

民事诉讼法之研讨（九）目录

【分类】民事诉讼法之研讨(九)

【出处】民事诉讼法之研讨（九）

【出版日期】200009

民事诉讼法之研讨（九）目录

69 父子关系诉讼之证明度与血缘鉴定强制

——以请求认领子女之诉讼及否认婚生子女之诉为中心.....许士宦等（1）

70 诉讼上自认之法理及其效力..... 雷万来等（117）

71 讼仲裁人的选任与回避——以我国仲裁法为中心.....范光群等（185）

72 处分权主义、辩论主义之新容貌及机能演变

——着重于评析如何受近立法走向所影响及相关理论背景...邱联恭（279）

父子关系诉讼之证明度与血缘鉴定强制——以请求认领子女之诉及否认婚生子女之诉为中心（口头报告）

【分类】民事诉讼法之研讨(九)

【作者】许士宦

【出处】民事诉讼法之研讨（九）

【出版日期】200009

【页号】3-18

王甲乙：

各位老师、各位同学，现在开始第六十九次研讨会。本次报告之题目为「父子关系诉讼之证明度与血缘鉴定强制——以请求认领子女之诉及否认婚生子女之诉为中心」，是由许士宦老师报告，书面报告已于十日前送交各会会员。本次书面报告，总计达五十余页之多，内容丰富，精彩可期。日前社会上亦曾发生与本日报相关之诉讼事件，且因涉及名人，一时乃成社会各界注目之焦点。又因现代社会开放之结果，未婚生子之情况急剧增多，且由于科技之进步，人工授精、代理孕母等现象亦屡见不鲜，复以民法第九百八十七条已于八十七年六月十七日删除，凡此种种，均足使确认父子（女）之诉随之增加，因而亦更加突显本日报告之重要性。本篇论文说理详尽，又其各国立法例详为比较，极具参考价值。现在即请许老师开始口头报告，仅一小时内完成后，再请各位老师发表高见。谢谢！

许士宦：

主持人、各位老师、各位同学，今日轮由本人报告。诚如方才主持人所言，社会渐形开放之后，未婚生子或于婚姻关系中非由夫受胎而生子之事所在常有。从而，常见因非婚生子女寻你所发生的请求认领之诉，与因配偶主张妻于婚姻关系存续中所生之婚生子女非自夫受胎所提起的否认婚生子女之诉。有鉴于此，本文写作之动机可大致为如下之说明：（为便于说明，本人另制附表二张，已发给各位，请各位老师参考。又因书面报告早于数日前已邮寄各位，故书面报告中已提及者，于口头报告时如非必要即不赘述。）

最高法院所刊行之裁判选辑中，曾经选录了八十一年度台上字第二一八五号判决，即书面报告中所列案例一，乃生母甲请求生父乙认领非婚生子丙之诉讼。于该诉讼中，法院曾命

乙为亲子血缘鉴定，惟

-3-

经乙以血缘鉴定无法达百分之百正确，如贸然接受鉴定而发生不正确结果，恐影响日后家庭和谐为由，拒绝接受血缘鉴定。台南高分院以乙无正当理由拒绝接受血缘鉴定，乃拟制原告甲所主张之亲子关系存在，依民法第一〇六七条第一项第一款规定判决原告胜诉。此案嗣经上诉最高法院，最高法院未就此类社会已发生且经常可能发生之诉讼类型明确表示其意见，仅表示：台南高分院以乙未协同为血缘鉴定所主张之亲子关系存在乙事，系适用法律不当，而邓以废弃。至乙不协同接受血缘鉴定，其所负义务如非准文书之提出义务，则是否属抽血、提供血液等勘验协助义务？又如上揭义务人，无正当理由拒绝履行其义务时，究发生如何之法律效果？对此，最高法院并未加以探讨，亦未见其对此表示意见。

其次，司法业务研究会于八十五年度法律问题研讨中，则提出如局面报告所举案例二之法律问题，其案情略为：甲妻乙夫于婚姻关系存续中育有一子丙，甲以丙并非自乙受胎所生为由，提出否认婚生子女之诉讼。于此诉讼中，甲亦声请法院命乙协同为血缘鉴定，惟嗣经乙拒绝。则因此所生之法律效果为何？司法业务研究支第二十九期（八十五年度）研究结论表示：人事诉讼中关于认诺及诉讼上自认或不争执事实效力之规定并不适用，自无拟制一造之主张为真正之余地。故如当事人（被告）拒绝协同履行其勘验协助义务，仅其拒绝之理由、态度得作为全辩论意旨之一部，由法院依自由心证予以斟酌，而非拟制他造（原告）之主张为真实。就此，司法业务研究会第三〇期（八十六年度）则采取不同见解，认为于此形法院得拟制原告之主张为真实，甚而迳判决原告胜诉。自上述可知，目前我国实务界对此问题之处理方式，就下级审法院而言，恐存有如上述不同之见解，惟最

-4-

高法院则迄未对此明示其所采见解为何。

鉴于最高法院对于上述问题迄未明示其所采态度为何，本文乃尝试自比较法为考察，详予比较，以便探讨其解决之道，同时就本问题于现行法之下是否已得解决，抑或仍有赖修正草案为某程度之修正较为妥当等诸问题，一并加以检讨。又书面告中已详列各国立法例，并就我国现行法、修正草案之规定予以检讨，为便于口头说明起见，以下乃拟以书面报告中所举案例一、案例二（即附表中事件类型（1）与事件类型（4））为中心，提出检讨。

就案例一而言，依民法第一〇六七条第一项第一款之规定，受胎期间生你与生母有同居之事实者，即得诉请生父认领该非婚生子女。换言之，系以「双宿同眠」为其请求之原因事实。以附表中事件类型（1）为例，同居之事实系该当于 D1 所示之事实，至亲子关系存在系表示具有生父子（女）之关系，而该当于 C 事实。依台南高分院之判决所示意旨，系以 D1 事实为其原因事实，而对于被告拒绝协同为血缘鉴定（履行勘验协助义务）一事，法院系拟制原告所主张「被告与原告所生子女具有亲子血缘关系」之事实（即 C 事实）存在。惟被告拒绝履行其勘验协助义务而不协同为血缘鉴定时，法院所得拟制者究为 C 事实抑或为 d1 事实？就此，台南高分院之判决是否妥适？凡此，似不无探究之余地。为此，以下乃以附表所列事件类型（1）与事件类型（2）为中心，而为如下之说明：

（一）此类型诉讼事件是否均须利用血型鉴定、DNA 鉴定，取得科学性证据，资以认定生父子（女）关系存否？

就比较法或比较实务以视，并未获致当然如是之结论。例如附表所列事件类型（1），由生母诉请生父认领非婚生子女之诉讼中，如有 D1、D2、D3 事实存在而无 D5 事实时，法院纵未命被告为 DNA 鉴定，

—5—

亦得据上揭间接事实推认主要事实（C 事实）存在。又另如有 D1、D2、D3、D4 等间接事实存在，说可为如上之推认。

（二）依现行民法第一〇六七条之规定，法院究于何情形，得判决原告胜诉（亦即生母应领原告所生之子女）？

就此问题，最高法院四十三年台上字第三三八号判决表示，D1 事实存在时，即认原告之认领请求权存在，其请求有理由。实则，纵令被告于原告受胎期间曾与其有性关系，原告所生之子女是否当然系由被告受胎，并非当然无疑。而依血型鉴定，其结果纵得据以否定生物学上之生父子（女）关系存在，要不得迳予肯认。且虽生母一旦有怀孕、分娩之事实，即得认定生母所生之子女间具有生物学上之生母、生子（女）关系，惟就生母所生之子女，是否系自于受胎期间与其有性关系之男子受胎一事，则未必明确。

最高法院四十五年台上字第六三六号判决表示，如经证明 D1 事实存在而 D5 事实不存在时，即可认原告之认领请求权存在。而于 D6 事实存在且 D5 事实不存在以外其他情形，例如 D1 事实与 D5 事实均存在（受胎期间生母尚与被告以外之第三人有性关系）之情形，法院得否援引民法第一〇六八条之规定，而不适用同法第一〇六七条之规定，据以否定原告之认领请求权？于 DNA 鉴定技术发现之前，由于仅得以血型鉴定之结果消极否定生父子（女）关系存在，尚不得据以积极肯定其存在，是以生母于受胎期间曾与二名以上男子发生性关系时，究应以何人为生母所生子女之生父，有时单凭血型鉴定之结果尚不足以判断。于此前提之下，上开最高法院四十五年台上字第六三六号判决所持见解犹属情有可原。惟自一九八五年英国率先使用 DNA 鉴定技术，以确定生父子（女）血缘关系后，时至今日，DNA 鉴定技术已大抵为世界各国所采用，且 DNA 鉴定得肯定父子（女）关系存

