法法七七二条の嫡出推定を覆すための事由いかんの検討ではなく、いかなる場合に法定の「嫡出推定→嫡出否認」ルートを適用しないで、父子関係の存否確認訴訟を独立的に適法なものとするかを考えるべき問題ではなからうか。そうすると、民法法七七二条の嫡出推定の排除事由を、そ

のまま父子関係の存否確認訴訟の適法事由として移し替えてよいかを考え直す必要があるように思われる。大沼判事は、血縁説への疑問として、推定が破れる場合と、推定規定自体の適用がない場合とを混同した解釈論であると批判しておられるが、筆者も同感である。このようにみると、我妻・外観説が、民法七七二条に規定しない「同棲（Ⅱその前提としての性的交渉）」の欠如の外観的な明瞭さを判断基準に据えて、民法七七二条の適用を排除しようとしている点は評価してよいと思われる。⁽²⁶²⁾ 合意説も二三条審判の根拠となる合意を指摘することで、民法七七二条・七七四条の「訴訟」ルートの適用排除を明らかにしているが、それは調停・審判手続における合意によっても父子関係の存否を裁判上解決することができるというわが国の現行制度の説明にとどまり、親子関係の存否確認訴訟の適法事由については何ら明らかにしていない点で、はたして外観説に對立しうる説とみるべきかは疑問が残る。⁽²⁶³⁾

(iii) 右見解のうち、DNA鑑定と最も親和的なのはおそらく血縁説であろう。また最高裁は最近相次いで三件の父子関係不存在確認訴訟事件において通説・判例（後掲・最判昭和四四年）といわれる外観説を採用することを明らかにしているが、そのうち最判平成一〇年八月三十一日判時一六五五号一一二頁、判タ九八六号一六〇頁の原審・東京高判平成七年一月三日判時一五五一号七三頁は、家庭破綻説の考え方を判示している。この事件は、夫婦の別居から二八九日後に出生した子Yに對し、その後子の母Aと協議離婚した元夫Xが親子関係不存在確認訴訟を提起したという事案で、⁽²⁶⁴⁾ 第一審はXの親子関係不存在確認請求を訴え却下とした。なお、第一審はXの申出にかかる鑑定嘱託（血液に基づくDNA鑑定等）を採用したが、Yらはその実施に協力していない。X控訴、前掲控訴審・東京高裁は、親子関係不存在確認請求の部分については、つぎのように判示してXの控訴を棄却した。①民法の嫡出推定制度の立法趣旨からして、最判昭和四四年が判示する「妻が夫の子を懐胎する可能性がないことが外観上明白な事情があるとき」に加えて、さらに「生殖能力の欠如、血液型

の背馳がある場合」や「人類学的にみて父子関係があり得ない場合のように、客観的かつ明白に父子関係を否定することができ、かつ、懐胎した母親と夫との家庭が崩壊し、その家庭の平穏を保護する必要がない場合にも」嫡出推定を排除できるとする。これは家庭破綻説の立場とみられる。②東京高判平成七年はこれに続けて、ただし、「右客観的かつ明白に父子関係を否定」できるのは、「何人も疑いを差し挟まないような信頼するに足りる科学的証拠によって立証されることが必要である」。「嫡出推定の有無という身分関係にかかわる事項は、単にその訴訟の当事者の利害に関係するにとどまらず、それ以外の者の利害にも影響することがあり得る事柄であり、また父子関係の安定という子の福祉にかかわる事柄でもあるから、何人にも納得がいく証拠によって証明することが要求され、虚偽の可能性が絶無ではない供述証拠等を基礎に判断することはできない」、とする。③本件でAの懐胎時期は昭和六三年一〇月二五日前後で、XとAの別居後まもなくの時期にあたり、外観上夫婦の実態が失われたものと認めることはできないし、Yの出生はX・Aの別居から二八九日目で、民法七七二条二項の要件を満たしている。つぎにX・Y間の親子関係不存在の主張は、その前提とするX・Aの性交渉の時期に関する証拠は、XとAの各供述および各供述書だけであり、何人も疑いを差し挟まない信頼するに足りる証拠といえない。さらにYが鑑定嘱託の申請に協力しないことは証明妨害で、主観的立証責任が転換されるという主張について、上記のような証拠を要求すれば、通常血液鑑定に頼らざるを得ないが、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ず、文書提出命令に応じない当事者に不利益な判断を許容する民法三一七条は親子関係事件に適用されない（旧人訴三二条、一〇条一項）。

これに対しXが上告、最高裁は、Xは、Y出生の九か月余り前にAと別居し、それ以前からAと性交渉はなかったが、Y出生までの間に性交渉の機会はあったこと、Aとの婚姻関係により婚姻費用の分担金や出産費用の支払に応ずる調停を

成立させており、X・A間に婚姻の実態が存しないことが明らかであったとまではいい難く、Yは実質的に民法七七二条の推定を受けない嫡出子に当たるとはいえないとして、原審の判断は結論において是認できると判示した⁽²⁶⁵⁾。

(iv)原審の東京高判平成七年は家庭破綻説にくみするとともに、そのための証拠方法として何人も疑いを差し挟まないような信頼するに足りる科学的証拠を要求しているが、これは、現在の実務においては、DNA鑑定⁽²⁶⁷⁾の提出を要求したものと解されるので、家庭破綻説にたつたと思われる右判旨もDNA鑑定に親和的といえる。しかし、すでに訴え提起の段階からDNA鑑定の提出を求める考え方には疑問がある。血縁または家庭の破綻は嫡出推定(民法七七二条)を覆す反対事由にはなりうるであろうが、これを父子関係不存在確認訴訟の適法事由とした場合、原告は本案の証拠調べに先立ってDNA鑑定を自ら収集しなければならないことになる。その場合、訴訟外でDNA鑑定を自ら収集しなければならず、ドイツ法でいう違法な証拠調べの先取りという結果になりかねない⁽²⁶⁸⁾。しかも、この事件ではYは第一審の証拠調べにおいて鑑定に協力しない態度を示しており、訴訟外でもその同意はおそらく期待できなかったであろう。提訴前の証拠収集処分(民訴一三二条の四第一項)に、相手方が同意しないDNA鑑定の収集までは含まれないと思われる。その場合に、東京高判平成七年のいう科学的証拠の提出要求は原告に訴訟の途を閉ざすか、それこそ相手方に秘密のDNA鑑定の収集を強いる結果になりかねない。ドイツ否認訴訟で連邦裁判例(いわゆる詳細説)が要求する「最初の疑い」の議論が想起される。そして、ここに血縁説または家庭破綻説の問題点が認められるように思われる。父子関係事件の適法要件と本案の問題は切り離して考えるべきである。

(d) 右事件の最判平成一〇年は、夫婦の別居期間の短さとその期間中に性的交渉が行われたという事実とともに、婚姻関係を前提とした婚姻費用分担金等の支払いも指摘して、なお婚姻の実態がないことが明瞭とはいえないと判示している。

最高裁が婚姻の実態として、性的交渉の機会に加えて婚姻費用分担金の支払いも指摘している点では、外観的な同棲の明瞭な欠如のみを要求した我妻・外観説⁽²⁶⁾に比べると、もう少し広く外観的事情をしん酌する趣旨であるように読める。その場合に婚姻費用の分担支払いについては、上告審裁判所も夫婦間調整調停事件の調停調書に基づき職務上知りえた事実（民訴法一七九条）としてしん酌したものと解される。なお、この事件では不調に終わった嫡出否認調停申立事件における鑑定結果もあるが、本訴段階では鑑定が拒否されている事情もあり、判旨はそこまで判示することを避けたとみるべきであろうか。

(i) 他の最高裁判例をみると、①夫婦間の嫡出子として届け出られた子であっても、夫が出征から帰還した後、妊娠週数二六週目に妻が出産した子については、帰還前日まで夫婦間で性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであると判示した最高裁判例（最判平成一〇年八月三一日家月五一卷四号七五頁、判時一六五五号一二八頁、判タ九八六号一七六頁⁽²⁷⁾）は、昭和二一年当時の医療水準を指摘している。成立した調停調書や子の出生当時の医療水準に関する知見は、職権探知の枠内で上告審裁判所もしん酌することができよう⁽²⁷⁾。②これに対し、別居中の夫婦間の子について、「婚姻の実態が存しないことが明らか」な事情が認められないときは、親子関係不存在確認の訴えは適法にならないとする（最判平成二二年三月一四日家月五二卷九号八五頁、判タ一〇二八号一六四頁、判時一七〇八号一〇六頁、裁判所時報二二六四号一頁⁽²⁷⁾）。ドイツ判例であるが、夫から子に対する嫡出否認訴訟において、子の法定懐胎期間中の夫婦の別居生活は、その一事でもって性的交渉の推定（二項）に対して反駁する事由にはならない、本件のごとく、夫婦が別居後も一時的に出会っていた場合にはなおさらである旨判示した判例がある⁽²⁷⁾。当時の学説も、別居生活は嫡出推定の反証事由として認めていない⁽²⁷⁾。

(e) 外観説の射程・範囲は必ずしも明確でないと批判されているが、ここでは外観説とDNA鑑定の関係について若干

考えてみたい。最判平成二年三月一四日家月五二卷九号八五頁、判タ一〇二八号一六四頁、判時一七〇八号一〇六頁、裁判所時報一二六四号一頁によると、ここで諸説が議論している問題は訴えの「適法性」の問題であるとしている。

(i) 最高裁として最初に外観説を採用したといわれる最判和四四年五月二九日民集二三卷六号一〇六四頁、判タ二三六号一二三頁をみると、これは、非嫡出子X₁およびX₂の母Aと性的関係を継続した男性Yに対するX₁からの認知請求事件であり、親子関係不存在の訴えの適否が正面から問題になった事件ではない。第一審はX₁らの請求認容、控訴審は、Aらに対する証人尋問、Yに対する本人尋問などとともに、裁判上の鑑定人によるX₁ら、A、およびYの四名に対する各種血液型鑑定、指紋検査、顔貌相似度を実施したうえで、X₁らはYを父としAを母として生まれた子であることが認められる、そして民法七七二条について、長期間にわたって夫婦の同棲が失われ、戸籍の上だけに婚姻の形骸が残っているような場合にまで妻の生んだ子を戸籍上の夫の子と推定することは不合理であるとして、実質的には同条の適用を受けない推定されない嫡出子であり、その子の嫡出性を争うには嫡出否認の方法(民法七七四条以下)によることを要せず、一般の親子関係不存在確認の訴えをもつて足りると判示した。Yは上告して、X₁はA・B(Aの夫)間の協議離婚の日から三〇〇日以内に出生したのであり、Bの否認の訴えの確定以前に認知請求はできないと主張した。最高裁は、A・B間の夫婦関係は、離婚届に先立ち約二年半以前から事実上の離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、単に離婚の届出がおくれたにとどまり、X₁は実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子であり、原審の右判断は正当であるとして、上告を棄却した。⁽²⁷⁾

この事件で、控訴審は、長期間の夫婦(A女・B男)の同棲の欠如と、その場合に夫B男の子と推定することの不合理を指摘して外観説を採用したうえで、本案の審理過程において、当事者および母を含めて四人の関係者の血液型検査、指紋検査等の鑑定を実施している。この事件の訴訟物は、X₁らに対する認知請求権である。⁽²⁷⁾X₁らとYとの血縁関係の存

在は本案の前提問題であり、原審は争いのある右事実についての証拠調べとして血縁鑑定を実施したものである。⁽²⁷⁾ 我妻説も、子から父たる男性に対する認知請求訴訟においては、当時の血縁鑑定に対する一定の信頼に基づき、親子関係の存否について科学的な調査を要求している。⁽²⁸⁾ 大沼判事も指摘されるように、外観説を採用しても人事訴訟における職権探知主義（人訴二〇条）からして裁判所は本案審理において血縁鑑定を当然に実施することになる。そして現在の実務では血液型鑑定等に代わりまたはそれと並んで、DNA鑑定によって行われるものと思われる。したがって、外観説は本案の証拠調べにおいてDNA鑑定の実施を予定しているものと解される。

(ii) なお、夫が交通事故で入院中に妻が懐胎・出産し、戸籍上嫡出子として記載された子から夫に対する親子関係不存在の事実（夫の長期間の不在、別居等の場合、夫婦間に事実上離婚が成立して別居している場合など）の存否は、証拠調べをまつて判明する事柄であり、夫の子を懐胎しえないことが外見上明白な場合とは、夫婦間の秘事を少なくとも直接には公開しないで立証しうるものであるかぎり、ひろくその証拠調べの結果を総合して初めて判明するような場合をも包含するものと解するのが相当である、と判示している。これをどう解するかが問題であるが、右判旨は外観説について、夫婦同棲の欠如が外見上明白な場合、または夫の子を懐胎しえない明白な事実と述べている点に注目したい。我妻・外観説に該当するのは前者の定義であり、右説によると後者は本案の問題に位置づけられるものではなからうか。⁽²⁹⁾ このようにみると、同高判は、この事件の父子関係の存否確認の訴えを適法としたうえで、第一審で原告Xが提出した母Aおよび相手方（現夫）B男の各戸籍謄本、医科大学教授作成の鑑定書、第一審における証人Bの証言、AとXの本人尋問の結果等の証拠調べの結果に基づき事実認定を行い、XはBの子であると判断したものであり、このような審理方法は外観説の考え方に反

するものと思えない。この場合、事件の第一審への破棄差戻しが法律上は原則的措置と解されるが、さらなる弁論は必要ないとして破棄自判も考えうるケースとも思える（民訴法三〇七条但書き）。

5 秘密のDNA鑑定 of 裁判上の利用

ではわが国において本件のようなDNA鑑定が訴訟で提出された場合、裁判所はどのように扱うことになるのだろうか。ドイツ連邦裁〇五年判決の判旨を参考に、人格権の侵害および違法収集証拠理論の適用の観点から若干に考えてみたい。

