

ドイツ父子関係事件における血縁鑑定

豊 田 博 昭

- I はじめに
- II 連邦裁判所2006年5月3日判決
 - 1 当時の法制
 - 2 06年判決の判旨
- III さらなる証拠調べ
 - 1 破棄理由と先例
 - 2 88年判決と90年3月判決
 - 3 若干の考察
- IV 補充的な血縁鑑定
 - 1 破棄理由と先例
 - 2 90年12月判決と94年判決
 - 3 若干の考察
- V 差戻し後の証拠調べ
 - 1 06年判決
 - 2 先例
- VI おわりに

I は じ め に

父子関係確認訴訟において被告男性の父子関係について、実施された父子鑑定によって非常に高い父子関係の存在を示す蓋然性値が提出されている場合に、事実審裁判所はさらに証拠調べをしなければならないだろうか。ドイツの父子関係事件（旧民訴法640条以下）、最近の法改正（2008年12月17日の「家事事件および非訟事件の手續に関する法律（家事非訟事件手續改革法 FGG-RG）」（BGBl. I S.2586ff. 2009年9月1日9より一部施行。以下、「家事非訟法」または「家事非訟」と略す。）により現在は血縁関係事件（Abstammungssachen）（家事非訟169条）と称されるが、そこでのこの種事件の連邦裁判例を検索すると、上記趣旨の判旨事項を掲げた判例にと

きどき出会う。久しぶりに同様の判旨事項が付された連邦裁判例に気づいた。連邦裁判所2006年5月3日判決(BGHZ 168,S.79ff.; FamRZ 2006, S.1745ff.)がそれである。かつて職権探知主義が適用される父子関係事件における裁判所の職権証拠調べに関心をもって、若干の研究を試みたことがある¹⁾。そうなると必然的に、生物学的な父子関係の有無を証明するため投入される父子鑑定(または血縁鑑定)についても考察しなければならなくなった。しかし、裁判で用いられる様々な種類の父子鑑定について、その基礎にある法医学の専門的知識を持たない門外漢にとっては、専門訴訟の壁は高く、判旨の考察は不十分なものに終わっている。ただしその後も、ドイツ法の父子関係事件の研究はわずかながら試みている²⁾。

ところで、上述した連邦裁2006年判決はドイツの裁判所にとって指導的な判例とも評されており³⁾、民法や家事非訟法に関する最近の教科書⁴⁾などでもよく引用されている。また、連邦裁06年判決が引用している連邦裁の先例は、筆者が先の研究で取り扱った判例とも重なっている。そこでは、

- 1) 豊田「ドイツ父子関係訴訟に関する一考察」青山善充ほか編『石川明先生古稀祝賀 現代社会における民事手続法の展開 上巻』547頁以下(商事法務, 2002年。以下、豊田・一考察と略す。)
- 2) 豊田「父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(一)・(二・完)」修道23巻2号294頁, 同24巻1号31頁(以下、豊田・再審と略す。), 豊田「職権探知主義に関する一考察」棚瀬孝雄ほか編『小島武司先生古稀祝賀<続> 権利実効化のための法政策と司法改革』1025頁(商事法務, 2009年。以下、豊田・職権探知と略す。), 豊田「秘密に収集したDNA鑑定の訴訟上の利用(一)~(五・完)」修道30巻1号77頁, 30巻2号247頁, 33巻1号1頁, 34巻1号83頁, 35巻2号601頁(以下、豊田・秘密と略す。)など。これらの論文でも血縁鑑定が問題になったドイツ判例を取り上げている。
- 3) T.Helms/J.Kieninger/C.Rittner-Rittner, Absammungsrecht in der Praxis, 2010, Rn.314, S.169.
- 4) D.Schwab, Familienrecht, 24. Aufl., 2016 §49 V, Rn.588, S.271.; M.Wellenhofer, Familienrecht, 4. Aufl., 2017, S.25, S.279; K.-J.Grün, Vaterschaftsfeststellung und -anfechtung, 2. Aufl., 2010, Rn.364, S.216, Rn.391, S.228 f.; J.von Staudinger/T.Rauscher, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4・Familienrecht, §§1589-1600 d (Abstammung), 2011, Vorbem zu §§1591 ff, Rn.56d, S.117 usw.

連邦裁判例の傾向として、絶対的な真実志向にあるという評価に対し、子の母の多数関係の事案では、むしろ裁判所が相当に慎重な証拠調べを実施しようとする姿勢にあるのではないかという指摘をしている⁵⁾。このたび連邦裁06年判決の判旨を読み進めたが、相変わらず筆者には難解な血縁鑑定、確率論などが説かれており、専門訴訟の乗り越えがたい壁に再び直面し、判旨全体の詳細まで正確に読解できるところまではいけなかった。残念ながら、先の研究当時からはほとんど進歩なしという実感であるが⁶⁾、ドイツ親子法領域、現在は血縁関係法というべきであろうが、そこでの重要判例と思われ、可能な限度で判旨の理解にチャレンジすることにした。ご海容をお願いしたい。

II 連邦裁判所2006年5月3日判決

1 当時の法制

(1) 連邦裁判所2006年5月3日判決（以下、「連邦裁06年判決」または「06年判決」、「06年」と略す。）が扱った父子関係確認訴訟は、現行・家事非訟法の施行前の「民事訴訟事件」であり、当時は「父子関係事件（Kindenschaftssachen）」（旧民訴640条1項1号）という名称であった。したがっ

5) 豊田・一考察572頁以下。

6) 親子鑑定に関して、邦語文献では、押田茂實「血液による親子鑑定」日本弁護士会『日弁連研究叢書 現代法律実務の諸問題＜平成元年版＞（下）』505頁（第一法規出版、1990年）、押田茂實・岡部保男編著『Q&A 見てわかる DNA 鑑定』2頁以下（現代人文社、2010年）、石津日出雄・高津光洋監修・池田典昭・鈴木廣一編集『標準法医学』219頁（医学書院、第7版、2013年）、福島弘文編『法医学』211頁以下（鈴木廣一ほか）（南山堂、改訂3版、2015年）、勝又義直『最新 DNA 鑑定』3頁、175頁（名古屋大学出版会、2014年）など。ドイツ文献は、G. Beitzke/H.Hosemann/P.Dahr/H.Schad, Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis, 1978, S.29ff., 78ff.; K.Roth-Stielow, Der Abstammungsprozeß, 1978, S.117ff.; Helms/Kieninger/Rittner, Abstammungsrecht, S.135ff.; Grun, Vaterschaftsfeststellung, S.225ff.; R.Garbe/C.Ullrich [Hrsg.]/M.Machulla, Verfahren in Familiensachen, 3. Aufl., 2012, §9 B III 3 f, Rn.143ff., S.823ff.; H.Prutting/G.Wegen/G.Weinreich [Hrsg.]/Pieper, BGB Kommentar, 4. Aufl., 2009, §1600e, Rn.40ff. S.2390f.

て、適用法規中、民法は現行法と大きく異ならないと思われるが、手続法に関しては当時の旧民訴法640条以下（現在は削除されて、その規制は現行家事非訟法169条から185条が引き継いでいる⁷⁾）が適用されている。そこで法文を簡単に確認すると、(ア)「父子関係 (Vaterschaft)」については、民法1592条が規定する。①子の出生時に子の母と婚姻していた男（同条1号）、②父子関係を認知した男（同条2号）、もしくは、③民法1600条dにより、または家事非訟法182条によってその父子関係を認定された男（同条3号）⁸⁾が、それぞれ子の父とされる。

(イ) 民法1592条3号が引用する民法1600条dは、裁判所による父子関係の認定に関して規定する。①同条1項によると、民法1592条1号（婚姻関係）および2号（認知）による父子関係が存在しない場合に、裁判所が父子関係を確定する。裁判所は、子と当該男性との生物学的な父子関係を積極的に認定しなければならないが、この事実関係を調べるために、裁判所は血縁鑑定を用いる。そして裁判所は、すべての認識および事情によって「確実性に接した蓋然性」をもって生物学的な父子関係を認定したとき、父子関係の存在を認定することができる⁹⁾。②同条2項はそうした父子関係の認定を緩和するための推定要件を定め、子の母が懐胎期間中に同衾¹⁰⁾

7) 家事非訟法による新しい血縁関係事件の手続に関しては、豊田・秘密・修道33巻1号33頁以下参照。

8) 現行3号において、「または、家事非訟法182条」という文言が挿入された。同条によると、民法1600条1項2号による（父子関係の）否認により、民法1592条による父子関係の不存在を認定した確定決定は、否認者の父子関係の認定を含み、その効果は決定主文中に職権で宣言される（1項）。また裁判所が、申立人またはその他の関係人を父と認定したとの理由で、父子関係不存在確認の申立てを棄却したときは、裁判所は決定主文中でそれを宣言する（2項）。民法1600条1項2号による否認とは、子の母と懐胎期間中に同衾したと宣誓に代わる保障をした男性（＝他男）のことである。

9) Schwab, Familienrecht (Fn.4), Rn.588, S.271.

10) 後述するように、判例は「性交渉 (Geschlechtsverkehr)」という語を一般的に用いているが、現行民法1600条d第2項1文は従前からの概念「同衾 (Beiwohnung)」を用いている。

した (beigewohnt hat) 者が子の父と推定される (1文)。しかし父子関係について重大な疑い (schwerwiegende Zweifel) が存するときは、この推定規定は適用されない (2文)。さらに、2項1文にいう懐胎期間は、子の出生前に遡って300日から181日の期間と定められている (3項1文)¹¹⁾。

(2) 父子関係事件として、当時の民訴法640条2項は親子関係の存否確認訴訟 (1号) など4種類の訴訟類型を列举し、これらは公益性の存する民事訴訟法の特別手続とされる¹²⁾。そこでこれらの訴訟にも職権探知主義が適用される (民訴640条1項, 622条1項)。(ア) 父子関係訴訟¹³⁾の目標は、子の生物学上の父を確認することであり¹⁴⁾、それによって当該男性は子の

- 11) D.Schwab, Familienrecht, 16. Aufl., 2008, §49 V, Rn. 540ff., S. 252ff.; A. Luderitz, Familienrecht, 27. Aufl., 1999, §22 IV, Rn. 670ff., S. 265ff.

しかし、現行法改正 (1998年) 前の非嫡出子に関する裁判上の父子関係の認定、父子関係の推定に関する規定は異なっていた。(ア) 民法1600条n第1項は、父子関係が認知されないときは、子、または、子を妊娠させた男の訴えに基づき、裁判上認定されなければならない、と規定していた。(イ) また民法1600条oは法律上の父子関係の推定を定めていた。子を妊娠させた男が父として認定されなければならない (1項)。子は、母が懐胎期間中に同衾した男によって妊娠したものと推定される (2項1文)。すべての事情を考慮して、父子関係について重大な疑いが残るときは、推定は適用されない (同項2文)。懐胎期間は、民法1592条によって定められる (同項3文)。

この1600条nの1項と2項の関係については、豊田・秘密・修道35巻2号627頁以下で検討したことがある。

- 12) Thomas/Putzo/R. Hußtege, Zivilprozeßordnung, 25. Aufl., 2003, Vor §640, S. 1064.
- 13) この訴えの法的性質について、確認訴訟説 (Thomas/Putzo/Hußtege, ZPO, §640 I, Rn. 1, S. 1064) と形成訴訟説 (Stein/Jonas/P. Schlosser, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 5, Teilbd. 2, §§592–703d, 21. Aufl., 1993, §640 I, Rn. 9, S. 372) の対立がみられた。現行家事非訟法のもとでも同様の議論はあり、形成手続説を説くのは Grün, Vaterschaftstellung, S. 63.
- 14) Staudinger/Rauscher, BGB, §1600d I 2, Rn. 2は、旧1600条oに比べると現行1600条dの法文は「本当の生物学上の父」を認定するという原則 (血縁原則) を示す点では後退しているという議論があるが、しかし、血縁原則は血縁関係に関する冒頭規定・現行1589条 (血縁関係がある者が本来の親族である旨規定) に示されていると述べる。家事非訟法施行後の父子関係確認手続の目標についても、生物学上の父の確認が目的とされる。Schwab, Familienrecht, §49 V5, Rn. 586, S. 270; Grün, Vaterschaftstellung, Rn. 81, S. 63; Helms/Kieninger/Rittner, Abstammungsrecht, Rn. 44, S. 21.

