

DNA親子鑑定にかかる子の権利とその人権論的構造

— 最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁を題材にして —

The Child's Right on the DNA Paternity Testing and Its Structure:

from the Adjudication of the Sup. Ct. July 17, 2014, 68 Minshū 547

佃 貴 弘

Takahiro TSUKUDA

1. はじめに

本稿は、旭川におけるDNA鑑定を用いた親子関係不存在確認請求事件¹⁾（以下、「旭川ケース」または「本件」と略記）を端緒として、個人情報保護のための立法提案を試みるものである。DNA鑑定は、近年、犯罪捜査における「個人識別」や人事訴訟事件における「親子鑑定」で用いられ、その識別能力の高さが注目されている²⁾。

しかし、DNA鑑定の識別能力の高さから、鑑定結果を過度に信用してしまうおそれがある。足利事件（1990年に発生した幼女誘拐殺人事件）は、DNA鑑定の精度をふまえずに鑑定結果を過信し、個人識別を行ったために冤罪となった事件として知られている³⁾。

2014年7月に、最高裁は、旭川ケースで「DNA鑑定と矛盾する父子関係を維持すべき」ことを判示したと一般的に理解されている⁴⁾。本件は、性別変更した夫婦に関するケース⁵⁾とともに、最高裁が生物学上の父子関係と異なる判断をした点が注目された⁶⁾。

しかし、旭川ケースの事案を確認すると、いくつか疑問がある。本稿では、次の2点について述べる。1つは、主に本案審理に関す

るもので、旭川ケースで原告の提示したDNA鑑定が父子関係を直接否定する証拠ではなかったことである。もう1つは、主に訴訟要件に関するもので、原告の親権者が自己の利益を図るために子の権利を利用する形で訴えを提起したおそれがあることである。

多数意見のとり結論は妥当であるが、その理屈は単に先例を踏襲したものであるため、将来的なことを含めたより深い考察をするために、人権論に基づいた議論が必要である。

そこで、本稿の2.では、旭川ケースにおいて議論された内容を（外観説・血縁説・その中間説）という民法学説を念頭に置いて説明していく。本稿の3.から6.までは、DNA鑑定に関する疑問点について述べる。つまり、まず、3.では、本件において原告が提出した証拠方法に対する第1の疑問点を説明する。次に、4.では、本件において被告がDNA鑑定を拒絶したことの問題を扱う。これについては、子の「出自を知る権利」がある程度有効と考えられる。しかし、本件のような場合に、親権者が代理行使するのは、「子の利益」という名目があっても不適切であると考えられる。そこで、5.では、親権者が子を代理して訴えを提起したことに関する第

2の疑問点を提起し、子の「出自を知る権利」の観点から、原告の訴えの不適法性を論じる。最後に、6.では、子の「出自を知る権利」を人格的利益（人格権）として保障する場合の条件と射程を検討する。

2. DNA鑑定に関わる最判平成26年7月17日

2.1 3つの最判平成26年7月17日

最高裁第一小法廷は、平成26年7月17日に、3つの判決を下している。これらの事件番号を示せば、平成24年（受）第1402号（本件・旭川ケース）⁷⁾、平成25年（受）第233号（以下、「大阪ケース」と略記）⁸⁾、平成26年（オ）第226号（以下、「香川ケース」と略記）の3つであり、いずれもDNA親子鑑定に関わる事件である⁹⁾。

本稿では、原則として、旭川ケースについてのみ扱い、本件の判例を頻繁に引用するため、[547：多数]の形式で民集該当頁と発言者等（多数意見など）を記載していく。

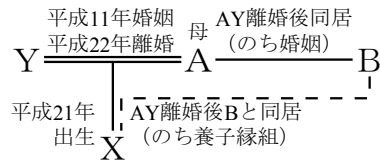
2.2 旭川ケース（本件）における事実の概要

旭川ケースは、原告の母Aが親権者として原告Xを代理し、XがAの前夫Yに対し、親子関係の不存在を確認した事案である。

本件における当事者に争いのない事実を整理すると、次の通りである [568-71：第1審判決]。原告の母Aは、Y（前夫：被告・控訴人・上告人）と平成11年に婚姻し、旭川市内においてYと同居していた。平成21年、Aは、X（子：原告・被控訴人・被上告人）を出生した。そこで、Yは、Xを父Y・母Aの長女とする出生届を提出した。AとYは、平成22年に、Xの親権者をAと定めて協議離婚した。現在、AとXは、B（後夫¹⁰⁾）と同居している。

本件的事実関係を図示しておくと、下図の

ようになる。



当事者間で争われた事実は、①Xの出生時AとYは同居していたかどうか、②AY間に性交渉があったかどうか、などである。このうち、①については、Aが「黙って居なくなった」ことがあったとしても、AとYは「同居を続け、夫婦の実態が失われることはなかった」と認定されている。また、②についても、懐胎当時AとYは性交渉をもっていなかったと原告側は主張したけれども、裁判所はAY間に「少なくとも妊娠に至るような」性交渉はなかったと認定している。この点について、Yが「避妊をした上での性交渉はあった」と主張し、原告側からAY間に性交渉が一切なかったと裏付ける客観的証拠がなかったからである。

このような事情の下で、原告側が提出した証拠は、平成20年ころからBと交際し肉体関係をもつようになったというAの陳述書、BがXの父親である確率が99.999998%との私的鑑定（DNA鑑定）結果などである。裁判で提出されたDNA鑑定は、BX間の父子関係に関する結果のみである。訴訟に先立つ家事調停において、YがDNA鑑定を拒絶したため [572：控訴審判決]¹¹⁾、YX間の父子関係に関するDNA鑑定結果は不存在（または不明）である。

ここで、争点を整理のために事実を再確認しておこう。争いのない事実から、原告が前夫の嫡出子であると推定（民法772条1項）を受けることは明らかである。裁判所の認定事実に従えば、Xの懐胎当時AとYは同居し

ているので、A Y間に性交渉がなかったということもできない。

これらの認定事実から、旭川ケースは、外観のみからはXがYの子であることがあり得ないとは判断しづらい状況の事案であったと言えよう。しかし、第1審・控訴審は、DNA鑑定結果を基に、原告の請求を認容（Y X間の親子関係がないことを確認）している。Yは、この判決に最高裁判所の判例と相反する判断があるとして、上告受理の申立て（民訴法318条1項）をしている。

2.3 上告申立て理由 — 外観説に背馳

嫡出の推定を定めた民法772条の解釈については、大きく外観説と血縁説という、学説の対立があることが知られている¹²⁾。旭川ケースの上告受理申立て理由書は、この対立をふまえ、原判決の先例違反を訴えている。そこで、最高裁の判断を説明する前に、学説を整理しておこう。

外観説とは、「外観上、夫による懐胎が不可能であることが明らかな場合に限り（外国滞在中や刑務所に入っていたような場合）、民法772条の適用が及ばない」とする見解であり、我妻榮『親族法』で展開された学説である¹³⁾。これに対し、血縁説は、「行方不明、別居、不能等、受胎可能性が完全に存在しないあらゆる場合に生れた子は、たとえ戸籍上には母の夫がいても、この夫の子と推定するのはいかにも不合理であり、滑稽でさえある」ので、これらに該当する場合は親子関係不存在確認の訴えにより嫡出の推定が排除されるとする見解であり、中川善之助『親族法』で展開された学説である¹⁴⁾。外観説と血縁説は、行方不明や別居の場合には結論を同じくするが、生殖不能などの場合に結論を異にする。

血縁説に対しては、「DNA鑑定等の科学的な方法により父子関係が否定されれば、嫡出

推定は及ばない」という内容でしばしば理解される。そのため、当初の見解の文脈から離れて、「真実の親子関係がわかるのだから、DNA鑑定さえすればよい」という形に理解されがちなため、危うい結論が導かれかねないと家族法研究者から批判されている¹⁵⁾。

このような外観説と血縁説の対立を踏まえ、両説を折衷する中間説もある。たとえば、「夫婦ひいては家庭の平和がすでに崩壊している場合……などには、もはや守るべき家庭の平和が存在しないのであるから、……真実の父を法律上の父とする途を認むべきである。これに反し、妻の私通によりたとえ夫婦間に一時的な不和はあったにせよ、表面的には同居生活を継続している場合などは、家庭の平和を優先せしむべき」¹⁶⁾とする立場がある。この立場は、新たな家庭が形成されたことを基準とするので、新家庭形成説とよばれている¹⁷⁾。

判例は外観説を採っていると一般に理解されている。しかし、本件の下級審は、原告Xが生物学上の父であるBと同居しているという事実、つまり新たな家庭が形成された事実を認定して、前夫Yとの親子関係が存在しないことを確認する判断を下している。これは、（血縁説または）新家庭形成説に基づいた判断であり、外観説からそのように判断することは困難である。そのため、上告人Y側は、原審が外観説に依拠していないことを理由に、上告受理申立てをしている [566-68：上告受理申立て理由]。

