



Title	民事判例研究
Author(s)	角本, 和理
Citation	北大法学論集, 66(1), 126[207]-97[136]
Issue Date	2015-05-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/59196
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_vol66no1_08.pdf



[Instructions for use](#)

民事判例研究

角本和理

最判平成26年7月17日（裁時1608号1頁、判時2235号14頁、判タ1406号59頁、
金判1453号14頁）

民法772条により嫡出の推定を受ける子と母の夫との間に生物学上の父子関係
が認められないことが科学的証拠により明らかである等の事情がある場合にお
ける親子関係不存在確認の訴えの許否

1. 事実の概要

民法制定当初と異なり、今日では、DNA検査技術の進歩により、生物学上
の父子関係を科学的客観的に明らかにできるようになっている。本稿で扱う二
つの判決は、このような社会状況の変化に応じて民法772条の嫡出推定が及ぶ
範囲を再検討すべきかについて、最高裁の立場を明らかにしたものと評価しう
る¹。また、それだけにとどまらず、多種多様な情報の分析に基づいて新たな利
益を創出するビッグデータ時代の到来が広く喧伝される昨今においては、個人
に関する様々な情報の利活用の促進とプライバシーの保護の両立の問題に関す

¹ 本件最高裁判決の評釈として、安達敏男・吉川樹士「本件判批」戸時715号（2014）
38頁以下、窪田充見「法における親子の意味——最高裁平成26年7月17日判決
を契機に」ジュリ1471号（2014）66頁以下、村重慶一「本件判批」戸時716号（2014）
73頁以下、飛澤知行「本件調査官解説」ジュリ1474号（2014）112頁以下、水野
紀子「本件判批」法教411号（2014）42頁以下、木村敦子「本件判批」ひろば67卷
12号（2014）62頁以下、松久和彦「本件判批」月報司法書士514号（2014）78頁以下、
澤田省三「本件判批」戸籍905号（2014）12頁以下、小林史人「本件判批」法セ
721号（2015）15頁以下、松尾弘「本件判批」法セ721号（2015）112頁以下がある。

る議論への示唆も、少なからずあるように思われる。

(1) 旭川ケース(平成24年(受)第1402号)

(a) 事案

Y₁男(上告人)とA₁女は、平成11年、婚姻の届出をした。平成20年頃から、A₁女はB₁男と交際を始め、性的関係を持つようになった。しかし、Y₁男とA₁女は同居を続け、夫婦の実態が失われることはなかった。

平成21年、A₁女は妊娠したことを知ったが、その子がB₁男との子であると思っていたことから、妊娠したことをY₁男に言わなかった。同年A₁女は、Y₁男に黙って病院に行き、X₁(被上告人)を出産した。

その後、Y₁男は、入院中のA₁女を探し出した。Y₁男がA₁女に対してX₁が誰の子であるかを尋ねたところ、A₁女は、「2、3回しか会ったことのない男の人」等と答えた。同月、Y₁男は、X₁をY₁男とA₁女の長女とする出生届を提出し、その後、X₁を自らの子として監護養育した。

平成22年、Y₁男とA₁女は、X₁の親権者をA₁女と定めて協議離婚をした。A₁女とX₁は、現在、B₁男と共に生活している。

X₁側で私的に行ったDNA検査の結果によれば、B₁男がX₁の生物学上の父である確率は99.999998%であるとされている。

平成23年6月、A₁女は、X₁の法定代理人として、本件親子関係不存在確認の訴えを提起した。

(b) 第一審(旭川家判平成23年12月12日) X₁の請求認容。

① X₁は、Y₁男とA₁女が婚姻中に懐胎した子であり、しかも、その当時Y₁男とA₁女は同居しており、夫婦としての実態が失われていたというような事情はうかがわれない一方で、② A₁女がX₁を懐胎した当時、Y₁男とA₁女との間には妊娠に至るような性交渉がないためX₁がY₁男の子である可能性が低く、A₁女はX₁がY₁男の子でないことを確信し、Y₁男もX₁が自分の子であるか疑っていた。③さらに、DNA鑑定の結果からA₁女が交際していたB₁男がX₁の父である可能性が極めて高いこと等に照らすと、X₁とY₁男の間には、生物学的観点からの親子関係は存在しないことは明らかである。④そのうえ、Y₁男とA₁女はすでに離婚しており、現在、X₁、A₁女及びB₁男は一緒に暮らして子供の子育て環境の安定が害されるとはいえない。以上からすると、本件で772

条の嫡出推定を排除しても同制度の趣旨に反するとまではいえない。

(c) 原審(札幌高判平成24年3月29日) Y₁男による控訴棄却、X₁の請求認容。

本件では、① Y₁男と X₁との間の生物学上の親子関係の不存在が科学的証拠により客観的かつ明白に証明されており、② Y₁男と A₁女は既に離婚して別居し、X₁が親権者である A₁女の下で監護されているという事情が認められる。この点、民法が婚姻関係にある母の出産した子について父子関係を争うことを厳格に制限しようとした趣旨は、家庭内の秘密や平穩を保護するとともに、平穩な家庭で養育を受けるべき子の利益が不当に害されることを防止することにあると解されるから、このような趣旨が損なわれないような特段の事情が認められ、かつ、生物学上の親子関係の不存在が客観的に明らかな場合においては、嫡出推定が排除されるべきである。

(2) 大阪ケース(平成25年(受)第233号)

(a) 事案

Y₂男(上告人)と A₂女は、平成16年、婚姻の届出をした。平成19年から、Y₂男は単身赴任をしていたが、月に2、3回程度 A₂女の居住する自宅に帰っていた。

平成19年、A₂女は B₂男と知り合い、B₂男と親密に交際するようになった。しかし、A₂女は、その頃も Y₂男と共に旅行をする等し、Y₂男と A₂女の夫婦の実態が失われることはなかった。

平成20年、Y₂男は、A₂女から妊娠している旨の報告を受けた。

平成21年、A₂女は、X₂(被上告人)を出産した。Y₂男は、X₂のために保育園の行事に参加する等して、X₂を監護養育していた。

平成23年、Y₂男は、A₂女と B₂男の交際を知った。同年、A₂女は、X₂を連れて自宅を出て Y₂男と別居し、その後は X₂と共に、B₂男及びその前妻との間の子2人と同居している。X₂は、B₂男を「お父さん」と呼んで、順調に成長している。

X₂側で平成23年に私的に行った DNA 検査の結果によれば、B₂男が X₂の生物学上の父である確率は99.99%であるとされている。

平成23年12月、A₂女は、X₂の法定代理人として、本件訴えを提起した。

また、A₂女は、Y₂男に対し、平成24年4月頃に離婚調停を申し立てたが、

同年5月に不成立となり、同年6月に離婚訴訟を提起している。

(b) 第一審(大阪家判平成24年4月10日) X₂の請求認容。

①長期在監の事実等、X₂懐胎の頃 A₂女と Y₂男との間で Y₂男が X₂の生物学上の父である蓋然性が否定されるような例示的・定型的事実が存したとはいえない。②しかし、DNA 鑑定自体の外形的証明力及びこれによって導かれる今日の DNA 鑑定の信用力を併せ考慮すると、X₂が Y₂男の生物学上の子でないことは明白である。③この点、不貞を行った A₂女とその相手である B₂男が、Y₂男の関与する余地のない DNA 鑑定の結果を突き付けて X₂との親子関係を否定することが許されるかどうかという問題も存し、権利濫用の要素も考慮に値するが、X₂に対してなお父として振る舞うことを Y₂男に強要するのは酷であり、また、X₂にとっても Y₂男に父として振る舞われることは酷であると言わざるを得ない。

以上より、DNA 鑑定は嫡出推定を覆す。

(c) 原審(大阪高判平成24年11月2日) Y₂男による控訴棄却、X₂の請求認容。

① DNA 検査の結果によれば、X₂が Y₂男の生物学上の子でないことは明白である。② Y₂男も X₂の生物学上の父が B₂男であること自体について積極的に争っていない。③現在、X₂は、A₂女と B₂男に育てられ、順調に成長している。④本件訴えは X₂の真実の親子関係を確認するという X₂の利益のためになされたものであり、その目的の重要性・公益性からすると、権利濫用には当たらない。

