

フランス親子関係法における生物学的真実へのアクセス —破毀院第一民事部2000年3月28日判決—

吉 澤 香 織*

- I 序章
- II 生物学的真実へのアクセス制限
- III 鑑定命令の可能性
- IV 生物学的真実へのアクセス回避
- V 日本における状況
- VI 結章

I 序章

近年、遺伝子に関する研究は飛躍的發展を遂げ、親子関係の特定はほぼ確実なものとなった。特に父子関係に関して、当事者間の親子関係の存否が裁判上争われる場面において、親子鑑定を用いて得られた結果は訴訟の勝敗を決定付ける証拠資料として重要である。

いわゆる親子鑑定とは、「遺伝学的な血縁（親子）関係が存在するかどうかを自然科学的方法で決定する」¹⁾ことであり、メンデルの法則に従って父母から子へ遺伝する遺伝形質を分析・比較することで親子関係の存否を判定する方法である。たとえば、産科学的判断として性的関係の有無や妊娠可能時期、人類学的判断として顔貌や皮膚紋理の類似性、味覚能力の遺伝性、耳垢の状態などがある。しかし、これらの検査は主観的であることから、メンデルの法則に従って規則正しく遺伝する血液型が親子関係を証明する優れた形質とされていた²⁾。1901年ランド

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第4巻第2号2005年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) 福島弘文『DNA鑑定のはなし—犯罪捜査から親子鑑定まで—』（裳華房、2003年）37頁
- 2) 以下親子鑑定に関する記述は、血液型検査に関しては福島・前掲注1)『DNA鑑定のはなし』37～41頁、DNA鑑定に関しては福島・前掲注1)『DNA鑑定のはなし』2～7頁、19～27頁を参照した。

スタイナー博士によって発見された ABO 式血液型は遺伝性の明らかな形質として今日一般に知られている。ABO 式の発見以降、血液成分の研究の進展に伴ない多型³⁾性を示す多くの遺伝形質が発見された。特に白血球中に認められる HLA 型の発見は親子鑑定に極めて有効な判定方法として実用化された。血液型検査⁴⁾は、従来の多くの血液型を検査することで高い父権肯定確率⁵⁾⁶⁾を得ていた。従来血液型を用いた検査方法が主流であったが、1980年代後半以降現在では DNA 鑑定が主流となっている。1958年アレック・ジェフリーズ博士が科学雑誌「ネイチャー」に発表した DNA フィンガープリント法⁷⁾⁸⁾は、各個人個人が特有な塩基配列パターンを示す特質を利用した個人識別法であり、DNA 多型の研究の進展に伴い、鑑定の精度の飛躍的高まりに貢献した。とりわけ DNA 多型を用いた検査は高い父権肯定確率が得られるだけでなく、父権排除率⁹⁾も高く、血液型検査

- 3) 多型とは、同種の個体間に遺伝的に決定される二つあるいはそれ以上の遺伝的変異が存在することをいう。世代を超えて受け継いでいる状態であり、突然変異の繰り返しでは表せないほどの高い頻度となる。血液型の ABO や白血球の HLA 型は代表例であり、また DNA がきわめて多くの型に分けられるように多形性があることを示している (福島・前掲注1)『DNA 鑑定のはなし』42頁)。
- 4) 血液型とは、血液成分中の抗原を識別した遺伝標識の総称をいう。最も古い ABO 式や Rh 式血液が対外にも多数の型に分類される。たとえば、赤血球型である ABO 式や Rh 式は、抗原に対応する抗体との赤血球凝集反応によって判定する (勾坂馨編『法医学小事典』(南山堂、1996年) 88頁)。
- 5) 「父権肯定確率」にいう「父権」とは、従来の「家」制度の根幹である戸主として父親が有していた家父長的権限を意味するのではなく、法医学の領域では、単に「父親」の意味で使用されている。
- 6) 父権肯定確率とはある母子がある男性を父であると訴えた場合、問題の男がどれくらい母子の父らしいかを表した数値である。Essen-Möller の式で算出すると次のようになる。父権肯定確率 $P = X / (X + Y) = 1 / (1 + Y/X)$ (互いに連鎖していない検査を複数組み合わせた場合、総合父権肯定確率 W は、各々の Y/X の積を代入) ; X = 該当の母子と同じ型の母子をもつ父からなる集団における疑問の男の型の出現頻度、 Y = 一般集団における疑問の男の型の出現頻度 ; 父権肯定確率の解釈規準 $W \geq 0.998$: 父と判定してよい、 $W \geq 0.900$: 父らしい、 $0.100 < W < 0.900$: 不明、 $W \leq 0.100$: 父らしくない、 $W \leq 0.002$: 父でないと判定してよい (勾坂・前掲注4)『法医学小事典』282頁)。
- 7) Jeffreys AJ, Wilson V, Thein SL. *Hypervariable minisatellite regions in human DNA*. Nature 1985, 314.
- 8) DNA フィンガープリントとは、従列型反復配列のうち、多型性のあるミニサテライトを含む多数のゲノム断片を電気泳動後にバンドとして同時に検出したものである。血縁のない固体は互いに異なるパターンを示すことから、指紋になぞらえて命名された (勾坂・前掲注4)『法医学小事典』217頁)。

よりも有効かつ優れた検査方法である。

1 問題提起

DNA 鑑定技術による親子関係の真実の解明は日本法にとっても無視できない存在となっている。生物学的鑑定の利用に関して、その結果は親子関係に決定的な影響を及ぼすにも関わらず、又、遺伝情報は個人の究極のプライバシーに相当するにも関わらず、十分な議論がなされないままに実務での利用が行われている。

このような国内状況に鑑み、何らかの公的対応が必要であると考えられる。法医学の分野においては、日本 DNA 多型学会「DNA 鑑定に関する指針 (1997)」や日本法医学会「親子鑑定についての指針 (1999)」があり、自主的な内部規準が存在する (後述 V 2)。一方、民事法の分野においては DNA 鑑定の実施に関する規制は何ら存在しないのが実情である。

確かに、科学技術の進歩と共に親子関係の領域にも様々な可能性が生まれている。しかし、科学的に可能であることと法的に承認されることを分けて考えなければならない。それ故、DNA 鑑定の利用に関して法律で規制する国は多い。松倉教授は、父子関係の存否を扱う血統訴訟 (嫡出否認、認知訴訟、死後認知) において、ドイツ法・スイス法・オーストリア法等の研究から、日本法においても「DNA 鑑定が考案され、かつ信頼できる水準に達している今日では、より科学的

-
- 9) 父権否定確率ともいう。無血縁である男が、父であると訴えられたときに、遺伝標識系の検査によって真の父であることを否定し得る確立のことである (勾坂・前掲注4)『法医学小事典』282頁)。排除率は、血液型検査で用いられる ABO 式で 0.19、Gm 式で 0.41 に対して、DNA 鑑定で用いられる MCT118 で 0.76、ATCBP 2 で 0.87 である。この場合、たとえば、男性 100 人がそれぞれ 100 人の女性に子どもの父親であると訴えられた場合、ABO のみを用いて判定すると 19 人が父子関係を否定され (執筆注: 実際に生物学上の父親ではない男性を「父親ではない」と断定でき)、Gm 検査では 41 人が否定される。これに対して、MCT118 検査で 76 人、ATCBP 2 検査で 87 人が否定される。(執筆注: ここで、複数の遺伝形質の検査で否定された場合父子関係は否定される。1 種類の遺伝形質の検査で否定された場合突然変異の可能性も考慮して他の遺伝形質の検査項目を追加する。多種類の遺伝形質の検査で否定されない場合父権肯定確率 (前掲注6)) を計算し、高値が得られれば父子関係肯定の根拠となる。) 従って、従来の血液型検査では 20~30 もの項目を検査することで高い父権肯定確率を得ていたが、DNA 鑑定では 10~15 項目の検査を行うだけで同様の結果を効率的に得ることができる (福島・前掲注1)『DNA 鑑定のはなし』42頁)。

な鑑定が採用されてしかるべきである¹⁰⁾との判断を示した上で、血液検査への協力義務の法定等の提言を行っている¹¹⁾。但し、松倉教授の考察は鑑定強制を承認する諸国の議論¹²⁾を前提とした考察であり、フランス法の議論を前提とする水野教授¹³⁾や松川教授¹⁴⁾の考察とは鑑定の取り扱いについて内容を異にする。このような立場の相違は、フランス法における身体不可侵性の原則だけでなく既存の親子関係の保護に対する慎重さから生じている。法律上の親子関係が生物学的真実と異なる場合に、社会的要素と生物学的要素とのいずれを重視すべきかが問題となる。その際、法的親子関係の設定基準を明らかにすることが求められる一方

- 10) 松倉耕作「認知無効と真実志向」民商118巻3-4号316頁(1998年)。特に、父子関係の「不存在」を証明する場合についての提言である。但し、松倉教授は父子関係の不存在を証明する場合にも科学的証明の導入を主張しているが、すべての事案においてDNA鑑定を採用すべきとの立場ではなく、従来型の鑑定である血液型の比較検査により得られた父子関係の存在を否定する結果を当事者が争わないのであれば、費用のかかるDNA鑑定を行うことは合理的な解決方法とは言えないとしている。
- 11) 松倉耕作『血統訴訟論—親子確認の新たな法理を探る—』(一粒社、1995年)、同『血統訴訟と真実志向』(成文堂、1997年)に詳しく論じられている。他に、訴訟法上の観点から血液検査への協力義務を論ずるものとして、春日偉知郎「父子関係訴訟における証明問題と鑑定強制(検査協力義務)—最近の一事例(東京高裁平成7年1月30日判決)からの示唆—」曹時49巻2号1頁(1997年)がある。
- 12) たとえば、ドイツ法においては、出自確認のために必要な身体検査の実施が認められており、正当な事由なしに検査を拒否する者に対しては直接強制が認められる(ZPO372a条)(トビアス・ヘルムス(野沢紀雅=遠藤隆幸訳)『生物学的出自と親子法—ドイツ法・フランス法の比較法的考察』208頁(中央大学出版部、2002年))。
- 13) 水野紀子「実親子関係と血縁主義に関する一考察—フランス法を中心に—」中川良延ほか編『星野英一先生古稀祝賀・日本民法学の形成と課題(下)』1131頁(有斐閣、1996年)では、フランス親子関係法は「血液鑑定の精度が増しさらに遺伝子鑑定が可能になって、血縁上の親子関係が積極的に指定できるようになったとしても、法律上の親子関係を守ろうとする」考え方が根底にあり、日本法には血縁上の親子関係と異なる法的な親子関係の存在意義が議論の前提として欠いている点を指摘している。
- 14) 松川正毅「フランス法におけるDNA鑑定と親子法」ジュリ1099号50頁(1996年)、同「フランス法と日本法—実親子関係とDNA鑑定—」家族13号67頁(1997年)、同「DNA鑑定と家族法」賠償科学25号13頁(2000年)、同「血縁上の真実と親子法」『民法 親族・相続』98頁(有斐閣、2004年)では、フランス親子関係法には「守るべき親子」という視点が確立されていることを繰り返し強調している。「フランス法は、たとえ生物学上の関係はなくとも、法が守るべき親子関係があるということと、実態のない親子関係を法で強調しても意味がないということ—親子関係の二面性—を教えている」(松川・『親族・相続』99頁)。

で、個別事案に即した紛争解決が望まれる。このような状況下において、親子関係の生物学的真実を解明する生物学的鑑定の利用への期待が高まっている。本稿はフランス法を対象にし、生物学的鑑定の取り扱いについて十分な議論を欠く日本法への示唆を得ようとするものである。

2 フランス生命倫理法

日本法が継受したフランス法においても¹⁵⁾、生物学的鑑定技術の進歩が親子関係法に与えた影響は大きい。親子関係法を根底から一転させてしまう可能性も含んでいる。

このような社会状況に鑑み、1994年、先端医療技術に関する包括的規制について規定した生命倫理法¹⁶⁾が制定された。生命倫理法は人体の尊重を全ての人の権

15) 「父子関係を早期に安定的に確立する嫡出推定という法的技術は、明治民法立法時に西欧法を継受したものであり、それまでの日本法の伝統にはない制度であった。」(水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリ1059号115頁(1995年))この点につき、そもそもわが国の嫡出推定・否認の法制度が西欧法(フランス法)を継受したものであるのか、につき、「否」とする家永助教授の考察がある(家永登「推定の及ばない嫡出子の範囲について—嫡出推定・否認をめぐる最近の判例と学説から」専修大学今村法律研究室報[No.40]6頁(2003年))。家永助教授は、「嫡出親子法はわが立法者独自の親子観に基づくとする説(山崎正男「推定を受けない嫡出子に関する覚書(二)」判時774号124頁(1975年))と「嫡出否認制度はわが家族制度的な「旧慣」によるとする説(手塚豊『明治民法史の研究(下)』慶應通信1991、82頁、224頁)」を紹介した上で、明治民法の立法過程において、特に実親子関係については事実(=生物学的血縁)を前提とする立場が基調とされていることを指摘している。

16) Lois n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (人体の尊重に関する1994年7月29日法律第94-653号), n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (人体の構成要素及び産物の贈与及び利用、生殖への医学的介助並びに出生前診断に関する1994年7月29日法律第94-654号), n° 548 du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (保健の分野における研究を目的とする記名情報の処理に関する、並びに情報処理、情報ファイル及び自由に関する1978年1月6日法律第78-18号を改正する1994年7月1日法律第94-548号)

フランス生命倫理法に関する邦語文献として、北村一郎「フランスにおける生命倫理立法の概要」ジュリ1090号120頁(1996年)、ノエル・ルノワール/北村一郎・大村敦志「フランス生命倫理立法の背景」ジュリ1092号74頁(1996年)、滝沢正「フランスにおける生命倫理法制」上法43巻4号9頁(2000年)がある。

利とし（民法典第16条）、そこから派生する人体不可侵原則に基づき医療目的による人体の完全性を侵害する場合には本人の同意を必要とする（同第16条の1）。特に、DNA鑑定（「遺伝子型印影¹⁷⁾による個人の特定」）に関しては、司法手続における調査・審理の範囲内又は医学・研究目的でのみ行うことができ、民事裁判においては親子関係に関する訴え・援助金を目的とする訴えの場合のみ、裁判官が命じた証拠調べとして行うことができる（同第16条の11¹⁸⁾）とされている。また、これらの条文に違反すると刑事罰が課せられる（刑法典第226条の25以下¹⁹⁾）。但し、生命倫理法施行後もなお、伝統的な血液鑑定は何ら規制の対象とはならないと解されている²⁰⁾が、異論もある²¹⁾。

科学が可能にした生物学的真実の解明から親子関係を守る為、フランス法は、従来、生物学的真実へのアクセスに対して法的制限を付し受理された訴えに関してのみ鑑定請求を認め（本稿Ⅱ 生物学的真実へのアクセス制限）、さらに裁判官による鑑定実施の適否が判断され鑑定命令がなされる（本稿Ⅳ 生物学的真実へのアクセス回避）という二段階の障壁を設けている。裁判官の裁量である鑑定命令の可能性につき、科学技術の進展と共に判例の変遷があり、2000年に方向性

17) “empreintes génétiques” の訳は、北村・前掲注16)「生命倫理法の概要」122頁を参照した。

18) 以下、フランス民法典の条文は、法務大臣官房司法法制調査部（編）／稲本洋之助（訳）『フランス民法典—家族・相続関係—』（法曹会、1978年）からの引用による場合を（稲本）、若林安雄「新フランス民事訴訟法典」近法40巻2号135頁（1995年）からの引用による場合を（若林）、大村美由紀「人体の尊重に関する1994年7月29日法律第94-653号」外法33巻2号9頁（1994年）からの引用による場合を（大村）、松川正毅「イヴ・モンタンとDNA鑑定」ジュリ1136号92頁（1998年）からの引用による場合を（松川）、水野紀子「認知無効について—血縁上の親子関係と法律上の親子関係の不一致—（一）（二）」法学64号139頁（2000年）からの引用による場合を（水野）と表記する。引用に当たり前掲の条文訳を参照し、漢数字を算用数字にするなど一部字句を変更した。同書の刊行後に改正された条文は筆者が翻訳した。これについては（拙訳）と表記する。

民法典第16条の11 ①遺伝子型による個人の特定は、司法手続における緊急の調査若しくは審理の範囲内で又は医学的目的若しくは科学的研究の目的を除き調査してはならない。②民事に関する事項においては、前項の特定は、親子関係の証明若しくは異議又は未認知子援助金の取得若しくは廃止に係る訴えを付託されている裁判官が命ずる証拠調べ措置の実施を除き調査してはならない（大村・10頁）。

19) 法人も法的責任が問われる（刑法典第226条の30）。

20) A. BÉNABENT, *DROIT CIVIL LA FAMILLE*, 11^e éd, Paris, Litec, 2003, no 564.