法律上の父となる。裁判所は職権で父子関係を妨げる事実についても斟酌してよい（民訴640条1項，616条1項）。子が生物学的に男性と直接的な血縁関係にあると認められるとき，男性は子の父であると認定される。請求を認容した確定判決は対世的効力を有し（民訴641条k），男性と子との間に法的属性が形成される。

（イ）裁判所の証拠調べについては，連邦裁06年も引用する後掲・連邦裁88年判決がつぎのように判示する。すなわち，「父子関係訴訟には職権探知主義が適用され，裁判所は被告たる男性の父子関係をできる限り確実に解明するすべての証拠を職権で取り調べなければならない義務を負っている。ただし，事実審裁判官は，父子関係確認手続でも考えうるすべての証拠方法を調べ尽くす必要はなく，あらゆる事情を評価して，その推論が確かに許される場合に，父子関係は証明されたと結論してよい。それがいつかは，個別事案の具体的事情を考慮して事実審裁判官が判断することである。事実審裁判官は，父子関係のさらなる解明を約束する証拠を利用できる限り，その調査を続行しなければならない」（Ⅲ 2（2））と。同様の判示は他の連邦裁判例でもみられる¹⁵⁾。学説もこれと同旨を説く¹⁶⁾。

15) 連邦裁1990年12月19日判決（FamRZ 1991,S.426ff.;NJW 1991,S.2691ff.）。この判決については，豊田・一考察552頁参照。

16) たとえばツェラーのコンメンタールによると，（ア）父子関係事件の確定判決は対世効を有するため，職権解明原則が適用される。裁判所の職権探知は，当事者がどのような事実を申し立てたか，どのような証拠方法を指摘しているかに影響されない。（イ）裁判所は，事実関係の解明が期待され，入手しうる証拠方法をすべて用いなければならない。裁判所は職権調査義務に基づき，母と父たる男性の詳細な関係を知っている証人を尋問しなければならない，母と多数関係を争っているいわゆる愛人の証言で済ませてはならない。証人の証言は比較的信用し難い証拠方法であり，裁判所は原則として血縁鑑定を収集しなければならない。鑑定費用は，その予納を請求することができる。ただし，直ちに血縁鑑定を開始するのではなく，生物統計学鑑定の前に，懐胎期間中の母の多数関係を解明すべきである。また，母・父たる男性・多数関係人を尋問せずに，多数関係人に鑑定を実施するのが適当かを決定できない。血清学鑑定は最良の証拠方法であり，DNAシングルローカスなど後掲・02年指針に列举された検査試料（註65参照）を指摘す

2 06年判決の判旨

(1) 事件の概要 06年判決はつぎのような事件である。(ア) 原告 X (1999年1月3日生まれ) はドイツ国籍を有するが、アフリカ系の血縁関係を有し、やはりドイツ国籍をもつ母 A 女とドイツ国内で暮らしている。ナイジェリア生まれの Y 男が法定懐胎期間中に A と性交渉をしたとして、X は Y に対し父子関係確認請求の訴えを提起した。Y は争い、A を一度、98年4月20日に住居に泊めたことがあることを認めたが、Y の寝室とは別室であった、ところが翌朝、A は Y のベッドにいた、しかし、A と性的接触をしたことは知らない、A はその当時すでに妊娠しており、証人 O との性交渉によるものと推測される旨主張した。

(イ) 第一審・ミュンスター区裁は、B 博士を鑑定人として DNA 鑑定を実施、X、A および Y の3人のそれぞれ口腔粘膜の検査により、Y が X の父である蓋然性は、エッセン・メラー方式による総合値99.999%という結果が示された。また区裁は、母 A および証人 O 男を証人尋問したが、両者とも性交渉を否認、A は98年3月初めから同年6月にアメリカ合衆国に旅立つまで定期的に Y と性交渉したと宣誓証言をした。区裁は、鑑定に基づき Y の父子関係は証明されたとして、X の請求を認容した。

(2) 控訴審判決 Y は控訴して、鑑定の誤りを主張し（生物統計学による評価 (beioestatistischen Berechnung) に際して、ヨーロッパ人種ではなく、アフリカ人種の比較データを基礎にすべきであった）、血液型鑑定の実施、および証人 O と A の長期間の性的関係を尋問事項とする証人 C の証人尋問をそれぞれ申し立てた。しかし控訴審・ハム高裁は、Y の父子関係

る。(ウ) 事実解明の範囲について、裁判所は血縁関係の解明につながるすべての証拠方法を職権で取り調べなければならない。ただし、考え得る証拠の可能性をすべて尽くす必要はない。職権解明原則に基づく裁判所の義務は、すべての事情を評価して、被告が父か否かを確実に結論することができる限度まで、調査を続けなければならないことである。それが得られたとき、裁判所は父子関係を認定してよい（民法1600条 d 第2項）と説く。Zöller/P.Philippi, Zivilprozessordnung, 27. Aufl., 2009, §640 VII, Rn.30ff., S.1771f.

は「確実性に接した蓋然性」をもって確認されたとして、Yの控訴を棄却した（2003年9月2日判決。FamRZ 2004,S.897f.）。

判旨の概要は、(ア)第一審がDNA鑑定に基づき民法1600条d第1項によりYの父子関係を認定した点に、問題はない。アフリカ系人種についての生物統計学による蓋然性評価に基づき、蓋然性評価の修正後も、Yの父子関係の蓋然性値はなお99.995%である。鑑定人の補充説明では、誤った人種データの利用はアジア人種の出現頻度（asiatische Frequenzen）が引用されているのでなければ、コンマ以下3-4の違い（Verschiebungen in der 3.oder 4.Stelle hinter dem Komma）になることは、当部の知見とも一致する。(イ)また第一審のDNA分析が血液試料ではなく、だ液試料（正確には口腔粘膜）により実施されたとしても、鑑定の証拠価値に影響はなく、質の違いはないとの鑑定人の指摘は説得力がある。(ウ)Aとの性交渉を否認するYの反駁は不成功であり、Yの高い父子関係の蓋然性値は、証人Oが父ではあり得ないことを示している。(エ)これに加えて、生物統計学による補充鑑定をさらに実施する必要はない。①証人尋問の結果から、すでに十分な確実性をもって、A・O間に性交渉はなかったことが認められる、②また反証のための証人Cが出頭しないというのが、その理由である。AとOはある団体での共通の仕事を通じて知り合い、Oが仕事に関してAを何回か訪ねたと証言し、Aは宣誓保証もしている。これらの証言の正当性に疑問の余地はない。証人Oが1998年8月25日、Aの自宅に午前1時まで滞在したというYの主張について、それは、法定懐胎期間（1998年3月9日から同年7月6日まで）外であり、Aの妊娠が主たる話題で、Oの父子関係を推認させるものではない。(オ)証人Cについて、血縁関係手続における裁判所の解明義務を考慮して4回の呼出しを試みたが、Oの出頭がなく尋問できなかった。それ以上の試みは、鑑定結果および91年1月開始の手続終結へのXの利益を考えると正当ではない。

(3) 上告審判決 控訴審判決に対しYが許可上告を提起、連邦裁はそれを容れて、事件を原審に破棄差し戻した。連邦裁は、原判決の破棄理由と

して、①第一に、Yの証拠申立てにもかかわらず、証人Cを尋問しなかった点、②第二に、同様に補充的な血液型鑑定を実施・収集しなかった点をあげている¹⁷⁾。判旨の概要はつぎのとおりである。

(a) 第一の破棄理由について、(ア) 第一に、生物測定学 (生物統計学 *biostatistischen*) の方法による特定男性の父子関係の積極的証明は、結局のところ、子の血縁関係が異なる可能性 (場合によってはごくわずかな可能性であっても) を、数学・自然科学による絶対的な確実性をもって排除できない蓋然性の評価に基づいている。これは、実務上は獲得できない100%という父子関係の蓋然性値が要求されているためであり、したがって、その本性 (Art) からして、父子関係を解明する知識を伝えるのに適した、つまりAの多数関係の可能性の解明に適した他の証拠方法を、最初から不適格として拒否することはできない。Yに対する生物統計学の方法による鑑定が高い蓋然性値を示している場合であっても、それは原則として証人尋問による証明にも妥当する (連邦裁1988年7月13日判決 FamRZ 1988,S.1037,1038, 連邦裁1990年3月14日判決 FamRZ 1990,S.615f. を引用)。

(イ) 第二に、Cの証人尋問は、伝聞証言であるという理由で不適格とみなしてはならない。Cは、自身の具体的知見を語る証人であり、伝聞証拠の特別な不確実性ゆえに、証拠評価に際しては要件を高くする必要がある。またOがAとの長年の性的関係を認めていたというCの話しは、第一審の重要証人OおよびAの証言の核心部分を動揺させる。しかもその証言が本件の基準たる懐胎期間にも関連するなら、高裁はOも血縁鑑定に加えなければならなかった。

(ウ) 第三に、高裁は、証人Cの不出頭を理由にその尋問を中断してはならなかった。連邦裁は、記録に基づき証人Cが裁判所に出頭しなかった

17) 連邦裁は、原審はDNA鑑定だけに基づいてXの請求を認容したのではなく、原告母AとOの親密な関係も認定している旨、それに先立って指摘している (FamRZ 2006,S.1745f.)。

事情¹⁸⁾を検討したうえで、高裁がCを出頭・証言させることができなかったとはいえないと指摘する。裁判所が自らの解明義務を考慮して、証言の重要性に見合った、証言獲得のための試みを、ときには強制手段も含めてすべて実施したが、不成功に終わり、見通しうる期間内に当該証拠方法を獲得しうる確かな見通しがない場合にのみ、そうした理由による証拠申立ての拒否は正当である。しかし、裁判所が証人を期日に出頭させるための調査を限って、見通しうる期間内に尋問できるかという問題が検討されていないとき、その要件は存在しない。

(エ) 第四に、高裁が、証人Cの証言の重要性を限定的にみて、かつ継続遅延がすでに発生しているという理由から、Cの証言を獲得するためのさらなる努力を不相当と判断することは、先の判示と矛盾するものではない。当部は、先の判決(1993年2月10日判決, FamRZ 1993,S.691,693)で、父子関係訴訟では、他の証拠方法の証明力はたいてい不確実であることを考えると、医学鑑定を優先すべきである、したがって、事実審裁判官は、明らかな解明を期待できない証人尋問を強制されない、と判示している。しかしこれは、証拠方法の適格性に関しての判示であり、調査した血液試料の個人識別問題について、指名された証人が、血液試料の採取から実験室での検査までの過程を、余すところなく自らの知識で述べることはできないであろう。しかし同判決が、事実審裁判官は、尋問しても疑問を結局は除去できないという前提に立っている場合に、証人尋問を放棄できるという趣旨に解される余地がある限り、それは不適法な証拠評価の先取りと

18) 高裁の判旨によると、つぎのような事情である。(ア) Cは高裁管轄区域内に居住しているが、裁判所の任意の呼出し、および正規の呼出しにもかかわらず、裁判所に出頭しない。(イ) またそれとは別の2回の口頭弁論期日につき執行官はCを勾引することができず、Cは秩序金の科刑に対して執行は不可能であると主張しており、執行官の行為には対応を示している。(ウ) これより先に、Cは自ら執行官事務所に出向いて、社会扶助を受給していると述べて、宣誓に代わる保証をしたとの調書が記録に含まれている。(エ) さらにCは健康上の理由で再度の呼出しには応ずることができないと高裁事務局に届け出て、事件の証言には関心がないとして健康診断書の提出要請にも応じていない。

思われ、当部はそれには同調できないとする。

(b) つぎに第二の破棄理由について、連邦裁はつぎの点を指摘する。(ア) 高裁が、この申立てを、Yは口腔粘膜から得られたDNA分析の有効性を疑い、血液試料からの新たなDNA分析を要求しているという趣旨に解している限り、証拠申立てを訴訟上の意思表示(Prozessklärung)そのものと解する当部としては、それには従えないとする。2002年3月公表の「血縁鑑定の実施のための指針(Richtlinien)」(FamRZ 2002,S.1159ff. 以下、本稿では「02年指針」と略す。)によると、DNA分析は、原則として、血液試料の採取に基づき行われるべきであるとされる(2.3.1)。血液が血縁鑑定には最適の試料であり、口腔粘膜に比べて明らかに優位を示すからである。しかし連邦裁は、口腔粘膜の適格性の問題は論争点になっていないとする。(イ) 連邦裁は、Yの証拠申立ては、(あらゆる生物統計学上の蓋然性に反しても)自らの父子関係の排除を期待して、血液型鑑定(ないし、包括的な、他の血液成分も含めた血清学による血縁鑑定)を収集するという目標を追及している、との心証であるとする。そして生物統計学による方法で極端に高い父子関係の蓋然性値がすでに証明されているとき、例外的に、そのような補充鑑定の実施を中断できるかという問題(1994年1月12日判決, FamRZ 1994,S.506,507¹⁹⁾)について、連邦裁は、本件との鑑定による蓋然性値の違いを指摘して、本件では判断できないとする。すなわち、本件鑑定人の報告した99.995%の蓋然性値は2万人に対し1人の不確実性に相当し、94年判決とは比較にならないからである。

(ウ) 連邦裁は、こうした事情において、補充鑑定が、先の証拠結果を考慮に入れて、少なくとも重要な間接事実として、父子関係を否定する重要な事情をさらに解明するのに役立つ場合には、その補充鑑定は実施・収集

19) 判旨の原文は、「99,9999999999% = Unsicherheit von 1 zu 10millionen」という文章である。10兆人に対し1人の不確実、となろうか。鑑定事例でこれをどう表現して訳すべきか、たとえば「誤判の可能性」(後掲・連邦裁1973年判決参照)とでも訳すべきか、識者のご教示をお願いする。

すべきであり（**1994年1月12日判決 FamRZ 1994,S.508;1973年12月5日判決 FamRZ 1974,S.181**を引用）、本件はそれに該当するという。すなわち、血清学による補充鑑定が、Yの父子関係をより確実に排除する結果をもたらすことが、考えられないでもないからである。これに対し、証拠申立てが被告男性の父子関係について、その高い蓋然性値を相対化する目的しかなく、父子関係を否定するその他の事情が証明されない場合は、その証拠申立てを却下してよい（**1990年12月19日判決 FamRZ 1991,S.426,428**を引用）。

（エ）ただし連邦裁は、高裁に対し、民訴法412条・402条・379条による補充鑑定の実施・収集について、Yの相当額の費用の予納にかからせるか否かを調査するように命じている。

（c）連邦裁は、さらに破棄差戻し後の高裁の証拠調べについて判示する。連邦裁は、血縁鑑定、ベイズの定理による確率計算式など専門的判示をしており、ドイツ血縁鑑定の当時の基本原則を述べる部分と思われるが、専門外の筆者にはその簡約も困難である。この判旨部分は本稿では省略させて頂く。そのうえで連邦裁は、（ア）父子関係認定の学術的方法の証拠価値は、事実審裁判所が実施した鑑定に基づき判断すべきことである（**1990年10月24日判決, FamRZ 1991,185,187**）。高裁がさらに証拠調べを実施したときは、実施鑑定の証拠価値について、必要ならば改めて専門家の助言も得て、補充鑑定のなされた2001年初頭の頃以降に得られた学識も考慮に入れて、改めて調査しなければならない。

（イ）また生物学鑑定自体は、単独では、数学・自然科学による厳密な父子関係の証明を行う適格はないが、本件のような母、子および擬父の三人（トリオ）の検査で全員の遺伝子メルクマールが一致すると、擬父の父子関係について、実生活でいう疑いを鎮めるほどの確実性が明らかになるレベルの高い蓋然性が示される。その場合、事実審裁判官はそこから被告たる男性の父子関係を十分に確信することができる。これは、02年指針によると、99.9%以上の蓋然性値で、「父子関係は事実上証明された」というレベルになる（2.62）。

(ウ) 連邦裁は、こうしたトリオケースでのエッセン・メラー方式による父子関係蓋然性評価について判示する。2000年1月付けの本件鑑定はDNAシステムを用いており、1992年1月の連邦保健庁のDNA血縁鑑定実施のための指針（Richtlinien）（DAVorm 1993,S.689ff.）を援用している。そこでは、DNA分析は例外的に認められていた。しかし、1992年以降のDNA分析領域における学問の進展をみると、独立した（isolierte）DNA分析もまた、02年指針の要件に合致し、指針で求められた資質管理から判断して鑑定人の専門知識および慎重さに問題がないときは、父子関係確認手続において適格な証拠方法とみなすことができると判示する。すでに02年指針も、独立したDNA分析、マイクロサテライト方式による独立の検査を十分に評価し、単独で利用できるとしている（2.4.1.2）。