以上から、民法772条の嫡出推定が及ばない特段の事情がある。

2. 判旨 破棄自判

民法772条により嫡出の推定を受ける子につきその嫡出であることを否認するためには、夫からの嫡出否認の訴えによるべきものとし、かつ、同訴えにつき1年の出訴期間を定めたことは、身分関係の法的安定を保持する上から合理性を有するものといえることができる(最高裁昭和54年(オ)第1331号同55年3月27日第一小法廷判決・裁判集民事129号353頁、最高裁平成8年(オ)第380号同12年3月14日第三小法廷判決・裁判集民事197号375頁参照)。そして、夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らか

であり、(※筆者注：以下、旭川ケースについて) 夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、(※筆者注：以下、大阪ケースについて) 子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長しているという事情があっても、(※筆者注：以下、双方の事案において) 子の身分関係の法的安定を保持する必要があるに
ならないから、上記の事情が存在するからといって、同条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である(下線判決文ママ)。このように解すると、法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることになるが、同条及び774条から778条までの規定はこのような不一致が生ずることをも容認しているものと解される。

もっとも、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、上記子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるといえることができるから、同法774条以下の規定にかかわらず、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解するのが相当である(最高裁昭和43年(オ)第1184号同44年5月29日第一小法廷判決・民集23巻6号1064頁、最高裁平成7年(オ)第2178号同10年8月31日第二小法廷判決・裁判集民事189号497頁、前掲最高裁平成12年3月14日第三小法廷判決参照)。

しかしながら、本件においては、A女がXを懐胎した時期に上記のような事情があったとは認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない²。

なお、本判決には、櫻井龍子裁判官、山浦善樹裁判官の補足意見と、金築誠

² 最高裁第一小法廷は、本件各判決と同日、戸籍上の父が子に対して嫡出否認の訴えの出訴期間の経過後に提起した親子関係不存在確認の訴えを却下すべきものとした原判決に対して父側から提起された上告受理申し立て(平成26年(オ)第226号、民法777条の憲法違反等をいうもの)について、これを不受理とし、上告を棄却している。

志裁判官、白木勇裁判官の反対意見が付されている（その内容の紹介・分析は評釈の中で随時行う）。

3. 評釈

3.1 はじめに

民法上の実親子関係のうち、母子関係については、棄子等を除き基本的には懐胎・分娩という事実から明確にすることができる。その一方で、父子関係を明確にすることは、難しい問題とされてきた。この点、通常、母が婚姻している場合には、母の夫が子の父であろう蓋然性が極めて高いことから、民法772条は「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と規定している。

しかし、772条は生物学的な親子関係を前提とするものではないことから、実際には推定される関係が事実と異なる場合が生ずることがある。このような場合、772条により推定される嫡出子につき、夫が自分と血縁関係にある実子であることについて否認することが認められる(774条)。この否認については、夫が子の出生を知った時から1年以内との出訴期間の制限がある(777条)。

また、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子供の場合等、772条で嫡出推定がされない子や推定の及ばない子については、「嫡出否認の訴え」ではなく「親子関係不存在確認の訴え」によることになる(人事訴訟法2条)。こちらについては期間の制限はなく、訴権者も父に限られない。

このような法制度のもとで、民法772条により嫡出の推定を受ける子と母の夫との間に生物学上の父子関係が認められないことがDNA鑑定等の科学的証拠により明らかである等の事情がある場合において、嫡出推定が排除されるかについては、かねてより学説において争われてきた³。

このような状況の下で、本件各事案では、法律上の父子関係の維持を望んでいる戸籍上の父に対して、子の側からDNA鑑定の結果を根拠のひとつとして親子関係不存在確認の請求がなされた。

³ 772条の立法趣旨、戦前・戦後の判例及び下級審の流れ、学説の対立等を解説したものとして、阿部徹「民法772条・774条(嫡出推定・嫡出否認)」広中俊雄・星野英一(編)『民法典の百年IV』(有斐閣、1998)53頁以下、中川善之助・米倉明(編)『新版注釈民法(23)親族(3)』(有斐閣、2001)148頁以下〔高梨公之・高梨俊一〕等。

そして、本判決はこの請求に対し、夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかである等の事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、772条による嫡出の推定が及ばなくなるとはいえないとした。これは、科学技術の発展という社会状況の変化に応じて、民法772条の嫡出推定が及ぶ範囲を再検討すべきかについて、最高裁の立場を明らかにしたものと評価しうる。

この点、現代社会は、単にDNA情報を正確かつ詳細に分析できるようになりつつあるのみならず、DNA情報それ自体や、DNA鑑定を利用したという顧客情報を大規模に集積し、利活用することで、医療技術の発展や新たな商業サービスの創出等、より一層の公共的利益を享受せんとする段階に至っている。しかし、これまでの実親子法における議論では、科学技術の進歩の結果、生物学上の父子関係が明らかになるようになったことを法がどう受けとめるかについては考慮されているものの、当該鑑定によって得られた当事者のDNA情報及び鑑定の利用に関する顧客情報が、情報通信技術の発達の結果、その後どのように再利用されるようになったか、そしてそれによってどのような利益や問題が生じるかを重視した検討は、現在のところなされていないように思われる。そのため、このことを踏まえた議論を展開する必要もあるように思われる。

本稿では、このような検討視角もあわせて、本判決の意義を探究していく。以下では、本判決の位置づけ(3.2)、学説における議論の状況(3.3)を検討したうえで、本判決の意義(3.4)や射程(3.5)、近時の他判決との整合性(3.6)を分析していく。

3.2 本判決の位置づけ——法実父子関係に関する従来の判例の状況

法実父子関係について、最高裁はこれまで、子から(血縁上の)父に対する認知請求に関する④最判昭和44年5月29日・民集23巻6号1064頁・判時559号45頁、⑤最判昭和44年9月4日・裁判集民事96号485頁・判時572号26頁において、形式的には戸籍上の父の子としての民法772条の推定要件を充たしていても、戸籍上の両親が離婚の届出に先立ち約2ないし2年半前から事実上の離婚をして別居し、夫婦の実態が失われていた場合には、子は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子というべく、戸籍上の父からの嫡出否認を待つまでもなく、(血縁上の)父に対して認知の請求ができると判示していた。

上記③④最判を受けて、親子関係不存在確認等に関するかつての下級審裁判例では、妻懐胎時の夫婦の外観を重視しつつその例外を広げることで請求を認容するものが多かった⁴。が、やがて、懐胎時を基準とすることの限界を感じるようになったのか、当事者の事情のうち、紛争時の家庭の破綻状況の有無を重要な基準として当該父子関係存否を判断するようになる⁵。

⁴ 子から戸籍上の父に対する訴えとしては、①福岡家審昭和44年12月11日家月22巻6号93頁（正常な婚姻の共同関係にある純粋の日本人夫婦から歴然たる黒人との混血児が生まれたが、その後その子について養子縁組が成立し、養親に帰国命令が出たところ、実父母がそろっている場合には養子に入国査証を得られない恐れがあった事案）、②大阪高判昭和51年9月21日判時847号61頁（母が子を連れて別居及び離婚し、血縁上の父と再婚している事案）、③東京家審昭和58年6月10日家月36巻8号120頁（母の懐胎当時戸籍上の父は精管切断術により精管は閉塞状態にあったものと認められ、離婚後は母が親権者となり子育てをしている事案）があげられる。

また、戸籍上の父から子に対する訴えとしては、④奈良家審昭和53年5月19日家月30巻11号62頁（調停における当事者間の合意に基づき、民法777条の「夫が子の出生を知った時」というのは、単に夫が子の出生事実を知った時というのではなく、夫が否認の原因となる事実を知った時と解するのが相当であると、子が戸籍上の父の嫡出子であることを否認した事案）があげられる。