が示された(本稿Ⅲ 鑑定命令の可能性)。

ここで、フランス破毀院第一民事部2000年3月28日判決は、母が元内縁の夫による自然子の認知を争う訴えを提起し、血液鑑定を請求した事案において、「親子関係につき科学的鑑定を行うことは理由がある」と判示した。この判決の結果、鑑定の実施は当然のことと認められ、フランス親子関係法は生物学的親子関係の探索を究極目的とするに至ったと評される²²⁾。但し、破毀院は、上記の判決文に続けて、「それ(執筆者注：科学的鑑定)を行わない正当な事由がある場合を除いて」との留保を付している。

では、本判決において示された「鑑定の合理性」²³⁾とは何か。生物学的鑑定は、親子関係の存否を立証する決定的な証拠資料である。

先ず、本判決が使用した用語について、「科学的鑑定」とは血液検査のみなら

- 21) DNA鑑定を用いた人の識別を目的とする裁判手続外での禁止を血液検査にも適用すべきとする見解として、二方向から議論されている。第一に、用語の意味として、生命倫理法において「遺伝学的鑑定」という用語だけでなく「遺伝学的研究」とか「遺伝学的特徴」という表現も併用されていることから、「遺伝学的鑑定」という用語はADN(デオキシリボ核酸)分子の解析だけを対象としているのではなく血液検査をも対象としていると解する。第二に、家族の平和という視点から、DNA鑑定だけでなく、これと同じ結果に至る他の方法についても、生命倫理法は裁判手続外での生物学的親子関係の搜索を禁止しているものと解する。しかし、これらの見解に対して、「遺伝学的鑑定」という用語はDNA鑑定のみを意味しているとの批判が多い。刑事罰が課せられる禁止事項に関しては制限解釈すべきであり、他の方法にまで類推することは望ましくない。従って、生命倫理法はDNA鑑定という方法によってなされた裁判手続外の鑑定を禁じていると解し得る(M. MIGNOT, *L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation*, *RRJ*. 2003. 2. pp. 91 et s.)。
- 22) M. MIGNOT, *op. cit.*, p. 667. ミニヨ氏は、続けて、「もし鑑定が『権利である』ならば、…訴訟人は鑑定を命じることを要求する権利を有する」とし、当該訴訟人の権利は裁判官に鑑定命令義務を課しているとする。他方で、鑑定命令について裁判官の裁量の余地が残されるのであれば、訴訟人は何ら権利を有していないことを指摘している。
- 23) 同判決についての評釈において一部の論者は「生物学的鑑定を要求する権利(Le droit à l'expertise biologique)」を論及している。しかし必ずしも全ての論者が権利性を承認しているわけでもないので、本文ではさしあたって、「鑑定を行うことは理由がある(Le droit à l'expertise biologique est de droit)」とだけ訳しておいた。なお、エレヌ・ブワウェ・ルクレールパリ控訴院弁護士は「破毀院の態度は、遺伝子鑑定は親子関係訴訟と一体だというもの」と指摘している(エレヌ・ブワウェ・ルクレール(水野紀子訳)「家族の観念」日仏法学会編『日本とフランスの家族観』(有斐閣、2003年)66頁)。

ずDNA鑑定、或いは、将来発展する周知の又は可能性のある科学的鑑定をも対象としている。つまり、本判決は、その対象について、将来予測し得る科学的方法をも含めた拡張的な表現を使用している²⁴⁾。但し、血液鑑定については証拠調べの一般規定が、DNA鑑定については生命倫理法（特に、民法典第16条の11）に従う。さらに、「親子関係」という親子関係法全体を示す表現を明示的に使用することで、本判決の射程範囲を親子関係に関する全ての訴えに認めている²⁵⁾。

次に、ここで示されている「正当な事由」という曖昧な概念は、親子関係の生物学的真実へのアクセスを否定する場合であり、生物学的鑑定が介入することのできない領域を提示している。「正当な事由」の具体事例の検討は、生物学的鑑定を裁判上利用する際の規準に関して日本法の議論の参考になるであろう。

本稿ではフランス法を対象に、訴訟における生物学的鑑定の導入について扱う。鑑定実施の際の手續や技術等に関する問題については稿を改めて行うこととする。また、本稿で扱う親子関係とは、実親子関係を対象としている。特に、母子関係について、わが国では懐胎・分娩により当然に発生する（最判昭和37年4月27日民集16巻7号1247頁）とし、原則として母の認知を要しないと解されているので言及しない。父子関係のみを対象とする。さらに、生物学的鑑定とは、メンデルの法則に従った単純遺伝形質を用いた親子鑑定を対象としており、いわゆる女性の懐胎日と妊娠期間や男性の生殖不能を検査する産科学的考察又は身体的特徴を検査する人類学的考察を対象としていない。

II 生物学的真実へのアクセス制限

親子関係に関して、科学の進歩が生物学的真実を明らかにすることを可能にしたとしても、この真実の暴露が常に望ましいとは限らない。フランス民法典は、親子関係に関する訴えに関して、ある者が自己の親子関係について生物学的真実へのアクセスを望んだ場合に、訴権（後述1）と証明の自由（後述2）に対して厳格な法的制限を設けている。これらの法的根拠は生物学的真実へのアクセスの制限根拠として作用する。

24) H. GAUMON-PRAT, note sous Cass. 1^{re} Ch. civ., 28 mars 2000, *D.* 2001. somm. 1427.

25) H. GAUMON-PRAT, *ibid.*

但し、本稿では、法が生物学的真実へのアクセスを絶対的に禁じている場合について研究の対象外とする。たとえば、民法典第334条の10²⁶⁾は婚姻障碍による親子関係の立証を禁止している。近親相姦で生まれた子の親子関係に関して、破毀院は絶対的な否定という態度を崩していない²⁷⁾。他に、匿名出産²⁸⁾により生まれた子の母子関係(同第341条の1²⁹⁾)、生殖補助医療による人工授精子の父子関係(同第311条の19³⁰⁾、同第311条の20第2項³¹⁾)が挙げられる。これらの場合、

-
- 26) 民法典第334条の10 自然子の父母の間に先の第161条及び第162条が血族関係を事由として定める婚姻障碍の一つが存在し、[かつ、]親子関係が一方に対して既に立証されている場合には、他方に対して親子関係を立証することは、禁止される(稲本・127頁)。
- 27) 近時の破毀院判例として、2004年1月6日判決(Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2004, *Bull. civ. I. n° 2, Dr. Fam. 2004, comm. n° 16, note D. FENOULLERT*)は、母とその異父兄弟と間の近親相姦により生まれた子(母が認知)について、父との単純養子縁組を認めた原判決(CA Lennes, 22 janv. 2001)を破毀している。
- 28) フランスにおいては、出生届に父母の名を記載することが強制されず(民法典第57条)、身元を明かさずに入院・分娩を認める匿名出産と呼ばれる制度がある(社会福祉活動および家族に関する法典第222条の6、民法典第341条の1)。フランス匿名出産に関して、西希代子「母子関係成立に関する一考察—フランスにおける匿名出産を手がかりとして—」本郷法政紀要10号397頁(2001年)がある。これと関連して、2002年、子が自己の出自および親の身元を知る権利を保障する立法がなされている(2002年1月22日の法律第93号)。但し、親の身元を特定し得る情報の開示には親の承諾を必要とし(社会福祉活動および家族に関する法典第147条の6)、子が親の身元を知り得た場合、民事身分や法的親子関係には一切影響せず、両者の間にはいかなる権利義務も生じない(同第147条の7)等、子が親の身元を特定することは容易でない。自己の身元を匿秘する親と自己の出自を知りたい子とのさらなる均衡調整を図る必要性を残した内容である。本立法に関して、J.RUBELLIN-DEVICHI, *LA RECHERCHE DES ORIGINES PERSONNELLES ET LE DROIT À L'ACCOUCHEMENT SOUS X DANS LA LOI DU 22 JANVIER 2002*, Dr. Famille 2002, chr. n° 11、邦語の立法紹介として、「養子および国の被後見子の出自へのアクセスに関する2002年1月22日の法律第九十三号」日仏法学23号288頁(2004)がある。
- 29) 民法典第341条の1 母は入院の秘密と身元の秘密を守ることを求めることができる(拙訳)。
- 30) 民法典第311条の19 ①第三者たる提供者の関与する医学的に介助された生殖の場合、その提供者及びその生殖により生まれた子との間にはいかなる親子関係も生じさせることができない。②提供者に対しては、責任についてのいかなる訴えも提起することができない(大村・15頁)。
- 31) 民法典第311条の20第2項 医学的に介助された生殖について与えられた承諾がある場合は、子が医学的に介助された生殖によって生まれたのではないこと又は承諾が効力を失ったことを主張する場合を除き、親子関係不存在確認の訴えは、すべて禁止する(大村・15頁)。

裁判官は単に条文を適用して当事者の鑑定請求を棄却することで足る。

1 訴権に対する制限

(1) 時効

親子関係に関する訴権は30年の時効により消滅する（同第311条の7³²⁾）。但し、法文上提訴期間が短期に制限されている場合もある。法文上の期間制限として、嫡出否認の訴え（民法典第316条、出生、夫の帰還、欺罔の発見から6ヶ月）、母による準正を目的とする父子関係を争う訴え（同第318条第2項、母の再婚から6ヶ月）、認知を争う訴え（同339条第3項、認知から10年）、父子関係搜索の訴え（同第340条の4第1項、出生から2年、但し、未成年の間に訴権行使されなかった場合には子が成人に達した後2年）、援助金を目的とする訴え（同342条の6、出生から2年、但し、未成年の間に訴権行使されなかった場合には子が成人に達した後2年）が挙げられる。時の経過は親子関係をもはや争い得ないものとする。

(2) 身分占有

フランス親子関係法は身分占有という伝統的法理により、身分証書³⁴⁾と合致する親子としての社会的実態を示す徴表「氏（nomen）、処遇（tractatus）、世評（fama）」（民法典第311条の1、同第311条の2³⁵⁾）があれば、その親子関係は法的に推定され、子の身分は保護される。つまり、何人もその親子関係を争うことはできなくなる（同第322条³⁶⁾）。身分占有を構成する具体的事実として、扶養や教育への協力、訪問権・宿泊権の行使、子との文通、「パパ」という表現等が挙げられる³⁷⁾。たとえば、子は元夫の氏を称し、元夫は離婚後も子を我が子とみなし、周囲もその様に認めていたことから、子は証書に合致する元夫に対する嫡出子の身分占有を有するものと評価され、元夫が子との間に生物学的つながりが存

32) 民法典第311条の7 親子関係に関する訴権は、それが法律によってより短い期間に限定されていない場合はすべて、その者が主張する身分が剥奪された日、又はその者について争われている身分の享受の日から起算して30年で時効にかかる（稲本・112頁）。

33) 身分訴権の時効に関する邦語文献として、山田梨香「フランス法における身分訴権の時効」法学政治学論究24号191頁（1995年）がある。

在しないことを認識していたとしても、子の母が元夫に対して提起した父子関係を争うことは認められない³⁸⁾。ここに、身分占有とは、一定期間継続した事実上の身分関係に対して当該身分の享受という法的効果を付与するものであり、感情的な親子関係の成立を認める「古典的な」³⁹⁾証明手段であると言える。

- 34) 身分証書とは、人の民事的身分について確実な証拠を示す公式証書をいう(山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002年)213頁)。水野紀子教授は、フランス民法の身分証書と日本の戸籍との相違を2点指摘している。第一に、身分証書が個人ごとの編成であるのに対し、戸籍は家族ごとの編成である点である。身分証書である出生証書は、生まれた子について新たに作成されるものであり、既存の家族との関係は、父や母の名をそこに記載することによって表示される。第二に、身分関係訴訟と戸籍訂正との関係について、フランス民法における民事身分と身分証書の体系が日本法には継受されなかった点である。身分証書とは、民法上の法律効果に結びつく諸資格である民事身分(たとえば、国籍、婚姻、親子関係等)について記載された法定証拠力のある証書である。しかしあくまでも民事身分は民法によって決定され、身分証書はその記載にすぎないとされる。その為、身分証書の訂正を目的とする訂正訴訟と、民事身分を変更することによって結果的に身分証書の訂正をもたらす身分訴訟とは厳格に区別されている。これに対して、日本民法では法的な身分関係を発生させる親子関係不存在確認訴訟が判例上承認され、民法が定める身分訴訟と抵触する場合が生じている(水野紀子「親子関係存否確認訴訟の生成と戸籍訂正(1)」名法134号44頁(1990年))。
- 35) 民法典第311条の1 ①身分占有は、ある者とその者が属するとされる家族との間の親子関係及び血族関係を表示する十分な集合によって立証される。 ②身分占有は、継続しなければならない(稲本・110頁)。
 民法典第311条の2 これらの事柄の主要なもの[以下の様である]。
 その者が、それから生じたとされる者の氏を常に称してきたこと
 それらの者が、その者をそれらの者の子として扱い、かつ、その者がそれらの者をその父母として扱ってきたこと
 それらの者が、[父母の]資格において、その育成、その養育及びその自立に資したこと
 その者が社会において、かつ、家族によってそのような者として承認されていること
 公権力がその者をそのような者とみなしていること(稲本・110-111頁)。
- 36) 民法典第322条 ①いかなる者も、その出生の証書及びその証書に合致する[身分]占有がその者に付与する身分と異なる身分を主張することができない。 ②反対に、いかなる者も、その出生の証書に合致する[身分]占有を有する者の身分を争うことができない(稲本・118頁)。
- 37) 身分占有に関する邦語文献として、伊藤昌司「フランス1972年の親子法における身分占有」比較46巻202頁(1984年)、同「フランス親子法における身分占有」『家族法』(信山出版社、1992年)203頁、水野・前掲注13)「実親子関係と血縁主義」1131頁、山田梨香「フランス法における身分占有一要素・性質・証明一」法政治学論究22号77頁(1994年)がある。
- 38) Cass. 1^{re} Ch. civ., 30 juin. 1992, *Bull. Civ. I.* n° 207.