2.4 多数意見（外観説）と反対意見（中間説）

旭川ケースにおいて、最高裁は、原告である子Xの請求を認容した原判決を破棄し、Xの訴えを却下した [548：主文]。本件の判決は、多数意見のほかに2名の反対意見と2名の補足意見があり、最終的に3対2に分かれ

たぎりぎりの判断であった。そして、法廷意見（多数意見）が外観説を維持して訴えを却下したのに対し、反対意見（少数意見）が新家庭形成説に立って結論を異にした、というものである¹⁸⁾。そこで、本件判決の各裁判官の意見を確認しておこう。

多数意見は、外観説を維持する判断を下している。つまり、「民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、……親子関係不存在確認の訴えをもって夫と上記子との間の父子関係の存否を争うことができる」と判示し、Xの懐胎時、そのような事情があったとは認められないとした [550：多数]¹⁹⁾。

これに対し、反対意見は [560：金築反対, 563：白木反対]、DNA鑑定による親子関係の有無の問題と親子関係不存在確認の訴えを認めるかどうかの問題とは、切り離して考えるべきであるとし [563：金築反対]、原判決を維持（請求認容）する判断をした。子の立場は、新家庭形成説（中間説）に立つものであったと解されている。

2.5 旭川ケースにおける山浦補足意見

旭川ケースの検討には、単に多数意見を敷衍するだけでは足りない。山浦補足意見を参照することが、有益かつ不可欠である。この補足意見が、新家庭形成説を批判し、DNA鑑定の危険性を強調するだけにとどまらず、個人情報保護に関して多くの示唆に富むからである。

山浦善樹裁判官は、「訴訟法上の問題を中心に」補足意見を述べる [553：山浦補足]。まず、外観上の事情から、「嫡出否認の訴え

によらずとも、親子関係不存在確認訴訟を提起することができる」という最高裁の判例を確認したうえで、親子関係不存在確認訴訟が「上記の外観上の事情の存在が認められた場合に初めて血液検査やDNA検査などによる生物学上の父子関係の存否に関する事実の立証の段階に進む」ので、「外観上の事情が認められない場合には、……意味を持たない」と述べる [554：山浦補足]。

次に、山浦補足意見は、「外観上の事情がなくても、DNA検査等の結果生物学上の父子関係の不存在が明らかである場合には、親子関係不存在確認訴訟の提起を認める」という血縁説を批判する [554：山浦補足]。「たまたま何かの機会にDNA検査をしたところ生物学上の父子関係がないことが判明した場合は、いつでも……親子関係不存在確認の訴えを提起……できるというものである。この立場は、法律上の親子は生物学上の血縁だけで結ばれているというに等しい」からである [555：山浦補足]。

山浦補足意見は、次のように述べて、新家庭形成説（中間説）も批判する [555：山浦補足]。家庭崩壊の有無が「審理の対象となることにより、当事者が意図的に家庭崩壊を試みる場合」もありえ、「訴訟係属中にも事情は様々に変動し、……事実が認められたとしても、判決後にまた事情が変動しないという保障はない。さらには、……再訴が繰り返されることを防止する」ことができないため、「子の身分関係を不安定にするなどの大きな問題」があるからである [556：山浦補足]。

最後に、山浦補足意見は、多数意見も反対意見も「子の福祉を含む家族全体の幸福の実質的な実現を模索している」のであるから、「子の意思を確認することもなく、その父子関係を決めるのは適切ではない」と述べる [557：山浦補足]。

なお、遺伝子情報は「人間の尊厳に係る重要な情報であるから決して濫用してはならない」が、「子が、十分に成長して適切な判断力を備えて自己決定権を行使できるようになった後に、自ら父子関係を訴訟において争う機会を設けるということも考えられるが、これは解釈の枠を超えた立法論」であるので、「国民の中で十分議論をした上で立法をするほかはない」と述べる[557-58:山浦補足]。

2.6 本件における原告の立論に対する疑問点

本件判決は、外観説か中間説（新家庭形成説）かという、民法解釈の観点から整理されることが多い。もちろん、上記のような学説の対立は、本件の問題に関わる基本的な構造を明確にできるというメリットがあり²⁰⁾、本件判決の理解に必要不可欠である。しかし、このような形で民法学説を簡潔に説明してしまうと、外観説・血縁説を極端な形で説明・批判したうえで両者の折衷を唱えるという、安直で浅薄な折衷論に陥ってしまう。この問題は、より根本的なところから検討しなければならない。

本件で最高裁が下した判決は、訴えの却下であり、請求の棄却ではない。原告が提起したような訴えができないことを述べている。嫡出推定の排除が父子関係不存在確認の訴えについての訴訟要件となっているため²¹⁾、嫡出推定を排除した上でなければ、この訴えの本案を審理すべきでなく、不適法として却下されるからである。

もっとも、訴訟要件の審理と本案の審理は、実際のところ、多くの面で重複するため、どちらを議論しているのか不明確なことが多い²²⁾。外観説・血縁説の対立は、この訴えの訴訟要件であると同時に、どのような事実があれば生物学的父子関係の不存在を証明することになるのかという議論を含んでいるから

である。もし訴訟要件の審理と本案の審理を明確に区別することが困難であれば、嫡出推定を排除できる場合又は範囲は、純粹な外観説から血縁説に傾くことになり²³⁾、安直に考えれば中間説に落ち着くことになろう。しかし、本件の原告側の採ったような（中間説に基づく）立論には、いくつかの疑問点がある。

第1の疑問点は、旭川ケースにおける原告の採った証拠方法である。本件の訴えでは、子Xが原告であり、戸籍上の父Y（母Aの前夫）が被告であった。嫡出否認の訴えとの比較で論じられた文脈では、父を原告とする訴えを前提としており、想定する事案が異なっている²⁴⁾。しかも、本件で立証すべき事実は「XとYの間に親子関係がないこと」であるにもかかわらず、原告側が提出したDNA鑑定は「XとB（母Aの後夫）の間に親子関係があること」であった。経験則からそのような推論をすることが適切であったのか。被告である夫が鑑定を拒絶した点も含め、根本的なところから検討しなければならない。

第2の疑問点は、Xの母Aが親権者としてXを代理して、確認の訴えを提起した点である。本件の訴えは、母Aが子Xを代理して戸籍上の父Yから親子関係を奪うことを意味する。親権者Aとしてそのような訴えをしなければならないほどの切迫性がなければ、子Xの人格的利益を害することにもなりかねない。特に、この訴えが父母による「子の監護に関する争い」のために提起されたとすれば、親権者Aの他事考慮による親権濫用の可能性もあり、子Xにとって「確認の利益」があるのかも疑わしい。

そこで、本稿の3.からの論述では、これらの疑問点について論じていく。

3. 疑問点① — 本案審理における間接証明

3.1 旭川ケースで提示されたDNA親子鑑定

第1の疑問点は、旭川ケースにおける原告の採った証拠方法（DNA鑑定）に関する疑問である。BX間の親子関係を肯定することが、経験則から本当にYX間の親子関係の否定を立証したことになるのかということである。けっして、本件のDNA鑑定そのものの証拠能力を否定する趣旨ではない。

家庭裁判所の実例を参照すると、嫡出否認事件の場面でDNA鑑定が機能していることがわかる²⁵⁾。ただ、嫡出否認の訴えの場合、出訴期間などの訴訟要件が客観的に判断できる形で民法に定められており、すぐに本案の審理として、原告が生物学的父子関係の不存在を証明することになる²⁶⁾。少なくとも、本案の審理において、DNA鑑定が父子関係事件において、十分に機能しているということではできそうである。

しかし、原告側の行ったDNA鑑定は、原告である子Xが後夫Bの父親である確率を求めたものであり、Xが前夫Yの父親でない確率を求めたものではない。つまり、BがXの父親である確率が99.999998%とのDNA鑑定結果は、その結果から経験則を介在させて、YがXの父親でないという主要事実を立証するという間接証明である。その経験則が原因で、誤った事実認定を生み出してはいないか。

3.2 嫡出推定制度（民法772条）の意義

ここで、民法772条に定める嫡出推定制度の意義を確認しておこう。一般的に、「家庭の平和を維持し夫婦間の秘事を公にすることを防ぐ」ことや「父子関係の早期安定をはかる」ことが、この制度の目的といわれている²⁷⁾。同条は、法律上の事実推定を定めたものであり、同条1項所定の前提事実により

「夫の子」（嫡出子）という事実が推定され、2項の前提事実により1項所定の前提事実である「婚姻中に懐胎」という事実が推定される²⁸⁾。

もっとも、実際の「生物学的な父子関係」と「嫡出の推定」が常に一致するとは限らないため、「嫡出であることを否認する」制度が設けられている。ただし、この制度により否認ができるのは「夫」のみであり（774条）、嫡出否認の訴え（775条）によって行うとされている。しかも、この訴えは、いったん「嫡出であることを承認したとき」（776条）や「子の出生を知った時から1年」を経過した場合（777条）には、嫡出否認の訴えは不合法となる。これらの規定は、「父子関係の早期安定」という立法趣旨に則している。