(a) 人格権の侵害 (i) DNA鑑定は、裁判実務においては刑事事件の領域でその利用が先行してきたが、最近⁽²⁸³⁾は民事事件、特に家事事件の領域でその利用が拡がっている⁽²⁸⁴⁾。たとえば東京高判平成一〇年八月二六日判タ一〇二五号二六六頁は、DNAフィンガープリント法は、近時、法医学の分野でDNA型の多型性を利用した科学的鑑定方法として急速に発展し、従前から採用されてきた血液型分析による方法と比較して、格段に血縁関係を肯定ないし排除することができる確率が高い方法であるとの評価を確立させつつあるDNA分析による血縁関係判定法の代表的な一つであるとして、これは裁判所に顕著な事実（民訴一七九条）である旨⁽²⁸⁵⁾判示する。したがって、父子関係事件で利用されるDNA鑑定は、親子関係ないし血縁関係の存否について専門家による判断が含まれる個人情報にかかわる文書とみてよいであろう。ところで最高裁判例によると、親子関係は一般的に「身分関係の基本となる法律関係」と位置づけられている（最大判昭和四五年七月一五日民集二四卷七号八六一頁）。そうすると、DNA鑑定に含まれた父子関係に関する個人情報⁽²⁸⁶⁾は、憲法上、プライバシー保護の対象とすべき法益と考えるとよいと思われる。ここでいうプライバシーとは、「私生活をみだりに公開されない権利」という伝統的な捉え方よりも、最近有力な「自己に関する情報に対するコントロールの権利」と捉える学説の方がより適

切と思われる。⁽²⁸⁷⁾

(ii) 最近の最高裁判例において、プライバシーの権利ないし利益として法的保護に値するとみられた「個人情報」としてどのようなものがあるだろうか。① 最判平成七年一月一五日刑集四九卷一〇号八四二頁は、外国人たる被告が外国人登録原票等に指紋の押なつを拒否したために外国人登録法違反として起訴された刑事事件（外国人指紋押なつ拒否事件）であるが、「指紋は、指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や人格、思想、信条、良心等個人の内心に関する情報となるものではないが、性質上万人不同性、終生不変性をもつので、採取された指紋の利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性がある」として、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは許されない、と判示する。⁽²⁸⁸⁾ 右判旨にいう「万人不同性、終生不変性をもつ」という性質から個人の識別特定手段になるという点においては、ヒトのDNA鑑定も同様であろう。加えて、右判示は、DNA鑑定拒否当事者に対する強制問題についても参考にしてよいと考える。

② ある人の刑事事件の前科や犯罪経歴に関する事実が公表された場合、人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有する。それが、弁護士法二三条の二に基づく弁護士会照会に応じて区長が前科等を報告した行為によるケース（最判昭和五六年四月一日民集三五卷三号六二〇頁⁽²⁸⁹⁾）、またはノンフィクション作家による著作物（最判平成六年二月八日民集四八卷二号一四九頁⁽²⁹⁰⁾）または週刊誌の掲載記事（最判平成一五年三月一日民集五七卷三号二二九頁）でも異ならない。他人に知られたくない私生活上の事実または情報という点では、DNA鑑定の情報もこれらの事実と同列におくことができよう。

③ これに対し、大学内で開催された外国国賓講演会への出席希望者である学生の学籍番号、氏名、住所および電話番号

について、大学が学生の同意を得ずに警察に提出した行為が不法行為に当たるかが問題になった事件（早稲田大学事件）で、最判平成一五年九月一二日民集五七卷八号九七三頁は、これらの個人情報に大学が個人識別を行うための単純な情報で、秘匿の必要性は必ずしも高くないが、本人が自ら欲しない他者にみだりに開示されたくないと考えることは自然なこととて、その期待は保護されるべきで、右個人情報に学生らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となる。そして、このようなプライバシーに係る情報は、取扱い方によっては個人の人格的な権利利益を損なうおそれがあり、右個人情報を開示することについて学生らの同意を得る手続を執ることなく、無断で右個人情報を警察に開示した大学の行為は、学生らが任意に提供したプライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的期待を裏切るもので、学生らのプライバシーを侵害して不法行為を構成する、と判示する。

右判旨にいう学籍番号等の「単純な情報」に比べると、DNA鑑定個人情報または家族の情報は他人に知られたくないと感じるその程度から考えても、はるかに高い私生活上の事実または情報といえよう（最判平成一五年九月の反対意見参照）。また右判旨が学生らの「同意」を情報開示の要件としている点は、プライバシーの権利を自己情報を管理する権利と捉える考え方と親和的であるといわれるが、前掲DNA鑑定⁽²⁰⁾の指針等も鑑定の実施・開示につき「本人の同意」を要求しており、右権利に属する情報であるという理解にも相応しよう。

ところで、前科等の公表が問題になった事件の審理方法に関して、一方では、前科等にかかわる事実を公表されない法的利益と公表する法的利益を比較衡量して、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立すると解する判例（最判平成六年二月八日民集四八卷二号一四九頁、最判平成一五年三月一四日民集五七卷三号二二九頁）と、そのような判断の仕方をしていない判例（最判平成一五年九月一二日）⁽²⁰⁾があるが、後者の判例においては対立する基本的権利が存在しないという

事情によるものと解されている。⁽²⁰³⁾ D N A 鑑定は前者の系列に属し、その場合に対抗する法的利益は法律上の父の真実の父子関係を知る権利ということになる。しかしそれに対しては、子の知らないでいる権利が再び対立軸として考えられるかもしれない。もともと、このようなドイツ法の議論に類する「父の知る権利」に関するわが国の議論の状況は、遺憾ながらまったく考察できていない。

④ プライバシー権の侵害に対して、最判平成一四年九月二四日判時一八〇二号六〇頁、判タ一一〇六号七二頁は、原告のプライバシー侵害を理由とする小説の出版差止め等を請求した事件（右に泳ぐ魚事件）で、差止請求を認容した原審の判断を維持している。⁽²⁰⁴⁾

⑤ 最近の最高裁判例でプライバシーの権利侵害を理由に損害賠償請求または差止め請求が肯定された法的利益と比較しても、本人の同意なく実施された D N A 鑑定は不法行為法上、法的保護の対象になると解される。その実体法上の救済方法は、本人からの損害賠償請求、さらには差止請求も考えられよう。

(b) 違法収集証拠理論の適用 (i) 秘密に収集された D N A 鑑定は、たとえば訴訟外の私鑑定たる D N A 鑑定により訴訟が提起された（または家事調停が申し立てられた）場面から裁判所が証拠調べを行う場面まで、さまざまな裁判上の局面でその利用が考えられる。ドイツ連邦裁〇五年は違法収集証拠理論に関する折衷説の立場から、本件・秘密の D N A 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、二条項）を侵害しており、否認手続において子・その法定代理人の意思に反して利用できないし、訴訟での利用は、子の人格権・情報に関する自己決定権に対する新たな違反になるとして、訴えを不適法却下した。折衷説を採る有力な訴訟学説がこれに賛成している。⁽²⁰⁵⁾ また違法収集証拠理論を当事者の事実申立てにも前倒的に適用できるかという問題に関して、連邦裁〇五年判決はそれを肯定しているが、

学説においては批判説もみられる（前掲修道三三卷一号六頁以下）。

(ii)違法収集証拠理論に関して、わが国の最近の学説は、一定の場合に証拠能力を否定する考え方が支配的とみられるが、その場合の判断基準については諸説が対立している。⁽²⁹⁷⁾ 代表的な基準としては、①人格権の侵害、⁽²⁹⁸⁾ ②信義則違反、⁽²⁹⁹⁾ ③総合的な比較衡量などがあり、近時は問題を統一的に解するべく、④当事者権の一つである証明権の内在的制約と捉える説や、⁽³⁰⁰⁾ ⑤証拠能力の問題としてではなく、当事者行為の規制問題として検討する説などが主張されている。

他方で、従来の判例はいずれも下級審のものであるが、窃取された文書や話者に無断の録音テープ（その反訳書面）の証拠能力の問題として現れているケースが多い。⁽³⁰²⁾ そのうちの高裁判例をみると、①民訴訟は証拠能力に関する規定はなく、当事者提出の証拠の証拠能力は肯定されるが、著しく反社会的な手段を用いて人格権侵害を伴う方法で採集された証拠は、それ自体違法評価を受け、証拠能力を否定されてもやむをえないとした判例（東京高判昭和五二年七月一日日判時八六七号六〇頁）、また、②違法収集の書証も直ちにその証拠能力を否定する理由にはならず、それは実体的真実の追求という訴訟の本質に照らし理解しうる、しかし、それは無制限に認められず、憲法の個人の尊重（二三条）、個人の尊厳（二四二条二項）に由来する証言拒絶権（旧民訴訟法一八七条、現行民訴訟法一九七条）から明らかである、正当な保持者の意思に反して窃取された書証を証拠として取り調べることで保持者・相手方当事者の個人的秘密が法廷で明らかにされ、その人格権が侵害される場合、その証拠申出は却下を免れないとした判例（名古屋高決昭和五八年二月一八日判時一〇〇七号六六頁）などがある。また最近の判例においては、③収集方法に著しい反社会性があるかという基準をかかげるものがめだつ。⁽³⁰³⁾

ただし、判旨が説く一般論にもかかわらず、当該証拠方法の証拠能力を否定した判例はそれほど多くない。⁽³⁰⁴⁾

(iii)ところで、従来の議論は財産的紛争を対象とした通常の民事訴訟（または保全手続）におけるものであり、はたして

父子関係事件に関する人事訴訟手続や家事調停・審判手続にもそのまま妥当なのか、妥当するとしてもどの限度で妥当するのかという疑問がある。また盗聴会話や窃取文書などに比べると、DNA鑑定は当該訴訟の帰趨を決定づけるような相当高い証拠価値を有している可能性がある⁽³⁰⁶⁾。これに加えて、法は、人訴手続においては文書提出命令に従わない当事者に対する制裁的効果（民訴法二二四条）を適用しないと規定しているが（人訴一九条一項）、これは実体的真実の確定という狙いによるものであろう⁽³⁰⁷⁾。また職権探知主義が適用される手続ではあっても、判例は当事者にも手続協力義務を求めている。さらにまた、わが国の裁判実務は謙抑的職権探知の考え方が支配的であるといわれる⁽³⁰⁸⁾。そうすると、真実発見のためには、同意のない私的なDNA鑑定であっても、当事者のそのような証拠収集行為は右協力義務の一態様であり、したがって同意のないDNA鑑定に基づく訴え提起も許容してよいとする考え方もありうるのではないかと思われる。

そしてDNA鑑定に対する評価は、家族法学説は一定の評価を与えながら、その一般的かつ積極的な利用になるとなお慎重な姿勢が多数を占めているのではないかとみられるが⁽³⁰⁹⁾、逆に家裁実務においては、平成七年頃から（東京家裁）、DNA鑑定の一般的な利用が拡がっている⁽³¹⁰⁾。この背景には、DNA鑑定の技術的な進展（裁判の費用や時間にプラス）とともに、家庭裁判所が具体的な事件解決にあたって現時の最良の証拠方法としてDNA鑑定を肯定的に評価しているという考え方があるものと推測する。そうすると、身分関係事件における真実発見という標題のもとで、右のような証拠収集行為も裁判所の職権証拠調べを促す当事者の証拠申出とみうる余地も考えうるのではないかと思われる。

しかし、DNA鑑定が示す父子関係の存否という情報の重大さを考えると、多くの家族法学説の示す慎重な態度は確かに理解できるように思われる⁽³¹¹⁾。また現行民訴法の分野からみても、違法収集証拠に関する判例は、その排除のための根拠規定として信義則（民訴法二条）たとえば、大津地判平成一〇年一月一九日判時一六五七号一〇五頁、東京地判平成一〇

年五月二九日判タ一〇〇四号二六〇頁)や証言拒絶権(民訴法一九六条・一九七条。前掲名古屋高決昭和五八年)を援用する。さらに書証に関する規定ではあるが、文書提出義務の対象外となる「自己使用文書」(民訴法二二〇条四号二)や「刑事関係書類」(同条四号ホ)の判断基準について、最高裁は当事者または関係者のプライバシーの権利を考慮要素としてあげており、⁽³¹²⁾現行法において個人のプライバシーの権利(個人情報保護)は証拠方法のレヴェルでも重視すべき法的価値として扱われていることが明らかである。それとともに訴訟法学説も、民事裁判領域における個人情報の保護に関する研究を本格化させている。⁽³¹³⁾

(iv)このようにみると、筆者は、本人またはその親権者の同意のないDNA鑑定を裁判上利用してはならないと考える。第一に、DNA鑑定の実施は本人の自由意思に基づいた同意によらなければならないというのが、わが国の現在の前掲DNA鑑定に関するガイドライン等の考え方であり、それは国際的な法規制にも合致したルールと思われる(ただし、本稿では文献上確認したのは、フランス法、イギリス法、ドイツ法などに限られている)。DNA鑑定が突きつける父子関係の「真実」は確かに高い証拠価値を有するとしても、その情報の重要性のゆえに、実施にあたり個人(または親権者である代理人)の自由意思に基づく決断が必要とされているのだと考える。⁽³¹⁴⁾取扱業者にとっても同意なきDNA鑑定は個人情報取扱審査委員会によって不適格事業者の烙印を押されるリスクを負っており、それにもかかわらず同意なきDNA鑑定が現れるとすれば、父子鑑定をビジネスと割り切った企業等が実施したおそらくは少数ケースということになるか。⁽³¹⁵⁾それとともに、そのような鑑定に依拠した裁判所の判断は、「裁判と科学」⁽³¹⁶⁾の協働⁽³¹⁷⁾という観点からみて科学の暴走であり、そうした科学裁判は国民の共感や支持をえられないと考える。

第二に、裁判上で利用すべきDNA鑑定の実施を決定する権限は、常に裁判所に専属すると考えるべきである。わが国

の身分関係の事件において裁判所が血液型鑑定（A B O型）を証拠方法として用いるようになったのは、昭和二〇年（一九四五年）代以降といわれる。⁽³¹⁸⁾ ドイツ法においては、血液型鑑定の訴訟上の利用はもう少し早く一九三〇年代以降である。⁽³¹⁹⁾ 訴訟手続（わが国では家事調停・審判手続も含まれる）におけるDNA鑑定の利用もそうした発展過程におけるひとつの段階とみるべきであつて、あまりに過剰に期待することについて筆者はなおちゅうちよを覚える。そこでDNA鑑定の裁判上の利用は、原則として証拠調べにおける裁判所の命ずる鑑定というルートに限定しておくべきであると考えられる。⁽³²⁰⁾ それを逸脱したDNA鑑定を裁判で恣意的に利用できるとなると、本来は裁判所の法的判断の助力手段であるべき鑑定が主役の座を奪うという事態を生じさせかねない。