一方で、破毀院が認めた第334条の9⁴⁰⁾ 反対解釈に基づく父子関係を争う訴え(破毀院第一民事部1976年6月9日判決⁴¹⁾)と第322条反対解釈に基づく父子関係を争う訴え(破毀院第一民事部1985年2月27日判決⁴²⁾)は、子が証書と合致する

39) V. MORGAND-CANTEGRIT, *LA POSSESSION D'ETAT D'ENFANT*, th., Lille, 1993, p. 56. モルガン・カンテグリ氏は、1972年1月3日の法律と1982年6月25日の法律を通じて、親子関係法における身分占有の役割の増大は必然的であったと評する。身分占有は外観を通じて現実の親子関係を、さらに、当事者の振舞を通じて意思を考慮して、親子関係の社会的真実と生物学的真実との均衡を保つものである。しかし、身分占有による推定は反証によって、特に科学的証拠によって争われる。生物学的鑑定の利用は、親子関係を生物学的親子関係と結びつけるだけに無視できないものであり、制限が必要である。裁判官は、近い将来、生物学的鑑定の濫用的請求に直面するかもしれないと指摘する。但し、鑑定によって得られる生物学的真実は父子関係の争いを解決する唯一の強制的手段となることから、父である可能性を有する2人の男性のうちどちらか一方を父であると決する場合には認め得ると解している。

40) 民法典第334条の9 子が身分占有によって既に立証された嫡出親子関係を有するときは、すべての認知は、無効であり、全ての搜索の請求は、受理されない(稲本・127頁)。

41) Cass. 1^{re} civ., 9 juin 1976, *Bull. civ.* I. n^o 211, *D.* 1976. IR. p. 180, obs. H. CAPITANT, A. WEILL et F. TERRE, *Defrénois*. 1976, art. 31207, note J. MASSIP, *Gaz. Pal.* 1976. II. 708, note J. VIATTE, *J.C.P.* 1976. II. 18494, note G. CORNU et *D.* 1976. 593, note P. RAYNAUD.

破毀院第一民事部1976年6月9日判決は、母の夫の嫡出子として出生証書に登簿された子について、夫による嫡出否認は法定懐胎期間内の夫婦の事実上の結合を理由に却下され、離婚後子の真の父である母の愛人による認知の有効性を争った事案につき、嫡出子としての身分占有の欠如に基づいて第339条の9 反対解釈を肯定し嫡出父子関係を否定している。

42) Cass. 1^{re} civ., 27 fév. 1985, *Bull. civ.* I. n^o 76. p. 70, *D.* 1985. 265, note G. CORNU, *J.C.P.* 1985. II. 20460, note E. FORTIS-MONJAIL et G. PAIRE, *D.* 1985. *chron.* 123, note D. HUET-WEILLER, *D.* 1985. *chron.* 205, note P. RAYNAUD, *Defrénois*. 1985. art. 33620, note M. GRIMALDI et *RTD civ.* 1986, p. 579, note J. RUBELLIN-DEVICHI、破毀院第一民事部1985年2月27日判決に関する邦語文献として、伊藤昌司「隠退の時を迎えた嫡出否認～破毀院第1民事部1985年2月27日判決～」関西フランス法研究会(1999年) <http://www.law.kobegakuin.ac.jp/~nishitsu/frenchlaw/rep1-1.html> がある。

破毀院第一民事部1985年2月27日判決は、第一事件において、母の夫の嫡出子として出生証書に登簿された子について、母とその夫は同じ屋根の下で暮らしているとはいえ生活を共にしていなかった事実を援用し、第322条第2項の反対解釈に基づいて母が夫と子の嫡出父子関係を争った事案につき、一審は訴えを不受理とし、原審は訴えを受理して生物学的鑑定結果から嫡出父子関係を否定した。本件は原判決の解釈について検察官の名による上告がなされたものであり、破毀院は、第一に「民法典第322条第2項は、嫡出親子関係について、いかなる者も出生証書と合致する身分占有を有する者の身分をも争い得ないとの原則を立てるにと

身分占有を有していないことが示された場合に父子関係の不存在を証明することができる⁴³⁾。非嫡出親子関係についても同様に、認知行為者のなした自然子の認知に対して、子が10年の身分占有を享受していたとしても、子自身、母、真の父は、認知行為者との父子関係の不存在を証明することができる(第339条第3項⁴⁵⁾)と規定されている。これらの父子関係の否認方法もまた身分占有を通じて実態に即した現実の親子関係を承認していると言える。但し、子が真の父と新た

どまる。各人に真の親子関係を与えることが本質目的の一つであり、さらに、身分占有やその欠如にも以前よりさらに多くの法的効果を与えていた1972年1月3日の法律において、原判決は、それに反対する規定がないので、子が嫡出子の証書に合致する身分占有を有していない以上、同第322条第2項が嫡出父子関係を直接争うことを認めていることは正当である」、第二に「この嫡出父子関係を直接に争う訴えは、第322条が提示する原則に反しているが、この目的のために法律が規定したより個別な訴えのあらゆる有用性を失わせるものではない、なぜならば、証書と身分占有の合致が存する場合にも、要件を満たせば、それに訴えることは可能だからである」と判示し、第322条第2項反対解釈に基づく訴えを認めた。第二事件において、母の夫の子として出生証書に登簿された子について、第322条第1項の反対解釈に基づいて、夫がその子との嫡出父子関係を争った事案につき、「民法典第322条第2項の規定の原告による解釈は、同第312条の否認の訴えを事実上無用なもの」とし、さらに、「1972年の立法者が、先の起草において第322条を保ち、さらに、真実に反するとして母子関係の破壊を目的とし、その反動で、夫の父子関係の推定の消滅の事実により父子関係をも破壊することを目的としていたという、以前に解釈されたようなこの条文の射程範囲を修正しようとしたことを示す以外には何もない」として訴えを不受理とした原判決に対し、「1972年の法律は、第322条が提示した原則に対する例外として規定された嫡出父子関係を争うより個別な訴えのあらゆる有用性を失わせるものではない、なぜならば、証書と身分占有の合致が存する場合にも、要件を満たせば、それに訴えることは可能だからである」と判示して原判決を破毀した。

- 43) J. CARBONNIER, *Droit civil (Volume I), Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, 1^{re} éd, Paris, PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, 2004, n^{os} 465 et 479.
- 44) これらの訴えが受理された場合、子には嫡出親子関係と非嫡出親子関係との2つの父子関係が一時的に与えられることになるが、ここで、裁判所は、親子関係の抵触を全ての証拠方法によって最も確実と思われる親子関係を決定して解決しなければならない(民法典第311条の12)(M. MIGNOT, *op.cit.*, p. 677)。
 民法典第311条の12 ①裁判所は、それについて法律が、他の原則を定めていない親子関係の抵触を、すべての証拠方法によって最も確実と思われる親子関係を決定して、解決する。 ②裁判所は、心証〔を得る〕に十分な資料がない場合には、身分占有を考慮する(稲本・113頁)。
- 45) 民法典第339条第3項 認知に一致し、かつ、認知から少なくとも10年を経過した身分占有が存在するときは、いかなる争いも、もはや受理することができない。ただし、他方の親、子自身、または真の親を称する者の側からの場合はその限りでない(水野・162頁)。

な父子関係を形成する場合には子の身分の安定に資するが⁴⁶⁾、逆に、新たな父子関係が与えられない場合、父子関係の排除は子に「父子関係の空白」⁴⁶⁾をもたらす結果となる。

身分占有は事実状態を保護し、生物学的真実から既存の親子関係を守る理論として形成されてきた。生物学的真実へのアクセスに対する制限根拠として作用する一方、条文の反対解釈により、実態を欠く親子関係をその事実状態に近づける作用をも持ち合わせている。

2 証明の自由に対する制限

(1) 重大な推定又は徴表

非嫡出子の父子関係搜索の訴え⁴⁷⁾は、父ではありえない場合として具体的に列挙された訴訟不受理事由が存在すれば認められていたが（旧第340条の1⁴⁸⁾）、1993年1月8日の法律第22号は科学の進歩を考慮してこれを廃した。この訴えにおいては、原告が被告との親子関係の真実性を推論させる「重大な推定又は徴表」を示すことを前提としている（第340条⁴⁹⁾）。第一段階として、この前提証拠が提示されると、第二段階として親子関係の証明は自由となり、父子関係を確認する目的で生物学的鑑定を請求することができる。つまり、前提証拠となる父子関係の真実性を立証する目的で生物学的鑑定を請求することは認められない。従って、前提証拠は「生物学的解析や遺伝学的解析へのアクセスの鍵」⁵⁰⁾である

46) C. LABRUSSE-RIOU et R. GUIDEC, Rép. Dalloz, Filiation légitime, Droit civil, VIII, Dalloz, 1996, no 22.

47) いわゆる強制認知に該当する概念である。

48) 民法典旧第340条の1 父子関係の搜索の訴えは、〔以下の場合には、〕受理することができない。 1 懐胎の法定期間中、母が公然と不行跡であったこと、又は母が他の者と関係を有したことが立証される場合。ただし、血液検査又は他のすべての確実な医学的方法から、その者が父でありえないことが帰結する場合には、その限りでない。 2 父と主張される者が、同一の期間中、あるいは遠隔地滞在の結果として、あるいはなんらかの事故の結果によって父であることが物理的に不可能であった場合。 3 父と主張される者が、血液検査又は他のすべての確実な医学的方法によって父の子でありえないことを立証する場合（稲本・128頁）。

49) 民法典第340条 ①婚姻外の父子関係は裁判上宣言することができる。 ②重大な推定又は徴表が存在する場合のほかは、証明はできない（松川・94頁）。

50) M. MIGNOT, *op. cit.*, p. 676.

と言える。

なお、パリ控訴院2001年2月22日判決⁵¹⁾は、援助金を目的とする訴え（民法典第342条⁵²⁾）についても生物学的鑑定を行うことは理由があるとして認めている。援助金を目的とする訴えは被告との父子関係の証明を必要とせず、被告が法定懐胎期間内に子の母と性的関係があったことを立証することで足る⁵³⁾。破毀院が援助金を目的とする訴えにも生物学的鑑定実施を当然としてその拡張を認めるとすれば、非嫡出父子関係探索の訴えの当事者に「重大な推定又は徴表」の提示を免れる方策を提供してしまうことになる。すなわち、先ず、援助金を求める訴えを提起し、法定懐胎期間内における母とある男性との間の親密な関係を証明する為に生物学的鑑定を請求し、結果が父子関係を肯定するものであれば、次に、その結果を前提証拠として父子関係探索の訴えを提起するのである⁵⁴⁾。生物学的鑑定はやはり親子関係の存否を決定付ける証拠となる。このような「重大な推定又は徴表」の要求の回避策は、親子関係に関する訴えが一貫していないことを示している。但し、破毀院が判断を示していない現段階では、援助金を目的とする訴えにおいて生物学的鑑定が請求されたとしても鑑定を命じるか否かは裁判官の裁量次第であると言わざるを得ない。

(2) 当事者の同意

DNA 鑑定は人体の不可侵性への侵害となる。裁判官により鑑定命令がなされたとしても、民法典第16条の11第3項⁵⁵⁾は、その鑑定の実施に当たり「当事者の同意」を要求する。つまり、当事者は鑑定への同意を拒否することができる。ま

51) CA Paris, 22 févr. 2001, *D.* 2001. IR. 982 et *J.C.P.* 2001. II. 10558, note T. GARÉ.

52) 民法典第342条 ①父子関係が適法に立証されない自然子はすべて、懐胎の法定期間中にその母と関係を有した者に対して、援助金を主張することができる（稲本・130-131頁）。②訴権は、子の未成年の間は、行使することができる。訴権が子の未成年の間に行使されなかった場合には、子は、その成年に続く二年の間なおそれを行使することができる（拙訳）。③訴えは、父又は母が懐胎の時他の者との婚姻の関係にあった場合も、又はこの法典第161条から第164条によって規定される婚姻障害の一つがそれらの者の間に存在した場合にも、受理される（稲本・131頁）。

53) J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 642.

54) C. DESNOYER et J. HAUSER, *RTD civ.*, 2001, p. 575.

55) 民法典第16条の11第3項 当事者の承諾は事前にかつ明白に得なければならない（大村・10頁）。

た、鑑定は罰金強制のような間接的なものであっても、身体拘束のような直接的なものであってもならない。血液鑑定については採血が人体への侵害にあたる。従って、請求された鑑定方法が何であれ、人体の不可侵性から当事者の同意の必要性は原則的であると解し得る⁵⁶⁾。

他方、裁判官は鑑定への同意の拒否が真実を探索する当事者の協力義務への侵害となると考え（民法典第10条第1項⁵⁷⁾）、当事者の鑑定への拒否からあらゆる結論を引き出すことができる（新民事訴訟法典第11条第1項⁵⁸⁾）。たとえば、父子関係の暗黙の承認とみなすことができる⁵⁹⁾⁶⁰⁾。但し、同意の拒否が常に親子関係の存在の推定としてみなされることはない⁶¹⁾。この点につき、2000年3月28日に破毀院が示した「鑑定の合理性」が有効であるには、鑑定への同意の拒否が自動的に敗訴をもたらすものでなければならない⁶²⁾。つまり、鑑定実現の為には、鑑定を命じる裁判官に対してだけでなく、鑑定に同意すべき当事者に対してもその主張が認められなければならない⁶³⁾。しかし、鑑定への同意の拒否に対する制

56) M-C. MONTSALLIER-SAINTE MLEUX, note sous Cass. 1^{re} Ch. civ., 28 mars 2000, *J. C.P.* 2000. II. 10409, p. 1968.

57) 民法典第10条第1項 それぞれ〔の者〕は、真実の顕現のために、裁判所に協力する義務を負う（稲本・5頁）。

58) 新民事訴訟法典第11条第1項 裁判官が、〔当事者の〕懈怠又は拒絶からすべての結論を引き出すことは別として、当事者は証拠調べに協力する義務がある（若林・144頁）。

59) J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 454.