嫡出否認の訴えの場合、これら民法所定の要件をみたせば、直ちに本案の問題として、生物学的父子関係の要件事実について原告がその不存在を証明することとなる。嫡出否認事件においてDNA鑑定が有効に機能していることを3.1で述べた。それが有効に機能したのは、この点が大きく関わっているからである。嫡出否認の訴えでは、「夫の子であるという推定が働いていること」を前提にする。

3.3 「推定の及ばない子」に関する訴訟要件

しかし、旭川ケースのような親子関係不存在確認の訴えは、事情が異なっている²⁹⁾。いわゆる「推定されない嫡出子」³⁰⁾と「推定の及ばない子」の場合、親子関係不存在確認の訴えによるべきとされている³¹⁾。

旭川ケースは、これらのうち「推定の及ばない子」に該当するケースである。本件は、（夫Yではなく）子Xが実親子関係を否定する訴えを提起したので、嫡出否認の訴えを提起すれば不合法な訴えとなる（民法774条の反対解釈）。また、Xは、母AとYが婚姻中

に出生した子であるから、Yの嫡出子であると「推定される」事案である。本件は、この点で「推定されない嫡出子」と事情を異にする。

特に、否認権者が夫（本件ではY）に限られる（民法774条）ことが深刻な問題を引き起こす。本件において、XをYの嫡出子として出生届を提出したのは、父Yであるため、嫡出否認の訴えが提起されるとは考えられないからである³²⁾。このように、民法が定める嫡出否認の制度が限定的すぎるため、民法772条の定める期間内に妻が出産した子のうち、親子関係不存在確認の訴えの対象になり得る子（推定の及ばない子）という概念が必要とされる³³⁾。

「推定の及ばない子」について父子関係不存在確認の訴えを提起する場合、訴訟要件（訴えの適法要件）として、嫡出推定の排除を認めるに足る事由の証明が原告に求められる³⁴⁾。2.3で述べた外観説・血縁説の対立は、この訴訟要件に関わる学説の対立である。外観説（我妻説）は、推定が及ばない場合を、失踪中・外国滞在中・別居中（事実上の離婚が成立）などの場合に限定する。夫の生殖不能・血液型検査の結果だけでは、推定は及ぶので、親子関係の不存在確認訴訟を提起することができないとする。このように考えるのは、「前者は、夫婦間の個人的交渉に立ち入らずに夫の子の懐胎の不能なことが明らかな場合であるのに反し、後者は、夫婦間の個人的事情の審査によってはじめて明らかにされることだから、両者を区別することが〔嫡出推定〕制度の趣旨に適する」からである³⁵⁾。

このように、実親子関係を否定する訴えとして、（夫だけが提起できる）嫡出否認の訴えと、（提訴権者の制限がない）親子関係不存在確認の訴えの2つがある。そして、前者は「嫡出子として推定される」ことが前提と

なり、後者は「嫡出子として推定されない」ことが前提となる。

したがって、「推定の及ばない子」に関する親子関係不存在確認訴訟では、原告が「嫡出の推定」を覆すことが大前提となり、その前提がない場合は訴訟要件が充足されていないため、訴えが不適法となる。外観説に基づくならば、同棲の欠如などの「外観的に明瞭な事実」がその訴訟要件となる³⁶⁾。本件の山浦補足意見が「DNA検査の結果が証拠として提出されていても意味を持たない」[554：山浦補足]と述べたのは、それが本案の審理に関するものであり、その審理の前提となる訴訟要件の審理に必要な事実が充足されていないことを述べたものである。

もっとも、訴訟要件の審理と本案の審理は多くの面で重複する³⁷⁾。特に、血縁説に基づく場合、本案で審理される事実が訴訟要件の審理に必要な事実がほぼ同じ内容となる。さらに、家庭裁判所では、中間説（家庭破綻説）に基づいた実務の扱いがあるともいわれている。この中間説が血縁の不存在を推定排除の要件としているので、「まず当事者間の血縁の有無を調べることがかなり無防備に行われてきた」という事情があったことも指摘されている³⁸⁾。

3.4 「推定の及ばない子」に関する本案審理

本件の多数意見は、外観説に基づいて判断し訴訟要件の不充足により、訴えを却下した。訴訟要件に関する疑問点もあるけれども、この点については、本稿の5.で検討する。

3.4では、訴訟要件を充足しているという仮定において、本件の下級審においてなされた本案の審理に関する、疑問点を明らかにしたい。

本件のような親子関係不存在確認の訴えを提起するには、原告が「嫡出の推定」を覆し

たうえで（本件の訴訟要件）、本案の審理として「生物学的父子関係の存否」が争われる³⁹⁾。民法772条の推定を覆す実体法的な事実については、学説上、妻に不貞があれば常に反証がなされたことになるのではなく、その子が自分の子ではあり得ないことを証明しなければならぬと解されている⁴⁰⁾。たとえば、穂積重遠は「妻が姦通したと云ふだけでは否認の理由にならない。即ち其子が他人の胤であり得ることが証明されただけでは不充分であつて、其子が自己の胤であり得ぬことが証明されねばならぬ」（原文にルビを付記した）と述べている⁴¹⁾。

次に問題となるのは、この審理で「生物学的父子関係の不存在」の証明が不成立の場合（真偽不明の場合）に⁴²⁾、どのように事実認定がなされるのか（証明責任の分配）については、原告が生物学的父子関係の不存在について証明責任を負うと解される⁴³⁾。証明責任の分配原則に関する通説である法律要件分類説によれば、法律効果の発生・変更・消滅によって利益を受ける側の当事者が、そうした変動を生じさせる法規の要件事実について証明責任を負うので、「法的父子関係の基礎にある生物学的父子関係の不存在を確定し、既存の法的父子関係を否定した上で、新たな法律関係を確認しようとする原告が……証明責任を負う」ということになるからである⁴⁴⁾。

したがって、親子関係不存在確認の訴えでは、原告が「生物学的父子関係の不存在」に関わる事実を立証できなければ、原告の請求は認容されないことになる（この場合、訴訟要件も充足しないことにもなるので、訴えが却下される）。旭川ケースでいえば、「子Xが前夫Yの子ということがあり得ない」という立証が原告X側に求められる。

しかし、本件において実際に提出されたのはXと後夫Bの父子関係を肯定するDNA鑑

定結果である。これは、その事実を直接立証する証拠ではなく、Xが後夫Bの子である可能性が高いという事実から経験則で推認させる間接証拠にすぎない。

Xの（生物学上の）父は、世の中に1人しか存在し得ない。しかし、「Xが後夫Bの子である確率が99.999998%」という鑑定結果だけから、「Xが前夫Yの子でない」と推論するのは論理飛躍である。

DNA鑑定には、検査を受けた者が子の父以外の近親者である場合に、通常の父権肯定確率の数値は無意味であることが問題点として指摘されている。標準的な父権肯定確率の算定方法では「鑑定を受ける者は父であるか非血縁者であるかのいずれかである」と仮定しており、「真の父の一卵性双生児の兄弟、子の同父母兄弟、子の子など」が通常のDNA鑑定を受けた場合、真の父と同程度の父権肯定確率が得られるからである⁴⁵⁾。

XB間の父権肯定確率が99.99%であったとしても、もしXY間の父権肯定確率も99.99%と算定されてしまえば、「XがYの子でない」という本件の訴訟に関する立証には役立たない。それでは、「生物学的父子関係の不存在」に関わる事実は真偽不明のままであり、原告の請求は認容されない。本件の訴訟の場合、本案の要件事実と訴訟要件が重なっているので、同時に訴訟要件もみたさなくなり、本件の訴えは却下される。

4. 鑑定拒否による立証不能

4.1 親子関係訴訟とDNA鑑定の拒否

本稿の3.で示した理由から、本件において原告が提出した「Xが後夫Bの子である」旨の鑑定結果からのみでは、「Xが前夫Yの子でない」ことを立証することができないと考えている。もっとも、そのような立証方法

すべてを否定する趣旨ではなく、本件のDNA鑑定結果が「4兆7000億人に1人ほどの精度」[564：白木反対]があるという前提が欠けていることを理由とする。その前提があるとするれば、少なくとも本案の問題としては、十分な立証となると考えている。しかし、99.99999%という確率は、せいぜい1億人に1人ほどの精度である。その精度でXY間の父子関係の否定を推論すると、誤った経験則に基づいたものではないかという疑義が生じる。

DNA鑑定結果の精度がこのような前提を欠く場合、前夫と子との親子関係の不存在を確認するには、子Xと前夫Yとの間でDNA鑑定が必要である。しかし、Yは自己の遺伝子情報の提供を拒絶している。

このとき、春日の指摘するような、DNA鑑定拒否の立証問題が発生する。「鑑定技術が精確になればなるほど、鑑定結果は父子関係の決定的な証拠となるため、逆に鑑定を拒絶するケースもまま見られるのが実情である。その結果、例えば、実際には生物学的親子関係が存在しないため、親子関係の不存在確認訴訟を提起したけれども、嫡出推定の排除を立証することができず、かえって、真実の血縁関係と齟齬する父子関係を強制されてしまうという皮肉な事態」が生じる⁴⁶⁾。

