

## 公法判例研究

九州公法判例研究会

實原, 隆志  
長崎国際大学 : 専任講師 : 憲法

<https://doi.org/10.15017/10790>

---

出版情報 : 法政研究. 74 (4), pp.187-202, 2008-03-19. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

## 公法判例研究

## 九州公法判例研究会

子どもの出自を知る権利

―ドイツ連邦憲法裁判所二〇〇七年二月一三日第一法廷判決

- 一 事件の概要
- 二 判旨
- 三 解説
  - (一) 私法上の論点
  - (二) 憲法上の論点
  - (三) 立法者に対する提案

實原隆志

### 一 事件の概要

異議申立人は一九九四年に子どもを認知した。彼は現在の子どもとの親権者である母親と共に、一九九七年の初めまで未婚の生活共同体 (Lebensgemeinschaft) の形で暮らしていた。二〇〇一年に、彼は父性 (Vaterschaft) の否認を申立てた。その際、彼の生殖能力は一〇%にまで低下していることを証明する鑑定を示していたが、成果がなかった。

その後申立人は二〇〇二年に、子どもの母親に知られることなく民間の研究所でDNA鑑定を行った。その際研究所に検査試料として提出されたのは、申立人の唾液と、申立人の指示によって子どもが噛んだガムであった。二人の試料提供者は一〇〇%の可能性で父子関係にはないという鑑定を確認し、彼はこの検査結果を根拠にして改めて父性の否認を申立てたが、二〇〇三年三月四日の家庭裁判所による決定、二〇〇三年一月二九日の上級地方裁判所による判決、二〇〇五年一月一二日の連邦最高裁判所による判決のいずれにおいても申立ては退けられた。

これらに対して憲法異議が申立てられた。申立人はその根拠として、ボン基本法 (以下、「基本法」) 一条一項と結びついた二条一項の一般的人格権を挙げた。連邦憲法裁判

所第一法廷は、六対二をもって以下のような判決を下した。

## 二 判旨<sup>(1)</sup>

適法である憲法異議は、立法者が基本法一条一項と結びついた二条一項を侵害し、子どもが法律上の父親の血縁上の子であるかだけを確認でき、子どもが法的地位に対する効果をもたない公式の手続を用意することを怠っているという限りで理由がある(一)。父性を否認するための民法一六〇条以下による手続は、子どもが彼の子であることを知るだけにする父親の権利を、合憲的な形で考慮している手続ではない(二)。

それ以上には憲法異議は成功していない。

彼によって批判されている諸決定は、憲法上の基準を守っている。秘密で、子ども、もしくは、単独の親権者である他方の親の承認を得ることなく入手された父性のDNA鑑定の結果は、父性否認手続の中で用いることはできないとするのが憲法に適合する(三)。

### (一) 父性を確認するための手続の必要性について

基本法一条一項と結びついた二条一項は、一般的人格権を形作ったものとして、子どもの出自を知る男性の権利だ

けではなく、この権利を実現する権利も保障している。立法者は、この基本権保護を侵害して、ある子どもがその法律上の父親の子であるかを確認することに関する法律上の規定をしていない。

### (1) 出自を知る権利とその手続的保護

人格を自由に発展する権利と人間の尊厳を尊重・保護する義務は、基本法一条一項と結びついた二条一項によって、すべての個人に対して、私的に生活を形成する自律的な領域を確保している。理性(Verstandnis)や個性の発展は、個性にとつて基本的な要素を知ることと密接に結びついている。これらには出自も属する。社会的にだけではなく、科学的にも他人とつながっているという可能性は自己の出自を知る子どもの権利を根拠付け、それは人格権が男性に對して、子どもが彼の子であるかどうかを知る権利を認めているのと同様である(BVerfGE 108, 82 (105))。

子どもが彼の子であるかどうかを知る男性の権利には、手続において子どもが彼の子であることを解明し確認できる可能性を開かせる権利も属する。

人格権は、認識(Kenninis)が差し控えられること(Vorenhaltung)から保護する。この保護が保障される

のは、子どもがその男性の血縁上の子であるかを知るために必要であるのに渡されていない情報に男性が接触できるようにする手続が認められている場合だけである。

## (2) 手続的保護の制約（介入）

しかし、人格を自由に発展する権利は無制限で保障されているわけではない。立法者が憲法に反する目的を追求している場合、もしくは比例性の原則を守っていない場合のみ、立法者による形成は基本権を侵害していることになる。立法者が出自を知る基本権の実現をそれに適した手続で可能にすることを怠っている場合にも、人格を自由に発展する権利の侵害が生じる。

