

父子関係訴訟における検証協力義務について

安井英俊*

目次

- I はじめに
- II 鑑定拒否事例の検討
- III 議論の状況
- IV 検証協力義務（鑑定強制）についての試論

I はじめに

いわゆる父子関係訴訟（認知の訴えや嫡出否認の訴え、父子関係不存在確認の訴え等）においては、生物学的父子関係の証明が非常に重要な要素となる。今日では科学・医療技術の著しい進歩により、父子関係証明のための鑑定手段として、血液鑑定のみならず DNA 鑑定等も非常に多く利用されている。

しかしながら、裁判所が当事者に対して鑑定を命じた場合に、当事者が鑑定を拒否してしまうと、事案解明がなされないという状況が発生する。すなわち、人事訴訟手続においては職権探知主義が採用され、弁論主義が制限されていることから、当事者の一方に証拠調べ手続について非協力的し証明妨害が存在しても、このことから直ちに裁判所が反対当事者の主張を真実と

*福岡大学法学部准教授

みなすといった措置をとることは許されない。

本稿では、父子関係訴訟において鑑定強制としての検証協力義務が認められるか否かという点を中心に検討する。すなわち、人事訴訟たる父子関係訴訟において、客観的な事実に基づく父子関係存否の判断を可能にする立証上の手段をどのように確保するべきかという問題を検討する。具体的には、血液鑑定やDNA鑑定等の科学鑑定を実施する際に、関係者の検証協力義務をどのように実効性あるものにするかという問題を扱う。

なお、ここでいう鑑定強制とは、以下のような意味である。すなわち、裁判所が当事者または第三者に対してDNA鑑定のための血液採取・提供を命じた場合に、これらの者に生ずる義務は、検証協力義務としての検証受忍義務（血液採取）および検証物提示義務（血液提供）であり、こうした義務に従うよう強制することである¹。

II 鑑定拒否事例の検討

本章では、父子関係訴訟において鑑定拒否があった事例について検討する。まず、血液型鑑定の鑑定拒否があったものの拒否者側に不利な事情として斟酌しなかった原審の判断を維持したもとして、【最二小判平成10年8月31日判時1655号112頁・家月51巻4号33頁】がある。これに対して、高裁レベルではあるが、血液型鑑定の拒否を証拠評価において斟酌したもとして、【東京高判昭和57年6月3日判タ478号119頁】がある。以下、各事例についてみていきたい。

¹ 春日偉知郎『民事証拠法論』（商事法務、2009年）306頁参照。

1 血液型鑑定の鑑定拒否があったものの拒否者側に不利な事情として斟酌しなかった事例【最二小判平成10年8月31日判時1655号112頁・家月51巻4号33頁】

【事案の概要】

X（原告・控訴人・上告人、夫）は、昭和62年11月にZ（妻）と婚姻した。Y（被告・被控訴人・被上告人）は、平成元年7月27日に出生している。XとZは婚姻後まもなく不和となり、昭和63年2月以降は性交渉もない状態となり、同年10月12日に別居することとなった。ただし、同年11月22日、両名の間にも一度だけ性交渉があった。Xは、同年12月20日頃、Zから妊娠したことを知らされた。その後、Zは、平成元年1月27日、家庭裁判所に対し、Xを相手方として夫婦関係調整の調停を申し立て、Yが出生する一ヶ月ほど前の同年6月22日、XとZとの間に、XはZに対して同年9月から婚姻費用の分担金として毎月7万円を支払うほか、出産費用として10万円を支払う旨の調停が成立した。

Xは、Yが平成元年7月27日に出生した直後頃に同事実を知り、同年11月21日、家庭裁判所に対してYを相手方として嫡出否認の調停を申し立てた。同事件において血液および唾液による鑑定が行われ、その結果は、XとYとの間の父権肯定の確率は75パーセントであり、いわゆるエッセン・メラーの表によると「父らしい」という評価の範疇に含まれるものであった。同事件は、平成2年10月15日、不調により終了した。Xは、家事審判法26条2項の期間の経過した後の平成2年11月15日、地方裁判所に対し、Yを被告として嫡出否認の訴えを提起したが、平成3年1月25日頃、訴えを取り下げた。

その後、Xは、平成3年11月6日、家庭裁判所に対し、Yを相手方として親子関係不存確認の調停を申し立てたが、不調により終了したため、Yに対して親子関係の不存確認の訴えを提起した。なお、ZがAと不貞を犯し