60) 鑑定への同意の拒否から親子関係の存在を推定した事例として、破毀院第一民事部1996年5月6日判決（Cass. 1^{re} Ch. civ., 3 mai 1996, *Bull. Civ.* I. n° 121, *D.* 1996. 529, note J. LEMOULAND、非嫡出父子関係の搜索の訴えにおいて、元夫と母の鑑定への同意の拒否を、内縁の夫と子の父子関係の存在の証明とみなした事例）、破毀院第一民事部1993年5月5日判決（Cass. 1^{re} Ch. civ., 5 mai 1993, *P. A.* 1993, n° 108, 2^e esp., note J. MASSIP、援助金を目的とする訴えにおいて、父と疑われる男性の鑑定への同意の拒否を懐胎期間内における母との性的関係の存在の証明とみなした事例）、破毀院第一民事部1993年2月10日判決（Cass. 1^{re} Ch. civ., 5 mai 1993, *P. A.* 1993, n° 108, 3^e esp., note J. MASSIP、非嫡出父子関係の搜索の訴えにおいて、父と疑われる男性の鑑定への同意の拒否を自己の父子関係の存在の証明とみなした事例）がある。

61) 破毀院第一民事部1993年1月13日判決（Cass. 1^{re} Ch. civ., 5 mai 1993, *Bull. Civ.* I. n° 11, *P. A.* 1993, n° 108, 1^{re} esp., note J. MASSIP）は、認知行為者による非嫡出父子関係を争う訴えにおいて、母と子の鑑定への同意の拒否のみから認知行為者の認知が虚偽であることを推論するには不十分であるとされた。

62) J. MASSIP, note sous Cass. 1^{re} Ch. civ., 28 mars 2000, *Defrénois* 2000, art. 37194.

63) M. MIGNOT, *op. cit.*, p. 682.

裁や不利益は否定される。人体の不可侵性はフランス民法典が定めた大原則であり、あらゆる侵害から守られなければならないとの考慮が根底にある。フランス親子関係法が一貫性を保持するには議論の一層の進展が望まれる。

ここで、当事者の合意の観点から、故人に対する死後の鑑定について問題となる⁶⁴⁾。特に、利害関係人が生前に鑑定への同意を拒否していた事例としてイヴ・モンタン氏への認知請求事件⁶⁵⁾が有名である。イヴ・モンタン氏は生前に血液鑑定への同意を拒否し続けていたにも関わらず、イヴ・モンタン氏の死後継続して争われた訴訟において、パリ控訴院1997年11月27日判決⁶⁶⁾は、親子関係確認のために埋葬後の遺体を発掘し、DNA鑑定を行うことを命じた。本判決は死者の尊厳に反するとする批判も多いが、親子関係を確認するという生者の権利との調和から説明されている⁶⁷⁾。

3 小括

フランス法は訴訟提起が認められる場合について法的制限を定めている。これらは生物学的真実へのアクセスを制限する根拠として作用する。

生物学的真実へのアクセスは親子関係の存在・不存在を明らかにするには有用な手段である。一方で、生物学的真実へのアクセス制限は、家族の平和と人体不可侵性という親子関係法における2つの原則に由来するとされる⁶⁸⁾。第一原則の家族の平和とは、親子関係の安定性を含む概念である。第二原則の人体不可侵性とは、生命倫理法で示された大原則であり、当事者の同意を必要とする。これら

64) 現在の医療水準においては、利害関係人の死亡は鑑定実施に何ら影響しない。

65) フランス人俳優イヴ・モンタン氏に対する認知請求事件に関する邦語文献として、松川正毅・前掲注18)「イヴ・モンタンとDNA鑑定」92頁、同「DNA鑑定の放任とその問題点—イヴ・モンタンのDNA鑑定がわれわれに教えること—」民情143号2頁(1998年)、野村豊弘=本山敦「DNA親子鑑定を目的とする遺体の発掘をめぐって」判タ979号26頁(1998年)、同「DNA親子鑑定を目的とする遺体の発掘をめぐって—補論」判タ985号59頁(1998年)がある。

66) CA Paris, 6 nov. 1997, *D.* 1998. 122, note P. MALAURIE, *D.* 1998. somm. 161, obs. H. GAUMONT-PRAT, *D.* 1998. somm. 296, obs. N. NEVEJANS-BATAILLE, *RTD civ.* 1998, p. 87, obs. J. HAUSER et *J.C.P.* 1998. I. n° 101, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

67) P. CATALA, *Dr. Famille* 1997. chron. n° 12.

68) M-C. MONSTSALLIER-SAINTE MLEUX, *op. cit.*, p. 1969.

の制限は生物学的鑑定が介入し得ない領域を示しており、ある親子関係が生物学的真実と一致しないとしても、その親子関係を否定されることはない。

Ⅲ 鑑定命令の可能性

親子関係に関する訴えが受理されたならば当事者は鑑定を請求することができる。伝統的に、証拠調べを命じるか否かは事実審裁判官の裁量に委ねられており、事実審裁判官は鑑定の時宜性を判断して鑑定を命じることも拒否することもできる。また、事実審裁判官は鑑定が請求されなくとも職権で命じることもできる⁶⁹⁾。

従来、親子関係については経験則に基づいていた。特に、父子関係については「婚姻の指し示す者が父である」との法諺にある通り、婚姻に基づいて母の夫を子の父とみなし親子関係を設定する手法は広く認められている。一方で、19世紀末に発見された遺伝形質の存在は、子とその親である可能性のある者との身体的特徴の比較と血液の比較という2つの方向性で親子鑑定の研究を進めた⁷⁰⁾。特に、血液型の比較による親子鑑定は、子とその親である可能性のある者との遺伝形質の比較において、先ず、生物学的に親子関係を否定することを可能とし、さらに、技術の飛躍的な進歩により、高い確率で父子関係を否定するだけでなく肯定することを可能とした。ここで、生物学的鑑定は親子関係に関する訴えの結論に決定的な影響を与えることから「証拠の女王」と称される⁷¹⁾。

1 鑑定命令に関する判例の変遷

生物学的鑑定技術の進展は、主に事実審裁判官が血液鑑定を命じる可能性をめぐる判例の変遷とともにあった⁷²⁾。

69) S. BIMES-ARBUS, *LA PREUVE SCIENTIFIQUE DE LA FILLIATION*, th., Toulouse, 1999, p. 100. ビーム・アーバス氏は、訴訟における鑑定請求には、子に対する感情的かつ心理的な問題と既に安定的関係を失った男女の問題が背景にあることを指摘している。さらに、親子関係の生物学的つながりの存否を示す鑑定結果には、子の家族の平和や精神面に消極的影響を及ぼす側面と不確かな状況に決着をつける積極的側面とがあることを指摘している。特に、鑑定実施の際の手續や技術等に関する問題について詳しい。

70) フランスでは身体的特徴の比較による親子鑑定はほとんど行われず、この手法は主にゲルマン諸国で発展した (S. BIMES-ARBUS, *op. cit.*, p. 6)。

71) A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 585.

(1) 生物学的鑑定の実効力の承認

血液型の比較による検査に関する研究が進みその信頼性が高まると、血液検査結果の実効力をめぐって、事実審の判断が分かれた⁷²⁾。当時の学説においては、嫡出否認や父子関係搜索の訴えについて生物学的鑑定の利用を勧めている⁷⁴⁾。破毀院が初めて見解を示したのは、自然子の父子関係搜索の訴えに関して、血液検査の請求を棄却した原判決を破毀した1949年7月25日判決⁷⁵⁾である。破毀院は「血液型の比較を用いた証明の理論がまだなお科学的に議論されており、実効力がないという理由だけで、控訴院は血液鑑定請求を棄却することはできない」と判示している。このように、血液検査結果の実効力は、先ず破毀院で認められ、後の1955年に法律上認められた⁷⁶⁾。

(2) 鑑定の実効性

1955年7月15日の法律は、民法典旧第340条の1第3号に訴訟不受理事由として血液検査による父子関係の不存在の立証を加えた。1955年法施行後、父子関係搜索の訴えにおいては、血液検査が訴訟不受理事由の立証を目的として請求された場合、鑑定を命じることは裁判官の実効性であると解することができる。つまり、

72) 一般的に、鑑定費用の面から、事実審裁判官はDNA鑑定よりも血液検査を命じることが多い (E.CADOU, *LA «BIOLOGISATION» DU DROIT DE LA FILLIATION*, dans C. LABRUSSE-RIOU, *LE DROIT SAISI PAR LA BIOLOGIE*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 21. カドゥ氏は、訴訟への科学的証拠の導入に関して消極的評価を与えている。生物学的真実は親子関係を定義する要素の一つにすぎない。科学の進歩による親子関係概念の一義性の喪失は、これまでに親子関係法が実現してきた生物学的真実と社会的真実との均衡を破るものである。特に、父子関係の推定規定や身分占有は憂慮すべき状況にある。また、科学の進歩は生殖の段階にも影響を及ぼしており、自然生殖による親子関係と人為的な生殖による親子関係との整合的な理解を得難いとした上で、新たな法規範の策定の必要性を論じている。)

73) S. BIMES-ARBUS, *op. cit.*, p. 8 では実効力を否認した判例として、Trib. civ. Seine, 12 nov. 1935, *D.P.* 1936. 2. 48, note R. SAVATIER; Trib. civ. Valence, 31 mai 1938, *D. H.* 1938. 574. 対して、実効力を承認した判例として、Trib. civ. Nice, 12 nov. 1937, *D. H.* 1938. 79; Trib. civ. Marseille, 6 mai 1938, *D. H.* 1938. 494.; CA Rennes, 31 mai 1939, *D. H.* 1939. 429; Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, *D.* 1947. 507, note J. CARBONNIER を挙げている。

74) J. CARBONNIER, note sous Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, *op. cit.*, p. 509.

75) Cass. 1^{re} Ch. civ., 25 juill. 1949, *J.C.P.* 1949. II. 5102, note A. ROUAST et *D.* 1949. 585, note J. CARBONNIER.

76) ただし、1994年生命倫理法制定以前には裁判手続外の鑑定に関する法的規制は存在しなかった。このような裁判手続外の鑑定の実効性に懐疑的な判例もある。

裁判官には鑑定命令を拒否する権限がない。後に、1972年1月3日の法律は、父子関係搜索の訴えについて、訴訟不受理事由に血液検査だけでなく「他のすべての確実な医学的方法」による父子関係の不存在の立証を加えている（民法典旧第340条の1⁷⁷⁾）。この法律は生物学的真実を考慮に入れることを明確にしたものと考えられる。

実際に、破毀院1959年1月13日判決⁷⁸⁾では、民法典旧第340条の1第3号に規定された訴訟不受理事由は裁判官に対して血液鑑定を命じる義務を課すものであるとの初の判断を示している。鑑定の義務性を認めた本判決は後の判例により修正を受けながら判例理論を確立していった。たとえば、嫡出否認の訴えに関する破毀院第一民事部1983年11月16日判決⁷⁹⁾は、鑑定の対象となる当事者が死亡している場合には故人の近親者について鑑定を実施することが可能であると判示している。また、母による準正を目的とする父子関係を争う訴えに関する破毀院第一民事部1987年2月24日判決⁸⁰⁾は、たとえ母が鑑定を請求しなかったとしても、裁判官にはすべての証明方法を用いて、特に血液比較検査によって、子の真の親子関係を搜索する義務があると判示している。さらに、嫡出否認の訴えに関する破毀院第一民事部1989年5月18日判決⁸¹⁾は、裁判官は夫が請求した鑑定を拒否できないと判示している。本判決が明らかにした鑑定の義務性は多くの破毀院判例で

77) 民法典旧第340条の1 父子関係搜索の訴えは、受理することができない。

第3号 父と主張される者が、血液検査又はすべての確実な医学的方法によって子の父でありえないことを立証する場合（稲本・128頁）。

78) Cass. 1^{re} Ch. civ., 13 janv. 1959, *Bull. Civ. I.* n° 22, *D.* 1959. 174, obs. H. CAPITANT, A. WEILL et F. TERRE et *D.* 1959. 61, note A. ROUAST.

79) 破毀院第一民事部1983年11月16日判決（Cass. 1^{re} Ch. civ., 16 nov. 1983, *Bull. Civ. I.* n° 273, *J.C.P.* 1984. II. 20235, note G. DURRY et *J.C.P.* 1984. I. 3165, note C. ATIAS）は、夫が既に死亡しており、その相続人によりなされた嫡出否認（民法典第316条の1）の事例であり、破毀院は父と推定される者の死亡を理由に鑑定請求を棄却した原判決を破毀して、故人の存命中の父母（子の父方の祖父母）との鑑定を実施し、紛争を解決すべきであると判示している。

80) Cass. 1^{re} Ch. civ., 24 févr. 1987, *Bull. Civ. I.* n° 67, *Gaz. Pal.* 1987. II. 383, note J. MASSIP, *D.* 1987. somm. 313, obs. D. HUET-WEILLER.

81) Cass. 1^{re} Ch. civ., 18 mai 1989, *Bull. civ. I.* n° 23, *Gaz. Pal.* 1990. II. 91, note J. MASSIP.

82) Cass. 1^{re} Ch. civ., 19 nov. 1991, *Bull. civ. I.* n° 317 ; Cass. 1^{re} Ch. civ., 17 déc. 1991 ; Cass. 1^{re} Ch. civ., 18 févr. 1992, *Bull. civ. I.* n° 51 ; Cass. 1^{re} Ch. civ., 17 mars 1992, *Bull. civ. I.* n° 85.

引用されている⁸²⁾。これらの判決より、裁判官は蓋然性の高い父子関係を捜索する義務があり、当事者が請求しなかったとしても血液検査を命じる義務があると解し得る。

従って、生物学的鑑定が訴訟不受理事由の立証を目的として請求された場合、裁判官は鑑定を命じなければならない。他方、請求された血液検査が訴訟不受理事由の立証を目的とするものでない場合、鑑定の実施の要否は裁判官の裁量に委ねられる。

(3) 鑑定 of 任意性

1993年1月8日の法律第22号は父子関係捜索の訴えについて列挙されていた訴訟不受理事由を廃止した。以降、生物学的鑑定は単に証拠調べであるにすぎず⁸³⁾、鑑定が請求された場合、証拠調べを命じるか否かは裁判官の自由裁量に委ねられる⁸⁴⁾という従来の解決法に立ち返る事となった。

しかし、鑑定は問題となっている親子関係の生物学的つながりの存在・不存在をほぼ確実に証明する唯一の証明方法である。裁判官による鑑定請求の棄却は、たとえば、何ら証拠を有しない認知を争う当事者にとって唯一の証明方法を奪うことになる。この点について、マシップ判事は、裁判官の自由裁量に委ねられるとする生物学的鑑定について、鑑定結果が訴訟の結果に決定的な影響を与える可能性がある場合、鑑定請求は原則として認められるべきであると提案していた⁸⁵⁾。

2 破毀院第一民事部2000年3月28日判決の紹介

破毀院第一民事部2000年3月28日判決⁸⁶⁾の事実関係は以下の通りである。

(1) 事件の概要

83) J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 492.