立法者は、基本法一条一項と結びついた二条一項の保護義務を侵害して、出自を知る権利を適切な方法で主張・貫徹しうる手続の途（Verfahrensweg）を導入する（eröffnen）ことを怠っている。

子どもの遺伝子物質を用いて父性テストを行うことに子どもか母親が同意しない場合には、法律上はそれを行えない。それが事実上はできるということでは、男性に必要な保護を与えるのに十分ではない。

情報自己決定権は、個人的なデータの譲渡や利用につい

て原則的に自分で決定する個人の権限を保護する。

情報自己決定権もしかし、制約なしに保障されているわけではない。他人の、もしくは公共の優越する利益の中で行われるこの権利の制約を甘受しなければならぬ。そのような制約は法律上の基盤を必要とし、その基盤から制約の条件と範囲が導かれ、比例性の原則に対応していなければならぬ。生じる基本権衝突は立法者によってのみ解決されうる。密かに行われた父性テストは、子どもの情報自己決定権を正当化できない方法で侵害することで支えられており、それに対しては国家機関が保護すべきである。

子どもの遺伝子のデータ物質に対する意図されざる侵害からは、その子の親権を持つ親も保護すべきである。基本法六条一項は親に対して、子どもを監護（Sorge）する権利と責任を与えている。子どもの遺伝子データを収集し利用してもよいかについて子どもの利益において決定することも親の監護に属する。

## (3) 手続が用意されていないことの正当化

しかし、法秩序は、父性を確認する可能性を認める（eröffnen）準備をしなければならぬ。そのような手続がないことは、子どもや母親の基本権上の地位だけでは正

当化できない。

① 対立利益：子どもの権利

出自を知る権利の消極的な反対の側面として、子どもが自己の出自を知らずにいるという権利がそもそもあるのが、すでに問題である。というのも、知らずにいるということは、出自を積極的に知る場合とは異なり、情報を持っている個人に対して、具体的な人との関係をつくり個人的な家族のつながりを知る可能性を与えないからである。

実際の出自が解明されることから保護される子どもの権利は、たとえ人格権の保護領域に含まれるとしても、出自を知る権利に対しては低い重要性しかもたない、というのも、男性だけでなく子どもが自分のアイデンティティを発見するのに寄与しうるのは、出自を解明する権利だけだからである。

同様に、子どもの情報自己決定権は、その子どもの法律上の父親に長期間にわたって子どもの出自を知らせないことを正当化できるわけでもない。子どもの実際の出自を知るといふ父親の正当な利益は、子どもに対して法律上の父親として負っている義務によって強化される。

立法者が民法一五九二条一号、二号で確立した憲法上非

難されない推定ルールの帰結は、このルールが真実の父性についての疑問を導くこともありうる、ということである。しかし、立法者が推定という法律的方法を採用したのであれば、同時に、個別の事例でこのような疑問が解明されるような手続を用意すべきである。子どもと、彼の出自を知る男性の権利は、法律効果が必然的な形では結び付けられていないような手続を要求する。

出自を解明・確認するためのそのような手続を導入することで立法者は、子どもの情報自己決定権を制約することになる。しかし、子の法律上の父親である男性のデータと関係しうるデータが問題になるため、このデータを渡したくないという子どもの権利は、男性の権利に対して保護する価値が高いというわけではない。子どもの出自を知る男性の権利には、この基本権衝突においては、子どもの情報自己決定権よりもより大きな重要性を認めるべきである。

② 対立利益：母親の権利

母親の基本権も、手続によって子どもと男性の血縁を解明・確定する用意ができることと対立しない。

子どもが法律上の父親である男性の血縁上の子であるかどうかの解明は、たしかに母親の人格権にも触れるもので

ある。しかしこの侵害は、子どもがその法律上の父親と血縁関係にあるのかを解明するという優先される目的に役立つ。さらに、母親は男性に対してその親密領域への接触を認めており、男性は彼女の性生活に関与できることを考慮すべきである。

子どもと母親のその他の基本権上の地位は、子どもと自分の血縁関係を知るだけになりたいという男性の権利を貫徹することと対立しない。

## (二) 現行否認手続の射程範囲

民法一六〇〇条以下による否認手続は、子どもとの血縁関係を知るだけにするという父親の権利を合憲的な方法で考慮している手続ではない。この手続は出自を知るという要求を超えて、この知識を獲得することについて過度で憲法上不可欠とはいえないような要請をしている。