—6—

否之机率逾百分之九十九。而如书面报告中所引美国立法例，于依 DNA 鉴定之结果认有百分之九十九以上之盖然率存在时，即得肯定其父性（父子关系）存在，推如被告与第三人 w 系双胞胎兄弟，而生母于受胎期间同时与该二人均发生性关系时，由于目前 DNA 鉴定技术尚无法就该兄弟予以区别，故于此情形仍无法确认何人为生父。除上述情形外，一般情形大抵均得以 DNA 鉴定确定其父性，故于 D1 与 D5 事实同时存在之情形，以血型鉴定否定其一，或以 DNA 鉴定肯定其一，亦得于诉讼上确定何人为生父，换言之，此种证据调查方式仍有助益，至于仅有 D4 事实（被告与原告所生之子女）血型彼此不相违背存在时，亦非即当然表示其具有父（女）关系，我其量仅得认具有生父子（女）关系存在之可能性，故于此情形仍须其他前提事实合并推认或依赖 DNA 鉴定乃得确定其生父谁属。

（三）被告或第三人于诉讼上是否负有协同为血缘鉴定之义务？被告或第三人得否以上开鉴定将暴露其隐私（性生活）为由，拒绝履行？

如上所述（事件类型 D1），倘生母于受胎期间尚另与第三人 W 发生性关系，则法院是否仅命被告为血缘鉴定已足？抑或仍应命该第三人协同为血缘鉴定？以附表所列事件类型

为例，由于现行民法第一〇六七条承认非婚生子女于成年后二年内仍得请求生父为认领，故于此类诉讼中系由生子（女）为原告，生父为被告，至生母反居于诉讼上第三人之地位。就生父与生子（女）是否有生父子（女）关系一事而言，生母某程度知之最稔，惟其得否因不愿暴露其私生活，而以血缘鉴定将暴露其隐私为由，于诉讼上拒绝协同勘验？就此问题，现行民事诉讼法关于勘验之部分，就有关当事人或第三人于诉讼上究应负一般勘验协助义务或限定义务，并未设有明文，惟通说向来认为其

— 7 —

与证人义务相同，系一般义务，而与就文书提出义务部分系采取限定义务者有别。又，纵采如斯解释，因勘验部分仍得准用第三四五条与第三四八条之规定，故如当事人或第三人有正当理由，纵其受勘验命令，仍得以此抗辩而拒绝之，果如此，则事件类型（2）之情形，生母得否，为如上述之抗辩？本人以为，于生子请求生父认领之诉讼中，对于生子追寻其生父一事，宜以之为人格权之一环；又为子女之最佳利益（认识其出身，以便理解、发展其个性），于诉讼上似应发现真实，就其生父谁属为正确之判断，以助益其人格利益之保障。关于此利益之保障，宜优于生母私权之保护，基此，生母似不得以隐私权肩有受侵害之虞为由而拒绝勘验。

以上为事件类型（1）与事件类型（2）所涉问题，以下则拟探讨否认婚生子女之诉（事件类型（3）与事件类型（4）所涉诸问题，否认婚生子（女）之诉讼，系以子（女）被推定为婚生子（女）时，始有加以否认之必要与利益。如非婚生子（女），则非以否认婚生子（女）之诉，而系以确认父子（女）关系不存在之诉解决之，于否认婚生子（女）之诉讼中，有关婚生推定之前提事实有二：①该子（女）系生母分娩所生、②生母受孕期间系于婚姻关系存续中，亦即于附表中事件类型（3）所示 D5、D6 事实存在时，乃得适用婚生子女（女）之推定。于此前提下，则：一）于生母所生子（女）受婚生推定之情况，倘夫或生母欲提起否认婚生子（女）之诉讼，于此诉讼中是否均必须依赖血型、DNA 鉴定等科学性证炉，始得证明主要事实？实则非必尽然。换言之，如 D1、D2、D3 事实存在，则大抵可以推认生母所生子（女）应非自夫受孕。纵非如是，于 D1、D2 事实存在之情形，或 D4 事实已经证明之情形，亦应可认原告得否认该婚生

— 8 —

子（女），又何以小事实存在有如此大之证明力？方才亦曾提及，关于血型鉴定，虽无法积极肯认生父子（女）关系存在，惟却得消极否定生父子（女）关系存在，故如血型与彼二人为父子（女）一事相违，即得以之推认该子（女）并非自夫受孕所生。自是否所有否认婚生子（女）之诉讼类型，不管其具体情形为何，法院均有必要命为血缘鉴定？

于由夫所提起之否认婚生子（女）之诉讼中，如夫仅怀疑其妻可能与第三人有染（例如，指其妻与第三人出入饭店，或与第三人于街道上散步），则受诉法院是否有必要命妻或该第三人为鉴定？就此问题，似亦得援用最高法院就有关民法第一〇六八条之适用所作解释，而为处理，换言之，是否有该条所指与他人通奸成为放荡之生活，须有具体情事乃足当之，倘仅如上述而为单纯之怀疑，恐仍不足当之。故于夫所提起之否认婚生子（女）之诉讼中，如夫就妻所生之子（女）可能非自其受孕一事提出任何具体事证，而仅系单纯之怀疑时，受诉法院亦不宜迳命妻或第三人为血型或 DNA 鉴定；反之，如有具体事实，例如于 D1 实存

在之情形，则虽 D5、D6 事实亦存在，致妻所生子（女）仍受婚生之推定，惟因 D1 事之存在，该子（女）是否系妻自夫受胎而生于是存疑，就此情形，宜认受诉法院得就 D3 事实命当事人为血型鉴定，或就 D4 事实或 C 事实分别命第三人或当事人协同为血缘鉴定。

（三）当事人或第三人有无正当理由不从法院所为血缘鉴定之命令？

就拒绝检验有无正当理由之判断，除方才已讨论行外，例如于事件类型（4），由生母对夫所提起的否认婚生子（女）之诉讼，纵卞母经证明于该子（女）受胎期间，除夫外尚与第二人发生牛性关系，致何人为该子（女）之中父不明。于此情形，似不容否认，如受诉法院命夫

— 9 —

、该第三人为 DNA 鉴定，有助于上述事实之究明，惟如自子女利益之立场予以考量，则于夫愿视妻于婚姻关系中受胎而生之子（女）为其婚生子（女），且第三人亦拒绝协同鉴定，不愿认该子（女）为其生子（女）之情形，倘受诉法院认维持婚生子（女）之状态对该子（女）最有利时，宜认夫得执此以为拒绝协同血缘鉴定之正当理由为妥。自外国立法例以视，上揭结论亦已获赞同。

（四）是否命血缘鉴定，受诉法院仍应斟酌有无勘验之必要性与正当性？

如法院认具必要性与正当性而对当事人或第三人发勘验命令，倘当事人或第三人无正当理由不从命令，而拒绝协同或协助血缘鉴定时，乃生如下所述究应对之为何种制裁，而使发生何等法律上不利效果之问题。

（1）法院应如何处理当事人或第三人无正当理由而拒绝协同或协助血缘鉴定情形之立法例：

自比较法以视，关于此问题系存有二极端之立法例。其一，乃德国立法例，该国民事诉讼法明文规定，于确认血缘关系之诉讼上，如要求当事人或第三人为血液检验有助于事案之解明，且对该当事人或第三人并非期待不可能，亦无害其身体健康时，该当事人或第三人即负有为血缘鉴定之义务。于当事人或第三人负有血缘鉴定义务之前提下，受诉法院首先应命义务人为血缘鉴定，如其不从，则依间接强制之方式，对义务人科处罚鍰或命其负担因拒绝所生之费用。而于间接强制亦无法奏效时，乃得依直接强制之方式为之，直接拘提义务人，并以强制力为抽血，以利血液检验之进行。基此可知，依德国法之规定，当事人或第三人无正当理由拒不履行勘验协助义务时，受诉法院得以间接强制或直接强制之方式取得该证据，故就血统关系之诉讼而言，如需此类科学性证据资以证明时，大抵上当不致有所欠缺。此就

— 10 —

比较法而言，可谓系极其特殊之立法例，其背景是否与纳粹时代有关学说上尚有争执。惟自纳粹而后，德国已于一九五〇年将之明定为民事诉讼法条文，抑有进者，于一九七七年，民事诉讼法修正委员会更拟扩大其直接强制之适用，该意见虽终未被接受，惟于德国法上系尽可能追求血统主义、客观主义，而重视人事诉讼程序上有关实体真实之发现乙事，则可确定。

其二，为日本立法例。日本于其人事诉讼程序法上，特别明文排除有关于拒绝提出文书、勘验物时所设拟制真实规定之适用。盖以其认上揭规定之适用，乃因财产权之诉讼系采辩论主义，是以当事人如无正当理由拒绝履行其勘验协助义务时，受诉法院得以其拒绝等态度，