84) 破毀院第一民事部1998年1月6日判決 (Cass. 1^{re} Ch civ., 6 janv. 1998, *Bull. civ.* I. n° 3) は、証拠調べを命じたり拒否する権限は事実審裁判官の自由裁量であると認めている。

85) マシップ判事は破毀院2000年判決以前より「生物学的鑑定に関しては、既に何度も繰り返して提案してきた通り、類似の原則を適用して、さらに、そのような鑑定が請求された場合、それは当然の権利である、それを行わない正当な事由が存在しなければ（以前の鑑定が充分であるとき、請求が抑圧的又は時間稼ぎのものであるとき…）、と考えることは望ましくないであろうか」(J. MASSIP, *De-frénois* 1999, art. 37031) と明確に主張していた。

母 X は1994年10月28日男児 Z を出産した。内縁の夫 Y は子 Z を認知し、その旨出生証書に記載された。1995年2月内縁解消後、同年6月 X は当該認知を争う訴えを提起した。

X は、①Y は癌治療の結果生殖不能の兆候があると判明していたこと、②X は Z の懐胎当時別の男性との性的関係を有しており、それ以前から既に Y との性的関係はなかったこと、③内縁解消後 Z は Y と会っていないこと、を主張し⁸⁷⁾、認知行為者である Y と Z の父子関係の不存在を証明するために血液検査を請求した。

パリ大審裁判所1996年2月20日判決とパリ控訴院1997年10月2日判決は、証拠の提出において、X は認知行為者 Y の認知が虚偽であることについて何ら証拠を提示せず⁸⁸⁾、このような当事者の懈怠を医学的鑑定という手段で補う必要はない(新民事訴訟法典第146条第2項)との判決理由から、X の訴えを棄却している。

X は、原判決に対し破毀を申立てた。破毀申立て理由として、鑑定を命じる権限は排他的に裁判官に属するものであり、X が自ら訴訟の結果を左右する鑑定を行うことはできないのであるから、裁判官の裁判拒否を禁ずる民法典第4条⁸⁹⁾の法律違背があり、これにより、控訴院は新民事訴訟法典第146条に違反していることを挙げている。

86) Cass. 1^{re} Ch. civ., 28 mars 2000, *Bull. Civ.* I. n° 103, *J.C.P.* 2000. I. 253, obs. C. BYK, *J.C.P.* 2000. II. 10409, note M-C. MONSTSALLIER-SAINTE MLEUX, *D.* 2000. 731, note T. GARÉ, *D.* 2001, somm. 976, obs. F. GARNRT, *D.* 2001. somm. 1427, obs. H. GAUMONT-PRAT, *D.* 2001, somm. 2868, obs. C. DESONYER, *Gaz. Pal.* 2000. II. 1867 et *Defrénois* 2000, art. 37194, note J. MASSIP, *Dr. Famille* 2000, comm. n° 72, obs. P. MURAT, *P. A.* 2000, n° 177, note N. NEVEJANS-BATAILLE, *P.A.* 2000, n° 236, note C. DABURON, *R.T.D civ.* 2000, p. 304, obs. J. HAUSER et *Dr. Famille* 2003, chr. n° 23, note C. JOURDAIN-FORTIER.

87) これらの前提証拠は証言により示され、不明確ではあるが充分に証拠の端緒となるものであったという (N. NEVEJANS, *op.cit.*, p. 12)。

88) 認知が生物学的真実に合致しないことを証明するのは認知を争う者 X の義務である (新民事訴訟法典第9条)。

新民事訴訟法典第9条 その申立の認容のために必要な事実を法律にしたがって証明することは、各当事者の負担とする (若林・144頁)。

89) 民法典第4条 法律の沈黙、不明瞭又は不十分の口実の下に裁判することを拒否する裁判官に対しては、裁判拒否につき有罪として訴追することができる (稲本・2頁)。

(2) 判決

破毀院は、民法典第339条、同第311条の12、新民事訴訟法典第146条に鑑みて、「親子関係につき科学的鑑定を行うことは理由がある、それを行わない正当な事由がある場合を除いて」と判示し、原判決を破毀した。

(3) 本判決の意義

破毀院第一民事部2000年3月28日判決（以下、破毀院2000年判決と呼ぶ）は、当事者の生物学的真実に対するアクセスに関して、破毀院の伝統判例を覆すものとして重要である。つまり、親子関係について生物学的鑑定を行うことが当然のこととして認められる旨を述べたものであり、裁判官は当事者の一方が生物学的鑑定を請求した場合鑑定を命じなければならないとの判例変更を行った。評釈においては多数が本判決を支持している。マシップ判事は破毀院2000年判決の評釈において「生物学的真実の搜索はすべての親子関係訴訟において適用しうる指導的原則であるとみなすべきである」と述べている⁹⁰⁾。

但し、破毀院2000年判決は留保を付して慎重な姿勢を崩していない。生物学的鑑定の実施が当然のこととして認められるようになったからこそ、なおも生物学的真実へのアクセスを回避しようとする配慮を伺い知ることができる（後述Ⅳ）。あくまでもフランス法は法的親子関係を直接的に生物学的真実と結びつけていないことに着目すべきである。

3 小括

生物学的鑑定を行うことが当然であるとしても、その請求が認められるには、まず、訴えが受理可能であること、次に、親子関係の証拠方法として認められることが必要である。そして、親子関係の証拠を提示するに際し、当事者の一方が生物学的鑑定を請求した場合には裁判官は鑑定を命じなければならない、とするのが破毀院2000年判決の判旨である。

従来、当事者の請求があった場合に、事実審裁判官はその適宜を判断し鑑定命令の可否を検討して鑑定を命じるか、職権で鑑定を命じるかであった。破毀院

90) J. MASSIP, *supra* note 58, p. 772.

2000年判決により、事実審裁判官には鑑定を命じる義務が課せられた。破毀院は親子関係を争うすべての訴えにおいて生物学的真実を考慮に入れることを明らかにしたのである。つまり、破毀院は「すべての証拠方法によって最も確実と思われる親子関係を決定」しなければならないとする民法典第311条の12第1項をもっぱら生物学的意味において解されているとの指摘がある⁹¹⁾。「最も確実と思われる親子関係」と生物学的真実との同一視は、嫡出推定・認知・身分占有によって親子関係成立の基とするフランス親子関係法を根底から揺るがすであろう。

IV 生物学的真実へのアクセス回避

ヨーロッパ諸国においては親子鑑定の積極的利用が主流であり、親子関係について、科学的証拠へのアクセスは当然であると考えている⁹²⁾。たとえば、ドイツ法は生物学的真実へのアクセスを直接強制を用いた身体検査の強制により実現することを認めている（ドイツ民事訴訟法典第372条a⁹³⁾）。このように、親子関係において血縁を重視するならば親子関係の究極目的は生物学的真実の解明にある。破毀院2000年判決を受けて、フランス法も他のヨーロッパ諸国と同調する姿勢を表明しているのであるか。さらに、フランス法には「身分占有」という独自の概念が存在する（前述II 1(2)）が、生物学的真実のアクセス障壁としてもはや存在価値を失うのであろうか。

1 鑑定の合理性

91) N. NEVEJANS-BATAILLE, *op. cit.*, p. 10.

92) H. GAUMONT-PRAT, *op. cit.*, p. 1428.

93) ドイツ民事訴訟法典第372条a ①民法第1591条及び第1600条の定める場合又はその他の場合において、血統の確認に必要である限り、その検査が科学的に認知された原理により事実関係の解明を約束し、かつ検査の方法及びその結果が被検査者若しくは第383条第1項第1号ないし第3号に掲げるその近親者に及ぼす効果を斟酌してもなおその検査を被検査者に期待できる場合であって、かつ被検査者の健康を害するおそれがない場合に限り、何人も検査、特に血液検査のための血液採取を受忍しなければならない。②第386条ないし第390条の規定はこれを準用する。正当な事由なく再三再四検査を拒んだ場合には、直接強制をも行うことができ、特に検査の目的をもってする強制引致を命じることができる（法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会、1991年）113頁）。

破毀院2000年判決は生物学的真実へのアクセスを認めるに至った。つまり、裁判官の裁量が否定され、裁判官は鑑定命令の許否を選択することができない。但し、破毀院2000年判決で確立された規範は、当事者の一方が鑑定を請求することを前提としており、当事者が請求しなければ裁判官は鑑定を命じる義務はなく⁹⁴⁾、鑑定を必要と判断したならば職権で命じることができることを確認しておかなければならない。

鑑定の実施が当然であるとは、言わば訴訟の結果を左右する確実な証拠を要求することであり、親子関係法において、正確さよりも蓋然性に基づくあらゆる規定を問題視する恐れがある⁹⁵⁾。

たとえば、民法典第340条は訴訟開始事由として事前の前提証拠の提示を要求している。この場合、血液鑑定を用いて「重大な推定又は徴表」を証明することはできないと解されている⁹⁶⁾。しかし、破毀院第一民事部1997年2月11日判決⁹⁷⁾において、同第340条第2項が非嫡出父子関係の証明を容認するために「重大な推定又は徴表」を要求しているとすれば、非嫡出父子関係の証明をすべての証拠方法を用いてなし得ると判示されており、血液鑑定を前提証拠としても証拠資料としても同時に考慮する可能性が伺える⁹⁸⁾。本判決は第一段階として提示すべき前提証拠と第二段階として提示すべき証拠それ自体とを混同しているとして批判されている⁹⁹⁾。しかし、破毀院2000年判決により、裁判官は親子関係に関する争いが提起され当事者の一方が鑑定を請求した以上それを命じなければならないとすれば、「重大な推定又は徴表」から父子関係を推論する必然性が弱まり、第一段階の存在意義が危うくなる¹⁰⁰⁾。

94) D. CORINNE, *op. cit.*, p. 14.

95) T. GARÉ, *op. cit.*, p. 732.

96) トゥールーズ控訴院1994年6月21日判決 (CA Toulouse, 21 juin 1994, *D.* 1995. 98, note S. MIRABAIL) は、生物学的鑑定は訴えの受理可能性を他の証明方法で立証された後にしか認められないと判示している。

97) Cass. 1^{re} Ch civ., 11 févr. 1997, *D.* 1997. 502, note J. MASSIP, *RTD civ.* 1999, p. 529, note F. BELLIVIER, L. BRUNET et C. LABRUSSE-RIOU.

98) N. NEVEJANS-BATAILLE, *op. cit.*, p. 11.

99) S. MIRABAIL note sous CA Toulouse, 21 juin 1994, *D.* 1995. 100.

100) N. NEVEJANS-BATAILLE, *op. cit.*, p. 11.

2 鑑定を行わない正当な事由

従来、訴えが受理され鑑定請求がなされたとしてもなお、裁判官による鑑定実施の適否の考慮は生物学的真実へのアクセス回避の道を残していた。破毀院2000年判決は鑑定を行うことを当然のこととして位置付け、従来のような考慮の余地は残されていない。

但し、破毀院2000年判決は、鑑定を行わない正当な事由が存在する場合には生物学的鑑定請求が棄却されると述べている。本判決で示された留保は、血液検査に関しても同様の留保が示されていると解し得る。しかし、「正当な事由」とは曖昧な概念である。では、破毀院2000年判決が示す「正当な事由」とはどのような場合か（後述(1)）。手続法上も、証拠の提出における当事者の懈怠がある場合には鑑定請求が棄却される（後述(2)）。

(1) 「正当な事由」

事実審裁判官は、鑑定請求の棄却は正当であると解したとき、判決理由を述べなければならない¹⁰¹⁾。

以下の事例を挙げることができる。まず、時間稼ぎを目的とした鑑定請求の場合には鑑定実施を正当化する根拠が存在しない¹⁰²⁾。次に、抑圧的な鑑定の場合¹⁰³⁾。たとえば、夫や内縁の夫が妻の貞操を確かめたいと望んでいる場合である。さらに、既に鑑定が実施されている場合には新たな鑑定を行う必要はない¹⁰⁴⁾。破毀院は、当事者は別の科学的手段に基づく新たな鑑定を請求することができるが、裁

101) 証拠調べとして、裁判官は鑑定の利用と命令が時宜に適っているかを判断する裁量権を有する。但し、裁量権の行使にあたっては、鑑定を命じる決定の場合「鑑定を必要とする事情」を示さねばならない（新民事訴訟法典第265条）。一方で、鑑定請求を棄却する決定の場合請求された鑑定が不要であることを示すに留まり、その決定に対し理由を説明する義務はないとされる。なぜならば、既に十分な心証を得ているからである。しかし、単なる証拠資料や公判記録のみに基づいて判断された決定の妥当性について不服申立てを行うには（同第272条）理由が示されることが望ましい。実務では、生物学的鑑定に関しては、請求を棄却する決定の場合には理由を説明することを確認している（S. BIMES-ARBUS, *op. cit.*, p. 100）。

102) Cass. 1^{re} Ch civ., 18 mai 1989, *Gaz. Pal.* 1990. 1. 91 et *Defrénois*. 1989. art. 34574, note J. MASSIP, *D.* 1987. Somm. 313, obs. D. HUET-WEILLER.

103) T. GARÉ, *op. cit.*, p. 731、その他の表現として、「興味本位」（松川・前掲注65）「DNA 鑑定の放任」3頁）や「妻の不貞というあてずっぽうな主張」（春日・前掲注11）「証明問題と鑑定強制」32頁）が該当すると思われる。

104) N. NEVEJANS-BATAILLE, *op. cit.*, p. 13

判官が先行する鑑定から十分な結果を得ているのであれば新たな鑑定から「異なる鑑定結果がもたらされることなど考えられない」¹⁰⁵⁾し、また、「既に行われた鑑定結果を問題視することはできない」¹⁰⁶⁾と判示している。また、他の資料で心証が形成されている場合、たとえば、法定懐胎期間内に男性が外国旅行中であった事実や、男性の生殖不能を証明する医師の診断書の提出¹⁰⁷⁾、法定懐胎期間内と推測される時期に女性がすでに妊娠していたこと証明する医師の診断書の提出がある¹⁰⁸⁾。他に、鑑定の実施が不可能である場合¹⁰⁹⁾、鑑定結果の証明力が著しく弱い恐れがある場合¹¹⁰⁾が挙げられる。

つまり、「正当な事由」とは、争われている親子関係について既に十分な確信が得られており生物学的鑑定に頼る必要がない場合であると解することができる。

(2) 当事者の懈怠

新民事訴訟法典第146条は、第1項で「証拠調べは、事実を主張した当事者がその立証の為十分な資料を有していない場合のみ、その事実についてこれを命じることができる」、第2項で「いかなる場合においても、証拠調べは、証拠の提出における当事者の懈怠を補う為にこれを命じることができない」と規定している¹¹¹⁾。