4.2 旧法下における鑑定強制の困難性

4.2では、春日の所論を説明するために、現行法ではなく、家事審判法（昭和22年法律152号）・人事訴訟手続法（明治31年法律13号）の定めに基づいて説明していく。

人事に関する訴訟事件についての調停（家事調停）の任務は、家事審判法により、家庭裁判所に属していた（家審法17条1項）。この事件の訴えを提起するには、家事調停に付さなければならないという調停前置主義がと

られていた（同法18条）⁴⁷⁾。この調停に関する必要事項は最高裁判所規則に定められ（同法8条）、家事審判規則7条1項で「家庭裁判所は、職権で、事実の調査及び必要があると認める証拠調をしなければならない。」と定められていた（職権探知主義）⁴⁸⁾。証拠調べについては、「民事訴訟の例による」（同規則7条6項）と定められていた。通常の民事訴訟では文書提出命令（民訴法223条）の制度があり、この命令に従わなければ相手方の主張が真実であると擬制される定めがある（同法224条）。しかし、同法224条などの規定は弁論主義に立脚するので、家事審判には適用されないと解されている⁴⁹⁾。そのため、家事調停において当事者がDNA鑑定を拒絶した場合、それを強制することはできない。

さらに、人事訴訟手続法（旧人訴法）は、「親子関係事件ニ関スル手続」において、民訴法224条の定め適用が除外される（同法32条1項による10条1項の準用）。現行法の下では、DNA鑑定を拒絶することに対して制裁は存在しないため⁵⁰⁾、結局、原告側に立証不能を強いることになる。

このような立証不能を避けるためには、何らかの強制措置の必要性が感じられる。しかし、直接強制は著しい人格的利益の侵害となるので、実現困難である。民訴法224条の真実擬制のような形での間接強制も、DNA鑑定の拒否から父子関係の存在・不存在を経験則から導くことはできないので、真実発見が強く要請される人事訴訟の趣旨になじまない⁵¹⁾。そのような理由から、春日は、「証明度の要求を合理的な程度にすること、証拠提出責任の転換を認めること、さらに鑑定を強制させるための過料等の制裁」などを認めるべきだという立法論を展開する⁵²⁾。

4.3 現行法において鑑定強制は可能か？

もっとも、上記の所論は、人事訴訟手続法・家事審判法が現行法であった時期を前提にしている。ただ、注意しなければならないのは、これらが全面改正されている点である。人事訴訟手続法は、人事訴訟法（平成15年法律109号）の制定に伴い、廃止された（同法附則2条）。また、家事審判法も、家事事件手続法（平成23年法律52号）の制定に伴い、廃止された（非訟事件手続法及び家事事件手続法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律3条）。

しかし、人訴法19条1項は、旧人訴法10条1項と同様の定めを設けており、春日の論じたような立法上の対応は講じられなかった⁵³⁾。春日の立法論は、この法改正により解決された問題ではない。また、この立法論を支持する学説もあり⁵⁴⁾、現時点では、現状のままになっているに過ぎない。

この立法論の影響からか、家事事件手続法では、人訴法にはない規律として、文書提出命令の不遵守について、実効性の確保から「真実擬制ではなく、過料の制裁によって臨む」ことが定められている⁵⁵⁾。つまり、同法では、申立てによる証拠調べを明文で認め（家事法56条）⁵⁶⁾、同法64条1項（家事調停についても258条で準用）に人訴法19条と同様の定めをおきつつ、同条2項および3項の罰則規定による間接強制の定めをおいている。

4.4 今後の親子関係訴訟におけるDNA鑑定

本稿の3.および4.では、本案の審理に関する検討をしてきた。そこで、第1の疑問点として、旭川ケースにおけるDNA親子鑑定結果の精度を踏まえると、経験則違反の事実認定ではないかという疑問を提起した。もっとも、自由心証主義という建前から、事実審裁判官は自由に経験則を取捨選択できるので、

本件の事実認定が違法であると断言することはできない。DNA鑑定とともにそれ以外の間接証拠（状況証拠）を総合的に判断して事実認定がなされたのであれば、DNA鑑定だけでは十分な証拠にならないという批判は当たらないからである。しかし、本件で原告側が提出した内容・精度のDNA鑑定は、被告との親子関係の不存在を立証する直接証拠になりえないと強調すべきであろう。

親子関係訴訟におけるDNA親子鑑定は、次の2つの形態で発展解消していくと考えられる。1つは、戸籍上の父に対し強制鑑定を認める立法化を促し、それに基づく鑑定結果から不存在を親子関係の不存在を確認していく形態である。もう1つは、DNA親子鑑定の精度が上がることで、被告から強制鑑定結果を経ることなく、経験則から親子関係の不存在を確認していく形態である。

これら2つの形態のどちらが選択されるのかは、どちらが低コストで実現できるかという点で決着していくであろう。そして、前者が強制鑑定という人格権（憲法）上の問題を含むため、DNA親子鑑定の精度が上がれば、後者が選ばれることとなろう。旭川ケースは、後者の形態を選んでいるが、提出された精度の鑑定結果では十分ではないと考えられる。

もし白木反対意見のいう精度のDNA鑑定を前提にできれば、中間説に基づく経験則の推論も十分成り立ちうる。それでは、DNA鑑定の精度が上がれば、中間説が採る結論に近づくのであろうか。話はそれほど単純ではなく、新たな疑問点が生じる。本稿の5.では、この疑問点について検討していこう。

5. 疑問点② — 子の権利の濫用的代理行使

5.1 「子の利益」という家族法の基本原理

旭川ケース（大阪ケースも）における親子

関係不存在確認の訴えは、子が原告となっている事例である。従来、この議論は、夫が原告であることが（意識的であったかどうかは別として）前提にされてきた。今回、親権者である母が代理して、未成年（幼児）である子が原告となった訴えである。この場合、「訴えの利益」をはじめとする訴訟要件を充足しているのか再検討の余地があるのではないかと考えられる。

確認の「訴えの利益」は、「原告の権利または法的地位に不安が現に存在し、かつ不安を除去する方法として原告・被告間でその訴訟物たる権利または法律関係の存否の判決をすることが有効適切である場合に、認められる。」という通説の判断基準に従えば⁵⁷⁾、夫から訴えを提起する場合（平成10年判決の場合）には容易に確認の利益が認められる。通常、原告（夫）は、被告（子）を自分の子ではないことを確認することにより、被告に対して負うさまざまな義務を免れるからである。

しかし、このような確認の訴えを無制限に認めると、民法772条の制度趣旨を没却することになる。そのため、夫による懐胎が不可能であることが外観上明らかな場合に限って、原告の訴えが適法となることが本件において確認された判例法理である。つまり、外観説に基づく判断は、本案の審理とも重なるけれども、訴訟要件の審理に属している⁵⁸⁾。

民法772条の制度趣旨は、一般に、「家庭の平和を維持し夫婦間の秘事を公にすることを防ぐ」ことや「父子関係の早期安定をはかる」ことといわれている。同条は、（家制度のあった）明治民法の立法時からある制度であり、その制度趣旨を争いのないほどに解釈すれば、このような内容になるであろう。しかし、現在、嫡出推定という親子関係を設定する技術は、「父子関係がわかりにくいという理由だ

けで設けられた制度」ではなく、「子の保護のために外形的な事実から身分関係を安定的に確立する制度を構築する」ためである（水野紀子）と指摘されている⁵⁹⁾。実際、旭川ケースの最高裁判決において、多数意見も反対意見も、「子の福祉を含む家族全体の幸福の実質的な実現」をその制度趣旨として織り込んでいる [557：山浦補足]。

野村豊弘は、家族法の基本原理として、個人主義の原則・男女の平等の原則のほかに、「子の利益」を挙げている⁶⁰⁾。これらの基本原理のうち前二者は、日本国憲法下において明確な規定があり（憲法13条、14条・24条）、それに伴う家族法の改正がなされてきた。

これに対し、「子の利益」は日本国憲法に明文の定めがないので、それが基本原理であるのかは自明ではない。しかし、近年の立法・判例・学説の傾向を踏まえると、「子の利益」が家族法の基本原理として、重要な意義を有している。

2011（平成23）年に、児童虐待に伴う親権制度等に関する民法改正があった。この改正により、「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」（民法820条）と定められた（私が傍点を付記した文言が追加された）。この改正の趣旨は、「明確に示す規定がないことから、親権が親の子に対する支配権である」と誤解されることを避けるためとされている⁶¹⁾。

近年の憲法判例においても、「子の利益」が重視されている。たとえば、最高裁は、嫡出でない子（婚外子）の法定相続分の違いについて、2013年に憲法に違反する決定を下している⁶²⁾。この憲法訴訟の抗告理由書によれば、両親が婚姻していたかどうかという、子の「意思や努力によって変えることはできない」ことで異なる取扱いがなされていることを憲法違反の理由となっていた⁶³⁾。この訴訟