たことを原因として、ZおよびAに対して損害賠償を求める請求も併合されていた。

第一審【横浜地川崎支判平成5年10月29日（公刊物未登載）】は、Yを被告とする親子関係不存在確認請求について、調停中に行われた血液鑑定により親子関係が否定されなかったことを理由に、嫡出推定を排除する特段の理由はないとして却下した。また、ZおよびAに対する損害賠償請求についても棄却した。これに対してXは控訴した。

原審においては、Yを被告とする親子関係不存在確認請求とZおよびAを被告とする損害賠償請求の弁論は分離された。Xは、一審において申し出たのと同旨の鑑定嘱託の申出をしたが、Y側の協力が得られず、同申出は採用されなかった。

原判決【東京高判平成7年1月30日判時1551号73頁】は、Yを被告とする親子関係不存在確認請求について、民法772条の嫡出推定が排除されるのは、妻が夫の子を懐胎する可能性がないことが外観上明白な事情があるときのほか、「客観的かつ明白に父子関係を否定することができ、かつ、懐胎した母親と夫との家庭が崩壊し、その家庭の平穏を保護する必要がない場合」であると、この後者の場合には、「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って、供述証拠等を含む諸般の証拠による推認を要する場合には、たとえその証明が証拠の優越の程度ではなく確信に至る程度のものであっても、嫡出推定を排除することができない」とした。

そして、「XとZとの性交渉の時期に関する証拠は、本件記録中XおよびZの各供述及び各供述書だけであり、これらの証拠は、何人も疑いを差し挟まない、信頼するに足りる証拠ということはできず、父子関係が存在しないことの証拠とすることはできない」として、嫡出推定が排除されない以上、これを覆すには嫡出否認の訴えによらなければならない、本件親子関係不存在

確認の訴えを不適法として却下した第一審判決を維持した。これに対してXは上告した。

なお、ZおよびAを被告とする損害賠償請求事件については、前記の調停事件における鑑定結果によれば、父権肯定の確率が75パーセントと算出されたこと、この確率はエッセン・メラーの表によれば、『父らしい』という判断の範疇にはいることが認められる。しかし、この鑑定結果は、15の血液型についての検査結果であり、いまだXとYとの父子関係の存在を断定するに足りるものではないとした。そして、Zには不貞行為があったものと認められるが、AがYの父であるとは認めがたいとして、Aに対する慰謝料請求は認めず、Zに対する慰謝料請求の一部が認容された。これに対して、XおよびZが上告した。

本件親子関係不存在確認請求事件のXの上告理由は、①嫡出推定制度の憲法13条違反、②嫡出推定制度に関する法令の解釈適用の誤り、③鑑定非協力があった場合の証明責任の転換に関する法令の解釈適用の誤り（事案解明義務違反）²というものであった。すなわち、③について、Yらが血液鑑定を拒否した行為に対し、Xが「Yが父子関係の存否に関する鑑定嘱託の申請に協力しないことが証明妨害であり、主観的証明責任が転換されるべきである」と主張したが、原審がこの主張を認めなかったのは事案解明義務違反であるとXは主張する。

² 事案解明義務とは、証明責任を負わない当事者の側に証拠が偏在するなどして、証明責任を負う当事者が証明困難な状況に置かれている場合に、証明責任を負わない側の当事者に事実関係を解明する義務を課し、証明責任を負う当事者の負担を軽減させるというものである。証明責任を負わない当事者が事案解明義務に従わない場合は、サンクションとして証明責任を負う当事者の主張する事実の真実擬制がなされる。すなわち、事案解明義務は、証明責任の分配原則に修正を加えることなく、裁判官の自由心証の枠内で、証明責任を負う当事者の証明困難を軽減するものである。事案解明義務についての文献として、春日偉知郎『民事証拠法研究』（有斐閣、1991年）247頁、竹下守夫「伊方原発訴訟最高裁判決と事案解明義務」木川統一郎博士古稀『民事裁判の充実と促進中巻』（判例タイムズ社、1994年）1頁等。

【判旨】

上告棄却

「YはXとZとの婚姻が成立した日から200日を経過した後にZが出産した子であるところ、右事実関係によれば、Xは、Yの出生する9箇月余りにZと別居し、その以前から同人との間には性交渉がなかったものの、別居後Yの出生までの間に、Zと性交渉の機会を有したほか、同人となお婚姻関係にあることに基づいて婚姻費用の分担金や出産費用の支払に应ずる調停を成立させたというのであって、XとZとの間に婚姻の実態が存しないことが明らかであったとまではいい難いから、Yは実質的に民法772条の推定を受けない嫡出子に当たるとはいえない」