⁵ 子から戸籍上の父に対する訴えとしては、⑤東京家審昭和50年7月14日判タ332号347頁（出訴期間内に離婚が成立しており、子の母が子の父と目される他男と婚姻するに至った事案）、⑥東京家審昭和51年5月28日判例タ348号295頁（母が血縁上の父と再婚して子育てをしている事案）、⑦東京家審昭和52年3月5日家月29巻10号154頁（戸籍上の父母が別居状態にあり、母が血縁上の父と同居、共同して子育てしている事案）、⑧札幌家審昭和61年9月22日家月39巻3号57頁（離婚後は母が親権者となり子育てをしており、戸籍上の父が子に関心がないといえる事案）があげられる。

また、戸籍上の父から子に対する訴えとしては、⑨大阪地判昭和58年12月26日家月36巻11号145頁（父および母子共に形式的身分関係の消滅を望んでおり、本訴の結論を待って離婚する予定の事案）、⑩津家四日市審昭和59年7月18日家月37巻5号63頁（父が無精子症であり、離婚後は、母が親権者となり子育てをしており、当事者のいずれもが真実に合致しない形式的身分関係の消滅を望んでいる事案）、⑪東京地判平成2年10月29日判タ763号260頁（離婚後は、母が親権者になり子育てをしており、戸籍上の父と子の親子の交流がないといえる事案）、⑫神戸地判平成3年3月11日判タ768号214頁（離婚後は、母が親権者と

この点、この時期の下級審裁判例は、当事者間に（i）親子関係不存在確認の訴えの前の家事調停における夫と妻との間での当該不存在の合意、（ii）合意に相当する審判をすることに対しての合意、（iii）家事審判において、事実の確認として科学的鑑定をすることについての合意がそれぞれ存在する事案について、判断したものであった。そのため、これらの判決は当事者間の争いを裁断したものではなく、当事者間の合意に基づいて確認的に親子関係不存在を認めたものであったといえる。

しかしその後の下級審裁判例では、これら三つの当事者間の合意が存しない事案も見受けられるようになる⁶。そしてそのような場合にも、戸籍上の父から子に対する親子関係不存在確認の訴えを家庭の破綻状況を基準に認容したものもあった。そのため、戸籍上の父が紛争時に故意に家庭の破綻を作出して子との法的親子関係を切断する可能性があるという問題が顕在化し、子の福祉の観点から妥当であるのか、議論を呼んでいた（この点に関する学説における議論については後述）。

このように、下級審がかつての最高裁の判断枠組みとは異なる基準を採用するようになった一方で、◎最判平成10年8月31日・裁判集民事189号497頁・判時1655号128頁では、夫が死亡した後、その遺産相続をめぐる紛争が生じ、夫の養子が夫の実子に対し、夫と実子の間の親子関係不存在確認を求めた事案において、以下のように判示した。すなわち、妻が懐胎した当時、夫が出征中だった場合、実子は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子であり、夫の養子が亡夫と実子との間の父子関係の存否を争うことが権利の濫用に当たる

なり子育てをしており、父が真実に合致しない形式的身分関係の消滅を望んでいる事案）があげられる。

⁶ そのうち、親子関係不存在確認等を認めたものとしては、⑬神戸地判平成3年11月26日家月45巻7号76頁（母死亡後、子は児童養護施設で育っている事案）、⑭東京高判平成6年3月28日家月47巻2号165頁（離婚後、妻は男性と同居し、子育てをしている事案）があげられる。これらは、戸籍上の父から子に対する訴えを家庭の破綻状況を基準に容認するものであった。これに対し、請求を認めなかったものとしては、戸籍上の父から子に対する訴えとして、⑮東京高判平成7年1月30日判時1551号73頁（離婚後、母が親権者となり単独で養育している事案）、生物学上の父であると称する者からの訴えとして、⑯東京高判平成10年3月10日判時1655号135頁があげられる。

と認められるような特段の事情の存しない場合には、養子は、親子関係不存在確認の訴えをもって、夫と実子との間の父子関係の存否を争うことができる。この判決は、養子と実子の相続争いというある種特殊な事案ではあるものの、従来の最高裁の基準を繰り返したのである。

そして、④最判平成12年3月14日・裁判集民事197号375頁は、子の親権者を母と定めて協議離婚をしたうえで、戸籍上の父が子に対して親子関係不存在確認の請求をした事案について、これまでの下級審の傾向を採用して家庭の破綻を基準にこれを認容した原審（東京高判平成7年10月25日）の判断を否定し、上記④⑤⑥の各最高裁判決を集約するかたちで、以下のように判示した。

すなわち、「夫と妻との婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、右の事情が存在することの一事をもって、嫡出否認の訴えを提起し得る期間の経過後に、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と子との間の父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である。もっとも、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻が右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、右子は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子に当たるということができるから、同法774条以下の規定にかかわらず、夫は右子との間の父子関係の存否を争うことができると解するのが相当である」。そして、「本件においては、右のような事情は認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない」として、これを認めなかった。

以上より、これまで公表されている下級審を含めた（本件最高裁判決を除く）裁判例を整理すると、子から戸籍上の父に対する親子関係不存在確認の訴えは、当事者（父母）間に法的父子関係の不存在に関する合意があったり、父子の双方が親子の交流を望んでいなかったり、新たな父となる者が子の養育に参加していたりする等の事情もあったため、おおよそ認容されてきたといえる⁷。また、

⁷ 最判についてこれを指摘するものとして、前田陽一「民法772条をめぐる解釈論・立法論に関する2、3の疑問」判タ1301号（2009）61頁、62頁の図表2。下級審を含めた公表裁判例においてこの傾向があることを指摘するものとして、二宮周平「子の福祉と嫡出推定～外観説の射程」戸時692号（2013）11頁。

親子関係不存在を認めなかった事案も、子の福祉を重視して、戸籍上の父や第三者からの親子関係不存在確認の請求を否定したものであった。

その一方で、家裁の実務では、いわゆる合意に相当する審判が最高裁と矛盾しない形で運用されてきている。具体的には、父母の一方が親子関係不存在確認の訴えを申し立てた場合、調停前置による家事調停において、父子関係不存在の合意、家事事件手続法277条(旧・家事審判法23条)の審判をする旨の合意が成立すれば、事実上離婚や別居認定を緩和し、審判において科学的認定を行い、親子関係不存在確認の審判を出して紛争を解決しているのである⁸。

このような状況のもとで、本件では、法律上の父子関係の維持を望んでいる戸籍上の父に対して、子の側から親子関係不存在確認の請求がなされ、下級審ではその訴えが認められたものの、最高裁はこれを認めなかったのであった。そこでは、①夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであることに加えて、②夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があるか、③子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長しているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではなく、嫡出推定を覆すことはできないとされた。もっとも、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、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等の事情がある場合は別であるとして、a) c) d)判決が引用されている。

法律上の父子関係の維持を望んでいる戸籍上の父に対して、子の側からDNA鑑定の結果を根拠のひとつとして親子関係不存在確認の請求がなされ、これについて消極的な判断が下されたという意味で、本判決は従来の判例に見られない、新しい判断であるといえよう。

3.3 学説における議論の状況

⁸ 詳しくは、岡部喜代子「いわゆる推定の及ばない嫡出子の手続き的側面」判タ1301号(2009)47-48頁、澤井真一「実父子関係の成立を巡る実務上の諸問題」判タ1301号(2009)51頁、大沼洋一「嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認請求訴訟」野田愛子他(編)『新家族法実務体系2』(新日本法規、2008)163-165頁等参照。

(1) 嫡出推定の排除に関する議論

本件において認定されている三つの事情、①夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであることに加えて、②夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があるか、③子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長しているという事情が認められる場合、嫡出推定の排除はなされるべきであろうか。ここでは、従来の学説における議論を検討していく。

772条の解釈論としては、伝統的には、嫡出推定制度の趣旨は家庭の平和と夫婦間のプライバシーを保護することにあり、国家は夫婦生活の秘事には立ち入るべきではないとし、夫の出征・外国滞在・取監あるいは事実上の離婚等、夫婦間に子が産まれないことが外観上明白な場合には、本条の推定を排除する見解(外観説)⁹が通説である。前述最高裁も、外観を重視することから、この見解に立っていると一般に評価されている¹⁰。この見解に立つと、本件各事案では、妻の懐胎時に正常な夫婦としての外観が維持されていた以上、嫡出確定は覆らないことになる。