(エ) 02年指針が従来の指針と比べてどのような法的性質を有しているかは未定とするが、同指針は少なくとも10個の異なった染色体に基づき、最低12個の相互に独立したローカスの検査を要求している（2.4.2.1）。しかし、本件鑑定人は9個のローカスしか検査していない。連邦裁は、検査ローカスが多くなれば、鑑定の生物統計学的な証拠力もいっそう高くなるが、02年指針の要求は、現在の学術レベルにおいて、コスト面から正当化しうる最高限の確実性を得るための努力目標、裁判所の視点から最低限の要請と解すべきであるとする。得られた蓋然性値が個別事件で事実審裁判官の完全な心証形成のための証明要求に適っているかが重要であり、この観点から連邦裁は、できるだけ多数のローカス検査が推奨されなければならないとする。

(オ) 連邦裁はさらに、生物統計学による蓋然性値の信頼性は、いかなる人種データ（Populationsdaten）を基礎におくかによって相当な影響を受けるが、本件鑑定からは最初のヨーロッパ人種、ついでアフリカ人種・アメリカ人種のローカス検査でいかなるアリアル（対立遺伝子）の出現頻度（Allelfrequenzen）が基礎におかれたのかが分からない。補充説明でも、両人種間の出現頻度の違いを一般的に評価しているが、子の父につき必ず前提

とすべきアリアル（対立遺伝子。Allele）については行わず，包括的な安全的引下げ（Sicherheitsabschläge）の手法で蓋然性値の修正（99.999%から99.995%）をしたものと解される。具体的事案に即していないこうした一括的な結論の修正は，疑問であると指摘する。

ただし，ナイジェリア人の出現頻度（Frequenzen）を鑑定の基礎におくべきであったという上告の主張に対しては，連邦裁は，Yはナイジェリア生まれという認定しかなく，ナイジェリア人は様々の人種で構成されており，その判断は未定であるとする。もっとも，最近はアフリカの人種データが利用できるようになっている旨指摘している。

（d）連邦裁は最後に，控訴審は，申立てのあった血液型鑑定に加えて，またはそれに代えて新しい知見を考慮して新たなDNA鑑定を実施する，必要ならば別のローカス検査を，先の3人の遺伝子試料も加えて実施するのがよいかを調べなければならないとしている。

Ⅲ さらなる証拠調べ

1 破棄理由と先例

（1）判旨の概要 連邦裁06年は，（ア）原判決が，証拠調べにおいて，DNA鑑定，これに生物統計学による評価を用いた被告Yの父子関係の修正蓋然性値99.995%という鑑定結果，および原告Xの母AとOに対する証人尋問の結果に基づき，XY間に父子関係ありと認定した（民法1600条d第1項），（イ）しかし原判決には，①Aの多数関係（証人Oとの長期的関係）についての証言を期待した証人Cの証人尋問，および②補充的な血液型鑑定の実施を求めるYの証拠申立てをいずれも却下した点に違法があるとして，それを破棄し原審に差し戻した，（ウ）そして差し戻し後の高裁の審理に対して，①父子関係認定の学術的方法の証拠価値は，事実審裁判所が実施した鑑定に基づき自ら判断しなければならないと指摘し，②実施鑑定の証拠価値を必要があれば新しい学識を加えて再検査する，③02年指針に則してDNA鑑定は単独でも用いることができる，④生物統計学による

評価に際して、02年指針に従った検査に基づく心証形成が重要であり、基礎におくべき人種データ（アフリカ人種）の検討を指摘する、⑤そして高裁は、Y申立ての血液型鑑定（包括的な血清学による血縁鑑定）、または新しい知見を加えた新たなDNA鑑定を実施すべきかを調べるべきである、とする。筆者は判旨を以上のように理解した。

(2) 先例の引用 06年は、二つの破棄理由において連邦裁の先例をそれぞれ引用している。引用順にみると、第一の破棄理由では、①1988年7月13日判決、②1990年3月14日判決、③1993年2月10日判決、第二の破棄理由では、①1994年1月12日判決、②1973年12月5日判決、③1990年12月19日判決がそれである。これらの先例の一部は先の研究でも検討したが、06年判決を理解するために改めて考察することにする。

2 88年判決と90年3月判決

(1) 先例事案の特徴 連邦裁1988年7月13日判決（FamRZ 1988,S.1037ff. 以下、「連邦裁88年判決」、「連邦裁88年」、「88年」と略す。）および同1990年3月14日判決（FamRZ 1990,S.615f. 以下、「連邦裁90年3月判決」、「90年3月判決」、「90年3月」と略す。）の事案はいずれも、原告は非嫡出子（当時の民法1600条a, 民訴640条h・641条k）であり、その母の法定懐胎期間中の性交渉の相手である被告男性に対し、父子関係の確認とともに定期的扶養料を請求する訴えを提起したという（民法1600条o, 民訴640条2項1号・642条）点、そして連邦裁は被告男性の父子関係を認定した原判決を破棄差し戻したという点で共通している²⁰⁾。これらの点で、06年の事案とも共通している。ただし、当時適用された民法によれば、裁判所は、子を妊娠させた男を父と認定しなければならない（1600条o第1項）。

(2) 連邦裁88年判決 88年²¹⁾は、①高裁がさらなる証拠調べの申立てに

20) 豊田・一考察550頁参照。

21) 88年判決の事案は、(ア)原告Xは非嫡出子、被告Y男（イラン国籍の男性）に対し、Xの母Aとの法定懐胎期間中（1983年10月6日から1984年2月4日まで）

応じなかった点、②また、被告 Y 指名の多数関係証人の証人尋問を実施しなかった点を違法とする。88年は、職権探知主義が適用になる訴訟における職権証拠調べの範囲についての一般論を述べたうえで（Ⅱ 1 (2) (イ) 参照）、(ア) 職権探知主義の手続でも一般的に適用される証拠原則によると、高裁は Y 指名の多数関係証人（B および C）の証人尋問を中断してはならなかったとする。（イ）父子関係事件でも刑訴法244条の準用により証拠申立てを拒否しうる要件が認められるとき、①特に申し立てのあった証拠方法が主張事実の証明に最初から不適格かつ役立たないとき、②または証拠方法が得られないとき、証拠申立ては却下してよい。③しかし、証拠に基づきなされる主張事実とは反対の事実が、すでに別の証拠によって裁判所に確かであるという理由でもって、証人尋問の証拠申立てを却下してはならないとする。それは、実施していない証拠の証拠評価の先取りとなり、許されないからである。④本件において多数関係証人の証言を得られない事情は、A の証言の内容からも、Y による証人の指名からも認められない。

（ウ）88年はさらに、実施された親子鑑定の蓋然性評価方法の「本性」論をあげて続ける。すなわち、（第一審・U 鑑定人の）生物統計学による（biostatistischen）蓋然性鑑定は Y の父子関係の可能性を示しているが、血清学（serologisches）鑑定による父子関係の排除とは違って、生物統計学による特定男性の父子関係の積極的証明は、子の血縁関係が異なっている可能性（場合によってはごくわずかな可能性）を完全には排除できない蓋然性評価だけにに基づいている。したがって、他の証拠方法を最初から不適格として拒否してはならないのである。これは、原則として証人尋問も同

の性交渉を理由に父子関係確認および定期的扶養料の支払い請求の訴えを提起した。Y は 4 年半の共同生活中に A との性交渉はなかったとして争い、その間に A は他の二人の男性（B および C）と性的関係があり、その一人はイラン人であると主張した。（イ）第一審・区裁は、A の証人尋問、O 博士の血清学鑑定、U 博士の補充鑑定と生物統計学鑑定を実施し、これらの証拠調べに基づき X の請求を認容。（ウ）Y は控訴して A の多数関係人の証人尋問を申し立て、HLA 鑑定の実施がないと批判、しかしハンブルク高裁は、A の宣誓のうえでの再尋問を実施したのみで、控訴を棄却した。

様であり、Yが指名する多数関係証人の尋問拒否は手続法上許されない。

(エ) 88年は、高裁がYの父子関係の可能性を判断する基礎においた2人の鑑定人の鑑定結果、エッセン・メラーの方式によるYの父子関係の可能性を99.99%以上としたO鑑定、および99.9996%で決定的な証拠力を認めたU鑑定それぞれについて、その鑑定内容を検討して疑問点を指摘する。そのうえで、差戻しの後の高裁の証拠調べについて言及する（これについては、後掲V 2 (1) 参照）。

(3) 連邦裁90年3月14日判決 同判決²²⁾ (FamRZ 1990,S.615f.)も被告男性Yの上告を容れて、原判決を破棄差し戻している。判旨の概要をみると、(ア) 90年3月は常時の判例として88年(前掲II 1 (2) (イ))を引用して、控訴審は特定男性の父子関係について完全な心証を得るためにさらなる解明を約束する証拠をすべて取り調べなければならない義務があるが、必要な方法でそれを尽くしてなく、その判断は法的に疑問があるとする。(イ) Yの申立てによると、Aは証人B、E以外にKとも性交渉があった。Aは前二者(B、E)との性交渉を認め、Kとの性交渉も認め、それはすでに妊娠していた86年2月中であった、もしかすると2月8日までの法定懐胎期間内であったかもしれないと証言している。そうすると控訴審は、AとK

22) 90年3月判決の事案は、(ア) 原告Xは非嫡出子、被告Y男に対し、YとXの母Aは法定懐胎期間中(1985年8月10日から1986年2月8日まで)に繰り返し性交渉をした、同期間中にAが一度、他男Eとの性交渉があったとしてもそれは変わらないと主張し、父子関係確認および定期的扶養料の支払いを請求する訴えを提起した。(イ) 第一審・区裁は、AとEの証人尋問、血液型鑑定、HLA鑑定、生物統計学による鑑定(biostatistisches Gutachten)、これにS鑑定人の追加鑑定を実施、これらの証拠調べに基づきXの請求を認容した。(ウ) Yは控訴し、E、Aのあげる他男Kが多数関係人として鑑定に含まれてないとして補充鑑定を申し立てた。しかし控訴審・カマーゲリヒト(ベルリン高裁)はそれ以上の証拠調べをしないで、Yの控訴を棄却した。血清学検査(serologischen Befunde)によるとYはXの父として排除されず、かつ、標準的鑑定(Normgutachten)およびHLA方式による生物統計学による評価(biostatistische Auswertung)はYの父子関係蓋然性値を99.94%ないし99.95%とする鑑定結果からみて、血縁関係は完全に証明された、つまり、確実性に接した蓋然性をもって証明されたとして、民法1600条o第1項により父子関係が認定された、と判示する。

との性交渉時にすでに妊娠状態であったか、A証言の正当性についての認定がなく、上告審としては、Aはその期間にYとともに、血液型鑑定から父として排除されるBを除き、EおよびKとも性交渉があり、後者の2人(E, K)はXの父と考えられるという前提に立たなければならない。

(ウ) 区裁の鑑定からは、血清学的に(従来)排除されない前掲証人とAとの多数関係が、生物統計学による評価で考慮されていたことがうかがえない。また区裁は鑑定依頼にあたり「多数関係事案」と伝えず、Yの検査後、(その後に排除された)B以外に、証人Eも血清学鑑定を実施し、仮にEが父として排除されないならば、生物統計学の評価もするように依頼しているだけである。つまり、鑑定依頼はKに触れず、鑑定自体は多数関係人の考慮に言及していない。

(エ) 90年3月は、こうした事情においては、Yの父子関係についての鑑定の蓋然性値(生物統計学による蓋然性値99.94~99.95%)は、あるいは高すぎるかもしれないとする。EとAの多数関係は計算方法に影響し、したがって生物統計学の評価結果に影響することは、排除できないからである。そうすると、Yの父子関係は前掲蓋然性値に基づき完全に証明されたとした事実審裁判所の判断の基礎には問題がある。90年3月は、Aの多数関係を考慮した場合にどれほどの蓋然性値が考えられるのか、積極的な父子関係の証明にとってその蓋然性値で足りるかは、判断できないとする。

(オ) このように述べて、90年3月は、認定された父子関係の蓋然性値から、カマーゲリヒトがさらなる証拠調べを中断したことは許されないとする。Yは多数関係人(EおよびK)をも鑑定に加えた証拠調べの申立てをしており、その申立てを拒否するのは、証拠調べをしていない証拠について不適法に先取った評価となるからである。90年3月は、88年判決(判旨(2)(ウ)部分)を引用して、血清学鑑定による父子関係の排除と異なり、生物統計学の方法による特定男子の父子関係の積極的な証明は、蓋然性計算だけにに基づき行われるものであり、子の血縁関係が違う可能性(場合によってはきわめてわずかな可能性)を完全に排除することはできない。し

たがって、その本性からみて、父子関係を解明する知識を伝えるのに一般的に適した他の証拠方法を最初から不適格として拒否することはできない。

(カ) これは、排除されない多数関係証人の血清学検査の申立て、および、証人に対して被告 Y の父子関係を疑わせる蓋然性を認定するための生物学の評価にも妥当する。そのような証拠方法は、Y の蓋然性値が高い場合にも、原則として、まったく不適格とみなすことはできない。可能性値が99.73%以上あるときは、多数関係人に対して、血清学による排除しかないと説くカマーゲリヒトの見解を批判して、90年3月は、二人の擬父が99.73%をこえる蓋然性値をそれぞれ示したケースが文献にあると指摘して、正当ではないと判示する。

(キ) 連邦裁は、カマーゲリヒトは、さらなる（補充的な）生物統計学鑑定の実施を求める Y の証拠申立てを、要証の主張事実と反対の事実がすでに実施した証拠調べの結果から確かであるとの理由で、却下してはならないとする。

3 若干の考察

(1) 事案の特徴 06年の破棄理由に則して事案の特徴をみると、(ア) 06年の原告は、①婚姻関係にある男女間の子（民法1592条1号）、②父子関係の認知を受けた子（同条2号）のどちらにも属さない子（同条3号）である。88年および90年3月の原告も同様の立場ながら、いずれも当時は非嫡出子（民法1600条a。改革法により98年以降は削除）であった。(イ) 他方、被告男性は、06年はナイジェリア生まれのアフリカ人、88年はイラン人である²³⁾。鑑定対象者がいかなる人種に属するかは、生物統計学鑑定の実施に必要な基礎データとなる。(ウ) 各事件とも被告男性以外に、原告母の多数関係、つまり、複数の性交渉の相手男性が争点になっている。①06年では母との性交渉を自らは否認した証人 O 男、②88年は被告男性から母との