拟制他造之主张为真正，以示制裁，并维公平。惟于人事诉讼程序中，因系采职权探知主义，故上开有关于采取辩论主义架构下所设之诸规定，均不在适用之列。是故，于当事人拒绝协同勘验（血缘鉴定）时，非但不得对之为直接强制，甚且不得为间接强制！书面报告中亦提及东京高等裁判所平成七年一月三十日之裁判例，即关涉此一问题。其案情略为：妻于婚姻关系存续中产下一子，夫疑该子系妻与第三人通奸所生，经家事调解不成，乃提起诉讼，一则诉请法院判决确认与该子之父子关系不存在，另则以妻与该第三人通奸（不贞）为由，诉请损害赔偿。于此诉讼中，法院认：欲推翻婚生子女之推定（亦即欲证明妻所生之子（女）非自夫受胎之事实），其所要求之证明度极高。换言之，纵有证明力极强之供述证据，仍不足以推翻婚生子女之推定，而须以鉴定等方式所取得科学性证据始能为之。本件之被告于诉讼前曾经 DNA 鉴定，惟其于诉讼中则拒绝重为鉴定，又依其诉讼前鉴定之结果，原告为妻所生子之生父的机率为百分之七十几。基此，高等法院就父子关系不存在之部分判决原告败诉；惟

— 11 —

就损害赔偿之部分，则为原告胜诉之判决。法院判决结果之所以有如上之不同，其理由在于：就属于人事诉讼程序之确认父子关系不存在诉讼系采取较高之证明度；而于一般民事诉讼的损害赔偿诉讼之部分“则否”法院以为 DNA 鉴定之结果，肯定父子关系之机率仅百分之七十几，尚不足以承认妻所生之子系自夫受胎，故判决妻应赔偿慰抚金。由于人事诉讼与一般财产权诉讼采取不同之证明度，故导致法院为如上判决之结果。对此日本学说亦提出检讨。又，于日本现行法下，法院虽不得采直接强制或间接强制之方式使当事人为血缘鉴定，惟如自其他证据仍不足以明确否定原告之主张，而法院亦一再催促被告履行其义务，被告仍不愿协同为血缘鉴定时，是否要求被告负证据提出责任？关此，学说见解以为，此时被告须提出否定之事证，若无，则即令法院因此推翻婚生子女之推定亦为所许。

就上述二种立法例而言，如许为直接强制，则关于科学性证据之获得将不虞匮乏，因而即令于诉讼上强调实体真实之发现，亦当不致造成大大之问题。惟如于日本立法例下，由于就有关证据搜集手段方面未如同德国立法例般强有力，如仍一味强调采取实体真实发现主义，其目的果能达成？甚或能否将其现行法之规定理解为系以实体真实发现主义为前提，亦不无检讨之余地！除上述二种极端之立法例外，尚有如书面报告中注三八所引用之奥地利立法例。依该国立法例，于当事人或第三人负勘验协助（血液检查）义务而不履行时，虽许法院为直接强制，惟其直接强制非如德国立法例般得对义务人强制抽血，而仅得拘提义务人至医生或鉴定人面前。又如英、美、法国立法例，认为抽血等鉴定，须经义务人同意乃得为之，尤以法国于一九九四年制定生命伦理法后，对于 DNA 鉴定之使用更有加以限制之趋势。一言以蔽之，于英、美、法国较

— 12 —

强调自由主义的诉讼观之前提下，关于诸如此类之鉴定，当事人于诉讼上之自由系受保障。换言之，由于 DNA 等血缘鉴定涉及身体之完整性，故如评采直接强制之方式，无疑地

将对人身自由造成过大之侵害，而于义务人无正当理由拒不为DNA等血缘鉴定之情形，上开各国立法例系采取拟制之方式，而由法院据以推定一定之事实（例如：推翻婚生子女之推定，或推定父子关系存在）。

（2）衡诸上开各国立法例，我国现行法系采何原则？或应采何者为妥？

我国现行民事诉讼法之规定，与德国法之规定不尽相同，与日本法之规定亦属有间。我国现行法之规定，就勘验部分而言，仍得准用有关文书提出义务之情形，换言之，依第三六七条之规定，第三四五条与第三四九条仍在准用之列。又人事诉讼程序虽规定于民事诉讼法中，惟亦无明文特别排除上开条文之适用。故就现行法之解释而言，如谓于人事诉讼程序中亦得以拟制之方式处理，亦当不致面临法律条文解释上之障碍，而仅涉及于法解释理论上应如何构筑之问题。

关于民事诉讼上所应发现之[真实]究何所指，自邱老师提倡「信赖真实说」（「信赖真实主义」）后，已展开不同于德、日通说之新局面，又其理论虽大只集中于用以讨论有关财产权纷争之民事诉讼事件，惟于人事诉讼程序上是否亦存有相同之问题？换言之，向来认为人事诉讼程序必采实体真实发现主义，果真如此，则父子关系诉讼是否完全以血统事实（生物学上父子关系）为断？若尔，则于诉讼上应采用何强制手段以达此目的？若否，则又应如何解释？

自上述简要说明可知，不论系请求认领子女之诉或否认婚生子女之诉，均系以生物学上或血统上父子（女）关系存否之事实为其证明之对象（要件事实），如能发现其事实（真实），证明生物学上或血

— 13 —

统上父子（女）关系存否，则将发生一定之法律上作用，于前者将使非婚生子女取得法律上父子（女）关系，而于后者则使婚生子女沦为私生子（女）或非婚生子（女）。此种真实之发现，最终所欲裁判者系法律上父子（女）关系存在与否。又于诉讼上，并非不论其情形如何，均以取得血型或DNA鉴定等科学性证据为必要；换言之，于该鉴定将影响当事人或第三人健康、隐私之情形，尤以其结果可能破坏未成年子女既有之最佳利益时，于实体法上固不待言，纵于诉讼法上亦应予以保护，而认此际不得采取血缘鉴定之方式以为证据调查。自此观点以言，纵令于人事诉讼程序，所谓客观（实体）真实之发现，亦未必完全贯彻。

再者，纵令真实之发现系属要事，惟所采取之手段或应采取之手段是否恒以客观真实之发现为首务？此事关涉对于血缘鉴定等血液检查义务之履行，是否当然以采取直接强制为必要。自上述诸立法例以观，采取得为直接强制之立法例究属少数，尤其同属大陆法系之德、法两国立法例显然互相对立。此乃因德国立法例与法国立法例对于父（亲）子（女）关系应有状态所采态度之不同所致。详言之，德国向来强调真实主义、血统之真实与客观主义，故于德国立法例下，为发现血统上父子（女）关系存在与否，得使用强制手段，而以血统上之真实为最高要求。基此，德国宪法法院于一九八九年左右承认子女探索其出身，为宪法所保障人格权之一环，因而亦迫使实定法上相关规定（例如，民法之规定）不得不加以修正，而朝客观主义发展。（例如：死后认领之许可、婚生子女诉请否认其为非婚生子女之诉之许可等诸多问题）。

相对于此，法国则强调意思主义、心理之真实与主观主义，故认为纵令科学性事实（例如血统）系属要事，惟法律仍有其本身之价值

— 14 —

判断。以婚生子女推定制度为例，其立法旨趣并非鉴于妻于婚姻关系存续中受孕所生之子女系自夫受孕者之机率极高，而系为保障妻于婚姻关系中受孕而生子女地位之安定，不使其因生母与夫以外之第三人发生性关系致造成其沦为私生子或非婚生子女之结果，而负担身分上、法律上与社会上之不利益。基此，法国法于身分法上承认身分占有制与时效制度；而于诉讼上则认血型、DNA等鉴定，非经义务人同意不得为之。又，如未获其同意，亦不得以直接强制之方式强令接受而迫使协同鉴定。总之，于诉讼上（尤以人事诉讼程序为最）采取完全的实体真实（亦即血统真实）主义为优先之立法例，自比较法观之，仍属少数。

（3）拟制真实规定之适用，是否与人事诉讼采取职权探知主义之意旨相悖？

就我国现行法以言，如认当事人无正当理由拒绝为上述血缘鉴定等勘验协助义务时，法院得适用拟制真实之规定，如此是否与人事诉讼程序采取职权探知主义之立法意旨不符？对此问题，诚如方才所言，依我国现行法之规定，即使在解释上认人事诉讼程序亦得适用真实拟制之规定，亦当不致发生疑虑。问题乃在于，于职权探知主义之诉讼架构下，得否仅因当事人之不协力，即拟制他造之主张为真实？本人以为，于否认婚生子女之诉或请求认须非婚生子女之诉，如有其他证据可资证明时，即非以取得科学性证据为必要；惟于无科学性证据可资证明时，法院自得依职权探知其他事证。虽说法院得依职权探知，非即表示法院系万能。以父与生母于生母受孕期间是否有性关系等类事实为例，如当事人不履行其协力义务，纵令法院依职权探知，亦未必得知该事实之存否。故如当事人不愿协同为上述血缘鉴定（亦即对证据调查不为协力），宜否认法院应迳以现有的证据为裁判？换言之