一方で、反対説として、血液型の不一致等、科学的・客観的にみて妻が夫の子を懐胎することがありえないことが証明される等、個別具体的な審査の結果客観的に血縁関係が存在しないことが明らかな場合には、嫡出推定は排除されるとする見解(血縁説)も主張されている¹¹。この見解に従うと、DNA鑑定によって親子関係の不存在が明らかにされている本件各事案では、子の請求が認められることになろう。しかし、この理解に立つと、DNA鑑定等の科学的技術が進歩した現代の状況では、科学的鑑定の実施が担保できることを条件に、

⁹ 我妻栄『親族法〈法律学全集〉』(有斐閣、1961)221頁。また、修正外観説と呼ぶ見解もある。例えば、宮崎幹朗「嫡出推定規定の意義と問題点」有地亨(編)『現代家族法の諸問題』(弘文堂、1990)286頁等。

¹⁰ しかし、近時、その見直しを迫る検討もなされている。石井美智子「実親子関係法の再検討——近年の最高裁判決を通して——」法律論叢第81巻第2・3合併号(2009)31頁以下。

¹¹ 中川善之助『新訂家族法』(青林書院、1965)365頁。近時のものとして、田村五郎『親子の裁判ここ30年』(中央大学出版部、1996)、泉久雄『親族法』(有斐閣、1997)196頁、山口純夫「判批」判タ786号(1992)81頁等。

嫡出否認制度は意味を失うことになるため、解釈論としては採ることが難しい。

他方で、折衷的見解として、外観説のいう家庭の平和の尊重と、血縁説のいう科学的親子関係の尊重の二者択一ではなく、家庭の破綻の有無を基準に両者の調和を図るべきものとするもの(家庭破綻説)や、全当事者(子と母とその夫)の合意がある場合は、嫡出推定が排除され親子関係不存在確認の訴えが提起できるとするもの(合意説)、合意のある場合のほか、子の利益の見地から直接かつ明白な必要性がある場合にも推定排除が認められねばならないとするもの(子の利益重視説)等が主張されてきた。

このうち、家庭破綻説は、家庭の破綻がない場合は、家庭の平和を維持するために、たとえ血縁上の親子関係がなかったとしても嫡出推定の効力は認められるが、すでに家庭が破綻している場合は、もはや守るべき家庭の平和もないのだから科学的真実を優先させて、血縁主義による嫡出推定の排除を認めるとするものである¹²。この見解は、夫婦と子が平和な家庭生活を営んでいる場合に第三者が血縁関係の不存在を理由にこの親子関係を否定することを防止できるという点で、血縁説の一つの弱点を克服しているといえる。

また、合意説は、嫡出否認訴訟の根拠である家庭の平和の維持、夫婦間の秘事の不公開等は当該夫婦と子の合意があれば保護の必要がないし、早期に嫡出子であることを確定させることにより子が受ける利益も、当事者の処分を否定しなければならないほどのものではないと主張する¹³。

さらに、子の利益説は、推定排除の理論が、単に夫による否認権行使の可能性を拡大するのみならず、夫以外の者(とくに子)からの親子関係不存在確認の余地を認める意味を持つことを指摘するものである¹⁴。

かつて下級審裁判例では、前述のように、外観説に立ちながら、例外的に推定の排除される場合を拡張する判断が多かった。それが、学界における有力化に伴ってのことか、徐々に家庭破綻説を採るものが増えていく。この点、外観

¹² 松倉耕作「嫡出性の推定と避妊」法時45巻14号(1973)130頁、同「嫡出推定と子の幸福」窪田隼人(編)『末川博追悼論集:法と権利(2)』(有斐閣、1978)83頁、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(1977)128頁等。

¹³ 福永有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」加藤一郎・岡垣学・野田愛子(編)『家族法の理論と実務(別冊判タ8号)』(判例タイムズ、1980)254頁。

¹⁴ 山島正男「嫡出否認」法セミ330号(1982)108頁。

説に立つものも、家庭破綻説に立つものも、前述のとおり、当初は①親子関係不存在確認の訴えの前の家事調停における、夫と妻との間で当該不存在の合意、②合意に相当する審判をすることに対するの合意、③家事審判において、事実の確認として、科学的鑑定をすることについての合意がすべてあり、いわば確認的に訴訟を行った事案であった。

しかし、この下級審の家庭破綻説採用の傾向は、上記①から③の合意がない場合における、戸籍上の父から子に対する親子関係不存在確認の事案にまで及ぶようになる。そこに到って家庭破綻説の子の福祉の観点からの欠点が明らかになり、この点に関する批判が学説から猛烈になされた¹⁵。この批判は、まず、家庭破綻説は事実上夫に対し血縁による父子関係否定権を与え、嫡出否認制度を空洞化しているが、嫡出推定制度が持つ子の安全な成長の保護という目的を無視すべきではないとする。そして、家庭の平和についても、懐胎時の家庭の平和は重要だが、夫の否認時（紛争時）の家庭の平和をいうことに意味があるのかとし、現行法の解釈としては、さしあたり外観説及び合意説の限度にとどめるべきであると主張する。

また、家庭破綻説について、夫婦関係の破綻から家庭の平和を結論づけ、それを親子関係に投影していることを批判し、議論の焦点は、まさに父子関係にこそ当てられねばならない、とする批判もなされた¹⁶。家庭破綻説によると、妻が夫と違う別の男性によって懐胎するという事実が、夫婦関係の破綻の原因または結果でない場合は例外的であろうから、妻が夫によらずに産んだ子はほとんどすべての場合に、家庭の崩壊を理由にして、それまでの「父」から引き離されることになる。それに対して、この見解は、776条における父の「承認」の有無をフランス法の身分占有に相当するような推定の一要素を盛り込んで解釈して重要な基準とし、嫡出推定の排除をこの「承認」があったとは認められない場合に限るべきであるとする。

このような学説の状況に応じたのか、最判平成12年は、家庭の破綻状況を重視して親子関係不存在を認容した原審を破棄し、家庭破綻説を採用しないことを明言し、外観を重視する姿勢を維持した。その一方で、前述のとおり、合意に相当する審判が最高裁と矛盾しない形で運用されてきている。

¹⁵ 水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリ1059号（1995）115頁。

¹⁶ 伊藤昌司「実親子法解釈学への疑問」九大法政61巻3＝4号（1995）612頁以下。

その後も、家庭破綻説の欠点を克服するために、学説では様々な観点から検討が加えられ、家庭破綻説を一定程度修正した見解（新家庭形成説）が次第に有力化してきた¹⁷。この見解は、婚姻解消後300日以内に出生した子であっても、母と戸籍上の父との家庭の破綻、母・子と真実の父等との新家庭の形成、真実の父による認知の約束等がある場合、それを認めることが子の利益に合致するという特段の事情がある場合には、民法772条の嫡出推定は排除され、裁判所は血縁上の父子関係の存否に関する実質審理に入ることができる、と解する¹⁸。その根拠としては、嫡出推定否認制度の目的は主として、一つには家庭の平和の維持と夫婦間の秘事の公開防止があり、他には父子関係の早期確定による子の養育確保にあると解せられるが、その根本は子の利益の保護にあるというべきことに求められる。

本件下級審判決は、この新家庭形成説を好意的に評価しているものであるといえる。しかし、本件夫婦は妻の懐胎時に客観的には正常な夫婦関係を維持していたため、最高裁は結論的には従来通りその外観を重視し、嫡出推定の排除を認めなかったのである。

（２）DNA 鑑定 of 取扱いに関する議論

また、親子関係の（不）存在を証明する DNA 鑑定の結果を、実親子法がどう受けとめるかという問題に関する法的研究も、1990年代中頃から盛んになされている¹⁹。ここでは、そのうち、①当事者の行為規制、②鑑定の実施機関、

¹⁷ その他に、戸籍上の父からの不存在確認の訴えについては前述父子関係重視説により、子からの訴えについては、子の養育環境を確保できるという子の利益が明確である場合には、嫡出推定が及ばないと解する見解もある（二宮・前掲注7・16頁）。ただし、このような解釈をするのは、正面から否認権者を子に拡大した上で、父子としての養育の実績がある場合には、一方からの否認権の行使を制限するなどの改正（二宮周平「立法提案～改正の方向性」家族〈社会と法〉28号（2012）86-87頁）をするまでのことである、との留保が付されている。