### (1) 否認期間が限定されていることと、説明責任 (Darlegungspflicht) の意味

否認手続は法律上の父親と生物学上の父親を合致させることに役立ち、子どもが法律上の父親の血縁上の子でないことが手続において証明されれば、法的な父性を終わらせ

る。

子どもの出自について単に知るという場合とは異なり、ここには基本法六条二項一文による、子どもの生物学上の父親でないのであれば父性を解消するという権利が、基本法六条一項によって保護されている子どもの権利と対立する。

父、子、母の相互に衝突する基本権上の地位の衝突を、立法者は、生物学上の父親と法律上の父親が合致しないことが確認された際には、母親・子どもの利益とさらに衡量する必要はないとすることで調整しようと試みた。これについて立法者は民法一六〇〇b条の中で、否認は法律上の父親がその父性に反する事情を知った時点から二年以内にを行うべきであると規定した。さらに、男性が民法一五九二条一号、二号と一五九三条によって父性を持つ場合には、民法一六〇〇c条によって、子どもはその男性の血縁上の子であるという推定を確立し、この推定を否認することにについては法律上の父親に説明責任を課した。立法者によるこのような利益調整は憲法上非難すべきものではない。

判例による否認の条件の解釈も憲法上非難すべきものではない。判例が父性に対する疑問を生じさせる客観的な事情を示すよう要求していることは、基本法六条一項の保護

と、法律上の父親に課されている説明責任とに対応している。そのような事実上の根拠 (Anhaltspunkt) がなければ、同様に基本法六条一項の保護に役立つ民法一六〇〇b条の否認期間は空洞化してしまう。その子どもの生物学上の父親ではないと主張するだけで十分であるとしてしまうと、いつでも否認期間を満たしてしまう。しかしそれでは、子どもの利益を父親の利益に一方的に有利な形で閉ざしてしまうことになる。

他面ではしかし、法律上の父親の説明責任は高すぎてもならない。彼ではなく、ある他の男性がその子どもの生物学上の父親でありうるということが、全くの外れとは思えないような事情を示すことしか要求されない。

## (2) 現行手続の合憲性

否認手続は、基本法一条一項と結びついた二条一項によって保護されている、単に子どもと自分の血縁を知るだけにするという男性の権利に適合していない。

父性について疑問がある場合に法律上の父親は、確かにこれまでも、彼がその子どもの生物学上の父親ではないと判明したならば子どもとの法的な結びつきを解消したいと考えてきた。ところが、法律上の父親の希望が、子どもが

本当に自分の血縁上の子であるかを知ることだけに向けられることもありうる。生物学上の父親であることが確認できなかった場合は子どもと話し合うこととし、いったん子どもの出自についての疑問を解決しておきたいということもありうる。

子どもの出自をとりあえず知っておきたいという要求にあって、法的な父性を終わらせるという目的に向けられている否認手続は射程範囲が広すぎ、適切ではない。子どもとの血縁関係を知りたいという利益を追求する際に、同時にその法律上の父性を失うこともありうるという犠牲を法律上の父親に強いており、犠牲にしたくないのであれば子どもの出自を知ることが放棄するよう強いている。

父性を否認するための法律上の条件も、子どもの出自を知るといふ利益を追求することとの関連では比例的でない。出自の解明を否認を訴える場合と同じ説明責任や期間と結びつけることは正当化されない。

## (三) 秘密で取得した父性テストの利用について

これらの基準によれば、憲法異議で問題となつてはいる諸決定は憲法上非難すべきものではない。憲法異議はその限りで理由がない。

秘密の父性テストを提出する以外に異議申立人が示したのは、父性鑑定に母親と子どもが同意しなかったことが、彼がその子の父親ではないと推定させるということだけである。それを連邦最高裁判所は、正当にも、民法一六〇〇b条の説明責任を満たすには不十分であるとみなした。

密かに入手した鑑定を証拠資料として利用することを裁判所が拒否したことは、憲法に適合している。

裁判所の手続において裁判官は基本法一条三項によって、基準となる基本権に拘束され、法治国家的な手続形成を行うよう義務付けられる。法治国家原理からは、証拠法を、特に証拠負担ルールを公正に運用する義務が導かれる。