23) 本稿では検討していないが、連邦裁06年判決は判旨の冒頭部分で国際裁判管轄の問題について検討している。

性関係を名指された2人の多数関係人（その一人は被告と同じイラン国籍）、③90年3月は、母が性交渉を認めた多数関係人（EとK）がそれである（もう一人のBはその後の鑑定で排除）。（エ）すべての事件の証拠調べで親子鑑定が実施され、非常に高い父子関係の蓋然性値が報告されている。①06年の（i）第一審では、原告・被告・原告母の3人（トリオ）に対するDNA鑑定、（ii）控訴審では生物統計学による蓋然性評価の修正がなされたが、父子関係の蓋然性値は非常に高い総合値99.995%である。②88年の第一審では、血清学鑑定（O鑑定）で99.99%以上、補充鑑定と生物統計学鑑定（U鑑定）で99.9996%の蓋然性値、③90年3月では、血液型鑑定、HLA鑑定、生物統計学鑑定が実施され、HLA方式による生物統計学の評価で99.94%ないし99.95%の蓋然性値である。02年指針は、99.9%以上の蓋然性値は、「父子関係が事実上証明された」というレベルと定めているが（2.2.6）、各事件で報告された蓋然性数値はこれをこえている。（オ）06年は、02年指針に則したDNA鑑定の単独利用に言及しているが、88年や90年3月ではまだそうした判示はみられない。後掲・1990年12月判決は、伝統的な検査方法と併用してDNA鑑定を用いる旨判示している²⁴⁾。また06年の原判決（2003年9月2日）が引用する92年指針や93年指針（1.3.2）²⁵⁾も、DNA鑑定の併用を定めている（これを、仮に「併用説」と呼ぶ。）。

（2）証人Cの証人尋問 本件では被告Yからの、原告母Aと仕事上の同僚O男との長期間の性的関係を尋問事項とする証人C（「Dr.」（博士）の片書き。）の証拠申立てが問題になった。（ア）06年は、原審が「入手できない」という理由で証人尋問を実施しなかった点に、裁判所の解明義務の懈怠、却下要件の違法判断を認めている。（イ）06年は明示していないが、88

24) 豊田・一考察557頁。そこでも引用しているが、同様の事件で同旨を述べる連邦裁判例として連邦裁1990年10月24日判決（FamRZ1991,S.185ff.;NJW 1991,S.749ff.）がある。

25) Arbeitsgemeinschaft der Sachverständigen für Abstammungsgutachten in der Bundesrepublik Deutschland e.V., Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten (stand:26.11.1993),FamRZ 1994,S.872ff.

年は民事訴訟事件における証拠申立ての却下基準として、刑訴法244条を準用する旨判示している。刑訴法244条は、①真実の探知のため裁判に重要なすべての事実および証拠に、裁判所の職権探知が及ぶ旨規定し（2項）、②このほか3項から5項で裁判所が証拠申立てを拒否してよい場合を具体的に規定する。③すなわち、証拠調べが不適法なときは、証拠申立てを拒否しなければならない（3項1文。訓示規定）、④それ以外に、証拠調べが明らかに不必要であるとき、⑤要証事実が裁判に意義をもたないとき、またはすでに証明されているとき、⑥証拠方法がまったく不適格である、または入手できないときなどに限って、裁判所は証拠申立てを拒否してよいと定める（3項2文）²⁶⁾。学説も、刑訴法244条の準用を肯定している²⁷⁾。職権証拠調べにおいても、裁判所は原則として当事者の証拠申立てに従わなければならないが、他方、濫用的な証拠申立てには応じない限界線の役割として、刑訴法244条が期待されている²⁸⁾。

（ウ）06年は、母Aと証人Oの各証言の証拠力を動揺・打破する伝聞証言が期待される証人Cの「不適格」または「入手不可能」（刑訴244条）を詳細に検討し、高裁判断の違法性を指摘する。06年の判示部分（前掲註18）は、「入手不可能」要件²⁹⁾について具体的事情を示して、しかし、それらの事情ではまだ足りないことを明らかにしている点に先例的意義が認められる³⁰⁾。なお06年と異なり、88年、90年3月とも、多数関係証人自身に対する証拠調べの申立てを却下したケースである。06年が、Cの証人尋問を伝聞証言という理由で不適格とみなしてはならないと指摘しているのは

26) 同条第4項は鑑定人尋問の証拠申立てを拒否しうる場合、第5項は検証実施の証拠申立てを拒否しうる場合を、具体的に規定する。

27) たとえば、Stein/Jonas/Schlosser,ZPO,§640 III1a)bb),Rn.34,S.191;Wieczorek/R.A.Schütze,Zivilprozeßordnung und Nebengesetze,3.Aufl.,3.Bd.2.Teilbd.§§592–703d,§640 III1a)aa),Rn.67,S.690 usw.

28) Wieczorek/Schütze,ZPO,S.690

29) たとえば、指名された証人が外国にいて、司法共助手続がないときはそれに当たる。vgl.W.Zimmermann/E.Schneider,ZPO 7.Aufl.,2006,§284, 5f,Rn.12,S.568f.

30) Vgl.M.Wellenhofer,Anmerkung zu BGH,U.v.3.5.2006,FamRZ 2006,S.1750.

(1) (イ) 参照), このような事案の違いを考慮したように思われる。

(3)「本性」論 06年は、第一の破棄理由の最初に、生物測定学または生物統計学による父子関係の蓋然性評価(100%の蓋然性数値には達しない)に基づく父子関係の積極的な証明方法を述べて、そうした鑑定手法の「本性(Art)」からして、他の証拠方法を不適格として却下してはならないとする(Ⅱ2(3)(a)(ア)参照)。すでに88年(Ⅲ2(2)(ウ)), 90年3月(3)(オ))とも、「血縁関係が異なる可能性は非常に小さくとも」さらなる証拠調べを求める際に、そうした血縁鑑定による父子関係証明の「本性」から同様の判旨を述べており、06年の判旨もほぼこれらの先例を踏襲しているものとみることができる。これを、仮に「本性」論と呼ぶことにする。

(ア)ところで、「生物統計学による評価」とは、国民の個々の血液型特徴が出現する頻度を統計的に調べ、検査血液が被告男性の父子関係の存否をどれほどの蓋然性値で示すか調べる方法であり³¹⁾、HLA鑑定やDNA分析などでも行われるといわれる³²⁾。06年は、被告男性の人種が認定されてなく、またアフリカの人種データの利用可能を指摘している(Ⅱ2(3)(c)(オ))。これは、差戻し後の高裁証拠調べで新しく考慮されるべき点になると思われる。(イ)非嫡出子から法定懐胎期間中に母と性交渉したとして、当該男性に対し父子関係の確認および定期的扶養料の支払いが請求された同様の事件で、連邦裁1973年6月6日判決(BGHZ 61,S.165ff.;NJW 1973,S.1924ff.)がこの鑑定方法について判示している³³⁾。すなわち、血清学検査で積極的な父子関係の排除が判明しなかったとき、統計学による評価が特別な意義をもち、鑑定人は今日、エッセン・メラウの方式を通常用いる。多数学説によると、必要とされる遺伝子出現頻度(Genfrequenzen)

31) G.Beitzke,Rechtsfragen der Vaterschaftsgutachtung,in,G.Beitzke/H.Hosemann/P.Dahr/H.Schade,Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis,3.auf.,1978,S.35f.;P.Dahr,Blutgruppengutachte,in,Beitzke usw,a.a.O.,S.141ff.;K.Roth-Stielow,Der Abstammungsprozeß.2.Auf.,S.131f.

32) Staudinger/Rauscher,BGB,Vorbem zu §§1591ff.Rn.106,S.148.

33) 連邦裁73年判決については、豊田・再審(二・完)修道24巻1号34頁参照。

の知識，すなわち，各血液メルクマールが国民中でどれだけの頻度で現れるかについての必要的知識は，ドイツ国民については十分に確実なものとなみなされている。この父子関係の蓋然性値は，血清学的に同じ100件のうち，裁判官が父と名指された男性を子の父と認定したとき，裁判官が何件において真実を発見できるかという問題をパーセンテージで答えるのである。つまり，父子関係の蓋然性値が98%であるときは，100件の同様の事件で98人の真実の父と2人の非父が出るという意味である。つまり裁判官は全部で100件の父子関係を認定した場合に，2件の誤判を犯すことになる，とする。

(4) 連邦裁93年判決 06年は，第一の破棄理由の判旨部分（エ）で，父子関係訴訟では他の証拠方法の証明力からして，医学鑑定を優先すべきである旨判示した連邦裁1993年2月10日判決（NJW 1993,S.1391ff. 以下，「連邦裁93年判決」，「93年判決」，「93年」と略す。）を引用する。

(a) (ア) 93年判決は，非嫡出子である原告Xが，母Aと性的関係が約7年間あったとして，既婚男性Y（乗馬施設の経営者）に対し，父子関係の確認および定期的扶養料の支払いを請求する訴えを提起したという事案である。ここでは被告男性Yの父子鑑定の不協力態度が問題になっているが^{s34)}，93年は被告Yの上告を棄却した。

34) 訴訟経過は複雑である。(ア) 被告男性Yは，乗馬施設を経営者する既婚者，母Aはそこで働いていた独身女性である。(イ) 第一審・区裁は，Aを証人尋問，Aは法定懐胎期間中の反復的な性交渉を証言し，Yが名指した多数関係証人，W男およびO男はAとの性交渉を否認した。血清学鑑定が命ぜられたところ，Yは2人の医師（家庭医T博士，病院医師S博士）による血液試料に基づき，父子関係はあり得ないとの鑑定結果となった。しかし，血液採取に際の個人識別検査は，連邦保健庁の当時の指針（1977年。2.2.1）の要請に応じていなかった。(ウ) 他方，Yに対しては，本件原告と別の子から父子関係確認訴訟が先に提起され，この前訴における血液型鑑定の評価によるとYの統計的父子関係蓋然性は98.95%であった。(エ) 本件区裁は，Yに対しHLA鑑定のための血液採取をさらに命じたが，Yは拒絶，採取血液の個人識別について2人の医師の尋問を求めた。区裁は中間判決でYに血液採取の拒否権限なしと判断し，Yの即時抗告も却下された。区裁は，Z鑑定人の強制による血液採取をYに命じたが，Yは医学的に困難とす

棄却理由をみると、(イ) 第一に、原審は民法1600条o第2項の推定により被告Yの父子関係を認定しており、その要件は母Aの証人尋問の証言によって証明されたとする。職権探知主義が適用になる本件手続でも、証拠申立ての拒否は刑訴法244条3項による。AがYの馬に毒を入れた嫌疑に関する検察庁の記録からYがA証言の信用性を批難している点について、93年は、原審はそれに関する間接事実が本件裁判に重要ではないと判断したもので(刑訴244条3項2文)、法的瑕疵はないとする。

(ウ) 第二に、原審は2人の鑑定人・医師(S博士とT博士)の血液採取方法についての証拠調べを、証人は自らの行為についてのみ情報を提供できるが、鑑定人は血液採取からその到着までの事実関係を余すところなく解明することは確実でないとして、その証拠申立てを却下したものであり、職権探知原則の違反はないとする。そして父子関係訴訟ではたいていは不確実な他の証拠方法の証明力を考えると、医学鑑定が優先されなければならない(連邦裁73年判決を引用)。したがって、事実審裁判官は明らかな解明を期待できない証人尋問を強制されない。

(エ) 第三に、原審がYの証明妨害の法思想に基づき、指名された医師の証人尋問の可能性を盾にしてYは血液採取を拒絶できないとした点、Yの血液採取の拒絶、血清学鑑定およびその他の解明方法の拒絶によっても、父子関係に重大な疑い(民法1600条o第2項2文)は生じていないとして、Yに対応した点に問題はない、と³⁵⁾。

る医師の文書を提出、そこで区裁は証明妨害を理由にXの請求を認容した(1989年2月27日判決)。

(オ) Yは控訴し、重篤な病気でさらなる血液採取に応じられないと主張した。控訴審・カールスルーエ高裁は中間判決で、医療措置の際に血液採取は必要でありYに要求できると判断した。しかしYは拒絶、医師に対してデータの第三者への提供を禁止し、遺伝生物学鑑定、その他の検査も拒否した。Yは、幻想症の変調があり、再度の血液型検査も遺伝生物学鑑定も医学的に実施すべきでないとした専門医の確認文書を提出した。高裁はAを再尋問し、Yの控訴を棄却した。これに対しYが上告した。

35) 連邦裁93年判決が引用する原判決によると、(ア) 原審は「証明妨害の効果」

(b) 06年の判旨部分 ((2) (エ) 参照) は、93年の判旨部分 (ウ) を踏襲している。(ア) 93年は、血液試料の個人識別問題について2人の鑑定人(医師)の証人尋問は、鑑定作業のプロセスを考えて「不適格」(刑訴244条3項2文)と判断したと思われる。したがって06年のいう「証拠方法の適格性」も、それと同じ趣旨が考えられているのであろう。(イ) しかし同じ文言を掲げていても、93年引用の73年は、「他の証拠方法」の証拠力と比較して、医学鑑定が一般的に優位している旨判示しているようにも読める。

①今日の学問レベルによれば、全非父のすでに約93%が「明らかにあり得ない」というレベルで父子関係から排除される、②また70年来、血液

を否定したうえで(連邦裁1986年4月9日判決を引用)、(イ) 2人の医師(家庭医 T 博士、病院医師 S 博士)の血清学鑑定 (Y の父子関係を否定) により重大な疑い(民法1600条の第2項2文)が生じないという問題点について、S 鑑定人の鑑定結果はYの父子関係を否定し、家庭医 T 採取の血液もそれと一致するが、これらの採取血液が本当にYの血液であるかは重大な疑問がある。(ウ) いずれの血液採取も連邦保健庁の指針による個人識別検査および記録化の要請に合致せず、両血液試料とも、別訴で K 鑑定人が指針を遵守して採取したYの血液試料と一致しない。(エ) また本件での S 鑑定人の供述によると、二つの血液試料と別訴の血液試料は同一人物に由来せず、K 鑑定の血液試料を鑑定の基礎においたならば、Y の父子関係は排除されず、むしろ98.95%の父子関係蓋然性値となり、「父子関係はきわめて蓋然性がある」というレベルである。(オ) 職権探知の過程でこのような矛盾点が明らかになっており、Y が前訴当時に第三者の血液を持ち込んだという主張は重要ではなく、HLA 鑑定の実施なしで明らかになった98.95%という蓋然性値が重要であるとする。