¹⁸ 梶村太市「嫡出子否認の訴えと親子関係不存在確認の訴え」判タ934号（1997）35頁以下。とくに、43-44頁。

¹⁹ 例えば、第13回日本家族〈社会と法〉学会学術大会の資料である、特集「実親子関係とDNA鑑定」ジュリ1099号（1996）29頁以下。ここでは、欧米各国の法制に関する比較法研究や日本の家裁実務に関する検討などがなされている。

③ DNA 鑑定 of 訴訟への採り入れの基準に関する議論を見ていく²⁰。

まず、そもそも、親子関係不存在確認請求の当事者に、自身ないし家族・親族の DNA 鑑定をする自由ないし権利はあるのだろうか。

この点、近時の検討によると、日本法においては、DNA 鑑定に対する厳格な規制がないため、興味本位や不注意で、親子関係が否定される可能性が常にあり、平和に暮らしている親子関係を踏みにじってしまうような影響を当事者に与えることになりかねない。そのため、血縁には基づかない、愛情に基づく親子関係をも法的に安定したものにする必要があるという²¹。このように DNA 鑑定の利用に慎重な見解がある一方で、ドイツ法やスイス法を比較対象とした研究から、日本においても父子関係の確定のために DNA 鑑定等を積極的に利用すべきであるとの提言もなされている²²。

また、DNA 鑑定の実施は、国家的な認可を受けている国家機関や大学病院の法医学教室等に限られるべきか、あるいは商業ベースの鑑定も自由に認められるべきか。

この問題について、DNA 鑑定を認可済みの機関のみが行うわけでもなく、商業ベースで行う企業もよく見かける日本の状況は、当事者に与える影響の重大性を考慮すれば疑問であるとの指摘がなされている²³。そこでは、DNA 鑑定の扱いは慎重になされるべきであり、裁判を避ける目的で安易に利用されることは危険であるとされる。そして、当事者で簡単に親子関係の争いに決着がつくという利点があることは否定できないが、長年かけて築かれてきた親子関係

²⁰ 本稿の検討視角や本判決の争点との関係で省略するが、裁判所による鑑定の強制の当否も重要な問題の一つである。この点に関する学説のうち、直接強制説として、松倉耕作『血統訴訟論』（一粒社、1995）29頁以下。直接強制説に対する批判として、水野紀子「実親子関係と血縁主義に関する一考察」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）』（有斐閣、1996）1131頁以下、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（1996）50頁以下等。間接強制説として、春日偉知郎「父子関係訴訟における証明問題と鑑定強制」法曹時報49巻2号（1997）1頁以下。

²¹ 松川正毅「DNA 鑑定の放任とその問題点」同『医学の発展と親子法』（有斐閣、2008）329頁以下〔初出、2005〕。

²² 松倉・前掲書注20・2頁以下。

²³ 松川・前掲注21・331-332頁。

を一瞬にして崩してしまうこともありうるとし、真実の波に対する防波堤が法律上しっかりしていない以上、DNA鑑定を野放しにしているわが国の状況は果たして許されるべきであろうか、と問題提起がなされている。そこで、DNAという個人にとって最も重要といえる情報に関しては、厳格な規制が行われる必要があるとの主張もある²⁴。

さらに、DNA鑑定の訴訟への採り入れ基準に関する以下のような問題提起がなされている²⁵。すなわち、問題なのは、科学的進歩を本問題に取り入れるかどうかということではなく、DNA鑑定の利用の条件の議論が行われてこなかったために、日本人が一般に有する血縁主義的発想と結びついてむしろ安易に利用される傾向にあることである。そこで、科学的鑑定を裁判に利用するにあたっては、血縁上の親子関係が明らかになることで争いに決着がつく訴訟類型でありかつそれを明らかにすることが子の福祉を害さない親子関係の争い、つまり科学的鑑定を利用することができる親子関係の争いを明確に限定することをまずしなければならない。そのような争い以外では、そもそも科学的鑑定を主張することが許されるべきではなく、既に確立している法的親子関係を争う場合の多くは、その許されない場合に入るだろうという。

この問題提起に対し、新家庭形成説を前提としつつ、DNA鑑定の訴訟での採り入れ基準の検討が行われている²⁶。この見解は、供述証拠等だけでは父子関係不存在を認定判断する無理があつてなお補強証拠が必要であり、その方法として科学的鑑定が不可欠であるというようなケースにおいて、はじめてDNA鑑定を実施することができるとする。

もっとも、これには例外があり、例えば問題となっている事案の特殊事情から夫の生殖能力等夫婦間のプライバシーに深くかわかり、むしろ身体的欠陥や寝室の秘事を暴くよりも、かえって科学的鑑定を実施したほうがよいというような場合で、当事者の同意があるような場合は、むしろ細部の供述証拠等を収集するよりも、端的にDNA鑑定等を実施するほうがベターである場合もある

²⁴ 大村敦志「親子（その1）——DNA鑑定」法教278号（2003）54頁。

²⁵ 水野紀子「判批」判評435号（1995）55頁。また、この問題についてフランス法を比較対象として検討した近時の論考として、吉澤香織「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」一橋法学4巻2号（2005）197頁以下。

²⁶ 梶村・前掲注18・45頁。

と考えられるともいう。

しかしいずれにせよ、親子関係不存在確認訴訟の実体審理に入った以後の段階において、その立証方法を科学的鑑定に限定することは、一種の証拠制限ないし法定証拠ともいうべき証拠法則を打ち立てることになり、明文の規定を欠く現行法の解釈としては相当に無理があるといえるとする²⁷。

一方で、嫡出否認訴訟や認知訴訟等における血液検査ないし鑑定への協力義務の必要性を訴える比較法研究もある²⁸。この見解は、検査協力義務を採用するメリットとして、父子鑑定がより容易になること、とくに認知訴訟における立証要件が簡素化されること、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かつ立証された場合でも、検査義務が採用されていれば子側は苦も無く対応できること、離婚訴訟における不貞の証明が可能な場合があり、その際の立証にも役立ちうることを挙げる²⁹。

以上のように、実親子法の分野における DNA 鑑定の利用について、学説では積極、消極に二分された立場から、さまざまな検討がなされている。現状においては、本問題における DNA 鑑定の利用について消極的な見解が学界において有力であるといえる。しかし、下級審の実務では、鑑定の利用等に関する当事者間の合意がある場合は積極的にこれを活用しているようであり、消極説もこの場合についてまで利用を否定するわけではない。ただ、本件ではこの合意がまさに存在しなかったのである。

この点、積極・消極双方の見解ともに、実親子関係の確定という、DNA 情報の一次的な使用とは異なる、様々なかたちの二次的な利活用と公共的な利益の創出という、ビッグデータ時代に即した観点をも考慮した検討はされていないといえることには、留意する必要がある。

(3) ビッグデータ時代における実親子法解釈の必要性？

今日では、情報通信技術の進展により、多種多様な情報の集合体であるいわゆるビッグデータの分析が可能になり、新たな利益の創出が期待されている。具体的に本件と関連性のある例をあげると、DNA 情報等の各種の個人遺伝情

²⁷ 梶村太市「家裁実務における DNA 鑑定」ジュリ1009号(1996)86頁。

²⁸ 松倉・前掲書注20・29頁以下。

²⁹ 同前、68-69頁。

報や、そのような情報を得るための検査・鑑定を利用したという一種の顧客情報（パーソナルデータ）が、医療の向上や健康サービス産業等に幅広く用いられようとしている³⁰。

例えば、わが国では、文部科学省の委託事業「オーダーメイド医療の実現プログラム」が2003年から推進されている³¹。この下に組織されたバイオバンク・ジャパンは、すでに約20万人の患者から提供されたDNAや生活習慣の情報、カルテ情報などを保管・管理し、病気のかかりやすさや薬の効きやすさ、そして副作用の出やすさに関連する遺伝子を発見する研究に利用しているという³²。