— 1 5 —

之，此时因事实无法认定，故法院应视其为不存在，而由原告就此负担不利益之结果？本人以为，果采如斯解释，其结论将与日本立法例殊途同归。惟现行法既存有如上所述之解释余地，则为发挥法院所发勘验命令之效用，同时亦迫使当事人尽力履行其协力（助）义务，于其无正当理由不从法院所为上述勘验命令时，宜对之加以制裁。就如何对其制裁而言，于诉讼上对其为不利益判断系最有效之制裁方式。

自理论上而言，虽亦可能采取间接强制之方式，惟即使如此，于间接强制无法奏效时，仍将发生义务人不履行义务时应如何处理之问题。而于依原告所能搜集之事证，法院虽认大抵可以推认其主张，惟仍非

明确之情形，如被告不愿履行其勘验协助义务，是否系对原告之证明权构成侵害？类此情形，于法院依已搜集之事证，大抵可以认为原告所主张之事实为真正，而被告亦不协助履行其义务时，纵认此际法院得拟制原告所主张之事实为真正，当不致违反现行法规定，且亦不致违背职权探知主义之采用。若然，则我国人事诉讼程序，就证据之搜集，因不采德国立法例之直接强制，亦非如日本立法例，完全排除直接强制与间接强制之适用，系属折衷之立法例。故于当事人无正当理由拒绝履行其勘验协助义务时，法院得斟酌情形，拟制原告有关勘验事项之主张或其应证事实之主张为真实。

如上所述，法院既得视具体情况，拟制原告有关勘验事项之主张或其应证事实之主张为真实，则于诉讼上为免对于当事人造成突袭性裁判，以保障当事人之程序权，法院就请求认领非婚生子女之诉或否认婚生子女之诉，有关其要件事实之证明度与举证责任之规范等见解，是否应予表明？尤其于法院认当事人无正当理由拒绝协助勘验，而欲拟制一定事实为真

实时，是否应于言词辩论终结前予当事人以辩论之机会？凡此，于现行法第一九九条规定之下，其解释、适用均不致生疑。

— 1 6 —

(5) 自然科学之发展，今非昔比，随著鉴定技术之进步，实体法乃至诉讼法之解释是否亦应有所因应？

与此相关者，在于民法第一〇六七条第一项认领请求权的主要（要件）事实为何之决定。因为原条文制定之初，尚无DNA等科学鉴定技术，而基于血型鉴定虽得否定生物学上父子（女）关系之存在，惟尚不得肯定其存在，由是乃规定有该条第一项所定各款情形之一者，得请求生父认领，且同时于第一〇六八条规定排除第一〇六七条适用之情形。惟时至今日，就上述第一〇六七条与第一〇六八条之规定应予如何解释？又认领请求权之要件事实是否仅如第一〇六七条规定所示四款？该四款之解释是否应附加其他条件？对此问题，本人于书面报告之注三一，已引用国内实体法学者之见解，于兹不费。惟诚如上述，倘认于请求认领非婚生子女之诉中，其主要事实当在于请求法院判定之生父子（女）关系存否，则第一〇六七条第一项所列四款情事，应仅系用以推认上开主要事实之存否者。换言之，纵令男子与生母于生母受孕期间有同居之事实，亦非即表示生母所生子女系自其受孕，盖以，如生母于受孕期间有第一〇六八条所示事实，究竟何人为生父仍可能发生争执。再者，是否仅因有第一〇六八条所定事实，由生母所提起之请求认领非婚生子女之诉即应予以驳回？易言之，如现今之科学技术已得证明何人为生父时，民法第一〇六七条与第一〇六八条规定之解释是否亦有改变之可能？本文采肯定之见解，认民法第一〇六七条之规定系有关父性推定之规定，于原告证明有该条所列情事之一时，因适用该条之规定而推认c事实（认领请求权）存在之机率甚高，故如被告未能证明第一〇六八条所定事实存在，则法院大抵可认原告之认领请求权存在。惟即令被告证明原告有第一〇六八条所

— 1 7 —

定情事，至多仅生原告所生子（女）与被告间生父子（女）关系存否 真伪不明之效果，法院仍得利用血型、DNA等血缘鉴定之方式予以 确定，获得解决。又民法第一〇六七条第二项规定，增列非婚生子女 于成年后二年内亦得为认领之请求，可谓系以承认子女搜寻其父之权利（获悉其出身）为前提，故是否以如上述般之解释为妥，且较有助于非婚生子女认领请求权之保障？ 又此事尚涉法学与自然科学之关联，亦即所谓价值判断与自然科学之关系。自上述可知，就现行法之应有解释言，即使于我国现有制度之下，自然科学上事实亦非恒处于最优位，法律制度本身仍有其价值判断。尤其如婚生子女推定之制度，系以未成年子女的利益之保护 为优先，并非完全取决于自然科学之所谓血统主义或血统上真实。故 就此问题，今引以亦可获得某程度之答复。

以上简单报告至此，尚请各位老师多多指教，谢谢各位！（以下为书面报告内容）

父子关系诉讼之证明度与血缘鉴定强制——以请求认领子女之诉及否认婚生子女之诉为中心（书面报告）（之一）

【分类】民事诉讼法之研讨(九)

【作者】许士宦

【出处】民事诉讼法之研讨（九）

【出版日期】200009

【页号】18-40

壹、绪言

一、问题提出

于请求认领子女及否认婚生子女等父子关系存否成为争点之诉讼，以生物学、血缘上父子关系之事实作为证明对象，经常需要利用自然科学之证明方法。在此等领域，自然科学的证明手段之研究、应用日新月异，血型鉴定固不待言，连DNA鉴定等新鉴定方法亦取得长足发展。在审判实务上，此等鉴定不仅有助于否定虚伪之父子关系，亦可积极肯定父子关系存在之确定机率（注一）。引用此等科学证明方法，可避免争点之要件事实真伪不明，在包含亲子关系之人事诉讼

— 18 —

上，使人类社会生活之基本身分关系获得解明，且其效果及于当事人以外之第三人（对世效），安定从身分关系所生之各种法律关系。

反映此种进展，于父子关系之诉讼上，血缘鉴定之声请件数有逐渐增多之趋势。因此，关系人对于法院所命血缘鉴定之协助亦相对的被强烈要求。然而，对被要求协助之对造当事人或第三人而言，因血缘鉴定之技术愈精确，鉴定结果愈成为父子关系存否之决定性、关键性证据，故其拒绝协助血缘鉴定之情形亦经常发生。此际，法院为发现血缘上父子关系之事实，可否强制该等关系人为抽血检验？受血液检查命令者有无正当理由据以拒绝？已成为急需克服之课题。

二、案例检讨

（1）案例

【案例一】（请求认领子女之诉）

甲起诉请求乙认领丙，主张其自七十年八月起迄七十八年二月止，担任乙子女之钢琴家庭教师，并自七十六年六月起与乙发生性关系，致其于七十八年七月二十五日分娩非婚生子丙，经血型检验，丙之血型为日型，与乙之血型相同。甲为求该认领原因之待证事实臻于明确，声请法院嘱托医学鉴定机构实施亲子血缘鉴定。法院命两造协同丙于八十年十月二十二日前往指定之鉴定机构即长庚医院，抽血为亲子血缘鉴定。乙否认与甲有同居共宿之事实，又以目前血缘鉴定无法达到百分之百正确性，如贸然接受鉴定而发生不正确结果，恐影响日后家庭和谐，因此拒绝接受血缘鉴定。此际法院应如何处理？

台湾高等法院台南分院八十年度家上宇第四六号判决乙应认领甲所生之子丙，系以：「上诉人（甲）自七十年八月起，迄七十八年二月止，曾担任被上诉人（乙）子女之钢琴家庭教师，时常前往被上诉

— 19 —

人家中任教，并曾与被上诉人于七十六年十二月间同飞机前往香港旅游，被上诉人复赠与上诉人钻戒一枚。又上诉人之血型为O型，王O甲（丙）之血型为B型，被上诉人亦自称其血型为B型。固然同血型之人甚多，惟类此诸多巧合，责难令人无疑。虽上诉人就上开两造双宿同眠之请求认须原因之举证，尚未臻于明显。惟为求该认领原因之待证事项，臻于明确，上诉人声请……法院嘱托医学鉴定机构实施亲子血缘鉴定，作为其举证方法，以尽其举证责任。此与上诉人所主张之待证事实，即王O甲与被上诉人间具有亲子血缘关系，殊有关联，且此项鉴定在科学技术上既属可行，已广为国外法院所采用，并行之有年。……（法院）认为有亲子血缘鉴定之必要，乃命两造借同王O甲于八十年十月二十二日前往指定之鉴定机构即长庚医院，抽血为亲子血缘鉴定。该项鉴定必须根据上开三人之血液始能为之，故须被上诉人提供其本人之血液方克完成鉴定，被上诉人竟拒绝前往鉴定。依民事诉讼法第三百六十三条准用同法第三百四十五条规定，被上诉人无正当理由，不从前往抽血鉴定之命，爰认上诉人关于王O甲与被上诉人具有亲子血缘关系之主张为正当。从而上诉人依民法第一千零六十七条第一项第一款规定，诉请被上诉人认领上诉人所生之子王O甲，即无不合，应予准许。」乙不服该判决，上诉于最高法院。