基本法二条一項のような実体的基本権からは、裁判所の手続に対する要求も導かれうる。裁判所はそれゆえ、密かに作られた他人についての個人的なデータやその利用が、当事者の一般的人格権と合致するのかどうか審査すべきである。データや認識を利用する利益がより高次の価値を持つのは、人格権を侵害するにもかかわらず保護に値するその他の利益が生じるような局面が加わる場合のみである。

このことについて連邦最高裁判所は、そのような利益は認められないと正当に指摘した。

男性が子どもの出自を説明・確認できる手続がこれまで

なかったという事情も、異議申立人のそのような特に保護に値する利益を認めうることになるわけではない。法的な父性を否認しようと思っている男性は正当防衛に類似した状況、つまり、子どもやその母親の承認なしに子どもの遺伝子データを入手し、そこから得た認識を子どもの人格権を侵害しながら家庭裁判所の手続で利用することを正当化しうるほどの状況に置かれているわけではない。一〇年に渡る家庭裁判所の実務が明らかにしているように、DNA鑑定を提出しなければ、他の男性がその子の生物学上の父親かもしれないということが全くの外れとは思えないような事情を示せない、というわけではない。

#### (四) 立法者の義務

立法者は、基本法一条一項と結びついた二条一項の出自を知る権利を必然的に否認手続と結びつけることなく実現するのに役立つような手続の途を開くべきである。しかし既に挙げたような理由から、密かに得た出自鑑定を父性の否認手続に持ちこむことは認められない。

立法者は、その保護義務を履行するのに多くのことが可能である。一つの可能性は、私的にDNA鑑定を入手することについて子どもや親権者である母親による拒否の可



否を裁判所で審査できるようにし、子どもについての代理権限を剝奪することで鑑定を認めるという、バイエルン州の法案が予定しているような規定をすることにある。このような方法で行われた鑑定の利用は憲法上非難すべきではなくなるであろう。

### 三 解説

本件はドイツ国内のメディアで大きく取り上げられた事件であり、認知によって推定される親子関係と生物学上の血縁関係が異なる場合にどうすべきかが問題となった。申立人は結果的に敗訴しているが、連邦憲法裁判所がドイツ国家に対して費用の弁済を命じていることもあつて、実質的には申立人の勝利であつたと評されている。

以下では、私法上の論点について二〇〇五年の連邦最高裁判所の判決に対する評釈も参照しながら述べ(一)、憲法上の論点については連邦憲法裁判所の過去の判例を参照しながら解説していきたい(二)。また、本判決が立法者に対して具体的な委託をしていることについても検討する(三)。

#### (一) 私法上の論点

本判決と関連する私法上の論点としては、違法収集証拠排除の原則に関するものと(1)、「手がかりとなつた疑念(Aufangverdacht)」に関するもの(2)との二つがある。なお、ドイツにおいては現在非訟事件手続法の改正が予定されているようであり、本来であればそれと関連付けた検討が必要であるが、頁数の関係からここでは省略する。

##### (1) 違法に収集された証拠の排除について

本件で直接争われたのは密かに入手したDNA鑑定を父性否認手続における証拠資料として用いることができるかという点であつた。日本においても盗聴によつて入手された情報を証拠資料として認めてよいかという議論があるが、それと同様の論点と考えることができる。

違法収集証拠の排除については二つの点から検討することができる。一つは本件DNA鑑定が「違法」に収集されたのかという問題がある。本件では子どもや母親の同意を得なかつた点が「違法」とされたわけであるが、本件のように判断能力が未熟な未成年者による同意があつたところで合法的な収集とみることができるのかという批判がある。それとは別に、対立利益と比較する必要性も主張されてい

る。それによれば、証拠の収集を正当化できないほどの対立する利益がある場合に、当該証拠収集は違法になるとされる。<sup>(6)</sup>

そして二点目として、本件DNA鑑定が「違法」に収集されたものであるとして、いかなる理由でこの証拠が利用できないのかという問題がある。違法収集証拠排除については民事訴訟法が直接規定しているわけではないため、その根拠がまず問題となる。<sup>(8)</sup> また、DNA鑑定の提出を裁判所が命じた場合には、子どもはそれによって生じる不利益を受忍しなければならぬ一方で、父親が提出した場合に<sup>(9)</sup>は受忍しなくてもよいとする<sup>(10)</sup>ことの整合性を問う者もある。証拠資料としての利用可能性に関しては、証拠の獲得によつて憲法上の個人的権利が侵害され、証拠物の利用が正当化できない場合には当該証拠物は利用できないとする、中間的で柔軟な説が通説的な立場となつてきているとのことである。<sup>(10)</sup>