この点、とくに個人遺伝情報は、個人だけでなく血縁者の遺伝的素因も明らかにするため、その利活用にあたって、倫理的・法的・社会的問題が生ずる可能性がある。そこで、個人遺伝情報は、本人及び血縁者の人権が保障され、社会の理解を得た上で、厳格な管理の下で取扱われる必要がある。

そのため、DNA鑑定を含む個人遺伝情報の利活用については、現在、個人遺伝情報保護ガイドライン³³に基づいて、経済産業分野のうち個人遺伝情報又は匿名化された遺伝情報を用いる事業分野の法人の法定義務と努力義務が定められている。

このガイドラインでは、経済産業分野の事業者が、①インフォームド・コンセント、②情報の匿名化、③遺伝カウンセリング、④個人遺伝情報取扱審査委員会の設置等を行うことが重視されている。そして、この規定に従わなかった場合、個人情報保護法違反と判断される場合があるとされている。

³⁰ ビッグデータないしビッグデータ時代について論じたものとして、例えば、ビクター・マイヤー・ショーンベルガー、ケネス・クキエ（著）、斎藤栄一郎（訳）『ビッグデータの正体情報の産業革命が世界のすべてを変える』（講談社、2013）、パハリア・ラジャット（著）、稲垣みどり（訳）『ビッグデータ時代襲来 顧客ロイヤルティ戦略はこう変わる』（アルファポリス、2014）等。

³¹ 詳しくは「オーダーメイド医療の実現プログラム」のホームページ参照。
<<http://www.biobankjp.org/index.html>>（最終アクセス2015年1月13日）

³² 「疾患別IC取得数（平成25年1月までの総計）」<http://www.biobankjp.org/info/pdf/IC2013_01.pdf>（最終アクセス2015年1月13日）

³³ 正式名：「経済産業分野のうち個人遺伝情報を用いた事業分野における個人情報保護ガイドライン」

しかし、近年、個人情報保護法それ自体がそもそも社会状況の変化に対応できなくなっていることが意識されるようになり、目下法改正に関する議論が進行中である³⁴。

そこでは、主としてパーソナルデータの利活用の促進と個人のプライバシー保護との両立を可能とする環境整備が志されている。つまり、少なくともDNA鑑定を利用したという情報の利活用は（匿名化等の条件はあるが）肯定される見込みであるといえるように思われる。

この点、個人に関する情報が様々な形で利活用されるようになっている社会状況の変化に応じて、今日では、伝統的なプライバシー概念の見直しを図る検討も数多くなされている³⁵。そこでは、パーソナルデータの利活用による公益

³⁴ ビッグデータないしパーソナルデータの利活用に関する個人情報保護法の改正の動向に関する近時の論考として、特集「ビッグデータの利活用に向けた法的課題」ジュリ1464号（2014）11頁以下があげられる。これは、データの利活用を巡る法的課題と、ルール作りについて、欧米の状況等も含め、概観するものである。また、「パーソナルデータの利活用に関する制度見直し方針」について検討しつつ、立法論的提言も見られるものとして、岡村久道「パーソナルデータの利活用に関する制度見直し検討課題（上）（中）（下）」NBL1019号（2014）17頁以下、1020号（2014）68頁以下、1021号（2014）49頁以下等。とくに、医療情報の保護と利活用の問題に関するものとして、宇賀克也「医療情報の保護と利用」情報公開・個人情報保護 vol.51（2013）55頁以下、樋口範雄「ビッグデータと個人情報保護——医療情報等個別法を論ずる前提として」長谷部恭男ほか（編）『高橋和之先生古希記念：現代立憲主義の諸相（下）』（有斐閣、2013）231頁以下等。

³⁵ 例えば、個人に関する各種情報（パーソナルデータ）の法的保護に関する問題につき、いわゆる情報プライバシー権の財産権化に関する検討を行うものとして、藤原静雄「個人データの保護」岩村雅彦ほか（編）『岩波講座 現代の法10 情報と法』（岩波書店、1997）187頁以下、中山信弘「財産的情報における保護制度の現状と将来」岩村雅彦ほか（編）『岩波講座 現代の法10 情報と法』（岩波書店、1997）267頁以下、橋本誠志『電子的個人データ保護の方法』（信山社、2007）、阪本昌成「情報財の保護か、知識の自由な流通か——プライバシーの権利と個人情報の保護」同『表現権論』（信山社、2011）〔初出、2008〕47頁以下、林紘一郎『「個人データ」の法的保護：情報法の客体論・序説』情報セキュリティ総合科学第一号（2009）67頁以下、石井夏生利「ライフログをめぐる法的諸問題の検討」情報ネットワーク・ローレビュー9巻1号（2010）1頁以下、高崎晴夫

性と、個人のプライバシーの保護の調整を通じて、伝統的プライバシー概念の大きな変革を迫る見解も見られるようになってきている。

例えば樋口範雄は、ビッグデータ時代の情報保護について、以下のような問題点があることを挙げる³⁶。

第一に、ビッグデータを活用する企業自体予めどのような情報が得られるかわからないケースが多いため、前もって十分な説明をしようにもそれができず、第二に、その結果、対象となる個人も、意味のある同意はできないことになり、第三に、従来の個人情報保護法は、まさに個人の情報（あるいは個人を識別できる情報）を対象としていたが、ビッグデータに基づく情報は、ある意味では最後まで匿名化されており、あるグループについてのプロファイリングであって、EU 指令や規則案が想定しているような情報ではそもそもないこと等である³⁷。

そこで、新たな視点からの情報保護法制として、何よりも個人の様々な情報を、それぞれの個人を中心として収集し、安全に管理する情報基盤が必要となり、さらに、すべての個人がそれらを管理することは不可能であるから、それら個人に代わって、当該個人の利益を図る忠実義務を負うような事業者が必要となるとする³⁸。さらに、従来の個人情報保護法では、個人情報利用の目的が開示されることがまず必要であり、その目的外の利用には「同意」という原則が建てられていたが、これはビッグデータ・ビジネスをかえって阻害する。そ

「パーソナライゼーションサービスにおける個人情報保護について——新しい制度的提案に関する考察——」情報ネットワーク・ローレビュー 9 卷 1 号 (2010) 67 頁以下、新保史生「ライフログの定義と法的責任—個人の行動履歴を営利目的で利用することの妥当性」情報管理 53 卷 6 号 (2010) 295 頁以下、村上康二郎「情報プライバシー権に関する財産権理論の意義と限界——米国における議論の紹介と検討——」Info Com REVIE 55 号 (2011) 45 頁以下、湯淺壑道「位置情報の法的性質——United States v. Jones 判決を手がかりに——」情報セキュリティ総合科学 4 号 (2012) 171 頁以下等。

³⁶ 樋口・前掲注 34。この論考は、アメリカのルービンスタイン (Ira Rubinstein) の見解を検討し、そこから日本における医療情報等個別法の立法への示唆を得ようとするものである。

³⁷ 同前、243 頁。

³⁸ 同前、245-246 頁。

のため、ビッグデータ時代には、むしろ個人情報の利用を促進させるために、個人情報取扱事業者に対しては単なる情報「開示」ではなく、個人もまた利用できるような形で情報提供を義務付けるとともに、ビッグデータによって何らかの利益が生じた場合には、個人もまたその利益に与ることのできるような方向性を打ち出して、そのような意味での「同意原則」の強化を図るべきであるとする³⁹。

また、現代において求められているのは、古典的なプライバシーの保護ではなく、情報を極力提供しあい共有したうえで様々な利活用をして公共的な利益を生みつつも、爾後的に当事者の權益を不当に侵害しないこと、いうなればその自己決定を侵害しないような社会づくりであるとする見解も注目に値する⁴⁰。この見解は、DNA 情報や医療情報等のセンシティブさの程度の高い情報の利活用については、プライバシー保護を重視して一律に禁止するのではなく、公衆衛生等の公共の利益にかなう一定の利活用を前提に、商業的な二次的利活用を制限して当事者の自己決定を尊重することを主張する。