原審が引用する連邦裁1986年4月9日判決 (JZ 1986,S.42ff.;NJW 1986,S.237ff.;FamRZ 1986,S.663ff.) は、(ア) 一方当事者による証明妨害(被告男性の血清学鑑定の不当な拒否)が血縁訴訟でも相手方に不利益な結果になってはならず、むしろその効果は当該当事者に命中しなければならない。(イ) 当該被告は、信義則の要請により、自ら不当に妨げた鑑定が実施されていないとして、裁判所はすべての事情を考慮していないと主張できない。かえって同被告は、鑑定が実施されて、父子関係について重大な疑いは生じなかったように扱われなければならない、とする。筆者はかつて、この判例が証明妨害の法理を肯定したかのような理解をしている。豊田・再審(二・完)修道24巻1号51頁、同・秘密(五・完)修道35巻622頁。しかし信義則により不利益判断をしたと解するべきであり、お詫びして訂正させて頂く。

型検査に基づく父子関係証明、血清統計学証明が存在する、という判示部分（BGHZ 61,S.165,170）からもそれはうかがえるように思える。06年が指摘する「証人尋問を一般的に放棄」する姿勢は、93年より73年に認められるが⁸、06年は、証拠評価の不適法な先取りに一般的に警告を発する狙いでそうした判示をしたものと解せようか。

IV 補充的な血縁鑑定

1 破棄理由と先例

第二の破棄理由は、補充的な血液型鑑定（または他の血液成分を含む包括的な血清学による血縁鑑定）の証拠申立てを原審が却下した点の違法である。06年は、補充鑑定に、父子関係を否定する間接事実を示す重要事情のさらなる解明を期待するとともに、父子関係の蓋然性値を相対化させる証拠申立てはそれに当たらないと指摘する（II 2 (3) (b) (ウ) 参照）。

06年は、ここで①連邦裁1994年1月12日判決（FamRZ 1994,S.506ff. 以下、「連邦裁94年」、「94年判決」、「94年」と略す。）、②同1973年12月5日判決（FamRZ 1974,S.181f. 以下、「連邦裁73年」、「73年判決」、「73年」と略す。）、③同1990年12月19日判決（FamRZ 1991,S.426ff. 以下、「連邦裁90年12月判決」、「90年12月判決」、「90年12月」と略す。）を引用している。

2 90年12月判決と94年判決

90年12月および94年は、いずれも88年および90年3月と同様に、原告は非嫡出子、被告は母の法定懐胎期間中に性交渉したとする男性であり、原告から父子関係確認請求訴訟が提起されている（94年は定期的扶養料請求も）。しかし終局判決をみると、90年12月が06年や前掲2件（88年、90年3月）と同様に原審への破棄差戻し判決であったのに対し、94年は被告男性からの上告を棄却している。この点で、06年は94年と異なっている。

（1）連邦裁90年12月判決 同判決は、イタリア国籍でドイツに居住する非嫡出子Xが、イギリス国籍の被告男性Yに対し、父子関係確認請求訴訟

をドイツ国内の裁判所に提起したという事案である³⁶⁾。90年12月は、①職権探知主義の事件で、民法1600条 o 第2項の推定規定によって被告男性 Y の父子関係を認定した原審・フランクフルト高裁の原判決は、事実審裁判官の判断の枠内にある、②しかし高裁が Y のさらなる DNA 鑑定による証拠調べの申立てを却下した点について、却下要件の理由づけが不十分であるとして、原判決を破棄差し戻した³⁷⁾。

(ア) 90年12月は、職権探知原則が適用される父子関係事件での裁判所の解明義務を常時の判例法理であると判示し（引用判例は06年の引用判例と異なる）、本件でも高裁がさらなる解明を約束する証拠調べをしないで、推定規定（民法1600条 o 第2項）により血縁関係を認定したのは、職権探知主義に合わないという見方もできる、証拠には DNA 分析と組み合わせた分子生物学鑑定（molekularbiologischen Gutachten）の実施も含まれる。ただし、その方法が絶対的に父子関係を証明できるかとなると疑問であり、

36) 事案の概要は、(ア) 原告 X 女は非嫡出子としてドイツ国内で出生（1987年2月22日）、母 A と暮らしている（二人ともイタリア国籍）。X は Y 男（イギリス国籍）に対し、父子関係確認訴訟を提起、Y は長年 A と付き合い、法定懐胎期間（1986年4月26日～8月25日）を含めて性交渉をしていた、最後は1986年5月半ばで、Y は5月25日に A の妊娠を知り関係を絶った、と主張した。被告 Y は法定懐胎期間中の性交渉を争い、最後の性交渉は4月21日、4月21日から5月2日まで学校のクラス旅行に参加して帰ると A は他男 B および C と性的関係があることを知り、再度の性交渉はないと主張した。(イ) 第一審・区裁は、A と Y を尋問、血液型鑑定と血清学鑑定を実施、鑑定人は、24の血液型システムを鑑定して、Y は父として排除されないと認定した。鑑定人は、父としての蓋然性値99.994%、非父としての排除率99.4%を報告している。それに基づき、区裁は X の請求認容。(ウ) Y は控訴して、DNA 分析による鑑定実施を申し立て、再び懐胎期間中の性交渉を否認し、その間の A の多数関係（B および C）を主張した。フランクフルト高裁は、A と多数関係人（B、C）を証人尋問、さらに S 鑑定人による HLA システムによる補充鑑定を実施した。S 鑑定人は、Y は HLA システムによる検査結果では、父子関係を排除されない、非父としての排除率は、HLA システムだけで93%、第一審の鑑定結果も考慮すると99.993%になる、そしてエッセン・メラー方式による父子関係の蓋然性値は総合値で99.9996%としている。これにより高裁は、控訴を棄却した。これに対し Y が上告した。豊田・一考察552頁参照。

37) 同判決は、国際裁判管轄、抵触法の問題についても判示しているが、省略する。

その検査方法も結局は蓋然性評価の方法で行われるからである。(イ) 90年12月は、その約2か月前の連邦裁1990年10月24日 (FamRZ 1991,S.185ff.) を引用して、この10月判決は伝統的な検査方法と並べてDNA分析を利用し、分析結果を他の検査方法と組み合わせて血縁関係の解明に用いる旨判示しているとする。したがって、裁判所が実施した血清学鑑定に基づき、父子関係の完全な心証が得られず、疑問が残る場合には、DNA鑑定を実施することに問題はなく、解明のためには必要でもある。(ウ) しかし90年12月は、本件がこれに当たるかは疑問とする。(i) 高裁は、懐胎期間中の被告Yの性交渉を認定しており、これに父子関係の推定(民法1600条o第2項)が結び付き、「重大な疑いはない」という前提に立っている。(ii) 他方で、高裁は、実施鑑定の結果について、YはXの父であるとの心証を得られたと判示しており、これは、鑑定結果に基づきYの血縁関係は完全に証明されたとみなして、直接的な父子関係の証明がなされた(民法1600条o第1項)ということを示している。(iii) 鑑定人Sが血清学検査の生物統計学評価で得た蓋然性値、および、その他の証拠調べの結果から、事実審裁判官の評価として、Yが父であるとの心証に達したことに、法律上、問題は無い。(iv) 父子関係の積極的な証明は、相応的に高い蓋然性が得られたときに証明があったとみなすことは、判例で長く承認されており、本件でもそれは同じである。こうした事情において、職権でさらに解明または調査すべき理由はないとする。

(エ) しかし90年12月は続けて、原審がDNA鑑定実施の証拠申立てを拒否した点を違法と判示する。(i) 88年と同様に刑訴法244条の準用を説いたのち、補充的な血清学またはその他の自然科学による鑑定が申し立てられる限り、別の鑑定人による再鑑定ではなく、従来の鑑定中では考慮されていなかった学問上の知識によるものであることが明らかでなければならない。(ii) 裁判所は、そのようにしてなされた証拠申立てを、①その事実を真実と判断しているとき、または、②申立ての証拠方法は得られない、もしくは③主張事実を証明するには不適格であるときのみ、拒否してよい。

(オ) 90年12月は、しかし原審の判断はそのような理由ではなく、父子関係の証明にDNA鑑定は不要としているだけである。すなわち、①血清学鑑定の結果から、十分な確実性をもった蓋然性値により父子関係は証明されている、②母Aの証人尋問からも、また多数関係人と名指された男性の証人尋問からも、父子関係を否定するなんらかの事情は明らかにならないという二つの理由があげられているが、90年12月はそのような理由ではYの証拠申立ての拒否を維持できないという。(カ) YはXの父ではないと主張して、Xの父から排除されることをその申し立てた証拠によって証明しようとしているのである。原審は、DNA分析がその証明にまったく不適格であると判示していないし、その問題を調査したこともうかがえない。ただし90年12月は、その調査は原審に委ねられているが、申し立てられた証拠方法を最初からまったく不適格と判断できたとは思えないとする。(カ) そして、すでに存する蓋然性値に基づいて、もっと強力な間接事実が父子関係を示すかもしれないときも、当部は、DNA分析がYを父から排除する可能性が、非常にわずかであっても存することを、やはりあり得ないとはいえないとする。これが当たっているか、それとも、血清学検査の結果があるときに、DNA分析に排除認定のためのいかなる適格も認めないかは、必要ならば専門家の援助を得て、原審が判断しなければならない。証拠方法がまったく不適格と分かれば、申立てのあった鑑定を実施する必要はないし、そうでなければ申立てを認容しなければならない。

(キ) 90年12月は最後に、その際に、鑑定の実施は相当な費用の予納に係らせなければならない(民訴法379条・412条の引用)と述べている。

(2) 連邦裁1994年判決 つぎに94年は、非嫡出子の原告Xが被告Y男に對し、父子関係確認および定期的扶養料の支払いを請求した事件である。控訴審・デュッセルドルフ高裁は、民法1600条o第1項によりYの父子関係を認定した³⁸⁾。連邦裁は、被告男性Yからの上告を棄却した。

38) 原審は、実施した証拠調べの結果からYはXの父であると判断した。実施鑑定は、特別な専門知識をもち経験豊富で著名な鑑定人Hと、国際的著名人Rに

(ア) Yは上告理由で、R鑑定の証拠価値に対し、前鑑定の生物統計学評価の検査だけで、他のHLAシステムによる鑑定や別のDNA分析（シングルローカス分析、マルチローカスシステム分析）に期待できない理由も示していないと批判して、原審は別の鑑定人に鑑定依頼をすべきであったと主張する。これに対し94年は、(i) Yは原審においてR鑑定の正当性、その心証形成力や証拠価値に対して異議を述べることもなく、また、意見陳述のためにその出頭要請、あるいは別の鑑定人・上位鑑定の実施の申立てをしていない。(ii) 原審は義務的裁量により職権で解明を尽くさねばならないが、R鑑定は設定された証明問題に十分に回答し、Yの父子関係に疑問はないとの評価をしており、法的疑問はないとする。原審は、R鑑定人のさらなる検査にいつそうの排除は期待できないと判断している。R鑑定人の要約によれば、統計的分析は99.9999999999%（註38参照）で、Yの父子関係は事実上証明されたという前提に立ってよい。DNA鑑定結果を除いた血液型データでも、蓋然性値はなお99.99999998%あり、非父100億人のうち2人は排斥可能である。つまり、血縁問題の解明のために、DNA鑑定は必要ないという意味である、という。

(イ) 94年は、この証拠調べの結果に基づき、原審がさらなる証拠調べを中断したことに手続違背はないとする。94年は、90年12月などを引用して、(i) 本件ではYは法定懐胎期間中の母Aとの性交渉を認めており、多数関係を示す重大な証拠もない、(ii) またY指名の多数関係証人Sも母Aとの性交渉を否定しており、それはAの証言とも一致している、(iii) さらに父ではないことは分かっている旨のY自身の口頭弁論での主張は、追従しうる証拠（例えば、生殖能力の欠如）がないと指摘して、Yの父子関係を否定する事情はないとする。したがって、原審が（エッセン・メラー

- よって行われたもので、約40個の血液型システムと4個のDNA多型性に基づき得られたYの父子関係の蓋然性値は99.9999999999%であり（小数点以下、11桁に9が並ぶ数値・筆者）、Y以外の他男の父子関係は事実上あり得ないほどに極端に高いものである。それにより民法1600条o第1項による父子関係の積極的な証明が行われたのであり、同条2項による父子関係の推定は行われていない。

の方式による) 99.9999999999%という非常に高い父子関係蓋然性値に基づき、マルチローカスシステムによる DNA 鑑定を実施しないで、Y が父である(民法1600条の第1項)との心証に達したことに問題はないとする。

(ウ) 94年は、刑訴法244条3項の準用について88年、90年12月などと同旨を説く。しかし94年は、90年12月判決当時の手続法の状況と本件とでは、基本的な点で比較にならないとする。(i) 当時の手続では、DNA 分析は、シングルローカスシステムによっても、マルチローカスシステムによってもまだ実施されていない。(ii) また90年12月の被告は、法定懐胎期間中の母との性交渉を否認し、子の父ではないと主張した。(iii) こうした理由から、90年12月は、事実審裁判官に、DNA 分析の助けを得て、被告が父子関係から排除されないか否かを調査するように命じたのであるとする。

3 若干の考察

(1) 事案の特徴 ここでも事案の特徴みると、(ア) 06年や88年と同様、90年12月の被告男性は外国人(イギリス国籍)である。(イ) また06年と同様、①90年12月は原告母の多数関係が争われている。被告男性は母との性交渉を認めつつ、法定懐胎期間中の性交渉を否認し、かつ2人の他男(BおよびC)との多数関係を主張している。②他方、94年の被告男性は母との性交渉を争わず、かつ母と他男(証人S)との性的関係を主張している。(ウ) 証拠調べをみると、いずれも父子鑑定が実施されている。①90年12月の第一審は、原告母の証人尋問、被告男性の本人尋問、親子鑑定として血液型鑑定(24血液型システム)と生物統計学による鑑定を実施、被告は排除されないとの認定がなされた(父子関係蓋然性値99.994%、非父の排除可能性99.9%)。控訴審は、母および2人の他男(BとC)の証人尋問、HLA システムによる補充鑑定(生物統計学による評価との組み合わせ)が実施され、エッセン・メラー方式による蓋然性値は総合値99.9996%である。②他方、94年は控訴審で40個の血液型システムおよび4個のDNA 多型性に基づく鑑定が実施され、Yの父子関係の蓋然性値は