第三に、違法収集証拠理論のなかでこれをどのように位置づけたらよいか。こと秘密のDNA鑑定については、従来主張されてきた判断基準の多くは適用できよう。最近の学説のうち、判断基準の汎用性と実効性の点で信義則違反説または総合的な利益衡量説が評価されているようにみえるが、この事案では人格権侵害説も採用できるように思われる。他方、総合的な利益衡量説は、仮に「父の知る権利」との衡量問題が生じたとき、どう考えるかという問題があるだろう。⁽³²¹⁾ 連邦裁〇五年判決と同様に子の利益を優先させてよいと考えるが、本稿で扱った事例の枠で考えると、最判昭和四四年で父子関係を否定された訴外・元父Bや、最判平成一二年の父子関係不存在確認訴訟で敗訴した父Xにとって、秘密のDNA鑑定の誘惑は依然として存在するのかもしれない。いずれも外観説で不利益を受けた父であるが。

多様なケースに対処しうる判断基準としては、現行法上明文の根拠をもつ信義則違反説（民訴法二条）でよいのではないかと考える。特に最近の判例がいう、収集方法の著しい反社会性という観点に注目すると、嫡出否認の訴えのように、その認容判決は法律上の父子関係を趣及的に切斷するという重大かつ深刻な法律効果を有するものであること考えると、

同居している子の生育や福祉、ひいては社会生活の最小単位である家庭・親子関係の平和や平穏を脅かし破壊する結果をもたらす行為である点で、秘密のDNA鑑定は顕著に反社会的な結果を狙った証拠収集行為と評価できよう⁽³²⁾。また国や取扱業界のガイドライン等を無視した態度は反社会的であり、そのようなDNA鑑定に基づく訴え提起は信義則違反と評し⁽³³⁾てよいと考える。たとえば、被検者の身体的自由を拘束して身体組織を採取したようなケースはもちろんのこと、ドイツ連邦裁〇五年判決のような抜け落ちた毛髪（第一事件）や捨てたチューインガム（第二事件）によるDNA取得行為についても、同様に考えてよいと思われる。

(v)最後に、秘密のDNA鑑定によって訴えが提起された場合に、裁判所は連邦裁〇五年判決のように違法収集証拠理論を適用して直ちに訴えを却下してよいかという問題について、筆者はドイツ批判学説の主張を支持したい（修道三三巻一 号八頁参照）。ドイツ批判学説によると、違法に収集された事実申立てによる訴えであっても、裁判所は本案手続を開始すべきであり、これに対し、被告は信義則違反または人格権の侵害を理由に争うことができる。

（六）

(177) S. Orel, *Heimliche Vaterschaftstests*, 2008, S. 13ff.

(178) Orel, *id.*, S. 25.

(179) ある鳥が多種の鳥の巣に産卵し、その鳥に抱卵・育すうさせることを托卵といい、日本ではカッコウ科の鳥類（カッコウ、ホトトギス等の四種）がこの習性を有して、ウグイス等の巣に産卵する、とされる。新村出編『広辞苑 第6版』一七八頁（岩波書店、二〇〇一年）参照。ドイツ法の議論にいう「カッコウの子（Kuckuckskinder）」とは、ある夫（男性）が自分ではなく、他の男性がその妻に懐胎させた子をそれとは知らずに養育している場合、その子またはそうした状況を比喩的に表現した言葉のようである。「カッコウの卵（Kuckucksei）」には、迷惑な贈り物という日本語もみられる。さしあたり、vgl. S. Orel, *Heimlich*

- (180) 修道法学三〇巻一号八八頁注(30)。
- (181) 婚姻類似の生活共同体(非婚カップル)は、二〇八万三〇〇〇人(二〇〇〇年)から二四一万七〇〇〇人(二〇〇五年)に増加している。そのうち、旧(西)ドイツ一七五万五〇〇〇人、新(東)ドイツ六四万二〇〇〇人で、子供あり七七万人、子供なし一六四万七〇〇〇人である。Münder/Ernst, Familienrecht, S. 69.その法規制については、vgl. H.-M. Uhlenbrock, Gesetzliche Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften in Deutschland und Frankreich, 2005, S. 3ff., 11ff.
- (182) D. Hobbel, Die Mär, Jede zweite Ehe wird geschieden, FamRZ 2010, S. 1220f. 離婚件数は増加傾向にあり、一九九五年当時は一七万件弱であったが、二〇〇六年には一九万件をこえているといわれる。vgl. J. Münder/R. Ernst, Familienrecht, 6. Aufl., 2008, S. 44.これに対し、ヘーベル裁判官は、離婚件数とともに婚姻件数も増加している事実を指摘し、多くの夫婦はむしろ再婚するために離婚するのであると分析する。たとえば、二〇〇七年に三六万八九二二人が婚姻を締結したが、九万七三四件は夫婦の一方は離婚経験者である。つまり、パートナーを交換するための離婚が増えているのである。ドイツ親子関係の問題については、*yo. u. j.* vgl. M. Watzlawik/N. Stander/S. Mühlhausen, Neue Vaterschaft, 2007, S. 1ff.
- (183) B. Heiderhoff, Kann ein Kind mehrere Väter haben?, FamRZ 2008, S. 190ff. は、「家族法は、「法律上の父」、「生物学的な父」、「社会的な父」をそれぞれ定めているが、その相互の関係について規定していないこと、また母がパートナーを取り替える社会的状況を指摘する。
- (184) 現行法の疑父(ScheinVater)に対する官庁の否認権限は、二〇〇八年三月三日の「父子関係を否認するための法律を補充する法律(Das Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft)」(二〇〇八年六月一日施行)によって導入されたものでもある。これに関して、vgl. M. Löhnig, Das Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft, FamRZ 2008, S. 1130ff.
- (185) 椿寿夫「第一三回日本家族〈社会と法〉学会学術大会公発料 実親子関係とDNA鑑定・序説」ジュリ一〇九九号二九頁、梶村・前掲論文(修道三〇巻一号八四頁注4)、春日・立証問題(修道三〇巻一号八三頁注1)に加えて、松倉耕作「ドイツ・スイス秘密に収集されたDNA鑑定の訴訟上の利用(五・完)(豊田)

の認知法と真実志向度」ジュリ一〇九九号三八頁以下、松川正毅「フランス法におけるDNA鑑定と親子法」同号五〇頁、新美育文「イギリス法における実親子関係の確定とDNA鑑定」同号五九頁、矢野篤「アメリカ親子法における実親子関係とDNA鑑定」同号六七頁、勝又義直「DNAを利用した親子鑑定」同号九四頁参照。

- (186) フランス法の民事法領域におけるDNA鑑定については、松川正毅「医学の発展と親子法」二七七頁以下（有斐閣、二〇〇八年）、同・前注（185）引用の論文参照。

- (187) Frédéric Ferrand, *Streit um die Abstammung in Frankreich, in Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg.), Streit um die Abstammung*, 2007, S. 93ff.

本文で述べたようなフランスの法規制によって、隣国のスペインではDNA親子鑑定ビジネスが急成長を遂げているといわれる。ただし、このニュースの発信日時は少し古いものではある（二〇〇七年一月二十四日付け）。二〇一一年四月二十七日付け国際ニュース：AFPBB News.

- (188) 水野紀子・判批・ジュリ一三三二号八七頁、太田晃詳・最判解説平成一八年度民事篇七六二頁など参照。このテーマについては、我妻・親族法二八〇頁、久留都茂子「虚偽の出生届の効力」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系3 親子・親権・後見・扶養』九三頁以下（有斐閣、一九七九年）、田村五郎「親子の裁判（二〇一〇年）一三二頁以下（中大出版部、一九九六年）、大村敦志『家族法（第三版）』二〇六頁（有斐閣、二〇一〇年）、近江幸治『民法講義Ⅶ 親族法・相続法』一一九頁（成文堂、二〇一〇年）、窪田充見『家族法』二四五頁（有斐閣、二〇一一年）、遠藤浩ほか編『民法（8）親族（第4版増補版）』二二〇頁（有斐閣、二〇〇〇年）など参照。同じ期日に、もう一件の最高裁判例（最判平成一八年七月七日家月五九卷一〇九八頁、判時一九六六号六二頁）がある。中川高男・判批・民商一三六卷二二五三頁など参照。

- (189) 実務の通説とされる（請求原因説）。伊藤滋夫・山崎敏彦編著『ケースブック要件事実・事実認定（第2版）』三〇一頁以下（佐伯俊介）（有斐閣、二〇〇五年）、加藤新太郎・細野敦「要件事実の考え方と実務（第2版）」三二七頁（民事法研究会、二〇〇七年）。これに対し、抗弁説が対立していると考えられる。

- (190) 大村・家族法六三三頁など参照。

- (191) 大村・家族法一〇三頁など参照。
- (192) この効力をどう解するか、対世効まで認めることができるか。親子関係存否確認申立て事件で確定した二三条審判の効力について、東京地判昭和三四年五月一三日下民集一〇巻五号一〇〇二頁が、実母から、戸籍上その両親（提訴時にはすでに死亡）の嫡出子として届け出られている子に対する親子関係存在確認訴訟で、確定判決は第三者に対しても効力を有する旨判示する。同旨、山木戸克己『家事審判法』一〇七頁（有斐閣、一九五八年）、財団法人法曹会『例題解説 家事審判法』一八六頁（法曹会、二〇〇〇年）、裁判所書記官研修所監修『家事審判法実務講義案（四訂版）』三三二頁（司法協会、一九九四年）。したがって、野田愛子・安倍嘉人監修『人事訴訟法概説』三二五頁（三代川俊一郎）（日本加除出版、二〇〇四年）は、現行人訴法二四条についても旧法の右解釈が採用されたとみる。この説でよいと考えるが、松本博之『人事訴訟法（第二版）』三八四頁（弘文堂、二〇〇八年）は、父子関係の存在確認訴訟の請求認容判決について、出生時からの対世的な判決効を形成力の効果として説明し、父子関係不存在確認訴訟の請求認容判決の判決効については、既判力による後訴での効力を指摘するにとどめる。
- (193) 山木戸克己『人事訴訟手続法』六四頁（有斐閣、一九五八年）。
- (194) 豊田「民事裁判とDNA鑑定」笠原俊宏編『日本法の論点 第一巻』二〇六頁（文真堂、二〇一一年）参照（以下、「DNA鑑定」と略す）。
- (195) 学説については、さしあたり豊田・DNA鑑定二〇七頁参照。
- (196) 同指針については、丸山英二「わが国の医学・生命科学に関する政府指針」ジュリ一二四七号三七頁以下、位田隆一「先端医学・生命科学」と法」ジュリ一三三九号二頁以下参照。
- (197) S. Braun, Verbot heimlicher Vaterschaftstests durch das Gendiagnostikgesetz, FPR 2011, S. 386ff.
- (198) 学説の議論などについては、豊田・DNA鑑定二〇四頁参照。
- (199) 以下については、vgl. Ostermann, a. a. O., S. 43ff.; Brosius-Gersdorf, a. a. O., S. 29ff.
- (200) G. Batzke, Familienrecht, 24. Aufl., 1985, §22 II, S. 199; Brosius-Gersdorf, a. a. O., S. 3.
- (201) この問題については、豊田・職権探知主義一〇二五頁以下、一〇二八頁以下（修道三〇巻一号八八頁注28）。

(202) たとえば、T. Rauscher, *Familienrecht*, 2007, Rn. 797b, S. 684. その「ラウシャー説は、連邦裁判例の要求をもっと下げて、母が夫の求める血縁鑑定に子を加えて鑑定を実施するのを拒否している場合、その拒否的態度で右要求は満たすと解する。」

(203) Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, 21. Aufl., Bd. 5 Teilbd. 2, §§502-703d, 1993 §640 I Rn. 2, S. 369; Wiczorek/Schütze/W. Schüler, ZPO, Bd. 3, 2 Teilbd., 1998, §§511-703d, §640 I 2, Rn. 5, S. 673, §641, Rn. 2, S. 748; MünchKommZurKommZPO/D. Coester-Waltjen, ZPO, Bd. 2 §§355-802, 2000, §640 II 1 aa), Rn. 5, S. 1267.

(204) 原審が、血縁関係は単なる事実関係であり確認訴訟(民法法二五六条)の対象となりうる法律関係ではないとして原告・非嫡出子の訴えを不適法却下したのに対して、ライヒ裁判所は、①非嫡出子と父との血縁関係は、特にアリア人の血縁関係の証明問題と関連して議論されているが、民法は非嫡出父子関係にさまざまな法律効果を結び付けており、確認の訴えの対象となる法律関係であるとする。②また同裁判所は、特定の父との血縁関係の確認について、裁判所の協力を求める非嫡出子の要請を承認する。民法法二五六条の通常の確認の訴えの手続においては欠席判決や認諾判決が認められ、その判決も対世効を欠いている。しかし、右訴えに基づきなされた本案判決は、種族探索のためのライヒ官庁やアリア人の血縁関係を調査する他の行政機関により尊重・評価される点で、右訴えの提起につき法的利益が肯定される。血縁関係の確認の訴えの許容は、立法者の将来的な立法があるまでの、非嫡出子のための応急的手段である、と判示する。

(205) 非嫡出子Yからの前訴・扶養訴訟では、被告Xは懐胎期間中のYの母Aとの性的交渉を認めたと、Aは他男Bとも関係があったと争った事案で、前訴裁判所は医学鑑定に基づきYの成育度から判断して、Bとの性的交渉による懐胎ではないと認定し、Yの請求を認容した。これに対しXの提起した本訴において、第一審は、血液型検査に基づきXの請求認容、Yの控訴は血液の再鑑定によって棄却された。Yの上告により、ライヒ裁判所は原判決を破棄差し戻した。①ライヒ裁判所は、原告Xは民法法二五六条の確認の訴えの法的利益を欠き、訴えは却下すべきであるとの先例(RGZ, Bd. 159 S. 58)を変更する必要がある、と最初に判示する。②そして前掲一九三七年一〇月一四日判決注(204)により通常の訴訟手続を指示された確認の訴えについて、ライヒ裁判所は、国家社会主義の国家観によって基礎づけられ、国民に意識されるようになった血縁関係の意義は公法領域に位置し、訴訟の直接的な関与者の関係をはるかにこえるものであるとして、その実際の価値は強く損なわれると指摘する。③そこでライ