このような議論は、実親子法解釈における前述の問題意識——DNA 検査の悪用によって当事者のプライバシーが侵害され平和な家族が破壊されるのではないかという恐れ——にまさにリンクし、示唆を与えるのではないだろうか。さらに言えば、実親子関係にまつわる解釈論においても、プライバシー概念や情報の利活用に関する合意概念の解釈の変化が求められているといえるのではないだろうか。

以上のような観点から、実親子法解釈のいくつかについて若干の検討をしてみると、ビッグデータ時代における各見解の評価には、いくばくかの変容がみられるように思われる。

³⁹ 同前、246頁。

⁴⁰ このような主張を行うものとして、アメリカのアミタイ・エツィオーニ (Amitai Etzioni) の見解がある。その近時の論考としては、Amitai Etzioni, *A Cyber Age Privacy Doctrine: A Liberal Communitarian Approach*, 10ISJLP. 641 (2014) があげられる。この点、彼は必ずしもいわゆる自己決定 (autonomy) ではなく、私的選択 (private choice) の保護を重視する (ただ、両者はほぼ同義であるように思われる) 点と、彼の検討は多岐にわたり、必ずしも親子関係の確定のための DNA 鑑定利用の問題について検討しているわけではない点については、留意すべきである。

まず、外縁説は、本件のような場合に血縁関係のみに基づいた親子関係不存在確認が認められないため、技術の発展の結果利用できるようになった情報を自由に利活用する社会を目指す方向からは消極的に評価されうることになる。その一方で、実親子関係確定のために国家ないし企業に対して個人遺伝情報及びパーソナルデータを不必要に提供しない、あるいはそれを利用されないという選択の余地が個人にはあり、情報の利活用を前提とした世の中においても、夫婦の秘事はなおプライバシーとして保護されるべきであると改めて主張する面があるともいえる。

次に、血縁説は、親子関係の確定という大多数の人々にとって避けられない場面で科学的鑑定を利用させることで、萌芽的事業である DNA 鑑定ないしその情報を分析・再利用する事業を殖産し、ひいては社会全体に利する面があるといえる一方、当該情報に起因する個人に対する何らかの不合理な取扱いを生んだり、国家、企業への情報の提供を望まない国民に対してもこれを義務付けたりする面があるように思われる。

そして、家庭破綻説、新家庭形成説は、DNA 鑑定の訴訟における利用に際して、夫婦関係の破綻、生物学上の父との間での新家庭の形成等といった限定的な要件を設けるがゆえに、情報の利活用の促進への影響は必ずしも大きくないといえる。にもかかわらず、そのような特徴的な要件があるがゆえに、本問題で DNA 鑑定を利用する国民の情報にある種の識別子⁴¹が設けられることになり、たとえ DNA 鑑定に関する情報が匿名化されても、流通の過程での再識別化が比較的容易となり、何らかの差別的取扱い等、悪用に繋がるリスクが増すように思われる。

また、合意説は、家事審判において DNA 鑑定を利用する場面を当事者に合意がある場合に限っているため、鑑定の義務化を推し進める見解と比べると当事者の自己決定に配慮しているといえる。しかし一方で、樋口の指摘するように、ビッグデータ時代においては、当事者の当初の合意を拡大して解釈すべき場面があるといえるかもしれない。他方で、当事者間に合意があれば DNA 情

⁴¹ 識別子とは、簡単には、特定の個人を識別することを可能とする住所や氏名等の情報を指す。今日ではそれ以外にも、特定の日に特定の場所にいたこと (GPS の位置情報) や、特定のサービスを利用していること (顧客情報) 等も、その他の情報と組み合わせることによって、個人を特定する識別子となりうる。

報の保護の必要性がないといえるのか、情報の二次的利活用によって爾後的に当事者の権益が侵害された場合に、DNA 鑑定に同意していたことを以てその権益の包括的放棄とみなしてよいのか、という残された課題もあるように思われる。

この点、本問題において DNA 鑑定を積極的に使うことを認める見解は、意識するとしなにかかわらず現状においては情報の利活用を一定程度促進する立場であり、一方で情報を訴訟で利用することに積極的意義を見出さない立場は、利活用に反対ないし静観する立場と評価できるのではないだろうか。また逆に、情報の利活用による新たな利益の創出が時代の趨勢であり、あらゆる問題についてこれを推進するべきであるとすれば、本事案でも DNA 鑑定を重視する立場に近づき、この時代の趨勢を必ずしも積極的に評価しないのであれば、本問題についても鑑定を重視しない立場に近づくことになる。

以上のように、実親子関係についても、ビッグデータの利活用という社会状況の変化にあわせて、法解釈を再検討することが求められているのではないだろうか。

3.4 本判決の意義

ここでは、本判決の意義を、親子関係不存在確認における DNA 情報の取扱いしないし情報の利活用とプライバシー保護の在り方の問題に重点を置きつつ検討していく。

かつて、平成12年最判は、「夫と妻との婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではない」と判示し、いわゆる家庭破綻説を否定した。

これに加え、本判決は、①「夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかである」ことに加えて、②「夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されている」という事情があるか、③「子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長している」という事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではなく、嫡出推定を覆すことはできないとした。もっとも、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、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等の事情がある場合は別であるとして、従来の判例を引

用する。

本判決の多数意見は、近時有力となっていた新家庭形成説を最高裁として採用しないことを明らかにしたものと見える。この点、櫻井・山浦両補足意見においては、子が成長して適切な判断力を備えた後に、自ら父子関係を訴訟において争う機会を立法によって設ける必要性が示唆されている。

一方で、金築反対意見は、本件のように、夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わになっており、かつ、生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にあるという要件を充たす場合には、DNA 鑑定の結果を重視し、親子関係不存在確認の訴えを認めてよいのではないかとする。また、白木反対意見は、金築意見に同調しつつ、民法の規定する嫡出推定の制度ないし仕組みと、真実の父子の血縁関係を戸籍にも反映させたいと願う人情との調和の実現について、さしあたって個々の事案ごとに適切妥当な解決策を見出していくことの必要性も否定できないことを強調する。

これに対し、とくに山浦意見は、年齢的に見て子の意思を確認することができない段階で、これまで父としての自覚と責任感に基づいて子を育ててきた者の意思を無視して、DNA 検査の結果に基づき、子の将来を決めてしまうことには躊躇を覚えるとする。とりわけ、法律上の父と母との間においてまだ離婚ないしは婚姻破綻にまつわる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いう。

この点、本判決が外観説を維持し、DNA 鑑定の結果を重視しなかったということは、無論、血縁説を採らなかったということである。ビッグデータ時代という社会状況の変化に応じてその評価・解釈を行うと、これは、情報の大規模利活用への国民の DNA 情報の提供を、司法は少なくとも本場面では積極的に促進しないということを意味している。

また、ビッグデータ時代においては、事実として子の出生の秘密が露わになっているかどうかということと、それが鑑定によって DNA のレベルで明らかになっているかどうかということは、まったく別の問題として考えなければならない。そのため、金築・白木両意見に一定の合理性があるにもかかわらず、多数意見が新家庭形成説を採らないことを明らかにしたことは、本問題における(潜在的な) DNA 鑑定利用者の情報に特殊な識別子を設けることを回避することで、当事者の情報にまつわる権益の保護を行ったものとも読めるように思われる。

さらに、本件二つの事案は、子から父に対する親子関係不存在確認の請求であって、当事者間に法的親子関係不存在の合意がなく、戸籍上の父が法律上の父子関係の維持を望んでいる事案である。

このことと従来の家裁における合意に相当する審判の運用とを勘案すると、本判決は父子間の法的親子関係不存在に関する法律上の父母の合意がない限り、DNA 鑑定の結果を訴訟にて重視することはできないとした判示と読める。これは、本問題に関する訴訟における DNA 鑑定の利用について、当該情報主及び血縁者の同意ではなく、法律上の親の同意が必要であることを明らかにしたものと見える。そして、そのような同意がない場合には、当事者に DNA 鑑定をさせないインセンティブを与えようとするものであると評し得る。