最高法院八十一年度台上字第二一八五号判决为：「按民事诉讼法第三百四十五条规定，当事人无正当理由不从前提出文书之命者，法院得认他造关于该文书之主张为正当。又同法第三百六十三条规定，本目害证之规定，于文书外之物件有与文书相同之效用者，准用之。所谓文书，系指以文字或其他记号，表示吾人之意思或思想之物体。又所谓文书外之物件有与文书相同之效用者，系指文书以外之物件，虽无文字或记号之记载，但足以传示吾人之意思或思想，如界标、照

— 2 0 —

片等，与文书有相同之效用者而言。查本件原审系命上诉人（乙）至长庚医院抽血为亲子血缘鉴定，乃系以长庚医院之特别知识，在诉讼程序上，就该亲子血缘事项，陈述意见，为证据之用。此与以文书外之物件有与文书相同之效用者，为证据方法，尚属有间。从而原审遽依民事诉讼法第三百六十三条准用同法第三百四十五条规定，以上诉人无正当理由，不从前往抽血鉴定之命，而认被上诉人（甲）关于王O甲（丙）与上诉人具有亲子血缘关系之主张为真正，其适用法规即有未当。上诉讼旨，指摘原判决不当，求予废弃，非无理由。」（注二）。

【案例二】（否认婚生子女之诉）

甲女乙男系夫妻，育有一子丙未满一岁，甲以丙并非自夫乙受胎所生之子，提起否认婚生子女之诉。甲虽声请法院命乙协同至医院为血液检查，欲以血缘鉴定方式证明甲妻非自乙夫受胎，但乙却不愿配合甲赴医院进行血液检验。此际法院应如何处理？（自由心证说）：鉴定当事人间之血缘关系，并非推翻子女婚生推定之唯一方法，如有其他事证可资佐证，并不是非鉴定血缘关系不可。且否认子女之诉，系在确定该子女之真实身分，重在实质身分之调查，故民法第五九四条规定，关于认诺及诉讼上自认或不争执事实效力之规定，并不适用之。依据民法第五九四条规定之精神，有关亲子事件血缘关系之有无，应无依同法第三六七条准用第三四五条规定之余地。法院不得迳以被告拒绝提出受勘验标的物（拒绝抽血），即认原告之主张为正当。惟被告拒绝之理由、态度等仍得作为全辩论意旨之一部，加以斟酌（注三）。

（拟制真实说）：否认子女之拆，无非在推翻子女婚生之推定，通常以鉴定其间血缘之

关系为断，应属法院勘验之范围，自可适用民

— 2 1 —

诉法关于勘验之规定，依民事诉讼法第三六七条准用同法第三四五条及第三六二条规定，若被告乙不配合作血缘之鉴定，在原告甲不能从血液检查结果以外之方式证明其非自乙受胎之情形，显然无法确定子女之真实身分，致子女之身分不明，自可认原告之主张为正当，而为原告胜诉之判决（注四）。

（二）应该检讨之问题

1. 抽血检验系属鉴定抑或勘验

在（案例一）之情形，最高法院认为法院命当事人至医院为亲子血缘鉴定，乃系以医院之特别知识，在诉讼程序上，就该亲子血缘事项，陈述意见，为证据之用。其意似指血缘鉴定属于证据方法中之鉴定。准此就受检查人已将其血液提供于法院所嘱托或选任之医院或医师，由该医院或医师等专家依其医学或其他科学之方法。知识予以鉴识，据以陈述意见，供法院作为证据之用而言，固属鉴定，但就受法院所命之当事人及第三人至医院或医师处抽血，并提供该血液作为检验而言，则属勘验。前者（抽血）为忍受勘验，后者（提供血液）为提出勘验物，两者均为勘验协助义务之内容。如当事人或第三人拒绝前往医院或医师处抽血或抽血之后拒不提供血液，即属拒绝履行勘验协助义务。在（案例一），台湾高等法院台南分院似认该血液为「文书以外之物件」，故就所命当事人拒绝前往鉴定之情形，适用民事诉讼法第三六三条（八五年修正后被列为该条第一项）规定，而非同法第三六七条规定，以准用第三四五条规定。但血液不足以传示吾人之意思或思想，难谓其与文书具有相同之效用，应非准文书。且亲子血缘鉴定系从事血型或DNA检验，以判断亲子血缘关系之存否，与阅览文书或物件以读取其内容供为证据之用者亦非相同。

2. 勘验协助义务及其拒绝之正当理由

— 2 2 —

在（案例一）请求认领子女之诉讼，被指为生父之被告以血缘鉴定无法达到百分之百，如贸然鉴定而发生不正确之结果，恐影响日后家庭和谐为由，拒绝接受血缘鉴定。对此，台湾高等法院台南分院则判示：此项鉴定在科学技术上既属可行，已广为国外法院所采用，并行之有年，被告无正当理由拒绝前往抽血鉴定。虽然就有无拒绝之正当理由，本件法院判断当事人之抗辩并不成立，但其在判断有无正当理由时，究应考虑那些因素？在本件，当事人提出鉴定有无助于事案之解明及是否影响受检者家庭之和谐安定两项因素，法院仅就前者为判断，就后者则未明示判断，从判决结论来看似亦认当事人不得以此为由拒绝检验。

3. 父子关系诉讼之证明度及不当拒绝勘验命令之制裁

在（案例二）之情形，前说（自由心证说）认为，当事人不从法院所为血液检验之命令时，无依民事诉讼法第三六七条准用第三四五条规定而拟制他造事实主张为真正之余地。其理由无非以：否认婚生子女之诉讼，旨在确定子女之真实身分，应为实质的调查，以发现真实，不应因当事人之态度（拒绝协助勘验），即拟制真实。此种见解，似以否认婚生子女等人事诉讼，应追求实体的真实，诉讼标的及成为裁判基础之事实既不可任由当事人处分，为贯彻责体真实之发现，自不能仅因当事人拒不从勘验命令即认他造之事实主张为正当。不过，其

见解似亦以尚有其他证据可资推翻婚生子女推定之情形为前提，苟于非此之情形，仍坚持追求实体的真实，却又对拒不协助勘验之当事人宽不施加制裁，即将容易造成发现真实手段之欠缺。易言之，既然在此种人事诉讼，采取实体真实发见主义，为贯彻该原则以期确定真实身分，自应尽可能搜集质高量多之事证资料，作为裁判基础。血缘鉴定此种科学性证明，具有高度之证据价值或证明力，如任由当事人拒

— 2 3 —

绝协助以臻于裁判过程无从取得该资料，使心证形成过程遗漏该重要证据，将难以达成真实发现之目标。因为，既然要求实体真实之发现，其待证事实所需之证明度可能较高，而在此高度的证明度之下，又无从当事人拒绝协助勘验即可直接推认父子关系存在之经验法则，将难以该全辩论意旨推认待证事实。此于无其他重要证据可资证明时更是如此。

后说（拟制真实说）虽已认知生物学上亲子关系之存否，血缘鉴定系最好的证据方法之一，但也承认可以血液检查以外之方式，例如证明夫赴国外、在监服刑、入伍服役、无生殖能力、夫妻均为黄种人而所生子女为黑种人或丙之生父畏于通奸罪被追诉而不愿出面进行血液检查等情形，证明妻非自夫受胎。惟又认为，在不能从血液检查结果以外之方式予以证明，而当事人不从此种血液检查命令之情形，法院依民事诉讼法第三六七条准用第三四五条规定，得拟制他造之主张为真实，以推翻婚生子女之推定。此种见解（后说）与上述见解（前说），于认血缘鉴定并非推翻婚生子女推定之唯一方法乙项上，虽无不同，但于法院得否从当事人拒绝血缘鉴定乙事推认他造所主张之事实为真实乙项，则显不相同。前说认为仅能将该拒绝乙事作为全辩论意旨之一部予以斟酌，后说则认为可从该拒绝认他造之主张为真实。其理由为，倘不如此，显然无法确定子女之真实身分。惟其旨意是否指，在当事人拒绝勘验协助之情形，可降低待证事实之证明度，使法院得从该拒绝乙事推认他造所主张事实为真实？本文系意识著上开问题，尝试究明请求认领子女及否认婚生子女等父子关系诉讼，生物学、血缘上父子关系存否等待证事实之证明度应如何设定，是否比一般民事诉讼之证明度为高？在此等人事诉讼上，为解明事实，当事人或第三人是否负有血液检验之一般义务？其