と裁判所は、民族政策および国民政策上の国民の関心事が要請するような裁判の途を開かなければならないとして、血縁関係の存否確認訴訟に民法六四〇条以下の特別規定を適用すべきであるとする。民法が血縁関係に関する訴えについて何ら規定していない場合、その欠缺を埋めるのは判例の役割である。ライヒ裁判所によると、国家社会主義思想が法秩序に侵入する以前、血縁関係は法にとって決定的意義をもたなかったが、いまや家族の存立とそれへの帰属は家族構成員の関心をこえて一般の関心事であり、血縁関係の存否確認訴訟は訴訟当事者たる人物をこえる意義をもった訴訟であると位置づける。④それゆえに今日、血縁関係の存否確認訴訟は、両親・子の関係の存否確認訴訟と比べて重要性は劣らず、右血縁関係訴訟に対して民法六四〇条以下の特別規定を準用できる。⑤ライヒ裁判所は、非嫡出子の父と認定された支払いの父からの父子関係不存在確認訴訟で確認の利益を否定した先例（一九三八年一月一九日判決）を変更して、この種の訴えにおいて、確認の法的利益は、特に遺伝生物学および遺伝健康学の規定により判決の解明的効果からして、原則として肯定すべきであるとす。

- (206) 当時の民法六四〇条一項は、親子間の法律関係の確認を対象とする訴訟とは、「子の嫡出否認、当事者間の親または子の関係の存否確認、一方当事者の他方当事者への親権 (elterlichen Gewalt) の存否確認」をそれぞれ対象とする訴えであるとして概念規定したうえで、そこに適用される手続規定については、同条一項では、身分関係事件（婚姻事件）に適用される特別な手続規定の準用により、また同法六四一条ないし六四三条において親子関係事件のための特別な手続規定を明文で定めていた。しかし民法第六編二章の最後の法文である民法六四四条は、「非嫡出父子関係の存否確認」を対象とする訴訟には以上の六四〇条ないし六四三条は適用されない旨規定していた。以上はvgl. R. Zöller, ZPO, 8. Aufl., 1957, §8640ff. S. 436ff. どのような法制下で非嫡出子による右訴えの適法性、とりわけアリア人の血の証明問題と関連して非嫡出子の法的利益の保護、その場合の適用すべき訴訟手続などが問題になった。

- (207) 豊田・再審の訴え（一）修道二三卷二二五三頁以下。詳細な研究として、田村五郎「非嫡出子に対する親権の研究」二九三頁（中大出版部、昭和五七年）、野沢紀雅「ドイツ法における非嫡出父子関係の変遷」新報八七卷七八号一八四頁以下など参照。
- (208) MünchKommBGB/Mutschler, BGB, §1593, I, 1, S. 52.
- (209) Palandt, BGB, 36. Aufl., 1977, §1593 I, S. 144f; MünchKommBGB/Mutschler, BGB, §1593, I, 1, S. 52, IV 1, Rn. 14, S. 56. など

が通説といわれる。

- (210) この事件は、X男A女は元夫婦で妻であったAの単独有責宣言によって離婚判決が確定、その後Aはウイーンで被告Yを出産、そこでXがYに対し嫡出否認の訴えを提起して、Yは嫡出子でないことの確認を申し立てたというものである。地裁は否認期間の徒過を理由にXの請求棄却、しかしカマーゲリヒトはXの請求を認容した。これに対しYが申告した。
- (211) 判旨を支持する学説は、Münchener Komm. z. BGB/D. Mutschler, BGB, Familienrecht II, Bd. 8, 3. Aufl., 1992, §1593, III 6, Rn. 13a, S. 55.
- (212) R. Frank, Abstammung und Status, von hrsg. T. Ramm/A. Grandke, Deutsche Wiedervereinigung, Zur Familienrechtspolitik nach der Wiedervereinigung, 1995, S. 72.
- (213) 病院における子の取違えをあげるのは、A. Lüderitz, Familienrecht, 27. Aufl., 1999, §22 IV 4 a, Rn. 680, S. 270. わが国の同様の事件（ただし、損害賠償請求事件）については、前掲東京地判平成一七年（六一二頁参照）。豊田・DNA鑑定二〇六頁以下も参照。
- (214) ①ライヒ裁判所一九一一年五月一三日判決（RGZ 76, S. 283ff.）は、被告Y（世襲封土所有者で、男系の家族信託遺贈の所有者）に対して、Yの非嫡出子として届け出られ、訴訟による認知によって嫡出子の地位にある男子Aの自称母X（オーストリア国籍）が、自分が母であることの確認を求めたという事案である。②またチュービンゲン高裁一九五一年二月一七日決定（NJW1952, S. 942f.）は、夫婦の別居から三〇二日以降経過後に出生した子が、夫が死亡した後に母に対し嫡出子であることの確認請求訴訟を提起したという事案である。
- (215) Osternann, a. a. O., S. 49.
- (216) MünchKommZPO/Coester-Walfgen, ZPO, §640 II 1 aa, Rn. 5f., S. 1267.
- (217) Osternann, a. a. O., S. 49.
- (218) 事案は、当時のヨーロッパ社会の政治的社会的な動向を背景にした特異なケースのように思われる。原告Xの主張によると、被告Yは別の夫婦の息子としてロシアで生まれたが、同夫婦はロシア革命で殺害された。Xはその後もYを援助し、YにX自身

のR姓のドイツ人であると名乗るように助言した。Yはドイツ国防軍に入り、終戦後はドイツ赤十字に採用され、Xの息子と自称した。一九五〇年にYは、公序的に問題ある生活状況の女性と内緒で婚姻を締結した、と。これに対し、被告Yは、Xは一九五二年に突然右主張をするようになったが、その狙いは従前の妻がR姓を名乗らないようすることであり、Xの請求は確認の利益を欠くと主張して争った。なおXは、Yと右妻に対し、R姓の使用差し止めを求める訴えも提起したが、請求棄却、W郡によるYの結婚登録の訂正の申立ても却下、さらに氏名詐称に基づくYに対する捜査手続は中止されている。地裁はXの本訴請求を認容、ハム高裁は本件事情のもとではXの本訴請求は権利濫用として訴えを却下した。これに対しXが上告したものである。

(219) Rosenbergs/Schwab/Gotwilt, ZPR, 17. Aufl., 2010, §170 II, Rn. 20, S. 1000; E. Habscheid/W. Habscheid, Die statusrechtlichen Feststellungsklagen nach neuem Familienrecht, FamRZ 1999, S. 480, 482f. なる Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, IV, 1993, §640, III 2, Rn. 52, S. 389 は、形成の訴えという権利保護形式という位置づけから特別な権利保護の利益はいらない旨述べている。

(220) 事案はつぎのとおりである。原告Xはドイツ国籍の母Aから非嫡出子として生まれた(一九六八年三月二三日)。Xは先に別の男性Bを父として扶養料請求訴訟を提起したが、Bは血液型鑑定によつて父として排除され、請求棄却、つづいてXは、イタリア国籍の被告Yに対し非嫡出父子関係の確認および定期的扶養料を請求する本訴を提起した。Xは、母Aは法定懐胎期間中(一九六七年五月二五日から同年九月二三日まで)、イタリアに休暇滞在していた頃(一九六七年七月)に、Yと性的交渉をしたと主張したのに対し、Yはこれを争わず、しかし母Aの多数関係を主張した。区裁は、証人尋問後に、Yを含めて血清学鑑定の実施を命じた。Yは理由を示さず、血液採取に応じないと主張した。

区裁は、Xの母Aが、証人として、懐胎期間中にYおよびそれ以外の第三者と性的交渉したことはない、いまとなつては確実にそれは分からないと証言したことに基づき、請求棄却。X控訴、シュトゥットガルト高裁は、Yに対し、再度、期間を定めて血清学および血清統計学鑑定のために、イタリアでの医師による血液採取に応ずるように要請し、それ以上理由なく血液採取を拒否したときは、その態度を証明妨害とみなして第一審判決の変更が考えられる旨指摘した。Yは右裁定期間内に態度を明らかにしなかったため、同高裁は、YはXの父であると確認するとともに、Xが一九七〇年七月二二日から一八歳の成年に達するまで定期的扶養料の支払いを命ずる判決を下した。これに対してYが許可上告をした。

(221) 鑑定の拒否的態度に対する問題は、DNA鑑定に関する現時および今後の検討事項のひとつである。証明妨害の法理を適用した判例として知られる本判決の概要は、つぎのとおりである。①連邦裁は、民法一六〇〇条第二項の推定に基づく父子関係の認定は、利用しうるすべての証拠方法を尽くすことが前提であり、医学鑑定がその中心である。高裁は血清統計学鑑定がYの父子関係の疑いを基礎づけるかもしれないと考えたが、Yは証拠上の不利益を指摘されながらも、血液採取に応じない意思を表明し、鑑定を実施できなかった。Yのそのような態度に基づき、高裁が血清学鑑定はできないとみて、父子関係につき「重大な疑いなし」と判断したことに不服申立てはできない。②Yはイタリア人で、イタリアに居住しているが、本件はドイツ訴訟法に服さなければならず、民法法三七二条a第一項によって裁判所の命じた血液採取に応ずるべき義務がある。Yは血液検査拒否の理由をあげていないが、強制的血液採取の司法共助は成功する見込みがなく、事実上、その証拠方法は使用することができない。Yの鑑定非協力の効果について、多数の高裁実務は、証明妨害の原則により判断しており、学説もほとんど一致してそれに従っている。この原則によれば、高裁の判断に不服申立てはできない。Yの拒否によって血清学鑑定は実施できなかった以上、高裁判決に不服申立てはできないし、その拒否に伴う重大な効果について、不意打ちを避けるための裁判所による事前教示が必要であるが、高裁はその要請にも応じている。③高裁は、遺伝生物学鑑定もドイツへの来訪は期待できず、その実施もできないと判断したが、この点についても手続違反はないと判示する。

(222) Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 32. Aufl., 2011, §286, Rn. 19, S. 498; W. Lütke, ZPR, 10. Aufl., 2011, Rn. 262, S. 281; Zöller/Gaerner, ZPO, 28. Aufl., FamFG §100, Rn. 24, S. 2576; Rosenberg/Schwab/Gotwald, ZPR, 15. Aufl., 1993, §117, II 6a, S. 674; Prütting/Helms/E. Stößer, FamFG, 2009, §178, B II, Rn. 16, S. 1347; Holer (Hrsg.)/D. Hornikel, FamFG, 2011, §178, III, Rn. 11; H.-J. Musielak/M. Huber, Komme zur ZPO, 5. Aufl., 2007, §372a, Rn. 16, S. 1157.

(223) 連邦憲法裁は、判旨の最後の部分で、成年嫡出子の否認権を制限している規定(民法旧一五九八条)の違憲状態を打開する方策の一つとして、「民法一五九三条によって従来排斥されてきた別の訴えの可能性」について示唆する判示をしている(BVerfGE 79, S. 274)。連邦憲法裁判決については、海老原明夫「自己の出自を知る権利と嫡出否認」法協一一五卷三三三九頁以下参照。

(224) 連邦議会法案の立法者は、法律効果の発生しない父子関係確認判決がなされた後に、父子関係の否認訴訟について請求認容判

決がなされたとき、前訴・確認判決による法律効果が生じなかったという点はどうなるのか、仮に第三の裁判手続まで必要であるとした場合に、それはまったく新しい第三の確認手続とみるべきか、それとも否認訴訟を特別な再審事由とみるべきか、などの疑問点をあげてゐる。BT/Drucks. 13/4889, S. 56f.

(225) OLG Hamm, FamRZ 1999, S. 1365, 1366; BGH NJW 2007, S. 1677, 1681.

(226) Schwab, Familienrecht, 16. Aufl., 2008, §49, VII 3, S. 262.

(227) ドイツ民法一六〇七条は扶養義務を負わない親族（一六〇三条）が扶養料を負担した場合の償還請求に関する規定で、両親の一方の子に対する扶養料請求権は、二項一文（真実の父に対する権利行使が不可能または著しく困難な場合に、責任を負う親族の扶養料支払い）の要件のもとで、その一方の親に代わって扶養義務を負わない他の親族またはもう一方の親の配偶者が扶養料を支払った限りで、その扶養請求権はこれらの者に移転し（三項一文）、三項二文は、第三者が父として子に扶養料を支払ったとき、同項一文を準用すると規定する。

(228) たとえば最近の下級審判例として、①離婚した元夫（疑父）Xが、元妻Yに対し、子のために支出した扶養料の返還請求を求めた事件で、第一審・区裁がYに、Xに対し真実の父の情報を開示するように命じたのに対して、控訴審・アンスバッハ地裁一九九二年四月二四日判決は、子の父が誰であるかについて情報を求める法的請求権は法律上規定されていない、それは基本法二条一項により保護された個人領域に介入するものであり、母Yの人格権を侵害する、経済的な考慮によってもそれを基礎づけることはできない旨判示している（LG Ansbach NJW-RR 1993, S. 135）。②また、同様に離婚した元夫婦間の事件であるが、子に対する元夫の嫡出否認判決の確定後、元夫が子に支払った扶養料額が争われ、その返還請求のために元妻に対し父の名前の開示を求めた事実で、第一審は右情報開示請求を一部認容、しかしオルテンブルグ高裁一九九三年三月二二日判決は、そのような情報開示請求権は民法二四二条（債務者の信義誠実な給付義務）によっても家族法の規定によっても生じないとして、原告の請求を棄却した（OLG Oldenburg, FamRZ 1994, S. 651）。ただし、同高裁は、民法八二六条（良俗違反による故意の加害に対する、加害者の損害賠償義務）に基づき被告が原告に損害賠償義務を負う場合は、両者の法律関係は民法二四二条（債務者の信義誠実な給付義務）の特別な関係とみなすことができ、被告の情報開示義務が認められる旨判示している。

(229) Palandt, BGB, 68. Aufl., 2009, §1607, 4a, S. 1922.