99.999999999999%であった。Yの上告理由によると、Yは実施鑑定の生物統計学による評価の再検査の申立て以外に、HLAシステムによる鑑定、別のDNA分析がなかった旨主張したとするが、94年はYから再鑑定または上位鑑定の申立てはなかったと認定している。(エ)被告男性の父子関係蓋然性値をみると、94年がきわめて高く、90年12月および06年修正値が同じ数値で続く。前掲3件も含めると、①94年、②88年と90年12月、③90年3月と06年、④73年の順になり、73年を除くと、いずれの蓋然性値も02年指針にいう99.9%以上の数値(「父子関係は事実上証明された」レベル)である(2.2.6)。

(2) 補充的な血縁鑑定 90年12月および94年によると、(ア)「補充的な血縁鑑定とは、実施された鑑定ですでに用いられた学識による鑑定ではなく、新規の学識を用いる鑑定でなければならないとする。06年が、差戻し後の控訴審に対し、証拠調べで「2001年初頭の頃以降に獲得された新しい学問上の知識」を考慮するように要求しているのは(Ⅱ2(3)(c)(ア))、これらの先例に従っているものと解される。また生物統計学の評価において、最近はアフリカ人種のデータが利用できるようになったという指摘(Ⅱ2(3)(c)(オ))も同様に理解してよいのかもしれない。

(イ)ところで、本件当時の民訴法旧641条i(現行家事非訟185条に相応)は、父子関係事件の確定判決に対して、父子関係に関する「新しい鑑定」に基づく原状回復の訴え(再審の訴え)を規定していた。同条にいう「新しい鑑定」(1項)の意義について、立法者意思に反して判例は緩やかに解し、更新された鑑定、または前訴判決の当時はまだなかった学問上の知見の必要はないと解している³⁹⁾。そうすると、連邦裁は補充鑑定については「新規性」を要求しながら、再審事由に関しては緩和的解釈をしていることになる。これは、補充鑑定については、使用しうる証拠方法をできる限り広げながら、新規性要件で一定範囲に絞るという効果があるだろうか。他方、

39) 豊田・再審(一)、(二・完)修道23巻2号250頁、24巻1号32頁以下参照。

再審の適法要件である新規性については、再審原告に有利な解釈により再審の門を拓ける効果が予想される。このような扱いの理由や正当性については、本稿ではまだ検討できていない。

(3) **90年12月の評価** 90年12月の父子関係の蓋然性値は「99.9996%」であり、原判決の破棄差戻しという結論に対し当時の学説の評価は分かれている⁴⁰⁾。

(a) この点について、06年が引用する3件中で最も古い連邦裁1973年判決に注目してみたい。この事件の原告Xは確定判決により扶養料支払いを命じられた男性で、被告・子Yに対し父子関係の取消訴訟（*Vaterschaftanfechtungsstreit*）を提起した⁴¹⁾。本件や他の引用先例とは異なった事案である。控訴審・シュトットガルト高裁は、法定懐胎期間中の性交渉を否認するYの母の証言、およびエッセン・メラーの方式による血清統計学鑑定によれば98.5%の父子関係蓋然性値が得られたとして、Xの請求を棄却した。上告審では、控訴審が遺伝学鑑定をさらに実施しなかった点が問題になり、73年はつぎのように判示して原判決を破棄した。

（ア）血清統計学鑑定（客観的評価の可能な遺伝メルクマールを基礎における）の証拠力の方が遺伝生物学検査（主観的に把握され、その結果はメンデルの法則によって述べることは不可）のそれより大きい⁴²⁾が、いかなる場合も遺伝生物学鑑定の証明力がまったく意義なしといえるほど低いという評価はできない。むしろ連邦裁判例でも認められているように、遺伝学調査方法の今日レベルでは、遺伝学の鑑定人は、特定の子と男性の父子関係を、疑うことなくそれに基づきその趣旨の認定をしてよいほどに高度の

40) 豊田・一考察557頁参照。

41) 1969年8月19日の非嫡出子の法的地位に関する法律（BGBl I 1, S.1243ff.）第12章3条2項1文は、父子関係は、男が子の父ではないことを確認する訴えまたは申立てによって、取り消すことができる旨規定する。73年事件の訴えはこの規定に基づくと思われるが、父子関係を認知して、扶養料の支払い義務を負った男に対し認められる訴えとされる。vgl. K. Roth-Stielow, Abstammungsprozeß, Rn.208ff., S.80ff.

蓋然性をもって、肯定または否定することができる。したがって、血清統計学がそのような高度の蓋然性をもたらす場合にのみ、血清統計学鑑定により遺伝生物学鑑定の証拠価値を否定してよいのである。

(イ) フンメル説によると、2%の誤判率（これは、99.8%の父子関係蓋然性値に相当し、同種類の1000件の事件で、裁判官は2度だけ間違えることになる）および、それ以下の誤判率は、事実上、父子関係が証明されたと同じである。裁判官は、父子関係の蓋然性値が99%から、父子関係を通常確信することができる。したがって原則として、事実審裁判官は、①特段の事情のない限り、血清統計学検査が99%からの父子関係蓋然性を示すときは、遺伝学鑑定は血清統計学検査に基づき得られた心証に影響を及ぼさないとの前提に立ってよい。②しかし血清統計学による蓋然性が99%より下であれば、同じようにはいえない。学説の見解によっても、蓋然性が95%から99%の間であれば、疑いの存否や程度は各事件の事情に左右されるとする。父子関係を肯定する別の間接事実がさらに加わったときのみ、通常は、重大な疑いは除去される。③父子関係の蓋然性が95%に満たないときは、父子関係について重大な疑いは残る。

(ウ) したがって、本件で血清統計学による蓋然性が98.5%のとき、遺伝生物学鑑定にまったく意義がないとはいえない。遺伝生物学鑑定が、Xの父子関係を否定するきわめて重大な間接事実であることは否定できない。たとえ蓋然性はないかもしれないが、それでも、遺伝生物学鑑定が父子関係を否定するきわめて重大な間接事実としてあらわれることが、まったくあり得ないとはいえない。しかしそうだとすると、血清学検査に、多数関係に関する母の証言の信ぴょう性に対する意義はもはや認められない、ということではないとする。

(b) (ア) 上記判旨からは、73年が破棄理由として考えているのは、(i) 血清統計学による蓋然性値98.5%は、父子関係を通常確信できるレベル（フンメル説）ではなく、父子関係を肯定する別の間接事実がさらに必要であること、(ii) メンデルの法則で説明できない遺伝生物学鑑定も、高度の

蓋然性をもって、父子関係を肯定または否定できる証拠力があること、
(iii) たとえ蓋然性はないかもしれないが、遺伝生物学検査は父子関係を否定する重大な間接事実を示すことが考えられないでもない、という点であろう。73年があげる遺伝生物学鑑定のさらなる実施は、06年が補充的な血縁鑑定に求める働きと同じものであり、それゆえに73年が先例として引用されたのであろう。そこでは、血清統計学鑑定に遺伝生物学鑑定を併用する考え方が認められる。

(c) これに対し、90年12月は、高い父子関係蓋然性値99.9996%とともに、被告男性は法定懐胎期間中の性交渉を争い、かつ2人の他男の多数関係も主張していたケースである。90年12月は、①しかし分子生物学鑑定の蓋然性評価の「本性」論から職権探知義務違反、破棄差戻しという途をとらず、証拠方法の不適切（刑訴244条3項2文）の観点から原判決を違法とした。88年、90年3月と異なる手法であり、90年12月は、血縁関係の「完全証明」があったという高裁の判断（民法1600条o第1項）に違法はないとみている。②もっとも被告は、高裁の認定にもかかわらず、母の多数関係について争っていた事案である。そこで90年12月は、血清学鑑定について、その「本性」論を補充鑑定の局面にも持ち込み、「Y排除のチャンスは非常に小さいかもしれないが」という留保を付して高裁にDNA鑑定の検討を促している（V 2 (1) (エ)）。この留保は73年や88年を思い出させるし、補充鑑定としてDNA鑑定を併用する考え方は、その直前の90年10月を踏襲したものではないと思われる。しかし、職権証拠調べが行われる訴訟における当事者の証拠申立ての限定的な意義を考えたとき⁴²⁾、90年12月の破棄差戻しは、結果として、いったん心証形成を終えて終結した証拠調べを再び

42) 弁論主義のもとでは、証拠の申出は証明責任を負う当事者がしなければならないことである。たとえば、Prütting/Gekelein/Lumen, ZPO, 8. Aufl., §284 G 1, Rn. 38, S. 855. これに対して職権探知主義訴訟での証拠申立てについて、たとえばシュタイン・ヨナス（シュロッサー）のコンメンタールは、証拠申立てがないときも、裁判所は血縁関係を解明することに、それが可能である限り努めなければならないと述べる。Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, §640 IIIa) aa, Rn. 33, S. 190.

続行させることになるであろうが、そうした証拠調べの事後的な拡大は正当かという疑問が生じないではない⁴³⁾。06年は、証拠申立てを訴訟上の意思表示と解したうえで、90年12月を、証拠結果を相対化させる証拠申立てを却下した先例とも解しうるような位置で引用しているが（Ⅱ 2 (3) (b) (ウ) 参照）、しかし、90年12月も DNA 分析の検討をさらに高裁に促した判例である。

(4) **94年の評価** 94年は、高い蓋然性値がある証拠調べの結果により、さらなる証拠調べを中断したことに手続瑕疵はないとする（Ⅳ 2 (2) (イ) 参照）。（ア）94年はその際に90年12月を引用しているが、判旨の末尾に「父子関係を否定するその他の事情がない限り」という留保を付している。そして94年は、「本件ではその他の事情は明らかになっていない」と指摘して、前掲の事実をあげている（(イ) (i)～(iii)）。そうすると、残る証拠は、統計学分析によるきわめて高い蓋然性値を示す鑑定結果のみである。94年は、これに基づく原審の完全証明ありとの判断（民法1600条 o 第1項）に違法はないとみたものであって、この点で90年12月と共通性がある。

(イ) 06年は補充鑑定を中断してよいケースとして、94年を引用している（Ⅱ 2 (3) (b) (イ) 参照）。本件との蓋然性値の極端な違いをその理由としている。

(5) 鑑定の費用

(a) 06年は補充鑑定の実施を被告からの経費の予納にかからせる旨（民訴402条・412条・379条）判示するが、90年12月が同旨の判示をしている（Ⅳ 2 (1) (キ)）⁴⁴⁾。その規定をみると、裁判所は、証人の呼出しを、証人尋問により国庫に生ずる経費を負担するのに十分な予納金を支払ったことにかからせることができる（民訴379条1文）。これは鑑定にも準用される

43) 本稿ではこれ以上に検討できないが、判例・学説において議論があるようである。vgl. Staudinger/Rauscher, BGB, Vorbem zu §§1591ff., Rn. 59, S. 119f.

44) 同様の考え方をした下級審判例については、豊田・一考察561頁以下参照。

(民訴402条)⁴⁵⁾。また裁判所は鑑定（結果）を十分でないとした場合には、同一または別の鑑定人による新たな鑑定を命ずることができると定められている（民訴法412条1項）。この規定による命令は、原則として裁判所の義務的裁量に委ねられる⁴⁶⁾。高額な鑑定費用の予納義務は、濫用的な血縁鑑定実施の申立てを抑制する効果を期待できよう⁴⁷⁾。

(b) (ア) 血縁鑑定の費用問題についていま検討する余裕はないが⁴⁸⁾、ツェレエ高裁2013年1月30日判決（FamRZ 2013,S.1669ff.）が本稿の課題に関して大変興味ある、かつ重要な問題点を提示している⁴⁹⁾。里親家庭（Pflegefamilie）で育った原告Xが被告Y男に対し父子関係確認を申し立て、これに対しYは一卵性双生児の兄弟Tも法定懐胎期間中（1998年3月28日から7月25日）にXの母Aと性的交渉があったと反論しているという事案である。第一審区裁の証拠調べでは、全PCRシステムの検査では、原告の母AがYの血縁近親者と性的交渉をしていないとの前提で、Yは父から排除されない、父子関係は事実上証明されたという鑑定、YとTは遺伝学上区

45) これらの規定については、vgl.Prüftung・Gehrlein/T.Trautwein u.C.Katzenmeier, Zivilprozessordnung,8.Aufl.,2016,ii §379,Rn.1ff.,S.1194,§402,Rn.2,S.1228.

46) たとえば、①提出された鑑定が妥当でない事実上の要件に基づいている、または矛盾点を含むとき、②新鑑定人がより良い検査方法を用いることができるとき、③提出された鑑定が不完全であるとき、④新しい学問上の知識が存在するときなどに、新鑑定の実施義務が存するとされる。vgl.Prüftung・Gehrlein/Katzenmeier, ZPO,§412,Rn.1ff.,S.1255f.

47) Wiczorek/Schütze/Schlüter,ZPO,§640 31a)aa),Rn.67,S.690.

48) ドイツのある弁護士（Roland Hoheisel-Gruler）のサイト（<http://anwaltsbiolg.wordpress.com>）によると、父・子・母のトリオに対する裁判所の父子関係テストの費用は、1人当たり300～400ユーロ、総額で900～1200ユーロになるとする。また後掲チュービンゲン医科大学（Universitäts Klinikum Tübingen）のホームページによると、官公庁のDNA父子検査の費用は、2人（擬父と子）で600ユーロ、3人で（父・子・母）で900ユーロとなり、さらに1人増える毎に300ユーロが加算されるとされる。

なお、鑑定人の報酬については、法律（Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz - JVEG）が定めている。

49) この判決の評釈として、vgl.C.Henn,Anmerkung zu OLG Celle für Familiensachen,U.v.30.01.2013,Jurs 2013,S.147ff.