-
- 105) 破毀院1995年6月7日判決 (Cass. 1^{re} Ch. civ., 7 juin 1995, *Bull. civ. I.* n° 239, *P. A.* 1996, n° 25, note J. MASSIP) は、Y 婦人が X 氏に対して自然子の父子関係探索の訴えを提起した事案について、X 氏は子の父であると思われると結論付けた血液検査とは別に DNA 鑑定を用いた新たな鑑定請求に対して、X 氏の請求を棄却した原判決 (CA Dijon, 16 mars 1993) に対する破毀申立を棄却している。
- 106) 破毀院1994年1月12日判決 (Cass. 1^{re} Ch. civ., 12 jan. 1994, *Bull. civ. I.* n° 14, *D.* 1994, 449, note J. MASSIP) は、元夫 X 氏が Y 婦人に対して嫡出子の父子関係を争う訴えを提起した事案において、父子関係を99.999%肯定した血液検査とは別の新たな鑑定請求に対して、X 氏の請求を棄却した原判決 (CA Nancy, 10 janv. 1992) に対する破毀申立を棄却している。
- 107) Cass. 1^{re} Ch. civ., 18 févr 1992, *Bull. Civ. I.* n° 51.
- 108) N. NEVEJANS-BATAILLE, *op. cit.*, p. 11.
- 109) CA Douai, 15 févr 2000.
- 110) 破毀院第一民事部1995年3月14日判決 (Cass. 1^{re} Ch. civ., 14 mars 1995, *Bull. civ. I.* n° 126) は、X 氏の死亡後、X の妻が Z 婦人が生んだ子に対する X 氏の認知を争う訴えを提起した事案において、X の父母と Z の夫に対する血液検査の請求に対して、X の妻の請求を棄却した原判決 (CA Orléans, 5 déc. 1990) を、「認知行為者 X とその母の死亡は、鑑定結果が十分な証拠とならない鑑定を命じることが免除している」として破毀申立を棄却している。

2000年判決の直近の判決である破毀院第一民事部1999年6月8日判決¹¹²⁾は、同第146条第2項に鑑み、証拠の提出における当事者の懈怠を補うために証拠調べを命じることを拒否した原審の判断を支持している。破毀院2000年判決で破毀された原審の判断も同様であった。確かに、証拠の提出における当事者の懈怠は鑑定命令を拒否する正当な事由に当たると解し得る。しかし、マシッ判事は破毀院2000年判決の評釈において、原審の判断に対し、「一体どうやって母が父子関係の不存在に関する証拠、たとえば、内縁の夫の生殖不能に関する証拠や法的懐胎期間内における内縁夫婦の性的関係の不存在に関する証拠を提示できようか」と非難している¹¹³⁾。マシッ判事の考察は証拠提出における懈怠と証拠提示の不可能性を区別する。つまり、破毀院2000年判決で示された判断は同第146条第1項を参照していることから、破毀院は「当事者の無為」を問題としているのではなく、紛争解決に向けて必然的な「当事者自身が行うこと」の不可能性を問題にしていると解し得る¹¹⁴⁾。実際、破毀院2000年判決の原告である母は認知が虚偽であるとの主張を裏付ける証拠を提示していない。しかし、父子関係の不存在を立証する唯一の証明方法である鑑定は裁判官だけが命じることができ、原告はそれを自ら行うことはできない¹¹⁵⁾。つまり、裁判官の鑑定命令の拒否は当事者から唯一の証明方法を奪うことに等しい。従って、同第146条第2項の「懈怠」とは、「当事者自身が証拠資料を提出できる状況にあるにも関わらずそれをなすことすらしなかった当事者の軽率なフォート」¹¹⁶⁾であり、当事者が自らなすことのできない鑑定について裁判官が鑑定命令を拒否した場合、或いは、当事者が自己の主張を裏付けるために唯一有している証明方法（鑑定）を請求していないとして職権で鑑定を命じなかった場合には同第146条違反となると考えられる¹¹⁷⁾。

111) 若林・160頁。

112) 破毀院第一民事部1999年6月8日判決 (Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999) は、「自然子の認知は真実の表明であるとみなされ、虚偽の証拠を示すのは認知を争う者に帰せられているのであり、Y婦人と内縁関係を続けていたX氏が自己の父子関係を疑わせる重大な証拠を何ら提示していないとして控訴院が鑑定請求を棄却したのは裁量権の行使である」として原審の判断を支持している (D. 2001. somm. 976)。

113) J. MASSIP, *supra note* 62, p. 772.

114) M-C. MONSTSALLIER-SAINTE MLEUX, *op. cit.*, p. 1970.

115) 裁判手続外の鑑定は民法典第16条の11で禁じられている (前掲注18))。

116) N. NEVEJANS-BATAILLE, *op. cit.*, p. 12.

破毀院2000年判決以降、破毀院第一民事部2000年5月30日判決¹¹⁸⁾を始めとして、破毀院2000年判決が引用されている¹¹⁹⁾。いずれも、新民事訴訟法典第146条第2項に鑑み、証拠の提出における当事者の懈怠を補うために生物学的鑑定を命じることを否認した原判決を破毀している。確かに、破毀院2000年判決が示した当然のこととしての鑑定という原則は、当事者の懈怠を補う目的で請求された証拠調べを拒否する裁判官の権限とは矛盾している。但し、破毀院2000年判決で破毀院が明示したことは、証拠提出における当事者の懈怠は鑑定命令の拒否を認める正当な事由に当たらないということである。つまり、破毀院は、親子鑑定に関して、証拠の不存在は紛争の性質に内在しており、同第146条の懈怠には該当しないと考えている。

従って、破毀院2000年判決を含めこれらの破毀院判決は当事者自身による証拠提示の不可能性に注目していると解し得る。今後、証拠提出における懈怠と証拠提出の不可能性の概念がより明確にされることが期待される。

117) N. NEVEJANS-BATAILLE, *ibid.*

118) 破毀院第一民事部2000年5月30日判決 (Cass. 1^{re} Ch. civ., 30 mai 2000, *J.C.P.* 2000. II. 10410, note T. GARÉ et *Dr. Famille* 2000. comm. n° 108, obs. P. MURAT) は、認知行為者 X が以前になした自己の認知を虚偽のものであるとして認知を争う訴えを提起した事案において、X が請求した生物学的鑑定について、破毀院2000年判決を引用して、新民事訴訟法典第146条第2項の当事者の懈怠を理由に請求を棄却した原判決を破毀している。

119) P. MURAT note sous Cass. 1^{re} Ch. civ., 9 nov. 2003 (父による嫡出否認の訴えにおいて、原告が血液検査を申立てた事例) Cass. 1^{re} Ch. civ., 17 févr. 2004 (虚偽認知をなした認知行為者による認知を争う訴えにおいて、原告が血液検査を申立てた事例) et Cass. 1^{re} Ch. civ., 30 mars 2004 (被相続人の再婚相手による被相続人と連れ子である相続人との嫡出父子関係を争う訴えにおいて、原告が血液検査を申立てた事例), *Dr. Famille* 2004. comm. n° 96. 評釈において、「(破毀院2000年判決が示した) 鑑定を行うことは理由があるという原則は、証拠調べが証拠の提出における当事者の懈怠を補う目的である場合、請求された証拠調べを拒否する裁判官の権限と先験的に矛盾していることを認めなければならない」とした上で、「多くの場合、証拠の提出における当事者の不履行は恐らく本当の懈怠ではなく、むしろ単に十分な資料を有していないのである (新民事訴訟法第146条第1項参照)」から、新民事訴訟法第146条の懈怠には該当しないと解すことができ、破毀院2000年判決は必ずしも非難すべきものではないと指摘している。

3 身分占有と生物学的真実

親子関係における真実志向は科学の進歩がもたらした進展である。しかし、破毀院2000年判決が示した鑑定合理性は身分占有と両立しないことが明らかである。なぜならば、生物学的鑑定は客観的な真実を捜索するものであるのに対し、身分占有は外観的・感情的な真実であり互いに相容れないものであるからである。ここで、破毀院第一民事部1990年12月4日判決¹²⁰⁾は「身分占有は立証されると同時に反証されるまで親子関係を推定するにすぎない」と判示している。その結果、身分占有と鑑定結果が不一致の場合には生物学的真実が勝る¹²¹⁾とも考え得る。

従来の判例は生物学的真実へのアクセスに対して慎重であった。母が元内縁の夫の認知を争った事例において、鑑定が請求された後もなお裁判官は法定懐胎期間内に母と認知行為者が同棲していたという当時の状況を考慮して請求を却下している¹²²⁾。他に、子が認知行為者に対する身分占有の萌芽を享受していた場合、認知行為者が子を自分の子として処遇していた場合、自分の子と認識していた場合、鑑定請求は却下される。親子関係の真実性を疑わせる証拠が何ら存在しない場合には鑑定を命じる根拠を欠くとして鑑定請求が却下されるとする従来の判例は、生物学的真実の暴露を回避する為の根拠としても身分占有が有用であることを示している¹²³⁾。従って、これまで身分占有は生物学的真実へのアクセスの制限根拠としても回避根拠としても作用していた。

鑑定結果はあらゆる親子関係の存否を瞬時に一刀両断に決する¹²⁴⁾一方で、身分

120) 破毀院第一民事部1990年12月4日判決 (Cass. 1^{re} Ch. civ., 4 déc 1990, *Bull. civ.* I. n° 277, *Defrénois*. 1991. art. 35047, note J. MASSIP et *RTD civ.* 1991, p. 511, obs. D. HUET-WEILLER) は、母 X が Y 氏に対して自然子の父子関係探索の訴えを提起した事案において、子が Y 氏に対する非嫡出子の身分占有を享受しているか否かについて評価せずに、父子関係を否定する血液検査の結果に基づいて X の請求を棄却した原審の判断を支持している。本判決において、破毀院は、法的親子関係について当事者間に争いがある場合、生物学的鑑定の実施が妥当であるとする姿勢を示しているとの指摘がある (C. JOURDAIN-FORTIER, *op. cit.*, p. 21)。

121) V. MORGAND-CANTEGRIT, *op. cit.*, p. 689. カルボニエ氏は「生物学の大勝利である」と評している (J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 460)。

122) Cass. 1^{re} Ch. civ., 5 janv. 1999, D. 1999. 651 et *Defrénois*. 1999. art. 37031, obs. J. MASSIP.

123) P. MURAT note sous Cass. 1^{re} Ch. civ., 8 janv. 1999, *Dr. Famille* 1999, comm. n° 123

124) この時、鑑定人は訴訟におけるレフェリーとなる (E. CADOU, *op. cit.*, p. 36)。

占有による親子関係の証明は長い年月の経過によって形成された事実それ自体が評価される。従来は身分占有や親子関係の蓋然性を示す外観上の事実の考慮により鑑定実施の適否が判断されていた。しかし、破毀院2000年判決はその様な考慮の余地を認めない。一度訴えが受理されると、もはや身分占有による生物学的真実へのアクセス回避は不可能である。破毀院2000年判決は親子関係に関する訴えにおいて生物学的真実を考慮に入れる姿勢を明確に示したといえる。とすれば、身分占有の役割は生物学的真実へのアクセス制限に求められる。

4 小括

1804年ナポレオン法典制定時には生物学的真実へのアクセスは技術上不可能であったことから、婚姻に基づく家族の優遇と婚姻から推定される蓋然性の高い親子関係を認めるシステムは妥当であった。科学の進歩に伴う親子関係法の改正によって、生物学的真実へのアクセスの可能性はフランス法に段階的に導入された。親子関係法は時効・身分占有・「重大な推定又は徴表」・当事者の同意による生物学的真実へのアクセス制限を設けており、鑑定実施が認められない領域を示していることは重要である。さらに、破毀院2000年判決は「鑑定を行うことは理由がある」として生物学的真実へのアクセスを認めたが、なおも「正当な事由」によるアクセス回避を認めている。従って、フランス法は生物学的真実を親子関係法の目的とみなしているのではないと解し得る¹²⁵⁾。

フランス独自の法理である身分占有は生物学的真実へのアクセスの障壁として従来法律上も実務上も有用であった¹²⁶⁾。証書と一致する身分占有を有する子の親子関係について生物学的真実を問題視させない（民法典第322条）という身分占有の理論は、特に生物学的真実へのアクセス制限の根拠として有効である。ある親子関係が生物学的真実と異なるとしても、期間の経過によって身分占有が構成されると既存の親子関係を承認し保護する。しかし、民法典第322条第2項反対

125) むしろ、生物学的真実の子の利益を追求する手段とみなしていることを前提としているとの指摘がある (E. CADOU, *op. cit.*, p. 17)。

126) 身分占有と生物学的真実との関係について、身分占有は生物学的真実と対置するものではなく、むしろ結び付けているのであり、生物学的真実を反映しているとも解される (G. CORNU, *Droit civil, La famill*, 8^e éd, Paris, Montchrestien, n° 206)。

解釈に基づく訴えが30年間全ての利害関係人に認められていること、破毀院2000年判決が示した「鑑定合理性」に基づき当事者の一方が請求した鑑定を命じなければならないことを考えれば、科学的証拠の「無制限の受理」¹²⁷⁾は生物学的真実へのアクセス回避根拠としての身分占有の有効性を弱めた。「鑑定合理性」は親子関係の安定性とは対置にある¹²⁸⁾。破毀院2000年判決により社会学的真実は生物学的真実よりも明らかに格下げされたとみなされている¹²⁹⁾。

しかし、生物学的真実の解明が親子関係にとって必ずしも望ましい結論を導き得ない。破毀院2000年判決は、伝統的な判例を覆し、訴訟における生物学的鑑定の利用を推し進めている。他方で、同判決の射程範囲は生物学的真実へのアクセスを制限する民法の諸規定にまで拡張されないこと、さらに、同判決にはアクセスを回避する留保が付されていることから、生物学的真実へのアクセスに対してフランス親子法は慎重な姿勢を崩していないことを理解することができる。

V 日本における状況

1 親子関係をめぐる訴訟

わが国で親子鑑定が行われる場面として、嫡出否認の訴え、親子関係確認の訴え、認知無効の訴え及び認知の訴え等が挙げられる。科学の進歩により親子関係の生物学的真実が明らかとされる現代において、わが国では生物学的真実へのアクセスについて法は何ら言及していない。障壁はなきに等しい。その為、親子関係に疑問を持った者は生物学的真実を容易に得ることができ、さらには、生物学的真実に反する親子関係を常に争うことができる。

この点につき、生物学的真実に関して、否定的証拠が求められる場面である親子関係不存在確認の訴え(1)、対して、積極的証拠が求められる場面である認知の訴え(2)について考察する。

(1) 親子関係不存在確認の訴え

妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定する嫡出推定制度は婚姻を基にした父

127) E. CADOU, *op. cit.*, p. 15.

128) T. GARÉ, *op. cit.*, p. 732.

129) A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 585.