— 2 4 —

于何等情形始得拒绝接受检查？于当事人或第三人无正当理由拒绝受检时，法院应如何实施直接强制或间接强制，以为制裁？此等诸多问题，均为我国向来未予保论者。为理解我国现行法规定之旨趣，本文采用比较法之研究方法，除采究沿革上直接或间接为我国所继受之德、奥、法、日等国之相关规定外，并同时与英美法作比较，藉以掌握各国对于相同问题所作处理方式之异同及其根据何在，俾作为我国法解释论及立法论之参考（注五）。为此，本文于讨论之际，特别注意我国规定有何异于德、日规定之处，其特征何在，而且，拟讨论之范围，不限于现行法规定之解释，亦包含民法修正草案之规定。

贰、比较法观察

一、各国规定

（一）美国 美国由于近三十年来婚外子人数增加及离婚案件增多，接受公的生活援助比例急增，联邦议会及各州议会面对此现象，乃修正法律谋求彻底保护子女之利益及强化亲对子之义务（注六）。统一州法全国协议会所提案之关于亲子的州法规之模范，例如统一

亲子法 (Uniform Parentage Act, 一九七三年), 从法律上平等之观点, 强调不问父母婚姻之有无, 即子之婚生性之有无, 在法律上对婚外子之权利亦应予平等保护。而且, 就父子关系存否确定之问题, 该等统一法规定之特征为, 法院为父子关系存否之确定, 得依当事人声请, 命为血型检查、鉴定, 并且, 关于父子关系存否确定之证据, 容认使用统计上机率的证据之采用。

各州有关亲子推定之法规定, 特别是父子推定规定上父子关系之
— 25 —

肯定机率值得注目。以其中典型例之明尼苏达州法规 § 257. 62 而言, 即明定: 「(1) 法院……于当事人声请时, 应要求子、母或被诉之父接受血型检查或遗传基因检查。有关该检查结果之资料, 应提供于受检查之全体当事人。就该检查结果之异议……应于预审程序开始日前一五日以内提出记载异议内容之书面……。(5) (b) 依美国血液银行协会承认之检查机构所作之血型检查或遗传基因检查结果……提出被诉之父肯定机率为百分之九十九以上之证据时, 被诉之父推定为亲。再者, 对此有异议之当事人就自己非子之父负担依明白且确信的证据 (clean and convincing evidence) 之举证责任。(6) ……该检查结果无异议之情形, ……容许作为证据。」于当事人无正当理由不从检查命令之情形, 各州之法院一般基于有关亲子之法律或其他民事诉讼程序, 适用懈怠命令或父性裁判 (default order or judgment of paternity) 就父子关系存否之确定为缺席裁判或对不从检查命令者为不利益之裁判) 或民事上藐视法庭罪 (civil contempt of court) (处一定制裁金 (罚金·罚鍰) 或拘留 (禁))。

依统一亲子法第四条及参考该法之州法规规定, 在下述四种情形, 推定父子关系存在, 而承认子与父之婚生子关系。亦即, ①父母结婚, 子于婚姻中出生者; ②子从父母之婚姻无效、撤销、别居或因死亡、离婚之婚姻解消之日起三百日以内出生者; ③父母结婚, 父已认须子者; ④母于婚前怀孕, 子于父母结婚后出生, 其后父已认领该子者。此种婚生推定在普通法影响之下属强推定, 很多州与上述明尼苏达州法规同样, 均明定: 有关父子推定规定之父子推定, 仅得依明白及确信的证据予以推翻。此种明白及确信的证据, 从民事上证据之证明程度来看, 即要求比较高之证明度 (注七)。例如, 阿拉巴马州上诉法院于一九八五年 Finkenbinder v. Burton 事件判示, 父子推定仅

— 26 —

得依证明夫系子之父在自然上、物理上或科学上不可能之明白且确信的证据予以推翻。但依衡平法原理, 父子推定之否认在一定情形亦不被允许。易言之, 法院在维护子女最佳利益下, 利用禁反言 (estoppel) 及衡平法上的亲 (equitable parent) 等原理, 否定父子推定之推翻。例如, 于亲将子与亲生子女同样养育之情形, 或亲已协助于子的监护、养育之情形, 法院即利用此等原理, 断定不许否认亲子关系。因此, 可谓生物学上亲子关系存否之确定, 未必均有助于子女之最佳利益 (注八)。

美国之判例理论, 基于子知悉亲之权利及子从亲接受爱情之权利, 原则上透过比较科学的证据, 使子知悉真实血亲。此种法理, 系基于子女最佳利益之理念, 认为子之利益优先于受检当事人之利益, 特别是父、母及被推定为父者等之利益。华盛顿最高法院在一九八〇年 State v. Meacham 事件, 于确定父子关系之际, 判示子之上述权利应优先于受检当事人之隐

私权（注九）。关于亲子关系存否确认事件上证据之采用标准，联邦最高法院在一九八七年 *Rivera v. Minnich* 事件并不采用明白及确信的证明（clear and convincing proof）之基准，而依从证据优越性原则，以判断当事人所提出之证据。其结果，州法规就亲子关系存在之证明规定证据优越性原则之基准，亦不违反宪法第一四条修正之正当程序条款（due process clause）（注一〇）。

（二）英国

英国一九六九年家族法改革法（Family Law Reform Act, 1969）规定（注一一），不论在父子推定之否认或未受该推定的子之父性确定，法院基于当事人之声请，具有指示（direct）为血液鉴定之权限（二〇条），并且，于其指示不受当事人遵守之情形，赋予法院从该不遵守乙事进行适切的事实推定之权限（二三条一项）。此种指示

— 27 —

，限于民事诉讼中为之，不得发出与民事诉讼无关系之血液鉴定指示。易言之，采用依血液鉴定指示之血统主义系由当事人之声请。但是，该法未采用直接强制受检人为血液鉴定之方法（注一二）。在英国，为实施医疗行为及医术上侵袭，需要被实施对象者之同意，此种自己决定权之尊重在传统上已然确立。抽血亦属此种医疗行为，故该法采取不应该强制血液鉴定至否定此种自主决定权之立场，而且，作为拒绝血液鉴定指示之制裁，法院从其不遵守乙事推定一定之事实即为已足。从而，该法规定，十六岁以上者，须经本人同意，十六岁以下或精神障碍者，由监护人或有管理权限者同意之，且于精神障碍者，尚须判定为不妨害医疗之要件（二一条）。于当事人不同意之情形，将其作为指示不遵守予以处理。在亲子推定否认之程序，不遵守鉴定指示之情形，亲子推定被推翻（二一条二、三项）。因此，在证据资料之搜集过程，为谋求自己决定权与血统主义之妥协，克服由于两者冲突所产生之问题点，乃采用事实推定之次善策。

血液鉴定作为否定父子关系之证据固已充分，但未必能成为肯定该关系之决定性证据。然而，一九八五年 DNA 鉴定开发之后，已能提供肯定之决定性证据。英国一九八七年制定有关确定亲子关系利用 DNA 之法律，该法接受 DNA 鉴定，认其对于确定生物学上之父比血液鉴定更为正确且有效。为使法院所得指示鉴定中亦包含 DNA 鉴定，该法将血液检查之用语，修正为「科学的检查」（一九八九年明确修正为「以确定血液或身体组织之遗传性特征为目的之检查」），同时修正家族法改革法第二〇条，明定此种检查不待当事人之声请，法院得依自己判断而为鉴定指示（二三条）。其所以赋予法院独自之判断权限者，系与抚养费请求及继承权主张或取得英国国籍事件有关，防止当事人共谋而为父性或母性确定所带来之危险。此种法院依职权

— 28 —

指示鉴定，虽可评价为倾向于现实主义或血统主义，但终究以民事诉讼之系属为前提。不过，DNA 鉴定对父子关系存在或不存在均具证明力，故从不遵守鉴定指示所能导出事实推定之应有状态，亦因此种证明力作用方向之不同而发生变化。例如，于血液鉴定指示遭拒绝之情形，可否从该拒绝乙事推定父性，向来固有议论，但因 DNA 鉴定具极高之信赖性，是否为某子之父之疑问全可依该鉴定予以澄清，故于被指名为父者不遵从鉴定指示之情形，法院得推定其父性存在。