(230) この事案はつぎのとおりである。原告Xは一九六〇年七月一日のK区裁の判決により、いわゆる支払いの父(民法旧一七一七条)として、毎月当時の金員で一万六五七五マルクの扶養料を一九七二年一月三〇日までその非嫡出子A(一九五五年二月二日誕生)に支払うように命ぜられた。一九八八年にAが相続調整(Erbausgleich)を要求したとき、Xは一九八九年七月二〇日のB区裁判決によって、XはAの父ではないとの確認判決を得た。これに基づきXがAの父たる男性Yに対して過去の扶養料支払分三万一一五二・四〇マルク(利息を含む)の返還請求を求めたのがこの事件である。Xは当初はAの母Bも被告としていたが、控訴審でBに対する訴えは取り下げている。Yは、法定懐胎期間内のBとの性的交渉を争っている。第一審、控訴審(ツバイブリュッケン高裁)ともXの請求を棄却、控訴審判決に対してXは許可上告を提起した。

(231) 問題となったドイツ民法旧一六〇〇条aは非嫡出子の父子関係の確定に関する規定であり、第一文は、非嫡出子の父子関係は、認知または裁判所の裁判により対世効をもって認定される、そして第二文は、それによる父子関係の法律効果は、法律に別段の定めがない限り、その認定の時点から初めて主張できると規定していた。

(232) 連邦裁は、原審ツバイブリュッケン高裁の認定を引用して、Xの主張内容をつぎのように述べている。①XがAの父でないことが確定した後、XはAの出生時以来、民法一六一五条b第三項にいう「第三者」として扶養料を支払っていたことになり、子が真実の父に対し有する扶養料請求権はXに移転する(民法一六一五条一項一文)。Xは支払った定期扶養料一万六五七五マルクの返還請求ができる。この請求権は「父」に向けられるが、被告Yは認知または裁判上の認定により、対世効をもってAの父として確定されていない。しかし父子関係の法律効果は、法律に別段の定めがない限り、その認定時から初めて主張できる。その認定は扶養手続や返還訴訟ではできず、認知または非嫡出父子関係の存在の認定のみを対象とし、民法六四一条ないし六四一条kの特別な手続規定に服する訴訟でしかできない。その限りで、子または子の母だけが提訴権限を有している(民法一六〇〇条n第一項)。②上告は、その間に成人した子が確認の訴え提起に関心を示さず、かつ父たる男性が身分訴訟を提起しないと、通常訴訟で父の関係を間接的に確認できることを認めない場合は、再び返還請求権(民法一六一五条b)は実現できないことになる。法規

制および基本法三条一項の意義に則した理解によると、民法一六二五条bに基づく請求権の行使が、提訴権者（民法一六〇〇条n）が父子関係の確認の訴えを提起するか否かという偶然的な事情で左右される結果は避けなければならない。したがって、父子関係を確認する子の訴訟上の権限も、Xが移行した扶養料請求権を行使するのに必要とする限りで、Xに移転すると考えなければならぬ。上告は、民法一六〇〇条o、民訴法六四〇条一aの類推適用により、請求権を挫折させないために、疑父と子の父との間の返還請求訴訟において父子関係を間接的に確認できるとするムシユラー説を援用する。提訴権者（民法一六〇〇条o）が死亡したとき、提訴権者が故意または悪意で民法一六〇〇条a第一項の前提となる法律状態を形成するのを怠っているとき、権利主張の禁止効果の無視に賛成する学説もある。なお、引用の民法規定は旧規定である。

③これに対し、連邦裁は、権利主張の禁止効果（民法一六〇〇条a第二文）の無視を認容しなかった原審の判断を正当とする。連邦裁は、民法一六一五条b第二項により移転した扶養料請求権は民法一六〇〇条a第二文の禁止効果を免れず、その行使に必要な父子関係の解明は、処分権主義による民事訴訟で前提問題として行うことはできないとする。法は民法一六〇〇条a第二文の禁止効果の例外を許容しているが、子または母のために差し迫った時期の限られた扶養料請求権を仮処分により定める例外的場合である。特定の事実状況で保護すべき利益が危険にさらされ、正義のためには民法一六〇〇条a第二文の禁止効果が背後に退くべきときは、父子関係を前提問題として認定できるといふ原則を、そこから一般的に導くことはできない。本件の類推適用は、非嫡出子法の改革の一部である民法一六〇〇条aに示された、非嫡出子に対世効ある身分を与えて、真実の父子関係にある父に帰属させようという立法者の努力に反することになる。血縁手続といわゆる支払いの父の訴訟が並行し、矛盾判決の恐れがあった従前の法律と異なり、民法一六〇〇条a第一文により、原則として、認知または職権探知に服する特別な手続での裁判所の認定によってのみ、非嫡出子の父子関係という生物学的事実から法律効果を導くことが保障される。身分法上の属性をこれら法定の手続で行う前、ある者を子の父として請求を再び許容することは、右の努力に背く結果となる。④原告Xのような第三者の利益を他の関係者の利益より常に優先的に評価しなければならないということも、認められない。Xの主張する金額は、Aが一七才の成人になるまで支払った扶養料額であるため相当高額であり、Xが真実の父ではなかったという事実は、三〇年以上経過して初めて認定された。しかし、前提問題としての認定を認めた場合、比較的わずかな金額についても子または母が父とする

男性は民法一六一五条bにより移転した権利を主張され、父子関係の確認のために必要な検査（民法三七二条a）を受けなければならぬ結果となる。その限界設定は難しいが、特に考えるべきは、実の父と並んで、申立権者たる子（民法一六〇〇条n）が、生物学上の父と名指された男性との血縁関係を確認したくない正当な理由を有していることがある場合である。疑父と真実の父との間の訴訟から、子に対し直接的な法律効果は生じないが、間接的な認定の事実上の影響によって子の利益は影響される。民法一六〇〇条nの提訴権限の限定や、法律の定めた手続外での父子関係の主張の禁止という点に、基本法二条一項によって保護された子の人格権が現れている。法律の基本的考え方によると、民法一六〇〇条n第一項による子の申立権限は、扶養料請求権を行使するための単なる副次的権利ではなく、それを行使しないという権限も含めた、一身専属の権利である。⑤以上により、連邦裁は、民法一六〇〇条aの法文およびその目的からして、かつ、法律に定められた例外をこえて、父子関係が認知または確認される前に、いわゆる実の父に対する疑父の請求権の行使を認めるための正当な理由は認められない、と判示する。

(233) Beizke, Familienrecht, §22 II 3, S. 205. 最近の議論も含めて、vgl. A. Schwonberg, Scheinverregress und Rechtsausübungssperre, FamRZ 2008, S. 449ff.

(234) Brosius-Gersdorf, a. a. O., S. 35; S. Ostermann, a. a. O., S. 56.

(235) これらの判例については、豊田・再審の訴え・修道二三卷二号二七七頁以下。

(236) DNA鑑定については、主として、松倉・血統訴訟論一頁以下、同・血統訴訟と真実志向一頁以下、勝又・DNA鑑定一頁以下（以上の文献は、修道三〇卷一四頁注4参照）、押田茂實「DNA鑑定法について」日弁連編『日弁連研究叢書 現代法律実務の諸問題（平成七年版）』八六七頁（第一法規、一九九五年）などの文献を参照。なお、刑事裁判でのDNA鑑定についての最近の文献として、岡田薫「DNA型鑑定による個人識別の歴史・現状・課題」レファレンス平成一八年一月号七頁以下、伊勢田哲治「DNA鑑定の倫理的考察」京都大学大学院文学研究科倫理学教室一頁（一九九八年九月二日）など参照。またドイツの刑事裁判におけるDNA鑑定について、藤原静雄「DNA分析と個人情報保護（一）」（三・完）自治研究六八巻二号二四頁、三三頁、四三頁、四三頁参照。

(237) 親子関係不存在確認請求事件でDNA鑑定が実施された最近のケースとして、たとえば、①東京高判平成七年一〇月三〇日判

時一五五四号五一頁（ミトコンドリアDNA）、②大分地判平成九年一月二日判タ九七〇号二二五頁、③東京高判平成一年八月二六日判タ一〇二五号二六六頁、④東京家審平成一年二月二六日家月五六卷五号一一八頁、⑤さいたま地判平成一年七月二二日判タ一〇二二号二八二頁、⑥東京高判平成一年六月二二日判タ一〇二二号二八〇頁、⑦東京高判平成一年七月二六日家月五八卷五号七八頁、⑧東京家審平成一年六月五日（TKC判例検索）、⑨東京高判平成二年九月六日判タ一三四〇号二二七頁などがある。

なお、東京家裁の平成三年から七年までのDNA鑑定を含む親子鑑定実施事件の状況については、梶村・前掲論文（修道三〇卷一八頁注4）八九頁「第一表」に詳しい。

(238) 認知請求事件でDNA鑑定が実施されたケースとして、①広島高判平成七年六月二九日判タ八九三号二五一頁（DNAフィンガープリント法）、②東京家審平成一年二月二六日家月五六卷五号一一八頁など。

(239) 松原判事によると、遺産分割事件や婚姻費用の分担事件等の前提問題として親子関係の存否が問題になっても、親子関係は対世効を有する手続で確定する必要がある、DNA鑑定が行われることはないとされる。松原・前掲論文四二頁（修道三〇卷一八五頁注12）。

(240) 婚姻成立の日から二〇〇日、婚姻解消・取消しの日から三〇〇日という期間は、医学的知見に基づき定められたものと解されている。内田・民法IV一六九頁。

(241) 岩松三郎・兼子一編『法律実務講座民事訴訟 第一審手続』(3)〔復刊版〕一一一頁（有斐閣、一九八四年）、小山昇『民事訴訟法（五訂版）』三三四頁（青林書院、一九八九年）、同『民事訴訟法（新版）』一五五頁（青林書院、二〇〇一年）、斉藤秀夫編『注解民事訴訟法（4）』三七七頁（斉藤）（第一法規、一九七五年）、伊藤眞『民事訴訟法（第4版）』三六〇頁（有斐閣、二〇〇一年）、梅本吉彦『民事訴訟法（第4版）』七九五頁（信山社、二〇〇九年）など。

(242) 大江忠『要件事実民法（5） 親族・相続』七八頁（第一法規、二〇〇五年）、大沼洋一「嫡出否認の訴えと親子関係確認請求訴訟」若林昌子・床谷文雄編『新家族法実務大系 第2巻 親族「Ⅱ」―親子・後見―』一四二頁（新日本法規、二〇〇八年）。なお、一項と二項を特に区別せず、七七二条を法律上の事実推定規定の例としてあげる学説も多い。中川善之助編『注釈民法

- (22) の I 一六頁 (岡垣學) (有斐閣、一九七一年)、新堂幸司『新民事訴訟法 (第4版)』五四〇頁 (弘文堂、二〇〇八年)、松本博之・上野泰男『民事訴訟法 (第5版)』四〇九頁 (松本) (弘文堂、二〇〇八年)、吉村徳重・竹下守夫・谷口安平『講義民事訴訟法』二六七頁 (春日偉知郎) (青林書院、二〇〇一年)、菊井維大・村松俊夫・秋山幹男ほか『コンメンタール 民事訴訟法 IV』四三頁 (日評、二〇一〇年)、上原敏夫・池田辰夫・山本和彦『民事訴訟法 (第6版補訂)』一五二頁 (上原) (有斐閣、二〇一二年)、旧民法八二〇条につき、兼子一「推定の本質及び効果について」『民事法研究 1巻』三一七頁 (酒井書店、一九七四年)。
- (23) 福永有利「推定されない嫡出子」星野英一編集代表『民法講座 第7巻』一九二頁 (有斐閣、一九八四年)、谷口安平・福永有利編『註釈民事訴訟法 (6)』六四頁 (福永) (有斐閣、一九九五年)。ただし、齋藤秀夫・小室直人・西村宏一・林屋礼二編『注解民事訴訟法 (第2版)』(7) 二二七頁 (福永) (第一法規、一九九三年) では、一項は法律上の事実推定の例として引用される。
- (24) 少数説に対する批判として、伊藤昌司「実親子法解釈学への疑問」法政研究六一巻三一四号一〇五八頁注(28)、大沼・前掲論文注(242) 一四二頁。
- (25) 倉田卓治『民事実務と証明論』三〇〇頁 (日評、一九八七年)。
- (26) 我妻栄『親族法』二一六頁 (有斐閣、一九六一年)。
- (27) 大村・家族法八五頁。
- (28) 旧民法八二〇条の制定経過については、山島正男「推定をうけない嫡出子に関する覚書 (一)、(二)」判時七七一号一一八頁 (判評一九五号一四頁)、七七四号一二四頁 (判評一九六号二頁) 以下参照。
- (29) この法改正については、vgl. D. Baume/Wax, Familienrechtsreformkommentar, 1998, §§159If., S. 110ff. 岩志和一郎「ドイツの新親子法」鈴木重勝ほか編『内田武吉先生古稀祝賀 民事訴訟制度の側面』一八九頁以下 (成文堂、一九九九年)。
- (250) この規定に関しては、佐藤義彦「父子関係の推定とその否定」太田武男編『現代の親子問題』六二頁以下 (有斐閣、一九七五年) など参照。

(251) Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 1985, §292, 24, Rn. 2, S. 223.

(252) Erman/Westermann/K. Küchenhoff, BGB, 1981, §1591, 7, Rn. 10, S. 1121.