本判決は、論旨はいずれも採用しがたいとして、上告を棄却した。

(なお、損害賠償請求事件に関する各上告についても、棄却されている。)

【検討】

本判決は様々な論点を含むものであるが、本稿では手続法上の論点、すなわち父子関係訴訟において鑑定強制が認められるか否かという点を中心に検討する。なお、ここでいう鑑定強制とは、裁判所が当事者または第三者に対してDNA鑑定のための血液採取・提供を命じた場合に、これらの者に生ずる義務は、検証協力義務としての検証受忍義務（血液採取）および検証物提示義務（血液提供）であり、こうした義務に従うよう強制することである³。

本判決では、親子関係不存在確認請求事件（①事件）と損害賠償請求事件（②事件）が同一の事実関係に基づいているにもかかわらず、人事訴訟である①事件では、嫡出推定が排除されずにXY間の父子関係が維持されたのに対して、民事訴訟である②事件では父子関係の存在を否定するという、実質

³ 春日・前掲注（1）306頁。

的に矛盾した判断がなされている。民事訴訟と人事訴訟の併合が認められていなかった以上、やむをえないことかもしれないが、両事件の結論の間の齟齬はやはり不自然であろう。

このような不自然な結論に至った要因は、嫡出推定を覆すための証明の程度が非常に高く、DNA鑑定を含む血液鑑定の実施が最良の立証方法でありながら、鑑定を拒否しても訴訟上何らの制裁を科すこともできず、事実関係が解明されずに終わってしまった点にある。

この点に関連して、本件は人事訴訟であるため、鑑定拒否を弁論の全趣旨として斟酌することは別として、証明妨害を理由とする主観的証明責任の転換を否定している。そのため、真実発見が強く要請される人事訴訟であるにもかかわらず、人訴法が弁論主義を制限しているため、逆に、鑑定に協力しない者に対して不利益制裁を科すことができず、真実発見が困難になるという矛盾が生じている。

このように、人事訴訟においては、客観的な事実に基づく父子関係存否の判断を可能にする立証上の手段をどのように確保すべきかという問題が存在する。すなわち、DNA鑑定等の科学鑑定を実施する際に、関係者の協力義務をどのように実効性あるものにするかという問題である。この問題についてはIV章において検討を試みる。

2 血液型鑑定の拒否を証拠評価において斟酌した事例【東京高判昭和57年6月3日判タ478号119頁】

【事案の概要】

Aは昭和7年、結核性肋膜炎のため入院していたところ、治療を担当した医師Yと知り合い、退院した後、やがて結婚を約する仲となった。しかし、Yの母Bが二人の結婚に反対し、昭和9年頃、既にX（原告・被控訴人）を

懐胎していたAをY宅から追い出したため、同年6月頃にAはYとの結婚問題等をめぐる紛争解決を甲弁護士に委任した。その結果、XをBの養子とすること、YはAに慰謝料を支払うことで合意がなされた。その後、Bは都内の公共乳児施設を通じてXの養親を募集し、これに応募したC夫婦がXを引き取り、昭和10年11月7日にXをC夫婦の養子とする届出がなされた。

その後、昭和28年頃、Xは実母Aの実家から、Aが昭和11年に死亡したこと、実父がYであることを教えられた。そこで、Xは真実を確認するため、Yに会う努力をしたが果たせず、昭和36年4月に結婚してからは生活や育児に追われそのままとなっていた。しかし、その後甲弁護士から当時の事情を聴取できたため、Yに対し認知の訴えを提起した。

これに対し、YはXとの父子関係を争ったものの、法医学鑑定のための採血等には協力せず、このため鑑定結果を得ることはできなかった。原審はXの認知請求を認容したため、Yは控訴した。

【判旨】

控訴棄却

「Yが採血等に協力しないため原審においてYとXとの親子関係存否の鑑定結果がえられなかったこと、Yは当審においても右の点の鑑定申請をしなかったことは本件訴訟上明らかであるところ、YはBが死亡している以上、右鑑定には意味がないかのように主張するが、少なくとも親子関係否定の結果は確定的に得られる余地があるのであるから意味がないとはいえないし、鑑定に協力しないことをもって直ちにYに不利な判断をするのは相当でないとしても、その非協力の理由いかにかわらず、鑑定結果がえられない以上は、科学的裏付けなしに親子関係が存在すると推認することが不当であるということとはできない」

【検討】

本件は、高裁レベルではあるが、鑑定拒否を証拠評価として斟酌した事例である。すなわち、本判決は、Yが親子鑑別のための採血等に協力せず、そのため科学的な裏付けを得ることができなかった事案であるが、XY間の父子関係を推認しても不相当とはいえないと判示したものである。