別できず、どちらがXの父か確認できないという補充鑑定が提出されているが、区裁はXの請求を認容した。Y控訴、控訴審・ツェレエ高裁が実施した血縁鑑定では血縁関係を解明できなかった。なお鑑定人Sは、一卵性双生児のケースで鑑定は学問上技術的に新領域に立ち入ることになり、成功の見込みは不明と記した文書を事前に提出していた。控訴審は、YがXの父であることを確認できないとして、Yの控訴を認容した。

(イ) Xが憲法抗告、連邦憲法裁は2010年8月18日付け決定で、原判決を取り消して事件を原審に差し戻した。連邦憲法裁は、高裁判決は、基本法1条1項と結び付いた同法2条1項によりXの「一般的人格権」を侵害していると説示する (FamRZ 2010,S.1879f.;NJW 2010,S.3772)⁵⁰⁾。

50) 連邦憲法裁は、(ア) 人格権の自由な発展を求める権利および人間の尊厳 (基本法2条1項・1条1項) は、個人に私的な生活形成の自治領域を保障し、個人は其中で個性を育み守ることができる。しかし、そのような個性の理解・発展は、その構成要素を知ることと密接にかかわり、それには血縁関係が含まれると述べる。(イ) これに続けて、人格権は自己の血縁関係を知る権利を付与するものではなく、入手可能な情報を知らされないことから保護するものである。その保護は、基本権の担い手に、血縁関係を知るのに必要であり、かつ、知らされていない情報にアクセスできる手続が開かれているときにのみ、付与され、今日の学問レベルからして、特に当該人物の遺伝上の遺伝物質 (die genetischen Erbsubstanzen) はそれに当たると指摘する。

(ウ) 連邦憲法裁は、以上の基準からみて、原判決は抗告人Xの一般的人格権を侵害しているとする。(i) 第一に、高裁は、事実関係をさらに調査することなく、他の機関に対し、全ゲノムシーケンスという方法を用いてXの血縁関係の解明を依頼しなかった点で、Xの基本権の射程距離を誤って解している。鑑定人の書簡によると、民間業者からの申し出によりこの方法を無償で利用する可能性があり、これによりXの血縁関係を解明できるかを調査する手掛かりはあった。本来ならば高額な費用負担が国庫に生ずる検査方法であるが、同書簡によれば、民間業者の申し出を受け入れることで国庫に費用負担は生じなかったかもしれない。もっとも、不相当の費用がかかったのに知識獲得の見込みはわずかで、子の血縁関係が解明されないケースはありうるが、その場合は、基本権の担い手が知らない、入手可能な情報は存在しなかったという扱いになる。連邦憲法裁は、本手続がそうしたケースであったかは、高裁がさらに事実関係を調査していないため判断できないとする。(ii) 第二は、高裁が、鑑定人が提案する調査すべきSTRマーカーを増加する方法は、現在の学術レベルに従った裁判所の経験によれば、「父子関係が完全に証明された」というレベルの必要な蓋然性値を得られないとし

(ウ) 差戻し後の再審理で、ツェレエ高裁は、証拠決定に基づき全ゲノムシーケンスの方法 (whole genome sequencing) により X の血縁関係の解明可能性について証拠調べを実施した。そして高裁は、X の血縁関係は、期待しうる方法 (民訴旧372条 a 第1項) での今日の学術レベルによると、遺伝子の血縁鑑定によって、また証人の証言によっても、身分訴訟での判断に必要な「確実性に接した蓋然性」をもって解明することはできないとの心証を得たとして (民訴286条)、Y の控訴は理由があると判示する。判旨の概要はつぎのとおりである。

(i) 第一に、父子関係の法律上の推定 (民法1600条 d 第2項1文) は、区裁と異なり、成立しないとする。高裁は母 A の証言から、法定懐胎期間中 (98年3月15日から4月15日) に A は T とともに4月15日まで性的交渉をしていたことが認定されるとして、Y の父子関係については「重大な疑い」が残るとする (BGH, FamRZ 1989, S.1068, 1069)。

(ii) 第二に、差戻し前に当部が実施した S 血縁鑑定 (2007年10月4日) は、新しく採取した血液試料に基づき、最新の学識に従った、費用のかかる広範囲の検査結果である。生物統計学評価のために、最近実施された DNA シーケンス (STR-マーカー) の方法により、1033の遺伝子ルーカス Genorte (Loci) が検査された。高裁は、このようにして得られたデータによっても、遺伝学上は同一人物とみられる2人の推定上の父から X を排除することはできない、破棄差戻し後のさらなる事実関係の解明による結論は、従前の判決 (09年3月4日付け判決) と異なった判断にはならないとする。

(iii) 第三に、必要な全体的評価によれば、単に理論的考慮に基づき、実

て、この方法を拒否した点である。高裁がその点の専門知識をどこから引用したのか、追証できない。鑑定人の提案した方法は、新規性の点で際立っているが、いかなる経験がその手続の実施を妨げているのかが明らかではない。高裁が援用する02年の血縁鑑定実施指針 (FamRZ 2002, S.1159) は、個別的事案の裁判に直接的な拘束力をもたない。これは、基本法20条3項 (裁判官の法・法理への拘束) から導かれる。

務で従来まだ試みられていない学識を獲得しようとするさらなる検査は、Yに対しても、Tに対しても「要求しがたい」(民訴旧372条a)とする。①同条とその規定内容は、現行非訟家事法178条1項に引き継がれているが、血縁関係を確認するための検査は、一般的に承認された学術上の原則に従って、事実関係の解明を約束し、かつ、その検査方法および結果の効果からみて、肉体的精神的に健康に対する不利益な効果を生ずることなく、かつ、被検査者に要求できるものであるときにのみ、当該検査は受容できるものであって、高裁は、証拠調べの結果全体からみて、本件はそれに該当しないとする。Yの精液提出の拒絶は正当であり、秩序罰の制裁による強制的な実施(民訴390条)は考えられない。またTも精管切断手術により精子の提供はできない以上、同様である。したがって、(鑑定費用の負担を申し出た)E有限会社への依頼に際して、必要とされる再度の血液採取に服従すべき義務はない。

(iv) 第四に、S鑑定人の提案する全ゲノムシーケンス(whole genome sequencing)という方法について、高裁は、①実験的な性格で、一般的な学術原則に応じたものではないと評価する。したがって、DNA分析のためのその利用は、憲法上保護された権利(基本法1条1項・2条)を侵害する点で、YおよびTに対して要求できない。原則的に、それは、身分手続の証拠調べの枠内での血縁関係確認のための検査の意義および目的に合わないとする。②さらに、その方法による解析は、DNAフィンガープリント(遺伝子の指紋)と異なり、精神・性格・または病気に関する人格遺伝子を推論することになり、特に遺伝子中の、従来明らかにされていない病因を明らかにするという問題点があると指摘する。情報に関する自己決定権は、自己の遺伝因子を明らかにしないとする個々人の判断も含む。この権利は、自己の血縁関係を知りたいというXの権利と比較衡量されなければならない(ヨーロッパ人権裁判所 EuGHMR ,NJW 2012, 2015 Rz.60ff.der Grunde, zu Art.8 EMRK)。しかし高裁によると、不十分な知識の獲得しか予想されない本件では、相当性という憲法上の原則によっても、YおよびTに有利

な考慮結果になる。したがって、遺伝子検査法17条1項・2項により必要とされる遺伝子検査への同意を、民訴法372条a第2項・387条、遺伝子検査法17条7項による裁判（検査の強制命令）によって代替することは考えられない。

③したがって、高裁によると、遺伝子による血縁検査は、S鑑定人の鑑定およびE有限会社の申し出による方法によっても、考えることはできない。その方法は、鑑定人の選任（民訴404条1項）およびその活動に対する管理（民訴404条a）に関する法規定と整合性がない。いかなる第三者が選任され、鑑定人の依頼で検査の一部にかかわるのか、そこで得られた遺伝子情報は誰が所有するのか、高裁がそれについて最終的にコントロールできない。基本法上重要な、被告（および証人）の人格権の核心部分にかかわる証拠調べの対象を考えると、それでは一般的な管理・指示義務に十分応えられない。

（v）最後に、血縁関係の解明に適した、期待しうる方法（民訴旧372条a）で遺伝子分析によって獲得すべき情報は、現在のところ入手できないとする。ただし、S鑑定から考えうるケースとして、父と考えられる一卵性双生児をそれぞれ含めて、特に血液からのDNAを用いて学問のさらなる発展によって、子の血縁関係の解明が将来可能になるケースについて、高裁は、民法1598条aによる手続によって獲得される新たな血縁鑑定を提出できたとき、Xには非訟家事法185条1項による原状回復の訴えが開かれると示唆する。それに基づいて父子関係が確認されると、民法1600条d第4項、1607条3項によってXはさらに扶養料返還の途も開かれる。

（c）DNA鑑定の限界事例として一卵性双生児のケースが知られているが⁵¹⁾、ツェレエ高裁2013年判決もそれと同様の事案である。連邦憲法裁のいう「人格権の侵害」を理由に、差戻し後の控訴審では、全ゲノムシーケンスの方法による血縁鑑定が実施された。なお、先の控訴審の審理で

51) 連邦裁1989年6月7日判決（FamRZ 1989,S.1067ff.;NJW-RR 1989,S.1223ff.）などの先例がある。豊田・再審（二）修道24巻1号83頁参照。

鑑定人は民間業者の費用負担の申し出を提案していた。この方法によると、通常は12個の遺伝子検査に対し、1033個の遺伝子検査が実施され、そのための準備コストも12万ユーロをこえるといわれる⁵²⁾。血縁鑑定に医学・自然科学分野からの最新の学識を期待し導入すればするほど、それに伴う鑑定費用の高額化は当然に予想される。連邦憲法裁がいう原告の人格権保護((ウ)), 再審理のツェレエ高裁が指摘する全ゲノムシーケンス方法の問題点((6)(ウ)(iv))など、父子関係事件の証拠調べについて将来に検討されなければならない重要な論点を提供している判例であろう。なお、現行非訟家事法81条によると、血縁関係事件の手続費用は、裁判所が公平な裁量によって関係者に課すと定められている(1項)。ただし、未成年の関係者には費用は課せられない(3項)⁵³⁾。

(6) **DNA 分析の検査試料** 本件第一審のDNA分析の検査試料は口腔粘膜から採取されたものであり、02年指針の求める血液試料に基づくものではなかった。06年は、血縁鑑定には血液が最適の検査試料であると判示しながら、口腔資料の適格性は原審では論争点ではなかったとしている(2(3)(b)(ア))。

(a) 下級審判例であるが、ミュンヘン高裁2011年6月14日決定(FamRZ 2011,S.1878f.)は06年判決を引用して、この問題について言及している。申立人Xが、相手方Yに対し、民法1598条aにより、生物学上の父子関係の解明のために、相手方が遺伝子血縁検査に同意し、かつ、血液試料の採取に服するように義務付ける旨を求める申立てを行ったという事件である。

(ア) YはXと亡妻Aとの娘であり、相続争いから両者の関係は破綻した。そこでXは、Yが彼の生物学上の娘であるか否かを解明するため本件申立てを行った。区裁はXの申立てを認容し、①Xとの血縁関係を解明す

52) Henn,Juris,S.148.

53) 血縁関係事件の費用負担の問題(家事非訟81条)があるようであるが、本稿では検討できない。vgl.W.Keuter,Zur Kostenbeteiligung minderjähriger Kinder in Abstammungssachen,FamRZ 2013,S.923ff.

るため Y は遺伝子検査に同意する、② Y は血液試料の採取に服する義務がある旨の決定を下した。Y 抗告、抗告審・ミュンヘン高裁は、抗告は基本的には理由がないとした。

(イ) しかし高裁は、Y の血液採取服従義務は、血液試料の提出が命じられている限り、限定しすぎた内容であり、Y には不均衡な負担であると指摘する。法律は所定の場合に、検査に適した遺伝子試料の採取に服従することのみを要求し、試料は一般的に承認された学問上の原則に従って採取されなければならない。それは、場合によっては、血液試料の採取を含むこともあるかもしれないが、Y に提出責任のある遺伝子試料が、別の方法でも適切に採取できないかが問題である。(iii) 血液検査実施のための指針の要請によると、検査試料は医師が採取し、検査試料としては、原則として血液試料がふさわしい、血液試料は、最大の分析可能性を提供する、ただし、例外的ケースでは口腔粘膜が役立つとする (2.3.1)。また連邦裁 2006 年 5 月 3 日判決は、指針を引用して、血液は血縁鑑定に最適の試料であり、口腔粘膜に比べて明らかに優位を示していると述べている (BGHZ 168,S.79;FamRZ 2006,S.1745)。

(ウ) これに対し高裁は、ほぼ10年前に公表された指針の文言がなお学術水準に合致しているかは、疑問があると指摘する。それ以降、血縁鑑定は別の方法で得られた遺伝子試料、特に口腔粘膜の方法によってますます拡大承認されるに至っている。したがって、指針にいう原則・例外の関係は、その後はむしろ逆転して評価すべきではないかという疑問がある。高裁は、法医学の実務の状況について検討したうえで⁵⁴⁾、一般的に規定され

54) ミュンヘン高裁は、つぎのような法医学実務を例示的に示している。(ア) ドレスデン工科大学法医学研究所の血縁検査インフォメーション (2011年6月13日) では、DNA 鑑定の「4. 検査試料」について、口腔粘膜の組織を用いる、そのために血液採取は必要ない、綿棒を用いて検査する人物 (通常は、母、子および擬父) から粘膜を採取する、としている。(イ) またチュービンゲン医科大学人間遺伝学研究所・チュービンゲン医療遺伝学 (Medizinischen Genetik) のインターネットサイト (2011年6月13日) によると、「いかなる試料が必要か?、血液か口

た法文をこえて、Xの私的な父子関係鑑定に関して、Yの服従義務を血液試料の提出に限定するように定める理由は明らかでないとする。かくして高裁は、Yに有利となるように、口腔粘膜の試料提出義務という形に決定を修正した。

(b) ある高裁裁判官(グリュン)は、オリジナルな検査試料や血液型システムの検査を必要とする検査が求められる場合に、口腔粘膜による方法は好ましくないとして、鑑定依頼に際して検査試料として血液採取をするように明示すべきであると指摘する。血液採取は02年指針でも推奨されており、また補充鑑定を考えるとその方法が優先されるべきである、と説く⁵⁵⁾。02年指針はその後2008年に若干の補訂が行われているが⁵⁶⁾、新生児

「口腔粘膜か?」について、①裁判所の鑑定については、常に擬父と母の血縁試料の検査が必要になる、ただし子供の場合には、場合によっては口腔粘膜だけでも行うことができる。血液採取は、3-5 ml EDTA 血液が必要であり、操作や取り違えを避けるために個人識別検査をし、それを書面で確認する、これは医師が行われなければならない、さらなる操作方法は裁判所が定める、とする。②他方、私的鑑定については、血液か口腔粘膜の試料を用いることができる。擬父、母および子の検査では、口腔粘膜検査の証拠としての確実性は血液検査のそれと同じである。擬父と子だけの検査の場合、極端な例外的事例に限って必要な証拠としての確実性が得られないとする。「口腔粘膜による父子関係テスト」について、その採取は大きかりなコストも必要なく実施できる。小さな歯ブラシ様のもので5回から8回、ほほの内側の粘膜をこする。これはまったく痛みのない方法で、赤ん坊でも問題なく実行できる。口腔粘膜により、擬父、子および母の関係は、血液検査に匹敵する99.99%以上の証拠能力が得られる、とする。

これらの組織のホームページをみると、ドレスデン大学は前掲文書を現在も掲げている。<https://tu-dresden.de/med/mf/rem/das-institut/forensische-genetik> (2017年10月4日現在)。しかし、後者のチュービンゲン医科大学の研究所施設は、その名称が変わり (Institut für Medizinische Genetik und Angewandte Genomik)、また「いかなる試料が必要か?」という事項の解説からは前掲「裁判所の鑑定」部分が削除されている。

<http://www.medgen-tuebingen.de/de/d-abstammungsuntersuchung.html> (2017年10月4日現在)

55) Vgl. Grün, Vaterschaftsfeststellung, Rn.402, S.235f.