(253) イギリス法においては、「合法の婚姻の告ぐる者が父なり」という原則が適用され、推定規定は具体的な訴訟で父子関係が問題になったときに初めて意味をもつ。父子関係は対世的効力をもって確定する。否認期間および除斥期間の規定はなく、身分の変更はない。判決効は第三者に対して生ずることはなく、その後の相続に関する訴訟において異なった判断も可能である。Vgl. Frank, a. O., S. 71ff. 前注 (217)。

(254) この事件で原審は、①ドイツ民法旧一五九一条二項（以下、判旨部分では「旧」を削除する）の推定につき、妻の懐胎期間中に夫婦の性的交渉がなかったか否かの証明が重要であるが、その証明は、妻が夫から子を懐胎したことは明らかにありえない、夫が子を懐胎させたという蓋然性がないというだけでなく、あらゆる疑いをこえた確実性をもって、夫婦の性的交渉はなかったそれと反対の考えは健全な人間の理解と合致しないと推論できる程度の証明でなければならぬ、とする。②そして原審は、夫が子を懐胎させたわずかな可能性も排除されたという確信が得られない、証拠調べの結果によると、懐胎期間の一部期間で性的交渉が完全にありえなかったことについて、Xは完全な証明ができていないとして、Xの請求を棄却した第一審判決を維持した。これに対しライヒ裁判所は、高裁は民法一五九一条の各規定の関係、意義、射程を看過し、異なった法律上の推定を区別していないと批判して、事件を原審に破棄差し戻した。ライヒ裁判所によると、①夫は子の嫡出性に対して二重の方法で反論できる。第一に、夫は懐胎期間中に妻と性的交渉しなかったと主張できる。民法一五九一条二項はそれと逆のことを規定しているが、それは反対証明によって反駁することができる。この反対証明に成功すると、嫡出性の法律上の要件の一つが排除されるが、右反対証明について制限はない。②第二に、夫は、懐胎期間中に妻と性的交渉をしたときも、妻は夫から子を懐胎していないとして、嫡出性でないとして主張できる。民法一五九一条二項二文は、明示的ではないが、たとえ懐胎期間中に同時に他男と性的交渉をしたとしても、懐胎期間中に夫と性的交渉をした妻は、夫から子を懐胎したものであるとの法律上の推定を含んでいる。しかし、懐胎期間中の夫婦の性的交渉が子の懐胎原因であるとの右推定も、反対証明によって反駁できる。しかし、ここでは民法一五九一条一項二文（すなわち、「一項一文の嫡出性の要件が適用される場合に、妻が夫から子を懐胎することは、事情からみて明らか

にありえないときに限り、その子は嫡出子とみなさない」という規定・筆者加筆）が介入する。この二文では、とりわけ、子が夫と別の人種である、夫婦の性的交渉以前に妻がすでに妊娠していた、懐胎期間中における夫と妻の性的交渉からして、その成熟児が生まれることはありえないというケースや、夫に生殖能力がないというケースも考えられる（理由書）。右二文によると、反対証明は、嫡出子の権利を危険にしないために、子が嫡出子であると考えられる（理由書）。右二文によると、反対証明と合致しないと思わせる要件事実が証明されなければならないという限度に、制限される。③しかしこの制限は、懐胎期間中に夫と性的交渉した妻は夫から子を懐胎するとの推定（一五九一条一項一文）に対する反駁の場合にのみ、つまり一項一文の嫡出性の法律上の要件はすべて満たされているが、それでも子は非嫡出子とみなされるという事実を証明する場合にのみ適用される。④しかし、反対証明が制限されない場合には、証明の一貫性を特に厳格に調査することは裁判官に委ねられる。一五九一条二項の推定への反駁の場合、その反対証明は無制限に許される。裁判官は、通常の場合と同様、実生活のなかですべての人間の認識力は完全なものではなく、確信とみなしうる程度の蓋然性、確信に近い蓋然性、疑いを排除するまではいかないが、沈黙させる程度の蓋然性で満足してよいし、満足しななければならない、と判示する。

(255) ライヒ裁判所一九二九年四月二九日判決（*Recht* 1929, Nr. 158, S. 395f.）も、前注（254）の一九二〇年判決を引用して、二項一文による推定を反駁するための反対証明は無制限に許される、それが成功しない場合に初めて、妻の懐胎が状況から明らかにありえないか否かという問題（二項二文）が生ずる旨判示する。

(256) Beitzke, *Familienrecht*, 24. Aufl., §22, I, S. 195; D. Schwab, *Familienrecht*, 3. Aufl., 1984, §44, Rn. 376, S. 189; *MünchenKommBGB/Mutschler*, BGB, §1591 II If., Rn. 3ff., S. 21ff.

(257) Soergel/Gaul, BGB, Bd. 6, *Familienrecht*, 1981 §15913, Rn. 3ff., S. 929ff.; Erman/Westermann/K. Küchenhoff, BGB, 7. Aufl., 1981, §1591, 1, Rn. 1, S. 1119; ders., BGB, 9. Aufl., 1993, §1591, 1, Rn. 1; Palant, BGB, 36. Aufl., 1977, §1591, 2f., S. 1444. わが国の民法七七二条について、因果関係の推定を指摘して、嫡出否認の訴えは嫡出推定の中核の要件である右因果関係の推定を破る法的手段であると解するのは、佐藤義彦「嫡出推定の及ぶ範囲」同志社法学三三卷三・四号二二八頁。

(258) Soergel/Gaul, BGB, §1591 8, Rn. 11, S. 931.

(259) 我妻・親族法二二二頁。

(260) 我妻・親族法同頁。

(261) 大沼・前掲論文一六〇頁。

(262) 山寄・杉政・前掲論文二二〇頁(修道三〇卷一号八四頁注6)も、従来学説の議論を批判的に検討される。しかし、嫡出推定の規定が適用される場合に、夫婦間の性的関係がないという主張(この説のいう嫡出推定障害事由)でもって親子関係存否確認の訴えの適法要件が満たされると考えてよいかは、疑問が示されている。最判平成一〇年八月三十一日判時一六五五号一七八頁の解説(一二九頁)。筆者も同感である。またこの説を貫くためには、嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認の訴えを常に併合する必要があるのか(予備的併合か)。なお、両氏は最判平成一〇年八月三十一日事件(家月五一卷四号三三頁・判時一六五五号一一二頁)事件の原告X側の代理人であり、その上告理由中でも各説の検討が展開されている。

(263) たとえば、①大分家中津支部審判昭和四八年一月八日家月二六卷一号六八頁、判時七〇二号九九頁(この判例評釈として、松倉耕作・判批・法律時報四五卷一四号一三〇頁)は、夫婦の離婚後、法定期間内に出生し、申立人Xの嫡出子として記載されているYに対し、Xが嫡出否認調停を申し立て、関係者間の合意に基づいて二三条審判がなされた事件である。したがって、これは合意説の判例になろう。しかし右審判は、事実調査に基づき、Xの避妊手段(膈外射精)によりYを懐妊した可能性のある期間にXの子を受胎する可能性はなかった、YはB・Aの性的交渉によって出生したとみられる社会的事実・生物学上の遺伝関係が明認されるとして、嫡出性の推定は覆ると解しつつ、他方で、性交時の膈外射精による受胎障害は閨房の秘事として夫婦間の高度の秘密に属し、公然性を備えた事実による懐胎不能とは異なり他人の不可触の聖域であり、これを理由とする嫡出推定の排除はできないと述べて右二三条審判を行ったものである。事件の解決としては傍論部分であろうが、これは外観説の立場といえよう。これと同様の審判例はほかにもみられる。②東京家審判和四〇年一月二四日家月一八卷八号七六頁も、夫婦別居して一年一〇か月経過後に出生した子からその母の現在の同棲相手の男性に対する認知請求事件で、外観説にたつて二三条審判をしている。③また夫が精管切断術(パイプカット)を受けた状態で懐胎された夫婦間の子に対する親子関係不存在確認申立事件で、東京家裁昭和五八年六月一〇日家月三六卷八号一一二〇頁も外観説にたつて鑑定を実施したうえで、当事者間の合意により二

三条審判をしている。

- (264) 本件の事案は、つぎのとおりである。①本件原告Xと訴外A(子Yの母)は昭和六二年一月一八日に婚姻届出・同居したが、まもなく不和となり、昭和六三年二月頃以降は性的交渉もなく、同年一月二日別居、ただし、その後同年一月二二日に性的交渉が行われている。Xは同年二月二〇日頃にAから妊娠を知らされた。②平成元年一月二七日、AはXを相手方として夫婦関係調整の調停を申し立て、同年六月二二日、X・Aは当分の間別居、XはAに同年九月より毎月婚姻費用の分担金七万円を支払う、同年七月末日限り出産費用一〇万円を支払う旨の調停が成立した。それから約一か月後の同年七月二七日、AはYを出産、Xは直後にそれを知った。③Xは、同年一月二二日、Yを相手方として嫡出否認の調停を申し立てた。同事件で血液および唾液の鑑定が行われ、X・Y間の父権肯定の確率は七五パーセントで、エッセン・メラの表では「父らしい」との評価になる結果が出た。同事件は、平成二年一〇月一五日、不調に終わり、Xは二週間(家審二六条二項)経過後に、Yに対し嫡出否認の訴えを提起したが、平成三年一月二五日頃に右訴えを取り下げた。④Xは、平成三年一月六日、Yに対し親子関係不存在確認の調停申立てをしたが、平成四年二月二日不調に終わり、同年二月二六日、本件親子関係不存在確認の訴えを提起した、というものである。⑤本件訴えには、当初、Aと他男Bとの不貞を原因として両名に対する慰謝料請求も併合されていたが、控訴審で右請求についての弁論は分離され、平成七年一月三〇日、供述証拠等も考慮し、YはXの子ではなく、Aの不貞行為は認められるが、BがYの父であるとは認め難いとして、XのAに対する請求を一部認容、Bに対する請求を棄却した(東京高判平成七年一月三〇日判時一五五一号七三頁)。この判決に対してもXおよびAが上告。平成九年八月一日、Xは、Yの親権者をAと定め、Aと協議離婚をした。

- (265) この事件の判例評釈として、佐藤義彦・判批・私法判例リマックス一九号六八頁、松倉耕作・別冊ジュリ一六二号四六頁、梶村太市・判批・判タ一〇三六号一五二頁(平成二一年度主要判解)、松倉耕作・判批・別冊ジュリ一九三号五〇頁(家族法判例百選 第7版)など。

- (266) 当時の下級審判例においては、家庭破綻説が有力説にみえる。たとえば、①東京高判平成六年三月二八日判時一四九六号七六頁は、現在は離婚して再婚している元夫が婚姻中にその元妻が生んだ子に対して親子関係不存在確認請求訴訟を提起した事件で、

第一審が外観説によって訴えを不合法却下したのに対し、東京高判平成六年は、客観的に親子関係が存しないことが明白な場合に、民法上の親子関係を強制するのは相当でない、もつとも、それは、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る、本件において血液型背馳の主張があるのに、この点について立証させずに訴えを却下したのは違法であるとして、第一審判決を取り消し、第一審に事件を差し戻した。判例評釈は、修道三〇巻一八四頁注6参照。②同様に家庭の破綻ないし家庭の平和の崩壊を指摘する下級審判例として、東京地判平成二年一〇月二十九日判タ七六三号二六〇頁、神戸地判平成三年三月一日判タ七六九号二一四頁。

(267) 原判決の判例評釈として、修道三〇巻一八四頁注(7)に掲げる文献に加えて、水野紀子「わが国における嫡出推定制度の空洞化とその問題性」みんけん四八〇号一三頁、梶村太市・判批・判タ九三三四号三五頁など。

(268) 山壽・杉政・前掲論文一一八頁注(262)は、同様に家庭破綻説を採る前掲・東京高判平成六年前掲注(262)に対し、訴訟要件の方がより厳格で高度の証明を必要とすることになり、不合理であると批判する。

(269) 我妻・親族法二二〇頁以下によると、①嫡出推定を設け、一定の厳格な要件による否認の訴えによってのみ破りうるという現行制度の目的は家庭の平和にあり、同棲中の夫婦の性的交渉と妻の貞節に支えられているとする。したがって、懐胎期間中に夫婦の同棲がないという外観的に明瞭な事実がある場合、つまり夫が失踪宣告を受けて失踪中とされるとき、夫が出征中、在監中、外国滞在中であるとき、事実上の離婚が成立していたときなどには、嫡出推定は及ばない。②他方で、夫が生殖不能であるときや血液型検査の結果父子関係がありえないと証明されるときなどには、推定は及ぶとする。③その理由として、後者の場合には夫婦間の個人的審査によって初めて明らかにされることであるが、前者の場合は、夫婦間の個人的交渉に立ち入らずに夫の懐胎の不能ことが明らかなる場合であり、両者を区別することが制度の趣旨、つまり家庭の平和に適するとする。

右我妻説と同様に「制限説」と呼ばれる考え方は、わが国では旧民法八二〇条当時からみられる。①たとえば岡村司「民法親族編(明治三十一年)完」日本立法資料全集別巻三三九頁(信山社、二〇〇五年)は、同条は普通の状態の夫婦同棲の場合を想像したもので、不在者の夫(数年間の生死不明)の場合については法律の規定が欠缺しているとして、その場合には純理により夫の子ではなく母の姦通による私生子と解すべきであるとする。②また穂積重遠「親族法」四一九頁(岩波書店、一九三三年)は、

夫が外国に二年滞在している場合をあげている。③もつとも、我妻説が家庭の平和を考えて個人的審査を控えようとするのに対し、岡村説は純理をあげている点で両説は異なっている。④他方、血縁説の論者とされる中川教授は夫婦の長期別居(中川善之助『親族法』九二頁(岩波書店、一九三三年))に加えて、夫が性的に不能な場合(中川善之助『日本親族法』二九九頁(日評、一九四二年))にも旧民法八二〇条を適用せず、親子関係不存在確認訴訟によると解している。中川説は、その場合に嫡出子とみなすのは事実と反する、または不合理という理由をあげて、個別的事情の審査の結果判明する夫の性的不能も適用排除事由とする。そうすると、中川説のあげる理由は、岡村説に通ずるところがあるように思われる。

(270) 認定された事実関係はつぎのとおりである。①A男とB女は昭和十八年一月一日婚姻し同居生活を開始、婚姻届は二二日にされたが、A男は同月一三日に応召、一九日に下関港から出征して、以降南方各地の戦場を転々とした後、昭和二十一年五月二八日に名古屋港に帰還し翌日復員手続がとられた。他方、BはAの出征中に訴外C男と性的関係をもち、Aの帰還後の昭和二十一年一月一七日にYを分娩した。AはYをAB夫婦の嫡出子として届け出たが、昭和二十二年八月四日にCの養子とされた。以来、YはCの下で暮らし、C夫婦(昭和二十七年一月二四日婚姻)の子として育てられ、A・B夫婦とは没交渉の状態にあった。そしてA・B夫婦は、昭和二十六年三月一六日に本件原告X(昭和二十四年一月二二日生まれ)を養子として、同居生活を送ってきた。Aが平成四年四月二九日に死亡、その遺産相続をめぐって争いが生じ、養子XがYに対し、親子関係不存在確認の訴えを提起したのがこの事件である。②第一審、第二審とも、BがYをAの子として懐胎することは客観的にみて不可能であったとして、Xの訴えを適法として請求を認容した。Yは上告して、原審の控訴棄却はBの証言によるもので、科学的証拠により客観的かつ明白に証明されたといえない、Aの復員後に相当期間経過してXが出生しており、懐胎期間中に妻が世間の目からみても夫の子を懐胎できないことが明白な場合ではない、民法七七二条の解釈として家庭破綻説をとるべきであるなどと主張した。

③最高裁は、BがYを懐胎したのは昭和二十二年五月二八日より前であると推認すべきところ、右期日前にAはまだ帰還していなかったものであり、Aは、応召した昭和十八年一月一三日から名古屋港に帰還した昭和二十二年五月二八日の前日までの間、Bと性的関係を持つ機会がなかったことが明らかである、昭和二十一年当時の我が国医療水準を考慮すると、妊娠週数二六週目に出生した子が生存する可能性は極めて低かったと判断され、Yは実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子であり、養子