关于法院应依据何种基准判断是否发出鉴定指示，学说上认为，应依利益衡量决定之，于进行血液鉴定或 DNA 鉴定所获利益高于不利益时，即可发出指示。裁判例则以子女之最佳利益作为判断标准，仅于认为符合子女最佳利益之情形始应发出鉴定指示。例如，在于受孕可能期间，该子之母与未婚夫及其他男子均有性关系之情形，后者男子声请血液鉴定时，法院基于下述理由，驳回该声请。亦即，于母与未婚夫已结婚，两者经营安定的家庭，该子在其中受养育，成为夫之男性亦已扮演子之父角色，于将来亦系如此时，不得命或许打破此种安定状态之科学鉴定。此可谓子女之最佳利益凌驾于真实主义或血统主义之判断。英国在普通法之下，就婚姻中分娩之子及于婚姻终了后通常之妊娠期间内出生之子，受亲子推定。此种亲子推定在家族法改革法制定以前，属于强推定，为推翻该推定，必须「超越合理的可疑」之证明。其理由有三：第一，打破亲子推定之证明，与不贞之证明同义，不仅成为离婚原因，而且使母于社会蒙受污名；第二，因亦成立刑法上之通奸罪，故有与刑法上之证明调和之必要；第三，使子非婚生化乃至私生化之结果，对子而言，于继承等点上受到重大之不利益。但是，家族法改革法规定，与一般的民事诉讼之证明相同，依证据优越原

— 29 —

则即得推翻亲子推定（二六条）。此盖基于：对子女告知真实乙事甚为重要，且将子女置于怀疑不是自己子女之父亲下，对子女亦属重大不利益。何况，不贞未必即是犯罪，婚生子与非婚生子之差别已几乎被解消，不过，最近法院认为，于何等程度之证明始能打破亲子推定，应依维持受推定为亲子之状态或打破推定而成为非亲子结果所致之重大性，而有所不同。已有裁判例认为，推翻亲子推定之证明，虽然比刑事诉讼所要求之「超越合理的可疑」之证明度为低，但仍须要求比民事诉讼上证据优越原则较高程度之证明。然于未受亲子推定之子确定父子关系之情形，对于生物学上父子之待证事实，基于证据优越原则予以证明即可，

（三）法国

在法国（注一三），无论是亲子关系不存在之诉（包含否认婚生子女等否定亲子关系之诉）或亲子关系存在之诉（包含认领子女等搜索父、母之诉），法院均得命当事人为血液鉴定或 DNA 鉴定，以全部证据方法决定最确实之亲子关系（民法三一一条之一二）。在否认婚生子女之诉，虽须证明适于表示不能为父之事实（民法二一二条），但判例承认所有之证据方法，特别是承认血液鉴定。而且，受请求认领之当事人（被告，即所谓父亲）声请为生物学上之检查时，法院应命为该检查。此等情形，倾向于生物学士之真实主义…但是，一九九四年制定生命伦理法（许一四），增订民法第一六条之一及第一六条之一一，规定应尊重人体完整性、不可分性原则，关于血液采集及 DNA 鉴定，未得受检者之同意不得实行。因此，直接强制固不可能，以罚金（astreint）为间接强制亦不可能…已是，法院得从受检者之不当拒绝，引出全部之法律效果（民诉法典一一一条一，项），例如，于不当拒绝同意法院所命 DNA 鉴定之情形，法院得从此种拒绝，引出

— 30 —

父子关系存在之可能性。

法国废弃院透过民法第三二二条及第三三四条之九之反对解释，扩大婚生父子关系之争执范围，使得据以否定不具任何实质的虚伪亲子关系，而可能形成真实的亲子关系。而且，

依一九五五年七月一五法律及一九七二年法律，承认在此等非婚生亲子关系之诉讼，得比较检查子女与父亲之血液，利用血液鉴定以确定生物学上真实之父子关系。并且，随着近年医学之发展，利用 DNA 鉴定，亲子关系之证明几乎达到百分之百之确实度，不过，在诉讼上是否命为血液鉴定属法官之自由，对事实审法院而言，鉴定是其权限而非义务，因为鉴定常作为证据调查而进行。从而，当事人纵令要求，亦未必须要命为鉴定。而且，血液鉴定既具相当确实程度之证明，于法官从血液鉴定已可形成充分心证之情形，即不必另行 DNA 鉴定。再者，即使于亲子关系能证明至几乎百分之百正确度之现在，于法国法上，为家族之和平、家庭之安定及子女之利益、心理上真实，并非全部之身分均可争执。因此，鉴定并非经常可能，亦有应该保护之亲子关系存在。例如，在身分占有之情形，即具称姓之事实、作为亲子处遇之事实、养育子女而资助自立、社会承认为亲子等要件，如作为普通的亲子之外观存在，记载子女出生证明书之亲子关系与其生活的事实一致，纵令此系违反生物学上之真实，任何人亦不得争执其亲子关系（民法三二二条），从这点来看，法国法之特徵为，不论生物学上之真实如何，此种身分受到保护而能避免涉讼，从而亦避免予以血液鉴定。又，全部之亲子关系于超过法律所定时效期间（原则上三〇年）后，在诉讼上法院必须依职权加以调查。即使当事人合意予以争执，亦不得为之诉讼。结果变成，在此等情形，生物学上之鉴定或遗传学上之鉴定，在法律上均不被容许。

— 31 —

关于请求认领等搜索非婚生父子关系之诉讼，伴随科学技术之发展，亲子关系几乎能确切证明，故一九九三年一月八日之法律删除民法第三四〇条之一有关不受理事由之规定（注一五）。该条规定，父子关系搜索之诉，于下述情形不予受理。第一，于怀孕之法定期间中，母公然行为不检，或能证明母与他人发生关系者。但于从血液检查或其他全部确实之医学方法，归结该人不能为父之情形，不在此限。第二，被主张为父者，在同一期间中，因滞留远隔地之结果或其他事故之结果，在物理上不可能为父之情形。第三，被主张为父者，以血液检查或其他全部确实的医学方法举证不能为子之父之情形。虽然在亲子关系之诉讼，可利用全部之证据方法予以证明，血液鉴定及 DNA 鉴定亦为证据方法之一，经常成为证据调查之对象，但一九九四年七月之生命伦理法则限制 DNA 鉴定之利用，其仅得于裁判程序以及为医学及科学研究之目的始能进行（民法一六条之一一）；个人不得自由委任 DNA 鉴定，否则受刑事处罚（新刑法典二二六条之二八）；且未经认可之人或机关亦不得进行该种鉴定（民法一六条之一二），违反者亦受刑事处罚（新刑法典二二六条之二八、三二）。再者，在搜索非婚生父子关系之诉之情形，法院虽得命为 DNA 鉴定，但其前提为，原告必须证明重大之推定及微凭，使推论亲子关系之真实性，不得迳以鉴定方法证明之。而且，法官以该微凭已可形成充分之心证时，仅依该微凭予以判断，由是可知，在法国，于亲搜索子之情形，固得直接证明，但在探索亲之情形，则要求微凭作为前提。鼓励有养育意思之父亲探索子女，但踌躇于确定子与无养育之意者的亲子关系。此可窥知法国认为子与有养育意思之父亲生活为善之价值观。

（四）德国

德国于一九五〇年增订民事诉讼法第三七二条 a，规定有关血统

— 32 —

确认之血液检查得容许直接强制。亦即，在否认婚生子女及认领子女及其他情形，①于血统确认所必要范围内（检查之必要性），②其检查依已知的科学原理足以解明事实关系（解明可能性），③即使斟酌检查方法及结果所及于被检查者或其近亲之效果，对被检查人可期待该检查时（忍受之期待可能性），④且无有害于被检查人健康之虞者（方法之相当性），任何人均应忍受检查，特别是为血型鉴定之抽血（三七二条 a 一项）。据此规定，在具备上述四要件时，不仅诉讼当事人，连第三人特别是当事人之近亲亦负血型鉴定之勘验协助义务。而且，当事人或第三人拒绝受检时，其拒绝是否正当，由法院以中间裁判判断之，对该裁判得抗告。法院于认拒绝无理由之裁判确定时，得不待声明，命应受检者负担因拒绝所生之费用，并科处罚鍰；如不能追缴时，裁处拘留。应受检查者无正当理由，一再拒绝受检时，法院得加以直接强制，尤其是强制拘提其接受检验（同条二项）（注一六）。

得拒绝血型鉴定之正当事由，原则上限于不合乎上述四种要件之情形。德国审判实务上认为：①Lons 法之血液检查，目前尚未得到科学的承认，故无忍受该种血液检查之义务，得据以拒绝受检。此系不合乎依科学所承认检查方法之要件；②受检查者不得以有受刑事上追诉（例如伪证罪）之虞，作为拒绝检查之正当事由。因为父子关系地位解明所应受保护之利益优于被检查者无受刑事追诉之虞所应保护之价值，而且，如承认此种事由得拒绝检查，将有使为血统确认而规定强制检查之目标落空的危险。在考虑检查期待可能性之要件时，虽应顾虑该条所欲保护之利益及被检查者之身分关系，但证人及当事人可能受刑事上追诉之虞则不在考虑之列；③如为血型鉴定，在精神上有损受检查者健康之虞时，亦免抽血忍受义务。此系不合乎无害健康