における憲法上の根拠は、個人の尊厳（憲法13条）・平等原則違反（憲法14条）を根拠としているが、それに「子の利益」が加わることによって違憲判断が下されていると読み取らなければならない⁶⁴。

さらに、（先ほど述べた）民法772条の趣旨についても、「子の利益」という基本原理から、同条の趣旨が再定義されているとも考えられる。同条が明治民法の立法時から存在しているので、「家庭の平和の維持」という制度趣旨を、家制度の観点からではなく、「子の福祉」という観点から読み込んでいくのが適切である。これは、同条の文言を一切変えることなく行うことが可能である。

このように「子の利益」という視点が家族法の基本原理として注目されており、民法772条もこの視点から制度趣旨を再定義すべきである。しかし、親権者が子を代理して本件のような訴えを提起したとき、（子の利益ではなく）母の利益を図るための訴えではなかったかという第2の疑問点が生じる。本稿の5.2以下では、子の利益（子の福祉）・他事考慮・利益相反といった観点から、この疑問点について検討していく。

5.2 訴えの不適切性 — 他事考慮のおそれ

そこで、旭川ケースにおける原告の立論が「子の利益」に立脚していたのかを再検討しよう。つまり、本件の母Aが自己の子Xの権利を代理行使して、Xと前夫Yとの親子関係を否定することが「子の福祉」に資するのかを検討していこう。この場合、親権者（母）の不貞行為の事実を隠蔽するために子の権利を利用（濫用）する可能性がありうるからである。新聞報道によると、「元夫から子との面会を求められており、元夫と娘の法的な関係が維持されると、今後何が起きるのか不安」（旭川ケースの母）や「子どもを奪われない

ようにしてほしい」（大阪ケースの母）と妻側弁護士に訴えていたという⁶⁵。そのため、母が子を代理して行使した主張は、「子の監護について必要な事項」（民法766条1項）に関する協議での「夫婦間での子の取り合い」に、「子の権利」を使った可能性もある。

それゆえ、旭川ケースでは、原告の母Aが子Xの法定代理人として訴えを提起しているため、Aが本当に子Xの利益を考えて提起したのかという疑問が生じる。本件の争いには、「子の利益」とは異なる「父母の監護権の争い」という他事考慮があったとも考えられるからである。

金築裁判官は、「本当に子の利益を考えてのことか」という疑問に対し、その点に疑いがあれば子に特別代理人を選任すればよいと反論する [561：金築反対]⁶⁶。たしかに、原告Xの母Aの行為が利益相反行為（民法826条）に該当するとは考えにくい⁶⁷。しかし、かりに親権者の行為が利益相反行為に該当するとしても、本件の問題は特別代理人をおけば解決するという問題ではない。本件のような事例で、親権者にそもそも代理行使を認めてよいのかという点に問題の本質がある。

これに対し、山浦裁判官は、法律上の父と母との間で感情的な対立が続いている状態で、「子の意思を確認することもなく、その父子関係を決めるのは適切ではない」と述べる [557：山浦補足]。私は、この立場が適切であると考ええる。本件における親権者が原告を代理して訴えた、親子関係不存在の確認は、原告である子Xの戸籍上の父Yに対する権利⁶⁸を奪うことになるからである。

5.3 本件の訴えが却下されたことの妥当性

両裁判官の立論には、本件のような事例における「子の権利」の位置づけに違いがあると考えられる。金築反対意見の論理では、親

権者は子の権利を代理行使できるが、権限濫用（利益相反行為など）の場合に制限されるという構成に基づくと考えられる。それは、たとえば民法826条の要件事実を考えれば、素直な解釈論である⁶⁹⁾。

これに対し、山浦補足意見の論理では、この権利を行使できるのは子自身であり、緊急性がある場合に親権者による代理行使が認められるという構成に基づくと考えられる。私はこの構成が妥当と考えるけれども、その法律構成を検討しなければならない。

この検討において鍵となる概念が、「子の出自を知る権利」である。旭川ケースにおける原告の立場からは、この権利を軸にして、戸籍上の父子関係を生物学上の父子関係に合わせることを論じることができるかもしれない。しかし、当該子の立場から見れば、水野が指摘するように、「自己のアイデンティティを揺るがされる子の苦悩を考えると、出自を知る権利のみならず、出自を知らされない権利も重要」である⁷⁰⁾。

したがって、出自を知る権利は子自身によって行使されるべき権利であるので、子自身が自己決定権を行使できるようになってから、そのような訴訟を認めるべきと考える。もちろん、この方策は、山浦裁判官が指摘するように「解釈の枠を超えた立法論」[557：山浦補足]であるが、適切な訴訟要件の検討が必要であろう。しかし、それが「立法論」であるがゆえに、その立法が整備されていない場合に、「出自を知る権利」という人権論の考察が必要となる。この点について、本稿の6.で検討しよう。

6. 「出自を知る権利」論の射程

6.1 子の「出自を知る権利」の位置づけ

適切な親子関係に関する立法が整備されて

いないときに、子の権利をどのようにして保護するのかについては、子の視点に基づいた人権論に置きかえることができ、憲法的視点が重要となる。出自を知る（出自を知らされない）権利は、個人の尊厳（憲法13条）を軸にした人権論として構成することができる。

しかし、抽象的に人権を構成して、単に「個人の尊厳」を上告理由書などで主張すればよいのではない。この権利が人権として機能するには、その権利がどのような国家権力の介入を排除し、どの範囲まで保護されるのかを明らかにしなければならないからである。

旭川ケースで本案の審理がなされた場合において、原告の請求が認容されるかどうかに関わる決定的な事実、原告である子Xと被告である戸籍上の父Yとの親子関係を鑑定するための遺伝子情報を、Yが拒絶した点である。

それでも、Yの遺伝子情報を利用したXY間のDNA親子鑑定は、XYの父子関係を肯定（否定）するのに決定的な証拠となる。とくに、それが唯一の証拠である場合、Xの出自を知る方法がなくなることを意味する。

戸籍上の父Yの鑑定拒絶により、XとYとの父子関係が真偽不明であるならば、Xは自分の出自（Yが生物学上の父が誰でないのか）を知ることができなくなる。戸籍上の父が鑑定を拒絶することによって、父子関係を真偽不明にすることは、子のためにならないことは少なくない。

そこで、6.2以下では、本件の訴えが提起された当時において、子Xの「出自を知る権利」の有効性を検討しよう。

6.2 本件で人権論を展開することの難点

6.2では、この点を明らかにするために、出自を知る（出自を知らされない）権利を、
①この権利を制限するような国家権力の介入、

②その介入を排除する人権としての価値、③人権が行使できる範囲（介入が正当化される範囲）という3段階に分けて考察していく。

しかし、子Xの側からDNA鑑定を用いて親子関係の不存在を確認する訴えを提起するには、次のような問題があった。

まず、①の段階において、被告（戸籍上の父）Yに対しDNA鑑定を求めたとしても、Yがそれを拒絶した場合、（訴え当時の）家事審判法・人事訴訟法においてそれを強制する手段がなかった。

本件の家事調停は、平成23年に申し立てられ、同年2月に終了している[569：第1審判決]。つまり、本件は家事事件手続法の施行前の事例であり、家事審判法・人事訴訟法にはこのような間接強制の定めが欠けている。家審法・人訴法の手続きは、職権探知主義に基づくので、民訴法上の制裁（真実擬制：同法224条）では真実発見の観点からそぐわないと考えているためである⁷¹⁾。

そのため、子Xが「出自を知る権利」を根拠に立論しても、相手方YにDNA鑑定を強制させることはできない。それは、Yに対して、法律の留保の原則に反する行為となるからである⁷²⁾。この権利を行使しても、立法の必要性を促すことしかできない。

さらに、この「出自を知る権利」から何らかの強制的手段が導かれるとしても、②の段階でも問題がある。その強制行為そのものがYの人格権を侵害するものであり、この人格権を無視して鑑定強制を論じれば、憲法上の疑義が免れ得ない。

また、③の段階を検討したとき、子Xの「出自を知る権利」をYの人格権と同価値において、その内在的制約を論じるとしても、Xの権利を積極的権利として認めるほどの必要性があるか疑問がある。民法772条の嫡出の推定は、近年、「子のための」制度として

着目されているからである。

さらに、本件の場合、別の観点から問題がある。本件は、原告である子Xが提起したのではなく、親権者である母Aが代理して行使した訴えである。親権者が代理行使する場合、本当に「子のためになるのか」という検討が必要である。とくに、「出自を知る権利」の本質は自己決定権であり、親権者が代理行使できる場合は著しく制限しなければならない。この権利は、本来、X自身によって行使されるべき権利である。親権者Aによる代理行使は、Xが幼児であることを踏まえたとしても、その本質から離れた行使の仕方である。そのような行使の仕方は、原則として認められるべきでなく、Aが代理行使しなければならないほどの切迫性（明白かつ現在の危険）がなければならない。単に、Xの権利・地位に不安・危険が生じるおそれがあるだけでは不十分である。本件におけるAの立論は、そこまでの切迫性があったとは考えられない。