Xは親子関係不存在確認の訴えによりA・Y間の父子関係存否を争うことができると判示して、原審の判断は結論において是認できるとする。

右法廷意見には、福田博裁判官の意見が付されている。同意見によると、①嫡出推定が排除される場合も、一般の親子関係不存在確認の訴えと同様に扱うべきでなく、嫡出否認制度の趣旨を反映して原告適格を限定すべきである。それによると、②父子関係の存否を争い得るのは、原則として、当該家庭を構成している戸籍上の父、子、母、新たな家庭を形成する可能性のある真実の父と主張する者に限定されるべきであるが、これらの者も、具体的事情のいかんによって、親子関係不存在確認の訴えを提起することが権利の濫用に当たる場合がある。③それ以外の第三者は、当然に親子関係不存在確認の訴えの原告適格を否定できないにしても、その訴えの許容性はより厳格に吟味されるべきで、たとえ身分上、財産上の利害関係がある場合でも、特段の事情のない限り、親子関係不存在確認の訴えの提訴権者となり得ない。④そしてY出生後四〇数年間にわたる関係者の生活関係の実態、その認識等に照らすと、本件は、Aの相続人Xにおいて、A・Y間の父子関係の存否を争う訴えを提起することが許容される限界的事例であるとする。

(271) この点については、岡部喜代子「いわゆる推定の及ばない嫡出子の手続的側面」判タ一三〇一号四二頁参照。

(272) この事件の事実関係は、つぎのようなものである。①Yの母Aは、Xとの婚姻（平成三年二月二日届出）から二〇〇日以上経過後にYを出産（同年九月二日）し、Yは戸籍上XとAの嫡出子として記載された。②その後XとAはYの親権者をAと定めて協議離婚（平成六年六月二〇日）、YはAのもとで養育されている。離婚後にXは、YはXの子でないとの噂を聞き、Aに問い質したところ、Aが電話でそれを肯定し、数日後にAの相手Bが電話で自分の子である旨述べたことで、YはXの子ではないことを知り、その後速やかに本件親子関係不存在確認の訴えを提起した。嫡出否認の訴えの出訴期間は経過しているが、例外的に右確認訴訟を提起できると主張した。③これに対しAは、Xと結婚前から同棲、平成二年一〇月から一二月頃までは一、二週間の割りでX宅を訪れ性的交渉ももった。他方、同年夏からはBとも性的交渉があったが、同年一月にそれは終了している。Aは平成三年一月にYを懐妊、同月末に妊娠二ヶ月の診断を受け、出産予定日は同年九月八日と説明された。Xへの電話はXの再婚を促すために嘘をついたと主張した。

④第一審は訴え却下、控訴審は、嫡出推定および嫡出否認制度の基盤である家族共同体の実体が既に失われ、身分関係の安定も有名無実となった場合には、否認の訴えの出訴期間(七七七条)の経過後も、父は、父子間の自然的血縁関係の存在に疑問を抱かせるべき事実を知った後相当の期間内であれば、例外的に親子関係不存在確認の訴えを提起できる。本件でXとAの婚姻関係は消滅し、家族共同体の実体は失われている、またXはAからの電話でYとの自然的血縁関係に疑いを高め、その後速やかに本訴を提起しているとして、第一審判決を取り消し、事件を第一審に差し戻した。Yは上告し、原判決が、Aが母子手帳の任意提出や任意の血液型鑑定等に応じようとしぬ事情があったため、Xの疑念は一概に排斥できないと判示した点などを批判した。

⑤最高裁は、原判決を破棄して事件を原審に差し戻した。判旨によると、出訴期間のある嫡出否認の訴えの規定は身分関係の法的安定を保持する上から十分な合理性を有する(最判昭和五五年三月二七日裁判集民事一九九号三五三頁を引用)とし、夫と妻の婚姻関係が終了しその家庭が崩壊しているとの事情の存在だけで、嫡出否認の訴えの提起期間の経過後に親子関係不存在確認の訴えは提起できないとする。そして前掲・最判昭和四四年、最判平成一〇年八月三十一日を引用して、本件で右のような事情は認められない、と判示する。

右判旨に引用された最判昭和五五年は、婚姻から四年後に出生した長男Yに対し、その父Xが出生から一〇年以上経過後に、懐胎当時のYの母Aの男性関係や、Yの趣味・嗜好などがXに似ていないとして親子関係不存在確認請求訴訟を提起した事案で、①第一審は訴え却下、控訴審もそれを支持したのに対し、Xが嫡出否認の訴え等の民法の規定は憲法一三条・一四条等に違反すると主張した。②最高裁は、民法七七二条により嫡出の推定を受ける子につき夫がその嫡出子であることを否認するためにどのような訴訟手続によるべきものとするかは立法政策に属する事項であり、同法七七四条、七七五条、七七七条がこれにつき専ら嫡出否認の訴によるべきものとし、かつ、右訴につき一年の出訴期間を定めたことは、身分関係の法的安定を保持する上から十分な合理性をもつ制度であつて、憲法一三条・憲法一四条等に違反しないと、上告を棄却した(最大判昭和三〇年七月二〇日民集九卷九号一一二二頁、最判昭和五四年六月二一日を引用)。

(273) ライヒ裁判所一九三一年三月四日判決(Warr R. Waeneys Jahrbuch 23, S. 260f. Rn. 127)は、別居生活が事実だとしても夫婦の一時的な出会いまでも排除せず、別居生活自体で性的交渉についての法律上の推定を破るのに適さない。とりわけ本件のよ

うに、夫婦は事実上なお別離後も時として出会っていたようなケースではそうである、と判示する。

- (274) Beitzke, Familienrecht, 20. Aufl., S. 153; ders., Familienrecht, 24. Aufl., S. 196; Soergel/Gaul, BGB, §1591, Rn. 16, 17, S. 932, f.
(275) たとえば東京高判昭和四三年九月三〇日判時五三九号四七頁の解説、木下明・判批・判評二二九号二二頁(判時五六九号一一九頁)、松倉・前掲判批二二三頁注(263)など参照。

- (276) 被告入X₁とX₂の母Aは昭和二一年訴外B男と婚姻したが、同二四年四月頃に別居、その後Bとはまったく交渉を断ち、昭和二六年一〇月二日に離婚した、しかしAはその間、昭和二五年九月頃から昭和三九年三月頃まで被告入Yと肉体関係を持続し、同二七年三月二八日にX₁、同三二年一月三二日にX₂をそれぞれ分娩し、自己の嫡出でない子として出生届をし、その後同三九
年にX₁とX₂はYを相手方として認知調停の申立て、不調に終わり、XらはYに対し認知の訴えを提起したという事案である。

- (277) 野田宏・最高裁判例解説民事篇昭和四四年二八九頁。

- (278) 大江忠『要件事実民法(5) 親族・相続(第三版)』九七頁(第一法規、平成一七年)、伊藤滋夫総括編集『要件事実講座 第2巻』一〇〇頁(井上哲男)(青林書院、二〇〇五年)など。

- (279) しかし、この事件で元夫Bはまったく手続に関与しないままに、戸籍上の父の地位を失ったことになる。これは、外観説を採用したこの最判昭和四四年に含まれるひとつの問題点として指摘されている。窪田充見『家族法』一八九頁、一九五頁(有斐閣、二〇一一年)参照。

- (280) 我妻・親族法二四六頁。

- (281) 事案の詳細をみると、子Xの母A女とY男は昭和三六年九月一五日に婚姻、同四七年八月一日に離婚したが、Aは婚姻中にXを懐胎し、同四四年七月一八日に分娩した。しかし、当時Y・A間の夫婦としての交渉は途絶えており、Aの懐胎時期はYが交通事故故で入院中(昭和四三年九月二六日から同年一二月三〇日まで)であった。そこで、XがYに対し親子関係不存在確認の訴えを提起した。第一審は、Xは民法七七二条により嫡出推定を受ける子であり、XがYの嫡出子であるとの推定を排除しうべき客観的な事情にある場合に該当せず、Xは親子関係不存在を主張する適格を有しないと見て、訴え却下判決、Xが控訴した。

- (282) ただし、太田武男『親族法概説』二六五頁(有斐閣、一九九〇年)や橋勝治『嫡出推定の排除に関する一考察』戸籍四〇九号

二頁も、外観説をそのように定義しておられる。しかしそう解すると、血縁説とはたしてどのように違うのだろうか。批判されている外観説概念の不明確さにかかわる問題かと思われる。

- (283) 足利幼女誘拐殺人事件の再審手続の上告審、最決平成一二年七月一七日刑集五四卷六号五五〇頁は、原審が採用したDNA鑑定・MCTISDNA型鑑定について、これを証拠として用いることが許されるとした原判断は相当であると判示している(修道三〇巻一七七八頁参照)。しかしその後の再審請求事件の抗告審である東京高決平成二一年六月二三日判タ一三〇三三九〇頁、判時二〇五七号一六八頁は、DNA型再鑑定の結果、被害者の半袖下着から検出された男性DNAの型は申立人の型と一致せず、申立人が本件の犯人であると認めるには合理的な疑いが生じているとして、原決定を取り消し、再審開始決定をした。これを受けて宇都宮地判平成二二年三月二六日判時二〇八四号一五七頁は、本件DNA鑑定は、右最決がいう「具体的な実施の方法も、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」と認めるにはなお疑いが残り、現段階で証拠能力は認められないとして、被告人に無罪判決を言い渡した。この事件で用いられたMCTIS型による型判定は一九八九年より警察関係で最初に導入されたものであるが、識別能力に問題があると指摘されている。押田茂實・岡部保男『Q&A見てわかるDNA型鑑定』一三頁(現代人文社、二〇一〇年)参照。

- (284) 梶村・前掲論文(修道三〇巻一八頁注4)八四頁以下、東京家庭裁判所家事第6部編著「東京家庭裁判所における人事訴訟の審理の実情〔改訂版〕」五八頁(判タ社、二〇〇八年)など。

- (285) たとえば、①大分地判平成九年一月一二日判タ九七〇号二二五頁、②新潟地裁高田支判平成一五年二月二五日判時一八三五号一一頁、一一三頁などもDNA鑑定がどのようなものであるかについて、説示している。

- (286) 婚姻届を提出せず別姓夫婦であるX₁、X₂が、その子X₃の住民票の世帯主との続柄記載が「長男」・「長女」などと記載されていた嫡出子の場合と異なり、「子」と記載されたことについて、右記載は憲法一三条・一四条などに違反する違憲・違法なものであるとして、右記載の取消しと区別なく記載した住民票の発行を求めるとともに、損害賠償請求をした事件(非嫡出子の住民票続柄記載取消請求事件)において、最判平成一一年一月二二日判時一六七五号四八頁の原審・東京高判平成七年三月二二日判時一五二九号二九頁は、個人の人格は相互に尊重されなければならないが、不当に個人の私生活上の事柄や知られたくない個人の属性

に関する情報等（プライバシー）は公開から保護されなければならず、このようなプライバシーの権利は、憲法二三条により人格的利益の一環として法的保護の対象になる旨判示したが、市長は記載当時の住民基本台帳事務処理要領に従って右続柄記載をしたもので、過失はないとして損害賠償請求部分について請求を棄却している。右判旨はプライバシーの権利を憲法一三条によって基礎づけているが、親子関係については憲法二四条によることも考えられよう。

- (287) 自己情報コントロール権については、佐藤幸治「権利としてのプライバシー」ジュリ七四二号一五八頁、松井茂記「情報コントロール権としてのプライバシーの権利」法セミ四〇四号三七頁、同「日本国憲法（第3版）」五一〇頁（有斐閣、二〇〇七年）、長谷部恭男『憲法（第4版）』一五七頁（新世社、二〇〇八年）、芦部信喜『憲法Ⅱ 人権（Ⅰ）』一六三頁（有斐閣、昭和五三年）、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第4版）』一一八頁（岩波書店、二〇〇七年）、潮見佳男『不法行為Ⅰ（第2版）』二〇〇頁（信山社、二〇〇九年）など参照。

- (288) 池田耕平・最高裁判所判例解説刑事篇平成七年度三二六頁。この制度のその後の改正等については、佐藤幸治『日本国憲法論』一五〇頁参照（成文堂、二〇一一年）。

- (289) 平田浩・最高裁判所判例解説民事篇昭和五六年二五二頁。

- (290) 滝澤孝臣・最高裁判所判例解説民事篇平成六年度一〇五頁。

- (291) 杉原則彦・最高裁判所判例解説民事篇平成一五年度（下）四八八頁。

- (292) 最判平成一七年一月一〇日民集五九卷九号二四二八頁、判時一九二五号八四頁、判タ二一〇三号七四頁は、①刑事事件（和歌山カレー毒殺事件）の被告人が、法廷において、写真週刊誌のカメラマンにより、裁判所の許可なく、同人に無断で、手錠・腰縄の拘束状態にある容ぼう・姿態を写真撮影され、写真週刊誌にイラスト記事を掲載されたことなどにより肖像権を侵害されたとして損害賠償請求訴訟を提起した事件であるが、人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないことについて法律上保護されるべき人格的利益を有するが、撮影が正当な取材行為として許される場合もある、そこで、ある者の容ぼう等を承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえ

るかどうかを判断して決すべきである、と判示する。②また人は右写真のみだりに公表されない人格的利益も有し、撮影が違法と評価される場合、写真の公表行為は被撮影者の人格的利益を侵害するものとして、違法性を有する、と判示している。

右判旨は、写真肖像権についての不法行為の違法性判断基準として、総合的判断の考え方を示したものとみられる。太田晃詳・最高裁判所判例解説民事篇平成一七年度(下)七九二頁参照。

(293) 前田陽一「プライバシー侵害の不法行為に関する最近の二つの最高裁判決」判タ一四四号八九頁以下参照。

(294) 出版社が発行した雑誌に公表された小説「石に泳ぐ魚」によって名誉を毀損され、プライバシーおよび名誉感情を侵害されたとして、作者および出版社に対して、慰謝料請求とともに、同小説の出版等の差止めが請求された事件であるが、①原審は、人格的価値を侵害された者は、人格権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、または将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる、どのような場合に侵害行為の差止めが認められるかは、侵害行為の対象となった人物の社会的地位や侵害行為の性質に留意しつつ、予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量して決すべきである、②そして侵害行為が明らかに予想され、その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けおそれがあり、かつ、その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは侵害行為の差止めを肯認すべきであるとして、請求の一部を認容し、小説の出版等の差止めを命じた。

(295) 最近の判例・多数説は折衷説を説く。Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 17. Aufl., §110 III 2 b, Rn. 24f, S. 617f.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 62. Aufl., 2004, §286, Rn. 68, S. 1092, u. Übers 8371 7 B, Rn. 13f, S. 1411f.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 25. Aufl., 2003, §286, 3 a, Rn. 7, S. 561. の説によると、実体法上違法に収集された証拠方法は、基本法上保護された基本権、特に人格権を侵害して収集されたものである場合、訴訟で利用してはならない。その利用の有無については、個別的ケースで決定していくことになる。これに対し、適法説(W. Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951, S. 138)は、訴訟行為の違法性は、その手段の正当性いかんにより決まり、真実の発見という目的は、個人の自由および身体を傷つけないことからの保護よりも価値が高いとする)や不適法説(G. Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikanerbot im Erkenntnisverfahren, ZZP Bd. 69 (1956), S. 89ff.)もある。ドイツ法の判例・学説は、森勇「民事訴訟におけ

る違法収集証拠の取扱い」判タ五〇七号二二頁以下、間淵清史「民事訴訟における違法収集証拠（一）」（二・完）「民商一〇三卷一号四七頁以下、三号六〇六頁以下、河野・前掲論文一一五頁以下（修道三三卷一号四三頁注77）などに詳しい。

- (296) Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, §110 III 2 c, Rn. 24, S. 618; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 62. Aufl., §286, Rn. 68, S. 1092; u. Übers. §371 7 B, Rn. 13f. S. 1411f.; ders., ZPO, 68. Aufl., 2010, §286 8f, Rn. 68, S. 1096; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 25. Aufl., §286, 3 a, Rn. 7, S. 561; ders., ZPO, 32. Aufl., 2011, §286 3a, Rn. 8, S. 496; Musielak, ZPO, 7. Aufl., 2009, §286 B I 4 c, Rn. 7, S. 936.