子関係確定の法的技術である（民法772条）。但し、形式的には嫡出推定を受ける期間内に出生した子であっても実質的には懐胎当時に嫡出性を推定させる基礎を欠く場合には嫡出推定を適用すべきではない。この場合、嫡出否認の訴え（同774条以下）によることなく親子関係不存在確認の訴えにより父子関係を否認できるとするのが判例・学説の見解である¹³⁰⁾。

ここで、民法772条の嫡出推定が排除される場合について問題となる。

外観説は、嫡出推定・否認制度の趣旨を家庭の平和と夫婦間のプライバシーの非公開に求め、家庭生活の秘事にまで立ち入らなければ分からないような事情は考慮に入れるべきでないとする¹³¹⁾。よって、嫡出推定が排除される場合として、法定懐胎期間内における夫婦の同棲の欠如という外観上明白な場合に限定する。具体的に、夫の失踪、出征、在監、海外滞在及び夫婦の事実上の離婚状態が挙げられる。対して、血縁説は、親子関係における血縁を重視し、それに基づく親子関係を確定させる血縁主義の立場を採る¹³²⁾。よって、外観説が説く場合に限らず、生殖不能や血液型の背馳等客観的科学的にみて子が妻の夫の子であることを否定される場合にも嫡出推定が排除される。家庭破綻説は、外観説か血縁説かという二者択一の論理を用いずに、個別具体的事例ごとに嫡出推定・否認制度の趣旨を比較考慮して判断すべきとする¹³³⁾。たとえば、家庭の平和がすでに崩壊している場合には、もはや守るべき家庭の平和が存在しないのであるから、血縁主義を優先して嫡出推定を排除し、真実の父との父子関係の主張を認めることになる¹³⁴⁾。

この点につき、最高裁判所は一貫して外観説の立場を採っている¹³⁵⁾。しかし、

130) 水野教授は「判例・学説による嫡出推定制度の空洞化」により、推定規定は無に帰せられる恐れがあると指摘する（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」民研480号13頁（1997年））。

131) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）221頁。

132) 中川善之助『新訂親族法』（青林書院社、1968年）363頁。

133) 松倉耕作「家庭の平和の崩壊と嫡出推定の排除」リマークス1992（下）93頁（1992年）、梶村太市「婚姻共同生活中の出生子の嫡出推定と親子関係不存在確認」ジュリ631号128頁（1997年）。

134) 家庭破綻説の従来の家庭の破綻に加えて、既に子をめぐる新家庭が形成されているという事情があり、それを認めることが子の利益に合致するものである場合に限定して推定を排除とする新家庭形成説が現れた（梶村太市「嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認の訴え」判タ934号35頁（1997年））。

昭和50年以降、下級審では家庭破綻説を採るものが多くみられる¹³⁶⁾。特に、東京高裁平成6年3月28日判決¹³⁷⁾及び東京高裁平成7年1月30日判決¹³⁸⁾は、嫡出推定が排除される場合として家庭破綻説に立った上で、「客観的かつ明白に父子関係を否定することができるというのは、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」であると判示している（但し、後者の判決の上告審である最高裁平成10年8月31日判決¹³⁹⁾は外観説に立ち、

-
- 135) 最高裁昭和44年5月29日判決（最集民23巻6号1064頁、家月21巻9号82頁、判時559号45頁、判タ236号123頁）は、離婚による解消後300日以内に出生した子について、夫婦が事実上の離婚状態にあった場合には夫婦の実態が失われていることから、右子は実質的に同772条の推定を受けない嫡出子にあたると判示した。同旨、最判昭和44年9月4日最集民189号497頁、判時572号26頁。近時の判例として、最判平成10年8月31日判決後掲注139)、最判平成12年3月14日判決最集民197号377頁、家月52巻9号85頁がある。
- 136) 家庭破綻説を採る下級審判例として、東京家審昭和51年5月28日（父子間に血液型の背馳が認められた事例）、東京家審昭和52年3月5日（父子間に血液型の背馳が認められた事例）、大阪地判昭和58年12月26日（父子間に血液型の背馳が認められた事例）、津家四日市支審昭和59年7月18日（夫が無精子症であった事例）、札幌家審昭和61年9月22日（父子間に血液型の背馳が認められた事例）、神戸家伊丹支審平成2年1月18日（父子間に血液型の背馳が認められた事例）、東京地判平成2年10月29日（混血児が出生した事例）、神戸地判平成3年3月11日（父子間に血液型の背馳が認められた事例）、神戸地判平成3年11月26日（父子間に血液型の背馳が認められた事例）等がある。
- 137) 東京高裁平成6年3月28日判決（判時1496号76頁、判タ851号278頁、高民47巻1号97頁、家月47巻2号165頁、東高時報45巻1-12号13頁）は、母の不貞により婚姻中に出生した子につき、父子間に血液型の背馳が認められた事例である。評釈として、山崎進＝杉政静夫「判批」ジュリ1124号116頁（1997年）、梶村太市「判批」判タ882号146頁（1995年）、水野紀子「判批」判評435号210頁（1995年）、村重慶一「判批」戸時448号46頁（1995年）、澤田省三「判批」戸時624号185頁（1994年）がある。
- 138) 東京高裁平成7年1月30日判決（判時1551号73頁、家月51巻4号67頁）は、夫婦の別居中に懐胎出生した子につき、父子関係を客観的かつ明白に否定する証拠を欠くとして民法772条の推定は排除されないと判示した事例である。評釈として春日・前掲注11) 1頁がある。
- 139) 東京高裁平成7年1月30日判決（前掲注138)）の上告審である最高裁平成10年8月31日判決（判時1655号112頁、判タ986号160頁、家月51巻4号33頁）は、夫婦が別居状態にあったものの、性交渉の機会を有する等夫婦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言い難いとして民法772条の推定は排除されないと判示した事例である。評釈として、梶村太市「判批」判タ1036号152頁（2000年）、佐藤義彦「判批」リマークス1999（下）68頁（1999年）、松倉耕作「判批」別ジュリ162号46頁（1999年）、村重慶一「判批」戸時509号44頁（1999年）がある。

懐胎時に夫婦間に婚姻の実態が存在したという事実を考慮して父からの父子関係不存在確認の訴えを棄却している)。また、家裁実務上は、23条審判における当事者間の合意に基づいて嫡出推定を排除し父子関係を否定するに至る事例が多い。

親子関係不存在確認の訴えは父子関係の否定に強く作用する¹⁴⁰⁾。嫡出推定・否認制度の存在意義を子の保護のため父子関係の早期安定を図ることに求める水野教授は、法的親子関係の設定においては「血縁的には真実の父子でない当事者を結果的に含む場合があることを承認」した上で、「夫に妻の産んだ子を父親として育てる義務を負わせる制度が要求される」と指摘する¹⁴¹⁾。この視点は、生物学的真実へのアクセスが子に「父子関係の空白」¹⁴²⁾をもたらす結果を避けようとする点で重視すべきである。

(2) 認知の訴え

非嫡出子の父子関係の成立は父からの認知による（任意認知、民法781条）。但し、父が自ら非嫡出子の認知を行わない場合、子、その直系卑属またはそれらの者の法定代理人は、認知の訴えを提起することができる（強制認知、同787条）。

認知の訴えにおいては原告（子）と被告とが生物学的父子関係にあること¹⁴³⁾、つまり、「原告が被告の授精によって出生したこと」¹⁴⁴⁾を立証しなければならない。しかし、父子関係の存在は直接証明することができないため、間接事実の立証によってなされる。ここで、父子関係の証明方法・程度について問題となる。

内縁関係から生じた父子関係について、最判昭和29年1月21日¹⁴⁵⁾は、「内縁の妻が、内縁関係成立の日から200日後、解消の日から300日以内に分娩した子は、民法772条の趣旨を類推し、内縁の夫の子と推定すべきである」と判示し、民法

140) 松川教授は、わが国の裁判例や学説の流れは親子関係を否定し、真実性に合致させることが、「望ましいことである」という前提のもとにあるのではないかと指摘する（松川・前掲注14）「DNA鑑定と家族法」17頁。

141) 水野紀子「嫡出否認・父子関係不存在確認・認知無効の関連」法セ591号18頁（2004年）。

142) C. LABRUSSE-RIOU et R. GUIDECC, *supra* note 46.

143) 認知の訴えにおける父子関係は社会的親子関係を否定する（小山昇「認知訴訟における諸問題」民商44巻1号38頁（1961年））。

144) 倉田卓次「父子関係の証明」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座8』（日本評論社、1981年）353頁。

145) 最判昭和29年1月21日民集8巻1号87頁。

772条類推適用による父子関係の推定を認めている。従って、内縁子の場合父子関係の証明は容易である。

一方、内縁を含まない婚姻外の男女関係から生じた父子関係について、判例¹⁴⁶⁾は、父子関係を証明する間接事実として、被告情交の存在と他男情交の不存在を評価し、さらに積極的補強事実として、認知的言動（被告が原告を子として認めていた事実、たとえば、仕送り、命名、抱いて可愛がったこと等）と身体的データ（血液型検査）を評価し、消極的補強事実として、血液型背馳を評価し、これらの総合判断から父子関係の存在を認定しているとの分析がある¹⁴⁷⁾。

認知の訴えは父子関係の証明について高い蓋然性を要求する。従来判例では非科学的証拠により推論された父子関係であり、確信に至ることはなかった（技術上不可能であった）。近時広島高判平成7年6月29日¹⁴⁸⁾は「もともと、親子鑑定は関係者の供述等の他の証拠と相まって親子関係の存在を認定するための一資料である」と判示している。親子鑑定結果が父子関係の存在を認定する間接事実の一つであるとしても、近い将来期待される鑑定精度の高まりは親子鑑定をもはやその地位に留めおくことはないであろう。この点につき、子に「父子関係の空白」¹⁴⁹⁾をもたらさない為には、生物学的真実は親子関係の存在を認めさせる実効性を有する唯一の強制的手段となることは確実である。

(3) 生物学的真実へのアクセスの是非

親子関係に関する判例において、科学的証拠について初めて言及されたのは大判昭和10年10月19日¹⁵⁰⁾（認知請求事件）である。本判決では血液型検査結果のみ

146) 大審院判例においては、懐胎期間中原告の母と他の男性との情交関係の不存在を証明しなければならず（大判明45年4月5日民録18輯343頁）、いわゆる「悪魔の証明」を要求する姿勢に対し多くの学説が批判していた。最判昭和32年6月21日民集11巻6号1125頁は判例を変更し、原告が立証すべき間接事実として、懐胎期間中原告（子）の母と被告人との継続的な情交関係の存在、被告以外の男性との情交関係の不存在、血液型背馳の不存在を挙げている。

147) 倉田・前掲注144)「父子関係の証明」380頁。

148) 広島高判平成7年6月29日判タ893号251頁。評釈として、梶村太市「判批」リマークス1997（上）72頁（1997年）、松倉耕作「判批」判タ908号64頁（1996年）がある。

149) C. LABRUSSE-RIOU et R. GUIDEC, *supra* note 46.

150) 大判昭和10年10月19日民録9輯254頁。

に基づいて父子関係を否定することにつき、検査結果がすべての場合に何らの例外なき程度に確実かどうか鑑定書の説明上必ずしも明白でないことを理由に否認している。当時の技術水準に比べて飛躍的な発展を遂げている現在では、父子関係を高い確率で否定するだけでなく肯定することが可能となった。

生物学的鑑定技術が飛躍的に高まった現在では父子関係の存否の証明において科学的証拠が利用されている¹⁵¹⁾。親子鑑定の実施件数も増えており¹⁵²⁾、梶村判事の報告¹⁵³⁾によれば、東京家庭裁判所本庁において平成3年度から7年度までに受理した親子関係事件のうち、親子関係不存在確認事件の件数が全件数の約66%を占めていることがわかる。また、鑑定実施率は全体の10%に当たり、親子関係不存在確認事件に次いで認知、嫡出子否認が多く、鑑定実施率は年度毎に上向き傾向にあることは紛争性の高まりを示している。但し、これらの数値は当事者の合意を前提とする23条審判よりも人事訴訟においてさらに上回ることが予想されることを指摘している。

親子関係を肯定又は否定する場面において、生物学的真実は判断の基礎の一要素となる。親子関係不存在確認の訴えでは否定的証拠が求められる場面であり、対して、認知の訴えでは積極的証拠が求められる場面であるが、いずれにしても生物学的真実は紛争解決の決定要因となる。しかし、法的親子関係を生物学的真実と一致させることが最良の解決方法ではないことは明らかである。

また、生物学的真実が親子関係に与える影響を考慮して、親子関係の形成や維

- 151) 特に、DNA 鑑定が判例に現れた事例として、大阪高判平成3年11月8日（親子関係不存在確認控訴事件）、福島地郡山支判平成5年3月26日（親子関係不存在確認事件）、東京高判平成7年1月30日（損害賠償請求控訴事件）、広島高判平成7年6月29日（認知請求控訴事件）、東京地判平成8年6月25日（認知等請求事件）、大分地判平成9年11月12日（親子関係不存在確認請求事件）、福岡高裁平成10年5月14日（親子関係不存在確認請求控訴事件）、東京地判平成13年2月20日（認知等請求事件）、横浜地相模原支判平成13年6月1日（親子関係不存在確認請求事件）、東京高判平成14年1月16日（親子関係不存在確認請求控訴事件）がある。
- 152) 日本大学医学部法医学教室で施行した親子鑑定は約25年間で300件を超えており、中でも認知請求事例が最も多い（約56%）。1991年に全国で行われた親子鑑定においても同様の結果が出ている（押田茂實＝鉄堅「親子鑑定」自由と正義44巻6号47頁（1993年））。
- 153) 梶村太市「家裁実務におけるDNA鑑定」『家族＜社会と法＞No.13 実親子関係とDNA鑑定』（日本加除出版、1997年）128頁。

持を目指す場合には生物学的真実へのアクセスを否認し、親子関係の消滅を目指す場合には生物学的真実へのアクセスを承認するとして、生物学的真実へのアクセスに対する評価を異にする考察がある。子の利益にとって望ましい解決法を目指す考察は、親子不存在確認の訴えか認知の訴えかという訴訟類型ごとに許否を評価するのでは子の利益保護には不十分である。むしろ「父子関係の空白」¹⁵⁴⁾を避けるという共通の目的意識を有することによって¹⁵⁵⁾、個別具体的な事案ごとに生物学的真実へのアクセスに対する評価を異にすべきであろう¹⁵⁶⁾。このように許否の評価を異にする考察もまた、法的親子関係を生物学的真実と一致させることへの違和感からなされる。

この点につき、法的親子関係において社会的要素と生物学的要素とのいずれを重視すべきかにより解釈は二分される。法的親子関係が生物学的真実と異なる場合に、前者を重視する立場によると、長期間存在した親子関係の事実状態を尊重し、生物学的真実の暴露による既存の親子関係の否定をできる限り避けようとする¹⁵⁷⁾。後者を重視する立場によると、血縁を重視し、生物学的真実の探求による既存の親子関係の否定もやむなしとする¹⁵⁸⁾。相反する2つの議論は法的親子関係の本質論に端を発して展開されているが、目新しい議論では決してない。むしろ科学の進歩による生物学的真実へのアクセスの可能性が必然的に引き起こした問題提起であると言える。

生物学的真実へのアクセスが可能となった現在においては、民法の親子関係に

154) C. LABRUSSE-RIOU et R. GUIDEC, *supra note* 46.