人事訴訟手続においては職権探知主義が採用されていることから、当事者の一方に証拠調べ手続について非協力的ないし証明妨害が存在しても、このことから直ちに反対当事者の主張を真実とみなすことは許されない。しかし、本件では、Yが鑑定への協力を拒否したために、XY間の父子関係の存否について科学的裏付けを得ることを不可能にらしめた以上は、Yに不利な判断がなされてもやむをえないと判断された。すなわち、本判決は、当事者には真実発見のために裁判所の審理手続に協力し、自らも事案解明のために能動的に行動すべき義務（いわゆる真実義務ないし事案解明義務）があるというべきであり、Yがこの義務を懈怠した場合には、Yに不利な判断がなされる場合もありうることを示したと解される。換言すれば、その限度において職権探知主義が緩和されたと評価することもできよう⁴。

Ⅲ 議論の状況

1 現行法の状況

人事訴訟においては、職権探知主義が採られているため、検証の拒否に対して民訴法224条の適用がない。そのため、検証協力義務が一般的義務であるといっても、裁判所は、鑑定拒否者に対して不利益な判断をしたり、これを通じて間接的に鑑定を強制することもできない。当然ながら直接強制を用

⁴ 窪田もとむ「認知の訴と親子関係の証明」家族法判例百選〔第4版〕（1988年）82頁参照。

いる余地はない。現行法では、鑑定を強制しようとしても、間接強制を働かせることもできないため、鑑定拒否を弁論の全趣旨として自由心証に反映させうるに留まる。以下では、直接強制説、間接強制説、そして立法論への移行を唱える学説の議論状況を整理する。

2 直接強制説

父子関係訴訟において真実主義を貫こうとするならば、鑑定に協力すべき義務を法定化し、直接強制によって鑑定すべきとする立場である。松倉耕作教授は、血統確認の検査について直接強制を許容するドイツ法⁵、オーストリア法⁶等の分析を通じて、わが国にも検証協力義務の立法化が必要であると主張する⁷。

松倉教授は、直接強制のメリットについて以下の点を挙げている⁸。第一に、父子鑑定がより容易になるという。例えば問題となっている男性が死亡している場合などに、その親族等の血液型等から、男性の血液型を割り出すことも可能である。第二に、認知訴訟における立証要件が簡素化されるという。すなわち、現在の判例理論によれば、父子関係存在を導く総合判断のも

⁵ ドイツ民訴法は、血統確認の検査について直接強制を許容する旨を規定している。すなわち、「血統を確定するために必要な限り、何人も検査、特に血液採取を受忍しなければならない。ただし、被検者に対してその検査を行うことが期待不可能な場合にはこの限りでない」(ZPO 372a 条 1 項)。「正当な理由がないにもかかわらず検査を繰り返し拒否するときは、直接強制、特に検査のための強制措置を命じることができる」(ZPO372a 条 2 項)。

⁶ オーストリア法では、血液検査等協力義務は、民法には規定はなく、「家族法整合令」に規定されている。同令 7 条 1 項は、「訴訟において、または非訟手続において、血統を確定するために必要であるかぎり、訴訟当事者、関係人および証人、さらに必要な場合には、これらの父母および祖父母は、遺伝学的検査・・・を、とくに血液型検査の目的でなす血液の採取を受忍しなければならない」と規定している。松倉耕作『血統訴訟論』(一粒社、1995年) 50頁参照。

⁷ 松倉・前掲注(6) 2頁以下参照。

⁸ 松倉・前掲注(6) 68頁以下。

ととなる間接事実として、①母と被告男性との性関係の存在、②他男との性関係の不存在、③子と被告男性との間に血液型の背馳がないこと、④父性の存在を推測させる被告男性の言動などが要求されている。直接強制を導入すれば、②のみが主たる間接事実であり、③・④はもとより、①ですら②の補強証拠となるにすぎないという。第三に、認知訴訟に際し被告男性から、いわゆる不貞の抗弁が主張立証された場合でも、検査義務が採用されていれば、原告（子）側は、容易にこれに対応できる。第四に、その他、離婚訴訟における不貞の証明が可能な場合（特に不貞の子の懐胎・出産した場合）があり、その際の立証にも役立つ。第五に、検査協力義務が採用されれば、職権探知主義が働く領域であるので、当然に、職権による検査命令が可能となる。以上の理由から、松倉教授は直接強制の導入を主張している。