6.3 積極的権利としての「出自を知る権利」

本件において、子の「出自を知る権利」を論じようとするれば、国家権力に何らかの作為を求める積極的権利として構成することになる。しかし、積極的権利としてそれを論じるのは、困難である。法律の根拠がなければ国家権力（とくに行政権）を発動することができない（法律の留保）ので、間接強制が発動できるような実体法上の定めがなければならないからである。

もっとも、現在においては、平成23年5月に家事事件手続法が制定され、文書提出命令（民訴法223条1項）に従わない場合などに20万円以下の過料を科す間接強制の定めがある（家事法64条3項）。

しかし、Yの遺伝子情報を、間接的な方法であれ、強制的に採取することはYの人格権

を害することになる。そのため、XY間のDNA親子鑑定結果を入手できるような、何らかの形で調整を考えなければならない。これは、6.2で述べた③の段階の検討である。

そこで、人権が行使できる範囲を、6.3.1では介入が正当化される程度の観点から論じ、6.3.2では必要性の観点から論じていく。

6.3.1 「出自を知る」積極的権利の比例性

一般に、民事上の強制執行の方法として、直接強制・代替執行・間接強制がある⁷³⁾。本件についてみれば、もしXY間のDNA親子鑑定結果が存在するのであれば、この鑑定結果という物の引渡しとなるので、直接強制が可能である。しかし、それがまだ行われていない場合は、DNA鑑定をすることをYに強制するということになる。これは、Y以外の者が代わって行うことができないことをさせる義務（非代替的作為義務）であるから、実効性確保の手段としては間接強制しかとることができない。

なお、民事執行法における間接強制は、本件の文脈で説明すれば、「Yは、Xとの間のDNA親子鑑定を行い、その鑑定結果を提出せよ。Yが本決定送達の日から○日以内にこの債務を履行しないときは、上記期間経過の翌日から1日につき金○万円の割合による金員を支払え」という決定を執行裁判所が下すことである（民執法172条）。

しかし、実際には、この定めを適用する前提を欠いている。同条は、YのDNA鑑定に応じる義務という債務名義があることを前提に、その債務を履行しなかったときの確保手段を定めたものである。本件の場合、Yにそのような義務はなく、Yが拒絶してもこの定めを根拠に履行を強制することはできない。

また、同条は、義務の実現を図るという目的を達成するために、何度でも課すことがで

きるようになっている。このような執行罰の方法を立法論として考えたとき、人格権との調整で必要不可欠な程度であるか検討を要する。

さらに、Yの鑑定拒絶に対して制裁（行政罰）を政策的に科すことを考える場合、刑罰である罰金（行政刑罰）を科すのか、刑罰ではない過料（秩序罰）を科すのかも、人格権との調整で必要不可欠な程度であるか検討を要する。

したがって、人格権との調整で最も弱い強制手段が、秩序罰である。家事法64条3項のような過料の定め（秩序罰）は、戸籍上の子Xの「出自を知る権利」と父Yの人格権を同価値として尊重したときに、DNA鑑定を行わせるための実効性を確保の手段として必要最小限のものと位置づけられる。

しかし、そのような秩序罰を科すことが、本当に実効性を確保する手段となっているのかは、検討の余地がある。「過料」（科料ではない）は刑罰ではないので、戸籍上の父が20万円の過料を父子関係肯定のための手数料と考えてしまえば、どこまで実効性を確保できるか不明なためである。

6.3.2 「出自を知る」積極的権利の必要性

また、本件の場合、XY間の父子関係を知るためのDNA鑑定をする必要性に乏しい。原告の母Aとその前夫YのどちらにXを養育させるかという問題は、XY間の父子関係があるかとは別の問題である。XY間の父子関係が否定されなくても、「子の福祉」の観点から、AとBでXを養育させることが望ましいという結論を導くことは十分に可能だからである。

さらに、本件の訴えに「確認の利益」があったのか疑問が残る。①Xの権利・法的地位に現に危険が存在し、②その危険を除去する方

法としてXY間でそれを確認することが有効・適切であるかという「確認の利益」の判断基準⁷⁴⁾に照らすと、法的地位に現に危険が生じているとまではいえないのではないとも考えられるからである。

6.4 消極的権利としての「出自を知る権利」

本件のような事実関係において、子の「出自を知る権利」を用いる場合、それは積極的権利としての性質をもつ。この権利の典型例である社会権は、他者の経済的自由を制限することによって、はじめて保障することが可能となる。しかし、本件のような場合には、戸籍上の父Yの人格権という精神的自由を制約することになる。

したがって、本件のような事案において、子の「出自を知る権利」を検討しても、それを行使できないと考えるのは自然なことである。

しかし、YX間の父子関係の不存在を確認するのが、父Yの権利行使に対する防御のための場合では、意味合いが異なってくる。たとえば、原告（子）の被告（父）に対する認知請求を認める場合は、被告が経済的負担を強いられないように原告の立証を真偽不明にする場合、「子の利益」を侵害することになるからである。このとき、複数の間接事実を総合判断した方が妥当な場合も多い。

子の「出自を知る権利」が最も効力を発揮するのは、子の側から父子関係の不存在を確認することに意味があるのは、戸籍上の父であることを根拠に子に対して何らかの義務を履行しなければならない場面である。たとえば、戸籍上の父Yの扶養を子Xに求めてきたときに、子XがYX間の父子関係の不存在を確認する訴えを提起した場合、生物学上の父であるが戸籍上の父でないものが縁組を解消しようとしてきたときのBX間の生物学的な

父子関係の存在を確認する訴えを提起した場合が考えられる。

これは、本来、人権が消極的権利であることも整合的である。もし、父子関係の不存在を確認しないとX自身に取り返しがつかない不利益が伴うほどの切迫性があれば、親権者Aが代理して訴えを提起することは意味がある。

6.5 子の「出自を知る権利」の人権論的構造

このような前提で考えたとき、次のような人権論（憲法論）を展開することができる。それは、裁判官にとって真偽不明の事実がある場合に、当事者のどちらか一方に証明責任を分配するかという訴訟法の技術を、人権条項の解釈に応用しようとするものである⁷⁵⁾。

本件は、戸籍上の父子関係を生物学上の父子関係と同じようにしようと積極的権利として行使した事案である。

戸籍上の父が父子関係の立証に協力した場合はともかくとして、本件は、それを拒絶した場合である。この場合に、子が「出自を知る権利」を主張することが考えられる。しかし、本件のような積極的行使の場合、父の人格権という精神的自由を侵害することになる。

もっとも、子の「出自を知る権利」を保障するためにある程度の間接強制（家事法64条のような過料の制裁）の定めが必要である。しかし、この権利を正当化できるほどの必要性が認められない。父子関係を否定しなければならないほどの切迫性がないからである。

したがって、子の「出自を知る権利」には、戸籍上の父の人格権を上回るほどの積極的権利性はなく、本件のような訴えで推定を覆すことはできないと考える。

しかし、子の「出自を知る権利」を消極的権利として行使する場合は事情が異なる。たとえば、戸籍上の父が子に対して扶養義務の

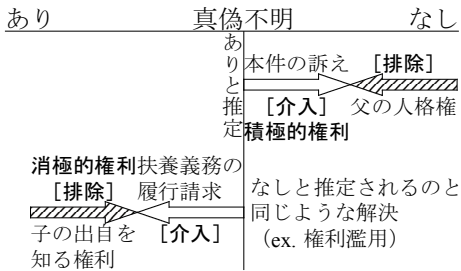
履行を求めてきた場合である。

本来、父子関係がなかったにもかかわらず、戸籍上で父子関係があることを奇貨として、父から扶養義務の履行が求められるれば、子としては「出自を知る権利」を主張して義務履行を免れることが考えられる。

この権利は、子にとって重要な人格的利益であり、父の扶養義務を求める権利（経済的自由）に優先されるべきものである。

それゆえ、父がDNA鑑定を拒絶して、扶養義務がないことの立証を不能にするのは、子の「出自を知る権利」を著しく侵害することになる。間接強制によって、父子関係の立証を容易にし、一般条項（権利濫用）を用いて父子関係がないと推定されるのと同じような解決が図られる結論が妥当である。

これらを図に示せば、次のようになろう。



もっとも、ここで提示した私見は、「出自を知る権利」の主張を要件事実としてどう位置づけるかという問題を残している。しかし、少なくとも、憲法訴訟の問題（法律問題）として提起することは可能であると考えられる。

7. おわりに

7.1 本件の訴えが却下されたことの妥当性

憲法論を組み立てる前提として、民事手続にかかわる内容を整理してきた。

改めて、論じた内容を整理しておこう。旭川ケースの事案に必要な民訴法、家事法・家

審法（旧法）、人事訴訟法（人訴法）・人事訴訟手続法（旧・人訴法）については、細心の注意を払ったつもりであるが、気づかない誤りがあるかもしれない。また、脱稿後に生じた法改正により、その前提が覆ることもありえよう。