連邦憲法裁判所が判決を下すまで、DNA鑑定を証拠資料として利用できない理由については若干のばらつきがあった。家庭裁判所は、本件のような父性の検査が子どもの情報自己決定権や母親の養育権に対する侵害となることを挙げた。<sup>(11)</sup> しかし上級地方裁判所は、許可なく入手したD

NA鑑定では用いられた試料が本当に子どものものであるか確認できないことを挙げた。<sup>(12)</sup> それに対し連邦最高裁判所は、子どものものであると確認できるとしても、本件のようなDNA鑑定は訴訟手続においては利用できないとした。<sup>(13)</sup> 連邦憲法裁判所は連邦最高裁判所と同様に、DNA鑑定が証拠資料として用いられることによる子どもの不利益と父親の権利とを比較し、子どもの不利益を重視することで証拠として利用することを認めなかった。違法収集証拠の利用可能性については通説的・中間的な立場を基準とした上で、子どもの利益を優先した形になる。

## (2) 手がかりとなつた疑念とその確実性について

もう一つの論点として、父性取消を申請する際に求められる「手がかりとなつた疑念」の問題がある。ドイツにおいて父性を否認する際には単に「自分は生物学上の父親ではないと思う」と主張するだけでは不十分であり、その根拠を示す必要があるとされてきた。さらにその「疑念」には確実性(Schlüssigkeit)が要求されてきた。このような根拠が要求される理由の一つは、子どもの保護である。でたらめな申請がなされただけで子どもの地位は不安定になるためである。他の理由として父性の否認期限の問題が

ある。ドイツにおける父性否認の出訴期間は二年である。期間の起算点は自分が父親であることに反する事実を知った時であり、父性の否認を求める者は「自分が父親であることに反する事実」を示さなければならぬ。これが示さなければ期間の起算点が確定できないためである。<sup>(14)</sup>

これに対して学説の多くはこのような「疑念」は必要ないとしてきたとされ、<sup>(15)</sup> 国際的に見てもこのような根拠を要するとする国はないとされる。また、「疑念」の必要性を認めるとしても、それほど高い確実性を要求しない者もある。<sup>(16)</sup>

本件のDNA鑑定は違法に収集されたものであり、証拠資料としては利用できないとされた。申立人は証拠資料としては価値がないとされたDNA鑑定以外の根拠として、DNA鑑定に母親と子どもが同意しなかったことを挙げたが、「手がかりとなった疑念」としては不十分とされた。本判決がこのような原手続の判決に従ったことについては、連邦最高裁判所の判例に対して批判的であった論者からは依然として批判されることになると思われる。

(1) NJW 2007, S.753ff.

(2) Urteil 4.

(3) 非訟事件手続の改正状況については Ingo Fritsche, Neue Entwicklungen im Abstammungsverfahren, NJW 2007, S.294ff.

(4) 間瀬清史「証拠能力」青山善充、伊藤眞編『民事訴訟法の争点(第3版)』(有斐閣、一九九八年)二二二頁以下参照。また、松本幸一「判批」伊藤、高橋、高田編『民事訴訟法判例百選(第三版)』(有斐閣、二〇〇三年)一四六頁以下。

(5) Anmerkung Ansgar Ohly, JZ 2005, S.672f.

(6) Marina Wellenhofer, Die prozessuale Verwertbarkeit privater Abstammungsgutachten, FamRZ 2005, S.636, Anmerkung Stephan Balsaar, JZ 2007, S.636.

(7) 日本においても同様である。

(8) 違法収集証拠排除の法的根拠について詳しく述べるものとして Wellenhofer, a.a.O. (Anm.6), S.667, Sandy Bernd Reichenbach, Zivilprozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen am Beispiel heimlicher Vaterschaftstest, AcP 2006, S.606ff.

(9) Wellenhofer, a.a.O. (Anm.6), S.636, Balsaar, a.a.O. (Anm.6), S.668. 日本における鑑定試料の採取については、松本博之『人事訴訟法』(弘文堂、二〇〇六年)一六六頁以下。

(10) Wellenhofer, a.a.O., S.667.

(11) Rn.12.