56) Deutschen Gesellschaft für Abstammungsbegutachtung (hrsg.), Leitlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten,

や病人に対しては、解剖学関係の難しさおよび精神的外傷の可能性を理由に、口腔粘膜の実施を可能としている。

V 差戻し後の証拠調べ

1 06年判決

06年は、差戻し後の控訴審の証拠調べについて、①Yが申し立てた血液型鑑定、または必要ならば、新しい知識を考慮に加えた、新たなDNA分析を実施するのが好ましいかを調査しなければならないと指摘する。②また生物統計学の蓋然性評価については、最近はアフリカ人の人種データが利用できるとしており、それに応じた蓋然性評価の再検討がなされるものと思われる。ただし06年はDNA分析の単独利用も肯定しており、高裁は①の鑑定との併用、または単独のDNA分析の実施について調査することになるであろう。

2 先例

(1) 88年は、生物統計学鑑定の「本性」論から、(i) 被告男性の指名した証人尋問(母の多数関係人)を実施して、その信憑性ある⁵⁷⁾証言によって争点に対する母の証言の信用性に疑念が生じたときは、多数関係証人に血清統計学鑑定を実施し、その結果次第では、証人の父子関係の可能性の調査を含めたさらなる鑑定の実施をあげている。(ii) さらにペルシャ人の対立遺伝子の出現頻度値(Frequenzwerte)がヨーロッパ国民のそれと同程度に生物統計学による評価に用いることができないことが明らかになったときは、必要ならば遺伝生物学鑑定の実施をあげている⁵⁸⁾(FamRZ

57) 判旨は、証人の「信憑性のある」証言がある場合としている(FamRZ 1988,S.1039)。豊田・一考察554頁参照。

58) 88年はここで3件の先例を引用する。一件は前掲73年である。他の2件は、連邦裁1974年6月26日判決(FamRZ 1974,S.598ff.)と同1963年11月13日判決(FamRZ 1964,S.150ff.)である。3件とも、連邦裁は差戻審に対し遺伝生物学鑑定の実施を指摘しており、06年の引用もこれによるものと思われる。

1988,S.1038f.)。生物統計学鑑定の基本人種データの見直しという点で、88年は06年の先例に位置しよう。

(2) 90年3月も88年と同様に、生物統計学鑑定の「本性」論から、被告男性が控訴審で求めた多数関係証人(証人E, K)に対する補充的な血清学検査の申立てを却下した違法を指摘する(FamRZ 1990,S.616)。多数関係証人に対する補充鑑定の実施の検討という点で、06年と共通性が認められよう。73年については上述した(IV 3 (3) (a) 参照)。

(3) 90年12月は、差戻し後の控訴審にDNA分析の実施調査を直ちに求めるのではなく、父子関係の蓋然性値を前提に、DNA分析が排除認定の適格を有するかを自ら判断したうえで、それを実施すべきであるとする(FamRZ 1991,S.428)。94年が指摘するように、この事件では、被告男性は法定懐胎期間中の性交渉を争い、原審はその主張を認めなかった。また原審はDNA鑑定を実施していない。そこで90年12月はDNA鑑定の併用説の立場からDNA分析の適格性調査を原審に委ねたものと解される。

VI お わ り に

1 先の研究で連邦裁の職権証拠調べの研究対象としたのが、88年判決および90年12月判決であった。そして連邦裁は、母の多数関係の事案では、事実審裁判所に相当慎重な証拠調べを要求する考え方である。しかしその

各判例をみると、(ア) 73年の判旨は前述した(IV3 (3) (a) (b))。(イ) 63年は、前訴・扶養料請求訴訟で父と認定されて扶養料の支払いを命ずる確定判決を受けた男性から子に対する父子関係不存在確認訴訟で、連邦裁は原告の父を証人尋問する申立て、および遺伝生物学鑑定の申立てを却下した高裁の判断を違法とする。(ウ) 74年は非嫡出子の原告が母の法定懐胎期間中の性交渉の相手男性に、父子関係確認請求および定期的扶養料請求訴訟を提起した事案で、高裁が血清学鑑定、血清統計学鑑定を実施し、被告は父子関係から排除されず、エッセン・メラウ方式で79%の父子関係蓋然性値、証人尋問(原告母、被告が多数関係人とする他男M)に基づき被告の父子関係を認定したのに対し、連邦裁は、その蓋然性値では被告の父子関係を決定できないレベルであり、重大な疑いを排除できないとする、そして差戻し後の高裁に対し、遺伝生物学鑑定の実施および、可能ならば証人Mも医学鑑定に含めるように命じている。

ような傾向に抑制的な下級審判例もみられ、また学説では連邦裁の絶対的な真実志向に批判的な見解もある、以上のようなまとめをしている⁵⁹⁾。

2 連邦裁2006年判決を検討するにあたり、改めて先例を読み直してみた。しかしその作業に追われてしまった結果、06年と先例の判旨の紹介にとどまり、学説の評価や議論まで含めた検討をすることはできなかった⁶⁰⁾。最後の試みとして、06年が原判決を破棄して「さらなる証拠調べ」を求める際の2つの「破棄理由」に注目して若干の考察を行うことにする。

(1) 第一の破棄理由で、06年は父子関係の解明を約束する、使用しうる証拠をさらに調査するように高裁に求めている。これは、事実審裁判所の職権証拠調べ義務という法律上の根拠（民訴旧640条1項・622条1項。現行家事非訟26条に照応）によって基礎づけられる。そして、この際の実質的根拠となるのが、06年（II 2 (3) (a) (ア)）が述べているように、血縁鑑定による父子関係蓋然性計算の（筆者が付した仮称であるが）「本性（Art）」論とでもいうべきものではないかと考える⁶¹⁾。原告母の多数関係が争われている事案では、実施した生物統計学鑑定による父子関係蓋然性評価の「本性」を考えると、「他の」証拠方法もさらに証拠調べをすべきであるという扱いになる。06年は、この「本性」論の点で、88年や90年3月と同系列に位置している。したがって、原告母に多数関係がないと認定され、極端に高い蓋然性値が示された「例外的」事案（94年判決）を除くと、事実審裁判所は使用しうる証拠方法がある限り、さらなる証拠調べを続けなければならない。すべての血縁鑑定の方法を尽くしたとき、今日では事実上、いかなる事件も解決されるといわれるが⁶²⁾、その方法の選択および限度は、

59) 豊田・一考察572頁以下。

60) Staudinger/Rauscher,BGB,Vorbem zu §§1591ff,S.95ff.,§1600d ,S.559ff.;Prütting/Wegen/Weinreich/Pieper,BGB,§1600d,S.2384ff.などを部分的に参照した程度である。

61) 「本性（Art）」論ではなく、「方法」論,「性質」論,「限界」論なども考えられようが、この仮称にさせて頂いた。

62) Prütting/WEgen/Weinreich/Pieper,BGB,§1600e,C X,Rn.40,S.2390.

事実審裁判所が自ら確定しなければならない。

(2) 第二の破棄理由で、06年は新しい学識に基づいた補充鑑定の検討をあげている⁶³⁾。この法律上の根拠は、刑訴法244条3項の準用に求められている。この際に06年が実質的根拠としているのは、複数種類の血縁鑑定を用いるという（これも筆者が付した仮称であるが）「併用」説の考え方のように思われる。06年は、この点で73年と同系列に立つ。そして「併用」説自体は、当時の「血縁鑑定実施指針」においてみられる複数の遺伝子マーカーの検査要請に従ったものであろうと推測する⁶⁴⁾。しかし90年12月は、補充鑑定の実質的根拠としても「本性」論をあげる（IV 2 (1) (カ)）。したがって連邦裁は「本性」論を職権証拠調べ違反の場合だけでなく、証拠申立ての却下の局面でも援用する考え方である。90年12月のその判断に対しては先に疑問を述べたが（IV 3 (3) (3)）、06年の同判決の引用は微妙である。

(3) ツェレエ高裁2013年事件で連邦憲法裁2010年決定は、破棄理由の法律上の根拠として子の一般的人格権（基本法2条1項・1条1項）の侵害をあげている。

63) 連邦裁は、補充的な鑑定の実施が必要か否かの調査を事実審裁判所に求めている（V1①参照）。そうすると、上告審の破棄差戻し判決の拘束力（民訴563条2項）は、控訴審の補充鑑定の実施、いかなる種類の血縁鑑定の実施かという判断にまでは及ばないという趣旨と解される。

64) 従来の指針（1985年および1992年）の必要的な改訂をしたドイツ連邦共和国における血縁鑑定についての専門家共同研究会編「血縁鑑定実施のための指針（Richtlinien）」（1993年11月26日）は、（ア）検査対象となる34種類の遺伝子システム（Merkmalssysteme）を列挙し（1.3.1）、そのうちHLAシステムおよびDNAシングルローカス多型性は原則として伝統的な他のシステムと組み合わせてのみ利用できると定める（1.3.2）。（イ）また同指針に列挙されていないシステムや血液マーカーも、同指針の原則に従って検査できるとしていた（3.2.5.1）。

また、ロベルトコッホ研究所編「血縁鑑定実施のための指針 1996年追加」も、同様にHLAシステムまたはDNA多型と伝統的システムの併用を定める。DAVorm 1996,S.261;FamRZ 1997,S.344..

3 06年判決は02年指針⁶⁵⁾ になって、DNA 鑑定の単独利用を初めて認めている。この点にも同判決の判例法上の意義が認められる⁶⁶⁾。06年判決からすでに10年以上が経過しており、現在の裁判実務で02年指針はどのような運用状況にあるのかは興味のあるところである。同判決以降のドイツ裁判実務では、DNA 鑑定が血清学鑑定をほとんど排除してしまったという指摘⁶⁷⁾ もあるが、本稿の枠内では検討できなかった⁶⁸⁾。06年は02年指針を「最低限の要請」としたが、ツェレエ高裁2013年事件の連邦憲法裁2010年も、裁判に対する「直接的な拘束力」を否定している（前掲註50（ウ）（ii））。02年指針は、その後に改訂が加えられている⁶⁹⁾。

65) 02年指針は、使用しうるシステムとして、①制限酵素断片長多型（Restriktions-Fragment-Längen-Polymorphismen (RFLP)）、②マイクロサテライト多型（Mikro-satelliten-Polymorphismen (mindestens Tetramere (STR)）、③白血球システム（HLA-System）、④ Erythrozyten-Membranantigenen（赤血球マーカー）、血清タンパク質（Serum-Proteinen）、赤血球酵素（Erythrozyten-Enzymen）からの組み合わせを掲げ（2.4.1.1～2.4.1.4）、これらを単独で、または必要な場合に任意の組み合わせで鑑定に利用できると定めている（2.4.1）（各名称は筆者の試訳を含む）。

66) Grün, Vaterschaftsfeststellung, Rn.399, S.234. 02年指針は連邦医師会とロベルトコッホ研究所が共同で公表したものであり、連邦裁02年はその法的性質を未定としている。vgl. C. Orgis, Neue Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten und die Konsequenzen für den Kindschaftsprozess, FamRZ 2002, S.f.

67) E.E. Pauli, Der sogenannte biologische Vater, 2016, S.20.

68) 最近の最上級審判例を若干に検討したが、問題を明示的に判示している判例を検索できず、不明に終わった。検討判例として、たとえば、連邦憲法裁2016年4月19日判決（FamRZ 2016, S.877ff.）；欧州連合人権裁判所2012年3月22日判決（FamRZ 2012, S.691f.）、連邦裁2006年12月6日判決（FamRZ 2007, S.538ff.）、前掲連邦憲法裁2010年8月18日決定（FamRZ 2010, S.1879f.）などである。

69) 2008年6月13日付けの血縁鑑定のためのドイツ協会（Deutschen Gesellschaft für Abstammungsgutachten）編「血縁鑑定実施のための基準」（www.dgab.de）は、「学問の進展」に合わせて補訂を行っている。また、2009年7月31日の「ヒト遺伝子検査に関する法律（ヒト遺伝子検査法 Gendiagnostikgesetz-GenDG）」が施行され（BGBl 1 2009, S.2529ff. 2010年2月1日より一部施行）、遺伝子検査委員会（同法23条）は「遺伝子検査法23条2項4号および2b号による血縁関係解明のための遺伝子検査および医師および医師ではない者の資格要件のための遺伝子検査委員会の指針」を公示した。vgl. Richtlinien der Gendiagnostik-Kommission, Richtlinie der Gendiagnostik-Kommission (GEKO) für die Anforderungen an die Durch-

以上をもって本稿を終える。紙幅を費やしたにもかかわらず限られた連邦裁判例の検討だけに終わり、ドイツ学説の評価や議論、それを踏まえてわが国の親子鑑定法が参考にすべき点の考察などまったく検討できていない。まだまだ不十分な内容であるが、城忠彰先生のご退職に当たり、本稿を寄稿させていただきます。城先生のますますのご健勝とご活躍を祈念します。

↘

 führung genetischer Analysen zur Klärung dr Absarztlichen Sachvertammung und an die Qualifikation von arztlichen und nicht §23 Abs.2Nr.4 und Nr.2b GenDG,