本件の論証は、XとBの父子関係を肯定することから、XとYの父子関係を否定するものであった。しかし、その父権肯定確率99.999998%では、経験則から、そのように論証すべきでない。それは、「Bが父親である可能性は高いが、Yが父親でないと断言できない」ということであり、かりにBとYが一卵性双生児であったとすれば、そのような論証が経験則から導かれるべきでないことは想像できよう。

XとYのDNA親子鑑定は、Yが拒絶したことにより、実行することができなかった。当時、このような鑑定拒絶に対する制裁は存在していなかった。民訴法にある真実擬制の制裁（同法224条）は、真実発見の観点からみてそぐわないためである。しかし、制裁がないのであれば、必要な裁判資料を入手できず適切な審理ができなくなるため、家事事件訴訟法（現行法）では20万円以下の過料という実効性確保の手段が設けられた。

このような家事法の定めは、真実発見という家事事件の趣旨に資するものである。しかし、本件の山浦補足意見などにみられるように、「DNA鑑定をすればよい」という結論をとるべきではない。本件の訴えは、父母による子の養育権に関する紛争が背景にあり、そこで優位な立場に立つたためになされた訴えと捉えることもできる。生物学上の父子関係がないことは、直ちに子の養育に向かないことを意味しない。また、本件の訴えで、子の（戸籍上の）父に対する権利まで奪ってしまうのは、「子の福祉」にも反する。本件の訴

えが不適法で却下されたのは、適切な判断であったと考える。

7.2 むすび

本稿では、子の「出自を知る権利」に基づいて、DNA親子鑑定の使われ方について論じてきた。平成26年の最高裁判決は、「DNA鑑定と矛盾する父子関係を維持すべき」と示したといわれてきた。

本件は、母親が幼児である子の権利を代理して親子関係を否定しようとしたものであった。「子の出自を知る権利」は人格権としても、本件のような形で権利を代理行使することは「子の福祉」という観点から不適切であった。そこで、本稿では、子の「出自を知る権利」という人権論の構造を論じてきた。

もっとも、本件における原告の立論には、他にも疑問点がある。その1つは、旭川ケースの原告側が提示したDNA鑑定は、裁判所による鑑定ではなく、私的に依頼した鑑定結果を書証として提出したことである。本稿で述べたように、原告の立論には訴訟要件の面で疑問があり、実際に本件の訴えは却下されている。

この場合、そのような私的鑑定を行っても本件の訴えには役立たないので、そもそも鑑定をする必要がない。それにもかかわらず、私的な鑑定を行ったことにより、原告Xの遺伝子情報を事業者に取得させたことになる。これは、個人保護の保護・管理からみて、問題のある方法である。

しかし、紙幅の都合上、そこまで論じることができない。この点については、別稿で論じたい。

注

- 1) 最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁。
- 2) この点については、勝又義直『最新DNA鑑定』（名古屋大学出版会、2014）を参照。同書4頁に、著者がDNA鑑定の識別能力の高さに驚いた旨の記述がある。
- 3) この点については、警察庁「足利事件における警察捜査の問題点等について（概要）」（2010）に詳しく述べられており、警察庁ウェブサイトの捜査活動に関するページから入手できる。
<http://www.npa.go.jp/sousa/kikaku/houkokushogaiyou.pdf>
- 4) たとえば、野村豊弘『民法法入門〔第6版〕』（有斐閣、2014）i頁。
- 5) 最判平成25年12月10日民集67巻9号1847頁。これは、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」に基づき性別を女性から変更した男性とその妻が第三者から提供された精子により子をもうけた場合に、嫡出推定を適用して父子と認めたケースである。
- 6) 朝日新聞（東京）2014年7月18日朝刊3面参照。
- 7) 最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁、判タ1406号59頁〔①事件〕。
- 8) 最判平成26年7月17日判タ1406号59頁〔②事件〕。
- 9) 最高裁判決のみを入手するのであれば、旭川・大阪・四国いずれのケースも、裁判所ウェブサイトで入手可能である。このうち香川ケースは、民法777条の憲法適合性を争った上告理由書に対し、同条の制度趣旨を説明して合憲であると判断した事案であり、実質的には「門前払い」の判決である。そのため、香川ケースには、これ以上立ち入らない。
- 10) 上告人Y側の弁護士である小林史人によれば、AY間の離婚後に、原告の母AがBと婚姻し、原告XとBの間で養子縁組が成立している。そのため、上告審の判決が下された時点では、AとBがXの共同親権者となっている。これらの事実は、事実審の口頭弁論終結後に生じたため、裁判所が適法に認定した事実とはならない。これらの点については、小林史人「DNA鑑定と親子関係不存在確認請求事件」法セ721号（2015）18頁、永下泰之「DNA鑑定結果に基づく親子関係不存在確認請求の許否」商学討究（小樽商科大学）65巻

- 4号(2015)281頁,朝日新聞(東京)2014年7月18日朝刊38面を参照。
- 11) これは、控訴審において、追加的に認定された事実である。
- 12) 次の教科書の記述を参照した。内田貴『民法IV補訂版 親族・相続』(東京大学出版会,2004)177-79頁。窪田充見『家族法〔第2版〕』(有斐閣,2013)185-86頁。松川正毅『民法 親族・相続(第4版)』(有斐閣,2014)103-05頁。川井健(良永和隆補訂)『民法概論5(親族・相続)補訂版』(有斐閣,2015)62-63頁。
- 13) 我妻榮『親族法』(有斐閣,1961)221頁。
- 14) 中川善之助『新訂親族法』(青林書院,1965)364頁。
- 15) たとえば,窪田・前掲書注12)186-87頁。
- 16) 松倉耕作「嫡出性の推定と避妊」法時45巻14号(1973)133-34頁。
- 17) 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(1977)は,実務家の立場から,上記松倉説(新家庭形成説)を敷衍する。その他,「子と母とその夫の三者の合意があれば,嫡出推定があるにもかかわらず,真実の父子関係の存否を確認訴訟によって争いうる」と解する合意説がある。福永有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」加藤一郎ほか編『家族法の理論と実務』(別冊判タ8号)(1980)254頁。
- 18) たとえば,松川正毅・窪田充見編『新基本法コンメンタール 親族』(日本評論社,2015)133頁[水野紀子]。
- 19) 松川・前掲書注12)106-07頁参照。
- 20) この点については,窪田・前掲書注12)186頁を参照。
- 21) 民法772条に定める期間に生まれた子の場合,嫡出の推定が働いているので,本来は,嫡出否認の訴え(民法774条)によるべきことがその理由である。同法777条の出訴期間を徒過した場合など,父子関係不存在確認の訴えを提起せざるをえない場合には,嫡出の推定を排除しなければならないと解されている。そのように解しなければ,誰でもいつでも父子関係不存在確認の訴えを提起することができてしまい,嫡出の推定を定めた趣旨を反故にしてしまうからである。
- 22) この段落の記述については,春日偉知郎「父子関係訴訟における証明問題と鑑定強制(検証協力義務)」曹時49巻2号(1997)11-12,32-33頁。〔春日偉知郎『民事証拠法論』(商事法務,2009)294,315頁に再録]を参考にしている。林屋礼二は,それを「請求適格」の問題と表現し,司法審査権の限界(法律上の争訟:裁判所法3条)と並び,広義の「訴えの利益」として位置づける。中川善之助・米倉明編『新版 注釈民法(23)』(有斐閣,2004)126頁〔林屋礼二〕,林屋礼二『新民事訴訟法概要〔第2版〕』(有斐閣,2004)170-75頁参照。
- 23) 春日・前掲論文注22)32-33頁〔前掲書315頁〕。
- 24) 春日・前掲論文も「原告である夫」を前提に議論を組み立てている。春日・前掲論文注22)39頁〔前掲書319頁〕。
- 25) 20年前のものであるが,梶村太市「家裁実務におけるDNA鑑定」ジュリスト1099号84頁(1996)に親子関係事件に関する統計資料がある。これは,東京家裁判事(当時)である著者らが,東京家裁の全1425件の記録を集計したものである。それによれば,1991-95(平成3-7)年度に東京家裁において争われた親子関係事件でDNA鑑定が行われたものは97件あり(89頁第1表),そのうち嫡出否認事件が18件ある(90-93頁第2表)。これら18件のうち,2件は親子関係ありと推定する鑑定結果となったため取り下げられ,残り16件はすべて鑑定結果(親子関係なし)どおりの審判がなされ,鑑定結果と異なる判断がなされた例はない。大村敦志『家族法〔第3版〕』(有斐閣,2010)91-92頁も参照。
- 26) この点が,父子関係不存在確認の訴えと事情が異なる。春日・前掲論文注22)12頁〔前掲書294頁〕。
- 27) もっとも,この制度目的については,民法起草時から違和感が表明され,「長く批判の対象とされてきた」という指摘がある。前掲『新基本法コンメンタール 親族』注18)129頁[水野紀子]。
- 28) このような確認をしたのは,法文上「推定」と表示されていても,法律行為の解釈規定の場合(民法136条など)のように,事実を推定するものではない場合があるからである。新堂幸司『新民事訴訟法 第5版』(弘文堂,2011)616頁参照。
- 29) 春日・前掲論文注22)12頁〔前掲書294頁〕。
- 30) 「推定されない嫡出子」とは,婚姻成立から200日以内に妻が出産した子をいう。2015年に話題になった,元アイドルグループの男性の親子関