- (12) NJW 2004, S.450.
  - (13) NJW 2005, S.497f.
  - (14) Wellenhofer, a.a.O. (Anm.6), S.665f.は「三つ目の論拠として父性否認訴訟においては当事者主義的要素が制約されている」とも紹介する。
  - (15) Reichenbach, a.a.O. (Anm.8), S.601.
  - (16) Rainer Frank und Tobias Helms, Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines "Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren", FamRZ 2007, S.1277-78及び9.またSpickhoff/Schwab/Heinrich/Gottwald (Hg.), Streit um Abstammung-ein europäischer Vergleich, 2007が紹介されている。
  - (17) たゞきはRüdiger Zuck, Der (heimliche) Vaterschaftstest: Was kann der Gesetzgeber tun?, ZRP 2005, S.118は「根拠付けうる程度のものであれば十分としている」。
- (二) 憲法上の論点
- 次に、憲法上の論点について見ていく。以下では、保護領域(1)、介入(2)、その正当化(3)の順に、先例との関係を確認しながら見ていくことにしたい。

(1) 保護領域の側面

保護領域に関連する本判決の特徴は二つある。一つは、自分の法律上の子どもが実際に生物学上の子どもであることを知る、父親の権利を認めたことである。一九八九年の判決において連邦憲法裁判所は、誰が自分の生物学上の父親であるかを知る子どもも権利を認めたことがあるが、本件ではその逆の父親の権利も認められたことになる<sup>(18)</sup>。「出自を知る」という権利については先例において詳しく検討されているため<sup>(19)</sup>、ここではこれ以上扱わないことにする。

他の特徴として、父親の情報自己決定権に手続的側面を認めたことがある。一九八九年と一九九四年には、子ども「基本法一条一項と結びついた二条一項は、自己の出自の認識を入手する権利を与えるものではない」とされていたのに加えて<sup>(20)</sup>、父親については自己の出自を知る権利の内容が拡充されている。

(2) 介入の有無について

父親の情報自己決定権に対する介入という観点からは、立法者の不作為を基本権侵害と認めた点も注目される。しかし、このような不作為を介入と認めるにあたっては、情報自己決定権に手続的側面があることが前提とされている。

それゆえ、この点に関する議論は保護領域に関して概観したところで代えたい。なお本件の場合、防御権に対する「介入・侵害」について用いられる「Eingriff」ではなく「Verletzung」というドイツ語が用いられているのは、防御権の場合にいう「介入・侵害」とは違う性質をもつことをことを配慮してのことであつたのかもしれない。

### (3) 侵害の正当化

父親の情報自己決定権に対する侵害を正当化する際には、父親の権利とそれに対抗する利益を比較する必要がある。本件の場合には父親と子どもの利益を衡量する必要がある。メディアを中心として本件が好意的に扱われる場合に多く取り上げられるのが両者の利益の衡量に関する連邦憲法裁判所の判断である。しかし、父親と子どもの利益の調整については、嫡出推定制度や認知制度の趣旨と関連付けた上での検討が必要である。以下ではまず、それらの制度とその趣旨について概観した上で(①)、それを本判決の内容とを照らし合わせることにする(②)。

#### ① 法律に基づいて親子関係を確定させることの意義

嫡出推定制度には、嫡出の子であることをできるだけ早

く法的に確定することで子どもの地位を安定させるという意義があるとされる<sup>(22)</sup>。この意義は認知制度にも当てはまると考えられ、認知の制度も、父親と子どもの(法律上の)関係を早期に確定・安定させ、子どもの保護を図るためのものであるといえるであろう。法律上の親子関係を確定する際には生物学上の関係だけでなく、子どもが出生した時点でその子どもと最も密接な関係にあるのは誰なのかも重要であるといえる。

以前の判例では推定された親子関係に対抗したのが子どもであつたために、その主張は受け入れやすかつたと思われる。しかし本件では、親子関係の否認を求めているのは子どもではなく父親であり、子どもやその監護者である母親が同意しないままに行われたDNA鑑定によって子どもの利益が害されないかが検討の中心に置かれるべきである。このような「父子関係を早期に確定することによる子どもの利益の保護」を念頭に置いた上で、本件において連邦憲法裁判所がどのような衡量を行ったのかを見ることにする。

#### ② 連邦憲法裁判所による衡量

本判決において連邦憲法裁判所は、違法収集証拠の利用

可能性については子どもの利益が優先され、反対に「出自を知る権利」の手続的保護という点では父親の権利が優先されると述べた。メディアにおいては父親の権利が優先されたことが好意的に扱われているが、事はそう簡単ではないはずである。親子関係を法的に確定させることには上で述べたような意義があるとすれば、この点は慎重な検討を要するものである。