しかしながら、直接強制説に対しては、以下のような批判⁹がなされている。すなわち、人事訴訟が公益に密接に関連する身分関係を対象にしており、そこでは真実発見が強く要請されているとしても、人格権やプライバシーの保護の観点からみて、鑑定を受忍しなければならない者に対する侵害の程度が著しいからである。わが国では、血液検査の直接強制は刑事訴訟法の領域に限定されており、被疑者に対してさえも非常に限定された範囲で、かつ、厳しい要件の下でのみ血液採取を強制しうるにすぎない（刑訴139条、同172条）。したがって、人事訴訟においては客観的な真実発見の要請が刑事訴訟におけるほど強くないことに鑑みると、両者の均衡上も、直接強制を用いることは不可能と考えざるをえない。

3 間接強制説

次に、間接強制説についてみていきたい。間接強制の具体策として、いわ

⁹ 春日・前掲注（1）310頁。

ゆる「証明妨害の法理」と「事案解明義務」の適用を試みる見解¹⁰がある。春日偉知郎教授は、証明妨害や事案解明義務の考え方が、民事訴訟よりも人事訴訟におけるほうが、理念的にその妥当性を強く求められていると指摘する。すなわち、証明妨害や事案解明義務が、最良証拠によって事案の真相をできる限り解明することを目的としているためであるという。

(1) 証明妨害の法理の適用について

まず、証明妨害の法理がいかなる理論であるか確認しておく。証明妨害法理とは、証明責任を負う側の当事者による証拠の収集および提出を相手方の当事者が妨害したりまたは困難にした等の、いわゆる証明妨害があった場合に、裁判所が妨害された当事者に有利になるよう事実認定できることをいう¹¹。訴訟上の証明妨害行為には、相手方の当事者しか証人の住所を知らない場合に、相手方が証明責任を負う当事者に対して証人の住所を明らかにしなかったり、証人を逃亡させるといったことが該当する。また、公証人や医師などの証人に対して、守秘義務を免責することを拒否したり、鑑定人による工場などの立入調査を拒む場合も訴訟上の証明妨害にあたる¹²。

証明妨害法理は、実定法上の規定によるものと、解釈上認められるものが

¹⁰ 池田辰夫「演習・民事訴訟法1」法学教室101号(1989年)90頁、春日・前掲注(1)310頁。

¹¹ 証明妨害法理とは、相手方当事者による証明妨害行為(故意・過失あるいは作為・不作為であると問わない。例えば、医師による診療録の改竄、公害企業による製造工程図の廃棄などがある)によって、証明責任を負う当事者が証明困難に陥った場合に、相手方当事者に不利な事実認定を行うことにより、両当事者間の利益調整をはかる理論である。主な文献として、本間義信「証明妨害」民商65巻2号181頁、渡辺武文「証拠に関する当事者行為の規律」講座民訴⑥161頁等。

¹² なお、訴訟外の証明妨害には、医療過誤事件に際して医師が治療内容を記録しなかったり、必要な検査を怠るような場合、交通事故に際して、事故の原因を証明するうえで重要な現場の状態を変更するような場合が該当する。加えて、契約の成立を証明しうる書類を処分したり、車が整備不良であったことを隠すために事故車を解体する場合も訴訟外の証明妨害に該当する。

ある。実定法上の規定によるものとして、当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる（民訴224条1項）、当事者が相手方の使用を妨げる目的で提出の義務がある文書を滅失させ、その他これを使用することができないようにしたときも、相手方の主張を真実と認めることができる（民訴224条2項）、といったものがある。また、筆跡等の対照用文書を提出しなかった場合も、同様の規定がなされている（民訴229条2項、同4項）。

文書の提出以外にも、当事者尋問や検証について実定法上に規定されている。具体的には、当事者本人を尋問する場合において、その当事者が正当な理由なく、出頭せず、または宣誓もしくは陳述を拒んだときは、裁判所は尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができる（民訴208条）、といった規定がある。検証の目的の提示または送付を拒んだ場合も、民訴232条に同様の効果が規定されている。

さて、では鑑定拒否された事例において、証明妨害の法理は実効性をもつのか。この点について、人事訴訟においては、弁論主義の制限および民訴法224条等の適用が認められないため、証明妨害の法理の適用は否定されることになる。鑑定拒否という証明妨害行為は、民訴法上は制裁の対象になるとしても、人事訴訟においては、これによって要件事実を擬制することまたは事実上の推定をはたかせることは、実体的真実の発見が強く要請されていることとなじまないとされる¹³。