155) 但し、松倉教授は、父による扶養確保の要請のみから生物学的真実へのアクセスを解すべきではないと指摘している(松倉・前掲注10)「認知無効」316頁)。

156) 松倉教授は、父子関係の「切断」と「結合」とが連帯なく論じられていることを指摘し、「親子関係の発生と消滅に関する理論は、(…)個々の事案ごとに、重視すべき要素や考慮すべき事情に対する配慮の異なることは当然としても、ある程度統一した理論のもとで構成されるべきであろう」とする(松倉・前掲注10)「認知無効」314頁)。

157) 主に、水野・前掲注13)「実親子関係と血縁主義」1131頁、同・前掲注18)「認知無効について(一)(二)」法学64号27頁、139頁、松川正毅「父子関係の存在とDNA鑑定」リマークス1999(上)68頁(1999年)、本山教「DNA鑑定による父子関係の否定」ジュリ1156号141頁(1999年)参照。

158) 主に、松倉・前掲注11)『血統訴訟論』151頁以下、同・前掲注11)『真実志向』327頁以下参照。

関する諸規定は再検討すべきであろう。父子関係の証明は蓋然性から確実性を得ることができるようになり、推定や認知は容易に覆し得る。生物学的真実に対する明確な対応が求められる。

(4) フランス破毀院2000年判決からの考察

今日、親子関係における生物学的真実は無視できない存在となっていることは確実である。破毀院2000年判決が生物学的真実に対して破毀院が示した態度は、訴訟段階における生物学的真実の優位性の確認である。

但し、生物学的真実の完全なる優越ではない。フランス法は厳格な訴訟要件の下に生物学的真実を争い得る場面を制限している。鑑定による生物学的真実の解明が認められない領域であり、生物学的真実と異なる親子関係が保護される。特に、身分占有というフランス法独自の概念は、たとえ親子関係が生物学的真実と一致しないとしても、証書と合致する身分占有を有する子の親子関係を何人も争うことはできない（フランス民法典第322条）。身分占有は現実に営まれている親子関係について生物学的真実へのアクセスを制限する根拠として極めて有用である。但し、訴訟要件を満たした場合には訴訟における生物学的真実へのアクセスが認められる。このように、身分占有と生物学的真実は親子関係の社会・感情的要素と生物学的要素の相補性を保つ概念として親子関係法を構築していることが理解できる¹⁵⁹⁾。フランス法においては真実主義への偏重を避ける為、生物学的真実へのアクセスが認められる範囲を厳格に限定した上で、訴訟における生物学的鑑定の利用を認めている。科学の進歩を考慮して破毀院が示した慎重な姿勢である。

わが国では、親子鑑定を利用した生物学的真実へのアクセスへの対応について検討が不十分である。この点につき、フランス法の対応は参考になる。確かに、法的親子関係の決定に関して、身分占有概念を有しないわが国においては、親子関係に関する争いにフランス民法典第322条の手法を導入して解決することは困難である¹⁶⁰⁾。しかし、フランス法の身分占有的考慮により、生物学的真実へのアクセスを制限する領域と承認する領域とを限定することは重要である。つまり、

159) E. CADOU, *op. cit.*, p. 15.

訴訟手続において、訴訟提起の前提として生物学的の眞実を解明すべき親子関係を明確にし、そのような親子関係の争いに関してのみ訴訟段階での生物学的鑑定の実施を認めるといふ生物学的の眞実へのアクセスの段階的認容が期待される。

2 親子鑑定の現状

親子鑑定は、従来、大学の医学部法医学教室で、裁判所の鑑定命令¹⁶¹⁾や弁護士からの鑑定囑託により行われてきた。但し、法医学教室では個人からの直接の依頼には原則として応じていない¹⁶²⁾。DNA鑑定が導入された1990年代前半頃から親子鑑定はビジネスとして注目を集めるようになり、多くの民間会社が親子鑑定サービスを開始している。これらの民間会社には個人からの依頼に応じ、個人から郵送された資料を日本の代理店を通じて海外の民間会社で検査し、鑑定結果を依頼人に通知するというサービスを行うものもある¹⁶³⁾。ここで、鑑定実施における検査資料の由来、採取方法、保管方法、記録の管理方法の適性等が問題となる。また、鑑定人に対する実施規準も明確でない¹⁶⁴⁾。

-
- 160) 松川教授は、日本民法722条に関して、フランス法における「守るべき親子関係」という視点からの再考を必要とし、フランス民法典第322条を模範とした改正私案を示している（松川正毅「婚姻による親子関係の推定制度—親子関係設定の原理—」法セ478号42頁（1994年））。
- 161) 鑑定人は裁判所の出頭命令により宣誓して鑑定命令を受けることになる（民事訴訟法第216条）。
- 162) 「一般に法医鑑定は臨床診断とは異なり、結果が出るとう利になる人と不利になる人が必ず出てくるため個人的に検査を行うとトラブルに巻き込まれる恐れが多分にある」ことが指摘されている（石津日出雄「法医学と親子鑑定」日本医事新報3341号128頁（1988年））。
- 163) 個人からの親子鑑定依頼とは、たとえば、個人的な不安を解消すべく内密に血縁関係の有無を知りたいと願う場合が考えられる。但し、個人が自己採取する場合、検査を希望しない人の資料を無断で検査依頼することや不利な結果を予測して別の資料を検査に出すことも容易に考えられるので、検査結果の信頼性を得る為には資料の採取時に第三者の立会いが求められる。日本法医学会「親子鑑定についての指針（1999）」においても「資料採取には鑑定人又は鑑定補助者が立ち会うものとする」と記されている。
- 164) 親子鑑定の実施について、その鑑定結果の信頼性を保護する為に、手続に関する問題の他に、その内容が鑑定人によって差が生じているという内容上の問題点も指摘されている。「研究者は研究方法の選択などに当たって自由があるが、鑑定においては、検査項目の種類や数についてこのような自由裁量がどこまで認められるか、また鑑定人に一任された形ですむものかどうか、あるいは裁判官の指定した項目はどこまで実行すべきかなどの問題がある。司法関係者には検査項目の内

このような国内状況に鑑み、わが国では学会による指針として、日本 DNA 多型学会「DNA 鑑定に関する指針 (1997)」¹⁶⁵⁾、日本法医学会「親子鑑定についての指針 (1999)」¹⁶⁶⁾が民間ガイドラインとして存在する。また、警察庁では、血痕等の現場資料から被疑者の特定に至る犯罪捜査における DNA 鑑定作業について、独自のガイドラインを作成し通達している¹⁶⁷⁾。家事事件における DNA 鑑定に関して、日本 DNA 多型学会がまとめた「DNA 鑑定に関する指針」¹⁶⁸⁾及び日本法医学会がまとめた「親子鑑定についての指針」¹⁶⁹⁾では、親子鑑定のあるべき姿の確立の必要性と家族の平和だけでなく子の福祉に着目すべき点を強調している。但し、これらの指針は学会の自主的な規制であり、法的拘束力はない。実効性確保の面から、民間機関に対しては指針に沿った運営が期待されている¹⁷⁰⁾。前述の日本法医学会「指針」では、本学会指針は日本法医学学会会員に向けたものであるが、遺伝マーカーの検査によって血縁関係を確認するという行為の重大性は普遍的なものであることを日本社会が充分認識すべきであるとして警鐘を鳴らしてい

容についての十分な評価が難しいので、項目の数が多いほど信頼できるといった価値判断をする恐れがある。これについて適切な規準が確立していないと、各種のシステムが無批判に雑然と鑑定に使用され、その反面、絶対必要と思われるシステムが欠落するといったことも生じ、鑑定書はときとしてシステム数の多さをもって体系を競うという矛盾をもたらし、司法関係者の理解を損なう結果にもなりかねない。法秩序の維持の責任の一端をになう鑑定において、鑑定内容の評価が鑑定人によってまちまちであるという現状をそのまま放置しておくことには大きな疑問が感じられる。」(支倉逸人=石元剛一=松本秀雄=中嶋八良「シンポジウムⅡ：親子鑑定の問題点について」日本法医学雑誌38巻5号508頁(1984))との指摘がある。ガイドラインにおいても取り上げられており、検査内容は機関によって大差はないようである(福島・前掲注1)「DNA 鑑定のはなし」46頁)が、たとえば、日本の代理店を通じて海外の検査機関が鑑定を行う場合も多く、その実効性は疑問である。さらに、技術上の問題として、検査ミスや父権肯定確率の算出方法について問題が指摘されている(高梨俊一「DNA 鑑定による親子関係推定とその限界」日本法学65巻4号113頁(2000))。

165) 日本 DNA 多型学会編「DNA 多型 vol.6」(東洋書店、1998年) 279頁、学会指針に続けて「DNA 鑑定についての指針 (1997年) 決定に至る経過」「ヒト DNA 情報を利用した親子鑑定についての声明」が掲載されている。

166) 日本法医学雑誌53巻2号247頁(2000年)。

167) 警察庁科学捜査研究所「DNA 型鑑定の運用に関する指針」(平成15年7月7日)。この指針は警察庁科学捜査研究所が行う DNA 鑑定作業における適正な運用を図ることを目的とし、DNA 鑑定活用の際の必要事項を定めている (http://www.pdc.npa.go.jp/pub_docs/notification/keiji/kanshiki/kanshiki20030707-1.pdf)。

る。また、今後、時代の進歩と共に新しい技術が開発された場合に、どの技術レベルに達した場合に鑑定に取り入れるのかという点にも大いに議論する余地があること¹⁷¹⁾も重要な検討課題である。

3 小括

イヴ・モンタン氏に対する認知請求事件（前述Ⅱ2(2)）はDNA鑑定に対するわが国の立法の不備を指摘する契機として多く紹介されている¹⁷²⁾。刑事訴訟法の

-
- 168) 日本DNA多型学会「DNA鑑定に関する指針(1997)」は、「1、はじめに」「2、一般的注意」「3、親子鑑定について」「4、刑事鑑定について」の実質3つの柱からなり、親子鑑定についてはそれを行う際の留意事項が列挙されている。また、同学会が公表した「ヒトDNA情報を利用した親子鑑定についての声明」では、①わが国の親子鑑定は大学の法医学教室と帝人バイオ・ラボラトリーズで行われており、これらの機関では裁判所や弁護士からの要請に応じ、個人の私的な依頼にはほとんど応じていないこと、②親子鑑定を含めたヒトDNA情報の検査が安易に実施されないよう、これら検査に対して社会が何らかの規制をすることが必要な時期にきていること、③DNA鑑定の実効性を担保する為法医学や人類遺伝学に精通した検査者や機関によってできるだけ科学的に評価されるべきであること、④親子鑑定のあるべき姿について早急に検討しなければならないこと、が述べられている。特に家族法学の立場からは④が重要であり、他の項目も含め、今後論じられなければならない議論の素材を提供していると松倉教授は指摘している(松倉・前掲注10)「認知無効」360頁)。
- 169) 日本法医学会・親子鑑定についてのワーキンググループが作成した「親子鑑定についての指針」では、親子鑑定を実施する際の鑑定人の倫理的配慮を示した上で、適正な実施のための留意事項を提示している。冒頭の「諸言」では、先ず、近年の分子生物学及び集団遺伝学の進歩により、極めて高い精度で血縁関係の存否を示すことができるようになってきたことを確認している。次に、従来わが国では年間300件程度の親子鑑定が主として裁判所や弁護士の依頼により大学の法医学教室が受託して実施されてきたが、DNA鑑定が用いられるようになって以降親子鑑定サービスを行う民間会社が出現し、件数も大幅に増加してきていることから、個人からの依頼については資料の採取状況を確認できない点が憂慮され、検査結果を報告することで個人や家族に害をもたらす可能性があることを指摘している。その上で、親子鑑定は各種遺伝マーカーの検査により生物学的血縁関係を鑑定するので、その情報は単に資料を提供した個人にとどまらず、家族の遺伝情報にも踏み込んでしまうことになること、また、鑑定結果は家族関係に大きな影響を及ぼすことから、親子鑑定は個人や家族の福祉を重んじ、できるだけ害をもたらさないことが大切であり、特に、発言権の小さいことが多い子ども福祉には最大限の注意を払うべきであることを強調している(前掲注166))。
- 170) 1991年に日本で初めて親子関係の受託事業を開始した(株)ティーエスエル(前掲注168)にある帝人バイオ・ラボラトリーズがその前身である)では、日本法医学会指針を遵守した鑑定の実施に努めている(<http://www.tjnsr.l.co.jp/index.html>)。
- 171) 押田・前掲注152)「親子鑑定」50頁。

領域では、DNA 鑑定に関する議論が進んでいる。特に、法的問題としては、犯罪捜査における DNA 鑑定は、被疑者の中から犯人を特定する個人識別機能以上に、親子関係や遺伝病等の究極の個人情報を知り得るプライバシー侵害に該当し、人間の尊厳そのものを侵害する恐れがあるとの認識が明確である点が重要である。刑事鑑定であれ民事鑑定であれ DNA 鑑定に対する姿勢に相違があるはずもなく、究極のプライバシーである遺伝情報への最大限の慎重さが要求される。

また、松倉教授が指摘している通り¹⁷³⁾、「親子鑑定のあるべき姿」について早急に提示しなければ、今後さらに増加するであろう親子鑑定がもたらす社会や家族への弊害の拡大を抑えることができなくなってしまう。

VI 結章

本稿では生物学的真実へのアクセスにつき慎重な立場を採るフランス法の議論を参考に日本方法への示唆を得た。その背景には、科学の進歩に直面して従来の父子関係の証明の議論では対応し切れなくなったわが国の現状がある。

親子関係の成立や否認を目的とする訴訟において生物学的鑑定の利用は極めて有用である。生物学的鑑定は親子関係の存在や不存在を単なる高い蓋然性ではなく、ほぼ確実に結論付けることができる。一方で、生物学的鑑定の利用は家族の平和や人体の尊重を侵害する恐れが極めて高いことも認識しなければならない。また、推定規定を弱体化させ、嫡出推定・否認制度と認知制度に基づく親子関係法の構造を根底から覆しかねないことに留意しなければならない。さらに、生殖補助医療による人工生殖子の親子関係との整合性とも関連する。法的親子関係とは生物学的真実か社会的・感情的真実か、2つの真実は対立概念として存在するのか或いは互いに結びつく概念として存在するのか。生物学的真実へのアクセスという問題は新たな親子関係の定義を必要とする。

フランス判例による鑑定命令の可能性の変遷は、破毀院2000年判決が示した「鑑定の合理性」の確立により、訴訟段階における生物学的真実の優位性を承認するに至った。但し、訴訟要件において生物学的真実へのアクセスを厳格に制限

172) イヴ・モンタン氏に対する認知請求事件については前掲注65) 参照。

173) 松倉・前掲注10)「認知無効」360頁。

することにより、一定の範囲においてのみ鑑定が積極的に利用されているにすぎない。フランス法は生物学的真実に反する親子関係を認め保護する構造を堅持している。

では日本法において、生物学的真実へのアクセスの可能性をどの様に捉えるべきかについてさらなる検討を要する。わが国では、生物学的鑑定に対する信頼性の高まりと簡易性の認識が親子関係の争いにおける安易な利用をもたらしているのが現状である。法の不備により生物学的真実と異なる親子関係を保護することが困難となっている。つまり、どのような場合に、どのような要件で当事者間の親子関係の存在又は不存在の決定を目的として鑑定を実施することが望ましいのか、その基準を明確にしなければならない。

最後に、生物学的鑑定の利用に関して、新たな親子関係概念の形成と併せて法政策的判断の必要性を述べたが、科学の進歩と共に父子関係の証明の程度は蓋然性から確実性へとその要求を高めているのかにつき改めて検討を行う必要がある。また、本稿では、生物学的鑑定の強制・拒否に対する制裁に関する問題にも立ち入っていない。これらの点も含め、今後の課題としたい。