手続的保護という点では父親の権利が優先されると連邦憲法裁判所が判断した根拠の一つには、出自を「知らずにいる」権利よりも「知る」権利が重視されたことがある。

また他の根拠として、本件で比較の対象になったのが未成年者の利益であったことも挙げることができる。一九八九年判決において連邦憲法裁判所は、出自の解明を行うかどうかについての決定は未成年者の決定権限の枠には収まらないが、成人に対してはそのような決定権限を認める趣旨のことを述べている。<sup>(20)</sup> 本件で父性テストの対象となつた子は未成年者であり、そのことを配慮したがゆえに男性の権利を優先させたのだとすれば、たしかに一九八九年判決の趣旨を外れるものであるとまではいえないであろう。また、証拠として利用できないとすることで子どもの利益は十分保護できると考えたのかもしれない。しかし、父親の権利

を優先させた上述の二つの根拠については、認知制度の意義という観点から検討の余地があるように思われる。

なお、性生活に関する母親の人格権について「親密領域」も言及されているが、<sup>(21)</sup> 法律上の父と本件の母の間には密接な関係があるとして、判決において母親の権利はそれほど重視されなかつたようである。

(18) 二〇〇三年の判決においても、父親が子の出自を知る権利が憲法上保障されているとされた (BVerfGE 108, 82 <105>)。また、松倉耕作「ドイツの新しい(嫡出)否認権法」(二〇〇四年四月三〇日施行法)「名城ロースクール・レビュー」三三号(二〇〇六年)九三頁以下。

(19) 押久保倫夫「婚外子の父を知る権利と母の人格権」自治研究七四巻四号(一九九八年)一一八頁以下、光田督良「自己の出自を知る権利と子による嫡出の否認」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例II(第2版)』(信山社、二〇〇六年)三六頁以下など。

(20) BVerfGE 79, 256 <268f>, BVerfGE 90, 263 <271f>。  
(21) 同様の立場として Frauke Brosius-Gersdorf, Das Kucksei im Familienest-Erforderlichkeit einer Neuregelung der Vaterschaftsuntersuchung, NJW 2007, S. 806ff.

(22) 副田、浜村、棚村、武田「ライフステージと法」(第4

版』(有斐閣、二〇〇四年)一八五頁(棚村政行執筆)、『利谷信義『家族の法(第2版)』(有斐閣、二〇〇五年)一五頁。

(23) BVerfGE 79, 265 <272>.

(24) Rn.77.なお、領域理論については Jarass/Peroth, GG Kommentar 9. Aufl., 2007, S.77 (Jarass) などを参照。

### (三) 立法者に対する提案

本判決において立法者は二〇〇八年三月三十一日までに法改正をするよう命じられたが<sup>(25)</sup>、その内容が具体的であることも本判決の大きな特徴である。子どもが自己の出自を知る権利を認めた一九八九年判決やその後の一九九四年判決において連邦憲法裁判所は、裁判所が親族関係に影響を与えずに親子関係を確認する手続の創設に言及している<sup>(26)</sup>。

しかし、連邦憲法裁判所によって提案された手続は創設されなかった。海老原明夫教授の整理によれば、このような手続の問題点として、法律上の父親や生物学上の父親の参加権の問題<sup>(27)</sup>、相続や近親婚の禁止などとの関係で「法律効果を全く持たない」と言い切れるかどうか、単に生物学上の親子関係を確認するためだけに血液検査や調査を行うことを正当化できるかといった問題点が挙げられていた。

海老原教授自身も、「法的効果を持たない父性確認」の構想は、「いささか常識外れの感を否めない」との見解を示している<sup>(28)</sup>。

その後、二〇〇五年に連邦最高裁判所の判決が出た段階で、まず同年一月にFDPが、生物学上の親子関係を裁判所が確認するための訴訟を創設するよう連邦議会に提案した<sup>(29)</sup>。連邦政府によれば、これが「法的効果を持たない父性確認」である<sup>(30)</sup>。同年四月にはバーデン・ヴュルテンベルク州が、続いて五月にはバイエルン州が連邦参議院に法案を提出した。前者の案は血統テストを密かに行うことを端的に認めるものであり、その際には関係者の承認も必要ないとされていた<sup>(31)</sup>。これに対し後者の案では、子どもや母親の意思に反する形での父性検査を密かに行うことは認められていない。本件の母親のようにDNA鑑定に反対する母親が単独親権者となっている場合には裁判所によって親権を剝奪し、その上で裁判所が親権者に代わって父性テストに同意を与え、そのような手続を経た上で入手した鑑定であれば後の父性否認手続でも利用できるとされていた<sup>(32)</sup>。もちろん、入手した鑑定を利用しないことも可能である。