このような場合に夫婦のプライバシーを守ることは、外観説にとってはある意味では至極当然のことではある。しかし、DNA 情報の利活用とプライバシー保護の問題にとっては、父子鑑定において、情報主(子)個人及びその血縁者(血縁上の父、母)の同意ではなく、子が現在帰属する法律上の家族(とくに戸籍上の父)の同意も求められることを最高裁として明らかにしたという意味で、示唆があるのではないだろうか。この点、戸籍上の父の同意といっても、単なる恣意的な同意不同意の問題ではなく、親子関係不存在確認の結果いかんによって、子との面接交渉、相続、扶養の問題といった、センシティブな利益がかかわっているがゆえに同意が求められる点には、注意を要する。ここでは、戸籍上の父の家族形成の自己決定が問題となっており、本判決(とくに山浦補足意見)はその保護を重視しているように思われる。

他方で、補足意見は、あくまで立法論としてではあるが、子が成長して適切な判断力を備えた後に自ら DNA 鑑定の結果を根拠に父子関係を争うことについて、肯定的である。これは、当事者(戸籍上の父、母、子)間の合意がなくとも、子の自律的な自己決定のためなら、国家は子が現在帰属する法律上の家族に介入しようということであり、伝統的学説の想定するプライバシー概念に変化の兆しが見られているようにも思われる。

3.5 本判決の射程

繰り返すように、本件は、子から戸籍上の父に対する親子関係不存在確認の訴えであって、法的親子関係不存在について当事者に合意がなく、戸籍上の父が法的父子関係の維持を望んでいる、という事情があり、従来あまり見られな

かった類型であるといえる。そのため、当事者間に法的親子関係不存在の合意がある場合については、本判決の射程は及ばないと考えられる。

そうであるならば、これまでの家裁による合意に相当する審判の運用については、必ずしも否定されたわけではないと言えるだろう。しかし、このような合意に相当する審判においても、裁判所は情報の利活用に関する社会状況の変化について無頓着であってよいというわけではなく、例えば情報の二次的利活用によって爾後的に当事者の権益が侵害された場合に、DNA鑑定に同意していたことを以てその権益の包括的放棄とみなし、何らの救済も与えないという対応は少なくともすべきではないだろう。

一方で、戸籍上の父から子に対する親子関係不存在確認請求については、法的父子関係の不存在に関する当事者間の合意がない場合は、仮にDNA鑑定によって血縁関係がないことが明らかになっていても、従来の判例の傾向通り、子の福祉を重視する観点から、法的父子関係の継続が重視されるのではないだろうか⁴²。その意味で、本判決とは結論において矛盾しないものとなるため、このような事案についても本判決の射程は及ぶといえるだろう。

また、本件は、子の法定代理人たる母が戸籍上の父に対して親子関係不存在確認を請求した事案である。そのため、子が成長して適切な判断力を備えた後に自ら父子関係を訴訟において争う場合については、本判決の射程は及ばないとも考えられる。しかし、このような場合については、前述のとおり、櫻井・山浦補足意見が立法による対応の必要性を示唆している。これを重視するならば、本判決の射程はこのような場合にも及び、子による請求も司法においては認められないといえるかもしれない。しかし、この点については、一律に立法の問題としてしまうのは硬直的に過ぎ、司法によって柔軟に解決する必要性も残されているというべきではないだろうか。

最後に、本判決は、夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが「科学的証拠」により明らかであっても、それだけでは法的父子関係の不存在を認めないとしたものである。そのため、その射程はDNA鑑定に限られず、様々な医療情報、例えば、下級審に表れていた精子欠乏症の診療情報等についても及ぶものであり、訴訟に際して改めてこれらの検査を（当事者間の合意に

⁴² 父からの親子関係不存在確認請求が棄却された同日付の判決（平成26年（オ）第226号）は実質上このような判断であったと評し得る。

基づかず) 行うインセンティブを当事者に与えないものであると考えることもできるのではないだろうか。個人に関する様々な情報を活用する社会にあっては、この文言の意義は比較的広く捉えることが求められているように思われるのである。

3.6 法実父子関係に関する近時の他判決との整合性

本判決の論理は、近時の他判決とも整合性があるように思われる。なぜなら、本判決を含めた近時の判決は、以下のように、子の福祉を重視したうえで、父の意思をも勘案していると評価できるからである。

例えば、認知無効に関する直近の判例として、最判平成26年1月14日(民集68巻1号1頁)が、「認知者は、民法786条に規定する利害関係人に当たり、自らした認知の無効を主張することができ、この理は、認知者が血縁上の父子関係がないことを知りながら認知をした場合においても異ならない」と判示したこととも、矛盾しないように思われる。なぜなら、この事案では、実父の存在が明らかになっており、子の保護の観点からも、あえて認知者自身による無効の主張を一律に制限すべき理由に乏しいとされたからである。

また、最判平成25年12月10日が、性同一性障害特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子は、民法772条の規定により夫の子と推定されるのであり、夫が妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に実質的に同条の推定を受けないということはできないとしたことも同様である。なぜなら、そうすることが子にとって利益があり、かつ当該父が子との法的父子関係の構築を望んでいたといえる事案だからである。

さらに、夫との間に法律上の親子関係はあるが、妻が婚姻中に夫以外の男性との間にもうけた子について、妻が夫に対し離婚後の監護費用の分担を求めた事案に対し、最判平成23年3月18日がこれを権利の濫用に当たるとしたことも、同様である。ここでは、①妻が、出産後程なく当該子と夫との間に自然的血縁関係がないことを知ったのに、そのことを夫に告げなかったため、夫は当該子との親子関係を否定する法的手段を失ったこと、②夫は、婚姻中、相当に高額な生活費を妻に交付するなどして、当該子の養育・監護のための費用を十分に分担してきたこと、③離婚後の当該子の監護費用を専ら妻において負担することができないような事情はうかがわれないことが重視されており、子の福祉と

父の意思が考慮されているのである。

本判決を含めた一連の判決は、科学技術が発展した結果、一方では血縁上の父子関係を客観的に明らかにできるようになり、他方では生物学上の父子関係がありえないながらも父子関係を認めるべき場面が生じているという社会状況の変化があるがゆえに、必ずしも血縁に基づかない法実父子関係を認める日本法においては、その関係を形成する父の意思が改めて重要性を増していることを示しているのではないだろうか（しかし、この点に関する学説の批判は根強い⁴³）。この点、父の意思の重視といっても、必ずしもかつての家父長権のように絶対的な構成となっているのではなく、子の福祉や自己決定の観点から、父子関係を修正することにも配慮がなされた、現代社会における要請に応じたものであるといえることには留意すべきである。

4. むすびにかえて

以上、本稿では、DNA鑑定で生物学上の父子関係が否定されるような場合に、嫡出推定が覆り、親子関係不存在の確認請求が認められるのか、という問題に対して、消極判断を下した最判平成26年7月17日について検討を行ってきた。

本稿の検討によって、一見すると、新たな家族に対する法的援助という個別的正義を重視する判断に反するような多数意見の結論も、ビッグデータ時代の情報管理のあり方という法政策問題と交錯させながら分析すると、積極的に評価できる面もあることが明らかになったように思われる。このことから、本問題は、単に実親子関係にまつわる家族法上の問題としてミクロに検討するのみならず、ビッグデータ時代における情報法政策問題の一環として、マクロに位置づけたうえで検討する必要もあることが明らかになったのではないだろうか。

付記：脱稿後、以下の論考に触れた。松倉耕作「父子関係についての二つの最

⁴³ 本判決に関する評釈のうち、判例による当事者の合意に基づく解決と権利濫用を理由とする介入に関する批判として、水野・前掲注1・46-48頁。また、本件旭川ケースや嫡出否認一般における父の意思の重視に対する批判として、窪田・前掲注1・71頁。

高裁判決と真実志向」名城法学64巻1・2号(2014)137頁以下、浅井弘章「本件判批」銀法784号(2015)121頁以下、柳本祐加子「本件判批」季教184号(2015)78頁以下、羽生香織「本件判批」法七増新・判例解説 Watch 16号(2015)109頁以下、二宮周平「本件判批」ジュリ1479号(平26重判解)(2015)81頁以下、木村敦子「本件判批」別ジュリ225号(民法判例百選Ⅲ親族・相続)(2015)56頁以下、同「本件判批」法教413号(別セレクト'14(I))(2015)20頁。