（2）事案解明義務の適用について

次に事案解明義務の適用について検討する。まず、事案解明義務がいかなる理論か確認しておく。事案解明義務は、元々ドイツにおいて発展してきた

¹³ 春日・前掲注（1）312頁。

理論であり、特に Stürner (シュテュルナー)¹⁴の事案解明義務理論が有名である。Stürner の理論の概要は以下のようなものである。

事案解明義務は、証明責任を負わない当事者に事実主張および証拠提出を求める強力な義務であるから、当然しかるべき根拠が必要となる。Stürner は、基本法が真実発見による個人の権利保護を保障していることを事案解明義務の根拠としている。次に、証明責任を負わない当事者に事案解明義務を課すための要件は、証明責任を負う当事者が自己の主張について具体化(Substantiierung) することである。すなわち、証明責任を負う当事者が相手方に事案解明を求めるならば、まず自己の権利主張が納得しうるものであることを示し、自己の権利主張に合理的な基礎があることを明らかにする手がかかり (Anhaltspunkt) を示さなければならない。つまり、証明責任を負う当事者が、自己の権利主張について何ら具体的な手がかかりを示すことなく相手方に事案解明を求めることは、当事者間の公平の観点から妥当ではないからである。それゆえ、事案解明義務という強力な義務を相手方当事者に課するためには、解明を求める当事者にも一定の行為、すなわち主張の具体化が要求されるのである。そして、証明責任を負わない当事者が事実関係の解明への協力を拒否した場合 (事案解明義務違反の場合) の効果としては、解明義務の違反者にとって不利な事実の真実擬制がなされる。ただし、その擬制は反証によって覆すことが可能である¹⁵。

次に、わが国における事案解明義務説として、Stürner の事案解明義務理論に影響を受けた春日偉知郎教授の見解¹⁶がある。春日説は Stürner 説の影

¹⁴ Rolf Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976).

¹⁵ また、証明責任を負わない当事者が事実を知っているか、あるいは証拠方法を隠しているか不明確な場合には、事案解明義務違反の存否について証拠調べが行われる。ただし、事案解明できないことについて当事者に帰責性がない場合には、制裁が課されることはない。

¹⁶ 春日偉知郎『民事証拠法研究』(有斐閣、1991年) 247頁以下。

響を多分に受けているが、Stürner 説が事件類型を問わず事案解明義務を認めているのに対して、春日説は原発訴訟のような証拠偏在の場合に限って事案解明義務を認めている点に大きな違いがある¹⁷。

春日説は、事案解明義務の根拠を Stürner 説と同様に「真実発見による個人の権利保護」に求めているが、要件・効果については独自の検討を行っている。まず要件について、①相手方に事案解明を求める当事者が自己の権利主張について合理的な基礎のあることを明らかにする手がかりを示すこと、②この当事者が客観的に事案解明をなしえない状況（事実関係からの隔絶）にあり、かつ③事案解明できないことにつき非難可能性がないこと、④相手方が事案解明を容易にでき、事案解明の期待可能性があること、という四要件を導き出している。効果としては、解明義務違反者にとって不利な事実の擬制がなされるとする。

学説においては、事案解明義務はおおむね好意的に受けとられている。原発訴訟のような証拠が偏在する事件類型においては、極めて証明が困難となるため、当事者平等の観点から、証明責任を負わない当事者にも事実主張・証拠提出を求めることが必要となるからである。そのような証拠偏在による証明困難な事例において、事案解明義務は有効な法理として捉えられている¹⁸。

¹⁷ 竹下・前掲注（2）1頁は春日説を支持し、事案解明義務の射程範囲は原発訴訟に限定されることはなく、高度技術社会に内在する危険を原因とし、証拠の偏在が認められる訴訟においては、事案解明義務が適用されるべきであるとする。具体的には、航空機事故に関わる国家賠償訴訟、空港・新幹線等の大規模施設に関する騒音・振動等の差止め・損害賠償訴訟、製造物責任訴訟などであり、訴訟の形態として民事訴訟であると行政訴訟であるとを問わず、事案解明義務が適用できるとする。

¹⁸ 事案解明義務についての学説としては他に、事案解明義務を現代型訴訟に限定せず、一般的な事例にも適用できると主張するものとして、右田克雄「証明責任を負わない当事者の事案解明義務」実務民事法（日本評論社、1985年）21頁以下。証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述＝証拠提出義務について論じたものとして、松本博之「民事訴訟における証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述＝証拠提出義務について」法曹時報49巻7号（1997年）1頁。当事者の情報へのアクセスという視点から事案解明義務を論じたものとして、畑瑞穂