三つの案は、生物学上の親子関係がないと確認されても自動的に法律上の親子関係が解消されないという点で共通

している。そして二つの州の案は、生物学上の親子関係を裁判所が確認するのではなく、あくまでもDNA鑑定を行うことを認めるにすぎないという点で共通している。生物学上の親子関係の有無の確認はその後の父性否認手続の証拠調べにおいて行われるにすぎない。他方で、バイエルン州案はDNA鑑定について裁判所の関与を要求している点で、バーデン・ヴュルテンベルク州案とは異なる。そして、本判決ではこれらの案のうちバイエルン州案が推奨された。先の諸判決によって連邦憲法裁判所が提案していた「法的効果を持たない父性確認」手続は、今回は提案されなかったということになる。

本判決の後に連邦政府は、連邦憲法裁判所が推奨した通りバイエルン州案を基本とする改正案を二〇〇七年一月四日に連邦議会に提出した。<sup>34</sup> 親権の剝奪は行わずに裁判所が鑑定に同意するなど若干の変更点はあったが、基本的にはバイエルン州案に沿った法案となった。<sup>35</sup> 改正法によって、DNA鑑定への同意を求める権利、また、そのために必要な遺伝子試料の採取を受忍するように求める家族法上の権利が保障され、その権利は（法律上の）父、母、子に保障されるという。なお、日本でも親子鑑定の際にDNA鑑定が行われることがあるが、あくまでも裁判手続の内部で証拠

資料として入手するものであり、「法的効果を持たない鑑定」とは言えないようである。<sup>36</sup> また、親子関係の存否を確認するための訴訟は日本にもあるが、法律上の親子関係とは別に、生物学上の親子関係を確認するための手続や、（後の裁判手続において証拠資料として利用できる）DNA鑑定に同意するだけの手続などはないようである。

このように一九八九年判決以降の流れを見ると、「法的効果を持たない父性確認」手続が連邦憲法裁判所によって推奨されたにもかかわらず、結局実現には至らず、本判決においては再び立法者に対する提案がなされたが、提案されたのは生物学上の親子関係を裁判所が認定する手続ではなく、DNA鑑定に同意するにとどまる手続が推奨され、今度の手続は実現される公算が高いという経過を見ることができると。かつての案には多くの批判があったことは上で見た通りであるが、その批判の一部は、実現される公算の高い新し手続にも当てはまるはずである。<sup>37</sup> 特に、新し手続の下においても、DNA鑑定に反対する者から、情報自己決定権が侵害されたと訴えられるという事態は十分予想できる。また、連邦政府による法案については、二年以上前に父性に反する明らかな事実を知ったという場合、仮に父性否認を直接出訴しても却下されるのに対して、新し手続には期間



の制限がないため、新手続きを利用する「回り道」をすれば受理されるという問題がある。また、新手続きにおいては「手がかりとなった疑念」を示す必要がないが、それと連邦憲法裁判所が父性否認の申請に「疑念」を要求していたことと整合するかの指摘もある。<sup>(38)</sup>

- (25) Rn.100.
- (26) BVerfGE 90, 263 (274).
- (27) 生物学上の父親と思われる男性の参加権が問題となった判決として a.a.O. (Anm.18).
- (28) 海老原明夫「自己の出自を知る権利と嫡出否認—ドイツ連邦憲法裁判所の判決と親子法の改正—」法学協会雑誌 一一五巻三号 (一九九八年) 四〇三頁。
- (29) BTD 15/4727.
- (30) 後の連邦政府案による (BTD 16/6561, Entwurf C)。
- (31) BRD 280/05.
- (32) BRD 369/05.
- (33) なお、本判決はFDPPからの提案には触れていない。
- (34) A.a.O. (Anm.30).
- (35) BRD 193/07.
- (36) 松本・前掲注 (9) 一六四頁以下。
- (37) 新手続きについて改めて疑問を示すものとして Frank und Helms, a.a.O. (Anm.16), S.1277ff. また、新手続きに関

する賛否について拙稿「遺伝子情報の扱いをめぐる日独の法状況」長崎国際大学論叢八巻 (二〇〇八年) (掲載予定)。  
 (38) Ders., a.a.O. (Anm.16), S.1279ff.