- (297) 最近の学説まで含めて、間淵・前掲論文（二・完）六一六頁以下、河野・前掲論文一一五頁以下、門口正人編『民事証拠法大系 第2巻』九一頁以下〔内堀宏達〕（青林書院、二〇〇四年）など参照。

- (298) 森・前掲論文一八頁以下。

- (299) 門口編・前掲書九三頁以下〔内堀〕、兼子・松浦ほか・条解民訴法（竹下守夫）一三七七頁。

- (300) 間淵・前掲論文（二・完）六二七頁以下。

- (301) 河野・前掲論文一二七頁以下、同「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」商学討究五六卷二・三号三〇三頁以下、三一五頁以下。

- (302) ①東京地判昭和四十六年四月二六日判時六四二号八一頁、②大分地判昭和四十六年一月八日判時六五六号八二頁、③東京高判昭和五二年七月一五日判時八六七号六〇頁、④名古屋高決昭和五十六年二月一八日判時一〇〇七号六六頁、⑤神戸地判昭和五十九年五月一八日判時一一三五号一四〇頁、⑥盛岡地判昭和五十九年八月一〇日判タ五三三二号二五三頁など。判例については、小島武司「無断（秘密）録音テープの証拠能力」民訴法判例百選Ⅱ（新法対応補正版）二七二頁、松本幸一「無断（秘密）録音テープの証拠能力」民訴法判例百選Ⅲ一四六頁、間淵・前掲論文（二・完）六一二頁以下、河野・前掲論文一〇三頁以下などに詳しい。
- (303) たとえば、①名古屋地判平成三年八月九日判時一四〇八号一〇五頁、②東京地判平成一〇年五月二九日判タ一〇〇四号二六〇頁、③大阪地判平成一一年三月二九日判時一六八八号三頁、判タ一〇一〇号九六頁、④東京地判平成一二年五月三〇日判時一七一九号四〇頁、判タ一〇三八号一五四頁、⑤大阪高判平成二二年一月一〇日（TKC判例データベース）、⑥長崎地裁佐世保

支判平成二四年四月一六日(TKC判例データベース)などがある。

- (304) 証拠能力を否定した最近の判例として、福岡高裁宮崎支部判決平成二二年二月一日判タ一〇四五号二四〇頁は、違法に採取・保存された肝臓の標本の組織学的診断結果を原審審理中に文書化し、裁判資料として提出した行為につき、右証拠は違法収集証拠であり、これを採用して訴訟進行すること自体許されない旨判示している。否定判例は一般的にその理由を指摘しているの比べて、右判旨は違法収集証拠と認定した理由について特に説示していない。なお、証拠能力を肯定する判例が多い実際上の考慮につき、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下〔補訂版〕』四七頁(有斐閣、二〇〇六年)。

- (305) 梶村・前掲論文九〇頁以下(修道三〇卷一八四頁注4)に掲載された東京家裁本庁のDNA鑑定実施ケース(平成三年から七年まで)のほとんどが、DNA鑑定の結果どおりの審判になっていることからみても、右鑑定の高い証拠能力がうかがえる。

- (306) 小野瀬・岡・一問一答八五頁。

- (307) 家事審判手続について、①東京高決昭和五四年六月六日家月三三卷三号一〇一頁、判時九三七号四二頁は、家裁は職権により事実を調査する義務があるが、それには当事者の協力が不可欠である旨判示する。②また大阪家審昭和五四年一月五日家月三二卷六号三八頁(五六頁)も同旨を述べる。

- (308) この問題については、豊田・職権探知主義一〇二六頁以下参照。

- (309) そうしたなかで松倉教授は、すでに九〇年代の半ばから、主としてドイツ法系であるスイス法、ドイツ法、オーストリア法の比較的研究やDNA鑑定に関する深い知見に基づき、DNA鑑定の積極的活用によって父子関係訴訟での「真実志向」の考え方を展開してこられた。松倉・血統訴訟論および同・血統訴訟と真実志向(修道三〇卷一八四頁注4)。教授は、DNAフィンガープリントを親子鑑定の新しいエース、通常の血液型鑑定に比べて著しく鑑定力の優れた手段であるとして、従来の血液型検査に多種類のDNA多型検査を併用し、総合的な判断を下すのが誤判防止の方法であると指摘される。最近の論稿において、教授は比較法的考察から血液検査等を強制する国家が増えていることを指摘される。松倉「オーストリア親子法と血液検査等の協力義務」MEJOL S. R. 三号一頁。

しかし、最近の家族法の教科書などからうかがう限りで、学説の多くはDNA鑑定を評価する一方で、なおその積極的かつ全

面的な利用については慎重な態度にみえる。たとえば、①二宮教授は費用も安く短時間で精度の高い鑑定結果がえられるDNA鑑定の実務での利用に好意的評価を与えつつ、親子関係を確認する訴訟とそれを否定する訴訟で区別的な扱いをされる。まず認知訴訟では、調停段階から当事者が鑑定実施を申請し、審判・裁判段階では当事者双方に鑑定協力義務があるような法改革の検討も必要として積極的活用を支持するが、他方で、嫡出否認訴訟や親子関係不存在確認訴訟では、既存の父子関係の安定や個人のプライバシーという別の視点も考慮して利用は慎重にし、子が成年に達した後の親からの身勝手な請求は権利濫用として請求を棄却すべきであるとされる。二宮周平『家族法』一三三頁以下（新世社、一九九九年）、同『家族法（第3版）』一七五頁以下（新世社、二〇〇九年）、同・前掲論文（修道三〇巻一号八七頁注22）。②また水野教授は、子のDNAは子のプライバシーの根幹中の根幹であり、安易に接近してはならないとされる。法的親子関係は、子の成長のために法が設定する法制度であり、DNA鑑定によって決定されるものではない。前掲・東京高判平成六年三月二八日（家庭破綻説）を批判して、科学鑑定を裁判に利用する場合、血縁上の親子関係が明らかになることで争いに決着がつく訴訟類型で、それを明らかにすることが子の福祉を害しない親子関係の争いに限定しなければならず、それ以外の争い（既に確立している法的親子関係を争う場合の多く）では科学鑑定の主張は許されない。こうした類型決定のつぎに、鑑定を拒否する当事者に対する強制的命令の問題がくるとされる。水野紀子「判批」判評四三三五号四八頁、特に五五頁。③さらに松川教授は、親子関係について身分占有を重視し、裁判所の命令がなければDNA鑑定の実施を認めないフランス法を参考に、DNA鑑定は、用い方によっては、家族の平和を根底から覆すことになる指摘される。フランス法に比べてわが国DNA鑑定の放任状況にも警鐘を鳴らされる。松川正毅『民法 新族・相続（第2版）』（有斐閣、二〇〇八年）、同『医学の発展と親子法』二七九頁以下（有斐閣、二〇〇八年）。

(310) 梶村・前掲論文（修道三〇巻一号八頁注4）八四頁以下、門口正人編『民事証拠法大系 第5巻』一八頁以下（高橋謙）（青林書院、二〇〇六年）、東京家裁家事第6部編著・前掲書同頁など参照。

(311) 家族法改正の議論において、DNA鑑定の範囲、その必要性、許容性の問題が議論されているようである。中田裕康編『家族法改正 婚姻・親子関係を中心に』二九四頁（高田裕成発言）（有斐閣、二〇一〇年）。

(312) ①最決平成一一年一月一二日民集五三三卷八号一七八七頁は、顧客側から銀行に対する損害賠償請求事件で被告・銀行作成の

貸出稟議書の該当性が問題になった事案で、開示されると個人のプライバシーが侵害されて、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる場合には、その提出を認めない。②他方、個人のプライバシーが記載されていない銀行本部の社内通達書は右文書に当たらない、とする(最決平成一八年二月一七日日集六〇卷二号四九六頁)。③また「刑事関係書類」(同条四号ホ)についても、関係者・被害者のプライバシーが考慮すべき要素としてしん酌されている(最決平成一六年五月二五日日集五八卷五号一三三五頁、最決平成一七年七月二二日日集五九卷五号一八三七頁)。

(313) 坂田宏「民事訴訟における情報秘匿の自由と限界」早稲田法学七五卷一号三三九頁、梅本吉彦「民事訴訟手続における個人情報保護」曹時六〇卷一一号一頁など参照。

(314) 位田・前掲論文一〇頁の提言される「生命倫理法」からみても、批難される行為といえよう。

(315) たとえば、妊娠中の母親の血液中に含まれる胎児のDNAを調べて、父親を特定する親子鑑定の出生前診断ビジネス(鑑定ビジネス)が、合衆国の検査会社によって昨夏から始められたという新聞報道がある。朝日新聞二〇一二年九月二四日付け朝刊。しかし、出産前診断の問題については、ドイツ連邦議会審議会答申でも検討されている。松田監訳(中野・小椋訳)・前掲書五八頁以下参照。

(316) 小島武司「科学と裁判」判時九五〇号八頁以下は、スモン訴訟に関する論稿である。

(317) これもDNA鑑定について論じた論稿ではないが、中村多美子「法廷における科学」自正二〇一一年四月号六頁は、「法と科学の協働」という概念を提唱される。

(318) 石川・前掲論文「判例における父子関係認定の論理」二九三頁、特に三四〇頁以下(修道三〇卷一號八三頁注2。同「子ども法の課題と展開」一一七頁以下(有斐閣、二〇〇〇年)所収)は、わが国の認知訴訟における鑑定の利用について詳細に分析される。

(319) ライヒ裁判所の判例をみると、①一九三五年一〇月四日判決(JW 1936, S. 259)はMN型の血液型検査の正確性・信頼性を判示する。②なお一九三九年三月三〇日判決(RGZ 160 (1939), S. 61ff.)は、嫡出否認訴訟において遺伝生物学鑑定が実施されたケースであるが、右検査分野の知識は常に発展する経験則によっていつそう進歩したものになり、専門機関の遺伝生物学鑑定は

血縁関係の問題を解明するために不可欠の手段になっている旨判示している。

(320) もつとも、前掲・東京高判平成一八年(産院新生児取違え事件)など、訴訟外で実施されたDNA鑑定が当事者に訴訟による法的救済を拡大したケースが存在していること、それに伴う課題については、豊田・DNA鑑定二〇八頁参照。

(321) 仙台市の住民が同市の締結した市有地の賃貸借契約の違法・無効を主張して提起した代位住民訴訟において、第一審・仙台地判平成八年一〇月二十九日(TKC判例検索)は、民事訴訟における実体的真実の追求も無制限に認められるものではなく、より高次の法益を守るために譲歩を余儀なくされる場合もある、そして当該書証が窃盗等正当な保持者の意思に反する違法行為によって取得されたもので、これを証拠として取り調べることで証拠申請者以外の者の人格権等や公益等の重大な法益が侵害されると認められる場合には、証拠方法とすることは許されないと解すべき場合がありうる、と判示している。

(322) 妻から夫の不貞相手に対する損害賠償請求事件で、名古屋地判平成三年八月九日判時一四〇八号一〇五頁は、妻が被告のマンシヨンの郵便受けから夫に無断で親書を持ち出し開披・隠匿した行為につき、「夫婦間の一般的承諾のもとに行われる行為の範囲を逸脱し」と指摘する。ただし、夫婦の同居・生業の現状をみて、右親書の証拠能力は否定されなかった。

(323) 兼子・松浦ほか・条解民訴法一三七七頁(竹下)、秋山ほか・民訴法コメIV三三頁など参照。

(324) 身体的自由の拘束は、東京高判昭和五二年七月一日判時八六七号六〇頁、盛岡地判昭和五九年八月一〇日判タ五三三二号二五三頁参照。

【後書】 小島先生の前掲「科学と裁判」を相当前に拝読したことがある。本稿で扱ったDNA鑑定も右テーマに関連する一つの問題であらうが、素人である筆者にはなかなか難しく、大幅に時機に後れた謹呈論文となりましたことお詫び申し上げます。とりあえず本稿はここで終えて、多くの積み残しの課題に急ぎ取りかかりたいと考えています。最後まで本稿をお読み頂きました先生方にはお礼を申し上げるとともに、ご教示を賜ることができれば幸いです。本稿のテーマに関しては、春日教授の先行研究がありますが、ご主張などに汲み取ることができておりませんことを、ご容赦願います。春日偉知郎「ドイツの判例から見た「同意なくして行われたDNA鑑定」の人事訴訟における限界」『民事証拠論』三三二頁以下(商事法務、二〇〇九年)。また最近のドイツ親子法に関するわが国の文献や本号

で引用した最高裁・下級審判例に関する判例評釈なども十分に検討・引用できておりませんが、ご容赦下さい。さらに執筆途中で、本学法科大学院の前教授で、元広島高裁判事の高升五十雄先生からいくつかの設例を頂戴しました。授業準備のときと同じ返事になり恐縮ですが、別の機会に解答できるように勉強します。今後ともよろしくご教示下さいますようお願い申し上げます。