さて、では鑑定拒否の事例において、事案説明義務を適用することは可能であろうか。本件のようなケースは、事案説明義務の要件（①相手方に事案説明を求める当事者が自己の権利主張について合理的な基礎のあることを明らかにする手がかりを示すこと、②この当事者が客観的に事案説明をなしえない状況〔事実関係からの隔絶〕にあり、かつ③事案説明できないことにつき非難可能性がないこと、④相手方が事案説明を容易にでき、事案説明の期待可能性があること）を満たしうるケースであるといえる。ただし、要件①について、具体的手がかりの提示としては、夫が、妻が性交渉を持った男が当該男以外にはないという証明をすることが要求される。以上の要件を満たす場合、鑑定強制が可能となる。鑑定を拒否した場合は、事案説明義務違反として拒否者に不利な事実が擬制されることになる。しかし、証明妨害法理の場合と同様に、鑑定拒否に対する効果・制裁を民訴法224条以下の規定に基づいて引き出すことについては、人事訴訟である以上、否定される。

4 立法論への移行を説く見解

人事訴訟においては、真実発見のために、具体的な証拠に基づかずに一定の事実を擬制するというような制裁を働かせることは許されず、民事訴訟に妥当する制裁は当てはまらない。そのため、直接強制を除くならば、「過料の制裁」という規定を立法によって創出すべきと説く見解がある¹⁹。この見

「模索的証明・事案説明義務理論」鈴木正裕先生古稀『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣、2002年）607頁。主張過程における当事者の情報提供義務について論じたものとして、伊東俊明「主張過程における当事者の情報提供義務—「情報独占」の局面における規律について—」横浜国際経済法学15巻3号（2007年）1頁。提訴前における相手方の事案説明についての協力義務について論じたものとして、濱崎録「提訴前手続における相手方の協力義務に関する一試論」香川法学27巻3・4号（2008年）65頁。事案説明義務の根拠論について論じたものとして、拙稿「事案説明義務の法的根拠とその適用範囲」同志社法学58巻7号（2007年）505頁。

¹⁹ 春日・前掲注（1）316頁以下。

解によれば、鑑定拒否に対する制裁規定を導入し、「過料の制裁」規定の導入によって間接強制の実効性を確保するという。間接強制を理論づけるには、証明妨害や事案説明義務の考え方による方法があり、一定の要件の下でこれを認めることが可能であるが、過料の制裁という効果の規定を欠いている点で現行法には不備があるため、これについては立法論的解決に委ねざるをえないという。

また、検証協力義務を否定している日本法とは異なり、諸外国においては立法により検証協力義務を肯定する法制が増加傾向にあることから、真実の父子関係の証明が重視されていくとすれば、立法的に鑑定への協力を認めるべきとされる²⁰。

5 小括

以上のように、直接強制説は実定法上の根拠を欠いており、人格権やプライバシーの保護の観点からみて、鑑定を受忍しなければならない者に対する侵害の程度が著しいことから無理があるとされる。次に、間接強制説も、鑑定拒否の場合の制裁規定を欠くため実効性に欠けるとされる。現在の学説においては、制裁規定を欠くのは立法の不備として、立法論への移行を主張する見解が有力となっている。

IV 検証協力義務（鑑定強制）についての試論

以上においてみてきたように、父子関係訴訟における検証協力義務（鑑定強制）についての議論状況としては、立法による解決を唱える見解が有力となっている。たしかに、鑑定拒否の場合の制裁規定を欠く現行法の下では、

²⁰ 佐藤優希「親子関係事件におけるDNA鑑定について（一）」東北学院法学73号（2012年）64頁。

解釈論による解決は困難であろう。しかしながら、本章では、解釈論からのアプローチの可能性を探ってみたい。というのも、制裁規定についての立法化はいまだ実現しておらず、立法化の見込みも不透明な現状では、今後も鑑定拒否のために真実の解明がなされない事案が増加すると予想されるからである。

それでは、解釈論からのアプローチの可能性として、間接強制説において検討された事案解明義務の適用可能性について検討する。まず、なぜ事案解明義務を用いるのかという点から確認していききたい。議論の前提として、事案解明義務の考え方は、民事訴訟よりも人事訴訟における方が、理念的にその妥当性を強く求められていると解される²¹。すなわち、事案解明義務とは最良証拠によって事案の真相を解明することを目的としており、その要件を満たせば、弁論主義を後退させて、証明責任を負わない当事者にも真実発見への協力を求めることができる。事案解明義務のこのような理念は、高度の真実発見の要請に基づいて弁論主義を制限している人事訴訟の特殊性と共通するものである。