— 33 —

之虞的要件。但是，单以宗教信仰上之信念为由，而无健康上之不适者，不得作为拒绝之正当事由；④至于与子之母交往期间短暂或该母已有与多数男子性交之告白，亦不得作为拒绝事由。因为，上述协助义务，不以成为父亲上可能性高作为其要件；⑤在夫所提起否认婚生子女诉讼而得胜诉判决确定后，在嗣后子所提起之认领请求诉讼上，作为第三人之夫得以原告非其子之判决已确定为由拒绝受检（注一七）。

在德国，人事诉讼是否应设定比较高之证明度，存有争论。就规定有关婚生推定及父性推定之民法第一五九一条而言，因该条第一项规定「婚后所生子女，如妻在婚前或婚姻期间受孕，而夫在受孕期间与妻同居者，为婚生。……但妻从夫受孕有明显不可能之情事者，非为婚生。」在文义上既有「明显不可能情事」，即有论者据此认为，应提高否认婚生子女诉讼上推翻妻从夫受孕之证明度（注一八）。不过，通说及判例均认为，就该婚生推定之反对事实当然由夫负举证责任，且其证明度达到通常证明度即为已足。联邦普通法院一九五二年七月一四日判决明示：「于存在承认子之婚生性与常识不一致的事实关系情形，亦即无论对任何有思辩能力之判断者而言，婚生性被推翻确能承认的事实关系已确定之情形，应认已有明显不可能之情事。为排除婚生性，无须思考法则上或数学上之确实性或自然科学所要求般之确实性，毋宁是，其所必要之盖然性程度，与法官之心证形成上一般认为妥当之盖然性同程度。」（注一八之一）

（五）日本

在日本，法院为血液检查或 DNA 鉴定，对当事人或第三人命为采取、提供血液之情形，此等人所负之义务系勘验协助义务。易言之，抽血及提供血液分别为勘验忍受义务及勘验物提出义务。此种义务

与证人义务相同，系一般的义务，只要不具正当理由即不得拒绝（注一九）。但是，在认领子女或否认子女等人事诉讼上，当事人纵令违反该义务，并不受直接强制或间接强制之制裁。详言之，日本之人事诉讼程序法明定，在人事诉讼上限制辩论主义（一〇条、三二条一项），采行职权探知主义（一四条、三一条）；对于文书提出或勘验忍受、勘验物提出之拒绝亦不适用民事诉讼法第二二四条（旧民法三一六条、三一七条）之规定（注二〇）。法院不得以当事人未从勘验忍受、勘验物提出命令，而拟制他造所主张之待证事实为真实，仅得将其拒绝作为全辩论意旨，而反映于自由心证上。

不过，在请求认领之诉讼，争执亲子关系存在之当事人（被告）不协助于抽血等鉴定之情形，有下级审法院判示：纵令认为直接对该当事人为不利之判断并不相当，但既然因其不协助而不能得到鉴定结果，无科学的根据而推认亲子关系之存在，不得谓为不相当。（注二一）然而，在否认婚生子而确认亲子关系不存在之诉讼，当事人（被告·妻）不协助血液鉴定之情形，亦有下级审法院判示：要推翻日本民法第七七二条所规定之婚生推定，必须依任何人均不怀疑般足得信赖的科学上证据予以证明，于需要由包含供述证据等各种证据予以推认之情形，纵使其证明不是证据优越之程度，而系已至确信之程度，仍不能排除婚生推定。如为排除婚生推定要求此种证据，变成通常非依赖血液鉴定不可，但在不仅涉及当事人之利害，而且具有公益性之身分关系诉讼上，不许因一造当事人之诉讼上态度，即在举证上对该当事人为不利益之判断，鉴定拒绝固然得作为全辩论意旨予以斟酌，但不得以此为由实质地转换举证责任（注二二）。

学说上有论者认为，人事诉讼之证明度应设定比民事诉讼之证明度为高。因为，人事诉讼特别是亲子关系确认诉讼，与当事人间就经

济上利益为相对解决之民事诉讼不同，从尊重符合血缘关系的社会秩序之观点来看，强烈要求探知客观的真实，基此而为正确的裁判。而且，判决效力及于当事人以外之第三人，在户籍上亦谋求身分关系之统一性处理。为重视此种身分关系之安定性，应要求法官就要件事实形成符合真实的确实性心证。但是，其证明度只能在无损于自由心证之范围内予以提高，否则，如设定比通常情形显著提高之证明度，致妨碍科学证据以外证据方法之利用，结果变成限制证据，无异于承认某种法定证据之效果，此即违反自由心证之理念。再者，在鉴定拒绝之情形，应可转换证据提出责任，而排除婚生推定。易言之，将鉴定之拒绝作为全辩论意旨，基于自由心证推认亲子关系，未必妥当。因为，从鉴定之拒绝可直接推认父子关系存在之经验法则并不存在，且如人事诉讼之证明度设定比通常民事诉讼之证明度为高，则法院在无上述经验法则下基于全辩论意旨推认父子关系几乎不可能。何况，虽然知道科学鉴定不是唯一的证据，但是此种最良的证据方法存在，即要求法官不能加以使用而为事实认定，显然过苛，欠缺对法官之期待可能性。故就现行法之范围内予以解决，以否认子女之诉讼为例，在已有否定父子关系之供述证据，并强烈促使当事人（被告）抽血、提供血液以协助鉴定，而当事人仍不履行义务之情形，应根据证明妨碍或解明义务之违反，转换证据提出责任，即使承认婚生推定之排除亦可（注二三）。

二、各国规定之比较、检讨

（一）父子关系诉讼之证明度

关于否认子女及认领子女等人事诉讼之证明度，是否应设定比一般民事诉讼较高的证明度，各国规定及审判实务之态度未尽一致。德

— 36 —

国虽然最重视血缘主义或真实主义，明定得直接强制当事人或第三人为血液检查，但通说及实务均认为，否认婚生子女等人事诉讼之证明度与一般民事诉讼之证明度相同即为已足。反之，不如德国般重视血统主义，就血液检查亦不采直接强制之国家，例如美、英二国，于否认婚生子女等类诉讼，要求比一般民事诉讼所适用的证据优越原则更高之证明度，就推翻婚生推定之反对事实，甚至认为应依明白且确信的证据予以证明。又如日本下级审法院亦有裁判例认为，已达确信程度之供述证据，不足以推翻婚生推定，必须依据任何人均不怀疑的科学证据始得为之。不过，德、日均有部分学说主张，不论否认子女之诉或认领子女之诉，此等人事诉讼之证明度均应比民事诉讼之证明度为高。

由上述简单比较可知，人事诉讼与民事诉讼两者之证明度未必一致，即使于人事诉讼中，否认子女之诉与请求认领子女之诉两类事件之证明度亦可能不同。此事意味，诉讼上证明度之设定，应该且可能依各该事件类型分别为之，依彼等性质、特徵之不同而设定高低不等之证明度。

纵令提高父子关系诉讼之证明度，并不表示于当事人妨碍证明，不协助血液检查之情形，作为义务违背之制裁，法院亦不得从该不当拒绝乙事推认待证事实为真实。在美国，于请求认领之诉，被告当事人无正当理由不从检查命令时，法院即得斟酌情形而为父性裁判。在英国，于否认亲子推定之诉讼，被告当事人不遵守血液鉴定指示之情形，亲子推定即被推翻。在此等国家，血液检查义务不能直接强制履行，但为使当事人确实履行该义务，使检查命令或指示发挥实效，于当事人无正当理由不遵守时，即得据以拟制待证事实为真实，以示制裁。此事意味，为血型鉴定或 DNA 鉴定所需之抽血检查固须经当事

— 37 —

人同意，以尊重其人格，但于其无正当理由而拒不为之时，法院得推定事实，以资调和。法国亦采取同样态度，于请求认领之诉，被告不当拒绝法院所命 DNA 鉴定之情形，法院得从此种不同意引出父子关系存在之可能性。

（二）父子关系诉讼上之血液检查协助义务

1. 协助血液检查义务之法定

在父子关系诉讼上，为确定生物学上父子关系之存否，当事人甚或第三人负有血液检查义务，殆为上述各国法律所明定。除美国规定法院于当事人声请时始应命当事人或子、母接受血型或 DNA 检查外，英、法、德、日等国均承认法院得依职权命当事人等为血型或 DNA 检验，以为证据调查。不过，当事人在诉讼上是否负一般义务，或法院于任何情形均得命当事人为血液检查？日本法虽规定当事人在诉讼上就血液检查等勘验协助义务负一般义务，但德国法则明定在一定要件下当事人始负此义务。而在英、美等国，系以子女之最佳利益作为判断标准，以决定是否进行血液检查。进行血液检查虽有助于血统真相之厘清，但