- 係不存在確認の訴えは、「推定されない嫡出子」に属する事案であり、本件とは事案が異なる。この点については、家族法の教科書のほか、西希代子「婚姻後200日の実子推定の規定」法学教室427号19頁を参照。
- 31) 松川・前掲書注12)111頁。親子関係不存在確認の訴えは、当初、法律で定められた制度ではなく、判例によって認められた制度であり、人事訴訟法（平成15年法律109号）で明文化された制度である（2条2号）。この経緯については、松本博之『人事訴訟法〔第3版〕』（弘文堂，2012）397-98頁を参照。
- 32) 窪田・前掲書注12)184-85頁を参照。
- 33) 前掲『新基本法コンメンタール 親族』注18)130頁〔水野紀子〕。
- 34) 春日・前掲論文注22)12頁〔前掲書295頁〕。
- 35) 我妻・前掲書注13)221頁。
- 36) 中間説（家庭破綻説）に基づくなれば、「家庭の平和を保護する必要がないこと」が訴訟要件となる。春日・前掲論文注22)12頁〔前掲書295頁〕。
- 37) この点については、春日・前掲論文注22)39頁〔前掲書319頁〕などで指摘されている。
- 38) 水野紀子は、中間説を採用する下級審があったために、「提訴期間が子の出生後1年以内であれば嫡出否認の訴え、1年後からは嫡出父子関係不存在確認の訴えという請求の名称変更を意味するにすぎない」という理解があったと指摘する。前掲『新基本法コンメンタール 親族』注18)131-32頁〔水野紀子〕。
- 39) 春日・前掲論文注22)39頁〔前掲書319頁〕。
- 40) 嫡出の推定を覆滅させるための反対事実の証明は、反証では足りず、本証を要する。大江忠『第4版 要件事実民法(7)親族』（第一法規，2014）131頁。春日・前掲論文注22)12頁〔前掲書294頁〕も参照。
- 41) 穂積重遠『親族法』（岩波書店，1933）426頁。同書は、国立国会図書館デジタルコレクションから入手することが可能である。
<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1443187/238>
大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣，2015）129-31頁も参照。
- 42) 人事訴訟は、職権探知主義を採用しているので、当事者間に争いのない事実でも、裁判の資料として採用しないことができる（人訴法19条1項）。職権探知主義については、中野貞一郎『民事裁判入門 第3版補訂版』（有斐閣，2012）364-65頁を参照した。
- 43) 春日・前掲論文注22)39頁〔前掲書319頁〕。
- 44) 春日偉知郎は、その実質的な根拠として、「法秩序が、権利関係又は法律関係の現状を維持し（法的安定性）、広い意味での占有状態を保護することを目的としていることから、逆に、こうした現状を否定して新たな法律関係を主張しようとする者に対してその事由について証明責任を負わせるべきであるという点」を挙げている。春日・前掲論文注22)13頁〔前掲書296頁〕。
- 45) 前掲『新版注釈民法(23)』注22)165-66頁〔高梨公之・高梨俊一〕参照。
- 46) 春日・前掲論文注22)2頁〔前掲書286-87頁〕。
- 47) 梶村太市・徳田和幸編『家事事件手続法〔第2版〕』（有斐閣，2007）44，56頁〔梶村太市〕。現行の家事事件手続法においても、調停前置主義がとられている（家事法257条）。
- 48) 前掲『家事事件手続法』注47)399頁〔大橋眞弓〕。
- 49) 裁判所書記官研修所監修『家事審判法実務講義案〔6訂再訂版〕』（司法協会，2009）93頁。前掲『家事事件手続法』注47)405-06頁〔大橋眞弓〕も参照。
- 50) 春日・前掲論文注22)25頁〔前掲書306-07頁〕。大村・前掲書注25)92頁。前掲『家事事件手続法』注47)348頁〔松倉耕作〕。内田・前掲書注12)204頁は、認知の訴えの文脈において、同様のことを述べる。
- 51) 春日・前掲論文注22)30頁〔前掲書312頁〕。
- 52) 春日・前掲論文注22)33-35頁〔前掲書316-18頁〕。
- 53) 春日・前掲書注22)320頁注66〔再録時の追記事項〕。高田裕成編著『家事事件手続法 理論・解釈・運用』（有斐閣，2014）238頁〔金子修・高田裕成・畑瑞穂・山本克己〕における一連の議論も参照。
- 54) たとえば、新堂幸司は、春日の所論について「示唆に富む」と述べていた。新堂幸司『新民事訴訟法 第4版』（弘文堂，2008）581頁。畑瑞穂も、過料がどのぐらい実効性があるかという議論はともかくとして、実効性を確保する手段が必要であると考えている。前掲『家事事件手続法』注53)238頁〔畑瑞穂〕。
- 55) 前掲『家事事件手続法』注53)238頁〔金子修〕。

- 56) 家事審判手続は職権でなされることから、理論上、当事者などの証拠申出権は認められないと説かれていた。前掲『家事事件手続法』注47)405頁〔大橋真弓〕参照。
- 57) 新堂・前掲書注28)270頁、中野・前掲書注42)86頁など。
- 58) 前掲『新版 注釈民法(23)』注22)126頁〔林屋礼二〕、松本・前掲書注31)406-07頁などを参照。
- 59) この点については、前掲『新基本法コンメンタール 親族』注18)129-30頁〔水野紀子〕を参照した。
- 60) 野村・前掲書注4)152-55頁。なお、同書〔第5版補訂版〕(2012)148-50頁には「子の利益」を基本原理とする記述がなく、近年の学説・判例の影響を受けて、それが付け加えられている。
- 61) 前掲『新基本法コンメンタール 親族』注18)225頁〔田中道裕〕参照。
- 62) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁〔1331頁〕。
- 63) 前掲最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁〔1341頁〕。
- 64) この点については、再婚禁止期間の合憲性が争われた判決(最大判平成27年12月16日平成25年(オ)1079号)についても同様に言える。女性のみにも再婚禁止期間を設けているのは、民法772条の父子関係の早期安定という「子の利益」を踏まえているからである。この判決で違憲と判断されたのは、「子の利益」という目的の達成に必要な以上の制限を女性に加えているからである。そういう意味で、本判決は、平等原則違反というよりも比例原則違反として捉えるのが適切であると考えられる。
- 65) 朝日新聞(東京)2014年07月18日朝刊38面。
- 66) 被告側弁護士の小林史人は、「子の福祉の美名のもとに」妻Aの不倫を隠蔽するという他事考慮があったのではないかという疑問を提起する。小林・前掲論文注10)18頁。金築裁判官は、この疑問に対し、「そういった事柄を訴えの適否に影響させることは相当ではない」と反論する〔561-62:金築反対〕。
- 67) 本件の下級審判決に、その事実を認定した形跡は見当たらない。また、「行為自体又は行為の客観的性質によって判断すべきで、当該行為をした親権者の意図あるいは行為の実際効果は考慮すべきでない」という、利益相反行為の有無に関する判例の基準に照らしても、そのような行為があったと判断することはできない。
- 68) YのXを扶養する義務(民法877条1項)、Yを被相続人とする相続などが考えられる。なお、XとYとの間に親子関係が存続するならば、将来Yが高齢となったときに、XのYを扶養する義務も現実的なものとなる。これらの問題の解決について、本山敦は、養育費に関する最判平23・3・18家月63巻58号が参考になるのではないかと述べる。本山敦「DNA鑑定と嫡出推定の排除」法の支配177号(2015)126頁。
- 69) この点については、大江忠『図解要件事実 親族・相続』(第一法規,2007)67頁、大江・前掲書注40)299-308頁を参照。
- 70) 前掲『新基本法コンメンタール 親族』注18)133頁〔水野紀子〕。
- 71) 家事法64条で、過料の制裁(間接強制)を定めた経緯について述べた、金子修『一問一答・家事事件手続法』(商事法務,2012)118頁を参照せよ。松川正毅・本間靖規・西岡清一郎編『新基本法コンメンタール 人事訴訟法・家事事件手続法』(日本評論社,2013)250頁〔山本和彦〕も参照。
- 72) 憲法は、国家権力の行使を制限する規範であり、法律とは性質を異にする。憲法の定めが強制力の根拠にはならない。
- 73) 直接強制・代替執行・間接強制の違いについては、中野貞一郎『民事執行・保全入門〔補訂版〕』(有斐閣,2013)18頁などの教科書的記述を参照せよ。
- 74) 中野・前掲書注42)86頁などの教科書的記述を参照せよ。
- 75) この議論は、樋口陽一編『ホーンブック憲法〔改訂版〕』(北樹出版,2000)164頁〔石川健治〕をはじめ、近年憲法学で発展している。