次に、事案解明義務の要件への該当可能性についてみていきたい。まず、事案解明義務の要件は以下の4点である。すなわち、①相手方に事案解明を求める当事者が自己の権利主張について合理的な基礎のあることを明らかにする手がかりを示すこと、②この当事者が客観的に事案解明をなしえない状況〔事実関係からの隔絶〕にあり、かつ③事案解明できないことにつき非難可能性がないこと、④相手方が事案解明を容易にでき、事案解明の期待可能性があること、という4要件である。

まず、鑑定拒否が問題となる事例では、鑑定に協力しなければ生物学的親子関係の存否が解明されないため、まさしく「事実関係からの隔絶」といえ

²¹ 春日・前掲注(1) 314頁参照

る状況にある。そして、鑑定を求める側は鑑定以外に確たる立証手段をもたず、他方で鑑定拒否者が鑑定に応じれば容易に親子関係が解明できるのだから、事案解明義務の要件のうち、②、③、④の要件をみたすといえる。そして、要件①（「具体的な手がかり提示」要件）について、具体的な手がかりの提示としては、夫が、妻が性交渉を持った男が当該男以外にはないという証明をすることが要求される。以上の要件を満たす場合、検証協力義務（鑑定強制）の発動が可能となる。このように、要件レベルでは、父子関係訴訟における鑑定拒否の事案は事案解明義務に親和的であるといえよう²²。

では、事案解明義務の効果レベル（鑑定拒否した場合の効果）ではどうだろうか。前述の各学説が問題視するのは、人事訴訟である以上、鑑定拒否に対する制裁として拒否者に不利な事実を擬制することはできない、という点である。しかし、鑑定拒否の事実は弁論の全趣旨の中には入り、裁判官の自由心証の枠内の問題にはなりうる。むしろ、自由心証の枠内に入るからといって、鑑定拒否したことだけをもって直ちに拒否者に不利な事実を推定することはできないという批判はもっともである。

しかしながら、例えば前述の【東京高判昭和57年6月3日判タ478号119頁】では「鑑定に協力しないことをもって直ちにYに不利な判断をするのは相当でないとしても、その非協力の理由いかんにかかわらず、鑑定結果がえられない以上は、科学的裏付けなしに親子関係が存在すると推認することが相当であるということとはできない」と判示されているように、人事訴訟といえども当事者には真実発見のために裁判所の審理手続に協力し、当事者自身も事案解明のために能動的に行動すべき義務があるというべきであろう。なぜなら、職権探知主義が採用されているからといって、当事者が何らの主張もしなければ、そもそも事案の解明は不可能だからである。換言すれば、職権

²² 春日・前掲注（1）314頁も要件レベルでは事案解明義務の応用可能性を認めている。しかし、効果レベルの応用については人事訴訟であることから否定的である。

探知主義だからといって当事者は完全に「受け身」で良いということにはならないはずである。

すなわち、人事訴訟において、裁判所は事案を解明する権限を有し、かつ責任を負うが、当事者もまた、詳しい事実陳述によって事案解明に協力する義務を免除されているわけではないと解されている²³。そして、人事訴訟においては高度の真実発見の要請があるわけであるから、場合によっては当事者の事案解明義務から職権探知主義が緩和されることが認められる余地があると解する²⁴。

もちろん、職権探知主義が緩和されるとしても、あくまで例外的なケースに留める必要がある。では、いかなる場合に緩和を認めるか。思うに、父子関係訴訟において確実に父子関係の存否を明らかにする手段は、DNA鑑定等の科学鑑定に尽きるわけである。そこで、鑑定拒否がなされ、他にめぼしい間接事実もないような場合には、真実発見が不可能な状況が生じる。そのような、著しく真実発見が困難な状況において、前述の事案解明義務の要件を満たすならば、職権探知主義が緩和され、拒否者に不利な事実の推定を認める余地があると解する。

以上のように、制裁規定の立法化がなされない現状において、解釈論による解決策のアプローチを試みたわけであるが、父子関係訴訟における鑑定強制をめぐる問題は、むしろ立法化がなされれば根本的に解決されることになろう。今後の立法をめぐる動向についても注目していきたい。

※本稿は、財団法人民事紛争処理研究基金による平成25年度助成研究の成果の一部である。

²³ 松本博之『人事訴訟法〔第3版〕』（弘文堂、2012年）65頁参照。

²⁴ この点に関して、窪田・前掲注（4）は、真実義務ないし事案解明義務を根拠に挙げている。